שו״ת · אחרונים · שואל ומשיב

שואל ומשיב מהדורא רביעאה

רבי יוסף שאול נתנזון

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שואל ומשיב מהדורא רביעאה

רבי יוסף שאול נתנזון

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

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שואל-ומשיב-מהדורא-רביעאה/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

כרך א 10
סימן א 10
סימן ב 19
סימן ג 21
סימן ד 23
סימן ה 27
סימן ו 28
סימן ז 29
סימן ח 29
סימן ט 29
סימן י 31
סימן יא 50
סימן יב 51
סימן יג 53
סימן יד 54
סימן טו 55
סימן טז 55
סימן יז 56
סימן יח 58
סימן יט 59
סימן כ 69
סימן כא 72
סימן כב 79
סימן כג 86
סימן כד 108
סימן כה 122
סימן כו 138
סימן כז 149
סימן כח 156
סימן כט 170
סימן ל 180
סימן לא 197
סימן לב 206
סימן לג 216
סימן לד 226
סימן לה 250
סימן לו 261
סימן לז 272
סימן לח 285
סימן לט 313
סימן מ 323
סימן מא 324
סימן מב 343
סימן מג 360
סימן מד 369
סימן מה 392
סימן מו 409
סימן מז 444
סימן מח 458
סימן מט 464
סימן נ 483
סימן נא 485
סימן נב 486
סימן נג 487
סימן נד 496
סימן נה 497
סימן נו 511
סימן נז 523
סימן נח 528
סימן נט 538
סימן ס 555
סימן סא 564

כרך ב 569
סימן א 569
סימן ב 570
סימן ג 571
סימן ד 571
סימן ה 572
סימן ו 572
סימן ז 572
סימן ח 573
סימן ט 573
סימן י 574
סימן יא 574
סימן יב 575
סימן יג 575
סימן יד 576
סימן טו 578
סימן טז 582
סימן יז 583
סימן יח 584
סימן יט 585
סימן כ 587
סימן כא 587
סימן כב 588
סימן כג 589
סימן כד 590
סימן כה 591
סימן כו 592
סימן כז 592
סימן כח 593
סימן כט 597
סימן ל 598
סימן לא 603
סימן לב 605
סימן לג 607
סימן לד 609
סימן לה 610
סימן לו 613
סימן לז 613
סימן לח 617
סימן מא 618
סימן מב 619
סימן מג 619
סימן מד 620
סימן מה 620
סימן מו 622
סימן מז 622
סימן מח 623
סימן מט 624
סימן נ 625
סימן נא 626
סימן נב 626
סימן נג 627
סימן נד 628
סימן נה 629
סימן נו 629
סימן נז 631
סימן נח 637
סימן נט 638
סימן ס 638
סימן סא 639
סימן סב 639
סימן סג 641
סימן סד 641
סימן סה 642

סימן סו 643
סימן סז 644
סימן סח 645
סימן סט 646
סימן ע 647
סימן עא 648
סימן עב 649
סימן עג 650
סימן עד 652
סימן עה 653
סימן עו 657
סימן עז 659
סימן עח 660
סימן עט 661
סימן פ 662
סימן פא 664
סימן פב 668
סימן פג 669
סימן פד 671
סימן פה 672
סימן פו 672
סימן פז 673
סימן פח 675
סימן פט 678
סימן צ 680
סימן צא 682
סימן צב 682
סימן צג 683
סימן צד 685
סימן צה 686
סימן צו 686
סימן צז 691
סימן צח 692
סימן צט 693
סימן ק 695
סימן קא 700
סימן קב 701
סימן קג 702
סימן קד 704
סימן קה 705
סימן קו 707
סימן קז 707
סימן קח 709
סימן קט 710
סימן קי 710
סימן קיא 711
סימן קיב 712
סימן קיג 712
סימן קיד 713
סימן קטו 714
סימן קטז 714
סימן קיז 715
סימן קיח 723
סימן קיט 728
סימן קכ 729
סימן קכא 730
סימן קכב 730
סימן קכג 731
סימן קכד 733
סימן קכה 735
סימן קכו 735
סימן קכז 736
סימן קכח 738
סימן קכט 740

סימן קל 742
סימן קלא 742
סימן קלב 745
סימן קלג 747
סימן קלד 747
סימן קלה 748
סימן קלו 751
סימן קלז 754
סימן קלח 754
סימן קלט 755
סימן קמ 756
סימן קמא 756
סימן קמב 757
סימן קמג 758
סימן קמד 760
סימן קמה 761
סימן קמו 761
סימן קמז 762
סימן קמח 766
סימן קמט 769
סימן קנ 772
סימן קנא 776
סימן קנב 776
סימן קנג 777
סימן קנד 785
סימן קנה 786
סימן קנו 787
סימן קנז 788
סימן קנח 788
סימן קנט 790
סימן קס 790
סימן קסא 791
סימן קסב 794
סימן קסג 796
סימן קסד 796
סימן קסה 797
סימן קסו 799
סימן קסז 801
סימן קסח 802
סימן קסט 803
סימן קע 803
סימן קעא 804
סימן קעב 806
סימן קעג 807
סימן קעד 809
סימן קעה 816
סימן קעו 817
סימן קעז 818
סימן קעח 819
סימן קעט 820
סימן קפ 821
סימן קפא 822
סימן קפב 824
סימן קפג 825
סימן קפד 828
סימן קפה 828
סימן קפו 843
סימן קפז 852
סימן קפח 863
סימן קפט 882
סימן קצ 885
סימן קצא 891
סימן קצב 901
סימן קצג 908

סימן קצד 927
סימן קצה 937
סימן קצו 949
סימן קצז 961
סימן קצח 966
סימן קצט 973
סימן ר 977
סימן רא 987
סימן רב 994
סימן רג 998
סימן רד 1020
סימן רה 1029
סימן רו 1042
סימן רז 1055
סימן רח 1060
סימן רט 1076
סימן ריא 1087
סימן ריב 1102
סימן ריג 1114
סימן ריד 1119
סימן ריה 1130
סימן ריו 1140
סימן ריז 1155
סימן ריח 1161
סימן ריט 1168
סימן רכ 1175
סימן רכא 1186
סימן רכב 1195
סימן רכג 1198
סימן רכד 1200
סימן רכה 1205
סימן רכו 1206
כרך ג 1208
סימן א 1209
סימן ב 1209
סימן ג 1221
סימן ד 1236
סימן ה 1253
סימן ו 1263
סימן ז 1271
סימן ח 1284
סימן ט 1290
סימן י 1297
סימן יא 1297
סימן יב 1300
סימן יג 1311
סימן יד 1322
סימן טו 1323
סימן טז 1323
סימן יז 1323
סימן יח 1324
סימן יט 1338
סימן כ 1354
סימן כא 1360
סימן כב 1371
סימן כג 1386
סימן כד 1391
סימן כה 1410
סימן כו 1424
סימן כז 1434
סימן כח 1446
סימן כט 1460
סימן ל 1470
סימן לא 1481

סימן לא 1496
סימן לב 1500
סימן לג 1500
סימן לד 1513
סימן לה 1517
סימן לו 1518
סימן לז 1518
סימן לח 1536
סימן לט 1540
סימן מ 1543
סימן מא 1543
סימן מב 1551
סימן מג 1551
סימן מד 1552
סימן מה 1570
סימן מו 1571
סימן מז 1574
סימן מח 1578
סימן מט 1579
סימן נ 1581
סימן נא 1581
סימן נב 1583
סימן נג 1583
סימן נד 1584
סימן נה 1586
סימן נו 1587
סימן נז 1587
סימן נח 1588
סימן נט 1592
סימן ס 1594
סימן סא 1596
סימן סב 1597
סימן סג 1602
סימן סד 1604
סימן סה 1608
סימן סו 1609
סימן סז 1610
סימן סח 1610
סימן סט 1611
סימן ע 1612
סימן עא 1614
סימן עב 1618
סימן עג 1626
סימן עד 1635
סימן עה 1644
סימן עו 1645
סימן עז 1646
סימן עח 1650
סימן עט 1651
סימן פ 1656
סימן פא 1657
סימן פב 1670
סימן פג 1685
סימן פד 1695
סימן פה 1706
סימן פו 1707
סימן פז 1708
סימן פח 1718
סימן פט 1721
סימן צ 1733
סימן צא 1740
סימן צב 1754
סימן צג 1762
סימן צד 1762

סימן צה 1763
סימן צו 1771
סימן צז 1773
סימן צח 1776
סימן צט 1778
סימן ק 1781
סימן קא 1781
סימן קב 1782
סימן קג 1782
סימן קד 1784
סימן קה 1791
סימן קו 1792
סימן קז 1809
סימן קח 1810
סימן קט 1817
סימן קי 1822
סימן קיא 1832
סימן קיב 1835
סימן קיג 1838
סימן קיד 1839
סימן קטו 1840
סימן קטז 1841
סימן קיז 1842
סימן קיח 1842
סימן קיט 1845
סימן קכ 1848
סימן קכא 1857
סימן קכב 1866
סימן קכג 1874
סימן קכד 1875
סימן קכה 1877
סימן קכו 1886
סימן קכז 1891
סימן קכח 1901
סימן קכט 1910
סימן קל 1915
סימן קלא 1927
סימן קלב 1935
סימן קלג 1943
סימן קלד 1954
סימן קלה 1962
סימן קלו 1970
סימן קלז 1973
סימן קלח 1981
סימן קלט 1992
סימן קמ 1999
סימן קמא 2010
סימן קמב 2012
סימן קמג 2013
סימן קמד 2025
סימן קמה 2034
סימן קמו 2044
סימן קמז 2049
סימן קמח 2058
סימן קמט 2067
סימן קנ 2077
סימן קנא 2091
סימן קנב 2096
סימן קנג 2097

כרך א

סימן א

א ראיתי בספר נדפס מחדש שנקרא השיב משה שבחוה"מ סי' פ"ג מביא בשם חכם אחד שהקשה במ"ש הרשב"א בהא דאמר בשבועות דף ל"א ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד לאפוקי מאי אר"פ לאפוקי מלך וראב"י אמר לאפוקי משחק בקוביא מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן היא דפסלוה והקשה הרשב"א בחידושיו כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד והתורה לא חייבתו אלא במפסיד ממון ע"י שלא הגיד וכתב דאפשר דר"פ וראב"י נחלקו בדבר הגורם לממון אי כממון דמי או לא דר"פ ס"ל כממון דמי והלכך אלו העיד זה שמא האחר יתבייש שא"י להעיז פנים נגדו וכיון דמה"ת כשר הוה גורם לממון וכו'. ועדיין אינו מיושב דהא אמרו לקמן הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ושם מדין תורה הו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם ורבנן הוא דתקנו דשכנגדו נשבע ואפ"ה אמרינן מי ימר דמשתבע מכ"ש במי שפסול להגיד מה"ת יתחייב וע"ז הקשה החכם הנ"ל דדברי הרשב"א תמוהין דהרי המשנה אתיא דלא כרשב"א דס"ל דדבר הגורם לממון כממון דמי כדאמרו בדף ל"ב שם וא"כ איך אפשר לפרש דר"פ ס"ל כרשב"א והרי הוא אמר דהמשנה אתי לאפוקי מלך אבל משחק בקוביא לא והרי להמשנה גם משחק בקוביא פטור וגם מה הקשה הרשב"א בהך דשכנגדו חייב שבועה דשם אליבא דאמת דלא קי"ל כרשב"א א"כ גם ר"פ מודה וגם אנן קיי"ל כראב"י כדפריך ביומא דף ע"ד ולא אוקי כר"פ ע"ש שהגדיל התימה ובעהמ"ח נדחק ג"כ בזה. ולפענ"ד אתי שפיר דהנה בהא דאמרו דף ל"ב שם דהרשב"א ס"ל דהמשביע ע"א חייב משום דהוה דבר הגורם לממון פירש"י דרוב בני אדם אינן נשבעין לשקר והיו משלם ולפ"ז י"ל דאנן לא קיי"ל בזה כרשב"א דדלמא העד משקר דהרי התורה האמינה בשבועה נגד ע"א וא"כ לא הוה גורם לממון דהלה ישבע באמת נגדו ויש להמתיק הדברים דכבר נודע מ"ש התוס' בב"ב דף ל"ד גבי נסכא דר"א שני תירוצים דלכך לא נאמן במגו דהעזה ולשבע זה אינו יכול וריב"ם תירץ דע"א הוה כשנים כ"ז דלא נשבע כנגדו ולפ"ז יש לומר דלשיטת הריב"ם דהוה כשנים כ"ז שלא נשבע וא"כ כל שלא נשבע אמרינן דע"א נאמן כשנים ובודאי לא ישבע אבל אנן לא אמרינן דעד א' הוה כשנים רק שמוכרח לשבע אבל באמת יוכל להיות דעד משקר ובודאי היה נשבע כנגדו ולפ"ז זהו שם אבל בהך דמשחק בקוביא דבאמת הוה עוד אחד עמו וכיון דמה"ת נאמן א"כ בודאי הם אומרים אמת ויוכל להיות דהלה יודה ומסתפי מלשקר שפיר הוה גורם לממון אף לרבנן דפליגי

בע"א דשם אמרינן דעד משקר וכאן לא אמרינן דמשקר דהא כל דמה"ת כשר הרי יש כאן שני עדים כשרים וניהו דמדרבנן פסלו אותו אבל אינו מוכרח דמשקר כיון דמה"ת הוה שני עדים כשרים ובודאי לא משקרי וז"ב כשמש. ובזה מיושב כל קושיות המחבר דאין ענין דבר הגורם לממון דכאן לשם ותדע דאל"כ גבי משביע ע"א למה לא נימא דאולי יסתפי מיניה וע"כ דזה אינו דשם יוכל להיות דעד משקר וא"כ בוודאי לא מסתפי מיניה אבל כאן יוכל להיות דמסתפי וכעין זה קי"ל דגם מגו נגד עדים פסולים לא אמרינן דאמרינן דזה מתבייש מלשקר כל שיש עדים אף שפסולים הם מכ"ש כאן דשניהם כשרים מה"ת ודו"ק: ובגוף קושית הרשב"א נלפענ"ד דהכוונה דלאפוקי מלך ולאפוקי משחק בקוביא מיירי כגון שיש שני עדים מלבד אותו הפסול ואם נימא דנמצא אחד מהם קאו"פ מבטל כל העדות כל שנצטרפו בשעת ראיה א"כ גם השני כשרים נתבטלו ופטורים משבועה כיון שנצטרפו בראיה והלה תובע כלם שראו העדות ביחד ולזה אמר אבל משחק בקוביא לא דהרי הב"י הובא בכנה"ג בחו"מ סי' ל"ו כתב דבפסולי דרבנן לא אמרינן דבטל כל העדות בשביל שנמצא אחד פסול מדרבנן ע"ש וא"כ זה שאמר כיון דמה"ת מחזי חזי א"כ האחרים הכשרים ראוין להעיד ולא נפסלו מכח שנמצא זה משחק בקוביא וז"ב ודו"ק. איברא דא"כ במלך מה שייך נמצא אחד מהן קאו"פ כיון דמלך לא נפסל בשביל פסול או קורבה רק שאינו ראוי להעיד בשביל דמלך לא מעיד ולא מעידין מה"ת למפסל האחרים בשבילו. אמנם נראה דהרי קרוב ג"כ לא נפסל בשביל דמשקר דהרי משה ואהרן לא מהמני וגזירת הכתוב דקרוב פסול וכל דפסול להעיד מתבטל עדותן של האחרים וה"ה בזה ועוד נראה לפענ"ד כיון דפסולו בשביל דהו"ל עדות שאילה"ז דאין מעידין עליו וא"כ שוב יותר פסול ממשחק בקוביא דהרי הוא פסול בשביל דהו"ל עדות שאילה"ז. ואדרבא נראה לי דאף דנימא דמלך ג"כ אין פסולו רק מדרבנן בזה גרע משאר פסולי דרבנן דכל דנפסל מדרבנן בשביל דלא הוה עדות שאילה"ז שוב פסולו מה"ת משא"כ בשאר פסולי דרבנן דלא נפסל רק מדרבנן ודו"ק. ובזה יש לישב קושית מהרמב"ח בתוס' יוה"כ. איברא דגוף דברי הכנה"ג בשם הב"י ראיתי בישועת יעקב אהע"ז סימן קס"ט בהלכות חליצה ס"ק וא"ו שהביא ראיה מהא דאמרו במכות דף וא"ו דנרבע יציל והרי הא דנרבע פסול כתב הרא"ש דאינו רק משום דחשוד לאותו דבר ע"ש ברא"ש בסנהדרין דף כ"ו והרי חשוד לאותו דבר אינו רק פסול דרבנן כמ"ש בח"מ וב"ש סוף סי' מ"ב והרי בפסול דרבנן לא נפסל משום נמצא אחד מהן קרוב או פסול ע"ש ולפענ"ד אתי שפיר דבאמת טעמו של הב"י דבאמת הך דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דפסול לכל העדות חידוש הוא שחידשה תורה ודי לנו

כשפסול מה"ת אבל פסול דרבנן שיגרע עדות שכשרים מה"ת ומדרבנן פשיטא דאין בכחם לפסול עי"ז עדות כשרים. ולפ"ז שם במכות דס"ד דאף הבע"ד שאינו בגדר עדות מכל מקום פוסל עדים כשרים א"כ מכ"ש פסול עדות דרבנן דיכול לפסול אבל לפי מה דמסיק דבמקיימי דבר מיירי הקרא א"כ גם פסולי דרבנן א"י לפסול עדות תורה ובאמת גוף קושית הרשב"א דסוף סוף פסול מדרבנן ולאו בר הגדה הוא כן מבואר ביומא דף ע"ד דלא יגיד כתיב והאי לאו בר הגדה הוא רק דהרשב"א מקשה על סברת ר"פ מ"ט דמכשיר משחק בקוביא ודו"ק. והנה בהא דאמרו בדף ל"ב דחשוד מאן אילימא דחשוד לוה מי יימר דמשתבע ראיתי בספר דברי אמת קונטרס החמישי דף ל"ב ע"ג שהקשה דלר"פ דאמר משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלו וע"ז הקשה דגם מה שכנגדו חשוד על השבועה דמשתבע שכנגדו הוא רק מדרבנן וא"כ מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דאצרכי לשכנגדו לשבע ואמאי יפטר והביא מזה ראיה לשיטת התוס' דמדאורייתא נשבע החשוד ונפטר וא"כ שוב מדאורייתא לא נתחייב ממון ע"ש ולפ"ז לשיטת הסוברים דמה"ת חשוד שא"י לשבע משלם קשה ולפענ"ד נראה דכיון דעכ"פ זה אינו ברור אם החשוד משקר רק דמספק א"י לשבע וכל דא"י לשבע משלם א"כ כל שיש עוד ספק דמי יימר דמשתבע שוב הו"ל כעין ס"ס לפטור זה העד מכפירת השבועה דאינו דבר הגורם לממון והו"ל כעין גורם לגורם דפטור לכ"ע ולכך אמרו מי יימר שמשתבע. ובזה מיושב קושית הרשב"א והר"ן לשיטת הסוברים דאף בנסכא דר"א צריך זה לשבע שוב שייך גם בזה מי יימר דמשתבעת ולפמ"ש אתי שפיר דנסכא דר"א דהוה ע"א כשנים כ"ז דלא נשבע כנגדו וא"כ שוב הו"ל חיוב ממון גמור מה"ת אף דמדרבנן צריך לשבע שכנגדו מכל מקום מה"ת מחזי חזי ושוב הו"ל כפירת ממון ודו"ק: וע"ד הפלפול נראה לי בזה הא דאמרו מי יימר דמשתבעת אף דמה"ת חייב לשלם דלפמ"ש הקצה"ח סימן ל"ח דגם בע"א שייך הזמה במקום דמחייב ממון ע"ש ולפ"ז כל דיכול לומר מי יימר דמשתבעת א"כ לא הוה עדות שאתה יכול להזימה דמצי לומר סברתי שלא תשבע וא"כ אין עליו תורת עדות ועיין תוס' סנהדרין דף ט' ובקצה"ח שם ושוב אין תורת עדות עליו ולא חייב על הכפירה. ומעתה מיושב קושית הרשב"א והר"ן דבנסכא דר' אבא כתב בשו"ת מיימוני לספר משפטים דמיירי בכה"ג שהיה ע"א בא בתחלה והיה יכול לכפור דאל"כ בא תיכף לממון ע"ש ולפ"ז אינו בא לממון וא"צ תורת הזמה ושוב לא שייך לומר מי יימר דמשתבע דהא מה"ת חזי ודו"ק. ובזה מיושב סברת מי יימר דמשתבע ומה סברא היא זו ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ אינו בגדר הזמה ודו"ק: ודרך אגב אזכור מה שהאריך הקצה"ח סי' ר"צ לתמוה על המרדכי דמי יימר דנשבע ונפטר לא אמרינן ובדברי חידושי

הרשב"א דגם ר"פ וראב"י פליגי בדבר הגורם לממון ע"ש ומה שהביא מכפר אחד והודה אחד ולא אמרינן מי יימר דנשבע הנתבע דבר תימה הוא דשם אם היה מודה היו שני עדים ובודאי כפר ממון ודו"ק. והנה באמת לשיטת תשובת מיימוני הנ"ל צ"ל דהא דע"א נאמן בשכנגדו חשוד על השבועה אף דאינו בא לשבועה רק לחיוב ממון משום דיכול להיות שלא ישבע המלוה ויפטור הלה לשלם ולפ"ז מה"ת א"י לחייב רק באופן שלא ידע העד שזה חשוד וא"כ הוא בא לשבועה ולפ"ז ממנ"פ פטור דבאמת יכול לומר מה אפסדתי לך דאם תאמר שאני ידעתי שהוא חשוד שוב אינו נאמן ואם תאמר דלא ידעתי שוב לא הפסדתי לך ממון דהא לא ידעתי שזה חשוד אבל בנסכא דר"א דע"א באמת חלה לשבועה ורק ממילא א"י לשבע שוב ל"ש מי יימר דמשתבעת דהא שכנגדו אינו חייב שבועה רק מדרבנן. הן אמת דגוף כפירת ממון לא שייך בזה דהא היה יכול השני לשבע שלא חטף וכבר הרגיש בזה בשו"ת מיימוני שם וצ"ל לפמ"ש התוס' בב"ב דף ל"ד דלהעיז נגד העד וגם לשבע זה ודאי לא יוכל א"כ שפיר נקרא הפסדת ממון דהא העד ידע דלא יוכל להעיז נגדו ולשבע אם האמת כדברי העד ודו"ק:

ב והנה ביום ד' שמות תרכ"ז הגיע לידי ספר עטרת חכמים מהגאון מו"ה ברוך פרענקיל ז"ל אבד"ק לייפניק והוא שו"ת על ד' חלקי הש"ע ובחלק חו"מ סי' י"א הביא קושיא בשם הגאון מו"ה ירמי' אבד"ק מאטיס דארף ז"ל שהקשה בהא דאמרו בשבועות דף ל"ב ש"מ משביע עידי קרקע חייב ומשני דלמא דתפסה מטלטלי וכתבו התוס' דקאי גם על עד סוטה והרמב"ם פ"ג מסוטה כתב דע"א בטומאה לאחר ששתתה הרי זו יושבת תחת בעלה וכתב המלמ"ל דל"מ עד טומאה רק שלא תשתה אבל כל ששתתה מותרת לשבת תחת בעלה והרי בשאר הנשים שלא שותתן נחלקו ב"ש וב"ה אי שטר כתובה מקרי מוחזק וא"כ כל שתפסה ממנ"פ לא לתחייב ע"א דאם לא תפסה הו"ל עדי קרקע ואם תפסה שוב ל"מ עד טומאה להוציא ממנה והיא קושיא גדולה. ולפענ"ד נראה די"ל דמשביע עד סוטה היינו לאחר ששתתה ואם הי' העד בא והיא תפסה אז היתה מוכרחת להחזיר לו המעות דממנ"פ אם לא היתה מודית שנטמאה א"כ שוב אין לה מקום לתפוס המעות דהא לא ניתן כתובה לגבות מחיים וא"כ אם לא נטמאה והעד אין נאמן עליו וא"כ הרי היא יושבת תחתיו וכמ"ש הרמב"ם וא"כ מה לה שתתפוס מעותיו ואם תודה שנטמאת שוב בודאי העד נאמן ושוב אין מגיע לה כתובה ובשלמא כל שלא שתתה שוב אסורה לבעלה דא"י לשתות שוב שפיר לא הפסיד העד אותו דכל שתפסה א"נ העד וכל שאסורה עליו שוב אינו נאמן העד אבל לאחר ששתתה שוב ממנ"פ היה מועיל העד דאם

תודה מחוייבת להחזיר ואם לא תודה שוב מחוייבת להחזיר להבעל המעות שלקחה ממנו דבחיים אין מחוייב בכתובתה ול"מ לתפוס שלא ברצונו.

ג איברא דעדיין יכול לטעון העד מה הפסדת גם כשאיני מעיד היא מחוייבת להחזיר כל ששתתה ואם אין כאן עד טומאה בודאי מחוייבת להחזיר דהרי היא מותרת לו ומה הפסדתיך. אבל זה אינו דאכתי נ"מ אם היא בעצמה אמרה דנטמאת אף שלא בדקוה המים ולמשנה אחרונה אינה נאמנת דאמרינן עיניה נתנה באחר וא"כ בלא העד כל שאמרה שנטמאת באונס דלא מפסדת כתובתה וא"כ שוב א"י להוציאה דאמרינן דעיניה נתנה באחר ומכל מקום הכתובה א"י להוציא מידה כל שטוענת שנאנסתי והיא אשת כהן ואף שהוא ירצה להאמין לה מכל מקום הכתובה אינה מפסדת אבל כשיבא ע"א שוב הוה כרגלים לדבר ואז היא נאמנת כשטוענת נאנסתי ואסורה עליו אבל ז"א דא"כ יצטרך לתת לה כתובה ולמה צריך לעדותו. אמנם העיקר נראה דהנה כבר נודע מ"ש הרמב"ם בפ"א מנערה בתולה דהנבעלת בשדה הרי זו חזקה שאנוסה היתה עד שיעידו עדים שנבעלה ברצונה ובעיר הרי"ז בחזקת מפותה. ובזה נראה לי דאם יש עידי קינוי וסתירה והיתה בעיר ועד מעיד שנטמאה ברצונה והיא טוענת שאנוסה היתה א"כ בזה ודאי העד נאמן דהרי יש עדי קינוי וסתירה וע"א מעיד שנטמאה ברצונה א"כ שוב החזקה מסייעתו וגם עדי קינוי וסתירה הרי ניכרין הדברים שהיה ברצונה.

ד ובזה נראה לפענ"ד דאף דתפסה נאמן העד לומר שברצונה היה ומחוייבת להחזיר שהרי אתרע חזקתה שהוא קינא לה ונסתרה וא"כ בודאי נאמן העד כנלפענ"ד: ובגוף הקושיא הנה לא מבעיא אם נימא כשיטת הפוסקים דמיניה דידיה מועיל לגביה אף ממטלטלין ולדעתם צריך לומר דמה דאמרו משביע עדי קרקע דלמא דתפסה היינו דוקא בעד מיתה כמ"ש בא"מ סי' ק' א"כ ל"ק כלל וגם לפמ"ש בשטה מקובצת כתובות ריש פרק שני דמאי דאמרו דלמא דתפסה היינו כל שיכולה לתפוס שוב אף שלא תפסה שייך לומר דגם מטלטלין משועבדים לכתובה וגם זה הובא בא"מ שם א"כ לק"מ.

ה מיהו לפענ"ד נראה דיש לומר דמיירי בתפסה מטלטלי שאינו שוה כדי כל הכתובה רק מקצת הכתובה וכיון שיש לדון על המטלטלין ועל הקרקע שוב לא שייך לומר דהוה משביע עדי קרקע דגם המטלטלין שתפסה בכלל הדין ושפיר משביעין גם על הקרקע והוה כמו לענין כפירת ש"ק. דכל שיש מטלטלין ג"כ לא מקרי ש"ק לבד וה"ה בזה וצ"ע בזה כיון דעל מה שתפסה מטלטלין לא יועיל העדות של העד שוב לא נשאר רק קרקע לבד וצ"ע בזה: והנה בהא דאמרו דלמא דתפסה מטלטלין הוה קשיא לי דהיאך שייך

תפיסה בכתובה הא כתובה לא נתנה לגבות מחיים ומצאתי בא"מ שם שהקשה כן על שיטת ר"ת בתוס' כתובות דף פ"ז ד"ה והוא שתפסה מחיים ע"ש.

ו אך לפענ"ד נראה דבאמת סברת ר"ת היא נכונה דכל שלא תוכל לקנות ותפיסה שאין בה קנין לא מקרי תפיסה כמ"ש הריב"ש סי' תר"ז דצריך שיהי' תפיסה גמורה שיהי' ע"י קנין והרי קנין צריך להיות מדעת המקנה וכאן שלא הגיע זמן הכתובה והיאך אפשר שיהיה מועיל תפיסה מחיים והו"ל תפיסה שלא ברשות דלא מועיל. אמנם נראה לפי מה שחידש הקצה"ח סי' ר"ב דתפיסה בחד צד עדיף מקנין והיינו דעכ"פ מוחזק מקרי ע"ש ולפ"ז ניהו דלא הוה קנין אבל מכל מקום מוחזק מקרי ומ"ש ר"ת דלא מהני תפיסה בכתובה היינו משום דשם מה מועיל מה שהיא מוחזקת והא הבעל מקרי מוחזק טפי דהא הם שלו ואין לה שום ענין קנין ושעבוד מחיים וא"כ מה מועיל חזקתה נגד חזקת הבעל שיש לו חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא אבל שם דמיירי שהעידו לאשה שמת בעלה והעידו לאשה ולא העידו לב"ד וא"כ שפיר מקרי מוחזקת דהא אנן אמרינן דהאשה נאמנת לומר שמת הבעל והעד שמעיד שמת בעלה אין יורדין לנחלה על פיו וא"כ שוב היורשין עדן אין מוחזקין ושוב מועיל חזקת האשה שהיא מוחזקת ע"י תפיסה דהא לגבי היורשים עדיין אינן מוחזקין וז"ב. ובזה יש ליישב קושיא הנ"ל דגבי סוטה אף דתפסה מחיים כיון דבחיים לא מועיל תפיסה א"כ אם היה העד מעיד שנטמאה שפיר מאמינין לעד דכיון דבעת שהעיד שנטמאה הרי לא הי' נ"מ לכתובה דבחיים לא מועיל תפיסה ועדן לא הגיע זמן הכתובה ועיקר נאמנותו של עד שלא תשתה והרי הורנו הרמב"ם פט"ז מסנהדרין דאיסור בע"א הוחזק והיינו כל דעד לא בא לענין ממון ולא לנפשות רק לאיסור גרידא נאמן וה"ה כאן הרי העד לא בא לענין ממון דהא לא הגיע זמן כתובה לגבות עדיין ול"מ תפיסתה רק שהיא מוחזקת א"כ העד נאמן שנטמאה דאינה שותית ואח"כ כשרוצה הבעל לגרשה או שמת אין מגיע לה הכתובה דהא כבר האמננו לעד שנטמאה ומ"מ משביע עדי קרקע לא הוה דהא תפסה ועכ"פ מוחזקת מקריא וא"כ שפיר מפסיד העד לבעל דאם היה מעיד היה נאמן העד וממילא לא הגיע לה כתובה אח"כ וז"ב כשמש וזה עדיף מדבר הגורם לממון דכאן בודאי יהיה בא לממון כל שנאמין כעת להעד ודו"ק: ובדברי הרשב"א הנ"ל התמוהין הי' נראה לי דלכאורה מה דתלי לה הרשב"א בדבר הגורם לממון דהיינו ע"א לכאורה לא דמי דבשלמא עד כשר רק דהוא ע"א יש לומר דהוה דבר הגורם לממון דמסתמא לא ישבע שהרי העד נאמן כל שלא נשבע אבל עד פסול אינו גורם לממון דהוא פסול ואינו נאמן. אמנם אחר העיון יש לומר דאדרבא זה נאמן יותר דבאמת ע"א לא האמינה תורה לממון ולענין ממון מחזיקין אותו למשקר

ואפ"ה ס"ל דהוה דבר הגורם לממון מכ"ש ביש שנים ואחד פסול רק מדרבנן א"כ מה"ת יש שני עדים הנאמנים לממון וניהו דמדרבנן פסול מכל מקום שייך לומר דהוה דבר הגורם לממון דשמא יתבייש וא"כ זה עדיף מע"א וצ"ל דס"ל בע"א דמקרי דבר הגורם לממון מכ"ש בזה ובזה מיושב כל הקושיות ודו"ק:

ז והנה בהא דאמרו הכל מודים בעד מיתה שהיא חייב דלא אמר לה לדידה ולא אמר לב"ד הקשו האחרונים דהא שייך מי יימר שמשתבעת דהא צריכה לשבע על הכתובה. ולכאורה אמרתי דיש לומר דמיירי שהאמינה שלא תשבע. אך זה אינו דהא לענין יורשים ל"מ נאמנות שלו כדאמר אבא שאול וכמבואר באהע"ז סי' צ"ח ולפ"ז אם נימא דאין היורשין יורדין לנחלה שוב כל שהאמין לה ולענין היורשים ל"ש כאן דהא אינם יורשים עדיין שוב משכחת לה דלא תצטרך לשבע. אך זה אינו דהא באמת ב"ש חולקין אם נאמן לנשואין מכ"ש לממון כדאמרו ביבמות דף קי"ז. אמנם נראה דיש לומר דמיירי שהעיד העד שנטבע במים שאל"ס ומבואר בסי' י"ז סל"ה דנאמן נגד הכתובה אף דאסורה להנשא ואף דהח"מ והב"ש חולקין בזה דבע"א ודאי אינה גובה כתובתה נראה לפענ"ד כיון דאמרינן זאת אומרת משביע עדי קרקע חייב ומשני דלמא בדתפסה ולפ"ז הרי כתב הש"ך ביו"ד סי' קי"ט דלא גזרו איסור כדי להוציא ממון ולפ"ז כאן דתפסה ומה"ת מים שאל"ס ודאי נטבע רק דרבנן החמירו אבל כל שתפסה ודאי הי' נאמן ע"א ולא שייך מי יימר דמשתבעת דהא מיירי שהאמינה וא"ל דל"מ לגבי היורשים דזה אינו דלגבי היורשים עדיין אסורה וחיישינן שמא לא מת והם אינם יורדים לנחלה כמ"ש הרמב"ם וא"כ שוב לא שייך מי יימר דמשתבעת דא"צ לשבע ודו"ק ויתכן יותר לפמ"ש הר"ן ברי"ף פרק אלמנה ניזונית דמיירי שהבעל בעצמו התפיס לה מטלטלין ובכה"ג ודאי א"צ לשבע אף נגד היורשים דע"כ לא אמר אבא שאול רק מה אעשה שאמרו חכמים הבא להוציא מן היתומים וכאן אינה באה להוציא שהרי הבעל התפיס לה מטלטלין והם רוצים להוציא ממנה וגם בתפסה מעצמה יש לומר דכל שתפסה ואינה באה להוציא גם אבא שאול מודה דנאמנת כל שהאמין לה הבעל וז"ב כשמש ודו"ק:

ח והנה בעש"ק ויקרא תר"ל הגיע לידי ספר זית רענן ח"ש מהגאון המנוח מוה' משה יהודה ליב אבד"ק קיטנא ואח"כ אוה למושב לו בירושלים תוב"ב ושלח לי בנו הרב המאוה"ג וכו' מוה' אברהם בנימין אבד"ק וויערשיב במדינת פולין וראיתי בדף פ' שם הביא קושיא בשם הרב הגאון מוה' אלעזר לנדא אבד"ק בראד ששמע בשם הגאון מוה' זרח איידליץ מפראג בהא דאמר אביי הכל מודים בנסכא דר"א וע"ז הקשה דאמאי יתחייב דהרי אביי בעצמו אמר הטעם דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד

אשבועתא משום שמא יש לו ספק מלוה ישינה וכתב הנימוק"י בב"מ שם דלאביי כל שהלה מחל כל ספק מלוה ישינה שוב לא שייך לאשתבועי א"כ הא הו"ל מי יימר דמשתבע והא יוכל למחול כל ספק מלוה ישינה ולא יצטרך לשבע כלל ע"ש ואמרתי בזה דהנה כל הטעם של הנימוק"י הוא משום דלא יוכל לשבע דשייך מגו דחשוד אממונא ולפ"ז זה שייך כשבא להוציא ממנו מלוה וכדומה דאם הוא חשוד אממונא חשוד אשבועתא ושוב ל"ש לחייבו שבועה אבל בנסכא דר"א הרי כיון שהודה שחטף רק שטוען דדידי' חטף וע"ז יש חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו א"כ הו"ל כגזלן וא"כ אף שלא נוכל להשביעו מ"מ מוכרח להשיב הנסכא לבעליו ואטו בשביל שהוא חשוד יוכל להחזיק בדבר שחזקה שאינו שלו והכי בשביל שלא נוכל להשביע אותו יהי' שלו זה לא אמרינן וזהו דאמר ר' אבא היכי לדייני דייני להאי דינא והיינו בכה"ג שאף דימחול לו כל ספק מלוה ישינה אי אפשר לדונו וזהו דאמר לשתבע והא אמר דמחטף חטפה וכיון דאמר דחטפה הו"ל כגזלן וזהו באמת אך למותר והרי סגי במה דאמר לשתבע והא אמר דמחטף חטפה וא"כ היאך יכול לשבע אבל מה דהוסיף דהו"ל כגזלן אינו מובן והרשב"ם נדחק דהו"ל כמו גזלן ועיין חידושי רמב"ן ולפמ"ש אתי שפיר דק"ל הא לא אפשר לאשבועי דהא מחל כל ספק מלוה ישינה וע"ז אמר כיון דאמר מחטף חטפה ואין לו מגו דהא חטף דהא איכא עד וצריך לשבע כנגדו כמ"ש הריב"ש וא"כ אף דלא מצי לשבע דמחל כל הספק מלוה ישינה אבל הרי הוא כגזלן דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו והעד מעיד שחטף וא"כ אף דלא יכול לשבע מכל מקום מחוייב להחזיר דהא הנסכא אינו שלו ושוב חייב להחזיר וא"כ הו"ל שפיר כפירת ממון וחייב עד אחד דלא בא להעיד וק"ל. ובזה מיושב דבלא"ה לא שייך שבועה דהא כל דהו"ל כגזלן וגזלן ודאי לא תלינן בספק מלוה ישינה כמ"ש התוס' בב"מ דף וא"ו ולפמ"ש אתי שפיר דאדרבא כל דהו"ל כגזלן שוב חייב להחזיר הנסכא וכמ"ש אברא דלהנימוק"י קשה למה לא יהיה נאמן נגד העד במגו דאי בעי מחיל וכל ע"א לא יוכל לחייב שבועה דהא יש לו מגו דאי בעי מחל אבל זה אינו דאין רצונו להיות חשוד אצל העולם ורוצה לשבע נגד העד והתורה האמינו אבל בנסכא דר"א היה שייך מיגו דלא יתחייב לשלם. אך כיון דהו"ל כגזלן שוב אינו נאמן וצריך להחזיר ודו"ק ולפמ"ש המרדכי בשם הראב"ן דכל שיש עד כשר אף הבע"ד בעצמו נחשב כעד והו"ל שני עדים א"כ גם כאן העד שמעיד שחטף והוא בעצמו הודה שוב הו"ל כגזלן ברור וחייב להחזיר וז"ב.

ט עוד נראה לי דבאמת צריך ביאור היאך מועיל מחילה והא הלה לא יתרצה במחילתו שיפטור עי"ז. אך באמת מחילה מועיל אף בע"כ של התובע כמ"ש בזית רענן שם וכן

הוא במחנה אפרים הלכות זכייה והפקר סי' י"א דמועיל אף בע"כ וא"צ שום הקנאה ע"ש ואני כתבתי בתשובה ראי' לזה מר"ה דחכמים אמרו להבייתוס שהעיד דהממון הוא שלו וקשה ניהו דהפקר ב"ד הפקר אבל אינו עושה קנין וכמ"ש הג"פ ומק"ח סי' תמ"ח וא"כ שוב במה יזכה זה בהמעות וע"כ דהמחילה א"צ קנין וכל שהב"ד מחלו לו נקנה לזה אף בע"כ של הנותן ודו"ק. ולפ"ז נראה לי ברור דזה דוקא בסתם שמחל לו כל ספק מלוה ישינה אבל בכה"ג דנסכא דר"א דהי' מחו"ש ואיל"מ רק דזה יפטר עצמו כדי שלא יצטרך לשבע ויפטור ממון בזה לא מועיל מחילה והלה לא ירצה לקבל מחילתו שעי"ז יפטר מממון וכל הטעם דמחילה מועיל משום דזה סלק עצמו וזה שייך במתנה שנותן לחבירו אבל בכה"ג שזה רוצה לפטור עצמו עי"ז ודאי דל"מ מחילתו בע"כ של זה וז"ב כשמש. ובזה מיושב הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע והא יש לו מגו דכופר הכל והקשה הפ"י דלמא אין לו ספק מלוה ישינה רק על חמשים וא"כ לכך אינו רוצה לכפור רק חמשים ואין לו מגו ולפמ"ש אתי שפיר דבכה"ג שוב יש לו מגו דאי בעי היה מוחל לו כל ספק מלוה ישינה ולא יצטרך לשבע וא"ל דהלה לא ירצה לקבל דזה אינו דכל הטעם הוא משום דאינו מועיל מחילתו כל שרוצה לפטור עצמו עי"ז ולפ"ז כאן ממנ"פ נאמן אם באמת רוצה לשקר הרי יש לו מגו דאי בעי כופר הכל והי' מפטר וא"ל דאינו רוצה לשקר רק שיש לו ספק מ"י על החצי א"כ שוב יש לו מיגו דאי בעי מחל וממנ"פ מפטר ושפיר הקשה רבה ודו"ק היטב:

• ודרך אגב אזכיר במ"ש התומים דמכאן מוכח דספק פרעון קודם הלואה ג"כ חייב דאל"כ היאך שייך ספק מלוה ישינה הא הו"ל א"י אם נתחייבתי וע"כ דספק פרעון קודם להלואה הו"ל א"י אם פרעתיך ובאמת לפענ"ד תמוה דבאמת צריך ביאור דספק פרעון קודם להלואה לא שייך א"י אם פרעתיך דכל הטעם דא"י אם פרעתיך הוא משום חזקת חיוב וכאן כל דספק פרעון שוב לא שייך חזקת חיוב דהא הספק אם פרע מרעא לחזקת חיוב שלא התחיל החיוב כלל וצ"ל דמ"מ כיון שנתחייב כעת בודאי אין ספק פרעון מוציא מידי ודאי חיוב ושוב חייב ובזה מיושב גוף א"י אם פרעתיך דמחייבין משום חזקת חיוב והא ע"י חזקה אין מוציאין ממון ואף בתר רוב לא אזלינן ומכ"ש חזקה אך הטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי חיוב וכיון שנתחייב בודאי מחויב לשלם ואף שיש לו ספק פרעון אינו מוציא מידי ודאי. אך עדיין יש לפקפק דע"כ לא אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי רק כשספק פרעון נתחדש אחר שהלוה אבל כל שספק פרעון קודם להלואה א"כ שוב לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי דהא לא התחיל הודאי כלל וחזקת

חיוב לא שייך דהא הו"ל ספק שמא לא התחיל החיוב וא"כ יש לומר דבכה"ג שוב פטור משום דלא הו"ל ודאי ברור:

יא ובזה מיושב קושית התומים דא"כ גם כאן הו"ל ספק פרעון קודם להלואה ולפמ"ש זה אינו דע"כ לא אמרינן דספק פרעון קודם להלואה לא הוה כא"י אם פרעתיך היינו לענין לחייבו ממון א"י לחייבו דלהוציא ממון אף חזקה לא מועיל מכ"ש כאן דהספק קודם ולא הוה אף החזקה כלל אבל לחייבו שבועה כל שיש ספק מחוייב לשבע עכ"פ דלשבוע' לא שייך חזקת ממון וכדומה ושפיר חייב ודו"ק ובמ"ב נראה דאף בלא הו"ל למידע נמי חייב א"י אם פרעתיך דמ"מ אין ספק מוציא מידי ודאי ודו"ק היטב:

סימן ב

למדתי ב"ב והגעתי לדף מ"ג בהא דפריך ולסלקי בי תרי ולדייני והקשו בתוס' הא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ומה מועיל סילוק ובשיטה מקובצת הביא בשם הראב"ד דכל לגבי נפשיה לא הוה בגדר עד וא"כ כל שמסלק עצמו שוב הו"ל תחלתו בכשרות וע"ז הביא בשטמ"ק שם בשם הרשב"א שהקשה ע"ז מהא דאמרו בסנהדרין דף י' אדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן וא"כ שוב הוה בגדר עד והו"ל תחלתו בפסלות ותמהני דהרי הר"ן בחידושיו לסנהדרין שם הביא שיטת הראב"ד באורך דכל לגבי עצמו לא מקרי בגדר עד והוה בעושי דבר ולא במקיימי דבר ומה דאמרו אדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן היינו דוקא שם שהוא מעיד על שורו וצריך כ"ג והוא ענין בפ"ע וע"ז מקרי עד אבל מעיד על ממונו ונכסיו שהם שלו לא מקרי עד רק בגדר בע"ד ע"ש וא"כ לק"מ משם יע"ש ובדבר הזה נדחה דברי הנוב"י סי' כ"ז שהקשה דמלוה ולוה יצילו ע"ש וזה אינו דזה הוה מעיד על עצמו ואינו בגדר עד ודו"ק. ומה שהקשה בשיטה מקובצת הנ"ל דלראב"ד למה ליה לסלוקי כלל ולא נימא פלגינן דיבורא כמו בפלוני רבעני דמעיד על אחר ולא על עצמו א"כ נקבל עדות על אחר ולא לעצמו ע"ש וגם זה ל"ק כמ"ש הריטב"א בחידושיו למכות דף ז' גבי אלעא וטובי' וביאר שם דע"כ אמרינן פלגינין דיבורא רק במקום שצריך להוסיף על עדותו ועל אחרים א"צ לעדות זה כמו פלו' רבעני שלא היו צריכין רק להעיד על הרובע וכדומה אבל מה שאינו מוסיף על עדותו לא שייך פלגינן דיבורא וה"ה כאן שמעידים שהס"ת גזל זה והס"ת נוגע לו ולאחרים בזה לא שייך פלגינן דיבורא. ולפענ"ד להוסיף דשם שני עדות הן ויוכל להיות שרבע ולא לו וא"כ עדות חלוקות הן אבל כאן הם מעידים שזה הס"ת היא של בני העיר וא"א לחלק העדות ל"ש פ"ד וז"ב: ומה שהקשה הרשב"א דאכתי לא מועיל סילוקם הא מ"מ יש להם קרובים וכבר נפסלה עדותם ואטו מיירי בגרים שאין להם שום קורבה והיאך מועיל סילוקם הא לגבי קרובים נפסלו ועדות

שבטלה מקצתו בטלה כולה וזהו קושיא חמורה ולפענ"ד נראה עפ"י מה דנחלקו הע"ש והסמ"ע אי נוגע פסול קורבה הוה או חיישינן דמשקר ע"ש בסימן ל"ז ולפ"ז כיון דנוגע אינו רק משום דחיישינן דמשקר נראה לפענ"ד דדוקא אם מעידין על הקרוב בלבד חיישינן שמא משקר בשביל טובת קרובו אבל כאן מעיד על הס"ת שהן של בני עיר ויש בבני העיר קרובים ורחוקים א"כ כיון דאין אדם חוטא ולא לו וכל שנסתלק ואין לו טובה ניהו דהרחוקים מגיע להם ג"כ טובה ל"ח דבשביל טובת קרובים יעיד בשקר ויגיע לרחוקים ג"כ טובה זה לא אמרינן ואדרבא מתוך שנאמנים על הרחוקים גם על הקרובים נאמנים ודוקא אם יגיע לו טובה זה הוה נגיעה גמורה בזה פסול אף שמעיד גם על הרחוקים בזה אדם קרוב אצל עצמו והיה נוגע גמור אז חיישינן שמא משקרי לגבי אחרים ג"כ אבל כל שאינו נוגע לעצמו רק נגיעתו בשביל שמגיע טובה לקרובים בזה כל שמעיד בכללות קרובים ורחוקים לא חיישינן שישקר בשביל קרובים והרי לגבי רחוקים נאמן ועיין כעין זה בקצה"ח סי' ל"ז שמחלק בין מעיד לעצמו בזה אף בדרך רחוקה ונפלאה ג"כ מקרי נגיעה אבל מה שמעיד לאחרים רק שיוכל להגיע טובה גם לו זה מקרי נגיעה דרבנן ע"ש וכעין זה אני אומר כאן דכל שמעיד לו אז אינו נאמן אף שמעיד לגבי אחרים רחוקים אבל אם זה נסתלק והוא מעיד בכללות קרובים ורחוקים בזה אי אפשר לומר שמתוך שאינו נאמן לגבי קרובים לא יהיה נאמן לגבי רחוקים זה ודאי לא אמרינן ואדרבא מתוך שנאמן לגבי רחוקים נאמן גם על הקרובים ולא חיישינן למשקר בשביל זה כנ"ל אבל לא מצאתי שום סמך בזה. והנה הרמב"ן כתב דלא שייך תחלתו בפסלות בזה דהרי לאחרים הי' כשר מתחלתו וכל שנסתלק לזה שוב כשר לגבי אחרים דהרי לגבי אחרים היה כשר מתחלתו וע"ז כתב הרשב"א דנוח לו דברי הרמב"ן ואני תמה דגם ע"ז קשה קושית הרשב"א דמכל מקום נפסל לגבי קרובים והוה תחלתו בפסלות והרשב"א הקשה מהירושלמי כתב מתנה לשני בני אדם והעדים קרובים לזה ורחוקים לזה ור' יוחנן אמר דפסולין ואמאי לסתלקו לגבי קרוב ויעידו על הרחוק ונדחק מאוד דאה"נ דאם נסתלקו כשרין לגבי רחוק ומה דמדמי לנמצא אחד מהם קרוב או פסול זה רק דמוין בלבד ע"ש וזה דחוק אבל באמת לפמ"ש הריטב"א במכות שם גבי אלעי וטובי' דכל שחתמו על שטר אחד א"כ לא מועיל סילוק דאכתי השטר נכתב בפסול ובטל השטר ע"ש וא"כ הוה תחלתו בפסול ומה מועיל סילוק ואף דהוה עדים בע"פ לגבי הרחוק אפשר דכל שהעידו בשטר אחד נפסלו ואפשר דבאמת כשרין לגבי הרחוק ויהי' מלוה ע"פ בעדים ועיין חו"מ סי' נ"א אבל מה שהקשיתי על הרמב"ן קשה וע"כ צ"ל כמ"ש דכל שמעידין על הקרובים והרחוקים ביחד ל"ח לגבי נוגע ודוקא כשנוגע לעצמו

הוא דפסול אף לרחוקים ע"ש ודו"ק. שוב ראיתי דברי הרמב"ם פי"ב מעדות דכתב דאם העיד על פלוני שרבע שורי הואיל ומעיד על האחר ונאמן על האחר נאמן גם על שורו מתוך שנאמן על הרחוק נאמן גם על הקרוב אבל במעיד על עצמו דהוא קרוב מאד על עצמו אינו נאמן גם על הרחוק ע"ש ובשיטה מקובצת כתובות דף ח"י גבי אנוסים היינו ע"ש שביאר זאת ומזה ראיה לדברי שכתבתי דלגבי קרובים מתוך שנאמן לגבי אחרים הרחוקים נאמן גם על הקרובים אבל כל שמעיד על עצמו היינו בלא סילוק שוב אינו נאמן גם על הרחוק ות"ל מצאתי רבים וגדולים שהלכו בסברא זו ואף לשיטת הראב"ד פי"ב שם שחולק על הרמב"ם ופירש דמתוך שאינו נאמן על השורו שהוא קרובו אינו נאמן על האחר ג"כ ולא קטלינן גם האחר ע"ש היינו שם דמעיד על השור ועל האחר אבל באם אינו מעיד כלל על עצמו רק לגבי אחרים ואינו רק משום נוגע בזה ברור דמתוך שנאמן לגבי אחרים הרחוקים נאמן גם על הקרובים וכל שנסתלק לגבי עצמו שוב נאמן גם על הקרובים בכללות דמעיד גם לאחרים וז"ב כשמש ות"ל אנהרינון לעייניו. שוב ראיתי בש"ע סי' נ"א ס"ז דמבואר דכל שנסתלק מועיל והש"ך תמה על זה דמנ"ל זאת ומ"ש בשם הרשב"א לא נמצא. והנה בשטמ"ק מבואר הדבר בשם הרשב"א דבנסתלק מועיל וגם מצאתי שם סברא שכתבתי דבשטר לא מועיל סילוק והרשב"א עצמו כתב כן ובאמת שא"כ לא מקשה הרשב"א על הרמב"ן מהך ירושלמי ול"ק כמ"ש ודו"ק היטב ובלא"ה נראה בטעמו שלא מועיל סילוק בשטר דשטר הוה כנחקרה עדותן בב"ד וא"כ נסתלק בעת שחתמו השטר ולדעת הרמב"ן אף במעיד על עצמו הוה כעדות דלא כראב"ד וא"כ כבר נפסל ודו"ק:

סימן ג

א ראיתי בספר דברי אמת קונטרס חמישי הביא הא דכתב הר"ן ר"פ כל הנשבעין קושית הרשב"א שבועת העדות מאן מוכח דעבר עליו במזיד אפילו איכא עדים קרובים למלוה או ללוה דמתרו בי' דלמא אשתלי ולאו מזיד הוא וע"ז כתב הר"ן דכל שהיו עדות קרוב כ"כ דלא מצי לומר דשכחו לא תלינן בשכחה וזה דאמרו בכתובות דף ל"ג נתרו בהו אימת אי מעיקרא אמרי אשתליין היינו כל שיש לתלות בו שכחה קרינן ביה מעיקרא ע"ש וע"ז האריך בדברי אמת שם לתמוה מהא דאמרו בסנהדרין דף מ"ד ע"ב המית בתכ"ד ופירש"י דאל"ה מצי לומר אשתליין וכ"כ התוס' דף ל"ז הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו ופירשו בתוס' שם דבשבועת עדות לא משכחת לה דאי אפשר לדעת אם הם מזידים דיכולין לומר שכחנו ע"ש שהאריך ולפענ"ד נראה ליישב דברי הר"ן עפמ"ש האחרונים לענין הבחנה שהקשו בתוס' ניחוש שמא לא נקלט עד יום ג' וע"ז הקשו

האחרונים דהא עפ"י רוב נקלט תיכף וכתבו כיון דבעי הבחנה בעינן בירור גמור ואף רוב ל"מ יעו"ש וה"ה כאן כיון דבהתראה בעינן דבר ברור שלא ניתן התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד א"כ כל שיכולים לומר שכחנו עכ"פ דבר ברור לא הוה דשמא שכחו וניהו דאין לנו לתלות דשכח דעפ"י רוב אין אדם שוכח בזמן מועט אבל עכ"פ בירור אינו וא"כ שפיר כתב הר"ן דחשוד על שבועת עדות הוה דעפ"י רוב לא תלינן בשכחה ונעשה חשוד אבל התראה לא הוה דיכול לומר אשתלי וז"ב איברא דלפ"ז צריך ביאור מה דנדחק הר"ן בהא דאמרו בכתובות דף ל"ג נתרי בהו מעיקרא אמרו אשתליין דהיינו כל שיש לתלות בו שכחה קרי ליה מעיקרא ולא פירש כפשוטו דלענין התראה יכולין לומר שכחנו אפילו בזמן מועט דעכ"פ התראה לא הוה ולפענ"ד דלשיטת הר"ן יש לפרש דשם קאי על הא דאמר ר"א דעדים זוממין ממונא משלם מלקי לא לקי משום דלאו בני התראה נינהו ופירש"י דא"א עונש הגוף בלי התראה ואף דב"ג וב"ח מלקין בלי התראה התם גזירת הכתוב דענשינן בלי התראה דאי אפשר לקיים בהו כאשר זמם אבל כל דאפשר לקיים הזמה לא שייך בהו מלקות. ולפ"ז רואה אני הדברים ק"ו השתא בב"ג וב"ח מלקין אף בלי התראה משום דא"א מכ"ש גבי התראה דיכולין לקיים בהו התראה אף דאינו התראה גמורה דיכולין לומר אשתליין אף דעפ"י הרוב לא שכחו רק שאינו הבחנה גמורה אבל ל"ש לומר דלאו בני התראה נינהו ולכך לא מלקי דזה אינו דעכ"פ התראה משכחת להו אף שאינו בירור גמור סגי בהתראה עפ"י רוב ולכך הוכרח הר"ן לפרש דקאי כל שיכולין לתלות ששכחו דהיינו שאינו זמן קרוב ודו"ק. ובזה מיושב מה שהקשה מדברי הר"ן בריש"ף במסכתא מכות גבי נזיר שהיה שותה אף דבאמת בלא"ה ז"א מהר"ן רק נמוק"י כנודע וגם מה שהקשה מדברי הרמב"ן בספר המצות בשורש ט' שכתב גם כן דיכולין לומר אשתליין שוב אינו התראה והבחנה בבירור ובזה מיושב דברי הרשב"א בתשובה שכתב דאין אדם נאמן לומר שכחתי דא"כ גם שבועת עדות יוכל לטעון שכחתי ומביא ראיה מהא דאמרו נתרי בהו אימת נתרי בהו מעיקרא אמרי אשתליין והוא תמוה דמביא ראיה לסתור דשם מצו לומר שכחנו ולפמ"ש א"ש דדוקא בהתראה מצו לומר אשתליין אבל האדם בעצמו אינו נאמן לומר אשתלי וכמ"ש שוב ראיתי בקצה"ח סי' כ"ח ס"ק ח' שכתב כעין זה בכוונת הרשב"א אבל לא ביאר הדברים בטעמם ועכ"פ מיושב כל הקושיות של הגאון:

ב עוד יש לי לומר עפ"י מ"ש הפ"י בכתובות דף כ"ב ובק"א שם דטעם דהתראת ספק לא שמיה התראה דיכול לטעון ברי נגד עדים וא"כ לא התיר עצמו למיתה ולפ"ז יש לומר דמכ"ש דיכלו לומר אשתלי אף שהרוב בני אדם אינם שוכחים בזמן קרוב אבל כל שעבר

על השבועה בפנינו או שהודה שנשבע לשקר לתלות בשכחה זה לא אמרינן וכעין זה כתבו התוס' בב"מ דף וא"ו לענין ספק מלוה ישינה דכל דחזינן דעבר לא נתלה בספק מלוה ישינה ע"ש ודו"ק. והנה במ"ש הר"ן דאפילו התרו בו קרובי מלוה או לוה מכל מקום יש להם טענה דשכחנו הנה מ"ש קרובים כוונתם דאל"כ הא יש עדים אחרים וכל הכופר בממון שיש עליו עדים פטור וכעין זה הקשה הרש"ל בשבועות דף ל"ז בתוס' ד"ה הזיד ובמהרש"א כתב דעפ"י קרובים לא ילקו אותו ע"ש ובאמת לפענ"ד הי' נראה ג"כ דכל שהעדים הם קרובים יכולין העדים לומר דלפי מה שידענו שהם פסולין לעדות ע"כ קבלנו התראה ומשחק היינו כעין מ"ש הפ"י בסוגיא דבת אחותו אבל מה נעשה שהרשב"א והר"ן לא כתבו כן וצ"ע דהמהרש"ל ורש"א לא זכרו דברי הר"ן אלו בשם הרשב"א וגם הוא הסכים לזה והנה מ"ש הר"ן דאף שאמרו מזידין היינו לא שייך אין אדם משים עצמו רשע כיון שלגבי ממון נאמנים דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי והדברים תמוהים כמ"ש בדברי אמת דהא אין אדם נפסל עפ"י עצמו והאריך בזה ולפענ"ד נראה דהדבר תלוי במה שהאריכו בטעם הדבר דהודאת בע"ד כמאה עדים ולשיטת המהריב"ל דהוא מטעם מתנה א"כ אינו ענין לפסול עפ"ז אבל לפי מה שחידש הקצה"ח דהתורה האמינו לגבי עצמו עד פסול וא"כ שוב כל שלענין ממון אתה מאמינו שא"י לשבע מפני שהוא חשוד והתורה האמינו לגבי עצמו שהוא פסול לשבע שוב ע"כ הדבר אמת שנשבע לשקר ושוב ממילא נפסל וע"כ לא אמרו דאין אדם נפסל עפ"י עצמו רק בדבר דלא פתיך ביה ממון ולא שייך הודאת בע"ד אבל כל דפתיך ביה ממון דלזה האמינוהו התורה ממילא נפסל עפ"י עצמו ודו"ק כי נכון הוא:

סימן ד

א בענין גט ישן:

ב ראיתי בב"ש סי' קמ"ח ס"ק ד' שכתב ולירושלמי שהביאו התוס' והר"ן פ' הזורק מבואר אם גרשה מחמת ערות דבר לא חיישינן שמא בא עליה דמאיסה היא בעיניי ובזה יש לתרץ קושית התוס' דף פ"א דס"ל לב"ש המגרש את אשתו ולן עמה בפונדקי ל"ח לקידושין משום דס"ל לב"ש אדם עושה בעילתו ב"ז וביבמות ס"ל לב"ש דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולפמ"ש יש לישב דב"ש לטעמי' דס"ל אין אדם מגרש את אשתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר מש"ה ס"ל ע"כ עשה בב"ז עכ"ל. והוא תמוה דהא בירושלמי מבואר ב"ש כדעתיהון דאמרו לא יגרש אלא א"כ מצא בה ערות דבר מזוהמת היא ואינו חשוד עלי' ומשמע דוקא בלא ראינו שנבעלה אבל כשראינו שנבעלה לא והרי לפמ"ש הב"ש דקאי בס"ד של הש"ס דמיירי בראינו שנבעלה אפ"ה אמרינן דע"כ עשה

ב"ז ע"ש. ולפענ"ד נראה דבאמת צריך להבין מה זה שכתב הב"ש דעשה ב"ז. והנראה בזה עפמ"ש הרדב"ז הובא במלמ"ל פ"י מגירושין דאם פרסה נדה ונתייחד עמה כיון דחשוד על איסור נדה חשוד ועשה בב"ז ע"ש. ומעתה נלפענ"ד דזה כוונת הב"ש דלב"ש דס"ל דלא יגרש אלא א"כ מצא בה ערות דבר וא"כ כשנתייחד עמה וראינו שנבעלה א"כ חשוד לעבור על ביאת סוטה דמחזיר סוטתו עובר בלאו וא"כ חשוד דעשה ב"ז ג"כ ולפ"ז דברי הירושלמי והב"ש א"ש דכל שלא ראינו שנבעלה אמרינן דמזוהמת בעיניו ולא בעלה אבל כל שנבעלה ודאי עשה ב"ז ובלא ראינו שנבעלה אמרינן דע"כ עבר וגרשה אף שלא מצא בה ערות דבר דאם גרשה משום ערות דבר שוב היתה מזוהמת בעיניו ולכך א"צ גט שני אבל כשראינו שנבעלה שוב ע"כ עשה ב"ז דהא חשוד לעבור על מחזיר סוטתו. שוב ראיתי בחידושי הרשב"א דף פ"א שהקשה קושית התוס' וכתב דב"ש ס"ל דלא יגרש אלא א"כ מצא בה ערות דבר והיא מזוהמת בעיניו והשתא ב"ז הוא דקעביד והוא תימה שלא הביא דברי הירושלמי דאינו חשוד עליו והיינו כשלא ראינו שנבעלה אבל שם להס"ד דמיירי בראינו שנבעלה וא"כ כל שמזוהמת עליו ואפ"ה בעלה ולמה חשוב דעשה ב"ז והא מזוהמת בעיניו ומה נ"מ אם קדש או לא קדש ודברי הב"ש נכונים דע"כ עשה ב"ז דהא חשוד לעבור על מחזיר סוטתו אבל מה ענין דמזוהמת בעיניו ולכך עשה ב"ז דהא מזוהמת בעיניו וא"כ לא הי' לו לבעול אף בדרך זנות וכשאני לעצמי אמרתי בישוב קושית התוס' דלכך אמרינן דעשה ב"ז דהא לב"ש ע"כ גרשה משום ע"ד וא"כ כל שבעל בלי קידושין אינו לוקה ומוטב יותר לומר דלא עשה איסור כ"כ ובעל ב"ז אבל הירושלמי דאמר מזוהמת בעיניו ואפ"ה בעל שוב אי אפשר לומר דמש"ה לא קידש דמזוהמת בעיניו דא"כ מה נ"מ בין קידש או לא קידש וע"כ דברי הרשב"א צע"ג ומהתימה שהב"ש ובית מאיר לא הזכירו מדברי הרשב"א אלו ועיין בתוס' גיטין דף ע"ט במ"ש דברי הירושלמי וכ"כ צריך לפרש בהך דהמגרש ולנה עמו בפונדקי למאן דמוקי בלא ראינו שנבעלה ומשמע מדבריהם דאם ראינו שנבעלה לא שייך זאת דהרי ראינו דלא מזוהמת בעיניו וע"כ דברי הב"ש מוכרחים דאם ראינו שנבעלה אמרינן מדחשוד לעבור על גירושין בערות דבר ע"כ שבא עליה ולא ס"ל הטעם דמזוהמת כלל וז"ב ודו"ק היטב ועיין ב"ש סי' קי"ז ס"ק ח' וגם שם לא הזכיר דברי רשב"א אלו:

ג והנה בהא דמבואר בש"ע כאן דאם גרש ע"י שליח לא תנשא ואם נשאת לא תצא הקשה בישועת יעקב דאם נימא דאין שליח לד"ע אף בדרבנן א"כ כיון דעבר על שגרשה לב"ש דלא יגרש אלא א"כ מצא בה ערות דבר וא"כ אין שליח לד"ע וכוונתו דהמעשה בטל וכמו שחידש הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ה דאם גירש בע"כ ע"י שליח אין

שליח לד"ע ובטל המעשה וכמ"ש התוס' בב"מ דף יו"ד בתירוץ השני. והנה לפענד"נ דבר חדש דבאמת יש להבין מה בכך דהמעשה בטל סוף סוף הרי הגיע לידה הגט יהיה איך שיהיה כל שנתן לה גט אף ע"י פיל מהראוי שתהיה מגורשת ואיך שייך דהמעשה בטל והיינו דשליחות בטל אבל סוף סוף הגיע לידה ומדברי הנוב"י נראה דאשלד"ע גרע מע"י פיל והראה מקום לדברי התוס' מעילה דף כ"א סוף דיבור נתנו ע"ג פיל ועיינתי שם ולא מצאתי דבר ומ"ש לחלק דמעילה תלוי בשינוי רשות היינו דל"צ דעת בעלים ובתוס' יש שם ט"ס וצ"ל דלא בעי דעת בעלים ע"ש ועכ"פ מבואר דאף שאין שליח לד"ע כל שהי' מדעת בעלים לא אכפת לן א"כ גם בזה כל שהגיע הגט לידה לא גרע מקוף ופיל. אך נראה דהוה כטלי גיטך מע"ג קרקע כיון דבטל השליחות שוב לא הגיע לידה מיד בן דעת והוה כאילו נטלה מע"ג קרקע דלא מהני. ובזה יש ליישב כמה קושיות שהקשו הגאון מוהר"י אבד"ק האמבורג והגאון מגלונא ולפ"ז כל דאינו איסור תורה ומדאורייתא הוה שליח א"כ ניהו דרבנן אסרו עכ"פ כטלי גיטך מע"ג קרקע לא הוה וא"כ מה בכך שמדרבנן אשלד"ע אבל אי אפשר לומר דהוה כאילו נטלה מע"ג קרקע דהרי מה"ת הוה שליח ושוב מועיל ולפ"ז בעבד דדעת המכתב דלא פסול טלי גיטך מע"ג קרקע שוב לא שייך אשלד"ע ומיושב קושית הגאון מהמבורג מגיטין דף י"א וכן בקידושין אם נימא דגם טלי קידושיך מע"ג קרקע מועיל ועיין ב"ש סי' למ"ד ס"ק א' בשם מהרש"ך דנסתפק בזה א"כ מיושב גם מה שמקשה מקידושין ע"ש ועיין באהע"ז סי' קמ"א סל"ה ומ"ש בהגהותיו שם ולפמ"ש התשב"ץ ח"ג סי' שכ"ו לחלק בענין טלי גיטך מע"ג קרקע יש להאריך בזה ואינו לפני כעת:

ד והנה הב"מ שם הקשה וכבר קדמו הפ"י דלפי מה שנראה מש"ס דילן סוף המגרש דאם עבר וגירש אף בלי ע"ד מגורשת לב"ש ודוקא לכתחלה הוא דאמרו ב"ש דלא יגרש אלא א"כ מצא בה ע"ד א"כ מה אמר דב"ש לשיטתייהו דמה פסקא הא יוכל להיות דעבר וגרש בלי דבר ערוה ולפענ"ד נראה דהנה באמת צ"ב הא דאמרו המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי והא משעה שגרשה אסורה להיות עמו בשכונה אחת וא"כ איך משכחת דלנה עמו בפונדקי ודוחק לומר דמיירי דעברו ע"ז וצ"ל דלהירושלמי דמזוהמת היא בעיניו ולכך הניחו להיות ללון עמו בפונדקי וגם ב"ה מיירי בכה"ג שגרש בשביל דמצא בה ערות דבר ואף דבירושלמי אמרו דב"ה לשיטתי' דאמרו אפילו הקדיחה תבשילו וקשה א"כ למה לנה עמו בפונדקי וצ"ל דמיירי שאמרו דבשביל ערות דבר גרשה ובאמת לא הי' כן ועכ"פ לב"ש ע"כ מיירי דגרשה משום ערות דבר מדלנה עמו בפונדקי ודו"ק.

ה ולולא דמסתפינא הייתי אומר דהפירוש בירושלמי הוא דלב"ש דלא יגרש אלא א"כ מצא בה ע"ד א"כ ע"כ כשגרשה הוה כאומר אני מגרשך בשביל הזנות א"כ אסורה לחזור לו כמבואר בסי' יו"ד וא"כ אף אח"כ שחזר בו ידע דלא יתנו לו להחזירה משום דגרשה בשביל זנות שוב גם הוא עשה בעילתו ב"ז משא"כ לב"ה ודו"ק היטב א"כ לא משום דמאוסה עליו הוא רק משום דכל שהיא מזוהמת בעיניו אף הוא גמר לגרשה בלב שלם ואף שאח"כ חזר בו מ"מ אסור להחזירה וכמ"ש שוב ראיתי בתשב"ץ ח"ג סי' שכ"ו שכתב דהוה כטלי גיטך מע"ג קרקע ודו"ק: והנה בגוף קושית הישועת יעקב דאין שליח לד"ע אף באיסור דרבנן וכבר כתבתי דהכוונה דהמעשה בטל וכמו שחידש הנו"ב סי' ע"ה וכבר כתבתי בזה. וכעת נראה לי דבר חדש דאף אם נימא דגם בדרבנן אין שליח לדבר עבירה היינו שיתחייב השליח ולא המשלח אבל המעשה לא בטל ואף דבדאורייתא גם המעשה בטל וכמ"ש התוס' בב"מ דף יו"ד אבל בדרבנן לא נתבטל המעשה והטעם נראה לפענ"ד ע"ד מ"ש הרמב"ן בשורש השני לספר המצות דמש"ה ספיקא דרבנן לקולא אף דעובר על לא תסור מכל מקום רבנן מחלו על אזהרתם כדי שלא ישוה לשל תורה לגמרי ע"ש וה"ה כאן אף דאין שליח לדבר עבירה משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ודברי חז"ל ג"כ נקרא דברי הרב כמו ד"ת אבל מכל מקום רצו להבדיל בינותם כדי שלא יהיו דומין ממש לשל תורה וחלקו ביניהם דבד"ת המעשה ג"כ בטל ובדברי חז"ל אינו בטל המעשה רק דהשליח חייב ועיין ברש"י בב"ק דף נ"א שפירש דאין שליח לד"ע ולא נתחייב משלחו והמלמ"ל הביא פ"ב מרוצח ראיה דגם בדרבנן אין שליח לדבר עבירה אבל זה שיתחייב השליח אבל לא דהמעשה יתבטל.

ו בזה אני אומר דבדבר שא"א להמעשה שיתבטל א"כ גם בדאורייתא בדבר כזה לא שייך ביטול המעשה ושוב בדרבנן יהיה שוה לד"ת בזה שוב אמרינן בדרבנן יש שליח לדבר עבירה. ובזה מיושב קושית המשנה למלך שם מהא דאמרו איש דאמר לאשה אקפי לי קטן והרי גם אשה ניהו דאינה בלאו דלא תקיפו אבל איסורא דרבנן איכא כמבואר בנזיר וא"כ שוב אין שליח לדבר עבירה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דאי נימא דאין שליח לדבר עבירה ושם א"א להתבטל להמעשה שהרי כבר עברה והקיפה בזה שוב יש שליח לדבר עבירה בדרבנן איברא דלפ"ז גם בהך דב"ק דשם הבור כבר כרוהו ואי אפשר שיתבטל המעשה שוב מהראוי שיהיה שליח לדבר עבירה. אמנם נראה כיון דבור ברה"ר חידוש הוא דאינו ברשותו של אדם ואפ"ה חייב רחמנא שוב מהראוי שלא יתחייב שולחו דהא אינו ברשותו והוא לא עשה רק במה שצוה לעשות ובזה בודאי שייך אין שליח לדבר עבירה אף שהמעשה אי אפשר שיתבטל דהא באמת חידוש הוא ולכך

אין שליח לדבר עבירה ומעתה כיון דבדרבנן לא נתבטל המעשה ואף בחר"ג דהוה כשל תורה מ"מ מוכרח להיות חילוק ביניהם והמעשה לא נתבטל כנלפענ"ד דבר חדש:

סימן ה

תמול היה אצלי החריף המופלג מוה' שמשון נ"י ברב"ש ושאל אותי על מ"ש רש"י בסוכה דף מ"ב ע"ב גזרה שמא יטלנו וילך אצל בקי ללמוד פירש"י ללמוד נענועם או ברכתם והקשה דא"כ גם אכילת מצה בשבת ג"כ שייך לומר דלמא ילמוד ברכתו ויוצא לרה"ר ולמה ליה לרש"י לפרש לברכתו והוא דקדוק עצום. והשבתי ע"פ מה דאמר ר' יוסי בדף מ"א יו"ט של חג שחל להיות בשבת ושכח והוציא פטור מפני שהוציאו ברשות ואמרו שם לא שנו אלא שלא יצא בו אבל יצא בו חייב ופריך הא מדאגבהה נפיק בי' ומשני כשהפכו וכתבו התוס' דע"כ ס"ל דמצות א"צ כוונה דאל"כ הא מסתם לא נתכוין לצאת בה אלא בהך ע"ש ולפ"ז כאן דגזרו שמא יטלנו ואף דטרוד בדבר מצוה צ"ל דס"ל דכעת לא טרוד עדיין שהרי לא נתכוין לצאת בה שהרי לא ברך ולזה פרש"י שהלך ללמוד הברכה וא"כ לא נתכוין לצאת וא"כ אף שלא הפכו חייב דהרי לא נתכוין לצאת ומצות צריכות כוונה ואף אם נימא דמ"מ הוה טרוד במצוה מ"מ כל שלא נתכוין לצאת דהרי א"י ברכתו לא התחיל עדן הכנתו למצות כנ"ל לפענ"ד ודו"ק היטב: עוד להנ"ל הנה תמול ביום הצום הי' אצלי המופלג הנ"ל ושאל אותי בהא דיליף ע"א נאמן באיסורין מהא דוספרה לה לעצמה ומאי ראיה דשאני התם דהיא נאמנת שגם היא באיסור וחמור עלה אבל ע"א באיסורין דאינו רק מטעם לפני עור לא תתן מכשול דלמא קיל זאת כדאשכחן ריש חולין דכותי חשוד על לפני עור אף דהוא עצמו מוזהר הנה לפמ"ש הפ"י בגיטין דף נ"ד דהא דע"א נאמן להתיר ולהפוסקים דאף באתחזיק איסור נאמן ע"א היינו מטעם דאין אדם חוטא ולא לו ע"ש דהיא חזקה גמורה ואני כתבתי בגליון הפ"י שכן משמע מדברי הריטב"א ריש גיטין דף ב' בד"ה מידי דהוה דלהתיר יותר מסתבר דיהיה ע"א נאמן ע"ש והיינו כמ"ש הפ"י דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו א"כ מכ"ש לדידן דקי"ל דאין ע"א נאמן נגד החזקה רק בלא אתחזיק לא היתר ולא איסור וא"כ אדרבא ע"א דעלמא ודאי שייך החזקה דאין אדם חוטא ולא לו ואדרבא בהא דאשה נאמנת לגבי עצמה בספירה י"ל דהיא שייכא בגוה והנאה לתרוייהו אית להו א"כ למה תהיה נאמנת ושפיר למדו מזה דע"א נאמן באיסורין ומכח חזקה דאין אדם חוטא ולא לו. והנה מה דהאריכו התוס' ריש גיטין והרשב"א ור"ן שם בהא דיליף מוספרה לה והא שם אתחזיק איסורא. ולכאורה לפמ"ש הרשב"א דלגבי עצמו נאמן אדם אף נגד החזקה והאריך בזה הפ"י בחידושיו לכתובות דף כ"ב ובק"א א"כ לגבי עצמה נאמנת אף נגד החזקה וא"כ

כיון שאתרע החזקה לגבי עצמה גם הבעל מותר להיות עמה דמתוך שנאמנת לגבי עצמה ואתרע החזקה גם הבעל מותר ואפשר דלזה כיון הרמב"ן שכתב דמתוך שנאמנת לגבי עצמה נאמנת גם להבעל והיינו כמ"ש ודו"ק היטב. עוד אמרתי בישוב קושית מעלתו דמשכחת לה דאמרה נטמאתי בעודה במטה דהבעל מוזהר על הפרישה והיא אינה מוזהרת על הפרישה כמבואר בשבועות דף י"ח ובש"ע סי' קפ"ה וא"ש שם ל"ש דנאמנת על עצמה משום חומר האיסור דהיא אינה מוזהרת על הפרישה והבעל הוא דמוזהר ודו"ק היטב:

סימן ו

אמרתי לבאר דברי הרמב"ם פ"ז מנחלות הלכה אב"ג יעו"ש דלמה שמעו שמת או להעכו"ם מסל"ת האשה מותרת להנשא ואין היורשים יורדים לנחלה וכן באשה שאמרה מת בעלי שנאמנת ותנשא ומ"מ אין היורשין נכנסין לנחלה אבל במים שאל"ס והעדים העידו שנטבע או שנפל לגוב אריות או שראוהו צלוב או שנדקר במלחמה או שנהרג והיו לו סימנים היורשין יורדין לנחלה והאשה לא תנשא. ולפענ"ד הענין הוא עפמ"ש המהרח"ש במה דמצינו דלפעמים מקילין בעגונה יותר מממון ולפעמים להיפך וכתב הוא דכל דהוא ספק במציאות אם הוא עודנו חי בזה מחמירין בעגונה יותר מממון וכל שאין ספק במציאות רק שגזירת הכתוב הוא אז מקילין באשה יותר ע"ש. ולפ"ז הדבר נכון דבשמעו בו שמת והיינו בע"א כמ"ש הלח"מ או שעכו"ם מסל"ת שבאמת אנן מאמינים שמת רק שע"א אינו נאמן מגזירת הכתוב דבעי שנים להעיד אף בממון ומכ"ש עכו"ם דאינו בר עדות והיא גזירת הכתוב א"כ מאמינים לענין שמותרת להנשא אבל לענין ממון בעי עדים מגזירת הכתוב וא"י להוציא מחזקת חי של האב אבל במים שאל"ס וכיוצא בהם שחשב שם הרמב"ם שזה יש לנו ספק שמא גלי אשפלוהי או שנדמה להם שמת ומ"מ חי הוא וא"כ יש ספק במציאות שמא עודנו חי ניהו דלענין ממון התורה אמרה ללכת אחר רוב אבל לענין עגונה מחמרינן יותר דשמא עודנו חי וז"ב כשמש וז"ש רבינו בה"ג שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני כרת אבל לענין ממון וכו' והדבר תמוה דמתחיל באיסור כרת ומה זה שסיים אבל לענין ממון ועיין שו"ת זקני הח"ק ז"ל סי' כ"א מ"ש בזה ולפמ"ש הוא הדבר אשר דברתי דלענין כרת שהוא לשמים וכל דיוכל להיות שעודנו חי כלפי שמיא לא שייך ללכת בתר רוב משא"כ בממון ויש להמתיק יותר דכריתות הנפש היא כמ"ש הרמב"ן בפרשת אחרי שהנפש נכרתת משרשה שפגמה בשרשה וא"כ מה מועיל הרוב כל שיש לחוש שהוא חי ופגמה בשרשה א"כ היא נכרתת מצד עצמה משא"כ בממון התורה אמרה שיש להאמין עדים וללכת

בתר רוב שבודאי מת באותן דברים ודו"ק היטב ובזה יש ליישב קושית הקצה"ח סי' רנ"ט ע"ש ודו"ק:

סימן ז

תמול הגיעני מהרב המופלג מוה' יעקב צבי באב"ד נ"י מכתב רצוף הרבה קושיות ואחד מהן מה שהראה לו חכם אחד מ"ש בסנהדרין דף קטנה שמא תתפתה נערה שמא תזנה בגרה שמא לא תנשא ופרש"י ד"ה נערה משהביאה שתי שערות עד שירבה שחור על הלבן הרי היא בוגרת וע"ז תמה הא אין בין נערות לבוגרת רק ששה חדשים ואף לר' יהודה דוקא למיאון הוא דחשיבה נערה ולמה כתב רש"י כן והיא תימה גדולה ולפענד"נ דהנה מה דאמר בגרה שמא לא תנשא ולכאורה גם בנערה חשש הלז ורש"י נרגש מזה וכתב שבגרה ראויה לנשואין ולכאורה גם נערה ראויה לנשואין. אמנם נראה דבאמת צריך ביאור מה החשש שמא לא תנשא וצ"ל דאולי לא ייטב בעיניה הבעל ותתן עיניה באחר וכל שנישאת הבעל יש לו כח לגרש וכל שא"ר היא א"א ולא תוכל להנשא ע"כ חושש אביה שמא לא תרצה להנשא ולפ"ז בנערותה שיכולה למאן לא תחוש לזה ואף שתנשא תוכל למאן לכך חשש שמא תזנה וז"ש רש"י עד שירבה השחור על הלבן דלר"מ עד אז תוכל למאן. ויש להמתיק לר"א דס"ל דכל שיכולה למאן הוה כביאת זנות ולזה אמר שמא תזנה ודו"ק ומ"ש רש"י הרי היא בוגרת נראה לי ט"ס וצ"ל הרי היא נערה או שצ"ל משירבה שחור על הלבן אז נעשית בוגרת ודו"ק:

סימן ח

בהיותי בבערזאן שאל אותי אחד מלומדי למד במה שאמרו בפסחים דף ד' על השוכר לבדוק או על המשכיר והקשה לשיטת התוס' דטעם הבדיקה שמא יאכל ממנו והרי המשכיר אינו באותו בית ולמה יהי' חייב בבדיקה. והשבתי בתכ"ד דבאמת רש"י כתב הטעם שלא יעבור על ב"י והתוס' הקשו דהא בביטול בעלמא סגי ולפ"ז זה בחמץ שלו אבל כל שהשכיר החמץ שימצא שייך להשוכר דהזבל של השוכר כמבואר סי' שס"ג וע"ש בש"ך וא"כ א"י לבטל ושוב שייך האבעיא דעל המשכיר לבדוק וז"ב ובהיותי בזה ראיתי היום בתוס' שכתבו בד"ה על המשכיר אין לפרש הטעם כיון דשלו הוא ואין אדם יכול לבטל וכו' ותמהתי דהרי הזבל של השוכר וצ"ע כי לא ראיתי בספרים ולפמ"ש נהפוך דז"ש דחמירא דידי' הוא לענין שא"י לבטל כיון דהזבל של השוכר ודו"ק:

סימן ט

ראיתי ונתון אל לבי במה דמבואר ביו"ד סי' ק"ב סוף הסימן דאם בשל בשבת במזיד דאסור לו לעולם דאם נתערב הדבר באחרים לא מקרי דבר שיש לו מתירין אף שלאחרים

מותר למ"ש מ"מ כיון שלו בעצמו אסור לא מקרי דבר שיל"מ ומקור הדבר מהרא"ה שכתב רי"ו בשמו והביא ראיה מיבמות דף פ"ב דאמרו הא דרב אשי בדותא היא דאי לכהן משרי שרי ולזרים אסור הרי כל דאסור לזרים אף דלכהן משרי שרי לא מקרי דבר שיש לו מתירין ה"ה כאן כל דלא אסור לא מקרי דבר שיש לו מתירין והמג"א סי' שי"ח הקשה דל"ד דשם אין כאן דבר שיש לו מתירין דלכהן תיכף מותר ולזרים אסור לעולם אבל כאן כל דמבשל בשבת מותר לאחר למ"ש הרי יש לו היתר ומה בכך דלו אסור מכל מקום לאחרים שרי והוה דבר שיש לו מתירין וראיתי בספר תוספת שבת שהקשה דא"כ מה פריך אי לכהן משרי שרי הא יש לומר דמיירי שהכהן הוא ב"ק או טבול יום ואסור בשבת ולמצ"ש שרי והוה דבר שיל"מ וע"כ כיון דלזרים אסור לא מקרי דבר שיש לו מתירין. ולפענ"ד נראה דכוונת הרא"ה דיש חילוק בין היכא דהדבר בעצם אסור עד"מ ביצה שנולדה ביו"ט דבעצם היום הזה אסורה הביצה משום מוקצה או משום גזירה דמשקין שזבו וכדומה בזה שייך דבר שיש לו מתירין אבל מבשל בשבת דבמזיד קנסו אותו א"כ עצם הדבר משרי שרי רק שקנסו לו לעולם ולאחרים בכדי שיעשו אבל עצם הדבר לא נאסר דהיא קדש ואין מעשיה קודש בזה לא שייך דבר שיל"מ דהרי הדבר בעצם הוא היתר לאכול גם בשבת רק דקנס קנסו רבנן לו לעולם ולאחרים למ"ש וזה לא הוה דבר שיל"מ דבעצם הדבר לא נתחדש ענין שיהי' מקרי דבר שיל"מ וע"ז מביא ראיה מהא דקאמר אי לכהן משרי שרי והיינו אף דהוא ב"ק או טבול יום אבל גוף התרומה מותרת לכהנים ורק דאריא דאסורא הוא על הכהן וא"כ לא שייך דבר שיש לו מתירין. וזה דאמרו אי לכהן משרי שרי והיינו אף שהוא בעל קרי מכל מקום גוף הדבר בעצם הוא מותר ולא שייך דבר שיל"מ וז"ב ושאני נדרים דאיסור חפצא הוא וכן ביצה שנולדה ביו"ט דאסור בעצם על הדבר שנאסר מחמת מוקצה או חשש שמא יבא לידי איסור אבל מבשל בשבת בעצם אין האיסור על המאכל שכבר בישל רק קנס דרבנן ובזה יש ליישב מ"ש המ"א ראיה מביכורים דמבואר במסכת ביכורים פ"ב דאם נתערבו באחרים אסורים אף דלדידי' אין לו היתר מכל מקום כל דלכהן מותר הוה דבר שיל"מ דהכהן יכול לאכלו בירושלים וכמ"ש הרמב"ם ורע"ב שם וה"ה בזה ולפמ"ש יש לומר דל"ד דבכורים אף דאסורים לזרים מכל מקום לגבי כהן יכול לאכול בירושלים שפיר מקרי דבר שיש לו מתירין דהא חוץ לירושלים אסור לכהן וכל דיש לו היתר לכהן אף דלזרים אסור מקרי דבר שיש לו מתירין אבל במבשל בשבת דאין כאן שום היתר דלמבשל אינו רק משום קנס אבל בעצם הדבר הוא היתר כל שכבר נתבשל בשבת וז"ב ובדרך אחר נראה דכוונת הרא"ה דלא שייך דבר שיל"מ רק שאם יהי' מותר אח"כ יהי' מותר לאותו

האיש ששייך לו אבל מה דיהי' מותר לאחר שאין זה שלו לא שייך דבר שיל"מ ולכך מבשל בשבת דאסור למי שמבשל ורק לאחרים מותר לא שייך דבר שיל"מ דעיקר תלוי אם יהי' מותר למי ששייך לו וסתם מבשל מבשל דבר שהוא שלו ולצרכו ובזה שפיר ראייתו מתרומה דהא אמרו שם למאן לכהן משרי שרי ולזרים הא אסור ואם נימא דכל שהוא אסור לאחרים לא מקרי דבר שיל"מ א"כ למה לו להש"ס לומר אי לכהן משרי שרי והא ת"ל דכל דלזרים אסור לא מקרי דבר שיש לו מתירין ועיין בתוס' שבת שם ובמחצית מ"ש בזה וע"כ דמה שאסור לזרים לא אכפת לן ועיקר תלוי במה שיהי' מותר לכהנים למי ששייך לו התרומה וכן החתיכת חטאת וא"כ הוצרך לומר דלכהן לא נאסר כלל ולא שייך דבר שיש לו מתירין ושפיר הביא הרא"ה ראיה למבשל בשבת דעיקר תלוי במי ששייך לו. ובזה אתי שפיר מה שהקשה מביכורים ולפמ"ש אתי שפיר דגם ביכורים עיקר תלוי במה שיהיה מותר להכהן לאכלו בירושלים וז"ב כשמש. והנה לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ב ליישב לשיטת הרי"ף הא דאמרו כאן אי לכהן משרי שרי ולזרים אסור והרי לשיטת הרי"ף כל דמשרי שרי כעת עדיף טפי וכתב דלהרי"ף צ"ל דעכ"פ לזרים אינו בדין שיהי' דבר שיל"מ בשביל דלכהנים שרי ע"ש א"כ שפיר למד הרא"ה מזה במכ"ש דאם למבשל אסור אינו בדין שיהיה דבר שיל"מ בשביל דמותר לאחר שאינו שייך לו. אך אי קשיא הא קשיא היאך יתרץ הרי"ף לדברי הר"ן הך דבכורים דמקרי דבר שיל"מ אף שלזרים אסור ולמה יאסרו הזרים בשביל דלכהנים שרי וצ"ל כיון דמכירים באמת אינם שייכים לזרים א"כ למה ירוויחו בזה הזרים משא"כ בהך דהחתיכות מיירי שנפל לחולין של אחרים ואינו בדין שיפסידו בשביל דמותר לכהנים ושפיר בטל ואין להקשות להיפך דהרי ממונא לא בטל ואיך נתבטל חתיכות של קדש או תרומה בתערובות של זרים וצ"ל לפמ"ש המהרש"א בביצה ל"ח דממון שאין לו תובעין בטל אתי שפיר גם כאן ודו"ק:

סימן י

א החילותי ללמוד בשנת תרכ"ח בספר בעה"ת וארשום מה שחדשתי בזה והחילותי בשער החמישי חלק א' אות א': עיין מה שהקשה בגד"ת על התוס' ב"ב דף ע' דהקשו על דייני גולה דאמאי ס"ל דגובה כלו דנטעון ליתמי נאנסו והקשה הוא דע"כ דייני גולה ס"ל שטרא בידך מה בעי דלא כר"ח וא"כ ע"כ גם בנאנסו סברי דשייך שטרא בידך מה בעי וא"כ אין להם מגו דנאנסו ע"ש שהאריך. ולא זכיתי להבין דבאמת בנאנסו לא שייך סברת שטרא בידך מה בעי דאטו הוא צריך להאמין זאת עד שישבע הלה שנאנס וא"כ כל כמה דלא נשבע לא שייך סברת שטרא בידך מה בעי משא"כ החזרתי דאם החזיר לא

היו לו להחזיר עד שיקח השטר מידו וז"פ וא"כ שוב מהימן במגו דאי בעי טעין נאנסו איברא דלעיל אמרו ולימא לי' שטרא בידך מה בעי א"ל ולטעמיך כי אמר נאנסו מי מצי א"ל שטרא בידך מה בעי הרי חזינן דגם בנאנסו שייך הסברא הלז אבל באמת הרגישו התוס' בזה בד"ה ולימא וכתבו דכי אמר לא מוכחא מלתא דלאו קושטא קאמרו דאעפ"י שהשטר בידו יכול להיות שנאנסו ע"ש וכוונתם כמ"ש וכתבו דעיקר הקושיא דאמאי יהיה נאמן בלי שבועה ויש להמתיק עוד דלפי מה שנראה מהגהת זקני הח"ץ ז"ל סי' ס"ט דענין שטרא בידך מה בעי הוא כמו תנאי שא"צ לשלם עד כי יחזיר לו שטרו ע"ש ובכסא דהרסנא האריך בזה וגם אני הארכתי הרבה בפרט זה א"כ בשלמא לענין החזרה הי' תנאי דלא יחזיר רק אם יחזיר לו שטרו אבל נאנסו מה שייך תנאי בזה אטו אם לא ירצה לשלם לא יארע אונס ואני תמה דהדבר מוכרח מצד עצמו דהרי רב עמרם בעי מר"ח אי מצי טעין החזרתי כיון דיש לו מגו דנאנסו או דלמא מצי א"ל שטרא בידך מה בעי והרי עכ"פ בנאנסו מודה רב עמרם דנאמן והרי שייך לשטרא בידך מה בעי וע"כ דנאנסו אינו ענין לשטרא בידך מאי בעי וא"כ שפיר הקשו בתוס' דלדייני גולה למה לא יהי' נאמנים במיגו דנאנסו דבנאנסו לא שייך שטרא בידך מה בעי א"כ יש להם מגו ולא הוה מיגו במקום עדים כמ"ש הרשב"ם דיכול למדחי בטענת נאנסו ולכך לא חש על השטר ועיין במהרש"א בתוס' ד"ה ולימא ודו"ק ולפמ"ש המפרשים דמיגו במקום עדים כל שהמיגו יהי' בעיקר עדים לא שייך מגו במקום עדים א"כ יש ליישב קושית התוס' ד"ה ולימא דכל דהיה יכול לטעון נאנסו ולא הי' עדים כלל דכל שנאנס פטור שוב לא הוה מגו במקום עדים ודו"ק. והנה מה שהקשה שם על הטור שכתב דבהודה אביהם שלא החזיר אין טוענין להו נאנסו דל"ש והקשה כיון דהודה שלא החזיר הרי הודה שלא נאנסו והאריך בזה ולק"מ דניהו שהודה שלא החזיר אכתי הי' יכול לטעון נאנסו ורק דלא יכול לברר תיכף שנאנסו ואיך נאנסו ואולי היה במקום רואים דצריך לברר שנאנסו ומה אנסי' דאונס צריך לטעון במה הי' האונס וכדומה וגם לא בפ"א נאנס וצריך ביירור באיזה מקום ואיזה שעה וכמה היה האונס וכדומה. שם ח"א שער זיי"ן אות זיין עיין גד"ת שהאריך לתמוה על מ"ש התוס' בשבועות דף מ"א בשם סדר תנאים ואמוראים דמפרשי שמיפך שבועה היינו שכנגדו חשוד על השבועה דאמר מר בר ר"א מפכינן ולא קי"ל בזה כמר ברי' דר"א וע"ז תמה דאיך אפשר לומר כן דא"כ המשנה דשכנגדו חשוד על השבועה דמיירי בדאורייתא והרי לת"ק לא מפכינן ולא קיי"ל כמר בר"א וגם איך יתכן דבדאורייתא אם יהי' חשוד מפטר שכנגדו בלא כלום ובדרבנן יהי' שכנגדו חייב לשבע ובאמת שהדברים תמוהין. אבל לפענ"ד בסדר תנאים ואמוראים לא גרס כמו

שהוא לפנינו דפליגי בשבועה דאורייתא רק דסדר תנאים ואמוראים מפרש דת"ק ומר בר ר"א נחלקו בדרבנן באם שכנגדו חשוד על השבועה דלת"ק בדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ומר בר"א גם בש"ד בחשוד מהפכינן על שכנגדו ולא קיי"ל כמר בר ר"א במיפך שבועה וא"כ ל"ק כל הקושיות וע"ז כתבו התוס' דבש"ס דילן הגירסא למעלה בדאורייתא לא מפכינן ומר בר"א פליג ע"ז ואח"כ אמרו בשכנגדו חשוד על השבועה אבל סתמא לא פירש כן ודו"ק:

ב שם אות ט' מה שהקשה הגד"ת דלתני גבי חמש פרוטות כדפריך גבי אונאה הנה בט"ז ביו"ד סי' קל"ג הקשה ג"כ כעין זה ובנקה"כ שם תירץ דתני ושייר ומה דפריך לענין אונאה משום דמיירי שם בענין אונאה יעו"ש א"כ לק"מ אמנם בגליון הש"ע שם ונקרא יד שאול הקשיתי מדברי התוס' גיטין י"ב. אמנם קושית הגד"ת ל"ק לפענ"ד דהרי לפי"ז יקשה הא בשני עדים חייב בודאי בפרוטה ולמה לא קתני וע"כ דזה פשיטא דהרי פרוטה חשוב ממון וכיון ששמואל אמר כל מקום ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה א"כ ל"צ למחשבי' ומה שנחלקו הוא דאין ע"א חשוב כשנים אבל לא בשביל דפרוטה ל"ח ממון רק דשבועה גלתה התורה דבעי טענת שתי כסף אבל לשמואל א"צ לחשבו דהרי דין עד אחד לשבועה כשנים ודו"ק:

ג שם אות י"ד מה שהקשה לשיטת הפוסקים דשעבודא דאורייתא ושבועת מודה במקצת לא משכחת לה רק בשמחל השעבוד או דאין לו קרקע א"כ סוגיא דסלעין דינרין במה מיירי דאף אם נימא דהשתי סלעים דכפר הו"ל מלוה ע"פ מ"מ הו"ל כפירת שעבוד קרקעות וא"ל דמיירי דמחל השעבוד או שאין לו קרקע דא"כ היאך קאמר א"נ משום דהו"ל ש"ק הא כל שמחל השעבוד או שאין לו קרקעות לא הוה ש"ק ע"ש. והנראה בזה עפמ"ש הה"מ פט"ו מאישות דכל שהגאונים תקנו שיגבה ממטלטלין שוב לא מקרי כפירת ש"ק בלבד ע"ש והקשה הלח"מ דא"כ הך סוגיא דסלעין ודנרין דאמרו דשטר הו"ל ש"ק היכי משכחת לה דהרי בחוב ודאי גובין ממטלטלין ע"ש שהניח בקושיא אך באמת ל"ק דעיקר סמיכת המלוה הו"ל על קרקעות דמטלטלין יכול להבריח ומה"ט מטלטלי דיתמי לא משתעבדי א"כ עיקר התביעה היא על הקרקעות וכעין דאמרו בכתובות דף מ"ג דנחלקו במה עיקר תביעתו ע"ש וכן האריך בזה באבני מלואים סי' צ"ו ע"ש ולפ"ז בהנך תרי דכפר שוב לא הוה רק מלוה ע"פ וא"כ אין סמיכתו על הקרקע יותר ממטלטלין דמלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים ומיני' דידי' אפילו מגלימא דכתפי' וא"כ שוב לא הוה ש"ק בלבד. איברא דא"כ קושית התוס' על מודה מקצת ל"ק דבמלוה ע"פ דאינו גובה ממשעבדי שוב לא הוה סמיכתו על קרקע יותר ממטלטלין וע"כ צ"ל דמ"מ גם

מדידי' יותר סומך על קרקע שא"י להבריח מיהו זה אינו דכל שיכול למכור ואינו גובה ממשעבדי שוב אינו סומך על קרקע יותר ממטלטלין דגם הקרקע יכול למכור. אמנם נראה דבאמת מ"ש הה"מ דכל שיש מטלטלין וקרקעות לא מקרי כפירת ש"ק בלבד הוא משום דהרי גם כופר במטלטלין אף שמודה במטלטלין והו"ל כהודה בכלים ובקרקעות ולפ"ז במודה במקצת במלוה ע"פ שפיר הקשו בתוס' דעכ"פ כופר בקרקעות דניהו דמה שמודה מודה בכלים וקרקעות אבל מה שכופר עיקר כפירתו הוא בקרקעות דבמטלטלין כל שכופר ל"ח כפירה דעכ"פ כל שכופר יותר יכול להבריח מטלטלין מקרקעות אבל זה דחוק. אך לפענ"ד נראה בסברת הה"מ דניהו דמטלטלי בחוב ג"כ משתעבדי אבל לא שייך לומר שם שעבוד ע"ז דאטו נוכל לסיים שזה מטלטלי של זה והא אין שום סי' במטלטלין דעל הקרקעות שייך לומר נכסי דאינש אינון ערבין ביה דנוכל לסיים שזו הקרקע במצריה הם של זה הלוה ולכך מקרי ש"ק בלבד ולפ"ז שפיר כתב הה"מ דכל שהגאונים תקנו שתגבה כתובה מן המטלטלין שוב גם על מטלטלין של בעל שייך נכסי דאינש אינון ערבין דהאשה שיושבת תחת בעלה היא מכירה במטלטלי של הבעל ותוכל לומר סימנים בגווייהו ושייך לומר דגם המטלטלין הם ערבין ביה ולפ"ז בחוב דהמלוה לא יוכל לדעת מטלטלי של לוה שוב עיקר סמיכתו על הקרקעות ושפיר הו"ל רק ש"ק בלבד ושפיר הקשו. איברא דלפמ"ש הרשב"ם בב"ב דף קע"ו דמה דשעבודא דאורייתא הוא מקרא דיוציא אליך העבוט וה"ה למקרקעי א"כ אדרבא עיקר השעבוד הוא ממטלטלין וא"כ אין מקום לקושית התוס' דהא לא הוה ש"ק לבד ואדרבא עיקר הוא ממטלטלי. אמנם נראה דאדרבא כיון דכתיב יוציא אליך העבוט ואינו רשאי המלוה לכנס לבית הלוה ורק הלוה צריך להביא החוצה א"כ בודאי אין סמיכתו על המטלטלין אבל על הקרקע שא"צ ללכת לבית זה עיקר סמיכתו אבל המטלטלי מהראוי להוציא הגרוע שבבית כדאמרו בב"ק ושפיר הקשו ול"ד להך דכתובה דכל דהגאונים תקנו שתגבה ממטלטלי והוא בתוך הבית פשיטא דגם מטלטלי מקרי עיקר סמיכתו כמו במקרקעי ובזה יש ליישב דברי הרשב"ם שכתב דמ"ד של"ד הוא מוקי הקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו והתוס' הקשו דכ"ש דהוה גבי' בחובו ע"ש ולפענ"ד הכוונה דכל הלימוד הוא מיוציא אליך את העבוט והרי שלא בשעת הלואתו הוא מוזהר שלא לכנס לביתו וגם להשליח ב"ד איכא איסור לכנס רק שהוא יוציא א"כ איך שייך לומר ש"ד דהא אסור למשכנו וקרקעות לא נאמר בקרא א"כ מנ"ל דש"ד ודו"ק. והנה בגוף קושית הגד"ת הנ"ל יש לומר דמיירי שיש לו משעבדי ולא ב"ח דאז באמת על התרי דכפר דאינו רק מלוה ע"פ ול"ג ממשעבדי א"כ לא הוה ש"ק אבל מדאמר שתים אז הו"ל ש"ק ופטור ובמ"ש

יש לומר דבר חדש דלכך כשיש משועבדים הו"ל ש"ק דטעמא דמשועבדים הוא משום דנכסי דאיניש אינון ערבין ביה ולפ"ז הרי מבואר בש"ע סי' צ"ו דלבית ערב מותר לכנס וא"כ לכך לגבי הלקוחות שפיר הוה עיקר על הקרקע ואף אם כתב לו מטלטלין אגב מקרקעי מכל מקום עיקר סמיכתו על הקרקע דהמטלטלי שמכר א"י לגבות דלית להו קלא ומטלטלי שבבית א"י לכנס לביתו ודו"ק ובאמת לפי שיטת הדרישה והט"ז דבשטר אף דל"ל קרקע כלל אפ"ה הו"ל ש"ק כיון דנזכר ש"ק ל"ק קושית הגד"ת אבל הש"ך חולק ע"ש כמ"ש סי' פ"ח ודו"ק:

ד בעה"ת שער י"ז ח"א עיין בגד"ת דהביא דברי התוס' כתובות י"ט שהקשו בד"ה מודה בשטר שכתבו דלמה לא היה נאמן במיגו דמזויף וע"ז הקשו דהרי זה קאי לשנויא דר"י דסובר דעדים שאומרים אנוסים היינו אינם נאמנים וכתבו התוס' בד"ה טעמא דסובר ר"מ כמו דלא אמרינן מיגו בשטר דלוה ה"נ אומר ר"מ דאע"ג דאלומי לא פסלו שטרא במגו א"כ סובר ר"מ כר"ה דאינו נאמן במגו לפסול השטר וא"כ מה הקשו לר"ה דמ"ט לא מהימן הא אליבא דר"מ ס"ל לר"ה דאינו נאמן במגו לפסול השטר ע"ש שנתעצם הרבה בזה. ובאמת שהוא דקדוק עצום.

ה והנראה בזה דהנה אמרו שם דר"נ אמר גנובי גנובי למה לך אי ס"ל כר"מ אימא הלכה כר"מ א"ל ומר היכא ס"ל א"ל כי אתו לקמן לדינא אמרינן להו זילו קיימו שטרייכו וחותו לדינא ולכאורה למה האריך כ"כ ולא אמר דהוא ס"ל כרבנן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ולא ראיתי בהחפזי מי שיתעורר בזה. אך נראה דהנה התוס' כתבו הטעם דר"ה משום דלא אמרינן מגו לפסול השטר והנה זה ניחא אם כבר הוא שטר רק שיהיה נאמן במגו אמרינן דלא אלים מגו למפסל שטרייכו אבל לר"נ דחידש דמתחלה כשבאים לב"ד הב"ד אומרים שיקיימו השטר דאל"ה אף דיטעון הלוה פרעתי ונאמן במגו דמזויף א"כ אין התחלה להשטר כלל וא"כ שוב לא שייך סברת התוס' דלא אמרינן לפסול השטר במיגו והיינו דלא אלים מגו לפסול השטר דהא אכתי לאו שמי' שטר והב"ד טוענים שילך ויבקש עדים משמע דהוה חספא בעלמא וא"כ זהו שמקשים התוס' דמ"ט לא מהימן במיגו דאי בעי אמר מזויף והיינו דלמה לא נימא דל"ח שטר כלל וע"ז כתבו דר"ה ס"ל דשמא ירא הלוה לומר מזויף וא"כ עכ"פ אנן לא אמרינן שיקיימו וא"כ הו"ל עכ"פ דין שטר ושוב לא אלים מגו לפסול שטר כנלפע"ד. ובזה מיושב קושייתו השניה שהקשה דא"כ ר"נ ס"ל דיש לו מגו ואמאי הא מכל מקום אין הטענות שוות ול"ש לומר מגו בכה"ג כמו שהאריך בראיות. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לר"נ דס"ל דאמרינן להו זילו וקיימו שטרייכו ונחשב לחספא בעלמא כ"ז דלא קיימו א"כ שפיר יש לו מיגו דהא אינו שטר

כלל ומה"ת לומר דלמא ירא שלא יכחישוהו דהא כעת חספא בעלמא. ומה שהקשה הגד"ת במ"ש דא"ל דלכך לא מהימן במגו דא"כ שטרך בידי מה בעי וא"כ באמנה לא שייך זאת והקשה הגד"ת דבלא"ה אי אפשר לומר כן דא"כ ר"מ לענין אנוסים היינו שוב לא שייך שטרך בידי מאי בעי וא"כ אכתי קשה לר"מ מ"ט ומה מדמה לר"ה והיא קושיא גדולה. ולפענ"ד נראה דהנה הגד"ת כתב דיש לדחות סברא דשטרא בידי מה בעי דיש לומר כיון דאינו מקויים אלא מפיו הו"ל שטרא חספא בעלמא הוא ע"ש ולפ"ז נראה לי דלר"ה דלא ס"ל דאמרינן להו זילו קיימו שטרייכו והיינו משום דלא ס"ל דשטרא חספא בעלמא הוא עד דמקיים לי' שוב שייך שטרך בידי מה בעי ולמה שבקי' ומעתה שפיר מדמה ר"מ דכמו דלא אלים לוה לפסול השטר במגו והיינו משום דס"ל דלא הוה חספא בעלמא כמו כן בעדים לא אלימי לפסול השטר אף דלא שייך לומר שטרך בידי מה בעי בעדים מ"מ גם בלוה לא הוה סברת שטרך בידי מה בעי רק דהשטר הוה שטר ולא הוה חספא וממילא לא אלים מגו למפסל שטרא ה"ה בזה כנלפענ"ד בבירור דברי התוס'. והנה בגוף סברת התוס' דלר"מ כמו דלא מהני מגו למפסל שטר ה"ה עדים ל"מ במגו לכאורה ל"ד דעדים לא שייך להאמינם במגו דעדים צריכין להיות נאמנים בדיבורם לבד ולא עפ"י מגו כמ"ש הרמב"ן וצ"ל דכל דלא הוה שטר והוה חספא בעלמא א"כ גם עדים נאמנים במגו דשייך הפה שאסר כיון דהוה חספא והפה שאסר עדיף ממגו כמ"ש הפוסקים ועיין ש"ך סי' ק"ח וא"כ גם עדים נאמנים דהא הם עשו אותו שטר וז"ב ועיין רש"י שכתב דלא אמרינן בהאי הפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון דאמר כשר היה הרי הוחזק השטר וכי אמר פרעתיו לא מהימן שהרי ביד המלוה הוא וכפי הנראה גם הוא ס"ל דהסברא היא מכח שטרך בידי מה בעי ורק דק"ל קושית הגד"ת דהא יש לומר דסמך דשטר חספא בעלמא הוא וע"ז אמר כיון דהוחזק השטר כשר שוב הוה שטר ושייך החזקה דשטרא בידך מה בעי. ובזה יש לומר מה דרצה הפ"י לחדש דלמ"ד צריך לקיימו כל שנמצא קיום על ע"א סגי דשוב לא שייך מיגו דהוה מיגו במקום ע"א.

ולפמ"ש יש לומר כיון דר"נ ס"ל דאמרינן להו זילו קיימו שטרייכו וכל עוד שלא קיים הוה חספא בעלמא א"כ שוב לא הוה רק ע"א בשטר דל"מ ואף לשיטת הרמב"ם דע"א בשטר מועיל כמבואר בסי' נ"א נראה לפענ"ד כאן דבאמת יש שנים והוא לא מצא לקיים רק על ע"א הרי אמרו בב"ב ק"ע דצריך לברר וא"כ כל שלא קיים רק ע"א ל"מ אף לרמב"ם כנלפענ"ד דבר חדש ועיין קצה"ח סי' ע"ה ומ"ש במחודש אות א' להסתפק אם צריך לבעל השטר עיין ט"ז סוף סי' ע"ה ומ"ש באות ג' הש"ך סי' פ"ב תמה עליו ועיין בהגהות מהרב"פ שמקיים דברי הגד"ת ודבריו נכונים ושוב ראיתי בשיטה מקובצת בכתובות שם

שהקשה בהא דאמר ומר היכי ס"ל והקשה הא כיון דאמר לו אימא הלכה כר"מ מכלל דהוא ס"ל כרבנן וא"כ מה הקשה לו ומר היכא ס"ל ולפמ"ש יש לומר דהכי פריך ומר היכא ס"ל אי דוקא כשטוען פרעתי אמרינן דנאמן אבל הב"ד אין טוענין לו או דלמא דאנן טענינן מה שיכלו וס"ל דהב"ד טוענין לו ובאמת מה דאמר זילו קיימו שטרייכו משמע דלא כפ"י רק דצריכין לקיים שטרי ככל שטרות דעלמא וצריך לקיים חתימת שניהם ודו"ק: שם שער כ"ח ח"א סי' א' גרסינן בירושלמי ראובן היה חייב לשמעון סמכי' גבי לוי אפרסן לוי לית ליה ראובן חייב לשמעון הדא דתימא כשלא עשו ערמה אבל עשו ערמה חייב הירושלמי הזה הביא הרי"ף בב"מ פרק המקבל ואחריו הרמב"ם וטוש"ע וכלם לא הזכירו היכן הוא מקומו ויגעתי ומצאתי שהוא בקידושין פ"ג ה"ד ופירש הפני משה שם דמה דאמר כשלא עשו ערמה היינו שבשעת שהמחה ראובן לשמעון אצל לוי לא ידע שהעני לוי אבל עשה בערמה שידע בשעת מעשה שהוא עני חייב וכדבריו נראה והטעם שאם ידע ראובן שהוא עני הרי הטעו אבל אם לא ידע הרי שמעון הטעה את עצמו שלא פירש שאם לא יהיה ללוי לא יקבל את לוי וכן נראה מדסמכו על המשנה דמקודשת שלא הטעתו והיינו שהוא הטעה את עצמו וה"ה בזה ועיין ש"ך סי' קכ"ו ס"ק מ"ג שהאריך בזה ועיין בירושלמי שם שאמר כהדא חזרי' סמכין לתנאי קריא גבי זבינא קרן זבינא ואזיל לי' אתא עובדא קומי ר' מנא אמר אין פריטין אינן אינן פושעין אין דינרין אינן כיני אורחא דזביני מדדמא ועיין בפ"מ שם דנדחק דאינן פושעין למה לא גבו מהם קודם שהעני ואין דינרין כן ארחין להיות משמיטין אצל המלוה מדחי אל דחי והוא דחוק:

ז ולפענ"ד הכוונה למה דאמרו בב"מ דף ע"ו האי מאן דאוזפי' מאה זוזי לחברו ופרעיה זוזא זוזא פרעון הוה אלא דאית ליה תרעומת דאמר ליה אפסדינהו מינאי ועיין ש"ך חו"מ סי' ע"ד ס"ק י"ז שהאריך דיש איסור לכתחלה לעשות כן וא"צ לקבל ממנו זוזא זוזא וזהו לפענ"ד הכוונה כאן דזה שהמחה אצלו רוצה לפרוע זוזא זוזא א"כ פושעין הן אותן שידעו שהוא עני והמחו אצלו והפסידו לו אבל אם דינרין כן אורחא דזבינא מרדיא וא"כ לא הטעו אותו כ"כ וגם אם העני אח"כ לא מקרי מקח טעות כל שמשלמין דינרין דינרין וכן הדרך להיות משמיט קצת ולא מקרי מקח טעות אבל כל שרוצין לשלם פריטין פריטין אינון פושעין דמפסידין ליה המעות ואין אחד רואה את חבירו והוה מ"ט ומכ"ש כשידע מעיקרא שזה עני ולא יוכל לשלם כנלפענ"ד דין חדש בהירושלמי הלז. והנה במ"ש הטוש"ע דאם המקבל עשה שליח מהני והוה שלוחו כמותו לפענ"ד תימה מהא דאמרו בירושלמי פ"ו דגיטין ה"א וכ"ה במע"ש ה"ז דבמתנה א"י לעשות שליח

לקבל דבר שא"ש ושאני גט דהתורה זכתה לו ומכ"ש במעמ"ש דהוא רק הלכתא בלא טעמא דל"מ שליח של המקבל.

ח שם שער ל"א ח"א סי' ה' מה שמקשה על תשובת הרא"ש כלל ע"ו סי' א' היא תימה גדולה אבל תמהני דהוא תמיד מדקדק הדק היטב ולמה לא כתב שיש ליישב דכל הטעם דאין לכתוב בשובר זמן דלמא פרע כבר והוא הי' שטר מאוחר ואח"כ יתבע שנית וא"כ שם שהשובר היה שמחל שט"ח שהי' לאביו על שמעון ושני בניו שסכומו ר"מ זהובים וא"כ שם לא שייך החשש דהא האב עשה השטר וכבר נתחזק החוב בשטר והיורש מחל וא"כ למה ניחוש אף כשעשה אביו שטר מאוחר הא היורש מחל אותו השטר שסכומו ר"מ וא"כ מה יוכל לעשות עוד מרמה ואיך יטעון שזה השטר מאוחר היה ולוה שנית והא היורש לא היה עדיין יורש דהאב הלוה וכ"ז שהיו בחיים לא יכול היורש למחול וא"כ לא שייך הטעם וה"א דהשובר פסול וע"ז כתב דכשר. וע"ד הפלפול נראה דהנה הנוב"י מהד"ק הקשה בהא דחיישינן שמא מאוחר הוא ופרע ליה קודם והדר יתבענה מיני' הא חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ושטר מאוחר עד דמטי זימני' לא טריף ואינו חייב לו כלום וכתבתי בתשובה דבר נכון דבאמת החזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו קשה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ומכ"ש במקום חזקה וכתבו דחזקת חיוב הוה חזקה אלימתא ולפ"ז בשטר מאוחר דעד דמטי זימניה לא טריף שוב לא התחיל החזקת חיוב ושוב לא סמכינן על החזקה והארכתי בזה ולפ"ז שם דכתב בשובר דמחל לו אותו חיוב שוב לא חיישינן דלמא זאת מחל לו ויתבענו מה שהשטר מאוחר היה ולמה מחל לוה קודם ולא נפרע ממנו מה שהיה חייב לו וע"כ דלא חייב לו ושוב פסול השובר שלא כתב הזמן וא"כ אין ראיה משם ולכך הוצרך לומר דיד בעל השטר על התחתונה ותלינן דעל אותו חוב נתן לו השובר ודו"ק היטב:

ט עוד נראה לי דבר חדש דהנה במה שהקשה בנוב"י דאמאי ניחוש שפרע לו בתוך זמנו נלפענ"ד דבר נכון דהנה בטעם דאין אדם פורע בתוך זמנו הוא משום דודאי כשלוה לזמן מסתמא צריך לו לאותו זמן ומה"ת לומר שפרע בגו זימניה ולואי שיהיה לו מעות לפרע בזמנו ולפ"ז כאן שעשה שטר מאוחר יש לחוש שמא באמת פרע בזמנו עד"מ שבדעתו היה שיהי' לו ההלואה עד ג' חדשים והמלוה עשה לו שטר מאוחר עד ששה חדשים וא"כ באמת יש לומר דהוא באמת פרע בזמנו שהיה חושב בתחלת הלואה שיהי' לו מעות לפרע ואף דהוא איחר לו הזמן מכל מקום החזקה ל"ש דהא יש לומר דבאותו זמן שפרע היה לו המעות והרי אביי ורבא ס"ל דאדם פורע בתוך זמנו ורק אנן קיי"ל כר"ל דהלואי שיפרע בזמנו והיינו אם אינו מאוחר אז אין לחוש שפרע בתוך הזמן אבל כל

שאחרו יש לחוש לזה. ויש להמתיק הדברים דהרי כ"כ דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו לא עדיף מרוב ואין הולכין בממון אחר הרוב אמנם האחרונים כתבו דחזקה אאפבת"ז חזקה דאתיא מכח סברא הוא ועדיף מרוב ולפ"ז במאוחר עכ"פ הסברא ודאי אינו חזקה כ"כ דהא הוא באמת זמנו ופרע לו וז"ב כשמש ולפ"ז בנ"ד דהוא מחל לו החוב שוב לא שייך לחוש דלמא באמת מחל לו זאת והוא טוען שיש לו שטר ובאמת השטר היה מאוחר דסוף סוף כיון דלא פרע לו רק שהוא מחל א"כ הרי במחל ותפס שטרא ל"מ מחילתו א"כ מה חשש יש ואף אם אמת מחל לו כל שיש לו שטר יש לומר דלא מחל לו בלב שלם וסמך על שטרו שהוא מאוחר וא"כ היה לכתוב הזמן כדי שנדע שעל אותו החוב מחל לו ולכך הוצרך הרא"ש לומר דמן הסתם נתן על אותו החוב ושוב לא שייך דתפש שטרא דהרי השובר שיש לו הוא שובר של אותו השטר וא"כ לא שייך שתפש שטר דהרי שטר ושוברו עמו אבל אם נימא דהוא שטר מאוחר שוב אינו שובר של השטר דיכול לטעון שהיא הלואה חדשה ושוב ל"מ מחילה דהרי תפש שטרא ודו"ק היטב כי הוא חריף. ובזה מיושב מה שהקשה בנוב"י שם בהא דאמרו בב"מ דף י"ז המוצא שט"ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב זמנו בו ביום יחזירו למלוה דלמאי ניחוש אי לפריעה פריעה ב"י לא שכיח והקשה דלמא לוה מקודם רק שאיחר השטר וכתבו בו ביום א"כ יש לחוש שמא פרע בנתיים ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דחיישינן שמא פרע הוא משום דשמא כבר הגיע לו מעות והוא ל"צ עוד להמעות ולפ"ז א"כ כשפרעו למה כתב לו שטר בו ביום דהא כבר פרעו וע"כ דאינו מאוחר ושוב לפריעה ב"י ל"ח ודו"ק ובזה מיושב קושית הפ"י שהקשה למה אמר הש"ס שנמצא בו ביום שנכתב אפילו לא נמצא ביום שנכתב מה"ת לחוש לפריעה דהא הוה ת"ז דסתם הלואה שלשים יום ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ יש לחוש שמא מאוחר הוא וכבר לוה ולא היו צריך לו עוד ודו"ק היטב. שער ל"ב ח"א סי' א' ע"ש שפירש דר"ה חש לנפילה והקשה הגד"ת דא"כ למה לא השיבו לו תיכף מהך דשני יוסף ב"ש. ולפענ"ד נראה דעיקר הקושיא היא דכיון דיש לחוש לנפילה א"כ לא הוה מבורר מי המלוה וממך אפילו מריש גלותא וא"כ אינו מוכח מתוכו וע"ז אמר מאבא שאול דממך מהאי גברא דנפיק מתותי ידי' וע"ז הקשה דניהו דהוא כוון למי שנפיק מתותי ידי' מ"מ הרי יש לחוש לנפילה ולא נפיק מתחת יד שנשתעבד לו וע"ז חידש דלנפילה לא חיישינן וא"כ שוב הוה מבורר מי המלוה דהא ממך ממי דנפיק מתחת ידו משמע.

י עוד נראה לי דבר חדש דבאמת לנפילה לא חיישינן וכתבו התוס' בב"מ דף י"ג דכל דנפל אתרע שאם היה אמת היה נזהר מלשמרו שלא יפול ע"ש ולכך לנפילה לא חיישינן

ולפ"ז כל דהס"ד דממך אפילו מריש גלותא א"כ כיון שאין מקום לגבות דכל אחד יכול לדחות שוב חיישינן לנפילה דהרי ידע דהלוה יוכל לדחותו וע"ז אמר כאבא שאול וכמו דשם מהיום א"צ לכתוב הזמן וה"ה כאן ממך ממי דנפק מתחת ידיו משמע וא"כ שוב לא חיישינן לנפילה דמה"ת לחוש לנפילה דודאי מי שנפק מתחת ידו הוא שלו ונזהר לשומרו היטב וע"ז דחה אביי דלמא אבא שאול כר"א ס"ל וכאן באמת חיישינן לנפילה וא"כ שוב באמת לא שמרו דממך ניהו ממי שנפיק מתותי ידיו אבל כיון דאינו מבורר מי הוא שוב לא נזהר לשמרו וע"ז אמר דלנפילה לא חיישינן כל דליכא ריעותא ושוב ממך ממי דנפיק מתותי ידיו משמע כנ"ל וידעתי שיש לדחות בסוגיא שם ורשמתי לזכרון:

יא שם שער ל"ו ח"ב אות ג' מ"ש הגד"ת להסתפק אם יכול לטעון קים לי לפטור משבועה ותלי לה אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה.

יב ולפענ"ד נראה דהנה בטעם דלא אמרינן מגו לאפטורי משבוע' שמעתי מאחד שאמר דהא שבועה לא עדיף מחזקה והרי חזקה עצמה כל דאיכא לברורי מבררינן וה"ה כאן הרי יכול להתברר ע"י שבוע' ולכך צריך לשבע ול"מ לאפטורי משבועה ע"י מיגו אבל לאפטורי מממון לא יוכל להתברר והיה חייב לשלם לכך אמרינן מגו ולפ"ז זהו כשהוא ענין מגו א"כ לא נודע האמת רק שיש לו מיגו א"כ אמרינן דצריך לברר אבל בקים לי דלא הוה ספק לאותו פוסק דס"ל דפטור הרי הוא פטור בבירור ושוב יוכל לטעון קים לי דא"צ לבירור לאותו פוסק והוא יכול לטעון בבירור שקים לי' כדעת הפוסק מיהו יש לעיין דבאמת ענין קים לי אטו זה יודע רק משום דהוא מוחזק יכול לטעון קים לי וא"כ גם בזה שייך דיש לו לברר דהא א"י לטעון בירור דזה האמת ודו"ק היטב: שם שער ל"ח ח"ב אות א' עיין גד"ת שהקשה בהא דאמרו דף י"ב י"ג בכתובות ע"כ לא אמר ר"ג אלא דאיכא מגו וע"ז הקשה דהא הו"ל מגו להוציא וע"ז תירץ דכל דמרווחת הרבה בהטענה וטובת היורש אמרינן מגו להוציא וזה דבר חדש שלא נמצא במחברים ופוסקים ויש כמה סתירות לזה עיין תוס' ב"מ דף ב' וכמה מקומות אמנם גוף הקושיא תמהני דלא נזכר שכבר הקשה כן הר"ש מקינון בספר הכריתות ובמרדכי ועיין ש"ך כללי דיני מיגו ובתומים וכל הספרים מלאים מזה ועיין ב"ש סי' ס"ח ס"ק כ"ב ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' ל"ט: שם שער מ"ד ח"א אות ד' בגד"ת שהקשה על מהר"י בי רב דאף שהשותף מודה שלצרכו ג"כ הלוהו מכל מקום כל שבשעת הלואה היה יכול להכחיש לא נתחייב ע"ז הקשה הגד"ת דהא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כי היכא דאם הי' עדים שהסחורה שנתן הוא מהסחורות הנכבדות הי' חייב ה"ה כשהודה למה לא יתחייב בכך ומה לנו אם הי' אז יכול להכחיש ע"ש ואני תמה דש"ס מפורש הוא בב"ב דף ל"ג לסוף

אודע לי' דאיהו קרוב טפי וכו' א"ל להדר לי פירי דאכיל עד השתא אמאן קסמיך מר אהאי הא הוא אמר דמקרבנא טפי ופירש הרשב"ם דזה שמודה עכשיו הרי הוא כנותן לך את האילן מדעתו אע"פ שלא זכיתי בו מן הדין וביאור הדברים דהודאת בע"ד הטעם משום דאדם יכול לחייב עצמו אע"פ שאינו חייב וא"כ הודאתו אינו רק מעת שמודה ולא מקודם ומזה הקשיתי בחבורי יד שאול על הקצה"ח סי' ל"ז בענין הודאת בע"ד דהוא מטעם עד פסול דכשר לעצמו ומזה סתירה דא"כ לתחייב גם על פירי שאכל וא"כ עכ"פ דברי המהריב"ל נכונים דניהו שכעת מודה מכל מקום לא נתחייב למפרע וא"כ ממילא הנכסים ודאי לא נשתעבדו דהן ערבים בעד הלואה והרי אז לא נשתעבדו הנכסים וגם הוא בעצמו ניהו דהוא נתחייב כעת אבל השטר בטל דהשטר לא נעשה על האחר אף שמודה כעת וא"כ כעת היא מתנה חדשה בע"פ אבל לא יוכל לגבות בשטרו דהשטר לא נעשה עליו כיון שהוא יכול לכפור ולפענ"ד נראה דאף מיניה לא יוכל לתבוע דהא הוא אינו נותנן לו במתנה עכשיו חצי חוב רק שמודה שראובן לוה לצרכו ג"כ והרי לזה לא נתחייב בשטר וא"כ למה יגבה בזה השטר וצ"ע בזה אבל הנכסים ודאי לא נשתעבדו דהשטר בטל ועיין בתוס' ב"ב דף קע"ה כעין זה לענין שכ"מ ע"ש בד"ה ורב ושמואל ודו"ק שוב ראיתי בש"ך סי' ע"ז סק"ט שגם הוא חולק על המהריב"ל דמה חילוק יש בין הודאת בע"ד לעדים והנראה לפענ"ד כתבתי: שם שער מ"ה ח"א אות י"ד עיין בגד"ת שהאריך בזה וטרם יהיה כל שיח נבאר דברי הרמב"ם פ"ט משמטה הי"ז אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של ר' אמי ור' אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם אבל שאר ב"ד אין כותבין וכתב הכ"מ בשם הר"ן דב"ד דר' אמי ור' אסי לאו דוקא אלא ה"ה לכל ב"ד חשוב שבדור וכו' וכן נראה דעת רבינו ממש אלא חכמים גדולים ביותר ולא סתם וכתב אין כותבין פרוזבול אלא בב"ד של ר' אמי ור' אסי כלישנא דגמרא ועוד שכתב שהם ראויים להפקיע ממון וכיון דכל ב"ד חשוב שבדור ראוי להפקיע ממון ממילא משמע דכל ב"ד חשוב שבדור הוה כב"ד של ר' אמי ור' אסי וכן משמע עוד ממש בסמוך גבי ת"ח שהלוו זה את זה ובהלכה כ"ז כתב הרמב"ם ת"ח שהלוו זה לזה וכו' וכתב הראב"ד דבריו סותרין זה את זה והבין הכ"מ דהראב"ד משיג על מ"ש סתם ת"ח ולעיל כתב חכמים גדולים כר"א ור"א וע"ז כתב הכ"מ דכ"כ לעיל דב"ד דר"א ור"א לאו דוקא רק כל ב"ד חשוב שבדור ורבנן דבר"א ור"א היינו גדולי ב"ד והיו חשובים לאפקועי ממון ע"ש ותמהני על הכ"מ דלמה האריך כ"כ ות"ל דאם כוונת הרמב"ם דוקא ב"ד דר"א ור"א א"כ היה לו להשמיט כל הדין דבזמן הזה מי יש לו ערך לב"ד דר"א ור"א וע"כ שלא דוקא וגם מ"ש דב"ד דרב אשי היינו גדולי בני בית דינו והרי מזה יכול להוכיח דאין

הכוונה דוקא לב"ד דר"א ור"א דהרי ב"ד דרב אשי לא הי' חשובים כ"כ כב"ד דר"א ור"א דהרי אמרו בכתובות דף כ"ב ודלמא ב"ד דרב אשי כשמואל ס"ל דכתיב בי' ואמר לנא רבנא אשי אלמא דב"ד לא הי' כ"כ גדולים עד דחשבינן שמא טעו והוצרך לכתוב רבנא אשי ועיין באור זרוע הנדפס מחדש בזיטאמיר שכתב בסי' שכ"ח דעל מה דאמר דרבנן דבירא דאכלי בצפרא דשיבסר אין לסמוך דאשכחן דהש"ס גופא אמר דאין לסמוך ע"ז עד דכתיב ואמר לנא רבנא אשי וא"כ אין לסמוך על רבנן דרב אשי ואף דגם שם אמר רבנן דבי ר"א ור"א ואולי הם ג"כ לא היו גדולים כר"א ור"א גופא אבל אכתי מי יודע אם רבנן דבי רב אשי הם כמו רבנן דר"א ור"א וע"כ שאין צריך רק החשובים שבדור וגדולי בית דינו וז"ב ופשוט דאל"כ נפל דין דפרוזבול בבירא דמי משלנו יערוך לאמוראים הגדולים שבש"ס ואף לב"ד של רב אשי אינם מגיעין: וראיתי להמהרי"ק בשורש א' שהוכיח מהך דפרוזבול דמצרכי ב"ד דר"א ור"א מזה מוכח דאין כח ביד ב"ד לעשות תקנה במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי דהרי גם ב"ד דר"א ור"א דוקא פרוזבול דאיכא משום זכר לשביעית אבל אי לא"ה לא היו כח ביד ר"א ור"א ג"כ ולפענ"ד אין ראיה דש"ה שהוא נגד התורה דהתורה רצתה שיהי' שמטת כספים והוא מערים להפקיע בזה מצות התורה אבל במידי שאינו נגד התורה לא שייך זאת ובזה נראה לי דלכך קראו שמואל לפרוזבול עולבנא דדייני דהיינו שהוא חוצפא לעשות נגד התורה ולזה נראה דר"ח אמר מאי פרוזבל בולי ובוטי והיינו שהוא תקנה לעניים ולעשירים וא"כ אף שהוא נגד התורה בעצמה דרכיה דרכי נועם ושלום בין עניים ועשירים ודו"ק ועיין שו"ת מהר"מ אלשיך סי' נ"ט עתה נבא לדברי הגד"ת שהקשה על הכ"מ שאף אם נסכים שרבנא דר"א היינו הגדולים של בית דינו עכ"פ אין להם כח בלתי רב אשי וא"כ ל"מ מסירתם זה לזה בלתי הסכמת רב אשי והנה מ"ש דלא היה להם רשות בלתי הסכמת רב אשי היו לו להביא דברי הש"ס בכתובות כ"ב הנ"ל דרבנן דרב אשי לא מועיל עד ליכתוב אמר לנא רבנא אשי וראיתי בראש"ש פרק השולח סי' י"ג שהביא דברי ר"ת מה שחזר בו וכתב פרוזבול וכתב דלא בעי אלא ב"ד חשוב שבדור ואשכחן נמי רבנן דבי רב אשי דמסרי מילייהו להדדי וע"ז כתב הרא"ש דמשמע מדברי ר"ת דחשוב כלהו רבנן דבי רב אשי ב"ד מומחה משום דרב אשי היה גדול הדור ולא מסתברא הכי ע"ש ולא כתב שום טעם ואם היה מביא הך דכתובות כ"ב היו מדחה בחוזק יד ולדבר הזה יסלחו לי רבנן דבי רב אשי אולי חלילה הקלתי בכבודם חלילה חלילה לקוף הקטן כמוני לנגוע אף באפס קצה מכבודם אבל לענין דינא אין משוא פנים וגם האור זרוע כתב זאת כמ"ש למעלה: באות ט"ו מה שהקשה הגד"ת דלמה אצטריך בספרי למילף מקץ ממועד חג הסוכות דמה"ת לומר דקץ

הוא תחלה והלא מקץ הוא בסוף והביא דברי הש"ס בערכין פרק המקדיש שדהו דף כ"ח ע"ב דאמרו שמטה בסופה דכתיב מקץ שבע שנים הרי דמקץ הוא בסוף והאריך בזה ולפענ"ד במחכ"ת נעלם ממנו דברי הש"ס בערכין דף ל"ג דפריך על הא דכתיב מקץ שבע שנים תשלח והוינן בה מקץ והא כתיב ועבדך שש שנים ומשני רנב"י שש לנמכר ושבע לנרצע ע"ש ובאמת פשטת הקרא משמע דמקץ היינו בתחלתו וכן מצאתי בדעת זקנים מבעלי התוס' שכתבו בפרשת מקץ שפירשו מקץ סוף וכל לשון קץ סוף הוא וכתב בדעת זקנים שהוצרך לפרש כן משום דכתיב מקץ שבע שנים תשלחהו חפשי דהתם תחלת שבעה קאמר דהא כתיב בתורה שש שנים יעבוד ותו לא אבל מקץ שבע שנים דשמטה אין להביא ראיה דהא אצטריך מקץ לומר דאינה משמטת אלא בסופה ע"ש והנה אף שבמחכ"ת לא הזכיר דברי הש"ס ערכין ל"ג הנ"ל אבל מ"מ הוה אמינא דמקץ היינו בתחלתו ולזה אצטריך ללמוד מקרא דמועד ודו"ק היטב שוב ראיתי בראב"ע בפסוק מקץ שבע שנים שפירש מתחלת השנה והרמב"ן האריך שם וכן כתבו המדקדקים אמנם רבותינו דרשו שמקץ היינו בסופה וא"כ עכ"פ הספרי שפיר אמר יכול מתחלתה אמנם מה שלמד מקץ שבע שנים במועד באמת גם שם פירש הראב"ע דהיינו בתחלתה ועיין רמב"ן שם: בעה"ת שער מ"ט ח"א אות א'. דברי הבעה"ת הם תמוהים לפענ"ד ותמהני על הגד"ת שלא הרגיש כלל בזה במ"ש בב"ב ב' א' משביעין המלוה שבועה שא"ב וכדאמרינן מי נשבע תחלה ומשמע מדבריו שזו השבועה הוא שבועת השומרים שא"ב המוזכר בב"מ דף וא"ו דשלשה שבועות משביעין ואחד מהם שבועה שא"ב וזה אינו דזה הוא כשרוצה לפטור עצמו מלשלם בטענת גניבה בש"ח ע"ז צריך לשבע מה"ת שבועה שא"ב אבל כאן שבאמת המלוה טוען שהיה שוה שקל והוא הלוה עליו סלע והלוה טוען שהיה שוה סלע ועכ"פ אליבא דשניהם המלוה לא הרוויח כלום ע"ז חידש ר"ה דמכל מקום משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו שמא עיניו נתן בו וע"ז לא הי' לו לומר שמשביעין אותו שבועת השומרין ואף אם נדחוק בזה ונאמר שגם בעה"ת כוון לשבועה דר"ה וגם זה קרא שבועת השומרין אכתי קשה במה שכתב בסיפא דסיפא באם הלוה טוען שהיה שוה שתים והמלוה אומר שלא הי' שוה אלא סלע וע"ז כתב דהמלוה פטור משבועת התורה אם הלוה מאמינו והוא תימה דמה ענין שבועת התורה אם הלוה מאמינו והי' לו לכתוב דפטור משבועה דרב הונא דהוא כעין של תורה והיינו שבועת המשנה ואף אם נדחוק דפטור משבועת התורה באשר המלוה אינו רוצה לשלם כפי מה שטוען הלוה ורוצה לפטור עצמו מטענת הלוה אכתי קשה במה שאמר אח"כ ישבע מדרב הונא שבועת התורה שא"ב והוא תימה דמה ענין שבועת ר"ה לשבועת התורה

והוא תמוה גדולה וכפי הנראה מבעה"ת דכל שתיקן ר"ה דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו אף שישלם שוב חזרה שבועת התורה למקומה והשבועה שאינה ברשותו היא של תורה ובזה מדוקדק מ"ש הבעה"ת כאן דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו וכולל בשבועתו שהיה המשכון כנגד החוב והטור כתב להיפך דישבע שבועה שלא היה שוה רק ה' דינרין דהוא שבועת התורה וכולל גם שבועה שאינה ברשותו והב"י האריך למה הבעה"ת שינה השבועות ולפמ"ש הטור לשיטתו שסובר דשבועת אינו ברשותו אינו רק כעין של תורה א"כ בודאי שבועת מודה במקצת מוקדם וכולל א"ב בזה אבל הבעה"ת דסובר דחזרה שבועת שא"ב למקומו והוא שבועת השומרין א"כ זה קודם דזה שבועת השומרים ושבועת מודה במקצת הוא גם בלוה ומלוה אבל עיקר השבועה היא שבועת השומרין ודו"ק אבל גוף הענין הוא תמוה דמנ"ל לבעה"ת לחדש זאת אמת שגם מהרמב"ם פי"ג ממלוה ה"ז נראה כהבעה"ת אבל לא ביאר הדברים בהדיא ובפ"ו משאלה ופקדון ה"א ביאר בהדיא דשבועת דר"ה הוא שבועת תקנת חכמים וגם הבעה"ת כתב כאן באות ב' דאף שרוצה לשלם מכל מקום משביעין אותו מדר"ה ע"ש וא"כ מ"ש ישבע מדר"ה שבועה שאינה ברשותו היא תימה גדולה וכמ"ש למעלה וצע"ג:

יג שוב ראיתי בש"ע סי' ע"ב מי נשבע תחלה שבועת השומרים ובש"ך הרגיש בזה דאינו שבועת השומרים רק שבועת רב הונא אבל הבעה"ת ביאר אח"כ בהדיא דשבועה דר"ה הוא שבועת התורה וזה צע"ג ובטור ביאר בהדיא שהוא שבועה כעין של תורה. והנה לפענ"ד לפימ"ש שנראה מדברי הבעה"ת דשבועה דר"ה הוא שבועת התורה נראה לפענ"ד דר"ה חידש שני דברים דאם המלוה משלם הכל כפי טענת הלוה אז נשבע מתק"ח שא"ב דשמא עיניו נתן בה אבל אם נחלקין בגוף המשכון עד"מ דזה טען ששוה כך וכך והמלוה טוען ששוה פחות אז שבועה שא"ב היא של תורה דחזרה שבועת שא"ב של שומרין למקומה ולא אמרינן דזה אינו ענין לשבועת השומרין דשבועת השומרין הוא דאם רוצה לפטור עצמו בטענת גניבה לגמרי אז נשבע שבועת השומרים אבל מה שזה טען שהמשכון שוה יותר זה ענין כפירת הכל ומודה במקצת וכאן לא שייך שבועת השומרין וע"ז יש לומר דכל שטען ששוה יותר נמצא שאינו משלם כפי טענת הלוה שוב שייך שבועה שא"ב. ובזה נפתחו לי שערי בינה במ"ש בב"מ דף ל"ה ואם איתא לדרב הונא כיון דמשתבע מלוה שאינה ברשותו היכא מצי מפיק לי' והקשה בגד"ת כאן וכן בתפארת שמואל על הרא"ש וכבר קדמם הריטב"א בב"מ שם דלפמ"ש הרמב"ם דבמינו מצוי בשוק לא שייך שמא ענ"ב ולא שייך שבועה דר"ה א"כ מ"פ לישני דמיירי במינו מצוי בשוק והיא קושיא גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היכא דמשלם כלו כפי

טענת הלוה רק ר"ה חידש דמשביעין שבועה שאינו ברשותו דחיישינן שמא ענ"ב בזה כל שמינו מצוי בשוק לא חיישינן אבל כאן דאינו משלם כפי טענת הלוה ונמצא אף שמינו מצוי בשוק מכל מקום כל שר"ה חידש שמשביעין שבועה שאינה ברשותו א"כ ק"ו הדברים השתא כל שמשלם כלו מכל מקום צריך לשבע שא"ב מכ"ש אם מחולקים בשויו שוב שייך שבועה שא"ב ואדרבא בזה צריך לשבע שבועת השומרין מה"ת ומה מועיל מה שמינו מצוי בשוק ומדוקדק מאד מ"ש ואם איתא לדר"ה ולא אמר לר"ה לא שייך החשש ולפמ"ש א"ש דכל שחידש ר"ה דמשביעין שאינה ברשותו א"כ כל שנחלקו בשויוי שוב צריך לישבע שבועות התורה שא"ב ודו"ק: בעה"ת שער נ"א ח"ד אות ח' במ"ש הראב"ד דברתא דמחלה לעצמה וכן כל יורש שמוחל לעצמו פטור דכל שאינו מתכוין להזיק רק להנאת עצמו פטור ע"ש והקשה הגד"ת מהא דאמרו בגיטין דף נ"ג העושה מלאכה במי חטאת ופרת חטאת פטור בדיני אדם וחייב בד"ש הא שם להנאת עצמן הן מתכוונין ולכך פטורין וכן הקשה על מ"ש הרמב"ם פ"ז מחובל דהעושה מלאכה במי חטאת ופרת חטאת בשוגג פטור במזיד חייב וכתב הראב"ד שבוש הוא זה דאפי' עושה מעשה בגופו פטור והטעם משום דאין מתכוין להזיק רק להנאתו ואי נימא דלמ"ד לאו שמיה היזק כל שמתכוין להנאתו ל"ש לחייב א"כ ה"ה למ"ד שמיה היזק נמי לפטור כל שנתכוין רק להנאתו. וראיתי בתומים סי' ס"ו ס"ק מ"ם שכתב דל"ק כלל דדוקא למ"ד לאו שמי' היזק רק משום קנסא בזה כל שמתכוין להנאתו פטור אבל למ"ד שמיה היזק אף שרק מתכוין להנאתו חייב כיון שעושה היזק ע"ש ותמהני שכפי הנראה לא ראה הסיום של הגד"ת דבהדיא ביאר דאם נימא דכל דמתכוין להנאתו פטור למ"ד ל"ש היזק גם למ"ד שמי' היזק מהראוי שיפטר מן הדין רק לצאת ידי שמים יתחייב ועכ"פ הרגיש בסברת התומים ומכל מקום מקשה. אך נראה דהנה בהא דאמרו בחולין דף קל"א המזיק מתנות כהונה פטור ופריך מהך דאנס המלך גורנו דחייב ומשני דקא משתרשי לי' ולפ"ז ראינו דאף דהמזיק מתנות כהונה פטור מכל מקום כל שמשתרשי לי' חייב ובתוס' הקשו דא"כ אוכל מתנות כהונה לתחייב דהרי נהנה באכילי' וכתבו דיכול לומר הייתי מתענה ומהרי"ט הקשה באהע"ז סי' כ"א דא"כ למה יתחייב באומר לחבירו בא ואכול עמי הא יכול לומר הייתי מתענה ע"ש ובקצה"ח סי' רמ"ו כתב דכל דמזיק מתנות כהונה פטור ה"ה על אכילתו שנהנה פטור ומשתרשי לא שייך דיכול לומר הייתי מתענה אבל באמר בא ואכול עמי חייב על הנאה ולפ"ז נראה לי ברור דזה החילוק שבין מ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק למ"ד דשמי' היזק דלמ"ד שמי' היזק ל"ש לומר דיפטר דמתכוין להנאתו דמ"מ הרי נהנה ומשתרשי לי' והרי שמיה היזק רק דאמרת דלא נתכוין להזיק

מכל מקום כל שמגיע לו טובה חייב דמשתרשי לי' אבל למ"ד לא שמי' היזק ורק דחייב משום קנס כל שלא נתכוין להזיק אף שמשתרשי לי' כשם שא"ח על ההיזק כמו כן א"ח על הנאתו מידי דהוה אמזיק מתנות כהונה דפטור גם על מה שנהנה באכילתו וקנס לא שייך שהרי לא נתכוין להזיק אבל למ"ד שמי' היזיק ניהו דלא נתכוין להזיק אבל כל שמרוויח ונהנה הרי משתרשי לי' וחייב והראב"ד שפיר השיג דלמ"ד לא שמי' היזק כל שלא נתכוין להזיק משתרשי לי' נמי פטור.

יד ובזה מיישב קושית מהרש"א דלכך לא פריך רק למ"ד שמי' היזק דלמ"ד לא שמי' היזק אף שמשתרשי לי' פטור. שוב ראיתי בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' ס"א שהקש' על התומים הנ"ל דקושית הגד"ת הוא כך דאם מתכוין להנאתו למ"ד שמי' היזק מהראוי שיפטור גם במזיד כדי שיודיע ול"ש לומר השתא לצעורי מכוין אודעי לא קא מודע לי' דהא אינו מכוין לצעורי רק לטובתו ע"ש ויפה הקשה אבל תמהני דלא ראה בגד"ת כאן שהקש' קושיא זו בפ"ע ע"ש אבל לפענ"ד ל"ק דבאמת מ"ש כדי שיודיע דבאיסור בודאי יודיע דלא נחשדו בני ישראל שיתכוונו להכשיל בדין עד"מ בכהנים שפגלו במקדש שבמזיד שידעו הדין ניהו דרצו להזיק אבל לא יכשילו בני אדם בדין וע"כ לא קאמרו בשוגג חייב כדי שיודיע רק במקום דעשה נזק אבל לא איסור אבל בטמא ומדמע ומפגל ועשה מלאכה במי חטאת בזה ס"ל לראב"ד דלא שייך כדי שיודיע ורש"י באמת פירש דעל מטמא ומדמע ג"כ קאי חזקי' אבל לפענ"ד הראב"ד לא פירש כן והא דפריך מכהנים שפגלו במקדש ובשוגג היינו לפי מה דמוקי במנחות מ"ט דשוגג היינו שאומר מותר ובכה"ג יש לחוש שלא יודיע כלל כיון דחושב שלא עשה איסור רק שהזיק לחבירו אבל כל שהוא יודע שאסור רק שלא נתכוין להזיק באמת במזיד חייב דודאי יודיע ובשוגג שעשה בשוגג פטור כדי שיודיע וז"ב: ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ותני עלה שהקשו דארישא על מטמא ומדמע הו"ל לפרוך ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת רישא א"ש די"ל דמיירי בעשה כדי להרוויח והא דבמזיד פטור דלא שייך השתא לצעורי קא מכוין דאפשר דלא נתכוין לצעורי כדי שיקנה ממנו בזול וכדומה וכן מפני תיקון העולם חייב ובשוגג פטור כדי שיודיע ובמזיד לא שייך לומר דבודאי יודיע כדי שלא יעשה איסור דהא יכול להודיע לו ויאמר שהי' שוגג אבל בכהנים שפגלו במקדש שפיר פריך דהא מיירי באומר מותר א"כ במזיד ודאי חייב דבודאי יודיע ולא שייך לומר שיוכל להודיע ויאמר דהי' שוגג בדין דזה זילא לי' מלתא לכהן שלא ידע הדין ואף שהוא ע"ד פלפול לא מנעתי לכתבו כיון שעלה בדעתי אבל יש לפקפק ע"ז אבל גוף הדבר שחדשתי דבודאי יודיע כיון שהוא איסור זה נראה נכון ודו"ק: בעה"ת שער נ"א

חלק ח' אות א'. ע"ש מה שנחלקו בראובן שהוציא שט"ח שיש ללוי על שמעון וטוען ראובן שממונו הוא שנתן ללוי להלות לשמעון ולא הקפיד במ"ש לוי על שמו ולוי מודה שממונו של ראובן הוא ואיכא מ"ד כיון דלא הי' הקנאה גמורה רק שזה הודה לי' מכל מקום השתא הוא דקא מזכה לי' האי ממונא ומילי במילי לא מקני ובעה"ת חולק בזה וכתב דע"כ לא שייך מילי במילי רק היכא שזה מקנה לו עכשיו הקנאה חדשה אבל כאן מודה שמתחלה הי' של ראובן ע"ש ולפענ"ד הדבר תלוי בטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דלפמ"ש המהריב"ל דהוא מטעם שאדם יכול לחייב עצמו א"כ אינו רק שמתחייב עצמו כעת וא"כ הו"ל מילי במילי וז"ש השתא הוא דקא מזכה לי' והו"ל מילי במילי אבל לפמ"ש הקצה"ח דהוא מטעם דאדם נאמן על עצמו והו"ל עד פסול דלגבי עצמו הוא כשר מתורת עדות א"כ שוב לא הוה הקנא' חדשה ולא מקרי מילי וז"ב כשמש אך לפענ"ד אף לטעם של הקצה"ח כאן לגבי שמעון אינו נאמן דלגבי שמעון אינו נאמן לוי ואינו נאמן רק שממונו של ראובן הוא ואין לוי יכול להוציא אבל לגבי שמעון הוא יכול לטעון שלא נאמן לוי לדידי וממונו של לוי הוא וז"ב ודברי איכא מ"ד נכונים: שם שער ס"ד ח"א אות ב' בגד"ת הקשה לרש"י דפסק כראב"י דדבר שלבל"ע מועיל קנין א"כ בהך דמעמד שלשתן דנדחק דהלכתא בלא טעמא הוא והא מועיל לדבר שלבל"ע ולק"מ דהרי הש"ס מקשה הקנה לנולדים מהו דאף למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע לדבר שלבל"ע ודאי לא מועיל וע"ז הוצרך לומר דהוא כהלכתא בלא טעמא ה"ה לדידן נמי ובאמת הבני יעקב מקשה להרא"ש דפסק דאף לדבר שלבל"ע מועיל למה אצטריך במ"ג הלכתא בלא טעמא אבל צ"ל כיון דלר"ה אצטריך לומר דהוה הלכתא בלא טעמא גם לר"נ כן וכ"כ בתומים סי' ס"א ס"ק א' בהדיא וה"ה בזה ודו"ק ובגוף קושית התוס' בגיטין שם דהא לדבר שלבל"ע לר"נ יותר מועיל מדבר שלבל"ע לפענ"ד נראה דהנה בהא דאמר אמימר נעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך צריך ביאור דהא לדבר שלבל"ע לא מהני קנין וצ"ל דשעבוד עדיף דשעבוד חל על גופו וגופו איתא בעולם ולפ"ז שפיר פריך הקנה לנולדים דהרי המהרי"ט בחלק חו"מ סי' כ"ג כתב דלנולדים ודאי לא מועיל שעבוד דכל שהזוכה אינו בעולם למה מועיל שהמזכ' בעולם דבשלמא כשהדבר אינו בעולם אבל גופו איתנהו בעולם ע"ש ולפ"ז שפיר פריך דבאמת הקנין לא מועיל אף בדבר שלבל"ע ורק מתורת שעבוד גופו חל והרי גופו של זוכה לא הי' בעולם כלל ובזה יש ליישב קושית הגד"ת הנ"ל ואין להאריך: שם ח"ב מה שנחלקו הרי"ף והראב"ד הנה לפענ"ד דברי הרי"ף נכונים דמ"ש הראב"ד דהאומר נתתי כך לפלוני הודאה היא ולא הקנא' וחיישינן שמא הקנהו ע"י אחר הנה אם לא מועיל מתורת הקנא' דאין מטבע נקנה

בחליפין גם הודאה לא מועיל דהודאת בע"ד אינו רק מתורת חיוב ומתנה עכשיו וכמ"ש המהריב"ל וא"כ כאן של"מ מתורת קנין גם מה שהודה ל"מ ולא קנה דמנה אין כאן משכון אין כאן וכמ"ש הרי"ף איברא דבגיטין דף מ"ם אמרו האומר עשיתי עבדי פלוני ב"ח והוא אומר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר ושם ג"כ מתורת הודאה מועיל וכמ"ש הר"ן בריי"ף שם בהדיא וקשה היאך מועיל מתורת הודא' והא סוף סוף כל שא"י להקנות עכשיו בזה ל"מ מתורת הודאה ועיין גד"ת שהביא מדברי הר"ן האלו ראי' למ"ש הרי"ף ואינו מובן הא הראב"ד היטב ראיתו משם דשם מבואר דמועיל מתורת הודא' וגם כאן מועיל מתורת הודאה אמנם נראה דבאמת כל של"מ מתורת חיוב השתא גם הודא' ל"מ וכמ"ש אמנם שם לא מיירי רק לענין מעשה ידיו ושחרור באמת צריך להתירו בב"ח ולענין מעשה ידיו שפיר מועיל מתורת הודא' דעכ"פ מסלק עצמו ממעש' ידיו וא"כ אין ראי' לענין שיהי' מועיל בתורת הודאה שיתחייב לו המעות כיון דמטבע אינה נקנה בחליפין מה מועיל הודאתו אז וכעת אינו רוצה להתחייב וז"ב כשמש איברא דא"כ הדרא קושית הר"ן לדוכתא דא"כ למה אמר ר' יוחנן כלן בשטר ולמה לי' שטר גם בע"פ יועיל מתורת הודא' אמנם נראה דבר חדש דבאמת כבר כתבתי דהודאה ל"מ לענין שיצא לחירות ויהיה מותר בבת ישראל דלזה ל"מ הודאתו ורק לסלק ממעש' ידיו ולכאורה כיון דאמירתו היא כוללת גם שיהי' ב"ח גמור ולזה ל"מ הודאתו היאך יהי' מועיל הודאתו לענין מעשה ידיו ואף דבאמיר' ל"ש מתוך שלא קנה זה לא קנה גם זאת ול"ש קני את וחמור כמ"ש הריב"ש בתשובה ואחריו הגאון מוהר"י ז"ל בנוב"י הוא והנוב"י החזיקו בזה היינו אם היו ב' אמירות אבל אמיר' אחת אי אפשר להתחלק אך נראה כיון דזה אמר לא עשאני א"כ לענין זה שלא יהי' ב"ח גמור אהני אמירת העבד שמכחישו והוי תרתי הודאות דסתרי אהדדי והרי הוא בחזקת עבד כמו שהי' וכמ"ש הרשב"א לכך עכ"פ מועיל לענין סילוק ממעש' ידיו דלזה העבד מוחזק ושוב אמירתו ב"ח לא הי' רק לענין מעשה ידיו ושפיר מועיל מתורת הודאה ולא שייך לומר דאין אמירה לחצאין דהא העבד סתר באמת אמירתו ולא הוה רק לענין מעשה ידיו בלבד ולפ"ז זהו כשזה טען לא עשאני אבל אם לא טען לא מועיל באמירה בע"פ אבל בשטר שפיר מועיל אף דלא בן חורין גמור מ"מ מועיל לענין מעשה ידיו ואף דאין שטר לחצאין כמבואר בחו"מ סימן קצ"א עיין בסי' נ"א דמועיל וכ"כ במק"א החילוק בזה וצ"ע בזה כי לא נתחוור לי הדברים עוד והנה במה דמבואר בגיטין האומר נתתי הרי הוא שלי אתנני' לא קנה מזה מבואר כדברי הר"ש הלוי שהביא הכנה"ג בהגהותיו לטור חו"מ סי' סמך סל"ו דלא מקרי חיוב רק מודה אני שאני חייב אבל אומר אני מתחייב שאתן לפלוני כך וכך לא מועיל והרי כאן

מבואר בין אם נימא דהוא בתורת הודא' או בתורת חיוב דאם אמר אתן ל"מ אף שכתב בשטר כן והנוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' כ"ג והנמשך פלפל בזה עם חתנו הגאון ז"ל וצ"ע דכאן מבואר הדבר בהדיא כן שוב מצאתי בשו"ת זקני הרמ"א שהאריך ג"כ בדברי הרי"ף והראב"ד הנ"ל ונדחק בטעם דל"מ נתתי מתורת הודאה כמ"ש הראב"ד ולפענ"ד נראה כמ"ש ודו"ק ועיין בשו"ת מוהר"ם אלשיך ס"ג ובחבורי י"ש הל' עבדים מ"ש בזה: בעה"ת שער א' הנה אי קיי"ל כשיט' שהאריך הגד"ת אות ב' מחודש ב' שער א' כבר האריך בזה בשו"ת רמ"ע מפאנו סי' י"ז וכ"כ עליו באורך בתשו' ועיין בקונטרס הגאון מוהרח"י ז"ל על שיקול הדעת ומ"ש בעה"ת באות וא"ו דכסות תנן ספרים דלא תנן לא תנן והב"י סי' צ"ג תמה ע"ז דאטו כי רוכלא ליחשב וליזל וכתב הגד"ת דהרי חזינן דאחר שחשב כסות חשב לא בסנדלים אלמא דרצה לחשוב גם מה שהוא בכלל וא"כ שפיר ראית הבעה"ת ולפענ"ד ל"ק דבאמת בשו"ת זקני השער אפרים סי' קכ"ד שנסתפק במי שנתחייב לכסות חבירו אם גם מנעלים בכלל ע"ש ובחבורי יד שאול סי' ר"מ ס"ק ה' הארכתי בזה וכעת מצאתי דחשיב כסות וסנדלים בפ"ע אלמא דמנעל לאו בכלל כסות וא"כ אין ראיה מדחשיב סנדלים בפ"ע ומה שהאריך הגד"ת באות ח' לתמוה דאין ענין למה שנסתפק בש"ס אי ס"ת בכלל דשם הספק אי קרי נכסי משא"כ בבע"ח דכל שהוא שלו נשתעבד הנה באמת מה שנסתפקו אי ס"ת בכלל ע"ז חלקו הרשב"ם והמפרשים בזה ועיין בשו"ת נו"ב בהד"ת חלק חו"מ סי' מ"ג בזה ומ"ש בנו הרב ז"ל ואני כתבתי דהספק הוא לפמ"ש הת"ח דס"ת אסור להקדיש לבהכ"נ דשוב לא יתקיים כתבו לכם ואני כתבתי ביד שאול סי' ע"ר דלא נזכר מדברי הרמב"ן במלחמות דלכם לא קאי ע"ז ולפ"ז אבעיא אזלא באם הקדיש הס"ת שוב לא הוה שלו ואינו בכלל נכסיו ודו"ק: ובאות ט' מה שהביא ר"ת ראי' דאין מסדרין מהא דאמרו בב"ק דף י"א מיני' ואפילו מגלימא דעל כתפיו וכתבו וכ"ת דמפשיטין אותו גלימא דאלף מנה ויהבינן לי' גלימא דחזיא לי דהא ליכא מידי דלא חזי לי' כרשב"ג דלעיל ותמה הגד"ת וכן הקשה המהרש"א דאם נימא דמפשיטין ע"כ ס"ל דמסדרין וא"כ היאך דחי דליכא מידי דלא חזי לי' כרשב"ג והא רשב"ג ס"ל דאין מסדרין וא"כ מה ראי' למאן דס"ל דמסדרין והוא תימה גדולה ע"ש ואני תמה ביותר דהתוס' בב"ק שם כתבו בהדיא דיש לומר דמסדרין ומפשיטין מנה אף זוז ויהבינן לי' מידי דחזיא ליה ואף שדברי התוס' יכולים לסתור זא"ז משום דלאו חד בעל תוס' הי' כמ"ש המפרשים הרבה פעמים אבל עכ"פ ראיית התוס' כאן אינה ראי' אמנם נראה דהנה התוס' הקשו לקמן למה לא פשטינן מרשב"ג דאין מסדרין וכתבו דיש לומר דיהבינן לי' מידי דחזי לי' ואף ששנינו דרשב"ג מתיר באלף אפשר דלא משום

דבני מלכים הם רק שכל מידי חזי לי' ע"ש כמו שהגיה הב"ח ז"ל ולפ"ז יש לומר גם כאן לא רצו להכריח מרשב"ג רק דעכ"פ זה ודאי דכל מידי חזי לי' וא"כ שוב לא מצי להפשיט ולתת לו מידי דחזי לי' דכל דבר חזי לי' ולכך בתורת גבי' יכול למוסרו ולא מסדרין ורשב"ג מיירי בתורת משכון ולהשיב לו כנלפע"ד ע"ד הדוחק והעיקר נראה לי דיש חילוק בין מפשיטין דזה בזיון גדול דכל שלבוש במאה מנה יפשיטו ולקח לו במנה זה בזיון ובזה ס"ל כרשב"ג דליכא מידי דלא חזי לי' אבל רשב"ג בעצמו דשקלינן מידי דלא חזי לי' היינו כשיש לו שני לבושים אחד שוה הרבה ואחד מעט שפיר שקלינן מידי דלא חזי לי' כיון שיש לו שנים וז"ב כשמש ובזה יש להשיב גם על קושיא השני' דס"ל לר"ש דאין מסדרין דהא ליכא מידי דלא חזי לי' ולפמ"ש כל שאין מפשיטין שפיר יכול לסדר ודו"ק:

סימן יא

ראיתי בספר אחד שהובא בשם ספר נחלת עזריאל על חולין שהקשה על התוספתא שהובא במלמ"ל פ"י מרוצח ה"ו שעגלה ערופה נפדית לעולם כמו פרה אדומה וע"ז הקשה בהא דפריך בחולין דף פ"א ועגלה ערופה לאו שחיטה ראויה היא והתנן נמצא ההורג עד שלא תערף העגלה תצא ותרעה בעדר וע"ז הקשה דאי איתא להך תוספתא א"כ למה לא הקשה כמו שהקשה על פרת חטאת דהוה שחיטה ראויה ע"י שפרה נפדית ע"ג מערכתה וה"ה בעגלה ערופה והספר הלז מאריך בזה ולפענ"ד לק"מ דשאני פרת חטאת דנפדית ע"ג מערכתה ור"ש ס"ל כל העומד לפדות כפדוי דמי והרי התוס' בסוטה דף כ"ה כתבו דהא דס"ל לר"ש כל העומד לפדות כפדוי הוא דוקא כשעושה מצוה כמו פרת חטאת דמוצא נאה ממנה ע"ש ולפ"ז בעגלה ערופה ל"מ אם נימא דאין פודין את הקדשים להאכילן לכלבים וא"כ ודאי אינו עומד לפדות ואף אם נימא דפודין להאכיל לכלבים אבל ניהו דרשאי לפדות אבל עכ"פ אינו עומד לפדות ול"ק מזה ולכך הוצרך הש"ס להקשות מנמצא ההורג דתצא ותרעה בעדר וז"ב כשמש. וראיתי בשו"ת הגאון מוהר"ץ ז"ל בעל טיב גיטין במה שנדפס בסוף ים התלמוד שהקשה בהא דאמר בכריתות אימא משעה שראויה לעריפה תקבר ואמאי תקבר יפדו לפמ"ש התוספתא וג"ז ל"ק דניהו דרשאי לפדות למ"ד דפודין להאכיל לכלבים אבל מ"מ מוטב שתקבר ולא לפדות להאכיל לכלבים ולמה יעשה כזאת והתוספתא לא אמרה רק שיכול לפדות אבל מכל מקום למה יפסיד ממונו להאכיל לכלבים וז"ב. והנה בהא דאמר ר' ינאי גבול יש בה ושכחתי ונסבין חבריא למימר ירידתה לנחל איתן אוסרתה והקשו שם דמה טעם יש בה דירידתה לנחל איתן אוסרתה ולמה לא נאסרה מחיים. ולפענ"ד דבאמת

כל שיש ספק אולי ימצא ההורג ודאי לא חל הקדש דהוה הקדש בטעות ועיין בכ"מ הלכות רוצח מ"ש בדברי הרמב"ם שס"ל דהוה הקדש בטעות ובאמת התוס' בחולין שם הקשו דמנ"ל להש"ס דלא נאסר מחיים מדתנן נמצא ההורג ודלמא הטעם דהוה הקדש בטעות. אך לפענ"ד נראה דכמו דבאשם תלוי אמרינן דגמר ומקדיש דלבו נוקפו כמו כן כאן גמר ומקדיש כיון שכפרה כתיב בה כקדשים א"כ אמרינן דגמרי ומקדשי דטרם שנמצא ההורג הרי הם עומדים בספק וצריכין כפרה ולפ"ז נראה דלכך ירידתה לנחל איתן אוסרתה דלפמ"ש בטעם דעגלה ערופה שעי"ז שיתקבצו יחד יתגלה ההורג וכ"כ במורה נבוכים הטעם הלז א"כ כל שירדה לנחל איתן ולא נתגלה ההורג ודאי דגמרי ומקדשי ועד עתה הי' מפני הספק כמו באשם תלוי אבל כל שירדה לנחל איתן ודאי גמרי ומקדשי בודאי דודאי לא יתגלה ההורג וז"ב. והנה לכאורה קשה בהא דאמרו עגלה ערופה אינה משנה מטעם דהוה שחיטה ראויה וקשה למה לא קאמר כיון דר' ינאי אמר כפרה כתיב בה כקדשים וא"כ כיון דהוה כקדשים הרי ר"ש יליף דשחיטה שאינה ראויה לא שמה שחיטה מטבוח טבח ואמר דלא יליף משחוטי חוץ דחולין מחולין גמר וכתבו התוס' בדף פ"ה דמכל מקום גם בקדשים ס"ל לר"ש דלא שמה שחיטה משום דעיקר קרא באו"ב בחולין כתיב והקשו שם דא"כ בפסח מהראוי דיהיה שמה שחיטה דקדשים מקדשים ע"ש ולפ"ז בעגלה ערופה דהוה קדשים שוב מהראוי ליליף משחוטי חוץ דהוה שחוטה והיא קושיא גדולה. אמנם באמת צ"ל דבאמת ר"ש ס"ל דגם בקדשים כמו פסח שחיטה שאינה ראויה לא שמה שחיטה ושפיר אי אפשר להוכיח משם ולפ"ז מיושב היטב קושית הפ"י והשעה"מ על המהרש"א שכתב דר' יוחנן ס"ל כר' ינאי דעגלה ערופה נאסרה מחיים והקשו דהרי ר' יוחנן ס"ל דעגלה ערופה אינה משנה ואמאי לא משני כאן קודם ירידה כאן לאחר ירידה ולפמ"ש ר' יוחנן לשיטתו דמפרש דטעמא דר"ש דלא יליף משחוטי חוץ דדנין חולין מחולין ולפ"ז קדשים מקדשים דהוה שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה ולכך עגלה ערופה אינה משנה ודו"ק כי הוא דבר חדש ועיין בראש יוסף דף פ"ה ועיין לב ארי' דף פ"א ודף פ"ה:

סימן יב

א מה שהשבתי להרב החריף מוה' אייזיק שעהנפעלד ני' לבראד תמול וכעת הוספתי דברים. מה שהקשה על הראב"ד פ"ד מאיסורי מזבח ה"ד שכתב דאדם הרובע את הבהמה ואינו בן ט' שנים אין הבהמה נאסרת דאין לה הנאה והוה כאנוסה וע"ז הקשה מהא דאמרו בב"ק דף מ"ה דברובע ונרבע עשו בה אונס כרצון א"כ לא שייך אנוס ברביעה במח"כ זה אינו ענין לזה דשם הכוונה דאנסו ובא עליה באונס וע"ז אמרו דאין

אנוס ברביעה ושם לא הוה רק התחלת הרביעה באונס אבל אח"כ נהנית וכאן אנוסה מתחלתה ועד סופה דאיך לה הנאה ברביעה כלל והיא אנוסה בדעת ונמאס בעינה וז"פ וברור. אמנם מה דק"ל לאבוה דשמואל דס"ל בכתובות דף נ"א דא"א שנאנסה חיישינן שמא סופה ברצון ולא משכחת לה אנוסה דמותרת רק בשעמדו עדים וראו דמתחלתה ועד סופה הוה אנוסה א"כ מה קאמר בש"ס ב"ק הנ"ל יש ברובע מה שאין בנוגח שרובע עשו בו אונס כרצון משא"כ בנוגח והלא יש לומר דגם ברובע לא עשו אנוס כרצון רק דרובע מפסל משום דסופה ברצון משא"כ נוגח דלא שייך זאת ודוחק לומר דמשכחת לה בעמדו עדים וראו דהיתה אנוסה מתחלתה ועד סופה דבבהמה לא שייך זאת דלא יוכלו לבחון זאת בבהמה מיהו יש לומר כיון דעכ"פ ספק הוא שמא סופה ג"כ באנוסה היאך יוכלו לחייב הבהמה סקילה דלמא אנוסה היא וכבר כתב הרמב"ם פ"י ממלכים שגם בבהמה ספק נפשות להקל ע"ש ובכ"מ וע"כ דעשו גם אונס כרצון.

ב מיהו אכתי קשה להס"ד דמיירי לקרבן א"כ מספק יש לפסלה מע"ג המזבח וא"כ לא מוכח דעשו בה אונס כרצון מיהו להמסקנא דמיירי לקטלא אתי שפיר גם לאבוה דשמואל ולא מצי להקשות על אבוה דשמואל. אמנם אי קשיא הא קשיא הא משכחת לה גם בנוגח אונס כרצון לפי מה דאמר רבא בתמורה דף כ"ח דולד הנרבעת ולד הנוגחת אסורה היא וולדה נרבעו היא ולדה וכו' והרי העובר ודאי אונס הוא ואפ"ה אסורה אלמא דאסור אף באונס כרצון מיהו יש לומר לפירוש הר"י בתוס' ב"ק דף מ"ז ובכמה מקומות דעובר ירך אמו וא"כ לא שייך אונס כרצון דהבהמה היתה ברצון דהולד אינו נחשב בפני עצמו דהא ירך אמו הוא אבל לשיטת ר"ת הובא בר"ן פרק בהמה המקשה גבי זוז"ג דעובר לאו ירך אמו ומה דאסור הולד משום שסייע ליגח וע"ש וא"כ זה מקרי אנוס ואפ"ה אסור מיהו יש לומר לר"ת דרק למזבח נפסל אבל לא להריגה וכיון דמסיק הש"ס לקטלא איירי א"כ ולד הנוגח באמת אינה נהרגת כנלפענ"ד ודו"ק. ומזה קצת ראיה דלמזבח חמיר מלענין איסור וצ"ע:

ג ומה שהקשה מעלתו על הרמב"ם פ"א ממעשר ה"ד שהקשה הכ"מ מחולין דף קל"א וע"ז כתב מעלתו דרש"י פירש שם מלוי לכהן ולא מכהן לכהן יפה הקשה וכמדומה שכבר הרגישו בו המפרשים. ומה שהקשה על הכל בו סי' צ"ב שכתב דכל איסורי הנאה אסור לתת לנכרי אף מתנת חנם מדאצטריך קרא להתיר נבלה לנכרי וע"ז הקשה דהקרא אצטריך דלא נאסר מטעם לא תחנם כמבואר בע"ז דף כ' יפה הקשה.

ד אבל דברי הכל בו ודאי נכונים דכיון דהגוי מחזיק טובה לישראל כמ"ש התוס' בפסחים דף כ"ב וא"כ הדין אמת ומה שהתירה בנבילה דהא דנאסר משום לא תחנם

היינו דלהם נחשב לחן אף שמחזיקין טובה אבל לע"ע הוא מחונן לעכו"ם ודו"ק. ומה שהקשה מתוס' ע"ז דף נ"ב לענין כלים והתוס' בע"ז דף מ"ם ד"ה הא להר שכתבו להיפך הנה יש לחלק.

ה בלא"ה מצינו כמה פעמים שהתוס' פותרין כמ"ש המהרש"א כמה פעמים דרבים בעלי התוס' היו. ומה שהקשה על הגהותי פ"א דמכות על קושית הגרסא שכתבתי דזה לא נקרא מתחלת ברייתו כיון שאפשר שתשחט האם וע"ז הקשה דגם אבמה"ח מותרת בהיותה במעי אמה כמ"ש הט"ז סי' י"ג ס"ק ג' ל"ק ויש לחלק אבל אין הגהותיי לפני:

סימן יג

החילותי ללמוד ברי"ף ובעה"מ ורמב"ן תר"ל ד' יזכני לחדש חידושים ישרים. ברי"ף כתובות פ"ק הביא הך דאלו נערות גבי חרשת והנה בבעל המאור פרק אלו נערות חידש בהא דאמר ל"ק הא ר"ג הא ר"י כתב הוא לפרש דאית לה חזקה דגופא אמרינן העמד הגוף על חזקת בתולה ויש לה טענת בתולים וקנס אבל לר"י דלא אזיל בתר חזקת הגוף חזקתה בעולה ואין לה לא טענת בתולים ולא קנס וע"ז תמה הרמב"ן תרי תמיהי דהרי ר"י מודה כל דליכא חזקה דממונא דאזלינן בתר חזקת הגוף וכ"ש כאן דאיכא חזקת הגוף וגם חזקה דממונא ועוד הקשה מהא דאמרו אימור דשמעת ליה לר"ג היכא דטענה היא וע"ז הקשה דאם אין חזקתה בתולה רק היכא דטענה א"כ חרשת אמאי אית לה טענת בתולים אטו ב"ד טוענים ברי ולא מועיל רק במקום דיש חזקה ואם צריך גם טענת ברי מה מועיל טענת הב"ד ועיין מלמ"ל פי"א מאישות ה"ח שהאריך ליישב דברי הבעה"מ. ולפענ"ד נראה דקושיא הראשונה יש לומר דכאן לא שייך חזקה דממונא כיון דתמיד יוכל לטעון בחרשת שהרי החרשת אינה יכולה להכחישו א"כ כל שנתחייב לה כתובה איך שייך חזקת ממון דהא תמיד הי' הספק לפניו ואפ"ה נתחייב אלמא דנחית לספק ונתחייב בזה דבשלמא באשה שיכולה להכחישו ולברר שקרו לא נחית אדעתא דהכי דאם משקר תוכל לברר שקרותו בטענת ברי ודלמא תברר בעדים ואם לא תברר שוב צדקו דברי הבעל אבל בחרשת כיון דתמיד הוא יוכל לטעון ואין מי שיכחישו א"כ שוב נחית לזה וחייב עצמו וז"ב וקושייתו השניה ג"כ נוכל ליישב דאמת דצריך טענת ברי ע"פ החזקה והיינו במקום שיכולה להכחישו אמרינן מדלא טענה אבדה חזקתה אבל בחרשת דא"י לטעון שוב אין ריעותא והוה חזקה מעליא ומדברי הרמב"ן הנ"ל יש ראיה למ"ש המקנה בקידושין דף מ"ה דמה דאין הולכין בממון בתר רובא היינו שהבע"ד עצמו טוען ברי אבל הב"ד אין טוענין דהוה מידי דל"ש היינו נגד הרוב והרי הרמב"ן אומר דל"מ טענת הב"ד אלם נגד החזקה ומכ"ש נגד הרוב ודו"ק. והנה הך חזק' דגופא לא הבינותי לפמ"ש

הרמב"ן במלחמות פ"ב דכתובות גבי הא דפירש הבעל המאור דקושית הש"ס כיון דרוב נשים בתולות נשאות לשמואל ג"כ פריך דיש חזקה דגופא ג"כ וע"ז כתב הרמב"ן דליכא כאן חזקה דגופא דדוקא לענין זנות שייך חזקה דגופא שלא זינתה דחזקת בנות ישראל כשרות ע"ש ולפ"ז כאן בחרשת שוטה דלא נאסרה על בעלה דהיא כמו אנוסה כמ"ש הב"י סימן נו"ן ועיין מלמ"ל הנ"ל א"כ לא שייך חזקת כשרות בזה ועיין מהרש"א חולין דף מ"א אבל באמת לפענ"ד הדבר תמוה דחזקת גופא היינו שלא נשתנה הגוף ממה שהי' עד השתא ותדע דאל"כ מה שייך בהך דהמדיר למתלי בפלוגתא דר"ג ור"י והא לא שייך כלל חזק' דגופא דהיינו חזקת כשרות במשארסתני נאנסתי דאדרבא לאחר אירוסין היא יותר גרוע ואפילו אם נימא דאנוסה הוה בחזקת צדיקת אכתי לא שייך חזקה דגופא וע"כ חזקה דגופא היינו דלא נשתנה עד השתא ודברי הרמב"ן תמוהין לפענ"ד ועפ"י ר"פ האשה שנתארמלה: שם פ"ב דכתובות גבי האומר שטר אמנה הוא זה אי דקאמר מלוה תע"ב לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והביא בעל המאור קושית הקדמונים דלהמני' במגו דאי בעי מחל וכתב די"ל דערומי קא מערים ומפיק מיניה בב"ד אחרינא ותמה הרמב"ן הרבה קושיות והתמיה הגדולה דהיאך שייך לומר דמפיק בב"ד אחרינא הא אי מהימן ודאי מקרע קרע לי' לשטרא ופטרי' ללוה (כצ"ל) ולפענ"ד ל"ק דשטר אמנה הוא שנתן לו שטר לכשירצה ללות משעבד לי' מהשתא וכמ"ש הר"ן באורך וא"כ שוב לא קרעינן ליה לשטרא דהלוה יאמר שמא ארצה ללות וגם המלוה יטעון כשם שהאמין לו הלוה עד השתא יאמין לו גם על העתיד ושמא ירצה ללות לא יצטרך ליתן שכר כתיבה ושוב יש לחוש דלמא יפקע מיני' בב"ד אחריתא ודו"ק:

סימן יד

נשאלתי מזיטאמיר מאחד ושמו יעקב ניסן בייטילמאהן אם יכול לטעון קים לי דאין משביעין בטענת ספק ע"פ עד אחד ואנן קי"ל דיכול להשביע בטענת ספק עפ"י אחד כמבואר בסי' ע"ה סכ"ג והשבתי דגם התוס' ס"ל דמשביעין כמ"ש בב"מ דף ג' דאצטריך ע"א היכא שטענו בספק עפ"י עד וכבר נודע דכל שהתוס' ס"ל כהרי"ף הכי קיי"ל. ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דיכול ליתן הרשאה להעד והוא משביעו כמ"ש הש"ך ס"ק פ"ג שם ה"ה כאן למה לא יוכל להשביע בטענת ספק עפ"י עד. מיהו זה אינו דאם יתן הרשא' להעד לא יוכל להשביעו רק היסת דלא יהיה עד רק בע"ד והוא רוצה שישבע ש"ד וגם לשיטת הרמב"ם א"י ליתן הרשאה על שבועה כמבואר סי' קכ"ג ע"ש ואף דאנן לא קיי"ל כן אבל עכ"פ אין מעלה במה שיתן להעד כח הרשאה דאז יצא מתורת עד להיות בע"ד וז"ב ופשוט אבל גוף הדין אמת דאף קי"ל ל"ש כמ"ש הש"ך שם ס"ק פ':

סימן טו

תמול היה אצלי הרב החריף מוה' יעקב שור נ"י מק' מראמפאלי והקשה אותי בשם חכם אחד מסטאניסלאב במ"ש הרמב"ם פ"א ממעילה ה"ד כל המועל בזדון לוקה והקשה אמאי לא חשב רבינו גם הלאו דבל יחל כדאמרו בנדה דף מ"ו הקדיש ואכלו אחרים לוקה משום בל יחל. והנה באמת זכרתי ימים מקדם שלמדתי בספר המצות סי' קמ"ו ושם הביא במועל שלוקה והביא הך דאמרו בנדה הנ"ל דלוקה ובעת ראיתי כן תמהתי דמה ענין זה ללאו דמעיל' ושם לוקה משום בל יחל ובאמת הרמב"ם ס"ל דהמדיר לוקה ולא האוכל והר"ן תמה עליו מהך דנדה ואולי לכך פירש הרמב"ם הך דנדה דלוקה משום מעילה אבל ביארתי פשטת הענין דלוקה משום בל יחל כמ"ש הר"ן וכן רש"י שם דכל הסוגיא הולכת כן וא"כ יש עוד לאו דבל יחל. והנה הרב מוהר"י שור הנ"ל רצה לחלק דבל יחל לא שייך רק קודם שמסרו לגזבר אבל משמסרו לגזבר יצא מרשות בעלים ואינו עובר עוד בבל יחל ורצה לומר דהך דנדה מיירי קודם שמסרו לגזבר אבל זה אינו דהרי בקדושת הגוף קי"ל דיש מועל אחר מועל וא"כ ממילא עובר בבל יחל ואחרים לוקין על זה דאוכל קדשי אחרים וגם בקדושת בדה"ב עוברים בבל יחל אף דמסרו ליד הגזבר ואדרבא נתוספה הקדוש' אמנם נראה דהנה הרמב"ם כתב דהמועל בזדון לוקה ומשלם ונדפס שם בהג"ה הא קיי"ל דאינו לוקה ומשלם. אמנם באמת לפמ"ש הצל"ח בפסחים דף כ"ט דכל דהחיוב הוא לשמים לא שייך קלב"מ דהב"ד אין מחייבים משום שתי רשעיות רק בלשמים והרי כל קלב"מ חייב בדיני שמים וא"כ שפיר כתב רבינו דלוקה ומשלם ועיין בטעם המלך הלכות גניבה שכתב כן ובתשוב' החזקתי דברי הצל"ח וכתבתי בזה הרבה ואכ"מ. ולפ"ז נראה לפענ"ד דדוקא לאו דמעילה לוקה ומשלם דמעילה היא לשמים התשלומין אבל לענין לאו דבל יחל היאך ילקה והרי אינו לוקה ומשלם וכאן שחייב בתשלומין למה ילקה דבשלמא לאו דמעילה והתשלומין של מעילה לשמים לא שייך קלב"מ ושפיר לוקה ומשלם אבל לענין לאו דבל יחל הא כל שמשלם אינו לוקה וכבר לוקה משום לאו דמעילה ושם אי אפשר לפטרו ממלקות דבאמת אדרבא במלקות ותשלומין קי"ל דלוקה ואינו משלם ושאני כאן דמשלם לשמים אבל בלוקה ומשלם למה ילקה שנית והא כבר לקי ומשלם והתשלומין אי אפשר לפטרו ולמה ילקה עוד כנלפענ"ד ברור:

סימן טז

נתעוררתי בדברי התוס' קידושין דף ס"ב בד"ה בשלמא שהקשו דבסוטה הלאו קדים להן אם לא שכב וכתבו דמה שאנו רוצים חשוב הן ע"ש. ונפלאתי דהא זה הוה תנאי

דלשעבר ואיך שייך מה שאנו רוצים הא מה דהוי הוי ואם כבר זינתה מה יועיל מה שאנו רוצים שתתקיים דבריה שלא זינתה אמנם נראה דבאמת מגלגל עליה על להבא ובזה אנו רוצים שלא תזנה ושפיר שייך אם לא שכב דזה חשוב הן דהא כל שכבר שכב ל"מ על להבא דכבר נאסר עליו וא"כ לענין זה בא מקרא אם לא שכב הן. ובזה מיושב מה דהאריך המלמ"ל פ"ו מאישות דבתנאי דלעבר ל"צ משפטי התנאים וע"ז הקש' מדברי התוס' האלו דהרי סוטה הוה לעבר ואפ"ה בעי משפטי התנאים ולפמ"ש אתי שפיר דבסוט' יש בו גם להבא ג"כ וכמ"ש ועיין בקונטרס דברי אמת להגאון בכר דוד ז"ל שכתב בקונטרס לגיטין סי' א' שדיבר עם המלמ"ל בענין זה דבלעבר לא בעי משפטי התנאים ע"ש ודו"ק ועיין בט"ז בהקדמתו ליו"ד מ"ש בזה ועיין בנקה"כ ומ"ש בהגהותיי בזה:

סימן יז

ראיתי בספר המצות מצות ל"ת מצוה שנ"ג מה דהרמב"ם והרמב"ן מחולקים בקורב' דעריות כמו חיבוק ונישוק דשיטת הרמב"ם דאסור מן התורה ורמב"ן חולק ע"ז ועיין במגלת אסתר. ולפענ"ד נראה דבאמת מה דאמרו בשבת י"ג ופליגא דר' פדת דאמר לא אסרה תורה אלא קריבה של גילוי עריות בלבד וכדאמרו בע"ז דף י"ז ואח"כ הביאו הך דעולא וכו' ופליגא דידיה אדידיה. ולפענ"ד סברת הרמב"ן דמצינו בתורה הקוש' שהתור' רצתה שיהי' מתגבר על היצר עד"מ התור' אסרה חמץ בפסח בחמש' מינים וצותה שיאכלו מצות מחמשת המינים וישמרו המצות שיהיו משומרים מחימוץ ראינו שהתור' רצתה שאדרבא בדברים שמחומצים אעפ"כ זו מצות מצה שנשמור מהחימוץ כדי שנגביר על היצר וכמו כן אני אומר שמצות התור' הי' שלא די שנשמור מג"ע בחיבוק ונישוק רק להיפך יש מצוה שלא נשמור מכל הרחקות ואפ"ה לא נבא לג"ע ממש. וז"ש ופליגא דר' פדת ופירש"י בשבת דרב יוסף אסר אפילו הוא בבגדו והיא בבגדה ור' פדת אמר שבזה לא תגדל עוד כח המצו' רק שנעש' המצו' בכח גדול שלא יזהר מחיבוק ונישוק ואפ"ה נשמר מג"ע וזה שמביא דעולא מנשק אבי חדייהו והראה כח גבורתו שבכ"ז נשמר מגוף ג"ע. וז"ש ופליגא דידי' אדידיה דאמר עולא קריבה בעלמא אסרה תורה והיינו שהיה חושש שלא כל אדם יש לו כח זה לשמור מג"ע ולא יהיה נשמר מקריבה דג"ע ועיין תוס' שם ומצינו בע"ז שם דאחד אמר ניזול אפתחא דזונות ונכפייה ליצרן ונקבל אגרא הרי דרצה לעשות באופן שיכפה ליצר וכפי הנראה זה שיודע בעצמו שאם שיחבק וינשק יוכל לעמוד על כחו שלא יבא לידי ג"ע ממש זה מצוה גדולה וכח נשגב אבל לא ניתן זאת לאנשים ההמוניים וההמון אם יתירו לחבק ולנשק פן יבא לידי ג"ע ואינו רק סייג לתורה שהתורה בעצמה צותה לעשות סייג כמבואר באדר"נ הובא

ברמב"ן שם ובמדרש רבה פ' נשא שמצינו סייג גם בתורה ובאמת אף שם אינו רק סייג מ"מ כשעובר על הסייג אף שלא בא לכלל ג"ע מ"מ לוקה ע"ז להרמב"ם וכעין מ"ש המהר"ם לובלין בשבת דף י"ח גבי גזירה שמא יחתה שאם עבר אף שמחתה מכל מקום עבר על האיסור וא"כ לפענ"ד דברי הרמב"ם נכונים ולכך לוקה על החיבוק ונישוק בלבד שעבר על הסייג שצותה התורה לעשות וכמו שלוקה בחרצנים וזגים בנזיר שזה ג"כ רק סייג לתורה ואפ"ה לוקה ואפשר לומר לפי מה דהתפללו על יצרא דזנות ואהני דלא לגרי בעריות אפשר דעל חיבוק ונישוק אינו עובר מן התורה. ובזה יתיישב הרבה קושיות של הרמב"ן אבל פשטת הענין מורה כהרמב"ם ועיין בספר מעיל צדקה מ"ש בזה ובע"ז שם מבואר ברש"י דפליגא דר' פדת על ר"ח דאמר שירחיק ד"א ומורה כמ"ש שזו אינה מצוה גדולה כ"כ שירחיק ד"א ואדרבא כל מי שבכחו שלא להרחיק ואפ"ה לא יעבור על ג"ע זה כח גדול רק שהתורה לא ניתנה לשיעורים וגדר גדול גדרה התורה ועשתה סייג לדבריה ובפרט בג"ע שנפשו של אדם חומדתן ודו"ק כי לפענ"ד דבר חדש הערתי בזה: והנה עיינתי קצת בשו"ת מעיל צדקה בזה וראיתי מה שהאריך בישוב קושית התוס' על רש"י דאיך אפשר דיחוד שרי בנדה אף דאסור מה"ת בהיא בבגדה והוא בבגדו דאינו רק מדרבנן בא"א יהיה אסור בנדה. ולפענ"ד בפשיטות ל"ק דיחוד א"א לאסור בנדה דא"כ יצטרך הבעל שומרים באשתו בנדתה והיאך יהיו שומרים ומי שאין לו בנים קטנים מה יעשה וכל דרכיה דרכי נועם ואין זה נועם שיהיה תמיד משומר אבל הוא בבגדו בודאי בנדה יותר מסתבר לאסור שיצרו תוקפו שהרי היא אשתו ולמחר תהי' מותרת לו וע"כ אסור וגם אם רש"י ס"ל כשיטת הרמב"ם גם בבגדו אסור מה"ת ושפיר אסור אף בנדה משא"כ יחוד לא אפשר בבעל עם אשתו שיצטרך תמיד שומרים. ובזה יש ליישב גם קושית התוס' ד"ה ופליגא דר"פ דרש"י ס"ל דנדה כיון שהתורה התירה יחוד וע"כ דחמור בעיני איש איסור נדה גם בבגדו יש להתיר בנדה וגם יש לומר לפי מה שנודע דנדה קשה לתשמיש דהיא חולאת כמ"ש הרמב"ם על פסוק כי דרך נשים לי א"כ חמור בעיני הבעל שלא יבא עליה ומשמר עצמו מחולאת לכך גם בבגדו אין לאסור לר"פ דאמר דמה"ת אינו אסור רק תשמיש ודו"ק היטב. ובמ"ש יש לומר דבימי ליבון ודאי יש לאסור הוא בבגדו מה"ת שכבר פסקה הנדות ויש לחוש שלא יבא עליה יותר מימי נדות וזה שאמר אליהו על האי תלמיד דברוך המקום שהרגו שלא נשא פנים לתורה והיינו דבזה ודאי אסור הוא בבגדו מה"ת ודו"ק ויש להאריך בזה בריש כתובות לחלק שם בין אבילות לאיסור נדה:

סימן יח

א נשאלתי מהרב החריף מוה' יעקב יוסף ווילער נ"י ביום א' וירא ברכות לפ"ק עת היותי בברעזאן במ"ש ריש החולץ דאפילו לר"ל דס"ל דחליצת מעוברת לא שמה חליצה מכל מקום פסלה מן הכהונה לחומרא ובטור וש"ע סי' קס"ד אינו מבואר דפסלה מכהונה ע"ש הנה לא ידעתי מה קשיא לך כיון שכתבו דצריכה חליצה מן האחין ממילא ידענו דנפסלה מן הכהונה דאל"כ לא היתה צריכה חליצה מן האחין ובפתחי הספר ראיתי דבש"ס אמרו בהדיא כן לל"ב דר"ל איתבי' לר"י בשלמא לדידי היינו דקתני פסלה מן הכהונה לחומרא ולא קתני אינה צריכה חליצה מן האחין וכו' אלמא דבזה מודה שנפסלה מן הכהונה ולא צריך למתני וז"ב ופשוט שוב ראיתי בלח"מ פ"א מיבום ה"כ שהקשה על רבינו דכתב בפ"ד כ"מ שאמרנו שאינה חליצה לא נפסלה מכהונה והרי כאן אמרו בהדיא דנפסלה מן הכהונה ולמה כתב רבינו שחליצת מעוברת אינה חליצה וכתב כיון שרבינו ביאר בהדיא שחוזר וחולץ ולא קתני או חולץ או מייבם ש"מ שיבום אסור וע"כ דהוה חליצה לחומרא ורק מה"ת אינה חליצה ע"ש ועכ"פ מבואר שנפסלה מן הכהונה: מה שהקשה בהא דהקשו בתוס' יבמות דף ל"ו מי קתני יפריש יוציא קתני והקשו דהרי בסוטה כ"ז אמרו חכמים יכול הוא להפרישה ולהחזירה לאחר זמן והרי קתני יפריש אף דצריך להוציא וכתבו בתירוץ השני דשם א"צ להוציא דהא אסורה לי' מדאורייתא וחמירא לי' וע"ז הקשה דהרי בסוטה דף וא"ו אמרו דמוסרין לו שני ת"ח בדרך שמא יבא עליה אלמא חיישינן אף באיסור תורה והרי הכא והתם היא ספק סוטה והיא קושיא גדולה והנני יוסיף להפליא על הרא"ש ביבמות שם שכתב ליישב דלכך א"צ להוציא כיון דקינא לה ונסתרה הרי מאוסה בעיניו ע"ש והוא תימה דא"כ למה חשו שמא יבא עליה ובאמת הב"ש סי' קי"ז ס"ק ח' כתב דכל דאינו רק ספק לא מאיסה בעיניו ובגליון הב"ש נקרא בשם ש"י למורה הארכתי בזה ועכ"פ על הרא"ש תמוה אך נראה דיש לומר דניהו דחיישינן שמא יבא עליה אבל עכ"פ בהפרשה סגי ול"צ להוציא בגט ושם דבעלה צריך להביאה שפיר חשו שמא יבא עליו אבל כל דמפרישין סגי ול"צ להוציא כיון דאיכא איסור תורה וגם הפרשה בודאי סגי וגם קצת מאיסה בעיניו אף דאינו רק ספק כל דמפרישין סגי בזה וז"ב. ומה שהקשה דא"כ לאחר שתשתה ותמצא שהיא טהורה שוב אין כאן איסור תורה רק מעוברת חבירו ושוב לא סגי בהפרשה וצריך להוציא בגט וא"כ למה לא יגרש תיכף דממנ"פ אם תמצא טמאה בודאי צריך לגרש ואם לא תמצא טמאה שוב צריך להוציא נראה לפענ"ד ליישב דבאמת לפענ"ד כל שיגרשה בלי שתיה שוב בודאי אסור להחזירה דמה יעשה קודם שתיה בודאי אסורה

לו וגם השתיה אפשר דלא מועיל כל שכבר גרשה ואינה תחת אישה ופנים חדשות בא לכאן ועכ"פ איך שייך שמשום חשש רחוק שמא יבא עליה בדרך יצטרך לגרש וליאסרה עולמית עליו ועכצ"ל דכל שלא שתתה התור' עשתה ספק כודאי ובודאי צריך לגרש דיש איסור תורה ולפ"ז אם נימא דצריך לגרש אח"כ שוב לא הועיל השתי' דלא קרינא בה תחת אישך כיון דיצטרך להפריש וא"כ השתי' נוכל לומר דלא הועיל וסוטה ודאי מ"מ אין לחשבה דהרי מ"מ שתתה ולא נבדקה א"כ שוב אי אפשר לומר שיצטרך לגרשה ותהי' אסורה עליו עולמית זה לא תקנו חכמים וסגי בהפרש' ודו"ק.

ב והנה בהא דאמרו שמא יבא עליה בדרך לפענ"ד החשש הוא שמא יבא עליה כדי שלא יועיל המים ששתתה ויוכל להיות עמה אבל מדברי הש"ס סוטה דף כ"ה לא משמע כן ע"ש דאמרו דמוכח דלא מועיל מחילה ואפשר לדחוק וליישב אמנם שאני תמה על התוס' סנהדרין דף פ"ח דכתבו דעד שלא נמחקה המגלה מועיל מחילתו והוא מהירושלמי סוטה והוא תימה וצע"ג:

סימן יט

א בעת היותי בברעזאן הראני הרב הגאון מוהר"י אבד"ק ברעזאן מ"ש הריב"ש בתשובה סי' קצ"א לענין עופות ובהמות טמאות דנתנה התור' סימנים ל"מ אף רוב והוא דבר חדש ולא שמענו משום קדמון שכל שנתנ' התור' סימנים לא יועיל רוב. ורציתי לומר דהכוונ' לפי שאמרו בש"ס עד שיכיר וא"כ בעי הכרה ברור' וכעין מ"ש הרשב"א בתה"א ריש בית ראשון בשם הרמב"ן דכיון דאמרינן עד שיודיע לך בעי הודע' ברורה אבל לא דמי דשם בעי שיהי' יוצא מכלל חזקת איסור או להיפך מחזקת היתר משנשחטה אבל כאן הספק על הבהמות או העופות אם טמאים או טהורים למה לא ניזיל בתר רוב: ולפענ"ד נרא' דהכוונ' לפמ"ש בתשוב' בשם הכנה"ג דאיסור בספק היתר לא שייך ביטול והוא בפרי מגדים סי' ק"ט ובזה הארכתי בתשוב' דאף דרוב אינם נדרסין מ"מ לא שייך ביטול ברוב דעל כל אחת ואחת אנו מסופקים אם היא מן הדרוסים ולא שייך ביטול ברוב וכ"כ החוות דעת סי' ק"א סברא זו דכל שאנו מסופקים על כל אחת שהיא טריפה לא שייך לבטל אף דיש רוב דכשרים ע"ש ומעתה זה כוונת הריב"ש דכל דאנו מסופקים על כל אחת אם הוא מהכ"ד עופות טמאים וכן בהמות טמאות אף דודאי רוב טהורין מכל מקום לא שייך לומר דאזלינן בתר רובא דהא על כל אחת אנו מסופקים אם אולי הוא מהטמאים ולכך כתב דבפרס ועזניה דל"ש שפיר אזלינן בתר רוב דהא לא שכיחי כלל בישוב ואין ספק ע"ז והו"ל כדבר ברור כנלפענ"ד בדרך העברה בעלמא כי לא ראיתי בריב"ש לעיין היטב וגם נראה מהריב"ש דס"ס לא מועיל דאינו מתהפך יעו"ש כי אינו לפני. בסוטה

דף ט"ו ע"ב מי אמרינן כיון דאדחי אדחי או דלמא כיון דהדור הדור והרמב"ם פסק כיון דהדור הדור והכ"מ תמה דהא אבעיא דלא אפשיטא וע"ז אמר הרב המאוה"ג מוה' דוד מאיר פריש ני' מ"ץ דק' ברעזאן דבאמת כל שבידו לא הוה דיחוי כדאמר רב אשי בזבחים דף ל"ד ורק רבא לשיטתי' דלא ס"ל כן בזבחים שם וא"כ לדידן דקי"ל כרב אשי לכך פסק רבינו כיון דהדור הדור. ואני אמרתי אף כי לכאורה דבר גדול דיבר מכל מקום יש לומר דל"ש כאן בידו דשאני כל מה דאמרו בידו לענין כיסוי ולענין לולב וגם בזבחים שם דכל הני בידו לתקן הדבר כמו שהיה אבל כאן דמה שמחזירו לתוך כבשן האש פנים חדשות בא לכאן וא"כ הו"ל דיחוי גמור דמעיקרא היה כלי ונתאכם ואח"כ פנים חדשות בא לכאן וכעין זה מבואר בתוס' זבחים דף צ"ו ועיין בתוס' פסחים ז' ובמג"א סי' תנ"א ע"ש ומיהו יש לומר כיון דנתלבנו שוב לא נדחה כלל וזה אבעיא דבש"ס וא"כ יפה תמה הכ"מ:

ב בחולין דף ק"ט ע"ב כתבו התוס' בסילוק פרה שעשה ר' אלעזר הקליר לא הזכיר כלום נגד כותית ועשה ע"פ הירושלמי ואין לו מובן ואמר אבי מוה' הרב הגאון נ"י דבאמת בש"ס דילן אמרו נגד כותית יפת תואר ובאמת בירושלמי ס"ל לר' יוחנן דלא הותר יפת תואר רק לאחר שנתגיירה והובא בתוס' קידושין דף כ"א וא"כ לא שייך לומר דזה כנגד כותית ולכך לא פירש נגד כותית וז"ש התוס' שעשה כן עפ"י הירושלמי ומזה ראיה ברורה למה שפסק הרמב"ם בהלכות מלכים דלא כר' יוחנן משום דש"ס דילן אמר נגד כותית יפת תואר ודפח"ח ואני אמרתי דעכ"פ מבואר מדברי התוס' דר' אליעזר הקליר אינו ר"א בר' שמעון ועיין רש"י ותוס' חגיגה דאל"כ איך אמר שעשה עפ"י הירושלמי והא היה תנא ועשה עפ"י סברת עצמו וצ"ע שלא הזכירו כל המפלפלים על ר"א הקליר מתי היה ולא הזכירו דברי התוס' האלו: הר"ש פ"ה דטהרות הקשה בהא דתנן שנים אומרים לא נטמא ושנים אומרים נטמא ברה"י טמא ברה"ר טהור דמשמע דתרי ותרי ברה"ר טהור והרי בעירובין דף ל"ו מוקי רבה ורב יוסף בשתי כתי עדים אחת אומרת מבעוד יום ואחת אומרת משחשיכה הרי דגם ברה"ר טמא בתרי ותרי. ולפענ"ד ל"ק דבאמת בתרי ותרי מהראוי לאוקמא בחזקת טהרה ולכך כשאומרים שנים לא נטמא מוקמינן אחזקת טהרה בר"ה אף שיש שנים המכחישים אבל בעירובין שם כעת נפקע חזקת טהרה לדברי שני כתות דהא כעת ודאי נטמא רק דהספק אם מבעוד יום נטמא א"כ החזקת טהרה של הככר ודאי נפקע ולענין אם היה ערוב לא שייך חזקת היתר דאדרבא היו לו חזקת איסור שלא עירב רק בזה וא"כ שפיר אסור וז"ב כשמש:

ג ומה שהקשה בשב שמעתא שמעתא א' פרק שמיני דכל הטעם דברה"ר טהור ספיקות הוא לפי שכל הספיקות מדבריהם וכמ"ש הרמב"ם ועיין מהרי"ט בשניות חיו"ד סי' א' וא"כ כל שיש תרי ותרי אקבע איסורא כמ"ש הכ"מ פ"ח משגגות לענין ע"א אומר אכלת חלב ועד אומר לא אכלת חלב. לפענ"ד לק"מ ל"מ אם העד שאמר אכלת חלב בא מקודם הרי נקבע האיסור מקודם שבא האחר ושם בשנים אומרים נטמא כשבאו בבת אחת ומכ"ש אם כת שאומר לא נטמא בא קודם לא נקבע איסורא אבל בלא"ה ל"ק דע"א שאני דע"א וע"א עכ"פ איקבע איסורא דהרי אינו מכחיש אלא אחד אבל תרי ותרי לא שייך אקבע איסורא דהרי יש תרי המכחישים ול"מ אם הוה כמאן דליתנהו לגמרי הרי לא אקבע איסורא ואף אם נימא כמאן דאתנהו תרוייהו מ"מ לא שייך אקבע איסורא דהרי יש שנים המכחישים ועכ"פ מה חזית דסמכת על אותן שאומרים נטמא הלא יש שנים המכחישים ולא אקבע איסור וע"א שאני דאינו מכחישו אלא אחד שוב אקבע איסור עפ"י עד שאומר שנטמא שזה אין לו נאמנות נגד העד והרי נקבע איסור לפנינו וז"ב ודו"ק: ומה שהקשה עוד ממ"ש רבינו פט"ז מאה"ט השרץ והצפרדע ברה"ר דטהור והוא מהמשנה פ"ה דטהרות דחכמים מטהרין והרי זה ודאי אקבע איסורא מקרי ולמה יהיה טהור ברה"ר הא כל הטעם משום דספיקות מדבריהם והרי אקבע איסור היא מה"ת ולפענ"ד נראה דבר חדש דאקבע איסורא להרמב"ם לא עדיף מכל הספיקות לרשב"א ודעימי' דס"ל ספק מה"ת להחמיר ואפ"ה כתב הרשב"א פ"ק דחולין דף ט' גבי הא דאמרינן ספק טומאה ברה"ר מסוטה גמרינן וכתב הרשב"א דיש חילוק בין ספק הבא במקרה לספק בתולדה ואשם תלוי אקבע איסורא בתולדה שהנבלה מעולם היתה נבלה או חלב ושאני ס"ט ברה"ר דאתיליד במקרה ע"ש ועיין ש"ש ש"א פ"ד ולפ"ז שאני אקבע איסורא דחתיכה משתי חתיכות דהוא בתולדה אבל ס"ט ברה"ר אף שאקבע אינה בתולדה ולא אזלינן להחמיר אף שהוא מה"ת. ובזה מיושב גם קושיא מע"א שנקבע איסור ע"פ כמ"ש למעלה ולפמ"ש בענין ס"ט אף באקבע מותר להרמב"ם. ובזה יש ליישב גם קושיית הר"ש הנ"ל דתרי ותרי שנחלקו אם נולד טומאה לא מקרי אקבע איסורא אבל כל שכעת ודאי נטמא והספק אם מבעוד יום זה מקרי אקבע איסורא שכעת ודאי אקבע איסורא והספק היא באיזה זמן נקבע בכה"ג באקבע איסורא אזלינן להחמיר ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא: בשב שמעתא שמעתא ג' פ"ד במ"ש ראי' להגאון זקני מוה' העשיל ז"ל ממה דקיי"ל מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה הרי דמהני חזקת האם להבת וה"ה כאן. לפענ"ד ל"ד דשם אי אפשר לומר שהאם מותרת והולד אסורה אבל כאן מה דהתירו מה שנפרש הוא עפמ"ש הט"ז סי' ק"א דכל דיש לפנינו שתי קביעות

ויש רוב מהראוי ליזל בתר הקבוע שיש רוב א"כ מה שנפרש הרי כאן יש שני קביעות מהראוי לומר דנפרש מהקביעות ההיתר אבל מה שנשאר בה קביעות שוב הו"ל שתי קביעות ואי אפשר להתיר ואף שאי אפשר לחלק מכל מקום בקבוע לא אזלינן בתר רוב והמיעוט ג"כ כרוב אבל מה שנפרש מהקביעות אזלינן בתר רוב כנלפע"ד: שאל אותי אבי מורי הרב הגאון נ"י בהא דאמרו בסנהדרין דף מ"א אלא נערה המאורסה דבסקילה היכא משכחת לה וע"ז הקשה הא משכחת לה כגון שהבעל בעצמו אומר שראה אשתו שזינתה ולא שייך לומר לאסרה על בעלה באנו דהרי בלא"ה נאסרת עליו דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא אף בלי עדים ובאמת שהתוס' בכתובות דף ט' רצו לומר דאף שראה שזינתה בלי עדים לא נאסרה עליו. אמנם זה רק להס"ד ולא קיי"ל כן. ובאמת שהגאון בספר בני אהובה דעתו דאף לפי המסקנא קיי"ל כן אבל כבר כתבתי בתשובה והיא נדפסה בשו"ת שואל ומשיב דלא קיי"ל כן. אמנם בפשיטות נראה לי דניהו דאסר עצמו בה ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא אבל מ"מ אם גרשה והחזירה אינו בכלל מחזיר סוטתו דבאמת אינה סוטה באמירת פיו רק דהוא אסר עצמו אבל האשה לא נעשית סוטה אבל כל שהחזירה היא מותרת לו ושפיר נ"מ ויכולין לומר לאסרה על בעלה באנו והוא מחזיר סוטתו וז"פ:

ד שאל אותי ש"ב הרב הגאון מוהר"י שמעלקיש נ"י האבד"ק ברעזאן בהא דמביא הר"ש בפ"ד דטהרות תוספתא ט' צפרדעים ושרץ אחד ביניהם ברה"י ונגע באחד מהם וא"י באיזה נגע ספיקו טמא פירש לרה"ר ספיקו טהור חזר לרה"י ונגע ספיקו טמא ט' שרצים וצפרדע אחת ברה"ר ונגע באחת מהם וא"י באיזה ספיקו טהור פירש לרה"י ספיקו טמא פירש לרה"ר ונגע בו ספיקו טהור ופירש הר"ש דלכך בפירש לרה"ר טהור דפירש לפנינו הו"ל קבוע וע"ז תמה דלשיטת הר"ן דגם בפירש לפנינו מה"ת אזלינן בתר רוב א"כ אמאי יהיו טהור והלא רוב שרצים וגם ברה"ר טמא והיא קושיא גדולה. ומה שרצה לומר עפ"י מה שהובא בירושלמי ספ"ק דכתובות התוספתא הלז וכתב חזר ופירש לרה"ר ופירש דהכוונה שחזר לרה"ר במקום שהי' כבר הוא תימה דא"כ אדמחלקו בין פירש לרה"י ובין חזר לרה"ר לחלק ברה"ר גופא דאם פירש לרה"ר אחר טמא דזה רבותא גדולה דאף ברה"ר אזלינן בתר רוב לשיטת הר"ן.

ה ובאמת מ"ש חזר היינו שאף שהיה מקודם ברה"י והי' טמא אם חזר אח"כ לרה"ר טהור וכעין המבואר במשנה המסוכן שהיו ברה"ר והלך לרה"י ואח"כ הלך לרה"ר דרבנן ס"ל דברה"י טמא וכשחזר אח"כ לרה"ר טהור אבל קושית הרב הנ"ל קשה טובא. ולפענ"ד נראה דכל דמדרבנן הו"ל כקבוע לכך היה טהור דרבנן לא עקרו הדבר לגמרי

ורק שעשאוהו כאילו היו קבוע במקומו והפרישה לא עשה אותו כנמצא והו"ל קבוע אבל זה דחוק. והעיקר נראה לפענ"ד דבאמת כל הטעם דמה"ת גם בפירש לפנינו לא אזלינן בתר קבוע מה"ת הוא משום דקבוע הו"ל חידוש ואין לך בו אלא חידושו במקום קביעותו אבל לא כשפירש ולפ"ז כאן שיש לומר סמוך מיעוטא לחזקת טהרה אתרע לה רובא שוב מהראוי לומר דכל שפירש לפנינו יהיו לו דין קבוע דא"ל דקבוע חידוש דכל הטעם הוא משום דמהראוי ללכת בתר רובא וכאן אתרע לה רובא דשייך סמוך מיעוטא לחזקת טהרה ואף דלא קי"ל כר"מ ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כבר כתב הרשב"א בריש פרק אחרון דיבמות דדוקא היכא שהמיעוט עומד לגמרי נגד הרוב הוא דלא אמרינן סמוך דהא המיעוט כמאן דליתא אבל במיעוט דמפילות שמן הרוב אתה מסלקו אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ע"ש וא"כ בקבוע הרי אתה מסלק המיעוט מהרוב שהרי אף שאין רק חתיכה אחת כשרה או טריפה והרוב מנגדו אפ"ה אמרינן כל קבוע כמחצה על מחצה דמי וא"כ המיעוט מסלק מן הרוב ובכה"ג אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ושוב כל שפירש לפנינו מהראוי ללכת בתר קבוע ודו"ק כי הוא ענין נכבד.

1 ביבמות דף צ"ה הוכיחו התוס' דכל שאמר איני משקה שוב א"י לחזור בו ולומר אני משקה דהא תנן במשנה דהאומר איני משקה מנחתה נשרפת וע"כ דא"י לחזור בו. וראיתי באבני מלואים סימן י"א שהאריך לדחות דאין ראיה ממה דמנחתה נשרפת דהא הו"ל דיחוי ואינו חוזר ונראה והאריך בראיות דלא שייך כאן בידו ע"ש ובהגהות הוסיף לתמוה מהא דאמרו ר"פ היה נוטל באמרה היא איני שותה וחזרה ואמרה אני שותה אי מצית לחזור בה דדלמא משום בעתותא דמיא אמרה איני שותה ושם ג"כ קתני במשנה דמנחתה נשרפת ושם לא מועיל דיחוי ג"כ ע"ש וכבר כתבתי בזה בחידושי לרמב"ם הלכות סוטה ואינו כעת לפני. והנה לפענ"ד ענין דיחוי לא שייך בדיבור גרידא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה וכל הני דחשוב דיחוי באם נתחדש מעשה או שחל עליו שם מעשה המדחה אבל בדיבור גרידא לא שייך שיתבטל המעשה ע"י הדיבור וז"ב ופשוט. אמנם בגוף הדבר לומר שא"י לחזור ולומר אני משקה. לפענ"ד הסברא דבאמת ההשקאה אף שלא בדקו המים אינו בירור גמור דיש לומר הזכות תולה וכדאמר ר"ש נמצא אתה מדחה את המים. אמנם מה שמועיל ההשקאה הוא משום דבאמת הקשו התוס' אמאי ספק סוטה ברה"י טמא נימא אוקי אחזקתה וכתבו דרגלים לדבר ואתרע החזקה ע"י שקינא לה ונסתרה ולפ"ז כל שהשקה אותה ולא בדקו המים עכ"פ שוב בטל הרגלים לדבר דהרי חזינן שלא נבדקה ואף די"ל דלמא הזכות תולה מכל מקום מידי ספק לא יצא ושוב הדרא החזקה לדוכתא וז"ב ויש להאריך בזה בסוטה דף וא"ו ולא נפניתי כעת.

ולפ"ז כל דאמר איני משקה א"כ הוא עכ"פ שויא אנפשא חתיכה דאיסורא דהרי עכ"פ לדידיה אסרה ורצה לתת לה כתובה ולגרשה ושוב איך יכול המים לברר דלמא זכות תולה ולא שייך לומר אוקמא אחזקה דהא לגבי דידיה ליכא החזקה שהרי שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ועכ"פ החזקה אתרע בודאי ושם בר"פ היה נוטל שפיר מבעיא ליה דכל דמחמת ביעתותא דמיא לא שויא עלה חתיכה דאיסורא דבכה"ג דמחמת ביעתותא דמיא לא שויא עלה חתיכ' דאיסורא דיש לומר דמחמת פחד אמרה כן ודו"ק כי הוא ענין חדש וצריך סעד לתמכו. ויש להמתיק הדברים דכיון דספק טומאה ברה"י עשה ספק כודאי וכל ששתתה אף שיוכל להיות שזכות תולה עכ"פ ודאי אינו וז"ב ודו"ק: בשב שמעתא שמעתא וא"ו פ"ג הביא הא דסימנים וסימנים וע"א דיניח ע"כ דע"א אינו נאמן אף ששם ליתא חזקה ע"ש והדבר מוכרח דהא אי ע"א יעיד שמזה נפל אטו נוציא עי"ז וע"ז הקשה דא"כ בדבר שבערוה היכא שמעיד שמעולם לא היה חזקה אמאי יהיה ע"א נאמן דהא לא נאמן ע"א בממון והרי דבר שבערוה יליף דבר דבר מממון ע"ש ולפענ"ד ל"ק דבאמת לכאורה מהך דסימנים וסימנים וע"א יש לומר דע"א אינו נאמן נגד רובא דעלמא דכל דסימנים וסימנים שוב אוקי חד לגבי חד וע"א אינו נאמן לנגד רובא דעלמא אך יש לומר דהא מברר המיעוט מתוך הרוב ונאמן ע"א כמ"ש הר"ן בקידושין פ"ג ולפ"ז יש לומר דלענין ממון אינו נאמן לברר המיעוט מתוך הרוב אבל בדבר שבערוה שפיר מהימן דשייך חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וכמ"ש הפ"י בגיטין דף נ"ד ע"ב ודו"ק: הפ"י הקשה בהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה חייב ולמה לא יהיה נאמן במגו דכופר הכל והקשה דלמא אין לו ספק מלוה ישינה רק על מקצת ע"ש.

ז ולפענ"ד נראה דהנ' התומים הביא ראי' מהך דספק מלוה ישינה דאף דספק אם קדם הפרעון להלואה מכל מקום הו"ל א"י אם נתחייבתי יעו"ש בסי' ע"ה והנה לכאור' יקשה הא כל הטעם דא"י אם פרעתיך הוא משום דאיכא חזקת חיוב דמעיקרא וא"כ כל שקדם ספק פרעון שוב לא אתחזיק חיובא וצ"ל כיון דקי"ל ז"ג וז"ג א"כ שוב אותה הלואה אתחזיק החיוב ואף שקדם ספק פרעון זה הלואה אחרת וז"ב ולפ"ז הרי כ"מ שיש פסידא אמרינן דיכול לומר יש לי בידך כנגדו ועיין בב"י סימן ע"ה ולפ"ז שפיר מקשה רבה דיהיה לו מגו דכופר הכל. ואין לומר דלמא אין לו רק ספק מלוה ישינה על מחצה בלבד דזה אינו דכאן יקשה הא הו"ל ספק פרעון קודם להלוא' ויש לו פסידא דלא יצטרך לשבע ובכה"ג יכול לטעון יש לי בידך כנגדו ודו"ק:

ח ברמב"ם פ"ג ממעשר הכ"ג תבואה ממורחה מפריש על פירות ממקום אחר ואינו חושש וכה הראני א"מ הגאון ני' דהא חזקה על גורן שלא תעקר בלתי אם הפריש ת"ג

וכמ"ש הרמב"ם באותה הלכה בהדיא ועכ"מ וא"כ למה יוכל להפריש תרומה הא הוה מפטור על החיוב. ולכאורה רציתי לומר דמזה ראיה למה שנסתפק המל"מ פ"ט ממעשר במוצא בדרך די"ל דבזה אף ת"ג צריך להפריש ע"ש אך המלמ"ל לא מסיק כן וע"כ נראה דתרומה ומעשר היינו תרומת מעשר ומעשר ראשון וכן ראיה מב"מ דף ל"ח דאמרו לפיכך בעה"ב מפריש תרומה ומעשרות והרי א"א לגורן שתעקר ודוחק לומר דמיירי שלא נמרח עדיין דא"כ אמאי לא יגע בהן והא לא נתחייבה רק מדרבנן וע"כ צ"ל דתרומה היינו תרומת מעשר ומעשר ראשון ודו"ק ומה שהקשו בתוס' שם וכי נחשדו חברים לתרום שלא מן המוקף צ"ל דחברים אינן מפרישין אף תרומת מעשר שלא מן המוקף וכמ"ש הרמב"ם פ"ג מתרומות ע"ש בראב"ד ודברי התוס' שם לא הזכיר הכ"מ שם ע"ש.

ט חילוקא דרבנן במכות דף כ"א ע"ב ואין חילוק מלאכות ליו"ט והתנן המבשל וכו' ואם איתא משום הבערה לא לחייב דהא אחייבא לי' משום בישול וע"ז שאל הרב החריף המופלג מוה' שמואל אהרן מק"ק בריגעל נ"י דהא לפמ"ש התוס' בשבת דף ע' ד"ה יכול דאם נימא דאין חילוק מלאכות לשבת הא דאינו חייב רק עד שיעש' כל המלאכות ביחד ע"ש א"כ כשנימא דאין חילוק מלאכות ליו"ט לא נתחייב רק שיעשה כלם ביחד וא"כ לא נתחייב לא משום הבער' ולא משום בישול דהא אין חילוק מלאכות בי"ט והשבתי דל"ק דביו"ט א"א לפרש כלל דאין חילוק מלאכות היינו כל המלאכות ביחד דבשלמא בשבת כל המלאכות הם משם אחד אבל ביו"ט דיש שני מיני מלאכות מלאכת עבודה ומלאכת אוכל נפש וא"כ אי אפשר לומר דאין חילוק מלאכות והיה קאי על כל המלאכות ביחד דהא המלאכות אינם מסוג אחד ועיין בה"ה פ"א מיו"ט שהאריך בזה וע"כ דהכוונ' שאם עשה שתי מלאכות או שלש בהעלם אחד או שעשה מלאכ' שיש בה שתים אינו חייב אלא אחת ודו"ק ובזה יש לי להאריך לענין יוה"כ מה שפלפלו האחרונים אי יש חילוק מלאכות ביוה"כ ושם יוכל להיות דלא יתחייב על המלאכות רק שיעשה כלם בבת אחת ובכריתות בדף י"ד יש לפלפל בזה ולא נפניתי כעת. ודרך אגב אזכור מה ששאל אותי המופלג ר' בעריש מלמד בהא דאמרו יש אוכל אכילה אחת ופירש"י זית אחת וע"ז הקשה דהא שם תנן יוה"כ ויוה"כ צריך כותבת והנה בלי עיון בספר השבתי די"ל כיון דעל שאר אסורי אכילות עובר בכזית ומיגו דחשוב כזית לענין שאר איסורים כמו כן חייב ביוה"כ וכעין שכתב בהגהת מרדכי פ"ק דחולין מיגו דחשוב קשר לענין תפילין חשוב קשר לענין שבת וה"ה בזה ואחר זמן עיינתי בזה וראיתי בכריתות דף י"ד דאמרו בשני זיתים לא מיירי ופריך מיוה"כ דכתיב חייב וכותבת יש בו שני זיתים אלמא דאף דאכל בכזית שאר איסורין לא מועיל לענין יוה"כ ובאמת בכריתות וביבמות דף

ל"ד לא מצאתי דברי רש"י שפירש בכזית רק בשבת דף ק"ב ובשבועות דף כ"ד וצ"ע דבאמת לא שייך לומר מיגו דחשוב אכילה דהרי באמת לא יכול לחול יוה"כ על איסור נותר רק משום דהו"ל איסור מוסיף וכל שלא אכל כותבת לא חל על חולין רק איסור גרידא ולא שייך איסור מוסיף באיסור גרידא שיחול עי"ז לגבוה וז"ב וע"כ דברי רש"י בשבת ובשבועות הנ"ל צ"ע: והנה במ"ש למעלה לענין יוה"כ אי שייך חילוק מלאכות מצאתי בטורי אבן במגלה דף ז' ע"ב עמד בזה ובשעה"מ הלכות שמטה ויובל פ"א ה"א ועיין בטעם המלך וכבר רמזתי לעיל דביוה"כ אפשר לומר דאין חילוק מלאכות והיינו דאינו חייב רק על כל המלאכות ביחד ובזה יש לפרש דברי הירושלמי פ"ג דשבועות על המשנה שבועה שלא אוכל ואכל אוכלין שאין ראוין לאכילה וז"ל כפי מה שהובא בטעם המלך שם שאין לפני כעת הירושלמי הדא אמרה אין אבות מלאכות ביוה"כ ופירש בפני משה שאין כל המלאכות שחייב בשבת חייב ביוה"כ כגון הוצאה ועירוב אלו מי שעשה כולם בהעלם אחד כלום חייב אלא אחת ופירש הפ"מ ובטעם המלך שאין חילוק מלאכות ביוה"כ וזאת היא ההבדל שבין שבת ליוה"כ ע"ש ולפענ"ד הפירוש הוא להיפך דבאמת ביוה"כ מהראוי לחייב על כל המלאכות ביחד דאין חילוק מלאכות ליוה"כ וכפי שביארתי אבל אם אין עירוב והוצאה ליוה"כ א"כ א"א לומר דיהיה החיוב רק על כלם ביחד דהרי לא דמי לשבת דבשבת חייב על הוצאה וביוה"כ אינו חייב וא"כ עכ"פ חסר מלאכה וא"כ אי אפשר לומר דאין חילוק מלאכות ביוה"כ וכמ"ש ושאני יו"ט דע"כ מיני מלאכות חלוקות מלאכת עבודה ומלאכת אוכל נפש כמ"ש הה"מ וא"כ ע"כ מה דאמר אין חילוק מלאכות היינו שאם עשה ג' מלאכות ביחד אינו חייב אלא אחת אבל ביוה"כ אי אפשר לומר כך דאם אין חילוק מלאכות ע"כ על כלם ביחד קאי וזה אי אפשר דהרי הוצאה מותר ביוה"כ איברא דמש"ס דילן כריתות דף י"ד מבואר דיש חילוק מלאכות ביוה"כ דהרי להס"ד פריך ולתני אם הוציאו דחייב והיינו משום יוה"כ וע"ז תירץ רפרם דאין עירוב והוצאה ליוה"כ אבל להס"ד הוה ס"ל דעירוב והוצאה ליוה"כ וקשה א"כ איך אפשר לחשוב יוה"כ בשביל הוצאה והא אין חילוק מלאכות ליוה"כ ואינו חייב רק עד שיעשה כלם ביחד והיא קושיא נפלאה ולכך נקט שבת אמנם נראה דלפמ"ש רש"י בפסחים דף ה' ש"מ הבערה לחלק יצאת ופירש"י דהו"א דאם עשה ארבע או חמש מלאכות נמי לא יתחייב אלא אחת והיינו דאף דחייב על אחת בלבד מכל מקום גם אם עשה הרבה מלאכות ביחד ג"כ אינו חייב אלא אחת וכמ"ש המזרחי ריש פרשת ויקהל וא"כ יש לומר דניהו דאין חילוק מלאכות ליוה"כ וחייב על כלם ביחד מכל מקום אם עשה אחת בלבד ג"כ אינו חייב אלא אחת אבל באמת הרי רש"י סותר עצמו דביבמות

וקידושין פירש"י דאינו חייב רק על כלם ביחד וכבר הקשה המזרחי שם דברי רש"י אהדדי ולפענ"ד ודאי דאם הא דאינו חייב רק עד שיעשה כל המלאכות ביחד אי אפשר לומר דאם עשה רק אחת יתחייב אבל רש"י בפסחים דכתב דה"א דעל ב' או ג' חייב אחת בזה יש לומר דגם בעשה אחת ג"כ מתחייב ולפ"ז אם נימא דאין חילוק מלאכות ליוה"כ היינו שצריך לעשות כלם זה אי אפשר לומר שאם עשה אחת יתחייב וע"כ דיש חילוק מלאכות ליוה"כ וגם אח"כ אמרו ממאי דלמא יש עירוב והוצאה ליוה"כ והכי קאמר אם היה שבת חייב משום שבת ויוה"כ וע"כ דיש חילוק מלאכות ביוה"כ דאל"כ על יוה"כ לא יתחייב אמנם לפענ"ד נראה דהא בהא תליא דכל הטעם דיש לומר דאין חילוק מלאכות ביוה"כ הוא משום דקיל משבת דשבת בסקיל' ויוה"כ אינו רק בכרת וזה תלוי במה דנחלק רפרם ואמר דאין עירוב והוצאה ליוה"כ שהוא ג"כ בשביל דקיל משבת אבל להס"ד דיש עירוב והוצאה ליוה"כ וא"כ שוה יוה"כ לשבת מה"ת לומר דיש חילוק מלאכות לשבת וביוה"כ לא הא אדרבא יוה"כ מקרי שבת שבתון וע"כ לפי מה דנחלקו על רפרם ומסקינ' דרפרם בדותא היא ממילא יש חילוק מלאכות ביוה"כ כמו בשבת וז"ב:

י והנה בתוס' בכריתות תמהו דאמאי מסיק בכריתות דרפרם בדותא היא וביומא דף ס"ו מסיק לה להך דרפרם ולפענ"ד נראה דהנה במה דאמר שאני יוה"כ דהכשירו בכך קשה טובא דהא ביומא אמרו עתי אפילו בשבת למאי הלכתא שאם היו חולה ונשא על כתפיו ובזה אין שייך לומר בכך ולכך ע"כ דאין עירוב והוצאה ליוה"כ אבל בכריתות לא אמרו בחלה רק בשביל הוצאה בלבד שהם יוציאו אותו לר"ה הלכך נ"ל דיוה"כ הכשרו בכך וז"פ וברור ועכ"פ לפענ"ד זה תלוי בזה דלרפרם ממילא אין חילוק מלאכות ליוה"כ דקיל הוא משבת ולדידן דנחלקו על רפרם ממילא שוה יוה"כ לשבת ודו"ק במ"ש למעל' להקשות דאם אין עירוב ליוה"כ א"כ א"א לומר דאין חילוק מלאכות ליוה"כ דהא לא שייך כל מלאכות דחסר הוצאה נתיישבתי דז"א דהא דכשאמר דאין עירוב והוצאה ליוה"כ ז"א דביוה"כ אין איסור הוצאה נוהג כלל וא"כ אינו בכלל מלאכות ודוקא שבת נאסר הוצא' אף דמלאכה גרועה היא משא"כ ביוה"כ א"כ אין חילוק מלאכות ביוה"כ והוצאה אינה בגדר מלאכה כלל ביוה"כ ויתכן עוד יותר דהנה כבר כתבתי בדרוש לשבת שובה ונדפס על שמי דיש חילוק בין שבת ליוה"כ דשבת נאסר המלאכות בשביל שרצה הקב"ה שינוחו בו אבל יוה"כ אינו בשביל שהוא יום מנוח דהרי אינו מנוח ועינוי הוא כמ"ש הלבוש שאין לומר יום מנוח ביוה"כ רק בשביל שהוא יוה"כ נאסרו המלאכות ולכך בהוצאה שהוא מלאכה גרוע ואינו בכלל מלאכה לכך הותר ביוה"כ אבל בשבת

בשביל דרצה הקב"ה שנשבות בו לכך אף הוצא' דהוא מלאכ' גרוע ג"כ נאסר בזה ובזה יש לפרש דברי הירושלמי שהבאתי בדברי הפ"מ וטעם המלך וז"ל ואף שאין עירוב והוצאה ליוה"כ מכל מקום אינו חייב ביוה"כ רק בעשה כל המלאכות ביחד וכמ"ש ודו"ק: ובזה יש ליישב הרבה קושיות שהקש' השעה"מ שם ובטעם המלך ובטורי אבן בענין זה. ובזה יש לי לומר להמתיק הדברים דלכך לא דחי ביומא שאני יוה"כ דהכשירו בכך דהא באמת חלה אין הכשרו בכך רק כיון דיוה"כ אינו בגדר הוצא' כלל א"כ אף בחלה לא אכפת לן אבל בכריתות לא ידענו מזה רק דסתם אמר רפרם דאין עירוב והוצא' ליוה"כ ומוכח לה מדאיצטרך קרא דעתי אפילו בשבת וא"כ באמת יש לדחות דשאני יוה"כ דהכשרו בכך: ודרך אגב אזכיר בהא דאמרו בכריתות נימא אית לי' לר"מ איסור חל על איסור ומשני ניהו דאיסור חל על איסור לית לי' איסור כולל ואיסור מוסיף אית לי' והוא תימה דהא גם על ת"ק דר"מ קשה זאת דהא אין איסור חל על איסור וצ"ל משום כולל ומוסיף וביותר אני תמה דעל ר"מ לא סגי בהכי דהא מחייב משום הוצא' והוצאה ע"כ משום בת אחת וכדאמרו ביבמות דף ל"ד וא"כ על ר"מ לא משני כלל בכריתות רק על הת"ק והקושי' הקשה על ר"מ וצע"ג: והנה לכאור' קשה על ר"מ דמחייב משום הוצא' ואכילה דאיך יכול לחול על הוצא' איסור אכיל' דהכי הוצאה היא בכזית ואכיל' ביוה"כ היא ככותבת וא"ל דהוא בבת אחת דהא אינו בא בב"א דאכיל' היא בככותבת והיינו דהוצא' היא בכזית ומיהו י"ל דבא בב"א דהרי בבת אחת משעה שנכנס יוה"כ חל איסור הוצאה בכזית ואכיל' בכזית וכעין זה כתב בריטב"א בקידושין דף ע"ז יעו"ש:

יא והנה מה שהקשיתי בהא דאמר נימא ר"מ ולא מקשה על ת"ק נראה לפענ"ד ליישב דהת"ק לא קשה לי' דאפשר דס"ל איסור חל על איסור אבל על ר"מ פלפל הש"ס אי ס"ל איסור חל על איסור כי באמת הה"מ פ"ד ממאכלות אסורות גבי כל הנבלות מצטרפות זה עם זה כתב דר"מ ס"ל איסור חל על איסור ובאמת שהוא תמוה מכאן דהש"ס מסיק דר"מ לית ליה איסור חל על איסור רק בכולל ומוסיף וע"כ פלפל הש"ס אי ר"מ ס"ל כן ומסיק דלית לי' ודברי הה"מ תמוהין כמ"ש בשו"ת רמ"ע מפאנו סי' קכ"ג ומה דלא אמר דר"מ ס"ל דחל בב"א. נרא' לפענ"ד ע"פ מה דחידש בשו"ת רמ"ע מפאנו שם דמאן דס"ל דבכולל בשוין לא חל א"כ אף ב"א לא מועיל דמאן מפיס אי זה חל מעיקרא והשני נוסף וע"כ אמרו דר"מ ס"ל דחל במוסיף וכולל אף דיוה"כ שוה עם נותר וממילא חל בב"א וכבר הארכתי בזה בדרוש אשר נדפס על שמי בענין איסור חל על איסור ודו"ק היטב. והנ' בגוף קושית הרב ר' שמואל אהרן נ' לפמ"ש למעלה דתלוי בפירוש רש"י אי ה"א דאינו חייב רק על כלם א"כ באחת אינו מחייב אבל אם הו"א דחייב על שלש מלאכות

אחת נוכל לומר דעל אחת ג"כ חייב א"כ לק"מ קושייתו דשם פירש רש"י דאין חילוק מלאכות ביו"ט היינו בעשה שתים ושלש ביחד א"כ ממילא גם על אחד חייב ודו"ק: ובמ"ש יש ליישב מה שהארכתי לעיל בדברי רש"י בשבת ק"ב ושבועות כ"ד דפירש כזית משום דעל הת"ק י"ל דמיירי בכזית ומגו דחשוב אכילה לענין איסור נותר חשוב ג"כ לענין יוה"כ אף ביתובי דעתא תליא מלתא מ"מ אחשבה לאכיל' ומייתב דעתי' ובפרט כשיש כזית דחשוב אכיל' בכ"מ וא"ל דא"כ לא חל דלא שייך איסור מוסיף דזה דוקא לר"מ דצריך להיות מוסיף אבל לת"ק יש לומר דס"ל בסתם איסור חל על איסור וחייב אף שאינו מוסיף ודו"ק היטב כי הוא חריף ונעים ונחמד:

סימן כ

א חידושים על מס' כריתות על דברת הע"ל שנדפס מחדש יום ג' וירא י"א מרחשוון כת"ר: דף ב' ואשת איש הנה הע"ל הביא כאן וכן בע"ל על יבמות בדף ל"ג ע"ב במ"ש ובשעת כניסתן לחופה הביא בשם התוס' הרא"ש שהביא בשם מהר"ם מרוטנבערג דנערה המאורסה כיון דלא נשנה בל"ו כריתות אין בה כרת ולא חטאת ע"ש והע"ל האריך שם וכאן לתמוה ע"ז והנ' מ"ש ראי' מדלא חשיב בל"ו כריתות לפענ"ד בלא"ה ל"ק דבאמת נער' המאורס' הוציאה להחמיר מכלל א"א דהיא בסקילה בבת ישראל ובבת כהן בשריפ' וא"א בחנק וא"כ השתא בא"א יש כרת מכ"ש בנערה המאורס' ואף דאין טעם לעריות וגזירת הכתוב הוא כמ"ש הה"מ ריש פ"א דאישות היינו מה דחזינן דלא ענש הכתוב אבל מה דענש בחמור פשיטא דגם כרת וחטאת שייך בגווה. וראיה לפענ"ד מהא דאמרו בב"ב דף ט"ו שחמשה עבירות עבר עשו באותו היום וחשיב חד מינייהו שבא על נערה המאורסה ותמהו התוס' דהא ב"נ לית להו נערה המאורס' רק בעולת בעל ונדחקו. ולפענ"ד נרא' דניהו דלית להו נערה המאורסה היינו דיהיה נהרג ע"ז בעדים והתראה דלא שייך בהו קידושין הלכך לית להו ועיקר בהם בעולת בעל אבל כרת ודאי יש בהם וא"כ עכ"פ עבר על נערה המאורס'. מיהו ז"א דכל שאין להם נערה המאורסה משום דלא שייך קידושין שוב לא שייך לא מיתה ולא כרת ולכך בישראל יש להם נערה המאורס' כדאמרו בסנהדרין דף נ"ז ואנו אין לנו אלא נערה המאורס' בלבד והיינו משום דבישראל דיש קידושין שייך ענין נערה המאורסה משא"כ בעריות שלהן דלא שייך כלל ענין נערה המאורס' וז"ב.

ב אמנם אף שאין ראיה מצד הסברא נראה דלא גרע משאר א"א כיון דבאמת יצאה מכלל א"א להחמיר עליה מה"ת להקל. אך מה שהקשה דא"כ איך מצינו אזהרה לא"א דהא נערה המאורסה אינה בכלל א"א לק"מ דכל שמפורש העונש ואדרבא עוד החמיר הכתוב

לדונה בסקילה זה ודאי דא"צ אזהרה ועיין מלמ"ל פ"ב ממ"א וכאן כ"ע מודו דאדרבא לענין מיתת ב"ד עוד יש חומרא בזה ודו"ק היטב: והנ' בע"ל מביא בשם קול הרמ"ז דלכך לא תני חייבי מיתות ב"ש משום דזה משפט לאלקים ושאני ח"כ דכל שלקו נפטרו מידי כריתתן וע"ז הקשה בע"ל דא"כ מב"ש נמי דמ"ש וכתב שלא מצא מפורש הדין אם נפטר ממיתה בי"ש כשלקה ואני תמה כיון דחייבי מיתות ג"כ בכלל מלקות א"כ אם לא נפטר למה ילקה ועפח"י מסנהדרין ה"א ובתוס' שבועות דף י"ז ד"ה הא ובמלמ"ל פ"ב מביאת מקדש ה"ב: ע"ב למעוטי מפגל עיין רש"י ד"ה מפגל דאינו משלם ממיטב דהאי היזיקא דבורא בעלמא הוא והיזק שאינו ניכר צ"ע דבש"ע חו"מ סי' שפ"ה מבואר דגם היזק שא"נ דחייב מטעם קנס ג"כ משלם ממיטב וכמ"ש הרא"ש בב"ק ומצאתי בבאר שבע שעמד בזה. אמנם עוד קשה לי דהרי בב"ק דף ד' אמרו בשלמא מפגל בקדשים לא מיירי אלא מוסר לתני ומשני דבדיבורא לא קמיירי וא"כ ע"כ מפגל לאו דיבורא בעלמא הוא. אך נראה דבאמת רש"י פירש בב"ק שם דמפגל היינו ששחט שלמים לשם חטאת וא"כ שם לא הוה דיבור רק מעשה וכמ"ש הרמב"ן גבי אומן שקלקל דמה שהרג הבהמה זה מקרי מעשה ולכך הוכרח לומר דבקדשים לא קמיירי אבל בסתם מפגל זה אינו משלם מיטב דדיבור בעלמא הוא והפ"י נתקשה שם בדברי רש"י דלמה לא פירש רש"י כפשוטו. ולפמ"ש אתי שפיר ובקושיא הראשונ' יש לומר דבאמת הפ"י הקשה דהא בקדשים נתמעט מרעהו וכתב כיון דהיזק שאינו ניכר אינו רק מדרבנן חייב מדרבנן ולפ"ז כל שאינו רק דרבנן ודיבורא בעלמא שוב ל"ש לשלם ממיטב דבאמת מרעהו נתמעט דלא הוה היזק כלל רק מדרבנן חייבו כדי שלא יהי' הולך ומזיק ובזה פשיטא דעכ"פ א"צ לשלם ממיטב ודברי רש"י מדוקדקים דבסתם מפגל נתמעט מרעהו וא"צ לשלם ממיטב ושאני מטמא ומדמע דכל דרבנן חייבו לשלם שוב נתחייב מתורת נזק אבל כאן מצד נזק נתמעט מרעהו ורק דרבנן קנסו אותו ובכה"ג עכ"פ מיטב א"צ לשלם ודו"ק: דף ג' ברש"י ד"ה דאר"א ואי קשיא גבי עריות היכן מצינו אזהרה לאשה ש"ה כיון דהיא נמי מתהניא משכיבה קרי בי' הנפשות העושות ע"ש. אמת שכן הוא בב"ק דף ל"ב ועיין תוס' שם ד"ה ואיהו ורש"י לא ציין שמפורש שם ומ"ש קרי בי' לא תשכיב עיין כעין זה בתוס' חגיגה י"ד ע"ב לא יקח יקיח כתיב ועיין בירושלמי בשבת פרק כלל גדול ה"ב בש"ק מה שתמה על רש"י והוא תמוה דדברי רש"י נכונים וכמ"ש בגליון שם עפ"י דברי הש"ס ב"ק הנ"ל:

דף ג' ע"ב והא יש בתו מאנוסתו וכו' דלא כתיבן לא קתני והאיכא בת אשתו כו'.

ג מכאן נראה לי ראיה ברורה למה שהבאתי למעלה בשם המהר"ם מרוטענבערג שדעתו דנערה המאורס' לא חייב כרת וחטאת מדלא קחשיב בכלל כריתות ובערוך לנר כתב

דאין ראיה דאפשר דשם א"א חד היא ע"ש והרי כאן מבואר כמהר"ם דא"כ למה לא מקשה דלתני נערה המאורסה ולהוכיח מזה דמה דלא כתיבן לא קתני וע"כ דבאמת אינו בכלל כריתות ועיין כאן בכל הסוגיא ותמצא מבואר כן ודו"ק. והנה הטעם של המהר"ם נראה לפענ"ד דבאמת בכלל א"א אינו רק בנשואין ואף בנכנס' לחופה ולא נבעלה אין ברור אם היא בכלל א"א ועיין ביבמות דף ג' בתוס' שם וכבר כתבתי לעיל בשם הערוך לנר שתמה דא"כ מנ"ל אזהרה בנערה המאורסה וכתבתי לעיל כיון שהעונש מפורש מזהירין מן הדין ולפ"ז לענין כרת דלא מבואר כלל פשיטא דאין עונשין ומזהירין מן הדין אף שהוא חמור ועיין בתוס' חולין דף קט"ז דגם בכרת אין עונשין מן הדין ועיין בכללים שבסוף ספר באר יעקב כלל י"ח מ"ש בזה ודו"ק: דף ז' ע"ב במשנה ראוי לקרבן ציבור עיין ערוך לנר שהקש' דלמה לא אמר שראוי אם עבר והקריב קרבן יחיד בשבת כשר כדמוכח בפסחים ע"א ודף ע"ב אבל בלילה אף שעבר והקריב פסול כדמוכח בזבחים פ"ד והניח בקושיא ואני תמה דאמת שכדבריו כן הוא בתוס' חולין דף מ"ם בסוגיא דרבוצה אבל אני תמה על התוס' דבמחכת"ה לא הזכירו המשנה הלז וצע"ג. שוב אחר זמן רב מצאתי בטורי אבן בחגיגה ט' ד"ה כיון שהעיר בזה ע"ש: בדף ח"י ע"ב ד"ה הא דנקט עיין בספר ערוך לנר שנסתפק בחולה שמסוכן והוצרך לאכול יותר מככותבת אם חייב אח"כ בעינוי כיון דכבר אין עליו עינוי שוב לא חייב להתענות וכתב שכן נראה לו עיקר וכתב ראיה דא"כ בחולה יהי' צריך לשער שלא יתנו לו יותר מכפי השיעור שצריך לו להוציאו מידי סכנה.

ד ולא ראיתי מוזכר בפוסקים. ונפלאתי מאד היאך יעלה על הדעת שלא יקיים מצות תענו את נפשותיכם ופשיטא שע"י ככותבת אינו מייתב הדעת על כל היום ורק שבעת אכלו נתיישב דעתו וא"כ אח"כ שוב עובר על תענו את נפשותיכם ועיין לעיל דף י"ג התירו לעוברה פחות מכשיעור אפילו טובא נמי מפני הסכנה ולא נקט שיהי' כשיעור שיצא מן הסכנה ועיין באו"ח סי' תרי"ח ס"ז ס"ח ובט"ז ומג"א שם ואף שבאו"ח סימן תקס"ב סי' לא משמע כן שאני תענית דכל שאוכל אינו נופל לשון תענית אבל מה שאוכל יותר מככותבת פשיטא דמחוייב להתענות ודו"ק:

ה בכתובות דף ל"ב פריך הש"ס אי דאתרו בי' טעמא דלית בי' שו"פ הא אית בי' שו"פ ממונא משלם מלקא לא לקי הקשה אותי החריף מוה' נפתלי דלפמ"ש רש"י במכות דף ה' דכל דמודה אף דאח"כ באו עדים פטורים דהוה מודה בקנס והתוס' תמהו ע"ז דמודה בקנס לא מפטר ממית' ומלקות וע"ז אמר דלפמ"ש בב"ק דף ע"ה דכל דמחייב עצמו במידי שפיר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אף ממלקות ולפי זה יש לומר דמיירי

באתרי ביה רק שמודה שחבל בחברו ואח"כ באו עדים וא"כ כל שהי' בחבל' שו"פ אז חייב עצמו במידי דעכ"פ דמי החבל' צריך לשלם שפיר הוה מודה בקנס ופטור אבל כל שאין בו שו"פ לא הוה מודה בקנס ולכך לקי דלא הודה בכלום והנה השבתי דל"ק דהא ע"כ דלא שמו אז החבל' בשעת שהודה דאל"כ ע"כ שבאו עדים וא"כ הי' יכול להיות החבל' שו"פ וא"כ עכ"פ ניהו דאח"כ נתברר שלא חבל בו שו"פ עכ"פ הוא נתכוין לשו"פ ושוב הוה מודה בקנס ולמה יתחייב ושפיר מקשה ודו"ק:

י בסנהדרין דף פ"א בתוס' ד"ה ונגמר דינו כתבו בתירוצם השני כיון דאי מתזמי קמא או אתכחשו מהני סהדותייהו דבתראי עדות שאתה יכול להזימ' מקרי וע"ז שאל הרב החריף מוה' שמואל אהרן ני' מבריגעל דהא בשבת דף צ"ד נחלקו ר"נ ורב ששת בכעין זה ור"ש סבר השתא מיהא איתא ואנן קי"ל כר"ש כמבואר באו"ח סי' ל"ב לענין תפילין שנמחקו והשבתי דמלבד המעיין בתה"ד שהוא מקור הדין בש"ע ימצא בהג"ה שם דלא קי"ל כר"ש אף גם דאין ענינו לכאן דכל ענין דעדות שאי אתה יכול להזימה הוא משום דלא מתייראו להעיד וכמבואר בב"ק דף ע"ה ע"ב ע"ש גבי מחלוקת סומכוס ורבנן וכאן שפיר מתייראין להעיד דשמא יתכחשו ויוזמו הראשונים ומהני עדותן ודו"ק:

יא שאל אותי חכם אחד ברש"י חולין דף ט"ו ע"ב ד"ה כיון שכתבו דתלושה ל"ש קציצה אלא חיתוך כגון מחתכין את הדלועין וע"ז הקשה דלפמ"ש רש"י והר"ן בנדרים דף ס"א דקציצה היינו ברכין ובקשין מקרי חתיכה ע"ש א"כ בדלעת דהוא לחולה ע"כ ברכין מיירי כדאמרו בנדרים דף מ"ט דדוקא רכין יפין א"כ כל שהוא רכה שייך קציצה אבל מתחכין הדלועין דע"כ בקשין מיירי כמבואר במג"א סי' שכ"ד ס"ק ג' א"כ שייך לשון מחתכין ודפח"ח:

סימן כא

א תשובה להמופלג התורני מוה' יוסף שורשטיין ני'.

ב בענין כוי מה משפטו בכל דיני חי' ובהמה. מה שהקשה מעלתו לשיטת הרמב"ם דחיה אינה בבישול בב"ח ואכילתו רק מדרבנן כמ"ש בפ"ט ממ"א ה"ד ועיין בהה"מ ולח"מ שם וא"כ קשה בהא דחשיב פ"ב דביכורים משנה ח' ומשנה ט' כמה דברים דשוה לבהמה ושוה לחיה מספק לחומרא ואמאי לא חשיב גם לענין בב"ח דאינו לוקה על בישולו והנאתו דאינו רק דרבנן. ובאמת שיש לדחות דאטו כי רוכלא לחשב וליזל. אך אחרי כי נתתי עין ולב בזה אמרתי לכאורה דבר חדש דהנה בחולין דף ק"ח נחלקו רב ולוי אם בשל חצי זית חלב עם חצי זית בשר ואכלו אם לוקה וס"ל ללוי דלוקה וכן פסק רבינו בפ"ט ממ"א ה"א ועיין בה"ה ולח"מ שביארו בהדיא דאף שאינו בא מיורה גדולה

רק חצי זית מזה וחצי זית מזה לוקה ולפ"ז לפי מה דאמרו בחולין דף ע"ט דכוי שנחלקו בו ר"א וחכמים הוא שבא מן התיש ומן הצבייה ושה אפילו מקצת שה וכתבו בתוס' ד"ה בין דכל משהו שבו חציו דם צבי והכלל הוציא משם דכל קורט וקורט יש בו מחיה ומבהמה ואוכל כזית חלב ממנו יש בו חצי זית מבהמה וחצי מחי' וכ"כ בהדיא בכו"פ בבית הספק וביאר בזה דברי הש"ס ביומא גבי כל אוכל חלב לרבות כוי וחצי שיעור דבכוי גם כן אין בו רק חצי שיעור באוכל כזית ממנו ע"ש שדפח"ח וא"כ לפ"ז כיון דגם כאן מיירי בכוי כזה ועיין רע"ב ותויו"ט וא"כ שוב גם בכוי לוקה דאם בישל עד"מ כזית מכוי וחצי כזית חלב או כזית א"כ אף דכוי אינו רק חצי שיעור כל שיש בו חצי שיעור מחלב בהמה שוב הוה כזית שלם לענין בב"ח דנצטרף בחצי זית. אך עדיין יש מקום למצוא כגון דבשל חצי כזית מכוי וחצי כזית חלב. דאם אין בהצטרפם שיעור שלם וחצי שיעור אסור מן התורה ואינו לוקה ואכתי הו"ל למחשבי' וגם בגוף הדבר שכתב הכו"פ דכל משהו ומשהו הוא בו חלב בהמה וחלב חי' וחשבו לחצי שיעור לפענ"ד זה אינו דבאמת זה שייך בהרכבה שכונית שלא נתמזגו הכחות א"כ יש בו חצי מזה וחצי מזה אבל כאן שנתרכב מתייש וצבי ונתבלבלו כל הכחות התייש והצבייה ביחד וא"כ הוה הרכבה המזגית וקונה לו כח חדש המורכב מהתייש ומהצבי וזהו הנקרא הרכבה מזגית כאשר דבר זה מתורתו של התשב"ץ למדנו ע"ש בח"ב סי' ד' שהאריך בזה הרבה וא"כ נוכל לומר כי כל טפה וטפה הוא בא מכח לבי ותייש אבל לא שייך בזה חצי שיעור דכל משהו ומשהו הוא מורכב הרכבה המזגית וא"כ אין ענין לחצי שיעור בזה ומה שהביא הכו"פ ראיה מהתוס' לפמ"ש אין לו ענין לכאן דהתוס' לא כתבו רק שכל משהו יש בו דם צבי וחייב לכסות אבל לא שיש בו חצי שיעור דזה כלו שיעור שלם מחיה ומבהמה ונתערבו בו שתי הכחות וא"כ אין מקום לפענ"ד לכל מ"ש הכו"פ בזה וא"כ נשאר הקושיא. ומה שנראה לי בזה עפ"י מה שכתבתי בתשובה אחת ליישב קושית הרב האבד"ק קאנטשיק סמוך לרישא שהקשה אותי איך מותר נסיובי דחלבא והא ניהו דאינו נקרא חלב מכל מקום קיבל הנסיובי טעם דחלב וא"כ נאסר מחמת קבלת טעם וטעם כעיקר דאורייתא ואמרתי אל לבי דכיון דבעינן דרך בישול דוקא כדאמר רבא בחולין דף ק"ח דרך בישול אסרה תורה והיינו שבעינן שנרגש הטעם וא"כ כיון דנסיובי דחלבא יש לו טעם חלב ממש ואפ"ה שרי רחמנא ורק החלב ממש אסרה תורה וא"כ אותו טעם שקבלה מהחלב זה אינו דרך בישול ולא אסרה תורה כיון שלא נרגש בו הטעם ובכה"ג אף חז"ל לא גזרו דלא משכחת לה שלא יקבל טעם מן החלב ואפ"ה שרי התורה כל שאינו דרך בישול שאסרה תורה ולא גרע מכבוש דאף דיש לו דין בישול בשאר איסורים

מן התורה לדעת הרבה פוסקים אפ"ה לא אסרה תורה בזה וא"כ ה"ה זה הטעם שקבלה זה אינו מרגיש ואנן דרך בישול בעינן והארכתי בזה הרבה. ומעתה אני אומר גם כאן כיון דכוי נתרכב מחיה ובהמה ביחד וא"כ החלב של חיה אף שיש לה כל טעם חלב של בהמה אפ"ה התירה התורה וא"כ גם בזה אף שיש בה טעם של חלב בהמה מכל מקום התורה לא אסרה בזה דאין בו הרגש טעם ולא שייך בו דרך בישול אסרה תורה ולא שייך לאסור משום בשר בחלב כנלפענ"ד דבר חדש ועמוד והתבונן בזה. ומה שנסתפק אם ספק נכבש בשר בחלב בבשר כוי או בחלב כוי והיה הבשר טריפה או החלב אי נימא כיון דבכבוש לא אמרינן בב"ח דאורייתא לא הוה דאורייתא לענין איסור טריפה ג"כ או דלמא אמרינן להיפך כיון דבשאר איסורים הוה דאורייתא הוה גם כאן איסור ודימה דבר זה למ"ש המהר"ש חיון דאם איכא דאורייתא ודרבנן ביחד הוה זלזול לדרבנן ה"ה בזה. הנה לפענ"ד לא שייך בזה זלזול כיון דבהרבה דרכים שוה לחיה ובהרבה דרכים שוה לבהמה א"כ לא שייך זלזול בזה. אחר שכתבתי ראיתי מ"ש הרמב"ם בפירוש המשניות פ"ב דביכורים שם שכתב דכוי הוא מורכב מבהמה וחיה והיינו מן העז ומן הצבי וכן אמרו כוי בריה בפ"ע ולא הכריעו חכמים אם מין חיה הוא או מין בהמה הוא ותמה בתוי"ט דהא בש"ס פליגי בזה חד אמר שהוא תייש הבא על הצבייה וחד אמר שלא הכריעו חכמים אם הוא חיה או בהמה והרמב"ם כתבם וכלל אותם ביחד. ולפענ"ד דהרמב"ם רצה לשלול דאינו איל הבר דאז יקשה למה לא חשבום בב"ח ולהכי פירש דהוא מורכב וא"כ הוה החלב שוה אם חיה או בהמה וגם אם הוא בריה בפ"ע ולא הכריעו חכמים עכ"פ אינו מרגיש טעם חלב בהמה דהרי חלב חיה הוא מותר דזה לא נודע אם הוא חיה או בהמה ועכ"פ אין מרגיש טעם חלב איסור ואנן דרך בישול בעינן. שוב הראני ד' דבר נחמד שרבינו בפירוש המשנה כוון כוונה עמוקה דהנה בחולין דף קל"ב אמר דכוי הבא מצבי ומן התיישה חייב בחצי מתנות ופריך הש"ס מהמשנה דביכורים הנ"ל דלתני חייב בחצי ביכורים ומשני איידי דתני חלבו ודמו דלא מתני חצי חצי לכך לא תני גבי מתנות חצי ואח"כ מסיק הש"ס דכוי חייב בכל המתנות ופירש הר"ן באלפסי דהיינו בכוי שלא הכריעו חכמים אי חיה או בהמה הוא וכתב שכן למד מהרמב"ם פ"ט מביכורים שבכוי הבא מן התייש והצבייה כתב חייב בחצי מתנות ובכוי שלא הכריעו חכמים כתב כל המתנות ע"ש. ומעתה זה שכתב רבינו דזה כוי המורכב וא"כ חייב בחצי מתנות וכן אמרו כוי בריה בפני עצמה והיינו דאם בכוי כזה מיירי חייב בכל המתנות ולכך הביא השני פירושים האלו וז"ב כשמש. ומזה נראה דצדקו דברי הכ"מ בפ"ט מבכורים והפר"ח יו"ד סי' ס"א ס"ק כ"ח בדברי הר"ן הנ"ל דמ"ש דכוי דחייב בכל

המתנות היינו בכוי הבא מן הבהמה או מן החיה. וראיתי לחכם אחד אחרון בשו"ת מ"ב סי' י"ב שרצה לפרש דברי הר"ן דמיירי בכוי שלא בא לא מן הבהמה ולא מן החיה וכמ"ש התוס' בכריתות דף כ"א ד"ה כוי ולפמ"ש אי אפשר לומר כן שהרי הרב אומר כן בפירוש המשניות דכוי המוזכר במשנה דביכורים מיירי בכוי הבא מן התייש ומן הצבייה או בספק אי בא מן הבהמה או מן החיה ולמדו מהש"ס הנ"ל וז"ב ועיין לח"מ פ"ד מאישות הי"א ודו"ק ולכאורה הי' מקום ליישב דברי רש"י שהשיג הר"ן דפירש דכוי חייב בכל המתנות בכוי הבא מתיש ומצבייה עפ"מ שראיתי בספר לב אריה שהקשה דלמה לא יהיה חייב בכל המתנות דהא כיון דעכ"פ מחייב בספק מתנות א"כ הכהן מוחזק בחצי וא"כ כיון דהכהן ספק בכלו והודאי בחצי מתנות והבעה"ב חצי ודאי מגיע לו להכהן נימא דאין ספק מוציא מידי ודאי ואף דהתוס' בב"מ דף ב' כתבו בשביל שהוא מוחזק בחצי אינו מוחזק בחציה האחר זה אינו שייך בזה דהרי דברי התוס' אינם מובנים וכתב בתומים סי' ק"ד סוף ס"ק ז' דעיקר כמ"ש בשיטה מקובצת דכל שהספק טוען ברי אי אפשר להוציא ממנו מחמת שזה ודאי בחצי וא"כ כאן שאינו טוען ברי מהראוי לאוקמה בחזקת הכהן ע"ש ולפ"ז יש לומר דלכך חייב באמת רבין בשם ר"י בכל המתנות אבל באמת לפענ"ד בזה לא שייך לענין דאין ספק מוציא מידי ודאי. ובזה יתישבו דברי התוס' היטב דבשלמא בספק ויבם לולא הספק היה היבם בודאי יורש וא"כ עיקר מה שבא לגרע זכות היבם הוא הספק וא"כ כיון שאין בא לגרע בכלו רק במקצתו א"כ טפי יש להיבם זכות מהספק אבל כאן באיזה זכות בא זה לקחת הכל בשביל שתפסו ואמרינן דמה דתפיס דידי' הוא וא"כ ברביע שתפוס אחר הוא ג"כ מוחזק כמו זה וא"כ כל שזה טוען שהחצי שלו הרי שפיר מגרע אף האחר שודאי בחצי דהא כל זכות שלו אינו נודע רק במה שהוא תפוס והרי זה תפוס כמו זה וז"ב כשמש. ולפ"ז כאן שהספק היא אם חוששין לזרע האב א"כ היאך שייך בזה בשביל שהוא ודאי בחציו שלשה הוא מוחזק יותר בחציו השני דהא אותו צד שלשיות אינו רק בחציו ואינו מכריע בזה ובזה מיושב גם מה שהקשה אותי הרבני המופלג מו"ה יוסף שורשטיין נ"י בר"פ שור שנגח את הפרה דהניזק טוען ברי והמזיק שמא וא"כ כיון דמוחזק עכ"פ בנזק שמצד הפרה והמזיק טוען שמא והניזק מחזיק בחציו בודאי אין ספק מוציא מידי ודאי ולפמ"ש אתי שפיר דמה ענין הך חציו דפרה לחצי דולד דלמא קודם נגיחה ילד ודו"ק היטב: ובזה יש ליישב דברי רש"י בקידושין דף ג' דפירש דכוי היינו ספק חיה או בהמה והקשו בתוס' דלמ"ד כוי בריה בפ"ע א"כ אף אם נודע דחיה הוא אסור להרביע חיה אחרת דאין מרביעין איל על צבי ולפמ"ש יש לומר דרש"י בא לשלול דלא מיירי בכוי שאינו בא לא מחיה ולא מבהמה

כמ"ש התוס' בכריתות דף כ"א ולכך פירש רש"י דהך כוי הוא מה שמסופק אם בהמה או חיה והיינו מה שלא הכריעו חכמים ודו"ק ועיין מ"ש התוס' בזה ובחידושי מהריב"ל ומהרש"א שם ודו"ק: והנה אחר זמן רב שנת תר"י הראני החריף ושנון מוהר"ש שטאציר ני' במה דאמרו בפ"ב דביכורים הנ"ל דאם אמר הריני נזיר שזה חיה או בהמה הרי הוא נזיר ותמה התי"ט דלמה לא תני למעלה בבבא דשוה לחיה ובבבא דשוה לבהמה ואמר הוא עפמ"ש הרמב"ם בפ"ב מנזירות הלכה יו"ד שלכך אם אמר הריני נזיר שזה חיה או בהמה הוה נזיר לפי שהכוי יש בו דרכים ששוה לחיה ושוה לבהמה ולכך נתפס הנזירות ולפ"ז לכך שנהו לבסוף שזה אינו כמו שאר הדינים דשאר הדינים הוא משום שבזה דינו ככוי ובזה שוה לבהמה אבל מה שחל הנזירות הוא לפי שיש בו דברים ששוה לבהמה ויש בו דברים ששוה לחיה וא"כ שוב הוה עיקר הנזירות בשביל אותן דברים שנמצא ששוה לבהמה ולחיה וא"כ לכך נקטו בסוף ואמרתי לו אף שדבריך טובים ונכוחים אבל אכתי הי' לו לקבוע לבסוף כל הבבות דאיירי שאר דברים שוים לבהמה ולחיה הי' לו לקבוע הדין ולא בהך בבא שאינו שוה לא לחיה ולא לבהמה: והנה התוס' בחולין דף ע"ט ע"ב ד"ה בין הקשו דכיון דלענין מתנות כי אמרינן שה ואפילו מקצת שה לא חשיב מש"ה כלו שה להתחייב בכל המתנות וא"כ ה"נ ל"ח מש"ה כאילו כלו דם צבי אלא חציו ובפ"ק דביצה אמרו לא כוי בלבד אמרו אלא אפילו שחט דם בהמה וחיה ועוף ונתערבו דמם זה בזה אסור לכסות ביו"ט ע"ש. ולפענ"ד נראה דבר נחמד דהנה כבר נודע מ"ש התשב"ץ בח"ב סי' ד' על הא דאמרו בחולין דף ע"ט ע"א בהא דפרידה שתבעה זכר מרביעין עליה מינה ולא אמרינן אתי צד סוס ומשתמש בצד חמור והרי בחצי' שפחה וחציה בת חורין אמרינן דלא אתי צד ב"ח ומשתמש בצד עבדות. ובאמת שזהו קושית התוס' ד"ה מ"ד והביא בשם הקדמונים דהטעם הוא דצד עבדות וצד ב"ח לא הוה אלא הרכבי שכונית אבל פריד' הוה הרכב' מזגיות ונתבלבל הזרע ונעשה ממנ' פריד' והיא באה משתי כחות אבל אין בו ביחוד צד סוס ולד חמור כ"א שהסוס והחמור הורכבו ונתבלבל הזרע ונעש' ממנה הרכבה מזגיות והיא הפריד' ולא שייך בזה צד סוס וצד חמור ע"ש שהאריך בזה מפי סופרים ומפי ספרים ומחכמת הרופאים שהרכבה מזגיות אינו ענין נשאר מצורת הנפרדים שהורכב זה ממנו רק שהוא צורה חדשה אשר נתמזגו מצורות נפרדות ע"ש והארכתי בזה לענין האתרוגים המורכבים ואפס קצה נדפס על שמי בשו"ת אשר השבתי להרב אבד"ק פאלטשין במדינות וואלחיי והיא נדפס' בספרו על מדרש שוחר טוב ומעתה גם כאן בשלמא לענין מתנות שפיר אמרינן כיון דנמשך משני צורות הנפרדות אשר אחת מהן נפטר ממתנות ניהו שנעשה הרכבה מזגיות ונעשה

ממנו צורה חדשה אבל באה מכח דבר הנפרד ופטור מן המתנות לכך חציו פטור אבל לענין כיסוי באמת בהמה בצורת' הבהמיות פטרה התורה מכסוי אבל צורת החי' נתחייבה וא"כ אי אפשר לומר דהוה כמו בהמה וחיה שנתערבו דש"ה דלא הוה רק הרכב' שכונית ונמצא טורח בכסוי דם הבהמה וזה פטרה התורה ואסור ביו"ט אבל כאן הרי נעשה בריה חדשה ופנים חדשות בא לכאן וא"כ כיון שמצד החיה נתחייבה בבכורה הרי נתמזגו הצורות הנפרדות ונעשה ברי' חדשה וכל שהפרידה יש בה כח מצורת החיה נתחייב' הצורה החדשה לכסות מצד חלק החי' אשר בה ול"ת דטרח טרחא בשביל חלק הבהמה שהרי אין בה ביחוד לא חלק החיה ולא חלק הבהמה ושתיהן נתמזגו ונמצא הצורה החדש' כולה נתחייבה בכיסוי וכן לענין חלב הוא אסור בכלו כמשפט הבהמה אשר לוקח ממנו כמ"ש למעל' כי יש בזה צורה חדשה לוקחה מצורות נפרדות ודו"ק היטב והנה בהא דפריך הש"ס ביבמות דף קי"ב והתניא ר"א אומר כו' חייבין על חלבו אשם תלוי ומה קושיא לפמ"ש הכו"פ והבאתיו לעיל דכוי כל טפה וטפה שבו יש בו מחיה ובהמה וא"כ הרי אקבע איסורא והו"ל חתיכה משתי חתיכות ואקבע איסורא והיא קושיא גדולה לפענ"ד וע"כ כמ"ש למעלה דנעש' הרכבה מזגיות ואינו רק חתיכה אחת ספק חיה ספק בהמה. עוד נראה לי דאם נימא דמטעם ביטול ברוב לכך פטור מלכסות ואסור לכסות ביו"ט ועיין בפליתי סי' כ"ח וא"כ כאן שנולד כך ובא לעולם בתערובות לא שייך ביטול. והנה מה דאמרו כאן שה ואפילו מקצת שה צבי ואפילו מקצת צבי ורצו הט"ז באו"ח סי' תרמ"ח ובשו"ת שבות יעקב הביא שהש"ך הסכים ג"כ דאתרוג ואפילו מקצת אתרוג לפענ"ד נראה לפמ"ש הריב"ש בתשובה לחלק דלכך בגד שותפין חייב בציצית וסוכה של שותפין אינו יוצא משום דבסוכה שרוצ' לפטור עצמו בסוכה זו שהיא של שותפות לא מצי לפטור עצמו והתורה רצתה שיהי' יושב בסוכה שלו לבדו אבל בציצית אדרבא אם נימא דשל שותפות פטור לא ילבש ציצית כלל ובמה נפטר חלקו ולפ"ז גם כאן בשלמא לענין או"ב או לכיסוי דמחויבין עי"ז שלא לשחוט אחריו או לכסות שפיר אמרינן דשה ואפילו מקצת שה והמעיין בסוגיא ימצא שהוא כן ולכך קאמר לאיסורא אבל שם שהתורה אמרה שיטול אתרוג והוא יפטור עצמו באתרוג המורכב אמרינן להיפך דהתורה רצתה שיקח אתרוג גמור ולא המורכב וז"ב: והנה בשנת תרי"ד יום א' אמור כ"ד למב"י הוגד לי פסק שפסק הגאון מוה' ר' חיים כהן ז"ל באחד שהי' לו בית גדול ואחיו דר אצלו כי הי' איש עני ואח"כ מת העשיר וטען זה האח כי הוא יש לו שותפות בהבית וחצי הבית שלו והנה יורשי העשיר טענו כי הבית של אביהם כלו רק שהניח לו לדור אצלו מפני שהיה עני והאח טוען שהחציו שלו ואף שהעשיר יש

לו שטר קנין על כלו מפני שהוא הי' העשיר ע"כ נכתב הקנין על שמו ופסק הגאון שזה יש לו דין משנתינו זה אומר כלה שלי וזה אומר חציה שזה ישבע שאין לו בה פחות משלשה חלקים וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה יטול חלק אחד והיורשים יטלו ג' חלקים כך הוגד לי והפסק לא ראיתי ולפענ"ד הנה לכאור' רציתי לומר דכאן יקשה קושית התוס' בב"מ דליהמן לומר חציה שלי במגו דכלה שלי ומ"ש דהוה מגו להוציא הנה בקרקע לא שייך מגו להוציא אבל זה אינו דהוה מגו דהעזה דבאמת השטר קנין נכתב ע"ש העשיר וא"כ לא מצי טעין שכלה שלו בשום אופן אך לפ"ז נראה לפע"ד דכאן ודאי הם מוחזקים בכל הבית ול"ד לטלית משום דבאמת זה יש לו שטר קנין על כל הבית וטענתו שהניח לכתוב על שמו אינו כ"כ טענ' להוציא זה מחזקתו וכיון דמוד' לו עכ"פ בחצי הבית א"כ זה מוחזק יותר מזה וגם לפמ"ש למעל' בכוונת התוס' זה בא בכח השטר וזה אין לו מסייע ואין ספק מוציא מידי ודאי כנלפענ"ד והנה אף שהוא קרקע וגם יש שטר מכל מקום שבועת המשנה שייך בזה אבל מ"ש לפקפק נראה לפענ"ד שיש מקום לפקפק וגם לפמ"ש הקדמונים שם כיון דהי' יכול לטעון כלה שלי לא מקרי זה מוחזק וכאן שלא הי' יכול לטעון כלה שלי שזה יש לו שטר נראה לפענ"ד ברור דזה מקרי ודאי וזה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ודו"ק. והנה אח"כ ראיתי גוף הפסק של הגאון ז"ל וראיתי כי הי' הספק גם על הבית ופסק הגאון שריר וקיים: והנה בשנת תרי"ז ט' תמוז ד' חקת בתוך שלשים לאבלי על זוגתי הרבנית זלה"ה אשר מתה עלי כ"ו סיון ה' שלח הי' אצלי הרב המופלג ש"ב מו"ה דוד מיכל מפמארין נ"י וכה הראני דברי הטור ביו"ד סימן ש"א שהבין בדברי הרא"ש שמיירי בכוי הבא מן התייש ומן הצבייה וע"ז תמה דהרי הרא"ש בפ"ק דבכורות אות וי"ו כתב דקיי"ל כריב"ל דאין חיה מתעברת מן בהמה והלכך כוי בריה בפני עצמה היא וא"כ שוב לא משכחת לה דיהי' כוי מתייש הבא על הצביי' ולכאורה תמהתי שהיא פליאה גדול' ויגעתי בספרים ולא מצאתי מי שירגיש בזה אמנם משמיא אנהירנהו לעיינין ומצאתי ברא"ש עצמו בפרק אותו ואת בנו בחולין אות ג' שכתב דרב אלפס השמיט כל הסוגיא בהלכות משום דס"ל דהלכה כריב"ל בפ"ק דבכורות אבל אינה ראי' דבטמאה וטהורה הלכה כמותו אבל לא בבהמ' וחיה כדתניא התם כל שתשמישו ועיבורו שוין יולדין ומגדלין זה מזה ובחי' ובבהמה אפשר דהלכה כר"א ומחלוקתו וא"כ אתי שפיר דברי הטור בהבנת דברי הרא"ש וצריך לומר דהא דכתב בבכורות פ"ק הך דקיי"ל כריב"ל הוא משום דכן דרך רבינו להעתיק דברי הרי"ף אף דלא ס"ל כן וה"ה דברי הרמב"ן בהלכות בכורות שהעתיק כן בהלכות בכורות אף דלא קיי"ל כן וכמ"ש כל הפוסקים שכן דרכו של הרא"ש אף בהלכות שהעתיק מרמב"ן

ועיין במעד"מ ברא"ש פרק הזרוע שכתב שהרי"ף שהעתיק לענין כלאים דין דכוי ע"כ מכוי בריה בפ"ע מיירי וכמ"ש הרא"ש בכוונת הרי"ף וכתב המעד"מ שהוא כתב בפי' או"ב טעם אחר לדברי הרי"ף ולא מצאתי אמנם דברי הרא"ש נכונים ודברי הטור בפסקי הרא"ש בפ"ק דבכורות שהעתיק לדינא דקיי"ל כריב"ל הוא תימה דהרא"ש לא ס"ל כן ולדבריו דבריו סותרין זא"ז ממש בסי' ס"א לענין מתנות וצע"ג ועיין רש"י חולין פ' ד"ה ברי' שכתב ג"כ דר"י ס"ל דאין חיה מתעברת מבהמה וצ"ע על הרא"ש שלא הזכיר זאת ועיין ב"ק דף ע"ח דקאמר עבורו מן הטמא משכחת לה ואין ראי' לחיה מן בהמה כמ"ש הרא"ש ועכ"פ דברי הטור תמוהים וצע"ג וראיתי בפסקי הרא"ש בחולין פרק או"ב אות ג' שכתב בתייש הבא על הצבייה הדינים שכתב הרא"ש והטור כתב ויש פוסקים דבהמה וחיה אין מתעברין זה מזה כפי הנראה כוונתו להרי"ף והרא"ש לא פסק כן והיאך העתיק בפ"ק דבכורות דברי ריב"ל גם לענין חיה ובהמה וצ"ע:

סימן כב

א בענין גלגול שבועה.

ב נדרשתי למה ששאלו עיני ולבי במה דמבואר בטוש"ע חו"מ סי' צ"ד דבטוען איני יודע לא שייך גלגול כמבואר בס"ב ועיין בסמ"ע וב"ח שנחלקו בפירוש הדברים אי קאי שעל עיקר התביע' טוען איני יודע או שטוען בטענות הגלגול א"י וע"ש איך הדין אם טען בתחלה א"י ואז נפטר מהגלגול אם אח"כ טען נזכרתי בודאי שאז ל"מ בטוען א"י אם הלויתני דודאי יכול לחזור ולטעון אלא גם בא"י אם פרעתיך ג"כ יכול לחזור ולטעון לשיטת הרמ"א בחו"מ סי' ע"ה ס"ט וא"כ איך הדין אם מגלגלין שוב מכח שנתחייב בתחל' או דלמא קם דינא וכבר נפטר ולא מגלגלין אח"כ. ולפענ"ד דעת תורה ודעתי נוטה דאין מגלגלין למפרע ואף דמגלגלין שלא שטיתי ארוסה ונשוא' וכדומה היינו אם באות' ההשקאה היתי' שותית הי' מגלגלין למפרע וכן בגלגול שבועה למפרע אבל שכעת כבר נפטר ולא שייך גלגול א"כ קם דינא ובכה"ג פשיטא דאין מגלגלין למפרע. ולפענ"ד ראיה ברורה לזה מהא דכתב התוס' בפרק השואל דף צ"ז ד"ה שאלה לאחר שהוכיחו דאין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ודאי ולא כשטוען שמא וע"ז הקשו דא"כ היכי מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהיה נאמן במגו דהיה טוען א"י ושמעתי מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י שאמר ששאל בילדותו ממש מהו לשון לעולם הא משכחת לה שיהי' טוען פרעתיך ואם יהיו עדים על הלואה אז לא שייך מיגו דאינו יודע דאז הוה א"י אם פרעתיך ולפמ"ש אתי שפיר דמכאן ראיה למ"ש הרמ"א דאם חוזר וטוען נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה ודלא כמהרש"ל וש"ך שם ולפ"ז שוב יש לו

מגו דא"י וא"ל דאז יהי' א"י אם פרעתיך דהא אח"כ כשיצטרך לפרוע יוכל לומר נזכרתי שפרעתיך ושוב יפטור מלשלם וא"ל דכיון דצריך לשבע א"כ מה נ"מ אם יגלגל עליו בתחלה או אח"כ דזה אינו דבאמת צריך ביאור דא"כ אין התחל' לקושית אבי מורי הרב הגאון ני' דהא לא שייך כלל גלגול בא"י אם פרעתיך דבלא"ה חייב אך ז"א דהא נ"מ באם לא הו"ל למידע דפטור בא"י אם פרעתיך וא"כ שוב בלא הו"ל למידע נמי שפיר דמצד השבועה היה חייב ע"י שא"י לשבע אם נימא דגם בא"י ולא הו"ל למידע דהו"ל מחוייב שבועה ואי"ל משלם ומצד הגלגול הו"ל א"י אם פרעתיך משא"כ באם פטור מצד הגלגול ישבע היסת כשיאמר אח"כ נזכרתי או שנודעתי ברור שהוא כן ודו"ק: ובזה ישבתי לנכון מה שהקשה אותי חכם אחד מליטא בשם חכם אחד מק"ק קאליש מדי עוברו שמה הקשה אותו בהא דמקש' דיש להם מגו דאי בעי אמרו א"י והקש' דא"כ היה יכול לתפסו דתפיס' מועיל כשחייב לצאת ידי שמים משא"כ כשטוען ברי פרעתיך דפטור ולפמ"ש אתי שפיר דהא יוכל תיכף אח"כ ביום או יומים לחזור ולומר נזכרתי דלא הלויתני ואז יפטור מגלגול ולא יועיל תפיסה וז"ב: ובגוף קושית החכם הנ"ל דהא מועיל תפיסה באמת לשיטת הריב"ש דל"מ תפיס' כל שאינו חייב רק לצאת ידי שמים כמ"ש הש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ו לק"מ וקושיתו הוא לשיטת הפוסקים דבכל דבר דחייב לצאת ידי שמים מועיל תפיסה כמ"ש המלמ"ל פכ"א ממלוה בתוך התשובה ע"ש ודו"ק. ובגוף הקושיא שהקשה כבוד אבי מורי הרב הגאון ני' הנה מכאן נראה ראיה ברורה למה שהבין זקני הב"ח בכוונת התוס' דלא שייך גלגול כשהנתבע טוען א"י היינו כשטוען א"י על גוף התביעה העיקרית אבל כשטוען על גוף התביעה ברי ונתחייב שבועה אף שטוען על הגלגולים א"י חייב א"כ שפיר הקשו בתוס' דא"כ לא משכחת שבועה שא"י דלא שייך לומר א"י אם פרעתיך דא"כ בגוף התביעה כל שטוען א"י אם פרעתיך נתחייב לשלם ולא שייך גלגול וא"ל דמיירי במקום דלא הו"ל למידע דא"כ ממנ"פ לא שייך גלגול שבועה דהא במחושואיל"מ נחלקו הרמב"ם והראב"ד והתוס' ודעימי' אי הו"ל מחושואיל"מ או לא והנה לדעת הפוסקים דחייב לשלם שוב לא שייך גלגול שבועה ועיין בסי' ע"ה סט"ו ובסמ"ע ס"ק מ"ם ומכ"ש לדעת הסוברים דפטור כל שא"י לשבע וא"כ לא שייך גלגול שבועה ושפיר הקשו אבל לדעת הסמ"ע והש"ך שפיר משכחת לה בהי' בגלגול א"י אם פרעתיך ובמקום דלא הו"ל למידע דפטור וחייב היסת ובתורת גלגול חייב ש"ד: והנה ראיתי בתומים סי' צ"ד שהקשה במה שתירצו בתוס' דלכך לא שייך מגו דא"י לפי שאז נראה שהתובע טוען יותר אמת שטענו בברי וזה משיבו בשמא וע"ז הקשה דהא גם בטענו שמא ג"כ שייך גלגול שבועה ושם לא שייך התירוץ הנ"ל דהא גם זה טענו שמא

ע"ש ולפענ"ד נראה לפמ"ש בטעם הקושיא דיהא נאמן במגו דא"י והא א"י ליכא מגו דיועיל תפיסה לשיטת הפוסקים דא"י אם נתחייבתי מועיל תפיסה כיון דחייב לצאת ידי שמים וכתבתי דיכול לומר נזכרתי ולפ"ז זה שייך כשזה טענו בברי א"י דלכך נאמן כשאומר נזכרתי משום דלא הי' מעיז לומר נזכרתי כשזה טענו בברי אבל כשזה טענו שמא וזה שמא א"כ למה יהי' נאמן בטוען נזכרתי דהא יש לומר כיון דראה שזה טענו שמא לכך חזר וטוען נזכרתי אבל באמת זה אינו סברא כלל דסוף סוף למה לא יהיה נאמן כל שהוא מפטור לפטור וגם כיון דשניהם טוענים א"י שוב פטור אף לצאת ידי שמים ול"מ תפיסה כלל וא"כ הדרא קושיא לדוכתא וצ"ע כעת: והנה בגוף הדין שנסתפקתי אם מגלגלין למפרע כל שכבר קם דינא לכאורה נראה דתלוי בפלוגתא דרבותא בהא דתנן בכתובות דף פ"ו ע"ב הלכה מקבר בעלה לבית אביה דאין היורשין משביעין אותה ואם נעשית אפטרופיא היורשין משביעין אותה על העתיד לבא ואין משביעין אותה לעבר והקשה הרא"ש למה חזר וכתב אותה הלכה דאין היורשין משביעין אותה לעבר הא כבר תני לה וכתב בשם הר"ש מבנבורק דקמ"ל דאף ע"י גלגול אין משביעין אותה דאף דבשותפין שחלקו יכול לגלגל אח"כ כאן שפטר בפירוש א"י לגלגל ע"ש והרמב"ן הובא בנימוקי שם כתב דיכול לגלגל עליו ועיין בטור חו"מ סי' צ"ג ובד"מ שם ובאהע"ז סי' צ"ח ולפ"ז יש לומר דזה תלוי בזה דאם נימא דכל דקם דינא א"י לגלגל הנה כאן כבר קם דינא דהא כבר פטרה ואין לך קם דינא יותר מזה והרמב"ן ס"ל דלא אמרינן דקם דינא ומגלגלין אח"כ ולשיטת הר"ש מבנבורק אמרינן דקם דינא ולא דמי לכל גלגול שבועה דשם לא קם דינא רק שלא היה יכול להשביעו מקודם דהוה טענת ספק וכדומה ואח"כ מוצא מקום לגלגול אבל כאן כבר פטרו בפירוש ועיין תומים סי' צ"ג שנדחק למה הרי"ף ודעימיה לא מפרשים דקאי על פטרה וכשיטת הר"ש מבנבורק ולפמ"ש יש לומר דס"ל דלא אמרינן קם דינא ולא שייך לפטור בשביל זה ולכך הוכרחו לחדש דאף בלא פטר כל שלא השביעה מחל לה ע"ש. איברא דלכאור' הי' נראה ראיה דלא כשיטת הר"ש מבנבורק מהא דאמרינן בכתובות שם בשלמא למ"ד על הפוגמת דמסקה אדעתא וכו' אלא על אפטרופא מי מסקא אדעתא דמותיב לה אפטרופא ומשני דקאי על הלכה מקבר בעלה ע"ש ולפ"ז הא הב"ח חידש דלפי המסקנא ר"נ לא פליג על ר"י א"ר רק דקאי על רישא ובאמת אף שפשטת לשון הש"ס מורה כן דהרי לא חזר ושנה המחלוקת של ר"י א"ר עם ר"נ ומשמע דר"נ לא קאי ע"ז אבל זה תמוה דאיך שייך שיטעה כ"כ ויסדר תחלה מחלוקת ר"נ עם ר"י א"ר מה דלא פליגי כלל וע"כ דלפי המסקנא ר"נ פליג על ר"י וס"ל דגם בסיפא מיירי לר"נ דלא פטרה מאפטרופיא וא"כ קשה מה קמ"ל הברייתא וע"כ דלא

כשיטת הר"ש מבנבורק. ובזה מיושב היטב מה שהקש' הב"ח על הרא"ש שכתב דר"נ ס"ל דלפי המסקנא ג"כ כל שפטרה מפגמ' פטרה גם מאפטרופיא ונדחק הוא דמנ"ל זאת להרא"ש ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהרא"ש לשיטתו דס"ל עיקר כפירוש הר"ש מבנבורק וא"כ דחיק ליה לפרש דר"נ קאי על הרישא ולכך פירש דלפי המסקנא ג"כ כל שפטרה מפגמ' פטר גם על הא האפטרופא ואתי שפיר ודוק היטב שוב ראיתי בשיטה מקובצת שכתב בשם הרא"ש דלכך אין לו מגו דא"י דהוא מתיירא שמא יתפוס ולא יוכל להוציא ממנו מספק ע"ש בב"מ דף צ"ג בסוגיא דשאל' ושכורה: והנה בגוף ביאור הענין דאמר מי הוות ידעה דמותיב לה אפטרופא לפענ"ד הי' נראה לפרש דקושית הש"ס הוא ע"פ מה דמבואר בחו"מ סי' ר"ז ס"א דאם התנה המוכר טובת הלוקח הוה פטומי מילי ודוקא כשהתנה אחר שנעשה המקח רק שלא נגמר אבל בתחלת המקח מועיל ע"ש ולפ"ז הכי מקשה כיון דהוא התנה עמה שפטרה ולא נזכר כל שהיא התנית עמו וגם מסתמא לא הוות ידעת כלל שיושיבה אפטרופוס א"כ בודאי לא התנית עמו וא"כ הו"ל פטומי מילי ובזה מיושב היטב שטת הב"ח שכתב דלפי המסקנא כל שפטרה מפגמה לא פטרה מאפטרופוס ותמהו הח"מ והב"ש דמנ"ל זאת דהש"ס לא אמר רק דעל אפטרופס לבד לא אסיק אדעתא שתבקש מעמו אבל כל שפטרה מפגמה מכל מילי פטרה ולפמ"ש אתי שפיר דכל דלא פטרה בפירוש מאפטרופס פשיטא דהו"ל פטומי מילי שהרי הוה כהותנה עמה טובתה מיהו יש לדחות דהא רש"י פירש דמתוך שפטרה מפגמה רמיא על נפשה ותבעתו שיפטרה מכל מילי אך לפענ"ד הי' נראה דזה היה אסמכתא דלא סמך דעתו ופטרה וגם היא לא סמכה דעתה הן אמת דבלא"ה צריך ביאור דמה מועיל מחילה על השבועה והוה לי' דבר שלבל"ע וכבר האריך בזה הפ"י בחידושיו ולכאור' הי' נראה לי דכיון דמיירי בשעת כניסה אמר לה כן והרי בשעת נשואין שייך ג"כ הן הן הדברים הנקנים באמירה ומועיל ואף דדבר שא"ב לא מועיל אף בדברים הנקנים באמירה כאן לא הוה דבר שא"ב דבידו להושיב' באפטרופסת וא"כ מועיל למחילה. ומעתה כל שלא מסקא אדעתא ניהו דכל שפטר' רמיא אנפשה אבל עכ"פ כל שלא סמכה דעתה לא שייך לומר דהן הן הדברים הנקנים באמירה מתוך חיבת חיתון דהרי באמת לא שייך חיבת חיתון כלל דלא מסקא אדעתה כלל שיהיה כן. ובזה מיושב קושית התוס' מנ"ל דמיירי דוקא בעת הנשואין ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ הוי דבר שלבל"ע ול"מ מחילה על הזמן של אח"כ ומיהו שיטת הרמב"ם לענין דבר שאינו קצוב דמועיל בדברים הנקנים באמירה ואולי יש לומר דזה גרע והוה אסמכתא טפי ודו"ק ועכ"פ סברת הב"ח דלא פטרה מאפטרופס י"ל דהוא מטעם זה ועכ"פ יהיה איך שיהי' כבר זכינו דהספק שלי

תלוי במחלוקת הנ"ל שבין שיטת הרי"ף ורמב"ן ודעימי' לשיטת הר"ש מבנבורק ומצאתי בשו"ת פנים מאירות ח"ב סי' קל"ז שנשאל בשותפין שהי' להם סכסוך בשותפות ופסקו הב"ד שבועת השותפין ונתפשרו ומחלו זה לזה השבועה ואח"כ נתחייב שותף אחד מהם לחבירו שבועה באיזה עסק ורצה לגלגל עליו גם השבועת השותפין וע"ז הביא מחלוקת הרמב"ן והר"ש מבנבורק הנ"ל שהובא בטור חו"מ סי' צ"ג ובד"מ שם וע"ז כתב שדברי הנימוק"י בשם הרמב"ן נדחין מהלכה והביא דברי הש"ך בחו"מ סי' ע"א ס"ק י"ד ולפענ"ד קשה מאד לדחות דברי מרן דכלא תלמוד' הרמב"ן והנימוק"י הזכיר דבריו בקצרה ואין להם מובן אבל המעיין בשיטה מקובצת כתובות דף פ"ו ע"ב ימצא דברי הרמב"ן מפורשים והנה הרמב"ן מביא ראיה ממה שמצא בתשובת הגאונים שכל שכתוב בשטר נאמנות ואח"כ נתחייב לו שבועה יכול לגלגל עליו וה"ה בזה וכתב הפ"מ דל"ד דשם לא נתן לו נאמנות רק שסבור שנאמן הוא א"כ אח"כ שמצא בו ריעותא ונתחייב לו שבועה אמרינן דלא האמין לו ויכול לגלגל עליו משא"כ כאן שפטרה בפירוש ומאד תמהני דאיך רצה לעייל בגילא דחיטתא דברי הרמב"ן והם ברורים ונכונים וגם כאן מה שפטרה היה בשביל שהאמין לה וא"כ כל שמצאו מקום לגלגל עליו למה לא יגלגל ואדרבא עוד מגרע גרע דשם נתן נאמנות על דבר שבא לעולם וכאן הוה דבר שלא בא לעולם וגם שם זה שהאמין הוא בעצמו מגלגל וכאן היורשים רוצים לגלגל ומאד תמהני מ"ש הפ"מ שלא היו מקובל להב"י ורמ"א דברי הנימוק"י בשם הרמב"ן ולכך לא הביאם בש"ע וחלילה לומר כן שהיאך אפשר שדברי הרמב"ן והנימוק"י והרמב"ן למדה מהגאונים לא יקובלו בעיניו ואף דהכריע כשיטת הר"ש מבנבורק לא בשביל זה ידחו דברי הרמב"ן לגמרי לא תהא כזאת בישראל ולפענ"ד היה נראה לחלק עפמ"ש הבה"ג הובא בש"ך סוף סי' כ"ה דאם נתפשר עם אחיו וכתב בשביל שקיבל מעות מחל כל התביעות שיש לו אף שנתגלה אח"כ ממון מועיל אבל אם כתב שמחל השבועה אמרינן דשבועה מחל ולא ממון ע"ש ולפ"ז בשלמא בשטר שיש בו נאמנות יש לומר דכל שנתגלה אח"כ שחייב לו שבועה א"כ דוקא אותה שבועה מחל לו אבל ע"י גלגול לא מחל לו אבל באשה שפטרה בשעת נשואין בשביל חיבת חיתון א"כ מחל כל התביעות פשיטא דנפטר' אף מגלגול. ובזה נראה לפענ"ד דזה מה דאמרו מי הוה ידעה דמותיב לה אפטרופא והיינו דבשלמא אם פטרה מפגמה ואמרינן דפטר' מכל השבועות א"כ כיון שלא היתה אפטרופיא כלל וא"כ לא שייך לומר שמחל דוקא השבועה שהרי לא הי' עוד ענין אפטרופסת כלל ואפ"ה מחל א"כ פשיטא דלא שייך לגלגל כלל אבל אם

מחל אפטרופא א"כ יש לומר דדוקא השבועה לבד מחל ולא ע"י הגלגול וא"כ איך יתכן הסיפא.

ג ובזה מיושב היטב קושית התוס' דלוקי שהיתה אפטרופסת כבר ולפמ"ש אתי שפיר דממנ"פ פריך דאם כבר היתה אפטרופסת א"כ שוב יש לומר דשבועת גלגול לא מחל כלל ואם לא היתה אפטרופסת מנ"ל דהוה ידעה דמושיב לה אפטרופסית ודו"ק ועי"ז משני דקאי על הלכה מקבר בעלה ובאמת לא פטרה מאפטרופסית כלל וכשיטת הב"ח או כשיטת הרא"ש ודו"ק ועכ"פ דברי הפ"מ אינם נכונים א"כ מה שחלק הפ"מ דכל שהי' כבר טענות ותביעות לפני הב"ד והב"ד פטרו משבועות בודאי א"י לגלגל הנה לפמ"ש הדבר יש לו יסוד דהו"ל כקם דינא דהיינו לאחר שפסק הב"ד הטענות ועיין בחו"מ סי' רס"ח ומקורו מהתה"ד ובספר תקפו כהן שהאריכו בזה וגם לפמ"ש כאן הוה ליה כמחל התביעות ולא השבועות בלבד ודוק. והנה במ"ש התוס' דאין מגלגלין רק כשיש רגלים לדבר כמו בסוטה דרגלים לדבר מדקינא לה ונסתרה ולכאורה צריך ביאור דהא שאני סוטה כיון דהתורה עשתה כודאי לכך יכול לגלגל אף למפרע דמדזינתה עכשיו י"ל דגם למפרע זינתה משא"כ בשבועה מה"ת לגלגל על עבר. אמנם באמת ל"ק דכל הטעם דנעשה כודאי הוא בשביל הרגלים לדבר מדקינא לה ונסתרה אתרע החזקה ועשה הכתוב כודאי וכמבואר ריש נדה וא"כ ממילא מוכח דכל שיש רגלים לדבר מגלגלין. ובזה מיושב היטב מה שהקשה בספר שערי משפט סי' צ"ד דכיון דבעי רגלים לדבר א"כ אמאי מגלגלין הא יש לה חזקת כשרות ונימא דלא זינתה מקודם ולק"מ דבסוטה בודאי יכול לגלגל דהא כעת זינתה בודאי ושוב מגלגלין למפרע ושאני גלגול שבועה דגם כעת אינו ברור רק דהשבועה מברר הספק ולכך א"י לגלגל רק ברגלים לדבר משא"כ שם דסוטה ודאי זינתה כעת ולכך מגלגלין ובלא"ה אין מקום לקושייתו דאטו אנן טעמא דקראי דרשינן הא סוטה גזירת הכתוב הוא דמגלגלין ורק מה דיליף מסוטה לענין שבועה בזה בעי שיהי' דומיא דסוטה שיש רגלים לדבר ולק"מ ודו"ק ובאמת דבש"ע סי' ל"ז מבואר דאין אדם נפסל למפרע ואמרינן השתא הוא דאתרע וא"כ דמה דמגלגלין בסוט' הוא לפי שכל שנוכל לברר ע"י הגלגול לא עדיף חזקת כשרות מרוב דקי"ל דכל דאיכא לברורי מבררינן ואף כי היכא דאיכא ריעותא כעת וא"כ לק"מ דלכך מגלגלין גם על לעבר ודו"ק: ובגוף הענין דלמדנו גלגול שבועה בממון מק"ו דסוטה דמה סוטה שלא ניתן לתבע בע"א מגלגלין ממון שניתן לתבע בע"א לא כ"ש לכאורה קשה טובא דא"כ היאך כתבו התוס' בב"מ דף ג' דנימא דכ"ה חייב שבועה וא"ל מדאצטריך ע"א דהא אצטריך ע"א בטענו בספק וקשה למה לא אמרו דצריך ע"א דאל"כ לא נדע גלגול שבועה

דילפינן מע"א. והנה אחד מהתלמידים השיב דאם נימא דכ"ה חייב ג"כ שבועה בודאי מצינו למילף גלגול שבועה מק"ו דאם בסוט' אף בע"א לא ניתן לתבע ואפ"ה מגלגלין ק"ו לממון דניתן לתבע אף בכ"ה אמנם עדיין קשה דא"כ לילף ק"ו ממוד' במקצת דחייב שבועה מה"ת וע"כ כיון דשייך אשתמוטי הוא דקא משמיט לכך צריך לשבע ה"ה בכ"ה במקום שיכול להעיז כגון בבנו אין ראי' דיכול לגלגל שבועה דהוה כמודה במקצת דיכול להעיז. אך יש לומר דכיון דמודה במקצת דחייב שבועה הוא כעין גלגול שבוע' כמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י א"כ להס"ד דלא ידענו גלגול לא הי' יכול למילף ממודה במקצת גלגול שבועה דאם לא ידענו גלגול גם מודה במקצת מהראוי שפטור וא"כ אם כ"ה הי' חייב שפיר הי' יכול למילף מיניה לגלגול ועדיין צ"ע: והנה לכאורה צריך ביאור סברת התוס' שכתבו דמודה במקצת חייב שבוע' דהוה כעין גלגול דע"י שהודה שחייב לו ממון מגלגלין עליו שבועה ע"ש דלפ"ז לפי מה דמבואר בסי' ע"ה סט"ו דדעת רבים מהפוסקים דלא אמרינן בגלגול שבועה מחו"ש וא"י לשבע משלם בין שלא יכול לשבע על עיקר שבוע' בין שלא יכול לשבע על הגלגול וא"כ גם כאן השבוע' עצמה היא גלגול וא"כ למה יהי' מחושאיל"מ. אמנם נראה דזה אינו דדוקא בשבוע' ע"י גלגול שבוע' שפיר אמרינן דניהו דרבתה תורה להשביע ע"י גלגול אבל שיתגלגל ממון עי"ז לא אמרינן אבל כאן הממון מגלגל שבועה שפיר אמרינן דהתור' הקילה עליו שישבע ואם לא ישבע מחייבו ממון דממון מגלגל ממון דבשלמא שבוע' לא מצי לגלגל ממון דאיך יהי' כח הטפל חמור מן העיקר דעיקר הגלגול לא בא ע"י ממון משא"כ בממון דיכול לגלגל ממון כשא"י לשבע.

ד איברא דאכתי קשה דהרי גם בשבוע' ע"י גלגול שבוע' אם בעיקר השבועה א"י לשבע הו"ל ממון ואמאי לא יגלגל שיתחייב לשלם על הגלגול אמנם זה אינו דהרי באמת עיקר השבוע' אינו רק שבועה גרידא דהרי אם הי' יודע הי' נשבע ונפטר וא"כ אינו רק שבועה ושבוע' מגלגל שבוע' ולא ממון משא"כ ממון יכול לגלגל גם ממון כשלא ירצה לשבע. ובזה נראה לפענ"ד דלכך באם לא הו"ל למידע פטור במחוייב שבוע' ואיל"מ משום דא"כ הי' עיקרו של השבוע' ממון והיה יכול לגלגל ג"כ ובאמת אנן ס"ל דאינו חייב ממון על הגלגול וע"כ דבמקום שלא הו"ל למידע אף דא"י לשבע פטור וא"כ אינו בא לשבוע' ודו"ק כי קצרתי לפי שגוף ההער' היא חדשה: והנה בהא דאמרו רשב"י אומר נאמר' שבועה בחוץ ונאמרה שבוע' בפנים מה שבועה האמורה בפנים עשה הכתוב ספק כודאי אף שבועה האמור' בחוץ עשה בה ספק כודאי ועיין תוס' בקידושין דף כ"ח שם ד"ה נאמר' שבעינן שיהי' רגלים לדבר וכן קי"ל בסי' צ"ד. ולפענ"ד היה נראה דדוקא

אליבא דרשב"י הוא כן דהרי ר"ש חולק במקוה וס"ל דאינו רק ספק ואמרו בריש נדה דל"ד לסוטה שכן רגלים לדבר ע"ש וא"כ לדידיה בעי רגלים לדבר אבל לחכמים דס"ל דעשה ספק כודאי ול"צ לומר שכן רגלים לדבר ושוב אף שאין רגלים לדבר. והנה לפענ"ד הי' נראה דלפי מה שחדשו בתוס' דבעי שיהי' רגלים לדבר בזה מתורץ קושייתם לעיל דלמה לי ק"ו הא יוכל למילף שבועה בחוץ משבוע' בפנים ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ היו צ"ל רגלים לדבר כמו בסוטה אבל לפמ"ש דוקא לר"ש הוא כן ולא לרבנן ולפ"ז לדידן שפיר קשה למה לי ק"ו שוב ראיתי במקנה שכתב ליישב קושית תוס' כמ"ש ונהנתי אבל לפמ"ש לרבנן קשה ודו"ק וראיתי לרשב"א בחידושיו לקידושין וכן הוא בר"ן פרק כל הנשבעין שכתב בשם י"א דסוטה כברי משום דרגלים לדבר דקינא לה ונסתרה ולפענ"ד זה דוקא לר"ש דאינו אלא ספק ויליף מסוטה משום רגלים לדבר אבל לרבנן לאו משום רגלים לדבר רק דהתורה עשה ספק כודאי בסוטה ועיין ריש נדה בדף ב' ודף ג' ותמצא:

סימן כג

א ענין ש"ד אם מפכינן בשבועת עד אחד.

ב נתתי לבי לשאול ולדרוש במה שראיתי בשו"ת רדב"ז ח"ד שכתב בראובן שתבע שמעון מנה ושמעון כפר וראובן הביא ע"א והפך שמעון על ראובן השבועה וכתב שא"י להפך דאף למר בר רב אשי דס"ל דגם בדאורייתא מהפכין דוקא בשבועת מודה במקצת אבל בשבועת עד אחד יש לומר דאין הדבר ברור לו וכיון שעד מסייע יסמך על עד וישבע בדדמי ולפיכך לא מפכינן עליו משא"כ במודה במקצת ע"ש בסי' קמ"א ולפענ"ד לא זכיתי להבין סברתו דמ"ש שכן משמע מרש"י שכתב על מר בר ר"א שבועה דאורייתא הבאה במודה במקצת משמע דבהאי שבועה איירי כל הסוגיא ובאמת רש"י לא כתב כן על מר בר ר"א רק בתחלת הסוגיא בהא דאמרו מה איכא בין שבועה דאורייתא לשבוע' דרבנן פירש"י שבועה דאורייתא הבאה במקצת הטענה וא"ל דגם בזה קשה למה דקדק דוקא שבועת מודה במקצת ולא בשבועת ע"א י"ל כיון דמקשה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן א"כ מוכרח השבועה דרבנן להיות בזה ענין להשבועה דאורייתא וא"כ בשלמא מודה במקצת וכ"ה שפיר הם בסגנון אחד אבל ע"א לא משכחת לה במטלטלי דלעולם מחייב שבועה דאורייתא רק בקרקעות עבדים ושטרות דמחייב שבועה דרבנן עליהם ולפ"ז לא יתיישב היטב מה דאמרו למיחת לנכסי דהא על קרקעות אנו דנין ועל עבדים אפשר ג"כ דל"ש קצת וא"כ שבועת מודה במקצת הוא כולל בכל הדברים ולכך פירש שבועת מודה במקצת וגם כיון דהש"ס קאי שם על ר"נ ושבועת היסת דתקן ר"נ פשיטא דל"מ בע"א דלא שייך טעמו של ר"נ משום חזקה דהא מהראוי להתחייב בלא"ה

בשביל שיש ע"א וגם על ש"ד כדברי הפוסקים למה לא יתחייב מכח ע"א דכל מקום ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה ועיין ש"ך סי' צ"ה ס"ק א' וא"כ עכ"פ שבועה דרבנן לא תקן ר"נ דממילא חייב עכ"פ מדרבנן שבועה והרי יש שתי לשונות אי ר"נ מחייב אף בליכא דררא דממונא והרי בעד אחד יש תמיד דררא דממונא וא"כ פשיטא דחייב. ואדרבא לכאורה הי' נראה לפענ"ד דבשבועת עד אחד אף במקום שא"י לחייב רק מדרבנן כמו קרקעות ואינך דנתמעטו מש"ד אבל עכ"פ כל כח ש"ד מהראוי שיהיו להם לענין היפוך וכדומה אף לדידן דלא מהפכינן בדאורייתא בזה מהפכינן. ובזה הי' נראה לפענ"ד ליישב שיטת רש"י בהא דאמרו בכתובות דף פ"ח גבי אי פקח הוא מביא לידי שבועה דאורייתא וכתב רש"י דהנ"מ הוא דזה בשם ואוחז ס"ת בידו וש"ד אינו רק בקללה בעלמא ותמה המהרש"א דאמאי לא פירש כמו למעלה דנ"מ לענין היפוך ולפמ"ש אתי שפיר דבע"א למה לא יוכל להפך דכל דרבנן חייבוהו שבועה א"כ באמת השבועה מדינא דבאמת ש"ד מהראוי להיות בע"א אף דהוא ש"ק דהא שנים מחייבין ממון ורק דגזירת הכתוב הוא לפטור אבל כל שרבנן חייבוהו שבועה הוא מדינא ול"מ להיפך אבל לענין טכסיס השבועה לא יוכלו רבנן לחייב ש"ד דהיינו בשם דא"כ הו"ל שבועה דאורייתא והתורה אמרה שלא ישביעו בקרקעות ש"ד דהיינו בשם וכינוי אבל התוס' שם פירשו באמת דהנ"מ לענין היפך גם בשבועת ע"א ויש לומר כיון דכאן בלא"ה הוה שבועה לטול ולא מצינו בדאורייתא שבועה לטול וא"כ מה"ת היה העד פוטר זה מן השבועה דהו"ל עד מסייע דמעיד שהוא פרוע וא"כ לא תוכל להפך דהא אדרבא ע"י ע"א היה הוא נפטר דעד המסייע פוטר ומכ"ש אם נימא דעד המסייע אינו פוטר א"כ הוה העד מה"ת כמאן דליתנהו דמה מועיל עדותו לא לפטור אותו ולא לחייבו שבועה דליטול ל"מ שבועה. עוד יש לי לומר בישוב שיטת רש"י דכאן לא שייך לענין היפוך דאיך תוכל להפך הא יהי' לו עד המסייע וא"ל דעד המחייב א"י להיות עד המסייע כמ"ש הש"ך סי' פ"ז ס"ק למ"ד וס"ק ל"ה דזה אינו דהא מן התורה לא הועיל עדותו לחייב דהא ל"מ שבועה לטול וא"כ ניהו דרבנן אמרו כדי להפיס דעתו של בעל תקנו שבועה אבל לא בזה מגרע עדותו לענין לסייע דבזה הוה מה"ת עד וז"ב כשמש ועכ"פ יהיה איך שיהיה זה ודאי דעכ"פ למר בר ר"א דס"ל דמהפכין בדאורייתא מכ"ש דבע"א יכול להפך וא"ל דהיאך יכול להפך דהא יהיה עד מסייע ופוטר דז"א דכבר השרישנו הש"ך דכל דמחייב העד א"י לעשות פעולה לפטור. ובזה נראה לפענ"ד לדחות עוד ראיית הרדב"ז מהא דפירש רש"י בדאורייתא היינו שבועת מודה במקצת ולא פירש בע"א. ולפמ"ש יש לומר דלא יתישב לפ"ז דבדרבנן מפכינן והיינו ע"כ באופן דל"מ העד לחייב מה"ת

כגון בקרקעות וכדומה וא"כ שוב יקשה היאך יכול להפך הא שוב יהיה עד המסייע דא"ל דל"מ לעשות שתי פעולות דזה אינו דהא מה"ת לא פעל מאומה בעדותו וא"כ שוב פשיטא דיוכל לפטור ע"י העד המסייע ולכך פירש במודה במקצת וגוף הסברא שחידש דאולי ישבע בדדמי ולכך לא מפכינן עלי' לפענ"ד אין זה סברא דאדרבא נהפך לי' ולידוק טובא וגם מסתמא אמרינן דודאי העד נאמן לענין שבועה כשנים וא"כ ישבע באמת ועיין בב"מ דף ל"ג ע"ב. גבי שמא יוציא הלוה את הפקדון ותמצא דבכה"ג רש"י ותוס' מודים דלא חיישינן כלל. וראיה ברורה נראה לפענ"ד מהא דכתבו התוס' בשבועות דף מ"א ראיה דמהפכין בדאורייתא דהרי כשיש לו שטר יכול זה להשביע שבועה שא"ב אף דזה יש לו עליו ממון גמור ומכ"ש כשאין לו עליו רק שבועה דיכול להפך ודחו התוס' דשאני התם דיש לומר דאולי נשאר השטר אצלו אף לאחר פרעון ולפ"ז קשה דאדרבא איך ישביעו אותו ודלמא יסמוך זה על שטרו שיאמר מדיש לי שטר ושטרך בידי מה בעי ע"כ שלא פרע לו וישבע ע"ז ודלמא באמת פרע לו והשהה אצלו השטר ומה"ת באמת יוכל להשביע וע"כ דבכה"ג ל"ח וכל שנשבע בודאי מדקדק שלא יהיה שבועת שוא וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ע"ד הפלפול ליישב הא דאמרי בשבועות שם דאי צורבא מרבנן לא מזדקקינן לדינא ולכאורה נראה מלתא בלא טעמא ולמה חשוב כאן על צורבא מרבנן מכל השבועות דמשביעין אותו ובשו"ת כנסת יחזקאל סי' צ"ה רצה ללמוד מזה גם לענין שאר שבועות היסת דאין משביעין לת"ח וכבר השגתי עליו בתשובה אחת. אבל לפמ"ש אתי שפיר דבאמת מהראוי שלא להשביע כלל דזה יש לו ממון גמור עליו וכל עיקר סברת התוס' דשמא פרע לו ונשאר השטר מונח והנה כבר כתבתי הא דמשביעין אותו אף דזה יש לומר דסמך על שטרו ולא ניחוש שמא יתברר אח"כ שנשבע לשוא ויהיה חילול השם בדבר וכמ"ש רש"י גבי מי נשבע מי שהפקדון אצלו משום דבאמת תקנתא לרמאי לא עבדינן וכמ"ש התוס' שם וסברת רש"י יש לומר דשם שאין המשכון לפניו אולי ישכח או שידמה לו שלא שוה כ"כ או להיפך ולבו אנסו ויהי' חילול השם דהעולם יאמרו שרצה לכפור לו במרד ובמעל אבל כאן למה נעשה לו תקנה ישים אל לבו לזכור ולפ"ז הרי אמרו בב"מ דף ע"ה כ"ש מר דטריד בגירסא א"כ חשו דאולי לרוב טרדתו בגירסא לא ישים אל לבו ויסמוך על שטרו לכך אמרי דלא מזדקקין לדינא ומ"מ לא יוציא עי"ז מהלוה דדלמא באמת פרעיה ובזה אתי שפיר מה דלא מזדקקין בדינא כלל ולא אמרינן דלגבי בלא שבוע' כדקס"ד ומ"ש צורבא מרבנן משלחי גלימא דאינשי לכאורה הוא תמוה דאטו בשביל שאינו נשבע שבועה קלה דרבנן ואנן לא טענינן בעדו בשביל זה יעתק צור ממקומו ולא נעדיף כח הצורבא מרבנן לאוקמא אדינא דאורייתא

ולפמ"ש אתי שפיר דכל מעלת הצורבא מרבנן הוא משום דחשו שמא באמת פרעו והוא מרוב טרדתו בגירסא ישתלי ויסמוך על שטרו וא"כ כיון שכן שוב כל דחיישינן שמא פרע א"כ משלח גלימא דאינשי ולכך אמרו דלא מזדקקין ליה ודו"ק היטב.

ג ובזה יש לומר הא דאמרו וכי מה בין זה לפוגם שטרו והקשו בתוס' למה לא הקשה על משנה דהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבועה והיינו דטענינן להו כל מה דהוה מצי אבוהון למטען. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל קושית הש"ס היו דראוי ליפות כחו של זה דזה יש לו עליו ממון גמור ולמה נשביעהו ולא ס"ל סברת התוס' דחיישינן שמא נשתהה אצלו השטר ולזה מקשו בס"ד וכי מה בין זה לפוגם שטרו והיינו כל דלא חזינן ריעותא בשטר שפיר יש לו עליו ממון גמור דחזקה דשטרך בידי מה בעי אלים טובא והנה כבר כתבתי בתשובה אחת דהיורשים יש להם דין א"י אם נתחייבתי בכל ספק דשמא לא התחיל החיוב ואף דלא ברור הדבר כמו שפלפלתי שם והבאתי דברי הב"מ סי' קע"ח שמפלפל בזה מכל מקום עכ"פ אין קושיא משם דיש לומר שמא יורשים יש להם דין א"י אם נתחייבתי בודאי צריך זה לשבע ולהחזיק שטרו ולכך לא הקשה רק מה בין זה לפוגם שטרו ודו"ק ועיין בפ"י בכתובות דף פ"ז ועיין שו"ת אא"ז המג"ש סי' וא"ו ולפמ"ש נדחה ראייתו ודוקא באשתבע לי דלא פרעתיך לא משביעין לצורבא מרבנן משא"כ בשאר שבועות ול"ק מרבה בר שרשום ובתשובה אחת כתבתי ליישב קושיית אא"ז המג"ש בשו"ת פ"י שם ואכ"מ עכ"פ דברי הרדב"ז הנ"ל נלפענ"ד מוכרע דלא כדבריו. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בפ"י בכתובות דף פ"ח שכתב דא"א לומר לענין היפך דא"כ יהיה לו עד המסייע ותמה ההפלאה דהא שני פעולות א"א לעשות בעד ולפמ"ש למעל' אתי שפיר הכל ברווחא ונצדקו דברי הפ"י ודו"ק היטב. ובחידושי אמרתי בזה במ"ש רש"י לענין שם ונק"ח ולא לענין היפוך דהנה בהא דמבואר בש"ע סי' פ"ו דמי שהי' כ"ה ונשבע היסת ואח"כ הביא עד דחוזר ונשבע בנק"ח וכתב בשערי משפט דיש להסתפק כיון דנק"ח אינו רק מדרבנן משום איום אי בכה"ג יכול להפך כיון דאינו רק שבועה דרבנן וכמדומה שכבר כתבתי בתשובה אחת שבגד"ת נסתפק בזה ולפ"ז ל"מ לפרש להיפך שבוע' דאכתי מה נ"מ הא כבר נשבעה ש"ד ושוב תהי' יכולה להפך ולכך לא פירש רק לענין נק"ח עצמו ודוק היטב כי חריף הוא. וראיתי בגד"ת שער ו' סי' ז' שכתב באם פסקו לו שבועה בנק"ח בטעות דלא חייב בנק"ח ועי"ז הפכה על שכנגדו ואח"כ נודע לו שאינו חייב בנק"ח וטען שאלו ידע מתחלה לא היה מהפכה על שכנגדו ע"כ אומר שהוא ישבע ופסק שאף שנשבע הלה כבר אפ"ה יכול לחזור ולשבע ג"כ ולא חיישינן לזה שיהיה שבועת שוא ע"ש וא"כ מכ"ש בהך דינא דשערי משפט דלא

חיישינן לשבועת שוא וא"כ דברי נכונים בישוב שיטת רש"י. והנה מ"ש למעלה לענין שני פעולות שכתב הש"ך דאין העד יכול לעשות ואני כתבתי דשם כיון דליטול לא שייך שבועת התורה לא הועילה העדות ראיתי אח"כ דבמ"ש הן נסתר מחמתו דברי הש"ך ס"ק ל"ה ובאמת שגם בשו"ת מיימוני סי' ס"א מבואר דלכך לא פירש"י לענין היפוך גבי ע"א משום דהוה עד מסייע ומזה הוכיחו בתומים וקצה"ח דלא ס"ל סברת הש"ך דעד א"י לעשות שתי פעולות ולפמ"ש אין ראיה ודו"ק ועכ"פ דברי הרדב"ז אינם נכונים. אך בגוף הדין לכאורה הי' נראה לפענ"ד דיש לומר דהדין דין אמת כמ"ש הרדב"ז ולא מטעמי' דבאמת לפמ"ש התוס' ראיה למר בר ר"א דמהפכי' משום דאף במקום שיש עליו חיוב ממון כמו בשטר אפ"ה יכול להשביעו בטענת פרעתיך מכ"ש במקום שיש חיוב שבועה והם דחו דש"ה דחיישינן דלמא נשתהה גבי' ולפ"ז חזינן דעכ"פ במקום שיש עליו חיוב ממון לא שייך לומר דמהפכין ולפ"ז יש לומר דאף למר בר רב אשי דמהפכין בדאורייתא היינו במקום שיש חיוב שבועה עליו אבל במקום דאיכא חיוב ממון לא שייך לומר דמהפכין ולפ"ז בע"א דדעת הרמב"ם דהו"ל כשנים כ"ז שלא נשבע כנגדו כמ"ש התוס' בב"ב דף ל"ד וא"כ ל"מ להפך השבועה דכ"ז שלא נשבע ע"א כשנים ואיכא חיוב ממון בבירור ואיך יכול להפך השבועה וז"ב ודו"ק. והנה בשו"ת מוהר"ש הלוי הקשה דאמאי לא קאמר דנ"מ בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לענין מתוך שאי"ל משלם דבדאורייתא אמרינן מתוך שא"י לשבע משלם משא"כ בדרבנן ולפענ"ד נראה דזה תלוי במה דאין מהפכין דאם מהפכין שוב לא שייך מתוך שאינו יכול לשבע משלם דהא יכול להפך וא"כ בדרבנן דמהפכין לא שייך מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם דהא מהפכין וז"ב. ובזה אני אומר במה שחידש המלמ"ל פ"ב מטוען הלכה ד' דאף דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחו"ש וא"י לשבע משלם מכל מקום זה דוקא כשבא לפטור אבל כשבא ליטול ודאי דאינו נוטל כל שאינו יכול לשבע ולפמ"ש הדבר נכון בטעמו דהא מבואר בסי' פ"ו סעיף י"א דבנשבעין ונוטלין אף שהוא אמר ברי א"י להפך על שכנגדו וא"כ כל שא"י להפך פשיטא דכל שא"י לשבע דאינו נוטל וז"ב ולפמ"ש הש"ך שם ס"ק למ"ד דהתוס' חולקין בדין זה וס"ל דיכול להפך בנשבע ונוטל מיושב מה שהקשיתי בתשובה אחת בעסק עזבון אחד שישבתי על מדין והקשיתי דנעלם מהמלמ"ל דברי התוס' בשבועות דף מ"ז דכתבו בהדיא דבנשבע ונוטל אם א"י לשבע לא מפסיד ולפמ"ש אתי שפיר דהתוס' לשיטתם ודו"ק. ועכ"פ כיון דתלוי בדין אי מהפכין א"כ כבר אמר הנ"מ לענין היפוך ואף למר בר רב אשי דס"ל דמהפכין בדאורייתא מכל מקום יש לומר דס"ל כרב ושמואל דבדאורייתא ג"כ לא אמרינן משואיל"מ ודו"ק: והנה ראיתי בקצה"ח סי' פ"ז ס"ק יו"ד

שנסתפק אם טענו כלים וקרקעות שע"י הכלים זוקקין גם על הקרקעות לשבע היאך הדין אם על הקרקעות יש לו עד המסייע כיון דעיקר מה שעד מסייע פוטר הוא מק"ו דזוקק ובקרקעות א"י לזקוק לשבועה א"כ שוב א"י לפטור ג"כ ושוב נתחייב מתוך גלגול ולפענ"ד זה אינו דל"מ אם נימא כשיטת התוס' וכן קי"ל בסי' צ"ד דבגלגול בעי שיהי' רגלים לדבר וא"כ כאן שיש לו עד המסייע עכ"פ יש רגלים לדבר להיפך דפטור וא"כ שוב בודאי לא שייך גלגול שבועה ובלא"ה כיון דמה דא"י לזקוק בקרקעות לשבועה הוא משום דלא שייך שבועה בקרקעות וא"כ ניהו דע"י גלגול זוקקין המטלטלין את הקרקעות לשבע אבל כל שיש עד המסייע ויש סברא טובה דלא ישבע וניהו דלא שייך הק"ו אבל מכל מקום לא שייך שיזקוק לשבע ע"י המטלטלין ולא חמור כ"כ לגלגל השבועה במקום שעד מסייע ובלא"ה יש לומר דבאמת מה דעד מסייע א"י לפטור מצד עצמו הוא די"ל דשבועה חמור מעד דהרי העד מחייב שבועה וע"י שנשבע מכחיש העד א"כ שבועה מברר יותר מהעד וא"כ לכך יש לומר דלפטור אינו נאמן דשבועה אלים יותר מכח העד ולפ"ז בקרקעות דא"צ לשבע רק ע"י גלגול פשיטא דעד המסייע יכול לפטור דלא אלים כ"כ השבועה שיהי' יותר מעד דהרי בקרקעות לא אלים התורה כח השבועה כלל ודו"ק היטב. והנה לכאורה קשה לי דלמה לא אמר נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן דבדבר שאינו מצוי לא שייך שבועת היסת כמ"ש הט"ז סי' ע"ה ולמדו מדברי המרדכי פרק הדיינים בשם מהר"ם וא"ל דלא מיירי הש"ס רק בעצם השבועה מה מעליותא יש בו אבל לא בהתפשטות השבועה דהא המהר"ם הוכיח מזה דבגניבה וגזילה ג"כ משביעין היסת דאל"כ לימא הך נ"מ וכמבואר במרדכי פ"ק דמציעא וע"כ צ"ע ובתשובה אחת הארכתי בזה בדברי הט"ז הנ"ל ואכ"מ: והנה ראיתי קושיא באיזה מאחרונים לפמ"ש המלמ"ל פ"ה משאלה ה"ו בשם הרשב"א בתשובה סי' אלף קס"א דבדאורייתא אין ע"א המסייע פוטר רק בדרבנן א"כ לימא נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן באם יש ע"א דבתורה אינו פוטר משא"כ בדרבנן. והנה יפה שאל וכאן לא שייך לומר דבתכסיס שבועה הוא דשאל דהא גם זה מתכסיס השבועה דשבועה דאורייתא דחמור אין עד אחד נאמן משא"כ שבועה דרבנן דק"ל כל שיש ע"א פוטר. והנה עיינתי ברשב"א עצמו בסי' הנ"ל וראיתי שכתב כן בשם הרז"ה גבי נחזי זוזי ממאן נקט ונפלאתי שברז"ה מבואר שם דאף בדאורייתא ע"א פוטר אבל הרמב"ן במלחמות דעתו כן דבדרבנן הוא דפוטר ע"ש היטב. אך בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דהנה הטעם דבדרבנן ע"א פוטר אף דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו נראה לפענ"ד דבר נחמד דהנה כבר נודע שיטת רבינו יקיר דע"א ואותו הבע"ד שנשבע נגדו יכולין לפסלו לפ"ז בשלמא בש"ד דאין מהפכין שפיר

אמרינן דאין ע"א פוטרו והוא צריך לשבע אף שיש לו עד המסייע אבל בש"ד כל שאתה אומר שלא נפטר שוב יהפך על זה לשבע ויפסלנו אח"כ לעדות ולשבועה וכבר חשו חז"ל שמא יוציא הלה את הפקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה מכ"ש בכה"ג שאיך יהפך על שכנגדו ויהיה חילול השם דפוסלו לעדות ולשבועה וא"ל דיתקנו דלא יהפך ויצטרך לשבע דז"א כיון דבכל ש"ד מהפכין שוב לא יכלו לגרע כחו בשביל שיש לו עד המסייע ויצטרך לשבע ולא יועיל לו ע"א אף להפך ולכך הוצרכו לפטרו ומעתה שוב הוה הך חלוקא דאמרו בש"ס דש"ד מהפכין וש"ד אין מהפכין ולפ"ז נראה לי דלמר בר רב אשי דגם בדאורייתא מהפכין א"כ גם בזה ל"מ להפך בע"א דהא העד ובע"ד יפסלנו לעדות ולשבועה אבל בנדון הרדב"ז הוא להיפך דזה שנשבע נגד העד היפך השבועה ע"ז שיש לו עד המסייע דבזה לא שייך שיפסלנו דאדרבא העד מסייע לאותו שנשבע ודו"ק ועכ"פ יש לדחות ראיית הרדב"ז מרש"י שפירש במר בר"א דאמר דמהפכין בשבועת מודה במקצת ולא בשבועת עד אחד ולפמ"ש יש לומר דאם יהי' עד מסייע לאותו שנתחייב שבועה אז לא יוכל להפך דשוב יפסלנו לעדות ולשבועה. שוב מצאתי בבעל התרומות שער עשרים ואחד חלק חמישי סי' ב' בגד"ת שם שהקשה על השיטה של הרשב"א הנ"ל הקושיא הנ"ל דאמאי לא מנה הך נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן ע"ש מ"ש בזה ובדברי נסתר דבריו וגם הוא סמך על מ"ש הרשב"א דהרז"ה משיטה זו ואני ראיתי להיפך בדבריו. והנה ראיתי בבעה"ת שם שכתב דאף דעד המסייע פוטר משבועת התורה ומשבועת המשנה אבל מכל מקום צריך לשבע מדרבנן דתקנת ר"נ הי' אף בע"א דפוטר דכל הפטור מן התורה חייב שבועת היסת עכ"פ והנה מכאן סתירה לפענ"ד למ"ש המהר"ם במרדכי והט"ז החזיקו בסי' ע"ה דכל דבר שאינו מצוי ל"ש שבועת היסת ולפ"ז כיון דעד המסייע פוטר משבועת התורה והתקנה א"כ ע"כ זה דבר ברור כעד ובפרט שע"א דינו לענין שבועה כשנים וא"כ כל שנפטר עכ"פ הוה דבר שאינו מצוי שנימא שהבע"ד משקר שהרי עד מעיד כדבריו ואפ"ה נשבע היסת ומזה ראיה ברורה דלא כהמרדכי: ובזה נראה לפענ"ד להבין דברי חכמים במ"ש הבעה"ת ראיה לדין זה מהא דאמרו בב"ב דף ל"ב ודף ל"ג בעד אחד שהעיד דאכל ג' שנים ורצו לדמות לנסכא דר"א ונחייב לזה האוכל דמי הפירות וקאמר הש"ס דלא דמי דהא הע"א לסיועי קאתי ופסק הרמב"ם שהנתבע ישבע היסת על הפירות שאכל אף דהנתבע יש לו עד המסייע ע"ש ודבריו תמוהים מאד דמה ראי' ניהו דהע"א אמר שאכל ג' שנים מכל מקום אינו טוען ששלו הוא רק שאכל וא"כ לכך צריך לשבע היסת עכ"פ אבל במקום דעד מסייע ממש מנ"ל דלא פטור אף מהיסת וע"ש בגד"ת שנתעורר בזה והניח בקושיא וכן מצאתי בשו"ת חוט השני סימן וא"ו וסימן

זיין שנתעורר בזה ולא מצאו מענה (ועיין מלמ"ל פי"א מטוען ה"ב ודו"ק היטב) ולפמ"ש יש לומר דעיקר ראיית הבעה"ת הוא דלא נימא דכיון דעד מסייע א"כ אינו חייב שבועת היסת דאינו מצוי שהעד ישקר ובפרט כיון דהתורה האמינו לפטור משבועה כשנים וע"ז מביא ראיה דא"כ גם שם כיון דהוא לסיוע קאתי כיון דטוען שאכל ג' שנים אין לך דבר ברור מזה שבודאי קנהו דאל"כ היאך הניחו להחזיק ג' שנים ואם היו שנים היו מניחין השדה בידו רק שאינו רק עד אחד אבל עכ"פ דבר שאינו מצוי הוא ולא שייך שבועה וע"כ דמשביעין שבועת היסת אף בשאינו מצוי וה"ה בעד אחד כנלפענ"ד ליישב לפי חומר הנושא:

ד ודע דק"ל טובא בהך עובדא דאתא ע"א דסברוה רבנן למימר היינו נסכא דר"א וק"ל לפמ"ש בשו"ת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א דבנסכא דר"א דוקא כשהי' יכול למפטר ולטעון לא חטפתי דע"א לא אתי מעיקרא רק לשבועה ואח"כ אתי ממונא מיניה אבל כל שבא מתחלתו לממון אינו נאמן א"כ כאן זה שאמר לחברי' מה בעית בהאי ארעא וא"ל ממך זבנית ואכלתי שני חזקה ואייתי חד סהדא דאכל תלת שני וא"כ איך אפשר שיתחייב בדמי פירות הא בא מתחלתו לממון לחייבו בפירות וע"א אינו נאמן לממון ואולי כיון שזה מביאו לא שייך לומר דבא לממון שהרי אדרבא זה מביאו לסיוע לדבריו רק שנתחייב דע"א אינו נאמן לממון אבל עכ"פ מתחייב מתוך טענתו מקרי: ולכאורה יש להוסיף עוד בזה דכיון דזה מביאו לסיוע א"כ המני' על עצמו כבי תרי וא"כ לגבי נפשו נאמן דהרי המניה כבי תרי ועיין בחו"מ סי' כ"ב ושוב נאמן עליו לחייבו ממון: איברא דלפ"ז בהא דמסיק הש"ס אי דמיא הא דר"א לחד סהדא ולתרתי שני ולפירי וקשה הא שם מביא המערער עד א' לפירי ואיך נאמן והא בא תחלה לממון ובאמת הרשב"ם כתב דיש לו מיגו דאמר לא אכלי כלל אבל עכ"פ זה ודאי דהוא טען תחלה זבנתי' מינך ואכלת שני חזקה וא"כ שוב כשזה מביא העד שלא בא רק לחייבו בפירות הו"ל כבא מתחלתו לממון: ומיהו יש לומר דמיירי שזה מתחלה בא עם עד אחד וטוען אתה גזלת לארעאי ולא אכלת רק שתי שנים דאז הי' יכול הנתבע לומר לא אכלתי ואתי שפיר אף להמהר"ם הנ"ל:

ה ובזה מדוקדק הא דאמר אי דמיא להא דר"א לחד סהדא ולתרתי שני ולפירי ודקדקו בתוס' דהא גם בתחלה הוה ס"ד דקאי לפירי וע"ש בתוס' ד"ה דהיינו ולפמ"ש אתי שפיר וזהו שדקדק ולפירי והיינו שמתחלה הביאו לפירי ולכך נאמן העד ודו"ק. ובזה נראה לדחות ראית הבעה"ת הנ"ל דבאמת ל"מ עד המסייע לממון ורק דכיון דבא לסייע נתחייב מתוך טענתו אבל לפטרו משבועת היסת שוב אין בכחו דבא לממון ודו"ק היטב. וראיתי

בטור סי' פ"ד בסופו שכתב דבמלוה ע"פ שטען שפרעו והביא ע"א סיוע לדבריו פטור ואין עליו אלא חרם סתם ובעה"ת כתב שאעפ"י שעד מסייע צריך שבועת היסת לפטור ולא נהירא דכמו דע"א מחייב שבועה כן פוטר מן השבועה ולא זכיתי להבין דברי הטור דנראה מדבריו דבעה"ת ס"ל דעד המסייע אינו פוטר וכן נראה מהב"י שכתב שהטור ס"ל כמהר"ם מרוטנבורג והרמ"ה שבסי' מ"ו ס"ל כבעה"ת דעד המסייע אינו פוטר ולא זכיתי להבין דבעה"ת באמת כתב שם בהדיא דעד המסייע פוטר רק שס"ל דמהיסת אינו פוטר העד ע"ש ולפמ"ש הגד"ת שם בביאור דברי הטור אתי שפיר כל דברי הטור דכל דגוף השבועה לא הי' רק היסת ס"ל להבעה"ת דאפ"ה א"י העד לפטור ולזה חולק הטור דבזה בודאי עד פוטר ודו"ק היטב: והנה במה דכתבתי לעיל דברי הש"ך שחידש בסי' פ"ז דעד המחייב שבועה אינו יכול לעשות שתי פעולות להיות עד מסייע לפטור כבר כתבתי בתשובה אחת לתמוה על סברתו דמ"ט יש בדבר והקשיתי ממ"ש התוס' ריש ב"מ גבי ולחזי זוזי ממאן נקיט ופירש ר"ת אותו שהמוכר מסייע יפטור משבועתו ואותו שהמוכר מכחישו יתחייב שבועה הרי דעשה שתי פעולות וכעת הוקשה לי בהא דכתב הש"ך בחו"מ סי' למ"ד ס"ק יו"ד דעד המחייב ע"י צירוף יוכל לעשות עוד פעולה ולחייב שבועה והשיג על הסמ"ע בזה וזה תימה דשם עשה פעולה לחייב ממון ואפ"ה מחייב שבועה מכ"ש כשלא חייב רק שבועה דיכול לפטור משבועה ואף שיש לדחוק דהחיוב ממון לא עשה בעצמו רק ע"י צירוף העד השני אבל זה אינו דמכל מקום בגרמותו בא ג"כ החיוב ממון ואפ"ה מחייב שבועה. והנראה בזה דהנה טעם סברת הש"ך נראה לפענ"ד דבאמת עד אחד אינו בא רק לשבועה ומטעם זה חידש הש"ך בסי' ע"ב דכל דהוה מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם א"י לפטור משבועה ובתשובה ובחידושי הבאתי שכן משמע בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א דבנסכא דר' אבא דהוה מחושואיל"מ מירי באופן דהי' יכול לשבע נגד העד ומפטר רק שטען דידי חטפי אבל כל שמתחלה טען דידי חטפי א"כ בא עיקרו לממון ל"מ ולפ"ז אומר אני באמת כשבא לחייב שבועה וזה יהפך על שכנגדו אם נימא דיכול לפטרו שוב בא העד לממון וצ"ל דמתחלה לא בא רק לחייב שבועה וזה הי' יכול לשבע נגדו רק שלא רצה לשבע והפך על שכנגדו אבל העד לא בא רק לשבועה ולפ"ז זה ודאי דאם ירצה לפטור אותו שמסייע צריך להעיד מחדש דהא מתחלה לא בא רק לחייב לזה שבועה וא"כ עכ"פ שייך עביד איניש לאחזוקי דיבורא ובע"א כ"ע מודו לפענ"ד דשייך עביד אינש לאחזוקי דיבורא דתחלה לא היו בכחו לחייב ממון וכעת מחייב ממון ובודאי לא נוציא ממון דלמא עביד אינש לאחזוקי דבורא וז"ב.

ו ולפ"ז ל"ק מהך דר"ת דשם מתחלה בא לסייע לזה ולחייב לזה שבועה ולא בא רק לשבועה ולא לממון שוב מועיל העד לעשות שתי פעולות וכן בהך דצירוף דהא הוא לא בא רק לשבועה רק שע"י צירוף מחייב ממון אבל העד לא בא רק לשבועה וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד טעם למ"ש הט"ז בחו"מ סי' למ"ד דעדות מיוחדת פסול בקנס והקצה"ח השיג עליו ועיין בנתיבות שם ובתשובה הארכתי ג"כ להשיג על הט"ז ולפמ"ש יש לומר דבשלמא בממון מתחלה בא עד רק לשבועה וא"כ יוכל אח"כ להצטרף אבל בקנס דבאמת אינו יכול לחייב שבועה אם נימא דגם בע"א חשוב מרשיע עצמו ועיין תוס' ב"ק דף מ"א ובחידושי רשב"א ואין נשבעין על קנסות וא"כ שוב מתחלה לא הי' מועיל העד כלל רק אח"כ בהצטרף ושוב שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורא דמתחלה לא הועיל עדותו כלל. ובזה יש ליישב מה שהקשה בקצה"ח מהך דב"ק דף ע"ד דאמרו בעד אחד בקנס כי אתי ע"א מצטרף בהדי' הרי דבקנס מצטרף ולפמ"ש יש לתרץ כיון דשם גנב עפ"י שנים ונעשה חשוד שוב מהימן העד דהו"ל מחושואי"מ וניהו דבקנס לא שייך זאת ועיין בים התלמוד שם ובמפרשי הים מ"ש שם במשנה אבל עכ"פ הועיל עדות קצת ושפיר מצטרף ודו"ק וגם כיון דעכ"פ כעת ע"י העד השני בודאי א"י לשבע והו"ל מחושואי"מ ודו"ק היטב:

ז והנה במ"ש הרי"ף נ"מ לענין אם קדמה ותפסה דאם הוה שבועה דאורייתא נחתינן לנכסה ומפקינן מינה ואי הוה שבועה דרבנן לא מפקינן מינה ושאל אותי הרב מו"ה חיים בעל המחבר שנות חיים דהא כל שתפסה שוב הוה שבועה לפטור דאינה נשבעת ליטול רק לפטור וא"כ הוה ש"ד. והשבתי דלק"מ דבאמת מצד התפיסה כיון דהוה תפיסה שלא ברשות ויש עדים שתפסה לא הוה תפיסה רק לענין נחתינן לנכסה כ"ז שאין עליה רק שבועה דרבנן מה שתפסה תפסה בשביל כתובתה וא"צ להחזיר דעכ"פ נחית לנכסה לא נחתינן להוציא אף שתפסה שלא ברשות עכ"פ היא טוענת דתפסה בשביל כתובתה ואינה רוצית לשבע והכתובה מגיע לה אבל לענין שיחשב כנשבעת ונפטרת זה לא מקרי שבועה לפטור דאם הוה עליה ש"ד אז מוכרחת להוציא התפיסה מת"י כיון דתפסה שלא ברשות וז"ב ופשוט וצריך לומר דמיירי שתפסה בפני הרבה רק שעד אחד מעיד שתפסה בשביל הכתובה והיא אמרה שתפסה בשביל דבר אחר וכעת באין לדון על הכתובה דאל"כ אכתי צריכה להחזיר מה שתפסה ובאמת שזה דחוק ועיין בפ"י שהבין ג"כ דברי הרי"ף כמ"ש וגם הוא נדחק דא"כ מה תפרע עוד ומה אמר אי פקח יהיב לה עוד והא מצי לדון על המטלטלין שתפסה תחזור לי המטלטלין שכבר נפרעת כתובתך עפ"י עד אחד. ובאמת שלפענ"ד היה אפשר לומר דמיירי שהבעל אמר

שכבר פרע לה הכתובה ואשתבע לי דלא פרעתיך ואז אפילו בגרושה מוכרחת לשבע כדין הטוען על המלוה אשתבע לי דלא פרעתיך אף שיש לו שטר מוכרח לשבע וה"ה בזה והלכה האשה ותפסה וטוענת שכדין תפסה שמגיע לה הכתובה ואינה רוצית לשבע אבל אין כאן רק ע"א על התפיסה וזהו העד שמעיד שפרע לה הכתובה שהרי תפסה ומחויב שבועה ואיל"מ לא שייך כאן שהרי היא שבועה דרבנן וגם בקרקע לא שייך שבועה דאורייתא וכתובה נגבית מקרקע והוה כפירת קרקעות וע"ז הולך ופורע שנית ותובע מה שתפסה בע"א ויש ליישב בזה קושית הפ"י אבל לא נפניתי כעת וברצות ד' אשובה אראה בל"נ: והנה בהיותי בטריסקוויטץ שנת תרי"ב הגיד לי אחד שיש לו טו"ת עם שותף אחד שהוא טוען שנתן שמנה מאות ריניש על חשבונו ושכח לנכות אותם וזה טוען שלא נתן על חשבונו והוא פרע אותם שמנה מאות ריניש מכיסו והנה היו לו עדים שהוא נתן המעות על חשבונו ושכח לנכות אותם והלך ותפס מהשותפות סך הנ"ל והנה לא ראיתי ולא שמעתי מהעדים כי לא רציתי לקבל עלי דין הנ"ל לדון בו. אמנם לעצמי עיינתי אם זה מקרי נשבע לפטור או לא ולפמ"ש פה כל שיש לו עדים ואף שיש להסתפק קצת בעדותם עכ"פ תפיסה שלא ברשות ודאי לא שייך בזה ונשבע ונפטר: והנה נשאלתי מאחד מתלמידיי בהא דטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור דנחלקו הפוסקים אם הוא מטעם כשם שהשטת בי כך השטיתי בך או מטעם הודאה ומחילה שמחל על השעורים ואמר תלמידי דיש נ"מ בין הטעמים באם זה טענו חטים וזה הודה לו חטים ושעורים אם חייב דלטעם כשם שהשטית בי ל"ש בזה דהא לא השטה בו דהא באמת חייב לו חטים ושפיר טענו ולמה הי' לו להודות שעורים וע"כ דבאמת חייב לו ונתכוין להודות בדרך הודאה אבל לטעם הודאה ומחילה שביאר הרא"ש דהטעם הוא דמיירי ביום אחד דע"כ מדלא תבעו בפעם אחת שניהם ע"כ דהודה לו שאינו חייב ולפ"ז גם כשהודה לו שתיהם הוא ג"כ הדין כן מדלא תבעו שתיהן ע"כ הודה לו שאינו חייב לו, ושאל אם הדין אמת והי' להם להפוסקים להזכיר דין זה שהוא חידוש יותר.

ח ואמרתי אני עם לבי דבר חדש דכיון דמבואר בסמ"ע סימן פ"ח ס"ק ל"ג בטענו חטים והודה לו בשעורים עכ"פ היסת צריך לשבע דלא גרע משאר כפירה דנשבע היסת ואני כתבתי עה"ג דכן מבואר בנימוק"י ריש המניח גבי כדא וחביתא דאי לא מייתי הלוקח ראי' משתבע הלוקח היסת ומפטר ואינו נשבע שבועת התור' דמה שטענו לא הוד' לו הרי בהדיא דאף בטענו חטים והוד' לו בשעורים עכ"פ היסת צריך לשבע ולפ"ז כיון דצריך לשבע היסת והרי א"י לשבע דהא באמת הודה לו שחייב שתיהם רק שזה הודה לו שפטור מזה א"כ אם זה טוען כעת שהי' בדעתו לתבע עוד גם בשעורים רק דאנן

לא מהמנינן ליה עכ"פ צריך לשבע נגדו וא"י לשבע ומשלם ואף דבשבועת היסת לא אמרינן מחויב שבועה וא"י לשבע משלם זה כשכופר לו ואינו מחייב רק היסת שבועה דרבנן אינו עושה שבועת התורה ומכ"ש חיוב ממון ועש"ך חו"מ סי' נ"ח ס"ק כ"ג אבל כאן שזה הודה לו רק שאנן אמרינן דזה מחל לו או הודה לו והוא אומר דלא הודה לו עכ"פ מחוייב שבועת היסת הוא דשמא זה היה בדעתו לתבוע אותו גם שעורים וא"י לשבע כיון דמן הסתם כשהודה שחייב לו בודאי היה בדעתו לתבוע אותו עוד וא"כ פשיטא דהו"ל מחוייב שבועה וא"י לשבע ומשלם ובשלמא כשלא הודה לו רק בשעורים שפיר יכול לשבע היסת דאינו חייב לו חטים כיון דבאמת כופר לו אבל כאן שהודה לו חטים ושעורים וא"כ החטים בודאי חייב לו על מה ישבע שגם בשעורים הודה לו וז"ב דבכה"ג מחושואיל"מ. איברא דיש לדון דבשלמא לטעם השטאה שייך שבועת היסת דזה טוען שלא השטה בו והוא חייב לו חטים אבל כאן דזה תבעו חטים וזה הודה לו חטים ושעורים רק דאמרינן דזה מחל לו א"כ על מה ישבע הא הודה לו אבל זה אינו דהרי הנימוק"י ס"ל טעם הפטור משום הודאה כמ"ש פרק ז"ב גבי הודאה אחר הודאה ואף דהנימוק"י ס"ל טעם השטאה כמ"ש הש"ך ס"ק כ"ג וגם ריש המניח כתב כן בשם הרמ"ה והוא ס"ל טעם השטאה מכל מקום הסמ"ע כתב כן אליבא דכל הדיעות וכן הביא ראיה מסי' רצ"ו ס"ד וסי' ת' ס"ד שלכל הדעות שבועת היסת חייב ומטעם דלא הוה הודאה ברורה דשמא היה בדעתו לתבוע יותר וכיון שכן שפיר חייב שבועת היסת ובכה"ג שזה מודה אף בשבועת היסת שייך מחושואיל"מ כמ"ש. ובלא"ה היה נראה לפענ"ד דבר חדש דאפשר דגם שבועת התורה חייב בכה"ג דהרי ראב"י ורבנן נחלקו וראב"י ס"ל דפעמים שאדם נשבע על טענת עצמו והיינו בטענת קטן ואף רבנן לא פטרו רק מטעם דלא שייך חזקה דאין אדם מעיז רק בו ובבנו מעיז ומדלא העיז משיב אבידה הוה ולפ"ז כאן דזה טוען לו אמת שלא תבעתי ממך רק חטים אבל דעתי היה לתבוע ממך גם שעורים אף אם תחשוב זה לכ"ה אבל כיון דעכ"פ חטים נתחייב לו אף אם תחשוב השעורים לטענה חלוקה בפ"ע והו"ל כופר הכל הא לענין השעורים לא שייך חזקה דאין אדם מעיז דהרי באמת הודה שחייב לו ואמרינן דלא יכול להעיז ולכך הודה לו ניהו דלא היה צריך להודות על השעורים אבל מה שייך משיב אבדה אם נפטרי' מן השעורים וא"כ בכה"ג ודאי מתחייב עפ"י טענת עצמו לשבע עכ"פ והרי א"י לשבע שהרי הודה לו וחייב לשלם כנלפענ"ד דבר חדש ודו"ק: אך נתיישבתי דמכל מקום יש לומר דפטור דכאן לא שייך כלל דעל מה ישבע דבשלמא כשכפר לו החטים אמרינן דצריך לשבע שאינו חייב לו חטים וממילא פטור גם על השעורים או שנשבע על השעורים

שחייב לו ומכל מקום פטור משום דמחל לו ועיין סימן רצ"ו בסמ"ע ס"ק ז' וא"כ גם כאן שהודה לו שחייב חטים ושעורים א"כ אף שזה ישבע שחייב לו השעורים מכל מקום פטור שהודה לו ואף שזה טוען שלא הודה לו ל"מ ולזה כל שכבר הודה נפטר ומכ"ש דלא שייך כאן מחושואיל"מ דהא הוא נשבע שחייב לו ואפ"ה פטור דהרי זה הודה לו שהוא פטור ואני תמה על המחנה אפרים הלכות זכייה והפקר סימן י"א שנסתפק במי שמוחל לחבירו מה שחייב לו והלה לא רצה במחילתו אי מועיל והאריך שם דאם נימא דהקנאה היא הרי הלוה לא רצה לקנות וכתב דצ"ל דכל דהקנאה ממילא הוא מועיל אף בע"כ של לוה ואני תמה על עצמו איך לא זכר שם שהדבר מבואר בהדיא דהרי טענו חטים והודה לו בשעורים למ"ד הודאה דהוא מטעם מחילה ואף להש"ך סי' פ"ח ס"ק י"ז דהודאה לאו מטעם מחילה הוא דעכ"פ למ"ד מטעם מחילה מבואר בהדיא דאף שזה לא רצה במחילתו שהרי הודה שחייב לו שעורים אפ"ה מחל לו השעורים ופטור וצ"ע ועיין תומים סי' פ"ח ס"ק וא"ו שהעלה דבטוען חטים הפקדתי וזה משיב שעורים כיון דהשעורים בעין לא שייך טענו חטים והודה לו בשעורים דלא שייך מחילה בדבר שהוא בעין והקצה"ח סי' י"ג חולק עליו ותמהני שנעלם משניהם במחכ"ת דברי הש"ע חו"מ סי' רצ"ו ס"ד הנ"ל ובסמ"ע שם ס"ק זי"ן ביאר בהדיא דאף מטעם מחילה אם נשבע שהוא שעורים פטור דמחל לו והרי שם מיירי שהוא בעין ולא נאנס ורק שהמפקיד טוען שלא הפקיד בידו רק חטים וזה טוען שעורים ואפ"ה שייך מחילה והיינו כמו מתנה וצ"ע איך לא זכרו דין מפורש בש"ע: ובגוף הדין של תלמידי נ' לא מצאתי כעת גילוי דעת: ודרך אגב ארשום בהא דאמרו בב"ב דף קכ"ח מאי קמ"ל תנינא א"ל נאמן עלי אבא וקשה לי לפי מה דמבואר בסי' כ"ב דאם קיבל לפסול כתרי ל"מ קבלה דהוה תרתי לריעותא ועיין סמ"ע מ"ש בזה והש"ך חולק ע"ז ע"ש דאף משם אחד מקרי תר"ל וקשה דכאן הוה תר"ל דהא על עבדים אין נשבעים ופטור מה"ת ואף דנשבע היסת אבל מה שמהפך על התובע ויהי' נשבע ונוטל הוה תר"ל ולא נשמע מנאמן עלי אבא וה"א דבזה יוכל לחזור וצע"ג כי לא נפניתי כעת והיום י"ט תמוז תרי"ג ואנחנו עוד בצרה ד' ירחם עלינו ע"כ לבי בל עמי לעיין היטב ורשמתי למזכרת. שוב ראיתי בשיטה מקובצת בב"ב שם שביאר בהדיא דהוה ס"ד דגוזמא הוא שהוא כופר בכל ועוד שעבדים אין נשבעין עליהם וה"א דיכול לחזור ע"ש וא"כ קושיתי קשה טובא ועיין ש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ח שהאריך להוכיח דשיטת המרדכי דגם שבועת היסת בעי נק"ח ע"ש ואני מצאתי בב"י אבע"ז סי' צ"ו שכ"כ בהדיא גבי אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד וכתב שם דחוץ לב"ד הוה כשבועת היסת דלא בעי נק"ח כמ"ש רש"י והה"מ בשם הרמב"ן והרשב"א וע"ז סיים דהמרדכי כתב

דשבועה דרבנן נמי בעי בנק"ח וע"כ דהבין מהמרדכי דאף בשבועת היסת הוא כן דלענין שבועת המשנה כבר כתב הב"י למעלה שם דכל הפוסקים סברו דשבועת המשנה בעי נק"ח ע"ש גבי הך דכתב הטור דכל שבועה דרבנן בעי נק"ח ולא נ"מ רק בקדמה ותפסה ע"ש ודו"ק היטב:

ט והנה אור ליום וא"ו ויחי תרל"ו שאל אותי אחד מהתלמידים אם נימא כשיטת הראב"ד דמועיל פיטור אף נגד ע"א א"כ לפ"ז צ"ב אם פורע לה פעם שניה בפני העד הזה עם אחר אם מצטרף העד הלז אף שהמני' כיון דפרע לה שנית או דלמא דאין העד הראשון נאמן דהרי המניה. ואמרתי בזה דלפ"ז שוב הי' יכול ר"פ לומר אי פקח הוא מביאה לידי ש"ד ונ"מ בזה אם פטרה משבועה. ואמרתי בזה דלפמ"ש הש"ך בסי' פ"ז דאין העד עושה שתי פעולות ולפ"ז אי לא היה העד השני היה העד הראשון אדרבא מסייע לה שפרע לה כתובתה וא"כ הרי המניה ואף שבועה דרבנן לא היתה מחוייבת שהרי פטרה ועכשיו יחייב' ש"ד וא"כ הו"ל שתי פעולות לחייב שבועה ולא עוד אלא גם ש"ד ולזה אין העד נאמן ודו"ק:

י והנה בשנת תרט"ז למדתי בכתובות והגעתי לדף פ"ז פ"ח ואמרתי דבר חדש דלכך שינה רש"י בפירושו דבאמת הך מ"ד שבועת תורה צ"ל נק"ח הוא רק שעי"ז יש איום ושמא לא תרצה לשבע ולפ"ז אם נימא דש"ד ג"כ מהפכין שוב ליכא נ"מ דאם לא תרצה לשבע תהפך על שכנגדו לכך פירש רש"י דזה באמת הוא דש"ד אין מהפכין אבל לר"פ דאמר אי פקח הוא מייתי לידי שבועה דאורייתא הנה ע"כ שזה רצה לחדש שיהי' לטובתו של התובע וא"כ מה נ"מ במה דש"ד לא תוכל להפך ומה נ"מ להבעל בזה וע"כ אמר דיש נ"מ שמא ע"י האיום לא תרצה לשבע וגם להפך לא תוכל ויצמח לו טובה מזה: והנה בהספק שהבאתי למעלה אי בטענו חטים והודה לו בחטים ושעורים אי חייב הנה מצאתי כעת דבר נפלא בשטה מקובצת כתובות פ"ז בהא דקאמר בפוחתת במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא וכתב בשטה מקובצת בשם תלמידי הרר"י דהו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים והרי שם בשזה תובע מנה וזה הודה באלף הו"ל כטענו חטים והודה לו בחטים ושעורים שיש בכלל אלף מנה ואפ"ה פטור ומזה לכאורה ראי' ברורה דטענו חטים והודה לו בחטים ושעורים דפטור הן אמת דגוף דברי הרר"י תמוהים דהא המנה והאלף הכל הם מין אחד ומטבע אחת ולמה הוה חטים ושעורים. אמנם נראה כיון דזה אומר שאותה כתובה היא אמת וזו אומרת דהכתובה מזויף הו"ל כמודה בדבר אחר. אבל אכתי תמוה דמלבד דאין נ"מ באותה כתובה או שיש לה ממקום אחר מתנאי ב"ד אף גם דהוא באמת טוען שקבלה כתובתה

לגמרי וא"כ לא הודה לה כלל וצ"ל כיון דעל הכתובה אינו נאמן לטעון מזויף א"כ הוא מודה שהכתובה אמת וזו מודית שהכתובה מזוייף רק שמגיע לה בסתם מנה וא"כ הו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים וגם יש לומר כיון דבכתובה גובית אף מדאקני גם לה דאקני ומתנאי ב"ד אפשר שלא תגבה מדאקנה ועיין ש"ך סי' קט"ו שוב הו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים ועכ"פ מוכרח דטענו חטים והודה לו בחטים ושעורים דפטור. אמנם אכתי תמוה דלמה לא פירש כרש"י ותוס' ואפשר דק"ל על רש"י ותוס' דבאמת יש לה מגו ואף שכתבו התוס' דבממון ומטלטלין אוקמא אחזקתי' והיכא דקיימא תיקום אפשר דס"ל לתר"י כיון דכתובה הו"ל כפירת ש"ק א"כ הו"ל כמו ארעא דמוקמינן ארעא בחזקתה וכתובה חשוב כגבוי כמ"ש הב"ח סי' וכמ"ש בגליון הב"ש שם:

יא והנה בשנת תרי"ח נשאלתי מהרב מוה' יעקב כהנא נ"י שכעת הוא דיין ומו"ץ בבאלחוב באחד שהי' לו דו"ד עם חברו ועשו אינסקריפציאהן ע"פ נימוסי הקיר"ה ואח"כ אמר בע"ד שלא יהיה באפשרי לתת פס"ד בנימוסים דבזהו שייך נחתינן לנכסיו ובדינינו לא נחתינן לנכסי בשבועת היסת. הנה מעלתו האריך בזה ולפענ"ד נראה דיש לו כח ע"פ דיניהם להוציא ממון דהנה כל הטעם דפריך הש"ס מה איכא בין דאורייתא לדרבנן ומי הגיד להם שיש חילוק דלמא חז"ל עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. אך נראה דהנה הרמב"ם פ"ב מממרים ה"ט כתב דאף דיש לחז"ל כח לגזור גזירות היינו שיאמרו שאינו מה"ת שהם גזרו אבל לא שיאמרו שזה היא בכלל ד"ת ע"ש ולפ"ז כיון שהשבועת היסת הם תקנו אם לא יהיה הבדל בין שבועה דאורייתא לדרבנן א"כ יהיה נראה שגם השבועה הלז הוא מן התורה ובכלל שבועת התורה ובזה א"א להכניסו בכלל ד"ת ולכך ע"כ מוכרח לחלק ביניהם ובזה ממילא יש לומר דגם שבועת המשנה בכלל שאינו מן התורה דע"כ מוכרח להבדיל ביניהם. ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ולר"י שהקשו דע"כ לא אמרו רבנן רק במה דלא הוה גזילה אלא מפני ד"ש אבל כל שהוא גזל גמור גם בדרבנן נחתינן לנכסיו ולפמ"ש לק"מ דע"כ מוכרח שיהיה הבדל דאל"כ יהיו נראה כמוסיף על התורה. ובזה מיושב קושית הקצה"ח סי' פ"ט סק"א על הש"ך ואין להאריך ונ"ל ברור לפ"ז דכל שהוא מעצמו קיבל עליו גם בשבועת היסת להיות יורד לנכסיו בודאי גם בזה נחתינן לנכסיו דאינו כמוסיף על ד"ת רק שהוא מעצמו חייב זאת ולפ"ז גם בנדון דידן שבעוה"ר אין כח ב"ד יפה רק מה שמקבל על עצמו ע"פ נימוסי הקיר"ה וכיון שבדיניהם אין הבדל א"כ קיבל עליו להיות נדון בדינינו כמו בדיניהם וקיבל על עצמו שוב נחתינן לנכסי' וז"ב כשמש לפענ"ד ועיין בטור חו"מ סי' כ"ו ועיין במגלת אסתר שורש שני שכתב דחז"ל מחלו על תקנת' שלא יהי' ספיקם להחמיר כשל תורה כדי

שיהיה הבדל בין דבריהם לד"ת וה"ה בזה. ובזה יש ליישב קושית מוהר"ש הלוי שהקשה דלמה לא אמר הנ"מ לענין מתוך דבשבועה דרבנן לא שייך מתוך ולפמ"ש אתי שפיר דבזה לא יהיה הבדל ניכר בגוף השבועה דבשלמא לענין מיפך פסקינן דבדאורייתא א"י להפך ובדרבנן מהפכינן וכן לענין נחתינן לנכסי' פסקינן דבדרבנן לא נחתינן ואם אינו רוצה לשבע פטור ושפיר ניכר ההבדל אבל מתוך אם יוכל לשבע לא יהיה שום הבדל ואנן לא נפסוק כלל ענין מתוך א"כ במה יודע איפוא ההבדל שבין דבריהם לתורה ודוק היטב: והנה לפמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז דלכך במכר איסור דרבנן אינו מחזיר הדמים דלא גזרו רבנן איסור כדי להוציא ממון דלענין ממון אוקמה אד"ת ובתשובה אחת הארכתי בביאור דבריו ולפ"ז אי אפשר לומר בש"ד נחתינן לנכסי' דניהו דתקנו חז"ל שבועה אבל לא אמרו שיוציא ממון עי"ז דלענין זה אוקמה אד"ת וז"ב ולכך לא נחתינן לנכסי': ובזה יש ליישב מה שהקשו דלימא הנ"מ לענין מתוך ולפמ"ש דא ודא אחת היא דלכך לא נחתינן לנכסיו משום דלענין ממון אוקמה אד"ת ולכך כל שא"י לשבע אינו משלם ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ולר"י דלרבנן ג"כ שייך לומר דבדרבנן נחתינן לנכסי' ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דלכך ס"ל דהוא רק מפני ד"ש שהרי באמת לענין ממון לא אלמוה לגזירתם וא"י להוציא בדיינים וה"ה בכל דרבנן לא נחתינן לנכסי' ודו"ק היטב: ובזה נראה לפענ"ד דצדקו דברי הש"ך בספרו תקפו כהן דבכל הני דנשבעין ונוטלין כגון נגזל ונחבל ושכיר אם אינו רוצה לשלם א"י לנכסיו והוה כמו גזל דדבריהם והקצה"ח סי' פ"ט ס"ק א' כתב דדוקא בשבועה דרבנן הוא דלא נחתינן לנכסי' אבל כאן גוף הגזילה מדאורייתא רק דמה"ת הי' נשבע ונפטר וכל דחז"ל תקנו שזה ישבע שוב הו"ל כמו תקנה דרבנן בהגבהה ומשיכה דהפקר ב"ד הפקר ושאני מציאת חש"ו דאינו רק מפני דרכי שלום ע"ש והנה מ"ש דשאני מציאת חש"ו דאין רק מפני ד"ש תמהני דהלא הש"ס מדמה הך שבועת היסת דלא נחתינ' לנכסי' כמו מציאת חש"ו ואף דהתוס' מקשו דלא דמי אבל עכ"פ הש"ס מדמה לה והוא מחלק בין השוין וגם בגוף הדין כיון דעיקר הטעם מה דלא נחתינן לנכסי הוא משום דרבנן לא גזרו להוציא ממון ולענין ממון אוקמא אד"ת א"כ גם כאן הוא כן דאוקמא אד"ת ושאני משיכה והגבהה דלא שייך לאוקמא אד"ת דמה"ת לא ידענו קנין זה ורבנן חדשו קנין אבל אינו היפוך מד"ת ולא שייך לאוקמא אד"ת וגם לא הוה הוצאת ממון דהרי ע"י קנין זה נותן ממונו כדי שתקנה לו חפץ זה אבל כאן הוה הוצאת ממון גמור וז"ב. אמנם אחר העיון נראה דצדקו דברי הקצה"ח ולא מטעמיה דניהו דלא גזרו חז"ל להוציא ממון ואוקמא אד"ת זהו בכל שבועת היסת דמה"ת פטור לגמרי אבל כאן מה"ת הי' נשבע ונפטר וכל דלא נשבע הי' משלם א"כ כל שחז"ל תיקנו

דלא יהיה נאמן בשבועתו שוב הוא בחזקת חיובו וא"כ כל שנשבע זה שפיר נוטל ולכך חייב בנחבל ע"י שבועתו שבועת מודה במקצת כמ"ש הר"ן והובא בקצה"ח שם ודו"ק היטב ואולי הש"ך מיירי היכא שלא נשבע עדן הנגזל והנחבל דאז מצי טעין הלה אני רוצה לשבע ואם לא ירצה הלה אז לא נחתינן לנכסי' אבל כל שכבר נשבע הלה פשיטא דנחתינן לנכסי' דכל שכבר נשבע שוב האמינו חז"ל לזה בשבועתו ולא יוכל הלה לטעון גם אני אשבע להיפך דכיצד ישבעו שניהם ובאין לידי שבועת שוא והרי זה עדיף מהך דבן ננס ובזה אפילו רבנן מודים דכל שכבר נשבע פשיטא דנאמן. ובזה מיושב קושית הקצה"ח מהך שכתב הר"ן דהוה מודה במקצת כל שנשבע הנחבל דלפמ"ש בכה"ג גם הש"ך מודה ודו"ק:

יב והנה בשנת תרי"ט אור ליום ד' ויחי ח' טבת אירע מעשה שאחד תבע לחבירו סרסרות סך כ"ה ר"כ והלה אמר שלא הבטיחו לו רק חמשה ר"כ וגם טען שגם לגיסו התחייב הסרסור לשלם לו מחצה וזה טען שלא נתחייב רק שא"ל שאם אינו רוצה יפסיד כל הסרסרות שיעשה העסק בינו לבינו בלי סרסור וכששמע זאת א"ל שא"כ הוכרח לתת אף שלשה חלקים ואנוס היה אבל באמת גיסו לא היה סרסור ואין מגיע לו והנה פסקנו שהלה ישבע שלא הבטיח לו רק חמשה ר"כ והבטיח ברצון טוב לתת לגיסו משני הצדדים חלק כחלקו והוא הפך השבועה על חבירו. ואמרתי דיוכל להפך אף דש"ד א"י להפך באמת הב"ח הסכים דאם רוצה להפך יעשו פשרה ביניהם כיון דיש דעות דיכול להפך אף ש"ד. איברא דהש"ך חולק על הב"ח אבל לא כתב שום טעם והב"ח לכאורה דינא קטעין דדעת הרבה קדמונים דהלכה כמר בר רב אשי במיפך שבועה דמפכינן. ולפענ"ד הי' נראה דזה תלוי בשני הטעמים על מה מודה במקצת נשבע דאם נימא דהוא מטעם דאשתמוטי קא משתמט ורמי עליו שבועה כי היכי דלודי הנה כיון שעיקר הוא כי היכא דלודי א"כ שוב אינו מן הראוי שיהפך כי עי"ז לא יודה כי יסבור שהשני לא ירצה לשבע אבל אם נימא כאביי משום ספק מלוה ישינה שוב אדרבא היה מהראוי שיוכל להפך דדלמא זה לא יחזיר מפני ספק מלוה ישינה והלה ישבע באמת. ובזה אמרתי דבר נחמד בדברי רש"י שפירש בהך דרמב"ח דנ"מ משום היפוך וגבי אי פקח הוא לא פירש כך ולפמ"ש יש לומר דבהס"ד דע"ש לא ס"ל טעמו של רבה כקושית התוס' דל"ש כלל אשתמוטי וא"כ ע"כ משום ספק מלוה ישינה ואין מקום לקושית רבה דיש לומר דאין לו ספק מלוה ישינה רק על המחצה וכמ"ש הפ"י וא"כ שפיר אמר נ"מ לענין היפוך. מיהו זה אינו דאדרבא לאביי ודאי יכול להפך אף ש"ד. אמנם יש לומר להיפך דלאביי אינו נכון להפך דזה שכנגדו בוודאי ל"צ שבועה אבל לחשש דאשמוטי קא משתמיט והתורה

רצתה להקל עליו א"כ למה לא יוכל להפך דדלמא זה לא ירצה לשבע ואתי שפיר ע"ד שכתבתי ודו"ק: והנה הרי"ף לא הביא מה דסבר רמב"ח רק בע"א ולא במודה במקצת ולפמ"ש לעיל בדברי הרדב"ז י"ל כיון דהרי"ף רצה לברר הנ"מ בין ש"ד לדרבנן לענין תפיסה ולא לענין היפוך א"כ לכך העתיק רק בע"א. ודרך אגב אזכיר מ"ש הר"ן במשנה שם ראיה לרש"י מהך דשבועות מ"א תמהני דבתוס' שם הקשו על רש"י מזה ועפ"י וגם תמהני דהא שיטת רש"י דגם שבועת היסת היה בימי המשנ' וא"כ בלא"ה אין ראיה וגם ל"ק על רש"י ודו"ק כי קצרתי:

יג ודרך אגב ארשום מה שנשאלתי במכתב מהרב מוה' יחיאל אבד"ק ראזלי במה שאירע מעשה לידו שראובן נשתתף עם שמעון בעסק עורות וטוען זה שלא נשתתף עמו רק בחמשה וזה טוען בי"א ופסק לזה שבועת היסת וטען חבירו שאחרי שבדיניהם כשיתבעהו יתחייב לשלם רוצה שיתן לו פיטורים וע"ז כתב מעלתו דאף שכתב הש"ך בשם רש"ל בסי' סמ"ך ס"ק ל"ג דכופין על מדת סדום מ"מ שם לא חסר וכאן כיון דיוכל לתפוס אחר השבועה ומפטר כמבואר בחו"מ סי' פ"ז ס"ל א"כ מפסיד עי"ז ול"צ ליתן לו פטורים וע"ז כתב דכיון דשבועת היסת אינו חייב רק נדוי ולא נחתינן לנכסי' א"כ כשזה רוצה לציית דינא רק שטוען טענה המבוררת לא נדינן ליה וגם אטו מצוה לתפוס אינו רק אם תפס לא מפקינן מיניה וא"כ כל שצווח דינא צריך לפטרו בדיניהם וגם הך דיכול לתפוס אינו רק בשבועה דאורייתא דנחתינן לנכסי' וכל דשבועה אינו קונה שוב יכול לתפוס אבל בהיסת דלא נחתינן לנכסי' כל שנפטר ע"י שבועה פשיטא דל"מ תפיסה והנה זה ליתא דמקור הדבר דשבועה אינו קונה היא בהיסת כדאמר רב הדין בשבועת היסת בב"ק דף ק"ו וע"ז אמרו מכדי דרב לא ס"ל משכוני נפשך אדרב למה לך והיינו דשבועה אינו קונה ומזה למד הבה"ת בשער עשירי לענין תפיסה וכן פסקו בטוש"ע סי' פ"ז וא"כ קאי ג"כ בשבועת היסת. הן אמת דק"ל על רב דתפס הדין בשבועת היסת ונקט קרא דלקח ולא ישלם ואף דיש לומר דמכח כ"ש קאמר דכיון דבשבועת התורה דנחתינן לנכסי' א"צ לשלם מכ"ש בשבועת היסת אמנם למה דקאמר דלא ס"ל דרב יש לומר דבשבועת היסת מודינא לרב. אמנם הדבר מוכרח דהרי רבא אמר מסתברא מלתא דרב במלוה אבל בפקדון לא והאלקים אמר רב אפילו בפקדון ובאמת הו"מ לחלק באופן אחר בין מלוה לפקדון דדוקא במלוה אבל בפקדון לשיטת רש"י דבפקדון אפילו כ"ה חייב א"כ הי' מקום לומר דבכה"ג חייב אף שנשבע מיהו זה אינו דהא דייק מקרא וקרא בפקדון כתיב וא"כ אפילו בפקדון נפטר לרב. אמנם אף בלי ראי' הדבר ברור דאף בשבועת היסת קיי"ל דמועיל תפיסה אמנם גוף הדבר נכון מצד הסברא דהא בשבועת

היסת לא נחתינן לנכסי' רק מנדין וכל שציית דינא למה ינדו אותו כמ"ש מעלתו ומ"ש מעלתו דבגוף שבועת היסת לכאורה הוה מודה במקצת אמנם כתב כיון דעיסקא גם הפלגא דמלוה הו"ל פקדון כמ"ש הקצה"ח לענין שמטה א"כ ל"ש שבועת מודה במקצת כיון שנותן לו בפרעון אותו דבר בעצמו ודמיו קצובים הנה אף שהקצה"ח כתב כן סי' ס"ג ס"ק ב' וכ"כ התומים סי' ס"ז ס"ק וא"ו בשם הרדב"ז ח"א סי' רי"ד והוא בח"ד סי' רי"ד וכ"כ הקצה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ה. ולפענ"ד לא מסתבר כלל דכל הטעם של הקצה"ח והרדב"ז דמאחר דמחוייב להעמידה בעיסקא הרי דינו כפקדון ולפ"ז בהיתר עיסקא דידן דהלוה יכול אפילו למשתי בי' שכרא ויכול להוציאו בכל דבר ולא מקרי שולח יד בפקדון ואף בלא התיר' כמבואר בסי' קע"ז ס"ב וכל שמותר לשנות שוב לא הוה כפקדון ממש ואף דלענין היתר ריבית הוה מחצ' מלוה ומחצה פקדון היינו משום דנתנו לו ע"מ שיהי' מחצ' שכר שלו אבל מכל מקום הוא מותר לשנותו בכל מה שירצה ודוקא כשנותן לו עסקא ממש דהיינו פרגמטיא הוא דאמרו דאסור למשתי ביה שכרא אבל הלוואות דידן דהוא במעות ניהו דהוא מתנה עמו שיתנהו בעסק זה אבל כל שמותר לשנות לא הוה כפקדון ועסקא ממש וא"כ לענין שמט' וכ"ד דינו כמלוה ממש וכן לענין קידושין וכתיבה ומסיר' וז"ב כשמש ודו"ק:

יד והנה לעיל כתבתי לפום רהיטא וכעת נראה לי דאם נימא דדוקא בשבועת היסת ולא בשבועה דאורייתא ורב דנקט קרא דלקח בעליו היא מכח כ"ש א"כ הוה מצי רבא לחלק בין פקדון לשיטת רש"י וכ"ה פטור דוקא במלוה ולא בפקדון וע"ז הומ"ל ולא היא דרב בפקדון נמי מיירי דהרי הך קרא בפקדון קמיירי וע"כ דאין חילוק. והנה בגוף הסברא דרבא אמר דמצי לחלק בין הלוא' להוצא' נתנה ובין פקדון דברשותו קאי ולכאורה אינו מובן דסוף סוף כל דכפרי' שוב הפקדון אינו ברשותי' דפקדון דכפרי' הו"ל כגזלן כמבואר בסי' רי"ב ס"ז אך נראה דהנה באמת דברי רב צ"ב דהיאך אפשר דקנה ע"י שבועה ממון שאינו שלו אמנם נראה דצ"ל דע"י שנשבע זה מתייאש וקנה ביאוש כמ"ש המהרי"ק וכן הוא בש"ע סי' קס"ג וכן מצאתי בים התלמוד שביאר כן אבל לא הביא דברי המהרי"ק. איברא דבכריתות דף כ"ד אמר דלא מייאש כשא"ל רבע שורו דטרח ומייתי עדים וא"כ מכ"ש כאן דבאו עדים אח"כ אמנם צריך לומר דשאני התם דאם יביא עדים הדבר בעין וטרח ומייתי עדים אבל מלוה דלהוצאה נתנה וספק אתי ספק לא אתי וכל שכבר נשבע זה מתייאש דאף שיביא עדים מהיכן יקח דהא להוצאה ניתנה ולפ"ז ז"ש רבא דדוקא במלוה אבל פקדון כל דיש עדים והוא בעיניה וכשיביא עדים פשיטא דאף שכפרי' שוב

הוה ברשותי' ודעת הרז"ה פדו"ה דגם בהודה מפי עצמו נעשה כאילו הוא ברשותו מכ"ש בשיש עדים.

טו ובלא"ה נרא' לפמ"ש בהגהת אשר"י פא"נ גבי מחילה בטעות במה דקאמרו שם הכא הלוא' דגם מחילה בטעות כל שזכה בו חבירו מועיל ע"ש וא"כ בהלואה כל שזכה בו חבירו הוה שלו אבל בפקדון דכל דבאו עדים שוב הו"ל ברשותו ולא זכה בו חברו ושוב הוה מחילה בטעות ועיין סמ"ע סימן ע"ג דמתנה לא שייך בדבר שברשותו כ"א בתורת מחילה ושוב הו"ל מחילה בטעות ול"מ: ובזה יש לומר דבר חריף במה דקאמר רבא והאלקים אמר רב אפילו בפקדון דכי כתיב קרא בפקדון כתיב והוא תמוה דזה ידע דהקרא בפקדון כתיב ומה חידש רבא ואי דנתן טעם מה נ"ט הוא ועיין פ"י ולפמ"ש יש לומר דהנה רבא אמר בשבועות דף מ"ה ע"ב שבועת שומרין היכא משכחת לה והמסקנא הוא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ועיין בראש"ש ופוסקים ולפ"ז הכי קאמר רבא דכל שהיה לו מגו דלהד"מ א"כ פשיטא דזה מייאש דהא היה לו מגו דלהד"מ וכל שנשבע שוב מייאש א"כ אף שבאו עדים אח"כ דהרי רבא מוקי שבועת שומרין דאפקיד לי' בעדים אפ"ה כל שנשבע שא"ב נפטר. אברא דלכאורה אין ראיה מהקרא דניהו דבפקדון כתיב מכל מקום בקרא כתיב שבועת ד' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ולקח בעליו ולא ישלם והרי שיטת ר"ת בב"מ דף וא"ו דהך דלא שלח ידו היינו שלא אכלה ולפ"ז כל שנשבע שלא שלח דהיינו שלא אכלו ובאו עדים שאכלו שוב אינו ברשותו וא"כ גם פקדון הוה דומיא דהלואה ושפיר מייאש ומועיל הייאוש דכבר זכה בו ונעשה עליו גזלן וגם עכשיו אינו ברשותו וצ"ל דהקרא דולקח בעליו משמע על כל השבועות כל שקבל עליו שבועה נשבע ולא ישלם. ובזה י"ל הא דפריך ר"א בר מניומי לר"נ מבאו עדים שאכלו ולא פריך מסיפא דהודה ועיין רש"י ותוס' ולפמ"ש י"ל דבאמת רש"י פירש דר"נ אמר לשמעתא דרב הונא והדבר מבואר דרב נחמן לא יאמר פירושו דרבא תלמידו וע"כ דקאי על גוף מימרא דר"ה ולפ"ז מהודה לא הוה מצי להקשות דהוא הי' יכול לומר דר"ה לא מיירי רק בהלואה ובפקדון לא אמר והודה היינו שהודה שלא אבד דע"ז נשבע וא"כ כל שחזר והודה שוב הו"ל ברשותי' ושפיר משלם דהא ל"מ היאוש אבל מבאו עדים שאכלו דשוב אינו ברשותו שוב הו"ל כהלואה ואפ"ה משלם ושפיר פריך ודו"ק היטב.

טז נחזור לענינינו דהיתר עיסקא דידן אין דינו כפקדון רק לענין היתר ריבית אבל לשאר דברים דינו כמלוה וכמ"ש. והנה במ"ש הקצה"ח לתמוה על ספר מימוני פ' משפטים סי' י"ב שכתב לענין קידושין דבפקדון שקיבל עליו אחריות הוה כמלוה כדאמרו בקידושין

דף מ"ז ותמה הקצה"ח דשם קאי על חלק שנגנב ולפי המסקנא לא קי"ל כן ע"ש לפענ"ד כוונה עמוקה יש בזה דמהר"ם פירש שם דמה שאמרו ובמלוה לא מיירי ענין בפ"ע רק דמיירי מעיסקא שהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון וע"ז פריך בפקדון שקבל עליו אחריות דהיינו אם ישנה יהי' אחריותו עליו ע"ד המבואר בסי' קע"ז ס"ה שוב גם זה דינו כמלוה וא"כ מבואר דבחלק מלוה ודאי ל"מ מקדש והיינו הדין דמבואר בשו"ת מיימוני ובאמת שהפירוש מחוור דאל"כ מה שיאטי' דפקדון שקיבל אחריות ויהי' גרע ממלוה ודו"ק כי קצרתי: ובזה מדוקדק לשון פקדון שקיבל אחריות דהיו לו לומר שהיה ש"ש או שואל ולפמ"ש הדבר מדוקדק. ובנ"ד אם השתתפו רק בעורות לבד הדין עם מעלתו כיון דאינו רק על אותו עסק בלבד אבל אם יוכל לשנות על מסחר אחר הוה מלוה גמור אמנם נראה דגם אם לא יוכל לשנות כיון דשייך שבועת השותפים ובן הבית פשיטא דהוה מודה במקצת גמור עכ"פ לא שייך טעמו של מעלתו דבשבועת המשנה נחתינן לנכסי' מיהו גם בשבועת נשבעין ונפטרין לא נחתינן לנכסי'. והנה הרב הדיין מוהרח"י עלינבערג נ"י עוררני דמלשון הש"ע ס"ל משמע דבתפס דוקא בשבועת תורה יכול לתפוס שהרי בבאו עדים ביאר בין שבועת התורה בין שבועת היסת ומשמע דברישא שבועת תורה דוקא וכן משמע קצת בט"ז שם דמיירי משבועת מודה במקצת ועיין בסמ"ע סי' ק"ח ס"ק ט"ז. שוב מצאתי בשו"ת מהר"ם מרוטענבערק שנדפס מחדש פה לבוב ובסי' ת"ץ מבואר בהדיא דפקדון שקבל עליו אחריות דהוה כמלוה והביא הך דפ"ב דקידושין וכתב בהדיא כל דיכול לשנותו לא מקרי עיסקא וחסר שם הסוף וגם הך דתשובת מיימוני הוא ממהר"ם מרוטענבערג וע"כ נראה העיקר כמ"ש ודו"ק:

יז ודרך אגב אבאר מה שנשאלתי מהרבני המופלג מוה' יוסף שמואל קלאגמאן מפרעמעסלא בשנת תרכ"א עש"ק אמור ל"א למב"י במעשה שאירע בא' שהי' לו תביעה על שכירות דירה והגיע לו שבוע' והיפך על שכנגדו ויש עליו קב"ח ומעלתו יודע שיקבל בחרם בשקר וחושש מחמת הא דאמרו בשבועות דף מ"ז דרשב"י אמר שהשבועה חלה על שניהם והביא דברי הגה"מ פי"א משבועות שגרס בשם ר"ח וסמ"ג שהשבועה חלה בין שניהם והיינו או שהשבועה חל על הנשבע או על המושבע והאריך בזה גם אם יש חילוק בין שבועה לחרם אף שהחרם דינו כשבועה והנה באמת הך דרשב"ט לא אתיא אליבר דהלכתא שהרי אליבא דראב"א דס"ל מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם אמרו דשבועת ד' תהיה בין שניהם היינו ולא בין היורשים רק לרב ושמואל מוקי בדף מ"ז לכדרשב"ט וא"כ לפי מה דקיי"ל כר"א שוב לא נדע הך דינא דרשב"ט דהכתוב אתי להורות ולא בין היורשים.

יח איברא דלפ"ז צריך ביאור בהא דאמרו בדף ל"ט שם דאומרים סורו נא מעל אהלי אנשים הרשעים האלה ואמרינן בשלמא האי דקא משתבע קאי באיסורא אלא האי דקא משבע לי' אמאי וכו' שהשבועה חלה על שניהם וקשה הא אנן לא קי"ל כרשב"ט ואנן קיי"ל בסי' פ"ז ס"כ דאמרינן סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה. אמנם נראה דבאמת צריך ביאור לפירוש ר"ח והסמ"ג דהוא בין שניהם דהיינו או דחל על המשביע אם משביעו בשקר או דחל על הנשבע כשנשבע בשקר ולמה צריך כלל קרא והא פשיטא דלמה לא יחול על זה או על זה ובשלמא לפירוש רש"י ותוס' ור"ן דחל על המשביע אף שמשביעו באמת והנשבע נשבע לשקר שפיר אצטריך קרא דהא זה משביעו באמת אבל לפירוש ר"ח והסמ"ג מה קמ"ל וע"כ נראה דבאמת לענין מה דאמרו סורו נא מעל האנשים הרשעים הוא משום דהשבוע' חלה בין שניהם והיינו על זה או על זה ולזה צריך קרא והב"ד אומרים סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים שכ"ז שלא נודע את מי האמת שניהם נקראים רשעים וכמ"ש באבות יהיו בעיניך כרשעים אבל לרב ושמואל מיותר הקרא ואצטריך דחל על שניהם אף על המשביע וא"כ לדידן קי"ל כפירוש ר"ח ותדע שהרי נשמט הך דרשב"ט ברמב"ם וטוש"ע וע"כ כדפירשית ודו"ק. ובגוף שתי הגרסות נ"ל דתלוי במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן במ"ע מצוה ז' שלדעת הרמב"ם דהוא מצווה על שבועת אמת דהיינו בשבועת הדיינים א"כ פשיטא שאינו חל על המשביע שהוא רצה שישבע באמת ולא ישבע לשקר והתור' אמר' שבועת ד' תהי' בין שניהם ולמה יחול על המשביע כשזה נשבע לשקר אבל להרמב"ן שגם שבועת הדיינים אינו רק רשות פשיטא דיש לומר דחל על המשביע ג"כ וז"ב ועכ"פ נרא' לפענ"ד דעיקר האיסור כשמשביעו בשם ד' שמוציא ש"ש לבטלה וכדאמרו בתמורה דף וא"ו ואימא ה"מ לפייס את חבירו אבל מלקי ללקי וא"כ השבועה חל על המשביע שגרם להוציא ש"ש לבטלה אבל בשבועת היסת שאינו בשם ומכ"ש בחרם ודאי אינו חל על המשביע דאינו בשם ובאמת מ"ש רש"י דהיה לו לדקדק עם מי נושא ונותן וקשה הלא זה קאי בשבועת השומרין ובודאי מסר לנאמן. וגם ש"ש ליכא רק בשמא ועיין ש"ך סי' ע"ב ס"ק קי"ד וא"כ מה פשע זה כשמשביעו והא הוא א"י ע"כ מחוורתא כפירוש ר"ח והסמ"ג וא"כ בנ"ד אין בזה בית מיחוש ומ"ש הסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק ס"א דהיה לו לפשר עמו ג"כ לא יתכן כשזה אינו רוצה לפשר עמו כלל או שרוצה ליתן לו דבר מועט וע"כ הדבר ברור דלא חל עליו העונש ודו"ק שוב ראיתי בסמ"ג מ"ע קכ"ג בדף ל"ט שגרס כדתניא שבועת ד' תהי' בין שניהם שהשבוע' חלה בין שניהם ול"ג כרשב"ט והיינו משום דרשב"ט הוסיף שחל על שניהם וזה לא קי"ל רק שחל בין שניהם ודו"ק:

סימן כד

א להרב החריף המפולפל חרב חדה מוה' מענדיל נ"י.

ב במגילה דף י"ט ע"ב בענין חרש ששומע ואינו מדבר ובו מבואר כל דיני חרש. אשר אמר ליישב דברי הרמב"ם שפסק בחרש דא"י להוציא אחרים ותמהו הכ"מ והלח"מ בפ"א ממגילה דלפי המסקנא לר"י יצא בדיעבד ולמה פסק דא"י להוציא אחרים וע"ז אמר דכיון דמה שיכול להוציא אחרים הוא מתורת ערבות שכל ישראל ערבים זה לזה וא"כ כל שלא יכול להוציא לכתחלה איך שייך ערבות דהא אינו מחוייב כלל לכתחלה. הנה אף שלכאור' הדברים נכונים אבל באמת הש"ס לא אזיל בשיטה זו דהרי בש"ס אמרו ממאי דר"י ואף בדיעבד נמי לא דלמא ר' יהוד' היא ולכתחל' הוא דלא אבל בדיעבד שפיר דמי הרי דאמרו דלר"י בדיעבד יכול להוציא. הן אמת דבלא"ה קשה דהא לר"י בקטן שהגיע לחינוך אף לכתחלה יצא והא קטן אינו בכלל מצות ואינו בגדר ערבות כמבואר ברש"י נדה דף י"ג ובתוס' שם וא"כ איך יכול להוציא. ולכאור' רציתי לומר דלר' יהודא הסברא היא כך דהנה הרשב"א כתב וכ"ה בש"ע חו"מ סי' קכ"ט דאף דכל דהלוה מפטר גם הערב לא מתחייב מ"מ במקום שמתחלה התחייב הערב במקום שפטור הלוה שפיר חייב בערבות וא"כ יש לומר דע"כ לא אמרו דכל שאינו מחוייב בדבר א"י להוציא היינו דוקא בגדול שמחוייב בכל המצות ורק בזה נפטר שלא נתחייב בזה הענין שפיר א"י להוציא דכל שאינו מחוייב בעצמו גם בגדר ערבות אינו אבל בקטן דמפטר מכל המצות רק שמ"מ נתחייב בתורת חינוך שרוצה להתחנך במצות שפיר יכול להוציא אחרים מגדר ערבות דרצה להתחייב בדבר שמפטר מן הדין ולכך ס"ל לר"י דקטן שהגיע לחינוך יכול להוציא וא"כ לדידיה גם בחרש יכול להוציא אחרים בדיעבד כיון דמפטר לכתחילה דלא יכול להשמיע לאזניו רק בדיעבד יצא אף בלא השמיע לאזניו א"כ כשם שנתחייב לעצמו כך יכול להוציא אחרים משא"כ לדידן שפיר כל שאינו מחוייב לכתחלה א"י להוציא אחרים וז"ב.

ג ונתקיים סברת מעלתו. ומה שהקשה עוד דאם נימא דהוא מתורת שליחות א"כ הא חש"ו אינו בתורת שליחות הנה לפענ"ד אף דהוא מתורת שליחות כדאמרו סימן רע לשולחיו ועיין להרמב"ח ביום תרוע' דף כ"ט מכל מקום לא שייך גדר שליחות ובכ"מ שנתחייב שפיר יכול להוציא אחרים אף שאינו בתורת שליחות ממש. אמנם מה שהקש' דבמצות שבגופו לא שייך שליחות כמ"ש התוס' רי"ד הנה יפה הקשה וכעין זה הקש' בכפות תמרים דף מ"א ע"ש והארכתי בזה במק"א. והנה מעלתו רצה לומר דהדיבור חשוב כפירש כמ"ש המרדכי בפ"ק דחולין לענין הדיינים דל"ח קבוע כיון דהוה פירש

דהדיבור נפרש וה"ה כאן במצוה שתלוי בדיבור הוה הדיבור פירש ושייך שליחות. הנה אף שהי' נרא' כן אבל אכתי קשה כיון דבמגלה בעי השמעת אזנים וא"כ הוה מידי דממילא ולא שייך שליחות וכמ"ש הרא"ש בנדרים דף ע"ב דלענין שמיע' דהוא ממילא לא שייך שליחות וא"כ היאך יוכל החרש להוציא הא במידי דממילא לא שייך שליחות ובשלמא בשומע מפי המחויב א"כ מה שהוא שומע זה אינו מתורת שליחות רק מה שהוא שומע בעצמו מפי המחוייב אבל כיון דשומע מפי שאינו מחוייב בדבר לכתחלה וא"כ הוא רק בתורת שליחות וא"כ קשה דע"ז לא שייך שליחות דמה שהוא שומע אינו שומע מפי המחויב ולא שייך שליחות וצ"ע כעת: ודרך אגב אזכור מה שראיתי בקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק וא"ו שחידש דחרש גמור שאינו שומע ואינו מדבר דל"מ לזכות לו ע"י אחר דשליחות לא שייך בו והא דמזכין לקטן הוא משום דאתי לכלל שליחות לכשיגדיל מהראוי שיועיל בו זכייה משא"כ בחרש דמחוסר מעשה וכן בשוטה דלא בא לכלל דעת והנה ראה זה מצאתי בשו"ת מגיד מראשית להרב מוהר"ח אלפנדרי סימן ג' שכתב כן בשם הר"ן פרק האיש מקדש שכתב דטעם דזכין לקטן משום דאתי לכלל שליחות לכך אלים זכותו ע"ש ממילא משמע דחרש דלא אתי לכלל שליחות דלא שייך זכין לאדם שלא בפניו וע"ז הקש' מדברי הרמב"ם שכתב דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת קנ' ומכ"ש חרש דיותר בן דעת הוא משוטה ע"ש שהאריך הרב' בזה ולפענ"ד היה נרא' דענין זכייה שלא בפניו הוה כמו המזכה לדבר שלבל"ע דכעת אינו בר זכייה והוה כמו שמזכה למי שלא נולד וא"כ אדרבא דוקא בקטן דאינו כעת בעולם לענין זכייה רק לכשיגדיל סד"א דלא יועיל זכייה ולזה הוצרך להביא ראי' אבל לחרש דיוכל להיות שיתפקח כעת וכן שוטה יוכל להיות שישתפ' כמו רגע א"כ לא נוכל לדינו כמו שמזכ' לאינו בעולם דהא איתי' בעולם רק דפומיה כאיב ליה ואינו כעת בן זכייה וא"כ אדרבא בזה בודאי מועיל זכייה אברא דלפ"ז קשיא לי טובא בהא דאמרו לענין חרש כשם שכנס ברמיז' כך מוציא ברמיז' וקשה טובא הא האחרונים הקשו לענין קטן דאמאי לא יוכל לקדש אשה והא הקטן זוכ' בדעת אחרת מקנ' לו והרי האש' מקנית עצמ' אליו וכבר קדמם בראב"ן הובא באבני מלואים סי' מ"ג ובאמת בקטן יש לומר כמ"ש באבני מלואים שם דגזירת הכתוב הוא דכי יקח איש אשה כתיב והאי לאו איש הוא. ומה שהקש' בא"מ שם דא"כ היאך כתב הר"י בר"י דאב יכול לקדש לו אשה דזכין לאדם שלא בפניו והא מ"מ בעינן כי יקח איש כבר הארכתי בתשוב' אחת והבאתי דברי המכילתא דדריש אם אחרת יקח לו דהתור' זכתה לאב שיקח לו אשה ומקרי קיח' ע"ש: אך לפ"ז יקשה גבי חרש דאיך שייך כשם שכנס ברמיז' כך מוציא ברמיז' דלמא שאני כניס' דהאש' הקנית עצמ' אליו וזכין

לאדם שלא בפניו משא"כ הגט דחוב הוא לה איך יוציא ברמיז' והיא קושיא גדולה וע"כ דחרש א"י לזכות ע"י בן דעת וע"כ כשם שכנס ברמיז' כך יוציא ברמיז'. אך נרא' דע"כ לאו מטעם זכייה אתינן עלה דא"כ חרש וחרשת דתקינו להו רבנן נשואין ושם שניהם חרשים וגם נרא' דלענין כניס' שהוא נשואין לא שייך זכייה דבשלמא בקידושין לא פתיך ביה שום חוב דאינו חייב בשאר כסות ועונה משא"כ בכניסה דנתחייב בכמה דברים ולא שייך זכייה וז"ש כשם שכנס ברמיז'. ולכאור' הי' נרא' לי דבר חדש דבקידושין ל"מ כלל קנית הקטן וזכייתו אף בדעת אחרת מקנה לו דכפי הנרא' מרש"י בקידושין דף זיי"ן בהא דאמרו הו"ל נכסים שיש להם אחריות דאדם הוקש לקרקע וא"כ ס"ל לרש"י דקידושין הו"ל כקרקע וגם לתוס' שם נרא' דעכ"פ דין קניית קרקע יש לה לאש' וא"כ הרי במקרקעי ל"מ בקטן עד שיגדיל כמבואר סי' רל"ה ע"כ צ"ל בחרש דמועיל הוא תקנה דרבנן שכונס ברמיז' אף דרמיז' דחרש ל"מ במקרקעי כאן תקנו רבנן דמהני וז"ב ואתי שפיר: איברא דלפ"ז בפקח שנשא חרשת שוב יקשה דלא שייך כשם שכנס ברמיז' דהפקח יכול לזכות ולזכות להחרשת שלא בפני' והיא אינ' מחייבת עצמ' כלום במה שנשא' הפקח וא"כ איך יוציא ברמיז' ולא שייך כשם שכנס ברמיז'. אך באמת זה אינו דלענין גט כשהוא פקח א"צ דעת' כלל וא"כ א"צ להוציא ברמיז' איברא דבמשנ' דחרש דף קי"ב ע"ב מבואר גם בזה כשם שכנס ברמיזה כך יוציא ברמיז' ונרא' שלכך דקדק רש"י ופירש ומוציא ברמיז' דהיינו רצונ' ובשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קכ"ג ובנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' פ"ד האריכו בזה דלמה לי רמיז' לגט והא א"צ רצונ' כלל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ק"ל לרש"י למה לי' לרמיז' וגם מה מועיל רמיז' הא כניס' בלא רמיז' ולכך פירש רש"י דמיירי במגרש ברצונ' וא"כ זכות הוא לה וא"כ ממנ"פ יכול לגרש דהא נתרצית לזה וז"ב ודו"ק ובשבות יעקב כתב דרש"י כתב אליבא דריב"נ דס"ל דאינו מוציא ברמיז' ויפה כתב כמ"ש הנוב"י שם אבל עדן קשה דלא שייך כשם שכנס' ברמיזה דהא הכניס' הי' עפ"י דין שיכול לזכות לה שלא בפניה וכל שבעי דעתה שוב קשה ולכך פירש רש"י מרצונ' וא"כ זכות הוא לה והוה היציאה כמו הכניסה ודו"ק היטב. ובזה מיושב גם מ"ש רש"י ביבמות דף ק"ו ע"א ד"ה לא במ"ש כשם שכנסה ברמיזה כך מוציאה ברמיזה וא"צ חליצ' ונתקשה הנוב"י כיון דשם מיירי בפקחת מעיקרא לפי המסקנא וא"כ ניהו דהיבם יבמה בעת שהיא חרשת הא יבום א"צ דעתה ולפמ"ש א"ש דאדרבא לפי דעתה קשה לו לרש"י א"כ הא יכול לזכות לה אף בלי דעתה וא"כ איך מוציא' ברמיז' שנתרצית וא"כ הוה היציא' כמו הכניס' וז"ב ודו"ק ועדיין צ"ע בזה: אך בגוף הדבר שכתבתי דהוה כמו מזכה לנולדים ולכך חרש עדיף טפי לפענ"ד היה נרא' להיפך דהנה כיון שהקטן

הוא בעולם רק שמחוסר שנים הוה כמקנה דקל לפירותיו דהרי מקנה לאותו איש שהוא בעולם רק שמחוסר שנים וכמו בדקל שלא גדלו הפירות עדן ושפיר מועיל ולפ"ז לפמ"ש הקדמונים לחלק בדקל לפירות דדוקא דקל שפירות באין מכח הדקל משא"כ מעשה ידי' דלאו מגופן של ידי' נפקי וא"כ לפ"ז יש לומר דבשלמא קטן שההגדלה בא מכחו וא"כ הוה כמו דקל לפירותיו משא"כ בחרש דהדעת אף כשיבא אינו בא מגופו רק מעלמא אתי לי' ועכ"פ לא עבידי דאתו ואף לר"מ לא מועיל דהדיע' הוא חוץ לגופו מה שנותן הקב"ה דיעה ובינה לו ומכ"ש בשוטה דודאי מקרי מחוסר מעש' ול"מ ודו"ק. אך נרא' דבחרש כיון דרבנן תקנו שיהי' רומז ונרמז וא"כ רבנן אמרו שיש לו דיע' קצת א"כ הוה כמו שיש קצת בעולם וכמו בפירות לאחר שחנטו דלדעת רבים מהפוסקים אף לדידן מועיל כמבואר בסי' ר"ט דכל שיש לו דיע' קצת מדרבנן שוב קני מן התורה דהוה כמו שחנטו פירותיו ולא הוה כמקנה לנולדים. ובזה מיושב היטב מה דהקש' בא"מ שם בהא דאמרו בב"מ דף ח' בשלמא חרש קנה דקא מזכ' לי' בן דעת וקש' הא לא מועיל זכייה לחרש ולפמ"ש בחרש ודאי מועיל זכיה כיון דעכ"פ דעת קלישתא יש בו והוה כמו חנטו פירותיו. ולכאור' רציתי לומר דשאני התם דהפקח זכי לעצמו ומתוך שזכה לעצמו זכה לחרש ג"כ והוה כמו מקנה דבר שלבל"ע עם דבר שבל"ע ובפרט דרצה לזכות בעצמו. אך זה אינו דשם אמרו דפקח במה קנה דקמזכה לי' חרש ומסקינן באמת דחרש קנה פקח לא קנה וא"כ יקש' למה יקנ' החרש וע"כ מחורתא כמ"ש. והנ' הא דאמרו שם מיגו דהוה אשני חרשין והקשו בתוס' דהא גם חרשין לא קנו רק במיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וה"ה בזה וא"כ הוה כשני מיגו. ולפענ"ד נרא' דבאמת שאני שני חרשין מפקח דבשלמא בפקח כיון דהגביהו שניהם וכ"א יש לו דעת לקנותו לא קנו רק חציו א"כ הוה חצי' השני כמונח ע"ג קרקע ונצטרך לומר מגו דזכי לנפשי' אבל בשני חרשין דהחרש אין בו דעת לקנות וא"כ גם החצי' שהגביה לא קנה רק דמדרבנן קנה אבל לא שייך לומר דהחציו שני' הוה כמונח בקרקע דמה אולמא חציו זו מחציו השני' ואטו הי' דעת בהחרש לזכות רק בחציו וא"כ מועיל ההגבהה בכלו ולכך גם בחרש ופקח קנה החרש החציו שלא הוה כמונח השני' בקרקע וזה אמרו מגו דהוה אשני חרשין ודו"ק היטב. ומה שהקש' בא"מ שם דהיאך מטבילין גר קטן ע"ד ב"ד והא לא מצי לזכות לקטן לפענ"ד נרא' דלפמ"ש בטעם דלא מצי לזכות דהוה כמו הקנ' לנולדים דעדן קטן ואין לו זכייה וא"כ זהו במקנ' לו דבר שאין לו ענין בקטנותו לזכות בו אבל גירות דהוא בנפשו של אדם ומצוה עליו להתחנך ביהדות גם בקטנותו פשיטא דמצי להטבילו בלא דעתו וז"ב ודו"ק. שוב ראיתי בתשובת מגיד מראשית שם בתוך אריכות דברו שם שהעיר קצת דלא

שייך כשם שכנס' ברמיז' דעכ"פ יכול לזכות ע"י אחר הקידושין ע"ש מ"ש בזה ולפענ"ד מ"ש נכון ודו"ק היטב:

ד והנה במ"ש למעל' דבקרקע ל"מ קטן לקנות עד שיגדיל. הנה לכאור' דברי הרמב"ם מפורשים להיפך וכן קי"ל בסי' רל"ה שכתב פכ"ט ממכיר' הי"א ירא' לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו אעפ"י שאין ממכרו בקרקע כלום שהקטן כמו שאינו בפנינו הוא וזכין לאדם שלא בפניו הרי דיכול לזכות בקרקע ע"י שמזכה לו הבן דעת והקטן בעצמו זוכה ע"י שהאחר מקנ' לו איברא דגוף דברי רבינו תמוהין דאיך אפשר דבמטלטלין לא יועיל משום דאין נתינתו בדמים נתינ' ורק מתק"ח בפעוטות מועיל במטלטלי ובמקרקע יקנ' ועיין מ"ש ה"ה ברישׁ פכ"ט ממכיר' וכבר נתעורר בזה הקצה"ח סי' רל"ה שם והנרא' בזה דהנ' המלמ"ל בפכ"ט ממכיר' נסתפק בהא דדעת ראשונים דקטן זוכה כשדעת אחרת מקנ' אותו איך הדין בהפקר מדעת אי הוה כדעת אחרת מקנה אותו והביא דתלוי במחלוקת הקדמונים בהך דזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר וחזר בו אי הפקר חשיב דעת אחרת מקנ' או לא ע"ש דאם נימא דמעידנא דאפקרי' חשוב כיצא מרשותו בשעת זכייה ליכא דעת אחרת מקנ' ע"ש ולפ"ז נראה לי דבר נחמד דהנה באמת זה הקטן נתן דמים וקנה קרקע וכבר החזיק בקרקע דכל דאין נתינתו בדמים נתינה אף הוא לא גמר והקנה לו עד שיהיו חיובו בדמים חיוב שיוכל להוציאו ממנו כמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות בשם הרמ"ה גבי הא דנכסי בר שטיא וכמ"ש הקצה"ח שם באורך ולפ"ז נרא' לי לפמ"ש הנימוק"י הובא בב"י סוף סי' רמ"ג בחו"מ דמתנ' לא נפקא מרשות הנותן עד דאתי לרשות מקבל וא"כ כיון דזה כבר קיבל הדמים והקנ' לו הקרקע א"כ כבר נסתלק הוא מהקרקע ועכ"פ הוה כהפקר וא"כ הוה כהפקר מדעת דחשיב דעת אחרת מקנה ואף דיש לומר דכל שהפקירו כבר יצא מרשותו היינו בסתם הפקר שמופקר לכל אבל אם רצה להפקירו לזה לא יצא מרשות נותן עד דאתי לרשות זוכה ולזה כוון אא"ז הח"ץ ז"ל סי' רמ"ג בהגהות הט"ז והקצה"ח שם תמה עליו דמה ענין מתנה להפקר דבהפקר כל שהפקירו כבר יצא מרשות מרא קמא וחלילה לאא"ז שיטעה בזה אבל כוונתו דכל שלא הפקירו רק לזה הוה כמו מתנ' דלא נפיק מרשותו עד דאתי לרשות זוכה ואף אם נימא דבהפקר יצא מרשות מרא קמא זה דקא במטלטלין דשייך בהו תפס' א"כ אף חזקת ספק מועיל שאין שם מרא קמא אבל בקרקע דלא שייך תפיס' דהארץ לעולם עומדת הרי היא כמות שהית' וכמ"ש אא"ז הח"ץ שם בהגהותיו ליישב קושית הט"ז שם על הש"ע דסותר בזה ע"ש וא"כ כל דבקרקע לא נפיק מרשות המפקיר עד דאתי לרשות זוכה וא"כ פשיטא דמועיל דעת אחרת מקנ' ומעתה דברי

הרמב"ם מבוארים דלכך בקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע וא"כ כל שקיבל דמים דודאי גמר והקנה לו ניהו דל"מ ההקנא' דהא הקנ' לו ע"מ שיתן לו דמים ואין נתינתו בדמים נתינה אבל מכל מקום ניהו דהיו יכולין לחזור בהם זה וזה מכל מקום כל שקבל דמים והקנ' לו הקרקע עכ"פ נסתלק מהקרקע ורצה להפקיר לו וא"כ זכין לאדם שלא בפניו וזוכה מתורת הפקר וא"ל דל"מ הפקר מדעת דיצא מרשותו דז"א דבקרקע ודאי לא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה ובאמת שבלא"ה שיטת הב"ח באו"ח סי' תל"ד דבהפקר ל"מ עד דאתי לרשות זוכה וניהו דלא קיי"ל כוותי' וכמו שהאריך שם בברכי יוסף באורך וברוחב לדחות דבריו היינו במטלטלין או בסתם הפקר אבל כל שהפקיר מדעת פשיטא דלא יצא מרשותו ובפרט בקרקע דודאי לא יצא מרשות המפקיר עד דאתי לידי' וא"כ שפיר זכין לקטן ובאמת מה שהקש' הבר"י על הב"ח מהא דאמרו בב"ק דף כ"ח דהמפקיר כרמו והשכים ובצרו דפטור ממעשר אינו קושיא כלל וכבר הקשו כן לר' יוסי דס"ל עד דאתי לרשות זוכה הקשה הש"ס בנדרים דף מ"ד מ"ה ומשני דיש חילוק בין אפקרי' באפי תרי לאפקרי' באפי תלתא וא"כ מכ"ש בחמץ דמפקרי' בלבו דפשיטא דל"מ עד דאתי לרשות זוכ' וא"כ גם בעה"ב שהניח פיא' מצד זה ובאו עניים ונטלו מצד אחר דזה וזה פאה לענין מעשר כדאמרו בב"ק שם היינו ג"כ באפקרי' בפני תלתא דלא בעינן דאתי לרשות זוכה.

ה עכ"פ יהיה איך שיהי' דברי הרמב"ם נכונים ומתורת הפקר נגעו בי' וזהו החילוק שבין מטלטלי למקרקע ולפ"ז לענין קטן שקידש אשה תלוי גם כן אם נימא כמ"ש הר"ן בנדרים דאשה אינה מקנית עצמה רק מבטלת דעתה והוה כהפקר א"כ הי' ג"כ מועיל אבל אם נימא דהוה הקנא' ממש לא שייך בזה לקנות ומכ"ש לפמ"ש במק"א וכוונתי להקצה"ח סי' רל"ה שם שכתב דכוונת הרמב"ם הוא דאחר שתקנו דבמטלטלי הוה מדרבנן קנין א"כ לענין הדמים הוה הנתינה נתינה וכיון שכן שוב קנה ממילא הקרקע מה"ת דהא הקנה לו ויש דעת אחרת מקנ' וא"כ שוב בחרש שפיר שייך כשם שכנס ברמיז' דהא ל"מ רק מפני שתקנו שיקנה ברמיז' דאל"כ לא הוה נתינתו בדמים נתינ'. ומן האמור נרא' להבין מ"ש הרשב"א והנימוק"י ר"פ חרש דהא דמוציא ברמיז' דוקא כשקידש בכסף אבל קידש בביא' קידושיו קידושין וגירושיו אינו מעש' והב"י סי' קכ"א באהע"ז כתב דלא ראה להפוסקים שיביאו זאת ולפמ"ש נכון הדבר בטעמו דבשלמא בכסף דאין נתינתו בדמים נתינה וא"כ מה שקידש לא חל רק ע"י שתקנו חז"ל דיקנ' ברמיזה א"כ כשם שכנס ברמיזה כך מוציא ברמיזה אבל בקידש בביאה דשפיר כל שהיא מתקדשת לו בביאה ולפמ"ש הר"ן בנדרים הנ"ל היא מבטלת דעתה ורצונה והוה כהפקר וא"כ הרי

הפקר מדעת זוכה הקטן וה"ה חרש כל שיש דעת אחרת מקנה א"כ הקידושין הם קידושי תורה ואיך יועיל גיטו שאינו רק דרבנן וז"ב.

ו ובזה ישבתי לנכון תימה גדולה שתמה המלמ"ל בפ"ב מגירושין הי"ז שהזכיר הרב המגיה שם משמו דהקשה על הירושלמי דמבואר במשנה בפרק חרש להיפך דהרי תני שני אחין חרשין וכו' ואם היו נכריות יכנסו ואם רצו להוציא יוציא והרי שם קדשו בביאה ואפ"ה מוציאין וכן הקשה בגיטין דף ע"א דפריך יבמתו ממאן אי לימא מאחי' חרש דשם שכנס ברמיז' כך מוציא ברמיזה והרי ביבם היא ביאה ובביאה לא שייך כשם שכנס ברמיז'. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דלא שייך כשם שכנס ברמיזה לפי שהכניסה היו בדין גמור והיינו דזכה בה מהפקר כשיש דעת אחרת מקנה והיינו דאף בהפקר מדעת חשוב דעת אחרת מקנה ולפ"ז זהו באשה דעלמא דהוא צריך דעתה והיא מבטלת רצונה ונעשית כהפקר אבל ביבמה דיכול לייבם בע"כ וא"צ דעתה א"כ אף בביאה א"י החרש לזכות רק מתקנת חכמים דהא אינו תלוי היבום מצדה רק מצד היבם וכל שהוא חרש לא יכול ליבם רק שכונס ברמיז' וכשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה וז"ב מאד. ובזה הן נסתר מחמתו דברי הב"ש סי' קע"ב ס"ק י"ד שרצה ליישב דברי הרמב"ם עפ"י דברי הירושלמי הנ"ל ולפמ"ש אי אפשר לומר דביבם ג"כ אמר הירושלמי דא"כ היו היפך המשנה והש"ס דילן בגיטין ובבית מאיר שם הקשה על הירושלמי מש"ס גיטין הנ"ל ותמהני דלמה לא הקשה ג"כ מהמשנה וכמו שהקשה המלמ"ל אבל לפמ"ש מהמשנה וש"ס גיטין אין סתירה להירושלמי אבל דברי הב"ש תמוהין ודו"ק היטב ועיין ביבמות דף קי"ג דחרש כותבין לה הב"ד כתובה ומשעבדין לה קרקע מטעם דזכין לו לאדם שלא בפניו והאריך בזה בספר מגיד מראשית הנ"ל דאיך שייך זכות בחרש ולפמ"ש אתי שפיר ואין להאריך שכבר הארכתי הרבה יותר מדאי ויראתי כי יתמשך לאין קץ ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הוא ענין נחמד ונעים ת"ל:

ז עוד הי' נראה לי דבר חדש בדברי הרמב"ם שכתב דקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע דמועיל וכ"כ דדבריו תמוהים למה יועיל וכ"כ בזה. וכעת נראה לי דהנה בתשובה אחת כתבתי בביאור ענין דעת אחרת מקנה דלמה יועיל ואמרתי אל לבי דהנה כל החסרון הוא משום דבעי דעת קונה להתכוין לקנות וזה לא נתכוין או שאין לו דעת שיהי' יוכל לכוין ולפ"ז הרי בקטן מועיל כל שגדול עומד ע"ג אף בגיטין משום דכל שעומד ע"ג ומזהירו הוה כמכוין ולפ"ז מכ"ש לענין זכייה דדעת אחרת שמקנ' אותו הוה כמכוין עבורו איברא דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין דף ס"ג ובתשובתיו סי' כ"ו והובא בב"י או"ח סי' ת"ס בשם הרשב"א שכתב בשם רבינו יונה ז"ל דכל דמועיל

שליחות מועיל דעת עומד ע"ג ומטעם דנעשה שלוחו בכוונתו משא"כ במקום שאינו מועיל שליחות לא שייך דעת עומד ע"ג דיהי' כדעתו ע"ש ולפ"ז בקטן דל"מ שליחות לקטן מה מועיל דעת אחרת מקנה הא אינו נעשה שלוחו ולזה נראה שכוון הרמב"ם בפכ"ט שם הלכה יו"ד שכתב קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכים בהם וא"כ ראיה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונים לו מפני שנתרבו מדין שליחות וכו' והשיג עליו הראב"ד שלא אמרו שאין לו חצר רק למציאה בלבד ולא לקנין ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבעינן דעת אחרת מקנה והוא מתורת שליחות וכיון שאין לקטן חצר וכ"ש שליחות לכך ל"מ דעת אחרת מקנה וז"ש אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה והיינו אף בשאר קנינים כיון דעכ"פ יש לה חצר מתורת יד שוב שייך קצת שליחות בה דכידה ועכ"פ כוונת המקנה סגי דעכ"פ הוה כידה אף דאין לה שליחות מכל מקום יש לה חצר. ובזה מיושב תמיהת הש"ך סי' רל"ה ס"ק ג' ודו"ק. ומעתה זהו בכל הקנינים אבל חזקה דכתב המחנה אפרים בשם המהרשד"ם דנעל גדר ופרץ מועיל אף ע"י עכו"ם וכ"כ בשו"ת שנספח לאבני מלואים ח"ב סי' כ"ו שחזקה שהוא תיקון בקרקע מועיל אף ע"י עכו"ם ולכך כל שהחזיק בקרקע מועיל אף בקטן ויש להאריך בזה לענין חרש לפמ"ש התוס' ביבמות דף ק"ד וברשב"א שם חולקים בין חרש לקטן אבל אין להאריך כי לא באתי רק לעורר לב ועין ודו"ק היטב. ובזה מיושב דברי הרב המגיד שלמד דברי הרמב"ם מקידושין מנשיא ומהא דאקני לבנו קטן ותמה המהרי"ט חלק חו"מ סי' כ"א דשם הוה מזכה לקטן ע"י אחר וכאן הקטן בעצמו זוכה כשמקנה לו אחר ולפמ"ש א"ש דכל שנעשה שלוחו הוה כמזכה לו ע"י אחר שהוא בעצמו נעשה שלוחו לענין הכוונה ודו"ק היטב כי קצרתי ועיין במחנה אפרים הלכות קנין משיכה: ובחידושי אמרתי להמתיק הדברים דהנה הרשב"א כתב בשם רבינו יונה ז"ל דבשחיטה דלא בעי כוונה של בעל הבהמה רק של שוחט לבד ל"מ כוונת הבעל הבהמה דהא א"צ דעת של בעל הבהמה שאם שחט שלא מדעתו ג"כ הי' כשר ולפ"ז אם הי' הקטן יכול לזכות שלא מדעת המקנ' לא הי' מועיל כוונת המקנ' אבל כיון שקטן שלא בפניו הוא א"כ אף שהמוכר כבר קיבל דמים והקנ' הקרקע הרי כאלו זכה מן ההפקר וא"כ לא הי' צריך דעתו ול"מ דעתו לזה אמר כיון שקטן הוה כשלא בפניו וצריך דעת המקנ' לכך זכין לו שלא בפניו ודו"ק:

ח והנה בספר מים חיים להגאון בעל פר"ח חידש דיכול ליתן פדיון הבן לכהן קטן ומטעם דדעת אחרת מקנה שאני והביא ראיה מהא דאמרו ביבמות דף צ"ט דחש"ו אין חולקין

להם תרומה בבית הגרן אבל משגרין להם לבתיהם והיאך מצי הקטן לזכות וע"כ משום דכל דיש דעת אחרת מקנ' שאני ובקצה"ח סי' רמ"ח דחה ראייתו דא"כ מה יענה לשוטה דל"מ אף ע"י דעת אחרת וגם במתנת כהונה דטובת הנאה אינו ממון לא שייך דעת אחרת מקנה כמ"ש המרדכי פ"ק דמציעא ע"ש שכתב טעמים אחרים בזה.

ט ואני בעניי תמהתי דאין התחל' לקושיא דהרי משגרים לבתיהם וכתבו דשם יש אפטרופוס גדול היודע לשמור בטהר' וכ"כ הריטב"א ביבמות שם ביש שם גדול בן דעת וא"כ הרי מבואר בחו"מ סי' רמ"ג דהמזכ' לשוטה ע"י בן דעת זכה וכן זכין לקטן אפילו בן יום אחד וא"כ פשיטא דבכה"ג דמשגרין לבתיהם דזכה הקטן. איברא דאכתי קשה דא"כ היאך קתני דאין חולקין להם בבית הגורן ומפרש בש"ס דלאו בני דיעה נינהו ופירש"י דבמלתא אחריתא הוא והיאך מצי לחלק ביניהם והא לא זכו וכן קשה בהא דתנן בסוכה דף מ"ב דקטן היודע לישא כפיו חולקין לו תרומה ועיין תוס' יבמות והיאך זכו לו. ובאמת לולא הך דסוכה הייתי מפרש דלאו בני דיעה נינהו ואין להם לזכות וגם דעת אחרת מקנה לא שייך בזה. אך לפ"ז יקשה א"כ היאך אמרו בסוכה שם דחולקין לו וא"ל דהך יודע לישא את כפיו מיירי בהגיע לשנת הפעוטות דז"א דאכתי בעי דעת אחרת מקנה כמבואר סי' רמ"ו סט"ו. אך נראה דכאן שייך דעת אחרת מקנה אותו דאף דט"ה אינה ממון היינו משום שיכול הכהן ללקחה ועיין תוס' חולין דף קל"א ולפ"ז כאן דהחש"ו א"י ליקח דאין להם יד לזכות והתורה כתבה נתינה והרי אף במקום דכתיב תעזב דרשו ולא לפני עטלפים וא"כ מכ"ש במקום דכתיב נתינה בעי נתינה מיד ליד לכהן שיכול לזכות וא"כ לגבי החש"ו דעת אחרת מקנה גמור חשוב להו דלגבייהו יש לו ט"ה גמור דא"י ליקח והוא מזכה להם וא"ל דאכתי יוכלו אחרים לקחת דזה אינו דכיון דהוא מחלק להכהנים ולזה נתנה לו התורה רשות שפיר יכול להקנות לחש"ו ואף דגבי שוטה ל"מ דעת אחרת מקנה מ"מ כאן אגב חרש וקטן נקט גם שוטה דאין מחלקין להם ומשגרין לבתיהן קאי אכלהו דשם מזכה ע"י גדול ואלולי דמסתפינא דלא לחכו דרי בתראי הייתי אומר דבמתנות כהונה דהתורה זכתה להכהנים הוה כמזכה להם ע"י בן דעת דדעת שכינה איכא והקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי ומזכה לחש"ו ע"י דעת התורה דזכה להן מתנות כהונה ודו"ק עוד נראה לפענ"ד דלפמ"ש הר"י אבן פלאט הובאו דבריו בשו"ת הרשב"א ח"א סי' ח"י ובמיוחסות סי' קפ"ט דעל מתנות כהונה אין מברכין על נתינתה דאין הישראל נותנה משלו אלא שהשי"ת זכה אותה לכהן ומשלחן גבוה קזכו ועיין פר"ח יו"ד סי' ס"א סק"א ובתשובה אחת כתבתי ליישב מה שתמה בספר פאת השלחן שנדפס מחדש בתוככי ירושלים וצפת תוב"ב מהרב בעהמ"ח

תקלין חדתין מכמה מקומות דמשמע דבמ"כ לא שייך משלחן גבוה קא זכו והארכתי בזה עכ"פ חזי מאן גבר דקמסהיד ע"ז הר"י אבן פלאט והרשב"א ולפ"ז לא שייך לומר בזה דאין הקטן זוכה דזה לא שייך רק בדבר שצריך לזכות בדבר חדש ודבר שהי' של חבירו אבל כאן מעולם לא הי' כלל של הנותן והוא משלחן גבוה קא זכי ואותה התבוא' נתחייב' לתת ממנה כך וכך ללוים והוה כמו ירושה דכתבו התוס' בפרק בן סורר דזכה הקטן וכ"כ ג"כ הקצה"ח דהוה כמו ירושה דההתור' זכתה להם אלא שהי' מקום לחלק דאכתי אין להם יד לזכות והתור' אמרה ונתן לכהן ואיך נפטר בזה מהנתינ' ולפמ"ש הר"י אבן פלאט דכהנים משלחן גבוה קא זכו ולכך אין מברכין על הנתינ' א"ש ודו"ק היטב ועיין בנתיבות המשפט מ"ש בזה לדחות דברי הקצה"ח ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק ויש להמתיק הדברים דבאמת מ"ש הר"י אבן פלאט דהם זכו משלחן גבוה כבר כתבתי דהקש' הרב בעל פאת השלחן מהא דאמרו ביבמות דף פ"ז מלחם אביה תאכל לחם הקנוי לאבי' פרט לחזה ושוק שמשלחן גבוה קא זכו ופירש"י דתרומה קנוי לכהן שאינו שירי המלך אבל שירי קדשים הם כמשאת מאת פני המלך שהם שירי שלחנו ולפ"ז מבואר דלאו משלחן גבוה קא זכו וכן הקשה מקידושין נ"ב דאמרו המקדש בחלקו דאינה מקודשת דמשלחן גבוה קא זכו ואילו במקדש בתו"מ מקודשת הרי דלא שייך משלחן גבוה זכו ואמנם ביאור הדברים דל"ש משלחן גבוה קא זכו רק בדבר שכלו קדוש ואדרבא הכהנים אוכלין שירי מלך אבל תרומה אדרבא המותר הו"ל חולין יש להכהנים קדש דהוה תרומה דמשלחן המלך זכו שיהי' שייך להם תרומות ומעשרות אבל אינם נקראים שירי המלך והם חלקם ונחלתם ולפ"ז אמת דהם משלחן גבוה זכו דהתור' זכתה להשבט הלז התרומות והמעשרות וא"כ הוה כמו ירוש' דאתי ממילא וז"ב כשמש ודו"ק היטב:

י והנה המופלג מוה' יוסף שורשטיין ני' הקשה בהא דאמרו בקידושין דף נ"ט דאי תני האומר לחבירו ה"א חבירו הוא דכי קדשה במקום אחר אינה מקודשת דסבר לא טרח וע"ז הקשה דהא הרא"ש כתב גבי אימר ארצויי ארצי קמי' דכל דגלה דעתו הו"ל זכי' ויוכל לזכות לו וא"כ גם כאן ניהו דלא טרח אבל עכ"פ הרי גילה דעתו ויכול לקדש לו גם במקום אחר דהרי זכות הוא לו דהא גילה דעתו שבאותו מקום רוצה שיקדש לו ולק"מ כיון דיש מקום לומר דבאותו מקום הוה לו זכות דרחמו לי' ובמקום אחר סנו לי' וכדאמרו בקידושין דף נו"ן א"כ שוב לא שייך זכות כ"כ וא"י לקדש במקום אחר וז"פ:

והנה בשנת תרט"ז א' קרח ואנכי יושב בטריסקוויטץ ולמדתי מסכת כתובות ובהגיע דף י"א לענין גר קטן דמטבילין אותו ע"ד ב"ד והאריכו התוס' דהיאך משכחת גר קטן הא זכייה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן ומכ"ש לנכרי וכתבו דמשכחת גר קטן מה"ת

בעוברת שנתגייר' והקשה בהפלא' דאכתי למ"ד עובר לאו ירך אמו מא"ל והא המזכ' לעובר לא קנה וגם הקדמונים האריכו בהם דנשי מדין דאמרה תורה החיו לכם ולמדו ביבמות דף ס' דמותרות לכהונ' בפחות מבן ג' ולרבנן לעבדים ולשפחות והיאך מועיל הגירות והא אין לו זכייה מן התור' ועיין בהפלא' שהאריך בזה. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בטעם דאין מועיל שליח לקבל' בגט בקטן כתב הרמב"ם דאין מעידין על הקטן ועיין בקצה"ח סי' קפ"ח וא"כ כאן דמטבילין אותו ע"ד ב"ד וא"כ למה לא יועיל והב"ד מעידין דבסתמא ניחא ליה כ"ז שלא מיחה ושפיר מועיל. ובלא"ה נראה לפענ"ד לפמ"ש הרא"ש בפ"ק דקידושין דלטובת' ולתועלתה נעשית הקטנ' שליח א"כ כאן דודאי זכות הוא לה לנפש' ודאי מועיל ובלא"ה נראה לפענ"ד דבר חדש כיון דכל עיקר דל"מ זכייה והקנא' לקטן הוא משום דחסר דעת הקונ' וא"י לקנות ואין לו יד לקנות וא"כ כיון דאמרו בב"ק דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי וא"כ מכ"ש כאן דבא להתגייר ולכנס תחת כנפי השכינ' א"כ הוה דעת הקונה דדעת שכינה איכא וז"ב. והנה בהא דאמרינן הגדילו יכולין למחות ופריך הש"ס דא"כ אמאי אית לה כתובה דלמה תמחה ולכאור' צ"ב לפמ"ש בר"ן בנדרים דף כ"ט דהאש' אינה מקנית עצמה לבעל רק שמפקרת עצמה והבעל זוכה בה כזוכה מן ההפקר א"כ קשה למה תוכל למחות הא הוא קדשה ונשאה וזכה בה מן ההפקר ולאחר שהפקיר' עצמה לו היאך יועיל חזרה ועיין בר"ן נדרים דף פ"ה אמנם צריך לומר כיון דההפקר היה שלא מדעת וכל שמחתה הוה הפקר בטעות:

יא ובזה נראה לפענ"ד בנשי מדין דעכ"פ לעבדים ולשפחות הי' יכולין לזכות בהם וא"כ שוב זכו מן ההפקר אף שלא רצו ושוב אינם יכולין למחות אח"כ כשיגדילו שאף שרוצים לחזור ל"מ שכבר זכו בהם משום הפקר וניהו שגזיר דאסורות לכהונ' מכל מקום בקטנותם היינו אומרים דזכות הוא להן וא"כ אחר שבאו לכלל דיעה ל"מ חזרתם שכבר זכו בהן מן ההפקר כנלפענ"ד דבר חדש:

יב והנה ביום ב' מסעי כ"ה תמוז תרט"ז ואני פה טריסקאוויטץ שלח לי הרב הגדול מוה' יקיתואל זלמן נ"י אבדק"ק גארליטץ וכעת בק"ק דראבהביטש חורפי' מה שחידש בסוגיא זו והנה אמרתי להשיב והנה הרי"ף השמיט הך דאם הגדילו יכולין למחות ותמהו עליו הרא"ש וכה"פ וברמב"ן במלחמות כתב דהרא"ש מפרש דברי ר"י בגר שנתגיירו בניו עמו אבל ר"ה דאמר גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד אינו יכול למחות דא"כ מה כח ב"ד יפה וע"ז תמה דא"כ היה לו להרי"ף לחלק דבגר שנתגייר הוא ובניו עמו דהגדילו יכולין למחות משא"כ בגר שנתגייר ע"פ ב"ד ועוד א"כ מה מקשה מהגיורת והשפח' וכי' לשני דמיירי בנתגיירי' ע"פ ב"ד ועוד דכל גר צריך ב"ד שלשה והנה בפשיטות ל"ק

דכיון דהרי"ף לא הביא רק דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד ובזה ס"ל דא"י למחות א"כ הוא אינו מביא פרטי הדינים בביאור וממילא נשמע מהשמטתו דבנתגייר ע"פ ב"ד דא"י למחות משא"כ ע"פ אביו וגם מ"ש להקשות דא"כ מה פריך מהגיורת שנתגייר' לישני דמיירי בנתגיירה ע"פ ב"ד יש לומר דהא קתני הגיורת בה"א הידיע' ומבואר בשיט' מקובצת דהוא משום דמיירי מגיורת חשובה דהיינו בנתגייר' עם אביה דהיא חשוב' טפי יעו"ש בשיט' במשנה וגם מ"ש דכל גר ע"ד ב"ד לק"מ דדוקא ב"ד מומחין שייך מה כח ב"ד יפה ולא בג' הדיוטות אף גוף חלוקו אינו מובן דאדרב' בנתגייר' עם אביה חשוב' טפי דהרי בש"ס אמרו לימא מסייע ליה לר"ה מגיורת ומשני דמיירי משנה בנתגייר' עם אביה דניחא להו במה דניחא לאבוהון וא"כ הך גיורת חשובה טפי וכ"כ בשיטה והבאתי למעל' דמש"ה קתני הגיורת בה"א הידיע' וא"כ איך אפשר דלענין שיהיו יכולין למחות יהיה להיפך וז"ב ופשוט והרי יהי' יציבא בארעא וגיורא וכו'. והנה גוף חלוקו של הרמב"ן דע"פ ב"ד עדיף משום דמה כח ב"ד יפה לפענ"ד ע"כ לא אמרינן מה כח ב"ד יפה בקידושין דף מ"ג ובכתובות דף ק' רק לענין ממון דהפקר ב"ד הפקר וזה שייך לענין ממון ולא לענין איסור דאיך יש כח בידם להפקיר וגם לא שייך הפקר בזה דלמי הפקירו אותו הגוף שלא יוכל למחות. והן נסתר מחמתו מה שחידש מעלת כבודו דלדידן דקיי"ל בקידושין שם הגדילו א"י למחות דא"כ מה כח ב"ד יפה א"כ שוב גם בזה קיי"ל דלא כר"י דהגדילו אין יכולין למחות משום דא"כ מה כח ב"ד יפה ולא ידעתי אחר שרצה לדמות הדברים א"כ כבר קדמו הרמב"ן בזה אבל באמת אי אפשר לומר כן דלא שייך בזה מה כח ב"ד יפה דלא שייך הפקר ב"ד בזה והש"ך שחידש דבד"מ יכולין לזכות אף במקום שיש חובה קצת לא משום דמה כח ב"ד יפה רק מטעם דהב"ד אביהם של קטנים והם נעשים יותר שלוחים משאר שליחות אבל לא מטעם מה כח ב"ד יפה. אמנם ביאור סברת הרמב"ן נראה ברור דהנה כיון דאמרו דבגר שנתגייר עם אביו ניחא ליה במה דעביד אבוה א"כ זה כ"ז שהוא קטן והוא ברשות אביו אבל הגדול כיון דלא נתגייר ע"ד ב"ד רק שהיה ניחא ליה במה שעשה אביו א"כ כל שהגדיל ויצא מרשות אביו א"כ שוב יכולין למחות אבל ב"ד איך שייך כשהגדיל יצא מרשות ב"ד והא הב"ד ככחם אז כחם עתה ואם נימא דאין הכח ב"ד עליהם כשהגדילו שייך מה כח ב"ד יפה דכח ב"ד אינו כמו אב על בנו דאינו רק בקטנותו והם כחם לעולם וז"ב כשמש בסברת הרמב"ן ונסתייע הרי"ף מהא דקבעו הש"ס מלתא דר"י בתר הא דאוקמא בגר שנתגיירו בניו עמו וע"ז שייך דברי ר"י אבל לא בגר שנטבל ע"ד ב"ד. ובזה מיושב מה שהקשה מעלתו דא"צ לוקי הך דהגיורת בכה"ג שנתגייר ע"ד ב"ד ולפמ"ש הקשה אביי דא"כ מה קמ"ל ר"ע הא

מתניתין היא וע"כ צ"ל דהמשנה יכול לאיירי בנתגייר הוא ובניו עמו וא"כ שפיר מקשה דא"כ איך נותנים לה כתובה וכן קנס ובקנס בלא"ה יש לומר דאיך שייך קנס במפות' הא מחלה ואב אין לה דהא נתגייר וכקטן שנולד דמי מיהו בקטנותה אין יכול' למחול מיהו אמרו בש"ס ריש פרק אלו נערות נערה אין קטנה לא וצ"ל דפיתוי קטנה אונס הוא ולא מחלה ועיין שיטה שם ועכ"פ ל"ק קושית מעלתו וגם מה שהקש' דכל גר צ"ל ב"ד לפמ"ש ל"ק דכל שנתגיירו בניו עמו אף שב"ד מטבילין אותו מכל מקום הגר לא נתגייר רק משום דניחא ליה במה דעביד אבוהון ולכך כשהגדילו יכולין למחות ומ"ש מעלתו להקשות על הפלא' שהקש' מהך דיבמות וגם התוס' בסנהדרין הרגישו בזה ומה קושיא הא שם העבירו ע"פ ציץ והוה כמו ע"פ דיבור ולק"מ דאטו בשביל שהעבירום ע"פ ציץ ולא נבעלו הוא מוכרח דרוצים להתגייר ולא ידעתי מה ראה לדמיון זר כמוהו גם מ"ש כיון דלא טעמו טעמא דאיסורא שוב בודאי ניחא להו דכל מה דקמ"ל ר"ה הוא רק דלא נימא דלא ניחא להו בשביל דטעים טעמא דאיסורא א"כ שם דהעבירום ע"פ ציץ שפיר יכול לגיירם. הנה אף שנסתייע מהפלא' שגם הוא דרך בזה אבל אין כאן קושיא דטעמא דאיסורא הוא לא לבד בביאה רק בכל הטעמים של איסורי מאכלות דגוי א"צ שחיט' ומליח' וכדומה כל המצות והש"ס לא נקט רק מה שהוא ראש לכל התאות מיהו זה אינו דא"כ היאך מטבילין קטן ע"ד ב"ד הא יש לומר דניחא ליה בשאר איסורים דודאי טעים איסורא.

יג אמנם בפשיטות ל"ק דהרי שם היו כל שא"ר לבעל הא כל שראויים לבעל אף שלא נבעלו אסורים והרי שם לא טעמו טעם דאיסורא ואפ"ה לא נתקבלו וע"כ דהגירות לא תלוי בשביל דטעמו טעם איסור ושפיר הקשו גם לפי הה"א דהא ידעו ממה דהעבירום ע"ג ציץ א"כ שפיר קשה היאך ס"ד דהוה גרים מיהו לר"ה לשיטתי' אין מקום לקושייתם וי"ל דר"ה למד משם דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד עוד יש לי לומר דבר חדש דבאמת זה תלוי בהך דנחלקו אביי ורבא בסוף תמיד נשחט אי סמכינן אניסא ועיין בתוס' ישנים ביומא בהא דמפרישין כה"ג ולא סמכינן על הנס ועיין בתוס' יו"ט ריש דמאי ולפ"ז ענין הציץ שפיר לא סמכינן עליה לענין מצות גירות והא דסמכינן שם הוא לרבנן דס"ל דלעבדות גיירום וא"כ היו רק לעבדים וכיון דהתור' צותה דכל שא"ר לביאה שפיר סמכו על הציץ דהרי לא היו נמנו רק לענין עבדות והתור' אמרה כל שא"י איש החיו ודו"ק. והנה במה שהקש' על הרמב"ן דכל גר צריך שלשה וכתבתי למעל' דמה כח ב"ד יפה לא שייך רק בב"ד מומחין אמנם לפי שהסוגיא דף ק' לא נראה כן ועיין אהע"ז סי' ק"ג ובב"ש ס"ק א' שם וע"כ נראה דבלא"ה ל"ק דאם נימא כהמרדכי דבעי שיבא לב"ד ויאמר

גיירוני א"כ זה דוקא כל שבא לבדו נמצא הב"ד מטביל אותו אבל כל שנתגייר עם אביו וא"כ הוא לא בא להתגייר א"כ מה בכך שהב"ד עומדין על הטבילה מכל מקום הקטן אינו מתגייר ע"ד ב"ד רק ע"ד אביו וגם יש לומר דהב"ד מטבילין האב והאב מטביל הקטן וז"ב וכ"ז לפי הבנת מעלתו אבל כ"כ כוונת הרמב"ן ויש להוסיף דבשלמא כשטובל ע"ד ב"ד א"כ איך יוכל למחות אח"כ והלא טבל ע"ד ב"ד והו"ל כנדר עד"ר דא"י לשאול דהא נדר ע"ד אחרים אבל בנתגייר עם אביו א"כ לא היה לו רצון כלל דקא ניחא ליה במה דקעביד אבוה א"כ זהו רק בקטנותם ואח"כ יכולים לחזור וז"ב: והנה מ"ש למעל' דלא שייך מה כח ב"ד יפה רק לענין ממון הנה אף שבגיטין דף ל"ג אמרו מה כח ב"ד יפה גם לענין איסור לענין בטלו מבוטל אבל אמרו שם באמת בשלמא בכסף הפקר ב"ד הפקר אבל ביאה מא"ל ומשני דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וא"כ מבואר בהדיא דכל שאינו שייך הטעם הלז לא שייך מה כח ב"ד יפה באיסורים ודו"ק היטב ועיין יבמות דף ס"ז ע"ב:

יד והנה במה שהבאתי לעיל קושית השבות יעקב והנוב"י סי' פ"ד וכתבתי בזה וכעת שנת תברך ז' מנחם א' ואתחנן נתעוררתי בזה והנה נראה לפענ"ד דבר ברור דע"כ לא שייך לומר דהאיש מגרש שלא לרצונה רק באם הקידושין היו כדין א"כ שוב שייך לומר שיש לו כח לגרש את אשר קידש אף שלא לרצונה אבל באם הקידושין אינם כ"כ כח חזק כמו פקח בחרשת שאין הקידושין כ"כ כח חזק א"כ שוב לא נתנה התורה לו כח לגרש שכל הטעם דמגרש בע"כ הוא משום שכח אישות שלו חזק וא"כ כיון שהוא המקדש נתנה לו התור' כח לגרש בע"כ אבל אם אין לו כח כ"כ לקדש והקידושין דרבנן א"כ שוב צריך דעת שניהם או משום שהוא תיקון כמו חרש וחרשת שרבנן תיקנו הקידושין וא"כ שוב האלימו כח שניהם כח האיש והאשה ושוב לא יוכל לגרש בע"כ דבשלמא קידושי תורה התורה תלה בדעת האיש דכתיב כי יקח וא"כ רק בו תלה הכח אבל כל שהוא מדרבנן רבנן האלימו כח שניהם וז"ב ובזה מיושב קושית השבו"י והנוב"י וגם ביבם פקח שעיקר היבום בא מכח קידושי החרש ולכך צריך לתת הטעם משום דכל שכנס ברמיזה כן מוציא ברמיזה וז"ש רש"י ול"צ חליצה והיינו דה"א שצריך חליצה דהיבום בא מכח קידושי חרש ואין היבום רק מדרבנן וא"כ ל"מ למפטר' בגט רק בחליצה ולכך כתב כיון שכנס ברמיז' כך מוציא ברמיזה וא"כ הוה קידושין וגירושין שוה וז"ב והנה החריף מוהר"י ר"פ ני' הקשה דלפי מה דמוקי בפקחת ואח"כ נתחרשה אכתי תקשה דהא הוא הי' חרש מעיקרא וא"כ כשם שכנס ברמיז' כך מוציא ברמיז' ואמאי לא יחליץ ובזה חידש דע"כ צריכין לאוקמא שגם הוא היה פקח ואח"כ נתחרש ובזה רצה ליישב

דברי רש"י ד"ה ואשת אחיו שכתב דלהכי מייתי לה לגלויי אהנך תרתי תיובתא דבחרשת וחרש מעיקרא מיירי ותמה המהרש"א דהא חרש כדי נקט דבחרש כיון דמכח פקח נפל לא שייך לומר כי היכא דעל הכי נפק ואמר הוא דלפמ"ש ל"ק דאכתי קשה מחרש בעל חרשת דאמאי לא יחלוץ הא כי היכא דעל הכי נפק ובזה אמר דשוב דברי המגמגמין שהביא רש"י בד"ה נכריות נמי נכונים ולא שייך תירוצו של רש"י דאכתי קשה מחרש בעל חרשת ולפענ"ד ל"ק דניהו דאמרינן כשם שכנס ברמיזה כך מוציא ברמיזה היינו דוקא כשהיא חרשית מעיקרא א"כ לא הי' ברצונה כלל כך יכול להוציא שלא ברצונ' והיה מקום לחלוץ ג"כ אף דלאו בני קרייה נינהו מכל מקום הרי הקידושין היו ברמיז' וסגי ברמיז' החליצ' ג"כ אבל כל דמסקינן דמיירי דהיתה פקחית ואח"כ נתחרשה ניהו שמצי לגרשה ברמיז' כשם שכנס ברמיז' דהיינו שהוא היה חרש אבל מכל מקום חליצה דבעי קרייה והיא לא יכולה למקרי והיא הית' פקחית א"כ דבר שצריכה לקרות אין מועיל רמיזה בדבר שצריך מצדה קרייה דבשלמא גט א"צ שתאמר כלל ומצד החרש סגי כיון שהוא כנס ברמיזה אבל חליצה דמצדה היו קידושין רק מצדו חסר הכח אבל מצדה לא מועיל חליצה כיון דצריך למקרי והיא א"י וז"ב ודו"ק ומה דפריך לבסוף משני אחין חרשין ורש"י ל"ג מדהן חרשין וכו' פריך מפקחת דהיא יכולה למקרי ומצדו סגי ברמיזה כשם שכנס ברמיזה וז"ב כשמש:

סימן כה

א בענין קנס בבא עליה שלא כדרכה:

ב הנה בלמדי באהע"ז סי' קע"ז ראיתי בב"ש ס"ק א' שכתב וז"ל קנס איתא דוקא בבתולה ולו תהיה לאשה משמע כמו בבתולה אבל בושת משמע ברמב"ם אפילו בבעולה דהא כתב באו עליה שנים אחד כדרכה ואחד שלא כדרכה חייב השני בבושת אע"ג דהיא כבר בעולה מראשון עכ"ל ודבריו תמוהין לפענ"ד דמ"ש דולו תהיו לאשה משמע דוקא בבתולה דהרי ביבמות דף נ"ט אמרו ולו תהיה לאשה פרט לאלמנה לכה"ג ופריך הש"ס ות"ל דהיא בעולה אלמא דדוקא בעולה לכה"ג אבל בעלמא קאי ולו תהיה לאשה אף בבעולה וצע"ג גם מ"ש דבושת חייב אף בבעול' והביא מדברי הרמב"ם והוא ברמב"ם פ"ב מנערה ה"ח הנה אף שברמב"ם שלפנינו כתב בא עליה אחד כדרכה ואחד כרצונו אבל ע"כ ט"ס וצ"ל ואחד שלא כדרכה כמ"ש הטור בסי' קע"ג בשמו אבל תמוה דהא בהלכה יו"ד כתב שם הרמב"ם דכל בת שיש לה קנס יש לה בושת ופגם וכו' וכל בת שאין לה קנס אין לה בושת ופגם ולדבריו בעולה תוכיח דיש לה בושת ואין לה קנס מיהו זה אינו ראיה דיש לומר דעכ"פ הי' קנס בתחלה ועכ"פ דינו צ"ע. והנה ראיתי בכ"מ ה"ח

שכתב שם דרבינו אזיל לשיטתו בפ"א וכוונתו למ"ש בפ"ח ה"ח דאין האונס או המפתה חייב בקנס עד שיבא עליה כדרכה ובאמת שגם שם דבריו תמוהים והרא"ש דחה אותו בפרק אלו נערות מהא דאמרו בקידושין דף יו"ד ומודה רבי דלענין קנס משלמו כלן וגם ביבמות דף כ"ט אמרו דולו תהיה לאשה מיירי בשלא כדרכ' ובמגדל עוז מביא בשם הראב"ד שהשיג ג"כ דמפורש בגמרא דאף שלא כדרכ' חייב בקנס וכיון לראיות אלו וכ"כ התוס' בכתובות דף מ"ם ע"א ד"ה יאמרו ובכמה מקומות ובמח"כ תורת המ"ע שכתב שלא ידע היכן הוא והדבר מפורש כדבריהם. ולפענ"ד היה נראה דהנה הש"ס פריך בכתובות דף מ"ם ואימא חמשים כסף אמר רחמנא מכל מילי אלא אמר ר' זירא אלא באו עליה שנים אחד כדרכה ואחד שלא כדרכה וכו' אלא אמר אביי אמר קרא תחת אשר עינה מכלל דאיכא בושת ופגם רבא אמר אמר קרא ונתן האיש השוכב עמה וכו' הנאת שכיבה חמשים מכלל דאיכא בושת ופגם ולפ"ז כיון דיליף קנס שהוא לבדו חמשים כסף רק מאשר עינה או מהנאת שכיבה ולפ"ז לפי מה דאמרו ביומא דף ע"ז וישכב אותה ויעניה שעינה מביאות אחרות ופירש"י בחד לישנא דשלא כדרכה מקרי עינוי וכ"כ התוס' בסנהדרין פ' ארבע מיתות בהא דדריש ודבק באשתו ולא שלא כדרכה דהיינו לפי שמצערה כדדריש ויעניה שלא כדרכה ע"ש וא"כ לפ"ז כאן דכתיב אשר עינה אף שלא כדרכה במשמע אבל בקידושין דף כ"ב אמרו דבביאה שלא כדרכה מאן לימא לן דלית להו הנאה לתרוייהו וביאר המהרי"ט בחידושיו לקידושין דאף דיש להם הנאה מ"מ חשוב עינוי שהאש' מתאוה לביאה כדרכה וא"כ לפ"ז לרבא דיליף מהנאת שכיבה יש לומר דבאמת אינו ברור דשייך הנאת שכיבה דהרי הש"ס נסתפק בזה מאן לימא לן דלית להו הנאה לתרוייהו ואף משכבי אשה כתיב הקישה הכתוב כדרכה לשלא כדרכה משמע דאינו ברור אם שייך הנאת שכיבה בזה וא"כ אפשר דכי חייבה רחמנא קנס דוקא ביש הנאת שכיבה לתרוייהו והיינו בכדרכה ולפ"ז רבינו דהעתיק בפ"ב מנער' ה"א דברי רבא דהנאת שכיבה חמשים כסף לכך פסק דאין משלם קנס רק בכדרכ' לבד ולפ"ז יש לומר דבקידושין אזלינן לאביי דלמד מתחת אשר עינה וא"כ אף שלא כדרכ' בכלל ומכ"ש ביבמות דלענין ולו תהי' לאשה בזה ודאי כל שעינה יותר מהראוי לקנסו שישאנ' דבשלמא קנס כל שהיה שלא כדרכה עכ"פ היא בתולה עדיין משא"כ לענין ולו תהיה לאשה דאדרבא כל מה שעינה אותה יותר מהראוי לקנסו שוב ראיתי בשיטה מקובצת בהא דאמר אביי אמר קרא תחת אשר עינה והקשה הא האי קרא לענין ולו תהיה לאשה קאי כדכתיב וע"ז כתב דכיון דולו תהיה לאשה על החמשים שקלים קאי הו"ל כאילו קאי תחת אשר עינה על החמשים שקלים ולזה כוון רש"י ע"ש

והנה כ"ז לאביי אבל לרבא א"צ לדחוק בזה והוא ס"ל דבאמת תחת אשר עינה לא קאי על חמשים שקלים דשם בעינן הנאת שכיבה ובשלא כדרכה ליכא כ"כ הנאת שכיבה וכמו דנסתפק באמת הש"ס בקידושין בזה ובפרט לענין בתולים דודאי חיבת בתולים הוא דוקא בכדרכה וכיון דקנס בבתולים תלוי א"כ פשיטא דבשלא כדרכה לא שייך הנאת שכיבה ודברי רבינו מדוקדקים ובאמת הא דחייב בקנס אף דלא ידעינן אי היתה בתולה רק שיש לה חזקה דגופא אף שאין הולכין בממון אחר הרוב עיין מלמ"ל פי"א מאישות מה שכתב בזה ולפענ"ד נראה בפשיטות דע"כ לא אזלינן בממון אחר הרוב רק אם באנו להוציא ממון ולומר שהממון של זה מחויב לזה אז אין אנו מוציאין ממון מחזקתו וחזקה דממונא עדיף אבל כאן בקנס שהקנס הוא על שעבר ואנסה וכיון שאנו מודים שגם כעת הממון שלו רק שמחוייב ליתן בשביל שעשה הרעה הזה התורה קנסו א"כ מה מועיל חזקת ממונו אטו אנו דנין על הממון שאינו שלו אנו דנין שהתורה קנסו לזה והיאך שייך בזה אין הולכין בממון אחר הרוב וגם לא גרע מהפקר ב"ד הפקר דלא שייך בזה חזקת ממון מכ"ש בקנס התורה שהתורה הפקירה ממונו בשביל שעשה הרע הזה והרי לענין העביר' היא בחזקת בתולה שלימ' וא"כ ממילא שייך לקנס דאין אנו דנין על הממון וז"ב. עוד נראה לי בכוונת הרמב"ם דזה תלוי במה דנחלקו אם חייב קנס על הערא' דאם נימא דמחייב קנס על הערא' אף דאינו משיר בתולים א"כ ה"ה דחייב על שלא כדרכ' אבל הרמב"ם סובר דאינו חייב רק על גמר ביאה שמשיר בתולים וא"כ מכ"ש בשלא כדרכ' דאינו חייב. שוב ראיתי בתוס' ביבמות דף נ"ט ע"א ד"ה אלא שהרגישו בסברא זו ועיין שיטה מקובצת בכתובות דף מ"ם מ"ש דרש"י ס"ל כהרמב"ם לענין שלא כדרכ' ובאמת שרש"י ס"ל דקנס אינו חייב רק בגמר ביאה ואתי שפיר הכל ועכ"פ דברי הב"ש צ"ע ושוב ראיתי כי מ"ש לתמוה על הב"ש בענין ולו תהי' לאשה מיבמות דף נ"ט יש לדחות דשם מיירי מבעולת עצמו אבל מכתובות דף למ"ד בהא דמייתי בעולה לכה"ג ופירש"י שכבר נבעל' לאחר שלא כדרכ' יש קצת ראיה מיהו גם זה יש לדחות דכל שלא כדרכ' עדן בתולה היא וצ"ע בזה ועיין בש"ע ס"ה בהג"ה באם נטענת משניהם בשוה האחד נשוי והשני אינו נשוי מצוה על שאינו נשוי לכנסה ומשמע דאף שכבר בא עליה הראשון כדרכה אפ"ה שייך מ"ע דולו תהיה לאשה וצ"ע במקום הדין שם: והנה בב"ש שם ס"ק ב' האריך לענין מודה בקנס ואח"כ באו עדים אי אמרינן מחמת בעיתותא דעדים כראב"ש בב"ק דף ע"ה. והנה לפי שיש לי בזה ענין חדש אמרתי לבאר לכאורה רציתי לומר דבר חדש דלכך מודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור דהרי אמרו בב"ק שם דת"ק דסומכוס ס"ל דכל דאמר בפניהם גנב הו"ל עדות שאילה"ז כיון דרק ע"פ

העידו שהוא הודה שבפניהם היה הדבר וביאור הענין נראה לפענ"ד דהעדים כשיזימום יאמרו מאי אפסדינך הא אתה בעצמך אמרת דאנן ידענו בעדות הלז ולפ"ז היה נראה לי דכל דמודה בקנס אף שלא אמר בפני עדים אלו היה המעש' מ"מ כל דכבר מודה שוב הו"ל עדות שאילה"ז דיאמרו עדים מה אפסדינך הא אתה בעצמך הודית שכך הי' המעש' והוה ראוי לפטור אף שבאו עדים אח"כ אך זה אינו דאדרבא כיון דמודה בקנס פטור אם לא באו עדים וא"כ הפסידוהו שאילו לא באו עדים היה פטור ויכול לומר מה בכך שמודה הייתי הא סוף סוף הרי לא היו עדים ואתם רציתם לחייב אותי ולכך מהראוי לומר דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב דהו"ל עדות שאתהי"ל ובשלמא באומר בפניהם גנב הו"ל עדות שאי"ל דהרי הודית שבפנינו גנבת ומה אפסידנך וא"ל דאם לא היו מעידים היה פטור אף דאמר בפניהם גנב אף שמודה דהם עדים דזה אינו דמלבד דאין הדין ברור כיון דהוא נאמן על עצמו שיש עדות אף שהם לא יעידו הוא נאמן שכן היה הדבר ע"פ עדים ולא נקרא מודה בקנס אף גם דעכ"פ הם לא רצו לחייבו מעצמם רק שהוא אמר כן להביאם ובכה"ג ודאי דלא מחייבו כאשר זמם במה שהם לא זממו רק ע"פ דבריו וז"ב ובזה נראה לפענ"ד טעם נחמד בהא דאמר רב המנונא מסתברא מלתא דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב דהרי חייב עצמו בקרן אבל באמר לא גנבתי וכו' שהרי פטר עצמו מכלום וצריך ביאור דמנ"ל זאת כיון דרב יליף מקרא מנ"ל לחלק בין חייב עצמו בקרן או לא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בלאו קרא הי' ראוי לפטור במודה בקנס ואח"כ באו עדים דהו"ל עדות שאילה"ז ורק דזה אינו דכל דמודה בקנס פטור יכול לומר אני רציתי לשחק ולפטור עצמי אתם מה לכם עלי דבעדותכם רציתם לחייבני ולפ"ז כשמחייב עצמו במידי שפיר יש לומר דפטור משום דהו"ל עדות שאילה"ז וכאן לא שייך לומר דאני רציתי לשחק ולפטור עצמי אתם מה לכם עלי דהא שם חייב עצמו בקרן וא"כ חזינן שבאמת רצה להתחייב והודה באמת וא"כ עכ"פ לענין הקרן בטל עדותם דהו"ל עדות שאילה"ז דהרי רצה להתחייב עצמו ניהו דבקרן עצמו עכ"פ חייב מכח הודאתו אף שהעדים אינם עדים הוא נאמן בהודאתו לחייב עצמו מכל מקום העדים פטורים דיכולין לומר כיון שהודית שגנבת לכך העדנו עליך וז"ב. ובזה ישבתי לנכון מה שהקשה אותי הרב החריף מוה' צבי יהודה ליב הכהן ני' מראווא בהא דאבעיא להו בשבועות ל"ג משביע עידי קנס מהו ואליבא דרבנן כיון דאילו הודה מפטר לאו ממונא קא כפר לי' או דלמא השתא לא קא מודה והקשה הוא דבלא"ה נפטר משום דכיון דהי' יכול להודות שאמת שגנב בפניהם והו"ל עדות שאילה"ז כת"ק דסומכוס וא"כ לא ממונא קא כפר ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הדבר תימה דאיך שייך לומר אלו מודה

מפטר דהא הו"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים והרי גם רב לא פטר רק כשמחייב עצמו במידי ושם ע"כ מיירי במקום דלא מחייב עצמו במידי דהא במשביע עידי קנס מיירי והיינו במקום דל"ש כפירת ממון וכבר נתקשה בזה ביש"ש פ' מרובה סי' כ"ו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הכי האבעיא כיון דאילו מודה מפטר היינו שהי' מודה דאותן עדים ידעו שוב לא הוה כפירת ממון וראיתי במלמ"ל שכתב בפ"ג מגניב' ה"ח וגם הוא הקשה קושית היש"ש הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר ובזה מיושב גם הקושיא השני' שהקשו דדברי הרמב"ם סתרי דבהלכות גניבה פסק דבעינן שיחייב עצמו באיזה דבר ובהלכות שבועות פ"ט כתב דמשביע עידי קנס פטור ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא מודה ומפטר משום דהי' מודה בקנס רק דהי' מודה שהם העדים וז"ב והנה בפשיטות יש לומר דל"ק קושית הרב הנ"ל דע"כ לא שייך לומר דמודה בקנס דלא הוה כפירת ממון דיכול להודות רק משום דכל שהודה בקנס פטור אף שבאמת הי' הדבר כן והתור' פטרה כ"ז שלא חייבוהו ב"ד ע"פ עדים א"כ שייך מודה בקנס אבל כאן שבאמת הי' חייב רק שלא הוה עדות שאילה"ז וא"כ לא שייך לומר דמשביע עדי קנס יפטור בשביל דלא הוה כפירת ממון דהא באמת הוה כפירת ממון שהם באמת הפסידו לו ממון דניהו שהיה יכול לעשות טצדקי ברשע ולהודות לעדים כדי שיפטור אבל לא מפטר מצד הדין רק דלא הוה עדות שאילה"ז וחיישינן דמשקרי אבל כל שהיה ידוע לנו דאמת אומרים הי' חייב שוב לא שייך לומר דמשביע עדי קנס דיפטור משום דאינו כפירת ממון דהא באמת הפסידו לו ממון גמור מיהו יש לפקפק דמכל מקום לא הפסידו לו ממון דכל דהוה עדות שאילה"ז שוב פטור משום מודה בקנס דפטור.

ג אמנם נראה דהנה בשיטה מקובצת שם בב"ק הקשה דאמאי לא הוה עדות שאילה"ז דהרי מחויב מלקות משום לא תענה וכמו עדות ב"ג וב"ח וכתבו דדוקא שם דלא משכחת לה שום חיוב רק זאת שפיר הוה עדות שאתה יכול להזימ' עכ"פ במלקות אבל כאן אם לא הי' מודה זה הי' יכול לקיים בעדות זה כאשר זמם בממון ורק שאירע שזה הודה מקרי עדות שאילה"ז ולפ"ז אם נימא דכל משביע עדי קנס יפטרו עדים דהו"ל עדות שאין אתה יכול להזימה דיכול לעשות טצדקי ולהודות שאותן עדים ידעו בזה לא שייך לומר דהו"ל עדות שאילה"ז שא"כ שוב נעקר כל שבועת העדות בקנס וזה אי אפשר דעכ"פ יכול לקיים במלקות ועיין תוס' ריש מכות וז"ב.

ד ובלא"ה נראה דאין התחל' לקושיא דע"כ לא פטר ת"ק דסומכוס רק באמר מקודם שאותם עדים הם ידעו שבפניהם גנב אבל באם ראה עדים ממשמשין ובאים אף לרבנן דרשב"א דלא ס"ל יבאו עדים ויעידו היינו דלא אמרינן משום ביעתותא דעדים אודי היינו

כשהוד' סתם שגנב אבל כל שאמר דבפניהם גנב אין לך ביעתותא גדול מזה ובודאי לא מפטר ומקרי עדות שאתה יכול להזימ' דהא אותן עדים באו קודם שהוד' וחזינן דלא באו מחמת הודאתו ואף דכל כמה דלא נגמר' דין על פיהם לא מתחייבי מכאשר זמם אבל בכה"ג שוב לא הוה עכ"פ עדות שאילה"ז דלא על פיו באו וז"ב כשמש ודוק:

ה והנה בגוף דברי הש"ס דקאמר והא קי"ל עדות שאילה"ז לאו עדות מביא הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט"ז ראי' דבעי בממון עדות שאתה יכול להזימ' ובאמת לא קיי"ל כן ומצאתי בשיט' מקובצת שכתב בשם הרמ"ה דדוקא בקנס בעי עדות שאילה"ז ולא בממון וכ"כ במלמ"ל שם מדעתא דנפשי' וכבר קדמו הרמ"ה והש"ך לא ראה ספר שיט' המקובצת.

ו והנה לפענ"ד הי' נראה לחלק דהנה בעדי נשים נחלקו ר"ט ור"ע ועוד היא במחלוקת בסי' י"ז ובסי' מ"ב אי בעי דו"ח משום דהוה כדיני נפשות או דלמא משום דפתיך בי' ממונא ולפ"ז הי' נראה לי דגם בקנס הי' מקום לחלק בין פתיך בי' ממונא כמו חייב עצמו בקרן או לא דשם פתיך בי' ממונא שחייבוהו קרן לא בעי עדות שאילה"ז משא"כ בקנס דח"נ דלא שייך בי' קרן וכדומ' שזה בעי עדות שאילה"ז ולפ"ז יש לומר דהא דאמר בש"ס דהו"ל עדות שאילה"ז היינו משום דעל הקרן חייב עצמו מקודם וא"כ לא פתיך ביה ממונא אבל באם הי' מודה ואומר שחייב חצי נזק בעדים שוב לא הוה עדות שאילה"ז ובזה יש לומר טעם שני על מה דמודה רב בחייב עצמו בקרן והיינו דכל דחייב עצמו בקרן שוב לא הוה עדות שאתה יכול להזימ' דהא כבר חייב עצמו בקרן ושוב לא חייבוהו בקרן דא"צ לעדות העדים דהוי הודאת בע"ד וא"כ לא פתיך בי' ממונא והו"ל עדות שאילה"ז אבל כל שאומר לא גנבתי ולא חייב עצמו בקרן שוב הי' פתיך בי' ממונא אף שכבר חייבוהו העדים אחרים מכל מקום באותו עדות הו"ל פתיך ביה ממונא ואם לא באו עדים הראשונים היו הם מחייבים ממון וקנס לכך לא בעי עדות שאילה"ז ובמשביע עדי קנס לכך פטור דהוה באמת עדות שאילה"ז דהרי פתיך בי' ממון וז"ב ודוק היטב כי הוא חריף ועיין שעה"מ פ"ו מעבדים פלפול נחמד בענין זה ואין הזמן מסכים לעולל ולחפש אחר דבריו: ובגוף הקושיא דמשביע עידי קנס הנ"ל נראה לפענ"ד דבר נחמד דאם נימא דצריך לברר ועיין סנהדרין דף ק"ע וש"ך חו"מ סי' ע' ולפ"ז משכחת לה דמשביע עידי קנס היינו שמשביע שתי כיתי עדים וא"כ אף שבאו עדים השנים מכל מקום הפסידו אותו דצריך לברר ולפ"ז בכה"ג לא שייך לומר דהי' יכול לפטור עצמו ע"י שיוד' להם והו"ל עדות שאילה"ז דזה אינו דיש לומר דבאמת אח"כ הביא כת אחר והכת השני' כפר וא"כ בכה"ג שפיר חייבים דאף שהי' אח"כ מודה לעדים שכפרו והיה אומר שבפניהם גנב מכל מקום הי' חייב ע"פ עדים הראשונים שהביא וע"פ עצמם שהוד' דא"ל דהו"ל עדות

שאילה"ז דזה אינו דבאמת הוא יש לו עדים אחרים ורק שצריך לברר דבריו וא"כ כל שמעידים כדבריו וגם הבע"ד מודה להם פשיטא דהוא עכ"פ לא שיקר במה שאמר שיש לו שתי כיתי עדים וחייב ויש לדחות דאכתי הו"ל משביע עידי קנס דבשע' שכפרו הם הי' יכול להודות גם לעדים האחרים בפני שני כתות אלו גנב והזיק וא"כ שוב הו"ל דבר הגורם לממון מיהו בלא"ה יש לומר דלמ"ד צריך לברר הו"ל כל כתי וכתי עדות שאילה"ז דיכול לומר מה אפסדך דהרי כל שזה צריך לברר דבריו והראשונ' כפרה שוב לא נתחייב ע"פ עידותינו. ובזה יש מקום ליישב מה שהקשיתי בתשוב' אחת בהא דפריך בשבועות בכפר' שני' והקשיתי שם דמשכחת לה באמר שיש לו שני עדים ע"ש באריכות ולפמ"ש יש לומר דהו"ל עדות שאילה"ז מיהי בממון לא בעינן עדות שאילה"ז ודו"ק כי קצרתי:

וראיתי במלמ"ל שם שהקש' על דברת רש"י בד"ה הודא' דטביחה שכתב דמה דמחייב בקרן וכפל לאו משום הודאתו אלא משום עדות האחרונים והוא תמה דהא הקרן יכול להתחייב דאף דלא אתו עדים מי מפטר מקרן ואטו שייך לומר בקרן דיהי' מפטר משום דהוד' בשביל ביעתותא: ולפענ"ד הי' נראה דק"ל לרש"י דהו"ל עדות האחרונים עדות שאילה"ז לענין הקרן על כל פנים זה כבר נתחייב ושוב הו"ל עדות שבטלה מקצתה וא"ל דבד"מ לא בעי עדות שאילה"ז דזה אינו דכל דכאן הם עדי קנס ועיקרן לקנס באו א"כ צריכים דו"ח ועדות שאילה"ז ושוב הוה עדות שבטלה מקצתה ולכך כתב רש"י דגם החיוב דהקרן בא מחמת עדים האחרונים והו"ל שוב עדות שיכול להזימה וגם לפמ"ש דכל דפתיך ביה ממונא לא בעי עדות שאי"ל א"כ כל שהיה נתחייב כבר בקרן לא שייך עדות שאילה"ז דפתיך ביה ממונא וכמ"ש איברא דאכתי קשה דמכל מקום כבר נתחייב ממון בהודאתו וסוף סוף הו"ל עדות שבטלה מקצתה אך נראה כיון דרבנן ס"ל הודאה דטביחה הודאה היא ופטורה שוב לא שייך לחייבו קרן דהודה דהא באמת הזים לעדים הראשונים רק שהודאתו נשארה והו"ל כהודאת בע"ד ולפ"ז כל שיכול לומר דמש"ה הודה כדי שיפטר שהו"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים ופטר עצמו מכלום וא"כ לאו הודאה מקרי דאדרבא רצה לפטור עצמו מכל וכל וכדס"ל לת"ק דפטור באמת וז"ב.

ז ובזה נראה ראיה ברור' לשיטת הרמב"ם שנחלק בסי' קמ"ו בחו"מ בסעיף כ"ד דלא כרבינו יונ' שכתב דאף שהוד' חוץ לב"ד כל שנתחייב מתוך טענתו שבא לזכות הו"ל הודאת בע"ד כמאה עדים ע"ש ובטור ובסמ"ע ולפמ"ש גם כאן בא לזכות מתוך הטענ' שרצ' לפטור עצמו ועיין ט"ז בחו"מ סי' ע"ט שם ודו"ק היטב. ומ"ש המלמ"ל שם דאליבא דשמואל אתיא הסוגיא דמשביע עידי קנס והשעה"מ הלכות עבדים תמה ע"ז במחכת"ה כבר כתבתי בגליון המלמ"ל שדברי התוס' בב"ק שם ד"ה משום ביעתותא

מבואר כהמלמ"ל ומהתימה על השעה"מ שלא הזכירו. והנה ראיתי בשעה"מ שם שכתב הער' נכונ' בהא דפליגו ראב"ש ורבנן אי שייך לומר משום ביעתותא דעדים הוד' דע"כ לא פליגי רק במחייב עצמו בקרן דאמרינן משום ביעתותא דעדים לא מחייב אינש עצמו בודאי דאולי לא יבאו אבל כל שפוטר עצמו מכלום שוב הוא מוד' בשביל ביעתותא דעדים דמה אכפת לי' ע"ש ולכאור' לפמ"ש לא שייך לומר דכל דמחייב עצמו לא הוד' דדלמא לא יבאו עדים והרי חייב עצמו דהא לא מקרי הודא' דדלמא רצה לפטור עצמו מקנס. אמנם זה אינו דאם חשב שלא יבאו עדים שוב באמת יתחייב עכ"פ בקרן דהא אם לא יבאו עדים מה"ת נחשוב דהודאתו הי' לפטור עצמו וא"כ שוב הוי הודאתו באמת ומה"ת יתחייב עצמו דדלמא לא יבאו ויהי' פטור. ובזה יש לפרש הא דר"ה דפוטר במחייב עצמו בקרן משום דבזה לא שייך לומר דהוד' בשביל שחשב שמא יבאו עדים דהרי כעת חייב עצמו משא"כ כשלא חייב עצמו בכלום. ובזה נרא' לפענ"ד ליישב קושית השעה"מ שם לענין יציאת ראשי אברים דדעת הכ"מ כיון דקנס הוא פטור אף כשבאו עדים אח"כ דהא לא חייב עצמו בכלום ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא דמש"ה הוד' כדי לפטור עצמו וכיון שבזמן הזה אין דנין דיני קנסות רק אם תפס וא"כ אם נימא דהעבד לא מקרי תפוס בעצמו א"כ שוב לא חשש במה שיבאו עדים דמכל מקום מחוסר גט שחרור וא"כ מי ביקש מידו שיודה והש"ס שפיר מקש' דבזמן שהיו ב"ד סמוכין שוב גבי ר"ג היו פוטר עצמו מכלום. והנה לכאור' רציתי לומר דכל דמחייב עצמו עכ"פ לצי"ש ואי תפס לא מפקינן מיני' מקרי מחייב עצמו אדבר שהרי תפיס' דבר קל הוא כמ"ש המגדל עוז פכ"א מעדות ע"ש ובכ"מ. איברא דלפ"ז גם בלא גנבתי לשיטת הפוסקים דגם בקנס חייב לצאת ידי שמים ומועיל תפיס' וכמו באבק ריבית כמבואר ביו"ד סי' קס"א שני דיעות בזה ועיין מלמ"ל פכ"א ממלוה א"כ שוב מקרי מחייב עצמו בדבר לצאת ידי שמים ויוכל לתפוס וצריך לומר דמכאן ראי' לשיטת הישׁ"ש פ"ו דב"ק סי' וא"ו שכתב לחלק דדוקא בקלב"מ רק שהוא באמת חייב רק דלא נוכל לעשות שתי דברים דרשעה אחת יכולים לחייבו מועיל תפישה כל שלא עבדינן החומרא כגון בשוגג ולא התרו בו אבל בדבר שאינו חייב בדיני אדם רק לצאת ידי שמים ל"מ תפיס' ולפ"ז ה"ה מוד' בקנס דהתור' פטרה דבעינן אשר ירשיעון אלקים וכל שמודה מפטר לא שייך לצאת ידי שמים וז"ב. ובזה נרא' לי דזהו הכוונ' אם חייב עצמו בקרן דאז שפיר פטור שהרי חייב עצמו בקרן וא"כ שוב מקרי מודה בקנס אבל כל שלא חייב עצמו הרי אף לצאת ידי שמים פוטר ולא חייב עצמו במידי דהרי אינו חייב כלל וגם יש לומר דכל שאמר לא גנבתי ובאו עדים א"כ בודאי פטור אף לצאת ידי שמים דהרי גוף הקרן משלם וכל דעבדינן לי'

החומרא פטור אף בקלב"מ וה"ה בזה כל דגוף הקרן עכ"פ משלם הרי נחייבהו קרן ושוב על הקנס מפטר אף לצאת ידי שמים. איברא דלפ"ז צריך ביאור מה פריך הש"ס מר"ג דלמא שם חייב עצמו עכ"פ בלצאת ידי שמים ושם בודאי שייך תפיס' דהעבד מוחזק בעצמו וכה"ג אפשר דשייך תפיסה וחייב לצאת ידי שמים דהרי באמת מהראוי לחייבו רק דגזירת הכתוב שכל שמודה בקנס פטור אבל לצאת ידי שמים אפשר דחייב אבל זה אינו דבעבד בודאי אינו חייב מן הדין והוה כדיני דגרמי דאטו בשביל ששיחת עינו יצא לחירות והוה כמו דיני דגרמי דודאי אינו חייב לצאת ידי שמים וכמ"ש ביש"ש אבל בשאר דיני קנסות אפשר לומר דפטור אף שפוטר עצמו מכלום דעכ"פ חייב עצמו לצאת ידי שמים ודו"ק ויש ליישב בזה שיטת המאירי שהביא השעה"מ שכתב דדוקא בגניבה מחלק ר"ה בין פוטר עצמו מכלום אבל בשאר קנסות חייב ותמה השעה"מ מהא דפריך מר"ג ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק ויש להאריך בזה אלא שכבר הארכתי הרב' וישמע חכם ויוסיף לקח: אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בתומים סי' ל"ח שהאריך ג"כ בענין הלז דכל שמוד' לדברי העד לא הוה עדות שאילה"ז והביא דברי היש"ש בזה ולפי דבריו ל"ק קושית הרב מוהרצ"ה הכהן הנ"ל וכדומ' שהתומים הרגיש בהקושיא ואין הזמן מסכים לטייל בפלפולו הרחב: והנה הרמב"ן בספר הזכות בכתובות סי' כ"ו כתב דאם תפס קנס שלא בעדים דחייב דל"א אשר ירשיעון אלקים רק במרשיע עצמו בזה אמרו דבעי אשר ירשיעון אלקים אבל זה לא עפ"י עצמו מתחייב אלא לזה אנו מאמינים שאמר נתחייב לי קנס ותפס לשלול תשלום קנס שלו מרשיע לאלקים קרינא בי' ולא קרינא בי' מרשיע את עצמו דמה הוסיף או גרע בהודאתו ע"ש ולכאור' תמוה דא"כ מ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור היכא משכחת לה דמה אכפת לן בהודאתו אנן מחייבינן לי' עפ"י העדים ולא נתחייב עפ"י עצמו. אך נרא' דכיון דכבר נתחייב עפ"י עצמו אף שבאו עדים אח"כ נתמעט מקרא דאם המצא תמצא המצא בעדים תמצא בדיינים והיינו דבעינן שיהי' מתחיל החיוב עפ"י עדים ודיינים וכדאמרו בב"ק דף ע"ה אבל בתפס קודם שהודה הרי התחיל החיוב קודם שהודה א"כ מה אכפת לן בה דאתו וז"ב בסברת הרמב"ן. ובזה יש לומר הא דאמרו דהא דפטור דוקא במחייב עצמו במידי והיינו דכיון דמחייב עצמו במידי מקרי מרשיע את עצמו אבל כל שפטר עצמו מכלום דלא מקרי מרשיע את עצמו א"כ מה אכפת לן בהודאתו הא אנן עפ"י עצמם מחייבינן לי' דבשלמא כשמחייב עצמו במידי מקרי מרשיע עצמו קצת דעכ"פ בקרן מחייב עצמו קצת אבל כל שלא הרשיע עצמו רק בקנס א"כ לא חייב עצמו במידי ולמה יפטור והרי אקרי כאן המצא בעדים תמצא בדיינים דהודאתו לא מעלה ולא מוריד. וראיתי בשערי משפט סימן א' ס"ק ה'

שהביא ג"כ דברי רמב"ן אלו והאריך בזה ויש מקום לפלפל בדבריו אך האריך הרבה והנה בס"ק ג' יסוד דבריו הוא בהא דמשני הש"ס דר"ג חוץ לב"ד אודי ולכך כשבאו עדים חייב וכשלא באו עדים פטור וע"ז תמה דהא מודה בקנס גרידא יליף מקרא דאשר ירשיעון ומודה בקנס ואח"כ באו עדים מקרא דהמצא תמצא יליף ומנ"ל לחלק ביניהם בהודה חוץ לב"ד ואי לא חשיב הודאה אף כשלא באו עדים יתחייב ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה בסי' ג' מבואר דביחיד מומחה מ"מ יכול לחזור ולטעון ולא מקרי הוחזק כפרן כ"א כשהודה בפני שלשה ולפ"ז שם דהודה חוץ לב"ד אף שהיו בפני ר' יהושע דהיה מומחה מכל מקום הי' יכול לחזור ולכפור ולא מקרי הודאה כלל וא"כ לא מקרי מודה בקנס כלל ולכך כל שבאו עדים אח"כ שוב חייב דהודאתו לא נחשב הודאה כלל אבל כשלא באו עדים א"כ ממנ"פ במה תחייבו דלמא לא שיחת עין כלל ובפרט לר"ג דמסתמא כבנו ס"ל ורשב"א ס"ל דעד שיתכוין לשחתה וע"כ מכח הודאת בע"ד אתינן עלה וא"כ שוב מקרי מודה בקנס ופטור וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית הש"ך ביו"ד סי' רס"ז דלהפוסקים דס"ל דמודה בקנס בזמן הזה לא מקרי מודה בקנס וא"כ שם דהודה חוץ לב"ד למה מקרי מודה בקנס ולפמ"ש אתי שפיר דשאני בזמן הזה דהודה לפני שלשה וא"כ כל דאנן הדיוטות אנן לא מקרי מודה בקנס וחייב משא"כ שם דהודה חוץ לב"ד ויכול לחזור בו לא מקרי הודאה ודו"ק היטב:

ח וראיתי בראש פ"ק דב"ק אות כ' שהביא דברי הראב"ד דכתב דתפס קודם הודאה ל"מ והביא ראיה מר"ג דא"ל ר"י אין בדבריך כלום שכבר הודית והא טבי הוה תופס בעצמו קודם הודאה והרמב"ן תמה ע"ז דשם הוה הודאה חוץ לב"ד ולא מקרי הודאה. ולפענ"ד ראיית הראב"ד מהס"ד דלא ידענו דהודה חוץ לב"ד הוה רק דס"ד שכל שאין עדים פטור דהוה מודה בקנס וע"ז תמה שפיר דהא עכ"פ טבי תופס בעצמו הוה וע"כ דגם תפיס' קודם הודאה לא מהני והראב"ד לשיטתו דס"ל דגם תפיסה קודם הודאה ויש לו מיגו ל"מ דסוף סוף בעי אשר ירשיעון אלקים וכמ"ש בשמו והרמב"ן לשיטתו דס"ל דתפיסה במגו מועיל ובאמת שלפענ"ד לא זכיתי להבין דאיך שייך דטבי הי' תפוס בעצמו והא עבד גופו קנוי לרבו וכל שלא הודה ולא הרשיעו אלקים עדן מקרי קנוי לרבו ועיין קצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' שכתב דגבי טבי מקרי מוחזק כיון שאין ספק בדבר ולא ידעתי כוונתו דעכ"פ קודם שהודה ולא באו עדים לא מועיל תפיסתו דהוא ברשות רבו וגופו קנוי לו גם מ"ש הרא"ש על דברת הרמ"ה דדעתו דכל קנס שהוא טפי מנזקו ל"מ תפיסה בזמן הזה וע"ז תמה הרא"ש דהא מדינא הי' יכול לגבות רק שאין מומחה שיכופו וכל שתפס יכול למעבד דינא לנפשיה.

ט והנה לפי החילוקים שמבואר בחו"מ סי' ד' דבעי דוקא חפץ מבורר א"כ לא שייך בזה עביד איניש דינא לנפשיה והרי צריך עדן שומא לנזקו ועד כמה מגיע וגם כל דמרויח ועכ"פ אין לו הפסד שפיר כתב הרמ"ה דבכה"ג לא עביד אינש דינא לנפשיה וע"כ לא אמרינן התם דאף באין לו הפסד היינו רק בהמתנה לאחר זמן אין לו הפסד אבל גוף הדבר נפסד אבל כאן לא יהי' לי הפסד רק שרוצה להרוויח פשיטא דלא שייך דעביד דינא לנפשיה וגם לפענ"ד תמוה גוף הדבר דע"כ לא שייך עביד אינש דינא לנפשיה רק בדבר שהב"ד בודאי יכולין לחייבו א"כ גם הבע"ד בעצמו יכול למעבד דינא לנפשי' ודוקא בדבר הברור לו אבל כאן הא דהב"ד לא יכולין לדון דהו"ל הדיוטות ואין להם כח לדון בדין נזקין ואולי יטעו בזה והיאך שייך לומר דעביד אינש דינא לנפשיה בדבר הברור דהא בכה"ג פריך הש"ס אנן לא ידענו וכו' וצע"ג לפענ"ד. ובזה מובן היטב שיטת ר"ת דבעי שיתפוס דוקא אותו דבר והיינו דעביד דינא לנפשיה והוא דוקא בחפץ מבורר שזה החפץ הוא שלו ועיין בסי' ד' ועיין ש"ך חו"מ סי' י"ד ס"ק י"א מה שפלפל אי קי"ל כראב"ש ועיין ב"ש שהבאתי הלא מראש דכתב דלא קיי"ל כראב"ש:

י והנה במ"ש למעלה מצאתי ישוב נחמד לדברי רש"י במכות דף ה' ואמר רבא באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש ובאו שנים ואמרו עמנו הייתם בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש ולא עוד אלא אפילו אמרו ערב שבת הרג פלוני את הנפש נהרגין דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר קטלא הוא ופירש"י שלא הועד עליו בב"ד ואילו הוה אתי ומודי הוה מפטר והתוס' כתבו דאינו נראה דזה לא מצינו דאטו כל חייבי מיתות ב"ד יכולין להודות ולפטור ובאמת שזה תימה גדולה. ולפענ"ד דרש"י כוון כוונה עמוקה דהרי אמרו בב"ק דס"ל לת"ק דסומכוס דאם אתו סהדי ואמרו דגנב ואמר אין גנבתי וטבחתי ומכרתי מיהו לא בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני ואייתי סהדי ואזמינהו דלא באפייהו גנב דרבנן סברו דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה ע"ש. ולפ"ז נראה לי דה"ה אם בא והודה שהרג את הנפש רק לא בפני אותן עדים רק בפני שנים אחרים ולא ביום זה רק לפניו או לאחריו ואייתי סהדי ואזמינהו להעדים הראשונים דלא באפייהו הרג והן מעידין שהרג לפניו ולאחריו דפשיטא דהו"ל עדות שאתה יכול להזימה ופטור דכל שהודה סיוע קא מסייע להו יוכלו לומר שאתה בעצמך הודית וא"ל דהפסידו לו שעל פיו לא הרגו אותו רק עפ"י עדים וא"כ אפסדוהו וכבר כתבתי כן למעלה אבל יש לומר כיון דעכ"פ היו עדים ראשונים שהרג הנפש והי' נהרג וא"כ עדים שהביא שהזימו לראשונים להצלה קאתו רק שהוא אמר שנהרג לפניו או לאחריו וכן העדים מעידים בזה שפיר הוה עדות שאתה יכול להזימה והי' מפטר משא"כ כשהעידו שכבר נגמר דינו

לא שייך עדות שאתה יכול להזימה דאינו רק גילוי מלתא בעלמא. ובזה מיושב היטב מה דקאמר הש"ס וכן לענין תשלומי קנס ונדחקו התוס' דמ"ש קנס דנקט ולא בממון ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא קנס דבעי עדות שאתה יכול להזימה משא"כ בממון דלא בעי עדות שאילה"ז דשפיר מפטרי דהי' כבר בר תשלומין ומה אפסדי' הראשונים וז"ב מאד מאד. ובזה מיושב מה ששאלני עלם משכיל נ' דלשיטת רש"י לא שייך במיתה וממון קלב"מ דהא יכול להודות ולפטר ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם רש"י מודה דלא שייך מודה ומפטר במיתה רק בקנס ורוח אחרת אתו. ולכאורה רציתי לומר דהו"ל עכ"פ כחייבי מיתות שוגגין טרם שהודה. אך אכתי תקשה למאן דס"ל ח"מ שוגגין ודבר אחר חייב מא"ל ולפמ"ש אתי שפיר ברווחא ודו"ק היטב כי ת"ל הדרתי פני זקני רש"י בדברים מתוקנים לפענ"ד. דהנה התוס' כתבו דקודם שנגמר דינו יכול להיות שלא יבאו עדים ויעידו עליו ושמא לא יהי' עדותן קיים ועוד שאסור להרגו עד שיגמר דינו אבל כל שכבר נגמר דינו ודאי בר חיובא הוא הואיל וכבר באו עדים וההורגו פטור הנה מ"ש שההורגו פטור אף שלא הרגוהו ב"ד רק אדם אחר ותמה אני למה יפטור הא הוא הרג נפש ולא עשה בו מצות מיתה שנתחייב וגם לא נתנה תורה רשות רק לב"ד שיהרגוהו ולא לאחר וא"ל דהו"ל כגברא קטילא דזה אינו דלא גרע מהרג את הגוסס בידי שמים דחייב אף דרוב גוססין למיתה ומכ"ש בזה דעדיין הוא בר קיימא ועיין סנהדרין דף ע"ח ועיין ברמב"ם פ"ב מרוצח ה"ז ח' שפסק כן ועוד שהרי עדיין הי' יכול לפטור עד שיהרגנו הב"ד שמא ילמדו עליו זכות ואף הוא בעצמו אם מצא זכות לעצמו מחזירין אותן כמבואר בסנהדרין ריש נגמר הדין וא"כ אף דע"פ הרוב לא נמצא שורש דבר מכל מקום גם בגוסס בידי שמים בודאי ע"פ הרוב מת ואפ"ה חייב עליו וה"ה בזה אמת שגם מדברי רבינו בפ"א מרוצח פ"ה ובספר המצות אין הכרע דמשטחת לשונו משמע קצת כהתוס' אבל אין הכרע דאולי דוקא הב"ד יש להם רשות להרגו אבל אחר אין בידו רשות להרגו אף שנגמר דינו וע"כ דברי התוס' לפענ"ד צ"ע בזה. ודרך אגב ארשום מ"ש בספר מעדני מלך בפ"ח בב"ב דף צ"ד בהא דאיבעיא שם אי דינא או קנסא והאריכו הרשב"ם והנימוק"י מה נ"מ בין קנסא לדינא וכתב בפ"ח שם דיש שרצה לומר דנ"מ למודה בקנס דפטור וכתב הפ"ח לדחות דהא לא מפטר אלא כשמתחייב כלום בהודאתו כדאיתא פרק שור שנגח דו"ה והכא לא מתחייב מידי ע"ש והבין בספר אהל דוד לפי מה ששמעתי בשמו כי הספר לא ראיתי דהפ"ח ס"ל דאף בלא באו עדים בעי שיתחייב באיז' דבר והקשה מעדים זוממין וכדומ' דהוה קנסא ופטור אף שלא מתחייב כלום אבל באמת הכוונ' פשוטה דשם בגוף המכיר' יש עדים וכ"ע ידעו דזה מכר לזה רק הקנס הוא במה שמצא

יותר מכפי השיעור ובזה שפיר כל שמודה בקנס חייב כל שלא חייב עצמו בכלום וז"ב ופשוט ומ"ש פ' שור שנגח צ"ל פרק מרובה דף ע"ה ומיהו בלא"ה יש לומר דמודה בקנס דרבנן נחלקו הרש"ל והש"ך סי' פ"ו אי שייך מודה בקנס בזה ודו"ק:

יא והנה הקצה"ח סי' ש"נ ס"ק ב' חקר באם הודה בפני ב"ד ומפטר כדין מודה בקנס ואח"כ תבעו בב"ד אחר וכפר בו אם חייב כיון דכבר מפטר וכתב דלא נפטר דעיקר תלוי באותו ב"ד שבאו כעת ע"ש ובאמת שדבר תימה הוא דכל שכבר נפטר והתור' פטרתו איך יתחייב פ"ש וכ"כ בנתיבות והביא ראי' מהא דר"ג דהודה חוץ לב"ד משמע דאם הי' מודה בב"ד שוב הי' מפטר אף שבא אח"כ בפני ב"ד אחר וכן משמע בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' ק"י שהביא הקצה"ח שם ס"ק ד' גם מ"ש הקצה"ח על דברת הרשב"א באם החזיר הגניב' דלא נתחייב בקנס דכתיב אשר ירשיעון אלקים והלא כתב דפטור משום דכבר חזר הקרן לבעלים כדאמרו בב"ק דף ע"ז והא חזרה קרן לבעלים ופירש"י דבעינן אם המצא תמצא בידו ע"ש ולפענ"ד צ"ע דא"כ הא דפלפלו בב"ק דף ס"ז ודף ע"ה דלמה לי קרא דהמצא תמצא ת"ל מאשר ירשיעון אלקים הא נ"מ לענין זה שהחזיר הקרן לבעלים וע"כ דגם מאשר ירשיעון אלקים פטור וכמ"ש הרשב"א וגם מה שפלפל הרשב"א אי מקרי מודה בקנס מה שלא טען טענה הפוטרת עיין מהרש"א ר"פ הפרה ובמלמ"ל פי"א מאישות שהאריך הרבה בענין מודה בקנס ולא הזכיר מדברי הרשב"א אלו. והנה בדינו של הקצה"ח הנ"ל הי' נראה לי דלפמ"ש בטעם דמודה בקנס דהוא משום דהתור' רצתה לקנסו וכל שמוד' מעצמו לא מקרי קנס במה שרצה לחייב עצמו א"כ כל שכופר כעת שוב לא מקרי מודה בקנס ומהראוי שיתחייב וצ"ע ועיין ש"ך חו"מ סי' י"ד ס"ק י"א ובסי' ע"ט ס"ק כ"ב מה שהאריך אי קיי"ל כראב"ש:

יב והנה במה דאמרו בב"ק דף ע"ה חוץ לב"ד הוה זכורני שהקשיתי בזה בתשוב' אחת וא"י כעת מקומה דת"ל דאף בב"ד הא שיטת הרמב"ם דהודא' בפני יחיד ואף בפני שנים ל"מ והו"ל כמודה חוץ לב"ד וא"כ שם דהי' ר"י יחיד ואיך מועיל ההודא' והארכתי בזה כעת ראיתי הדברים מפורשים והוא לימוד ערוך ברמב"ם פ"ג מגניב' ה"ח דאם הודה בפני שנים לא מקרי מודה בקנס והה"מ תמה בזה מדברי הש"ס הנ"ל ונהניתי עד מאד: והנה תלמידי המופלג מוה' יעקב יוסף הראני דברי המהרש"א בב"מ דף ל"ד בתוס' ד"ה דלמא מודה ומפטר במ"ש התוס' דלמא ימהר להודות קודם שיבאו עדים כרב וכתב המהרש"א דלא ניחא להו לפרש דלמא יודה ולא יבואו עדים דזה אינו דלשון משתכח גנב משמע ע"י עדים ע"ש וע"ז תמה דהרי בגיטין דף י"ב בעבד שמכרו רבו לקנס ג"כ פירש"י דלמא יודה קודם שיבאו עדים והרי שם לא נזכר דמשתכח וגם לפמ"ש הישׁ"ש

גם רב מודה (וזה כבר מוזכר בשעה"מ הנ"ל) וע"כ אמר דמעיקרא אין כאן קושיא דעוד לא יבאו עדים לא שייך דלמה מודה ומפטר וטפי הי' להש"ס לומר דלמא יכפור לגמרי וע"כ דיבאו עדים והוא יקדים להודות ובאמת שיפה תמה ואני אמרתי דכוונת המהרש"א דבאמת יכול להיות דיבא רק ע"א וע"א במודה בקנס דעת הרשב"א דאינו פטור או בעדים פסולים דכתב הרא"ש דמיגו במקום עדים פסולים לא שייך דמ"מ לא חציף להכחיש ע"ש וכן בע"א בקנס כבר כתבו התוס' בב"ב דף ל"ד דמגו במקום ע"א לפטור מממון ומשבועה לא אמרינן בע"א וע"ז הוכרח לפרש דא"כ לא שייך משתכח גנב דהא לענין שהוא גנב צריך שתי עדים כשרים ודו"ק: והא בהא דאמרו בשבועות דף ל"ג משום בושת ופגם ופירש"י דקנס דבר הקצוב הוא אבל בושת הכל לפי המבייש וכן פגם בתולה כתובתה מאתים ואלמנה מנה והתויו"ט תמה ע"ז דלא אשכחן זכותא לאביו בכתובת' ותו דמתניתין היא בכתובות דף מ"ם פגם שמין אותה כאילו היא שפחה והנה ביו"ט אחרון של פסח תרט"ו אמר לי הרבני המופלג מוה' יוסף ש"ש דמ"ש התוסיו"ט תמי' ראשונה צ"ע דהא משנה שלימה היא דהמארס בתר כתובתה של אב אבל זה אינו קושיא דהרי בהשיאה ס"ל לחכמים דר"י וכן קי"ל דאין לאביה רשות בה וא"כ אין מגיע לאבי' דבר ואף דהיה יכול לארסה ולגרשה זה אינו דפשיטא דזה הוה רק גורם לממון בלבד דדלמא לא הי' מגרשה מן האירוסין ואין מגיע לאב אבל ל"ק דיש לומר דמיירי בבא בהרשאה כדמוקי לקמן וא"כ יש לה הפסד מנה שבתולה מאתיים ובעולה מנה והא כבא בהרשאה אמנם קושית התוסיו"ט היא תימה גדולה ויותר מזה תמה המופלג הנ"ל דזה מקרי דבר הקצוב דבתולה מאתים ובעולה מנה וא"כ שוב מהראוי להקרא קנס ומה נ"ט היא שתהי' נקרא ממון ולפענ"ד נראה דכוונת רש"י דהנה באמת מה שמפסיד לה שאם תנשא לא יגיע לה הכתובה רק מנה הוה הפסד ממון גמור ואינו נקרא קנס וכתובה אינה קנס ואותה לא קנסו כשאנסה וז"פ ובאמת שקשה בכתובות שם למה לא חשיב זאת. אבל ל"ק דבאמת אינו רק גורם לממון שהרי עדיין לא נשאת לאיש ואולי לא תנשא וא"כ אינו ממון גמור ומעתה אתי שפיר דהנה הריטב"א כתב דהכא מיירי דתבע מיניה סתם שאנס או פיתה ויש בכלל אף בושת ופגם דממונא הוא ואף למ"ד בשבועת הפקדון דכי תבע סתם קנסא קתבע יש לומר דהתם גבי תביעת אונס ומפתה גופייהו אבל לגבי עדים לא בעינן לאטרוחי תרי זימני וכי תבע סתם שיבאו ויעידו בין אקנסא ובין אבשת ופגם קא תבע ומשביעין ע"ש. אך לפענ"ד נראה דרש"י כוון לקושיא זו ליישבה דבאמת כל טעמו של מ"ד דקנסא קא תבע דהוא מידי דקיץ ותבע מידי דלא קיץ ולפ"ז יש לומר דבאמת הוא תבע מידי דקיץ וטעה וחשב דישלמו

לו פגם דבין בתולה לבעולה ואף דבאמת ע"ז פטור מ"מ הוא חייב על הפגם דשמין בין בתולה לבעולה כדאמרו בכתובות שם והוא באמת נתכוין על ממון שבין בתולה לבעולה וכמו דתובע קנס אף שהיה יכול לפטור עצמו באם מודה ומפטר וה"ה בזה ובפשיטות יש לומר דבאמת הפגם הוא דבר קצוב לענין הכתובה ומ"ש דהוה דבר הגורם לממון דשמא לא תנשא אינו ברור דכל אשה לאנסובי קיימא וגם הא הפגם כמה אדם רוצה להשיא שפחה לעבדו והרי דשמין ההפסד מה שהיתה עומדת להנשא אמנם באמת יש לומר דזה באמת השווי דשמין ההבדל שבין בתולה לבעולה לענין הכתובה וא"כ שפיר הוה הפסד בשביל זה ובזה מיושב קושית התוס' בכתובות דמה ענין שפחה ואטו אינה שוה רק כמו שפחה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת באשה חשובה יש הפסד יותר רק שזה אינו ברור אבל התנא נקט ההפסד יותר ברור שבין שפחה בעולה ובתולה דהיינו הכתובה ודו"ק היטב. והנה המלמ"ל פ"י מאישות האריך בהא דמשלם קנס והא יכול לומר שהיתה בעולה ואף שמודה הא הוה מודה בקנס וכתב כיון דעכ"פ נודע שבא עלי' שוב לא מקרי מודה בקנס כמ"ש הרמב"ן וכעין זה כתב המהרש"א ריש פרק הפרה ע"ש. והנה בהיותי בטריסקאוויטץ שנת תרט"ז כ"ג סיון הקשיתי בהא דפריך הש"ס דף מ"ם וניתי עשה ונדחי ל"ת ומשני דאי בעי אמר לא בעינא ומה קושי' הא באמת יוכל להיות שהיא בעולה וא"כ הו"ל העש' ספק והל"ת בודאי ואין ספק עשה דוחה ל"ת ודאי וגם הודאתו לא יועיל. אמנם י"ל כיון דעפ"י רוב היא בתולה דרוב נשים בתולות נשאות וא"כ שוב הו"ל רוב ושפיר הוה עשה גמורה ושאני קנס דלענין ממון לא אזלינן בתר רובא משא"כ לענין איסור אזלינן בתר רובא. ובזה אמרתי דבר נחמד במה שהקשה הש"ס ריש א"נ והני בני קנסא נינהו אקרי כאן ולו תהיה לאשה והקשה אותי זה רבות בשנים הרב החריף מוה' אורי זאב ני' דמה קושיא הא באמת בח"ל שפיר העשה דוחה הל"ת רק דמלמדין אותה לומר איני רוצה כמ"ש התוס' ישנים אבל למה לא יגיע לה קנס דאינה רוצית להפסיד הקנס והיא קושיא מושכלת והארכתי בזה ולפמ"ש כעת אתי שפיר דהא לענין קנס שוב אין מגיע לה דהא לא אזלינן בתר רובא וזהו דפריך והני בני קנסא נינהו ועיין שטמ"ק דל"ג לה ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ לענין קנס לא הוה שייך העשה דהא יכול לומר שהיא בעולה ועכ"פ ספק הוה. ולכאורה רציתי לומר כיון דנ"מ לענין איסור ולענין ממון וכיון דלענין איסור אזלינן בתר רוב גם לענין ממון אזלינן בתר הרוב וכמ"ש הפלאה סוף פ"ק דכתובות אבל ז"א דהא באמת לענין איסור אנו מלמדין אותה שלא תשא וא"כ שוב לאו בני קנסא נינהו. ולכאורה רציתי לומר בגוף הקושיא דהעשה היא ספק דהא הרשב"א כתב דהאדם יכול לטעון ברי לעצמו אף נגד הרוב וכ"כ המהרש"א

בכתובות דף כ"ב ועפ"י שם וא"כ הוא טוען ברי וגם היא טוענת ברי שבתולה היתה ושפיר נאמנים לגבי עצמם.

יג ובזה מיושב היטב מה דאמר אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה וכתבו התוס' כיון דהיא מוזהרת על הלאו והעשה לא שייך גבה. ולכאורה תמוה דכל שהיא יש עלי' עשה ואינה מוזהרת דכל דהוא אינו מוזהר אינה מוזהרת עליו והארכתי בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דאם אמרה לא בעינא ודאי ליתא לעשה משום דעכ"פ לא היתה טוענת ברי דהיתה בתולה וא"כ שוב הו"ל עשה קלישא כל שבידה לדחות העשה ושוב שפיר מוזהרת ודו"ק.

יד והנה החריף הנ"ל הקשה עוד דא"כ אמאי בכהן לוקה ואינו מחזיר וכתבו התוס' מכות דף ט"ו דל"ש דהעשה דוחה משום דאי אמרה לא בעינא והרי עכ"פ למה ילקה הא הוא לא ביטל העשה לשיטת רש"י דמלמדין אותה אבל היה יכול לקיים העשה מצדו ולמה ילקה והארכתי בזה באיזה מקום.

טו ולפמ"ש א"ש דבאמת הוה עשה ספק דשמא היא בעולה וא"ל דאזלינן בתר רוב דזה אינו דהא אי בעי אמרה לא בעינא וא"ל דעכ"פ הוא לא בטל דזה אינו דיש לומר דמיירי בטוען ברי שהיא בעולה וא"ל דאין מאמינים לו נגדה שטוענת בתולה הייתי דזה אינו דהרי מצדה ליכא עשה דאי בעי אמרה לא בעינא ושוב מלקין אותו שבטל העשה בטענתו דהרי שויא אנפשי' חתיכ' דאיסורא ובטל בידים וא"ל דמשביעה לה דזה אינו דהרי מצדה שוב ליכא עשה כלל ולכך מלמדין אותה ודו"ק:

טז והנה בגוף הא דאמרו והני בני קנסא נינהו אקרי כאן ולו תהיה לאשה כתב בשיטה מקובצת הא דתלוי הקנס בולו תהיה לאשה הוא משום דהקרא כולל שניהם ביחד והפסיק באמצע וכתב ולו תהי' לאשה אלמא דתלוי זה בזה ע"ש. והנה בהא דפריך וליתי עשה ולדחי ל"ת יקשה דהרי התורה מיעטה בפירוש אשה הראויה לו. אמנם באמת על ח"ל הרי ראויה דקידושין תופסין ושפיר קרינן ולו תהי' לאשה אשה הראויה לו.

יז ובזה נראה לפענ"ד דמיושב היטב הקושיא הנ"ל דלהס"ד דאף קנס אינו מחוייב לשלם לא שייך דהעשה דוחה ומה"ת דלמא ולו תהיה לאשה היינו אשה הראויה לקיימה דבשלמא לפי המסקנא דמחוייב קנס והתורה תלה זה בזה א"כ ממילא ודאי מסתבר דח"ל יהי' מחויב לקיים העשה ואדרבא על ח"כ יקשה למה ישלם קנס הא תלוי זה בזה אבל להס"ד שפיר מקשה והני בני קנסא נינהו וכמ"ש ודו"ק וגם לפמ"ש התוס' דולו תהי' לאשה משמע מדעתה והיינו דאי אמרה לא בעינא א"כ לק"מ דכל דתלוי בדעתה שוב לא שייך דעשה תדחה הל"ת ודו"ק היטב: והנה דרך אגב אזכיר מה שאמרתי

במה דאמרו בסנהדרין דף ע"ג משעת הראה הוא דפגמה אפטרא לי' מקטלא ממונא לא משלם עד גמר ביאה והוא תמוה דמכל מקום כבר נתחייב מיתה עיין בש"ך חו"מ סי' שנ"א ובשעה"מ הנ"מ פ"ב. ולפענ"ד נראה דהנה באמת הוה רק ח"מ שוגגין דניתן להצילו בנפשו אבל לא נהרג ולפ"ז דבכה"ג ודאי לא שייך לומר דנמשך המיתה דהא אח"כ שוב לא ניתן להצילו בנפשו דהא כבר אפגמא וכבר נפטר ממיתה וגם יש לומר דבר חדש דבכה"ג שכבר הכניס העטרה אפשר דאח"כ לא חייב מיתה דיש לומר דיצרו תקפו כעין דאמר רבא בכתובות דף נ"א לענין אשה וה"ה לענין איש בכה"ג ולא נמשך המיתה אח"כ ובמ"ש בתירוץ הראשון יש ליישב קושית מהרש"א ביבמות דף נ"ט ד"ה אלא לאו שלא כדרכה ע"ש דיש לומר דלפיר"ת וריב"ם שפיר פריך דניהו כבר נתחייב מיתה מכל מקום הרי נמשך אח"כ והרי להס"ד דלא ידענו דמשעת העדאה נפגמה שוב נמשך גם המיתה אח"כ ג"כ והו"ל קלב"מ ודו"ק. עוד יש לחדש דאם נימא דאף דסופה ברצון מותרת דיצרה תקפה שוב לא ניתן להצילו בנפשו אח"כ דהו"ל כמפותה אח"כ ואין הגליון יכול וגם אין הש"ס לפני:

סימן כו

א שאלתי באחד שהשכין בידו א' כף של כסף ולא נשתמש בו חמץ תשעה חדשים בבירור וביום ב' של פסח נמצא הכף הלז מעורב בין הכפות שהדיחו ביחד בכלי שני ולא היו היד סולדת בהן ואח"כ לא נודע אם נשתמשו בו במאכלים או לא וביום ב' של יו"ט היו ערב ש"ק והטמינו חמין לכבוד השבת עם שכנים רבים ביחד ובליל ש"ק נודע לבעה"ב שהכף הלז הודח ביחד ושאל להמו"ץ מת"ה ואסר כל המאכלים וכל החמין הטמונים ותהי צעקה גדולה בלילה ובאו ושאלו את פי והוריתי להתיר הכל ואכתוב כאן הטעמים והנה החמין הטמונים של השכנים זה פשוט להתיר דהרי אף אם נחזיק שנשתמש בהכף הלז הרי אינו בן יומו ונותן טעם לפגם וחמים הטמונים אינו אלא משום ריח כמבואר בסי' תמ"ז ס"א בהג"ה משום דאיכא משהו והמג"א בס"ק מ"א צידד להקל בריח נטל"פ ומשהו ובחידושי אמרתי בזה ראיה להמג"א דהנה בהא דהחמיר התה"ד בנטל"פ ומשהו הקשו עליו האחרונים הרבה קושיות ובחידושי למס' ע"ז דף ס"ו כתבתי דבאמת צריך ביאור דברי התוס' שחידשו דכל היכא דמשהו אסור אף נטל"פ אסור. ולכאורה מה ענין זה לזה בשלמא במשהו החמירו בחמץ בפסח כיון שנאסר כבר שהי' בו טעם אף לאחר שלא נשאר רק משהו מכל מקום אסור וכן אף אם היה מתחלתו משהו כל מה שאוסר בשאר תערובות בפחות מששים אוסר בחמץ במשהו אבל נטל"פ דאין בו טעם וכעפרא בעלמא הוא למה יאסר בחמץ והרי כתב הרב המגיד דאם בשאר תערובות

לא צריך ששים אלא קליפה אף בחמץ כן מכ"ש בדבר שבשאר תערובות לא הי' נאסר כלל למה יאסר בפסח. ואמרתי בזה דאדרבא כל שאין בו אלא משהו לא שייך בו הרגשת טעם ואין כאן משום נטל"פ דהא אין מרגשין בו טעם כלל ולכך אסור נטל"פ במשהו ואדרבא אם לא היו בו ששים הי' מותר דהי' נטל"פ ומרגישין בו טעם לפגם. ובזה מיושב הרבה קושיות של שעה"מ ועיין במיוחסות סי' קנ"א ויש להעמיס בדבריו מ"ש בכוונת התה"ד ומעתה בריח נטל"פ ומשהו בודאי יש להקל דכל הטעם דריחא מלתא היא לפי שריח חזק ומרגישין הטעם יותר וכאן הוא להיפך כל שמרגישין בו הטעם הוא נטל"פ ומותר דהוא נטלפ"ג ומשהו. ובזה אני אומר בכלי חמץ שנתערבו באחרים דדעת הב"ח דבטל ברוב והמג"א ס"ק מ' כתב דבפסח פשיטא דאסור דלא עדיף משאר יבש ביבש וכוונתו דכל דתלוי בנתינת טעם ובלח בלח אסור במשהו גם ביבש ביבש אסור במשהו ומשום שמא יבשלם ויתן טעם ולפ"ז כאן שנטל"פ א"כ אם ירגיש בו טעם יהי' נטל"פ ובודאי מותר ורק דבמשהו לא שייך נטל"פ דאין מרגישין בו הטעם ואסור א"כ יבש ביבש ממנ"פ מותר דכל שאין מרגישין בו טעם יבש ביבש ובטל ברוב ואם ירגיש בו טעם יהי' נטל"פ וז"ב. ומ"ש המג"א דבכלי יש להחמיר דהא י"א דאף בשאר איסורים לא בטל כמ"ש הש"ך בי"ד סי' ק"ב וכוונתו כיון דאפשר בהגעלה ה"ל כניכר איסור לפענ"ד לא שייך זאת כאן דהא כבר נודע מ"ש האחרונים ובכללם בעל הצ"ק בזבחים דף צ"ה דלכך כלי חרס אשר תבושל בו ישבר משום דהגעלה לא מועיל להוציא המשהו שבו ואסור ולפ"ז לא שייך דבר שיש לו מתירין בכלי דהא בפסח אסור במשהו ושוב לא יהי' מועיל הגעלה דמכל מקום נבלע בו משהו ובכלי חרס מיירי. ובזה ישבתי דברי זקני הב"ח שכתב דיש להחמיר בחמץ דחמץ מקרי דבר שיש לו מתירין ולא בטל והשיג עליו המג"א דחמץ לא מקרי דבר שיש לו מתירין והיינו משום שחוזר ונאסר לשנה הבאה ובאמת שגם הב"ח עצמו הרגיש בזה ועיין חק יעקב ולפמ"ש יש לומר דבאמת חמץ מקרי דבר שיש לו מתירין והיינו בהגעלה ואף דמשהו אסור הא לאח"פ יהי' מותר וכאן לא שייך דחוזר ונאסר לשנה הבאה דהרי כבר נודע מ"ש זקני הח"ץ בתשובה דלאחר י"ב חדש מותר אף בחמץ בפסח כל שנתיישן בכלי יותר מי"ב חדש וא"כ כאן לשנה הבאה לא יהי' נאסר דאז יעבור עליו י"ב חדש וז"ב. ובגוף הדין הנה מצד שהדיחו יחד בכלי שני כבר האריך המג"א בסי' תמ"ז ס"ק ס' דבכלי שני לא שייך לאסור מחמת פליטת הכלי וכן הסכים הגדול שבאחרונים החק יעקב סי' תנ"א ס"ק ח' דבכלי שני ב"י יש להקל בדיעבד אם נשתמש בכלי שנשתמש בכ"ש אף מכלי חרס בפרט במקום הפסד מרובה ומניעת שמחת יו"ט ואין לנו לחוש רק שמא נשתמשו בו במאכלים ובמשהו

לא מחזיקינן איסורא כמבואר במג"א סי' תס"ז ס"ק א' דלענין איסור משהו דרבנן לא מחזקינן איסורא בדיעבד ובאמת שהי' מקום לומר שאף בפחות מששים אין להחמיר כמ"ש המג"א שם לענין כרכום דטעם חמץ כבר חלף והלך לו וכאן בודאי אין טעם חמץ משום דאינו ב"י ונטל"פ רק דבמשהו יש להחמיר דאין מרגישין טעל"פ אבל כל שהוא פחות מששים ממנ"פ מותר וכמ"ש:

ב והנה לכאורה הי' מקום להקל דהוה כענין ס"ס ספק שמא לא נשתמשו כלל ואת"ל נשתמש יש הרבה דיעות דנטל"פ מותר בפסח וגם כבר צידד הרא"ש בתשוב' סי' כ"ח דמקום שיש צדדים להקל מצרפינן דעות השאלתות ור"ת דחמץ בס' אלא שכבר נעל בפנינו הש"ך יו"ד סי' נ"ז דס"ס בפלוגתא דרבבוותא אין לצרף ואני אמרתי סמוכין לזה עפ"י מה שעוררני הרב החריף המפולפל מו"ה מענדיל בער העלליר נ"י בהגאון בעל טוב גיטין שלמד מדברי רש"י בפסחים דף טי"ת דענין ס"ס הוא דבאמת בספק א' היה לנו לומר דאין ספק מוציא מידי ודאי רק דמכל מקום מחמרינן וכיון שכך כל שיש עוד ספק אחד ואותו ספק מוציא מידי ספק שוב לא נשאר ספק כלל ומותר ואמרתי לו ראה דבריך טובים ונכוחים וזה טעם שמתירין ס"ס באתחזיק היתירא אז הספק מוציא מידי ספק ונשאר על חזקת היתר אבל באתחזק איסורא לא מועיל ס"ס ואסור ובזה הנה מקום אתי ליישב הא דספק אחד בגוף וספק אחד בתערובות דעת הר"י לאסור ולא נודע הטעם ויש בזה ג' שיטות ולפמ"ש הטעם דהספק של התערובות אינו מוציא מידי ספק הגוף ובזה יש להבין שיטת הרא"ה שכתב דאף אם נימא דספק בגוף וספק בתערובות אסור היינו כי מתסר ספיקא קמא מדאורייתא אבל אי לא מתסר אלא מדרבנן מקילינן בס"ס. ולפמ"ש הטעם מבואר דהרי נודע מ"ש התוס' בפסחים דף ט' דבדרבנן אמרינן דספק מוציא מידי ודאי ולפ"ז כל שספק בגוף אינו רק מדרבנן מאי אכפת לן דהספק השני הוא בתערובות ואינו מוציא מידי הספק הא בדרבנן לא צריך שהספק יוציא מידי ודאי. ובזה מיושב מה שהקשה הפר"ח סי' ק"י ס"ק מ"ו דמאי משני רב אשי דהו"ל דבר שיש לו מתירין הא לשיטת הר"י נתערבה באלף קאי אספיקא וה"ל ס"ס ושרי ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבדבר שיש לו מתירין בחד ספק אסור ממילא בעינן שהספק השני יוציא מידי הספק הראשון וכאן הוה ספק אחד בגוף והספק השני אינו מוציא מידי הספק הראשון. ובזה מיושב ג"כ קושיתו בסי' מ"ג לשיטת הפוסקים דס"ס בדבר שיל"מ ג"כ מועיל ודו"ק ויש להאריך הרבה בזה בפרטי ענין ס"ס ולפ"ז גם בס"ס בפלוגתא דרבבוותא אין לצרף אלא שגוף דברי הרב מהרמ"ד הנ"ל אין להם על מה שיסמוכו דעיקר ס"ס אנו דנין בלא אתחזיק לא היתר ולא איסור דבאתחזיק היתירא פשיטא דמותר ובלא

אתחזיק לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי: והנה אם נימא דס"ס הוא משום שהספק השני מוציא מידי ספק הראשון ואין כאן ס"ס כלל נמצא פתח ליישב סברת התוס' בנדה דף כ"ז שכתבו דס"ס דסתרי תרי קולי דסתרי לא אמרינן ע"ש בד"ה חומר ובמהרש"ל ובמהרש"א ולפענ"ד הסברא היא דכיון שעיקר הס"ס הוא שהספק השני מוציא מידי הראשון ואין כאן ספק כלל ולפ"ז כאן דלאחר לידה אם תראה נאמר הספק להיפוך אימור לא ילדה ואת"ל ילדה שמא ילדה נקבה וא"כ היאך שייך שהוציא מהספק הראשון ואין כאן ספק כלל והרי אתה חוזר ומספק עלינו להיפך וא"כ עוד לא יצא מכלל ספק וז"ב ועיין מהרי"ט בחלק יו"ד סי' א' בדיני ספיקות שהביא דברי המרדכי פרק החולץ שכתב דמצינו שמחמירים אף בס"ס והביא שני ראיות מטומטום דאינו חולץ אף דהוה ס"ס ומהמפלת בהמה וחי' ושליא עמהן וע"ז האריך המהרי"ט דאין כאן ראיה דהוה תרתי ס"ס דסתרי אהדדי אף בתרי גופין אזלינן להחמיר ולפמ"ש הדברים מפורשים בטעמם משום דעכ"פ לא יצא מידי ספק דהרי אתה תוכל לספק להיפך ג"כ להקל ול"מ ס"ס בכה"ג וז"ב. ובזה ישבתי לנכון מה שסח לי עלם אחד משכיל מפה ששאל להרב הגאון מוהרש"ק ני' מבראד בהא דאמרו ביבמות דף ל"א ודף ס"ג נפל הבית עליו ועל בת אחיו וא"י איזה מת ראשון צרתה חולצת ולא מתייבמת וע"ז הקשה למה לא תתייבם שמא מתו שניהם גם יחד דאפשר לצמצם ואף דקיי"ל דאי אפשר לצמצם עכ"פ מידי ספיקא לא נפיק ואת"ל שאחד מת תחלה הא יש לומר דהיא מתה תחלה וס"ס הו"ל כרוב והרי אזלינן בתר רוב ומוהרש"ק ני' נדחק מאד ושאל את פי מה אענה והראיתי לו דברי המרדכי שהאריך דאף בס"ס לא חולץ ולא מייבם וביאר המהרי"ט משום דהו"ל תרתי דסתרי דלענין להתירה לשוק איכא ג"כ ס"ס להיפך וא"כ אין מקום לקושיתו וז"פ: וראיתי במהרי"ט שם שהקשה מהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ז ע"ב מחט שהיתה נתונה על החרס והזה עליו ספק על המחט הזה וספק על החרס הזה ומיצה עליו הזאתו פסלוה אמר ר"ח בר"י משמי' דרב מצא אתמר ופירש"י דהוה ס"ס שמא בתחלה הזה עליה או חזר עליו מכח היתוז או שמא לא זה ולא זה אלא על החרס הזה והיו מדרון ויצא על המחט ע"ש והקשה המהרי"ט דהו"ל ס"ס וכתב דבקידוש בעי וודאי ולא בספק ע"ש והפר"ח בכללי הס"ס כתב בע"א ע"ש ואנכי בעניי לא זכיתי להבין דאיזה ס"ס יש בזה להקל דהו"ל כעין שם אונס חד הוא דמה נ"מ אם מתחלה הזה עליו או שהותז עליו ובא מכחו כיון דגם מה שבא מכחו כהזה בידים חשוב. אמנם יען כי גברא רבה אמר להאי מלתא ומנו המהרי"ט ואחריו נמשכו כל ישרי לב אמרתי לעיין בזה. והנה ראיתי ברמב"ם פרק עשירי מפרה ה"ז כתב דהמזה צריך שיכוין להזות על הטמא לטהרו ואח"כ

בהלכה ח' כתב דאם טבל את האזוב ונתכוין להזות על דבר המקבל טומאה והזה מאותה טבילה על דבר שאינו מקבל טומאה אם נשארו מים באזוב א"צ לחזור ולהזות אבל אם נתכוין להזות על דבר שאינו מקבל טומאה והזה על האדם הזייתו פסולה עד שיחזור ויטבול ויתכוין להזות על האדם או על המקבל טומאה והראב"ד השיגו ועכ"מ ולפ"ז הא נודע מ"ש המהרא"י דכל דאיכא נ"מ בין הספיקות לא הוה בגדר שם אונס חד הוא וכ"כ בש"ך בכללי הספיקות סי' ק"י ולפ"ז כאן הא כיון דהחרס אינו בר הזאה א"כ הי' נ"מ בין הספיקות דאם הזה מתחלה על המחט א"כ ודאי מועיל דמסתמא נתכוין להזות עליו ואם הזה על החרס וחזר וניתז עליו אם לא נתכוין בתחלה להזות ע"ז שהוא בר טומאה אז לא היה מועיל וא"כ שוב איכא ס"ס ומכ"ש לשיטת הראב"ד דס"ל דכל שהזה על דבר שאינו מקבל טומאה ל"מ אף מה שנשאר באיזוב לא יזה ממנו וא"כ שוב שפיר נ"מ בין הספיקות. הן אמת דתמוה לי לשיטת הראב"ד דס"ל דכל שהזה ע"ד שא"מ טומאה ל"מ אף מה שנשאר באיזוב א"כ מה פריך הש"ס מהזה על החרס והא החרס לאו בר הזאה היא וא"כ לכך ל"מ ההזאה על החרס שיכשיר המחט וצע"ג. ועכ"פ גם להרמב"ם איכא ס"ס. ובזה אני אומר ליישב מה דקשאי בה זה זמן רב וכתבתי בגליון הרמב"ם פי"ב מפרה ה"ג דהעתיק הדין הנ"ל ולא העתיק דמיירי בשנמצא וכן קשה על הש"ס גופא דלמה לא פריך מהרישא דתנן פי"ב משנה ב' הזה על שני כלים ספק על שניהם הזה ספק מחבירו ומיצה עליו הזייתו פסול' ולמה לא מקשה מזה בש"ס סנהדרין הנ"ל. ומצאתי בתורת חיים שם שהרגיש בזה וכתב דברישא כיון דטהרו את הכלי בראשונה שוב עשה מצותו ושוב א"י לטהר עוד כדתנן מי חטאת שעשו מצותן אינן מטמאין עוד אבל כאן דלא עשו מצותן שפיר טהור ע"ש ובמחכת"ה דבריו תמוהין דהיכן מצא זאת דאחר שהזה על כלי אחד א"י להזות על כלי אחר וההיפוך מבואר בסוף פרה דמזין על האדם ועל הכלים אפילו הן מאה אלמא בטבילה אחת סגי להרב' כלים וכ"כ הרמב"ם פ"י ה"ח ובזה גם הראב"ד מודה ואדרבא כל שעשה מצותו ודאי יכול להזות על הכלי טמא וגם הראב"ד מודה בזה. ומ"ש דלאחר שעשו מצותן אינן מטמאין היינו אף שניתז על הארץ או על הטהור טהור כמבואר פט"ו מפרה ה"א ע"ש וע"כ קושייתו תימה רבה ותירוצו תמוה. אך לפענ"ד נראה דבאמת הוה ספק אם נתכוין להזות ע"ז והרי צריך עכ"פ שיכוין להזות ולפ"ז צריך ביאור מה מקשה הש"ס דלמה לא מועיל בניתז והא יש לומר דשאני הזא' דבעינן שיתכוין להזות ודלמא לא ידע כלל שיותז ע"ז ועכ"פ לא נתכוין להזות מקרי וצריך לומר דס"ל להש"ס דכיון דחרס לאו בר הזא' מסתמא ודאי נתכוין על המחט דאל"כ למה יזה שלא לצורך וא"כ שפיר מקשה אבל מהרישא אין קושיא דדלמא

לא נתכוין רק על הראשונ' ומצאתי בחזון נחום שכתב בפי"ב מפרה משנה ב' דלא זו אף זו קתני ל"מ בשניהם בעי הזא' בודאי פסול' הזאתו מן הספק אבל בהז' על החרס דלאו בר הזא' הו"א דהזייתו כשר אף על הספק קמ"ל ודבריו צריכין תבלין וצריכין מלח דאין להם ביאור אבל מ"ש נכון מאד. ובזה יש ליישב גם קושית המהרי"ט דלכך לא הוה ס"ס דיש ס"ס להחמיר ג"כ שמא לא הזה לא ע"ז ולא ע"ז ושמא לא נתכוין להזות וס"ס להחמיר ג"כ אמרינן כמ"ש המלמ"ל פ"ח מאה"ט. ובזה יש ליישב גם מה שהשמיט הרמב"ם הך שנמצא ולפמ"ש יש לומר דבאמת י"ל דהש"ס מקש' שם דלא ס"ל דבעי כוונ' לטהרו וכמ"ש הראב"ד אבל לשיטת הראב"ד דבעי שיתכוין להזות כדי לטהרו א"כ כל שספק אם יחזור עליו שוב ל"מ וא"צ לאוקמא בנמצא ודו"ק היטב כי אגב גררא נתברר ענין נחמד בהלכות חמורות ודו"ק. והנה מ"ש למעלה בישוב דברי הב"ח דלכך הוה דבר שיש לו מתירין דאינו חוזר ונאסר לשנ' הבא' לפמ"ש זקני הח"ץ ז"ל דאחר יב"ח אינו חוזר ונאסר הגידו לי שכ"כ במחצית השקל ונהניתי שכוונתי בראשית ההשקפ' לזה.

ג אך נסתפקתי לכאור' באם נתערב כלי חמץ עד"מ ביום שני של פסח דאז לא נשלם יב"ח ביום א' של פסח וכבר נאסר אי נימא כיון דנטל"פ אסור בפסח א"כ אף שנעש' לאחר היום הראשון יב"ח אינו חוזר וניתר לאחר שכבר נאסר או לא. ולפענ"ד נרא' דלטעם הח"ץ דהישון מועיל לעשות כעפרא בעלמא וא"כ לא שייך נטל"פ דעפרא בעלמא לא נאסר וחוזר וניתר ביום ב' והוה דבר שיש לו מתירין גמור וז"ב מאד ודו"ק: והנה במ"ש למעל' בשם המג"א סי' תס"ו ס"ק י"ד על מה דמבואר דמותר להשהות' משום דהו"ל ספק חול וכתב המג"א פירוש איסור משהו הו"ל דרבנן לכן מקילינן לשהותו אבל בחמץ גמור אפילו ביו"ט האחרון אסור ונשאלתי בזה מאחד מהתלמידים דאמאי לא ניקל גם בחמץ גמור הא יו"ט שני אינו רק דרבנן ואמאי עדיף יותר ממשהו דרבנן והנני יוסיף די"ט האחרון אינו רק מנהגא בעלמא משום דלמא גזרו שמדא כדאמרו בביצ' דף ד' ועיין ברמב"ם פ"ו מיו"ט ובא"ח סי' תט"ז אמנם לפענ"ד נרא' כוונ' עמוק' דהנ' התה"ד הובא במג"א סי' תצ"ז ס"ק ד' כתב אף שלענין עכו"ם שהביא דורון שיש בו חשש ציד' ומחובר אסרינן לי' אף ביו"ט שני שהוא דרבנן ובחוץ לתחום שדין אחד כיון שהוא דרבנן יש לומר דשאני התם דאות' גזיר' לא הוה אלא לאיסור יו"ט ומש"ה לא מפלגינן בין ראשון לשני אבל איסור דעכו"ם מסל"ת לאו לגבי יו"ט אתמר אלא כללא הוא בכל התור' דבמילי דרבנן סמכינן אעכו"ם מסל"ת עכ"ל ולפ"ז נרא' דבאמת משום שיו"ט שני אינו רק איסור דרבנן אין להקל כל שיש חמץ שהוא אסור השייך לי"ט של פסח מה נ"מ בין יו"ט ראשון לשני אבל משהו דהוא משום דהוה דבר שיש לו מתירין וא"כ בכל מקום

שהוא דבר שיש לו מתירין או ביי"נ שהחמירו בו במשהו א"כ זה כולל לכל איסורים דהוה דבר שיל"מ דהוא במשהו ובזה שוב ראוי להקל ביו"ט אחרון וז"ב ודו"ק היטב:

ד שוב מצאתי בתה"ד סי' צ"ה ובכתביו סי' ק"ס שכתב לענין ליל יו"ט שני של סוכה אם ירדו גשמים דיש להקל אף דבלילה הראשונ' מחמרינן מכל מקום כיון דבקיאין בקביעא דירחא יש להקל בלילה השניה והביא ראיה מהא דכתב המרדכי פכ"ט בחטה שנמצאת בתרנגולות ביו"ט אחרון דוקא הואיל ואינו רק מדרבנן לדידן סמכינן אגאונים המתירין ע"ש הרי דהבין דמקילין אף בחמץ גמור משום דיו"ט שני אינו רק דרבנן וזה שלא כדברי המג"א ולפענ"ד דברי המג"א מסתברים ומטעם שכתב התה"ד בעצמו הובא במג"א סי' תצ"ז ס"ק ד' הנ"ל ולא מקילין ביו"ט שני דרבנן:

ה ודרך אגב אבאר מה שחידש הט"ז ביו"ד סי' קל"ז ס"ק ז' דנותן טעם לפגם דאב"י באיסור דרבנן לא גזרינן דהו"ל גזיר' לגזירה אעתיק כאן מ"ש על הגליון בנוב"י בחיו"ד מהד"ת סי' כ"א שחידש ג"כ כן ולא זכר שכבר קדמו הט"ז בזה ואני כתבתי שלא נזכר מדברי הר"ן גבי פנכא דתברה ר' אמי בחולין דף קי"א ושם דם שמלח ואינו רק מדרבנן וא"כ אמאי תבריה והא מצי להשהותו לאחר יומו ויהי' מותר וע"כ דגם בדרבנן אסור ואחר כמה שנים מצאתי במהרלב"ח סי' קכ"א שכ"כ והביא ראיה זו ושמחתי. שוב אחר שנים רבות האיר ד' עיני ומצאתי בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סי' ק"ג שכתב בהדיא דאף באיסור דרבנן אב"י אסור והביא ראיה משו"ת הרשב"א ח"א סי' קמ"ג לענין חלב שחלבו גוי ע"ש ובאמת שדברי הרשב"א הוקבעו להלכה סי' קט"ו ס"א בהג"ה וע"ש בש"ך ס"ק י"ד וס"ק ט"ו ודו"ק היטב וע"כ יש לכל בר הוראה לזהר בזה שלא להורות היתר בזה: והנה בהיותי בזה אמרתי להזכיר מה שנשאלתי במ"ש הש"ך סי' קל"ז ס"ק ט"ז דדוקא באקראי ולא בקבע וכתב כן משמא דגמרא וע"ז הגיד לי אחד בשם ספר חיי אדם שכתב דהש"ך במח"כ לא דק דשם דאמרו אקראי בעלמא הוא היינו מה שנתנו בתוכו יין היה באקראי אבל שכר מותר ליתן אף בקביעות ובאמת שיפה כתב בזה וכ"כ בחידושי ריטב"א בע"ז שם בהדיא ע"ש ואני מוסיף עוד דמ"ש הש"ך ראיה מסי' קכ"ב ס"ד בהגה לא ידעתי שום כוונ' וכפי הנרא' כוון לסי' קכ"א ס"ה בהג"ה דאסור להשתמש צונן שמא ישתמש בו חמין. לפענ"ד נרא' דל"ד דכאן ודאי לא ישתמש בו ביין דהרי כל שהשתמש בו שכר ושאר משקין שפוגמין ביין א"כ ה"ה להיפך כשיתן יין אח"כ יתנו בו פגם ביין ומה"ת לחוש שמא ישתמש בו וזה דקאמר הש"ס אקראי בעלמא היא דודאי ל"ח שמא ישתמש בו אח"כ יין כל שכבר נתן בתוכו שכר או שאר משקים הפוגמים ולפ"ז אדרבא לתת לתוכו בקביעות שכר א"נ שאר משקין ודאי שרי וכמ"ש ועיין בכנה"ג

שנדפס סביב הש"ע ביו"ד שרוצה לאסור שאר משקין ודוקא שכר ולא נראה כן מדעת כל הפוסקים ועיין פר"ח סי' קכ"ב ס"ה ועיין בט"ז סוף סימן צ"ט וע"כ לדינא נראה לפענ"ד דמותר ובמקור מים חיים שנדפס מחדש האריך בדברי הט"ז ולא הרגיש במ"ש ודו"ק ועיין בחיי אדם שתמה ג"כ על הט"ז ובאמת לפמ"ש הפר"ח דברי הט"ז נכונים דכל שפגום מעיקרא לא גזרו ובזה מיושב קושית המקמ"ח ודברי המקמ"ח ודברי החיי אדם תמוהים ודו"ק: והנה במ"ש למעל' נתיישב מה דקשה טובא דהא דס"ל לר"ש נו"ט לפגם מותר והרי ס"ל כ"ש למכות וא"כ אסור במשהו ולפמ"ש כל שיותר ממשהו אף למאן דאוסר במשהו מודה דנותן טעם לפגם שרי ומה גם דזה אינו רק מדרבנן דמב"מ במשהו אסור אף נטל"פ אבל לא מה"ת:

1 והנה עש"ק תרומה תרט"ז נשאלתי בהא דמבואר ביו"ד סי' ק"ב בכלי שנתערב בכלים אחרים אף דהו"ל דבר שיל"מ לפי שיכול להגעילו רק דכיון דצריך הוצאות להגעיל וע"ז הקשה הרב מו"ה שאול קאצינעלינזאהן מווילנא דהיאך שייך דבר שיל"מ ע"י הגעלה והא גם בהגעלה הקשה הר"ן דהא המים חוזרין ואוסרין וע"כ משום דהוה אב"י והו"ל נטל"פ או דהוה סמ"ך והרי עכ"פ צריך לבא לידי ביטול דגם נטל"פ כל דאסור במשהו לא שייך נטל"פ כמ"ש התוס' בע"ז דף ס"ו וא"כ ב"כ וב"כ צריך לבא לידי ביטול וא"כ מה נ"מ בין ביטול ברוב ביבש ובין הגעלה דהו"ל ביטול בששים בלח בלח. והשבתי דבאב"י כל דהוה נוטל"פ רק דהמים חוזרין ואוסרין שוב הו"ל כסרוח מעיקרא דאף לר"ש שרי וכ"כ אבי מורי הרב הגאון נ"י בביאור דברי התוס' בחולין דף ק'. אך אף אם נימא דגם זה אסור לפענ"ד ביטול ברוב אינו רק מטעם דעל כל אחד אני אומר שזה מהרוב דאי אפשר לומר איסור נהפך להיתר דהרי אם יבשלו בה שא"מ כמו בב"ח או שאר איסורים כל דיבשלו שא"מ יוכר הטעם ולא מבטל וכמ"ש הפר"ח ס"ק ח' שם וא"כ עכ"פ יש בזה איסור רק דאמרינן על כל אחד שמא אין בו האיסור רק בחבירו וזה לא הוה ביטול כ"כ אבל אם מגעיל ומוציא הטעם של איסור דבטל בששים שוב אין בו טעם איסור כלל וזה הוה ביטול יותר ושייך דבר שיש לו מתירין וכעין מ"ש הצ"צ סי' ס"ט לענין ספק דאף דממנפ"ש מותר מ"מ הוי ספק איסור ומכ"ש בזה ודו"ק: שוב ראיתי שבישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל הקשה בסי' ק"ב שם כן והנראה לפענ"ד כתבתי. והנה הט"ז הביא בשם הרש"ל דכלים לא הוה דבר שיל"מ משום שאין ההיתר ממילא מכח זמן ותמהתי בראשית ההשקפה דהא יש היתר לאחר שיהי' אב"י ואף דנטל"פ אסור מדרבנן לא בשביל זה נעקר דבר שיש לו מתירין כיון דמה"ת שרי וכעין שכתב הר"ן בפסחים פרק שני לענין חמץ בפסח דאף דקנסא קניס ר"ש לא נעקר בשביל זה הדבר

שיל"מ שעכ"פ מדאורייתא מותר ולכאור' אמרתי דלא הוה דבר שיל"מ דמה שמותר לאחר זמן אינו ניתר מה שנאסר דאז הי' טעם לשבח ועכשיו נפגם הטעם. אלא שלפ"ז בלא"ה לא שייך דבר שיל"מ דאף שיכול להגעיל אבל לא יותר גוף האיסור שהרי ע"י הגעל' הוציא האיסור הבלוע ונקלש הטעם וע"כ צ"ל דעיקר הדבר שיל"מ הוא לענין הכלי דהרי בלא"ה הבלוע בכלי אינו מקרי דבר שיל"מ ועיקר האיסור על הכלי כמ"ש הט"ז ס"ק ח' וא"כ ה"ה לענין אב"י דמ"מ הכלי תהי' מותרת אחר שיעבור היום ומה גם לשיטת הרשב"א והר"ן גם באב"י לא נעשה נבלה שאינו ראוי לגר רק דנטל"פ בהמאכל אשר יתבשל אבל עכ"פ מצד עצמו יש בו עדיין (דין) נבלה ושפיר מקרי דבר שיל"מ. שוב ראיתי בש"ך שכתב כן דהוה דבר שיל"מ משום שיכול להשהיתו על אחר היום ע"ש ס"ק ח'. אמנם באמת בלא"ה נראה לפענ"ד דלא שייך בכלי דבר שיל"מ לפמ"ש הצל"ח דבטלטול לא שייך דבר שיש לו מתירין דהא יכול לטלטל עכשיו ולאחר זמן וא"כ ה"ה כאן הרי יכול לבשל היום ולמחר וכן קודם הגעל' ולאחר הגעל' והנה הט"ז ס"ק יו"ד הקשה דלמה לא כתב הרמ"א דכלי לא הוה דבר שיל"מ משום דאינו רק בלוע וכמ"ש לענין דם הבלוע בחתיכ' ולפענ"ד נראה דבאמת ענין שהוא בלוע לא שייך רק במקום דאי אפשר להוציאו משם כמו בחתיכ' שנשתהה ג' ימים בלא מליח' שנתקש' הדם וא"א שתצא הדם ממנו בבישול רק בצלי א"כ שפיר כתב דלצלי לא נאסר מעולם ולבישול שוב הוה איסור בלוע אבל בכלים דיכול להוציא הבלע ע"י בישול לא הוה איסור בלוע והרי גדול' מזו מצינו שהרא"ה דעתו דכלי לא בטל דכל דאפשר להוציא האיסור מתוכו ע"י הגעל' ל"ח בלוע והוה כניכר האיסור ובש"ך ס"ק ח' הובא זאת ומכ"ש לענין שלא יהי' מקרי איסור בלוע. ובזה מיושב היטב דברי הרמ"א ולשון התה"ד סי' ק"ע ומ"ש הט"ז להקשות מגדולי בכורים לפענ"ד לק"מ דשם הוה הרכב' מזגיות שנתמזגו הכחות של הביכורים והחולין ונתגדלו ביחד ונעש' מהם גדולים וזה בודאי לא מקרי איסור בלוע ואיסור בלוע לא מקרי רק הטעם שבכלי שאינו רק הרכב' שכונית וכן הדם שבחתיכ' כיון שאינו אסור רק מה שנפרש א"כ אינו רק הרכב' שכונית וכבר האריך התשב"ץ ח"ב סי' ד' לחלק בין הרכב' שכונית להרכב' מזגיות ודו"ק:

ז והנה בשנת תרי"ז א' משפטים כ"א שבט כה הראני הדיין הרב החריף מוה' חיים יוסף ני' עלינבערג דברי הרב בשו"ת גור ארי' יהודה חיו"ד סי' ק"ט שכתב דבכלי פארצליין שנפל נר דולק והטפ' מועטת וכל אשר ישתמש בהקער' יהי' בודאי ששים נגד הטפה וההפסד גדול והור' להשהות הקדיר' מעל"ע ואח"כ יהי' מותר להשתמש בו הואיל ואיכא תרתי שהוא נטלפ"ג ומשהו וכמ"ש הט"ז סי' צ"ט וכן הסכים בנקה"כ אף

שבש"ך סי' קכ"ב ס"ק ד' כתב סתם לאסור מכל מקום בנקה"כ הסכים להט"ז ולפענ"ד יש להתיישב בזה דכאן יש לחוש שמא לא נתפשט רק במקצת הקדיר' ונעש' נבלה בכ"ח כמבואר סי' צ"ח ואין ששים נגד השיעור הכלי שאסר' הטפה ודוקא בבישול שנבלע בכלו בזה מועיל כל מה שמשתמש בשפע משא"כ כאן. ומ"ש ראיה מתוס' פסחים דף למ"ד דכל שיש נטל"פ ומשהו ביחד יכול לבטל איסור לכתחל' לפענ"ד זה אינו דשם כבר הוא משהו בעת הבליע' דהרי חמץ אין משתמשין בקדיר' רק במשהו ולכך מותר לבטל איסור לכתחל' בכה"ג אבל כאן שנפל איסור וניהו דהטפ' מועטת אבל מ"מ יש בו איסור חלב דחצי שיעור אסור מן התור' ובכה"ג לא ידעתי אם מועיל מה שהוא נטל"פ דהרי האיסור הוא בעין ושם אינו רק בלוע בקדיר' במשהו ולכך מותר וגם מה שמשהין לכתחל' על אב"י לא נהירא דכל שכעת הוא האיסור בעין איך מועיל מה שמשהין כדי שיהי' אינו ב"י ודוקא שם שעכ"פ ב"י אינו אסור במשהו ואינו משתמשין כל הפסח רק לאחר פסח ממילא אנו דנין אח"כ כשכבר נעשה אב"י משא"כ כאן.

ח וע"כ לפענ"ד דברין תמוהין אבל מ"מ בגוף הדין לענין כלי פארצליין יש לצרף דברי הכו"פ דהחלב בעצמו מוסרח ובמקום שאין לו תקנה חשוב כדיעבד וכמ"ש בשו"ת נחלת יעקב הובא במ"י כלל פ"ה ס"ק ס"ד ואף דהפרמ"ג בשפ"ד ס"ק י"ז חולק ע"ז כבר כתבתי בתשובה שדברי הנח"י נראין ועיין בישועת יעקב יו"ד סי' צ"ב בפירוש הקצר שם סוף הסימן:

ט והנה בשנת תרי"ז ליל ר"ח ניסן נשאלתי באחד שנגנבו לו הרבה כלים ואח"כ נמצאו שגנבו חיל המלך ונלקחו להשר שלהם אוטדאר ונשאלתי אם מותר להשתמש בהם ואסרתי ואמרתי למכרם והנה אכתוב הטעם והנה נודע דברי הש"ע בסי' קכ"ב ס"ט ומ"ש הט"ז והש"ך שם והפר"ח אמנם לפענ"ד כאן יש להחמיר דהנה האו"ה כלל ל"ג מחלק באם העכו"ם מרתת או לא ע"ש ועיין ט"ז ס"ק וא"ו ולפ"ז כאן שגנבו וגם היו בבית השר שלהם עד שיחקרון משפט פשיטא דלא מרתת להשתמש בהם ובודאי יש לאסור. אמנם אכתי יש ספק ספיקא. אך לפענ"ד גם הס"ס לא שייך בזה דהס"ס של הטור דהיינו שמא לא נשתמשו ואת"ל נשתמשו שמא נשתמשו בדבר הפוגם בעין וכעין ס"ס של הרשב"א שמא לא נשתמשו ואת"ל נשתמשו שמא הי' בדבר המותר ועיין מג"א סי' תמ"ז ס"ק כ"ג לא שייך כאן דע"כ לא אמרינן דשמא לא נשתמש רק באם לקחו במקר' קדיר' של עכו"ם או שהי' בבית עכו"ם יום או יומים אבל בנשתהה ימים רבים פשיטא דשייך לחוש שישתמש שהרי עומדים להשתמש ומכ"ש שמא נשתמש בדבר הפוגם בעין או דבר המותר ל"ש בזה דידוע שהעכו"ם משתמשין בכלים שעומדים לבשר

משתמשים בהם בשר טריפ' וכדומה ופשיטא דלא שייך ס"ס. ובזה יש לקיים דברי ר"ת שאוסר אף בס"ס ולכך אמרתי למוכרם ואף דיש לחוש שמא ימכרם לישראל בזה יש לסמוך על הס"ס דהס"ס לפנינו רק דזה יודע שנשתהה אבל לאיש אחר יש ספיקות רבות ולכך שרי ודו"ק: והנה המג"א סי' תס"ז ס"ק כ"ה כתב דנמצא בפיו חטה וא"י אם הי' על המצה או על התרנגולת כתב דאיסור משהו דרבנן תלינן שהי' בתרנגולת והתרנגולת מותרת מכח ס"ס כדין שני קדירות שאומרים שאני אומר ובע"פ שנת תרי"ז הרגשתי דהא באיסורי משהו לא אמרינן שאני אומר כמ"ש הנימוק"י הובא בש"ך סי' קי"א ס"ק י'. וראיתי בח"י שהביא שם דברי הש"ך והפר"ח אבל לא הרגיש על המג"א ועיין בפרי מגדים וא"ל כיון שהוא איסור תורה רק דשיעור משהו דרבנן אמרינן שאני אומר דזה אינו דאדרבא מגרע גרע שהרי אף באיסורי דרבנן כל שהוא במשהו כגון נוקשה דרבנן לא אמרינן שאני אומר ועיין כו"פ ס"ק א' בסי' קי"א שם מכ"ש בזה דהאיסור הוא של תורה. אמנם נראה דלפמ"ש הכו"פ הטעם משום דחמץ הוה דבר שיל"מ לכך לא אמרינן שאני אומר ולפ"ז כיון דבאמת בטל בששים רק דבחמץ מחמרינן משום דהוה דבר שיל"מ וא"כ כל דהוא בטל בששים ל"ש דבר שיל"מ. אך לפ"ז לא יהיה שייך דבר שיל"מ בחמץ דאם נימא דבטל בששים ומ"מ אסור במשהו משום דהוה דבר שיל"מ שוב ליכא דבר שיל"מ דהא לא יאכל אח"כ איסור כלל אך זה אינו דע"ז אנו דנין דלמה לו לאכול בביטול ששים הא הוה דבר שיל"מ ולמה תאכל בששים אבל לענין שאני אומר דנתל' שהי' בתרנגולת ולא התחיל האיסור כלל שוב לא שייך דבר שיל"מ דהא באמת אותו איסור לא נרגיש כלל ולא יהי' לו היתר. והנה אירע מעשה שנמצא גערשטין בתפוחי אדמה שנתבשלו ונתנו מקצתן על כ"ש והנה בהקדיר' הי' ששים ובע"פ סגי בששים ובכ"ש לא הי' ששים ואמרתי דאף דממקום למקום אין מחזיקין איסור ה"מ לחומרא אבל לקולא אמרינן דמחזיקין ממקום למקום ועיין נדה דף ד' ומיהו גם בכ"ש אוסר בדבר גוש להרש"ל והט"ז אמנם בלא"ה הי' שם סברא לתלות דמסתמא הי' בקדיר' וגם הי' ספק שמא לא נתרכך' וע"כ הקלנו בזה בע"פ ודו"ק: והנה בשחה"מ פסח תרח"י הי' אצלי כמה שאלות אמרתי לרשום מה שחידשתי בזה איזה הערות והנה הי' מעשה שבשלו תרנגולת עם בשר ונמצא אח"כ חטה בתרנגולת והנה שאלתי אם נמלחה התרנגולת עם הבשר או לבדו ואמרו שלבד נמלח אמרתי אין עיקר (השאל') רק על הקדיר' שנתבשל בה ועל הכפות והקערות שנשתמשו בה והנה התרנגולת והבשר אסרתי והכפות והקערות אמרתי להניח עד אחר הפסח: והנה בפסח שנת תרכ"א נשאלתי באחד שהי' לו כפות שמנה כשרים לפסח ונמצא כף יותר שהי' של חמץ אמנם כשנודע הספק מצאו כף

אחד בשומן צונן ואמרתי דשייך לתלות דאותו שהי' בשומן היו הכף החמץ ולא נשתמש בו אלא בצונן וכשר ואף דבדבר דאסור במשהו ל"ש שאני אומר כמ"ש הנימוק"י אבל הפר"ח סי' קי"א והכו"פ מפלפלים בזה וא"כ במשהו דרבנן אין להחמיר ולא מחזיקין איסור וכמ"ש המג"א סי' תס"ז וע"כ הוריתי שאחד מן הכפות יחזיק לחמץ וכל השאר מותרין ומכ"ש המאכלים ודו"ק:

סימן כז

א בענין תקנת שו"ם נראה לי דבר חדש בטעמו של דבר דל"ש תקנת שו"ם בנ"מ ונבאר הדברים באורך דהנה בנדוניית חתנים חידש ר"ת ב' ענינים א' בנדוניא שלא נתן עדיין האב הוה אומדנא דלא נתן רק ע"מ שתהנ' בתו וגם באם כבר נתן שיחזיר בשנה ראשונה כלו ובשני' מחציתו ובאמת שתי אלה צ"ב אם במה שחידש בנדוניית חתנים שלא גבה דאינו צריך ליתן דאומדנא דלא ניתן רק ע"מ שתהנה בתו וקשה דאם כן מה נ"מ בין נתן ללא נתן ועיין בפסקי מהרא"י סי' רס"ז שהרגיש קצת בזה וכתב דאם הבעל מוחזק לאו משום ספק הוא אלא שגמר ואסח דעתי' האב מיני' וכ"ז תימה מנ"ל לר"ת ולחדש כזאת וגם מה שחידש ר"ת לתקן תקנה שיחזיר אף כשתפס משום שלא יהי' עגמת נפש ואסמכי' על קרא ותם לריק כחכם וזה תימה דהכי בשביל סמך זה ניקו ונעשה תקנה להפקיע ירושת הבעל. וע"כ נראה דהנה הפ"י הקשה בכתובות דף מ"ג איך שייך לומר לשיטת רש"י דאף בפוסק לתת לבתו יורש הבעל והא הוה מלוה ובעל אינו יורש בראוי ובק"א כתב דהוה מלוה של החתן עצמו ע"ש ולפ"ז נראה לי דזה באמת מה שנחלק ר"ת על רש"י דלרש"י עיקר חיובו של האב היה להבעל וא"כ לא הוה ראוי ולפ"ז ז"ש ר"ת דהא הוה אומדנא שלא כתב רק ע"מ שתהנה בתו וא"כ שוב עיקר חיובו היה לבתו והבעל בא מכח אשתו וא"כ שוב הוה ראוי ואין הבעל יורש בראוי. ויש לי להמתיק הדברים דבאמת הב"ש סי' נ"ג ס"ק יו"ד כתב דאף דלא אמרינן אומדנא בהתחייבות היינו כשזה שמתחייב לו הוא חי כמו בבת אשתו משא"כ בבתו שהיא מתה ולפ"ז זה תלוי בזה לרש"י דאמרינן דנתחייב להחתן ולא הוה מכח אשתו א"כ אף שהאמת שלא רצה להתחייב להחתן רק שתהנה בתו הרי לא אמרינן אומדנא בהתחייבות אבל לר"ת דעיקר החיוב הי' לבתו והרי מתה וז"ב כשמש. והנה הפ"י הקשה וכן הקשו כל האחרונים דאיך יורש צ"ב הא הוה מלוה שעמו וקיי"ל בבכור דפלגי מספק ולפענ"ד הנני יוסיף להפליא דמהראוי כאן דאפילו פלגא לא לירש דשאני התם דכל שהלוה הבכור לעצמו הרי הוא מוחזק דהא מלוה להוצאה נתנה אבל נצ"ב דעכ"פ היא מוחזקת ג"כ בנכסים וא"כ ודאי דלא חשוב הבעל מוחזק שהיא שלה בעצם והבעל אינו בא רק מכחה וכבר

הבאתי למעלה דברי הא"מ דצ"ב הוה כלא הגיע זמן שתגבה ולא מתורת ירושה היא כלל ע"ש ולפ"ז י"ל דזה שחידש ר"ת דכיון דשייך עגמת נפש א"כ בטלו שלא יהי' בידו מלוה שלא הגיע זמנה ועשו שיבא מכח ירושה והרי מלוה הוה ראוי ואינו יורש וצריך להחזיר כלו בשנה ראשונה ובשני' פלג' כמשפט מלוה שעמו בבעל ובבכור איברא דאני בתשובה אחת דחיתי דברי הא"מ דגם בנצ"ב צריך לבא מכח ירושה וא"כ הדרא קושיא לדוכתי'. אך מה שנראה לדעתי דנצ"ב הוה הכל במתנה להבעל רק שחז"ל תקנו שהבעל יקבל על עצמו אחריות שאחר מותו יצטרך להחזיר לאשה וא"כ כל שמתה אינו חייב כלל דהא נתנתה לו במתנה כל ימי חייו ורק כשהיא תחיה לאחר מות בעלה הוא צריך להחזיר אבל כשמת זכה בו. ולפ"ז נראה לי דזה שחידש ר"ת דכל שמתה בתוך שנתה א"כ אם נימא דאינו בא מכחו וכאלו הבעל הי' לו הדבר זה נקרא ותם לריק כחכם דהא אין שם מלוה כלל ע"ז רק מתנה וזה ודאי חשוב אומדנא דרצה ליתן במתנה גמורה ולא תהנה בתו כלל וזה היתה התקנה ולפ"ז בנ"מ שוב לא שייך לומר ותם לריק כחכם דהא באמת שלה הם לגמרי ואינו מתנה כלל ולא שייך ותם לריק דאטו בשביל זה נפקיע ירושה והוא באמת לא נתן רק לבתו ומשמיא זכו לי' בשביל ירושה שזוכה ופשיטא שלא הפקיעו ירושה ועוד יתכן להמתיק יותר דדוקא אם הוא מכח ירושה פשיטא דלא שייך להפקיע ירושת הבעל בשביל סמך בעלמא אבל נצ"ב דמכח ירושה היה ראוי וע"כ צ"ל דלא משום ירושה הוא רק דהוה מלוה שלא הגיע זמנה להפרע כמ"ש הא"מ או מתורת מתנה שנתן לו אבי האשה וא"כ עכ"פ לא שייך ירושה ושוב לא הפקיעו ירושת הבעל רק מה שנתן לו אבי האשה מתנ' וזה שפיר יכלו חז"ל להפקיעו בשביל סמך ותם לריק כחכם ושפיר תיקן ר"ת ושפיר שייך תקנת ר"ת ומעתה בנ"מ שוב שייך ירוש' דהא היא שלה לגמרי ולא הוה מלוה כלל וא"כ לא שייך תקנת ר"ת ולפ"ז אותן נ"מ שנפלה לה בירושה ועדיין לא גבתה דהוה ראוי שוב בודאי שייך תקנת ר"ת דהא אין הבעל יורש בראוי ובזה מבואר היטב דברי המהרי"ל סי' ש"ד שכתב אף שמדינא יורש הבעל נ"מ וכ"כ הגהת אשר"י נכסים שירשה בחייה אף שלא גבתה ומתה בעלה יורש' אבל ר"ת תיקן שיחזיר בשנה ראשונ' ושניה ומזה תמה הח"מ כאן דמשמע דשייך תקנת ר"ת אף בירושת נ"מ ולפמ"ש א"ש דשם דהוה ראוי שגם היא לא גבתה עכ"פ לגבי בעל הוה ראוי ושוב הוה שייך בזה תקנת ר"ת דהא שייך עגמת נפש ובאמת שתמוה דעת הגהת אשר"י דהיאך הוה ירים הבעל מצד דינא דש"ס דהא הוה ראוי ועכ"פ דברי מהרי"ל אינו סותר למ"ש הרא"ש דשם בראוי מיירי והא דהוצרך הרא"ש לומר דוקא בירוש' שנפלה משום דבסתם נ"מ שייך לומר אדעתא דהכי לא נתן אבל בירושה לא שייך אומדנא

דאדעתא דהכי לא נתן דהרי נפלה ממילא ולא מפקעינן ממונא משום ותם לריק דירושה לא מפקינן בשביל זה וכמ"ש ודו"ק היטב ובב"מ האריך ולא מצאתי דבר רק במ"ש בסוף דבריו במה שמחולקים הפוסקים די"א ליורשים וי"א לנותני הנדוניא והקשה הוא למה לא נימא הנכסים בחזקתן וכתב דספק פלוגתא לא שייך הנכסים בחזקתן והוא כתב דוחק אבל באמת כבר כתב המלמ"ל דבשביל חזקה לא ישתנה הדין ובחבורי חלק לשבעה על נחלת שבעה הארכתי בזה ואכ"מ. וראיתי בהפלאה בק"א סי' קי"ח ס"ק י"ג שתמה על הרא"ש והאחרונים שכתבו דל"ד לנדוניית חתנים דאמרינן אומדנא שלא כתב אלא ע"מ שתהנה בתו דשם מיתה טבעית וכאן נהרגה והו"ל אונסא דל"ש וכמו אכלו ארי דהוה אונסא דל"ש ולא אסיק אדעתי' וע"ז תמה דל"ד דשם קיבל עליו כל אונסא דמתיליד אמרינן דאונסא דל"ש לא קבל עליו ולא רצה להתחייב והא דלא התנה בפירוש שלא יתחייב בזה משום דהוה אונסא דל"ש אבל כאן אמרינן אומדנא שלא כתב רק ע"מ שתהנה בתו וא"כ אדרבא אם אירע אונס דשכיח היה מקום לומר הי' לו להתנות אבל אונסא דל"ש לא היה לו לאסוקי אדעתא ובודאי לא נתרצה רק אם תהנה בתו ועוד דהוה כמו אונס רחמנא חייבי' דלא אמרינן דמה לו ולאנסו וה"ה כאן הרי לא נתחייב רק ע"מ שתהנה באונסו ומה נ"מ שקרה אונס ע"ש שהניח בקושיא ובאמת שזה תימה רבה. ולפענ"ד נראה דהנה כבר נודע מ"ש התוס' בכתובות דף מ"ז דלא שייך אומדנא שלא רצה להתחייב רק בדבר שאינו תלוי בדעת שניהם אבל בדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרי' דניהו דזה לא רצה להתחייב השני לא הי' מתרצה רק שיכנס לבית הספק ולפ"ז צריך ביאור בנדוניית חתנים דאמרי' דהוה אומדנא דלא רצה האב להתחייב הא תלוי בדעת שניהם דגם זה השני לא רצה עד שיתחייב אף שתמות בתו. אך נראה כיון דגם אם הי' להיפך שמת החתן היה רצונו של החתן שלא יתן הכתובה כ"ז שהנדן בבית אביו וא"כ הרי נודע מ"ש הנוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' ס"ח דדבר שהוא טובת שניהם אף שתלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא ולפ"ז שפיר חידש ר"ת אומדנא זו וז"ב. שוב ראיתי שהדבר מבואר באהע"ז סי' נ"ג דאין חילוק בין האב הפוסק לבתו או לבנו ובח"מ שם ס"ק י"ט תמה בזה דודאי האשה גובית כתובתה מדינא דש"ס אף שלא נתן האב הנדוניא ע"ש ולפמ"ש הדבר מוכרח דאל"כ לא הי' שייך האומדנא לר"ת (ולדעת הח"מ והב"ש צריכין לדחוק דזה אומדנא גדולה ואף בתלוי בדעת שניהם אמרינן וכמ"ש הנוב"י שם לחלק בתירוצים ובפוסק לבנו לא היה אומדנא גדולה וזה דחוק דאדרבא מדידיה לדידה האומדנא יותר גדולה כדאמרו בש"ס דלראב"ע מדידיה לדידה אמרינן אומדנא ולא להיפך מכ"ש לרבנן. איברא דלפ"ז תמוה לראב"ע דמחלק הש"ס דע"כ לא אמרו

ראב"ע רק מדידיה לדידה שלא כתב לה רק ע"מ לכנסה אבל מדידה לדידיה דמשום אחתוני הוא והא אתחתנו להו הרי כיון דמדידה לדידי' לא שייך אומדנא א"כ גם מדידיה לדידה היאך שייך אומדנא והא לא הוה טובת שניהם דהא היא נתרצית לתת לו ואף שתמות ממילא מה מועיל אומדנא גבי דידיה הא אמרינן דהיא לא נתרצית רק ע"מ שיתחייב. אך נראה דכל הטעם של הנוב"י הוא מטעם דכל שהוא לטובת שניהם א"כ שניהם רוצים בהטלת התנאי שמא יקרה להיפך ולא יפסיד הוא אבל אם אינו טובת שניהם ודאי לא נתרצה זה בתנאי זה דלמה לו לכנס לבית הספק ולפ"ז זה שייך לגבי מוכר פרה אבל כאן כל הא דאמרינן דמדידה לדידיה לא שייך אומדנא הוא משום דהיא סגי לה באחתוני וכעין דאמרו אשה בכל דהו ניחא לה וא"כ שפיר אמרינן דהחתן לא נתרצה רק ע"מ חיבת ביאה ולא שייך לומר דהא הכלה לא נתרצית רק בהחלט דזה אינו דמצד הכלה לא אכפת לן דהיא ודאי נתרצית דהא לדידה סגי לה באחתוני וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דלשיטת ר"ת דאף בנישואין ס"ל לרבנן אומדנא א"כ הי' להש"ס לומר ולראב"ע אמר לך דלא שייך אומדנא רק קודם שנשאת אבל לאחר שנשאת לא ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דראב"ע לית לי' אומדנא משנשאת הוא משום דלא שייך אומדנא כיון שתלוי בדעת שניהם ומסתבר לי' לראב"ע דבין כשמת הבן או הבת מחוייב ליתן כל אחד מה שפסק וא"כ לא שייך אומדנא ולפ"ז יקשה א"כ גם במן האירוסין נימא הכי דלא שייך אומדנא וע"ז חילק דשם לא שייך טובת שניהם דאשה סגי לה באחתוני והאיש אינו רוצה רק ע"י חיבת ביאה וז"ב כשמש ודו"ק. ועכ"פ נחזור לענין דרבנן שפיר ס"ל אומדנא וס"ל דגם כשפסק האב על הבן שייך אומדנא וכמ"ש ולפ"ז נראה לי דזה שכתב הרא"ש דזה דוקא היכא שהי' מיתה טבעית אמרינן אומדנא אבל מה שלא אסיק אדעתא כגון הריגה דאונסא דל"ש הוא מנ"ל דתהי' אומדנא גדולה כ"כ עד שתהיה מועיל אף בתלוי בדעת שניהם וכמו שאנו אומרים ביבמה שמה שאירע לאחר מיתה אינו חושש הבעל מכ"ש בהריגה דאונס דל"ש הוא ודאי אינו חושש וא"כ עכ"פ לא הוה אומדנא גדולה וכבר הורינו הח"ץ והנוב"י דבאומדנא שאינה גדולה לא שייך אומדנא בדבר התלוי בדעת שניהם ושפיר כתב הרא"ש דבדבר דלא עלה על דעתו לא שייך אומדנא. ובזה נראה לפענ"ד דלכך אח"כ כשבא הרא"ש לדין משום תקנת ר"ת שיחזיר בשנה ראשונה לא היה הרא"ש יכול לחלק דבמיתה שאינה טבעית לא תיקן ר"ת דלא עלה על דעתו וכמו שהקשה המהרא"י בפסקיו שם ולפמ"ש אתי שפיר דשם מצד התקנה לא שייך לומר דלא תיקן על דבר דל"ש דבאמת ע"כ לא כתב הרא"ש רק לענין אומדנא דאנו דנים בזה שייך לחלק בין דבר דשכיח או לא שכיח אבל במה שתקן ר"ת

משום ותם לריק כחכם א"כ אדרבא אם בדבר דשכיח ואסיק אדעתי' ואפ"ה תיקן ר"ת משום ותם מכ"ש בדבר דלא שכיח דלא הי' לו להתנות וז"ב כשמש והח"מ והב"ש רוצים להגיה דמ"ש דאין חילוק בין פוסק לבתו ובין שפוסק לבנו קאי על תקנת ר"ת דזה תקן גם בבנו ולפמ"ש נהפוך הוא דדוקא באומדנא שייך לומר כן דאל"כ לא שייך האומדנא משא"כ בתקנה ועיין בהפלא' מ"ש בס"ק י"ד וכבר קדמו הח"ץ ז"ל סי' ס"א הנ"ל ולעיל בסוגיא דנדונית חתנים הארכתי הרב' בענינים אלו ואם באחת יתקנו הדברים שכתבתי שם וכאן היה מקום ליישב הרב' קושיות אך שלא נפניתי ועכ"פ במ"ש למעלה לפרש האומדנא דמשום ראוי קאתינן עלה א"כ אתי שפיר קושית הט"ז חו"מ סי' סמ"ך ובח"ץ שם ודו"ק ואכ"מ להאריך בזה. אח"כ מצאתי בשו"ת הרב מו"ה בצלאל אשכנזי שכתב בסי' י"ב וסי' י"ג דהטעם של הרא"ש דלא תקנו רבינו תם וסייעתו רק בנדוניא ובלשון נדוניא אין נ"מ בכלל הנה זה כדברי הבית מאיר ומי יגלה עפר מעיניו והי' רואה שהדבר מפורש כדבריו והיה שמח מאד וגם ראיתי שם שמ"ש הרא"ש ירושה שנפלה לה לאו דוקא וכל נ"מ בכלל ואני נדחקתי לעיל לקיים לשון הרא"ש ורמ"א שהעתיק ירושה דוקא אבל א"צ רק כל נ"מ בכלל וא"כ הטעם שכתבתי למעלה אתי שפיר ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הם ענינים נפלאים: והנה בשנת תרי"ד הגיעני מכתב מהרב מו"ה אהרן אלעזר פשקיס ני' אבד"ק קאטה במדינת הגר בענין תקנת שו"ם ואמרתי להעתיקה כאן. הנה זה ה' שנים אשר נעדר שם הרב אבד"ק קאטה והשאיר אחריו בנים ובנות ובשעת חימום הספד נדבו הכשרים בעם לקבץ סך ידוע ולהיות מונח כאשר יגדלו הבנים והבנות לצורך נישואיהם ולשאר צרכיהם ולא לתת להם חלק כחלק בשוה רק כפי אשר יראה האפטרופוס הממונה ע"ז לגבות הכסף והנה הכסף לא בא לידי גבייה וזה שנה עמד אחי היתומים אשר רצה להשיא אחותו הגדול' בשידוך הגון למשפחתו וכאשר ראה כי לא יספיק הכסף המובא מהאנשים הנ"ל כתת רגליו לפני אנשים נדיבים עד אשר מצא כפלים מאשר הי' לה ע"י הנודרים הראשונים וכעת מתה אחותו בלי ז"ק ר"ל והוצרך הבעל להחזיר לערך ז' מאות זהובים ובגדים ותכשיטים והנה אחיהם הרב ני' המקבץ טוען כי לו מגיע המעות אחרי כי הוא נתנם כפי המבואר סי' קי"ח והאפטרופסים טענו כי אין מגיע לו רק מה שקיבץ בעצמו אבל מה שהי' לה לערך ז' מאות זהובים כפי מה שנדרו בשעת חימום ההספד זה הוה כירושה מאביהם ומגיע להיורשים וע"ז חלק מעכ"ת עם איזה רב בזה והסכימו שישאלו את פי ובקש למהר תשובתי.

ב והנה אף כי מעלתו לא ביאר הדברים כי בתחלה כתב שלא בא לידי גובינא ואח"כ כתב שלפי ערך הי' ד' מאות זהובים על חלקה וכפי הראות כפי הפנקס מהנודרים היו

המעות מונחים ביד הנודרים רק שעומד לגבות וזה המקבץ גבה אותם ובאמת זה תמוה איך לקח ד' מאות זהובים על בתולה אחת והלא הנודרים נתנו על כל צרכי הבנים והבנות ולא יתחלק חלק כחלק ואולי הסכימו האפטרופסים ע"ז ואני לא ידעתי וע"כ אני מוכרח לכתוב לפי הבנתי במכתבו והנה מעלתו האריך והביא דברי הב"ש סי' קי"ח ס"ק כ"ה דביתומים ג"כ מחזירים כאילו השיא אבי' בחיי' ע"ש. וע"ז כתב מעלתו דמכל מקום כאן לא זכו היורשים דאף שנדרו ולא מצי לחזור בם כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח מכל מקום אין להם זכייה בגוף המעות והביא דברי הש"ע חו"מ סי' קכ"ה ס"ה והאריך אי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוה קנין ממש או לא והנה בזה הוא מבוכה גדולה וכבר הארכתי בזה בכמה תשובות ובחבורי יד שאול סי' רנ"ח הארכתי הרבה בזה אלא שכאן אין מקום לכ"ז דניהו דלא הוה קנין גמור היינו כ"ז שלא קבצם אבל כל שכבר קבץ א"כ פשיטא דלא נתנו לזה רק לקיים נדרם וזכו היורשים למפרע וזה המקבץ סייע לדבר מצוה שקבץ מה שנדרו אבל המעות הוא של היורשים וז"ב ופשוט וגם לפמ"ש שם בספרי דברי המהרי"ט בראשונות סי' כ"ב ומח"א הלכות צדקה סי' ב' ויש"ש פ"ד דב"ק דדוקא אם לא נדר לעניים ידועים הוא דלא הוה אמירה לגבוה אבל בעניים ידועים הוה אמירה לגבוה כקנין גמור ע"ש וא"כ כאן דאותן אנשים נדרו לעניים ידועים דהיינו הבנים והבנות של הרב ז"ל וא"כ בכללות הבנים והבנות מגיע להם והוה כקנין גמור וא"כ הוה קנין גמור ואף דיש לומר דכיון דלא מבורר כמה מגיע לכל אחד א"כ לא שייך קנין גמור דאין ברירה מכל מקום ענין זה דאין המקבץ זוכה בו זה ודאי דהוה של היורשים. והנה מ"ש מעלתו ראיה דאמיר' לגבוה אינו קנין ממש מהא דאמרו בנדרים דף מ"ג מ"ט דר"י קסבר הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי לרשות זוכה אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה והרי שם הוא עני באות' שעה ואין לו מה יאכל א"כ הוה קנין גמור משעה שנדר וע"כ דאינו ק"ג והוא תימא לפענ"ד דאף אם נימא בכ"מ אמיר' לגבוה כמסיר' להדיוט וכקנין גמור זהו את רצה ליתן לעני זה ורשאי לתנם לו אבל כאן הרי זה הנודר אסור להנותו דזה נדר הנאה ממנו ואף לשיטת הרמב"ם ז"ל הובא בר"ן נדרים דף ט"ו וביו"ד סי' ר"כ מ"מ עכ"פ אי אפשר לומר דמשע' שנדר נקנה לזה דא"כ יהיה אסור לקבל ממנו וא"כ שפיר קאמר כיון דלא זכה עד שיבא לידו שוב הוה כמקבל ממנו וז"ב ופשוט. ובזה מיושב מ"ש הרא"ש שם דלא זכה עד שיבא לידו משום דהמקבל יכול לחזור בו והקשה מעלתו דלמה דקדק הרא"ש מצד המקבל ת"ל דהנותן יכול לחזור בו עד שיגיע ליד המקבל ובאמת שיפה הקשה ובר"ן פירש באמת כן. ולמ"ש אתי שפיר דבאמת מבואר בסי' קכ"ה ס"ה דאם נדר לתת לעני א"י לחזור בו ורצה הרא"ש לפרש אף במתנה לעני כמו כאן דמצד הנותן

א"י לחזור בו מ"מ כאן כיון דהמקבל יכול לחזור בו וא"כ כיון שכאן אסור לקחת ממנו שוב הוא לא רצה לתת רק שיהנ' המקבל וכל שאמר א"א לא זכה בו כדאמרו בכריתות כ"ד וא"כ שוב ל"מ כאן ויכול לחזור בו הנותן ודו"ק היטב.

ג ומה שהביא מעלתו דברי המח"א סי' ז' שכתב בשם מהר"ש יפה דמעני לעני יכול לשנות הנה אמת שהמהר"ש יפה כתב כן אבל המח"א מסיק שם דיש לחלק בין אם נדר סתם לעניים ובין אם פרט לאותו עני וכן מבואר בשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' כ"ב ואני ביד שאול שם הסברתי הדבר והראיתי הדבר מפורש ברדב"ז שהובא במח"א וקצה"ח ואני כתבתי דהדבר מבואר בשיטה מקובצת בב"ק דף ל"ו גבי יד ענים דכתב בהדיא בשם הר"ם סרקסטה דאם נדר לעני ידוע אינו יכול לחזור ע"ש וא"כ אין לפקפק עוד ומ"ש מעלתו מהא דיתנו' לעני הנמצא ראשון ולמה לא יזכה בה בעצמו הנה כבר קדמו הקצה"ח סי' רי"ב ע"ש ובחבורי שם הבאתי דבריו ודחיתי דבריו דבעני זה ודאי א"י לשנותו יעו"ש ועכ"פ בנ"ד ודאי כל שכבר גבה אותם הרי הוא של היורשים וכמ"ש. ומ"ש מעלתו דאף אם נימא דאמיר' לגבוה הוה כקנין גמור מ"מ הרי יכול לשאול על נדרו ובזה הקשה על הש"ך חו"מ סי' פ"ז ס"ק נ"ח דלמה יצטרך לשבע הא יש לו מיגו דאי בעי מתשילו ע"ז. הנה לק"מ דשם לא מועיל שבועתו דעל מה שהבטיח לתת לחבירו ל"מ שאלה ודוקא אם אדם נשבע על עצמו שייך שאלה משא"כ כאן דל"מ שאלה מה שנשבע לחבירו וז"פ ומ"ש לתמו' על הר"ן במ"ש בפרק אלמנ' ניזונית דדיבור קל ממעש' והקש' מיבמות הנה יעיין בקצה"ח סי' רנ"ה שהקש' ג"כ כן ובמק"א הארכתי ליישב ואכ"מ.

ד נחזור לענינינו דאף דיכול לשאול מ"מ כל שלא שאלו ונתנו א"כ קיימו נדרם וזכו בהם היורשים ואדעתא דידהו נתן להם. ומה שכתב מעלתו בגוף דברי הט"ז שכתב דכל שהאב נתן או שאר קרובים מחזירין להנותן אף שלא נתן משלו משום לא פלוג ע"ז כתב מעלתו דזה דחוק והוא נתן טעם דמשום ותם לריק כחכם עשו חז"ל שיתנה בשעת קידושין דיחזור בשנה הראשונה ולא הוה מתנה עמ"ש בתורה דמי יימר דקעקר ואף שלא התנה הוה כמו שהתנ' וא"כ לא עקרו חז"ל ירושת הבעל ולכך אף שאחרים נותנים הנדוניא לא עקרו כלל ירושת הבעל דהוה כהתנו בשעת הקידושין והנה לפ"ז כיון דהוא מכח תנאי היו צריכין להתנות ולא הוה כמו שהתנה דבשלמא אם הוא תקנת חז"ל א"כ אף שלא התנה כמו שהתנ' אבל כל שבאמת חז"ל עצמם לא העמידו דבריהם לעקור ירושת הבעל מכח תקנתם בשביל עגמת נפש רק משום עגמת נפש תקנו שיתנ' וא"כ כל שלא התנה במה יתעקר תקנת חז"ל ואדרבא לא עשה כפי תקנת חז"ל שמתנה וז"ב ופשוט. וגם יפה כתב מעלתו דאומדין דעת הנודבים שיהי' לכל היורשים לעת המצטרך

יפה כתב בזה. ומ"ש מעלתו דהיכא דתלוי בדעת שניהם ל"ש אומדנא כמ"ש התוס' בכתובות מ"ז באמת שיפה דחה דכאן אין שייכות להבעל בזה דמה נ"מ למי יחזיר ומ"ש להקשות על התוס' בכתובות מ"ז הנ"ל דכתבו דאחר מיתת הבעל אינו מקפיד הבעל ותמה מעלתו דהא הוה קפידא רבה שהרי יתבטלו הקידושין והוה בעלתו בעילת זנות והאריך בזה דלכך דוקא באירוסין כתבו התוס' ולא בנשואין במחכת"ה לא ראה דברי הב"ש בסי' ל"ח דבכה"ג לא מקרי בעילת זנות ועיין בססי' קנ"ז ס"ק וא"ו ובשו"ת נוב"י מוהד"ק חאהע"ז סי' נ"ד וסי' נ"ו שכתב בהדיא דבחייו אינו רוצה בב"ז ולא לאחר מותו ע"ש ובאמת א"צ והדבר ברור דבכה"ג שהוא בדרך קידושין ונשואין אף שנתבטלו אח"כ לא הוה בעילת זנות למפרע וכיוצא בזה כתב המלמ"ל פי"ח מא"ב דאף לר"א דס"ל פנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה היינו בלי קידושין אבל כל שהי' בדרך קידושין ונשואין אף שנודע אח"כ שהוה קידושי טעות מ"מ לא נעשית זונה דהא לא נתכוין לב"ז והיו בדרך קידושין וה"ה כאן ודו"ק. והנה אח"כ כשהגדתי זאת השאל' להרב הגאון מוה' יעקב יוטש נ"י עוררני דכיון דאביהם מת ובשעת החימום של ההפסד אמרו זאת ל"ש זכי' למת וא"כ לא זכו מכח ירושה והשבתי לו דהרי אמרו מותר המת ליורשיו וא"כ מבואר דזכו היורשים מתורת ירוש'. שוב נזכרתי שכן מבואר ברמ"א חו"מ סי' ר"י ס"ג ואף דשם מבואר כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו קנה המת מ"מ המעיין בגוף תשובת הרשב"א סי' שע"ה ימצא דטעמו משום דיש זכייה למת והביא ראי' מהך דמותר המת ליורשים וא"כ ה"ה בזה שנדרו לכבוד המת שישיאו בנים ובנות שלו פשיטא דהוה לכבודו ואף שבחבורי (עודנו בכתובים) על יו"ד סי' שס"ג הבאתי דברי הרא"ש במ"ק שאין קנין למת הנה מצאתי במחנה אפרים הלכות זכייה סי' ל"א שהאריך בזה אבל כ"ז אינו ענין לנ"ד דשם מיירי אם זה רוצה לחזור בו ממה שזכה למת אבל כל שזה קיים נדרו ואינו רוצה לחזור בו פשיטא דהבנים של מת יורשים זכותו ודו"ק היטב:

סימן כח

א בענין קציצת אילן בשביל צורך מקומו:

ב ששאלתי באחד שיש לו גן נטע אילנות עושים פרי למינהו ורוצה לקצצם בשביל שרוצ' לבנות במקומו הנה הדבר מבואר בט"ז יו"ד סי' קט"ז ס"ק וא"ו דמותר והביא ראיה ממ"ש הרא"ש פרק הגוזל דאם היה צריך למקומו שרי וה"ה בזה שרוצה לבנות במקומו ואני מוסיף דהרי אמרו בב"ק דף צ"א דאם הי' מעולה בדמים מותר אלמא דלא אסרה תורה רק שלא להשחית בדרך השחת' וקלקול אבל כל שאינו בדרך השחת' לא אסור וכ"כ הרמב"ם פ"ו ממלכים ה"ח וא"כ הא אמרו בכתובות דף ע"ט דבתי ודקלי בתי

וא"כ הו"ל כאלו מעולה בדמים דהא בתי עדיפי מדקלי ומכ"ש מאילני דהרי דקלי ואילני דקלי עדיפא כדאמרו שם וא"כ מבואר כדברי הט"ז רק מ"ש פ' הגוזל הוא תימה וט"ס והוא פ' החובל גם לא הביא דברי הרמב"ם הנ"ל ועיין דג"מ שהעיר דבדברי הרמב"ם מבואר ג"כ הדין. והנה דברי הכ"מ שם תמוהין דמ"ש על דברת הרמב"ם שם דאם הי' מזיק בשדה אחרים דמותר וז"ל בפ"ב דבתרא דף כ"ה ע"ב מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה ובחרוב ובשקמ' חמשים אמה וכו' אם הבור קדמה קוצץ ונותן הדמים הרי דקתני קוצץ וליכא לאוקמי באילני סרק דוקא דהא חרוב ושקמה לאו אילני סרק הם ואע"ג דאמרינן בהאי פסקא דף כ"ו דרבה בב"ח הו"ל הנך דקלי אמצרא דפרדיסי דרב יוסף וכו' וא"ל הני מילי לאילנות אבל לגפני בעי טפי והא אנן תנן אחד גפנים ואחד אילנות א"ל ה"מ אילן לאילן אבל אילן לגפנים בעי טפי א"ל אנא לא קצצנא מר אי ניחא לי' לקצוץ דמשמע דאיסורא דרב אפי' במזיק בשדה אחרים י"ל דהכי קאמר לי' לדידי דס"ל דסגי בהאי הרחק' לא מקרי מזיק ואסור למקצייי' מר דס"ל דבעי הרחק' טפי שרי לי' למיקץ. והם דברים תמוהים דמלבד שזה דחוק בלשון דממנ"פ אם סבר דבעי הרחק' טפי גם הוא מותר לו לקוץ ואם לא ס"ל גם ר"י אסור לקוץ ואם ספק הוא אסור ג"כ דהו"ל ספק דאורייתא אף גם דבמחכ"ת לא זכר שם דברי התוס' והרא"ש שם דהרי התוס' הקשו בב"ב שם על הא דאמר אנא לא קייצנא דהתנן במשנה דקוצץ ונותן דמים וכתבו דאיכא לאוקמי באילני סרק הרי דכתבו בהדיא דמהמשנ' אין ראיה דיש לאוקמא באילן סרק וברא"ש כתב שם דלדחויי בעלמא אמר כן דהא תנן במתניתין אם הבור קדם קוצץ וכו' ונרא' דהלכתא כר"י מדאמר לי' זיל קוץ וכיון דבשלו אמר לו לעשות מעשה כ"ש בשל אחר עכ"פ מבואר דלא כהבנת הכ"מ. ובאמת מה שלא כתב הרא"ש לדחות דמהמשנה אין ראי' דמיירי באילן סרק אפשר לומר דמשמע דקאי גם אחרוב ושקמה כמ"ש הכ"מ וגם הקוצץ אילן סרק אינו רואה סימן ברכה כמ"ש בפסקי תוס' בפרק מקום שנהגו אות קל"ג וכבר נסתפק הב"י בכל מקום שאינו רואה סימן ברכה אם גם איסורא בדבר וא"כ עכ"פ הי' להמשנה להורות דאסור. איברא דגוף קושית התוס' תמוה לפענ"ד דע"כ לא שייך איסור דדיקלא דטעין קבא דפירא רק באם היה ברשות וכעת בא היזק שצריך להרחיק א"כ שייך לומר דשייך איסור דלא תשחית דאילן מה חטא שנשחית עצה אבל כל שהבור קדם ולא הי' לו רשות כלל ליטע אילן א"כ גוף האילן למיקץ קאי ואיך שייך בזה לא תשחית ואטו אם הי' אילן של ע"ז דעומד לשריפ' יהי' אסור משום בל תשחית אתמהה ולא אסרו רק כשהי' לו רשות כמו בהנך דקלי דהרחיק ד"א רק שחידש לו דאילן לגפנים בעי טפי א"כ עכ"פ האילן הי' לו רשות שם וגם לפמ"ש הרא"ש דלרב"ח

לא משמע לי' הך סברא דר"י וא"כ בודאי עכ"פ הי' לו רשות מקרי. איברא דלפ"ז בספק איזה קודם אם זה או זה דאמרי' קוצץ שם יקשה דהא הוה ספק ומה בכך דודאי למיקץ קאי מ"מ שוב הו"ל ספק איסור ואסור למיקץ מספק ושפיר הקשו בתוס' ורא"ש דהו"ל ספיקא דאורייתא ודו"ק. יהיה איך שיהיה הדבר מבואר בכל המקומות דכל שאינו דרך השחתה מותר. והנה מריש הוה קשיא לי דטעמא דהוא בשביעית כדאמרו בשביעית פ"ד מ"ד מאימתי אין קוצצין אילן בשביעית ב"ש אומרים כל האילנות משיוצאין וב"ה אומרים החרובין משישרשרו ודוקא בשביעית אבל בסתם שנה שרי והא עובר על בל תשחית ולהרמב"ם לוקה. ולכאור' רציתי לומר דכיון דכל הטעם הוא משום דמשחית הפירות וכאן שבשביעית בלא"ה הפירות הם הפקר ואין מגיע לו נזק כ"כ וא"כ לא שייך בל תשחית ואף דמשחית הפירות שהיו יכולים לגדל אח"כ אפשר דלא שייך בל תשחית רק דבר שהוא כעת השחתה ולכך נקט שביעית לרבותא דאף דמצד בל תשחית ל"ש בזה מ"מ אסור משום פירי שביעית דלאכלה אמר רחמנא ולא להפסד וכדאמרו בפסחים דף נ"ב. אך נראה דאכתי שייך משום בל תשחית דהא כיון דהתורה אפקרה בשביעית לכל אדם א"כ הרי מזיק לאחרים והרי גם כשמזיק לאחרים שייך בל תשחית כמ"ש הרמב"ם בהדיא ומכ"ש כשמזיק ע"י השחתה דודאי אסור להשחית וכדאמרו בב"ב הנ"ל בהדיא. ומה מאד שמחתי בראותי דברי הרמב"ם בפירושו למשניות שם שכתב דלכך אסור לקצוץ אילנות מפני שגוזל בני אדם שהקב"ה נתן פירותיהם לכל אדם והתוי"ט תמה דאיך עזב הרמב"ם טעם הש"ס דלאכל' ולא להפסד ונתן טעם אחר ואמר דלאכלה ולא להפס' הוא מפני שגוזל רבים והוא תימה דמנ"ל לומר כך דלמא גזה"כ הי' שמצות שביעית שלא להפסי' פירותיה ע"ש שהניח בקושיא. ולפמ"ש הדברים יש להם יסוד דק"ל לרבינו למה אמרו טעם זה ולא אמרו משום בל תשחית וא"ל דלא שייך בל תשחית כיון דהפירות הם הפקר דזה אינו דהא אדרבא שוב גוזל רבים ובודאי אסור להשחית דהשתא משום היזק אחד אסור להשחית מכ"ש אם ע"י הקציצה בא היזק רבים דודאי אסור וע"כ פירש הרמב"ם דזה גופא הטעם דלאכלה אמר רחמנא ולא להפסד והיינו דהתורה רצתה שיהנו כל בני אדם מפירות שביעית אבל לא שיפסידו הפירות וא"כ הרי בזה מפסי' וז"ב. איברא דאכתי קשה דהא נ"מ אם האילן מעולה בדמים דשוב יהיה מותר משום בל תשחית ואסור משום לאכלה ולא להפס' ולמה פירש הרמב"ם בשביל זה דגוזל הרבים ובאמת שהרמב"ם בעצמו פירש שם דמה שאמר כל האילן כיון שבא לעונת מעשרות מותר לקוץ דמיירי כשלוקח בעד האילן יותר וא"כ שוב לק"מ. אמנם נראה דבזה כיון שמרויח ע"י הקציצה שוב אסור בשביל לאכלה ולא לסחורה ואסור

להרוויח בפירות שביעית וא"כ ממנ"פ אסור וע"כ דכאן לא מיירי באופן דמרוויח ושוב אסור משום בל תשחית אבל בשכבר הגיע לעונת המעשרות דהפירי שכבר גדל הגיעו כבר לעונת המעשרות וא"כ אינו מרויח ע"י קציצת הפירות דהפירות כבר נגמרו ולא שייך לאכלה ולא לסחורה וגם אינו מפסיד ולכך שרי וז"ב מאד משא"כ כשלא הגיעו לעונת המעשרות דלא נגמרו עדן וא"כ כשקוצץ האילן ומפסי' הפירות ע"י שלוקח בעד האילן יותר הוה לסחורה ואסור ודברי הרמב"ם מדוקדקים מאד. אחר שאמרתי כל זאת מצאתי בתוס' ברכות דף ל"ו ע"ב ד"ה אין שהקשו ג"כ דאסור משום בל תשחית וכתבו דמיירי במעולה בדמים ומיהו משום איסורא דשביעית איכא משום לאכלה ולא לסחורה ולא להפס' ודבריהם לכאורה תמוה דבפסחים אמרו משום לא להפס' ולמה נקטו לא לסחורה ולפמ"ש דבריהם מדוקדקים דהם פירשו דמה דאמרו ולא להפסד היינו שמפסיד הפירות רק דמפסיד הפירות ל"ש כ"כ כיון דהא לוקח יותר בעד האילן והשתא משום בל תשחית התירו מכ"ש משום לאכלה ולא לסחורה ולא להפס' וע"ז כתב דממנ"פ אסור או דמרוויח בפירות שביעית או דמפסי' הפירות של רבים ושייך בל תשחית ודו"ק.
שוב ראיתי בשו"ת בית יעקב סי' ק"מ שרצה לחדש דהטור לא ס"ל כרא"ש רק דר"י לא ס"ל כלל דאסור לקוץ אילן ודבריו תמוהים דמלבד דבפסקי הרא"ש שחברם הטור פרק החובל הביא כל הדינים אף גם דבח"מ בטור סי' שפ"ב מקצר הדין בקצרה דאסור לקוץ האילן וכבר כתב בהגהות בעל עבודת הגרשוני על הט"ז שם שתמה על הטור שלא הביא הדין שנעלם ממנו דבטור חו"מ הנ"ל מוזכר הדין קצת ועכ"פ מבואר דלא כהבית יעקב וגם בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קנ"ט דוח' דברי הבית יעקב אבל גם הוא לא נזכר מהטור הנ"ל ודו"ק גם מה שתמ' שם על התוס' דלמ' לא תירצו דמיירי בצריך למקומו וכמ"ש הרא"ש באמת שזה דחוק דכל פירות שביעית מיירי כשצריך למקומו לבנות.
שוב ראיתי בתוס' ר"ה דף כ"ב ד"ה אלו שכתבו דכל היכא שלוקט ע"מ לאכול לא חשיב סחור' אלא א"כ לוקח בזול ע"מ למכור ביוקר ולפ"ז כל שכבר הגיע לעונת המעשרות לא שייך לאכל' ולא לסחור' דהוא לוקט ע"מ לאכול רק שממילא מרוויח אבל כל שלא הגיע לעונת המעשרות שייך לאכל' ולא לסחור' ולא להפסד ודברי הרמב"ם ותוס' נכונים מכל צד ודו"ק: והנה בתוס' ב"ק דף קט"ו כתבו בד"ה ולא דבשאר בהמות טמאות לא בעי לאוקמי משום דאטו בשופטני עסקינן שמשקין לבהמה דבר שמת' על ידם. ולכאור' אינו מובן דמה בכך דלמא באמת רוצ' להמית' ומה נ"מ אם נוחר' או שממית' וצריך לומר כיון דיש סכנ' שוב אסור משום בל תשחית א"כ ע"כ כשעוש' כן ע"כ בצריך להדבר ושוב ליכא משום בל תשחית כל שעושה כן לצורך ושוב מצאתי כן בט"ז ס"ק א' שכתב

כן ונהניתי הן אמת דגוף פירש"י דאוסר להשקות לבהמתו שמא ישחטנה ויאכל ממנה וקשה לפמ"ש האו"ה והמרדכי דהיכא דאיכא ששים מותר אף בסכנה ואף דהד"מ והט"ז חולקין ע"ז כבר כתב בנקה"כ להסכים לזה וא"כ כאן דיש בודאי ששים בכל הבהמה נגד המים שיש בהם גילוי וא"כ מה ניחוש לה לשמא ישחטנה ויאכלנה והיא לכאורה תימה רבה על האו"ה והמרדכי והנה"כ ומכאן ראיה להט"ז דל"מ ששים בסכנתא וגם אנכי בגליון הט"ז שם כתבתי דכיון דרובא דליתא קמן ל"מ במקום סכנתא כמבואר בחולין דף יו"ד ע"א ועיין תוס' פסחים דף קי"ד ע"ב גבי קפא א"כ אפשר דגם רובא דאיתא קמן ל"מ דבמקום סכנתא לא התירה תורה לילך בתר רוב והטעם נראה לפענ"ד פשוט דרוב אינו רק ספק וכמ"ש בשיטה מקובצת ב"מ דף זיי"ן רק שהתורה אמרה אחרי רבים להטות וא"כ בסכנתא דאיכא משום פקוח נפש לא אזלינן בתר רוב ועיין יומא דף פ"ה א"כ אף רובא דאיתא קמן ל"מ ומכ"ש להכניס עצמו לסכנה דאסור בודאי וכיון שכן הא ניהו דבטל בששים אבל גוף האיסור שיש שם בטל ע"כ ברוב דהא הכמות של האיסור לא שייך ששים רק מתורת רוב ורוב ל"מ בזה וגם יש לומר דהוה כטומאת משא דל"מ ששים דמכל מקום זיהרא של נחש יש בו וכן נראה מהנקה"כ עצמו וא"כ לק"מ אבל אם נימא דכל סכנתא בטל בששים קשה אמנם נראה דהרי בבכורות דף זיין אמרו דמיא עייל מיא נפיק ולא ממצצי מגופא וא"כ שוב הוה בעינוי ולא שייך ביטול ברוב. איברא דצריך להבין דלמה ניחוש לזה דהא המי רגלים אף בטהורה מסתמא לא ישתה ולבהמ' אין לחוש ולכאור' רציתי לומר דמכל מקום חיישינן דשמא יצטרך לשתות מי רגלים ויסתכן. ובזה יש לומר הא דפירש רש"י שמא ישחטנה ויאכלנה ודקדקו התוס' דמשמע דוקא בהמה טהורה אבל בהמה טמאה ל"ח וע"ז הקשו מע"ז דלוקמא בשאר בהמות טמאות ולפמ"ש יש לומר כיון דע"כ החשש שמא יצטרך לשתות מי רגלי' וא"כ אם נימא דבכל בהמה טמאה מותר לשתות מי רגלים וא"כ שפיר יש לחוש דלא שייך ביטול ורש"י דכתב שמא ישחטנה דס"ל דאף כל הבהמ' אסור' דל"מ ששים אבל גם בבהמ' טמאה אסור דשמא יצטרך לשתות מי רגלי' ועיין סי' פ"א דלהרב' פוסקים ובפרט לחולה ובסכנתא חיישינן אף לדבר רחוק. מיהו בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דלפמ"ש האחרונים דאף דבששים מותר אבל לערב בידים כדי שיהיו ששים אסור כמו בכל שאר איסור א"כ גם כאן להשקות לכתחלה לבהמתו שוב אסור דהו"ל כמערב איסור ומבטלו בידים. ובזה יש ליישב קושית התוס' דבאמת יש לומר חילוק בזה וע"כ לא מקרי עושה איסור בידים רק בבהמה טהורה דעומדת לשחיט' ולאכלנה אבל בבהמ' טמאה לא שייך איסור בזה דבלא"ה אסור באכילה ורק בבהמה טמאה חיישינן שמא יצטרך לשתות מי

רגלי' דאז לא נתבטל עדיין אבל בבהמה טהור' לא חיישינן לזה דהא באמת אינה עומדת לזה לשתות מי רגלי' רק לענין אכילת הבשר אבל בבהמה טמאה א"י לאכול ממנה רק לשתות מי רגלי' וא"כ ממנ"פ אסור וז"ב ודו"ק היטב בזה:

ג והנה בגוף הדבר שכתבו האחרונים דגם כאן אסוד לבטל לפענ"ד הי' נראה דכאן לא שייך זאת דהא כל הטעם דאסור לבטל כתבו התוס' בפסחים דף למ"ד ד"ה לשהינהו דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם שאסרו עד ששים הא יוכל להוסיף ולבטל האיסור ולכך אסרו לבטל ואף אם עבר ובטל ל"מ כמבואר בסי' צ"ט ולפ"ז זהו בכל איסורים אבל כאן דבודאי לא ירצה שיסכן עצמו ואת בהמתו וגם עובר על בל תשחית וא"כ בכה"ג הו"א דאם בטלו מבוטל וגם לכתחלה מצוה לבטלו. ובזה יש לומר דמה דאסרו לרש"י שמא ישחטנ' ויאכלנ' היינו משום דבהמה טהור' ודאי ירצה שלא יאכל האיסור וליכא חשש וא"כ לא אכפת לן במה שבטל דאטו מה שאסרו לאכול היא בשביל האיסור שנותן טעם בו הא עיקר הוא משום הסכנ' וכל שמבטלו ודאי עוש' בטוב ולפ"ז כאן שבטל בבהמ' שוב היה מותר לו לאכול אלא שהוא גופא אסרו דשמא ארס הנחש עובר אף ביותר משששים וספק סכנתא לחומרא אבל בבהמ' טמא' דליכא חשש באכילה א"כ שוב אסור לבטל האיסור דאל"כ לא הועילו חז"ל בתקנתם במה שאסרו המי גילוי וכל אחד יבטלו וא"ל דכאן לא שייך לחוש דהא בודאי לא ירצה לבטל האיסור דהא יש חשש סכנה דזה אינו דבבהמ' טמאה ליכא חשש שמא יאכלנו וכל אחד ישקה המים לבהמתו וא"כ אסור ממנ"פ בכל בהמה. ובלא"ה יש לומר דבאמת הך ולא ישקה לבהמתו יוכל להיות דמיירי באם כבר ערב המי גילוי בששים מים כנגדו וכבר נתבטל ורק כיון דאסור אף אם בטלו ולכך אסור להשקות לבהמתו דהרי נהנה במה שבטלו שהרי יכול להשקותו לבהמתו. ולפ"ז נראה לי ברור דאף אם נימא דאסור לבטל לכתחלה ובסכנ' ל"מ ששים היינו במקום דשייך חשש סכנה אבל בבהמה טמאה דאין חשש סכנה רק חשש שלא יעבור על בל תשחית א"כ בכה"ג שכבר ערבו ויש ששים דבכל איסור מותר ורק בסכנה החמירו א"כ בבהמ' טמאה דאנו דנין מצד איסור בל תשחית שפיר מועיל ששים דדוקא במקום חשש סכנ' חיישינן אף ביותר משששים שמא נשאר בו עוד טעם ול"מ רוב וכמ"ש אבל לענין בל תשחית מועיל ששים. ומעת' יש לומר דמה שאסר רש"י בשביל חשש שמא יאכלנו מיירי בשכבר נתבטל המי גילוי בששים רק דמשום סכנ' חיישי' אף בששים אבל בבהמ' טמא' ל"ח בששים וכמ"ש. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו מהא דפריך בע"ז דף למ"ד דידי' נמי כחיש משמע דאסור משום בל תשחית ועוד דאמאי לא מוקי בכל בהמה טמאה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לענין בל

תשחית ע"כ מירי באין בו ששים דאל"כ ל"ש כחוש וא"כ שוב מה חילוק יש בין דידיה לדחבריה דבשניהם שייך בל תשחית וע"כ דמירי בשונרא דלא איכפת לה בשתיית מי גילוי וליכא בל תשחית רק משום דכחיש א"כ מה נ"מ בין דידיה לדאחריני.

ד ובזה יש ליישב גם דברי הר"ן שמביא הב"י שמפרש דשונרא לאו דוקא והט"ז בס"ק א' האריך בזה ולפמ"ש יש ליישב ודו"ק. ובלא"ה נראה דכאן לא שייך ענין ביטול איסור דהרי כל שאין כוונתו לבטל איסור מותר לבטל האיסור וא"כ בדבר סכנה דעיקר האיסור נצמח מכח סכנה א"כ למה לא נבטל האיסור ולהציל מיד הסכנה ואדרבא כל טצדקי דיכולין למעבד להציל נפשות מהסכנה מותר בודאי ואף לפמ"ש הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' כ"ו דדוקא כשכבר מעורב אלא דלא נתבטל הוא דשרי כל שאינו מתכוין לבטל אבל לבטל בידים כל שלא נתערב עדן כלל אסור אף שאינו מתכוין לבטל ע"ש בהג"ה. הנה מלבד שכבר נשאל בזה במהד"ת חלק יו"ד סי' מ"ז ובתשובה הארכתי לסתור דבריו אבל בנ"ד דמצוה לבטל ולבער הסכנ' פשיטא דשרי וכמו דמותר להעביר במסננת לר"נ. איברא דלפ"ז יקשה דא"כ שוב לא יהי' איסור אח"כ דהא נתבטל בששים. אך נראה דהא כיון דכל ההיתר הוא כדי להציל מהסכנה וא"כ כאן שהבהמ' מסוכן בזה והרי חיישינן שמא ישחטנה ויאכלנה בכה"ג ודאי לא התירו לבטל האיסור ולעבור על בל תשחית ויש להאריך בזה אבל כבר אסתגר בקמייתא וראיתי לדו"ז הגאון בישועת יעקב סי' קט"ז שהביא ראיה דבסכנ' אסור אף ביותר מששים מהא דאמרו בפסחים דף ע"ו ע"ב האי בינתא דאטוי בהדי בשרא אסרה רבא מפרזיקא למיכל בכותחא ומר בר ר"א אמר אף במלחא נמי משום דקשיא לריחא ולד"א ופירש"י ותוס' משום דס"ל ריחא מלתא היא והיינו דאסור במשהו לשיטת הרי"ף וקשה דא"כ למה אסרה במלחא דהא כבר בטל בששים וע"כ דסכנ' ל"מ ששים ע"ש ולפענ"ד במחכ"ת לא שמא מתיא וריחא לאו מלתא היא לנ"ד דע"כ לא כתב האו"ה והמרדכי רק באם נתבטל הסכנ' בששים בזה אמרינן דכל שנתבטל בששים נתבטל הארס ולפ"ז בריח דקי"ל דאף משהו נרגש הריח שוב לא נתבטל הריח ויש סכנה במה שמרגישין בדג ריח הבשר וזה לא נתבטל ומידי דהוה באיסור שכל שמרגישין הטעם ל"מ ששים ואף באלף אסור ורק בסתם שיערו דבששים אין בו טעם וא"כ ריח דאף במשהו נרגש שוב יש בו ריח סכנ' ואסור ואטו הסכנ' תלוי בטעם כל שיש בו משהו הוה סכנ' וז"ב כשמש ועיין פר"ח ס"ק ד' ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד:

ה והנה אם מותר לנחור תיישים בשביל איזה צורך עט"ז סי' קי"ז דלא שייך משום בל תשחית אבל לנחור תיישים כדי למכור לעכו"ם זה אסור שאין עושין סחורה בנבילות

וטריפות עכ"פ לצורך מבואר דלא שייך בל תשחית ומצאתי במנחות דף ק"ג דהעיד ריב"ב דהיו נוחרין ערודאות לאריות באסטרי' של מלך ופירש"י כדי להאכיל לאריות הרי שאף לצורך אריות היו נוחרין ערודאות ואולי לא היו יהודים נוחרין או שהתירו לצורך אסטרי' של מלך וצ"ע בזה:

ו והנה הרמב"ם כתב בפ"ו ממלכים ה"ח אין קוצצין אילני מאכל וכו' וכל הקוצץ לוקה ולא במצור בלבד אלא בכל מקום כל הקוצץ אילן מאכל דרך השחתה לוק' והכ"מ נדחק למצוא מקורו דמנ"ל דאף שלא במצור לוק' ועיין במלמ"ל שם. ולפענ"ד הדבר ברור דיצא לו מהא דאמרו במכות דף כ"ב ולחשוב נמי הקוצץ אילנות טובות ואזהרתי' מהכא כי ממנו תאכל והרי שם לא היו במצור ואפ"ה לוק'. ובזה נרא' לפענ"ד הא דכתב הרמב"ם ולא אילנות בלבד אלא כל המשבר כלים והקורע בגדים וכו' הרי זה עובר בלא תשחית ואינו לוק' אלא מכות מרדות מדבריהם ולא כתב הכ"מ מקורו. ולפמ"ש הדבר מבואר דאם הי' לוק' מה"ת למה פריך ולחשוב הקוצץ אילנות טובות ולא פריך סתם ולחשוב המשבר כלים וע"כ דשם צריך לחשוב מה שחייב מלקות מה"ת ולז' צריך שיהי' אילנות טובות דוקא. שוב מצאתי בספר המצות להרמב"ם מצות ל"ת שחשב שלא להשחית האילנות וכתב ששריפת בגדים ושבירת כלי לריק היא ג"כ בכלל לא תשחית ולוק'. הנה אם כוונתו למלקות של תור' הוא סותר למ"ש ברמב"ם כאן וכן משמע מהש"ס וכמ"ש ודו"ק. ובספר החינוך מצו' תקכ"ט ביאר בהדיא דשאר דברים לבד אילנות אינו רק דרבנן וזה נכון. והנה בהא דאמרו במס' מדות שאם מצאו ישן שורף כסותו הגיד לי הרב הגדול מוה' אורי וואלף סאלאט נ"י בשם תוס' הרא"ש שנדפס על מס' מדות שהקש' דאיך שרי לשרוף והא עובר משום בל תשחית וכתב דהפקר ב"ד הפקר וע"ז תמה הרב הגדול הנ"ל דמה טעם יש בדבר דניהו דיכולין ב"ד להפקיר הדבר אבל מכל מקום אסור משום בל תשחית והתור' לא הקפיד' אם מפסידין לזה או לזה רק דאסור לקלקל הבגד ואסור בבל תשחית והוא תימ' רבה. ולפענ"ד הכוונ' דכבר נודע מ"ש התוס' דהפקר ב"ד לא שייך רק כשראו חז"ל שיש טעם בדבר דאל"כ לא יוכלו להפקיר ועיין בחו"מ סי' ב' ולפ"ז הרי המעיין ברמב"ם פ"ו ממלכים ימצא דלא אסר' תור' רק בדרך השחתה בלבד ולפ"ז כל שב"ד מצאו טעם בדבר שישרפו כסותו כדי שיהי' נזהר בעבודת הקדש ולא ישן א"כ שוב אינו דרך השחת' ושרי ולזה אמר דהפקר ב"ד הפקר וכל שחז"ל הפקירו ידעו מאיזה טעם הפקירו ולא שייך בל תשחית דלא נתכוונו להשחית ודו"ק: והנה שנת תרי"ב הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ' וכתב מקור לדברי רבינו מהא דאמרו בזבחים בגד שנתז עליו מי חטאת ונטמא קורעו וכו' ואם היו מעיל מכניסו והרי גם הקורע בגדי כהונ'

אינו לוק' אלא דרך השחת' כמ"ש הרמב"ם בהלכות כלי מקדש וא"כ ע"כ דבגדי חול אינו לוק' דאל"כ מ"ש מעיל דנקט ועיין מלמ"ל ולא זכיתי להבין דבריו דמלבד דבפ"ט מכלי המקדש הביא המלמ"ל דברי הקרבן חגיגה ודחאם אף גם דאף אם נימא כמ"ש הקרבן חגיגה וכמ"ש המלמ"ל פ"ח ממעה"ק בפשיטות בשם הקרבן חגיגה מכל מקום לא זכיתי להבין ראייתו דשפיר נקט מעיל דלוק' אף שלא בדרך השחת' ובשאר בגדי כהונ' בעי דרך השחת' ואף אם נימא דגם במעיל בעי דרך השחת' מ"מ נקט מעיל דבזה כתיב לא יקרע וצ"ע בזה. ולפענ"ד יצא לו לרמב"ם ממכות דף כ"ב הנ"ל. ובזה אמרתי ליישב הא דכתבוה האחרונים ראי' שלא כהרמב"ם בהא דס"ל להרמב"ם דספק מה"ת להקל והקשו ממה דכתיב רק עץ אשר תדע כי לא עץ מאכל הוא ומשמע דבעי שנדע כי לא עץ מאכל הוא הא ספק אסור והקש' אותי חכם אחד דמה ראי' מזה הא הוה ספק חסרון דהא יוכל להתברר אם זה עץ מאכל והבקיאים בנטיע' יודעים זאת וא"כ ספק חסרון ידיע' לא מקרי ספק ולפמ"ש א"ש דהא לא תשחית עצה כתיב ודוקא דרך השחת' לוק' ולפ"ז כל שספק אם הוא עץ מאכל והתור' התיר' את הספק רק כיון דיכול להתברר לא מחשב ספק כ"כ אבל עכ"פ אינו דרך השחתה מקרי שהרי לא ידע שהוא עץ מאכל וא"כ לא נתכוין להשחית ושפיר מקשו על הרמב"ם דלמה לי דוקא שנדע שלא עץ מאכל הוא ודו"ק היטב ובאמת לפמ"ש הרמב"ם שם והוא מפרק החובל רק עץ אשר תדע קאי על אילן מאכל שהזקין וא"כ שם אתחזיק איסורא דכבר הי' עץ מאכל ולכך בעי שתדע כי לא יכשר כעת למאכל ואתי שפיר ול"ק על הרמב"ם וכמ"ש בגליון.

ז אח"כ נתיישבתי דלפענ"ד בלא"ה ל"ק דלפענ"ד ענין ספק חסרון ידיעה הוא רק משום דלמא יש אחד בסוף העולם שמכיר ואינו ברור שהוא ספק ולפ"ז נראה לפענ"ד דלהרמב"ם דספק מותר מן התורה והיינו דבעינן דוקא דבר ברור ובודאי שהוא אסור אבל כל שהוא ספק מותר א"כ מה בכך שאתה חושב שיש מכיר ואולי יגיד שהוא אסור מ"מ מידי ספק לא יצא דשמא יגיד שהוא מותר ועכ"פ ודאי אין כאן וא"כ מותר ספק גם כשהוא חסרון ידיעה ורק לאחר שאסרו חז"ל ספק דאורייתא מה"ת והיינו אף שאינו ודאי איסור ממילא לא מצטרך לס"ס דאין כאן שתי צדדים להיתר או רוב דהא הוה ספק חסרון ידיעה ודלמא יהי' איסור ואין כאן ס"ס וכן בדרבנן אף דבדרבנן ספיקו להקל וכדי שיהי' הבדל לבין דבריהם לד"ת כמ"ש המבי"ט בק"ס וברמב"ן בשורש ב' לספר המצות מ"מ כל שהוא ספק חסרון ידיעה עשאוהו כאיסור תורה דרבנן אסרו ה"ה בדרבנן אבל מה"ת כל שספק מותר גם ספק חסרון ידיעה אינו מזיק דעכ"פ ודאי לא הוה ומידי ספק לא יצא וז"ב ושפיר הקשו על הרמב"ם ודו"ק. איברא דלפענ"ד היה נראה בטעם דספק חסרון

ידיעה דלא מקרי ספק משום דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן ואף ברוב מצויין אצל שחיטה דעת הגאונים דצריך לברורי וכ"כ הרמב"ן ריש חולין ובר"ן פ"ק דפסחים. ומיהו גם מזה לא תברא דזה אפשר דאינו רק מדרבנן כל דיש לברר מבררינן אבל מה"ת א"צ לברר ועיין פר"ח בכללי הספיקות אות י"ז דהביא בשם הש"ג פא"ט שכתב דלא אמרו הרי הוא בחזקת היתר אלא במעשה מסופקת אבל אם המעשה ודאי וההוראה מסופקת הוה ספיקו להחמיר. ולפענ"ד זה אינו עולה לטעם שכתבתי משום דיכול לברר דא"כ אין חילוק וגם במעשה מסופקת יש לברר אך בגוף הקושיא על הרמב"ם נראה לפענ"ד כיון דגם הרמב"ם מודה באקבע איסורא דמה"ת להחמיר דאל"כ אשם תלוי היכא משכחת לה ולפ"ז באילנות דאנו מסופקים אם הוא עץ מאכל או לא הרי קביעי וקיימי והוה אקבע איסורא וא"ל כיון דאנו דנין על האילן הנ"ל אם הוא עץ מאכל או לא מקרי קבוע שאינו ניכר דזה אינו דמלבד דגם בקביע שאינו ניכר מקרי קבוע לדעת הרבה פוסקים אף גם דאף אם נימא דעכ"פ קבוע דאורייתא לא מיקרי מ"מ כיון דאם יש אחד בסוף העולם שיודע מהקבוע מקרי קבוע כמ"ש הכו"פ בסי' ק"י א"כ כאן אולי יש אחד בסוף העולם שיודע שהוא עץ מאכל שוב הו"ל ספק קבוע ואסור ולכך בעי עץ אשר תדע כי לא עץ מאכל ודוק ועיין בריש פרק מקום שנהגו דחשיב קוצצין אילנות טובות בהדי הנך דאין רואה סימן ברכה ותימה דהרי הב"י מחולק בזה מטור או"ח סי' תקפ"ה לסי' ע"ר ביו"ד אי אינו רואה סימן ברכה יש בו איסור או דאינו איסור רק שאינו רואה סימן ברכה והרי בקציצת אילנות יש איסור מיהו יש לומר דכאן לא מיירי רק מצד השכר אבל ודאי עשה איסור בקציצתו רק דזה כבר עשה ובשכר אינו רואה סימן ברכה שוב ראיתי בח"א שכתב כן ע"ש: ודרך אגב אזכיר במה דאמרתי בע"ז דל"א ע"ב א"ל שמואל לחייא בר רב וכו' תא אימא לך מילי מעליותא דאמר רב אבוך הכי אמר אבוך הני זוקאני ארמאי דשתי גוליא ולא מתו דאכלי שקצים ורמשים חביל גופייהו ובלמדי הדברים ש"ק מטות מסעי תרי"ג בעת צר לי ד' ירחם עלינו תמהתי מה בא שמואל ללמדינו ומה חידש לו באמרו תא ואימא לך מילי מעליותא ואמרתי דק"ל לשמואל דרב אסר שכרא דארמאי משום גילויא וקשה טובא דהרי חזינן דעכו"ם שתו ולא מתו וגם אם הי' מתים היו מקפידים והרי רב ס"ל בדף למ"ד ע"א דאמנקיותא קפדי מכ"ש דקפדי על גילוי שהרי מתים עי"ז וע"ז חידש דבעכו"ם לא שייך גילוי דחביל גופייהו וא"כ לכך עכו"ם לא קפיד על גלוי וזה דחידש לו שמואל מילי מעליותא ואף דרב אמר חייא ברי הואיל ולקי לא נשתי מיני' צ"ל דמ"מ לא מקרי חביל גופי' ואדרבא בשביל דלקי מלקי לי' טפי ואולי באמת שמואל חולק בזה על רב וא"ל לחייא בר רב תא ואימא לך מילי מעליותא והיינו דנ"מ לדידי'

שהוא חביל גופי' שוב לא אכפת לי' משום גלוי וצ"ע בזה עכ"פ גוף המימרא אתי שפיר וכמ"ש. והנה בענין ספק חסרון ידיע' הנה הפר"ח בסי' למ"ד ס"ק ב' ובכלל ה' סי' ק"י כתב דאבעיא דלא אפשיטא אינו נכנס בגדר הספק והב"ש סי' קנ"ה ס"ק ל"ב כתב כן בפשיטות ובדגול מרבב' השיג עליו דרק הפר"ח חידש כן והפרי תואר סי' למ"ד שם ס"ק א' השיג על הפר"ח ולכאור' באבעיא דלא אפשיטא דהוה ספק חסרון ידיע' של כל העולם הוה ספק ומיהו לפמ"ש הט"ז ביו"ד סי' צ"ח לחלק בין ספק חסרון ידיע' בגוף הספק או ספק חסרון השיעור א"כ יש מקום להאריך. ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דמצינו בבעיא דלא אפשיטא במקום הזה ונפשט' במקום אחר כמו בתורם משלו על של חבירו ושלוחא דרחמנא כהני כהני א"כ שוב לא הוה ספק חסרון ידיע' לכל העולם.

ח ולפ"ז נראה לי לחלק דבמקום דלא נסתיים בתיקו הוה ספק חסרון ידיע' אבל במקום דסיים בתיקו אין שום אדם יכול לפשוט וכנוטריקון דתיקו תשבי יתרץ קושיות והוויות כמ"ש התוי"ט בסוף עוקצין וא"כ הוה ספק חסרון ידיע' לכל העולם ובזה יש להאריך להקשות על הפר"ח דאדרבא הרבה ראיותיו הן קושיות לפמ"ש ודו"ק היטב. שוב מצאתי בחבורי כת"י שהתחלתי לכתוב שנת תר"ט שם כתבתי בזה הענין וצריך להשלימו לכאן:

ט והנה לכאור' קשה בהא דכתב' התור' במעיל לא יקרע ות"ל דאסור לקרוע דעובר על בל תשחית וצ"ל דהתור' אזהרה אף היכא דקורע לצורך תיקון כגון שצריך לכבסו במקום קדוש ובזה מבואר מר"ל בזבחים דף צ"ה מעיל שנטמא מכניסו פחות פחות משלש ומכבסו משום שנאמר לא יקרע והדבר תימה למה נקט מעיל דוקא והא בכל בגדי כהונה הקורע דרך השחת' לוקה וכבר הקשיתי כן בגליון הרמב"ם פ"ט מכלי המקדש ולפמ"ש שם דוקא דרך השחת' לוקה והיינו משום בל תשחית אבל במעיל אף שלא כדרך השחת'. ובזה מבואר דברי הקרבן חגיגה שהביא המלמ"ל פ"ט מכה"מ ופ"ח ממעה"ק הלכה כ' שכתב בהדיא דבמעיל אף שלא כדרך השחת' לוקה ובשאר בגדי כהונה דוקא דרך השחת' ובמלמ"ל כתב דליתנהו להני מילי ואני אומר דהדבר מבואר בהדיא דאל"כ למה נקט ר"ל מעיל דוקא והרי גם כל בגדי כהונה כן כדאמרו ביומא דף ע"ב וגם למה כתבה התור' במעיל דוקא ולפמ"ש הקרבן חגיגה אתי שפיר דבמעיל אף שלא כדרך השחת' לוקה:

י והנה תלמידי החריף מוה' יוסף מיזיש ני' מיאבריב הקשה על מ"ש התוס' בזבחים דף צ"ה ד"ה מכניסו דכתבי שאף למ"ד דביאה במקצת שמה ביאה מ"מ הואיל ויכול לחותכו לא חשיב כנכנס כלו וע"ז הקשה דהא א"א לחתכו דהא כתיב לא יקרע והוא לכאורה תימה ולפענ"ד נראה דהנה באמת כל שאינו קורע בדרך השחת' רק ע"מ לתקן

לא הי' ראוי לעבור ואף דהתור' כתבה לא יקרע וע"כ דאף שלא בדרך השחת' דאל"כ פשיטא דאסור אפשר לומר דהך לא יקרע אינו לאו רק שלילה כעין דאמרו בזחים דף ס"ו אלא מעתה גבי בור דכתיב ולא יכסנו וע"ש בתוס' וגם כאן בהא שצריך לקרוע כדי שלא יכניס הטומא' קמ"ל דא"צ לקרוע אף דביא' במקצת שמה ביאה וא"כ הך לא יקרע אינו רק שלילי' דא"צ לקרוע אבל אי בעי יכול לחתכה. איברא דלפ"ז יקשה למה באמת לוקה על לא יקרע ודלמא היא רק שלילה. אמנם נראה דלפמ"ש הרמב"ם בפ"ג מביאת מקדש הלכה י"ח דביא' במקצת לא שמה ביאה וא"כ לדידיה יכול להכניס פחות משלש על שלש ושוב ע"כ דלא יקרע הוא לאו גמור דלשלילה לא צריך דלמה יהי' ס"ד דיהיה חייב להקרע אבל ר"ל לשיטתי' דס"ל בזבחים דף ל"ב דלוקה על ביאה במקצת ובעין משפט רשם בדף ל"ב בזבחים הרמב"ם פ"ג מביאת מקדש הלכה י"ח והוא תימה דהרמב"ם לא כתב רק שלוקה מ"מ ולכך פסק דלוקהו כרב יהודה ביומא דף ע"ב ולכך כתב גם כל בגדי כהונ' רק דההבדל הוא לענין דרך השחת' אבל ר"ל בדף צ"ה לשיטתו דס"ל ביאה במקצת שמה ביאה וקצת צ"ע על התוס' בזבחים שם דף צ"ה הנ"ל שהקשו סתם אפילו למ"ד ביאה במקצת שמה ביאה והי' להם לאלם לקושייתם דר"ל אדר"ל וצ"ע וא"כ שפיר ס"ל דאם רוצה לחתוך יחתוך ואתי שפיר דברי התוס' ודו"ק. עוד נראה לי דבר חדש דהתורה אמרה לא יקרע ופשיטא דאינו רק בשיעור שיהי' שייך בבגד קריעה דהיינו לכל הפחות שיעור שלש על שלש דזה חשוב ענין בגד לעצמו ונקרא קריעה מן הבגד אבל פחות מזה יכול לקרוע וז"ש שיכול לחתכ' דהיינו פחות משיעור זה וא"כ ל"ח כאילו נכנס כלו ולפ"ז יש לומר דמה דכתיב לא יקרע הוא לעבור עליו בדרך השחת' ולא קשה דבלא"ה אסור משום בל תשחית דיש לומר דנ"מ לענין פחות משיעור דלענין בל תשחית ודאי אינו עובר רק דלמ"ד ביאה במקצת שמה ביאה צריך לומר דגם במעיל מותר כל שאינו שלש על שלש אבל לדידן דלא קי"ל כר"ל שוב אין ראיה למ"ש הקרבן חגיגה.

יא אמנם מ"ש בראשונ' יותר נכון ות"ל הקרבתי קרבן חגיג' שיהי' עולה לנכון כמ"ש ודו"ק: והנה במ"ש למעל' בספק חסרון ידיע' ארשום מה שנתחדש לי בש"ק תזריע שנת תרי"ט בטעם הדבר דלא שייך ספק בחסרון ידיע' משום דלא שייך לומר שדבר אחד יהיה מותר לאיזה אנשים ולאיזה אנשים יהיה אסור דהיינו שמי שמכיר יהי' אסור לו ובזה לא חלקה התורה בין זה לזה ותורה אחת לכלנו ולכך בספק חסרון ידיעה לכל העולם שוב לא שייך הטעם הלז ומותר. ובזה יש לדון במה שנסתפק הפרמ"ג בסי' נ"ג באם נאבד הדבר ושאל אותי אחד דהו"ל ספק בהתגלגל ולפמ"ש אתי שפיר דכל דאי אפשר לברר א"כ שוב היה מותר דלאותן אנשים שאי אפשר לברר הי' מותר רק שנאסרו בשביל

שמא יש אחד המכיר ותורה אחת לכלנו וכל שנאבד א"כ נעשה כל אנשים כמו מי שלא הכירו מקודם ודו"ק ובזה יש לדון גם מ"ש הט"ז בסי' צ"ח לחלק בספק חסרון ידיעה לכל העולם ולפמ"ש הטעם אפשר לדון קצת: והנה בדברי קרבן חגיגה הנ"ל לכאור' יפה טען דהרי מה שרוצה לקרוע המעיל אינו מתכוין להשחית רק שלא יכנס לעזרה דבר טמא א"כ ע"כ דבמעיל אף שאינו דרך השחת' אסור והמלמ"ל כתב על דבריו שאינם ולא כתב לישב קושיתו אמנם באמת הדבר נכון דבאמת אף שאינו מתכוין להשחית אבל מ"מ דרך השחת' שהשחת' היינו שמקלקל ומשחית הבגד והרי ע"כ צריך להשחית הבגד כדי שיצא מידי השחת' וזה שנקרא דרך השחת' אבל אף שאינו מכוין להשחית כל שהוא דרך השחת' לוקה וז"ב כשמש. איברא דהכ"מ מדמה לנותץ אבן והרי בנותץ אבן כל שמתכוין לתקן מותר אבל זה אינו דשם מתקן גוף הדבר אבל כאן אינו מתקן הדבר בעצמו רק שאינו מתכוין להשחית ובזה בודאי לוקה כל שהוא דרך השחת' וז"ב. איברא דק"ל במה דנקט דוקא מעיל שנטמא ולא שאר בגדי כהונה והרי כל שאר בגדי כהונה ג"כ לוקה כדאמרו ביומא דף ע"ב ומזה לכאור' ראיה להקרבן חגיגה דכל שאינו דרך השחת' לא לקי בשאר בגדי כהונה רק במעיל אבל באמת דברי המלמ"ל ברורים דדרך השחת' מקרי אף שאינו מתכוין וצע"ג: והנה בשנת תבר"ך י"ט סיון הגעתי לסוגיא זו והנה לכאור' דברי הקרבן חגיגה מבוארים דהרי במעיל כתיב לא יקרע בציר"י משמע שלא יקרע מעצמו אף שלא יתכוין אמנם עדן קשה דא"כ למה אמרו ביומא דף ע"ב הקורע בגדי כהונה לוקה שנאמר לא יקרע והלא זה לא כתיב רק במעיל. הן אמת דבאמת קשה מנ"ל להש"ס דגם בשאר בגדי כהונה קאי בלאו והי' נראה דכיון דהלאו דלא יקרע לא קאי על שפה לפיו כדאמרו שם מי כתיב שלא יקרע וא"כ הוא ענין בפ"ע ומשמע להש"ס דקאי על כל בגדי כהונה אבל עדיין קשה למה נקט ר"ל מעיל דוקא ומזה לכאור' היה נראה דברי הקרבן חגיגה נכונים דמעיל שאני אבל א"כ לפי"ז יקשה היכן נודע דשאר בגדי כהונה לוקה עכ"פ כשהוא דרך השחת' ונראה דכיון דעיקר הלאו כתיב אצל מעיל ניהו דלא יקרע הוא ענין בפ"ע מכל מקום מסתבר שיהיה על כל פנים מעיל יותר מעלה משאר בגדי כהונה דאף שלא בדרך השחתה לוקה.

יב אך לפענ"ד קשה דהנה כבר נודע מ"ש ביבין שמועה בשם ת' הרשב"א דכל מקום שאמר בש"ס משום שנאמר אינו רק מדרבנן והרי כאן נקט ר"ל משום שנאמר והוא מה"ת וע"כ הי' נראה כיון דכאן הוא שלא בדרך השחת' ע"כ נקט משום שנאמר דאינו רק מדרבנן ובזה יש ליישב הקושיא הנ"ל במ"ש התוס' דיכול לחתכו והא אסור לקרע ולפמ"ש אתי שפיר כיון דזה אינו אלא מדרבנן והיינו משום דיכול להכניסו פחות משלש

אבל אם נימא דלא יכול לחתכו ושוב יהיה אסור להכניס פשיטא דלא גזרו חכמים ע"ז ולכך אינו עובר בבל יקרע מדרבנן בזה ודו"ק היטב: והנה במ"ש למעלה ליישב הקושיא דהוה ספק חסרון ידיעה והנה כעת שנת תרכ"ה בש"ק שופטים עיינתי בזה וראיתי דמ"ש דלא הוה דרך השחתה הנה כבר הרגשתי אח"כ דדרך השחת' הוא עיקרו שהדבר נעשה דרך השחתה אף שלא נתכוין להשחית כל שהי' עץ מאכל מקרי השחת' שהרי השחית עץ מאכל. אמנם כעת נתיישבתי דל"ק כלל דהרי הרמב"ם כתב דאילן מאכל שהזקין ואינו עושה אלא דבר מועט או כשהי' מזיק אילנות אחרות והוא מבואר בב"ק שם וא"כ זה לא שייך לומר דהוה ספק חסרון ידיעה דכל הטעם הוא משום דאם זה אינו מכיר אחר יכול להכיר וא"כ זה כשאנו מסופקים על העץ אם הוא עץ מאכל או לא דזה יכול להכיר אבל מה שמכחיש בגפנים זה לא יוכל לדעת אלא מי שיודע אצל מי האילן הלז היא אם יש לבעל השדה אילנות אחרים וכדומה א"כ הוה כספק חסרון ידיעה לכל העולם דאינו כולל לכל אדם רק לאותה השדה והאילן וכדומה ודו"ק. והשתא דאתית להכי גוף הקושיא ל"ק דהא הקרא קאי גם בעץ שהי' אילן מאכל והזקין וא"כ אתחזיק איסור ואסור והנה הכ"מ והלח"מ האריכו שהרמב"ם מחולק בפירוש הש"ס עם רש"י ורמב"ן ואני לא זכיתי להבין דנראה שהרמב"ם מפרש כפירוש רש"י אבל הדינים שכתב מבוארים בש"ס דיקלא דטעין קבא ובזיתים רובע ומזיק לאילנות אחרות הוא מדאמר שמואל מכחשי בגופנא וא"כ אין הכרע שפירש פירוש אחר בש"ס וצע"ג: והנה במ"ש למעלה בדברי תוספו' הרא"ש דמה דשרף כסותו ולא שייך בל תשחית משום דהפקר ב"ד הפקר והבאתי קושית הרב הגדול מו"ה אורי וואלף סאלאט ני' דמה שייך הפקר ב"ד לאיסור בל תשחית וכתבתי בזה. כעת בשנת כתר"ו ישועה ב' ברכה הקשה הנ"ל מהא דאמרו בחולין דף זיי"ן מפקרנא להו מפשת היזיקא קטילנא להו איכא בל תשחית והקשה דהיה לו להפקיר ולקטול דאז לא שייך בל תשחית ולא מפשת היזיקא דהא קטל להו.

יג ואמרתי בזה דהנה גוף סברת הרא"ש נראה לפענ"ד דהנה כמו דב"ד יכולין לבטל ולקרע שט"ח של חבירו מטעם הפקר ב"ד אף דשייך בל תשחית והוה כאילו מאבד כיסו בידים כל דשייך הפקר ב"ד לאיזה קנס וכדומה מותרין ומה נ"מ בין קורע שט"ח או קורע כסותו ולפ"ז זהו מה שנוגע לממונו או כסותו אבל להשחית בע"ח שהקפידה תורה על הנפש הבהמות ואם אדם חטא בהמה מה חטאה וא"כ שייך בל תשחית וכבר מצינו להרמב"ם פ"ט ממלכים ה"ו שגם נפש בהמה ספק נפשות להקל וע"ש בכ"מ א"כ בכה"ג שייך בל תשחית אף דשייך הפקר ב"ד ולכך לא מצי לקטול אף שיפקיר. ובזה

מיושב מה שהעיר הנ"ל על דברת הנוב"י מהד"ת חלק יו"ד אי שייך בדבר הפקר משום בל תשחית ע"ש ולא ראה דברי תוספו' הרא"ש וגם מדברי הש"ס חולין קשה. ולפמ"ש אתי שפיר דבבע"ח שייך גם בהפקר משום בל תשחית כנלפענ"ד: והנה בשנת תרכ"ט ב' נשאלתי מתלמידי החריף מו"ה יחיאל מונד בשם ח"ז הרב המאוה"ג הישיש מוה' שמרי' נ' אבד"ק מאסט ששם נשרפו אנשי העיר ר"ל ויש מקום פנוי ונטעו שם הרבה אילנות עושין פרי וחשו לעקר האילנות לעשות בית שם ובקש לחוות דעתי והנה הוא אמר שיש לעקור אילנות ולנטעם במקום אחר וא"כ לא שייך בל תשחית והנה יפה דבר וכ"כ בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קנ"ט ע"ש אמנם הוא חשש דלמא אילנות מורכבים ואף לקיים אסור ומכ"ש לנטעם במקום אחר. ואני אמרתי דבאמת חששא רחוקה היא. אמנם אם יש מקום לחשש הלז שוב בודאי מותר לעקר דהרי יש איסור לקיימם. אך באמת ע"י עכו"ם ודאי מותר דהיינו שהעכו"ם יעקור אותם עם שורש שלהם ולנטעם בביתו וא"ל דהעכו"ם ג"כ שייך לפני עור דגם עכו"ם מצווה ועיין ש"ך ודגול מרבבה סי' רצ"ו מ"ש בזה דזה אינו כיון דמכרם לעכו"ם והרי עכו"ם בשלו לא אכפת לן ועיין במ"א ס"ס ש"ז ע"ש ועיין ב"מ דף צ' במה שפירש"י דישה שלך וכן מבואר שו"ת שבות יעקב גם ע"י עכו"ם ע"ש ודו"ק היטב. והנה הבית יעקב שם הקשה מהא דאמרו שם בדף כ"ז אילן שהוא נוטה לרה"ר קוצץ כדי שיהא גמל עובר ורוכבו ואיך מותר לקצוץ וע"כ דבצריך למקומו שרי וע"ז כתב דאף אם נימא דאסור יש לחלק בין קוצץ כלו דאסור אף בצריך למקומו אבל שם דאינו קוצץ כולו רק הענפים הנוטים לרה"ר שרי ע"ש.

יד והוא תימה לפענ"ד דא"כ מ"פ בש"ס שם מאן תנא דאזיל בתר אומדנא דהשתא אר"ל ר"א הוא וכו' ומאי קושיא דלמא לעולם רבנן וכאן אינו קוצץ רק כדי שתהא גמל עובר כדי שלא יעבור על בל תשחית וע"כ דגם כאן הוה שרי כל שצריך למקומו. מיהו אכתי יקשה דכל שסגי בגמל עובר א"כ אינו צריך למקומו יותר ושוב אסור והיא קושיא נפלאה. אך לפענ"ד קושית הב"י ל"ק כלל דכל שנוטה לרה"ר והרי אין לו רשות לקלקל רה"ר שוב מותר לקוץ מידי דהוה אם היה נוטע ברשות שאינו שלו דמותר לקוץ דהא הוא נוטה לרה"ר וז"ב ודו"ק ושפיר פריך הש"ס כיון דיגדל אח"כ שוב הוא מפסיד לרה"ר ולמה לא יקוץ בבת אחת וז"ב ודו"ק:

סימן כט

א שלום וכ"ט אל כבוד הרבני המופלג החריף ובקי מו"ה מרדכי מיזיש נ'.

ב בענין סוכה שאינו ראוי לישן בה אם יוצא באכילה. עש"ק העבר נמסר לי מכתבך עם חידושי תורתך ונפשך בשאלתך בכרכים ועיירות גדולות אשר חק נתן המלך שאין

ליהודים לדור בבתים הפתוחים לצד קריה שהעכו"ם ואדונים ושרים דרים אך שליהודי בעה"ב עצמו הותר לדור שם והבתים האלו צד אחד פתוח לקריה שהעכו"ם יושבים וצד השני עליות ובתים מרווחים שהי' היהודים דרים שם וע"ז שאל דכיון שאסור לישן שם וענוש יענשו בפלילים אם ימצאו שם דרים וישנים שם ולשיטת היראים והמרדכי פרק הישן אם עשה סוכה מתחלה במקום שמתיירא מפני לסטים ואי אפשר לישן שם אף באכילה אינו יוצא וה"ה בזה כל דמתיירא לישן שם אף באכילה אינו יוצא והאריך בזה. הנה אם אמנם דלענין הדין הדבר ברור דיוצא ידי סוכה כאשר אכתוב ברצות ד' ואין עניני כלל להך דהמרדכי בכ"ז למען כבודך ולמען למודך וגם הבטחתיך להשיב לך כאשר היית פה ע"כ אמרתי להשיב לך ולהשתעשע אתך בפלפלת כל שהוא אם רב ואם מעט כאשר עלתה מצודתי היום ואכתוב על סדרך אשר סדרת. הנה מה שרצית להעלות ארוכה כיון דאנן לא נהגינן לישן א"כ אף מקום הראוי לישן לא בעי ורצית לכוין זאת בדברי המג"א סי' תר"מ ס"ק ד' שכתב על דברת הרמ"א או בשינה וז"ל פירוש במקום דאיכא שינה. הנה ודאי דיפ' כתבת אח"כ דאי אפשר לומר כן דאף לדידן עכ"פ ראוי לשינה בעינן משום דראוי לבילה אבל אני תמה עליך איך נזדקר לפניך טעות דבמ"א הגירסא במקום דאיכא צינה וכוונת המג"א לפרש דמה שכתב הרמ"א שמצטער בשינה היינו בשביל שיש קרירות וצינה והיינו במקום דהצינ' בא מכח שהמקום גורם להיות צנה ובזה אסור אבל במקום דהמדינ' גורם לקרירות פטור דהו"ל מצטער ולכן בסי' תרל"ט בס"ב הקיל בשביל צינה ועיין מג"א שם ס"ק זיי"ן והיינו אם לא בא בשביל הסוכה הקרירות רק שהזמן מצד עצמו קר אבל כל שבשביל המקום הוא קר שעשה במקום שיש קרירות זה פטור דעכ"פ ראוי לבילה בעינן וגם בפרמ"ג הבין כן דברי המג"א רק דק"ל מסי' תרל"ט הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק.

ג ועכ"פ כתב בהדיא שם דבעי מקום הראוי לשינה באופן שאין זה מעלה ארוכה. והנה מה שרצית ליישב דברי התה"ד שהובא ברמ"א סי' תר"מ ס"ד דאף שצר לו המקום לפשוט ידיו ורגליו בכ"ז חייב להצטער ולישן שם והט"ז תמה בזה כיון דמתחלה עשה במקום שמצטער פשיטא דחייב ע"ש וע"ז רצית לחדש דכיון דשינה מה"ת חייב לישן בסוכה ושינה אסור אף ארעי חוץ לסוכה דאין קבע לשינה א"כ כיון דשינת עראי אף ראשו בין ברכיו סגי ומקרי שינת עראי א"כ מקרי ראוי לשינה אף שצר לו המקום לישן שם היינו שינת קבע אבל עראי סגי לי' בשינה זו ומחוייב לישן בה עכ"פ שינת עראי ומקרי ראוי לשינה וע"כ לא כתב הרמ"א בשם המרדכי במקום שאינו ראוי לשינה פטור היינו במקום שאינו ראוי אף לשינת עראי כגון שמתיירא מפני לסטים. הנה אף כי

לכאורה יפה הערת בזה אבל אחר העיון אין הדבר נכון דבאמת מה דחייב לישן בסוכה היינו משום דתשבו כעין תדורו וכמו בדירה שאדם אוכל ושותה וישן וכל צרכיו עושה בה כמו כן חייבו הכתוב שיעשה כן בסוכה וא"כ פשיטא דבעינן שיהיה ראוי לישן בה שינת קבע דניהו דאין קבע לשינה ויוצא אף בשינת עראי היינו ביו"ט ראשון בירדו גשמים דדעת הגדולי צרפת דמחייב עכ"פ לישן בסוכה כמו דמחויב לאכול כזית פת בלילה הראשונה משום דגמר ט"ו ט"ו מחג המצות א"כ סגי בשינת עראי כמו שסגי בכזית אף שאדם אוכל יותר מצד מצות סוכה סגי בכזית וה"ה דיוצא בשינת עראי אבל לענין שיהיה יוצא בסוכה הראוי לשינה בזה בעי שיהיה ראוי לשינת קבע וז"ב מאד. והנה מ"ש מעלתו לדחות דברי זקני רבן של ישראל הח"ץ ז"ל סי' צ"ד שכתב לדחות דברי המרדכי דמה דדרשינן תשבו כעין תדורו לא שצריך שיהיה המקום ראוי לשינה רק על אופן ישיבת סוכה שיהיה כעין דירה באכילה ושתי' ושינה אבל אה"נ דאם עשה במקום שאינו ראוי לשינה דעכ"פ יצא חובת אכיל' והביא ראי' מהך דאמרו דראויין כל ישראל לישב בסוכה אחת ואם איתא הא בעינן תשבו כעין תדורו והיאך יהיו שם כל ישראל עם נשותיהם וצריך שיהי' הפסק מחיצה וע"ז כתב מעלתו דלפמ"ש הוא דסגי בשינת עראי א"כ ראוי לכל ישראל לשבת בסוכה אחת ולישן בזאח"ז הנה לפמ"ש הן נסתר מחמתו כ"ז ואף דהמג"א סי' תרל"ט הרגיש בקושית הח"ץ באמת המעיין יראה שדבריו דחוקים דמ"ש שהפירוש שכל ישראל ראויין לישב בסוכ' אחת היינו הוא לבדו בלא אשתו רק דמ"מ פטור כיון דמצטער מלבד שהדבר דחוק דאנן תשבו כעין תדורו בעינן וכדרך שהוא בביתו עם אשתו ובני ביתו אף גם דהרי הריטב"א הקשה בהא דלר"א דא"י בסוכה של שותפות א"כ איך אפשר דלר"א יצטרך לאיש סוכות הרבה לכל אחד מבניו הגדולים וכתב דלר"א ג"כ כשר כיון דתשבו כעין תדורו כתיב מה דירה איש וביתו ביחד אף בסוכ' איש ואשתו ובני ביתו ביחד בסוכ' אחת ואם איתא הא גם לרבנן ע"כ דתשבו כעין תדורו משמע הוא לבדו בלא אשתו וב"ב דאל"כ אינו ראוי לכל ישראל ומכ"ש לר"א דפסול משום סוכת שותפין. ובאמת בגוף קושית הריטב"א הי' נראה לי דכיון דמצטער אם אינו יוכל לישב עם אשתו ובני ביתו ביחד ומצטער פטור מן הסוכ' א"כ פשיטא דהתור' שחייבו בסוכ' ע"כ עם ב"ב ואשתו ביחד דאל"כ יהיה מצטער ויפטור מן הסוכ' לגמרי והיינו תשבו כעין תדורו דאל"כ יצטער ודו"ק. עכ"פ דברי המג"א דחוקים ומ"ש הח"ץ דיש לומר דבזה פליגי רבי ורבנן דלרבי בעי ד"א על ד"א כדי שיהי' ראוי לשינה ג"כ ולרבנן סגי כל שהוא לאכיל' ותמהת ע"ז דא"כ לב"ש דס"ל דירת קבע בעינן ואפ"ה מכשרי בראשו ורובו ושלחנו וע"כ דאין ענינו לזה דהם בעי דירת קבע ולא מטעם הראוי

לשינה. הנה לכאור' יפה הקשית וכבר קדמך בזה דו"ז הגאון האמיתי בספר ישועת יעקב בסי' תר"מ ע"ש אבל חליל' להח"ץ שיטע' בזה והנרא' בזה דבאמת המג"א סי' תר"מ ס"ק ט' הקשה על התה"ד דהא ראוי לשינה ג"כ שיסלק השלחן וישכב באלכסון הסוכ' ויהי' י"ט פחות חומש ורגליו יהיו לתוך הבית. אמנם נראה דכוונת התה"ד דעכ"פ למ"ד דבראשו ורובו בלי שלחנו ג"כ סגי א"כ כיון שאין כאן שלחן ומ"מ סגי בז"ט כדי ראשו ורובו בלבד וא"כ אף באלכסון לא יוכל לשכוב ואפ"ה כשר ולפ"ז לב"ש דבעי ראשו ורובו ושלחנו א"כ שוב יוכל לסלק השלחן וסגי בזה ועיין ט"ז ומג"א סי' תרל"ד ובאמת מה דאמרו דב"ש ורבי וכו' כלהו ס"ל דירת קבע בעינן כו' כתבו התוס' דכלהו לאו בחדא מחתא מחתינהו ע"ש ודו"ק. ובגוף דברי הרמ"א בשם המרדכי שאא"ז הח"ץ חולק. הנה אם אמנם להכריע מאן ספין ומאן רקיע ומתיירא אני שמא ירוצו גלגלתי אחרי כי תלוי עליו כל שלטי הגיבורים הר"א ממיץ והמרדכי והגמי"י והרמ"א בכ"ז אחר כי כבר התעורר זקני הח"ץ לתמוה גם לקטן כמוני ניתן רשות להיות מורכב על כתיפו של אבא זקני ואבא אחריו ומלאתי את דבריו. והנה לכאורה קשה לפי דברי זקני א"כ לר"א דס"ל בדף כ"ז דאין יוצאין מסוכה לסוכה ופירש"י לאכול בזו ולישן בזו וא"כ לדבריו בעינן שיהיה במקום הראוי לשינה ובעינן שיהיה בסוכה ד"א כדס"ל לרבי ומצינו פלוגתא חדשה בין ר"א ורבנן וגם היה לו לחשבו בהדי הנך דחשיב דכלהו ס"ל דירת קבע בעינן ואף שאינן מחד טעם מכל מקום הי' לו למחשבינהו כאחת כמ"ש התוס' לענין ב"ש ורבי דלאו מחד טעמא נינהו. אך יש לומר כיון דר"א שמותי הוא והיינו דהוא מתלמידי שמאי כמ"ש בירושלמי והובא בתוס' נדה דף זיין א"כ כיון דכבר חשיב להא דשמאי א"כ הרב ותלמיד נמנין כאחד ולכך לא חשבו. ובזה נראה לפענ"ד ע"ד הפלפול לומר הא דאמרו שם ורבנן הכי קאמר רחמנא עשה סוכה בחג. ולכאורה צריך ביאור דלענין מה צריך קרא דממנ"פ בחג בודאי אסור ובחוה"מ פשיטא דשרי ודוחק לומר דס"ל דחוה"מ אסור מן התורה במלאכה ואפ"ה קמ"ל דמותר לעשות סוכה דזה דוחק ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון דרבנן ס"ל דיוצאין מסוכה לסוכה א"כ ס"ל דא"צ שיהיה ראוי לשינה וכמ"ש משום דדירת עראי הוא וא"כ כיון שאינו רק בנין עראי א"כ קמ"ל דמותר אף בחג עצמו לעשות בנין עראי ולא נימא דמצוה מחשבו קבע כמ"ש המרדכי בחולין לענין קשר של תפילין דהמצוה מחשבו לקשר גמור ע"ש ויתכן יותר דהרי התוס' הקשו בשבת דף צ"ה דלמ"ד דמגבן משום בונה א"כ שוב יהיה מותר לבנות בשבת דנימא מתוך שהותר לגבן לצורך ע"ש שכתבו שאינו רק דרבנן א"כ שפיר אמרו דעושה סוכה אף בחג ועיין בשבת שם דף צ"ה דנחלקו ר"א ורבנן במגבן ע"ש ודו"ק:

ד והנה בהא דאמרו בסוכה דף כ"ה דחתן וכל שושביניו פטורים מסוכה מ"ט משום דבעו למכלי ולמחדי בסוכה וליכלי בסוכה אין שמחה אלא במקום סעודה ולעבדו חופה בסוכה אביי אמר משום יחוד וכו' ורבא אמר משום צער חתן וא"כ הרי מבואר בהדיא דאף דהסוכה לא הי' במקום לישן שם החתן עם כלתו דהוא בחופה אפ"ה היו חייב בסוכה וכן אמר ר"ז בהדיא דאנא אכלי בסוכה וחדי בחופה וקא עבידנא תרתי הרי דיצא אף שלא ראוי לשינה וא"ל דכל דראוי לישן לבדו מקרי תשבו כעין תדורו דזה אינו דבשלמא בשאר אדם דאין חיוב עליו שיהי' עם אשתו ואף דשייך מצות עונה מכל מקום כל שהתורה חייבו בסוכה הרי ברשות קעביד והתלמידים יוצאים אף שלא ברשות ומכ"ש ברשות התורה אבל בחתן דחייב להיות עם אשתו ושמח את אשתו אשר לקח והוה כרגל לגביה ודוחה אבילות כדאמרו בכתובות דף ד' פשיטא דלא יצא מצות סוכה כל שאינו ראוי לשינה וע"כ דלא תלוי זה בזה וזה ראיה ברורה להח"ץ. וגם בהא דאמרו ריש ערכין דף ז' גבי כהנים כהנים אצטריכא ליה מ"ד תשבו כעין תדורו והני כהנים הואיל ובני עבודה נינהו לא לחייבו קמ"ל ניהו דבעידן עבודה פטורי שלא בשעת עבודה מיהו מחייב ופירש"י דא"י להזקק לנשותיהם כיון דצריכין לעבוד וקשה דלמה לא פירש"י כפשוטו דהא עכ"פ בזמן עבודה דהוא בעזרה לא היו יכולין לישן שם הכהנים דלא היו ישנים דזקני בית אב היו ישנים בבית המוקד כמבואר ריש תמיד וא"כ עכ"פ לא הוה מקום הראוי לישן ועיין בפ"ח מבית הבחירה הלכה ה' דהיו בנויות בצד שערי עזרה וגם ישיבה לא היה בעזרה כמבואר בפ"י שם ה"ו ע"ש ובמלמ"ל וא"כ היאך ראוי לסוכה ול"ל הטעם דתשבו כעין תדורו וע"כ דא"צ שיהיה ראוי לשינה ולכך אמר כיון דלא שייך תשבו כעין תדורו דאי אפשר להזקק שם עם נשותיהן בזמן עבודה א"כ לכך פטורי. ובאמת בגוף הדבר שאמרו שם דבעינן תשבו כעין תדורו הוא תמוה כמ"ש בשו"ת זקני הגאון החסיד שבכהונה בשערי אפרים סי' ל"ד דא"כ למה לא אמרו באבל ג"כ הך טעמא וא"ל דשאני אבל גם בביתו אסור בתשמיש המטה ומה נ"מ בבית או בסוכה דא"כ גבי כהנים נמי הא גם בבית אסור לשמש כל שצריך לעשות עבודה ובאמת זקני שם פירש דזה כוונת הש"ס דלכך בכהנים חייבים אף בעידן עבודה ולכך השמיט רבינו הרמב"ם ולא כתב דפטור בעידן עבודה ע"ש. (ומעלתו נתקשה בזה ע"ד השמטה וכבר קדמו זקני שם) אבל דבריו דחוקים כאשר יראה המעיין. אך לפענ"ד היה נראה דל"מ לשיטת רש"י בקידושין דף נ"ב דאשה אסורה לכנוס לעזרה א"כ פשיטא דפטורי בעידן עבודה ולא בשביל ביטול תשמיש רק דאשה בעזרה מהיכן ואנן בעינן תשבו כעין תדורו וגם לשיטת התוס' עכ"פ אין דרך ארץ שתהיה בעזרה ואנן בעינן תשבו כעין תדורו ולאו אורח ארעא

לזלזולי כולי האי בעזרה אבל אבל דיושב עם אשתו רק דאסור בתשמיש זה אף בבית אסור והוה תשבו כעין תדורו ודו"ק ועיין בירושלמי דיליף בגז"ש נאמר כאן תשבו ונאמר להלן ופתח אהל מועד תשבו והובא בתוס' סוכה דף כ"ז ד"ה תשבו והרי שם בודאי לא היו ראוי מקום לשינה וא"כ מכ"ז מוכח כזקני הח"ק.

ה כל זה כתבתי לפלפולא אבל לדינא הדבר ברור דאין ענין לדידן דע"כ לא כתב המרדכי רק אם מצד המקום אינו ראוי לשינה כגון שהוא פתוח וגלוי ומתייירא בשביל זה בשביל לסטים אבל כאן המקום מצד עצמותו ראוי הוא לישן רק שמצד חק המלך שלא ידור שם כ"א הבעה"ב בשביל זה לא מקרי אינו ראוי לשינה דהמקום בעצמותו ראוי ותדע דאטו נימא כיון שהמלך גזר שבעליה הסמוך לא ידור אדם שיש לחוש לשריפה ח"ו לא יהי' מקרי דירה וע"כ דליתא דבעצמותו ראוי וה"ה בזה וז"ב ופשוט: והנה מ"ש דכהנים בעידן עבודה פטורי לכאורה צריך ביאור דבאמת אין חיוב לאכל רק כזית פת בלילה הראשונה ובשאר הימים פטור ובפרט הכהנים בשעת העבודה דאכלו בשר ובשר פטור מסוכה וגם המנחות הוה פת הבאה בכסנין ופטור וכמ"ש בסי' תרל"ט ואולי כיון דחבת הקדש משוי לה לקבע וקבע חייב בסוכה אף בפת הבאה בכסנין וכיוצא בזה אמרו דשבת קובע למעשר וכן לענין סוכה כתבו דסעודת יו"ט מחשב לקבע מכ"ש בשר קודש ומנחות: שוב ראיתי בדברי מעלתו שכתב בשם הברכי יוסף שהעתיק תשובת רבינו האי גאון שכתב דמי שיש להם סוכה בשותפות זה אוכל ואחר אוכל בזמן אחר כדי שיוכלו כלם לאכול בסוכה בזאח"ז ולענין שינה זה ישן לילה אחת וזה ישן לילה אחת או זה מקצת לילה וזה מקצת וכמו דשומרי סוכה פטורין מהסוכה כ"ש מי שאין לו סוכה לישן הנה זה מבואר כמ"ש הח"ק דעכ"פ ידי אכילה יצא ולזה הביא ראיה משומרי גנות ופרדסים דאף שאין ישנים בסוכה מכל מקום אם ירצו לאכול בסוכה אוכלים מכ"ש במי שאין לו מקום לישב בסוכה ומעלתו נתקשה במה שמדמה לשומרי גנות ופרדסים ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק: והנה על מ"ש דבעזרה לא היה מקום שינה ע"ז שאל ב"ד השנון מו"ה סענדר נ"ז נ"י בן דודי הרב החריף מו"ה יוסף נ"ז נ"י דלא דמי דשם המקום בעצמותו ראוי רק שאסור לישן שם וארי' דרביע עלה ולפענ"ד נראה כיון דמכל מקום לא יוכל לישן שם ולא עשוי לישן לא שמה דירה ועיין ביומא דף י"א לענין מזוזה אי מקרי דירה ודו"ק: והנה אחר כן הגיעני תשובה שנית מהחריף ושנון מו"ה מרדכי מיזיש נ"י ובהרבה דברים מודה ועוזב לדברי ומקלס ומשבח הדברים ובאפס קצה אמר להשיב ואמרתי לחוק על הספר אשר אמר להשיב.

ו והנה גם הוא הקשה כקושית ב"ד החריף נ"י הנ"ל דכהנים בבית המקדש אף שלא היו ראוי לישן שם מ"מ המקום ראוי לשינה משא"כ במקום שאינו ראוי לשינה הנה כבר כתבתי למעלה דגם זה לא מקרי מקום הראוי לשינה דלא מקרי בית דירה כלל והמקום מתחלתו אינו עשוי לישן שם ואף ישיבה לא היה בעזרה ולא מקרי מקומו של אדם כלל וזה גרע ממקום שאינו ראוי לשינה ועיין בסוכה דף מ"ג בתוס' ד"ה תשבו וז"ב לפענ"ד. ומ"ש בעיקר סברתי לחלק דאותן מקומות שהם מצד עצמן ראויים לישן רק מצד פקודת המלך שלא לישן בבית שתחת הגג זה מקרי מקום הראוי לשינה שלא ידע טעם סברא זו. הנה כל חיך יטעם שהחילוק מבואר ונגלה ומה בצע בהעתרת דברים המעיין יראה ויבחין ומה שכתב לדחות דברי זקני הגאון הח"ץ ז"ל מדברי הרמב"ן במלחמות פ"ק דסוכה גבי הא דפליגי ב"ש וב"ה בסוכה שראשו ורובו בסוכה ושלחנו בתוך הבית וכתב הרז"ה דוקא בסוכה גדולה הלכה כב"ה ובסוכה קטנה הלכה כב"ש והרמב"ן חולק עליו משום דסוכה בעי שיהיה ראוי לאכילה ולכל דבר וכל שהיא קטנ' אינה ראויה לזה ע"ש ומזה הוכיח דכל שאינה ראויה לכל דבר אינו סוכה אף לדבר שראוי הנה זה הוסיף מדעתו אבל הרמב"ן לא כתב כן רק דבעינן שיהיה ראויה לאכילה ולכל דבר שצריך ואם אינה ראויה א"י בה הדבר שאינו ראוי וז"ב. ומ"ש ליישב הקושיא מהך דכהנים שהרי אינו סוכה הראוי לשינה וע"ז כתב דרש"י פירש שהכהנים מחויבים לעבוד עבודת הרגל והיינו משום דכל הכהנים עובדים ברגל כדאמרו בסוכה דף נ"ה ולכך לא אמר הטעם משום דאינו ראוי לשינה דהא זה לא הי' רק לכהנים שהיו על המשמרת משא"כ בכהנים אחרים מה"ת למפטרי' ובזה האריך אם הוא חיוב שיהיה הכהנים אחרים עומדים ברגל או אינו רק רשות והביא דברי הרמב"ן בס' המצות מצוה ל"ו והקשה על הפ"י בסוכה דף כ"ו שכתב בישוב קושית אא"ז בעל שערי אפרים באבל וכתב לחלק דהכהנים אסורין מה"ת בתשמיש משא"כ אבל ולזה הקשה דהכהנים אחרים אינם רק רשות. והנה ישמעו אזניו מה שמוציא מפיו הא עכ"פ בשעת עבודה שהוא במקדש אז לא הי' המקום ההוא ראוי לשינה וא"כ גם ידי סוכה לא יצאו ולכך להס"ד שם דכל דפטורי בשעת עבודה פטורין בכל הזמן א"כ שפיר הקשית דלמה ליה להש"ס לפטור משום תשבו כעין תדורו דאינו ראוי לתשמיש בשעת עבודה ת"ל דאינו ראוי לשינה וע"כ דלא אכפת לן בזה ובאמת גם מ"ש על הפ"י אינו קושיא דודאי מצוה על כל הכהנים לעבוד ברגל ופשיטא דאינו ראוי לתשמיש שמא יצטרך לעבוד. ומ"ש ליישב קושיית השערי אפרים דאם אבל אסור בתשמיש הוא רק בשביל דברים שבצנעא ואם נפטרו גם מסוכה שוב הוה דבר שבפרהסיא הנה כמדומה שגם הפ"י בסוכה שם כתב כן וגם בישועת יעקב לדו"ז הגאון

ז"ל האריך בזה הרבה בסי' תקמ"ח ובסי' תר"מ ע"ש: ומ"ש במה שהבאתי ראי' מר"ז דאמר אנא אכלי בסוכ' וחדי וקיימנא תרתי והקשית דהא אינו ראוי לשינה שם דבעינן ושמח את אשתו ואין שמח' אלא בחופ' כדאמרו שם וע"ז כתב דיש לומר דר"ז היו בוש לשחק שם דאינו רק משום צער וא"כ שפיר קיים שתיהן. הנה מלבד דהרא"ש הביא באמת מר"ז ראיה דחייב לאכול בסוכה ע"ש אף גם דאכתי יקשה התינח לרבא ולאביי דשייך משום יחוד שוב לא הוה סוכ' ראוי לשינ' וגם הו"ל להש"ס לומר א"ב זאת וע"כ דלא צריך סוכה הראוי לשינה ודו"ק. ומ"ש לתמוה על מ"ש לחדש דלרבנן דס"ל סוכה דירת עראי סגי א"כ לכך מותר לעשות סוכ' דאינו רק עראי ומותר גם ביום טוב דאינו רק עראי גם שייך מתוך וכתבתי דקמ"ל הקרא דאף דעראי בלא"ה מותר מכל מקום הו"א דהמצוה עושהו קבע וע"ז קמ"ל דאינו רק עראי וע"ז השיב דהרי אמרו בסוכ' דף ל"א דכשורא דמטללתא שייך בה תקנת השבים דהמצוה מחשבו לקבע והרי דמצו' דסוכה באמת מחשב לקבע וע"ז יגע לתרץ דברי דבאמת קשה דבלא"ה הא שיטת רש"י דאבנים שקבעו בבנין הוה שינוי אף דחוזר לברייתו א"כ כל דהוה כשורא דסוכה הו"ל שינוי השם ושינוי מעשה ושפיר קנה וע"ז כתב דגם רש"י מודה דכל דחוזר לברייתו לא מקרי שינוי ושאני אבנים שקבעו בבנין דבטלינהו לארעא אבל כאן לא קנה רק מדרבנן דהו"ל שינוי החוזר כמ"ש התוס' בסוכה שם דלא קנה רק משום תקנת השבים ועיין בב"י סי' ש"ס מ"ש בשם הרשב"א ובטור וש"ע סי' שס"ב בחו"מ וא"כ כל שעשו תקנת השבים שוב הו"ל הבנין קבע מדרבנן. הנה בחנם טרח והדברים פשוטים דניהו דעושהו קבע לענין שא"צ לסתור הסוכה ושייך תקנת השבים אבל שיהי' עי"ז מלאכ' גמור' ובנין קבוע פשיטא דלא הוה וגם הא לכך אצטריך קרא וגם עיקר הקביעות נעשה ע"י המצו' וא"כ שפיר יכול לעשותו עכ"פ דהקביעות לא נמשך רק מחמת מצות הסוכ'. גם מ"ש דגם בנין קבע שרי ע"י מתוך יש להשיב ועיין בב"ח או"ח סי' תצ"ה ובפ"י ובשעה"מ פ"א מיו"ט ואכ"מ להאריך. גם בגוף הענין דעשו תקנת השבים בכשורא דמטללתא אף דהוה שינוי החוזר נראה לפענ"ד דכל הטעם דשינוי החוזר לברייתו הוא כמ"ש הרמב"ן במלחמות דהבעלים מרדפין אחריהם ויחזרו הדבר לכמו שהיו ולפ"ז כאן דהוה סוכה של מצוה שפיר קני דודאי ניחא ליה שקיים המצוה זו ובודאי לא יחזור לברייתו כל משך המצוה ומקרי קבע עי"ז ויש להאריך בזה עפ"י דברי אא"ז בעל שערי אפרים סי' ב' ואכ"מ להאריך: ודרך אגב אזכור מה דקשה לי טובא בהא דפריך בעירובין דף ל' והאיכא משך סוכ' בארבע אמות דתניא רבי אומר כל סוכ' שאין בה ארבע על ארבע פסול' וקשה הא אמרינן בסוכה דף וא"ו דרבי וב"ש ואינך כלהו ס"ל דסוכ' דירת קבע בעינן ועיין תוס' שם

דרבי מחמיר עוד טפי מב"ש דלב"ש סגי בשיעור ראשו ורובו ושלחנו וא"כ פשיטא דלא קי"ל כן ומאי קושיא על ר"נ ואביי גופא קחשיב התם בסוכ' ש"מ דס"ל דלא צריך דירת קבע וכן פריך בריש סוכה על רבא ע"ש וגם קשה דאמאי לא פריך מהך דבית שנפחת' וסיכך ע"ג אם יש מן הכותל ולסיכוך ארבע אמות פסול' וא"כ הוה קולא עי"ז (שוב ראיתי דזה חשוב דופן עקומה דבש"ס שם מסיק דמשום דופן עקומה נגעו בה) וגם קשה במה דנחלקו שמואל עם רב בסוכה דף י"ד וס"ל לשמואל דבנסרים שיש בהם ד' פסולה וא"כ שוב יהיה קולא עי"ז וקשה לר"נ דהוה תלמידו דשמואל. שוב נזכרתי דבפיוט של חוה"מ סוכות כתוב לאמר חשבוה ארבע אמות על ארבע ומשמע דפסק כרבי אבל ראיתי במפרש שהגאון מהרי"פ תמה בזה דאנן לא קיי"ל כרבי והרא"ף נדחק שם דקאי לענין סכך פסול ברוחב ד"א מן הצד ע"ש ולדבריו קשה ג"כ מכאן וכמ"ש וצ"ע ועיין בש"ס סוכה דף כ"ו גבי רבא שרי למגנא בר ממטללתא משום סרכא דגרגישתא ומשמע דוקא לישן אבל לאכול חייב בסוכה וכ"כ הב"י סי' תר"מ בשם א"ח בשם הר"פ והיאך יוצא בסוכה זו והא אינה ראוי' לשינ' וע"כ כמ"ש זקני הח"ן ועיין בהרא"ש דכתב דמיירי באכסניא דאי בביתו היאך עשה סוכה לכתחלה במקום דמצטער לישן בה ויפטר משום צער ודבריו צ"ע דא"כ גם באכסניא נמי וגם למה לא קאמר דאסור באכילה ג"כ משום דלא יכול לישן וע"כ דלא ס"ל כהמרדכי וצ"ע כי לא נפניתי כעת לעיין בזה ודוק היטב ועיין ריש הישן ברש"י ד"ה הישן לא יצא דאהל מפסיק בינו לסוכ' ועיקר ישיבת הסוכ' האכילה ושתיי' ושינה ולכאור' לא היה צריך רש"י להאריך ולא הי' לו לכתוב רק דצריך גם לישן בסוכ' ואולי דכיון לשיטת המרדכי דאף באכיל' לא יצא במקום שאינו ראוי לישן וא"כ קמ"ל דאם א"א לישן בסוכ' זולת תחת המט' אז לא יצא אף באכיל' ודו"ק:

ז והנה אחר זמן רב בשנת תרי"ב נתעוררתי במ"ש למעל' בהך דאמר ר"א דאין יוצאין מסוכ' לסוכ' ופירש"י לאכול בסוכ' זו ולישן בזו ולמדו מדכתיב חג הסוכות תעש' לך סוכ' הראוי' לשבע' וקש' לשיטת הח"ן ז"ל מהיכן נלמד זאת הא באמת הסוכ' ראוי' כל ימות השבע' לאכיל' או לשינ' בלבד בשלמא למרדכי דבעינן שיהי' אותה סוכ' ראוי' לאכיל' ולשתי' ולשינ' שייך לומר דבעינן שתהי' ראוי' לשבע' ולא לאכול בזו ולישן בזו משא"כ לשיטת הח"ן באמת אות' סוכ' ראוי' לשבע' לאכיל' בלבד ואטו כתיב סוכ' אחת ולא שתים ואולי לר"א כיון דבעינן שיהי' ראוי לשבע' היינו ביום ובליל' וא"כ כל שאינו ישן בה בליל' א"כ אינו מקרי ראוי לשבע' וצ"ע בזה. אחר זמן רב נתישבתי דהמרדכי לא קאמר רק באם עשה מתחל' סוכ' במקום שאינו ראוי לישן אבל בעשה מתחל' במקום שראוי לישן אף דאירע שאינו יכול לישן אח"כ לא אכפת לן וכמו שמבואר בהג"א

ברא"ש בסוכ' פרק הישן אות י"ב ע"ש וכן מבואר בסי' תר"מ וא"נ בהך דחופ' מתחל' היתֿ' ראוי' הסוכ' לישן ג"כ מיהו יש לומר כיון דע"כ נשא בערב הרגל א"כ לא מקרי סוכה ראויה דהא מוכרח לישא ערב הרגל דברגל אסור וא"כ תיכף לא היה ראוי לישן בסוכ' ודו"ק ועיין ברא"ש שם מ"ש בשם הסמ"ג גבי רבא שרי ליה למגני בר ממטללתא משום סרחא דגרגניתא ופירש הסמ"ג דוקא למגני אבל למיכל אסור ומזה אין ראי' דבתחלה היה ראוי אף לישן וכמ"ש שם הרא"ש ודו"ק: ודרך אגב ארשום מה שראיתי בשו"ת תשובה מאהב' חלק או"ח סי' תרל"ט שעל מ"ש הטור בשם הסמ"ג דכל שירדו שיעור כדי שיתקלקל ואפילו אין לו תבשיל שיתקלקל יכול לצאת ע"ז כתב ואין משמע כן מדלא אמר כדי שתסרח המקפ' אלא משתסרח משמע שתסרח ממש וע"ז תמה בתשוב' מאהב' שנעלם מהטור דברי הירושלמי שאמר לא סוף דבר שתסרח אלא אפילו כדי שתסרח ובאמת שהיא תימ' גדול' שלא הרגיש בזה שום אחד מהאחרונים. ולפענ"ד נראה דהנ' במהרל"ח שם ובט"ז שם הרגישו דיש ראי' מפורשת לדברי הסמ"ג ממה דאמרו בש"ס דילן תנא משתסרח מקפ' של גריסין ואם איתא דמיירי כשיש תבשיל לפניו א"כ מה אריא גריסין סוף סוף הרי מתקלקל התבשיל שלפניו וע"כ דמיירי כשאין תבשיל לפניו רק שמשערין אם הי' תבשיל לפניו ולכך שיערו בתבשיל של גריסין ע"ש ואני מוסיף דלפמ"ש הש"ס דמקפ' של גריסין היא ממהרת להתקלקל ודאי תמוה דלמ' נקיט גריסין דוקא והלא אם נתקלקל שאר תבשיל ודאי דמותר וע"כ דאפילו אין לפניו שום תבשיל כל שהיו גריסין לפניו היה מתקלקל לכך נקט של גריסין וכ"כ במהרל"ח. אמנם לפי מה דאמרו בירושלמי לא סוף דבר מקפ' של גריסין אלא אפילו מקפ' של כל דבר ומשמע דמקפ' של גריסין קשה להתקלקל יותר א"כ שוב אין ראי' דיש לומר דמיירי שיש לפניו תבשיל אחר שממהר להתקלקל ומחמיר המשנ' דלא יצא עד שאילו היו לפניו תבשיל של גריסין והי' מתקלקל וגם אם נחזיק כפרש"י דהגריסין מתקלקל ביותר א"כ יש מקום ליישב דברי הטור דלכך נקט' גריסין דאדרבא לפירוש הטור דמיירי שיש לפניו תבשיל רק דתבשיל אחר אינו ממהר להתקלקל ומקילין דמשערין אילו היו לפניו של גריסין דממהר להתקלקל ולפ"ז אם אין לפניו תבשיל כלל אין מקילין כ"כ. ומעת' אין ראי' מהירושלמי דהירושלמי אמר לא סוף דבר של גריסין אלא אפילו תבשיל של שאר דבר ומשמע דגריסין הוא אינו מתקלקל כ"כ וא"כ לדידי' אין מקילין לשער בתבשיל של גריסין ואדרבא חומרא היא ולכך משערין אף שאין תבשיל כלל לפניו וכל שהיו לפניו תבשיל היו מתקלקל אף שגריסין לא היו מתקלקל בזה מקילין אבל לדידן דתבשיל של גריסין מתקלקל ביותר א"כ שוב מקילין בשאר תבשיל כל שיש לפניו ומשערין

כאילו היו של גריסין אבל לא כשאין תבשיל לפניו. ובלא"ה יש לומר דגם הירושלמי לא פליג על פירש"י וגריסין ס"ל שמתקלקלין מהר רק דכיון דס"ל להירושלמי דאף כשאין לפניו תבשיל כלל אפ"ה משערין כאילו היו לפניו. ולפ"ז אף שיש לפניו תבשיל אחר כל שבגריסין היה מתקלקל יוצא כיון דאף אם לא הי' תבשיל כלל היו משערין כאילו יש גריסין א"כ מה בכך שיש לפניו תבשיל אחר דלתבשיל אף שלא היה לפניו היו ג"כ משערין כאילו היו גריסין ולפ"ז לדידן שמבואר בש"ס דילן דוקא תבשיל של גריסין ממילא ע"כ שיש לפניו תבשיל אחר רק שמשערין אם היו גריסין וא"כ לכך שפיר מקשה על הסמ"ג דבש"ס דילן לא משמע כהירושלמי. אמנם אי קשיא הא קשיא דא"כ למה השמיט הטור דמשערין בתבשיל של גריסין וברמב"ם מצאתי שכתב כהירושלמי וכפירושו שהפולין אין ממהר להחמיץ ולהתקלקל שהרי כתב בפ"ו מסוכה הלכה יו"ד מאימתי מותר לפנות משירדו לתוך הסוכ' טפות שאם יפלו לתוך התבשיל יפסל אפי' תבשיל של פול וכפי הנרא' פסק כהסמ"ג דאף אם אין לפניו תבשיל כלל אפ"ה מותר לירד אבל החמיר שמשערין אם היה תבשיל של פול שקשה להתקלקל והה"מ כתב על אפילו תבשיל של פול פירוש שהוא קלה להתקלקל והוא תמוה דא"כ מה לשון אפילו וע"כ שפירש כהירושלמי וא"כ הוה רבותא טפי אבל כל שלא הי' מתקלקל בפול אז כל שאין תבשיל לפניו אין רשאי לצאת ובאמת אם היה תבשיל לפניו ומתקלקל אפשר דמותר לצאת אף שלא היה מתקלקל בפול עיין בהגהמ"ר שהרגיש דמקור דברי הרמב"ם הם מהירושלמי אבל לא ביאר הדברים ודברי הה"מ צע"ג וגם דברי הרמב"ם צ"ע למה לא כתב כפירוש הש"ס דילן ואפשר כיון שנסתפק אם פול מתקלקל יותר או לא ולכך העתיק דברי הירושלמי שהם מפורשים יותר כיון דבש"ס דילן אין הכרע וזה דרכו בכ"מ ובש"ע כתב בלשון הרמב"ם והרמ"א העתיק דברי הסמ"ג וא"כ מבואר שתבשיל של פול מתאחר להתקלקל והט"ז העתיק פירש"י ע"ז ולפענ"ד אינו נכון ובפירוש המשניות להרמב"ם ראיתי שפירש כפירוש רש"י שפול ממהר להתקלקל אבל ברמב"ם נראה לי שחזר בו. שוב ראיתי בתוס' י"ט שהביא שבנו הרב ז"ל הרגיש שדברי הסמ"ג מקורן בירושלמי ובתשובה מאהבה לא זכר דברי התוס' יו"ט הנ"ל. שוב ראיתי בסמ"ג עצמו והעתיק כפי דברי הירושלמי והדבר ברור שפירשו כמו שפירש הרמב"ם והעתיק כל לשון הירושלמי וז"ב ודו"ק:

סימן ל

א ביאור ענין סוגיא דיבמות דף ס"ט ע"ב בארוסה שנתעברה. במה שבקשת לכתוב לך איזה חידוש בסוגיא אשר עמדת בה אם כי כבר אמרו כי קאי רבי בהא מסכתא וכו' בכ"ז

אמרתי לכתוב את אשר תעלה מצודתי אם רב ואם מעט. והנה בתחלת ההשקפה הוה קשיא לי בהא דאמרו שם אמר רבא מסתברא מלתא דרב ה"מ היכא דדיימא מעלמא אבל לא דיימא מעלמא לא אמר רבא מנא ה"מ דתנן ילדה תאכל בתרומה ה"ד אילימא דדיימא מעלמא ילדה אמאי תאכל אלא לאו דדיימא מיניה ולא דיימא מעלמא ומה התם דלהאי אסורא ולהאי אסורא בתר דידיה שדינן לי' הכא דלהאי אסורא ולהאי לאו אסורא לא כ"ש ופירש"י דלגבי ארוסה היתר ולעלמא איסור והוא תימה דהרי גבי פנויה מה איסורא איכא רק משום דגזרו על יחוד דפנויה והרי גם בבא על ארוסתו בבית חמיו איכא ג"כ איסורא כמבואר בש"ע אהע"ז סי' נ"ה ס"א בהג"ה והוא מכלל היחוד שגזרו על פנויה וכמ"ש הח"מ שם ס"ק א' והוא תימה גדולה.

ב ולכאורה רציתי לומר דמזה ראיה למ"ש הר"ן שם דהבא על ארוסתו לשם נשואין אחר שקדשה קנאה והרי היא כאשתו לכל דבר כמבואר שם וא"כ יש לומר דבארוס תלינן שבא עליה לשם נשואין אבל עדיין קשה דא"כ היכא קאמר רבא דבדיימא מעלמא הולד ממזר ופירש"י דל"ד לשאר בני דומה דהם כשרים משום דתולין ברוב אחר הבעל משא"כ כאן דלאו אורחיה למבעל כולי האי בלא חופה והוא תימה דכל דתלינן דבא עליה לשם נישואין א"כ שוב הוה כאשתו לכל דבר ומותר לבעול כמה שירצה והיא קושיא גדולה ונפלאה.

ג אמנם אחר העיון יש לומר דתלוי במחלוקת הח"מ והב"ש בסי' ג' ס"ט בהג"ה בזינת' ואח"כ נשאת אם תולין שנתעבר' משני משום דרוב בעילות תולין בבעל ולפ"ז אם דיימא מעלמא קודם שבא עליה הארוס אף דהארוס אמרינן דמה שבעלה אח"כ בכמה פעמים דאולי נתכוין לשם נישואין מ"מ הוה כזינת' ואח"כ נשאת ואף להח"מ יש לומר דמודה בכה"ג דשם נשאת ממש ובפרסום אבל כאן אינו ברור שנשאת א"כ כל שדיימא מעלמא לא תלינן שבא עליה לשם נשואין ולתלות ביאתו בו דהרי חזינן שדיימא מעלמא משא"כ בלא דיימא מעלמא וז"ב. וראיתי בקידושין דף ע"ג בהא דאמר רבא ד"ת אסופי כשר מ"ט א"א בבעל' תולה מאי איכא מיעוט ארוסות וכו' והקשו בתוס' דמשמע דאם היה נודע בודאי שמארוס' נתעבר' הי' ודאי ממזר והרי אמרו לקמן דף ע"ה דארוס' שעברה הולד כשר ולכאור' צריך ביאור דהא כל החשש דמארוס' היא ולא בא עליה בעלה והרי רבא אמר דמסתברא מלתא דרב בדיימא מעלמא וא"כ שוב חיישינן מאותה ארוס' שדיימ' מעלמא הוא בא וללישנא בתרא חיישינן דלמא מארוס' דלא דיימא מיניה ודיימא מעלמא והולד ממזר והיא קושיא גדול'. ואולי יש לומר דזה בודאי לא חיישינן דשמא היא מארוס' כזו שלא דיימא מיני' כלל רק מעלמא זה הוה מיעוטא דמיעוטא ומה"ת

ניחוש לזה וע"כ דעכ"פ דיימא מיניה ג"כ ושוב הולד כשר לל"ב ואתי שפיר קושית התוס' וז"ב. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש התוס' ליישב דהכא איכא ריעותא שהשליכתו ואם הוי מן הארוס לא הית' משליכתו והקשה המהרש"א דאכתי למה השליכתו כיון דארוס' בארוס תולה והולד כשר למה השליכתו כמו בא"א וכתב דיש לומר דניהו דהולד כשר מ"מ כיון דבדרך זנות הוא היא בושה דומיא דפנוי' שזינת' שמשליכתו משום גנאי אף דהולד כשר משא"כ בא"א גמורה ע"ש. ודבריו תמוהין דאכתי תקשה למה יהי' ודאי ממזר הא מ"מ יש לחוש דלמא מארוס' נתעבר' ומה שהשליכתו משום דהיתה בושה לתלות בבעל' הארוס וכמ"ש המהרש"א ועכ"פ ודאי ממזר לא שייך בזה וכבר תמה בזה בשעה"מ פט"ו מא"ב הי"ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דל"ב דס"ל לרבא דבדיימא מיניה אף דדיימא מעלמא בתר דידיה שדינן ליה ע"כ משום דגם בזה אף שלא נשאת מ"מ תלינן דנתכוין לשם נישואין והוה רוב בעילות אחר הבעל דביאה גמור' היא ובזה נחלקו ל"ק עם ל"ב אבל בכה"ג תלינן דרוב בעילות אחר הבעל ולפ"ז שפיר כתבו התוס' דמדהשליכתו ש"מ דלאו מארוס' הוא דלמה השליכתו דא"ל דהשליכתו משום דבוש' דז"א דממנ"פ אם נתכוין לשם נישואין שוב אין בושה כלל דהוה נשואה גמור' ואינו דרך זנות ולמה תעשה מעשה כזו להשליך ילד כשר שלה וע"כ דבאמת לא נתכוין לשם נשואין ושוב באמת הרוב דעלמא עדיף דהא דיימא מעלמא ולא שייך רוב בעילות אחר הבעל כל דלא נתכוין לשם נשואין לא בעלה הרבה פעמים בלי חופה וסתם ישראל כשר למה יבעול בלי כוונת נישואין ויהי' כעין זנות עכ"פ מדרבנן וז"ב מאוד ודו"ק היטב כי נעים ונחמד הוא. אחר שכתבתי כ"ז הגיע לידי הריטב"א על יבמות וראיתי שהרגיש בזה בהא דאמרו דהכא לדידיה היתירא ולעלמא איסורא דהא גם לדידיה אסור בלי חופה משום כלה בלא חופה וכתב דעכ"פ מן התורה היתר לדידיה ולכ"ע אסורה ושמחתי שזכיתי לכוין קושייתו אבל דברי תירוצו תמוה דא"כ גם פנוי' ג"כ מותר מן התורה ורק משום יחוד דפנויה אסור' לדידיה ולעלמא וה"ה לכלה בלא ברכה אסורה ביחוד משום יחוד פנוי' כמבואר בש"ע אהע"ז סי' נ"ה הנ"ל וע"כ מחוורתא כמ"ש ות"ל הנחני ד' בדרך אמת. ובזה מיושב מה שהקש' השעה"מ שם עוד דלמה לא נימא דהשליכתו דלא בקיאי בדינא וסבורה שלא יאמינוה כמ"ש הרא"ש לענין שמא בא ע"י שם דכ"ע לא ידעי להך דינא וסבירא דלא יאמינוה.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דכאן דכל הטעם הוא דתלינן שנתכוין לשם נשואין א"כ בזה כ"ע ידעי דכשר' היא ולמה השליכתו. ובזה יש ליישב מה דפסק הרמב"ם בפט"ו מא"ב כל"ק דרבא ותמה הי"ש ביבמות סי' יו"ד דלמה לא פסק כל"ב כדרכו של הרמב"ם ולפמ"ש

אתי שפיר דבאמת קשיא לי' קושית התוס' בקידושין על רבא דמשמע דאם היתה ארוסה ודאי ממזר הוא ואמאי הא בנתעבר' הולד כשר ומ"ש ליישב דחיק לי' לרבינו וע"כ יישב דרבא לשיטתו בל"ק דכל דדיימא מעלמא הוה ודאי ממזר אף בדיימא מיניה וא"כ שוב חיישינן לאותן מיעוט ארוסות דלענין שנחוש למיעוט ארוסות דלא דיימא מיניה ודיימא מעלמא זה ודאי הוה מיעוטא דמיעוטא דל"ח כלל וז"ב. וא"כ כיון דרבא פוסק כן לכך נקט כל"ק ובמ"ש נראה דלל"ב דיימא מיניה היינו שבא עליה בודאי וכמ"ש התוס' ולא דהוציא ש"ר בלבד דאל"כ לא שייך לתלות בבעל כל דלא נודע כלל שבא עלי' ודו"ק דלא כתוס' בסוטה דפירוש דלא בא אלי' רק דדיימא מיני' ובאמת שמסוגיית הש"ס שם מבואר ג"כ דק"ל כל"ק דאל"כ יקשה דהשתא בארוס דאינו מצוי אצלה ואפ"ה כל דדיימא מיניה אף לרב שדינן בתר דידיה ולשמואל אף בלא דיימא מיני' תלינן בתרי' מכ"ש בבעל דודאי מצוי אצלה ורוב בעילות אחר הבעל ואפ"ה אמר שמואל דישא אדם דומה ואל ישא בת דומה דזו בא מטפה כשרה וזו בא מטפה פסולה והניח בקושיא ובאמת שזה סתירה גלויה לל"ב ומש"ה פסק הרמב"ם כל"ק. איברא ליישב ל"ב היה נ"ל דבר חדש דניהו דתלינן רוב בעילות אחר הבעל היינו לענין הכשר הולד דכל דשדינן בתר דידיה הולד כשר ואף דכיון דעכ"פ דיימא מעלמא והוה סוטה והמיעוט ג"כ קביע ובפרט דיש לחוש שמא אזלא אחר הבועל והו"ל קבוע רק דעכ"פ לענין הולד יש כאן שני קביעות קביעות הבעל וקביעות הבועל וטפי יש למתלי בבעל דיש רוב המסייע לזה וא"כ שפיר אמרינן דהולד כשר אבל מ"מ כל דדיימא מעלמא א"כ עכ"פ כל דנטמאה ניהו דסוטה אינו עושה ממזר כדאמרו ביבמות דף מ"ט וכן קי"ל בסי' י"ד אבל מ"מ הטפה פסולה דטומאה כתיב בה כעריות וטפה פסולה היא אף שבא מבעל הא טומאה כתיב בה כעריות ולזה לא מועיל מה שרוב בעילות אחר הבעל וז"ש וזו באה מטפה פסולה ולא קאמר שזו ממזרת וזו אינה ממזרת דלפירש"י דחיישינן שמא מממזר באה הו"ל לומר שזו באה מממזר או שזו ממזרת. וע"כ דבאמת היא כשרה מצד הדין רק שהטפה פסולה ולזה ל"מ רוב בעילות אחר הבעל דגם בעילות הבעל טפה פסולה הוא וכל שהיסוד הוא מטפה פסולה מסתמא הולד הנוצר ממנו אינו כשר והוא מקולקל ומושחת וע"כ הזהירו שלא יקחה וז"ב כשמש. ותדע שכן הוא שהרי רש"י כתב שמא מכותי הוא והרי כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וע"כ דאנן לאו על כשרות ופסולת מצד הדין אנו דנין רק על הכשר הטפה ופסולה. ובזה נראה לפענ"ד מה שאמר ר' יוחנן ישא אדם בת דומה ואל ישא דומה שזו עומדת בחזקת כשרות וזו אינה עומדת בחזקת כשרות ולמה לא קאמר בפשיטות שרוב בעילות אחר הבעל וכשרה היא וזו דומה שיש לחוש לה

ולפמ"ש אתי שפיר דזה ל"מ דאכתי טפה זו מה תהא עליה ולזה קאמר כיון דדומה ג"כ יש לחוש שמא תזנה תחתיו ונאסר' עליו ואינו רואה ובא עליה באיסור והיינו שא"כ יש לחוש שמא בניו יבאו מטפה פסול' וא"כ יהיו לו שתיהן ולכך מוטב יותר שישא בת דומה ועכ"פ בניו כשרים שזו בעצמה בחזקת כשרות היא ולכך הכריעו שישא בת דומה משום דהבנים כשרים וא"כ הבנים אשר יולדו ג"כ כשרים יהיו והיא בעצמה ג"כ כשרה ועיין רש"י שם ועכ"פ לל"ק ודאי אתי שפיר ודו"ק:

ה והנה לכאורה קשה טובא בהא דאמר רבא ללישנא בתרא מנא אמינא לה דקתני ילדה תאכל אלמא דדיימא מיניה ולא דיימא מעלמא צריכה לומר דתאכל ומה קושיא הא שפיר אצטריך למימר דהרי בכתובות דף י"ג ע"ב אמרו ומי איכא שתוקי כשר אין כדשמואל דאמר שמואל עשרה כהנים שפירש אחד מהם ובעל הולד שתוקי וכו' שמשתקין אותו מדין כהונה משום דבעינן זרעו מיוחס אחריו ופירש"י שלא יעבוד עבודה ולא יאכל בתרומה הרי אף דודאי כהן הוא כל שאינו נודע בבירור שהוא זרעו של פלוני אינו אוכל בתרומה וא"כ ניהו דדיימא מיניה ולא מאחר עכ"פ כיון דיש לחוש לאחר עכ"פ אינו מיוחס אחריו בבירור וסד"א דלא יאכל בתרומה וקמ"ל כיון דלא דיימא מעלמא ודיימא מיניה בתר דידיה שדינן והוה מיוחס אחריו. אך באמת הדבר נכון דשם דילדה מזה בבירור ומאחר אין שום חשש מה"ת לאחזוקי ריעותא ומקרי מיוחס אחריו וכמו כל כהן דאזלינן בתר רוב דאבוה הוא ומקרי זרעו מיוחס אחריו וה"ה כאן כל דלא דיימא מעלמא אין מחזיקין ריעותא. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שם שהקשה דאם נימא דדיימא מיניה דקאמר רבא לענין מחלוקת רב ושמואל אינו רק שם רע בלבד ולא בירור שבא עליה א"כ מה מדמה רבא למשנה דבמשנה הוה דיימא מיניה בבירור שהרי ילדה מזה ולכך תאכל בתרומה ולפמ"ש אתי שפיר דהכי מייתי רבא דכל דאמרינן דבדיימא מעלמא שיש רק חשש מעלמא חיישינן לא מועיל לענין תרומה מה שדיימא מיניה דאף שילדה בבירור מ"מ עכ"פ אין זרעו מיוחס אחריו וע"כ דכל שדיימא מיניה אף שדיימא מעלמא אזלינן בתר רוב בעילות אחר הבעל וא"כ זרעו מיוחס אחריו קרינן בי' דכל כהן שעובד עבודה ג"כ בשביל רוב הוא דדלמא לאו אביו וע"כ דכל שהוה רוב זרעו מיוחס אחריו קרינן ביה וע"כ לא אמר שמואל רק שם דלא שייך רוב שהרי לא שייך שם רוב וגם בעדות אשה ובתה ליכא רוב שהוא מזה רק שכשר הוא שרוב כשרים אצלה אבל לא ידענו אבוה מנו ולכך משתקין אותו מדין כהונה וז"ב ובזה מיושב היטב קושית השעה"מ על התוס' סוטה הנ"ל דהבינו דדיימא מיניה דרבא מיירי רק בשם רע בלבד והקשה דא"כ הדרא קושית התוס' לדוכתי' ביבמות הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר. אמנם

במ"ש בשם רש"י דלתרומה אסור כל שאינו נודע אביו מנו הוא ראיתי בשיטה מקובצת שקצת מהקדמונים חולקין בזה על רש"י ע"ש. ובזה מיושב מה שתמה השעה"מ שם על הישׁ"ש דלא הרגיש דבתרומה אינו אוכל ולפמ"ש א"ש ודו"ק. וראיתי להמלמ"ל פט"ו מא"ב ה"כ שכתב על דברת הרמב"ם שם דמפרש הך מחלוקת דדומה ובת דומה דמיירי לענין אם ישאנה כהן וע"ז כתב דאף דמרש"י נראה דמיירי לענין ישראל מ"מ מדברי התוס' נראה דמפרשי לענין כהן שהרי השיגו על פיר"ח דפירש דומה דהוה כעין דומה דיומא ופלגא דא"כ אפילו כנס יוציא וע"ז הקשה דהא גבי ישראל לא שייך האיסור משום זונה וע"כ דמפרשי לענין כהן וכתב דמהרי"ט בא"ה סי' ט"ו נתקשה על התוס' והוא כשגגה היוצא מלפני השליט ע"ש והוא תימה דבאמת המהרי"ט הביא תיכף אח"כ דברי הרמב"ם דמפרשי לענין כהן וא"כ למה לא ניחא ליה ליישב גם דברי התוס' כן אבל באמת הדבר תימה מאד על פירוש הרמב"ם דא"כ היאך אמרו שם ישא אדם בת דומה וכו' בעי ר"ע פרוצה ביותר מהו וכו' כיון דידע בה מנטר נטורי וכו' והיאך מועיל מה דמנטר נטורי סוף סוף היא זונה ולכהן אסורה שמא נבעלה ביום אחר דבשלמא אם החשש משום הבנים א"כ כל ששומרה שלא תתעבר בזנות שוב אין חשש משום הבנים לישראל אבל לכהן סוף סוף יש חשש שמא זונה היא ובניה פסולים לכהונה. אך נראה דבאמת הא דרוב בעילות אחר הבעל הוא ע"כ משום דבעל מצוי לה בכל עת ומשמרה שלא תזנה ותלינן אחר הרוב ומצוי לה ולכך בפרוצה ביותר דלא יוכל לשמרה כ"כ אף דתולין רוב בעילות אחר הבעל מ"מ אדרבא כיון דאשה תולה בבעלה כדאמרו בקידושין דף ע"ג א"כ לא יוכל לשמרה כ"כ דאם תתעבר תאמר שממנו הוא וא"ל דידע שממנו לא נתעברה דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה או סמוך לווסתה דזה גופא האבעיא אם חיישינן שלא ידע הזמן ולא יוכל לשמרה שוב תוכל להתנצל ואך לשוא שקד שומר וזהו דאמרו כיון דידע בה נטורי מנטר לה או דלמא פרוצה ביותר לא והיינו כמ"ש.

[1] אמנם זה דחוק. והעיקר נראה דבאמת האבעיא דפרוצה ביותר דהחשש על הבנים כדאמר שם דאשה מזנה בניה כשרים רוב בעילות אחר הבעל וע"ז בעי פרוצה ביותר מהו זה ודאי דלא קאי משום כהונה דהוה זונה ולישראל אינו רק חשש לכתחלה וכמ"ש ה"ה אבל הך דפרוצה ביותר מה דחיישינן להבנים זה אף בישראל ומשום דלא שייך בזה רוב בעילות אחר הבעל ולא מיירי בכהן דלכהן ודאי אסורה משום חשש זונה וז"ב ופשוט ומעתה התוס' דגרסו כמו שהוא לפנינו דרוב בעילות אחר הבעל ומוקי בקלא דפסיק וא"כ גם לענין הבנים פירשו כן ובאמת לענין הבנים אי אפשר לפרש דקאי לכהונה דא"כ איך יתפרש הך דפרוצה ביותר ולכך הקשה המהרי"ט על התוס' ובאמת לפי גירסת

המהרש"א בתוספות אתי שפיר דברי התוס' אבל המהרי"ט היה לו הגירסא כמו שהוא לפנינו הגירסא בתוס' וכמ"ש המהרש"ל שם בח"ש אתי שפיר קושית המהרי"ט על התוס'. שוב ראיתי בב"ש סי' ד' ס"ק כ"ו שכתב דמהרי"ו כ' דסוגיא דסוטה מיירי לענין חשש כהונה וחוששין להו לבנים הכל מיירי לכהונה ודבריו תמוהים ומצאתי בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ב' שהאריך בזה לתמוה דאיך אפשר לפרש לענין הבנים והא האבעיא שם ע"כ דלישראל קמיירי ולפמ"ש למעלה יש לפרש גם לכהונה אף שדחוק מכל מקום הדבר דחוק ומוקי אנפשיה להדר פני זקני המהרי"ו ז"ל ודו"ק ועיין בבית מאיר שהאריך ג"כ דברי הב"ש הנ"ל ואכ"מ להאריך אחר כמה שנים מצאתי במהרי"ט חלק יו"ד סי' מ"ט שהביא ג"כ הך דדומה ובת דומה והביא מחלוקת רש"י ותוס' ע"ש:

ז והנה באהע"ז בסי' ג' נסתפקו הח"מ והב"ש אי תלינן רוב בעילות אחר הבעל שנשא אח"כ והביאו ראיה מרש"י ביבמות דף ק' וע"ז הקשה הרב המופלג מו"ה משה אבד"ק עיר חדש בזאמושטש נ"י דהך סוגיא קאי אליבא דשמואל והרי שמואל ס"ל בסוטה דף כ"ז דישא דומה ואל ישא בת דומה ולא ס"ל כר' יוחנן ור"י ס"ל שם דרוב בעילות תולין בבעל מכלל דשמואל לא ס"ל כן ול"ק על שמואל ובאמת שזה אינו דאטו יחלקו במציאות ושמואל ודאי ס"ל ג"כ דרוב בעילות אחר בעל רק דס"ל דזו באה מטפה כשרה וכמ"ש שם בהדיא וז"ב ופשוט. אחר זמן רב מצאתי בפסקי מהרא"י סי' ל"ז שתמה על מוהר"ר ישראל (וכפי הנראה כוון למהר"י ברונא) שכתב דאף פרוצה ביותר אין חוששין לממזרות רק לכהונה וע"ז תמה דפשטת הסוגיא משמע דקאי אממזרת וכ"ה בהדיא בסוטה והביא הך דרש"י. ודרך אגב ראיתי לבאר דברי המהרא"י שם במ"ש על דברת המרדכי שאם אחד נתפש עם אשה וטוענת שקדשה בביאה שזה צריך לשבע וע"ז תמה המהרא"י דלא שייך שבועה על מלתא דאיסורא ואף שבועת היסת לא נתקנה על מילתא דאיסורא ע"ש וזה העתיק הרמ"א בחו"מ סי' פ"ז סכ"ה והש"ך תמה ע"ז ובגליון הש"ך וגם בתשובה ביארתי דברי המהרא"י וכעת נראה דאף אם נימא דשבועת התורה משביעין על איסור כמ"ש הש"ך מסוטה וכדומה מכל מקום שבועת היסת ודאי לא שייך בזה וחילי דילי מהא דכתב המרדכי פרק הדיינין והובא בט"ז חו"מ סי' ע"ה וז"ל נשאל למהר"מ מי שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך ג' שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי והלוקח מוחזק בקרקע והשיב נ"ל דא"צ לשבע אפילו שבועה דרבנן דאם איתא דחזר ומכרו לו הי' מחזיר לו השטר וכו' ואפילו באין לו שטר אלא שטוען אחד על חבירו מכרת לי קרקע ואינו מוחזק בו ואין לו שטר וזה משיב להד"מ נראה לי דא"י להשביעו ומה דתיקן ר"נ היסת זה דוקא במלוה דל"ש לכתוב שטר עלי' משא"כ קרקע כל הקונה

כותב שטר וזה אין לו שטר א"י להשביעו עכ"ל וכתב הט"ז דמזה נראה לי ללמוד דבכל דבר שאינו מצוי לא נתקנה שבועת היסת ע"ש ולפ"ז במלתא דאיסורא דאינו מצוי כ"כ לא שייך שבועת היסת ולא נתקנה ע"ז ויש להביא ראיה ממה דכתב הריב"ש סי' מ"ב כיון שהאמינו תורה שאינו בנו הדבר פשוט שאינו חייב לטפל בו וגם שאין כאן שבועת היסת שאז היינו מחייבין אותו והרי הוא כשאר כופר הכל ומה הועיל מה שהאמינתו תורה ותמה המלמ"ל פ"ד מנחלות דהרי כל כ"ה פטור מן התורה ונאמן מן התור' ואפ"ה חייבו חז"ל שבועה וה"ה בזה ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דשאני כופר הכל דהוא שכיח שיהי' סכסוך בין איש לרעהו וזה יכפור לו תקנו חז"ל היסת ע"ז אבל בזה דהוא איסור ול"ש שיאמר האב שאינו בנו והרי התור' נתנה לו נאמנות ע"ז עכ"פ מלתא דל"ש הוא שישקר בזה וא"כ ל"ש שבועת היסת ע"ז דמה הועיל מה שהאמינתו תורה. ועכ"פ יהיה איך שיהי' הדבר מבואר במרדכי. וראיתי בתומים סי' ע"ה ס"ק ח"י שכתב שדין זה הוא חדש וכל הפוסקים לא הביאו וכתב דמהר"ם אזיל לשיטתי' גבי רבה בר שרשום דאמר אכבשי' לשטר משכנתא והקש' דהא מכל מקום יצטרך לשבע היסת וכתב דל"ש שיזבין מיני' ולא נתקנה היסת ע"ז ולפ"ז לדידן דכתבו הקדמונים תירוצים אחרים וכמבואר בסי' ק"נ א"כ ליכא ליסודו. ובאמת חלילה לדחות דברי מהר"ם בזה ואף שיש תירוצים אחרים מ"מ תירוצו יש לו יסוד ואני לא ראיתי דברי המהר"ם הנ"ל שכתב התומים אבל תמהני דמ"ש התומים דהרא"ש כתב תירוצים אחרים וליתא לתירוצו זה אינו דהרא"ש הקשה על מה דאמרינן דמצי טעין לקוחה דהא מכל מקום יצטרך לשבע היסת וכתב ע"ז תירוצים והנה בזה ל"ש תירוצו של מהר"ם דהא זה טוען דלקוחה והיה לו שטר ואבד וכבר החזיק שלש שנים וא"כ אין קושיא והמהר"ם הקשה להיפך דמ"ש היתומים יוכלו להשביעו דלמא אביהם חזר ולקח ממנו וע"ז כתב דא"צ שבועה בזה דל"ש כיון דליכא שטר ואם כוונת התומים דבתירוצו של הרא"ש יתורץ גם זה באמת שבזה לא נדחה דברי הקדמונים ותמהני על הרא"ש שלא הזכיר כלל דברי המהר"ם הנ"ל שהיו רבו ומה שהביא התומים מהא דמבואר בסי' פ"ז דאם טוען שנדר לה דבר באתננה דצריך לשבע דדבר זה אינו מצוי ובפרט עם ח"כ כדמיירי שם גם בזה תמוהין דבריו דניהו דהדבר ל"ש שמזנה עם ח"כ אבל מכל מקום בזה שטוען שנתן לה דבר באתננה זה ודאי שכיח ולכל זונה יתנו נדה וא"כ שפיר שייך שבועת היסת וגם אם קרה המעשה בח"כ מכל מקום גוף הענין דחיוב ממון שכיח בפנויה וכיוצא א"כ תקנו היסת משא"כ בדבר שאינו מצוי. ולכאור' רציתי לומר דמהר"ם ס"ל כשיטת ר"ת דצריך דררא דממונא בשבועת היסת אבל המעיין בלשון המרדכי שכתב הך דינא בלהד"ם וכתב דאף דתקן ר"נ היסת

היינו בהלואה ומשמע דאף בלהד"מ תקנו היסת בהלואה גם מ"ש התומים דמהר"ם אזיל לשיטתו אני מצאתי בהגהת אשר"י בב"ב בפרק חזקת הבתים אות י"ב שהביא הך דינא בשם הר"ר אברהם חזליק ומהרי"ח ע"ש וא"כ א"א לדחות הדין ומ"ש התומים דהרמ"א שדרכו בקודש להביא כל דברי המרדכי לא הביא הדין.

ח הנה באמת גם אני יגעתי וחפשתי חפש מחופש בטוש"ע ולא מצאתי מוזכר הדין גם בכנה"ג כמעט שעברתי בסי' פ"ז ולא מצאתי דבר אבל חלילה לדחות בשביל זה דין אשר יסודתו בהררי קדש המעתיק צור ממקומו בעבור שלא שאבו ממנו מים אבל אחר זמן רב האיר ד' עיני ומצאתי בד"מ סי' צ"ה בסופו שהזכיר דברי המרדכי אלו שבפרק שבועת הדיינים והנה לא נעלם ממנו דבר ועיין בשערי משפט סי' ע"ח ס"ק ז' שהביא דברי המהר"ם הנ"ל והאריך להוכיח דבהיסת כל שהדבר אינו מצוי אין משביעין ולא הזכיר מדברי הט"ז סי' ע"ה שלמד כן מדברי המרדכי הנ"ל גם יישב בזה קושית התוס' בהך דרבה בר שרשום וכבר נזכר זה בתומים שזה מקור דברי המרדכי עכ"פ הדין דין אמת.

אחר שנים רבות בשבת תר"ט הייתי ב"ק ברעזאן ונשאלתי בזה הענין שאלה ואמרתי להעתיקה והנה ז"ל שלום וכ"ט לידידי הרבני המופלג החריף מו"ה יודל גוטמאן ני' דברי תורתך אשר מסרת לי ונפשך בשאלתך להשיבך והבטחתיך לתת עין ראיתי והנה תורף השאלה באחד שראה באשתו דברים מכוערים והתקוטט עם אשתו ועשו שלום ביניהם באופן כי לא ידורו עוד בכפר רק בעיר וכן עשו ולא היו ימים מועטים עד שהתחילו לרנן עליה שנית שיש לה מגע ומשא עם שר אחד ועשה הבעל בערמה ואמר לה ביום ה' תנה לי בגדי שבת כי אני רוצה ליסע לכפר והוא נתחבא בעיר ובעש"ק בראותה כי לא בא הבעל בא השר לביתה וישם הבעל לה אורבים אחרי כי ראו שנכנס השר לבית וגם הוא בעצמו עמד עם שני אנשים אצל פתח הבית ואצל החלונות ויראו לדפוק בבית כי השר הי' לו כלי זיין ע"כ המתינו עד כי יצא והנה תיכף בבוא השר להבית כבו הנרות למען לא יתראה החוצה והנה בבקר רצה האדון לצאת ויהי כשמעו קול המולה רצה האדון לצאת דרך החלון ותפשו אותו ברגליו ויעזוב מנעליו בידם וינס הביתה והיא הסגירה אותו באמלתרא בתוך הבית ותפתח את החדר והבעל והאנשים באו לבית ולא מצאו איש ותתקוטט האשה עם בעלה כי תואנה הוא מבקש ושלחה אחר קרוביה להצילה שלא יקח הבעל כל אשר לה וביני לביני קול דודה (הוא השר) דופק מתוך האמלתרא ואמר פתחי לי כי אחרי הסגירו אותו ולא מצא מקום לנשום ולשאוף האויר והנה נתגל' שקרה ובאו לב"ד ודנו אותה לעוברת על דת ופטר אותה בג"פ אמנם כי היתה הרה אז ותבע' מהבעל באשר תלד אז יהי' חל עליו חובת ההנק' והגידול והטיפול כמשפט חובת

האב על הבן והבעל אומר כי הוולד אינו בנו ומהנכרי הלז נתעבר' והביא ראי' לדבריו כי כל אותן הימים אשר דרו בהכפר לא הרתה רק כעת שנחשדה מהשר ושאלוהו הב"ד אם לא בא עליה מאז נחשדה מהשר ואמר כי בא עלי' במשך הימים אבל בכ"ז ברי לו כי מהשר נתעברה כי אשת זנונים היא וביאת הנכרי מרובה ובא במרוב' והאשה משיבה כי לא בעל אותה השר כי אם אז בליל שבת אף שנתייחד עמה הרב' פעמים והולד הוא מהבעל ושאל מעלתו הדין עם מי וע"ז האריך מעלתו והביא הדין המבואר באהע"ז סי' ע"א ס"ד דאם בא על הפנוי' ואמר שאין הולד ממנו נאמן וא"צ שבועה וע"ז כתב מעלתו דיש לומר דש"ה שהיא פנוי' אבל בנשוא' יש לומר דרוב בעילות אחר הבעל ומבעל' נתעברה כדאמרו בסוטה דף כ"ז ואף לענין ממון אזלינן בתר רוב כזה שהוא ברור וידוע ועל זה הביא דברי הריב"ש סי' מ"א שמבואר דאף בנשוא' נאמן הבעל לומר שהולד אינו ממנו. והנה באמת הדברים פשוטים וכן מבואר הדבר בסי' ד' סכ"ט באשתו נשוא' באומר שאינו בנו דנאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי והוא הדין דיכיר דנאמן האב לומר שאינו בנו לפסול אותו מכ"ש שנאמן לומר שאינו בנו לענין שפטור מגידולו וטיפולו דבממון ודאי נאמן והנה באמת התשב"ץ ח"ב סימן י"ט מספק עלינו את הדברים ודעתו דמה שנאמן הוא דוקא אם הבעל טוען שברי לו שמשע' שהוחזק' שלא נתעברה עד הזמן שהוחזק' למעוברת מאותו הולד לא בא עליה דאז הוא דנאמן אבל אם בא עליה באותו זמן שנתעבר' לא כל המינו להחזיק הולד בממזר שאף שבאו עליה אחרים אינו ברור שהוא ממזר וממזר ודאי אסר' תורה ולא ספק ואדרבא שדינן לי' אבתרי' דרוב בעילות אחר הבעל ע"ש והנה מעלתו הקשה על דבריו מהא דאמרו בקידושין דף ע"ח דאמרינן לא מבעיא הוא דלא קים לי' ופירש"י ל"מ האב דלא קים לי' אם ממנו נתעבר' או מאחר וא"כ מבואר דלר"י נאמן האב אף בזה. והנה לכאור' יפה טען אבל לק"מ דאטו מי לא יכול להיות דאשתהה אשתהי והרי רבה תוספא' אכשר עד יב"ח וכן קי"ל בסי' ד' וא"כ עכ"פ הוה רבותא גדולה ועיין בפ"י ובמקנה מ"ש בזה ועכ"פ ל"ק על התשב"ץ. ובזה אמרתי ליישב הא דאמרו מאי אפילו שניהם והוא תימה דהא ודאי דרבותא גדולה היא דאף אם שניהם אומרים שהוא ממזר ואפ"ה אינם נאמנים ועיין ריטב"א ופ"י שנדחקו ולפמ"ש אתי שפיר דהנה כבר נודע מ"ש התוס' במנחות דף מ"ם ע"ב דבכל מקום שאומר ואפילו קמ"ל תרתי מילי והביא מהך דיומא דף מ"ו ואפילו בשבת ולפ"ז גם כאן קמ"ל שתי רבותות דה"א דהיא נאמנת טפי דקים לה וגם הו"א דכל דקים ליה בבירור גם רבנן מודו דנאמן וע"ז קמ"ל דאף בקים ליה בבירור אינו נאמן וכמו דהאש' אינה נאמנת אף דקים לה ועכ"פ ל"ק על התשב"ץ.

ט אמנם אחר העיון דברי התשב"ץ יש להם פירכא דעיקר סברת התשב"ץ דכל דאינו ברי לו בבירור אינו נאמן לפוסלו ולעשותו ממזר והרי עכ"פ אמרו דל"מ איהו דלא קים ליה ומינה לר"י דנאמן וא"כ אף אם נימא דמיירי באופן שהיא טוען ברי שלא בא עלי' מכל מקום כל דאמרינן אשתהי אשתהי או דשמא מגוי ועבד נתעבר' דהולד כשר ועיין בפ"י אפ"ה לר"י נאמן א"כ חזינן שהוא נאמן לר"י לפסול אף באין ברי לו אם הולד ממזר ומה נ"מ באיזה אופן שאמר שהוא ממזר סוף סוף האמינו התור' ובאמת שכן מבואר בש"ע סי' ד' סכ"ט מנאמן לומר שאינו בנו והוא ממזר ודאי ועיין ב"ש ס"ק נ"ב שהביא דברי הרמב"ם והטור ולפענ"ד נראה דדברי הטור נכונים ומה שהקש' הב"ש כיון דס"ל דהולד ממזר למה היא נאמנת להכשיר לפענ"ד לק"מ דבאמת הא דלא תלינן בכותי ועבד הוא דתלינן ברוב דרוב אינם כותי ועבד ואף דרובא דעלמא כותיים ועבדים מיירי במקום דרוב העיר ישראלים או שיש לישראלים שכונה בפ"ע ואין העכו"ם מפסיק. ועיין ב"ש סי' וא"ו סל"א וא"כ זהו כשאינה טוענת ברי שמעכו"ם הוא אבל אם היא טוענת ברי הוה כמבררת המיעוט מתוך הרוב שנאמן העד לברר המיעוט מתוך הרוב כמ"ש הר"ן בפרק האומר בקידושין וה"ה כאן ולכך נאמנת אבל אם לא אמרה הולד ממזר ודאי דעפ"י הרוב נתעברה מישראל ולא מנכרי (מיהו זה דחוק דא"כ ע"כ מייתי הטור ברוב פסולים אצלה דאל"כ לא הוה ממזר ודאי ומיהו בא"א ודאי רוב פסולים אצלה אך יש לומר כיון דאיכא רוב כנגדו דרובא דעלמא עכו"ם ואף דיש לישראל שכונה מפסקת) ובזה יש לי לפרש הא דאמרו בקידושין שם ר"י אומר נאמנת והגירסא תמוה דמה לשון נאמנים הא היא נאמנת לפסול ועיין תוס' יו"ט ולפמ"ש יש לומר דמיירי בכה"ג שהוא טוען שאינו ממנו וא"כ היתה האם נאמנת להכשירו ומכ"ש לשיטת הרמב"ם אף שלא אמרה כלל הי' ספק ולכך כל שאמרה שהוא ממזר נאמנת לפוסלו דהוה ספק ממזר בל"ז. ובזה עמדתי על מה שגרס רש"י נאמן משום דרש"י פירש שאומרים שניהם שאינו מאיש זה אלא מאיש אחר וא"כ כיון דמיירי דהבעל יודע מאיזה איש נתעברה א"כ הוא נאמן לבדו וא"צ לסיוע האם ודו"ק. עכ"פ מבואר דלא כסברת התשב"ץ ובאמת שגוף סברת התשב"ץ לכאור' תמוה דמנ"ל לחדש כזאת. אך לפענ"ד היה נראה בסברת התשב"ץ דכוונתו דע"כ לא שייך נאמנות רק היכא שזה שאומר כן אומר שיודע בבירור וכענין שאמר נאמנת חיה דאמרו בקידושין דף ע"ד וכמו כן נאמנת האם שהיא יכולה לטעון בבירור אבל נאמנות האב לא שייך לומר דנאמין לו כל שגם הוא א"י בבירור היאך שייך להאמין לו אם גם לפי דבריו יש להסתפק ולפ"ז זהו סברת התשב"ץ דבשלמא כשטוען שלא בא עליה שייך לומר שנאמין לו אבל כל שבא עליה ויש לתלות בו מכל מקום לא שייך להאמינו

דמה שייך נאמנות בדבר שא"י בבירור ובזה אין מקום למה שהאריך מעלתו לתמוה על התשב"ץ שהתורה האמינה להאב לומר שאינו ממנו אף דרוב בעילות תלינן בבעל מכל מקום כל שאומר שרוב בעילות היו מאחר האמינו התורה אבל זה אינו דלא שייך לומר בזה דהאמינו התורה דאיך שייך נאמנות בזה שהוא עצמו א"י בירור הדברים וכל שבא עליה ויכול להיות שנתעברה ממנו שוב לא האמינו תורה וז"ב כשמש בסברת התשב"ץ ומ"ש מעלתו על מ"ש התשב"ץ שם דלשמואל לא אמרינן כי היכא דדיימא מיניה דיימא מעלמא וע"ז כתב מעלתו דמ"מ הבעל טוען בבירור שאין זה ממנו טעה טעות גדול והוא סבר שבזה בא להשיג על הריב"ש ולא כן הוא וזה סובב הולך לדחות דברי השואל שזה הבועל טען שמאחר הוא אבל לא באם האב טוען שאין זה ממנו ואדרבא מיירי בשזה מודה שבא עליה רק שטוען שמא היא מאחר נתעבר' ול"ק קושייתו דוק ותשכח יהיה איך שיהי' לכאורה סברת התשב"ץ מבוארת. אמנם אחר העיון נראה לפענ"ד דדברי הריב"ש נכונים דבאמת אם נאמנות האב הוא מתורת בירור שיודע שהדברים כן אז שפיר שייך לחלק בין אם טוען בירור או לא אבל באמת גזירת הכתוב דיכיר יכירנו לאחרים וא"כ מתורת גזירת הכתוב הוא ומה נ"מ כל שהוא טוען שאינו ממנו התורה האמינתו ותדע דהרי אם מתורת נאמנות אתינן עלה והיינו שהאב מסתמא יודע בירור הדברים א"כ שוב מהראוי להאמין להאם ביותר שהיא יודעת יותר ממנו ואפ"ה גזירת הכתוב דהאב נאמן והאם אינה נאמנות א"כ ע"כ גזירת הכתוב הוא וא"כ מה נ"מ בין קים ליה בבירור או לא קים ליה בבירור.

י ובזה מבואר היטב שלא יקשה דלרבנן הוה רבותא טפי באם יותר מאב ואמרינן דאם מהראוי יותר להאמינה ואילו לר"י דיליף מיכיר האב נאמן והאם אינה נאמנת והיאך שייך דיפלגו מקצה אל קצה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לרבנן דלא נפיק מקרא רק מצד הסברא אז שפיר אמרינן דל"מ אב דלא קים לי' והיינו איך שייך להאמינו כל דלא קים לי' משא"כ האם דקים לה אבל לר"י דחידש מקרא דיכיר שוב הוא גזירת הכתוב והאב הוא דנאמן ולא האם. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הב"ש סי' וא"ו ס"ק כ"ז שכתב דאם אמרה האשה שזינת' והוא מאמין לדברי' יכול לעשות להבן חלל על פיה במה שמאמין לדברי' ואני תמהתי בזה בתשובת אחת דמנ"ל להב"ש זאת דאפשר דיכיר לא שייך רק במה שיודע מעצמו ולא במה שמאמין לזולתו ולדברי הב"ש גם אם יאמר דמאמין לע"א יהיו בניו ממזרים וזה לא מצינו והבאתי דבשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' צ"א שכתב בהדיא דאם אמרה לו שזנת' והיא הרה לזנונים והוא האמינ' ואסר' עליו וגרשה דאינו נאמן לשויא להבן ממזר דשמא עיניה נתנ' באחר ע"ש ומבואר דלא כהב"ש ולפמ"ש אתי

שפיר דבאמת דברי הב"ש נכונים דכל דהוא גזירת הכתוב אף שלא קים ליה בבירור א"כ גם כשמאמין להאש' הוא נאמן מגזירת הכתוב דגם זה בכלל יכיר ובאמת התשב"ץ לשיטתו דס"ל בעינן שיטעון בבירור וכמ"ש. ובזה עמדתי להבין דברי חכמים וחידותם דאמר דר"י ס"ל יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה ב"ג.

יא ולכאור' תמוה דלמה תלה הנאמנות בב"ג וב"ח בנאמנות לענין בכור והארכתי בזה בתשוב' הנ"ל ע"ד הפלפול ולפמ"ש אתי שפיר דר"י רוצה לשלול דלא נימא דהוא מתורת בירור הדברים וכל שהוא א"י בבירור אינו נאמן ולזה אמר דמתורת יכיר הוא ולזה אמר כשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור והיינו כמ"ש התוס' בקידושין דף ע"ד דע"י שאומר על הקטן שהוא בכור ע"כ הגדול לממזר כך נאמן לומר זה ב"ג ואם היה מתורת בירור א"כ אדרבא בב"ג וב"ח ברור לו טפי מזה בני בכור דאינו ברור כ"כ דשמא מ"מ ממנו נתעבר' ולדברי התשב"ץ באמת קשה דהיאך שייך לתלות זה בזה ואדרבא ב"ג וב"ח מהראוי להאמין טפי ולפמ"ש באמת זה עיקר חידושו שלא תימא דמתורת בירור רק מתורת גזירת הכתוב דיכיר וא"כ עיקר יכיר כתיב לגבי בכורה וב"ג וב"ח למדין מבכור ודו"ק היטב. אמנם באמת כ"ז הוא לפלפול אבל בגוף הדין לענין שבוע' צדקו דברי הריב"ש שכתב בסי' מ"ג דל"ש שבועה אפילו שבועת היסת דאם היינו מחייבין אותו שבועת היסת מה הועיל במה שהאמינתו תורה. הן אמת דלכאור' צריך ביאור דגם כופר הכל התורה האמינתו ואפ"ה חז"ל חייבו שבועת היסת וכבר התעורר בזה המלמ"ל פ"ד מנחלות והבית מאיר בסי' צ' האריך ג"כ בזה ע"ש שזה כל יסודו ולפענ"ד דברי הריב"ש נכונים דבשלמא כופר הכל דהנאמנות היא מצד החזק' דאין אדם מעיז כמ"ש רש"י ואף להתוס' ב"מ דף ג' שכתבו דגזירת הכתוב הוא כי הוא זה היינו שלולא זאת לא היינו סומכין ע"ז דשמא הוא מאנשים שיכולין להעיז וגלת' התורה דסמכינן בזה על חזקה אבל כיון שעיקר הוא בשביל החזק' חששו חז"ל דשמא הוא מכת המעיזים ומצאו חזקה אחרת דאין אדם תובע וחזקה דאין אדם מעיז שמא אשתמוטי קא משתמט ע"כ חייבו אותו היסת אבל כאן דהתורה האמינ' לאב לא מצד נאמנות ובירור הדברים רק שגזה"כ הוא שהאב נאמן על בנו איך יטילו חז"ל חיוב כל שהאמינה תורה לאב ואמרה דנאמן האב וכל שנאמן בטענתו מה נשביע אותו הא אף אם הוא משקר התורה האמינו. ויש להמתיק הדברים דשם האמינו התורה דע"כ אומר אמת משום החזק' דאין אדם מעיז וחשו חז"ל שמא אין ראי' מזה דלמא משקר ואשתמוטי משתמט ולא שייך לסמוך על החזק' אבל כאן אף אם הוא משקר יש בכחו לפסול בנו כל שמכיר לבן אחר וז"ב כשמש.

עוד יש לומר בכוונת הריב"ש דשאני כ"ה דמה שהאמינ' תורה אינו בודאי רק שאף שאינו רק ספק שמא משקר מ"מ אינו יכול להשביעו מספק והתורה האמינהו ולא יוכל להשביעו שאנן מסופקים אם זה משקר וא"י הב"ד להשביעו מספק אבל בנאמנות האב אטו אנן מספקינן אם הוא משקר כל שהתורה האמינתו הוא בודאי כן הוא ואף אם הוא משקר מ"מ התורה נתנה לו נאמנות שיוכל לפסול והוא ממזר ודאי ואיך שייך שחכמים יספיקו על ד"ת וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד להבין דברי הירושלמי פ"ב דקידושין הא דאמר נראין דברים כשקדש' בשטר אבל כשקידש' בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר"י מכיון שהאמינתו התור' אפילו קידש בכסף אינו כנוגע בעדותו והוא תימה גדול' דע"כ מירי לאחר שתיקנו רבנן שבועת היסת כמ"ש התוס' בקידושין דף מ"ג וא"כ מה אמר ר"י מכיון שהאמינתו תורה והא סוף סוף מדרבנן הם נוגעים וכבר התפלאו בזה המפרשים ולפמ"ש אתי שפיר דנחלקו בזה דעדים כל שמה"ת לא צריכי שבוע' אינם נאמנים מתורת ספק כמו בע"ד דא"י להשביעו או להוציא ממון מספק רק שכן הוא בודאי שהתור' האמינתם בודאי ובאמת מה דאמרו בש"ס דילן דמיגו דיכלו לומר אהדרינהו למלו' אינו מתורת מיגו רק שכל שיסולק הנגיע' העדים נאמנים מצד עצמם (ועיין בנוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' י"ט) וא"כ זה שאמר ר"י כל שהאמינתם התורה הרי הם נאמנים ולא שייך נוגע בעדות דהעדים א"צ לשבע דהא כל שהתורה האמינתם אינו מתורת ספק שמא הוא כדבריהם רק שודאי הוא שכדבריהם כן הוא וא"כ שוב א"י להשביע כלל וא"כ דברי הריב"ש מבוארים בירושלמי ודו"ק היטב. ובלא"ה נראה לפענ"ד דלא שייך כלל שבועת היסת דהרי כל עיקר השבועה נתקנ' משום דחזק' דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו ולפ"ז כאן באמת מה שתובעת אותו אין ראי' דהא הוא באמת בא עליה רק שיש לחוש שמא גם אחר בא עלי' אבל לא שייך לסמוך על החזק' דהא היא תובעת כדין דהא הי' לה דו"ד עמו ומכ"ש כאן שהיא בעלה ותלינן רוב בעילות אחר הבעל עכ"פ היא יכולה לתבע כדין ודו"ק היטב וכעין זה כתב הנימוק"י ריש ב"מ דלא שייך חזקה אין אדם מעיז כל שזה תובע אותו יותר ממה שחייב לו וה"ה בזה כל שיש לה מקום לתבעו לא שייך החזק' כנלפע"ד ברור. אמנם יש לדחות כיון דיש לתלות ברוב בעילות אחר הבעל שוב שייך שבועת היסת ודוקא בכופר הכל לא שייך שבועת היסת כל שלא היה החזק' דאין אדם תובע אבל כאן צריך לשבע דהא הרוב הוא כנגדו. אמנם נראה דאם נימא דהרוב הוא כנגדו שוב לא שייך לומר שנאמן בשבועתו נגד הרוב (ועיין בר"ן פרק האומר דע"א נאמן לברר המיעוט מתוך הרוב) וא"ל דע"י השבוע' מברר שהוא מן המיעוט דזה אינו דאטו בריר לו הדבר שאינו ממנו רק שהתור' נתנה לו נאמנות וא"כ ממנ"פ או דנאמן או דאינו

נאמן ושבוע' זו מה טיבה. והן נסתר מחמתו מ"ש מעלתו דיכול לטעון קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט וכמ"ש התוס' ר"פ המניח דאף לרב יכול לטעון קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט ולפמ"ש שם יכול לומר קים לי בבירור שאני לקחתי לרדיא וכדומ' אבל כאן אינו יכול לטעון בבירור שהוא כן והיאך שייך קים לי בנפשאי וצ"ע בתוס' בכורות דף כ' דרך כלל לפענ"ד הדבר ברור דאינו יכול להוציא ממנו מספק כל שטוען שאין הולד ממנו ובפרט שכאן יש רגלים לדבר הרבה דמתחל' לא הרתה והיא פרוצה ביותר ויש לי אריכות דברים בזה וכעת לא נפניתי. עוד יש לי לומר בכוונת הריב"ש דבאמת כאן לא שייך לחייב שבועה דכיון דהבעל לא קים ליה א"כ יהי' מחויב שבוע' ואי"ל לשבע ויתחייב לשלם וא"כ מה הועיל' התורה במה שהאמינתו ול"ד לכ"ה דשם לא חייבו חז"ל רק לשבע ולא לממון אבל כאן ע"כ יתחייב וא"ל דבשבועת היסת לא שייך מחוייב שבוע' וא"י לשבע משלם דזה דוקא היכא שמשכחת לה שישבע שפיר יש לומר דלא רצו חז"ל להפקיע ממון במקום שא"י לשבע אבל במקום שלא משכחת להשבוע' כ"א שישלם שוב לא שייך שבוע' כלל דהא יהיה מחויב שבוע' ואי"ל משלם ומה הועיל' התורה בנאמנותו והרי האב לא קים ליה תמיד דיוכל להיות דאשתהי אשתהי וכמ"ש למעל' ולכך לא חייבו חז"ל שבוע'. ובחידושי אמרתי בזה עפ"י מ"ש בתשוב' בטעם הדברים דבדרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם וכבר האריכו בזה בשו"ת מהרש"ך ומהר"ש הלוי ובקצה"ח סי' צ"ב דלמה לא נימא מתוך ולפענ"ד נראה בזה דהנה כבר אמרו בשבועות דף מ"א דאיכא בין שבוע' דאורייתא לדרבנן דבדרבנן לא נחתינן לנכסי' והטעם נראה לפענ"ד ע"פ מ"ש הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז דרבנן לא גזרו איסור כדי להוציא ממון ולענין ממון אוקמא אד"ת ע"ש ולכך בדרבנן לא נחתינן לנכסי כל שלא נשבע ולפ"ז מכ"ש במקום שאינו יכול לשבע דאין אומרים לחייבו ממון עי"ז וז"ב והוא טעם חדש ולפ"ז שפיר כתב הרשב"א דל"ש שבוע' בזה דא"י לשבע בבירור ומחוייב שבוע' וא"י לשבע משלם לא שייך בהיסת. ובזה מיושב היטב מה שהקש' בשו"ת מהר"ש הלוי שם דאמאי לא אמרו בשבועות דף מ"א הך א"ב בין שבועת התור' לדרבנן לענין מחוייב שבוע' וא"י לשבע משלם ולפמ"ש אתי שפיר דהא עיקר החילוק הוא משום דבדרבנן לא נחתינן לנכסי' וכמ"ש דלענין ממון אוקמא חז"ל על ד"ת וא"כ היא גופא הנ"מ שאמרו בשבועות שם ודו"ק היטב. אמנם נראה דכאן לא שייך מחוייב שבוע' ואינו יכול לשבע משלם כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב דכל היכא שזה יודע שחברו אינו יודע לא שייך להשביעו וגם כאן זה יודע שזה א"י ולא שייך שבוע' ועיין מלמ"ל פ"ד מנחלות אך י"ל דכאן לא שייך זאת דא"כ מה טיבה של שבוע' כלל ודו"ק היטב והנה במה שתמהתי

לעיל על התומים סימן ע"ה דהד"מ מביא דברי המהר"ם אלו בסי' צ"ה אחר זמן רב מצאתי בשנת תרי"א בתחלת החורף למדתי דברי הב"י בחו"מ סי' ק"מ ובסוף הסימן הזכיר הב"י דברי המהר"ם אלו והש"ך ס"ק ה' מביאו ג"כ הרי שלא נעלם מעיניהם דבר ודברי הב"י צ"ע במה שהקש' על המהר"ם ולא ראה סוף דברי המהר"ם שם ע"ש וקצת צ"ע במ"ש המרדכי דאם איתא דחזר ומכר הי' מחזיר לו את השטר והרי אף שהחזיר לו את השטר לא חזר המכר וכמבואר בב"ב דף קס"ח ובטוש"ע חו"מ סי' רמ"ה ס"ט ואין חילוק בין מכר למתנה וכמבואר בב"ב שם וצ"ע:

יב אחר זמן רב בשנת תרי"ג ט' טבת למדתי באהע"ז סי' ד' ובהגיעי למה דנחלקו הפוסקים בפרוצ' ביותר אם שייך רוב בעילות הלך אחר הבעל לענין ישראל שיהי' הולד ממזר לפענ"ד ראי' ברור' לרש"י דגם באשת ישראל כל שפרוצ' ביותר לא שייך רוב בעילות אחר הבעל מהא דאמר בפסחים קח לך אשת זנונים והוליד לך בנים זנונים ופירש"י שתלד לך בנים זנונים ספק לך ספק של אחרים וכן אמרו שם אח"כ ומה אתה שאשתך זונה ובניך זנונים ואין אתה יודע אם שלך הן או של אחרים והדבר תמוה דהא רוב בעילות הלך אחר הבעל ובמהרש"ל שם הרגיש בזה וכתב בשביל דזקן הוה לא תלינן בבעל והוא תמוה דלא מצינו חילוק בין זקן לשאינו זקן וע"ש במהרש"א בח"א שהרגיש ג"כ דרוב בעילות אחר בעל וע"י באהע"ז סי' ג' סט"ו בהג"ה בח"מ וב"ש ס"ק ט"ז דעכ"פ לאחר שנשא' אף שזינתה תלינן בבעל והרי הי' שם בנים ובת לאחר שנשא' וא"כ הבנים שנולדו אחר שנשא' למה נחוש לילדי זנונים וע"כ דכל שהיא פרוצ' ביותר חוששין לבניה אף באשת ישראל ושם הית' פרוצ' ביותר כדדרשי שם מגומר בת דבלתים שהכל דשין בה ע"ש ודו"ק היטב כי לפענ"ד היא ראי' ברור'. ועוד נראה לפענ"ד ראי' ברור' מהא דאמרו ביבמות דף צ"ח לא תימא משום דשטופי בזימ' ולא ידוע וקשה למה לא ניזול בתר רוב ורוב בעילות אחר בעל ובתשוב' אחת לענין פסול קורבת אם ובענין גרים בעריות ועדיות הארכתי דמזה ראיה דבעכו"ם לא אזלינן בתר רוב כמ"ש הפרמ"ג ובנוב"י מהד"ת אבל כעת נראה דכיון דגוים שטופי זימה לא תלינן רוב בעילות אחר הבעל וה"ה בפרוצה ישראלית ודו"ק:

יג והנה במ"ש למעל' על דברת הריב"ש דכל שהאמינה תורה לא שייך שבועת היסת והמלמ"ל הקשה בפ"ד מנחלות ה"ב מכל כ"ה דחייב שבועת היסת וכתבתי לעיל ליישב הנה בשנת תרי"ט אור ליום ד' תרומה אמרתי בזה להמתיק הדברים דהנה כ"ה נאמן מטעם חזקה אין אדם מעיז והרי חזקה לא הוה כרובא ואף דהחזק' הלז הוא מצד הסברא עכ"פ לא הוה רק כמו רוב ואף אם נימא דעדיף מרוב מ"מ הרי רוב לא הוה

רק ספק והתור' התירה כמ"ש בשיטה מקובצת ב"מ דף זיין וא"כ גם חזקה אינו דבר ברור רק דאותו ספק התירה התורה בזה שפיר יש לומר דחכמים חשו דמכל מקום ספק הוא והטילו עליו שבועה אבל הך דריב"ש התורה האמינ' לאב כשנים לומר שהוא בנו ובשני עדים לא שייך ספק והוה דבר מוחלט שהוא כן וא"כ מה ספק יש דיטילו עליו חז"ל שבועה והא האמינוה תור' כשנים וז"ב כשמש. ובזה עמדתי על לשון הירושלמי שהבאתי למעל' לענין קידושין דמכיון שהאמינתו תור' אפילו בכסף אינו כנוגע בעדותו והוא תמוה דע"כ ר' אבין שם מיירי לאחר תקנ' וא"כ הוה כנוגע וא"כ לא שייך שהאמינתו תורה ולפמ"ש זה סברת ר"י דמכיון שהאמינתו תורה דהא מה"ת כל שיש להם מגו אינם נוגעים וכל שסר הנגיע' שוב שני עדים נאמנים בלי פקפוק ואין מקום ספק שוב אינו נוגע כלל ולא שייך שבועת היסת כלל וכמ"ש הריב"ש. ולפענ"ד מהך דירושלמי ראיה ברורה להריב"ש ודו"ק. והנה במה שהארכתי למעל' דבדבר דל"ש לא שייך שבועת היסת וכמ"ש המרדכי בזה נראה לפענ"ד ליישב מה דפריך הש"ס בקידושין דף כ"ח האי שמותי משמתינן ליה ומעודי תמהתי ע"ז דמה זו קושיא והא מכל מקום תובעו ממון ומידי דהוה אם טוען שנדר לה דבר באתננה ומצאתי במקנה שעמד בזה. ולפענ"ד נראה לפמ"ש למעלה דבדבר דל"ש לא שייך שבועה א"כ כאן דאמרו שהקורא לחבירו עבד יהא בנדוי ולא קתני אם מברר כלל או לא וע"כ דזה ברור שהוא שקר גמור דהרי הוא מוחזק בישראל גמור והוא מזלזל בו לקרא עבד ועכ"פ מלתא דל"ש הוא ולא שייך ע"ז שבועה וצ"ל דמה דמבואר בטוענת שנדר לה דבר באתננה אף דזנות ל"ש ואפ"ה נשבע וצ"ל דהוא טוען שלא נדר דבר אבל על גוף האיסור אינן מחולקים וגם לפמ"ש התוס' דדוקא בעדים והתראה לא שייך זנות ל"ק ועכ"פ שפיר פריך הש"ס דלא שייך שבועה בזה דהוא מלתא דלא שכיחא. ובזה מיושב היטב מה שמביא בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קל"ו שמקשים העולם על מה דכתב בשו"ת מהרי"ו הובא בש"ע חו"מ סי' תכ"א ס"א בהג"ה דכל שתבע לחבירו שמסרו או שגנב לו אף שלא יוכל לברר עליו מכל מקום פטור דהרי לא כוון לביישו וע"ז הקשה דהרי ש"ס מפורש הוא האי שמותי משמתינן לי' אף שהוא דרך תביעה והביא שהב"ח בתשוב' סי' ט' הקשה כן ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא דהוא לא בא לביישו רק שרוצה לתבוע ממון אבל כאן שאמרו שיהא בנדוי והיינו משום שלא שייך שבועה כלל והכל יודעים שהוא ישראל גמור וא"כ כל כוונתו הי' רק לביישו ולקנטרו ובכה"ג לא שייך שבועה וכמ"ש וז"ב. ומן האמור אני מורה ובא על מה דקיי"ל דהמבז' ת"ח קונסין אותו ליטרא דדהבא והמהרי"ט והתומים כתבו דגם בזמן הזה יש לענשו ע"ז בממון וע"ז אמרתי דזה דוקא אם מבזהו סתם אבל

אם דרך תביעה שתובע לו ממון וזה כופר לו ומתוך כעסו הוא מבזהו וקורא אותו גנב וכדומה כיון שאינו מתכוין לביישו רק שע"י התביעה בא בכה"ג א"א לחייבו ואף דיש לחלק דשם מה שקורהו גנב הוא בשביל שטוען שגנב או שמסר וכאן נתגלגל הבזיון בפ"ע ע"י התביע' מכל מקום כל שהוא דרך תביעה אינו חייב כנ"ל:

יד שוב ראיתי בט"ז סי' פ"ז סכ"ה ובהגהת זקני הח"ן ז"ל שם והנה לפמ"ש הט"ז דעבד אינו בר שבועה ג"כ ל"ק קושית השבו"י וגם לפמ"ש הח"ן ז"ל דכל שפוסלו מלבא בקהל אין ב"ד נזקקין לו ג"כ ל"ק קושייתו ומ"ש הפלאה שם דלא שייך מלוה ישינה תמהני דזה הרגיש הט"ז ודחאו. ובגוף קושית הט"ז למה משביעין כשטוען גזלת והרי לפי טענת התובע פסול והרי אמרו דמשביעין ליה והיינו דלפי טענתו שהוא עבד לאו בר שבועה הוא לא משבעינן ליה וה"ה כאן נראה לפענ"ד דבר נכון דהנה בהא דאמרו בגיטין נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי והקשו בתוס' מה חזית דאזלת בתר הודאה דמקבל ניזול בתר הודאה דנותן וכתב הרשב"א בחידושיו דכל דתרתי הודאות דסתרי אהדדי אוקמינן בחזקת הנותן חזקה דמעיקרא ע"ש ולפ"ז לענין שבועה דלא שייך חזקה דמעיקרא וא"כ ניהו דזה הודה דהוא פסול לשבועה מכל מקום זה טוען שלא גזלו ואיכא הודא' להיפך וחייב שבועה אבל בעבד שפיר פריך הש"ס דלא שייך שבועה דהרי כל שמשמתינן ליה לא שייך שבועה דהא לפי טענתו ל"ש שבועה וא"ל דאיכא הודא' להיפך דזה אינו דכל דחזינן שמשמתינן לי' א"כ ע"כ שטוען טענה גרוע' וא"כ שוב ממנ"פ נאמן זה וא"צ שבוע' דאם נימא שהוא משקר שוב הוה עבד ופסול לשבועה ואם הוא אמת שוב א"צ שבועה משא"כ בשטוענו שהוא גזלן ואנן לא נדע מי שטוען אמת שוב יש תרתי הודאות ומספק משביעין לברר האמת אבל כאן שכל שהדבר נוטה שהוא שקר ולפי הודאת התובע ודאי פסול שוב לא שייך שבועה. ובזה מיושב היטב קושית ההפלא' שם דנוקי שגם זה מודה שהוא עבד רק שטוען שהוא עבד איש אחר וא"כ עכ"פ עבד הוא ולא שייך נדוי וצריך לשבע ולפמ"ש אתי שפיר דבזה ודאי לא שייך שבועה דהא הוא עבד לדברי שניהם ודו"ק:

סימן לא

א ענין בתולה לכהן גדול מי נקראת בשם בתולה וגדרה. נתתי עין ולב על מה שכתב הרמב"ם פי"ג מהלכות א"ב הלכ' י"ג מ"ע על כה"ג שישא נערה בתולה וכו' והמלמ"ל האריך הרחיב בזה אם כה"ג מוזהר על הבעולה אף שלא היה שם השרת הבתולים וע"ש שהעל' להלכ' דכל שנבעל' בהעראה שהוא נשיקה בלבד לא מפסלה לכ"ג דלא חשיב בעולה בזה אבל במקום שראוי להשרת בתולים אף שלא נשרו עדיין הוה בעולה ע"ש

ואני תמה שלא זכר שם דברי הש"ס בנדה דף ח' ע"ב והא"ר כהנא תנא שלש בתולות הן בתולת אדם בתולת קרקע וכו' בתולת אדם כל זמן שלא נבעלה נ"מ לכהן גדול אי נמי לכתובתה מאתים. והנה מלשון כל זמן שלא נבעלה משמע שלא נבעלה לגמרי אף בנשיקה ותדע שהרי אומר דנ"מ לכתובתה מאתים ובזה ודאי כל שנבעלה אף בנשיק' לבד אין מגיע לה אלא מנה וגדולה מזו מצינו בכתובות דף י"א ודף י"ב בכנסה ראשון לשם נשואין ויש לה עדים שלא נסתרה א"נ נסתרה ולא שהתה כדי ביאה אין השני יכול לטעון טענת בתולים שהרי כנסה ראשון ורבה ור"א נחלקו אם כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה בעלמא יש לה מנה או לא ושאני הכא שהרי כנסה והתוס' נדחקו בזה לרבה למה אמר שהרי כנס' ראשון ע"ש ולפענ"ד נחלקו בזה דמיירי שלא שהתה כדי ביא' אבל מ"מ יש מקום להערא' של נשיקה וא"כ לרבה הו"ל בכה"ג כנס' בחזקת בתולה ונמצאת בעולה שבחזקת בתולה היא לענין בתולת אדם דלא היה שיעור כדי להשיר בתולים ואפ"ה כל שכנסה ראשון אין מגיע לה רק מנה ולרב אשי דאמר דבעלמא לעולם לית לה כלל והיינו כל שכנסה בחזקת בתולה לגמרי דהיינו שלא נבעלה כלל אבל כל שכנס' ראשון עכ"פ יש מקום לומר שנבעלה בנשיקה לא מקריא בחזקת בתולה שעכ"פ שם הראשון אבדה ועיין בתוס' ובקדמונים שכלם נדחקו לפרש לשון שהרי כנס' ראשון בין לרבה ובין לרב אשי. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שכנסה ראשון יש לומר דעכ"פ נבעלה בנשיקה אף דעדים מעידים שלא נסתרה דיש לומר דמלתא דלא אדעתייהו הוא לדעת זאת ולא רמיא עליהו וכמ"ש הקדמונים ומכ"ש בנסתרה ולא שהתה כדי ביאה וא"כ עכ"פ לענין כתובה מאתים פשוט לפענ"ד דבעינן שלא נבעלה כלל דכל שנבעלה ואף רק בכנסה לבד בטל חינה ואין לה רק מנה כמ"ש הקדמונים שם בשיט' מקובצת שם וא"כ גם בעולה לכה"ג כל שנבעלה לא מקרי בתולה ואסורה לו. וראיה ברורה לזה דהרי אמרו שם דרבינא אמר כי קתני מידי דקפיד עליו זבינא ופירש"י כגון בתולה נוחה לנשא מבעולה ונותן עיניו הלוקח בכך וקפיד עלי' ע"ש וא"כ כיון דכל שכנסה ראשון אף שיש לה עדים שלא נסתרה אפ"ה אין מגיע לה רק מנה אלמא הקפיד עלה אף בזה שבטל חינה וא"כ ממילא הפירוש כאן שלא נבעל' לגמרי וא"כ ה"ה לכה"ג דהפירוש כל שלא נבעלה לגמרי וזו ראי' ברור' לפענ"ד. ומן האמור אני מתפלא על הרשב"א בתשוב' ח"א סימן אלף רל"א שכתב שם בשם הרב מו"ה דן אשכנזי שרצה לפרש הא דאמרו בכתובות דף למ"ד א"ב בעולה לכה"ג שהקש' שם רש"י וכל הקדמונים דבבעולה כדרכ' שוב אין מגיע לה קנס וע"ז רצה לפרש דמיירי שנבעל' בפחות מג' שנים ויום אחד דבתולי' חוזרין ואחר שגדל' וחזר' בתולי' בא עלי' כה"ג דיש קנס ואיכא עשה כדס"ל לר"י בקידושין פרק

עשר' יוחסין דבעינן בתול' משע' שנזרע' מן הבטן והביא הא דהבא על יבמתו דאמרו בהאי כהנא דנסיב גיורת פחות' מבת שלש וא"ל ר"נ זיל אפק' ושם פסול' משום זונ' וכן הביא בהך דיוצא דופן בהאי דאתיא לקמי' דר"ע ופסל' לכהונ' והיינו ע"כ לכהן הדיוט דכהן גדול לא הי' בימי ר"ע ע"ש והרשב"א השיב ע"ז דכל שנבעל' פחות' מבת שלש לא נפסל' לכהונ' והרשב"א לא דחה רק דלאו מטעם זונ' פסלו בפרק הבע"י ורק משום דבעינן בתול' מזרע ישראל ע"ש ועיין ברמב"ם פי"ח מא"ב שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בזה והה"מ כתב שהרשב"א קאי בשיטת הראב"ד ועכ"פ לכלהו משמע דעכ"פ לא משום בעול' לכה"ג פסלו רק משום דלאו בתול' מזרע ישראל היא ולהרב מוה' דן מתורת בעול' היא. ונפלאת היא בעיני מדוע לא דחה הרשב"א בשתי ידים דהרי כאן מבואר בהדיא בכה"ג כיון דחוזר ומדמעת בתול' היא דמקריא שהרי ר"ח ברי' דר"א אמר כי קתני מידי דלא הדר לברייתו אבל מידי דהדר לברייתו לא קתני ולדברי הרב מו"ה דן קשה דהא בכלל בעול' לכה"ג היא אף בזה שנבעל' פחות' מבת שלש שנים דחוזר ומדמעת והדרא לברייתו לאחר שלש טפי מזקנ' שמקרי הדר לברייתו לענין בתולת דמים וע"כ דבכה"ג לא מקריא בעול' ומותרת לכהן גדול וזו ראי' ברור' שאין עלי' תשוב' לפענ"ד. (ועיין בחידושי רמב"ן ור"ן בנד' שם ויש מקום לדחות) והנה בהא דאבעיא בנד' דף מ"ה הני בתולין מיזל אזלי ואתי או דלמא אתצודי הוא דלא מתצד עד לאחר שלש וקאמר למאי נ"מ וכו' וקשה לשיטת הרב מו"ה דן ז"ל הא איכא נ"מ לענין אי מקרי בעול' לכה"ג דאם נימא דמיזל אזלי עכ"פ אף שחוזרין מכל מקום לא מקרי בתול' דבעינן שתהי' בתול' שנזרע' מן הבטן ואי אמרת דאתצודי הוא דלא מתצד הוה בתול' שנזרע' מן הבטן וע"כ דלא נפסל' לכה"ג בכה"ג וז"ב מאד והיא ראי' נפלא' ועיין בתוס' שם ד"ה האי. והנה לכאור' קשה בהך דנסיב גיורת פחות' מבת ג' שנים והכשיר' רבי לכהונ' ושיטת רש"י והרמב"ם דהיא משום זונ' וקאי לענין כהן הדיוט וקש' טובא לפמ"ש הרשב"א בתשוב' שם סי' אלף רל"ח הנ"ל דבאונס לא הוה זונ' והביא מהך דרב' ביבמות דף ג' דכל באונס לא קריא זונ' וכ"כ בשיט' מקובצת בכתובות דף למ"ד גבי הא דאמר בעול' לכה"ג א"ב שהקש' רש"י דהו"ל זונ' וכתבו דמיירי בבא עלי' באונס והמלמ"ל פי"ח מא"ב ה"ג האריך הרב' בזה והא פיתוי קטנ' אונס הוא וא"כ שוב לא מקריא זונ' אף שהית' יתיר' משלש שנים וכן קשה בהך דנד' דף מ"ה גבי ר"ע דבא' לפניו אשה ואמר' שנבעל' בפחות' משלש שנים ובתחל' פסל' משום זונ' לשיטת רש"י והרמב"ם ואח"כ העל' דהלכ' היא שפחות' משלש לא נפסל' אבל יותר משלש נפסל' לכהונ' כמבואר במשנ' והא באונס לא מקריא זונ' וע"כ כפירוש הראב"ד והרשב"א דעיקר הפסול משום שאינ' בתול' מזרע ישראל

ולכה"ג היא ובאמת מכאן ראי' להרמב"ם דדעתו דפיתוי קטנ' לאו אונס היא וכמ"ש בפ"ב מסוט' ובפ"ב מנער' וא"כ שפיר פסול' משום זונ' ודו"ק ועיין בית שמואל סי' כ' ס"ק וא"ו ודו"ק היטב: ובזה אתי שפיר הא דאמרו בנד' שם דבתחל' אמר ר"ע שכשר' לכהונ' ואח"כ כשהמשיל' לו משל ואמר' שמצצ' את הדבש אמר א"כ פסול' את לכהונ' ולשיטת הראב"ד מה נ"מ בין טעמ' טעם זנות או לא סוף סוף שבפחות משלש חוזרות בתולי' וכשר' לכהן גדול ולפי שיטת הרמב"ם ורש"י הדבר א"ש דבתחל' ס"ד דכשר' בשביל דפיתוי קטנ' אונס היא ואח"כ אמר' שנתרצית לבסוף וכבר אמרו בכתובות דף נ"א דאשת ישראל שנאנס' חיישינן שמא לבסוף נתרצית ובירושלמי מצינו באמת המשל הלז שמצצ' בדבש דהיינו שנתרצית לבסוף וה"א דבכה"ג נאסר' ובפרט בפיתוי קטנה דבאמת גם בתחל' נתרצית רק שרצון שלה נחשב לאונס שאין לה דעת שלימ' וא"כ כל שנתרצית אח"כ באופן שהית' שוכרתו ובכה"ג כבר אמרו דבכה"ג פיתוי קטנ' מחשב לרצון גמור וכמ"ש האחרונים ועיין בישועת יעקב לדודי הגאון ז"ל סי' קע"ח שהאריך בזה ולכך אמר שפסול' לכהונ' עכ"פ דלזה לא שייך לא חזקת היתר ולא חזקת צדיקת ועיין בפ"י בכתובות דף נ"א שם ולכך פסל' ואח"כ הכשיר' משום דהל"מ הוא שפחות' מבת שלש חוזרת ומדמעת ולא נחשב' זונ' ודו"ק. איברא דהמלמ"ל תמה על הרשב"א דמה ראי' מייתי מהך דרב' ביבמות דף ג' דשם לענין לאסר' על בעל' כל שהוא באונס לא מקרי זונ' רק משום טומא' יש בה אבל לענין לפסל' לכהונ' מה נ"מ בין אונס לרצון וכל אונס ג"כ פסול' לכהונ'. ובאמת שהיא תמי' גדול' אבל לפענ"ד הדבר נכון דבאמת שיטת הרא"ם בתוס' ישנים בנדרים דף צ' דזונ' אינ' מוזהרת לכהן והתוס' תמהו דכל שהוא מוזהר היא מוזהרת אך הדברים פשוטים דדוקא לאו השו' בכל ומה דכתיב בפרש' דלא יקחו אתרבי נשים כאנשים אבל מה דלא כתיב בהך פרש' ואינ' שוה בכל לא הוזהרו להנשא לכהן ולפ"ז כיון דלל"ב דרב' אינו לוק' משום זונ' רק משום טומא' א"כ אונס אינו כתיב באות' פרש' והוה לאו שאינו שוה בכל ואינה מוזהרת על האיש וכמ"ש הנוב"י במהד"ק חלק אהע"ז סי' ע' לפרש כן דברי הרא"ם ולפענ"ד כיון האמת לאמתו דהרי הרשב"א בחידושיו לנדרים העתיק תירוצו של הרא"ם הנ"ל בזה"ל דזונה לא מוזהר' לכהן אלא כל היכא דהוא מוזהר וכדאיתא ביבמות כל היכא דאיהו מוזהר היא מוזהרת דלא יקחו כתיב ע"ש. הנה שמה שהשיגו התוס' על הרא"ם מיבמות הוא כלל בתירוצו וכוונתי למ"ש הנוב"י דמה דכתיב באות' פרשה היא דמוזהרת להנשא כמו הוא אבל זה אינו בכלל וז"ב ועיין תוס' חגיגה דף י"ד שכתבו ג"כ דלא יקחו קרי ביה לא יקחו ולא נודע מקור לדבריהם וכפי הנראה כוונו לזה דלכך היא מוזהרת כמו האיש משום

דכתיב לא יקחו וגם היא בכלל. עכ"פ מבואר בהדיא דלא הוזהר' זונה להנשא לכהן כל שהוא באונס ומעתה שפיר כתב הרשב"א בתשו' דהוה מצי לתרץ ביבמות דף נ"ט בהא דפריך אי כר"א ס"ל הא אמר פנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה וע"ז כתב הרשב"א דהוה מצי לשנויי דמיירי באונס וא"כ עכ"פ היא לא מוזהרת להנשא אליו אבל אם הפסול משום שלא כדרכ' דהוא בכלל לא יקחו גם היא מוזהרת ולכך נקט רב הפסול משום שלא כדרכ' דזה גם היא מוזהרת וזה דהביא מהך דרבה דכשם דהתם לל"ב אינו לוקה משום זונה והיינו משום דאינו בכלל לא יקחו ושוב היא אינה מוזהרת כנלפע"ד ברור מאד מאד והנה השיט' ישנה בשיט' מקובצת בדף למ"ד שם חידש דבשלא כדרכ' לא מקריא זונה לר"א ובאמת שבש"ס אמרו אי רב כר"א ס"ל מה אריא משום בעולה ת"ל דעשא' זונה ושם קאי בשלא כדרכ' והיא תימה גדולה על השיט' והמלמ"ל שם הניח' בקושיא ולפענ"ד נראה דבאמת כל דבעול' מקריא זונה נמי היא וכדאמר אביי ביבמות דף נ"ט שם לענין בעילת בהמה דממנ"פ אי בעולה הויא זונה נמי הויא וא"כ מכ"ש אי ביאה שלא כדרכה באדם הוה ביאה דמקרי פסולה שנפסל' לכה"ג וא"כ זונה נמי הויא וא"כ שפיר פריך דמה אריא בעולה ודוקא לכה"ג הא אף לכהן הדיוט אסור' דזונה נמי הוה אבל אם נימא דלא מקריא בעולה גם זונה נמי לא הוה והשיט' קאי אם לא ס"ל כרב לענין בעול' שלא כדרכ' ודו"ק. והנה לפענ"ד הי' נראה עוד טעם לדברי הרשב"א דחידש דפנוי הבא על הפנוי' לר"א דס"ל דעשא' זונה אפ"ה באונס לא עשאה זונה שנתקש' המלמ"ל דבכל פסולי כהונה אף באונס נפסל וכמו שאמרו גבי תינוקת שנאנס' ע"ג המעיין ע"ש שהאריך וכבר כתבתי למעל' בזה. אמנם כעת נראה דבר חדש דבאמת יקשה דאמאי תהי' זונה באונס ואיך יוכל לאסר באונס דבר שאינו שלו ואף באדם שייך זאת כמבואר בע"ז דף ע"ד גבי כהנים ששמשו בבית חוניו וע"ש ברש"י ותוס' אך זה אינו דאטו אם ישליך אחד חלב לתוך קדיר' של חבירו לא תאסר וזה אינו דמ"מ החלב אוסר וע"כ לא אמרו אין אדם אוסר דבר שאינו שלו רק בדבר שתלוי במחשב' וכמ"ש התוס' ביבמות דף פ"ב ובר"ש פ"ז דכלאים ולכך הא מ"מ הוא בא עליה והביא' אוסרת' וז"פ ולפ"ז בפנוי הבא על הפנוי' דהביא' מצד עצמה הי' יוכל להיות בהיתר אם נתכוין לשם קידושין או נשואין רק שכוון לשם זנות ובזה ניהו דהוא כיון אבל עניה זו למה תאסר באונס ואיך יוכל לאסור דבר שאינו שלו ובפרט באונס וז"ב מאד מאד ובפרט אם נימא דאף במיוחדת לפלגש לא עשאה זונה וכמ"ש המלמ"ל שם שיש להסתפק בזה. והנה המלמ"ל הקשה דקרא דוהוא אשה בבתולי' יקח למעט בעולה לר"א למה לי דהא כל שהי' ע"י שנשאת לאיש או שנבעל' לו עשאה זונה או שהיא אלמנה וגרושה וע"כ כגון

שהי' באונס וכשיט' ישינה והרשב"א הנ"ל והנה אמרתי בחפזי דנ"מ שיהי' עשה ול"ת דלא ידחה עשה דיבום הל"ת ועשה כדאמרו ביבמות דף כ' וראיתי שהמלמ"ל בעצמו ובכבודו הרגיש בזה בסוף דבריו וז"פ והרווחתי בזה דלא יקשה מה דק"ל למה אמר דלא דחי באלמנ' מן הנשואין כיון שיש עשה ול"ת הא שיטת הריב"א דאינו לוקה אם עבר משום דהל"ת דחי רק העשה דמה אולמא האי עשה מהאי עשה ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הרשב"א הובא במלמ"ל פ"ב מנער' דעשה דקום ועשה דוחה לעשה דשב וא"ת וא"כ העשה דיבום דוחה העשה דוהוא אשה בבתולי' יקח דאינו רק שליל' שלא יקח בעולה ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דעיקר העשה דוהוא אשה בבתולי' יקח אינו רק באופן דיבום א"כ גלתה התורה דלא ידחה העשה דיבום העשה הלז ושפיר אמר דהוה עשה ול"ת. ובזה מיושב מה דהקשיתי זה רבות בשנים לשיטת הרמב"ם דכה"ג עובר בעשה אם נושא שתי נשים א"כ גם באלמנ' מן האירוסין ג"כ הוה עשה ול"ת ולפמ"ש אתי שפיר דשם שפיר דחה העשה דיבום דהוה בקום ועשה מיהו יש לדחות דלא מקרי עשה ול"ת שאינם מענין אחת וכמ"ש הרי"ף פ"ב דב"מ גבי אבידה בבה"ק ובלא"ה גוף דברי הרשב"א שחידש דקום ועשה דחי הל"ת שבשב וא"ת צ"ב והארכתי בזה בתשוב' אחת ואכ"מ: והנה המלמ"ל פי"ח ה"ג כתב דהשיט' ישינ' ס"ל דגם בבעול' לכ"ג אף שאינן רק מחייבי עשה אפ"ה חללה והרמב"ם פי"ט מאלו הלכות ה"ד כתב דאם כה"ג בא על בעול' בלא נשואין לא חללה ע"ש ובאמת שדברי רבינו צ"ב דמ"ש הה"מ דאף דיש חלל מנושא את החלל' היינו דוקא נושא לפי שעבר על עשה דהוא אשה בבתולי' יקח והוא עשה דכהונ' אבל אם בא על הבעול' שלא כדרך נשואין אינו מוזהר בה יותר מאחר ע"ש הוא דבר תמוה לכאור' דכמו בבא על אלמנה דחילל אף בלי קידושין משום דכתיב ולא יחלל זרעו בעמיו וא"כ ה"ה בבעול' בלי קידושין בכה"ג למה לא יחלל ועיין באבני מלואים סי' ז' שהאריך בזה. ולפענ"ד הי' נראה דברי ה"ה נכונים דבאמת בעולה לא נאסר' לכה"ג בפירוש רק דהוה לאו הבא מכלל עשה דוהוא אשה בבתולי' יקח ולא בעולה ולפ"ז א"כ לא יהי' חמור הלאו הבא מכלל עשה מהעשה עצמה דכשם דהעש' עצמה כתיב בלשון קיח' כמו כן הלאו הבא ממנו אינו רק שלא יקח בעול' אבל בעולה בלי נשואין אין בכלל העשה וז"ש הה"מ דוקא נושא לפי שעבר על עשה דוהוא אשה בבתולי' יקח והיינו משום שבלשון שהוזהר על הבתול' שישאנ' הוזהר על הבעול' שלא יקחנ' אבל בלי נשואין לא נצטוו' שיקחנ' בתול' גם על הבעול' לא הוזהר יותר מאדם אחר וז"ב ושיטת החולקים על הך דינא דרבינו נראה לפענ"ד כיון דכל היכא דהוא מוזהר גם היא מוזהרת וכדדרשו ביבמות דף פ"ד והתוס' בחגיג' דף י"ד כתבו דדרשינן לא יקחו

היינו לא יקיחו ולפ"ז גבי דידה לא שייך לומר שנצטווית שתקח דוקא לכה"ג ועיקר העשה בדיד' ללאו דקאתי דהיינו לאו הבא מכלל עשה שלא תקיח לכה"ג בעול' ולפ"ז גבי דידה אין נ"מ כל שנתחלל היא מוזהרת שלא תתחלל' וא"כ גם בעולה לכה"ג אסור ונתחלל' אף בלי קידושין דהא היא בודאי מוזהרת גם על בעול' בלי קידושין וה"ה הוא וכ"ש היא דאזהר' שלה אינו רק מכח שהוא מוזהר וז"ב. ובזה מיושב מ"ש המלמ"ל ראי' בפי"ז מא"ב ראי' לשיטת רבינו מהא דאמרו ביבמות דף ס"א דכהן לא ישא את הקטנ' ומוקי ר"א בר אהבה בכה"ג דאימת קני לה לכי גדלה הו"ל בעילת עצמו ופריך רבא אי דקדש' אביה מהאי שעתא הוא דקני לה אי דקדש' עצמה הא ר"א היא ולא רבנן וכו' ומשמע דעיקר הקפידא לר"א בר אהבה הוא רק דקני לה כשהיא גדול' והו"ל בעולת עצמו אבל בקטנות' אין שום איסור אף דמה"ת הוה בעול' בלי קידושין אפ"ה אינו מוזהר הכה"ג וע"כ כשיטת רבינו ע"ש שהאריך והפליא ראי' זו. ולפמ"ש יש לומר דגם להחולקים ל"ק דעיקר הקפידא הוא בשביל שהיא מוזהרת ולפ"ז זהו בגדול' אבל בקטנ' דלא מצינו חיובא לדרדקי והיא אינה מוזהרת וגם פיתוי קטנה אונס הוא וכדאמרו שם ובאונס לא נעשית זונה כמ"ש הרשב"א והארכתי בזה למעל' וא"כ לא אכפת לן דמצד הכה"ג דברי רבינו נכונים דלא הוזהר רק בלשון קיחה כמו שנצטוו' על הבתול' ובשביל' ליכא שום איסור וז"ב ודו"ק ובגוף הקושיא על רבינו דמ"ש מאלמנה לכה"ג דחילל אף בביא' לבד הנה רבינו נשמר מזה וכתב פי"ח ה"ג דאלמנ' לכה"ג היא שיצא' מן הכלל דוקא בביא' בלי קידושין ובתשו' בענין אחע"א ביארתי דבריו והעליתי ע"פ דברי התוס' ביבמות דף ס"ט כיון דזרעו בודאי נתחלל בלי קידושין מע"י קידושין וכיון דהבן נתחלל גם היא מתחללת כדכתיב ולא יחלל זרעו בעמיו והארכתי בזה שם בכל הסוגיא וא"כ שני ושני מבעול' לכה"ג ואינך ודו"ק והנה יש לי מקום עיון בכה"ג שנשא אחת מהפסולות לכה"ג אמאי לא נימא דכיון דכה"ג מתמנ' בפה ומסתלק ע"פ כמ"ש התוס' ביומא דף י"ב בשם הירושלמי דמוכחי לה מקראי וביד המלך והכהנים לסלקו א"כ אמאי לא נימא דמסתלק ע"פ ולא תהא שיחה בטיל' שדיבר יוסף בן אלם לפני המלך שהביאו התוס' בשם הירושלמי דהוסע מן הכהונ' ומכ"ש בזה שעבר על עשה או ל"ת ויסתלק מכהונ' גדול' ואז לא יעבור על העשה או ל"ת ויוכל לקחת' וביותר תקשה בהא דאלמנה לכה"ג חולץ ולא מיבם כדאמרו ביבמות דף כ' והא כאן יקשה קושית הש"ס דניתי עשה וידח' ולא שייך כאן דהוה עשה ול"ת והא יוכל לקיים העשה דיבום ולא ידחה העש' ול"ת דהרי נדחה מהכהונ' גדול' בפה ובאמת ששם יש לדחות דאטו פשע בזה שנפל' לפניו אשת אחיו ליבום ולמה יוסע מן הכהונ' על לא חמס בכפיו ובכה"ג

לא גזרה התור' שיוסע מהכהונ' וגדולתו וכל דרכי' דרכי נועם ואמר' שיהי' חולץ ול"צ להסיר גדולתו אבל אכתי קשה בהך דאמרו ביבמות דף נ"ח גבי ולו תהי' לאשה פרט לאלמנ' לכה"ג והרי שם אנסה ולמה לא יוסר מן הכהונ' גדול' ויוכל לקיימ' ויקיים המצו' והרי הקשו בכתובות דף מ"ם וליתי עשה ולדחי ל"ת ומשני דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל והיינו דמלמדין אותה שלא תרצה וכמ"ש בתוס' ישנים וקשה למה ילמדו אותה למה לא יסירו אותו מכהונתו ויהי' כהן הדיוט ויהי' מותר לקיימה והרי פשע בזה וכאשר השקפתי בזה נזכרתי מדברי רבינו בפי"ז מסנהדרין ה"ח דכה"ג שחטא מלקין אותו בשלש' כשאר כל העם וחוזר לגדולתו וע"ש בכ"מ דמקורו מירושלמי פ"ג דהוריות דהקדוש' עליו תמיד וצ"ל דהא דאמרו בירושלמי מתמנ' בפה ומסתלק בפה הוא דוקא כשאירע פסול שנפסל מעבוד' דאז נסתלק בפה אבל מה שחטא שלא נפסל עי"ז מעבוד' אינו נסתלק בפה והתור' אמרה דילק' ויחזור לעבודתו ואף אם נימא דמה שחוזר לגדולתו אינו רק מדרבנן וקראי דירושלמי אינו רק דרבנן עכ"פ לא מקרי אשה ראוי' לזה ועיין רמב"ם פ"ב מנערה בתול' ובפ"ז מתרומות שהאריך בפרט זה דאף דאינ' ראויה מדרבנן מ"מ קרינן בי' ולו תהיה לאשה אשה הראוי' לו וגם דבאמת קי"ל דכה"ג שאירע בו פסול אינו משמש לא בכהונ' גדולה ולא בכהן הדיוט משום מעלין בקדש ולא מורידין וא"כ לא נוכל להורידו לכהן הדיוט בשביל שחטא וז"ב ועכ"פ נראה לפענ"ד דאם בעצמו רוצה להסתלק מכהונתו ולהיות ככהן הדיוט דאז אין עליו שום חטא עשה מאז והלאה ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם בפ"ה מכלי המקדש הלכה יו"ד שכתב דהכה"ג אינו נושא שתי נשים ואם נשא שתים א"י לעבוד ביום הצום עד שיגרש לאחת ומשמע מפשטת לשון דאם עבר ונשא מה שעשה עשוי רק דא"י לעבוד ביום הצום עד שיגרש אחת וכן מצאתי בשו"ת מקום שמואל סי' מ"ג שאינו רק לכתחל' אבל אם עבר ונשא אין עליו איסור ומותר לקיימ' עד הצום ודבריו תמוהים מאד דלא שמענו שיהי' באיסור תורה חילוק בין לכתחלה לדיעבד ואף דבבוגרת ומוכת עץ אמרו דאם נשא נשוי היינו משום דסופה להיות בעולה תחתיו אבל לענין אחת ולא שתים דלא יהי' לעולם כן פשיטא דאם עבר ונשא מ"מ באיסורא קיימא וא"כ דברי רבינו צ"ב. ולפמ"ש יש לומר דבאמת זה פשיטא דעובר בעשה אבל לפסול מעבודה אינו נפסל כל השנה אף שנשא באיסור עשה אבל ביום הצום נפסל בעבוד' דבעינן וכפר בעדו ובעד ביתו אחת ולא שתים וא"כ באמת הי' מסתלק מכהונ' גדול' ושוב ממנ"פ א"י לעבוד ביום הצום וז"ב ופשוט. ובזה מיושב קושית הראב"ד פי"ז מא"ב דביומא דף י"ג משמע דרק ביוה"כ אסור לו לישא שתי נשים ולפמ"ש אתי שפיר דביומא שם אנו דנין לענין פסול עבוד' דכל

שאסור בשתי נשים נפסל מעבוד' אבל בשאר ימות השנה אינו נפסל מעבודה אף שחטא וז"ב. ובזה מיושב קושית ראש יוסף שהביא בס' מקום שמואל שם שהקשה דאמאי לא מוקי בקידושין דף ס"ח אחת אהובה ואחת שנואה בכה"ג שנשא שתי נשים ולפמ"ש אתי שפיר דשם כתיב לא יוכל לבכר ולשיטת הרמב"ן במצות הוא ל"ת שאסור לבכר וא"כ פשיטא בכה"ג שנשא שתי נשים דלא יוכל לבכר דהא יוכל להסתלק מהכהונ' גדול' וגם לא שייך אהובה ושנוא' דזו אינה שנואה בעצם ופשיטא דאסור לבכר ודו"ק היטב: והנה כל מה שהאריך המלמ"ל אי באונס עשאה זונה לר"א עיין בחידושי הרשב"א והריטב"א ביבמות דף נ"ט ודף סמך ותמצא דעת קדושים בזה:

ב והנה בשנת תרי"ד ל"ט בעומר ב' במדבר נתתי אל לבי דלפמ"ש הרשב"א בשם הר"ר דן הנ"ל דכל בתול' שנבעלה אף בפחות מבת שלש נפסלה לכה"ג דבעינן בתולה שנזרע' מן הבטן א"כ לכאורה קשה מגוף המימרא דרשב"י יבמות ס' דגיורת פחותה מבת י"ג מותרת לכהן מדכתיב החיו לכם והרי פנחס הי' עמהן וא"כ הרי פנחס הי' משוח מלחמה והו"ל ככ"ג דדינו בבתולה וצ"ע ומיהו לפמ"ש המלמ"ל פי"ז מא"ב הי"ג להקשות דהא קטנה אסורה לכ"ג ואיך הית' מותרת לפנחס וכתב דפנחס לא הוה משוח מלחמה ולק"מ גם קושייתי אבל פשטת הענין מורה דלא כהר"ן:

ג והנה במנחת יהודא פ' חיי שרה שנדפס עם חידושי בעלי התוס' על התור' ראיתי שהקש' במ"ש בתול' ואיש לא ידע' וע"ז הקש' דמה רבותא הא אף אם איש ידע' לפירש"י דהית' פחות' מבת ג' שנים א"כ היו בתולי' חוזרים ורש"י פירש בתול' ממקום בתולים ע"ש שהניח בקושיא ולפענ"ד לק"מ דהרי מסיק בנד' דף מ"ה דבתולים מיזל אזלי ואתו וא"כ שוב כל שמיזל אזיל אינ' כעת בתול' דהני אחריני נינהו וע"ז אמר' תור' בתול' שהיא בתול' כאשר הית' מעת הליד' ואיש לא ידע' וז"פ. אך אי קשיא הא קשיא דמה קמבעיא בנד' שם אי אתצדי הוא דלא מתצדי דא"כ למה כתיב בתול' הא הית' פחות' מבת ג' ואף אם ידע' איש לא מתצדי הבתולים ולפירוש רש"י בתשוב' שהביאו התוס' שם דל"ש דמתצדי אבל אי מתצדי תו לא הדרי הוה ניחא אבל לפירש"י קשה וצריך לומר דהש"ס דילן חולק וס"ל דרבק' הית' אז נער' וכדאמרו ביבמות דף ס"א ע"ש ודו"ק: ודרך אגב אומר במ"ש הרמב"ם פט"ז מא"ב דבעל ולא קידש אינו לוק' ויש להסתפק אם הביא' עצמ' הית' הקידושין אם לוק' כיון דבא בב"א ולכאור' יש ראי' מהא דאמרו בכתובות דף ל"ה אי כר"י קשיא ממזרת והקשו כלם על הרמב"ם דהא שם בבעל ולא קידש מיירי דהרי יש להן קנס ואם נימא דבעל וקידש בב"א לוק' יש לומר דהרי הש"ס מוקי בקידושין דף מ"ו דבפית' לשם אישות מיירי קרא וא"כ שוב הוה בעל וקידש והא

דיש קנס אף שקידש יש לומר דמיירי בקטנ' או נער' שיש לה אב ואינ' יכול' להתקדש בלי רשות אבי' ומיהו שוב לא מקרי קידושין כיון דיכול למחות וצ"ע בזה. אמנם נרא' דכיון דאם לא היה מוח' היו הקידושין קידושין שוב הו"ל ח"מ שוגגין דפטור דהא היה מקום שיתחייב מלקות ושפיר אמר דלר"י ניחא משא"כ לר"ל ודו"ק היטב: ובזה מיושב מה שהקשו הקדמונים בהא דפריך לר"ל מאן תנא דפליג עלי' דרנבה"ק ואמר אי ר"מ אי ר' יצחק והקשו הא לר' יצחק קשיא ממזרת ועיין רש"י מ"ש בזה ולפמ"ש יש לומר דבאמת ממזרת אינו חייב מלקות ואף דח"מ שוגגין פטורין ג"כ לר"ל מכל מקום יש לומר דר"ל לא מוקי בפית' לשם אישות ואין לפני הש"ס קידושין לעיין בזה ובזה מיושב ג"כ מה דלא מקשה מממזרת על אלו הן הלוקין ועיין תוס' דף ל"א ע"ב ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק:

ד והנה דרך אגב אזכור מה דאמר ביבמות דף ס"א וכן היה ר"ש אומר קברי עכו"ם אינו מטמא ודקדק הישׁ"ש דמה לשון וכן ולפענ"ד נרא' דר"ש מש"ה מתיר גיורת פחות' מבת ג' דהרי נבעל' לבהמ' אין פסול' לכהונ' וא"כ לר"ש דס"ל דקברי עכו"ם אינם מטמאים באהל דס"ל דלא נקרא אדם לכך אין נפסל לכהונ' ג"כ רק דאם לא הית' בתול' פסול' לכהונ' משום דהוה בעול' ולכך נקט רק פחות מבת ג' וכוונתו אף לכה"ג כדאמר והרי פנחס עמהם ודוק:

ה והנה בשנת תרי"ז א' תזריע ראיתי בספר מי נפתוח בהקדמתו אות ט"ו שכתב להקשות בקידושין דף ס"ד דאכתי משכחת לה להשיא' לכה"ג וכשהיא בעול' ולא זונ' דמבואר בכתובות דף למ"ד דהיא חלל' אם נשא' בנישואין והרי כל שנעשית חלל' פסל' מתרומ' לכ"ע כמ"ש הרמב"ם פ"ו מתרומות ה"ז וא"כ נעשית חללה ובעול' לכה"ג קידושין תופסין לכ"ע ומשכחת לה שתהי' חלל' ותפסול בתרומ' ומכל מקום הקידושין תופסין ולפענ"ד ל"ק דהרי בקידושין דף יו"ד אמרו דכל הבועל דעתו על גמר ביא' וא"כ אין בידו להשיא' לכה"ג דבסוף ביא' היא נעשית חללה ושוב אין הקידושין תופסין ואף דבכתובות דף למ"ד אמרו בעול' לכה"ג יש בה הוי' היינו לענין קנס דוקא דכל שקודם הביא' היו קידושין תופסין שוב משלמין קנס כמ"ש הרשב"א בשיט' מקובצת שם ע"ש ובמלמ"ל פי"ז א"ב הט"ו באורך ובפי"ח ה"ב ע"ש ודו"ק:

סימן לב

א להרב המופלג מוה' מאיר בראם נ"י.

ב בב"ק דף ס"ה בסוגיא דגנב טלה ונעש' איל: אשר הגיד לי בהיותי הולך ע"פ השד' במה שחידש בישוב דברי הש"ס ב"ק דף ס"ה בהא דפריך הש"ס לר' אלעאי מהא דתניא

גנב טלה ונעש' איל עגל ונעש' שור משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבע' וחמשה כעין שגנב ואס"ד קניא בשינוי אמאי משלם שלו טבח ושלו מכר וע"ז הקש' הפ"י דלמ' ישלם ארבע' וחמש' הא השבח שע"ג הגזיל' הוה דהגזלן לאחר יאוש כמ"ש הרמב"ם וא"כ הוה כמו שותף בהגזיל' ואנן בעינן וטבחו כלו באיסור כמ"ש רש"י בב"ק דף ע"ח ע"ב ד"ה שותף ע"ש. הנה יפה אמר בזה.

ג אמנם באמת א"צ לכל זה דאם נימא משום תקנת השבים אתינן עלה פשיטא דעכ"פ מצי לסלוקי בזוזי השבח והבהמ' היא שלו וא"כ הוה טבחו כלו באיסור וכמו שאמרתי לו בפשיטות ועכשיו מצאתי סברתי מבואר בפ"י עצמו דאף דכתב דכל כמה דלא סלקו הוה שלו היינו אי נימא דמדינא קני מתורת שינוי אבל אם אינו רק משום תקנת השבים פשיטא דמצי לסלוקי בזוזי וגדול' מזו חידש הפ"י בגיטין דף נ"ה דאף דיאוש קני כל שהוא בעין מחויב להחזיר גוף הדבר ובתשוב' הארכתי בזה. אך עיקר קושית הפ"י אם נימא דמדינא קני אמנם באמת גוף קושייתו לק"מ לפענ"ד דשאני שותף שטבח דגם בעת הטביחה וגם בעת הגניבה לא הוה שלו דהא גם השותף שטבח היה לו חלק ואנן בעינן וטבחו כלו באיסור אבל בזה שנשבח ממילא א"כ אם הי' בעת הטביחה כמו בשעת הגניבה הרי טבחו כלו באיסורו דכעת שוה טפי ויש לו חלק בו אתמהה הרי מ"מ טבח כל מה שגנב באיסור ודומה למה דאמרו בגיטין דף מ"ג הכא שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו וז"ב לפענ"ד ויש להאריך בזה בסוגיא בהא דאמרו טלאים כדמעיקרא דמים כי השתא. ומה שאמר ליישב קושית הפ"י שם בדף הלז בהא דתניא בעה"ב שטען טענת גנב בפקדון ונשבע והודה ובאו עדים אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן חומש ואשם והקשה הפ"י דלשמואל דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב מה יענה לברייתא זו וע"ז רצה מעלתו לחדש כיון דהש"ס מוקי בכה"ג דכפלא זוזא וחומשא זוזא דחומשו עולה לו בכפלו וא"כ בכה"ג לא שייך הטעם דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב משום דמתייירא מפני עדים שיחייבוהו ולכך הודה וכאן לא שייך זאת דממנ"פ או דשלם הכפל או החומש וא"כ הוה בכה"ג מודה בקנס. הנה יפה אמרת וכעין זה כתב הים התלמוד לדוז"ז הגאון זצ"ל ע"ש אבל אכתי תמוה דא"כ היאך מוקי הש"ס דכפילא ד' וחומשא זוזא והב"ע כגון שנשבע וחזר ונשבע ובזה קשה לשמואל ומה שרצית ליישב בזה אינו נראה לפענ"ד והנה גם אנכי רציתי לתרץ לפמ"ש בתשובה אחת לבאר הטעם דמודה בקנס דפטור דהטעם הוא דכיון דזה קנס שרצתה התורה לקנסו ואיך שייך שיתחייב בשביל שהודה הא אם רצה לחייב עצמו לא מקרי קנס וזה דאמר אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע עצמו דכל שמרשיע עצמו והיה מקום לפטור לא שייך קנס וזה רצון ולא

קנס והארכתי בזה הרב' ולפ"ז במודה בקנס ואח"כ באו עדים דיש מקום לקנסו דיש לומר דלא רצה להתחייב רק מיראת העדים שוב עכ"פ שייך ענין קנס בזה ושפיר קרינן ביה אשר ירשיעון אלקים ולפ"ז כאן דחומשו עולה לו בכפלו א"כ לא שייך בזה קנס דאנן סהדי שרוצה בזה דהא צריך לשלם חומש וחומש משום כפרה א"כ בודאי ניחא ליה בכפר' ובכה"ג לא שייך ענין קנס ויתכן יותר לפמ"ש בתשובה אחת בשם הרמב"ן בענין קנס אינו נקרא מצוה דמצו' אינו קנס רק שהב"ד דנין בדיני קנס וא"כ כל שחומשו עולה לו בכפלו לא שייך ענין קנס והוה כמודה בקנס דפטור בשביל שלא שייך קנס כל שמחייב ברצונו ומכ"ש בזה אבל לפ"ז לא אתי שפיר בתירוצו של הש"ס וכמ"ש. והנה רש"י פירש דכל דכפלא ארבעה וחומש זוזא אינו ניכר החומש ולית ליה כפרה דמיבלע הכפל בחומש ובאמת שרחוק הדבר ועיין תוס' ולפענ"ד נראה ביאור הענין דהנה התוס' בכתובות דף למ"ד ע"ב ד"ה דר העלו דעיקר הכפר' בחומש הוא בשעת הפרש ולאחר הפרשה יכול הכהן למחול ע"ש לענין חומש דתרומ' ולפ"ז צ"ל דמה דמשלם החומש הוא משום דבאמת לא סגי בזה לבד עד דמשלם דאל"כ לא ניכר שהפרישו לשם חומש ורק עיקר הכפר' תלוי בהפרשה לבד ולפ"ז כל שמשלם כפל והכפל עולה בחומשו א"כ קיים עיקר המצוה בהפרשה לבד ואף אם לא נתן אינו מעכב דעיקר תלוי בהפרשה ולפ"ז זהו כשעול' כמדת הכפל אבל אם הכפל יותר מחומש אז אינו ניכר החומש ואינו ניכר שהפריש לשם חומש ושוב לא הי' לו כפרה כלל וצריך שיתן החומש כנלפענ"ד ודו"ק. עוד יש לי לומר דבאמת בשבועות דף ל"ז הקשה הש"ס לרבה דס"ל הכופר בממון שיש עליו עדים פטור ואמאי הא הו"ל בזה כופר בממון שיש עליו עדים שהרי באו עדים אח"כ ומוקי כדרבינא ומעתה בין לרבה בין לר"י לא שייך בזה מודה בקנס ואח"כ באו עדים דממנ"פ לרבה כל שהיו קרובים בנשותיהם יש לומר דגם בעת ההודא' היו קרובים בנשותיהם ואח"כ נתרחקו וא"כ בשעת הודאה היה מודה בקנס גמור ופטור וגם לר"י דקיי"ל כוותיה הא כל הטעם דר"י משום דעדים עבידי דמייתי וא"כ שוב הוה מודה בקנס גמור ופטור מקנס וחייב בחומש ואשם ודו"ק. וגם בשבח גזיל' דקני מפני תקנת השבים שהקשה דהו"ל שותף ואין כאן וטבחו כולו באיסור וכמ"ש למעלה נתיישבתי כעת דאין כאן קושיא דכבר כתב הפ"י בעצמו בגיטין דף נ"ה דכ"ז שהוא בעין לא שייך תקנת השבים וא"כ הוה טבחו כולו באיסור.

ד ובלא"ה נראה לי דבאמת לכאורה הוה יאוש בטעות ולמה יועיל דאם הי' יודע שיחזיר לו לא היה מתייאש אך ז"א דממנ"פ כ"ז שהוא בעין באמת צריך להחזיר וכשאינו בעין א"כ א"א להחזיר ובאמת הדמים צריך להחזיר וזה עצמו טעמו של הש"ס ב"ב דף מ"ם

דאמרו ניהו דמגופיה מתייאש מדמי מי קא מייאש ולא נודע לכאור' מה בין גזילה עצמו לדמים ולפמ"ש אתי שפיר ובתשובה כתבתי בזה דברים רבים ואם בש"ר הא שפיר מתייאש ממנו דהגזלן באמת לא רצה להחזיר רק לענין הלוקח אנו דנין ולפ"ז לענין שיהי' מקרי שותף שפיר הוה יאוש בטעות דאם היה יודע שסופו להיות עדים שטבח ומכר לא היה מתייאש והיה חייב ארבעה וחמשה ועיין בהגהת אשר"י בב"מ דף ס"ו גבי מחילה בטעות ובזה מדוקדק היטב לשון הש"ס דפריך אי ס"ד שינוי קונה אמאי חייב הא שלו הוא טובח ודקדק הפ"י דלמה האריך כ"כ ולא פריך בפשיטות דברייתא מחייב בד' וה' ור' אלעי אומר דנעשה שינוי בידו ולפמ"ש אתי שפיר דהכי מקשה כיון דגם שינוי ממילא קני א"כ שוב בלא"ה לא מחייב דהו"ל שותף דא"ל דהו"ל יאוש בטעות דזה אינו דהא בלא"ה נתייאש דהרי נשתנה ממילא ומצד השינוי פוטר וא"כ שוב יפטור אף בלי השינוי משום דהו"ל שותף ושלו הוא טובח ואנן בעינן וטבחו כלו באיסור ודו"ק: ודרך אגב אומר מה דהקשה אותי הרב המאוה"ג מו"ה שמואל נחום ני' אבד"ק ליבטשוב בהא דאמרו בב"ק דף צ"ד דשינוי במקומו עומד וע"ז הקשה דא"כ שולח יד דחייב במת או נשבר היכא משכחת לה ואמאי לא יוכל לומר הש"ל דהא שינוי ממילא במקומו עומד ולא גרע מגזלן גמור דיכול לומר הרי שלך לפניך וא"ל דשאני התם דהוה מעיקרא שומר דזה אינו דהא על השמירה נפטר משום דש"ח וש"ש פטור מאונסין ואין כאן רק משום גזלן והרי יכול לומר הרי שלך לפניך וגם הא הש"ס בסנהדרין דף ע"ב דשולח יד נלמד משואל דלא גרע משואל ומשמע דעכ"פ לא עדיף משואל והיינו דהוה שומר ואם איתא הא מגרע והנה לכאורה קושיא גדולה היא. ולפענ"ד לק"מ דכיון דכל ששלח יד הו"ל כשאלה הבהמה או החפץ ונשתנה מש"ח וש"ש להיות כשואל דכל הנאה שלו וכדאמרו בסנהדרין מידי דהוה אשואל והתורה חייבו בשמירה כשואל דהא כל הנאה שלו וא"כ שוב ל"ק ושפיר חייב באונסין כמו שואל ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך וז"ב ובלא"ה יש לומר כיון דעכ"פ שלח יד ויש עדים ע"ז באופן שברור ששלח יד והרי הוא חייב לשבע כש"ח שלא פשע וכש"ש על גניבה ואבידה ג"כ וא"י לשבע דחשוד הוא כיון ששלח בו יד ונעשה גזלן ולכך חייב דהו"ל מחייב שבועה וא"י לשבע משלם דזה ודאי בשביל ששלח בו יד לא פקע שמירתו ועכ"פ חייב אם פשע דע"ז קיבל שמירה וא"ל כיון ששלח בו יד הרי חזר בו מהשמיר' ופועל יכול לחזור בו דזה אינו דמלבד דבש"ח א"י לחזור בו וכמ"ש במחנ' אפרים אף גם בש"ש עכ"פ חייב לשבע אם לא נגנב או נאבד וניהו דיכול לחזור בו היינו כשיודיע לבעלים אבל במה ששלח בו יד לא נפקע השמירה וא"כ שוב הו"ל מחוייב שבועה ואי"ל משלם וגם ע"כ לא שייך דשומר יכול לחזור רק

אם חוזר ואינו רוצה לשמור אבל כאן אדרבא הוסיף שמירה על שמירתו דנעש' גזלן וחייב אפילו באונסין וע"ז לא שייך דפועל יכול לחזור בו וכעין זה כתב בחוות יאיר סי' ק"מ לענין חזן דחזר בו ורצה להיות חזן בעיר אחרת דלא יוכל לחזור בו ודו"ק היטב ועיין מחנה אפרים הלכות גזילה סי' ז' ובסי' י"ב וסי' ט"ו שם ועיין בשיטה מקובצת דף צ"ז גבי הא דמחלק הש"ס בין נחית לה אדעתא דארעא בין אדעתא דגזלנותא והקשה הראב"ד ממנ"פ אי אית ביה שינוי הא אין שמין לגנב ולגזלן ואם אין בו שינוי למה לא יאמר לו הרי שלך לפניך וכתב דמיירי דלא נחית לה ע"מ לגזלה רק בתורת שישתמש בה ויחזירנה לב"ה והו"ל שואל שלא מדעת דניהו דחשיב ליה כגזלן לאונסין מכל מקום שמין לו שבריו כשואל דלא קנסינן ליה כולי האי הנה מלשון זה משמע דהא גזלן ממש לא חשוב כשואל אבל אין ראיה דשם מיירי בגזלן שלא היה שומר מתחלה אבל מי שהיה שומר ושלח יד דנעשה גזלן אח"כ א"כ עכ"פ לא יצא מכלל שואל שהרי רוצה להשתמש בהחפץ לחסרה עכ"פ הוה שואל שלא מדעת ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך וכמ"ש הראב"ד. והנה הרב המאוה"ג הנ"ל רצה לדייק מדברי הראב"ד האלו דס"ל שואל שלא מדעת גזלן אינו רק דרבנן ודייק לה ממ"ש דלא קנסינן ליה כולי האי ולפענ"ד אין זה דיוק דשם רק לענין מה דשמין לו כשואל כתב דלא קנסינן ליה כולי האי אבל מכל מקום הוה גזלן דאוריית' לענין שחייב באונסין ובכל חיוב שגזלן חייב וז"ב ופשוט:

ה והנה המעיין בכל הסוגיא דב"מ דף מ"א ובשיטה מקובצת שם ימצא דשולח יד עכ"פ מתורת שאלה חייב בודאי ואף דרש"י כתב שם ד"ה והא לא חסרה דכי אמרינן בשומרין שאלה שלא מדעת ה"מ בדבר שאינו כיחש וחסר מחמת מלאכ' אבל כיחש מחמת מלאכה תחלתו שליחות יד הוא ע"ש באמת שכל הקדמונים תמהו על דברי רש"י אלו ועיין בשיט' מקובצת מ"ש בשם הרמב"ן והר"ן וכל הקדמונים ואין איש מתעודד להחזיק בדברי רש"י אמנם גם לפי הבנת רש"י עכ"פ לא גרע משואל כל שחסר וכיחש וא"כ עכ"פ לא יוכל לומר הרי שלך לפניך וז"ב. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו בב"מ שם לא תאמר שליחות יד לא בש"ח ולא בש"ש ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קעביד שלח בה יד חייב ש"ח וש"ש לא כ"ש ובזה יקשה דאם לא היה כתוב שליחות יד בש"ח וש"ש שוב לא היה אפשר ללמוד משואל דשאני התם דא"י לומר הש"ל משא"כ בש"ח וש"ש ומיהו בהא יש לומר דלפמ"ש דעכ"פ לא גרע משואל שוב ל"ק דא"כ שוב הוה ק"ו. אך לפמ"ש בתירוץ השני דמשים מחושבואיל"מ אתינן עלה קשה דאם לא הי' כתוב בש"ח וש"ש שוב לא הי' שבועה כלל וא"כ שוב הי' יכול לומר הש"ל הן אמת דבתשו' אחת הבאתי מה שמצאתי באיזה ספר אחרון ושמו בנין שלמה

על סנהדרין שבדף ע"ב הקשה בגוף הסוגיא דאי לא כתיב שליחות יר בש"ח וש"ש ניהו דהי' חייב לשלם מק"ו דשואל אבל מנ"ל גוף השבועה דצריך לשבע כלל ומגדיל המדור' שם בקושיא זו והארכתי שם ליישב וא"כ לפמ"ש שם יש ליישב גם כאן ואכ"מ להאריך. ודרך אגב אבאר מה דקשיא לי בסוגיא דב"מ שם בהא דפריך מרישא על הסיפא דאי כר' ישמעאל אפילו יחדו נמי ואי כר"ע אפילו לא יחדו נמי לא ומה קושיא והא לפמ"ש הט"ז בחו"מ סי' קפ"ט בשם הרשב"ם פרק הספינ' דרשות הנפקד קנוי להמפקיד מקום שהפקדון עומד ובשו"ת מהרי"ט סי' ס"ה בראשונות האריך לסתור זאת ומזכיר הסוגיא זו ומביא ראי' דכל שלא יחדו לה מקום בכ"מ שמחזיר הוא מקומ' ע"ש וא"כ שוב יש לחלק דכל שיחד לה מקום א"כ שוב צריך להחזיר למקומ' דוקא וכל שלא החזיר למקומ' ממש לא הוה השבה ולכך אף כשהניח' חייב כל שלצרכו הוה משא"כ כשלא ייחד לו מקום א"כ כל מקום הוה מקומו וא"כ כל שהניח' פטור דהוה חזרה ומהתימה על המהרי"ט שהי' נגד עיניו הסוגיא ולא הרגיש ובאמת בש"ס ביצה דף מ"ם משמע דכל שהשאיל קרן זוית הוה רשות המפקיד וא"כ שוב יש מקום לחלק בין ייחד לה ללא ייחד לה ויוכל לבא כחד תנא משנה דחביות והיא קושיא נפלא' לפענ"ד ודו"ק. ונחזור להקושיא שהקש' הרב המאוה"ג הנ"ל דאף שהארכתי למעל' נראה לפענ"ד דהדברים אינם יוצאין מידי פשטן דלק"מ דניהו דשינוי במקומו הוא עומד היינו שלא קנה עי"ז אבל מ"מ כל שנשתבר' וכ"ש מתה עכ"פ לא חשיב ואיך יוכל לומר הש"ל דלא הוה כעין שגזל ואף דבכחש דהדרא יכול לומר הרי שלך לפניך בגזלן כמבואר בב"ק דף צ"ח ועיין בתוס' ב"ק דף נ"ו היינו בכחש דהוה היזק שאינו ניכר משא"כ בנשבר וכ"ש מת דהו"ל היזק ניכר וז"ב ופשוט והעירני לזה קצת מהחברים המקשיבים לקולי. עוד היה מקום לומר דלכך חייב כיון דפשע בה ושלח בה יד ושינה מדעת בעה"ב שוב חייב בכל אונס שנוכל לתלות שלא הי' אירע אם לא פשע בה ודבר זה תלוי במחלוקת הרי"ף עם התוס' בענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס ועיין בתוס' ב"מ דף ל"ו ד"ה אין ודו"ק היטב: אח"כ שכתבתי כ"ז האיר ד' עיני ומצאתי במחנה אפרים הלכות שומרין סי' ג' שהקשה כעין קושייתי במה דלא מחלק הש"ס בין ייחד לה מקום ללא ייחד לה מקום אבל המעיין יראה דלא דבריו דברי והמעיין יראה הדברים שבינו לביני ודו"ק. עכ"פ זכיתי לכוין כעין קושיתו וצע"ג: ודרך אגב אזכור בענין שינוי קונה בהא דאמרו בב"ק דף צ"ד ומי אמר שמואל הכי והאמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין ופירש"י אלמא דשינוי קונה. ובראשית ההשקפה תמהתי מאד דמה ענין זה לזה דבאמת יש לומר דס"ל לשמואל דשינוי אינו קונה ואפ"ה אין שמין לא לגנב ולא לגזלן וצריך לתת

לו כעין שגזל ולא שישלים לו עם השברים כשיעור ששוה וכמ"ש התוס' בב"ק דף י"א דגנב וגזלן אינו יכול לשלם בסובין רק הכלי כפי שהי' ומה ענינו לשינוי ונתקשיתי עד מאד וחפשתי בספרים בשיטה מקובצת ובת"ח ופ"י ולא מצאתי ויגעתי ומצאתי בשיטה מקובצת בדף י"א שם שהקש' זאת לפר"ת דא"כ היאך דייק הש"ס בדף צ"ד דשמואל ס"ל שינוי קונה וכתב שני תירוצים דאי לאו דס"ל שינוי קונה לא היה דורש כאשר גזל כעין שגזל אלא אשר גזל מ"מ ואף דאשתני הדרא ועוד כתב דשמואל באמת לא ס"ל דלכך אין שמין מקרא דאשר גזל דא"כ הי' לו לומר הטעם וע"פ משום דשינוי קונה ס"ל דאין שמין ושפיר דייק ע"ש הנה זכיתי שכוונתי בראשית ההשקפה לדברי השיטה אמנם מה דק"ל טובא כיון דעכ"פ הדבר מוכרח דבש"ס מוכרח לומר דמה דאמר אין שמין קאי לענין שאין מנכה הפחת שהוזל משעת שבירה עד שעת העמדה בדין כמ"ש רשב"ם והובא בהגהת אשר"י שם ובתוס' ב"מ דף צ"ו ע"ב משום דגזלן קני לגזילה בשינוי וביותר תימה לפענ"ד במ"ש התוס' בב"מ שם דלשיטת רשב"ם יש להוכיח דהא דפליג ר"א וס"ל דשמין לגנב ולגזלן היינו משום דשינוי אינו קונה והקשו דר"א אדר"א ועיין בתוס' ב"ק דף ס"ח ד"ה מה וקשה טובא דמה ענין זה לפירשב"ם הא הדבר מוכרח בש"ס דהרי הש"ס פריך לשמואל דס"ל שינוי אינו קונה אמאי אין שמין לגנב וא"כ ע"כ דמאן דס"ל דשמין ע"כ דס"ל דאינו קונה שינוי דא"ל דזה ודאי דס"ל שינוי קונה ורק בשמין פליגי אם שמין או לא דא"כ שוב נימא להיפך דשמואל ס"ל דאינו קונה ואפ"ה ס"ל אין שמין וע"כ דזה תלוי בזה דאי שינוי קונה דריש כעין שגזל כמ"ש בשיט' מקובצת לתירוץ הראשון ומכ"ש לתירוצו השני ושמואל לא ס"ל כלל הדרש דכעין שגזל רק מטעם שינוי קונה וא"כ ממילא ר"א ע"כ ס"ל דשינוי אינו קונה וא"כ מה מקשו התוס' לפירשב"ם ונראה מדבריהם דלפירוש רש"י אין הכרח דס"ל לר"א דשינוי קונה ואפ"ה שמין דהיינו דא"צ לשלם נרגא ממש וכ"כ במהרש"א בהדיא בתוס' ב"מ שם והדבר תימה דא"כ שוב אין ענין פלוגתא זו כלל לשינוי קונה וא"כ קשה מנ"ל לש"ס דשמואל ס"ל דשינוי קונה דלמא ס"ל דאינו קונה ואפ"ה אין שמין דבעינן כאשר גזל ולתירוץ הראשון של השיט' הנ"ל יש לדחוק דזה ודאי דאם נימא דשינוי אינה קונה ודאי אין שמין דיש לדרוש אשר גזל מ"מ ולכך הקשה הש"ס לשמואל. אבל להיפך אינו מוכרח דיש לומר דאף מאן דס"ל דשינוי קונה ואפ"ה ס"ל דשמין והיינו דאף דס"ל כעין שגזל יחזיר אבל מ"מ אם אינו כעין שגזל כגון שנפחתה ישלים השברים ויוסיף העודף שנפחת' ואף דהדבר דחוק דא"כ גם להיפך מנ"ל דשמואל ס"ל דשינוי קונה עד דמקש' הש"ס בפשיטות על שמואל ונדחק מאד דאמרו ולא ס"ל ודלמא ס"ל רק דפליגי בשמין לגנב וכפירש"י ור"ת אמנם

הדבר דחוק ומוקי אנפשי' אבל לתירוץ השני של השיט' דלא ידעו כלל הקרא לשמואל ופליגי רק בשינוי קונה א"כ א"א לומר כלל לפיר"ת ורש"י דר"א ס"ל שינוי קונה דא"כ מ"ט דר"א דשמין וכמ"ש וע"כ הדבר צע"ג וגם צ"ע דהתוס' לא הזכירו כלל הסוגיא דב"ק דף צ"ד:

ו והנה ק"ל טובא דלפמ"ש התוס' דר"א ס"ל לחלק דבשינוי שנעש' ממילא ודאי אינו קונה בשינוי והך ר"א הוא אמורא דעולא משמי' דר"א אמורא היה כנודע ואיך אפשר שיחלוק על משנה שלימה בב"ק דף צ"ו ע"ב גזל בהמה והזקינ' משלם כשעת הגזילה דהרי שם הוה שינוי ממילא ואפ"ה שינוי קונה והרי שם הזקינה מאליה ואפ"ה א"י לומר הש"ל וא"כ איך יפלוג ולא מצינו מאן דס"ל שינוי במקומו עומד כ"א ב"ש וגם בזה דחה רבא בב"ק דף צ"ד ובשלמא לאביי שם י"ל דר"א סובר ככל הני תנאי דפליני אמשנה אלא לרבא קשה טובא וצ"ע. ולכאור' צ"ב לפמ"ש בחו"מ בש"ע סי' ש"ס ס"ו בהג"ה דאינו נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזיל' מכח השינוי דא"כ בגזל בהמה והזקינה דלא נשתנה שם הגזילה כלל ואף במקצת דמעיקרא קרוי שור ועכשיו שור ולא נשתנה שמו כלל ומעיקרא בהמה והשתא בהמה וא"כ אמאי א"י לומר הש"ל ולכאורה היא קשיא גדולה אמנם אחר העיון הדבר נכון דע"כ לא בעינן שישתנה שמו ולא מהני שינוי מעשה רק לענין דאם רוצה הנגזל גוף הגזילה וזה אינו רוצה להחזיר אלא הדמים דמה"ד הי' צריך להחזיר לו גוף הגזילה כעין שגזל רק דע"י השינוי נעשה של הגזלן בזה צריך שישתנה שמו ולא יהיה מקרי דנגזל ול"ש אשר גזל כעין שגזל ולכך ל"מ שינוי מעשה דניהו דהגזלן עשה קנין אבל מ"מ עיקרו של הנגזל וכל שלא נשבח רק שנשתנ' למה לא יחזיר ולכך בעי שינוי השם במקצת אבל לענין אם הגזלן אינו רוצה לשלם מה שנפחת' אצלו כמו בגזל בהמה והזקינה ל"ש לומר הש"ל דהא נשתנה דמקדם היתה בחורה ועכשיו זקנה ואינו כעין שגזל ופשיטא דאף בלא נשתנ' שמו כלל אפ"ה אי"ל הש"ל. ובזה מיושב היטב קושית הקצה"ח סי' ש"ס דאם נימא דבעי שינוי השם מ"פ בגיטין דף נ"ג מגזל חמץ ועבר עליו הפסח א"ל הש"ל ואי אמרת היזק שא"נ שמיה היזק האי גזלן הוא ממונא מעליא בעי שלומי לי' וקשה דניהו דזה חשוב שינוי מעשה כמ"ש התוס' שם אכתי לא נשתנה שמו דמעיקרא נקרא לחם ועכשיו לחם והרבה דברים כתבתי בזה בתשובה ובחידושי לה"פ סי' תנ"ד ולפמ"ש א"ש דניהו דל"מ שינוי לענין שהגזלן א"צ להחזירו אבל להיפך שיפטר הגזלן בזה הא אינו משיב כמו שגזל וז"ב כשמש ואף דבתשובה אחת נשתמשתי הרבה בזה דכל דלא הוה שינוי שם ל"מ שינוי מעשה לפמ"ש יש לבנות ולסתור ואכ"מ. ולפ"ז נ"ל ברור דזה דוקא לדידן דאין שמין לגנב ולגזלן והיינו דלא בעי כעין שגזל שוב

ל"ש שינוי השם לבד כ"א בשינוי השם דשינוי מעשה לבד ל"מ ויכול לומר הש"ל וא"כ יקשה עכ"פ דאיך חולק על המשנה וצע"ג. ובזה מיושב היטב הא דאמר רבא בב"ק דף ס"ג שינוי קונה כתיבא ותניא ופרש"י היכא דשני בידים ומשמע דוקא שינוי בידים והדבר תימא דהא אף בשינוי ממילא שינוי קונה כמבואר במשנה דגזל בהמה והזקינ' וכבר תמה בזה הקצה"ח סי' שנ"ה ס"ק ג' והניח בצ"ע ולפמ"ש א"ש דבאמת שם קאי רבה לענין שא"צ הגזלן להחזיר רק דמים אף שהנגזל רוצה בגוף החפץ שלו וכמ"ש רש"י דכי מהדרא לא בעי לאהדר בעינא וא"כ י"ל דלזה צריך שישנהו בידים ויתכוין לקנות וז"ב כשמש ובלא"ה ל"ק לפמ"ש התוס' שם בדף ס"ה ע"ב ד"ה הן דרבה מיירי בשינוי החוזר לברייתו וא"כ בזה י"ל דל"מ רק כשעשה בידים וז"פ. אמנם הרווחתי בזה דלכאור' הי' לי תימה רבה הא דאמרו בב"ק דף צ"ו הכי קאמרו משמי' דר' יוחנן אפילו גנב טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור נעשה שינוי והוא תימה גדולה דאיך אפשר לר' יוחנן לומר כן דהא ר' יוחנן אמר דד"ת גזילה המשתנית צריך להחזיר בעינה ומשנתינו משום תקנת השבים ואף בהשביחה חוזרת כלו לגזלן וא"כ ע"כ דס"ל דשינוי אינה קונה והיאך אפשר דס"ל דשלו הוא טובח ושם הוה שינוי ממילא ובהחפזי לא ראיתי מי שיתעורר בזה ולפמ"ש א"ש דהא כתבו התוס' דהך דר"י בדף צ"ד דס"ל גזילה המשתנית חוזרת הוא דוקא בשינוי החוזר ושם הוי שינוי שאינו חוזר. ולק"מ דבלא"ה דדוקא בשינוי השם ס"ל לר"י דקני משא"כ בשינוי מעשה דל"ח כולי האי וצריך שינוי השם במקצת ולכך ס"ל דלא קנה אבל גנב טלה ונעשה איל דהו"ל שינוי השם ועכ"פ מיושב היטב מה דהשיב לו לאו אמינא לך לא תחלוף גברי ההוא משמי' דר' אלעי אתמר ותמהו בשיטה דמה נ"מ בזה ולפמ"ש א"ש דנ"מ דלא יקשה דר"י אדר"י ונצטרך לחלק בין שינוי השם לשינוי מעשה וכדומה ודו"ק היטב. איברא דאכתי קשה הא דאמרו ה"ק ר' יוחנן אפי' גנב טלה ונעשה איל מה לשון אפילו הא הוה שינוי השם דחשיב ובמשנה לא הוה שינוי השם כלל והנ"ל דקאי על מה דהוסיף ר"פ אפילו כחשה וא"כ מיירי בכחשה בידים דהו"ל שינוי מעשה בידים וע"ז אמר אפילו גנב טלה ונעשה איל דהוא מעצמו אפ"ה קנה ודו"ק. שוב ראיתי ברש"י לעיל דהך משנה בדף צ"ו בהא דאמר לאתויי הא דר' אלעי דגנב טלה ונעשה איל ועשה שינוי בידו כתב רש"י דנעשה שינוי לענין זה דאם טבח ומכר שלו הוא טובח ונדחק הפ"י דמשמע דלשאר דבר לא קנה בשינוי והדבר תימה למה כתב רש"י כן וגם בדף כ"ה פירש"י כן והאריך הפ"י שם לפרש למה פירש רש"י כן ולפמ"ש הדבר מבואר דק"ל לרש"י הך דר' יוחנן דהא בס"ד אמר מר קשישא לר"א דהכי אמר ר' יוחנן הך מימרא דר' אלעאי וקשה טובא דאמאי לא דחי דא"א לר' יוחנן לומר כן דר' יוחנן ס"ל

בעצמו דגזילה המשתנית חוזרת בעינה וע"כ כתב רש"י דלזה לבד קנאו בשינוי וא"כ ל"ק על ר"י וכיון דאותה מימרא דאמרו משמי' דר"י אמרו משמי' דר' אלעאי ממילא גם ר' אלעאי לא אמר רק לאותו דבר ודברי רש"י נכונים וברורים איברא דהש"ס בדף צ"ד מסיק דר"י ס"ל דשינוי קונה ורק בשינוי החוזר פליג ר"י וא"כ ל"ק כלל וכמ"ש למעלה מדעתא דנפשאי ומיהו אכתי הי' מקום להקשות לפי מה דאמר רחב"א בשם ר"י דאף שינוי שאינו חוזר לא קני קשה דר"י אדר"י וע"כ פירש"י כן ודו"ק:

ז והנה קי"ל בהא דפריך הש"ס מי ס"ל לשמואל דשינוי לא קונה והאמר שמואל אין שמין וכבר כתבתי דזה תימה דמנ"ל דשם הוא משום שינוי והבאתי דברי השיטה מ"ש בזה אמנם תימא אמאי לא פריך מהא דאמר בב"ק דף כ' דאמר שמואל והוא שהניחה ע"פ ארובה והיינו דלא עשה שינוי וכמ"ש רש"י שם וא"כ משמע דס"ל לשמואל דאם עשה שינוי קנה והא ס"ל לשמואל דשינוי במקומו עומד וביותר תימה דהש"ס אמר דלאביי ניחא דשמואל מודה בשינוי שאינו חוזר אבל בשינוי החוזר לא קנה וקשה טובא הא שם הוה שינוי החוזר כמ"ש התוס' בב"ק דף כ' שם ואפ"ה ס"ל לשמואל דקנה ומעל והי' אפשר לדחוק דמעילה ל"צ שינוי לענין שיקנה בגניבה וגזילה ובכל דהו שינה סגי. ובזה מיושב היטב קושית הקצה"ח סי' ש"ס על רש"י ותוס' דס"ל דקבען בבנין וא"כ מריש הגזול שקבעו בבירה שנוטל דמיו מפני תקנת השבים ת"ל דקני בשינוי מה"ת ולפמ"ש א"ש דלא מקרי שינוי לענין גזילה רק לענין מעילה בלבד אבל באמת פשטות הדברים משמע דכל דהוה שינוי למעילה הוה שינוי לגזילה ג"כ וע"כ נראה דעיקר כגירסת הש"ס במעילה כדאמר רב כגון שהניחו ע"פ ארובה וא"כ ל"ק דשמואל אדשמואל ודו"ק היטב בכל מ"ש כי ת"ל נתבארו בו כמה ענינים נפלאים ת"ל. אחר שכתבתי כ"ז האיר ד' עיני וראיתי בפ"ב מגזילה הט"ו שכתב הרמב"ם בהך דאין שמין לגנב ולגזלן ואם רצו הבעלים ליטול השברים נוטלין והקשה הה"מ דהא הגזלן קנה בשינוי וכתב דמיירי בששמו עליו ותמה הישׁ"ש בב"ק פ"ג סי' כ"ט דהא הוה שינוי מעשה גמור ולמה לא יקנה ובאמת שהלח"מ בפ"א מגניבה הט"ו הרגיש ג"כ בזה וכתב דבעינן לשינוי מעשה גם שינוי השם אבל אכתי תימה דהא בגזל בהמה והזקינה אי"ל הש"ל אף דלא הוה שינוי השם ולפמ"ש א"ש דבאמת לענין שיהיה הגזלן יכול לפטור עצמו פשיטא דל"מ פטר כל דהוה שינוי מעשה אבל אם הבעלים רצו ליטול פשיטא דשינוי מעשה לבד ל"ק ומחויב להחזיר וכמ"ש ות"ל כיונתי לדברי הה"מ והישׁ"ש כתב עליו שלא דק ובמחכת"ה הוא מגיד משרים וכמ"ש רק שדבריו בצחות לשונו הם קצרים וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לבאר הדברים והנה התוס' כתבו בב"ק דף י"א דה"ט דמ"ד דלשואל אין שמין ולא משום

דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן ע"ש:

ח והנה מזה מבואר דשואל הו"ל א"י אם פרעתיך ודעת הנימוק"י ר"פ הגוזל ומאכיל דשואל כיון דאינו חייב עד שעת אונסין הו"ל א"י אם נתחייבתי מיהו יש לומר כיון דאנן קי"ל דאף לשואל שמין א"כ משמע דלא נתחייב עד שעת אונסין ממש ועיין ש"ך חו"מ סי' רצ"א ס"ק מ"ד ובקצה"ח סי' ש"מ ולפענ"ד מדברי התוס' אלו משמע כמ"ש הנימוק"י ודו"ק: ודרך אגב ארשום מה שהקשה אותי המופלג מו"ה חיים יהודא נ"י חתן הרב מקראקוויטץ בתוס' ב"ק דף ס"ו ד"ה הם שכתבו דבאתנן עיקר דעתיה אקמח והקשה דא"כ היכא דייק הש"ס דב"ש ס"ל שינוי במקומו עומד והא שאני אתנן דעיקר דעתא אקמח וע"ז רצה לומר דניהו דדעתא אקמח מכל מקום כל דהוה שינוי שוב הוה כבא עליה ואח"כ נתן לה אתנן דלא הוה אתנן כדאמר בע"ז דף ס"ג ולא נהירא דשם נתן לה אח"כ וכאן כל דדעתיה אקמח א"כ הוה כנותן לה מתחלה קמח. אך באמת הדבר פשוט דבאמת חטים אינן ראויים חיים ועיקרן לקמח א"כ דעתה מתחלה לעשות קמח ומאיס אבל מכל מקום אם שינוי אינו במקומו הוה שינוי דמכל מקום הוא נתן חטים והוא עשתה קמח ואטו אם אחד יגזול חטים ועשה קמח אף דעקרו של חטים לקמח מכל מקום מקרי שינוי וזה ברור ופשוט:

סימן לג

א לכבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' לייביש נ"י.

ב בסוגיא דעירובין דף ל"ו בפירות ספק נתקנו מבעוד יום מכתבו הטהור הגיעני שמחתי בשמעי משלומם כן ירבה וכן יפרוץ ותרב שמחתי אשר כבדתני בנועם דבריך וז"ל ארשום דבר קטן אשר הוקשה בדף ל"ו שם איתא בפירות ספק נתקנו מבעוד יום ספק משחשיכה הרי זה עירוב וקשה לי לפמ"ש התוס' לעיל דף ל"א דלרבנן הא דבטבל אינו עירוב היינו בשני סעודות מצומצמות דאל"כ הא חזי לתקנו ע"ש ולפ"ז הכא אפילו נתקנו משחשיכה מכל מקום עכ"פ היה בבה"ש יותר משתי סעודות מצומצמות וממנ"פ הוה עירוב וא"ל דליכא ב' סעודות מצומצמות דא"כ אפילו נתקנו מבעוד יום אין עירוב אין מפרשין לחכם עכ"ל הזהב. והנה מ"ש בשם התוס' דלרבנן מיירי בשתי סעודות מצומצמות דאל"כ הא חזי לתקנו הנה לא כן אבי לא כך מוזכר בתוס' לפענ"ד התוס' הקשו בדף ל"א ד"ה דמאי לסומכוס הא חזי לי' דמצי לאפרושי מיניה וביה אפילו לרבנן דרבי דספק חשיכה מעשרין הדמאי וע"ז תירצו דמשמע המשנה אפילו ליכא שתי סעודות ע"ש אבל לרבנן דסומכוס בלא"ה ל"ק דרבא ס"ל דדמאי חזי לעירוב הואיל וחזי

לעניים וגם התירוץ של התוס' לא יועיל לרבנן ועיין בתוס' דף ל"ו שם ד"ה ספק ואף לרש"י בחדא לישנא היינו דוקא לשנויא דספק נדמעו אבל בהס"ד ודאי דקאי לרבנן וא"כ שוב אף בב"ס מצומצמות סגי דעכ"פ יכול לתרום ומכל מקום חזי לעירוב דלא גרע מתרומה ולהתירוץ דספק נדמעו ונפל תרומה יכול להיות דמיירי יותר משתי סעודות רק דנדמעו תרומה ותרומה לא חזי לסומכוס וז"ב. אמנם לחיבת פה קודש אמרתי דאולי גם לרבנן אין מערבין בשתי סעודות מצומצמות דע"כ לא מערבי בתרומה רק אם יש כשיעור עירוב בתרומה אמרינן דאף דלא חזי לישראל חזי לכהן והוה סעודה הראויה אבל בב' סעודות מצומצמות וכל שמפרישין התרומה לא יהיה שיעור שתי סעודות לא לישראל ולא לכהן וא"כ לא חזי כלל ואף לרבנן אינו מועיל וא"כ הדרא קושייתך לדוכתא. אמנם בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דיש ליישב דבאמת בהא דהקשו התוס' דדמאי חזי לסומכוס דיכול להפריש דבבה"ש יכול להפריש דמאי הדבר צריך ביאור דבאמת מה חילוק יש בין דמאי לודאי ורש"י פירש בשבת דף דלכך מעשרין את הדמאי דרוב ע"ה מעשרין הם ואין כאן מתקן משא"כ בודאי ס"ל דאף בה"ש גזרו על שבות ולפ"ז זהו דוקא בדמאי דרוב ע"ה מעשרים הם אבל בפירות שלא נתקנו לגמרי אף אם נימא דפירות אינו רק דרבנן מכל מקום חשוב תיקון כמו דחשוב תיקון טבילת כלים בטומאה דרבנן וה"ה פירות דעכ"פ רוב מעשרין לא שייך בזה ואף לשיטת ה"ה כל דלא יכול להשתמש בהפירות זולת עשור שוב הוה כמו כלים חדשים דל"מ טבילה ומקרי מתקן וה"ה בזה ואף בפירות שלא נגמרו למעשר ויכול לאכול עראי בלא מעשר והו"ל כמו טבילת כלים דחזי לחולין כמ"ש ה"ה מכל מקום הא שבת קובע למעשר ואף בספק חשיכ' קובע כמבואר בפסחים דף ק"ה ע"ש וא"כ לק"מ. ובאמת היה מקום לומר לפמ"ש הרע"ב דאף דלא גזרו על שבות בה"ש אבל שני שבותים גזרו א"כ כיון דבטבל יש שני שבותים משום מתקן ומשום גזירה שמא יכתוב דדמי למקח וממכר ולפ"ז זה ההבדל שבין ודאי לדמאי דודאי דצריך לתנו לכהן וא"כ הוה שני שבותים אבל דמאי דא"צ לתנו לכהן א"כ לא דמי למקח וממכר ושפיר לא הוה רק שבות אחד ולפ"ז בפירות שלא נתקנו אף דאינו רק דרבנן מכל מקום הוה שני שבותין אך נראה כיון דספק הוה שמא נתקנו מבעוד יום שמא לא נתקנו א"כ לענין לתתן לכהן שוב הוה ספק והמע"ה ול"צ לתנו לכהן ושוב הוה שבות אחד בלבד ויקש' דהא חזי להפרי' בבה"ש. אמנם בלא"ה בגוף הדבר יש לפקפק דדברי רש"י נכונים דהרי אא"ז השער אפרים בחלק או"ח הביא בשם זקני הגאון רבינו העשיל זצלה"ה דבר נחמד לחלק דע"כ גזרו על שני שבותין בה"ש רק היכא דבאו כאחד השני שבותים אבל בשבותין שבאו זאח"ז א"כ כל אחד בפ"ע נדחה בה"ש א"כ לפ"ז גם במעשר בשבת הא

השבות דמקח וממכר הוא בשעה שנותנו לכהן וא"כ לא בא בב"א דשבות דתקון הוא תיכף בהפרש' וא"כ לא באו בב"א ולכך הוצרך רש"י לפ' דאתי כמ"ד דגזרו על שבות בהשמ"ש וגם בדמאי אף דלא שייך המקח וממכר דא"צ ליתן אבל אכתי קשה הא עכ"פ תרומת מעשר צריך ליתן וא"כ הוה ג"כ שני שבותים וא"כ אין מקום לזה וא"כ עדיין קשה בזה.

ג ולכאור' רציתי לומר דבאמת צריך להבין איך שייך שתי סעודות מצומצמות והא א"א לצמצם ולר"י גם בידי אדם א"א לצמצם וא"כ דלמא יש יותר וצ"ל כמ"ש הר"ש ממנבול הובא בתוס' חולין דף כ"ח ובעירובין דף וא"ו ובכמה מקומות דכל דיש צדרים לחיוב לא שייך אפשר לצמצם לפ"ז שפיר כתבו התוס' דכאן יש שני צדדים ספק שמא פחות משתי סעודות הם וספק שמא שווים וזה לחיוב דלא חזי להפרי' ורק צד אחד שמא יותר ובזה שייך א"א לצמצם ולפ"ז בספק שמא נתקנו מבעוד יום דיש עוד צד להקל שפיר מצרפינן לספק שמא יותר ולא שייך א"א לצמצם ודו"ק היטב. ועוד יש מקום ליישב ע"פ דברי התוס' בגיטין דף ל"א דיוכל ליתן עיניו בצד זה ולאכול במקום אחר ובשעה"מ פ"א מתרומות האריך בזה וכבר הארכתי בזה במקום אחר ולא עת האסף פה ודוק שוב עיינתי בזה וראיתי דמ"ש למעל' לחלק בין אם השני שבותין באו כאחת או לא באו כאחת זה לא מתורת אא"ז הגאון מוהר"ר העשיל ז"ל כ"א הגאון בעל אהעו"ז בחידושיו לעירובין דף ל"ג שם נמצא חילוק הלז אבל זקני הגאון בעל שער אפרים סי' כ"ז הביא בשם זקני הגאון מוה' העשיל זלה"ה חילוק אחר בין אם השבותין באו בעת שמתחיל המצו' אז נדחו אפילו שתיהן גם יחד אבל אם השבות בא בעת שלא התחיל המצו' אז לא יוכל לדחות ע"ש ולפ"ז הנה מקום אתי לחלק בין שבות דטבל לדמאי דהנה כבר נודע דבטבל יש עוד טעם שאסור לעשר מלבד השני שבותין האלו משום דאסור בטלטול כמבואר ביבמות דף צ"ג וביומא דף פ"ג ועיין בכפת תמרים שם ביומא שהאריך בזה וגם אני הארכתי לבאר זאת במק"א ולפ"ז כיון דהשבות דטלטול בטבל מתחיל קודם שמתחיל לעשר דהא מוכרח עכ"פ לטלטל ובזה שוב כל שיש כאן אח"כ עוד שני שבותים תיקון ומקח וממכר פשיטא דלא דחי אבל דמאי דמבואר בשבת דף קכ"ז דמותר לטלטל וליכא שבות רק בעת שמתחיל לעשר ואז הוה מצוה ולא שייך שבות אף שני שבותין לא אכפת לן ולפ"ז היה מקום ליישב גם דברי התוס' דלכך לא הקשו רק גבי דמאי דיכול לעשר בה"ש וכמ"ש. אמנם אחר העיון דברי התוס' א"א לישב בזה דכל הטעם דדמאי מותר לטלטל מבואר בשבת שם מיגו דאי בעי מפקיר נכסי' והוה עני וחזי ליה ולפ"ז בהס"ד של תוס' דקאי על הס"ד דהש"ס דדמאי לא חזי כלל רק משום

דחזי לעשר ולפ"ז כיון דלא ידענו מהך דאי בעי מפקיר נכסי' שוב הוה אסור בטלטול ולא חזי ומיהו לפמ"ש תוס' שם דהו"מ לומר מיגו דחזי לכהן מצי לטלטל א"כ שוב דמאי חזי לי' דניהו דסומכוס ס"ל דלא אמרינן מגו דחזי לכהן היינו לענין עירוב דבעי סעודה הראוי' לו משא"כ לענין טלטול דכל דחזי לאיזה אדם שוב ל"ש מוקצה ועיין בתוס' שם ובאו"ח סי' ש"ח ודו"ק היטב:

ד והנה דרך אגב אומר במה דשאל אותי הרב החריף ושנון מוה' יצחק שמעלקיש ני' בהא דאמרו ספק מבעוד יום נדמעו וספק משחשיכה וע"ז הקשה דלפמ"ש הר"ש וגם התוס' ביבמות דף פ"ב ועיין מג"ש שם דבשתי קופות לא שייך חזקת איסור כיון דהאיסור בפ"ע וההיתר בפ"ע וכשם דיש לההיתר חזקת היתר כמו כן יש להאיסור חזקת איסור ע"ש אבל בקופה אחת לא שייך חזקת היתר דהא נתערב היתר באיסור ע"ש בר"ש פ"ז דתרומות ולפ"ז כאן לא שייך לאוקמא בחזקת היתר כל שנדמע ולמה לי דוקא שספק שמא נדמע ביום אפילו לא נדמע רק משחשכה לא שייך חזקת היתר. והשבתי בזה דבאמת לשון נדמעו משמע שנתערב עכ"פ ברוב וא"כ ל"מ לפמ"ש רש"י בפירו' השני דמיירי בטבל וטבל הו"ל דבר שיש לו מתירין ולכך לא בטל אלא אף בתרומה דלא הוה דבר שיש לו מתירין דאינו מצוה לאתשולי מכל מקום בערוב הו"ל דבר שיל"מ ולכך ל"מ ביטול. ולפ"ז נראה לפענ"ד דלא שייך בזה לומר דכל שנדמע לא שייך חזקת היתר דזה אינו דהא באמת בטל ברוב ורק דהו"ל דבר שיל"מ ולפ"ז כל ענין דבר שיל"מ הוא משום דכל שעומד להיות מותר מקרי מב"מ ולא בטל כמ"ש הר"ן וא"כ עכ"פ חזקת היתר ודאי דשייך בזה דלא שייך לומר שגם התרומ' יש לה חזקת איסור דז"א דממנ"פ שוב יבטל ברוב וע"כ משום דסופה להיות מותר אתינן עלה ושוב לא שייך חזקת איסור עכ"פ והבן בדברים כי זו סברא חדשה ונכונה דבדבר שיל"מ בודאי שייך חזקת היתר ודו"ק:

ה והנה לכאורה יש לומר דאף בודאי מעשרין בה"ש דהרי מעשר בזמן הזה אינו רק מדרבנן וא"כ הא קי"ל דנטמא בולד הטומאה דאינו רק דרבנן מותר לטבול ביו"ט משום דלא מקרי מתקן א"כ ה"ה בזה דהא אינו רק דרבנן וצריך לומר דהא דמבואר בשבת דף ל"ד דאין מעשרין ודאי הוא אתיא כמאן דס"ל מעשר דאורייתא וכמה משניות צריך לאוקמא כן: ובזה יש ליישב הא דכתב הטור או"ח סי' שמ"ב דאם היה טרוד והוצרך לעשר פירות והקשה הב"י דממנ"פ אם מיירי בדמאי למה הוצרך להיות טרוד ואם מיירי שם בודאי הא ל"מ הטירדא ולפמ"ש יש לומר דלפי מה דקיי"ל דכל המעשר בזמן הזה אינו רק מדרבנן א"כ שוב לא אכפת לן והא דצריך להיות טרוד הוא משום דהה"מ כתב דדוקא בנטמא בולד הטומאה דעכ"פ חזי לחולין אבל בכלים הנקחים מיד הגוי דאסור

לחולין ג"כ אסור אף שאינו רק מדרבנן ולכך הוצרך להיות טרוד ונחפז כנלפע"ד. איברא דאכתי צריך ביאור דלפי מה שנראה מדברי הרמב"ם יש שני שבותים במעשר בשבת משום מתקן ומשום מו"מ א"כ לענין מו"מ מה נ"מ בין דרבנן לדאורייתא סוף סוף שייך גזירה דרבנן אמנם נראה דלפמ"ש הצל"ח בביצה דף י"ב ע"ב דלא שייך משום מו"מ רק בנתנו לכהן אבל במה שמפרישו להתירו לאכילה לא שייך משום מו"מ רק משום מתקן א"כ כאן שאינו מוסרו לכהן רק שמעשרו להתירו לאכילה א"כ לא שייך משום מתקן ולפ"ז חלה בזמן הזה שנשרפת ולא ניתן לכהן שוב היה מותר דאינו רק דרבנן ואין בו משום תיקון אם הוא טרוד ונחפז וגם אין בו משום מו"מ והמ"א כתב בסי' רס"א ס"ק ב' דאסור מיהו כיון דמותר לאכול ואח"כ מפריש א"כ אין צורך להפריש ושוב א"צ לתקן בחנם וע"ז רמז המ"א שם במ"ש לעיין סי' תק"ו ולפ"ז מה שהאריך המג"א בע"פ שחל בשבת ושכח להפריש מהחמץ חלה איך יעשה דאסור להניח החמץ וצריך לשרפו ולפמ"ש אדרבא כיון דאין רשאי להניח שוב לא שייך שום תיקון וגם לא משום מו"מ דהא חלת חו"ל נשרפת והנה במ"ש דלא שייך תיקון כיון דאינו רק מדרבנן הו"ל כטבילת כלים טמאים מדרבנן באמת בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' למ"ד האריך דגם טבילת כלים טמאים דרבנן אסור בשבת ע"ש ודחה דברי הט"ז ע"ש באורך אמנם בח"ב סי' צ"ז מצאתי שכתב בהדיא דכיון שאינו רק מדרבנן מותר והשיג על המג"א סי' תק"ו לענין ע"פ שחל בשבת אבל לא הרגיש דיש עוד טעם משום מו"מ ע"ש אמנם באמת יש עור טעם לאסור לעשר בשבת דאסור בטלטול כל דעדיין טבל ועיין יבמות דף צ"ג דאמרו טלטול בעלמא הוא ובשלמא בחלת ח"ל כיון דאוכל והולך ואח"כ מפריש לא שייך איסור טלטול אבל בטבל שייך איסור מוקצה ועיין יומא דף פ"ז גבי טבל דרבנן ע"ש ובחידושי מהרמב"ח שם בס' תוס' יוה"כ אמנם נראה דרש"י פירש בשבת דף ל"ד עישרתם פירות האילן לסעודת שבת שאף סעודת עראי קובעת למעשר ולפ"ז יש לומר דהך דאין מעשרין ודאי מיירי ג"כ בכה"ג ולפ"ז כיון דסעודת שבת אינה קובעת רק משחשיכה ועיין פסחים דף ק"ה ובתשובה הארכתי בזה וא"כ עד שם לא אסור בטלטול ולכך בספק חשיכה מותר לעשר דעדיין לא אתקצי כלל ודו"ק היטב כי הוא נעים ונחמד:

1 והנה בשנת תרי"ד בלמדי מס' עירובין והגעתי ביום ג' וארא לדף הנ"ל בהא דאבעיא ר"ש בר"י מר"ה הי' לפניו שתי ככרות אחת טהורה ואחת טמאה ואמר ערבו לי בטהורה בכ"מ שהוא מהו תבעי לר"מ תבעי לר"י וכו' וקשה לי טובא דל"מ לשיטת הרשב"א דהא דספק עירוב כשר הוא דוקא משום שהי' חזקת כושר וכן הוקבע בש"ע או"ח סי' שצ"ד וסי' ת"ט ועיין במג"א שם ושם וא"כ כאן שהיה שתי ככרות הו"ל אקבע איסורא ובודאי

אין מועיל עירוב דהרי חייב אשם תלוי בזה ואפילו לשיטת הרמב"ם דלא בעי לענין עירוב חזקת כשרות רק שלא יהיה חזקה להיפך כמ"ש הה"מ פ"ו מעירובין הי"ג אכתי קשה דהא באקבע איסורא כ"ע מודו ואולי מזה ראיה להרמב"ם הנ"ל דעיקר האיסור הוא משום דבעי סעודה הראוי למבעו"י וזהו באמת מה דהשיב לו ר"ה בעינא סעודה הראויה מבעו"י וליכא אבל לשיטת הרשב"א קשה שוב התבוננתי בדברי הה"מ שם בהי"ג במ"ש ראיה להרמב"ם דלא כרשב"א דעיקר תלוי אי הוה סעודה הראויה מבע"י כתב הה"מ ויעיד ע"ז שטעם ספק טהורה ספק טמאה שאינו עירוב הוא משום סעודה הראויה מ"ש היו לפניו שתי ככרות ויתבאר בסמוך כיון להלכה ט"ו שם הנה בקיצור לשונו הזהב אולי כיון לראיה זו שכתבתי ועכ"פ לשיטת הרשב"א הוא תימה גדולה: ואף אם נימא כמ"ש הפר"ח בסימן קי"א ס"ק ג' דבעינן שלא יהיו ניכרות בתחלה ועיין שעה"מ בהלכות מקוואות כלל ב' הא כאן אינן ניכרות קודם שעירב בו דהרי אמר ערבו לי בכ"מ שהיא טהורה א"כ הוה אקבע איסורא ולמה יהיה עירובו עירוב וצע"ג. ומצאתי בשעה"מ בהלכות מקוואות כלל א' שהקשה על התוס' ד"ה אבל שכתבו שהיה ב' צבורין לפניו והקשה הא אקבע איסורא ואתחזק איסורא מקרי וכתב דמזה ראיה להש"ך דבניכרין זה בפני עצמו וזה בפני עצמו לא שייך אקבע איסורא והיא תימה גדולה דמה יענה כאן דנתערב קודם ולא ניכר ואפ"ה מבעיא ליה לר"י וצע"ג:

ז ובאמת שגם להרמב"ם קשה דהא כיון דאקבע איסורא ואתחזיק האיסור אף הרמב"ם מודה דכל דאתחזיק איסור ודאי אסור וע"כ לא אמר הרמב"ם רק בלא אתחזיק לא היתר ולא איסור אבל כאן הוה כאתחזיק איסור והיא תימה גדולה והרבה נתקשיתי בה. אמנם מה שנראה לפענ"ד בדרך הפילפול הוא דהנה כבר נודע מה שהקשה הרב החכם השואל בשו"ת הרשב"א ח"א סי' ער"ב דהיאך משכחת אשם תלוי אם נימא דאי אפשר לצמצם וכל שהחתיכה אחת גדולה מחברתה דלמא של איסור קטנה ונתבטלה בחתיכת היתר הגדולה ממנה והנה מה שתירץ בזה הרשב"א דשמא הגדולה היא של איסור הוא תימה כמ"ש בפרמ"ג בפתיחה לשער התערובות וכבר הכינותי בזה קונטרס מיוחד. וכעת נראה בפשיטות דהרי ר"ז אמר הטעם משום דאפשר לברר איסורו ולכך בעי שתי חתיכות ור"נ ס"ל דאקבע איסורא ואמרו הנ"מ באם אכל הנכרי חד מתחלה וכעת א"א לברר האיסור ומ"מ חייב לר"נ דאקבע איסור בתחלה ולפ"ז עכ"פ כיון שהיה אפשר לברר איסורו בתחלתו בעת שאקבע האיסור א"כ ל"ש ביטול דכל דאפשר להכיר האיסור לא שייך ביטול א"כ שוב חייב אשם תלוי אף דכעת א"א להכיר איסורו מכל מקום הרי אקבע איסורו וז"ב מאד. וכעת אף דכבר נאכל ואי אפשר להכיר האיסור הא

עיקר חיובו מפני שנקבע איסור ואז הי' אפשר לברר איסורו ולפ"ז זהו במקום דאפשר לברר איסורו אבל כאן הא בשתי חתיכות שזה טמא וזה טהור זה אי אפשר לברר בשום אופן אף כשהם לפנינו והרי אמרו בהדיא תבעי לר"י ע"כ לא קאמר ר"י אלא התם דאם היא טהורה וטהורה ידע אבל הכא הא לא ידע לה וא"כ אי אפשר להכיר בשום פנים וגם מצד הסברא בשלמא בין חלב לשומן יוכל המבין להכיר איזה של שומן ואיזה של חלב אבל איזה תרומה טהורה ואיזה נטמא זה א"א להכיר בשום פנים וא"כ שוב בטל ברוב ולא שייך כאן אקבע איסורא כנלפענ"ד. ובזה מיושב גם דברי התוס' דמשכחת לה בכה"ג דהשתי צבורין אחת עכ"פ גדולה מחברתה ודו"ק היטב: עוד נראה לי דבר חדש דהנה לכאורה צריך ביאור הא דספק נטמא מבע"י ספק בלילה אמאי לא נימא דהוה ספק טומאה ברה"ר היכא דמנח העירוב ברה"ר ויהיה טהור ככל ספק טומאה. אך כבר הורינו התוס' ריש נדה דספק טומאה דטהור ברה"ר הוא רק ספק מגע ולא ספק ראייה וכבר הארכתי בזה בחידושיי למס' נדה בשם אבי מורי הרב הגאון נ"י דכל הטעם של רשב"ג דנשאלין ליחיד ולא נשאלין לרבים וזה בספק טומאה דמגע דעל כל אחד הספק אבל אם הספק אם ראתה וכל שראתה אין הספק באחרים א"כ לא הוה רק ספק ליחיד אם ראתה או לא וה"ה כאן הספק אם נטמא הככר וכל שנטמא כל מי שאכל ממנו עבר ואכל תרומה טמאה ולכך טמא אף ברה"ר ולפ"ז כשיש שתי ככרות א"כ ניהו דאקבע איסורא הא באמת כל קבוע כמחצה על מחצה והו"ל ספק טומאה ברה"ר וכ"כ התוס' בהדיא במנחות דף כ"ב גבי שחוטה בטלה בנבלה ע"ש וא"כ מה שייך קביעות איסור בזה הא הו"ל ספק טומאה ברה"ר (וכ"כ התוס' בהדיא במנחות) כיון דיש ספק על כל מי שאכל שמא אכל מן הטהורה ולא עבר כלל וא"כ הו"ל ספק טומאה ברה"ר וטהור ולכך אמר דעכ"פ סעודה הראוי מבע"י לא הוה דאסור מספק לאכלה ודו"ק היטב כי הוא חריף:

ח עוד נראה לי אך טרם יהיה כל שיח אבאר מ"ש הש"ך ביו"ד סי' ק"י בדיני ס"ס ס"ק כ' דספק דרבנן באתחזיק איסורא לחומרא כדאמרו בעירובין דף ל"ה ודף ל"ו ואף דאיכא התם חד שנויא דדוקא גבי טומאה שיש לו עיקר בדאורייתא אמרינן הכי מכל מקום יש שנויא אחרינא דר"י מחמיר אפילו באיסורא דרבנן שאין לו עיקר בתורה וקיי"ל כר"י והנה מ"ש דקי"ל כר"י תמהו עליו הפר"ח והמלמ"ל דהרמב"ם פסק כר"מ וכבר הארכתי בזה בחידושי להלכות מקוואות אך כעת אני תמה דאנה מצא הש"ך דר"י מחמיר בדרבנן אף שאין לו עיקר בתורה דהנה יש שלשה תירוצים במה דמקשה דר"י אדר"י והנה התירוץ הא' דתחומין דרבנן וזה כתב הרשב"א בתשובה דמזה מבואר דבדרבנן להקל

אף דאתחזיק והתירוץ השני דמשום ר' אבטולמוס העיד דספק עירוב כשר והא לדידי' א"כ יש לומר דתחומין מה"ת ואין ראיה ואף דר"י מחמיר אפילו בטומאה דרבנן היינו משום דיש לו עיקר בדאורייתא ומזה לא נאיד רק ממה דמשני לעיל דסבר ר"י תחומין דרבנן נאיד מזה וס"ל דבאמת תחומין דאורייתא ואף דזה דוחק לאוקמא דר"י ס"ל תחומין דאורייתא אבל אינו מוכרח וי"ל כיון דעכ"פ י"ב מיל הם מה"ת כמ"ש בירושלמי א"כ שוב תחומין ג"כ יש לו עיקר בתורה ועיין רמב"ן במלחמות סוף פ"ק ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ב' ולכך מוכרח לומר הא דידי' הא דרבי' והיינו בדבר שיש לו עיקר בתורה אבל בדרבנן גרידא אזלינן לקולא. אמנם גם אם נימא דלהתירוץ הנז' ס"ל לר"י להחמיר אף בדרבנן מכל מקום הא יש עוד תירוץ דרבא דשאני טומאה דהעמד טומאה על חזקתו א"כ יש לומר דרבא ג"כ ס"ל דטומאה יש לו עיקר בתורה רק מה דק"ל בשבת ג"כ תורה ע"ז משני דבתחומין יש חזקת ביתו וחזקת תרומה נגדו ולכך ספיקא דרבנן לקולא כמ"ש רש"י ולא אכחד קושט דברי אמת דמכל מקום פשטת הלשון משמע דס"ל לר"י דבספק דרבנן אזלינן לחומרא כל דאתחזיק כאן טמא. אמנם זה נראה לפענ"ד דזה דוקא בדבר שאתחזיק כבר באיסור אבל במה דאבעיא לן בשתי ככרות א"כ זה ודאי דנגד חזקת הבית יש כאן חזקת עירוב בודאי דכמו דאיקבע איסור כן אקבע ההיתר והרי יש כאן אחת ודאי של היתר וכמו דאבעיא ליה אף לר"מ דעכ"פ אחת טהורה וא"כ אף דבכ"מ שייך לומר אקבע איסורא מכל מקום באיסור דרבנן הו"ל ספיקו להקל וא"ל דאקבע איסורא דהרי כמו כן אקבע היתר והו"ל ספק דרבנן ולקולא כנלפענ"ד ברור כשמש דאקבע איסור אינו עושה רק ספק ובשל תורה הו"ל ספק השקול ובכה"ג ספק מה"ת לחומרא אף לשיטת הרמב"ם משום דמאלים כח הספק והוה ספק איסור שיש לפנינו איסור ברור ואף שגם היתר יש לפנינו אבל זהו הספק אם אכל האיסור או היתר ובכה"ג שאקבע לפנינו אלים הספק מאד וגם מה"ת אסור ובדרבנן ג"כ אינו רק ספק וחזקת ביתו כבר עקר שהרי אתרע לה ע"י שיש כאן היתר לפנינו ואקבע ההיתר ואף דגם איסור נקבע נעשה ספק וספק בדרבנן להקל כנלפענ"ד דבר חדש והנה הה"מ כתב בפ"ו מעירובין הי"ג דלכך ספק תרומה טמאה אינו עירוב אף דלא בעי חזקת הכושר להרמב"ם הוא משום דבעינן סעודה הראויה מבעוד יום ואדרבא פשיטא לן דאסורה לאכל ואף שאסורה מחמת ספק מכל מקום לגבי אכילה חזר הספק כודאי ולא נודע סברתו בזה.

ט ולפענ"ד נראה בזה דהנה גוף סברת ר' יוסי דאמר ספק עירוב להקל הוא כמ"ש רש"י דנגד חזקת ביתו יש חזקת עירוב וספיקא להקל ולפענ"ד הסברא דהנה ר"מ ס"ל דהוה

חמר גמל ואבד חזקת ביתו וחזקת עירובו ולפ"ז יש לומר דזה סברת ר' יוסי דאף דנימא דנחמיר בעירוב דיש לו עיקר מן התורה וכדומה מכל מקום כיון דלענין חזקת ביתו הוה ספק מעליא להחמיר שיאבד עכ"פ חזקת ביתו וכיון דמשוית לי' ספק גמור לענין שיאבד חזקת ביתו ואתה אומר דודאי אבד חזקת ביתו משום דהוא כשר ולא נטמא עד שהחשיך ולחומרא ודאי משוה לי' לספק וא"כ שוב מקילינן ג"כ דיהיה לו חזקת עירוב ג"כ דאל"כ יהיו מילי דרבנן כחוכא ואטלולא וכעין דאמרו סוף הדבר דלא נשוי דברי רבנן כחוכא ואטלולא ולפ"ז יפה כתב הה"מ דשם דהוה ספק אם נטמאו או לא וא"כ אם נטמאו אף מבעוד יום לא היו ראוי וא"כ שוב מחמרינן בספק עירוב דא"ל כיון דעכ"פ חזקת ביתו אבד דזה אינו כיון דהספק היה נולד מבע"י וא"כ לגבי חזקת ביתו ודאי לא הוה ספק דבודאי לא מחית נפשיה לספיקא ולא אבד חזקת הבית בודאי ולסמוך על עירובו דהא יש ספק שמא אינו ראוי לו ואנן מקום פיתא בעינן וא"כ שוב אם לגבי חזקת ביתו לא מקרי ספק מכ"ש דלא מקשינן שיהיה לו חזקת עירובו וז"ש דלגבי אכילה ספקו חזר להיות כודאי והיינו כיון דעכ"פ אסור לו לאכול ולגבי אכילה ודאי לא עקר חזקת ביתו: עוד נראה לי דסברת הה"מ הוא דהנה גוף איסור אכילה הוא ספק תורה וא"כ לגבי אכילה שוב הוה ספק תורה ואסור לו לאכול א"כ שוב לא שייך ספק דרבנן להקל דהא עיקר העירוב מה דראוי לאכילה והרי לגבי אכילה הוא ספק תורה ואסור ולא סמך על מקום פיתא. איברא דלפ"ז צריך ביאור מה פריך הש"ס לר"מ מספק טומאה והוצרך לומר דר"מ ס"ל תחומין דאורייתא או בתרי כתי עדים ולמה לא משני דכאן ניהו דתחומין דרבנן מכל מקום הספק אי הוה ערוב כשר הוה ספק תורה ולגבי אכילה הוה לי' ספק תורה וכמ"ש בסברת הה"מ וא"ל דהקושיא היא מנתגלגל חוץ לתחום וכדומה דזה אינו במשמע דהקושיא היא על טומאה והיא קושי' נפלאה. אך ז"א דבמשנה דהספק אם נטמא מבעוד יום או לא א"כ אתחזק היתר וא"כ גם לענין איסור היה ראוי בין השמשות לאכל דשמא כבר לילה היא והי' ראוי בין השמשות לאכול א"כ שוב לא הי' נעשה ודאי בזמן שראוי לקנות העירוב ודו"ק. ובזה מיושב גם מה דמשני תחומין דרבנן לר"י וקשה אכתי ספק טומאה מבע"י מה מועיל ולפמ"ש אתי שפיר דהיה לו חזקת היתר. ובזה מיושב היטב קושית הכרו"פ סי' ק"י בכללי הספיקות דאם נימא דר"י ס"ל דבדרבנן ספיקו להקל אף דאתחזיק א"כ מה פריך הש"ס פירות נמי העמד טבל על חזקתו ואימר לא נתקן הא סוף סוף דרבנן הוא אף דאתחזיק ולפמ"ש אתי שפיר דאי אפשר לומר כאן דספיקא דרבנן להקל דהא לגוף האכילה הו"ל ספק תורה. ובזה הן נסתר מחמתו ראיית הש"ך דבאמת לענין עירוב אין כאן ספק דרבנן דהספק

הוא בדאורייתא גבי טומאה רק דנגד חזקת ביתו יש חזקת עירוב ולכך ספק דרבנן להקל וכמ"ש. ובזה מיושב גם קושיתי הנ"ל דבאמת יש לומר דבדרבנן אף באתחזיק אזלינן לקולא ורק דבעירוב לא שייך זאת משום דבעי סעודה הראויה וא"כ להס"ד דלא ידענו זאת באמת ל"מ מה שנקבע איסור דסוף סוף ספיקא דרבנן להקל וכמ"ש ודו"ק היטב כי הדברים חריפים ועמוקים ת"ל: והנה בהא דאמרו עירובין דף למ"ד תרומה נמי אפשר דמתשיל עלה והקשו התוס' שם דנוקמא בתרומה ביד כהן דל"מ למתשל עלה ולכאורה אם נימא דמה שא"י לשאול היא משום תורת ספק שמא אין חרטתו אמת כמ"ש הנוב"י מהד"ק א"כ ספק ע"ת קנו כדאמר רבא בשבת דף ל"ד ושיטת רש"י הוא דמיירי בע"ת וספיקו להקל וא"כ שוב יכול לצאת ידי עירוב אף בתרומה ביד כהן דהא באמת מצי למתשל ואף דהוה ספק הא הוה ספק עירוב ואף דהתוס' חלקו שם על רש"י וכתבו דבע"ת חמור ולא קנה מספק מכל מקום קשה דבאמת זהו אם רוצה לקחתו מיד הכהן אמרינן דמספק א"י להוציא אבל כאן לערב בו אם אין חרטתו באמת א"י לצאת בו וא"כ חזקה שבודאי שהיה לו חרטה אמתית ושפיר מועיל השאלה וחזי ליה וצ"ע: ודרך אגב ארשום מה ששאל אותי אחד מהתלמידים במה דאמרו בחולין דף ד' וכי מקילינן בדרבנן והיינו משום שספק דרבנן לקולא והרי לפמ"ש המלמ"ל פ"ד מבכורות כל שלא נעשה מעשה כלל לא שייך ספק דרבנן לקולא והשבתי אמת כי דברי המלמ"ל בעצמם תמוהים מכמה מקומות ועיין מ"ש השעה"מ בהלכות מקוואות כלל א' אמנם מכאן ל"ק דיש לומר במקום דיציל עצמו מאיסור ודאי שייך לומר דמן הסתם רצה לעשות בהיתר והחליף כדי להנצל מאיסור דרבנן ודו"ק היטב:

י והנה יום ג' וישלח כת"ר לפ"ק הקשה אותי החריף מו"ה יצחק היילפרין ני' מקאזליב במ"ש רש"י בעירובין דף ל"ו ספק טמאה ספק טהורה דקודם שהניחה שם נולד הספק ולא היה שם חזקת כשרות מעולם וכוונתו דאל"כ גם בזה יש לה חזקת טהרה להתרומה והתוס' פירשו בשני צבורין דליכא חזקה כלל והיינו דאל"כ יש לה חזקת טהרה וע"ז הקשה לפמ"ש במקור חיים סי' תס"ז ס"ק י"א דחזקה דמעיקרא ממקום למקום לא מחזקינן ואמרינן דבמקום האחר לא מועיל החזקה א"כ כשהניח עירוב שפיר יש לומר דהיה לתרומה חזקת טהרה מקודם ורק כעת בשעה שהניחה במק"א ל"ש החזקה. והשבתי בפשיטות דאין כוונת רש"י לזה רק דק"ל מה הלשון אומר ספק טמאה ספק טהורה והא כיון שהיא ספק טמאה ממילא היא ספק טהורה וכפל לשון למה לי וע"ז כתב רש"י דהכוונ' דספק טמאה היינו שכעת נולד להספק וספק טהורה היינו מקודם דגם מאז לא היה לה חזקת כשרות וא"כ מעולם הוה רק ספק טהורה והתוס' פירשו בשני

צבורין וא"כ הוה ספק טהורה דהיינו מצבור הטהורה או מצבור הטמאה וכן כיוצא בזה דקדק התוס' חדשים במ"ש ספק חשיכה ספק אינה חשיכה ובמק"א כתבתי דכוונתו למ"ש המ"א אי בה"ש דמו"ש רע טפי והיינו ספק חשכה או ספק אינה חשכה להורות דשני בה"ש שווין ועיין בס' יד דוד בעירובין שם:

סימן לד

א בסוגיא דיבמות דף מ"ב בהבחנה ומעוברת ומניקת חבירו. אשר בקשת להודיעך איזה חידושים בזה אמרתי ללקט איזה אורות ולהציגו לפניך אף שלא נתבררו ונתחוורו אציגם כאשר נולדו ערומים ויתיצבו כמו לבוש. הנה זה יצא ראשונה בהא דאמר שמואל משום דאמר קרא להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני מתיב רבא לפיכך גר וגיורת צריכות להמתין ג' חדשים הכא מאי להבחין איכא ומשני הכי נמי איכא להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שלא נזרע בקדושה. וראיתי באבני מלואים שהקשה בסי' י"ג דבר תימה דהא אמרו בכתובות דף י"א גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד ואר"י הגדילו יכולין למחות וא"כ נ"מ טובא איכא אם הגר קטן יוכל למחות משהגדיל דאם נימא דהוא מזרע שנזרע בקדושה א"י למחות כלל משא"כ אם הוא מזרע שנזרע שלא בקדושה יוכל למחות וקושיא גדולה היא ומ"ש בזה לתרץ דבאמת הש"ס ביבמות דף ע"ח אמרו בטעם דעכו"ם שנתגיירה בנה א"צ טבילה אף דעובר לאו ירך אמו הוא מ"מ לא הוה חציצה משום דהוא רביתא ולפ"ז זהו כשעובר לאו ירך אמו וא"כ העובר לא נטבל רק שהיא נטבלה והעובר אגב אמו נטבלה לכך יוכל למחות אבל רבא בעצמו ס"ל דעובר ירך אמו וא"כ שוב לא יוכל למחות כשיגדיל ע"ש ודבריו תמוהין מאד והוא דבר זר לפענ"ד דמה בכך שנטבל מצד עצמו מ"מ לא עדיף מגר קטן שנטבל בעצמו ואפ"ה יכול למחות מכ"ש אם נטבל עד שלא יצא לאויר העולם וע"כ תיובתא חזינא פירוקא לא קא חזינא.

ב ובאמת שקושייתו תמוה מאד. ולכאורה רציתי לומר דע"כ לא אמרו הגדילו יכולין למחות רק בהטבילו אמו לבד לא האב כמו שפירש"י שם ע"ד ב"ד אם הביאתו אמו אבל באמת בש"ע יו"ד סי' רס"ח ס"ז מבואר דאף בגר שהטבילו אביו ואמו מכל מקום יכול למחות וכן מבואר בקדמונים בשיטה מקובצת שם וא"כ קשה טובא. אך נראה דכיון דגר קטן מטבילין אותו ע"ד הב"ד משום דזכות היא לו וא"כ חזינן דכל שהוא זכות לנפש אף דלגוף אין כאן זכות מכל מקום דטבא לי' עבדינן לי' ונוכל להטבילו רק דהגדיל יכול למחות והתורה נתנה לו רשות לבחור בעצמו ולפ"ז כל דל"ש להבחין בין זרע שנזרע בקדושה א"כ כל שיהיה ספק אולי מזרע שנזרע בקדושה בא לא יוכל למחות מספק

דאף דהאדם מוחזק בעצמו כעין מ"ש התוס' דהעבד מוחזק בעצמו היינו כל שאין הספק בגוף התפיסה אבל כל שהספק בגוף התפיסה בעצמו לא שייך האדם מוחזק בעצמו ועיין קצה"ח סי' פ"ח וגם הא עד עת גדולתו הוא בחזקת גר בודאי והרי הוא כישראל רק בעת שהגדיל יכול למחות וא"כ אדרבא הוחזק כישראל לכל דבריו וא"כ כל שהוא ספק אם הוא באמת ישראל גמור או גר פשיטא דמספק הרי הוא כישראל וא"כ למה לנו לעשות תקנה להבחין למה מפסידין אותו ואדרבא בעצם הוא זכות לו ואף שבולמוס תאותו הסיתו למחות אבל כל שספק ישראל הוא למה לנו לעשות טצדקי להפרישו ולכך מוכרח הש"ס לומר דהטעם הוא כדי שנבחין בין זרע שנזרע בקדושה לשלא נזרע בקדושה וא"כ כל שהתורה רצתה או שהוא סמך על המקרא אבל עכ"פ כל שרצו חז"ל שיהיה מיוחס זרע קודש מובדל בעצמו שפיר צריך הבחנה וז"ב כשמש:

ג והנה הרמב"ן הקשה דלמה תפס הש"ס בטעמים על הבחנה ולא אמר בפשיטות משום גזירה דאסור שמא תהיה מעוברת חבירו דאסיר משום דחסא וכדומה ולכאורה דבריו תמוהים דא"כ גר וגיורת מא"ל דלא שייך מעוברת חבירו וכבר תמהו בזה האחרונים ולפמ"ש א"ש דהנה לכאורה צריך ביאור דאכתי קשה מה מקשה מגר וגיורת דהא בהא דמבואר בש"ע סי' רס"ח ס"ו דכותית שנתגיירה והיא מעוברת בנה א"צ טבילה כמ"ש שארי הגאון בעל דגול מרבבה שם דהיינו דוקא אם ידעו הב"ד בשעת טבילה שהיא מעוברת אבל אם לא ידעו הב"ד שהיא מעוברת תלוי באשלי רברבי ע"ש שלא ביאר הדברים ולפ"ז עכ"פ צריך הבחנה למען נדע אם סגי בהטבילה הלז שנטבלה אמו דאם לא ידעו שהיא מעוברת צריך התינוק טבילה שנית בפ"ע וצ"ל דזה דוקא אם עובר לאו ירך אמו וא"כ צריך טבילה בפ"ע רק דחציצה לא מקרי אבל כל שלא ידעו הב"ד לא נתכוונו להטביל הולד לשת קדושת ישראל אבל אם עובר ירך אמו והרי הוא כאבר מאבריה א"כ אותה הטבילו לשם טבילה וסגי גם לולד דכל אבריה נטבלו וז"ב ואף דכתבו התוס' בב"ק ובכמה מקומות דלענין טריפות חיות בפ"ע יש לה וכ"כ הרשב"א היינו אם הוא חי אבל כל שעדן הוא בתוך מעי אמו פשיטא דכאחת מאבריה נחשב וז"ב ולפ"ז רבא לשיטתו דס"ל עובר ירך אמו ושפיר פריך לשיטתו למה צריך גר וגיורת טבילה אבל הרמב"ן שפיר מקשה על שמואל דאפשר דלא ס"ל דעובר ירך אמו א"כ בגר וגיורת בלא"ה צריך טבילה וכמ"ש ודו"ק. אמנם בפשיטות יש לומר דמשום זה לא שייך הבחנה דנוכל להטביל הולד בפ"ע. והן נסתר מחמתו דברי האבני מלואים שנית והנה התוס' ביבמות דף ל"ז הקשה בד"ה רוב דלמה לא תצטרך האשה עוד להמתין שלשה ימים דלמא לא נקלט הזרע עד שלשה ימים וכתבו דכ"כ לא היה משתהא הכרת עובר

של ראשון עד שליש ימיה מן השני ע"ש והקושיא מפורסמת בשם המאה"ג מטרטקיב דתינח כל הנשים יבמה מאי איכא למימר דיבמה הא יש חשש כרת דשמא לא נקלט הזרע והנוב"י הביא קושיא זו ונדחק ואני רבות כתבתי בחידושי וכעת נראה דלכאורה צ"ב הא הרוב הוא שנקלט תיכף ולמה נחוש וצ"ל דהו"ל דשיל"מ דנוכל לבא על הבירור בעוד שלשתו ימים ואף דלפמ"ש הצל"ח לא שייך זאת דיכול לבעול היום ומחר ולא שייך דשיל"מ מכל מקום נוכל לומר דכיון שהוא דשיל"מ במקצת חששו להבחנה ואסרו שישאנה ושוב לא שייך סברת הצל"ח ולפ"ז הא מבואר בסי' ק"ב דכל שיש ספק אם יבא לידי היתר ל"ש דשיל"מ ולפ"ז הא ביבמה ספק שמא באמת היא מעוברת ולא תבא לידי היתר שוב ל"ש דשיל"מ. אמנם יש לומר דגם בשאר נשים כיון דאסרו מעוברת חבירו שוב לא הוה דבשיל"מ דהא כל שיש לחוש שמא תהיה מעוברת שוב אסור לשאנה ולא שייך דשיל"מ שאין היתר בבירור ודו"ק.

ד ובגוף הקושיא היה נראה לפענ"ד דבאמת צריך ביאור הא דל"צ להמתין לאחר חדשי הבחנה עוד שבעת ימים משום חשש חימוד וצ"ל כיון דנקצב הזמן בבירור שוב הו"ל כהי' הזמן מוגבל דלא שייך חימוד חדש כמבואר בסי' קצ"ב ס"ג ועיין בט"ז שם ולפ"ז ביבמה דעוד ספק הוא שמא תהיה מעוברת ותהיה אסורה לו שוב בלא"ה צריך להמתין ולהוחיל עוד שבעת ימים ושוב לא שייך הבחנה ומיהו לפ"ז כיון דאסרו מעוברת חבירו שוב שייך חימוד חדש וזה דבר חדש וצ"ע. והנה בהא דהבאתי למעלה דברי הש"ס דלכך לא הוה מעוברת חציצה משום דהיינו רביתא ולפ"ז צ"ע בהך דנדה דף כ"ו דאמר גבי כריתות שיצא דרך ראשיהן וכו' ופירש"י דאדנפין סנדל נתגיירה וטבלה והדבר יפלא דלמה לא תהיה חציצה וצ"ל דאף שיצא ראשו כל שלא יצא כלו לא הוה חציצה דהכא היינו רביתא ודרך הולד לצאת הראש מקודם ואח"כ הגוף או להיפך דרך מרגלות. אמנם אי קשיא הא קשיא דהרי בהא דנחלקו בש"ס יבמות דף מ"ו אי גר צריך מילה וטבילה ונחלקו הפוסקים אי מועיל טבילה קודם מילה והביא הרמב"ן ראיה מהך דהכא ביבמות דאמרו מעוברת שנתגיירה וטבלה בנה א"צ טבילה והא נטבל קודם שנימול וכתב הריטב"א בחידושיו שם בהא דאמר שהויי מצוה לא משהינן דאין ראיה משם דשם כל שהוא במעי אמו אין דין מילה בו והרי הוא כנקבה דסגי ליה בטבילה וכשנולד מלין אותו כדין ישראל שנולד ולפ"ז בהא דמוקי בנדה שם דיצאו דרך מרגלות הן דולד קדים ונפיק ולפ"ז שם ע"כ מיירי ג"כ דנתגיירה וטבלה ביני לביני קודם שיצא הולד ולפ"ז שם כל שיצא דרך מרגליותי' שוב נוכל למול ושוב מהראוי שמילה קודם לטבילה ואולי יש לומר דכל דלא יצא כל הולד אין עליו חיוב למולו ולא הוה (טבילה קודם) והכי דייק

לשון הריטב"א הנ"ל ועכ"פ זה מבואר דמקרי דרך רביתא אף ביצא ראשו. וראיתי בספר אחד שנסתפק בזה ולא הזכיר כלל הש"ס דיבמות הנ"ל ולא ידעתי מקום לספיקו והדבר מבואר דהוה רביתא וכמ"ש הריטב"א בחידושיו בדף ע"ז שם דאף כלו אינו חוצץ והכי רביתא ואף דעובר לאו ירך אמו וא"כ גם כשיצא הכי רביתא ודו"ק:

ה והנה ענין הבחנה אם יש בו איסור דאורייתא הנה לרבא ודאי דאינו רק חשש דרבנן אבל לשמואל יש לומר דהוא מן התורה או דאינו רק אסמכתא בעלמא ועיין ב"ש סי' י"ג ס"ק א'. והנה לכאורה הי' נראה לי ראיה ברורה דהוא מן התורה דהרי ביבמות דף מ"ח דרשב"א אומר דצריכה להמתין צ' יום משום דכתיב ירח ימים ירח שלשים וימים שלשים ואח"כ שלשים וכתבו הרמב"ם בפ"ח ממלכים וביאר הכ"מ אף דרבינא אקשי עלי' מ"מ פסק כן משום דצריכה להמתין צ' יום משום הבחנה הרי דהבחנה דאורייתא אך נראה דבאמת אין ראיה מזה דיש לומר דגזירת הכתוב הוא רק לדידן דצריכה להמתין משום הבחנה פסק רבינו כן משום פשר אבל לעולם אימא לך דגזירת הכתוב הוא וכמו דנחלקו התנאים ולחד מ"ד צריכה להמתין ק"כ יום וקצת ראי' להיפך מהך דיהודה דבא על תמר וחשבה לזונה והא הוא קיים המצות דשמרו בני יעקב התורה וא"כ היה צריך הבחנה להבחין בין זרע שנזרע בקדושה ואז היו כלם ב"נ וע"כ דאינו רק מדרבנן ואז לא נגזר וכעין זה כתב הט"ז ביו"ד סי' קצ"ב לענין חשש חימוד אך יש לומר כיון דאמרינן דזונה לא שייך החשש דמתהפכת שלא תתעבר ואף דחיישינן שמא לא נתהפכה יפה זה ודאי אינו רק חשש דרבנן ושפיר לא חשש יהודה ע"ז ודו"ק:

ו והנה הרמב"ם בפי"א מגירושין הכ"ה כתב הטעם דלא ישא מעוברת חבירו משום דחסא ותמהו המהרי"ק והכ"מ דהא בש"ס דחי לטעם זה וכבר ענו ואמרו בזה דברים רבים. ולפענ"ד היה נראה דבש"ס אמרו א"ה דידיה נמי ומשני דידי' חס והקשו א"ה דחברי' נמי אלא סתם מעוברת למניקה קיימא דלמא מיעברא ומעכר חלבה וקטלא לי' וס"ל לרבינו דבאמת מ"ש א"ה דחברי' נמי ופירש"י מסתמא אין אדם מתכוין להרוג הנפש ובאמת צריך ביאור דהא ב"נ היא דמצווה על העוברים משא"כ ישראל ועיין סנהדרין דף נ"ג וצ"ל דניהו דאינו נהרג אבל איסורא איכא גם בישראל ולכך בודאי נזהר הישראל מלעשות כן וע"ז משני דבאמת כיון דמעוברת למניקה קיימא ודלמא מיעברא ומעכר חלבה וקטלא לי' והיינו שימות ברעב וא"כ ע"כ לא שייך לומר דיחוס על נפש מישראל אף של חבירו רק היכא שעכ"פ חי' יחי' אח"כ אבל כיון שכל שתתעבר ותעכר חלבה בלא"ה ימות ע"י שלא יהי' לו מה לאכל והוא אינו מחייב למסמס בביצים דאין הבן שלו וא"כ שוב לא יחוס דמוטב שימות בעוד לא חזה שמש ובלי מתכוין ימות משחי'

חיי צער וימות ושוב שייך הטעם דחסה וז"ב ויש להמתיק הדבר דבאמת המזרחי בפ' משפטים כתב דלכך ישראל אינו מצווה על עוברין משום דשמא לא יהיה בן קיימא וא"כ מכ"ש כל דאינו מתכוין להרגו רק שע"י הביא' נתמעך פשיטא דכל שסופו למות ברעב וטוב לו המות מיום הולדו וימות ברעב דבכה"ג לא יחוס ע"כ תקנו חז"ל גדר לבל ידח מבני ישראל נדח ותקנו שלא ישא מניקת ומעוברת חבירו וז"ב. והנה לכאור' צריך ביאור דבתחל' אמרו גזירה שמא תעשה עוברה סנדל א"ה דידי' נמי אי למאן דאמר במוך ואי למאן דאמר מן השמים ירחמו וצ"ל דכל שבא ע"י בחירת אדם הרשות נתונה בידו וכמ"ש הזהר על מ"ש וישמע ראובן ויצילהו מידם דאף שהשליכו לבור מ"מ כל שאינו תחת יד אדם שהבחיר' בידו מקרי הצלה ע"ש ה"נ כל שהחשש שמא תעשה עוברה סנדל זה הענין שבידי שמים ושייך לומר מן השמים ירחמו אבל כל דחיישינן שמא ימעך בשעת תשמיש במתכוין לא שייך מן השמים ירחמו דקשה להנצל מיד בעל בחיר' ולכך אמר דחייס עלוי' ופירש"י שאין אדם מתכוין להרוג הנפש וא"כ כל שאינו מתכוין שוב שייך מן השמים ירחמו ומיושב בזה כמה קושיות דעכ"פ דבר שאינו מתכוין הוא וכדומה ועיין בספר בני אהובה בתשו' להגאון מוהר"ע איגר זצ"ל ולפמ"ש אתי שפיר:

ז והנה גם למ"ד דמשמשת במוך יש לומר מה דחיישינן לדחסא הוא דהתוס' פירשו בכתובות דף ל"ט וביבמות דף י"ג דמשום דהנשים לא הוזהרו על השחתת זרע הוא דמותרות ולפ"ז באנשים דמוזהרין על השחתת זרע ה"ה השחתת זרע של איש אחר אסורין ולכך חיישינן לשמא דחסה ומשחית זרע של חברו אף דאינו מצווה על עוברין אבל עכ"פ הוזהר לבלי להשחית זרע. ובזה יש ליישב מה שדקדקו הנוב"י בתשובותיו דלמה תלי איסור בדיד' דלא ישא אדם מעוברת חברו הכל בו ולא בדיד' ולפמ"ש יש לומר דבאמת היא אינה מצווה על השחתת זרע ולהרמב"ם גם לפי המסקנא טעם דחסה הוא העיקר וכמ"ש ולכך נקט בדידי' וממילא כל שהוא מוזהר שוב גם עליה איסור וז"ב ודו"ק ובחידושי אמרתי בזה דבר חדש דהנה לפי שיטת כל הפוסקים נדחה הטעם דחסה ועיקר הטעם משום דמעכר חלבה וקטלא לי' ולכאור' צריך ביאור דאטו בשביל חשש קל כזה גדרו גדר ואסרו וקנסו שיוציא אף בכהן. ולפענ"ד הי' נראה ביאור הענין דבאמת כיון שמשועבדת לבעל הראשון להניק א"כ כל שסתם מעוברת למניקה קיימא א"כ עכ"פ בזה שנשא' יש חשש דמעכר חלבה וא"כ עכ"פ זה שנשא' מקלקל שעבודו של חבירו והרי מזיק שעבודו של חבירו חייב אף למ"ד דגרמי פטור מזיק שעבודו של חבירו עדיף ועיין ב"ק דף ל"ג ובש"ך סי' שפ"ו ואף אם נימא דמזיק שעבודו של חבירו פטור זה לענין חיוב ממון אבל איסור בודאי איכא ואף גרמא בנזקין אסור כדאמרו בב"ב

דף כ"ו ומכ"ש היכא דיש חשש שיזיק לנפש של ישראל וא"כ שוב אסור להזיק שעבודו של חבירו ולכך אסרו שלא ישא אדם מעוברת חבירו דאף דאינו רק חשש קל מ"מ כל שהוא עושה שלא כדין אף בחשש רחוק גדרו גדר ובזה אתי שפיר הא דנקט הכל בדידיה דכבר נודע מ"ש הש"ך סי' שפ"ו בשם הפוסקים דאף דמזיק שעבודו של חבירו חייב היינו באחד שחופר בורות שיחין ומערות בקרקע שמשועבד לב"ח אבל הלוה עצמו דהקרקע שלו ורק שמשועבד לחבירו יכול לחפור בורות שיחין ומערות דיכול לומר אנא בדידי קא עבידנא ע"ש ולפ"ז על האשה בעצמ' ליכא שום חשש דהיא בעצמ' יכולה לקלקל שעבוד של בעל הראשון רק דהבעל השני א"י להזיק שעבודו של חבירו ולכך נקט הכל בדידי' ובזה י"ל מה שהקשו הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם דלמה לא אמרו הטעם בהבחנ' משום מעוברת חבירו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוא חשש קל ומ"ל להבעל השני בזה רק דהוא מזיק שעבודו של חבירו והנה כבר נודע מ"ש הראב"ד דאם היורש מוחל לעצמו לא חייב משום מזיק דיכול לומר לא נתכוונתי להזיק רק להנאת עצמי ולפ"ז אף להפוסקים דחולקים דכל שע"כ מזיק לחבירו חייב היינו דוקא באם נתכוין להזיק עכ"פ אבל בזה שהספק שמא אין כאן זרע של ראשון כלל וא"כ למה יצטרך המתנה דהא לא נתכוין להזיק ובפרט דיכול לומר אנא בדידי קא עבידנא דדלמא אין כאן זרע של ראשון כלל וז"ב. וכעין זה כתב הנוב"י לפי דרכו אלא שלפמ"ש הדברים נכונים ושוב נזכרתי שהתוס' בסוטה דף כ"ו כתבו בשם הירושלמי דלא ישא אדם מעוברת חבירו דעליו הכתוב אומר אל תשג גבול עולם ובשדי יתומים אל תבא והדבר צריך ביאור ולפמ"ש הדברים שמחים ונכונים דזה הוה כמשיג גבול רעהו ומזיק שעבודו של חבירו וכמ"ש ודו"ק היטב. ובזה יש לומר הא דכתב הר"ש הזקן דגרוש' מניקה מותרת להנשא משום דלא משעבד' להניק וכלם תמהו דמ"מ הוה בכלל מניקת חבירו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת האשה אינה בכלל הגזיר' דבדיד' לא שייך מזיק שעבודו של חבירו רק משום דכל שהבעל מוזהר שלא ישאנה ממילא היא אסור' דלא משכחת לה זה בלי זה ולפ"ז כל דהיא אינה משועבדת להניק א"כ לא מקרי מזיק שעבודו של חבירו ושוב ל"ש דהיא בכלל מניקת חבירו דהא אינה משועבדת לו ול"ש לא פליג דהא עליה באמת אין איסור ועליו אין האיסור מצד עצמו רק משום לא פלוג ובכה"ג פשיטא דלא גזרו כיון דהיא מותרת והוא לא אסור מצד עצמו רק מצד לא פלוג פשיטא דלא תאסר עכ"פ היא משום הוא. ובזה יש ליישב מה שהקשו בתוס' כיון דלטעם דחסה אין חילוק בין אלמנה לגרוש' ה"ה לטעם דלמא מעכר חלבה נמי אין חילוק ולפמ"ש יש לומר דהר"ש ס"ל דגם לפי המסקנא שייך חשש דחסה וכמ"ש הרמב"ם דכל שסופו למות ברעב שוב לא יחוס

ודחסה וא"כ גם עליה איכא איסור משום דחסה שהיא גורמת להזיק את הנפש ולהרגו ואף גרמא בעלמא אסור בניזקין מכ"ש בחשש נפשות כל שהיא קצת גרמא אסרו וא"כ כל שהיא גרושה דאינה משועבדת וא"כ שוב יחוס עליו דלא שייך לומר דכל שסופו למות ברעב שוב לא יחוס דבאמת החשש משום דלמא מעכר חלבה לא שייך דאינה משועבדת בלא"ה להניק וע"כ יטפל בזה איש אחר או הב"ד יטפלו להחיות ושוב לא שייך הטעם דחסא דלמה לא יחוס על נפש ישראל ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הנוב"י וכל האחרונים דלשיטת הר"ש א"כ לב"ש דס"ל דכל אלמנה אינה חייבת להניק שוב לא שייך גזירת חז"ל במעוברת חבירו והרי בכתובות דף ס' אמרו דהן הן דברי ב"ש דאסור עד כ"ד חדש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך ביאור כיון דאסרו במעוברת משום דסתם מעוברת למניקה קיימא הרי אף דיש לומר דלא תניק כלל ודלמא יצמקו דדיה וכדומה כמה הרפתקאות והצדטקאות שתוכל לפטור מן ההנק' מ"מ עשו חז"ל תקנה כוללת וסתמא אמרו דעפ"י רוב אשה מעוברת מניק' בעצמ' וסתם אמא חסה על וולדה להניק וא"כ למה פוטר הר"ש גרושה ניהו דאינ' משועבדת מ"מ מסתמא תניק בפרט לפמ"ש התוס' בגרושה מניקה הרי שכעת מניקה וצ"ל דאף שמניק' אבל כל שאינו ע"פ חוב שוב לא שייך דחסא ומזיק שעבודו של חבירו לא שייך דאינה משועבדת ואף שכעת מניקה אף אם היא מניקה בחנם מ"מ בכלל מזיק שעבודו של חבירו ליתא ועליה בודאי אין איסור ובפרט דיש לומר דהוא אפסיד לנפשי' דפטר' מהשעבוד שהרי גרשה ואם הוא פטרה מהשיעבוד למה יתחייב האחר לבל להזיק שעבודו של חבירו אבל באלמנה שכל שכבר נשתעבד' ומסתמא תניק דתחוס על בנה והאחר הוא המסיר השעבוד בזה אסרו חז"ל אף שאינה מחוייבת להניק. ובזה יש לומר ע"ד הפלפול במה שהקש' הגאון מהר"ם ברבי ז"ל להנוב"י סי' כ"ה על שו"ת מוהר"מ במימוני הלכות אישות סי' כ"ד שהרי בשכר המניק' אף ששם המניקה הי' להבעל ושייך דלמא מעברא ותעכר חלבה ובש"ס יש לומר דלא הותר רק במניק' שאין לה בעל וכבר קדמו בשו"ת כנסת יחזקאל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כבר כתבתי דחשש רחוק דמפני חשש קל כזה שהאשה בושה לבא לב"ד לתבוע תהרג בנה ויגדרו חז"ל כ"כ אך כבר כתבתי דזה מקרי מזיק שעבודו של חבירו ולפ"ז כל ששכרו מיניקת ולא מקרי מזיק שוב לא חיישינן שגם המניקה תתעבר ותעכר חלבה ואם תתעבר ישכרו אחרת וביותר י"ל למה שכתבתי דעיקר החשש משום דחסא והיינו משום שסופו שימות ברעב אבל כל שאסר לישא מעוברת חבירו והוא שוכר מניקה שוב לא יחוש הוא שמא גם המיניקת תתעבר וסופו למות ברעב כיון דלפנינו יש תקנה לולד שיחיה והוא באמת רוצה לשכור מיניקת א"כ פשיטא דלא שייך חשש דחסא וכמ"ש

ודו"ק. והנה שיטת הראב"ד דהא דקתני במשנה דאם בא על יבמתו בתוך ג' חדשים ואין הולד של קיימא דיקיים משום דאם יצטרך להוציא תאסר עליו עולמית ולכך לא קנסוהו והדבר תמוה דהא גם באשת כהן קיי"ל דיוציא אף שעושה איסור עולמית וכבר תמה בזה המלמ"ל בהכ"ד אבל אני תמה על הגאון דמה זו קושיא על הראב"ד דהרי מבואר בדף ל"ו דמשום ר"א תני יוציא ואמרו שם דר"א ור"מ אמרו דבר אחד ודחי הש"ס דע"כ לא קאמר ר"מ התם אלא משום דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדברים יותר משל תורה אבל הכא מדאורייתא מפרש פרשי מינה ועיין בתוס' שם ד"ה ולא מ"ש בשם הר"י מאוליינייש וא"כ ממילא גם אנן בדידן שפיר כתב הראב"ד דלכך יקיים דאם נימא דיוצא אי אפשר להחזירה ול"ד לכונס מעוברת דאף בכהן יוצא דשאני התם דאלמוהו חז"ל לתקנתם בדרבנן אבל כאן יש חשש תורה ולא אלמו לתקנתם וז"ב ופשוט. ובלא"ה אני תמה דהנה בהך דצריך להמתין משום הבחנ' דנתנו טעמים בש"ס יש מקום עיון אי גם ביבמה צריך להני טעמי דהנה בספר החינוך כתב גם ביבמה הטעם משום דשמואל ודרבא וזכורני שזה רבות בשנים הגיע לידי חינוך אשר כתוב על הגליון הנהות כתבי קודש של דו"ז הרב הגאון האמיתי מוהר"ץ ז"ל אבד"ק ברלין שתמה על החינוך דלמה ליה טעם זה ת"ל דביבמה צריכה להמתין משום חשש כרת וכן מצאתי אח"כ בספר מעיין החכמה להגאון מוהרנח"צ זצ"ל שתמה כן ואני הארכתי בזה בחידושי. וכעת נראה דהדבר מבואר בש"ס דאמרו בדף מ"ב וכן שאר כל הנשים בשלמא יבמה כדאמרן אלא שאר נשים מ"ט הרי דביבמה ל"צ כלל לטעמים אלו. ולפ"ז צריך ביאור הא דמדמה הש"ס דר"מ לדר"א ובאמת אין שוה לו דדוקא במה שגזרו חז"ל מדרבנן אלמוה לתקנתם משא"כ בדבר דמדאורייתא ואפשר דזה שאמרו ע"כ לא קאמר ר"מ אלא בדרבנן וכו' אבל הכא מדאורייתא מפרש פרשי מיני' והיינו דמעולם לא גזרו על יבמה כלל ואינה בכלל מניקת חבירו כלל וא"ל דניהו דל"צ להך גזירה מכל מקום כל שאסרו חז"ל אח"כ א"כ גם יבמה בכלל הגזירה דז"א דכבר נודע מ"ש הריטב"א בכתובות דלא שייך גזירה דרבנן כל שבלא"ה אסור מן התורה ולא יעשה משום דאורייתא ע"ש ועיין בב"י ואחרונים ביו"ד סי' פ"ז לענין בשר בהמה טמאה בחלב דלא שייך גזירת חז"ל בזה ויש סמיכות לזה בסוגיא דאומר אמרו גבי הא דאמרו כשר ולא תעשה עיי"ש היטב ולפ"ז ממילא אין התחלה לקושיא דלכך לא גזרו חז"ל בזה ואוקמא אדינא דכל שאי אפשר בענין אחר די בהפרשה ודו"ק ובאמת גם המלמ"ל בעצמו הרגיש בזה דלא אמרו חכמים שיגרש במקום דבלא"ה יש חשש איסור תורה וע"ש שכתב ולא תימא דכולה חדא גזירה היא דהם דחשו בעלמא להבחין בין זרע של ראשון לזרע של שני הוא דגזרו נמי ביבמה שמא תמצא מעוברת לא היא דבמקום

איסור תורה חששא גמורה היא ע"ש ואני תמה על חכמתו הגדול' דלא הביא דברי הש"ס בדף ל"ו הנ"ל דבש"ס מפורש כן וגם לא הרגי' דביבמה מעולם לא שייך תקנת חז"ל דהבחנ' וכמ"ש. ולפענ"ד ראיה ברורה לזה דהרי גם בחליצ' אסורה בתיך צ' יום ומשום שאינ' ראויה לביאה ואם אינו רק מדרבנן הא מדאורי' הויא ראויה לביא' וע"כ דביבמ' יש איסור תורה. שוב ראיתי שהתוס' ביבמות דף ל"ה ע"ב ד"ה ונמצאת הרגישו קצת בזה וע"כ דביבמה איכא איסור תורה ואף אם נימא כשיטת הרמב"ם דספיקות מדרבנן ומן התור' לא חשו כלל שמא היא מעוברת מראשון וגם לשיטת החולקים כאן ביבמה דאשה בחזקת היתר ליבמה עומדת לא חיישינן לספק זה מ"מ כל שאסרו חז"ל בכל הנשים דצריכות להמתין א"כ כאן שיש חשש איסור בגופו וכל דחשו חז"ל הו"ל כגבינות של עכו"ם דכל דאסרו מדרבנן משום חשש איסור בגופו העמידו אותו על דאורייתא ונעשה איסור תורה וכמ"ש הש"ך בסי' ק"י ולא כפר"ח שם וא"כ בדאורייתא ל"צ להאלים כח גזרתם כ"כ ודו"ק.

ח הן אמת דאכתי קשה על הראב"ד דאם ס"ל דבדאורייתא לא צריך גט כלל א"כ מה ק"ל בהא דקתני ביבמ' יקיים ולא קתני יוציא והרי שיטת הר"י מאוריניש דכל בדאורייתא ל"צ גט רק הפרש' וע"כ דס"ל דאף בדאורייתא צריך גט וא"כ שוב מה מועיל לענין זה מה שתאסר עליו. אך נראה דבאמת כל שהי' יכול לגרש פשיטא דצריך גט ומה בכך שהוא מן התורה מ"מ למה לא יפריש בגט אבל כיון דאסור להחזיר א"כ תהיה אסור' עליו ובכה"ג לא גזרו:

ט והנה הכ"מ הקשה על הראב"ד דהרי תנן כל שכנס' הרי היא כאשתו ומחזיר' לאחר שגרש' ותמה המלמ"ל דשם מיירי שכנס' כדינו אבל כל שהית' חליצת מעוברת או ביאת מעוברת דאין שמה ביאה הרי היא אינה אשתו עוד וכל שיגרש' תיאסר עליו. ובאמת שהיא תפיס' גדול' אבל לפענ"ד נראה דכל שאח"כ נתגל' שאין הולד של קיימא א"כ למפרע הי' החליצ' או הביאה כדינו והרי היא מן התורה כאשתו לכל דבר וא"כ לא שייך שתאסר בגט דמה שקונסין לגרש הוא רק על שעבר על דברי חז"ל אבל באמת מן התורה כנסה כדין והרי היא כאשתו ולמה לא יהיה מותר להחזיר' וז"ב בכוונת הכ"מ. אך לפמ"ש אתי שפיר דכבר כתבתי דהו"ל כגבינות של עכו"ם דכל דאסרו חז"ל מפני חשש איסור שבגופו א"כ הוי כאילו ודאי איסור תורה וכמ"ש הש"ך בכללי הספיקות אות י"ז י"ח דהוה כאלו ראינו שהעמיד' בקיבת נבילה וא"כ ה"ה כאן הוה כאילו ודאי היתה מעוברת ופשיטא דאף שהפיל' אח"כ כל שהי' ודאי בן קיימא דל"ש ביאה נאסר' להחזיר' בגט ובלא"ה נראה לפמ"ש אא"ז החי"ן ז"ל סי' א' דאף דצריכות להמתין ג"ח

להבחנ' אפ"ה לא אמרינן דכל שאין אני קורא בה יבמה יבא עליה בשעת נפילה שוב לא תתייבם דהא אינו רק מדרבנן ואם יבא אליהו ויאמר שאינה מעוברת היתה יכולה להתייבם ולפ"ז לפמ"ש דכאן יש חשש תורה או שעכ"פ נעשה כודאי איסור תורה שוב אינה ראויה בשעת יבום ושוב תאסר מלהתייבם וגם לפמ"ש התוס' בריש יבמות לחלק לענין נדה ג"כ יש לומר דכאן אסורה על היבם טפי מאיש אחר ושפיר אין אני קורא בה יבמה יבא עליה ובפרט לפמ"ש הראב"ד דמהראוי לקנסו אחר התשעים יום כימים שעמד עמה באיסור וא"כ זה שאסור אחר התשעים יום זה ודאי אינו ראוי ליבום בשעת נפילה קרינן ביה דלא שייך תירוצו של הח"ץ דאם יבא אליהו דהרי לאחר תשעים יום ודאי ברור שאינה מעוברת ואפ"ה אסרוה ושוב לא יוכל להחזירה וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד:

י והנה בתה"ד כתב דבשוגג שלא ידע שהיא מניקה או שהוא ע"ה א"צ להוציא ודי בהפרש' ותמה המלמ"ל דא"כ מאי מייתי ר"י מאורלייניש ראיה מרב יוסף שהתיר אחר חמשה עשר ולא הצריכו ליתן גט והא שם היה שוגג ע"פ הוראת ר"י ובאמת שכן קשה בהוראות ר"י מאורלייניש גופא דעכ"פ הי' הוראה בטעות וכן הקשו על הך דתשובת מיימוני סי' כ"ד ששם היה ג"כ הוראת ב"ד. ולפענ"ד נראה דל"ק דהוראת ב"ד גרע דחשו חז"ל שמא יסמוך על הוראת ב"ד ויאמרו דודאי ידעו רבנן ומדשרי ש"מ קים להו שמותר לכך החמירו בשוגג כזה יותר משוגג שלא ידע הדין דבזה לא שייך למטעי ובזה נחה שקטה כל התלונות:

יא והנה מה שהבאתי למעלה קושית הגאון מהר"ם ברבי בהך דתשובת מיימוני דמה מועיל השכירות המניקת דהמניקת הי' לה בעל לפענ"ד בפשיטות יש לומר דבאמת שם כל דשכרוה שתהיה מניקת ואם תתעבר לא יהיה לה חלב וא"כ הוה כהזירה מן התשמיש ג"כ וכל שבעלה לא הפר לה חל נדרה בכללות וא"כ שוב לא שייך שום חשש ורק המהר"ם חשש דלמא יפר לה בעל כיון שהיא מנדרי עינוי נפש וא"כ זה גופא חשש דילי'. ובזה מיושב דלכאורה צריך ביאור מה עינוי נפש שייך בזה ולפמ"ש א"ש דכל שאסרה התשמיש עליה זה הוה עינוי נפש דהו"ל צערה דגופה ודו"ק. ודע דק"ל טובא בהא דאמר משום דחסה ואמרו דחייס אף על דחברי' וקשה דהא קי"ל דאין אשה מתעברת וחוזרת ומתעברת ובין לשיטת רש"י דאין חוזרת ומתעברת בר קיימא ומכ"ש לשיטת התוס' דאף נפל אינ' חוזרת ומתעבר' א"כ כיון דעי"ז שהיא מעוברת לא תוכל להתעבר בר קיימא ואיכא ממנ"פ או הולד הראשון יחי' או השני וא"כ שוב יש לחוש לדחסא דעל דידיה

ודאי חייס יותר ועיין מהרי"ט אלגזי בחידושיו לרמב"ן בכורות דף פ"ה ע"ג ובברכי יוסף סי' ד' באהע"ז שם האריך הרחיב הדיבור בענין אין חוזרת ומתעברת וצע"ג:

יב והנה מה שמבואר בש"ע דאם הוא שוגג שלא ידע שהיא מניקה לא גזרו שיוציא והוא מהתה"ד לכאורה צריך ביאור דסוף סוף היא עבדה איסור ולמה לא גזרו משום לתא דידה ולפמ"ש הוא הדבר אשר דברתי דבאמת כל הענין דמזיק שעבוד' של חבירו דהא יש לו שעבוד על חלב שלה וא"כ אף שהיא יכולה לומר בדידי קא עבידנא מ"מ היא אסורה בשביל הבעל השני וכמ"ש ולפ"ז כל שהוא שוגג והיא בלא"ה מותרת ולכך לא גזרו. ובזה הנה מקום אתי לומר דבר חדש במה שכתב הר"ש הזקן דגרושה מניקת מותרת להנשא משום דלא משעבדא להניק והנה תלה ההיתר בה ולא בבעל שמותר לישא אותה וביבמות אמרו דלא ישא אדם מעוברת חבירו וע"כ נראה דבאמת לכאורה צריך ביאור אף דלא משעברא להניק אפשר דבשכר משועבדת להניק וכמבואר סברא זו בשיטה מקובצת כתובות דף נ"ט ודף סמ"ך רק דמיירי באופן דהוא שוגג רק דמצדה האיסור וא"כ אף אם נימא דהיא ג"כ משועבדת ולא מצית לומר בדידי קא עבידנא ועיין ש"ך חו"מ סי' שפ"ו נחלקו בזה הפוסקים מכל מקום בגרושה דהיא עכ"פ אינה משועבדת בחנם וא"כ יכולה לפרוק עול מעליה ועכ"פ כל שאינה מחוייבת בחנם לא מקרי מזיק שעבודו של חבירו וא"כ שוב מותרת מצד לתא דידה להנשא דאף דהבעל השני הוה מזיק דאולי היתה מתרצה להניק וסתם אשה חסה על ברא ובפרט שהיו נותנין לה שכר מכל מקום הוא באמת שוגג היה והיא אף שמזידה היתה בדידה שוב לא שייך מזיק שעבודו שהיא תוכל לפרוק עול מעליה:

יג ובזה נראה לפענ"ד ליישב הקושיא הגדולה שהקשה הנוב"י דא"כ לב"ש דאינה משועבדת שוב נפל פיתא בבירא דגם באלמנה ל"ש האיסור כלל ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דהיא מצדה מותרת אבל על הבעל האיסור ולב"ה האיסור על שניהם ובזה מדוקדקים שתי הסוגיות דביבמות נקט האיסור בבעל דאמר לא ישא אדם מעוברת חבירו וגם לא בירר אם אלמנה דוקא או גרושה ובכתובות אמרו מניקה שמת בעלה לא תנשא עד כ"ד חדש הרי שתלה איסור בה וקבע זמן עד כ"ד חדש וגם בירר שמת בעלה וכבר האריך בזה הנוב"י בכמה תשובות בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בגרושה האיסור לא שייך עליה רק עליו שהוא לא ישא לכך ביבמות דנקט סתם מניקה ואף גרושה בכלל האיסור עליו בלבד ובכתובות דנקט אשה שמת בעלה בזה לב"ה גם עליה האיסור ויש להאריך בזה. ובזה יש ליישב דברי הטור אהע"ז סי' פ' במ"ש דהבעל יוכל לעכב שלא תניק אף בן שיש לה מן הראשון והיינו בשוגג שלא ידע ומצדו אין איסור רק

מצדה והיא אינה משועבדת ועיין ב"י וד"מ שם ובאחרונים ודו"ק: והנה ידעתי כי לא יצאתי ידי חובתי בסוגיא זו שהוא ענין ארוך ודשו בו קמאי דקמאי ובתראי דבתראי בכ"ז אקוה להשם יתברך שימצא בזה כמה סברות חדשות ואם יזכני השי"ת אעבור עליו בל"נ ואעיין היטב ולע"ע כל הדברים צ"ע עדן: והנה בהא דאמרו ביבמות דף ל"ג ע"ב במשנה דשנים שהחליפו נשותיהם דאם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין מיד ומשום דלא גזרו בקטנות אטו גדולה כדמפרש שם בש"ס אמרתי להזכיר מה שראיתי דבר תימה במקנה בקו"א סי' מ"ג בהא דמוקי רב בדף ל"ד שם בשופעת מתוך י"ג לאחר י"ג וכו' והקשה דרב לשיטתו הו"מ לשנויי דמיירי בקדשו לאחר שלשים יום וחלו בבת אחת ואיסור נדות ג"כ חל בב"א דהא רב ס"ל דמעיין אחד הוא והתורה טמאתו והתורה טהרתו וא"כ משכחת לה בשופעת מתוך מ' לאחר מ' ובכה"ג חל הנדות בב"א וכדאמרו בנדה דף ל"ה אליבא דרב והיא יושבת על דם טוהר וביום למ"ד באותו זמן שחלו הקידושין כלו המ' יום דחל איסור נדות בב"א והוא תמוה מאד דמלבד דנצטרך לדחוק דהיאך קידש מיניקת חבירו ונצטרך להעמיד ששניהם מתו בניהם הנולדים דהרי לא היה יכול לקדש או יצטרך לאוקמא בפסק חלבה ובאופן המבואר בסי' י"ג דלא שייך גזירת מניקת ושתי הנשים היו כך שזה דוחק עצום אף גם דהרי מבואר במשנה ואם היו קטנות שאינן ראוית לילד דמחזירין וא"כ היאך היו יושבות על דם טוהר ובסתם דם טוהר איך שייך שבאו בבת אחת דבשלמא מתוך מ"ם יום לאחר מ"ם יום פסיקא ליה מלתא דבאו במשלם היום המוגבל לקדושין ובלא"ה הדבר תמוה דכל דשייך בה איסור נדות רק שכעת היה דם טוהר זה ל"ש איסור בבת אחת דאיסור נדה קדים דל"מ למ"ש הראב"ד דעיקר תלוי איזה איסור חל עליו מיום שנתחנך למצות א"כ איסור נדה ודאי חל אף טרם שנתקדשה לזה אלא אף לשיטת כל הפוסקים עכ"פ איסור נדות קדים דהאיסור הלז כבר אי' עליו דדם טוהר רחמנא היא דאכשר אבל אטו אין שם דם נדות עליו וגם אם חזר בו קודם השלשים יום הי' איסור נדה ברור ואיסור אשת איש אינו ברור ופשיטא דנדה קדים ולכך הוצרך לאוקמא בשופעת מתוך י"ג דאז לא נתחייבו עדין במצות כלל ומזה קצת ראיה לפירוש הריטב"א. ובלא"ה נראה לפענ"ד דאין התחלה לקושייתו כלל דכל הטעם דמקודשת אם קדשה לאחר אף דנתאכלו המעות הוא משום דל"ד למלוה דברשותה דידה קא מתאכלא וגם לפקדון ל"ד כדאמרו בדף נ"ט בקידושין והקשה הר"ן הא האומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים דלא קנה וכתב דשאני משיכה דכלתה משיכה ואין לו במה לקנות אבל כאן אם היא תחזור צריכה להחזיר המעות ולפ"ז כאן בהוחלפו בשוגג אין לך חזרה גדולה מזו דבאמת הוא קידש אחרת והרי אם הוא חוזר אינה חייבת להחזיר כמ"ש

הר"ן וא"כ כאן כל שלא ידע והרי הוא חזר בו ושוב נתבטלו הקידושין וא"ל דהוה חזרה בטעות דאם היה יודע שהשניה נתקדשה לו הי' מקדש השניה דזה אינו דניהו דבאמת היה חוזר אבל עכ"פ הקידושין היו בטעות טרם שחלו הקידושין הרי חלו קידושין באמת של זה לזה ושל זה לזה והרי הוחלפו וא"כ הרי חזר בו בעת שנשלמו הקידושין וא"ל דהקידושין חלו קודם של זה לזה ושל זה לזה רק בעת הביא' נשתנה דא"כ שוב לא באו האיסורין בבת אחת ולכך מוקי בשוו שליח ופגעו זה בזה ובשופעת דאל"כ איסור אשת איש קדים ודו"ק היטב כי חריף הוא. ובלא"ה במחכ"ת טעה בזה דהרי הש"ס פריך אח"כ בפשיטות והא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה הרי דהש"ס משמע לי' דהיו בתולות עדיין ואיך שייך שישבו על דם טוהר ואף דבאמת צריך ביאור דמנ"ל לש"ס דלא מיירי בנשואות כבר כתב הריטב"א דמשמע להו שלפי שבתולות היו לכך לא בקיאות היו ונתחלפו וא"כ שוב אין מקום לדבריו ועיין מ"ש המקנה שם בישוב קושית הריטב"א הנ"ל וכוון לדברי הריטב"א והרמב"ן שכתבו דלפירוש ר"ח אתי שפיר אבל לפירש"י ע"כ צ"ל כמ"ש הריטב"א אח"כ וא"כ נסתר כל בנינו ודו"ק כי קצרתי:

יד והנה בהא דאמרו בשבת דף קכ"ז מעשה בריבה אחת שפדאה חסיד אחד ולערב השכיבה תחת מרגלותיו ושאל לתלמידיו במה חשדתוני ולכאורה קשה דכיון שפדאה והרי שבויה צריך להמתין שלשה חדשים משום הבחנה וחלילה לחשוד אותו שעבר על איסור דרבנן ולשמואל דיליף מקרא דוהיו לזרעך אחריך משמע דהוא מן התורה. אמנם נראה דר' יהודה ס"ל בכתובות דף ל"ג דשבויה קמנטרא נפשה ובקדושתה קיימא וא"כ כאן שהיתה שבויה לכך לא שייך איסור הבחנה ומה יקרו בזה דברי רש"י שפירש דכל היכא דאתמר מעשה בחסיד אחד הוה ר"י ב"ב או ר"י בר' אלעאי ודקדק זקני הגאון בעל מג"ש דלמה פירש"י כן דוקא באותו מקום וע"ש מה שהביא בשם המג"ש דבר נחמד וגם הוא כתב בזה דבר נחמד ולפמ"ש אתי שפיר דהא ר"י בר אלעאי הוא סתם ר' יהודה המוזכר במשנה ועיין שבת דף ל"ג ולפ"ז ר"י לשיטתו דס"ל דבשבויה לא שייך הבחנ' ודו"ק היטב כי הוא כפתור ופרח:

טו והנה נשאלתי באשה אחת שלא שלמו לה ימי ההבחנה ונזדמן לה אחד שרצה בה ונשאלתי אם מותר לשדך עמה עכ"פ ולהנשא אחר כלות ימי ההבחנה והנה באמת מבואר בב"י ובש"ע ס"א דמותרת לעשות שידוכין ולא אירוסין ומפני כי זה דרכי לעיין במקור הדין ראיתי כי הב"י כתב שברא"ש כלל ג' סי' א' ובתה"ד סי' רמ"ז מבואר דמותרת לשדך ועיינתי בשו"ת הרא"ש וכפי הנראה סמך הב"י על מ"ש הרא"ש דתשבע שלא תנשא אלא למשודך שלה הרי משמע דמותרת לשדך. אבל לפענ"ד יש לדייק להיפך

שדברי הרא"ש סובבים על מ"ש ואי משום שקפצו עליה אנשים בשביל זה אין לעקר תקנת חכמים ואפשר דתשבע שבועת התורה רק שתנשא למשודך שלה והיינו שכפי הנראה הוה העובדא כעובדא דמייתי בכתובות דף כ"ב שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה אנשים הרבה וכאן ג"כ היתה מתייראה האשה שכל שאינה משודכת לאיש יקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים וגם עפ"י עכו"ם רצו לכופו אותה לזה כתב שכיון שאפשר לה שתשבע שלא להנשא אלא למשודך כשם שאם נשאת אסורה לאחרים כמו כן תאסר ע"י שבועה לאחרים והיינו שבאמת לא נשתדכה רק שכל שנשבעת שלא תנשא רק למשודך שלה והיינו ע"י שידוכין שוב לא יוכלו לכופה שתנשא להם בלי שידוכין ומכ"ש ע"י זנות וגם בעכו"ם אין כופין להנשא רק למשודך שלה וזה שכתוב ואף אם כופה אותה אחר ע"י גוים שתנשא לו בדיני ישראל היו כופין אותו להוציא כדי שלא תבעל לאסור לה או שתדירם הנאה שלא תשאנה שלא בטובתה והיינו או שהישראל היו ידם תקיפה להוציא מה שאסור ע"פ ד"ת והגוים לא היו רוצים לכפות מה שהוא נגד הד"ת או שהעכו"ם היו חובטין ואומרים עשה מה שישראל אומרים לך.

טז דרך כלל שאינו מוכרח שזה מותר לה להשתדך רק להנצל מאנשים היתה יכולה לשבע שלא תנשא רק ע"י שידוכין והרי אסורה גם לשדך והיתה מוצלת מהם ושם היה העובדא במניקה שהי' זמן רב שתמתין ובין כך ובין כך היתה נדחית מהם וגם יש לומר דבמניקת שיש לה זמן רב שלא תנשא וחשו שמא תתפרץ ע"י זה חלילה וע"כ התירו לשדך אותה שעכ"פ יהיה המשודך משמרה מכל מכשול שעכ"פ כל שנשתדכה לאחד וא"כ יכולה להתנצל ולהשמר שלא יקפצו עליה בני אדם אם בזנות ע"י פיתויים או שתנשא להם כי כבר נשתדכה לאחד אבל בהבחנה שהם רק ג' חדשים ולא מקרי זמן רב ולא חשו לתקלה שאינו לזמן מרובה להתירה להשתדך ולכך גם מתה"ד סי' רי"ז אין ראיה דשם ג"כ מיירי במניקת וגם מטעם שכתב התה"ד שמא תקדמנה אחרת והיינו בזמן מרובה אבל בג' חדשים לא חיישינן כ"כ וגם יש לומר דבהבחנה החמירו כמ"ש בשבות יעקב ובב"ח ואני מוסיף דכל הטעם של הבחנה הוא שיהיה דבר ברור של מי הזרע וא"כ יש לומר דהחמירו אף למשדך שיהיה דבר ברור שהוא בן של הראשון או של השני ויהיה מובחן בבירור בן מי זה העלם. אמנם נראה דלכך הוסיף הב"י השבועה שישבע שלא יכנס לבית המשודכת ובזה יהיה הבירור של הבחנה דלא נחשדו בני ישראל לעבור על השבועה. והנה בשו"ת נוב"י הקשה במהד"ק סי' י"ט דלמה החמיר שלא יכנס לבית המשודכת יותר מכל פנויות בעלמא ואם משום איסור הבחנה הא היא מזנה מתהפכת ומזנה וא"כ למה נחוש שמא תזנה והביא דברי הריב"ש סי' רצ"ז. ולכאורה יפה תמה

ולכאורה רציתי להביא ראיה ברורה דמותר לכנס לביתה דהרי אמרו ביבמות דף מ"ח דרשב"א ס"ל דביפ"ת צריכה להמתין ג' חדשים וביאר הרמב"ם פ"ח ממלכים ה"ו שצריכה להמתין ג' חדשים והיינו משום הבחנה כמ"ש בכ"מ שם להבחין בין זרע שנזרע בקדושה וכ"כ סמ"ג בעשין קכ"ב והובא בלח"מ דהוא משום חדשי הבחנה הרי שהיא בביתו ולא חיישינן כלל שמא יבא עלי' מיהו אין ראי' דבאמת הבחנה אינו רק דרבנן וכאן דרשו מקרא וגם לא למדו מקרא הלז דצריכה להבחין ביבמות דף מ"ב. אך נראה דהבחנה בין זרע שנזרע בקדוש' חמור טפי וזהו מדאורייתא וא"כ כיון שעכ"פ הבחנה הלז היא מן התורה ודרשו מקרא וא"כ התורה לא חששה שהוא יבעול אותה כשהיא בביתה אבל חז"ל חשו וביפ"ת לא החמירו רבנן כיון דמפורש בתורה וגם לא היתה גזירת הבחנה כשהיו לנו מלכים והותר יפ"ת ואף דגיורת ס"ל לר"י דל"צ הבחנ' הא מפרש הטעם משום דכל דדעתה לאגייורי מנטרא נפשה כדי להבחין בין זרע שנזרע בקדושה וכדאמרו ביבמות דף ל"ה וכאן שנשאה שלא ברצונה והיא אינה רוצית להתגייר ויושבת ובוכה שלשים ימים וא"כ שוב צריכה להמתין ג' חדשים ודו"ק ועכ"פ אין ראיה מזה וי"ל דבאמת לדידן דחשו להבחנה מחמרינן אף שלא לכנס לבית המשודכת. ואמנם בגוף קושית הנוב"י נראה לפענ"ד דל"ד להך דריב"ש דבאמת באש' זונה מתהפכת ומזנה ועפ"י הרוב בודאי אינה מתעברת ואף דהבחנה תקנו על המיעוט מכל מקום זהו לענין שצריכה להמתין ג"ח הבחנה זה תקנו תקנה כוללת על כל העולם וחשו למיעוט אבל כיון דאשה מזנה ל"ש וגם עפ"י הרוב מתהפכת ומזנה לא תקנו שתצטרך להמתין כשזינתה ג"ח דזה ל"ש וע"ז לא תקנו אבל מה שתקנו שלא תנשא ולא תתארס ואם נימא גם השידוכין אסרו מטעם שקרובה לביאה א"כ כל שהיא בכלל הגזירה של הבחנה לא סמכינן על אשה מזנה מתהפכת ומזנה דבהבחנה לא סמכינן על הרוב וא"כ יפה כתב הב"י וע"כ הצריך שבועה ג"כ ובזה נראה לפענ"ד דמה שהצריך הב"י שבועה להאיש והוא משום דבידה שתתהפך ותזנה וא"כ מסתמא תעשה כן כנלפענ"ד ברור ועכ"פ בשבועה סגי כמו שכתב הב"י מיהו בדורינו דור פרוץ בשבועות ונדרים לפענ"ד שיש להחמיר בכל עוז ואף בשבועה אין להתיר כי אולי לא התירו לשם רק במניקת ומטעמים שכתבתי ועכ"פ דברי הח"מ ס"ק ט' נכונים מאד שבאמת עיקר דברי התה"ד והרא"ש הם במניקת ולא בהבחנה ואני תמה על הש"י ועל הנוב"י שם שתמהו על הח"מ והרי עיקר דברי הרא"ש והתה"ד הם במניקת ואיך אפשר לאסור בהבחנה יותר מבמניקת והלא הב"י למד בהבחנה מבמניקת והנה בש"ע סי' ד' מבואר דזה שאמרו בגרושה יש מי שאמר דדוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה אבל קודם הזמן הזה לא דהא

אי בעי לא תניק ליה כלל אפילו בשכר והב"י כתב שמקור הדבר מבואר בה"ה פי"א מגירושין בשם הרשב"א שכתב בהלכה כ"ה וי"מ דדוקא במניקה דנתאלמנה אבל אם נתגרשה כיון שהאב קיים הוא ישתדל בבנו ואין כן דעת רבינו אלא בכל גווני אסור וכן דעת ר"א משבחא וכן מן הגמרא דמניקה דמי למעוברת ולזה הסכים הרשב"א ז"ל וכתב ומיהו בגרושה דוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה וכו'. הנה טרחתי להעתיק לשון ה"ה שממנו תראה שהרשב"א פסק כר"ת דחולק על הר"ש ומכל מקום כתב דזה דוקא במכירה אבל באינה מכירה גם ר"ת מודה דאינה מחוייבת להניק ועפי"ז כתב הב"י שראה שרבים מורין כהרשב"א ולא מיחה בידם וכן הועתק בש"ע. והארכתי בכ"ז כי ראיתי להט"ז שהבין דהרשב"א פוסק כר"ש וע"כ תמה כיון דבש"ע פסק בסי"א כר"ת א"כ לא היה לו להביא דברי הרשב"א וע"כ כתב שאין לסמוך להקל עפי"ז ונוראות נפלאתי למה לא עיין בדברי ה"ה וב"י שמשם לוקח זאת והיה רואה שהרשב"א כתב בשיטת ר"ת כן וביותר נפלאתי על הב"ש ס"ק ל"ה שהעתיק דברי הרשב"א שס"ל כר"ת ומחלק בין מכירה לשאינה מכירה ואח"כ העתיק דברי הט"ז שמחמיר בכל ענין והיא תמיה גדולה ובתשו' אחרת הארכתי בזה:

יז והנה בשנת תרח"י נשאלתי ביום ג' ויקהל באשה שצריכה להמתין ג' חדשי הבחנה והיא מרשעת ורוצית להשתמד אם מותרת לנשא תוך ג"ח הבחנה וע"ז תוכל להנצל משמד שבעלה משמרה ולפענ"ד הוא כ"ש ממניקת שמתירין בזונה ואף להרמ"א דמצריך שתהי' מופקרת הא שם יש ספק סכנה ופ"נ החמור אבל כאן אין כאן רק א"ד כמ"ש הב"ש ס"ק א' וגם כאן רצונה להשתמד ופשיטא דאין לך מופקרת גדולה מזו וחז"ל התירו ג"כ מחשש שלא תשתמד וכמ"ש מהר"י מינץ לענין זונה מעוברת ואף להחולקים שם כאן מודים ודו"ק:

יח והנה בשנת תרי"ב ער"ח טבת הגיעני מכתב מהרב מוה' אהרן אלעזר אבד"ק קאטה במדינת הגר במה שאירע שאחד מת וחל"ש וב' שבועות אחר מיתתו בא בחור אחד לשאול המורה אם מותר לארסה בלי קידושין כנהוג מיד אחר ימי אבלה היינו אחר שלשים יום והורה לו המורה להתיר אלא שישבע שלא יבא לבית המשודכת עד אחר ג' חדשי הבחנה וכמ"ש בח"מ סי' י"ג ס"ק א' ובב"ש ס"ק ב' שם ואותו בחור החציף פניו וקדשה בפני ב' עדים כשרים ב' שבועות אחר מיתת בעלה והבחור הנ"ל הוא כהן ואם יגרש שוב לא יוכל להחזיר וכאשר נתגלה לפני המורה אמר שדי בהפרשה בעלמא והיינו שישבע שלא יבא לבית המשודכת כל משך הזמן והוא והיא דרים בעיר אחת וע"ז צווח עליו צורבא מרבנן אחד שאינו די בהפרשה בלבד אלא שירחיק נדוד או

שיגרשנה וע"ז האריך הרב הנ"ל לעיין בדינו. והנה מ"ש מעלתו דאותו המורה שהורה שדי בהפרשה בעלמא טעה ולא ראה בד"מ אות ק"ד שכתב בשם המהרי"ו דא"צ הרחקה כמו בברח אלא די בברח לעיר אחרת מהלך ב' או ג' ימים וגם ישבע שלא ישוב אל מקום שהיא שם עד תום כ"ד חדש ולפ"ז כאן שהבחור והיא דרים בעיר אחת ל"מ השבוע' שלא יהיה בבית ארוסתו. והנה באמת לפי דברי המורה שסמך על דברי הרמ"א לפי הגהת הב"ש ס"ק י"ז הנה פשיטא דסגי במה שנשבע שלא יכנס לבית המשודכת וע"כ לא כתב המהרי"ו רק לשיטת הפוסקים שצריך לגרש וא"כ בשוגג דסגי בהפרש' עכ"פ צריך לברוח וא"כ ישבע שלא יבא לעיר כיון דצריך בריחה ובפרט דשם מיירי במעוברת ומניק' שהרי כתב עד כ"ד חדש וא"כ שפיר הוה השבוע' שלא ישוב לעירו שהרי בין כך ובין כך צריך בריח' אבל לפמ"ש רמ"א דבכהן יש לסמוך על הרמב"ם א"כ א"צ לגרש רק שמנדין אותו על שעבר איסור ועיין ב"ש ס"ק ט"ו ורק אם ברח ערוקי' מסתעיא לכפר על העון א"כ פשיטא דסגי בשישבע שלא יבא לבית ארוסתו ובאמת לא ידעתי מה נ"מ בין אם נשבע שלא יבא לעיר או שאם הוא בעיר שלא יבא לבית המשודכת דהשבוע' בעצמותה היא אחת אמנם זה תמיה דלא ראיתי כלל שנדו אותו דזה צריך לכל השיטות הן אמת שאני קהיתי במ"ש שמותר לשדך רק שישבע שלא יבא לבית' כמ"ש לעיל אבל עכ"פ בדיעבד בשבועה מותר:

יט והנה באמת מ"ש בשם צורבא מרבנן שלא ניחא לי' להגיה ברמ"א כמ"ש הב"ש להגיה ורק שדעתו דדעת הרמ"א דגם בכהן צריכה גט במזיד באמת שחלילה להחמיר בזה נגד הב"ש וגם האחרונים מסכימים לזה והרי לשיטת הרמב"ם אין מגרשין כלל כמ"ש הה"מ והכ"מ ואין שום אחד מהפוסקים שיפרש אליבא דרמב"ם דמגרשין וא"כ כדאי הרמב"ם לסמוך עליו בשעת הדחק ובפרט במידי דרבנן בודאי סמכינן בשעת הדחק על יחיד נגד רבים וכמבואר בפסק או"ה ביו"ד סי' רמ"ב ועיין שו"ת רד"ך שהאריך בזה בסוף בית שלישי ובגט פשוט למהרמב"ח שבכלל וא"ו הלכה זו העלה דגם אנן יתמי דיתמי נוכל לסמוך בדרבנן על יחיד במקום רבים בשעת הדחק וכאן בכהן אין לך שעת הדחק גדול מזה.

כ ומה שבנה מעלתו בנין הורדוס להוכיח דגם הרמב"ם ס"ל דכאן צריך לגרש' הנה אין הזמן מסכים עמדי לעמוד על דבריו. אך לא בשביל זה נוציא האשה מבעלה במקום שהב"י והרמ"א לפי הב"ש וכל האחרונים מסכימים שלהרמב"ם אין מגרשין כלל וע"כ לא אאריך בזה ובאמת שמעלתו הביא דברי הר"ן בפ"ק דקידושין גבי תחלת ביאה קונה שכתב דביאה אחר הקידושין במה מיירי אם הי' חופה ל"צ לביאה ואם לא היה חופה

ל"ש דביא' יקנה כיון דעבד איסורא דכלה בלי ברכה אסורה וכתב דגם ביאה אחר קידושין קונה ואינו לוקה דאף דל"מ רק חופה דקונה י"ל ק"ו השתא חופה קונה שהוא צורך ביאה כ"ש ביאה עצמה וזה סותר כל בנינו של מעלתו. אמנם מעלתו האריך לחלוק על הר"ן ובמחכת"ה הגיס לבו מאד לחלוק על הר"ן בדבר שפתיים דמ"ש דלדברי הר"ן א"כ כיון שיש חופה לפסולות מכ"ש ביאה בפסולות אבל ל"ד כעוכלא לדנא דבחופה אינו עושה איסור כ"כ הלכך מהראוי שיהי' חופה לפסולת אבל בביאה דעושה איסור שהיא פסול' בעצם ואין שום מקום להתיר פשיטא דלא קני ושאני ביאה שלאחר קידושין דהביא' היא לשם קידושין ושייך קידושין בזה ואם הי' אחר חופה היה הביאה מותרת שייך קנין משא"כ כאן גם מ"ש דראיית הר"ן מהא דאמרו ביבמות דף כ"ט ע"ב דלב"ש מאמר דהיתירא קני דאיסורא לא קני וע"ז תמה דא"כ היכי קאמרו ר"פ ד' אחין דאם קדמו וכנסו לב"ש יקיים הא הוה ביאה דאיסורא ואיך יקיימו לא זכיתי להבין והיאך אפשר דהר"ן לא ידע מזה והא הש"ס קאי ע"ז על מה דאמר יקיימו ובאמת שהר"ן יפה כתב דבאמת שם כל שעבר ונשא פשיטא דיקיימו דאינו רק כאחות זקוקתו רק דהש"ס מקשה דיעשה מאמר ויהי' מותר גמור אף לכתחל' וע"ז אמרו דכיון דמאמר איסור לא קני אבל זה ודאי דביבמ' אף בביאת איסור קונה ועיין ב"ש סי' נ"ה ס"ק ד' דמביא דברי הר"ן ובסי' ס"א ס"ק ב' מביא ג"כ ועיין בבית מאיר סי' נ"ה שם שתמה על הר"ן מטעם אחר ועיין בצלעות הבית סי' ד' שהאריך שם אבל לא נדחה דברי הר"ן בשביל זה ועיין בב"ש סי' קס"ו ס"ק ה' שכתב דאף אם הי' מדאורייתא איסור מכל מקום קנה ותמהתי שם בגליון הב"ש דברמב"ן מבואר בחידושיו ליבמות דף ל"ט דאם הוא עושה איסור תורה לא קנה בביאה זו וכן בדברי הר"ן מבואר כן ועיין בספר ישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל שם ועכ"פ אין מקום לכל דברי מעלתו ולענין דינא פשיטא דבכהן דא"א לגרש כל שנידו אותו על שעבר עבירה אין כופין אותו לגרש ויפה הורה המורה ומה שהקש' על מ"ש הר"ן דאם הקנה בנכסים מועטים הפעוטות לא מועיל ומטעם דכיון דפעוטות אינו רק קנין דרבנן ל"מ באיסור וע"ז הקשה מכתובות צ"ה דהיכי מועיל בנכסי לך ואחריך לפלוני דניסת לבעל הרי בעל לוקח הוה אינו רק דרבנן וא"ל דזה באמת קושית הש"ס דא"כ מה משני ניסת קתני הא אינו ראוי שיועיל והנה לפמ"ש המלמ"ל לחלק בין אם יכול להיות קנין תורה א"כ גם כאן יכול להיות שתמכור לבעל בקנין תורה אמנם בלא"ה לק"מ דדוקא היכי שעושה קנין מחדש ל"מ באם היא קנין דרבנן אבל מה דהבעל לוקח הוה זה נעשה בעת שנשא' לכל הדברים ואטו בשביל זה שעושית איסור במה שהבעל עומד במקום אחר יתבטל קנין הבעל במה שהוא קנה שחז"ל תקנו שהבעל הוא לוקח וז"ב ופשוט.

והנה פה לבוב אירע מעשה הזו והי' כהן אבל הוא לא ציית דין בעוה"ר והנחתי הדבר כן כיון דהוא כהן: אמנם אי קשיא לי הא ק"ל לדברי הר"ן בתשו' סי' מ"ו דל"מ קנין דרבנן במקום איסור א"כ מה מביא הר"ן ראיה ממאמר דלא קני באיסורא הא שאני מאמר דקנין דרבנן הוא משא"כ בביאה אחר הקידושין דהוה קנין תורה ותירוצו של המלמ"ל לא שייך כאן דהא ביבמ' לא מצינו קנין רק ביאה ומאמר תקנו חז"ל ואם אסור בביא' משום אחות זקוקתו וצריך לעשות מאמר א"כ א"א כ"א בקנין איסור וצ"ע. גם מ"ש מעלתו דמדברי רש"י ביבמות נראה דלא חיישינן שמא בר קמא הוא וכן נראה מדברי הרי"ף הנה לא רשם היטב ואנכי הרואה להיפך ברש"י יבמות מ"ב ד"ה אשתהי שכתב דה"ה דהומ"ל שמא בן קמא הוא אלא דסגי ליה בהכי ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו ומ"ש דגם מהרי"ף נראה כן לא מצאתי בהחפזי דבר בריר"ף.

כא והנה מה דק"ל לשיטת הרמב"ם דסגי בנידוי לבד וקשה הא הרמב"ן וכן הרשב"א בחידושם ליבמות דף מ"ב הקשו למה חתר הש"ס למצוא טעם למה שצריכ' להמתין צ"א יום משום הבחנ' ות"ל שמא תמצא מעוברת ואסורה להנשא משום גזירה וכתבו דמשום חשש ספק מעוברת לא הוו גזרו כולי האי שתמתין צ"א יום לכך צריך לטעם דהבחנה ולפ"ז אחר שגזרו משום הבחנ' א"כ אם תמצא באמת מעוברת תצטרך להוציא משום גזירה דמעוברת דאף דמתחלה לא גזרו בשביל זה אבל כל שגזרו בשביל הבחנ' וא"כ נשא באיסור יצטרך לגרש וכ"כ האבני מלואים בהדיא וא"כ כיון שבנמצאת מעוברת יצטרך לגרש ובמעוברת אף בעבר ונשא צריך לגרש אף לשיטת הרמב"ם וכמבואר בב"ש ס"ק כ"ח וא"כ למה לא יצטרך לגרש גם כאן כל שעבר וצ"ל כיון דלא נשא רק קידש בלבד א"כ אף דמעוברת גזרו אף בקידש לבד לרוב הפוסקים כמבואר בסי' י"ב מכל מקום בספק מעוברת לא גזרו כולי האי ודי בנדוי לבד. ובזה מיושב היטב מה שהרמב"ם שכל ידיו דבאירס בתוך ג' חדשים כתב שמנדין אותו ובנשא כתב שמפרישין ומעלתו האריך בזה ועיין ב"ש ס"ק ט"ו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הרמב"ם פסק הטעם דדחס' ולפ"ז בקידש לבד די בנדוי וא"צ הפרש' אבל בנשא צריך גם הפרשה דיש חשש שמא תהיה מעוברת מראשון ומשני ושייך דחסה וספק סכנת נפשות אף בס"ס מחמרינן ולכך הצריך הפרש' ודו"ק ועיין לח"מ פי"א מגירושין הכ"ד במ"ש דבש"ס נקט קידש דוקא ולפמ"ש מזה יצא לו לרבינו דבנשא צריך הפרש' כנלענ"ד ועדן לא הבאתי הדברים בכור המבחן:

כב והנה בגוף הדבר שצריך נדוי להרמב"ם נראה לפענ"ד דהוא משום דאם נימא דא"צ לנדות א"כ כל אחד יעבור על תק"ח ולכך הצריכו לנדות ומכאן קשה לי על הפר"ח ביו"ד סי' ל"ט ס"ק ד' לענין מה שמבואר דאם נאבד' הריאה נחלקו הפוסקים דיש שסוברים

דכשר' בלי בדיקה ויש סוברים דאסור' ומטעם דאל"כ יתבטל תקנת חכמים וכתב הפר"ח שם דאין זה כלום דלא נחשדו ישראל לעבור בשאט בנפש ולפ"ז יקשה אמאי הצריך נדוי והא לא שכיח שיעברו מיהו יש לחלק דשם נאבד' ולכך לא חיישינן שמא יאבד' בידים משא"כ כאן דעבר ונשא שפיר חיישינן ובלא"ה יש לומר דשם הרוב מעיד דכשרים הם מיהו יש לומר להיפוך דאדרבא בשביל דרוב כשרים הם יש לחוש טפי דיאבד' בידים ויסמוך על הרוב דבהמות דכשרים הם וע"כ נראה לפענ"ד עיקר כמ"ש אח"כ הפר"ח דאם יאבדנ' בידים יהי' אסור לכך לא חיישינן שמא יאבדנה בידים ולכך כאן צריך נדוי ובברח ערוקי' מסתעי' מיהו גם שם יש לחוש שמא יערים וישליך הריאה ויאמר דשכח ועיין ביצה י"ז דבשבת חיישינן אף בדרבנן וצ"ע בזה וע"כ לדינא העיקר דבדיעבד יש לסמוך על דברי הרמב"ם בכהן דא"צ לגרש רק מנדין אותו דיהיה בורח ועכ"פ הבחור הוא בחור שלא כהלכ' והוא חייב נדוי מפני שעבר על דברי חז"ל דהצריכו נדוי וגם החציף נגד המורה והלך וקידש ודו"ק היטב. שוב ראיתי בשו"ת הרא"ש כלל נ"ג סי' ה"ו שדעת הרב השואל להרא"ש הי' שאדרבא בנשאת תוך ג' חדשים להבחנ' יהי' קיל מקידשה שבנשאת כבר נתקלקל ההבחנ' שאפשר שהיא כבר מעוברת ונתקלקל ההבחנ' משא"כ בקדשה דלא נתקלקל ההבחנ' יהי' חייב לגרשה והרא"ש נדחק דגם בנשאת יש לומר דשמא לא נתעברה עדן ושייך ההבחנ' ולפמ"ש אתי שפיר דממנ"פ אם כבר נתעבר' שוב שייך חשש מעוברת כיון שאתה מחזיק שכבר נתקלקל ההבחנה ואם לא נתעבר' עדיין בודאי שייך ההבחנ' משא"כ בקדשה ולכך נקט קדשה דוקא ודו"ק היטב:

כג והנה קשה לי בהא דאמרו בכתובות דף סמ"ך דר"מ ס"ל דהמניקת שמת בעלה בתוך כ"ד חדש הרי זו לא תתארס עד כ"ד חדש ומטעם שמא תתעבר ותצטרך לגמול את בנה ובעל זה אינו אביו שיקנה לו ביצים והרי ר"מ ס"ל דשלשה נשים משמשות במוך קטנה ומעוברת ומניקה מעוברת שמא תעשה עוברה סנדל ומניק' שמא תגמול בנה וימות וא"כ בין לפירש"י שפי' דיכולת לשמש במוך ובין לשיטת התוס' דמצוות לשמש במוך דהיינו לאחר תשמיש דלא מפקדא אפו"ר ואינה מוזהרת על השחת' וא"כ למה לא נתיר להנשא ע"י שתשמש במוך והא אינה מצוית וליכא שום חשש בשלמא לחכמים דאמרו דתשמש כדרכה וחשו חז"ל על פו"ר ועל הנפש מן השמים ירחמו שפיר החמירו שלא תנשא משא"כ לר"מ והיא קושיא גדולה לדעתי.

כד ואולי כיון שזו דרך הנשים כשישאו בעל שני רוצים להוליד ממנו למען יתרבה אהבתו לה והילדים מבעלה הראשון אין נחשבים לה כ"כ ומכ"ש מה שלא יצא לאויר העולם

חשו חז"ל שמא לא תרצה לשמש במוך וכשתתעבר לא יהי' במה למסמס וימות ע"כ גדרו חז"ל גדר ואמרו שלא תנשא וז"ב:

כה ובזה עמדתי על לשון חז"ל דביבמות תלו האיסור בו לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו ובכתובות תלו האיסור בה האשה שמת בעלה תוך כ"ד חדש לא תנשא ולא תתארס וכבר דקדק בזה הנוב"י בתשובותיו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דלדידן דקיי"ל כחכמים דאסורה לשמש במוך ועכ"פ אינה מצווה לשמש במוך א"כ תלו האיסור בו דהיא רשאית לשמש במוך דאינה מצוית על השחתת זרע וא"כ בכה"ג אם נימא דמותרת לשמש במוך ועי"ז יהיה מותר א"כ הוה כמו שהוא גורם לשמש במוך והוא מצווה על פו"ר והשחתת זרע לכך תלוי האיסור בו אבל לר"מ דכל אדם משמש במוך אם היא מניקה רק דחיישינן שמא לא תרצה לשמש במוך באהבת הבעל השני להוליד לו א"כ תלוי איסור עליה וז"ב. ובזה מבואר הא דאמרו שם בכתובות הלכה כר"מ בגזירותיו והתוס' שם גם רש"י נדחקו דמה ראיה מהבחנ' למניקה ומה גזרה שייך בזה ולפמ"ש י"ל דחש ר"מ שמא לא תשמש במוך וגזר משמשת במוך אטו לא משמשת במוך ודו"ק: ולכאורה רציתי לומר דאף אם תשמש במוך אינו ודאי שלא תתעבר רק ע"פ הרוב אינה מתעברת ואף דר"מ חייש למיעוטא מכל מקום היכא דא"א לא חייש למיעוטא ובכל מניקה ומעוברת הרי משועבדת לבעל והבעל רוצה לקיים המצוה דפו"ר או לשבת וגם שלא יחטא וינצל מהרהורי עבירה ע"כ מוכרח להתיר ע"י מוך עכ"פ אבל במניקות ומעוברת חבירו כיון דהיא אינה מצווית על פו"ר שפיר חש ר"מ למיעוט ובפרט לר"ת דלא מתיר לתת מוך לפני התשמיש רק לאחר התשמיש יש לחוש שלא יועיל המוך אחר כך ובפרט בספק פ"נ חש למיעוט ולכך אסור:

כו ובזה ממילא ג"כ מיושב מה שתלו האיסור בה דבאמת הוא הי' מותר לשמש במוך ואי משום חשש מיעוט הא כל דאי אפשר בענין אחר לא חש ר"מ למיעוט אבל לגבה שאינה מצווית על פר"ו למה תנשא וז"ש הלכה כר"מ בגזירותיו דהוא חשש אף למיעוט ודו"ק. שוב ראיתי בהפלאה בכתובות שהרגיש בזה כלאחר יד דלר"מ למה לא תשמש ע"י מוך וכתב דלא התירו לכתחלה א"נ שמא הבעל אחר לא ירצה שתשמש במוך ודבריו דחוקים כיון דלר"מ כל המניקות משמשות במוך למה לא נתיר בזה ולגזר עליו גזירה חמורה כ"כ והפוסקים החמירו שלא נחוש לקלקול הבחירה וכל הגזירות שהחמיר בזה הא זה הוה כדיעבד גם מ"ש שמא הבעל לא ירצה דבריו תמוהים דהא לפירוש ר"ת הבעל אינו משמש במוך רק היא מכנסת מוך אחר תשמיש ואם בכל מניקה אמר ר"מ כן פשיטא שאדעתא דהכי נשאת וא"כ לא יוכל הבעל לכופה ודו"ק היטב. והנה בהא דאמר רנב"י

הן הן דברי ב"ש הן הן דברי ב"ה רשב"ג אומר אני אכריע לדברי האומר כ"ד חדש מותרת להנשא בכ"א וכו' והקש' בשו"ת נוב"י דהא לב"ש לא משעבדא כלל להניק וא"כ למה לא תנשא וראיתי בא"מ שהביא דברי השיט' מקובצת בכתובות שכתב דרנב"י ורשב"ג נחלקו אם ב"ש וב"ה קאי לענין הנשואין או לענין שיעור היניקה ע"ש וא"כ ב"ש וב"ה לא פליגי רק בשיעור היניקה רק דלדידן מפרשינן דאליבא דידן כ"ד חדש שיעור היניקה בכ"א סגי שלא תנשא ע"ש. ונפלאתי על השיט' מקובצת ועל הא"מ שבמחכת"ה נעלם מהם התוספתא פ"ב דנד' שאמרו שם מניק' שמת בעל' הרי זו לא תנשא עד לאחר כ"ד חדש דברי ר"מ ר"י אומר י"ח חדש רנב"י אמר ב"ש אומרים עשרים וארבע' חדש ב"ה אומרים ח"י חדשים רשב"ג אומר לדברי האומר כ"ד חדש מותרת להנשא בכ"א חדש וכו' והנה מבואר דקאי לענין נשואין שנחלקו ר"מ ור"י. הן אמת דהלשון של רשב"ג אינו מובן דאם ב"ש וב"ה נחלקו לענין נשואין איך אמר רשב"ג כ"א או ט"ו חדש. אך באמת בש"ס הגירסא דרשב"ג הכריע כן ואמר אני אכריע ואף דבשאלתות פרשת וירא הגירסא אני אפרש לפמ"ש משמע יותר כלשון הש"ס אני אכריע וכמ"ש.

כז ועכ"פ מבואר דב"ש וב"ה בעצמם נחלקו לענין נשואין גם מ"ש השיט' מקובצת להקשות דמנ"ל לאביי דר"י מתיר בט"ו חדש דלמא לאחר הנכיון אמר י"ח חדש והיינו דשיעור יניק' כ"א חדש נפלאתי מאד דא"כ ר"מ דאמר כ"ד חדש דהיינו ג"כ בנכיון ושיעור היניק' כ"ז חדש וזה לא שמענו כלל ויותר מכ"ד חדש בודאי אין שיעור היניק' דהא יליף משמואל עד יגמל הנער ומבואר בירושלמי ביכורים פ"ב וברש"י תענית ד' דהיו שתי שנים ולכך שמואל חי נ"ב שנים וגם מלא תבשל מבואר כ"ד חדשים שיעור היניק' וגם דא"כ מה אמר רשב"ג אני אכריע ודלמא לאחר הנכיון שיעור ג' חדשים נחלקו ר"מ ור"י וב"ש וב"ה וע"כ דזה ודאי דאינו בשיעור נכיון וכמ"ש רק דאביי סמך על רשב"ג דאמר אני אכריע ובזה נראה לפענ"ד דזה היה טעותו של אביי משום דהלכ' כרשב"ג אף בברייתא וגם הלכ' כדברי המכריע וא"כ כאן שרשב"ג הכריע סבר דהלכ' כמותו ועיין מלמ"ל פ"א מבית הבחיר' ובש"ך חו"מ סי' קע"א וע"כ אמר לו דרב ושמואל ס"ל כ"ד חדש לנשואין ולא פסקו כרשב"ג בזה מפורש ועכ"פ לפי ש"ס דילן מבואר דרשב"ג הכריע דלא כר"מ ור"י וב"ש וב"ה וכלהו נחלקו במניקת לענין נשואין ולפי מ"ש בתוספתא וכן לפי גירסת השאלתות מבואר דב"ש וב"ה נחלקו לענין שיעור היניק'. מיהו צ"ע דהרי ר"מ ור"י ודאי נחלקו מפורש לענין נשואין וב"ש וב"ה קאי ג"כ ע"ז וע"כ יותר טוב כגירסת ש"ס דילן דרשב"ג הוא שהכריע כן ועיין בית מאיר סי' י"ג סעיף י"ד:

כח והנה בגיטין דף ע"ו נחלקו ר"מ ור"י בשיעור המניק' ור"מ ס"ל כ"ד חדש ור"י ס"ל י"ח חדש ושם נחלק רשב"ג בסיפא וע"ז לא אמר כלום ומבואר דר"מ ור"י לענין נשואין אינו לאחר הנכיון ורשב"ג הוא שהכריע כן לענין נשואין ומצאתי בתוספתא פ"ה דגיטין דר"מ אמר ע"מ שתניקי את בני כ"ד חדשים ור"י ס"ל י"ח חדש רשב"ג אומר מונין לתינוק משעת לידתו ודברי רשב"ג אינם מובנים עכ"פ ר"מ ור"י נחלקו בשיעור יניק' ובשיעור נשואין בשוה ובשו"ת תה"ד מ"ש בשם מהר"ם לפענ"ד הקלושה צ"ע דלא הביא דברי התוספתא הלז ועיין נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי כ' לא הזכיר ג"כ התוספתא הלז וצע"ג. אמנם באמת בחדש העיבור שנחלקו בהרבה מקומות מבואר דשיעור ההנק' אינו רק כ"ד חדש ועיין בנד' דף ט' לענין דם נדה ובתוספתא דנדה שם ובכתובות שם וע"כ צ"ע. ומ"ש למעל' דביבמות דתל' האיסור בבעל קאי אליבא דרבנן צ"ע דגם שם נחלקו ר"מ ורבנן עיין בדף ל"ו מיהו שם קאי גם למעוברת וצ"ע בזה והנה הב"ש סי' קס"ד ס"ק ח' נסתפק אם הפילה אי צריכה להמתין כ"ד חדש ע"ש ולכאור' הדבר מפורש בכתובות ס"ד דר"מ ס"ל דאם הפיל' אחר מיתת בעלה צריכה להמתין תשעים יום והיינו משום הבחנה והרי משם למד בש"ס שם דר"מ מחמיר במניקת ע"ש ולמה לא תמתין כ"ד חדש וע"כ דא"צ להמתין ובאמת מה דצריכה להמתין צ' יום אף דאין אשה מתעברת וחוזר' ומתעברת כבר אמרו דמעשה היה ונשתהה ולד אחר חבירו שלשה חדשים ועיין נדה דף כ"ז ואף דברש"י ישעי' ב' פסוק ג' משמע דא"א להוליד באמת צ"ע מנדה הנ"ל אך גם אם א"א גזרו אטו מעוברת ולא הפיל' אבל לענין מיניקת דמעוברת לא גזרו רק משום דלמניקת קיימא וכאן אינה עומדת בשום אופן להנקה כל דהמתינה ג"ח ולכך א"צ להמתין רק צ' יום. שוב ראיתי בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ל"ה ודבריו צ"ע דלא הביא כלל דברי הב"ש שנסתפק בזה וכתב שבקדמונים לא גרסו להך דהמפלת והוא הביא שם דברי הש"ס נדה כ"ז הנ"ל ונהניתי עד מאד ודו"ק. והנה במ"ש למעלה להשיג על החינוך דס"ל דלענין יבום ג"כ משום הבחנה צריכות להמתין ג' חדשים והבאתי שביבמה היא איסור תורה שמא פוגע באשת אח שלא במקום מצוה כעת נראה דחיה להחינוך מהא דאמרו ביבמות דף מ"א ע"ב יבמה שחלצה תוך ג' חדשים צריכה להמתין ג"ח וע"כ דעולה ליבום מן התורה דאל"כ כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה והרי לכך לא עולה ליבום ולחליצה בתוך ג' חדשים משום שאינו ראוי ליבום וע"כ דאינו רק מדרבנן וכל שכבר חלץ עולה החליצה לאחר ג' חדשים וכן נראה בהדיא מהתוס' ביבמות ריש פרק החולץ ד"ה ונמצאת וע"ש בהגהות הגאון מוהראו"ו זלה"ה ובדיעבד אף היבום מועיל וצ"ע בזה.

כט הן אמת דלפמ"ש המ"ב סי' ס"ב דבדרבנן לא שייך כל שאינו ראוי לבילה א"כ אם יבום ג"כ אינו אסור רק מדרבנן משום הבחנה שוב היה מהראוי שתעלה לחליצה מיהו דברי המ"ב תמוהין ועיין מגן גבורים סי' קל"ט. אך לפענ"ד היה נראה דאף דיבום ג"כ אינו רק מדרבנן כל שחז"ל גזרו משום הבחנה שוב הו"ל כגבינות של עכו"ם דכל שיש חשש איסור בגופו וחז"ל גזרו שוב הוה כשל תורה כמ"ש האו"ה והש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הספיקות וצ"ע בזה והנה במ"ש התוס' דכ"כ לא היו משתהה הכרת העובר של ראשון עד שליש ימיו של שני מהרש"ל נדחק ומהד"ב של המהרש"א הגיה עד שלשה ימים ואינו מובן דלמה לא ניחוש לזה אך נראה דבאמת מה דהקשו התוס' דניחוש שמא לא נקלט עד שלשה ימים הוא באמת חשש רחוק דעפ"י הרוב הוא נקלט תיכף אבל באמת כבר נודע מ"ש הקדמונים דתקנה שמתקנים על כל העולם צריכין לתקן אף מחשש מיעוט דבכל עולם יש ג"כ מיעוט ולפ"ז בהבחנה דתקנו חז"ל תקנה להמתין אף דרובא לט' יולדות וניכר לשליש ימיה רק שתקנו על כל העולם ובעולם יש ג"כ מיעוט ולפ"ז הא יש מיעוט דלא נקלט רק עד סוף יום השלישי ולפ"ז שפיר כתבו התוס' דליחוש שמא יש מיעוט דלא נקלט רק עד סוף שלשה ימים ואותו מיעוט יזדמן שיהי' יוצא מגדר רוב ולשבעה תלד זהו הוה מיעוטא דמיעוטא וכמו נפילה דיחיד דלא חיישינן שיזדמן שזה המיעוט יצטרף לה עוד מיעוט ע"ז לא חיישינן גם יש לומר דבאמת אם יולדת לשבעה ע"כ שהכלי הלידה הם בריאים שתוכל להוליד לשבעה א"כ באמת מה שלא נקלט עד שלשה ימים זה ג"כ מחולשת כלי הזרע שלא תוכל לקלוט ג"כ כ"כ במהרה וא"כ אין לחוש שמא זו תלד לשבעה והא ע"כ הכלי ההולדה חלושות באותה האשה וז"ב. ועכ"פ יהיה איך שיהיה עיקר קושית התוס' דבהבחנה שהיא תקנה כוללת חיישינן אף למיעוט. ובזה מיושב הקושיא של הנוב"י שהבאתי למעלה דאיך מותר ליבם אחר ג' חדשים ולפמ"ש אתי שפיר דלענין איסור שלא עשו תקנה כוללת שוב לא חיישינן ואזלינן בתר רובא ומה דצריך להמתין ג' חדשים הוא משום חשש תורה שמא בא על אשת אח שלא במקום מצוה כמו שהשיגו על החינוך ואינו משום הבחנה וגם יש לומר דבהבחנה דקטנה וסריס וכל הנשים בכלל הגזיר' משום לא פלוג א"כ מכ"ש במקום שיש חשש על המיעוט חשו משא"כ לענין יבמה שפיר אזלינן בתר רובא דיבמה לא היתה בכלל התקנה דהבחנה ובפשיטות י"ל בישוב הקושיא הנ"ל דבאמת כל מה דהקשו התוס' דניחוש שמא לא נקלט הזרע הוא משום שלא נבטל הרוב שרוב נשים מתעברות ויולדות וחיישינן שמא מעוברות הן מראשון ומה דלא ניכר עוברה לשליש ימיה משום דלא נקלט הזרע ולפ"ז זהו בכל הנשים אבל ביבמה דלא הולידה מבעלה ואתרע לה

הרוב כמ"ש התוס' בהדיא בד"ה וזו ע"ש וא"כ פשיטא דלא חיישינן לחשש רחוק שמא לא נקלט הזרע דהוה מיעוטא דמיעוטא וז"ב ואמת לפענ"ד:

סימן לה

א ענין מסל"ת דאינו כשר רק לעדות אשה ואם יש חילוק בין דאורייתא לדרבנן. במה שהארכתי בענין מסל"ת דאינו נאמן רק לעדות אשה דמ"ט יש בדבר. הנה טרם יהיה כל שיח נראה לי להקדים הא דמבואר בש"ע אהע"ז סכ"א אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה וכתב הב"ש דהטעם הוא משום דהוא מלתא דעבידא לגלויי או דייקא ומנסבא וכאשר ראיתי כן תמהתי דדבריו אין להם שחר דהרי בסוף יבמות אמרו הטעם משום דקבעי כתובה למשקל וכד"מ דמי ומ"ד דס"ל דבעי דרישה וחקירה משום דכד"נ דמי אבל לא נזכר כלל הטעם הלז והרי הא דעדי נשים הוה מלתא דעבידא לגלויי או דייקא ומנסבא זה אליבא דכ"ע ואיך נחלקו בזה וביותר יגדל התימה דהב"ש בעצמו באותו ס"ק כתב הטעם דכד"מ דמי דליכא ד"נ בזמן הזה ע"ש וכאשר חפשתי בזה באחרונים מצאתי בספר אחד ושמו דרישת ארי שהעיר בזה ונדחק מאד וכתב שגם הרמב"ם כתב טעם זה. ובאמת שכדבריו כן הוא שברמב"ם פרק י"ג מגירושין הכ"ח כ"ט שכלל ענין דרישה וחקירה בתוך הדברים שהקלו בעדות אשה שכשר להעיד עבד ושפחה ועד מפי עד וכתב על כלם הטעם שבכל דבר שאי אפשר לעמוד על בוריו בלי עדים צריך עדות גמור אבל כאן דהוה מלתא דעבידא לגלויי אף בלי עדים ולכך הקלו בעדות זה. והנה עוד גדלה בעיני התמי' על הרמב"ם והמ"מ והכ"מ שכלם לא העירו לבאר דמה ענין דרישה וחקיר' לזה שבזה הקלו משום דכד"מ דמי והמגיד הביא דברי הש"ס ע"ז ונפלאת בעיני שלא הרגישו כלל בזה. אבל אחרי העיון עמדתי על כוונת רבינו לפענ"ד דבאמת כבר תמהו הקדמונים הרמב"ן והרשב"א והריטב"א דמה טעם יש בדבר הואיל ופתיך קצת ד"מ בזה דלתעקר דו"ח בזה ע"ש שנדחקו וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת לענין עדי זנות. אמנם נראה לפענ"ד ענין חדש דבאמת צריך ביאור דמ"ט צריך דו"ח ומדמ' להו לד"נ והא לא דמי דבד"נ בעי תורת עדות וא"כ צריך דרישה וחקירה אבל כאן דלא בעי תורת עדות כלל והא עבד ושפחה נאמנים וע"כ דלא הקפידה תורה כלל על תורת עדות רק שנדע שהענין אמת וסמכינן בזה על אומדנא וא"כ מה ענין דרישה וחקירה לזה הא אינו עדות כלל וצריך לומר דבאמת אמרו בבכורות כי הקלו בסופה אבל בתחלת העדות לא וס"ל להני דמדמי לד"נ דכל הטעם דבעי דו"ח הוא כדי שנדע אם העדים אינם משקרים וא"כ כל דנימא דלא בעי דרישה וחקירה שוב אין כאן תחלת ענין כלל ולכך כל שהם שנים וגם אחד בלבד צריך דרישה וחקירה כדי שנדע אם אינו משקר ולפ"ז

המ"ד דס"ל דא"צ דרישה וחקירה ע"כ צ"ל דס"ל כיון דבד"מ בטלו בזמן הזה לדרישה וחקירה וא"כ ע"כ דענין עדות יכול להיות אף בלי דרישה וחקירה וסמכו דשני עדים לא משקרי א"כ גם כאן שוב א"צ כלל דרישה וחקירה דכאן לא בעי שיהיה העדות עדות גמור ותורת עדות רק שהענין אמת ואין לומר דבשעת העדות לא הקלו דהרי גם ד"מ בעי תורת עדות ואפ"ה לא בעי דרישה וחקירה וא"ל דעדיין לא דמי דבעדות ממון בעי עכ"פ תורת עדות שני עדים כשרים וכאן אף בפסולים וע"א ועד מפי עד כשר דזה אינו דכאן לא בעי תורת עדות רק שהענין יהיה אמת וסגי אף בזה כיון דהוא מלתא דעבידא לגלויי. איברא דעדיין צריך להבין הא גם ד"מ לא אברי סהדי אלא לשקרי ואפ"ה בעי עדות גמור וצ"ל דשם כל זמן שאין כאן שני עדים לא נודע שהענין אמת דדלמא משקרי אבל כאן דהוא מלתא דעבידא לגלויי וסמכו חז"ל שבודאי לא משקרי או משום דייקא ומנסבא וא"כ שוב ל"צ תורת עדות וז"ש דכיון דאיכא בהו כתובה כד"מ דמי והיינו לענין זה שלא יהיה צריך דרישה וחקירה דה"א כל דלא היו דו"ח שוב לא הקלו חז"ל בתחלת העדות ושוב ל"ש כאן להקל בשביל דייקא ומנסבא או מלתא דעבידא לגלויי לזה אמר דעכ"פ כיון דגם ד"מ לא בעי דו"ח א"כ ענין עדות יכול להתקיים אף בלי דו"ח וכיון שיש כאן תחלת עדות אף בלי דו"ח שוב לא דמי עדי נשים לא לד"מ ומכ"ש לד"נ דכאן א"צ תורת עדות כלל רק שיהיה הענין אמת ומעתה דברי רבינו מבוארים דכלל דין דו"ח בתוך כל הענינים שהקלו בעדי נשים עד מפי עד ואף מפי עבד ושפחה וכמדומה משום דזה טעם של"צ כאן תורת עדות רק בירור הענין וא"כ ממילא שוב הטעם דכד"מ דמי דאם נימא דכד"נ דמי כל שלא היו כאן דו"ח אין כאן התחלת העדות ובזה שוב לא הקלו וז"ב מאד מאד למי שיעיין היטב ומצאתי בבעל העיטור באות קוף שכתב ג"כ דא"צ דו"ח משום שעד מפי עד כשר ומיושב בזה קושיות רבות שהקשו הקדמונים בזה:

ב והן נסתר מחמתו מ"ש הקדמונים והובאו בב"י אהע"ז סי' י"א דעידי זנות הוה כד"מ וכ"כ הרשב"א לענין עדי גט שלכך ל"צ משום דפתיך ביה ד"מ ועיין בריב"ש סי' קצ"ג ובסי' רס"ו ורמזו המלמ"ל שם דעידי גיטין וקידושין דמי לד"מ ולפמ"ש ל"ד דדוקא עידי נשים דרק בירור הענין צריך ולא תורת עדות לכך מדמה להו לד"מ לענין דרישה וחקירה משא"כ בגיטין דצריך תורת עדות ול"ד לד"מ ורק בעידי זנות יש מקום לומר דא"צ תורת עדות ויש להאריך בזה ואכ"מ. ועכ"פ מיושב קושית הב"ש ס"ק ס"ג שהקשה דבסי' י"א החמיר בזה לענין עדי זנות ולפמ"ש אתי שפיר דהמחבר ס"ל דדוקא בעידי נשים הוא דהקלו משום דא"צ תורת עדות משא"כ בעידי זנות וז"ב. עתה נעתיק עצמינו להא דלא אמרו עכו"ם מסל"ת נאמן רק בעדות אשה והדבר צריך טעם ולפענ"ד נראה דהנה כבר

נודע מ"ש רבינו יקיר בטור ח"מ סי' ל"ד דגם עכו"ם שיודעים שאינם משקרים כשרים להעיד והפוסקים דחו זאת כמבואר בב"י שם והטעם דכל דצריך תורת עדות והתורה הצריכה שיהיו עידי ישראל א"כ ל"מ עדות עכו"ם אף שאינם משקרים והוה פסול הגוף כמו שפסול סומא וחרש וכדומה ולפ"ז לענין עדי נשים דל"צ תורת עדות שוב אף עכו"ם כשרים רק שצריך שנדע שלא יהיו משקרים וא"כ לכך צריך שיהיה מסל"ת דזה לך האות שאינם משקרים וא"כ אף עכו"ם כשר וז"ב. ומצאתי בט"ז י"ד סי' צ"ח ס"ק ב' שכתב ג"כ דבעידי איסור כיון שא"צ תורת עדות אף בדאורייתא כשר עכו"ם מסל"ת והוא הדבר אשר דברתי דכל דל"צ תורת עדות אף עכו"ם כשר כל שמסל"ת. ובזה נראה לפענ"ד הטעם דבדרבנן האמינו לעכו"ם מסל"ת בכל דבר משום דבדרבנן כל שאינו רק ספק דלמא משקר א"כ הו"ל ספיקא דרבנן ולהקל משא"כ בדאורייתא דאף במסל"ת יש לחוש דלמא משקרי ואין כאן בירור הענין אבל כ"ז במקום שא"צ תורת עדות אבל כל שצריך תורת עדות אף בדרבנן יש לומר דפסולי דהו"ל פסול הגוף כנלפענ"ד ועיין פר"ח סי' ס"ט ס"ק מ"ם האריך הרחיב הדבור דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן ועיקר תלוי אם אתחזיק איסורא או לא ודוקא בפסולי עדות האמינו בדרבנן אבל לא בעכו"ם ולפמ"ש עיקר החילוק היא בין דבר שצריך עדות גמור או סגי רק בבירור הדבר ודו"ק היטב והאיר ד' עיני ומצאתי בחידושי הר"ן על נדה דף ל"ג ע"ב גבי מעשה דצדוקי שספר עם כה"ג ונתזה רוק מפיו על בגדי כה"ג וקדם הכה"ג אצל אשתו ואמרה לו ששואלת לחכמים על דם שלה והקשה הרשב"א דאיך נאמנת הא החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו וגם למה קדם אצל אשתו לשיילי' לדידי' וכתב הר"ן כיון דמדרבנן היא ובדרבנן אף עכו"ם נאמן מסל"ת ולכך לא נכנס בדברים עם הצדוקי בעצמו שהוא ראה שהוריק פניו ולא מקרי מסל"ת ולכך קדם אצל אשתו קודם שיספר לה הצדוקי כל המאורע ע"ש הנה כמה מילי מעליותא איכא למשמע מהר"ן דגם בעכו"ם נאמן מסל"ת דוקא בדרבנן וגם צריך שיהיה בלי שום הרגשה שהיא בענין איסור והיתר כלל כמ"ש הר"ן דלכך לא שאל אותו ועיין ש"ך סי' ס"ט ס"ק מ"ג ביו"ד ועיין באהע"ז סי' י"ז סט"ו ובח"מ ס"ק ל"ב במ"ש בשם הר"ן בתשו' שם ובב"ש.

ג ובגוף קושית הרשב"א הנ"ל נראה לפענ"ד דלא שייך כאן חשוד בדבר משום דהצדוקים שסוברים שהמצוה כך שתשלים דם ירוק לדם נדות או שתספור יום שפוסקת בו למנין שבעה וא"כ הם ס"ל דהדין כך וא"כ כל ששואלין אותן שפיר נאמנים להעיד שאינם חשודים לעבור בשאט בנפש רק שחושבין שהדין כך אבל אם מעידין שמראין דם לחכמים שפיר נאמנים ולכך שאל לאשתו דהצדוקי כל שראה שהוריקו פניו בודאי חשוד

יותר שהוא מתכוין להכשיל לפי שחושב שבאמת הדין עם הצדוקים רק שמיראת הכה"ג יאמר לו שאינו נוהג כן אבל היא לא ידעה כלל לאיזה ענין שאל ושפיר נאמנת דלא מקרי חשודה בדבר וז"ב לפענ"ד ועיין באהע"ז סי' י"ז סל"ט דהב"ד צריכין להיות כשרים והח"מ השיג ע"ז באורך דל"צ ב"ד והב"ש כתב דמלשון הש"ס דנחלקו אי הוה כד"מ או כד"נ משמע דעכ"פ הוא צריך ב"ד כשר כדינו ולפמ"ש אדרבא מזה ראיה דא"צ כלל תורת הגדת בב"ד וראיתי להמגיה בט"ז שכתב דדוקא לענין קבלת עדות הוא דהוה כדין כמ"ש רש"י כיון דעכ"פ תגבה כתובתה כשתנשא הוה כדין אבל להתירה להנשא אין זה דין אלא כשאר הוראה דלע"ע אין המחלוקת לענין כתובה ע"ש ואין בדבריו ממש במחכת"ה דאין חילוק בין קבלת עדות להתירה לעלמא או הב"ד שהורו לה ואחד זה ואחד זה כל שיש בו ענין ממון וד"נ צריך ב"ד והעיקר כמ"ש דא"צ כלל תורת הגדה בב"ד וכדומה וכן נראה מתשובת המזרחי שהביא שם המגיה בט"ז שכתב דכל שהוחזקו להיות משיאין עד מפי עד א"צ דו"ח והיינו שלא צריך תורת הגדה כלל והוא הדבר אשר דברתי דלכך כלל הרמב"ם הנך דינים בהדי הדדי דכל שמשיאין עד מפי עד שוב א"צ דו"ח ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול הרא"מ ז"ל. והרווחנו בזה להבין דעת הריטב"א וכן קבע הרמ"א להלכה דאם באתה לתבוע כתובתה אף שיש לה ע"א לא מהימן והדבר צריך טעם דמה"ת לחוש לשקר וגם יש לה מיגו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך הגדה בב"ד כל שבאתה לתבוע הכתובה ואף דבטלו לדו"ח אבל תורת עדות בעי וכיון שבאתה לתבוע כתובה שוב לא האמינו עד אחד לענין ממון וממילא בטל עדותו גם לענין נשואין ובזה מיושב היטב מה שהקשו האחרונים מהא דאמרו בכתובות דף ק"ג ששמעו בו שמת בע"א דכיון דאי בעי לנסובי מצי לנסובי למזונות נמי מהימנא הרי אף דתובעת מזונות מכל מקום מהימנא ולפמ"ש אתי שפיר דשם לענין מזונות דעיקר החשש הוא שמא הניח לה מזונות וא"כ כל ששמעו בו שמת בע"א דאם היתה רוצה לנסובי הות יכולה שוב לא שייך תורת הגדה בב"ד דעכ"פ שמעו בו שמת מקרי וא"כ שוב נאמן העד וממילא גם מזונות נוטלת וז"ב ובלא"ה יש לחלק דבשלמא בכתובה דעיקר חיוב הכתובה לכשתנשאי לאחר וכאן כל דחשו שמא לא דייקא שוב עכ"פ לא קרינא בה לכשתנשאי לאחר אבל לענין מזונות דמגיע לה כל שמעוכבת בשבילו להנשא וא"כ כל ששמעו בו שמת הרי מגיע לה מזונות וכל שנאמן העד ואם היתה רוצה להנשא היתה נאמנת לנסובי גם לענין מזונות נאמנת וז"ב כשמש דעכ"פ מעוכבת בשבילו להנשא דו"ק. אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בלח"מ סוף הלכות גירושין שנשמט מעבר לדף שגם הוא הקשה על רבינו דאיך כתב טעם לדו"ח משום דהוה מלתא דעבידא לגלויי ובעגונא הקלו רבנן ומשמע דהי' צריך דרישה וחקירה

והדבר תימה ע"ש שהניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר דרבינו מפרש דדוקא כאן לפי שא"צ תורת עדות וכמ"ש. ובזה יש ליישב דברי ה"ה פי"ג מגירושין הט"ו שכתב דצריך לשאול העד דבמה ידע שמת ואף הת"ק דר"ט ור"ע מודו והקשה הלח"מ למה לא הכריח בפשיטות דהרי אוקמא להך דר"ט דשאל בני היאך אתה יודע כמ"ד דלא בעי דו"ח ואפ"ה שאלו ועוד אף למ"ד דא"צ דו"ח כד"מ עכ"פ דמי ובד"מ שואלין אותו ג"כ ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לפי המסקנא גם לד"מ לא דמי וכמ"ש וי"ל דגם הך דר"ט ס"ל עכ"פ דבעי לשאול אותו וכד"מ דמי עכ"פ אבל להמסקנא גם זאת לא צריך דכל שמשיאין עד מפי עד א"צ תורת עדות כלל ותדע שהרי ר"ע דס"ל דבעי דרישה וחקירה בהך ברייתא ואפ"ה זהו דוקא כל שלא הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד והרי ר"ע בעצמו ס"ל לחלק בין קודם שהוחזקו לאחר שהוחזקו וכמבואר שם ע"א דר"ע פוסל גם אשה ומחלק הש"ס דמיירי קודם שהוחזקו וא"כ לפי המסקנא ס"ל דלא בעי כלל תורת עדות ובזה יש לומר מה שיש גרסאות שונות אי ר"ע ס"ל דבעי דו"ח ולא כמ"ש הגאון מהרי"פ ז"ל בגליון שם ולפנינו הגירסא דלא בעי דרישה וחקירה. ולפמ"ש יתכנו שניהם גם יחד דקודם שהוחזקו סבר ר"ע דבעי תורת עדות ובעי דו"ח ולאחר שהוחזקו ס"ל דא"צ דו"ח כלל וגם ר"ט יש לומר דמה דתרי תנאי ואליבא דר"ט הוא ג"כ החילוק לבין קודם שהוחזקו לאחר שהוחזקו וכמ"ש וז"ב ומן האמור יש לומר הא דכתב בשו"ת מיימוני להלכות נשים דאף בששאלו על האיש רק שלא שאלו לאותו האיש מקרי מסיל"ת וכ"כ בתה"ד סי' קס"א ובמהרי"ק שורש קכ"א הביא ראיה מהא דאמרו בב"ק דף קי"ד ואשה וקטן בני עדות נינהו ומשני כשהיו בעלים מרדפין אחריו ומשמע דאף שהבעלים מרדפין קודם שאמר הקטן או אמרה האשה אפ"ה מקרי מסל"ת וביש"ש בב"ק פרק הגוזל סי' כ"ח כתב על דברת רש"י שם דזה אינו דדוקא כשאמרו האשה וקטן תחלה דאל"כ לא מקרי מסל"ת ותמהו עליו שלא זכר דברי שו"ת מיימוני ומהרי"ק הנ"ל ולפמ"ש יש לומר דבאמת דברי המהרש"ל נכונים דזה לא מקרי מסל"ת כל שנתעוררו תחלה וראיה ברורה מהך דהר"ן שהבאתי למעלה דלא שאל הכה"ג להצדוקי בעצמו דכל שראה הצדוקי שהוריק בפניו לא מקרי מסל"ת וא"כ מכ"ש כל ששאלו תחלה וא"כ יש לזקני המהרש"ל ראיה ברורה לדבריו מדברי הר"ן. אך לפענ"ד הנה מקום אתי לחלק דשאני בזה בין פסולי עדות ישראל לבין עכו"ם דבאמת בעכו"ם דאינו עדות רק דבאשה ל"צ תורת עדות והחשש הוא דלמא משקר וע"ז בעי מסל"ת א"כ בזה דברי המהרש"ל נכונים דכל שיש לחוש שמא כיון והרגיש קצת להעיד לא מקרי מסל"ת ושוב פסול דלמא משקר אבל באשה וקטן דלא חשדינן למשקר רק דהם פסולי עדות והתורה הצריכה דוקא זכרים גדולים

להעיד ורבנן הקלו בדבריהם שכל שיש אומדנות והוכחות אף באשה וקטן. וא"כ שם כשר אף בשבעלים מרדפין קודם דאין החשש בשביל דלמא משקר רק שצריך עדות כשרים וכל שחז"ל הקלו בדבריהם אין לך אומדנות והוכחות יותר מזה ועיין בשו"ת עה"ג סי' פ"ז ובשב שמעתא ז' פ"ח ט' שהאריך בענין זה ואין הזמן מסכים כעת לעמוד בכל הדברים והנראה לפענ"ד כתבתי ובזה יש לומר ע"ד הפלפול בהא דאמרו בחולין דף צ"א וטבוח טבח והכן פרע להם בית השחיטה טול גה"נ בפניהם כמ"ד גה"נ נאסר לב"נ והקשו בתוס' דמהיכן מוכח דלמא כשם ששחיטה קיימו אף שלא נצטוו כמו כן גה"נ ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בית השחיטה לא צוה שישחטו בפניהם רק בג"ה והנה כבר נודע דהאבות שקיימו התורה מעצמם לא נחשב רק כמצוה דרבנן ועיין כו"פ סי' ס"ג ולפ"ז הא מסל"ת נאמן בדרבנן וא"כ לא צריך להראות לפניהם השחיטה כ"א כל שיאמר מסל"ת די אף הא באמת כל ששאל לא שייך מסל"ת אמנם כבר אמרו בסוף יבמות דאף דשאלו איה חבירינו אפ"ה כיון דהתחילה לבכות נאמנות וכתבו הפוסקים משום דהוה רגלים לדבר ואומדנות המוכיחות ועיין תוס' שם ובשו"ת מהר"ם לובלין סי' קל"ב ולפ"ז כאן שפרע להם בית השחיטה ניהו דשחיטה לא מקרי סימן כ"כ אבל עכ"פ רגלים לדבר הוה וסגי כל שיהיה מסל"ת אף שישאלו אותו אבל גה"נ דהיא דאורייתא לא סגי במסל"ת וצריך שיטול בפניהם ומזה מוכח דנצטוו על גה"נ ודו"ק:

ד ודרך אגב אומר בהא דאמרו ביבמות דף כ"ה והא מת דלא עליו קסמכינן דאמר מר אשה דייקא ומנסבא ובראשית ההשקפה תמהתי דהא זה בעיא ביבמות דף קט"ו אי עד אחד נאמן משום מלתא דעבידא לגלויי או משום דייקא ומנסבא ומצאתי ברשב"א בחידושיו ליבמות דף כ"ה שנתקשה בזה. ואמרתי דמכאן ראיה למ"ש הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' כ"ו והנמשך דגם דייקא ומנסבא הוא טעם שירא העד מלשקר בשביל דהאשה דייקא ומנסבא וא"כ תחקור ותדרוש ויתברר האמת שלא מת ע"ש ולפ"ז גם אם נימא משום מלתא דעבידא לגלויי ג"כ י"ל דלא עליו קסמכינן דעיקר סמכינן דבודאי לא ישקר דהיא דייקא ומנסבא ולפמ"ש הט"ז בסי' מ"ז בטעמו של הרמב"ם דחושש שמא תשכור ע"א וכתב כיון דלא נגמר הדבר על ידו חיישינן דלמא דבורא עביד ואמר ע"ש ולפ"ז ג"כ יש לומר דלכך במת לא חיישינן סמכינן עליו דממנ"פ אם אתה סמך עליו ול"ח שמא תשכור ע"כ דסמכינן עליה דדייקא ומנסבא דאל"כ שייך חשש שמא תשכור כיון דיש סברא דייקא ומנסבא א"כ העד סומך עלי' ולא הוה רק דיבור בעלמא וע"כ דסמכינן על זה גופא דדייקא ומנסבא ותידוק שפיר ודו"ק היטב: נחזור לענין הראשון לענין מסל"ת שהבאתי ראיה מהך דנדה דף ל"ג ודברי הר"ן בחידושיו שם ובאמת שעפ"י

דברי הר"ן שם דלכך קדם אצל אשתו משום דהיתה מסל"ת נאמנת בדרבנן וכתבתי למעלה דכמה מילי מעליותא איכא למשמע מינה וכעת בעברי על סימן י"ז אמרתי לברר דהנה עכ"פ מבואר דדוקא בדרבנן בשאר איסורים הוא דנאמן לא באיסורי תורה ודלא כהפר"ח ביו"ד סי' ס"ט וגם צ"ע במ"ש הט"ז סי' צ"ח דבאיסירין א"צ תורת עדות וכשר מסל"ת אף בדאורייתא ובר"ן אינו מבואר כן דשם לא הוה רק איסורים בעלמא. והנה מזה מבואר דמסל"ת א"צ קישור דברים דאל"כ מה מועיל שהלך אצל אשתו והא לא הי' שם קישור דברים אבל הר"ן בתשובה הובא ביתה יוסף סי' י"ז ס"ל דצריך קישור דברים ואולי שאני התם לענין עדות אשה דהו"ל איסור תורה רק דהאמינו חז"ל בעדות אשה משום עיגונא אף באיסור תורה מסל"ת א"כ בכה"ג שוב צריך קישור דברים דכל שאינו מסל"ת ממש שוב לא האמינו חז"ל. ובזה מיושב דלא תקשה להרד"ך שסובר דכל ששאלו לו מה נעשה במשה סוסי לא הוה מסל"ת והרי כאן הלך הכה"ג אצלה לשאול וכן מה שהקשיתי למעלה על הרש"ל דדעתו דהקטן צריך שיאמר תחלה דאל"כ לא מקרי מסל"ת וקשה מכאן ולפמ"ש יש לומר דזה דוקא בעדות אשה דהיא דאורייתא ובעי דוקא מסל"ת ממש אבל שם אף דלא הי' מסל"ת ממש נאמנת ודו"ק: והב"י ביו"ד סוף סימן קל"ז כתב בשם הר"ן בתשובה דדעתו היה נוטה להקל במסל"ת באיסורין דרבנן כמו סתם יינם רק שלא מלאו לבו להקל שלא ראה מפורש והנה בחידושיו לנדה נראה דפשיטא ליה בבירור דבמסל"ת נאמן בדרבנן וע"כ מחוורתא כמ"ש הש"ך בסי' צ"ח ובסי' קל"ז דבדאורייתא אין נאמנים כלל עכו"ם מסל"ת אף בלי אתחזיק ובדרבנן יש לחלק בין אתחזיק איסור ללא אתחזיק וא"כ דברי הר"ן בתשובה לא סתרי למ"ש בחידושיו הנ"ל ודו"ק איברא דאכתי קשה דהרי התוס' ריש גיטין הקשו דנילף מנדה דאף באתחזיק איסורא נאמן ע"א וכתבו דכל שעבר שבעה ממילא מותרת ולא מקרי אתחזיק וגם בידה לטבול ע"ש ולפ"ז כאן דמשלימין לדם ירוק וא"כ שוב אתחזיק איסורא וגם בידה לטבול לא שייך בזה דלא יועיל טבילתה וצ"ל דזה באמת מה שאמר לו אעפ"י שנשי צדוקים הם מתיראות מפני הפרושים ומראות דם לחכמים וא"כ שוב בידה לטבול ולא אתחזיק איסור.

ה ובאמת בגוף דברי הר"ן דאמר דהוא מסל"ת צ"ב דהרי אמרו בגיטין דף כ"ח ע"ב דבמלתא דשייכא בה עבידי לאחזוקי שקרייהו וא"כ הצדוקים שחולקים על דברי חכמים וא"כ בזה לא שייך מסל"ת דהא הם מתפארים בשקריהם שבדו להם דדם טמא ישלים לדם ירוק ומיהו כיון דא"ל דמתייראות מן הפרושים שוב עכ"פ חינם מתפארים בזה ונאמנת במסל"ת. מיהו בלא"ה יש לחלק דדוקא בעדות עגונה דהיה איסור תורה הוא

דאמרו דכל דשייכי בגווה אינם נאמנים ולא באיסור דרבנן ועיין באהע"ז בב"י סי' י"ז שמביא תשובת הר"ן על האשה שהלך בעלה למונפלייאר והמיר שם והאשה שלחה שליח עכו"ם לחקור שם ולהביא לה כתב מגזבר הקצר אם הגיע שם וכתב הר"ן ודברי השליח אינם אצלי דברי מסל"ת כלל כיון דשייך בגווה וכדאמרו דבמלתא דשייכא בגווה אינו נאמן וגו' זה ג"כ אפי' שאין שכירותו תלוי בדבריו עביד הוא לאחזוקי ע"ש והנה מזה מבואר דאם הי' ישראל כל דלא בעי מסל"ת היה כשר לפי שאין השכירות תלוי בדבריו ומשמע דאם היה תלוי פסול משום שהוא נוגע והנוב"י האריך בזה דנוגע כשר לעדות אשה ומכאן משמע שלא כדבריו ולא שייך בזה לומר מתורת נוטל שכר כדי להעיד פסיל לי' הר"ן דזה לא שייך בגוי כלל וצ"ע:

י והנה במ"ש למעלה הך מעשה דצדוקי שקדם הכה"ג אצל אשתו שאל אותי ב"ג הרב הה"ג החריף מוהרי"א ני' דלפמ"ש הר"ש פ"א דכלים משנה ג' דצריך לדקדק בועל נדה אם יש לו מעינות ע"ש דהרי כאן מבואר דיש לו מעינות דאל"כ מה חשש הכה"ג לצינורא שנתזה מפיו.

יא והשבתי דלק"מ דהר"ש מסתפק אם יש לו מעינות מה"ת ועיין מלמ"ל פ"ג ממשכב ומושב ה"א שביאר מקום הספק אבל שם דלא מטמאה דאורייתא חשש הכה"ג רק משום טומאת בנות כותים דרבנן ומדרבנן מטמא בועל נדה ומעינותי' טמאים ודו"ק ועיין בתוס' חגיגה דף י"ט ע"ב. מיהו יש לומר דאכתי תקשה דכיון דבועל נדה אינו מטמא מעינותיו היכא גזרו רבנן טומאה בעכו"ם אף על מעינותיו מידי דלא מצינו מדאורייתא וכה"ג אמרו בכמה מקומות מיהו יש לומר כיון דבאמת צנורא דע"ה טמא רק ברגל משוי ליה כטהרה כדמשני רבא וכל דחשו בבועל נדה שוב לא עשו כטהור ומטמא משום צנורא דע"ה מיהו לאביי דמשני בצדוקי חבר קשה קצת וגם בזו יש לומר כיון דבזה לא הוה חבר דסבר לעשות בטוב כמ"ש התוס' ד"ה בועל נדה א"כ שוב טמא משום צנורא דע"ה ועכ"פ לא תקנו תקנה חדשה וצ"ע בזה ועיין תוס' מו"ק דף ט"ו ד"ה ובועלי נדות ועיין תוס' נדה דף ל"ג ע"ב ד"ה ותיפוק לי' ובתוס' שם ד"ה בכותי ותוס' שם ע"א ד"ה מה ודברי המהרש"א שם שישב דנושא המדרס מטמא אדם וכ"ח הוא תמוה דמשנה מפורשת היא בזבים ובפ"ק דכלים שם דאינו מטמא אדם וכ"ח והעירני לזה ב"ג הרב החריף הנ"ל ויפה העיר וכמדומ' שראיתי מה שקש' עליו בזה ועיין שעה"מ הלכות ט"צ ומשכב ומושב מ"ש לענין בועל נדה:

יב ודרך אגב אזכור מה דהאריכו הח"מ והב"ש סי' י"ז ס"א במצאו כתוב בשטר מת איש פלוני והביאו דברי הג"מ דדוקא עד מפי עד לא מהני כשכותב לזכרון אבל אם כותב

לזכרון מה שראה בעצמו מהני והמשנה דמצאו כתוב בשטר דל"מ היינו כשכותב לזכרון ואינו כותב למעשה בעד מפי עד ל"מ וצ"ע למה לא הזכירו כלם דברי התוספתא פרק שני דכתובות יפה כח עדים מכח שטר שהעדים שאמרו מת פלוני תנשא אשתו מצאו כתוב בשטר מת פלוני לא תנשא אשתו ואם אמרו מה שכתוב בשטר שמענו ושכחנו תנשא אשתו וביאר הר"ן פרק שני דכתובות גבי כותב אדם עדותו על שטר דהיינו בשטר זכרון ואם אמרו שמענו ושכחנו ונזכרו ע"י כתב מהני ודומיא דכותב אדם עדותו על שטר יעו"ש. והנה מבואר דמצאו כתוב בשטר היינו זכרון ואפ"ה לא מהני עד שיזכרו עדותן מתוך הכתב ובהג"מ מבואר דכל שכותב לעצמו מהני אף שלא נזכר מתוך הכתב וגם גוף הדין דמצאו כתוב בשטר דמהני להרמב"ם בכתב ישראל ולשאר הפוסקים אף שאינו מקויים והרי בתוספתא מבואר דאף העדים עצמם שמצאו כתוב בשטר לאו מועיל עד שיזכרו עדותן מתוך הכתב ועיין ח"מ שם בתשובה דהאריך אם מצאו כתוב בשטר כל דידענו שישראל כתבו מועיל ואף הגאון מהר"ם אשכנזי אבי הש"ך מודה בזה והרי בתוספתא מבואר דל"מ אף שידוע להם שהוא כתבם רק שאינם זוכרים העדות וצ"ל דלא קי"ל כהך תוספתא. ובאמת גוף התוספתא לא הבינותי לפירוש הר"ן דלמה לא יועיל אף שאינם זוכרים כ"א מתוך הכתב הא יודעים שזה כתבם והרי אף עד מפי עד מהני ולא בעי תורת עדות בעגונה וצע"ג שלא הובא בטוש"ע ורמב"ם הך דאם שמענו ושכחנו. ולפענ"ד לולא דמסתפינא הייתי אומר דמיירי בשטר גמור דאל"כ לא שייך שיפה כח עדים מכח שטר דפשיטא דמה שאינו רק לזכרון בעלמא ודאי עדים כח יפה משטר זכרון ודומיא דאמר יפה כח השטר דהיינו גט והוא שטר גמור כמו כן להיפך. אמנם הכוונה בזה דהנה צריך לדייק מ"ש יפה כח עדים שאמרו מת פלוני והלא בעגונה סגי בע"א וא"כ למה לי עדים לנקט יותר רבותא אף ע"א יפה מכח שטר. אך נראה דמזה ראיה ברורה לשיטת הפוסקים דבשני עדים ל"ש בדדמי ובזה שפיר אמר דיפה כח עדות בכה"ג שאמרו מת פלוני אף דשייך בדדמי מ"מ בשנים לא אמרו בדדמי והיינו מטעם שכתב הרמב"ן כיון דהתורה האמינה לשני עדים לא חיישינן שמא יאמרו בדדמי ולפ"ז ש דאם מצאו כתוב בשטר לא תנשא אשתו דחיישינן שמא כתבו בדדמי אבל אם אמרו שמענו ושכחנו דאז מעידים ששמעו כן ולא שייך בדדמי בשנים דמסתמא דייקי טובא ולא אמרו בדדמי ולפ"ז ממילא הך דכותב אדם עדותו בשטר מיירי ג"כ בשטר גמור ומעיד עליו אח"כ כשיאמר נזכרתי וא"כ אדרבא מזה ראיה ברורה לשיטת הגאון שמביא הרי"ף וסרה קושית הר"ן ע"ז ודו"ק:

ט והנה בהא דאמר ר"א אין מסל"ת כשר אלא לעדות אשה בלבד והארכתי לעיל בטעמו הנה נחלקו הפוסקים אי הך דר"א קאי גם על עכו"ם או דוקא על פסולי עדות ישראל ובזה דוקא דבדרבנן נאמנים אבל עכו"ם אינו נאמן אף דבדרבנן וכבר האריך הפר"ח סי' ס"ט שם בזה ובאמת הפר"ח דעתו דחיישינן דמשקרי וכ"כ לעיל דבדבר דצריך עדות עכו"ם פסול אף שידענו שאינו משקר כמו שדעת כל הפוסקים בסי' ל"ד לחלוק על רבינו יקיר. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית המהריב"ל בהא דפריך על ר"א מנחיל של דבורים ומשני דנחיל קנין דרבנן ולא משני דשאני נחיל דבעלים מרדפים וכל האחרונים האריכו בזה וכ"כ בתשובה אחרת בזה וכעת לא ידעתי מקומו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שא"צ תורת עדות לא בעי מרדפים אחריו ומסל"ת מועיל ומה דאמרו בנחיל כגון שבעלים מרדפין הוא משום דצריך תורת עדות וא"כ מה מועיל מסל"ת הא זה רק ראי' דאינם משקרים אבל אכתי צריך עדות וכדפריך והא אשה וקטן דלאו בני עדות נינהו וע"ז משני דבעלים מרדפים אחריהם ובזה סגי במסל"ת דמה דבעלים מרדפין זה רגלים לדבר ואומדנא דמוכח הוא ובד"מ סגי באומדנא דמוכח ואף דלהוציא ממון ל"מ אומדנא כמ"ש הרא"ם ומהרי"ק סי' קכ"ט האריך דל"מ אומדנא כל שהוא על גוף הדבר ע"ש וע"ז מועיל שוב מסל"ת ולזה שפיר פריך דכל דנימא דאין מסל"ת נאמן רק בעדות אשה והיינו אף בדבר שא"צ תורת עדות דהרי כללא כייל בכ"מ א"כ למה בנחיל מועיל וא"ל דשאני נחיל דבעלים מרדפין דאכתי קשה דמרדפין הוא רק לסלק דלא בעי תורת עדות וסגי באומדנא אבל באמת אומדנא ל"מ להוציא א"כ מה מועיל מסל"ת בזה וע"ז משני דקנין דרבנן הוא וא"כ אינו נקרא מוציא גמור ולכך מועיל ועיין בשיטה מקובצת ב"ק ותמצא סיוע למ"ש. ומה דמשני בתרומה דרבנן היינו משום דא"צ עדות דאינו רק איסור וא"צ תורת עדות ועיין בט"ז וש"ך יו"ד ריש סי' צ"ח ובזה בצירוף איסור דרבנן הוא דמועיל וכן בשבויה הקלו משום דמנוולה נפשה ואינו רק איסור דרבנן כמו שהארכתי במקום אחר בתשובה לענין שבויה שמה בררתי הדברים דכיון דמנוולא נפשה ואינו רק דרבנן לכך מועיל מסל"ת ולפ"ז מבואר דאף באיסור דרבנן ל"מ מסל"ת כ"א ביש איזה צירוף דרבנן ואינו צריך תורת עדות. ובזה יש ליישב הרבה קושיות ולא נפניתי כעת:

י והנה במ"ש אלא לעדות אשה פירש"י שמע מן התינוקת וכו' והוא תמוה דהא בעדות אשה אף עכו"ם מסל"ת נאמן ולמה פירש תינוקת דוקא. ולפענ"ד נראה דבר חדש דמסל"ת דקטן ואשה משונים ממסל"ת דעכו"ם דבעכו"ם בעי שלא יהיה מתכוין לא להתיר ולא להעיד כדאמרו ביבמות דף קכ"א אבל בקטן כל שמסל"ת אף שמתכוין להתיר או להעיד כשר כל שמסל"ת משום דקטן כוונתו אינו כוונה וכן נראה מהר"מ

סרקסטה הובא בשיטה מקובצת שם דאדרבא באשה גדולה צריך שתתכוין להעיד ובקטן אף שאין כוונתו כוונה מכל מקום סגי כל שמסל"ת ובאמת בשבויה מבואר דבעכו"ם חיישינן שמא מערים ועושה עצמו כמסל"ת אבל בקטן לא חשו לזה ודו"ק ובזה נראה מה דבעלים מרדפין לכאורה הי' נראה שכן דרך הקטנים להיות נפתים למה ששומעים אומרים ובאמת צריך לומר דשמואל דמוקי בבעלים מרדפין אחריהם וקטן מסל"ת היינו שהקטן אינו יודע כלל אם הבעלים מרדפין וכן נראה מרש"י שכתב שהבעלים מרדפין קודם דיבור הקטן והיינו שהקטן לא ידע מזה אבל ר"א דחידש דאין מסל"ת נאמן רק בעדות אשה ולא אמר אין עכו"ם נאמן וע"כ דשלל עכו"ם רק בפסולי עדות קאי וא"כ שוב א"צ מסל"ת בעכו"ם וכמ"ש וא"כ שפיר פריך מנחיל ול"ש לשנויי בעלים מרדפין דאדרבא כל שבעלים מרדפין גרע כיון שאין הקטן מסל"ת גמור ואולי שמעו ממה שבעלים מרדפין ולכך משני דקנין דרבנן היא ול"ח דשמעו. ובזה מיושב מה דק"ל למה לא פריך שמואל אדשמואל להס"ד בתרומה דאורייתא דבנחיל מצריך שמואל בעלים מרדפים ואילו בתרומה סגי במסל"ת לבד. ולפמ"ש יש לומר דשמואל מיקל בתרומה כשהיה מסל"ת גמור ובנחיל מירי שאינו מסל"ת גמור ולכך מצריך בעלים מרדפין והתינוק לא שמע מבעלים מרדפין אבל על ר"א פריך שפיר דר"א לא מצריך לקטן שיהיה מסל"ת גמור ומה"ט שלל לעכו"ם ואמר סתם מסל"ת וכמ"ש ושפיר פריך דבתרומ' דאוריית' מועיל וא"ל דמיירי שם במסל"ת גמור דמה מעליותא לר"א בין מסל"ת גמור או לא והרי בעדות אשה לא מצריך מסל"ת גמור אף שהוא דאורייתא מכלל דבאינך ג"כ אין חילוק לדידיה בין מסל"ת גמור דאינו מסל"ת גמור וע"ז משני דתרומה דרבנן ויש להאריך בזה בכל הסוגיא ולא נפניתי כעת. ועכ"פ בהך דאמרו בשבויה הקלו מבואר דאף עכו"ם נאמן במסל"ת דאל"כ היה לו לשנויי שבויה דרבנן הקלו ומדאמר בשבויה הקלו משמע דגם עכו"ם מסל"ת נאמן דשבויה הקלו וכדברי רב נטרונאי דאם באיסור כרת הקלו מכ"ש באיסור לאו ועיין בטוש"ע אהע"ז סי' ז' ובתשובה אחרת כתבתי בזה ואכ"מ. והנה מה שהחליט הפר"ח סי' ס"ט דהחליט דעכו"ם אינו נאמן אף באסור דרבנן זולת בעדות אשה הנה מדברי הר"ן שהבאתי למעלה בחידושיו לנדה דף נ"ג מבואר דבאיסור דרבנן נאמן עכו"ם במסל"ת והנה במ"ש שם דלכך לא נכנס בדברים עם הצדוקי עצמו משום כיון שראה שהוריקו פניו שוב לא מיקרי מסל"ת גמור ע"ש לפ"ז צריך להבין בבעלים מרדפין א"כ שוב ל"מ מסל"ת דהרי התינוק מרגיש שהבעלים מרדפים ומסתמא הוא שלו ומיהו י"ל דדוקא בעכו"ם דבעי מסל"ת גמור הוא דל"ש מסל"ת כל שמרגיש קצת אבל בתינוק אפשר דלא בעי מסל"ת גמור וכמ"ש למעלה וסגי אף

במסל"ת כזה. ולפ"ז יש לומר להיפך דר"א דאמר אין מסל"ת כשר אלא לעדות אשה והרי בעדות אשה כשר עכו"ם גמור וא"כ דומיא דהכי בשאר איסורים מיירי במסל"ת גמור ואפ"ה לא נאמן קטן ואשה. ומעתה שפיר פריך מנחיל וא"ל דנחיל שאני דבעלים מרדפין וכקושית המהריב"ל דזה אינו דאדרבא בעלים מרדפין גרע וע"ז הוצרך לשנויי דנחיל קנין דרבנן הוא ודו"ק היטב ועיין ברכי יוסף סי' ז' באהע"ז שהאריך הרחיב הדיבור בענין זה ואין הזמן מסכים לסלסל אחר דבריו. זולת זה ראיתי לכתוב מה שהאריך שם דהסמ"ג סותר עצמו דבהלכות מיאון כתב דאין מסל"ת כשר בדאורייתא אלא בעדות אשה ושבויה ומשמע דבדרבנן מהימן ואילו בלאוין קל"ז כתב לענין בשר ששם עכו"ם בכלי דדוקא ביודע מנהג ישראל ומשמע דאף דבדרבנן לא מהימן ע"ש שהאריך. והנה לפמ"ש היה מקום לחלק דבזה דוקא באיסור דאורייתא לא מהימן אבל בדרבנן מהימן משא"כ בעכו"ם דאף דבדרבנן לא מהימן אך לפענ"ד יש לחלק דדוקא במסל"ת שנתהווה כזאת והיא לא עשה שום דבר הוא דבדרבנן מהימן אבל שם דהיה עכו"ם מסל"ת שהדיח הבשר בזה דצריך מעשה לא מהימן עכו"ם לומר שעשה כזאת דמחוסר מעשה לא נאמן כנלפענ"ד. איברא דלפ"ז יקשה מ"פ מתרומה הא שם צריך מעשה וא"ל דאדרבא מכח כ"ש פריך דהי' מעשה גדול ואפ"ה נאמן וע"ז משני בתרומה דרבנן ואכתי קשה הא צריך מעשה מיהו שם יש לומר דהוא לא עשה מעשה דהקטן מספר שהפשיטו אותו והטבילוהו הכל אחרים עשו לו. ובזה י"ל מה דהביא הש"ס הך דמסיים ר"ח והיו חביריו בדלין ממנו ולכאורה היא ללא צורך להקושיא ולפמ"ש י"ל דבאמת אם הי' צורך לו להבדל מחבריו ולשמור עצמו אפשר דלא היה נאמן אבל הוא אמר דחבריו בדלין ממנו והוא לא עשה שום מעשה ודו"ק. ובזה יש לומר מה דמשני בשבויה הקלו ואם נימא דשבויה דרבנן מה צריך לומר דהקלו ולפמ"ש אתי שפיר דשם אמר דיצא לשאוב מים והיה דעתו על אמו וא"כ היה עושה מעשה ונתכוין לשמרה ובזה אף מדרבנן לא מהימן ופריך מכח כ"ש ולזה משני דבשבויה הקלו והיינו אף בצריך לעשות מעשה והרבה יש לי להאריך אבל כבר כתבתי בזה הרבה וכעת לא נפניתי וגם דשו בו רבים מבעלי התשובות ע"כ קצרתי:

סימן לו

א ע"ד ששאלת באחד שצוה לתת לפלוני מנה עבור שגזלו וע"ז הארכת אם אדם משים עצמו רשע ונאמן. הנה זה ודאי פשוט דלענין לחייב עצמו ממון נאמן אף שמשים עצמו רשע וכן מצאתי בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' ק"ע בנדון זה ממש והאריך מכמה סוגיות דאדם נאמן על עצמו לענין חיוב ממון ע"ש ותמהני שלמה לא הביא דהדבר מבואר

באלפסי כתובות פרק המדיר דכל שמודית ששמשתו נדה מפסדת כתובתה אף שמע"ר וכמ"ש הר"ן שם לתמוה על הראב"ד וכ"כ הר"ן פרק כל הנשבעין ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סי' פ"ד באורך ועיין בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' ק"נ. אך בגוף הדבר לפענ"ד דאין היורשים מחוייבין לקיים דבאמת כיון שאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן לומר שגזלו ניהו דמכל מקום חייב עצמו לתת מכל מקום לא שייך בזה מצוה לקיים דברי המת דזה אינו רק שחייב עצמו לתת ומידי דהוה אם נדר ומת דאין מחויבין הבנים לקיים וא"ל משום דהיה מתנת שכ"מ דעכ"פ חייב לתת לו במתנת שכ"מ ז"א דכיון דאמר שיתנו בשביל שגזל לו לא שייך בזה משום מתנת שכ"מ וכמ"ש התוס' בב"ב דף קע"ה דכל שאמר שיתנו בשביל הלואתו אם מגיע להם מתורת הלואה נותנים ואם לאו א"צ ליתן וה"ה כאן דהוא אמר בפירוש שיתנו לו בשביל הגזילה וע"ז אינו נאמן להשים עצמו רשע ורק שאנו אומרים דעכ"פ מחוייב ליתן שהרי התחייב עצמו ליתן וע"ז עכ"פ אין הבנים מחוייבים לקיים ולפענ"ד אף באופן המבואר בסי' רנ"ב שמחוייבים היורשים לקיים כגון בהשליש וכדומה מכל מקום הוא לא צוה ליתן כ"א בעד גזלתו וע"ז אינו נאמן וז"ב. מיהו יש לומר דאולי רצה לעשות תשובה ושוב נאמן וכמ"ש בב"מ דף ג' ושוב נאמן לומר שגזלו וצ"ע גם בזה ובאמת שהשבות יעקב הביא סברא זו בשם החות יאיר סי' רל"א שכתב כיון דשייך לומר דרצונו לעשות תשובה אדם נאמן לעשות עצמו רשע והוא השיג עליו דא"צ לזה דיכול לחייב עצמו אבל לפענ"ד נראה דכאן לא שייך זאת דניהו דרצונו לחייב עצמו אבל היורשים אינם מחוייבים לקיים. ובאמת לכאורה היה נראה לי דאם נימא דרשות יורש כרשות לוקח דמי א"כ כיון דמתנת שכ"מ אינו חל רק לאחר מותו כמ"ש הב"י בטור חו"מ סי' ר"נ וא"כ כיון שבא ליד היורש שוב הוה שינוי רשות ואינם מחוייבים היורשים להחזיר ומסתמא הוי יאוש ג"כ כיון דע"כ לא יכול הנגזל לתבוע דאין לו עדים דאל"כ לא מקרי רצונו לעשות תשובה דהא בלא"ה יש תשובה שהוא יוכל לתבוע ע"י עדים וכדומה וא"כ בלי ספק נתייאש והוה יאוש ושינוי רשות וא"כ כל מה שיחזרו הוה מתנה בעלמא וכעין דאמרו בב"מ דף ס"ו וא"כ אינו נקרא בזה עושה תשובה במה שצוה לחזור לאחר מותו והוא לא קיים המצוה והוא רשע בעונו מת ושוב אין אדם משים רשע. אך יש לומר דמלבד דאנן קיי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וכמבואר בסי' שס"א אף גם דלשטת הטור ריש סימן ר"נ קונה מתנת שכ"מ לכשימות למפרע שוב קיים הוא המצוה למפרע וחבול ישיב רשע ושייך לומר שרצונו לעשות תשובה וגם דוקא מתנת שכ"מ הוא דנחלקו הטור וב"י ריש סי' ר"נ אבל במה שמצווה להחזיר החוב או הגזילה פשיטא דזה קנה למפרע וע"כ דברי החו"י נכונים אבל

דברי השבות יעקב תמוהים לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד להבין הא דאמרו בגיטין דף נ"ד מתוך שנאמן אתה להפסיד שכרך אתה נאמן להפסיד ס"ת והדבר צריך ביאור דסוף סוף היאך נאמן להפסיד ס"ת והדבר אינו בידו ולפמ"ש יש לומר דבאמת צ"ב היאך נאמן לומר שכתב ס"ת בגליון שלא עבד לשמה והא כל דפסיל הס"ת שוב כתב האזכרות בחנם וגם אם עשה איזה דבר שאינה כשורה אינו נאמן לעשות עצמו רשע כמ"ש הקדמונים ז"ל בשיטה מקובצת כתובות דף י"ח גבי עדים שחתמו שקר ע"ש. אך נראה כיון דלענין ממון נאמן אדם על עצמו אף כשעושה עצמו רשע וכמ"ש וכבר נודע דלגבי עצמו נאמן אדם מתורת עד ועיין בקצה"ח סי' ל"ד ולפ"ז כיון דאי אפשר לחלק עדותו לומר דנאמן לגבי ממון ולא לס"ת דהממון אינו בא רק מכח ס"ת וא"כ כל שנאמן להפסיד שכרו מתורת עד נאמן גם לגבי ס"ת ואף דע"א אינו נאמן באיסורין כל שאינו בידו אבל כאן כל דנתן לו תורת נאמנות לגבי ממון והו"ל עד לגבי עצמו גם לגבי איסור נאמן וכעין מ"ש האחרונים בהך דר"י בפלוני רבעני לרצוני דכל דלר"י לא פלגינן דיבורי' מתוך שנאמן על חברו נאמן לגבי עצמו ועיין בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב. איברא דיש מקום לומר דרצונו לעשות תשובה שלא יקראו בס"ת ולא שייך אין אדם משים עצמו רשע ועיין במגן גבורים סי' ל"ב. אך נראה דאם נימא דאינו נאמן לפסול ס"ת הרי הוא בכלל מוציא לעז על ס"ת כשרה כיון דאינו נאמן לפסלה ולא שייך דרצונו לעשות תשובה דבכה"ג אם היה אומר על אדם הי' לוקה על שהוציא לעז כמבואר בחו"מ ריש סי' כ"ח ובזה מיושב מה ששאל ס"ת ביד מי והקשה הרא"ש למה שאל הא האמינו אף שאינו בידו ולפמ"ש אתי שפיר דכל דהיה בידו היה נאמן משום בידו אבל לא שייך להאמינו מתורת עד וזהו שחידש מתוך שנאמן להפסיד שכרו וכמ"ש ודו"ק: ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דהקשו כלם בהא דיליף מכה"ג דנאמן לומר פגול הי' והקשו האחרונים דהא אם פגל במזיד משלם וא"כ שייך מתוך שנאמן לשלם וכו'. ולפמ"ש אתי שפיר דכל ענין דמתוך דלענין התשלומין הוא עד ויש לו תורת עדות ולפ"ז זהו שם דאף שיש לומר דהס"ת כשר מכל מקום הוא נאמן שאינו מגיע לו שכר דהא לא עשה פעולתו בשלימות כמו שהעיד על עצמו ואינו מגיע לו שכר אבל לענין פיגול כל דלא נאמין לו שפיגל והזבח כשר אינו מקום לשלם דהא לא הפסיד הזבח ואדרבא הוא מוציא לעז על זבח כשר וע"כ דאינו נאמן בתורת עד דהא לענין איסור אינו נאמן ורק משום דרצה להזיק בנכסיו ובזה לא שייך מתוך שנאמן דעל הממון אינו נאמן בתורת עדות ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד: עוד היה נראה לי בכוונת הש"ס מתוך שנאמן אתה להפסיד שכרך ולישב מה שהקשיתי דהא אין אדם משים עצמו רשע דהנה המלמ"ל פ"ד ממלוה ולוה ה"ו בשטר שיש בו

ריבית בד"ה וכתב בעל כ"ח נסתפק באם העדים אומרים שידעו שיש איסור ואעפ"כ חתמו השטר אם נאמנים דיש לומר דאין אדם משים עצמו רשע הוא דוקא כשמהוים האיסור אבל אם האיסור נגלה רק שמסופקים אם הם ידעו שוב אינם המהוים האיסור לא שייך אין אדם משים עצמו רשע ובגליון המ"ל הקשיתי מסברת התוס' ב"מ דף ג' שהקשו דאיך שייך שיאמר מזיד הייתי דהא אין אדם משים עצמו רשע והא שם המעשה נגלה שאכל דיש כאן עדים רק דהעדים לא ידעו אם שוגג הי' או מזיד בכה"ג לא שייך אין אדם משים עצמו רשע והיא קושיא גדולה על המלמ"ל וכתבתי ליישב דשם דעכ"פ מגו לא שייך בזה דאין אדם רוצה לעשות עצמו מזיד רשע וכמ"ש הש"ך בכללי מגו ס"ק כ"ד בשם ר"ש מקינון. ובזה ישבתי לנכון דברי התוס' במכות דף ב' שהקשו דהא יוכל לטעון מזיד הייתי והקשה המהרש"א דהא אין אדם משים עצמו רשע ולפמ"ש אם הי' טוען מזיד הייתי לא שייך אין אדם משים עצמו רשע דהא הענין נגלה ע"פ עדים ואינו מהוה איסור חדש ורק מגו ל"ש בזה. עוד כתבתי דבאמת לפמ"ש ברא"ש פרק הגוזל קמא בהגהת אשרי שם במעשה דפרגא דלפטור עצמו מממון יכול לעשות עצמו רשע ולפטור עצמו ולפ"ז יש לומר דה"ה מגלות יכול לפטור עצמו ולעשות עצמו רשע והתוס' לא הקשו רק גבי חטאת דאתי לכפרה ובמה יפטור עצמו מכפרה במה שעושה עצמו רשע דסוף סוף צריך כפרה ואף דאין כופין על הכפרה בכה"ג כופין כמ"ש התוס' ביבמות דף פ"ז ע"ב עכ"ל שם עכ"פ מבואר במלמ"ל דהיכא דאינו מהוה איסור חדש לא שייך אין אדם משים עצמו רשע לפ"ז כיון שלענין ממון אדם משים עצמו רשע ונאמן לומר שהגוילין לא עבד לשמה א"כ שוב נאמן אף לגבי איסור דהא אינו מהוה איסור חדש דלענין הממון שבו כבר נגלה הדבר ונאמן ועדיף זה מהך דמלמ"ל דבהך דמלמ"ל עכ"פ לא נגלה שעשו במזיד אבל כאן לענין הממון נגלה הדבר שעשה כן ולמה לא יהיה נאמן לענין האיסור והא דאמר דבאזכרות אינן נאמן דטעי בדר' ירמי' היינו כל דלא פסל הס"ת כלו שוב לא נתגלה בהתו על כל הס"ת ושוב מע"ר או דעכ"פ אינו נאמן כיון שאינו בידו ורק דכל שנאמן לגבי ממון הרי הענין נגלה ודו"ק. ובזה יש ליישב ג"כ הך דכה"ג ביוה"כ וע"ד שכתבתי ודו"ק:

ב והנה הראני הרב המופלג החריף מוה' פייביל ני' מביטשאוטש בב"י חו"מ סי' ר"נ מחודש ב' שכתב בשם תשובת הגאונים באחד שצוה לפני מותו שיתנו לפלוני מנה עבור שגנבו בנערותו ויש עליו כתובת אשה ושט"ח אין סומכין על הודאתו במקום שחב לאחריני ע"ש ומשמע הא לא"ה היה נאמן וכדברי הח"י והשבות יעקב אבל לפענ"ד יש לדחות דשם מבואר שגנב בנערותו וא"כ אז לאו בר חיובא הי' רק שצריך לשלם

לכשיגדל ועיין באו"ח סי' שמ"ג ובט"ז שם שהביא מהך דרפרם וא"כ בזה לא עשה עצמו רשע ובודאי נאמן לולא דחב בהודאתו: והנה ראיתי בדרך העברה בעלמא ספר שו"ת רשב"ש והוא בן שו"ת תשב"ץ והובא בב"י בכמה מקומות ובדקתי בספרו שראיתי בדרך מקרה בסי' תקל"א שם העלה דהא דאין אדם משים עצמו רשע הוא דוקא לענין עדות אבל כל שטוען שהוא רשע עונשין אותו על ידו והביא ראי' מהא דאמרו בכתובות דף יו"ד מברכתא חביטו לי' ומהימן ומסבינן לי' כופרי וכן מהא דאמרה טמאה אני לך ואף ברצון היתה נאמנת ובראשית ההשקפה כאשר ראיתי כן תמהתי דהא ברמב"ם מבואר בהדיא פח"י מסנהדרין דאין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא מעמלי ומרי נפש הם וכן בהא דאמרו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי שהקשו בתוס' דהא אין אדם משים עצמו רשע וכתבו דרצונו לעשות תשובה אבל משמע דאם לא הי' מקום לתלות שרצונו לעשות תשובה לא היו מענישין אותו ובקידושין דף נו"ן אמרו דלא עביד אינש נפשיה רשיעא ושוב ראיתי בסי' תקל"ב שם כתב שנית על ענין הזה וכתב דהרמב"ם הוצרך לחדש טעם אחר שמא מעמלי ומרי נפש הם וממה אם ירצה לומר מזיד הייתי כתב הרשב"א בתשובה דמזה מוכח דאדם משים עצמו רשע ובאמת בדברי הרמב"ם מבואר בהדיא דאין אדם מע"ר ועיין בקונטרס הסמיכה למהרלב"ח ודברי הרשב"א בתשובה אם קבלה היא נקבל אבל בתוס' ובשיטה שם מבואר כדברי התוס' ובדברי הראב"ד והר"ן מבואר בהדיא דבמודית ששמשתו נדה אינה נאמנת אף לענין ממון דאין אדם משים עצמו רשע ובזה נחלק הר"ן אבל לענין עונש פשיטא דאין אדם מע"ר ועיין ביו"ד סי' קע"ז סי"ב ובסי' קס"ח בש"ך ס"ק ע"ט. ומה שהביא ראיה מהך דטמאה אני לך עיין בשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' ק"נ ובשעה"מ פ"ט מאישות שם כתב ליישב די"ל דלטובה נתכוונת שלא תאסר עליו כל ימיה ושם הביא דברי הרשב"א וכפי הנראה לאותו רשב"א כיון הרשב"ש ושם אינו מבואר רק דבמיגו נאמן אף דמשים עצמו רשע וגם על זה חולק המהריב"ל אבל לא שלא במיגו ע"ש אמנם מצאתי בב"י סי' ל"ד שהביא בשם בעה"ת שער כ"ה שכתב דלמטען על חברי' ענין שמשים עצמו רשע לא מבטלינן טענתי' אבל אין ראיה דלענין ממון נאמן כמבואר בהגהת אשר"י פרק הגוזל קמא במעשה דפרגא ועיין בכנה"ג בסי' ל"ז בהגהות הטור אות סמ"ך שהביא בשם מהרשד"ם שכתב כעין זה והוא לא עמד בזה ועמ"ש בהגהת ב"י שם אות צ' ובסי' פ"ב בכלל מגו ובתומים אות ק"ה שם.

ג ומצאתי בב"ח החדשות שכתב ג"כ כסברת הרשב"ש ע"ש בסי' פ"ד ונסתייע מדברי בעה"ת האלו אבל לפמ"ש אינו מוכח כלום וגם דברי בעה"ת לא ראיתי במקומם. שוב

אחר החיפוש והיגיעה מצאתי דברי הבעה"ת והוא בשער אחד ועשרים (וט"ס כ"ה וצ"ל כאן בחלק השני סי' ג') בסופו ושם מבואר בהדיא כמ"ש דלענין ממון משים עצמו רשע והביא מגנבתי ופתיתי את בתו דמחויב לשלם וא"כ אדרבא משם ראיה דגם לענין נאמנות דאיסור אין אדם משים עצמו רשע רק לענין ממון יכול לחייב עצמו ודברי הרשב"ש צ"ע וגם דברי הב"ח שנסתייע מהבעה"ת הנ"ל ולא ראה דברי הבעה"ת במקומו וע"כ דבריו תמוהין ומ"ש הרשב"ש מהך דמברכתא חביטו ליה אין ראיה דשם מלקינן לי' על לא טובה השמועה דהא עכ"פ חשוד על העריות ועיין שיטה מקובצת שם ודו"ק. שוב ראיתי בברכי יוסף סי' ל"ד בחו"מ שהעיר על הרשב"ש הנ"ל ונהניתי ועיין בשו"ת רשב"א המכונה תולדת אדם סי' רל"א:

ד והנה בגוף הדין שאחד צוה לתת מנה לפלוני עבור שגזלו שפלפלו בשו"ת חות יאיר סי' רל"א והשבות יעקב לכאורה היה נראה דבלא"ה לא שייך אין אדם מע"ר דבשו"ת חות יאיר סי' ע"ב כתב באשה שהודית דרך ווידוי שזינתה ונתרפאת אח"כ דנאמנת ולא שייך עיניה נתנה באחר כל שהודית דרך ווידוי וגם הבועל היה נאמן אם היה אומר דרך ווידוי ע"ש וא"כ השתא לענין דבר שבערוה נאמן באומר דרך ווידוי מכ"ש לענין אין אדם מע"ר דכל שאומר דרך ווידוי הוה כשנים. מיהו זה אינו דגם בשנים אינם נאמנים כשמשימים עצמם רשעים וכמבואר בסוגיא דאנוסים היינו ובלא"ה דברי החות יאיר תמוהין עיין נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"א:

ה והנה בהא דאמרו אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע לכאורה צ"ב לפמ"ש הקצה"ח סי' ל"ד דעל עצמו נאמן קרוב מתורת עד פסול דהאמינה תורה על עצמו ע"ש וא"כ ניהו דשם הוה ד"מ מכל מקום גם בד"נ למה לא יהיה נאמן לחוב על עצמו מתורת עד פסול דעל עצמו נאמן ונימא דדוקא על אחרים אמרה תורה אל תשת רשע עד אבל על עצמו לחובתו נאמן מתורת עד פסול על עצמו והמעיין היטב בעומק הענין ימצא כי היא הערה נכונה. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בטעם דקרוב אף לחובה אינו נאמן באמת שהוא גזירת הכתוב כדאמרו בב"ב דף קכ"ח. ולפענ"ד נראה ע"ד מ"ש הרמב"ם סוף הלכות תמורה דמה שאמרה תורה לא יחליפנו טוב ברע או רע בטוב דזה גדר גדול שאם אתה מתיר להחליף טוב ברע אף הוא יבא להחליף ויאמר שטוב ברע הוא ובאמת הוא רע בטוב ע"ש וכמו כן הענין של קרוב שבאמת לחובה האדם נאמן על עצמו אבל לא נודע למראית העין איזה רע או שבאמת טוב הוא לו אף שלמראית העין הוא טוב וע"כ אמרה תורה שלא יעיד הקרוב אף שהוא רע דדלמא באמת טובה הוא וכבר נודע מ"ש רבינו בספר המצות דלכך לא מועיל אומדנא בד"נ אף שבד"מ מועיל

משום שלאומדנא יש קצה רחב וקצה קצר ואם תלך אחר האומדנא שיש לה קצה רחב אף אתה תלך אחר קצה הקצר ואולי אין האומד ברור ע"ש ולפ"ז בד"מ דאזלינן בתר אומדנא א"כ כל שהוא חובתו אף שאולי יש דברים בגו שזה טובה לו עכ"פ הוה אומדנא דהדבר אמת ולכך מועיל לחובתו מתורת עד פסול אבל בד"נ דל"מ אומדנא לכך לא שייך שיועיל עדות קרוב דדלמא מה שנראה שהעיד חובתו דלמא טובתו הוא וז"ב: ובזה הבינותי דברי רבינו במ"ש פח"י מסנהדרין דגזירת הכתוב שאין ממיתין ולא מענישין אדם בהודאת פיו דדלמא הוא מעמלי נפש המחכים למות ולכאורה צ"ב דת"ל דאין אדם מע"ר ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דאין אדם מע"ר הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכבר כתבתי דבאמת לחובתו אדם נאמן מתורת עד פסול וע"כ צ"ל דגדר גדול גדרה התורה דדלמא מה שהוא למראית רע הוא טוב לו וז"ש רבינו דלמא מעמלי ומרי נפש הוא המחכים למות וא"כ אינו רעתו ולכך בד"נ וגם במלקות וכל העונשין דהוא במקום מיתה לא אזלינן בתר אומדנא ולכך אינו נאמן. ובזה מיושב היטב מה שנשאל בשו"ת חות יאיר בהא דהוצרך רבא לומר דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע ות"ל משום דאל תשת רשע עד וגם הקשה בהא דהוצרך רש"י לומר דפלגי' דיבורו ות"ל דאף דלא פלגינן דיבורא מ"מ לגבי עצמו אינו נאמן להשים עצמו רשע וכבר כתבתי בזה בכמה מקומות. ולפמ"ש אתי שפיר דמטעם אל תשת רשע עד לא שייך לגבי עצמו דעד פסול לגבי עצמו לחובתו מקרי עד ולכך הוצרך לחדש כיון דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב אינו נאמן לעשות עצמו רשע ומעתה לכך הוצרך רש"י לחדש משום פלגינן דיבורא דא"ל דאינו נאמן על עצמו דזה אינו דבאמת לחובתו נאמן והוה עד פסול ורק דגזרה התורה שמא זהו אינו רעתו באמת והוא משקר ולכך כיון שחשדינן אותו למשקר א"כ קשה האיך נאמן לגבי אחר ולכך הוצרך רש"י לחדש משום פלגינן דיבורא ולגבי אחר נקרא עד כשר משא"כ לגבי עצמו.

ובזה מיושב היטב קושית התוס' דלמה לא אמרינן פלגינן דיבורא גבי אנוסים היינו מחמת ממון ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל דחשדינן למשקר לא שייך פלגינן דיבורא ומה זו סברא לחלק עדותו ורק כאן דבאמת קרוב מהראוי להיות נאמן לגבי עצמו מתורת עד וע"כ דחשדינן שמא אינו רעתו והוא משקר ונתכוין לטובתו שמא הוא מעמלי נפש וכיון דחשדינן למשקר ע"כ דפלגינן דיבורא ולגבי עצמו התורה גזרה שלא יהיה נאמן אבל לגבי אחרים לא שייך כלל ענין פלגינן דיבורא ודו"ק ויש להאריך בזה הרבה ולא נפניתי כעת: ודרך אגב ראיתי להזכיר דבר פשוט מ"ש הריב"ש בתשובה סימן שצ"ו באם היו חטים פקדון בידו וטען הלה שמכרם בעת הזול דא"צ לשלם רק כשעת הזול דלא

גרע מגזלן שאינו משלם רק כשעה שגזל אבל זה כשהי' לו עדים שמכרם בעת הזול אבל להאמינו שמכר כשעת הזול ודאי אין להאמינו במיגו דלא משוי נפשי' רשע להיותו מוכר דבר שאינו שלו ע"ש ודבריו פשוטים דמה דצריך מגו ולא מהימן סתם לטעון שמכר אף דאין אדם משים עצמו רשע מכל מקום לפטור מממון נאמן אבל באמת ניהו דאדם נאמן לענין פטור ממון אף דמשים עצמו רשע היינו משום דחזקת ממון אלים ביותר אף נגד רוב מכ"ש חזקת כשרות אבל זה דוקא אם לא היה לו חזקת חיוב אבל כאן הא היה פקדון ואיכא חזקת חיוב שמחויב להחזיר החטים בעין וא"כ מה שטען שמכר בעת הזול הרי הפסיד לו החטים והיה אסור למכרם וא"כ לא שייך חזקת ממון דהא איכא חזקת חיוב דנתחייב להחזיר גוף החטים וא"כ מה שרוצה לפטור במה שמכרו וגזלו אח"כ שמכר בעת הזול פשיטא שא"נ לפטור עצמו רק מכח מיגו וכאן דהוא רשע אינו נאמן אף במגו דטענתו גרועה מאוד ואף דבסי' קס"ט ס"ק ע"ש שם בש"ך מבואר דביש לו מיגו חזקה דממונא עדיף ונפטר הלוה היינו שם דיש לו חזקה דממונא מועיל דלא נתחזק בחיוב אבל כאן הרי היה לו חזקת חיוב ופשיטא דאינו נאמן כל שמשוי נפשיה רשיעא אף דיש לו מיגו וז"ב ופשוט. ולא כתבתי זאת רק שבספר שערי משפט סי' ע"ג ס"ק י"ג הביא דברי הריב"ש הנ"ל ותמה עליהם והאריך לפרשם ומכל מקום הניחם בקושיא ולפענ"ד הדברים ברורים הן אמת דבלא"ה הו"ל מיגו במקום חזקה דהיינו חזקת חיוב אבל באמת הא מיגו במקום חזקה אבעיא דלא אפשיטא והמוחזק נאמן ובלא"ה כאן הוה מיגו בעיקר החזקה שיכול לומר לא הפקדת בידי כלל ועכ"פ דברי הריב"ש נכונים ופשוטים ועיין בשו"ת הרשב"א בחלק המכונה תולדת אדם סי' רל"א שכתב בפשיטות דלענין ממון לא שייך לומר אין אדם משים עצמו רשע ע"ש ועיין בשטה מקובצת בב"מ דף ה' גבי הא דאמר ר"ח הכופר במלוה כשר לעדות הכופר בפקדון פסול לעדות שהקשה דאכתי שייך למפסל גם גבי מלוה בגוונא דמודה בפני עדים שאותן מעות הוא שלו ואין לו מלוה אחרת ולא שייך אשתמוטי ע"ש ובספר שערי משפט סי' ע"ה ס"ק ג' הקשה דמה מועיל הודאתו הא שייך אין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש הר"ן והרשב"א בר"פ כל הנשבעין להקשות אמאי יפסול העובר על שבועת עדות הא יכול לומר שכחתי ואף שהודה שלא שכח הא אין אדם משים עצמו רשע וה"ה בזה ע"ש שהאריך ולפענ"ד נראה לפמ"ש המלמ"ל פ"ד ממלוה ה"ו והבאתי למעלה דדוקא היכא שמהוה איסור הוא דאינו משים עצמו רשע אבל כשיש כאן איסור רק שאנן מסופקים אם ידעו מהאיסור לא שייך אין אדם משים עצמו רשע א"כ כאן שהוא כפר במלוה רק שאנו מסופקים שמא אשתמוטי א"כ כל שהודה שלא השתמט שוב נאמן דלא מהוה האיסור אבל בהך דהרשב"א והר"ן

דמשביעין אותו שבועת עדות והוא נשבע שא"י א"כ כל שבאמת לא זכר אז הו"ל כא"י וא"כ שוב אינו נאמן לומר שלא שכח דהא עיקר האיסור נצמח אם זכר ולא שכח או ששכח ולא ידע ואינו נאמן וז"ב ודו"ק היטב. ועיין שיטה מקובצת כתובות דף י"ט בהא דאמרו אעולה לא קא חתמו שכתב דלכך לא מוקי במלוה דאינו נאמן משום דאינו מע"ר וכתב דיש לומר שרצה לעשות תשובה ולהפסיד ממון לעצמו ע"ש בשם הרא"ש ומדלא כתב סתם דלענין להפסיד ממון נאמן לעשות עצמו רשע ע"כ דגם בזה אינו נאמן לעשות עצמו רשע וצ"ע: אחר זמן רב נתיישבתי במה שהקשיתי למעלה על דברת הקצה"ח דהא דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים הוא משום דלגבי עצמו התורה האמינה לו אף שהוא קרוב ופסול והתורה פסלו לגבי אחרים אבל לגבי עצמו האמינתו התורה דא"כ למה אין אדם משים עצמו רשע דמה שייך בזה דאדם קרוב אצל עצמו דהא סוף סוף לגבי עצמו נאמן וכתבתי למעלה בדרך רחוקה וחריפתא. וכעת נראה לי בפשיטות דהנה באמת ע"כ לא שייך לומר דאדם נאמן על עצמו רק לחייב עצמו בממון שייך לומר דמתורת עדות האמינתו תורה דאף דקרוב פסול לעדות הוא מגזירת הכתוב דאף משה ואהרן פסול וא"כ כל לגבי עצמו האמינתו התורה אבל איך שייך לומר דיהיה נאמן שהוא רשע מתורת עד דכל שהוא רשע אין עליו תורת עדות והרי התורה אמרה אל תשת רשע עד ובשלמא לגבי ממון שפיר האמינתו תורה דמ"מ בזה נאמן על עצמו ואף שהוא עד פסול לגבי עצמו יש לו נאמנות דלמה לא נאמין לו לחייב עצמו אבל איך נאמין לו לגבי זה עצמו שיהיה רשע ויהי' לו נאמנות מתורת עד דהרי הוא כשני הפכים בנושא אחד דהתורה אמרה אל תשת רשע עד ואיך נאמינהו ע"ז גופא מתורת עד. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד בהא דאמר ר"י בסנהדרין דף ט' ע"ב לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ורבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע והוא תמוה למה לי שני טעמים ת"ל דאין אדם משים עצמו רשע דאם אמת הדבר הרי היא רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד ובשו"ת חות יאיר נתקשה בזה השואל סי' כ"ד וכאשר הזכרתי למעלה.

ז ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שנעשה רשע ע"כ שאמת הדבר וא"כ למה לא נאמין לו ולזה אמר דקרוב אצל עצמו ואף דקרוב נאמן לגבי עצמו ונעשה עד לגבי עצמו מ"מ לא שייך לומר דיהיה נעשה עד ועי"ז נפסלהו דממנ"פ אי סייפא לא ספרא דאם נעשה רשע שוב אין עליו תורת עד ושוב הוה קרוב אצל עצמו. ובזה מיושב הקושיא השניה שהקשה דלמה לי' לרש"י לפרש בדברי רבא דפלגינן דיבורא ת"ל דאפילו לא נפליג דיבורו כל שאין אדם משים עצמו רשע א"כ אינו נאמן לעשות עצמו רשע ונשאר בכשרותו שוב

הוה עד כשר דהרי קרוב גזירת הכתוב דלא נאמן ואף משה ואהרן פסולים וא"כ אף דמהמנינן לי' מ"מ נשאר בכשרותו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מטעם קרוב קשה דהא לגבי עצמו נאמן הקרוב ורק דכיון שהוא רשע היאך שייך להאמינו וא"כ אם נימא דנאמין לו בכל דבריו שוב יכול להיות רשע עפ"י דבורו ג"כ דלגבי עצמו נאמן וא"ל דאיך שייך שנאמינהו מתורת עד הא ע"כ אתה מאמינו ולכך כתב רש"י דפלגינן דיבורא ושוב אינו נאמן דהוה קרוב ופסול ודו"ק היטב. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף ליישב דברי הראב"ד שכתב בכתובות דף ע"ב בהא דאמרו מנא ידע והקשה דלוקמא במודית וכתב דאין אדם משים עצמו רשע ותמה הר"ן באלפסי שם דהא בממון נאמן אף שאינו נפסל בעדותו מכל מקום לגבי ממון נאמן. ולפמ"ש יש לומר דבאמת הא דנאמן לומר שגזל הוא משום דהוה הודאת בע"ד וכיון דהודאת בע"ד הוא מתורת עד והרי כבר כתבתי דכל שנעשה רשע לא שייך להאמינו מתורת עד דהא הוא מעיד שהוא רשע וא"כ שפיר כתב הראב"ד כיון דאינו נפסל לעדות ולא נעשה רשע עפ"י עצמו ולא נעשה עד היאך שייך לומר דהוה הודאת בע"ד כמאה עדים הא אינו עד כלל ואף דבגנבת ופתית את בתי אדם נאמן על עצמו אף שאינו נפסל ואינו עד צ"ל באמת אף שאין נעשה רשע עפ"י עצמו מכל מקום לגבי עצמו האמינתו התורה והו"ל דין עד פסול דלגבי עצמו נאמן עכ"פ מספק משא"כ שם במודית דעקר ההפסד של הכתובה הוא משום דעוברת על דת וכל שאינה נפסלת עפ"י זה לא שייך לומר דמפסדת כתובתה דהא הכתובה נצמח מכח העברה על דת וע"ז אינה נאמנת לעשות עצמה מרשעת ולא שייך לומר דמ"מ הו"ל דין עד פסול דהא לענין העברה על דת אינה נאמנת כלל והיאך תתפוס החבל בשתי ראשין משא"כ בגזלתי וגנבתי דאין הממון בא מצד הגזילה ואף שלא גזל עכ"פ יכול להעיד שגזלו וכעין זה כתב הפ"י בכתובות שם אבל לא דבריו דברינו. עוד נראה לי דבר חדש בזה בכוונת רבא דאין אדם משים עצמו רשע דהנה כבר הבאתי דברי הרמב"ם פח"י מסנהדרין שכתב דלכך אין עונשין וממיתין ומלקין אדם עפ"י עצמו דלמא מעמלי ומרי נפש הוא ומחכים למות ותמהתי דלמה לי כ"ז הא אין אדם משים עצמו רשע. אך נראה דבאמת הקשיתי דאמאי לא יעשה עצמו רשע דהא לגבי עצמו גם קרוב נאמן ע"כ נראה דהנה זה ודאי דאדם נאמן על עצמו הוא דוקא לחובתו ולא לטובתו וכיון שכן כל שיש לחוש דלמא מעמלי נפש הוא ומחכה למות ושוב יש לומר דטובתו הוא אם נמות וע"ז לא נאמן קרוב לעצמו. וזה לדעתי סברת רבינו דלכך אין אדם משים עצמו רשע דדלמא ממחכים למות הוא ושוב אינו נאמן וכל שיש לחוש אף בדרך רחוקה ונפלאה דלמא טובתו הוא אינו נאמן והרי נוגע פסלו אף שאינו רק בדרך רחוקה ונפלאה מכ"ש קרוב. וזה לדעתי מ"ש רבא דאין

אדם משים עצמו רשע היינו דמן הסתם אין אדם מע"ר ומי גבר יעיז ויעשה עצמו רשע אף אם הוא רשע שברשעים חפץ שיחזיקו אותו בצדיק וע"כ מדאומר כן אולי יש לו איזה דברים בגו ושוב אינו נאמן דהא קרוב הוא ודו"ק היטב כי נכון הוא:

ח והנה מצאתי בשיטה מקובצת בכתובות דף י"ט בהא דאמרו ר"א אמר לעולם בעדים וכו' כיון דעולה הוא וכו' והביא בשטה שם בשם הר"מ שהקשה דאמאי לא מוקי במלוה רק דלא נאמן משום דאין אדם משים עצמו רשע שישהה שטר אמנה בתוך ביתו והיא תמוה לפענ"ד דלענין שיפסיד ממון לא שייך אין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש במודית ששמשתו נדה דמפסדת כתובתה ובאומר שגנב וגזל וצ"ע וביותר אני תמה על התירוץ של הרא"ש שם שכתב דדוקא עדים אינם נאמנים דאין עושין בזה שום טובה משא"כ המלוה דסבר לעשות תשובה ועושה טובה בזה שלא יקבל חבירו ממון שאינו חייב לו ע"ש והיא תמוה דלמה לי הטעם שעשה תשובה תיפוק ליה דאף באינו עושה תשובה סגי באומר גנבתי וגזלתי אף שאינו רוצה להשיב נאמן לענין זה שישלם לחבירו מה שהודה שגנב וגזל וכן בעדים שהודו שהוזמו והוכחשו אף שאינן נאמנים להיות רשעים מ"מ צריכים לשלם כמבואר בחו"מ סי' ל"ח וע"כ דברי השיטה תמוהים וצע"ג:

ט והנה דרך אגב ארשום מה שאמרתי בישוב קושית התוס' בב"ב דף ל"ג ד"ה ה"ג שהקשו דנאמין לו שאכל שלש שנים אבל בגזל אכל כמו דאמרו נאמן להפסיד שכרו ואינו נאמן להפסיד ס"ת ומ"ש התוס' בזה לא הבינותי ובש"ע סי' קמ"ה מבואר הטעם שאם נאמין לו שאכל השנה השלישית ע"כ נחזיקהו בקרקע ואינו מובן דשמא גזול הוא. אמנם נראה עפ"י מ"ש הפ"י בכתובות דף ע"ב בהא דאמרו אי דליכא עדים מנא ידעינן והקשה הראב"ד דלמה לא נוקי במודית שהאכילתו שאינו מעושר וכתב הפ"י דע"כ לא שייך הודאת בע"ד רק בדבר שמודה לחיוב ממון אבל הכא אטו מודית שנפרעת כתובתה רק שמודית שהאכילתו שאינו מעושר ושמשתו נדה ואנן אמרינן דעי"ז מפסדת הכתובה וא"כ כל דלגוף הדבר אינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע א"כ שוב לא שייך נאמנות ע"ש ודפח"ח.

י ולפ"ז גם אני אומר דכאן שהודה שאכל פירות אטו נתחייב אם אוכל פירות מקרקע שלו וא"כ לא שייך כאן דפלגינן דיבורא דכל דהוא אומר שאכל שני חזקה א"כ הוא אומר דפירות שלו לקח ואכל וא"כ על מה תחייבהו וממנ"פ אם תאמין לו שאכל פירות שוב החזיק באותו שדה ואם לא תאמין לו ותאמר שגזל אין לך לחייבו כיון דעל הגזילה לא נאמן והוא לא אמר רק שאכל פירות וא"כ לא שייך הודאת בע"ד ודו"ק היטב כי נכון הוא: ובגוף דברי הפ"י צ"ע מהא דמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קט"ו דהאומרת טמאה

אני לך דאינה נאמנת למשנה אחרונה ומ"מ מפסדת כתובתה וכתב הב"י משום הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וקשה לשיטת הפ"י לא שייך בזה הודאת בע"ד דמה שאין מגיע לה הכתובה הוא רק משום קנס דהרי באמת כל שאינה נאמנת שזנתה שוב לא הודית על הכתובה. והנה בשנת תרט"ו אור ליום ג' וארא בלמדי עם תלמידיי הטוש"ע שם והערתי על דברת הפ"י הנ"ל השיב אחד מהתלמידים ני' דמן הדין אין מגיע לה הכתובה כיון דכתובה לא ניתן לגבות רק כשרוצה לגרשה וכאן הוא טוען אני איני רוצה לגרשך רק שאת אומרת שנטמאת אף שאינך נאמנת מ"מ אני מאמינך נמצא שאין מגיע לך כתובה דעדיין לא הגיע הזמן ולכך אמרו בסוטה דשוברת כתובתה ויוצאת דאת היא דגרמת לך ויפה טען. ודרך אגב אמרתי בהא דמקשה הש"ס על ומשמשתו נדה דאי לא ידע מנא ידע והקשיתי דלמא מיירי ששמשתו סמוך לווסתה וראתה דם בעת התשמיש ונטמאת כדאמרו בדף י"ב וא"כ הבעל אומר ששמשתי בנדותך ואני לא ידעתי אם הוא סמוך לווסתך וסמכתי עליך וצ"ע. והנה במה שהארכתי למעלה דלענין לפטור מממון נאמן אף במקום שמשים עצמו רשע כמ"ש בהג"א פ"ט דב"ק במעשה דפרגא הנה כעת נלפענ"ד דהטעם בזה דכל ענין שאין אדם מע"ר פירשתי עפ"י דברי הרמב"ם שהבאתי למעלה שכתב דשמא הוא מהמחכים למות והיינו דמסתמא האדם אינו רוצה לחייב עצמו מיתה או מלקות וזה אמרם אדם קרוב אצל עצמו ומסתמא אינו רוצה לחייב עצמו ומדמחייב עצמו ע"כ שהוא מהמחכים למות וא"כ שוב אינו נאמן לעשות עצמו רשע ולפ"ז לפטור ממון ודאי נאמן וגם לחייב עצמו ממון ראינו כמה פעמים שאדם רוצה להתחייב לחבירו וליתן לו ממון ולכך נאמן אף במקום דעושה עצמו רשע ודו"ק היטב:

סימן לז

א בענין לשונות המסופקות בקידושין מה דינם הנה נסתפקתי בהא דמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' כ"ז כמה לשונות המסופקות בקידושין ולא נתבאר אם אמר את תהי' שארי דהרי שאר נקראת אשתו ולמ"ד ירושת הבעל דאורייתא הוא בכלל לשארו וא"כ מה משפט לשון שאר אם נקרא לשון קידושין או לא. והנה מדי עברי ע"ז ראיתי במ"ש הח"מ והב"ש כ"פ שם ומהם בב"ש ס"ק י"א בלשונות המסופקים והיו עסוקין בענין קידושין והוא והיא אומרים דהבינו לשון קידושין אם מקודשת כתבו הח"מ והב"ש דהוה ספק דהא כמו שהם מסופקים גם העדים מסופקים והוה כמקדש בלי עדים. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דבאמת כל הטעם דבעי עדים אף דשניהם מודים הוא משום דחב לאחריני ופירש"י דקרובות נאסרים בו ובה ולפ"ז כיון דהוה עכ"פ ספק קידושין א"כ בלא"ה נאסרים מספק עליה ועליו וחזקת פנויה לא שייך בזה דהא אתרע דבאמת קבלה

קידושין רק שהלשון מסופק ועדיף מהך דכתבו התוס' בכתובות כ"ג דכל דזרק קידושין הו"ל אתרע חזקת פנויה מכ"ש כאן וא"כ לכל הדיעות בכל ספק קידושין הו"ל עכ"פ מדרבנן אסור וכל דאסרו רבנן שוב עכ"פ לא מקרי חב לאחריני ובפרט לפמ"ש הרי"ף דספק קידושין לחומרא ועיין ר"ן ובחידושי מהרי"ט בקידושין שהאריכו בזה וא"כ אפשר דגם להרמב"ם דספיקות מדבריהם בכה"ג הו"ל קידושי תורה מספק דמה"ת אין נוסח הלשון מעכב בודאי וכל שקדשה ומורה על לשון קידושין מקודשת וא"כ שוב די במה ששניהם מודים והו"ל קידושין גמורים וז"ב לפענ"ד לולא כי רבותינו לא הבינו כן וצ"ע. וראיתי באבני מלואים שהקשה בסי' כ"ז בהא דאמרו בקידושין דף נ' ובכלם אעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש אינה מקודשת ואמאי והא בלבה הי' והקשה הוא דניהו דהיו בלבה הא העדים לא ידעו מזה ומזה הוציא דכל שיש עדים מצד המקדש אף שמצד המתקדשת יש ספק לא אכפת לן ולפענ"ד לא נהירא דכל שאינה מתרצית מה מועיל הודאתה הא צריך עדים ובפרט לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהאשה אינה מקנית עצמה רק מפקרת עצמה א"כ מה מועיל הודאתה הא כל שלא היו עדים על ההפקר אינו מועיל הפקר בלב. אך לפענ"ד נראה עפמ"ש הר"ן פרק המדיר להקשות דאמאי לא מועיל מה שאמרה בלבה הי' להתקדש הא עכ"פ מחלה התנאי ובכ"מ מועיל מחילת התנאי בקידושין וכתב דכל שהיה לתועלתו מועיל מחילה דהו"ל כאילו קבל ונתקיים התנאי אבל במקום שהיה התנאי רק להקפדה בלבד ל"מ המחילה וא"כ כאן כל שהיה בלבה להתקדש אף בלא זה רק שדברים שבלב אינם דברים א"כ מה מועיל מחילה הא לא הי' התנאי לתועלתה רק להקפדה שהרי בלבה היה להתקדש אף בלי זה ולכך ל"מ המחילה ע"ש ודפח"ח.

ב ולפ"ז שפיר מקשה הש"ס לס"ד דדברים שבלב מועיל א"כ למה לא יועיל דא"ל דאדרבא כיון שבלבה היה להתקדש לא יועיל דזה אינו דהא עכ"פ דברים שבלב הוה ג"כ דברים להס"ד וא"כ שוב לא הקפידה דא"ל דהעדים אינם יודעים דז"א דלגבי העדים הו"ל כמו כל קידושין על תנאי וכל שנתקיים התנאי מועיל וה"ה כאן דהא עכ"פ מחלה וא"ל דלא מועיל מחילה דהא בלבה היה להתקדש דז"א דזה עכ"פ העדים לא ידעו וא"כ לגבי העדים הוה קידושין גמורים ומצדה ג"כ מועיל וז"ב ודו"ק היטב. שוב ראיתי שגם המקנה הקשה קושית האבני מלואים בקידושין שם דף נ' ע"ש והנראה לפענ"ד כתבתי ודו"ק: אחר זמן רב מצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל באהע"ז סי' ל"ח שהרגיש בזה ושמחתי. ומן האמור אני תמה על מה שראיתי בספר בית מאיר זצ"ל שבסי' ל"ח סל"ח נסתפק בהא דמבואר בחו"מ סי' רמ"א דמחילה א"צ קנין אם צריך דוקא שימחול

בפניו שיזכה בו או דלמא דסגי אף שמוחל בינו לבין עצמו ותמהני דהרי מבואר כן כאן דאמר' בלבה הי' להתקדש דל"מ וכתב הר"ן דלכך ל"מ מתורת מחילה משום שמתחלה לא קפיד להנאתו וא"כ הא אילו לא הי' רק לתועלת ולא לקפידא הי' מועיל אף מחילה שבלב. ובזה אני אומר ראיה למ"ש המהרש"ל הובא במסגרת השלחן סי' י"ב דאם אמר שבלבו הי' לו למחול אף שלאיזה סבה רוצה כעת להתנקם ממנו לא מועיל והוה מחילה גמורה אף בלב ועיין קצה"ח שם שהאריך בזה ועכ"פ מבואר מכאן ראיה להמרש"ל וגם מבואר ספיקו של הבית מאיר ודו"ק:

ג והנה בדברי הר"ן האלו לכאורה תמהני דמה קתני ובכלם אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש אינה מקודשת ומשמע דל"מ אי לא היתה אומרת בלבי הי' להתקדש והא אדרבא אי לא הי' אומרת בלבי הי' להתקדש היתה יכולה למחול ומשכחת לה דמועיל הקידושין משא"כ כשאמר' בלבי היה להתקדש ודאי ל"מ כיון שהי' בתורת הקפדה בעלמא.

ד אמנם נראה דבאמת גוף קושית הר"ן לכאורה ל"ק כמ"ש הרא"ה ובגליון שם דהא בכהן ונמצא לוי א"כ גוף הענין נשתנה ממה שהיה ואיך שייך דהוה כאילו אמרה הריני כאילו התקבלתי והא נשתנה דאין זה אותו איש שנתקדשה לו וצ"ל דעיקר קושית הר"ן מעני ונמצא עשיר או להיפך וס"ל להר"ן דבזה שייך לומר כסבורה שהוא עני גדול ואינו כן או להיפך וא"כ ע"ז שייך לומר דכל שאמרה בלבי הי' להתקדש הוה הקפדה שלה להנאתה והמעיין בר"ן ימצא דלא מזכיר בתירוצו רק עני ונמצא עשיר ולפ"ז בשאר תנאים כגון כהן ונמצא לוי וכדומה ל"מ מחילה אף שלא אמרה בלבי הי' להתקדש וא"כ שפיר נקטה המשנה דבכלן אעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש דהיינו בכל אותן ולא שייך מחילה אף שאמרה בלבי היה להתקדש ל"מ ומכ"ש כשלא אמרה כן דל"מ ובאמת בעני ונמצא עשיר דוקא כשאמרה בלבי היה להתקדש וז"ב. ובזה אמרתי זה רבות בשנים בהא דאמרו ביבמות דף פ"ט סיפא ה"ט דאמרו קידושי טעות הוה ופריך רישא נמי נשואי טעות הוה והקשו בתוס' דהא ברישא לא שייך זאת דאין תנאי בנשואין.

ה ואמרתי בזה דהנה רש"י פירש קידושי טעות שהתנה ע"מ שיהיה כהן ונמצא לוי או ישראל והדבר צ"ב דלמה נקט דוקא תנאי זה ולפמ"ש י"ל דהנה כל הטעם דאין תנאי בנשואין הוא משום דאין דרך שיהיה תנאי בנשואין וע"כ מחלו כדי שלא יהיה ב"ז ועיין תוס' יבמות דף ק"ז ובכתובות דף ע"ג בהסוגיא דקדשה ע"ת וכנסה סתם ולפ"ז הא באמת ל"מ מחילה כל שהתנאי הי' שלא להנאתה רק בהקפדה ולפ"ז בשלמא תנאי שהוא להנאתה יש לומר דבנשואין מחלו אבל כהן ונמצא ישראל דהוה שלא בהקפדה ל"ש

מחילה ושפיר שייך גם תנאי בנשואין. מיהו י"ל דבכהן ונמצא ישראל אפשר שרצתה מפני הנאתה דיהי' כהן ויש לו תרומות ומעשרות וכדומה וגם הוא חשוב ומיוחס אמנם לשיטת הרא"ה דבכה"ג דהוה שינוי ואין זה אותו איש ל"מ מחילה א"כ ל"מ דבכהן ונמצא לוי או ישראל אין זה אותו איש שקדשה ול"מ מחילה וז"ב ודו"ק ודברי רש"י נכונים וא"ל דאכתי קשה דמנ"ל לרש"י לפרש תנאי זה דלמא תנאי אחר הי' כעין עשיר ונמצא עני דשייך הנאתה ובנשואין לא שייך זאת. אך נראה דרש"י קשה ליה בהא דאמרו דיאמרו דקידושי טעות הוו דבכל התנאים שיכולה למחול לא שייך קידושי טעות הוו דהא היה יכול להיות שהיתה מתרצית ועכ"פ קידושי טעות לא שייך בזה ולכך פירש"י בכה"ג דכהן ונמצא לוי או ישראל דאין זה אותו איש שקידש ומקרי קידושי טעות וא"כ שוב בכה"ג גם בנשואין ל"מ מחיל וז"ב ודוק היטב כי הוא נעים ונחמד ת"ל ובחידושי הארכתי בסוגיא שם ביבמות בדרכים שונים ואכ"מ:

1 והנה בהא דמבואר בש"ע סי' כ"ז ס"ג בהג"ה דאפילו נתן לה בשתיקה ולא דיבר כלום והוא והיא אומרים שכוונו לשם קידושין מועיל והט"ז האריך שם לתמוה על המרדכי שהוא מקור דברי הרמ"א שכתב דאף דאמרינן ובכלם אף שאמרה בלבי היה להתקדש אינה מקודשת דהוה דברים שבלב היינו כיון דאתני לאו כל כמיניה דעקר תנאי אבל כאן לא גרע מגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם דאזלינן בתר מחשבתו והאי דמכר לעלות לא"י שאני התם דתלוי בדעת הלוקח וע"ז תמה הט"ז דמ"ש דשאני בלבי היה להתקדש דשם הוה תנאי הרי בקידושין דף נ' רצה הש"ס ללמוד מזה ודחי דשאני התם דאתני ולא יכול לעקור התנאי אלמא דמאן דס"ל דדברים שבלב לא הוה דברים הוא אף כשאינו עוקר ע"ש ובאמת בראשית ההשקפה עמדתי משתומם דלכאורה דברי הט"ז נכונים מאד דזה ודאי דדברים שבלב לא הוה דברים אף כשלא היה תנאי בפה. אך עיינתי בזה כמעט רגע ולפענ"ד דברי המרדכי ברורים דכבר נודע מ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין שם דהא דדברים שבלב לא הוה דברים היינו כשהן סותרין למה שבפיו כגון בהאי דזבין והיה בלבו שיעלה לא"י וכן בהך דבלבי היה להתקדש אבל כל שהדברים שבלב אין מבטלין דברים שבפה ומעשיו רק שמקיימין כנזיר שאמר שכוון למי שעובר לפניו פשיטא דדברים שבלב הוה דברים ע"ש ולפ"ז כל שקידש בסתם ולא אמר ענין קידושין ואומר שבלבו כוון לשם קידושין למה לא יועיל וא"כ דברי המרדכי אתי שפיר דבכאן מועיל וזהו שמחלק דשאני הך דהי' בלבי כיון דאתני לא יכול לעקור והיינו דשם סותר למה שהתנה והא דהש"ס דחה דשאני התם דהוה תנאי היינו דהש"ס קאי להך דמכר ע"מ שיעלה לא"י דאמר רבא דדברים שבלב לא הוה דברים ושם הוה

ג"כ סותר את מעשיו שהרי מכר סתם רק שבלבו הי' ע"מ לעלות לא"י וע"ז רצה הש"ס ללמוד מהך דבלבי וע"ז מחלק דשם היה התנאי בפה בפירוש לעקור מה שבלבו ול"מ משא"כ כאן דאינו תנאי בפירוש רק שבסתם מכר ולא התנה ע"מ שיעלה לא"י אבל לא התנה בפירוש היפוך דברים שבלב ובזה לא קיי"ל כהך דחי' וכל שהדברים שבלב סותרין למעשה המכירה אף שמכר סתם ל"מ אבל כל שלא היה כאן מעשה המתנגד ואדרבא דברים שבלב מסכימים עם מעשיו פשיטא דדברים שבלב הוה דברים וז"ב ופשוט וא"כ שפיר כתב המרדכי דשם לאו כל כמיניה לעקור התנאי והיינו משום דשם גרע טפי דסותר למה שבפה: ובזה מיושב מ"ש שם הט"ז דלהמרדכי מאי פריך הש"ס מהך דאמר לשליחו הבא לי מן החלון דשם היה בלי תנאי דאף שאמר מן החלון מכל מקום לא מיעט ממקום אחר שהרי לא אמר לי' מהאי תרמי' ומהאי לא תרמי' כדאמרו בב"מ דף מ"ב גבי רשות הנה לפמ"ש אין קושיא כיון דעכ"פ דברים שבלבו סותרין להפה דהרי בפה אמר סתם מן החלון ולא פירש מאיזה כיס אף שבלבו היה מכיס זה דוקא מכל מקום לא מועיל ושפיר מדמה.

ז איברא דגוף דברי הט"ז דכתב דשם לא הוה תנאי דהא לא אמר לי' דוקא מכיס זה ולא מכיס זה העירני תלמידי המופלג כמ"ר סענדיר ני' דהוא נגד דברי התוס' בגיטין דף ס"ה ד"ה הא דכתבו דהוה קפידא ול"ד להך דב"מ וכ"כ בב"מ דף מ"ב שם הנה באמת שהט"ז לא הזכיר דברי התוס' אבל מכל מקום דברי הט"ז נכונים דעכ"פ תנאי בודאי לא מקרי ותדע דאל"כ הו"ל להש"ס לדחויי דלא יכול למעקר תנאי והו"ל כעין תנאי ומיהו בלא"ה דברי הט"ז נכונים דהתוס' קאי על הסיפא דאמר לו מן החלון והביא לו מן הדלוסקמא א"כ אף דלא ביאר דמן הדולסקמא לא תביא מכל מקום הוה קפידא דהרי ביאר לו בהדיא מן החלון ולכך השליח מעל אבל בקידושין פריך הש"ס באמר לו מן החלון או מדולסקמא רק שהבעה"ב אמר שכוון לכיס זה בזה כיון שגם כיס זה מונח בחלון או בדלוסקמא פשיטא דהוה דברים שבלב ולא הוה תנאי דהרי אינו סותר למה שבלב וא"כ דברי הט"ז נכונים אבל מ"ש ליישב אתי שפיר ודו"ק. איברא דלפ"ז צ"ב מה שנדחק המרדכי בהך דלעלות לא"י דתלוי בדעתו של הלוקח ואמאי לא כתב בפשיטות דשם סותר מה שמכר סתם. אך נראה דבאמת המרדכי ס"ל דאי לאו דתלוי בדעתו של לוקח לא היה מקרי סותר כלל דהא המכירה יכול להיות מכירה והוא יעלה לא"י ומה בכך שמכר סתם בשלמא אם הי' כאן חסרון בגוף מכירתו ע"י התנאי מקרי סותר וכאן לא היה חסרון וע"ז כתב דתלוי בדעת הלוקח וא"כ הלוקח לא היה בדעתו לקנות דוקא באופן זה שוב הוה תנאי סותר להמכירה ודו"ק היטב: עוד היה נ"ל דבר

חדש דדברים שבלב דלא הוה דברים היינו בדבר דתלוי בדעת שניהם והיינו ע"ד מ"ש התוס' בכתובות דף מ"ז דלא אמרינן אדעתא דהכי לא מכר ולא קידש כל דתלוי בדעת שניהם ולפ"ז ה"ה לענין דברים שבלב דכל דמכר לחבירו והלוקח לא היה דעתו על תנאי זה א"כ תלוי בדעת שניהם ולא שייך אדעתא דהכי ולכך בהך דאמרה בלבי הי' כיון שזה התנה בפירוש בתנאי מה מועיל דברים שבלב שלה והש"ס לא דחה דאין ללמוד משם להך דמכר לעלות לא"י דשם לא היה תנאי מפורש י"ל דאף דתלוי בדעת שניהם מועיל דעתו של המוכר משא"כ כשהתנה זה בפירוש ודאי לא מועיל דברים שבלב של אחר וגם זה נכון ועכ"פ דברי המרדכי נכונים לדינא. ובזה מבואר ראיית המרדכי מהך דחשב בלבו להוציא פת חטים ואמר פת סתם והיינו אף דשם הי' הדיבור ג"כ פת משום דשם כל שאין הלב סותר למה שבפה מועיל וא"כ גם בזה כל שאינו סותר ואדרבא מסכים מועיל ודו"ק היטב ומ"ש הט"ז והח"מ והב"ש דהא לא גרע מנתן הוא ואמרה היא דל"מ או דהוה עכ"פ ספק קידושין ומדרבנן ולמה יגרע אמירה דידה מאילו נתן בשתיקה. לפענ"ד ל"ק כיון דכתיב כי יקח איש אשה ולא כי תלקח אשה לאיש וא"כ בכה"ג שאמרה מגרע גרע ובפרט לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהיא אינה מקדשת עצמה רק שמפקרת עצמה וגופה להבעל והוא זוכה מן ההפקר א"כ באמירתה מגרע גרע ומה גם דכאן הוה כסותר למעשה שלו שהוא נותן ומקדש והיא אמרה ולא מועיל כנלפענ"ד וז"ב כשמש. שוב ראיתי בק"א להמקנה בסי' כ"ז שם שנדחק ג"כ בישוב דברי המרדכי ולא ידעתי למה יצאו כלם מבוהלים ודחופים וביותר תמהני על המקנה שאחרי שכתב כעין חילוק זה למה נדחק שם ולפע"ד לא נזכר מדברי הרשב"א הנ"ל ע"כ כתב מה שכתב ודו"ק היטב. והנה במ"ש הב"ש סי' למ"ד ס"ק ט' דאם היו לעדים ספק אם קרוב לו או לה הוה כמקדש בלי עדים והביא כן בשם הגה"ת אשר"י ואם אחד אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה הוה ספיקא דרבנן והנה בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ח ובמהד"ק סי' ע"ז האריך בזה לפענ"ד היה נראה דבר חדש דהרי מבואר בתה"ד סי' רי"ב דאם אומר העד בפני ובפני עוד ע"א נתקדשה דיש לחוש לו ולפ"ז זה שאומר קרוב לה הרי מעיד שהקידושין הי' בפניו והעד האחר שהרי גם השני אומר שקדשה וזרק לה קידושין רק שנפל קרוב לו אבל עכ"פ לא הוה כמקדש בלי עדים דאם נסתפק שמא קרוב לה אז הוה כקדשה בפני שני עדים ואף דזה מכחישו ואמר דנפל קרוב לו ולפי דבריו הרי לא הי' קידושין כלל דגם האחר לא ראה הקידושין כלל הא לשיטת הרא"ש אף בתלה בחברו מכל מקום חוששין לקידושין מיהו לפמ"ש הח"מ והב"ש סי' מ"ב ס"ב בהג"ה דמוקמינן אחזקת פנויה וא"כ ה"ה בזה מיהו הב"ש ס"ק ז' כתב כיון דעכ"פ זרק לה לא

שייך לאוקמא אחזקה ושוב הוה ספק קידושין ומכ"ש באם העד שאומר קרוב לה לא תלה בחברו כלל וע"ש בב"ש ומכ"ש אם העד שאמר קרוב לה אינו אומר בבירור רק שמסתפק שוב זה העד נאמן יותר ועכ"פ מקדש בלי עדים לא מקרי ובזה יש ליישב הרבה קושיות ואכ"מ כי לא נפניתי כעת:

ח והנה במה שהבאתי למעלה דברי הא"מ שחידש דעל רצוי דידה לא בעי עדים דעיקר דבר שבערוה מצד הבעל הנה לכאורה מצאתי סתירה מפורשת בירושלמי פרק האומר ה"ח וז"ל רב אמר המקדש בע"א לא עשה כלום התיב ר"ש והא מתניתא פליגא קדשתני והוא אומר לה לא קדשתיך היא אסורה בקרוביו וכו' והיינו כמו דאוקמא בש"ס דילן בע"א רק דבש"ס דילן מקשה מרישא דאומר קדשתיך ובירושלמי מקשה מסיפא ולפ"ז קשה דלמא לעולם בע"א אין קידושין כלום והיינו מצד המקדש אבל היא מתקדשת אפילו בע"א דמצדה לא בעי עדים וא"ל דש"ה דכל דא"י לקדש בע"א ואין קידושין חלין כלל א"כ ממילא היא ג"כ לא מתקדשת ול"ד להך דא"מ דשם קדשה בפני שנים רק דלא ידעי אי נתרצית ע"ז אמר דאין חוששין למה שלא ידעו ריצוי דידה דסגי בקידושין שלו אבל כאן אין חלות הקידושין דזה אינו דבאמת אם נימא דבקידושין לא בעי עדים רק משום דלא מהימן ע"א וא"כ עכ"פ כשהיה נודע לנו הקידושין היה סגי וא"כ כל שהיא אומרת שנתקדשה בע"א מועיל דמצדה לא בעי עדים ושויא אנפשה חתיכה דאיסורא ואף לפי מה שביארתי בדרוש אחד לשבת שובה שנת תרי"א דבכ"מ דהיא דבר ערוה א"י לאסור עצמה בלי עדים היינו משום דבעינן שני עדים אבל להס"ד דחוששין לקידושי ע"א א"כ עכ"פ היא נאסרת והיא קושיא נפלאה. אמנם ז"א דהירושלמי פריך על רב דאמר דלא עשה כלום וא"כ אין חלות להקידושין וא"כ גם היא לא נאסרה כלל וז"פ. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דהירושלמי הקשה מהסיפא ולא הקשה מהרישא וכבר נשאלתי בזה מהחריף מוה' יעקב תאומים נ"י בתשובה אחת לענין ע"א באיסורין ולפמ"ש יש ליישב דהנה באמת הדבר תמוה הא דהקשה בש"ס דילן מהרישא ומה ראיה והא אף בע"א לא ניחא לפמ"ש המ"כ בב"י יו"ד סי' קכ"ז דאף דע"א בהכחשה לאו כלום מכל מקום לגבי אחרים נאמן הע"א וא"כ יקשה הא מכל מקום מהראוי שתאסר בקרוביו מצד המקדש דאסרן עלי' ונאמן בעדותו לגבי אחרים וכבר נתקשה בזה בשעה"מ פי"א מאישות וכתב דדבר שבערוה ל"מ כל שמכחשת ודבריו תמוהים דלהס"ד דע"א מועיל ע"כ לא מחשב לדבר שבערוה אבל זה אינו דאטו יכחיש המקשה דקידושין הוה דבר שבערוה רק דס"ד דדבר שבערוה היא רק כממון ולא אברי סהדי אלא לשקרי אבל כל שמכחיש שוב צריך שנים ולפ"ז לא הוה מצי הירושלמי להקשות מרישא דיש לומר דבאמת דמה דאמר רב

לא עשה כלום היינו מצדו דבעי שנים מצד דבר שבערוה אבל מכל מקום היא מתקדשת גם בע"א לענין שיהיה אסור בקרובותיה דמכל מקום נתקדשה לו בע"א ולגבי קרובותיה נאסרו עליו אף דלא עשה כלום לגבי דידיה אבל מהסיפא דהיא אומרת קדשתני שפיר מקשה דהיאך תאסר בקרוביו דכל שהוא אומר לא קדשתיך לא היה חלות להקידושין כלל דלגבי דידיה בעי שנים ושאני ברישא דהוא אומר קדשתיך א"כ הוא רצה לאסור בקרובותיה וא"כ אף דבעי שנים היינו מצדו וכל שמודה הוה הודאת בע"ד כמאה עדים וא"כ מצדו הוה עדים ומצדה לא בעי עדים אבל כל שהיא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך א"כ מצדו ודאי בעי עדים ואיך תוכל לאסור עצמה בקרובותיה והא בעי שנים וכל דלא חלו מצדו הקידושין ודאי אינה מתקדשת. ובקצרה יש לומר דבאמת בהס"ד הו"מ לומר דסגי בהודאתו לבד וכדס"ד בש"ס דילן לומר דיליף מממון וכל שמודה סגי אך זה כשהוא מודה א"כ מצדו הוי עדים אף שהוא מכל מקום נאסר בקרובותיה דהא הוא יכול לאסור הקרובות עליו אבל שהיא אומרת שקדשה והוא לא הודה א"כ שוב בעי עדים מצדו ולא נאסרת כלל בקרוביו ודו"ק היטב כי הוא חריף ועצה עמוקה וש"ס דילן סובר דגם מצדה בעי עדים וא"כ לא מקשה מרישא ודו"ק:

ט והנה עם כל אריכת דברים שבתי וראיתי שעדן אינו מיושב דאכתי קשה מהרישא דא"ל כמ"ש כיון דאומר שקדש בעדים נאסר בקרובותיה דא"כ יקשה למה אמר רב המקדש בע"א לא עשה כלום. אך לפענ"ד היה נראה לפי מה דמבואר באהע"ז סי' מ"ב ס"ג דאם ראו העדים דרך החלון והם רואים האיש והאשה שהאיש והאשה אינם רואים את העדים אם אמרה דלשחוק נתכוונתי לא הוה קידושין ולדעת המהרי"ט אף שאמרו שכוונו לשם קידושין לא מהני שהתורה הפקיעה הקידושין בלי עדים וע"ש בב"ש ס"ק יו"ד ולפ"ז באמת לפמ"ש הא"מ שמצדה לא בעי עדים רק מצדו א"כ בכה"ג כל שהיו מודית שראתה הקידושין והבעל היה רואה באמת את העדים שוב היתה מקודשת דמצד הבעל ראה העדים והעדים ראו אותו ואף שהאשה לא ראתה את העדים הא מצדה לא בעי עדים וא"כ כשאומרת דלא ראתה את העדים וכוונה לשחוק א"כ היא אינה נאסרת דלא כוונה לשם קידושין אבל הבעל שאמר שכוונה לשם קידושין ולא כוונה לשחוק הוא נאסר בקרובותיה והטעם דבאמת מה"ת לומר דלשחוק כוונה רק שאומרת שלא ראתה העדים וכוונה לשחוק אבל הוא נאסר. אבל זה דחוק דממנ"פ כל שטוענת שכוונה לשחוק שוב גם הוא לא קדשה כלל.

י אמנם העיקר נראה לי דהנה הפ"י כתב בקידושין דף ס"ה דהא דס"ד דבשניהם מודים יהיה מועיל בע"א לא שיהי' מותר לכנסה בזה דזה ודאי דאין דבר שבערוה פחות משנים

רק דסד"א דמצרפין עדות המקדש בהדי עד אחד שתהיה אסורה לעלמא דעכ"פ איכא תרי סהדי שאינה פנויה ופלגינן דיבורא ועד בשחק נאמן שכן עבר במחשבתי בראשית ההשקפה. אמנם לפענ"ד תמוה דא"כ מה מקשה הש"ס אלא לאו בע"א ומה קושיא הא כבר נודע דענין פלגינן דיבורא לאו לומר דנתקדשה לאחר ולא לו דזה אינו דא"כ העדות מוכחת דהרי העד השני מעיד שנתקדשה לו וע"כ דבאמת לענין שתהיה מקודשת לו לכנסה אינו עד רק בע"ד ואינו נאמן רק נגדה שהיא אסורה אבל באמת העדות היא שנתקדשה לו ובאמת לפמ"ש הא"מ דלגבי דידה ל"צ עדים א"כ בפשיטות אתי שפיר דלגבי דידה שתהיה נאסרת א"צ עדים וסגי בע"א ולגבי דידיה הוא דצריך עדים ולפ"ז מה קושיא ניהו דהמקדש בע"א אין חוששין לקידושין היינו לענין שתהיה מותרת לו אבל מכל מקום נאסר בקרובותיה דהא לענין זה שני עדים הוה שנתקדשה לו ומכל מקום היא אינה נאסרת כיון שהיא מכחשת העד והוה עד בהכחשה דלאו כלום וא"כ שוב ליכא צירוף דהא העד בהכחשה לאו כלום ובע"ד בודאי לאו עד הוא ובפרט שבאמת העד מעיד שנתקדשה לו וא"כ לא הוה עד דהא בעל דבר לא נעשה עד ומה פריך וצ"ל כיון דכל עיקר מה דנחלקו אי חוששין לקידושין היא רק לענין שתהיה נאסרת וכיון דאמר אין חוששין לקידושין משמע דאף היא אינה נאסרת לעלמא וממילא גם הוא אינו נאסר בקרובותיה ושפיר פריך הש"ס. ולפ"ז מיושב היטב דברי הירושלמי דהרי הירושלמי אמר המקדש בע"א לא עשה כלום א"כ יש לומר דהיינו שהוא לא עשה כלום דהיינו שתהיה מותרת לו אבל היא מתקדשת ונאסרת לעלמא וא"כ ל"ק מרישא אבל מסיפא דהיא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך א"כ ליכא שני עדים דהא הוא אומר לא קדשתיך ואפ"ה היא נאסרת בקרוביו וע"כ דע"א מועיל ושפיר מקשה ודו"ק היטב כי הוא נעים ונחמד ובגוף הקושיא של האבני מלואים דהא בעי שנים לענין דבר שבערוה ומה מועיל מה שאמרה דהבינה הלשון לפענ"ד נראה דבר חדש לפמ"ש התוס' ריש גיטין בהא דאמרו שם דע"א נאמן באיסורין אף דעיקר הגט יוכיח שצריך לחתום בו שנים וכתבו דכאן שעיקר הגט נעשה ואינו צריך אלא גלויי מלתא לידע שנעשה לשמה והקשה הפ"י שם דא"כ מה פריך הש"ס שם אימר דאמרינן ע"א נאמן באיסורים כגון חתיכה ספק חלב או שומן דלא אתחזק איסורא אבל הכא דאתחזיק איסורא דא"א הו"ל דבר שבערוה ודלמא בכה"ג דאינו רק גילוי מלתא בעלמא אף בדבר שבערוה ע"א נאמן ונדחק בזה. ולפענ"ד נראה דלהס"ד דמה"ת צריך שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח וא"כ החשש שמא לא נכתב לשם אותה האשה רק לשם אחרת א"כ לא שייך גילוי מלתא דאותה האשה היה עליה חזקת אשת איש והוה כמו דאמרו בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך

במה נשחטה וא"כ לא שייך בזה גילוי מלתא בעלמא דניהו שנכתב גט מכל מקום דלמא לא לאותה אשה נכתב וא"כ צריך שנים וע"ז אמר דכל דאתחזיק אשת איש שוב הו"ל דבר שבערוה דאותה האשה אין כאן גלוי מלתא וע"ז משני דסתם ספרי דדייני מגמר גמירי ורבנן הוא דאצריך ובמקום עגונא אקילו וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שם דלמה נקט דוקא משום לשמה ולפמ"ש אתי שפיר דבשביל מחובר וכדומה לא הוה רק גלוי מלתא בעלמא ולא הוצרכו להקל משום עיגונא דוקא ולכך נקט רבה משום שלא לשמה ובזה הוצרכו לחדש משום עגונא עכ"פ מבואר דגם דבר שבערוה כל דאינו רק גילוי מלתא בעלמא נאמן אף ע"א ולפ"ז גם בזה כיון שעדים מעידים שקידש אותה רק שלא נודע אם הבינה א"כ היא בעצמה נאמנת דאינו רק גלוי מלתא בעלמא אבל גוף הדין צ"ע לדינא אם בדבר שבערוה נאמן בגלוי מלתא ע"א והפ"י לא כ"כ שם ודו"ק:
ואם כתב בכתב הרי את מקודשת לי ונתן לה השטר בפני עדים פשיטא דמועיל אף שלא דבר עמה מעסק קידושין אבל הב"ש סי' קל"ו ס"ק א' כתב דכל ששתקה ל"מ אף שמקדש בשטר כל שאינו ניכר אם דעתה לקידושין ובאבני מלואים סי' למ"ד ס"ק א' ראיתי דבר זר לפענ"ד שכתב דאם יכתוב הרי את מקודשת בכסף שתקבל מפלוני תלוי אי כתיבה הוה כדיבור הא לא"ה ל"מ ולא הבינותי דהרי גבי שטר סגי כל שכותב לה הרי את מקודשת לי ואף שלא דבר עמה כל שהבינה הענין ולמה יגרע אם רוצה לקדשה בכסף רק שאינו אומר לה בפירוש רק שכותב אף דכתיבה לא הוה כדיבור מכל מקום אטו מעכב האמירה מידי דהוה אגט והב"ש סי' קל"א לא חילק רק דבקידושין האשה לא הבינה אם לא עסוקין בקידושין אבל כל שעסקה בקידושין למה לא יועיל גם הכתיבה וז"ב לפענ"ד ועיין בא"מ סי' ל"ה ס"ק ט':

יא והנה בהא דפריך הש"ס בקידושין דף נ' שהבאתי למעלה דאמאי בכלם אם אמרה בלבי היה להתקדש אינה מקודשת והא קאמרה בלבי וע"ז הקשה אותי הרבני המופלג מוה' אייזיק אלי' קאוליר בעש"ק נצבים תרי"ג במכתב שו"ת דמה קושיא הא הב"י הקשה בסי' ל"ח על הרמ"ה שכתב דאם בשעת קידושין אמרה שדעתה להתקדש מועיל ואמאי והא מכל מקום נתבטל מכח שהוא אמר והתנה כן וכתב דהרי שמע שהיא נתרצית אף שאינו כן ולפ"ז כאן דל"ש מה בכך שהוה דברים שבלב דברים מכל מקום הרי הבעל לא שמע והרי התנה ומהראוי שיתבטל הנה לכאורה קושיא היא. אמנם יש לומר דזה מה דאמר הש"ס שם ודלמא ש"ה כיון דאתני לאו כל כמיניה דעקרה לי' לתנאי' והיינו דמה מועיל דברים שבלב לעקור תנאי שלו הא מכל מקום הוא לא רצה רק בתנאי זה ואדרבא מזה ראי' להב"י דאל"כ מאי קושיא ולמה לא תוכל לעקור תנאי שלו וע"כ

משום דהוא התנה כן והבעל לא שמע שוב ראיתי שגם מעלתו כתב שזה כוונת הש"ס אבל כתב שהוא דחוק ולפענ"ד אתי שפיר. ומה שהקשה עוד על גוף קושית הב"י דהרי באמת צ"ב בהתנה ע"מ שאין בה מומין והי' לה מומין מה מועיל התנאי הרי הוה כאילו התנה ע"מ שתעלה לרקיע דהוה תנאי שאי אפשר לקיימו בשום אופן וצ"ל כיון דהוא לא ידע אם יש לה מומין א"כ שפיר התנה וש"ה דלרקיע ידע שאי אפשר שתתקיים תנאי משא"כ בזה חשב שאולי אין בה מומין ולפ"ז אם הי' יודע שיש בה מומין אז לא הוה תנאי שאי אפשר להתקיים ולפ"ז כאן שהוא התנה על עצמו ע"מ שאני כהן ונמצא לוי א"כ הוא ידע שאי אפשר לקיים והיא אמרה בלבי היה להתקדש א"כ לא הוה תנאי כלל שהרי אי אפשר להתקיים בשום אופן הנה זה קושיא גדולה על הב"י אבל אין לפני ספר הטור וב"י כעת.

יב ולפענ"ד נראה דדוקא בגט שייך לומר כן דדוחה אותה לצערה כמ"ש רש"י בגיטין פ"ד וגם אף אם בקידושין הוא כי היינו כשמתנה עמה אבל מה שמתנה על עצמו לא שייך שום טעם למה התנה ואם חפץ בקידושין למה לו התנאי הזה וע"כ שכוון רק לשחוק בעלמא ולא רוצה בקידושין כלל ושפיר הקשה הב"י. ובזה יש ליישב קושיתו הראשונה דאם נימא דדברים שבלב הוה דברים א"כ היא נאמנת לומר שבלבה הי' להתקדש וא"כ שוב יקשה למה יהיה תנאי הא אי אפשר לקיים כלל והוה כמפליג בדברים וא"ל דהרי התנה על עצמו ובודאי נתכוין לתנאי שלא יהיה קידושין קידושין כלל דזה אינו דכל שאם תרצה תוכל לקיים הקידושין אם תאמר בלבי הי' להתקדש א"כ שוב יותר נוכל לומר דהתנה בהפלגה ודעתו שתתקדש גם בלי קיום התנאי דהרי בידה לבטל התנאי וע"כ דדברים שבלב לא הוה דברים וכל שלא אמרה לא תוכל לבטל א"כ יש לומר דדעתו היה לשחוק דאל"כ למה התנה וז"ב וע"ז דחי דלאו כל כמינה לעקור תנאי ושוב סמך ע"ז:

יג ודרך אגב אזכור מה שאמרתי בלימוד הישיבה שנת תרט"ו בהא דנתן הוא ואמרה היא דדעת הרא"ש דאם הי' מדברים מעסקי קידושין לא אכפת לן במה שאמרה ג"כ ואמירתה לא מגרע וכ"כ בסנ"ז ס"ח ואני אמרתי דלפמ"ש רש"י בטעם דאמרה היא דכתיב כי יקח ולא כי תקח א"כ אמירתה מגרע גרע אמנם נראה דרש"י לשיטתו דפירש בדף ד' ד"ה היכא דהיינו שהיא אמרה לו הרי אתה מקודשת לי וא"כ בכה"ג הוה כי תקח אבל אם אמרה הריני מקודשת לך כמ"ש התוס' דבאם אומרת הרי אתה מקודשת לי לא שייך קידושין כלל א"כ בכה"ג לא דמי לכי תקח וא"כ כל שמדברים על עסקי קידושין מועיל ואמירתה מגרע גרע. ובזה מיושב מה שהקשו תלמודיי נ"י דא"כ למה לא משני הש"ס בדף ה' דיוקא דרישא וסיפא דסתרי דחדא מיירי בלא דבר עמה על עסקי קידושין וחדא

מיירי במדברים ולפמ"ש אתי שפיר דאם כן שוב לא פסיקא מלתא דאם תאמר בלשון הרי אתה מקודשת לי לא יועיל והי' לו לחלק רק כעין מ"ש התוס' לענין אדם חשוב. והנה במ"ש למעלה בשם הא"מ דמה שצריך עדים לקידושין הוא מצד המקדש ולא מצד המקודשת לכאורה יש סתירה ממ"ש באהע"ז סי' ל"ה ס"ב דאם האשה מודית שקבלתי דעת הרבה פוסקים דאינה מתקדשת כיון דאינו מועיל רק מכח הודאת' הו"ל כמקדש בלי עדים ע"ש בח"מ וב"ש והרי כל שהיא מודה ועלי' א"צ עדים שוב יש עדים על המקדש וע"כ שגם עלי' צריך עדים. אמנם בשנת תרט"ו אור ליום ד' וירא אמרתי בלמדי עם תלמודיי ני' דברי הש"ע ביאור דברי הר"ן דאף כשמודית שקבלתו כיון שאינם נאמנים רק מכח הודאת' אינם נאמנים ולכאור' לא מסתבר כלל דכיון שהיא מסלקת נגיעתן שוב ראוי שתקובל עדותן מצד עצמן. ואמרתי בזה ע"פ מה דמבואר בסי' מ"ב דכל שהיו עדים רואים מאחורי הגדר כיון שהם לא ראו אותן שוב הו"ל מקדש בלי עדים דיכולין לומר כיון שלא ראינו שום עדים סברנו שאין קידושין בלי עדים ולא מועיל וכוונתו לשחוק דהרי בקידושין בעי עדים אף שהדבר אמת ע"ש ומעתה ה"ה כאן כל דתלוי בהודאת' שוב הו"ל כמקדש בלי עדים וא"כ אף שמודית מ"מ יכולים לטעון דאנן חשבנו דהוה קידושין בלי עדים וא"כ גם המקדש יכול לומר לא חשבתי שתוד' ושוב הוה מקדש בלי עדים וז"ב ודו"ק. ובזה ישבתי לנכון מה שנחלקו בירושלמי דרבין אמר נראין דברים בקדש' בשטר אבל קדשה בכסף נעש' כנוגע בעדותו אמר ר"י מכיון שהאמינתו תורה אפילו קדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו ודברי ר"י תמוהין דהרי ע"כ רבין קאי לאחר שתקנו שבועת היסת כמ"ש התוס' וא"כ מה מועיל מה שהאמינתו תורה הא מכל מקום מדרבנן הם נוגעים ועיין בר"ן שתמה כן ולפמ"ש אתי שפיר דכיון שהאמינתם תור' שוב מה"ת הוה קידושין וא"כ שוב לא שייך לומר דהוה כמקדש בלי עדים ולא כוונו לקידושין דחשבו שאין כאן עדים דז"א דמה"ת הם עדים גמורים וכיון שע"כ כוונו לשם קידושין שוב כל שהיא מודית שוב מסלקת הנגיע' ונאמנים בעדותם ועכ"פ גם לא"מ ל"ק דכל שצריך להודאת' גם המקדש הי' בדעתו שלא יועיל עדותו מיהו אכתי קשה להא"מ הא המקדש לא ידע אם הם יקדשו שלא בפני עדים ואז לא יהיה צריך להודאת אשה ושוב מקדש בעדים וע"כ דגם עלי' שייך מקדש בלי עדים ודו"ק והנה ביום ה' וישלח תרט"ו היה אצלי מופלג אחד מסקאהל ושמו מרדכי ושאל אותי במה שקר' שם שאחד קידש בטבעת מוזהבת וכעת הוסר הזהב מבחוץ ואומרת האש' כי חשבה בעת הקידושין שראתה קצת תחת המסו' שמכסין פניה ונראה לה שכלה זהב וכעת ניכר שאינו זהב רק מוזהב מבחוץ

וגם מבפנים מוזהב וגם כעת עודנו מוזהב מבפנים היטב רק שמבחוץ הוסר והנה שאל מה משפטו.

יד והנה בתחלה אמרתי אחרי שלא הי' ביאה עוד א"כ מהיות טוב למה לא יקדשנה שנית. אך אח"כ נתיישבתי ואמרתי דא"צ לקדשה שנית והנה מה שאמר המופלג הנ"ל כיון דראתה תחת החופה בעת שקדשה ונדמה לה שכלו זהב א"כ לא סמכה דעתה דלא מוזכר בש"ע רק שדרך לכסות פני הכלות הצנועות וא"כ כאן שראתה אפשר דשייך לומר דלא סמכה דעתה. ואני אמרתי דאין הכוונה דמכסין כדי שלא תראה רק שנהגו עכשיו שמכסות פני הכלות ואין מדקדקין במה מקדשה אם בפרוטה או בתרקבא דדנרי כמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י שם וא"כ עיקר הענין הוא שאינן מקפידות במה מקדש אותן ועיין ח"מ שם ס"ק ז' ע"ש בסי' ל"א: עוד אמרתי כיון דעכשיו אין שכיח כ"כ שיהיה הטבעת כלו זהב רק שהוא מוזהב ואף שיש מעט שכלו זהב מכל מקום נראה לפענ"ד כיון דהוא לא אמר התקדשי לי בטבעת של זהב כלו וגם העדים לא אמרו שהוא כלו זהב אף שנראה להם ולה שכלו זהב אין בו חשש וע"כ לא מוזכר בתשובת מיימוני הלכות אישות סי' כ' רק באם העדים אמרו לה שהוא של זהב יש לומר דהיא אעדים קסמכא אבל כל שלא אמרו לה דבר אף שנראה לה שהוא של זהב הו"ל דברים שבלב וכמ"ש בשו"ת תשב"ץ דחיישינן לקידושין וכמבואר בב"י וש"ע בהג"ה סי' ל"א שם וכן מצאתי בשו"ת מיימוני שם סי' י"ט בסופו במעשה שהיה שם שאחד קדש בטבעת והיה בחזקת זהב קרוב לשנתיים ואח"כ נודע ע"י צירוף שהיה נחשת וביאר שם דאף בנמצא מנה חסר דינר או שהדינר היה של נחשת דאינה מקודשת שאני התם דהמנה הוא מאה דינר של כסף והו"ל כמפרש אבל הכא כשאמר התקדשי בטבעת זה מי קאמר בטבעת זהב בטבעת סתם קאמר יש מהם של כסף ויש מהם של נחושת ויש מהם של אלמוג ובכל ענין מקודשת ובלבד שיהיה בה שו"פ יעו"ש וא"כ מכ"ש כאן דע"פ רוב הטבעות מוזהבות ואינם כלם זהב לגמרי וא"כ פשיטא דכל דלא אמרו העדים או המקדש לה התקדשי בטבעת של זהב לגמרי דמקודשת וגם המהר"ם מרוטנבערג שם סי' כ' מודה בזה ואינו חולק רק בא"ל העדים שהוא של זהב ונמצא נחושת יעו"ש וגם שם משום שהוא של שני מינים אבל כאן כיון שהוא מוזהב בפנים ומבחוץ ניכר עדיין שהי' מוזהב לא חשוב שני מינים וגם כיון דע"פ הרוב אינו זהב כלו שוב הו"ל לגמרי כהך דשו"ת מיימוני סי' י"ט ועדיפא מינה דעכ"פ אינו רק מיעוט שהן זהב לגמרי. עוד נראה לי דבר חדש דכיון דזה ודאי דאף במקדש בטבעת של זהב ואמרו העדים שהוא זהב ונמצא נחושת קי"ל בש"ע להחמיר דצריכה גט ולפ"ז שוב לא שייך לומר דלא סמכה דעתה דע"כ לא אמרינן

דלא סמכה דעתה רק במקום דאם נימא דלא סמכה דעתה שוב לא תהיה מקודשת כלל אמרינן דלא סמכה דעתה אבל לדידן דמחמרינן דמ"מ מקודשת מספק וצריכה גט א"כ עכ"פ תצטרך גט וגם אם תתקדש שנית לא יהיה לה אלא מנה ואף ביש עדים שלא נבעלה כל שנכנסה לחופה אין לה אלא מנה כמבואר באהע"ז סי' ס"ז א"נ למה תקפיד ואדרבא תגרע לה ואנן סהדי דאם היתה יודעת הדין דצריכה גט ותאסר לכהונה שוב בודאי לא היתה מקפדת ובודאי סמכה דעתה דמה תועיל בזה כנלפענ"ד ואף שאין לי סמך לזה עדן מ"מ לענין הדין א"צ לזה ורק כמ"ש למעלה דבלא"ה היא מקודשת כנלפענ"ד ברור.

טו והנה בשנת תרח"י נשאלתי מהרב מוה' אברהם תאומים נ"י אבד"ק פמארין והדיין מוה' יוסף נ"י במעשה שהיה בכפר אחד באו שני בחורים ואמרו לאחד שהיה שם שהם רוצים להשליש מטבע אם ישתה בב"א השכר יהיה שלו גם המטבע של אחר ואם לאו ינתן לו עד"מ ראובן ושמעון ולוי והשליש ראובן ביד לוי המטבע ושמעון השליש ביד בתולה משרתת של בעל הכפר ובעוד שראובן שתה אמר שמעון להבתולה שהשליש בידה הרי את מקודשת לי וראובן ולוי שמעו וכששמעה הבתולה זרקה המטבע על התיבה ואמרה שלוי יקבל המטבע שאין לה פנאי כעת ואח"כ בלילה אמרו לה שהניחו המטבע באיזה מקום אמרה מה אכפת לי הא אינו שלי.

טז והנה חשו לדעת הב"ח דבחצר שלה ל"מ מה שזרקה וע"ז כתבו דהא החצר אינו של שניהם וגם דזרקה על התיבה והו"ל כמו על השלחן דלדעת הט"ז אינו שייך לה:

יז והנה כ"ז אינו דכל דהיא משרתת שם מסתמא יש לה רשות להניח שם חפציה ומעותיה בכל הבית והו"ל חצר שלה. אמנם בלא"ה אין לחוש דאף לדעת הב"ח דוקא כשזרקה בחצרה ולא אמרה יותר יש לומר דהניחה בחצרה והו"ל יד אריכא שלה אבל כאן אמרה שיקבל לוי א"כ לא רצתה שהחצר יקנה לה א"כ פשיטא דהחצר שלה לא קנה לה ומה שנסתפקו אולי כוונה שלוי יהיה השליש עכ"פ כבר זרקתו וזה ספק אם כוונה לזה והו"ל דברים שבלב וגם אח"כ אמרה בפירוש מה אכפת לי במה שאינו שלי וא"כ פשיטא דלא רצתה בקידושין וגם בעוד ששתה היה ספק אולי ישתה בב"א ולא יהי' של שמעון כלל ואף דהוה אסמכתא הם ע"ה ולא ידעו מזה:

סימן לח

א מה שהשבתי להחריף מוה' יצחק נ"י.

ב בסוגיא דחולין דף צ"א. מה ששאל בהא דאמרו בחולין דף צ"א אכל מזה כזית ומזה כזית סופג שמונים ר' יהודה אומר אינו סופג אלא ארבעים ואי אמרת ספוקי מספקא הו"ל התראת ספק וכו' וע"ז הקשה דאף אם ס"ל התראת ספק שמיה התראה קשה

לפמ"ש הפרי מגדים בשער התערובות בחקירה א' להסתפק בחד בתרי דבטל אם אין היתר מבורר אם שייך ביטול עד"מ בשלשה כזית מרה דממנ"פ ב' מהם כשרים ואחד טריפה אי שייך ביטול והביא מדברי הרשב"א לענין אשם תלוי דהקש' אם נימא דאי אפשר לצמצם א"כ היאך משכחת אשם תלוי ע"ש שהאריך בזה וע"ז הקשה דא"כ כיון דמספקא לי' לר"י איזה אסור וא"כ ממנ"פ אם אחד מהם קטן מחבירו דא"א לצמצם א"כ או שנתבטל האיסור בהיתר לגמרי ואינו לוקה כלל או שלוקה פ' דההיתר בטל באיסור. והנה מעיקרא אין כאן התחלה לקושייתך דשמונים בודאי אין ללקות דהא ההיתר לא נהפך לאיסור כמ"ש במנחת כהן למהר"א אפמנטיל בח"א פ"א והובא בפרמ"ג שם ובמלמ"ל פ"ז ממעילה ובתשובה הארכתי בזה וגם בלא"ה אין קושיא דלמא מיירי כשאכל בבת אחת ואדרבא מיושב קושית התוס' שם שהקשו דאמאי לא מוקי כשאכל בבת אחת ע"ש ולפמ"ש אי אפשר לאוקמי כשאכל בבת אחת מיהו בחולין מוקי כשאכל בבת אחת ע"ש דף פ"ב וא"כ יש מקום לקושייתך. אך נראה וטרם יהיה כל שיח נברר ספיקו של הפרמ"ג מ"ש דבעינן היתר מבורר נראה לפענ"ד דכוונתו לכאורה למ"ש הכנה"ג ביו"ד סי' ק"ט הובא בפרמ"ג בשפ"ד ס"ק וא"ו דחד בתרי דבטל הוא דוקא בודאי היתר לא כשיש ספק עליהם אם הם איסור אבל באמת ל"ד לזה דשם הב' היתירים אינם ודאי היתר והם ספק איסור א"כ אינו בדין שיבטל האיסור בזה אבל כאן השלשה כזיתים הם רק ספק וא"כ ממנ"פ רק כזית אחד מהם הוא איסור והשנים הם היתירים גמורים רק שאנן לא ידענו איזו איסור ואיזו היתר בזה אפשר דשייך ביטול. אך נראה דלפמ"ש הרא"ש והתוס' דלכך כלאים לא בטל משום דאין מקומו ניכר דל"ש ביטול אלא איסור בהיתר אבל היתר בהיתר דשניהם היתר כל אחד בפני עצמו ורק שבהתחברם נאסרו לא שייך ביטול ועיין ש"ך סי' רצ"ט ס"ק א' וביאור הדברים נראה לפענ"ד דבשלמא באיסור והיתר כל אחד ניכר בפני עצמו ושייך לומר דאחרי רבים להטות אבל כאן דלא ניכר מי ההיתר ומי האיסור דכל אחד בפ"ע מותר לא שייך לומר דיתבטל התערובות בהיתר דלא נודע אם זה שרבה הוא ההיתר ודלמא הוא האיסור ועיין במגן גבורים סי' ט' ולפ"ז בהיתר שאינו מבורר יש לומר ג"כ הסברא זו דלא שייך שיתבטל בזה דהא לא ניכר מי ומי האוסר ולפ"ז צריך להבין טעם הצד הספק דיתבטל וצ"ל דלפמ"ש הרא"ש ותוס' דלכך בב"ח בטל משום דעכ"פ צריך שיתן טעם וכל שנתבטל הטעם לא שייך איסור וע"ש בש"ך שביאר כן. ולפ"ז נראה לי ברור דכאן לר' יהודה דס"ל מב"מ לא בטל וא"כ אף אם נימא כשיטת ר"ת קודם חזרה דיבש ביבש בטל ועכ"פ לא שייך לומר דהטעם נתבטל דהא באמת בלא"ה אין הטעם נרגש רק שגזירת הכתוב הוא א"כ מה מועיל ביטול

ברוב הא אף דבטל ביבש ביבש מכל מקום בזה לא שייך ביטול דאינו ניכר האיסור ולא שייך לומר דסוף סוף בטל הטעם דזה אינו דבאמת מב"מ אינו נרגש האיסור ואפ"ה אסרה תורה וא"כ מה מועיל שנתבטל ברוב הא אינו ניכר מי האוסר שיהיה בו רוב לבטל ודלמא זה הוא האיסור דלא בטלה ההיתר בתוכו ואנן בעינן שיהיה היתר ברור וכמ"ש. ובפרט בג"ה דהספק הוא בתולדה ולא ספק הבא במקרה דלא שייך ביטול. עוד הי' נראה לי להסביר הענין דלא שייך ביטול בהיתר בהיתר דהנה הגאון ש"ב בעל חוות דעת סי' ק"א חידש דלא שייך ביטול רק בדבר שהתערובות אוסרו מספק דלא נודע היכן האיסור אבל דבר שאף אם היה בפ"ע היה ספק איסור לא שייך ביטול דאין התערובות עשהו ספק איסור ע"ש ולפ"ז בשלמא היתר ואיסור אם היו בפ"ע היה נודע מי האיסור ומי ההיתר רק ע"י שנתערבו לא נודע מי האיסור ומי ההיתר א"כ שייך תורת ביטול אבל בהיתר והיתר הרי כשהיו בפ"ע הם שניהם היתר וא"כ לא נודע לעולם מי ומי ההיתר ורק כשהיותם בפ"ע אין לנו לדון דשניהם היתר רק בהתחברם נעשו איסור אבל לא נודע על איזה מהם חל שם האיסור וכל שנתחברו כל אחד נעשה איסור בפ"ע ואף אם נימא דבכלאים לא שייך זאת דאם היו לוקטין החוט של צמר הי' מותר מכל מקום כל עוד שהן מחוברין האיסור על כל אחד. יהיה איך שיהיה עכ"פ לענין גה"נ בזה שפיר שייך לומר דלא בטל דכל אחד בפ"ע הוא ספק איסור ולא שייך ביטול וה"ה לענין הכזית במקום מרה וחיותא וכבדא דכל אחד בפ"ע הוא ספק איסור בלי התערובות ורק דמכל מקום כל שאין נרגש הטעם בטל אבל לר"י דמב"מ לא בטל אף שאינו נרגש הטעם ובחידושי הארכתי עפ"י דברת הש"ך הנ"ל דכל שאין שייך טעם לא שייך ביטול וה"ה מב"מ לא שייך טעם ואפ"ה אסרה התורה והוגד לי שכ"כ בכסא דהרסנא לש"ב הגאון ז"ל ועכ"פ לא שייך ביטול בזה. ובלא"ה נראה לפמ"ש המרדכי דבדבר שבא לעולם בתערובות ואין ההיתר ניכר לעצמו לא שייך ביטול ובתשובה ביארתי דמשום קביעות אתינן עלה דנקבע האיסור וכן מצאתי בתב"ש יו"ד סי' י"ד שהרגיש בזה בתוך נעימות דבריו והבליע בקצרה ע"ש והארכתי בזה בתשו' לק' וועדויא להחריף מו"ה פנחס נ' א"כ גם כאן הא בעת שהיו בהבהמה היו שני הגידים נאסרין מספק ואקבע הבהמה והוא ספק בתולדה ואח"כ כשנפרש מבהמה והרי ראינו הקביעות לפנינו הו"ל כאילו ראינו ביד עכו"ם שלקח מהקביעות ולא שייך ביטול משא"כ בכזיתים אלו זה הו"ל ספק במקרה ולא נקבע האיסור ושייך ביטול ודו"ק היטב כי הדברים חריפים ומתוקים ת"ל וכמה הלכתא גברתא איכא למשמע מיניה: ומדי דברי בדברי המרדכי הנ"ל אזכיר מה דק"ל בהא דאמרו בנדה דף נ"ה ע"ב בנגררין דרך הפה לפי שאי אפשר למי האף בלי

צחצוחי רוק וקשה לי טובא דכאן יקשה קושית המרדכי דלתבטל הרוק במי האף כיון דלרב אינו מעיין וכאן לא שייך תירוצו דבא לעולם בתערבות דהרי המלמ"ל פ"א ממשכב ומושב הביא בשם מהר"י אלפנדרי דהיכא דבתחלה לא היה מעורב בזה שפיר בטל ולפ"ז כשהיו מי האף במקומם היה ניכר בפ"ע ואינו מעיין וטהור רק כשנגרר דרך הפה אז שוב מהראוי שיתבטל האיסור דהיינו הרוק במי האף שהרי ההיתר ניכר לעצמו ועיין כו"פ סי' ק"ב וא"ל דהו"ל מב"מ ורב ס"ל דמב"מ במשהו דז"א דמי האף עם רוק מנ"ל דחשוב מב"מ לא בשמא ולא בטעמא וצ"ע בזה: והנה בהא דאמרו ביבמות דף פ"ו אי מה תרומה טובלת וראיתי בספר בית מאיר סי' קס"ט בס"ח בסעיף מ"ם שהביא מזה ראיה לדעת המרדכי דלא שייך ביטול בדבר המעורב מתחלת ברייתו דאל"כ למה תרומה טובלת הא מה"ת חטה אחת פוטרת כל הכרי וא"כ בטל החטה בשאר וגם הקשה דאיך שייך חיוב הא חטה אחת היא פחות מכשיעור ע"ש ולא זכיתי להבין דבריו דכל הכרי קודם שנתרם הוא כלו טבל ולא שייך ביטול כל שלא הורם מה יתבטל הא הו"ל איסור באיסור ולא שייך ביטול כמ"ש הר"ן בנדרים דף נ"ט וא"כ כלו טבל וחייב על כזית כשאר איסורים שהם בכזית ואדרבא בטבל באמת לא כתיב אכיל' וכבר נשאלתי בזה מחכם אחד דא"כ מנ"ל דבעי כזית וכתבתי כיון דעיקר הטבל הוא בשביל התרומ' שבו ותרומה שיעורו בכזית כי אכילה כתיב ביה וא"כ כ"ז שלא נתרם היאך שייך ביטול וגם דא"כ לא יצטרך לתרום לעולם דתמיד יתבטל ברוב וגם מה שייך ביטול הא הו"ל כמכיר האיסור דכל חטה וחטה טבל כ"ז שלא נתרם והיאך שייך לומר למפרע ברירה דהוברר שהחטה הלז הי' עתיד להיות תרומה ונתבטל' ברוב ואף למ"ד יש ברירה בכה"ג לא שייך ברירי' לומר שיתבטל בשביל זה ועיין ר"ן בנדרים דף פ"ד ע"ב ד"ה וחכמים ורמזו הבית מאיר שם שכתב דבשלמא תרומה דין הוא שתהא טובלת דכיון שהיא עצמה אסורה אוסרת תערובת' דכיון דע"כ צריך להרימה מן הכרי אינה מתבטלת שם ולא ביאר הטעם ואולי כיון למ"ש ודו"ק ועיין בהלכות חלה סי' שכ"ד בט"ז מה שנחלק עם הב"ח לענין חלה אם אוסרת תערובת' טרם שניטל חלתה וצ"ע ולא נפניתי כעת להאריך בזה:

ג ודרך אגב אומר במה שנשאלתי בהא דמבואר פ"ה דפאה הרוח שפזר את העומרים אומדין אותה כמה לקט היא ראוי לעשות ונותן לעניים ובמשנה ב' מבואר בשבולת של לקט שנתערב בגדיש מעשר שבולת אחת ונותן לו ומ"ש במשנה א' דצריך לתת כשיעור לקט הראוי לפול והדבר פשוט דש"ה דכל הגדיש אינו לקט ולכך מעשר שבולת אחת ונותן לו אבל שם דהעמרים לא ניתן ממנו לקט עדן והרוח פזר העומר צריך לשער כמה לקט יש בו ונותן לעניים וז"פ.

ד והנה התוס' בתמור' דף למ"ד ד"ה ואידך הקשו דלמה לא נימא בכל איסור המעורב בהיתר נסמוך אבריר' ונשקול כשיעור האיסור ואידך לשתרי וכתבו בשם הרמ"ר כלל גדול בדין דכל דבר שהוברר האיסור בתחלה ואח"כ נתערב בהיתר לא סמכינן אבריר' כיון שתערובתו הי' באיסור אבל הני תערובתו בהיתר כי האיסור לא היה מבורר קודם תערובתו ולאחר התערובות נולד האיסור אז סמכינן אבריר' ע"ש ולפ"ז בהיתר רק שאח"כ נאסר א"כ נולד הספק בתערובות שוב היה מקום לומר ברירה וזה לא שמענו. איברא דגוף סברת התוס' צ"ב ולפענ"ד הי' נראה דבאמת כל דנתערב חד בחד א"כ נעשה כגופו של איסור שני החתיכות ולא שייך ברירה דזהו האיסור דשניהם נאסרו מספק ונעשו כגופו של האיסור אך זהו כשניכר האיסור מקודם אבל כל שנולד הספק בתערובות א"כ לא שייך לומר דנעשו כגופו של האיסור דלא נתברר האיסור מי הוא ולא עדיף מאילו היה קבוע שאינו ניכר דלא אמרינן דהוה קבוע ומכ"ש דנימא דנעשה כגופו של איסור דבעינן איסור מבורר וז"ב בסברת התוס' ולפ"ז בהיתר בהיתר עד"מ חמץ במצה קודם זמן איסורו א"כ עכ"פ נודע שזה חמץ וזה מצה רק שאז לא נאסר אבל לאחר זמן איסור שייך לומר דנעשו' גופו של איסור כיון דנודע החתיכה של איסור דהיינו החמץ הוא האיסור אבל שם גם לאחר שנתערב האיסור לא נוכל להפריש האיסור מההיתר ול"ש גופו של האיסור. ומן האמור נראה דהן נסתר מחמתו מה ששמעתי בשם גדול אחד באם נתערב או"ב בשאר בהמות ושחטו לפרה אחת דאסורין כלם משום ספק או"ב ואמר גדול אחד להתיר בשביל דיכול לשקול חד ולד ולומר דזהו בנה של אותה פרה ואידך לשתרי. ולפמ"ש אתי שפיר דלא שייך בזה לומר דאידך לשתרי דהא נעשה כגופו של איסור דאף דכעת לא ניכר אבל עכ"פ נודע בבירור מעיקרא הולד בנה של הפרה ואתחזק כאן או"ב בבירור וז"ב. ובלא"ה לפענ"ד טעות הוא דהתוס' לא כתבו רק למאן דאית לי' ברירה אבל לדידן דקיי"ל אין ברירה מעיקרא אין התחל' לקושית התוס'. הן אמת דמהתי"ט בתמורה שם פ"ו מ"ג נראה דגם למ"ד אין ברירה הקשו קושיא זו ובזה התירוץ של הרמ"ר מיושב גם קושיא הראשונ' שלו דהא קיי"ל אין ברירה והוא תימה דקושית התוס' ותירוצם אינו רק באם יש ברירה וז"פ בכוונתם ואולי באם יש רוב דמה"ת מב"מ ברובא בטיל רק דמדרבנן לא בטיל בכה"ג גם למ"ד אין ברירה יש לומר דכיון דאינו רק ספק כל דנתבטל ולא נשאר רק איסור דרבנן אפשר לומר דשייך ברירה והו"ל כמו בדרבנן וגם בזה יש לעיין דהו"ל ספק דרבנן בהתגלגל דדעת מהריב"ל דבכה"ג גם בדרבנן מחמירין ועיין מלמ"ל פ"ד מבכורות בתשו' שם ועכ"פ דברי הרמ"ר נכונים. ובזה מיושב מה שהקשו האחרונים על הרמ"ר ממעיל' דף כ"ב גבי פרוטה מן הכיס שנתערב

דלהרמ"ר נימא ברירה. ולפמ"ש אתי שפיר כיון דנודע האיסור היא ההקדש לא שייך ברירה בכה"ג ודו"ק: ובזה נתיישב מה ששאל אותי המופלג מוה' יוסף שורשטיין נ"י על התוס' מהא דאמרו בנדה דף ע' שני מצורעים שנתערבו קרבנותיהן ומת אחד מהם דאין לו תקנה לשני ואמאי לא נימא דנשקול אחד מהבהמות ונימא דזהו של המת ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ נודע הו' מקודם של מי היתה הבהמ' רק שנתערב אח"כ ובכה"ג לא שייך ברירה ובאחרונים ראיתי שפירשו כעין זה דגבי מחיר כלב ושני לוגין גם כלפי שמיא לא נתגל' מי ומי הוא המחיר כלב רק שיש בכללות אחד שהוא מחיר כלב ובכה"ג לא שייך ברירה וגם זה נכון עוד נראה דיש לומר בסברת הרמ"ר דלא שייך בזה ברירי כל דהאיסור מבורר דכל שהיה מבורר יש לחוש שמא יש אחד שיודע להכיר או שיוכר האיסור אח"כ ונמצא אכלו למפרע איסור משא"כ שם במחיר כלב דאי אפשר בשום אופן להכיר וכן בשני לוגין וז"ב. עוד הי' נראה לי דבאמת צ"ב היאך אמרו שם ונשקול חד מינייהו להדי כלבא ואידך לשתרי הא הו"ל כמבטל איסור בידים ואסור ואף בהפיל אחד לים אסור כמבואר ביו"ד סי' צ"ט. אך זה אינו דשם אנחנו מפילים אחת וכדי לתלות שזה האיסור והרי אין ברירה ולא נודע אם זה האיסור רק שאנו רוצים לתלות א"כ אסור לבטל האיסור אבל כאן דאמרינן ברירי' שזה האיסור א"כ אנו נוטלין האיסור מהתערובות בכה"ג הו"ל כניכר האיסור דמותר לבררו וההיתר נשאר. אמנם עדיין צ"ב דאטו למ"ד יש ברירה הוא בודאי רק שאנו תולין מספק שזהו האיסור אבל עכ"פ לא נודע בודאי ועדיין מקרי מבטל איסור דדלמא אינו זה וניהו דאמרינן ברירה היינו כשכבר נטל אבל לא שיטול לכתחל'. אך נראה דזהו כשנודע האיסור בבירור ורוצים לבטלו אבל כשלא נודע האיסור כלל והוא בתערובות פשיטא דלא שייך מבטל איסור וגם הטעם שכתבו התוס' בפסחים דף למ"ד בטעם דאין מבטלין איסור ל"ש בנולד הספק בתערובות ע"ש ומעתה דברי הרמ"ר מבוארים ודו"ק היטב שוב מצאתי אחר זמן רב במ"א סי' תס"ז ס"ק ד' שכתב דבחטים שנתבקעו מותר להשליך אחת מהם לים ואידך לשתרי ול"ש אין מבטלין איסור דקודם פסח עודן מותרות ע"ש והן הן הדברים שביארתי בכוונת התוס' ובחידושי לש"ע יו"ד סי' שכ"ה ביארתי דברי הרמ"ר באורך והעליתי דלא קיי"ל כן והבאתי דברי התוס' בסוטה דף ח"י ע"ש:

ה והנה במ"ש למעל' דעיקר טבל היה בשביל התרומה העירני לזה אחד מתלמידי שבנדה דף ז' אמרו התם לא פתיכא בהו תרומה הכא פתיכא בהו תרומה ע"ש הרי דעיקר הטבל היא בשביל דפתיך בהטבל תרומה ודו"ק ועיין ביו"ד סי' ק"י ס"ב בע"ח שנתערבו באחרים ונשחטו בטל חשיבותן ובטלים וכו' ודוקא בע"ח קטנים והחריף מוה'

מאיר בראם נ' רצה לומר ג"כ דכאן בטל ברוב משום דאמרינן ברירה כיון שנשחטו אזל חשיבתן ובטל ברוב ואף שנעש' אח"כ חה"ל הא בהתערובות נולד האיסור ובטל ולפמ"ש לעיל אין מקום לכ"ז.

[1] והנה בהא דאמרו בחולין דף י"א דראב"י אמר דאתיא משעיר המשתלח דרחמנא אמרה ולקח את שני השעירים שיהו שניהם שוים וליחוש שמא טריפה היא וכ"ת מה נפקא לה מיני' הא אין גורל קובע לעזאזל אלא בדבר הראוי לשם והנה לפמ"ש הרמ"ר דבכה"ג אמרינן ברירה כל דלא ניכר האיסור מקודם א"כ קשה טובא דמה נ"מ לן מיני' הא של שם נוכל למבדקי' אח"כ כמ"ש רש"י ואז יתברר שזו הי' של שם מקודם ובכה"ג אמרינן ברירה והא כל האיסור נולד בתערובות דהא באמת מצד עצמו אפשר למבדקי' ורק כיון שנעשה לשם שעיר המשתלח א"א למבדקי' א"כ ניהו דלא אזלינן בתר רובא להס"ד הא עכ"פ ניכר האיסור מקודם בודאי לא היה וא"כ הרי השני שעירים שוים והא גם של שם עצמו לא היה ידוע מקודם עד לאחר הבדיק' וכמו כן זה הא באמת מצד הרוב יהיה כשר רק שלא אזלינן בתר רובא אבל עכ"פ כל שבדקינן של שם וראינו דכשר הי' נימא דהוברר הדבר שבשעה שנתן הגורל היה ראוי זה לצאת ובכה"ג אמרינן ברירי' והרי כל הפסול הוא דאמרינן שמא זה היה לשם וכמ"ש רש"י וע"ז שייך ברירה. ולכאורה רציתי לומר כיון דכתיב ולקח את שני השעירים בעינן שיהיו שווים בשעת הגרלה והרי בעת הגרלה לא ידענו וכעין מ"ש התוס' ר"פ כל הגט דבכתיבת הגט בעי שיהי' כריתות בשעת הכתיבה ואף למ"ד ברירה נפסל אך זה אינו דכאן בעת הגרלה השני שעירים שוים דעל שניהם יש חשש טריפות וא"כ אח"כ כשנתברר שאחד מהם כשר אותו שנבחר לשם הוא הקדוש ושייך ברירה והיא קושיא נפלאה לפענ"ד. אך נראה דל"ד דכאן כל שיש ספק אם הי' טריפה מקודם א"כ לא מצד התערובות נולד הספק דכל בהמה יש עליו ספק שמא טריפה היא וא"כ בכה"ג לא אמרינן ברירה ושפיר דייק הש"ס דע"כ אזלינן בתר רובא וז"ב ודו"ק. אמנם אי קשיא הא קשיא דלפמ"ש הרמב"ם בהקדמתו לסדר קדשים דשעיר עזים הוא לאחר שנה ועיין מלמ"ל פ"א ממעשה הקרבנות הי"ד שהאריך בזה ולפ"ז כאן דכתיב שעירי עזים א"כ יקשה קושית התוס' שהקשו לענין פרה אדומה דמנ"ל דאזלינן בתר רובא דלמא משום דמוקמינן אחזקה דלמ"ד טריפה אינה חיה בשחיתה יב"ח ע"כ דאינה טריפה וא"ל כתירוצם דהו"ל חזקה שלא נתבררה בשעתה דלא הוה חזקה דזה אינו דהא התוס' כתבו בעצמם דכל דהוה ספק שמא אינה טריפה ושמא נטרפה אח"כ כשר ע"ש לענין סרכות הריאה וא"כ כאן דהוה ספק שמה אינה טריפה ואת"ל טריפה שמא זו אינה מן השם וכמו שהיו באמת ע"פ הגורל א"כ בכה"ג ודאי כשר

ואף להס"ד דלא אזלינן בתר רובא מ"מ ס"ס עדיף מרוב כמ"ש הרשב"א וגם לפמ"ש האחרונים דס"ס הוה רובא דאיתא קמן ורובא דאיתא קמן לכולי עלמא אזלינן בתר הרוב וכדאמרו בריש הסוגיא אימר דאמרינן כגון רובא דאיתא קמן וא"כ מה פריך הש"ס דאין הגורל קובע הא מ"מ הוה ס"ס וכשר והיא קושיא נפלאה וגדולה ולכאורה רציתי לומר לפמ"ש הרמב"ם בפ"ה מעביוה"כ דאם היו טריפה המשתלח דפסול משום דכתיב יעמד חי ועיין לח"מ ומלמ"ל שם דהקרא דיעמד חי היינו אם נטרפה לאחר שהגריל ואני הוספתי בזה דברים דלפי מה דדרשו מיעמד חי דצריך להיות חי עד שיזרק דמו של חברו א"כ שוב אם נטרפה לאחר שהגריל כיון דאינו ראוי לעמוד חי עד שעת מתן דמים של חבירו לכך פסול ולפ"ז בזה לא שייך חזקה דהוה כעין דאמרו בגיטין דף כ"ח שמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן וביאור הדברים דהחזקה על להבא לא שייך רק על העבר ועיין שו"ת נו"ב מהד"ק חלק יו"ד סי' נ"ז שהאריך בזה לבאר מחלוקת ר"מ היווני עם ר"ת בקדושין דף מ"ה ולפ"ז לא שייך חזקת כשרות דהא אנו חוששין שמא נטרף אח"כ. אך זה אינו דמלבד דא"כ לא הוצרך הש"ס לטעם דאין הגורל קובע וכמ"ש הלח"מ והמלמ"ל שם אף גם דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו לחולין דף יו"ד בהא דאמר אביי ולא שני בין איסור לסכנה וכו' וביאר הרשב"א דנחלקו בספק הבא במקרה אבל בספק הבא בתולדה לכ"ע ספיקא דאורייתא לחומרא ע"ש ונתבאר מדברי הרשב"א דהא דספק מה"ת לחומרא לשיטתו הוא דוקא בספק הבא בתולדה אבל בספק הבא במקרה לכ"ע מה"ת לקולא וכ"כ בשב שמעתתא שמעתא א' פ"ד ובתשו' הארכתי בזה ולפ"ז כאן דעל לעבר איכא חזקה רק על להבא חיישינן שמא יטרף א"כ הו"ל ספק הבא במקרה ולא חיישינן והרי הרשב"א הקשה מכאן על הרמב"ם דס"ל ספיקא מה"ת לקולא וא"כ מנ"ל דאזלינן בתר רובא וא"כ לפ"ז גם להרשב"א קשה דהא הוה ספק הבא במקרה וא"כ הדרא קושיא לדוכתא וכמ"ש. אמנם בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דראב"י אזיל לשטתי' דס"ל בחולין דף ס"ז דהלכה טריפה יולדת ומשבחת וא"כ מכ"ש דס"ל טריפה חיה וכמ"ש התוס' בחולין דף ק"א וא"כ לא שייך להעמידו בחזקתו דהא טריפה חי' ס"ל ושפיר דייק. וראיתי בספר ל"א בחולין שם שהביא בשם אור חדש שכתב ליישב דלכך לא יליף ראב"י מיעמד חי דלדידיה לא ממעט מיעמד חי טריפה כמו דאמרו בחולין דף ק"מ טריפות מחי' נפקא הניחא למ"ד טריפה חיה ומשמע דלא ממעט מחיות וה"ה מיעמד חי ע"ש ולפענ"ד נראה דיש לומר דשאני כאן דכתיב יעמד חי ומשמע דבעינן שיעמוד בחיותו שהיה עד עתה והרי אף למ"ד טריפה חיה מתנוונת והולכת וסופה למות וכמ"ש התוס' בסנהדרין דף ע"ח. אמנם בגוף הדבר שכת' הרמב"ם דשעיר עזים

היינו בן שתי שנים וכ"כ הרע"ב במנחות פי"ג משנה ז' ומזה הוצאתי דביוה"כ דכתיב שעיר עזים הוא עכ"פ לאחר שנה אני תמה דהא ביומא דף ס"ה מבואר בהדיא דשעיר דהגרלה דיוה"כ פסול אם עברה שנתה וכדאמרו שם היא גופא חטאת שעברה שנתה ומהתימה על הכ"מ שכרכר בזה אי שעיר עזים הוא בן שנה או יותר ולא הביא דברי הש"ס הנ"ל וביותר תימה על המלמ"ל שרמז לדברי רש"י ביומא דף כ"ה ולא הרגיש בזה דמשם סתירה גדולה דשעיר עזים ע"כ דהוא בן שנה ודו"ק היטב וצע"ג. שוב ראיתי במרכבת המשנה פה מעיוה"כ שגם הוא מישב דיעמד חי ממעט טריפה אליבא דמ"ד טריפה חיה וכתב שבחולין אזלינן למ"ד טריפה חיה ובאמת שכן הוא דראב"י לשיטתו אבל כבר כתבתי דיעמד חי ממעט אפי' למ"ד טריפה חיה ודו"ק: וכעת אני תמה דאם נימא דיש חילוק בין שעיר לשעיר עזים וכפי גרסת הכ"מ דשעיר עזים בן שנה ושעיר סתם בן שתים א"כ מה קאמר הש"ס ביומא דף ס"ב ע"ב למאי חזי לשעיר הנעשה בחוץ והא שעיר הנעשה בחוץ שעיר סתם והוא בן שתים ושני שעירים היו בן שנה דהא שעיר עזים כתב רחמנא והוא פסול כמבואר ברמב"ם שנה דכל מקום שנאמר בן שנה ומביא בן שנתים פסול ודו"ק וצ"ע. ודרך אגב אומר מה דאמרו בירושלמי פ"ב דכלאים איזה צד ממעט או פוחת מרובע או מוסיף על הסאה לא כן אמר ר"י כל האיסורים שריבה עליהם בשוגג מותר במזיד אסור תמן את מרבה לבטל איסור תורה ברם הכא את מרבה לבטל מפני מ"ע. והנה מריש דברי הירושלמי משמע דבדרבנן מותר לבטל איסור אף שיש לו עיקר בדאורייתא אבל מסיום דבריו שאמר וכאן אינו רק משום מ"ע וא"כ כל שמרבה הרי הסיר המ"ע א"כ אין ראיה וי"ל בדרבנן ג"כ אסור לבטל כל שאינו משום מ"ע רק איסור מצד עצמו ולכך לא הובא בפוסקים עיין בב"י סי' צ"ט ולא נסתייעו מזה:

ז והנה בהא דאמרו וכ"ת מה אכפת לן הא אין הגורל קובע לעזאזל עד שיהיה ראוי לשם ולכאורה קשה במה דקאמר וכ"ת לא אכפת לן דלמה לא יהי' אכפת לן והא בע"מ פסול אף שהומם אחר שהגריל מקרא כדאמרו ביומא דף ס"ג וא"כ מכ"ש טריפה קודם שהגריל דהרי מצינו דחמור טריפות מבע"מ דהרי בעוף אין תמות וזכרות וטריפות פסול כמ"ש הרמב"ם פ"ג מאיסורי מזבח ה"א ואף דהכ"מ לא מצא מקורו אבל הרי הרב הרמב"ם אומר כן ועיין לקמן שכתבתי מקורו וא"כ בשעיר המשתלח דבע"מ פוסל אף שהומם לאחר שהגריל מכ"ש דטריפה פסול. אך נראה דמכאן ראיה ברורה למ"ש הרמב"ם פ"ב מאיסורי מזבח הלכה יו"ד דנולד בה אחת מהטריפות האוסרות אותה באכילה אסור לגבי מזבח משום הקריבהו נא לפחתיך וביארתי לקמן דברי רבינו עפ"י דברי הש"ס במנחות דף וא"ו דיש שלשה קראי דממשקה ישראל הוא היכא דאין לו שעת הכושר

ומכל אשר יעבור בהקדישה ולבסוף נטרפה כשר לכך אצטריך מן הבקר וכתבתי שם דלפמ"ש הרמב"ם דרק ספק דרוסה הוא אסור ולא שאר טריפות דהוא הל"מ א"כ ז"ש רבינו דאם נולד אחת מהטריפות והיינו דהיתה לו שעת הכושר וגם הקדיש ולבסוף נולד אסור לגבי המזבח משום הקריבהו דמן הבקר לא אתי על טריפה דאינו דרוסה שאינו מפורש בקרא רק כיון דלהדיוט אסור מהל"מ וא"כ אינו בדין שיהיה להדיוט אסור ולגבוה מותר משום הקריבהו וא"כ הוא בכלל מן הבקר להוציא טריפה ודו"ק. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר ברור דבשעיר המשתלח כיון דאינו בכלל קרבן הנקרב בפנים א"כ לא שייך הקריבהו נא לפחתיך וא"כ יש לומר דשאני בע"מ דמאיס וכדאמרו ביומא ואף דבעוף לא אכפת לן הוא מגזירת הכתוב אבל בבהמה כל דאינו מאיס ואינו לגבוה לא אכפת לן ולזה אמר דבעי ראוי לשם. אך עדיין קשה הא עכ"פ מן המשקה לישראל שייך בזה וגם מאשר יעבור תחת השבט דהא להס"ד דלא אזלינן בתר רובא חיישינן שמא היא טריפה מן הבטן ולא הי' לו שעת הכשר וגם אינו עובר תחת השבט והנה מצד שאינו עובר תחת השבט דהנה רש"י פירש דאינה עוברת שאין לה חיות ע"ש במנחות ובאמת בחולין דף קל"ו לא פירש כן. וכפי הנראה רצה ליישב קושית התוס' דא"כ גם מארכובה ולמטה שאינה עוברת ג"כ פסול ע"ש בחולין קל"ו ובבכורות נ"ז ולכך פירש כאן דהכוונה שאינה עוברת משום דאין לה חיות והיינו משום דמן הארכובה ולמטה ניהו דא"י לעבור ברגליו אבל יש לה חיות לעבור משא"כ מארכובה ולמעלה דא"י לחיות ולפ"ז כאן ר' אחא בר יעקב אמר כן והרי הוא ס"ל בדף נ"ז דהלכה טריפה יולדת ומשבחת א"כ שוב לא שייך כל אשר יעבור תחת השבט. אך עדיין קשה מהך דמשקה לישראל.

ח אך לפמ"ש למעלה דכל שיש שנה משנולד לא אכפת לן דיש ס"ס וא"כ אף שכתבתי ששעיר הוא בת שנתו כדאמרו גזירה משום חטאת שעברה שנתה ע"ש ברש"י אבל עכ"פ יש לומר דביוה"כ עצמו נולד והוא בן שנתו ושוב ל"ח דטריפה דהא עבר יב"ח ובקדשים בעינן מעל"ע אבל עכ"פ עבר יב"ח וצ"ע בזה. ומיהו בלא"ה יש לומר דגם ממשקה ישראל לא שייך בזה דהא אינו נקרב בפנים ולא שייך בזה ממשקה ישראל. אך בגוף דברי הרמב"ם שכתב דאם נולד בה אחת מהטריפות האוסרות אותה לאכילה פסול לגבי מזבח שנאמר הקריבהו נא לפחתיך והכ"מ תמה הרי קרא מפורש דמן הבקר להוציא הטריפה לפענ"ד הדבר ברור דהנה מבואר ביו"ד סימן נ' דכל שנולד ריעותא מחיים לא אמרינן נשחטה הותרה ועיין ש"ך וכרו"פ ופר"ח ותב"ש סי' כ"ט ולפ"ז ל"מ אם נימא דאם נולד ריעותא אינו רק מדרבנן אסור וכמ"ש הכרו"פ שם א"כ יש לומר דזה שחידש הרמב"ם דאם נולד בה אחת מהטריפות היינו לא שהוא טריפה בבירור רק שנולד ריעותא מחיים

א"כ בכה"ג אסור מדרבנן באכילה ושוב אסור מדרבנן לקרבן משום הקריבהו ומדוקדק לשון נולד ואף אם נימא דהוא מה"ת ג"כ אתי שפיר דעכ"פ טריפה בבירור אינו רק שנולד טריפות והיינו ריעותא שיש לחוש שיטרף ולכך אסור מה"ת וזה נראה לי לכוין בדברי הרמב"ם במ"ש שכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור ושאר מיני טריפות יש ספק שמותרין והיינו לפמ"ש דדרוסה שכיח יותר או דהו"ל ספק בשחיטה משא"כ שאר טריפות לכך ספק דרוסה חמור יותר ועכ"פ דברי רבינו נכונים: ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דכתב המלמ"ל דיעמד חי איצטריך היכא דנטרף אחר שהגריל והקשה בשו"ת יריעות אהל סי' כ"ה דממנ"פ אם הטריפות ניכר לא גרע מבע"מ דפסול ואף אחר שנגרל ואם לא ידוע מנא ידעינן דנטרף כיון דאי אפשר לבדוק וכמ"ש בש"ס וכ"ת דבדקינן הא לא הי' מגיע להר והיא קושיא עצומה ולפמ"ש אתי שפיר דכוונת הרמב"ם דאם נולד בה טריפות היינו ריעותא מחיים וא"כ בכה"ג אינו בע"מ ולא שייך מאיס דאינו רק ריעותא וניהו דבחזקת איסור הוא מכל מקום לא פסול משום בע"מ ופסולו משום יעמד חי. אמנם עדיין קשה למה יפסל משום יעמד חי הא ע"כ לא שייך לומר דנולד ריעותא מחיים לענין השחיטה אינה מתרת דהא אתחזק איסור אבל לענין עזאזל דאינו ענין אכילה והקרבה למה יאסר ואדרבא הא ניהו דנולד ריעותא אבל מכל מקום יש לו חזקת חיות ומהראוי לומר כמו שחי עד הנה כן ראוי לחיות ומה ענין חזקת אבמה"ח לזה ואדרבא אם הוא בחזקת אבמה"ח א"כ ע"כ שהוא חי וא"כ שוב יש לו חזקת חי וגם אינו זבוח לא שייך לענין זה שלא יחיה ואף מחזיקין מאיסור לאיסור לא שייך בזה דאינו זבוח לא שייך לחזקת חיות ואדרבא בעוד שאינו זבוח שייך חזקת חיות. אך נראה כיון דנולד ריעותא שיש לחוש שמא היא טריפה וטריפה אינה חיה והיינו דחיותה אינה חיים א"כ ל"ש להעמיד על חזקת חיים דיש לחוש שמא היא טריפה מן הבטן וחיותה לא מקרי חיות והרי אף שטריפה ודאית חי' יב"ח אמרינן דמ"מ טריפה היא ואינה חי' והיינו דחיותה אינה חיות והוא כזנב הלטאה אף דמדברי רמ"א בסי' נ"ז בשם הרשב"א לא משמע כן מכל מקום לפענ"ד נראה הענין כך ועיין בחידושי הר"ן ר"פ אלו טריפות דנחית לזה ואף דהוא דחה דהא ספק טריפה כל שחי יב"ח אינו טריפה היינו משום דכל דחזינן דחי יב"ח אמרינן דאינו טריפה כלל ואוקמינן בחזקת רוב בריות שאינן טריפות אבל כל דיש לחוש שמא טריפה ולא ראינו שחי יב"ח י"ל דהוא טריפה וחיותו אינו חיים כלל. ובזה ממילא מיושב מה דראב"י לא למד מקרא דיעמד חי דהא הוא ס"ל טריפה חיה וא"כ שוב יש לו חזקת חי ובזה אתי שפיר הא דאמרו וכ"ת מה אכפת לן והקשיתי דהא בע"מ

פוסל וה"ה טריפות ולפמ"ש י"ל דזה דוקא טריפות שנולד עכ"פ ריעותא אבל כל דלא חזינן שום ריעותא אף דלא אזלינן בתר רוב להס"ד אבל מ"מ מה אכפת לן ודו"ק היטב:

ט והנה בשו"ת יריעות אהל רצה ליישב קושיתו הנ"ל על המלמ"ל דהרי שיטת הרמב"ם בפ"ה משחיטה ה"ח דבדרוסה אם ראינו שדרס ואין הדריסה ניכר מבחוץ דטריפה וא"כ אתי לכה"ג שאינו ניכר מבחוץ דצריך בדיקה בפנים וא"א למבדק בשעיר ולכך טריפה ודחה דזה אינו רק ספק טריפה וספק טריפה אינו רק מדרבנן לשיטת הרמב"ם דספק אינו רק מדרבנן אסור וא"כ ל"ש קרא דיעמד חי ע"ז ע"ש שהאריך ולק"מ לפמ"ש כל דנולד ריעותא מחיים אסור מה"ת ובפרט בספק דרוסה וכמ"ש:

י ובזה מיושב מה שהקשה עוד על הא דאמרו במנחות שם דמקרא דאשר יעבור ה"א דאקדשה ולבסוף נטרפה אינו פסול וקשה ממנ"פ אם ניכר פשיטא דבע"מ פסול אף דנעשה אח"כ ואם לא ידע מנא ידע ולפמ"ש אתי שפיר דאיצטריך להיכא שנולד ריעותא ואינו טריפה גמור והנה מה שהאריך שם המחבר ליישב דברי הרמב"ם פי"ח ממעה"ק שכתב בהלכה י"א דלאחר ווידוי פטור מכרת אבל קודם ווידוי חייב והראב"ד השיג עליו דגם קודם ווידוי נתמעט מקרא דלד' ובלח"מ ביאר באורך כוונת הראב"ד. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהא דממעט שם פרה מאהל מועד אף דהיא תמימה מזה הביא רש"י ראיה דאין הטעם בקדשי בה"ב משום דהם בעלי מומים דא"כ פרה דהיא תמימה וא"כ לא הוה משום דמתפיס תמימין לבדק הבית דעובר בעשה. אמנם לפענ"ד נראה דהא כל הטעם דמתפיס תמימים לבה"ב דעובר בעשה וא"י מידי מזבח לעולם מצאתי בחידושי הרשב"א בגיטין דף ל"ט גבי המקדיש עבדו דהוא משום דכיון דתמימין מועטים כדי שלא יפסיד המזבח לכך אמרו שאינו יוצא מידי מזבח ע"ש ועיין תמורה דף ל"ז ולפ"ז יש לומר דלכך עובר בעשה ג"כ דממעט מהמזבח קרבנות ולפ"ז לכך בדה"ב אינו ראוי למזבח דע"כ הן בע"מ ולפ"ז פרה בודאי מעט מן המעט היא ודמיה יקרים שקשה למצוא א"כ שוב להיפך ג"כ אינו ראוי למזבח דהא ממעט מתורת פרה ומי יודע אם ימצא ולפ"ז בשעיר דבעי שיהיה ראוי לשם א"כ לא מקרי ממעט מקרבן דהא גם זה צורך קרבן הוא ואין למעט שעיר כמו דממעט קדשי בדה"ב דשאני קדשי בה"ב דע"כ הוא בע"מ ואינו ראוי למזבח דאם הוא תמים הרי עובר בעשה אבל שעיר דאסור להיות בע"מ א"כ באמת ראוי למזבח וא"ל דא"כ הו"ל מתפיס תמימים לבדה"ב דזה אינו דהא כיון דאין קובע לעזאזל רק עד שיהא ראוי לשם א"כ גם זה צורך השם הוא וא"כ לכך לא נתמעט מלד' רק קדשי בה"ב ולכך קודם הוידוי חייב דעדיין ראוי לווידוי וא"ל כל דהוקבע כבר הגורל והשם כבר נקבע א"כ שוב אינו צורך הקרבן וא"כ הו"ל מתפיס תמימים לבדה"ב דזה

אינו דהא באמת הוא תמים ואסור שיהי' בע"מ וא"כ ראוי לבא למזבח ואינו מקרי מתפיס תמימים לבדה"ב כיון דהיה צורך לקרבן שוב ראיתי שגם הצ"ק בזבחים שם דעתו כן דהך מתניתין ס"ל דלד' אינו ממעט רק קדשי בדה"ב ולא שעיר המשתלח רק לאחר ווידוי ע"ש והרמב"ם פסק כן ובעהמ"ח הנ"ל כתב דזה דחוק דהשתא קדשי בה"ב דעכ"פ מקרי קרבן ד' ואפ"ה אמעט מלד' מכ"ש שעיר המשתלח דאינו קרבן ד' כלל ולפמ"ש הדברים ברורים כשמש וכמ"ש ודו"ק היטב: והנה במ"ש למעלה בדברי הרמ"ר בתמורה אמרתי לבאר דברי הגה"א בחולין פגה"נ אות ל"ג שכתב בשם הר"ר יעקב צרפתי כששחט שלשה אווזים ונתנבלה אחד ונתערבה בין השחוטות ולא הוכרה הנבלה וצוה להשליך אחד ואמר אבא מרי כי שגגה גדולה שגג ולפמ"ש אתי שפיר דברי הר"י הצרפתי דכיון דלא הוכר האיסור כ"א בתערובות שוב שייך ברירה. ובזה נכון מה שמסיים שם והרי"ץ הצרפת כתב שהמורה הורה כשורה וקי"ל אין ברירה והדברים סתומים ולפענ"ד שצ"ל דיש ברירה וכפי הנראה שהר"ר יעקב הצרפת כוונו לר"ת ששמו רבינו יעקב הצרפת ורי"ץ הצרפתי הוא הר"י הזקן ז"ל ושפיר כתב דר"י הזקן ס"ל דקי"ל יש ברירה ועיין ר"ן ר"פ השותפין כנלפענ"ד בכוונת הרר"י ודו"ק שוב ראיתי במרדכי ביצה פ"ק אות תרמ"ו שהביא הך מעשה בשם ר"ת והוא ר' יעקב הצרפתי וגם בב"י סי' ק"ב מביא הך מעשה בשם שערי דורא וחפשתי בש"ד ומצאתי בסי' מ"ם שם מוזכר הך שמביא הב"י משמו ובהגהות שם אות ב' מביא הך דר"י הצרפתי אך לבסוף כתב בשם הרב ר' יודא הכהן שהצרפתי לא הורה כשורה דקי"ל אין ברירה ונהניתי עד מאד שכוונתי להלכה שכיון שר"י הכהן פסק דאין ברירה ולכך לא מועיל השלכת אחד ובהגה"א נדפס בטעות וצ"ל שלא הורה כשורה. והנה בהא דמבואר בסי' קכ"ז סוף סעיף א' ביו"ד בהג"ה השני' באחד שאמר לשותפין נתנסך יינכם ואחד שותק והב' מכחישים דלזה ששותק אסור ולשני המכחישו ולכל העולם שרי נראה לפענ"ד דגם לזה ששותק יכול לברר חציו והחציו השני מותר דהא שייך ברירה כל שהאיסור בתערובות ועל חציו השני לא נאמן הע"א ואף דנאסר מכח חציו ששתק והוה לח בלח מכל מקום יכול לברר כיון דלא נודע איסור בתחלה. אך זה אינו דשאני התם דיש לומר שזה האיסור אבל כאן ממנ"פ או שנתנסך נתנסך כלו או לא נתנסך כלל וא"כ כל שנאמן נתנסך כלו ולא שייך ברירה וז"פ:

יא והנה ביום א' נח תרי"ז הקשה אותי הרב הגדול החריף מוה' יעקב יוטעס נ"י בהא דאמרו בחולין דף ד' וליחוש דלמא האי הוא דשחיט שפיר ומשני במסמס לי' מסמוסי וע"ז הקשה אכתי ניחוש דלמא שחט הרוב שפיר וא"כ בטל חד בתרי ולדידן לא בטל דהו"ל דבר שבמנין או ד"ח דלא בטיל אבל הכותי אינו חושש לזה דאינו חושש רק

לאיסור תורה וא"כ כל שבטל חד בתרי שוב הוא שפיר אוכלו ואנן לא מצינן לאכלו. ולכאורה דבר מושכל הוא. והשבתי דל"ק דמלבד דאינו ברור דהכותים ידרשו דאחרי רבים להטות קאי על האיסורים דבטל ברוב ובש"ס דילן מסקינן דאף רובא דאיתא קמן אינו רק הל"מ. אמנם אף אם נניח זאת מכל מקום כל שספק לנו אם אולי נשחטו כלם בטוב ועכ"פ רובם נשחטו כהוגן שוב הו"ל רק ספק דרבנן דהא מה"ת חד בתרי בטל וא"ל דהו"ל ספק דרבנן בהתגלגל דגוף הספק הו"ל ספק תורה דז"א דזה אם הי' נודע לנו שיש ספק אבל אנן מספקינן דלמא שחט כהוגן ושוב בודאי ספק דרבנן להקל ודו"ק: ודרך אגב אבאר במה שהוגד לי בשם אבי מורי הרב הגאון ני' שנסתפק באם יש שלשה תרנגולות א' שכבר הוסר נצתן ושנים שלא הוסר ניצתן או להיפך ונודע לאחר שהוסר הנוצה שיש איזה טריפות בתרנגולות אחת מה דינו. ואמר הוא דיש לדמות למה דמבואר באם נחתך רובן דאמרינן דכל מה דנשתנה מקדמותו הוא מן הרוב וכמ"ש הט"ז סי' ק"א ס"ק י"ג וה"ה בזה מה דהוסר הנוצה הוא מן הרוב והאיסור נשאר במה שלא הוסר הנוצה ומותרת. ואני אמרתי דל"ד דשם אינו עומד לחתוך בענין זה שלא יהיה חתיכה הראויה להתכבד אבל הנוצות שהוסרו כל התרנגולות עומדת לכך ואוסרת כלן ומידי דהוה אם היה איזה מהם כבר נתבשלו או נצלו והמקצת נשאר עודנו חי בלי בישול האם נאמר שזה מקרי נשתנה וז"ב לדעתי. והנה הרב מוהר"פ קארפ ני' אמר דלדעתו בלא"ה מותר דכיון דלא נודע האיסור רק לאחר שהוסר הנוצה א"כ הו"ל ספק חתיכה הראויה להתכבד ומותרת ושאני התם דבתחלה קודם שנחתך היה האיסור מבורר והי' חההר"ל משא"כ הכא. ואני אמרתי דשאני כל ספק חהר"ל דיש ספק אם בעצמם החתיכה הלז אי הוה חהר"ל עד"מ קורקבן שנסתפקו אי מקרי חהר"ל אבל כאן דבאמת בעצמותו הוה חהר"ל רק דכ"ז שלא הוסר הנוצה מחוסר מעשה ואינו ראוי להתכבד א"כ כל שהספק שמא הוא האיסור באותן שכבר הוסר הנוצה הרי הוה חהר"ל גמור ודוק.

יב והנה במה שהארכתי למעלה אי שייך ביטול בבא לעולם בתערובות אמרתי במה שמקשה המלמ"ל פ"ז ממעילה בהא דאמרו ביומא דף נ"ה ע"ב גזירה משום חטאת שמתו בעליה והקשה דלבטול ברובא ובאמת דהוה בא לעולם בתערובות והיינו דבעת שמביא קרבן ויש חשש שמא מת אחד א"כ בא לעולם בתערובות ולא שייך ביטול וכ"כ בספר יד דוד ביומא שם בשם נאות יעקב ומ"ש הוא להשיג דבמרדכי הובא באו"ח סי' ש"כ אינו מבואר כן באמת הכו"פ הקשה כן בסי' ק"ב ומחלק בין אם ההיתר ניכר בתחלה או האיסור והיתר אינם ניכרים ובאים כאחת וכאן ההיתר והאיסור אינם ניכרים וז"ב ובזה מיושב מה שהקשו בתוס' דניחוש שמא ימות ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שמוקמינן

בחזקת חי רק דניחוש שמא ימות א"כ עכ"פ ההיתר כיכר בודאי דגם האיסור עודנו היתר דמחזיקין בחזקת קיים ושוב בטל ברוב וז"ב ודו"ק:

יג והנה בפרשת יתרו אור ליום ג' י"ד שבט שנת כת"ר היה אצלי הרב מוה' משה תאומים ני' האבד"ק יאבריב והקשה בהא דאמרינן וכ"ת דבדקינן לי' והתנן לא היה מגיע לחצי ההר עד שנעשה אברים אברים וביאר הר"ן דהא דמקשה על קרא מהא דתנן הוא משום דדרשינן מקרא דגזרה כמבואר ביומא דף ס"ז ולפ"ז הקשה דהא באמת רב ושמואל נחלקו בזה דאיכא למ"ד דאסורין בהנאה ויליף מקרא דגזרה וא"כ שוב יכול לבדקו דאין לנו ראיה שנעשה אברים אברים דמפרש שם מקרא דגזרה רק דרבא אמר מסתברא כמ"ד מותרין דלא אמרה תורה שלח לתקלה ופירש"י שמא ימצא אדם ויהנה בו וא"כ זה דוקא למה דקיי"ל דאזלינן בתר רובא וא"כ יהנה ממנו דניזל בתר רובא אבל להס"ד דלא אזלינן בתר רוב א"כ לא יהנה ממנו דיחוש בעצמו שמא הוא מעזאזל וא"כ שוב מסתבר דאסורין מקרא דגזרה ושוב אין ראיה דנעשה אברים ונוכל לבדקו. והנה באמת לק"מ דגוף מה שחידש דאם לא ניזל בתר רובא שוב לא יהנה ממנו מספק זה ליתא דאף דלא אזלינן בתר רובא כל דלא חזינן ריעותא אחזוקי איסורא לא מחזקינן וכעין מ"ש הש"ך ביו"ד סי' פ"ג ס"ק י"א וכל הני דילפינן מינייהו דאזלינן בתר רובא הוא משום דיש בהם ריעותא וחזקת איסור אבמה"ח ומחזיקין מאיסור לאיסור הא לא"ה לא חיישינן ובאמת צ"ב הא דאמרו לא אמרה תורה שלח לתקלה והא באמת יתבטלו ברוב ויהיו מותרות וצ"ל דשמא יקחם תיכף עד שלא יתבטל ברוב ועיין שעה"מ פי"ד ממ"א הי"ד ע"ש. ולכאורה י"ל דגבי אברים בלא"ה לא שייך דיתבטל ברוב דהא הוה קרוב טפי שבהר הזה ובמדבר הלז סמוך לירושלים תשעים ריס שם בודאי הוא משעיר המשתלח דמי הגיע לשם יותר מזה ועיין בב"ב דף כ"ד דרבא ס"ל דרוב ומצוי ודאי עדיף מקרוב וא"כ כאן תדיר יותר שאר אברים משעיר דאינו רק פ"א בשנה והרוב ומצוי ודאי עדיף מקרוב ובזה ממילא אף דלא אזלינן בתר רובא מכל מקום רוב ומצוי הוא יותר מקרוב ובכה"ג אזלינן בתרי' דהו"ל מיעוטא דמיעוטא דל"ח וא"כ ל"ק קושייתו. והנה הרב הנ"ל אמר דיש ליישב דהעמד על חזקה שלא היה קדוש מלידה ואף דיש לומר דלמא היה ולד קדוש אבל כיון דבעי שיהיו שניהם שווים במראה וקומה וא"כ בעת שהיתה מעוברת לא הי' יכולין לדעת זה ומש"ה מסיים הש"ס דבעי שיהי' שניהם שווים שהוא ל"צ לראיתו ועיין מהרש"א ועפ"ז א"ש עכ"ד ואף שהמה משוחים בששר הפלפול אבל אין בהם ממש דמה חזקה שייך דלמא באמת לקחו אותו אח"כ אבל ידעו שהי' וולד קדוש ומחוורתא כמ"ש ובלא"ה רבא לא אמר רק מסתברא כמ"ד מותרין אבל אותו מ"ד בלא"ה ס"ל דמותרין וגם יש לומר דיצא

לו למ"ד מותרין דאל"כ הו"ל שלשה כתובים עגלה ערופה ותה"ד ועיין בתוס' ישנים וא"כ לק"מ ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו וכ"ת דבדקינן לי' והא קא מנוול והקשו משם והא ספק נפשות להקל ולכאורה לפמ"ש המגלת אסתר בשרש תשיעי דאם עובר על דת לא שייך ספק נפשות להקל היה מקום ליישב אבל דבריו תמוהים כמ"ש על הגליון דספק נפשות להקל אף בעברו על התורה ועיין כתובות ט"ו וסנהדרין דף ע"ט וכל הש"ס מלא מזה וגדולה מזו מצינו דאף בבהמה ספק נפשות להקל כמ"ש הרמב"ם פ"ט ממלכים הלכה וא"ו ע"ש בכ"מ ואף דצ"ע בש"ס תמורה דף ט"ז ע"ב ברש"י ותוס' שם דספק אם לרעייה או למיתה אזלינן להחמיר והרי הוה ספק נפשות להקל וצע"ג:

יד לח

טו לצורבא מרבנן בסוגיא דחולין דף י"א מנ"ל דאזלינן בתר רובא.

טז מה שבקשת להודיעך איזה חידוש הנה אמרתי להודיעך מה דק"ל בהא דחפש הש"ס למילף דאזלינן בתר רובא ולמה לא למדו מזה דהורגין הרוצח והא לשיטת הרמב"ם פ"ה מרוצח ה"ב דחיישינן שמא בלבל הרוח או פירכס וקירב את מיתתו ומ"מ זה דוקא בשוגג אבל במזיד לא חיישינן לזה והורגין אותו כמ"ש הכ"מ שם באורך וכן הוא שיטת התוס' ועיין בחידושי רשב"א בב"ק דף כ"ו ובשטה שם וקשה לפ"ז דע"כ דמשום עפ"י רוב הוא נהרג על ידו ולא ע"י פרכוס ובלבול רוח וא"כ ע"כ דאזלינן בתר רוב ודוחק לאוקמי לקרא בביתא דשישא ולא פרכס וביותר יקשה דלמה לא אמרו במכות דף זי"ן דהיו שואלין אם לא פרכס או בלבלו הרוח והי' מיושב היטב מה שנתקשו התוס' דהא אזלינן בתר רובא דאל"כ היאך הורגין משום דבקרא יש לומר דמיירי בביתא דשישא וכמ"ש התוס' שם דהקרא מיירי בראשו מגולה דזה דוחק עצום וע"כ דזה אין סברא כלל ובאמת אין הורגין כ"א בביתא דשישא או דזה ל"ש רק בשחט רוב שנים אבל לא בשאר חבלות וכמ"ש הראב"ד בהשגות שם. אך נראה דסברת הרמב"ם הוא דכיון דעכ"פ הקירוב מיתה בא ע"י ששחט בו רוב שנים או שחבל בו א"כ חייב גם על הקירוב מיתה וכדאמרו בסנהדרין דף ע"ז דבכה"ג שבא מכחו חייב מיתה וזה הוה מכחו דהרי עפ"י רוב נהרג ואין לך כחו גדול מזה. ובזה מיושב היטב הא דאמרו דלענין גלות פטור ונדחקו התוס' בכמה מקומות ביבמות דף ק"כ ובגיטין דף ע' דמה חילוק יש ולפמ"ש אתי שפיר דבשוגג שלא נתכוין להרגו עכ"פ מה שקירב מיתתו ע"ז אין לחייב ורק על מה שהרגו בידים דכל דלא נתכוין להזיק ולהרגו פטור בגרמא כנודע וגם לענין ממון פטור כל שלא נתכוין להזיק וכמ"ש הראב"ד במוחל שט"ח של אביו דכל שמוחל לעצמו פטור ומכ"ש לענין גלות וז"ב כשמש ושיטת הראב"ד יש לומר דאזל לשיטתיה שכתב פט"ז מא"ב דלא אזלינן

בתר רובא בד"נ א"כ שוב לא שייך לחייבו מיתה על שקירב מיתתו בלבד כל דלא אזלינן בתר רובא בד"נ ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב קושית התוס' בשבועות דף ל"ד בשמעון בן שטח שרצה להרגו שמצאו מפרפר והקשו בתוס' דלמא בלבלו הרוח. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם הוא דאין הורגין לשיטת הראב"ד הוא משום דבד"נ לא אזלינן בתר רובא וכיון שהוא הי' רצה להרגו עפ"י אומדנא מכ"ש במה שיש רוב וזה באמת שאמר אבל מה אעשה שאין דמו מסור בידי דכתיב עפ"י שנים עדים והיינו דבעינן דבר ברור כעדים ולא באומדנא וממילא דיש לחוש ג"כ דלמא פרכס ובלבל רוח ודו"ק:

יז והנה התוס' כתבו שם דמכאן יש לדחות ולאוקמא כגון דמחי' בביתא דשישא והקשה המהרש"א דהא היה בחורבא ולא ידע אם היו בלי פרכוס וראיתי בספרי הרמב"ם שנדפסו בבארדיטשוב שם בפ"ה מרוצח נדפס איזה הגהות והקשה על המהרש"א דלא הבין כוונת התוס' דהתוס' כתבו דיש לדחות קאי על מה שהביאו מהך דחובשין אותו ודבריו תמוהין דהרי התוס' כתבו דמכאן יש לדחות והיינו על מה שנזכר כאן בשבועות וזהו דשמעון בן שטח ולא הך דחובשין אותו וע"כ הקשה יפה המהרש"א אבל ביאור כוונת התוס' היא כמ"ש דכל דלא ידע דפרכס ובלבל הרוח יכול להיות שזה הרגו בביתא דשישא ובא לכאן דהרי בלא"ה לא רצה לדונו רק באומדנא וא"כ עפ"י אומדנא נוכל לחייבו שבאמת מראין הדברים שהוא הרגו ונוכל לתלות שהי' בביתא דשישא ודו"ק: וראיתי במחנה לוי בשבועות שם שהקשה לראב"ד דא"כ למה לא דנין ד"נ בשבת משום דהוה חילול שבת והא ע"י סייף לא הוה חילול שבת ממש דהא חיישינן שמא פרכס הרוח ובלבלו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת עפ"י רוב יש חילול שבת רק דבד"נ לא אזלינן בתר רובא אבל לענין חילול שבת אזלינן בתר רוב ועיין ברמב"ם דפוס בארדיטשוב שהמגיה שם הגיה בדברי הרמב"ם במקום שכתוב אם לא פרכס או ששחטו במקום שאין הרוח מנשבת בו דצ"ל ושחטו וחלילה להגיה ועיין ברדב"ז ח"א בלשונות סי' כ"ו ודו"ק: שוב ראיתי במ"א סי' קכ"ח סעיף ל"ו דכתב ג"כ סברא זו דחיישינן שמא הרוח בלבלתו וע"ש במגן גבורים ס"ק כ"ו שמה שהקשינו שם משמעון בן שטח וכתבנו שכדומה שראינו קושיא זו באיזה מקום שהוא קושית התוס' בשבועות הנ"ל. אמנם בגוף דברי הראב"ד הנ"ל תמהני דאם נימא דגם לענין מזיד תלינן בזה א"כ יקשה בהא דאמרו בסנהדרין דף מ"ט מ"ט קטלית לאבנר א"ל גואל דם דעשאל הוה והרי שם הרגו ע"פ שדה ולא הי' ביתא דשישא וגם לא ראינו שלא פרכס וא"כ לא היה חייב עליו מיתה וכן קשה בעמשא שם שהרגו יואב ודלמא לא הרגו ובלבלתו הרוח וגם באוריהו דצוה דוד לתת אותו לפני החומה וע"ז כתיב אותו הרגת בחרב בני עמון וב"ש ס"ל דשולחיו

חייב כדאמרו בקידושין דף מ"ג דשמאי ס"ל דיש שליח לדבר עבירה והיאך נתחייב מיתה מי ראה אם זה לא פרכס והרי הרגו ע"פ השדה ובודאי הי' שם הרוח וגם בהך דאמרו בסנהדרין דף ע"ח בהכהו עשרה בני אדם בעשרה מקלות בין בבת אחת בין בזא"ז דכלם פטורים ריב"ב אומר דאחרון חייב מפני שקירב מיתתו ולמה לא ניחוש שמא הרוח בלבלתו. ואף דנאמר דמיירי בביתא דשישא ולא פרכס מה שאינו במשמע עכ"פ חזינן דריב"ב מחייב האחרון שקירב מיתתו וה"ה כאן עכ"פ זה קירב מיתתו אף דהרוח מסייעתו למות אבל עיקר המיתה בא ע"י מה שהרגו ועיין בפ"י בגיטין דף ע' ע"ב דהרגיש בהך דסנהדרין ופנה לדרך אחר ולא ידעתי מדוע שמזה ראי' ברורה להרמב"ם וגם בהא דאמרו שם דשור טריפה שהרג פטור ג"כ משום דאלו בעלים טריפה היו פטורין שור נמי פטור וא"כ כיון דכמיתת בעלים כך מיתת השור א"כ נצטרך שהשור יגח האדם בביתא דשישא ולא פרכס ומי ראה זאת וע"כ דזה דוקא לענין גלות ולא לענין מיתה. ובזה י"ל ע"ד הפלפול הא דחשדוהו שע"פ צווי דוד נהרג אבנר ואח"כ ידעו כל העם כי לא היה מהמלך וייטב בעיניהם ואיך חשדו לאדונינו דוד שיצוה להרוג אדם ולפמ"ש אתי שפיר דאפשר הי' להיות שיהרג ע"פ דוד המלך ע"ה דהרי כל אלו הרוצחים שאין מחוייבין מיתת ב"ד אם רוצה המלך להרגן הרשות בידו כמבואר פ"ב מרוצח ה"ד ולכך הוצרך דוד לקונן על אבנר ולהראות כי לא מלבו היתי' זאת ודו"ק ועיין בשו"ת מהרי"ו סי' פ"ז שלא הביא ג"כ רק דברי התוס' בגיטין דדוקא בשוגג ולא הזכיר ג"כ מחלוקת הרמב"ם והראב"ד הנ"ל ועכ"פ הרווחנו בזה הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דרוב לא מצינו במקרא רק מהל"מ וכדמסיק הש"ס בחולין שם וא"כ לענין ממון דלא הי' הל"מ וגם לפמ"ש הר"ן ריש פרק כלל גדול דאין עונשין מהלכה וא"כ מכ"ש דאין מוציאין ממון ע"פ הל"מ ולכך למדו בסנהדרין דף ס"ט דאזלינן בד"נ בתר הרוב דסד"א דלא ליזל בתריה ויעיין בחידושי הר"ן בסנהדרין שם ובזה נראה לפענ"ד במה שחידשו האחרונים דלכך הולכין בקנס אחר הרוב ונותנין לאבי הנערה וליחוש דלמא לאו אביו וכתבו דהוה רוב שכבר הוחזק והדבר צ"ב דמה בכך שכבר הוחזק והא סוף סוף אין הולכין בממון אחר הרוב ובשלמא מ"ש הרמב"ם דהאיסור בע"א הוחזק אתי שפיר דהא שם ע"א לענין עונש לא המני' התורה שמא משקר וכל שכבר הוחזק ולענין זה נאמן הו"ל כהוחזק משא"כ לענין ממון דחיישי למיעוטא לענין חזקת ממון א"כ מה יש בכך שכבר הוחזק הרוב הא סוף סוף יש מיעוטא ולפמ"ש יש לומר דכיון דעכ"פ הרוב הוה לשאר דברים ובזה אזלינן בתר הרוב ה"ה לענין ממון אזלינן בתר רוב וכעין זה כתב בהפלא' סוף פ"ק דכתובות ע"ש שהאריך בכלל זה דכל דלענין איסור מועיל הרוב אזלינן גם

בד"מ בתר רוב ולפ"ז מכ"ש ברוב שכבר הוחזק. איברא דלפ"ז צ"ב במ"ש ר"פ אלו נערות שיש להם קנס ופירש"י אם אנסה אדם נותן לאביה חמשים כסף וקשה הא שם קחשיב הבא על הממזרת ועל הנתינ' ועל הכותית ועל הגיורת ועל השבוי' ועל השפחה ובכל אלו המעיין ימצא דעכ"פ רוב שכבר הוחזק בודאי ל"ש בהו דכ"ז שהיו בגיותן לא הוחזקו באב דרוב בעילות אחר הבעל בישראל נאמר וגם בממזרת לא שייך כ"כ רוב בעילות אחר הבעל ועיין במהרש"ל בפרק האשה בפסחים דף פ"א גבי ילדי זנונים ודו"ק שם וא"כ שוב אין הולכין בממון אחר רוב. ומיהו באמת כל הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום חזקת ממון ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הש"ך בחו"מ סי' צ"א דכל שעכ"פ מגיע לאחד הממון לא שייך חזקת ממון דממנ"פ הוא מוכרח ליתן וא"כ כיון שעכ"פ מוכרח ליתן להן הקנס והיינו לאותן הפסולות וא"כ שוב נותן לאביה דלא שייך חזקת ממון ושוב אזלינן בתר רוב. ובזה אמרתי מ"ש רש"י דוקא אם אנס ולמה לא כתב במפות' וביותר הקשיתי דהא סיפא דהך משנה בח"כ מוקי ר"פ בסנהדרין דף ע"ב במפות' וא"כ למה לא פירש רש"י הרישא לענין מפותה ומצאתי בשיטה מקובצת שהעיר בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דמפות' דמחלה ואף בקנס מועיל מחילה לש"ס דילן כמ"ש התוס' ד"ה ועל וא"כ שוב אי אפשר לאוקמא במפות' דלא שייך חזקת אבהתי' ושוב אין הולכין בממון אחר הרוב דשייך חזקת ממון דלה אינו מגיע ולכך פירש"י שאנסה ודו"ק היטב. אמנם בלא פירש"י נראה לפענ"ד דבכל הני בודאי נותנין לה דאביה לא ידענו מנו וגיורת הוה כקטן שנולד ואף אם נתגייר אביה עמה מ"מ נראה לפענ"ד דהקנס מגיע לה ואדרבא מדקדוק לשון המשנה אלו נערות שיש להן קנס והי' למכתב שיש להם אם הי' קאי על האב ולהן הוא לשון נקיבה וע"כ דקאי עליהן ועיין בדף ל"ו במשנה גרסו ג"כ להן ובספרי רב אלפס הגירסא שם להם ויש ליישב ואכ"מ להאריך ואולי מ"ש רש"י דמיירי באנס' משום דבמשנה ממעט מנער' למעוטי קטנה והרי כל פתוי קטנה אונס הוא וגם בקטנה לא שייך מחיל' כלל דלאו בת מחילה היא ולכך פירש"י באנסה דאל"כ לא שייך למעוטי קטנה ובש"ס אמרו דהמשנה כר"מ אבל חכמים ס"ל דיש לה קנס ואין לה מכר משתביא ב' שערות משא"כ בקטנ' דיש לה קנס ומכר ע"ש:

יח והנה יש להסתפק באמה העבריה שנבעל' בבית רבה למי מגיע הקנס אם לרב או לאביה כיון דמעשה ידיה לרבה ומציאת' לעצמה אם מקרי זה מעשה ידי' ושייך לרבה או דלמא כמציאה דמיא וגם יש לומר דאביה לא מכרה לענין זה והרי גם מוכר עבדו לקנס אבעיא לן בגיטין דף מ"ב אם מועיל ומכ"ש שלא מכרה לענין זה ולדבר זה העירני אחד מתלמידי ולרוב הטרדא לא יכולתי לשום עין בזה אולי ימצא הדבר מבואר וצ"ע

כעת ובמ"ש למעלה יש לומר הטעם דלכך דרשו לאבי הנערה ולא לאבי המתה משום דכל שמתה שוב נפטר מלתת לה רק לאב וא"כ דלמא לאו אביה הוא וצ"ל דהו"ל רוב שכבר הוחזק וכבר נודע דרוב שכבר הוחזק הוא דוקא כשצריכין לדון על הרוב לענין דבר אחר וכל שמתה אין לנו לדון עליו כלל ואין שום נ"מ לה עי"ז ועיקר הקנס נצמח מאתה לאביה ולכך כל שמתה פטור הבועל ודו"ק היטב.

יט והנה בהא דיליף ממכה אביו דאזלינן בתר רוב דדלמא לאו אביו וכ"ת דחבשוהו בבית האסורים ואפ"ה אין אפוטרופוס לעריות והקשו בתוס' דאכתי נוקמא בחזקת צדקת והנה בהיו' שנת תרי"א בכפר טריסקאוויטץ הקשה אותי הרבני המופלג מוה' אבלי ני' מדראהביטש דהא התוס' הקשו לעיל דניזל בתר חזקה וכתבו דכ"ז שלא ידענו רובא גם חזקה לא ידענו וא"כ ה"ה כאן וכמדומה שכבר הרגישו בזה אך אין לי שום ספר.

כ והשבתי שבאמת כוונת התוס' דניהו דלא ידענו רובא גרידא אבל רובא וחזקה תרווייהו ודאי אזלינן בתרייהו וכיוצא בזה כתבו הקדמונים הרז"ה והרמב"ן ר"פ האשה שנתארמלה בהא דפריך שם והא רוב בתולות נשאות וכתבו התוס' לרב פריך דהא לשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב וכתבו הם דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב מכל מקום חזקה ורוב בודאי אזלינן בתריה וה"ה כאן. אך לפ"ז צריך ביאור א"כ מה מתרצי התוס' לעיל מיני' דכ"ז דלא ידענו רוב מנ"ל חזקה והא הוה רוב עם חזקה וצ"ל דדוקא כל שידענו שרוב הוא מעלה דאזלינן בתרי' וגם חזקה היא מעלה א"כ אף דבממון חזקת ממון עדיף מכל מקום בתרווייהו בהדי הדדי אזלינן שפיר בתר רוב וחזקה וגם מצד הסברא דמוקמינן חזקה להדי חזקה ונשאר הרוב בריא ואלים אבל כאן להס"ד דלא ידענו שום מעלה לא לרוב ומכ"ש לחזקה א"כ מה מעליותא דתרווייהו הא כל שלא אזלינן בתר רוב ובעי דבר ברור מכ"ש בתר חזקה דבעינן דבר ברור וא"כ גם כשהם ביחד עכ"פ דבר ברור אינו ואנו צריכין לידע דבר ברור ושוב קשה גם כאן הא בעי דבר ברור ומה מועיל חזקת צדקת. אמנם נראה דלפמ"ש התה"ד סי' כ"ז דיש חזקה הפוסקת זה גרע מרוב ויש חזקה מצד הסברא זה עדיף מרוב א"כ יש לומר דגם חזקת צדקת הוה חזקה דאתיא מכח סברא ועדיפא מרוב ושפיר מקשו התוס' דהוה כמו דבר ברור וז"ב. והנה לכאורה צ"ב דהיאך שייך חזקת צדקת הא יש לומר דנאנסה ועיין במהרש"א שם וצריך לומר דלא שייך אנוסה בעיר מדלא צעקה וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מנערה. ובזה מדוקדק מ"ש התוס' והקשו על מה דמוקי הש"ס בנחבש בבית האסורים ושאל אותי אחד מהבחורים מדראהביטש דלמה לא הקשו תיכף כשמייתי הש"ס ראיה ממכה אביו ואמו ולפמ"ש אתי שפיר דיש לומר דראי' הוא ממכה אביו ואמו דל"ש חזקת צדקת דדלמא נאנסה

בשדה אבל למה דמוקי בחבושין בבית האסורים שפיר הקשו דנוקי בחזקת צדקת דלא שייך שמא אנוסה היא דהא הו"ל בעיר ודו"ק היטב. והנה דרך אגב אזכיר מה דאמרו שם ולר"מ דחייש למיעוטא ה"נ דלא אכיל בשרא וכ"ת ה"נ פסח וקדשים מא"ל ושמעתי בשם אחד מהמשכילים דאמר דמה דנקט הש"ס פסח וקדשים הוא משום דלכאורה יש לומר דאכל ב"פ דל"צ שחיטה אך פסח פסול עכ"פ וקדשים יליף ג"כ מפסח דפסול בב"פ ושפיר אמר פסח ובקדשים מא"ל.

כא והוא טעות דלהס"ד דשמא במקום נקב קשחיט א"כ מה מועיל ב"פ הא כל הטעם דב"פ א"צ שחיטה משום דניתר בשחיטת אמו וכל דיש לחוש שמא נקב הי' במקום שחיטה והיתה אמו טריפה צריך שחיטה בפ"ע וא"כ גם בב"פ קשה היאך יאכל בשחיטה לא בשחיטת אמו ולא בשחיטתו ומיהו יש לעיין דאם נימא דטריפה אינה יולדת וגם אינה מעוברת משכחת לה שחיטה כגון שראינו שהיא מעוברת. ומיהו יש לומר דאולי נתעברה ואח"כ נטרפה אבל אכתי יש לומר דמשכחת לה שילדה בעת ששחטה וזה פירש למיתה וזה פירש לחיים דעכ"פ אי אפשר לה שתלד אך לפ"ז יש לומר דעכ"פ פסח וקדשים דפסול זה פירש למיתה וזה פירש לחיים מתחת אמו פרט ליתום שוב קשה פסח וקדשים מא"ל ודו"ק. אבל אכתי קשה דהא האם עכ"פ כשרה לפסח אבל ז"א דהאם היא נקבה ועיקר הוא הב"פ ופסול לפסח אבל בחולין משכחת לה בב"פ וזה פירש למיתה וא"כ מדילדה ע"כ מוכח דלאו טריפה היתה וממילא הב"פ א"צ שחיטה וא"כ לכך פריך פסח וקדשים מא"ל ודו"ק היטב:

כב והנה בשנת תרי"ג ב' נצבים כתב אלי הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש ני' בהא דמקשו המפרשים בהא דיליף הש"ס דאזלינן בתר רובא ממכה אביו ואמו דלמא לאו אביו הוא והקשו דלמה לא יליף ממקלל ואף דמכה כתיב קודם למה לא אמרו דיליף ממכה ומקלל אביו ואמו וע"ז כתב דהנה התוס' הקשו דנוקמא בחזקת צדקת וצ"ל דחזקת צדקת עדיף מרוב דהוה חזקה דאתיא מכח סברא ועדיף מרוב דלא כהפ"י גיטין י"ד דחזקת צדקת הוא מכח רוב דא"כ אין מקום לדברי התוס' דהא להס"ד דלא אזלינן בתר רוב קיימינן וצ"ל לקושית התוס' לפמ"ש הרמב"ן דל"מ חזקת קרובים להאשה והיינו אם לא מספקינן בקרובים כלל דאם מספקינן על הקרובים מועיל כדאמרו לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ולפ"ז מה מועיל חזקת צדקת של האם להבן הא אין אנו דנין על האם והנה אם נימא דהוקש הכאה לקללה ובעינן עושה מעשה עמך א"כ בהכה האם היה צריך לדון אם האם עושה מעשה עמך דאם זינתה שוב אינו חייב על הכאתה ושוב מהני לגבי הבן ג"כ אמנם באמת קי"ל דלא מקשינן הכאה לקללה ושפיר יליף ממכה אם דלא

שייך חזקת צדיקת ולפ"ז שפיר מביא ממכה ולא ממקלל דהרי למ"ד עד שיקלל אביו ואמו ביחד וכן במכה לא היה יכול למילף ממקלל דה"א משום חזקת צרקת וזה שמביא הש"ס ממכה אביו ואמו דרוצה לילף למ"ד דבעי שניהם ביחד א"כ אין ראיה ממקלל ואיכא ראיה ממכה זה תו"ד:

כג והנה אף שהוא דבר חריף אבל אינו נכון מכמה טעמים חדא דמ"ש דלפי המסקנא לא מקשינן הכאה לקללה אני רואה דקי"ל מקשינן הכאה לקללה וע"ש ע"ב וכן קי"ל כמבואר שם וברמב"ם וטוש"ע יו"ד סי' רמ"א ס"ד וגם הא משכחת לה כשעשתה תשובה דאף שהולידה ממזר וקשה התשובה כמ"ש בחגיגה דף ט' אבל מ"מ מועיל תשובה. מיהו יש לומר דאם זנתה ברצון צריכה להתגרש ובאונס שוב לא שייך חזקת כשרות ועיין במהרש"א שם. מיהו יש לומר דמיירי שלא הי' שום אדם והיא לא נאמנת לומר טמאה אני לך דחיישינן שמא עיניה נתנת באחר ושפיר עלתה תשובה וגם זה טעות דאם נימא דבעינן אביו ואמו ג"כ ראיה ממקלל דא"ל דאמו משום חזקת צדקת ואנו צריכין לדון על האם וא"כ אכתי דלמא לאו אביו הוא ואולי חזקת צדיקת דידה מועיל גם לאב אף שא"צ לדון על האב מכל מקום אינו נכון מכח מ"ש. אך לפענ"ד אין התחלה לקושיא דממקלל לא שייך למילף דיש לומר דמיירי דקילל בסתם מי שהוא אביו ומקללו בשם וא"כ שפיר חייב אבל במכה ע"כ צריך להכות בגופו של זה ול"מ להכות כל חי וז"ב ופשוט וזה לדעתי מ"ש והוא קללני קללה נמרצת ופירש"י מפורשת ואינו מובן מה שייך קללה מפורשת או סתומה ולפמ"ש יש לומר דאם היה מקלל את ישי אבי דוד או לדוד בן ישי היה קללה סתומה דלמא אינו אביו אבל הוא קלל את דוד בעצמו וא"כ אין שום ספק בזה ועכ"פ ממקלל אביו ואמו ל"ק ובלא"ה נראה דבקללה כיון דחייב לאחר מיתה ומטעם שהנפש מרגשת משא"כ במכה דאין גופו מרגיש ולפ"ז במקלל ניהו דלא אזלינן בתר רוב אבל מ"מ נפשו מרגשת דבאמת עפ"י רוב הוא אביו וחייב אבל במכה כל שאנו מסופקין שמא אינו אביו הרי לא הכה גופו של זה והנה לכאורה קשה לי מה פריך ממכה אביו ואמו והרי אמו בודאי היא וא"כ היאך שייך שעל אמו יתחייב מיתה ועל אביו לא יתחייב וע"כ צריך למיזל בתר רוב ומכ"ש למ"ד דבעינן שניהם וא"כ איך שייך שיפטור לגמרי והרי כבוד אביו חמור מאמו וכיון שעל אמו חייב ע"כ מוכרחין אנו למיזל בתר רוב. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דמה דאמרו בנזיר דף מ"ח דאמו ודאי וכן בת"כ לענין טומאה דאמו ודאי לא ודאי ממש דדלמא נתחלף לה הולד באחר והרי אמו אינה נאמנת רק כל שבעה וא"כ גם בתוך שבעה יש לחוש לאחלופי אלא שזה חשש רחוק והוה כמו מיעוטא דמיעוטא ולפי זה להס"ד דלא ידעינן מרוב כלל וה"א דבעינן דבר ברור א"כ גם אמו

אינה ודאית בבירור והוה חיישינן אפילו באמו שמא נתחלף רק לאחר דאזלינן בתר רוב ממילא אמו הוה ודאי דלמיעוטא דמיעוטא לא חיישינן כלל ולכך נקראת ודאית ואביו ספק דרוב אינו רק ספק כמ"ש בשטה מקובצת ב"מ דף ז' משא"כ אמו דהוה ודאי וזה שהביא הש"ס ממכה אביו ואמו דבאמת גם אמו אינה ודאית. והנה במה שהקשו התוס' מחזקת צדקת נראה לפענ"ד דבאמת יש לחוש שמא נתעברה באמבטי וא"כ לא זינתה כלל ומכל מקום אינו אביו אך למעוברת באמבטי לא חיישינן והוה מיעוטא דמיעוטא ועיין מלמ"ל פט"ו מאישות ופי"ז מא"ב אבל להס"ד אף למיעוטא חיישינן דבעינן דבר ברור ודו"ק היטב:

כד והנה לכאורה ק"ל למה לא יליף דאזלינן בתר רובא מבן סורר ומורה דניחוש שמא לא אביו הוא אך נראה דל"ק דעכ"פ זה מוחזק לו שהוא אביו והתורה הקפידה שבשביל שהוא רשע ואינו שומע קול אביו שמוחזק לו לאב א"כ אף שאינו אביו באמת עכ"פ הוא חושב שהוא אביו ואפ"ה אינו שומע בקולו ודו"ק: ולכאורה רציתי לומר דשאני בן סורר ומורה דהוה רוב שכבר הוחזק והרי הוא אביו זה רבות בשנים ולכך אזלינן בתרי' אלא דזה אינו דלהס"ד דלא ידענו רוב כלל והוה ס"ל דבעינן דבר ברור א"כ גם רוב שכבר הוחזק ניהו דהוה רוב חשוב מכל רובא דעלמא מכל מקום ברור אינו וראיה דאל"כ איך יליף מאביו ואמו במכה והרי שם הוה ג"כ רוב שכבר הוחזק. ובזה מיושב היטב מה שהרמב"ם למד דאזלינן בתר חזקה מהא דמכה אביו ואמו ותמה הב"ש בסי' י"ח דבש"ס למדו דאזלינן בתר רובא והוא למד דאזלינן בתר חזקה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לפי המסקנא דידענו דאזלינן בתר רובא והוה ס"ד דבעינן דבר ברור א"כ גם רוב שכבר הוחזק ל"מ דאם לא אזלינן בתר רובא מכ"ש דבתר חזקה לא אזלינן וגם מה מהני החזקה הא מ"מ אינו דבר ברור ולכך ילפינן דאזלינן בתר רובא ולפי המסקנא שוב אין ראיה ממכה אביו ואמו דאזלינן בתר רוב דשם הוה רוב שכבר הוחזק ולכך יליף הרמב"ם והוא מהירושלמי דאזלינן בתר חזקה וז"פ: ואחר שנים רבות הגיע לידי שו"ת תשובה מאהבה ח"ג סי' רמ"ו וראיתי שהקשה לו אחד קושיא זו דאיך ילפינן ממכה אביו ואמו דהא שם הוה רוב שכבר הוחזק ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק היטב. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דלא שייך לומר רוב שכבר הוחזק דהא קיי"ל בטוש"ע אהע"ז סי' ד' סכ"ט דהאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר וא"כ מקרי רוב שלא הוחזק דהא האב יוכל לפסלו ולומר שאינו בנו ורק רוב מקרי דכל כמה שאינו אומר שאינו בנו הוא בנו וא"כ שפיר ילפינן דאזלינן בתר רובא וא"ל דהא כל שהוחזק ע"פ אב בכשרות אינו נאמן רק עפ"י סהדי כמבואר שם באהע"ז בהגהת רמ"א דזה אינו דזה דוקא לאחר

שידענו שאזלינן בתר חזקה אבל מקודם שידענו דאזלינן בתר רוב א"כ מכ"ש דלא שייך חזקת כשרות וא"כ האב נאמן אף שאמר מקודם שהוא בנו ולכך שפיר יליף דאזלינן בתר רובא. אמנם לפי מה דמבואר שם דאם יש בנים לבן אינו נאמן גם על הבן א"כ שוב משכחת לה שלא יהיה נאמן כגון אם יש בנים לבן ואז שוב הוה רוב שכבר הוחזק ומיהו הרי בכל ענין התירה אמרה דמכה אביו ואמו מות יומת אף באין לו בנים ושוב הו"ל רוב גרידא ולא הוחזק ובאמת שצריך להבין דהא הו"ל התראת ספק דלמא האב יטעון שאינו בנו מיהו יש לומר דמוקמינן על חזקת כשרות דבודאי הוא בנו ולא יאמר האב שאינו בנו וגם כל שהספק להמותרה ג"כ לא שייך התראת ספק כמ"ש התוס' וכאן הרי התרו בו וקבל התראה וא"כ עכ"פ אמר שאעפ"י שהוא אביו א"כ לא מקרי התראת ספק ודו"ק. ועכ"פ בבן סורר ומורה דאמרו בן ולא איש ודאי לא מקרי רוב שכבר הוחזק דע"כ אין לו בנים לבן דאל"כ הו"ל איש וקטן אינו מוליד וא"כ שוב הו"ל רוב גרידא דלא מקרי הוחזק דהא הוה חזקה שלא נתבררה דהא יוכל לומר תמיד שאינו בנו וע"כ מחוורתא כמ"ש בראשונה ודו"ק היטב. והנה כבר נודע על פני תבל קושית דו"ז הגאון מוהר"צ מהלברשטאט דארוסה בת כהן דבשריפה היכא משכחת לה ודלמא לאו אביה הוא דממיתה למיתה לא אזלינן בתר רוב וראיתי בכסא דהרסנא שכתב בשם אביו דו"ז הגאון ז"ל וכן ראיתי בהרבה אחרונים ומכללן בישועת יעקב סי' ה' דהא הו"ל רוב שכבר הוחזק ואזלינן בתר רובא. ולפמ"ש יש לומר דזה לא מקרי רוב שכבר הוחזק דהא בידו לומר עלי' שאינה בתו והו"ל חזקה שלא נתבררה בשעת' ודו"ק היטב. ומצאתי בשו"ת תשובה מאהבה ח"ג סי' שע"ב שהביא קושיא בהא דאמרו דלמ"ד כיבוד אב משל בן אפילו זרק ארנקי של בן פטור וע"ז הקשה דדלמא לאו אביו ולגבי ממון לא אזלינן בתר רובא וכתב בת"מ שהוה רוב שכבר הוחזק ע"ש ולפמ"ש זה אינו דלא שייך רוב שכבר הוחזק דכל דבידו לעקור החזקה ולומר שאינו בנו הוה חזקה שלא נתבררה. אך לפענ"ד גוף קושייתו לק"מ דבאמת ע"כ לא שייך לומר דבממון לא אזלינן בתר רוב רק אם אנו מסופקים אם הממון של זה או של זה שייך לומר דבממון דיש חזקת ממון א"כ הוא של זה אבל כאן אנן לא מסופקים בהממון אם הוא של בן או של אב ואנן ידענו דהוא של הבן רק דאם הוא אביו חייב לכבדו וכיון דהרוב מגיד לנו שהוא אביו וחייב לכבדו וא"כ לא שייך כאן אין הולכין בממון אחר הרוב והא לא שייך כאן חזקת ממון כלל דהא אנן ידענו שזה הממון של הבן ואנן מסופקים שמא הוא חייב בכיבוד וכיון דהוא באמת חייב בכיבוד דלענין זה מועיל הרוב והוא אביו שוב לא מתחייב לשלם לו וז"ב כשמש וגם לפמ"ש ההפלאה בסוף פ"ק דכתובות בכלל הזה מיושב קושייתו אבל

א"צ דהדברים ברורים כמ"ש וגם בדברי הפלאה הארכתי בתשובה אחרת ואכ"מ. שבתי וראיתי שקושית הגאון מוהר"צ מה"ש הנ"ל ל"ק דבאמת הוה רוב שכבר הוחזק וא"ל דבידו לומר שאינה בתו והוה חזקה שלא נתבררה דז"א דא"כ הוא בעצמו בא על זונה ונפסל לכהונה ואינו נאמן על עצמו לפסול מן הכהונה ולהיות רשע עובד עבודה ובכה"ג שהחזיק אותה לכשרה שוב אינו נאמן לפסלו כמבואר באהע"ז סי' ד' ע"ש. ובזה מיושב היטב קושית הת"ח דאמאי לא דייק הש"ס מכהנים ששמשו ע"ג המזבח ודלמא לאו כהן הוא ולפמ"ש אתי שפיר דזה הוה רוב שכבר הוחזק ואין בודקין מהמזבח ולמעלה והו"ל רוב שכבר הוחזק ואינו נאמן לפסול וראיתי להתב"ש שבש"ס בקידושין דף פ' מיישב קושית הב"ש סי' ט' הנ"ל דכל חזקות היינו שידוע בבירור שהיה כן ומוקמינן אחזקה שלא נשתנה וכאן אין ידוע בבירור רק עפ"י אומדנא ודבריו סתומים.

כה ולפענ"ד כוונתו עפמ"ש בעצמו בתב"ש סי' ח"י ס"ק כ"ט דיש שני מיני חזקות האחת שנודעה חזקתו בבירור והשנית אף שלא נודע מכל מקום החזקנו הדבר בהיתר אף שלא ידענו חזקתו וא"א להוציא ומעתה ה"ה כאן מה שראינו שכרוך זה מורה שהוא בנו ואי אפשר להוציא מחזקתו עד שנודע ראיה ברורה אף שלא נודע חזקתו ובאמת שזה דבר חדש דסוקלין ושורפין על החזקות הוא בכה"ג שלא נודע חזקתו בבירור רק שהחזקנו הדבר כן עפ"י אומדנא ובזה מיושב מה שהקשה התב"ש שם דבירושלמי למדו מזה חזקה ובש"ס דילן למדו מזה לענין רוב ולפמ"ש אתי שפיר דזה ודאי חזקה כזו שלא נודע בבירור ודאי רוב עדיף ממנה וא"כ להס"ד דלא אזלינן בתר רוב מה מועיל חזקה כזו שלא נודעה בבירור אבל לפי האמת גם חזקה כזו א"א לסתור כ"ז שלא נדע בבירור. ובזה נראה לפענ"ד דשוב הוה רוב שכבר הוחזק דאף דבידו לסתור החזקה היינו אם החזקה הי' שהוא נודע לנו שהוא בנו שפיר שייך לסתור החזקה באמרו שאינו בנו אבל כאן אטו ידענו שזה בנו רק ממה שכרוך אחריו א"כ אף שזה אומר אח"כ שאינו בנו ונאמן לפסלו מכל מקום הרי ראינו אותו כרוך אחריו ומיהו זה אינו דיש לומר דמה שהיו כרוך אחריו מפני שאביו גופא חפה על אשתו ונהג עצמו עמו כבן ועכ"פ להס"ד דלא ידענו מרוב שפיר הוה חזקה שאינה מבוררת ודו"ק:

כו והנה במה שהקשיתי מבן סורר ומורה נתיישבתי באמת די"ל דשם הוה רוב שכבר הוחזק וא"ל דבידו לפסלו ולומר שאינו בנו דז"א דהרי כבר כתבתי דאם כבר החזיקו לבנו בחזקת כשרות אינו נאמן לפסלו כ"א בעדות כמבואר באהע"ז שם ולפ"ז שם דהביא את בנו לב"ד ואמר בנינו זה סורר ומורה א"כ החזיקו בבנו שוב אינו נאמן לפסלו ושוב

הוה רוב שכבר הוחזק על ידו ג"כ שהוא בנו ושפיר קטלינן ליה ודו"ק היטב כי הוא נחמד ונעים.

כז והנה בהא דיליף מרישא של עולה דרובא מה"ת והיינו דאל"כ שמא היא טריפה ראיתי בשעה"מ שהקשה בפי"א משחיטה על הרמב"ם והכ"מ פ"ב מאיסורי מזבח שכתב בהמה שנולדה מאחת מאיסורי טריפות שאוסרין אותה באכילה פסולין לקרבן הרי הוא אומר הקריבהו נא לפחתיך וכו' והקשה הכ"מ הא במנחות דף וא"ו ממעטינן מקרא וכתב דאינו רק אסמכתא בעלמא ע"ש והרי כאן מבואר דהוא מה"ת ע"ש וכמדומה שכ"כ באיזה מקום ולא ידעתי מקומו. ולפענ"ד נראה עפמ"ש הרמב"ם והובא בטור יו"ד סי' כ"ט אע"פ שכל הטריפות הל"מ אין כתוב בפירוש אלא דרוסה וכל ספק שיסתפק בדרוסה הרי אסור ושאר מיני טריפות בספק שיסתפק בהם מותר. וביאור הדברים דהרמב"ם ס"ל דהל"מ ספיקו להקל כמ"ש ביו"ד סי' רצ"ד ועיין כללי הספיקות להמנחת יעקב יעו"ש ולכך ספק הל"מ מותר ולפ"ז באמת כל הטריפות אף שהם הל"מ אבל מקרא דמן הבקר אי אפשר להוציא את הטריפ' דהא אין מה"ת רק דרוסה ולפ"ז הקרא באמת הוא על דרוסה אבל שאר מיני טריפות אינן רק אסמכתא בעלמא לענין קרבן ופסול משום הקריבהו נא לפחתיך והיינו כיון דהתור' הוציא טריפה דדרוס' מקרא דמן הבקר מסתמא כוונה לכל מיני טריפות דהרי עכ"פ הל"מ הי' על כל הטריפות וכיון שאסור באכיל' ממילא פסול לקרבן דקרא דמן הבקר אתי גם ע"ז דהרי הקריבהו נא לפחתיך והוא גילוי מלתא דגם זה בכלל מן הבקר להוציא טריפ' ואף שלא כוון הכ"מ לזה אבל עכ"פ דברי רבינו נכונים לפענ"ד:

כח והנה בשבת פרשת מקץ תרט"ו הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' ליבוש ני' ואעתיק לשונו רבו הימים אשר לא היה מצוי ד"ת בינינו ואמרתי להציע אשר עלה היום במצודת עיוני למצוא מקור לדברי הרמב"ם פ"ג ה"א מאיסורי מזבח שכתב וכן אם נולד בו אחד מסימני טריפות שאסור באכיל' הרי זה נפסל לקרבן וכתב הכ"מ נתבאר בפרק שקודם לזה דטעמא משום הקריבהו נא לפחתיך והאי טעמא שייך גם בעוף. והנה מלבד שזה תמוה דהא בע"מ ודאי שייך בו הקריבהו נא לפחתיך ואעפ"כ אין תמות בעופות אם לא מחוסר אבר אף גם דלא הוסיף משה דבר מדעתו ונראה ראיה ברורה להרמב"ם מש"ס זבחים דף פ"ה ע"ב ואם איתא נכשיר נמי בנרבע הואיל וכשר בעופות וא"כ אם נימא אם איתא דטריפ' כשר בעוף הו"ל לר"ע לאפלוגי גם אטריפ' דתני שם במשנה ולימא אם עלתה לא תרד שכן כשר בעוף וע"כ דגם בעוף פסול וז"ב.

כט ושוב ראיתי דהיא ש"ס מפורש בתמורה דף למ"ד דאמרינן שם מודים חכמים לר"א באפרוח ביצת טריפה ע"ש בסוגיא מבואר דעוף טריפ' ודאי פסול ע"ש והוא ברור עכ"ל. והנה לפמ"ש אין ראיה מזבחים דעכ"פ טריפות דדרוס' ודאי פסול בעוף ג"כ וא"כ לא הי' יכול ר"ע לחלוק על טריפה והיה צריך לחלק בין טריפה דדרוס' לשאר טריפות וגם מתמורה דף ל"א הנ"ל אין ראיה דודאי מדרבנן פסול להקרב' אבל מה"ת אימא דלא נפסול אך לפמ"ש אתי שפיר בלא"ה דהרמב"ם מוציא מקרא דמן הבקר וכיון דשייך הקריבהו נא לפחתיך ע"כ דהוא בכלל טריפ' שאסור מה"ת לגבי מזבח וכמ"ש ודו"ק. ולכאור' יש לומר להיפך מהא דפריך בחולין דף כ"א וכי מתה עומד ומולק ועיין רש"י שנדחק דבטריפ' שייך דרך מליקה בכך ע"ש אבל אם נימא דטריפ' אינו פסול בעוף אתי שפיר דלכך לא מקשה אלא וכי מתה עומד ומולק. אמנם לפמ"ש רש"י אינו מוכח כלל. אך לפענ"ד מוכח מהא דאמרו בדף מ"ם שם כגון שהי' חצי קנה פגום ולמה לא אמר דהיה פגום עד משהו מסוף הסימן וגמרו בשחיטת הסי' וא"כ כלהו בהדדי קאתיא וע"כ דגם בעוף פסול בטריפ' וא"כ גם בשחיטת חוץ לא מחייב בכה"ג דלא חזיא לפנים ודו"ק היטב. ובאמת שלפמ"ש החינוך מצוה ע"ג בטעם טריפה שאינו נאכל שזה מפסיד למי שאוכלו בגוף ע"ש וכן נראה מהמדרשים א"כ באמת לגבוה לא יתכן זאת שהרי כביכול לא שייך אכיל' בגבוה וע"כ כתב הרמב"ם כיון דלהדיוט אסור אינו בדין שיהי' כשר לגבוה דהקריבהו נא לפחתיך וכיון שהבשר הלז אינו ראוי לפחת ולשר אף כי לגבוה אף שלא שייך בו אכילה מכל מקום הרי זה אינו ראוי שיעל' על שלחן מלכים ואף כי לממ"ה ונמצא שעיקר הפסול הוא בשביל דהתור' מיעטה טריפה רק דהרמב"ם נתן טעם זה כדי שלא תקשה דלגבוה לא שייך הטריפות ודו"ק היטב (ועיין לעיל מ"ש בזה) איברא דלפ"ז יקשה בהא דאמרו במנחות דף ה' והלא דין הוא ומה בע"מ שאינו אסור להדיוט פסול לגבוה טריפ' שאסור להדיוט אינו דין שפסול לגבוה ומדחה זאת הש"ס ואם איתא לימא הקריבהו נא לפחתיך ואולי יש לומר דבאמת מצד דברי קבלה דהקריבהו נא לפחתיך לא היינו לומדין פסול לקרבן שאף אם עלה תרד זה אינו רק דברי קבלה ומכ"ש לפי מה דמסיק דטריפ' שאינו ניכר דלא שייך הקריבהו נא לפחתיך כ"כ ולכך באמת למדין מקרא דמן הבקר אבל הרמב"ם נותן טעם דלכאור' לא שייך הטעם דאסור להדיוט משום הפסד לגוף וזה לא שייך לגבוה לכך אמר דמכל מקום פסול כיון דלהדיוט אסור שייך הקריבהו נא לפחתיך ולכך פסלתו התורה ומה גם דהכהנים משלחן גבוה קא זכו וא"כ שייך ג"כ ההפסד לכהני ד' ובזה י"ל פרפרת נאה הא דילף מרישא של עולה ומקשו התוס' דנילף מכל קרבנות דמקריבין בשבת ולפמ"ש יש לומר דנקט עולה לרבותא דה"א

דבעול' לא שייך כלל טריפות כיון דאינו נגלה הטריפות וגם לא שייך בזה דיש הפסד לכהנים דהא עולה לגבוה כלה כליל ואפ"ה טריפה פוסל בה ודו"ק.

ל ובגוף דברי רבינו שכתב דעוף פסול ג"כ טריפה שחפש א"מ הגאון ני' המקור לפענ"ד זכיתי לש"ס מפורש במנחות דף וא"ו שם דקאמר טריפה שהותר' מכללה מה היא אי לימא מליקה בעוף ומדחה הא בע"מ נמי בעוף ולמה לא אמר דהותר מכללה לגבוה בעוף טריפה וע"כ דעוף טריפ' אסור לגבוה וז"ב והוא ראיה נפלאה ת"ל וראיית א"מ הגאון ני' יש לדחות דהרי באמת הש"ס מקשה ת"ל ממשקה ישראל מן המותר לישראל ומשני דה"א בטריפ' היכא דלא היתה לה שעת הכושר ולפ"ז בביצת אפרוח טריפה שלא היתה לה שעת הכושר וגם נטרפה קודם הקדוש' זה ודאי פסול וגם מהך דזבחים אין ראיה דאכתי לא מצי ר"ע להתיר טריפה בכה"ג וזה ודאי פסול מקרא ועיקר כוונת הרמב"ם שנולד טריפות שאינו גלוי ומכל מקום כל שאסור להדיוט שייך הקריבהו נא לפחתיך וכמ"ש ודו"ק היטב אבל ראייתי נכונה דעכ"פ הותר מכללו שייך בטריפות שאינו נגלה או שהקדיש ולבסוף נטרף והיתה לו שעת הכושר וע"כ שכלם פסולין לגבוה אף בעוף וז"ב ודו"ק.

לא והנה במה שהארכתי לעיל ברוב שכבר הוחזק ארשום מה שבשנת תרכ"א כ"ב למב"י היה אצלי הרב החריף מוה' ראובן ר"פ ני' והקשה בהא דאמרו בסנהדרין דף ס"ט בבא עלי' אביה וע"ז הקשה דמה משני הא אי לאו דאזלינן בתר רובא בד"נ שוב גם באביה ל"ש להיות מומת על ידה דדלמא לאו אביה הוא והנה לפמ"ש הר"ן שם בתחלת הסוגיא דכל דא"א אזלינן ב"ר אף בד"נ א"ש ודו"ק. אמנם בלא"ה אמרתי דהנה האחרונים הקשו בחולין דיליף דאזלינן בתר רובא ויליף מקרא ואמאי לא יליף מבן סורר דבעינן שיאמרו בנינו זה סו"מ ודלמא לאו אביו הוא ואמרתי כיון דהתורה האמינה לאב באם אומר בני הוא וא"כ הו"ל כשני עדים ועדיף מרוב והו"ל כודאי ולפ"ז גם כאן שפיר מומת על ידה דניהו דנימא גבי מקלל ומכה אביו דלמא לאו אביו ומיירי דלא הוחזק מפי האב או שהבן מכחיש ונאמן לגבי עצמו לומר שאינו אביו ויכול אדם לטעון נגד החזקה אבל עכ"פ אביה שפיר מומת על ידה דמיירי שהאב החזיק אותה שהיא בתו ושוב הו"ל כשני עדים לגבי עצמו ועדיף מרוב ודו"ק.

לב והנה בשנת תבר"ך כ"ח ניסן ב' אמור הגיד לי הרב מוה' וואלף בער שענקיל ני' מטראני קושיא בשם הגאון שערי תורה למה לא יליף הש"ס דאזלינן בתר רובא ממה דכתיב אשר יתן מזרעו למולך ומנא ידעינן דזרעו הוא וזכורני שכבר כתבתי בזה אבל לא ידעתי מקומו וכעת נ"ל בפשיטות דל"ק דבאמת מצינו לומר דחבושין בבית האסורין

ואי משום דאין אפטרופוס לעריות זה לגבי מכה אביו וכדומה דיוכל לטעון דלמא מ"מ אין אפטרופוס לעריות אבל לגבי המולך דהאב עצמו אומר ברי לי שבעל ופירש וברי לי שלא זינתה עם אחר פשיטא דחייב וז"ב ופשוט:

סימן לט

א ענין יבמה מעוברת שילדה ומת הולד בתוך שלשים אם צריכה לחזור על כלן.

ב אשר הארכת במ"ש הב"ש בסי' ק"ג ס"ק ג' להשיג על שו"ת מוהרשד"ם ומהר"א ששון דדעתם דהוה בכה"ג ח"פ וצריכה לחזור על כל האחין והב"ש השיב דממנ"פ אם ולד מעליא הוא א"צ חליצה כלל ואם לאו וולד מעליא הוא אזי אינו חליצה ושאלת הדין עם מי. הנה בגליון הב"ש שלי כתבתי שכדברי הב"ש מבואר בשו"ת זקני הגאון הח"צ ז"ל סי' ק"ח והאריך בראיות דבכה"ג לא שייך חליצה פסול' דהרי אמרו ביבמות דף מ"א מתיב רב חיננא הספיקו' חולצות ולא מתיבמות ה"ד וכו' אלא לאו שקידש אחת משתי אחיות וא"י איזה מהם וקתני חולצת הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר דהיא קידש בת חליצה ויבום הוא הרי דכל שהספק הוא מצדינו מחמת חסרון ידיעה שלנו אמרינן דא"צ להמתין אף חודש אחת אף שאפשר שיבאו עדים ויעידו ומטעם דאילו אתי אליהו ויאמר וה"ה בזה וכן הביא מיבמות דף כ"ג ע"ב בשנים שקדשו שתי אחיות וכו' זה חולץ לאחת וזה חולץ לאחת אחיו של זה מייבם חלוצתו של זה וכו' וקשה למה לא צריכה כל אחת לחלוץ משני ושוב אסורה לאחיו של זה וע"כ דבכה"ג דשייך אם אתי אליהו ממנ"פ מותרת ע"ש שהאריך בזה. והנה בראשית ההשקפ' כאשר ראיתי כן תמהתי דהרי בהא דאמרו ר"פ החולץ דר"ל ס"ל דחלצה ונמצאת מעוברת דל"ש חליצה ומפרש הטעם דתגלי מלתא למפרע לא אמרינן והקשו בתוס' דהא גבי הספיקות אמרו בדף מ"א דאם יבא אליהו וכתבו לחלק דשאני התם דא"צ לידע אלא מה שבאות' שעה אבל כאן אין זה ספק שראוי להתברר עכשיו שא"א לידע עתידות ע"ש ובנימוק"י כתב לחלק דשאני הכא דיכול להיות שבאיז' סבה הפילה ולא היתה מתחל' מעותדת להפיל ע"ש ולפ"ז לשני הפירושים א"כ אין ראיה משם דשאני בספיקות דבאותה שעה יכול להתברר הדבר וגם לא נשתנ' הדבר ואגלי מלתא למפרע שכן היה משא"כ במעוברת שהפיל' דעכ"פ בשעת המית' לא נודע הדבר ויוכל להיות שמאיז' סבה הפילה בכה"ג לא שייך אם יבא אליהו וא"כ ל"ד כלל לשם. ורציתי לחתור אל היבשה דשם בדף מ"א קאי הסוגיא אליבא דר' יוחנן דס"ל חליצת מעוברת שמה חליצה וא"כ אליבא דידיה דס"ל גם במעוברת תגלי מלתא למפרע וא"כ לדידיה אין מקום לחלק בסברא זו דהתוס' לא חלקו רק לר"ל דלא ס"ל תגלי מלתא למפרע. אבל באמת מלבד דיקשה דא"כ שוב אין ראיה מהך דיבמות

דלר"י בודאי אמרינן אם יבא אליהו דהרי הוא ס"ל דאף במעוברת אמרינן אם יבא אליהו משא"כ לדידן יש לחלק בין מעוברת לשם וכמ"ש התוס'. ועכ"פ הי' לו לאא"ז הח"ץ ז"ל להזכיר זאת. אבל אחר העיון עמדתי על כוונתו העמוק' דיש לומר דע"כ לא כתבו התוס' זאת אלא לענין אם אנו דנין כשחלצה בעת שהיתה מעוברת דאז לא נתגל' עדיין ואי אפשר לידע עתידות וגם לא נודע אם היא מעותדת להפיל בזה שייך לומר תגלי מלתא למפרע לא אמרינן ולכך חליצת מעוברת לא שמה חליצה אבל כאן שכבר הפילה רק שאנו דנין דנקרא חליצה פסולה וצריכא לחזור על כל אחין בזה שפיר אמרינן דלא שייך בזה חליצה פסולה דממנ"פ כעת כבר נתברר הדבר בממנ"פ רק שאנחנו לא נדע אם הולד ולד מעליא או לא בזה שפיר הביא אא"ז הח"ץ ז"ל ראיות ברורות דכל שהחסרון מצדינו לא שייך זאת ואמרינן אם יבא אליהו וז"ב כשמש בכוונת הח"ץ ז"ל שבלי ספק לא נעלמו מעיניו הטהורות דברי התוס' ונימוק"י אלו. איברא דצ"ב בראיות הח"ץ ז"ל מהך דיבמות דף כ"ג דהרי שם מקשה הש"ס ש"מ קידושין שא"מ לביאה הוה קידושין ומשני בשהוכרו ולבסוף נתערבו בין ברישא בין בסיפא ע"ש ולפ"ז להס"ד דמוקי בלא הוכרו מתחל' והיינו שלא בירר כלל בזה נראה לפענ"ד ברור דלא שייך בזה שאם יבא אליהו דהא הוא בעצמו לא בירר דבריו איזה מהן קידש ובשלמא בדבר שהוא ספק לנו מחסרון ידיעה שפיר אמרינן אם יבא אליהו אבל כאן אי אפשר לידע כלל דהא לא בירר כלל דבריו וכמ"ש התוס' רי"ד והריטב"א כעין זה דאף למ"ד יש ברירה ל"ש בכה"ג ברירה דלא בירר דבריו כלל וה"ה לענין זה ועיין באבני מלואים סי' מ"א וצ"ל דבאמת להס"ד הוה צריך לומר אף בכה"ג דא"צ לחזור על האחין או דאתיא המשנה כמ"ד דחליצ' פסולה א"צ לחזור על כל האחין. ובזה מיושב קושית התוס' ד"ה דיקא נמי דהקשו דא"כ תקשי לאביי ולפמ"ש אתי שפיר דגם לאביי מוכרח לאוקמי בהוכרו ולבסוף נתערבו דאל"כ הוה ח"פ וצריכ' לחזור על כל האחין וכמ"ש ודו"ק היטב. אמנם אחר העיון עדיין יש לדחות ראיית אא"ז הח"ץ משם דהרי התוס' הקשו ריש יבמות דנדה תאסר להתייבם דבשעת נפילה אינה ראוי' להתייבם וכתבו לחלק דנדה אינה נאסרת ליבם טפי מעל אחר וגם באחות אשה כבר נפטר' ואינו דרכי נועם שתצטרך להזדקק עוד אבל בנדה גם לבעלה צריכ' להמתין ע"ש וברא"ש ולפ"ז כאן במעוברת שוב הוה חליצ' פסולה דבשעת נפילה לא הית' ראויה להתייבם דא"א לידע עתידות וגם אינו מוכרח שתפיל וא"כ שוב הוה כמו כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה ושוב לא מועיל חליצת' אח"כ והוה חליצה פסול' וצריכה לחזור על כל האחין. ואחר העיון נראה לפענ"ד דזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' פרק ארבעה אחין דף כ"ו ע"ב ד"ה וחליצ' פסולה דרש"י

ס"ל דכל שאינו ראוי ליבום הו"ל חליצה פסולה ותוס' כתבו דלא חשוב חליצה פסולה רק היכא שנקלש' הזיקה ולפ"ז לרש"י באמת בכה"ג הו"ל חליצה פסולה כיון דאינה ראויה ליבום בשעת הנפיל' אבל לשיטת התוס' דס"ל דחליצה פסולה הוה כשנקלשה הזיקה א"כ שוב שפיר כתב הח"ץ דכאן ממנ"פ לא מקרי חליצה פסולה אם הולד מעליא א"צ חליצה כלל ואם לא הוה חליצה מעליתא מה תאמר דמכל מקום בשעת הנפיל' אינה ראויה ליבום דז"א דממנ"פ באמת כל הטעם דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע ע"כ משום שא"א לדעת עתידות ואולי תהי' וולד מעליא וא"כ ניחא לענין גוף הדין דא"ר ליבום אבל לענין קלישת הזיקה ממנ"פ הוה חליצה טובה דאם יהיה וולד מעליא א"צ חליצה כלל ולא אכפת לן בחליצתו של זה לעקור אותה הזיקה ואם לא יהי' ולד מעליא שוב לא נקלש הזיקה וז"ב כשמש ודו"ק היטב כי נעים ונחמד הוא ת"ל ומצאתי בשו"ת רמ"ע מפאנו סי' קי"ח שישב שיטת רש"י דדוקא היכא דההיוב ביבום הוא דקרי לי' חליצה פסולה מה שאינה ראויה ליבום ע"ש שישב כל קושית התוס' ולפ"ז בנ"ד ל"ש זאת וגם לרש"י בכה"ג לא מקרי חליצה פסולה מה שאינו ראוי ליבום ודו"ק היטב: ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא כל יבמה דעלמא לא תפול ליבום כיון דיש חשש שמא היא מעוברת דמה"ט צריכה להמתין בכל אשה חדשי הבחנה ומכ"ש ביבמה ובתשובה אחת הארכתי אם צריכה ביבמה מה"ת הבחנה ודעת החינוך דאינו רק מדרבנן והאחרונים תמהו דביבמה היא מה"ת וא"כ אם נימא דמה"ת ממתנת חדשי הבחנה וא"כ אף דאח"כ נתגלה הדבר למפרע שהיתה ראויה ליבם מכל מקום בשעת נפילה אין אני קורא בה יבמה יבא עליה ואף אם נימא דמה"ת א"צ להמתין דאזלינן בתר חזקת היתר ליבם ואף דרוב נשים מתעברות מכל מקום בכה"ג שלא ילדה לא שייך הרוב כמ"ש התוס' ביבמות דף ל"ד ד"ה וזו מכל מקום כל דמדרבנן אין אני קורא בה יבמה יבא עליה אפשר דגם מה"ת אינה ראויה וכמ"ש המלמ"ל בפ"ב מנערה ובכמה מקומות ולפמ"ש אתי שפיר דבכה"ג לא שייך אינה ראויה ליבום דאם יבא אליהו ויאמר דלא היתה מעוברת היתה מותרת והי' לה חזקת היתר ליבם מה"ת א"כ בכה"ג היתה ראויה ליבם מקרי ובכה"ג לא גזרו חז"ל וגם חליצה פסולה לא מקרי וכמ"ש ודו"ק. ועכ"פ יהיה איך שיהיה דברי אא"ז הח"ץ ז"ל נכונים דבכה"ג אפשר דל"ש ח"פ. ובמ"ש יש להבין סברת הש"ס במה דאמרו בדף מ"א הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר דהא קידש בת חליצה ויבום היא הכא אם יבא אליהו ויאמר דהיא לא אעברא מי משגחינן בי' ויבמינן לה הא קטנה דלאו בת אעבורי ואפ"ה צריכה להמתין. ולכאורה צ"ב דשאני כל קטנה שמכל מקום יש לחוש שמא מעברה וחיישינן אף למיעוטא משא"כ כשיבא אליהו ויאמר דלא מעברא

בודאי משגחינן דבספק מציאות בודאי סמכינן על אליהו ועיין מלמ"ל פ"ט מאישות בסופו ובמגיה שם ואני כתבתי על הגליון לעיין בתוס' בכורות דף נ"ח ע"א ד"ה מפי ולפמ"ש אתי שפיר דכבר כתבתי בשם התוס' דדוקא כל שבעת מיתה יש לברר שייך אם יבא אליהו אבל כל דבשעת מעשה א"א לדעת לא שייך אם יבא אליהו וא"כ גם כאן לא סמכינן בזה על אליהו כל דאפשר לחוש שמא תתעבר ולהנימוק"י אינו מוכרח שלא תתעבר ואולי יקלט הזרע ביום הג' ועיין תוס' יבמות דף ל"ז. מיהו בלא"ה נראה לפענ"ד דאף אם נימא דסמכינן על אליהו בספק במציאות מכל מקום כיון דזה דוקא בספק במציאות ולא בספק בדין כמ"ש המלמ"ל שם וא"כ שם דגזרו בקטנה אף שבודאי אינה מתעברת דצריכה להמתין שלשה חדשים וא"כ אין הגזירה על אותה אשה רק על כל הנשים שבעולם ובזה לא שייך שאליהו יברר דכל הנשים אינם מעוברות דהרי איכא שמתעברות א"כ זה הוה כמו ספק בדין ולא שייך בזה אם יבא אליהו וז"ב כשמש ועיין בתוס' שם דאף אם נימא דקטנה לא גזרו מכל מקום קטנה יבמה ודאי אסורה והיינו דביבמה לאו משום הבחנה נגעו רק מחשש אשת אח שלא במקום מצוה ומזה ראיה דלא כשיטת החינוך שהבאתי למעלה ובתשובה הארכתי בדברי החינוך האלו ועכ"פ דברי הש"ס נכונים ע"פ סברא נכונה וכמ"ש. ובזה אמרתי בחידושי ליישב דברי התוס' בדף ט"ו שהקשו דכל יבמה תצטרך להמתין ג' חדשים עם שלשה ימים דשמא לא נקלט הזרע רק אחר שלשה ימים וכתבו דכ"כ לא היה משתהה העיבור עד שליש ימים מהשני והקשה בשו"ת נוב"י בשם הרב מטרטקאב זצ"ל דאכתי ביבמה מאי איכא למימר דשם קשה היאך תתייבם ודלמא נקלט הזרע אח"כ והוה אשת אח שלא במקום מצוה. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה באמת עפ"י הרוב לא נקלט הזרע אח"כ רק תיכף ולפ"ז שוב נראה לי ברור דכמו דסמכינן על אם יבא אליהו מכ"ש דסמכינן על רוב דהתורה אמרה לילך אחריו בכ"מ ועדיף מאליהו דבספק דרינא לא סמכינן עליו אבל על הרוב סמכינן בכ"מ רק דלענין הבחנה שפיר הקשו דשם עשו תקנה כוללת והרי יש מיעוט שנקלט אח"כ ולא שייך שאליהו יברר וכמ"ש וגם על הרוב לא סמכינן דתקנה כוללת היא גם על המיעוט כמ"ש האחרונים ומטו בה משמי' דרמב"ן אבל לענין יבמה שפיר סמכינן על הרוב וז"ב כשמש ודו"ק היטב: שוב ראיתי בצלעות הבית בספר בית מאיר סי' א' ב' שהאריך בדברי הח"ץ ז"ל ולא מצאתי בהם שיעורר מכל מ"ש כ"א במ"ש ליישב קושית התוס' בדף כ"ג והנראה לפענ"ד כתבתי ועיין בישועת יעקב סי' קס"ט בהתשובה לענין חליצה פסולה ולפמ"ש בשם רמ"ע מפאנו בביאור שיטת רש"י היה מקום להאריך ולא נפניתי כעת ודו"ק היטב בכל מ"ש:

ג והנה בגוף קושית התוס' על רש"י בחליצה פסולה לפי שאני מיוצאי חלציו שאני נכד המג"ש שהיה נכדו כנודע אמרתי ליישב דהנה גוף סברת הש"ס דחליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין צ"ב דמה טעם יש בדבר והא חליצה וביאה שוים ושקולים וחליצה כשרה פוטר מעל כל כמו ביאה וה"ה חליצה פסולה וצ"ל דבאמת גם חליצה כשרה מהראוי היה שתהיה חוזרת על כל אחין דבשלמא בביאה של אחד נאסרה על כלם דנעשית אשתו ושפיר שוב לא נקראת זיקה משא"כ בחליצה ניהו דזה פטרה הא יש זיקה ונזקקה לאחין ומי יודע אם זה או זה ובמה יפטור האחד את חבירו וצ"ל כיון דחליצה במקום יבום היא מה יבום פוטר מעל כל אחין כמו כן חליצה של אחד פוטר דמצוה שקולה או יבום או חליצה ועכ"פ דיניהם שוה ולפ"ז במקום שא"י ליבם משום דהו"ל אחות חליצתו וא"כ א"א לומר דחליצה דהך במקום יבום קאי שהרי ליבם אינו יכול וא"כ שוב מהראוי שתחזור על כל האחין דלא נתברר מעיקרא אם זה יחלוץ או הזה ובמה יפטור האחד את חבירו וכח זיקתו ולכך צריכה לחזור על כל האחין וז"ב בסבר'. ולפ"ז מיושב היטב קושית התוס' דלכך במחזיר גרושתו אף דאסור ליבם א"צ חליצה מכל אחין משום דבאמת כל דאסור ליבם אי נימא כס"ד דש"ס יבמות דף כ' דעולה לחליצה ולא ליבום מקרא א"כ שוב החליצה כאן עדיף מיבום או עכ"פ שם יבום עליו וא"כ שוב פוטרת אחת את צרתה דחליצה מעליא הוא ומכ"ש לפי המסקנא דעולה ליבום רק דגזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה א"כ בחליצה דלא שייך זאת שוב הדרא לד"ת דכל דין יבום יש לו וכן הא דהביאו מהך דאמרו בדף כ"ג דצרה דלאה תפטר אף דהוה מבטל מצות יבמין וא"כ שם באמת עולה ליבום רק דחשו חז"ל שמא תתבטל מצות יבמין וא"כ אדרבא דין יבום יש לו ולכך פשיטא דא"צ חיזור על כל אחין רק כל היכא דל"מ ליבם משום דהוה אחות חליצתו א"כ ע"כ אינו עומד במקום יבום דהרי אסור לייבם מצד אחות חלוצתו וא"כ חליצה בפני עצמה מהראוי שתחזור על כל אחין דהא היתה זקוקה לכלם ובמה נפטרה היבמה מהאחין אחרים שלא נתברר אם זהו זיקתו היתה משעה ראשונה: ובזה נראה לפע"ד דבר נחמד בישוב קושית התוס' שהקשו בהא דמוקי דנפלו בזאח"ז דא"כ למה נקט שלשה בשנים הוה מצי לאשכוחי ונפלו בבת אחת דכל אחד צריך לחלוץ שתיהן דהו"ל חליצה פסולה משום דיש זיקה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ענין חליצה פסולה הוא לפי שא"י ליבם וא"כ מצד חליצה הרי נזקקה לשתיהן ולא נתברר בשעת מעשה איזה מהם יחלוץ כמ"ש ולפ"ז בשנים ממנ"פ מועיל ולא מקרי חליצה פסולה דאם זו שחלץ מתחלה היתה זקוקה לו וא"כ שוב מצי ליבמה ג"כ והוה חליצה מעלייתא ואם מתחלה היתה עומדת להזקק לאחיו וא"כ שפיר מצי ליבם אותה

כל שלא חלץ לאחותה ושפיר ל"מ חליצה פסולה כשחולץ לה דהא לא יבם השניה ואחות חליצתו לא מקרי דהא הוא חולץ לה לבד וא"כ כל אחד שפיר מצי לחלוץ ואם מזדמן לו יבמתו שפיר חולץ דאי בעי מיבם ואם מזדמן לו זו שלא נזקקה לו שפיר מצי חולץ אבל בשלשה שפיר הוה חליצה פסולה האמצעית דהוה אחות חלוצתו דדלמא נזקקה לשני והוא כבר חלץ ומכ"ש אם היתה עומדת להזקק לו וכעת ל"מ ליבמה ולכך נקט בשלשה ונפלו אח"כ וז"ב. והא דקאמר א"ה קמייתא נמי היינו משום דבשלשה ממנ"פ תהיה אחות חלוצתו וא"כ כלם הוה חליצה פסולה וז"ב. איברא דלפמ"ש ענין חליצה פסולה היא לפי שלא נתברר מעיקרא אם נזקקה לו דאולי לאחר נזקקה ואיך יפטור חליצתו זקוקת חבירו. ולכאורה קשה לפמ"ש הר"ש בפ"ה ממעשר שני דכל דלא בעי שתתברר למפרע רק בעת שחל המעשר לא שייך ענין ברירה א"כ ניהו דלמפרע לא נתברר מ"מ כל שחלץ עכ"פ נתברר שזו נזקקה לזה. אך ז"א דגם לאחר שחלץ לא נתברר שקרה לו זו ועדן ספק הוא ול"ד להך דר"ש דשם חילל מה שלקט וא"כ נתברר החילול עכ"פ מכאן ולהבא. אך עדן צריך להבין דא"כ אחות זקוקתו ל"ש חליצה פסולה דממנ"פ כל שאתה פוסלה משום שהראשונה זיקתו והיא אחות זיקתו שוב לא מקרי חליצה פסולה ויכול לישא אותה כשמתה הראשונה וצ"ל דבאחות זיקתו ודאי מודה רש"י דעכ"פ קלשא הזיקה דכבר נזקק לו אחותו ובלא"ה לא הוה חליצה מעליא ובזה מודה רש"י להתוס' דבכה"ג מטעם קלישת זיקה אתינן עלה וז"ב. ובלא"ה יש לומר כיון דזיקה אינו רק דרבנן ובדרבנן אמרינן יש ברירה ומעולם לא נזקקה לו השניה כלל וגם כיון דאם מתה שניה ודאי מותר בראשונה ואמרינן דראשונה נזקקה לו א"כ שוב שייך ברירה אף אם נימא דברירה אינו אלא ספק ולא שייך לומר דהוה תרתי ספיקי דאסורי וכמ"ש ודו"ק היטב כי כ"ז אמרתי בחפזי ולא עיינתי היטב בסוגיא דח"פ שהיא ארוכה ורחבה ואם יזכני ד' אעבור עליו שנית בל"נ: ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם בפ"ה מיבום הלכה י"א שדעתו שחליצה פסולה אינו מסלק זיקת יבום מהאחרות ולמפטר נפשה פטרה ותמהו עליו הרמב"ן והרשב"א והה"מ והכ"מ והלח"מ ובשו"ת רד"ך בית כ"ט האריך הרבה ואין הזמן מסכים לעיין בכל דבריהם ובפרט בשו"ת רד"ך שדרכו בקדש להאריך בהוויות ושקיל וטרי טובא ע"ש ולפמ"ש י"ל דבשלמא למפטר נפשה פוטרת אבל למפטר האחרות הא כיון דהחליצה הלז אינה במקום יבום כיון דחליצה פסולה היא וא"כ איך תפטור ובמה נפקע זיקתה של השניה דמי יודע אם זו נזקקה מתחלה או האחרת ובזה ניחא שגם חליצה של האחרת לא תפטור אותה כיון דאותה החליצה ג"כ פסולה דלא נוכל לחשבו במקום ביאה דהא כבר עשה אחד מהיבמים בעילה או

מאמר באחרת וע"כ שאינו במקום ביאה ובמה תפטר האחרת וז"ב לדעתי ועיין ברשב"א שם בחידושיו שכתב לחלק בחליצה פסולה כעין חלוקו של הרמ"ע מפאנו שהזכרתי למעלה ועיין בטוש"ע סי' ק"ע ובב"ש ס"ק י"ד:

ד והנה בהא דקאמר הש"ס מאי אחד חולץ לכלן דקאמר אאמצעית והא כלן קאמר כיון דרובא גבי' כלן קרי לי'. הנה מזה הבאתי ראיה ברורה למ"ש הט"ז בא"ח סי' ש"פ ס"ק א' ובהלכות ר"ה סי' תקפ"ב ס"ק ג' שמצינו לפעמים שאף שכתוב כל אפ"ה הכוונה לרובי וע"כ פרט בפירוש כל ע"ש וזה מפורש כאן שאף שאמר כלן הכוונה לרובי ועיין בחידושי ריטב"א על יבמות כאן שכתב פירוש החולץ לכלן דקאמר היינו רובן ולרובן קרי כולן כדאמרינן בעלמא העכום"ז כלו וכלו כרובו והדברים סתומים והכוונה ברור שהתכוין למ"ש הגוי כלו ודרשו בהוריות דרובו ככלו והמדפיס טעה וסבר שהגוי הכוונה על א"ה וע"כ העתיק העכום"ז ובאמת הכוונה על מה שכתוב בפסוק הגוי כלו ושם קאי על ישראל ודרשו מזה דרובו ככולו.

ה ועכ"פ מזה ראיה ברורה להט"ז ודו"ק ומכאן ק"ל על מה שראיתי כתוב בשם המהראנ"ב שלא שייך לומר כלן על שתים כ"א ביותר משתים והרי כאן אמר לשון כלן וקאי על רובן דהיינו שתים וצ"ע:

ו והנה במ"ש למעלה בביאור ענין חליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין נראה לפענ"ד לבאר בזה סברת הר"א מבורגייל שכתב דכל דהחליצה היה משום חיזור לא נאסרה קרובת חליצתו ולפמ"ש אתי שפיר הסברא דלכאורה לא נודע טעמו ולפמ"ש יש לומר דכל הטעם דאסרו קרובת חלילתו דחליצה במקום יבום קאי וכיון דאם היה מיבם היה אסור בקרובותיה ה"ה בחליצה וא"כ כל שהיא חליצה פסולה וא"כ א"א ליבם ולכך צריכה חליצה מכל האחין וא"כ מ"ט יאסר קרובת חלוצתו וז"ב כשמש. ובזה אני אומר להדר פני זקני הח"ץ ז"ל שהביא ראיה מיבמות דף כ"ג דכל דשייך ממנ"פ לא מקרי חליצה פסולה דאל"כ אמאי בסיפא אחד חולץ ואחד מיבם הא כיון דהראשון לא יכול לייבם הו"ל חליצה פסולה וצריכה לחזור על כל האחין ואיך ייבם השני אחותה והא הוה חליצה פסולה ותמהו בבית מאיר בתשובה שם דהא לשיטת הר"א מבורגיל בחליצה פסולה שצריכה חיזור בכה"ג אינו נאסר בקרובת חלוצתו וכן הקשה דו"ז בסי' ק"ע ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא משום דכל שהיא חליצה פסולה ואי אפשר להתייבם היאך שייך שיאסר בקרובתה הא אינו במקום יבום וא"כ זה דוקא בסתם קרובת חליצתו אבל כאן שפיר קשה היאך מיבם אחותה והא כל שאתה אומר דצריך לחזור על כל האחין והוא משום דלא נפקע זיקתה על האח דדלמא היתה זקוקה לאותו האח ובמה

נפקע זיקתו דבשלמא כל שהראשון היו יכול ליבם החליצה במקום יבום קאי אבל כאן אינו עומד במקום יבום וכיון שכל מה שצריכה חליצה הוא משום דשמא נזקקה לזה וא"כ שפיר מקשה דהיאך אפשר ליבם אחותה דאם חולצת בשביל הספק שמא היא זקיקתו ואיך מיבם לאחותה והו"ל אחות זקיקתו והוה תרתי דסתרי. ובזה יש ליישב מה שהקשה אא"ז הח"ץ ז"ל מסיפא ולא מרישא דהמשנה ודו"ק היטב. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש דו"ז בישוי"ע סי' ק"ע ס"ק ב' להסתפק במקום דנחלצה מאחד מאחין חליצה פסולה ועדיין לא נחלצה מהשני אם נאסרה משום קרובת זקוקתו דהרי היא זקוקה לו משום חליצה פסולה דצריכה חיזור לשיטת התוס' דחולקין כל נחלצה משום חיזור דפסולה איך הדין כל שלא נחלצה עדן ולפמ"ש בודאי אסור דהרי באמת גם כשחלצה מהאחין הרי עיקר חליצתה היו משום שאינו ראוי ליבם ואפ"ה אסרו בקרובת חליצתו לשיטת התוס' דחלקו על הר"א מבורגייל וא"כ מכ"ש כשעדיין לא נחלצה דהא דצריכה חליצה היא משום חשש שמא נזקקה לו ואין ברירה וא"כ פשיטא דאסור בקרובותיה משום קרובת חליצתו וז"ב ודו"ק היטב כי ענין עמוק הוא ת"ל. ועיין בתוס' יבמות דף ס"ז שכתבו דאף לר' יוסי דס"ל דחיישינן למיעוטא מ"מ קטנה חולצת אף דא"ע ליבום דמ"מ אם יבא אליהו ויאמר דאינה אילונית היתה חולצת ולכאורה מהראוי להיות עכ"פ ח"פ וע"כ כדברי אא"ז הח"ץ ז"ל דבכה"ג ל"ש ח"פ דנתברר למפרע שאינו ח"פ וזה ראי' ברורה לפענ"ד: ומדי דברי זכר אזכור תמיה גדולה דהתוס' שם הוכיחו דר' יוסי ס"ל דחיישינן למיעוטא וכ"כ בחידושי הרשב"א שם וברשב"א ור"ן בשבת פר"א דמילה כתבו דר' יוסי ס"ל דמי שבא ואמר גר אני דאין מטבילין אותו משום דחיישינן שמא גבעוני מהול הוא וא"ל דחייש שמא נולד מהול דזה מיעוטא היא ור' יוסי ל"ח למיעוטא הרי בהדיא דר' יוסי לא חייש למיעוט ולכאורה הוא נגד ש"ס מפורש דר' יוסי חייש למיעוטא וצע"ג:

ז והנה בהא דאמרו ביבמות דף כ"ח דאחיות איני יודע מי שנאמן ופריך ולימא לי' דלמא קדים וחליץ לראשונה ברישא וכו' והנה התוס' בד"ה איתביה הקשו דאמאי אם אמרינן הטעם שמא יבא לידי ביטול יבמין גזרו אף לחלוץ ברישא והדר לייבם דלמא יבא ליבם ברישא ולענין חשש איסור אחות זקיקתו לא חיישינן ע"ש שנדחקו. אך נראה דבאמת הריב"ן פירש שם דלכך לא פריך הש"ס לרב משום דלרב דסבר חליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין וא"כ צריכה האחת חליצה משתיהן ושוב השניה א"א ליבם משום דלכל אחת הוה חלוצתו ע"ש ולכאורה לשיטת הר"א מבורגיל דכל חליצה שהיא משום חיזור לא נפסלה אחותה משום אחות חליצתו א"כ לא שייך החשש הלז. אך נראה דלפמ"ש הטעם משום דכל שהיא צריכה חיזור ע"כ דא"א ליבם ובכה"ג ל"ש דהא

חליצה במקום יבום קאי ולכך לא נאסר בקרובת החלוצה ולפ"ז שוב לא שייך החשש דלמא אתי ליבם דכל שאתה חושש שמא אתי ליבם שוב ל"צ חליצה מכל אחין וכל שאתה אומר דצריכה חליצה מכל אחין ע"כ דא"א ליבם וא"כ לכך לא גזרו שמא אתי ליבם אבל משום ביטול מצות יבמין שייך חשש דלמא אתי ליבם ועיין ישועת יעקב סי' קע"ה ס"ק א' ובגוף החשש שמא יבא לבטל מצות יבמין לכאורה צ"ב דהא גם השתא חולץ וגם כשמיבם אחת וניחוש שמא ימות אידך ג"כ לא יהיה חשש רק שלא יוכל ליבם אבל לחלוץ למה לא יוכל. אך זה אינו דהא תהיה אחות אשתו ולא יוכל אף לחלוץ וכ"כ רש"י ריש הפרק וז"ב ופשוט. וראיתי בישועת יעקב סי' קע"ה ס"ק וא"ו שהקשה לפמ"ש הנימוק"י גבי שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה אומרים לו המתן עד שיעשה אחיך מעשה וכתב הנימוק"י דלאו דוקא בקידש אלא אף בנשא אסור לו לבא עליה עד שיעשה אחיו מעשה דלא נפקע זיקתה וא"כ מאי ביטול מצות יבמין איכא הא אף כשמיבם זה מכל מקום צריך לחלוץ לאידך כיון שלאחר שנפלה השניה ליבום כנס זה את זו וא"כ כיון דכעת שניהן חולצות מאי ירוויח מה שיבם לאחת מכל מקום השנית צריכה חליצה וע"ש שהאריך בקושיא זו ולא ידעתי מקום לדבריו כלל דשאני התם דאסור לבא עליה כל שלא נפקע הזיקה והו"ל אחות זקיקתו אבל כאן חיישינן דלמא כשימות האח לא יוכל ליבם ולא לחלוץ ויבא לידי ביטול מצות יבמין ולא יוכל ליבם ולא לחלוץ וא"ל דלמה לא יחלוץ דהא לא נפקע הזיקה דזה אינו דכיון שליבום אינו עולה לא יוכל לחלוץ ג"כ ויתבטל מצות יבמין מכל וכל ולכך גם שם אומרים לו שימתין ולא יעשה מעשה עד שיחלוץ לה האחר כדי שיתקיים מצות יבום עכ"פ באח אחד אבל כאן חיישינן שיתבטל מכל וכל: ובזה נראה לפענ"ד דלאבא שאול דס"ל מצות חליצה קודם א"כ שוב עכ"פ ל"ש לחשש שמא יתבטל מצות יבמין דבאמת לחליצה זקוקה רק משום דכל שאינו עולה ליבום והיינו דוקא במקום שלא היתה ראויה ליבום מתחלה אבל כאן היתה ראויה ליבום ורק אח"כ כשיבם אחותה אירע מקרה שמת אידך א"כ פשיטא דבכה"ג חולצת וגם לא אמרינן שיוציאו בשביל זה דלדידיה אין חשש מה שלא יבם וכל שיוכל לחלוץ ל"ח וז"ב. ובזה נראה מה דאמר אבא שאול קל הי' להם לב"ה דבר זה והיינו משום דלשיטתי' חליצה קודם ליבום וכמ"ש וז"ב. ובזה נראה הא דאמר ר"א במשנה ב"ש אומרים יקיימו והקשו בתוס' וכי טעמא דב"ש אתי לאשמועינן וכתבו דאתי לאפוקי מדאבא שאול דב"ה ס"ל יקיימו ולפמ"ש י"ל דאבא שאול לטעמי' דלכך ס"ל דב"ה מקילין אבל לר"א דפוסק כדעת רוב הפוסקים דמצות יבום קודם ולכך אמר דב"ש ס"ל יקיימו וב"ה ס"ל יוציאו ודו"ק. ובזה ניחא הא דאמרו ביבמות דף כ"ג מ"ש

מהא דתנן ארבעה אחין וכו' ופירש"י דהקושיא היא דלמה קתני שם יוציאו וכאן קתני קדמו וכנסו איו מוציאין והקשו הקדמונים דלוקי המשנה דדף כ"ג כאבא שאול דס"ל קל להם לב"ה ולפמ"ש י"ל דהא כל הטעם דאבא שאול משום דלא שייך מצות ביטול יבמין אבל אם נימא דהחשש הוא משום אחות זקוקתו לא שייך החילוק בין מ"ח קודמת וא"כ שם אזיל הש"ס משום חשש אחות זקוקתו וא"כ אף לאבא שאול יש להחמיר וצ"ע בזה בסוגית הש"ס כי אין הזמן מסכים כעת עמדי. ובגוף החשש דחיישינן דלמא אדמייבם חד מיית אידך צ"ב דלמה נחוש לשמא ימות אידך דהוא חששא רחוקה דרוב בריאים יש להם חזקת חיים וצ"ל דלשמא מת הוא דלא חיישינן אבל לשמא ימות חיישינן:

ח והנה הנוב"י במהד"ק חיו"ד סי' ג' ביאר הטעם דלשמא ימות חיישינן דוקא במקום שיהיו חשש שיהיה איסור ע"ש ובזה יש לומר גם כאן חיישינן דכל שייבם לזו אם ימות האח יהיה קלקול דמה נעשה שיתבטל מצות יבמין ולכך חיישינן ובזה י"ל הא דלא חיישינן בכמה מקומות למיתה ועיין בתוס' שם ובאא"ז הח"ק ז"ל סי' ק"ו ולפמ"ש יש להאריך בזה ואכ"מ כי לא נפניתי כעת ועיין בתוס' יבמות דף י"א ד"ה ר"ש שכתבו ג"כ דכל דשייך ממנ"פ לא שייך חליצה פסולה ע"ש לענין צרת סוטה ונדחקו במה דקרי לה בירושלמי חליצה פסולה (ולזה כוונו התוס' בדף כ"ו ד"ה חליצה פסולה ודו"ק) ועיין חידושי הרשב"א שם ומבואר כסברת זקני הח"ק ז"ל דלא שייך חליצה פסולה בכה"ג דממנ"פ החליצה כשרה ע"ש ועיין חידושי רשב"א דף י"ב שם בהא דאמרו תריץ הכי היא חולצת צרתה או חולצת או מתייבמת והקשה דהו"ל חליצה פסולה וכתב דלא אמרו חליצה פסולה רק בפסול דמחמת זיקה א"נ מחמת מעשה שנעשה באותו בית בבעלת הגט או בבעלת המאמר ע"ש ודו"ק היטב:

ט והנה בר"ח אב בשנת תרי"ז היו קביעות חליצה בב"ד שלי והרהרתי בהך דחליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין אם צריכה חליצה גם מאותו אח שכבר חלץ חליצה פסולה והדיין הרב מוהר"פ קארפ נ"י השיב דממנ"פ לכאורה א"צ חליצה דאם נימא דחליצתו טוב שוב א"צ לחלוץ כלל ואם אין חליצתו טוב לא תחלוץ. וזה אינו דאף להח"ק והב"ש שחלקו על הרשד"ם כאן לא שייך ממנ"פ דאם לא הי' חליצתו טובה שוב צריכה שנית לפטור זיקתו. אמנם נראה דכל הטעם דחליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין הוא משום דקלישא זיקתו וכיון שכן שוב א"צ חליצה מאתו ואפילו הי' גדול האחין מכל מקום האחין הנותרים הם יותר ראויים מזה דהרי חליצתו קלישא שכבר פטרה. ועוד נראה דאף דחליצה פסולה מ"מ עכ"פ הוא אסור עכ"פ ליבמה כיון שכבר חלצה וחליצה פסולה אינו רק דרבנן וא"כ כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה וז"ב והנה שאל

אותי הדיין הרב ר' חיים יוסף עלינבערג נ"י דא"כ גם על האחין אסורה והשבתי דהן אמת דר"י ור"ל נחלקו ולר"ל על האחין אסורה יותר מעל זה שחלץ לה כמבואר ביבמות דף יו"ד ולר"י שוין עכ"פ אבל זה בחליצה כשרה וטעמי' דר"י דשליחותא דאחין עבד אבל בחליצה פסולה יכולין האחין לומר לתקוני שדרנוך וכל שנעשה חליצה פסולה לא תוכל לאסור עלינו ושוב האחין מותרין בה והוא נאסר שהרי כבר חלץ וחליצה קלישא היא והזיקה קלישא. ומה"ט נראה לי דזהו הטעם של חליצה פסולה דחוזר על כל האחין משום שהם יכולין לומר לתקוני שדרנוך. ומזה נראה לי ראיה למה שנסתפק במלמ"ל במשלח שליח לעשות לו איזה ענין והשליח עשה באיסור אבל אינו רק מדרבנן אי שייך לתקוני שדרתיך ובתשובה הארכתי בזה ולפמ"ש כעת ראיה דאף בדרבנן שייך זאת שהרי חליצה פסולה שצריכה לחזור על כל האחין הוא בשביל שהם יכולים לומר לתקוני שדרנוך והרי חליצה פסולה אינו רק מדרבנן ודו"ק:

סימן מ

א שלום וכ"ט לכבוד הרב החריף השלם מוה' מאיר מיימון נ"י:

ב מכתבו הגיעני תמול ומאד יפלא אחרי כי הוא יודע שאני יושב קרית חוצות ומחוסר ספרים למה יעתיר עלי אמנם אחר שכבר דפק על דלתי תורתי אשיבו אך בקיצור נמרץ הנה מה שהקשה על הב"י באהע"ז סי' ק"מ שהביא דעת המהרי"ק בהבנת הרי"ף דאף בזכי לא מועיל רק בענין שלא יוכל לחזור בו אבל אינה מגורשת רק בהגיע גט לידה וע"ז תמה דהרי הב"י ובש"ע י"ד סי' רמ"ז סעיף ט"ו הביא בעצמו באומר תן גט זה לעבדי א"י לחזור אבל אינו משוחרר עד שיגיע השחרור לידו אבל באומר זכה גט שחרור זה לעבדי מגורשת תיכף והרי לדעת הרי"ף מהראוי להיות גם באומר זכה שלא תהי' מגורשת עד שיגיע גט לידה וע"כ דמחלק בין תן לזכה דבתן כיון דאמר תן גלי דעתי' דלא רצה שישתחרר עד שיגיע השחרור לידו כמ"ש הפ"י א"כ שוב אף לדברי המהרי"ק מוכרחים גם לומר דבזכה אף שלא הגיע הגט לידה מגורשת ודלא כמהרי"ק. ואני אומר דאם הי' מעיין בחבורי יד שאול ה' עבדים סי' רס"ז ס"ק מ"ח ימצא טוב טעם במה שמחלק המחבר בין תן לזכה ומטעם אוחרא דבאמת הוה טלי גיטך מעכ"ק יעו"ש וימצא וא"כ שוב דברי המהרי"ק נכונים וכמו שהארכתי שם לבאר זאת וא"צ לכפול הדברים וממילא גם דברי בשו"ת שואל ומשיב ח"ב סי' קע"ב שחששתי לדברי המהרי"ק נכונים:

ג מה שכתב לישב דברי המחנה אפרים ה' זכיה סי' ל"ג שהקשיתי עליו בחיבורי שואל ומשיב ח"ג סי' צ"ז דממ"נ אם ט"ה הוה ממון א"כ יש כאן בעלים ואם אינו ממון שוב הוה כהפקר ועוד שהרי בפירוש זכתה התורה מ"כ לכהנים וע"ז כתב מע"ל דלא דמי

להפקר דכל טעמו של המח"א דאינו נעשה שליח לקבלה במתנה הוא מטעם דהוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והיינו להנותן וכמ"ש במח"א שם סי' כ"ח ובה' שלוחין סי' ז' א"כ בשלמא בהפקר דשייך מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' משא"כ במ"כ דל"ש מגו דזכי לנפשי' בישראל שוב הוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים היינו לכהנים אחרים. ובזה ישב מע"ל דברי הפר"ח י"ד סי' ס"ג דכהן יכול לזכות המתנות לישראל וכתב הפר"ח דמיירי במכירי כהונה והכו"פ דחה דבריו דלמה לי' מכירי כהונה ת"ל דכהנים אחרים אסחי דעתייהו מיני' עיי"ש וע"ז ישב מעלתו דהוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים שאר כהנים. הנה באמת גוף דברי המח"א מ"ש בביאור דברי הירושלמי דלכך אינו נעשה ש"ק במתנה כיון דיכול לחזור בו הוה כחב לאחרים שעדיין יוכל לחזור לפע"ד צ"ע דעכ"פ כל כמה דלא חזר בו הוה זכיה גמורה ולמה לא יכול לעשות ועיין ברש"י ותוס' בגיטין דף י"א והר"ן לא ניחא לי' שם בזה אמנם גם להתוס' והפוסקים שם גם כאן שייך מגו דזכי לנפשי' גם בישראל שיכול לזכות בו וימכרהו לכהנים והלא כבר הפריש ויצא מידי טבל ואף דצריך לתנו לכהן הא הוא נתן להשליח והשליח יכול לזכות בו ויתנהו לכהן ואף אם יאמר דדבר זה אסור ולא קיים מצות נתינה אבל עכ"פ תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ל"ש בזה דהיינו הנותן דמה נ"מ לנותן אם יתנהו לזה הכהן או לאחר סוף סוף הוא נתן לידו ולענין ט"ה ל"ש תופס לבע"ח כ"ז שלא חזר בו אף שיכול לחזור בו ועוד גם ט"ה אינו ממון כל שלקחו הישראל א"י להוציא מידו וכמ"ש התוס' בחולין דף קל"ג יעו"ש אף שבתחלה יכול לעכב אבל כל שכבר זכה בו א"י להוציא מידו ואף דשם מיירי שהכהן זכה בו גם כאן כבר זכה בו הישראל ויכול למכור לכהנים בזול ולזה בודאי מועיל מה שט"ה אינו ממון ודו"ק כי קצרתי:

ד יתר דבריו אין הזמן מספיק לי ומ"ש בדברי מהרי"ו ה' חלה ובישוב קושית הישועות יעקב גם אני בחידושי לה' חלה הארכתי וכבר דרשתי בפרקא זה שנים רבות וקשה עתיקא ומ"ש מע"ל דבר חריף בשם כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י דבר חריף הוא אבל לפי הפשט אינו מסכים ואני ישבתי אחר צאת ספרי מבית הדפוס דאז גם כלי שאב"י הי' אסור ורק לדורות מותר והדבר מבואר במהרש"א בפסחים ובמשמרת הבית להרשב"א והן נסתר מחמתו דברי הכו"פ בכמה מקומות שהשתמש בזה ואינו כעת לפני שום ספר וע"כ קצרתי. ז"ז יהיו שלום כנפשו וכנפש הדו"ש:

סימן מא

א בחמאה שנתבשל עם בשר ונאסרה שלא הי' ששים אם מותר להדליק נר חנוכה מזה.

ב הנה במה שהבאתי דברי אדוני אבי זקני שער אפרים סי' ל"ח שנשאל בחמאה שנתבשל בקדרה של בשר ונאסרה שלא הי' ששים אם מותר להדליק נר חנוכה מהשמן של החמאה הזה. ומקום הספק אי נימא כיון דאסור בהנאה הו"ל הנאה מזה וא"ל דמצות לאו להנות נתנו הא בדרבנן שיטת הרז"ה דמצות להנות נתנו. והנה מה שהארכתי במ"ש הא"ר בהלכות חנוכה לאסור מטעם מבשל בב"ח שהרי הפתילה נתבשל בו והשבו"י סי' ל"ח ח"א מסכים עמו בזה דשייך בישול אחר בישול בב"ח. והנה בפרט הלז כבר הארכתי למעניתי בתשובה לענין בישול אחר בישול בשבת שם ביארתי גם לענין בב"ח וכעת אני אומר דלר"ל דס"ל בחולין דף קי"ג דילפינן מבשל מבושל במים וא"כ במצה ופסח מבואר בפסחים דף מ"ם דבישול מבטל הצליה וה"ה בב"ח דיש בישול אחר בישול ולפ"ז יקשה על מה דאמר ר"י לר"ל וכי כעורה זו ששנה רבי וכו' והא נ"מ לענין בישול אחר בישול. ובאמת לפענ"ד נראה כיון דהתורה תלה בב"ח בלא תבשל ובעינן דרך בישול א"כ כל שנתבשל כבר אינו דרך בישול שזה מקרי שלוק דהיינו נתבשל יותר מדאי וכמו דקי"ל לענין כבד והרבה דברים דדוקא בישול אסור ולא שלוק וה"ה בזה דאינו מקרי דרך בישול בזה שכבר נתבשל וכמ"ש שם באורך. ובזה אני אומר ליישב דברי הכו"פ וכן מצאתי בשבות יעקב ח"א סי' ל"ח שהביא ראיה זו מהא דאמרו בחולין דף ק"ד גזירה שמא יעלה באלפס ראשון זה ודאי דלא יעלה על השלחן דבר חי וע"כ שכבר נתבשל וע"כ דגם בישול אחר בישול יש בו איסור תורה וכל הרואה משתומם דמה זו ראיה דאין בישול אחר בישול היינו לענין שלא יעבור על לאו דלא תבשל אבל מ"מ אסור באכילה וכי איסור שהיו בו להיכן נפקע וכבר ראיתי בספר מ"ב לאחד מאחרוני אחרונים שתמה בזה בסי' ע"ז והביא מהך דתחב כף חולבת בקדירה של בשר ב"פ דאסור כמבואר סי' צ"ד ובאמת השבו"י בעצמו הביא ראיה זו משם והוא תימה ועוד תמה שם דדוקא אם נתבשלו שניהם ביחד שייך לדון דבישול אחר בישול אבל כאן הרי לא נתבשלו ביחד רק כל אחד בפ"ע א"כ פשיטא דכל שנתבשלו ביחד דאסור משום בב"ח וגם בחלב אף שהוא לח בלח שייך בישול אחר בישול כמבואר באו"ח סי' שי"ח וגם כל שכבר נצטנן בודאי שייך בישול אחר בישול ע"ש שהאריך בזה על דברת הכו"פ. ולמען לא יהיה דבריו כספר החתום אמרתי ליישב דכוונתו דבאמת כיון דעיקר הטעם דבב"ח לא שייך בישול אחר בישול אף דמכל מקום נעשה התועבה מכל מקום כיון דדרך בישול בעינן וכאן כבר נתבשל וא"כ שפיר פריך דשם שכבר נתבשל הבשר וא"כ שוב אף שנתבשלו אח"כ יחד מכל מקום אינו דרך בישול ולמה יתחייב. ובלא"ה נראה דבאמת הא דהקשה ר"ש סוף סוף צונן בצונן הוא נראה לפענ"ד דאין הקושיא לרב יוסף כמ"ש רש"י והתוס' רק

דגם לאביי מקשה דבאמת לפי מה דמסיק דגזירה שמא יעלה באלפס רותח כ"כ שוב אין ראיה דגזרינן בדאורייתא גזירה לגזירה דהגזירה היא משום בישול בב"ח בעצמו ול"צ לגזור משום אכילה וא"כ שוב אין מקום לדברי אביי ולזה רצה אביי לדחות גזרה שמא יעלה באלפס רותח וס"ד דאינו מבשל אבל מכל מקום רותח הוא וא"כ לענין לא תבשל אינו עובר ומשום אכילה הוא דאסור וא"כ ראיית אביי נכונה ולזה דחי לי' כיון דאינו מבשל אין איסור כלל מן התורה וע"ז מסיק דגזירה שמא יעלה באלפס רותח ושוב אסור מחמת הבישול בעצמו וז"ב.

ג ומעתה מיושב היטב דברי הכו"פ הנ"ל דשפיר מביא ראיה דיש בישול דאל"כ כיון שכעת אינו דרך בישול שוב לא שייך איסור תורה דהא כבר נתבשל וא"כ שוב הוה גזירה לגזירה וע"כ דיש בישול אחר בישול וא"כ לא גזרינן רק העלאת בשר עוף אטו בהמה וליכא גזירה לגזירה ובזה מיושב היטב דברי הט"ז ריש סי' פ"ח שכתב אף דכשיאכלם יחד ג"כ ליכא איסור דאין איסור אלא דרך בישול יחד מכל מקום בכה"ג גזרו גזירה לגזירה ודבריו תמוהים דאף כשיבשלם יחד ליכא איסור תורה בבשר עוף בחלב וכבר תמהו בזה האחרונים ובספר קרן אור האריך בזה ולפמ"ש אתי שפיר דכוונת הט"ז כיון דאינו דרך בישול יחד א"כ אף אם נגזור אטו העלאה בהמה לא הי' אסור לזה אמר דבכה"ג גזרינן גזירה לגזירה דבבהמה היה אסור משום הבישול עצמו וכמ"ש ודו"ק היטב. ועתה נעתיק עצמינו לדברי זקני בשער אפרים שכתב בזה משום דמצות לאו להנות נתנו ובדרבנן להנות נתנו והאריך בדברי הרז"ה ובזה כבר הארכתי בתשובה אחת ליישב דברי הרז"ה והרשב"א שמביא. אבל בגוף דברי זקני הגאון שכתב דכאן שייך מצות לאו להנות נתנו רק דבדרבנן אסור לפענ"ד נראה דכאן ליכא בית מיחוש דבאמת בב"ח אסור בהנאה והוא מהנקברין ומ"מ בכה"ג שמדליק ליכא למיחש כלל דאף דכל הנקברין לא ישרפו כמבואר בתמורה סי' ל"ד משום דאתה מיקל באפרן דזה אינו דכאן כיון דאסור להשתמש לאורה ואף כל מה שנותר מהשמן עושה לו מדורה ומדליקו כמבואר באו"ח סי' תרע"ז בשם השאלתות משום דהוקצ' למצותו וא"כ שוב לא יבא להקל באפרן ואחר שידלק השמן כלו מה יש לחוש לה ואפר של הפתילה הא זה אינו בא רק משום בלוע דבב"ח והוה כשאר איסורין ודוקא בב"ח עצמו אסור בהנא' משא"כ אותה פתילה דאינו רק בלוע מבב"ח ופשיטא דאפרן שרי וגם הפתילה בעצמה הוקצה למצותו ואסור וא"כ ליכא שום חשש ולמ"ד דמותר להשתמש לאורה שוב אין מקום לדברי זקני כמ"ש בעצמו דהא יש לו הנאת הגוף בהדי מצותו ורק משום דאסור בהנאה ואסור להשתמש לאורה וא"כ מצות לאו להנות נתנו וא"כ שוב ליכא שום חשש.

ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' בשבת דף כ"א שהקשו בהא דאמר רבא מ"ט דר"ה קסבר כבתה זקוק לה ומותר להשתמש לאורה והקשו בתוס' דמהיכן מוכח דלמא אסור להשתמש לאורה והא דאסור בשבת משום דכבתה זקוק לה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת המהרי"ט והפ"י הקשו בהא דכלל כל השמנים והא איכא שמן שריפה ומ"ט יפסול בחול וכתבו משום דאסור בהנאה ע"ש ולפ"ז אם נימא דאסור להשתמש לאורה שוב מצות לאו להנות נתנו וליכא שום איסור בשמן שריפה בחול ואנן ס"ל דאף בדרבנן מצות לאו להנות נתנו ולכך ע"כ דמותר להשתמש לאורה והוה הנאת הגוף בהדי מצוה וז"ב ודו"ק: עוד יש לי לומר בפשיטות דבאמת בשבת לא שייך החשש דכבתה זקוק לה ודלמא יפשע דהא בלא"ה לא יפשע דצריך לאורה משום שלום בית ובודאי העכו"ם ידליק עבורו והוא יאמר לעכו"ם מע"ש וגם הוה שבות במקום מצוה ולכך ע"כ משום דמותר להשתמש לאורה מיהו כיון דכבתה זקוק לה שוב לא יועיל כשידליק ע"י עכו"ם דכל שזקוק לה צריך להדליקה בעצמו מבע"י דאפשר כל שהדליקו בעצמו אף דנכבה שוב יכול להדליקו ע"י עכו"ם וצ"ע בזה:

ד וראיתי בשער אפרים שם שרצה לומר דהטעם דאסור משום דכיון דבעי שיעורא להדלקת נר חנוכה כמו חצי שיעור ושוב הוה כתות מכתת שיעורא והא דמותר להדליק בשמן שריפה אף דכתותי מכתת שיעורא היינו משום דבשמן שריפה מותר להנות בשעת ביעורו כמו תרומה טמאה ע"ש ולדבריו שוב יקשה למה אין מדליקין בשמן שריפה בחול בחנוכה דהא מותר להנות בשעת ביעורו אבל תמה אני על דבריו הקדושים דהנאת של כילוי אסור וכאן הוה הנאה של כילוי ואסור. ובגוף דבריו הקדושים שכתב דשייך כתותי מכתת שיעורא דבריו תמוהין כמ"ש בשב יעקב חלק יו"ד סי' נו"ן דהשיעור אינו צריך רק משום פרסום הנס והרי מכל מקום כשדולק רואין שדולק ונתפרסם הנס ואטו בעינן שיהיו בו שיעור בעין ע"ש ודבריו נכונים ומסתברים וכיוצא בזה מבואר בסי' שס"ג ס"ח באו"ח לענין לחי מעצי אשירה ע"ש בב"י. שוב ראיתי בשער אפרים שכתב דנר חנוכה כיון דהוה מהנקברין ל"ש כתותי מכתת שיעורא וכאן רשאי לשרוף דל"ש כאן אפר.

ה והנה כבר הרגשתי בזה ויותר הו"ל לומר דהא אח"כ עושה לו מדורה אבל מ"ש הוא דאינו כתותי מכתת שיעורא דהא הוא מהנקברין תמהכי דזה מאמר סותר עצמו דמאחר דכאן צריך להדלקה וא"כ שוב כתותי מכתת שיעורא דהא כל הטעם דהנקברין לא שייך כתותי מכתת שיעורא משום דמתקיים בארץ וכאן הרי אינו מתקיים דמדליקו ושוב מכתת שיעורא. שוב ראיתי שהרגיש בזה בשער אפרים שם אח"כ. אמנם בגוף הדבר מ"ש אא"ז בעל שער אפרים דשייך כתותי מכתת שיעורא בנר חנוכה שהדברים

מתמיהים וכמ"ש אמרתי ליישב ולהדר פני זקני הגאון ז"ל דכוונתו דבאמת ענין כתותי מכתת שיעורא הוא משום דבאמת צריך ביעור שהתורה רצתה שתשרף ולא יהי' בעולם איך שייך שיהיה מקיים בו המצוה דהרי לא יבערו ויקיים בו מצוה והתורה רצתה שישרפנו ולא יהיה לו קיום בעולם ולפ"ז גם נר חנוכה כיון דהי' יכול להשרף ולהתכלות כרגע והוא מאחרו כדי שידלק כשיעור הצריך למצוה וא"כ הרי הוא מקיים ומעמיד עוד בעולם מה שהתורה רצתה שתתכלה מן העולם ולפ"ז אתי שפיר דברי אא"ז השער אפרים הנ"ל דלכך אסור בנר חנוכה משום דעומד לשרוף ולהתבער והוא צריך לו ולשיעורו נמצא רצונו היפך מצות התורה וגם עי"ז יתבטל מצות התורה שהתורה רצתה שישרפנו ולא ישהנו אף כרגע וז"ב. ובזה יש לומר דלכך בנקברין לא שייך כתותי מכתת שיעורא דהתורה לא רצתה שיתבער מן העולם רק שלא יהי' גלוי ויהי' נקבר כדי שלא יהנה בו דלפ"ז מצות דלאו להנות נתנו א"כ לא שייך כתותי מכתת שיעורא דאינו אסור רק שלא יהנה בו ולא חששה בכה"ג כל שמשהה למצוה דעכ"פ אין מגיע לו הנאה. ובזה מיושב דברי אא"ז השער אפרים שרצה לחדש דבנקברין כל ששורפו כמו כאן לא שייך כתותי מכתת שיעורא וכבר כתבתי שזה מאמר סותר את עצמו דכל שטעם דלא שייך כתותי מכתת שיעורא משום דמתקיים בארץ והרי כאן הוא מדליקו וכ"כ שגם הרגיש בזה אח"כ. ולכאורה דקארי לה מה קארי לה ולפמ"ש הוצק חן בשפתותיו דכל הענין דכתותי לא שייך כאן דהא מכל מקום יש פרסום נס בזה שנדלק והולך וכמ"ש בשם יעקב ורק דעכ"פ אינו מקיים מצות התורה שהתורה צותה לשרפו ולפ"ז כיון שנקברין הם רק שכאן לא שייך הטעם דכל הנקברין לא ישרפו דלא מיקל באפרן וכמ"ש שם אבל עכ"פ התורה לא רצתה שישרף מן העולם רק שלא יהנה והרי גם במה שמדליק אינו נהנה דמצות לאו להנות נתנו וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב מה שמחלק אא"ז דבשמן שריפה מותר להדליק בנר חנוכה ולא שייך כתותי מכתת שיעורא דאין אסור להנות ממנו בשעת ביעורו ותמהתי לעיל דהא הנאה של כילוי אסור מה"ת לשיטת התוס' בתרומה ולשיטת הר"ש מדרבנן אסור עכ"פ וכאן הוה הנאה של כילוי ועמ"ש המלמ"ל פ"ב מתרומות ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ענין כתותי מכתת שיעורא לא שייך בנר חנוכה דהרי א"צ שיעור בעין רק לפרסם הנס וכל מה שמדליק מקיים המצוה ורק שעושה הפך רצון התורה שהתורה אמרה שיכלה מן העולם והוא משההו שצריך שלא יכלה כעת וכמ"ש ולפ"ז זהו בשאר דברים האסורים בהנאה אבל בשמן שריפה שמה שהוא בשריפה לא משום דאסור בהנאה רק שהוא קודש והרי כל הנאות שאינן של כילוי לא אסרה תורה רק הנאה של כילוי א"כ א"צ רק שלא יכלה השמן וא"כ ל"ש כתותי מכתת שיעורא בזה

וז"ב מאד ות"ל הדרתי פני זקני בדברים מיושרים ת"ל: ויש ליישב בזה קושית התוס' בשבת שם ואכ"מ:

ו והנה בשבות יעקב סי' ל"ט הקשה בשם הגאון מוהר"ד אופנהיים ז"ל בהא דמפרש רבא טעמי' דר"ה משום דקסבר אסור להשתמש לאורה ואמאי אסור בשבת והא רבא ס"ל דצריך נר אחרת וביאר הר"ן משום דיהיה היכר לנר חנוכה דהא מותר להשתמש לאורה וא"כ שוב יהיה מותר השמנים ופתילות ע"י שלא יקח נר אחר ואז יאסר להשתמש לאורה כדי שיהיה ניכר שהוא נר חנוכה ע"ש ומ"ש השבו"י שם די"ל דכל שמניחו על השלחן א"צ נר אחרת ורבא לא קאי על זה רק על שעת הסכנה והרב מוהר"ד כתב שגם לדידן צריך נר אחרת. הנה מהרמב"ם נראה דקאי דוקא על שעת הסכנה אבל מכל הפוסקים לא נראה כן ועיין ט"ז ומ"א סי' תרע"א שכ"כ בהדיא וא"כ קשה הקושיא ומהתימה על הגאונים שלא הזכירו דברי הט"ז ומ"א הנ"ל אמנם בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דלק"מ דהנה בלי נר אסור דהרי נר ביתו עדיף מנר חנוכה וא"כ אי אפשר בלי נר אחר ואף דבחידושי להלכות חנוכה כתבתי דזה דוקא אם אסור להשתמש לאורה דאל"כ הא לא שייך שלום בית דע"י נר חנוכה יוכל להשתמש בבית ואיכא משום שלום בית מ"מ ע"כ מוכח דמותר להשתמש לאורה דאל"כ הא אכתי שייך משום שלום בית וצריך נר אחר ושוב ניכר הנר חנוכה ומותר להשתמש לאורה ושוב אסור בפתילות ושמנים הנ"ל:

ז ובזה מיושב קושית התוס' דזה דדייק מר"ה דס"ל דמותר להשתמש לאורה ולפי שכבר הארכתי בזה בחידושי להלכות חנוכה ע"כ דברי מועטים: ובמ"ש למעל' בביאור הסוגיא ריש כל הבשר וביאור דברי הט"ז סי' פ"ח הנה האיר ד' עיני ומצאתי ענין נכבד בביאור שיטת הש"ס דהנה גוף הסוגיא תמוה דר"י הוכיח דע"כ בשר עוף בחלב דאורייתא דאל"כ אכילה גופה גזירה ואנן ניקו ונגזר העלא' אטו אכילה וקאמר הש"ס ומנא תימרא דלא גזרינן גזרה לגזר' וכו' ותמהו בתוס' דבכ"מ אמרו בש"ס היא גופה גזירה ואנן ניקו ונגזר גזירה לגזיר' ולא מדייק כלל ובכ"מ מצינו שגזרו גזירה לגזירה. אך ביאור הענין האיר ד' עיני ומצאתי ברשב"א במשמרת הבית ובדפוס וויען בדף ק"ג ע"ב שם נשמט דברי משמרת הבית השייך לענין נועץ הסכין ושוחט ושם כתוב בדברי קדשו לאמר הבדל בין לשון חששא ובין לשון גזירה דגזיר' היא ברוב המקומות בדבר נודע לכשיבא כגון גזירה שמא יכתוב ושמא יתלוש ושמא יחתה בגחלים ושמא יעלה באלפס רותח ולא שייך בזה לשון חששא אבל כאן לא שייך בו לשון גזיר' אלא לשון חששא דלמא דריס ולאו אדעתא ובדבר שאין בו בירור ידוע שייך לשון חששא שמא בעור נפגם' ושמא טריפה היא וכו' ע"ש הנה האיר עינינו הרשב"א ז"ל דגזיר' שייך בדבר שע"פ הרוב יבא הדבר

ויהיה כן משא"כ חששא שהוא אף בדבר שאינו רק ספק וחשש בעלמא ולפ"ז נראה לי דלכך מצינו לפעמים גזירה לגזירה וברוב מקומות אמרו דלא גזרינן גזירה לגזרה והיינו משום דבאמת ענין גזירה הוא כשהי' הדבר בבירור וא"כ זהו בחד גזירה אבל במקום שאף שיהיה כן לא יהיה איסור ורק ששם יהיה משום גזירה וא"כ עכ"פ הגזיר' הראשונה אין לכנותה בשם גזירה דאינו דבר ברור ולכך אמרו גזירה לגזירה לא גזרינן וא"כ זה כשרצו לגזור משום דבר ברור לכשיבא אבל לפעמים מצינו דהחמירו חז"ל משום חשש בעלמא והדבר שכיח שיטע' בזה בכה"ג אפשר דגם גזירה לגזירה גזרינן דניהו דאינו דבר ברור כל שרצו חז"ל לחוש שלא יבא לידי איסור ויוכל להיות שיהי' דבר איסור אף שאינו דבר ברור יש לחוש בזה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הט"ז בסי' צ' ס"ק י"ב במ"ש דאין לאסור בשר בכבוש בחלב שחיט' דהרי אף בב"ח דעלמא נמי אינו רק דרבנן בכבוש והו"ל גזרה לגזר' והשיג בנקה"כ דמצינו לפעמים דגזרו גזיר' לגזירה ובילדותי תמהתי דבסי' צ"ח כתב הט"ז בס"ק ה' דגם בבשר עוף בחלב שנשפך יש לגזור אטו בשר בהמה וכמדומ' שהאחרונים הרגישו בזה ובדגול מרבבה הקשה בסי' צ' שם מהך עובדא דבר גוזלא דנפל לכדא דכמכא דל"ש ד"ח רק משום דנאכל מחמת מלחו אף דהוה בשר עוף ובמליח' והניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת סברת הט"ז כיון דכאן אינו רק נכבש וא"כ אף לכשיבא הדבר ויהיו כובשין שאר בשר בחלב ויהיו חלב ממש הא עכ"פ לא תהי' רק כבישה וכבישה אינו איסור תורה ולא שייך בזה רק לשון חששא וא"כ אינו רק ספק דרבנן ושרי אבל בבר גוזלא דנפל לכדא דשם שפיר כל שהי' מליח שאינו נאכל שפיר הי' אסור דהו"ל כרותח דבישול וצלי וא"כ מה תאמר סוף סוף בר גוזלא אינו רק דרבנן שפיר אסור דניהו דאינו רק איסור דרבנן מכל מקום אסור דבשלמא לגזור איסור בבשר בכבוש בחלב שחיטה לא גזרינן דאינו דבר ברור אבל מכל מקום אם אירע שהי' כן מ"מ יש איסור דרבנן דכעין דאורייתא אסרו אבל שם בחלב שחיט' דלענין הכחל עצמה בחלב שחיטה לא גזרו בי' כבוש כמבושל ורק בשאר בשר תרצה לגזור שפיר כתב הט"ז דלא שייך גזרה דגזיר' לא גזרו חז"ל בדבר שאינו ברור ולא שייך לומר דמ"מ יש איסור אף בתרתי דרבנן דהא לענין חשש יש בכחל בחלב' אותה חשש של שאר בשר וכל שבכחל לא העמידו דבריהם ה"ה בשאר בשר משא"כ לענין איסור שפיר העמידו דבריהם אף בתרי דרבנן ולכך בסי' צ"ח שם לענין חשש שיש בו בעצמו איסור ניהו דאינו רק תרי דרבנן מ"מ העמידו דבריהם וז"ב כשמש. ומעתה נבא לעמק הסוגיא דזה שדייק ר"י דע"כ בשר עוף בחלב דאורייתא דאי אינו רק דרבנן א"כ לא שייך גזירה לגזיר' דכעת בהעלאה ליכא חשש כלל רק שאם יעלה ויבא לאכול וגם שם אינו רק דרבנן ונצטרך לומר שמא

יעלה בשר בהמה והוה בשני גופים ולא שייך גזירה לגזירה וע"ז תמה הש"ס דמנ"ל דלא גזרינן גזרה לגזרה והיינו דניהו דלא גזרינן אבל מ"מ יש חשש שמא יעלה בשר וגבינה ויש חשש שמא יבא לאכול דהרי העלא' אטו אכיל' בודאי יש לחוש א"כ גם בדרבנן יש לחוש שמא יאכל ואף דכעת אינו רק תרתי דרבנן מ"מ לענין לחוש חיישינן וע"ז אמר דכל דכעת אין חשש רק באכילה איכא חשש בכה"ג לא חיישינן דדוקא אם כעת לפנינו יש איסור ניהו דהוה תרתי דרבנן מ"מ העמידו חז"ל דבריהם אבל בהעלאה דכעת ליכא איסור כלל רק דניחוש שמא יבא לידי אכילה וא"כ אף לכשיבא לא יהיה רק איסור דרבנן מה"ת לחוש דהו"ל ספק דרבנן ולזה מביא ראיה מחלת ח"ל דנאכלת עם הזר על שלחן אחד משום דכעת ליכא חשש איסור כלל וע"ז אמר דל"ד לשם דשם בח"ל משום דליכא למגזר הוא דכיון ששם אינו מצוי חלה דאורייתא א"כ לא שייך גזירה דאינו רק בדבר ברור אבל כאן אי שרית לי' לאסוקי בשר עוף בגבינה יכול להעלות בשר עם גבינה דהיינו בשר בהמה ואולי דגזרינן אף בדבר שאינו ברור כ"כ וע"ז מקשה דמ"מ צונן הוא ולא יהיה שום איסור וא"כ פשיטא דליכא למיחש כלל. ובזה מיושב דהקושיא לאביי ורש"י ותוס' נדחקו דהקושיא לר"י ולא לאביי ולפמ"ש נהפוך לר"י כל שבדאורייתא גזרו גזרה לגזירה והיינו אף בדבר שאינו ברור א"כ אין קושיא דניהו דהוה גזירה לגזירה מ"מ חיישינן בדאורייתא אבל לאביי דלא דחי ר"י רק דאף בדרבנן שייך גזירה לגזירה וע"ז שפיר פריך כל דכעת ליכא איסור כלל ואף לכשיבא בדרבנן לא יהיה רק איסור דרבנן רק דנגזור אטו בהמה ובכה"ג ודאי לא גזרינן וע"ז משני גזרה שמא יעלה באלפס ראשון וזה יבא בבירור וא"כ בכה"ג אפשר דגזרו גזירה לגזירה דמ"מ יש כעת איסור לפנינו אם יעלה באלפס רותח עכ"פ איסור דרבנן וא"כ אין ראיה דאולי גזרו גזירה לגזרה אף דבר שאינו שכיח ובזה מיושב היטב דברי הט"ז שכתב ברישׂ סי' פ"ז דבכה"ג גזרינן לגזירה לגזירה והיינו דבכה"ג שעכ"פ יבא לידי זה בבירור ובכה"ג אפשר דחיישינן אף שכעת אינו איסור כלל דהרי ברור שיבא לידי איסור ושם יהיה איסור עכ"פ אף דלא חיישינן וז"ב ובזה מיושב לשון הרמב"ם שכתב אסור להעלות עוף עם הגבינ' על השלחן משום הרגל עבירה שמא יבא לאכלם זה בזה אע"ג שהוא מד"ס ותמהו האחרונים דבש"ס אמרו דגזרינן רק אטו בשר בהמה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל ששייך הרגל עבירה ניהו דלא גזרינן גזירה לגזירה אבל מ"מ חיישינן ועיין בשבת דף י"ג. ובזה מיושב הא דאמרו הא עוף אסור מדאורייתא וכתבו התוס' משום דגזרו העלאה אטו אכילה וכדדייק ר"י ותמה הלח"מ דא"כ מאי משני ר"א דאינו רק דרבנן ולפמ"ש אתי שפיר דר"א ס"ל כאביי דשייך הרגל עבירה ושפיר חיישינן אף בד"ס וכמ"ש ודו"ק היטב כי נתבאר בזה ענין

חדש בענין גזירה והערות חדשות וצריך ביקור רב בכמה סוגיות ובתוס' ישנים בשבת דף כ"א מצאתי כלל חדש בענין גזירה לגזירה דדוקא היכא דחיישינן שמא יעשה איזה מעשה בזה לא גזרינן גזירה לגזירה ולכך לשמא יטה לא חיישינן אבל שמא יכבה מאיליה ולא יהיה שלום בית שפיר חיישינן אף דהוה גזירה לגזירה כן הבנתי מדברי הרמב"ן שם ודוק כי זה כלל חדש וצריך סעד לתמכו:

ח והנה אחר שנים רבות האיר ד' את עיני דבמ"ש הרשב"א לחלק בין חששא לגזירה וכתבתי למעלה דלענין גזירה לגזירה לפעמים יש חומר בחשש יותר מבגזירה בזה יש להבין הא דאמרו ביבמות דף קי"ט מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת ופירש"י דבשלמא כשהוא משום הרחקה שייך לומר חילוק דלהרחקת כרת חשו משא"כ באיסור לאו משא"כ בזה דחשו לספק איסור כרת כמו כן חשו לספק איסור לאו ע"ש וכמ"ש בשו"ת תה"ד סי' ר"נ ובמלמ"ל פ"א מיו"ט היו"ד ולפמ"ש אתי שפיר הסברא והחילוק דבשלמא כל שהוא משום הרחקה יש לומר דלא גזרו רק בדבר שיהיה איסור כרת כיון דגזרה צריך להיות בדבר ברור וא"כ כל שיש איסור חמור גזרו אבל בחששא כמו שחשו באיסור כרת כמו כן חשו לאיסור לאו כיון שאינו רק חשש א"כ מגרע גרע וחיישינן טפי. איברא דלפ"ז קשיא לי טובא בהא דאמרו בתרומות פ"ט משנה ב' דר"ט אומר דזרים לא ילקטו שמא ישכחו ויביאו לתוך פיהם אמר לו ר"ע א"כ לא ילקטו טמאים והיינו כהנים טמאים ג"כ לא ילקטו ומה קושיא דהא כהן טמא שאכל תרומה טמאה אינו רק בלאו ולא במיתה ומלקות כמ"ש הרמב"ם פ"ז מתרומות ה"א וא"כ הרי אמרו בחולין דף ק"א כיון שנגע בו טמאהו וא"כ כל שילקטו יטמאו אותו ושוב לא יהי' איסור מיתה ולאו רק איסור בעלמא וכל דהוא משום הרחקה שמא ישכח ויכנוס לתוך פיו לא חשו משא"כ בזרים של חשש איסור מיתה לכך חשו ובשלמא בזרים לשיטת הרמב"ם פי"ט מסנהדרין דזר האוכל תרומה טמאה במיתה ועיין לח"מ שם ובמ"א הארכתי בזה אבל כאן דר"ע קאי לענין כהן טמא ועיין ר"ש שם וא"כ מה קושיא. ואולי זה מקרי חששא שחשו שמא יאכל ובחששא חיישינן אף באיסורא לאו ודו"ק היטב. אמנם באמת עדיין קשה דאדרבא מצד הסברא הדבר להיפך דגזירה שהוא בדבר שבודאי יהיה כן וקרוב לודאי מהראוי לגזור באיסור לאו ג"כ אבל חששא שהוא קלוש לא ליחוש לאיסור לאו רק לאיסור מיתה וא"כ דברי רש"י בעצמם צ"ב לשיטת הרשב"א וגם הקושיא שהקשיתי קשה ואולי דחשש שמא יאכל ויכניס לתוך פיו הוא חשש מצוי ובפרט בדבר מאכל אבל גוף הסברא של רש"י צ"ב לפי שיטת הרשב"א וצ"ע:

ט והנה במה שהארכתי למעלה בהא דס"ל לר"ה דשמנים שאמרו חכמים אין מדליקין בהם בשבת אין מדליקין בחנוכה בין בשבת בין בחול ואמר הטעם דכבתה אין זקוק לה ומותר להשתמש לאורה והקשו התוס' דל"ל בשבת טעם זה והא כבתה זקוק לה ובשבת אסור להדליק וכ"כ דברים רבים בזה וכעת נראה לפענ"ד דהנה רש"י פירש דכבתה זקוק לה וחיישינן שמא יפשע ולא יתקן ולא כתב שמא ישכח ולא יתקן וכתב הפ"י דבאמת אם הוא אנוס וא"א לתקן לא אכפת לן רק דחיישינן שמא יפשע ולא יתקן ע"ש ולכאורה לפמ"ש הפוסקים דכל דבדיעבד מותר בלי הדחה לא חיישינן שמא ישכח ולא ידיח א"כ כאן דבדיעבד כל שהיה אנוס מותר אף שלא ידליק אח"כ א"כ למה נחוש. אמנם לא דמי דשם לא חיישינן שמא יפשע וכאן חיישינן שמא יפשע ולא יתקן ובכה"ג שפיר חיישינן. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבשבת דאסור להדליק שוב הוה כאונס גמור וא"כ לא חיישינן שמא לא ידליק אח"כ וכ"כ הפ"י. אך לפענ"ד נראה להוסיף נופך דהנה הט"ז ביו"ד סי' צ"א כתב דכל שיש לפנינו איסור ברור אף בכה"ג דמותר בדיעבד בלי הדחה אסור דכיון דכעת עושה ברור ע"ש ולפ"ז לכך הוסיף ר"ה דבשבת אסור דמותר להשתמש לאורה וחיישינן שמא יטה א"כ עושה כעת איסור ברור ושוב חיישינן שמא ישכח אף דבדיעבד מותר ודו"ק:

י והנה במ"ש התוס' דבשבת אסור להדליק קשה לשיטת העיטור דשבות במקום מצוה שרי א"כ למה לא יהיה מותר להדליק ע"י עכו"ם וצריך לומר דעיקר קושית התוס' כיון דחיישינן שמא יפשע ולא יתקן מכ"ש במקום דאיכא משום שבות ניהו דבמקום מצוה לא גזרו מ"מ כאן דחיישינן שמא יפשע מכ"ש שיפשע בשבת כיון דיש חשש איסור ושמא לא יזדמן לו עכו"ם:

יא והנה כבר הבאתי קושית הפ"י דבשמן שריפה מה חשש יש שלא להדליק בחנוכה והנה כבר הארכתי עפמ"ש הנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' צ"ו דשמן שריפה אסור להדליק בלילה ואף דמבע"י מותר להדליק שידלק גם בלילה כדאמרו בירושלמי שם מ"מ כל שכבתה זקוק לה שוב חיישינן שמא תכבה נרו ויהיה אסור להדליק דהא בלילה אסור להדליק בשמן שריפה דאסור לבער שמן שריפה בלילה והארכתי בזה אמנם בגוף קושית הנוב"י דהא א"א להדליק בשמן שריפה כלל לשם נר חנוכה דהא בלילה אסור לשרוף קדשים ותרומה לפענ"ד נראה כיון דבתרומה אינו רק גזירה אטו קדשים וא"כ כיון שהוא מתכוין לשם מצות נר חנוכה אף שממילא נשרף התרומה בלילה הו"ל דבר שא"מ דמותר ואף דהוה פסיק רישא דהא ע"כ מוכרח שישרוף ובפרט אם נימא דכבתה זקוק לה וא"כ מוכרח שתשרוף מ"מ הא דעת התה"ד דבדרבנן אף פסיק רישא מותר ובזה

י"ל דבאמת הא דאוסר ר"ה אף דבשמן שריפה לא שייך הטעם משום דבאמת לפמ"ש הט"ז והמ"א סי' שי"ד דאף בדרבנן אסרו פסיק רישא א"כ כאן דכבתה זקוק לה ע"כ צריך שישרוף שוב הוה פסיק רישא ואסור: ובזה יש ליישב קושית התוס' דלכך אצטריך בשבת טעם אחר דהרי בשבת דא"א להדליק א"כ שוב לא הוה פ"ר וע"כ אסרו משום דמותר להשתמש לאורה וא"כ שוב אסור בשמן שריפה דהו"ל הנאת הגוף בהדי מצותה דאסור ודו"ק היטב וא"ל דבלא"ה אסור בשמן שריפה דשייך שמא יטה בשבת דזה אינו דכאן אפשר דלא שייך שמא יטה דהא ס"ל לר"ה כבתה זקוק לה וא"כ לא ירצה לבער תיכף דהא צריך שידלק כשיעור ולכך אסרו דשוב יהנה משמן שריפה ואף דמדליקין נר חנוכה משמן שריפה היינו למ"ד דאסור להשתמש לאורה אבל למ"ד דמותר להשתמש לאורה שוב הו"ל הנאת הגוף בהדי מצותה דאסור ודו"ק היטב:

יב והנה במ"ש למעלה בענין דאין מדליקין בשמן שריפה בלילה והבאתי דברי הנוב"י שהאריך בזה דמדברי רמב"ם נראה דס"ל דשורפין קדשים בלילה ותמה על הרמב"ם שבת"כ פ' צו מבואר דביום השלישי באש ישרף למד בנין אב שכל הנשרפין באש שלא יהיה רק ביום. הנה לפענ"ד ש"ס ערוך דמותר לשרוף קדשים בלילה דהרי אמרו במנחות דף מ"ו ע"ב דר"י אמר הטעם דלפי שאין שורפין קדשים ביו"ט ופריך הש"ס כיון דמצותן בכך לשרפינהו ומשני גזירה שמא יזדמן להם כבשים אח"כ ופריך הש"ס תינח כל זמן הקרבתן לבתר הכי לשרפינהו ומשני דמאי תעובר צורתן דקתני זמן הקרבתן והיינו דבאמת שורפין בלילה וא"כ מבואר דשורפין בלילה וד' יודע ששמחתי מאד בזה ומצאתי בשעה"מ פי"ט מפהמ"ק שקדמוני בזה. אך אחר העיון נראה לפענ"ד דאין ראיה משם דשאני התם דבאמת הש"ס פריך כיון דמצותן בכך לשרפינהו אף ביו"ט וע"ז משני גזירה שמא יזדמן להם כבשים וא"כ כיון דנשתנה מכל פסולי קדשים דהי' מותר לשרוף אף ביו"ט ממילא יצא גם בזה מכלל שאר פסולי קדשים ושורפין אף בלילה משא"כ בשאר פסולי קדשים שאין דינם בשריפה ואין מצותם בשריפה ממילא כשם שאין שורפין ביו"ט כמו כן אין שורפין בלילה שדומה לכל פסולי המוקדשין. ובזה מיושב קושית התוס' שם שהקשו דהו"מ למפרך דלשרפינהו בלילה כיון דמנותר לא יליף מדמסיק צורת הקרבתן ולפמ"ש אתי שפיר דבס"ד דלא ידענו שמותר לשרוף ביו"ט א"כ ממילא דמי לנותר ולכל פסולי המוקדשין דכשם שאסור לשרוף ביו"ט כמו כן אסור לשרוף בלילה ובנה אב לכל הנשרפים לענין שיהיה מותר לשרוף ביו"ט ממילא מותר גם בלילה וז"ב כשמש וא"כ אין ראיה משם. אמנם בגוף הדבר דדחה רבינו דברי הת"כ לפענ"ד היה נראה דהרי באמת אמרו בפסחים דף פ"ב דקרא דוהבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל באש ישרף

אצטריך לגופי' דסד"א כל פסולי הקדש כגון לן וכו' דליתנהו בחולין אבל נטמא דבחולין נמי מפסיל אימא הואיל ואתעביד ביה עובדין דחול אימא לא תבעי שריפה וסגי לי' בקבורה קמ"ל ולפ"ז חזינן דטומאה כיון דאתנהו בחול ה"א דל"צ שריפה כלל וקמ"ל קרא דבעי שריפה ולפ"ז בשלמא בי"ט שפיר דמי לנותר משום דאדרבא כל דל"צ שריפה רק דגלי קרא פשיטא דלא דחי יו"ט ועכ"פ לא עדיף מנותר ופיגול דמצותן בשריפה ואפ"ה אין שורפין ביו"ט מכ"ש בזה דבאמת חידוש הוא וה"א דסגי בקבורה פשיטא דאסור לשרוף משא"כ לענין לילה דאינו רק דבר שמצותו בשריפה אינו נשרף רק ביום אבל כאן דבאמת חידוש הוא שחדשה תורה בשריפה וסגי בקבורה א"כ כיון דקבורה ודאי לא גלתה תורה שיהי' ביום פשיטא דאין לחוש אם שורפה בלילה. ובלא"ה נראה לפענ"ד דאף אם נימא דשריפה גם בזה הוא ביום מכל מקום אם מריצה לפני כלבו וכדומה ניהו דגם זה אסור ביו"ט כיון דהתורה אחשבה לשריפתו כמ"ש רש"י בביצה דף כ"ז מכל מקום עכ"פ בלילה ודאי מותר להריצה לכלבו וכדומה דע"כ לא גלתה התורה רק דכל ששורפו באש לא יהיה רק ביום כמו כל הנשרפים ביום אבל מה שעושה שאר דברים גם זה מקרי מלאכה ניהו דביו"ט אסור אבל עכ"פ בלילה מותר בזה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מ"ש רש"י דגם שאר מלאכות אסור דהתורה אחשבה לשריפתן דכתיב באש תשרף וכבר נודע קושית הפ"י בפסחים דף ה' דא"כ מנ"ל דאין ביעור חמץ אלא שריפה דלמא בשאר דבר והא דאינו נותנו לפני כלבו דאחשבה לשריפתו ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק סי' כ"ז שהקשה כמה קושיות בזה וכמה קולמסין נשתברו בזה ולפמ"ש כוונת רש"י כיון דגוף השריפה חידוש הוא דהא גם בחול מפסיל ומהראוי דתסגי בקבורה וע"כ דהתורה אחשבה שיהיה בשריפה א"כ לכך כל מלאכה מקרי מלאכה ואסור דהתורה אחשבה בשריפה. ובזה יש ליישב מה שאמרו בפסחים דף מ"ו דאר"י קורא שם ומניחו עד הערב ומשמע דמותר לשרפו בלילה והא שריפת קדשים אסור בלילה וה"ה חלה דדמי לקדשים וכדאמרו בשבת דף כ"ה וכבר נתקשו בזה המפורשים ולפמ"ש אתי שפיר דלענין טומאה כיון דחידוש הוא מותר לשרוף בלילה ועכ"פ להריצה לפני כלבו וכדומה ודאי מותר וכמ"ש. אך ז"א דבאמת כיון דנתחמץ אח"כ וא"כ היאך מותר להריץ לפני כלבו והא נהנה בזה ורק בשריפה מותר להנות אגב ביעורו כמ"ש התוס' בשבת דף כ"ה וא"כ ע"כ דישרפנו בלילה וזה אסור. ניהו באמת יש לומר כיון דנתחמץ אח"כ עכ"פ מצותו בשריפה ומותר לשרפו בלילה דהרי הש"ס במנחות רצה לומר דאף ביו"ט כל שמצותו בשריפה מותר מכ"ש לענין לשרוף בלילה ודו"ק היטב. ובגוף סברת הש"ס דבנטמא כיון דבחול נמי מפסיל ה"א דסגי בקבורה היה נראה לפענ"ד דגוף סברת הש"ס

היא דבשלמא בשאר פסולין דהפסול הוא מחמת שקדש נפסל בנותר ופיגול וא"כ הפסול בא בשביל שהיא קדש ובקדש גלתה התורה דלרוב חשיבתו צריך שריפה אבל טומאה דאיתא בחולין ג"כ ה"א דדינו בקדש כמו בחולין שהרי נתחלל ע"י הטומאה.

יג איברא דאכתי צריך ביאור דהא בקדש שלישי טמא ובחולין לא היה נטמא משני וא"כ בא בשביל שהוא קדש ולמה תסגי בקבורה. אמנם נראה כיון דעיקר הא דילפינן שלישי בקדש הוא בשביל דכתיב והבשר אשר יגע בכל טמא והרי שני הוא טמא ולפ"ז א"כ ניהו דלענין הקדש גם זה מקרי טמא אבל עכ"פ כל שנטמא הוה כחולין דמפסיל וזהו דאמרו דבחולין נמי מפסיל והיינו דבחולין השני נקרא פסול אבל עכ"פ כל שנגע הקדש וכבר נטמא שוב הוה כחולין והו"א דתסגי בקבורה וז"ב. ובזה עמדתי על לשון התוס' שהקשו דהא בתרומה נמי בעי שריפה ונילף ק"ו מתרומה והדבר תמוה דהא אף דנימא דתרומה טמאה בשריפה הוא מה"ת ויליף מקדשים אבל כאן דקדשים גופא לא ידענו דבשריפה היאך אפשר למילף מק"ו דתרומה וכבר נתקשה בזה בשעה"מ פי"ט מפהמ"ק ולפמ"ש אתי שפיר דהכי כוונת התוס' דבאמת בקדשים הפסול של הטומאה הוא בשביל שהוא קדש דבחולין לא הי' נטמא אם נגע בשני וא"כ פסולו בשביל שהוא קדש. אמנם כבר כתבתי דכיון דגם בחולין עכ"פ פסול מקרי א"כ ניהו דלא היו יכול לטמא יותר אבל בקדש לענין זה מקרי טמא שוב ע"י שנטמא נעשה כחולין.

יד ומעתה שפיר מקשו התוס' דעכ"פ חזינן דבתרומה ג"כ שני עושה שלישי וא"כ האי בשר שנגע בשני נעשה טמא וא"כ ממילא שפיר נילף מק"ו דתרומה דהשתא תרומה דעכ"פ השלישי אינו רק פוסל ולא טמא מכ"ש בקדשים נעשה השלישי טמא דדין הוא שישרף דעכ"פ לא נעשה חולין דא"כ לא היו ראוי שיהיה טמא רק פסול לבד וע"ז משני דתרומה אסורה לזרים ולכך לא נעשה חולין שהרי לא נפקע הקדושה משא"כ קדשים קלים ודו"ק היטב:

טו ובזה נראה לפענ"ד דבר חדש לענין שמן שריפה דאסרו בשבת גזירה שמא יטה והקשה הנוב"י דבלא"ה אסור דהא בלילה ודאי אסור להדליק בשמן שריפה דאסור לשרוף תרומה וקדשים בלילה. ולפמ"ש יש לומר כיון דהדלקת נר בשבת חובה וא"כ כיון דאמרו במנחות דכל דמצותן בשריפה מותר אף בי"ט ומידי דהוה אפר דיוה"כ לפ"ז חזינן דדוקא לשרוף דרך בזיון דהיינו לשרוף במדורה כדי לבער הקדשים הוא דהקפידה תורה שלא לשרוף בי"ט ובלילה הא אם שורפין כמצוותן שרי ה"ה יש לומר בזה כיון דשורפין לקיים בהן המצוה אין איסור לשרוף בלילה ואף אם נימא דבקדשים שהוא מה"ת אין לחלק בזה מכל מקום לפענ"ד נראה דלענין תרומה טמאה דאינו רק מדרבנן

לחד תירוצא בתוס' בשבת שם נראה לפענ"ד ברור דכל שעושה בזה מצוה להדליק בהם נר שבת א"כ מתחלה עומד לזה והי' מותר לולא הגזירה דלמא יטה. ובזה מיושב קושית הנוב"י דלמה לא גזרו גם בחול שמא יטה וידליק בלילה וע"כ צ"ל דבחול רואה שהוא לילה ונזכר שאסור להדליק א"כ גם בשבת עכ"פ נזכר שהוא לילה ולפמ"ש אתי שפיר דבשבת שפיר חיישינן שמא יטה כיון דמצוה קעביד שוב אין איסור להדליק בלילה ושייך חשש שמא יטה:

טז ובזה יש ליישב גם קושית הפ"י דאמאי אסור בחנוכה בחול והא לא שייך שמא יטה. ולפמ"ש אתי שפיר דשייך שמא יטה ואסור להדליק בלילה וא"ל דהא שורפו כמצותו דזה אינו דאדרבא כיון דשורפו כמצותו שוב שייך חשש שמא יטה ולהדליק בתחלה בלילה באמת אסור דאין שורפין בלילה ואף דעושה מצוה מכל מקום הוא נהנה משמן שריפה כיון דס"ל דמותר להשתמש לאורה ובפרט כיון דכבתה זקוק לה א"כ בודאי יש לחוש שמא תכבה. אמנם גוף הדבר שכתבתי דמותר לשרוף בלילה כיון דמקיים המצוה באמת צריך ביאור דהא באמת אסור להנות משמן שריפה רק דדרך שריפה מותר להנות והיינו כיון דהנאה זו אינה רק לצורך שריפה ולא להנאתו שרי כמ"ש הריב"א בשבת דף כ"ה וא"כ יקשה היאך מותר להדליק בשביל המצוה כיון דבאמת אינו רשאי להדליק בלילה רק בשביל המצוה שוב עיקר הדלקה היא בשביל הדלקת שבת ושוב אסור.

יז אמנם נראה דבשבת כיון דע"כ מדליק מבעוד יום וא"כ אז מותר להדליק ובירושלמי פרק במה מדליקין נחלקו בזה אי מדליקין בשמן שריפה מבע"י ויהיה דולק עד הלילה ע"ש וא"כ אז מותר להדליק ורק דניחוש שמא יטה וא"כ כל שכבר הודלק מותר להנות וגם להדליק בלילה ע"י ההטיה דהא עושה לשם מצוה וגוף ההדלקה נדלק לשם מצות שריפה ודו"ק. ובזה יש ליישב קושית הפ"י דבנר חנוכה אף אם נימא דידליק מבעוד יום כיון דס"ל כבתה זקוק לה א"כ עיקר ההדלקה עושה בשביל הלילה וזה אסור וכמ"ש ודו"ק היטב כי ידעתי שיש בו כמה דברים שיש לפקפק אבל לא מנעתי לכתבם כי הקב"ה חדי בפלפולא וברצות ד' אעבור עליהם בל"נ לזקקו ולצרפו.

יח והנה בהא דכתב רבינו פי"ט מפהמ"ק ה"ג שאין פרים הנשרפין צריכין להמתין עד שתעובר צורתן הואיל והן עומדין לשריפה לעולם אפילו לא נפסלו וכתב הר"י קורקוס והכ"מ דאף דכל שפסולו מספק צריך עיבור צורה כמ"ש בה"ב כאן לא צריך עיבור צורה כיון דממנ"פ נשרפין ומתחלתם דינם לשריפה לענין שינוי מקום א"צ לעיבור צורה ואין כאן ביזוי קדשים ע"ש.

יט והנה אין להביא ראיה מכאן דמבואר דכל שלשריפה קאי א"צ עיבור צורה דכאן כיון שאין ספק כלל פשיטא דאף דלא היה עומד לשריפה ל"צ עיבור צורה דכל דצריך לשרפו א"צ עיבור צורה כמבואר בה"ה וע"כ לא כתב הרמב"ם רק בדבר שספק אם נפסלו. איברא דלכאורה משמע להיפך דהרי פריך אי לשריפה אתי למה לי עיבור צורה לשרפינהו מיד ומשמע דדוקא בעומד לשריפה בודאי אבל אין ראיה דיש לומר דשם פריך בפשיטות כיון דלשריפה עומד א"צ עיבור צורה. אמנם לפענ"ד יש ראיה מהא דמסיק הש"ס גזירה שמא יזדמנו להם כבשים אח"כ וע"ז מסיק דא"צ עיבור צורתן רק צורת הקרבתן והרי שם בתחלה היה ספק אם נפסלו אם יצטרך שריפה כלל שמא יזדמנו כבשים ואפ"ה כל שלא נזדמנו א"צ עיבור צורה כל שנתברר אח"כ שלא הי' כבשים ומכ"ש בזה שהיו מתחלה עומד לשריפה למה יצטרך עיבור צורה ודו"ק היטב.

כ והנה בהא דהקשו התוס' בשבת דף כ"ו ד"ה ר"י על ר"י דאמר במשנה דאין מדליקין בעיטרן מפני כבוד השבת דמשמע שנמשך אחר הפתילה יפה אלא דגזרינן שמא יניחנו ויצא והרי עטרן יוצא מן העץ וא"כ אינו נמשך אחר הפתילה וע"ז הקשה חכם אחד דהרי התוס' דף כ"ה ד"ה מתוך כתבו דעטרן ריחו רע יותר מנפט והרי בדף י"ב אמרו הא בדמשחא הא בדנפט ומשמע דנפט לא שייך לגזור שמא יטה כמ"ש רש"י שם דכיון דמסרח מאיס ליגע בו וא"כ שוב לא שייך בעטרן שמא יטה. והיא קושיא גדולה. ולכאורה רציתי לומר דשם דאינו רק עיונא בעלמא הוא דלא גזרו בנפט אבל להדליק מהם ולא ניחוש לשמא יטה זה לא אמרינן אבל צ"ע מנ"ל לתוס' להקשות כן כ"כ בפשיטות להניח בתימה. אמנם העיקר דאין התחלה לקושיא דיש לומר דהתוס' ס"ל כשיטת הרי"ף וכ"ה בטוש"ע או"ח סי' ער"ה סי"ב דנפט אורו יפה ולכך לא חיישינן שמא יטה ולשמא יסתפק לא חיישינן כיון דמסרח ע"ש. ולפ"ז בעטרן דיש לחוש שמא יטה דאינו נמשך אחר הפתילה אף במאיס חיישינן וז"ב ופשוט:

כא והנה שאל אותי החריף מוהר"מ מיזיש נ' בהא דאמרו דשמן שריפה אסור להדליק נר שבת מתוך שמצווה עליו לבערו גזירה שמא יטה וע"ז הקשה דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו לשבת דף כ"א דאסור להשתמש לאורה אפילו תשמי' של מצוה ומטעם דכל שמשתמ' ממצוה זו למצוה אחרת נראה כביזוי מצוה דמחזי כמאן דלא חביבה לי' מצוה זו ועביד לי' תשמי' למצוה אחרת וא"כ ה"ה בזה דכיון דשמן שריפה מצוה לשרפו א"כ מחזי כמאן דמבזי למצוה זו ומשמש עמה למצוה אחרת והשבתי דל"מ לשיטת רש"י דהוא רק משום תקלה שלא יכשל בה לאכלה א"כ לא שייך מבזה המצוה דהא אינו מצוה רק מחשש תקלה אלא אף לשיטת התוס' בשבת דף כ"ה בד"ה כך דמדאורייתא

הוא דדמיא לקדש ע"ש אפ"ה הרי כיון דהתירה תורה להנות ממנו בשעת שריפה ולא הקפידה תורה ע"ז ועיין בתוס' דף כ"ד ד"ה לפי א"כ פשיטא דהיה יכול להדליקה לשם מצוה נר שבת דהא לא קפדינן אם בשעת שריפה נהנה ממנה ולא מחזי כמאן דמבזי למצוה דהרי אף תשמיש של חול מותר להנות מכ"ש מצוה דמצות לאו להנות נתנו וגם אינו עושה שום מעשה במה שמשתמש לאור והרי בשעת ביעורו מותר להנות ממנו ולא אכפת לן כלל בזה וא"כ לא מבזה המצוה כלל וז"ב:

כב והנה בקושית הפ"י וקדמו המהרי"ט דמ"ט דשמן שריפה דאסור בחנוכה בחול הא לא שייך החשש דשמא יטה נראה לפענ"ד דבר חדש דבאמת כיון דשמן שריפה הוא ואסור להבעירה רק לשם מצות שריפה בלבד ורק דהתורה לא הקפידה אם יהנה בשעת שריפה וכמ"ש התוס' בשבת דף כ"ה א"כ כל שמדליקה לשם מצות חנוכה יהיה נהנה גם מצות נר חנוכה וזה אסור להנות וזה מקרי הנאה של כילוי וגם דא"כ לא יהיה ניכר מצות הבערת שמן שריפה דהרואה יאמר לצורך נר חנוכה מדליק והרי נהנה משמן שריפה ואף דיש לומר מצות לאו להנות נתנו ולא אכפת לן במה שנהנה זה אינו כיון דהנאת הגוף בהדי מצותה אסור א"כ כאן דמותר להשתמש לאורה שוב הו"ל הנאת הגוף בהדי מצותה וזה אסור.

כג ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו דמנ"ל לדייק דס"ל לר"ה דמותר להשתמש לאורה ודלמא אסור רק דחיישינן שמא תכבה וזקוק לה ולפמ"ש דייק לה דאל"כ למה יהיו אסור להדליק בשמן שריפה. איברא רלפ"ז קשה על ר"ח דס"ל דמדליקין בחול ולא בשבת וקשה כיון דמותר להשתמש לאורה א"כ אמאי יהיה מותר בשמן שריפה בחנוכה בחול הלא נהנה מזה. אך נראה דאהני לי' שיטתי' לר"ח דבדף כ"ד וכ"ה מפרש דלר"ח ס"ל דבשמן שריפה מותר בשבת וע"ש בתוס' ד"ה תניא כוותי' דר"ח וא"כ אינו בכלל השמנים והפתילות שאסורין בשבת כלל ודו"ק היטב: עוד נראה לי דבר חדש דבשמן שריפה כיון דהוא מצוה לשרפו שוב מהראוי שיהיה אסור להדליק בו דכל דבר שבחובה אינו בא אלא מן החולין. והטעם נראה לפענ"ד דבר חדש עפמ"ש התוס' במ"ק דף ח' ע"ב דהטעם דאין מערבין שמחה בשמחה דהוא מה"ת והטעם דאין עושין מצות חבילות חבילות לפי שבעי שיהיה לבו פנוי למצוה אחת ולא יפנה לבו ממנה ולפ"ז מכ"ש מצות תורה עם דברי חז"ל שבעי שיהיה לבו פנוי לאותה מצוה ולא יפנה לבו למצוה אחרת כנלפענ"ד דבר חדש. ולולא שיראתי לחדש דברים שלא נמצא רמז בקדמונים הייתי אומר דהא דנחלקו בפסחים דף קט"ו אי מצות מבטלות זא"ז ואמרו שם דדאורייתא ודרבנן מבטלין זו את זו הדרבנן לדאורייתא הוא ג"כ עד"ז דאין עושין מצות חבילות חבילות דבעינן

שיהיו לבו פנוי לזה ואף דשם ביטול ממש מירי מ"מ אפשר דתלוי בזה. מיהו בגוף ענין אין עושין מצות חבילות חבילות יש לי חבילות רבות וביארתי בחבורי יד שאול על יו"ד סי' רס"ה ע"ש ואכ"מ:

כד והנה אעתיק כאן מ"ש על דברת אחד מתלמודי המופלג מוה' יוסף מיזיש נ"י בהסוגיא הלז וז"ל הנה הסוגיא ישן נושן וכבר הארכתי בזה הרבה וקשה עתיקא מ"מ אכתוב לך גרגיר אחד במה שהקשיתי לשיטת ריא"ז דאם הניחה במקום הרוח דלא יצא אף למ"ד כבתה אין זקוק לה והוה כלא נתן בה השיעור א"כ מנ"ל דר"ה ס"ל דכבתה זקוק לה דלמא לעולם כבתה אין זקוק לה רק כיון דהשמנים אינם כשרים ואינם דולקים שוב הו"ל כמי שלא נתן שיעור דלא יצא. הנה לק"מ ולא דקדקתי בדברי הריא"ז דהוא לא כתב דאם הדליק במקום רוח דלא יצא רק דצריך לחזור ולהדליק אף דכבתה אין זקוק לה היינו אם נתן בה כשיעור ונכבה אבל כל דלא ראוי לדלוק צריך לחזור ולהדליק והוה כמו דאמרו כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ולפ"ז אם נימא דכבתה אין זקוק לה ולא ניחוש שמא יפשע ולא ידליק א"כ למה לא יהיה מותר להדליק בחול עכ"פ וכשיכבה ידליקנו שנית וע"כ דכבתה זקוק לה וחיישינן שמא יפשע ולא ידליק אך אכתי תמוה דלמה לי הטעם דכבתה זקוק לה דאף אי אין זקוק לה עכ"פ נחוש שמא יפשע ולא ידליק ואדרבא אם כבתה זקוק לה לא שייך כ"כ שמא יפשע ולא ידליק דמסתמא כל אדם נזהר לקיים מצות נר חנוכה משא"כ אם כבתה אין זקוק לה רק דכאן הוה כלא נתן בה השיעור בזה לאו כ"ע דיני גמירי וחיישינן שמא יפשע. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דהנה כבר אמרו שם שמנים ופתילות שאמרו חכמים אין מדליקין מהו שיתן לתוכה שמן כ"ש וידליק ואמרו דאסור דגזרו הא אטו הא ולפ"ז גם בנ"ח אסור לר"ה אף שנתן לתוכה שמן כ"ש וא"כ בזה אם כבתה אין זקוק לה הלא באמת נתן שמן כ"ש וידלק יפה א"כ בכה"ג לא שייך לומר דבעינן שיהיה ראוי לבילה דהא באמת מצד עצמותו ראוי לבילה רק דגזרו הא אטו הא אבל ראוי לבילה הוא ובכה"ג ודאי כבתה אין זקוק לה ועיין בב"ח או"ח סי' ל"ב דאם נטף שעוה על הס"ת מותר לקרות כיון שראוי לקרות בו אם יסלק השעוה אף דבשבת אסור לסלק השעוה מכל מקום מקרי ראוי לבילה דבעצמותו ראוי לבילה וה"ה כאן דבעצמותו ראוי לבילה ודו"ק ולפמ"ש המ"ב סי' ס"ב דבדרבנן אף שאינו ראוי לבילה אינו מעכב א"כ בנר חנוכה דאינו רק מדרבנן אף בהעמידה במקום רוח לא היה מעכב וכ"כ הכנה"ג סי' תרע"ח אבל דברי המ"ב תמוהים כמ"ש במ"ג סי' קל"ט ע"ש: וע"ד הפלפול רציתי לומר בישוב קושייתך עפמ"ש הפ"י והמהרי"ט להקשות דשמן שריפה מה איסור שייך בזה וכבר הארכתי בזה משום דאסור להנות משמן שריפה

והנה בחידושי כתבתי דזה תלוי אם כבתה זקוק לה או לא דבאמת בתרומה אינו אסור רק הנאה של כילוי ולפ"ז מה שנהנה שא"צ ליקח שמן אחר לנר חנוכה זה אינו רק הנאה גרידא ולא של כילוי אבל אם כבתה זקוק לה צריך שיכלה הנר ואם לאו לא יצא הו"ל הנאה של כילוי ולפ"ז ע"כ דס"ל כבתה זקוק לה דאל"כ שמן שריפה מא"ל דשם דולק יפה. אך לפ"ז יקשה לר"ח דאמר בחול מדליקין דכבתה אין זקוק לה והוא לא ס"ל איסור בשמן שריפה וא"כ אינו בכלל שמנים ופתילות שאסרו להדליק בשבת וא"כ בשאר שמנים מה בכך דאין זקוק לה הא באותן שפסול להדלקה הוה כלא נתן בה שיעור ודו"ק היטב ויש לי מקום להאריך אך כיון שכעת עברו ימי חנוכה וכבתה אין זקוק לה לא נזקקתי עוד בזה בפרט שכבר הארכתי בזה הרבה וגם בדבריך יש דברים רבים שכבר עמדו בזה האחרונים וגם אני הארכתי בזה ואם כי יש לפלפל ולבנות ולסתור בדבריך כן דרכה של תורה ע"כ קצרתי:

כה והנה אח"כ נתיישבתי דאכתי קשה דא"כ לר"ח דמתיר להדליק בחול בשמנים הפסולים והרי אם לא עירב שמן כ"ש א"כ שוב אסור אף דכבתה אין זקוק לה הא כאן זקוק לה דהא לא הי' ראוי מתחלה.

כו והנראה בזה דהנה באמת ענין החשש שמא יפשע לכאורה הוא חשש רחוק דמה"ת נחוש על איש יהודי דיפשע ולא יקיים מצות נ"ח וצ"ל כיון דבאמת הרבה אמוראים ס"ל דכבתה אין זקוק לה א"כ ניהו דר"ה ס"ל דכבתה זקוק לה מכל מקום חיישי שמא יפשע דאם לא הדליק כלל פשיטא דלא נחשדו ישראל שלא לקיים אף מצוה קלה מכ"ש פרסומי ניסא. אך כיון דבאמת כבר הדליק א"כ יחשוב דסגי כל שהדליק ובפרט אם הדלקה עושה מצוה ובאמת כבתה זקוק לה וכן ראיתי אפס קצה מסברא זו בפ"י ומעתה ממנ"פ אם לא נתן בה שמן כ"ש א"כ לא התחיל להדליק כלל דהא הם פסולים מה"ט בשבת שאין נמשך אחר הפתילה שוב לא חיישינן שיפשע ואם עירב בו שמן כ"ש שוב כבתה אין זקוק לה אבל ר"ה דס"ל כבתה זקוק לה שפיר חשש שמא יכבה ויפשע ולא יתקן ובמקום שלא נתן שמן שפיר יטעה ויאמר דסגי כל שהדליק וגם איך אפשר להקל בלא נתן שמן טפי מנתן בה שמן כ"ש אבל לר"ח דכשר בנתן בה שמן כ"ש א"כ ממילא גם בלא נתן לא החמירו דבודאי יזהר משא"כ לר"ה:

כז והנה בענין גזירה לגזירה שהארכתי למעלה נראה לפענ"ד דיש ליישב בזה קושית התוס' בשבת דף י"א ע"ב ד"ה אמר אביי שהקשו דמ"ש שם דגזור אביי גזירה לגזירה ובפ"ק דביצה לא גזרו. ולפמ"ש יש לומר דכאן גזרו דכשם שיכול לצאת לכרמלית כך יכול לצאת לר"ה משא"כ שם דהוא ענין רחוק דאף שיבא לסחוט שאר משקין מכל מקום

לא יבא לכלל דש ודו"ק. ובלא"ה נראה לי דבר חדש דהנה יש גזירה שגזרו מפני ע"ה לגמרי ויש שגזרו מפני היודע לדמות קצת עד"מ בביצה שם הנה ע"ה לגמרי לא ידמה כלל ביצה למשקין אבל היודע קצת ידמה שמותר לאכול הביצה אף שהוא נסחט כמו כן הפירות וע"ז אמרו דלא גזרינן גזירה לגזירה שרחוק שידמה כ"כ אבל כאן בכרמלית גזרו משום ע"ה שא"י כלל וסבור דאין הבדל בין כרמלית לר"ה ושניהם יש חיוב ושפיר גזרו דאם נתיר לכרמלית יתיר ברה"ר ג"כ ולא שייך גזירה לגזירה ודו"ק: ועוד נראה לי הטעם דגזירה לגזירה דלא גזרינן דאף לפמ"ש הרשב"א דגזירה הוא בדבר שיהיה עפ"י הרוב מ"מ כל שזה ג"כ אינו רק גזירה א"כ הו"ל ספיקא דרבנן וספק דרבנן לקולא וא"כ כאן דהספק הוא שקול דכשם דיוכל להיות שיוציא מכרמלית לרה"ר כמו כן יוכל להיות דלא יבחין ויוצא מרה"י לרה"ר א"כ לא שייך גזירה לגזירה והו"ל ספק תורה וז"ב אבל צ"ע דא"כ בהך דלא יצא החייט במחטו דרבא ס"ל דלא שייך גזירה לגזירה שם ל"ש דהו"ל גזירה לגזירה והיה ספיקא דרבנן דהא עכ"פ אין עושין ספק דרבנן לכתחלה ולמה יצא כלל במחטו בידו ועיין שב יעקב ומגן גבורים סי' יו"ד מ"ש בזה הפרט:

כח והנה בהא דאבעיא לאביי מרבה מהו שיתן לתוכו שמן וידליק וא"ל דאין מדליקין ושאל אותי תלמידי המופלג מוה' ישראל מלך בודק נ"י דלמה לא פשיט מהא דחכמים היינו ת"ק ואמרו בדף כ"ד דר"ב א"ר ובין לפירוש רש"י ובין לפירוש רשב"א ור"ן ע"כ מיירי באם מערב שמן כשר בחלב מבושל או מחוי וא"כ מבואר הדין במשנה דאסור. והשבתי דזה דוקא לר"ב אבל אין ראיה דיש לומר דחלב מחוי בעין א"ב ולא מסיימי לכך לא הביא מזה. עוד הקשה על הר"ן שדחה פירש"י דרב' מיירי בחלב מהותך דא"כ מבואר במשנה דאסור חלב מבושל דומיא דאינך אף שערב שמן כשר בינו והקשה דא"כ היכי קאמר א"ב דר"ב וא"כ פליגי בזה במשנה והשבתי דל"ק דבאמת הר"ן מפרש כמ"ש הרשב"א דא"ב חלב מחוי וע"ז ל"ק דמבואר במשנה דהא זה אינו מבואר במשנה דבמשנה לא דברו רק מחלב מבושל דנחום וחכמים הזכירו ענין מבושל וא"כ אם נימא דר"ב קאי לחלב מבושל מסתמא הת"ק דנחום וחכמים קאי על מבושל שהזכיר נחום בדבריו וכן חכמים אבל חלב מחוי לא הזכירו במשנה כלל ושפיר יש לומר דא"ב וגם לפמ"ש י"ל דא"ב חלב מחוי בעין ולא כשנתן לתוכו דבר וא"כ ל"ק על הר"ן ודו"ק:

כט והנה תלמידי העירני בדברי הש"ג ריש במה מדליקין במ"ש ואם נפרש דחלב מהותך אינו חלב מבושל צ"ע רב ברונא דאמר כמאן לא כת"ק ולא כחכמים והוא תמוה דהרי אמרו דא"ב דר"ב ובאמת שהוא תמוה אבל לפענ"ד ט"ס וצ"ל ואם נאמר דחלב מהותך היינו חלב מבושל צ"ע דאמר רב ברונא דלא כמאן וכוונתו כקושית הר"ן דהרי בין לת"ק

ובין לחכמים אסור אף שנתן לתוכו שמן כ"ש גם מ"ש שם לענין פירש"י בקרבי דגים העיר ג"כ תלמידי דזה מפורש בדף כ"ו דא"ב דר"ב וע"ש בחידושי רשב"א דהקשה כן על רש"י ועיין מלמ"ל פ"ה משבת ה"ט ובמרכבת המשנה שם ולפמ"ש יש לפלפל בזה ולא נפניתי כעת:

ל והנה בשבת ר"ח טבת פ' מקץ תרי"ז הקשה אותי עלם משכיל בשם הרבני המופלג מוה' משה זאב מזוזה נ"י בהא דכתב רש"י כבתה זקוק לה וחיישינן שמא יפשע והפ"י תמה למה כתב שמא יפשע ולא כתב שמא יארע לו אונס וע"ז הקשה הוא דדברי רש"י הן ש"ס מפורש דאמרו בפסחים דף צ' דלכך אין שוחטין וזורקין על טמא שרץ דחיישינן דלמא פשע ולמה לא אמר שמא יארע לו אונס וע"כ דאין נ"מ בזה וחיישינן דלמא פשע וה"ה כאן. והשבתי דבאמת קושית הפ"י יקשה שם ג"כ ולא עוד דשם קשה יותר דלמה ניחוש שלא ירצה לטבול לאכול הפסח שהוא בכרת אמנם נראה דשם לרבותא קתני דל"מ אם יאנוס ולא יהיה ראוי לטבול דאז באמת לא יהיה אף ראוי לאכילה ובודאי לא יצא אלא אף אם יהי' ראוי לאכילה דהיינו שהי' בידו לטבול והו"א דאכילה לא מעכבא דקי"ל אכילה לא מעכבא רק דבעי שיהיה ראוי לאכילה וכמ"ש הלח"מ פ"ד מק"פ וע"ז קמ"ל דכל שבעת אכילה אינו ראוי לאכילה אף שהי' בידו קודם לטבול ל"מ וא"כ רבותא קמ"ל בזה אבל כאן קשה. עוד נראה לי דחז"ל עשו זאת לזירוז שאם נימא דשוחטין וזורקין על ט"ש יבא לפשע דיסבור שיש לו זמן לטבול וכבר שו"ז עלי וב"כ וב"כ יעבור הזמן וע"כ עשו תקנה שלא ישחטו ויזרקו עליו כדי שלא יפשע ודו"ק היטב אבל כאן רק בכבתה אין זקוק לו וא"כ אף דיהיה אונס סגי ולא שייך שיפשע דהא הוא רק מקרה שנכבה ודו"ק: עוד יש לי לומר דמה דחשו דלמא אתי למפשע הוא בשביל דכיון דהוא טמא ופטור מפסח ראשון כשהיה טמא מת וגם אם הזיד בשני פטור כמ"ש הרמב"ם פ"ה מק"פ ה"ג א"כ גם בטמא שרץ יוכל לטעות ויפשע ולא יטבול באמרו שנקרא גם הוא טמא וא"צ ק"פ כלל ודו"ק:

סימן מב

א בענין מאכילין אותו הקל הקל תחלה מה שנסתפק בזה ספק חדש:

ב הנה מה שהוגד לי שהרב הה"ג מוהר"ר יעקב אבד"ק דיקלא נ"י נסתפק בענין שאמרו דמאכילין להחולה הקל הקל תחלה היאך הדין אם אכל החמור אם עבר על האיסור או לא מי אמרינן כיון דגם האיסור החמור היה מותר לו אם לא הי' לו מה לאכול כי אם אותו החמור אף שכעת יש לו הקל בכ"ז עכ"פ קליש האיסור ולא נתחייב או דלמא כיון

דאינו רק דחוי' כל שהיה יכול לאכול הקל שוב לא סגי דלא אכל הקל וכשיאכל החמור נשאר באיסורו.

ג והנה הוא ספק מושכל וראוי להתבונן בזה. והנה בראשית ההשקפה כאשר הגיד לי החריף מוה' איצק שמעלקיש ני' הספק הזה שכתב לו במכתב תשובה כתב לו הספק הלז. אמרתי דלפענ"ד יש לדמות הדבר להא דאמרו בסנהדרין דף ע"ד דרודף שהיה רודף אחר חבירו להרגו ויכול להצילו באחד מאיבריו ולא הציל נהרג עליו הרי דזה באמת ניתן להצילו בנפשו אם לא היה בכחו להצילו לו באחד מאבריו הרי הותרה אליו משום פקוח נפשו של הנרדף להרגו ואפ"ה כל שיכול להצילו באחד מאיבריו שוב נהרג עליו ומכ"ש בזה דיכול לאכול הקל הקל וא"כ כל שאכל החמור נענש על החמור. הן אמת דהרמב"ם פ"א מרוצח הלכה י"ג כתב דאין ממיתין אותו בב"ד רק דהרי"ז כשופך דמים וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו אבל באמת הטור חו"מ סי' תכ"ה כתב דלמה לא ימיתו אותו הב"ד וכתב בב"ה ובכ"מ משום דבזה בעינן שיקבל עליו התראה והרי לא התרו בו שיקבל עליו דהוא נתכוין להציל וא"כ זה דוקא שם אבל כאן פשיטא דנענש ואף מיתה חייב. אך נראה דלפמ"ש הרא"ם פרשת וישלח וכן נראה מהריב"ש סי' רל"ח והובא במלמ"ל פ"ח מחובל הלכה יו"ד דדוקא אדם אחר הבא להציל צריך לדקדק בזה אבל הנרדף עצמו כיון שבהול על נפשו א"י לדקדק בזה ואף אם יכול להציל עצמו באחד מאבריו של הרודף והרגו מ"מ אינו נהרג עליו ואף דתמהו ע"ז בכנה"ג ואחרונים מסנהדרין דף מ"ט כבר הארכתי בזה בתשו' ליישב וא"כ ה"ה בחולה דהחולה עצמו אין לבו מיושב לדקדק בזה איזה קל ואיזה חמור אבל מי שמאכילו הוא נענש אם האכילו החמור והיה לו להאכילו הקל הקל הוא נענש עבורו.

ד ובזה נראה לפענ"ד הא דנקט ביומא דף כ"ג מאכילין אותו הקל הקל תחלה ולא נקט אצל החולה עצמו. ולפמ"ש אתי שפיר דהחולה בעצמו א"צ לדקדק כ"כ ואף אם יאכל החמור לא יענש משא"כ מי שמאכיל אותו הוא אסור לספות בידים להחולה איסור החמור וז"ב לפענ"ד: והנה יש להסתפק בטומאה דלא הותרה בציבור רק דחויה והיכא דאיכא טהורים בבית אב אחד או במשמר האחרת היאך הדין אם עברו הטמאים ועשו בטומאה אם אינם חייבים כרת כיון דאם לא היו טהורין היה נדחה הטומאה בציבור. ולפענ"ד נראה דבכה"ג חייבין דעכ"פ לאותן הטמאים לא נדחה הטומאה רק בשביל הציבור ויחיד נדחה לפסח שני רק משום ציבור נדחה וכל דלהציבור אפשר בטהרה פשיטא דהם עשו עבירה דלהם לא נדחה הטומא' כלל. וראיה ברורה מהא דדחקו זבים וזבות ונדות וכדומה ונכנסו לעזרה דחייבין על ביאת מקדש וכמבואר בפסחים דף צ"ה

ומשום דלגבייהו לא נדחה הטומאה וה"ה בזה ואף דבדחקו טמאי מת ונכנסו להיכל פטורין אף שלא הותרו רק לעזרה וכדאמרו שם וכן פסק הרמב"ם פ"ד מביאת המקדש הלכה י"ב י"ג היינו משום דכבר נדחה לגבייהו עכ"פ לעזרה נדחה גם להיכל ומשום דממעט מקרא אבל במה שלא נדחה גבייהו כלל אף לעזרה ממילא נשארו בחיובם וה"ה לענין אם יש בית אב הטהורים וכמ"ש משא"כ לענין חולה דלגבי' הי' נדחה והוא בהול לדקדק בזה וכמ"ש ובאמת שלכאורה יש לדחות מ"ש ראיה מיכול להצילו באחד מאבריו דשאני התם דמ"מ יש כאן שפיכות דמים רק שלהצילו את הנרדף התירה התורה וכל שיכול להציל באחד מאבריו שוב איכא שפיכות דמים משא"כ בזה מ"מ נראה כיון דעכ"פ אם לא הי' יכול להציל באחד מאבריו כגון שלא ידע לכוין הי' פטור והיה עושה מצוה ואפ"ה חייב ביכול להצילו באחד מאבריו מכ"ש בזה דיכול לחיות ע"י הקל למה יעבור על החמור ולכאורה היה נראה לי טעם הדבר לחלק בין האיש הנרדף בעצמו לבין אחרים דבאמת כיון כל שיכול להציל הרי הוא עושה מצוה א"כ שוב הוה כטעה בדבר מצוה ועשה מצוה רק שנעש' עבירה ג"כ על ידו דקי"ל דיבמתו נדה בעל פטור שעשה ברשות משא"כ באשתו נדה בעל דחייב והי' לו לשאל' כמבואר בפסחים דף ע"ב וברמב"ם פ"ד משגגות וה"ה בזה האחר היה בידו לדקדק ואינו בהול כ"כ א"כ לכך חייב משא"כ הנרדף דבהול על נפשו א"כ הוה כטעה בדבר מצוה ועשה מצוה ולא הי' לו לשאול ולדקדק דהא בהול על נפשי וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו בסנהדרין דף מ"ט דא"ל מ"ט קטלית לאבנר א"ל גואל הדם דעשהאל הוה א"ל עשהאל רודף הוה א"ל הי' לו להצילו באחד מאבריו א"ל לא יכול לי' א"ל השתא בדופן החמישית כיון לי' וכו' ובראשית ההשקפה תמהתי דמה יענה רבינו שאמר דאין ממיתין אותו בב"ד ושם משמע דהרגו בסנהדרין ומצאתי בכ"מ פ"ט ממלכים ה"ד שהקשה כן על הרמב"ם ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הכנה"ג הקשה על הרא"ם דבנרדף עצמו לא שייך לחלק בין יכול להצילו באחד מאבריו וכ"כ בזה בתשו' ליישב ולפמ"ש יש לומר דכל הטעם הוא דהו"ל טעה בדבר מצוה ועשה מצוה רק שנעש' בזה עבירה אחת אבל המצוה במקום' שהרי מצוה להציל הנרדף ולפ"ז זהו בעלמא אבל כאן שבאמת אבנר התחיל ואמר יקומו הנערים ויצחקו לפנינו רק שאח"כ נעשה עשהאל לרודף שרדף אחר אבנר אבל כאן לא שייך לומר דעשה מצוה בזה שהציל עצמו דבאמת הוא התחיל בעבירה כמו שאמר לו יואב אח"כ שהוא גרם כל זאת וא"כ כל שיכול להציל פשיטא דנתחייב וז"ב.

ה ובזה מיושב קושית הראב"ד בפ"ט ממלכים ה"ד שם ודו"ק היטב בכ"מ ומלמ"ל שם ותמצא. ובזה מיושב סברת רבינו שמחלק שם בין ישראל לעכו"ם שעכו"ם חייב כל

שיכול להצילו באחד מאבריו שבב"נ לא נצטוה על פיקוח נפש ואינו חייב להציל ואינו חייב רק משום דמפקד על דינים וכל שיכול להציל צריך לעשות כן ולכך חייב בכ"מ דלא שייך טעה בדבר מצוה משא"כ בישראל דעכ"פ בידי אדם א"א לדונו דדלמא באמת נתכוין להציל וז"ב. ובלא"ה נראה לי ליישב הקושיא מאבנר דשם באמת יש לומר דזה דאמר הש"ס דלא יכול לי' היינו שלא יכול לכוין וא"כ בהול על נפשו ולכך אמר לו דהשתא בדופן חמישית כוון לי' וא"כ לא הי' בהול כ"כ וא"כ הנרדף גופא חייב ג"כ וז"ב. עוד יש לומר דהנה הסמ"ק כתב וכן מצאתי בסמ"ע בחו"מ סי' תכ"ה דאף דרודף ניתן להצילו בנפשו מ"מ כל שמכוין לאיזה נקמה וכדומה הוה בכלל שופך דם וא"צ שיהי' רק לשם שמים שלא ישפוך דם ומעתה לכך כל שיכול להציל באחד מאבריו ולא הציל מתחייב בנפשו דאולי כוון לאיזה נקמה וכדומה. ומעתה ז"ש רבינו דאין ממיתין אותו בב"ד דדלמא באמת נתכוין להציל לש"ש אבל הלב יודע אם לעקל ולכך הוה כשופך דמים ונתחייב בידי שמים ומעתה ז"ש הי' לו להציל באחד מאבריו וא"כ כוון לנקמה והוה בכלל שופך דמים וא"כ עכ"פ יואב פטור דהוא הי' גואל הדם של עשהאל והוא יכול לטעון ברי שידע שכוונת אבנר הי' לנקמה ואדם יכול לטעון ברי לגבי עצמו ושפיר פטר נפשו יואב בטענ' זו וכמ"ש הרשב"א דלגבי עצמו יכול לטעון ברי אף נגד החזק' ורובא ע"ש ובפ"י בכתובות דף כ"ב ובק"א וז"ש לא יכיל לכוין וא"ל דהשתא בדופן חמישית כוון וא"כ ודאי נתכוין לשם רציחה והוה בכלל שופך דמים שעכ"פ יואב פטור בזה וז"ב ויש להאריך בזה ואכ"מ עכ"פ לפענ"ד הדין דין אמת. ולכאורה רציתי לדמות למה דאמרו ביבמות דף יו"ד ע"ב בין הוא בין האחין אינו חייבין לא על החליצה כרת ולא על הצרה כרת ומ"ט מי איכא מידי דמעיקרא אי בעי להאי חליץ ואי בעי להאי חליץ וכו' דזה לא דמי דשם בתחל' הי' לו רשות גמור לחלוץ להאי או להאי אבל כאן הא בתחלה ג"כ אין לו רשות לאכול החמור וז"ב ודו"ק. ובמ"ש לכאורה יש ליישב בזה קושית התוס' בפסחים דף מ"ו ע"ב דהקשו ומאן דס"ל הואיל בטלת כל מלאכת שבת דשייך הואיל וחזי לחולה. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי גם החולה גופא אם הי' אפשר לו בקל ממנו הי' עובר אם עשה החמור וא"כ היאך שייך הואיל דהא לא עדיף אותו הבריא מאילו הי' חולה ולא הי' צריך לאותו דבר דהי' אסור לו לעשותו אותו הדבר והרי הבריא עכ"פ א"צ לאותו דבר מה תאמר דהי' חזי לחולה כ"כ עד שלא הי' סגי לי' רק באותו דבר זה ל"ש כ"כ. וזה יש לכוין בתירוצים של התוס' שכתבו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ולכאורה לפי מה דקיי"ל הכל חולים הם אצל צינה א"כ יהיה מותר לחמם בשבת ולפמ"ש אתי שפיר דהא משכחת לה שהיה חם לו בלי זה וא"כ שוב אסור.

ו ובזה מיושב היטב מה שהקשו כל האחרונים בהא דאמרו בחולין דף ט"ו כגון שהיה לו חולה בתוך ביתו והבריא והקשו דלפמ"ש התוס' דלא הוה מוקצה דשכיח שיחזור החולה לחליו א"כ שוב יקשה דאמאי יתחייב הא חזי לחולה וכאן לא שייך תירוצי התוס' דהא חזי לחולה דשכיח שיחזור לחליו. ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דשכיח שיחזור החולה לחליו אבל הא יכול להיות רפואתו ע"י דבר אחר הקל ולא ע"י שחיטה וכדומ' וא"כ שוב לא שייך דחזי לחולה ובאמת לפמ"ש מי ששוחט לחולה ודאי אסור לשחוט כל דאפשר בקל וכמ"ש דהוא אינו בהול א"כ ל"ש הואיל דלדידי' אסור לעשות אף לחולה כל שאפשר בדבר אחר ודו"ק היטב כי הוא נעים ונחמד ת"ל:

ז והנה כ"ז אם נימא דפקוח נפש אינו רק דחויה ובזה יש לומר דאדחי לקל ולא לחמור משא"כ אם נימא דהותרה פקוח נפש א"כ שוב אפשר דאין נ"מ בין קל לחמור דאף דכל שאפשר בקל לא הותר החמור מ"מ אינו עובר בלאו כנלפענ"ד. ויש לתלות הענין במה דנחלקו בזבחים דף ל"ג אי אמרינן מדאשתרי אשתרי ומחלק שם בין מדאשתרי אשתרי ובין אם הוא רק דחויה ולפמ"ש רבא הסברא להיפך יש לומר דגם בפקוח נפש הוא להיפך ועיין בתוס' שם וביבמות דף ח' ובתשו' הארכתי בזה ואולי יש לתלות הענין בזה אף שיש לחלק בין השווים ודו"ק היטב. שוב ראיתי שהדבר מוכרח מהא דאמרי במנחות אמדוהו לשתי גרוגרות ויש שתי גרוגרות בעוקץ אחד ושלשה בשתי עוקצים דאסר לקוץ דמרבה בקצירה וכן קי"ל בסי' שכ"ח ועיין בשו"ת רמ"א סי' ע"ו ובשאגת ארי' סי' נ"ח ומבואר שם דאם עבר וקצץ אותו שיש בו רבוי קצירה דאסור ואף דיש לדחות מ"מ המעיין בשו"ת שאגת ארי' סי' נ"ח שם ימצא דמבואר דבכה"ג דמאכילין הקל הקל אם עשה החמור חייב דלזה לא נתן לדחות ע"ש ודו"ק ויתכן יותר דאל"כ יקשה הא כל שיש חולה לפנינו לא שייך חילול שבת דניתן לדחות בשביל החולה ולמה יתחייב וע"כ דכל שיש לקיים הפקוח נפש ע"י דחי' קלה אסור לדחות בחומר האיסור ודו"ק היטב.

ח והנה בציצין שאינם מעכבין דחייב כשחזר עליהם כדאמרו פרק ר"א דמילה יש להסתפק אם חייב עליהם בשבת כיון דהי' ניתן לדחות אם הי' בתחל' דאף ציצין שאינם מעכבין חותך ומסתברא לפענ"ד דחייב דהיה יכול לחתוך מקודם ואולי יש לומר כיון דבין כך ובין כך היה צריך לחלל שבת וא"כ אין נ"מ רק דהי' עושה בפ"א ועכשיו חוזר עליהם אבל חיוב לא שייך בזה ולפ"ז צ"ע דא"כ הא דפריך ממהל היכא מהלינן ומשני ממנ"פ וקשה אכתי נ"מ אם חייב כשחזר ומל דאם נימא דמחתך בבשר בעלמא אינו חייב ואם באמת מילה היא ואותן הציצין אינן מעכבין שוב אסור לחזור עליהם ויש ליישב בזה דברי הרי"ף שם ודו"ק: ובמ"ש למעלה יש ליישב מה דאמרו במכות דף י"ב שני

טעיות טעה יואב טעה שאינו קולט אלא גגו וכו' ונשאל הרשב"א בתשובותיו סי' תקכ"ד למה לא אמרו שטעה גם בזה שחשב שאף במזיד קולט ובאמת אינו קולט אלא בשוגג וכמו שאמרו גבי שרו של אדום ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יואב היה ס"ל דאינו חייב מיתה כדאמרו בדף מ"ט וטעה בדין וא"כ הרי אומר מותר חשוב שוגג לאביי במכות דף ט' ובדף י"ב מוזכר ג"כ אביי ואף לרבא כאן שגם ע"פ דין ביכול להציל לשיטת הרמב"ם פ"א מרוצח אין ממיתין אותו בב"ד וא"כ אין לך שוגג גדול מזה דפטור ואינו רק גולה ולא טעה בזה. שוב מצאתי במדרש רבה פ' מסעי פכ"ג שהקשה קושיא זו שיואב שהיה תחכמוני ראש השלישי' ואיך טעה שאינו קולט רק שוגג ומשני שאמר כל הרוגי ב"ד אין נקברין בקברות אבותי' מוטב שאמות כאן ואקבר בקברות אבותי והתירוץ אינו מובן ולפמ"ש אתי שפיר דהנה יואב טעה בזה וחשב דע"פ דין סנהדרין אין לו חטא משפט מות רק שהרשות ביד המלך להרוג אותן שא"י להרוג בב"ד וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מרוצח ע"ש ולפ"ז אם היה ע"פ ב"ד ועיין תוס' סנהדרין דף מ"ט ע"ב ד"ה בשלמא לא הי' נקבר בקברות אבותיו אבל כל שנהרג ע"פ מלך שהתורה נתנה לו רשות להרוג כל המורדים בו אבל נקבר בקברות אבותיו וז"ב ונכון.

ט והנה הרשב"א כתב שם ליישב ולא זכיתי להבין דבריו דמ"ש שם לרש"י פירש דמזיד היינו שאמר הכתוב מעם מזבחי ולא מעל מזבחי ובזה טעה יואב שהחזיק בקרנותיו ולא זכיתי להבין דבריו הקדושים דזה טעות בפ"ע אבל לא ידעתי היכן פירש"י דמזיד קולט ג"כ רק מעם מזבחי תקחנו ועל מזבחי קולט אף במזיד ועיין ברש"י בחומש ובמכות שם ובחידושי ריטב"א שם וגם במ"ש לדעת הרמב"ם ז"ל הוא דוקא כשנדון בדיני סנהדרין ולא בנדון דיני משפטי מלוכה בזה אף במזיד קולט נפלאות נפלאתי דגם ליואב דנו בסנהדרין וכדאמרו בסנהדרין דף מ"ט ואף בסוף שדנו מפני שמרד במלכות באמת חייב מיתה וכפי הנראה כוון הרשב"א כיון שאינו חייב מיתה רק ע"פ דין מלכות אף במזיד קולט אבל לא ידעתי מנ"ל זאת וגם לא זכר שם שכבר הקשו כן במדרש רבה פרשת מסעי. שוב מצאתי בעקידה פרשת משפטים שגם הוא הקשה כן מדעתא דנפשיה כקושית הרשב"א וגם הוא נדחק ולפמ"ש יש לומר דיואב חשב שיהרגהו על דהרג לאבנר ובזה טעה בדין והו"ל שוגג ודו"ק. ומצאתי בספר מקום שמואל סי' כ' שהביא קושיא בשם זקני הגאון הנשר הגדול מוה' העשיל זצ"ל שהקשה בהא דחשב הש"ס במכות הטעותים שטעה יואב ולא חשב שאדוניהו קדם לו בטעותים אלה שהרי כתב שם במלכים א' סי' ב' שאדוניהו ירא מפני שלמה ויקם וילך ויחזק בקרנות המזבח הרי שטעה ג"כ בזה ולא עוד שכפי הנראה ניצל אדוניהו משום זה וקרנות המזבח קלטוהו והוא תימה רבה

והמחבר הנ"ל השיב שלפי שאדוניהו הי' רק מורד במלכות והרי הרמב"ם כתב בפ"ה מרוצח הלכה י"ג י"ד שמי שמתיירא שלא יהרגהו המלך בדין המלכות וברח למזבח ונסמך לו ואפילו הי' זר הרי"ז ניצל וא"כ לכך ניצל אדוניהו אבל יואב שהרגו שלמה מצד שנתחייב בדין על שהרג לאבנר ועמשא וא"כ לכך לא הי' ניצל רק בשוגג ובעי שיהיה על המזבח ומזה יצא לו לרמב"ם דינו שהכ"מ לא ידע מקורו וגם יואב סמך על זה שהוא חשב שרצה להרגו ע"פ דיני מלכות ולכך חשב להנצל אף בקרנות המזבח.

י ובאמת אף שדבר חכמה אמר אבל ברשב"א מבואר בהדיא דיואב נידון בדיני משפטי מלוכה ולא בדיני סנהדרין ולכך אף במזיד ניצול ולא טעה בזה וכמ"ש למעלה. ובאמת שאף שלא אמרה רבינו הרשב"א ראוי להאמר שהרי מבואר כן בש"ס סנהדרין דף מ"ט דיואב נפטר על הריגת אבנר ועמשא רק בשביל שמרד במלכות ע"ש. ואף דלפ"ז דברי רבינו תמוהים ע"כ צ"ל כמ"ש הכ"מ דאדרבא מורד במלכות שאני שאין המזבח קולטו.

יא הן אמת שגם דברי הכ"מ דחוקים דהא הרמב"ם כתב דאם מתפחד שלא יהרגנו בדיני המלכות וא"כ הא זה הוה מורד במלכות דאל"כ אסור להמלך להרוג נפש מישראל ועיין פ"ג ממלכים ה"ח. אמנם לפענ"ד הדברים נכונים דהנה רבינו ז"ל כתב בהי"ב שם המזבח קולט שנאמר בהורג בזדון מעם מזבחי תקחנו למות מכלל שההורג בשגגה אינו נהרג במזבח והקשה במלמ"ל דמשמע דממתינין לו עד שישלים העבודה והרי גם בהורג במזיד ממתינים לו עד שישלים עבודתו כדדרשו ביומא דף פ"ה מעם מזבחי ולא מעל מזבחי ופירש"י דאם התחיל העבודה אין מפסיקין לבא לדין אלא משלים עבודתו ע"ש שהעלה בצ"ע. ולפענ"ד נראה דהדבר נכון דהנה באמת יש לחלק דאף דבמזיד קולט היינו אחר שכבר נגמר דינו להריגה או במקום שעכ"פ כבר נדון אף שלא נגמר דינו מ"מ הב"ד יודעים בבירור שזה יהיה נדון למיתה והלך זה וברח למזבח אין קולטו ולוקחין אותו אף שהתחיל בעבודה אבל אם לא דנו אותו עדן רק שכששמעו שהרג ובאו עדים להעיד עליו הלך זה וברח למזבח אין מפסיקין עבודתו וז"ש רש"י לבא לידון היינו שידונו אותו וממתינין עד שיגמר עבודה אבל ההורג בשגגה אף שנדון לגלות כבר והלך וברח למזבח אינו נהרג במזבח והיינו לענין זה שאם מצאו גואל הדם שם אין הורג אותו ואם הרגו נהרג עליו וכמ"ש רבינו ומכ"ש באם לא נתחייב גלות עדיין דנהרג עליו הגואל הדם ולכך כתב בהלכה י"ד וכן מי שקלטו המזבח אין מניחין אותו שם אלא מוסרין לו שומרים ומגלין אותו לעיר מקלט והיינו באם כבר נתחייב בב"ד גלות וז"ל רבינו בד"א במחויב גלות אבל מי שפחד מן המלך שלא יהרגנו בדין המלך או מב"ד שלא יהרגוהו בהוראת שעה וברח למזבח ונסמך לו זה ניצל אף שהוא זר ואין לוקחין אותו מעל המזבח

לעולם היינו אף דבזה ל"ש שלא נתחייב עדן דהא המלך רשות להרגו בלי עדים והתראה ואפ"ה כל שיהיה תמיד במזבח ואפילו נסמך לו הרי"ז ניצל אלא א"כ שנתחייב מיתת ב"ד בעדות והתראה שזה לוקחין אותו מהמזבח לאחר גמר עבודה ואצל המזבח דהיינו בקרנותיו אף קודם התשלום עבודה. ומעתה מיושב היטב קושית הכ"מ דיואב שבאמת נתחייב מיתה כדאמרו בסנהדרין דף מ"ט דאתי' ליואב ודייני' והוא הלך להמזבח להנצל וא"כ פשיטא דכל שנתחייב מיתה יהיה באיזה דבר שיהיה שפיר טעה יואב שאינו ניצל דהא באמת נתחייב מיתה בדין לא היה רק משום שמרד במלך וא"כ יצא מכלל מזיד ולא בא לכלל שוגג ולכך כל שלא סמך רק בקרנות המזבח והיה זר וכדומה לא הועיל לו המזבח אבל אדוניהו שלא נידון עדן רק שנתיירא שמא ירצה המלך להרגו ע"כ לא הרגו שלמה. ובזה מבוארים הפסוקים שם יפה שבאדוניהו כתיב ואדוניהו ירא מפני שלמה ויקם וילך ויחזק בקרנות המזבח ויוגד לשלמה לאמר הנה אדוניהו ירא את המלך שלמה והנה אחז בקרנות המזבח לאמר ישבע לי כיום המלך שלמה אם ימית את עבדו בחרב והיינו שעוד לא נדון כלל רק שמתיירא שמא יהרגוהו בדיני המלוכה כי במה שרצה למלוך עוד לא נקרא מורד במלך כי עוד לא נבחר שלמה ואחר שאמר דוד כי שלמה ימלוך באמת הלך לו ורק שנתיירא שיעליל עליו בדיני המלכות וימצא עליו חטא לכך הועיל לו קרנות המזבח. וז"ש שלמה אם יהיה לבן חיל לא יפול משערתו ארצה ואם רעה תמצא בו ומת והוא הדברים אשר דיבר הרמב"ם דמי שמתיירא שלא יהרג בדיני המלכות או בהוראת שעה לזה מועיל אחיזה אבל ביואב כתיב והשמועה באה כי יואב נטה אחרי אדוניהו והיינו שכבר דנו אותו למורד במלכות כדאמרו בסנהדרין שם וא"כ בזה לא הועיל לו הקרנות המזבח וטעה בזה ולכך אמר עשה כאשר דיבר ופגע בו ותדע שהרי אח"כ כשחטא אדוניהו לא רץ להנצל ע"ג המזבח כי אחרי שכבר נגמר דינו לא מועיל לו המזבח ומ"ש המלמ"ל דבסנהדרין דף ל"ה ע"ב אמרו דרציחה דוחה עבודה והיינו אף שהתחיל כבר. הנה הוא בעצמו הרגיש שרש"י לא פירש כן ודייק בהדיא שאם רוצה לבא לדין ע"ש ומ"ש דבש"ס שם משמע דלא כפירושו דאל"כ מה פריך לאביי אלא הא דכתיב מעם מזבחי תקחנו למות והקשה הא אצטריך לזה דלא נעבירהו מהעבודה לא זכיתי להבין דזה נשמע מדיוקא דמעם מזבחי ולא מעל מזבחי והש"ס מקשה דמכל מקום גוף הקרא דמעם מזבחי לא צריך כלל והי' לו לכתוב דמעל מזבחי לא תקחנו ובמכילתא אמרו מעם מזבחי מגיד שמבטלין העבודה מידו ויוצא להרג והקשה הזית רענן דמשמע שאף שעבודה בידו מבטלין העבודה והרי דרשינן מעם מזבחי ולא מעל מזבחי ולפמ"ש אתי שפיר דשם מיירי שכבר נגמר דינו וברח למזבח בזה מבטלין

עבודתו אבל בבא לדון ולא נודע אם חייב כלל פשיטא דאין מבטלין עבודה ומה שהקשה בזית רענן מדברי הרמב"ם זהו קושית המלמ"ל וכבר כתבתי בזה גם מ"ש הז"ר להקשות דלמה לא קאמר ביומא ג"כ שטעה דשוגג הוא דקולט ולא מזיד כבר כתבתי דזהו קושית הרשב"א ומ"ש במקום שמואל דיואב היה שוגג כבר זכרתי בה לעיל ע"ש ועיין במקום שמואל שהאריך הרבה בענין זה אבל לא העלה דבר ברור ולפענ"ד מ"ש הוא נכון מאד והם קילורין לעינים ולפענ"ד יש להרמב"ם יסוד חזק מהמקראות והש"ס הנ"ל והנה גם המלמ"ל פ"ה מרוצח הבין בדברי רש"י שס"ל שאין חילוק בין שוגג למזיד ולא ראה דברי רשב"א סי' תקכ"ד ואם ראה הי' שמח מאד שהרשב"א ביאר כן בהדיא ודו"ק: אחר זמן רב מצאתי בספר דרך הקדש הנספח לספר מגיד מראשית להרב מוהר"ח אלפנדרי הספרדי שכתב בדרך הקדש דף ג' ע"ד להסתפק בשם אחד המיוחד מגדולי הדור בהך דכהן ונזיר דקי"ל דיטמא נזיר ואל יטמא כהן איך הדין אם עבד ונטמא הכהן אם לוקה אי נימא שכיון שעכ"פ לגבי מת מצוה נדחה טומאה וגם הכהן מותר לטמאות למת מצוה אי לא הי' אחר א"כ איסור הטומא' נדחה ושוב אף שיכול הנזיר לטמאות מ"מ אם הכהן נטמא לו לא לקי או דלמא דכיון שיש נזיר לפנינו נדחה הכהן מזה ולא מקרי מת מצוה ויע"ש שהלשון מגומגם וקצת חסר אבל הכוונה היא כך וכתב שיש לפשוט מהא דאמרו בירושלמי בנזיר פרק כה"ג בסופו נזיר עולם ונזיר נזירות אית תני יטמא נזיר עולם וכו' כהדא דאמר ר"א דעובר משום לא תטמא וכו' והרי דאף דלגבי נזיר ליכא לאו דטומא' שהרי נדחה הוא אם החליף עובר בלאו ה"ה כ"ג ונזיר אם נטמא הכהן עובר בלאו דטומאה ע"ש הנה מבואר דאף שנדח' הדבר כל שעשה בדרך שאינו נדחה עובר וה"ה בזה הספק שנסתפק הרב הגאון הנ"ל הלא מראש ובאמת שהיה מקום לומר דלא ילקה בכה"ג שנטמא לפמ"ש בברכות דף כ' ולגמר מינה שב ואל תעשה שאני והקש' רש"י מכה"ג ונזיר שמטמאין למת מצוה בקום ועשה וכתב רש"י דהלאו דטומאת מת לא נאמר במת מצוה וביאר הרמב"ן בספר תה"א וע"פ שם דעל מת מצוה לא נאמר הלאו דטומא' כלל דאין מקום לקיים הלאו דטומא' במת מצוה כלל ולפ"ז שוב לא נאמר הלאו כלל ע"ז והיה מקום לומר דהותר לגמרי אבל זה אינו דאף דהותר היינו למת מצוה אבל כל שיש נזיר עמו שוב לא נקרא מת מצוה לגבי הכה"ג ותדע דאל"כ שוב לא שייך לומר דלא נאמר הלאו דטומא' לגבי מת מצוה דהא משכחת לה בכה"ג וע"כ דלגבי הכהן גדול לא מקרי מת מצוה כלל וז"ב ופשוט:

יב ודרך אגב אזכיר מה דראיתי בדרך הקדש שם מ"ש לתמוה על התוי"ט והרע"ב בזבחים פרק כל התדיר דהרע"ב אומר שתדיר ומקודש תדיר קודם והתוס' יו"ט תמה דמנ"ל

למפשט מה שבש"ס נקטה באבעיא וע"ז כתב הוא דהדבר מבואר בירושלמי שם דאמר דאתיא דר"א כב"ש דב"ש אומרים תדיר ומקודש תדיר קודם כן ר"א אומר תדיר ומקודש תדיר קודם ובמחכת"ה טעה בזה טעות גדול דאדרבא כיון דר"א אתיא כב"ש והיינו דלכך יטמא כהן ואל יטמא נזיר דנזיר מקרי תדיר שנוהג בכל בין בישראל בין בכהן כמ"ש הפני משה שם וא"כ הרי אנן קי"ל כחכמים דיטמא נזיר ואל יטמא כהן וע"כ דמקודש קודם ולכאורה רציתי לומר דהא באמת טעות הוא בירושלמי וצ"ל דאתיא כב"ה וא"כ ר"א אתיא כב"ה וכמ"ש הפני משה שם דהא ב"ה ס"ל דמברך על היין ואח"כ על היום דיין תדיר וא"כ שוב יש לפסוק כר"א אבל מ"מ הדבר תימה דהרי מ"מ קי"ל כחכמים דר"א וגם דהש"ס דילן בזבחים דף צ"א דחי לה דאין ראי' מב"ה ולכך פסק הרמב"ם דאיז' שירצה יקדים דס"ל כש"ס דילן ובחנם נתקשה בזה בדרך הקדש על הרמב"ם דכאן פסק כחכמים ושם פסק דאיזה שירצה יקדים והיה לו לומר דמקודש קודם (כצ"ל בדרך הקדש שם ולפנינו כתוב דהיו לו למפסק דתדיר קודם והוא תימה ואולי כוונתו דהי' לו למפסק כב"ה) אבל הכל א"ש דהרמב"ם דחה כל הירושלמי במקום דהש"ס דילן דחה לכ"ז ואמרו דשאני התם דאטו שבת לברכת היום אהני לברכת היין לא אהני וכן מוכרח שם לומר דאל"כ יש לפשוט מכל הני דמייתי שם בזבחים. ובלא"ה תימה על הירושלמי דבאמת לפי הירושלמי ע"כ דר"א כב"ה והרי ר"א שמותי הוא והיינו מתלמידי ב"ש כמ"ש התוס' בנדה דף ז' ע"ב ד"ה שמותי הוא ולדעתי מש"ה אין הלכה כר"א ויצא ב"ק שהלכה כדבריו ואפ"ה לא אשגחי' בי' משום דב"ש במקום ב"ה אינה משנה וגם ר"א לא אמר דבר שלא שמע מפי רבו כדאמרינן בסוכה דף כ"ז ועיין יבמות דף ט"ו ובב"מ דף נ"ט ודו"ק היטב:

יג והנה אחר זמן רב ראיתי בה"ה פ"ב משבת הי"ד ובמג"א סי' שכ"ח ס"ד וסי"ז בהקיז דם ונצטנן דעושין מדורה וה"ה לכל חולה שיש בו סכנה דאף דיוכל לחממו בבגדים מ"מ יוכל לעשות מדורה אף שאין במניעת המדורה סכנה דיכול לחממו בבגדים. והנה לכאור' תמוה דא"כ מה נחלקו במאכילין אותו הקל הקל תחלה הא אף שאין במניעת הדבר סכנה אפ"ה כל שיש סכנה בגוף החולי מותר אף שיכול להאכיל שאר דברים והוא תימה רבה לפענ"ד ודוחק לומר דדוקא לענין אכילות האיסורים הוא דקפדינן ולא בעשיית שאר איסורים ולומר דאיסור אכילה חמור יותר וכעין שכתבו התוס' בכמה מקומות לענין בהמתן של צדיקים דזה דוחק.

יד ולחומר הנושא יש לי לומר לפמ"ש התוס' בפסחים דף מ"ו והבאתי לעיל דאם נימא הואיל בטלת כל מלאכת שבת דחזי לחולה וכתבו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח וא"כ

כל שיש כאן חולה שיש בו סכנה שוב אף שאין במניעת אותו הדבר סכנה אפ"ה ל"ש איסור מלאכה דשייך הואיל אם הי' צריך להדבר הלז דוקא וא"כ אין בו רק איסור דרבנן ומותר אף שאין במניעת הדבר סכנה.

טו ובזה מיושב מ"ש המחבר בסי' שכ"ח ס"ו דבזמן הזה אף שבאו על עסקי ממון מחללין וכתב המ"א דקשה דיניחנו ליטול הממון ולא יחלל שבת וע"ז שאל הרב מוה' אברהם קאמף ני' דלפי דברי הה"מ והמ"א בסי' שכ"ח הנ"ל א"כ כל שיש סכנה אף שאין במניעת אותו הדבר סכנה מותר לחלל השבת ולפמ"ש א"ש דשם לא שייך זאת: ובלא"ה יש לחלק דשם עדיין אין כאן לפנינו סכנה אף שאפשר שיבא לידי סכנה מ"מ כל שכעת אין כאן סכנה ברורה לפנינו לא מקרי סכנה ושפיר הקשה המ"א ודו"ק.

טז אחר כמה שנים נתיישבתי בזה דיש לחלק דבשלמא שם במדורה דהמדורה בודאי מועיל לחממו רק שע"י בגדים ג"כ נוכל לחממו ולא יהיה סכנה אבל מ"מ המדורה היא רפואה בדוקה שיתחמם תיכף והבגדים לא יחממו כ"כ במהרה והחמימות בעצמותו אינו כ"כ כמו מדורה וא"כ פשיטא דמותר לעשות לו מדורה שהיא רפואה בדוקה ויוכל להתחמם תיכף אבל גבי מאכילין אותו הקל הקל תחלה שגוף המאכל הוא שוה בין מנבילה או מטבל ושביעית וכדומה ורק שעל חומר האיסורים אנו דנין בזה בודאי יש למעט באיסורין כיון שהמאכל רפואה שוה מזה או מזה וז"ב לפענ"ד והנה בהא דהארכתי למעלה בסנהדרין דף מ"ח מ"ט גבי יואב ארשום מה שנתחדש לי בשנת תרט"ו אור ליום הששי חיי שנתחנך ביהכ"נ בבהכ"נ הגדולה דפה לבוב בתו"ה בעזרת הבהכ"נ וכבדוני שאגיד להם השיעור בש"ס ואז הי' לומדין אותו העלה ואמרתי בהא דאמרו מ"ט קטלת לעמשא א"ל עמשא מורד במלכות הוה וקשיא לי טובא לפמ"ש התוס' במגלה דף ט"ו ע"ב ד"ה מורד דאף דמורד במלכות א"צ למדייני' מ"מ צריך לדונו רק לא כשאר ד"נ שצריך להלין הדין עד למחר ע"ש וא"כ כאן מה טענה היא זו הא מ"מ לא דנו אותו בסנהדרין וא"ל דניהו דצריך למדייני' מ"מ כל שלא דנו מ"מ אינו נהרג כיון שעכ"פ הי' בר קטלא בדיני דמלכותא דז"א דכבר כתב הטורי אבן במגלה שם דכל דצריך למדייני אם דנו בלא סנהדרין חייב עליו מיתה ע"ש שהאריך בראיות ובאמת לפמ"ש הטורי אבן שם ליישב קושית התוס' מיושב גם כאן אבל לדברי התוס' תמוה כאן.

יז והנראה לי בזה דהנה בהא דאמרו במגלה שם וכי דנין דיני נפשות בלילה תמוה דמנא ידעה דלא גמר דינו ביום דכבר דרשו בסנהדרין דף ל"ו דדנו בסנהדרין. אמנם באמת זה אינו דהרי עכ"פ גמר הטענות צריך שיקבלו בפני בע"ד ובד"נ בודאי בעי עכ"פ גמר טענות בפני בע"ד ועיין תשובת הרשב"א הובא בב"י חו"מ סי' שפ"ח מה שכתב למלך

בדבר היסוד וא"כ ע"כ דהי' דוד צריך לדון אותו בפניו בגמר דין וכיון שנשבע שעד אור הבוקר לא יהיה נשאר משתין בקיר ע"כ הקשת אותו דהא אין דנין דיני נפשות בלילה וגמר"ד בודאי אסור וע"ז השיב לה דמורד במלכות הוא וא"צ למדייני והתוס' נדחקו בזה לפי דרכם אבל לפמ"ש אתי שפיר דהרי הרשב"א שם כתב דה"מ דבעי בפניו בדין ב"ד אבל בדין מלכות הם א"צ לדון רק כפי האמת ונהרג בד"מ אפילו ע"פ קרובים וע"פ עצמו וא"כ א"צ למדייני' והיינו שהבע"ד יבא לפניהם זה א"צ ולכך לא בעי הלנת דין דבזה לא שייך והצילו העדה. ולפענ"ד הטעם הוא פשוט דכל הטעם דהלנת דין הוא משום דכבר עבר על החטא וא"כ מה לנו במיתתו בזה לא יקים האיש הנרצח לעמוד על רגליו שכבר מת אבל כאן הוה הצלת העולם כלו דהמלך הוא משגיח על כללות המדינה לא שייך בזה והצילו העדה. ומעתה גם כאן יש לומר דבאמת כבר נדון בסנהדרין רק שלא הי' בפני בע"ד וע"ז שפיר אמר דמורד במלכות הוה וא"צ למדייני' ודו"ק. וזהו דאמרו בירושלמי הובא בתוס' סנהדרין דף ל"ו ד"ה רבה דאמרה לו וכי דנין דיני נפשות בלילה וא"ל כבר נגמר דינו ביום ואינו מובן ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם הירושלמי ס"ל דמורד במלכות היה וא"צ למדייני' אבל זה לקבל טענותיו אבל לדונו צריך לדון אותו וז"ב. ובזה אתי שפיר הא דיליף בסנהדרין דף ל"ו מויחגרו איש את חרבו ויחגור גם דוד חרבו דדן אותו לכאורה הא לא כתיב רק חגרו איש חרבו. ולפמ"ש יש לומר דהרי הרמב"ם בפ"ג ממלכים בה"ח כתב דאין למלך רשות להרוג אלא בסייף וכבר כתבתי שם מקורו וא"כ זה שאמר חגרו איש חרבו משום דמורד במלכות היה.

יח והנה בהא דאמרו אלא האי גברא מורד במלכות דכתיב והשמועה באה אל יואב כי נטה אחרי אדוניהו ואחרי אבשלום לא נטה ולכאורה צ"ב למה לי מה דלא נטה אחרי אבשלום. אך נראה דהנה בהא דאמרו במגלה שם דאמר דוד מורד במלכות הוא והשיבה היא עדיין לא יצא טבעך בעולם ולפ"ז יקשה הא בעת שרצה להמליך את אדוניהו ודאי לא יצא טבעו של שלמה וניהו שהקב"ה הבטיח המלוכה לשלמה הא לדוד ודאי הובטח לו המלוכה ואפ"ה הודה לה דלא יצא טבעו ומכ"ש בשלמה. אך נראה דהנה באמת צ"ב מה בכך דלא יצא טבעו בעולם הא מכל מקום הובטח לו המלוכה וכבר משחו שמואל ואמרו במדרש דאפילו היושבים בקרונות ידעו כי דוד יהיה מלך. אך נראה דכל הטעם דמורד במלכות הוא משום דהמלך הוא לצורך תיקון העולם והוא מנהיג העולם ולכך החמירה תורה בו ולפ"ז שם דניהו דהי' מלך אבל כ"ז ששאול מלך לא הי' תיקון העולם בו א"כ לא נקרא מורד במלכות. ומעתה זהו שם אבל כאן דהמרד הי' שמרד בדוד שדוד עדיין חי והרי באבשלום לא נטה יואב משום דעדיין לחלוחית של דוד קיים אף שדוד

הי' גם אז זקן והיינו משום דגם יואב ס"ל דכ"ז שדוד חי מלכות שלו הוא וא"כ למה נטה אחרי אדוניהו והא דוד קיים ושפיר נקרא מורד במלכות.

יט והנה לכאורה הי' נ"ל דל"ש בזה מורד במלכות דהא כל הטעם הוא משום דמלך יעמיד הארץ וצורך בו לתיקון המדינה אבל זה במלכי אוה"ע או אף במלכי ישראל שלא הי' נכנעים לתורה אבל דוד ומלכי ב"ד הצדיקים שהי' מאמינים שעיקר תשועתם ד' וכמ"ש האלשיך ואשר חרב גאוותיך וא"כ לא שייך מורד במלכות. ובזה יש לפרש הא דאמרו ופליגא דר"א דאמר אלמלא דוד לא עשה יואב מלחמה ולא נודע מה זה דפליגא ועיין בחידושי רי"ף ולפמ"ש כל הענין דמורד במלכות לא שייך כל שעיקר הוא ע"י התורה. ובזה נראה לי דזה שנענש יואב דבאמת הוא הרג לעמשא על שמרד במלכות וא"ל דאכין ורקין דריש ויפתחו במסכתא ולכאורה לא נודע אטו לא היו צריכין לצאת למלחמה וא"כ איפוא אחר שנצטוינו להגות בתורה לא שייך כלל מלחמה ומצינו בדוד ויהושע שהלכו למלחמה ויהושע לן בעמק. אך באמת זה אשר דברתי דבאמת האלשיך ביאר ואשר חרב גאוותיך והיינו דהמלך עפ"י התורה א"צ תכסיסי מלחמה רק שלגאוות ישראל הותר לו החרב ולפ"ז כל דרבנן פתחו המסכתא ולא רצו לבטל באמת הרשות בידם ואין לכופם דהא עיקר המלחמה ישראל נושע בד' ולפ"ז שפיר נענש יואב דממנ"פ אתה דס"ל דעיקר המלוכה תלוי באנשי חיל א"כ עדיין לחלוחית של דוד קיימת ולא היה לך לנטות אחרי אדוניהו והרי אחרי אבשלום לא נטית בחשבך דאף שאבשלום היה גבור חיל מ"מ דוד גדול ממנו בתורה וגם בגבורה וא"כ למה נטית אחרי אדוניהו ודו"ק. והנה בחידושי הקשיתי בהא דאמרו שם אלקים ל"ל וקשה הא נ"מ דמצד קללת מלך ובזיונו היו יכול לאחוז בקרני המזבח משא"כ בשביל קללת אלקים ל"מ. ואולי כיון דלא קלט אלא מזבח בית עולמים א"כ בימי נבות דאחאב בעוה"ר ביטל שלא יעלו לירושלים לרגל לא קלט בית עולמים גם כן דהם בעצמם לא אחזו קדושת מזבח וצ"ע בזה. ומיהו בלא"ה יש לומר דהיו משמרין אותו שלא יברח לירושלים וגם לפמ"ש הכ"מ דמורד במלכות לא מועיל קליטת המזבח ע"ש בפ"ה מרוצח הי"ד א"כ לק"מ ודו"ק:

כ והנה צ"ב מה אמר יואב לא כי פה אמות והא באמת טעה יואב וסבר שיקלטו המזבח וא"כ קלטו המזבח ולא ימות ולפענ"ד נראה דהנה באמת דייני' ליואב בשביל אבנר ועמשא ובשביל שמרד במלך וכ"כ דבמורד במלך קולטו מזבח ובשביל מה שמתחייב מיתה בב"ד אין קולטו המזבח והנה יואב לא ידע בשביל מה רוצים להרגו ואולי הורגין אותו בשביל שנתחייב באבנר ועמשא א"כ שוב לא יועיל לו קליטת המזבח ואמר כי פה אמות והיינו שעכ"פ מצד מרידת המלך אין אני חייב אבל אני חייב משום אבנר וא"כ

פה אמות ויתכן להעמיק יותר כי המלך אין לו רשות רק בסייף והיינו כהריגת המלך בסייף ואף דגם רוצח בסייף אבל הנ"מ לענין נכסים וזה דקאמר בשלמא למ"ד הרוגי מלך נכסיהם ליורשים היינו דאמר פה אמות ולכאורה הא נ"מ לענין גוף המיתה שהרי החזיק בקרנות וע"כ דבאמת הוא חשב שבין כך ובין כך יהרג ניהו דחייב בשביל אבנר אבל הנ"מ לענין נכסים וזה דקאמר לחיי שעה היינו דהרוגי ב"ד צריך דו"ח וכדומה משא"כ הרוגי מלכות וז"ב. ולפ"ז אחר שאמר פגע בו והיינו מצד שמרד במלך א"כ ז"ש יואב לשלמה קבל לטותא דלט אביך ואינו מובן מה ענין זה לזה.

כא ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ אתה חושב שבאבנר פטור אני כדאמרו באמת שם וא"כ למה קללני אביך על אבנר והיינו ששלמה הרגו משום מורד במלכות וכמ"ש הכ"מ דזה לא מועיל קליטת המזבח ואף דהרמב"ם כתב דאם מתיירא מפני מלך אף בקרנות המזבח די היינו בעוד שלא נתברר אם מרד במלך או דשלמה באמת הרגו בשביל אבנר וז"ש אשר פגע בשני אנשים צדיקים ממנו רק דיואב טעה וחשב כי רוצה להרוג אותו בשביל מורד במלכות:

כב ובזה מיושב היטב קושית הכ"מ דא"כ לא טעה יואב ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דיואב אמר כי פה אמות א"כ חשב שיומת עפ"י ב"ד בשביל אבנר א"כ שוב לא קלטו מזבח ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ונתברר כל דברי הש"ס כמין חומר ת"ל ועיין בספר ארבעה טורי אבן מ"ש בזה הענין הגאון מוהרי"ל נכד המחבר ז"ל בדברי חריפות רחוק ממרכז האמת ולפענ"ד נכון מ"ש.

כג והנה דברי הכ"מ תמוהים שכתב דאם הוא מורד במלכות א"צ למדייני' ולכאורה הוא היפוך דברי הרמב"ם במקומו שכתב דאם פחד מהמלך שלא יהרגנו המזבח קולט וצ"ל דהכ"מ ס"ל דמ"ש רבינו בפחד מהמלך שלא יהרגנו כוון למ"ש בפ"ב מרוצח דכל אלו שא"י להרג בב"ד ואינם חייבים מיתת ב"ד רק מיתה בידי שמים ע"ז יש רשות ביד המלך להרגם מפני תקנת העולם וא"כ בזה המזבח קולט אבל מי שמורד במלך בזה אין המזבח קולט שבזיון המלך גדול מאד ושוה למיתה בב"ד שאין המזבח קולט והנה במדרש רבה פרשת מסעי ששאל והא יואב מזיד היה ואמר דרצה שימות פה ויקבר בקברות אבותיו ועיין בידמ"מ ש"ש בזה.

כד ולפענ"ד הכוונה עפ"י מה דאמרו בסנהדרין דף מ"ז דכל דנהרג ע"י מלכי עכו"ם כיון דלאו כאורחי' נהרג יש לו כפרה משא"כ בהרוגי ב"ד ע"ש דלא מסקינן כן ולפ"ז יש לומר דיואב טעה וחשב ג"כ כן וסבר כיון דגם שלמה יהרגהו שלא כדין יהיה לו כפרה ויהיה נקבר בקברות אבותיו ודו"ק ועיין קושיא מושכלת ועמוקה בהקדמת ספר תוספת

שבת בסוגיא הלז ולק"מ דהרוגי מלכות א"צ עדות שאילה"ז והרי קבלת עדות בפניו א"צ כמ"ש הרשב"א ועיקר רק לדעת האמת וז"פ וברור.

כה והנה בשו"ת מהרי"ק סי' קכ"ז הביא ראיה דאם אחד גזל חברו ועמד השני והציל שלו באופן שקלקל להגזלן שעשה לו היזק גדול והיה יכול להציל באופן שלא יהיה היזק גדול כ"כ דחייב והביא ראיה מהא דמבואר דאם שור עלה על חבירו ובא בעל השור התחתון ודחף לעליון מעליו במקום שהיה יכול להציל בלי דחיפה כ"כ דחייב לשלם לו וה"ה בזה. ולפענ"ד ל"ד דשאני גזלן דאם לא היה יכול לקחת ממון היה הורגו ושוב הנרדף עצמו א"צ לדקדק כמ"ש למעלה בשם המזרחי:

כו והנה בשנת תרח"י אור ליום ג' חיי למדתי בסנהדרין דף ל"ג ע"ב בתוס' ד"ה טעה בנואף ונואפת שם מבואר דאף הנרדף עצמו ג"כ כל שיכול להציל באחד מאיבריו חייב דהרי כתב שטעה בזה.

כז ודרך אגב אזכור מה שהאריך בשו"ת חות יאיר סי' ל"א וכמדומה שגם הכנה"ג באו"ח בהגהות על רש"י ומזרחי פ' וישלח שרמז המלמ"ל מוזכר ג"כ קושיא זו בהא דאמרו בסנהדרין דף מ"ט היו לך להצילו באחד מאיבריו והרי אבנר הי' הנרדף בעצמו וא"צ לדקדק בזה. ולפענ"ד לק"מ דהרי כל הטעם דנרדף אינו חייב הוא משום שהוא בהול על נפשו וטרוד להציל נפשו וא"י לכוין שיציל באחד מאיבריו של הרודף והרי המעיין במקרא שמואל ב"ב שם מבואר דאבנר בקש מעשהאל שיטה לימין או לשמאל ולא אבה ואח"כ אמר לו סור לך מאחרי למה אככה ארצה ואיך אשא פני אל יואב אחיך א"כ ראינו שלא היה טרוד בהצלת נפשו שהרי ביקש ממנו שיסיר ממנו כדי שלא יצטרך להרגו וא"כ שוב יקשה למה לא הצילו באחד מאיבריו וא"כ כל שהרגו חייב עליו דהו"ל מזיד גמור וז"ב כשמש. ומה שהקשה בשו"ת מי באר סי' ז' מהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ד דריב"ש יליף דניתן להצילו באחד מאבריו נהרג עליו מדכתיב דישלם דמי ולדות והלא אכתי קשה דלגבי הנרדף עצמו ניתן להצילו ואכתי הו"ל מיתה וממון. ולפענ"ד בפשיטות ל"ק דכל הטעם דניתן להצילו בנפשו לגבי הנרדף היינו משום דטרוד והו"ל כשוגג וא"כ היינו דאם הרגו אף שהי' יכול להציל באחד מאבריו אינו נהרג אבל מכל מקום לא מקרי חיוב מיתה שיפטר עי"ז מממון דבאמת לא ניתן להצילו בנפשו שיהיה תורת מיתה עליו עד שיהיה מקרי חייבי מיתות שוגגין רק כל שהרגו אינו חייב הנרדף דהו"ל טרוד וכשוגג נחשב אבל מכל מקום זה חייב לשלם דמי ולדות דלא מקרי ניתן להצילו בנפשו שיהיו מקרי עי"ז ח"מ שוגגין וז"ב כשמש. אמנם בגוף הקושיא מהך דריב"ש לפענ"ד הדבר ברור דבזה נחלק ריב"ש עם רבנן דריב"ש ס"ל דגם הנרדף אם

יכול להציל באחד מאיבריו נהרג עליו וכדמוכיח מקרא אבל רבנן פליגי עליה וכדאמרו בסנהדרין דף נ"ז דכיוצא בו דשפיכת דמים לא משכחת לה רק אליבא דריב"ש וע"ש ברש"י שפירש באם הנרדף יכול להציל באחד מאבריו וכן פירש בדף ע"ד בדברי ריב"ש וא"כ שפיר יליף ריב"ש מזה אבל רבנן פליגי בזה דאינו נהרג וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דק"ל טובא דאיך אפשר דרבנן יפלגו על ריב"ש וגם ריב"ש לא צריך ללמוד ממקרא דפשיטא דכל הטעם דרודף הוא משום דיליף מנערה המאורסה או משאר קראי והיינו מטעם דפיקוח נפש הוא וא"כ כל שיכול להציל באחד מאיבריו למה לא יהרג עליו. ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הלימוד מקרא דגם הנרדף אף שהוא טרוד להציל נפשו אפ"ה צריך לשער ולהציל באחד מאבריו וזה באמת חידוש גדול ובזה נחלקו רבנן עליו ודו"ק.

כח והנה בגוף הדבר שהנרדף אם יכול להציל באחד מאבריו אי נהרג עליו לפענ"ד הטעם פשוט שהרי הבא להורגך השכם להרגו וא"כ הוא מותר להרגו שהרי עליו בא וכדגילתה התורה במחתרת. ובזה נראה לפענ"ד דבר חדש ליישב הך דסנהדרין דף מ"ט דהרי כל הטעם הוא משום דהבא להרגך השכם להרגו והנה זה נלמד ממחתרת והרי אמרו בסנהדרין דף ע"ב דבעינן שיהיה ברור כשמש וע"ש ברש"י ותוס' ולפ"ז באבנר דלא היה ברור לו שבא עשהאל להרגו וגם מסופק הי' אם יכול להרגו שהרי א"ל להיפך נטה לך ויוכל להיות שעשהאל לא רצה להרגו רק להראות גבורתו וכדומה ובזה בודאי נהרג עליו כל שיכול להצילו באחד מאיבריו וז"ב כשמש: ובזה נראה לפענ"ד ליישב הך דסנהדרין דף ע"ד ולפענ"ד הוא דבר חדש כיון דכל הטעם משום שהבא להרגך השכם להרגו ולפ"ז שם שהכה את האשה ויצאו ילדיה דאם נימא דמותר להרגו שוב יהיה ח"מ שוגגין ויפטר מדמי וולדות ויפסיד לבעל האשה בזה לא התירה התורה להנרדף להרג אותו רק להצילו באחד מאבריו שלא להפסיד לבעל דמי ולדות דהתור' חסה על ממונו של זה וכדכתבו התוס' בכתובות דף ל"ב כעין זה לענין ממונא לקולא וע"כ בזה גם הנרדף נהרג עליו וז"ב. עוד נראה לפענ"ד דבר חדש דע"כ לא אמרינן דהנרדף פטור אף שיכול להציל באחד מאבריו היינו דוקא אם אין כאן רואים רק שהנרדף והרודף לבדם בשדה דאז טרוד מאד בהצלת נפשו אבל כל שיש רואים הרבה ויכולין להצילו אז גם הנרדף אינו בהול על נפשו וכל שיכול להציל באחד מאבריו שוב נהרג עליו. ומה מאד מדוקדק בזה מ"ש רש"י בדף ע"ד ד"ה ויכול פירש"י הנרדף או רואהו ואח"כ כתב בד"ה א"א כגון שיכול הרואה להציל ודקדקו בשו"ת מ"ב הנ"ל דלמה בתחלה מזכיר הנרדף והרואה ואח"כ כתב הרואה ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר תלוי כל שיכול הרואה להציל

שוב גם הנרדף נהרג עליו דלא טרוד כ"כ ואינו בהול על נפשו שהרי יש מצילים הרבה שיכולין להציל באחד מאבריו ולמה יהרגהו חנם וזה נכון:

כט ובזה מיושב גם מאבנר דשם הי' מצילין הרבה ולכך נהרג עליו. והנה אף שזה נכון אבל פשטת הלשון דריב"ש משמע דאף בנרדף לבד כל שיכול להציל באחד מאבריו ולא הציל נהרג עליו ומחוורתא כמ"ש. שוב נזכרתי שבברכות דף ס"ב אמרו דדוד אמר לשאול אתה בן הריגה אתה דהתורה אמרה הבא להרגך השכם להרגו והנה מבואר כמ"ש. ובזה מיושב מה שהקשה בשו"ת מ"ב שם דדוד היה יכול להציל באחד מאבריו. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דהתורה אמרה הבא להרגך השכם להרגו אין חילוק והנרדף פטור אף שיכול להציל כמ"ש ודו"ק היטב בכל מ"ש:

ל והנה בהא דפריך הש"ס חטא אלו ח"כ ורמינהו אלו נערות שיש להן קנס ומשני ביכול להציל באחד מאבריו ור"י בן שאול הוא וקשה כיון דבאמת שם לא הרגו רק דהוה ח"מ שוגגין כמ"ש רש"י שם א"כ קשה כל דלא רדפו להציל כלל רק שהיה יכול לרדוף א"כ בכה"ג נראה דל"מ ח"מ שוגגין כיון דיכול להיות דהיו יכולין להצילו באחד מאבריו וא"כ כל שלא רדפו כלל אפשר דל"מ כלל ח"מ שוגגין דיכול להיות דאם היו רודפין היו יכולין להציל באחד מאבריו ומה מקשה הש"ס והיא קושיא נפלאה לפענ"ד ולפמ"ש למעלה בשם המלמ"ל דהנרדף בעצמו א"צ להציל באחד מאבריו שוב א"ש דעכ"פ לגבי הנרדף הו"ל מיתה ותשלומין וח"מ שוגגין פטורין והש"ס מתרץ דמיירי דיכול להציל באחד מאבריו וריב"ש היא והיינו כמ"ש למעלה דריב"ש ס"ל דאף הנרדף עצמו אסור להרוג אם יכול להציל באחד מאבריו. איברא דלפ"ז יקשה דאכתי הו"ל מיתה לזה ותשלומין לזה דהרי הקנס של אב הוא והאב יכול להציל באחד מאבריו וצ"ל דקושית הש"ס מהך דנתארסה ונתגרשה דקנסה לעצמה והו"ל מיתה ותשלומין לגבי דידה שהוא הנרדפת וכמ"ש הריב"א בתוס' כתובות ל"א. ובזה מיושב היטב קושית הנוב"י מהד"ק סוף חלק אהע"ז שהקשה דהרמב"ם השמיט כל תירוצי הש"ס ואוקומתות שם ולפמ"ש א"ש דהרמב"ם השמיט אותן מחמת דמיירי בנתארסה ונתגרשה וא"כ ל"ק קושית הש"ס ודו"ק. ובחידושי אמרתי בישוב דברי הרמב"ם דהנה התוס' הקשו ביבמות דף נ"ט דמה פריך הש"ס הא קנס לא מחייב רק בגמר ביאה ממש. ואמרתי בזה דהנה כלם הקשו איך חייב קנס באונס הא יש לחוש שמא סופה ברצון כדאמר אבוה דשמואל וכתבו דהו"ל א"י אם פרעתיך ולפ"ז כאן דעד גמר ביאה לא נתחייב בקנס רק אח"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי דכל שנתרצית הרי מחלה אמנם זה באותן עריות שהקנס לעצמה אבל

הרמב"ם דמיירי באותן שהקנס לאביה שוב ל"ק קושית הש"ס דיש לומר דהקנס מגיע על סוף ביאה ודו"ק היטב:

לא והנה בשנת תרכ"ג עש"ק חיי ראיתי דברי הכ"מ פ"א מרוצח הי"ג שכתב טעם דאין ב"ד ממיתין משום דלא שייך התראה מאחר שלא נתכוין להרוג רק להציל וכ"כ בבדק הבית בטור חו"מ סי' תכ"ה ע"ש ותמהתי דהא רודף א"צ התראה כדאמר ר"ה וכ"כ רבינו שם ה"ו. הן אמת דבה"ז כתב דאף שלא קיבל עליו התראה ומשמע דצריך התראה ורציתי לומר דניהו דרודף א"צ התראה היינו שא"צ לקבל התראה ולומר ע"מ כן אבל מכל מקום צריך שיתרה בו אבל באמת הטור סי' תכ"ה כתב דא"צ להתרות בו ומצאתי בב"ח ודרישה שם שביארו בהדיא דא"צ התראה כלל. ולפענ"ד אי אפשר לומר כלל בע"א דהרי הש"ס בדף ע"ב אמרו לימא מסייע ליה ואם איתא מה ראי' לר"ה הא שם לא נתבאר רק דא"צ לומר ע"מ כן אני עושה אבל אפשר דצריך התראה וע"כ דאין זה סברא כלל דכל שא"צ לומר ע"מ כן ל"צ התראה כלל ומה דכתב הרמב"ם אף שלא קיבל עליו התראה היינו דלא אמר לו ישראל הוא ועיין בדרישה שם ועכ"פ רודף א"צ התראה כלל וא"כ דברי הכ"מ ובדק הבית צע"ג והנה מה דהקשה הראב"ד מהא דאמרו ניזל אבנר והמלמ"ל כתב דהכוונה לענין גואל הדם וכ"כ הב"ח שם ולפענ"ד ל"ק דניהו דאינו נהרג עליו אבל מ"מ אם עבר והרג שוב גם הוא אינו נהרג עליו ושפיר אמרו ניזל אבנר ודו"ק ועכ"פ דברי הכ"מ צ"ע:

סימן מג

א לבאר אם כל הקולות כשרות בקידושין וגירושין או לא. הנה מה שנסתפקת אם יצא קול שנתקדשה לפלוני ואמתלא עמו דקי"ל בגיטין דף ס"ט ובטוש"ע אהע"ז סי' מ"ו דבקול ואמתלא עמו אינו קול כלל לחוש לו דקול ושוברו עמו היאך הדין אם נודע אח"כ שהאמתלא היה שקר אם נאסרה למפרע מחמת הקול. הנה יפה נסתפקת וחפשתי ולא מצאתי בח"מ וב"ש בזה. אמנם משמיא אנהירנהו לעיינין ומצאתי בשו"ת משאת בנימן סי' נ"א שכתב בזה דכל שיצא קול ואמתלא עמו אף שנתבטל האמתלא אח"כ מ"מ הקול אינו כלום דבעת שיצא הקול הי' עם אמתלא והביא ראיה לדבר דאל"כ בכל הנך עובדי דמוזכר בדף פ"ט באקדשא בציפא דתוחלא וספק קטן או גדול וספק קרוב לו וכדומה אמאי הותרה להנשא שמא יתברר אח"כ שהאמתלא שקר ושוב תאסר אח"כ למפרע וע"כ דכל כה"ג לא חיישינן לקול ע"ש ולפענ"ד אין ראיה מכל אלה דמלבד דאין מקום לפענ"ד בכל הני דמייתי שיתבטל האמתלא דשם בהך דציפא דתוחלא ובספק קטן אנן מבטלין הקלא ע"י האמתלא שיש לדידן ולא חיישינן לקלא דיתנו בשביל זה דהיו קידושי

קטן וכדומה וא"כ לא שייך שום חשש וגם בספק קרוב לו אנן עושין האמתלא דאמתלא לפנינו ותלינן בזה אבל כל דליכא אמתלא לפנינו בלי דברי הבע"ד והאנשים האומרים א"כ היה הקול קול רק דהוה קול ושוברו עמו כל שיתבטל האמתלא חיישינן לקול. ובלא"ה אין ראיה משם דשם אם תנשא ויתבטל האמתלא שוב תהי' קלא דבתר נישואין דלא חיישינן לה ואף שהקול הי' קודם וכדמשמע פשטת לשון הש"ס שם תצא והעמידו הדבר על בורי' דאי מגליא דקידושי קמא לאו קידושי מעליא מבטלין קלא נהרדעאי אתרא דשמואל ולא מבטלין לקלא אלמא דוקא בעת ההיא קודם שנשאת דלדעת רב אשי בקלא דבתר ארוסין חיישינן.

ב ואף אם נימא דלא חיישינן בכה"ג שהי' קידושין לשניהן זה ע"י קול וזה ע"י עדים בכה"ג לא מבטלין קלא כיון דהקול יצא קודם שנתקדשה לשני וגם ל"ש דתתגנה על בעלה שהרי בעלה לא חש לזה והרי קדשה בעוד שיצא הקול שנתקדשה לראשון אבל בכה"ג שיצא קול ושוברו עמו דלא הוה קול כלל דנתבטל ע"י האמתלא ובכה"ג כל שיצא האמתלא שקר אחר הנשואין או האירוסין לא חיישינן לזה משום דתתגנה על בעלה וא"כ שוב ל"ק קושית המ"ב דלכך לא בדקו שם דכ"ז שלא נשאת ולא נתארס' למה לן למבדקה ואח"כ שוב לא נחוש לקלא. וראיתי לדו"ז בישועת יעקב סי' מ"ו ס"ק ג' שהקש' מהש"ס הלז הא לקלא דבתר נשואין לא חיישינן וגם לקלא דבתר אירוסין ולפמ"ש אתי שפיר גם קושיתו השניה מדף פ"א שלח להו תצא והעמידו הדבר על בוריו ופריך הש"ס אי נימא דמבטלין קלא והא לא מבטלין קלא והא שם נ"מ לענין כהן באם מת הבעל ותנשא לכהן והוה קלא דבתר נשואין. ולפענ"ד אין קושיא דשם דהכניס' עצמה בספק דהספק אי קרי לכתיבה נתינה ואי אפשר לן לעמוד ע"ז ולכך תצא וכמ"ש הב"ח וא"כ גם לפי הה"א עכ"פ למה נשאת לכהן לכתחל' ולכך לא שייך קלא דבתר נישואין. שוב ראיתי שא"צ לזה דשם באמת פריך הש"ס תצא והא קלא דבתר נישואין לא חיישינן ומשני דתצא משני וא"כ מהראשון באמת אין סברא שתצא ומה דס"ד דלא מבטלין קלא ע"כ להס"ד דס"ל דאף לבתר נישואין חיישינן וגם בישועת יעקב שם הרגיש בזה אבל אין מקום כלל לקושיתו ודקארי לה מה קארי לה והדברים פשוטים וכמ"ש עכ"פ זה ודאי דלקלא דבתר נישואין לא חיישינן ואף לאירוסין וא"כ אין מקום לראיותיו:

ג והנה בגוף הענין דקלא הי' נראה לפענ"ד דאינו רק ספק בלבד וחיישינן לזה ולפ"ז בקידושי דרבנן אין לחוש לקול וא"כ שוב אין מקום לקושיתו דלמה לא ניחוש אם האמתלא שקר דבאמת אינו רק ספק וכל שהי' אמתלא עמו א"כ מה"ת לאחזוק ריעותא ולומר דלמא האמתלא שקר וכבר כתב הש"ך ביו"ד סי' פ"ג דכל דאין כאן ריעותא לא

מחזיקין ריעותא וא"צ לברר כלל אף דברוב צריך לברר וה"ה בזה כל דיצא קול ושוברו עמו א"כ לא הי' כאן ריעותא כלל ומה"ת להחזיק ריעותא. איברא דלרבה בר ר"ה דאמר אמתלא שאמרו אפילו מכאן ועד עשרה ימים א"כ בזה כל שנתחזק הקול רק שיצא אח"כ אמתלא בכה"ג נראה לפענ"ד דבודאי כל שנתבטל האמתלא אח"כ שוב נשאר הקול לקדמותו. ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו גבי הא דאקדשא לבר בי רב וא"ל על תנאי קדיש דלא אזיל לבי חוזאי ואמרו כיון דבעידן דהוה קלא לא הוה אמתלא לאו כל כמינך דמחזקת אמתלא וכתבו התוס' דפליגא דרבה דאמר אמתלא שאמרו אפילו מכאן ועד עשרה ימים ולפמ"ש אין ראיה דשם אפילו רבה בר ר"ה מודה דכוון דעכ"פ כבר אתחזק לב"ד הקול אף שיש אח"כ אמתלא אבל מ"מ צריך דרישה וחקירה אם אמת האמתלא דכבר נתחזק הקול וז"ש לאו כל כמינך דמחזקת לאמתלא וצריך שיהי' דבר ברור ודלמא יתברר אח"כ ששקר האמתלא וכמ"ש. ומן האמור נראה לפענ"ד במה שנסתפקו בשו"ת פני משה ומהראנ"ח אם בקידושי דרבנן חוששין לקלא ולפענ"ד כהפ"מ דכיון דהקול אינו רק ספק בעלמא וא"כ כל בדרבנן ספיקו להקל ובפרט שיש לה חזקת פנויה. וראיתי בישועת יעקב ס"ק א' שכתב שהדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם ביצא קול שהוא חלוצה אי חוששין לקול וכ"כ במלמ"ל פ"ט מה"א. ולפענ"ד נראה דכל שיש ספק בזה נ"מ לאיסור תורה ולדרבנן א"כ כיון שלענין האיסור תורה חיישינן לקלא וא"כ מחזיקין הקול לאמת לענין תורה גם לענין דרבנן חיישינן וכעין מ"ש מהרי"ש חיון לענין ברכה רביעית דבהמ"ז דכיון שנסתפק על כל הד' וצריך לחזור שנית על השלשה ברכות של תורה צריך לחזור גם על הרביעית דהוא דרבנן כדי דלא ליתי לזלזולי והובא במ"א סי' קפ"ד ולפ"ז בחליצה דאיסור' נ"מ לאיסור תורה א"כ אף לענין חשש של דבריהם בחליצה לכהן ג"כ חיישינן אבל בקידושי דרבנן דגוף הקידושין דרבנן לא חיישינן לזה דאינו רק ספק דרבנן.

ד ובזה הן נסתר מחמתו ראיות הישועת יעקב מכתובות דף כ"ו דחוששין לקלא בתרומה דרבנן ולפמ"ש אתי שפיר דשם איכא נ"מ לתרומה דאורייתא. ובזה אין ראיה ממה שהביא מהך דשפחה דחוששין והה"מ נדחק בטעם הדבר דאין חוששין והקשה הא שפחה לשיטת הרמב"ם אינו מן התורה ולכך לא חיישינן ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דלענין כהן הוא מן התורה שוב חיישינן לקלא. ומה שהביא מהך דציפא דתוחלא דאין חוששין והא יש לה ספק שמא שוה פרוטה במדי הנה לפמ"ש הרמב"ם דבעינן שיהי' מתקיים עד שם וא"כ יש לומר דמיירי בכה"ג גם מה שהביא משבו' אין ראיה לפי שהשבויה אינו רק מדרבנן לכל מילי וא"כ פשיטא דל"ח לקלא ודו"ק. עוד נראה לי ענין

חדש בענין קלא דכמו דאמרו בב"מ דף ק"י דכל דהוה מלתא דעבידא לגלויי אטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן דשמא יוודע הדבר ונצטרך לעשות להיפך ע"ש וכן קי"ל א"כ לכך בקול חיישינן ולא עבדינן עובדא ולכך בתר נשואין לא חיישינן דשם נעשה מעשה ונוציא ואיך נוציא דלמא יתברר אח"כ שהקול לא היה אמת ולכך לא חיישינן לזה והנחנו הדבר כמו שהוא וחיישינן לזילותא דב"ד ולכך לא נחקור גם אחר אמתלא דהא נצטרך לעשות מעשה ודלמא יתברר אח"כ שהקול שקר והוה אטרוחי ביה דינא תרי זימני ולכך מניחין כמו שהוא הקול והשובר:

ה והנה ק"ל בהא דאמרו עיינו רבנן בקידושין וקידושין קטן הוי והא שם מתקדשה לחד מבני פלניא וא"כ כל שהאב קיים וא"כ דלמא האב קדשה לבנו ולשיטת ר"י ברזילי בכה"ג חיישינין לקידושין (ויש לדחות דמיירי שהאב כבר מת) ומזה ראי' דאינו רק קידושי דרבנן לשיטת ר"י ברזילי ובדרבנן לא חיישינן לקלא. מיהו עדן צ"ע דדלמא נתקדשה לאחר שיגדיל וכבר נסתפק המלמ"ל דבכה"ג הוה קידושי תורה דמחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה. מיהו נראה דכל דהקידושין כעת אינו כלום בכה"ג לא חיישינן לקלא שיהיה אח"כ קידושי תורה ואם ירצה לישא אחרת יוכל לחזור ובכה"ג לא חיישינן לקלא ודו"ק:

ו והנה הא"מ סי' מ"ו הקשה בהא דיצא קול מגורשת הרי זו מגורשת והיינו משום קלא והא הקול הוה בתרי מתרי או בחד מתרי כשרים ועכ"פ עד מפי עד הוה ובאיסורין נאמן וכבר כתב הרמב"ם במי שהעיד שזו גרושה איסור בע"א הוחזק וא"כ למה לי קלא ת"ל דהוה עד באיסורין וגם עד מפי עד נאמן. ולפענ"ד ל"ק דדוקא אם לא הוחזקה בא"א נאמן העד ועיין בפ"י בק"א לקידושין דף ס"ג וא"כ כאן שהוחזקה באשת איש היאך אסרינן על גברא וגם במקודשת ומגורשת כל דהוחזקה באשת איש אינו נאמן ע"א ובזה יש ליישב הרבה קושיות בהא דפריך הש"ס ואסרינן להאי גברא ולא נפניתי כעת וע"כ כל מ"ש עדן צ"ע עד כי יזכני ד' ואחזור שנית ע"ז בל"נ ועיין ברמ"א סי' מ"ו בסוף הסימן שכתב דכל שיצא הקול בתחלה נאמנת והאחרונים תמהו עליו ולפענ"ד נראה דניהו דקלא דבתר נישואין ל"ח היינו כשלא הי' הקול תחלה אבל כל שהיה הקול תחלה והכניסה עצמה בספק וגם הבעל ידע מהקול א"כ פשיטא דנאמנות ולא שייך בזה דאתה אסרה על בעלה דהוא אפסיד אנפשיה דהא הקול ידוע הי' והקול נצמח ממה שלקחו עדי שקר כמבואר בשו"ת הרא"ש שם וגם שייך שויא אנפשה חתיכה דאיסורא דל"ש לומר דמשועבדת לבעל דהא הוה ספק על גוף השעבוד אם התחיל השעבוד ובכה"ג שוב נאמנת על עצמה דאם נתקדשה להאחר שוב לא תפסו בה קידושין של זה וזה ברור לפענ"ד:

ז והנה בהא דאמרו ואסרינן לה אגברא והא א"ר אשי קלא דבתר נשואין לא חיישינן והקשה המהרש"א דלמא קאי הך דמגורשת לענין שאם מת בעלה תהי' מותרת לכהן דאז הוה לענין השני כקלא דקודם נשואין וכעין דאמרו בגיטין דף פ"א לענין תצא וצריך בדיקה דתצא משני דהוי קלא דקודם נשואין ע"ש ולפענ"ד נראה דבאמת צ"ב דמה זו סברא דנחוש אח"כ לקלא דבתר נישואין דהא כל שהי' קלא בתר נשואין ול"ח לה ומותרת לבעלה וע"כ דבטלוה לקלא ואמרו דשקר הוא ואיך נחוש אח"כ לאחר שמת וכעין שכתב הראב"ד פי"ח מא"ב דכל דמותרת לבעלה ואמרינן דעיניה נותנת באחר מותרת אח"כ ואף הרמב"ם יש לומר דמודה כאן דכבר נתבטל הקול וצ"ל כיון דשם לא הי' רק קול שכתב וצריך בדיקה אי קרי לנתינה ג"כ כתיבה וכיון דל"ח לקלא דבתר נשואין א"כ שוב לא הי' צריך בדיקה אז לענין בעלה הכהן וא"כ לא נתבטל הקול כלל רק דכל שלא בדקו לא הי' אפשר לה לאסרה על בעלה ולכך חיישינן שפיר שמא גרשה אח"כ וכעין דאמרו שם שמא סמוך למיתה גירשה ולכך אסורה לשני אבל כאן דאם מותרת לבעלה ע"כ דבטלוה לקלא שוב אין מקום להחזיק הקול אח"כ וז"ב כשמש ודו"ק:

ח והנה בהך דאקדשה לקטן הנראה כגדול דאמרו דעדיין לא הגיע לפלגות ראובן ע"ש פירש"י ולפענ"ד היה נראה לפרש דמיירי במופלא הסמוך לאיש דלענין נדרים קי"ל דהוה נדרו נדר מה"ת ועיין נדה דף מ"ו ולפ"ז בכה"ג מקרי קטן שנראה כגדול וע"ז אמרו דעדיין לא הגיע לפלגות ראובן והיינו דגם שם לענין נדר קי"ל דבודקין אותו וא"כ לענין קידושין עדיין לא הגיע לכלל דעת ומן האמור נראה לפענ"ד דמזה סתירה למ"ש המלמ"ל בכוונת הר"י בר ברזילי דאב יוכל לקדש לבנו הקטן אשה והוי קידושין מה"ת דא"כ הי' לנו לחוש כאן לקלא דמתחלפא באם נתקדשה לקטן ע"י אביו ובשלמא אם אינו רק דרבנן שוב לא שייך לחוש כלל דלענין דרבנן לא חיישינן לקול משא"כ באם הוא של תורה:

ט והנה בהא דאמרו שם ואת לא תסברא והתנן נתקדשה ואח"כ בא בעלה מותרת לחזור לאו משום דאמרינן על תנאי קידש. הנה בראשית ההשקפה פירשתי דהי' תנאי ככל תנאי דעלמא ע"מ שיהי' כן ובנשואין לא שייך זאת דאין תנאי בנשואין אמנם רש"י לא פירש כן רק שעל תנאי קדשה שאם יבא בעלה שגרשה ממדינת הים תנשא לו ובאמת שפירושו דחוק מאד ועיינתי ביבמות דף פ"ט דאמרו שם דסיפא אמרו דקידושי טעות הוה ופירש"י ע"מ שאני כהן ונמצא לוי והתוס' הקשו דא"כ מה פריך נשאת נמי הא אין תנאי בנשואין וע"כ פירשו דקידושי טעות הוה שסבורה שמת בעלה ולא מת וא"כ מאד תמוה דשם דפריך נשאת נמי אפ"ה פירש"י דתלינן בקידושי תנאי וכאן דבאמת לא

פריך מרישא א"כ בודאי מצי לפרש רש"י כפשטה דהי' קידושי טעות ועכ"פ פירש"י כאן תמוה מאד דמלבד דהדבר דחוק אף גם דכאן מבואר דעל תנאי הוה כמו ע"מ שאני כהן ונמצא לוי. ובזה מדוקדק הא דאמרו שאני הכא דקא אתי בעל ומערער והיינו דבהס"ד ס"ל דהוה קידושי טעות ע"י שלא נתקיים התנאי ואח"כ מסיק דהוה קידושי טעות ע"י שסבורה שמת בעלה וע"ז פריך כי נשאת נמי ומשני דבנשאת קא עבדא איסורא וקנסוה וכדאמרו התם ופירש"י והתוס' ביבמות שם מבוארין כאן וצ"ע על רש"י ותוס' ביבמות שלא הזכירו כלל מכאן וגם דברי רש"י תמוהים שסותרין דבריו זא"ז ולפענ"ד צריך נגר ובר נגר דיפרקינה: והנה אמרו שם כל קלא דבתר נשואין לא חיישינן ופירש"י שאם אתה מצריכה גט אתה מחזיק להקול ונמצא זה בועל אשת איש וקי"ל כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל ולפענ"ד צ"ע דבאמת הבועל היה שוגג ובכה"ג אפשר דהיא מותרת להבעל ובועל ועיין בב"ש סי' י"א ובמלמ"ל פ"ב מסוטה ואף אם נימא כיון שהיא מזידה אסורה מ"מ באמת אין זה ברור ולפי מה שנראה מהנימוק"י מה דנאסרת להבועל אינו רק מתורת קנס וכל שהי' שוגג למה נקנסו וכאן הוה שוגג ואנוס דמנין הי' לו לידע שזו כבר נתקדשה וגם לא בא עליה בזנות אבל תמהני דלמה לא פירש כפשוטו דלכך לא חיישינן כדי שלא נוציא לעז על הבנים ולכך בארוסין לא חיישינן וכן הבינו התוס' בד"ה והא ר"א וע"ש במהרש"א ודבריו קצת צ"ב דמה שייטי' דבעל אחר בהך דפרכינן ואסרינן על גברא דהא לא פריך רק על הך בעל דיצא קול שנתגרשה ממנו וא"כ בודאי לא שייך כלל החשש לעז ולא שייך גם לומר דמגרש ראשון ונושא שני דהא בחד בעל מיירי וצ"ל דהמהרש"א הקשה דגם אם קושית התוס' הי' דנוקי באירוסין ויצא קול שנתגרשה כבר מ"מ קשה באירוסין ל"ש חשש לעז וע"ז כתב דמ"מ החשש הוא בשביל פסול בנים וזה לא שייך באירוסין ודו"ק ועיין בש"ס דר' שישא ס"ל אף מגרש שני ונושא ראשון מ"ט אמרו עיינו רבנן בקידושין וקידושי טעות הוה ופירש"י דעיינו רבנן בקידושי שני והוה קידושי טעות והקשה המהרש"א למה לא אמר להיפך דעיינו רבנן בקידושי ראשון והוה קידושי טעות. ולפענ"ד נראה דאם הי' באמת קידושי ראשון קידושי טעות היה מקום להשני להוציא לעז ויאמר דאם הי' יודע שהקידושי ראשון הי' קידושי טעות שוב לא הי' מגרשה כלל וכעין דאמרו בהמגרש את אשתו משום שם רע וא"כ שוב היה מקום לפסול הגט ולכך פירש"י דקידושי ראשון הי' טעות ודו"ק.

י והנה בשנת תרט"ז א' נח אמרתי לבאר כאן מה שמצאתי בספר זקני הגאון הנשר הגדול מוהר"ל מפראג ז"ל בנתיבות עולם נתיב הלשון פ"ט היות כי כל דבריו כגחלי אש במה שהוציאו בני בליעל שם פסול של גנאי ובוז משפחות וקראו אותם נאדלי"ר. וע"ז

האריך ונבוא על סדר דבריו אחת לאחת ראש דבריו הי' בהא דאמרו בגיטין דף פ"ט דקול שיצא שהיא ממזרת אין חוששין לה וע"ז הביא הך דאמרו בקידושין דף ע"ו דאם קרא עליו ערעור צריך לבדוק אחריה וגם אמרו שם משנתינו בשקרא עליו ערעור. ופירש"י שקראו עליו שני עדים שמץ פסול ולא שמעידים עדות גמורה אלא יציאת קול הרי דעל קול בעלמא שמעידין צריך לבדוק. והנה טרם אענה אני שוגג דגוף המימרא דממזרת אין חוששין לה לא ראיתי מוזכר בדברי הרמב"ם פי"ז מא"ב ששם מזכיר כל הדברים האמורים שם בגיטין בעולה וארוסה ע"ש בה"כ וכ"א וזאת לא מוזכר וגם בפ"ט מאישות לא הזכיר זאת וגם בדברי הטוש"ע אהע"ז סי' וא"ו לא מצאתי זאת זולת ברי"ף ורא"ש פ' המגרש ששם מוזכר זאת ולא ראיתי כעת למי שיתעורר בזה. אך בכ"ז הדין דין אמת. ומה שהקשה מהר"ל מפראג ז"ל הנה באמת זה ברור דקול לבד ל"מ רק דבעינן שהקול יצא בב"ד ויעידו עדים ששמעו מפי שנים קול זה והוחזק בב"ד וכמבואר בטוש"ע סי' מ"ו ועיין ב"ש ס"ק ה' מ"ש בשם הב"ח שכתב בשם מהר"ל מפראג ז"ל ותמצא שהדברים כנים וגדולה מזו מצינו דאף אם הקול יצא והוחזק בב"ד כל שיש לתלות באיזה טעם למה יצא אין חוששין כדאמר רבא שם יצא שם מזנה בעיר אין חוששין לה מ"ט פריצותא בעלמא היא דחזי לה וכמ"ש הב"ש סי' וא"ו ס"ק למ"ד דלא כב"ח ודרישה ובגליון הש"ע תמהתי על הב"ח והדרישה דלדבריהם דמיירי בלא אתחזיק מה פריך בכתובות דף ל"ו על שטר ריעא מהך דיצא שם מזנה בעיר והא שם מיירי בלא אתחזק בב"ד וכאן מיירי דאתחזיק בב"ד והי' חוששין לה ולכך השטר ריעא וע"כ דגם בהוחזק בב"ד איירי ואפ"ה אין חוששין כל דאיכא לתלות באיזה דבר. איברא דגם בזה איכא למידק דהא יש לומר דהך דיצא ש"ר בילדותה והך דשטר ריעא מיירי באין מקום לתלות הקול אבל במזנה יש לומר דפריצותא בעלמא חזי לה. אמנם נראה דבלא"ה תמוה דמה מדמה ממונא לאיסורא הא שאני ממונא דחזקת ממון אלים ואין מוציאין ממון משא"כ לענין איסורא תולין בפריצות בעלמא ובאמת גם מה דלמד ר"פ שטר ריעא מזה תמוה לפענ"ד לפמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו דשטר לא נקרא מוציא דהא כעת אין אנו מוציאין וגם המהרי"ט באהע"ז סי' ט' נשתמש בזה דמש"ה בשטר אמרינן מיגו להוציא דכעת אינו מוציא א"כ מה ראי' מקנס ופתוי לזה והיא קושיא גדולה ובלא"ה אני תמה דבאמת האריך המלמ"ל פי"א מאישות בשם הקדמונים דלכאורה כל אונס הו"ל מודה בקנס דיכול לומר שמצא אותה בעולה ורק משום דנודע לנו שבעל אותה וא"א לומר שהיתה בעולה לא מקרי מודה בקנס כיון דגוף המעשה נודע וכעין שכתב המהרש"א בריש הפרה ובסוגיא דשור שהי' רודף ע"ש ולפ"ז זהו כשלא יצא עליו קול שהיתה מזנה אבל כל שיצא עליה קול

שוב הו"ל מודה בקנס ולכך מהראוי שיפטור מקנס ומה ענין לשטר ריעא וליצא עלי' שם מזנה דאין חוששין והיא קושיא נפלאה. אך נראה דכל הטעם דיצא עליה קול שמזנה אין חוששין לה משום חזקת כשרות ולפ"ז כיון דיש לה חזקת בתולה וחזקת כשרות שייך לומר דנסמוך שני חזקות נגד חזקת ממון ונוציא ממון ג"כ ושפיר מקשה ועכ"פ על הב"ח ל"ק דניהו דאתחזיק בב"ד הא חזקה דהשתא שלא הוחזק בבירור רק ע"פ קול לא עדיף משני חזקת ברורות דהיא בחזקת בתולה וחזקת כשרות ושפיר מקשה על רבא ועכ"פ יהיה איך שיהיה ל"ק קושית מוהר"ל. אך גוף דינו של מוהר"ל אמת הוא דלקלא לא חיישינן כלל ודוק ואין להאריך יותר בדברים פשוטים. שוב ראיתי במלמ"ל שם שביאר בהדיא דיש לה חזקת הגוף וגם רוב דרוב הנישאת בתולות הן ע"ש דזה עדיף מחזקת ממון ולפ"ז ביצא קול דאתרע לה רובא בודאי שוב לא שייך הרוב ואיך נוציא ממון. אך יש לומר דחזקת כשרות מסייע לה וכמ"ש למעלה אבל א"כ כל דברי המלמ"ל באריכות שלו יש לפלפל ולבנות ולסתור בזה וצע"ג.

יא והנה ראיתי בהפלאה שכתב ליישב הך דיצא עלי' ש"ר בילדותה דהכוונה דהיינו דפיתוי קטנה אונס הוא ולכך אינה מופקרת בגדלותה ע"ש שמפרש דזה כוונת הרמב"ם דלכך אמרו בילדותה דאל"כ היתה בחזקת מופקרת ורק דבילדותה אינה בחזקת מופקרת משום דפתוי קטנה אונס הוא ודבריו תמוהים דהרי הרמב"ם פסק דפתוי קטנה אינו אונס ודוחק לומר דמיירי בילדותה ממש דהיתה בת מיאון דא"כ היה לו לבאר. אמנם נראה דהנה דו"ז הגאון בישועות יעקב סי' קע"ח כ' בביאור דברי הרמב"ם דדוקא היכא שהיא זינתה דהיינו שהיא היתה המתחלת לתבוע לזנות בזה שייך דיש לה רצון לקטנה אבל כל היכא שהתחיל הבועל לפתותה והיא נתפתית כן דרך הקטנים שאין להם דעת שלימה להיות נפתים למה שאחרים מסיתים אותם ובזה אין לה רצון ומקרי אונס ע"ש שהרבה ציצים ופרחים לזה והדברים ברורים. ולפ"ז מיושב היטב הסוגיא דבתחלה דאמר דנפק עלה קלא דזינתה שפיר פריך והאמר רבא יצא עליה שם מזנה אין חוששין לה והיינו כיון דיש לתלות דפריצותא בעלמא היא דעבדא א"כ ניהו דלענין ממון חיישינן שמא זינתה אבל עכ"פ הרי פיתוי קטנה אונס הוא דעוד לא ניכר אם היא התחילה לזנות או שהבועל פיתה אותה ואמאי אין לה קנס דהרי כל טעמו של הרמב"ם הוא משום דהכינה עצמה לזנות והרי פיתוי קטנה אונס ולא שייך שהכינה עצמה וע"ז משני דאתי בי תרי ואמרו לדידהו תבעתינהו באיסורא וא"כ הוה רצון גמור ומיושב היטב כל הקושיות שהקשיתי דעכ"פ טעמו של הרמב"ם ליתא. ובזה מיושב קושית הר"ן שהקשה בהא דאמרו בשלמא התם משום דשכיחי פריצים והא הטעם הוא משום דהכינה עצמה

לזנות ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דראינו שהיא התחילה בזנות אבל כל דל"ש פריצי א"כ הא הם אמרו דלא שמעו לה ועל אחרים מה"ת לחוש שהיא התחילה דלמא הבועלים התחילו בה ולזה אמר דשכיחי פריצי' והיינו כל שהיא התחילה לתבוע בודאי זינו עמ' אבל לחוש שמא התחילו עמה באמת יש חזקת כשרות גם להבועלים ואף דבעולם יש פריצים מה"ת לומר ולתלות במיעוט עולם הא רובא דעלמא אינם בחזקת מזנים וע"ז אמר זה אם היא לא התחילה אבל כל דהתחילה היא שכיחי פריצים שיתפתו לדבריה ובכה"ג לא שייך להעמיד בחזקת כשרות דיצרם תקפם וכעין דאמר רבא גבי תחלתו באונס דיצרו תקפו וה"ה להיפך ודו"ק היטב כי אף שהוא ע"ד הפלפול מ"מ הקב"ה חדי בפלפולא דאורייתא:

יב והנה בשנת כת"ר ג' בשלח למדתי בר"ן פרק הנושא והנה במ"ש הר"ן שם ראיה דמתה הבת א"ח ליורשיה מהירושלמי דמתה כבר מתה והקשה בהפלאה משם גדול אחד דהא ש"ס ערוך הוא בב"ב דף ק"מ בת אשתו כיון דכי מתה לית לה לא ממעטא והיא תימה רבה ולפענ"ד נראה דהנה באמת הטעם דפטור כשמתה היא מטעם דבאמת כל החיוב הוא משום דמשתעבד ע"י שטר ולפ"ז אמרי' אומדנא שלא רצה להתחייב רק לה אבל לא ליורשי הבת ולפ"ז זהו לפי הש"ס דילן אבל הירושלמי לשיטתו דס"ל דהטעם משום דר"ג דהוה דברים הנקנים באמירה וא"כ מה נ"מ הא לא מתורת חיוב ושעבוד אתינן עלה דנימא אומדנא והא עיקר החיוב הוא בשביל דברים הנקנים באמירה וא"כ קנתה האשה וממילא גם יורשי הבת יורשים שיורשים מכח האשה דבשלמא אם החיוב מכח שנשתעבד וא"כ ע"כ השעבוד הי' לה דוקא ולא ליורשיה שהרי ליורשי האשה לא נשתעבד דהוה לדבר שלב"ל דגרע מדבר שלא בא לעולם ועיין תוס' גיטין דף י"ג ע"ב אבל אם נקנה מדר"ג חייב גם ליורשים ולכך לא הביא מש"ס דילן דבזה פשוט דאם מתה כבר מתה אבל מהירושלמי ה"א דאף שמתה חייב לכך הביא מהירושלמי ונ"מ במקום דל"ש דר"ג ודו"ק. והנה הט"ז בסי' סמ"ך בחו"מ הקשה למה חייב לשלם להבת והא בכותב שחייב לזון לאיש הוא רק כל זמן שצריך וכאן ל"צ עוד ע"ש ועיין בח"ץ. ולפענ"ד ל"ק דדוקא באם נתחייב לזה האיש שייך לומר דלא נתחייב רק אם צריך אבל כאן החיוב בא מחמת האם שנשא א"כ עיקר החיוב להאם וא"כ ממילא נתחייב לה ג"כ אך לפ"ז קשה בהא דאמר בהאי גברא דאגר ריחיה ורצה לדמות להך דהנושא ושם החיוב לו לעצמו וצ"ע:

סימן מד

א בענין שטרי פסיקתא דרב גידל מה שהקשית בהא דאמרו בכתובות דף ק"ב כמה אתה נותן לבנך כך וכך כמה אתה נותן לבתך כך וכך הן הן הדברים הנקנים באמירה וקמסיק הש"ס דאגב הנאה דמתחתני אהדרי גמרו ומקנו וע"ז הקשית דלמה לי כל זאת ת"ל דכיון דזה התחייב אם ישא בתו יתן לה כך וכך וכן זה א"כ הו"ל כשכר פעולה דלא בעי קנין כמבואר בחו"מ סי' שט"ו והוא מהרא"ש פי"ב דיבמות בהך דחלוץ לה ע"מ שתתן לו מאתים זוז ע"ש וה"ה בזה. הנה יפה הערת אבל כבר קדמוך רבנן בספר בית מאיר סי' נ"א ובישועת יעקב שם. והנה לכאורה רציתי לומר דלא שייך כאן שכר פעולה דלפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דכי יקח איש אשה כתיב ולא כי תלקח דהאשה אינה רק מבטלת רצונה ונעשית הפקר והבעל קונה מן ההפקר וא"כ לא שייך לגבה שכר פעולה דהיא לא עבדה כלום רק שמפקרת עצמה והוא קונה אותה. אך מלבד דזה דחוק דמ"מ במה שמפקרת עצמה שיזכה בה הוא גם זה מקרי שכר פעולה אף גם דתינח מדידה לדידיה אבל מדידיה לדידה מא"ל. ובזה הנה מקום אתי לישב הא דקאמר הש"ס מסתברא מלתא כרב בבתו נערה דקא מטי הנאה לידיה אבל בתו בוגרת דלא מטי הנאה לידי' לא והאלקים אמר רב אפילו בתו בוגרת דאלת"ה אבי הבן מה הנאה מטי לידי' והקשה הריטב"א דלמה האריך כ"כ ולימא כי אמר רב באבי הכלה ולא באבי החתן. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת באבי החתן איכא למימר דהוא שכר פעולה משא"כ באבי הכלה הוצרך לחדש דמטי הנאה לאב ולכך הקשה דע"כ אין זה הטעם דבאמת אמר רב אפילו בוגרת וכיון שכן שוב לא שייך משום שכר פעולה דאל"כ למה לי הטעם באבי החתן משום זה דמתחתנו וע"כ דלא שייך שכר פעולה וא"כ בוגרת מא"ל אמנם בגוף הקושיא נראה לפענ"ד ברור דלק"מ דע"כ לא שייך שכר פעולה רק אם היה ההקנאה מחמת שעשה איזה פעולה אבל אם אדם יעשה לעצמו איזה פעולה שהוא להנאתו איך שייך בזה שכר פעולה הא לעצמו עשהו לטובתו ולפ"ז כיון דמחמת חיבת החיתון גמר להקנות איך שייך שכר פעולה וע"כ דלא משום שכר פעולה רק משום דעי"ז גמר ומקני. ובזה ניחא מה שיצא לו לרב הך דאגב חיתון גמר ומקני ולפמ"ש אתי שפיר דאם לא גמר ומקני אגב חיבת חיתון שוב שייך שכר פעולה וז"ב כשמש ודו"ק. ובלא"ה דלפי מה דמבואר בסי' נ"ב נ"ג בשם הרא"ש דאם פסק לבתו אף שמת החתן מחוייב ליתן לה לכשתנשא א"כ זה דוקא משום חיבת חיתון דאל"כ לא שייך שכר פעולה. ובזה ניחא מה דנקט רב כמה אתה נותן לבתך וכמה אתה נותן לבנך ולא נקט כמה אתה נותן לי או לחתנך ולפמ"ש אתי שפיר דבזה היה שייך משום שכר פעולה ודו"ק. ובזה יש לומר

מ"ש הבעל עיטור דבחיבת נשואין אף דבר שאינו ברשותו גמר ומקני והפוסקים חלקו עליו ולפמ"ש אתי שפיר דלפמ"ש האחרונים דשכירות קונה בדבר שלבל"ע וכן הבאתי בשם הרשב"א ועיין קצה"ח סי' רל"ב וא"כ שוב שייך שכר פעולה ודו"ק. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הריב"ש סי' שמ"ה וביתר ביאור כתב בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' כ"ו דאם הקנה דשלבל"ע עם דבר שבל"ע בשעת הקידושין קנה ולא אמרינן דהוה כקני את וחמור משום דדיבור ל"ש לומר שלא נתחלק הקנין ולפמ"ש א"צ לזה דאם נימא דל"מ כיון שכלל גם דבר שלבל"ע בזה וא"כ לא גמר להקנות ע"י חיבת חיתון ושוב מועיל עכ"פ משום שכר פעולה דא"ל דלא שייך שכר פעולה דלא מקרי פעולה דהרי אדרבה ע"י חיבת חיתון גמר להקנות דזה אינו דהרי חזינן דלא היה חיבת חיתון גורם ההקנא' דאדרבא נתבטל כל הקנין דהא הקנה גם דבר שלבל"ע ולא גמר להקנות ומתוך שלא קנה זה לא קנה זה וא"כ שוב נשאר שכר פעולה דבשלמא שיהי' מועיל אף בדבר שלבל"ע אף דשכירות מועיל אף בדבר שלבל"ע מ"מ סברת הפוסקים דלא שייך כאן שכר פעולה דהא ההקנא' באה בשביל חיבת חיתון וא"כ לא שייך שכר פעולה וא"כ ממילא לדבר שלבל"ע לא שייך חיבת חיתון ולא שייך שכר פעולה אבל אם נימא דמתוך שלא קנה דבר שלבל"ע לא רצה להקנות גם דבר שבא לעולם וא"כ חזינן דבשביל חיבת החיתון לא רצה להקנות ושוב הו"ל שכר פעולה וקנה ודו"ק היטב כי אף שיש לפקפק דבאמת הוא רצה להקנות רק שע"י שכלל ביחד דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם לא קנה ז"א דכל הטעם דלא קנה דבר שלבל"ע הוא בשביל שלא גמר להקנות ולא סמכה דעתי' והרי מבואר בסי' קע"ו בשני אומנים שקבלו לתת זה לזה הריווח שירוויחו דמתוך שזה וזה גמרו להקנות קנו שניהם וכיון שע"כ כאן לא גמר להקנות ושוב קנו מטעם שכר פעולה. ובזה נראה לפענ"ד דאם אבי הבן ואבי הבת שניהם גם יחד הקנו זה לזה דבר שלבל"ע עם דבר שבל"ע או דבר שלבל"ע לבד קנו שניהם דכל שזה רצה לקנות גמר ומקני וכמ"ש בסי' קע"ו גם מה שהאריכו שם בשו"ת נוב"י הוא וחתניו הגאונים ז"ל נ"ע אם אגב חיבת חיתון גמר ומקני אם הוא קנין או שאמרו חכמים דגמר ומקני וע"ז כתב הנוב"י דל"ש שגמר בדעתו דא"כ בכל דבר שלבל"ע אם יאמר שגמר דעתו יהיה מועיל הנה לפמ"ש ממנ"פ מועיל אם גמר בדעתו הרי גמר דעתו ואם לא גמר בדעתו שוב הוה שכר פעולה וכמ"ש וגם לא דמי כלל לשאר דבר שלבל"ע דכל דבר שלבל"ע אף שיאמר שגמר בדעתו במה קנה הקונה וכאן משום חיבת החיתון אנן סהדי דגמרו ומקני אהדדי וז"ב ופשוט:

ב ובזה נראה לפענ"ד הא דכתב הרמב"ם דהמחייב בדבר שאינו קצוב לא נתחייב ומפני מה אמרו הפוסק לזון את בת אשתו דחייב דהו"ל כשטרי פסיקתא והוה כדברים הנקנים באמירה והקשו כלם הא כל כח שטרי פסיקתא הוא דוקא לב"ח וא"כ לענין משועבדים במה מועיל אף שהקנה מידו הא למשועבדים ל"מ קנין דהו"ל דבר שאינו קצוב ולפמ"ש אתי שפיר דהנה באמת בשכירות אף בדבר שאינו קצוב מועיל כמ"ש הקצה"ח סי' סמ"ך וא"כ באמת יש כאן משום שכר פעולה רק דלא שייך שכר פעולה דלא נתחייב בשביל שעשה שירות ואיזה טובה לחברו רק שעשה טובת לעצמו ולפ"ז לענין משועבדים דחזינן דחיבת חיתון אינו מועיל לענין משועבדים וא"כ כל ההתחייבות הוא משום שרצה לחייב עצמו בעד הנישואין והו"ל כשכר פעולה דמועיל אף בדבר שאינו קצוב וכעין מ"ש בטעמו של הבעל העיטור ואף להפוסקים דחולקים על בעל העיטור מ"מ נראה לפענ"ד דלפמ"ש בתירוץ השני דלכך לא שייך שכר פעולה דנ"מ במתחייב לתת לבתו אף שלא נגמר הפעול' ולפ"ז שם בפסק ליתן לבת אשתו דנגמר הפעולה ונשא אותה שייך שכר פעולה ובזה הו"ל כדברים הנקנים באמיר' דכל שנקנ' באמיר' אף בדבר שאינו קצוב מועיל וכמ"ש וז"ש הרמב"ם מפני שהתנה כן בעת הנשואין הו"ל כדברים הנקנים באמיר' והיינו שמועיל אף בדבר שאינו קצוב ודו"ק היטב ויש להאריך בזה בסוגיא ואכ"מ. מיהו לפמ"ש יקשה דא"כ בנישואין שנים דלא שייך חיבת חיתון ושוב יתחייב משום שכר פעולה. מיהו בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דלא שייך שכר פעולה רק לפי מה שקוצבין שכר פעולה אבל יותר ממה ששוה השכירות אין מגיע לו בשביל שכר פעולה וזה לא נקנה באמיר' בעלמא דזה הוה כאסמכתא ולזה צריך חיבת חיתון כנלפענ"ד וראיתי במקנה בק"א סוף סי' נ"א שנסתפק בהא דמבואר דכל מה שפוסקין לחתן ולכלה א"צ לכנוס עד שיתנו לו וכתב הש"ג והוא שיכנוס מיד ומשמע שא"י לתבעו קודם כניסה לחופה וע"ז נסתפק אם טען האב שפרע קודם אי מקרי תוך זמנו שא"נ לומר פרעתי ולפענ"ד נראה דבזה לא שייך זאת דהא זה נותן מדעתו וחפצו שחפץ ליתן לבנו ולא שייך לומר הלואי שיפרע בזמנו מיהו תלוי במנהג שדרך בני אדם לתת זאת ביד שליש וכדומה וא"נ לטעון נתתי לו וצ"ע.

ג והנה הריב"ש בסי' שמ"ה כתב דע"כ לא אמרו דבעינן נישואין ראשונים דוקא באב שפסק על בנו אבל בחתן שפסק על עצמו אף בנישואין שניים נמי ע"ש ותמה בשו"ת הנ"מ הספרדי דהא בירושלמי פרק הנושא מבואר באם דפסק לזון את בתה דה"מ בנשואין ושם פסק על עצמו ובשעה"מ פכ"ג מאישות נדחק בזה. ולפענ"ד נראה דבאמת כל ענין דדברים הנקנין באמירה הוא דאגב חיבת חיתון גמר ומקני והוה כאילו הקנה

בקנין ומה"ט בדבר שא"ב ל"מ דלא עדיף אמירה מקנין דגם בקנין ל"מ בדבר שא"ב ולפ"ז צ"ב להרמב"ם היאך מועיל בפוסק על עצמו שיזון דהו"ל דבר שאינו קצוב ומטעם דהו"ל דברים הנקנים באמיר' הא גם קנין ל"מ לדידי' וצ"ל כיון דהוה חיבת חיתון ל"מ דבר שאינו קצוב דעושה בשביל מחיר וכמ"ש המלמ"ל בשם הפוסקים דכל שעושה בשביל מחיר ל"ש דבר שאינו קצוב ולפ"ז זהו בנשואין הראשונים דאז אף האב יכול לפסוק א"כ לא שייך דבר שאינו קצוב דעושה בשביל מחיר אבל בנשואין השנים א"כ אינו דבר ברור דהרי האב א"י לפסוק ורק דבחתן עצמו אמרינן דעל עצמו גמר ומקני אף בנשואין שניים ובזה עכ"פ בדבר שאילו מועיל קנין לא מועיל אמירתו שיהי' עדיף מקנין. ובלא"ה נראה דבאמת ענין חיבת חיתון דמועיל צריך להבין דמ"ט יש בדבר שיקנה עי"ז והרי לא הוה רק אומדנא בעלמא שאמדו דעתו של אדם וצ"ל דהוה אומדנא דמוכח וברור וגלוי לכל ובכה"ג גם ע"פ אומדנא מוציאין ממון וכמבואר בחו"מ סי' ט"ו דבד"מ מועיל אומדנא ברור' וגלויה ולפ"ז צ"ל דגם דבר שאינו קצוב דל"מ קנין אפ"ה מועיל בדברים הנקנים באמיר' דהוה אומדנא דמוכח טובא ולפ"ז בנישואין שנים דעכ"פ האומדנא אינה גלויה וידועה דהרי לגבי אב ל"מ רק החתן בעצמו יכול להקנות דהוא לעצמו גמר ומקני ולפ"ז עכ"פ דבר שאינו קצוב ל"מ ודו"ק:

ד עוד יש לומר דבאמת כבר כתב הרא"מ בתשו' דדוקא להוציא ממון אין מוציאין באומדנא אם לא שהוא אומדנא גדולה או חזקה ולפ"ז כיון דשטרי פסיקתא לא נתנו לכתוב א"כ אינו רק לבני חרי ובזה שפיר מועיל הקנאתו דרצה להתחייב משא"כ לענין משעבדי דל"מ ולפ"ז שם דקתני דגובה ממשועבדים א"כ ע"כ מוקי לה בנשואין ראשונים שהוא אומדנא גדול' ובזה יש לומר הא דאבעיא אי ניתן לכתוב והיינו משום דלהוציא לא ניתן להוציא עי"ז משום דתלמודא דירן ס"ל דאף בנשואין הראשונים אין האומדנא גדול כ"כ ואין מוציאין ממשעבדי ובזה יש ליישב קושית התוס' הא דלא פריך ברישא מהך דפוסק לזון בת אשתו דגובה ממשעבדי ודו"ק:

ה והנה לכאורה בגוף הקושיא דהו"ל שכר פעולה הי' נראה לי כיון דבאמת לא פירשו שבשביל כך מקדשים זה את זה רק שאומדנא כך שבשביל כך עמדו וקדשו עכ"פ לא הי' צריך לשלם עד שינשאו דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכאן עמדו וקדשו בלבד אלא לפ"ז יקשה בנשאו לבד אמרינן נמי הך אומדנא דחיבת חיתון כמבואר בסי' נ"א ושם הוה גמר פעולה. אמנם העיקר נראה לי דהנה הח"מ סי' נ"ב נ"ג ס"ק י"ט חידש דמדין הש"ס אף דאזלינן בתר אומדנא ומכ"ש מדידה לדידי' מכל מקום ניהו דאמרינן שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה מ"מ כל שכנסה ומת הוא אחר לילה הראשונ' בודאי

גובה כתובה דאמרינן משום חיבת לילה הראשונ' כתב לה הכתובה וגובה ע"ש והדברים תמוהים לכאורה דא"כ מה שחידש ר"ת דאף מדינא דש"ס כ"ז שלא בא ליד החתן אינו יכול לירש כשמת' היא דאומדנא דלא נתן רק ע"מ שתהנה בתו וקשה הא מדידה לדידי' ודאי גרוע יותר מאומדנא מדידי' לדידה ומהראוי יותר שיהי' הבעל יורש ולמה לא נימא דבשביל לילה הראשונ' גמר אבי הכלה לתת לה כל הכסות והכלים ולא נימא הך אומדנא והדברים צריכין ביאור. אך לפענ"ד נראה הדבר ברור דהנה גוף דברי הח"מ שחידש דלא אמרינן אומדנא בכה"ג דאמרינן בשביל חיבת אשה ראשונה כתב הדבר תמוה דמנ"ל זאת ולהקשות מזה על הרמ"א ועיין ב"ש שהסכים ג"כ בפשיטות להח"מ. אך לפענ"ד נראה דע"כ לא אמרינן אומדנא דלא כתב רק ע"מ שתהנה בתו רק בכתב לה כסות וכלים ופירות שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה דשם לא נקנה בדיבור רק בכתיבה שזה רצה לתת לבתו ע"י כתיבה וקנין אותן הדברים וא"כ זה ודאי הוה כמו כל עניני מו"מ שזה עושה מו"מ באיזה דבר ומתחייב לזה בסך רב ע"מ שזה יתן לו אותו דבר וכדומה דזה ודאי אין לך אומדנא גדולה מזו שזה לא שדי מעותיו בכדי וחנם ובודאי רוצה שיהנה מהן ואדרבא עוד עדיף יותר דבשאר מו"מ אין אנו צריכין להשגיח רק בעת שעשה המקח אם לא נמצא בו מום וכדומה אבל אח"כ אף שקרה לו אונס מה לו ולאונסו וכמ"ש התוס' בדף מ"ז דכל שתלוי בדעת שניהם אין אנו משגיחין באומדנא של אחד מהם אבל זה במקח שנגמר בפעם אחד אבל אם עשה עמו מקח להעמיד לו שנים רבות כך וכך חפצים והוא יתן לו בעדו מעות וכדומה א"כ כל שעה ושעה הוה כשעת מקח וא"כ ה"ה בזה אטו המקח נגמר בעת החופה כל התכלית הי' שידורו זה עם זה ויהנו הזוג מהמעות והחפצים וכל שמתה נודע לכל שזה לא היה מתכוין רק שתהנה בתו וא"כ זה דוקא כל שנתחייב בדרך חיוב ובקנין ובשטר אבל בדברים הנקנים באמיר' דאמדו חכמים דעתן של בני אדם שאגב חיבת חיתון דמתחתנו אהדדי גמרי ומקני א"כ זה הוה כמו מקח שנגמר דאטו החיבת חיתון שייך בכל יום הא פשיטא דהחיבת חיתון אינו רק בעת הקידושין והנשואין ואח"כ הוה כמו שכבר עבר המקח וא"כ לענין חיבת חיתון שפיר כתב הח"מ דפשיטא שתיכף גובית מזה דחיבת החיתון הי' בלילה הראשונה אף שמתה אח"כ וז"ב כשמש לדעתי בישוב דברי הח"מ. ובזה מיושב היטב מה דנקט הש"ס כתב לה כסות וכלים ודקדק המרדכי דלמה לי כתיבה הא הן דברים הניקנים באמירה.

[1] ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא אם לא היה נקנה באמירה כגון שהי' לאחר קידושין וכדכתב המרדכי שם דמיירי בדברים שאינם נקנים באמירה וכדומה וא"כ צריך כתיבה וא"כ בכתיבה לא שייך לומר דמקנה אדעת ביאה הראשונ' דהוה כמו שאר מו"מ דגלוי וידוע

שמי שנותן מעות על המקח שנמשך זמנים טובא שאינו נותן רק ע"מ שיהנה מחירם וה"ה בזה שהמו"מ נמשך שנים רבות שאינו נותן רק עד שתהנה בתו וכל שמתה נפסק המו"מ משא"כ אם אמרינן בשביל חיבת החיתון גמר ומקני אף בדיבור זה נודע דאדם נותן בעת שמחת לבו ביום חופתו ממון רב אף מה שלא יהי' לו תועלת אח"כ וא"כ חז"ל דהי' בקיאין וחכמים באומדנות אמרו שבזה מועיל אף שמתה וז"ב לדעתי. ומעתה מיושב היטב דמשום שכר פעולה פשיטא דאם אדם נותן לפועל שיפעול לו כמה חדשים או שנים רבות איזה ענין ובמשך הזמן נפסק ולא נגמר פעולתו פשיטא דאדעתא דהכי לא נתחייב ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אבל מטעם חיבת חיתון גמר ומקני אף שמתה היא או מת הוא אח"כ וכדומה וז"ב מאד. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף במה שהקשה הט"ז בחו"מ סי' נ"ב ובאהע"ז כאן על שיטת ר"ת דלא כתב לה רק ע"מ שתהנה בתו דא"כ בנושא אשה ופסק לזון את בתה דקי"ל דאף במתה אשתו חייב לזון את בתה ואמאי נימא דלא כתב לבתה רק אם תחיה אשתו ותהנה היא וגם הוא יהנה מזה משא"כ כשמתה דנותן מזונות לזר אצלו ע"ש שהאריך וגם אא"ז הח"ץ ז"ל האריך בחו"מ שם וכרכר הרבה ולא העלה דבר ברור והארכתי בזה בחידושי על ספר נחלת שבעה שחברתי חיבור ארוך ונקרא חלק לשבעה ד' יזכיני להפיצו לאורה וגם בתשובות ולפמ"ש אתי שפיר דשם דמיירי בשטרי פסיקתא דהוא משום חיבת חיתון בזה אף שנפסק הדבר מ"מ הוה כמו מקח שעבר כבר אף שקרהו אונס לא שייך אומדנא וכמ"ש התוס' בדף מ"ז וה"ה בזה וז"ב לדעתי.

ז והנה הב"ש סי' נ"ב נ"ג ס"ק יו"ד חידש דכל שחי מי שנתחייב אצלו לא שייך אומדנא דלזה נתחייב ומלבד שתמה במגיה בט"ז באהע"ז שם דבש"ס לא משמע כן אף גם דא"כ כשנתחייב להחתן היה מועיל ובמהרי"ק בשורש צ"א מבואר בהדיא דאין חילוק בין פוסק לבתו או לחתנו ע"ש שהוכיח כן ומצאתי במקנה בק"א שם שהרגיש בזה על הב"ש. אך לפמ"ש אתי שפיר דיש חילוק בין אומדנא דחיתון ובין דברים שאינו נקנה באמירה וצריך כתיבה. איברא דלפמ"ש יקשה מהא דהקשו בתוס' לפירוש ר"ת מהא דאמרו הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו יכול לומר לאחיך הייתי פוסק ופריך בירושלמי והלא דברים הנקנים באמירה הם ומשני כשפסק ע"מ לכנוס ומשמע הא אם כנס לא יכול לומר לאחיך הייתי רוצה ליתן ותירצו כיון דבתו קיימת לא שייך זאת והיבם רוצה ליבמה ולפמ"ש מעיקרא אין קושיא דשם משום דברים הנקנים באמירה הם ול"ש אומדנא דלא רצה רק ע"מ שתהנה בתו אבל באמת הדבר נכון דכל הטעם הוא משום דכבר נגמר המקח והי' חיבת חיתון וכיון ששם פסק ע"מ לכנוס ולא רצה בחיבת חיתון לבד וכאן

כל שמת מסתבר לי' להתוס' דשייך לומר אומדנא דלא רצה רק עם בעל זה דלא שייך לומר חיבת חיתון דהרי לא רצה רק ע"מ שיכנוס וע"ז באמת תירצו דבאמת אמרינן דרצה בחיבת כניסה וכל שכנסה והיבם רוצה ליבמה מ"ל בחתן זה או בזה וא"כ הרי נגמר המקח ושייך חיבת חיתון ואדרבא בזה מיושב היטב מה דהקשה בירושלמי והלא דברים הנקנים באמירה הם ומאי קושיא מ"מ יכול לומר באחיך הייתי רוצה ולפמ"ש אתי שפיר דמסתבר לי' להירושלמי דכל שהוא משום חיבת חיתון כל שהי' כבר חיבת חיתון הרי נתרצ' וכבר נגמר המקח וע"ז משני כשפסק ע"מ לכנוס וא"כ לא הי' עוד חיבת חיתון כל דלא כנס וע"ז הקשו דאף שכנס הרי חזינן דהיא לא התרצ' בסתם חיבת חיתון וע"ז כתבו דכל שהיא קיימת מ"ל בזה או בזה וכבר הי' חיבת חופה וכניסה כנלפענ"ד. ובזה יש לישב דברי התוס' במה שפירשו הא דמחלק הש"ס בין מדידי' לדידה ובין מדידה לדידי' וע"ש מהרש"א שהאריך לבאר דבריהם ולפמ"ש יש להוסיף נופך דהש"ס מחלק דבדיד' לדידי' סגי באחתוני לבד ואף בכתב לה הוה כמו שנגמר המקח ודו"ק היטב בתוס' שם ובזה י"ל להיפך דאדרבא כשפוסק מעות לחתנו בודאי לא שייך חיבת חיתון דבשלמא כשפוסק לבתו שפיר שייך לומר דכל שהי' כניס' הרי שמח בחיתון וכניסה וכבר נגמר המקח אבל אם פסק לחתנו הוה כמו כל מקח דבודאי לא נתן כ"ז שלא נגמר הכניס' ומת וגם לא נתחייב רק לזה ולא לאחיו וא"כ שפיר הקשו בתוס' דלמה יהני כשכנס' וע"ז תירצו דבתו קיימת עכ"פ ודו"ק היטב: עוד הי' נראה לי דבר חדש בזה דהנה בהא דאמרו דמתה הבת אין יורשיה יורשים מזונותיה כתב הט"ז והובא בב"ש סי' קי"ד ס"ק ט' דמי שהבטיח ליתן לחבירו מתנה ומת קודם שהגיע הזמן ליתן לו מתנה אינו חייב דלא הבטיח רק לו אף שנתן ת"כ ע"ז. ולפ"ז נראה לי דבר נחמד דבדברים הנקנים באמירה כל שהוא אומדנא שלא נתן רק ע"מ שתהנ' בתו וכדומה וא"כ כל שזה המקבל מת א"צ ליתן לו. ובזה אני אומר לקיים מה שחילק הב"ש בין כשזה שאמר ליתן לו חי ובין כשזה מת והיינו דשם כיון שהאש' מתה ובת באה מכחה וא"כ הרי לא נתחייב רק אם יחיה המקבל א"כ כל דלא הי' חי המקבל הרי לא נתחייב וה"ה בהך דר"ת דאומדנא דלא כתב רק ע"מ שתהנ' בתו והוא כתב לה ובעל בא מכח' והוה כמו יורש שלה ואמרינן דלא נתחייב רק ע"מ שתהנה בתו וכיון דעוד לא הגיע זמן המתנ' דמה שמתחייב לתת במשך השנים וכל שמתה האשה הרי לא הגיע הזמן משא"כ כל שחי המקבל. ובזה מיושב היטב מה שהקשיתי למעל' וקדמני המקנה דא"כ מה מקשו התוס' מהפוסק מעות לחתנו דשם פסק לדידי' ולפמ"ש אתי שפיר דבדברים הנקנים באמיר' כל דהוה אומדנא שלא כתב רק ע"מ שתדור הבת עם החתן הלז א"כ כל שמת

הוה כלא הגיע הזמן ויכול לחזור דזה ודאי אף שפסק לחתנו לא נתחייב לתת לו המתנ' רק ע"מ שתהנה בתו והבעל בא מכחה וא"כ כל שמת לא נתחייב לו והרי מי שחייב לו מת וע"ז כתבו התוס' כיון דבתו קיימת והרי הוא כתב לבתו אף שפסק לחתנו עיקר הוח בשביל בתו והרי היא קיימת וא"כ אדרבא מבואר בתוס' כשיטת הב"ש. ובזה מיושב מה שהקשה המגיה בט"ז מדברי הש"ס דמחלק בין מדידי' לדידה ובין מדידה לדידיה והרי להב"ש כל שמת מי שנתחייב לו הרי שייך אומדנא. ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא משום דלא נתחייב רק לתת למקבל וכל שמת קודם שהגיע זמן המתנה הרי מת ולא נתחייב ליורשיו ולפ"ז זהו דוקא כל שמת קודם שהגיע זמן החיוב משא"כ בשהגיע כבר זמן החיוב חייב לתת ליורשיו כמ"ש הב"ש והט"ז שם וא"כ שם במה דדחי הש"ס דלא אמרינן אומדנא במדיד' לדידי' וכתבו התוס' לפרש לר"ת דבמדידה לדידי' סגי בחיתון של נשואין אף דיש כאן אומדנא אחריתי ועיין במהרש"א שם ביאור הדברים וא"כ כיון שהגיע כבר זמן החיוב שוב מחויב ליתן אף ששייך אומדנא וז"ב כשמש ודברי הב"ש כמין חומר: עוד היה נראה לי ליישב קושית הט"ז מהך דנושא אשה ופסק שיזון את בתה דבאמת צ"ב מה שמחלק ר"ת בין כשלא נתן להחתן או כבר נתן ולכאור' רציתי לומר דאומדנא לא מועיל רק להחזיק ולא להוציא ועיין בשו"ת מוהרי"ק סי' צ"א אך באמת באומדנא דמוכח טובא אף להוציא נמי. אך העיקר נראה לי דבאמת כל שיש ספק באומדנא א"כ כל עוד שלא נתן הו"ל ספק בהתחייבות והו"ל א"י אם נתחייבתי אבל שם שכבר נשאה ונתחייב לזון את אשתו והספק אם נפקע החיוב כל שמתה אשתו הו"ל כא"י אם פרעתיך אך אם נימא דחיוב מזונות הוא בכל יום א"כ על להבא הו"ל כא"י אם נתחייבתי וע"כ מחוורתא כמ"ש למעלה ת"ל ודו"ק היטב כי הוא חריף ונעים ונחמד:

ח אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בתומים סי' סמ"ך ס"ק ט' שכתב להפליא על הט"ז והב"ש והח"ץ שהקשו כלם הקושיא הלז ולא הזכירו דברי הח"מ דבהוא כותב לדידה יש לומר משום חיבת לילה הראשונ' כתב ע"ש שהאריך בזה ובאמת שלפי דברי הח"מ נכון הדבר אבל באמת יקשה על גוף דברי הח"מ מדוע לא שייך האומדנא ומ"ש התומים שבתוס' דף מ"ז ד"ה כתב מבואר דבאב הכותב לבנו שייך לומר משום חיבת חופה כותב זה תמוה דלא נזכר זאת רק אדרבא להיפך דבדידי' שייך אומדנא טפי כמ"ש לפרש מה דמחלק הש"ס בין מדידי' לדידה ובין מדידה לדידיה ע"ש ות"ל לפמ"ש נכון הדבר:

ט והנה במ"ש לעיל בשם הירושלמי דחתן הפוסק בעצמו אף בנישואין שניים נמי מתחייב והבאתי קושית הנתיבות משפט הספרדי שהקש' מדוע יהיה חילוק מהפוסק לאשה ע"מ שיזון בתה מוקי בירושלמי בעצמו בנשואין הראשונים כעת נתיישבתי

דהדבר פשוט דהירושלמי לשיטתו דאמר בריש פ' אע"פ דהבעל מזכה בכתב והאב בע"פ ובאמת שהוא תימה דמדוע יגרע הבעל מהאב שלא יוכל להתחייב בדברים ואדרבא לעצמו ודאי גמר ומקני טפי ואדם קרוב אצל עצמו יותר מאב לבנו וגם בש"ס דילן משמע דבחתן הפוסק לעצמו ג"כ בע"פ דמוקי בשערי פסיקתא דפוסק לזון בת אשתו. אך נראה דבאמת בנשואין הראשונים ודאי הבעל לא גרע מאב רק מה שהבעל מוסיף על האב דהיינו בנשואין שניים בזה צריך כתב ואף דבר שא"י לחייב עצמו בשטר כגון מעות ומטלטלין דלאו בני שטרא מ"מ כיון דלדידיה איכא שמחה יתירה אף שאין כ"כ שמחה שיקנה בע"פ לבד בכתב נקנה והוה דברים הנקנים באמירה ולכך שם בפוסק לזון דמשמע לירושלמי אף בע"פ לכך מוקי בנשואין הראשוני' וז"ב כשמש ועיין בירושלמי ר"פ אע"פ ותמצא הדברי' מכוונים. ובזה יש מקום ליישב קושית התוס' בכתובות דף ק"ב דלמה לא מקשה תיכף מהפוסק לזון וכו' ע"ש ולפמ"ש יש ליישב אבל מפני שכבר הארכתי הרבה ולא נתנני הזמן להאריך יותר ודו"ק היטב. ובמ"ש יש לומר הא דקיי"ל באהע"ז סי' צ' לענין שח"ז באם הניחה ז"ק דהאב יורש את הז"ק שמת והוא מהמהרי"ו ולא אמרינן דאומדנא שלא רצה רק שתהנה בתו או זרעה משום דלא אמרינן אומדנא בהודאה והביא ראיה מהירושלמי דבשכ"מ שעמד מחליו דיכול לחזור אבל אם הודה לא אמרינן בהודאה אומדנא וה"ה בזה ותמהו הט"ז והב"ש שם דמ"ש מנדונית חתנים דאמרינן אומדנא ומה דכתב דאין אומדנא בהודאה לא נודע הטעם ול"ד לשכ"מ דשם לא צריך להודות דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי וא"כ מדהודה ע"כ שנתכוין שלא יוכל לחזור אבל כאן לענין שח"ז דע"כ צריך להיות בתורת חיוב ולמה לא נימא אומדנא וכבר האריכו בזה בשו"ת שב יעקב חלק אהע"ז סי' כ"ו כמה גאונים והרבה כרכרו בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם של אומדנא כבר כתבתי למעלה דכיון שאינו רק הבטחה ליתן מתנה א"כ כל שמת המקבל יוכל לחזור בו והנה כבר הבאתי דברי הב"ש סי' קי"ד דזה דוקא על להבא כ"ז שלא הגיע המתנה לידו ולפ"ז זהו דוקא במתנה אבל כל שהודה והיינו שנתחייב כבר נראה לי ברור דאף שמת המקבל יודה הט"ז דחייב אף שמת המקבל דא"צ לקבל דכל דהודה ודברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי והוה כאילו כבר נתחייב לו מה בכך שמת ולכך גם בשכ"מ א"י לחזור דהא לא שייך אומדנא דלא נתן רק לכשימות דהא נתחייב כבר.

י ומיושב היטב כל הקושיות של הב"ש והשב יעקב שם ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד:

יא והנה בדברת הח"מ שכתבתי למעלה שכתב בסי' נ"ד שהחתן מקנה להכלה בחיבת לילה הראשונה אף שמת מיד קשה לי בהא דאמרו בכתובות דף נ"ו בעי רבין נכנסה

לחופה ולא נבעלה מאי חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה ת"ש דתני ר"י שלא כתב לה אלא על חיבת לילה הראשונה אי אמרת בשלמא חיבת חופה קונה היינו דתני לילה הראשונה אלא אי אמרת חיבת ביאה קונה ביאה בלילה הראשונה איתא מכאן ואילך ליתא ומאי קושיא הא ר"י רבותא קמ"ל דאף שמת תיכף לאחר לילה הראשונה קנתה ובאמת איתא חיבת ביאה גם אח"כ וא"ל דהכי קא מקשה היאך הדין בלא בעל לילה הראשונה דמלבד דסתמא דמלתא בעל בעילת מצוה בלילה הראשונה וכבר אמרו שם דלכך נקט בלילה דאורח ארעא קמ"ל וא"כ ה"ה בזה ואף בשבת קיי"ל דמותר לבעול בעילת מצוה אף גם דעכ"פ לא שייך חיבת ביאה כל דיכול לבעול ולא בעל וע"כ דבעל וא"כ שוב יש לומר דרבותא קמ"ל דאף בלילה הראשונה סגי ובאמת כל שבעל נאסרה עליו עד שתטבול כמבואר ביו"ד סי' קצ"ג ולכך נקט לילה הראשונה וצ"ל דהכי מקשה די"ל דהיתה נדה בעת הכניסה וא"כ שפיר מקשה דבכה"ג פשיטא דחיבת ביאה ראשונה כל אימת שתטהר בודאי תקנה ואמאי נקט לילה הראשונה דוקא וז"ב. ובזה ממילא נראה מבואר דחופה קונה אף בלא חזי לביאה דהרי הש"ס אמר דלכך נקט ר"י חיבת לילה הראשונה משום חיבת חופה ובכה"ג דלא שייך חיבת ביאה דהיינו שאינה ראויה וא"כ מבואר דלא כשיטת הרמב"ם דהוא ס"ל דחופה לא קני בלא חזי לביאה וצ"ל דלא קי"ל כר"י בזה. איברא דלפ"ז צריך ביאור מה בעי ר"א נכנסה לחופה ופרסה נדה מהו את"ל חיבת חופה חופה דחזיא לביאה אבל חופה דלא חזיא לביאה לא והא כל את"ל פשיטותא והרי חיבת חופה דקונה ע"כ בחופה דלא חזיא לביאה וצ"ל דע"כ ר"א לא קאי על הך דר"י:

יב ובזה יש ליישב קושית הח"מ סי' ס"א על הרמב"ם והוא קא' את"ל חיבת חופה קונה לא משום הך פשיטות דתני ר"י רק סיים דנימא חיבת חופה קונה דבעי חזיא לביאה וקי"ל כר"א. ובזה מיושב מה דקבע הך אבעיא כאן ועיין ברא"ש ולפמ"ש א"ש ודו"ק. ובמ"ש יש לסתור דברי אא"ז החי"ץ ז"ל סי' קכ"ד שכתב דמדר"א בעי בפרסה נדה ע"כ דרבין בטהורה קמבעיא ליה וע"ז קאמר את"ל דבטהורה חיבת חופה קונה בפרסה נדה מא"ל ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דקאי על רבין דא"כ היאך פשיט לי' לרבין דאף בחופת נדה קונה וכמ"ש. ובאמת לפענ"ד היה נראה ליישב לשיטת הרא"ש דס"ל דחופת נדה קונה והיינו דמכל מקום חזיא לביאה כשתטהר היינו דוקא בפירסה נדה קודם וידע שהיא טמאה ואעפ"כ כנסה א"כ עכ"פ מקרי חזי לביאה לכשתטהר אבל ר"א בעי בפירסה נדה אח"כ וא"כ לא חזיא לביאה והוא סבר דיבעול א"כ אפשר דלא נתחייב אדעתא שלא יבעול. ובזה יש ליישב דברי המרדכי שכתב דפרסה נדה מיירי בעת ווסתה

דשלא בשעת ווסתה מצי אמרה לי' נסתחפה שדהו ותמה הח"מ דהא כיון דדרכה לשנויי ווסתה לא שייך נסתחפה שדהו וגם מה לו באונסה סוף סוף הוא לא כתב רק אדעתא שיבא אלי' ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון דחופת נדה קונה והיינו משום דסביר וקיבל שיבעלה כשתטהר ורק בפרסה קמבע"ל דאולי לא סמך דעתו וחשב שיבעלנה תיכף ולפ"ז זהו בעת ווסתה אבל שלא בעת ווסתה מצית אמרה לו נסתחפה שדהו דהא לא שינתה לו דבשלמא בעת ווסתה היתה צריכה להודיע לו אבל שלא בשעת ווסתה מצית אמרה לו נסתחפה שדהו והוא באמת ג"כ סבורה דטהורה וא"כ סבר וקיבל דמלתא דל"ש היא ובכה"ג סבר וקיבל ואף דדרכן של נשים לשנות הווסת אבל עכ"פ הי' לה להודיעו וכל שמת הוא תיכף ניהו דאונסא כמאן דלא עבד אבל כמאן דלא עבד הוא וסוף סוף לא בעל אבל שלא בשעת ווסתה מה בכך דלא בעל והוא חשב שיבעלנה הא כיון דנסתחפה שדהו כיון דחופת נדה קונה היא שדה כל הבעל ומזלו גרם וא"כ מה לה באונסו שמת מ"מ היא היתה מוכנת ועומדת ומזלו גורם לו דבשלמא בעת ווסתה דהי' לה להודיעו ואולי לא רצה לעשות חופה דדלמא יגיע ווסתה א"כ היא גרמה לו אבל שלא בשעת ווסתה לא היתה לה להודיעו דמלתא דלא שכיח לא אסקה אדעתה וא"כ מה לה במה שנסתחפה שדהו וז"ב. ובזה מיושב קושית הח"ץ דהרי בפרסה נדה ומת אין לך נסתחפה שדהו יותר מזה ואפ"ה מבעיא לי' לר"א וה"ה שלא בשעת ווסתה ולפמ"ש שני ושני דשם לא הי' לה להודיעו וכאן היתה לו להודיעו ודו"ק היטב וכ"כ הר"י בהדיא דיש להודיע לו. שוב ראיתי שגם הח"ץ בעצמו כתב כן לבסוף ונהניתי ודו"ק:

יג והנה לפענ"ד היה נראה בכוונת המרדכי דהנה נסתפקתי בשנים שהתקשרו באיזה ענין אם לשדך ביניהם או שאר דבר באופן שהתנו ביניהם כמה פרטים ואם אחד נאנס ולא עשה כבר נודע מ"ש הש"ך בחו"מ סי' כ"א דאף דאונסא כמאן דלא עבר אבל לא כמאן דלא עבד היאך הדין אם שניהם נאנסו זה לא השלים תנאו וזה לא השלים תנאו מה הדין והנה דעת תורה ודעתי נוטה דלא נוכל לחייב שניהם בקיום הענין דממנ"פ עכ"פ לא קיימו תנאם שניהם גם יחד ולפ"ז כאן דמיירי בפרסה נדה ומת א"כ אירע לו אונס וא"כ זה דמבעיא לי' דל"ש לומר נסתחפה שדהו במה שמת דהא באמת גם היא לא קיימה כפי התנאים דהרי לא כתב לה רק על חופה דחזיא לביאה וכאן אף שאירע לה אונס הא האונס כולל דגם לו אירע אונס שמת. ומעתה דברי המרדכי מבוארים דזה דוקא בעת ווסתה אבל שלא בשעת ווסתה שפיר מצית אמרה לו נסתחפה שדך דמ"ל באונסו שמת ואף שלה אירע ג"כ אונס הא האונס שלה היא מזלו גרם שנסתחפה שדהו וא"כ אונס שלו יותר מוכרע שלא לחוש לאונסה שאונס שלה יכולה לתלות במזלו שלו

משא"כ אונס שלה אבל בשעת ווסתה האונסים שקולים דכמו שלו קרה אונס אף לדידה קרה אונס ול"ש לומר נסתחפה שדהו דכל שיש לומר דאדעתא דהכי לא כתב לה א"כ שוב לא שייך לתלות במזלו אבל שלא בשעת ווסתה א"כ הוא והיא רצו להתחייב וקרה אונס וא"כ כל עוד שלא מת הרי נסתחפה שדהו ולא שייך לומר אונסא כמאן דלא עבר דהא היא לא צריכה לעשות מעשה רק דממילא היתה מוכנת והאונס עכבה ונסתחפה שדהו דעכ"פ לא עברה אבל בשעת ווסתה היתה עומדת לראות וא"כ לא קיימה התנאי ואף דהיה באונס אבל עכ"פ לא עברה וא"כ שוב מה לה באונסו ומיושב קושית הח"מ ואא"ז הח"ץ ז"ל ועיין ש"ך סי' ס"א ובקצה"ח שם ודו"ק: והנה במה שנהגו כעת לעשות חופה וקידושין ביחד ונתלבטו הגאונים בשו"ת חות יאיר סי' מ"ז והנמשך איך מועיל סילוק לדידן דקודם הקידושין לא זכה בהם עדן ואחר הקידושין והחופה שוב הו"ל אחר הנשואין ולא מהני סילוק אף בקנין כמבואר בסי' צ"ב והאריכו בזה ואני כתבתי על הגליון באהע"ז סי' צ"ב שגם הש"ך בחו"מ סי' ס"ו ס"ק ל"ד נתעורר בזה והאחרונים לא הזכירו.

יד וראיתי בא"מ שחידש בסי' צ"ב דכיון שהם דברים הנקנים באמירה יכול להקנות אף בדבר שלבל"ע ואף לפי מה דקיי"ל בסי' כ"א דבדבר שלבל"ע ל"מ היינו להקנות דמ"מ אינו בידו ואין הקנין נתפס בו אבל להסתלק מדבר שלבל"ע מועיל משום דברים הניקנים באמירה ע"ש שהאריך בזה ובאמת שדבר גדול דבר בזה ובאמת שאכתי לא הועיל דבנשואין שניים ובכל הדברים דל"ש דברים הנקנים באמירה מא"ל. אך לפענ"ד היה נראה בפשיטות דבאמת הא דל"מ אחר הנשואין הוא משום דהו"ל כבן שסילק עצמו מירושת אביו דדבר שהוא שלו לא יכול לסלק עצמו בדיבור ולפ"ז נראה לי דזה דוקא אחר הנישואין שכבר זכה אבל כאן שמסלק עצמו בין החופה לקידושין או אף קודם החופה והקידושין מכל מקום כיון שמסלק עצמו באופן שלא יתחיל הזכיה בנכסים הו"ל כעין דאמרו גיטו וידו באין כאחד דתיכף בשעה שבא הזכייה הוא מסלק עצמו שלא יזכה ומועיל הזכייה לענין זה שיוכל להסתלק עצמו אח"כ וזה ודאי מועיל וכעין שכתב הר"ן פרק כל הצלמים דמועיל זכייה בע"ז ובחמץ אף שאינו שלו כדי שיתחייב לבער וזכייתו וביעורו באין כאחד וה"ה בזה כנלפענ"ד ברור ומכ"ש אם מסלק עצמו בין החופה לקידושין דאז כבר זכה במקצת דודאי מועיל מיהו אף שמסלק עצמו קודם הקידושין כל שהוא באותו יום הקידושין והחופה והוא מסלק עצמו לכשיזכה בהם ממילא מועיל דא"ל דעדיין לא זכה בהם דהא מסלק עצמו לכשיתחיל לזכות ואף דבאומר קני לכשיהי'

בעולם ל"מ ונחלקו בזה הפוסקים כמבואר בש"ע חו"מ סי' ר"ט שני דיעות בזה מכל מקום הסילוק מועיל בודאי שלא יתחיל הזכייה וז"ב כשמש ודו"ק היטב:

טו והנה הבעה"ת שער נ"א כתב שהמכנסת שט"ח לבעלה א"צ כתיבה ומסירה דהו"ל דברים הנקנים באמירה מדרב גידל ובחידושי להלכות קידושין סי' כ"ח הבאתי מה שהביא הגאון מו"ה נתן אבד"ק ראווא ני' מדבריו דלכך א"י למחול ג"כ משום דהוה דברים הנקנים באמירה והארכתי בזה אמנם עכ"פ לענין גוף הדבר דא"צ כתיבה ומסירה חידש הבעה"ת משום דברים דנקנים באמירה. ולפ"ז נראה לי ברור דמה שנחלקו בזה הח"מ והב"ש אם בהכניסה נ"מ אם מועיל מחילה כמ"ש ר"ס צ"א הנה הדבר תלוי בזה דאם הוא מתורת דברים הנקנים באמירה ל"מ מחילה א"כ גם בכ"מ הוה דברים הנקנים באמירה ואם המחילה ל"מ בשביל דידו כידה ועדיף מידה זה שייך דוקא בנצ"ב ולא בנ"מ דאין לו רק פירות וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה בשו"ת חוות יאיר הובא בהפלאה בק"א ריש סי' צ"א דכיון שצריך הרשאה בנ"מ א"כ כל שמחלה שוב עכ"פ אין לה הרשאה ממנה כנ"ל בכוונת קושייתו. ובזה הן נסתר מחמתו הרבה דברים מ"ש בהפלאה שם ולפמ"ש דל"מ מחילה מטעם דברים הנקנים באמירה א"כ גם נ"מ ניהו דצריך הרשאה מכל מקום לא מועיל מחילתה וצריכה לתת לו הרשאה. מיהו גוף הדבר אינו מוכרח דבעה"ת לא כתב רק דלא צריך כתיבה ומסירה מפני שהם דברים הנקנים באמירה אבל מחילה למה לא יועיל והרי בדבר שלבל"ע ל"מ בדברים הנקנים באמירה כמבואר בסי' נ"א ובש"ס אמרו הטעם משום דידו כידה ואין להאריך בזה. והנה שאל אותי תלמידי כמר סענדיר ני' במ"ש ההפלאה בדף מ"ז בכתובות דדברים הנקנים באמירה אינו רק חיוב שמשעבד עצמו לתת והו"ל ראוי ע"ש ולפ"ז מה פריך הש"ס ירושלמי גבי הא דאמרו לאחיך הייתי רוצה ליתן ולא לך דהו"ל דברים הנקנים באמירה ותירץ דלא כתב רק ע"מ לכנוס וקשה הא יבם אינו נוטל בראוי כמבואר באהע"ז סי' קס"ה א"כ מה מועיל הך דר"ג. אך לפענ"ד לק"מ דכל הטעם דהוה ראוי הוא משום דלא נתחייב תיכף רק כשיכנוס לכך הוה ראוי וא"כ זה באמת מה דמשני שלא כתב רק ע"מ לכנוס ודו"ק: והנה בהא דמבעיא לי' בכתובות דף ק"ב אי ניתן לכתוב או לא ושיטת רש"י ורמב"ם דל"מ כלל הכתובה לענין ממשעבדי וכ"כ לעיל בזה בטעם הדבר. וכעת נראה דהנה כבר נודע מ"ש הרי"ף ביבמות פי"א בהא דאמרו ננחה גבי עדים זימנין דחזו בכתבא ואתו וקמסהדו והו"ל מפי כתבם וכתב הרי"ף דוקא כשכבוש השטר ת"י עדים וביאר הראב"ד בת"ד כוונת הרי"ף דכל שטר דאי בעי מצי לממסרא ליד הבעלים הו"ל שטר גמור אף שכבוש תחת ידיהם אבל שטר קידושין דאינו ראוי למסור ליד האשה

שמא תמחוק הזמן א"כ לא מקרי שטר כלל ע"ש ובספר הזכות להרמב"ן ועיין קצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח"י ולפ"ז נראה לפענ"ד דלפי מה דאמרו בב"ב דף ע"ו זכה בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו השטרות כ"ז שלא בא לידו יכול למחות בידם ונתבטל גוף המתנה ע"ש וכן קי"ל בחו"מ סי' רמ"ג ס"א לפ"ז ה"ה כאן כיון דיכול לחזור בשטר שוב אין לו דין שטר כיון דיכול למחות ואף דאם לא אמר ע"מ אינו יכול לחזור במתנתו כמבואר שם ס"ו אבל עכ"פ מהשטר יכול לחזור וא"כ מכ"ש כאן דאינו רק אמירה בלבד כל שיכול לחזור בשטרו אין לו דין שטר ולכך כשמתרצין שניהם לעשות שטר גמור באמת מועיל וז"ב לפענ"ד:

טז ודרך אגב ארשום מה שנתקשיתי בדברי התוס' כתובות דף נ"ג ע"א ד"ה השתא שהקשו דהא הן הן הדברים הנקנים באמירה ונפלאתי דאטו יהיה עדיף דברים הנקנים באמירה מקנין ממש והרי קנין בטעות חוזר וכאן שזה הקנה לבתו כל מה דהוה לי' משום כבודו של יהודא בר מרימר וכיון דא"ל דלא ניחא לו שוב הוה קנין בטעות וצ"ע. ואולי כיון דבאמת הוא לא ביאר שמקצה בשביל כבודו של יהודה בר מרימר רק שסבר דהו' מרתח קא רתח וכיון שהיה רואה שאין דעתו כן היה רוצה לחזור ושפיר הקשו דכל שכבר קנה באמירה בעלמא לא מצי לחזור דבשלמא אם היה בקנין הרי קי"ל דקנין חוזר כל שלא נגמר הענין ועיין בב"ב דף קכ"ה ודו"ק ועיין בכתובות דף ק"א ע"כ לא קאמר ר"י התם אלא מדידה לדידיה אבל מדידיה לדידה לא ועיין רש"י ולפענ"ד בפשיטות יש לפרש ע"ד שאמרו בדף מ"ז דמדידה לדידיה שייך משום אחתוני והא אחתוני משא"כ מדידה לדידיה והיינו משום דאשה בכל דהו ניחא לה וה"ה כאן ודו"ק. ועיין כתובות דף נ"ג כי אתא רבין אמר ר"ל ארוסה שמתה אין לה כתובה א"ל אביי זילי ואמרו לי' שקולי טיבותך ושדיא אחיזרא כבר תרגמא רב אושעיא לשמעתך בבבל ובלמדי הדברים שנת תרט"ו אור ליום ד' ויצא תמהתי דלמה חרה לו כ"כ על רבין ואם כבר תרגמא ר"א לשמעתא בבבל אטו לא יוכל הוא לאמרו משמיה דר"ל. ואמרתי בזה דהנה באמת היה מקום לומר דלכך אם מתה ארוסה אין לה כתובה דאמרינן אומדנא שלא כתב לה רק ע"מ לכנסה ועיין כתובות דף פ"ט ע"ב ולפ"ז היו נ"מ גם אם מת הוא אין לה כתובה דלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה אבל ר"א ביאר הטעם דלא קרינן בה לכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי ולפ"ז במת הוא גובית כתובתה כדתני ר"ח וא"כ זה שחרה לו על רבין דהוא תני סתם ויוכל לבא מכשול מזה ולכך אמר שקולי טבותך כבר תרגמא ר"א לשמעתא והיינו שביאר הדברים בטעמם וא"כ אם מת הוא גובה כתובתה ודו"ק היטב: ובדברי המרדכי שכתבתי למעלה שכתב דשלא בשעת ווסתה מצית א"ל נסתחפה שדהו והח"מ תמה

עליו דסוף סוף הרי לא הוה חופה דחזיא לביאה וגם הא איכא נשי דמשני ווסתייהו. אך נראה דבר חדש דהנה שיטת המרדכי דאף בפרסה נדה בתוך חופתה ג"כ לא קני ולכאורה צ"ב הא מכל מקום בעת החופה הוה חופה דחזיא לביאה וא"כ באמת מהראוי שיקנה בחופה כיון דבעת החופה חזיא לביאה. אמנם נראה עפמ"ש הנוב"י בחלק יו"ד סי' נ"ו במהד"ק ליישב קושית הקדמונים דסמוך לווסתה דאורייתא ווסתות עצמן דרבנן וכתב הוא דשמא מת לא חיישינן ושמא ימות חיישינן והיינו דסמוך לווסתה חיישינן שמא תראה משא"כ ווסת עצמה לא חיישינן שמא ראתה ע"ש ודפח"ח ולפ"ז בעת ווסתה שפיר דלא מקרי חופה דחזיא לביאה דהא בעת חופתה שפיר יש לחוש שמא תראה דזה מקרי כסמוך לווסתה ולכך כל שפרסה נדה אח"כ לא מקרי חופה דחזיא לביאה דהא בעת חופתה שפיר יש לחוש שמא תראה דזה מקרי כסמוך לווסתה ולכך כל שפרסה נדה אח"כ לא מקרי חופה דחזיא לביאה ולפ"ז זהו בסמוך לווסתה אבל שלא בשעת ווסתה דאז לא שייך לחוש שמא תראה ג"כ דהא הוה שלא בשעת ווסתה ויש לה חזקת טהרה וחזקת הגוף שלא תשנה ווסתה וא"כ שוב עכ"פ בעת החופה הוה חופה דחזיא לביאה וז"ב מאד ומיושבים דברי המרדכי ומ"ש בשו"ת זקני הח"ן לתמוה במ"ש רש"י דפרסה נדה ופירש ממנה ומת דזה סתירה להמרדכי דהא כל שמת אין לו אונס גדול מזה ותימה לי' נסתחפה שדהו. הנה בגוף הפירוש דלמה פירש ומת זכיתי לכוין למ"ש זקני הח"ן שם אבל קושיתו יש ליישב דדוקא בפרסה נדה שלא בשעת ווסתה הוה בעת החופה חזיא לביאה אבל בפרסה נדה בעת זמן וסתה הנה הוה חופה דלא חזיא לביאה ואף דהי' חזיא לכשתטהר כיון דביני לביני מת לא קנתה החופה כלל וניהו דהוה אונס אבל גוף החופה הוה לא חזיא לביאה וז"ב. ובגוף קושית הח"מ על הרמב"ם והח"ן קלסה מאד ואני תמה דבאמת אבעיית ר' אשי קאי לענין ת"כ ולא לענין ירושתה והיינו באת"ל דחיבת חופה קונה וגם חופה דל"ח לביאה חשוב חופה ודאי קונה אבל אם נימא דחופת נדה ל"ק שוב ל"ק לכל דבר ואף דמסירה לרשות הבעל קונה היינו כל דחזיא לביאה א"כ בעת המסירה קונה אבל כל שלא חזיא לביאה אף החופה ל"ק כיון דלא מקרי חופה דזה ודאי דמסירה לרשות הבעל היא בטהורה דוקא וא"כ כל דהיא נדה לא שמה חופה ולא מועיל לשום דבר כנלפענ"ד בפשיטות ואף דלפי האבעיא דחופת נדה קנה הוה קני לכל מילי מכל מקום זה לפי שמקרי חופה וגם המסירה קונה אבל באת"ל דחופת נדה ל"ק שוב לכל מילי לא קני וז"ב ומ"ש הח"מ שם דאף שהאשה קונה התוספות כתובה כיון דהאיסור אינו מצדה רק מצדו לא אכפת לן. הנה בראשית ההשקפה תמהתי דמה נ"מ סוף סוף הוא קונה בשבת ומצאתי בב"ש סי' ס"ז ס"ק וא"ו

שכתב ג"כ דמה שהוא קונה לא אכפת לן ולפענ"ד הסברא דהא היא אינה קונה תיכף רק לכשימות או יגרש ול"ש דקונה בשבת ושאני הוא דקונה תיכף דזכה במציאתה ומעשה ידיה וכדומה תיכף. ובלא"ה נראה לפענ"ד בפשיטות לפמ"ש הר"ן גבי אתפסה מטלטלי דכל מה שאינו ניכר שקנה בשבת לא אכפת לן א"כ בשלמא מה שקונה הוא נודע לכל שכל אשה שייך מעשה ידיה לבעלה אבל ת"כ אטו כלהו נשי יש להן ת"כ ולא ניכר שקנתה בשבת כנלפענ"ד ברור:

יז והנה באשה חולנית חולי מות שדעת הרא"ש דבזה מקרי חופה דלא חזיא לביאה הכוונה לפענ"ד דבשלמא כל חופת נדה אף דלא חזיא לביאה מ"מ ראוי' לכשתטהר ועכ"פ כבר קנה אותה אבל כאן היא הולכת למות ולא שייך ראוי לביאה כלל ומ"ש הח"מ דלא גרע מחופת פסולים הנה לכאורה לפמ"ש הלח"מ דחופת פסולים שאני דערב לו המקח ורצה לבא באיסור ע"ש לפענ"ד כוונת הח"מ דעכ"פ אותה החופה הוא באיסור שאינו ראוי לביאה והרי כתב הר"ן פ"ק דקידושין דכל שעושית איסור ל"ש שתקנה בזה ומ"ש הב"ש דהא בלא"ה צריך לחזור בשנה ראשונה משום עגמת נפש לפענ"ד נראה דבשלמא כשקרה אח"כ ענין מיתה יש לומר דשייך ותם לריק כחכם ועשו תקנה אבל כאן שגם האב ידע שהיא חולנית מסוכנת ואפ"ה השיאה ע"כ דגמר ומקני ולא שייך בכה"ג התקנה ומה גם דהיא מלתא דל"ש ולא תקנו וכמבואר בסי' קי"ח לענין נהרגו וכדומה דכל דל"ש לא תקנו כנלפענ"ד:

יח והנה בגוף קושית הפ"י דפסיקת מעות הנדוניא הו"ל ראוי ואין הבעל יורש והא"מ הוסיף בסי' צ' דעכ"פ הו"ל מלות עצמו ומהראוי להיות פלגי כמו בכל מלוה שעמו לפענ"ד נראה כעת דהנה באמת שיטת הרא"ש דכל שכבר זכה בהם ואח"כ הלוותם לו לא מקרי ראוי ודעת הפוסקים דמקרי ראוי הוא דמ"מ כיון שהיא הלוות לאחרים וכל אשראי ספק אתי ספק לא אתי הו"ל ראוי דמי יודע אם תגבם או לא ולכך מקרי ראוי ולפ"ז נראה לי ברור דבמלוה שעמו לא מקרי ראוי אם לותה לו כשנשאת או מן האירוסין כיון שכבר זכה בו דמצד האשה או האב לא מקרי ראוי דהרי כבר זכה בהם עכ"פ שיהיו נ"מ וא"כ לא מקרי ראוי ואף שהלוותם לו בודאי הוא מוחזק ולמה יקרא ראוי דהא קבל אחריות ובשלמא במלוה שלוה ממנה קודם אירוסין ונשואין או שלא פסקו לו להיות שלו בתורת נ"מ בזה שייך ענין ראוי דניהו שהוא מוחזק אבל עכ"פ לגבי דידה מקרי ראוי שהיא אין לה שם מוחזק ומ"ל שלותה לאחרים או להבעל ס"ס ספק אם תגבה או לא אבל כל שפסקה לו בנדוניא או בנ"מ ואח"כ הלוותם לו ודאי מקרי מוחזק דמצדה הרי זכה בה קודם שלוותה ומצדו ודאי מקרי מוחזק ולא שייך בזה מלוה

שעמו וז"ב ואף דבשו"ת הרשב"א שהובא בב"י ריש סי' צ' מבואר שאף במלוה שיש לה ביד בעלה לאחר הנשואין מקרי מלות עצמו שהרי כתב כ"ש מה שלותה קודם נישואין. אבל לפענ"ד לולא שאיני כדאי הי' נראה לפענ"ד דבמלות עצמו ודאי מקרי מוחזק ואולי הרשב"א מיירי שלותה לו דבר שלא זכה בתורת נ"מ כגון שנתן לה מעות ע"מ שאין לבעלה רשות כמ"ש למעלה יעו"ש ודו"ק. ועוד נראה לי דפסיקת נדוניא וכן כל נצ"ב דידו כידה הוה כשותפין ולא נקרא מלוה כלל דשניהם יש להם יד והרי גוף הקרקע יכול להוציא מיד הלקוחות לדעת הרבה פוסקים ועכ"פ חז"ל אלמו לשיעבודא דידיה והו"ל כשותף דלא מקרי ראוי כנלפענ"ד ברור. שוב ראיתי בב"ש סי' צ' מ"ש בכוונת הרשב"א אבל לא כתב שום טעם לזה ולפמ"ש הדברים נכונים בטעמם. והנה בגוף דברי המהרי"ו שהבאתי למעלה שכתב דבשח"ז לא אמרינן אומדנא בהודאה והב"ש הקשה מנדוניית חתנים לכאורה ל"ק דשאני הודאה דהודה שכבר נתחייב א"כ לא שייך אומדנא דאדעתא דהכי נתחייב דזה דוקא אם מתחייב להבא שייך אומדנא אבל מה שהודה שכבר נתחייב לא שייך אומדנא דמכל מקום הוא כבר נתחייב וא"כ שוב אין מקום כלל לכל קושיות הב"ש והפלפול בשב יעקב בזה. והנה הב"ש הביא שם בדברי הצמח צדק סי' צ"ו ובלמדי הדברים שנת תרט"ו אור ליום כ"ה ויגש תמהתי דגם שם מכח אומדנא אתינן עלי' דלא כתב רק אם יהיה לו בנים זכרים והרי לא אמרינן אומדנא בהודאה ועיינתי בצ"צ שם ולא מצאתי רק בסי' הקודם סי' צ"ה שם האריך ג"כ בשטח"ז ומצאתי שהרגיש מדברי מהרי"ו ומחלק דבאומדנא דמוכח טובא אמרינן אומדנא בהודאה ג"כ והביא ראיה מדברי הש"ס ב"ב דף קמ"ו ע"ש וא"כ יש לומר דבנדונית חתנים הוה אומדנא טובא וגם מחלק בין אומדנא דמהרי"ו דמלשון השטר מוכח כן ע"ש ובשו"ת עבוה"ג חולק עליו ע"ש בסי' ע"ו וגם הצ"ץ מזכיר שם קצת דבריו ע"ש אך גוף דברי המהרי"ו לא הבינותי דגם שח"ז הוא בדרך חיוב לא בדרך הודאה וצ"ע:

יט והנה בשנת תרט"ז מחרת יוה"כ הגיעני מכתב מנייטרא מהרב מו"ה עקיבא קליין ני' במה שאירע שם איש גביר שהיה לו בנים ובנות גדולות וקטנות וזה שלש שנים שהשיא בת אחת למופלג י"ש מרבים ושוקד על דלתי התורה ופתאום מת הגביר הנ"ל והנה החתן הלז אין לו שום שטר לא ח"ז ולא ז"ש על חותנו ז"ל כי המעשה הי' כך שנאמן הקהלה כתב בשעת החתונה כנהוג שח"ז על שש אלף זהובים והחתן ואביו לא רצו לקבלו ובקשו מאבי הכלה שיתן שטר ז"ש והיו קצת קטטה ביניהם ונתרצה אבי הכלה ואמר בפה מלא שיתן לחתנו שטר ש"ז ולא עלה על דעתו כלל שיפחות להחתן מא' מבניו רק מטעמים הכמוסים אין יכול ליתן לו כעת והטעמים הכמוסים אמר בנו הגדול של

המנוח שהיה בוש בפני בניו ועל דברים אלו עמדו ונתרצו החתן ואביו ונעשה החתונה וכעת מת פתאום חמיו ז"ל בלא צוואה ובלי דבר ולא נמצא בכתבים שלו רק אותו שח"ז הנכתב בהעת החופה אשר לא רצו לקבלו החתן ואביו מיד המחותן והניחו ביד המחותן וכעת החתן טוען שיתנו לו שטר ז"ש. והנה מעלתו מצד שהחתן הוא ת"ח צדד להפך בזכותו והנה רצה לומר דאף שלא נכתב לו שטר מכל מקום הן הן הדברים הנקנים באמירה כיון דבשעת החופה אמר בפירוש שרוצה ליתן לו שטר ז"ש א"כ נקנה באמירה וע"ז דחה דשאני כאן דהצדדים לא נתרצו רק ע"י שטר א"כ לא רצו שיקנו מצד הפסיקה ולא קנו וכתב מעלתו שכמדומה שכ"כ הריב"ש ונזכר בנוב"י רק שאינו זוכר המקום. הנה אמת נכון הדבר שזכרונו לא כזב לו וכן הוא בריב"ש סי' שמ"ה ובנוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' כ"ה כ"כ חתנו הגאון ז"ל ואף שהוא השיב ע"ז יעו"ש מלבד שדבריו דחוקים כמבואר למעיין שבתחלה לא היו לפניו ספר הריב"ש ואח"כ נדחק להעמיד דבריו יעו"ש אף גם דכל התירוצים שלו אינו רק בנידון דידי' שיש לומר שהקנין בא ליפות כחו כמ"ש הריב"ש ג"כ דלכך בקנו מידו גובה ממשעבדי בדברים שלא נתנו לכתוב ולא אמרינן מדקנו מידו גלי דעתי' דלא ניחא לי' לקנות ע"י האמירה משום דהקנין בא ליפות כחו שיהיה נקנה ממשעבדי ע"ש ולפ"ז זהו כשהי' אמיר' וגם קנין אבל כאן שהבטיח ליתן לו ולא כתב שטר וא"כ הרי החתן ואביו לא רצו לקנות ע"י הפסיקה רק במה שהבטיח ליתן שטר והרי לא נתן עדיין וא"כ במה קנו ואף שהאמירה שנית ג"כ הוה פסיקה הרי אמר שיתן שטר והרי לא רצו לקנות עד שיכתוב וא"כ כל שלא כתבו לא קנה וז"ב וגם הנוב"י לא כ' רק כמסתפק שמא לא בטל קנין האמיר' וגם שמואל בש"ס במתנת שכ"מ לא בטל לגמרי רק כמסתפק וא"כ לו יהא שיהיה ספק ובמה יוציא מיד היתומים ובנדון הנוב"י היו הרבה ספיקות וכתב דס"ס עדיף מרוב אבל בנ"ד לא שייך זאת ובלא"ה תמהני דאף אם נימא דלא כהריב"ש מכל מקום כאן לא שייך מלתא דר"ג דכל הטעם הוא משום דבהאי הנאה דקא מתחתנו אהדדי גמרי ומקני והרי אינו רק אומדנא בלבד ואף למ"ש הנוב"י שם דתקנת חכמים היו שיועיל אבל כאן הרי חזינן דהמנוח ז"ל רצה ליתן לו ח"ז וא"כ הך הנאת חיתון לא שוה בעיניו רק כח"ז והם לא נתרצו ונתקוטטו עד שנתרצה לתת כלו ועכ"פ אין כאן אומדנא המוכח שגמר והקנה ודלמא לא הקנה רק לפייס דעת החתן ואביו שיתרצו ללכת להחופה והיו לו בושה ע"כ הוכרח לומר שיתן לו שטר ש"ז אבל באמת לא רצה וגם הא חזינן שלא נתן לו לו שהי' מטעם הכמוס סוף סוף לא נתן לו וא"כ אין כאן אומדנא כלל ומה גם שאטו יש עדים ע"ז שהבטיח לתת לו שטר ש"ז ע"ז לא ראיתי שום עדות ואיך נוציא ממון מיד היורשים בזה. והנה מעלתו רצה להביא

ראיה לסברת הריב"ש מהא דאמרו בכתובות דף ק"ב אין כותבין שטרי אירוסין ונשואין אלא מדעת שניהם הא מדעת שניהם כותבין מאי לאו ש"פ והקשו התוס' לרבינא דס"ל מקודשת א"כ מוכרח דניתנו לכתוב וע"ז כ' מעלתו דבאמת שטרי אירוסין סתמא הוא ומיירי אף בדבר שא"ק ול"מ להרמב"ם וע"כ פריך לר"ג מצד דברים הנקנים באמירה דמועיל אף בדבר שא"ק ולפ"ז ע"כ מיירי שלא צוה לכתוב דאל"כ שוב ל"מ דהרי חזינן דרצונו היה בכתיבה ולפ"ז זהו לדידן דלא מועיל דבר שלבל"ע אבל לרבינא דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע א"כ בלא"ה קני וא"כ שוב יקשה קושית התוס' ד"ה נתנו דלוקמא בצוה לכתוב ואני תמה על כל דבריו דמ"ש דאם צוה לכתוב אז גלי' דעתי' וסמך על דברי הריב"ש הנ"ל הנה הריב"ש בעצמו ביאר שם דאף בדבר שא"ק דלהרמב"ם ל"ק וקנה מצד פסיקא דר"ג ואפ"ה נקנה בכתיבה וגובה ממשעבדי אף דלא נתנו לכתוב ולא אמרינן דכיון דגלה דעתו דרצה בכתיבה ולא באמירה ל"ק משום דהוה דבר שא"ק משום דאמרינן דהקנין היה ליפות כחו שהיה נקנה ממשעבדי וא"כ אין מקום לדבריו והדרא קושית התוס' לדוכתא גם מה דפשיטא לי' דרבינא ס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע וכתב שמבואר וזה לא נתבאר ונתחלף לו בין רבינא לרב הונא ור"ה ס"ל כרב ועיין יבמות צ"ג ובכמה דוכתי אבל רבינא לא נתבאר ועיין בב"ב דף קנ"ד ע"ב דרבינא ס"ל דיחלוקו בדאקני והיינו אליבא דרבנן דר"מ והרי ס"ל דלא קנה ואף דגם ר"ה ס"ל שם דיחלוקו היינו אליבא דרבנן דר"מ וע"כ כן משום דהוא ס"ל בהדיא דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל רבינא לא נזכר כלל אם ס"ל כר"מ וחז"ל לא חשבו בהשיטה דס"ל כר"מ ומסתמא כרבנן ס"ל וגם מ"ש בשם אחרונים דלמ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע גם בדבר שא"ק מועיל הן באמת כן כתב ראשון שבראשונים הבה"ת והתומים סי' פ' הקשה עליו ועקצה"ח שם שישב דבריו אבל רבינא לא ס"ל כר"מ וגם זה לא שייך רק לשיטת רש"י אבל לשיטת התוס' בלא ניתן לכתוב דא"צ כתיבה א"כ יקשה קושייתם דמה יענה רבינא וא"כ שפיר הקשו התוס' לשיטתם ועכ"פ דברי הריב"ש הם בפירוש דכל שרצונו בכתיבה שוב ל"מ באמירה ומ"ש מעלתו שכמדומה לו שהנוב"י חולק על הריב"ש כ"כ שבנ"ד מודה הנוב"י וגם אם היו הנוב"י חולק בטלה דעתו נגד הריב"ש כאשר כתב בעצמו בתשובתו הראשונה רק שאח"כ ראה דברי הריב"ש ונדחק להעמיד דעתו ומ"ש מעלתו דאף דקנה החלק שלם עכ"ז דוקא באותן נכסים שהיו לו בשעת חופה ולא נכסים שהיו לו אח"כ והביא דברי הש"ס בב"ב דף קכ"ח ע"ב גבי תטול אשתי כאחד מהבנים והיה לו להביא דברי הש"ע אהע"ז סי' ק"ח וברמ"א שם כתב בהדיא לענין שח"ז דהוא דוקא משום דהוה בדרך חיוב רק שמתה שאם ירצו היורשים לסלקו יסלקוהו בחצי

ויכול להתנות בדבר שלבל"ע כמ"ש שם בד"מ וזה לא שייך רק בכותב בלשון שח"ז ולא מצד פסיקתא דר"ג וכאן לא כתב לו שח"ז ומ"ש מעלתו להקשות דלמה לא יקנה עכ"פ כפי החלק שמגיע לו עכשו כאחד מבניו עד"מ אם יש לו כעת אלף זהובים ובעת מותו נתרבו הנכסים ומגיע אח"כ לכל אחד מבניו אלף א"כ הרי היו לו אלף כעת והקנה לחתנו כלו ודוקא אם היו מגיע לאחר מהבנים יותר מכפי שהיו לו כעת א"כ לא היה לו בשעת החופה אותו מותר שלא היו לו אבל כל שהיה לו הרי נקנה לו מיד ולק"מ דהא בשעת החופה לא הקנה רק כפי שיגיע לאחד מבניו וא"כ אז שהיה לו רק אלף זהובים ועד"מ שהי' לו בנים רבים ולא הגיע אז לחלק אחד מהבנים רק מאה זהובים א"כ לא גמר להקנות רק מאה זהובים וא"כ מה בכך שהיה לו אלף הא לא רצה להקנות רק מאה בלבד וז"פ.

כ ומה שרצה מעלתו ליישב ע"פ דברי הרשב"א דא"ב רק שלגוף קיום המקח א"צ שיתקיים רק באותה שעה וכאן שצריך לגוף הקנין שיקנה מעכשיו דאל"כ אין קנין לאח"מ שוב שייך א"ב. הנה הסברא נכונה וכן חדשתי אני זה שנים רבות על מתנת שכ"מ וכן על דברת הש"א לענין חמץ של שני שותפין אחד נכרי וכתוב אצלי באורך אבל בכאן א"צ וגם מ"ש מעלתו דבשכ"מ מועיל אף בדבר שלבל"ע ע"פ דברי בספרי יד שאול. הנה גם אני לא כתבתי כן רק בהקדש כמ"ש בסי' ר"ד ס"ק ה' אבל בשכ"מ הדבר מבואר בב"ב קמ"ח דכל דליתא במתנה ליתא בשכ"מ. וכבר הארכתי בזה בסימן רנ"ח ס"ק ה' וחזרתי מזה אף בהקדש יעו"ש דברים ברורים.

כא אבל בשכ"מ לא אמרתי מעולם ומ"ש מעלתו דאם נימא דהקנה לו גם מנכסים שיהיה לו אח"כ א"כ הו"ל כהקנה לו דבר שבל"ע עם דבר שלבל"ע והאריך בזה תמהני דלא הזכיר דברי הנוב"י הנ"ל מסי' כ"ה עד סימן כ"ח שחתנו הגאון רצה לומר דבאמירה לא שייך כלל לומר קני את וחמור דבאמירה אינו כולל ודחה זאת והנוב"י מקיימה הנה זה רבות בשנים שכתבתי סברא זאת דבמתנת שכ"מ לא שייך קני את וחמור וקנה עכ"פ הדבר שבל"ע מטעם דאמירות מחלקות ומצאתי בנוב"י מהד"ת חלק חו"מ סימן מ"ה שכ"כ בשם בנו ורמז להתשובה הנ"ל למ"ש חתנו בנוב"י קמא הנ"ל ואני הוספתי דברים דלפמ"ש הסמ"ע בסימן ר"ג ס"ק י"ט דכל דיש מקום שיחול הקנין עכ"פ קנין אחד לא שייך שיתבטל ואף בקנין גרוע מועיל ולפ"ז בשכ"מ דמועיל אמירה רק דאם עשהו בקנין אמרינן דלא רצה להקנות באמירה אבל היה מקום לחול באמירה בעלמא שוב לא נתבטל מכח שהקנה דבר שלבל"ע ג"כ והארכתי הרבה בזה. ומ"ש מעלתו לישב קושית הסמ"ע סימן ר"ג ס"ק י"ט דשאני דבר שלבל"ע דעכ"פ תפיסה מועיל א"כ עכ"פ

אינו ראוי שיתבטל המתנה לגמרי ועכ"פ מה שבא לעולם קני משא"כ במעות ומטלטלין דאין כאן קנין כלל גם חילק עפמ"ש הא"מ סימן כ"ח דאם קידש אשה בראוי ובשא"ר דלא חלו הקידושין דהראוי קידש מחצה ושא"ר קידש מחצה וא"כ הקידושין תופסין על חציו ואין אדם מקדש חצי אשה וא"כ גם במעות ומטלטלין הו"ל כאילו הקנה בחצי סידר המטלטלין והחצי המעות וכיון שא"ק המעות בסודר א"כ הוה כאילו הקנה רק חצי סודר בלבד דהא לא רצה להקנות כל הסודר רק עד שיתן לו המעות ג"כ וכיון דאינו מבורר איזה חלק מהסודר דהקנה לו א"כ הו"ל כאילו הקנה לו חלק מהשדה ואינו מבורר. במח"כ כל שהקנה לו חצי שדה כל שסיים השדה קנה אף להרמב"ם ומכ"ש לדידן והדבר מבואר בהה"מ ובש"ע חו"מ סימן רמ"א ס"ד ואין מקום לדבריו גם דברי הא"מ צ"ע דכאן יקשה קושית הש"ס דלתפסי קידושין בכלה ודעת אחרת המעכב לא שייך כאן. מיהו י"ל גם כאן כיון דלא רצה לקנות רק בדבר שא"ר א"כ גלה דעתו דלא רצה לקנות ע"י שתתפשט הקידושין בכלה וכעין סברת הריב"ש הנ"ל גם מ"ש מעלתו דכיון דקנין אתן ל"מ וא"כ לא עדיף הך פסיקתא דר"ג מקנין אתן דל"מ וע"ז האריך דעכ"פ מחויב מצד מצוה לקיים דברי המת ואף שלא הושלש כיון דנדר ומת היורשין מחוייבין לקיים כמ"ש הה"מ בטעמו של הרמב"ם וה"ה כאן. הנה כמה גמגומים יש בדבריו דמלבד דאנן לא קי"ל כהרמב"ם בזה וכמבואר בחו"מ סימן רי"ב ס"ז בהג"ה וכן בסי' רנ"ב ס"ב בהג"ה אף גם דזה דוקא כשנדר לצדקה ובתורת נדר אבל כאן לא נדר רק שהבטיח לתת לו שטר ש"ז ופשיטא דהיורשים אינם מחוייבים בזה וגם הוא לא צוה שהם יתנו וז"פ. אך בגוף הדין פסיקתא דר"ג עדיף מקנין אתן שזכו בחיי האב והדבר מבואר באהע"ז סימן נ"א וע"ש בח"מ ס"ק י"א. אך לפענ"ד י"ל דדוקא שם דפסק לתת לבתו כך וכך הרי זכה תיכף בזה אבל כאן שהיה שטר ש"ז והרי לא הקנה רק כשימות יטול כאחד מבניו א"כ לא זכה בחייו כלל והו"ל קנין אתן אף שהיה ע"י פסיקא. מיהו לפי מה שנהגו דהשטר ח"ז או שלם הוא כך וכך מעות והתנאי ביד היורשים לסלק א"כ הוה חיוב פסוק מעכשיו ולאח"מ אבל כאן לא הבטיח רק שיתן כתב שיתחייב לתת הו"ל קנין אתן וכאן הרי לא רצה להתחייב רק ע"י הכתב והרי לא נתן ולפענ"ד גם על סך ששה אלף לא מועיל דמסתמא לא חתם אותו כתב והרי הניחוהו בידו וגם כיון דלא הי' הקידושין תיכף שוב נתבטל הפסיקה הראשונה דבעינן עמדו וקדשו מיד כמבואר בסי' נ"א וכאן הוה קטטה מקודם ואף שנתרצה אח"כ הרי לא רצה רק ע"י שטר וא"כ לא זכה כלל והכתב הראשון נתבטל. ובזה מיושבין דברי הרמ"א סי' רמ"ה ס"ב והסמ"ע האריך שם משום דתנאים הראשונים לא הוה בשעת קידושין וחופה וא"כ ל"מ דל"מ

עמדו וקדשו מיד דהא לדידן הקידושין וחופה הן אחר התנאים וא"כ שוב הו"ל קנין אתן ולכך צריך שיקדש קודם החופה דל"מ קנין אתן וקנה בדברים הנקנים באמירה ודו"ק וע"כ לפענ"ד ברור דל"ק כלל:

כב והנה במ"ש הרמב"ן בבעה"ת שער מ"ג אות וא"ו דאם מכר ונתן מה שעתיד לקנות ושעבד נכסיו וקיבל אחריות על כך להעמידו בידו חייב להעמידה בידו ואם לאו גובה מנכסיו מדין אחריות ולא שייך מנה אין כאן משכון אין כאן שיכול אדם שיחייב עצמו באחריות והגד"ת הקשה דכל שלא חל המכר והמתנה גם השעבוד לא חל ובש"ך סימן סמ"ך ס"ק כ"א כתב דהחיוב חל על גופו שחייב להעמידה בידו ותמה בנוב"י הוא וחתנו הגאון ז"ל דא"כ למה לי קבלת אחריות בלא"ה חל על גופו ולפענ"ד הדברים פשוטים דבאמת מה דמנה אין כאן משכון אין כאן לשיטת הרא"ש ודעימי' דכל דהחיוב גוף אין כאן מה מועיל שעבוד נכסים דהן רק מתורת ערב דנכסי אינש אינון ערבין ביה ולפ"ז כל ששעבד גופו שוב חל דהגוף בעולם רק דשעבוד גוף בלי שעבוד נכסי אינו כלום ואף אם מתחייב במנה כל שאינו מקבל אחריות הו"ל קנין דברים כמ"ש המהרי"ט בחלק חו"מ סי' פ"א הובא בקצה"ח סי' ר"ג ע"ש בירור הדברים ולכך בעי קבלת אחריות דאז הוה שעבוד הגוף ואחריות על נכסיו ועי"ז חל הקנין אף לדבר שלבל"ע וז"ב בכוונת הרמב"ן אבל מכל מקום דברי הבעה"ת אינן מיושבים שהוא כתב לעיל מיניה דאף שקבל אחריות אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן וכמ"ש בגד"ת לתמוה על בעה"ת ועל הב"י שהביא דברי הטור סי' סמ"ך וכתב ע"ז שהם ברורים ואח"כ הביא דברי הבעה"ת בשם הרמב"ן והן סותרין לדברי הטור ובעה"ת עצמו ולפענ"ד הדבר פשוט דתלוי במה שנחלקו בביאור מנה אין כאן משכון אין כאן שהרא"ש פירש כמ"ש בשמו דכל שלא חל על גוף לא חל על נכסי מתורת ערב והרמב"ן פירש דכיון דמנה אגיד גביה ולא יצא מרשותו לא קנה בכסף ולכך גם שעבוד ל"מ דמכל מקום מנה אגיד גביה ולפ"ז זה שייך כשרוצה לקנות או לקדש בכסף דבעינן שלא יהיה אגיד גביה אבל במכר ומתנה לענין שיקנה הדבר על ידו הכסף בזה לא שייך מנה אין כאן ולכך הרמב"ן לשיטתו כתב דמועיל במכר ומתנה כל שקיבל אחריות ולא שייך מנה אין כאן דמכל מקום המוכר או הנותן שעבד נכסיו וקיבל אחריות להעמידו בידו ולא שייך מנה אגיד גביה דל"צ לזה כסף והרי יכול לחייב עצמו אף שהמנה עדן בידו וז"ב לפענ"ד ולכך הבעה"ת ומכ"ש הטור דאזיל בשיטת הרא"ש לא חשו לדברי הרמב"ן אלו שהרי לשטתם כל שלא נתחייב במנה לא שייך שעבוד כלל ודו"ק ועיין בבעה"ת שערי ס"ד:

כג והנה בגוף השאלה אשר נשאלתי לאחר ששלחתי התשובה נתיישבתי אחרי כי כל יסודה היא רק לפי שלא רצה לקנות אלא בשטר לא מתורת פסיקתא דר"ג ואחרי דבעוה"ר שכעת אין כח הב"ד יפה ולא משגיחין בדיני ישראל רק בערכאותיהם וכיון שבערכאותיהם אם לא יהי' לו שטר גמור לא יוכל לגבות א"כ אין ראיה ממה שרצו דוקא בכתב ובאמת רצו לסמוך על פסיקתא דר"ג רק של"מ בלי שטר וע"כ לא גרע מיפוי כח דמועיל כמ"ש הריב"ש בעצמו ואין לך יפוי כח גדול מזה וז"ב לפענ"ד ראה זה חדש הוא:

כד והנה בשנת תרי"ז י"א תמוז הי' אצלי הרב מוה' שאול אווירבויך נ"י וכה הראני במ"ש בש"ע אהע"ז סי' נ"א דבעינן עמדו וקדשו מיד והרי במ"ק משמע דלא בעי עמדו וקדשו מיד כדאמרו בדף ח"י ע"ב לא בשטרי פסיקתא ומשמע דקידושין אסור ובהחפזי ובצערי לא ראיתי מי שעמד בזה. והשבתי דלק"מ דכל הטעם דבעי עמדו וקדשו מיד דאל"כ יש לומר דלא גמרו בדעתם להקנות דהרי חזינן דלא קדשו מיד ולפ"ז בחוה"מ להס"ד דאסור לקדש שוב אין ראיה מזה ומועיל הפסיקתא אף בלא עמדו וקדשו ודו"ק. גם לפמ"ש הב"ש שם בשם התוס' דכשיזכיר התנאי אח"כ בשעת קידושין מועיל ג"כ לק"מ. וע"ד הפלפול אמרתי לפמ"ש הט"ז באו"ח סי' תקנ"א דמה דצריך לטעם שמא יקדמנו הוא משום דאין מערבין שמחה בשמחה ולפ"ז הרי התוס' במ"ק דף ט' כתבו דמה דאין מערבין שמחה בשמחה הוא משום שלא יהיו מצות חבילות כדי שיהי' לבו פנוי לאותה מצוה ולפ"ז י"ל דאף שאסור לקדש בחוה"מ היינו משום דאין מערבין שמחה בשמחה אבל כאן דכבר נכתב שטר פסיקתא ועיקר מה שעושה הוא כדי שיהיה קיום דאל"כ יחזור בו א"כ בכה"ג אינו עושה בשביל המצוה רק כדי שלא יחזור בו ובכה"ג ליכא חשש דמצות חבילות חבילות ומה גם דבאמת לארס אין כאן מצוה כ"כ כדאמרו שם במ"ק לארס לא עביד מצוה ורק דהוה הכנה למצוה ובכה"ג כל שעושה רק לקיים הקנין בודאי לא אכפת לן ודו"ק היטב. שוב הראוני דבריטב"א במ"ק שם הרגיש בזה דהקידושין היו קודם י"ט ע"ש דנראה דלא כט"ז דאין בו משום עירוב שמחה בשמחה רק משום דהוה כקונה קנין ע"ש: והנה א' תצוה תרי"ט הי' אצלי החריף מוה' ראובן ר"פ מטארניפאהל והראני מ"ש בב"מ דף ק"ד מקום שנהגו לעשות מלוה גובה מלוה והקשה ממ"ש בש"ע ס"ס ל"ט דהמלוה יכול לחזור בו טרם שלוה וע"ש בסמ"ע ולמה לא יוכל לחזור בו ולק"מ דהא שאני התם דיש לומר דשמע דאינו בטוח אבל כאן מ"ט שיוכל לחזור וגם הא הוה דברים הנקנים באמירה ואף דנימא דבנשואין לא שייך זאת ועיין סי' ס"ו ס"ח מכל מקום לענין זה ודאי דאינו יכול לחזור ודו"ק:

סימן מה

א ביאור ענין ערב ואסמכתא.

ב ע"ד מ"ש במ"ש רבינו פכ"ה ממלוה הי"ד מי שאמר לחברו הלוהו ואני ערב לגופו של לוה לא ערב לעצמו של ממון אלא כ"ז שתרצה אביאנו לך וכו' ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח אהי' חייב לשלם הרי"ז אסמכתא ולא נשתעבד ולזה דעתי נוטה והראב"ד השיג עליו ותמהתי בסברת הרמב"ם דכיון דכל ערב הוה אסמכתא ואפ"ה כיון דאית לי' הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשיה א"כ למה יגרע כאן. הנה באמת זה שאלת הראב"ד שכתב וז"ל דל אסמכתא מהכא שהרי סלקו אותה בגמרא וכן מבואר בש"ע סי' קל"א סי"א דאין בערבות משום אסמכתא וצ"ל דסברת רבינו דהאי הנאה דמהימן לי' שייך לענין חיוב ממון שמשעבד נפשיה ומתחייב ממון אבל מה שמתחייב להביא את גוף של הבע"ח בזה לא מצינו שעבוד ומ"ש הראב"ד שיבא גוף תחת גוף עד שיתפשר עמו באמת לא מצינו ערבות רק על ממון שמשעבד נפשו שיתן לו הסך שהלוהו אבל לא גופו ואיך שייך שזה הלוהו ממון וזה נעשה לו ערב בגופו שיביא גופו תחת ממונו של זה ואף שא"ל אני ערב לך בעד גופו ואם לא אביאנו אשלם לך ממון מכל מקום כיון דגוף ערבות על גופו לא מצינו רק על ממון א"כ כיון דגוף ערבות בטל ממילא גם מה שמתחייב עבור ערבות גופו ממון בטל הערבות וז"ב. אך אי קשיא הא קשיא הא בב"ב דף קע"ג ע"ב רצה ר"ה למילף דערב משתעבד מיהודה דכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו וא"כ הא שם נעשה ערב על גופו לא שיתחייב ממון רק על גופו ומצינו ערבות על גוף ולא שייך אסמכתא ואף דהש"ס דחי לה דזה קבלנות היא דכתיב תנה אותו על ידי היינו לענין גוף הדבר דרצה לילף דערב משתעבד דחה דאין ראיה דשם קבלנות היא אבל לענין מה דשייך ביה ערבות אין נ"מ בין קבלנות לערבות כמבואר בסי' קכ"ט דאין נ"מ רק לענין כתובה דשייך ערבות על גופו והתימה שלא העירו בזה שום קדמון ואחרון הן אמת דבלא"ה תמוה דאיך שייך שם בהאי הנאה דהמניה דהא לא על אמונתו שלחו רק מה שנידה עצמו משני עולמות ובאמת שבזה מיושב מ"ש הר"ן מקינון במרדכי ב"ק פ"ד סי' מ"ה דלא שייך אסמכתא בהקדש וכתב ראיה דהרי מה"ת מועיל אף דהוה אסמכתא דהרי יהודה אמר אנכי אערבנו. ובאמת שדבריו תמוהין דהא מסיק הש"ס בהאי הנאה דהמניה לכך לא שייך אסמכתא בערבות ובאמת במרדכי בעצמו סוף השוכר את הפועלים כתב בשם הר"מ דלכך יהודה נעשה ערב דבהאי הנאה דהמניה וכבר הרגיש בד"מ בחו"מ סי' ר"ז דדברי המרדכי סותרין ובאמת גם בש"ס דף קע"ג משמע כן דהרי לא דחי הך דר"ה רק דהוה קבלן אבל משמע

דאסמכתא לא שייך משום הא דמסיק בהאי הנאה. ולפמ"ש אתי שפיר דס"ל להר"ן דלא שייך בהאי הנאה דמהימן לי' גמר ושעבד נפשי' רק לענין חיוב ממון ולא שיתחייב גופו דע"ז לא שייך ערבות וגם לא רצה יעקב שיביא גופו תחת גופו של בנימן דמה בצע בזה והרי ראובן אמר לו את שני בני תמית ואמר לו בכור שוטה בניך ולא בני כמבואר במדרש וגם מה יהיה לו בגופו והא בלא"ה הוא בנו ועבדו והוא רצה רק שישמור גופו של בנימין ולא שייך בהאי הנאה דהמניה וע"כ דמה"ת לא שייך אסמכתא ולא אכפת לן באסמכתא ושפיר דייק. הן אמת דגוף הענין קשה דהא לא שייך אסמכתא בזה דכל שאינו בידו לא שייך אסמכתא דהא יעקב אמר וקרהו אסון ואי נימא דאצינים ופחים אזהר והם בידי שמים כס"ד דש"ס כתובות דף למ"ד וא"כ כל שאינו בידי אדם לא שייך אסמכתא. ובאמת אף אם נימא דצינים ופחים בידי אדם וארי' וגנבי ביד"ש וא"כ מכל מקום מקרי בידו קצת דכל שבידו ללחום כנגד האריה ולשמרו מן הגנבים מקרי בידו ואינו בידו ובכה"ג מקרי אסמכתא כמבואר סי' ר"ז אכתי קשה דשם לא שייך אסמכתא דהרי מבואר בסי' קכ"ט סעיף ג' דאם הי' המעות של לוה בידו בשעה שערב נשתעבד בכל ענין ואף למ"ש הש"ך שם ס"ק יו"ד דבעינן דוקא אותו מעות של הלוה בידו ואז ל"ש ערב שלא בשעת מתן מעות וא"כ כאן דהיה בידו בנימן שערב בעבורו ועמו הולך ל"ש ערבות מיהו יש לדחות דשם לא נעשה ערב רק על הממון וא"כ כל שהוא בידו לא שייך ענין ערבות דהרי לא הוה אסמכתא וכמו הלוה עצמו דנתחייב באונסין וה"ה זה שבודאי גמר ומשעבד נפשיה באמת דהא הי' לו המעות בידו אבל כאן נעשה ערב על הגוף ובדבר שבידו ואין בידו לשמרו מהאסון ובכה"ג הוה אסמכתא גמורה. ובזה הי' נראה לפענ"ד ליישב הא דקאמר הש"ס האי קבלנות היא דכתיב תנה אותו על ידי ותמה המהרש"א בחידושי אגדות דהאי בראובן כתיב ובשאלתות הובא בהגהת מהר"י פיק ז"ל הביא הגירסא פ' מקץ סי' ל"א יהודה גופא לוה הוא דכתיב שלחה הנער אתי ולכאורה תימה הוא דסוף סוף נעשה ערב דכתיב בקרא אנכי אערבנו וכתיב כי עבדך ערב את הנער אבל לפמ"ש אתי שפיר דכל דהמעות בידו הו"ל כאילו הוא לוה בעצמו ולא שייך ערבות וא"כ כאן שאמר שלחה הנער אתי הרי עדיף מערב ונעשה לוה בעצמו וא"כ אף שלא בשעת מתן מעות משתעבד וניהו דשייך ביה אסמכתא אבל ענין ערבות לא שייך בזה וז"ב ודו"ק.

ג עוד קשיא לי דלפמ"ש הראב"ד פ"ד מחמץ דאין דין אסמכתא לעכו"ם א"כ יקשה היאך למד הש"ס ערב מיהודא דלמא שאני התם דלפמ"ש המפרשים דקודם מ"ת היו להם דין ב"נ ועיין בפרשת דרכים ובגליון כתבתי הרבה ראיות וא"כ לא שייך אסמכתא ולכך

נעשה ערב משא"כ לדידן דהו"ל אסמכתא בערב. וגם ק"ל דהא אמרו בירושלמי פרק ואלו מגלחין דאין למדין דבר מקודם מ"ת וא"כ היאך מביא ראיה מקודם מ"ת. מיהו יש לומר כיון דאמרו וזאת ליהודה דלא הוה קא מעיילין ליה למתיבתא דרקיעא וא"כ הרי חזינן דגם לאחר מ"ת לא נתחדשה הלכה והוה לי' ערב ונדויו חל דאל"כ כיון שנתנה תורה ממילא נתבטל הנדוי. ובזה יש ליישב גם הך אסמכתא בעכו"ם דאח"כ נתבטל האסמכתא ובפרט אם נימא דלא נתנדה רק בעוה"ב וא"כ ממילא בעוה"ז לא חל הנדוי דאז הי' אסמכתא אחר מתן תורה. ובזה י"ל ע"ד החידוד מה דרש"י פ' מקץ פירש וחטאתי לך כל הימים בעוה"ב ובפ' ויגש כתב על וחטאתי לאבי שנדה בעוה"ז ועוה"ב ותמהו המפרשים ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק כי קצרתי ובאמת צ"ב דהיאך נוכל למילף מיהודה הא ביהודה לא שייך אסמכתא כיון דשיטת רבינו ירוחם דהמתנדה בשני עולמות אין לו התרה כלל א"כ לא שייך שסמך בדעתו דהא אף אם יביא עכ"פ התנדה עצמו על תנאי וצריך התרה ומתנה בעוה"ז ועוה"ב אין לו התרה ועיין ביו"ד סי' של"ד ובמ"ש בחידושי לשם ואכ"מ ועיין בשער אפרים סי' הנ"ל. שוב נזכרתי שהיפ"ת ס"פ ויחי על הא דאמרו במדרש לענין מה דיליף מקודם מ"ת והוא מהירושלמי סוף מ"ק והקשה בירושלמי וכי למדין מקודם מ"ת וכתב היפ"ת דאף דילפינן כמה דברים מקודם מ"ת כמו ג"ה וכדומה וכתב דדוקא במה שכתבה התורה למצוה משום דמי איכא מידי דלישראל שרי אבל מה דכתיב לסיפור לא ילפינן מקודם מ"ת וא"כ כאן דכתיב לסיפור וא"כ קשה היאך למדין מקודם מ"ת. וכן קשה היאך יליף במכות דף י"א מיהודה דנדוי על תנאי צריך הפרה וצ"ע כעת:

ד והנה בערב בדבר שאינו קצוב מבואר בסי' קל"א סי"ג שני דיעות אי מועיל והסמ"ע כתב דאף להחולקים על רבינו וס"ל דאף דבר שאינו קצוב יכול לחייב עצמו ולהשתעבד מכל מקום בערב יש לומר דמודים דבערב בעצמותו אסמכתא וגם מצורף דבר שא"ק דהוה אסמכתא ג"כ ובצירוף שתיהן הוה אסמכתא ול"ק. וראיתי בשו"ת בית יעקב סי' קט"ז שחידש לפ"ז באחד שאמר לחבירו לך וקנה סחורה מיד פלוני ואני אתן לך מעות דיכולין שניהם לחזור בם המשלח והשליח ואף דמבואר בסימן קפ"ג דנתחייב לתת לו מעות היינו משום דהוה ערב שעפ"י דיבורו הלך זה וקנה אבל זה דוקא כשא"ל בכך וכך ופרט לו הסכום אבל בלא פרט לו הסכום הו"ל ערב בדבר שאינו קצוב וא"כ לא נעשה ערב ויכול המשלח לחזור וה"ה השליח דכל דזה לא נעשה ערב ויכול לחזור גם השליח לא נעשה שליח ע"ש שהאריך בזה ומסיק כן לדינא. ולפי שהדבר שכיח ומצוי ופוסקין בכל ב"ד שבישראל דנתחייב ובכ"מ בלי ספק א"י לפרוט לו הסכום דאטו יודע כמה יש

ובכמה יקנה ע"כ נתתי אל לבי וראיתי שז"א. והנה אם נימא כמ"ש המהר"ם דיביטין הובא במלמ"ל פ"ח מזכי' ומתנה ה"ב דבש"מ דקונה באמירה דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין אף דבר שא"ק זוכה ע"י מתנת שכ"מ וכ"כ בפ"מ ומה שהקשה המלמ"ל ע"ז כבר כתבתי בתשובה אחת לענין מתנת שכ"מ בחובות של עכו"ם להסוברים דברי מהר"ם דיביטין והפ"מ ולבאר כוונתם דכל שקונה באמירה לא שייך אסמכתא ודבר שאינו קצוב. ותדע דהרי גבי דברים הנקנים באמירה כתב הרמב"ם בהדיא דקונה באמירה ולכך בפוסק לזון את בת אשתו נתחייב אף בדבר שאינו קצוב א"נ לפי מה דמבואר בחו"מ סי' קע"ו ס"ג בהג"ה דכל מה שמתנים נקנה באמירה בעלמא ומטעם דגמרו ומקני אהדדי וה"ה בכל השותפין וכמ"ש הש"ך שם ס"ק יו"ד ולא נקט אומנים רק בשביל רבותא דהו"ל דבר שלבל"ע וא"כ כל דנקנה באמירה בעלמא דזה גמר להקנות לו חלק דאנא בפרוטה ואת ברגלא וא"כ פשיטא דאף דבר שאינו קצוב חייב ובלא"ה כבר כתב בפ"מ ח"ב סי' למ"ד והמהרש"ך דדוקא בחנם שייך דבר שאינו קצוב לא נשתעבד אבל כל שעושה במחיר כסף לא שייך דבר שאינו קצוב ועיין פי"א ממכירה וא"כ גם כאן דאגב דרצה לקנות גמר ומקני גם דבר שאינו קצוב מועיל וגם הדבר דומה למ"ש המהרי"ט חלק חו"מ סי' ק"ג דמוכר שכתב לקונה לפרוע כל מה שיוצא בבתים שליחותי' קעביד בכל מה שיבנה ויסתור וסומך על אמונתו שמרשהו בכך ואף בדבר שאינו קצוב חייב וא"כ מכ"ש כאן דשליחותי' קעביד בכל אופן שיקנה דסמך עליו שיקנה כפי מה שיוכל ולא שייך כאן דבר שאינו קצוב וגם הדבר בעצמותו יש לו קצבה רק דהוא לא ידע כמה הוה כמ"ש הגידולי תרומה לענין אם כבר עלתה מצודתו אלא שלא נודע כמה העלתה דמקרי דבר קצוב א"כ ה"ה בזה כיון דנודע דרך התגרים בכמה קונים ובאיזה סך הוה כדבר שיש לו קצבה ואף אם נאמר דאין קצבה כל כמה דלא שם ומדד ופסק אפ"ה לא שייך בזה דבר שאינו קצוב דממנ"פ על סך המקח בכמה יקנה כל ככר צמר וכדומה עכ"פ יש לנו קצבה כדרך התגרים וכמה יקנה ג"כ יש לו קצבה שהרי אמר לו שיקנה כל מה שיש בידו סחורה והרי שם נודע כמה יש שם וגם גוף הקניה לא שייך דבר שאינו קצוב רק מה שמתחייב לתת לו מעות פשיטא דעכ"פ נותן מעות בעד סחורה ובכה"ג הוה כנותן במחיר וכבר כתבתי בשם הפ"מ ומוהרש"ח דלא שייך דבר שאינו קצוב וז"ב כשמש. הארכתי בזה להוציא מלב הרואה הדברים כתובים על ספר גדול בדורו והוא כתבו בדרך פשוט ולפענ"ד הדברים נכונים ת"ל כמ"ש ועיין בש"ע סי' קכ"ט ס"ח בהג"ה דמבואר דאם שאל חפץ מחבירו וא"ל אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך כך וכך דמים והעמיד ערב בעד דמים אף שלגבי השואל הוה אסמכתא ופטור הערב חייב לשלם

וביאר הסמ"ע דאף דאין נפרעין מן הערב תחלה מ"מ שאני כאן דמתחלה נתחייב במה שלא נתחייב השואל ע"ש ובש"ך חולק ע"ז וכתבתי בגליון דבשו"ת ב"ח הישנות סי' ל"ז חולק ג"כ על הש"ע מהך קושיא דהש"ך ועיין מלמ"ל פכ"ה ממלוה שהרגיש ג"כ בקושיא זו וישבה בחילוק נכון וכפי הנראה גם הסמ"ע כוון לזה ובתשובה כתבתי ראיה נכונה להרשב"א והש"ע ואעתיק כאן דהנה בהך דמכירת שטרות דיכול למחול כתב ר"ת הטעם דשני שעבודים יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסי דהוא מתורת ערבות ושעבוד הגוף א"י למכור ולפ"ז כל שנמחל שעבוד הגוף ממילא נפקע שעבוד נכסי דאינו רק מתורת ערב ע"ש. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה טעמו של הראב"ד והרשב"א החזיק על ידו דאם כתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דקני ולא יכול למחול ומדמה לה להך דאמרו במעמד שלשתן דנעשה כמאן דא"ל משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דא"י למחול וברא"ש פרק הכותב סי' יו"ד דחה דבריו דאף דנימא דבמעמד שלשתן א"י למחול ש"ה דכיון דעמדו שלשתן ביחד מחל המלוה ללוה שעבוד גופו ונשאר השעבוד נכסי להלה שזיכה לו משא"כ במוכר דשיעבוד הגוף אינו רוצה שישתעבד לשניהם וא"כ שוב נשאר שעבוד הגוף להמלוה וכל שמחל נפקע שעבוד נכסי ע"ש ולפמ"ש י"ל דאדרבא כיון דאינו רוצה להשתעבד הגוף לשניהם א"כ כשכתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך א"כ נשתעבד לראשון הגוף והנכסים ולהשני רק שעבוד נכסי וכיון דמתחלה נשתעבד בנכסי דהוא מתורת ערב א"כ נתחייב הערב דהיינו שעבוד נכסי במקום שלא התחיל שעבוד הגוף דלשני לא רצה שישתעבד הגוף שוב ל"מ מחילה של זה דמה בכך שנפקע שעבוד הגוף הא השעבוד נכסי דהוא מתורת ערב נתחייב מתחלה במקום שלא נשתעבד הגוף ובכה"ג כתב הרשב"א דמשתעבד הערב וז"ב כשמש ול"ק קושית הרא"ש ובזה מיושב היטב מה שנדחק הרמב"ן דאמאי במעמד שלשתן אמרינן דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ואמאי במכירת שטרות לא נימא דהו"ל כא"ל משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך ויתבטל המחילה וע"ז תמך הש"ך בסי' ס"ו ס"ק פ"ז כל יתידותיו. ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא במעמד שלשתן דהו"ל כאלו מחל המלוה להלוה שיעבוד הגוף וא"כ שוב הו"ל כאומר לו דמה אכפת לי' לזה שמשתעבד לזה או לזה אבל בכל מכירת שטרות דשיעבוד הגוף א"י למכור ורק שעבוד נכסי וא"כ באמת שעבוד נכסי בלי שעבוד הגוף שיתחייב עצמו דאף שיפקע שעבוד הגוף יהיו שעבוד נכסי זה לא אמרינן דהו"ל כאילו אמר ופשיטא דעכ"פ בעי אמירה שיתחייב בזה ויכתוב לו כן בפירוש דהרי גוף דברי הרשב"א חידוש הוא מכ"ש דלא נימא דהו"ל כאלו שעבד עצמו ודו"ק היטב: ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשו דא"כ בהך דחובל

דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה וכן בהך דב"מ דף כ' דאמר ש"מ איתא לדשמואל אמאי לא ניחוש שמא כתב לה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך ועיין בש"ך שם ס"ק פ"ח ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דלא מועיל מחילה כשכתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך משום דשעבוד נכסי הן מתורת ערב והרי נתחייב אף במקום דלא התחיל שעבוד הגוף כלל. ולפ"ז זה בכל השטרות אבל כתובה דלא ניתנה לגבות מחיים ולא התחיל שעבוד הגוף כלל רק בזמן הגבייה וא"כ כל שמחלה ופקע שעבוד הגוף ממילא נפקע שעבוד הנכסים דלא שייך לומר דנתחייב אף במקום שלא חל שעבוד הגוף דזה אינו דשיעבוד הגוף והנכסי לא התחיל רק בעת הגבייה ואז כבר מחלה לו ונפקע לגמרי וז"ב. ובאמת לשיטת הריטב"א בקידושין דף מ"ח דבאמת הלוה רוצה להשתעבד לשניהם שעבוד הגוף רק דכל שמוחל שעבוד הגוף לא רצה להשתעבד להשני ע"ש וא"כ נסתר כל הענין אבל באמת אנן לא קי"ל כמ"ש הריטב"א וכמ"ש בתומים ס"ק מ"ג דהרי הרא"ש ביאר בהדיא דאין רוצה שישתעבד הגוף לשניהם. ובזה לא הבנתי מה שנסתייע הש"ך בסעיף ל"ז לענין גר שמת מדברי הריטב"א אלו ולפמ"ש זהו שיטה אחרת ואנן לא קי"ל כן וכמ"ש בתומים הנ"ל ודו"ק. ובזה יש ליישב דברי הרמ"א שכתב בסי' ס"ו ס"א בהג"ה דאם כתב בשטר ולכל מי שמוציאו נקנה במסירה בלי כתיבה והש"ך האריך לתמוה בזה ולפמ"ש יש לומר דכל הטעם דצריך כתיבה ומסירה הוא משום דמכירות שטרות אינו רק מילי והיינו משום דשעבוד הגוף א"י למכור ולפי"ז כיון שכתב ולכל מי שמוציאו א"כ השיעבוד נכסי בעצמו חזק דמשתעבד אף במקום דלא נשתעבד הגוף לכך א"צ כתיבה ומסירה. ובזה יש ליישב קושית הש"ך דא"כ למה לא יועיל מחילה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לשיטת הפוסקים דאם כתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דיכול למחול והיינו דס"ל דמ"מ כשמחל שעבוד הגוף נפקע שעבוד נכסי ואפשר דס"ל כמ"ש הריטב"א הנ"ל וא"כ שוב שפיר דיכול למחול ומכל מקום א"צ כתיבה ומסירה ועיין בסמ"ע ס"ק ס"ד שכתב באמת דאף דיכול למחול מכל מקום א"צ כתיבה ומסירה כמ"ש הרמ"א סוף ס"א וכוון להך דתה"ד ורמ"א הנ"ל ובש"ך חולק בסי' פ"ח ולפמ"ש אתי שפיר ודוק היטב כי הוא ענין נחמד: אחר זמן רב מצאתי בב"י סי' קכ"ט מחודש ד' שהביא בשם המשרים דהנותן מעות למחצית שכר ועושה ערב בשבח אע"ג דלאו מידי חסרי' כיון דלא מצוה עביד משתעבד בלא קנין ובכנה"ג שם אות י"ט בהגהת ב"י הקשה דהא השבח אין קצוב כמה יהי' ואיך מועיל ערב בדבר שאינו קצוב דבודאי הוה אסמכתא ע"ש. ולפמ"ש למעלה יש ליישב דל"ש כאן דבר שאינו קצוב.

ה והעיקר לפענ"ד דמיירי דזה המקבל נעשה ערב גם על השבח ובכה"ג דעושה בשביל מחיר איזה דבר לא שייך דבר שאינו קצוב וכמ"ש למעלה בשם המלמ"ל וספר רבינו ירוחם אין אתי לעיין בזה אך מה שיש לעיין בזה דבר"י כתב לפי מה שהובא בכנה"ג שם דהו"ל כמו ערב בשעת מתן מעות וזה תימה לכאורה דהא הריבית לא נתחייב רק אח"כ וכמו כן השבח שעולה הוא אחר מתן מעות ולמה יעשה ערב הא הוה כערב שלא בשעת מתן מעות דצריך קנין. וכאשר השקפתי בזה עיינתי בזה ונזכרתי שבשו"ת הרשב"א הובא בב"י סי' ק"ד ובש"ך חו"מ סי' ע"ב ס"ק קס"ב שכתב בהדיא לפי שמשעת זמן דחיוב חייב עצמו בכל הסיבות שיעשה עם מעותיו והביא ראיה מפוסק לזון את בת אשתו דנתחייב תיכף אף שהמזונות חייב דבר יום ביומו מכל מקום השעבוד חל תיכף בשעת פסיקה וה"ה בזה וע"ש בש"ך שהלכה זו העלה שחייב השני לתת לו הריבית לכל משך הזמן שנעשה ההלואה ע"ש ודלא כד"מ וב"ח ואף דבתשובה אחת כתבתי דהדין עם הר"מ והב"ח דריבית הוא עבור הימים שממתין לו ההלואה ונמנה לפי משך הימים וזה נקרא אגר נטר ושאני הפסיקה דבת אשתו דלא נערך לפי ערך הימים רק כן הסך כך וכך שנים ואף אם תמות תוך הזמן לא ינוכה מה שכבר נתן משא"כ בריבית דמנוכה לפי ערך הימים וא"כ הימים הם שנתחייבו וא"כ לא נתחייב בעת החיוב רק בכללות אבל לא נתחייב תיכף על הימים שלא היו בעת ההוא והארכתי בזה שם היינו דוקא שם אבל כאן לענין שיהיה מקרי ערב בשעת מתן מעות זה ודאי דמקרי דהא הוא לא רצה ללות רק באופן שיעלה לו רווחים ונעשה לו ערב בעד השבח וא"כ כל גוף הלואה לא נעשה רק בשביל הריווח והו"ל ערב בשעת מתן מעות. וגדולה מזו מצינו דאם לא רצה למכור לו עד שיעמיד ערב וזה אמר שיעמיד לו ערב אף דהעמידו אחר המכירה מקרי ערב בשעת מתן מעות כמבואר סי' קכ"ט מכ"ש בזה וגם לפמ"ש הכנה"ג שם דבאמת השבח הו"ל אינו קצוב רק כיון דהקרן קצוב מקרי ערב בדבר קצוב וא"כ עיקרו בא מחמת ההלואה והו"ל ערב בשעת מתן מעות וז"ב מאד. ואחר שכתבתי זאת מצאתי בשלטי הגבורים סוף ב"ב שהלכה זו העלה דהריבית מקרי ערב בשעת מתן מעות ע"ש שכתב שזה דבר פשוט ולא הביא שום ראיה. ולפמ"ש הדברים ברורים ומבוארים. גם מ"ש שם דרצה השואל לומר דכל דלא יש מתחייב ל"ש ערב והוא דחה מיהודה דנתחייב בערבות אף שלא היה מתחייב לפענ"ד אילו לא היו דחייה רק מיהודה לא היה ראיה דיהודה היה מתחייב בעצמו שיביאנו וע"ז נעשה ערב והרי נכסוהי דבר נש אינון ערבין ביה והגוף נתחייב והנכסים ערבין אבל גוף הדברים אינם דהרי בזרוק מנה לים ואני ערב נחלקו הר"ן והרשב"א אם שייך ערבות וכמבואר בחו"מ סי' ש"פ והיינו מטעם דלא מטי הנאה

לבר דעת אבל לא פקפקו בשביל שאין שם מתחייב וז"ב ודו"ק וע"ש בשה"ג לענין מעשה דגוי רצה ללות ה' זקוקים מטבע ישן שם תמצא כל הענין ויש לי עוד דברים בשה"ג שם ואכ"מ.

1 שוב נזכרתי מש"ך ביו"ד סי' ק"ע ס"ק ה' דכתב דלענין הריבית הו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות וכ"כ הש"ך בחו"מ סי' קס"ט ס"ק י"ב ובקצה"ח שם חולק לענין עיסקא הו"ל כערב בשעת מתן מעות ע"ש ובסי' פ"א אבל לא הזכירו כלם דגם הריבית נתחייב מקודם וכמ"ש בשם הרשב"א ובשלטי גבורים מבואר בהדיא הדין. והנה בגוף סברת רבינו דאם נעשה ערב לגופו של לוה לא הוה ערב דתמהתי למעלה מה טעם יש בדבר. וכעת נראה לי ע"פ מה דכתב רבינו בפכ"ה ממלוה ה"ז ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ובא לוי וקבל אחריות עליו לא נשתעבד לוי והראב"ד תמה עליו ועיין בה"ה שם וכתב הכ"מ וכ"כ בב"י סי' קל"א דמלוה דלהוצאה ניתנה א"כ נכנס אדעתא דהכי שאם לא יהי' לו ממה לגבות יגבה ממנו הלכך לא הוה אסמכתא אבל כשזה מכר שדה וזה רואה שאין שום ערעור עליו נכנס ערב אדעתא שלא יוציאה ממנו ולא הוה ערב דאסמכתא היא ע"ש. ובאמת שלפענ"ד יש לו ראיה מדברי רבינו בכאן שכשאמר שהוא ערב לגופו של לוה הרי לא ערב על הממון רק על גופו וא"כ שפיר הוה אסמכתא דהא סמך בדעתו שבודאי יביאנו דכמו שהוא הגוף כעת גם אח"כ יהיה ובשלמא כשערב על הממון הרי ראיה שמלוה להוצאה ניתנה וזה יוציא מעותיו א"כ יצטרך לפרוע ממנו כשלא יהיה לו אבל כאן שפיר הוה אסמכתא כנלפענ"ד. ובזה נראה לי ליישב מה שהקשיתי מיהודה דנעשה ערב לגופו של בנימן דשם כיון שיעקב חשש שיקראהו אסון בדרך או שאדון הארץ יעכבהו א"כ שוב הוה כמו הלואה דלהוצאה ניתנה דיעקב אבינו נתן לו בנימין שיערבנו מאסון ומאדוני הארץ א"כ על מה סמך וע"כ שפיר הוה ערב. אך אי קשיא הא קשיא דאיך נילף ערבות מיהודה הא באמת בכל אסמכתא כל דבר שאינו בידו ותלוי בדעת אחרים לא שייך אסמכתא רק בדבר שבידו ואינו בידו לגמרי כמבואר בחו"מ סי' ר"ז וא"כ ביהודה שערבהו מחיות ולסטים ומאדוני הארץ וכבר אמרו בכתובות דף למ"ד דיעקב אבינו מכל מילי אזהר אף מגניבה ומציניס ופחים דאינו בידו כלל א"כ לא שייך אסמכתא ולכך נעשה ערב משא"כ ערב דעלמא דהוה אסמכתא וצע"ג וגוף דינו של הרמב"ם דערב לגופו של לוה דלא מהני ולא כתבו מקורו נראה לפענ"ד דהיא מהש"ס בב"ב דף קע"ג דאמרי גברא אשלמית לך גברא אשלים לך מתקיף ליה ר"נ האי דינא דפרסאי הוא ע"ש משמע דאם הי' רק לגופו של לוה דיכול להשלימו לו גברא ותו לא ודו"ק:

ז ודרך אגב ארשום במה שנשאלתי משטשעריטץ מהמופלג מוה' בעריש ני' חתן הרב שאירע ששני אנשים הי' להם ד"ת והשלישו לקיום הפסק ואחד השליש שטרין טיכל ופסקו הב"ד שזה שהשליש השט"ט ישבע והשני יקבל בחרם קודם שישבע זה והלה לא רצה לשבע וצוה להרב שהושלש בידו השט"ט להחזיר השט"ט להצד השני וברצות הרב להחזיר השט"ט בא לפני הרב ואמר כי ימתין עוד אולי ישבע בשבוע שניה ואמר הרב שאינו בדין שיתן לו זמן על השבועה ובפרט שאינו אומר שבודאי ישבע והחזיר השט"ט לצד השני רק בחמלתו על זה התנה עם הצד השני שיתנו לידו בחזרה השט"ט אם זה ישבע בשבוע שניה והנה הלה בא לשבע ביום ד' והצד השני אינם רוצים להחזיר השט"ט להרב מפני שהשכינו אותו תיכף ואחד טוען שלא נתן ת"כ רק אם ישבע ביום השני תיכף ולא ביום ד' והרב והשמש מכחישים זאת שלא דברו על יום ב' רק סתם על שבוע שניה והנה זה שרוצה לשבע הגיד לפני כמה אנשים בבהמ"ד בזה"ל וואס זאל איך טאהן איך מיז שוועריין ווארין דאס שט"ט איז פקוח נפש איך האב איין מאהל גיזאגט להרב אז איך וועל נישט שוועריין ווארין איך קען ניט שוועריין. והנה כעת חשש הרבני הנ"ל להשביע לזה דשמא ישבע לשקר וגם האריך אם אותן שנתנו ת"כ אם אינם יכולים לשאול על שבועתם בלי ידיעת הרב והאריך בזה. והנה אין הזמן מסכים עמדי להאריך. אך בגוף הדין תמהני דמדוע לא העיר דזה שהשליש השט"ט לקיום הפסק אולי מקרי אסמכתא אם לא הי' רק לקנס בעלמא ועיין בסי' ר"ז סי"ד בסוף ההג"ה דאפילו מעכשיו ל"מ באם הי' בדרך קנס ובפרט שראינו שאמר שהוא פקוח נפש אם לא שהדין היה על השט"ט גופא ולא שייך קנס בזה אבל אינו במשמע שכפי הנראה הי' השט"ט רק בדרך קנס לקיום הפסק וא"כ הוה אסמכתא ולא נזכר שקנו עליו בב"ד דבקיאי בדיני אסמכתא ועיין סט"ו שם ודיני אסמכתא רבו כמו רבו ומעלתו לא נתעורר כלל בזה וא"כ איפוא הי' בטל כל הד"ת ושלא כדין החזירו השט"ט כלל וגם במה שנסתפק אם יכול לשאול שלא מדעת חבירו הנה זה טעות זה דוקא כשנשבע או נדר מעצמו אבל כאן שהי' בדרך פסק ב"ד ונוגע לחבירו פשיטא של"מ שאלה אף בידיעת הרב כל שע"פ דין צריך להחזיר דהוה כמחלו לזה אם ישבע.

ח מ"ש ע"פ דברי המהרי"ו הובא בש"ך חו"מ סי' ר"ז כבר כתבתי על הגליון שם שהש"ך לא זכר שהד"מ ביו"ד סי' רל"ט הביאו וכתב שבמרדכי לא משמע כן וביארתי הדברים בחבורי יד שאול הנדפס בסי' הנ"ל ע"ש ומ"ש דמהר"מ מינץ בתשובה פסק דספק בת"כ אמרינן דהוא לקולא ויד בעהש"ט על התחתונה עיין בכנה"ג סי' מ"ב בהגהת ב"י אות ט"ז שהביא דברי המהר"ם מינץ הנ"ל ותמה עליו דספק ת"כ להחמיר ורק דהבע"ד יחוש

לעצמו והב"ד אין יכולין לכופו ומ"ש מעלתו שחשש שמא זה ישבע בשקר כיון שאמר שהוא פקוח נפש הנה לחנם חרד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ובלי ספק אם ישבע ישבע באמת וכל מה שאומר אדם חוץ לב"ד בדרך שיחה מידי משאש אית בי' וע"כ הדין ברור לפענ"ד שהם יחזירו השט"ט להרב ואם ישבע זה יתנו לו השט"ט ואם לא ישבע יגבה הלה חובו אבל השט"ט שיהי' קנס על קיום הפסק אני חושש שמא היא אסמכתא בעלמא ואתם בפנים ואני מבחוץ ויעיינו היטב שלא יהי' עוות הדין. והנה יום ב' סליחות הגיעני תשובה ע"ז מר"ב הנ"ל וזה אשר השבתי מכתבו הגיעני כמו רגע ומפני כי ראיתי כי עוד הדין תלוי ברפיון אמרתי להשיבו תיכף אף כי ברכי כשלו מצום והימים ימי תפלה ותחנונים ואשר ישים ד' בפי אותו אשמור לדבר הנה על מ"ש במכתבי הראשון כי שייך בזה דין אסמכתא כתב מעלתו שנעשה שלא בדרך אסמכתא. והנה אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות והפרט העיקר בדין שכח להזכיר. אך לפענ"ד גם לפמ"ש כעת שעשה שייך אסמכתא. והנה מעלתו כ' שעשו כך שקבלו בקנא"ס שמקנה מעכשיו גוף השט"ט לצד השני ובאם יקיים הפסק יחזיר השט"ט ומחויב הצד השני ליתן לו במתנה ובזה כתב כי לא שייך דין אסמכתא כמבואר בחו"מ סי' ר"ז סי"ז כי אמרו שיזכה בגוף החפץ ולא שייך אסמכתא ואפי' דרך קנס. והנה אמת נכון הדבר דבזה לא שייך דין אסמכתא אך כ"ז דוקא כשעושין שדוכין או שום דבר אחר ובעת ההיא רוצים לגמור הדבר ורוצה להתחייב בהחלט רק שאם יחזור בו אח"כ יזכה בגוף החפץ ושפיר לא שייך אסמכתא דהא כעת רוצה להקנות לו גוף החפץ בהחלט ומה בכך שאח"כ חוזר בו מכל מקום הרי הקנהו במעכשיו ואף שיכול להיות שאם היה יודע שיחזור בו לא הי' רוצה להקנות לו מה בכך מכל מקום אנו דנין על אותה שעה שהקנה לו ואז הקנהו לו מרצון לבו ובהחלט כי חשב שיתקיים השדוכים והמו"מ ולא שייך אסמכתא משא"כ כאן גם בשעה שהקנה לו השט"ט הרי פשיטא שלא רצה להקנות לו השט"ט חנם רק שיהי' על קיום הפסק וקיום הפסק הוה אסמכתא שהוא חשב שיוכל לקיים ובשלמא בשידוכין ומו"מ וכדומה שמניחין קיומין לבטחון הרי בעת ההיא בודאי רצו בדבר והקנה לו בהחלט כי חשבו שיגמרו השידוכין והמו"מ כחפץ לבבם ואף שאירע אח"כ שלא נגמר כאשר חשבו אבל אז בעת הקנאה גמרו בלבם שיהיה כן וכן ארחות המו"מ או השידוכין א"כ הקנה לו בהחלט במעכשיו אבל כאן גם בעת שהקנה לו אטו עשה אתו מו"מ או שידוך שירצה להקנות לו שט"ט שלו רק שהי' להם טו"ת ורצו שלא יחזרו מהפסק וע"כ נתנו קיומים לבטחון שיקיימו הפסק וא"כ מה בצע שעשו על אופן שיהי' מועיל ולא שייך אסמכתא אבל מ"מ לא בלשון הוא תלוי רק באופן שיגמור בלבו

להקנות לו מעכשיו בהחלט וכאן לא הקנה לו רק שיהיה לקיום הפסק וכיון שחשב שהוא יזכה בדין א"כ כל שהיה בדרך אסמכתא ל"מ והמעיין במקור הדין בתוס' ורא"ש פ"ק דקידושין דף ח' גבי מנה אין כאן וברמב"ם פי"א ממכירה ימצא הדברים מבוארים שהם לא מיירי רק בדבר החלט ועיין ברמב"ם פ"ז מסנהדרין הלכה יו"ד מי שקנו מידו שאם לא יבא ליום פלוני וכו' היינו שם שכבר נפסק הדין רק שהקיום הי' שישבעו ביום פלוני אבל הדין כבר נפסק ושייך לומר דמעכשיו מבטל אסמכתא אבל כל שלא הי' הדין נפסק מה מועיל לשון מעכשיו ולא הלשון מבטל אסמכתא רק גמר בלבו ודעתו בעינן וכאן לא הי' כן והדבר דומה לפענ"ד למ"ש הרשב"א שבדרך קנס ל"מ ורמזתי ע"ז במכתבי הראשון ומעלתו כתב ששם לא הי' במעכשיו ממש רק בדרך אם ואף דאם הוה כמעכשיו מ"מ בדרך קנס ל"מ ובאמת שיפה כתב בזה וא"צ לאריכות ובשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קמ"ט מבואר כן. אמנם טעמו של הרשב"א דכל שהוא בדרך קנס אף שאמר לשון אם והוה כמעכשיו הרי לא רצה להקנות רק באם שיהיה כן דמ"מ לא רצה להתחייב מעכשיו ממש וכמו כן כאן אף שאמר מעכשיו הרי גלוי וידוע שלא רצה להקנות לו מעכשיו השט"ט חנם על לא דבר רק כוונתו שיתקיים הפס"ד והרי חשב שהפס"ד יהי' כדבריו וא"כ יחזירו לו השט"ט או באופן שיוכל לקיים הפסק והוה אסמכתא ועיין בב"י סי' ר"ז מחודש מ"ו מ"ש בשנים שנתעצמו לקיים כל מה שיגזרו הבונים וכתב הרשב"א הרבה טעמים לבטל האסמכתא ואח"כ מסיק דבשטר הוא מעכשיו דזמנו של שטר מוכיח וקשה ת"ל דהוה מעכשיו ממש ול"ל כל הטעמים וע"כ דכל שתלה כפי מה שיאמרו האומנים א"כ לא נתברר הדבר ואף דמסיק שם דהוה מעכשיו היינו שם דהאומנים לא יצטרכו לחדש דינים וסברות רק כפי מבינות שלהם בענין הבנין ולא שייך אסמכתא כלל כ"כ אבל בדיינים שתלוי באובנתא דלבא ויוכלו לחדש דינים וסברות פשיטא דהוה אסמכתא גמורה וגם בשידוכים ומו"מ אם הי' מתחייבים עצמם במעכשיו ותלו עצמם כמו שיאמרו אנשים אחרים הי' ג"כ אסמכתא לע"ד. ומ"ש דל"ש להתיר השבועה לפי שלא נשבע ע"ד עצמו רק לפי מה שאמר הרב ומחל לו השט"ט כ"ז שישבע בשבוע שניה ועי"ז כתב מעלתו דכאן הרי באמת הרב הי' מחוייב להחזיר לו ורק שנתן לו ת"כ שיחזור בשבוע שניה אם ישבע א"כ הוה כמחייב עצמו בדבר חדש ובשבועה שיכול לשאל על שבועתו. הנה ל"ד דמחייב בדבר חדש ודאי דיכול לתשול על שבועתו אבל כאן הא באמת הרב הי' יכול להחזיר ובחמלתו על זה בקש מהלה עד שנתן לו ת"כ שיחזיר השט"ט כ"ז שישבע א"כ הוה כויתר לו השט"ט אם ישבע ופשיטא דא"י לשאל על שבועתו וגם מ"ש בראשונה דהד"מ חולק על המהרי"ו וכתב דמדברי המרדכי לא

משמע כן וע"ז כתב דעיין במרדכי והדין עם מהרי"ו. הנה לא די שלא הבין דברי הר"מ אלא שהכריע כנגדו וכאלו חברותא נמי איכא ומאד חרה אפי כי מעלתו כתב שהמרדכי כתב שיש שני מיני ת"כ אחד כריתת ברית ואחד בדרך שבועה וע"ז כתב המרדכי דאם תולה בדעתו הוה כריתת ברית ואם אינו תולה בדעתו הוה שבועה והמהרי"ו הבין בזה דכל שאינו ת"כ לחבירו הוה רק כריתת ברית בלבד והנה באמת המעיין במרדכי ימצא שנסתפק אי ת"כ הוה רק כריתות ברית בלבד או דהוה שבועה וע"ז מסיק דכל שניכר שעשאו בדרך שבועה הוה שבועה והיינו כשלא תלה בדעתו וא"כ כל שניכר דעשה דרך שבועה אין חילוק בין תולה בדעת עצמו או לא:

ט והנה בהאי דאמר אם לא אתינא יתבטלו זכוותא אף דשם מיירי לב"ד וא"כ עוד תלוי בהפסק אך באמת לא אמר שאם יפסקו הב"ד יהי' כן רק שאם לא יביא זכיותיו לב"ד יתבטלין זכיותיו וא"כ יש לומר דבמעכשיו מועיל: והנה במ"ש למעלה דכל שנשבע לחבירו ל"ש שישאל על שבועתו בזה יתיישב בהא דמבואר בחו"מ סי' ע"ג במי שנשבע לפרוע לחברו והגיע הזמן בשבת איך יעשה ע"ש כמה טרחות טרחו בזה וראיתי בספר מחנה לוי' על הלכות שמחות למהר"ם מרוטנבערג שבתשובותיו סי' ב' הקשה דלמה לי הטרחות ישאל על שבועתו לאחר שבת אף דבשבת יעבור אח"כ כשישאל לא יעבור למפרע ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דכל שנשבע לפרוע לחבירו ע"ז לא שייך שאלה ודו"ק: והנה במה דמבואר בסי' קכ"ט ס"ב דאפילו לא נתערב בהדיא רק שאומר להלוות ללוה כי בטוח הוא ועשאו ע"פ חייב לשלם לו ועיין ש"ך שם שהאריך דבעינן שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא כמ"ש בישו"ש ע"ש ולפענ"ד אף אם נימא דלא בעי במראה דינר לשלחני חזי דעלך קא סמיכנא כאן בערבות מודה דבאמת ערבות דמי לאסמכתא רק בהאי הנאה דקא מהימן לי' וא"כ כל שיש לומר שלא האמין לו שוב לא הי' לו הנאה והוה אסמכתא ואף דהש"ך שם ס"ק ד' כתב דבערבות אין בו אסמכתא גמורה משום דתולה בדעת אחרים לא הוה אסמכתא היינו דוקא בסתם ערב אבל כאן דהיה ערב שזה בטוח ובאמת אם נתקלקל אח"כ פטור כמבואר בסמ"ע ס"ק ז' ורק על אותה שעה שאמר לו שהוא בטוח וא"כ שוב זה לא מקרי תלוי בדעת אחרים דאותה שעה אם הוא עשיר זה לא נתלה בדעת אחרים וא"כ שוב הוה אסמכתא גמורה וצריך שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא ודו"ק: ובזה נראה לפענ"ד דגם במה דמבואר שם בס"ג בהג"ה דאם הי' לערב מעות של לוה בשעה שערב נשתעבד בכל ענין ולפמ"ש יש לומר דאדרבא כשהי' לו מעות של הלוה שייך אסמכתא טפי דסמך ע"ז שיש לו מעות של לוה בידו וע"כ לא מועיל

בהאי הנאה דהימניה רק בסתם ערב דלא הוה אסמכתא גמורה דתלוי בדעת אחרים אבל כאן כיון שיש לו מעות בעד ערבות הוה אסמכתא גמורה ופטור ודו"ק:

י והנה בגוף הענין דערב דמועיל בהאי הנאה דגמר ומקני הנה לפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה בשיטה מקובצת בב"מ דף צ"ד כתב דלכך בעינן קנין משום דלא מצינו שיתחייב אדם זולת אם נהנה מחבירו בהלואה או שנעשה לו ש"ש או שואל שהנאה שלו או שההנה את חבירו על פיו כקבלן וערב אבל ש"ח במה נתחייב אם לא שזה נשען על שמירתו הרי"ז קרוב למזיק ע"ש. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבאמת גם ערב למה מתחייב והא לא ההנהו ואף שההנאה לחבירו על פיו מ"מ כל דלא מטי הנאה לידו למה יתחייב וע"כ בהאי הנאה דהמני' גמר ומשעבד נפשיה. אך באמת צ"ב למה לא נימא כיון דזה נשען על ידו למה לא יתחייב. מיהו זה אינו דדוקא בפשיעה שייך לחייבו אבל אם לא פשע למה יתחייב וצ"ל בהאי הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשיה. והנה לכאורה היה נראה לי דבר חדש במ"ש שו"ת מהרשד"ם במתחייב עצמו כל מי שיתנדב להלוות מעות לפלוני אני נכנס ערב קבלן בעבורו דאינו מתחייב והש"ך בסי' קכ"ט מביאו ובתומים חולק ע"ז ולפענ"ד היה נראה טעם חדש דלא מהני ובתשו' הכינותי ענין מיוחד על הדין הלז והקשיתי מקידושין דף י"ט בתוס' ד"ה אומר. וכעת ראיתי בשערי משפט סי' קכ"ט שהעיר בזה. ולפענ"ד נראה דהנה באמת ערב דמי לאסמכתא רק דבהאי הנאה גמר ומקני ולפ"ז זהו כשזה מלוה בעת שזה נעשה ערב דאז גמר ומשעבד נפשיה אבל כאן בעת שזה כותב שנכנס ע"כ עוד לא ידע אם ילוה לו אדם וע"כ בעת כתיבתו לא גמר ומשעבד נפשיה ובמה יחול השעבוד ודי לנו שיחול אם נגמר הדבר בשעה שזה נעשה ערב. ובזה נראה לפענ"ד במה דמבואר בסי' קל"א סעיף יו"ד דאם אמר שיהיה ערב על תנאי אם יהיה כך דהוה אסמכתא ולא גמר והקנה והיינו משום דבעינן בעת שגמר ונשתעבד יהי' חייב במוחלט אבל כל דתלוי בתנאי לא שייך שיתחייב בהאי הנאה וז"ב ולכך גם שם כל שלא דיבר עם המקדש ולא ידע אם ירצה איש לקדש' ל"ש ערבות דלא גמר בהחלט ועיין באהע"ז סי' נ"א ס"א דכל שהוא דבר שלבל"ע לא שייך בהאי הנאה דמתחתנו אהדדי גמר ומקנה זולת כשמתחייב עצמו וגופו כמ"ש הב"ש שם ס"ק ד' ובדבר שאינו בידו כלל ולא יבא לידו ל"מ והיינו משום דל"ש גמר ומקנה בדבר שאינו ברור ובאמת צ"ע דשם מועיל אף בדבר שאינו קצוב אף להרמב"ם דל"מ דבר שאינו קצוב מ"מ בשעת קידושין מועיל בהאי הנאה וכאן ל"מ להרמב"ם בדבר שאינו קצוב כמ"ש סי' קל"א וצ"ע דיש לחלק דהאי הנאה דמתחתנו הוה הנאה טפי ועכ"פ בדבר שאינו ברור לא שייך גמר ומשעבד ובזה נראה לפענ"ד דאין ראיה מהא דכתב הרא"ש דיכול להתחייב לכל מי

שילוה לו והביא מהך דשאול אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול משום דלא שייך שם אסמכתא דהא הוה דבר שרוצה שיהיה וכמו בהמבשרני אם ילדה אשתי זכר שכתבו הקדמונים דלא שייך אסמכתא רק בדבר שרוצה לקנוס עצמו שאינו רוצה שיהי' כן אבל שם הוא רוצה שיבשרהו ורצה להתחייב אף שם הרי רצה המלך שיעשרנו עושר גדול כשיכה את גלית אבל בערב לחבירו אטו רצה שהוא ישלם עבורו רק שקנס עצמו אם לא יהיה לו לשלם אזי יתחייב הוא וא"כ הוה אסמכתא ויש לי אריכות דברים בזה ועיין במ"א הלכות ערב סי' ג': והנה בדברי הרמב"ם פכ"ה ממלוה הי"ד הנ"ל שכתב שאם אמר שנעשה ערב לגופו של לוה אף שלא אמר לו שאם לא יביאנו יתחייב לשלם דעת הראב"ד דמחוייב להביא גופו תחת גופו וכבר תמהתי ע"ז מערבות דיהודה וכעת אני תמה דלפמ"ש המהרי"ט חלק חו"מ סי' פ' דחיוב על גופו בלי שעבוד נכסים הו"ל רק קנין דברים וא"כ בנעשה ערב לגופו של לוה לבד שיביאנו ואם לא יביאנו יהי' נפשו תחת נפשו א"כ לא שייך בזה שום אחריות דמה ישלם בעד הנפש של חבירו וא"כ לא שייך שעבוד הגוף בלי אחריות ואף אם נימא כיון דכל ענין הערבות על גופו הי' רק בשביל שישלם לו הממון שהלוהו דאין חפץ להמלוה בגופו של לוה רק שישלם עבורו א"כ הוה כמתחייב באחריות ומועיל אף שלא אמר הוה סתמו כפירושו ועיין בהה"מ שם וגם הראב"ד כוון לזה במ"ש עד שיתפשר עמו אבל אכתי קשה מערבות דיהודה שלא הי' רק על גופו ובמה נתחייב דלא הי' ליעקב שום חפץ בשום דבר והרי כשאמר לו ראובן שני בני תמות א"ל בכור שוטה הוא וכי לא בני הם וא"כ מה שייך ערבות בזה וצע"ג: והנה הרשב"ם פירש בהא דאמרו בהאי הנאה דקא הימני' גמר ומשעבד נפשיה פירשב"ם בלב שלם ושליחותא דערב קעביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה ע"ש ודבריו צ"ב דלמה לי' לפרש כן וכפי הנראה דק"ל למה לא יצטרך עכ"פ קנין והיאך שייך דישתעבד בלי קנין וע"כ פירש דהוה כשלוחו ושליחות ל"ב קנין אבל לפ"ז תמוה דא"כ כל ערב יהי' דינו כקבלן דהא הו"ל כשלוחו והוא הלוה להערב: והנה במ"ש למעלה דביהוד' לא שייך ערבות על גופו אף דאמר וחטאתי לאבי כל הימים מ"מ הרמב"ם ס"ל דאף בכה"ג לא שייך ערבות אף שנתערב לגופו של הלוה וגם נתחייב ממון וגם כ"כ למעלה דבכה"ג לא שייך ערבות כלל דהא נדה בשני עולמות ואין לו התרה. שבתי וראיתי במ"ש הרשב"ם דשליחותא דערב קעביד המלוה אכתי לא הועיל דהרי בחו"מ סי' ר"ז הביא הטור בראובן שהי' לו פרה והי' מתיירא לשוחטה שמא תמצא טריפה וא"ל אחר שחוט אותה ואני אתן כך וכך אם תמצא טריפה וכו' והקשה הב"י אמאי לא יתחייב מדין ערב שהרי על פיו שחטה ע"ש מ"ש בזה ועכ"פ מבואר דאף שבשליחתו שחטה לא יצא מידי ערב דעלמא

וא"כ בערב גופא מה מועיל שליחות סוף סוף במה יתחייב אי לאו משום דערב חייב וא"כ למה הוסיף הרמב"ם תורת שליחות ולפענ"ד היה נראה דהנה הרמ"ה באהע"ז סי' ק"כ כתב דעדים שנתנו הגט בסתם לאשה ולא הקנוהו מתחלה לבעל אמרינן דקניית הבעל וזכיית האשה בא כאחת והוה כאלו הקנהו לבעל ואח"כ נטלו מידו ונתנו לאשה ע"ש בב"י וש"ע ולפ"ז אפשר דגם הרשב"ם כוון לזה דהו"ל כאילו נתן להערב המעות ומידו נטלו המלוה והלוהו להלוה וזכיית הלוה והערב בא כאחת כנלפענ"ד. ובזה אני אומר דלכך ל"מ אם כותב כל מי שיתנדב ללות אני ערב דדוקא אם הערב מדבר עם המלוה הו"ל כאילו זיכהו להערב ולהלוה בב"א אבל כשאינו בפניו א"כ במה זכה הערב דהא אף שזכין לאדם שלא בפניו ה"מ זכות גמור אבל כאן הזכות אינו זכות גמור ואדרבא נתחייב עי"ז בערבות והיאך יזכה עבורו שלא בפניו. וגדולה מזו כתב הר"ן והובא בסמ"ע סי' ס"ז דדוקא מקולי פרוזבול יכול לזכות להלוה שדה כדי שיוכל לכתוב פרוזבול הא לא"ה כל שנמשך חוב מזה לא מועיל ועיין נקה"כ ביו"ד סי' קס"ב ובחו"מ סי' ק"ה ובש"ך ומכ"ש כאן דלהערב אינו זכות כלל רק חוב א"כ כל שאינו בפניו ל"מ וז"ב כשמש. ובזה מבואר סברת התוס' בקידושין דכל שאינו מדבר עם המקדש והיינו כיון שא"א לומר דהו"ל כאילו זכה להאב על ידי הבת וקידושי הבת וזכותו בא כאחת דהא ע"כ דהזכייה בא ע"י הבת להאב ולה והרי א"א לזכות ע"י קטנה ולכך ל"מ. ובזה מיושב היטב מה דהקשה המח"א הנ"ל מהא דפריך בע"ז דף ס"ג וחנוונוי שאינו מקיפו מי לא משתעבד והאמר רבא וכו' הרי אף דלא דיבר עמו משתעבד. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דלא משתעבד אם כתב כל מי שילוה לפלוני אני משתעבד בכ"ז לא שייך זכייה דהא חוב הוא להערב ובמה זוכה ולפ"ז זהו בעלמא אבל שם דבאמת הוא חייב לפועלים לשלם להם ואמר שיקיפו אצל חנוונוי והוא ישלם ניהו שאינו מקיפו אבל הוה לו זכות גמור דמה שמחוייב לעשות ולשלם זכות גמור הוא לו ושפיר הוה כמזכה לבעה"ב וזכיית בעה"ב וקנית פועלים בא כאחת.

יא ובזה נראה לפענ"ד טעמו של הרמב"ם דלכך לגופו של ערב לא שייך ערבות דשם לא שייך לומר דהוה כאילו זכה להערב והערב נתן להלוה דהא לא הוה ערב על הממון רק על הגוף לבד ובמה נעשה לו ערב דהגוף לא שייך שזכה הערב וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשיתי מיהודה דבאמת מה"ת אסמכתא קני כמ"ש הב"ח בסי' ר"ז ובקצה"ח שם הביא כן בשם המרדכי ובחבורי יד שאול סי' רל"ט הארכתי בזה ועיקר הא דבעי בהאי הנאה הוא רק מדרבנן וא"כ אפילו ערב לגופו של הלוה דל"ש שליחות מכל מקום מה"ת ערב משתעבד דלא שייך אסמכתא ודו"ק היטב ועיין באהע"ז סי' כ"ט ס"ק ד'

שכתב דעיקר הנאה באה לו כשנודע לה שקיים דיבורה ע"ש ולפ"ז ה"ה בכותב כל מי שילוה לפלוני אני ערב עיקר ערבות לא נגמר רק כשנודע שזה לוה לו וא"כ לא מצי לזכות לו שלא בפניו וכמ"ש ועיין בית מאיר שם סכ"ד מה שנסתפק אם הערב קיבל שכר אם נשתעבד אף שלא בשעת מ"מ וצ"ע. ומצאתי בח"מ סי' נ"ב נ"ג ס"ק ט"ו דנתינת הערב הוה כאילו הוציא האב מרשותו ונתן ליד הערב שיזכה להזוג וצ"ע דבאמת אין מי שיסבור כן בערב ואף להרשב"ם דשליחותא דערב קעביד המלוה בזה לא שייך לומר כן וגם מה שהסברתי בזה למעלה לא שייך בזה ובאמת בהגהת מרדכי שהוא מקור דברי הח"מ לא מבואר טעם זה וגם לא קי"ל כהגהת מרדכי הנ"ל ועיין ב"ש שם בשם שו"ת רמ"א סי' פ"ט וע"כ דברי הח"מ צ"ע: והנה במ"ש למעלה לענין אסמכתא במשכון לק' שטעריטץ הנה בשנת תרי"ג אור ליום ואו אלול פ' שופטים מצאתי שהדין מפורש בש"ע סי' י"ב סי"ט דפשרה בלי קנין ונתנו משכון אינו מועיל זולת כשיאמר מעכשיו והוא מהרשב"א ועיין קצה"ח שם דבעינן שיזכה בגוף המשכון וא"כ עכ"פ מבואר דלא כמו שחלקתי למעלה דבכה"ג שייך אסמכתא והרי מבואר שם דכל שאומר מעכשיו מסלק האסמכתא ומכל מקום יש לחלק דשם הוא בענין פשרה וא"כ הרי באמת הטילו המשכון שיקיימו הפשרה ולכאורה הוה תולה בדעת אחרים דלא שייך אסמכתא כמו ברירה ואף דמ"מ חשוב אסמכתא כל שאמרו מעכשיו הרי בשעת מעשה נתרצה למה שיפשרו ביניהם וגמרו כן בלב שלם אבל כאן אטו רצה להקנות לו השט"ט רק לקיום הפסק רצו שלא יחזרו בהם א"כ הוה אסמכתא ומ"מ לא נתחוור החילוק וע"כ אני חוזר בי כעת ונראה דלא הוה אסמכתא כלל בכה"ג ודברים שאמרתי טעות הם בידי: אך לולא דמסתפינא הייתי אומר דבאמת דברי הש"ע צ"ב דמה בכך דאם אמר דלא כאסמכתא הא אנן קיי"ל דמ"מ הוה אסמכתא ועיין ש"ך ותומים וקצה"ח וגם צריך לזכות בגוף המשכון וכמ"ש הקצה"ח. אך נראה דבאמת הרשב"א עיקר דינו קאי על פשרה דבאמת מחילה א"צ קנין רק דפשרה שאני דיכול לומר הדיינים הטעוני ומכ"ש מהנתבע להתובע דאף בפשרה שעשו מעצמם שכתב הש"ך בשם מהר"ם מלובלין דא"צ קנין היינו מתובע לנתבע כמ"ש כל האחרונים וע"ז חידש הרשב"א דכל שנתן משכון ואמר דלא כאסמכתא או במעכשיו שוב א"י לחזור מהפשרה והטעם דניהו דיש לומר דמ"מ חשוב אסמכתא כל שלא הקנה לו בגוף המשכון זהו לענין שאם רוצה להקנות לו או למכור לו והוא דבר שצריך קנין ושייך אסמכתא והמשכון צריך לסלק האסמכתא שפיר אמרינן דכל שלא זכה לו בקנין ב"ד חשוב או שלא זיכה לו בגוף המשכון לא מועיל משום דמנה אין כאן משכון אין כאן אבל כאן דבאמת פשרה הוה מחילה וא"צ קנין ואף מהנתבע להתובע כל

שנתן משכון עכ"פ א"צ ליתן והמשכון עכ"פ לא מחשב תביעה ונתינה חדשה ואדרבא אנו דנין אם צריך להחזיר המשכון וא"כ כיון שגוף הפשרה הוה כמחילה רק שיכול לחזור בו דיכול לומר הדיינים הטעוני ולכך כל דאמר דלא כאסמכתא ניהו דמ"מ הוה אסמכתא וכן באמר מעכשיו ולא זיכה לו בגוף המשכון היינו לענין אם אנו דנים שרוצה לקנות הדבר ע"י משכון ולסלק האסמכתא אבל כאן גוף הפשרה א"צ קנין רק שיכול לחזור בו וע"ז שפיר אמרינן דכל שנתן לו משכון בזה האלים הדבר והוה כקנין דלא יכול לחזור בו ומיושב היטב קושית הש"ך והתומים וגם קושית הקצה"ח ולפ"ז י"ל דמודה הרשב"א דחשיב אסמכתא לענין המשכון אבל מ"מ לזה האלים הדבר שלא יוכל לחזור בו מהפשרה כנלפע"ד. ומ"מ לענין מעשה קשה הדבר דדברי הרשב"א והש"ע כפשטן לא מורה כן ולמעשה אני חוזר בי כדבר האמור ועיין בשו"ת זקני בעל שער אפרים סי' קל"א ששם נשא ג"כ על שהיתה פשרה ונתן משכון על הפשרה ואח"כ הביא עדים שפטור מן השבועה ועל זה היה הפשרה שלא רצה לישבע ופסק דיכול לחזור בו וצ"ל דלא הי' שם המעשה שאמר דלא כאסמכתא או מעכשיו וצ"ע שעכ"פ הי' לו להזכיר דברי הרשב"א והש"ע הנ"ל וע"ש בהגהת בנו הרב ז"ל שתמה על הב"ח ואני כתבתי בחבורי חלק לשבעה על הנ"ש שבנו הרב ז"ל בעצמו חזר בו אח"כ בתשובה סי' קמ"א בהג"ה ע"ש ועכ"פ נראה שם שיש לפרש דברי הרשב"א דהמשכון האלים הפשרה שלא הי' יוכל לחזור בו ודו"ק. והנה הרשב"א כתב דאם נתן שט"ח ל"מ אף במעכשיו ששט"ח צריך כתיבה ומסירה וצ"ע במיוחסות סי' כ"ה דמשמע דאם השליש שטרות לקיום הענין מועיל כל שהיו כתוב בשלישות מעכשיו אף ששט"ח לא נקנ' רק בכתיבה ומסירה וצ"ע: והנה הב"י סי' ר"ז האריך בטעם דגבי ק"ס בעינן מעכשיו ואלו בשאר קנינים כגון כסף ושטר וחזקה לא בעי מעכשיו ע"ש מ"ש הרבה תרוצים וגם מהר"ש סבע כתב שם לתרץ וכלם דחוקים. ולפענ"ד פשוט דשאני ק"ס דהרי כל הקנינים א"י לחזור אחריהם ואילו בק"ס אחר שעוסקין מענין לענין הוא דא"י לחזור וכמבואר סי' קצ"ה וע"ש בב"י ובסמ"ע הטעם דכיון שזה נעשה פתאום נתנו שהות להתבוננות וא"כ בק"ס שפיר צריך מעכשיו כיון דאינו נעשה בישוב הדעת יש לחוש לאסמכתא שכן עלה בלבו פתאום ולא גמר בדעתו היטב ולכך צריך מעכשיו וז"ב ודו"ק היטב.

יב והנה בהא דאמרו בב"ב דף קע"ו דר"ח אמר כלן לשון קבלנות הן ע"ז הקשה תלמידי המופלג מוה' ישראל מלך נ"י דא"כ בהא דאמרו הרי חנק את אחד בשוק ומצאו חבירו וא"ל הנח לו ואני אתן לך פטור שלא על אמונתו הלוהו וקשה הא אם נימא דכלן לשון קבלנות הן א"כ הרי בכתובה דאף דערב לא משתעבד מכל מקום קבלן משתעבד משום

דגמר ומשתעבד נפשיה כדאמרו בב"ב שם וכן קי"ל באהע"ז סי' ק"ב והרי חנק עדיף טפי דהרי בערב דכתובה לא מועיל קנין ובחונק מועיל קנין כמ"ש הנימוק"י בסוף ב"ב דמכח צערו של זה גמר ומשתעבד וכן קי"ל בחו"מ סי' קכ"ט ס"ב וא"כ ממילא למה לא יועיל לימא דגמר ומשתעבד נפשיה דהא דינו כקבלן וגם קשה דמשמע בנימוק"י דאף לרבא דאמר כלן לשון ערבות היינו כשהזכיר לשון ערבות או לשון הלואה אבל כל שלא הזכיר לשון הלואה וערבות הוה כקבלן א"כ שם אמר הנח לו ואני אתן לך הוה קבלן אף לרבא ואמאי פטור והאריך בזה. ולפענ"ד נראה בפשיטות דע"כ לא ס"ל דכלן לשון קבלנות הן רק בשעת מתן מעות א"כ כיון דזה נתן על פיו לא קפדינן על הלשון כל שא"ל ואני אתן קבל עליו והרי הוא כאילו נתן בשליחותו אבל לאחר מתן מעות הרי לא נעשה שליחו ובמה יתחייב בדיבור בעלמא לא נעשה ערב ולא קבלן וז"ש שלא על אמונתו הלוהו ודו"ק היטב:

יג והנה בעש"ק ויצא שנת תרח"י נשאלתי מהרבנים מו"ה יצחק מאיר ומנשה ור' צבי ליפא פריש משינאווע אם שייך אסמכתא במה שסמכו על בוררים וגם אם הבוררים עצמן פסקו באם שלא ידין לדין הנ"ל יפסיד איזה זכות והצד אחד לא קיים אם שייך בזה אסמכתא ולפענ"ד לא שייך בזה אסמכתא דמלבד דעת הי"א בסי' כ"ז דכל ששניהם רוצים לזכות לא שייך אסמכתא ולכך במשחק בקוביא לא שייך אסמכתא וכאן ג"כ הדבר כן אלא אף אם נימא כדעת החולקים היינו במה שסומכים עצמם בדרך רשות וקנס כמו אם לא אוביר וכדומה דזה אינו חיוב בזה רק שרוצה לסמוך או במפריחי יונים שסמך עצמו שיקדמנו יונו ליונו של חבירו אבל בנבררים דעל הרוב הוא קרוב לד"ת ועכ"פ קרוב לשכל א"כ לא שייך אסמכתא דהוה כמו אם אוביר אשלם במטבא דמה שהוא מצד היושר לא שייך אסמכתא וז"ב לפענ"ד:

סימן מו

א בסוגיא דא"א חע"א ביבמות דף ל"ב. הנה זה יצא ראשונה מה שהקשיתי בראשית ההשקפה בהא דתנו בר קפרא ור"ח בזר ששימש בשבת אי חייב שתים וכן בבעל מום ששימש בטומאה דבר קפרא אמר טומאה לכל נאסרה כשהותרה במקדש הותרה ואין כאן אלא משום בע"מ. והקשיתי דבשלמא לענין זר ששימש בשבת שפיר שייך לומר דבמקדש הותרה דהרי לענין עבודת המקדש הותרה שבת אבל לענין טומאה דאינו רק דחויה בלבד וכן אמרו מפורש ביומא דף מ"ו ע"ב שבת דהותרה היא בציבור וכו' טומאה דדחויה היא בציבור וכו' וא"כ בשלמא בשבת יש לומר דהותרה לכל במקדש משא"כ בטומאה דאינו רק דחויה בלבד וכ"ת דבר קפרא ס"ל טומאה הותרה בציבור דאכתי

קשה דא"כ לר"ש דס"ל טומאה דחויה היא בציבור כדאמרו ביומא דף ז' ע"ב יודה בר קפרא דמחייב שתים והרי בר קפרא ור"ח פליגו אליבא דר' שמעון וגם בש"ס מקשה שם מהא דפליג ר"ש בזרות ובע"מ ואם איתא הא בבעל מום מהראוי לר"ש בעצמו לומר דחייב שתים וא"ל דמכל מקום כיון דר"ש לית ליה כולל א"כ לכך ר"ש פוטר דאיסור בע"מ (קדים) דא"כ למה נ"מ ר"ח וב"ק אמרו הטעמים דמהראוי לחייב שתים או אחת ות"ל דכולל הוא וע"כ דכל שהיה מהראוי לחול שתים הי' מתחייב מצד זרות ושבת או מום וטומאה שתים דבאו בבת אחת וא"כ קשה טובא והיא קושיא גדולה. והנראה לי בזה דהנה בחידושי הקשיתי קושיא גדולה בהא דפריך הש"ס זר ששימש בשבת במאי אי בשחיטה שחיטה בזר כשירה וקשה לי טובא דהנה בהא דנחלקו הב"י והרמ"א אם בשבת מותר למול שני מוהלים ודעת הב"י דלא ימול רק אחד והרמ"א בד"מ ובשו"ת רמ"א סי' ע"ו כ' דמותר למול שתי מוהלים והביא ראיה מקרבנות הציבור דדוחה שבת ולא מצינו שלא יהיה ע"י כהנים רבים וכמעשהו בחול כך מעשהו בשבת והשאגת ארי' בתשובותיו סי' נ"ט דחה זאת דשאני קרבן דאין שבות במקדש ע"ש וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת די"ל דמילה אינו רק דחויה משא"כ ק"צ בשבת דהותרה ואף דבשו"ת תשב"ץ ח"ג סי' ל"ח האריך דגם מילה הותרה באמת מדברי הרמב"ם פ"ב ממילה נראה דאינו רק דחויה וכמו בפקוח נפש דאינו רק דחויה ע"ש שהאריך בזה ולפ"ז נראה לי ברור דאף דנימא דק"ץ מותר בשבת בהרבה כהנים אף לחלל שבת באיסור תורה היינו דוקא כהנים שלהם הותרה להקריב וא"כ כ"א יכול לומר מה אכפת לי במה שחברי עושה אני רוצה לעשות מצות הבורא ולי הותרה וכן לחברי (וכן אמרו במנחות דף ס"ד דאם רצו עשרה בני אדם והביאו לו גרוגרת וכו' ע"ש היטב) אבל לזר דלא הותר רק השחיטה וע"כ יהי' מוכרח הכהן לחלל שבת בהבערה ובהקטרה וכדומה פשיטא דאסור לזר לשחוט בשבת וא"כ מה פריך הש"ס שחיטה בזר כשרה וניהו דבזר כשרה היינו בחול אבל לא בשבת והוא קושיא נפלאה לפענ"ד. אמנם נראה דא"כ צריך להבין מה דאמר ב"ק שבת נאסרה לכל כשהותרה במקדש הותרה והא גם במקדש לא הותר לזר וא"כ מהראוי להתחייב שתים. אמנם נראה דבזה באמת נחלקו ר"ח וב"ק דר"ח ס"ל דכל דלזר לא הותר שוב אסור משום שבת מלבד איסור זר וב"ק ס"ל כיון דעכ"פ אי לא הי' זר הותר לו במקדש וא"כ אין כאן מונע רק איסור זרות וא"כ אינו חייב משום זר. ויתכן להעמיק הדברים דתלוי במחלוקת התוס' עם הרמב"ם אי ס"ל אהדרי' לאיסורא קמא דאם נימא כשיטת התוס' בביצה י"ב ובבכורות דף ט"ו ובחולין בסוגיא דזרוע בשלה דלא אמרי' אהדרי' לאיסורא קמא וא"כ אינו אסור רק משום זרות משא"כ להרמב"ם דס"ל

דאהדריה לאיסורא קמא ועיין במל"מ הלכות מעילה פ"ב ובדרך הקדש שהאריך בזה וגם אני הארכתי בזה בחידושי וא"כ לר"ח ס"ל דאהדרי' לאיסורא קמא ובר קפרא ס"ל דלא אהדרי' לאיסורא קמא וא"כ אינו רק משום זרות בלבד ומעתה שפיר פריך הש"ס לבר קפרא דלא שייך בשחיטה משום זרות דשחיטה בזר כשרה דא"ל דלא ניתן לחלל שבת כיון שהוא זר דזה אינו דעכ"פ משום שבת ליכא דהותר במקדש ואין כאן רק משום זרות בלבד וכיון דשחיטה בזר כשרה שוב הותר וגם זר מותר בשחיטה בשבת וז"ב. ומעתה מיושב הקושיא הנ"ל דלכך לבר קפרא טמא ובע"מ דומה לשבת וזר דבאמת גם לזר לא הותר בשבת רק דאי לא הי' זר הי' מותר עבודה במקדש וא"כ ניהו דטומאה דחויה אבל עכ"פ נדחה האיסור שבת ואין כאן רק משום בע"מ בלבד ודו"ק היטב:

ב והנה לכאורה קשה הא דאמר אי לימא בשחיטה וקשה דא"כ למה חשב שתים הא שיטת הרמב"ם דחובל חייב משום מפרק כמבואר בפ"ח משבת הז"ח וא"כ צ"ל דהא דאינו חייב בשוחט בשבת רק משום חובל בנטילת נשמה משום דא"צ לדם אבל בקדשים דצריך לדם חייב משום מפרק ג"כ ועיין בפ"י בביצה דף י"ב וא"כ כאן דמיירי בקדשים וצריך לדם חייב ג"כ משום מפרק ולמה לא חשיב שלשה. עוד קשה לי טובא בהא דמוקי בפרו של כה"ג דהרי רב ס"ל דשוחט חייב משום צובע והקשה הלח"מ דקיי"ל כרב באיסורי ולמה לא כתב הרמב"ם דחייב משום צובע וכתב אא"ז החי"ץ ז"ל בתשו' סי' צ"ב דכיון דאין צביעה באוכלין לא שייך משום צובע ולפ"ז לפי מה דחידש המלמ"ל פי"א משבת שם בשם הרב מוהר"י אלפנדרי דבקרבן עולה דכלה כליל שייך עיבוד באוכלין דאינו נאכל וא"כ ה"ה דשייך משום צובע וא"כ יקשה כיון דפרו של כה"ג היה נשרף וא"כ כיון דמוקי לה בפרו של כה"ג לחשוב עוד אחת משום צובע והיא קושיא נפלאה וגדולה ת"ל. והנראה בזה דהנה לכאורה קשה לי דאיך שייך לומר בשחיטה דהא באמת בהא דשוחט בשבת דנעשה מומר הקשה הרמב"ם בפירוש המשניות דהא הו"ל מקלקל וכתב דאח"כ נעשה מתקן וצ"ל דהו"ל מקלקל ע"מ לתקן כיון דהתיקון בא מיד בשעת השחיטה ועיין בחידושי ר"ן בחולין ובכו"פ סי' י"א ובקצה"ח סי' כ"ב מ"ש בשם מהרי"ט בזה ולפ"ז זהו בכל השחיטות דאף דהוה בתחלת שחיטה מקלקל מכל מקום הוא קלקול ע"מ לתקן אבל כאן הא כל ששחט סימן אחד עכ"פ אם נימא דשחיטה בזר פסולה או בפרו של כה"ג א"כ נעשה בעל מום ושוב הו"ל מקלקל ממש דלא יתקן אח"כ דבאמת שחיטה בזר פסולה בפרו של כה"ג ושוב הו"ל מקלקל ממש וכאן לא שייך לומר דתיקון להוציא מידי נבלה ובפרט אליבא דר"ש דס"ל בקידושין דף נ"ח דחולין שנשחטו בעזרה ישרפו וכיון דישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף כר"י וא"כ בתחלת שחיטה נפסל משום

זרות וא"כ הו"ל חולין דנעשה בע"מ בתחלת השחיטה וא"כ ישרפו ולא חזי כלום דחולין שנשחטו בעזרה ישרפו ובשלמא אם שחיטה בזר כשרה א"כ לא נפסל אבל למה דמוקי בפרו של כה"ג קשה וע"כ נראה דבאמת אינו חייב משום נטילת נשמה רק משום צובע וצובע חייב גם על תחלת שחיטה וא"כ שפיר אינו חייב רק שתים דזה מלתא דפסיקא: והנה בגוף הקושיא מצובע לכאורה אין זה קושיא דהרי רב אמר צובע מה ניחא לי' ואמר דלתווס בה"ש דמא כי היכי דלקני מיניה וזה לא שייך בקדשים ומכ"ש בפרו של כה"ג. אך נראה דזה דוקא למ"ד משאצל"ג פטור אבל למ"ד חייב קשה. והנה העולם מקשים דלפי מה דמוקי בפרו של כה"ג א"כ קשה למה לא חשיב תלתא איסורי' יוה"כ ושבת וזרות. ולכאורה רציתי לומר דלפי מה דמוקי בפרו של כה"ג שבת לאו דוקא דגם יוה"כ נקרא שבת וא"כ אינו רק ביוה"כ. ובזה יש ליישב הקושיא הנ"ל דאמאי לא מחייב משום צובע דהנה רבא ס"ל במכות דף כ"א דאין חילוק מלאכות ביו"ט והנה ביוה"כ אי שייך חילוק מלאכות תלוי בזה אי הבערה לחלק יצאת דאם נימא דלכך אין חילוק מלאכות ליו"ט משום דבשבת הבערה לחלק יצאת אבל ביו"ט הותרה הבערה וא"כ ביוה"כ דאסור הבערה שוב הוה חילוק מלאכות ביוה"כ ואם נימא הבערה ללאו יצאת ויצא חילוק מלאכות מכתוב אחר דועשה אחת מהנה אפשר לומר דגם ביוה"כ אין חילוק מלאכות וכדומה שכ"כ בשו"ת שאגת ארי' סי' ע' ולפ"ז לא שייך חילוק מלאכות ביוה"כ דכאן אליבא דמ"ד הבערה ללאו יצאת כדפריך על הקטרה אך זה אינו דגם ביוה"כ שייך חילוק מלאכות כיון דזדונו כרת ושגגתו חטאת כמו שבת וכמבואר וע"כ נראה העיקר דהנה בחולין דף ק"א נחלקו ריה"ג ור"ע בשבת ויוה"כ שגג ועשה מלאכה אי חייב שתים ולר"ע אינו חייב שתים ולמה דאפכן רבין ריה"ג ס"ל דאינו חייב שתים וא"כ יש לומר דאזלי למ"ד דאינו חייב שתים וא"כ לכך לא קא חשיב רק שבת ובפרט למאן דלית ליה כולל ודאי אינו חייב רק אחת ועיין רש"י בחולין שם שכתב בשם שמעתי דשבת חשוב קבוע וקיימא ויוה"כ אינו חל על שבת דזה קבוע וקיימא ויוה"כ ב"ד מקדשי לה וא"כ שפיר נקט שתים וז"ב בישוב קושית העולם. ובזה יש ליישב קושית הגאון החריף מוה' בעריש בהגאון בעל פני יהושע ז"ל בקונטרסו לסוגיא הלז שהקשה לפי מה דמוקי בכהן הדיוט דזר אצלו וא"כ שוב הוה איסור ב"א דכ"ע מודו דהא אינו זר רק ביוה"כ בלבד וא"ל דאדרבא איסור מלאכה קדים דחל אף בלילה דהי' כה"ד מותר להקטיר אברים ופדרים שמשלה בהן האור ורק לענין פר פסול וא"כ איסור מלאכה קדים דזה אינו דא"כ יקשה לוקי בהקטרה וא"ל דאינו רק בלאו דהא התוס' הקשו מה נ"מ דאינו רק בלאו וכתבו דהוה קל על חמור דהבערה קל מזרות ולפ"ז בכה"ד זרות חל על הבערה דהבערה קל

וזרות חמור ולפמ"ש יש לומר דכיון דאיסור יוה"כ לא חל על איסור שבת לפי מה דמוקי בפרו של כה"ג והא דלא חשוב שלשה ע"כ משום דאינו חל יוה"כ על שבת וכמ"ש בשם רש"י דשבת קבוע וקיימא ולפ"ז בשאר שבת אינו זר רק מחמת יוה"כ ושוב לא חל זרות על הבערה דאיסור הבערה קודם מצד שבת ודו"ק היטב: והנה קשה לי טובא בהא דפריך הש"ס מאי אריא זר אפילו כה"ד נמי ומשני שזר אצלו ומאי קושיא דהא אבנט של כה"ד היה של כלאים וא"כ ממנ"פ אם היה מחוסר בגדים היה חייב בשביל מחוסר בגדים ואם הלך עם בגדיו היה עובר על כלאים דלא הותרו רק בשעת עבודה ובשלמא זר לא שייך מחוסר בגדים כמ"ש התוס' בקידושין דף ל"ו בתירוצם השני וכ"כ הרמב"ם פ"ט מביאת מקדש הלכה י"א דזר אינו עובר משום מחוסר בגדים כמ"ש הכ"מ דלא נצטוה ע"ז אבל כה"ד דנצטוה שלא להיות מחוסר בגדים אם עבר וחסר פשיטא דחייב והיא קושיא גדולה וצ"ל כיון דעבודות המיוחדות ליוה"כ היו בבגדי לבן שלא היה בהן רק פשתן לבד וכיון דמוקי בפרו של כה"ג דהיו מעבודות מיוחדות יש לומר דלבש בגדי לבן ואף דהוא כה"ד זה באמת זר אצלו וחייב משום זרות ולא משום בגדי כהונה של כלאים ולא חיסר כלל. ובזה מיושב היטב קושית הגאון מוהר"ר ד"ב הנ"ל דלוקמא בכה"ד ואיסור הבערה קודם וזרות חל על הבערה דהוא חמור על קל ולא נצטרך לאוקמא בפרו של כה"ג דאהרן וחקה כתיב. ולפמ"ש אתי שפיר דבכה"ד בשאר עבודות דהיה לבוש בגדי זהב שוב הי' בו כלאים והי' אסור לכה"ד או משום כלאים או משום מחוסר בגדים כמ"ש: ובזה מיושב ע"ד הפלפול מה שהקשה הגאון מוהר"ד שם לרב דס"ל שחיטת פרו בזר כשרה א"כ לר"א בר"י דלא רצה לאוקמא לקוברו בין רשעים א"כ יקשה זר ששימש במאי ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוה מצי לאוקמא בהדיוט וחל זרות על הבערה ורק דאסור משום כלאים דשלא בשעת עבודה אסור והנה בזה מחולק הרמב"ם והראב"ד בפ"ח מכלי המקדש אי אמרינן מיגו דאשתרי אשתרי והנה רב ס"ל בקידושין דף כ"א דאמרינן מגו דאשתרי אשתרי וא"כ לרב לשיטתו שוב ל"ק דמשכחת לה בכה"ד וכמ"ש דהוא ס"ל דלא שייך איסור כלאים להדיוט דלא גרע משלא בשעת עבודה דאמרינן מגו דאשתרי אשתרי ודו"ק היטב כי חריף הוא אף שלפמ"ש הרשב"א בקידושין שם יש לחלק בין הך דאשתרי אשתרי דכלאים לכהן ביפ"ת ודו"ק. עוד קשה לי טובא לפמ"ש רבינו בפ"ב מביאת מקדש דבין כה"ג בין כה"ד אם בא לקדש שלא לעבודה אף שאינו בקדש הקדשים לוקה וא"כ למה לא יחשוב גם לאו זה ובשלמא זר אפשר דאינו עובר גם ע"ז כיון דאינו בר עבודה כמו לענין מחוסר בגדים אבל כה"ד ודאי קשה וצ"ע. והנה הגאון מוהר"ד הקשה לשיטת הרמב"ם דבע"מ עובר בשתים בשימש

במזבח א"כ לחשוב תלתא ובאמת לשיטת הרמב"ן דרק מכ"ב אמה שבין אולם למזבח הוא דעובר וכמו שהאריך המלמ"ל פ"ו מביאת מקדש ה"א ל"ק וגם לשיטת הרמב"ם יש ליישב ודו"ק. ובפשיטות יש לומר דלק"מ דל"מ למה דמוקי פלוגתייהו באיסור כולל וא"כ מגו דאסור באכילה אסור בעבודה וא"כ זהו דוקא לענין שילקה על לאו דעבודה אבל שילקה שתים דאז לא שייך כולל וא"כ אז לא חל עליו איסור טומאה וע"ז לא שייך כולל וא"כ ע"ז הלאו א"א למלקי משום בע"מ דא"כ לא שייך שוב הלאו של טומאה והרי באמת כשהותרה טומאה במקדש הותר לכל ורק לבע"מ לא הותר וא"כ אם נימא דילקה משום בע"מ שוב לא יוכל לחול עליו איסור טומאה אז וא"כ שוב אז הותר איסור טומאה דהא רק מצד בע"מ לא הותר ואז לא מצי חל איסור טומאה ואח"כ כשחל איסור טומאה בכולל שוב לא לקי על בע"מ דהא באמת טומאה רק משום דלבע"מ לא הותר וא"כ איך מצי איסור טומאה לחול בכולל דהא אי לאו בע"מ לא חל כלל איסור טומאה וא"כ שפיר לוקה על בע"מ כשלא חל איסור טומאה ואז כשחל איסור טומאה דהיינו בשעת עבודה אז לא חל איסור בע"מ דלא שייך כולל דעיקר הכולל בא ע"י שאסור בע"מ בעבודה וממנ"פ לא לקי אלא שתים ולמה דמוקי באיסור בת אחת א"כ ל"מ לתירוץ השני דמיירי כשחתך אצבעו בסכין ונטמא דאז אפשר דלא חל איסור בע"מ רק בשעת עבודה בעת שחתך אצבעו בסכין וגם לתירוץ הראשון דאייתי שתי שערות ג"כ לק"מ דהא יש לומר דס"ל לתירוץ הראשון דצריך מעל"ע דשעות וכבר נחלקו בזה הפוסקים ועמלמ"ל פ"ג מאישות וא"כ יש לומר דבעת ההקרבה הוא דמשלם השתי שערות דגדלות דאז התחיל להתגדל ובזה נחלקו השני תירוצים דהש"ס וא"כ לק"מ ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד והבן בדברים:

ג והנה קשה לי בהא דמוקי בש"ס בכה"ד וזר אצלו וקשה דהא בש"ס יבמות דף ל"ד מקשה על משנה דשתים שהחליפו נשותיהם דהו"ל טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה וא"כ ה"ה בזה בשלמא בזר ששימש לא שייך טעה בדבר מצוה דהא אינו שייך לעבודה כלל ולא טרוד כלל ומה הו"ל למטעי אבל בכה"ד ביוה"כ הא שאר עבודות שאינם מיוחדות באותו היום יכול הכה"ד לעשות ועיין כ"מ פ"א מעבודת יוה"כ ה"א מ"ש בשם הריטב"א וא"כ עכ"פ טרוד בדבר מצוה הוא ולמה יתחייב וא"כ אפשר דלכך נקט בזר והיא קושיא גדולה וצ"ל דפר כה"ג שכיון שהוא עבודת היום ומיוחד ומסויים שכל הכפרה תלוי בזה והכל נשרף אפשר דלא שייך בזה טעה בדבר מצוה כלל דלא הי' לו במה לטעות. ובזה יש ליישב קושית הגאון מהרד"ב הנ"ל דא"א לאוקמי בכה"ד ובהקטרה דא"כ כיון דהי' שאר הקטרות דיכול הכה"ד לעשות שוב הו"ל טעה בדבר

מצוה ופטור ודו"ק היטב כי הוא חריף (אמנם באמת ענין טרוד בדבר מצוה לא שייך רק לענין שוגג בחטאת אבל לא מפטר עי"ז מעונש) והנה בהא דמקשין העולם דלמה לא חשיב יוה"כ ג"כ בהדי זרות ושבת לפענ"ד הי' נראה כיון דבר קפרא ור"ח אליבא דרבי פליגי והרי רבי ס"ל דיוה"כ מכפר על שבים ועל אינם שבים ולדידיה לא משכחת כרת ביוה"כ כ"א על כרת דיומא וא"כ ממילא אדרבא על כרת דשבת אין לחייבו רק על זרות ויוה"כ דכל שזר אצלו א"כ הזהירו התורה שלא יחלל יוה"כ בשחיטת פרו של כה"ג ושפיר חייב על יוה"כ וזרות ולא על שבת וא"ל דהשעיר מכפר דזה אינו דהא מוקי בכה"ד ועל הכה"ד אינו מכפר השעיר רק בפרו של כה"ג כמבואר פי"ח משגגות ה"ט וא"כ הא זר שוחטו ולא הי' לו במה להתכפר. איברא דלפ"ז קשה לפי הס"ד דזר שוחט והוא הי' לו במה להתכפר עם השעיר וגם כיון דזר שוחטו ונפסל הפר וא"כ שוב היו צריכין לעשות פר אחר ושוב הי' לו כפרה גם הכהן. אך העיקר נראה דהנה בהא דפריך הש"ס הבערה ללאו יצאת הקשו התוס' דאטו מי לא מני לאוי גרידא וכתבו דבקל על חמור מודה ר' יוסי דלא שייך כולל ע"ש ולפ"ז כיון דעכ"פ בשבת ויוה"כ שבת מקרי איסור קל ולא חל בכולל דהא השבת קל דיוה"כ מכפר עליו משא"כ כרת דיוה"כ אינו מכפר נמצא דשבת מקרי קל לגבי יוה"כ מיהו לפמ"ש רש"י בחולין דף ק"א שבת לגבי יוה"כ איסור מוסיף הוא וא"כ באיסור מוסיף מודה ר"י דחל שבת על יוה"כ. אך יש לומר דאם נימא דגם בכרת דיומא אין צריך תשובה וכרת דיומא משכחת לה בעבד סמוך לשקיעת החמה א"כ עכ"פ יוה"כ על שבת ודאי לא חל בכולל דהוה קל על חמור דהא יוה"כ מצד עצמו קיל איסורא דאם לא הי' שבת רק יוה"כ לבדו הי' מכפר עליו ונמצא דל"ש (כולל דהוי) קל על חמור כנלפענ"ד. והנה אי קשיא הא קשי' בהא דאמר הש"ס ואלו מליקה שיירה למאן שיירה אילימא לר' יוסי השתא ר"י בכולל מחייב שתים באיסור בת אחת מבעיא ומה קושיא והא בשו"ת רמ"ע מפאנו כתב דהא דמסתבר טפי איסור בת אחת מאיסור כולל היינו למאן דס"ל דמודה בכולל בכל גווני כר"מ אבל מאן דבעי שיהיה חמור על קל א"כ באיסור בת אחת מאן מפיס אם זה חל קודם והו"ל חמור על קל דלמא חמור חל תחלה והקל לא מצי לחול ע"ש ולפ"ז לר' יוסי דבעי בכולל חמור על קל וכמ"ש התוס' וא"כ ניהו דר' יוסי ס"ל כולל אבל בת אחת לית לי' דהא לא הוה חמור על קל דדלמא איפכא הוא והיא קושיא נפלאה. אך יש לומר דע"כ לא כתב הרמ"ע מפאנו רק בשבת ויום הכפורים דאינו ידוע מי חל מקודם דשני הקדושות חלו בבת אחת אבל כאן הא בע"מ ששימש בטומאה בב"א אוקמא לעיל כגון דחתך אצבעו בסכין טמאה וכתבו התוס' דאצבעו היתה חתוכה עד משהו אחרון וכשנגע בו הסכין נטמא ונעשה

בעל מום ולפ"ז ודאי דאין לומר דלמא טומאה חל מקודם ואח"כ בע"מ דהא אתי בת אחת. שוב ראיתי דזה אינו דאדרבא בע"מ ודאי הוא אח"כ וכמ"ש התוס' בכתובות דף ל"א ע"ב ד"ה לא צריכא דא"א שלא יגע בסכין קודם שיחתוך ומכל מקום מקרי בת אחת כיון דבא מיד וא"כ עכ"פ הוה קל על חמור דטמא במיתה ובע"מ ששימש באזהרה וא"כ קשה טובא דבודאי לא חל. אמנם נראה דהדבר נכון דהרי לבר קפרא קמפלגי באיסור בת אחת ואליבא דר"ש וא"כ חזינן דאף לר"ש דלית לי' לא כולל ולא מוסיף אף דמוסיף ודאי חל אף בקל על חמור מכל מקום בבת אחת אלים טפי דאין לאחד קדימה על חבירו א"כ שפיר פריך לדידיה אליבא דר' יוסי ודאי משוה בבת אחת אף דהוא קל על חמור והרמ"ע מפאנו כתב אליבא דאמת די"ל דב"א כל שהוא חל על חמור לא מהני. ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה לקברו שהקשו דלישני דשיירי אליבא דר' יוסי והיינו דאדרבא בבת אחת חייב שתים לגמרי משא"כ בכל הני דחשיב אינו חייב שתים רק דמעלה עליו לקוברו בין רשעים ומה שתירצו דבבע"מ חייב באמת שתים לא זכיתי להבין דגם בבעל מום יקשה דשימש במאי ולרב אשי אינו רק לקוברו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה לא מסתבר להש"ס דבת אחת יהיו חמור לר"י כ"כ דיתחייב לגמרי דדלמא באמת החמור חל קודם ולא חל הקל אח"כ ועכ"פ לא עדיף בת אחת מכולל כ"כ דבזה יתחייב ובזה אינו רק לקוברו ודו"ק היטב: והנה בהא דאמרו בש"ס איסור מליחה בבת אחת משכחת לה בכולל לא משכחת הקשה הגאון דמשכחת בכולל דהרי לר"ה מופלא הסמוך לאיש לוקה על הקדשו ולפ"ז משכחת לה שהביא שתי שערות אחר המליקה ועל המליקה לקי דחל קודם שהביא שתי שערות ונבלה חל בכולל דדם דאין מועלין בו. ולפענ"ד לק"מ דניהו דלוקה על הקדשו היינו שהקדישו בעצמו דרבי' קרא אבל לא מצינו שילק' על הקדש של אחרים דמכל מקום קטן הוא וא"ל דמשכחת לה שהוא בעצמו הקדישו הא כיון שהוא יכול לשאל על הקדשו ועיין מלמ"ל פ"ב מנזירות הלכה י"ד א"כ בעת שנמלקה הי' יכול לשאול עליו ולא חל הנדר מיהו יש לומר כיון דנמלקה אתי ליד גזבר אך זה אינו דמליקה במקום שחיטה ויכול עוד לשאול עליו ועיין תוס' כריתות דף י"ג דבעי דוקא שחיטה וזריקת דם ודו"ק היטב: ובלא"ה נראה דל"ק דהנה המליקה אינו נאכל רק ליום ולילה ואף איל נזיר דהוה קדשים קלים אינו רק ליום ולילה מכ"ש החטאת וא"כ משכחת לה דהא אף דנימא דנעשו בני י"ג שנה בלילה וכבר חל ההקדש ביום מכל מקום כיון דביומא דמשלם חשוב שפיר גדול ולא מחשב שומא כמ"ש בטוש"ע אהע"ז סי' קנ"ה מכל מקום עכ"פ בזה כיון דלענין ההקדש חשוב כגדול אף במופלא הסמוך לאיש ממילא ע"כ דנעשה גדול גם לענין נבילה מיהו לפמ"ש המלמ"ל פ"ב מאישות

הלכה ח"י נראה דלענין עונשין אינו נעשה גדול עד שיבא שנת י"ג ע"ש. אך לפי"ז יקשה דאף אם נימא דמופלא הסמוך לאיש לאו דאורייתא מכל מקום ביומא דמשלם והביא שתי שערות אפשר דלכ"ע לענין הקדש חל ההקדש עליו וקשה אליבא דכ"ע וצ"ע בזה:

ד והנה מה שהארכתי לעיל לענין בע"מ ששימש בטומאה דלא הוה בבת אחת הנה יפה כתבת ויש מקום להקשות למה דמוקי דפליגי באיסור בת אחת דלא הוה בבת אחת לר"י כיון דהוה קל על חמור אבל מה שהקשיתי על הא דפריך לבר קפרא אליבא דר"י דהשתא בכולל חל בבת אחת מבעיא זה לא קאי על בע"מ רק על מליקה ובהחפזי כתבתי דהקושיא מטמא ובע"מ ורק שבטמא ובע"מ ג"כ יש להקשות וכמ"ש דלא משכחת לה בב"א רק בכולל: והנה בהא דאמרו ביבמות דף ל"ד מאן האי תנא דאית לי' איסור כולל ואיסור מוסיף ובת אחת ר"מ היא מדקאמר אם הי' שבת והוציאו בפיו דחייב ופירש"י דהו"ל איסור בת אחת והיא לכאורה תימה דאכתי איך שמענו כולל ומוסיף הא בת אחת מסתבר טפי מכולל ומוסיף.

ה ולפמ"ש הרמ"ע מפאנו אתי שפיר דלמ"ד דכולל לא חייל רק בחמור על קל גם בת אחת לא חייל וא"כ ע"כ דר"מ ס"ל דחל בכולל ומוסיף אף בקל על חמור ושפיר ס"ל בבת אחת. ובזה מיושב היטב דברי רש"י שפירש דחל בב"א איסור הוצאה דשבת ואיסור אכילה דיוה"כ והתוס' תמהו דמה ענין הוצאה לאכילה וזה מצי לחול אף למ"ד דאין איסור חל על איסור דאכילה לא נאסר בשביל יום הכיפורים וע"כ פירשו דהוצאה על הוצאה פריך.

ו ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ מהוצאה לאכילה פריך כיון דהוצאה מלאכה גרועה ואינו חייב מיתה דכל שהוא מהל"מ אינו חייב כמ"ש הר"ן בכלל גדול במשנה דאבות מלאכות ארבעים ועיין תוס' שבת דף ב' וא"כ פשיטא דלא חל על אכילה דיוה"כ דזה איסור חמור וא"כ גם בב"א לא חל וכמ"ש הרמ"ע מפאנו דדלמא יוה"כ קדים ולכך לא פירש מהוצאה על הוצאה דזה איסור שוה ולא שייך קל על חמור וא"כ שוב אינו מוכרח דר"מ יסבור כולל ומוסיף אבל מה שהקשו דאינו ענין לאיסור חל על איסור נראה לפענ"ד דיש ליישב לפמ"ש התוס' דהוצאה בפיו הוה שלא כדרך המוציאים וכתבו דמידי דבר אכילה שאני ולפ"ז ביוה"כ דנאסר אכילה שוב אין דרך הוצאה בכך וע"כ משום דחל איסור בב"א וא"כ איסור הוצאה ויוה"כ בא כאחת דכ"ז שלא אכלו לא היו שם איסור עליו דל"ש הוצאה דהאי אינו בר אכילה רק בעת אכילתו וז"ב כשמש לפענ"ד. ומ"ש למעלה דאינו חייב מיתה על הוצאה זה אינו דאף דבמעביר ד"א ברה"ר אינו רק הל"מ ואין עונשין כתב הר"ן בפרק כלל גדול שמכל מקום כיון דסמכוהו על הוצאה חייב אבל מ"מ כיון

דהוצאה מלאכה גרועה היא אינו יכול לחול על אכילה ביוה"כ דזה מפורש בתורה וזה אינו מפורש ופשיטא דהל"מ א"י לחול על איסור תורה ועיין בתוס' דכל דקליש איסורא א"י לחול ומקרי קל על חמור וה"ה בזה ודו"ק: והנה בהא דכתבו התוס' ד"ה איסור כולל דאם נימא דר"י אית לי' איסור כולל צ"ל דאשת איש ונעשית חמותו לא חשוב כולל אף דמתסר בשאר קרובות דאינן משם אחד ולכאורה לא נודע הסברא דמ"מ הו"ל כולל דאתסר בשאר איסורא אך לפענ"ד נראה דלפמ"ש התוס' דר"י ס"ל דבאיסור כולל בעי שיהיה חמור על קל ולפ"ז מה מועיל לענין איסור כולל מהשאר קרובות אבל באשה הלז לא ניתוסף חומר ואנן בעינן כולל שיהיה חמור באותה שעה דהא עליה לא ניתוסף איסור וא"כ לא מקרי כולל דמה שייך קל וחמור באותה אשה וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד דגם מה שנחלקו רש"י ותוספות בחולין דף ק"א אי איסור הנאה מקרי מוסיף תלוי ג"כ בזה דלענין שיהיה מקרי מוסיף דלא נבעי שיהיה חמור על קל צריך שיתוסף איסור חדש אבל מה שנוסף איסור הנאה לא נקרא מוסיף וכל שאינו חמור על קל הוה איסור מוסיף כמו כולל ואינו חל אבל למאן דס"ל כולל ומוסיף וא"צ שיהיה חמור על קל גם איסור הנאה מקרי מוסיף וז"ב. ובזה מיושב היטב דברת התוס' שם ד"ה איסור כולל שכתבו להוכיח דע"כ איסור הנאה לא חשיב מוסיף דאי איסור הנאה חשוב מוסיף אדמייתי הך דריה"ג טפי הו"ל לאתויי הך דר' יוסי דלית ליה כולל כמו בחמותו ואשת איש ואית לי' מוסיף ותמה הגאון מוהרד"ב הנ"ל דמהיכן מוכח דלית לי' לר"י כולל דהא כתבו ביבמות די"ל דאית לי' כולל ואפ"ה לא מקרי כולל דאינו משום אחד ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דאיסור הנאה מקרי מוסיף והיינו אף דלא מקרי חמור על קל א"כ שוב גם מה שנאסר בשאר קרובות מקרי כולל וכמ"ש וז"ב. שוב מצאתי בתוס' ישנים בנדרים דף צ' באשה שאמרה נטולה אני מן היהודים דלמשנה האחרונה אמרינן דיפר חלקו ותהא נטולה מן היהודים והקשו התוספות שם דאיך חל נדרה על אחרים בעודה אשת איש והא אין איסור חל על איסור וכתבו דחל בכולל על בעלה שהוא היתר חל גם על אחרים וע"ז הקשו כיון דכל הפרק ר"י ור"י לית לי' איסור חל על איסור בכולל כדמוכח באשת איש ונעשית חמותו ובאמת ששם אינו מוכח דשם אינו כולל ולא הוה משם אחד וכמ"ש התוס' ביבמות שם וגם מ"ש לא יועיל בזה דעכ"פ חמור על קל בעי וכאן לא הוה חמור על קל וגם שם נדר על איסור אשת איש לא הוה חמור על קל. וראיתי בתויו"ט שם שהקשה דהו"ל איסור מוסיף דאתוסף עליו איסור לגבי בעלה אתוסף עליו איסור גם לגבי אחרים ובאיסור מוסיף מודה ר"י. אך לפענד"נ לפמ"ש הרמ"ע מפאנו שם דבאיסורי עריות מה דהוה מוסיף לאיש הו"ל כולל לגבי האשה וכן להיפך כיון דשניהם נאסרו בזה ומה שגורם לחברו

חיוב במוסיף הוא עצמו נאסר בכולל לפ"ז כאן שנדרה חל עליה ועל הבעל והאחרים א"כ ניהו דלגבי עצמה הו"ל איסור מוסיף דהיא החפץ שנאסרת אבל לגבי אחרים הו"ל כולל מיגו דנאסרת על בעלה נאסרת גם לאחרים בכולל ושפיר הקשו דכולל לית ליה לר' יוסי. וראיתי ברש"י במכות דף כ"ב ד"ה מגו שכתב בחמותו ונעשית אשת איש דמיגו דחייל אכ"ע באיסור אשת איש חיילה נמי לדידיה לחייבו שתים ודבריו תמוהין דחמותו ונעשית א"א הוה איסור מוסיף כדאמרו בסנהדרין דף פ"א וכבר התפלא בזה הגאון בעל אור חדש הובא בשו"ת נודע ביהודה מהד"ת חלק או"ח סי' ק"כ וכתב הגאון בעל נוב"י דצ"ל לחייבה שתים והיינו שהוא לגבי דידה נחשבה חתיכה דאיסור והוה לגבי דידה כולל ולהיפך היא לגבי דידה נחשבת לחפץ ולגבי דידיה נחשבת היא לאיסור מוסיף ע"ש שהאריך וכפי הנראה כוון הגאון מדעתא דנפשיה לסברת הרמ"ע מפאנו הנ"ל. אך תמהני דא"כ אם נימא דר"י אית ליה כולל א"כ בחמותו ונעשית אשת איש אם לא התרו בה משום חמותו תהי' נדון באיסור אשת איש דלגבי דידה כולל וזו לא שמענו וצ"ע בזה. עכ"פ יהיה איך שיהי' מדברי התוספות משמע דלר"י לית ליה כולל וכמ"ש בתוספות ישנים שם בנדרים. וע"כ נראה דבאמת לפי המסקנא דמסיק לקוברו בין רשעים גמורים אין סברא דר"י אית ליה כולל כלל וא"כ דברי התוספות נכונים בנדרים שם ובחולין שם וכן מסיק הרמ"ע מפאנו שם דלפי המסקנא לר"י לית ליה כולל רק מוסיף ע"ש וכן עיקר. והנה קשה לי בהא דאשת איש ונעשית חמותו דנדון באשת איש והיא תימה כיון דאשת איש בחנק וחמותו בשריפה למה לא ידון בשריפה דזה גופא איסור מוסיף מה שנתוסף ע"ז עונש חמור כמ"ש רש"י בחולין דף ק"א ע"ב דשבת לגבי יוה"כ מקרי מוסיף שביוה"כ חייב כרת על זדון מלאכה ובשבת מיתת ב"ד וא"כ ה"ה ממיתה קלה למיתה חמירה אפשר דמקרי ג"כ מוסיף ואולי דוקא ממיתה בידי שמים למיתה בידי אדם הוא דמקרי מוסיף לא ממיתה קלה בידי אדם למיתה חמורה בידי אדם. אבל צ"ע מנ"ל ומהתימה על השעה"מ שבפי"ז מא"ב הביא הכלל המחודש הזה והקשה עליו מזר ששימש בשבת ולא העיר כלל מחמותו ואשת איש וצ"ע. ושוב מצאתי בשעה"מ שכתב ליישב קושית התוס' יו"ט הנ"ל בנדרים ע"ד שכתבתי ושמחתי גם העיר על דברת התוס' בנדרים מדברי התוס' ביבמות דר"י ס"ל כולל כמ"ש ונהניתי עד מאד:

ז והנה במ"ש למעלה בשם הרמ"ע מפאנו לחדש דלמאן דלית ליה כולל סתם רק בחמור על קל א"כ גם בת אחת לית ליה נתיישב היטב קושית התוס' בחולין דף ק"א שהקשו בהא דפריך וריה"ג לית ליה כולל והתניא שבת ויוה"כ וכו' ופירש"י מאן דלית ליה כולל גם בת אחת לית לי' והקשו בתוס' דהא ביבמות משמע דבת אחת מסתבר טפי דהרי

מקשה השתא כולל אית לי' בת אחת מבעיא ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל דלית לי' כולל כ"א בחמור על הקל ה"ה דלית ליה בת אחת אבל שם מקשה לבר קפרא דלר"ש דלית ליה לא כולל ולא מוסיף ואפ"ה ס"ל בת אחת אלמא ס"ל דבת אחת אלים טובא וא"כ שפיר מקשה הש"ס דמכ"ש למאן דס"ל כולל מכ"ש דחל בב"א וכן מצאתי ברמ"ע מפאנו שכתב סברא זו דזו ההבדל שבין ר"ע לריה"ג דלר"ע דלית לי' לא כולל ולא מוסיף שפיר יש לומר דבת אחת אית ליה וא"כ ה"ה לבר קפרא דס"ל גם אליבא דר"ש בת אחת ה"ה דס"ל דלר"י בת אחת בודאי חל אבל לדידן דבעינן כולל שפיר יש לומר דבת אחת לית לי' למאן דבעי כולל בחמור על קל ודו"ק ועיין בשאגת ארי' סי' ע"ב מה שכתב דבר חדש ליישב קושית התוס' בחולין הנ"ל ומחוורתא לפענ"ד כמ"ש ועיין ברמ"ע שכתב שם במרוצת דבריו דשבת חמור מיוה"כ דבשבת יש חילוק מלאכות משא"כ ביוה"כ והנה גם אני נשתמשתי לעיל בסברא זו אבל לא ידעתי מנ"ל זאת דביוה"כ ליכא חילוק מלאכות והמעיין ברש"י במכות דף כ"א ימצא דלשני הטעמים שם משום דהבערה לחלק יצאת א"כ גם ביוה"כ שייך איסור הבערה למ"ד לחלק יצאת ליכא שום ספק ועיין בשאגת ארי' שם סי' ע"א וגם אני הארכתי בזה בתשובה וגם לטעם דזדונו כרת ושגגתו חטאת א"כ ביוה"כ דזדונו כרת ושגגתו חטאת ובאמת מ"ש רש"י במכות שם דבשבת זדונו כרת היינו בלא התראה ועכ"פ גם ביו"כ הוא כן וע"כ צ"ע: והנה השעה"מ הקשה על דברת התוס' ביבמות דכל דאינו משם אחד לא שייך כולל דא"כ היאך כתב רש"י בחולין דף ק"א שם דיוה"כ הו"ל כולל אף בשבת במגו דחל על אכילה חל על מלאכה והא אכילה ומלאכה אינו משם אחד. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דע"כ לא אמרו דכל שאינו משם אחד לא שייך כולל רק כשלא נצמח האיסור מזה עד"מ חמותו שהיתה אשת איש דנאסר בשאר קרובות ע"י שנעשית חמותו דנמצא דאותן שתי ענינים חמותו ואיסור א"א בשאר קרובות חלו בבת אחת וכבר קדמתי למעלה בשם הרמ"ע מפאנו דכל שהכולל אינו חל רק בחמור על קל ממילא גם בב"א אינו חל דלא נודע איזה קדים ואין כאן חמור על קל אבל שם דזה גופא מקשה הש"ס דלריה"ג כל דלית ליה כולל איך אית ליה בת אחת וכמ"ש למעלה ליישב קושית התוס' שם על פירש"י וא"כ אם נימא דס"ל כולל ובת אחת וא"כ שוב אף במקום שאינו מבורר אם זה חל או זה קודם מכל מקום חל בבת אחת ושפיר מקרי כולל. אך הנה מקום אתי ליישב עוד בדבר חדש דהנה תוספת יוה"כ נפיק ליה לר' ישמעאל בר"ה דף ט' מועניתם את נפשותיכם בתשעה לחדש בערב וא"כ גם למלאכה נצמח ע"י שיש תוספת יוה"כ באכילה וא"כ בזה לא שייך דאינו משם אחד דהרי ע"י אכילה נצמח איסור המלאכה. איברא דלפ"ז קשה למה דאיפוך שם דר"ע ס"ל

דחייב שתים ושם קשה הא לר"ע לא שייך כולל דהוא יליף תוספת יוה"כ משביעית וא"כ עיקר התוספת יוה"כ שייך למלאכה וא"כ ל"ש כולל.

ח אך יש לומר דלר"ע שוב מה שאסור באכילה הוא מכח תוספת יוה"כ לענין מלאכה וא"כ כיון שעכ"פ אסור בתוספת יוה"כ לאכול ואכילה נצמח מכח איסור מלאכה שפיר מקרי כולל ולא הוה משום אחד. עוד פש גבן לבאר הנקודה הנפלאה שכתב הרמב"ם פ"ג מכריתות בטעם דל"ש בבשר נבלה בחלב איסור מוסיף. והנה לא אכחד קושט דברי אמת דדברי הכו"פ סי' פ"ז נכונים מאד דהכוונה דכל עוד שאנו דנין שאינו בגדר בב"ח איך שייך שיחול לפי שבב"ח אסור בהנאה והא אינו בב"ח כלל ולא נאסר בהנאה ואיך נעשה מן המסובב סיבה ע"ש שהאריך בזה. אך לפענ"ד היה נראה דהנה כבר נודע דהכלל דמוסיף הוא כשנאסר החפץ באיסור מוסיף אבל כשלא נאסר החפץ בעצמותו רק שכולל איסור לדברים אחרים זה מקרי כולל. והנה בב"ח כל אחד היתר בפני עצמו ורק בהתחברם יחד נאסרו וא"כ עיקר המוסיף בא כשנעשה בב"ח וכל בב"ח שנאסר באכילה נאסר בהנאה אבל לא יתכן שם מוסיף על החפץ דעל איזה מהם תיחס גדר החפץ שנאסר אם על הבשר או על החלב וא"כ כל שהבשר אסור בנבלה ואתה אומר דלא חל עליו בב"ח א"כ גם על החלב א"א ליחס מוסיף דהחלב בעצמו מותר ועל הנבלה בודאי אי אפשר ליחס איסור מוסיף דבפ"ע מקרי היתר לענין בב"ח וא"כ כיון שבנפרד לא יצדק שם איסור חפצא איך כשנתחברו חל יחס בשר בחלב דאיזה מהם נקרא חפץ ועל שניהם ביחד ג"כ אי אפשר ליחס שם איסור דזה יתכן אם היה בשר בחלב בפ"ע היתר אתה תוכל ליחס שם בשר בחלב דשניהם ביחד הם החפץ אבל כיון שעל הנבילה אינו חל איסור משום בשר בחלב ועל החלב בפ"ע ג"כ אי אפשר ליחס איסור על החפץ וגם בהתחברם הרי יש אחד מהם שאי אפשר להתוסף עליו שם בשר בחלב ושוב לא חל גם בהתחברם שמה שלא יצדק בנפרד לא יצדק במחובר ומכ"ש במחובר כזה שעל הבשר אי אפשר להוסיף עליו שם איסור חפצא ועל החלב בלבד פשיטא דא"א ליחס שם איסור חפצא ולכך אינו חל בב"א בזה וזה נקודה נפלאה לדעתי בכוונת הנקודה הנפלאה ובשו"ת רמ"ע מפאנו שם רצה לפרש דלא שייך מוסיף בב"ח דהו"ל שני חתיכות וכדאמר רבא בשבועות דף כ"ד ע"ב כי אמרינן מוסיף בחדא חתיכה ולא בשנים והדבר דחוק דבב"ח שניהם גם יחד מקרי חתיכה אחת וא"כ הוה חפץ אחד וגם הוא נדחק דאכתי הו"ל כולל וכתב דאינו לא מוסיף ולכלל כולל לא בא אבל מ"ש ת"ל נכון ועמוק מאד ת"ל ועיין לח"מ פ"ט ממ"ח הלכה יו"ד שהקשה ג"כ על רבינו דאמאי לא חל בב"ח משום איסור מוסיף ע"י הנאה וכתבתי בגליון שם דגם בכנה"ג בסוף חלק או"ח שם נדחק בזה

ולא זכרו דברי הרמב"ם בפירוש המשניות והמגיה בפי"ד שם הי"ט רמז לדברי הרמב"ם וכתב שתירוצו אין לו מובן. ולפמ"ש הנה אמת נכון הדבר. והנה ראיתי בטעם המלך שהאריך הרחיב הדיבור בענין הנקודה הנפלאה יעו"ש מ"ש בזה וחפשתי ומצאתי שם שהעיר במ"ש דלא שייך מוסיף מצד חומר העונש וע"ש שהקשה על רש"י במכות ומגיה שם זאת אשר מצאה ידי במעט הזמן אשר בינותי בזה והרוצה להעמיק בדברים אלה ישים עין על פניני אמרות הרמ"ע מפאנו ז"ל כי הוא דלה דלה לנו ענין איסור חל על איסור בכללותיה ובפרטותי' ומבין פניני אמרותיו יוכל המעיין לבנות ולסתור ולהעמיק וימצא ענינים וכללים חדשים בכל הסוגיות דשייכי לזה וכעת לא נתנני הזמן להעמיק יותר אולי יזכני ד' ואשוב בל"נ ואשנה פרק זה:

ט והנה במ"ש רש"י דשבת נגד יוה"כ מקרי מוסיף מה שיש בזה עונש חמור בסקילה והקשיתי ע"ז מא"א ונעשית חמותו והזכרתי שגם הטעם המלך האריך בזה והוא מחלק בין עונש בידי אדם לבידי שמים ובין מיתה למיתה וכמ"ש למעלה דאין סברא בזה. וכעת נתיישבתי דבאמת העונש לא מוסיף איסור והוה כמו א"ה דאף לשיטת רש"י נקרא איסור חמור אבל לא מוסיף ממש אמנם זה דוקא כשהם בפעולות חלוקות וביאור הדברים אשת איש ונעשית חמותו דהביאה הוא הנקרא חפץ וא"כ לא שייך לקראו בשם מוסיף דהוא חל על החפץ והרי החפץ הוא אחת רק דנתוסף עליה מבחוץ שנעשית חמותו והתורה גזרה דערות חמותו בשריפה אבל לא נוסף על החפץ אבל שבת ויוה"כ כיון דגוף הפעולה של המלאכה נאסרה בשבת ויוה"כ דגם יוה"כ מקרי שבת שבתון והוזהר על המלאכה ומ"מ ביוה"כ אין חמור כ"כ המלאכה משא"כ בשבת דאותה מלאכה בעצם הוזהר יותר ומצווים אנו לשבות והתורה אמרה שכל מי שלא ישבות נתחייב סקילה וע"כ שגוף הפעולה בעצמותה מתועב בשבת יותר דא"ל שהיום גרם דהרי יוה"כ הוא ג"כ יום שבתון ואפ"ה לא נתחייב סקילה וע"כ שאותה הפעולה בעצמותה חמור וא"כ שפיר מקרי מוסיף וא"ל דאטו קדושת שבת לעצמה אהני ליוה"כ לא אהני וכדאמרו בזבחים דף צ"א וא"כ גם יוה"כ בעצמו נתקדש יותר דזה אינו דעכ"פ עיקרה בא מכח שבת שקדושת יוה"כ לא מספיק לזה ואולי משום זה נקרא שבת ויוה"כ איסור בת אחת דהקדושה מהני לזה ג"כ. ועכ"פ יהיה איך שיהיה דברי רש"י וסברתו דוקא בשבת ויוה"כ נאמרים דהפעולה אחת והאזהרה אחת ואפ"ה שבת חמור ודו"ק כי הוא ענין נחמד והערה חדשה. וראיתי במחנה לוי שנדפס בסוף המקנה שהקשה ביבמות כאן בהא דאמרו זר שאכל מליקה דחייב שתים והקשה אמאי לא חשיב עוד אחת דע"כ מיירי שאכל בעזרה דאל"כ נפסל ביוצא וכל שלא הותר לכהנים לא חייב משום זרות וא"כ

שוב הו"ל לחשוב דנטמא בבית הבליעה דעוף טהור מטמא בבית הבליעה וא"כ הרי שהה בעזרה ע"ש. ולפענ"ד נראה מלבד דיש לומר דמיירי דלא שהה שיעור שהיה אף גם נראה דכל דלא נתחייב משום הביאה א"כ אף בשהה לא חייב ואף דבנכנס דרך גגין אם שהה חייב כמו שהאריך במלמ"ל פ"ג מביאת המקדש הי"ט ע"ש באורך היינו דוקא כל שנתחייב בשעת ביאה כגון ביאת טמא אבל כאן בזר שנכנס במקום שראוי לכנס לא חייב על השהייה ודו"ק. ובלא"ה נראה דאין כאן קושיא דמה דפשיטא לי' דחייב על טומאת בית הבליעה לפענ"ד לא נהירא דכיון דמצד עצמו המליקה כשרה ורק שאכלו זר וחייב משום זרות אבל מצד טומאה לא שייך בזה ואף דחייב גם על מליקה היינו משום דלכהנים הותרה ולא לזרים ויש כאן משום זרות ומשום מליקה אבל טומאת בית הבליעה לית לן דל"ש בזה לומר דטומאה הותרה לכהנים ולא לזרים דלכהנים לא שייך כלל ענין טומאה דאדרבא קרבן טהור הוא ורק לזר אסור ובשלמא גוף איסור מליקה הא כל עוף טעון שחיטה ומליקה חידוש הוא. וראיה ברורה לזה מהא דאמרו במנחות דף מ"ה גבי נבלה וטרפה לכהנים אצטריכא ליה סד"א הואיל ואשתרי מליקה לגבייהו נבלה וטריפה נמי יאכלו הרי דחשוב כמו נבלה וטריפה ולמקדש הוא דאשתרי ולמה לא קאמר ג"כ דטומאת בית הבליעה אית להו דסד"א דהואיל והותר מליקה גם טומאת בית הבליעה לית להו קמ"ל וע"כ דזה אינו ענין דלא שייך בית הבליעה בזה דהא קרבן כשר לא שייך טומאה בזה ובלא"ה נראה דבאמת טומאת בית הבליעה טומאה בלועה הוה או טומאת בית הסתרים הוה ורק דגזירת הכתוב שמטמא ואין לה שום טומאה רק זאת כדאמרו בנדה דף מ"ב ולפ"ז זה כשבאמת היא נבלת עוף טהור אבל כאן דבבית בליעה כהן טהור הוא ורק לזר אין לך טומאה בלועה כזו דעד שלא נבלעה במעי זר לא היה חל עליו שם טומאת בית הבליעה או בית הסתרים דטהור וטומאה בליעה כזו לא מצינו וז"ב: עוד נראה לי דבר חדש דהנה בנדה דף נ"א איתא שלשה דברים אמרו בנבלת עוף טהור צריכה מחשבה וא"צ הכשר והנה במקדש לפענ"ד נראה דצריכה הכשר דכל הטעם הוא משום דסופו לטמאה טומאה חמורה ולפ"ז במקדש דבאמת אין סופו לטמא טומאה חמורה שוב צריך הכשר לענין שיטמא הזר וכאן לא היה הכשר דלא היה הכשר מים דמשקה בית מטבחיא דכן ואין מכשירין כדאמר ריב"ח בפסחים דף ט"ז ע"ש וא"כ לא שייך הכשר מים במליקה ולכך אינה מטמאה וז"ב ודו"ק כי הוא חריף ועמוק: ומה שהקשה המחנה לוי עוד שם דאם נימא כמו שנראה מהת"כ והקרבן אהרן דכהן שעבד בתחלה בלי עשירית האיפה דפסול עבודתו כמ"ש המלמ"ל בשם הק"א בפ"ה מכלי המקדש הלכה ט"ז א"כ כיון דמוקי בש"ס דזר ששימש בשבת דמיירי בבת

אחת כגון דאייתי שתי שערות בשבת וא"כ למה נקט כה"ג לימא בכהן רק דכיון דאייתי שתי שערות בשבת א"כ ע"כ לא הביא עדן עשירית האיפה שלו דעבודת עשירית האיפה אינו דוחה שבת וקודם שבת לא הי' מביא כלל דקטן היה וא"כ שוב חייב שתים משום חילול שבת ועבודתו פסולה וחילל שבת חנם. הנה טפי היה לו להקשות דהא הש"ס מוקי בפרו של כה"ג ומאי זר שזר אצלו קאמר ואפילו כהן וא"כ לתני עוד אחת. אבל גוף קושייתו לק"מ דמ"מ ל"ש חיוב שתים דאף דעבורתו פסולה אבל אין כאן איסור רק משום דחלל שבת ולא יותר דמה שעבודתו פסולה לא עשה איסור רק שהפסיד הקרבן ובלא"ה הפסיד הקרבן דזר אצלו וז"פ וברור. ומה שהקשה בזר שאכל מליקה דאיך חל בב"א דהא זרות לא מצי חל על אינו זבוח דקדים דבשלמא נבילה חל על אינו זבוח דקדים דגזה"כ הוא כמ"ש התוס' בשבועות דף כ"ד משא"כ זרות על אינו זבוח לא הבינותי דכ"ז שלא נמלק לא שייך כאן איסור שאינו זבוח דהא בלא"ה אסור משום מעילה ובקדשים לא שייך איסור שאינו זבוח דאינו עומד לזבח ופקע איסור שאינו זבוח ודו"ק: עוד ראיתי שם דהא אליבא דרבי פליגי ר"ח ובר קפרא וא"כ לרבי משמע בחולין דף כ"ד דפסול עד בן עשרים לעבודה מה"ת וכאן משמע דדוקא בזר פסול בהביא ב"ש ולא בכהן ובמחכ"ת היאך העלה המדומה כזאת ובש"ס מפורש שם דאינו רק מדרבנן והלשונות לא נחלקו רק אם פסול בדיעבד או לא אבל לא מה"ת וגם הוא הרגיש בזה וע"כ הוא כן דהרי מוקי בפרו של כהן גדול וזר אצלו ולא חשוב משום קטן. ועכ"פ הרווחנו בזה קושיתו הנ"ל דגם בכהן פסול כל שלא עבד עבודה די"ל דבכהן מסתמא מיירי בבן עשרים דהכהנים אינם מניחין לעבוד עד שיהיה בן עשרים ועשירית האיפה היה יכול להביא בע"ש כדי שיוכל לעבוד בשבת בהיותו בן עשרים וע"ז לא הקפידו הכהנים אם בא זמן עשרים בשבת דפשיטא דהביא עשירית האיפה בע"ש ודו"ק היטב:

י והנה נסתפקתי בחצי שיעור ואיסור אחר חל עליו כיון דאינו מפורש בתורה וכמ"ש התוס' בשבועות דף כ"ג לחד תירוצא דעל חצי שיעור חל השבועה כיון דאינו מפורש בתורה וא"כ ה"ה לענין איסור חל על איסור וא"כ עד"מ באם אכל חצי זית נבילה שהוא גה"נ וכדומה באופן שאיסור השני לא מצי לחול כ"א בשביל שהוא חצי שיעור היאך הדין אם אכל השיעור כדי אכילת פרס מאותו איסור עוד חצי שיעור נבלה שאינו ג"ה איזה איסור חל עליו ללקות על ידו אם איסור ג"ה שהרי הח"ש נבילה שאכל אח"כ אינו מצטרף שעל הראשון לא חל איסור נבילה שלא היה רק חצי שיעור וחל איסור גיד וכדומה עליו ונפקע איסור נבילה או דלמא דבאמת איסור נבילה קדים והיו לו חלות שהרי באמת ח"ש אסור רק לענין שיהיה מצי איסור אחר לחול עליו אמרינן כיון דאינו

רק חצי שיעור האיסור האחר חל עליו אבל כל שבשעור כדי אכילת פרס נצטרף עליו עוד חצי שיעור כבר נתעורר האיסור הנבלה לקדמותו ורק איסור נבלה חל ולא איסור גיד שאינו רק חצי שיעור שאותו גיד שהיה נבלה לא חל איסור גיד דהא האיסור נבלה חזר לקדמותו. ולפענ"ד דעת תורה ודעת נוטה שהאיסור נבלה חזר לקדמותו שהרי באמת יש לומר מצא מין את מינו וניעור שהרי באמת נחלקו הקדמונים אי אמרינן באיסור שבטל וניתוסף עליו אי אמרינן מצא את מינו ונוסף עליו כמבואר ביו"ד סי' צ"ט ועיין פר"ח ביאור כל השיטות וא"כ זה דוקא כל שכבר נתבטל אבל שם שבאמת היה האיסור רק שאינו מפורש בתורה ומצי לחול עליו האיסור האחר אבל אח"כ כשנתעורר האיסור נבלה אח"כ חזר האיסור הראשון לקדמותו ועיין זבחים דף ל"א חצי זית חוץ לזמנו וחצי זית חוץ למקומו וחצי זית חוץ לזמנו אמר רבא ויקץ כישן הפגול ועיין רש"י שם. ולפענ"ד משם ראיה ברורה דבכה"ג נתעורר הראשון לקדמותו. ואם חומה היא נלפענ"ד בזה ליישב הא דאמרו המבשל חלב בחלב דנחלקו ר"א ור"א אי לוקה והקשו המפרשים דהא קי"ל חצי זית חלב מצי איסור בשר בחלב לחול והוא קושיא גדולה ולפמ"ש א"ש דהנה התוס' כתבו במ"ק דף ד' דכשמתרין על איסור צריך לברר לו על איזה לאו לוקה ע"ש והרבה הארכתי בזה בתשובה והבאתי דברי התוס' בזבחים דף ע"ח גבי פיגול נותר וטמא שהשיגו על רש"י ובאמת דברי רש"י נכונים דהוה התראת ספק דלא נודע על איזה לאו עובר אם על פיגול או על נותר וטמא ולפ"ז כאן דאם אוכל חצי זית חלב וחצי זית בשר ג"כ הוה התראת ספק דשמא יאכל בשיעור כא"פ עוד חצי שיעור חלב ויהיה לוקה משום חלב ושמא לא יאכל ויהיה לוקה משום בב"ח ולכך אינו לוקה כלל דהו"ל התראת ספק וא"ל דמעמידין אותו על חזקתו שלא יאכל עוד דזה אינו דאדרבא אם יאכל עוד חצי שיעור חלב לא יעבור על בב"ח דהאיסור בב"ח אינו חל על חלב וגם לא יעבור על הבישול בב"ח ואם יהיה משום בב"ח יעבור על הבישול ועל האכילה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו שם כיון דעל אכילה לא לקי על הבישול נמי לא לקי והקשו בתוס' אמאי לא נימא איפכא כיון דלקי על הבישול ללקי נמי על אכילה וכוונתם דכל דאיכא לאקושי לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דעל הבישול לוקה ועל האכילה נמי א"כ באוכל חצי שיעור יהיו קולא עי"ז דשם יהיה התראת ספק ודו"ק ומיהו בלא"ה אינו קושיא דכל דהוה ספק עכ"פ ספק מלקות להקל. והנה גוף הקושיא מצאתי בכרו"פ סי' פ"ז ס"ק י"ג ע"ש. והנה לכאורה רציתי לומר דבחלב אין איסור חל על איסור אף בחצי שיעור דהנה הרשב"ם ביאר והובא בש"ך יו"ד סי' רל"ח דלכך חל שבועה על ח"ש דח"ש גרע מדברי סופרים שאינו מפורש בתורה רק מרבויא

דכל חלב וכפי הנראה חשב דכיון דאתיא מרבויא אינו רק מדרש סופרים ובאמת זה אינו רק שיטת הרמב"ם בספר המצות והרמב"ן חולק בזה וכל הפוסקים מסכימים להרמב"ן ואף הרמב"ם ג"כ אין כוונתו לענין הדין דפשיטא דדין תורה יש עליו לכל דבר רק לענין חשבון המצות חשוב כמצוה דרבנן כמ"ש התשב"ץ והמג"א שם ועיין ה"ה וכ"מ פ"א מאישו' וא"כ למה (לא) יחול השבועה הן אמת דשיטת הר"ן דכ"ד שאינו מפורש בתורה השבוע' חל עליו אבל לפענ"ד עיקר הסברא דחצי שיעור באמת הוא רק מסברא דחזי לאצטרופי וכתבו התוס' ביומא דף פ"ח דא"כ למה לי קרא דכל חלב וכתבו דבאמת לולא הסברא היינו אומרים דכל חלב הוא רק אסמכתא בעלמא ורק ע"י הסברא אמרינן דכל חלב הוא דרשה גמורה ולפ"ז כיון דזה אינו רק מצד הסברא לא חשוב מפורש בתורה ולפ"ז נראה לי דזה בכל איסורים דלא גלי קרא אבל בחלב דגלי קרא דכל חלב אין איסור חל על חצי שיעור ועיין אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו כנלפענ"ד דבר חדש. עוד רציתי לומר לפי מה דאמרו בחולין דף ק"כ בהמחה חלב וגמעו דחייב ופריך והא אכילה כתיב ביה ומשני דכתיב נפש לרבות השותה ולפ"ז בב"ח דאינו חייב רק דרך בישול א"כ נמחה החלב ונתבשל וא"כ אינו דרך אכילה וא"כ בשלמא לענין איסור חלב רבתה תורה דיהיה חייב מקרא דנפש אבל לענין איסור בב"ח פשיטא דבעינן שיאכל הבשר וה"ה החלב דאכילה כתיב ביה ואינו חייב בשותה אך זה אינו דהא בב"ח חייב אף שלא כדרך אכילה דכתיב בלשון בישול וכדאמרו בפסחים דף כ"ה. אך נראה כיון דעכ"פ דרך בישול בעינן וכדאמרו בחולין דף ק"ח דבעינן טעם משום דדרך בישול בעינן וא"כ כיון שעיקר חלב אינו עומד להיות משקה ואיך אפשר לומר דאיסור בב"ח חל על חלב דהיינו תרבא דהא ע"י הבישול אינו דרך אכילתו וניהו דבב"ח אף שלא כדרך אכילתו חייב היינו דהתורה לא הקפידה בדבר שראוי בדרך אכילה אף שאכלו שלא כדרך אכילתו לוקה אבל לומר דלא יהיה חייב רק שלא כדרך אכילתו זה אי אפשר וכמ"ש ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד הסברא דאמרו כיון דעל אכילה לא לקי אבישול נמי לא לקי והקשו בתוס' נימא איפכא כדאמרו בלישנא בתרא. ולפמ"ש יש לומר דסברת הל"ק דבאמת בחלב כיון דע"י הבישול אינו כדרך אכילתו ופטור על האכילה ומטעם דדרך בישול בעינן פשיטא דלא נחייב אבישול במקום שפטור על האכילה וכדאמרו דלהכי אפקה רחמנא בלשון בישול וא"ל דנימא להיפך דלתחייב גם אכילה דזה אינו דהא באמת הוה שלכד"א ורק בחלב גלי קרא דהשותה נמי חייב מקרא דנפש אבל מה"ת להיות גם בב"ח נוהג בו ואף דבב"ח חייב אף שלא כדרך אכילתו היינו משום דלא כתיב אכילה אבל עכ"פ דרך בישול בעינן שיהיו בנו"ט ומה"ת להיות איסור חל על איסור בזה ודו"ק היטב. אמנם כ"ז הוא לענין חלב

דהיינו תרבא אבל לפ"ז עכ"פ מהראוי לחול איסור בב"ח על נבילה וכדומה דבזה לא שייך הנך תירוצים וע"כ מחוורתא כמ"ש למעלה. מיהו בגוף הדין נראה לפענ"ד דניהו דשבועה חל על חצי שיעור היינו משום דשבועה היא עשה ול"ת גמור ומהראוי שיחול על חצי שיעור שעכ"פ אינו מפורש בתורה אבל לענין איסור חל על איסור כל שהתורה אסרתו היאך יחול האיסור האחר כיון שהדבר כבר נאסר עליו וא"ל דזה חמורה לו דהא איסור לאו אינו חל על עשה כמ"ש התוס' בשבועות שם ורק בשבועה מצי לחול דעכ"פ מושבע ועומד לא מקרי אבל לא לחול איסור על איסור כנפענ"ד:

יא והנה הכו"פ הקשה עוד שם דעכ"פ מצי לחול איסור בב"ח על נבילה כיון דבב"ח חל אף שלכדה"נ משא"כ בשאר איסורים דשלא כדה"נ מותר וכמ"ש התוס' שם לענין חצי שיעור דלכך שבועה חל דהיינו במפרש שלא כדה"נ ע"ש שנדחק ולפענ"ד נראה ניהו דבב"ח חייב אף שלא כדרך הנאתן משום דלא כתיב בלשון אכילה אבל עכ"פ הרי חזינן דהש"ס רצה לומר דגם על הבישול לא לקי כיון דעל אכילה פטור על הבישול נמי לא לקי והיינו משום דלהכי אפקה בלשון בישול ולפ"ז אף לל"ב דאמרינן להיפך היינו משום דעכ"פ הוה כדרך אכילתן מהראוי להתחייב אף על אכילה אף דאין איסור חל על איסור כיון דעל הבישול חל על אכילה ג"כ חל אבל איך אפשר לומר דיחול איסור בב"ח על חלב ונבלה כיון דחלב שלכדה"נ הא ראוי לומר כל דלא לקי באם היה כדרך הנאתו מכ"ש דלא חל בשלכדה"נ והיאך אפשר דיהיה בשלכדה"נ חמור מכדה"נ זה א"א כלל והרי אדרבא בעינן דרך בישול שיתן בו טעם וירגיש הטעם ואטו יציבא בארעא וכו' וז"ב ופשוט. ולכאורה רציתי לומר דבב"ח יהיה איסור מוסיף כיון דחל האיסור על הבישול מלבד האכילה. אך לפמ"ש הרמב"ם בנקודה נפלאה וכפי שביאר הכו"פ בכוונתו לענין איסור הנאה דכל שאין שם בב"ח עליו היאך אפשר לומר דהוה איסור מוסיף בשביל שאסור בהנאה הא אימתי נאסר בהנאה כשהוא בב"ח ע"ש בס"ק י"ג וכבר כתבתי למעלה בזה א"כ ה"ה לענין בישול דאימתי לקי על הבישול כשהוא שם בב"ח באכילה אבל כשעל אכילה לא לקי אין עליו שם בב"ח וגם על הבישול לא לקי.

יב ובזה יש לומר דנחלקו הני תרי לישני דבשלמא הנאה לא משכחת בדבר שמותר באכילה דיהיה אסור בהנאה דהנאה הוא חלק מחלקי אכילה אבל בישול ואכילה הם שני ענינים נפרדים א"כ לכך ללישנא בתרא ס"ל מתוך דלקי על הבישול שוב הו"ל איסור על החפץ דהיינו על הבשר והחלב ולקי על אכילה ג"כ ול"ק ס"ל דכל דלא לקי על אכילה ואין עליו שם בב"ח גם בבישול לא אסרה תורה ושוב לא שייך איסור מוסיף וז"ב ונכון מאד ודו"ק היטב כי הדברים נחמדים ונעימים ועיין שעה"מ הלכות יסודי התורה

שהקשה ג"כ דבב"ח יש לו חומר דאסור שלא כדה"נ ובטעם המלך כתב דזה לא מקרי חומר ע"ש ומ"ש נכון לפענ"ד: והנה ראיתי בשעה"מ בהלכות עבודת יוה"כ שנסתפק דלמ"ד שחיטת פרו בזר פסולה אי חייב מיתה דאהדריה לאיסורא קמא או דלמא כיון דשחיטה בזר כשרה רק דביוה"כ בעי כה"ג אינו רק עשה בלבד ומכ"ש בכהן הדיוט שעשה העבודות של כה"ג יש לומר דאינו חייב וע"ז האריך דא"כ היכא מוקי בשחיטת פרו של כה"ג והא אינו רק עשה בלבד. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דאף דנימא דלא אהדרי' לאיסורא קמא היינו משום איסור זרות או עכ"פ שזר אצלו דהיינו כהן הדיוט דזה ודאי לא אהדר לאיסורא קמא ואינו רק עשה אבל אם עשה מלאכה שחייב בשבת כגון שחיטה וכדומה דכיון דהתורה פסלה מעשות עבודות אלו רק בכהן גדול לבד וא"כ שוב חלל יוה"כ שלא לצורך וחייב מצד חילול היוה"כ וכאן לא שייך לומר דאינו רק עשה דזה אם היה הפסול בשביל שזר אצל עבודה זו ובגוף העבודה לא הי' מהמלאכות החייבות או שזר כשר אצל מלאכה זו א"כ שפיר פטור דעבודה הותרה בשבת ויוה"כ אבל כל שהתורה פסלתו שוב חילל יוה"כ שלא לצורך וז"ב ולכך שפיר אמר בשחיטת פרו של כה"ג והא דאמר זר ששימש בשבת במאי אילימא בשחיטה והא שחיטה בזר כשרה ולא אמר דמכל מקום חילל העבודה דזה אינו דכל שזר כשר א"כ שוב השבת הותרה אצל מלאכה זו במקדש ושוב לא שייך לא משום איסור שבת ולא משום זרות אבל כל שהתורה פסלו שוב חייב משום מלאכה וז"ב לפענ"ד. ובזה מיושב היטב מה שהקשה בשעה"מ שם לשיטת הר"י קלצון שהובא בתוס' יומא דף מ"ב ד"ה שחיטה דמה דפסול פרו של כה"ג בזר משום דלאו בעלים נינהו ובעי בעלים ע"ש וא"כ כיון דלאו עבודה היא שוב יקשה היאך חייב משום זרות והא לאו משום זרות מפסל רק דלאו בעלים הוא וכמו סמיכה דבעי בעלים ולפמ"ש א"ש דכל דהתורה פסלה עבודה בפר רק בכה"ג שוב חייב משום יוה"כ וז"ב. אמנם קשה כיון דאמרו ביומא דף נ"א דהתורה אפקרי' לכל אחיו הכהנים א"כ הוו כל הכהנים שותפין בו ועיין תוס' קידושין דף מ"ב וא"כ שוב לא שייך לומר דפסול בשביל שאינו בעלים דא"כ כה"ד עכ"פ מהראוי שיכשר והרי מוקי במי שזר אצלו דהיינו בכה"ד וצ"ע והנה בהא דאמרו ביומא דף ל"ב יכול אם לא מירק יהא פסול א"כ הו"ל עבודה באחר ותנן כל עבודות יוה"כ אינן כשרות אלא בו. וקשה טובא למה הקשה רק שיהיה עבודה באחר וכבר הקשו התוס' שם דבתמיד דל"ש לחובת היום לא קאי עלה אהרן וחקה וכתבו דאינו רק מדרבנן וקשה ת"ל כיון דאסור בזר שוב הו"ל מחלל יוה"כ דבשלמא אם אמרינן דשחיטת פרו בזר כשר ל"ק דעכ"ח למה יהיה הזר מחלל יוה"כ משום דכיון דהותרה יוה"כ לענין קרבנות ושחיטה

בזר כשרה א"כ שוב לא חילל יוה"כ וכמ"ש למעלה הלא מראש אבל כיון שעכ"פ אסור מדרבנן שוב מחלל עבודה דעכ"פ אסור לו לזר וגם לכה"ד דמצוה בכ"ג ולמה יחלל והו"ל עכ"פ איסור תורה כיון דעכ"פ מצוה על הכה"ג לעשות כל עבודות ועכ"מ פ"א מעיוה"כ ה"ב מ"ש בשם הריטב"א ומ"ש על הגליון שם. ולכאורה רציתי לומר דלא הוה חילול כלל דכיון דכבר שחט רוב שנים א"כ ליכא משום נטילת נשמה שכבר נפק חיותא וניהו דצריך למרק משום דצריך לדם אבל עכ"פ לא שייך חילול יוה"כ. ומיהו לפמ"ש ה"ה בפ"ח משבת דשייך משום מפרק בשחט בשבת רק דא"צ לדם הו"ל מלאכה שאצל"ג וכאן דצריך לדם הו"ל מפרק. אך זה אינו דכבר נתפרק ע"י רוב שנים ששחט בהכשר ומה דצריך למרק אינו רק שמרחיב מקום השחיטה וזה לא נקרא מפרק וגם כיון דמצוה למרק שוב אין בו משום מפרק כל דלא הוה מפרק גמור ושפיר פריך דעכ"פ הו"ל עבודה באחר. אמנם אי קשיא הא קשיא דהרי התוס' שם בדף ל"ג ד"ה למה כתבו דאף דבחולין ג"כ מצוה לכתחלה לשחוט כל הסימנים מ"מ ה"מ בחד גברא אבל בתרי גברי דכבר שחט כה"ג ונסתלק אי אתי אחרינא וממרק נראה כשהייה ונראה כאילו נשחט הזבח בשנים ע"ש ולפ"ז קשה טובא דא"כ למה לא פריך הש"ס מעיקרא דס"ד דבעי מירוק ופסול בלא מירוק דא"כ הו"ל כשהייה גמורה ובודאי פסול. והנני יוסיף להפליא דבאמת הדרישה והב"ח והש"ך סי"ב ס"ק כ"ז ביו"ד כתבו דאם אחר שחט המיעוט בתרא לא שייך שהייה ועיין תב"ש סי' כ"ג ס"ק י"א דהסכים כן לדינא ויבואר לפנינו ברצות ד' ואני תמה שכלם לא זכרו דברי התוס' דכתבו דכיון שנסתלק הכה"ג מה שממרקו אחר נראה כשהיה ואסור. אך אף אם נימא דל"א כהתוס' ובאחר לא שייך שהייה עכ"פ זה דוקא אם א"צ למרק אבל להס"ד דבקדשים פסול אם לא מירק פשיטא דפסול ומחשב כשהייה וביותר תימה לפמ"ש התב"ש שם בטעם הדבר דלא שייך שהייה כשגמרו אחר עפ"י דברי הישו"ש בשם רבינו ירוחם ומקצת שחיטות דלכך במיעוט קמא לא חשוב שהייה ומיעוט בתרא חשוב שהייה משום דמיעוט קמא כל ששהה מורה דלא ניחא ליה במה ששחט מיעוט קמא ולא נחשב במנין ולכך ל"ח שהייה משא"כ במיעוט בתרא דכל ששחט אח"כ מורה דרצה לצרף השחיטה ולכך פסול ומפני זה חידש התב"ש דלכך כל שאחר גמר השחיטה לא מחשב שהייה דבאמת הראשון לא חפץ בשחיטה ששחט השני ע"ש. ובזה יש ליישב דלא קשה עליהם מה שהקשיתי מהתוס' כאן דכאן דהוא נתן לאחר למרק ומשום שהוא רצה לקבל הדם וטרוד בעבודה א"כ רצה במירוק שממרק האחר לכך יש לומר דשהייה פוסל ולפ"ז עכ"פ כשפסול בלי מירוק א"כ ודאי רוצה במה שממרק האחר ושוב פוסל השהייה ולשיטת רש"י שהיה במיעוט בתרא הוה דאורייתא

וכמ"ש התב"ש ס"ק ט' שם ואף דהתב"ש דחה דברי ר"י ומקצת שוחטים שבישו"ש הנ"ל אני הבאתי בחידושי ראיה ע"פ מה שראיתי לחכם זמנינו שהקשה בספרו הנדפס מחדש שמו מקומ"ח שהקשה דאיך אפשר דשהייה במיעוט בתרא פסול דהרי ש"ס ערוך בזבחים דף ס"ה דפליגי ראב"ש ורבנן בשהייה בסימן שני בעולת עוף ופירש"י כיון דנפיק חיותא במליקת סימן הראשון שוב אין שהייה פסול ע"ש וא"כ ממילא בשחט רוב שנים בבהמה דג"כ נפיק חיותא אין מהראוי ששהייה יפסול ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל ששחט אח"כ המיעוט בתרא רצה לצרף השחיטות יש לומר דפסול ואולי גם מה"ת אבל שם דמה שמולק הסימן השני הוא משום דבעי הבדלה וכמ"ש רש"י שם בהדיא וא"כ אין ראיה דרצה לצרף השחיטה דהיינו המליקה ובכה"ג בודאי לא פסול וז"ב. ועכ"פ יהיה איך שיהיה הדבר תמוה בהס"ד דהש"ס למה לא פריך טפי דהו"ל שהייה אמנם נראה דלפמ"ש הש"ך בסי' ב' ס"ק כ"ז שגם בשחט העכו"ם המיעוט בתרא אינו מטריף ודעת התב"ש שם דה"ה לענין שהייה בכה"ג לא מקרי שהיה דבעכו"ם שאינו בגדר שחיטה שוב לא שייך שם שחיטה דיהיה נפסל בזה ולפ"ז שוב כיון דכל עבודה אינה כשרה אלא בכה"ג א"כ באותו יום כלם בגדר פסול הם ושוב לא שייך שהיה וזהו דפריך א"כ הו"ל עבודה באחר וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' דבתמיד שאינו חובת היום לא שייך עבודה באחר ולפמ"ש אתי שפיר דממנ"פ פריך דאם אינו כשר באחר שוב הו"ל עבודה באחר ואם נימא דכשר באחר שוב פסול משום שהייה וז"ב. ובזה מיושב היטב מה דהקשו בתוס' דהו"ל שחיטה בשנים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת במיעוט בתרא ל"ח שחיטה בשנים כיון דא"צ מירוק רק בקדשים בלבד רק כל דצריך מירוק מקרי עבודה ופסול באחר ולכך קאמר דל"צ מירוק כלל ולזה שפיר פריך דא"כ למה ממרק והיינו דהו"ל שהייה כל דנותן לאחר למרק וגם דעכ"פ אסור מדרבנן משום מפרק וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא דבר נחמד ונעים ועיין ברמ"ע מפאנו סי' קכ"ג דף ע"ג ע"ב בסופו דכתב בפשיטות דיוה"כ אין חילוק מלאכות ובפ"י בשבת דף ס"ט ודף ע' ובשעה"מ הלכות שמטה ויובל פ"א ובטורי אבן במגלה כלם כתבו די"ל דביוה"כ אין חילוק מלאכות אבל הצל"ח בפסחים דף מ"ו ס"ל בפשיטות דיש חילוק מלאכות ביוה"כ ועוד מצאתי בירושלמי פ"ג משבועות ה"ד פירש הפני משה שם דמסקנת הירושלמי דאין חילוק מלאכות ביוה"כ אך בספר שלום ירושלים להגאון מוהר"נ טריבטש זצ"ל על הירושלמי במס' שבת פרק שמנה שרצים האריך בדברי הירושלמי הלז ע"ש וצ"ע:

יג והנה הוגד לי קושיא בשם שארי הרב הגאון מו"ה משלם הורוויטץ נ"י אבד"ק סטאניסנאב שהקשה בהא דאמרו בפסחים דף מ"ח דאפיק הבערה ועייל עצי אשירה

וע"ז הקשה דהרי הכ"מ בפט"ז ממ"א הכ"ד כתב על דברת הרמב"ם בקדירה שבישל אותה בקליפי ערלה וכו' התבשיל אסור וכתב הכ"מ דהא דלא מחלק הרמב"ם בין נתבשל כמאב"ד בעצי איסור קודם שיבאו עצי ההיתר וכתב דבמידי דאסור בהנאה אף אם לא נתבשל כמב"ד הרי נהנה מן האיסור ע"ש ולפ"ז בעצי אשרה דאסור בהנאה איך יכול איסור בב"ח לחול על עצי אשרה דהא כבר נאסר טרם שהגיע למאב"ד.

יד והנה לכאורה רציתי לומר דגם בב"ח אסור בהנאה והברייתא הנ"ל ע"כ סובר כן דאל"כ לא מצי לחול בב"ח על גיד ועיין שעה"מ פ"ד מיסוה"ת שהאריך בזה וא"כ גם בב"ח אסור אף שלא נתבשל כמאב"ד. אך זה אינו דבאמת אמרו בחולין דף ק"ח דאינו חייב רק בבישול שאחרים אוכלין אותו והיינו כמאב"ד וכן מבואר בתוספתא בחולין דגם באכילה אינו חייב רק בנתבשל כמאב"ד ועיין כרתי ופליתי ריש סימן צ"ב שהאריך בזה יקשה למה לא חייב מקודם שהרי נהנה. הן אמת שהרמב"ם ס"ל דאינו חייב על הנאה מלקות כמ"ש בפ"ח ממ"א אבל לשיטת הפוסקים דס"ל דלוקין על הנאה ועיין מלמ"ל פ"ד מיסוה"ת קשה אבל באמת ז"א דלפמ"ש הרמב"ם בהנקודה נפלאה לא שייך לומר דאסור בהנאה בב"ח טרם שנתחייב על אכילה דאין שם בב"ח ע"ז וא"כ לפ"ז שפיר אינו חייב רק בנתבשל כמאב"ד ושוב יקשה היאך חל בב"ח על עצי אשרה. והנראה בזה כיון דבב"ח יש בו חומר שחל בחצי שיעור בשר וחצי שיעור חלב שוב יש בו איסור חמור מגיד ולכך חל. ובזה יש להאריך בהרבה קושיות שהקשה השעה"מ דאיך חל בב"ח על גיד. ולפי מ"ש יש לומר דיש בו חומר דסגי בח"ש חלב וח"ש בשר ובאמת שיש לעיין דכיון דאסור משום גיד אפשר דשוב אינו מצטרף דכל הטעם דמצטרף הוא לפי שכל אחת היתר וכאן הבשר אסור משום גיד וצריך לומר דמ"מ מצד בב"ח כל אחת מותר בפני עצמה וצ"ע בזה ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' ל"ו ובהגה"ה שם ודו"ק ועיין בכו"פ הנ"ל סי' פ"ז ס"ק י"ג:

טו והנה לכאורה היה נראה לי דבר חדש דבב"ח כשאין בשניהם דהיינו בבשר וחלב רק חצי שיעור אז אף איסור תורה אין כאן והטעם דהרי המהרלב"ח הובא במלמ"ל פ"א מחמץ דדבר שהיה לו שעת הכושר כמו חמץ אין אסור חצי שיעור מן התורה ולפ"ז בב"ח דהי' לו שעת הכושר שוב חצי שיעור מותר מה"ת דאין לך שעת הכושר גדול מזה דכל חד בפני עצמו שרי ועי' מנחות דף ק"א ובכורות ט' דאמרו בהדיא דבב"ח מקרי היה לו שעת הכושר וא"כ שוב לא מצי לחול על איסור גיד דגיד ח"ש אסור מן התורה משא"כ בב"ח וצ"ל כיון דחצי שיעור אין מפורש בתורה ויכול איסור אחר לחול עליו שוב לא מקרי חומר כלל וא"כ שוב אדרבא בב"ח חמור דעכ"פ כשיש בין שניהם שיעור כזית

שוב לוקה מן התורה ודו"ק. ובזה אמרתי דבר נחמד ע"ד הפלפול בהא דאמרו בב"ק דף מ"א וממאי דלא יאכל את בשרו להיכא דשחטי' משחט אתי וכו' דלמא להיכא דסקלי' מסקל דאסור בהנאה וכדר"א דאמר כ"מ שנאמר לא תאכל וכו' והדבר תמוה דל"ל דר"א הא גם לחזקי' הא כאן כתיב לא יאכל בצירי וגם חזקי' מודה כדאמרו בהדיא בפסחים דף כ"ב ע"ב וכבר נתקשה בזה בפ"י בב"ק שם וכבר קדמו בשיטה מקובצת שם ע"ש שנדחקו ולפענ"ד נראה דהנה לכאורה קשה טובא דמה פריך הש"ס בפסחים על חזקי' דלמה לי קרא דבעל השור נקי והרי כתיב לא יאכל בצירי והרי התוס' הקשו בב"ק בהא דאמר ממשמע שנאמר סקל יסקל השור איני יודע שנבלה היא ונבילה אסורה באכילה והקשו התוס' הא איצטריך לב"פ דלא בעי שחיטה וכתבו דבלא"ה פריך שפיר ע"ש ובשיטה מקובצת מ"ש בזה. ולפ"ז הרי הבאתי דברי המהרלב"ח דלכך אצטרך הרמב"ם לכתוב דח"ש אסור בחמץ מקרא דלא יאכל בצירי משום דהי' לו שעת הכושר ולפ"ז הרי שור הנסקל מקרי לא הי' לו שעת הכשר כדאיתא במנחות דף ק"א ובכורות ט' מטעם שפירש"י דבחיים אסור ולפ"ז בב"פ דל"צ שחיטה א"כ ל"מ אם נימא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת היא משום דאינו זבוח והרי ב"פ א"צ שחיטה אלא אף אם נימא דהאיסור הוא משום אבמה"ח מכל מקום כל דא"צ שחיטה לית ביה משום אבמה"ח כמ"ש הט"ז בסי' י"ג בשם רש"י ועתב"ש שם וא"כ בב"פ ליכא משום אבמה"ח ושוב מקרי היה לו שעת הכושר והיה חצי שיעור מותר ולכך אצטריך למכתב לא יאכל ושוב אין ראיה דיהי' אסור בהנאה לחזקי' דהא לחזקי' אין הנאה בכלל אכילה רק כל דכתיב לא יאכל בצירי וכאן אצטריך למכתב לאסור חצי שיעור והיא קושיא נפלאה וצ"ל דלפמ"ש התוס' בב"ק שם דלמסקנא ניחא דנפקא לן מבשרו אף דשחטו ועבדו כעין בשר ע"ש א"כ כיון דלא מיירי מב"פ שוב לא היה לו שעת הכושר ושוב לא אצטריך קרא לחצי שיעור וא"כ שוב אתי לא יאכל בצירי לאסור בהנאה ושפיר פריך ולפ"ז להס"ד דלא ידענו מעבדו כעין בשר א"כ שוב היה מקום לומר דמיירי בב"פ שוב ל"ק לחזקי' רק לר"א דסתם לא יאכל ולא תאכל ג"כ הנאה בכלל ודו"ק היטב. ומה שהקשו בצל"ח פסחים דף כ"ב שם ובשעה"מ פ"ד מיסוה"ת בהא דמשני א"כ לכתוב לא יהנה והקשו דלהרמב"ם דבהנאה אין בו מלקות א"כ לא מצי למכתב לא יהנה דאז היה לקי לפענ"ד לק"מ דדוקא היכא שההנאה הוא בכלל אכילה והקרא הוא כולל אכילה והנאה עד"מ בב"ח דכתיב שלשה פעמים לא תבשל אבל גם אכילה לא כתיב וא"כ הנאה לא יצא מידי אכילה ואינו לוקה אבל כאן דמסקל יסקל אתי לאכילה א"כ אם לא יאכל אתי לאיסור הנאה שוב הוה קרא מיותר שפיר לוקה אף דנכלל באכילה ושפיר מצי למכתב

לא יהנה אבל זה דחוק ובלא"ה תמיה טובא דלפמ"ש התוס' דמצי למפרך דלמא מיירי בב"פ א"כ היכא אמר אי איסור אכילה מסקל יסקל נפקא הא אינו מוכח כלל דדלמא מיירי בב"פ והיא תימה גדולה לשיטת התוס'. אמנם נראה דהנה הרא"ה הובא בשיטה מקובצת כתב דאף מב"פ ע"כ מוכח מסקל יסקל דהשור נאסר באכילה דאי אפשר לומר דלא הקפידה התורה רק על עונש השור ולא על הבעלים וזה לא מסתבר ע"ש ולפ"ז נראה לפענ"ד דבזה מחולקים שני התירוצים דהנה אם נימא דקרא מיירי בכל השוורים אף שאינם ב"פ וא"כ מסקל יסקל מוכח שהוא נבלה ונבלה אסורה באכילה וא"כ ממילא שייך לומר דלא יאכל אתי על הנאה דבכלל לא יאכל הוא בין לר"א בין לחזקיה וכמ"ש אבל זה כשנאסר מתורת נבילה אבל אם נימא דמיירי בב"פ ואיסור אכילה לא בשביל שהוא נבילה דא"צ שחיטה רק דהוא בשביל עונש הבעלים א"כ יש לומר דאף דבכ"מ הנאה בכלל אכילה היינו דוקא במקום שאסור באכיל' מצד שהתורה אסרתו באכילה כנבלה וטריפה וכדומה אבל כאן שאינו רק לעונש מנ"ל דהנאה בכלל דלמא סגי בעונש אכילה בלבד ובהנאה מותר וכעין שכתב העיטור לענין חמץ שעבר עליו הפסח דסגי לקנסו באכילה לבד ולא בהנאה ועיין בטוש"ע או"ח סי' תמ"ח ולפי"ז הכי קאמר אמרי ה"מ היכא דנפיק לי' איסור אכילה ואיסור הנאה מקרא מלא יאכל אבל הכא דאיסור אכילה מקרא דסקל יסקל נפקא אס"ד האי לא יאכל את בשרו איסור הנאה הוא נכתוב לא יהנה והוא משולל ביאור דמה נ"מ אם נפיק מחד קרא או שיש קרא מיוחד על איסור אכילה. ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא אם נימא דאיסור אכילה הוא בשביל דהוא איסור שהתורה אסרה באכילה א"כ גם הנאה בכלל לא יאכל אבל כאן דמסקל יסקל נפקא והיינו שהוא עונש א"כ א"א לומר דלא יאכל אתי לאסור בהנאה דמנ"ל דהא הנאה אינו בכלל אכילה והי' לי' לכתוב בהדיא לא יהנה וזהו דקאמר א"נ לא יאכל את בשרו למה לי דעבדיה כעין בשר והיינו א"נ דנימא כתירוץ התוס' דבאמת הו"מ למפרך דלמא ב"פ את בשרו אתי דעבדיה כעין בשר ודו"ק. ומעתה מיושב היטב הקושיא הנ"ל דגם אם כתיב לא יאכל על הנאה ג"כ לוקה דבשלמא כשהנאה אסורה בשביל דאסור באכילה שייך לומר דאין לוקה על הנאה דהוא בכלל אכילה אבל כאן דהוא איסור בפ"ע שפיר לוקה וא"כ שוב הי' לו לכתוב הנאה בפירוש וז"ב כשמש. ובזה מיושב קושית השטה מקובצת שם בשם הרא"ה דבפסחים אמרו דף כ"ד דלא יאכל אתי לכל איסורים שבתורה דאסורים בהנא' ולמה לא כתיב לא יהנה. ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא כאן שייך האי קושיא ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד ועצה עמוקה. ובזה מיושב מ"ש התוס' דל"צ לדר"א דאכילה ידענו מסקל יסקל ולפמ"ש להס"ד לא שמענו מסקל יסקל דלב"פ ל"צ

שחיטה ודו"ק: והנה בהא דאמרו בחולין דף ק"א למאי דאפכן שגג בשבת והזיד ביוה"כ חייב וכו' וע"ז אמר רבא תרוייהו בהדי הדדי קאתיין ופירש רש"י ואין כאן אחרון וע"כ כי פטר לי' ריה"ג משום דקסבר כיון דבכולל ומוסיף אין איסור חל על איסור באיסור בת אחת נמי לא מחייב אלא לחדא וא"נ הזיד באחד מהן הרי שגגת חבירו עומדת וחייב והקשה אותי חכם אחד מקראקא ושמו ר' שמעלקא ני' דא"כ למה יתחייב אחת כשהזיד באחד מהן דבשלמא בשוגג בשתיהן חייב על אחת ממנ"פ או בשביל יוה"כ או בשביל שבת אבל בהזיד באחד מהן למה חייב אפילו אחת ולפענ"ד נראה דהדברים ברורים דהנה כבר הבאתי דברי הרמ"ע מפאנו שביאר דלכך לא ס"ל לריה"ג בת אחת אף דודאי חלו שתיהן והרי אף למאן דלא ס"ל איסור חל על איסור בב"א חל וכתב הוא דדוקא למאן דלא ס"ל דבעי חמור על קל א"כ בבת אחת יש לומר דחל דהא שניהם באו בב"א והי מיניהו מפקת אבל לריה"ג דלא ס"ל איסור חל על איסור משום דבעי חמור על קל א"כ בב"א אין כאן חומר על הקל דמאן מפיס איזה איסור קדים ולפ"ז עכ"פ על אחת בודאי חל דהא שניהם באים כאחד ואין כאן חומר על קל עכ"פ אחד חייב ואף דאין חל בב"א היינו לחייב שתים דבעי חמור על קל אבל אחת בודאי חייב וז"ב כשמש ומ"ש להקשות על דברת התוס' הזיד בשבת ושגג ביוה"כ פטור דהקשו דלר"ע נמי פטור דאינו שב מידיעתו דהא מזיד על השבת דאיסורו חמור דהוא בסקילה וכתבו דיוה"כ חמור ליה דהוא יוה"כ ומחילה וסליחה וע"ז הקשה דא"כ להיפך דהזיד ביוה"כ ושגג בשבת אינו שב מידיעתו ולק"מ דבזה יש לומר להיפך דשבת דחמיר בסקילה הי' שב מידיעתו: ובמ"ש מיושב היטב הא דק"ל טובא בהא דאמר תרוייהו בהדי הדדי קאתיין דהרי מומר לחלל שבת הו"ל מומר לכל התורה ומומר ליוה"כ לא הוה מומר לכל התורה דלא שייך לומר הטעם דהוה כעובד ע"ז וכמ"ש בפרמ"ג בפתיחה כוללת ומשיג על התב"ש שכתב בפשיטות דיוה"כ הוה ג"כ מומר לכל התורה וא"כ שוב הוה עכ"פ שבת איסור חמור דיוה"כ אין בו חומר של מומר לכל התורה והו"ל קל על חמור ואיך חל בב"א. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שחל בב"א הרי חלו יחד ורק דאנן בעינן חמור על קל והרי לא נודע מי חל קודם וא"כ עכ"פ אחת חייב בודאי ובזה לא שייך קל על חמור וכמ"ש. ובמ"ש למעלה מדוקדקים דברי רש"י בד"ה שבת הוא במ"ש והני איסור בת אחת נינהו דהא בהדי הדדי אתי כשקידש היום מיהו אי אמרת בשלמא אית ליה לריה"ג בא"כ או מוסיף דחיילי איכא למימר מש"ה מתחייב אתרווייהו דהא אי נמי הוה אפשר דקדמי' חד לחברי' הוה אתי חברי' וחייב עלה דשבת לגבי יוה"כ הוה איסור מוסיף וכו' והדבר תמוה למה האריך רש"י כ"כ היה לו לומר בפשיטות דכאן הוה ב"א וכל שחל בכולל

ומוסיף גם ב"א חל. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת קל על חמור לא חל בכולל וא"כ ק"ל מה מועיל בת אחת וזה כוון רש"י דאם נימא דריה"ג אית ליה כולל ומוסיף אף קל על חמור א"כ גם אם נימא דחד קדים לחברי' עכ"פ הוה כולל ומוסיף אבל אם נימא דבעי חמור על קל א"כ מה מועיל ב"א דמאן מפיס איזה מהן קדים וכמ"ש הרמ"ע ודו"ק היטב:

טז והנה במ"ש ביבמות שם בשלמא זר מעיקרא שרי במלאכה ואסור בעבודה אתיא שבת מגו דקא מתסר במלאכה מתסר נמי לעבודה ופירש"י דלא שייך מוסיף דבעי שיהיה נתוסף איסור על החתיכה דהיינו עבודה ודוקא אם היה שייך שהשבת מוסיף איסור על הכהנים אבל זה ל"ש דהא לגבי כהנים שבת לא מתסרא וקשה לי טובא למה לא נימא מגו דמוסיף איסור בעבודה לגבי קרבן יחיד גם לגבי ק"צ מקרי מוסיף ובשבת לא קרב קרבן יחיד (שוב ראיתי דזה אינו נקרא מוסיף רק שעל אותה עבודה הי' ניתוסף איסור וכאן לא שייך זאת ודוק) הן אמת שיש להסתפק אי חייב כלל בקרבן יחיד ששחט בשבת דהא אם זרק הורצה ועיין תוס' חולין דף מ"ם ע"א ד"ה חייב ואף דאני הקשיתי על דבריהם ממשנה מפורשת בכריתות דף חי"ת אבל עכ"פ גוף הדין נכון. ולכאורה הבאתי ראיה דאל"כ מה פריך זר ששימש בשבת במאי לימא בקרבן יחיד שאינו דוחה שבת וחייב על השחיטה וע"כ דאינו חייב על השחיטה. ומיהו יש לדחות דבאמת כל הטעם דנחלקו ב"ק ור"ח הוא משום דבמקדש הותרה והרי קרבן יחיד לא הותרה במקדש כלל. אך זה אינו דהרי באמת לפי מה דמפרש דפליגי באיסור כולל ובבת אחת שוב אי אפשר לומר טעמם של ב"ק ור"ח בשביל זה רק דהתחילו לדון כן וכמ"ש הרשב"א בחידושיו וא"כ שוב מצי לאוקמא בקרבן יחיד וע"כ דאינו חייב. ומיהו יש לומר דלא שייך משום זרות גבי קרבן יחיד כיון דגם הכהן פסול לזה דבשלמא בעבודה דכשרה בכה"ג אף דכה"ד פסול אבל מכל מקום יפול בזה שם זרות לגבי זה אבל זה זר וכהן שווים וז"ב וא"כ אין ראיה מזה ודו"ק היטב: והנה מה שהקשיתי לעיל דלתחייב משום צובע וכתבתי דאף דכאן לא שייך צובע דלא ניחא ליה לזבוני מיניה בשרא מכל מקום למ"ד מלאכה שאצל"ג חייב למה לא חייב.

יז ולכאורה יש לדחות דאפשר דקאי אליבא דמ"ד משאצל"ג פטור אך זה אינו דבאמת בשבת ל"א ס"ל לעולא דר' יוסי ס"ל כר"י במלאכה שאצל"ג דחייב וא"כ כאן דהקושיא קאי אליבא דר"י שפיר קשה. אך לפענ"ד נראה לפמ"ש המפרשים בהא דאמר רב מסתפינא דלא לחכו עלי דרי בתראי וקשה הא מצי סבר כר"י ומשאצל"ג חייב וכתבו כיון דלא ניחא לי' הו"ל כדבר שאין דרכו לצבוע ופטור אף למ"ד משאצל"ג חייב ולפ"ז כאן דכיון דל"צ לתווסי בשרה דמא דליתי לזבוני רק דמשאצל"ג חייב וכיון שאין דרכו

לצבוע שוב פטור ובתשובה לענין השוחט עולת נדבה ביו"ט הארכתי בזה והנה ראיתי בטעם המלך הלכות גזילה דף ע' הערה נכונה בהא דאמרו בחולין דף ק"א דשבת ויוה"כ הוה איסור בת אחת ואמאי והא אם נימא דתוספת יוה"כ מה"ת ותוספת שבת אינו מן התורה וא"כ יוה"כ קדים ע"ש אמנם לפענ"ד נראה דהנה הר"ן בביצה ריש פ"ד גבי תוספת עינוי פלפל שם אם תוספת עינוי הוא קודם בה"ש או בה"ש ואף דבה"ש בלא"ה אסור מכח ספק הא לשיטת הרמב"ם ספק מן התורה לקולא וא"כ אצטריך קרא לאסור תוספת יוה"כ בספק לילה דהיינו בה"ש. ולפ"ז נראה לפענ"ד דכל שחל שבת ויוה"כ כאחת שוב גם שבת אסור וא"ל דבה"ש הוה ספק ומותר דהרי כל שלענין יוה"כ גלתה התורה דהתוס' אסור ומחזיקין שהוא לילה א"כ איך אפשר דלענין איסור שבת נחשבהו ליום ובשלמא בשאר שבת שאינו יוה"כ יש לומר דלענין יוה"כ רצתה התורה להחמיר משא"כ לענין שבת אזלינן בספיקו להקל אבל כל שחל ביחד היאך אפשר דלענין יוה"כ יחשב ללילה ולשבת יחשב ליום וא"כ שפיר חל בב"א. אמנם לפ"ז אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו ביבמות דף ל"ד דר"מ אית ליה איסור בת אחת ופירש"י משום דכשקידש היום חל עליו איסור אכילת יוה"כ ואיסור שבת וקשה הא עינוי של אכילה בודאי הוה קודם בה"ש שהרי לענין עינוי של אכילה לכ"ע הוה דאורייתא ומטעם דכתיב ועניתם את נפשותיכם בתשעה לחדש בערב ועפר"ח סי' תר"ח וא"כ מתחיל עוד מתשעה לחדש קודם בה"ש וא"כ שוב יוה"כ קדים ואיך מקרי בת אחת והיא קושיא נפלאה הן אמת דבלא"ה תמוה דברי הר"ן דהרי שיטת הרמב"ם פ"ט משגגות דעשה מלאכה בה"ש של ע"ש מקרי איקבע איסורא ומביא אשם תלוי ועיין בלח"מ שם והרי באקבע איסורא גם הרמב"ם מודה דספק אסור מה"ת דאל"כ אשם תלוי היאך משכחת לה וא"כ שוב יקשה גם להרמב"ם למה לי קרא על תוס' יוה"כ לענין בה"ש הא מקרי אקבע איסורא וגם בשבת אסור וע"כ דתוספת יוה"כ על קודם בה"ש ושוב יוה"כ קדים. הן אמת דהמעיין בחולין שם ימצא דשבת על יוה"כ ודאי חייל דהו"ל מוסיף דשבת הו"ל מיתת ב"ד ויוה"כ זדונו כרת ורק יוה"כ על שבת א"א לחול וא"כ כל שאתה אומר שיום הכיפורים קדים שבת בודאי חל. אמנם אכתי קשה למה דקאמר שם דשבת קביעא וקיימא וקאמר הש"ס סוף סוף תרווייהו בהדי הדדי קאתי אמאי לא קאמר דאדרבא יום הכיפורים קדים.

יח אך לפי עניות דעתי נראה דבר נכון דאם נימא דשבת קביעא וקיימא וא"כ יוה"כ עצמו לא מצי לחול על שבת א"כ איך שייך לומר דתוספת יוה"כ חמור הא התוספת אינו רק על מה שיש גוף יוה"כ שייך התוספת וכיון שגוף יוה"כ לא חל פשיטא דלא יהיה טפל חמור מן העיקר ושפיר אמרינן דעכ"פ בהדי הדדי קאתי ושוב הוה יוה"כ קדים. אך לפ"ז

באכילת יוה"כ והוצאת שבת שוב יקשה דהיאך שייך בת אחת והא יוה"כ קדים וא"ל דלא שייך תוספות יוה"כ כל שיוה"כ לא חל דהא זה אינו דגבי אכילה מחמת שבת לא מתסר רק מחמת יוה"כ ושוב יוה"כ קדים וע"כ כפירוש התוס' ודברי רש"י צ"ע. אך י"ל דשם גבי אוכל אכילה אחת וחייב עליה ארבע חטאות וא"כ בתוספת יוה"כ דאינו רק עשה בלבד לא הוה חל על חלב ונותר שהרי אינו חל רק ע"י כולל דחל יוה"כ על דברים המותרים וא"כ הרי בקל על חמור לא חל בכולל כמ"ש התוס' בדף ל"ג ד"ה אמר אליבא דר"י וא"כ שוב לא שייך לומר דיוה"כ קדים דלענין זה לא שייך דיוה"כ קדים ודו"ק ואף אם ר"מ ס"ל דחל כולל אף על קל על חמור מכל מקום פשיטא דתוספת יוה"כ דאינו רק בעשה לבד ודאי לא יוכל לחול על איסורים חמורים ודו"ק וז"ב: והנה בהא דאמרינן בחולין שם למה דאפכן שגג ביוה"כ והזיד בשבת פטור שגג בשבת והזיד ביוה"כ חייב קשה לי לפמ"ש המהרי"ט בחידושיו לקידושין דף ע"ח בהא דאמר חזר ובא עליה עשאה חללה והקשה דהא אין איסור חל על איסור כמו באלמנה ואחותו וכתב דכי אמרינן אין איסור חל על איסור היינו לחייב עליה משום אלמנה ואחותו אבל אם שגג באחותו והזיד באלמנה לוקה משום אלמנה דמשום שהיא אחותו לא גרעא משאר אלמנה וביאור דבריו דדוקא לחייבו שתים לא שייך איסור חל על איסור אבל לחייבו אחת פשיטא דחל האחרון על ראשון אף שהראשון קדים והשעה"מ השיג עליו בהלכות א"ב דף קי"א אבל הסכים דאם איכא איסור כולל או מוסיף אבל לא התרו בו משום המוסיף נדון על האיסור השני והביא כן בשם הריטב"א ליבמות ע"ש. ולפ"ז כאן מועיל מה דשבת קביעא וקיימא ולא יכול איסור יוה"כ לחול עליו דלית ליה א"כ מכל מקום כיון דעל השבת הוא מזיד ולא שייך קרבן א"כ על יוה"כ דהוא שוגג יתחייב חטאת דדוקא שתים אינו חייב אבל אחת יתחייב. אך נראה דל"ד דשם מתחייב על אותו שהתרו בו ועל השוגג מפטר אבל כאן אדרבא אנו רוצים לחייבו על המזיד ולא על השוגג. ומה שהקשיתי למעלה דלתחייב משום מפרק לק"מ לפענ"ד דכאן א"צ להדם דבשלמא בהך דהשוחט עולת נדבה ביו"ט דאם זרק הורצה שייך משום מפרק אבל כאן דכל ששחט זר פסול שוב הו"ל מקלקל גמור ופטור. ויש להמתיק הדברים דל"מ לעולא בשבת דף ל"א דר' יוסי ס"ל כר' יהודה דמשאצל"ג חייב א"כ אליבא דר"י בחובל אינו חייב רק דצריך לכלבו או לאפרו וכמ"ש רש"י בשבת דף ק"ו דתלוי זה בזה וא"כ כאן דא"צ לדם דהא פסול לזרוק וא"כ הו"ל מקלקל ופטור אלא אף לר' יוחנן בשבת ל"א דר' יוסי ס"ל כר"ש הא בעי תיקון קצת כמ"ש התוס' בדף ק"ו ד"ה חוץ וא"כ כאן א"צ כלל ואף אם נימא דלא כרשב"ם ור"ש מחייב אף בא"צ כלל והיינו דר"ש ס"ל חובל ומבעיר חייב אף במקלקל לגמרי

מ"מ זהו מתורת חובל והרי כל חובל בשבת אינו חייב משום מפרק דהו"ל מלשאצל"ג דא"צ לדם וגם ר"ש מודה במשאצל"ג לגמרי וא"כ לא שייך מפרק כלל ודו"ק היטב: והנה לכאורה קשה לי בהא דמוקי בפרו של כה"ג וקשה הא לפמ"ש התוס' בשבת דף ק"ו דלר"י אף בחובל וצריך לכלבו חשוב מקלקל והא דחייב בשוחט בשבת אף דהו"ל מקלקל היינו לפי שתיקן להוציא מידי אבמה"ח ובשעת הקלקול בא לו התיקון שמוציא תיכף מידי אבמה"ח אבל תיקון שבא לאח"כ כמו בחובל וצריך לכלבו דבא אחר שקלקל זה לא חשוב תיקון והנה זה רבות בשנים הקשיתי דאם נימא כר"ל דמזמנין ישראל על ב"מ ואין מזמנין כותים על ב"מ משום דלישראל בשחיטה תלוי והא אשחטא וכותים במיתה תלוי כאבמה"ח דמי וא"כ שוב אינו בא התיקון להוציא מידי אבמה"ח לב"נ תיכף וא"ל דמתקן להוציא מידי אבמה"ח לישראל הא אסורה באכילה ליומא ובודאי אינו מתקן תיכף וצ"ל דהתוס' ס"ל דלא קי"ל כר"ל וכראב"י משום דמי איכא מידי וכל דשחיטה מתיר לישראל מועיל תיכף לב"נ ולפ"ז קשה לי טובא דהרי בהא דאמרו בחולין דף י"ד השוחט בשבת וביוה"כ אעפ"י שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה הקשו התוס' דאמאי כשר השחיטה הא נעשה מומר וכתבו שני תירוצים או דמיירי בצינעא ולא נעשה מומר או דבפ"א לא נעשה מומר. והנה הרמב"ם דעתו בפירוש המשנה דנעשה מומר מיד בתחלת השחיטה ואף דמקלקל הוא כיון דהוא ע"מ לתקן ועיין בחידושי ר"ן שם ובקצה"ח סי' נ"ב ובפליתי סי' י"א בזה וא"כ ע"כ כתירוץ הראשון והנה גדר בפרהסיא כתב בספר ב"ה ובתב"ש סי' ב' דהיינו בפני עשרה מישראל ולפ"ז בפרו של כה"ג ביוה"כ דהיו שם כהנים והעם רב פשיטא דהיה בפני עשרה מישראל ובפרט לפמ"ש התב"ש דדבר שידע שבודאי יתפרסם הדבר מקרי בפרהסיא וכתב דהכי משמע בסנהדרין דף ע"ד וכוונתו למה דאמרו שם אסתר בפרהסיא הוה ואף דהיה בחדרי חדרים כיון דודאי יתפרסם הדבר חשוב בפרהסיא א"כ אם שחט זר פרו של כה"ג בודאי יתפרסם הדבר ופשיטא דחשיב בפרהסיא שהרי הכה"ג יצטרך לשחוט פר אחר וכל העבודה נתקלקל וא"כ שוב הוה מומר ושוב לא הועיל השחיטה לישראל והו"ל כנתנבלה בשחיטה דל"מ גם לב"נ כמבואר ביו"ד סי' כ"ז ובתב"ש שם וא"כ שוב לא בא תיקון מיד והו"ל מקלקל גמור ולמה יתחייב משום שבת ועיין בפליתי סי' י"א שכתב ג"כ דא"צ בפרהסיא בפני עשרה בני אדם רק כל שעושה בפומבי או שהתיר עצמו למיתה אין לך מומר גדול מזה וכתב שכן נראה מהמרדכי דכל שמתחייב מיתה אין לך מומר גדול מזה וא"כ שוב נעשה מומר ונפסלה השחיטה ואין מועיל התיקון מיד להוציא מידי אבמה"ח והיא קושיא נפלאה והנראה בזה דהנה באמת הקשה הגאון מוהרד"ב בקונטריסו הנ"ל דכיון דלרבי

קיימינן וב"ק ור"ח אליבא דרבי נחלקו וא"כ לרבי יוה"כ מכפר אף על שאינם שבים א"כ לא משכחת שיתחייב על שבת ועל זרות ואף כרת דיומא לא מתחייב רק בחנקתיה אומצא וצריך לומר דגם כאן מיירי במת קודם שנשתלח השעיר ע"ש שביאר כן בהדיא ולפ"ז באמת הא שיטת התוס' דלא נעשה מומר בפ"א וגם באותה שחיטה לא נעשה מומר אך הרמב"ם ס"ל דבתחלת השחיטה נעשה מומר ונתחייב על כל חתך וחתך וכבר נעשה מומר ועיין פליתי סי' י"א ובקצה"ח סי' נ"ב ובתב"ש סי' י"א ולפ"ז כאן דיוה"כ מכפר אף על שאינם שבים וא"כ עכ"פ עד גמר השחיטה לא נעשה מומר דהא יוה"כ מכפר כ"ז שחי. אך זה אינו דאם מת קודם שעבר יוה"כ לא נתכפר כלל. ולפענ"ד נראה דנעשה מומר דבאמת הוא פקר לחלל שבת בפרהסיא ואף דיוה"כ מכפר היינו כשעבר יוה"כ אבל ביוה"כ עצמו אין יוה"כ מכפר וא"ל דמתחלה כשחלל סבר שיוה"כ יכפר עליו דא"כ בודאי לא מועיל דהאומר אחטא ויוה"כ מכפר גם רבי מודה דלא מועיל דאגב שאני כדאמרו ביומא דף פ"ז וע"כ דלא חשב כן ושוב הוה מומר והשחיטה נפסלה והדרא קושיא לדוכתה. אך נראה דרב אחא בר יעקב דמשני בשחיטת פרו של כה"ג אזל לשיטתי' דס"ל דאין מזמנין כותים על ב"מ ולא ס"ל מי איכא מידי וא"כ ע"כ ס"ל דאף דאין התיקון בא מיד ג"כ מקרי מתקן ודלא כשיטת ר"ת וא"כ שוב ל"ש דנעשה מומר דמ"מ תיקן להוציאו מידי אבמה"ח וכמ"ש למעלה וא"ש:

יט והנה במ"ש למעלה דלא תיקן להוציאו מידי אבמה"ח לישראל משום דאסור באכילה ליומא נתיישבתי דזה אינו דהרי מדאורייתא מחזי חזי וחשוב תיקון אך בפשיטות א"ש דהרי כיון דהוה קדשים ואסור לישראל לא חל אבמה"ח על קדשים וכ"כ הצל"ח בפסחים דף ע"ג ע"א גם מ"ש לעיל בשם התב"ש דכל שידע שיתפרסם הדבר הוה בפרהסיא ולמדו מסנהדרין וכמ"ש בכוונתו באמת שגם הש"ך בסי' קנ"ז ס"ק ד' כתב כן וכתבתי על הגליון שגם השל"ה כ"כ ובחבורי ליו"ד סי' רנ"ד נקוב בשם יד שאול הארכתי בזה: והנה במ"ש למעלה ליישב דלכך יוה"כ לא הוה איסור קדים אף דתוספת יוה"כ מוזהר עלה משום דכיון דשבת ויוה"כ הו"ל שבת קביעא וקיימא שוב לא שייך לומר דתוספות יוה"כ קדים דאם גוף יוה"כ לא יוכל לחול על שבת איך התוספות דקודם יחול ושם הארכתי אמנם אחר העיון קשה דהא באמת בב"א מצי חל רק דבעי חמור על קל ובב"א מאן מפיש איזה חל קודם וכמ"ש הרמ"ע ולפ"ז לפי מה שכתבתי כאן ל"ש מאן מפיש דלמא שבת קדים דזה אינו דהא באמת יוה"כ מתחיל קודם דתוספת יוה"כ הוא מן התורה וא"כ כיון שכן שוב שייך איסור ב"א ול"ש טעמו של רמ"ע והיא קושיא נפלאה. והנראה בזה דהנה בתוס' רי"ד הקשו בקידושין דף נ"א דאיך שייך לומר דבב"א איסור חל על איסור הא

כל שאינו בזאח"ז גם בב"א אינו וכתב דבאחע"א לא שייך זאת דהי מיניהו אתה מוציא ואני הארכתי בזה בתשובה עפ"י דברי התוס' בבכורות דף ט' דבקדושה הבא מאליה לא שייך כל שאינו בזאח"ז ועיין בחבורי יד שאול סי' רל"ח ולפ"ז כיון דשבת קביעא וקיימא ויוה"כ ב"ד קבעו לה וא"כ לא שייך כלל ענין ב"א דכל הטעם הוא דהי מיניהו מפקת אבל כאן ודאי שייך לומר דכיון שאינו בזאח"ז דל"מ חל יוה"כ על שבת קל על חמור גם ב"א שבת קדימה יש לו דהא קביעא וקיימא וא"כ לכך לא חל ב"א ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דמה ס"ד דלא אמר אף דא"כ ומוסיף לית ליה בת אחת אית ליה וכתבו דשבת קביעא וקיימא וע"ז הקשו דא"כ למה לי שבת היא פשיטא דחייב על שבת הקדום ולפמ"ש אתי שפיר דסד"א דיוה"כ מקרי קדים דתוספת יוה"כ דאוריית' וכמ"ש וקמ"ל דמ"מ לא שייך ב"א דקביעא וקיימא וא"כ שוב לא שייך תוספות יוה"כ דתוספות הטפל לא עדיף מגוף יוה"כ וכמ"ש ודו"ק היטב. ובזה מיושב היטב קושית הגאון מוהרד"ב הנ"ל דלפי מה דמוקי בשחיטת פרו ואפי' כה"ד דזר אצלו קאמר וע"ז הקשה דא"כ הוה איסור ב"א דכ"ע מודו דאיסור זרות לא חל עד יוה"כ והו"ל איסור ב"א וצ"ל דז"א דמכל מקום איסור המלאכה קדים דגם בלילה אברים ופדרים שמשלה בהן האור מותר להקטיר ומשום זרות אינו רק ביוה"כ עצמו לפ"ז יקשה אמאי לא מוקי בהקטרה וא"ל דהבערה בלאו והיינו משום דהוה קל על חמור דזה אינו דלגבי כה"ד הוה הבערה קיל דדוקא בעבודת היום אסור לו להבעיר משא"כ בשאר עבודות הותר לו הבערה וא"כ זרות שלו חמור וכבר כתבתי בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת קשה למה דמוקי בשחיטת פרו של כה"ג למה לא חשיב יוה"כ וכ"כ לעיל בזה וצ"ל דיוה"כ לא חל דשבת קביעא וקיימא ולפ"ז דוקא בשחיטת פרו אבל הבערה לא שייך שבת קביעא וקיימא דאדרבא מצד שבת הותר לו העבודות רק בשביל יוה"כ הוא דאסור וא"כ למה לא חשיב שלשה גם יוה"כ בשלמא בשחיטת פרו שבת קביעא וקיימא דשחיטת פרו לא הותר לכה"ד בשום פנים ולגביה לא הותר להכה"ד אבל הקטרה דהוא הבערה דהותר בשאר דבר לכה"ד שייך שוב לומר דחל גם יוה"כ דשבת לא קביעא וקיימא ודו"ק היטב. מיהו לפמ"ש בשאגת ארי' דביוה"כ אי הבערה בלאו ל"ש ביוה"כ איסור הבערה שוב יקשה לוקי בהבערה ומה דלא חשיב יוה"כ משום דלא נאסר בשביל יוה"כ וע"כ דגם ביוה"כ אסור ודו"ק. איברא דלפמ"ש דבשבת ויוה"כ לא שייך ב"א דהא שבת קביעא וקיימא קשה מהא דחשיב ר"מ אם היתה שבת והוציאו בפיו והיינו דהוה שבת ויוה"כ איסור ב"א והא גם ב"א לא חל. ומזה ראיה ברורה לפירוש רש"י דמחמת איסור אכילה

הוא ושוב שייך ב"א דא"ל דאינו בזאח"ז דגם בזאח"ז חל וכמ"ש התוס' בהדיא ביבמות דף ל"ד ולפירוש התוס' יקשה דאמאי הוה איסור ב"א ודו"ק היטב כי הדברים נחמדים מפז:

כ והנה בהא דאמרו בש"ס למאן שיירי' אי לר"י השתא לר"י בכולל חייב שתים בב"א מבעיא וקשה הא לר"י דס"ל דכולל חל דוקא בחמור על הקל וא"כ ב"א לא שייך בזה כמ"ש הרמ"ע מפאנו ולעיל הארכתי אבל לא בררתי הדברים וכעת נ"ל בהקדים מ"ש התוס' ד"ה והאמר ר"י דלכך לא אוקמא בהצתת אליתא דאינה עבודה ולא הוה קל על חמור דשניהם אינם רק לאוין משום דאיסור שבת קיל לפי שהותר במקדש אבל אם הוה מיתה בהבערה הוה איסור חמור אע"ג שהותר במקדש ואיסור טומאה נמי אע"ג דהיתר חל על איסור בע"מ משום דטמא *ששימש* במיתה ובע"מ *ששימש* באזהרה. ודבריהם צ"ב דממנ"פ אם הותר הוה איסור קל א"כ גם כשהבערה במיתה מ"מ הוה קל וגם איסור טומאה למה צריך דוקא שבע"מ באזהרה ורבי בעצמו לא ס"ל כן ולימא דהותר לא חשיב קל כלל אבל ביאור דבריהם עפמ"ש התוס' לעיל ד"ה ב"ק דלר"ח דלית ליה האי סברא דהותרה משום דרק לכהנים הותרה א"כ לדידיה בת אחת עדיף ממוסיף ולבר קפרא דהותרה מוסיף עדיף. ולפ"ז אני אומר דגם לענין זה דקל לר"ח לא מקרי קל דהא לא הותרה לגבי זר ולפ"ז אחר דאתותב בר קפרא א"כ שפיר לא הוה איסור קל מה דהותר רק דכיון דלא הוה רק לאו מקרי קל אבל אי הוה במיתה א"כ מיתת ב"ד דחמור ממיתה בידי שמים שוב הוה חמור על קל ושפיר חל אבל טומאה ובע"מ דהוה שניהם בידי שמים ואנן בעינין חמור על קל לכך הוצרכו לחדש דהוה בע"מ בלאו אבל הותר לא הוה קל כלל ולפ"ז זהו לר"ח אבל לבר קפרא דהותר מקרי קל א"כ שפיר פריך השתא בכולל מחייב בב"א מבעיא דא"ל דבב"א לא מצי לחול דזה אינו דממנ"פ אם שבת חל מקודם שוב מקרי זר חמור דשבת הותר ואם להיפך יש מעלה דזר אינו רק בידי שמים וזה בידי אדם וכן בע"מ *ששימש* ג"כ הוה כן דבע"מ לא הותר משא"כ טומאה דהותר ולהיפך ג"כ דטומאה הוה במיתה וכן במליקה וזרות מליקה הותר א"כ זרות חמור ולהיפך ג"כ זרות לא מצי לחול מקודם דכ"ז שלא נמלקה לא הותר לכהנים ולא חל איסור זרות כלל כמבואר במכות דף י"ח וברמב"ם פ"א ממעה"ק הי"ח דכ"ז דלא חזי לכהנים אינו חייב משום זרות ושפיר פריך אליבא דבר קפרא ודו"ק היטב כי הוא עצה עמוקה: ובזה מיושב היטב מה שהקשו הרשב"א והריטב"א כיון דמוקי פלוגתייהו דר"ח וב"ק באיסור כולל או איסור בת אחת למה לי' לר"ח וב"ק לומר טעמים כשהותרה במקדש וכו' והיא תימה גדולה. ולפמ"ש אתי שפיר דגם זה בכלל פלוגתא דאל"כ לא הוה שייך כולל דבעי חמור על קל וכן איסור ב"א ודו"ק ועיין תוס' ד"ה אלא ומ"ש שם בתירוץ השני דר"ש לשיטתי'

דאיסור זרות חל לפני זריקה לפענ"ד דחוק מאד דאכתי קשה לר' יוסי דלא מצינו שיסבור כר"ש בזה. ובלא"ה יקשה דא"כ מה פריך ואלו מליקה שיירה וקשה הא אכתי יש לומר דר"י לא ס"ל כר"ש וא"כ לא שייך בב"א לר"י מיהו זה אינו דעכ"פ כולל הוה והתוס' לא הקשו רק דב"א לא משכחת לה אבל כולל הוה דזרות כולל יותר מנבלה ודו"ק. אבל באמת יותר מחוורתא תירוצים הראשון: והנה במה שהקשיתי למעלה ממחוסר בגדים הקשה אותי ש"ב תלמידי מוה' אברהם ני' נכד הגאון דו"ז בעל ים התלמוד דא"כ גבי בע"מ ששימש בטומאה יקשה הא הוה מחוסר בגדים והשבתי דגם בע"מ כיון דלאו בר עבודה הו"ל כזר ולא שייך ביה מחוסר בגדים וכן נראה מדברי הכ"מ פ"ט מביאת מקדש דכל דלא חזי לעבודה לא שייך מחוסר בגדים דוק ותמצא:

כא והנה במ"ש למעלה לחלק דבשחיטת פרו של כ"ג שייך לומר דשבת קביעא וקיימא דהא הוה זר אצלו משא"כ בהבערה לא שייך קביעא וקיימא דמצד שבת אלולי שהי' קדושת יוה"כ הי' מותר הנה יש לפקפק ע"ז דמ"ש וכמו דהוא מותר בהקטרה מצד קדושת שבת אם לא היה קדושת יוה"כ כמו כן בשחיטה. אך יש לומר דשחיטה דאסור בלילה דביום צוותו כתיב שוב שבת קביעא וקיימא (דגם מצד שבת אסור לשחוט פרו בלילה) משא"כ בהקטרה דהותר במקדש לא שייך לומר דקביעא וקיימא כנלפענ"ד.

כב ולכאורה הי' נראה לי דבר חדש דאם נימא דגם יוה"כ אין לו תוספות כמו שהוא דעת הרבה פוסקים באו"ח סי' תר"ח א"כ לפ"ז נראה לי דבה"ש דשבת אף בע"ש כ"כ בשם הרמב"ם פ"ח משגגות ה"ב ובלח"מ והפר"ח יו"ד בכללי הספיקות דמקרי אקבע איסורא כיון דהוא בהכנסת שבת ולפ"ז זהו שבת אבל יוה"כ דב"ד מקדשי ליה א"כ לא שייך אקבע איסורא דהא אינו קבוע מצד עצמו רק מצד דב"ד מקדשי לי' וא"כ לא מקרי אקבע איסורא דשאני שבת דקביעא וקיימא מצד עצמו משא"כ יוה"כ דרק ע"י הב"ד מתקדש אף שאפשר שאינו יוה"כ בעצם וטעו וא"כ שוב לא הוה איסור ב"א דשבת קדים איסורא. ובזה נראה לפענ"ד דלכך לא חשיב יוה"כ בזר ששימש בשבת משום דשבת קדים ובזה נראה לפענ"ד דלכך מוקי בשחיטת פרו ולא מוקי בהבערה וכקושית הגאון מוהרד"ב ז"ל דבאמת כל הטעם דשבת קדים משום דאקבע איסורא והיינו דהוא בהכנסת שבת ולפ"ז זהו לענין שחיטה דמלאכת השחיטה נאסרה עליו תיכף משנכנס השבת אבל לענין הבערה דלא נאסר בזה דהא מותר לו להקטיר אברים ופדרים שמשלה בהן האור ורק ביום נאסר א"כ עכ"פ בה"ש לא אקבע איסורא עדיין משא"כ בשחיטה דבלילה אין זמן שחיטה דביום צוותו כתיב וא"כ נאסר תיכף בהכנסת שבת ודו"ק היטב כי הוא חריף: והנה כ"כ לעיל דקשה הא בכה"ד הוה מחוסר בגדים ואי לבש בגדים

הו"ל כלאים וכתבתי דבגדי לבן של כה"ג ביוה"כ היו כלו פשתן ולא הוה כלאים כעת נתיישבתי דעדיין תמוה דהא הרמב"ם כתב פ"י מכהמ"ק ה"ה דכה"ד שלבש בגדי כה"ג ה"ז מחלל עבודה וחייב מיתה בידי שמים ומקורו מזבחים דף ח"י ושם מבואר דבכל בגדי כה"ג כשלבשם הדיוט חייב מיתה וא"כ אכתי קשה. אמנם אחר העיון בזבחים שם המעיין ימצא דהטעם הוא משום דלגבי אותן בגדים זר הוא וא"כ משום זר קא חשיב לה כבר ומה נ"מ אם הוא זר בעצם או שהבגדים זרים הם לגביה וכל שזר אצלו זר קרינן ביה. ובזה מיושב מה דהקשה השעה"מ הלכות עבודת יוה"כ לשיטת הר"י קלצון ביומא מ"ב דפרו של כהן גדול לאו משום זרות פסול דשחיטה לאו עבודה היא רק משום דלא הוה בעלים א"כ איך מוקי בפרו של כה"ג דהא אינו חייב משום זרות רק משום דלא הוה בעלים דידיה. ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דזר כשר לשחיטה היינו משום דבזר לא שייך מחוסר בגדים אבל בפרו של כה"ג דפסלה תורה אף לכה"ד וצריך דוקא כה"ג והוא בעלים דידיה א"כ שוב פסול משום מחוסר בגדים או יתור בגדים דעכ"פ אינו לבוש בבגדים שצריך לזה. ובזה מובן מה שכתבו התוס' בקידושין דבזר לא שייך מחוסר בגדים וכן הוא בתוספתא הובא ברמב"ם פ"ט מביאת מקדש הי"א ולפמ"ש אתי שפיר דבגדים חסרים ה"ט דמשוי להו זרים והרי הוא זר בעצם וז"ב. ובזה מיושב קושית הגאון מוהרד"ב הנ"ל דלכך לא מוקי בהקטרת אימורים דאז שוב יקשה למה לא חשיב משום מחוסר בגדים ובהקטרה ליכא למימר דזר הוא דהרי באמת הזרות של יתור בגדים חל עליו עוד בלילה וא"כ שוב זרות קדים ולא מצי חל הבערה בלאו על זרות הקדים דבשלמא הך זרות שזר לגבי הפר זה לא בא עד עכשיו אבל הזרות של יתור בגדים בא קודם ודו"ק היטב כי הוא עמוק: והנה במ"ש למעלה דלהר"ן דתוספת הוה מכח דבה"ש ספיקו מותר כעת נראה די"ל דביוה"כ אסור לא מפני שספק הוא רק שביוה"כ אסרה תורה גם היום אך זה אינו במשמע דברי הר"ן דהר' כתב דהיום לא אסור רק בה"ש. איברא דהר"ן סותר עצמו דביומא לא כ"כ וגם לפמ"ש הכ"מ פ"ט מט"מ דבספק כרת מודה הרמב"ם א"כ מבואר דלא כמ"ש הר"ן.

כג איברא דדברי הכ"מ תמוהים וכמ"ש מהרי"ט בתשובה והנה לכאורה קשה לשיטת הריב"א דמיתה דמחוסר בגדים הוה אף בביאה גרידא לאהל מועד אף בלי עבודה כמ"ש התוס' ד"ה להביא ביומא דף ה' א"כ זרות דמחוסר בגדים קדים אף למה דמוקי בב"א מכל מקום הזרות קדים ואני עשיתי סמך לדברי הריב"א בהא דאמרו יומא דף י"ב אבנטו של כה"ד ביוה"כ וקשה לשיטת הרז"ה ודעימי' דביו"כ אין שום עבודה שכשרה בהדיוט ולא הי' פייסות כלל וקשה א"כ למה לי' לאבנט ליוה"כ ומהתימה על הרמב"ן שלא

הרגיש בזה ומצאתי בתוס' ישנים ביומא שם שהרגיש בזה. וכתבו דהי' פייסות וכמ"ש הרמב"ן ואכתי קשה על הרז"ה ולפמ"ש אתי שפיר דנ"מ לענין כה"ד שנכנס שלא לעבוד דהי' צריך בגדים מיהו לפמ"ש הריטב"א בקידושין דף ע"ז דזה מקרי בב"א דאין אנו דנין על העושה רק על גוף האיסור א"כ גם כאן אתי שפיר ולפמ"ש בתשובה לפלפל בדברי הריטב"א יש ליישב בזה קושית הגאון מוהרד"ם הנ"ל במה דלא מוקי בכה"ד ובהקטרת ודו"ק.

סימן מז

א סוגיא דאדמון ורבנן בכתובות דף ק"ט ע"ב בחד דאתי מכח ארבעה.

ב הנה נדרשתי לאשר שאלו עיני ולבי בלמדי הסוגיא בכתובות דף ק"ט וביבמות דף ל"ח ע"ב דאמרו שם דחד דאתי מכח ארבעה פליגי דאדמון סבר מכל מקום דרכי אית לי גבך ורבנן ס"ל דמצי לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מציתי לאשתעויי דינא בהדייהו והנה נסתפקתי איך הדין אם אותן ארבעה שמכרו היו יורשים שירשו מאביהם שמת וחלקו והגיע לכל אחד חלק וזה בא וטען דרכי גבך מהו הדין לרבנן וטעם הספק דבשלמא בארבעה דעלמא כל אחר יכול לדחותו ואף דאותן ארבעה באו מכח חד מכל מקום כל אחד יכול לומר אני קניתי שדה ודרכך לית גבאי אבל כאן באחים שחלקו אלו היה בא בע"ח וטרף חלקו של אחד מהם בטל החלוקה והוה כאילו לא חלקו וא"כ כיון דאתי מכח חד שוב יש לזה טענה דרכי אית לי גבך וגם אותן ארבעה הם כחד וא"כ אותו שבא מכח אותן ארבעה הוא נחשב כמו הם וא"כ יכול לטעון דרכי גבך או דלמא דשאני היכא שבא בע"ח וטורף דאז נתגלה למפרע דלא חלקו כדין אבל כאן כיון דכל אחד מצי לדחות א"כ שוב חלקו כדין כיון דאין מגיע לשום אחד מהאחין נזק בחלוקה דכל אחד יכול לדחות וא"כ שוב לא נתבטל החלוקה וא"כ שוב הוה כארבעה דעלמא דכל אחד יכול לטעון דרכך לית גבאי עוד יש לעיין דלפי מה שחידש הט"ז בחו"מ סי' ק"ג דהא דאמרינן אחין שחלקו לקוחות הן הוא דוקא לענין החלוקים שנפלו ביניהם כמו לענין להחזיר זה לזה ביובל או אם בא הבע"ח וטרף חלקו של אחד דבטל החלוקה לענין הם עצמם אבל לאחריני הוו כיורשים והביא ראיה לזה ואף שהתומים דוחה דבריו כבר הכינותי תשובה מיוחדת בענין זה וביררתי דברי הט"ז ואפס קצה מוזכר בספר מפרשי הים כמ"ש פ' הגוזל בתרא יעו"ש וא"כ לפ"ז לגבי זה שטוען דרכי גביכם הרי הם כאילו היו יורשים גרידא וא"כ יכול לטעון דרכי גביכם אבל מ"מ יש לדחות דניהו דדין יורשים יש להם אבל כל אחד לא ירש כלו רק חלקו ויכול לדחות כל אחד אני לא ירשתי דרכך וכבר ירשתי וקם דינא ולמה יתבטל הירושה בזה

וזה לדעתי ספק עצום ומושכל. ולפענ"ד נראה דהדבר מבואר בש"ס שם בהאי דאמר להו דיקלא לברתי אזול יתמי פלוג לה לנכסי סבר ר"י למימר היינו מתניתין וא"ל מי דמי התם כל חד וחד מצי מדחי לי' הכא דיקלא גבייהו. והנה כל הקדמונים תמהו דהא גם הדקל אצל אחד מהם הוא וכל אחד מצי לדחותה. ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא בשדות דלקחו אנשים דעלמא שפיר מצי לדחות כל אחד אבל כאן שהם ירשו השדות וכיון שלא קיימו כפי הצוואה נתבטל החלוקה ואיך מצי למדחי דהא לגבי הברתא הוה כיורשים ולא כלקוחות ונתבטל החלוקה ושוב צריכין ליתן לה דקל אחד וז"ב מאד. ובזה עמדתי על לשון רש"י שכתב דסבר ר"י למימר היינו מתניתין ופירש"י דאז לא גבי כל חד וחד ומצי מדחי לה כרבנן והיא תימה דאף כאדמון מצי אתי דארבעה דאתו מכח חד כ"ע לא פליגי וזכורני שזה רבות בשנים שראיתי בשו"ת הגאון מוהר"ז ז"ל מבראד בחלק חו"מ שנשאל בזה ואינו תחת ידי לעיין. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה לא הוה ס"ד דר"י כלל לדמות לארבעה דאתו מכח חד דשאני התם שהם ארבעה אנשים מחולפים אבל כאן אף שכלקוחות דמו מכל מקום לגבי אינש אחרינא הוו כיורשים ושוב צריכין ליתן לה חלק אלא ס"ד דר"י לדמות לחד דאתא מכח ארבעה דרבנן ס"ל שם דמ"ל אי שתקת והיינו דאף דאינו מהדר מכל מקום כיון דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וארבעה הוה מצי לדחותו אף שכלם ביחד לא מצי לדחות כיון שכל אחד מצי לדחות הוה אותו זכות ללוקח אף שבודאי באחד דרכו גבי' וה"ה ביורשים כיון דעכ"פ כל אחד שירש מצי לדחות א"כ למה יתבטל הירושה וע"ז דחה דהחלוקה היה בטעות והירושה שלא כדין ירשו דהיו צריכין מקודם לתת לה הדקל ולחלוק בהנשאר ול"ד לאחין שירשו דעכ"פ השדות בדין ירשו וא"כ שוב כל אחד יכול לדחות דרכך לית גבאי משא"כ בזה וז"ב כשמש: והנה לכאורה בארבעה דאתו מכח חד צריך להבין כיון דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו והרי הוא היה צריך לתת דרך אחד עכ"פ וא"כ איך יכול למכור לארבעה בלי שיור דרך דעכ"פ לא היה לו זכות למכור אותו דרך אך זה אינו דלכל אחד לבדו היה לו כח למכור ויתן הדרך בשדה השנית וא"כ כל אחד פשיטא דמצי לדחות דאני לא קניתי השדה עם דרכך וז"ב ועיין בט"ז יו"ד סי' ט"ז ס"ק ח' מ"ש בזה וכאן עדיף משם דגם המוכר היה לו כח למכור כל אחת מהשדות וליתן לו דרך בצד אחר ואף להרביעי שכבר מכר להשלשה מכל מקום כיון דעכ"פ יכול להיות שהדרך הוא באלו השלשה א"כ מה לו ללוקח בגזילתו של זה מ"מ אותה השדה היה לו כח למכור ויקנה לו דרך מהשלשה הראשונים וז"ב. ובזה מיושב היטב מה שפירש"י כרבנן דשם ביורשים שירשו השדות והדקלים אף אם נחשבים כלקוחות מכל מקום כיון שאביהם

צוה לתת לה דקל וא"כ שוב לא יוכלו לירש דקל אחד דשייך להבת וא"כ באיזה כח יפקע זכותה והרי שיטת הט"ז דאם אחד נשבע שלא ישחוט בהמתו דגם אם מכרה לא יוכל השני לשוחטה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו והרי הוא לא יכול לשוחטה וכתב דזה אינו דלא נשבע רק כ"ז שהיא בידו ע"ש וא"כ כאן שצוה לתת לה למה לא יוכל להוריש לה דקל ושוב אין להם לירש דקל אחד ולכך לאדמון פשיטא דלא מצי מדחי רק לרבנן הוה רצה לדמות למה דאמרו בארבעה דאתו מכח חד דכל אחד יכול לדחות עכ"פ שהוא לא גזל דקל שלה וע"ז חלקו דל"ד דשם כל אחד מצי למדחי וכאן הרי לא היה להם כח לירש דקל אחד מה שצוה לתת לה וז"ב ומיושבים היטב דברי רש"י ודו"ק: והנה בהא דאמרו אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרי'. לכאורה אין זה סברא כלל ועיין בשיטה מקובצת. ולפענ"ד נראה דהנה לכאורה יש לאותו חד לטעון אילו הייתי יודע שיש לזה דרך לא הייתי לוקח אך זה אינו דכבר כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז דל"ש אומדנא כל שיש דעת אחרת ואדעתא דהכי מכר לו ע"ש ולפ"ז בחד דאתיא מכח ארבעה דחד להמוכר לא אכפת לי' שיכול לדחותו אל האחר וא"כ שוב שפיר יכול לומר מהדרנא שטרא למרי' אך לפ"ז גבי מכר שדה לאחד או לג' דאמרו ג"כ מהדרנא לא שייך לכאורה זאת הסברא ועיין בראב"ד פי"ט ממלוה שצווח ארבעה צווחות ולא נפניתי כעת להעתיק בזה. והנה בשו"ת מימוני לספר קנין סי' י"ד כתב דלא שייך מהדרנא שטרא למרי' רק היכא שהוא מוחזק ולא כשבא להוציא וביאור הדברים נראה לפענ"ד דבאמת ענין מהדרנא שטרא למרי' אין לו מובן כלל וכמ"ש ואמנם צ"ל דהכוונה כל שיש זכות לראשון יכול לומר השני הרי אני כמו הראשון אך ז"א דבפ"ק דב"ק רוצה להיות עדיף מראשון דנזקין וב"ח דינם בעידיות ובינונית כראשון והוא רוצה להגבותם זיבורית וצריך לומר דענין מהדרנא שטרא למרי' הוא רק כיון שאתם רוצים לגבות ממני בשביל שמגיע לכם ממרא קמא א"כ כיון שאתם באתם מכח מרא קמא וקניתי שעבוד שלכם א"כ הוה כאילו הוא ביד מרא קמא והדרנא שטרא למרי'.

ג אך עדן צריך ביאור דאם הי' מהדר ורואין אנו כאילו הוא מוחזר א"כ למה נימא דרק הזיבורית ובינונית מהודר ועידיות לא מאן מפיס נימא דהוה כאילו הוא מהודר וצ"ל כיון דאם רוצים לסלק הלוקח מחזקתו א"כ כיון שזה מוחזק א"י להוציאו מחזקתו ודלמא היה הראשון ג"כ מכר לו (דיותר) שלו בראשונה דלא הי' יכולין לגבות מהעדיות וניהו דכעת מכר העדיות באחרונה כיון דאתם רוצים לסלק אותו ולהיות מהדר השטר למרי' א"כ הוה ספק אולי היה מוכר העדיות בראשונה ועכ"פ הוה הלוקח במקום המוכר ומספק א"י להוציא ממנו. עוד נ"ל כיון דהזיבורית ודאי משועבד לכלם א"כ כל העומד לגבות

כגבוי דמי והוה כאילו לא נמכר כלל ועיין בתוס' סוטה דף כ"ה ד"ה ב"ה דדוקא היכא דהוא ספק בגוף החוב הוה לאו כגבוי אבל כל דאינו ספק הוה כגבוי ולענין הזיבורית הוה כגבוי והוה כאילו לא מכר כלל הזיבורית ויכול לומר מהדרנא שטרא למרי' דבשלמא העדיות כיון שהיה יכול למכור מקודם א"כ אינו ברור הגביה מנייהו והוה המכירה מכירה אבל הזיבורית בודאי שעבוד קודם ולכך לענין ב"ח ל"ש לומר דהוה כאילו מהודר דיכול לומר לכי תהדר דכל ענין דהוא מבטל השטר משום דעומד לגבות והרי ב"ח עומד לגבות בבינונית וא"כ יכול לומר לכי תהדר דהא הב"ח מפסיד עי"ז. שוב ראיתי דיש לישב גם הך דב"ק ע"ד שכתבתי למעלה בשביל האומדנא ומה שהקשיתי למעלה דל"ש זאת דהא ודאי לא שייך אומדנא דתלוי בדעת שניהם וי"ל דהמוכר מכר לו ע"מ שיהיה שעבוד עליהם. הנה לפענ"ד נראה דל"מ אם מכר באחריות דאז בודאי ניחא להמוכר ג"כ שלא יטרוף ממנו אלא אף אם לא הי' באחריות מ"מ בדבר דאין נ"מ לו פשיטא דהוה אומדנא טובה דאדעתא דהכי לא קנה הלוקח העדיות באחרונה ולהמוכר מה אכפת לי' ועיין בתוס' כתובות דף מ"ז דכל דלאחר מיתה אין מקפיד ושייך אומדנא ומכ"ש בזה דמה נ"מ להמוכר בזה אם יגבו מן העדיות או מן הזיבורית. ובזה יש לומר פרפרת נאה דלכך בב"ח מצי אמר לכי תהדר ונדחקו רש"י ותוספת משום דמפקיע כחו ולפמ"ש י"ל דלפמ"ש המהר"ם בשו"ת מימוני לספר קנין סי' י"ד דלכך לא שייך בב"ח אי אפשר בתקנה זו דתקנה שיגבה מבינונית לא לטובת המלוה בלבד נתקנה כ"א גם לטובת הלוה דלא ינעול דלת ולפ"ז שוב לא שייך אומדנא בזה דגם להמוכר ניחא שיגבה בבינונית כדינו כדי שלא ינעול דלת ושוב לא שייך אומדנא דהא יש אומדנא להיפך של המוכר:

ד ובזה מיושב גם מ"ש בטוש"ע סי' קי"ח סעיף ב' דב"ח טורף מלוקח ראשון וכתב הסמ"ע דלא שייך אי שתקת דיכול לומר לכי תהדר דאין לו ריווח בחזרתו וע"ז הקשה הש"ך ממה שמשיג הטור על הרמב"ם בסוף הסימן ע"ש ולפמ"ש לק"מ דשם מיירי דהלוקח שני קנה מהלוקח ראשון וכתב ללוקח ראשון דין ודברים אין לי שפיר מ"ל מהדרנא שטרא למרי' דהלוקח ראשון לא אכפת לי' מה שאין כן כאן דהמוכר הראשון ניחא לי' כדי שלא ינעול דלת ודו"ק. והנה במ"ש למעלה בשם הריב"א בשו"ת מיימוני לספר משפטים דלא שייך לומר אי אפשי בתקנת חכמים כ"א כשבא להחזיק ולא כשבא להוציא (ועיין תומים סי' ל"א ס"ק ה' בסופו דכ"כ מדעתא דנפשי') בזה מיושב היטב מה שהקשה הב"ש סי' קס"ח ס"ק ג' בהא דאין היבם רשאי למכור בנכסים שלא הי' ירושה כיון דלטובתו נתקן שלא יצטרך לתת לה כתובה למה לא יוכל לומר לא ניחא לי בתקנתא

(ועיין במהרש"א בדף פ"א ד"ה פרוצה שהרגיש בזה) ולפמ"ש אתי שפיר כיון דבא לירש הנכסים וחז"ל תקנו שהנכסים אינם בחזקתו א"כ לא שייך אי אפשי בתקנת חז"ל כל שהא בא להוציא מידם וז"ב. ובזה מיושב היטב הא דאמרו בכתובות דף פ' ע"ב דלא משתמיט תנא לאחמור שתי חומרות בכתובה כר"נ וכר"מ ולכאורה מה זו סברא מה נ"מ בחומרא אחת או בשנים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך ביאור דאמאי לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי והא שם כיון דהוא חייב לאחיו א"כ הוה מוחזק שוב יוכל לומר לא ניחא לי בתקנת חז"ל ובפרט אם נימא דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה דעכ"פ מוחזק חשוב וצריך לומר כיון דשייך שעבודא דר"נ וא"כ מוציאין מזה ונותנין להמלוה הראשון א"כ לא מקרי מוחזק לגבי אלמנה כיון דחשוב כאילו משועבד להאלמנה ולא שייך לומר לא ניחא לי בתקנה דהא הוא הוה כדי להוציא השיעבוד מאת האלמנה וזה א"א ולפ"ז כיון דמטלטלי באמת אינו משועבד לכתובה א"כ להחמיר שמטלטלי משועבד לכתובה וחשוב כאילו בא להוציא משום שעבוד דר"נ בזה מקילין בכתובה דאינו אלים כ"כ השעבוד וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' מהך דמי שמת והיו לו פקדון ביד אחד דנותנין לכושל שבהם והיינו אשה והא גם שם הוה תרי חומרי ולפמ"ש אתי שפיר דשם שאין היורשין מוחזקין פשיטא דמחמירין שתי חומרות ג"כ משא"כ כאן דיש לומר לא ניחא לי בתקנת חז"ל ועכ"פ מוציא לא חשיב כל דהוה מטלטלין דלא משתעבדי לכתובה ואף לר"מ עכ"פ להחשיב כאילו מוחזק לא אמרינן וז"ב ועיין בב"ש ס"ק ה' ולפמ"ש יש להאריך ואכ"מ. ובזה יש לומר דביבם ואח"כ חילק דעכ"פ זכה בנכסיו לפירות שוב הוה הנכסים בחזקתו שוב יוכל לומר לא ניחא לי בתקנת חז"ל ובש"ס אמרו שם דאין חילוק בין יבם ואח"כ חילק לבין חילק ואח"כ יבם מיהו לפ"ז שוב יש לומר דכל שבידו ליבמה שוב לא מקרי דבר שלב"ל דהא אח"כ יכול לומר לא ניחא לי בתקנת חז"ל ובכ"ז צ"ע בש"ס ופוסקים שם ואכ"מ ודו"ק: ודרך אגב אזכור מה דק"ל ביבמות דף צ"ט דאמרו ס"ל כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה ואבע"א דעבדא כמקרקעי וקשה לפי שיטת הרא"ש דבדאורייתא עבדא דין מקרקעי יש לו ובדרבנן דין מטלטלין יש להם וא"כ שם דמוקי כר"מ ור"מ ס"ל דכתובה דאורייתא וא"כ עבדא כמקרקעי דמי ועיין בש"ך סי' ל"ט ואולי לפי שלא סמכא דעתא באשה לכך אף בדאורייתא לא הוה כקרקע לענין כתובה ועיין תוס' שם ועדיין צ"ע: והנה בהא דאמרו ביבמות דף ל"ח דלימא דפליגי בפלוגתא דאדמון ורבנן ודחי דראב"א מצי סבר אפילו כאדמון ע"כ לא אמר אדמון התם אלא משום דא"ל ממנ"פ דרכי גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי ופירש"י דלא ידע מה תבע מיניה ולכאורה צריך ביאור דסוף סוף ממנ"פ תובע ממנו אם בנכסי יבם אם בנכסי מיתנא.

ה אך נראה דבשלמא כשתובע ממנו ממנ"פ דרכי גבך הוא וא"כ ל"ש שנתן לזה חזקת ממון דממנ"פ חד דרך צריך ליתן לו ואין לו חזקת ממון ועדיף ממ"ש הש"ך סי' צ"א דכל דחייב לאחד מהם לא שייך חזקת ממון מכ"ש בזה דאזדא חזקת ממון דממנ"פ דרכי גבך אבל הכא אטו מגיע לו מהם דבר רק שהוא תובע שהוא יורש של אחד מהם אם של זה או של זה אבל להם יש בודאי חזקת יורשים וחזקת ממון ירושה שלהם בודאי והוא לא ידע מהיכן בא ולא שייך דאתרע חזקת ממונם בשביל ספק שלו שלא ידע מכח מי בא לירש וז"ב. ובזה מיושב דברי הרשב"א בחידושיו לב"ק ס"פ המניח שכתב דגבי שני תמין לא מצי מדחי לי' ולומר אייתי ראיה הי' מיני' מזקי לך ואשלם לך דיכול לומר ממנ"פ נזקי גבך הוא וכדאמרו גבי דרך וע"ז שאל אותי עלם משכיל מפה הא כאן כיון דלא ידע בשביל מה בא לקחת לא שייך ממנ"פ נזקי גבך ודמי לספק ובני יבם ולפמ"ש א"ש דשם המזיק ממנ"פ אין לו חזקת ממון דעכ"פ צריך ליתן אחד להניזק ונזקו גבי' הוא ולא שייך חזקת ממון דהא תובע לזה שנזקו גבי' הוא דאף דהחיוב על התם מגופו אבל הגוף הוא אצל המזיק והמזיק נתחייב לתת לו גוף אחד משא"כ בספק ובני יבם אין החיוב על בני היבם רק שהוא יכול לירש ואומר ירושה שלי כאן אבל לא מדחי להו שירושה גביהם הוא ודו"ק היטב: והנה במ"ש למעלה בשם שו"ת מיימוני לספר קנין דלא שייך אי אפשר בתקנת חכמים כ"א להחזיק ולא להוציא בזה יש לסתור דברי התומים סי' פ"ו ס"ק ה' ולא נפניתי כעת לעיין: ודרך אגב אמרתי לציין מה שנחלקו התה"ד סי' ש"י וברמ"א סי' רס"ח דדוקא בנפסק הדין בב"ד הוא דשייך לומר קם דינא והש"ך שם נחלק עליו ורמז לספרו תקפו כהן ששם נחלק עליו דאין לחלק בין נפסק הדין או לא רק בין תרי גברי לאחד ע"ש ובתומים בקונטרס הספיקות ובקונטרס הספיקות לאחי הקצוה"ח ז"ל סי' י"ב ואני מצאתי בחידושי רמב"ן וריטב"א בקידושין דף ס"ה גבי שנים שבאו ממדה"י ואשה עמהם וזה אומר חבילה שלי שכתבו בהדיא דדוקא כשנפסק בב"ד הוא דשייך קם דינא ע"ש ומהתימה שכלם לא זכרו זאת. ועיין ברי"ף פרק הכותב במ"ש דהנ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן לענין הפוכי שבועה הוא דוקא מנתבע לגבי תובע אבל תובע לגבי נתבע ל"ש זאת דיכול הנתבע לומר אי ניחא לך לשבע ולשקול שקול בשבועה ואי לאו אנא לא אשתבע דאף דהוא לטובתו הוה כאומר אי אפשי בתקנת חכמים ולפמ"ש לא שייך זאת דהא אין השבועה לתקנתו דהא אדרבא חז"ל תקנו דהתובע ישבע ויטול אף שמה"ת פטור הלה בשבועה מ"מ לא שייך לומר לטובתו נתקן ואולי כיון דמה"ת פטור בשבועה שייך לומר אי אפשי בתקנת התורה אבל עדן צ"ע דלא מצינו רק אי אפשי בתק"ח ולא בשבועת התורה וגם הך שבועה דתובע לנתבע אינו רק שבועת המשנה והרי

חז"ל לא תקנו רק שישבע התובע ועיין ש"ך חו"מ סי' פ"ז ס"ק למ"ד שחולק ג"כ על סברת הרי"ף והרא"ש בזה אבל מנתבע לתובע בודאי צ"ע דיש לומר להיפך כיון דחז"ל תקנו שישבע ויפטר לא שייך לומר אי אפשי בתקנת חכמים דהא יש לומר דנתקנה לטובתו של התובע ותלוי אם מה"ת לא הי' צריך לשבע כלל ולפטור ורק דרבנן תקנו לו שבועה לא שייך אי אפשי בתקנת חכמים ואם מה"ת היה נוטל בלא שבועה רק דחז"ל תקנו לפטור בשבועה יכול לומר אי אפשר אבל כמעט דלא משכחת הדין דמה"ת יטול הלה בלי שבועה ומדרבנן נשבע הלה ונפטר וע"כ צ"ע: ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הב"י בחו"מ סי' קצ"ח דאם התנה שיקנה במעות קנה כמו בפריש דאקנה בכספא אף דכותבין שטר קנה וה"ה בזה והש"ך תמה עליו דכאן הוה תק"ח ובאמת שלפמ"ש הא הלוקח בודאי יוכל לומר א"א בתקנ"ח דהא לטובתו נתקן ועיין מח"א הלכות קנין מעות סי' א' ומכ"ש כשהתנו שניהם אך לפמ"ש הריב"א דלא שייך אי אפשי בתקנת חכמים רק היכא דהוא מוחזק לפ"ז כל דחז"ל עקרו להקנין א"כ עדן המוכר מוחזק ויש לו חזקת מרא קמא וא"כ לא יוכל לומר אי אפשי בתקנת חכמים להוציא עי"ז והמוכר אף שהוא מוחזק א"י לומר אי אפשי בתקנת חכמים דהא לא לטובתו נתקן רק לטובת הלוקח. אמנם נראה בגוף דברי הש"ך דהיאך יכול להתנות על תק"ח.

ו לפענ"ד נראה דבאמת חז"ל תקנו גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה ובאונס ולכאורה זה דבר דל"ש ומה"ת לגזור ע"ז וצריך לומר כיון דחז"ל עשו תקנה על כל העולם א"כ תקנו גם על המיעוט דהא בכללות העולם יוכל להיות דיקרה זאת וכבר נודע מ"ש האחרונים ומטו בה משמיה דהרמב"ן דבכללות תקנו חז"ל על המיעוט ולפ"ז כל דתקנו חז"ל דלא לקני א"כ זה שרוצה להתנות ואין רוצה לחוש להמיעוט הא באמת על הפרט לא שייך התקנה דהא ע"פ רוב לא יקרה כזאת וא"כ אינו מתנה על תקנת חז"ל וז"ב כשמש ושפיר מדמה הב"י לאי אמר אקנה בכספא דאף דהוה מקום שכותבין את השטר אפ"ה אטו הקנין כסף אינו קנין רק דמיעוט אנשים לא סמכו דעתם עד שכותבין שטר ע"כ נעשה המנהג לכתוב השטר וא"כ כשאמר אקנה בכספא סמוך לבו בטוח וקנה וה"ה בזה ודו"ק. ובזה הן נסתר מחמתו ראיית הש"ך מהריטב"א דבשלמא במסירה ומשיכה במקום דאינו קונה בזה הקנין אף שהוא מתנה היאך יעשה קנין מה שאינו קנין ובפרט דחז"ל תקנו זה הקנין והוא הולך ועושה קנין אחר מה שאינו קונה באותו מקום ואטו משום גזירה תקנו שם ולא תלוי בריבוי ומיעוט שפיר ל"מ קנין משא"כ בזה. ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא דקנין סטומתא קני כמבואר סימן ר"א והרי אינו קנין כלל ואיך יעשה מה שאינו קנין לקנין ולפמ"ש לא אכפת לן בזה רק לעשות מה שאינו קנין בזה

המקום זה נראה כמתריס נגד תקנת חז"ל אבל מה שאינו קנין כלל רק הסוררים נהגו בזה למה לא יקנה הא עיקר תליא בסמיכת דעת ועיין מח"א שהעלה ג"כ כהב"י וכתב לענין ערבון דאם אמר שיקנה הערבון בכלו והמעות יהיו שלו מעכשיו בודאי מועיל ע"ש ולפענ"ד בזה דאף הש"ך מודה בזה דכל דלא נתן מעות רק ערבון בלבד לא שייך הגזירה דעכ"פ צריך למיקם עמו בדינא ודיינא וכעין מ"ש התוס' בב"מ דף מ"ו לענין חליפין ע"ש ודו"ק:

ז ובמ"ש יש ליישב קושית שו"ת צ"צ סי' ל"א שהקשה למה עקרו חז"ל קנין מעות לגמרי היו להם לתקן דמעות קונות רק דאחריות הוא על המוכר עדן ולא שייך התקנה ונ"מ דלא מצי הלוקח לחזור משא"כ כשעקרו הקנין לגמרי יכול לחזור וגם המוכר יוכל לחזור רק מ"ש שייך ולפמ"ש יש לומר דבאמת זה אינו רק חשש תקנה זו על המיעוט דשמא יארע תקלה להלוקח וע"כ לא יכלו להטיל על המוכר אחריות דאז יבא המוכר לידי פסידא שצריך לשמרו מכל אחריות ולכך תקנו שיוכל לחזור וא"כ אינו שומר שלו רק לעצמו הוא שומר וגם יש לומר דחז"ל רצו לאלם התקנה שלא יוכל לומר אי אפשי בתק"ח וכ"כ הטעם דהלוקח אינו מוחזק אבל אם הי' המעות קונות רק שזה חייב באחריות שוב היה יכול לבטל התקנה ולומר אי אפשי בתקנת חכמים כיון שזה הלוקח מוחזק ואף דהמוכר חייב באחריות אינו שלו וכמ"ש הצ"צ שם: והנה במ"ש למעל' בשם שו"ת מיימוני הנה בשו"ת מיימוני כתב דלא שייך אי אפשי בתקנת חכמים כ"א כשנתקן לטובתו אבל אם נתקנה לטובת חבירו לא שייך לומר אי אפשי לפ"ז קשה בהא דאמר ריש פרק הכותב בכותב לה ועודה ארוסה וכו' וכדרבא דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו מאי כגון זו כדר"ה אמר רב דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה ומה מדמה זה לזה בשלמא שם דס"ל לר"ה דמזוני עיקר ומע"י משום איבה כדאמרו בכתובות דף נ"ז ע"ב א"כ העיקר נתקן לטובת האשה לכך יכולה לומר איני ניזונית משא"כ בפירות שנתקן עיקר בשבילו ועיין תוס' כתובות דף מ"ז ע"ב וא"כ למה יוכל הבעל לומר אי אפשי בתקנת חכמים שלא לטובתו נתקן.

ח ולכאור' היא קושיא אבל באמת זה אינו דבשלמא אם היה רוצה לסלק עצמו מפרקונה שייך לומר דלא נתקן לטובתו אבל כיון דמפרקונה א"י לסלק עצמו וגם היא אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותן פירות כמ"ש התוס' שם וכן הוא בטוש"ע אהע"ז סי' ס"ט וא"כ מה שרוצה לסלק מהפירות זה אינו רק סילוק טובתו בלבד בזה ודאי יוכל לסלק עצמו ודו"ק: והנה בלמדי בשנת תרי"א באהע"ז סי' קס"ג ולמדתי הסוגיא דספק ובני יבם ונתקשיתי מאד דהרי בסי' קס"ג ס"א בהג"ה מבואר שם דהא דיבם קם לנחלה הוא

דוקא בשראוי להתיבם והוא מהנימוק"י שהובא בבה"ב שם דאף באינו ראוי מדרבנן אינו יורש וא"כ הרי ספק בן שבעה לאחרון ובן תשעה לראשון יוציא והוא ספק תורה אשת אח בכרת וא"כ בודאי אינו רשאי לקיימה וא"כ למה יטול היבם הנכסים כלל והוא תימה רבה וצ"ל דאינו נוטל מכח שיבם ורק כאין כאן אח יותר רק זה האח וא"כ נוטל מכח ירושת אח לא מכח שהוא זוכה בנכסי המת בשביל היבום כנלפענ"ד אמנם בדברי הרא"ש מבואר דמתורת יבום הוא נוטל שהרי מוקי לה בסבא קיים דאין ליבם במקום אב רק מתורת יבום והדרא קושיא לדוכתה.

ט והנרא' בזה דבר חדש דהנה בש"ס דף ל"ז ע"א אמרו שם דיש רוב דיולדות לתשעה רק דיש רוב כנגד' דרוב היולדות לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה ואתרע לה רובא ולפ"ז זהו כשנולד הולד אז אוקי רוב להדי רוב והו"ל ספק ויוציא אבל בשעה שיבמה אז הי' רוב דיולדת ניכר לשליש ימיה וע"כ דלא נתעברה מראשון וא"כ בדין יבמה ועכ"פ בשעה שהקים לשם אחיו היה ראוי שיהיה יוכל לקיימה וא"כ מידי דהוה אם גרשה אח"כ דכתב הנימוק"י והרשב"א דעכ"פ ראוי להקים שם וה"ה בזה דעכ"פ היה ראוי להקים אף דאח"כ כשהולידה יש רוב להדי רוב מכל מקום לא נתברר הדבר ובשע"ה שיבמה הי' ראוי להקים שם אחיו ושתהיה ראויה לו ליבום ע"פ הרוב ושפיר קרינן ביה להקים לאחיו שם בישראל והרי קם. איברא דעדיין קשה דהא דעת הירושלמי דאף באיסור דרבנן לא מקרי להקים לאחיו שם בישראל כגון שעשה מאמר בזו ובעל לזו לא זכה בנכסים כלל וגם כאן היה אסור לקיימה מפני איסור הבחנה. אך זה אינו דיש לומר דוקא מה שהוא מצד איסור יבום זהו דמקרי שאינו ראוי להקים אבל כאן מצד איסור יבמה הי' רשאי רק מצד איסור הבחנה וזה שרי. ובזה מיושב מה שהחינוך כתב דגם יבמה אסור ליבם בתוך צ"א ימים משום הבחנה ותמה במעיין החכמ' ובכת"י של דו"ז הגאון מוהר"ץ אבד"ק ברלין ז"ל על החינוך דיבמה מהראוי שתהי' אסורה משום חשש שמא פוגע באיסור אשת אח שלא במקום מצוה. ולפמ"ש יש לומר דאף במקום שיש רוב שלא ניכר לשליש ימיה א"כ הא דבכה"ג דהרוב מסייע שיהי' מותר ליבם קמ"ל דעכ"פ אינו מובחן ובפרט לפמ"ש האחרונים דבהבחנה בעי בירור ואף רוב לא מועיל ודו"ק היטב: ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית המהרש"א על הרא"ש דלפי דבריו א"כ בספק וסבא בנכסי יבם אמאי חולקין הא נכסי בחזקת סבא קיימי דהוחז' נחלה לאותו שבט ולפמ"ש יש לומר דהנה באמת צריך להבין הא דאמרינן בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפליג יבם בנכסי מיתנא דרב סבר קם דינא ואמאי והא לפי טענת בני יבם שהספק לאו אחוונא הוא א"כ שוב לא זכה היבם בנכסי אחיו כלל ובודאי יכול לחזור

ולומר תנו לי פלגא דפליג אבוכון בהדאי ואי אחוונא דידכו אנא הבו לי מנת בהדייכו והיאך שייך קם דינא דהא ממנ"פ לפי טענותם נתגלה שחלוקה בטעות היה שלא מגיע ליבם ע"פ הדין אמנם נראה דלפמ"ש התה"ד סי' שמ"ט דהמוציא מחבירו עליו הראי' וצריך ראיה ולא מועיל רוב רק ראי' ברור' ולכך אין הולכין בממון אחר הרוב ולפ"ז לשון חכמים מרפא שבני יבם טוענים אמת שאת' אחוונא עפ"י רוב וע"כ אבינו יפה נטל חלקו שהי' ראוי להקים אבל לענין שצריך להוציא מידינו מה שכבר חלק בזה צריך ראי' ולכך אמרינן אייתי ראי' דאחוונא את ושקול ועדים אין לו ואף דעכ"פ שייך ממנ"פ לזה אמר קם דינא וכבר נתחזק החלוק' ולכך צריך ראי' להוציא. ובזה י"ל סברת התוס' והרשב"א דבעי שיחלוק כבר הנכסים ובתקפו כהן תמה דהא ממה דתלוי במחלוקת אדמון ורבנן משמע דל"צ חלוק' כלל ולפמ"ש כאן ודאי בעי חלוק' בב"ד כדי שיהי' מקרי הספק מוציא מידם וצריך ראי' אף שהם לפי טענתם בעצמם אומרים שחלוק' בטעות הית'. ובזה מיושב היטב קושית מהרש"א הנ"ל דשם בספק וסבא ששניהם אין מוחזקין שוב לפי טענת הסבא שהספק בר מיתנא עכ"פ מגיע לו חלק בזה מה שהיבם ירש שלא כדין נכסי אבי הספק וא"כ שוב הספק ג"כ יורש ושוב הו"ל שוה בשוה להסבא ויחלוקו דכל שעכ"פ יש לו זכות בנכסי יבם שוב הו"ל חולקין ועיין תוס' שם דעיקר הסברא היא דהספק אין לו זכות כלל וזה לא שייך כאן ודו"ק היטב כי הוא עמוק עמוק. אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בספר בית מאיר ס"ס קס"ג שהעיר הער' ראשונ' שלי מ"ש דכל שהוא ספק א"י היבם לירש כלל דאינו ראוי להקים שם ונדחק בזה ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק. והנה בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' פ"ז סי"ב דכל הנשבעין ונוטלין אם יאמר התובע אי אפשי בתקנת חכמים והריני כשאר התובעים וישבע הנתבע היסת שומעין לו ומטעם דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים הנה אם נימא דשבוע' הוה ג"כ כמוציא והרי בספק אי חייב שבוע' ויש פלוגתא דרבוותא פטור דיכול לומר קים לי אלמא דדינו כממון ומקרי מוציא ועש"ך שם ס"ק יו"ד ובכנה"ג שם סי' כ"ה בכללי הקים לי א"כ כל דלהוציא לא שייך א"א בתק"ח כמ"ש למעל' בשם תשובת מיימוני ואף אם נימא דכיון שזה יוכל להפך גם ההיסת לא מקרי מוציא גמור מ"מ לטעם השני דכל דלא נתקנ' לטובתו לבד ונתקנ' לטובת חבירו לא שייך אי אפשי בתקנת חכמים א"כ מקום יש בראש לחלק דהיכא דמה"ד אפילו בשבוע' לא היה נוטל בכה"ג יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים דהא מה שנשבע ונוטל עשו לטובתו משא"כ אם מן הדין לא הי' צריך שבוע' כגון פוגם שטרו וחז"ל תקנו להפיס דעתו של בעה"ב וכדומ' א"כ שוב השבוע' נתקנ' לטובת חבירו ובכה"ג שוב לא שייך אי אפשי. ובזה אני אומר דבר נחמד במ"ש

רש"י בהכותב גבי סבר רמב"ח למימר שבוע' דאורייתא כתב רש"י ונ"מ דלא מהפכינן ואח"כ במה דאמר רבא אי פיקח הוא כתב רש"י לענין שם דשבוע' דאורייתא צריך שם והקש' המהר"ם מרוטנבערק ובפסקי מהרא"י סי' ל"ב דהא גם כאן נ"מ לענין היפוך דבדרבנן מפכינן ועיין ש"ך שם ס"ק ל"ה ולפמ"ש אתי שפיר דלהס"ד דהו' שבועת התור' ממש נ"מ לענין היפוך אבל לבתר דמסיק דשבוע' זו כדי להפיס א"כ לא שייך היפוך כלל דל"ש לומר אי אפשר בתקנת חכמים דהא נתקנ' לטובת חבירו ולא שייך אי אפשי ודו"ק היטב כי חריף הוא. שוב ראיתי שז"א דאחר שעוש' אותו שיהיו ש"ד שוב לא יכול להפך אבל על קושית מהרא"י בפסקיו אתי שפיר דהנה הרא"ש כתב דאין נ"מ לענין היפוך דאפילו שבוע' דרבנן א"י להפך בנשבע ונוטל ובפסקי מהרא"י הובא בש"ך ס"ק ל"ה כתב דאכתי נ"מ לענין אם אמר אי אפשי בתקנת חכמים ולפמ"ש אתי שפיר דכאן באמת ל"צ שבוע' רק להפסת דעת ולא שייך אי אפשי בתקנת חכמים דהא נתקן לטובת חבירו ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב באמת מה שלא פירש"י גבי שבועת ע"א הנ"מ לענין היפוך ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא שייך נ"מ לענין היפוך וכמ"ש הרא"ש דבנשבעין ונוטלין לא שייך היפך ואף א"א בתק"ח ל"ש כיון דהוא רק להפסת דעת אבל למעל' בפוגמת יש לומר דנ"מ לענין היפוך והיינו אם אמרה א"א בתק"ח דא"ל דנתקנ' שבוע' לטובת הבעל דזה אינו דבאמת כיון דמפרע לא דייק וא"כ יש לומר דבכה"ג נתקנ' השבוע' לטובתו ובכה"ג שייך לומר א"א בתק"ח ודו"ק. וידעתי כי יש לפקפק ע"ז אבל אחר העיון אפשר ליישב. שוב ראיתי במרדכי הובא בש"ך חו"מ סי' פ"ט ס"ק א' לענין שכיר אי יכול להפך שבועתו שכתב בשם הר"י מגא"ש דיכול להפך ולומר אי אפשי בתקנת חכמים והרי"ף והרמב"ם כתבו דלא יכול להפך דלאו לטובתו של שכיר נתקן אלא לטובת בעה"ב ע"ש ואף דיפ' תמה הש"ך דגוף השבוע' של שכיר דהיינו בנק"ח לא יוכל להפך רק לעשות מנק"ח שבועת היסת ויהי' כשאר תובעים אבל גוף הסברא מבואר דכאן לא שייך א"א בתק"ח דהא לטובתו של בעה"ב נתקן והש"ך לא הרגיש כלל בהסברא ובאמת שלפענ"ד יש ליישב כל קושית הש"ך דגם המרדכי הבין דא"י להפך אותה שבוע' שזה ודאי לא מסתבר ורק שכוונתו שיאמר לו שישבע היסת כשאר תובעין. אך הכוונ' היא דהנה באמת בעה"ב טרוד בפועליו ולפ"ז אם השכיר יאמר לו ישבע שפרע לי בבירור יוכל להיות שלא ירצה בעה"ב לשבע דירא לנפשו דשמא באמת שכח ואז ישלם לו זהו שנחלקו לדעת הר"י מגאש יוכל להפך השבוע' עליו והיינו כשם שהשכיר נשבע בבירור שלא קיבל שכירתו כמו כן יוכל לטעון שישבע בעה"ב בבירור שנתן לו שכרו אבל באמת אם ירצה הבעה"ב לשבע ישבע רק היסת וזה למד

ממ"ש הסמ"ג בשם הר"י מגאש שאם יאמר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו ויצטרך הבעה"ב לשבע היסת וע"ז כתב המהר"ם שא"י להשביעו דהא נתקנ' לטובת בעה"ב ולא שייך א"א בתק"ח אבל אם השכיר יאמר השבע לי שאינך יודע זה יוכל להשביעו ובזה נראין דברי ר"י מגאש ולפענ"ד זה כוון אמת בדברי המרדכי דוק ותשכח ומצאתי בכנה"ג בהגהת הטור אות ד' בסי' ק"ב שכתב מעצמו דלא שייך לומר א"א בתק"ח רק להחזיק ולא להוציא ומהתימ' שנעלם מהמאסף הגדול שמוזכר בקדמונים סברא זו ועיין במרדכי פי"ג דכתובות שהמהר"ם שם הקש' קושיא זו ותרצ' כן:

י והנה במ"ש הריטב"א דאם קנו מיד הפועל שלא יחזור בו מועיל והש"ך בחו"מ סי' של"ג השיג עליו ולפענ"ד נרא' דתלוי בזה דאם נימא דהוא לטובת הפועל שלא יהיו נפסד אם יש לו ריווח בביתו א"כ שוב יוכל לומר אי אפשי בתקנת התור' אבל אם הכוונ' היו שלא יהיו עבד לעבדים א"כ לאו בשביל תקנתו הוא ועיין בשיט' מקובצת ב"מ יו"ד גבי הא דאמר כי הדר בי' מלתא אחרינא הוא שם מביא בשם מהר"י אבוהב שנחלקו בזה המקש' והמתרץ אי הטעם משום טובת הפועל שירוויח יותר או משום דלא יהיו עבדו בזה יש ליישב מה שהקשו בתוס' דמה חידש רב דפועל יכול לחזור בו והלא בין לר"ד ובין לרבנן פועל יכול לחזור ולפמ"ש יש לומר דעיקר חידושא דרב דאין הטעם בשביל תקנת הפועל דיוכל לומר א"א בטובה וקמ"ל דהוא בשביל דלא יהיה עבד. ובזה יש לומר דהנ"מ אם אינו חוזר בו שלא לעבוד כלל רק שחוזר מבעה"ב זהו דעת המהרי"ט בתשוב' דבכה"ג א"י לחזור בו דאכתי עבד הוא ואם נימא דהוא משום תקנת הפועל הי' יכול לחזור בו בכל גווני ובתשוב' אחרת דחיתי דברי המהרי"ט הלז: והנה בשנת תרט"ו למדתי עם תלמודי אור ליום ה' בא סי' קס"ג קס"ד ונזכרתי במה שהקשתי בספק ויבם הא אינו ראוי ליבם וכ"כ בזה וראיתי שעדיין לא העליתי בזה ארוכ' שהרי הרוב דיולדות ניכר לשליש ימיה אז בעת שיבם לא ניכר עדן שהרי יבמה בתוך ג' חדשים ואז לא היו העובר ניכר כלל ומ"ש בש"ס דעובר ניכר לשליש ימיה היינו שם לענין זה שאם לא הוכר אח"כ העובר מזה אתרע הרוב דלתשע' ילדן אבל בשעת מעשה לא ניכר העובר עדן וא"כ אדרבא איכא רוב כנגדו וא"כ הדרא קושיא לדוכתא ולכאור' רציתי לומר דשאני הך דירושלמי שמביא הנימוק"י דאם עשה מאמר בזו וכנס לאחרת דאינו נוטל חלק לפי שאסורה היינו משום דנוטל חלק אחיו לפי שקם תחת אחיו וכל שעש' מאמר בזו אמרו רבנן דאינו בונה שתי בתים וא"כ אינו קם בזה תחת אחיו והיו יכול להקים שם לאחיו בזו שעשה מאמר אבל כאן ניהו דעשה איסור אבל מ"מ הקים שם לאחיו. אבל זה אינו דעיינתי בגוף הירושלמי וראיתי שכתב משום דאינו ראוי לקיימ' וא"כ מה התם דאינו

ראוי מדרבנן אמרינן דאינו ראוי לקיימ' מכ"ש כאן דאינו ראוי לקיימ' מה"ת מחשש ספק אשת אח שלא במקום מצוה דודאי אינו ראוי לקיימה ועיין ב"ש סי' קס"ד ס"ק ב' שכתב דבספק מעוברת אין מפרישין אותן והוא תימה לפענ"ד דהרי הוה ספק אשת אח שלא במקום מצוה והרוב מסייע דאם היא מעוברת ודאי מראשון ולמה לא נחוש לספק תור'. ומצאתי בב"מ סי' קס"ד ס"ה שכתב בפשיטות דמפרישין אותן ולא הזכיר לדברי הב"ש ועכ"פ דברי הב"ש תמוהין לפענ"ד. ורציתי לומר עפמ"ש התוס' בדף ל"ו ד"ה וזו שכל שלא ילדה בכמה שנים אין סברא לחוש דלמא מעוברת היא ע"ש וא"כ לכך אין מפרישין ואף שהתוס' הניחו בקושיא לפענ"ד נראה לישב דניהו דיש לה חזקת היתר ליבם מכל מקום שייך אשם תלוי דמכל מקום הלב נוקף כיון דיש לומר רוב נשים מתעברות ויולדות ורק מסתבר דילדה עתה ולא מקודם אבל מכל מקום הלב נוקף וגם כיון דמדרבנן אף כשיבא אליהו ויאמר דלא ילדה אסורה תוך ג"ח כדאמרו ביבמות דף מ"א וא"כ שוב לא עשה כראוי וחייב אשם תלוי וכמ"ש הנוב"י ובצל"ח פסחים דף וא"ו דלכך חייבים בסמוך לווסתה אף דווסתות דרבנן מכל מקום כיון שמדרבנן אסור לבא עליה סמוך לווסתה שוב חייב כשא"ל נטמאתי ע"ש וה"ה כאן כיון דרבנן עשו להבחין שוב חייב אשם תלוי אבל מכל מקום מה"ת מקרי ראוי לקיים ושפיר נוטל חלק בנכסים ול"ד להך דירושלמי דשם איכא איסור מצד עצמו וכאן אין כאן איסור רק מחמת הבחנ'. ובזה מיושב מה שביבמה כתבו הטעם משום הבחנ' והרי שם יש חשש תורה ולפמ"ש אתי שפיר דמה"ת ל"ש כאן חשש דיש חזקת היתר כנגדו ואתי שפיר קושיתי וגם דברי הב"ש אתי שפיר ודו"ק. ובלא"ה נראה כיון דהאח יכול ליטול משום דהוא אח כקושית הרא"ש ורק דהסבא קיים והוא היורש וכיון שהסבא ממנ"פ א"י ליטול דאם הוא בר מיתנא הרי יש בן למיתנא ואינו נוטל וגם אם בן היבם אינו נוטל דהיבם נוטל מכח שיבם ולפ"ז על כל פנים הסבא אינו יכול ליטול והו"ל כאילו מת וא"כ היבם יש לו מ"מ צד זכות דשמא בנו הוא ושפיר נוטל ודו"ק היטב.

יא ולפענ"ד לזה כוון הב"ש בסי' קס"ג ס"ק ט' ודו"ק היטב. שוב ראיתי בב"ש סי' קס"ה ס"ק יו"ד שכתב שבשו"ת מהר"א ששון פסק בסי' כ"ט דהיכא שאסורה ליבם מחמת ספק שהוא בן קיימא אז אינה חולקת עמו והיא נוטלת הכתובה לבדה והיינו משום שהיבם אסור ליבמה וא"כ מבואר דספק ויבם אין להיבם כלום והדרא קושיא לדוכתא אבל לפמ"ש יש ליישב דש"ה שהיתה מעוברת רק דהספק אם הוא ולד קיימא ולא שייך חזקת היתר ליבם אבל בלא הוכר שהיא מעוברת יש לאוקמא על חזקת היתר ודו"ק היטב:

יב והנה במ"ש למעלה בישוב קושית הב"ש סי' קס"ח ס"ק ב' דלמה לא יוכל היבם לומר אי אפשי בתקנת חכמים והיא קושית מהרש"א בכתובות דף פ"ב ד"ה הרוצה שימכור הנה לפענ"ד גוף הענין שתקנו על נכסי בעל הראשון והתוס' הקשו דמה מפסדת והא אי לית לה מן הראשון גובית מנכסי שני לכאורה היה נראה לי דבר חדש דבאמת מן הראשון היה לה כתובה מאתים ועכשיו היא אלמנה וא"כ אם היו צריך היבם לכתוב כתובה שוב היתה גובית מאתים מהראשון וכתובה מחדש על מנה ע"כ תקנו חז"ל דיבם במקום בעל קאי וא"צ ליתן לה כתובה כעת רק עד שימות ולעומת זה היא לוקחת מאתים כמו שהיתה גובית מאחיו וא"כ בכה"ג התקנה הי' לטובת שניהם וא"כ בכה"ג לא שייך אי אפשי בתקנת חכמים דהא נתקן לטובת שניהם וכמ"ש למעלה בשם תשובת מיימוני ודו"ק היטב:

יג והנה בהא דאמרו בגיטין דף ל"ד דנמנעו מלהשביע' ופירש"י ומפסדת הכתוב' לכאור' קשה היאך הפקיעו הימנה הכתוב' משום חשש דמוריא היתירא והא אינו ברור הדבר ואינם חשודות גמורות ולמה יפקיעו הכתוב' ואף דחשו לעונש שבועה יכולה לומר אי אפשי בתקנה זו שנתקנ' לטובתי ואשבע ואגבה כתובת וצ"ל כיון דהתקין ר"ג שתהא נודרת לא אכפת לה ועיין תוס' שם ד"ה דמוריא היתירא אך אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו ביומי דרב לא מגבי כתובה לארמלתא דקילי נדרי והיאך אפשר למפקע חיוב כתובה הא תוכל לומר אשבע ואגבה דשבוע' חמורה להו יותר מנדר וצ"ל דלהוציא ל"מ לומר א"א בתקנ' ולא תוכל להוציא הכתובה מספק וז"ב ולפ"ז היה מקום ליישב קושית הרמב"ן על הרמב"ם דפסק דתשבע על המזונות וע"ז הקש' דא"כ גם על המזונות היה לו להשיב דלא תגבה דצריכ' לשבע ולפמ"ש יש לומר דמזונות דמקריא מוחזקת שוב שייך שתאמר אי אפשי בתקנת חז"ל ואשבע ואגבה. אמנם אחר העיון זה אינו דכל הטעם דמזונות בחזקת אלמנה משום דכ"ז שאינה תובעת הכתובה יש לה מזונות כמ"ש התוס' בכתובות דף צ"ו ע"ב ד"ה נכסי וכאן כל שאין משביעין אותה שוב אין הנכסים בחזקתן. ובזה הן נסתר מחמתו לפענ"ד דברי הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ט במ"ש ליישב קושית הט"ז על הרמב"ן דלמזונות א"צ שבועה דהיא מוחזקת ע"ש. ולפמ"ש זה אינו דלא שייך מוחזקת כלל. אך לפענ"ד נראה בגוף הקושיא דעל הכתובה שפיר יוכלו לומר דנמנעו להשביעה והיינו משום דכתובה כל שיש לה מזונות ואינה תובעת הכתוב' אין מגיע לה כתובה וע"כ כל שנמנעו מלהשביע' לא תבעה הכתוב' ולא הגיע החוב ואף שאירע לפעמים שתבעה שפיר הפסיד' כיון שנמנעו מלהשביע' ולא היו לה לתבוע כלל כנ"ל ולכך לענין מזונות אין מקום לזה ודו"ק. עוד יש לומר כיון דחשש הוא רק משום דטרחה קמי יתמי

אתיא למורי היתירא ולפ"ז כל שהיתה תובעת הכתובה תיכף במיתת בעלה היו משביעין אותה א"כ לא הפקיעו החיוב דהי' לה לתבוע תיכף ולפ"ז לענין מזונות לא שייך זאת ודו"ק היטב: והנה בהא דאינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותן פירות כתב הר"ן פרק נערה שנתפתתת' הטעם דלא לטובתה בלבד נתקנה רק לתקנת הבעל ג"כ ומזה מבואר דלא שייך אי אפשי בתקנת חכמים בכה"ג ודו"ק:

סימן מח

א ענין אשה ששהתה עשר שנים ולא ילדה.

ב בדבר אשר נשאלתי מי ששהה עשר שנים עם אשתו ולא ילדה אם כופין לגרש בזמן הזה. הנה הדברים עתיקים. ומראש צורים נראה ביבמות דף ס"ד אמרו נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה יוציא ויתן כתובה שמא לא זכה להבנות ממנה אעפ"י שאין ראיה לדבר זכר לדבר דכתיב מקץ עשר שנים לשבת אברם בארץ כנען מלמד שאין ישיבת חוץ לארץ עולה לו מן המנין ולכאורה צריך ביאור כיון דכתיב בקרא למה לא יליף מיני' ולמה אמר אעפ"י שאין ראיה לדבר. והנה לכאורה מזה ראיה לשיטת הפוסקים דגם בח"ל מי שהה עשר שנים דיוציא ולא שייך ישיבת ח"ל אין עולה דהא לאו חובת קרקע הוא דתלוי בארץ וחובת הגוף הוא ורק שאני אברהם אבינו דעקר הי' ולא זכה להבנות אלא בארץ ורק דמי שעלה מח"ל לארץ אין ישיבת ח"ל עולה לו ויכול להמתין עשר שנים מיום בואו לארץ כמ"ש הרשב"א והריטב"א בחידושם בשם הר"י הזקן וא"כ שפיר קאמר אעפ"י שאין ראיה לדבר אבל לשיטת הפוסקים דבח"ל אין ראיה דלמא עון ח"ל גורם כמו שהיו באברהם אבינו א"כ למה לא הוה ראיה גמורה. אך נראה דבאמת לענין הא דיליף בירושלמי אבילות שבעת ימים מקרא דיוסף דכתיב ויעש לאביו אבל שבעת ימים אמרו בירושלמי פ"ג דמ"ק והובא בתוס' מ"ק דף וכי למדין דבר מקודם מ"ת והנה גם במדרש רבה פ' ויחי הובא ג"כ הירושלמי הלז וכתב ביפ"ת שם דא"ל מכמה מצות שילפינן מקודם מ"ת כמו גה"נ וכדומה.

ג וכתב דדוקא במה שכתב דרך צווי הוא דיליף מקודם מתן תורה אבל מה דכתיב בדרך סיפור שזה עשה כך לא ילפינן וע"ז הקשה דא"כ היאך יליף הש"ס בתענית דאסור לשמש מטתו בשני רעבון מיוסף ותירץ דזה אינו רק ממדת חסידות בזה ילפינן מקודם מתן תורה ולפ"ז כאן דכתיב בדרך סיפור מקץ עשר שנים לשבת אברם בארץ כנען א"כ אין לילף רק מדת חסידות שיכול לגרש אבל לא שיוציא והיינו בשוטים או בדברים עכ"פ הוה כפיה ולכך אמר אע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר איכא. ובזה מיושב מה שאמרו

ולילף מיצחק והקשה בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' מ"א דא"כ יקשה קראי אהדדי דאברהם שמענו שבעשר שנים רצה לגרש וביצחק עשרים.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין לילף כלל מקודם מתן תורה ורק שמצד הסברא אנו לומדים משום דזמן השהייה בלא ילדה הוא עשר שנים וע"ז קאמר דחזינן ביצחק שהי' עשרים שנה ואף דאברהם היה בעשר נלמוד באמת מדת חסידות מאברהם שבעשר שנים אם תתרצה בגירושין מה טוב אבל לכפות אין לנו רק בעשרים וז"ב. אמנם נראה דבאמת כל דהקרא מיותר יש לילף אף מקודם מ"ת דכל הטעם דמצוה ילפינן לפי שכתוב בדרך צווי משא"כ אם כתוב בדרך סיפור אין ראיה לדידן דלמא התורה מספר מה שעשו הם לעצמם קודם מ"ת אבל ניתנה תורה ונתחדש' הלכה ולפ"ז אם הקרא מיותר ע"ז אפשר דהוה כמו צווי דאל"כ למה כתבה התורה לשון מיותר וכמה דרשות למדין מאות אחת היתיר' ובזה י"ל הא דמשני יצחק עקר היה א"ה אברהם נמי עקר הי' ההיא מבעיא לי' לכדרחב"א והיינו דהש"ס סבר כיון דמה שכתיב בן ארבעים שנה ולמה לן לדעת בן כמה שנים נשאה ע"כ שבא להורות הצווי לדורות וא"כ למדין מזה וע"ז משני דהקרא אצטריך לדבר אחר לייחס שנותיו של יעקב וא"כ שוב אינו רק סיפור בעלמא ואין למדין מקודם מ"ת. איברא דלפ"ז יקשה על מה דרצה למילף מיצחק וא"כ המקראות סותרים כיון דכל דכתיב יתור בקרא למדין הימנו אך נראה דבאמת יש ליישב דיצחק מתחל' לא שהה רק עשר שנה וא"כ יש לומר דצריך להמתין עשרים שנה אבל אברהם באמת בח"ל הי' שם כמה שנים ורק שעלה לא"י אח"כ והימים הראשונים יפלו דדלמא בארץ יזכה להבנות א"כ בזה לא צריך להמתין כ"כ דא"כ ילכו כל השנים שיכול להוליד והיא תוליד רק עד ארבעים שנה ולכך לא נתנו קצבה יותר מעשר' שנים וא"כ נ"מ למי שעלה מח"ל לארץ דימתין עשר שנים ונתקיימו שני המקראות וז"ב איברא דגוף הדבר דאמרו דאין לומדין מקודם מ"ת צ"ב דבאמת האבות ובניהם אחריהם קיימו כל התורה עד שלא ניתנה ומצינו שיוסף שמר השבת במצרים וא"כ למה לא נילף מיוסף קודם מ"ת דהרי הוא קיים כפי מצות התורה שיהי' אח"כ והיא הערה גדולה. אך נראה דהרמב"ן כתב בפרשת תולדות דהאבות לא קיימו מצות התורה רק בארץ ולא בח"ל ולפ"ז שם דהי' האבל במצרים שבעה ימים א"כ לא בשביל מצות התורה עשה וא"כ שפיר אין למדין מקודם מ"ת. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד בהא דאמרו ללמדך שאין ישיבת ח"ל עולה לו מן המנין ואם נימא כשיטת הפוסקים דח"ל אין עולה לכל אדם א"כ למה נקט עולה לו ועיין בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל שלפי דרכו שכתב דאף שהיא יושבת בסמוך לארץ בערב הוא באה לארץ ובבקר היא שבה לדרכה אפ"ה לא תלינן דישיבת' בח"ל גרמה לו משום

דהיא לא מפקדא ועיקר תלוי בו וא"כ יש לומר דמה דקאמר ללמדך שאין ישיבת חו"ל עולה לו לא קאי על אברהם רק שללמד על כל הדורות שאין עולה לו דוקא ולא תלוי רק בהבעל ולא באשה אבל כ"ז אינו שוה לי ע"ד הפשט. אך לפמ"ש אתי שפיר דכיון דבאשה כל דלא מפקדה לא תלוי בה כדאמרו זיל לא מפקדת וא"כ כל אותן שנים שהי' יושב בח"ל ולא צריך לקיים מצות פ"ו קודם מ"ת דב"נ אינו מצווה על פו"ר וא"כ שוב לכך אין ישיבת ח"ל עולה לו מן המנין דשם לא מפקד עדן על מצות פו"ר וז"ש אע"פ שאין ראיה לדבר דהיינו דיש לומר לדידן גם בח"ל מפקדינן על פ"ו וחובת הגוף הוא וא"כ אין לתלות בעון ח"ל אבל אברהם דלא מפקד קודם מ"ת א"כ שוב אין ראיה לדבר מה דלא עלה לו שנות ח"ל דלא מפקד וז"ב ודו"ק. אך יש לעיין דבאמת ב"נ נצטווה על פ"ו כדאמר לנח ובניו ורק דמשנתנ' תורה נטלה מב"נ וניתנה לישראל וא"כ אם נימא דקודם מ"ת לא יצאו אבותינו הקדושים מכלל ב"נ להקל כ"א להחמיר א"כ שוב גם קודם בואו לארץ נצטווה על פ"ו. אך י"ל כיון דהכתוב צוהו לעלות לארץ ישראל ולעזוב ארץ הטמא' שוב יש לומר דלכך לא נפקד עד שבא לארץ והימים הראשונים יפלו ודו"ק. ובזה יתיישב מה דכתב רש"י בפרשת לך על פסוק מקץ עשר שנים ללמדך שאין ישיבת ח"ל עולה לו מן המנין לפי שלא נאמר ואעשך לגוי גדול עד שיבא לא"י ותמה הרמב"ן דא"כ משמע דלאדם אחר עולה והא לכל אדם אין ישיבת ח"ל עולה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לכל אדם אין עולה דעון ח"ל גרמה אבל זהו דהמצוה לדור בא"י ואף בזמן הזה נחלקו הפוסקים אם מצוה לדור בארץ ועיין בפסקי מהרא"י ובאהע"ז סי' ע"ה וא"כ יש לומר דעון ח"ל גורם אבל אברהם אבינו כל שלא נצטוה ללכת לארץ היו כל הארצות כשרים וכעין דאמרו במגילה ובערכין עד שלא נבחר א"י היו כל הארצות כשרים לומר הלל ושירה וא"כ אין לתלות בעון ח"ל רק דעכ"פ כל שלא בא לארץ לא נצטווה על פו"ר ואף אם נימא דמצד מצות ב"נ נצטווה מ"מ כל שהקב"ה צוהו לעלות לא"י ושם הבטיחו על בנים וא"כ בודאי הימים הראשונים יפלו ולאו מן חושבנא ולכך לא עלו לו אבל לכל אדם שוב אין ראיה דעון ח"ל גורם. ובזה יתיישב מה דהקשה המזרחי דמרש"י בש"ס משמע דאין ישיבת ח"ל עולה לכל אדם ועיין בצדה לדרך להרב באר שבע שהאריך בזה בשם רבו הלבוש ז"ל ולפמ"ש אין שום סתירה וכמ"ש. ומהתימה על אא"ז הח"ץ ז"ל שהרב השואל מהר"י אלמושנינו שהי' אדם גדול וכבר נזכר לטובה בשו"ת זקני השער אפרים והוא היה הדורש שדברו עליו סרה ואא"ז בעל שער אפרים שם הפך בזכותו שהי' ת"ח גדול ואא"ז הח"ץ ז"ל פלפל עמו והרבה דברים שמבואר בקדמונים ברשב"א ובריטב"א ובמזרחי ובצדה לדרך והוא פלפל עמו כאן מהם יצאה זאת ובתחלת השקפ'

תמהתי במה דמביא קושית החכם השואל דפ"ו מצות חובת הגוף הוא והוא דחה דבאמת כיון דמפקד גם בח"ל לכך נענשו אבל מה דאין עולה הוא דאפשר גם מאחרת לא יזכה להבנות במחילת כבוד תורת אא"ז הח"ץ ז"ל הוא חשב דראיית השואל הוא וע"כ ניקל בעיניו לדחות אבל באמת ראיתי ההרים רועשים וראיה זו של כת הקודמין הוא הרשב"א והריטב"א בחידושם והנמוק"י הביא דברים אלו בשם אמרן והוא בעצמו מביא הנימוק"י ולא זכר זאת וע"כ דחייתו אינו כלום דמ"ש דבח"ל ג"כ מפקד רק שמא לא יזכה אבל ראייתם הוא דהיאך שייך לומר כיון דנצטוו ע"ז שירבו ויפרו גם בח"ל איך שייך דעון ח"ל גורם שלא יבנו והתורה צותה לפרות ולרבות אף בח"ל זהו כוונתם אבל באמת אני אומר באימה ויראה דבאמת יפה כתב הרא"ש דבח"ל ראינו שפרים ורבים ואחד מני אלף שלא זכה להבנות אבל מ"מ מי שלא זכה אין למהר לגרש כי אולי בח"ל בארץ הטמאה אינו זוכה. ואני מוסיף דבאמת במרדכי כתב עוד טעם דמיום שחרב בהמ"ק אמרו דדין הוא שלא לישא נשים ולהוליד וא"כ יש לומר דכיון דבני חיי ומזוני לאו בזכותא תליא אלא במזלא רק ע"י זכות הגדול נשתנה המזל וכמ"ש התוס' סוף קידושין אבל עכ"פ לאו כל אדם זוכה בח"ל לנס כזה שישתנה המזל. ובזה ניחא לפענ"ד מה שכתב הרב השואל בח"ץ שם דלפמ"ש רבינו חיים דבזמן הזה אין מצוה לדור בארץ ישראל א"כ אין לתלות בעון ח"ל לפענ"ד אין הכוונה דעון ח"ל גורם על שחטא לדור בח"ל דזה אינו חטא ולפי דבריהם א"כ בארץ מצרים דודאי אסור לדור במצות התורה וכמה קולמסים נשתברו א"כ במצרים בודאי החטא גורם ולא אשתמיט אחד מהפוסקים שישתנ' הדין במצרים רק כיון דעכ"פ היא ארץ טמאה יוכל להיות דלא מסתייע מלתא שיזכה להבנות בח"ל דצריך זכות גדול והמקום מעכב וז"ב. ומן האמור הן נסתר מחמתו מה שחידש הגאון בעל נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' א' שאם שהה עשר שנים ורצונו לעלות לא"י דודאי יוכל לכוף ממנ"פ דאם נימא דמצוה גם בזמן הזה א"כ צריך לעלות ואם אין מצוה שוב אין ח"ל גורם דאונס היא ולפמ"ש ניהו דאונס הוא ואינו עובר אבל מ"מ זכות א"י אין לו ואונסא כמאן דלא עבר אבל לא כמאן דעבד וז"ב. ותדע שכן הוא דהרי באברהם ג"כ אמרו דישיבת ח"ל גרם לו ושם בודאי לא הי' עון כל שלא נצטווה ללכת לארץ כנען היו כל הארצות כשרות ואפ"ה ח"ל בעצמותה טמאה היא ואין הזכות כ"כ שיזכה להבנות ומראש צורים נראה ללמוד לדורות וז"ב כשמש. שוב ראיתי בשו"ת שב יעקב חלק אהע"ז סי' א' שהאריך הרחיב הדיבור ג"כ והעלה להלכה ולמעשה דבח"ל אין לכוף ולגרש וכמ"ש ושם תמה ג"כ על הח"ץ שלא הזכיר דברי הקדמונים ונהניתי. ובמ"ש למעלה בענין דאין למדין מקודם מ"ת יש להקשות מהא דלמדו בירושלמי ממלא שבוע זאת דאין מערבין שמחה

בשמחה והובא בתוס' מ"ק דף ח' וכן יליף מ"ש לא יעשה כן במקומינו שאין לקדש בתו הקטנה קודם הגדולה ועיין באהע"ז סי' ל"ז ואולי מה דהיה מנהג נכון קודם מתן תורה פשיטא דיליף דגם לאחר מתן תורה מהראוי לעשות כן אלא דדבר שאין לו טעם רק חקה היא אין למדין מקודם מתן תורה. ובזה יתיישב מה דהקשה בחתם סופר סי' שמ"ו אות ח' דברי התוס' דמ"ק דף ח' עם מ"ש בדף כ' ע"ש ודו"ק: אחר כמה שנים מצאתי במדרש רבה סדר וירא פרשה נ"ז שאמר על איוב מעולי גולה היה וישראלי הי' ומדרשו בטברי' לפיכך הי' למד ממנו קריעה וברכת אבלים ומדבריו נראה שלכך אין למדין מקודם מ"ת שלפי שהיה להם דין ב"נ ונתנה תורה ונתחדשה הלכה. ובזה נראה לפענ"ד דזה דוקא במקום דשייך לומר דנתנה תורה ונתחדשה הלכה אבל במקום דהדבר מסתבר מה"ת שלא נלמוד מקודם מ"ת. ובזה יתיישב היטב קושית החתם סופר הנ"ל דשפיר למדו במ"ק בירושלמי והובא בתוס' מ"ק ח' ממלא שבוע זאת שאין מערבין שמחה בשמחה משום דשם מלתא דמסתבר הוא אבל במ"ק דף כ' דשם יש לאקושי לסוכות דשמונה ימים א"כ אם למדין מקודם מ"ת יהיה רק שבעה. ובזה יש לומר דנתנה תורה ונתחדשה הלכה ודו"ק היטב כי היא הערה נכונה. אחר זמן רב ראיתי ברמב"ן בפ' ויצא ועל פסוק מלא שבוע זאת שכתב על מ"ש רש"י והראב"ע מלא שבוע זאת שקאי על שבעת ימי המשתה והקשה הרמב"ן דהא זה הי' תקנת משה רבינו ע"ה לישראל וכתב ואולי נאמר שנהגו בהם מתחלה נכבדי האומות כענין באבילות דכתיב ויעש לאביו אבל שבעת ימים ומה שלמדו מכאן נמי בירושלמי בב"ר שאין מערבין שמחה בשמחה סמך בעלמא ממנהג הקדמונים קודם התורה אבל בגמרא שלנו לא למדה מכאן ודרשוה מויעש שלמה את החג ע"ש ודברי הרמב"ן קצת תמוהין דהרי בענין אבילות שלמדו מויעש לאביו אבל שבעת ימים פריך באמת בירושלמי הא אין למדין מקודם מ"ת וא"כ יהיה יציבא בארעא וכו' דמיוסף שהיה לו דין ישראל לא מסתבר שילמוד מקודם מתן תורה ומלבן ניקו ונילף וצע"ג על הרמב"ן. וראיתי ביפ"ת פרשה ויצא פי"ג סי' י"ג שהביא דברי הרמב"ן אלו ולא הרגיש על הרמב"ן רק שכתב דאותו מ"ד ס"ל דלמדין מקודם מתן תורה ולא חש לקושיית הירושלמי לענין אבילות שאמר ולמדין מקודם מ"ת ועיין ביפ"ת פ' ויחי סי' ז' ע"ש שהאריך בענין הלז ומחלק בין מצוה דאין למדין מקודם מ"ת לענין מוסריי ע"ש ודו"ק ועיין בפני משה מ"ש בזה בירושלמי פ"ק דסנהדרין ה"ד במראה הפנים ד"ה אם וכתב שהתוס' לא דקדקו בזה ולפמ"ש אתי שפיר והפ"מ שלא כהוגן כתב על דברת התוס' במח"כ. עוד יש לי לומר בטעמו של הירושלמי דאין למדין דבר מקודם מ"ת די"ל דהי' רק מנהג בעלמא והרי גדולה מזו מצינו בסנהדרין דף נ"א דרצו ללמוד קבורה מהא

דמצינו דנקברו צדיקים ומשני דמנהגא בעלמא הוא וא"כ מכ"ש קודם מה"ת דאין למדין שיהי' הדין כן רק מצד המנהג. ובזה מבואר היטב החילוק שבין מצוה ובין ענין מוסר וכמ"ש היפה תואר הנ"ל דמצוה א"א ללמוד דיש לומר דקודם מ"ת לא הי' רק מנהג בעלמא אבל ענין מוסר אם היה המנהג קודם מכ"ש דלאחר מ"ת דודאי הוא ראוי לעשות כן ודו"ק: ובזה מיושב מ"ש הברכי יוסף ביו"ד סי' ר"מ על מ"ש הטור דחייב בכבוד חמיו מדוד שאמר אבי ראה גם ראה והקשה ממ"ש במכילתא פרשת יתרו וישתחוה וישק לו דמשה השתחוה ליתרו מכאן אמרו שיהא אדם מוכן לכבוד חמיו וא"כ למה לא למדו מכאן ובשו"ת תשובה מאהבה ח"ג סי' שע"א האריך בזה ובחידושי על התורה פ' יתרו הארכתי ליישב ולפמ"ש י"ל דבאמת מקודם מ"ת אין למילף ואף מה שהוא מדרך המוסר יש למילף אבל לא ידענו שהיא מצוה דלמא רשות הוא דרך מוסר וכן מורה לשון שיהא מוכן לכבוד חמיו וע"כ למד מדוד דשם לא אמר בדרך המוסר רק בדרך מצוה וחיוב שהרי קרא לו אב. ובזה מיושב מה שהקש' הב"ח סי' ש"מ דבשוחר טוב מבואר דרבנן אמרו אבי ראה אמר לאבנר שהוא מרי דאורייתא וגם ראה אמר לשאול וע"כ כתב שהטור מש"ה לא כתב שחייב בכבוד חמיו ככבוד אביו משום דר"י הוא דס"ל כן ורבנן נחלקו עליו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת רבנן ס"ל שאינו חייב רק מדרך המוסר וע"כ השכיל דוד פיו ואמר אבי ראה גם ראה ויכול להיות הכוונה על שאול ועל אבנר וא"כ לכך לא כתב רק שחייב מדרך המוסר כמ"ש גבי משה רבינו ודו"ק היטב ועיין בירושלמי פ"ז דברכות ובמגלה פ"ד ובסנהדרין פ"ק דיליף דעשרה נקראו עדה מבני יעקב וכתב בפני משה בסנהדרין שם דתלוי בזה אי למידין מקודם מ"ת ולפמ"ש בשם היפ"ת בכה"ג בודאי למדין ועיין ברבינו בחיי פ' אמור מ"ש רבינו יעקב להגיה בש"ס דילן ותמהתי ע"ז על הגליון דלא הביא הך דירושלמי ועוד כתבתי בזה ע"ש ועיין חולין סמ"ך כיון דהסכים על ידיהו כמאן דכתיב בהו למינהו דמיא והרי הוה קודם מתן תורה וע"כ כיון שהוא ענין מוסר וכל שהסכים הקב"ה על ידייהו כמאן דכתיב דמיא גם לפמ"ש לעיל משום די"ל נתנה תורה ונתחדשה הלכה וכאן ל"ש זאת דהרי באמת הוה ק"ו והמהרש"א כתב דלכך אין עונשין מק"ו משום דיש לומר דאולי זה חמור טפי ולא סגי ליה בזה העונש וכאן עכ"פ חזינן דהתורה רצתה להחמיר עליו וא"כ לא נתחדש' הלכה ושפיר למדין הלכה מקודם מ"ת. והנה הקשה אותי המופלג מוה' יוסף שורשטיין נ"י דלפמ"ש המהרש"א מה מועיל מה דאסכים על ידייהו והא מ"מ י"ל דלא סגי ליי' בעונש זה והיאך לקו על דשאים ולפענ"ד כל שהסכים על ידייהו והו"ל כמאן דכתיב למינהו בזה שוב אינו בכלל ק"ו רק דגם זה בכלל למינהו ושפיר מקרי כלאים ולא הוה בכלל עונשין מה"ד והוא

בכלל גילוי מלתא וז"ב ופשוט לפענ"ד. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בהא דיליף לענין שבועת העדות מושבע מפי עצמו ממושבע מפי אחרים והרי בקרבן דעת המזרחי ועיין באר יעקב שמביאו בכללותי דאין עונשין מה"ד לחייבו קרבן. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דגלתה התורה דגם זה בכלל שבועת העדות וא"כ לא מקרי עונשין מה"ד והוה בכלל שבועת העדות דחייבתו התור' שבועה וצ"ע בזה כי לפענ"ד זה כלל גדול בתורה: והנה בבכורות דף יו"ד אמרו תפדה תפדה תפדה מיד תפדה כל שהוא ופירש"י דשני פעמים כתבו ופטר חמור תפדה בשה והיינו פרשת בא ופרשת תשא ובמהרי"ט אלגזי האריך שם דבספרי פ' קרח דריש לה מפ' קרח ואני תמה בלא"ה דהא אין למדין דבר מקודם מ"ת ואולי כיון דהוא מצוה הנוהגת לדורות וגם התורה צותה כשיבאו לארץ שפיר למדין אף קודם מ"ת דלא שייך לומר נתנה תורה ונתחדש' הלכה דהא התורה עיקר הצוואה הי' על מה שיהיה בבואם לארץ ואז כבר קבלו התורה וגם כיון דגם בפ' תשא כתוב כן שוב חזינן דלא נתחדש הלכה א"כ שוב יכול ללמוד גם מקודם מ"ת ומיושב בזה הרבה דברים במס' בכורות דיליף מהפרשה דכתיב בפ' בא וקשה הא הוה קודם מ"ת ולפמ"ש א"ש דהא עיקר הי' על אחר מ"ת:

סימן מט

א בענין ביאת יבם קטן בן תשע שנים.

ב נתתי לבי לבאר המחלוקת שבין רש"י ותוס' בקידושין דף י"ט א' ביאת בן תשע ביבם קטן אי הוה מן התור' ומה טעם יש בו. והנה בתחלה אמרתי לעיין על מה שחידש ר"י ברזילי דקטן שחידש לו אביו אשה הוה קידושין מן התורה כמ"ש המלמ"ל פ"ו מגירושין וכמה קולמסים נשתברו בזה. והנה כבר כתבתי בזה תשובה ארוכ' וכעת חדשות אני מגיד דהנה לכאורה קשה לי מה מועיל מה שהאב מזכה לו וזכין לאדם שלא בפניו והא כי יקח איש אשה כתיב ובעינן שיקח איש האשה ויהיו הליקוחין מצד האיש וכאן המקדש הוא הקטן וא"כ עיקר הליקוחין מצד האשה וזה בודאי לא מועיל ומה מועיל הזכות שמזכה לו הא אנן בעינן שיקח איש והקיחה יבא מצד האיש ובזה ל"ש זכיה אמנם האיר ד' עיני ומצאתי דבר נפלא במכילתא פרשת משפטים על פסוק ואם אחרת יקח לו ואמרו ע"ז מכאן שחייב אדם להשיא בנו הקטן וכן הוא אומר והודעתם לבניך ולבני בניך מהיכן יזכה אדם לבני בנים אם לא ישא בנו קטן ועיין במפרש שם שהעיר דלא מצינו אישות לקטן ואף יעוד לא שייך בקטן אמנם נראה דבאמת הר"י ברזילי יצא לו מכאן דגם קיחת האב מקרי קיחה וקרינן בי' כי יקח איש אשה. איברא דזה שייך בכסף ושטר דקיחת האב מקרי קיחה ונתינה אבל ביאת הקטן מה מועיל והא הוה ביאת

זכות דקטן הוא. אך נראה דבאמת כבר אמרו בסנהדרין דף ס"ט דדורות הראשונים היו מולידין בני שמנה ותשע וא"כ שוב לא הוה ביאת זנות ושפיר יכול להשיא בנו קטן ויוליד בנים דאף דאנן קי"ל דאין קטן מוליד היינו בדורות שלנו אבל דורות הראשונים היו מולידין ושוב הוה הקיחה מצד הבן בעצמו שהרי יכול להוליד והאשה אינה רק קרקע עולם ולכך חייב להשיא בנו קטן וז"ש והודעתם לבניך ולבני בניך שיזכה לבני בנים שאם לא היו יכול להוליד אז הי' כביאת זנות שמטיל זרע על עצים ואבנים כיון שאינו מוליד ולפ"ז בדורות שלנו שאין הקטן מוליד א"כ ביאה ל"מ ואין אישות לקטן אבל קידושי אביו מועיל ומקרי קיחה ומכאן יצא לו להר"י ברזילי שיטתו דיש קידושין באב שמקדש לבנו הקטן אשה ואנן ס"ל כיון דהשתא אין הקטן מוליד שוב אין יכול האב לקדש אשה לבנו הקטן דכל שא"י להשיא אותו בקטנותו שוב אין זכות לו לקדש. ולפ"ז סמוך לפרקו דמצוה להשיא סמוך לפרקו כדאמרו בסנהדרין דף ע"ו שוב אפשר דהוה קידושי תורה. ולפ"ז אני אומר דזה טעמו של רש"י דביבם קטן דא"צ להיות הקיחה מצד היבם דכבר אגידה ביה מצד האח שוב הוה ביאת בן תשע ביאה כדאמרו בסנהדרין דף ס"ט דכ"ע מודו דבן תשע ביאתו ביאה וז"ב בכוונת רש"י שוב זכיתי ומצאתי בירושלמי פ' האשה רבה ה"ז ובפ"ק דקידושין ה"ב שביאר בהדיא דהא דביאת בן תשע פוסל ביבמתו הוא בשביל דבן תשע היו מולידין בדורות הראשונים ושמחתי מאד שזכיתי למצוא דעת קדושים ונתברר בזה שיטת הר"י ברזילי ושיטת רש"י הנ"ל ודו"ק היטב. ואם חומה היא נראה לפענ"ד ליישב בזה כל הקושיות שהקשו על הר"י ברזילי דמה שהקשו בשו"ת מהרי"ט חלק אהע"ז סי' מ"א ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ס"ב וסי' ס"ג דא"כ מצינו אישות לקטן. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הא דממעט אשת קטן סתם ממעט ויוכל להיות אף בפחות מבן תשע ונמצא לפי דורות הראשונים הא דממעט מאשת קטן הוא דוקא בפחות משמנה דאל"כ באמת יכול האב להשיא לו אשה וגם כל דבעי יעוד לבנו קטן הוא לדורות הראשונים בפחות מבן תשע וא"כ בכה"ג לא מצינו אישות לקטן ולדידן באמת א"י להשיא לפחות מבן י"ג אבל לקדש יכול באמת וכמ"ש ורק הא דממעט אשת קטן ע"כ בכה"ג דא"י האב לקדש דהכתוב דיבר סתם בכל הדורות והרי בדורות הראשונים לא נתמעט מאשת איש קטן כשהוא יותר מבן תשע דהא אדרבא חיוב על האב להשיא ואישות קרינא בי' דהא התורה חייבה בכל פרטי חיובי אישות דכתיב אם אחרת יקח לו איברא דלפ"ז צריך להבין דלפי מה שכתבתי בסברת רש"י דלכך בביאת יבם מועיל אף בקטן משום דכבר אגידא בי' ול"צ לקיחה שיהיה מצד המקדש דכבר אגידא בי' ולפ"ז יש לי מקום עיון אם נימא דמעות הראשונות לקידושין נתנו וא"כ לבסוף

כשמיעדה לבנו אין מועיל דיש לומר דדוקא לו יכול ליעדה במעות הראשונות דהוה כמקדש לאחר שלשים אבל כאן הרי יעדה לאחר. ואולי יש לומר דבתחלה מיעדה כדין יעוד או לו או לבנו ואח"כ נתברר הקידושין ואם נימא דל"מ בכה"ג דאין ברירה עכ"פ יש לומר דאם מתחלה יעדה שתהיה לבנו ודאי מועיל. ולפ"ז יש לומר דבכה"ג מועיל אף בבן קטן כיון דכבר אגידא ביה וא"כ אח"כ כשנגמרו הקידושין יוכל האב ליעדה לו דהא כבר אגידא ביה במקצת ועכ"פ ניתן לשם קידושין וגם יש להסתפק דכל שקדשה אף שלא בירר למי מקדשה אם לו או לבנו בכה"ג יש לומר דלא שייך ברירה וגם מ"ש דכיון דאין צריך דעתה א"כ היא כבר נתקדשה ותולה בדעת עצמו אם הוא או בנו לא שייך ברירה ועיין גיטין דף כ"ה דבכה"ג אדרבא גרע טפי ובודאי ל"מ וצ"ע בזה. עכ"פ יש ליישב בזה מה דפריך הש"ס מה הוה עלה והקשו שם בנוב"י דהא כבר נפשט דא"כ מצינו אישות לקטן. ולפמ"ש יש לומר דלמ"ד יש ברירה ומעות הראשונות לקידושין נתנו שוב מצינו לומר דבכה"ג מועיל הקידושין ואיצטריך קרא למעט ממיתה וכמ"ש רש"י לענין יבם. ובזה מיושב מה שהקשו דא"כ למה תקנו נשואין לחרש יקדשנו אחר וגם דקטן יכול להיות בר הויה ע"י אחר דמ"ל אחר ומ"ל אב ולפמ"ש שנא ושנא דדוקא אב יכול לקדש דהתורה חייבו להשיא בנו קטן לא אחר וגם מה שרצו שם בנוב"י השואלים שם לחלק בין סמוך לפרק דיכול לקדש והוא דחה דאין חילוק ולפמ"ש דבר גדול דברו וגם מ"ש שם דדוקא אם האב מקדש לו אבל לא מועיל שיעמוד האב אצלו לפמ"ש דמי לקטנה דהא האב יכול לעמוד אצלו דהתורה נתנה לו רשות וכמ"ש. ובזה יש ליישב הא דאמרו בכתובות דף ע"ז גבי טעות אשה אחת ואם בעלו קנו ופירש"י דגם בקטן אם בעל קנה לאחר שקידש בכסף וכתב רש"י במהד"ק שהובא בשיטה מקובצת שם דביאת בן תשע מועיל אף בקטן ותמהו כלם דלמה עדיף ביאה מכסף ושטר ועיין באבני מלואים סי' מ"ג.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דלא מועיל קידושי קטן הוא משום דכתיב כי יקח איש וכמ"ש רש"י בדף ע"ד שם והיינו מטעם שכתבתי דבעינן שיבא מכח האיש ולפ"ז בשלמא כסף ושטר או ביאה לבד לא מועיל דכיון דאין לו דעת א"כ אינו בר קיחה אבל כל דכבר קידש בכסף ואח"כ בעל הרי אמרו בחולין דף י"ב דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו אית ליה לקטן וא"כ בשלמא בביאה לבד או כסף לבד מנ"ל דנתכוין לשם קידושין אבל כל דקידש ואח"כ בעל לשם קידושין הרי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ודו"ק היטב כי הוא ענין חדש ונפלא. שוב ראיתי במה שנסתפקתי אם מועיל היעוד לבנו אף דלא בירר בתחלה דלימוד ערוך הוא בקידושין שם דאומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי הרי

את מאורסת לי אפילו בסוף שש וכ"כ הרמב"ם פ"ד מעבדים ה"ז וביאר בהדיא דכל שהיה בנו גדול ונתן רשות לאביו ליעד לו הרי אומר האב בפני שנים הרי את מקודשת לבני והוא פסק דמעות הראשונות לקידושין נתנו וע"כ דמתחלה לא קדשה רק שניתן לשם קידושין שאם ירצה ליעדה שלא יצטרך לתת לה מעות אחר ואף דבש"ס אמרו לרבנן דהוה כמו שקדשה מעכשיו ולאחר שלשים יום היינו לא דקדשה מעכשיו רק דלמפרע נעשה כמו שקדשה מעכשיו ולאחר שלשים ועיין בפ"י שם שפירש כן בהדיא ולפ"ז נראה לי ברור דבכה"ג למאן דס"ל דקידושין הראשונים חלו למפרע בכה"ג לא שייך יעוד לקטן וכמ"ש למעלה דדמי לביאה ומיושב היטב מה דאמרו מה הוי עלה וגם דברי התוס' בסנהדרין שנתקשו שם בנוב"י הוא וחתנו הגאונים זצלה"ה. ובזה נראה לפענ"ד הא דפירש"י דמשל לרבנן דהיינו מיעוד אנו למדים דמועיל באחר שמקדשה מעכשיו ולאחר שלשים יום והקשו התוס' דבעלמא אנו למדין מהמשל לנמשל וכאן להיפך ועוד דלא מיירי כאן בבא אחר וקדשה. ולפמ"ש יש לומר דרש"י פירש דמיירי באמר לה מעכשיו וא"כ באמת אם רוצה הבן ליעדה צריך לומר לה הרי את מיועדת לי בכסף שקיבל אביך בעדך וכמו שפירש"י בחומש ועיין לח"מ שכתב שפליג על רבינו או דמיירי בלא נתן רשות ולפמ"ש יש לומר דפליגי בזה דרש"י ס"ל דאמר לה מעכשיו וא"כ שוב ל"מ קידושי הבן ולכך צריך לקדש הבן לעצמו בכסף שקיבל ויעודי האב נתבטל שהרי חזר בו וא"כ שפיר נלמוד מזה דמעכשיו ולאחר שלשים לא חלו קידושי שני כמו שצריך הבן ליעדה לו בעצמו ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד מה ששמעתי מקשים על רש"י דס"ל דביאת בן תשע הוה ביאה מן התורה ביבום וכמ"ש בקידושין דף י"ט וביבמות דף צ"ו משמע מרש"י עצמו דאינו רק כמאמר וכבר כתבתי בזה בתשובה אחת בשם כבוד אבי מורי הגאון נ"י וגם מה שנראה לי. ולפמ"ש אתי שפיר דכל הסברא הוא כיון דא"צ לעשות קנין א"כ ביאת בן תשע ביאה גמורה ולפ"ז במקום שיש אחין אחרים פשיטא דכל שבא הקטן ליבם דעושה מעשה קנין חדש דפשיטא דאגידה לגבי האחין טפי ממנו דמצוה בגדול ומעתה שם דמיירי עם שאר אחין פשיטא דאינו ביאה גמורה ודו"ק ועיין תוס' גיטין דף מ"ם ע"ב שכתבו התוס' דיבם קטן א"י לגרש קודם שיגדיל וכתב הפ"י דלמא משום דבעינן מדרבנן בעל ע"ש ועיין בבית מאיר סי' קס"ז מ"ש בזה ולפענ"ד מצד הסברא מסתבר דא"י לגרש בקטנותו דאין מעשה קטן כלום ושאני ביאה דאתרבי לי' וכמ"ש ודו"ק:

ד והנה לכאורה יש לומר בביאור המחלוקת שבין רש"י להתוס' אי ביאת בן תשע הוה מן התורה דבאמת בקטן יש חשש שמא ימצא סריס והוה אשת אח שלא במקום מצוה

רק דלרבנן דר"מ אזלינן בתר רובא דלאו סריסים הם ולפ"ז הא באמת היא בחזקת איסור עומדת לו דאף דאמרינן אשה בחזקת היתר לשוק עומדת היינו ליבם גדול דהתורה אמר' שמותר ליבם אבל ביבם קטן כל דמה"ת ביאתו לאו ביאה שוב עומדת בחזקת איסור אשת אח עודנה עד שיגדיל והי' לאיש וא"כ שוב שייך סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא דבשלמא לרש"י דביאת בן תשע חשוב ביאה מה"ת ביבם וא"כ שוב אזדא לה חזקת אשת אח ושפיר אזלינן בתר רובא אבל להתוס' כל דמה"ת אין ביאתו ביאה עדן בחזקת אשת אח לגבי' ושוב שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקת אשת אח ואסור מן התור' לדעת קצת הקדמונים ולדעת קצת עכ"פ מדרבנן אמרינן סמוך ואף דמדרבנן עשו אותו כמאמר פשיטא דיש מיעוטא הסמוך לחזקת אשת אח דאסור עכ"פ מה"ת. ובזה נראה לפענ"ד דאף לשיטת התוס' דאין ביאת בן תשע רק מדרבנן היינו דמה"ת אין ביאתו ביאה ואסור ליבמה מה"ת דשייך סמוך מיעוטא לחזקה אבל כל דתקינו רבנן דביאת בן תשע הוה כמאמר וא"כ אזל לה עכ"פ חזקת אשת אח מדרבנן שוב לא שייך להעמידה בחזקת אשת אח מן התור' וכמ"ש הר"ש כעין זה בפ"ב דטבול יום דכל דאתרע החזקה עכ"פ מדרבנן שוב לא שייך להעמידה על חזקתו דאינו כמו שהיה מתחלה דמתחל' היה חזקה בריאה ולא אתרע כלל ולפ"ז גם כאן כל דרבנן תקנו ביאה כמאמר שוב לא שייך להעמיד על חזקת אשת אח דאתרע לה ושוב לא שייך סמוך ומותר גם מה"ת דאזלינן בתר רוב דלא הוה סריסים. ובזה מיושב היטב הא דאמרו ביבמות דף קי"א קרי כאן להקים לאחיו שם בישראל והא לאו בר הכי הוא ומשני אביי יבמה יבא עליה כל דהו והקשה המהרש"א הא מה"ת אין הקטן מיבם ע"ש שנדחק. ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דבעינן מה"ת בר הקמת שם לאחיו שוב שייך לומר סמוך מיעוטא לחזק' דאתחזיק איסור אשת אח מן התור' דהא בעינן להקים לאחיו שם בישראל וליכא ושוב לא יכלו רבנן לעשות כמאמר בגדול דשאני קטן דלאו בר הקמת שם הוא אבל כיון דאמרינן דיבמה יבא עליה כל דהו משמע ניהו דקטן אין ביאתו ביאה מה"ת אבל בחזקת אשת אח אינו וכל דרבנן התירו שוב אינה בחזקת אשת אח ולא שייך סמוך מיעוטא לחזקה (ודברי התוס' ביבמות דף כ' ד"ה יבא תמוהים הם כאשר עמדתי עליהם במק"א דהא כפי הנראה הקשו קושית הש"ס בדף קי"א הנ"ל) ובלא"ה נראה לי דלא שייך סמוך מיעוטא לחזקה לפמ"ש הרשב"א במשמרת הבית דלכך אמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקת איסור בהמה בחייה משום דכל דחזינן שאנשים רוצים ומתעסקים לבטל החזקה וע"פ רוב הם יכולים לבטל החזקה רק שהמיעוט א"י לבטל החזקה מחזקינן להו שהם מן הרוב שיכלו לבטל החזקה ולפ"ז כיון דמדרבנן תקנו ביאה כמאמר בגדול לא

שייך לחוש שמא סריס הוא דע"פ רוב הוא מבטל החזקת אשת אח ע"פ יבום כדין ולא שייך סמוך מיעוטא לחזקה ולפ"ז אם נימא דבעינן בר הקמת שם א"כ שוב אינו מתעסק לבטל החזקה דהא היבום הוא להקים לאחיו שם בישראל וא"כ שוב הוה סמוך מיעוטא לחזק' דאינו מתעסק כלל לבטל החזקה ולכך מרבינן יבמה יבא עלי' כל דהוא ושוב לא שייך סמוך מיעוטא לחזקה דעכ"פ מתעסק לבטל החזק' ובר הקמת שם הוא לכשיגדל ודו"ק היטב. וגם נראה דלאבא שאול דאמר דכל הכונס יבמתו לשם נוי כאלו פוגע באשת אח ולפ"ז קטן דלאו בר הקמת שם הוא ולאו בר כוונה הוא הי' אסור ליבם ורק דלרבנן יבמה יבא עלי' מ"מ. ובזה יש לומר דלכך אמרו יבמה יבא עליה כל דהו והיינו דהמקש' הוה ס"ד דבעינן שיתכוין להקמת שם וקטן לאו בר הקמת שם הוא וע"ז משני דלרבנן דיבמה יבא עליה כל דהו ולרבא מיחדיו דעכ"פ הותרה וכבר הארכתי בתשובה והבאתי דברי הנימוק"י בשם הרמב"ן והב"ש דגם לאבא שאול לא בעינן לשם יבום מה"ת ואינו רק מדרבנן והארכתי בזה לדחות דברי הנוב"י מהד"ק סי' נ"ד ע"ש שהאריך בענין הלז ולפמ"ש מיושב קושייתו גם הקשה שם קושית מהרש"א הנ"ל ובמהד"ב הזכירוהו שזה קושית המהרש"א והאריך ויש סתירה שם מתשו' לתשובה כמ"ש על הגליון ואכ"מ ע"ש סי' ק"מ וקמ"ט ועיין ברמב"ן ביבמות דף צ"ו שהאריך בסתירת דברי רש"י בענין קטן בן תשע ליבום ודו"ק: וראיתי לדו"ז הגאון בישועת יעקב סי' ק"ע שהביא ג"כ ראי' לשיטת רש"י מהך דיבמות דף קי"א והרגיש בדברי המהרש"א וכתב שתירוצו דחוק ובאמת שהוא דחוק אבל ת"ל כבר ביארתי הדברים על נכון ומ"ש ראי' לרש"י מהא דאמרו בסוטה דף כ"ד דכוות' בשומרת יבם שקדמה שכיבת יבם לבועל והאמר רב קנה לכל והקשה דלמה לא מוקי כגון שבא עליה בהיותו יבם קטן בן תשע שנים וביאתו ביאה ומ"מ שומרת יבם היא דעדיין לא קנה אותה יבם לשיטת התוס' וע"כ כשיטת רש"י ע"ש ולק"מ לפענ"ד דלהתוס' דאין קונה ביבמה א"כ לא קרינא ביה שכיבת בעל דאינו יבמה כלל וגם ביאתו לא חשיבא ביאה דאין ביאת קטן כלום וכאילו הטיל מום דמי לשיטת התוס' וחידוש היא שחדשה התורה לרש"י דביאתו חשיבה ביאה לענין יבום וז"ב ופשוט ואנן בעינן שכיבת בעלה קודם וזה אינו בעל ולא מקרי ביאה כלל וז"פ.

ה ומ"ש להקשות על רש"י מהא דאמר הש"ס בסנהדרין דף ס"ט דאזלינן בד"נ בתר רוב מהא דקטנה בת ג' שנים מומתין על ידה וניחוש דלמא איילונית היא ומוקי לה בקבל עליו וקשה אמאי לא הביא מהא דממעטינן מיתה באשת קטן ומוקי לה בקידושין דף י"ט ביבם קטן בן תשע וקשה דלמה לי קרא הא הוה התראת ספק שמא סריס הוא ואין רשאי ליבם ולא הוה אשת איש וע"כ דאזלינן בתר רוב וע"כ צ"ל דקרא אתי כגון שהגדיל היבם

הקטן ולא בא עליה משהגדיל ואח"כ בא עליה אחר קודם שבא עליה היבם משהגדיל דאז ראינו שאינו סריס ומ"מ אשת קטן קרינן בי' דעדיין לאו אשתו גמורה הא וא"כ לרש"י פשיטא דמקרי אשת גדול דהא לרש"י כבר קנה אותה בקטנותה רק דממיתה פטרו הכתוב באשת קטן אבל כל שהגדיל פשיטא דמקרי אשתו גמורה וע"כ כשיטת התוס' ובאמת שזו קושיא גדולה וע"ש מ"ש בזה ע"ד חריף ולא העלה ביאור הדברים וחסר יבואנו ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה באמת הדבר תמוה דהיאך אפשר דלא ניזיל בתר רוב בד"נ הא בחולין דף י"א למדו מרוצח ועדים זוממין וכדומה דאזלי' בתר רוב אף בד"נ וכבר תמה בזה בחידושי הר"ן שם בסנהדרין ונדחק ובתשו' הארכתי בזה בכמה מקומות וכעת נראה בפשיטות דודאי במקום שהתור' אמרה דאזלינן בתר רוב בד"נ ולא משכחת לה באופן אחר פשיטא דאזלינן בתר רוב גם בד"נ וא"כ ברוצח ובעדים זוממין דפשיטא דהתור' לא מיירי כגון שהראש מגולה וכמ"ש התוס' במכות דף ז' דהתור' לא מיירי בגווני דחיקי כזו וע"ש במהרש"א א"כ בודאי אזלינן בתר רוב גם בד"נ אבל במקום דמשכחת לה בלי רוב רק דכעת קרה מקרה החיוב מיתה ע"פ רוב אפשר דלא אזלינן בתר רוב כגון בבן סורר ומורה דמשכחת לה בתלתי ירחי דהוכר העובר ורק דאנו דנין דאזלינן בתר רוב ואף בתרי ירחי סגי וע"ז אמרינן דאזלינן בתר רוב ושפיר מקשה דמנ"ל דבכה"ג אזלינן בתר רוב וכן בהכחישו עדים בעיבורא דירחא וכן בהא דמומתין על ידה דאטו לא משכחת מיתה דהבא על א"א במקום דהיא גדולה וניכר שאינה אילונית ורק דכעת אירע מקרה דהיא קטנה שפיר מקשה דלמה לא אזלינן בתר רובא. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בקידושין דף יו"ד דאמאי מקשה ודלמא אדעתא דהכי לא קדשה הראשון והא יכול להקשות דלמא הוא קידש אדעתא דהכי ג"כ ואפ"ה אינו חייב על ביאת היבם דדלמא איילונית היא ואינה מתיבמת ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דשוב מקשה דהא בזה רבתה התורה מאשת קטן דאזלינן בתר רוב דאל"כ למה אצטריך למעט ממיתה וא"כ כשם דאזלינן ביבם בתר רובא דלאו סריס ה"ה דאזלינן ביבמה בתר רובא ולכך מקשה דלמא אדעתא דהכי לא קידש ונתבטלו הקידושין למפרע ואינה א"א כלל ומעתה מיושב היטב הקושיא הנ"ל דל"מ למפרך מהאי קרא דממעט אשת קטן דכל דהתורה גלתה דאזלינן בתר רוב ולא משכחת באופן אחר שוב פשיטא דאזלינן בתר רובא בד"נ וז"ב שוב ראיתי בר"ן שכתב ליישב דכל דאי אפשר בענין אחר פשיטא דאזלינן בתר רובא והוא כעין מ"ש אלא שאני הרחבתי הדברים. ועכ"פ מיושב היטב קושית הישועות יעקב הנ"ל ודו"ק היטב ועיין בספר בני אהובה שכתב בתשובה אחרונ' שם הנספח להספר בסוגיא זו וכתב ככל דברי הר"ן אלו ע"ש ויש כמה דברים שצ"ע שם וגם דברים

פשוטים ועיין בשעה"מ פ"א מאישות מ"ש בדברי המהרש"א בקידושין דף יו"ד שם ומה שהקש' שם מהא דלא מייתי הש"ס מהא דמחייב בקטנ' מאורסה סקילה ולא ניחוש שמא אילונית היא ע"ש הנה לפמ"ש מיושב גם זאת ודו"ק: והנה במה שפלפלתי בענין יבם קטן בן ט' אי ביאתו ביאה מן התורה ביבמתו או רק מדרבנן השבתי כלפי סנאי' של זקני הגאון הח"ץ ז"ל סי' קט"ז במעש' שנפל לפני קטן יבמה ובעודנו קטן נשתדך לו בת זוגו ובמלאות לו י"ג שנים ולא הביא ב' שערות ביקש אבי הבת להשיא לו בתו ושאלו אם יש למנוע משום דמבואר בסי' קנ"ט ברמ"א דאם נפלה יבמה לפניו אסור לישא אחרת עד שיחלוץ ליבמתו והאריך זקני הח"ץ להשיג על הרמ"א דביבמתו לא שייך תקנת רגמ"ה דלא מקריא אשתו וגם זיקה אינו רק דרבנן והוי תרי דרבנן ע"ש. ואני אומר אף יהיבנא לי' דלא כרמ"א היינו בגדול דזיקה אינו רק מדרבנן ולא שייך בזה חרגמ"ה אבל בקטן כיון דא"א לקדש ולישא כ"ז היותו קטן ורבנן לא תקנו נישואין לקטן וליבם יוכל ליבם לשיטת רש"י מה"ת ולהתוס' עכ"פ מדרבנן וא"כ פשיטא דחל עליו מצות יבום קודם שהגיע לפרק נישואין ופשיטא דלא יוכל להנשא עד שיפרוק מעליו עול היבום שחל עליו מקודם וכבר כתב אא"ז הח"ץ בעצמו דעיקר תלוי אם השידוך קדים לא חל הזיקה עליו ואם הזיקה קודם לא חל השידוך עליו ואני אומר דאף דהשידוך קדים כיון דהשידוך לא הי' רק לאחר שיגדל והזיקה חל עליו מקודם א"כ לא אתי הקישור השידוכין ומבטל לזיקה דיכול לקיים המצוה ומצוה רבה קעביד לבנות בית אחיו וא"ל דלדידן מצות חליצה קודם דז"א דבקטן שא"י לחלוץ ודאי מצות יבום קודם ובפרט בקטן לא שייך טעם של אבא שאול כ"כ דפוגע באשת אח שלא במקום מצוה דקטן לאו בר עונשין הוא ומיהו יש לומר דהיא עכ"פ מוזהרת וא"כ אדרבא הקטן לאו בר כוונה הוא ולא יוכל לקיים המצוה כהוגן דז"א דגם לאבא שאול קטן וחרש יוכלו לכוין לשם מצוה ועיין בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ח והארכתי בזה בתשובה וא"כ בקטן ודאי הזיקה קודמת וכמ"ש הח"ץ בעצמו בשם הגהת מרדכי כנלפענ"ד. והנה אחר כמה שנים עוררני הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש ני' במ"ש המהרש"א בסנהדרין דף נ"ה ע"ב ברש"י ד"ה קנאה שכתב דקנאה ליורשה שלא תפטר עוד בחליצ' וכתב המהרש"א דמ"מ אינו מטמא לה דלא הוה רק מדרבנן דביאת בן תשע אינו רק כמאמר בגדול כמ"ש התוס' וע"ז הקשה דאף דנימא דרש"י ס"ל כאן כשיטת התוס' דאינו רק מדרבנן מ"מ קשה למה לא יטמא לה כיון דירית לה הו"ל כמת מצוה כמ"ש ביבמות דף פ"ט והשבתי דזה ל"ק דמלבד דהך מלתא כמה עקולי ופשורי יש בה ועיין בתוס' שם ובחידושי רשב"א אף גם דקטן לאו בר מעבד מצוה הוא וא"צ לטמאות עצמו לה וז"ב. ומה שאמר דכיון דבן תשע

פטור ממית' א"כ שוב מהראוי שיתפשו קידושי שני' דכל דאינו חייב מיתה שוב תפשי קידושין באשת איש דהא בא"א הי' תופס קידושין לולא שחייב מיתה וכל שאינו חייב מיתה לא שייך לומר דאין קידושין תופשין ולכך שפחה חרופה דאין חייב מיתה עלי' ל"ש דאין קידושין תופשין בא"א וכמ"ש בא"מ סי' מ"ד גבי שפחה חרופה. הנה באמת שבתשו' ישבתי באופן אחר קושית הפ"י בגיטין דף מ"ג שעליה סובב דברי א"מ אבל גם לדברי הא"מ ש"ה ששפחה חרופה דאין מומתין על ידה משום שאינ' א"א גמורה ולכך קידושין תופסין אבל בקטן שבא על הגדולה היא נקראת א"א גמורה רק דמצד שביאתו אינו ביאה גמור' לא חייבה התורה מיתה אבל הקידושין אין תופסין ובפרט ביבמה שמצד קידושי אחין אתינן עלה.

1 ומה שהקש' לפמ"ש הלח"מ דביאת בן ט' הוה כמו ביאת שוגג והרי רב אמר ביבמות דף ג' דביאת שוגג קנה לכל לפענ"ד ל"ד דשם הי' ראוי עכ"פ לבעילה הקונה שאם הי' מתכוין היה קונה אבל בקטן שא"א שיתכוין והרי באמת הש"ס מקשה ביבמות דף קי"א אמאי קרי בי' להקים לאחיו שם בישראל וצריך קרא דיבמה יבא עליה וא"כ שוב עכ"פ לא קנה רק ליורשה ודו"ק היטב: והנה בהך דר"י ברזילי האריך בנוב"י סי' ס"ד דלמה יועיל והא הוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דא"ל דמגו דזכי לנפשי' דא"כ היכי נעשה כשהיא ערוה לגבי השליח דא"י לקדשה לעצמו א"כ לא יהי' יוכל לקדשה לאחר והרי התופס לבע"ח אף שעשאו שליח ל"מ כמ"ש התוס' דלא כרש"י וזה לא שמענו ועוררני תלמידי המופלג כמר סענדיר נ"י דהדבר מבואר בפוסקים שהרי הר"ן כתב בפ' האיש מקדש גבי הך דאומר לשליח צא וקדש לי אשה ומת דאסור בכל הנשים דיש שדקדקו שהשליח נעשה אף במקום שא"י לקדש לעצמו דאל"כ יהיה זה מותר בקרובות השליח וכן מבואר גבי הך דשויתי' שליח ע"ש וכ"כ ה"ה וא"כ מבואר הדין דיכול לעשות שליח וגם מבואר פלפולו דאל"כ למה לא יהי' יכול לעשות שליח במקום דאסורה עליו וע"כ מטעם תופס לבע"ח. אמנם השבתי דטעמו של הר"ן כפי הנראה הוא דגזירה שמא יאמרו שקידשה לעצמו וכדומ' וע"ז כתב דא"כ יהיה מותר בקרובות השליח. אמנם דינו של הנוב"י אינו מוכרח דיש לומר דבאמת מקרי תופס לבע"ח רק ששם יש לחוש שמא עשתה גם האשה קרובתו של השליח אותו לשליח שיקח הקידושין ואותו שליח שעושה המקדש בודאי יכול לעשות שליח ועיין בב"י סי' ל"ו. מיהו יש לעיין במ"ש הש"ך חו"מ סי' קפ"ה דלא הוה השליחות חוזר לבעלים ובפרט בקידושין כה"ג וצ"ע ומכ"ש בהך דשויתי' שליח דהיא שויא לאביה שליח פשיטא דל"מ תופס לבע"ח דהרי הלוה מותר לעשות שליח שיזכה לזה המלוה מנה כמבואר בחו"מ סי' ק"ה ועיין קצה"ח שם שהאריך

הרבה וא"כ אין ראיה משם ודו"ק. ובגוף דברי הנוב"י הנה מלבד דחייתו בעצמו דכל דהיא בת בחירה לא שייך תופס לבע"ח שהיא אינה מתרצית רק לזה. אבל בלא"ה תמהני דל"ד למציאה ולחוב דהדבר שתופס שוה בשוה לזה כמו לזה אבל קידושין פשיט' דמה שהוא לזה ראוי אינו מקרי לזה ראוי וכבר אמרו מסנאי דרב מכרעאי לא בעינא וא"כ אין כל אשה ראויה רק לבת גילה ואיך שייך לומר דהוה תופס לבע"ח דהרבה קפידות יש לפי כבוד המשפח' והעושר וכדומה וז"פ: אחר זמן רב זכיתי לשו"ת הרב מוה' בצלאל אשכנזי ומצאתי בסי' ד' שהאריך ג"כ לחלוק על המהרי"ק דקידושי קטן אף ע"י האב ל"מ והביא ג"כ מהך דקידושין דף י"ט והנה מדי עברי שנית על הסוגיא לא אחדל מהציג אשר הוקשה לי בהא דפריך וא"א מיעד מצינו אישות לקטן ואני תמהתי על עצמי דהרי אמרו בהך ברייתא איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן וא"כ מה קושיא ניהו דמיעד מ"מ אשת איש לא מקריא דאיש היינו גדול והיא אף דמיועדת לזה מ"מ אינו איש ולא מתקריא אשת איש שהקטן לא מקרי איש. ומאד מאד נתקשיתי בזה הן אמת דלפ"ז צ"ב הא דר"י בר ברזילי דהיאך מועיל זכיית האב הא בתורה כתיב כי יקח איש אשה והקטן לא מקרי איש וצ"ל דבאמת מה דכתיב כי יקח איש הוא משום דבעינן שתהי' הקידושין מצדו כדאמרו כי יקח ולא כי תלקח ועיין בר"ן בנדרים דף כ"ט דמה"ט האשה אינה מקנית עצמה להבעל רק היא כמפקרת עצמה והבעל מכניסה לרשותה ע"ש וא"כ שפיר אמרה תורה כי יקח איש דכיון דבעי קנין והקטן אין לו מקום לקנות ולכך אם האב מזכה ניהו דלא מקרי איש מ"מ האב זכהו לזה וכמו בכל קניני קטן שאם יש דעת אחרת מקנה מועיל והא דקטן בעצמו א"י לקדש ולא נימא דהאשה מקנית עצמה לו ז"א דהאשה אינה מקנית עצמו רק מפקרת עצמה וכ"כ הא"מ סי' מ"ג בהדיא אבל האב שפיר מקדשה לבנו אבל מ"מ לא קרינא בי' כי יקח איש אשה ולפ"ז גם אשת איש לא מקריא דמ"מ אינה אשת איש והיא אשת קטן ושפיר ממעט אשת איש פרט אשת קטן והיא תימה גדולה וד' יודע כי מאד נתקשיתי בזה. ולחומר הנושא רציתי לומר דאיש יש לו שני פירושים אם מלשון גדול דאיש הוא גדול או לשון בעל ואדנות וזה ענין אישות דמשתמשים לענין בעל ואשה ולפ"ז שפיר מקשה דכיון דמייעד לבנו הקטן א"כ מצינו אישות לקטן והיינו דעכ"פ בעל האשה קרינא בי'. אך זה דחוק וגם קשה דלמא לכך כתיב אשת איש פרט לאשת קטן דהיינו דבעינן שתהיה אשת איש ממש דהיינו גדול והתורה ממעט ממיתה עי"ז. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דלכאורה צריך ביאור הא דבעי ר"ל אם יכול לייעד לבנו הקטן והרי כתיב בתורה ואם לבנו ייעדנה כמשפט הבנות יעשה לה ופירש"י שאר כסות ועונה וכ"כ הרמב"ן ועיין בילקוט פרשת משפטים שדרש

כן ומכאן למד לכל בנות ישראל שחייב הבעל בשאר כסות ועונה וקשה טובא דכי שייך חיובא לדרדקי וביאת קטן אינו ביאה ומכ"ש כסות ומזונות דלא שייך כלל בקטן וא"כ איך יתקיים הכתוב כלל.

ז והיא קושיא גדולה. וצ"ל דזה באמת קושית הש"ס דע"כ אתה צ"ל דאם מייעד דמצינו אישות לקטן והיינו שגם הקטן יהיה בכלל כי יקח איש אשה דאל"כ היאך משכחת לה קידושי יעוד כלל ומעתה אין מקום לקושית הנוב"י והמהרי"ט ומהרש"א וכל האחרונים דשפיר נוכל לומר דהאב יכול לקדשה ומ"מ אין האשה נקראת אשת איש וממעט אשת קטן וכמ"ש ולא קשה רק מיעוד דהיאך משכחת לה בקטן דא"כ מצינו אישות לקטן והרי לא שייך חיובא לדרדקי. איברא דאכתי קשה דא"כ מה קאמר אלא מאי אינו מייעד אמאי קא ממעט לי' קרא תפשוט דמייעד ולשיטת הר"י ברזילי הקרא שפיר ממעט היכא דקדשה ע"י אביו והיינו אשת קטן ומ"מ אינו מייעד דהא בעי שיעשה לה כמשפט הבנות והיינו שבשעת הייעוד יהי' ראוי שיעשה לה אותן הג' דברים אמנם נראה דבאמת בלא"ה צריך ביאור היאך קרי לי' זכות הא מתחייב בשאר וכסות וכבר תמה בזה הנוב"י. אך נראה דר"י בר ברזילי סובר כסברת הרמב"ן והר"ן דמן התורה אינו מחייב רק בעונה ושארה וכסותה כולי בעונה הוא דכתיב ועיין באהע"ז סימן ס"ט וא"כ מן התור' הו"ל זכות גמור דכלהו חיובי רבנן הוא ומדרבנן ודאי יכול לקדש לבנו וא"כ ממנ"פ מדאורייתא הו"ל זכות גמור ומדרבנן שוב יכול לקדש כמ"ש הנוב"י שם דמדרבנן ודאי מועיל קידושי האב ע"ש והש"ס פריך על יעוד דאיך משכחת לה דהא גם ביאת בן תשע לא מקרי ביאה כלל ולפ"ז שפיר פריך הש"ס דהרי באמת נחלקו תנאים ואמוראים בזה אם מזונות וכסות הם מן התורה כדאמרו בכתובות דף מ"ז ע"ב וא"כ יקשה למ"ד דאוריית' איך משכחת לה אשת קטן כלל דהא לא שייך בזה זכייה כלל וע"כ דמייעד.

ח ובזה מיושב היטב הא דאמר ר"א הכא ביבם בן תשע שנים ויום אחד דמדאורייתא חזיא לי' והיינו דכיון דביאתו ביאה מה"ת א"כ שוב ה"א דמתחייב מיתה אף דהוה אשת קטן דמ"מ חייב מיתה. ובזה מיושב היטב הא דבעי מה הוה עלה ותמה בשו"ת נוב"י לשיטת התוס' מה מבעי' ליה כיון דממעט מאשת קטן ע"כ דאינו מייעד דאל"כ מצינו אישות לקטן. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ביאת בן תשע חשוב ביאה ומומתין על ידו ועיין בשיט' מקובצת בכתובות דף ע"ג גבי טעות אשה גרידתא דפירש הרי"ף דהיינו קידש ובעל לאלתר והקשו עליו דא"כ מה פריך מקטן שקידש דהא לא שייך בזה בעל לאלתר וכתב רש"י במהד"ק הובא בשיטה מקובצת שם דדוקא בכסף ושטר א"י לקדש אבל ביאתו ביאה כשהוא בן תשע שנים ע"ש ובאמת רש"י לשיטתו דס"ל דביבם

קונה מן התורה אלמא דביאתו חשובה ביאה גמורה אמנם גם לשיטת התוס' מכל מקום עכ"פ מקרי ביאה לענין שמומתין על ידו וכיון שכן שפיר נוכל לומר דמייעד ומכל מקום הוה אשת קטן ובאמת הוה זכות דאינו חייב בשום דבר וביאתו חשוב' ביאה ובכה"ג שהוא בן תשע שנים ואף דא"י לקדש דהוא קטן מכל מקום ביאתו חשובה ביאה ושפיר משכחת לה דמייעד אבל אם נימא דחייב במזונת וכסות מה"ת שוב אי אפשר לומר דמייעד דא"כ מצינו אישות לקטן והיינו שיתחייב בכל חיובי אישות וכמ"ש ושפיר בעי מה הוה עלה. ובזה מיושב היטב דברי התוס' בסנהדרין דף נ"ב שמוקי הך דממעט אשת קטן ביעוד והוא תימה דהא דחי לה דא"כ מצינו אישות לקטן ועיין נוב"י שם וגם בשו"ת מהרב"א הקשה כן ולפמ"ש אתי שפיר דמשכחת לה דמייעד דהיינו כשהוא בן תשע ובזה מיושב גם דברי הרשב"א שכתב להקשות דלשיטת רש"י דביבמה הוא מה"ת ביאה והקרא ממעט ממיתה א"כ למה לא אוקמא ביעוד והוא תימה דא"כ תפשוט דמייעד ורב אשי רצה לדחות דאינו מייעד ולכך אוקמא ביבם וכבר תמה בזה בנוב"י שם ולפמ"ש יש לומר דבאמת אבעיא דר"ל הוא בבנו קטן אף בפחות מבן ט' ומטעם דבנו כל דהו אמר רחמנא וא"כ בזה יש לומר דאינו מייעד והקרא מיירי בבן תשע דביאתו ביאה לשיטת רש"י בשטה מקובצת כתובות הנ"ל והוא לשיטתו דביבם הוה ביאתו ביאה מה"ת וא"כ ר"א דמוקי ביבם למה לא אוקמא גם ביעוד ודוקא בן תשע ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד ונעים ת"ל: והנה הרב מוהרב"א הקשה על הר"י בר ברזילי מהא דאמרו סוף הכותב קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת שע"מ כן קיימה ופריך בירושלמי וקטן מקדש ומשני כשבא עליה משהגדיל והנה אין לפרש דקושית הירושלמי דלא מצי לגרש כ"א משהגדיל דא"כ לשני דמגרש בגדלותו וע"כ דהקושיא היא דאף בגדלותו א"צ לגרש כלל דהא לא חלו הקידושין ולכך משני כשבא עליה משהגדיל. וא"כ קשה על הר"י בר ברזילי ובאמת שהוא תימה רבה ולפענ"ד נראה דלק"מ דבאמת כבר הבאתי קושית הנוב"י דל"מ זכייה דהא חייב במזונות וכסות וכתבתי דס"ל דאינו רק מדרבנן והנוב"י כתב דלא מיירי רק בקידש לבד דלא מתחייב עדיין עד שכנסה ולפ"ז שם שכתב לה כתובה והתחייב עצמו בכתובה ואמרינן דע"מ כן קיימה אף שכעת היא בעולה וע"ז שפיר מקרי חוב והיאך שייך גירושין הא לא חלו הקידושין וע"ז משני כשבא עליה משהגדיל וא"כ גלי דעתי' דניחא ליה בזה ושוב לא הוה חוב למפרע ועיין שו"ת כנסת יחזקאל סי' נ"ה ודו"ק היטב. אמנם יש להסתפק אם האב התחייב עצמו לתת לה כתובה והבן גדל ואינו רוצה בה אם מתחייב האב ליתן לה הכתובה או דלמא דנימא דלא כתב לה רק ע"מ שתהיה אשת בנו ולא אם תצא ותהי' לאיש אחר ועיין אהע"ז סי' נ"ג לענין נדוניית חתנים ובסי' צ' אי שייך

אומדנא בהודאה אמנם אי קיימה משהגדיל פשיטא דיש לה כתובה שע"מ כן קיימה והיינו דאל"כ היו בעילתו בעילת זנות ומסתמא נתרצה הבן לתת לה אותה הכתובה. ולפענ"ד נראה דלכך בקטן צריך ליתן מאתים משא"כ בגר משום דבקטן שוב היו בעילתו ב"ז אם לא היו נותן לה מאתים כמו שהיו מתחלה דהרי היא סמכה על מאתים משא"כ בגר דבעת שגיירה נתחייב במצות ולמפרע לא הוה בעילתם ב"ז משא"כ בקטן דעכ"פ היא לא סמכה דעתה וזהו דקאמר שע"מ כן קיימה ועיין רמב"ם פי"א מאשות שכתב קטן שנשא אשה אין לה כתובה ואם הגדיל וקיימה יש לה עיקר כתובה ותמה בשו"ת מהרב"א שם דלמה שינה ולא כתב שהשיאו אביו ולפמ"ש יש לומר דרבותא קמ"ל דאף בנשא מעצמו כל שהגדיל ע"מ כן קיימה דהרי היא סמכה דעתה על מאתים וכל שתאמר שאין לה רק מנה הוה בעילת זנות ודו"ק. ולפענ"ד ראיה ברורה להר"י ברזילי דעכ"פ קידושין מדרבנן הן מהא דנקט קטן שהשיאו אביו והיאך משכחת לה והא לא היה נישואין כלל והוה כזנות בעלמא וע"כ דחל עכ"פ מדרבנן. וראיתי במוהרב"א שהביא בשם המאירי שמוקי לה בסמוך לפרקו דהוו קידושי קידושין והנוב"י סימ"ב הביא בשם הרבנים השואלים שם שרצו לחלק בין סמוך לפרקן והוא דחה אותם ובאמת שבמאירי מבואר דוקא בסמוך לפרקן ע"ש והנה אחר זה עיינתי ומצאתי בפ"ה דסוטה גבי ביאת קטן דמקנין ומשקין על ידו דשיטת הרמב"ם דקטן בן תשע מקרי ביאתו ביאה והרע"ב השיג דשכב איש אותה כתיב וקטן לא מקרי איש וכתב התויו"ט דלענין שכיבה מקרי איש ולפ"ז לענין יעוד דעכ"פ מצות עונה בעי דעונתה לא יגרע וכסות ומזונות אינו רק דרבנן א"כ שוב מקרי איש אף דהוא קטן ושפיר מקשה א"כ מצינו אישות לקטן ע"י ייעור וע"ד שכתבתי ודו"ק.

ט והנה הגיעני מכתב בחורף שנת תרי"ב מזבאריו וחקר אם במקדש לעובר דהיינו שהאב אומר את תהא מקודשת להעובר אם יהיה זכר אם הוה קידושין להר"י ברזילי דהא הוה מתורת זכיה ואין זכייה לעובר וגם דהא נצטרך לומר אגלאי מלתא למפרע ואנן קי"ל כר"ל דתגלי מלתא למפרע לא אמרינן כמבואר בהחולץ דף ל"ה וע"ז רצה לומר דבכל דבר שלא נולד חדשות רק שנתגלה כך שפיר שייך תגלי מלתא למפרע ורק בנפל שנעשה חדשות שייך לומר תגלי מלתא למפרע וע"ז אמר ר"ל דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע משא"כ בדבר שלא נשתנה שפיר אמרינן תגלי מלתא למפרע: והנה לכאורה רציתי להביא ראיה מהא דאמרו בחולין דף כ"ו לענין תמד שאם קנה בכסף מעשר קודם שתחמץ דאמרינן תגלי מלתא למפרע וקשה הא שם הוה כמו עתידות ולא שייך תגלי מלתא למפרע כמ"ש התוס' בהחולץ שם וע"כ דבכה"ג שלא נעשה חדשות גם ר"ל מודה.

אמנם אחר העיון ל"ק משם על התוס' דהתוס' לא קאמרו רק בנפל דאליהו צריך לומר עתידות אבל שם כל שנתחמץ אחר כך ע"כ דהי' כח היין בחרצינם רק דאנן לא ידענו וא"כ לא הוה על לעתיד רק על אותה עת שקנה דאם לא כן לא היתה מחמץ כלל וע"כ דהי' אז יין ובכה"ג אמרינן תגלי מלתא למפרע ומה שחלק הוא בין אם נעשה חדשות והקשה על התוס' שהקשו מספיקות והרי ספיקות לא נתחדש ענין הנה באמת לק"מ דכל שנצטרך לומר שנתגלה למפרע שדעתו היה ע"ז לא אמרינן ועיין מלמ"ל פ"ו מאישות שהאריך בזה והביא חלוקו של התוס' וחלוקו של הגמ"י ע"ש ודו"ק ועיין מהרי"ט אלגזי בחידושיו לבכורות פ"ג גבי שפעה חררת דם מפלפל ג"כ בענין תגלי מלתא למפרע: והנה בשנת תרי"ב ג' ניסן ג' ויקרא נשאלתי מהרב החריף מוה' וואלף סאנדהויז מרישא נ' במה שאירע אחד שקידש לו אביו אשה בעודנו קטן ומת בקטנותו וקבלה האשה חליצה ואח"כ נישאת לאיש אחר והיתה עמו כעשרים שנה והי' לה בנים ממנו ומת הבעל ונשאת לכהן וכאשר נודע לב"ד שלחו לו להפרישה עד יתברר הדין וע"ז האריך מעלתו דלכאורה כיון דקידושי קטן אינם קדושין כמבואר באהע"ז סי' מ"ג ס"א א"כ ממילא החליצה ל"ה חליצה כלל ואף שקבלה חליצה מכל מקום לא גרע מאילו היתה ספק חליצה דקיי"ל סי' וא"ו ס"א דא"צ להוציא. אבל דא עקא דשיטת הר"י ברזילי וכפי הבנת המלמ"ל הוה קידושי תורה א"כ היתה צריכה חליצה מן התורה ושוב הו"ל חלוצה לכהן דכופין להוציא. והנה מעלתו כתב דזה תלוי אי יש זכייה לקטן ד"ת או לא וע"ז כתב לחדש לפמ"ש הפ"י בק"א לקידושין פ"ב סי' נ"ד דאף דאין זכייה לקטן היינו שהנותן יכול לחזור בו אבל כל שהנותן אינו חוזר ממילא זכה הקטן מה"ת. ובזה יישב קושית ספר בתי כהונה לענין יכיר ע"ש ולפ"ז אחר שתקנו רבנן דהקטן זוכה וא"י הנותן לחזור שוב ממילא זכה הקטן מה"ת ולכך הוה קידושי תורה לר"י בר ברזילי כיון שכבר תקנו רבנן דא"י לחזור ממילא נעשו קידושי תורה ובזה מיושב קושית הנוב"י והמהרי"ט מהא דמצינו אישות לקטן מה"ת ולפמ"ש הוא לק"מ דבקרא אי אפשר לומר כן דמה"ת אין זכייה לקטן כיון דיוכל לחזור בו אבל לאחר שתקנו מדרבנן דא"י לחזור שוב הוה קידושי תורה והאריך בזה. ובאמת דברי הפ"י תמוהין דלפי דבריו כל דמת הנותן ולא חזר בו שוב זכה הקטן מה"ת א"כ שוב יקשה דמשכחת לה אישות לקטן כגון שקידש האב אשה לקטן ומת האב דאז הוה אשת איש גם מה"ת ודברי הפ"י תמוהין: והנה מעלתו הקשה על מ"ש לתרץ להר"י ברזילי דמשכחת לה אשות לקטן וכתבו דכיון דהקטן יוכל למחות שוב הוה התראת ספק ול"צ קרא למעט אשת קטן דאינו נהרג וע"ז הקשה מהא דפריך הש"ס בכתובות דף ל"ח אשר לא אורשה ופריך ארוסה בת סקילה היא וע"ז אמר דמשכחת לה

שהיא ארוסה לקטן ואינה בת סקילה דהוה התראת ספק שמא ימחה ושפיר משלם קנס לפע"ד ל"ק דעכ"פ חייבי מיתות שוגגין הוה דשמא לא ימחה וחייב מיתה ואף דלא יכלו להתרות עכ"פ חייבי מיתות שוגגין מקרי ופטור מתשלומין ומ"ש להקשות מהא דאמרו בכתובות דף י"א ודף מ"ו אם יש עדים שזינתה תחתיו יש לה כתובה מנה ופריך בת סקילה היא ומאי קושיא דלמא מיירי שהאב קידש לו אשה בקטנותו וזה הקטן תובע שלא מצא לה בתולים וא"כ אינה בת סקילה ולכך יש לה כתובה מנה. ולפענ"ד לק"מ כיון דהא דיכול לקדש ולהשיא הוא הכל מטעם דזכות הוא לו וכאן כיון דנאסרה עליו שהרי זינתה תחתיו ומוכרח לגרשה שוב אינו זכות בודאי הנשואין וא"כ שוב אין מגיע לה כתובה דהנשואין כמי שאינן וארוסה אין לה כתובה ולפמ"ש הנוב"י דר"י ברזילי לא מיירי רק בקידושין לבד שהוה זכות בלי חוב משא"כ נשואין הם חוב שחייב בשאר וכסות שוב לק"מ דעכ"פ נישואין לא משכחת לה. שוב ראיתי שגם מעלתו הרגיש בזה דלאו זכיה היא כל שזינת'.

י והנה במ"ש למעלה דדברי הפ"י תמוהין דבאשה משכחת לה אשת הקטן כגון שאב מת לכאורה יש לדחות דהאשה בעצמה יכולה לחזור בה מה"ת ולכך לא הוה אשת הקטן אבל זה אינו דהא האשה אינה מקדשת עצמה רק שעושית עצמה כהפקר כמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט ומה"ט לא שייך דעת אחרת מקנה להאשה בקטן ועיין באבני מלואים סי' מ"ג וא"כ כל שהפקירה עצמה והאב זכה בה בשביל בנו שוב א"י לחזור וז"ב. ומה שהביא דברי הרמב"ם פ"ב מסוטה דממעט משתייה קטנה אשת גדול וגדולה אשת קטן והיאך משכחת אשת קטן והביא דברי המהרי"ט והנוב"י שהאריכו בזה אבל מעלתו העיר דבר חדש דהיאך משכחת לה להעיד על הקטן או הקטנה לפמ"ש הרמב"ם פ"ו מגירושין ה"ט דאין מקבלין עדות על קטנה שעשתה ש"ק דאין מעידין על הקטן ולפ"ז כאן היאך מקבלין עדות על הקטנה או על הקטן וכן קשה מוציא ש"ר דממעט קטנה מקרא כמ"ש פ"ג מנערה ה"ב וקשה ל"ל קרא ת"ל דצריך עדים ואין מקבלין עדות על הקטנה לק"מ לפענ"ד דכל הטעם דאין מעידין על הקטן הוא מטעם כיון דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן בפניו כמו שלא בפניו דמי ועיין בחו"מ סי' ק"י דמה"ט אין מקבלין עדות על הקטן ולפי"ז לפמ"ש המאירי הובא בשיטה מקובצת ב"ק פרק הגוזל בתרא דלאפרושי מאיסורא מקבלין עדות שלא בפני בע"ד א"כ גם כאן מקבלין וגם לפמ"ש בחו"מ סי' כ"ח דדוקא להוציא אין מקבלין שלא בפני בע"ד אבל להחזיק מקבלין וא"כ גם כאן לענין לשתות הוא דמקבלין וגם כיון דאינו רק רגלים לדבר א"כ אפשר דהוה כמו עדות שבשטר ודו"ק וצ"ע בזה ובתשובה אחרת כתבתי בדברי המאירי האלו

ואכ"מ. ומ"ש לתרץ מה שהקשה הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ע' על הר"י ברזילי דכ"מ דהוא ל"מ עביד ל"מ משוי שליח וע"ז כתב מעלתו דזכייה עדיף משליחות ואף דל"מ עביד מצי לזכות לו הנה זה אם נימא דזכייה אינו מתורת שליחות אבל לשיטת הפוסקים דזכייה מטעם שליחות א"כ כל של"מ משוי שליח גם לזכות א"י וק"ו השתא בעושה שליח בפירוש ל"מ מכ"ש בזכייה. ומ"ש ראיה דבזה מיושב קושית הפ"י בחבורי י"ש סי' רס"ו. ח"ע דאיך יכול לקבל הגט הנה כבר הארכתי בקושית הפ"י בחבורי י"ש סי' רס"ו.

יא ומ"ש בשם רבו הרב הגאון המנוח מוה' וואלף אבד"ק פשווערסק זצ"ל מהא דשוחטין וזורקין על טמא שרץ אף דבעי שליחות וע"כ מתורת זכייה אף דל"מ עביד. והנה גם אנכי בתשובה הקשיתי כן דאיך כל טמא מביא קרבן הא כ"מ דל"מ עביד לא מצי משוי שליח והבאתי מזה ראיה למ"ש המהרי"ט דהעושה שליח בפירוש מועיל וא"כ טמא עושה שליח בפירוש. אבל העיקר נראה לפענ"ד דכל דגוף השליחות יכול לעשות עד"מ השחיטה יכול לעשות רק דאריא דאיסורא רביע עלה ובכה"ג לא שייך כל מלתא דל"מ עביד וכמ"ש המח"א הלכות שלוחין סי' ט' ע"ש ושאר עבידות אף דהתורה פסלה בזרים שוב הוה שלוחא דרחמנא רק שחיטה הוה שלוחא דידן וכמ"ש הנוב"י סי' ע"ו ע"ז במהד"ק חלק אהע"ז ובאמת אם נימא דגם בשחיטה הוה שליחא דרחמנא ל"ק כלל: והנה מ"ש למעל' עפ"י דברי המאירי הנה בתשובה לק' פרימישלאן אודות השו"ב כתבתי דלפסול האדם הוה כד"נ ואסור לקבל עדות שלא בפני בע"ד וגם לפמ"ש הרדב"ז והנוב"י סי' ע"ב מהד"ק חלק אהע"ז כל דפתיך ביה ממונא ל"מ אמנם זה שם דאפשר לקבל בפניו אבל כאן דקטן תמיד כשלא בפניו דמי פשיטא דכ"ע מודו דמקבלין העדות בפניו דאל"כ ימשך האיסור כמה שנים ומי יודע מה יולד יום וגם האיסור הוא זכות שיש לאפרושי מאיסורא ובכל רגע שמאחר הוא איסור ובכה"ג אין ממתינין עד שיגדיל והרי בדיעבד כל שהיו העדים חולים או אונסים מקבלין שלא בפני בע"ד מכ"ש בזה דאנוס במצות התורה.

יב ובגוף הדין שצידד מעלתו להקל כיון דאיכא ס"ס ספק שמא אין קידושי קטן כלום כמו שהוא דעת רוב הפוסקים וא"כ א"צ חליצה כלל וגם לשיטת הר"י ברזילי כיון שכהני בזה"ז הוה כהני חזקות ולא נודע כתב היחס שלהם יש לומר דלמא לאו כהן הוא וכתב שכן כתב בשו"ת מהרשד"ם חלק אהע"ז סי' רל"ה בשבויה לכהן דמתירין מכח ס"ס וכ"כ בשבו"י ח"א סי' כ' ואף דהמהרי"ט בראשונות סי' קמ"ט כתב דחלילה לעשות ספק על כהני בזה"ז והם כהנים גמורים וכ"כ בכנס"י ובשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' צ"א מ"מ הוה ס"ס. הנה לפענ"ד קשה הדבר להקל דהרי מבואר ברמ"א ביו"ד סי' ק"י ס"ט

דבעינן שיודעו ב' הספיקות ביחד אז מקרי ס"ס וכאן נודע הספק שמא צריכה חליצה קודם ואף להט"ז שחולק הא ס"ל דכל שאפשר להפסיק בין הספיקות לא הוה ס"ס וכאן אפשר להפסי' בין הספיקות ודברי שו"ת מהרשד"ם צ"ע ואפשר דעכ"פ שם נולדו שני הספיקות ביחד דבעת שרצתה לישא הכהן אמרה שהיא שבוי' או שנודע שהיא שבוי' משא"כ כאן ואם היה כאן רק איסור דרבנן דהיינו שגם להר"י בר ברזילי לא הי' רק איסור דרבנן אפשר לצדד להקל דספיקא דרבנן אפשר להקל אף בנודע הספק אחד קודם וגם לא באו שני הספיקות ביחד אבל הרי לשיטת המלמ"ל שהר"י ברזילי חושש לקידושי תורה ע"ש וא"כ אין מקום להקל בזה ועיין במנחת יעקב בכללי הס"ס מצדד להקל בס"ש דפלוגתא דרבוותא בשני הספיקות ומ"מ דעת רבים דאין להקל בזה ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דחלוצה גזרו אטו גרושה רק בספק חלוצה לא גזרו רבנן וכדאמרו ביבמות דף כ"ד וא"כ זהו בספק מציאות אם צריכה חליצה שייך לומר דמתחלה לא גזרו בזה אבל בספק פלוגתא דרבוותא הרי לשיטת הר"י ברזילי צריכה חליצה מן הדין וא"כ שייך בזה הגזירה דמחלפא בגרושה וא"כ מה מועיל שיש ספק דלמא לאו חליצה היא מ"מ הגזירה במקומה עומדת דלמא חליצה הוא ומתחלפא בגרושה וגם גוף הס"ס קשה בעיני להקל דנראה עיקר כמהרי"ט וכנס"י דמה"ת להחזי' ריעותא בכהנים בזמן הזה ופשיטא דאם לא הי' לנו הספק אחר לא היינו מחזיקין כלל זאת לספק ומה שלא יצדק בנפרד לא יצדק במחובר וע"כ לפענ"ד אם אינה מעוברת הכהנים שומעין לרחק ונכון שיגרשה אבל אם הי' כבר מעוברת ויהיה חשש לעז אני איני אומר לא היתר ולא איסור ואם יסכימו רבנים גדולים להתיר אני איני מונע. וראיתי בחידושי רמב"ן ביבמות דף כ"ד במ"ש ספק חליצה לא גזרו בה רבנן ופירש"י לאפוקי מספק והקשה דהא בספק דרבנן שרי בכ"מ לכתחלה וכתב כיון דאיכא מעשה רבה שחלק לה לא אזלינן להקל לכתחלה ע"ש. אחר זמן רב מצאתי בשנת תרי"ג פ' בהעלתך בהא דאמרו ביבמות דף נ"א ע"ב והא ביאת בן תשע כמאמר שויא רבנן והביאו הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם בשם הראב"ד שפירש ע"פ מה דאמרו בקידושין דף י"ט אשת איש פרט לאשת קטן ומוקי לה ביבם בן תשע ולכך כמאמר שויא רבנן דאין דינה כאשת איש גמורה וכתב הרמב"ן דלרב דאמר קנה לכל ואפילו בביאת חרש נמי קנה קנין גמור וכן קטן קני לכל והנה הרמב"ן לשיטתו שכ"כ הה"מ בשמו פ"ה מיבום הח"י שהרמב"ן ס"ל כרש"י דקנה מה"ת וגם שם כתב הה"מ בשם הרמב"ן דלפי שמבואר בתוספתא דא"צ דעת ולכך ביאתו ביאה ע"ש. והנה מבואר שהרמב"ן ס"ל כרש"י דגם קטן קונה וכמו חרש ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ו מפלפל בחרש אי קונה ע"ש ובתשו' תמהתי עליו הרבה דלא ראה

דברי הנימוק"י וב"ש סי' קע"ד מביאו וכעת ראיתי שמבואר ברמב"ן כאן דחרש קונה לכל אף שאין לו דעת לקנות ומסתמא גם לא"ש הדין כן ועיין בנוב"י שם סי' ס"ב וגם שם לא הזכיר דברי הרמב"ן אלו ע"ש ודו"ק: והנה בשנת תרי"ד בר"ח חשון מצאתי במדרש איכה על פסוק העיר רבתי עם אמרו כיצד הי' ישראל פרין ורבין הי' אדם משיא בנו בן שתים עשרה שנה אשה שהיא ראויה לילד והי' חוזר ומשיא ב"ב בן שתים עשרה שנה לא הי' מגיע לכ"ו עד שהוא רואה בנים וב"ב לקיים מה שנאמר וראה בנים לבניך הנה מזה מבואר כדברי זקני הב"ח דאחר שתים עשרה שנים ודאי יכול להשיא ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק סי' ס"ב שהשואלים שם רצו לחלק דוקא בשנת י"ג יש לחוש לקידושין ולא בשנת י"ב והנוב"י דחה דבריהם ולפמ"ש יש מקום לדבריהם מהמדרש דאחר שנת י"ב היו משיאין. ומיהו אפשר דזה היה בדורות הראשונים ועכ"פ מבואר דיש לו סמך ויסוד ודו"ק וגם במכילתא שהבאתי למעלה והובא בילקוט פ' משפטים כוונו לזה ועיין בזית רענן על הילקוט שם ועיין רש"י בחלק דף ק"ד ד"ה קטנה: ודרך אגב ארשום במ"ש הרמב"ן הובא בב"י אהע"ז ר"ס קנ"ה לחלק דאימתי ארוסה צריכה למאן דוקא בשקבלה בעצמה קידושין ולא ע"י אמה ואחיה דקטן א"י לעשות שליח והקשה אותי אחד מהבחורים בלמדנו הדבר בשנת תרט"ו דמ"ט דאין הקטן יכול לעשות שליח משום שאין יכול לעשות בעצמו א"מ שליחות והרי כאן מועיל כשקבלה בעצמה ולמה לא יועיל שליחות ואמרתי בזה דטעם דא"י לעשות שליח הוא משום שאין בכחה לזכות בקידושין לפ"ז בשלמא כשנותן לה הרי בדעת אחרת מקנה אותה מועיל משא"כ כשנותן לאמה אין כאן דעת אחרת מקנה מיהו יש לומר דמזכה לה ע"י אמה וצ"ע: והנה בענין ספק חליצה שכתבתי למעלה דלא שייך ספק חליצה מדרבנן רק בס' במציאות אבל בספק פלוגתא דרבוותא לא שייך ספק חליצה להקל דכיון דגזרו אטו גרושה והרי לאותו מ"ד דס"ל דצריך חליצה שוב שייך הגזירה אטו גרושה הנה בשנת תרט"ו מצאתי במהרי"ק סי' נ"ד והובא ביתה יוסף ס"ק נ"ט שכתב באשה שנפלה לפני יבם מומר וסברה שמת ונשאת וכתב כיון דספק חלוצה לא גזרו רבנן וכיון דלגאונים ולמהר"ם יכולים לכתחלה להנשא אנן בדיעבד מקלינן וכתב ע"ז וא"ל דלשיטת רש"י הוה איסור ודאי דזה אינו דהרי במקום דא"א אזלינן להקל ע"ש ודבריו תמוהים במ"ש וא"ל דלרש"י הוה איסור ודאי דסוף סוף לשיטת הגאונים ומהר"ם הוה מותר וא"כ הוה ספק פלוגתא דרבוותא וכמו בכ"מ ספק חליצה לא גזרו רבנן וה"ה כאן. ולפמ"ש הוא הדבר אשר דברתי דשאני ספק חליצה דהספק במציאות א"כ שוב הוה ספק דרבנן ולא גזרו אבל ספק פלוגתא דרבוותא הא לשיטת רש"י הוה חליצה ודאית ושייך אטו גרושה דעלמא וא"כ מה מועיל

ספק פלוגתא דרבוותא ודו"ק היטב כי ת"ל סייעתא גמורה לדברי ולכך הוצרך לחדש דכיון דלא אפשר מקילינן אף בפלוגתא דרבוותא ודו"ק.

יג ועיין ביבמות דף צ"ז ע"ב נשא אשה ומת ופירש"י אע"ג דביאתו ביאה קידושיו אינם קידושין וצ"ע לפמ"ש רש"י בכתובות דף ע"ב גבי טעות אשה אחת גרידתא הובא בשיטה שם דבמהד"ק כתב רש"י דביאת קטן בן תשע ביאתו ביאה ועיין א"מ סי' מ"ד ס"ק ב' שהאריך בזה וא"כ בנשא אשה כיון דבעל ומה גם אם היו הקידושין בביאה מהראוי שתהיה ביאתו ביאה וע"כ דרש"י חזר בו והנה בגוף דברי רש"י שכתב בקידושין דקנאה ליורשה והתוס' השיגו עליו דאמרו ביבמות דעשו ביאת קטן בן ט' כמאמר בגדול משמע דאינו רק מדרבנן. ראיתי בנוב"י מהד"ב חלק אהע"ז סי' ק"מ שכתב דרש"י פירש להיפך דמה"ת קני לגמרי ורק דרבנן עקרו הקנין ולא עשו רק כמאמר בגדול ע"ש. והנה דבר גדול דיבר בזה ומצאתי בחידושי הרמב"ן ביבמות דף צ"ז שם שפירש ג"כ כן לשיטת רש"י. אך לפענ"ד עדן אינו מחוור דמ"ט עשו כמאמר וגרעו כח התורה שביאתו ביאה. אך נראה דבאמת גוף סברת רש"י דביאתו ביאה מה"ת נראה לפענ"ד דבאמת קטן א"י לקנות דאין לו דעת ולפ"ז זהו דוקא במקום שצריך קנין אבל ביבם דזקוקה לו מצד קדושי אחיו וא"צ שום קנין ואף בשוגג קונה א"כ שוב עיקר היבום הוא רק ביאה וכמ"ש התוס' יבמות דף מ"ט ובנימוק"י פר"ג דיבמה לאו בת קידושין רק ביאה בלבד זהו מצותה וא"כ שוב כל שביאתו ביאה אף בקטן מועיל והיינו דאמר בתוספתא פ' יו"ד מיבמות כל ביאה שצריכה דעת אין ביאתו ביאה וכל שא"צ דעת ביאתו ביאה והיינו דביבמה קונה אף בשוגג והרמב"ן שם נסתייע לשיטתו מהך תוספתא ולפענ"ד גם לרש"י הכוונה כן כיון דא"צ דעת שוב מועיל הביאה. ומה שהקשה הרמב"ן על רש"י וכי היכן מצינו שקונה לשאר הדברים ולא לדברים האמורים בפרשה לפטרה בגט ולפטור צרה מן היבום לפענ"ד נראה דאף לרב דאמר ביבמות נ"ו קנה לכל היינו דוקא שם שהיה שוגג אבל עכ"פ היה ראוי להתכוין אם היא רוצה והו"ל כעין ראוי לבילה וכאן ג"כ ראוי לכוונה אבל בקטן שאינו ראוי לכוונה ואין בו דעה א"כ לא קנה לענין שיפטור צרה או שיפטרה בגט דהא בעי כוונה ליבום ורק לענין שיזכה בירושתה דעכ"פ הי' ביאה וממילא נקראת אשתו ולפ"ז כיון דמדרבנן הצריכו חז"ל מאמר בכל יבם גדול ויהי' כעין קידושין וא"כ שוב ביאת קטן אינו רק כמאמר שהרי כיון שאין קנינו כלום ואין קידושיו קידושין וא"כ הרי חז"ל תקנו שיהי' בדרך קידושין וזה אין לו כח א"כ הוה ביאתו כמאמר בגדול שכשם שבגדול עיקר מצות יבום בביאה ורק חז"ל תקנו שיהיה בכעין קידושין כמו כן ביאת קטן שאינו בתורת קנין וא"כ ל"ח רק כמאמר והרי המאמר ביבמה אינו כלום מה"ת דמה"ת

יבמה בביאה תלה רחמנא וא"כ ה"ה להיפך ורב ס"ל דלא עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול משום דביאתו הוא גרועה דאין בו דיעה כלל לקנות ובזה מיושב כמה סתירות שיש ברש"י דבאמת באשה דעלמא ל"מ ביאת קטן דשם בעי שיהיה ביאתו בתורת כוונה לקנות ולקדש בזה וקטן אין לו דעת אבל ביבמה רק בביאה תליא. ובזה מיושב מ"ש הא"מ סי' מ"ד מהירושלמי דמתניתין בקדשה בכסף אבל קדשה בביאה קידושיו קידושין. ולפמ"ש דוקא ביבמה דא"צ דעת כלל. אבל זה אינו דשם לענין קידושין קאי ולא ביבמה. אמנם קושית מהרש"א שהקשה בהא דאמר יבמה יבא עלי' כל דהו דמבואר כרש"י. לפענ"ד להוסיף דבאמת העיקר הוא דשאני יבמה דעיקר תלוי בביאה וז"ש יבמה יבא עליה כל דהו ודו"ק ועיין תוס' יבמות ס"ח ד"ה קניא ועיין בצלעות הבית לבית מאיר סי' ב' מ"ש בספק חליצה ולא נפניתי כעת: ודרך אגב אזכור מה שאמרתי בשנת תבר"ך ש"ק נשא ב' סיון בהא דאמרו בריש קידושין בפרוטה ובשוה פרוטה והקשו בתוס' דלא הוה לי' למתני רק בשו"פ ושאל אותי אחד ש"ב הרב מוה' מאטיל ממקילניץ דא"כ גם לב"ש היתי' מקודשת מספק שמא שוה דינר במדי והשבתי דהנה הר"ן נסתפק בזה. אך לפענ"ד דלב"ש לא שייך זאת דהנה בש"ס דף י"א מקשה על ב"ש ומסיק דאמרי בשויא שליח. והנה בישועת יעקב מביא קושיא בשם אביו זקני הגאון ז"ל בהא דפריך בדף י"ב על ב"ה והא בשו"פ תנן ומה קושיא לפמ"ש המלמ"ל דע"י שליח ל"מ קידושי ספק דיכול לומר אנא בקידושי ודאי רציתי וא"כ מה קושיא הא מיירי ע"י שליח דומיא דב"ש. אך יש לומר דשאני אשה דטב למיתב טן דו וגם קידושי ספק ניחא לה שיקרא לה שם בעל ואולי יקדשה אח"כ קידושי ודאי ולפ"ז זהו לב"ה אבל ב"ש דס"ל דאשה מקפדת על עצמה ול"ש טב למיתב טן דו ושוב ע"י שליח לא מקודשת בספק קידושין ודו"ק:

סימן נ

א נשאלתי באחד שעשה עם חבירו ת"כ שכאשר יסרסר לאדון אחד אותו חפץ במכירה וכדומה יהיה לו חלק בסרסרות כך וכך אף אם לא יגמור רק לאחר זמן רב ואח"כ גמר חבירו הדבר ולקח סרסרות ולא רצה ליתן לזה כלום ובאו לדין וטען הלה ששקר הוא שלא תקע לו כפו ופסקו הב"ד לומר לו בהן צדק וזה הולך ובוכה ובאו לשאול אותי אם יפה דן אותו הדינין. והנה אמרתי ב"ד בתר ב"ד לא דייקי. וכשאני לעצמי אמרתי הנה לכאורה יפה דן והדבר מפורש בש"ע חו"מ סי' פ"ז סל"ד בהג"ה דאם אמר שנתן לו כפו לתת לו מתנה והלה כופר פטור מן השבועה. אך אחר העיון לפענ"ד נראה דיש לעיין בזה דהנה הסמ"ע והש"ך שם ס"ק פ"א נחלקו בהטעם וכפי הנראה מהש"ך הוא הטעם דאין שבועה על שבועה דהא אינו חייב לתת לו דמים רק שנתן לו ת"כ והוה כשבועה

וא"כ לא שייך שבועה על שבועה. ולפ"ז היה מקום לחלק דזה דוקא דאם הת"כ היה רק לחיזוק שלא יחזור בו אבל אם הת"כ היה לקיים הדבר כדרך שנהגו התגרים בת"כ לחזוק הענין והוה כקנין סטימתא וכמבואר סי' ר"א וא"כ כיון שגם הסרסורים כן מנהגם לתקוע כפם בכל ענין שירצו להשתתף וזה להם במקום קנין ובכה"ג מועיל כמבואר ר"ס קע"ו דכל מה שנותנים זה לזה מחוייבים אף באמירה וא"כ אין הת"כ רק לתוספת חיזוק א"כ אף אם נימא דהת"כ הוא במקום שבועה מכל מקום הדבר בעצמותו נקנה אף בריבור ולמה לא ישבע ע"ז ואף אם נימא דהת"כ אינו כמו קנין להתחייב מכל מקום לפי דברי זה שהבטיחו נקנה לו בדיבור בעלמא רק שזה הוסיף לתת לו ת"כ ובזה משמע מדברי הש"ך בעצמו דבכה"ג היה מועיל וצריך לשבע היסת ובאמת דברי המהר"ם ד"פ שהביא הש"ך אין ענינו לכאן דהוא מיירי שזה טוען שקיים המקח וזה יש לו ע"א שעל תנאי כך היה הת"כ וזה טוען שכבר קיים ושפיר אמר דמה ישבע הא זה טוען שכבר קיים וא"ל דע"ז יצטרך לשבע דדלמא לא קיים דזה אינו דהא כבר נשבע שחייב לקיים וא"כ על מה ישבע.

ב הן אמת דדברי המהר"ם הם לא רישא סיפא דרישא מיירי באומר קיימתי וסיפא מיירי במכחיש שלא נתן ת"כ או לא נשבע אבל עיקר כוונתו אחרי שאינו מחוייב רק שבועה והיאך ישבע שבועה על שבועה שאינו מחוייב ממון רק לשבע ועכ"פ במקום דהיה מחוייב מצד דיבורו פשיטא דצריך לשבע.

ג ואולי לכך הוצרך הסמ"ע לומר שלא שייך בזה שבועת היסת וצ"ע. והנה בהך דינא אמרתי לרשום מה שאירע מעשה בשנת תרי"ב באחד שהביא סחורה למוכרה וסוחר אחד רצה לקנות ולא רצו להקנות לו ושלחו לסוחר אחר שהיא לפעמים סוחר ולפעמים סרסור והוא הגיד לאותו סוחר שבדעתו לקנותו עמו בשותפות וזה הבטיח לו שאם יקנה יהיה הוא עמו שותף לשליש אח"כ בא גיסו של מוכר לזה האיש שרצה לקנות וא"ל שאם ירצה שהוא יהיה עמו שותף אז ידבר על לב גיסו להקנות לו והנה בלב לא רצה שיהיה שותף אמנם הדיחו בשפת חלקות ואמר לו שיתן לו שכר סרסרות או יהי' עמו שותף כפי שיבאו לעמק השוה ונגמר המקח ביניהם אח"כ בעת שהוציאו הסחורה להובילה להסוחר הלז אמר הסוחר לאותו האיש מה תרצה להיות או סרסור או סוחר ואמר שביום מחר יגיד לו וביום מחר טוען שרוצה דוקא בשותפות שוה בשוה והלה טוען משטה הייתי בך מתחלה כי יראתי שלא ירצו להקנות לי הסחורה ולא רציתי רק שתהיה סרסור והא ראיה שבעת הקני' אתה קלקלת לי המקח ואם היית שותף בודאי רצית שאקנה בזול אבל מתוך שידעת שאין לך דמים ע"כ היית מקלקל כדרך הסרסרים להראות למוכר

שסרסור נאמן הוא ובאו לדין ופסקו הב"ד שבודאי יכול זה לדחותו ולטעון משטה הייתי בך אך שגם סרסור אינו שהוא טוען שרוצה להיות שותף והודה שלא היה סרסור ושותף מצי לדחותו וזיל הכא קא מדחי ליה וכו' ובבוא הדבר לפני אמרתי שמה שדנו שזה יכול לדחותו הנה זה מבואר בב"י חו"מ סי' קפ"ג בראש הסימן בשם בעל העיטור והגהת מרדכי דאם לא נתן מעות יכול לדחותו רק שמודיעין לו הב"ד שעבר על הן שלך יהי' צדק. אך מה שהורו שאף סרסור אינו מטעם הודאת בע"ד. הנה זה אינו דבאמת הסוחר בעצמו מודה שא"ל מה תרצה להיות או סוחר או סרסור וא"ל דהוה תרתי הודאות דסתרי וקיי"ל דמוקמינן ממונא אחזקתו וכמבואר בחידושי רשב"א גיטין דף מ"ם גבי נתת שדה והלה אומר שלא נתנה לו ע"ש. הנה זה אינו דאטו הודה כאן שלא רצה שיהיה סרסור הא זה טוען שרצה להיות סוחר ועכ"פ אם לא יהיה סוחר דהיינו שותף יהיה סרסור ודרך התגרים הוא כן שלא ידעו בשעת מעשה אם יוכלו להשיג דמים וע"כ היה רצונו שיהיה שותף ואם לא יהי' לו דמים יהיה עכ"פ סרסור וזה גלוי לכל שלא רצה למחול לו מכל וכל ואומדן דעת הוא כן ומה גם דחזקת מרא קמא לא שייך כאן דב"כ וב"כ לא הי' של שניהם וחזקת ממון לא שייך כאן דהרי זה מודה שחייב לו סרסרות רק שזה טוען שהוא שותף אבל חזקת ממון לא שייך בזה ועיין קצה"ח ונתיבות סי' ר"פ ולפמ"ש יש לפלפל בדבריהם ודו"ק:

סימן נא

א תבא י"ט אלול תרכ"ו להרבני המופלג מוה' יוסף ני' מראווא.

ב אשר שאל תמול בהיותינו הולכים לשוח ע"פ השדה בהא דאמרו בנדרים דף יו"ד דחסידים הראשונים היו מתאווים להביא קרבן חטאת לפי שאין הקב"ה מביא תקלה על ידם מה הי' עושין עומדין ומתנדבין נזירות והרי התוס' כתבו בכמה מקומות ומהם בגיטין דף ז' דדוקא במידי דאכילה הוא דאין הקב"ה מביא תקלה על ידם וא"כ משכחת לה חטאת במידי דלאו אכילה. הנה לפי פירוש ראשון ברש"י נדרים שם שרוצים להביא קרבן להתכפר עליהם לפי שאין הקב"ה מביא תקלה על ידיהם יש לפרש שע"ז גופא מתאוין להביא קרבן להתכפר עליהם על מה שהקב"ה מונע להביא תקלה על ידיהם אבל אם לא שהקב"ה היה בעוזרם היו חוטאין וז"ש רש"י שהם מתיראים שלא יעשו שום חטא והיינו שבעצמותם הי' חוטאים רק שהקב"ה מונע מהם וע"ז מביאין קרבן להתכפר עליהם מה שבעצמותם הי' חוטאין וא"כ לק"מ קושיתו ובלא"ה יש לומר דחסיד גדול מצדיק וא"כ חסידים הראשונים לא היה הקב"ה מביא תקלה על ידם אף במה שאינו מידי דאכילה וכל הני שמביא התוס' אפשר לא הי' במדרגת חסיד ומכ"ש כחסידים

הראשונים כנלפענ"ד: ומה שהקשה בהא דאמרו בנדרים דף י"ז חד קרא למפטרי' מקרבן וחד למפטרי' מן לאו דשבועה וע"ז הקשה לפמ"ש הריב"א דאף דעשה אינו דוחה לאו ועשה מ"מ אינו חייב מלקות דהא העשה דוחה ל"ת רק שאינו יכול לדחות העשה ועכ"פ מלקות ליכא א"כ למה צריך קרא למפטרי' מלאו הא בלא"ה לא ילקה דהא העשה דוחה הלאו הנה אם נימא דעשה דפשיעה אינו דוחה וכן בשביל דאיתא בשאלה א"כ ל"ק כלום ועיין שעה"מ הלכות נדרים שהאריך בזה ליישב קושית החינוך ועיין בחבורי יד שאול סי' רט"ו אמנם בלא"ה ל"ק דהכוונה היא למפטרי' מלאו דלא יהיה איסור כלל דאף דאינו לוקה אבל עכ"פ איסור איכא ובאמת כשנשבע לבטל המצוה אינו חל כלל דאין בכח שבועתו לחול כלל על מצות ד' ושאני נדרים דחל על החפץ וכמ"ש באורך ביד שאול סי' רט"ו שם א"כ לק"מ: ומה שהקשה בדף ט"ו דאמר הלכה אין לא הלכה לא ומה קושיא הא התוס' ישנים הקשו היאך מצי לחול עליו והא משועבד לה ותירצו דכיון דאפשר לה שלא תלך ותוכל להנות שוב לא מקרי משועבד לה וא"כ כל שנאמר שגם בלא הלכה אסורה שוב לא מצי לחול דהא משועבד לה.

ג והשבתי דבאמת לכאורה קשה על מה שהקשו התוס' דמשועבד לה והא היא הדירה שלא תהנה לו וא"כ לא הדירה רק ממזונות ומזונות כבר אמרו ריש המדיר דנעשה כאומר לה צאי מע"י למזונותיך. אמנם יש לומר דבכה"ג דלא אסר עליה רק אם תלך והיאך שייך לומר דהוה כאומר לה צאי מע"י למזונותיך דהא א"א בזה דא"כ היכא תתחלק המע"י דאם לא תלך מגיע לה מזונות ומע"י שלו ואם תלך מגיע המע"י לה וזה א"א כעין שכתב הר"ן בכתובות לענין כסות ועיין ח"מ וב"ש סי' ס"ט ולפ"ז אם נימא דגם בלא הלכה אסורה שוב אין מקום לקושית התוס' דהוה כאומר לה צאי מע"י למזונותיך איברא דהתוס' ישנים שם כפי הנראה הבין דקונם שאת נהנית לי קאי על תשמיש וא"כ ע"ז לא שייך דאומר לה צאי מע"י במזונותיך אבל זה תמוה דהתוס' בעצמם כתבו ר"פ המדיר דלהנות לו לא משמע אלא מזונות וצ"ע ואולי התוס' לא כתבו רק דמצי חייל בתנאי אף אם היה מדירה בפירוש מתשמיש אבל הפירוש שאת נהנית לי הוא מזונות ודו"ק:

סימן נב

א תשובה אל כבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' ליבוש נ"י הלוי.

ב מכתבך הגיעני ושמחתי בשמעי בשלומך ותרב שמחתי בראות חידושי תורתך אשר הקשית למה שנסתפקנו במ"ג בסי' ל"א אם מצות תפילין כל היום דאורייתא והעלינו דמה"ת בפ"א ביום סגי וכתבת שהדבר מפורש בשבועות דף כ"ה ע"ב דפריך אשמואל דאמר מלתא דליתא בלהבא ליתא בלשעבר מהא דלא הנחתי תפילין היום חייב והא

ליתא בלא אניח והיינו דהוה לבטל מצוה ולא חל וקשה הא הוא נשבע שלא הניח והוא באמת הניח ולכך חייב קרבן שבועה וא"כ איתא בלא אניח היום דהא מדאורייתא תו לא מחייב לאנוחי היום ושבועה לבטל דרבנן חייל כמבואר ביו"ד סי' רל"ט ס"ו ע"ש ואם נאמר דהוא מצוה מן התורה כל היום יפלא מאד איך מקילין במצוה חמורה כזו אף השרידים אשר יראת ד' בלבבם וע"כ צע"ג עכ"ד. ולפענ"ד לק"מ דאנן בעינן דיהיה שייך בלהבא גם אם לשעבר לא היה שקר עד"מ שנשבע שלא אכל א"כ משכחת לה שיהיה אמת שלא אכל ושלא יאכל להבא ג"כ אבל כאן כל דהיה אמת שלא הניח לא משכחת בלא אניח דהוה נשבע לבטל המצוה ואין מקום לחיוב שבועתו רק אם יהי' שקר שהניח ואיך שייך שיתחייב שבועת ביטוי במידי דלא משכחת לה בלהבא רק אם נשבע על השקר לעבר ושבועת ביטוי צריך שיהיה משכחת לה לעבר ולהבא שני הצדדים שוים או אמת או שקר וז"ב לדעתי ולכאורה רציתי לומר דשפיר פריך דלא משכחת לה בלא אניח דלא אניח סתם בלי היום משמע שאר ימים ובשאר ימים שוב הוה מצוה. אך באמת זה אינו דמלבד דיש מקום לומר דחל בכולל שבתות ויו"ט ועיין תוס' שם בתירוץ הראשון אף גם דבעינן שיהי' דומיא דלשעבר ולשעבר ודאי צריך לפרוט שלא הנחתי היום דאל"כ אינו חייב דמצי לומר מאי לא הנחתי בשבתות ויו"ט והרי הרשב"א הקשה דלא אניח משמע להניח שאר דבר על ראשו והוה כולל וכתב דבעינן דומיא דלשעבר וה"ה בזה. ובזה מיושב היטב מה שהקשינו במגן גבורים סל"א דמשכחת לה בלא אניח בכלל בשבתות ויו"ט ע"ש שהארכנו ולפמ"ש דומיא דלשעבר בעינן ובלשעבר פרט שלא הנחתי היום ואם לא פרט היום לא היה מתחייב דיש לומר דלא הניח בשבת ויו"ט דו"ק אבל מ"ש בראשונה הוא הנכון ודו"ק:

סימן נג

א ענין זוז"ג שנתחדש לי שנת תרי"א ער"ח אדר שני.

ב הנה בהא דאבעיא לרמב"ח מר"ח בפסחים דף כ"ז תנור שהסיקו בו עצי הקדש ואפה בו את הפת לרבנן דשרו בקמייתא מאי והקשה המהרש"ל דממנ"פ היכא מיירי אי בעצי הקדש שיצא מיד לחולין א"כ הרי כל דמעל נפיק לחולין ואי מיירי בעצי שלמים או במזיד א"כ הרי אפרו אסור לעולם א"כ מה קמבעיא ליה וכתב דמבעיא ליה בתנור חדש שלא הוסק ומשום זוז"ג דרבנן שרי גבי הקדש מיירי ע"ש ובאמת שלדבריו מיושב היטב מה דאמרו הקדש אפילו באלף לא בטל והיינו דזוז"ג הוא מתורת ביטול וכמ"ש הר"ן בע"ז פכ"ה ובמ"א סי' תמ"ה כיון לזה מדעתא דנפשי' וא"כ שוב ל"ש זוז"ג וכ"כ האחרונים ליישב קושית התוס' שם ד"ה הקדש וכבר הארכתי בזה בקונטרס מיוחד לדיני זוז"ג

בחמץ ובע"ז. אמנם בגוף קושית המהרש"ל הנ"ל עיין מהרש"א שנדחק הרבה והארכתי שם ליישב. וכעת חדשות אני מגיד דהנה בהא דאמרו שם וכל היכא דמעל המסיק נפקי לחולין והא תניא כל הנשרפין אפרן מותר חוץ מעצי אשרה ואפר הקדש לעולם אסור ומשני כגון שנפלה דליקה מאיליה והקשה המהרש"א דאכתי אמאי יהיה אסור לעולם הא כל שמעל באפר פ"א יצא לחולין והניח בקושיא.

ג ולפענ"ד נראה דהנה באמת הא דאמרו דכל הנשרפין אפרן מותר חוץ מעצי ע"ז לכאורה צ"ב דמ"ש הא גם זה מצותו בשריפה ונעשה מצותו ועיין בתוס' תמורה דף ל"ג ע"ב ד"ה הנשרפין. ולפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת ענין אפרן דמותר משום דהתורה צותה לשרפן אלמא דכשישרפנו ילך לו האיסור הרי דאפרן של הנשרפין מותר דאינו אותו דבר בעצמו ופנים חדשות בא לכאן דאל"כ מה מועיל השריפה הא אכתי ישנו לאיסור וזהו ענין שנעשה מצותו. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה דוקא בשאר איסורין אבל ע"ז דאף באלף לא בטיל א"כ מה בכך שנשתנה והיתה לאפר עכ"פ מידי משהו ע"ז לא יצא וא"כ עדיין ישנו לאיסור שהיה מעיקרא. ובזה ניחא מה דכלל גם עצי הקדש בהדי ע"ז דהרי בע"ז שייך ענין נעשה מצותו ומה ענינו להקדש שלא נעשה מצותו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת האפר מהראוי להיות מותר שהרי נשתנה ואינו אותו הדבר שצותה התורה לשרפו ובשלמא נקברים דלא הצריכה התורה שריפה מה בכך שזה שרפו מ"מ נשאר האיסור גם על אפר שזה רצה לבטל האיסור ולעשותו היתר ואסור אבל כל ששרפו אותו דבר שצריך שריפה מהראוי להיות מותר ורק דאסור מטעם שלא יצא מידי משהו וא"כ ה"ה הקדש דהוא במשהו ואסור ול"מ שריפתו דעדיין לא פקע כח ההקדש מזה ולפ"ז שפיר אמרו דאפר הקדש לעולם אסור וא"ל דכל דמעל בו יוצא לחולין דזה אינו דבאמת האפר כמו שהוא אינו הקדש רק דמידי משהו הקדש לא יצא וא"כ שוב לא שייך דמעל ויצא לחולין דהא כל שהיה קודש לא מעל ורק בהיותו אפר מעל ואז אינו הקדש רק משהו הקדש וא"כ במה תפקע הקדושה שהיה כבר בו וע"כ לא אמרינן דמעל ויצא לחולין רק בדבר שהוא עדיין בעינו והוא קדש כל שמעל בהקדש יצא הדבר לחולין אבל כאן לא מעל בהקדש ובמה יפקע הקדושה שהיה כבר בו וז"ב.

ד ובזה אמרתי ליישב דברי התוס' שהקשו בד"ה חוץ דתהוי כע"ז שנשתברה מאיליה דשרי והקשו המג"ש והפ"י דהא גם בנשתברה מאיליה אסורה דלמא מגבה לה והדר מבטלה וכבר כתבתי בזה בכמה תשובות ליישב ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל ענין דע"ז אפרו אסור משום דעכ"פ מידי משהו לא יצא ולפ"ז באמת ע"ז שנשתברה מאיליה מותרת רק דגזרו דלמא מגבה לה וכבר כתב הר"ן דאף דלא שייך הגבהה בדבר האסור

בהנאה וכתב דכיון שנשתברה הע"ז הרי זכייתו ואיסורו בא כאחד ומזה למד לענין חמץ בפסח דקונה שיעבור על ב"י ולפ"ז עיקר הזכייה בא בעת שנשרף והרי כל שנעשה אפר אינו ע"ז רק מידי משהו ע"ז לא יצא וא"כ שפיר הקשו דעכ"פ הרי נשברה מה תאמר שאח"כ זוכה בה זה אינו דבעת ההגבהה הרי אינו רק אפר ולא נעשה ע"ז של ישראל ודו"ק היטב: ומעתה כיון דעיקר מה שאפר הקדש אסור דמידי הקדש לא יצא ולפ"ז שפיר מבעיא לי' לרמב"ח בהקדש מהו וא"ל דהא אפר אסור דזה אינו דכל הטעם הוא משום דמשהו איכא וזהו באמת מה דמשני הקדש אפי' באלף לא בטל וז"ב. ובזה מיושב הא דאמר אלא אי קשיא הא קשיא והלא מעל המסיק והדבר יפלא דמה ענינו לזה זהו קושיא בפ"ע דלא משכחת כלל שיהיה אפר הקדש אסור ולא הגחלים כל שמשתמש בו יצא לחולין ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הקושיא היא דבאמת כל ענין האבעיא היא כיון שעכ"פ מידי איסורו של הקדש לא יצא דיש משהו הקדש ולזה הקשה דהא כל שמעל יצא לחולין וא"כ עכ"פ יצא מידי הקדש שהיה מקודם וע"ז משני בעצי השלמים ודו"ק. והעיקר צ"ל דאפר הקדש היינו שנעשה מצותו דאל"כ אין ענינו לכל הנשרפין ודו"ק והיינו בעצי הקדש העומדים להסקה ובאמת לפמ"ש למעלה דהענין דנעשה מצותו היינו מדחזינן שהתורה צותה לשרפו וסגי בהכי ע"כ דל"ח על האפר א"כ בזה נראה דלא שייך ענין נעשה מצותו רק בדבר האסור והתורה אמרה שישרוף ע"כ דבזה כבר כלה האיסור אבל בעצי הקדש דעצים עומדין להסקה פשיטא דלא שייך ענין נעשה מצותו וז"ב. ובזה יש לומר דגם בחמץ בפסח ל"ש דנעשה מצותו דבאמת עיקר שריפתו הוא כדי שלא יעבור על ב"י א"כ כיון דבאמת שני דברים אינו ברשותו של אדם ורק דהתורה עשאן כאלו הן ברשותו א"כ כל ששורפו ומגלה דעתו שאינו רוצה שיהי' ברשותו פשיטא דסגי בזה לבד ואין ראיה דמקרי נעשה מצותו וצ"ע בזה:

ה והנה בגוף הענין דזוז"ג האריך הר"ן פכ"ה דהוא מותרת מטעם ביטול ברוב דכי היכא דאיתא לאיסורא בעיניה בטל חד בתרי ה"נ היתר הבא מכח גרמת איסור כל היכא שאיסור והיתר גרמו לו הרי נתבטל האיסור ע"ש. ולכאורה צ"ב לפמ"ש המרדכי דדבר הבא לעולם בתערובות לא שייך ביטול וא"כ גם כאן מה שבא ההיתר מכח גרמת איסור עד"מ שהסיק מעצי אשרה והו"ל זוז"ג זה בא לעולם בתערובות איסור והיתר והפת נאפה מכח איסור עצי אשרה וא"כ איך שייך ביטול וא"ל דבטל מקודם שנאפה דזה אינו דאז לא נתבטל דמלבד דלא שייך ביטול העצים בהתנור אף גם דאז הוה חד בחד ועיקר הביטול הוא להפת שבא מכח גרמת היתר ואיסור דבזה סגי חד בחד וא"כ בזה שייך לומר דבא לעולם בתערובות והיא קושיא גדולה לפענ"ד ולכאורה רציתי לומר דשם

בילדה שסבכה בזקנה וכן בנטע והבריך והרכיב דמיירי דל"ש נ"ט משום דהוה מב"מ רק דזה איסור וזה היתר א"כ בכה"ג אף בדבר שבא לעולם בתערובות מותר וכעין מ"ש הנוב"י מהד"ת חיו"ד לענין ששים בבא לעולם בתערובות כל שאין בו כדי נ"ט שרי ע"ש וה"ה כאן דליכא טעם. אך באמת זה אינו דגם שם אין דברי הנוב"י ברורים ומכ"ש כאן דאם הי' כיוצא בזה בא"מ הי' נו"ט. אך העיקר נראה לפענ"ד דדברי הר"ן נכונים ולא פליג על סברת המרדכי דבאמת כל טעמו של המרדכי הרחתי מתוך דברת הרב בעל תב"ש בסי' י"ז דמתורת קבוע בא עלי' דכל שבא לעולם בתערובות נקבע האיסור כאן ולא שייך ביטול ברוב דקבוע הוה כמחצה על מחצה ולפ"ז זהו בשאר ביטול דבעי רוב חד בתרי וא"כ כל שבא בתערובות לא שייך רוב דהו"ל כפלגא משום דדין קבוע יש לו אבל כאן דהורנו הר"ן דכל דבא מכח גרמת איסור והיתר סגי חד בחד וא"כ מה בכך דהוה כקבוע והו"ל פלגא הא בחד בחד ג"כ כשר וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד דזה סברת הרמ"ה דבע"ז אסור זוז"ג וכ"כ המ"א סי' תמ"ה ובאמת האחרונים כתבו כיון דזוז"ג מתורת ביטול הוא ובע"ז וחמץ דאף באלף לא בטל לא שייך זוז"ג אבל לפמ"ש דסגי בחד וחד וא"כ יקשה הרי בכל פלגא ופלגא ודאי לא בטל ואפ"ה כל דבא מכח גרמת איסור לא אכפת לן וא"כ כאן הוה ג"כ מכח גרמת איסור ולמה לא יתבטל אבל לפמ"ש יש לומר דע"כ לא שייך לומר דבא לעולם בתערובות רק כל דעכ"פ צריך להיות האיסור שוה בשו' להיתר אבל כאן באמת אף אם האיסור משהו לא בטל א"כ היאך שייך שיתבטל חד בחד והא אף אם האיסור היא רק משהו לא נתבטל וז"ב כשמש לפענ"ד:

[1] ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרמ"ה מקושית הב"י מהך גינתא דאזדבל בזבלא דע"ז דאמרו זוז"ג מותר ועיין ט"ז וש"ך ביו"ד סי' קמ"ב שהאריכו בזה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי בהא דאמרו בע"ז דף ע"ג דל"ש דנפל היתירא לגו איסורא וכו' אף ביי"נ בטל וביאר הר"ן הטעם דדבר שעומד במקומו חשוב טפי מאשר בא עליו במקרה ולפ"ז בגינתא דאזדבל בזבלא דע"ז הנה הקרקע עולם ודאי עומד במקומו דהארץ לעולם עומדת א"כ נתבטל אותו הזבל בהקרקע עולם ולא שייך לומר דבא לעולם בתערובות דהא ההיתר עומד במקומו וניכר לעצמו ובכה"ג לא שייך בא לעולם בתערובות כמו יין בגיגית ועיין כו"פ סי' ק"ב דבשלמא בפת שנאפה מעצי אשירה א"כ לא נתבטלו העצים לגבי התנור דאטו נתערב בהתנור הרי התנור בפני עצמו והעצים בפני עצמן רק שהפת קיבל טעם משניהם מהתנור והעצים וא"כ בא לעולם בתערובות משא"כ בזבלא דע"ז דהזבל נתבטל לגבי קרקע עולם וכבר נתבטל טרם בא לעולם בתערובות וכעין זה חילק מהר"ח אלפנדרי הובא במלמ"ל פ"א ממשכב ומושב ע"ש ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד: ובזה מיושב

גם מה שהקשה המהרש"א גבי הסיק בעצי הקדש דתפשוט דזוז"ג שרי מגינתא דאזדבל בזבלא דע"ז ולפמ"ש לק"מ דשם נתבטל כבר טרם בא לעולם בתערובות משא"כ כאן: ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דק"ל לדעת הרמ"ה דבע"ז ל"מ זוז"ג קשה מה קאמר ר"א דעצי אשירה והא שאני ע"ז דבמשהו ולא שייך ביטול ומצאתי בט"ז סי' קמ"ג שהרגיש בזה ופירש דזה באמת דחיית הש"ס דלמא משום חומרא דע"ז שאני אבל אין זה במשמע הלשון דמשמע דוקא בע"ז. ולפמ"ש גם בחמץ בכ"מ דאין לו ביטול לא שייך זוז"ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יקשה מהא דגינתא וכתבתי דשם הו"ל איסורא לגו היתירא ולפ"ז אם נימא כשיטת הר"ן דלא קי"ל כהך דרב דימי ואפילו איסורא לגו היתירא לא בטל א"כ שוב יקשה מ"ט דגינתא דאזדבל דמותר זוז"ג וע"ז משני הש"ס דלמא חומרא דע"ז שאני והיינו דלכך מחמרינן אף באיסורא לגו היתירא אבל זה באיסור ע"ז ממש אבל בבא מכח גרמת איסור שפיר בטיל וא"כ לכך בגינתא דאזדבל שפיר בטיל אבל כל דלא בטיל שוב לא שייך ביטול. אמנם באמת לפענ"ד מה שדמו האחרונים ענין זוז"ג בחמץ למ"ש הר"ן דמתורת ביטול אתי עלה ובא"מ בתשובותיו סי' וא"ו זיי"ן האריך בזה לפענ"ד א"א לאמרו דהרי באמת צ"ב דמה בכך דבא מכח גרמת היתר ואיסור כל דהוא חד בחד למה יעדיף כח ההיתר יותר מכח האיסור ולמה לא נימא להיפוך.

ז אך נראה כיון דזה כלל מונח דאיסור נהפך להיות היתר אמרינן אבל היתר נהפך להיות איסור לא אמרינן ועיין מלמ"ל פ"ז ממעילה שהאריך בזה ובתשובה הארכתי בזה והבאתי דברי הר"ן סוף ע"ז דמבואר כן וכן בר"ן בסוגיא דגדולים ולפ"ז כיון דאם היו הרוב איסור לא נהפך ההיתר להיות איסור ולהיפך האיסור נהפך להיות היתר א"כ ה"ה בבא מכח גרמת איסור והיתר ג"כ אמרינן דהוה כח היתר מרובה מכח האיסור ולפ"ז אינו מכח ביטול דחד בחד לא שייך ביטול רק דכח ההיתר עדיף יותר מהאיסור.

ח ובזה נראה לפענ"ד דזה הענין מה שנחלקו רשב"ם ותוס' בע"ז דף מ"ט באם אין השני גורמים שווים אי שייך זוז"ג ולפמ"ש תלוי בזה דאם נימא דבעי שיהיה בטל וכל שאין הגורמים שווים לא שייך בטול אבל אם נימא דאינו ביטול ממש רק שכח ההיתר עדיף יותר א"כ גם כאן הוא כן. ולפ"ז נראה לי דבחמץ אף שאינו בטל מכל מקום לא שייך זוז"ג דהרי מבואר בסי' תמ"ז דע"כ לא אסרינן בחמץ באלף רק באם הי' כח באיסור לתת טעם א"כ שוב אף משהו אסור אבל באם אינו אסור רק בכדי נטילה גם בחמץ אינו אסור שאין לו כח להתפשט יותר ולפ"ז גם בזוז"ג כיון דלאו מכח ביטול ממש קאתינן מלה ותדע דהרי בעצים ותנור לא שייך ביטול ואדרבא עיקר הפת שנאפה ודאי בא מכח העצים דבלא עצים התנור לא יועיל כלל והו"ל כדבר המעמיד ורק שעיקר הכוונה שכח דהיתר

עדיף יותר וכיון שכן מה בכך דחמץ לא בטיל הא מכל מקום כח ההיתר עדיף יותר ולא חשבינן גרמת איסור נגד גרמת היתר ובשלמא בע"ז שייך לומר דכל דהוא במשהו א"כ האיסור חשוב יותר משא"כ בחמץ דכל דאתה אומר דגרמת ההיתר חשוב יותר לא יתחיל איסור כאן ולא שייך כאן משהו וז"ב לפענ"ד ודוק היטב: וראיתי בא"מ שחידש שם דיש לומר דבע"ז יהיה זוז"ג מותר כיון דכל הטעם דלא בטיל משום ולא ידבק בידך מאומה והרי זה דוקא בע"ז ממש אבל במה שבא מכח גרמת ע"ז לא שייך זאת ולכאור' מסתבר דבריו דאין בזה מאומה מן החרם ובפרט לפמ"ש כל דכח ההיתר עדיף אין בו משום לתא דגרמת ע"ז כלל וכן נראה ממה דמוקי כר"א דעצי אשירה וכמ"ש למעלה דמזה מוכח דגם בע"ז זוז"ג מותר. איברא דאכתי קשה דלר"א דס"ל יוליך הנאה לים המלח שוב הו"ל דבר שיש לו מתירין כמו במע"ש שיכול לפדות כל שאינו יותר מהקרן הו"ל דבר שיש לו מתירין וא"כ שוב מהראוי דזוז"ג לא יתבטל כלל והיא קושיא נפלאה וצריך לומר דזה באמת דחיית הש"ס שאני ע"ז דחמירא טובא והיינו דבאמת מה דמועיל בע"ז יוליך הנאה לים המלח הוא משום דתופס דמיו והיינו משום דע"ז חמיר דתופס דמיו ודו"ק היטב: והנה בשנת תרי"ב אור ליום וא"ו פ' בא כאשר למדנו ה"פ סי' תמ"ה והנה המ"א כתב שם ס"ק ה' דבחמץ כיון דלא בטל בששים ומשהו אסור הו"ל כע"ז דלא בטל ואף זוז"ג לא שייך בזה דאסור בהנאה בכ"ש ודבריו תמוהים מאד דהא בע"פ בטל בששים וא"כ אמאי אסור בע"פ התבשיל ואף דנימא דקאי בפסח דהיינו אם בשלו בפסח מכל מקום כרת בודאי לא חייב על זוז"ג ובטל בששים ובפרמ"ג העיר בזה.

ט ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה הרי"ף חידש דטעמא דריחא מלתא דרב לשיטתו דס"ל מב"מ במשהו וא"כ אף שלא במינו עכ"פ משהו מיהא איכא וביאור הדברים עיין במה שנדפס על הגליון הרי"ף שם בשם המהר"ם מטיקטין והאחרונים האריכו בזה ובתשובה ביארתי באורך דע"כ לא שייך לשער בששים רק בדבר אכילה דתלוי בטעם וכל שבטל בששים הרי אינו נרגש טעם משא"כ בריח דכיון דעכ"פ משהו איכא וא"כ עכ"פ מריח ריח משהו ואיך שייך בריח שיעור כל שמרגיש אסור ואף במבא"מ מכל מקום מרגיש הריח במשהו. ומעתה גם לענין שבח עצים בפת דדעת התוס' בסוגיא דדוקא לענין הנאה שייך זאת ולא באכילה וא"כ לא תלוי בהרגשת הטעם רק במה שנהנה עכ"פ והרי נהנה עכ"פ במשהו ולא שייך בהנאה שיעור וז"ש המ"א דהנאה כ"ש מיהא הוה ושאני ערלה דבטלה במאתים וא"כ עכ"פ לא קפדינן על המשהו של יותר ממאתים וא"כ זוז"ג דאין בו רק משהו מותר משא"כ בחמץ וע"ז דאסור במשהו של משהו וא"כ לענין הנאה לא שייך שיעור והוה כמו ריחא דאסור וה"ה בהנאה וזהו סברת הש"ס לענין הקדש דלא

בטל אפילו באלף והיינו דלא שייך בהנאה דבמשהו בטל ומיושב קושית התוס' שם דמה חומר הוא זה במה דלא בטל ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק והמ"א הביא דברי המהרי"ל מ"ש לחלק בין חמץ לעצי מוקצ' דמותר להרבות וכתב דחמץ שאני דהוא בר אכילה והוה כאילו אוכל בתבשיל האיסור משא"כ עצים דלא בני אכילה נינהו והנה מלבד דשיטת התוס' דלא שייך שבח עצים לענין אכילה רק לענין הנאה וא"כ אין נ"מ בין חמץ לעצים דסוף סוף נהנה ונגמר התבשיל או הפת עי"ז ונהנה עי"ז אף גם דלפמ"ש מהראוי להתבטל כל שאתה אוסרו משום אכילה הרי נתבטל וכמ"ש וגם תימה דמה יענה לעצי הקדש דשם הוא עצים ולמה לא ירבה עליהם עצים ולזה יש לומר דהמהרי"ל מפרש דהקדש שאני דהו"ל דבר שיש לו מתירין דלא בטל משא"כ חמץ דעכ"פ יותר מנוקשה לא הוה כל שנשרף ואינו בכרת ואף בפסח בטל בששים ולכך הוכרח לחלק בין חמץ דאוכל גוף האיסור אבל גוף הדבר תמוה וכמ"ש ודו"ק היטב:

י והנה לכאורה יש לומר דלכך בחמץ גחלתו ואפרו שרי דאינו אותו דבר שנאסר וכעין מ"ש הריטב"א דלכך המקדש בא"ה אין חוששין לקידושיו אף דיכול להנות בגחלתו משום דאינו אותו דבר שמקדש ופנים חדשות באו לכאן. ובזה אמרתי ליישב קושית התוס' בפסחים דף ד' ד"ה דכתיב דהקשו דהא לכשישרוף יהיה אפרו וגחלתו מותר וא"כ למה לא יהיה מותר להבעיר מתחלה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דכעת אינו אוכל נפש ואינו מכשירי אוכל נפש א"כ לא שרי דלא שייך לומר דכשישרף יהיה מותר דכל הטעם הוא משום דאח"כ הוא פ"ח ואינו אותו דבר שנאסר ואם כן איך יהיה שרי להבעיר כעת כיון דכעת אינו ראוי כלל ולכשישרף יהיה גחלתו ואפרו פ"ח ואסור ודו"ק:

יא והנה הפ"י הקשה בתחלת הסוגיא דאמאי יהיה בחמץ אסור זוז"ג והרי בחמץ מותר שלכד"ה והרי בחמץ עכ"פ זה הוה שלכד"ה במה שמסיק בחמץ התנור ע"ש שהאריך בזה והנה מ"ש דחמץ שלכד"ה מותר זה אמת וכמ"ש בתשובה שכן מבואר בתוס' דף כ"ח ד"ה ותנן ע"ש בפסחים. אך בגוף הקושיא נלפענ"ד דהנה מה דמותר שלכד"ה נלפענ"ד דהנה שיעור הנאה לא נתבאר אם צריך שיעור או אף במשהו סגי ובצל"ח פסחים דף כ"ב גבי אבמה"ח ביאר דכל שהנאה נאסרה מתורת אכילה בעי שיעור כמו האכילה לענין מלקות ולפ"ז נראה לפענ"ד לענין שלכדה"נ דאף בהרבה כזיתים אינו נדון רק כחצי שיעור דהשיעור של הנאה הוא שיהנה כדרך הנאתו וכל שהוא שלא כדה"נ מה בכך שנהנה בכזית הא לא עדיף מחצי שיעור דנהנה כד"ה ואפ"ה כל שאין בו כשיעור אינו לוקה וה"ה בזה הא כל הנאה שלא כדה"נ אינו שיעור הנאה שלם ואף דחצי שיעור אסור מן התורה היינו משום דחזי לאצטרופי וכאן לא חזי לאצטרופי דשלכדה"נ עם כדה"נ

לא שייך צירוף דהם ענינים נפרדים ולכך אינו אסור שלכדה"נ אף דחצי שיעור אסור וכמ"ש ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דבחמץ כיון דזוז"ג אסור משום דהוה משהו ולא בטל וכמ"ש המ"א ואם כן מה בכך דהוה שלא כדה"נ מכל מקום מידי זוז"ג לא יצא דעכ"פ משהו יש בו ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש. מיהו בדברי התוס' פסחים דף כ"ח ד"ה ותנן משמע דאף בחמץ מותר זוז"ג משום דהוה שלכדה"נ ועיין בפ"י שם וא"כ דברי הפ"י הדרן למקומם וצ"ע על המ"א שכתב דבחמץ אסור זוז"ג והרי בתוס' מבואר להיפך מיהו יש ליישב דשם אין החשש שיאכל בפסח חמץ דמה שיגדל צמחים ויעשה זבל לא יהיה בפסח ממש ולאחר הפסח ודאי לא נאסר במשהו ושפיר שרי משא"כ כאן דהוה בפסח ממש ודו"ק:

יב והנה הא דאמר הבמ"ע בעצי שלמים ופירש"י דקדשים קלים אין בהם מעילה ועיין בתוס' ישנים בנדרים דף יו"ד גבי מביא כבשתו לעזרה דהקשו דהא אין מעילה בק"ק וכתבו דאיסורא מיהא איכא ע"ש וע' מלמ"ל ריש פ"ב דמעילה ובשו"ת נוב"י מהד"ק בסוף חלק חו"מ מ"ש חתנו ז"ל ורצה לדחות דאף איסור תורה ליכא ואשתמיטתי' דברי רש"י בפסחים ולכאור' הוא מוכרח בש"ס ועכ"פ זה ודאי דאין מעילה בהקדש ק"ק והדבר א"צ אריכות והוא מפורש בב"ק דף י"ב ובמעילה דף ז' ע"ב דק"ק אין בהם מעילה ונוראות נפלאתי על זקני המהרש"א בב"מ דף נ"ד ע"ב ברש"י בד"ה ומועלין בה שכתב דאולי היה לו לרש"י איזה מקום דשייך מעילה בק"ק והוא תמוה דא"א לומר כן דק"ק אין בהם מעילה כמ"ש רש"י כאן ובכמה מקומות וכל הש"ס מלא מזה ואף לרבנן דריוה"ג דק"ק אין להם בעלים מכל מקום הרי לא מקרי קדש כיון דנאכלים לבעלים. ומצאתי בפ"י שתמה על המהרש"א מב"ק דף י"ב ומעילה הנ"ל אבל חלילה להמהרש"א שיטעה בזה.

יג הן אמת דלאחר שחיטה משלחן גבוה קא זכו כדאמרו בב"ק שם ובדף ע"ו ע"ש ברש"י וא"כ מהראוי שימעול בהם אבל זה אינו דאיך אפשר שימעול והא התורה התירה לאכול והרי גם בחטאת ואשם לאחר זריקה אין מועלין בהם כיון דהתורה התירה לכהנים לאכול לא שייך מעילה וכדאמרו במעילה שם דבקדשי קדשים יעשה דמים להקל ומכ"ש בק"ק דהן לבעלים וכדאמרו שם וא"כ דברי המהרש"א תמוהים. אבל לפענ"ד מפני חיבת פה קודש זקני המהרש"א נראה דכוונתו לענין אימורים דלאחר זריקת דמים דמועלין בקדשים קלים והיינו משום דלגבוה קסלקי ולפ"ז אם נימא דנתמעט דבעינן כלה לשמים א"כ אף באימורים מהראוי שלא ימעול דהרי עכ"פ בעינן שכל הבהמה יהיו לשמים ולכך כתב רש"י דלא קי"ל כן ולא ממעטינן מטעם שכלה לשמים רק דלא קרינן מקדשי ד' בזה

אבל גם זה תמוה דאם כוונת רש"י לענין אימורים שוב לא היה צריך רש"י לומר דאיכא איזה מקום והלא אימורים מועלין בהם והיא משנה במעילה דף ז' הנ"ל ועיין דף ט"ו שם דרבי מקרא דכל חלב לד' לרבות אמורי ק"ק למעילה וגם לא הי' צריך לומר קדשים קלים דהא גם חטאת ואשם היא אינו כלו לשמים דנאכלת לכהנים ואפ"ה יש מעילה באימורין וע"כ דברי המהרש"א תמוהין לפענ"ד ועיין שיטה מקובצת בב"מ שם: והנה הרב מוה' יונה לאנדא נ' אבד"ק גראביוויטץ הקשה אותי בהא דאמרו בנדרים דף נ"ט ע"כ לא אמר רשב"ג אלא היכא דלא קא טרחא אבל היכא דקטרח לא. דהרי הפר"ח הקשה בהא דמבטלין איסור והא כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד לשיטת הרמב"ם דהוא מה"ת ולדידן מדרבנן וא"כ למה יהיה אם עבר ובטלו מבוטל וע"ז אמר מידי דהוה אם נתבטל מאילי' דשרי כמו בצורם אזן בכור ע"ש בסי' ס"ד ולפ"ז כאן דבדלא טרח לא בטל רק בדטרח ואמאי יתבטל. והנראה בזה דלק"מ דכאן שבעודו היתר נתבטל והגידולים של איסור נתבטלו בהיתר וא"כ בעת שטרח טרח בהיתר ושפיר טרח ואח"כ כשכבר היתה בקרקע הוא היתר ובטל וז"ב ופשוט. ובזה מיושב מה שהקשה הר"ן דלישני גם בהך דמקשה מבצל בכרם החילוק בין טרח ללא טרח ולפמ"ש אתי שפיר דשם טרח להיפך דהיינו מה שגדל באיסור ול"מ טרח ודו"ק היטב: והנה במ"ש התוס' להקשות ד"ה חדש דנימא יש שבח מוקצה בפת דהגחלים הן מוקצה וכתב המהרש"ל דהא גם לרבנן קשה כיון דהשלהבת דינו כמו גחלת וע"ש במהרש"א והנה בספר אילת אהבים תמה דהרי אמרו בביצה ולר"א דאמר דבר שיש לו מתירין לא בטל א"מ היכא דאיתא בעיניה אבל הכא מקלי קלי איסורא ואם איתא הא שייך שבח עצים בפת דהשלהבת דינו כגחלת ועוררני החריף מוה' העשיל שור מפה לבוב באור ליום ג' בראשית תרח"י דהרי שם י"ל דכיון דמקלי קלי לאיסור לא הוה דבר שיל"מ דאינו במציאות ואמרתי לו שכוון יפה דכן נראה מהאו"ה כלל כ"ד אות יו"ד שכתב לענין עצים שנפלו לתוך התנור שיש רוב דמותר וכתב בזה"ל דמשום דבר שיש לו מתירין ליכא דחום התנור של היום אינו נשאר למחר יעו"ש.

יד וכפי הנראה כוונתו דלא שייך דבר שיל"מ כיון דמקלי קלי לאיסורא ולא נשאר חום התנור למחר ולא יהיו דבר שיל"מ. ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דמקלי קלי לאיסור הוה כמו טעם בלבד ולא שייך דבר שיל"מ כמבואר ביו"ד סי' ק"ב ובזה יש לפלפל במה שהאריך המג"א סי' תק"ז ס"ק ג' דלמה לא חשיב דבר שיל"מ והבין דמקלי קלי לאיסור הוא לענין זה שמותר להוסיף וכן הבין בסי' שכ"ג ס"ק י"ד ולפמ"ש האו"ה יש לומר דלא קאי רק לענין דבר שיל"מ ודו"ק היטב. וביאור דברי האו"ה נראה לפענ"ד כאן דעיקר

האיסור הוא רק החום של העצים שיש שבח עצים בפת א"כ כל שכבר מסיק העצים רק החום אסור וזה החום א"א לומר שעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר שהרי החום ע"כ יכלה ולא יהיה למחר ולכך לא שייך דבר שיל"מ ודו"ק היטב:

טו והנה א' דר"ח טבת ב' מקץ שנת תרכ"ו הגיעני מכתב מהחריף ושנון השלם מוה' גרשון קארציר נ"י בסוגיא זו והוא הקשה במ"ש הב"י בסי' קמ"ב בישוב דברי הרמב"ם דס"ל דחדש כל שגרפו את התנור הלכו עצי איסור דמותר ועדיף מזוז"ג וע"ז הקשה דא"כ חדש יותץ היכא משכחת לה דהא מצד התנור לא אכפת לן ועוד היכי משכחת לה הך דזוז"ג דפליגי רבי ורבנן אי באבוקה כנגדו דל זוז"ג מהכא הו"ל שבח עצים ובאין אבוקה כנגדו הרי ליכא אף גורם אחד וא"ל דס"ל להב"י דחדש יותץ לכתחלה דז"א דהרי התוס' כתבו דנתיצה חשוב כדיעבד ועוד הא פריך הש"ס והתניא בין חדש בין ישן יוצן ל"ק הא רבי הא רבנן אלמא דחדש יותץ לרבי אף בהלכו הגחלים הנה קושייתו עצומה. והנה באמת הט"ז ס"ק וא"ו הבין דברי הב"י משום זוז"ג אבל יפה כתב מעלתו דפשטת הלשון של הב"י אינו מורה כן וכדי שלא יהיה תמוה כ"כ נראה לפענ"ד דסברת הכ"מ הוא לפי מה דאמרו בתחלה דרבי ס"ל דזוז"ג אסור לכך בחדש יותץ וס"ל לרבי דגם בחדש אף שהלכו הגחלים מכל מקום הוה התנור גורם איסור ולא ס"ל דעדיף מזוז"ג והב"י לא כתב רק לדידן דזוז"ג מותר גם בתנור שהלכו הגחלים יותר ועוד עדיף מיניה אבל רבי לא ס"ל כן וע"ז באמת פריך אימר דס"ל לרבי יש שבח עצים בפת אבל זוז"ג מי אית ליה וגם יש לומר דבאמת כשאבוקה כנגדו אינו אסור רק מדרבנן כמ"ש התוס' בפסחים דף ע"ה וא"כ ממילא כשהלכו הגחלים מותר ובאמת הסוגיא בדף כ"ז לא מוכח כן וכבר האריך בשעה"מ הלכות חמץ דלמסקנא דהסוגיא מסקינן דאבוקה כנגדו אינו רק דרבנן ע"ש וא"כ לפי המסקנא שפיר כתב הב"י כנ"ל לפי חומר הנושא שוב ראיתי שכבר קדמו בקושיתו על הב"י באבני מלואים ח"ב סי' ב' וסי' ג' יעו"ש גם מה שהקשה מעלתו על הט"ז ס"ק ט' ג"כ מבואר בא"מ שם:

סימן נד

א שלום וכל טוב לכבוד הרב החריף ושנון המופלג בתורה ומורה גם הוא יורה כ"ש מוה' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע יצ"ו.

ב מכתבו הגיעני היום. וע"ד שאלתו בענין מכירת ס"ת שהי' לשלשה אנשים משם ס"ת והי' חייבים עדיין להסופר מקצת מעות ולא הוליכו עדיין את הס"ת לבהכ"נ כנהוג רק איזה פעמים קראו בהס"ת בבית א' מהאנשים הנ"ל. וכעת רוצים למכור את הס"ת להחבורה תהלים ולפרוע להסופר את חובו. ובהמותר מעות לעשות כרצונם ומע"ל

פלפל בחכמה בענין ספרי יחידים שלא נעשו לקרות ברבים. והביא דברי הש"ך יו"ד סי' ע"ו. וביו"ד סי' רנ"ט ס"ב בהג"ה ובש"ך שם סק"ח. ודברי הטו"ז יו"ד סי' רפ"ב ס"ק י"ב. ודברי הש"ע או"ח סי' קנ"ג סעיף יו"ד ובמג"א שם סק"ג ומ"ש במג"א שם ס"ק כ"ב מש"ס כ"ב ומבואר בחו"מ סי' רמ"ח דמשמע שם דס"ת אפי' של יחיד לא מזדבני יש לתרץ דכוונת הש"ס משום דמנהג העולם הוא להקפיד על מכירת ס"ת ולכן לא הוי בכלל נכרי והמג"א שם כ' סמך למנהג העולם שמוכרין ס"ת מחמת לב ב"ד מתנין. ובס' בל"י וס' יד הקטנה מחלקים בין כותב ס"ת דאפי' יחיד אסור למוכרה ובקונה ס"ת מותר ובס' ברכי יוסף יו"ד סי' ע"ר חולק.

ג ויעוי' בס' באה"ט או"ח סי' קנ"ג ס"ק י"ט בשם שו"ת גינת וורדים מיקל במכירת ס"ת בזה"ז ויעוי' בפרמ"ג או"ח סי' קנ"ג באשל ס"ק כ"ב כ"ג.

ד מכל הנ"ל נראה פשוט דרשאין לשלשה אנשים הנ"ל למכור את הס"ת להחבורה הנ"ל כנ"ל. ובפרט שנמצא טעותים הרבה בהס"ת. זה תוכן דברי כ"ת. והנה הדברים נכונים ופשוטים כדברי מע"ל ויכולין למכור את הס"ת וע"ד שאלתו בס"ת שנשתנה כעת מראה של הכתב לאודם, והביא דברי המג"א סי' ל"ב ס"ק ל"ח. דמשמע דכשר באם מתחילת הכתיבה בכשרות. ויש להביא סמך לזה מציצית דג"כ הקפידא הוא אשעת עשי' ובניתק אח"כ למטה מאגודל כשר. אכן מדברי הפרמ"ג שם באשל ס"ק ל"ט משמע דפסול בנקלף השחרות ונשאר האודם. וצ"ע ובס' פתחי תשובה בשם ס' חמודי דניאל. וכן בשו"ת חתם סופר מחמירין בזה, אכן חכם א' היקל בזה. זה ת"ד מע"ל.

ה הנה לפענ"ד דיו שנשתנה לאודם פסול. ובדבר השאלה בפיצול מקמא בחריץ הוורדא דמכשיר בזה בספר תפארת למשה הובא בס' מ"ע שורש ב'. ומע"ל כ' להקשות עליו מלשון הרמ"א יו"ד סי' ל"ה ס"ה, והבאים אחריו דלא משמע כדבריו. ורוצה לחלק בין הגנת החריץ להך דמכשיר בנו"ב משום החזקת הגרגרת ובפרט שאנחנו מטריפין בפיצול מקמא אפי' במושרשת יפה הנה לדעתי העיקר כדברי הס' תפארת למשה שמועיל הגנת החריץ. וע"ד אשר העיר שהסופרים נוהגים שאין מוציאין את הרצועות לחוץ בעת אשר פותחין התפילין להגי'. אם אין בזה חשש תעשה ולא מן העשוי הנה אין כאן חשש תעשה ולמ"ה. ויעוי' בארבעה טורי אבן להגאון החסיד מאמשטרדם. ויעוי' מג"א סי' י"ט והנני בזה הדו"ש באהבה הצעיר כו'.

סימן נה

א בענין שלא כדרך אכילתו ביוה"כ.

ב הנה הגאון שאגת ארי' חידש בסי' ע"י דביוה"כ חייב אף שלא כדרך אכילתו דלא כתיב ביה לשון אכילה ע"ש ולדבריו צ"ל דהא דפטר במשנה אוכלים שאינם ראויין היינו שאינן ראויין מצד עצמן אבל אם הם ראויים רק שאכלם שלא כד"א כגון שאכל חלב חי חייב. ובאמת שמצד הסברא לא משמע לחלק דמה חילוק יש בין אוכלים שא"ר ובין שלא כד"א. ולפענ"ד ראיה ברורה שלא כדבריו מהא דאמרו בכריתות דף י"ד ושיערו חכמים דאין בית הבליעה מחזיק יותר משני זיתים וכתבו התוס' ישנים דהיינו כדרך אכילה וכוונתם לתרץ דבעלמא אמרינן דבית הבליעה מחזיק כביצה וע"ז כתבו דזה כדרך אכילה מחזיק יותר משני זיתים ושם בעינן כדרך אכילה דאל"כ פטור משום יוה"כ וכ"כ הגאון בעל נוב"י בסי' ל"ח בהדיא ע"ש בחלק או"ח במהד"ק (וצ"ע בתוס' ישנים יומא דף פ' בד"ה שאין בית הבליעה ע"ש) ולפ"ז כיון דעכ"פ שלא כדרך אכילה מחזיק יותר א"כ לתחייב ביוה"כ דלא כתיב ביה אכילה וא"ל דזה מזיק לו והתורה פטרה מזיק ביוה"כ כדאמרו ביומא דף פ' דזה אינו דע"כ לא מקרי מזיק דא"כ גם בט"א דכתיב בי' לשון אכילה אמרינן דמקרי אכילה בכביצה משום ע"י הדחק וביוה"כ פטור כל דהוה דחק הרי דבעינן כדרך אכילה ממש ביוה"כ כנלפענ"ד: ובאמת גוף דברי הגאון שכתב דמשום דלא כתיב אכילה בגופי' לכך חייב אף שלא כד"א הוא תמוה דע"כ לא אמרינן הכי בפ"ב דבפסחים דף כ"ד רק במקום דהיה יכול לכתוב לשון אכילה ומדלא כתיב אכילה ע"כ דאף שלא כד"א חייב אבל כאן ביוה"כ דלא יכול למכתב לשון אכילה דא"כ הי' בכזית ויוה"כ הוא בככותבת וכדאמרו ביומא דף פ"א וא"כ אין ראיה מדלא כתיב לשון אכילה ושפיר יש לומר דכל שלא כד"א לא שמיה אכילה ומקרי מתענה: והנה בהא דאמר ר"ל בדף פ' ע"ב דאם אכל אכילה גסה ביוה"כ פטור דאשר לא תעונה כתיב פרט למזיק ודקדק השאג"א דדוקא באם מזיק הוא דפטור אבל לא באם אכל שלא כדר"א. לפענ"ד נראה לי להיפך דבאמת כל שאכל שלא כד"א ודאי פטור דהרי לא אכל כדאכלי אינשי ובעינן שיהנה מאכילה אבל באכילה גסה דבאמת אכלו כדרך שאוכלין אותו א"כ מצד האכילה בעצמה הוא טוב רק שהוא קץ במאכלו ה"א דחייב סוף סוף לא מתענה עכ"פ ולזה חידש כיון דמקרי מזיק לא מקרי מבטל העינוי כמ"ש רש"י. ותדע דאל"כ יקשה על ר"ל בעצמו דאמר בדף פ"א דל"מ למכתב לא יאכל דאכילה בכזית ות"ל דא"כ היכא נדע שלא כד"א וכבר נתקשה בזה הש"א ונדחק וגם היאך נמעט אכילה גסה (מיהו זה יש למעט כמו דממעט באכילת תרומה אכילה גסה משום דל"ש אכילה אבל קושית הש"א קשה) וע"כ דשלכד"א פשיטא דפטור. וראיה ברורה לזה דהרי רבא אמר בדף פ"א ע"ב כס פלפלי ביומא דכיפורי פטור ופירש"י אין זה ישוב הדעת שאין זה כדרך אכילתו

וקשה למה לא מסיים דכתיב אשר לא תעונה פרט למזיק וא"ל דבכלל אוכלין שא"ר הן דזה אינו דמלבד דיקשה א"כ מה קמ"ל מתניתין היא אף גם דלא מקרי אוכלין שא"ר רק מה שאינו ראוי בעצם לאכילה וכאן ראוי למתק האכילה רק שהוא כסס אות' והו"ל שלכד"א וע"כ דגם שלא כד"א פטור ביוה"כ ולזה א"צ קרא דאשר לא תעונה כיון דאכל שלא כד"א וז"ב ודו"ק:

ג אחר כמה שנים ער"ה של שנת תר"י עיינתי בזה ובינותי בספרים ומצאתי את שאהבה נפשי במלמ"ל פ"ה מיסוה"ת ה"ח שנסתפק באוכל אכילה גסה דבר איסור אם חייב ובתחלה רצה לומר דחייב דלא מקרי שלא כדרך אכילתו דהא באמת המאכל עצמו מצד עצמו הוה כדרך אכילתו אלא שהשינוי בא מצד האוכל ושאני יוה"כ דקרא כתב לא תעונה וביתובי דעתא תלוי מלתא והרגיש בקושית שאג"א דא"כ למה לא אמר ר"ל דלכך לא כתיב בלשון אכילה משום דאז לא היה ממועט אכילה גסה ע"ש אח"כ מסיק דגם אכילה גסה לא שמיה אכילה והביא כמה ראיות ומסיק דבבשר בחלב וכה"כ דחייב אף שלא כדרך הנאתו חייב אף שאכל אכילה גסה דלא כתיב בהו לשון אכיל' ולפ"ז לתנהו לדברי השג"א דכיון דביוה"כ פטור אכילה גסה מכ"ש דפטור אם אכל שלא כד"א דהרי זה גרע משלא כד"א וכמ"ש המלמ"ל שם והשג"א כתב שם דכיון דנתמעט מאשר לא תעונה פרט למזיק א"כ דוקא אכילה גסה דמזיק משא"כ שלא כד"א ולפמ"ש המלמ"ל נהפוך הוא דשלא כד"א גרע טפי:

ד והנה מה שהבאתי לעיל ראיה מהא דאמרו בכתובות דאין בית הבליעה מחזיק יותר משני זיתים ופירש"י דהו"ל שלא כד"א והיינו ביוה"כ הנה באמת יש לדחות דאף דהנוב"י פירש כן אבל יכול להיות הפירוש דלא יתחייב משום חלב דהו"ל שלא כד"א. אמנם אחר העיון נרא' דהדבר מוכרח דהרי אמרו שם דבזית אחד מיירי בשני זיתים לא מיירי ופריך הש"ס והקתני יוה"כ דהיא בככותבת ומשני דאכל כוליא בחלבא או כגון דמליא בתמרי ולפ"ז מצד החלב והדם הוה אכילה טובה רק דהיו לו שלשה כזיתים בשביל היוה"כ דהיו אוכל בתמרי וא"כ שוב ע"כ דביוה"כ פטור על שלא כד"א דאל"כ עכ"פ אותן שני זיתים שאכל הי' אכילה טובה אך יש לדחות כיון דאי אפשר שלא ירבה אחד על חבירו כדאמר ר"ל בזבחים דף ע"ח א"כ שוב יוכל להיות דהתמרי קדם וא"א לחייבו על החלב או על הדם. אמנם אחר העיון יש לומר לפמ"ש הפוסקים גבי גה"נ של עולה דמיגו דחשיב אכילה לענין גיד אף שאין בגידין בנו"ט ממילא חשיב אכילה שיתחייב משום עולה א"כ ה"ה כאן כיון דחייב ביוה"כ אף שלא כד"א ממילא חייב גם על חלב ודם דהתורה אחשבה לאכילה מיהו יש לחלק דשם הוה אכילה משא"כ כאן

דביוה"כ לא כתיב אכילה וחייב אף שאכל שלא כד"א אבל על חלב ודם לא חייב. ובאמת גוף דברי התוס' לפענ"ד אלולי דבריהם הקדושים היה נראה לפענ"ד בפשיטות לפי מה דאמרו בזבחים דף ע"ח דהפיגול והנותר והטמא שבללן זה בזה ואכלן פטור דאי אפשר שלא ירבה מין אחד על חבירו א"כ לכך לא מצי לאוקמא בשלשה זיתים דאז לא היה חייב על חלב ולא על פיגול ודם דאחד ואחד נתבטל בשני זיתים ודו"ק ועיין ברמב"ם פ"ה מיסוה"ת ובפי"ד ממ"א ותמצא דלא הוציא מכלל האסורים דחייב אף שלא כד"א רק בב"ח וכה"כ ולא שאר דבר וע"כ דגם יוה"כ פטור שלכד"א ועיין בירושלמי בפ"ח דתרומות דאמר הלועס כבלוע אף בשבת כן אף בפסח כן אף ביוה"כ כן ופירש המפרש דהיינו שאף שלועס בלבד ולא בלע חייב ע"ש והרי עכ"פ לעסה בלא בלוע הוה שלכד"א דמה"ט ס"ד דיפטור וא"כ למה חשיב אף יוה"כ כן והא יוה"כ הוא כ"ש דחייב אף שלא כד"א ומכ"ש כאן דהיה ראוי להיות חייב וע"כ דיוה"כ אינו חייב וא"כ אדרבא סד"א דיוה"כ כיון דבעינן יתובי דעתא בהכי לא מייתבא דעתי' עד דבלע וע"כ דגם בזה חייב: והנה לכאורה רציתי להביא ראיה ברורה דפטור ביוה"כ בשלא כד"א דהא אכל אוכלים שאינן ראוין לאכילה דפטור ומה נ"מ בין האוכלין שאינן ראויין לאכילה לאוכל שלא כד"א וא"ל דל"ד דשם אינו ראוי לאכילה וכאן ראוי לאכילה רק שהוא אכל שלא כד"א דזה אינו דסוף סוף צריך ענין אכילה והרי לא אכל ומצאתי ברמב"ם פ"ב משביתת עשור ה"ז דהרמב"ם מדמה אכילה גסה לאוכלין שאינן ראויין וכתב שאף שלערב ראויין הן כיון שזה שבע הו"ל אוכלין שאינן ראויין ע"ש. הנה מזה מבואר כמ"ש. ומזה סתירה גלויה למ"ש השג"א דאכילה גסה נתמעט משום שמזיק והרי הרמב"ם מדמה לאוכלין שאינן ראויין אף שאינם מזיקין ודו"ק: והנה בספר ישועות יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' תרי"ב האריך שם דלר"ש דחייב כ"ש למלקות מכל מקום ביוה"כ ודאי פטור מטעם דהרי בשוגג כתב הריטב"א דלכך פטור דלא אחשביה ודוקא במזיד אחשוב לכ"ש ג"כ ולפ"ז ביוה"כ דבעי ככותבת משום דמיתבא דעתי' וא"כ מה בכך שמחשיבו לאכילה מכל מקום הרי לא עדיף מאילו אכל אכילה בכזית ואפ"ה פטור ע"ש ולפענ"ד הדבר ברור להיפך דהנה הרא"ם דעתו דאכילה בכ"ש רק דהל"מ הי' בכזית והמלמ"ל פ"א מחמץ ופ"ד משבועות האריך לחלוק עליו דאדרבא שיעור אכילה בכזית ע"ש. ובאמת שהדבר מבואר בכמה מקומות וגם ביומא דף פ"א אמר ר"ל דלכך לא נכתב אזהרה לעינוי דאם היו כתוב אכילה הו"א אכילה בכזית הרי דאכילה בכזית ולפ"ז ניהו דחיוב אינו רק בככותבת מ"מ לענין איסור כיון דכתיב ועניתם ולא כתיב אכילה א"כ אף כ"ש אסור ובזה בודאי צדקו דברי הרא"ם דכ"ש בכלל איסור ול"צ לטעם אחשבי' כלל רק שעינוי הוא

אף בכ"ש ואף דלא מייתבא דעתיה היינו לענין חיוב כרת ומלקות אבל לענין איסור גם כ"ש בכלל. איברא דלפ"ז גם לר"ל דמתיר חצי שיעור מהראוי הי' שביוה"כ יאסור והרי ביומא דף פ"ג ע"ב מבואר בהדיא דלר"ל אינו אסור. הן אמת דבירושלמי תרומות מבואר דמודה ר"ל ביוה"כ אבל ש"ס דילן לא סובר כן. והנרא' בזה דהנה ר"ל דביאר טעמו ביומא דף ע"ז דאכילה אמר רחמנא וליכא והיינו דאכילה בכזית כדאמר ר"ל בדף פ"א ולפ"ז מכ"ש ביוה"כ דהשיעור בככותבת ולכך לא כתיב אכילה דה"א בכזית ולכך לא כתיב בלשון אכילה כדי שלא יתחייב רק בככותבת דביתובי דעתא תליא מלתא וא"כ מכ"ש דפטור בפחות מכזית או אף ביותר מכזית פחות מככותבת דעדיין מענה נפש שעדיין לא מתיישב דעתו ומצד ח"ש לא חייב לדעתו אבל לר"ש דבכ"ש חייב בכל איסורים וא"כ ניהו דביוה"כ לא שייך אחשביה דמכל מקום אינו מתיישב דעתו מכל מקום עכ"פ מצד ח"ש שייך בזה וכמו בכל איסורים דהתורה אמרה אכילה דוקא בכזית ואפ"ה אסור לר"י וכן לר"ש חייב מלקות בכ"ש ואף דכאן בעי ככותבת הא ניהו דלא מיתבא דעתיה מ"מ לא גרע מכל ח"ש דעלמא דאינו שיעור אכילה ואפ"ה חייב לר"ש מכ"ש בזה וז"ב ודו"ק: עוד נראה לפענ"ד דבר ברור דשייך לאסור ביוה"כ בחצי שיעור דהרי באמת הא דהתור' אמרה בככותבת משום דבעי ליתובי דעתא אטו אפשר לומר דכ"ז שאכל עד תשלום הגרגיר האחרון המשלים לככותבת לא מתייתב דעתו ובתשלום הגרגיר כבר נתיישב דעתו וזה אינו בחוש השכל ולא בחוש המורגש ואדרבא הישוב דעת מתחיל מעט מעט עד כלותו שיעור הכותבת נתיישב דעתו לגמרי ותדע שהרי חייב בכדא"פ בככותבת א"כ ע"כ שמתחיל הישוב דעתו מעט מעט דאל"כ איך יצטרך בכדא"פ וכיון שכן שוב למ"ד חצי שיעור אסור אף במקום דצריך שיעור כזית ומטעם דחזי לאצטרופי וכדומה א"כ ה"ה לענין שיעור ככותבת דניהו דלא נשלם הישוב דעת לגמרי אבל מכל מקום כבר התחיל להתיישב דעתו רק שלא נגמר א"כ שוב גם ביוה"כ חייב לר"ש בכ"ש ולר"י אסור בכ"ש. ובזה מיושב מה דכפל הש"ס בדף פ"ח ביומא לומר הניחא למ"ד חצי שיעור אסור מן התורה אלא למ"ד דמותר דאתמר ח"ש וכו' ודקדק המהרמב"ח דלמה לא אמר הניחא לר"י אבל לר"ל מא"ל ולפמ"ש י"ל דבאמת ביוה"כ יש מקום לומר דגם ר"י מודה דמותר דהרי לא נתיישב דעתו וכן להיפך ר"ל מודה דאסור כדאמר בירושלמי וע"ז מביא הפלוגתא דר"י מפרש טעמו משום חזי לאצטרופי ור"ל משום דבעי אכילה וא"כ ממילא ביוה"כ לר"י שייך חזי לאצטרופי ולר"ל פטור משום דאינו כשיעור והנה במ"ש למעלה לתמוה על המזרחי שכתב דאכילה בכ"ש מהא דאמר ר"ל ביומא דף פ"א דאכילה בכזית ראיתי שבמלמ"ל עצמו מרגיש בזה וכתב דר"ל ס"ל כן דאכילה בכזית

וס"ל דסתם אכילה היא בכזית ור"י לא ס"ל כן ובאמת שהדבר אי אפשר לאמרו דהרי בברכות מ"ט ופסחים מ"ט אמרו דאכילה בכזית וכן אמרו בחולין דף צ"ו אכילה כתיב ביה וכן במעילה דף ט"ז דאכילה כתיב ואכילה בכזית ושם פריך מר"י דס"ל בכעדשה ולהמ"ל תמוה דהרי ר"י ס"ל אכילה בכ"ש וע"כ דברי המזרחי והמל"מ תמוהים לפענ"ד:

ה אמנם לפענ"ד נראה לקיים דברי המזרחי דמ"ש דאכיל' בכ"ש לא דאכילה משמע כ"ש והרי בכמה מקומות משמע דסתם אכילה בכזית אך נראה כיון דהתור' אמרה סתם לא תאכלו א"כ יש לך לתפוס שיעור מרובה ושיעור מועט וכבר אמרו חז"ל דתפשת מרובה לא תפשת ותפשת מועט תפשת ועיין בסוכה דף ה' ע"ב ובתוס' שם ד"ה תפשת ולכל הפירושים כיון דיש לך מקום להרבות ולמעט ע"כ אומרים דאכיל' בכ"ש. אך באמת כיון דהל"מ הי' בכזית א"כ שוב לא שייך לומר דתפשת מרובה לא תפשת דהא באמת יש לה סוף דכל הטעם דתפשת מרובה לא תפשת שאין לו גבול או שאין דרך המקראות לסתום ולר"ע הטעם דאם תתפוש המועט המרובה בכלל משא"כ אם תופש המרוב' יכול להוציאו מידו דדלמא המועט היא וכאן כיון דחזינן שהתור' שיערה בכזית א"כ שוב סתם אכילה בכזית דיש לו סוף וא"כ לר"נ ולריב"ב בודאי יש לך לומר דאכיל' בכזית אבל לר"ע יש לומר דלכך הכריע ר"י דלאיסור בכ"ש דא"א לך לתפוש המרוב' אבל למלקות וקרבן הוה האכיל' בכזית וז"ב מאד: ובזה יש לי לומר דבזה נחלקו ר"י ור"ל דר"י ס"ל כיון דיש לך לקיים המועט כמו מרובה ולחלק בין איסור למלקות וקרבן ומה גם שיש עוד סברא דחזי לאצטרופי בודאי אמרינן דלענין איסור תפשת מועט תפשת וכר"ע משא"כ ר"ל ס"ל דכל שיש סוף וקץ שוב יש לנו לתפוש המרוב' ואכילה משמע בכזית ובזה א"צ לומר דהל"מ עוקר הקרא רק דממילא שוב יש לך לומר דאכיל' בכזית ולא שייך תפשת מרובה בזה. ויש לי לומר עוד פרפרת נאה דהנה בתוס' יומא דף ע"ב ד"ה נעביד כתבו דהיכא דיש חומרא אם נתפוש המועט אז אף שיש קצבה מ"מ תפשינן המועט וע"ז הקשו מהענק' דאמרינן תפשת מרובה לא תפשת אף דיש לו קצבה וכתבו דמספיקא לא מפקינן ממון ולפ"ז זהו שמחלק ר"י דלאיסור אף בכ"ש דלחומרא אמרינן תפשת מרובה לא תפשת אף שיש קצבה בכזית אבל ללקות ולקרבן לא שייך לומר לחומרא דמספק אי אפשר להלקות ולחייב קרבן וספק נפשות או לחייב קרבן מספק לא מפקינן וז"ב כשמש ובזה אתי שפיר מה דאמרינן בכ"מ דאכיל' בכזית דבאמת בלא תאכלו יש ספק אם במרוב' או במיעוט ולכך לענין מלקות וקרבן יש לדבר קצבה כיון דהל"מ הי' בכזית אבל לענין איסור אסור בכ"ש מכח חומרא ודו"ק היטב:

ובזה מיושב קושית המלמ"ל שהקש' דא"כ לר"ל מנ"ל דאכיל' בכזית דלמא באמת בכ"ש רק דהלכתא מפקא לקרא. ולפמ"ש באמת זה לא מסתבר דאם הקרא משמע בכ"ש איך אפשר שהל"מ יפקיע להקרא להקל רק דאכיל' לא מבואר בכמה וא"כ לר"י מחמרינן דלמא בכ"ש ולר"ל כל שיש לדבר סוף בכזית לא מחמרינן ואמרינן דאכיל' הכוונ' בכזית וכמ"ש. ובזה מיושב הקושיא השני' דא"כ איך אמרו ביומא דא"א למכתב אכילה דא"כ הי' בכזית דממנ"פ אם תענו משמע כ"ש ורק דהלכתא מפקיע לככותבת א"כ היה יכול למכתב אכילה ואי דמשמע בכזית והלכתא יפקיע על ככותבת. ולפמ"ש אתי שפיר דבין לר"ל ובין לר"י עיקר הטעם דהלכתא מפקיע היא לא דמפקיע רק דאמרינן דאכילה באמת בכזית ותפשת מרובה כיון דיש לו קצבה ולפ"ז זהו בכל איסורים דשיעורים בהל"מ בכזית אבל ביוה"כ דנשתנ' שיעורו בככותבות א"כ ע"ז ההפרש בין כזית לככותבת לא שייך לומר דיש לדבר סוף דהא לא נודע הגבול אם בכזית כמו כל האיסורים או בככותבת ולכך לא כתיב אכיל' וממילא תענו משמע לר"י בכ"ש ולר"ל משמע בככותבת דתענו הוא ג"כ ספק אם במיעוט או במרובה ויש לו סוף בככותבת ואף דבכל מקום הוא בכזית זהו בלשון אכיל' אבל תענו הוא בככותבת לר"ל וז"ב כשמש. ובזה מיושב גם קושייתו השלישית דבמ"ע דמשמע בכ"ש איך יבא ההלכ' ויפקיע מכל וכל להקרא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם בל"ת אינו עוקר הקרא רק דלא נוכל להלקות מספק כל שיש לו גבול ולענין איסור מחמרינן וא"כ לענין מ"ע מחמרינן מספק דדלמא תפשת מרובה ומספק נוכל להחמיר ודו"ק. ובזה מיושב קושית המלמ"ל פ"ד משבועות ה"א דלהמזרחי למה לא יתחייב בכ"ש בנשבע שלא יאכל כיון דאכיל' בכ"ש ולפמ"ש א"ש דגם להמזרחי בכלל אכיל' הוא מועט ומרובה וגם בלשון בני אדם הוא כן וא"כ לענין איסור תפשינן המועט ולענין מלקות תפשינן המרוב' ואי אפשר לחייב מספק וז"ב ולפ"ז לר"ש ע"כ דאכיל' בכ"ש משמע דהרי הוא מחייב למלקות בכ"ש וע"כ דמשמע כ"ש ולא משום ספק שמא כולל אף כ"ש אך לר"ע דס"ל דלכך תפשת מועט לא תפשת משום שאין לדבר סוף רק משום דהמרוב' בכלל המועט א"כ אף שיש לדבר סוף מ"מ תפשת מועט תפשת יש לומר דר"ש ג"כ כר"ע ס"ל ולכך מחייב מלקות אף בכ"ש. ועכ"פ יש ליישב בזה קושית דו"ז הגאון מוהר"ץ ז"ל מהלברשטאט בהא דפריך בשבועות דף כ"א לר"ע למה לי צירוף והקשו לרבינו יקיר דבח"ש פוטר ר"ש א"כ כאן ששרה פתו ביין א"כ הוה ע"י תערובות ולפמ"ש י"ל דרבינו יקיר לא כתב רק אם נימא דלר"ש אכיל' בכ"ש משמע וא"כ יש לומר דוקא בעיניה אבל לא ע"י תערובות אבל אם נימא כדס"ל לר"ע א"כ גם ח"ש וזהו דפריך לר"ע למה לי צירוף כזית הא לדידי' אף ע"י תערובות חייב דתפשת מועט תפשת ודו"ק

היטב. ובזה יש לומר בטעם של הירושלמי דאמר בפ"ו דתרומות דר"ל מודה ביוה"כ דח"ש אסור מן התורה וש"ס דילן לא ס"ל כן ולפמ"ש א"ש טעמו של ר"ל דדוקא אכילה היא בכזית משום דיש לדבר סוף אבל ביוה"כ דאין לדבר סוף דהא היא בככותבת וגם תענו משמע בכ"ש שפיר גם לר"ל חייב בכ"ש ודו"ק היטב. ובזה יש לי לומר דמה שחידש השאגת ארי' דביוה"כ חייב אף שלא כד"א משום דלא כתיב ביה אכילה ובאמת זה דוקא בכה"כ וכדומה דמצי למכתב לא תאכלו ומדלא כתיב ש"מ אף שלא כד"א אבל ביוה"כ דאי אפשר למכתב אכילה משום דהוא בכזית כדאמר ר"ל א"כ שוב אין ראיה לענין שלא כדרך אכילתו ואדרבא יש לומר דבשלא כד"א לא מייתבא דעתי' ודו"ק היטב: והנה בהא דכתב הטור סי' תרי"ב דאיסורא איכא אפילו בכ"ש ובדבר שאינו ראוי לאכילה אפילו איסורא ליכא ופירש הב"י דהיינו בח"ש והטעם נראה לי דבאמת כל הטעם דחצי שיעור אסור משום דחזי לאצטרופי ולפ"ז זהו בדבר הראוי לאכיל' שייך צירוף אבל בדבר שאינו ראוי לאכילה מה צירוף יש כאן מה התחברות יש לזה עם זה וכיוצא בזה כתבתי בספר יד שאול סי' רל"ח אך לפענ"ד לכאורה היה נראה לי לפי מה דאמרו בשבועות כ"ב ע"ב בשבועה שלא אוכל עפר כיון דלאו בר אכילה הוא בכ"ש ע"ש וא"כ אדרבא באינו ראוי לאכילה מהראוי להיות בכ"ש דדוקא באכילה בעי ככותבת ואולי כיון דלא כתיב בלשון אכילה רק תענו ותלוי ביתובי דעתא א"כ באינו ראוי לאכילה לא שייך יתובי דעתא וגם לא נזכר ענין אכילה ובודאי פטור ובזה ממילא יש לומר דמכ"ש באוכל שלא כד"א דלא שייך יתובי דעתא דודאי פטור ודו"ק היטב.

ז והנה הטור כתב דבשתה משקין שאינן ראויין כגון ציר או מורייס דפטור אבל אסור והב"י נדחק דמ"ש מאוכלין שאינו ראויין וכתב דבמשקה מיירי בכשיעור ובאוכלין שאינן ראויין מיירי בפחות מכשיעור ועוד תירץ דמשקין מיירי שראויין עכ"פ ע"י טיבול ומאכל אינו ראוי כלל ע"ש והם דחוקים כמ"ש בשו"ת שאגת ארי' סי' ע"ד והנני יוסיף דאם א"ר כלל מה נ"מ בין כשיעור הא אף השיעור הוה כח"ש. אמנם נראה דבר חדש דבמשקין שהן ראוין ע"י טיבול א"כ בשתה אף בלא טיבול מכל מקום כיון דחצי שיעור אסור משום דחזי לאצטרופי א"כ אף זה מקרי ראוי דעכ"פ חצי לאצטרופי ע"י טיבול וא"כ אף בח"ש חייב דהרי חזי לאצטרופי שיהיה ראוי ואז אף שאם ע"י צירוף לא יהיה כשיעור מכל מקום יהיה ח"ש דאסור משא"כ באכילה ולכך מחלק הטור בין אכילה לשתייה ומיושב הרבה קושיות של השאגת ארי' שם ודו"ק היטב. עוד נראה לי דבר נכון לחלק בין אכילה לשתייה דהנה באמת באוכלין שאינן ראויין מהראוי לפטור וצ"ל דכיון שאכלו אחשבן ולפ"ז ביוה"כ דלא שייך אחשביה דבעי מיתבא דעתי' ולכך פוטר

ראבי' ואף איסור ליכא אבל בשתייה דבאמת בדידיה משערינן כדאמרו ביומא דף פ' דבאכילה משער לכ"ע בככותבת דבהכי מיתבא דעתי' משא"כ בשתיה דבדידי' מיתבא דעתי' בדחברי' לא מיתבא דעתי' א"כ שפיר שייך לומר דבשתה אסור אף שא"ר לשתיה דמדשתה אחשביה וא"ל דמ"מ לא מייתבא דעתי' דז"א דבשלמא באכילה דצריך שיעור דכ"ע מיתבא דעתי' א"כ כל שא"ר לאכילה אף דזה אחשביה כל שאכל מ"מ מה בכך הא כ"ע לא מייתבי דעתייהו ובטל דעתו אבל בשתיה דמשער כ"א בדידיה א"כ עכ"פ הוא מייתבא דעתי' מדשתה ולכך אסור ודו"ק היטב ובגוף הסברא דלר"ש לא שייך כ"ש ביוה"כ דל"מ אחשבי' והארכתי בזה בתשובה לעיל באיסור חל על איסור יעו"ש. והנה בהא דאמר ר"ש האוכל נבלה ביוה"כ דפטור ראיתי בריטב"א בקידושין דף ע"ז שכתב שיש שפירשו משום דנבלה קדים דהוא בכזית ויוה"כ בככותבת והוא כתב דאיסור יוה"כ חייל על ככותבת בבת אחת עם האיסור נבלה ואין אנו דנין על האוכל רק על החתיכה ובתשובת הארכתי בזה. אך מה שאני תמה הוא דהא לר"ש קיימינן ור"ש אית לי' כ"ש למכות ולא אמרו כזית אלא לענין יוה"כ ולפ"ז גם ככותבת הוא רק לענין קרבן וא"כ במזיד דאינו נ"מ לקרבן א"כ מה נ"מ בין נבלה ליוה"כ וגם יוה"כ בכ"ש חייב ואף דכרת לא יתחייב רק בככותבת מ"מ עכ"פ לענין איסור חייל בכ"ש מיהו זה אינו דעכ"פ מצד נבלה חל חיוב מלקות קודם בכ"ש ואילו מחמת יוה"כ אינו חל רק בככותבת. אך לפענ"ד צ"ע דמה שייך דמייתבא דעתי' דהא באכל דבר איסור קי"ל נפשו של אדם חותה מן האיסור וא"כ שוב לא מייתבא דעתי' ואך דאנן לא דנין אם בזה מתייתב דעתי' רק צריך שיעור שמתייתב דעתו וא"כ כל שיש שיעור שמתיתב דעתו חייב. אך לכאורה יש לומר כמו דאוכל גה"נ של נבילה דחייב שתים וביארו הה"מ בשם הרשב"א דאף דאין בגידין בנו"ט מיגו דחשיב לה לענין נבלה חשיב נמי לענין גיד ה"ה בזה דניהו דיוה"כ בעי ככותבת מ"מ כיון דנבלה חשיב בכזית מיגו דהוה שיעור לענין נבלה עובר ג"כ על יוה"כ וכעין שכתב הריטב"א דבסוכה מיגו דיוצא בכזית לענין יו"ט יוצא ג"כ מתורת סוכה אף דבעי כביצה ע"ש וה"ה בזה. אך אם נימא דביוה"כ לא מועיל אחשביה דמ"מ לא מייתבא דעתי' ה"ה בזה. ובזה יש ליישב קושית דו"ז בישועת יעקב על מ"ש התוספתא פ"ז דתרומות באכל שוגג תרומה ביוה"כ דחייב וכתב הכ"מ דאתיא דלא כרבנה"ק והקשה דגם כרבנה"ק אתי רק דבתרומה חייב בכזית וביוה"כ חייב בככותבת ולפמ"ש יש לתרץ דשייך אחשביה אך זה אינו כיון דשגג בתרומה א"כ לא אחשביה דבשוגג לא אחשבי' ומכ"ש ביוה"כ דבעי מייתבא דעתא ודו"ק:

ח והנה לכאורה קשה לאביי דגם מיתה פוטר מתשלומין לרנבה"ק א"כ למה נקט התוספתא זר שאכל תרומה ביוה"כ ולאשמועינן דלא כרנבה"ק והלא באכל תרומה ג"כ שמעינן דלא כרנבה"ק וצע"ג וצ"ל דס"ל להתוספתא דבשוגג לא פטר מתשלומין וא"כ אתיא כרנבה"ק אבל ביוה"כ קמ"ל דחייב מצד דבעי ככותבת וצ"ע: עוד יש לי לומר דהנה כבר הארכתי בזה בחבורי כת"י על יו"ד סי' ש"י בשם אבי מורי הרב הגאון נ"י שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי דבה"ג מחייב באוכל תרומה בשוגג ביוה"כ והרי בהלכה י"א בנזיר ששגג ושתה יין של תרומה דפטור מחומש מטעם שאין כאן שתי' כיון דהוא נזיר ואף אם הי' חולין לאו שתיה נינהו דנפשו חותה מן האיסור ובאמת שהתוספתא בעצמה תמוה דלפי גירסת הרמב"ם הרי בתוספתא מבואר כן. אך נראה דכל הטעם דנפשו של אדם חותה מן האיסור ולפ"ז אם חזינן דעשה איסור אחד במזיד לא שייך שנפשו חותה מן האיסור וכעין שכתב הרדב"ז הובא במלמ"ל פ"י מגירושין הלכה ח"י דאם פרסה נדה לא שייך חזקה דאעבב"ז כיון דחזינן דלא חש על נדה ע"ש ולפ"ז בשלמא בנזיר ששגג ושתה יין של תרומה דהן שני איסורים מחולקים וגם איסור תרומה חמיר דהוא במיתה ונזיר קיל דישנו בשאלה ואינו רק בלאו שפיר אמרינן דנפשו חותה מן האיסור אבל בשגג בתרומה ביוה"כ דיוה"כ ודאי חמור דכרת חמור ממיתה ביד"ש ועיין כ"מ ומלמ"ל פ"ד מביאת מקדש ואם אכל במזיד ביוה"כ ולא חש על איסור יוה"כ מכ"ש דלא שייך נפשו חותה מן האיסור מחמת התרומה כיון דחמור ומעתה זה שנקט תרומה ביוה"כ דמצד התרומה בלבד הוה אמרינן דנפשו חותה מן האיסור ודו"ק. אך מה דהקשה בפירוש התוספתא הנדפס מחדש בווילנא דהרי בפסחים דף ל"ב מוקי כרנבה"ק ומיירי בשגג בשניהם ואפ"ה לא אמרינן דנפשו חותה מן האיסור זהו קושיא גדולה. אמנם נראה דבר חדש דהנה מהרלנ"ח הובא במלמ"ל פ"א מחמץ כתב דח"ש כל שהי' לו שעת הכושר מותר לכך צריך בחמץ טעם בשביל דאסור בהנאה ואף חצי שיעור אסור ולפ"ז נ"ל דבר חדש דבאמת בתרומה חייב בין באכילה בין בשתיה בכזית כמ"ש הרמב"ם פ"י מתרומות ה"ג ונזיר צריך שישתה רביעית וא"כ הוא יותר מכזית ואף דבקרוש הוה כזית כמו רביעית כמ"ש הלבוש וט"ז בא"ח סי' ק"ץ וכן מצאתי ברמב"ם פ"ה מנזירות ה"ב מ"מ כל שהוא צלול היא רביעית ולפ"ז נראה לי דבר חדש דלכך באכל תרומה ביוה"כ כיון דתרומה היה לו שעת הכושר אף דיוה"כ אין לו שעת הכושר דלכך אסור ח"ש ביוה"כ דאותו היום אין לו שעת הכושר מ"מ מצד הנזיר שהיה שוגג היה לו שעת הכושר וא"כ עד כזית היה נהנה בהיתר וא"כ מה בכך דהשלמת הגרגיר האחרון לא נהנה דעשה האיסור מ"מ אכל כזית ואף דבאכל פחות פטור מחומש כמ"ש הרמב"ם

פ"י מתרומות הי"א מ"מ הרי אכל באמת כזית רק שההנאה הגיע לו מכזית פחות כ"ש וע"ז שפיר חייב חומש אבל נזיר ששגג ושתה יין של תרומה דמצד נזיר בעי רביעית וא"כ מכזית עד שהגיע לרביעית הרי חתה מן האיסור דאלו הי' חולין ג"כ אסור לו וא"כ הרי חסר לו משיעור רביעית הרבה ולכך אינו משלם חומש ולכך נקט ששתה דשתיה היא ברביעית וז"ב כשמש. ומעתה בתרומת חמץ דשניהם בכזית ועד כזית הי' מותר דהי' לו שעת הכושר ואף דחמץ אסור בהנאה הא שם מוקמינן כריה"ג דחמץ בפסח בר דמים הוא וא"כ שוב ל"ש שחותה מן האיסור דעד השלמת הגרגיר האחרון היה נהנה מן האיסור וע"ז חייבה התורה ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש וחריף ועמוק ת"ל והיום הוא מעלי יומא דכיפורי שנת תרי"ד ע"כ דברי מעטים: עוד נראה לי דהנה באמת הקשו האחרונים למה יתחייב במועל בהקדש הא נפשו של אדם חותה מן האיסור וכבר כתבתי בזה בתשובה באורך אך כעת נראה דענין נפשו של אדם חותה מן האיסור הוא כעין מ"ש התוס' בחולין דף קל"א דיכול לומר הייתי מתענה ובשו"ת מהרי"ט ואחריו הקצה"ח סי' רמ"ו ביארו דזה דוקא בממון שאין לו תובעין רק דיכול לומר דמשתרשי דאם לא אכל זאת הייתי צריך לדברים אחרים שייך משתרשי אבל כיון שיכול לומר הייתי מתענה לא משתרש לי' ולפ"ז בשלמא במוכר לו דברים האסורים דהוה כממון שאין לו תובעין דאין דמים להם רק שמשתרש עכ"פ שבמקום הבשר האסור היה צריך לבשר כשר א"כ ע"ז שייך לומר דנפשו חותה מן האיסור אבל בקדשים דמעל דאכל מן ההקדש מה מועיל מה דנפשו חותה מן האיסור והרי מכל מקום נהנה מן ההקדש ומעל וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב דברי התוספתא והרמב"ם הנ"ל דאם אכל תרומה ביוה"כ לא שייך נפשו חותה מן האיסור דכיון דידע שהוא יוה"כ ורצה לאכול ולעבור על יוה"כ וא"כ אלולי התרומה היה צריך לאכול חולין ושייך משתרשי ושוב חייב קרן וחומש אבל נזיר ששתה יין דלא שייך משתרשי דהרי הזיר עצמו מן היין ולא רצה לשתות יין וא"כ לא משתרשי כלל ואם היה נזכר שהוא נזיר לא היה שותה יין כלל שפיר פטור מחומש ובזה מיושב מתרומת חמץ דשם עכ"פ משתרשי שהיו צריכים לאכול מצה וז"ב ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד:

ט והנה בירושלמי אמרו פ"ו דתרומות מודה ר"ל בא"ה ומודה ר"ל ביוה"כ ומודה בעתיד להשלים וכתב המפרש דביוה"כ דהרי לא כתיב אכילה רק עינוי ובח"ש מייתבא דעתיה והיא תימה דהרי אדרבא ביוה"כ השיעור גדול מכזית והוא ככותבת מתחייב משום דעד ככותבת לא מיתבא דעתי' וא"כ למה יהיה אסור בח"ש הא בודאי לא עדיף מח"ש בכל איסורים דלא בעי יתובי דעתא ואפ"ה מותר לר"ל מכ"ש ביוה"כ. אמנם לפענ"ד

נראה הכוונה דאזלינן בתר טעמא כיון דהתורה רצתה שיענה בצום נפשו וא"כ אם נתיר לו פחות מכשיעור א"כ יוכל לאכול פחות פחות מכשיעור בכל פעם וא"כ ניהו דלא מתיתבא דעתי' אבל מכל מקום לא יהיה מעונה דמכל מקום כשיאכל כל היום פחות פחות מכשיעור לא תענה בצום נפשו והתורה רצתה שיענה נפשו וא"כ ע"כ דגם חצי שיעור אסור מן התורה ובזה נראה לפענ"ד דלא פליג הירושלמי על ש"ס דילן דאף דבש"ס דילן אמרו ריש פרק יוה"כ דלר"ל מותר ח"ש אף ביוה"כ היינו שאין בו איסור לאו כי בזה שוה לשאר איסורים לר"ל וכל מה שאסור הוא רק שאל"כ יתבטל מצות הצום אבל אם באמת לא אכל רק ח"ש ובפרט בשוגג בזה לא שייך איסור בחצי שיעור לר"ל כנלפענ"ד: ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הכו"פ בבית הספק להוכיח דספיקות אינו אסור מן התורה כמ"ש הרמב"ם דאל"כ למה אמרו בירושלמי פ"ק דחלה דלכך לא עשו שני ימים יוה"כ משום סכנה וקשה לר"ל היה להם לעשות שני ימים ולהתיר לאכול פחות מכשיעור ולא היה סכנה ומכל מקום קיים המצוה וע"כ דספיקות מותר מן התורה ובלא"ה מותר מה"ת ורק מדרבנן אסור וא"כ מדרבנן שוב אסור גם לר"ל ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' נ"ז: והנה ראיתי בספר מי באר סי' קי"ט שכתב שלא ראה הכו"פ דמודה ר"ל ביוה"כ אך באמת עדיין יפה הקשה הכו"פ דאכתי קשה לש"ס דילן למה לא תקנו שני ימים יוה"כ לר"ל וע"כ כטעמו של הירושלמי. אך לפענ"ד ל"ד כיון דבאמת מבטל מצות הצום כיון דאוכל פחות פחות מכשיעור. ובלא"ה צ"ע דברי הכו"פ דנראה דספק איזה יום יוה"כ הוה איקבע איסורא ועיין מ"א סי' שד"מ ובתשובה אחרת הארכתי בזה וצ"ע.

י והנה ביום ח' תשרי שנת תרט"ז למדתי ביומא ר"פ יוה"כ ולפענ"ד נראה דבר חדש דהא אמרו בירושלמי דמודה ר"ל ביוה"כ היינו כשאכל שיעור כזית רק דביוה"כ הוה עדיין ח"ש דביוה"כ שיעורו בככותבת וא"כ לכך מודה ר"ל דבאמת טעמו דר"ל משום דכתיב אכילה וליכא שיעור ולפ"ז כל שיש כזית ובעלמא חייב עכ"פ ביוה"כ אסור מתורת חצי שיעור אבל חצי זית באמת פטור לר"ל אף ביוה"כ. ובזה מיושב דלא פליג הש"ס דילן דבש"ס דילן קאי לענין שאסור לאכול והרי סתמא אמרו ולר"י באמת אסור אף בכ"ש ובזה פליג ר"ל דעכ"פ בעי כזית ועד ככותבת הוא דמחייב ר"ל. ובזה מובן מה שחזר לומר הניחא לר"י אבל לר"ל מא"ל והיינו דר"י ור"ל פליגי בחצי שיעור של כזית וא"כ בזה גם ביוה"כ מותר. ובזה מיושב גם דברי הכו"פ והנוב"י דשפיר קשה לר"ל היו להם לאכול פחות מזית ומותר מן התורה לגמרי ועיין בשלום ירושלים ביומא שם מ"ש בשם דו"ז יעב"ץ ז"ל ולפמ"ש כאן אתי שפיר דבריו וכדומה שכבר כתבתי בזה במק"א ולא ידעתי מקומו כעת: והנה מ"ש בשאגת ארי' שם דבמעילה ג"כ חייב שלא כד"א דלא

כתיב ביה אכילה הנה מלבד דדברי התוס' בפסחים דף כ"ו הם נגדו כמ"ש בעצמו אבל אני תמה דא"כ למה לא פריך בפסחים דף ל"ג מה למעילה שחייב אף שלא כד"א וע"כ דלא נשתנה מעילה משאר איסורים ודו"ק היטב: והנה במה דאמרו במנחות דף צ"ט ע"ב דשעיר נאכל לערב והבעלים אוכלין אותו כשהוא חי וקשה כיון דבשר שהוא חי אינו ראוי לאכילה והרי הבאתי לעיל דברי הרמב"ם פ"ב משביתת עשור דאכילה גסה הו"ל כאוכלין שאינן ראויין ולפי"ז אם נימא דשלא כד"א מותר ביוה"כ וא"כ יקשה למה לא אכלו בע"ש דהיינו ביוה"כ ול"מ לדעת ראבי' דס"ל דאוכלין שאינם ראוין מותר לגמרי דודאי בשר חי מקרי אינו ראוי לאכילה כמבואר בפסחים דף כ"ד וא"כ למה לא אכלו ביוה"כ עצמו ואפילו לדידן דקיי"ל דאסור מכל מקום אינו רק איסור דרבנן ולא גזרו במקדש ובפרט שמצוה לאכול מקודם וע"כ דגם שלא כד"א אסור. אך נראה דלכך סיימו במשנה מפני שדעתם יפה וקשה לאיזה צורך כתבו כן ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון שדעתם יפה שוב הו"ל ראוי לאכילה שאצטומכתם חזק ולכך לא אכלו רק בלילה ודו"ק ולשון חכמים מרפא ועמ"א סי' ש"ח ס"ק נ"ו וצ"ע דלמה לא אמרו באנשים שדעתם יפה ולפמ"ש הט"ז סי' תרי"ב ס"ק וא"ו לק"מ ודו"ק. והנה לפענ"ד ראיה דביוה"כ פטור על שא"ר לאכילה דהרי סיכה שהיא כשתייה אינו רק מדרבנן ועיין תוס' יומא דף ע"ז ד"ה דתנן מ"ש לבסוף דלא אסרו ביוה"כ רק משום שהוא תענוג וע"כ דכיון דאין דרך שתי' ביוה"כ לכך לא אסור רק מדרבנן דאל"כ עכ"פ לא גרע מאינו דרך שתיה דחייב ומכ"ש בסיכה דהוא תענוג וכתיב ותבא כמים בקרבו וע"כ דפטור וזה לפענ"ד ראיה ברורה: והנה במה שסיימו התוס' בסוכה דף ה' ע"ב ד"ה תפשת והכא גבי תשלומין צריכין כלן לטעמי' דר"ע אין לו ביאור כלל וביומא דף ע"ב כתבו דלחומרא אמרינן תפשת מרובה לא תפשת יעו"ש ומיושב הך דתשלומין. אמנם מה דיקשה מסוכה גבי פני לא מתיישב בזה וע"כ כתבו התוס' דהכא ע"כ צריכין לטעמיה דר"ע וממילא גבי תשלומין ניחא וצ"ל דהכא וגבי תשלומין צריכין לטעמי' דר"ע ונבאר המחלוקת שבין ר"ע וריב"ב ור"נ דלר"ע הכלל הוא דהמועט בכלל המרובה וא"כ אם נתפוש המועט לא משתבש בשום אופן דעכ"פ מועיל בודאי כוונת התורה וריב"ב אומר משום דאם נתפוש המרובה אין לדבר סוף ור"נ אמר משום דהדבר סתום ולא נודע הגבול משא"כ כשנתפיס המועט הוא פתוח ולא סתום. ולפ"ז בדבר שיש לי סוף כמו כאן בפני דיש לו סוף במה שיכנס למקדש וכן בתשלומין דעכ"פ יש לו גבול יותר משמנה לא א"כ לא שייך הטעם של ריב"ב ולא טעם דר"נ דזה ג"כ פתוח כל דיש לו סוף א"כ ע"כ מטעם דר"ע דהמיעוט בכלל המרובה וז"ש התוס' דכאן ע"כ צריך לטעם דר"ע וכן בתשלומין ובזה יש לומר הטעם דר"ש דס"ל

בכ"ש אף ללקות אף דיש לו סוף בכזית כמו דהוא הל"מ רק משום דר"נ שייך בזה דעכ"פ פתוח אינו דלולא הל"מ בתורה סתום השיעור וזה לא נקרא פתוח ולכך סובר דהוא בכ"ש. ובזה יש לומר דלכך שיטת רבינו יקיר דתערובות אף ר"ש מודה דבאמת יש לו סוף רק דמצד התורה היא סתום ולא ביארה התורה השיעור ואין דרכה של תורה ולפ"ז זהו דוקא למה דמיירי התורה בישנו בעין אבל בתערובות דלא מיירי התורה שפיר יש לומר דלא חייב רק בכזית כמו שהוא הל"מ אבל לר"ע דהמועט בכלל המרובה א"כ שוב אף בתערובות ג"כ חייב בכ"ש. ובזה מיושב היטב דברי הש"ס ואי ס"ד ר"ע כר"ש ס"ל למה לי צירוף והיינו דלר"ע דהטעם דהמועט בכלל המרובה הרי הוא ס"ל אף בתערובות ג"כ חייב בכ"ש. ובזה מיושב היטב דברי הש"ס ואי ס"ד ר"ע כר"ש ס"ל למה לי צירוף והיינו דלר"ע דהטעם דהמועט בכלל המרובה הרי הוא ס"ל אף בתערובות עכ"פ יש המועט בכלל המרובה ויתחייב ושפיר מקשה ומיושב היטב קושית דו"ז הגאון מוהר"ץ ז"ל שכתבתי לעיל ודו"ק: ובזה יש לי לומר מה דהאריכו המפרשים אם במ"ע יוצאין בפחות מכשיעור ולפמ"ש כיון דאכילה בתורה לא נתבאר רק דהמועט בכלל המרובה א"כ זה שייך בל"ת דכל שאינו אוכל אף כ"ש עכ"פ לא משתבש דאף המועט בכלל המרובה אבל במ"ע אי אמרינן דמ"ע לאכול כשיעור הרי בפחות משיעור לא יצא י"ח ומזה ראיה לכאורה דאכילה בכ"ש כמשמעותא ולא מטעם ספק. ובזה י"ל דשוב אף שלא כד"א יוצא דלא כמלמ"ל דהרי זה נודע דשלא כד"א וח"ש שוים כמ"ש המהרש"ל ומהרש"א בשבועות דף כ"ג דלר"ש כ"ש אסור ואף שלא כד"א וא"כ ה"ה במ"ע יוצא אף בשלא כד"א דעכ"פ משהו מיהא איכא ודו"ק כי נתברר יסוד גדול בתורה ועיין רש"י בסוכה כאן ע"א ובחגיגה י"ז ובתו' ובמהרש"א שם וי"ל סתירות הרבה מזה אל זה אבל רש"י תפס דברי ר"ע.

יא ובמ"ש למעלה דר' יוחנן סבר דמספק אסור כ"ש אבל לחייב מלקות לא מלקין מספק בזה מיושב מה שהקשה הרשב"א על התוס' שבועות שכתבו דשבועה חל על חצי שיעור כיון דאינו רק איסור והרי ביומא דף ע"ג מקשה על ר"ל דח"ש אינו אסור אלא מדרבנן א"ה לא לחייב ק"ש ומכ"ש לר"י דמה"ת אסור למה יחול שבועה ע"ז וכ"כ בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דאינו רק לחומרא א"כ בנשבע ע"ז יבא קולא עי"ז דעי"ז לא ילקה על השבועה ושפיר מצי לחול אבל לר"ל דאינו רק מדרבנן ולא משום ספק שפיר מקשה להס"ד דגם בדרבנן מקרי מושבע ועומד ואין מקום לחול השבועה כמ"ש הא"מ דזה ההבדל בין מושבע ועומד ובין אין איסור חל על איסור וא"כ שפיר פריך א"ה לא ליחול שבועה. ובזה מיושב מה דקשיא לי טובא בהא דפריך א"ה לא ליחול שבועה והרי הר"ן

פ"ב דפסחים כתב דמקרי דבר שיל"מ אף דרבנן אסרו לאח"פ לא משום חומרא זו ניקל עי"ז ומכ"ש כאן דשבועה מצי לחול אף דרבנן החמירו ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ מושבע ועומד ואין מקום חלות להשבועה כלל ודו"ק: ובזה מיושב היטב מ"ש רש"י בד"ה או בסתם מצית לאוקמא ומיהו כשאכל לא אכל אלא חצי שיעור והקשו אותי זה שנים רבות דלאיזה צורך פירש"י דכשאכל לא אכל אלא ח"ש הא עיקר תלוי בלשון השבועה אבל יכול להיות דאכל השיעור שלם וכבר כתבתי בתשובה באורך. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כ"כ שהתוס' הקשו דהו"ל מושבע ועומד בחצי שיעור לר"י מה"ת וכתבו דמצי לחול שבועה על חצי שיעור וכתבתי הטעם כיון דעי"ז ילקה וח"ש דאסור אינו רק מספק לחומרא וכל דיבא מזה קולא אמרינן דח"ש מותר ולפ"ז זהו כשלא אכל רק ח"ש אבל אם יאכל שיעור שלם וילקה בשביל נבילה שוב מאי נ"מ בהשבועה הא בלא"ה ילקה משום נבלה ושוב הוה מושבע ועומד ודו"ק היטב כי עמוק וחריף הוא ועכ"פ לר"ש ודאי אף ביוה"כ אסור ולוקה בכ"ש דלא כשאגת שהרי כתיב תענו ודו"ק:

סימן נו

א להבחור החתן המופלג ושנון כמו"ה נ"י.

ב מה שהקשית בהא דאמרו בר"ה דף כ"ב אב ובנו שראו את החדש וכו' מעשה בטובי' הרופא שראה את החדש בירושלים הוא ובנו ועבדו משוחרר וקבלו הכהנים אותו ואת בנו ופסלו את עבדו וע"ז הקשית דלמה פסלו את עבדו המשוחרר והוא כישראל למצות וע"ז כתבת דמכאן ראיה למ"ש הט"ז סי' א' ביו"ד ס"ק ג' דגם עבד משוחרר אינו כישראל גמור מצד הסברא. הנה באמת תשובתו בצדו דהרי הכהנים הוא דקבלו והב"ד קבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו והרי חזינן דאף דרבנן דרשו עדות זו תהא מסורה לכם והיינו שאינו כשר בקרובים וקי"ל כן ואפ"ה קבלו אותו ועבדו וכן קיי"ל א"כ חזינן להיפך ואדרבא קשה להיפך על הט"ז דחזינן דגם בעדות החדש החמורה קבלו את העבד אף דמשפט כתיב ביה כד"נ ואפ"ה כשר. ומיהו יש לומר דכיון דהרמב"ם פסק דאם הזימו העדות אפ"ה כל שקדשו ב"ד החדש ע"פ כשר העדות ע"ש בפ"ב מקידוש החדש א"כ חזינן דאין מדקדקין בעדות החדש כ"כ וכבר כתבתי על הגליון דמקורו בירושלמי פ"ג דר"ה ע"ש והלח"מ לא ידע מקורו וא"כ ממילא יש לומר דגם עבד משוחרר כשר ועכ"פ להיפך ודאי ל"ק ובחידושי אמרתי ליישב הקושיא שהקשיתי בחידושי למשניות בר"ה דכיון דפסלו בנו א"כ אמאי הכשירו את עבדו והא הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ונצטרפו בראיה והגדה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי חזינן דכל שכבר קדשו החדש אף שנמצאו אין מדקדקין בעדות החדש מכ"ש בנמצא אחד מהם קאו"פ דעדותן באמת אמת רק שגזירת

הכתוב שיפסל עדות כזה עכ"פ בעדות החדש בודאי כשר דעכ"פ אומדנא הוא דהדבר אמת ועיין בתומים סי' צ' מ"ש לענין עדות קרוב או פסול דעכ"פ אומדנא הוה ע"ש על דברת הרמ"ה לענין ראיה בלי ידיעה ע"ש (וניהו דנימא דלא הוה אומדנא גדולה כ"כ אבל עכ"פ בקה"ח שאנו סומכין על חשבון ועל עדים ועיין תוס' יו"ט פ"א דר"ה ודו"ק) וא"כ כאן דהוה אומדנא ומלתא דעבירא לגלויי פשיטא דכשר וז"ב ועיין שבועות דף מ"ז ע"ב דפריך לר"ח מהא דאחד אומר שתי מרדעות ואחד אומר שלש וכו' ומשני דמצטרפין לעדות אחרת היינו בקידוש החדש ומשמע דבזה מועיל אף שכבר נעשה קאו"פ דהרי אותו שכבר אמר נעשה פסול ומיהו יש לומר דמיירי דזה ראה בפ"ע וזה בפ"ע ולא הי' כאן ראיה אחת ולכך יכול להצטרף עם הראשון אף שכבר נפסל דמ"מ עמו לא נצטרף. אך אי קשיא הא קשיא דמה פריך לר"ח מהא דמצטרפין לעדות אחרת דהרי כבר כתבתי דכל שכבר קדשו החדש אף שהוזמו עדותן כשרה והיינו משום מלתא דעל"ג וכמ"ש המפרש והיינו דכיון דעדים זוממין חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו במקום שאין עביד לגלויי וא"כ יש לומר דבמקום דעביד לגלויי הראשונים נאמנים כל דלא הכחישו גוף הדבר וכשיטת הרמב"ם דהזמה לא מקרי רק כשהוא הזמה בלבד וא"כ יש לומר דגם לר"ח ע"כ לא אמר דהוו עדים פסולים רק בשאר דברים אבל בקידוש החדש מהמנינן לראשונים משום מלתא דעל"ג וא"כ הא דקתני מצטרפין היינו אותם הראשונים או האחרונים דעכ"פ עבידא לגלויי היא ולא משקרי ולכך ניהו דפסולי לאותו עדות אבל לעדות אחרת מהראוי להכשירם. אך באמת הדבר נכון דלר"ח דס"ל בהדי סהדי שקרי למה לי א"כ שניהם בחזקת פסולים וכיון דלדידי' מוציאין שתיהם מחזקת כשרות א"כ לא שייך מלתא דעל"ג דהא שתיהן מלתא דעבידא לגלויי ושתיהן משקרין וא"כ למה יכשר לעדות אחרת וז"ב:

ג ובזה יש ליישב מה שהקשו כלם לשיטת חכמי בריסק דכל דלא הוכחש מפי שנים לא שייך לפסול אותם כמ"ש הש"ך סי' ל"א וא"כ מה פריך לר"ח דשם מיירי דאחד אומר שתי מרדעות ואחד אומר שלש א"כ לכך כשרים לעדות אחרת אף לר"ח ועיין תומים סי' ל"א שם ובשו"ת בית יעקב סי' קכ"ד. ולפמ"ש אתי שפיר דלר"ח דס"ל דהוו סהדי שקרי וא"כ אף בע"א המכחיש ע"א הוו שתיהן פסולין מספק דמה חזית דנאמין לזה יותר מזה וחכמי בריסק לא נסתפקו רק לר"ה אם יכולין להצטרף ביחד ודו"ק:

ד וכעת נתיישבתי בגוף הקושיא שהקשיתי דהו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול לפענ"ד בשעת ראיה לא שייך כאן צירוף דע"כ לא מקרי צירוף רק כשראו דבר אחד ביחד וע"ז אמרינן שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אבל בקידוש החדש

יכול להצטרף כשזה ראה הלבנה בעיר אחת וזה ראה בעיר אחרת וא"כ לא שייך צירוף בעת הראיה שלא ראו ביחד וגם בשעת הגדה לא שייך צירוף דבשלמא כשהן מגידים על ענין אחד התורה פסלו אבל כאן זה מעיד שראה את הלבנה בעיר זו וזה מעיד שראה בעיר זו ואיך שייך בזה צירוף ואף אם נימא דבכה"ג ג"כ עכ"פ העידו ביחד אבל בשעת ראיה לא שייך צירוף בכה"ג כנלפענ"ד ודו"ק היטב. ובזה מיושב מה דק"ל טובא לשיטת המהרש"ל דאמרינן דעביד אינש לאחזוקי דיבורא אף בלא נפסק הדין ומכ"ש בנפסק הדין ע"פ כבר כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ג והרי כאן קבלו הכהנים אותו ואת בנו ופסלו עבדו ואח"כ קבלו הסנהדרין אותו ואת עבדו והרי עביד לאחזוקי דיבורא ועיין מ"ש במפרשי הים פרק שני דב"ק ופרק אחרון בענין עביד לאחזוקי דיבורא: ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ לא גרע מהוזמו העדים דכשרים בעדות החדש דהוה מלתא דעל"ג ומכ"ש בזה וגדולה מזו מצינו בירושלמי בפ"ב דר"ה סוף הלכה א' דבימי רבי קבלו העדים ששמעו מקודש החדש וקבל אותם ברמיזה שהרכינו בראשיהם וזה פסול אף בד"מ כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' ל"ה וע"כ משום דכיון דמלתא דעבידא לגלויי הקלו בו ודו"ק.
אחר זמן רב הגיע לידי הטורי אבן ומצאתי בדף כ"ד שהקשה קושייתי דהו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול ואמאי מצטרפין לעדות אחרת ונדחק שם דמיירי דלא העידו בבת אחת ובקה"ח כשר אף שלא העידו בב"א ולפמ"ש אתי שפיר בפשיטות ולפענ"ד קה"ח דמי לעידי נשים דעדות מיוחדת פסול דפתיך ביה ד"נ וה"ה בזה יוכל להיות ד"נ ועיין תשב"ץ ח"א סי' פ"ג פ"ד שהאריך בזה דכאן דאמר אקרא לאל גומר עלי דבתולי' חוזרין או להיפך נ"מ לד"נ ג"כ ע"ש ודו"ק.

ה אחר זמן רב בשנת תר"כ הגיע לידי ספר ערוך לנר על מס' מכות ובדף וא"ו מקשה ג"כ קושיא זו גבי טוביה הרופא הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ע"ש מ"ש בשם ספר המכריע סי' כ"ה וגם בשו"ת בית אפרים חלק אהע"ז הקשה זאת: והנה בהא דאמרו בשבועות דף ל"ב בשלמא שניה תתחייב דקא כפרה לראשונה אלא ראשונה אמאי תתחייב וכו' ומשני רבינא כגון שהיתה שניה בשעת כפירה ראשונה קרובים בנשותיהם ונשותיהם גוססות וכו' והדבר תמוה דא"כ הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ כיון דע"כ מיירי שראו כאחת הרי נצטרפו בשעת ראיה דאם לא ראו כאחת אולי שני הלואות הם וע"כ דהי' עדות אחת והרי נצטרפו בשעת ראיה וא"ל דבשעת ראיה הי' כשרים דהא אף בכה"ג נפסלו כל שנפסלו אח"כ וכבר נתקשה בזה בספר גאון צבי שנדפס מחדש סי' ל"ו ולפענ"ד נראה דמכאן ראיה ברורה לשיטת הרמב"ם דקרובי אישות אינו רק מדרבנן ובפסולי דרבנן דעת הב"י בתשובה דאינו פוסל נמצא אחד מהם קרוב או פסול וא"ל דא"כ שוב מן התורה כשרים

היו ואיך נתחייב קרבן שבועה דז"א דהרי התוס' בשבועות דף ל"א ד"ה ורבנן כתבו דבתר תרוייהו אזלינן לחיוב ק"ש ע"ש וא"כ כל שמדרבנן פסולים שוב חייבין ק"ש דהפסידו בכפירתם אבל לענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול אינן מצטרפין אמנם עדיין קשה דכל הטעם דנמצא אחד מהם קרוב או פסול בדרבנן לא פסלו משום דמן התורה כשרים הם ואני מוסיף בטעמו דהרי באמת ר"י אומר דבד"מ כשר ומטעם שכתבו התוס' במכות דף וא"ו דכשר לשבועה עכ"פ אחד וטעמו של רבי דפוסל דמקיל לד"נ וכמ"ש הריטב"א דאינו קם אפילו לשבועה ע"ש ובאמת שדברי הריטב"א צריכין ביאור ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק אהע"ז שפירש דבריו עכ"פ זה אם אינו כשר רק אחד לשבועה א"כ אמרינן דעכ"פ אינו בגדר עדות לממון אבל כל שכשרים מה"ת שניהם והם עדות גמור פשיטא דלא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול דגם בד"נ עכ"פ מה"ת כשרים וניהו דמדרבנן מפסלו מ"מ יש נ"מ בעדותם הרבה ובכה"ג אינו פוסל בד"מ ולפ"ז כאן ממנ"פ קשה דלא יתחייבו הראשונים דאם הם פסולים שוב הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול ואם ניזל בתר דאורייתא שוב לא הפסידו בעדותם דהא מן התורה כשרים השנים האחרונים ואיך נתפוש החבל בשני ראשין והיא קושיא נפלאה אך בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דבאמת משכחת לה ששנים ראו מחלון זה ושנים ראו מחלון זה ולא ראו זא"ז דבכה"ג קי"ל דאף בד"נ הם כשתי עדות להזמה ובכה"ג ל"ש נמצא אחד מהם קאו"פ וגדולה מזו דעת הראב"ד הובא בחידושי ריטב"א דבד"מ אף עדות מיוחדת לא שייך נמצא אחד מהם קאו"פ ואף שהשיג עליו דמי ממש לד"נ דפסיל עדות מיוחדת ובעי צירוף היינו בשני עדים אבל בשתי כתי עדים דאף בר"נ כשרים כל אחת בפ"ע וא"צ צירוף פשיטא דלא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול ובלא"ה יש לומר דבכה"ג שהשביע לראשונים הו"ל כייחד עדים דאלו יהי' לו עדים וא"כ לא נצטרפו אז השנים ואף דעכ"פ באו כאחת הא בשעת ראיה היו כשרים וא"כ אף שנפסלו אח"כ מחמת קורבה הא עכ"פ פשיטא דאנן סהדי דהמלוה היה דעתו מתחלה דרק הכשרים יעידו וא"כ כל שהי' כשרים בשעת הראיה ואח"כ משביע הראשונים הכשרים ואף לרבי בכה"ג שייחד להכשרים פשיטא דלא מפסלו בשביל צירוף שראו הכשרים ונפסלו אח"כ וז"ב לדעתי:

[1] והנה דו"ז הגאון מוהר"ד שאול אבד"ק אמשטרדם אשר על שמו נקראתי הקשה בחיבורו בנין אריאל פרשה ראה בהא דכתיב כי יסיתך אחיך בן אמך והיאך יהיה מועיל עדים שמעידים על המסית הא הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול דהא גם הניסת מצטרף דאם אמר לשנים הן הן עדיו וא"כ נצטרף קרוב עמהם דהוה אחיו בן עמו ע"ש.

ז ולפענ"ד נראה כיון דהרמב"ם כתב בפ"ה מע"ז ה"ג דמכמינן לו דהיינו שמביא שנים ומעמידן במקום אפל כדי שיראו המסית וישמעו דבריו ולא יראו אותן וכתב הכה"ג באו"ח בחידושיו על הרמב"ם דהיינו שהוא במקום אפל שאין רואין הניסת דאל"כ ל"צ להכמין שנים דכל שהניסת רואה אותו והוא רואה הניסת אף שאינו רק אחד מצטרף ולכך כתב הרמב"ם דמעמידן במקום אופל דהיינו באופן שהוא אינו רואה את העדים רק שהעדים רואין זא"ז ולפ"ז שוב הו"ל עדות מיוחדת דפסול בד"נ ושוב אין שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול כל דלא ראה הניסת להעדים וז"ב ודו"ק. הן אמת דגוף הדין דשנים שנסתין הן הן עדיו קשה דהא הוה שאאילה"ז דאם יוזמו יהי' הכחשה והזמה כיון שהם מעידין שהן הי' הנסתין וכבר כתב הרמב"ם פח"י מעדות דהכחשה והזמה ביחד ל"מ וכעין שהקשו בפלוני רבעני ולכאורה רציתי לומר כיון דאין המסית צריך התראה וא"כ שוב ל"צ דו"ח ושום דבר מגדר עדות שאילה"ז אך זה לא נזכר בדברי רבינו וכפי המבואר בש"ך סי' ל"ג עדות שאילה"ז ודו"ח אין תלוי זה בזה. אך לפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה טעמו של רבינו דכתב דהכחשה והזמה יחד אינו נקרא הזמה כ"כ בתשו' כמה ענינים בזה. אמנם הדבר פשוט כיון דהזמה חידוש הוא דמה חזית דציית להני ציית להני א"כ אין לך בו אלא חידוש דדוקא בהזמ' בלבד אבל בהכחש' והזמה לא דלענין מה שמכחישים זה את זה אינם נאמנים נגדם ולפ"ז צ"ל כיון דבתרי שהזימו לאחד אין כאן חידוש וכדאמרו בב"ק דף ע"ג כגון דאסהידו בי תרי בחד ועיין רש"י ותוס' שם ולפ"ז עכ"פ הוו בגדר עדות שאילה"ז דבשלמא בכל תרי ותרי אף שיזימו שנים לכל אחד בפני עצמו לא מהני וכמ"ש התוס' להקשות על רש"י דתרי כמאה וא"כ אם יזימו תרי לאחד ותרי לאחד לא יהיו נאמנים ואם לא יזימו רק לאחד שוב אינם נעשים זוממין עד שיזומו שניהם וא"כ לא הוה בגדר עדות שאילה"ז אבל בפלוני רבעני כל שיזימו לאותו שאומר פלוני דבעני פשיטא דתרי נאמנים עליו ואף שהכחש' והזמה ביחד דאין כאן חידוש ושוב כשיזימו את האחד אז היו נאמנים האחרונים טפי דהרי כל שהוזם אותו שאמר פלוני רבעני א"כ לא הי' המעשה אמת א"כ אף אם נאמר דהכחש' תחלת הזמה היא עכ"פ מהראוי להאמין להאחרונים טפי מהראשונים דנתברר ששקר הם דוברים ובשלמא בכל תרי ותרי א"כ כל שהוזם אחד לבד לא ניזם השניה לא נפסל כלל דאין העד מדקדק מי הי' עמו כמבואר בסי' ל"ה וא"כ אם היה הכחש' והזמה כאחד פשיטא דלא מהמני דלענין הכחש' יש שנים הראשונים שמעידין להיפך אבל כל שהי' בע"ד עצמו א"כ פשיטא דנאמנים האחרונים להזים אותו שהי' בע"ד דלא הוה חידוש כלל וכל שמזימין להאחד שוב נאמנים האחרונים לגביה דכבר הוכחש משעה שהזימו להראשון

דכאן לא שייך לומר דלא דקדק עם מי הי' דהא כאן עיקר העדות תלוי בזה שרבע לפלוני וז"ב מאד ולפ"ז גם בניסתים שפיר הוה בגדר עדות שאילה"ז כיון דעיקר העדות הוא שהזימו לזה וגם במיפך והזמ' יש ליישב עד"ז ולא נפניתי כעת:

ח ובזה נראה לפענ"ד ליישב דלכך לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול דכל שיש שני עדים שוב זה הניסת אינו בגדר עד דכל דלא שייך בה הזמה הוה כמו אשה ועכו"ם דאינו שייך בהו נמצא אחד מהם קאו"פ וכמ"ש בתומים סי' ל"ו לענין אשה ה"ה לענין זה לא הוה בגדר עדות שאילה"ז דכאן כל שיזימו אותו הוה הכחש' והזמה ביחד וע"ז לא נאמנים דהא יש שני עדים שמעידים שהסית לזה ותרי כמאה ולא הוה רק הכחשה בלבד וע"ז נאמנים העדים הראשונים ולא שייך בהו נמצא אחד מהם קרוב או פסול. ובזה מיישב היטב מה דק"ל טובא בהא דאמרו בקידושין דף ע"ח כי יסיתך אחיך בן אמך וכי בן אם מסית ובן אב אינו מסית ומה קושיא הא באמת הוה נמצא אחד מהם קרוב או פסול (כמ"ש הב"י בתשו') וצ"ל קרובי אב אינו רק מדרבנן לשיטת הרמב"ם ועיין סי' ל"ג וא"כ לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול מה"ת וגם פסולי דרבנן לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול כמ"ש הב"י בתשו' וע"כ קרובי אם דוקא והיא קושיא גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דלא שייך בזה נמצא אחד מהם קרוב או פסול מיהו גוף הקושיא ליתא דהא כתיב אח"כ או בנך או בתך או אשת חקך וא"כ ניהו דמבת ואשתו ל"ק דאינם בגדר עדות אבל מבנו קשה דהו"ל בנך והוא פסול לו ודו"ק מיהו יש לומר כמו דאמרו ביומא דף ס"ו בבניו לא ידע היינו בני בתו מישראל ולפ"ז למר בר ר"א דמכשר באבא דאבא מכ"ש בבן בתו דאינו קרוב וא"כ משכחת לה בכה"ג ודו"ק ובאמת שצ"ע דביבמות דף ס"ב דהש"ס מפלפל אם בן בתו נקרא בניו דהי' לו למפשט מקרא דאת בניו לא ידע וצ"ע:

ט והנה הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק ג' רצה לקרב אל השכל הדין המבואר שם דאף עד כשר יודע בחבירו שהוא רשע או שמעיד עדות שקר בזה העדות דפסול אף שהוא יודע שעכ"פ הדין אמת וכתב דהו"ל כנמצא אחד מהם קאו"פ דאף שהענין אסור מ"מ גזירת הכתוב דמפסל וה"ה בזה וראיתי באורים ס"ק א' שם שתמה בזה דסוף סוף הא כל שעד שקר הוא הרי לא נצטרף עמו בראי' ואינו נפסל ולפענ"ד נראה כיון דשום אדם אינו מכיר ברשעתו של זה או שישקר כ"א אותו עד בלבד א"כ שוב לא נפסל זה העד דבעינן לפסול לעדות שיעידו עליו שני עדים שעשה דבר כזה וא"כ שוב נצטרף עמו בעדות דהא הוא מעיד ג"כ שהי' עמו נראה וא"כ ניהו דזה יודע ששקר הוא דובר אבל כיון שלפי דבריו של זה נצטרף אנו תופסין החבל בשני ראשין ונפסל העדות דהו"ל נמצא אחד

מהם קרוב או פסול וגדולה מזו כתב הב"ח סי' ל"ח ליישב דברי רבינו דאף אם הוזמו העדים שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול דהם טוענים שמגידים אמת ואף דהתורה האמינ' להמזימים אבל מ"מ לענין פסול נמצא אחד מהם קאו"פ מאמינים לראשונים ע"ש. איברא דאכתי קשה דממנ"פ כיון דבאמת לא נפסל העד כ"א במעידין עליו שני עדים א"כ שוב מהראוי להאמינו דאמת מעיד ואינו משקר ול"ש נמצא אחד מהם קאו"פ וכן שאל אותי הרב מ' עקיבא שלום אבד"ק מאשפילי במדינת רוסיא בהיותו עובר עלי הדרך פה הקשה דממנ"פ אם ניזיל בתר אמתת הדברים הר"ז יודע שעכ"פ הדבר אמת ואף דזה משקר מ"מ הדין דין אמת ואם אזלינן בתר הדין שהב"ד לא יוכלו לפסוק עפ"י עד א"כ שוב אינו נפסל עפ"י ע"א ולא מקרי פסול ולמה לא יצטרף עמו דהא למראה עיני הב"ד שני העדים כשרים והיא תימה לכאורה. והנראה לפענ"ד בזה דבאמת הדבר נכון דל"מ אם נימא דהמלוה חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים ולפ"ז בהלוהו בע"א יהיה נאמן לומר פרעתי דלא שייך לומר דודאי לא פרע בלא עדים דהא זה יחשוב שיש לו מיגו ובודאי לא חש להחזירו בעדים דוקא וכעין דאמרו בב"ב דף ע' דכל שיש לו מיגו לא חש על השטר ולא שייך שטרך בידי מה בעי ועיין ברשב"ם שם וה"ה בזה וא"כ נ"מ בזה דאם יטעון הלוה פרעתי אז יהיה עוות הדין דלא יהיה נאמן נגד שנים לטעון פרעתי ובאמת אין כאן רק ע"א וא"כ נאמן ולא שייך ממנ"פ וכיון שזה יודע שזה משקר אסור להצטרף עמו אלא אף לדידן דקיי"ל דהמלוה חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים מ"מ נ"מ לענין אם העדים מעידים שבא לידו בתורת שאלה או שראו עתה בידו דאינו נאמן במיגו דלקוח ובע"א לא הוה מחוייב שבועה ואיל"מ וכמבואר בסי' ע"ב סי"ח שני דיעות בזה ובשבועה דרבנן לכ"ע א"א מחוייב שבועה ואיל"מ וגם בשבועה דאורייתא יש כמה אופנים שלא שייך מחושואיל"מ וא"כ בכה"ג נ"מ בין כשהי' ע"א או שנים ועיין בסכ"ג שם וגם לפמ"ש הסמ"ע בסי' ע"ה ס"ק ל"ג יש נ"מ בזה אלא שהש"ך דחאו שם דגם לריב"ז נאמן ע"ש וכן מסתבר עוד נ"מ לפמ"ש בשו"ת בשמים ראש דלא שייך מחוייב שבועה ואיל"מ בדינא דר"ח קמייתא דאי אפשר למילף מק"ו דבגלגול שבועה לא שייך מחוייב שבועה ואיל"מ ע"ש ולפ"ז גם ע"א לא מחייב בר"ח שבועה ויהיה מחוייב שבועה ואיל"מ דזה לא מחייב ר"ח וא"כ נ"מ טובא בין תרי לחד. אמנם כ"ז לפלפולא ולמצוא נ"מ אבל הדבר פשוט לפענ"ד דמעיקרא לק"מ דבאמת כשיכחישו העדים זה את זה בפרטים שונים אז יתבטל העדות לגמרי ולכך אסור שיצטרף עמו דהב"ד לא ידעו בשקרותו ורשעתו של זה ושמא יכחישו בפרטים ויתבטל גם עדותו הנאמנה ע"כ לא יצטרף עמו וז"פ וברור לפענ"ד:

• והנה במ"ש למעלה בשם הרמב"ם דבעדות החדש אין מדקדקין ואף שנמצאו זוממין החדש מקודש וכתבתי לעיל שכן מבואר בירושלמי וקשה לי טובא בהא דפריך הש"ס בכתובות דף כ"א דאמרו הנח לעדות החדש דאורייתא והיינו דלכך אין עד נעשה דיין ובמס' ר"ה ר"פ ראוהו ב"ד רצו לומר דאף עד הרואה לא יהיה דיין דבזה מחלק הש"ס בין ד"נ לקידוש החדש אבל עד היודע ודאי דאינו נעשה דיין וקשה טובא לפמ"ש התוס' בכתובות שם בשם י"מ דהטעם הוא משום דלא רצו לקבל הזמה על עצמן אם יזימו אותן וקשה הא בעדות החדש לא בעי עדות שאילה"ז דאף אם הזימו אותן החדש כשר וא"כ מה"ת נחוש שמא יזומו אותן וא"ל דניהו דעדות החדש כשר מכל מקום העדים יפסלו וילקו משום עדות שקר דזה אינו דא"כ ארבעים בכתפי' וכשר וכדאמרו בסנהדרין דף כ"ה וע"כ דגם העדים אין עליהם דבר. הן אמת דגוף הדין תמוה דכל שהזימו אותם שלא היו במקום הזה א"כ גוף העדות שקר דהם אומרים דבמקום הזה ראו וא"כ אף שיכול להיות שראו במקום אחר מכל מקום הב"ד חשבו שבאותו מקום היה ראוי להיות נראה במעלה ההיא וא"כ אפשר דבמקום אחר לא היו ראוי שתראה. מיהו יש לומר כיון דעכ"פ אפשר שתתראה לא מדקדקין בעדות החדש וא"כ שוב יקשה היאך אין עד נעשה דיין הא לא שייך הזמה בזה. אמנם נראה דניהו דאם כבר קבלו העדות ונמצאו זוממין כבר נתקדש אבל לכתחלה ראוי לקבל באופן שיכשר להיות שיהיה שייך בהו תורת הזמה. ובגוף הדין דאין מדקדקין בעדות החדש נראה לפענ"ד משום דבקידוש החדש לא כתיב עדות אלא כזה ראה וקדש ולפ"ז כיון דהזמה אינו על גוף העדות רק על העדים וא"כ כל שיכול להיות שהעדות עכ"פ אמת וראו במקום אחר וזה לעיקר הזמה לדידי' א"כ עכ"פ נתקיים בזה כזה ראה וקדש וגם כיון דבאמת חידוש הוא דמה חזית דציית להני ציית להני וא"כ בשלמא בשאר עדות כיון דעכ"פ אותן העדים לא ראו אף שאפשר להיות כן מכל מקום אין כאן עדים אבל כאן דלא בעי עדים רק כזה ראה וקדש וא"כ עכ"פ זאת אין העדים מכחישים וא"כ שוב לא תהא שמיעה גדולה מראיה כיון שעכ"פ יכול להיות אמת גוף הראי' ואל"ה לא מקרי הזמה כלל לשיטת רבינו פח"י מעדות וא"כ כל דלא בעי עדות כאן רק ראיה ועל ראיה לא הכחישו והרי לא תהא שמיעה גדולה מראיה בעדות החדש כשר אף דבד"נ פסול מכאן הוה עכ"פ ראיה דע"ז לא הכחישו כלל ובשלמא בשאר עדיות כל שלא היו באותו מקום שוב אין כאן עכ"פ עדות על גוף הדבר וכל דמכחישו הבע"ד צריך סהדי ואין כאן עדות וכאן לא בעי עדות רק שתהיה ראיה וע"ז לא נתזמו כלל ואין נ"מ באיזה מקום ראו כנלפענ"ד ברור. שוב ראיתי ברש"י ר"ה ר"פ ראוהו ב"ד בהא דפריך לא תהא שמיעה גדולה מראיה פירש"י דגבי עדות החדש לא

כתיב עדות אלא כזה ראה וקדש וע"ש בתוס' וברמב"ן פ"ב דכתובות ובטורי אבן ועכ"פ מבואר הסברא שכתבתי בטעמו של רבינו. ולפ"ז לפי מה דמסיק דמכל מקום בלילה אין עד נעשה דיין אף בקידוש החדש א"כ אף דלא שייך הזמה מכל מקום כל דבעי תורת עדות לענין זה שאין הראיה דומה לשמיעה שוב אין עד נעשה דיין אף דלא שייך הזמה דהא גוף הדין דלא שייך הזמה הוא רק משום דלא בעי עדות וכמ"ש כנלפענ"ד ראה זה חדש הוא ועיין בפ"י בר"ה שם שכפי הנראה דרך בעקבות הרמב"ן במלחמות פ"ב דכתובות ועיין שיטה מקובצת שם וחכם אחד השיב לי דגם בעדות החדש כיון דעכ"פ כשהכחישו אותם בודאי עדותם מוכחשת וכל שהם עדים ודיינים לא ירצו לקבל הכחשה על עצמם. ולכאורה יפה השיב דודאי כשנמצאו מוכחשים ודאי העדות בטל רק דין הזמה לא שייך בעדות החדש וכן משמע מכמה מקומות בפ"ק ובפ"ב דר"ה אמנם באמת מ"מ יפה הקשיתי כאשר השבתי לו תיכף דכיון דאמרו בכתובות דף כ' דאין מזימין אלא בפניהם ומכחישין אפילו שלא בפניהם וא"כ בשלמא לענין הזמה שייך לומר דלא ירצו לקבל הזמה על עצמן וישמטו עצמם ולא יכלו להזימם שלא בפניהם אבל ההכחשה יכול להיות שלא בפניהם וא"כ מה בכך שלא ירצו ילכו העדים לב"ד אחר ויעידו ששקר דברו ותהיה עדות מוכחשת ודו"ק:

יא והנה בהא דאמרו בר"ה דף כ"ז באחד אומר שלש מרדעות ואחד אומר חמש עדותן בטלה אבל מצטרפין לעדות אחרת הקשה בטורי אבן על פירש"י וכן הוא בשבועות דף מ"ח דמצטרף אחד מהם עם אחר בעדות ר"ח הא הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול דהא כבר נתבטל עדותו כשהעיד עם הפסול ואיך יצטרף אח"כ וע"ש שפלפל בכל תירוצי התוס' שבב"ב דף מ"א ופירש כיון דלא נודע מי הפסול לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול ובשעה שהעיד עם הפסול לא נודע מי הפסול ואף שכעת נודע מי הפסול לא אכפת לן או דמיירי שזה שמצטרף עמו מעיד באופן שאפשר לטעות עד"מ אחד אמר ג' ואחד אמר ה' וזה שמצטרף אמר ד' שאפשר לטעות בקומה אחת וא"כ לא נודע מי הפסול ויכול להצטרף ע"ש. ולפענ"ד לזה כוון רבינו במ"ש בפ"ב מקידוש החדש ה"ה ומצטרף אחד מהם עם ב' שיעידו כמהו או יהיה ביניהן קומה אחת ולאיזה צורך הוסיף כן וגם הא לא קיי"ל כר"ח כלל ועיין לח"מ שם ולפמ"ש אתי שפיר דהורה לנו דלא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול ע"ש ודו"ק: והנה בגוף דברי הש"ס דרבא משני כן ראיתי קושיא חמורה בהגהת הש"ס שנדפס בפראג בשם הגאון מוהר"ע איגר ז"ל במס' שבועות שם הקשה דלרבא לשיטתו דס"ל דבעי רשע דחמס וא"כ במה שהעיד על קידוש החדש בשקר לא הוה רשע דחמס ולמה יפסול לעדות אחרת אף בממון ולמה

רבא משני בעדות אחרת דר"ח והוא תמיהא גדולה. ולכאורה הי' נראה לי דבר חדש דבעדות המכחישים זה לזה חיישינן שמא הוא בא בשכרו ומשום הנאת ממון הוא משקר והו"ל רשע דחמס ואף דעד זומם לא חשוב רע לבריות ולא חשדינן לזה שמא בא בשכרו וכדאמרו בסנהדרין דף כ"ז לרבא בהדיא ובתשובה הארכתי בפסול דעד זומם לרבא נראה לפענ"ד דבאמת לא ידענו כלל שהוא רשע דחמס וצריך שיעידו עדים בב"ד וא"כ בשלמא בעדים המכחישים זא"ז לר"ח דס"ל בהדי סהדי שקרי למה לי א"כ נפסלו לדידיה לכל העדות ואף לעדות אחרת הוה כרשע דחמס ג"כ שהרי ע"כ אין אדם חוטא ולא לו ומכ"ש שנים וע"כ שבשכרן באו ושפיר נפסלו דהו"ל רשע דחמס אבל בעד זומם דחידוש הוא דחידוש הוא שחדשה תורה ומה חזית דצייית להני ציית ורק דגזירת הכתוב הוא שנפסל אבל מנין לנו להוסיף שנטל שכר כדי להעיד ואין לך בו אלא חידושו דהוא רע לשמים אבל אין להוסיף עוד שיהיה מקרי עי"ז רשע דחמס כן הי' נראה לפענ"ד אלא שזה חדש לא שערו הקדמונים. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דהנה באמת צריך להבין למה ליה לרבא לדחוקי אליבא דר"ח הא הוא לא ס"ל כר"ח ועיין תוס' בשבועות שם ד"ה בהדי וע"כ נראה דבאמת קשיא ליה לרבא דמה קמ"ל הברייתא דמצטרפין לעדות אחרת ולמה לא האחר רע לשמים לבד ולכך חידש רבא דהכוונה לעדות אחרת דר"ח ובזה שפיר הא דיפסול דהא עכ"פ חשוד על אותו דבר ואין מעידו ולכך קמ"ל דיכול להצטרף והיינו כיון דיש עוד אחד עמו ממילא הוא אומר אמת ואינו חשוד לאותו דבר כלל ושפיר יכול להצטרף ובזה מיושב היטב קושית הט"א הנ"ל דשוב לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול דבאמת גם זה שאמר שקר לא היה פסול לרבא דהא בעי רשע דחמס ורק בשביל דהוה חשוד על הדבר וכל שנתברר שאמר אמת שוב לא שייך לפסול כלל. הן אמת דגוף דבריו לפענ"ד אינו נראה דבאמת קרוב או פסול דמבטל העדות של הכשרים זה גופא חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו דבזה העדות שנצטרפו בראיה והגדה נפסלו אבל אם מצטרף זה העד לעדות אחרת נפסלהו משום דכבר נצטרף בפסול זה לא שמענו הן אמת דקשה לי טובא אם נימא כשיטת הבעל עיטור דכל שהעיד בשעה שהיה קרוב לא יוכל אח"כ להעיד שנית דאמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורא א"כ למה יוכל להצטרף אח"כ והא כבר העידו עביד לאחזוקי דיבורא ולפמ"ש לרבא לשיטתו נתגלה דעדותו למפרע כשר היה ולא שייך עביד לאחזוקי דיבורא דכל דבשעת העדות הי' טוב מועיל ולא שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורא ועיין במפרשי הים דף קי"ב בב"ק שם מבואר הכלל הזה. ולפענ"ד ראיה ברורה לזה מכתובות דף כ"ו דמצטרפין עדותן ולא אמרינן דעביד לאחזוקי דיבורא אם נימא דצריך להעיד שנית ועיין רש"י ותוס' שם

וע"כ דבשעה שהעיד העד מאמינים לו נגד הקול ושפיר מצטרף אח"כ וא"כ ה"ה כאן אמנם כ"ז לרבא לשיטתו אבל לדידן קשה לשיטת הבעל עיטור הנ"ל וצ"ע. אמנם אח"כ נתיישבתי בדבר בגוף קושית הגאון מוהר"ע איגר ז"ל ולפענ"ד דאין מקום לקושייתו כלל דבאמת צ"ב לרבא למה לא סגי ברע לשמים לבד דעכ"פ ניחוש מתוך שהוא רשע ישקר וצ"ל דלרבא אלים ליה כ"כ חזקת כשרות לעדות שכל שלא ראינו שאתרע כשרותן לענין עדות כזה לא חיישינן על שני עדים דמשקרי ואף עד זומם דכבר נתברר ששקר מ"מ אינו חשוד על דבר חמור ולכך הוזם בד"מ לא נפסל לד"נ כדאמרו בסנהדרין דף כ"ז ע"ש ולפ"ז זהו לדידן אבל ר"ח דס"ל דשני כתי עדים המכחישים זא"ז פסולים לכל עדות שבעולם ואמרינן דבהדי סהדי שקרי למה לי אף דלא נודע מי המשקר מכל מקום אינם נאמנים ומחזיקין אותם למשקרים מכ"ש דא"א לומר דרשע לשמים שנתברר רשעתו שלא נפסל והוא ודאי לא ס"ל כרבא ורבא באמת לא ס"ל כר"ח כמ"ש התוס' שם וא"כ עכ"פ על ר"ח שפיר קשה דכל שמכחישים זא"ז ניהו דאינם רק רע לשמים מכל מקום כל שמכחישים זא"ז בהדי סהדי שקרי למה לי וא"כ שפיר פריך הש"ס לר"ח והוצרך רבא לשנויי אליבא דר"ח אף דלי' לא ס"ל כן והרי בלא"ה לא ס"ל לרבא כר"ח ורק אליבא דר"ח ל"ש שיטתו של רבא כלל וכמ"ש ודו"ק היטב כי לפענ"ד הדבר ברור כשמש ועפ"י בר"ה שם ובתומים סי' ל"א שרצו לפרש דקושית הש"ס היא גם לר"ה ולפמ"ש אי אפשר לפרש כן דלר"ה ל"ק כלל לשיטתו של רבא. ובזה מיושב היטב קושית הט"א דלא שייך נמצא אחר מהם קרוב או פסול דאטו כאן הוא פסול הרי אליבא דרבא בעי רשע דחמס ורק דלר"ח עכ"פ כל שרשע לשמים חיישינן למשקרי וא"כ עכ"פ לא נפסל זה שחבירו מסייע לו והו"ל תרי נגד חד ודו"ק היטב. ודרך אגב ארשום במ"ש התוס' במכות דף וא"ו ד"ה שמואל להקשות דהיאך מצאנו ידינו ורגלינו כשחותמין גם במעמד קרובים והי' לו לומר דעדות הכשרים בטל דהוה דומיא לד"נ דשרינן א"א שיש בה מיתת ב"ד והנה מזה מבואר דקידושין וגיטין דומין לד"נ ועיין באהע"ז סי' י"א וסי' י"ז וסי' מ"ב ותמצא בזה דעות הרבה (ומצאתי בפ"י שם שרמז לזה) ואולי לכך הוסיפו התוס' דשייך הטעם דד"נ וכוונו למ"ש בד"ה אמר דכל דבעי שני עדים אז בנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה וה"ה בזה דהא בעי שנים ואין דבר שבערוה פחות משנים. והנה שאלני אחד מהתלמידים דלמה לא תירצו כדכתבו לעיל דשואלים להכשרים אם למחזי קאתו וזה טעות דדוקא שם בעת ראיית העדות א"צ לכוין לשם עדות רק למחזי אבל בגט דבעי שנים כשרים שיתכוונו להעיד וא"כ לא שייך למחזי דהכשרים ע"כ לעדות קאתו דהא אין דבר שבערוה פחות משנים וז"ב ול"ש למחזי רק במי שראה מעצמו דבר אמרינן

דלא נתכוין לשם עדות משא"כ כאן שבאין הכשרים לב"ד לשם עדות א"כ הו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול ועיין שו"ת פ"מ ח"ג סי' כ"ה שהתפלא על הש"ך מדברי התו"י בכריתות והיא תימה גדולה דהא כל הסוגיא אזלא כאן דהכשרים אומרים למחזי קאתו ואדרבא הי' לו לתמוה על התו"י מכאן וכבר הארכתי בדברי התו"י הנ"ל ואכ"מ. אחר זמן רב בשנת תרי"ב כ"ח אייר נתיישבתי בזה בעת למדי סי' ל"ו והנה באמת לפענ"ד תמיהת הפ"מ הנ"ל היא תימה גדולה דלכאורה ש"ס מפורש הוא דלא נתכוונתי להעיד ומזה נלמוד דכל דלא נתכוין להעיד לא מועיל וכמ"ש בתוס' ישנים וא"א לדחות ש"ס מפורש. אך נראה לפענ"ד עפמ"ש בשו"ת צ"צ ובק"א שם בענין כל מלתא דלא רמיא עליי' דאינש לאו אדעתי' הוא מחלק באם לא נתכוין כלל אבל כל שנתכוין לאיזה דבר אף שלא נתכוין לאותו דבר ממש ל"ש בזה כל מלתא דלא רמיא עליו דאינש דהא מ"מ נתכוונו לאיזה דבר רק שלא נתכוונו לאותו דבר שצריכין עכשיו מ"מ מלתא דרמיא עליו הוא.

יב ולפ"ז הנה מקום אתי לחלק דעדים שלא רצו לראות כלל הענין ולא לדעת כלל מאותה מעשה שפיר אמרינן דכל שלא נתכוונו להעיד ל"מ עדותן דהוה בכלל מלתא דלא רמיא עליו דאינש אבל באם הי' בשעת מעשה וראו הדבר אף שלא נתכוונו לשם עדות אבל מ"מ נתכוונו לראות הדבר עד"מ קרובים העומדים במזמוטי חתן וכלה וכדומה שאר בני אדם באמת הם רוצים לדעת ענין הקידושין והחיתון רק לא לתורת עדות שפיר יכולים להעיד אף דלא כוונו לתורת עדות. וזה לדעתי הענין שאמרו למחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו והיינו דכל שבאו עכ"פ למחזי שוב הי' יכולין להעיד וע"כ דאומרים שלא נתכוונו להעיד באופן דלא אתי מפורש להעיד ונתכוונו רק למחזי אבל בסתם כל שבאו לראות אף שלא נתכוונו להעיד די. ומה מאד מדוקדק לשון התוס' ישנים שם מכאן למד רבי דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי המעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשום עדות אין בעדותם כלום אם באים אח"כ להעיד בפני ב"ד. ולכאור' תמוה מה הוסיפו על דברי הש"ס דאמר לא נתכוונתי להעיד וגם מה הלשון ולא הובאו שם לשום עדות וגם באים אח"כ להעיד הוא אינו בדקדוק ומה נ"מ אם אח"כ או תיכף ולפמ"ש אתי שפיר דכל הפסול הוא משום דמלתא דלא רמיא עליו דאינש ולפ"ז מהש"ס לא מוכח דדלמא אף שראו הענין במכוון כל שלא נתכוונו לשם עדות ל"מ וע"ז כתבו דמכאן למד דדוקא בלא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשום עדות והיינו שאירע מקרה ששמעו וראו הדברים אבל לא נתכוונו לזה כלל הוא דמפסל וז"ב לפענ"ד דכל דבאו לראות אם לא נתכוונו בפירוש רק לראות ולא להעיד יכולין להעיד. ובזה צדקו דברי הש"ך סי' ל"ו ס"ק ג' דלכלם שואלים אם למחזי או לאסהודי והיינו דגם הכשרים אם נתכוונו רק לראות

פסולים אבל בסתם כשרים רק דשם גם הפסולים באו לראות וא"כ כל שלא נתכוונו להעיד מה אולמא האי מהאי דגם הפסולים יכולים להעיד כל שרצו לראות וע"כ משום דהכשרים נתכוונו בפירוש להעיד ודו"ק היטב ועיין בשערי משפט סי' צ"ב שתמה על דברת התוס' הנ"ל דמנ"ל דבר זה והרי עידי הזמה ודאי לא נתכוונו להעיד ואפ"ה כשרים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שהי' שם ולא ראו העדים אף שלא נתכוונו להעיד מ"מ ראו שלא הי' שם לא שייך לא נתכוונתי להעיד דמ"מ ראו לענין דבר אחר וראו שלא הי' שם אבל כל שלא נתכוונו לראות כלל פסולין.

יג ובזה מיושב היטב קושית הבה"ז בשם הגאון מוה' ליב צונץ ז"ל דלפמ"ש התוס' דיכולים העדים לומר שכחנו העדות וא"כ אמאי לא קאמרו דיכולין לומר שכחנו ובאמת שבשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' י"ד הבין בדברי הש"ס דמ"ש לא נתכוונתי להעיד היינו שכחנו אבל זה דחוק ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא גופא תמוה שיהי' העדים יכולין להתנצל ששכחו והרשב"א כתב בהדיא דאם עבר על השבועה לא יוכל לומר שכחתי וע"כ צריך לחלק בין זמן מרובה לזמן מועט ועיין תומים סי' צ"ב ס"ק א' ובקצה"ח סי' כ"ח.

יד וע"כ נראה לפענ"ד דבאמת כוונת הש"ס דכל דלא נתכוונו להעיד שפיר יוכלו לטעון ששכחו והו"ל מלתא דלא רמיא עליו וע"כ דקדקו בתוס' וכתבו דא"י להעיד אחר זמן והיינו משום דכל דלא כוונו להעיד שוב הו"ל מלתא דלא רמיא עליה ויכולין להתנצל ששכחנו ודו"ק היטב כי לפענ"ד יש לו פנים בהלכה ובתשו' אחרת פלפלתי בדברי התוס' ישנים הנ"ל ולפמ"ש כעת יש ליישב ודו"ק היטב ועיין ירושלמי יבמות פרק נושאין על האנוס' ה"ה דאין מעידין עדות שיעלה לשניהם עדות אחת משום שאינו בהזמ' ע"ש וקשה דת"ל דכיון דאחד עבד הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ומזה ראיה למ"ש התומים ס"ס ל"ו דאשה שאינה בגדר עדות אינה מבטלת א"כ מכ"ש עבד דאינו בגדר עדות ואינו יכול להעיד ובזה מיושב גם בהך דר"פ דעבד אינו מבטל העדות.

סימן נז

א תשו' להחתן תמים שנון נ"י.

ב מה שהראני דבר תמוה בקצה"ח סי' ל"ג ס"ק ח' שכתב דלא שייך במטלטלי לומר דחזר ולקחה מיד בעלים דהרי אמרו עד אימתי ניחא ליה דליקום בהמנותא עד שעת העמדה בדין והרי בגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו ולאו דוקא גזילה רק כל דבר שצריך העמדה בדין והיינו איזה טענה ותביעה שוב א"י להקדישו וא"כ כיון דשם מיירי שהלוקח לא הכיר שהוא גזל דבהכיר הלוקח לא שייך דליקום בהמנותי'

וכמ"ש הנימוק"י וכל דלא הכיר שוב צריך טו"ת וא"כ שוב אין הגזלן יכול ללקחו מיד בעלים הראשונים דהוא דבר שא"ב ולכך לא משכחת לה רק בקרקע ולא במטלטלין עכ"ד בקצרה וע"ז תמה מעלתו דבמח"כ נסתבך בפירוש המלות דהוא הבין דהעמדה בדין דאמרו בש"ס היינו הנגזל עם הלוקח ולא כן הוא רק הגזלן עם הלוקח דכל שתבעו ולא פרעו ולא חש להיות קם באמונתו ושוב אף שלקחו ל"ש דליקום בהמנותי' וא"כ גם במטלטלין שייך זאת. הנה לפים ריהטא יפה הקשה. אבל לכבודו של הקצה"ח לבל יהי' דבריו מוטעים כ"כ עיינתי ומצאתי דאף דפשיטת הלשון משמע כמ"ש מעלתו וכמ"ש רש"י אבל השיטה מקובצת הביא בשם הרשב"א שכתב לפרש דשם מטעם העמדה בדין היינו שהנגזל העמיד ללוקח בדין ע"ש ולדבריו א"ש מ"ש הקצה"ח דבאמת שלפמ"ש הנימוק"י דמיירי בלא הכיר והוא סומך שבודאי הגזלן לא יהיה לוה רשע וישיב לו השדה א"כ זה כ"ז שלא הכיר אבל כל שידע לוקח שהוא גזל והנגזל העמידו בדין והוא לא טרח לרצות הנגזל שיניח לו הקרקע שוב לא שייך דליקום בהמנותיה כנ"ל.

ג אבל בגוף דינו של הקצה"ח תמהני דאמאי לא יוכלו הבעלים למכור להגזלן הקרקע דבכה"ג ל"מ דבר שא"ב כמ"ש הב"ש סי' כ"ח דאם שניהם מתרצים להקדיש מוקדש וא"כ גם כאן הבעלים והגזלן מתרצים להחזיר למכור לו וגם הלוקח נתרצה א"כ פשיטא דמועיל ועיין באבני מלואים בסי' כ"ח שאף שחולק על הש"י מודה דלהגזלן בעצמו יכול למחול וכבר כתבתי בתשו' אחת כעין סברא זו לענין יאוש בחוב דאף דהוה דבר שא"ב אבל לאותו איש בעצמו דהיינו ללוה ודאי מועיל היאוש ע"ש וה"ה בזה כיון דמוכר להגזלן וא"ל דכבר יצא מתחת יד הגזלן גם כן דזה אינו דהרי גם הלוקח מתרצה כיון דניחא לי' להגזלן דליקום בהמנותי' א"כ זכייה הוה מטעם שליחות והוה כאילו הגזלן קנה אותו בשליחות הלוקח וע"כ דבריו תמוהים. ובגוף קושית הט"ז כתבתי על הגליון הט"ז ליישב ע"ש: ומדי דברי זכור אזכור מה שהראני הרבני המופלג מוה' מרדכי מיזיש ני' מפה דברי היש"ש בב"ק פרק ה' סי' ל"ג ל"ד דמטלטלין השאולין בתוך ימי שאלתם א"י להקדיש והקצה"ח השיב עליו בסי' רמ"א והביא מדברי התוס' ב"ב פ"ז ד"ה הלוקח שכתבו דאי שאול הוה אמאי לא יוכל להקדיש כמו שהמשכיר יוכל להקדיש וע"ז תמה המופלג הנ"ל דהרי גם המשכיר לא יוכל להקדיש כ"ז שהוא שכור ביד אחרים ורק דחל ההקדש על לאחר זמן שכירתו וה"ה לענין שאול יוכל להקדיש על לאחר זמן השאלה אבל תוך ימי השאלה לא יוכל להקדיש וא"כ הן הן דברי היש"ש הנ"ל והשבתי לו דזה אינו דכל שא"י להקדיש עכשיו אף לאחר זמן אינו מועיל הקדשו דעכשיו אינו ברשותו וכמבואר בכתובות דף נ"ט שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש

דקדשה והיינו משום דגוף השדה הוא שלו וכדאמרו שם בהדיא הכא גופא בידה היא הא לא דמיא אלא וכו' ועיין בתוס' והר"ן שם שכתבו בהדיא דכ"ז שהוא ביד השוכר א"י להקדיש לפי שהוא ברשות השוכר ולא הי' חל אף לאחר זמן לולא שהגוף בידי הממשכן ואף לחד תירוצא שחלקו בין הקדש כללי לקונם פרטי היינו דוקא בגוף ביד הממשכן שברשותו להקדיש יכול להקדיש אף בתוך זמן השכירות ומשום דכיון דהוא הקדש כללי מפקיע מידי שעבוד אבל אם לא הי' ברשותו כעת אף על לאחר זמן לא הי' יכול להקדיש וע"כ מדיכול להקדיש במטלטלין שאלה ושכירות ע"כ דגם כעת אף המטלטלין השאולים ושכורים הם של המקדיש וזהו מה שרצה להוכיח הקצה"ח. אחר שכתבתי זאת ראיתי להש"ך ביו"ד סי' רכ"א ס"ק מ"ג שהשיג על אא"ז הב"ח שכתב דבהקדש יכול להפקיע כח השוכר והש"ך השיג עליו וכתב דדוקא מה ששוה יותר מדמי השכירות יכול להקדיש ולא מה ששוה כדי השכירות ע"ש ואני תמה דהא כאן בכתובות לא משמע הכי דהרי בתירוץ הראשון דההקדש והשוכר שותפין בו והיינו דא"י להקדיש רק מה ששוה יותר אבל לא מה שהוא של השוכר ואח"כ כתבו דבהקדש ממש יכול להקדיש אף קודם שנפדה הרי בהדיא דבהקדש ממש יכול להקדיש אף שאינו שלו. ולא ידעתי מדוע לא הזכיר דברי התוס' האלו אבל באמת אין ראיה דיש לומר דהתוס' קאי בשיטת ר"ת דבהקדש ממש אף קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד ואנן לא קי"ל כן. מיהו לפמ"ש השיטה מקובצת בב"ק דף ל"ג דהיכא דיבא לידו בסוף לא מיקרי שא"ב צ"ל דהכא באומר לכשאפדנה כיון דמחוסר פדיון ומחוסר ממונא ודאי לא מקרי דבר שלו. וזה לדעתי מ"ש התוס' בערכין דף כ"א ד"ה הכי קאמר דיש מחלקין בין משכיר לחוב כיון דאח"כ תחזיר לו בחנם יכול להקדישו ע"ש וכ"כ הרא"ש בנדרים הובא בש"ך שם והיינו כיון דתחזור לו בחנם פשיטא דמועיל ההקדש ולפ"ז במטלטלין השאולים והשכורים כיון דודאי סופו שיחזירם לו בחנם אח"כ פשיטא דיכול להקדיש דלא כרש"ל ודוק היטב:

ד והנה בגוף דברי הסמ"ע והט"ז אי שייך גבי מטלטלי לומר דניחא ליה דלא נקרא גזלנא ולפ"ז לשיטת הסמ"ע בחזר ולקחה מיד בעלים אינו חייב לתת ללוקח למ"ד דהטעם משום דלא ניחא לקרי' גזלנא ומצאתי בירושלמי פ"ו דתרומות ענין שיש להתעורר בזה דהנה על הא דאמרו שם במשנה ג' דהמאכיל את פועליו ואורחיו תרומה הוא משלם את הקרן והם משלמין את החומש דברי ר"מ וחכ"א הם משלמים קרן וחומש והוא משלם להם דמי סעודתן אמרי בירושלמי מה ביניהון ר' יוחנן אמר עיקר סעוד' ביניהן ר"מ אמר עיקר סעודה לב"ה ורבנן אמרו לפועלים ר"ל אמר טפילה ביניהן וכו' ר' אבוהו בשם ר"ל

הא למה זה דומה למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו מקחו וכתב הר"ש ע"ז ובפ"ק דב"מ לא משמע שיהיה חייב להעמיד מקחו דקאמר התם גבי גזלן שחזר ולקח מבעלים הראשונים דלאוקמא גבי לוקח בעי דאם נפלה לו בירושה ירושה ממילא היא ולאו לאוקמא גבי לוקח בעי ומשמע דקאמר בין שהכיר בה לבין שלא הכיר בה ושמא יש לחלק בין מטלטלי למקרקעי עכ"ל והרי משמע דאדרבא גבי מטלטלי ודאי חייב לאוקמא ביד לוקח אף בנפלה לו בירושה ומשמע לכל המ"ד דלמ"ד ניחא לי' דלא יקרי' גזלנא ג"כ דאל"כ היאך יפרנס האמורא דאמר בשביל דלא לקרי' גזלנא הך משנה דאמר ר"ל דחייב להעמיד לו מקחו והיא ראיה נפלאה לפענ"ד ועיין בשו"ת תה"ד סי' ש"ך מבואר ג"כ דחייב להעמיד לו המקח כל שקיבל קנין מטעם דניחא ליה דלוקים בהמנותי' ומשמע דגם למ"ד דניחא לי' דלא לקרי' גזלנא הדין כן דאל"כ היו לו לומר הנ"מ בין הטעמים בזה וכמ"ש הכ"מ ושם במרגליות מיירי דהוא מטלטלי.

ה ובזה נראה לפענ"ד במה שנשאלתי מהרב המופלג מוה' מאיר מווילקאטש נ"י בעסק משפט שישב לדין בק' יאבריב עם הרב המאוה"ג אבד"ק יאבריב נ"י במה שאירע שאחד ממחזיקי פאכט הבשר מכר לאחד החלבים שיהיה לו מהבהמות על משך ימי הקיץ ואח"כ רצה לחזור בו ופסקו דאף דמבואר בש"ע סי' ר"ט ס"ה דאם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים המכר כי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי לקיים המנותו מכל מקום זהו כשטרח וקנה אותו הדבר בלבד אבל כאן דהוא צריך לשחוט הבהמות בשביל הפאכט שמחוייב לתת בשר לאכול כחק שהתחייב עצמו וא"כ אף שיש לו חלבים לא שייך דטרח כדי למיקם בהמנותי'. ובאמת שאף שלכאורה נראה כי דבריו יש להם יסוד כדאמרו בב"מ דף ט"ז דאם גבאה בחובו דאם לא היה להם רק קרקע הלז י"ל דזוזי הוא דקבעי לאפרועי מיניה ועיין בסי' שע"ד ס"ג וה"ה בזה כיון דקנה בשביל דבר אחר ממילא הוה כמו גבאה בחובו ולא שייך דניחא לי' דלוקים בהמנותי'. אך לפענ"ד יש תשובה דא"כ לימא הך א"ב דאם נימא משום דליקום בהמנותי' א"כ בקנה אגב שאר דבר כמו בנ"ד לא שייך זאת אבל אם נימא דהוא משום דניחא לי' דלא לקרי' גזלנא בכה"ג נמי שייך זאת ובלא"ה נראה לפענ"ד דכאן בודאי חייב להעמיד לו מקחו דע"כ ל"צ לטעם דניחא לי' דליקום בהמנותא רק בדבר שהבטיח לקנות לחבירו שפיר אמרינן דכיון דהוה דבר שלבל"ע או אינו ברשותו דמצד הקנין לא נתחייב א"כ במה יקנה אף שטרח וקנה וחידש הש"ס דשייך טרח כי היכא דליקום בהמנותא או כי היכי דלא לקריא גזלנא והיינו דלא משום קנין הוא דהא כל שהי' דבר שא"ב ולא סמכו דעתם לא זה לקנות ולא זה להקנות מה מועיל מה שטרח אח"כ רק משום מחוסר אמנה שייך בזה וכמ"ש

בתה"ד שם אבל כאן שזה ידע שזה יצטרך לקנות בהמות לאכילה וא"כ ממילא בודאי יהיה לו חלב למכור ובודאי סמך דעתו ע"ז דהא בהמות ישנו בעולם וזה אי אפשר לו מבלי לשחוט שהתחייב עצמו לתת בשר וא"כ שוב בודאי סמך ע"ז ומועיל אף בדבר שלבל"ע או שא"ב וז"ב לדעתי. והנה לכאורה קשה לי בהא דאמר בב"מ שם כגון דמית לוקח דמשום דניחא לי' דלוקים בהמנותי' איכא וקשה הא מצד הדין לא קנה הלוקח דמכר לו שדה גזולה ואין בו רק משום מחוסר אמנה וא"כ כל דמית לוקח יש לומר דלו הוה ניחא לי' דלמכור מה שאין כן לבניו וכעין מ"ש הט"ז והב"ש סימן קי"ג ס"ק ט' דמי שהבטיח לתת לחבירו מתנה ונתן לו ת"כ ומת דא"צ ליתן ליורשיו ויש לחלק דשם הבטיח לו מתנה אבל כאן מכירה היתה וא"כ שייך דניחא לי' דלוקי במהמנותי' אף שמת צריך לקיים גם נגד היורשים ודו"ק ועיין בחו"מ סי' שע"ג דנחלקו הרמב"ם והקא"ש מי נקרא מוחזק אם הגזלן שלקח הקרקע או נתנוה לו במתנה או הלוקח שקנה בעודו גזלן. ולכאורה היה נראה לפענ"ד דהלוקח מקרי מוחזק דהא הוא קנאו בודאי במעותיו רק שהגזלן לא היה לו מה למכור אבל עכ"פ תפוס מקרי בקרקע וא"כ מה בכך שמכרה או נתנה אח"כ להגזלן הא מ"מ קנייתו קדמה ומיהו בקרקע לא שייך תפיסה דברשותא דמרא קמא קיימא ולפ"ז עכ"פ לענין מטלטלי בודאי לא שייך לומר דהגזלן מוחזק דהרי הלוקח תפוס מקודם בהמטלטלין ובכ"מ דלא חל הקנין בתפוס לא מפקינן מיניה וכמ"ש התה"ד סי' ש"ך הנ"ל וכן קבעו הרמ"א סי' ס"ו להלכה ואף דהש"ך בסי' שכ"ו חולק עכ"פ נראה לפענ"ד דזה מקרי מוחזק יותר דחזקתו קדים. אך י"ל כיון דהלוקח בא מכח מכירת המוכר דהיינו הגזלן והגזלן בא מכח המוכר הראשון וא"כ חזקתו של הראשון בודאי קדמה וא"כ הוא זכה טפי ודו"ק:

ו והנה במ"ש למעלה אם יכול להקדיש מטלטלין השאולים בתוך משך זמן שאלתם שהארכתי למעלה לכאורה קשה לי בהא דאמרו בב"ק דף מ"ם ע"ב סיפא רשות משנה רישא רשות אינה משנה ומה קושיא בשלמא רישא דהועד בבית שואל ל"ש רשות משנה דלא נפיק עדיין מרשות הבעלים דהרי יכולים להקדיש אף במשך זמן השאלה ולכך אין רשות משנה אבל סיפא הוה להיפך דהחזירו לבעלים וא"כ שפיר הוה רשות משנה דמעיקרא היו גם ביד השואל להשתמש בהם והיו לו עכ"פ ק"פ בזה להשתמש בהם כל משך ימי שאלתם ועכשיו חזר כלו לרשות בעלים והוה שפיר רשות משנה והיא קושיא גדולה וע"כ דבתוך משך ימי השאלה הם קנויים ליד השואל וא"כ מקרי רשות משנה גם ברישא והיא לכאורה ראיה ברורה למהרש"ל ורציתי לומר דזה כוונת ר"פ דאמר דה"ט דרישא דכ"מ שהולך שם בעליו עליו אבל אין זה במשמע בלשון ובשיטה פירש דכוונת

ר"פ דההעדאות שעשו במשאיל לא נתבטלו אבל בסיפא כל ההעדאות שהעידו בשואל לא נתבטלו ולגבי משאיל לא נתייעד מעולם ע"ש הרי שלא כ"כ ועיין בתוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ד"ה ר"י דכל דסופו לבא לידי כן לא אלים קנין פירות לבטל קה"ג. ולפ"ז גם כאן המשאיל יש לו קנין הגוף והשואל יש לו קנין פירות ופשיטא דאלים קה"ג של המשאיל ומבטל קנין פירות של השואל ולא הוה רשות משנה דהא סופו לחזור להמשאיל אבל להיפך לשנות קנין פירות של השואל וחזרה כלה לרשות המשאיל פשיטא דמקרי רשות משנה ודו"ק היטב וא"ל דכוונת ר"פ באמת היא כן דמלבד דאין הלשון משמע כן אף גם דהא ר"פ אמר דרשות משנה גם ברישא ואילו לדידי ברישא אין רשות משנה וצע"ג ועיין בישו"ש פ"ד דב"ק סי' י"ד:

סימן נח

א בענין לוקח בהמה ומצא בה סרכא. אשר שאלת במה שנחלקו רבינו אפרים ורמב"ן באם לקח בהמה ומצא בה סרכא דדעת ר"א כיון דטריפת מחמת סירכא משכח שכיח ורמי אדעתא דאינש וכיון דלא אתני לוקח ודאי אחולי אחיל ולא הוה מקח טעות והרמב"ן כתב דהוה מקח טעות שהרי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אי לאו דמצי א"ל לשחיטה מכרתי הוה מקח טעות אף דרוב שוורים לאו בחזקת נגחנים כדאמר רוב שוורים לאו בחזקת שמור קיימו וע"ז תמהת דהא קי"ל דפלגא ניזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימו יפה הקשית ומצאתי הקושיא במחנה אפרים הלכות מכירה ואונאה סי' ג'. אך לפענ"ד נראה דהרמב"ן יפרש דהא דאמרו בחזקת שימור קיימו היינו לא שהשוורים בעצמם הם משומרים רק שהבעלים משמרים אותם וכן נראה מלשון הרמב"ם פ"ח מנ"מ שפירש כן ולכך כתב שבשור עכו"ם שנגח משלם נזק שלם שעכו"ם אין שומרים את בהמתם שלא יפסידו והעכו"ם אין מקפידים בכך ע"ש ובתשובה הראיתי שכפי הנראה הוציא רבינו זאת מב"ק דף מ"ה שנחלקו ר"י ור"מ בסתם שוורים בחזקת שימור קיימו ופירש רש"י אם הבעלים משמרים אותן וע"ש בתוס' וקדמונים מ"ש בשם הראב"ד שזה הוא גופא פלוגתא דאמוראי אי פלגא ניזקא קנסא ולפ"ז כיון דעיקר מה שהשוורים בחזקת שימור קיימי הוא משום שהבעלים משמרים וא"כ שפיר כתב הרמב"ן דעכ"פ הבעלים ידעו דסתם שוורים בעצמן בחזקת נגחנים הם וא"כ איך יכול לטעון שמקח טעות הוא וע"כ דאף בזה לא אמרינן דמחל. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הש"ס בב"ק דף מ"ו וב"ב דף צ"ב דפריך הש"ס ואי ליכא לאשתלומי מהאי לשקלי' לתורא בזוזא והדבר יפלא למה לא אוקמא להפלוגתא דרב ושמואל כגון שבאמת נגח כעת וזה טוען שמקח טעות הוא שלא ידע שנגחן הוא וצריך להחזיר לו

המעות שנתן וליכא לאשתלומי מהשור דהשור הוא של הניזק בעד תשלומי נזקו ובין לר"י ובין לר"ע עכ"פ השור של הניזק ואין יכול המוכר לסלקו בחובו וא"ל דהוא חייב בנזקו דעכ"פ שומר שלו הוה ונכנס הלוקח תחת הבעלים ונתחייב בשמירת השור דזה אינו דהא לא קיבל עליו שמירתו והוא לא ידע שנגחן הוא.

ב וכאשר הרציתי זאת לפני הרב החריף המופלג בתורה מוה' צבי יהודה ליב הכהן נ"י מראווא ההוא אמר דלפי מה דמבואר בסי' רל"ב סכ"ב בהמוכר דבר לחבירו ונמצא בו מום דהרי הוא ברשות הלוקח לענין גניבה ואבידה עד שיחזיר למוכר ע"ש א"כ ה"ה לענין שמירה קאי ברשותי' דהלוקח. אבל השבתי לו דל"ד דשם לענין גוף הדבר קאי ברשותי' כ"ז שאינו מחזיר לו אבל כאן הא הוא רוצה להחזיר לו גוף השור וטוען דמ"ל בנזקו הא הוא לא קיבל השמירה ולמה לא יחזיר לו דמיו והנזק על בעל השור בתם משתלם מגופו ובמועד משלם מעליה ובפרט דכאן היה כהתליע מחמת המום דהוה ברשות מוכר וכאן פשיטא דהוה כנפסד מחמת המום דהרי המוכר ידע שנגחן הוא והי' משמרו והוא לא ידע שישמרו והיא קושיא גדולה. ולפמ"ש יש לומר כיון דסתם שוורים בחזקת נגחנים הם כמ"ש הרמב"ן רק דהבעלים צריכין לשמרן א"כ שפיר יכול לטעון דלמה לא שמרתו דמסתמא בחזקת נגחן הוא וניהו דהוה מקח טעות דאני צריך שור לרדיא מה שאינו נוגח אבל עכ"פ בהנזק הלוקח מחוייב. איברא דבגוף הקושיא הייתי אומר דלפי מה דאמרו בב"ק דף מ"ד דר"י ס"ל דבעינן שיהיו לו בעלים משעת הנזק עד שעת העמדה בדין ופירש רש"י דבעינן שיהיו לו בעל אחד משעת הנזק עד שעת העמדה בדין ועיין לח"מ פ"ח מנ"מ הלכה ד' שהאריך בזה ובש"ע סי' ת"כ לא הובא דברי רש"י האלו ועיין בהגהת הטור סי' ס"ו שנדפסו בדיהרנפורט ובווינא המיוחסים למהרל"ח ובמק"א ביארתי זאת א"כ הכא דהוה מקח טעות א"כ שפיר כיון דאין לו לאשתלומי הרי הוא מסלקי כעת בהשור ושוב פטור מנזקו דהו"ל כנגח ואח"כ מכר דכ"ז שלא הזיק הי' ברשות מוכר כיון דהוה מקח טעות ואח"כ כשנותנו לו בעד המעות הו"ל כמוכרו כעת ואין לו בעלים מיוחדים ודו"ק ואדרבא בזה מיושב היטב דברי הש"ס דלכאורה צריך ביאור מה פריך הש"ס ואי ליכא לאשתלומי מיניה לשקליה לתורא בזוזי ומה קושיא ומי הגיד לו שאינו כן הא עיקר הדין הוא אם הוא מקח טעות או לו ובאמת מסלקו בזה ונ"מ אם הוזל אח"כ וכדומה ועיין ת"ח ופ"י שהרגישו במקצת ולפמ"ש אתי שפיר דהכי מקשה הש"ס הא כיון דיכול לסלקו בזה הו"ל כמוכרו לו ואף לשיטת הפוסקים דמכרו אח"כ חייב בכאן פטור דשם שייך לומר למה קנית שור נגחן ולהפסיד לניזק ועיין

בהגהת הטור שם אבל כאן הוא לקח מקודם רק שלא ידע שנגחן הוא והו"ל מקח טעות ואח"כ מסלקו בזה וכה"ג פשיטא דפטור מהנזק וז"ב ודו"ק:

ג נחזור לענינינו דדברי הרמב"ן נכונים. ובלא"ה לפענ"ד דברי הרמב"ן ברורים דכיון דקתני שנמצא נגחן ומשמע דעכ"פ נודע שנגח מקודם והרי תורא נגחנא קלא אית ליה וא"כ שפיר כתב הרמב"ן דמסתמא ידע שנגחן הוא ואפ"ה יכול לטעון מקח טעות הוא ודו"ק. ומ"ש הרמב"ן עוד ראיה מגנב וקוביוסטס ודחה המח"א דשאני התם דלא נתן הדמים עדיין ובכה"ג א"צ להתנות והביא מבכורות ב' גרוטאות ומהתוס' פ"ק דקידושין דף י"א בשם רבינו אליהו. הנה דבר גדול דיבר הנביא ובאמת שגם המלמ"ל פט"ו ממכירה ה"ג כתב סברא זו ובתשובה לאבי מורי הרב הגאון נ"י השבתי לו על מה שהוא הביא ראיה זו מבכורות ומדברי התוס' הנ"ל ואני הארכתי בזה ליישב וכעת ראיתי שכוון אבי מורי הרב נ"י להמחנה אפרים הנ"ל ודו"ק היטב בכ"ז ועיין ש"ך יו"ד סי' פ"א ס"ק ע' שהביא ראיה מטור חו"מ סי' רל"ב דאין סרכא פחותה מג' ימים וכוונתו להפלוגתא הנ"ל המבואר סי"ב שם ויש לדחות דשאני ד"מ דלא אזלינן בתר רוב ויכול לבטל המקח ולומר דשמא היו זה ג' ימים ודו"ק: אחר זמן רב נתיישבתי בדבר שיש ליישב דברי הרמב"ן דהרמב"ן מפרש דשיטת רבינו אליהו הוא דלאו משום דאמרינן דכל דלא נתן לו מעות סמך ע"ז דיעיין אח"כ קודם נתינת המעות רק דס"ל כיון דכל עיקר החיוב הוא דמסתמא מעיין האדם קודם שלוקח הדבר וכל שלא עיין מסתמא סביר וקבל וא"כ זה אינו רק חזקה כמו חזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו וא"כ הרי בממון לא אזלינן בתר חזקה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב מכ"ש בתר חזקה ואף דהפ"י חידש בסוגיא דהיו בה מומין דחזקה דאתיא מכח סברא עדיף מרוב ע"ש כבר הארכתי בזה בתשובה לדחות דבריו וא"כ שוב שפיר סברת רבינו אליהו בתוס' דכל שמוחזק ואין הולכין בממון אחר הרוב משום חזקה דממונא ולכך לא שייך לומר דמדלא בדקו מחל ולפ"ז שפיר מביא הרמב"ן ראיה דהשתא שם דהו"ל רובא וחזקה דהא רוב עבדים הוא כן וחזקה דמסתמא כל שקונ' היה לו להתנות על דבר שהרוב הוא כן ואפ"ה חזקה דממונא הוא עדיף מכ"ש בסירכא דניהו דכבר נתן לו המעות כל שאינו רק מיעוט דסרכא היא מיעוט א"כ אף דשכיח אינו חזקה ברורה שיתנה דהרי חזינן דבממון לא סמכינן על החזקה דבדקו קודם שקונה דהרי כל דיש חזקה דממונא אמרינן דאין ראיה מזה וא"י להוציא ממון א"כ מכ"ש דאין ראיה כל שאינו רוב והיה לו להתנות ואמרינן דלא הי' צורך להתנות דסמך על הרוב שעפ"י הרוב אין בו סרכא. איברא דבזה היה מקום לדחות גוף ראיית הרמב"ן מהא דיכול לומר לשחיטה מכרתיו אף דרוב שוורים לאו בחזקת

שימור קיימו ולמה לי טעמא דיכול לומר לשחיטה מכרתיו ת"ל דהי' לו להתנות ומדלא התנה מחל. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבממון לא אזלינן ב"ר ויכול לומר לשחיטה אף דרובא לרדיא זבני ומטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב מכ"ש דאין ראיה מדלא התנה דלא קפיד דזה אינו רק כמו חזקה ולא שייך חזקה בממון וכמ"ש. אלא שבאמת זה גופא ראיתי להרמב"ן דאין שייך לומר דהיה יכול להתנות דבממון לא שייך זאת ואף דשם כבר מכר ונתן הדמים מכל מקום שם אינו רוב רק מיעוט ול"ש דהו"ל לאתנויי.

ד ובזה מיושב היטב מה דכתב הרמ"ה וכ"ה בש"ע דל"מ אם רובא לרדיא אלא אפילו כי הדדי נינהו וכו' והקשה הפרישה דמשמע דאם רובא לשחיטה הי' הלוקח מחוייב לשלם אף שהוא מוחזק ואמאי והא אין הולכין בממון אחר הרוב ולפמ"ש יש לומר דכיון דיש כאן רובא לשחיטה וחזקה דהיה לו להתנות דכיון דרוב שוורים לאו בחזקת שימור קיימי וא"כ הו"ל רובא וחזקה וכבר נודע מ"ש הרז"ה ריש פ"ב דכתובות דהיכא דרובא וחזקה בהדי הדדי אף בממון מוציאין עי"ז ודו"ק. וראיתי בספר שערי משפט סי' רל"ב שכתב ליישב קושית הפרישה עפ"י דברי הרמב"ן שהביא ראיה דלא אמרינן דהו"ל לאתנויי והרא"ש דחה דיש לומר דהלוקח סמך על המוכר ששארית ישראל לא יעשו עולה ובודאי לא יאנה אותו ולכך לא התנ' ע"ש ולפ"ז כל שרובא לשחיטה זבני שוב יקשה דהו"ל לאתנויי וא"ל דסמך על המוכר דיש לומר דהמוכר סמך על הרוב דודאי לוקחו לשחיט' ולא אינה אותו כלל. ובאמת שדבר חכמה דיבר אבל לפמ"ש באמת כל שלא נתן מעות ל"ש דהו"ל להתנות רק דאין להוציא מחזקה וכמ"ש וא"כ גם כאן אין להוציא מחזקה אבל לפמ"ש א"ש: ומדי דברי זכור אזכור מ"ש בשערי משפט סי' רל"ג שם שהקש' בהא דאמרו בביצה האי דאמר ביעי דפחיא למאן יהבי ליה ביעי דשחוט' אתי לקמי' דר' אמי אמר מקח טעות הוא פשיטא מ"ד האי לאכילה קבעי והאי דאמר דפחיא משום דצריבן קמ"ל ופירש"י דמסתמא להושיב ביצים בעי לה והקש' הוא הא עכ"פ איכא מיעוט דמקפידין גם בלאכילה על פחיא משום דצריבן ואין הולכין בממון אחר הרוב יכול לומר לאכילה מכרתיו וכמו במוכר זרעוני פשתן ולא צמחו דיכול לומר לאכילה מכרתיו ולכאורה קושיא גדולה היא. ולפענ"ד נראה דהנה בהא דאמרו יכול לומר לשחיט' מכרתיו פריך הש"ס בב"ק דף כ"ז וב"ב דף צ"ב ונחזי דמי היכי נינהו ופירשו התוס' דאף לרבנן דאמרו דאין הדמים ראיה מכל מקום זה דוקא להכחיש רובא וחזקה אבל היכא דאיכא רוב לרדיא וחזקת המוכר כנגדה מודים רבנן דהדמים מסייעים או לרוב או לחזקה ע"ש וא"כ כאן כיון דאמרו וניתבי' דביני ביני וא"כ שוב הדמים מסייעי' מה מועיל חזקת המוכר וא"ל כיון דזה יחזיר באמת מה שהדמים הם

דביני ביני וא"כ שוב יש חזקה דזה אינו דעכ"פ חזקתו אתרע שהרי צריך לחזור דביני ביני א"כ שוב הולכין אחר הרוב דלא אתרע והחזקה אתרע במקצת עכ"פ ובזה בודאי הדמים מודיעים ודו"ק ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי התה"ד סי' שנ"ב שכתב דבמכר לו בשר בחזקת שהוא מן איל מסורס ונמצא שאינו מסורס דקנה ומחזיר לו מה דביני ביני והביא ראיה מהך דמ"ד לאכילה קבעי והא דקאמר דפחיא משום דצריבן ונתבי' לי' מה דביני ביני קמ"ל דקנה להושיב ביצים אבל בקנה בפירוש לאכילה אף שאינו טוב לאכול כמו שהתנה קנה ומחזיר אונאה והיא תימה דהר"ן בפ"ב דקידושין הרגיש בזה וגרס אותבינהו ולא אפרח והוכיח דע"כ הוא כן דאל"כ מ"ש מיפות ונמצא רעות דחוזר וכבר הרגיש בזה במחנה אפרים הלכות אונא' סי' וא"ו ע"ש שרמז לזה ולפמ"ש יש ליישב קושית הר"ן דהנה כבר הבאתי דברי הרמב"ן מ"ש דל"ש דהי' לו לאתנויי והרא"ש דחה דכל דהמוכר ידע ל"צ לאתנויי דמסתמא לא יעשו עולה ולא יאנו ולפ"ז כאן דאמר דפחיא ולא פירש לאפרוחים שוב יקשה קושית הרמב"ן דהי' לו לאתנויי ולא שייך לומר כתירוץ של הר"ן דמסתמא לא מאנהו המוכר דזה אינו דהמוכר באמת יוכל לטעות דסבר לאכילה קבעי והאי דקאמר דפחיא בשביל דצריבן ואין הנ"מ רק במה דביני ביני ובאמת יחשוב המוכר דגם שאינו של פחיא שוים כ"כ לאכילה דעכ"פ כל שיוכל להשיב לו דביני ביני שוב לא שייך שארית ישראל לא יעשו עולה והו"ל לאתנויי קמ"ל דמסתמא רובא להושיב ביצים קבעי דשוב ל"צ להתנות דהרוב והדמים מודיעים ודו"ק: ובזה יש ליישב גם מה שהקשה בשערי משפט על הר"ן שגרס אותבינהו ולא אפרח דאכתי מה הועיל למה לא יוכל הלוקח לחזור כיון דביפות ונמצא רעות יכול הלוקח לחזור ה"ה בזה ומה פשע הלוקח שהושיבו על הביצים והדבר דומה למי שמכר דבר שהי' בו מום ועשה הלוקח בו מום אחר דאינו באחריות הלוקח כמבואר סי' רל"ב סנ"ג וה"ה בזה ולפמ"ש אתי שפיר דשאני כאן דהיה לו להתנות וניהו דסמך על המוכר הא המוכר יכול לטעון אני סברתי לאכילה ובאמת לא הטעיתיו רק במה דביני ביני והיא הפסידם לגמרי ולכך צריך הלוקח להפסיד כיון שע"י נפסדו לגמרי ודו"ק. ובזה יש ליישב דברי השמ"ק שכתב בסי' רע"א דאם קנה ביצי תרנגולת של שחוטה בחזקת של חי' קנה ומחזיר אונא' ואם פירש שקנה לאפרוחים מקח טעות הוא וכן נראה מהסמ"ג לאוין ק"ע והוא תמוה כמ"ש בשערי משפט דמהש"ס משמע דאף דלא ביאר בהדיא שלהושיב ביצים הוה לי' מקח טעות ולפמ"ש יש לומר דהש"ס ס"ל דהדמים מודיעים וא"י לומר לאכילה מכרתיו ואנן קי"ל דאין הדמים מודיעים כלל כמ"ש הש"ך חו"מ סי' שי"ב ובפרט היכא דהלשון סותר וע' רשב"ם שם ובקצה"ח סי' שי"ב שם ובתשוב' הארכתי בזה וכאן הלשון סותר דבאמת

הוא אמר דפחיא בהדיא ואף דיש ליישב דבעי לאכילה רק דכוונתו לפי שהן צריבן מכל מקום בכה"ג י"ל דהדמים מודיעים וזה ס"ל לר' אמי ואנן קיי"ל דבכה"ג אין הדמים ראיה או משום דהו"ל להתנות וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד ועיין בשיטה מקובצת ב"ק ר"פ הפר' גבי ונחזי אי לרדיא קזבין מ"ש המאירי: אחר זמן רב נתיישבתי בקושית הר"ן פ' הא"מ הנ"ל דהא הוה כיפות ונמצא רעות דהלוקח יכול לחזור. ולפענ"ד יש ליישב שיטת רש"י דבשלמא יפות אי אפשר בשום אופן שיהיה הרעות בכלל דהא שפתיו ברור מללו יפות ואין לאחר תנאי כלום אבל כאן שאפשר לומר דהאי דאמר דפחיא הוא משום דצריבן ועיקר הכוונה שיחזיר לו מה דביני ביני א"כ לא כוון בדוקא על פחיא דבאמת גם דשחוטה עומדת לאכילה ואדרבא לאכילה טפי עומד האי דשחוט' דאינן ראויין להוליד משא"כ דפחיא דמסתמא הן עומדות לגדל וולדות וא"כ כל דבעי לאכילה אדרבא בודאי יקנה אותן שחוטות דמסתמא אותן יקנה לאכיל' ולמה יפסיד אותן ביצים הראויות לגדל והאי דקאמר דפחיא הוא משום דצריבן א"כ רצה שיחזיר לו מה דביני ביני אבל אינם בגדר יפות ונמצא רעות דלא שייך בהו השלמה שזה טעות במקח דמאן דצריך ליפות אינו קונה כלל הרעות אבל כאן מאן דקונ' העומדות לגדל וולדות ג"כ קונ' אותן של שחוט' דאטו דפחיא אינן כוללות גם שחוטות ואף דקאמר דפחיא היינו דצריבן וא"כ אין הלשון סותר ומה דהתנ' דפחיא היינו שיחזיר לו מה דביני ביני וא"כ שוב אין קושיא על רש"י וע"ז אמר קמ"ל דפחיא היינו דוקא העומד לגדל וולדות וא"כ הוה מקח טעות לגמרי. ובזה מיושב היטב קושית השערי משפט הנ"ל דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דהתנ' בהדיא אין לאחר התנאי כלום ובודאי לא כוון רק לאותן שמולידות וא"כ הוה כמו יפות ונמצא רעות. ובזה צדקו דברי התה"ד דזה דוקא היכא שפירש בהדיא דפחיא אבל אם לא פירש דפחיא אף שהרוב קונים להוליד מכל מקום אין הולכין בממון אחר הרוב ולפ"ז בקנה בחזקת שהוא איל מסורס אבל לא ביאר בהדיא איל מסורס אף שעפ"י רוב אין קונין רק איל מסורס מכל מקום אין הולכין בממון אחר הרוב ודו"ק היטב כי הוא נכון מאד. דרך כלל נרא' לפענ"ד דדוקא בחיטין יפות ונמצא רעות דאינם באותו מין דזה קמח אחר וזה קמח אחר אף ששם חיטים אחד היא מכל מקום כל שאמר יפות הו"ל כשני מינים אבל ביצים שחוטות ופחיא הם מין אחד בצים ואדרבא לאכילה שייך יותר לאכול אותן בצים דפחיא וא"כ כל דלאכילה בעי לה הוה כיפות ונמצא רעות דמין אחד הם ועיין בחידושי רשב"א בביצה שכתב דלאו כיפות ונמצא רעות דכמין אחד היא וכפי שהגהתי שם והוא הדבר אשר דברתי ודו"ק היטב: ובזה מיושב היטב דברי הסמ"ק שכתב המוכר ביצים בחזקת של חיה קנה

ומחזיר אונא' ואם פירש שקונ' לאפרוחים מקח טעות הוא ותמה בשערי משפט דבש"ס מבואר דכל דאמר דפחיא הוה מקח טעות ולפמ"ש אתי שפיר דכל דאמר דפחיא הוה כפירש להוליד וולדות וא"כ אין לאחר תנאי כלום אבל כל דמכר סתם אף שדרך בני אדם בודאי לקנות לאכילה ג"כ דפחיא שהם טובים אפ"ה כל דהיה אפשר לומר דלאכיל' קבעי אינו מ"ט דהאי דאמר לפחיא הוא רק להחזיר מה דביני ביני ודו"ק היטב כי דברי התה"ד כמעט מוכרחים ועיין שו"ת נט"ש סי' מ"ט מה שהאריך בענין זה ולפענ"ד מ"ש נכון. ובזה מיושב היטב מ"ש הרמ"א סי' רל"ג מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא סיגים המקח קיים ומחזיר לו אונא' דהכל מין כסף ותמה הש"ך בשם הרשד"ם דמ"ש מיפות ונמצא רעות ולפמ"ש אתי שפיר דהבדל גדול יש דשם פרט לו בהדיא חטים יפות אבל כאן מיירי דמכר לו סתם כסף וא"כ אף שמן הסתם כסף צרוף הוא כל דלא פירש אין הולכין בממון אחר הרוב וא"י להוציא ממנו וז"ש מכר כסף סיגים בחזקת צרוף א"י לחזור אבל זהב ונמצא כסף או להיפך שניהם יכולין לחזור והיינו שם כיון דפרט זהב או כסף בהדיא א"כ אין אחר תנאי כלום אבל במכר סתם כסף ויש בכלל צרוף וסיגים אף שעפ"י הרוב כוונתו לצרוף אין הולכין בממון אחר הרוב משא"כ בפרט כסף צרוף או זהב ונמצא כסף וז"ב כשמש. ולפ"ז נרא' לפענ"ד דהראב"ן שכתב להיפך דאף במכר כסף בחזקת צרוף או להיפך יכול לחזור באמת ס"ל כשיטת הר"ן אבל הרמ"א דהעתיק להתה"ד שפיר העתיק הך דהמרדכי ודו"ק. שוב ראיתי בשיט' מקובצת בביצה שהביא בשם הריטב"א שפירש משום דצריבן כלומר שהן מבושלות יותר ושקולות טפי יותר אבל מ"מ טובים הן ובריאות לגוף כאלו דאי לא אפילו בעי לאכיל' הוה מקח טעות ע"ש ולפ"ז אין קושיא כלל דדוקא יפות ונמצא רעות דהם רעות והוא התנ' יפות אבל כאן הם באמת טובות כמו אלו רק דמבושלות שקולות יותר וא"כ אין כאן מום במקח רק אונא' במקח שהמבושלות שוקלין יותר א"כ פשיטא דאין חוזר המקח רק דצריך להחזיר לו וא"כ דברי הש"ס מבוארין דזה דוקא אם בעי לאכיל' א"כ אין נ"מ רק למתבי' ביני ביני אבל כל דבעי לגדל אפרוחים הוה מום במקח וזה קאמר קמ"ל והיינו שכוונתו לגדל אפרוחים והוה מום במקח ובזה מיושב היטב דברי רש"י ודברי הסמ"ק ובזה מיושב כל קושית השעה"מ הנ"ל אבל התה"ד לא הבין כל דברי רש"י ודו"ק היטב כי כל מ"ש נכון לדינא ת"ל ועיין בשיטה מקובצת בב"ק ריש פרק הפרה גבי לרדיא ולשחיטה מ"ש המאירי בפסק שלו בזה הענין: והנה בשנת תרי"א בעש"ק ראה כאשר למדתי עם נכד דו"ז בעל ים התלמוד ושמו ר' אברהם לבוב נ"י בכתובות דף י"א בהא דאמר רבא בלא הכיר בה ולא כלום לרבנן כתב רש"י וא"ל דלר"מ לא הכיר בה מנה דאי במקח טעות

מחזקינן לי' משום דלא הכיר בה לית לה מידי ואי לאו מקח טעות הוא אין חילוק בין הכיר ללא הכיר. והדבר צ"ב דלמה לא יהי' ג"כ מקח טעות במנה כמו בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דלא הכיר בה מקח טעות ממאתים ולא במנה. ואמר תלמידי הנ"ל דיש לדמות הדבר להא דאמרו גבי ביעי דפחיא מ"ד האי לאכילה קבעי והאי דאמר דפחיא דשמינן טפי ונ"מ למיתב מה דביני ביני וביאור הדבר דכל דהוא ענין אחד וקבעי לאכיל' רק דשמינן טפי משלים לי' מה דביני ביני ולפ"ז בכנס' בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דהוא ענין אחד רק דאינו כ"כ חיבת ביאה א"כ הוה מקח טעות במנה בלבד אבל במ"ע לר"מ דמדמי לה לבתול' וא"כ אי נימא דהוה מקח טעות היינו ע"כ משום דהוה מום במקח וא"כ לית לה כלום שאינו ענין שלקח משא"כ בבתולה ונמצאת בעולה דהוא ענין אחד רק שאין לה חיבת ביאה כ"כ והנה יפה כוון. אך השבתי דהדבר תלוי במחלוקת הרא"ה והפוסקים הובא בר"ן פ"ב דקידושין דאף דדבר שבמדה חוזר מכל מקום יכול להשלים לו מה דביני ביני והביא מהך דביצ' והרא"ה גרס אותב' ולא אפרוח והיינו משום דאפסדי' ולא יוכל להשיבו כמו שהי' ע"ש אבל כל שיכול להחזירו כמות שהיה א"כ יכול לחזור ולפ"ז אין מקום לדבר הזה ואדרבא בנמצאת בעולה אף שהוא בא עליה ועשאה בעולה הרי הוא כמו שהית' בעולה אבל מוכת עץ וכעת היא בעולת אדם אינו יכול להחזיר' כמו שהית' דכעת היא בעולת אדם. ובזה מיושב דברי התוס' ד"ה לרבנן במ"ש דמוכת עץ לא הוה מקח טעות כל כך כמו בעולה ולכך יש לה מנה אף למ"ד דבתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום ולא נודע הטעם ולפמ"ש אתי שפיר דשם יכול להחזיר כמו שהיו ובטל המקח משא"כ במוכ"ע ועכשיו היא בעולת אדם דא"י להחזיר' כמו שהיתה ולכך משלים מה דביני ביני ודו"ק. ובכוונת רש"י נראה לפענ"ד דבר חדש דענין מקח טעות במקח היינו כמו בזבין לרדיא והוא עומד לשחיט' וכדומה דההשתמשות כל ימי משך שעומד בידו יהיה כך אבל כאן שכל שיבא עליה הרי תהיה בעולה ואין נ"מ רק בעת הקני' אם היא כעת בעולה או בתולה בזה לא שייך מקח טעות כ"כ רק הנ"מ אם הוא שוה כ"כ או לא וזה מתורת הקנאה ולא ביטול מקח ממש ולכך בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה לא הוה מקח טעות לגמרי דלא שייך כ"כ ביטול מקח אבל מוכ"ע לעולם לא תהיה מוכ"ע והוה מום גמור וז"ב ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד וחדש (ועיין תוס' ד"ה והדר ועמד עליהם המהרש"א ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק) ודרך אגב ארשום בהא דדייק רבה שם זאת אומרת כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה אלא מנה והקשו התוס' א"כ למה מסיים שהרי כנסה הראשון ופירש הריב"ם דהכי משמע לי' אין לשני טענת בתולים לחסרה מכתובתה כלום שהרי כנס' ראשון

וגרם שתהיה כתובתה מנה והדברים צ"ב דמה טעם הוא זה. ולפענ"ד דהכי מפרש רבה דלכאור' צ"ב מה שייך שאין להם ט"ב והא מ"מ יש לה על מנה ט"ב דכנס' בחזקת בתול' ונמצאת בעולה יש לה מנה וא"כ למה לא יהיה לו ט"ב. ולזה נתנה הברייתא טעם שהרי כנסה הראשון וא"כ שוב אין לה עכ"פ מנה שניה וע"ז אין אנו דנין ושוב על מנה אין לה ט"ב דבכ"מ מגיע לה מנה ומזה גופא דסיימה הברייתא שהרי כנסה הראשון ומה זו טענה הא יש עדים שלא נבעלה וע"כ דזה טעם שאין לה מאתים שהרי כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ור"א אמר דזה נ"ט שאין לסמוך על עדים שהרי כנסה הראשון וידע שנבעלה ודו"ק:

ה והנה דרך אגב אמרתי להסמיך דבר מה שנשאלתי שנת תרי"ב א' בשלח מק' בוטשאטש מהרב המופלג מוה' זאב וואלף נ"י במעשה שהיה ששמעון לקח קאנטראקט משר אחד על מאתים קאריץ חטים טוב ונקי החצי קנה ממנו בכסף מלא וחצי נתן לו האדון בחוב וקנה ראובן ממנו התבוא' לקבלה בכפר ידוע אצל האדון באופן שתהי' טובה ונקי' כפי הקאנעראקט ואח"כ נתן האדון חטים והפסולת מעורב בו וטוען ראובן שאין לו לקבל החיטים כי יש מום בגוף המקח ושמעון משיב לו שלא מכר לו רק מה שיקבל אצל האדון ואף שאינם מנוקים ינקה שמעון אותם וישלים די מחסורו אשר יחסר לו וע"ז האריך דזה אינו מקרי מום במקח ומנפ' הכל כמבואר סי' רכ"ט וע"ז הביא דברי הרא"ש בתשוב' והוקבע בסי' רל"ב סי"ז לענין שמן ודברי הראב"ן הובא בש"ך סי' רל"ג ס"ק א' ודברי המרדכי. מאד תמהני מדוע לא הזכיר דבר ממח"א הלכות מכירה סי' וא"ו ושם ימצא כמעט כל דבריו. גם מה שמחלק בין קנה סתם פירות ובין התנ' בפירוש והביא מדברי הראב"ד דמחלק בין שק זה ע"ש הנה גם זה מבואר במח"א שם ולענין דינא העלה דהעיקר כהרמב"ם דכל שאפשר בהשלמ' משלים ע"ש זולת בשהתנ' עמו בפירוש:

ו והנה בהך דאמרו בב"ב דף צ"ד אם בא לנפות מנפה כלו והקשה מעלתו לשיטת הרשב"ם דקאי אם בא לנפות על הלוקח א"כ מ"ט לחלק בין רובע לפחות מרובע דממנ"פ אם ניכר הפסולת קודם שניפה א"כ למה בפחות מרובע לא יחזיר והא בודאי ינפה דהלוקח לא נתן זוזי רק על פירות יפות ואם לא ניכר מקודם הניפוי א"כ למה ביותר מרובע יחזיר הא לא ניכר קודם ובודאי לא ינפה ואם נימא דכיון שמצא יותר לא מחל ולא שייך בטלה דעתו כל שכבר טרח א"כ למה בפחות מרובע לא יחזיר כל שכבר טרח וגם הקשה על הרמ"ה בטוש"ע סי' רכ"ט דאם אמר לו פירות יפות צריך ליתן לו פירות יפות ולמה לא נימא גם בסתם כן כיון דמי שנותן על פירות היפות נותן. והנראה בזה

דבר חדש דהנה בהך דהמרדכי דמכר לו כסף בחזקת שהוא צרוף ונמצא סיגים דא"י לחזור והקשה הש"ך מ"ש מפירות יפות ונמצא רעות וכתב המח"א הנ"ל דשאני כסף צרוף דכל שיחזיר לו אונאתו יכול להוליכם לצורף ולעשותם יפות משא"כ ביפות ונמצא רעות דאותן הפירות הרעות אי אפשר לעשותם טובות והוא רצה בפירות טובות ולפ"ז דברי הרמ"ה נכונים דכל שא"ל פירות יפות צריך ליתן לו פירות יפות דא"ל דקיבל עליו רובע לסאה דזה אינו דבשלמא אם א"ל פירות יפות אלו א"כ רצה ליקח רובע לסאה דכן הוא הדרך שיהיה ולא שייך לומר דרצה בפירות יפות והן רעות דזה אינו דהא אמר אלו וא"כ אותן פירות אף שמעורב בהם הפסולת יחזיר לו אונאתו והפירות היפות ישארו ביפים ולא שייך לומר דמ"מ הוא רצה בפירות יפות דז"א דכל שמנפה הפסולת הרי נשארו ביפים אבל כל שא"ל פירות יפות אמר לו אלו א"כ אותן הפירות שמעורב בהם פסולת אינם אלו הפירות שרוצה ליקח ואף שיחזיר לו אונאתו אבל אותן הפסולת לא יהיו טובות בשום פנים והוא רוצה שכל הפירות יהיו יפות אבל באמר פירות יפות אלו אי אפשר לומר דכוון רק על פירות יפות בסתם דהרי זה דרך שיהיה רובע לסאה וא"כ לא הוה מקח טעות רק דמשלם אונאתו משא"כ בפירות יפות סתם אותו הפסולת א"א שיהי' טובות א"כ הוא כוון שיהיו כל הפירות יפות ומנופות ומה שאפשר לנפותם אבל הפסולת לא יהי' טובות וז"ב כשמש ומעתה זה החילוק בין רובע ליותר מרובע דכיון דמיירי דאמר פירות יפות אלו או דהוה בסתם מאן דנתן זוזי אפירי שפירי יהיב אבל עכ"פ בכל פירות יפות מעורב פסולת ברובע וא"כ לכך עד רובע אינו מוכר לו דמחל לו ולא שייך לומר דהוה מקח טעות דכל שרוצה לקנות פירות ניהו דמסתמא דעתו על פירות יפות אבל כל שלא אמר פירות יפות בפירוש הרי עכ"פ לא היה דעתו אחר הנפוי א"כ ידע ומחל עד רובע וא"צ להחזיר לו אונאתו דכיון דידע ומחיל אבל ביותר מרובע כל שלא מחיל א"כ הוא אפירות יפות דעתו והיה מהראוי שיבטל המקח לגמרי רק כיון דלא התנה בפירוש אינו מחזיר המקח רק דמשלים לו אונאתו אבל עכ"פ כיון שדעתו על פירות יפות והפסולת אינו יפה וא"כ מה בכך דמחל לו עד רובע זה כשהי' באמת אותו המקח שקנה ממנו אבל כל שדעתו על יפות ונמצא רעות היה בטל המקח לגמרי ורק מדלא התנה בפירוש הרי לא בטל המקח לגמרי אבל מ"מ לא שייך דידע ומחיל כל דאינו אותו מקח שקנה ומחיל ודו"ק היטב כי הוא חדש. ובזה נראה לפענ"ד סברת הש"ס דאמרו בדף צ"ה כל יתר מכאן כבא ליטע מתחלה דמי ועיין רשב"ם ולפמ"ש באמת כל הטעם דעד רובע מקבל ואם בא לנפות מנפה את כלו משום דהוה כמקח טעות וכמ"ש ולפ"ז שפיר דחה הש"ס דאף שבא לנפות אינו מנפה את כלו ומטעם דלא הוה

מקח טעות לגמרי דלא מחל היינו משום דלא התנה בפירוש אבל כל שהתנה בפירוש ורוצה שדה הנטעת וזה צריך ליטע מחדש הו"ל כהך דינא דהגהת מרדכי הובא בחו"מ סי' רל"ב ס"ה דאם המום בגוף הבית וכשיתקן יהי' פ"ח בא לכאן ויהי' בית חדש זה הוה בודאי מקח טעות ולפ"ז גם כאן לא שייך לומר דמשלים דהרי כל שהי' יותר מעשרה הו"ל כבא ליטע מחדש והו"ל מקח טעות לגמרי וכמ"ש ודו"ק זו"ז ראיתי מ"ש על דברת הגאון מהרש"ק ודברי מעלתו נכונים נגדו ואין להאריך בזה. אמנם מ"ש הגאון דלדינא אין נ"מ דקאנטראקט הוה כקנין סטימתא וקונה וע"כ אף שלא הי' קנין ממש יהי' ע"י מלוה קנה יפה כתב ומ"ש מעלתו דלא שמע כזאת שיהיה קנין סטומתא בלי אדרוף או קנין אחר קונה. הנה כבר הי' לעולמים והגאון מוה' מאיר אבד"ק אונגוואהר השיב כן והוא בשו"ת הנספחות לחידושי ריטב"א ע"ז הנדפס באובן ואף שהגאון מפ"ב ז"ל לא הסכים עמו הדברים נכונים דכן הוא מנהג התגרים שכשהם מוסרים הקוויט על האדון לאחר בזה הוה הקנין והוה קנין סטומתא ואף דבר שלבל"ע מקנים ע"י סטימתא ועיין שו"ת מהרש"ל סי' ל"ו לענן אוראנדש ובמק"ח ס"ס ת"נ ודו"ק.

ז שוב נזכרתי שהדבר מבואר בסי' ס"ו סכ"ה דכל שנתן בדיניהם אף שלא כתב ומסר משלם וא"כ הדין מבואר ואף דהש"ך שם ס"ק כ"ה בסופו ביאר דבישראל שנתן שטר לישראל שטרו של עכו"ם צריך כו"מ כ"כ על הגליון דבנמוק"י שממנו מקור הדין לא משמע כן כפי מה שהוגה שם וע"כ לענין דינא נראה לפענ"ד דאין בטענת ראובן ממש דבאמת שמעון לא הקנה לו רק השטר שקיבל מיד האדון וא"כ מה לו בזה שהאדון ערב הפסולת וא"ל דהאדון גזל אותו ומ"ל לזה באונס של זה דזה אינו דמסתמא בדיניהם א"י לבטל המקח או לכפותו שינכה לו הפסולת דאל"כ בודאי היה עושה כן וא"כ ל"מ למ"ד קנסא כאן כיון שבא מכח עכו"ם כעכו"ם דיינינן ליה וכשם שלא היה יכול להוציא בדיניהם מיד העכו"ם דבדיניהם כפי מנהג התגרים כן הוא אף בשיש יותר על השיעור המבואר בחז"ל וא"כ גם זה הבא מכח עכו"ם כעכו"ם דיינינן ליה ועיין סמ"ע סי' מ"ה ס"ק ל"ח ובסי' קנ"ד וה"ה בזה ואף למ"ד דינא אינו יכול להוציא כיון דהוא לא ערב כלל וכמבואר בש"ע סי' רכ"ט וכמ"ש מעלתו.

סימן נט

א יום ג' י"ד אב תד"ר לפ"ק להרבני המופלג החריף מוה' אברהם קאמפף מראווא.

ב מכתבו עם חידושי תורתו לנכון הגיעני ואם אמנם טרדות רבות סביב שתו עלי בכ"ז למען כבודו ולמען למודו אמרתי להשיבו והנה מה שהקשה בע"ז דף מ"ז ע"ב בתוס' ד"ה בית במ"ש בא"ד דאי עבד בה למה לי חציבה מתחלה לכך הא גבי תפילין אמרינן

צר ביה ולא אזמניה וכן זו נמי לא לבעי חציבה מתחלה אי עבד בה וע"ז צווח מעלתו דשם מבואר להיפך דאף לאביי דס"ל הזמנה מלתא היא אפ"ה צר ביה ולא אזמניה לא מהני והאריך בזה. הנה אם כי לפום ריהטא יפה הקשה אבל מאד תמוה לי לפי הבנתו בתוס' אין מקום לדבריהם דמה ענין צר ולא אזמניה לכאן הא שם לא היה רק הזמנה לפי שעה וכאן עבד בה לשם ע"ז ומה ענינו לשם דשם לא צר ביה ע"ד למיצר ביה לעולם והוא דבר נפרד מן התפילין וכל שלא אזמניה לעולם מהראוי שיהי' מותר משא"כ כאן דזה גופא ע"ז וכל שעבד בה אסור ועיקר כוונת התוס' לשלול דלא נימא דבעינן שיהא חצוב מתחלה לכך ואל"ה לא נאסר לזה הביאו דהרי צר ביה ולא אזמניה הכוונה שצר ביה באקראי ולא אדעתי' שיהיה כן לעולם וא"כ ע"כ לא היה נעשה הכיס מתחלה לשם תפילין דאין לך הזמנה גדולה מזו ובכה"ג כל שצר ביה אף לפי שעה נמי נתקדש דהו"ל הזמנה ומעשה וע"כ דלא נארג הכיס לשם תפילין ואפ"ה כל שצר בו ע"ד קביעת הי' אסור וא"כ אף דצר ביה ולא אזמניה מותר הוא בשביל שלא הי' שם מעשה בגופ' רק שהיה הכיס תשמישי קדושה אבל כאן שנעש' לע"ז ועבדה א"צ חציבה מתחלה לכך. ובלא"ה אתי שפיר הדבר בפשיטות לפמ"ש הנימוק"י ס"פ נגמר הדין דנחלקו הפוסקים באם צר ביה ולא אזמניה דדעת קדמונים דעכ"פ כל שמונחין שם התפילין ודאי קדוש רק בהסירו ממנו התפילין הוא דלא נתקדש אבל בהך דשם ודאי קדוש (ועיין חמרא וחיי להכנה"ג על סנהדרין דף מ"ח שם מ"ש שם בשם המאירי והרב המגיה שם האריך בזה) וא"כ כאן דעבד בה פשיטא דנאסרת וא"צ חציבה מתחלה לכך ואינה מותרת עד שיסירה ממנה וא"כ צריך ביטול ואף לדעת הפוסקים שכתב הנימוק"י שם דכל שלא אזמניה לעולם אף בעודן שם מותרין היינו בתשמישי קדושה דכל שלא אזמני' לעולם אין עליו שם תשמישי קדושה אבל כאן הרי עבד בעצמו ופשיטא דאסור אף שלא נחצב מתחלה לכך וז"ב כשמש.

ג ומה שהקשה ברש"י דף מ"ה במ"ש בד"ה גידעו נכרי או ישראל לע"א וע"ז הקשה הא בישראל אינו נאסר עד שיעבוד ואף אם נפרש דאו ישראל שכ' רש"י היינו דתהי' מתניתין בין כר"י או כר"ע וכל מר כדאית ליה למר נכרי ולא ישראל ולמר ישראל ולא נכרי מלבד שדבר זה דחוק אבל גם זה קשה דלמה נטר רש"י עד הכא ולא דקדק לפרש כן ברישא באילן שנטעו דגם ברישא הדין כן למר נכרי ולא ישראל ולמר ישראל ולא נכרי והדבר מבואר כן בש"ע יו"ד סי' קמ"ה ובש"ך שם ויותר הו"ל לפרש כן ברישא דשלש בתים הם עכ"ל הנה מאד תמהני דלמה לא הזכיר דברי התוס' ד"ה גדעו שפירשו דבאילן ודאי לא נאסר בלא השתחוואה אף למ"ד ע"ז של עכו"ם אסור מיד דהיינו דוקא דבר תלוש אבל

זה שהוא מחובר ואין דעתו שיהי' ע"ז רק מה שיחליף אין לאסרו בלא השתחוואה ע"ש וא"כ ז"ל רש"י נכרי או ישראל בגידעו ופסלו דכיון דלא נאסר רק מה שהחליף שוב אינו אסור עד שנשתחוה ונכרי וישראל שווים בזה ופסק רש"י אליבא דהלכתא דשל ישראל עד שתעבד לכך קי"ל בסי' קל"ט ס"א ולכך לא פירש כן ברישא דכיון דנטעו ונאסר כלו דהוה תלוש א"כ בישראל לא נאסר עד שיעבד ובעכו"ם נאסר מיד וכן גבי בית איכא חילוק בין עכו"ם לישראל דדוקא באילן דאילן שהוא מושרש בקרקע בטלה תפיסתו וכמ"ש התוס' בהדיא לחלק כן בין בית לאילן ע"ש וז"פ ובזה נ"ל דאם נתכוין העכו"ם לעוקרו לעשותו לע"ז שאז נאסר מיד דהכל אסור אף שהאילן מחובר כמ"ש התוס' בדף מ"ז שם ד"ה גדעו דאז שוב היה נאסר לעכו"ם מיד וצ"ע בזה. ומה שהקשה בסוף דבריו דאיך נאסרו השריגין הא הו"ל דבר שלבל"ע ואף בהקדש אינו חל על עוברין מכ"ש בע"ז דהו"ל דבר שלבל"ע ואין הקדש לע"ז באמת לפמ"ש הב"י ביו"ד סי' רל"ב דבקדושת הגוף חל אף בדבר שלבל"ע ולכך קונמות חל אף בדבר שלבל"ע א"כ בע"ז דהו"ל איסור הגוף וכמו אצטלא דפרסוה אמיתנא דכל שהגוף נאסר חל אף בדבר שלבל"ע וז"ב. ובלא"ה כבר הארכתי במ"א דאין הדבר ברור אם אין הקדש חל בדבר שלבל"ע ועיין בקצה"ח סי' ר"ט וכבר קדמו במחנה אפרים הלכות מכירה דשלבל"ע. ומ"ש להקשות דברי רש"י בע"ז דף נ"ד ע"ב גבי חפר בה בורות שיחין ומערות נאסרה ופירש"י חפר בה בורות לע"ז אסרה אף להדיוט וע"ז כתב מעלתו דע"כ אין כוונת רש"י שיהי' המערות משמשי ע"ז דהא אינן אסורין עד שישמשו והכוונה מבואר לרש"י שהמערות עצמן יהיו אלילים וכן מבואר בש"ע סי' קמ"ה ובבאר הגולה שם שכן הוא דעת רש"י דאף בלא השתחוה נאסרה הקרקע ומפני זה חברו לה יחדיו כל המפרשים להשוות דעת רש"י להרמב"ם דאף בלי השתחוואה נאסרה והרי בפ"ב דחולין כתב רש"י דדוקא בהשתחוה אסור וא"כ קשיין דברי רש"י בתרתי חדא לענין השתחוואה ועוד בע"ז פירש"י דנאסרה כל הקרקע ובחולין מבואר דלא נאסרו אלא הבורות והאריך בזה. והנה במחכ"ת חרד את כל החרדה בחנם ולא ידעתי מה לו כי יזעק ומי הגיד לו דבע"ז כוון רש"י אף בלי השתחוואה דזה לא נזכר כלל ברש"י ולא בב"י סי' קמ"ה וכוונת רש"י במ"ש שחפר בו בורות לע"ז הוא למצוא שם מים לע"ז וכן פירש הראב"ד והובא בריטב"א בחידושיו לע"ז וע"ש בריטב"א שכתב שדעת רש"י והראב"ד אחת היא אבל באמת לא נאסר בלי השתחוואה ואף בהשתחווה לא נאסרו לולא שנתלש לשם ע"ז וכמ"ש הריטב"א דכיון דלא נתלש לגמרי ולא נפיק מידי מחובר ע"ש שהאריך וכפי הנראה לשון הבה"ג אטעי' שציין על מ"ש בש"ע לע"ז שוה כפירוש הרמב"ם וחשב הוא דהיינו שנאסר בלי השתחוואה אבל לא כן הוא ואין

הכוונה כן רק שחשבה לע"ז בזה שוה דעת רש"י לדעת הרמב"ם לא לענין השתחוואה. וראיה ברורה לזה דבלי השתחוואה לא נאסר אף שחפר לשם ע"ז דהרי התוס' בדף מ"ח ע"א כתבו והבאתיו לעיל דאף דע"ז של נכרי נאסרת מיד היינו בתלוש אבל במחובר לא נאסר אף דחפירה זו עשאה תלוש וכ"כ הריטב"א בהדיא בדף נ"ד וכבר הוכחתי דכוונת רש"י ג"כ כן הוא וא"כ ע"כ דצריך השתחווא' הן אמת דלפמ"ש לעיל דכל דנאסר ע"י המעשה כל האילן כגון שעוקרו לשם ע"ז אז נאסר מיד א"כ אין ראיה מכאן דאם נימא דנאסר כל הקרקע ע"י חפירה זו שוב הי' יכול לאסור תיכף מיד שחפר אף בלי השתחויה.

ד ובזה היה מקום לומר דרש"י בע"ז שפירש דכל הקרקע נאסרה וא"כ ממילא א"צ השתחויה אבל בחולין דפירש דלא אסר רק הקורות בעצמם לכך צריך השתחויה ולא הי' קשה על רש"י בתרתי. אבל באמת תם אנכי ולא אדע היכן פירש"י דאסור כל הקרקע וכן היאך פירש רש"י בחולין דאינן אסורין רק הבורות ובחולין משמע קצת להיפך דע"י המעשה נאסר כלו וכמו שמדמה לשחט סימן אחד דאסר כלה ע"י המעשה וז"ב.

ה ובזה עמדתי על דברי הב"י בסי' קמ"ה דלדעת הטור דהצריך השתחוי' כתב הב"י שכ"ה דעת הרא"ש דלעיל ועל דעת הרמב"ם דלא מצריך השתחויה כתב שכן הוא דעת ר"י דלעיל והוא תמוה לכאורה דמה ענין פלוגתת ר"י ורא"ש לענין אם עשה מעשה בגוף האילן אם נאסר כל האילן או לא לזה דצריך השתחויה ולא מצאתי כעת למי שיתעורר בזה ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא שנאסר כלה שוב ל"צ השתחוי' דנאסר מיד בנכרי אבל אם לא נאסרו רק המערות כדעת הרא"ש שוב בעינן השתחויה וכמ"ש וא"כ רש"י דמצריך השתחויה לא נאסר רק מקצת הבורות ולא כלם ומ"ש הוא בישוב דברי רש"י יש לי אריכות דברים בזה ואכ"מ להאריך ומ"ש נכון ת"ל. אחר זמן רב בשנת תר"כ הקשה אותי החריף מ' ראובן ר"פ מטארניפאל דברי תוס' ולא נזכרתי אם שכבר כתבתי בזה והשבתי ומצאתי במחנה אפרים בחידושיו לסוף ע"ז שכתב כעין מ"ש ע"ש:

ו והנה על מה שהקשה ברש"י דף מ"ז ע"ב הוספתי אח"כ דלשיטת הרמב"ם פט"ו ממעה"ק דפסק כבר פדא דקדושת הגוף לא פקע בכדי א"כ שפיר כתבו התוס' דבע"ז כל שנעבד אף שלא נחצב מתחלה נאסר דאף דצר בי' ולא אזמניה לא נאסר היינו דשם קאי לענין ת"ק דאין לו בקדושה עצמה הזמנה מלתא היא לכ"ע וכמ"ש הנימוק"י וכן קי"ל בש"ע או"ח סי' מ"ב וא"כ לכך צר ביה ולא אזמניה כיון דלא נעשה רק באקראי בעלמא לא נתקדש להיות שם ת"ק עליו כל דלא הי' דעתו להיות עולמית אבל בע"ז דהו"ל כקדושת הגוף דאיסור וטומאת הגוף הוה כמו אצטלא דמלתא דפרסה אמיתנא דנאסר בעצמותו בכה"ג כל דהי' עליו שם ע"ז ונעבד אף באקראי לא פקע איסורו. ובזה נראה

מה שנחלקו הקדמונים והובא בנימוק"י פרק נגמר הדין אם קדוש עכ"פ כ"ז שלא הוסר משם בזה נראה דנאסר בודאי דאף דבקדושת הגוף פקע בכדי אבל עכ"פ כ"ז שקדוש הרי הוא בקדושתו והחולקין יסברו דשאני התם דקדושתו בעצמותו משא"כ כאן דאינו רק תשמישי קדושה דכ"ז שלא נעשה כן ע"מ להשתמש בו לעולם לא נתקדש:

ז והנה במ"ש בטוש"ע סי' קמ"ה דהכניס אלילים לתוך הבית כ"ז שהוא שם הבית אסור בהנאה אף דמיירי שלא הקצהו שם רק לפי שעה הכניס ע"ז לתוכו כמ"ש רש"י בע"ז דף מ"ז ע"ב וכן כתב הרמ"א בהג"ה שם ס"ג מכאן ראיה למ"ש הנימוק"י פרק נגמר הדין בשם הפוסקים דגם בצר ביה ולא אזמניה אסור כ"ז שהיא בתוכו וה"ה כאן דהוה כצר ביה ולא אזמניה דהרי לא הזמינו מתחלה ע"מ שיהיה בו לעולם וזה מקרי צר ביה ולא אזמניה כמ"ש הנימוק"י שם ובמרדכי הובא בב"י או"ח סי' מ"ב ולכך אם הוקצה מתחלתו לכך והכניס אלילים לתוך הבית דאז הוה אזמניה וצר בי' דאסור לכ"ע ומ"ש הר"ן בשם אחרים דאף שמכניסה בקבע והוציא' מועיל היינו משום דזה הוה ביטול במה שהוציאה ועיין בב"י מ"ש בזה דצריך ביטול גמור כל שהכניס בקבע אבל כל שלא היה ביטול היה אסור והא דאמרו בע"ז דף מ"ד ע"ב האומר בית זה לע"ז או כוס זה לע"ז אינו כלום שאין הקדש לע"ז היינו בהזמנה לבד דהזמנה לאו מלתא היא ובית אינו רק תשמיש לע"ז שיהיה שם ע"ז וזה אינו אסור ובזה יש לומר הא דמשני שם ניהו דאתסורי לא מתסר נוי מיהא איכא והיינו דבהזמנה לא נאסר כלל ואף דהוי שם ע"ז לפי שעה בכה"ג דנעשה הזמנה אחר שהי' המרחץ מקודם לשם המרחץ והכניסו בה ע"ז לפי שעה ואח"כ הזמינו לשם ע"ז בזה יש מקום להקל ויש ליישב בזה קושית התוס' עכ"פ יהיה איך שיהיה ז"ב דהזמנה בלבד לשם תשמישי ע"ז ל"מ דגם בת"ק הזמנה לאו מלתא ומכ"ש בהזמנה לתשמישי ע"ז. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הראב"ד פ"ה מאיסורי מזבח ה"ד שכתב דכל שהקצהו לע"ז לא בעינן מעשה שהקצאתו גופא הי' לע"ז ותמה בכ"מ ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהראב"ד מפרש דהבהמה או העוף גופה נעשה ע"ז ובקדושה גופא קי"ל דהזמנה מלתא היא ולכך לא בעינן מעשה. ובזה מיושב מה שהקשה הלח"מ מבית זה לע"ז ולפמ"ש אתי שפיר דשם אינו רק תשמישי ע"ז ודו"ק ועיין מג"א סי' קנ"ד ס"ק י"ב במ"ש בשם הרא"ם דאף שהכניסו ע"ז לבית לא נאסר הבית והיינו כל שלא עבדו הבית עצמו והביא דברי הש"ע סי' קמ"ה ס"ג והיינו כל שלא שקצו הבית עצמו לע"ז ובתשו' אחת תמהתי על דברת הפר"ח באו"ח ריש הלכות חנוכה שתמה על הרא"ם שנאסר הבית אם הכניסו לע"ז בה והרי מבואר כאן דלא נאסר ולפמ"ש כעת א"צ דשם בעת החורבן ששקצו הבית אפשר דהקצו הבית להיות לע"ז ובזה נאסר אף דהוא מחובר

ולגבוה נאסר אף במחובר ודו"ק: ודרך אגב אומר במה שנשאלתי מהרבני המופלג מ' פייביל שרייאיר מבוטשאטש בהא דאמרו דמוקצה לא נאסר דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו וע"ז הקשה כיון דמוקצה לעכו"ם היינו שהאכילה כרשיני ע"ז וא"כ הרי עשה בה מעשה דאוסר אף בדבר שאינו שלו. והשבתי דזה לא מקרי עשה בה מעשה כ"א בעשה מעשה לשם ע"ז ולא במה שהאכילה כרשיני ע"ז דזה לא עשה בה מעשה לשם ע"ז דזה א"ה אבל לא עשה בהבהמה מעשה לע"ז וז"פ. והוא השיב ע"ז דהרי בחפר בקרקע בורות שיחין ומערות דנאסרה. והשבתי דגם שם מיירי בחפר לשם ע"ז. וראיתי בריטב"א בחידושיו לע"ז דף נ"ד שביאר הדברים דדוקא בהשתחוה לשם ע"ז רק דקרקע עולם אינו נאסר לכך בחפר בה אסרה אבל בהאכילה כרשיני ע"ז לא עשה מעשה בגופה של הבהמה לשם ע"ז ולא אסרה וז"פ וברור. והנה כ"ז השבתי בלי עיון בספר וכעת ראיתי דהדבר מבואר בתמורה דף כ"ט דבהא (והוא שם אמורא) אמר עד שיאכילוה כרשיני עכו"ם ומסיק הש"ס דאין מוקצה אסור עד שיעשה בו מעשה הוא תני לה והוא אמר לה מה מעשה עד שיגזזו ויעבדו בו הרי מפורש דמה שמאכילה כרשיני ע"ז לא מקרי מעשה בגופה של הבהמה עד שיגזז ויעבד בו ועיין בכ"מ פ"ד מאיסורי מזבח ה"ד. והנה במ"ש התוס' בע"ז דף מ"ה ע"א ד"ה כל מקום וז"ל בירושלמי פריך מבית הבחירה היאך נבנה ומשני דע"פ נביא היה.

ח והנה קושית הירושלמי ע"כ אם נימא דנעבד במחובר אסור לגבוה דאל"כ אין מקום לקושייתם אך אי קשיא הא קשיא דהא בש"ס ע"ז דף נ"ג יליף מהא דכתיב ואשריהם תשרוף באש והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו וע"כ מדפלחו ישראל לעגל ניחא להו ולפ"ז קשה ניהו דנעבד אסור אף במחובר והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו וא"ל דמדפלחו לעגל ניחא להו דזה אינו דהא ירושלים לא נתחלק' לשבטים ואף למ"ד נתחלק' לשבטים מכל מקום מקום המקדש ודאי לא נתחלק ועיין תוס' ב"ק דף פ"ב וא"כ כיון שהי' לכל ישראל חלק בירושלים או עכ"פ במקדש וא"כ שוב לא שייך לומר דנאסר דהא אינו דבר שלהם דלא שייך לומר דניחא להו דניהו דרבים מישראל ניחא להו ושלוחותייהו עביד אבל היו בישראל כמה אנשים שלא ניחא להו והם היו להם חלק ונתבטל השליחות ובפרט שבט לוי שלא עבדו לעגל ולהם ודאי לא הי' ניחא ואיך שייך שעכו"ם עשו השליחות של הישראל והא נתבטל השליחות ובדבר של שותפות א"י האחד לעשות שליח שלא מדעת כל השותפין בדבר שמקלקל כל העסק השותפות וא"כ שוב לא יכלו לאסור והיא קושיא גדולה. אמנם אחר העיון בירושלמי מצאתי שבירושלמי פרק כל הצלמים הלכה וא"ו שם אמר הנעבד בין שלו בין של חבירו אסור ולמד מבע"ח

שאסור לגבוה בין שלו בין של חבירו כמו כן במחובר אסור לגבוה בין שלו בין של חבירו וכן הוא בירושלמי כלאים פ"ז וכ"כ הרמב"ם פ"ד מאיסורי מזבח ה"ו דנעבד בין שלו בין של חברו אסור והראב"ד כתב דהוא דוקא בעשה בה מעשה ובאמת בש"ס דילן משמע כן כמ"ש הר"מ אבל רבינו פסק כהתוספתא וכהירושלמי הנ"ל ועיין בפני משה בירושלמי שם ולפ"ז שפיר הקשה בירושלמי על הך דהיאך נעשה הבית מקדש. ומה יקח בזה לשון הירושלמי דפריך כיון דבע"ח נאסר לגבוה היאך בנו בית הבחיר' ופירש הפני משה דס"ל דכמו דבע"ח נאסר לגבוה כמו כן נעבד ולכאור' למה ליה לתלות בבע"ח לימא כיון דנעבד אסור לגבוה איך בנו בית הבחיר' ולפמ"ש אתי שפיר דהוה מצי לומר דאינו שלו לא נאסר ולזה הקדים כיון דנעבד אסור לגבוה ומזה למד הירושלמי שם למעש' דנאבד אסור בין שלו בין חבירו כמו דבע"ח נאסר אף שאינו שלו וזה דפריך על בית הבחיר' ודו"ק היטב כי הוא חריף מאד.

ט והנה בגוף הקושיא דהו"ל דבר שאינו שלו ואינו יכול לאסור לכאור' היה מקום לומר לפמ"ש התוס' בר"פ דף י"ג דיש לו לגוי במה שזרע ועיין פרשת דרכים בדרך הקדש במ"ש בזה א"כ שוב אין קושיא דמכל מקום יכול לאסור דבר שאינו שלו דיש לו במה שזרע. שוב מצאתי בריטב"א בע"ז דף נ"ג גבי הא דיליף מאשר' דישראל שזקף לבנה שכתב בשם הראב"ד דדבר של הפקר א"י לאסור דבר שאינו שלו אף במעש' ובשם הרמב"ן כתב דדבר של הפקר ודאי א"י לאסור וא"כ בית הבחיר' דהיה של כל ישראל והוה כשל הפקר ודאי א"י לאסור ונתחזק' קושית למעל' שהקשיתי על הירושלמי ודו"ק היטב: ובזה הן נסתר מחמתו הא דכתב בחידושי הרמב"ן בע"ז דף מ"ח ע"ב בהא דאמר דקרא ואשריהם תשרפון באש מבעיא ליה לאילן שנטעו לכך וכתב הרמב"ן בזה הלשון פירש ואליבא דמ"ד דע"ז של נכרי אסור' מידי וליכא למימר דכיון דבשליחותא דישראל עביד מתסרן מיד כחומר שבדיניהם דהא אמרינן לקמן דאבד תאבדון דע"ז של עכו"ם דאינה אסור' עד שתעבד והנה מ"ש הרמב"ן כיון דבשליחותא דישראל קעביד מתסרן מיד לכאורה הדברים סתומים. וכפי הנרא' כוון למה שאמרו בדף נ"ג דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו וע"כ מדפלחו ישראל לעגל ניחא להו וא"כ כיון דשליחותא דישראל קעבדי לכך הו"ל ע"ז של ישראל ונאסר' מיד וד' יודע כי בראשית ההשקפ' עלה בלבי כן. וראיתי שהרמב"ן רמז לזה וא"כ לפמ"ש אין מקום לומר כן דבאמת יש לו לעכו"ם במה שזרע ושפיר אינו יכול לאסור מיד והו"ל ע"ז של עכו"ם דאינה נאסרת מיד ומה דיכול לאסור משום דיש לו חלק במה שזרע וא"כ שוב יקשה דאיך משכחת לה ואשריהם תשרפון באש באילן שנטעו מתחלה לכך דהא אינה נאסרת עד שתעבד וא"כ אח"כ הוה

מחובר ודו"ק היטב. שוב ראיתי במ"ש ליישב הא דבנין בית הבחיר' דהוא משום דיש לעכו"ם חלק במה שזרע לפענ"ד כיון שהבית המקדש כבר נתקדש מאברהם אבינו א"כ שוב ינקי גידולים משל הקדש ואין לו במה שזרע. והנה בהא דאמרו בע"ז דף נ"ז ע"ב שנית לן בילדותך נכרי מבטל ע"ז שלו ושל ישראל דישראל לא קא מבטלה ושם בסתר כתיב וכו' לא נצרכה אלא שיש לו בה שותפות וכו' בילדותו קסבר ישראל אדעתא דנכרי פלח כיון דנכרי מבטל וע"ז הקשה הרב מוהרש"צ אבד"ק ליבטשוב דעכ"פ הישראל זכה בה דהא שותפות הוה וע"ז דישראל אין לו בטלה והשבתי דמזה ראיה למ"ש הרמב"ן דאם נכרי עובד דבר של ישראל ונימא דע"י מעש' יכול לאסור דבר שאינו שלו מכל מקום כיון דרק ע"י מעשה אסר' מכל מקום לא הוה כע"ז של ישראל שאין לו בטלה ונתבטל' ע"ש גבי הא דאמר בדף נ"ד כיון דפלחו ישראל לעגל ניחא להו ושם הביא הר"ן באלפסי דברי הרמב"ן אלו ולפ"ז ה"ה כאן כיון דלא עבדה רק על דעת הנכרי א"כ הוה כמו ע"ז של נכרי דאין חמור מע"ז של נכרי וכמו דמועיל ביטול בשל נכרי כמו כן יכול לבטל חלקו של נכרי. אך גוף הדבר דאמרו דע"ז של ישראל אין לו בטיל' דושם בסתר כתיב לכאורה תמוה דמה ראיה היא זו דלא יועיל ביטול. ולפענ"ד היה נראה דהנה כבר אמרו בקידושין דף נ"ט דמעשה מוציא מיד מעשה ומיד מחשבה מחשב' אין מוציא לא מיד מעש' ולא מיד מחשב' ואמרו שם דמחשב' דטומא' כמעש' דמי ע"ש. ולפ"ז נרא' לי דבע"ז דשאני מכל התור' דבכל התור' אין מחשב' מצטרף לידי מעשה ובע"ז הקב"ה מצרף מחשב' למעשה דכתיב למען תפוש את בית ישראל בלבם א"כ כל דכתיב ושם בסתר היו במעש' מחשב' ומעשה ואיך יועיל ביטול דאינו מבטל כל המעש' רק שפחס מקצתו א"כ לא יוכל להוציא מידי מעשה. ויש להמתיק הדבר דהנה ע"ז של נכרי יש לה שני ביטולים אם ע"י יאוש כמו שנשתבר' מאיליה לר"ל דאמרינן דמתייאש ממנה או שהניחוה עובדי' בשעת שלום דנתייאשו ממנה אם ע"י מעשה שפחס מקצת' והנה המעש' שעוש' במקצת אינו מוציא מידי מעשה שעש' כלה לע"ז ואם הוא של ישראל אף שהיה בדיבור אינו מוציא לא מידי מעשה ולא מידי מחשב' שגם מחשבת ע"ז נחשב כמעש' בישראל דכתיב למען תפוש את בית ישראל בלבם וכבר כתבתי במקום אחר דלכך מחשב' מצטרף בע"ז דנצטווינו שלא לחשוב כי אם בד' והוא אלקים ואין עוד ומצאתי בת"ח בסוף חולין שכתב כן וא"כ לכך לא מועיל ביטול. ומעת' יש לומר דאם פלח א"כ שוב מועיל במה שמבטל מקצתו דעכ"פ מתייאש ממנה ומחשב' דע"ז לא שייך רק בישראל דמצטרף מחשב' למעשה כדכתיב למען תפוש את בית ישראל בלבם כנלפענ"ד דבר חדש:

י והנה הרב הנ"ל רצה לחדש דמה דאמרו בדף מ"ג דגזר' דלמא מגב' לה היא דוקא ע"י ביטול כיאוש כל שהגבי' אין לה בטיל' היינו כמו ע"ז שנשתברה מאיליה אבל ביטול ע"י מעשה גם בזכה ישראל בה מועיל ביטול. ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דכל הטעם דאין מבטל משום דמחשבה דע"ז חמור והוה כמעשה ואיך מועיל ביטול דבמעשה אינו מבטל רק מקצת ואם ע"י שמבטל מתייאש עכ"פ האי דיבור אין מבטל מעשה וגם מחשבה וא"כ כל שזכה בה הישראל שוב א"י לבטל דעכ"פ מחשבתו היתה לזכות בע"ז דהרי התור' הזהירה ולא ידבק בידך מאומה ושוב אין לו ביטול דהו"ל כשם בסתר וגם כן נראה מהך דלולב של ע"ז דמוקי לה באשירה דמשה ועיין בתוס' סוכה דף ל"א בהשיטות שם שכל שיש לו ביטול יוכל לצאת ואי נימא דמועיל ביטול שיוכל לעשות מעשה שוב יוכל לצאת בע"ז דהא יש לה ביטול וע"כ דע"ז של ישראל בכל ענין ל"מ ביטול. ועכ"פ יהיה איך שיהיה הדין הוא אמת דע"ז של ישראל וכן אם זכה הישראל ועשהו לישראל ואין לה בטילה אף ע"י מעשה וכמ"ש בטעמו. ובזה יש לי לומר הא דאמר ר"ע דע"ז של ישראל עד שתעבד מ"ט דכתיב ושם בסתר עד שיעשה לה דברים שבסתר וא"כ אין המחשבה מביאתו רק לידי הכנה שתהיה ע"ז אם תעבד אח"כ שוב קודם שתעבד מועיל לבטלה וכמ"ש התוס' בקידושין לענין קבלת טומאה דכיון דאינו רק מביאה לידי קבלת טומאה אם תטמא שוב המחשבה מוציאה מידי מחשבה ולפי זה בהא דאמר גזירה דלמא מגבה לה והא הישראל לא אגבהה על מנת לעבוד אותה ח"ו רק לזכות בה א"כ כ"ז שלא נעבד שוב הו"ל ע"ז של נכרי דמועיל הביטול וצ"ל דאינו רק מדרבנן וכמ"ש הב"ח ביו"ד סימן קמ"ו ויש להאריך בזה ואכ"מ ולפמ"ש הט"ז באו"ח סי' קנ"ח ס"ק ז' היה מקום להאריך דל"מ מעשה כאן לפסלו מאלוה דגם לאחר שפסלו עוד נשאר שברי ע"ז ולמ"ד עובדין לשברים א"כ שוב ל"מ הביטול אך דברי הט"ז מגומגמים שם ועכ"פ מ"ש נכון:

יא איברא דלפ"ז צריך ביאור למה מועיל בנכרי ביטול והא מעשה א"י להוציא דהא מעשה גרועה היא וצ"ל דכיון דשם מחשבה לא אכפת לן א"כ אף מעשה גרוע מועיל כל שרוצה לבטל או אף בע"כ כל שפוחס קצת הרי יש מחשבה ומעשה שמוציא מידי מעשה משא"כ בישראל ואכתי קשה דמה מועיל ביטול דיאוש והא זה אינו רק מחשבה ולא מוציא מידי מעשה וצ"ל דבזה שאינו מבטל ענין אלהית רק שמבטל ע"ז זו ואומרת שלא מציל אותו ובוחר אלוה אחד זה יכול אף במחשב' לפסול אלוה זה אבל ישראל שמבטל האלוה בכלל וא"י לבטל במעשה גרוע ודו"ק. ובזה יש לומר טעם אחר מה דל"מ בישראל לבטל ע"ז משום דישראל מבטל כל ענין אלהות דמסתמא כשמבטל מודה באלקים אמת וא"כ מבטל כל ענין האלהית וצריך זה ענין גדול ובמה ניכר במה שפחס

ע"ז זו שמבטל כל ענין אלהית אבל בנכרי דאינו פוסל רק אלוה שלו ובוחר לו באחר כל שפחסו יצא ע"ז שלו ונפסל וז"ש פסילי אלהיהם משפסלו נתבטל והבן כי הוא דבר חדש ולכך כי פלח אדעתא דנכרי ס"ל לרבי בילדותו דיכול לבטל דהא פלח אדעתא דנכרי ולא גרע מנכרי ודו"ק היטב. ועכ"פ מכל מ"ש מבואר דהא דאמרו גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטלה והו"ל ע"ז של ישראל היינו רק מדרבנן דמחזי כע"ז דישראל וכמבואר ביו"ד סימן קמ"ו ובב"ח שם דמה"ת מועיל ביטול דהא הישראל באמת אינו עובדה ולמה לא יוכל לבטלה דכל שפסלה שוב אינה ע"ז רק מדרבנן הוא דמפסל ואף דבאו"ח סימן תקפ"ו לא כתב הב"ח כן בלא"ה דבריו תמוהין וכמ"ש המג"א שם ס"ק ה' ועל הגליון כתבתי דגם הב"ח מודה דמדרבנן א"י לבטלה וכעת רואה אני שהדבר מוכרח ודוקא מדרבנן א"י לבטלה אבל מן התורה יוכל לבטלה כל שלא רצה לעבוד רק לזכות הו"ל כע"ז של נכרי ויש לו בטילה ודו"ק ועיין בט"ז ביו"ד סימן קמ"ו: ובגוף הדבר הא דאמרו דע"ז של ישראל אין לו בטילה מדכתיב ושם בסתר ונתקשיתי לעיל מהיכן יצא להם. וכעת נראה לי דבר נפלא עפמ"ש בסי' קל"ט דלכך ע"ז ותשמישיה ונוי יש לה ביטול משא"כ תקרובת משום דע"ז ונוי' תלוי רק בשלימות הע"ז לכך כל שפסלו בטלה אבל תקרובת בכ"ש נקרא תקרובת ולכך לא בטל ע"ש. והנה כבר אמרו במנחות דף נ"ט דנתינה בכזית ושימה בכל דהו ולפ"ז בע"ז של ישראל דכתיב ושם בסתר א"כ בשימה כל דהו נקראת ע"ז ולא מהני ביטול דכל דהו מקרי ג"כ ושם בסתר ודו"ק היטב. ובזה ישבתי לנכון מה שהקשה אותי הרב מו"ה אברהם קאמפף נ"י מראווא בהא דאמרו בע"ז דף נ"ג דישראל אינו מבטל ע"ז של חבירו ופירש"י דשם בסתר כתיב ושאל דהמעיין בע"ז דף נ"ב ימצא דלר"ע ושם בסתר אתי לענין שאינו נאסר עד שתעבד וכן קי"ל כר"ע.

יב ובאמת שרש"י פירש כדאמרו בש"ס דושם בסתר כתיב אבל על הש"ס גופא קשה הקושיא הנ"ל דהא אנן קמ"ל כר"ע ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הילפותא מדכתיב ושם ושימה כל דהו משמע ודו"ק היטב כי הוא נעים ונחמד:

יג והנה בהא דאמרו בע"ז דף מ"ז בעי ר"ל המשתחוה לדקל לולבו מהו למצוה וכו' כי תבעי לך באילן שנטעו ולבסוף עבדו וכו' לענין מצוה מאי מי מאיס כלפי גבוה או לא כי אתי ר"ד אמר באשירה שבטלה קמבעי יש דיחוי אצל מצות או לא והדברים תמוהים דבתחלה מבעיא לי' במשתחוה לדקל לולבו מהו למצוה ואיך שייך לומר דבאשירה שבטלו קמבע"ל והיאך נתחלף כ"כ הדברים וכבר עמדו בזה המפרשים. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה ר"ל ס"ל בדף מ"ב שם דע"ז שנשתברה מאיליה בטילה ופריך הש"ס דלמה לא מועיל ביטול ישראל להוי כע"ז שנשתברה מאיליה ומשני רבא גזירה דלמא

מגבה לה והדר מבטל לה ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דאם היתה אשירה של עכו"ם ואף בעבדה ולבסוף נטעה בכה"ג ודאי מועיל אם הישראל מבטל להאשירה ומטעם דעכ"פ הו"ל כע"ז שנשתברה מאיליה וא"ל דהרי שייך הגזירה דלמא מגבה לה דזה אינו דהרי התוס' בסוכה דף ל"ג כתבו דמשנקצץ הלולב מן הדקל נתבטל ע"ש ולפ"ז בכה"ג לא משכחת לה דיהיה ע"ז של ישראל דהא אף שיקנה האשרה במחובר בחזקה וכדומה מכל מקום כל עוד שהוא מחובר היא מותרת דלגבי ישראל הוה נטעו ולבסוף עבדו וא"כ שוב לא שייך הגזירה דממנ"פ קודם שנקצץ הוה מחובר ולא מקרי ע"ז של ישראל ומשנקצץ שוב נתבטל כמ"ש התוס'. ומעתה זה דאמר הש"ס דר"ל מבעי לי' במשתחוה לדקל והיינו בנטעו ולבסוף עבדו אליבא דרבנן דלא נאסר להדיוט מהו לגבוה. ומעתה שפיר קמבע"ל באשירה שבטלה והיינו דאשרה שהיתה נעבד ולבסוף נטעו רק שבטלה אם אסורה והיינו אם שייך דיחוי ומשום דלר"ל לשיטתו דבע"ז של עכו"ם מועיל גם ביטול של ישראל ורק משום גזירה וכאן דלא שייך הגזירה שוב מועיל הביטול ושפיר קמבע"ל אי יש דיחוי וז"ב מאד והוא נעים ונחמד. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בסוכה שם דכאן מבעי' לי' לר"ל אם יש דיחוי אף לאחר שבטלו והרי לשיטת ר"ת כל דבטלו יצא לרבא וכן הקשו לשיטת רש"י דאף בלא ביטול מועיל לרבא כיון דיכול לבטלו והרי שם באשיר' דכותי מיירי דיש לה ביטול ואפ"ה מיבעיא לי' אי יש דיחוי והיינו בשבטלו אבל בלא בטלו אסור.

יד ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שם מיירי שבטלו הישראל אף דישראל א"י לבטל כאן יכול לבטל דלא נעשה ע"ז של ישראל ושפיר שייך דיחוי דהא עד שלא בטלו היה נאסר ועכשיו ג"כ לא בטלו העכו"ם אבל בע"ז שבטלה העכו"ם שפיר יש לומר דבטל ולא מאיס ושאני כאן דגם בנטעו ולבסוף עבדו מאיס למצוה שוב לא מועיל הביטול. איברא דעדיין קשה לשיטת רש"י דמקודם ג"כ יצא כיון דיכול לבטל ולא חשיב דיחוי וא"כ מה מבעיא ליה התם באשרה שבטלה אי יש דיחוי הא אף בלא בטלו אמרינן דאין דיחוי וכאן לא שייך מ"ש ליישב דהא לרש"י אף בלא ביטלו כל שהעכו"ם יכול לבטל ואף שאין בידו שיבטל העכו"ם אפ"ה לא חשיב דיחוי וא"כ ניהו דשם מיירי בשבא לישראל הא מכל מקום היה העכו"ם יכול לבטל עכ"פ. אמנם נראה דרבא מיירי כשלא זכה בו הישראל כלל דהא רבא ס"ל כר"י דקיי"ל כוותיה דאף ע"ז שנשתברה מאיליה אסורה א"כ לדידיה הישראל א"י לבטל כלל א"כ ע"כ מיירי בשלא זכה בו הישראל וא"כ שפיר אף בלא בטלו לא נאסר כיון דמשכחת לה ביטול כשביטלו עכו"ם דנכרי מבטל אף בע"כ אבל שם בעובדא דר"ל מיירי שבאמת זכה בו הישראל והשתחווה לו רק דהיה נטעו

ולבסוף עבדו לגבי הישראל א"כ קודם הביטול אף שהיה יכול לבטל ודאי מאיס לגבוה כמו דאבעיא לי' לר"ל המשתחווה לדקל לולבו מהו למצוה וא"כ פשיטא דמקרי דיחוי ולא מבעיא ליה רק בבטלו הישראל ע"י קציצתו אי מקרי דיחוי ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא ת"ל: ומצאתי במלמ"ל הלכות ע"ז פ"ח הי"א שנסתפק אם לר"י בע"ז שנשתברה מאיליה הוא ודאי איסור או רק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ונ"מ לענין מה דאין ישראל מבטל ע"ז של נכרי דלר"ל אינו רק משום גזירה ולר"י הוא מצד הדין ואם נימא דגם לר"י הוה ספק בבטלו ישראל לא הוה ודאי רק ספק ע"ש ולפענ"ד מבואר הדבר דלר"י הוה ודאי דהרי התוס' הקשו לרבא דאמר אם נטל יצא ומיירי בע"ז של נכרי והא מדאגבה' נעש' של ישראל ואין לה ביטול וכתבו דמיירי בנטל' ע"מ שלא לזכות בה ומיירי ביו"ט שני א"כ אין הלולב רק מדרבנן וא"כ יש לומר דהו"ל ספק דרבנן ושרי וע"כ דלר"י הו"ל ע"ז של ישראל. מיהו זה אינו דגם לר"ל כל שהגבי' ע"ז הישראל נעשית שלו ואין מועיל ביטול והמלמ"ל לא נסתפק רק בע"ז של עכו"ם אם השברים מותרים כשנשתברו מאיליהן אבל בהגבי' הישראל פשיטא דהו"ל ע"ז של ישראל ול"מ ביטול העכו"ם דכבר קנאו הישראל. והנה ביבמות דף ק"ג כתבו התוס' בד"ה סנדל דאפילו נקצץ הלולב מן הדקל נתבטל וכתב המהרש"א דכוונתם דלא מבעיא אם קצץ הלולב לצרכו דהוה כוונת ביטול אלא אפילו נקצץ מאיליו נתבטל דאף דהדקל אסור הלולב מותר כמו גבי שפיים דמותרים דזרק להו ולא פלח להו כדאמר פרק כל הצלמים וכוונתו למה דאמרו בדף מ"ב ודף מ"ט דאם שיפה לצורכ' היא אסור' ושפאי' מותרין ופירש"י דלא פלח לשפאים וזריק להו אבל הדבר תמוה דשאני שפאים דזרק לה אבל לולב לא זריק ליה. אמנם נראה דבנקצץ מאיליה יש לומר כיון דנשברה מאיליה בטל לה ואף לר"י יש לומר דמודה בזה דהא באמת אינו אלא ספק ואף דאין ספק מוציא מידי ודאי כל דיש לומר דלא ניחא ליה בשפאים שוב הו"ל ס"ס. מיהו זה אינו דהא הש"ס מסיק שם בדף מ"ב דכל שעיקר ע"א קיימת והיא דרך גדילתה לא בטלה במה שנקצץ מאליה ע"ש וצ"ע. והנה הרמב"ם בפ"ח מלולב ה"א כתב דאשרה הנעבדה אעפ"י שבטלוה אסורה וכתב ה"ה שס"ל לרבינו דכל שנטעו מתחלה להיות נעבד ל"מ ביטול כלל והכ"מ בתחלה לא נתרצה שיהיה אשרה שבטלה חמור כ"כ ואח"כ כתב דעכ"פ אם נימא דע"ז של עכו"ם אין מועיל ביטול לכתחלה באשרה שנטעה מתחלה לכך ודאי לא מועיל ביטול אף בדיעבד וכתב דרבינו מפרש הא דאמרו בע"ז דף מ"ז באילן שנטעו מתחלה לכך לא תבעי לך דאף להדיוט נמי אסורה היינו כיון שנטעו מתחלה לכך ודאי מאיס דמתחלת ברייתה היא לע"ז ונמאסת למצוה ע"ש דמה דמוקי הש"ס באשרה דמשה היינו ג"כ כיון שמתחלתה נטעה לע"ז

פסול אף בדיעבד וכתותי מכתת שיעורא מתחלת ברייתה ע"ש שהאריך וע"ש בלח"מ שרמז לדבריו בפ"א משופר ה"ג ע"ש ואני תמה דא"כ היאך יפרנס הא דאמר ר"ד אשרה שבטלה קמבעיא לי' והא ר"ל לא מבעלי' ליה בנטעו מתחלה לכך וכדפירש הש"ס לעיל לר"ל והיאך ר"ד יאמר דאשירה שבטלה קמבעיא ליה דאשרה היינו שנטעה מתחלה לכך ודוחק לומר דאשרה שבטלה היינו שלא נטעה לכך דזה דוחק דהא סתם אשירה היא כן ועוד א"כ מה הוסיף רב דימי. אמנם נראה דבאמת רב דימי הוסיף וחולק ע"ז שאמרו למעלה בנטעו מתחלה לכך לא קמבעיא לי' והוא יאמר דאף בזה מבעיא לר"ל כל שבטלה אי מועיל אי אמרינן יש דיחוי. אמנם עדיין קשה דר"ד מיירי באשרה שבטלה ונדחה מעיקרא בתחלת הנטיעה א"כ מה פריך הש"ס מכסהו ונתגלה ומשני דר"ל הא גופא קא מבעיא ליה והא בסוכה דף ל"ג מסיק הש"ס דיחוי מעיקרא לא הוה דיחוי אבל נראה ונדחה לא נפשטה וא"כ דיחוי מעיקרא קיל ואיך יהיה לר"ל חמור דיחוי מעיקרא מדיחוי וחזר ונראה וצ"ל דבאמת ר"ל ס"ל דשוים הם ובשניהם יש ספק אי הוה דיחוי ואף דר"ה ס"ל דאין דיחוי אצל מצות אף בנראה ונדחה דר"פ גופא מספקא ליה אם הוא אף לקולא או דוקא לחומרא. ומיהו לפי"ז לדידן דדיחוי מעיקרא לא הוה דיחוי א"כ באשרה שבטלה מהראוי שתהיה מועיל ואף דהתוס' כתבו בסוכה דף ל"ב דל"ד דשם בידו למעט משא"כ בע"ז דאין בידו לבטל ע"ז של עכו"ם אבל מכל מקום אינו מוכרח שיהי' עי"ז אף בדיעבד פסול וגם קשה לפמ"ש המלמ"ל דגם לר"י אינו רק ספק ובצלמים הוה ס"ס ושרי ע"ש וא"כ כאן דזה גופא אינו רק ספק אם יש דיחוי א"כ שוב הוה ס"ס דהא דיחוי מעיקרא מותר ורק דכאן אין בידו לבטל ואם נימא דאינו רק ספק א"כ מהראוי להיות מותר וצע"ג. אמנם לפענ"ד היה נראה דבר חדש דל"ד להך דשם דהא כל הטעם דנראה ונדחה עדיף מדיחוי מעיקרא כתב רש"י בסוכה דף ל"ג ד"ה תפשוט דמה שלא נראה למצוה מעיקרא ועכשיו הוא דמתחזי הוה כקרבן שהוקדש ומתחלתו מחוסר זמן היה אבל נראה למצוה וחזר ונדח' הו"ל דיחוי ולפ"ז זהו בדיחוי מעיקרא דהיינו שלא ראוי למצוה בלבד אבל בדחהו לע"ז דמאיס לגבוה והוא דחהו בידים שלא יהיה לגבוה א"כ פשיטא דדיחוי מעיקרא חשוב דיחוי. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דלשיטת רש"י דאף בלא ביטל מועיל כיון שיכול לבטל אמאי חשיב ליה דיחוי הא ראוי הוא לבטל ועיין במהרש"א ובריטב"א בע"ז מבואר השני הסברות של התוס'. ולפמ"ש אתי שפיר דהש"ס מבעיא לי' באשרה שבטלה והיינו שנטע' מתחל' לכך דזה ודאי אף דבטל' אח"כ עכ"פ נדחה מעיקרא ותחילת נטיעת' היה לשם כך וא"כ ה"א דלא מועיל והרי שיטת הרמב"ם באמת דהוא פסול משום שנדח' מעיקרא וכמ"ש. ובזה מיושב גם

קושית התוס' על ר"ת דהא רבא אמר אם נטל יצא ולפמ"ש יש לומר דבאשירה שבטלה שאני דשם ודאי מקרי דיחוי ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד.

טו ובדברי הרמב"ם מיושב מה שמוקי באשירה של משה ולא מוקי קודם ביטול כמ"ש התוס' משום דעיקר תלוי בשביל שהיא אשרה של משה וכמ"ש הכ"מ ועיין מהרש"א שהקשה בדברי התוס' דלמה לא משני דומיא דעיר הנדחת ואפילו ביטלו וכמו דכתבו לעיל לענין יו"ט שני ולא זכיתי להבין דבשלמא ביו"ט שני שפיר כתבו דהוה דומיא דעיר הנדחת דכולל בין יו"ט ראשון ובין יו"ט שני דשייך בי' אבל לענין ביטול מה ענין עיר הנדחת דלא שייך ביה ענין ביטול לע"ז דשייך בי' לחלק בין יו"ט ראשון ליו"ט שני וז"ב ופשוט.

טז והנה בשנת תרי"ג י"ב אב למדתי מס' ע"ז והגעתי אז לדף נ"ב נ"ג בהא דמוקי דישראל אינו מבטל ע"ז של עכו"ם דמיירי ביש לו שותפות עם עכו"ם והנה מזה השבתי על דברת הב"ח בא"ח סי' תקפ"ו דס"ל דכל שיש לו בעלים אף דנתכוין לזכות בה לא קנאה והמג"א תמה עליו דהא רבא אמר גזירה דלמא מגבה והדר מבטל לה והו"ל ע"ז דישראל הרי דאף שהוא יש לה בעלים אפ"ה נעשה ע"ז של ישראל. והנה בילדותי תמהתי ע"ז וכ"כ בגליון הש"ע שלי דהא רש"י פירש דלמא מגבה לה וקני בהגבהה דכל דבר הפקר קונה בהגבהה הרי דמיירי בהפקר ושפיר נעשה ע"ז של ישראל וכן ראיתי אח"כ שכמה אחרונים העירו בזה. וכעת ראיתי דיפה השיב המג"א דהרי רבא משני על המשנה דישראל אינו מבטל ע"ז של עכו"ם ומוקי לה בשותפות וא"כ ע"ז יקשה דהא הו"ל כע"ז שנשתברה מאיליה ולא שייך לומר דלמא מגבה לה ונעשה של ישראל דז"א דהא כאן החציו של עכו"ם וא"א שיזכה בו הישראל להב"ח ולמה לא יתבטל עכ"פ חלקו של נכרי. ובזה מיושב מה שהקשה הרב מוהרש"נ הבאתי למעלה בהא דאמרו בילדותו ס"ל דישראל אדעתא דנכרי פלח כי מבטל ליה נכרי דישראל נמי מבטלה וע"ז הקשה כיון דעכ"פ הישראל זכה בה דהא יש לו בה שותפות ניהו דאדעתא דנכרי פלח כיון דזכה בה והו"ל ע"ז דישראל דאין לו בטלה ולפמ"ש יש לומר דלדעת הב"ח כל דיש לו בעלים עכו"ם ל"מ מה שזכה בה ונעשה ע"ז דישראל דהא לא נעשה ע"ז דישראל כיון דיש להעכו"ם ג"כ חלק ואף שמסיפא משמע להיפך יש לומר כיון דיש לישראל חלק בו בודאי מועיל ונעשה ע"ז של ישראל ואף דכל שיש לו בעלים היינו באין לישראל שום חלק אבל ביש שותפות ושותפין כל אחד ואחד משתמש בכל' דיש לו חציו וחציו משועבד לו כמ"ש הר"ן ריש השותפין ואם כן שוב שפיר הו"ל ע"ז של ישראל כל דישראל אדעתא דנפשיה פלח ועדיף מהפקר ודוקא בהס"ד דרבי סבר דישראל אדעתי' דנכרי פלח אם כן שוב אינו ע"ז

של ישראל כלל דהא עיקרו של העכו"ם דישראל אדעתא דנכרי קא פלח ודו"ק ומיהו דברי הב"ח בלא"ה תמוהים דהרי התוס' בע"ז דף ס"ד ע"ב כ' בד"ה מסתברא דהא דאמרו לעיל פרק כ"ה שישראל הי' יכול לבטל ע"ז של נכרי אי לאו טעמא דדלמא מגבה לה והדר מבטל לה דוקא לרשב"ל אבל ר"י פליג עליה ואם כן לר"י מה בכך שהיה ע"ז של נכרים מ"מ לא יכול ישראל לבטל.

יז אמנם נראה דדברי הב"ח נכונים דע"כ לא כתבו התוספות רק דהישראל אינו יכול לבטל ע"ז של נכרים משום דלא פלח לה ודוקא לר"ל לא גרע מאילן ונשתברה מאיליה אבל לר"י ל"מ ישראל לבטל אף בלי הגזירה אבל אה"נ דהיה יכול ישראל לכוף לנכרי שיבטל ע"ז של נכרי חבירו אף שזה עובד לפעור וזה למרקוליס כדאמר בדף ס"ד שם וכדאמרו בדף מ"ג גבי ריב"ל בשם ר"א הקפר בריבי ואם כן שפיר כתב הב"ח דאם הי' ע"ז של בעלים נכרים יכול הישראל לצאת בו דמועיל ביטול. ובזה יש ליישב קושית המג"א דהא אמרו הגזירה. ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ לא חידש רבא הגזירה רק לר"ל אבל ר"י אפשר דלא ס"ל כלל הגזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה. ובזה יש ליישב קושית התוספות בסוכה דף ל"א ע"ב די"ל דלר"ל הוא דאמרו גזירה דלמא מגבה לה אבל לר"י לא ס"ל כלל הגזירה דבלא"ה לא מועיל ביטול דכל דלא פלח לה לא מבטל לה ודו"ק היטב.

יח ומה שהקשו התוס' בפסחים דף כ"ז דלהוי כע"ז שנשתברה מאיליה והקשו המג"ש והש"ך דהא אנן קיי"ל כר"י דע"ז שנשתברה מאיליה דאסורה לק"מ לפענ"ד דיש לומר דע"כ לא ס"ל לר"י דאסורה רק בנשתברה מאיליה די"ל דהוה ע"ז אף שנשברה ועיין בדף מ"ט דנחלקו אי עובדין לשברים ואף אם אין עובדין לשברים כל שהיתה ע"ז שלימה אף דנשתברה לא מניחין אותה כיון דהי' ע"ז אבל אם נשרפה והיתה לאפר פשיטא דבטולי בטלוה וז"ב ופשוט ושפיר הקשו ודו"ק. ודרך אגב ארשום פה איזה ענינים בסוגיא דאורג בגד למת בהזמנה מלתא בסנהדרין דף מ"ח מה שעברתי ע"ז בעת התחנך בבהכ"נ הגדולה פה לבוב בת"ה בשטח התחתון בעזרת הבהכ"נ וקבעתי שם חברה ש"ס וכבדוני להגיד להם השיעור בש"ק חיי תרט"ז ז"ך מרהשוון והנה במ"ש לאפוקי עכו"ם דלאו אורחי' פירש"י דעכו"ם אסור לעבוד אף לב"נ ויוכל להיות דמהדרי בהו וקשה הא אם נימא דב"נ מותר בשיתוף ואם כן שוב היתר הוא לגביה מיהו י"ל כיון דע"כ אין דרך לעבוד בשיתוף רק לע"ז לבדו וא"כ זה ג"כ שלא כאורחי': שם איתבי' כפה וכו' ופירש"י מדקתני טהור מן המדרס בהזמנה בעלמא אלמא הזמנה מלתא היא וק"ל דאף לאביי מי ניחא הא ע"כ לא אמר אביי רק דעל ידי הזמנה לא נחית קדושה או איסור אבל להוציא

מידי איסור או טומאה פשיטא דבעי שינוי מעשה וכבר אמרו דאין הכלים יוצאין מידי טומאתן אלא בשינוי מעשה ועיין קידושין דף נ"ט ולפי מה שרצו התוס' שם ד"ה נתנו לפרש דמיירי ע"י שינוי מעשה ניחא אבל התוס' דחו זאת צ"ע ועיין בחידושי הר"ן וצ"ע: שם אא"א משום הזמנה טוי לאריגה מי איכא למ"ד ק"ל דלמה לא מקשה ביותר דהא רשב"ג ס"ל דהזמנה לאו מלתא היא גבי ציפן זהב או טלה עור לשיטת התוס' שם ד"ה אע"פ וכן ק"ל מהא דאמרו אמר רשב"ג בד"א שלא נגעו במטה א"א בשביל מרריה ומה נ"מ ואף בנגעו אין אסור וקשה למה לא מקשה טפי דלרשב"ג לא מועיל הזמנה וצ"ע ומה דמשני במטה הנקברת עמו דמחלפי בתכריכי המת לפענ"ד נראה דהנה אמרו המוציא את החי במטה פטור אף על המטה שהמטה טפילה לו והמת במטה חייב והיינו דמת אין המטה טפל לו ואדרבא המת טפל להמטה ולפ"ז אותו מטה שנקברת עמו הוה כתכריכי המת דהמת טפל לזה ובזה יש להבין הא דאמרו במ"ק דף כ"ו חכם שמת כבודו במטה ראשונה שנא' וירכיבו את ארון אלקים על עגלה החדשה ותמה המהרש"א בח"א שם דאדרבא שם כתיב דהרכיבו אותו על עגלה חדשה ואם כן לקחו ארון אלקים מעגלה ששלחו פלשתים ושמו אותו על עגלה החדשה וגם שם טעה דוד כדאמרו בסוטה דכתיב בכתף ישאו. ולפענ"ד נראה לפמ"ש אתי שפיר דבאמת מה דמשנין ממטה למטה הוא משום דהמת טפל למטה ולא המטה טפל להמת ולכך לא נאסרה המטה ראשונה רק אותו מטה שנקברת עמו דזה הוה כתכריכי המת ואם כן זה באיש הדיוט אבל ת"ח שהמטה טפלה להגוף קדוש דאף שמת שפתותיו דובבות בקבר ובמיתתם קרויים חיים וא"כ המטה טפל לו ולכך אין כבודו להתטלטל ממטה למטה וזה שטעו דנשאו את הארון שחשבו דהארון כביכול טפל להעגלה אבל באמת זה טעות ואדרבה העגלה טפל להארון ולכך בכתף ישאו להורות דאף האיש עצמו טפל להארון ודו"ק. ועיין בש"ס שם דרשב"ג ס"ל דאין לנפלים תפיסת קבר וצ"ע במג"א סי' תקכ"ו ס"ק כ' וכפי הנראה שהוא רמז לזה במ"ש ספ"ו דסנהדרין ודו"ק:

יט והנה בברכות דף כ"ד ע"ב אמרו ולאביי דאמר הזמנה מלתא היא אזמניה ולא צר ביה צר ביה אי אזמניה אסור והקשה אותי תלמידי המופלג מוה' יעקב יוסף נ"י דא"כ למה אמר לא יצור תפילין עם מעותיו דמשמע דמעות לבדו מותר לצור והא לאביי כבר נאסר משום ההזמנה דבשלמא לרבא עיקר האיסור בעת הצרירה ואם כן נצמח האיסור ממה שצר תפילין אבל לאביי כבר נאסר משעת ההזמנה והשבתי דהברייתא אשמועינן דאף דאזמני' לשם תפילין ולשם מעות א"כ מטעם הזמנה לא נאסר דהא אזמניה גם ע"מ שיצור בו מעות ולכך אשמועינן דמכל מקום אסור לצור מעות עם התפילין ודו"ק: והנה

בשנת תרט"ז בשבת שמות הראני הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י דברי הש"ס בהא דקאמר בע"ז דף מ"ו גבי אבני הר שנדלדלו דלהכי כתיב שקץ תשקצנו דאע"ג דאתיא מדינא להיתירא לא תיתא ופירוש רש"י דכל דרשות שאתה דורש בע"ז לא תהיה לקולא אלא לחומרא אין לך להתיר אלא מ"ש בפירוש וע"ז הקשה מהא דפריך שם ע"ב גבי נעבד במחובר לגבוה וכל היכא דאיכא קולא וחומרא לקולא לא פרכינן והא הזאה דפסח וכו' ומאי קושיא שאני ע"ז דכל מה שיכולין לדרוש לחומרא דרשינן והשבתי דלק"מ דשם הוא ע"ז להדיוט ואם כן שפיר דרשינן לחומרא אבל בנעבד במחובר להדיוט שרי ולאו ע"ז היא ואף לפמ"ש התוס' בדף מ"ה ד"ה אלהיהם לחלוק על פירש"י עכ"פ אבד תאבדון כתבו בפירוש דלא קאי על מחובר ואם כן שוב לא דרשינן לחומרא ואינו בכלל שקץ תשקצנו. עוד הראני מ"ש רש"י בע"ז דף מ"ג ד"ה הרי במ"ש ואע"ג דלא השליכו לים שלו והקשה המהר"ם לובלין דהי' לו לכתוב דבעי שחיקה דבין לרבה ובין לר"י צריך שחיקה בשאר נהרות וע"ז אמר דרש"י לשיטתו דס"ל דע"ז של ישראל לא טעון שריפה ושחיקה רק גניזה וכן ראה בת"ח דע"ז של ישראל לא טעון גניזה יפה כתב וכן כתבתי בגליון הרמב"ם פ"ח מע"ז ה"ט וכן הבאתי בשם תוס' יבמות דף ק"ג גבי סנדל של ע"ז יעו"ש ואף דבתוס' שם דף מ"ג אינו מבואר כן ע"ש ד"ה והלא הלא נודע דרבים הם בעלי התוס' ודו"ק: והנה בשנת תרי"ט י"ז כסלו נשאלתי שאחד לקח עור בן פקועה לעבד לשם רצועות והנה עבר זמן רב עד שלבסוף הביא לו שלש ב"פ וזה עשה לו סימנים ולא מצא אותן הסימנים וזה טען שהן שלו והנה פשפש ומצא שעל אחת כתוב שם מרדכי והוא סימן שאינו של זה והראה לו והשיב אולי נתחלף לו אחת אבל מ"מ אותן השלשה עבד לשם רצועות והנה שאל אותי האיש הנ"ל אחר שלבו נוקפו אולי משקר והנה יש לו חשש דאולי מכל מקום עבדן ואם כן שוב אסור להשתמש בהם חול ולצורך רצועות לבו נוקפו שמא לא עבדן לשמן ואם כן מה יעשה והשבתי כמעט רגע דל"מ אותו שכתוב עליו שם מרדכי וזה אומר שנתחלף לו וכיון דזה מרדכי לא נתן לו לעבדן לשמן שוב א"י לאסור דבר שאינו שלו כמ"ש המג"א סי' מ"ב וגם השנים האחרות אם לא היו של המעבד רק של אחרים שוב א"י לאסרן. מיהו יש לפקפק דאולי ע"י העיבוד קנאן בשינוי ושוב יכול לאסרם ודברי המג"א צ"ע וגם אם אומן קונה בשבח כלי שוב יכול לאסור ואף דלאחר שהחזירם אינם קונה רק עד שמחזיר כמ"ש הרא"ש בב"ק מכל מקום כאן שלא החזיר שוב קונה בשבח כלי גם יש לומר לפמ"ש התוס' בשבת דף נ"ח דכל שאסרן בהנאה מקרי שינוי מעשה אם כן כל שעבדן לשמן הרי קנייתו ואיסורו בא כאחת דכל שמועיל העיבוד שוב היה שינוי מעשה וקנה עי"ז ועי"ז מועיל העיבוד וצ"ע:

סימן ס

א לצורבא מרבנן חריף ושנון נ"י.

ב אשר שאלת לבאר לך דברי התוס' בב"ק דף ק"ז ד"ה עירוב פרשיות שכתבו ונראה כפירוש הריב"א וכו' והאי דח"ה גבי הני חישלי וכו' לא דמי למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע בי' חברי' והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו ודבריהם סתומים ועמד עליהם הש"ך סי' פ"ב בכללי המגו והקצה"ח ובקשת להודיעך דעתי הנה הקשית לשאול בדבר שכבר דשו בו רבים וגדולים ונדחקו ומה מני יהלוך לפענ"ד ושכלי. אך בכ"ז אחר שדפקת דלתי מדרשי אמרתי התורה הפקר והרשות נתונה. נלפענ"ד בחנם חרדו כל החרדה דבאמת בהא דאמרינן מיגו דהעזה אמרינן אבל מיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן תמה הקצה"ח סי' פ"ב אות י"ד שם דמ"ש הא שבועה גם כן אתי לכלל ממון וכמ"ש הרא"ש דמה"ט אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אך לפענ"ד נראה דמה שרוצה לפטור עצמו שלא יגבה ממנו בזה אמרינן דאינו מעיז אבל אם הוא רוצה להוציא מחבירו דבר הידוע לחברו א"כ אם הוא עז פנים להוציא ממון חברו גם הוא יש לו עזות לטעון שקר כי דוקא לפטור עצמו שלא יוציאו ממנו אמרינן דבנקל אדם מחשב מחשבות לבל יוציאו ממנו אבל לטעון טענות שקר שחבירו מכיר בשקרו זה לא יעיז אבל אם הוא רוצה להוציא מחבירו בטענות שקר אף הוא לא ימנע מלטעון העזה וכבר חשבתי שזה היא כוונת הרשב"א בחלק שלישי הנקרא תולדות האדם סימן רע"ג והקצה"ח הביאו והמ"מ נרשם בטעות שכתב דכל שאתה חושדו בדבר הידוע לחברו דשלא כדין בא לחזוק בו כל שמעיז פניו בכך אף הוא יעיז ויעיז בכל טענה והביא מהך דחושלי והיינו דכיון שרוצה להוציא מחברו יכול לטעון טענת העזה אלא שלא א"ש הראיה שמביא משכיר ששם בא רק לפטור עצמו מהשכירות יעו"ש ועכ"פ הסברא בעצמותה נכונה ולכך לענין שיוציא ממון שפיר יש לומר דאמרינן מיגו דהעזה משא"כ לפטור עצמו מממון או משבועה לא אמרינן מיגו ולכך במודה במקצת לא אמרינן מיגו דא"י להעיז כ"כ ודוקא היכא שאינו העזה הוא דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה אבל לא במקום שיש העזה דאף דאתי לכלל ממון הא גם לפטור עצמו מממון לא אמרינן מיגו ולפי זה זהו שכתבו התוס' דל"ד למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע בי' חברי' והיינו בדבר שאינו רוצה רק לפטור עצמו לא שייך מיגו דהעזה דגם בממון גופא כל שאינו רוצה רק לפטור עצמו מממון אינו יכול לטעון העזה והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו והיינו דבחושלי ובשדה של אביך היתה כיון דרוצים להוציא דבר הידוע שאינו שלהם בזה אף להעיז אמרינן מיגו כיון דרצונם להוציא ממון ולכך לענין לאפטורי

משבועה לא אמרינן מיגו דהעזה כמ"ש הש"ך סי' פ"ב בשם כמה פוסקים דלענין אפטורי לא עדיף מאילו היה רוצה לפטור ממון דלא אמרינן מיגו דרק כשבא להוציא אמרינן מיגו דהעזה א"כ מכ"ש דשבועה דאינו רק גרמא לממון דלא אמרינן מיגו דהעזה עכ"פ דברי התוס' ברורים. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בנימוקי יוסף ס"פ הגוזל עצים גבי הא דאמרי אבל פקדון מעיז אחר שהביא דברי רש"י ור"י הנ"ל כתב וא"ת היכא אמרינן הכא דלא אמרינן מיגו דהעזה והא בהנהו עיזי דאכלי חושלי אמרינן מיגו אף שהיה מעיז וכתב ליישב וז"ל וי"ל ולחלק בין היכא שהחזיר' בדבר שהוא ידוע שאינו שלו שכבר הוא מעיז ואם כן אין לנו לגרוע המיגו משום מעיז ובין הבא לטעון נאבדו לשמוט שלא יגבו משלו דאינה ידוע העזתו כיון שאינו בא להחזיק משל אחרים שאז יש לו לגרוע המיגו משום מעיז דהשתא היתה ידוע וניכרת העזתו עכ"ל ראו עיני ושמחו שהחילוק הלז מבואר בנימוק"י בין כשבא להחזיק משל אחרים ובין כשרוצה לפטור עצמו ומ"ש בנימוקי יוסף שם בטענת נאנסו זה ט"ס דבנאנסו יש לו מיגו דהא אינו מעיז וצ"ל במלוה וכפי הנראה שכן פירש הנימוקי יוסף דברי התוס' שכתבו דהנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו דאל"כ הא מקשה קושית התוס' מחושלי מדעתא דנפשי' והרי הביא שיטת הר"י שהוא לפנינו בתוס' בשם הריב"א וע"כ שכוון למ"ש ועכ"פ דברי התוס' ברורין ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף שבזה מיושבין דברי הנימוק"י ברורין אבל באמת לפמ"ש יש לתמו' יותר דהרי הנימוק"י סותר דבריו לעיל שכתב דהיכא שבא להוציא אמרינן מיגו דהעזה וא"כ כאן שבא להוציא מיד זה שלקחן והרי ידוע שזה לקח אותן והרי הן שלו וא"כ אם נימא דזה משקר במה שטען שגנבו ממנו א"כ כיון שרוצה להחזיק בשל אחרים שוב אמרינן מיגו דהעזה וע"כ נראה לי ברור דט"ס נפל בלשון הנימוקי יוסף וצריך לומר דדבריו מסכימים למה שפירשתי גבי פקדון מעיז והמדפיס ראה שכתב פירש חשב שכוונתו לפירש"י והעתיק תיבת ז"ל והדבר ברור כשמש שכוונתו למ"ש וא"כ דבריו מבוארים ואין בהם נפתל דהיכא שבא להוציא אמרינן מיגו דהעזה ובאמת הש"ך ז"ל וכל האחרונים לא הרגישו כלל בדברי הנימוק"י שבפרק הגוזל עצים שמחלק חילוק חדש בענין מגו דהעזה וע"כ לא הזכירו כלל החילוק הנ"ל אבל באמת הנימוק"י יש לו דרך חדש וכפי הנראה שמתוס' לקח זאת וכמ"ש ות"ל מקום הניחו לי רבותינו הקדמונים והאחרונים וגם הר"ש שהביא הש"ך שם אות כ"ג ואות כ"ט יוכל לסבור חילוק הלז ודו"ק היטב איברא דעדיין יש מקום ליישב קושית הרא"ש הנ"ל שהקשה דלמה לא יהי' נאמן לומר גנובין הן מידי במיגו דשאולה דבאמת הוה מיגו דהעזה וא"ל דכיון שבא

להוציא מחבירו דבר שהוא שלו שוב אמרינן מיגו דהעזה דהרי כאן מחזיר לו דמים משום תקנת השבים וא"כ שוב אינו מוציא ממון רק החפץ נוטל מידו אפשר דבכה"ג לא שייך מיגו והוה כמו לפטור וצ"ל דסברתם דעכ"פ הוא רוצה להעיז ולהוציא החפץ מתחת ידו ובכה"ג אמרינן ג"כ מיגו דהעזה וצדקו דברי הרא"ש והנימוק"י ובזה נראה לי מ"ש התוס' בב"ב דף נ"ב וכן בשבועות וכ"מ בשמהר"ר דודי ליישב הקושיא הלז דהוה מיגו להוציא אף שמחזיר הדמים והיא תמוה דלמה יהיה נקרא להוציא כיון שאינו מוציא רק החפץ אבל נותן דמים בעדו וכבר נדחק הש"ך בזה בסי' קל"ג ס"ק י"ג ולפמ"ש אתי שפיר דהכי כוונת התוס' בשם מהר"ר דודי דבאמת כאן הוה מיגו דהעזה דלא אמרינן ורק דכיון שבא להוציא ממון אמרינן דיעיז ג"כ א"כ ממנ"פ אם נחזיק זאת הטענה שהוא להוציא שוב לא אמרינן מיגו להוציא ואם נימא כיון דצריך להחזיר דמים לא שייך מיגו להוציא א"כ שוב הוה כמו לפטור משבועה ומממון דלא אמרינן מיגו דהעזה כל שאינו רוצה להוציא ממון ממש והתוס' שחולקין ס"ל דניהו דלענין מיגו להוציא לא שייך זה דאינו מוציא ממון מ"מ העזה שייך בזה דמ"מ הוא רוצה חפץ של אחרים ויכול להעיז ודו"ק היטב ויש ליישב בזה כמה קושיות שבש"ך שם ואכ"מ להאריך אחר שכתבתי כ"ז מצאתי את שאהבה נפשי בשיטה מקובצת בב"ק דף ק"ז שם שכתב על דברת התוס' דבמידי דכפירה אינו מעיז והאי דהתם לאו מידי דכפירה כתב ע"ז בשיטה והרא"ש ז"ל כתב דלעולם איכא העזה כיון דבא להחזיק בדבר שאינו שלו הלכך נאמן במיגו אף דאיכא העזה אבל בטענת נאנסו אין העזה כשאינו יודע לפי שאינו בא להחזיק בשל אחרים אלא בא להשמט שלא יגבו משלו ועוד דבנאנסו לא שייך העזה וכו' הרי בהדיא דמפרש לה לדברי התוס' כמ"ש בכוונתם והן הן דברי הנימוק"י שם ות"ל כי כוונתי לאמת בדברי רבותינו בעלי התוס' במקום שלא מצאו כל אנשי חיל ידים ומקום הניחו לי מן השמים.

שוב מצאתי להרב בעל משנה למלך בפכ"א ממלוה בתשובתו הארוכה בסוף הדיבור בד"ה ואבא היום שהאריך בדברי הנימוק"י פרק הגוזל בתרא דלא ס"ל דאמרינן מיגו דהעזה ובפרק חזקת אמרינן מיגו דהעזה ונסתבך ג"כ בט"ס הנ"ל בנימוק"י ומה שרצה שם לחלק בין להוציא בין להחזיק הוא ענין אחר משום דמיגו להוציא לא אמרינן אבל זה אינו ענין להעזה כלל ע"ש. אחר זמן רב הראוני שבכסא דהרסנא לש"ב הגאון סי' ד' כתב מדעתא דנפשיה סברא הלז וקצת בסגנון אחר ואילו ראה דברי הנימוק"י פרק הגוזל קמא והשיטה מקובצת הנ"ל היה שמח מאד וגם ראיתי שהרגיש בדברי הרשב"א הנ"ל ורצה להסכים לסברא הלז ועמי היתה ושלחתי' כי הרשב"א בסופה המשיך אותה

גם בשכיר שבא לפטור עצמו מהשכירות וכמ"ש למעלה וכבר כתב שם שלא הי' לפניו דברי הרשב"א בעצמו ונהניתי עד מאד שזכיתי לכוין בדברי התוס' כוונה אמיתית ודו"ק.

ג והנה לשיטת רש"י דכופר הכל פטור דוקא במלוה משום דאין אדם מעיז קשה טובא דא"כ בהילך דפטור מ"ט דהא סוף סוף א"י להעיז ולכפור הכל בשלמא לשיטת התוס' דכופר הכל גזירת הכתוב הוא משום כי הוא זה דמשמע מודה במקצת א"כ דוקא מודה במקצת אבל כל שטוען הילך הו"ל כאילו כופר הכל אבל לשיטת רש"י דמודה במקצת חייב משום דאמרי' אשתמוטי קא משתמט וא"כ גם בהילך ניהו דחשוב מה שכופר ככופר הכל סוף סוף נתן לו מקצת ושייך מיגו דחשוד ואשתמוטי קא משתמט ולמה לא ישבע וצ"ל דבאמת רש"י לשיטתו דס"ל דהילך אינו רק בפקדון כמבואר בטור סי' פ"ז ובפקדון ס"ל לרש"י דגם כופר הכל חייב דלא שייך אין אדם מעיז ובאמת שי"ל טעמו של רש"י משום דק"ל בפקדון דלא שייך אשתמוטי כשראו בידו פקדונו א"כ למה לא יהיה נאמן במיגו דכופר הכל וע"כ דגם כופר הכל חייב בפקדון. אך עדיין קשה דכל מודה במקצת יפטור בפקדון דכיון דהילך פטור בפקדון לשיטת רש"י וכל פקדון כשמודה במקצת הו"ל הילך דבכ"מ שהוא ברשותו דהמפקיד הוא וכמבואר בב"י שם אך באמת הדבר נכון דהרי בלא"ה צריך להבין לשיטת רש"י דכ"ה חייב בפקדון וא"כ הילך איך משכחת לה דלפטור דהילך לא עדיף מכ"ה דחייב בפקדון ובמלוה ס"ל לרש"י דלא מקרי הילך וכבר נתקשה בזה הט"ז. אך נראה דהנה באמת סברת רש"י צ"ב דמה"ת משום דעירוב פרשיות כתוב כאן ולעקור הפרשה ממקומה בשביל סברא דאין אדם מעיז ל"ש בפקדון ודלמא גזירת הכתוב היא דאין חילוק בין מלוה ובין פקדון. אך ביאור הדבר דבאמת יש לו להתובע חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו דהיא חזקה אלימתא דלא חציף אינש לתבוע דבר שאין לו שום ענין בזה ולכך כתב רש"י דבשלמא במלוה דיש חזקה דאין אדם מעיז כנגדו א"כ אוקי חזקה להדי חזקה ולכך פטור בכ"ה ובמודה במקצת אף דחזקה אין אדם תובע אתרע דהא עכ"פ מקצת יש לו וכמ"ש בתשובה אחרת בשם הנימוק"י סברא זו אפ"ה גם להיפך איכא רגלים לדבר דהרי הודה לו במקצת אבל בפקדון כיון דליכא חזקה דאין אדם מעיז דלא עשה לו טובה שוב החזקה דאין אדם תובע בתקפה ולכך מחוייב לשבע בכופר הכל. ובזה מיושב היטב מה דקשה טובא היאך שייך עירוב פרשיות והיאך נאמר דהתורה כתבה שלא במקומה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מודה במקצת הדין שוה בשתיהם דחייב וא"כ בפקדון שפיר כתבה התורה כי הוא זה דבאמת מודה במקצת איכא רבותא טובא דלא שייך החזקה דאין אדם תובע דהא באמת יש לו מקצת ורבותא אשמעינן דאף בזה חייב שבועה דעכ"פ הודה במקצת

ומכ"ש בכופר הכל דהחזקה דאין אדם תובע בתוקפה אבל במלוה דוקא כי הוא זה דהיינו מודה במקצת דבכופר הכל פטור משום דחזקה דאין אדם מעיז סותר החזקה דאין אדם תובע. ובזה יש ליישב הרבה קושיות על רש"י ולפ"ז בהילך ניהו דהו"ל ככופר הכל אבל הרי הודה לו במקצת ולא שייך החזקה דאין אדם תובע ושוב פטור בהילך דהו"ל ככופר הכל ואף דלא שייך החזקה דאין אדם מעיז הא גם החזקה דאין אדם תובע ג"כ לא שייך ופטור דהו"ל ככופר הכל במקום דל"ש שתי חזקות ופטור ומכ"ש לפמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י דשבועת מודה במקצת הוא משום דכיון דחייב לשלם המקצת הוא מגלגל עליו שבועה על המותר ובהילך דהו"ל כופר הכל בודאי פטור אף בפקדון ודו"ק היטב:

ד והנה במ"ש התוס' בב"מ דף ג' דוכי הוא זה משמע מגזירת הכתוב דדוקא מודה במקצת הטענה חייב ולא כופר הכל והוגד לי בשם המהר"ם שיף ז"ל שהקשה דאכתי י"ל דכי הוא זה דממעט כופר הכל הוא דוקא במקום שא"י להעיז ואכתי מנ"ל בבנו דלמא שם אף כופר הכל חייב דיכול להעיז. ואמרתי ליישב דהנה כי הוא זה מיירי בפקדון דלשיטת ר"ת וריב"א מיירי באמת בפקדון ג"כ וגם אמלוה למר לפי שיטתו ולמר לפי שיטתו וא"כ שם יכול להעיז ואפ"ה אמרה תורה דבעינן כי הוא זה וא"כ שפיר אמרו דדוקא מודה במקצת ולא בכופר הכל וז"ב. ובזה יש לומר דמכאן הוציא רש"י שיטתו דלפירוש רש"י למ"ד עירוב פרשיות כתוב כאן ואמלוה דוקא היא דכתיב כי הוא זה וא"כ ליכא למימר דגזירת הכתוב הוא דמנ"ל במקום שיכול להעיז דלמא כי כתיב כי הוא זה דוקא במקום שא"י להעיז ולכך כתב דבאמת במקום שיכול להעיז חייב כופר הכל וא"כ לכך בפקדון חייב כ"ה וליכא מיגו דכ"ה ודו"ק היטב כי יש להאריך בכ"ז אחר שנים רבות עיינתי בשו"ת בשמים ראש בסי' כ"ז וראיתי שש"ב הגאון בעל כסא דהרסנא גם הוא חתר ליישב שיטת רש"י דרש"י סמך על חזקה דאין אדם תובע ולכך בפקדון שלא שייך חזקה אין אדם מעיז שוב חזקת אין אדם תובע בריאה וחזקה ע"ש אלא שרצה ליישב קושית התוס' על רש"י מכמה מקומות שהקשו עליו וע"ז כתב דבר זר לפענ"ד דכמו דסמכינן מה"ת על שטר דהוה כאלו נחקר בב"ד ומטעם דלא חציף איניש לזייף ואפ"ה מדרבנן עקרו להאי חזקה ואצרכי' קיום כמו כן בפקדון ניהו דמה"ת הוה חזקה דאין אדם תובע מ"מ רבנן עקרוהו ושויהו לפקדון כמו מלוה ועקרו לשבועת התורה זה ת"ד שהבינותי ברמיזותיו. והנה כמו זר נחשב בעיני דניהו דעקרו בשטר חזקה לא חציף לזייף היינו שהצריכו לקיים והרי כל חזקה דאיכא לברורי אף באיסורי מבררין מכ"ש להוציא ממון ע"י השטר פשיטא דאצרכי' קיום אבל שבועת התורה בפקדון דסמכה התורה על חזקה

דאין אדם תובע והיאך כח ביד חז"ל לפטרו מכל וכל בלי טעם כלל ולמה עשו כזאת לעקר השבועה לגמרי ואדרבא כלפי לייא דהרי במלוה שסמכה התורה על חזקת אין אדם מעיז ופטרו אותו משבועה עשו חז"ל היסת משום חזקה דאין אדם תובע ובפקדון דהתורה סמכה על חזקה דאין אדם תובע יעקרו אותה שבועה ואף די"ל דכיון דמדרבנן צריך שבועה בודאי במלוה ופקדון לא מקרי עקירה לשבועה דסוף סוף נשבע היסת דזה אינו דמלבד דיש כמה נ"מ משבועה דאורייתא לדרבנן כמבואר בשבועות דף מ"א אף גם דאכתי מה יעשה ללישנא דבעי ר"נ דררא דממונא בשבועת היסת א"כ במקום דליכא דררא דממונא יפטר מכל וכל בפקדון דזה דוחק לומר דחז"ל לא השוו מדותיהם דבפקדון אף במקום דליכא דררא דממונא נמי חייב דהרי סתמא תקנו חז"ל היסת. והנה רציתי לחתור היבשה ולומר דזה שיטת רש"י שהובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"א דכתב דרש"י כתב בפרק כל הנשבעין דגם קודם ר"נ היה שבועת היסת בקצת ענינים ואני ציינתי בגליון הש"ך שם זה רבות בשנים שהוא בדף מ"ו ע"א ד"ה אלא. ולפמ"ש יש לומר דרש"י לשיטתו דס"ל דבפקדון יש שבועת התורה כיון דלא שייך אין אדם מעיז ולפ"ז שם שבועת בעה"ב נגד השכיר דודאי יכול הבעה"ב להעיז נגד השכיר ורק דרבנן עקרוהו להאי חזקה דאין אדם תובע ועכ"פ הוצרכו לתקן שישבע עכ"פ מדרבנן א"כ אותו היסת הוא מן התורה. ובזה מיושב קושית התוס' שם מהא דאין לך בידי פטור דזה בהלואה ובו לא נתקנה היסת בימי התנאים ומ"ש מהא דאמרו בקידושין והשתא דתקון רבנן שבועת היסת עיין במרדכי בקידושין שם שכתב באמת דלרבותינו שאמרו שתקנו שבועת היסת בימי התנאים ע"ש ולא הרגיש בהא דאמרו והשתא דתקון רבנן שבועת היסת. אך נראה דבאמת הם יפרשו דשם הוה הלואה ואף שכתבו התוס' שם ד"ה לעולם דפקדון הוה אצל עדים לפענ"ד לענין שבועה דכ"ה לא מקרי פקדון דכל הטעם משום דאין אדם תובע ולפ"ז מה דיטענו אהדרינהו ללוה לא שייך כ"כ החזקה דאין אדם תובע דהא באמת הי' לו רק שפרעו אותו. וגם נראה לפענ"ד דכיון שהם הי' שלוחים בשכר נראה לפענ"ד דשייך ג"כ החזקה דאין אדם מעיז דעשה לו טובה ששולחם בשליחות ונתן להם שכרם. ועכ"פ איך שיהיה נכונים דברי רש"י בשבועות שם. ובזה מיושב היטב מה שכתבתי בגליון הש"ך שם דהדבר תמוה מאד דלא זכרו דברי רש"י בשבועות דף מ"ח ע"ב ד"ה הא שכתב דבימי התנאים לא תקנו שבועת היסת. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דקאי לגבי הלואה ושבועת השותפות דהוה כמלוה ובמלוה שייך חזקה דאין אדם מעיז ולא תקנו שבועת היסת. ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב דברי רש"י בכתובות דף ח"י בהא דאמרו לתני מודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיו לך שהוא נאמן ופירש"י

נאמן מדאורייתא בלא שבועה ורבים ראו כן תמהו דמה ביקש רש"י בזה ואטו לא ידענו זאת דרבנן תקנו היסת ולפמ"ש י"ל דרש"י לשיטתו דתקנו היסת בימי התנאים וא"כ היאך יתכן לשון נאמן והא צריך לשבע אבל כבר כתבתי דזה דוקא בפקדון דמה"ת צריך שבועה ורק דרבנן עקרו לאותה שבועה ושמו תחת זה שבועה דרבנן אף בימי התנאים אבל במלוה דמדאורייתא פטור בלא שבועה א"כ לא נתקנה היסת רק בימי ר"נ וז"ש רש"י נאמן מדאורייתא בלא שבועה וא"כ רבנן לא תקנו בזה בימי התנאים ודו"ק היטב שהוא כפתור ופרח בכוונת רש"י. אך לפענ"ד היה נראה בגוף שיטת רש"י דבפקדון לא שייך אין אדם מעיז דלא עשה לו טובה דזה דוקא בש"ח דלא קיבל שום טובה אבל בש"ש דנתן לו שכירות ומכ"ש בשואל דכל הנאה שלו אף בפקדון שייך החזקה. וזה נראה לפענ"ד מה דאמרו עירוב פרשיות כתוב כאן וכבר תמהתי דאיך שייך עירוב פרשיות והא מ"מ כתיב בפקדון ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם גבי פקדון שייך כי הוא זה מודה במקצת ולא כופר הכל דהיינו בש"ש ושואל רק דאי אמרינן דקאי בש"ש ושואל הרי הוקשו כל הפרשיות דשומרין וכמו דיליף לענין פשיעה בבעלים וכדומ' וא"כ הוה אמרינן גם גבי ש"ח זאת דהרי כתיב בגווה ולכך אמרינן דכי כתיב הוא זה אמלוה והיינו משום הטעם דכתב רש"י דשייך אין אדם מעיז וא"כ ממילא בפקדון לא שייך זאת אבל בש"ש ומכ"ש שואל דשייך אין אדם מעיז דהרי קיבל טובה במה דנתן לזה לשמור בשכר ומכ"ש שואל דכל הנאה שלו פשיטא דשייך חזקה דאין אדם מעיז וז"ב כשמש. ובזה הי' מיושב הרבה קושיות התוס' על רש"י דבש"ש ושואל שייך החזק' דאין אדם מעיז וז"ב ובזה מדוקדק היטב הלשון דעירוב פרשיות כתיב כאן והיינו דהי' צריך לכתוב כי הוא זה בש"ש ושואל ולא בש"ח ופרש' הראשונ' בש"ח ושניה בש"ש ודו"ק היטב כי לפענ"ד שיטת רש"י נתפרש היטב. ובזה מיושב קושית הט"ז סי' פ"ז הנ"ל דלרש"י דהילך לא שייך בפקדון ואיך שייך הילך והא בפקדון אף כ"ה פטור והיא קושיא עצומה ולפמ"ש אתי שפיר דהא גם ש"ש ושואל הו"ל כפקדון הילך דהא יד שומר כיד בעלים וכל היכא דהוא ברשותא דבעלים היא ול"מ ש"ש אף שואל דכל שכלתה שאלתו הרי הוא ברשות בעלים וגם בימי שאלתו הרי הוא ברשות בעלים ויכול הלה להקדיש ולמכור ועיין תוס' ב"ב דף פ"ז ע"ב וא"כ שפיר מקרי הילך ודו"ק היטב: ובחידושי אמרתי בזה ראיה ברורה לרש"י דבפקדון חייב שבועה אף בכ"ה דהרי שיטת הרמב"ם ורב האיי דבכלים אפילו עשרה מחטין בפרוטה וטענו שנים והוד' לו באחד מהן חייב וכמ"ש בש"ע סי' פ"ח סעיף ג' וכ"ה שיטת רש"י והתוס' חלקו ע"ז בשבועות דף ל"ט ע"ב ע"ש והנה הקצה"ח הקשה דכיון דבפקדון מקרי הילך דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא כמבואר שם סכ"ד

וא"כ איך משכחת לה קרא דכי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור דאי מה שמודה לו בעין וא"כ הו"ל הילך ואי לא הוה בעין רק שנאבד ומודה לו בדמים הא כיון דאינו שו"פ שוב לא נזקקין לדינו ולא מתחייב שבועה ודוחק לומר דמיירי בהלואת מחטין דהא הקרא דכסף או כלים דמיני' מרבינן כלים למה שהן בפקדון כתיב ע"ש והיא קושי' גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דמזה יצא לו לרש"י דבפקדון אף כופר הכל חייב וא"כ שוב שפיר חייב בכלים אף דמה שהוד' הוא בעין וגם הילך חייב ושם בש"ח כתיב ובזה אף כופר הכל חייב.

ה ויתכן יותר דבאמת לענין שבועת שומרין יש שני דיעות בש"ע סי' פ"ח ס"ה אי חייב אף בפחות משתי מעין והנה לפ"ז ל"מ אם נימא דא"צ שתי כסף והיינו מטעם דכיון דכי הוא זה אמלוה היא דכתיב אמרינן דגם כסף או כלים קאי אמלוה דוקא א"כ פשיטא דל"ק דהא לא בעי כלל שיהי' כסף ואף אם נימא דמכל מקום בעי כסף או כלים ולא עקרינן לגמרי הקרא דבשומר כתיב מכל מקום הא פקדון אף כ"ה חייב ומכ"ש הילך וא"כ מיירי שיש בעין ומכל מקום לא הוה הילך וא"כ מיושב היטב לשטתו קושית הקצה"ח הנ"ל ודו"ק: ובגוף קושית הקצה"ח הנ"ל נראה לפענ"ד דבר נחמד דהנה כל הטעם דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא הוא דידו כיד בעלים ולכך בפקדון דכפרי' לא מקרי דבר שברשותו כמבואר בחו"מ סי' רי"א ולפ"ז כאן דתובע לו שנים והוא מודה לו באחת אם כן על כל פנים רוצה לשלוח יד באחת דכפרי' ואם כן הו"ל גזלן דשולח יד ואף בחשב לשלח יד הו"ל גזלן ושוב אינו ברשותו מקרי וא"כ מקרי שולח יד בפקדון וחייב ול"מ הילך וא"ל דניהו דחשב לשלוח יד באחת הא הוה דברים נפרדים ול"מ שולח יד ובפרט במה שחשב לשלוח יד דהא לא הגביהה. אמנם נראה דהא אמרו בסוף פרק המפקיד גבי חמרא דניחא לי' דתהוי חביות כלה בסיס לאותו רביעית ובארנקי מבעיא לי' אי שאני נטירותא דארנקי מנטירותא דדינרי והוה אבעיא דלא אפשיטא וכמ"ש בש"ע סי' רצ"ב. ולפ"ז נראה לי דבר ברור דכאן שכלי אחת אינו שו"פ א"כ יש לומר דמיירי באם שני הכלים שו"פ וא"כ פשיטא דלא מנטרא רק ביחד דעל אחת שוב הו"ל פחות משו"פ ואין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ ויכול למגזלה מי שירצה וגם ל"ש דהוה נפרד דהא בפני עצמו אינו דבר חשוב ואינו שו"פ וא"כ פשיטא דמקרי שולח יד בפקדון וחייב ולא מקרי הילך ודו"ק היטב כי הוא עצה עמוקה ובלא"ה יש לומר דבפחות משו"פ לא מקרי ברשותא דמרא דהא אם אחד יגזול אותה אין ב"ד נזקקין לו ולא מקרי ברשותא דמרא. ובלא"ה יש לומר דכל הטעם דכלים חשובים אף בפחות משתי מעין משום דהכלים נחשבו ויכול לומר בזה לדידי שוה לי דאף דבפחות משו"פ לא שייך לומר לדידי שוה לי כמ"ש הר"ן

בקידושין דף י"א מ"מ בכלי יש לומר לדידי שוה לי וחייב שבועה אף שאינם שו"פ והארכתי בזה בתשובה אחת ולפ"ז זהו כשתובעו בכלים נזקקין אף לפחות משו"פ ועיין ש"ך סי' וא"ו אבל כשזה כופר ומודה לו באחת ל"ש לומר דהו"ל הילך דבאמת הוה פחות משו"פ וא"כ לא שייך לומר דהו"ל כופר הכל דהא החזיר לו אחת דזה אינו דבאמת מה דקא מודה הו"ל מודה במקצת דל"ש דהוה ברשותא דמרא דבאמת אינו שוה בעצמותו רק דהוא מחשיבו לממון אבל אם לא השיב לו לא חשיב לו ממון ולא הוה ברשותא דמרא ויתכן יותר לפמ"ש בתשובה בביאור ענין הילך דפטור לפמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י דלכך מודה במקצת חייב שבועה דמה שמודה לו זה מגלגל עליו שבועה וכעין גלגול שבועה ולפ"ז כל שא"ל הילך נסתלק ממנו ואין לו מה לגלגל ולפ"ז כאן דתורת השבה אין בפחות משו"פ וא"כ אין כאן השבה מעליא ועיין בב"ק דף ק"ה וא"כ שוב הו"ל מודה במקצת ודו"ק היטב ועיין בשלטי גבורים ברי"ף ר"פ שבועת הדיינים שם הביא שלשה שיטות בכופר הכל שיטת רש"י ותוספות אמנם שיטת ריב"א שבתוס' דבמידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז הבין בה כוונה זרה ובמחכת"ה הקשה שם קושיא ולא ידעתי כלל איך הי' ניחא לדידיה כוונת הריב"א הנ"ל בזה ויש שם הרבה גמגומים וכאשר עיני המעיין תחזנה. והנה בהא דפריך הש"ס כתובות דף ח"י דלתני מודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיך דנאמן והדבר תמוה מאד דבזה ל"צ כלל למגו ומכ"ש להפה שאסר ושוב בלא"ה נאמן לטעון פרעתי וכמבואר במשנה ר"פ שבועת הדיינים מנה לי בידך א"ל הן תנהו לי נתתיו לך פטור. וכן הקשה אותי מתלמודי נ"י ויגעתי ולא מצאתי בזה. אמנם נראה דל"מ לשטת רש"י דכל שיכול להעיז חייב כמו בפקדון א"כ שם דיכול להעיז שלא תבעו אדם בודאי הי' צריך שבועה אי לאו הפה שאסר. ובזה מיושב דברי רש"י שכתב דנאמן מן התורה בלי שבועה והיינו כמ"ש למעלה בזה וגם לשיטת הריב"א כל שלא תבעו לא שייך העזה וחייב והוה כנאנסו ועיין תוס' ב"ק דף ק"ז ולפמ"ש למעלה בפירוש התוס' לא אתי שפיר ועכ"פ לרש"י ודאי אתי שפיר אמנם יש לומר דרש"י מקשה דלתני מודה ר"י באומר לויתי ופרעתיו היינו אף בתוך זמנו דאבעיא היא בב"ב דף וא"ו אי נאמן במיגו דאי בעי הי' טוען לא לויתי או פרעתיך אחר זמנו וא"כ בהפה שאסר נאמן אף בזה וכ"כ הש"ך בסי' ק"ח בהדיא וא"כ ל"ק דשם מיירי שטען פרעתיך אחר זמנו כנלפענ"ד ודו"ק והא דמשני משום דבעי למתני אם יש עדים שהוא לוה ממנו והא קי"ל דא"צ לפרעו בעדים היינו דיהיה נאמן שפרעו בתוך זמנו במגו ודאי בעי טעין לאחר זמנו והרי הוה אבעיא דלא אפשיטא בב"ב וא"כ שוב אי אפשר למתני דשמא פטור ובפרט דהוה קולא לנתבע ועיין ש"ך סי' ק"ח שם ודו"ק והנה בהא דאמרו מיגו דאהדרינהו ללוה

נאמנים לומר פרענהו למלוה והקשה בספר המקנה דהא אהדרינהו ללוה אינו טענה טובה דהא הלוה האמין להם ונתן להם המעות לא יוכלו להעיז וכמ"ש הש"ך בסי' פ"ב בביאור כוונת התוס' דבמידי דכפירה אינם נאמנים שא"י להעיז. ואמרתי בזה בראשית ההשקפה כאשר שאלו מאתי דכאן לא שייך לומר דא"י להעיז בשביל שהאמין להם שהרי כל אחד יוכל לתלות שלא האמין לו רק לחבירו ובלא"ה כיון דאמרו בכתובות דף כ"ב דהיכא דאיכא ע"א דמסייע מעיז ומעיז א"כ כאן שיש לכל אחד ע"א המסייעו שוב יוכלו להעיז ושייך מיגו דהמיגו הוא רק לסלק הנגיעה והעדות צריך להיות שיהיו נאמנים מצד עדותם וא"כ כל אחד יש לו עד המסייע ודו"ק: והנה שאל אותי המופלג מוה' בעריש נ"י חתן הרב דק' שטעריטץ במ"ש הש"ך לפרש דלאו מידי דכפירה היינו שהאדם שהי' לו עסק עמו והאמינו מתחלה שייך העזה אבל לגבי יורש שוב לא הוה מיגו דהעזה וע"ז הקשה דא"כ בהא דאמרו חמשין ידענא דהיורשים כה"ג פטורין ע"ז קשה דגם באמרו חמשין אית לך יהיו יורשים פטורים שלהם לא האמין מתחלה והשבתיו בפשיטות דבאמת הקשו כל הקדמונים דהו"ל מיגו לאפטורי משבועה והתומים חידש דכ"ז שלא אמרה תורה שישבע לא שייך מיגו לאפטורי משבועה ולפ"ז לאחר שתקנו שבועה והתורה אמרה שמודה במקצת ישבע שוב לא שייך מיגו דהא הו"ל מיגו לאפטורי משבועה ודו"ק היטב:

סימן סא

א לעלם משכיל נ"י.

ב מה שהבאת דברי רש"ל בים של שלמה פרק הכונס שחידש דכל דברים שאינו חייב רק לצאת ידי שמים לא מועיל תפיסה ודוקא בקלב"מ מועיל תפיסה דבאמת נתחייב ממון רק שקלבד"מ משא"כ בזה דאינו חייב רק לצי"ש פטור ולא מועיל תפיסה והובא בש"ך חו"מ סי' כ"ח. הנה כבר הארכתי הרב' בזה בחידושי. אך כעת נראה לי דבר חדש דהנה מצאתי בשיטה מקובצת בב"ק פרק הכונס דף נ"ו שכתב דבר חדש בשם המאירי דבכל הני שחייב לצאת ידי שמים נפסל לעדות עד שישוב בתשוב' וכתב המאירי שכן כתבו גדולי הדורות והדברים נראים שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה עליו ועד שישיב ע"ש והוא דבר חדש שלא הוזכר כלל בטוש"ע ח"מ סי' ל"ד דיהיה פסול לעדות בזה ובאמת מדברי התוס' ב"ק לא נראה כן שהרי הקשו בד"ה דכסוי כסיתי' ופשיטא דבכה"ג עכ"פ לא נפסל ומה"ת למחשדיה דלא נתכוין לכסוי באמת וע"כ דבלא"ה לא נפסל כל דאינו חייב בדיני אדם ומזה ראיה ברורה למהרש"ל הנ"ל דאף בתפס מפקינן מיניה וא"כ פשיטא דלא נפסל לעדות דהרי חזינן דאף שתפס מפקינן מיניה והו"ל גזל ביד התופס

כל שלא נתחייב לו בדיני אדם וז"ב. וראיתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ח' שכתב שהגידו לו שבספר מעדני מלך להתוי"ט דעתו דכל מי שקיבל מי שפרע פסול לעדות והוא תמה ע"ז ולא האמין לשמועתו וכתב דאם בשבועה דלהבא אינו נפסל ואם עבר על תקנת הקהלות אף שנעשה בחרם אינו נפסל כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' ל"ד ואיך נאמר לפסול במי שפרע וגם איך נותנין לו מי שפרע לפסול לעדות ע"ש. ולפמ"ש הקדמונים דכל דלא עשה לקיים ידי שמים אף שבדיני אדם פטור מכל מקום נפסל לעדות וא"כ הדברים ק"ו דבמקום שעובר על מי שפרע דהב"ד אוררין אותו ואין רוח חכמים נוחה ממנו דפסול לעדות ול"ד לשבוע' דלהבא דשבועה שנשבע לא יצא מפיו לשקר וכן בתקנת הקהלות לא יצא מפיו לשקר משא"כ כאן דחייב עכ"פ לצאת ידי שמים וידי חכמים שיהיו נוחים ממנו וא"כ שפיר פסול הוא לשבועה. אך בכ"ז הרי חזינן שהכנס"י לא עלה על דעתו שיפסול בשביל זה וגם יפה תמה דא"כ איך מוסרין אותו למי שפרע שיפסול לעדות ע"ז וכן נראה ראיה ברורה דלא מפסל במי שפרע לעדות דא"כ לא הי' ע"א נאמן לטעון שחייב מי שפרע דלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת ולפסול אדם לעדות צריך שנים ואדרבא אסור לו להעיד ע"ז דהוה כמוציא שם רע על חבירו ובכה"ג טובי' חטא וזיגוד מנגד וכמבואר בש"ע חו"מ סי' כ"ח ס"א בהג"ה ובתשובה הארכתי בזה דלענין לפסול הגוף ודאי צריך שנים והרי כמה כרכורים כרכר המע"מ בעצמו והובא בש"ך חו"מ סי' רכ"ב ס"א אם יכול להיות עד אם עומד במי שפרע והקשה על הג"א ריש ב"מ שכתב דהאידנא לא הוה עד כיון שצריך שבועה והקשה המעד"מ דממנ"פ אם יטעון שנתן לו הרי לא צריך לשבע ואם יטעון שנתן לחבירו הא יכול לחזור קודם שמשך ואינו חייב רק מי שפרע ויכול להיות עד והש"ך האריך שם ואם איתא טפי הי' להם לומר דאיך נאמן לטעון שחזר בו ולחייבו מי שפרע הא יפסול לעדות בשביל זה וע"א אינו נאמן וע"כ דנאמן ולא נפסל לעדותו אף שחייב במי שפרע וכמ"ש הכנס"י ויפה שפט שהמעד"מ לא כתב זאת וחכם עדיף מנביא שהרי כתב להיפך ומכ"ש במה שאינו חייב רק לצאת ידי שמים דפשיטא דלא מקרי גזלן כל שהתורה פטרה בד"א. ולכאורה רציתי להביא ראיה ברורה לזה דהרי קי"ל בסי' ל"ד דאבק רבית אינו פסול לעדות אף המלוה רק מדרבנן והרי דעת הרבה מן הפוסקים דאבק ריבית אף דאינו יוצא בדיינים מ"מ חייב לצי"ש וכן קיי"ל בש"ע יו"ד סי' קס"א וא"כ שוב למה לא יפסול מן התורה דחייב להשיב לצאת ידי שמים והו"ל גזילה והרי דעת הראב"ד והחינוך דבכל אבק ריבית אם תפס לוה לא מפקינן מיניה ועיין בטור סי' קס"א ובמלמ"ל פכ"א ממלוה בתשובתו ומ"ש שם על הגליון ומ"מ לא נפסל מן התורה ויש לדחות דשם לאו גזילה היא דברצונו נותן לו

ורק דכל שמחוייב להחזיר מכח איסור ריבית הו"ל גזילה אבל כל שהוא אבק ריבית דאין מוציאין בדיינים לא מקרי גזילה אבל זה דחוק ופשטת הדברים מורים כמ"ש שאינו נפסל כל שאינו חייב מדינא ועוד יש להביא ראיה מהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ב דרבא אגניבו לי' דכרי במחתרתא והדרינהו ניהלי' ולא קבלם רבא משום דנפיק מפומא דרב ואי נימא דפסולין לעדות א"כ אמאי לא קבל אותם כדי שיכשרו לעדות מיהו לפמ"ש התוס' דהם לא רצו להחזיר רק אם נתחייבו בד"א והיינו שגם תפיסה ל"מ בזה וכמ"ש התומים והקצה"ח סי' כ"ח דאל"כ עכ"פ היה מועיל תפיסה ע"ש וא"כ אין ראיה מזה דכל דל"מ אף תפיסה פשיטא דלא נפסלו לעדות אבל מ"מ הדבר פשוט דאינו נפסלו לעדות כל שאינו חייב רק לצאת ידי שמים וכמ"ש ובאמת אם נימא כשיטת הגאונים יהי' ח"ו כל ישראל נפסלים לעדות והלואי שיקיימו מה שחייבין בד"א וכל דיני דגרמא דאינו חייב רק לצאת ידי שמים יפסלו לעדות ולא ניחא להו למרייהו דלימא הכי ט"כ טרחתי לברר הדין הלז ודו"ק. והנה בהא דאמרו בשבועות דף ל"ב כגון דאמר לדידה ולא אמר לב"ד ופירש"י שהאשה תלך לב"ד ותגיד שמת בעלה ופירש בשו"ת רדב"ז ח"ד סי' רמ"ב דתלך לפני ב"ד שלא ידעו שהעד מכחישה ותהי' נאמנת דבאותו ב"ד העד שאמר א"י נאמן כדין עד מפי עד שהראשון נאמן יותר ע"ש שהאריך ואם נימא דפסול כל שחייב לצאת ידי שמים והרי בע"א הכובש עדותו חייב לצאת ידי שמים כדאמרו בב"ק דף ג' וא"כ פסול וא"כ גם בב"ד אחר לא תהיה נאמנת דגזלן תורה פסול לעדות אשה. אך זה אינו דמלבד דממנ"פ אם נאמין שהוא גזלן וע"כ שמת בעלה שוב נאמנת דא"צ תורת עדות בעגונה רק דפסול מן התורה חיישינן דמשקר אף גם דבמחכ"ת הרדב"ז נוסחא משובשת נזדמנ' לו ברש"י דהביא הגירסא שתלך לב"ד אחר אבל בכל הנוסחאות שלפנינו ליתא כן ברש"י ובאמת שאם היה כן הגירסא היה מיושב מה שהקשו האחרונים לפמ"ש הח"מ סי' י"ז ס"ק ח"י אם העד בעיר דצריך לשאלו דא"כ למה אהני דאמר לדידה הא מכל מקום כיון דצריך לשאלו כשהוא בעיר וא"כ הרי הוא אמר א"י וראיתי בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק חו"מ שנשאל בזה והשיב דאם אמר א"י לא מכחיש את האשה דיכול להיות שמתחלה ידע ובאמת לא נזכר מדברי הרא"ש שכתב בהדיא דמכאן ולהבא אינה נאמנת שהרי העד מכחישה ומכאן מקור דברי הרמב"ן דאם העד הראשון מכחישו למי שמעיד בשמו דהראשון נאמן וא"כ קשה קושיא הנ"ל. ולפמ"ש הרדב"ז אתי שפיר דתלך לב"ד אחר אבל מה נעשה דברש"י אין הגירסא כן ונוסחא משובשת נזדמנה לו. אחר שכתבתי כ"ז זה ימים רבים מצאתי בשו"ת מוהר"מ מינץ ז"ל סי' ק"א שהאריך במי שחייב בד"ש מה דינו וכתב שם בשם צפנת פענח שאומרים לו ב"ד שאין בידינו לכופו אבל צריך אתה

לצאת ידי שמים כדי שירצה את חבירו ויצא ידי שמים וע"ש שהאריך דמצוה לומר לו שיעשה תשובה והביא ממי שנתחייב מי שפרע דקיל מזה שנתחייב לצאת ידי שמים שזה בתפס אין מוציאין מידו ובמי שפרע מוציאין מידו ואפ"ה מילט לייטינן לי' מכ"ש בזה שחייב לצאת ידי שמים ע"ש שהאריך והנה אף דבכל לצאת ידי שמים אינו ברור אם תפס לא מפקינן מיניה וכמ"ש הישׁ"ש פרק הכונס הנ"ל ועיין שו"ת שבות יעקב סי' קמ"ו מכל מקום הדין דין אמת שאינו פסול לעדות ולא מצא שום דבר שיהיה חייב לצאת ידי שמים כ"א שנזהיר אותו שחייב לצאת ידי שמים ולא יותר וכמ"ש ודו"ק ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ב סי' צ' בבירור כיון דאינו רק ד"ג ואינו רק דרבנן אינו נפסל ובספר שערי משפט סי' ל"ד האריך בזה. ולפמ"ש עכ"פ לצאת ידי שמים חייב בדיני דגרמי ומהראוי שיפסול. והנה זמן רב אחר שכתבתי כ"ז אמרתי להביא ראיה דכל שחייב לצי"ש נפסל לעדות מהא דאמרו בב"ב דף כ"ט הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרו הכי אמרו להו זילו הבו אגר ביתא להאי והדבר תמוה דלפי מה שנתבאר בטוש"ע ח"מ סי' שס"ג במי שלא השכיר ביתו והלה דר בו דמקרי חצר דלא קיימא לאגרא ופטור וא"כ איך נימא להו זילו יהבו אגר ביתא להאי דהא הוא לא צוה להשכיר ולא השכיר ולא השתדל מי שישכיר וכבר התפלא בזה דו"ז הגאון בים התלמוד בסוגיא דזה נהנה וזה לא חסר בב"ק דף כ' ועיין מ"ש במפרשי הים שם.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מה דפטור בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר וכן איפכא הוא משום דאפילו גרש חבירו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ועיין תוס' ב"ק דף כ' ד"ה זה אין נהנה ולפ"ז הא עכ"פ לצאת ידי שמים חייב בכל גרמא ובכל מבטל כיסו של חבירו ניהו דפטור מדיני אדם אבל לצאת ידי שמים הוא חייב דבכל גרמא דפטור בדיני אדם אבל אסור וכדאמרו בב"ב דף נ"ז וא"כ עכ"פ פסולין לעדות הם דחייבין לצאת ידי שמים לפרוע לזה. איברא דעדיין קשה דניהו דגרמא חייב לצאת ידי שמים אבל כאן הם באמת לא ידעו מי שכרו מזה כי חשבו שזה בעה"ב של החצר וא"כ כל שכבר פרעו לא שייך חיוב לצאת ידי שמים דהא היה בשוגג וגרמא בשוגג ולא נתכוונו להזיק ודאי פטור דעכ"פ לא נפסלו לעדות עי"ז אך נראה דעכ"פ מחוייבים להשתדל לקחת השכירות מיד המשכיר ולפרוע לזה וזה מקרי נגיעה דאף בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד וא"כ שפיר מקרי נוגע בעדות. ובזה נראה לי ליישב הא דאמרו כגון דנקיטי אגר ביתא בידייהו ואמרי למאן נתב והקשה הגאון באבן העוזר בחידושיו שם דניחוש דלמא אערומי קמערים ובאמת כבר פרעו ומתייראים שלא נימא להו לפרוע שנית לכך נקטו בידייהו ובשלמא על הש"ס ל"ק דהא יש להם מיגו דאמרו

פרענא לך כיון דאינם מתייראים מהמחזיק ולא שייך תירוץ התוס' אבל לדידן דחייבים בהיסת וא"כ כל עד הצריך שבועה אינו עד וכמ"ש התוס' וא"כ מה מועיל נקוטי אגר ביתא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בדיני אדם בלא"ה פטורין דהו"ל כחצר דלא קיימא לאגרא ורק דחייבים לצאת ידי שמים וחשיבי כנוגעים וא"כ כל דנקיטי אגר ביתא לא שייך דערומי קא מערים דהא הם פטורים מדיני אדם ואינם רוצים לפטור רק בלצאת ידי שמים וא"כ ע"כ שאמרו אמת וז"ב. ובזה ישבתי לנכון מה ששאל אותי הרב המופלג החריף מוה' מאיר בראם נ"י דכל שכבר פרעו וא"כ על מה שנהנו כבר פרעו וא"כ למה יתחייבו הא ע"ז הוה גברא דלא עביד למיגר דעכ"פ לענין המערער שוב לא נהנו וזה חסר ולא נהנה פטור ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ לצאת ידי שמים חייב. הן אמת דגוף קושייתו לכאור' רציתי לומר דכיון שזה עכ"פ גילה דעת דרוצה לשכור שהרי שכרו מזה א"כ ממילא נתחייבו למערער ג"כ אבל הראני החריף הנ"ל דכן מבואר בשיטה מקובצת בב"ק שהביא בשם גליון דהקשה בהא דמוקי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא וע"ז הקשה בשיטה שם דאף בלא קיימא לאגרא נמי כל ששכרו מזה הרי גילה דעתו שניחא לי' ליתן לו שכר והוה כמו אם עמד הניקף וגדר הרביעית וכתב דיש לומר דניחא ליה לגבי דידיה ולא לגבי אחר ע"ש וכ"כ הפרישה סי' שס"ג מדעתא דנפשי' וא"כ ה"ה בזה דניהו דניחא ליה שהרי שכרו מהמחזיק אבל אכתי י"ל דלא ניחא להו לגבי המערער. אמנם אחר העיון אמרתי דיש לחלק דבאמת לכאורה צריך להבין דמה בכך דלא ניחא להו לגבי האחר סוף סוף הרי גילה דעת דניחא להו ומגלגלין עליו גם לענין האחר אך יש לומר דבאמת זה לא חסר דהרי חצר לא קיימא לאגרא רק שכל שזה ניחא לי' א"כ נהנה מזה א"כ מחויב לשלם ולפ"ז שפיר יש לומר דלגבי אותו איש רצוני לוותר נגדו אף שלא חסר ולכך רציתי לההנותו משא"כ לגבי זה אבל כאן שזה באמת חסר דאף בלא צוה להשכיר מ"מ חסר מקרי ודלא כשיטת הג"א הנ"ל ועיין בסי' שס"ג וזה נהנה דהרי שכרו באמת רק דשלמו לזה דסברו שזה הבעה"ב של החצר א"כ מה בכך דשלמו בעבור זה אבל המערער יש לטעון כיון דאני חסר ואתם נהניתם תשלמו לי ולא שייך לומר דלגבי דידך לא ניחא לן דזה דוקא אם זה לא חסר אבל אם זה חסר מה נ"מ אם גלו דעתם לזה או לזה סוף סוף נהנו מחסרונו של זה דבאמת החסרון הוא של זה ובשלמא בעמד ניקף גלה דעתו לזה שניחא ליה וז"ב ומיהו בפשיטות יש ליישב דכיון שזה גופא לא נודע לנו אם הם כבר שלמו לזה המחזיק וא"כ שפיר הם נוגעים בעדותם דיטעון דלמא רוצים אתם לפטור ממנו ועושים קנוניא עלי ובאמת לא פרעתם להמחזיק ואתם חייבים לי ומה שטענתם שדרתם בו הוא שעושים קנוניא כדי שלא יקח מידכם השכר ותפטרו ממני

במה שטענתם שכבר פרעתם לו וז"ב. ובזה מיושב היטב מה דאמרו כגון דנקיטי אגר ביתא והקשה באבן עוזר דלמא ערומי קא מערמו ובאמת כבר פרעו להמחזיק ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ ממנ"פ פטורים וכמ"ש הן אמת דגוף קושית הגאון לפענ"ד ל"ק דבאמת לפי מ"ש דיש לחוש שערומי קא מערמא קשה בהא דמבואר בטוש"ע סי' ק"מ דאם סלק המחזיק אותם ונותן להם המעות שיתנו למי שיזכה בדין מועיל ואמאי לא ניחוש שמא הוא מערים ואח"כ יקח מהם החצי וקנוניא הוא עושה וע"כ דלא חיישינן לספק נגיעה ועיין בריטב"א בקידושין גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו מ"ש דזה אי מהני סילוק וצריך לומר דכל שאינו רק ספק ל"ח וכמו דמבואר סי' ל"ז דלא חיישינן לשמא יתעשר ועיין בקצה"ח שמחלק דבדבר שאינו מעיד לעצמו והוה רק כנוטל שכר להעיד ולא חיישינן לשמא יתעשר ע"ש בסי' ל"ז ס"ק ד' וה"ה בזה דכל דאינו רק ספק לא חיישינן לעדים שישקרו ובפרט לפי שיטת ע"ש דנוגע פסול בשביל קרוב וא"כ ל"ח דמשקר רק שהתורה פסלה כל שנוגע וא"כ בכה"ג שמסלקו כשר וא"כ כל דנקיטי אגר ביתא פשיטא דלא חיישינן שמא ערומי קמערמא וז"ב לפענ"ד ודו"ק. והנה מן האמור אני תמה על הקצה"ח סי' ש"י שהאריך לדחות דברי החוות יאיר ומחלק הקצה"ח דבקרקע לא שייך מבטל כיסו של חבירו דבשלמא במטלטלין דנגזלין שפיר לא הוה רק מבטל כיסו של חבירו משא"כ קרקע דאינה נגזלת ע"ש ובאמת שהסברא נכונה אבל מה נעשה דבסוגיא דב"ק מבואר שם דגם בחצר דהוה קרקע ובאפדנא דיתמי דבית הוה כקרקע ואפ"ה בזה לא חסר הו"ל דין מבטל כיסו של חבירו וכן מצאתי בהדיא בחידושי רשב"א ובשיטה מקובצת שם בשם הרשב"א דמבטל שדה חבירו דמי למבטל כיסו של חבירו דפטור ע"ש ובאמת שמצד הסברא לפענ"ד מסתבר סברת הקצה"ח וצע"ג:

ד סליק חלק ראשון בעזה"י

כרך ב

סימן א

ארשום מה שהקשה אותי במכתב הרב המאוה"ג מוה' שמעון נ"י האבד"ק פאדהייץ ביום ה' העבר בהא דאמרו ביבמות דף נ"ט ת"ר אלמנה לא יקח בין אלמנה מן הנשואין בין מן האירוסין פשיטא ופירש"י אלמנה סתמא משמע וע"ז הקשה דהרי בש"ס כתובות דף יו"ד אמרו מאי אלמנה ע"ש מנה אלמנה מן האירוסין מאי איכא למימר אלמנה דכתיב באורייתא מא"ל וכו' הרי דסתם אלמנה מן הנשואין משמע ולא ידעתי קושיתו דממנ"פ באורייתא לא שייך ע"ש מנה דעדיין לא נתקנה כתובה וא"כ רק ע"ש העתיד וא"כ ממילא

גם מן האירוסין קראת' התורה אלמנה ע"ש מנה דעתידה להנשא וכמו דאמרו איידי דמן הנשואין גם אלמנה מן האירוסין הוא כן. וע"ד הפלפול נראה לי דקושית הש"ס דע"כ אלמנה לכה"ג ודאי הוה מן האירוסין דבנשואין ת"ל דהו"ל בעולת עצמו כדפריך הש"ס שם אלימא בכדרכה ת"ל משום בעולה ותירוצי הש"ס דמיירי בשלא כדרכה או אינך אוקומתות זה לא משמע מקרא דסתמא כתיב וע"ז משני דה"א דנילף מתמר וע"כ מוקי לקרא בשלא כדרכה וקרא דחיק ומוקמא אנפשי'. ובזה מיושב מה שהקשה עוד דהא בתמר אמרו בסוטה דף יו"ד שמא קבל ביך קידושין אמרה יתומה אני ופירש"י דאין נשואין מער ואונן כלום דלא היו כלל קידושין וא"כ שוב לא היתה אלמנה מן הנשואין והנה בפשיטות (הו"ל) שוב לא היתה אלמנה מן האירוסין אך לפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ נבעלה מקודם ואף דער ואונן שמשו שלא כדרכן עכ"פ אלמנה דכה"ג ג"כ הוה שלא כדרכה וכמ"ש. ומ"ש עוד להקשות דהרי אמרו שם דא"ל גיורת אני וא"כ מי קיבל קידושין הא אביה לא מצי לקבל קידושין דגר כמי שנולד דמי והנה באמת כבר הבאתי בהגהותיי לש"ע אהע"ז סי' ל"ז דגיורת ג"כ יכול האב לקדש אבל היא מדרבנן כמ"ש בשיטה מקובצת כתובות דף ט' אבל מה"ת לא חיילי הקידושין אבל באמת ל"ק דרש"י פירש דגיורת אני היינו שאיני עובדת ע"ז וא"כ באמת היה לה אב ויכול לקדשה רק שאינה נכרית דאינה עובדת ע"ז ושפיר שאל שמא קבל ביך אביך קידושין והשיבה דיתומה אני וראיתי במהרש"א בח"א שפירש דיתומה אני ואבי מת בהיות אמי מעוברת ולא יכול לקבל קידושין ע"ש ועיין בש"ע אהע"ז סי' מ"ם דלשיטת הרמב"ם יכול לקדש אותה כשהוכר עוברה ועיין ח"מ וב"ש שם:

סימן ב

א אמר לי מופלג אחד בטעם דתרי משהו לא אמרינן דהרי התוס' בע"ז דף ס"ו כתבו דכ"מ שמשהו אסור גם נו"ט לפגם אסור דמשהו הוה טעם פגום והרא"ש חולק ע"ז דמשהו עכ"פ אתי מטעם משובח משא"כ לפגם דהוא פגום ע"ש ולפ"ז בשלמא המשהו הראשון אתי מטעם משובח אבל המשהו השני אינו משובח והוה כמו נו"ט לפגם דהא הוא כמשהו ואני אומר דז"א דהא באמת במב"מ לא נרגש הטעם דהא גם ההיתר הוא הטעם הלז וא"כ המשהו הראשון ג"כ אינו בא מטעם משובח דהא הטעם בא מההיתר ולא נרגש הטעם ואפ"ה אסור וה"ה במשהו השני' ולפ"ז בחמץ בפסח דאסור במשהו אפילו בא"מ בזה שוב יש לומר דמשהו השני הוא לפגם ובאמת גוף דברי התוס' דמשהו הוה כמו לפגם לפענ"ד הרי קי"ל דכל שאינו לפגם ולא לשבח אסור ועיין בש"ך סי' ק"ג והרי משהו ניהו דאינו לשבח אבל לפגם אינו וז"ב ופשוט. ובהא דאמרו בחולין דף ק"ח

גדי אסרה תורה ולא חלב והנ"ל רצה לתת טעם לזה ואני השבתי בפשיטות דלפמ"ש הרשב"א בשם רבותינו הצרפתים הובא בב"י סי' צ"ח ובתוס' ע"ז דף ס"ז דטעם כעיקר בב"ח היינו מה שהבשר נו"ט בחלב אבל החלב בבשר הוה ממש גמור ולפ"ז ז"ש כיון דכתיב לא תבשל גדי בחלב אמו ואמרינן דרך בישול אסרה תורה ולכך גדי אסרה תורה דקבל מהחלב ממש ולא להיפך החלב מהגדי זה לא קיבל רק טעם וס"ל לרב דגם בב"ח לא אסרה תורה טעם כעיקר להס"ד שם ודו"ק:

ב ומה שהקשה בהא דאמרו בחולין דף קל"ד קמה בחזקת חיובא קיימא והקשה הנ"ל הא התוס' כתבו בבכורות דף כ' דגם לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מכל מקום בממון שאין לו תובעין לא אזלינן בתר רוב וא"כ מכ"ש חזקה דרובא עדיף מחזקה. והשבתי דזה אינו דרובא הרי יש מיעוט כנגדו אבל חזקה אין מיעוט כנגדו ובכה"ג חזקה עדיף מרובא וכמו בע"א דיכול לברר המיעוט מתוך הרוב אבל החזקה אינו יכול לבטל ודו"ק. והנה במה שהי' נוסחא אחת ברמב"ם דבכרת ספק אסור מה"ת מרש"י שם בסוגיא דספק מיתה חמור משמע כנוסחא זו ועיין פנים מאירות ח"א סי' ט"ו ובפרמ"ג ריש סי' ל"ג ביו"ד יע"ש ובתשובה כתבתי בזה ואכ"מ.

סימן ג

בסדרי טהרה סוף סי' ק"צ ס"ק צ"ה בתוך דבריו הביא בשם בנו שהראה לו דברי השב יעקב בשם הגאון מוהר"ג שחידש דדם נדה לטמא דברים אחרים אין מטמא דהו"ל טומאה בלועה ובבשרה לא אתי רק לענין איסור נדה והוא האריך לתמוה עליו ומביא כמה ראיות ויש לדחות דלענין קדשים מחמרינן אבל תמהני דלא הביא הא דאמרו בנדה דף וא"ו גבי שפחתו של ר"ג לענין ככרות של תרומה דרצו לטמאות למפרע ועכ"פ בעת הבדיקה ודאי טמא ולא אמרינן דהוה טומאה בלועה וצע"ג.

סימן ד

א הנה א"מ הרב הגאון נ"י אמר לי ספק מושכל באם קבעה לה וסת יום א' דראש חודש בשני חדשים ובשלישי ראתה בהשמ"ש יום א' דראש חודש וכדומה אי הוה קביעות וסת לענין דא"צ בדיקה או לא וגם אם חוששת לוסת קבוע וצריכה עקירה שלשה פעמים.

ב ולפענ"ד דיש לומר דדמים אתוספו והתחילה בהש"מ והוה קביעות ווסת גמור ועיין ביו"ד סי' קפ"ז רק שאם עקרה פעם אחת וראתה ביום ר"ח דוקא אז הסימן שעיקר הקביעות בר"ח הוה כנלפענ"ד. ומה שהקשה במ"ש הרמב"ם דברואה דם ג' פעמים מחמת תשמיש כשמגרשה אומרים לו תדע שאסור אתה להחזיר וע"ז הקשה דאיך משכחת לה דבג' פעמים שוב אסורה לשמש והיאך שייך לעז ואל"ל דע"י בדיקת

השפופרת הא י"ל דאין כל אצבעות שוות דאמרינן לקולא ולא להחמיר כמ"ש הב"י והשבתי דבג"פ כבר אתחזקה לכל אצבעות וא"כ שוב מועיל בדיקת שפופרת ודו"ק.

סימן ה

הוגד לי קושיא בשם הרב מקנעניטש בהא דאבעיא להו בשבועות דף כ"ב בנשבע שלא לאכול אי אמרינן דמשתבע אהיתירא לענין חצי כזית או אאיסורא קמשתבע והקשה הוא הא בנדרים דף פ"ב אמרו גבי נטולה אני מן היהודים דאהיתירא קא משתבע לאסור עצמה על הבעל דעל אחרים בלא"ה אסורה והשבתי בפשיטות דבאמת כל שהלשון סותר עד"מ כשאסר עצמו בלשון שלא אוכל והרי אכילה בכזית הוא א"כ אף דבלא"ה אסור י"ל דעל איסורא קמשתבע כדי שלא יסתור על הלשון אבל בנטולה אני מן היהודים דאין הלשון סותר דאם נתכוונה על הבעל ממילא חל על כל היהודים בכולל ושפיר יש לומר על היתירא קא מכוונה וז"ב ופשוט.

סימן ו

בהא דאמרו בבא בתרא דף קנ"ו בודקין לקידושין ולגירושין כתבו התוספות לר' יהודה צ"ע דיש לומר דוקא על מיאון ואמר א"מ הגאון נ"י דיש לכוון כוונתם דבאמת יש ס"ס ספק שמא הביאה שתי שערות או לא ואת"ל הביאה שמא לא רבה שחור על הלבן ורק דהוה משם אחד דמה נ"מ בין זה לזה דכל שלא רבה לא מקרי שער לר"י ולפ"ז כל שיש לומר דר"י לא כוון רק למיאונים שוב נ"מ בין הספקות ושוב הוה ס"ס. ואני אמרתי די"ל דכאן הוה ס"ס שאינו מתהפך דאת"ל דרבה השער שחור על הלבן שוב אי אפשר לומר שמא לא הביאה שערות רק דכללא כייל הש"ך בכלל ס"ס דמתחלה יש לדון שמא לא הביאה שערות כלל ולפ"ז כל דיש לנו חזקה דרבא ניהו דלא אמר רק לחומרא אבל עכ"פ אין לך להתחיל מזה הספק תחלה דהא איכא חזקה דרבא דאמר חזקה שהביאה שתי שערות ושוב לא הוה ס"ס המתהפך ודו"ק.

סימן ז

בסוכה דף מ"ח בהאי דשמי' ששון וחד שמי' שמחה נראה לי לפרש כל הענין על פי מה שפירשתי הבדל שבין ששון לשמחה דשמחה הוא על מה שעבר וששון הוא על העתיד המקווה והנה זה שאמר ששון ושמחה ישיגו דהיינו על העתיד ושמחה וששון ליהודים שם הי' על העבר וע"ז אמרו שבקוך ושויך פרוונקא ופירש"י רץ והיינו שהשמחה הוא במקום ששון שיבא ושמחה השיב שימלאו מים בששון וכדאמר ר' אבהו והיינו דהנה רש"י פירש על פסוק ושאבתם מים בששון דהיינו שתלפין אלפן חדת ופירש"י שרזי התורה ותגלה לעתיד והנה המינים מתפקרים ושואלים שאלות על התורה ואנן שחשכת

הגלות פרוש עלינו לא ידענו מה להשיב אבל לעתיד נדע מה להשיב וזהו המליצה שנעשהו גודא להעלות מים בו וק"ל.

סימן ח

התוס' ריש ב"מ כתבו דאף דמיגו להוציא לא אמרינן אבל מיגו דאי בעי שתיק אמרינן אף להוציא. ונשאלתי מא"מ הרב הגאון נ"י דמ"ט יש בדבר ואמרתי בזה דהנה ענין מגו הוא רק אומדנא דע"כ מסתבר דדבריו אמת דאל"כ היה לו לטעון טענה יותר טובה דהי' נאמן עליה ובד"מ אזלינן בתר אומדנא ולפ"ז הרי נודע דברי שו"ת מזרחי ועוד הרבה פוסקים המובאים בב"י חו"מ סי' ט"ו ובכנה"ג שם דאומדנא ל"ח רק להחזיק ולא להוציא ולכך לא קי"ל כרב אחא בגמל האוחר בין הגמלים דהיינו להוציא ע"ש ולכך גם מגו להוציא לא אמרינן וז"ב והנה כבר נודע לענין דברים שבלב דדברים שבלבו ובלב כל אדם ודאי מועיל וכמ"ש הר"ן גבי שטר מברחת ע"ש ובשו"ת מהרי"ט האריך בזה וזה ע"כ דהוא מטעם אומדנא גדולה דהרי היא בלב כל אדם ולפ"ז נראה לי ברור דמגו דאי בעי שתיק הוא בודאי אומדנא גדולה ותדע שהרי מגו בשנים לא אמרינן ומטעם דא"י לכוין שניהם כאחד לדבר אחד ומגו דאי בעי שתקי אמרינן בשנים ג"כ דלזה יוכלו לכוין וע"כ דזה הוה דברים שבלב כל אדם וכל אדם יוכל לכוין לזה וכיון שכן הוה אומדנא גדולה ואמרינן אף להוציא כנלפענ"ד.

סימן ט

ב"ד כמר יצחק נ"ז אמר ליישב קושית אחי הקצה"ח דלמה לא מועיל תפיסה בפירות ואמר הוא כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת וא"כ כשאנו דנין על הפירות מאותו קרקע א"א לומר דהפירות הן של זה התופס דהרי כל שהקרקע בחזקת בעליה עומדת ממילא הפירות ג"כ של זה ול"ד לשאר תפיסות שאינו תלוי בדבר אחר שהוא בחזקת של האחר ולכאורה דבר חכמה אמר אבל באמת ש"ס ערוכה בב"מ דף ק"י ע"ש דהש"ס מקשה והא ר"נ אמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת ומסיק הש"ס לחלק וקי"ל דפירי בחזקת הלוקח ע"ש ובאמת שיש לפרש דברי הש"ס שם במחלוקת אי קרקע בחזקת בעלי' או פירות בחזקת הלוקח שנחלקו בזו הסברא ובזה יש מקום ליישב קושית הש"ך סי' ס"ו על הרא"ש שפסק כר"נ בדיני ע"ש ודו"ק כי אין לפני שום ספר שוב ראיתי דאדרבא משם ראיה דבאמת מהראוי לומר קרקע בחזקת בעלי' עומדת רק דשם שאני דמלתא דעבידא לגלויי היא והוה אטרוחי בי דינא:

סימן י

ראיתי בש"ע חו"מ של א"מ הגאון נ"י בסי' ק"ץ ס"ו בהג"ה במ"ש הסמ"ע לחלק בין מטלטלין דחושש שמא יבריח משא"כ קרקע וכתב הוא בגליון דדבריו תמוהין דהמעיין במרדכי ימצא דביאר טעמו דשאני קרקע דנקנה בכסף לבד במקום דקנו בכספא לכך קונה אבל במטלטלין דמעות אינו קונה רק למי שפרע בזה לא שייך מי שפרע דיכול לומר דלוקח בחובו ע"ש שבאמת כוון לאמיתו ולכאורה רציתי ליישב דגם הסמ"ע כוון לזה רק דלכך לא שייך מי שפרע דהרי כל שמפסיד כל המעות לא שייך מי שפרע כמבואר סי' ר"ד וכאן שחושש שמא יבריח לכך לא שייך מי שפרע אבל הסמ"ע לא כוון לזה ובמרדכי שם מבואר כמ"ש א"מ נ"י. והנה לכאורה יש לעיין בדברי המרדכי דהרי התוס' כתבו בב"מ דף מ"ו דלא שייך הגזירה שמא יאמרו נשרפו חטך בעלייה בחליפין כל דלא נתן המעות דיהיה צריך לעמוד עמו בדינא ודיינא ע"ש ולפ"ז כאן דעדן מגיע לו החוב א"כ שוב מצי לקנות במעות לבד ולא שייך שמא יאמר לו נשרפו חטך בעלייה דהא זה צריך ליתן לו עוד מעות בעד חובו וא"ל דל"ד דש"ה דהמעות בעד החליפין עדן בידו ושייך לומר דיטרח להציל כי היכא דלא יעמוד עמו בדינא ודיינא אבל כאן החוב הוא ענין אחר ומה ענינו להקניה של המטלטלין ושייך הגזירה שמא יאמר נשרפו חיטך אבל זה אינו דאכתי יחוש שמא יאמר לו הלה נתתי המעות בפרעון חובי ולא רציתי לקנות ושוב יחוש הלה לטרוח להציל אמנם לפ"ז כיון שזה יוכל לטעון כן ממילא גם הלה יוכל לטעון קבלתי על חובי ודו"ק כי נכון הוא.

סימן יא

והנה בהא דאמרו בבא בתרא דף קכ"ז יכיר למה לי למיתבא פי שנים מיגו דאי בעי יהיב לי' במתנה הקשה א"מ הגאון נ"י דהא נ"מ לפי מה שכתב הה"מ דאם אמר זה בני ל"מ חזרתו וא"כ נ"מ דאם מטעם דבעי ליתן במתנה א"כ גם אם יחזור ויתן לשני יש לו ג"כ המגו הנ"ל משא"כ מטעם יכיר א"י לחזור בו והשבתי דל"ק דדוקא לדידן דנאמן מתורת נאמנות שהתורה נתנה לו נאמנות שייך לומר דל"מ לחזור בו אבל להס"ד דא"נ פריך שפיר דלמה לי יכיר והא גם אי כתיב יכיר כיון דא"נ רק לענין ירושה א"כ לא בא מתורת נאמנות רק דיכול ליתן במתנה שוב יוכל לחזור בו אף דכתיב יכיר וכעין זה נמצא חילוק לענין ע"א באיסורין בנימוק"י והובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז יעו"ש ודו"ק. והנה הרשב"ם כתב שם דלר"י שפיר כתיב יכיר דמיירי במוחזק והוה מגו במקום חזקה ולכאורה צריך ביאור דהא מגו במקום חזקה הוה אבעיא דלא אפשיטא ולפענ"ד נראה לפמ"ש דכיון

שנאמן אף במקום חזקה עכ"פ התורה האמינתו והו"ל מתורת נאמנות ושפיר צריך יכיר דלא יוכל לחזור בו ודו"ק:

סימן יב

א במ"ש בש"ע אהע"ז סי' י"ג דזונה מותרת להנשא וכתב המהרי"ו הטעם דזנות ל"ש והוא תמוה דהא קי"ל כר"י דזנות שכיח ועיין נו"ב ובישועת יעקב מ"ש בזה אמנם אני תמה כעת דלפמ"ש בשיטה מקובצת בכתובות ריש פרקין דמה דאמרו זנות לא שכיח היינו בנשואה דבעלה משמרה משא"כ בארוסה א"כ מכ"ש בזונה דחיישינן שמא תזנה ובודאי אין לה מי שישמרה וא"כ זנות שכיח וצ"ע והנה אם היתה זונה בעת שהיה הבעל חי ונודע אח"כ היה נראה לפענ"ד כיון דנאסרה על בעלה ואינה משועבדת לו הוה כמו נכרי שכתב הנוב"י דאינה בכלל מינקת חבירו מכ"ש בזה שנאסרה על בעלה ואינה משועבדת לו מיהו לפמ"ש התוס' ריש זבחים שזונה מותרת להיות עמו וא"צ לגרשה שוב הו"ל מיניקת וגם לפמ"ש התוס' בסוטה דהטעם הוא משום בשדה יתומים אל תבא גם בזה שייך זאת ודו"ק:

ב והנה מה שהקילו בפרוצה ביותר שהיא מופקרת לכאורה רציתי לומר דבר חדש דלפי מה שאמרו הטעם דאשה בושה לבא לב"ד וא"כ הרי אמרו בכתובות דף צ' דפרוצה אינה בושה לבא לב"ד שוב אין חשש כ"כ ודו"ק:

סימן יג

א בקידושין דף מ"ג רב אמר שליח נעשה עד ודבי שילא אמרו אין שליח נעשה עד ופריך מ"ט דר"ש אילימא משום דלא אמר אתם עדי וכו' אלא טעמא דרב דאלומי אלמוה לשליחותיה ור"ש אמר שליח הו"ל כגופי' והא"מ הקשה בסימן ל"ה דגם בע"ד גופא כל דנסתלק מנגיעת ממון מותר להעיד ומכ"ש השליח וע"ש מ"ש בשם הריב"ש ולא נתבאר הטעם דר"ש. ולפענ"ד נראה דהנה בשו"ת נוב"י בחלק אבן העזר מהד"ק סימן ל"א מקשה לשיטת הע"ש דנוגע מטעם קרוב א"כ כל מלוה ולוה יצילו דהו"ל קרובים וכתב דהו"ל כעושי דבר ולפ"ז שליח כעושי דבר לא הוה דמ"מ אינו חייב וכיון דהו"ל כגופי' שוב א"כ אם אינו רק אחד ואחר מצטרף עמו כפרש"י שוב הו"ל כעושי דבר ופסול איברא דלפ"ז צריך ביאור א"כ בשנים שלוחים שוב לא יפסול. ובזה יש ליישב מה דהקשיתי בהא דאמרו אח"כ מ"ט דרב וקשה הא בתחלה לא הקשה רק על ר"ש ומשמע דטעמ' דרב א"ש ואח"כ כשמקשה על ר"ש מסיק הש"ס טעמי' דרב והוא הרגש עצום.

ב ולפמ"ש יש לומר דבאמת להס"ד רב ור"ש נחלקו באמר אתם עדיי וא"כ דברי רב א"ש אך על ר"ש מקשה מ"ט וע"ז אמר אלמא דר"ש מיירי בלא אמר אתם עדיי והא בקידושין

ל"צ שיאמר אתם עדיי וכיון דר"ש מיירי אף בלא אמר אתם עדיי וע"ז מקשה שפיר מ"ט דרב וע"ז אמר דאלומי אלמי' למלתא וא"כ שוב הו"ל כעד ולא נפסל משום עושי דבר ור"ש ס"ל דהו"ל כגופי' ופוסל דהו"ל כעושי דבר איברא דלפ"ז מה מקשה מרב דאמר שנים משום עדים ואחד משום שליח והא אדרבא בזה יש לומר כיון דשנים משום עדים ואחד משום שליח א"כ שוב לא אלמו ולא עשו כעד שוב הו"ל כגופי' ולא הוה כמקיימי דבר רק כעושי דבר ולמה לא יפסול והיא קושיא נפלאה.

ג וצ"ל דהקושיא היא מב"ה דס"ל כלם משום שלוחים ולא נעשה עד ול"ש דלפסול משום עושי דבר ואפ"ה פסול ובזה יש ליישב מה שלא הקשה בהדיא מב"ה דיש לומר דב"ה ס"ל דבשלשה לא אלמו למלתא דהא סגי בשנים ולכך נפסלו וע"ז מקשה מב"ש דעכ"פ בשנים מודים ולרב אדרבא בשלשה מהראוי לפסול טפי ודו"ק כי קצרתי ואין לפני הש"ס:

סימן יד

א הקשה אותי הרב מוהר"פ קארפ נ"י בהא דאמרו ד"ת שתוקי כשר מ"ט דרוב כשרין אצלה ומיעוט פסולין ואי דאזיל הוא לגבה כל דפריש מרובא פריש מאי אמרת דלמא אזלה היא לגבייהו כל קבוע מחצה על מחצה והתורה אמרה לא יבא ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ספק ממזר יבא בקהל ודאי לא יבא הא קהל ספק יבא ומ"ט אמרו שתוקי פסול גזירה וכו' והקשה הכו"פ בסי' ק"י בכללי הספיקות דמה מקשה לשיטת הרמב"ם דכל הספיקות מותר ד"ת ורבנן הוא דאסרו א"כ גם כאן כן וכתב דהש"ס מקשה היכא דחזינן דאזל הוא לגבה והוה רוב ברור מ"ט אסרוה וע"ז הקשה דא"כ היאך יפרנס מה דאמרו לענין אסופי דד"ת כשר דהו"ל פלגא ופלגא ומ"ט אימר דשם ל"ש זאת. והנה יפה שאל וכמדומה שבספרי אחרונים הרגישו בזה ובאמת שדבריהם ג"כ מבוארים בחידושי רשב"א וריטב"א שכתבו דהא דצריך קרא דממזר לא יבא ממזר ודאי ולא ספק והרי איכא ס"ס ספק שמא אזל הוא לגבה ואת"ל דאזלה היא לגבי' אכתי ספק הוא שמא מכשרים הוא וכתבו דאיצטריך קרא היכא דראינו דאזלה היא לגבי' וא"כ ממילא ע"כ המה דאמרו רבנן הוא בראינו דאזל הוא לגבה דודאי מהראוי להתיר. אמנם באמת בגוף קושית הקדמונים היה מקום לומר כיון דכתוב ממזר ודאי וכל שיש ספק עכ"פ ממזר ודאי לא היה וא"כ אף מדרבנן שרי דרבנן לא אסרו רק בספק דמה"ת מותר שא"א לאסור מספק אבל כל דבעי ממזר ודאי וא"כ אינו מהראוי לאסור דהתורה אמרה דבעינן ודאי וכעין שכתב בשטה מקובצת ב"מ דף ז' דעשירי ודאי אף רוב לא מועיל דבעינן ודאי אמנם נראה דכשם דכל ספיקות דמה"ת מותר וחכמים יכלו לאסור ה"ה מה דבעי ודאי כל דאיכא

ספק שמא אזלה היא לגבי' דבועל והו"ל קבוע כמחצה על מחצה א"כ כל דרבנן אסרו הספק נעשה כודאי ממזר והו"ל ממזר ודאי מדרבנן דחכמים עשו הספק כודאי וכמו בגבינת כותים דכל דחכמים אסרו הוה כודאי כיון דבלא"ה יש ספק ה"ה בזה דמה"ת הוה ספק שמא אזלה היא לגבי' א"כ כל שחז"ל אמרו שאסור נעשה כודאי ממזר ולכך הוצרך הכרו"פ לומר דהקושיא היא דכל דראינו דאזל הוא לגבה וא"כ הרוב לפנינו וא"א לומר ודאי אסור וכעין מ"ש התוס' לענין שני נזירים דכל דאחד ודאי טהור גם בר"ה טהור דא"א לעשות הספק כודאי דהרי אחד בודאי טהור וז"ב. אמנם זה בשתוקי דיש ספק שמא אזלה היא לגבי' דבועל וקבוע הוה כמחצה על מחצה אבל באסופי דהוה פלגא ופלגא אטו הוה בבירור ספק השקול רק דנגד מיעוט ארוסות ומיעוט שהלכו בעליהן יש נגד זה מיעוט רעבון ומיעוט פנויות אבל אינו ספק השקול וכעין מ"ש הריב"ש סי' שע"א לענין סמוך מיעוטא דמפילות למחצה זכרים ומחצה נקיבות זה הוא בטבע שכן יצר הבורא אבל שאר סמוך אינו ספק השקול וכל שאינו ספק שקול שוב ודאי אמרינן דממזר ספק לא גזור רבנן ודו"ק. והנה גוף הא דאמרו ממזר ודאי צריך ביאור דמה זו סברא דממזר ודאי בשלמא גבי עשירי ודאי יש לומר דהעשירי בה"א הידועה כמו דאמרו הירך המיומנת אבל ממזר מנלן דהוא ממזר ודאי והא אצטריך למכתב לא יבא ממזר ומנלן דדוקא הודאי. אמנם נראה דלשיטת הרמב"ם דספק מותר מה"ת ולמדו מכאן א"כ הכוונה דממזר ודאי דהיינו לאפוקי ספק משום דספק מותר מה"ת ובזה ל"ק קושיית הקדמונים דלמה לי קרא דהא הקרא אינו מיותר רק דממזר הוא דוקא ברור דספק מותר. עוד יש לומר דהנה ממזר היינו מאשת איש או מחייבי כריתות ובזה ליכא רוב כשרים זה נקרא ממזר ודאי אבל ספק ממזר כגון ספק בן תשע לראשון ובן שבעה לאחרון כיון דהספק שמא הוא בן שבעה לאחרון א"כ היה אז רוב כשרין אצלה. אבל הראשון יותר נוח דלהרמב"ם זה פירוש ממזר ודאי כיון דספק מותר ולשיטת הרשב"א דכל הספיקות אסורות צ"ל דממזר ודאי היינו מא"א וחייבי כריתות דאין רוב כשרים אבל כל שיש רוב יצא מכלל ספק ומותר דאינו ממזר דקרא דהא איכא רוב להתיר והרי רוב אינו רק ספק והתורה התירה ללכת אחר ספק בזה א"כ שוב אינו אסור הספק מה"ת וז"ב. והנה בהא דאמרו מאי אמרת דלמא אזלה היא לגבי' הו"ל קבוע ולכאורה תמוה דעכ"פ קבוע שאינו ניכר הוא וא"כ לא מקרי קבוע כמבואר בסי' ק"י ואף להב"ח דאוסר היינו רק מדרבנן ולא מן התורה. אמנם נראה דכל הטעם דקבוע שאינו ניכר לא מקרי קבוע היינו כיון דקבוע חידוש דמנ"ל שיהי' קבוע דוחה הרוב א"כ זה דוקא קבוע הניכר אבל קבוע שאינו ניכר שוב הרוב עדיף ולפ"ז זה כשיש רוב ברור אבל אם יש ספק שמא אין כאן

רוב כמו הכא דאם היא אזלה לגבי' שוב לא התחיל הרוב ובכה"ג אף קבוע שאינו ניכר עכ"פ לא נתברר הרוב והו"ל כרובא דליתא קמן ושוב הקבוע אף שאינו ניכר מגרע הרוב שגם הרוב לא נתברר. ובזה יש ליישב קושית הקדמונים הנ"ל דלמה לי קרא דממזר ודאי ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הרוב אינו ברור כל שיש קבוע אף שאינו ניכר ודו"ק:

ב והנה במה שהקשיתי דהוה קבוע שאינו ניכר לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה ענין קבוע שאינו ניכר כתבתי בתשובה דלכך לא מקרי קבוע דבאמת קבוע חידוש דמדחה הרוב א"כ כל שאינו ניכר הרוב עדיף והארכתי בזה דכל דליוחסין בעי תרי רובי שוב אין מעלה לרוב נגד הקבוע אף שאינו ניכר ועכ"פ קבוע שאינו ניכר הטעם דרוב עדיף והנה כאן הרוב הוא כשרים. והנה בירושלמי אמרו פ"ק דכתובות דטעמא דר"י משום דזנות רצה אחר הפסולין ובאמת בש"ס דילן לא אמרינן כן ואף דאמרו בכתובות דף י"ד הכי השתא אשה נשאת בודקת ונישאת אשה מזנה בודקת ומזנה בתמי' אבל לא אמרו דזנות רצה אחר הפסולים ואדרבא מוקמינן בחזקת כשרות ועיין ח"מ סי' ד' ס"ק כ"ד ולפענ"ד להכריע דאם האיש אזל לגבה אז ל"ש זנות רצה אחר הפסולים אבל כשהיא אזלא לגביה זה ודאי דרצה אחר הפסולים שאיש יצרו מבחוץ וזו יצרה מבפנים וא"כ כל שהיא אזלה לגבי' בודאי רצה אחר הפסולים ולפ"ז כל שחיישינן שהיא אזלה לגבי' שוב אין רוב כשרים נגד זה ושוב גם קבוע שאינו ניכר נמי מקרי קבוע ראה זה חדש. וגם במ"ש בענין ממזר ודאי מהיכן נודע זאת ולפענ"ד דהתורה לא תקרא ודאי כל שיש ספק ל"ש לקראו ממזר דהא הוה רק ספק וזה ענין ממזר ודאי ולא ממזר ספק ומעתה שפיר פריך מ"ט אסרו וא"ל דכל ספק מה"ת שרי ומדרבנן אסור דכאן כל שאמרו ממזר ודאי א"א לעשות איסור מדרבנן דבאמת יש ס"ס וכמ"ש הריטב"א והרשב"א אבל באסופי דאינו רק פלגא ופלגא ואינו ספק גמור שפיר קשה מ"ט אסרו ודו"ק:

סימן טו

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המאור הגדול מעוז ומגדול מוה' שמואל יהודא אבד"ק אסמיאל נ"י.

ב מכתבו ותשובתו הגיעני בש"ק בשלח ע"י מחו' ה' ר' מיכל היילפרין נ"י מברעזאן עם מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון הגדול נ"י אשר דיבר טוב בעבורו להשיבהו על אתר ואני עמוס הטרדות ובכ"ז מפני כבוד אבי חשתי ולא התמהמהתי להשיבהו על אתר והנה מעשה שהי' כך הי' זה ערך שני חדשים אשר נשלח גט מאדעס ע"י שליח למסרו לאשה אחת ובבוא לפני מעכ"ת וקרא בהרשאה והיה חסר תיבת זה מההרשאה ונכתב הולך גט ולא כתב זה ורצה מעלתו לסדר הגט אף שחסר תיבת זה כי מוכיח מההרשאה

שעל גט זה שנכתב ונחתם מהבעל פב"פ לאשה פב"פ ועדים הכתובים בגט בשמותם פב"פ א"כ מוכח שכתבו על גט זה אמנם היה שם איש אחד שמו שמואל וקרא ערער וקלל וחרף וגדף אותו ולא נתנו לסדר הגט והנה נתאחר עד כי השליח חלה למות וכאשר היה מסוכן קרא לבנו ואמר לו בזה"ל נא דיר דעם גט וואס איז בייא מיר מהבעל המגרש פב"פ צו געטין מיט דעם אשתו פב"פ אין אויב איך וועל גיזונד ווערין וועל איך אליין געבין דעם גט ובאם איך וועל חלילה שטארבין זאלסט דיא געבין דעם גט להאשה הנ"ל אין זאלסט זיין גלייך וויא איך אליין אין איך שוועור בייא מיין עוה"ב אז דער גט איז אכשריר גט והי' שם הרבה אנשים ששמעו זאת ואח"כ שבק חיים לנו והגט ביד בנו. ועתה יש שתי ספיקות הספק א' שלא אמר השליח בפנ"כ ובפנ"ח והב' שהוה שליח לאחר מיתה וע"ז האריך מעלתו ליישב ב' הספיקות והביא מה שאמר לו הרב מאקנא ומה שאמר הוא בזה וביקש חוות דעתי. והנה מה שלא הניח שמואל לתת הגט תיכף הכי קרא שמו פמואל בקרא שמו נער ובער שהביא האשה לידי מבוכה רבה על לא דבר ולא עוד לא מסתייע דלא גמר אלא מימחא נמי מחי וחרף וגדף והדברים פשוטים כמ"ש מעלתו שאין להקפיד בזה. אמנם מה שעבר אין וצריכין לשית לב על מה שהוא כעת והוא מקום עיגון גדול.

ג והנה מה שלא אמר בפנ"כ ובפנ"ח השיב הרב מאקנא דכיון שאמר בלשון לע"ז ונשבע דהגט כשר סגי בזה שהעיד שנעשה בכשרות והרי אינו כשר כשלא ראה הכתיבה והחתימת העדים. והנה ע"ז יש להשיב כי אולי השליח אינו יודע בטיב גיטין ולא ידע דצריך לראות הכתיבה והחתימה והוא יודע דהבעל כתבו וטעה ונשבע דהוא כשר. אמנם בלא"ה הגט כשר דהרמ"א בסי' קמ"ב ס"א הביא י"א דאפילו לא אמר בפנ"כ ובפנ"ח כל שיש הרשאה כשר ואין צ"ל כלל וי"ח וכן נוהגין הנה לא כתב רק דהמנהג אינו כן אבל פשיטא דבמקום עיגון כשר הן אמת דמה שנרשם בח"מ רשב"א סי' תקס"א והמרדכי ריש התקבל עיינתי ולא מצאתי בזה ברשב"א שום משמעות והרשב"א לא כתב רק דא"צ עדים שעשה הבעל שליח וכל שאומר בפנ"כ ובפנ"ח סגי אבל לא כתב שאם לא אמר בפנ"כ בפנ"ח כשר בהרשאה לבד ואולי צריך קיום אבל בלא קיום לא סגי וגם במרדכי גבי בעל אומר לפקדון אף שהביא דברי ר"ת אבל דבריו מגומגמין בלשון וכמעט שאין לו הבנה כלל ואולי יש חסרון תיבות. אמנם בד"מ כתב שבהגמ"ר פרק התקבל מבואר כן וכן משמע מדברי הרשב"א והמרדכי וכפי הנראה כוונתו דכיון שכל שיש קיום ב"ד א"צ לומר בפנ"ח ממילא כל שיש הרשאה הוה כקיום אבל לפ"ז בנ"ד שלא כתב תיבת זה נמצא אם היה מסדר הגט בחיי השליח והוא אמר בפנ"ח לא אכפת לן כלל במה

שחסר בהרשאה זה אבל כעת שלא אמר בפנ"ח ובהרשאה חסר תיבת זה חסר לנו הקיום על גט זה ודלמא גט אחר היה. אמנם אחר העיון גם בזה אין לחוש דהא באמת בהרשאה כתוב על גט שפב"פ גרש לאשתו פב"פ והעדים החתומים על הגט פב"פ א"כ אין לך קיום גדול מזה דמה"ת לחוש שהיה גט אחר של איש אחר ועדים אלו או אחרים ששמם כך ובזה בודאי אין לחוש ובפרט שבהרשאה כתוב שמסרו הב"ד להשליח ומסתמא חזקה על ב"ד שעשו כהוגן ושאלו להשליח אם ראה הכתיבה והחתימה כמ"ש בסדר הגט וא"כ העידו ע"ז הגט שנכתב ונחתם בפני השליח וא"כ כשר. ועתה נבאר אודות מה שהיה שליח לאחר מיתה והנה הרב מאקנא רצה לחדש כיון דכפל דבריו והיה הלאו קודם להן דהרי אמר ביטול המעשה קודם וכמ"ש המלמ"ל פ"ו מהלכות אישות שוב התנאי בטל והמעשה קיים ועב"ש סי' קמ"ה דכל דכפל דבריו לא הוה כקובע זמן. והנה אף כי דבר חכמה אמר יפה השיב מעלתו בזה והנני יוסיף דהרי דעת גדולי הפוסקים דע"י שליח ל"צ למשפט התנאים דאהכי משוי לי' שליח ולא באופן אחר כמ"ש הרמב"ן בחידושיו פרק מי שאחזו וא"כ כיון שעשאו שליח לא מהני אף שלא התנה כמשפטי התנאים דלא רצה לעשות שליח רק באופן זה. והנה לכאורה רציתי לומר דהנה הטעם דאין גט לאחר מיתה דכיון דלא רצה לתת הגט רק לאחר מיתה הו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע דלא בא מיד הנותן דהנותן כבר מת ואף שנתן לה בחיים כיון דמתחלה התנה שלא יהיה הגט רק לאחר מיתה הרי הוא כאלו בא לידה אחר מיתה ול"ד למ"ש הב"ש סי' למ"ד ס"ק א' דשם בתחלה בא לידה בתורת פקדון אבל כאן לא נתן לה מתחלה רק שיהיה גט לאחר מיתה וז"ב. ובזה יש ליישב דברי התוס' בגיטין דף י"ג לא יתנו לאחר מיתה דלכך ל"מ גם ע"י שליח דהו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע:

ד ובזה מיושב מה שנמחק בדברי התוס' לאשמועינן בגט שחרור והמ"ד מחקו דק"ל מה נ"מ בין גט שחרור לגט אשה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי דעת המכתב מאליהו דבגט שחרור גם טלי גיטך מע"ג קרקע מהני ע"ש בשער וא"ו סי' א' ולפ"ז בגט שחרור מהראוי שתועיל אבל הריטב"א בקידושין דף כ"ג ביאר דאף בגט שחרור לא מהני טלי גיטך מעג"ק ע"ש וא"כ קמ"ל דגם בגט שחרור לא מועיל ומכ"ש בגט אשה וז"ב ולפ"ז בשליח הראשון שעושה להשני דכלהו מכח בעל קאתו שוב אף דמת השליח עכ"פ בא מכח הבעל שוב לא הוה טלי גיטך מע"ג קרקע וגם לפמ"ש הקצה"ח סי' קפ"ח דכל שנפסק כח הנותן הו"ל כאלו מסרו לאחר ונסתלק רשותו ע"ש שהאריך בדברי טעם וא"כ כאן שבא מכח הבעל שוב לא פסק כח הנותן ודו"ק. אמנם מ"ש הקצה"ח שם משליח ראשון שעשה שליח שני ושם ל"ש זאת ע"ש במחכ"ת נעלם ממנו דברי הש"ס בגיטין דף כ"ט

הא דאבא דקטנותא הוא דכלהו מכח בעל קאתו. ובזה מובן סברת רב אשי דהוא חשב כיון דאילו מבטל השליח הראשון השליחות של השני בטל וכמ"ש מהר"ם פדווא הובא בט"ז סי' קמ"א וא"כ בא מכח השליחות של הראשון ולכך כל שמת נפקע רשותו ולא יועיל שליחות השני וע"ז חידש מר בר ר"א דכלהו מכח בעל קאתו וא"כ לא נפסק עדן הכח. וראיתי שגם מעלתו הביא דברי הש"ס בגיטין כ"ט דכלהו מכח בעל קאתו ויפה כתב אלא דלפמ"ש הקצה"ח סי' קפ"ח הדברים מבוארים בטעמם ואף דהוא לא נזכר דברי הש"ס אלו אבל מזלי' חזי דעפ"ז דברי הש"ס מבוארים סברת ר"א ומר ברי' דר"א. עוד הי' נ"ל בטעם דאין גט לאחר מיתה משום דבאמת גט מהראוי שלא יועיל כלל והש"ס בקידושין דף י"ג למדו מקרא ע"ש ולפ"ז לא מצינו שיועיל רק מחיים דהתורה נתנה לו כח לגרש ולא לאחר מיתה לא נתנה לו התורה כח להיות מפקיע הנשואין ולפ"ז כל שהבעל קיים אף דהשליח מת למה לא יועיל הגירושין וז"ב. ועכ"פ יהיה איך שיהיה יפה כתב מעלתו דיש לתת הגט כיון שהוא מקום עיגון וזה האיש שמואל ברעה הוא שגרם להאשה ולנו להכניס עצמינו במקום עיגון ולהקל ע"י תחבולות להכשיר הגט מה שבאמת היה כשר בלי פקפוק ועכ"פ כעת הדין דין אמת שיכול מעלתו לסדר הגט כיון שהוא מקום עיגון ואפריון נמטייה שחפש עצות להכשיר הגט וכן ראוי למי שהוא בעל תורה וירא שמים:

ה ועד"ה השיני"ן של הבתים שאינן נעשין בדפוס רק מקלף אחר ומדבקים בדבק הנה הדבר פשוט שהם פסולים ואני הייתי ראש הפוסלים כשנשאלתי בזה והראיתי שגם דו"ז הגאון בישועת יעקב סימן ל"ב ס"ק כ"ח כתב שהם פסולים אבל לא ביאר הטעם ואני הארכתי בזה והבאתי דברי הב"ח בזה שגם בפנים של הבית בעינן שיהי' רואה את האויר ובזה ביארתי דברי המרדכי שהאריך הנוב"י בזה בסי' א' ואפס קצה כתבתי בהגהותי לנוב"י. ועכ"פ זה פסול גמור ובעל חסד לאברהם היה אז אצלי בעת ההיא ושמע מ"ש בזה ועשה מערכה והדפיס שהשיב לי כמו שהתנצל בהקדמתו אנכי לא קבלתי תשובתו גם לא ידע היטב דברי. וע"כ הדבר ברור דהוא פסול והארכתי בזה בתשובה:

ו ועד"ה הצד"י שיש כותבין היו"ד מהצד"י הפוכה ויש כותבין ישרה ונמצא בפרשה אחת יו"ד מהצד"י הפוכה וגם יו"ד מהצד"י ישרה. הנה חלילה לפסול בזה תפילין דכיון דהשתא צד"י לזה חלילה לפסול התפילין והם תפילין דמרי עלמא. אלה דברי הכותב בנחיצה:

סימן טז

א ראיתי בשאלתות פ' אחרי מאן דמתיליד ליה ברא מחייב למהליה לתמניא יומי וכו' ואי מתיליד בשבתא שרי לממהליה בשבתא וכו' ואפילו פריעת מילה דחי שבת ואעג"ב דאמר רבא לא ניתנה פריעה לאברהם אבינו ומנ"ל שפריעת מילה דוחה שבת שנאמר בעת ההיא אמר ד' אל יהושע מקיש סוף מילה לתחילת מילה ובשו"ת חתם סופר סי' רל"ט הקשה דא"כ ליכא כרת בפריעה דהא כרת לא כתיב רק במילה וא"כ יקשה הרבה סוגיות דמשמע דבפריעה ג"כ איכא כרת ע"ש שהאריך שם.

ב ולפענ"ד נראה דהנה התוס' כתבו שם דאברהם פרע עצמו אף שלא נצטווה ואני כתבתי בספרי יד שאול סי' רס"ה דזה דבר תמוה דבב"ר פ' לך הובא ברש"י דבאברהם אבינו לא כתיב את ובישמעאל כתיב את אלא אברהם ע"י שנתמעך בשרו ע"י אשה כתיב בשר ערלתו אבל ישמעאל שלא נתמעך ע"י אשה כתיב את בשר ערלתו והיינו שהיה צריך לפרוע וכמ"ש רש"י בהדיא ומצאתי בספר יראים סי' י"ט שהקשה כן על הא דאמרו לא ניתנה פריעה לאברהם אבינו שהרי לא הי' לו מה לפרוע ובחידושי רשב"א כתוב באמת דאברהם קיים בישמעאל מצות פריעה אף שלא נצטווה יע"ש שהארכתי ולפ"ז מבואר היטב דגם על פריעה חייב כרת דהרי כתיב וערל זכר אשר לא ימול את בשר ערלתו ונכרתה הנפש ההיא וכל היכא דכתיב את בשר ערלתו הוא מורה על פריעה כמו בישמעאל וא"כ מבואר פריעה שהיא בכרת. ובזה הבינותי מה שדקדקה התורה מ"ש ונמלתם את בשר ערלתכם ובן שמנה ימול לכם כל זכר ולמה כתיב את משום דזה קאי על מי שלא נתמעך לכך כתיב את בשר ערלתכם ודו"ק היטב כי זה דבר חדש.

ג ואני תמה על השאלתות שלמד מיהושע והרי שם מל כל מי שנולד במדבר ואי אפשר שלא הי' שם הרבה שכבר נשאו ונתמעכו ע"י אשה. והשאלתות לטעמי' שהבין שלא נתנה לאברהם פריעה כפשוטו שלא פרע כלל אבל באמת פרע לישמעאל וכל מי שלא נתמעך כמ"ש. וזה לדעתי מה שאמרו בני יעקב אם תהי' כמונו להמול לכם כל זכר והיינו שהם דברו במרמה שהרי כל בני יעקב הי' להם מילה ופריעה שנימולו בשמיני אבל הם לא הי' להם פריעה שהרי נתמעכו ע"י אשה א"כ אינם שווים להם. וזה שאמרו במדרש שנתנו אצבע בין שיניהם שדברו בסתר מה שלא ידעו ודו"ק היטב.

ד והנה החתם סופר תירץ כיון שנדחה שבת לגבי חיתוך וקיל איסור שבת שוב גם בפריעה קיל ודחי שבת אבל כרת י"ל דבאמת אינו חייב כרת על הפריעה ע"ש והביא ראיה מהא דאמרו בשבת דף קל"ז סיפא ניתנה שבת לדחות והנה זה אין ראיה דקיל רק דטרוד בדבר מצוה כמ"ש בספר בן יהודה סי' כ"ט. אך לפענ"ד נראה ראיה דהרי הרמב"ן

כתב גבי מים חמין קודם מילה כיון שלאחר המילה ודאי יכול לחמם דהוה סכנה ה"ה מקודם וכ"כ לגבי תלישת שער קודם שחיטה כיון דלאחר שחיטה יכולין לתלש ה"ה מקודם הרי חזינן כל דלאח"כ נדחה שבת מותר קודם מכ"ש להיפך כל דכבר נדחה שבת לגבי חיתוך ניתן לדחות אח"כ ואף דיש לדחות דשם לאחר שחיטה ביו"ט הותרה לכך נדחה מקודם ג"כ משא"כ כאן אבל ז"א דהרי לגבי חמין אחר המילה ג"כ אינו אלא דחי'. מיהו יש לומר דשאני כאן דלגבי חיתוך הותרה שבת משא"כ לגבי פריעה ואולי תלוי בהך דנחלקו בזבחים דף ל"ב אי אמרינן הואיל והותרה הותרה או דוקא דיחוי הוא דאמרינן הואיל ונדחה נדחה ודו"ק היטב. והנה ראיתי בבן יהודה שם שהביא קושיא על הרמ"א שכתב בסימן רס"ב דאם מל תוך ח' יצא דאמאי לא נימא כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכאן אמרה תורה ביום השמיני ימול וא"כ ביטל מ"ע והאריך שם והנה מ"ש כל דכעת לא עבר אף שיגיע הזמן אח"כ ולא יוכל לקיים מ"מ ל"ש כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד הנה בסוכה דף כ"ח אמרו דל"ש העוסק במצוה דעי"ז לא יקיים אח"כ פסח ע"ש. אך בגוף הקושיא לפענ"ד ל"ק דיש לומר דבאמת התורה חס על הילד שלא יחלש מהמילה ולכך קבעה בשמיני שיתחזק כחו קצת או מטעם שיראה פני המטרונא והיינו שיעבור עליו השבת כמבואר במדרש אבל אם עבר ומל קודם עשה מצוה ואדרבה זריזין מקדימין למצות. וגם נראה דלא שייך אי עביד לא מהני כל דעושה מצוה וע"כ לא אמרו כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד רק בלא קיים מצוה ועיין מלמ"ל פ"י מטומאת צרעת כעין זה ועיין בשבת קל"ז דאמר שם ר"א סבר כע"ז מה ע"ז דאמר רחמנא לא תעביד ואי עביד לא מהני וחייב ה"נ לא שנא ור' יהושע סבר התם לא טריד בדבר מצוה הכא טריד בדבר מצוה ומבואר שם דכל דטרוד במצוה ל"ש אי עביד לא מהני ודו"ק היטב:

סימן יז

א הקשה אותי אחד בהא דאמרו בחולין דף ז' א"ל מזבנינא להו א"ל לפני עור לא תתן מכשול ופרש"י כשם שאסור לך אסור לאחרים ג"כ והא ליכא למימר מזבין לי' לעכו"ם דתנן אין מוכרין להם בהמה גסה.

ב ונשאלתי הא ע"י ספסרא שרי כדאמרו בע"ז דף י"ד רב אדא שרא לזבוני חמרא ע"י ספסרא וא"כ משכחת לה דלזבין ע"י ספסרא ויפה הקשה ואין לומר רק דטרם שחידש רב אדא זאת הוה אסור ורבי לא ידע מהאי דשרי רב אדא וזה דוחק. אמנם בהא דשרא רב אדא ע"י ספסרא יש מחלוקת בפירושו רש"י והרמב"ם פ"כ משבת וכן הברטנורא מפרשו ע"י סרסור אבל הטור הבין מהרא"ש דרק ע"י סרסור דקונה ומרויח לאלתר הוא

דשרי ולא ע"י ספסר ועיין בב"י יו"ד סי' קנ"א. ובאמת שלפענ"ד אף שפירוש הרא"ש נראה נכון שכן מבואר בב"מ דף מ"ב דסרסור קונה ומזבין מיד להרויח אבל צ"ע דבש"ס אמרו אי משום שאלה ושכירות כיון דלאו דידיה לא מוגיר ולא משאיל ולדברי הרא"ש הא דידיה הוא שהרי קנהו והרא"ש כתב כיון שקונה להרוויח מיד לא מוגיר ולא משאיל אבל בש"ס מבואר דלאו דידיה הוא וגם הא דאמרו עוד משום דלא תמצא בי' מומא הוא תימה כיון דקנה ואם ימכור לאחר וכשימצא בו מום לא ירצה בו וצריך להחזיר המעות וא"כ למה לא יבדוק בעצמו שלא יהיה מום ובשלמא סרסור זה אינו קונה רק מוכר וכשימצא הקונה מום יחזור למוכר א"כ ל"צ לבדוק אבל אם קונה תיכף שוב צריך לבדוק ועוד קשה לפמ"ש התוס' בשם רבינו ברוך ד"ה אימר דדוקא אם קונה הסוס לעצמו ומוכרה כשנמלך הוא דהתירו משום שלא יהי' לו פסידא אבל לקנות כדי להרוויח לא שרי דלא יקחם ולא יפסיד בהם וכ"כ הטור בשם סה"ת והוא רבינו ברוך הנ"ל א"כ א"א לפרש דספסרא היינו שקונה כדי להרוויח דא"כ אסור לקנות ע"כ דזה אינו רק סרסור בעלמא ואינו קונה רק שסרסר לעכו"ם וא"כ קשה על הטור שהביא דברי סה"ת וזה סותר לפירוש הרא"ש וצ"ע והרא"ש לא הביא דברי הסה"ת הנ"ל והנה הרמב"ם פ"כ משבת כתב דאין לחוש לשאלה ושכירות דלא מושיל ולא מוגיר והשמיט הטעם דל"ש נסיוני וגם השמיט דלא יגלי מומא וצ"ע. ובאמת בהנך כודנייתא דרבי ל"ש דנגלי בהו מומא בודאי הי' בלי מום ואפשר דלכך היה אסור למכור ע"י ספסרא אבל כ"ז צ"ע:

סימן יח

א בסוגיא דשומר שמסר לשומר.

ב הנה בתשובה כתבתי דשומר שמסר לשומר אף למ"ד דחייב היינו דוקא באם זה השומר אין לו חלק רק דהוא שומר גרידא וא"כ אם נימא דשומר שמסר לשומר פטור מה אכפת לי' ולכך חייב אבל אם יש לו חלק שוב לא שייך לומר דמה אכפת לי' דהא גם הוא יש לו חלק ושפיר חייב.

ג והנה לכאורה יש סתירה לזה מהא דאמרו דהא דרב לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר דהנהו גינאי וכו' והרי הנהו גינאי הוו שותפין כדאמרו בגיטין דף י"ד ובילדותי הארכתי בזה ומצאתי במחנה לוי שכתב ג"כ כן ולפ"ז הא להם ג"כ יש להם הפסד ושוב מהראוי שיפטור וא"כ לא הוה ראיה כלל.

ד אמנם נתיישבתי בזה דתלוי בהנהו טעמי דאם נימא דטעם דשומר שמסר לשומר דחייב משום דאת מהמנת לי' וכמסקנא דרבא שם א"כ כל שיש לו חלק והוא מהימן לי' ל"ש דלא מהימן לי' דהא אי לא הי' מהימן לא מסר לו חלקו ג"כ וכעין מ"ש התוס' ריש

ב"ב דכל דיש לו חלק לא שייך הטעם דכ"א ילך ויזיק דהא אית לי' שותפות בגווה אבל אם הטעם משום דאין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר א"כ ניהו שזה רצה אבל האחר אינו רוצה וא"כ בהס"ד דהטעם משום אין רצוני שפיר דמכללא שמיע לי' אבל לפי המסקנא אין ראיה כלל מהנהו גינאי וז"ב: ובזה יש לישב קושית השב יעקב בחו"מ סי' פ' דהקשה בהא דאבעיא לן בב"מ דף צ"ו בבעל בנכסי אשתו אי שואל הוה או ש"ש ופלפל הש"ס דמה נ"מ ולמה לא קאמר דנ"מ באם הבעל מסר לשומר אחר ולפמ"ש בבעל בנכסי אשתו דגם הוא יש לו חלק בזה לא שייך בזה ענין שומר שמסר לשומר ודו"ק כי קצרתי ולא נפניתי כעת לעיין בזה ויש להאריך בכל הסוגיא דשומר שמסר לשומר בזה ודו"ק והנה מ"ש בשותפין לא שייך זאת נראה לפענ"ד להמתיק הדברים דהרי אם השומר נתן חפצי השמירה בתוך חפצים שלו פטור וא"כ מה נ"מ אם החפצים נתן בתוך שלו או שנתן לשומר חפצים שלו ושל חבירו ביחד:

סימן יט

א ע"ד קושיות הגאון החריף מוה' משלם ז"ל בב"מ דף ג' בתוס' במ"ש דאצטריך ע"א בטענו בספק ע"פ עד שהקשה דא"כ ישלם לו ויחזור ויתבע ממנו ויהיה מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם ועד המסייע א"י לפטור במקום שהוא מחויב שבועה וא"י לשבע משלם כמ"ש הש"ך סי' פ"ז וכבר כתבתי הרבה בזה. וכעת נראה דמלבד דדברי הש"ך אינם מוסכמים אך גם לדברי הש"ך נראה לפענ"ד דדוקא היכא שבא מתחלתו לפטור משבועה דהוא מחויב וא"י לשבע משלם וא"כ בא בתחלתו לענין ממון וא"נ אבל במקום שבא מתחלתו לשבועה והי' יכול לשבע נגדו ולפטור ולענין שבועה המניה התורה כשנים כמ"ש הריב"ם בתוס' ב"ב דף ל"ב א"כ הרי לזה הימניה התורה והוה כי הך דכתב הרמב"ם פט"ז מעדות דאיסור בעד אחד הוחזק והו"ל כשנים ואח"כ נסקל על ידו. וזה לדעתי מ"ש לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת ודרשו חז"ל לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה והיינו שתחלת הקימה להעיד אינו קם לעון ולחטאת אבל קם הוא לשבועה ותחלת הקימה צריך להיות לשבועה ואח"כ ממילא בא גם לממון וז"ב כשמש. ובמ"ש נתיישב מה ששמעתי מקשים בהא דקיי"ל דעד המסייע פוטר משבועה ומטעם ק"ו אם יכול לחייב שבועה מכ"ש לפטור ושמעתי שהגאון נו"ב הקשה דממנ"פ אם מועיל לחייב שבועה וכשזה נשבע מפטר הלה אלמא דשבועה אלים יותר מע"א וא"כ למה יפטור משבועה דמשמע דע"א נאמן יותר וכבר כתבתי בזה. וכעת נראה לי בפשיטות דכך גזרה חכמת התורה דאינו קם לממון רק לשבועה אבל לענין שבועה הרי הוא כשנים וא"כ בין לחייב בין לפטור כל שאינו רק שבועה בלבד הרי

הוא כשנים וא"כ שנים נאמנים בין להוציא בין לפטור ומכאן נסתייע דברי הריב"ם ועיין ש"ך סי' ע"ה ובב"ש סי' מ"ב ולפמ"ש דברי ריב"ם יש להם יסוד דלענין שבועה הרי הוא כשנים ודו"ק היטב:

ב והנה במ"ש התוס' כ"ה מנ"ל דפטור וא"ל משום חזקה דאין אדם מעיז דא"כ בבנו דמעיז מנ"ל וא"ל מדאיצטרך ע"א דהא אצטריך לטענו בספק וכבר נודע קושית המהר"ם שיף דאיצטריך ע"א למקום שא"י להעיז וכבר כתבתי בזה הרבה. וכעת נראה דהנה צריך ביאור כיון דחזקה אין אדם מעיז איך נאמן ע"א נגד חזקה זו ובפרט נגד חזקה דאתיא מכח סברא וצריך לומר דבאמת אטו דבר ברור הוא דאינו מעיז ויש הרבה בני אדם המעיזים וכמ"ש הרשב"א ורק דעפ"י רוב אינם מעיזים וכאן הע"א מברר המיעוט מתוך הרוב ואומר דזה מן המעיזים וכמ"ש הר"ן בפ"ג דקידושין דנאמן לברר המיעוט מתוך הרוב ומה גם לפמ"ש הגהמי"י ובשו"ת מיימוני לאישות סי' ג' דכל דלפי דברי העד לא היה בזה חזקה נאמן וכאן לפי דברי העד הוא מכת המעיזים. אך עדן צריך ביאור דזה היה שייך אם מברר המיעוט כמו התם אבל כאן הרי נשבע נגד העד וא"כ לא בירר המיעוט מתוך הרוב דהרי כשנשבע שוב הוא בכלל הרוב וא"כ שוב אין מהראוי להאמין ע"א ולפ"ז בשלמא אם גזירת הכתוב הוא דכ"ה פטור ולא בשביל החזקה שייך לומר דע"א נאמן אבל אם מכח החזקה הוא פטור ע"כ דחזקה אלימא הוא ושוב איך נאמן ע"א זהו קושית התוס' וע"ז כתבו דאצטריך היכא דטענו בספק ובאמת כ"ה פטור היכא דאינו מעיז ויש ליישב בזה קושית הגאון מוהר"מ ז"ל הנ"ל מיהו גוף תירוצם אינו נכון לפמ"ש דאכתי קשה היכא נאמן נגד החזקה מיהו יש לומר דכל שטענו בספק לא שייך החזקה דאינו מעיז כיון שהבע"ד א"י ובזה שוב מיושב קושית הגאון הנ"ל:

ג במ"ש למעלה להקשות דאיך ע"א נאמן נגד החזקה ואף דיש מיעוט המעיזים מ"מ לא שייך מברר המיעוט מתוך הרוב דהרי אינו ברור גמור דהא אם ישבע נאמן כעת נראה דבר חדש לפמ"ש הפוסקים דתקנה עושים אף על המיעוט דבכל העולם יש מיעוט ג"כ כמ"ש הש"ך סי' קל"ג דאטו ליכא גנבי בעולם ע"ש ולפ"ז יש לומר כך ראתה חכמת התורה כיון דיש מיעוט המעיזים הצריכה התורה שבועה לברר הדבר ואף דכל התורה רק על הרוב זה לעשות דבר מוחלט להרוג או להוציא ממון אזלינן בתר רוב אבל שבועה שאינו פסק החלט אמרה תורה שע"א יתחייב שבועה ולפ"ז שפיר הקשו התוס' דלמה לי ע"א דממנ"פ נגד הרוב שאינם מעיזים לזה ל"צ שבועת ע"א ואף דבעולם יש מיעוט א"כ יתחייב אף בלי ע"א וז"ב כשמש ובזה יתיישב הרבה קושיות שהקשו הקדמונים דנ"מ לענין דלא בעי שתי כסף ואני הקשיתי דהא נ"מ לנסכא דר' אבא ועיין במפה"י

ב"ק דף ק"ז ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דעיקר ע"א הוא משום דבכל העולם יש מיעוט החשודים על פחות משתי כסף וכדומה א"כ גם כ"ה ראוי לחייב ודו"ק ובזה יש לומר דזה שכתבו דאצטריך לטענו בספק עפ"י העד ומיושב קושית הגאון מוהר"מ הנ"ל דכשיחזור ויתבענו לא יצטרך לשבע דהעד יסייעו ובאמת כופר הכל פטור במקום דא"י להעיז ואף דזה א"י ויכול להעיז כיון דיש לו עד מסייע ז"א כיון דעיקר החיוב בא בשביל שהעד מסייעו א"כ נתחייב ע"י העד יוכל לפטרו ג"כ כנ"ל ויש לפקפק. ובגוף קושית הגאון אני תמה דהנה ל"מ לפי מה שנראה מהש"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ק נ"ה דשייך מה"ת שבועת איני יודע א"כ ישבע הלה שא"י ויפטר ואף לפמ"ש בס"ק ע"ו דלא שייך שבועת איני יודע היינו לפי האמת אבל לפי הס"ד דעיקר שבועת ע"א לא משכחת רק בכה"ג א"כ ע"כ שישבע א"י וגם אם נימא דא"י לשבע א"י יוכל להחזיר לו המעות ויאמר שישבע הוא נגד ע"א והפטר ואף שבשבועת התורה לא שייך ההיפוך אבל כאן אינו המפיך וחזרה שבועה למקומה וז"ב כשמש:

סימן כ

הקשה אותי הרב המאוה"ג מוה' דוד מאיר פריש נ"י בהא דאמרו במנחות דף כ"ה ואימא עון שמאל שדחייתו ביוה"כ ומשני שאני יוה"כ דהכשירו בכך וע"ז הקשה דלמה לא אמר עון שמאל של מצורע שאם שינה ועשה בימין כשר ומזה אמר ראיה דלכך פסק הרמב"ם כהך תוספתא דאם שינה כשר ואני השבתי דכל שפסול בימין רק בשמאל לא מקרי עון שמאל שהרי עיקר המצוה בשמאל וכן גזרה חכמת התורה אבל יוה"כ דבאמת היה מהראוי שיהיה בימין רק מפני כובד המחתה הוה ס"ד דהוא עון ולזה אמרו דביוה"כ כיון דקשה שיהיה בימין כמ"ש הרמב"ם בהלכות יוה"כ פ"ד מקרי הכשירו בכך ודו"ק ודברי הכ"מ צ"ע שם כמ"ש בגליון הרמב"ם זה רבות בשנים והבאתי דברי הרדב"ז שם.

סימן כא

א עיין ש"ך חו"מ סי' רנ"ה מ"ש בשם הרמב"ם דבהקדש תוך כדי דיבור כדיבור דמי והוא הקשה מב"ק דף ע"ג דפריך מהקדש על עדות וכבר כתבתי בזה דלכאורה צריך ביאור דל"ש הטעם דאמירה לגבוה כיון דשתיהן לגבוה ואין רווחא להקדש אך באמת הרמב"ם כתב באומר קודם שלמים ואח"כ עולה דעולה חמור קדושתו וכלה לגבוה אבל מסיפא שפיר מקשה. ובזה מיושב מה שהקשו מסיפא והביאו דברי ר"פ מרישא ועפ"י ובהגהות רי"פ ולפמ"ש א"ש ודו"ק כי קצרתי:

ב וכעת עש"ק ויצא תרכ"ד אמרתי לפמ"ש בחו"מ סי' קצ"ה דבכל הקנינים לאחר כדי דיבור א"י לחזור ובק"ס כל זמן שעסוקין באותו ענין וכתב הע"ש והסמ"ע דבמה שעושה

קנין בגוף הדבר ודאי הי' בישוב הדעת משא"כ בשאר דבר ע"ש ולפ"ז תכ"ד אף במה שעושה בגוף הדבר יש לומר דבפתע פתאום נעשה הדבר וכמ"ש הר"ן בנדרים דף פ"ה יעו"ש ולפ"ז נראה לי ברור דלכך בהקדש אף בתכ"ד מועיל דהרי אמרו בב"ק דף כ' הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי ופירש"י משום דדעת שכינה איכא וא"כ שוב מועיל אף בתכ"ד ולפ"ז במקום דליכא רווחא להקדש לא שייך דעת שכינה ושוב א"ש כנ"ל וזה מ"ש אמירה לגבוה כמסירה להדיוט היינו אף דאינו עושה שום קנין וליכא רק דיבורא בעלמא ואיכא למימר דיוכל לחזור בו עכ"פ כל זמן שעסוקין באותו ענין קמ"ל דהוה כמסירה להדיוט ועושה בגוף הדבר קנין כמו שמותר להדיוט ולפ"ז אף תוך כדי דיבור נמי כיון דדעת שכינה איכא. עוד נראה לי דבר חדש דלכך בהקדש אף תכ"ד מועיל דהנה כבר נודע מ"ש הט"ז באו"ח סי' ש"ו דלכך מותר להקדיש בשבת דמסתמא כשמקדיש מן הסתם חושב מקודם שבת להקדיש ושוב חל מקודם דנדיב לב עולות וכל שלא הי' בדעתו מקודם אסור ע"ש ולפ"ז עכ"פ לא שייך תכ"ד דעכ"פ מהרהר קודם והוה יותר מכ"ד בצירוף הרהור. ולפ"ז יש לומר דהא דהרהור מועיל בהקדש משום דכל נדיב לב עולות אבל כל שב"כ וב"כ הוא הקדש שוב אין נ"מ להקדש ושוב ל"מ תכ"ד כל דאין רווחא להקדש ודו"ק. וכשאמרתי זאת לא"מ הגאון נ"י קלסי' ואמר דלדעתו פשוט הטעם דמותר להקדיש בשבת דהא הרהר מקודם והרהור מותר ובאמת זה אינו דהרהור ג"כ אסור בשבת עצמו וגם כיון דעי"ז חל ההקדש שוב אסור להרהר דה"ל כמעשה וא"ל דעכ"פ כבר הרהר דז"א דאם נימא דל"מ שוב יתקן האיסור בזה ובכה"ג מהראוי לומר דלא מהני וכמ"ש המהרי"ט ודו"ק:

ג והנה א' שמות תרכ"ד למדתי בנזיר דף ט' ובד"ה אין כתבו התוס' דאף לב"ש דאין שאלה בהקדש דוקא דחל הקדש רגע אחד אבל כל דנדרו ופתחו עמו אף ב"ש מודים דיש שאלה ע"ש ולפ"ז נראה לפענ"ד דמה דכתב רבינו דבהקדש תוך כדי דיבור כדיבור דמי היינו לפי מה דמסיק הש"ס דיש חילוק בין כדי שאילת תלמיד לרב דנפיש ובין רב לתלמיד ולפ"ז הרמב"ם פסק דתוך כדי דיבור כדי שאילת תלמיד לרב דנפיש ולפ"ז בהך תכ"ד דנפיש עכ"פ חל רגע אחת ואין שאלה בהקדש אבל תוך כדי דיבור דרב לתלמיד לא חל אף רגע אחת והוה נדרו ופתחו עמו ולפ"ז להס"ד דלא ידע להחילוק הלז שפיר מקשה על ר"י ודו"ק כי קצרתי:

סימן כב

מה שהקשה השעה"מ בפ"א משביתת עשור על שיטת רבינו בשאר ענויים ע"ש מה שהקשה על הר"ן לפענ"ד בדבר שהוא לצרכי התינוק אף למ"ד דקטן אסור לספות לו

בידים זה בשאינו לצרכו של תינוק ועיין מג"א סי' שמ"ג וסי' רס"ט ומה שהקשה מטבל טבול מדרבנן דהא חזי לקטנים הנה לפענ"ד לפמ"ש המג"א דפורע חובו מאיסורי הנאה אסור דזה נהנה א"כ כאן דע"י שאוכלים הקטנים הוא משתכר שא"צ לתת להם לאכול שוב אסור משום שאביו אסור להנות מאיסור דרבנן וכיוצא בזה כתב בחידושי הר"ן בנדה ועיין מ"ש על הגליון המלמ"ל הלכות מאכלות אסורות פ"ח ואף דמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור אבל כל דמשתרשי לי' חייב ועיין קצה"ח סי' רמ"ו ודו"ק.

סימן כג

א בשו"ת שאגת ארי' סי' למ"ד הקשה לשיטת הרמב"ם דכהנים אסורים ללבוש כלאים שלא בשעת עבודה א"כ היאך הקריבו חטאת עוף הבא על הספק ועוד הרבה קושיות וכ"כ בזה הרבה וכעת אני אומר דלפענ"ד ל"ק דכיון דבעינן לבישה דאית ביה הנאה והרי עכ"פ אינו מתכוין להנאתו ואף דאינו מתכוין ג"כ אסור מכל מקום הרי מצות לאו להנות נתנו והיינו כפירש"י שלעול עליהם נתנה ולא אכפת לן בהנאה ולפ"ז הרי הוא חייב להביא חטאת העוף מספק וא"כ שוב לא נהנה כלל והרי בלא הנאה אינו אסור וז"ב. עוד נראה לי דבר חדש דהנה הקשה עוד הש"א שם על הראב"ד דס"ל בבגדי כהונה דמותר אף שלא בשעת עבודה ואילו בציצית ס"ל דדוקא בעת מצותו התיר ציצית ולא שלא בשעת מצותו ע"ש שהאריך ואני אומר דל"ק דבאמת בבגדי כהונה שייך לומר מיגו דאשתרי אשתרי משא"כ בציצית וטעם הדבר עפמ"ש הרמב"ן בתורת האדם בהא דאמרו בברכות דף כ' שב וא"ת שאני והקשה רש"י מטומאת כהנים וכתב הרמב"ן דשאני כהנים דלגבי' הטומאה שהתירה התורה לכהנים ולא משכחת לה רק ע"י שיטמא א"כ ע"כ לגבי זה לא נאמר הלאו כלל ושאני כל עשה דוחה ל"ת דמשכחת לה העשה בלי הל"ת וכן להיפך ע"ש ועיין פ"י בברכות שם ולפ"ז בגדי כהונה דהיו תמיד בכלאים וא"כ לא שייך לומר בכלאי ב"כ דעשה דוחה רק שהלאו דכלאים אינו נוהג בשעת עבודה וז"ש במנחות וא"ו שאני כלאים דמצותו בכך והיינו דלא הוה הלאו כלל בזה משא"כ בציצית דמשכחת לה בטלית של צמר וציצית צמר וז"ב וכבר אמרו בזבחים דף ל"ב דהיכא דהותרה הותרה אבל בדחויה לא אמרינן מגו דאשתרי ובזה מיושב קושית הש"א על הראב"ד דמתיר אף שלא בשעת עבודה מהא דאמרו שכן מצותו בכך ולפמ"ש א"ש דכל דמצותו בכך שוב שייך מדאשתרי אשתרי וז"ב. ולפ"ז לפי מה דאמרו בזבחים שם חד לישנא להיפך דכל דהותרה אמרינן מה דהותר הותר משא"כ במה דדחי ע"ש ולפ"ז י"ל דזה שיטת הרמב"ם דלכך ס"ל דלא הותר רק בשעת עבודה דכיון דמצותו בכך והותר מה דהותר הותר ושלא בשעת עבודה לא הותר כלל. ולפ"ז זהו שלא בשעת עבודה אבל בחטאת העוף דהוא

בעבודה רק דהוא ספק לא שייך לומר דאיך לובש מספק דכל דעושה מספק עבודה לא שייך הלאו דכלאים כלל דע"ז לא נאמר הלאו כלל וז"ב ודו"ק:

ב והנה האחרונים הקשו בהא דאמרו בברכות ל"א שחיטה בזר כשירה וא"ל עלי מימר שפיר קאמרת מיהו מורה הלכה בפני רבך את והקשו כיון דלאפרושי מאיסורא מותר להורות והרי כאן לפי סברת עלי דשחיטה אסור בזר שוב היה צריך בגדי כהונה ולפי סברת שמואל א"צ בגדי כהונה ועובר בלאו דכלאים לשיטת הרמב"ם ובאמת שלפענ"ד ניהו דשחיטה בזר כשירה מכל מקום אם עבר הכהן מותר ללבוש בגדי כהונה דלא אמרו רק דכשרה בזר אבל לא שיהיה הכהן אסור. ובזה יש לומר דזה מה שחידש שמואל דשחיטה בזר כשרה דהם ס"ד דדוקא כהן והוא חידש דאף זר כשר וז"ש מימר שפיר קאמרת דהיינו דרק מקבלה ואילך מצות כהונה דאסור בזה.

ג והנה לפמ"ש למעלה בלא"ה לא קשה דהא כל שאינו מתכוין רק למצוה מצות לאו להנות נתנו ודו"ק. אך לפמ"ש הרשב"א דכל דאפשר באחרת שוב מצות להנות נתנו דלאו לעול הוא א"כ ה"ה כאן כל דאפשר בזר שוב מצות להנות נתנו והדרא קושיא לדוכתא אמנם נראה דלפמ"ש הרמב"ן הובא ביתה יוסף סי' תצ"ח לענין מריטת הנוצות בעופות ביו"ט דכל שלאחר שחיטה מותר למרוט כדי לאכול והאיסור מרוטה שוה בחיים כמו לאחר מיתה כיון שאח"כ צריך לדחות האיסור ה"ה מחיים מותר ואפילו הרא"ש לא נחלק רק משום דאח"כ אוכל נפש הוה וקודם הוה מכשירי אוכל נפש ע"ש ולפ"ז כאן דבכלאים של כהונה צריך לדחות מקבלה ואילך שוב גם בשחיטה נדחה האיסור כלאים דבאותו קרבן צריך לדחות האיסור דכלאים ודו"ק.

סימן כד

בשו"ת ח"ץ סי' ל"ט האריך דאנן נמי בקיאין בדבר הנמדד ושוה במדידה אף דאין אנו בקיאין ע"ש ולפענ"ד ש"ס ערוך הוא בב"ב דף קכ"ח גבי סומא דבמשחתא גם סומא יכול להעיד ומי אינו בקי כמו הסומא ואפ"ה במשחתא יכול להעיד וזה ראיה ברורה ועיין קצה"ח סי' מ"ו מ"ש בשם תשובת מיימוני בשם ר"ת לענין דימוי הכתבים ומשם ראיה ברורה לזה דהקצה"ח ס"ק ח' דחה לדברי ר"ת ובאמת שיש ליישב דברי ר"ת דר"ת דייק שפיר דעל דימוי הכתבים אין לקיים השטר משום דבאמת קשה בהא דאמרו שם היה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו וכו' היה יודע לו בעדות עד שלא נסתמא וכו' זה הכלל כל שתחלתו וסופו בכשרות כשר כל שתחלתו או סופו בפסול פסול ולמה ליה להקדים כל הני גווני ולמתני אח"כ זה הכלל הרי בזה הכלל מבואר הדין דבעינן שיהיה תחלתו וסופו בכשרות ואם לאו פסול. אך נראה דבאמת גם המ"ד דמכשיר

בקרקע כשנסתמא היה יודע מהברייתא דמייתי הש"ס בב"ב דף קכ"ט דהיה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו הוא אינו מעיד על כת"י ואחרים מעידים על כת"י אך ס"ל דדוקא במקום שיש חשש דמשקר ואף דקרוב גזירת הכתוב היינו לחוב אבל לזכות אפשר דמשקר וגם עכשיו דפסול כתב התומים דיש לחוש דמשקר וא"כ בכה"ג יש לחוש דאף דתחלתו בכשרות אח"כ יש לחוש דמשקר אבל סומא דאין החשש דמשקר רק משום דסומא פסול הגוף דבעינן או ראה ולכך כל שמכוין מצרנהא כשר וע"ז מקשה דהרי זה הכלל מתני אחר האמור בברייתא ומשמע דאף בפסול נסתמא פסול ואף בקרקע ולפ"ז נראה לי ברור דמה דבאמת פסול בזה אף דאו ראה קאי בשעת ראיית העדות ואח"כ כל שמכוין במצרנהא למה לא יכשר וע"כ משום דהתורה רצתה דבשעת הגדת עדות יהי' בראיה לא באומד הדעת ועיין רשב"ם שם ולפ"ז שפיר כתב המרדכי בשם ר"ת דבזה פסול לדמות הכתבים דעכ"פ אינו בראיה רק באומד הדעת ולפ"ז זהו דוקא לענין עדות אבל באיסורים לדמות דאינו בעי תורת עדות ועיין בט"ז יו"ד ר"ס צ"ח בזה ודאי מועיל משחתא ולראות אם הם שווים כמ"ש הח"ץ וראיה ברורה דהרי גם לעדות היה כשר בנסתמא ודו"ק היטב.

סימן כה

כשלמדתי משניות בהגיעי לפ"ג דכריתות במשנה דאוכל אכילה אחת וחייב ד' חטאות ור"מ מוסיף שבת הביא הגאון מוהרע"א ז"ל קושית הקצה"ח סי' כ"ח דבמה שהוסיף שבת חסר אשם דקלב"מ ע"י שבת ומת ומשלם לית לי' לר"מ ואם אין קרן אין חומש ואשם כמ"ש התוס' בפסחים כ"ט וכבר הארכתי בזה הרבה בתשובה והנה הרהרתי כעת דניהו דר"מ מת ומשלם לית ליה אבל עכ"פ בשוגג אפשר דלית לי' דחזקי' דלא עדיף מיתה בשוגג ממלקות דר"מ ס"ל לוקה ומשלם ונזכרתי שהצל"ח בפסחים דף כ"ט הביא קושיא זו בשם הרב מוה' וואלף אבד"ק פפערשא והוא רצה לומר כן. אמנם עוד לאלוה מילים והנה באמת צריך להבין דלמה יתחייב על הוצאה זו שיש בה הרבה איסורים ולא חזי והו' כמוציא אוכלין שאינן ראוין דפטור ואף דדם וכל המשקין חייב היינו שיכול למכרו לעכו"ם או לעשות ממנה איזה דבר אבל דבר דאסור בהנאה למה חזי ולמה יתחייב וצ"ל דכיון דהתורה אחשבה לאכילה זו שיתחייב משום פגול ונותר וכדומה נחשב לאכילה לענין שיתחייב משום הוצאה ולפ"ז אין לומר בזה דקלב"מ ולא יתחייב באשם זה ודאי א"א שהרי כל החיוב ע"י דנחשב אכילה לענין האיסור ומועיל בזה אבל שיפטור עי"ז א"א לומר כנלפענ"ד ובזה נראה מה שאמרו לא מן השם הוא זה ואמרו בירושלמי ריש שבת דהיינו שחייב במהלך ושבת רק בהנחה והיינו שכל שהוא

מקיים איסורים הללו א"כ שוב אי אפשר לחייבו על שבת ושיפטור בזה על מעילה שנתחייב כבר וז"ב ופשוט. אמנם העיקר נראה לפענ"ד שמזה ראיה ברורה למ"ש בתוס' רי"ד בשבת דף כ"ה בחידושיו בהא דאמרו שכן מחפ"ז והקשה היאך שייך לומר דבקדש ליכא חומש הא אית בי' מעילה ומעילה חייב חומש וכתב דדוקא בקדשי בדק הבית יש חומש אבל בקדשי המזבח אינו חייב רק קרבן מעילה ליכא תשלומין ולא חייב חומש ולפ"ז ל"ק כלל קושיא זו דבקדשי מזבח לא שייך קרן ולא חומש רק קרבן מעילה בלבד ואף דדברי הרי"ד תמוהין כמו שהקשו ממעילה דף י"א כבר כתבתי בהקדמת התוס' רי"ד שנדפס אחר כן ביאור הדברים ומכאן ראיה ברורה לדברי ודו"ק:

סימן כו

הקשה אותי מוהרמ"מ במ"ש התוס' בחולין דף ד' דגיד חל על מוקדשין דגיד חמור שנוהג בב"נ אבל אבמה"ח לא מצי לחול על גיד והקשה דהא אבמה"ח ודאי נוהג בב"נ והשבתי דשאני אבמה"ח דיכול להיות לו היתר לאיסורו ע"י שחיטה משא"כ גיד וזה ברור ודו"ק ועיין מהרש"א שם:

סימן כז

א בלמדי בקידושין דף ט' ואימא טעמא דידי ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה בעינין דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה ופירש"י אף כאן בעינן דעת מקנה דהיינו האשה שנקנית לבעל ותמהני לפמ"ש הר"ן בנדרים דף למ"ד דאשה אינה מקנה עצמה לבעל דהא לא כתיב כי תלקח רק כי יקח ורק שמפקרת עצמה והבעל זוכה כזוכה מן ההפקר א"כ שוב לא שייך דעת מקנה דהא האשה אינה מקנית עצמה לבעל והפקר מדעת תלוי במחלוקת רש"י ונימוק"י ולדעת התוס' הפקר מדעת לא חשיב דעת אחרת מקנה ועיין מלמ"ל פכ"ט וא"כ איך שייך דעת מקנה בזה ואולי יש לומר לפמ"ש הרשב"א בחידושיו בקידושין דף וא"ו גבי המקדש בהנאת מלוה דהוה הערמת ריבית וכתב הרשב"א דהא דלא הוה ריבית קצוצה דלוקח אשה בהמתנה המעות היינו משום דלא קנה כלום דאין גופה קנוי לבעל ולאו מידי שקיל ע"ש א"כ כיון דאין אשה בתורת קנין לבעל רק שנאסרה על ידו לכל העולם א"כ לא שייך בזה דעת הבעל א"כ הוה האשה דעת מקנה שהיא מקנית עצמה לבעל. ובזה יתיישב קושית הריטב"א בהא דאמר בעינן דעת מקנה והקשה דהא דעת שלו בודאי בעי ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבקידושין לא שייך דעת הבעל דהא אינו קונה כלום ויותר מסתבר שיצטרך דעת האשה שהיא נקנית לבעל. אמנם גם בזה לא הונח לי דא"כ לגבי אשה לא שייך כאן לא דעת הבעל דהיינו שיהי' נופל עליו שם קנין הבעל לפי דברי הרשב"א והרי ריש קידושין פריך הש"ס ולתני

האיש קונה והא לפי דברי הרשב"א ליכא כאן קנין אבל באמת אחר העיון אין כוונת הרשב"א דליכא קנין באשה שהרי הוא זוכה במעשה ידיה ומציאתה וכדומה כל הד' דברים שהבעל קונה רק שהרשב"א כוון דענין ריבית קצוצה לא שייך בזה דבעינן שיהיה יבא מהלוה למלוה איזה זכות וזה אינו דהא גופה לא נקנה להבעל והזכי' בד' דברים נגד זה מתחייב ביו"ד דברים כמבואר בסי' ס"ט וא"כ לא שייך ענין ר"ק דבא מיד לוה למלוה איזה ריוח אבל קנין שייך בזה ושפיר פריך הש"ס וליתני האיש קונה ובאבני מלואים סי' מ"ב ובמקומות רבות משתמש בזה דלא שייך קנין הבעל באשתו עפ"י דברי רשב"א אלו אבל במח"כ זה א"א. ובזה יש ליישב הא דאמרו שם אי הוה תני האיש קונה הו"א בע"כ קתני האשה נקנית מדעתה אין ולכאורה איפכא מסתברא דקונה אינו שלא מדעתה דלוקח נקרא קונה אף שהוא מדעת אבל נקנית משמע דלא משגיחין בדעתה כלל.

ב אמנם נראה דאם נימא תלוה וזבין זביני זביני א"כ כמו במוכר ולוקח יוכל להיות אף שאין המוכר רוצה למכור גם בקידושין אף שהאשה אינה רוצית הוא קונה ולזה קתני נקנית דלפי דברי הר"ן דהאשה אינה רק מפקרת עצמה ולפי שיטת הנימוק"י דבעי הפקר מדעת שפיר קתני נקנית דהיינו מדעתה ושפיר קתני נקנית ובזה יש ליישב מה שהקשו התוס' שם דא"כ היאך תני האיש מקדש ולפמ"ש אתי שפיר דקידושין שייך משום דאסר לה אכ"ע כהקדש אבל קנין לא שייך רק בע"כ דהרי אינו קונה גופה כמ"ש הרשב"א ואינו שייך רק בע"כ דאשה וקונה אותה להיות אשתו אף שאינה מפקרת עצמה לגביה ובזה נקרא קונה בע"כ ודו"ק עכ"פ דעת מקנה ל"ש לפמ"ש הר"ן דהיא רק מפקרת עצמה וצ"ל דמזה ראיה להנימוק"י דהפקר בעי דעת מפקיר ודו"ק וצ"ע עדיין שוב נתיישבתי דאף דהפקר שלא מדעת הוה הפקר היינו בדבר שאינו חי ואין לו בחירה כמו קטן אבל גדול כמו אשה לכ"ע צריך שתהיה מפקרת עצמה לדעת דהרי לא שייך הפקר כל שאינה מתרצית ובע"כ ודאי לא מועיל הפקר ושפיר שייך דעת מקנה ודו"ק:

סימן כח

א בהגיעי לשבועות דף מ"ה בסוגיא דקציצה אמרתי במ"ש התוס' בדף מ"ה ע"ב ד"ה כי מטא דחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין לא מהניא רק כי איכא חזקה בהדי' דאין שכיר משהה שכרו ע"ש ולכאורה מנ"ל לבעלי התוס' סברא זו ומי תלה החזקות אלו שיהי' משולבות ביחד.

ב ואמרתי בזה דהנה באמת צריך ביאור דאיך שייך חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין הא קי"ל בסי' של"ט דבלא תבעו אינו עובר בבל תלין ודלמא לא תבעו השכיר ולא עבר בבל תלין אמנם כיון דחזקה דאין שכיר משהה שכרו א"כ ע"כ תבעו וכיון שתבעו בודאי איכא

חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין ולכך החזקות תלוין זה בזה וז"ב ודו"ק. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בדף מ"ו ד"ה לא קצצתי לך אלא אחת שהקשו כיון דע"כ איירי שלא פרעו אותו דינר שמודה לו דאי פרעו הו"ל כופר הכל והרי לר"י בעי הודאה במקצת ולפ"ז אמאי בעבר זמנו המע"ה והא כל הטעם הוא משום דאין בעה"ב עובר בבל תלין והרי כאן ע"כ עבר בדינר אחת וגם חזינן דהשכיר השהה שכרו ע"ש והניחו בקושיא. ולפמ"ש אתי שפיר דאדרבא כיון דהשהה שוב לא עבר על בל תלין דהא יש לומר דלא תבעו וא"כ אין ראיה ושוב נאמן בעבר זמנו על הדינר השני שלא קצץ מיהו אכתי לא הונח דסוף סוף למה יהי' נאמן הא כל דלא שייך החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין יהיה מאיזה טעם שיהיה עכ"פ אין כאן חזקה ושוב הוה מודה במקצת גמור ולמה לא יתחייב ושדיא שבועה על השכיר דיהיה נשבע ונוטל אך נראה דנאמן הבעה"ב מיגו דאי בעי הי' טוען שפרע דינר שמודה שקצץ לו ואז הי' נאמן מכח חזקה דאין שכיר משהה שכרו ואין בעה"ב עובר בכל תלין ולכך נאמן במגו ואף להפוסקים דס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה היינו במקום שזה נשבע אבל כאן דאפקה רבנן שבועה מבעה"ב ואוקמא אשכיר א"כ שוב הוה מגו לאפטורי מממון דשמא היה השכיר נשבע ועכ"פ מגו לאפטורי משבועה לא הוה ושפיר נאמן במגו ועיין בסמ"ע וש"ך סי' רצ"ו מ"ש בטעם דאמרינן מגו לאפטורי מממון ולא משבועה וזה לא שייך רק כשהוא נשבע ולא כשהשני נשבע ובפרט לפמ"ש הט"ז שם דכל מה דאיכא לברורי מברירנן ולכך אמרינן שישבע ויתברר הדבר אבל כאן דאמרינן דבעה"ב טרוד ושדיא אשכיר וא"כ השכיר נשבע זה לא מקרי כל דאיכא לברורי דזה אינו בירור דזה טוען דהשכיר משקר וגם יש לומר כי אמרינן דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן רק בסתם מגו אבל כאן אם היה טוען פרעתי בזמנו הי' שתי חזקות מסייעות גם חזקה דאין משהה שכרו וחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין בכה"ג אלים המגו ביותר ושוב נאמן במגו ולא מקרי מגו לאפטורי משבועה כי זהו מיגו טובה וחזקה ולכך המע"ה וז"ב ודו"ק. ובזה נראה לי ליישב שיטת הגאונים דהמלוה על המשכון כיון שאינו טוען על גופו של משכון צריך לשבע והקשו הקדמונים מהא דאמרו באומן דאם הטלית ביד האומן נאמן והמע"ה ולא צריך לשבע כלל וכתב הרמב"ן במלחמות דל"ד מלוה על המשכון לאומן דאומן קונה בשבח כלי והו"ל שלו והדבר תמוה דא"כ למה קתני עבר זמנו המע"ה והיינו דהבעה"ב נאמן והא בב"מ אמרו דף קי"ב דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי ליכא בל תלין דאומן קונה א"כ ממנ"פ קשה אי איכא שבחא ואומן קונה כיון דליכא ב"ת שוב לא שייך החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין ולמה יהי' נאמן ואי ליכא שבחא כגון דאגרי' לביטשא ביטשא שוב אין אומן קונה

בשבח כלי דליכא שבחא וכבר נתקשה בזה הקצה"ח סי' ש"ו וכבר כתבתי בזה בתשובה באורך ולפמ"ש אתי שפיר דהא בלא"ה תמוה כקושית התוס' דהא חזינן דשהה ועבר על בל תלין וע"כ צ"ל כמ"ש דנאמן במגו דאי בעי טעין פרעתי הדינר ואז הי' לו שתי חזקות המסייעות ובכה"ג דהטענה שהיה יכול לטעון הי' לו שתי חזקות המסייעות שוב אלים המגו ולכ"ע אמרינן מגו לאפטורי משבועה לגמרי ומכ"ש דלא לשדי' אשכיר דהא זה טוען ברי רק דחז"ל עשו אותן לספק ובכה"ג טענתו ברורה ואף דהוה מודה במקצת כל כה"ג הוה מודה במקצת במגו וכקושית רבה דיהיה נאמן במגו דכ"ה וכאן לא היה העזה ולא שייך אשתמוטי ואדרבא שתי חזקות מסייעות לו וא"כ ה"ה בזה ניהו דליכא ב"ת אבל מ"מ נאמן במגו מיהו אחר העיון קשה עדיין על הרמב"ן דכיון דאומן קונה בשבח כלי שוב ליכא בל תלין ולא הוה מגו טובה דלא הי' חזקה דבל תלין ושוב הוה מגו לאפטורי משבועה דלא אמרינן אמנם יש לומר דאכתי הי' לו חזקה דאין שכיר משהה שכרו והוה ג"כ מגו טובה ושוב הי' לו מגו ול"מ מגו לאפטורי משבועה דהא המגו טובה דהא מסייע לו חזקה ודו"ק. אמנם לפענ"ד נראה בישוב שיטת הגאונים דל"ד מלוה על המשכון לאומן דהרי אמרו בב"מ דף פ' דאפילו לר"מ דס"ל שוכר כש"ח אפ"ה אומן ש"ש בהאי הנאה דתפיס לי' אאגרא דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי הו"ל כש"ש וכיון דעשהו כש"ש מה"ט דלא בעי למיפק אזוזי א"כ ע"כ נאמן בקציצה דאל"כ אכתי צריך למיפק ולמיעל אזוזי דהא יוכל הבעה"ב לטעון לא קצצתי לך אלא אחת והוא צריך לשבע לכך עשו חכמים שהאומן נאמן כדי שיהיה ש"ש ויתחייב בגניבה ואבידה וזה לא שייך במלוה על המשכון כמ"ש התוס' שם דאין לו הנאה בזה דאם לא הי' מלוה ל"צ למשכון ושפיר נוטל בלא שבועה וז"ב. איברא כיון דהך סברא היא אליבא דר"מ והברייתא אתיא כר"י דגם בקציצה שייך שטרוד בפועליו ולר"י בלא"ה שוכר הוה כש"ש וה"ה אומן. אמנם באמת יש לומר למאי דמחליף רבה בר אבוה דס"ל לר"י דהוה כש"ח א"כ באומן צריכין לבא לסברא דתפיש ליה אאגרי' ואדרבא לר"י דשייך גבי קציצה דטרוד בפועליו א"כ יצטרך למיעל ולמיפק אזוזי ויצטרך לשבע ולכך האמינו אותו ליטול בלא שבועה. ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם שפסק דגם אם הטלית ביד האומן נשבע ונוטל ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם ס"ל כשיטת הגאונים דמלוה על המשכון צריך לשבע ולית ליה הך סברא דאומן שאני דתפיס לי' אאגרא דזה לא צריך רק למ"ד דשוכר הוה כש"ח אבל לרבינו דפוסק דהוה כש"ש ל"צ להאי סברא ולכך פסק דצריך לשבע ודו"ק. והנה הע"ש הובא בסמ"ע סי' פ"ט ס"ק יו"ד כתב דבר חדש דהא דאמרינן דבעה"ב טרוד בפועליו הוא משום דטרוד כדי שיקיים מ"ע דביומו תתן שכרו ולפ"ז לאחר זמנו אם טוען שפרע

בזמנו ל"ש זה דבעה"ב טרוד בפועליו והדבר תמוה דהרי הש"ס פריך א"ה אפילו עבר זמנו נמי ומשום דחזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין ופריך הש"ס והאמרת בעה"ב טרוד בפועליו ומאי קושיא הא לאחר זמנו שוב לא טרוד ולמה לא יהיה נאמן במגו דפרעו לאחר זמנו. וכפי הנראה הסמ"ע כוון לזה דלא משמע כן בש"ס ולפענ"ד לפמ"ש באמת אין ראיה מהא דלא עבר על ב"ת דדלמא לא תבעו רק דאיכא חזקה דאין השכיר משהה שכרו ולפ"ז להס"ד דלא ידענו מחזקה זו ואח"כ חידש הש"ס דיש תרי חזקות שפיר מקשה דבעה"ב טרוד בפועליו ולא שייך חזקה דאין בעה"ב עובר על בל תלין די"ל דלא תבעו וא"כ שוב אין לו מגו דאף שיטעון שפרעו לאחר זמנו נמי אינו נאמן דדלמא לא תבעו איברא דלפ"ז לאחר דמסיק הש"ס דחזקה דאין שכיר משהה שכרו שוב נאמן במגו דפרע לאחר זמנו ולפ"ז מ"ש הסמ"ע דלשיטת הע"ש מהראוי שלא יהיה נאמן אם טען לאחר זמנו שפרע בזמנו דאז היה טרוד לקיים המצוה ולא משמע כן בש"ס ולפמ"ש באמת יהיה נאמן במגו דטען דפרעו לאחר זמנו ואז הי' נאמן דהא יש שתי חזקות חזקה דאינו משהה ולא עבר על ב"ת ונאמן דפרעו בזמנו ונאמן במיגו דהיה טוען שלא עבר דזה לא תבעו ואף דיש חזקה מכל מקום אי אפשר לחייבו דהוא יכול לטעון נגדה חזקה דאין שכיר משהה שכרו ולא מצינו לחייבו ממון דאין הולכין בממון אחר הרוב ומכ"ש נגד החזקה ועכ"פ מגו מקרי והמע"ה וראיתי במחנה לוי שחידש דל"ש מגו דטען דפרע לאחר זמנו דא"כ היה משים עצמו רשע דעבר על בל תלין ולא אמרינן מגו במקום שהיה משים עצמו רשע כמבואר בדיני מגו. ולפענ"ד ליתא דהא היה יכול לטעון שלא תבעו ובלא"ה כבר נודע מ"ש הא"ז בב"מ פ"ט בב"ק דף ק"ב בשם חכמי פרגא דאם פוטר עצמו מממון אמרינן דנאמן אף שמשים עצמו רשע ע"ש והרבה הארכתי בזה בתשובה לענין ריבית והבאתי דבשו"ת חוות יאיר הוא והגאון מוה' ישעי' נכד השל"ה לא זכרו דברי הג"א הנ"ל ועיין בתומים בכלל מגו ובזה נסתרו כל דברי המחנה לוי:

ג והנה בהא דאמרו בדף מ"ו שלחו מבי רב לשמואל ילמדינו רבינו אומן אמר שתים קצצת לי ובעה"ב טוען לא קצצתי אלא אחת א"ל בזו ישבע בעה"ב ומפסיד האומן קציצה ודאי מדכר דכירי והקשה המחנה לוי למה לי הטעם דקציצה מדכר דכירי הא התוס' הקשו בדף מ"ה בהא דאמר א"ה אפילו קצץ נמי והא הו"ל איני יודע אם נתחייבתי דפטור וכתבו דהו"ל כאומר חמשין ידענא וכו' דהו"ל מחושואיל"מ ולפ"ז שמואל דס"ל מחושואי"ל פטור משום דהו"ל א"י אם נתחייבתי. ולפענ"ד לק"מ דא"כ למה אצרכו לשבע כלל דממנ"פ אם תחשבהו לספק א"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי מה תאמר דאולי באמת יודע ונתחייב לשבע א"כ בודאי לא הוה מחושואיל"מ ופטור ולכל היותר הו"ל

לומר דהשכיר ישבע ויטול אבל שבועה זו דבעה"ב למה הא הוא טוען חמשין ידענא וחמשין איני חייב ואם תחשבו שטרוד בפועליו ושכח שוב פטור דלשמואל לא שייך מחושואיל"מ ואם תחשוב לברי שהוא בודאי חייב ורוצה לגזול שוב הו"ל למימר דהשכיר ישבע אבל שבועה דבעה"ב מה טיבו וע"כ דקציצה מדכר דכיר שוב הוא יכול לשבע שבועת מודה במקצת וישבע ויפטור וז"ב כשמש. ובלא"ה יש להבין דנראה דכאן שייך לומר מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ול"ש שמא ספק מ"י יפרוש משבועתא דהא גם על ממון ל"ש דהא עובר על בל תלין ולא מצי הדר מיהו כיון דיש לו ספק מ"י שוב לא עבר על ב"ת מספק וכשיזכור ישלם לו ולמפרע לא עבר על בל תלין דהא קסבר שפרע לו ע"י ספק מ"י שיש לו עליו ודו"ק. וראיתי בספר גור ארי' יהודא בחידושיו לשבועות שהקשה ג"כ קושית המחנה לוי הנ"ל ובמח"כ ליתניהו לדברים אלו ומ"ש שהתוספתא היא היפך משנתינו במחכ"ת לא דק דשם מיירי מקציצה ובקציצה בעה"ב נאמן דקציצה מדכר דכירי וא"כ יאמר יביא ראיה ואם לא יביא ראיה ישבע הבעה"ב ויפסיד והתוספתא חדא נקט המע"ה וכדתני רבה ב"ש וז"פ וברור ובחבורי כת"י שם הארכתי בסוגיא זו:

סימן כט

א להרב החריף מוה' ראובן ראפפורט נ"י.

ב אשר הגיד לי בשם הרב הגאון מוה' יוסף נ"י אבד"ק טארניפאל על מה שנסתפק הצל"ח בביצה דף י"ט אם יש מ"ע באכילת קדשים קלים והאריך בזה וע"ז הראה שהר"ן והרא"ש בנדרים נחלקו בזה בדף ד' הרי חטאת יולדת וכו' היאך שריא לה למיכל בקדשים ופירש הר"ן דאכילת קדשים מצוה היא כגון אכילת פסחים וא"כ מבואר דדוקא אכילת פסחים ובזה לא נסתפק הצל"ח כלל כמ"ש הצל"ח בהדיא אבל הרא"ש פירש דאכילת קדשים מצוה היא והרי חטאת ואשם אינו נאכל רק לזכרי כהונה וע"כ דמיירי בקדשים קלים ואיכא מצוה. ובאמת שדפח"ח ואני בלי עיון בצל"ח אמרתי להביא ראיה מדברי התוס' בזבחים דף צ"ז ע"ב ד"ה ניתי עשה וראיתי בצל"ח עצמו שהרגיש בזה. והנה לפענ"ד הוא ש"ס ערוך בפסחים דף פ"ט דקא ממעט באכילת שלמים דאילו פסח ליום ולילה ושלמים לשני ימים ואם נימא דאין מצוה באכילתן א"כ מה קא ממעט באכילה איכא והא אין מצוה כלל באכילתו ואף אם מדרבנן מצוה שוב לא דחינן בשביל זה מצות פסח. ומיהו יש לומר כיון דאיכא חזה ושוק דכהנים הוא דאכלו ואפשר באכילת כהנים אף בקדשים קלים איכא מצוה רק באכילת ישראל הוא דנסתפק וכמ"ש בצל"ח שם אח"כ מיהו מדברי רש"י בדף פ"ח שם ד"ה בתקנתא דרבי' שכתב דממעט באכילת שלמים

והרי שם אם פסח הוא נאכל באותו לילה ושם יש לומר דלא שייך ממעט באכילה דהרי אכלו באותה לילה מיהו לפמ"ש בשו"ת הח"ץ שם אין ראיה ודו"ק ועיין בכורות ס"א אין מביאין קדשים לבית הפסול וברש"י שם ומשם ג"כ יש לדחות משום חזה ושוק הוא דאיכא המיעוט ודו"ק שבתי וראיתי דיש לומר להיפך דמשם ראיה דא"צ לאכול קדשים קלים דהנה זה רבות בשנים הקשיתי על מ"ש הכ"מ בפ"ו מפהמ"ק גבי תודה שנתערבה באיל נזיר שתיהם קרבים והקשה הראב"ד דהא ממעט באכילת הזרוע בשלה דנזיר נאכל רק לכהנים ושלמים נאכל לכל אדם וכתב הכ"מ דכל דאינו ממעט בכל הקרבן אלא במקצתו לית לן בה וקשה טובא מהא דאמרו בבכורות דממעט באכילת חזה ושוק והא אינו ממעט באכילת כל הקרבן וגם בפסחים קשה לפמ"ש דאחזה ושוק קאי אבל אם נימא דעיקר המיעוט הוא בחלק הכהנים א"ש ודו"ק מיהו לפ"ז גוף דברי הכ"מ צ"ע דזהו כל המיעוט הוא רק באבר זה וצ"ע ועיין בזבחים דף צ"ט דפריך מפלג הוא דלא פליג וכי מזמני לי' אכיל ורמינהו אונן ומחוסר כפורים טובל ואוכל את פסחו לערב אבל לא בקדשים ופירש"י דכרת דפסח לא העמידו דבריהם אבל בקדשים העמידו דבריהם והרי לפמ"ש הצל"ח יש לומר דבקדשי קדשים דאיכא מצוה באכילה לא העמידו דבריהם אבל בקדשים קלים דליכא מצוה העמידו דבריהם דאינו רק לאו וצע"ג:

סימן ל

א ארשום מה שראיתי בדברי האור זרוע ח"א בשו"ת סי' תשמ"ד דברים חדשים ואמרתי לרשום בקצרה והנה בהא דאמרו בפסחים דף ד' ש"מ מדר"ע תלת ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה וש"מ הבערה לחלק יצאת וש"מ לא אמרינן הואיל והותרה הבערה לצורך ועל זה הקשה בהא דאמרו ש"מ לחלק יצאת מאי נ"מ דסבר לחלק יצאת הא יו"ט אינו רק לאו וליתי עשה ולדחי ל"ת דיו"ט ותו אי ס"ל דללאו יצאת הוה מוקי לה ביו"ט והא יו"ט עשה דדחי ל"ת ועשה עכ"ל. ודבריו צריכין ביאור דהא יו"ט עשה ול"ת ואיך הקשה מקודם דליתי עשה ולדחי ל"ת ומ"ש אח"כ אינו מובן כלל. ולפענ"ד הכוונה דהוא מקשה ממנ"פ דהנה רב אשי הוא דחידש דיו"ט עשה ול"ת ומשמע דאמוראים ראשונים לא ס"ל כן וכאשר האריכו בזה ראשונים והתוס' בכמה מקומות. והנה הי' ס"ד דא"ז דלכך מוכח דלחלק יצאת דאם הי' לאו גרידא הי' דוחה עשה דתשביתו הל"ת דיו"ט וע"ז הקשה דממנ"פ אי ס"ל דיו"ט אינו רק ל"ת גרידא קשה דגם אי לחלק יצאת אמאי לא ידחה ואי ס"ל דיו"ט עשה ול"ת גם אי ללאו יצאת לא ידחה וצ"ל ותו אי ס"ל ללאו יצאת הוה מוקי לה ביו"ט והא יו"ט עשה ול"ת ואיך דחי כצ"ל ולפנינו נדפס בטעות וע"ז תירץ כל דאינו לחלק א"כ הו"ל רק לאו ולא חשובה מלאכה והוה כמו לאו דמחמר וכעין זה

כתוב בתוס' ויתכן יותר דעכ"פ עשה דתשביתו לא שייך ביו"ט ולא הוה רק ל"ת גרידא וכעין מ"ש הריטב"א ביבמות דף וא"ו גבי לאו דמחמר יעו"ש. והנה הקשה שם בהא דנחלקו אי לחלק יצאת או ללאו יצאת למה לא נאמר דלא תבערו אתי לאתויי דאף דהוא מקלקל מכל מקום חייב דלא כמ"ד דפטור מקלקל והשיב דאטו מי לא משכחת דמבעיר וצריך לאפרו דחשיב מתקן כדאמרו בהמניח ואף שמבעיר איצטלא דשויא מאה מנה והאפר אינו רק שו"פ אפ"ה כל דצריך להאפר חשוב מתקן שהרי השוחט השור ששוה לרדיא הרבה יותר מלאכילה אפ"ה חשוב ליה מתקן בחולין דף ח' כיון שעשה לצרכו וה"ה כאן. והנה קושיתו מוזכר בתוס' שבת דף ק"ו ד"ה מה לי וכתבו דר"ש באמת לית לי' לחלק או ללאו מלא תבערו וביבמות דף וא"ו ע"ב ד"ה טעמא כתבו דאי לא אתי רק להורות דמקלקל פטור לר"ש היה לו לכתוב הבערה במקום דליכא מצוה והיינו בצריך לאפרו דהוה מלאכה הצל"ג והוה מקלקל ואפ"ה חייב מכלל דבעלמא מקלקל פטור והנה זהו לפי מה שהקשו דלר"ש דלמא אתי דמקלקל בעלמא פטור כדס"ל לר"ש אבל קושית הא"ז דלמא אתי להורות דמקלקל בעלמא חייב וע"ז כתב דכל שצריך לאיזה דבר ל"ח מקלקל. ובזה יתבארו דברי התוס' בחולין דף ח' ד"ה מותר ע"ש תירוצם שצ"ב ועיין פרמ"ג סימן יו"ד ובלב אריה ולפמ"ש הא"ז אתי שפיר דלענין שבת כל שצריך לאיזה דבר חייב על שבת דלא חשוב מקלקל אבל לענין נהנה מע"ז באמת לא חשוב נהנה כל דהקלקול יותר על התיקון כנ"ל ברור. מ"ש דלמה לא קאמר ש"מ דחמץ אסור בהנאה דאל"כ דלמא מיירי ביו"ט ויסיקנו תחת תבשילו וע"ז כתב דלא שרי להסיק תחת תבשילו דהא עובר על ב"י אם לא ישרפנו מיד והנה התוס' בפסחים הרגישו בזה ד"ה ואומר וכתבו דקרא דתשביתו מיירי בכל אופן אף דא"צ לגחלתו ומ"ש א"ז דעובר תיכף בבל יראה לא הבינותי דאטו לא יוכל להשליכו תוך עצים מבוערים ותיכף יהי' למאכולת אש ולא יעבור בב"י וצ"ע. והנה הקשה שם דמנ"ל כל היסוד דמתוך וע"ז כתב שני אופנים אופן אחד כיון דאנו מתירין כל דבר שצורך לגופו אע"פ שאינו לצורך אוכל נפש וממילא אף שא"צ כלל ניהו דאסור אבל אינו לוקה. והנה לא זכיתי להבין דמ"ש דדבר שצורך לגופו מותר אף שאינו אוכל נפש הנה זה גופא לא ידעתי דבקרא לא הותר רק אשר יאכל לכל נפש והרי כל שאינו שוה לכל נפש אסור כדאמרו בכתובות דף זיי"ן ע"ב ועיין בשיטה מקובצת מ"ש בשם הרא"ה ואינך קדמונים דכל שאינו אוכל נפש לא הותר אף שהוא הנאת הגוף רק כל שהוא צורך מצוה או שאי אפשר בענין אחר וגם זה לא הותר רק משום מתוך ועיין תוס' שם בכל הסוגיא ועיין ביצה פ"ב לענין מוגמר דחכמים אוסרים משום דאינו שוה לכל נפש אף שצורך הגוף הוא למפונקים ועיין בסי' תק"א בב"י וט"ז

ומ"א דמדורה להתחמם לא הותר רק משום מתוך שהותר לצורך אוכל נפש ועיין סימן תקי"א ומבואר דלצורך גופו ג"כ לא שרי רק משום מתוך וגם לא ידעתי מה מעליותא דמותר לצורך גופו ואמרינן מתוך הרי גם לצורך אוכל נפש דודאי מותר ואמרינן מתוך ואמאי קשה לו יותר דלמה נימא מתוך שהותר לצורך אוכל נפש הותר שלא לצורך והרי גם אי לצורך גופו מותר ג"כ הוצרך לבא משום מתוך וא"כ למה לו לחדש זאת מה שכל הפוסקים אינם מסכימים לזה וצע"ג. והנה עוד חידש דעיקר מתוך הוא מתוך שהוקלש האיסור לענין צורך אוכל נפש הוקלש ג"כ לא"צ וכמו דאמרו הואיל וחזי לאורחין והיינו דהואיל והוקלש האיסור לגבי אורחין כל שיש אורחים הוקלש ג"כ כל שא"צ לאורחים וה"ה במתוך כיון שהוקלש האיסור לצורך אוכל נפש הוקלש ג"כ כל שאינו לצורך ורבה לית לי' מתוך שהוקלש האיסור רק במקום שיש צורך לאורחים והוקלש האיסור דשם אך אשר יאכל לכל נפש הוא אבל למאן דס"ל מתוך הוא אף במקום דל"ח לאורחים רק שהוקלש האיסור. והנה דברים חדשים הם שלא מוזכר בקדמונים ואם חומה היא היה מקום ליישב הא דאמרו בביצה י"ב גבי עולת נדבה דלב"ה דאית להו מתוך אינו לוקה משום דהוקלש האיסור:

ב ובזה הי' מיושב מה שהקשה הרב מפיאסק ומוזכר בכמה ספרים דהרי שייך צביעה כל שהוא עולה ולא חזי לאכילה כמ"ש הרשב"א הובא במלמ"ל פי"א משבת לענין עיבוד ובזה לא שייך מתוך דהא לצורך לא הוה מלאכה כלל ולפמ"ש או"ז א"ש ואדרבא אם דבר שהוא מלאכה אפ"ה כל שהותר לצורך אוכל נפש הוקלש האיסור מכ"ש בדבר שאם הי' לצורך אוכל נפש לא היה כלל שם מלאכה ע"ז מכ"ש שהוקלש האיסור ואף אם נימא דכל שלא הוה מלאכה לא שייך דהוקלש האיסור א"כ גם כל אוכל נפש ביו"ט הותר אף לרבות כמ"ש הר"ן פ"ב דיו"ט גבי ממלאה אשה קדירה דביו"ט אינו דחויה לגבי אוכל נפש רק היתר גמור וא"כ לא שייך לומר שהוקלש האיסור דאוכל נפש לא נאסר כלל ביו"ט ולא שייך שהוקלש האיסור וז"ב כשמש ועיין בשיטה מקובצת כתובות דף זיי"ן שם וימצא דאוכל נפש לא הוה מלאכה כלל ביו"ט ומ"ש אח"כ דלרבה הא דהותר כל שהוא לצורך אדם אף ע"פ שאינו צורך אוכל נפש כמו דהותרה הוצאת הקטן לרה"ר כיון שהוא לצורך גופו הוא משום דר' יהודה דמתיר מכשירי אוכל נפש דדריש לכם לכל צרכיכם ה"ה דמותר לצורך גופו אף שאינו אוכל נפש. הנה הוא חוזר למ"ש למעלה דכל שהוא לצורך הגוף שרי אף שאינו לצורך אוכל נפש ונותן טעם דקי"ל כר' יהודא דלכם לכל צרכיכם וכבר כתבתי דהוא נגד כל הקדמונים גם תמה אני דלדידיה רבה ס"ל כר' יהודה והרי ש"ס מפורש בביצה דף כ"ב דלא כוותיה דהרי אמרו בביצה שם דבעי

אביי מרבה מהו לכבות את הדליקה וא"ל דאסור והקשה לו מאין מכבין את הבקעת וא"ל הא ר' יהודה היא דדריש לכל צרכיכם הרי דרבה לא ס"ל כר"י רק כחכמים דר' יהודא ואמאי מותר להוציא ביו"ט קטן וס"ת לרה"ר וע"כ משום מתוך שהותרה לצורך וא"כ חזינן דס"ל מתוך לרבה וגם אביי שם השיב לר' אבא בר מרתא דאסור לכבות מפני ד"א והקשה לו ג"כ מבקעת והשיב דהאי ר' יהודה היא והרי אביי כרבה ס"ל ואפ"ה אוסר אף שהוא לצורך אוכל נפש וע"כ דוקא אוכל נפש שרי מה"ת ולא צורך הגוף וע"כ דברי א"ז בכל מה שחידש תמוה והוא נגד הש"ס וקדמונים. והנה מ"ש למעלה דכוונת התוס' בחולין דף ח' הוא כמ"ש כאן א"ז אח"כ התבוננתי דאין כן כוונת התוס' דהא הא"ז מיירי שהוא לצורך להשוחט בעצמו ושם בחטאת בחוץ לע"ז לא צריך כלל רק שמקרי תיקון כל דהו להוציא מידי אבמה"ח לב"נ וא"כ אינו צריך לו כלל והוה מקלקל גמור ולכך הוצרכו לדחוק דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה וכל דהוה תיקון כל דהו חייב בשבת.

ג ובזה מיושב מה שהקשה הפרמ"ג בסי' יו"ד דלמה לא הקשו התוס' מכל שוחט דעלמא דחשוב מתקן אע"ג שמקלקל הוא כדהקשו בשבת ולפמ"ש אתי שפיר דמכל שוחט ליכא לאקשויי דכל דצריך לו לאיזה צורך ודאי חייב כמ"ש א"ז כאן אבל משוחט בשבת לע"ז מקשו דשם ליכא לו צורך כלל וז"ב:

ד והנה במ"ש א"ז בטעם דמתוך כיון דהוקלש האיסור וכתבתי לתמוה דאוכל נפש ביו"ט משרי שרי וכמ"ש הר"ן והנה אם נימא דגם ביו"ט אינו רק דיחוי ובאמת אסור להרבות בי"ט כיון דאינו רק דחויה ובזה י"ל דטעמי' דב"ש דס"ל דלא אמרינן מתוך הוא משום דס"ל דביו"ט אוכל נפש שרי וא"כ לגבי אוכל נפש לא שייך הוקלש האיסור דאינו איסור כלל ולכך לא אמרינן מתוך. איברא דא"כ לב"ש למה לא אמרו מתוך בהוצאה הא באמת הוצאה דשרי אף שאינו אוכל נפש נדחק הה"מ פ"א מיו"ט ה"ד דאף הוא באוכל נפש ג"כ ועכ"פ לא שייך לומר דבאוכל נפש משרי שרי שהרי אינו אוכל נפש רק שהוי גם באוכל נפש וא"כ עכ"פ לא שייך לומר דהותר ביו"ט רק דחויה וא"כ שוב הוקלש האיסור וצריך לומר כיון דמלאכת הוצאה מלאכה גרועה היא אף בשבת וכל שהוא ביו"ט באוכל נפש אמרינן דמשרי שרי. ובזה מדוקדק דלא סיים הש"ס גבי ב"ש מתוך שהותרה הוצאה לצורך ה"ה שחיטה וגבי ב"ה סיים כן ועוד דלקמן לענין הבערה מסיים הש"ס לב"ש כמו דלא אמרינן מתוך בהוצאה כן נמי בהבערה. וראיתי נדפס בלוית חן פ' פנחס בשם הגאון החסיד מוה' הירץ ז"ל בן זקני הרב מוה' העניך ז"ל דבר ע"ז ושם נדחק. ולפמ"ש יש לומר דבאמת מהוצאה ליכא למילף לב"ש דהא בשחיטה הוא אוכל

נפש ממש משא"כ בהוצאה רק לב"ש אדרבא מה דהוא אוכל נפש ממש אינו מעלה ואדרבא לא שייך הוקלש האיסור דבאוכל נפש משרי שרי ובודאי לא אמרינן מתוך ולכך לא מסיים ה"נ דבאמת זה כ"ש מהוצאה רק דב"ש מצינו גבי הוצאה דלא ס"ל מתוך מטעם דהוצאה מלאכה גרועה מכ"ש בשחיטה אבל לב"ה דס"ל דאמרינן מתוך בהוצאה אף דהוצאה מלאכה גרועה היא וא"כ לא הוקלש האיסור ואפ"ה אמרינן מתוך מכ"ש בשחיטה דהוא מלאכה והוקלש האיסור אבל לענין הבערה דמה דהותר לב"ה משום דכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת משמע ביו"ט מותר וכמ"ש הה"מ א"כ שוה לב"ש כמו הוצאה דהוצאה מלאכה גרועה ה"ה הבערה דאף שהיא מלאכה וכתיב ביו"ט ג"כ לא תעשה כל מלאכה מכל מקום הבערה יצא מכלל מלאכה ביו"ט דהתורה אמרה בשבת דוקא וא"כ לא הוקלש האיסור ולא שייך מתוך לב"ש ושפיר סיים גם לב"ש ה"נ גבי הבערה. ובזה מיושב מה שהקשה הלח"מ לסברת הה"מ א"כ בהוצאה יותר מסתבר דלא נימא מתוך מבשחיטה וא"כ גם לב"ש לא א"ש דלמא שאני הוצאה וכמ"ש הה"מ ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דלב"ש כיון דהוצאה אינו באוכל נפש א"כ יותר מסתבר לומר דנימא מתוך דהרי הוקלש האיסור ורק דהוצאה מלאכה גרועה היא וא"כ מכ"ש בשחיטה דמהראוי לומר מתוך ובזה מיושב קושית התוס' דלמה לא נימא הא מני ר"ע דלא אמר מתוך גבי הבערה ולפמ"ש אתי שפיר דיש לומר דר"ע דאמר הבערה אב מלאכה היא מקרא דלא תעשה מלאכה א"כ לא שייך מתוך גבי' דהא לא אקלש האיסור דהוה מלאכה ואינו באוכל נפש והוא לא ס"ל הדרש דביום השבת למעוטי ביו"ט ולכך מהראוי שלא לומר מתוך אבל בשחיטה דבאוכל נפש הוא מהראוי לומר מתוך דהא אקלש האיסור גבי אוכל נפש מכ"ש בשחיטה ובזה מיושב קושית המ"א ריש סי' תקי"ח דלר"ע דלא ס"ל דהבערה לא נאסר ביו"ט וס"ל דגם הוא בכלל לא תעשה כל מלאכה וא"כ מנ"ל דלא אמרינן מתוך ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לר"ע לא ס"ל הדרש דביום השבת למעט יו"ט לכך לא אמרינן מתוך דלא שייך הסברא דמתוך דהא לא אקלש האיסור כלל וכמו בהבערה דלא אקלש איסור כלל דבאוכל נפש מה דהותר הוא משום דהבערה לר"ע ג"כ כיון שהוא באוכל נפש ג"כ הוה כמו הוצאה וגם הבערה הוא מקלקל ואף דמתקן מאכלו הא כל שהוא צורך אוכל נפש שרי וא"כ ממנ"פ לא אקלש האיסור ולא שייך מתוך א"כ בכל אוכל נפש דשרי ביו"ט ולא אקלש האיסור כלל שפיר לא אמרינן מתוך לר"ע. ובזה נראה טעם חדש דלכך בהבערה אמרינן מתוך אף דאינו אוכל נפש דבאמת הבערה הוא מקלקל רק דהוה לצורך תיקון א"כ ממנ"פ מותר ביו"ט דהרי באמת מקלקל הוא ולצורך אכילה שוב הוה אוכל נפש והתיקון הוא באוכל נפש לכך שרי

אבל לב"ש דאדרבא כיון דמקלקל הוא לא הוקלש האיסור כלל ול"ש מתוך ולכך שייך לסיים גבי הבערה לב"ש ג"כ ה"נ וכמ"ש ובלוית חן נדפס שם דהרמב"ם פסק בהוצאה לא אמרינן מתוך ובשחיטה אמרינן מתוך והוא טעות דבאמת גם בהוצאה אמרינן מתוך רק להה"מ דנדחק בטעם דהוצאה דאמרינן מתוך הקשה הלח"מ דא"כ לא מוכח מב"ש וכבר כתבתי ליישב:

סימן לא

א למופלג אחד מראווא.

ב אשר הראה לי דברי רש"י בב"מ דף י"א גגו חצירו וקרפיפו מנין ופירש"י כגון שנכנסה לרשותו ונעל בפניה ומשמע דאם נכנסה ממילא לא קני ועיין קצה"ח סי' שמ"ח מ"ש בזה וע"ז כתב דלפמ"ש הרש"ל בב"מ פרק שני הובא בש"ך חו"מ סי' רס"ח ס"ק ב' דבחצר לא שייך יאוש שלא מדעת דלא שייך באיסורא אתי לידי' והש"ך השיג עליו וע"ז חידש דלפי מה דאמרו בב"מ דף צ"ו מאן נמעול נמעול בעל היתירא ניחא ליה דלקני איסורא לא ניחא ליה דלקני ופירש"י דכל דלא עשה מעשה רק שבא מאלי' אמרינן דאיסורא לא ניחא לי' דלקני ולפ"ז בחצר כל שבא מעצמו א"כ טרם שנתוודע לו איסורא לא ניחא לי' דלקני ואח"כ כשנתוודע ונתייאש שוב ניחא לי' דלקני וקונה לו חצרו ולפ"ז גגו חצירו וקרפיפו בגניבה כל שלא עשה מעשה אמרינן איסורא לא ניחא לי' דלקני ולכך פירש"י דנעל בפני' והנה אם כי דבר חכמה דיבר. אבל לא נהירא לפענ"ד דא"כ בהא דאמרו ר"פ הזורק וצריכא דאי כתוב גבי גט ה"א דבע"כ אבל גניבה דליתא בע"כ וכו' ולמה לא אמר כפשוטו דצריך לכתוב בגניבה דהא נ"מ לענין חצר ביאוש של"מ דלקני אח"כ וע"כ דאין זה סברא דבאמת לא קני כיון דבעת שנפל בחצר איסורא לא ניחא לי' דלקני ואח"כ כל שלא עשה מעשה קנין לא קני לי' חצרו דהרי כבר מונח שם בתורת הפקר שא"ש דחצרו לא קני לי' ואח"כ מי הקנה לו כל שלא עשה מעשה. והנה בהא דאמרו בב"מ דף ק"ב אי דשלחה גזל מעליא הוא ולמה לא משני כגון דהוה בחצר קודם שנתייאשו הבעלים ואח"כ שלחה דגזל לא הוה דלא קנה ומשמע לכאורה דקני כמ"ש המהרש"ל מיהו זה אינו דאדרבא אם נימא דלא קנה שוב הוה יאוש שלא מדעת ואף מפני דרכי שלום ליכא בהו ומה שאמר טעמו של הרש"ל דכל הטעם דבאיסורא אתי לידי' כתב הרמב"ן במלחמות הובא בקצה"ח סי' רנ"ט דהוה ידו כיד בעלים וזה לא שייך בחצר כל דלא ידע מזה לא הוה ידו כיד בעלים הנה זה לא יתכן רק כשבעל החצר לא ידע אבל כל שידע אף דהוה יאוש של"מ מ"מ ל"מ דבאיסורא אתי לידי' ודו"ק:

ג והנה בשנת תרל"ב למדתי בגיטין דף כ"א אמר רבא כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ונתגרשה בו ופריך הש"ס ואמאי חצר מהלכת היא ולא קני ונתקשיתי לפמ"ש הקצה"ח סי' ר"ט במי שנתן שטר מתנה לאחר על ביתו ונתן השטר בביתו ואמר לו הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו דלא קנה דהא כיון דהשטר מתנה היא בבית ועדן לא יצא השטר מביתו וא"כ במה יזכה המקבל ואף דאמרו גיטה וחצירה באין כאחד וכן גיטו וידו באין כאחד שאני התם דלא בעי זכייה אלא ונתן בידה והרי כתב על א"ה מגורשת ע"ש שהאריך ודפח"ח וא"כ מאי פריך חצר מהלכת היא והא עכ"פ החצר קנתה וא"כ ניהו דחצר מהלכת לא מקני מה שבתוכו היינו היכא דבעי קנין אבל היכא דלא בעי קנין רק נתינה והרי נתן לה בחצירה ולפענ"ד קושיא גדולה היא והנראה בזה דהנה בהא דגיטה וחצירה באין כאחד הקשה המרדכי בפרק הזורק דהא הוה טלי גיטך מע"ג קרקע דלא קנה וכתב כיון דגיטה וחצירה באין כאחד הו"ל כזרק לתוך חצרה וביאור הדבר דקבלתה באה לה מיד הבעל כמ"ש באבני מלואים סי' קל"ט ולפ"ז כל שהחצר מהלכת רק דלא בעי בגט קנין רק נתינה וכל שחצר מהלכת היא א"כ לא קנתה הגט ע"י החצר רק דל"צ זכיה וכיון דלא זכתה א"כ שוב לא הוה נתינה מיד הבעל דחצר מהלכת היא ולא קנתה הגט רק דהגט מונח בהחצר וכל דלא בא מיד הבעל לא קנתה ולא מתגרשת והנה במ"ש הש"ך סי' קצ"ח וסי' ר"ב דבעינן שישכיר החצר מקודם ואח"כ המטלטלין והקשה הקצה"ח מהא דגיטה וחצרה באין כאחד ולפמ"ש הקצה"ח בעצמו דגט לא בעי קנין רק נתינה שוב מועיל אף דלא קנה מתחלה החצר ובזה נראה דאדרבא כשיתן לה החצר מתחלה שוב יהיה טלי גיטך מע"ג קרקע שהרי כבר נקנה לה החצר וא"כ הגט אינו בא מכח הבעל אבל בשלא הקנה החצר מתחלה בא מכח הבעל ועכ"פ שפיר פריך הש"ס והא חצר מהלכת היא דניהו דלא צריך קנין אבל כיון דבעי נתינה והרי לא נתן לה דהא חצר מהלכת היא וא"כ אין הנתינה מיד הבעל דהבעל לא נתן רק שמונח בתוך חצרה. ובזה מיושב היטב קושית הרשב"א למה לא פריך על המשנה דעל יד העבד ונותן לה העבד דהוה חצר מהלכת ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהבעל נותן בעצמו העבד א"כ מה בכך דחצר מהלכת דהא גט לא בעי זכייה רק נתינה והרי כאן הוא נותן הגט והעבד ביחד ולא הוה טלי גיטך מע"ג קרקע אבל כאן שנתן הגט ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו א"כ זה הוה ממש כמו שטר מתנה שנותן בתוך ביתו דל"מ כמ"ש הקצה"ח רק בגט לא בעי זכייה רק נתינה בעי וכיון דחצר מהלכת היא ולא נתן לה הגט בידה רק שע"י שטר מתנה קנתה שוב הוה טלי גיטך מע"ג קרקע ודו"ק ועיין ב"ש סי' קל"ט ודבריו צ"ע. והנה בהא דאמרו קנאתו ומתגרשת ופירש"י דגיטה

וחצירה באין כאחד לכאורה קשה דהא צריך לומר בפנ"כ ובפנ"ח וא"כ החצר קודם ואיך מתגרשת ואף אם נימא דבאמת קנתה מקודם העבד ונעשה חצרה ואדרבא לדעת הש"ך צריך להיות כן וכהנ"ל מ"מ קשה דהא העבד אינו נעשה שליח לקבל גט כדאמר בדף כ"ג ואיך היה נאמן העבד לומר בפנ"כ ובפנ"ח וצריך לומר דמיירי בא"י או שיש עדים המקיימים גט והנה התוס' בד"ה אטו הקשו ולקני מתורת שליחות דניחא לה בהעבד והוה וכו' ובכה"ג מועיל מטעם שליחות ודבריהם תמוהים דניהו דניחא לה בהעבד אבל הגט חוב הוא לה וכבר נתקשה בזה הפ"י. ולפענ"ד נראה כיון דהבעל לא רצה לתת העבד לה רק שתקנה עי"ז הגט וא"כ הוי כהאי דאמרו בביצה דף כ' לנסוב והבו לי' אי נמי בשקיל ואי לא לא וא"כ כאן שלא רצה לתת לה מתנה עד שתהיה מגורשת בכה"ג ודאי ניחא לה בהגט כדי שתשקול העבד ודו"ק.

ד ובזה מיושב ג"כ מה שהאריך הפ"י שם דהא העבד אינו נעשה שליח לקבל הגט ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ מיירי כאן ביש עדים לקיים הגט או בא"י וא"כ לא מתגרשת מטעם העבד רק מתורת חצר וגיטה וחצירה באין כאחד ודו"ק. ובתשובה שנת ת"ר מ"ש לאבי מורי הרב הגאון נ"י הארכתי בענין אחר עפ"י דברי הסמ"ע סי' ס"ז אם הזכייה רבה על החוב הוה זכות ומקורו מהר"ן יעו"ש. והנה במ"ש דהוה אי בעי לנסוב והבו לי' הנה אחר העיון יש להשיב דכבר הבאתי קושית הקצה"ח ודעת הש"ך דבעינן שיהיה החצר מקודם איך שייך גיטה וחצרה באין כאחד והנה כבר כתבתי בתשובה דש"ה דהחצר הוא שלה רק דכ"ז שהבעל אינה מגרשה הוא שלו וכל שמגרשה ממילא כיון שנסתלק הבעל ממילא הם שלה אמנם כאן קשה דהוא נותן לה העבד והגט ביחד וצ"ל דבאמת העבד נעשה שלה מקודם ואח"כ הגט. ולפ"ז שוב הוה כאומר הבו לי' ולנסוב ברתי' וא"צ ליטול הגט ושוב הוה חוב לה והיא קושיא נפלאה והדרא קושיא לדוכתה והנה הטיב גיטין כתב בישוב קושית הפ"י הנ"ל עפ"י דברי הרשב"א בקידושין דף כ"א דעבד אף דעומד וצווח כיון דיכול לשחרר בע"כ מועיל וה"ה באשה ע"ש והנה אף שדפח"ח והטעים הדברים אבל במח"כ לא העתיק יפה ודברי הרשב"א הם דוקא בעבד דזכות גמור הוא וגם איתא בע"כ אבל גט אשה ניהו דיכול לגרשה בע"כ מכל מקום זכות בודאי אין לה אדרבא חוב הוא לה בודאי אינו יכול לעשות שליח בע"כ דידה וע"ש היטב ותראה כי כן הוא:

סימן לב

א מ"ש לי לעצמי על מה ששלח לי הרבני המופלג החריף מוה' יוסף דוד פרעמיגער נ"י מק"ק בוטשאטש.

ב על מה שהאריך בשו"ת נאות דשא סי' קכ"ז לענין ניקב בחצר כבד ונסתם ע"י סרכא דמכל מקום החלב אסור ומטעם שטרפה תוכל לחזור להכשר וא"כ י"ל לומר דנסתם אח"כ והחלב שהי' בעת שניקבה טריפה ואח"כ חזרה להכשירה והביא דברי הר"ן שאין טריפה חוזר להכשר ומה דסרכא כסדרן כשר אף דלשיטת רש"י אין סרכא בלי נקב רק דהסרכא שעלה עלי' מחזקה משום דכל שעלה עליה הסרכא נתגלה דכשר הי' ומהנקבים הכשרים הם ע"ש גבי סרכות בריאה וע"ז הקשה בנאות דשא דא"כ מאי פריך הש"ס בריאה שניקבה ודופן סותמתה דכשר אמר רבינא והוא דסביך בבשרא וע"ז פריך הש"ס בחולין מ"ח ואי לא סביך טריפה אלמא אמרינן נקובה היא א"כ כי סביך נמי דהא תניא ניקב פסול נסתם כשר זהו פסול שחוזר להכשירו הא בעלמא פסול ומה קושיא דלמא כיון דסביך אגלאי מלתא למפרע דלא הוא טריפה כלל והחמיר בקושיא זו. ולפענ"ד נראה דאין התחלה לקושיא ושאני סרכות דלע"ע יש נקב רק שאם תעלה סרכא תתחזק וא"כ כל שראינו שהעלה סרכא ע"כ שלא היה נקב כלל דאל"כ היאך נתחדש בה דבר חדש שתתחזק וע"כ שלא היה שם נקב אבל כאן כבר היה הדופן סותמו ויוכל להיות שתסבך הרבה בצלעות ושפיר פריך דאם לא סביך טריפה אלמא אמרינן נקובה היא וא"כ אמאי סביך כשר הא אין טריפה חוזרת לכשרותה דא"ל דנתגלה שלא נטרפה כלל דזה אינו דהא באמת כי לא סביך יש נקב גמור ולא נתחדש כאן ענין שנאמר דלמפרע לא היה נקב הא דרכן של הצלעות לסבך טפי וכל שהדופן סותמו מהראוי לומר שבודאי תסבוך ולמה לא יכשר כי לא סביך ג"כ ובודאי תוכל לסבוך דבשלמא בסרכא בכסדרן מה"ת לומר שתתחדש כאן ענין שתתחזק והסרכא תתחזק וסותם הנקב וא"כ אח"כ שראינו שנסרכה כסדרן ע"כ שמתחלה לא היה נקב כלל אבל כאן הרי כבר הדופן סותמו וא"כ למה לא נאמר שראוי שתסבך דא"כ למה נטריף כי לא סביך וז"ב ופשוט: ומה שהביא מעלתו בשם פרי תבואה להקשות דלמה צריך הקפה בריאה הא להר"ן הו"ל ס"ס ספק שמא הוא מהנקבים הכשרים ואת"ל שאינו מהנקבים הכשרים דלמא לאח"ש. הנה לפענ"ד ל"ק דמלבד דיש לומר דס"ס לא מהני בחזקת איסור ואף די"ל נשחטה הותרה מכל מקום בלא"ה ל"ק דהו"ל ס"ס שאינו מתהפך דאת"ל שמא מן הנקבים הפסולים ע"כ דאתה תופס שמא מן הנקבים בחיים הפסולים דלאח"ש אין נקב פוסל כלל וא"כ לא מקרי ס"ס וא"ל כמ"ש הש"ך דצריך אתה לדון מתחלה שמא לא התחיל האיסור ז"א דהא הרי נקב לפנינו וליכא למתלי בטבחא א"כ מסתבר יותר דהיה מחיים וע"כ צריך להקיף וז"ב ודו"ק. ומה שהאריך בדברי הרא"ש פרק המקשה סי' ז' הדבר ברור דהרא"ש ס"ל דבידי אדם א"א להתכשר אבל מעצמה אפשר דתתרפא

לאחר שנטרף ולזה כיון הט"ז סי' מ"ד ס"ק י"ג ובספר שעורי הרז"ה כתב שם דברים תמוהים דהרמב"ן באמת ס"ל דיכול להתכשר אף בידי אדם והרא"ש חולק עליו ובאמת גבי ר' מנשיא אמרינן במידי דאי מבדרי לה סמא דחיי הוה חיי הרי דאפשר שתתרפא גם ע"י אדם וצ"ע ועיין בשיעורי רז"ה גבי שיעור נקובת הגלגולת לא נזכר מדברי הר"ן הנ"ל ומדברי הרמב"ן והרשב"א הנ"ל וצע"ג. ומ"ש לתמוה על הפרמ"ג בשפ"ד סי' ל"א שנסתפק באווזא שמסמס קועא דמא ושהתה יב"ח אי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה שא"ז ותמה הרב הגאון מוה' אברהם דוד ז"ל אבד"ק בוטשאיטש דמה ענין חזקת א"ז לזה דכל שחי עדן אינו מתנגד לרוב ושפיר הרוב דלא חי יב"ח רוב גמור. לפענ"ד כוונת הפרמ"ג לאחר ששחטו יש להסתפק שמא במקום נקב קשחיט והיא נבילה ושפיר שייך סמוך ובזה נדחה גם מ"ש מעלתו דל"ש סמוך בכאן לפמ"ש הרשב"א דכל שנשחטה לא שייך סמוך מיעוטא וגם דמיעוט דחיות יב"ח הוא מיעוט דל"ש ולפמ"ש א"ש דניהו דאינו ספק בשחיטה כמ"ש הר"ז היינו אם לא הי' ריעותא אבל כל דראינו דמסמס קועא דמא הוה ריעותא וטריפה:

סימן לג

א הנה בחלומי נתקשיתי בהא דאמרו בב"מ דף כ' ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול והרי לשיטת ר"ת הא דמועיל מחילה הוא משום דשני שעבודים יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ושעבוד הגוף שיש לו על הלוה אינו יכול למכור לפי שהוא דבר שאין בו ממש ואינו נמכר אלא שעבוד נכסים וכל דמוחל שעבוד הגוף ממילא שעבוד נכסי נפקע ע"ש ולפ"ז בכתובה דלא נתנה לגבות מחיים וסתם אשה לאו לגירושין עומדת א"כ ל"ש שעבוד הגוף דהגוף לא נשתעבד כ"ז שהוא בחיים חיותו וכ"ז שהיא תחתיו וא"כ אינו רק שעבוד נכסי דנכסי דאינש אינון ערבין ביה וכל שמכרה שעבוד נכסי שוב למה תוכל למחול והיא קושיא נפלאה לפענ"ד ונתיישבתי בזה דהנה שיטת הראב"ד בפ"ו ממכירה דלכך יכול למחול דהלוה אומר ללוקח אני שעבדתי עצמי להמלוה ולא לך ע"ש. ולפ"ז נראה לי ברור שמה שלא ס"ל להפוסקים כן הוי משום דמה נ"מ אם נשתעבד לזה או לזה כל מי שיש לו שטר הלז לזה נשתעבד ומה נ"מ אם נתחייב לשמעון או ללוי העיקר הוא שנתחייב לשלם למי שהשטר בידו ולפ"ז זהו בשאר חוב דלוה לו מעות ומי שיש לו השטר לזה נתחייב ולמה יהי' יכול למחול ולפ"ז בכתובה דהאשה לא הלוה לבעל ממון ושום דבר רק שנתחייב לה כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה או שהוא מה"ת אבל עכ"פ לא הלותה לו דבר והחוב לא שייך רק לגבי בעלה וכל שהבעל נפטר במחילתה למה לא תוכל למחול הא באמת לא נתחייב ממון

בשביל הלואה רק משום שנשאה וכל שלגבי בעלה מחלה נפקע כל החוב וז"ש ש"מ איתא לדשמואל וכיון שבכל חוב מועיל מחילה מכ"ש בזה וז"ב לדעתי ועיין ברא"ש פ"ק דב"מ הובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק נ"ו דמוקי להך דב"מ כשהיא נשואה עכשיו וא"כ קשה טובא דלא שייך שעבוד הגוף כלל וכמ"ש וע"כ כמ"ש. והנה עוד קשה לשיטת ר"ת דמפרש דמוחל שעבוד הגוף וממילא נפקע שעבוד נכסי דהרי שעבוד הגוף לא שייך כל עוד שהיא חי ואף אם נדחוק דמוחל שעבוד הגוף מה שנשתעבד בעת שמגרשה קשה היאך מועיל מחילה בדבר שלב"ל דבעודה נשואה לא שייך שעבוד הגוף ובאמת בכל חוב מה דמהני מחילה אף קודם שהגיע הזמן פרעון הוא משום דהחיוב חל מעת שהלוה וכמ"ש מהרי"ק בתשובה הובא בש"ך בקצרה בסי' ס"ו ובתשובה בררתי זאת אבל כאן שלא חל כלל שעבוד הגוף בחיים חיותו בעת שהיא נשואה והיאך תוכל למחול ומחוורתא כמ"ש ודו"ק:

ב והנה במ"ש דבכתובה לא שייך שעבוד הגוף נתבאר לי דבר חדש במ"ש הרשב"א בחידושו לקידושין דף ס"ה ובשיטה מקובצת ריש פרק האשה שנתארמלה שכתבו דכתובה לא גבי ממטלטלי אף בחיי הבעל ע"ש והדבר תמוה מ"ש משאר חוב דעכ"פ בחיי הלוה משועבדין מטלטלי ובכתובה לא משתעבדי ולפמ"ש אתי שפיר עפ"מ שכתבתי בתשובה דהא דמטלטלי משתעבדי בחיי הלוה הוא משום דשעבוד הגוף חל על הלוה ומינאי אפילו מגלימא דעל כתפאי כמבואר ברש"י ב"מ דף ס"ג ע"ב ד"ה אין בע"ח גובה ממנה שכתב דבשלמא בעודו קיים גבי אפילו מגלימא דעל כתפיו שהרי לו הלוה מעותי' ונשתעבד והתורה אמרה יבא שליח ב"ד ויכנס לביתו ויטול משכונו ע"ש הנה מבואר דמכח שעבוד הגוף אתאן עלה והארכתי הרבה בזה ולפ"ז כתובה דלא שייך שעבוד הגוף שוב מטלטלי לא משתעבדי ודו"ק. והנה בהא דאמר אביי בששטר כתובה יוצא מתחת ידה ורבא חייש לשתי כתובות ואביי לשתי כתובות לא חיישינן ועוד שובר בזמנו טריף דעדיו בחתומיו זכין לו ובראשית ההשקפה תמהתי דא"כ למה הוצרך אביי לומר בששטר כתובה יוצא מתחת ידה ומצאתי בשיטה מקובצת שהקדמונים הקשו כן ונדחקו דאפילו חייש לשתי כתובות ואין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אפ"ה שובר בזמנו טריף ולפענ"ד נראה דהנה בהא דאמרינן המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול הח"מ והב"ש סי' ק"ה הרגישו דהא הלוקח תפיס השטר ואיך יכול למחול וכתבו דאף בתפיס שטרא יכול למחול וכתבתי בגליון שם שכ"כ העיטור ומראיה זו ולפ"ז לפי מה שנחלקו הפוסקים אם בתפיס שטרא מהני מחילה ועיין חו"מ סי' רמ"א ובש"ך שם א"כ ל"מ מחילה לזה חידש אביי דמיירי ששטר כתובה יוצא מתחת ידה ובכה"ג ודאי מועיל

מחילה (ומכר לה הכתובה אבל השטר כתובה יוצא מתחת ידה) וע"ז אמר רבא דחיישינן לשתי כתובות וע"כ דמועיל מחילה אף שתפיס שטר ולזה אמר אביי דלשתי כתובות לא חיישינן ועוד אף אם נחוש מ"מ הוי מחילה דהא השובר בזמנו טריף וא"כ כל שכתב שובר פשיטא דאז מועיל מחילה שהרי עדיין לא מכר וא"כ אף שאח"כ מכרה ונתנה להלוקח הכתובה השנייה מ"מ מועיל מחילתה שמקודם ודו"ק:

סימן לד

א הגיד לי אחד מלומדי למד ליישב קושית השעה"מ בשם ספר נתיבות המשפט הספרדי במה שהקשו בתוס' ד"ה ש"מ וניחוש שמא מכר במעמד שלשתן והקשה הנתיבות דאמאי לא הקשו התוס' עדיפא מיני' לאביי דאמר אפילו תימא ליתא לדשמואל והכא בששטר כתובה יוצא מתחת ידה דאכתי ניחוש שמא מכרה במעמד שלשתן דא"צ כומ"ס ואמר הוא דהנה הש"ך בסי' ס"ו האריך דבשטר ל"ש מעמד שלשתן והפ"י כתב הטעם דכל מעמד שלשתן הוא תקנת חכמים מפני הסוחרין שאין להם מעות בידם וזהו תקנת השוק וא"כ זהו במלוה ע"פ אבל בשטר דיכול למכור בכומ"ס למה לי שיקנה במעמד שלשתן דהוא הלכתא בלי טעמא הא יוכל להיות בכומ"ס ע"ש ולפ"ז חידש הוא דבכתובה דאמרו בב"ק דף פ"ט דכל לגבי בעלה ודאי מחלה א"כ שוב מהראוי שתועיל מעמד שלשתן דזה תקנת השוק דהא כומ"ס לא שייך כאן דשום אדם לא ירצה לקנות דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ולכך מועיל מעמד שלשתן ולפ"ז זהו אי איתא לדשמואל אבל כי ליתא לדשמואל שוב לא שייך מעמד שלשתן בכתובה דהא יכולה למכור בכומ"ס וכל אדם ירצה לקנות דהא ליתא לדשמואל דא"י למחול ושוב לא מועיל מעמד שלשתן כן אמר לי הרב החריף מוה' צבי אלימלך נ"י בהרב מזאלין ויפה אמר ואני אמרתי בחפזי דלפענ"ד יש לומר דלכך ל"מ מעמד שלשתן בשטר דהנה ענין מעמד שלשתן הוא שהמלוה והלוה והלוקח עומדים ביחד ומוסרים זה לזה ולפ"ז זהו במלוה ע"פ אבל בשטר דיכול למכור לאחר בכומ"ס וא"כ האחר יהיה המלוה ואיך שייך מעמד שלשתן דהא אין המלוה מיוחד דאם היה נמכר לאחר היה האחר במקום המלוה וא"כ כל שיכול למכור לא שייך מעמד שלשתן דזה אינו מיוחד להיות דוקא הוא המלוה וכל מי שיש לו השטר הוא המלוה וז"ב. ולפ"ז בכתובה דכל לגבה בעלה ודאי מחלה ולכך פגיעתן רעה דאין מי שירצה לקנות וא"כ שוב מועיל מעמד שלשתן אף בשטר ולפ"ז זהו אם נימא דאיתא לדשמואל אבל כל דליתא לדשמואל שוב לא שייך מעמד שלשתן בשטר דהא יכול למכור לאחר ול"ש מעמד שלשתן ודו"ק היטב:

ב והנה בהא דאמרו בב"ק דף פ"ט ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא אמאי ירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי והקשו האחרונים דאם נימא דיורש מוחל לעצמו ואינו חייב בדד"ג משום דלטובתו הוא מוחל ואינו מתכוין להזיק כמבואר סי' ס"ו וה"ה כאן הבעל ימחול לעצמו דהוא יורש.

ג והנראה בזה דבר חדש דהנה הג"ת הקשה דאם נימא דהיכא דנתכוין לטובתו אינו חייב בדד"ג א"כ מאי פריך הש"ס בגיטין דף נ"ג מעשה מלאכה במי חטאת הא שייך שם לומר דלא נתכוין להזיק דהא רצה לעשות מלאכתו ובתומים כתב דזה אינו דדוקא למ"ד דהיזק שאינו ניכר ל"ש היזק רק שלא יהא כל אחד הולך בזה כל שלא נתכוין להזיק פטור אבל שם דקאי למ"ד שמיה היזק א"כ חייב אף בלא נתכוין להזיק ע"ש והנה הגאון מוהרח"י בקונטרס לשיקול הדעת הקשה לפמ"ש התוס' והרא"ש דבטעה בשיקול הדעת ע"י דיבורו הוה מזיק ממש ואפי' לרבנן דר"מ מתחייב א"כ המוחל ג"כ דיבורו הוה מזיק ממש והוה כשורף שטרותי' של חבירו. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דלפמ"ש הראב"ד בסי' שפ"ח דדוקא חופר בורות בשדה חבירו הוא דחייב אבל בחופר בשדהו אף דמשועבד לחבירו יכול לומר בדידי קא עבידנא א"כ יורש דמוחל הוא מוחל שעבוד הגוף שיש לו לסברת ר"ת דשני שעבודים יש לו א"כ כל בדידיה קא עביד שפיר יכול למחול וממילא בטל שעבוד נכסי וכמדומה שהתומים כתב כעין זה (אמנם בלא"ה נראה לפענ"ד דהיורש יכול למחול כיון דנשאר לו כח למחול א"כ מתחלה שייר בקנינו שזה יכול למחול ושוב הוה כמו בדידיה קא עביד. ולפ"ז זהו בשאר יורש אבל להס"ד דמכרה לגמרי הכתובה ואף בנכסי צ"ב ליתא לתקנת אושא וא"כ היאך יכול הבעל למחול הא הוי מזיק ממש דא"ל דנכנס בספק זה דהיתה יכולה למחול דז"א דהרי היא מכרה לגמרי כל הכתובה ולא בטוה"נ) ולפ"ז בכתובה דלא שייך שעבוד הגוף דכ"ז שהוא חי לא נשתעבד לה וכמ"ש למעלה רק משום דיכול לומר לזה לא נשתעבדתי לכך יכולה למחול ולפ"ז היורש הוה מזיק גמור ולא שייך בדידיה קא עביד ודו"ק היטב כי הוא חריף.

סימן לה

א בב"ב דף כ"ט רבא אמר כגון דבאו תרי ואמרו אנן אגרינין מיני' ודרינן בי' תלת שני ביממא ובלליא ופריך הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרי הכי אמרינן להו זילו הבו אגרא להאי ומשני מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי למאן נתבי' כבר נודע קושית הגאון בעל אהעו"ז דלמא אמרו כן כדי שלא יצטרכו לשלם ואף דיש להם מגו דפרענו לך כקושית התוס' ותירוצם לא שייך אבל מ"מ לדידן דנתקן שבועת היסת לא הוה מגו

כמ"ש התוס' וכ"כ בזה במפרשי הים ובחבורי יד שאול סי' רכ"א. וגם בתשובה להחריף מוה' ירוחם מדענין בארג כתבתי בזה וא"י מקומו.

ב וכעת נראה דהנה לכאורה קשה בהא דפריך והא נוגעין בעדותן הן והא ע"כ מיירי דליכא סהדי אחריני רק אותן עדות וגם למה לא אוקמא שאין עדים אלא אלו וא"כ ל"ש שנוגעין בעדותן דהא אם לא העידו לא נתחייבו וא"כ הו"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר ועדיף ממגו ועיין בש"ך חו"מ סי' ק"ח וא"כ מה נגיעה שייך בזה. אמנם באמת אביי אמר שבבי מעידין ולכאורה תימה למה נאיד רבא מזה ונתקשיתי בזה ומצאתי בשיטה מקובצת שכתב דרבא רצה לתרץ אף אם המערער טוען ברי שלא דרו בלילה בזה ס"ל לרבא דהשבבי כיון שא"י בבירור שדרו בלילה אינן נאמנים וצריך סהדי שיעידו בבירור דדרו ביום ובלילה ע"ש ולפ"ז עכ"פ על הימים ודאי נוגעין הן דעכ"פ על הימים צריכין לשלם דהשבבי מידע ידעו ושוב הוה עדות שבטלה מקצתה דבזה הם נוגעין ומעידין שדרו בלילה כדי שיפטרו ולפ"ז כל דנקיטי אגר ביתא ורוצים לשלם גם על הלילות שבזה המערער בעצמו מודה שלא דרו בלילה שוב ודאי נאמנים דאדרבא הם רוצים לחייב עצמם מה שהמערער מודה שלא דרו וא"כ שוב שייך לומר הפה שאסר דאם לא העידו שדרו ביום ולילה לא יכול המערער להוציא רק הימים בלבד והם הוסיפו לחייב עצמם ובכה"ג ודאי נאמנים ומה נגיעה שייך בזה ולמה העידו כן והשבבי אינם יודעים מהלילות בבירור ולא היה אפשר להוציא מהם ושפיר נאמנים. שוב ראיתי מה שהקשיתי כיון דאין כאן עדים אחרים יהי' נאמנים דהפה שאסר הקשה הרמב"ן בחידושיו לב"ב ואינו לפני ומה שנראה לפענ"ד כתבתי. אמנם בגוף דברי התוס' שהקשו דאם נתקן שבועת היסת לא הי' נאמנים במיגו דפרענו לך. לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בים התלמוד בב"ק דף כ' הקשה לפי מה דמבואר בסי' שס"ג דאם לא הניח איש להשכיר ולא השתדל לשכור שוב פטור מתשלומין דהוה זה נהנה וזה לא חסר א"כ כאן שלא צוה להשכיר שוב הוה זה נהנה וזה לא חסר ול"ש נוגעין בעדותן ע"ש אך לפענ"ד נראה דהא כיון דהמערער טוען שמחה שלא בפניו וכ"ז דלא הוחזק בשנים מחאתו מחאה א"כ יכול לטעון אני ידעתי דדרו בביתי ומחיתי בזה שהשכיר לך אבל לא יכולתי לעשות שלא הייתי בביתי ומחיתי ורציתי שיתנו לי השכירות וא"כ הוה כהשתדל להשכיר וא"כ שפיר הוו נוגעין בעדותן ולפ"ז שפיר יש מגו דפרענו לך וא"ל דחייבין היסת דזה אינו דכל הטעם לשבועת היסת הוא משום דחזקה שאין אדם תובע אלא א"כ יש לו וכאן לא שייך זאת דהוא לא תבע כלל דבאמת הוה זה נהנה וזה לא חסר רק שטוען שמחיתי אבל אינו תובע להעדים שדרו רק לזה שהשכיר להם וא"כ כל שהי' טוענים שפרעו להמערער מה שבועת היסת

שייך בזה דאם לא הי' מעידין שדרו ופרעו לא הי' יכול לתבוע כלל מהם ואם פרעו שפיר עשו שפרעו לו ומה שטען שלא פרעו לא שייך אין אדם תובע דאם לא הי' מעידין לא הי' מגיע לו כלום ובלא"ה נראה דכאן לא שייך שבועת היסת דבאמת הש"ס בשבועות פריך על ר"נ דהא יש לו חזקה דאין אדם מעיז ואמר אשתמוטי הוא דקא משתמט וא"כ כאן כל שנקטי אגר ביתא לא שייך אשתמוטי שוב שייך חזקה דאין אדם מעיז ופטורי והתוס' לא כתבו רק לס"ד דלא נקיטי אגר ביתא ושפיר הי' צריכין שבועת היסת דשייך אשתמוטי הוא דקא משתמט ולכך טענו שפרעו אבל לפי מה דמסקינן דנקיטי אגר ביתא ולא שייך אשתמוטי אשתמיט שוב נאמנים מכח חזקה דאין אדם מעיז ודו"ק היטב. מיהו לשיטת רש"י דכל דלא עשה טובה לא שייך חזקה דאין אדם מעיז א"כ כאן לא עשה המערער טובה ואדרבה הם עשו טובה לו שאלמלא שפרעו לא הי' חייבין לשלם וצריך לילך בדינא ודיינא למי שייך הבית מיהו לא קיי"ל כשיטת רש"י ודו"ק.

ג ובגוף קושית התוס' דיהי' נאמנים במגו דפרענו לך לפענ"ד נראה לפמ"ש בשיטה מקובצת בהא דאמרי אגרינן מיניה דהיינו בשטר דאל"כ מנא ידענו וכיון שיש שטר ביד המחזיק שוב אם הי' פורעין למערער שוב יקשה שטרא ביד הלוקח מה בעי והיה להם ליקח מיד המחזיק השטר והם טענו שאגרו בשטר והמחזיק טען ג"כ כן. הן אמת לפמ"ש הסמ"ע בסי' ק"ח דלכך נאמנים במגו דנאנסו ולא שייך שטרא בידך מה בעי דהא כל שיש להם טענה לטעון סמכו ע"ז ועיין רשב"ם בב"ב דף ע' ד"ה ולטעמיך וא"כ כאן לא חשו לזה דסמכו שלולא הם לא יהי' לו חזקה ושפיר פרעו להמערער ודו"ק היטב:

ד וראיתי בשיטה מקובצת שכתב ליישב קושית התוס' דלא שייך להאמין במגו דמגו דבי תרי לא אמרינן. ולכאורה הוא תימה דבמקום שיפטרו מממון אמרינן מגו בשנים וכאן ג"כ לאפטורי ממון ונראה דכל הטעם דלאפטורי מממון אמרינן מגו בשנים משום דכל אחד יפטור עצמו ולא יתחייב בשביל חבירו כמ"ש הנימוק"י בב"ב פרק חזקת ובשו"ת מהר"י מינץ וכאן כל ששכרו ביחד הוה ערב כל אחד בשביל חבירו ושוב לא יוכל לפטור עצמו דכל אחד יתחייב בשביל חבירו כנלפענ"ד. מיהו לפ"ז צריך ביאור במה שהקשו התוס' בקידושין דף מ"ג דלא שייך מגו בתרי וכתבו דלאפטורי מממון נאמנים והרי שם לוו ביחד וכל אחד ערב בעד חבירו מיהו זה אינו דשם שלח אותם לפרוע למלוה או בקידושין לקדשה וא"כ כל שטוען שפרע או שקידש האשה במעות הלז הרי עשה שליחותו ולא שייך שיהא ערב בעד חבירו דכל שקיים שליחתו נפקע חיובו ושליחותו אבל כאן דצריכין לשלם השכירות וא"כ לא שייך לומר דהוה מגו דמגו בשנים לא אמרינן

ולא שייך לאפטורי מממון דכל ששכרו נתחייב אחד בעד חבירו בתשלומין ולא נפקע השיעבוד ערבות ודו"ק היטב כי קצרתי:

סימן לו

א במ"ש התוס' דממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא וכבר נודע מה שהקשה הגאון דו"ז מוהר"ץ מהאלבערשטאט דא"כ נערה המאורסה ב"כ דבשריפה כאן יקשה דלמא לאו אביה הוא והיא בת ישראל ואינה בשריפה וממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא וכבר כתבתי בזה הרבה.

ב וכעת נראה דדוקא בענין שבא במקרה שנתערבו נסקלין בנשרפין בזה שייך לומר דממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא דבא במקרה אבל נערה המאורסה ב"כ דהספק שמא לאו אביה היא הוא בתולדה ולא במקרה ובזה אף ממיתה למיתה אזלינן בתר רובא כנלפענ"ד וכעין זה חלק הרשב"א בחולין דף ט' לענין ספק טומאה ברה"ר בין ספק מקרה ובין ספק בתולדה ועיין ש"ש שמעתא א' פ"ד יעו"ש:

סימן לז

א ישאו הרים שלום אל כבוד הרב המאור הגדול החריף ובקי המפורסים חכם וסופר מהיר וכו' מוה' אברהם ישכר בעכלייפטיג נ"י אבד"ק באנהייד סמוך לגרוס ווארדיין.

ב מכתבו גם שאלתו הגיעני תמול וחשתי ולא התמהמהתי להשיבו תיכף ואם כי לא נתנני הזמן לבא באורך ובפרט כי עניני קנינים רבו כמו רבו ורבות אשר כתבתי בזה תשובות וגם קונטרס מיוחד וקשה עתיקא אבל לכבודו אמרתי להשיב אומר מן החדש ובקצרה לענין דינא.

ג והנה שאלתו באחד שמכר כל חמצו שהי' לו בחדריו ע"י שטר מכירה הנכתב בלשון הגר וכפי המועתק בלשונינו הוא וקבלת הכסף כפי הצורך א' זהב אדרויף והשאר זקף במלוה והשכיר לו כל חדריו ואגב שכירות החדרים הקנה לו כל החמץ שבחדרים ופסק לו דמיהן על כל מין חמץ ביחוד ומסר לו המפתחות מהחדרים אולם מהסוכה שנכתב בשטר מכירה שכח למסור לו המפתח ושם הי' לו ב' חביות י"ש טשוועשקין מעורב בתערובות י"ש של תבואה וגם חביות לאגר י"ש וא"י אם מעורב ביי"ש של תבואה רק שמבושל בכלים חמוצים וגם הי' לו כלים חמוצים והכל נכתב בשטר מכירה גם הי' לו עוד חמשה ועשרים פינט סולת מהדאמפף מיהל וגם געראשטין ושכח לכתוב בשטר מכירה ולאחר המכירה הוליך את העכו"ם בחדר זה וא"ל ראה כל מה שבחדר הלז נמכר לך כי לא אוכל לחשוב לך הכל ומתי שתצרך המפתח תבא אלי ואתן לך והערל הקונה מכר בפסח מכל החמץ שהי' לו בחדרים במדה קטנה שקורין שענק אבל מהסוכה הנ"ל

לא מכר מאומה כי לא היה צריך לזה והמוכר לא נזכר מכל הדברים ששכח לכתוב בשטר מכירה עד תוך הפסח אבל לא בא לשאול עד אחר הפסח ועל המפתח לא שאל כלל כי הי' סבור שא"צ מסירת המפתח כלל וקודם שבא לשאול לקח מהשוועטשקין וערב אותו ברוב יי"ש של תבואה אך במסלפ"ת סיפר למעלתו כי לא מסר המפתח וא"ל שלכך לא מסר לו המפתח כי הי' לו כלים חמוצים והיה מתייירא שלא ישתמש בהם הערל בלי ידיעתו.

ד ועתה יש להסתפק על כל החמץ שהי' לו בסוכה משום שלא מסר לו המפתח והט"ז והמג"א והח"י אסרו אפילו בדיעבד אי סגר קודם המכירה וע"ז הביא מעלתו דברי הנוב"י מהד"ק סימן י"ח שהאריך להקשות על הט"ז למה אסר ומ"ש הט"ז דהוי כהערמה מכל מקום אם יבא העכו"ם לדין יוכל לשבור הדלת כיון שמכר לו בשטר ומה בכך שזה נתכוין להערמה ע"ש וע"ז כתב מעלתו דאין כוונת הט"ז משום הערמה רק משום שנשאר חייב לו המעות וכשלא מסר לו המפתח הוה כגילוי דעת דתפיס לי' אזוזי ונעשה כש"ש ואף בהתנה שיפטר מאחריות מכל מקום כיון שידוע שהעכו"ם לא ישלם לו לכשנאבד הוה כאחריות אלם דאסור וניהו דקנה אג"ק מכל מקום ע"י אחריות עבר על ב"י זהו תו"ד. ואני תמה ע"ז דא"כ בכל מסירה אף שמסר לו המפתח מ"מ אם יפסד החמץ העכו"ם לא ישלם לו הו"ל כמקבל אחריות וע"כ דכל שבטל החמץ והפקירו לא מקרי אחריות רק דאם יאבד יהיה לו הפסד אבל אחריות לא שייך בזה דשלו הוא ומה שייך אחריות וע"כ לא כתבו אחריות אלם רק במפקיד לו החמץ דכל שקיבל אחריות אם יהיה נפסד הו"ל כשלו ועובר על ב"י כיון שאם יפסד יצטרך לשלם לו אבל כאן ממנ"פ כ"ז שהוא בעין הרי מכר לעכו"ם וכשיפסד יהיה לו הפסד אבל לא שייך אחריות בזה וזה רבות בשנים אשר כתבתי בתשובות רבות על דברת המק"ח סי' ת"מ דבשכירות הקרקע ל"מ דהו"ל כמקבל אחריות על חמצו של עכו"ם דאם יפסד לא ישלם לו העכו"ם ותמהתי ע"ז דמה אחריות שייך בזה וגם רוצה בקיומו לא שייך בזה דהרי זה בטל בפירוש וגם מכר ואיך שייך דרוצה בקיומו ומצאתי בפני יהושיע בפסחים דף ל"א בסוגיא דנכרי שהלוה לישראל שכתב בזה דלא שייך אחריות בזה וכדבר האמור והוא כתב כן בפשיטות ונהניתי עד מאד וא"כ גם מ"ש מעלתו בזה הן נסתר מחמתו והנה מעלתו שדר לן חורפא לבאר שיטת רש"י ותוספות בייחד לו בית והנה מה שהביא דברי הצמח צדק והקצה"ח סי' שפ"ו מה שהקשה על הצ"ץ מסנהדרין דף קי"ב דאמרו ואמאי ימותו ירעו עד שיסתאבו ומשני דהכא בקדשים שחייב באחריותן ור"ש היא הרי דמקרי ממון בעלים אף כשהן בעין. ולפענ"ד לק"מ דשם כ"ז שהוא כמות שהוא אינו ראוי לקרב רק דהקושיא היא דירעה

עד שיסתאב ויפלו דמי לנדבה ולפ"ז אנו דנין לאחר שימכר ויפלו דמיו לנדבה שפיר לר"ש המעות הוה ממון בעלים דכל דליתא בעינא הוה ממון בעלים דנתחייב באחריותו וז"ב ופשוט:

ה ובזה מיושב הא דאמרו שם מהו דתימא כיון דקיבל עליו אחריות כדידי' דמי קמ"ל וקשה הא מכל מקום הו"ל דבר הגורם לממון ובחידושי ת"ח הקשה דהרי בפסחים אמרו כיון דאילו מגנב או מתביד ובעי לשלומי כדידיה דמי ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי לל"ב בפסחים שם באמת מסיק הש"ס דשאני חמץ דכתיב לא ימצא וביאר הצ"ץ משום דכ"ז שהוא בעין אינו ממון וכמ"ש רש"י ושאני חמץ דמרבה קרא וא"כ בסנהדרין שם שפיר לא הוה ממון ודו"ק. אך בגוף דברי הצ"ץ קשה טובא מהא דאמרו בב"מ דף ל"ד נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה לשלם וכו' והקשה בשיטה מקובצת שם בשם הראב"ד דאמאי חייב הגנב כפל הא בעינן וגונב מבית האיש וכתב דפקדון שאני כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא וע"ז הקשה דלר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי לחשב השומר כבעלים וכתב דל"ד חיוב שמירה לאחריות דבהמה משום דבשמירה איכא אנפא דלא מחייב ואחריות בכל אנפי מחייב עלה ע"ש ולדברי הצ"ץ מעיקרא לק"מ דניהו דדבר הגורם לממון כממון דמי אבל זה כ"ז דליתא בעינא אבל כ"ז דאיתא לא הוה כממון וא"כ לכך נתחייב לבעלים ולא לשומר דהא איתא בעינא וע"כ דלא כצ"ץ ושפיר מקשה הראב"ד והיא ראיה נפלאה דלא כצ"ץ. אמנם אחר העיון יש לומר דאין ראיה דבאמת גם הראב"ד ס"ל דכ"ז שהוא בעין לא מקרי ממון וכמ"ש הצ"ץ רק דק"ל דלאחר שנגנב נימא אגלאי מלתא למפרע דמשעת משיכה עמד ברשות השומר וכעין שהקשו בתוס' שם ד"ה דקיימא באגם דנימא דקני למפרע וה"ה בזה דלאחר שנגנב כיון דחייב באחריות והו"ל כשלו נימא דנקנה למפרע משעת משיכה. ובזה מובן היטב דברי הראב"ד בתירוצו דמלבד שחלוקו סתום דמה הבדל בין אחריות לשומר אף גם דכמה סוגיות לנגדו בפסחים כאן גבי חמירא דבני חילא דאינו חייב בכל אחריות היכא דלא קיבל אחריות ועיין באו"ח סי' ת"מ וא"כ אצטריך קרא דלא ימצא לענין זה וגם בב"ק דף ע"א דמוקי בשומר ושור נגמר דינו בבית שומר והרי השומר אינו חייב רק בפשיעה או בגניבה כפי חיובו וע' במג"א סי' תמ"ג ובחק יעקב שם וא"כ לא בכל אנפי מחייב ואפ"ה לר"ש חייב ומקרי דבר הגורם לממון כממון ולפמ"ש אתי שפיר דהרי באמת כ"ז שהוא בעין אינו נחשב כממון וכמ"ש הצ"ץ ורק דתגלי מלתא למפרע והנה כבר נודע מ"ש הנימוק"י ר"פ החולץ דאף דאמרינן תגלי מלתא למפרע היינו במקום ששייך לומר בבירור שאגלאי מלתא למפרע אבל בחליצה דהיתה יכולה ללדת ולד תמים ורק

אח"כ גרם לה איזה דבר שהפילה לא שייך אגלי מלתא למפרע ע"ש וה"ה כאן דבשומר כיון שהיה מקום שלא יתחייב באחריות אף שלא יחזור הדבר כגון שיקרה אונס דפטור השומר א"כ אף שנגנב או נאבד אבל אגלאי מלתא למפרע לא שייך בזה כיון דהי' מקום לפטור ולא יתחייב באחריות וז"ש דאיכא אנפי דלא מתחייב וא"כ לא שייך אגלי מלתא למפרע ומעתה ל"ק מכל המקומות דשם קאי לענין שיהי' נקרא דבר הגורם לממון לאחר שנאבד בזה ודאי מקרי דבר הגורם לממון אבל השיטה מקובצת קאי לענין שיהי' מקרי בעלים אף בשעה שהיה בעין דנימא אגלאי מלתא למפרע וזה לא אמרינן ודו"ק. ובזה מיושב היטב מה דק"ל על שיטת הראב"ד דיהי' שומר בעלים משום דבר הגורם לממון ומה קושיא דהא להפוסקים דס"ל דשומר אינו חייב רק משעת פשיעה ואילך וא"כ כ"ז שהי' בעין לא חשוב דבר הגורם לממון דאינו חייב באחריות כלל. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי למפרע אגלאי מלתא דקני ליה ודו"ק:

1 שוב ראיתי בתוך דברי מעלתו שהביא דברי השיטה הנ"ל דיהי' מקרי בעלים בשביל דהוה דבר הגורם לממון ותמהני שלא הרגיש כלל דמזה מבואר דלא כהצ"ץ וגם התירוץ של השטה אינו מובן ובמ"ש נתיישב הדבר כמין חומר ומכל מקום תירוצו של מעלתו בקושית השיטה הנ"ל נכון דדוקא במקום שאין בעלים כמו איסורי הנאה או הקדש דרעהו כתיב ולא הקדש אבל במקום שיש בעלים לא שייך לומר דהשומר יחשב בעלים כיון דשם בעלים לא נעקר עדן וזה נכון מצד הסברא וכמדומה שגם אני הרגשתי בזה בתשובה שכתבתי בדברי הצ"ץ אלו ולא נפניתי כעת לעיין בזה. נחזור לענינינו דז"ב דמסירת המפתח לא מעכב כלל וגם יפה חלק הח"י בין היכא דסגר קודם המכירה ובין אח"כ ומה שהאריך מעלתו דהא לא היה משתמר לדעת הקונה והביא דברי הש"ך בחו"מ סי' קצ"ח ס"ק ח' ודברי הנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' מ"ג ודברי הנתיבות המשפט סי' ר' הנה בכ"ז הרביתי מילין בקונטרסי על קנינים וגם בתשובות אמנם לדינא נראה לפענ"ד כיון דמכי מטי זמן איסורא אייאושי קא מייאש וכדפריך בב"ק דף ס"ו אמאי אומר הרי שלך לפניך הא מכי מטא זמן איסורא אייאושי קא מייאש ומה דמשני שם זה אינו רוצה לקנות לא שייך בזה דהא הנכרי לא אכפת ליה ושפיר נקנה עכ"פ ביאוש ושוב יכול הנכרי לקנות ע"י יאוש ומה דשכח לפרט איזה דברים ג"כ לא אכפת לן ואנן סהדי דרצה להקנות לו הכל ושכחה חשוב אונס ועיין מג"א סי' ק"ח ואף דגם בשכחה ואונס אסור היינו במקום דשייך חשש הערמה דשמא יערים ולא ימכור כלל אבל כאן דחזינן דמכר רק ששכח איזה דברים לפרט פשיטא דלא שייך חשש הערמה דלמה יערים והלא הי'

יכול למכור הכל רק ששכח וכעין זה מבואר בש"ך יו"ד סי' ל"ט ס"ק מ"ב והארכתי בזה בכמה תשובות ואכ"מ להאריך וד' שנותיו יאריך:

סימן לח

א מה שנתחדש לי בשנת תרל"א בחג הסוכות. זה יצא ראשונה מה שהביא הרא"ש בפרק לולב הגזול בשם ר' ישעי' שהקשה מה בין שאול למתנה ע"מ להחזיר וכתב דבמתנה ע"מ להחזיר פטור מן האונסין משא"כ בשאול והרא"ש דחה זאת וכתב דגם במתנה ע"מ להחזיר חייב באונסין וא"כ הדרא קושיא לדוכתה והנה בחידושי הרבה כתבתי בזה וכעת נראה דהנה התוס' בב"ב דף פ"ז ד"ה הלוקח כתבו דמטלטלין השכורין ושאולין יוכל להקדיש והאריך בזה הקצה"ח סי' רי"א ע"ש מ"ש על הגליון ולפ"ז א"כ בדבר השאול יש כח להמתנה להקדיש וממילא הוי כמו שותפין זה יש לו קנין הגוף וזה יש לו קנין פירות וא"כ ממילא לא שייך לכם דהא שותפין פסול במקום דבעינן לכם ועיין בתוס' סוכה דף כ"ז ובטור ש"ע סי' תרל"ד אבל במתנה הרי מבואר בר"ן ר"פ השותפין דכל שותף בשעה שמשתמש הרי הוא שלו בכולה לכך לא שייך ברירה וא"כ במתנה בעת שיוצא בו הוא כולה שלו ולא איכפת לן בשותפות שיש להנותן בזה וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד דלא יוכל המקבל לתת לאחר אף שיחזיר אח"כ משום דכל שאחר משתמש יש להנותן חלק בו והו"ל שותפות ולא שייך לומר בזה שמשתמש בשלו דהרי הנותן לא נתנו לו וז"ב:

ב שאלני הרבני המופלג מוה' יוסף שורשטיין נ"י ע"מ שנסתפק הפ"מ בהא דקיימא לן דמצות עשה אינו מחוייב רק עד חומש ובל"ת מחוייב בכל ממונו איך הדין בלאו הבא מכלל עשה דהוי עשה אי הוה כעשה או כל"ת והניח בצ"ע וע"ז שאל דהא בביצה דף כ"א אמרו תמה אני אם לא יצא שכרכם בהפסדכם שהרי אמרה תורה לכם ולא לנכרים והרי אינו רק לאו הבא מכלל עשה וא"כ יפה עשו ששחטו למקולין שאינם מחוייבים להפסיד כל ממונם רק עד חומש והשבתי דהרי התוס' בחולין דף י"ב ד"ה השוחט הקשו דאמאי לא נימא הדרא לאיסורא קמא כמו גוזז פסולי המוקדשין ותי' דל"א כן כיון דגבי יו"ט אוכל נפש הותר דכתיב אשר יאכל וכיון דאשכחן דהותרה בהדיא לא אמרינן הדרא לאיסורא קמא ולפ"ז לפי מה דמוקי לה הש"ס שם בענל טריפה וא"כ ל"ש ההיתר דיאכל לכל נפש דאינו נאכל לכל נפש וא"כ שוב הדרא לאיסורא קמא והוי לא תעשה ועיין בחידושי אבני מלואים שנספח להטורי אבן במגילה דף זיין שכתב בהדיא דבטריפה לא שייך הואיל ולא הותרה בכלל אוכל נפש אמרינן לכם ולא נכרים ואני כתבתי עה"ג שתמה אני שלא הזכיר דברי הר"ן בפ"ק דביצה גבי שני יו"ט של ר"ה שכתב דמשכחת

לכם ולא לנכרים בדברים האסורים ע"ש ומה שהקשה שם באבני מלואים דחזי ישראל לאכלו שלא כדרך אכילתו תמה אני דשלא כדרך הנאתו לא הותרה בכלל אוכל נפש ומכ"ש לשיטת הרמב"ם שם פ"א מיו"ט הט"ו דהרמב"ם ס"ל דהדרא לאיסורא קמא רק כיון דשייך טעמא דהואיל בכל מקום א"כ הותר נמי הכא אע"ג דליכא הכא א"כ פשיטא דכל שהיא טריפה לא שייך לא הואיל ולא מתוך כיון דאינו בכלל אוכל נפש וע"ש בלח"מ והגה"ה בלח"מ שם כתוב דקושית הלח"מ והתירוץ מבואר בתוס' דף י"ב ובמחכ"ת לא דק דהתוס' ס"ל דלא שייך הדרא לאיסורא קמא אבל הרמב"ם דס"ל דהדרא לאיסורא קמא לדידיה נשארה הקושיא של תוס' והוצרך לדחוק בזה ועיין פרשת דרכים בדרך מצותיך מ"ש שם:

ג בסוכה דף כ"ו ע"ב אמר רב אסור לאדם לישן ביום יותר משינת הסוס וכמה שינת הסוס שיתין נשמי וכו' אביי הוה ניים כדמעייל מפומבדיתא לבי כובי קרא עלי' רב יוסף עד מתי עצל תשכב מתי תקום משנתיך וזה רבות בשנים אשר הקשיתי מזה על מ"ש האחרונים דמצינו האר"י ז"ל היה ישן ג' שעות וכתבו הם דמה שתיקן האר"י בשנתו אנן לא נוכל לתקן אפילו כשניעור ועל זה הקשיתי אם רב יוסף קרא על אביי עד מתי עצל תשכב וכו' והרי אביי מסתמא היה יכול לתקן בשנתו גם כן והנה בחג הסוכות הלז אמרתי בזה דהנה בהקדמת ספרא דצניעותא כתבו בשם הגאון מוהראו"ו ז"ל דהתיקון בשינה הוא בעת שנתפשט החומר הגופני יוכל להשיג בשנתו ענינים נשגבים ולפ"ז נראה לי דזה דוקא כשנשתקע בשינה אז נתפשט החומר הגופני ויוכל להשיג במושכלות אבל במנמנם שהוא נים ולא נים תיר ולא תיר אז אינו נפשט החומר שהרי יכול להתעורר עצמו ולפ"ז אביי הוי ניים ונמנם אינו שינה א"כ אז לא יוכל להשיג ולכך קרא עלי' עד מתי עצל תשכב שזה רק עצלות שהרי יכול להתעורר אבל כשנשתקע בשינה אז מופשט מהחומרי ויוכל להשיג ולכך האר"י ז"ל כשהיה ישן שפיר אמרו שיוכל לתקן בשינתו וז"ב:

סימן מא

בב"מ דף י"א בתוס' ד"ה זכתה לו כתבו אף אם לא אמר זכתה לי דזכתה לו וכו' ועוד אמר ר' יוסי בר' חנינא חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלמא אע"ג דלא אמר קנה וע"ז הקשה בן דודתי מוהר"ר שאול פאפערנא שהתוס' בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא כתבו דהא חצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע מי בחצירו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קנה וא"כ אין ראיה מר' יוסי בר' חנינא ושם לא הי' יודע אבל אם יודע צריך לומר. והשבתי דהתוס' דייקא בלישנא דיודע ואינו

מתכוין לקנות והיינו שבאמת מתכוין על דעתו דבר אחר אבל אם מתכוין על דבר אחר אף שיודע ולא אמר זכתה לי קנה:

סימן מב

נשאלתי במכתב מהאלשיטץ בהא דמבואר במשנה ריש קידושין האשה נקנית בכסף והרשב"א בחידושיו הקשה דלמה לא סדר רבי ביאה בתחלה שזה מפורש ובעלה ואידך הם נלמדים מג"ש וע"ז הקשה הבחור מהאלשיץ אדרבא איידי דאתיא מדרשא חביבא לי' ובאמת שהוא תימה רבה דכן אמרו ריש יבמות איידי דאתיא מדרשא חביבא ליה ולפענ"ד נראה דהנה כבר נודע מ"ש הר"ן בנדרים דף למ"ד דהאשה אינה רק מפקרת עצמה והבעל זוכה בה כזוכה מן ההפקר ע"ש ולפ"ז הרי אמרו ב"מ דף קי"ח דאף הבטה בהפקר קני וכ' התוס' ריש ב"מ דעכ"פ בעי מעשה כל דהו ע"ש ד"ה בראי' עכ"פ כשקונה ע"י שטר או כסף אף דאתיא מכח דרשא עכ"פ אין רבותא במה דהאשה נקנית לו עי"ז א"כ לא שייך בזה איידי דאתיא מדרשא חביבא ליה ושפיר הקשה א"כ לתני ביאה קודם דזה מפורש ולא זו אף זו דקונה בשטר או בכסף ודו"ק. הן אמת דדברי הר"ן תמוהים לפענ"ד דלא שייך זכייה בהפקר כל דאינה מפקרת עצמה רק לגבי אותו האיש שמפקרת עצמה לו וקי"ל כב"ה דבעי הפקר לכ"ע וצ"ע:

סימן מג

מה שנתחדש לי בש"ת שנת תרל"ה במה שהאריך התנא אלקי מוהראו"ו ז"ל לענין שצריך לישן בשמיני עצרת בסוכה והביא דברי הרשב"א בזה וכבר כתבתי בזה בחיבורי שואל ומשיב ח"ב מהד"ב. וכעת אמרתי דהנה יסוד דברי הרשב"א שהוא הקשה למ"ד אחד מד"ת ושנים מד"ס וכן להיפך א"כ הרי עוברים על בל תוסיף וכעין שהקשו התוס' על שאנו תוקעין מיושב ומעומד וכתב הרשב"א דכל שתקנו חז"ל כן ל"ש ב"ת ולכך יתובי יתבינן בסוכה משום דלא שייך ב"ת זה תורף דבריו והנה הפ"י בר"ה דף ט"ו מביא דברי הרשב"א ואף שקלסיה מ"מ מגמגם בזה דא"כ בטלת ב"ת וחכמים יש להם להוסיף ע"ש ובט"א הביא דברי הרשב"א והוא הקשה מהא דפריך אלא מעתה היושב בשמיני בסוכה ילקה ומה קושיא והא להרשב"א כל שתקנו מותר לישן ול"ש ב"ת והיא קושיא גדולה. ולפענ"ד נראה דבאמת סברת הרשב"א נכונה דהרי הרמב"ם כתב בפ"א ממרים שהתורה צותה על כל מה שיגידו החכמים ויתקנו מצוה שנאמר לא תסירו וכ"כ הרשב"א דהתורה אמרה לא תסירו. אמנם נראה לפמ"ש הרמב"ם דדוקא באמרם שעוף בב"ח אסור אבל אינו מה"ת רק שחכמים גזרו בזה יש להם כח אבל אם יאמרו שעוף אסור מה"ת עוברים על ב"ת ע"ש. ולפ"ז נראה לי דדוקא אם יאמרו שכן גזרו אבל אינו

מה"ת זה מצוה מה"ת לשמוע להם אבל שמ"ע וכדומה שיש ספק אולי הוא עדן שביעי וא"כ הרי אם נקיים תקנת חז"ל יהי' איסורי מה"ת שספק תורה יש שמא הי' שביעי ובזה לא יכלו לתקן ולכך בזה שייך ב"ת והוצרך הראבי' לחדש דיש היכר במה שאינם מברכים ולפ"ז בשינה דבלא"ה אין מברכין שוב שייך ב"ת וזה דפריך אלא מעתה הישן בשמיני ולא פריך כשאוכל בשמיני בסוכה משום דבזה יש היכר ע"י ברכה אבל שינה ליכא היכר ועובר על ב"ת ונמצא יש ראי' לראבי' ודו"ק היטב:

סימן מד

ראיתי בסידורי יעב"ץ סדר תפלת ערבית של שבת דאף דתפלת ערבית רשות מכל מקום בשבת ויום טוב חובה כמו שכתבתי בחבורי בס"ד עכ"ל והנה ספרו מור וקציעה אינו תח"י ולא ידעתי טעמו וגם בתיקוני זהר תיקון י"ח כתב דבשבת חובה והובא בחידושי רא"ה שנדפס מחדש על הלכות ברכות ותענית ושם בהג"ה פ"ד דברכות אות כ"ה מבואר שם. ולפענ"ד היה נראה טעם הדבר דהנה אמרו מפני מה תפלת הערב אין לה קבע שאברים ופדרים שלא נתעכלו קרבין והולכין כל הלילה והיינו שיש לה משך זמן כל הלילה כמ"ש רש"י וא"כ נראה שלכך תפלת הערב אין לה קבע דהיינו שהוא רשות כדמפרש בש"ס משום שאין לה זמן קבוע ומשך זמנה כל הלילה ולפ"ז בע"ש דאינו נקרב בשבת לכך הוה חובה. ובזה היה מקום ליישב קושית התוס' בברכות דף כ"ו ד"ה טעה דלכך נקט מתפלל בשחרית שתים דנ"מ לשבת וכן לכך נקט שאין מקדשין החדש בלילה דנ"מ אם חל בשבת אבל באמת לפירוש רש"י ל"ש לומר דזה נ"ט דלכך תפלת ערבית רשות משום דנקרב כל הלילה דזה אין טעם דניהו דמשך זמנה כל הלילה מ"מ למה יהי' רשות וע"כ דזה נ"ט דלכך אין לה קבע דיכול להתפלל כל הלילה משום שיש לה משך זמן והך אין לה קבע כולל שני פירושים והיינו דיש לה משך וגם דהיא רשות ונמצא דיכול להיות דגם בשבת רשות ובאמת הרא"ה פירש פירוש אחר כמ"ש בחבור רא"ה שם דלכך היה רשות דיכול להיות שלא יצטרך להקטיר בלילה דהיינו אם נתעכלו מבעוד יום ע"ש ועיין בהגהות שם ס"ק וא"ו וע"כ הדין צ"ע:

סימן מה

א ראיתי בספר דברי אמת להגאון מהר"י בכר דוד ז"ל קונטרס חמישי בענין חשוד שהביא דברי המשנה בשבועות דף מ"ד ושכנגדו חשוד על השבועה אחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון והר"ן בריף שם הביא דברי הרשב"א שהקשה שבועת העדות מאן מוכח דעבר במזיד אפילו איכא עדים קרובים למלוה או ללוה דהתרו בו דלמא אשתלי ולאו מזיד הוא ואי במודה שהזיד דידע ולא העיד הא אין אדם משים עצמו רשע ואינו

נאמן לשויא נפשיה רשיעא וכתב הר"ן דכל שהיה עדות קרוב כ"כ דאי אפשר לתלות בו שכחה לא אמרינן דלמא אשתלי ובפרק אלו נערות דאמרינן גבי עדים זוממין נתרי בהו אימת נתרי בהו מעיקרא אמרי אשתלייַן אי בשעת מעשה פרשו ולא מסהדי כל שיש לתלות בו שכחה קרינן בי' מעיקרא וכל שאין לתלות בו שכחה קרי שעת מעשה ע"ש וכתב ע"ז בעל דברי אמת דדבריו תמוהין דבסנהדרין דף מ"ם אמרו התריתם בו קבל עליו התראה המית בתוך כ"ד ופירש"י המית בתכ"ד כדי שאילת שלום לרב דאל"כ מצי אמר ששכח ההתראה וכ"כ הרמב"ם פי"ב מסנהדרין דאחר כ"ד צריך התראה אחרת ע"ש הרי מבואר דמצי אמר שכחתי אחר כ"ד תיכף והיא תימה גדולה. ולפענ"ד דברי הר"ן נכונים דניהו דיכול להתנצל ולומר דהי' שוכח מ"מ כל שלא טען אמרינן דמסתמא לא שכח ועכ"פ חשוד ודאי מקרי דאטו חשוד ודאי לן דעבר רק דנחשד ע"ז ובכה"ג שקרוב כ"כ דאי אפשר לתלות בו ששכח ניהו דמצי להתנצל ולומר ששכח מ"מ כל שלא התנצל מקרי חשוד על השבועה ואינו נאמן לשבע ושכנגדו נשבע ונוטל וז"ב כשמש.

ב ומ"ש לתמוה מדברי הש"ס שבועות דף ל"ו הזיד בשבועת הפקדון וכתבו רש"י ותוס' דמה דלא מבעיא בהזיד בשבועת העדות ורש"י כתב דהוה התראת ספק והתוס' כתבו דיכולין לומר שכחנו הרי דיכולים לומר שכחנו ולפמ"ש א"ש דודאי יכולים לומר שכחנו תיכף אלא דמ"מ כל שלא התנצל הוה חשוד על השבועה. ומ"ש ראיה מבעל התרומות סוף שער מ"ב שהקשה למה באכלתי ולא אכלתי מקרי שבועת ביטוי והלא יכול לומר שכוח הי' ונזכר וכתב כיון שבאו עדים ואמרו ששקר הי' נשבע אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש הרי דמצי לומר שכוח הי'. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה תירוצו של הר"ן דניהו דמצי להתנצל ולומר שכוח הי' אבל כל שלא אמר הוה שבועת ביטוי וחשוד על השבועה ונאמנים העדים לומר שעבר על השבועה. ומ"ש שם מדברי הר"ן במכות על המשנה נזיר שהיה שותה יין כל היום כולו שאינו חייב אלא אחת וכתב הר"ן על הכוס האחרון שהתרו בו ושתה סמוך להתראה דאל"כ יכול לומר שכחתי הרי דיכול לומר שכחתי הנה מלבד דהר"ן שבשבועות שהוא הרנב"ר אינו בפירושו על מכות שאינו מרנב"ר רק מהנימוק"י כנודע אבל בלא"ה לא קשה דבאמת כל שהתנצל ואמר ששכח ודאי אינו לוקה וכמ"ש. ומ"ש בהא דאמרו בכריתות דף י"ב דאיבעי אמר לא נתכוונתי לעדות ולא אמר שמצי לומר שכחתי לפענ"ד טענה דלא נתכוונתי יפה יותר מטענת שכחתי דשכחה לקצת פוסקים הוה פשיעה ועיין מגן אברהם סימן ק"ח ולכך ניחא ליה לומר לא נתכוונתי לעדות מלומר שכחתי ובבה"ז כריתות דף י"ב הביא קושיא זו בשם הגאון מוה' ליב צינץ ז"ל ע"ש מ"ש בזה ובתומים סימן צ"ב ס"ק א' האריך בזה ועיין

קצה"ח סי' כ"ח ס"ק ח' שהאריך בזה הוא ואחיו ז"ל ואילו הי' רואים דברי הדברי אמת בזה שלא הניח פינה שלא נשתטח בה בענין הזה הי' מתבשמים בתורתו יעו"ש:

סימן מו

הנה ביום א' הנ"ל הי' אצלי הרב החריף מוה' יצחק נ"י בהגאון מוהרצ"ה ז"ל חיות אבד"ק זאלקווא וחקר בהא דקי"ל דמקיימין שטר ועד נעשה דיין בדרבנן וע"ז חקר אם הזימו המקיימים אי הוה הזמה מה"ת או דאינו רק דרבנן דמה"ת ל"צ כלל ואמרתי דמסתבר כיון דחז"ל הכשירו הקיום וצריכין קיום מדרבנן א"כ שוב נעשה הזמה מדאורייתא דהא כל דרבנן אמרו דצריך קיום ואי לא יקיים השטר פסול השטר הרי נעשה תורה ובזה ישבתי קושית הנוב"י דאיך מחייב ע"א בשטר שבועה וכל שא"י לשבע מחויב שבועה ואיל"מ משלם והא לרמב"ם השטר אינו רק דרבנן ובדרבנן לא שייך מחויב שבועה וא"י לשבע משלם והתעצם הרבה בקושיא זו ולפמ"ש ל"ק דכל דרבנן מחייבי שבועה שוב נעשה השטר כשר מה"ת והו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם וכבר האריך בזה הקצה"ח סי' פ"ז דע"י דרבנן נעשה ש"ד והביא הרבה ראיות לזה וע"ש שהביא באורך בזה בסוף סימן פ"ז אמנם הרב החריף הנ"ל הקשה ע"ז מהא דאמרו כיצד העדים נעשין זוממין בעידי גרושה וחליצה והקשה בחידושי הריטב"א שם דהא בן חליצה אינו רק דרבנן ואיך נעשה זומם מדאורייתא וכתב דבאמת אינו נעשה זומם רק מדרבנן ע"ש ואם איתא כיון דרבנן אמרו שנעשה זומם שוב נעשה זומם מדאורייתא אבל באמת זה ליתא דזה לא שייך רק לענין שמעידין על ממון דכל שמועיל מדרבנן שוב הוה ממון מה"ת אבל כאן שאין מעידין רק לענין איסור לבד דשם אין נ"מ לענין ממון וכבר הקשו שם דהא נ"מ לענין תרומה וכדומה וכתב הריטב"א שם דזה אינו רק גרמא בעלמא ע"ש וכיון דאינו נ"מ רק לענין איסור בלבד וא"כ החליצה אי אפשר להיות אסור מן התורה ונשאר רק איסור דרבנן ושפיר כ' הריטב"א דאינו נעשה זומם רק מדרבנן וז"ב כשמש:

סימן מז

א להמופלג מוה' יצחק מינץ באשפזין.

ב במ"ש התוס' בב"מ דף ס"א דלכך לא אוקמא בגזל ולעבור בשתי לאוין דמ"מ ניתק לעשה והקשה הוא ממ"ש המהרש"א בריש חולין לענין לאו דתמורה דכל שיש שני לאוין אף דניתק לעשה מכל מקום לקי עכ"פ על לאו אחד ע"ש וה"ה כאן והשבתי דשאני גזילה דיש תרי ניתק לעשה חד שמשיב גוף הגזילה ואף אם אין לו גוף הגזילה ניתק לתשלומין וא"כ (יש שנעשה) ולא לקי אף דיש שני לאוין ובזה יש ליישב קושית המהרש"א דבלאו דבל תעשוק ג"כ ניתק לעשה ולפמ"ש בבל תעשוק אין כאן רק עשה דניתק לתשלומין

דהא אף דמייחד לו שכר פעולה יכול לתת לו דבר אחר כמ"ש הרא"ש בע"ז דף ס"ג בהא דאמרו והא מחסרא משיכה ע"ש וא"כ לא נשאר רק עשה דניתן לתשלומין וא"כ כל שיש שני לאוין שוב לקי.

ג ובגוף הקושיא הנה כבר מוזכר קושיא זו בספרי אחרונים וכמדומה שגם בכתנות אור על התורה מוזכר הקושיא אך לפענ"ד שאני גזל דרחמנא חס על ממונו של הגזלן וכמו בנחבל שכתבו התוס' בכתובות דף ל"ב דאף דמלקות חמור מכל מקום חס רחמנא על ממון של נחבל וא"כ ה"ה הכא אי אפשר לומר שילקה דא"כ לא יצטרך לשלם והרי התורה נתקו לעשה ורצתה התורה שישלם להנגזל וא"כ אף בשני לאוין לא לקי כדי שיהיה ניתק לעשה ובזה יש להאריך ולא נפניתי כעת ודו"ק:

סימן מח

במה שאירע שמומר לא מכר הייי"ש והט"ז אוסר לקנות ממנו לאחר פסח דאע"פ שחטא ישראל הוא והמקום שמואל חלק עליו ובאמת קי"ל כהט"ז אך לפענ"ד נראה דלאחר פסח דר"ש קנסא קניס וניהו דנימא דקנס לכל העולם זה דוקא בישראל שעבר ולא מכר חל קנס על כל העולם אבל המומר שהוא לא אכפת ליה למה יקנסו אחרים בשבילו וא"ל דלכך קנסו דע"כ יהי' מוכרח למכור לגוי דשמא לא ירצו לקנות ממנו אבל אינו מוכרח דהא יוכל למכור לעכו"ם ועכו"ם ימכור לישראלים ויוכל לעשות קנוניא וא"כ למה יקנסו בזה כל שלא חל הקנס על המומר בעצמו דהוא לא אכפת ליה בזה אמנם אף אם נימא דגם בזה שייך קנס נראה לפענ"ד דמה שאירע שיהודים מוכרין הייי"ש לעכו"ם והעכו"ם משלח הייי"ש לכל העיירות והנה אירע שאחד מכר לעכו"ם וחשב שהוא עכו"ם גמור ואח"כ הי' ספק אם הוא עכו"ם או מומר וע"כ לא רצו לקנות מהסוחרים שזה העכו"ם ספק מומר מכר להם הייי"ש בזה נראה לפענ"ד דבר חדש כיון דהיהודים מכרו כדין ולא ידעו שזה ספק מומר וא"כ אם נימא דזה ספק מומר והכל יודעים שזה אינו קונה להיות שלו רק למכור לישראלים וא"כ כל שנימא דיהודים לא יכלו לקנות ויוחזר להמומר א"כ המומר יחזיר לישראל המוכר דיוכל לומר אדעתא דהכי לא קניתי והוה כאותו שכתב זקני בשער אפרים והאריך בזה בנתיבות המשפט סי' רל"ז דכה"ג שנודע שכל הקני' הי' בשביל שחשב שהקונה יקבל הסחורה א"כ נתבטל המכר ושוב יהיה הישראל נפטר והרי הוא מכר כדין והוה אנוס גמור ובכה"ג ודאי לא שייך שיקנסו ומותר לאח"פ כנלפענ"ד ומאותה מעשה שהאריך הנתיבות הסכימו הרבה גדולים וכמ"ש בשו"ת נט"ש והארכתי בזה הרבה וא"כ כאן דאינו רק קנס בודאי מותר לאח"פ והישראלים אף שאינם

מוחזקים כ"כ בכשרות עכ"פ זה ודאי שבטלו ומכרו דמה אכפת להם בזה ובודאי לא נחשדו ישראלים בכך וז"פ כנלפענ"ד דבר חדש:

סימן מט

א בנדה דף י"ט ספק טמא והקשו בתוס' אמאי לא אוקמא אחזקה ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהא דאמרו בנזיר דף מ"ג ירד לטבול במערה ונמצא בה מת צף ע"פ המערה טמא נמצא משוקע בקרקע המערה ירד להקר טהור לטהר מטומאת מת טמא שחזקת טמא טמא וחזקת טהור טהור שרגלים לדבר ופירש הרמב"ם בפירוש המשנה ופירוש רגלים לדבר שהענין יצא לאין תכלית כל זמן שנלך אחר אפשריות ואמנם העיקר שנניחהו בחזקתו עד שיבא דבר מבורר שיבטלהו מזאת החזקה וכל דבר שיהיה בו ספק ואפשרות אחר הרי"ז לא יסתלק החזקה ע"ש ולפ"ז נראה לי דבר נכון דזה לא שייך רק בשאר הדברים שנולד מקרה שיש לספק בו שייך לומר שנלך אחר החזקה הראשונה ונניח הדבר בחזקתו הראשונה אבל בזה שנולד ספק אם הבהרת קדם לשער לבן או להיפך הנה אף שנאמר ששער לבן קודם אינו כמו שהי' לו חזקת טהרה דמקודם שהרי אז לא הי' לו לא שער לבן ולא בהרת וא"כ בין כך ובין כך הרי לא הי' כמו שהי' בראשונה ושוב ע"כ מוכרחין ללכת בתר השינוי וכל שיש ספק אם בהרת קדם או שער לבן הרי ע"כ לא אפשר לאוקמא אחזקה קמייתא ושפיר ספק טמא וז"ב ודו"ק. והנה התוס' כתבו לתרץ דלכך לא אוקמא אחזקה דמיירי שכבר נטמא ומחזיקין טומאה ע"ש. והנה בהא דנחלקו מתיבתא דרקיע עם הקב"ה ורבה אמר טהור נראה לפענ"ד דהנה בהא דאמרו בב"ב דף ל"ב והלכתא כרבה בארעא כתבו התוס' בשם רשב"ם דלכך לא אוקמא ארעא בחזקתו כמו בתרי ותרי דשאני תרי ותרי דאוקמא אחזקה ותרי ותרי כמאן דליתא אבל בספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה קמייתא ועיין משנה למלך פ"ו משכירות ופ"ו מעדות דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה דבשביל החזקה לא ישתנה הדין ולפ"ז נראה לי דשם דנחלקו מתיבתא דרקיע עם הקב"ה וא"כ הוה ספיקא דדינא ולא שייך לאוקמא אחזקה ומכ"ש להחזיק מטומאה לטומאה ולכך הכריע רבה לומר טהור דהרי בספיקא דדינא לא מועיל החזקה שישתנה הדין ובזה מיושב היטב הא דפסק הרמב"ם דספיקו טמא והקשו כלם דהא רבה אמר טהור ולפמ"ש אתי שפיר דרבה לא הכריע רק במה שנחלקו מתיבתא דרקיע עם הקב"ה והי' ספיקא דדינא אבל לדידן דלא בשמים הוא ואין כאן רק ספק במציאות לכך הוה ספק וטמא מספק וז"ב הן אמת דלפמ"ש המלמ"ל שם דספיקא דדינא לא שייך רק היכא שהספק בדין דמ"ס כן ומ"ס כן אבל היכא דספיקא דדינא תלוי בספק המציאות לא שייך זאת וכאן תלוי בספק מציאות

אי הבהרת קדם לשער לבן או להיפך ובכה"ג אף בספק דין אוקמא אחזקה אך לפענ"ד נראה דהנה בטעם דבהרת קדם טמא וספק ג"כ דטמא כתבו התוס' משום שאין דרך להתלבן רק בשקדם הבהרת והקשה הר"ש דא"כ זקן או גרמוני ל"ש זאת ע"ש שהאריכו ועיין תוסיו"ט פ"ד משנה י"א מ"ש בזה אמנם לפענ"ד היה נראה דזה אינו מצד הסברא רק שכן גזרה חכמת התורה שספק טמא בכל ענין ור"י קיהה דבאמת ס"ל דכל שיש ספק מהראוי לטהר וא"כ שוב הוה ספקא דדינא דלא תלוי במציאות כלל ולכך רבה אמר טהור ובזה יתיישב מה שאמרו מאן נוכח רבה בר נחמיני וקשה אם רצו שיכריע בן אדם הלא כבר ר"מ אמר דטהור אמנם באמת ר"י אמר דאין משגיחין בבת קול ולא בשמים הוא אבל רבה בר נחמיני שפיר הכריע דהי' סמוך למיתה וכמ"ש בב"מ שם ודו"ק. ולפמ"ש הר"ן בדרושיו דאף שהאמת שהוא אסור מכל מקום התורה ניתנה כפי הכרעת שכל אנושי ולכך מתיבתא דרקיעא לפי שכלם היו אומרים שהוא טהור א"כ רבה באמת הכריע שהוא טהור אבל אנן בדידן קי"ל דספק הוא וטמא מספק דהתורה נתנה לפי שכל אנושי וכל שרובן של חכמים אמרו שהוא טמא אף שרבה הכריע שהוא טהור מכל מקום מידי ספק לא יצא ולכך פסק דספק טמא:

ב והנה במ"ש התוס' בב"ב הנ"ל דתרי ותרי כמאן דליתנהו ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא מזה ראי' למ"ש הש"ך בסימן פ"ז דתרי ותרי אמרינן סלק והקצה"ח והתומים שם תמהו עליו והרי שיטת התוס' בהדיא כן ועיין משנה למלך פט"ו מטוען ע"ש:

סימן נ

סנהדרין דף ע"ב אמר רב הונא קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו קסבר רודף א"צ התראה ל"ש גדול ול"ש קטן ופירש"י קטן הרודף אחר קטן להרגו. ונשאלתי בעש"ק תבא תרל"ד הנ"ל מהמופלג מוה' משה נ"י מק' סטאניסלאב דלאיזה צורך פירש"י דוקא דרודף אחר קטן יהי' הנרדף גדול או קטן העיקר הוא דאשמעינן דקטן הרודף ניתן להצילו בנפשו ויפה תמה וגם הב"י חו"מ סי' תכ"ה הביא דברי רש"י אלו ולא הרגיש בזה וברמב"ם כתב סתם דקטן הרודף ניתן להצילו בנפשו ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה יש לי ספק עצום אחר דקטן אין לו מחשבה וגם מחשבתו ניכר מתוך מעשיו אבעיא בחולין דף י"ב אי יש לו ועיין רש"י ותוס' שם וא"כ איך ניתן להצילו בנפשו ודלמא אינו מתכוין להרוג ומשחק בעלמא הוא ואיך נהרגנו מספק והוא הערה גדולה וא"ל דהו"ל ספק פ"נ דזה אינו דמה חזית דדמא דידיה סומק טפי דהא כאן איכא ספק פ"נ לרודף וכגון דא איך נדייניה ולפענ"ד הכרע נותן דלא תגע בו יד אמנם הנרדף עצמו כיון דבהול על נפשו זה מותר לו להציל עצמו בנפשו של רודף וכמו דהותר להנרדף עצמו אף שיכול להציל

באחד מאבריו אם הרגו אין לו דמים ועיין מזרחי ושו"ת חוות יאיר וכנה"ג בהגהותיו על התורה וגם אני הארכתי הרבה בזה אבל אחר אסור להרגו אך לפענ"ד זה כשהנרדף הוא גדול ויודע להציל עצמו אבל כשהוא ג"כ קטן וא"י להציל עצמו זהו מצווין אותנו לעמוד במקומו ולהצילו וזה כוונת הש"ס כנלפענ"ד ואני כותב בלי ספר ועיון כי עודני יושב קרית חוצות ומחוסר ספרים וצ"ע דהרא"ש ורי"ף לא הביאו גם הך דינא דקטן הרודף אבל בטור כתבו בביאור:

סימן נא

ביומא דף י"ב ועוד בגדים שנשתמש בהן קדושה חמורה תשמש בהם קדושה קלה קושית התב"ש מפורסמת לפמ"ש הט"ז באו"ח סי' קנ"ד דכל שאינו ראוי לקדושה חמורה מוטב להשתמש בהן קדושה קלה משיגנז א"כ גם כאן נימא הכי וכבר מבואר במגן גבורים בזה ובישועות יעקב גם בחיבורי יד שאול סי' רפ"ז ועוד יש לי קונטרס מיוחד בזה אבל לפענ"ד כעת נראה לחלק דדוקא אם אינם ראויים לקדושה חמורה כגון שבלו שפיר כתב הט"ז דמוטב להשתמש בהן קדושה קלה ועדיף מגניזה אבל בגדי כה"ג דבאמת עודם ראויים לכה"ג רק דהתורה אמרה שלא ישתמש בהם עוד וטעונים גניזה ואיך נתירם להשתמש בהם הדיוט הרי הם ראוין לכה"ג עוד וכל שאתה אומר שישתמש בהם כה"ד הרי אתה פוגם בכבוד כה"ג כי יאמרו שאינו ראוי להשתמש בהם ולכך נתנו לכה"ד וזהו לדעתי מ"ש מה ת"ל ילבש לרבות השחקין ועיין רש"י ותוס' מ"ש בזה ולפמ"ש א"ש דהרי אפשר לומר דלכך נאסרו לכה"ג בשביל שכבר נתיישנו ואין כבוד לכה"ג להשתמש ולכך ניתן לכה"ג לזה אמר לרבות השחקין וא"כ אין הפסול בשביל שנחוש דלכך אסורים לכה"ד וז"ב ובזה יתיישב מ"ש בתפילין וס"ת שבלו דאסור לעשות מזוזה לפי שאין מורידין והקשיתי בחבורי יד שאול שם דלמה יפסול והא מוטב יותר משיגנזו ולפמ"ש אתי שפיר דהרי אמרו שם להשלים וא"כ אותה פרשה לא בלה וראוי לקדושת ס"ת ולתפילין וא"כ אסור להורידו מקדושתו ודוקא שבלה ואינו ראוי להקדושה החמורה:

סימן נב

בשבת דף קי"ד מיתבי מנין ליוה"כ שחל להיות בשבת שאסור בקניבת ירק ת"ל שבתון שבות למאי אי למלאכה והכתיב לא תעשה כל מלאכה אלא לאו לקניבת ירק לא לעולם למלאכה ולעבור עליו בל"ת ועשה ונשאלתי בזה מבחור אחד והא גם ביוה"כ שחל בחול אסור במלאכה והיא תימה גדולה ואמרתי בזה עפמ"ש בקונטרס הנדפס על שמי דסד"א דביוה"כ לא שייך עשה דבאמת מה שצוה לשבות בשבת ויו"ט הוא משום שהוא יום מנוחה אבל יוה"כ דאינו יום מנוחה ומה"ט כתב הלבוש דא"ל רצה במנוחתינו ביוה"כ

שאינו מנוחה ורק מה שאסור במלאכה הוא לפי שאסור מחמת יוה"כ כמו שאסרו חמשה ענויים אבל עכ"פ עשה לא שייך בזה והארכתי בזה ואינו לפני וא"כ שפיר מרבה בשבת יוה"כ דאסור בעשה ול"ת מחמת שבת ודו"ק:

סימן נג

בסנהדרין דף ל"ב הא לא קשיא דעדיפא מינה קאמרינן דאפילו אחד בניסן בשמטה דלא שכיחי אינשי למזפי דליכא למימר שמא אחרוהו וכתבוהו דלא מרע לשטרא אפ"ה כיון דשביעית בסופה משמטת מכשירין ראיתי כתוב בשם הגאון התנא מהראו"ו ז"ל דהביא מכאן ראיה לשיטת הרמב"ם דעד סוף שנת שביעית יכול לתבוע דלא כרא"ש וסייעתו דאל"כ מה מועיל דסוף שביעית משמטת הא מ"מ לא יאחר דהא כ"ע ירננו עליו דמזויף דהא אין תובעין בשנה השביעית ומכ"ש דלא כותבין שטר ולכאורה היא תימה רבה ולפענ"ד נראה עפ"י מה דקשה לי טובא דהא רש"י פירש דהוציא בע"ח על חבירו ע"י משכון או פרוזבול וא"כ מה מתיירא מהשמיטה הא יש לו משכון ולא שייך לומר דלא אוזפי' דהא כל שיש לו משכון לא מתיירא מזה והיא תימה גדולה אך נראה דהנה בהא דאמרו אבל הלוה בשטר והניח לו משכון עליהם ד"ה אבד המשכון אבד מעותי' והוא בב"מ דף פ"א והתוס' שם הקשו על פירש"י דפירש דברישא לא נקיט המשכון אלא לזכרון דברים בעלמא וע"ז הקשו דא"כ אמאי אינו משמט דהא מבואר בב"מ דף מ"ט דכל דנקיט לזכרון דברים משמט ע"ש אך לפענ"ד נראה דשם דלא שוה רק פלגא א"כ ע"כ רק לזכרון דברים נקטיה דאל"כ היה צריך להיות כל שווי מעותיו וע"כ דרק לזכרון דברים נקיט ולכך משמט ולפ"ז נראה לי דהכי כוונת המקשה דאם נימא אחרוהו וכתבוהו לשטר א"כ לא הוה המשכון רק לזכרון דברים בעלמא דהא המשכון היה בשעת הלואה ואז לא כתב השטר וא"כ שוב לא לקחו רק לזכרון דברים ולכך אי אפשר לומר דאחרוהו וכתבוהו דא"כ היה מרע לשטרי' דלא היה בשעה שלקח המשכון ולזכרון דברים בעלמא נקטיה וא"כ משמט ובודאי לא אחרוהו וכתבוהו וא"כ שוב נקיט לי' למשכון שלא ישמט ולזה אמר דמכל מקום כיון דבסופו משמט שוב לקחו למשכון שלא ישמט ולכך לא הקפיד על אחירת השטר שהרי יש לו משכון ולקחו באמת לגוביינא וא"כ ניהו דא"י לתבוע מכל מקום כיון דסופו לשמט לכך בודאי לקח לגוביינא וז"ב. וראיתי בתומים שהקשה להיפך לשיטת הרמב"ם למה לא מוזפי הא יכול ליקח פרוזבול או משכון ולפענ"ד כיון דעכ"פ לא שכיח הדבר לא מכשירין העדים ע"י תלי' כזו דלא שכיח וז"ב וכמו דלא טענינן דבר דל"ש ליתומים מכ"ש שהעדים שהזימו אותן להכשיר השטר ע"י לא שכיח לא תלינן ובמ"ש למעלה יש ליישב קושית התוס' על רש"י דפירש

דאחרוהו וכתבוהו היינו שכתבו אח"כ השטר ולא פירש דאחרו הזמן ולפמ"ש אתי שפיר דאם היה השטר עם המשכון ביחד לא שייך דמרע לשטרי' כמ"ש ודו"ק:

סימן נד

בהיותי ב"ק חאדריב שנתר"ל על חתונת ב"ד הי' הרב הגדול מוה' ישעי' לנדא ני' מסטאניסלאב שם והראה לי בקידושין דף ס"ז מה לאחות אשה שכן אין לה היתר במקום מצוה תאמר באשת אח שכן יש לה היתר במקום מצוה והקשה המקנה שם דמה קושיא הא אחות אשה ג"כ יש לה היתר לאחר מיתת אחותה וא"צ כלל היתר במקום מצוה דבלא"ה מותרת ובאשת אח דהיא ג"כ לאחר מיתת אחיו צריך דוקא מקום מצוה והיא קושיא גדולה והשבתי אז בפשיטות דעכ"פ אין לה היתר במקום מצוה ניהו דהיא מותרת מ"מ מקום מצוה לא שייך בזה אבל אשת אח הא יש לה היתר במקום מצוה אבל באמת עדיין צריך ביאור כיון דמותר וא"צ במקום מצוה א"כ לא שייך פרכא כ"כ והוא אמר דהכי כוונת הש"ס דשם באחות אשה הטעם דמותרת דאינה נקראת אחות אשה רק בחייה ולא לאחר מיתה אבל אשת אח אדרבא מה שהתורה צותה ליבם הוא בשביל אשת אח שיקים שם לאחיו וא"כ עדיין אשת אח נקראת והתורה אמרה שמצוה ליבם וא"כ עוד לא נפקע שם אשת אח מעלי' ואפ"ה מצוה ליבם ושפיר פריך הש"ס ויפה אמר. ובזה יישב מה שדקדק המקנה בהא דאמר אשת איש נמי איכא למפרך מה לשון נמי והא אדרבא זו קשה יותר ולפמ"ש מיושב ודו"ק ואני אמרתי עפמ"ש הרמב"ן בתורת אדם בהא דאמרו בברכות דף כ' שב ואל תעשה שאני והקשה רש"י מטומאת כהנים דהוה קום ועשה וכתב הרמב"ן דל"ש שם דיחוי רק דלא משכחת לה כלל לאו דטומאת כהנים במת מצוה ול"ש בזה דחוי' רק היתר גמור ע"ש ועפ"י שם וא"כ גם אנחנו נאמר דשאני אשת אח דאי אפשר בשום אופן מצות יבום רק באיסור אשת אח וא"כ מקרי היתר אבל אחות אשה אטו לא משכחת מצות יבום רק כשהיא אחות אשתו וא"כ בכה"ג לא התירה התורה ליבם ולא משכחת היתר במקום מצוה ולכך אסרה התורה ודו"ק. והנה בהא דאמרו מה להנך שכן אין לה היתר בחיי אוסרן ופירש"י דאחות אשה אין לה היתר כל זמן שאחותה חיה לכאורה לפמ"ש בספר מגיד מראשית דאחות אשה כל שנעשה טריפה התורה התירתו כדאמרו בנדה דף כ"ג א"כ משכחת לה היתר למ"ד טרפה חיה וא"כ עודנה חי' ואפ"ה מותרת מיהו זה אינו דכל ההיתר הוא משום דכתיב עליה בחייה וזו אינה חיה וא"כ ממנ"פ למ"ד טרפה חיה שוב נקראת עליה בחייה ולמ"ד דאינה חיה שוב הוה כלאחר מיתה ודו"ק:

סימן נה

הנה למדתי בש"ע או"ח סי' קס"ח ס"ח וי"מ שהוא פת בין מתובלת בין שאינה מתובלת שעושין אותן כעבין יבשים וכוססין אותם כ"כ הערוך בשם רבינו האי והערוך כתב שיש ראיה ממ"ש ביהושע סי' ט' וכל לחם צידם יבש היה נקודים ובתרגום וכל לחם זוודיהן יבש הי' כסנין ע"ש ולפענ"ד דהתרגום מפרש נקודים מלשון נוקד כמ"ש רש"י והביא מהתרגום שכתב כסנין וראיתי ברד"ק שם שהביא דברי רבותינו שכוססין אותו בבית המשתה ועוד מפרשים מעופש הי' ולחם המעופש נעשה נקוד ירוק ושחור ולפענ"ד שני הפירושים הן אחת שהרי הם רצו להראות שהם מדרך רחוקה ונעשה יבש מפני רוחק הדרך כמו שאמרו אח"כ וא"כ זה הי' כעבין יבשים שכן דרך הולכים בדרך רחוקה שעושין להם לחם יבש ודרך אנשי המלחמה שעושין להם לחם יבש הנקרא בל"א סאכערס שע"י קשיותו יוכל לשהות הרבה וז"ש יבש הי' נקודים שע"י יבשותו מדרך רחוקה נעשה מעופש הרבה ולכך אוכלים אותם דרך כסיסה ולפ"ז מ"ש בין מתובלת בין שאינה מתובלת זה אינו רק שאינה מתובלת דוקא דבאמת הם לא עשו מתובלת דהם הי' רוצים להראות שהם מדרך רחוקה והאיך יעשו פת מתובל והלא די שיהי' להם לחם לאכול ולא שהוא מתובל והמג"א כתב ס"ק מ"ז דכוססין אותן ולפ"ז מ"ש הערוך ראיה לרבינו האי מקרא זה והתרגום אין ראיה לפענ"ד דאותן כסנין שתרגם המתרגם הי' סאכערס יבשים כדי שיתקיים וזה אינו רק להיות קיים ימים רבים ואינו מתובל כלל ואין אוכלין בבית המשתה כזאת אבל רבינו האי כוון למה שעושין גלוסקאות נאות כמ"ש הט"ז והמג"א כתב שאוכלין אותו לתיאבון ואינו ענין למ"ש במקרא וצ"ע:

סימן נו

א תמול בלילה היה אצל ב"ד שלי ד"ת שאחד נתן לחבירו בפרעון חובו מאה ר"כ ונמצא שהי' מזויף ובאו לדין. והנה זה המעשה שנחלקו המהרשד"ם הובא בש"ך סי' רל"ב והט"ז סי' ע"ה וכבר כתבתי בזה הרבה.

ב וכעת נראה לי דכל הטעם דא"י אם פרעתיך חייב משום דאי איתא דפרעי' לא היה מסופק דהרי אמרינן דפרע דייק דמפרע לא דייק וא"כ כל שהפורע מסופק בודאי לא פרע דאיך שייך שיסתפק בדבר. ובזה ניחא מה שהחליטו הפוסקים במקום שלא הו"ל למידע דפטור משום שכל שלא הי' לו למידע לא שייך דפרע דייק דלא היה יכול לדקדק ולפ"ז כאן שפרע לו וזה מצא מטבע מזוייפת עכ"פ הסברא דפרע דייק לא שייך בזה דהא באמת פרע וא"כ לא שייך הסברא דפרע דייק וא"כ שוב פטור וגם לפענ"ד הרוב דאין מטבעות מזוייפות מסייע לו וא"כ פשיטא דפטור וא"ל דאין הולכין בממון אחר

הרוב דזה אינו דאדרבא חזקת ממון מסייע לו והרוב הוא דאינן מזוייפות ואף דסוף סוף נמצא מזוייף מכל מקום זה יש לו חזקת ממון ורוב מסייע לו ובודאי פטור ועיין ב"ש סי' י"ז ס"ק פ"ד שכתב דאותו שאנו מכירין מוקמינן בחזקת חי ואמרינן דאחר נהרג דהיינו אף שגם לזה השני יש לו חזקת חי מכל מקום כל שאין אנו מכירין אמרינן דזה מת ע"ש וה"ה כאן ע"ז הפרטי שפרע ויש לו חזקת ממון והרוב מסייע לו אמרינן דזה נתן לו מטבע טובה ופטור ודו"ק. והנה במ"ש לפענ"ד יש לדחות דברי הש"ך סי' ע"ה ס"ק צ"ז בספק פרעון קודם להלואה דהו"ל א"י אם פרעתיך דחייב ולפמ"ש דהטעם דחייב בא"י אם פרעתיך דאיך שייך שיסתפק בזה אם פרע והרי דפרע דייק וא"כ כל שספק פרעון קודם להלואה בזה לא שייך זאת דבאמת הוא לא ידע כמה היה שוה וא"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי ואולי כיון דהיה שלו מעיקרא ובלי ספק היה יודע כמה שוה ועיין בסימן ע"ב מבואר דבעל הפקדון יותר יודע כמה היה שוה ע"ש. מיהו לפמ"ש הט"ז בטעם דא"י אם פרעתיך דחייב מטעם דאוקי אחזקה שכבר נתחייב א"כ כאן לענין הלואה הלז כל שהיה לו ספק פרעון קודם להלואה לא התחיל החיוב דשמא כבר נפרע ופטור וגם לפמ"ש האחרונים בטעם הדבר דא"י אם פרעתיך דהוא מטעם דמהראוי לומר שלא נתחדש ענין פרעון וכמו בשב וא"ת דמוקמינן אחזקה שלא נעשה דבר א"כ כאן שכבר נעשה הספק קודם הלואה ודאי מהראוי לפטור וז"ב.

ג והנה התומים כתב על דברת הש"ך לענין ספק פרעון קודם להלואה דהדבר מבואר בהדיא בש"ס דאביי אמר שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו וא"כ הרי הו"ל ספק פרעון קודם להלואה וא"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי ואמאי יתחייב וע"כ דהו"ל א"י אם פרעתיך:

ד והנה בשנת תרל"ג שאל אותי עלם משכיל דאין ראיה מאביי דאביי ס"ל דא"י אם נתחייבתי ג"כ חייב כדאמרו בב"ב דף קל"ה לעולם אימא לך דחייב ועיין תוס' שם וכתובות דף י"ב. והשבתי דל"ק דאביי לא ס"ל כן רק אליבא דרב יהודא ורב הונא דלא תקשי להו ממשנה דב"ב שם וכמו דאמר שם דש"ה דהוה ספק וספק אבל אביי אליבא דנפשיה ודאי ס"ל כר"נ ור' יוחנן דהלכה כר"נ בדיני וכר' יוחנן וכמ"ש הרשב"ם שם וגם דהש"ס מקשה בב"מ מדרב נחמן דמשביעין אותו שבועת היסת נימא מיגו דחשוד וכו' וע"ז משני אביי ספק מלוה ישינה והרי לרב נחמן לשיטתו דאית ליה דא"י אם הלויתני פטור לא מועיל מה דהו"ל ספק מלוה ישנה וע"כ דספק פרעון קודם להלואה חייב וגם לדידן דקיי"ל דבספק מלוה ישינה לא חשוד וכמבואר סי' צ"ב ועיין סמ"ע ס"ק י"א שם שהגיה ספק מלוה ישנה וא"כ לדידן יקשה זאת. והנה הט"ז שם קיים הגירסא שמא מלוה ישינה ויש לומר דהוא לא ס"ל דספק פרעון קודם להלואה פטור וכמ"ש למעלה

לשיטתו מהראוי לפטור דס"ל דאביי לשיטתו דס"ל א"י אם הלויתני חייב אבל לדידן לא משכחת לה ודו"ק. ובגוף דברי הש"ך ומ"ש התומים דהדבר מבואר בש"ס לפענ"ד יש לדחות דבאמת כיון דזה גובה וזה גובה שפיר חייב אף בספק פרעון קודם להלואה דזה יש לו ספק על הנפקד שמא שוה יותר ופטור מספק וזה יש לו חיוב ודאי על הלואה וחייב ועיין קצה"ח שם שכתב על הש"ך דאף אם המלוה טען שמא הי' הדין כן. ולפ"ז שם באביי דס"ל שמא מלוה ישינה וקשה היאך מצי תפיס ע"ז והא זה גובה וזה גובה וכתב הרז"ה דמכל מקום לא נעשה חשוד ע"ז דהוא תופס בשביל זה וע"ש ברמב"ן במלחמות ובב"י חו"מ סימן ע"ה באורך וא"כ אין ראיה משם דאם נימא דבכה"ג דהו"ל ספק פרעון קודם להלואה ודאי פטור דמצי לתפוס בשביל ספק ושוב מהראוי לפטור ספק פרעון קודם להלואה ושאני הך דאביי דמכל מקום לא נעשה חשוד בשביל זה ושפיר מחייבין ליה שבועה. וגם יש לומר דדינו של הש"ך תלוי במה שנחלקו הקדמונים אם חיוב של השומר משעת משיכה או משעה שפשע דאם אינו חייב רק משעה שפשע כל שספק אם נתחייב בשעה שפשע דשמא לא שוה יותר שוב ודאי א"י לפטור עצמו בזה דהנפקד לא נתחייב כלל שיהי' מקרי ספק פרעון ודו"ק. ובזה יש לדחות דאין ראיה מאביי דשם הלואה הוה ודו"ק כי קצרתי. ובפשיטות נראה לי דאין ראיית התומים ראיה דבאמת זה אינו טוען שיש לו ספק פרעון רק לענין דלא נימא מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא אנן מתרצינן דבריו דאולי משום זה כופר אבל למפטרי' עי"ז א"א למפטרי' דשמא אין לו ספק מלוה ישינה כלל והרי חייב שבועה דמודה במקצת או היסת וא"כ לא מצינן למפטרי' עי"ז שנימא דהו"ל איני יודע אם נתחייבתי לך וז"ב ופשוט והבן:

סימן נז

א בביצה דף ד' אלא לר"י ולר"י דאמרו משום גזירה ספיקא דרבנן הוא וספקא דרבנן לקולא. ראיתי קושיא שהקשה הרב הגאון מו' ירמי' מטיסדארף ז"ל דלשיטת הש"ך ביו"ד סימן ק"י דאיסור דרבנן שהוחזק ספיקו לחומרא א"כ ממנ"פ במה מיירי אי מיירי שהיה ביצה ספק חול ספק יו"ט הרי המרדכי כתב בריש אין צדין דביצה שנולדה יש לאוקמא בחזקת מעוברת והאידנא הוא דהולידה וא"כ הו"ל ספיקא דרבנן באתחזיק ואי מיירי ביש ביצה שנולדה ביו"ט וביצה שנולדה בחול ולא ידענו איזהו הא בזה הו"ל אקבע איסורא וחייב אשם תלוי. ולפענ"ד נראה דלפמ"ש הש"ך כל שאין לו עיקר בתורה אף אתחזיק אזלינן לקולא ע"ש וא"כ במשקין שזבו ופירות הנושרין דהו"ל גזירה לגזירה ובודאי אין לו עיקר מקרי ומותר.

ב ובזה מיושב קושית התוס' ישנים דאמאי לא מקשה מר"נ דהא מוקצה הו"ל עיקר מה"ת ועיין רש"י בביצה דף כ"ו ע"ב. עוד יש לי לומר דלא מקרי אקבע איסורא כיון דגוף הגזירה בשביל משקין שזבו או פירות הנושרין אינו רק משום גזירה והוא בכלל פירות הנושרין או משום משקין שזבו אבל בעצם אין בו איסור רק אטו משקין שזבו ל"ש אקבע איסורא אבל לר"נ שפיר מקשה דבזה מקרי אקבע איסור בעצם משום מוקצה ועיין מהר"ם לובלין בשבת דף מ"ח שהקשה בגזירה דשמא יחתה כל שלא חתה נוכל לומר דמשום שלא יחתה לא שייך לומר שיהי' אסור בפ"ע וא"כ מכ"ש בזה דאינו רק בכלל משקין שזבו ודו"ק. ובגוף חזקת מעוברת שחידש המרדכי אמת שכ"כ התוס' בב"מ דף ק' אבל לפענ"ד כיון דביצה שנולדה היום מאתמול נגמרה וכל שנולדה היום כיון דכבר נגמר הו"ל כבר מסולקת מחזקת מעוברת דכבר נגמר ולדה רק דדשא אחידא בפני' כדאמרינן כעין זה בע"ז דף מ"ו ודו"ק:

ג והנה בשנת תרכ"ה הקשה אותי הרבני המופלג מוה' יחיאל עזריאל נ"י מבארדייב במדינת הגר בהא דמוקי בספק טריפה והרי טריפה אינו מוליד וא"כ ממנ"פ כשרה אם כשרה היא ודאי כשר ואם טריפה הרי חזינן דמוליד. והשבתי דלק"מ דלפמ"ש רש"י דטריפה היינו שנולדה מתרנגולת טריפה וא"כ הרי טריפה ודאית ל"מ מה שמוליד כמ"ש בש"ע דאפילו יב"ח ל"מ ואמרינן דחי' ע"פ נס או כמ"ש מהרש"ל דהוה ממעוטא ע"ש בסי' כ"ז וה"ה דיכולה להוליד. ובזה מיושב מה שפירש"י בספק טריפה שנולדה מתרנגולת טריפה ולא פירש שהוא ספק טריפה התרנגולת והפ"י כתב דהו"ל דבר שיל"מ שמא תטעון אח"כ והוא תמוה כמ"ש בגליון שהוא נגד הש"ע מ"ש בשם הרשב"א ואף אם נימא דרש"י חולק על הרשב"א אכתי קשה לישני בכה"ג ולפמ"ש אתי שפיר דבכה"ג שוב ראיה מדקא הולידה דהתרנגולת כשירה ובזה מיושב גם קושית הש"ך על הרשב"א דלמה לא דייק מכאן דספק טריפה לא הו"ל דבר שיש לו מתירין. ולפמ"ש אתי שפיר דרש"י לא פירש כן ודברי רש"י מוכרחים ודו"ק. והנה בענין ספיקא דרבנן ולקולא הנה הרמב"ן בספר המצות שורש א' הקשה לשיטת הרמב"ם דכתב דכל העובר על דברי סופרים הוא בכלל לאו דלא תסור א"כ למה הקלו בספיקו והאריך בזה. ולפענ"ד נראה דכל הטעם דלא תסור הוא שהתורה רצתה לכבד החכמים ולייקר דבריהם למען ישמעו העם ולא יקלו ראש ולפ"ז כל שיש ספק בזה אם אסרו חז"ל כן או לא שוב הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא ולא שייך לא תסור דכל הטעם מפני כבודן של חכמים וכל שיש מקום לומר שלא עבר על דברי חכמים אינו פוגע בכבודם כי נוכל לתלות שלא עבר על דבריהם וז"ב. ומה שהקשה הרמב"ן דא"כ היאך דחי דאורייתא לדרבנן הא גם דרבנן הם מה"ת

לפענ"ד כיון דכל הטעם משום כבודן של חכמים א"כ שוב שייך דברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין והרי תורה היא דברי הרב ודברי חז"ל הם דברי התלמוד ואף שהתורה אמרה שנכבד להתלמוד היינו לא כנגד דברי הרב ועיין ב"ב דף קי"ט ע"ב דנחלקו אם חולקין כבוד לתלמוד במקום הרב או לא ואף דהיכא דפליג ליה רב יקרא חולקין היינו דוקא מה שאינו מתנגד לדברי הרב אבל מה שמתנגד לדברי הרב דברי הרב בודאי עיקר נגד דברי התלמוד וז"ב. ומ"ש מהא דאם האחד אוסר ואחד מתיר ואזלינן לקולא היינו משום דל"ש כבודן של חכמים דהא גם זה ת"ח ומה חזית וא"כ שוב מהראוי להקל. ומ"ש דהרי עונשין של דבריהם אינו רק נדוי או מכת מרדות ולא יותר. לפמ"ש אתי שפיר דהעיקר הוא כדי שלא יזלזלו בדבריהם וא"כ כל שעונשין נדוי או מכת מרדות שוב יקיימו דבריהם וסגי בזה. עוד נראה לי דיש חילוק בין היכא דרבנן גזרו כדי לעשות סייג לתורה זהו שהוא בלא תסור דע"י דברי רבנן יתקיים דברי תורה אבל דברי רבנן גרידא ואינם משום סייג לתורה זהו רק בכלל לא תסור אבל אינו לוקה ע"ז וכשתסתכל בדברי רבינו בספר שופטים ימצא מבואר שרק על מה שהוציאו בהיקש ובי"ג מדות או שהם סייג לתורה בזה הוא לאו דלא תסור אבל מה שפירשו בעצמם ואינו סייג לתורה זה אינו לא תסור רק בכלל לא תסור ובזה מבואר דלכך עשה של תורה דחי לדבריהם דהרי עיקרו הוא משום סייג לתורה וא"כ עשה של תורה ודאי דוחה וז"ב. וזהו מ"ש בברכות י"ט אחיכו עליו לאו דלא תסור דאורייתא ואמרו כל מילי דרבנן אלאו דלא תסור אסמכינהו ומשום כבוד הבריות לא גזרו רבנן והרמב"ן מקשה מזה דמבואר דהוא רק סמך בלבד. ולפמ"ש א"ש דעיקר דרבנן מה שגזרו סייג לתורה זהו לאו דלא תסור ומה שחידשו מדעתם הוא רק בכלל לא תסור ואסמכתא בעלמא ולכך משום כבוד הבריות לא גזרו דע"ז מחלו חז"ל וא"כ גם מה שהוא סייג לתורה כיון דהעולם אינן מבינים זאת לכך לא שייך לא תסור דכבודם של חכמים מחלו מפני כבוד הבריות וא"כ לא שייך לא תסור בזה ודו"ק. ובזה מדוקדק מה שאמרו כל מילי דחכמים אלאו דלא תסור אסמכינהו רבנן והיינו דאף שאר דברי חז"ל שאינם סייג אסמכינהו אלאו דלא תסור ומשום כבודן של בריות מחלו חז"ל ולכך לא פלוג רבנן ובכל לאו דלא תסור לא גזרו במקום שיש כבודן של בריות וז"ב. ואם כנים הדברים ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה יש לומר מה דבאתחזיק איסורא אף סד"ר לחומרא משום דכל הטעם דסד"ר לקולא אף שהוא בלא תסור כתבתי משום דל"ש כבודן של חכמים די"ל דל"ש כלל אסורם בזה ולפ"ז במקום דאתחזיק איסור והחזקה היא מה"ת שכך הם הדברים וא"כ מחזיקין הדברים שכן הוא ושייך לא תסור דיש בזה משום כבודן של חכמים. ובזה מיושב היטב הקושיא

שהבאתי הלא מראש דלמה אמרו לר"י דאמרו משום גזירה סד"ר ולקולא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דמחמרינן משום דשייך לא תסור ולפ"ז לפמ"ש דמה דאינו משום סייג רק דרבנן חדשו אינו בלא תסור רק בכלל דלא תסור א"כ כאן דהוה גזירה לגזירה א"כ אינו משום סייג רק דחז"ל עשו אותם בכלל משקין שזבו ובזה סד"ר ולקולא אף באתחזיק איסורא דאינו רק בכלל דלא תסור ודו"ק והבן בדברים כי נעמו.

ד ובזה מיושב קושית התוס' דלמה לא מקשה מר"נ. ולפמ"ש אתי שפיר דמוקצה דאסור משום סרך תורה שלא יבא לאיסור הוצאה כמ"ש הראב"ד ולהרמב"ם מצד מנוחת שביתה ממילא הן לאו דלא תסור וסד"ר להחמיר באתחזיק ודו"ק כי ת"ל ביארתי שורש גדול בענין זה ועיין מ"ש בהגהותי ביו"ד סי' רי"ט ס"ק כ"ב מה שתמהתי על מהרלב"ח ולפמ"ש לחלק בין לא תסור יש ליישב ודו"ק:

ה והנה הש"ך סי' ק"ב הקשה עמ"ש הרשב"א דביצה ספק טריפה אינה בכלל דשיל"מ שאין המתיר עתיד בודאי לבא ואינו בידו והקשה דהא מבואר כאן בש"ס בהדיא אא"ב ספק יו"ט הוה דבר שיל"מ אלא א"א ספק טריפה דבר שאל"מ הוא ותבטל ברובא הרי דמבואר דאינו דבר שיל"מ וכ"כ לעיל בזה והנה הצ"ץ הקשה על הרשב"א דממנ"פ אם תהיה מותרת אגלאי מלתא למפרע ולא שייך דבר שיל"מ דהא מעולם לא נאסר וכתב דמ"מ טרם שנגלה אין לו לסמוך על הביטול דהא יוכל להתברר הספק דמכל מקום הוא אוכל איסור ע"י ביטול והכו"פ תמה ע"ז מהא דכתב או"ה כלל כ"ה דין ח"י בשם אור זרוע דכתב דדבר הנאסר ע"י תיקו לא שייך דשיל"מ שמא יבא אליהו משום דאז אגלאי מלתא דלא נאסרה מעולם ול"ד לשאר דבר שיל"מ דנאסר ואח"כ הותר ע"ש וכ"ה באור זרוע הנדפס בזיטאמיר בח"א תשנ"ה.

ו והנראה בזה דהנה גוף דברי האור זרוע הוא לכאורה תמוה שכתב שמא יבא אליהו הא אמרו ביבמות דף מ"א ע"ב הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר דהא קדש בת חליצה ויבום היא הכא אם יבא אליהו ויאמר דהיא לא מעברא מי משגיחנן בי' דהא קטנה דלאו בת עבורי היא ואפ"ה צריכה להמתין ג"ח ופירש"י דכל דאפשר לשהויי משהינן ויצא הדבר בהיתר וכ"כ התוס' שם ד"ה הספיקות ע"ש וא"כ חזינן דאף שיבא אליהו ויאמר דהא לא מעברא לא משגחינן ביה דהרי יכול להשהות וא"כ מה מועיל מה שיבא אליהו. אמנם זה אינו דשם אמרינן דאם יבא אליהו ויאמר דהא לא מעברא בזה לא משגחינן בי' דכל דיכול לשהות משהינן אבל כאן הך אם יבא אליהו היינו כשנזכה שיתגלה ויברר התיקו א"כ יאמר לנו דהתיקו נפשטה וזה לא נוכל להשהות עד כי יבא אליהו דמי יודע אימתי יבא ובכה"ג לא שייך לשהות ושפיר הוה דבר שיל"מ שמא יבא

תיכף. ומעתה נראה לפענ"ד דזה שאמר דכיון דכל עיקר דהוא דבר שיל"מ שמא יבא אליהו ויפשוט ושוב הרי היה מותר למפרע ולא שייך דברי הצ"ץ דעד שנדע אסור דהא נוכל להמתין דז"א דבשלמא בספק טריפה יש לומר דנמתין עד שיתברר הדבר דז"א דא"כ ממנ"פ אם נמתין שוב יהיה מותר לגמרי וע"כ משום דלא נוכל להמתין א"כ שוב לא מקרי דבר שיל"מ כדאמרו ביבמות דאם יבא אליהו ויאמר שוב הוא אסור ואם יאמר שמותר שוב בודאי מותר וא"כ ממנ"פ מותר אבל בספק טריפה ה"א דנמתין עד שיתברר ההיתר לזה הוצרך הרשב"א לחדש דאין בידו ההיתר ודו"ק. והנה בגוף סברת הש"ס היה נראה לפענ"ד לכאורה לחלק דבאמת לפמ"ש התוס' דא"א לדעת עתידות ולכך לא שייך אגלאי מלתא למפרע ע"ש בריש החולץ ועיין מלמ"ל פ"ו מגירושין א"כ יש מקום לומר דשם אם יבא אליהו ויאמר דהא לא קידש נתגלה למפרע אבל כאן דהעיבור יוכל להיות שלא נקלט רק אחר ג' ימים א"כ שוב עד יום ג' לא נוכל לדעת דאף שלא נקלט ביום ראשון שמא יקלט אח"כ שוב לא שייך לומר דיבא אליהו דא"א לדעת עתידות אך לפ"ז לאחר ג' ימים בתוך ג' חדשים אם יבא אליהו ויאמר דלא נקלט שוב נודע לנו שלא נקלט ואף אם נדחוק דמכל מקום על תחילת העיבור לא היה אפשר לדעת אמנם הש"ס מסיים דקטנה דלאו בת עיבור ונודע לנו שלא נתעברה ואפ"ה לא משגחינן ביה וא"כ אין ראי' משם וע"כ דחקו רש"י ותוס' דאין לנו להתיר דנוכל להשהות.

ז והסברא נראה לפענ"ד דהא עיקר הבחנה שמא היא מעוברת ונעשה על הספק ואיך שייך לומר דלמא יבא אליהו דהא עיקר נעשה בשביל שאנו לא ידענו הבירור כלל ואיך נוכל לסמוך על הבירור של אליהו ואנן אין אתנו יודעין עד מה והרי כל עיקר התקנה היה בשביל זה אבל כאן בדבר שנפל במקרה שפיר סמכינן על זה דאם יבא אליהו והנה התוס' נדחקו בהא דקטנה דאף שלא חשו בהבחנה (לגזור) קטנה אטו גדולה אבל לענין יבמה מודה וצ"ל דחשש כרת בזה חיישינן טפי וכמו דאמרו ביבמות דף קי"ט לאיסור כרת חשו לאיסור לאו לא חשו וכמ"ש רש"י שם דלהרחקה לא חשו ללאו ועיין מהרי"ק שורש ע"ב ובתה"ד ובמלמ"ל פ"א מיו"ט ולכך לאיסור כרת חייש משא"כ לאיסור לאו ועיין משנה למלך פי"א מגירושין הכ"ד דלא הזכיר דברי התוס' האלו שמזה ראיה דביבמה חשו טפי. ובגוף קושית הצ"ץ דאיך שייך דבר שיל"מ דהא ממנ"פ הוא מותר נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה בהא דמבואר בסימן נ"ז דבעינן לשהויי יב"ח ודעת הת"ח דבשנת עיבור בעי י"ג חדש וכלם הקשו דבחולין דף נ"ז אמרו מעשה באחד שנפחתה גילגלתו ועשו לו הידוק של קרי' וחי' א"ל רשב"א משם ראיה ימות החמה היו וכיון שעברו עליו ימות הצינה מיד מת אלמא דתלוי בימות החמה וצינה ואין ענין לעיבור

ע"ש. והנה נסתפקתי לפי מה דנתבאר דתלוי בימות החמה וצינה איך הדין אם היה בימות הצינה במקומות שהם חמין ואין שם ימות הצנה כמו בארץ בראזיל' שהיא רחוקה מקו המשוה לצד דרום שקוטב דרומי גבוה שם עשרים מעלות ויותר וקוטב צפוני נסתר להם תחת האופק עשרים מעלות ויותר וימות החמה הם להם מתשרי עד ניסן וימות הגשמים מניסן עד תשרי ועיין בשו"ת מהרח"ש ח"ג סי' ג' מה שהאריך אם צריכים להתפלל על טל ומטר מתשרי ועד ניסן יעו"ש וגם בזמנינו יש מקומות שהחמה היא בימות החורף כמו בקיץ וא"כ לא שייך שימות הצנה עוברים וא"כ שוב בזה אינו מועיל יב"ח ובש"ס שם מיירי במקום שהוא כסדר השנה חורף וקיץ אבל אם לקחוהו בימות החורף והעבירוהו למקום שהם ימות החמה א"כ גם ביב"ח לא ימות והו"ל ספק טריפה ולדעתי יש לומר מה שהאריך הרשב"א סי' צ"ח בודאי טריפה שראינו שחיה ואמר שהיה בדרך נס ולפמ"ש יש לומר שהיו במקום שחם ואף במקומותינו הי' במקום שלא שלטה בו הצינה וחי ועכ"פ שפיר שייך לומר דהוה דבר שיל"מ דשמא יעבירו אותו במקום שאין שולט הצינה וא"כ לא שייך לומר דממנ"פ מותרת דהא באמת היא טריפה ומה שחיה בשביל שלא שלט הצינה וא"כ הוה שפיר דבר שיל"מ וע"כ כתב הרשב"א דאינו ברור שיהיה כן ולא מקרי דבר שיל"מ. ולפ"ז מיושב היטב קושית הש"ך דשם בביצת ספק טריפה דבעוף הוא תלוי בטעינה בביצים ואינו תלוי בחורף ובקיץ וא"כ שוב ממנ"פ לא הוה דבר שיש לו מתירין כקושית הצ"ץ ודו"ק. וגם לענין הביצה כיון שהיתה במעי טריפה ניהו שהטריפה היתה יכולה לחיות אם יעבירו אותה אבל הביצה נתגדלה באיסור שבאמת היא טריפה ודו"ק. והנה במ"ש הר"ן דספק מוכן ביו"ט שני מותר משום דהוה ס"ס והש"ך סי' ק"י ס"ק נ"ו הקשה על מ"ש הרמ"א דבדבר שיל"מ לא מועיל ס"ס. ולפענ"ד ל"ק דהא כל הסברא דלא מועיל ס"ס בדבר שיש לו מתירין כיון דבספק אחד מחמרינן בדבר א"כ הו"ל כודאי איסור וא"כ הספק השני ל"מ דבודאי איסור ל"ש ספק וגם הו"ל רק ספק אחד וא"כ זה שייך בספק בדבר שיל"מ בספק בתערובות אבל ספק מוכן ביו"ט שני א"א לבא רק בשני ספיקות א"כ אף בדבר שיל"מ מועיל. ובזה הבינותי מ"ש הר"ן שם דהו"ל ס"ס וא"א לבא רק בשני ספיקות ולמה לו סיום זה והא ס"ס בדבר שיל"מ ג"כ מועיל ולפמ"ש אתי שפיר דאדרבא מזה ראיה דבשאר ס"ס ל"מ ס"ס בדבר שיל"מ וכאן שאני דא"א לבא אלא בשני ספיקות ודו"ק היטב. ודרך אגב האריך במה שהאריך הפ"י בהא דקי"ל דאף בתרנגולת העומדת לאכילה דהביצה אסורה ואסורה בטלטול וכמ"ש התוס' ריש ביצה והפ"י האריך דלמה יאסר בטלטול דכל הטעמים לא שייך לענין טלטול. ולפענ"ד הטעם פשוט דכמו דחיישינן שלא יסחור בנבלות וטריפות

דחשו שמא יאכל ולדעת הרבה פוסקים הוא מן התורה א"כ עכ"פ אסרו מדרבנן בטלטול דשמא כשיטלטל ישכח ויאכל וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י מהא דאמרו בשבת דף מ"ה גבי קינה של תרנגולים דמוקמינן לה דאסור בטלטול משום דאית בה ביצה ופריך והאמר ר"נ מאן דלית לי' מוקצה לית ליה נולד ומוקמא בביצה שיש בה אפרוח וכתבו התוס' שם דדוקא באית בה אפרוח הא סתם ביצה מותר בטלטול ומאן דלית לי' הרי דלענין טלטול שרי אף דבאכילה אסור משום משקין שזבו אבל בטלטול שרי והיא קושיא עצומה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דמיירי בשבת דל"ש דאתי למכלינהו דהא אסור לצלות בשבת ולאכל חי' זה ל"ש ולכך שרי בטלטול דל"ש החשש דלמא אתי למיכל אבל ביו"ט דשייך החשש דלמא אתי למיכל שפיר אסור ודו"ק היטב והמג"א ר"ס תקט"ו נדחק בזה. ולפמ"ש א"ש וזכורני שבתשובה כתבתי ליישב קושית הפ"י וא"י מקומו. ובזה מיושב הך דאושפזיכני' דר' אדא דשפיר אסור לטוותו האידנא דהא אסור בטלטול דלמא אתי למיכל היום והיום אסור באכילה ודו"ק. ובזה מיושב קושית הצל"ח דלמה יהיה אסור לטוות היום לצורך מחר שהוא שבת ולפמ"ש אתי שפיר דחשו שלא יאכל היום ודו"ק. והנה בגוף קושית הצ"ץ על הרשב"א דהיאך שייך בזה דבר שיל"מ הא ממנ"פ מותר נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה הרשב"א לשיטתו דס"ל דודאי טריפה לא מועיל יב"ח דאמרינן דנס נעשה לו ואעפ"כ טריפה וע"ש בש"ך סי' נ"ז. ולפ"ז נראה לי דספק טריפה שפיר הו"ל דבר שיל"מ וא"ל דאם יחיה יב"ח שוב אגלאי מלתא דהיא לא היתה טריפה דז"א דיש לומר דבאמת היתה טריפה רק שחיו יב"ח ונעשה לה נס וא"כ יכול להיות דבאמת היתה טריפה ורק שאח"כ נעשה לה נס וא"כ לא שייך ממנ"פ וע"ז חידש הרשב"א דשוב לא הוה דבר שיל"מ דאינו ברור שיהי' לה נס. ובזה מיושב קושית הש"ך דבאמת מה דל"ח באמת שנעשה לה נס ובאמת היא טריפה משום דכל שאינו רק ספק טריפה מה"ת לומר דהיתה טריפה ולמה נתלה בנס ולפ"ז להס"ד טרם שחידש רב אשי דגם בספק דרבנן אמרינן דבר שיל"מ לא בטל א"כ זה אינו רק חשש דרבנן ולא שייך דבר שיל"מ דמה"ת לחוש שמא נעשה לה נס ושוב לא מקרי דבר שיל"מ כקושית הצ"ץ אבל לאחר שחידש ר"א דגם בספק דרבנן אמרינן דבר שיל"מ שוב הי' מקרי דבר שיל"מ וחש שמא נעשה לה נס ודו"ק:

סימן נח

היה אצלי הרב המופלג מוה' זעליג נ"י מקאזליב ושאל אותי על דברת התוס' ר"פ אלו דברים שכתבו בד"ה זריקת דמו אגב שחיטתו נקט זריקת דמו והתוס' יו"ט כתב דהא זריקה משום מאי אסורה וע"ז הקשה דהרי מבואר בביצה דף כ"א דלרבא לא זריק וכתב

רש"י אע"ג דלאו מלאכה היא גזר משום שבות א"כ מבואר שיש שבות וע"ז שאל באמת מה שבות שייך בזריקה והשבתי דיש לומר משום צביעה דנצבע הפרוכת והמזבח בדם ואף דהוה אינו מתכוין מ"מ הוה פ"ר וא"כ אף דלא ניחא ליה אסור דלא כערוך מיהו בעזרה לענין זריקה דהוה במקדש לא גזרו על שבות כיון שהוא לצורך הכשר הפסח ושם בביצה הי' שלא לצורך דהי' נדונ"ד רק שעבר וזרק וע"ז שאל דא"כ מיחוי קרביו מה איסור יש והשבתי דמיחוי קרביו היה חוץ לעזרה וכל אחד מחה קרביו וכל הטעם דאין שבות במקדש משום דכהנים זריזין הם כדאמרו בשבת דף כ' ומיחוי קרביו דגם לזר מותר שפיר אסור משום שבות אבל זריקה דלא הי' רק בכהנים בעזרה וליכא שבות שפיר כתב התוס' יו"ט דזריקה משום מאי אסורה והיינו דאין איסור תורה בזה ובזה ליכא שבות ודו"ק היטב:

סימן נט

בב"מ דף כ"ו ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד כל הקדמונים נתקשו בזה דאמאי לא מתקן לאו דגזלה דהוא ניתק לעשה ועיין רז"ה ורמב"ן במלחמות ובשיטה מקובצת שהאריכו בזה. ולפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת לאו דגזילה מהראוי שילקה כדס"ל לר"מ דכל דאיכא ממון ומלקות מלקא לקי ממונא לא משלם אמנם התורה גלתה דכל דהלאו הוא משום הפקעת ממון של חבירו בכה"ג ממונא משלם דאטו משום מלקות נפקע ממונו של זה וחס רחמנא על ממונו של זה ועיין פ"י בריש איזהו נשך גבי לאו דריבית שהאריך בזה ע"ש וכבר הארכתי בזה הרבה ולפ"ז כאן שנתייאש זה ול"ש דחס רחמנא על ממונו של זה שהרי נתייאש וא"כ הרי התורה התירה באבידה לאחר יאוש ושוב מהראוי ללקות דעבר על לאו דגזילה וז"ש דחזרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' והיינו דל"ת איך לוקה ומשלם דזה אינו דזה שהחזיר מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' ול"ש בזה קלב"מ דאנן לא מחייבין לי' והוא בעצמו רצה ליתן לו מתנה אבל איסורא דעבד עבד וצריך ללקות ואף דלא התרו בו ח"מ שוגגין ג"כ בכלל מלקות או דאיירי כשהתרו בו ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש:

סימן ס

נשאלתי במה שאירע שמ' ראובן במ' נחמן אפרים בעת שנתגבר עליו חליו וראה שאין מזור למחלתו ובנים לא הי' לו גירש את אשתו בג"פ כדת כדי שלא תזקק לחליצה ונשבעו זל"ז כתיקון שבאם יבריא תוך זמן ידוע ישאו זא"ז ומת מתוך חוליו. והנה הוא הי' חבר לחבורה אחת פה אשר תקנתם הוא בהעדר אחד מתוך חבורתם ואשתו נשארה בערום ינתן לה מהחבורה מאה ריניש ע"ו עד שלשה מאות רע"וו. והנה נפשם בשאלתם אחרי

כי נתגרשה אם היא בכלל התקנה והנה לדעתי בודאי מחוייבים ליתן לה כי התקנה היתה בשביל אשתו ואם כי אדעתא למשקל ולמיפק לא התקינו זהו באם היתה מתגרשת מחמת פשיעתה לא כן בזו שנתגרשה שלא תהא זקוקה ליבום ומרצונו הטוב גרשה ודו"ק:

סימן סא

א ראיתי בשו"ת רדב"ז ח"א סי' רנ"א שכתב ברית מילה ומקרא מגילה יקדימו למגלה דאף דמילה תדיר מכל מקום יוכל להיות שלא יארע לו שיתחייב משא"כ מקרא מגילה בכל שנה ושנה היא הו"ל תדיר טפי וראיתי במכתב החריף מוה' יעקב שור נ"י שהקשה מהא דאמרו בזבחים דף צ"א מילה לגבי פסח תדיר הוא. והשבתי דלק"מ דשם קאי למצות מילה ומצות פסח הנה בכללות ענין מצות מילה קודם לגבי פסח דמילה נמצא בכל השנה לאלפים משא"כ פסח ונקרא מצוי טפי וע"ש ברש"י אבל שם דאירע מילה ביום המגילה אמרינן שפיר דיום זה מגילה עדיף שהוא קבוע בכל שנה ביום זה יהי' מגילה נקראת בכל ישראל משא"כ מילה באותו יום אינו ברור שיארע כן ולא יתחייב בזה באותו יום וז"ב ועיין מנחות דף ס' דאמרו לר"ש מה להצד השוה שבהן שכן מצויין ור' יהודא ס"ל דאדרבה הא מצוי טפי היאך זימנין דלא משכחת לה כלל א"כ ר"י ור"ש נראה דפליגי בסברא זו ור"י ור"ש הלכה כר"י. ועכ"פ מבואר סברא זו של הרדב"ז ור"י ס"ל הכי ועיין תוס' יבמות דף ה' ע"ב ד"ה ומכלהו שכתבו דמילה וקרבנות חשיבי כלהו תדיר שבאין בהוה בכל שנה ע"ש ומשמע אף דיוכל להיות שלא יתחייב זה לעולם אבל שם קאי על ענין מצות מילה דזה באמת מצוי בכל שנה וה"ה קרבנות בזמן שביהמ"ק קיים ודו"ק ועיין שו"ת תה"ד סי' רס"ו.

ב וזכורני שזה רבות בשנים כתבתי על דברת התה"ד וכעת א"י מקומו. שוב נזכרתי במ"ש שם והנה מצאתי כעת בספר ערוך לנר שכתב כמעט כל דברי אבל הערוך לנר לא הזכיר דברי הח"ץ ז"ל סי' קנ"ב ומ"ש בגליון שם. שוב ראיתי בשו"ת תה"ד שגם הוא רצה להקדים מגילה למילה והרגיש בהך דזבחים הנ"ל וצ"ע בש"ע סי' תרצ"ג כתב דמילה קדים והרי התה"ד נסתפק בזה ובשו"ת רדב"ז הנ"ל וצע"ג ועיין פר"ח סי' תרפ"ח:

סימן סב

א נתתי לבי במה שהביא הפ"י בסוגיא דמשכיר בית לחבירו ובדף ה' שנסתפק אם מה דאמרו שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים אי הכוונה דוקא נכרי אבל של ישראל חבירו עובר בב"י או דלמא דגם של ישראל חבירו ג"כ בכלל אחרים ע"ש והצל"ח שם ג"כ האריך בזה די"ל דגם של ישראל חבירו הוא ג"כ בכלל זה דהוה של אחרים.

ב ולכאורה רציתי לומר כיון דבאמת שני דברים אינם ברשותו של אדם והתורה עשאה כאלו הן ברשותו א"כ זה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו דדוקא שלו ממש אבל כל שאינו שלו אף שהוא של ישראל חבירו למה יעבור על ב"י והלא חמץ אינו ברשותו של אדם מה"ת לומר דאף בשל חבירו יעבור על ב"י והלא זה מעולם לא היה שלו. אמנם לפי זה יקשה במה דיליף ראב"י שאור דאכילה משאור דראיה דשלך אי אתה אוכל אבל אבל אתה אוכל של אחרים ושל גבוה ובצל"ח שם דף כ"ט רצה לומר דלראב"י גם בחמץ של ישראל אחר ג"כ מותר באכילה ע"ש ולפ"ז יקשה מה ענין אכילה לראיה דראיה שאני דחידוש הוא למה יעבור על ב"י והא חמץ אינו ברשותו של אדם ולמה יעבור עליו אבל אכילה מה בכך דאינו ברשותו מכל מקום חמץ הוא וא"כ אדרבא מה דהתורה מיעטה חמצו של עכו"ם הוא חידוש אבל מנ"ל דחמצו של ישראל אחר יהיה מותר והיא קושיא גדולה וא"ל דהיקש הוא דאטו היקש גמור רק דראב"י אומר דכמו לענין ב"י ממועט ה"ה באכילה אבל אכתי של ישראל אחר מנ"ל דשרי לראב"י. ולכאורה רציתי לומר דהרי הר"ן ריש פסחים כתב הטעם דאסור בב"י ועובר הוא משום חומר החמץ דאית ביה כרת ע"ש א"כ יש לומר דה"ה להיפך כל מקום דאינו עובר בב"י ממילא החמץ מותר באכילה ולכך אינו עובר בב"י. אמנם עדין קשה דמה מדמה שאור דאכילה לראיה והא אכילה שאני דנעבדה בו עבירה שהרי בעל החמץ בעצמו עבר עבירה וא"כ לא דמי לשאור דראיה דהרי העכו"ם לא עבר בב"י ואף בחמצו של ישראל אחר לא נעבדה בו עבירה דאף דזה עבר על ב"י אבל לא שייך נעבדה בו עבירה דהוא משום דעשה בו מעשה ועיין סוטה דף ל"ח ובחידושי רמב"ן שנדפס סוף חידושי רמב"ן על יבמות אבל באכילה הרי נעבדה בו עבירה שלש ואפה בעל החמץ עשאו ראוי לאכילה והרי נעבד בו עבירה. אמנם נראה דבשל אחרים מיירי במקום שלא עברו בו עבירה כגון שהאחר מת בעת הגיע הביעור והיורשים לא ירשו אותו וא"כ לא עבר בו עבירה ובכה"ג מותר:

ג ובזה מיושב מ"ש התוס' בפסחים דף כ"ח ד"ה הדר בי' דס"ד דחולין הוא כס"ד דהכא דלראב"י מותר באכילה של אחרים והקשה הרב מוהרמ"מ הובא בשו"ת נוב"י מהד"ת ובשו"ת ש"ב בית אפרים דא"כ למה לי הטעם מפני שהן מחליפין ת"ל דבלא"ה לאחרים מותר אף שעברו עבירה ונדחקו בזה ולפמ"ש אתי שפיר דכל דעבדו עבירה לא שייך לאקושי לשאור דראי' דהא נעבדה בו עבירה וכעין זה כתב הנוב"י שם אבל לא דבריו דברי יעו"ש. ובפשיטות יש לומר דגם לראב"י עכ"פ לא עדיף מר"ש דמתיר לאח"פ מ"מ קנסא קניס וא"כ אלולא דמחליפין מהראוי לקנוס והיכא דאיכא איסורא בהדי' מהראוי לקנסו שלא יוכל למכרו לאחרים ולכך צריך טעם דמותר לפי שהן מחליפין ודו"ק:

סימן סג

א שלום להבחור כהלכה הבקי בש"ס כמר שמעון בהגאון מוהרח"י נ"י.

ב מכתבך הגיעני תמול בלילה. מה שהקשית בהא דאמרו ביבמות דף נ"ג משם ר' מאיר דחליצה אין אחרי' כלום באמצע ובסוף יש אחריה כלום והרי ביבמות דף צ"ט ס"ל לר"מ דמשמושי ד"ה עממין והיינו דס"ל לר"מ דנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר והרי לר"ע דס"ל דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין אין אחר חליצה כלום כדאמרו שם בדף נ"ב וא"כ סותר ר"מ לדברי עצמו והנה אמת נכון הדבר שהתוס' ביבמות דף ס"ז ע"ב ד"ה קסבר כתבו כן כמאן דס"ל נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר כר"ע אתיא אבל התוס' בעצמם בקידושין דף ע"ב ע"ב ד"ה השתא כתבו להיפך וכן מבואר בסוגיא דיבמות דף מ"ה ומ"ו ובדף ע' קאמר שם בהדיא ודברי המהרש"א שם דחוקים ותמוהים ויעיין בשעה"מ מ"ש בזה ועכ"פ לר"מ ודאי י"ל דס"ל דקידושין תופסין בחייבי לאוין ואפ"ה הולד ממזר ולא סתרי אהדדי ודו"ק:

סימן סד

א למדתי בש"ך סימן ס"ו ובס"ק קכ"ו האריך להוכיח דבפשיעה חייב אף בכל מילי דפטרה התורה מתשלומין ושבועה וכבר הארכתי בילדותי ממש בזה וגם אח"כ דרשתי בעת שנתקבלתי לרב פה לבוב בשנתרי"ז פרשת שקלים בסוגיא דבני העיר ששלחו שקליהן והמה בכתובים אצלי אח"כ דרשתי בזה על דברת האור חיים פרשת משפטים וא"י מקומו וכעת הי' נראה לי ראי' ברורה דבפשיעה חייב מהא דכתיב במלכים א' סי' כ' כן משפטיך אתה חרצת והרי גם ב"ח דינם כעבדים דהוקשו לקרקעות כמ"ש בש"ך סי' צ"ו באורך וא"כ למה יתחייב בפשיעה וע"כ שבפשיעה חייב ולכאורה חשבתי שדין אמת וראי' נכונה היא אבל מצאתי במחנה אפרים הלכות שומרים סי' ח' דכתב דכל שקיבל עליו שאם פשע ישלם חייב אף בדברים שהתורה פטרה מתשלומין ושבועה ורמז לראיה זו מהמקרא הגם שיש לדחות דיש לו דין ב"ח ולא הוקש לקרקע וצ"ל דגם הוא סבר כהש"ך וכמ"ש וכתב דגם בעכו"ם שנתמעט מדין שומר כל שקיבל עליו בפירוש חייב ובאמת שבתוס' בשבועות דף מ"ד לא משמע כן אבל החק יעקב בסי' ת"מ גם הוא דעתו כן אמנם לפענ"ד דבריו תמוהין דלמה יתחייב בדיבור בעלמא בלי קנין ומה שהביא ראיה מהך דיהיב זוזא לחברי' ופשע משלם הנה באמת הריטב"א נתקשה בזה דהא אינו אלא גרמא דמבטל כיסו של חבירו ומ"ש בזה דבריו צ"ב וכבר כתבתי במקום אחר בזה אבל לפענ"ד שאני התם דקבל הנאה דיהיב ליה זוזא והרי במעות שאינם צרורים הוה ש"ש ואף דאפשר דכיון דיהיב לי' לקנות אפשר דאסור לשנות ועיין בב"י חו"מ סי' קצ"א

ובב"ש סי' ל"ח והארכתי בזה בהגהותי להב"ש שם אבל כל שפשע ולא קנה בודאי היה לו הנאה ובהאי הנאה גמר להקנות אבל בלא"ה לא שייך קבלה וכן בהך דאם אוביר ולא אעביד בודאי הי' לו הנאה דנתן לו קרקע באריסות ובודאי גמר והקנה אף בדיבור בעלמא אבל באומן שפטר הכתוב מתשלומין ושבועה למה יתחייב בדיבור בעלמא.

ב ואני תמה על המח"א דאזיל בתר איפכא דלענין ש"ש ל"מ מה שהתחייב בדיבור כש"ח לענין פשיעה חייב והרי איפכא מסתברא כמ"ש הרשב"א בב"מ דף צ"ד הובא בשיטה מקובצת שם בהא דפריך הש"ס במאי בדברים והקשה הראב"ד הא שכירות א"צ קנין וכתב הרשב"א דכל שומר שחייב הוא בהאי הנאה דנהנה ולא מצינו שיתחייב כל שלא נהנה ואדרבא ש"ח שחייב בפשיעה קשה למה יתחייב ורק כיון שזה נשען על שמירתו וכל שפשע הו"ל כהנך ע"ש וא"כ בהנך דפטרה התורה אף ש"ש ושואל משבועה ומתשלומין היאך אפשר שש"ח שלא קיבל שום טובה ורק שזה נשען על שמירתו וכל שהתורה פטרו מדין שמירה א"כ לא נשען על שמירתו משענת חזק ולמה יתחייב בדיבור בעלמא והריטב"א שמביא המח"א רמז לדברי הרשב"א הלז שש"ח אינו חייב רק שזה נשען על שמירתו ואדרבא מזה ראיה למ"ש כי מ"ש הריטב"א שמה שחייבה התורה שומרים בפשיעה הוא מפני שזה סמך על שמירתו הנה בשאר שומרים אם חייב בגניבה ואבידה מכ"ש בפשיעה וע"כ כוון לש"ח א"כ מבואר דפטור ומ"ש הריטב"א ולא קיבל עליו אחריות בפירוש כוונתו בקנין אבל בדיבור בעלמא ודאי פטור וז"ב לדעתי ומה שהביא ראיה מהא דאמרו ביבמות דף מ"ו דר"מ הו"ל האי עבדא וא"ל חזי דמנייכי קבעי לי' שאני התם דהרי אמר חזי דמנייכי קבעי לי' וא"כ קבלו עלייהו בחיוב גמור והרי באומן כל דא"ל חזי חייב כמבואר בסי' ש"ו ועיין ב"ק דף צ"ט אבל בדיבור בעלמא הו"ל פטומי מילי וצ"ע ובזה גם ראיתו מהמקרא אין ראיה דשם אמר לו בהדיא שמור נפשו וגו' והיתה נפשך תחת נפשו וגו' וא"כ בכה"ג ודאי גמר להקנות וגם הרי אמר או ככר כסף תשקול וא"כ בודאי הוה שכר וכמ"ש ודו"ק ועיין בתומים כאן ס"ק ע"א וגם הוא לא הזכיר דברי התוס' בשבועות הנ"ל ועכ"פ דברי המח"א אינם ברורים ודו"ק:

סימן סה

הנה הרז"ה חידש דבמצוה דרבנן מצות להנות נתנו והקשו עליו מכמה מקומות וכבר כתבתי בזה הרבה וכעת נראה בפשיטות דהנה מה שאמרו מצות לאו להנות נתנו פירש"י דלעול נתנו וביאור הדברים דכל שיש לנו לכופו לעשות הדבר הוה עול ולא שייך הנאה דאינו תלוי ברצונו ולפ"ז הרי שיטת רש"י בכתובות דף צ"א דבמצוה דרבנן אין כופין ועיין בתוס' כתובות פ"ו ד"ה פריעת ב"ח ועיין פ"י שם א"כ לא שייך דלעול נתנו דהא אין

כופין וז"ב ובזה מיושב קושית הר"ן דגם בתקיעות מעורב דרבנן ולפמ"ש אתי שפיר כיון דכופין לקיים גם הדרבנן כופין דאל"כ יהי' זלזול ולפ"ז בשמן של חנוכה בדין דמוכרח למכור וכפינן ע"ז שוב שייך מצות לאו להנות נתנו ודו"ק:

סימן סו

הנה אור ליום א' למדתי בנימוק"י פרק שני דיבמות והרי"ף שם פסק כחכמים דס"ל כשמואל דבמנאפים עד שיראו כמנאפים ולא בעי כמכחול בשפופרת והנמק"י כתב דג"כ דמשיראו שוכבים זה על זה וכו' ונאסרת על בעלה ובאמת הבה"ג כתב דאף דהורגין משיראו שוכבים זע"ז כדרך המנאפים אבל לאסרה על בעלה עד שיראו כמכחול בשפופרת והרא"ש חולק וכתב דק"ו הוא אם הורגין משיראו כדרך המנאפים אף כי לענין איסור בלבד ועיין שו"ת נוב"י מהד"ב חלק אהע"ז סי' י"א מ"ש בזה ובחידושי לרמב"ם הלכות סוטה הארכתי בזה. וכעת נראה לי דבר חדש דהנה בהא דאמרו כשם שאסורה לבעל כך נאסרת לבועל והב"ש בסי' י"א כתב גם להיפך כשם שנאסרת לבועל כך נאסרת לבעל והדגול מרבבה כתב דלא מצינו זאת אמנם נראה דהנה באמת ס"ט ברה"י דטמא יליף מסוטה דעשה הכתוב ספק כודאי וכתב רש"י בחולין דף ט' דיליף מנטמאה נטמאה כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל והוא תמוה דמה בעי רש"י בזה וכתב דו"ז בישועת יעקב וכמדומה שכן ראיתי בבית שמואל אחרון דהנה כבר נודע מ"ש הרשב"א דחזקה לא מהני נגד אדם שטוען ברי הוא נאמן יותר מחזקה ולפ"ז לגבי הבועל אם יטעון ברי שלא בא עליה ל"ש חזקה דהוא טוען ברי ורק דלגבי בעל הכתוב עשה ספק כודאי ממילא גם לגבי בועל נעשה כודאי וז"ש רש"י בחולין ודפח"ח ולפ"ז נ"ל דבר נכון דאם הבועל טוען שלא הי' כמכחול בשפופרת אף שיש חזקה שמשעה שראו שוכבין כדרך המנאפים חזקת צורה זו שבעל כמ"ש הרמב"ם אבל עכ"פ לא יכול לאסרה על הבועל וממילא לא נאסרה לגבי הבעל דהא כשם שאסורה לבועל נאסרה לבעל וא"כ כל שא"י לאסרה על הבועל גם לגבי בעל לא נאסרה וא"כ ממילא לא נאסרה וגם אם אמרינן כשם שנאסרה לבעל כך נאסרה לבועל ג"כ כל שלא נוכל לאסור על בועל ל"ש הכשם וגם לגבי בעל לא נאסרה וא"כ אתי שפיר דברי הבה"ג דלגבי מיתה שפיר מועיל החזקה דכל שעדים מעידין התורה צותה שנהרוג עפ"י חזקה זו ול"מ טענת אדם לפטור ממיתה אבל לגבי עצמו במקום שאין מיתה רק לאסרה על הבעל אמרינן דכל שהבועל טוען ברי ואנן א"י לאסרה על הבועל גם גבי בעל לא נוכל לאסור וז"ב ונוכל להוסיף עוד לפמ"ש הפ"י בכתובות דף כ"ב דכל שמתרין בו ומקבל התראה לא יוכל לטעון ברי ע"ש ובק"א שם וא"כ שוב לענין הריגה דצריך התראה שוב לא שייך טענת ברי אבל לגבי איסור שייך

טענת ברי ובאמת שדברי הפ"י תמוהין אצלי שהוא כתב שלכך הצריכה התורה התראה בשביל שלא יוכל לטעון טענת ברי אבל לגבי איסור שייך טענת ברי ע"ש והוא תימה דע"כ לא כתב הרשב"א רק בדבר שאין חיוב מיתה לזוממין או עונש רק איסור אמרינן דאדם נאמן על עצמו אבל בדבר שרוצה לפטור עצמו מה מועיל טענת ברי והרי הוא בעל דבר ואינו נאמן ותדע דא"כ לא יוכלו העדים לחייבו ממון וכדומה והבע"ד יטעון ברי וזה א"א ועכ"פ דברי הפ"י תמוהין לפענ"ד. ועכ"פ הדבר נכון דבהריגה אינו נאמן לטעון ברי אבל במקום דלא מגיע מיתה וכמו בזה"ז דעיקר אנו דנין על איסור יוכל לטעון ברי וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב קושית הרב הגאון מוהר"ש בן הנוב"י שהקשה שם דלבה"ג איך אמרו בסנהדרין דף מ"א מתוך שיוכלו לומר לאסרה על בעלה באנו והא א"א להיות כמכחול בשפופרת כדאמרו במכות דף זיין רק דסגי משיראו כדרך המנאפים ולפ"ז לא נאסרה לבעלה כלל. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יוכלו לומר לאסרה על בעלה באנו וכגון שהבועל לא יטעון ברי ויודה או שישתוק ואז נאסרה לבעלה מטעם חזקת צורה זו שנבעלה או באופן שמת הבועל וכדומה והנבעלת שותקת או אלמת וכדומה. אמנם עדיין קשה דהש"ס מקשה אלא אשה שזינתה היכא משכחת לה הא יאמרו לאסרה על בעלה באנו ומאי קושיא והא משכחת לה בכה"ג דיוכל לטעון ברי. אמנם באמת הדבר נכון דעכ"פ העדים יוכלו להתנצל אנו חשבנו שלא יטעון ברי וא"כ תאסר על בעלה וז"ב. ובזה מיושב גם קושייתו בהא דמוקי בסנהדרין באשה חברה והיאך משכחת לה באשה חברה דהא א"צ התראה. ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא לטעמו של הנוב"י דתלוי בהתראה דוקא אבל לפמ"ש דכל דחייבת מיתה לא שייך טענת ברי א"כ שפיר חייבת מיתה בזה ודו"ק היטב. שוב ראיתי בקונטרס הספיקות לאחי הקצה"ח כלל ב' אות י"ב שגם הוא השיג על הפ"י ובכלל דבריו דבריי ע"ש:

סימן סז

בסוטה דף מ"ד דפריך לימא דלא כריה"ג דאי ריה"ג הא אמר זה המתיירא מעבירות שבידו והוגד לי קושיא דלישני כגון דזה קידש שיחולו לאחר שלשים יום ואחר בא וקדשה בתוך שלשים ואח"כ מת השני או שגרשה וא"כ היא אלמנה וגרושה ואפ"ה לא עבר הראשון. והשבתי דזה טעות דממנ"פ היאך מיירי אם מת בתוך שלשים וא"כ ממנ"פ לשיטת הסוברים דחלו קידושי הראשון למפרע וא"כ למה ממעט מלא לקחה דמשמע למעוטי לקיחת איסור כמ"ש רש"י והרי אינו לקיחת איסור ומה אכפת לן שהיתה אלמנה או גרושה ולשיטת הסוברים דלא חלו קידושי ראשון שוב גם אם לקחה

הרי יש עבירה ושפיר מקשה לכל השיטות ומכ"ש אם לא אמר עד לאחר שלשים אסורה לראשון וז"פ וברור.

סימן סח

א לחכם אחד.

ב בסוגיא דחולין דף ל"ט מה קדשים שהמחשבה פוסלת בהן אין הכל הולך אלא אחר העובד הנה מה שהבאתי קושיא בשם הגאון מליסא ז"ל בספרו נחלת יעקב בחולין דמה ק"ו הא אמרו בזבחים דף קי"ד מוקצה ונעבד אין אדם אוסר דבר שא"ש וא"כ לכך אין הבעלים יכולים לאסרו דהא אינו שלהם משא"כ הכהן דעשה מעשה יכול לאסור וכמ"ש הר"ן בנדרים דף ל"ה דלכך פגולן פגול אף דאינו שלו דהא עשה מעשה וא"כ הבעלים דאינו שלהם א"י לאסור. הנה זו הקושיא שמעתי מפיו הקדוש בהיותו פה על חרם בשר כשר. ולפענ"ד נראה דהנה באמת צריך להבין מה דפריך בזבחים שם מוקצה ונעבד אין אדם אוסר דבר שא"ש ומה קושיא הא יכול לשאול על קדשים וא"כ מקרי שלו והרי גדולה מזו דעת רש"י דכל דחייב באחריות הוה שלו שיכול לאסור והתוס' בסוגיא דרבוצה דחה זאת אבל כל שיכול לשאול על ההקדש שוב הוה כמו הואיל דעובר בב"י דהו"ל שלו וה"ה בזה ועיין בסוגיא דהואיל ועכ"פ מה קושיא כ"כ בפשיטות. אמנם באמת כיון דאתי ליד גזבר ומכ"ש כשהוא ביד כהן לשחטו בעת שחיטה בודאי א"י לשאול ולפ"ז אם נימא דהבעלים יש להם כח אף בעת שהכהן שוחט דיכול לחשב לא מקרי עדן אתי ליד גזבר ואתי ליד כהן כיון דיכול לחשב ולהוציאו מיד הכהן ולפסלו לגמרי ושוב הו"ל שלו דיכול לתשול עליו וא"ל דכבר אתי ליד גזבר דהרי התורה הרשה להבעלים לפסלו במחשבה ולהוציאו מיד ההקדש ע"י מחשבתו ושוב מקדיש לו כיון דיכול לתשול וא"כ שוב יכול לפסלו ומקרי עדן שלו ודו"ק ושפיר אמר מה במקום שמחשבה פוסלת אין הכל הולך אלא אחר העובד ודו"ק. והנה בהא דאמרו היתה בהמת חבירו רבוצה ופירש"י ל"מ הגביהה והרביצה דקנאו בהגבהה והקשו בתוס' דניהו דחייב באחריות מכל מקום אינו שלו. ולכאורה תמיה לי טובא דהרי בזבחים דף קי"ד הנ"ל פריך הש"ס מוקצה ונעבד אינו שלו ומשני ריה"ג היא בקדשים קלים דממונו הוא והייינו משום דחייב באחריותו כדאמרו בב"ק דף י"ג דדוקא מחיים ופירש"י דחייב באחריות וא"כ כל שהגביהה וחייב באחריות הוה שלו והיא קושיא גדולה. אך נראה דיש לחלק דדוקא דבר שהיה שלו מעיקרא ואח"כ נשאר לו חיוב אחריות כמו קדשים קלים הוא דהוה כשלו ע"י חיוב אחריות אבל בדבר שלא היה שלו מעיקרא לא נעשה שלו ע"י חיוב אחריות וכעין זה חלקו התוס' ביבמות דף ל"ו לענין ק"פ אי ק"פ כקה"ג דמי ע"ש

ודו"ק. ובזה מיושב היטב הא דאמרו כגון דאית לי' שותפות בגויה והקשו בתוס' ד"ה ת"ש דכיון דמנסך לא נאסר רק משום שיש לו חלק בגוי' א"כ היינו מדמע. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי התוס' הקשו ממנסך ג"כ על רש"י דמדאגבהה קניא והיינו משום דכל דלא היה שלו לא מצי אסר ע"י הגבהה דניהי דחייב באחריות מכל מקום לא הוי שלו ולפ"ז כל שיש לו שותפות בגויה מעיקרא אף דכעת אין לו שותפות בגוה שוב הוה כשלו ע"י חיוב אחריות.

ג ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה בישראל מומר עוד יש להוסיף דדוקא בקדשים קלים דגם השתא יש לו חלק והוה כאילו אית לי' שותפות בגווה אבל לא בגוזל בהמה דמחמת חיוב אחריות לא הוה כשותף בגוה ועכ"פ כאן ל"ק קושית הנחלת יעקב דהק"ו הוא מקדשים קלים דחייב באחריות והוא שלו שפיר יכול לאסור איברא דבמעילה דף י"ט נחלקו ר"ש ור"מ דר"ש ס"ל דאינו חייב באחריות משעה שהביאו לעזרה ור"מ ס"ל דחייב באחריות עד שיזרוק הדם ולפ"ז לר"ש כל שהביא בעזרה לא חייב באחריות שוב א"י לאסור בשעת עבודה וצ"ל דאתיא כר' יהודה דעד שיזרוק הדם חייב באחריות ובזה יש ליישב הא דאמרו לר"ל לא קשיא הא לבתר דשמעה מר"י והקשו בתוס' דהא ר"ל ידע מהמשנה ולפמ"ש אתי שפיר דיש לומר דר"ל ס"ל כר"ש וא"כ לא שייך הק"ו והמשנה אתיא כר"ש ולכך לבתר דשמעה מר' יוחנן דקי"ל כר"י ושפיר חזר בו ויש לי להוסיף דהרי ר"מ ור"ש בש"ס דילן בעירובין הוה בתיקו היאך קי"ל אבל בירושלמי ס"ל דר"מ ור"ש הלכה כר"ש ולפ"ז סבר ר"ל דגם ר"י ור"ש הלכה כר"ש אבל באמת ר"י ור"ש אף להירושלמי שיסדו ר' יוחנן הלכה כר' יהודה וא"כ הק"ו שפיר ודו"ק היטב כי הוא חריף ועמוק.

סימן סט

במה שהקשה המלמ"ל פ"ג מגניבה בהא דפשיט בשבועות דף ל"ג מח"נ קנס והא שאני התם דלא חייב עצמו במידי לפענ"ד ליישב דהא מכל מקום חייב עצמו שנתייעד השור ויתחייב בפעם השלישי נזק שלם וא"כ חייב עצמו במידי מקרי כנלפענ"ד והנה בטעם דאם מתחייב עצמו בקרן פטור אף כשבאו עדים נראה לפענ"ד עפמ"ש בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' כ"ז להקשות דמלוה ולוה יצילו דהו"ל עד פסול לגבי עצמו וכתב דלפמ"ש הסמ"ע דנוגע אינו פסול בשביל קורבה רק דמשקר וכל דחיישינן דמשקר א"כ אינו בגדר עד דאם היה אמת היה עד כשר ולפ"ז בקנס דמודה בקנס פטור בשביל דהתורה אמרה אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו א"כ אף שהוא אמת התורה פטרו ושוב הו"ל עד פסול ונמצא אחד מהם קא"פ דאף דאמר אמת מכל מקום התורה

פסלו וא"כ זה כשחייב עצמו בקרן אבל כשאומר לא גנבתי ובאו עדים שגנב דא"כ נעשה פסול ואח"כ כשחזר ואמר טבחתי ומכרתי אינו בגדר עד כלל (וגם דלא מצטרף בראיה שהרי אמר שלא גנבתי מקודם) שהרי הכחישו עדים כבר ונפסלו לאותו דבר אינו בגדר עד כלל וז"ב כשמש ולפ"ז ל"ק מהך דח"נ דשם אף דפטר עצמו מכלום מ"מ פטור דהא הוה בגדר עד פסול דמודה בקנס מפטר וז"ב ובגוף הענין דמודה בקנס פטור נראה לפענ"ד דיש לומר דלפמ"ש המהריב"ל דהודאת בע"ד כמאה עדים הוא מטעם דהוה חיוב חדש והרי חיוב חדש הוה כמתנה ולא שייך בזה קנס וז"ב ובזה יש להאריך בטעם דבעי שיחייב עצמו במידי ואין להאריך:

סימן ע

מה שלמדתי בסוגיא דרבוצה הנה הקשית בהא דאמרו השוחט בשבת בחוץ לע"ז חייב עלי' ג' חטאות מה תיקן והקשית דהנה בשו"ת עבודת הגרשוני סי' נו"ן הביא קושיא בהא דאמרו בכתובות דף ה' מקלקל הוא אצל פתח ואמאי לא קאמרי דמתקן הוא ע"י שעושה נחת רוח ליצרו וכדאמרו בשבת דף ק"ה דעושה נחת רוח ליצרו ומצאתי הקושיא בשו"ת מהר"ח בן או"ז סי' קפ"ו ע"ש ואני מקשה גם כאן הא אמרו בסנהדרין ס"ג דלא עבדו ישראל ע"ז אלא כדי להתיר להם עריות בפרהסיא ע"ש ברש"י וא"כ בשוחט לע"ז עושה נחת רוח ליצרו שהרי יכול לעבור על עריות בפרהסיא אמנם נראה דלפי מה דמוקי בחולין דף מ"ם דמיירי באומר בגמר זביחה הוא עובדה וא"כ עד גמר שחיטה הוה מקלקל גמור דיוכל להיות שימלך לבו ולא יעבוד ע"ז וא"כ הו"ל מקלקל גמור ושפיר פריך מה תיקן וע"ז משני דמתקן להוציא מידי אבמה"ח ובזה מיושב הקושיא המפורסמת לשיטת הרמב"ם דבעוף אינו חייב ב"נ משום אבמה"ח יקשה לפי מה דמוקי בחולין שם בחטאת העוף דכלהו בהדי הדדי קאתו וע"ז קשה מה תיקן ולא שייך להוציא מידי אבמה"ח והיינו לב"נ כפירש"י שם והרי בב"נ לא שייך בעוף משום אבמה"ח ועיין כו"פ סי' ס"ב וכבר הארכתי הרבה בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבעוף דכלהו בהדי הדדי קאתו וכדמוקי בחצי קנה פגום ושם שפיר מתקן אצל יצרו וכמ"ש ודו"ק. והנה בהא דמוקי בחצי קנה פגום דכלהו בהדי הדדי קאתו וכבר מפורסם הקושיא לשיטת הר"ש מאנבלא דצריך להיות שני צדדים וכאן א"א לצמצם ושני צדדים יש לפטור דלמא פחות מחצי ושמא יותר מחצי ופטור ורק במחצה על מחצה ממש חייב וא"כ אי אפשר לצמצם ועיין בשו"ת ש"ב הגאון בבית אפרים חלק או"ח מ"ש בזה וכבר כתבתי בזה הרבה. וכעת נראה דהרי חטאת העוף בא על הספק וגם כאן עכ"פ מידי ספק לא יצא ואין לומר דכל שיש שני צדדים לפטור ממילא הוה כמו רוב ואין כאן ספק אך ז"א דהרי בנזיר דף כ"ט מקיש

נקיבה לזכר מה זכר מביא על הספק ופירש"י דאשם תלוי מביא על הספק ה"ה נקיבה מביאה חטאת על הספק והרי אשם תלוי מביא אף שיש ס"ס כמ"ש התוס' בכריתות ר"פ ספק אכל ה"ה נקבה שמביאה חטאת העוף על הספק אף במקום ס"ס ועיין בלח"מ פ"ח משגגות הלכה א' ודו"ק. והנה בקושית התוס' על רש"י דמ"ש דל"מ הגביהה והרביצה דקני והתוס' השיגו דמ"מ אינו שלו דא"י להקדישו לפענ"ד נראה דבאמת כל שיש לו חיוב אחריות קנאו והו"ל כיש לו שותפות בגוה ומה שא"י להקדיש הוא לפי שהשותף מעכב דהיינו הנגזל מעכבו ותדע שהרי הב"ש הביא בשם שארית יוסף דשניהם ביחד יכולין להקדיש ע"ש סי' כ"ח וע"כ דיש להגזלן חלק והוה כשותף ולפ"ז לענין לאסור כל שיש לו שותפות בגוה שוב יכול לאסור כדמוקי לקמן דיש לו שותפות וה"ה בזה כל דנתחייב באחריות הוה כשותף ובזה מיושב קושית התוס' ממנסך דהרי ע"ז תירצו דאית לי' שותפות בגווה ואדרבא מיושב קושית התוס' דהיינו מדמע ולפמ"ש אתי שפיר דכל דשותפות מועיל אף בלית ליה שותפות יכול לאסור ע"י חיוב האחריות ודו"ק היטב:

סימן עא

א למדתי מסכת חולין והגעתי לדף מ"א ע"ב השוחט לשם עולה וכו' אשם תלוי ופירש"י דאשם תלוי היינו אחד משתי חתיכות.

ב ולכאורה ק"ל לאיזה צורך פירש כן וא"ל דהכי קי"ל דז"א דהרי הש"ס פריך אשם תלוי בר נידר ונידב הוא ומשני הא מני ר' אליעזר דאמר מתנדב אדם אשם תלוי בכל יום והרי ר"א דס"ל כן אמרו בהדיא בכריתות דף ח"י אמר רב חתיכה ספק של חלב ספק של שומן ואכלה באנו למחלוקת ר"א וחכמים ופריך הש"ס מאי אריא כי אכלה אפילו לא אכלה נמי וע"ש ברש"י ותוס' דר"א ס"ל דלא בעי שתי חתיכות ויש אם למסורת ומצות כתיב וא"כ שוב לר"א בחתיכה אחת חייב ואפילו לבבא בן בוטא כל שאכלה חייב וא"כ אדרבא ע"כ בחתיכה אחת היא וצע"ג דאטו יארע בכל יום שיהי' אקבע איסור חתיכה מב' חתיכות ובזה י"ל דלכך קי"ל כר"א והתב"ש ביו"ד סי' ה' האריך בזה ולפמ"ש דהרי אנן קי"ל חתיכה מב' חתיכות וא"כ שוב לאו בר נדר ונדב הוא דלא יארע כן תמיד ודו"ק היטב. ומדי דברי זכור אזכור מה שנשאלתי מבחור אחד בהא שכתב הרשב"א בתשובה והובא בפרמ"ג שער התערובות שהקשו לו דאיך משכחת אשם תלוי בשתי חתיכות דאקבע איסורא והא אי אפשר לצמצם ודלמא החתיכה המותרת היא גדולה וביבש ביבש בטל ברוב וכתבו האחרונים בכוונת הרשב"א בתירוצו דכיון שיש שני צדדים לאסור דהיינו שמא החתיכה של איסור היא גדולה ושמא הם שוים ואין כאן רק צד אחד להתיר דשמא החתיכה המותרת גדולה שוב הוה שני צדדים לאיסור וחייב

אשם תלוי וע"ז הקשה דא"כ בהא דאמרו בכריתות דף ח"י מאי איכא בין אקבע איסורא לשאי אפשר לברר איסורו לימא א"ב כזית ומחצה כמו שאמר לעיל א"ב בין ר' זירא ובין רבא לטעמא דרב כזית ומחצה ה"ה כאן דבכזית ומחצה שוב לא שייך אשם תלוי דכאן אין כאן שני צדדים לאיסור דשמא ההיתר היא גדולה ובטל האיסור ושוים ל"ס דהא האחת היא מחצה ואין כאן רק ספק אחד שמא הגדולה היא האיסור אבל אם הגדולה היא של היתר אין כאן קביעות איסור ולפענ"ד בכזית ומחצה ודאי אקבע איסור דממנ"פ אם הגדולה היא אסור ודאי אסור ואם המחצה היא האיסור לא שייך ביטול דהרי ניכר האיסור ובשלמא אם יש כאן שתי חתיכות שלימות א"כ כל שאי אפשר לצמצם א"כ לא ניכר האיסור ושייך ביטול אבל בכזית ומחצה שפיר אקבע האיסור דממנ"פ יש כאן איסור ולא בטל ודו"ק היטב:

סימן עב

היה אצלי הרב החריף מוה' ישעי' וואלף מזלאטשיב והקשה אותי בהא דאמרו ביבמות דף כ"ג ע"ב תני שילא ואפילו שניהם כהנים מ"ט ספק חליצה לא גזרו בה רבנן וע"ז הקשה לפמ"ש הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס דבאיסור דרבנן שנתערב חד בחד אף שנאבד אחד מהם אסור דאף בדרבנן באתחזיק איסורא אסור וא"כ כאן דאתחזיק חליצה באחת משתיהן ל"ש ספק דרבנן והשבתי עפמ"ש בתשובה ל"ק יאס בהא דפריך בביצה דף ד' אלא לרב יוסף וכו' דאמר משום גזרה ספיקא דרבנן הוא והקשה נכד הרב מוה' יצחק חב"ד נ' דלוקי האי ספיקא דהיו שני ביצים אחת נולדה ביו"ט ונתערבה בביצה שנולדה בחול חד בחד ול"ש ספיקא דרבנן דאתחזיק איסור והשבתי דבאמת המנחת יעקב חולק על הש"ך דכשם דאתחזיק איסורא בחד כך אתחזיק היתר בהשניה וצ"ל בכוונת הש"ך דהוה אקבע איסורא וכמו חתיכה מב' חתיכות ושם הוה דאורייתא וכאן חד בחד הו"ל כגוף איסור דאקבע איסורא באחת מהן ולפ"ז נראה לי ברור דזה דוקא כשזה האיסור הוא איסור מצד עצמו מדרבנן אבל כאן גם הביצה האסורה אינו רק משום גזירה משקין שזבו וההיתר הוא היתר ברור בזה חזקת היתר עדיף דהא האיסור אינו בעצם רק בשביל גזירה וז"ב. ובזה מדוקדק מ"ד אלא לרב יוסף דאמר משום גזירה והקשו בתוס' ישנים דגם לר"נ קשיא ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דעיקרא דקושיא היא דאינו רק משום גזירה וא"כ חזקת היתר עדיף ומעתה גם כאן חליצה דרבנן אינו רק משום גזירה אטו גרושה ובזה לא שייך אתחזיק איסורא. ובזה מיושב מה דהקשו מחלוצה דרבנן והתניא גרושה אין לי אלא גרושה חליצה מנין ת"ל ואשה ומשני אסמכתא היא ודבר תימה הוא דאטו עד השתא לא ידענו דחלוצה אינו רק מדרבנן הלא בכמה משניות

מבואר כן ולפמ"ש אתי שפיר דזה ידע דהוא מדרבנן דודאי סבר דרבנן אסמכה אקרא וחליצה היא אסורה בעצם מדרבנן וע"ז משני דקרא אסמכתא בעלמא הוא ורבנן הוא דגזרו אטו גרושה. עוד שאל בהא דאמרו ביבמות דף פ' דאנדרוגינוס מאכיל בתרומה לר"ל והיינו בתרומה דרבנן וע"ז הקשה דהא אתחזיק איסורא דהיא זרה ואסורה בתרומה וא"כ גם דרבנן אסור. והשבתי דזה אינו דמלבד דאתרע החזקה שהרי נשאת לכהן רק דספק הוא אם הוא זכר או נקבה וא"כ אתרע החזקה ובלא"ה אנו דנין על המאכיל אם הוא יכול להאכיל והו"ל רק איסור דרבנן ודו"ק. עוד הגיד לי בישוב קושית הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק יו"ד על דברת התוס' בכתובות במ"ש דשמא אם היה בא הבעל היה מודה לדבריה והקשה ממנ"פ א"כ אין לה הכתובה תיכף ואם נימא דהיה מכחישה גם מזונות אין לה. וע"ז אמר דלענין המזונות הו"ל ס"ס ומוציאין ממון. ולפענ"ד אמרתי בפשיטות דבאמת כל הטעם דטענו חטים והודה בשעורים דפטור מטעם מחילה והודאה ועכ"פ תפיסה מועיל כמבואר בש"ך ולפ"ז בכתובה דהו"ל כגבוי כמ"ש המרדכי ועיין מ"ש בגליון הב"ש סי' כ' א"כ הו"ל כתפוס אבל לא ניתן לגבות מחיים וא"כ שפיר נותן לה כדי כתובתה ומ"ש התוס' שם לעיל מיני' דהו"ל כטוענו חטים והודה לו בשעורים היינו לענין המזונות אבל לא נגד הכתובה וע"ש בקצה"ח ס"ק ח' (זה כתבתי בלי עיון בספר) וצ"ע:

סימן עג

א בלמדי בב"ק דף ג' תני שור לקרנו ומבעה לשינו וה"ק לא ראי הקרן שאין הנאה להיזיקו כראי השן שיש הנאה להיזיקו ולא ראי השן שאין כוונתו להזיק כראי הקרן שכוונתו להזיק ופריך ולאו ק"ו הוא מה שן שאין כוונתו להזיק חייב קרן שכוונתו להזיק לכ"ש והקשה רש"י דלפריך נמי גם במה דאמר לא ראי הקרן שאין הנאה להיזיקו חייב ק"ו לשן שיש הנאה להיזיקו ע"ש ואח"כ מסיק הש"ס אלא פריך הכי לא ראי הקרן שכוונתו להזיק כראי השן שאין כוונתו להזיק ולא ראי השן שיש הנאה להיזיקו כראי הקרן שאין הנאה להיזיקו והוא תימה דגם כאן שייך למפרך ולאו ק"ו הוא כדפריך מעיקרא ומה חידש התרצן ובשיטה מקובצת הביא בשם הר"י הלוי ז"ל שנשאל בזה והוא תירץ ולא הבינותי. אמנם לפענ"ד נראה דהנה בגוף הא דאמרו לא ראי הקרן שאין הנאה להיזיקו כראי השן שיש הנאה להזיקו ולכאורה מה פרכא היא ועיין תוס' ושיטה שנדחקו בזה.

ב אמנם בפשיטות רציתי לומר דהכוונה עפ"מ דמבואר בש"ע חו"מ סי' ס"ו סכ"ג שיטת הראב"ד ודעימיה דכל שאינו מתכוין להזיק רק שמתכוין לטובתו אינו חייב לשלם מדינא דגרמי ולכך שהיורש מוחל לעצמו פטור וא"כ י"ל דגם כאן בקרן כל שאין הנאה להיזיקו א"כ אינו רק מתכוין להזיק בזה חייבו תורה אבל שן דיש הנאה להיזיקו ה"א

דפטור כיון שאינו מתכוין להזיק רק להנאתו אינו חייב ולפ"ז מה דאמרו להיפך לא ראי השן שאין כוונתו להזיק כראי הקרן שכוונתו להזיק זה אינו פירכא ושפיר אמרו ולאו ק"ו הוא ומה שן שאין כוונתו להזיק והיינו משום דיש הנאה להזיקו א"כ אינו מתכוין רק להנאתו ואפ"ה חייב מכ"ש בקרן דאין הנאה להזיקו ודאי מהראוי לחייבו ושפיר מקשה ולאו ק"ו הוא אבל להיפך על ק"ו מקרן לא שייך למפרך ולאו ק"ו הוא דהא אדרבה כיון שאין הנאה להיזיקו מתכוין להזיק בדין הוא שיתחייב. אמנם באמת אחר העיון ז"א דדוקא באדם שייך לומר דכל דאינו מתכוין להזיק אינו חייב בדיני דגרמי שלא נתכוין לגרום היזק אבל בנזקי שור אטו השור יודע שמזיק לחבירו או לא א"כ אינו מעלה במה שמתכוין להנאתו או לא וא"כ אדרבה השן שיש הנאה להיזיקו מסתבר יותר לחייב שעכ"פ נהנה זה וכמ"ש בשיטה מקובצת בשם הרב השואל להרר"י הלוי ז"ל שיכול לומר הרווחת דמי המאכל שהיית צריך לתת לבהמתך לאכול ומעתה לפי המסקנא דפריך לא ראי הקרן שכוונתו להזיק כראי השן שאין כוונתו להזיק וא"כ לא תלוי כלל במה דהשן הנאתו להיזיקו דאטו השור בר דעת שאינו מתכוין רק להנאתו ולא להזיק א"כ שפיר אמרו לא ראי השן שיש הנאה להיזיקו מסתבר יותר דלתחייב ולא שייך למפרך ולאו ק"ו הוא דהא בשור לא שייך לטובתו ולהנאתו מתכוין והפרכא דלא הרי קרן דכל שמתכוין להזיק חמור יותר שפיר אמר דיש לומר להיפך דשן חמור שעכ"פ מרויח בדמי אכילה ומה דלא נתכוין רק להנאתו זה לא שייך בשור וכמ"ש ודו"ק. ובזה מיושב מה שהקשה השואל להרר"י הלוי ז"ל דלמה ליה לומר לא ראי הקרן והי' לו לומר רק לא ראי השן דע"ז פריך הש"ס ולאו ק"ו הוא ולפמ"ש אתי שפיר דכל דלא הרי דקרן הי' שאין הנאה להיזיקו וא"כ ס"ד דהנאה להיזיקו הו"ל אינו מתכוין להזיק א"כ לא הרי השן שאין כוונתו להזיק מפריך כדאמרו ולאו ק"ו הוא אבל למה דמסיק דלא הרי דקרן הוא שכוונתו להזיק והיינו לא תלוי כלל בהנאתו או לא רק שבקרן מתכוין להזיק גרידא א"כ שפיר יש לומר להיפך דשן יש לו יתרון שיש הנאה להיזיקו ודו"ק. אח"כ נתיישבתי בשור שאין בו דעת מכל מקום מסתבר כל דלהנאתו עושה אינו מתכוין להזיק דניהו שא"י אם מזיק חבירו מכל מקום עכ"פ אינו מתכוין להזיק ומעתה הדבר נכון דבהס"ד דלא הרי קרן שאין הנאה להיזיקו כהרי השן שיש הנאה להיזיקו א"כ א"א לומר הקולא בשביל שיש הנאה להיזיקו דאדרבא מהראוי לחייבו דהרי מרויח מה שהיה צריך להאכיל לבהמתו וכמ"ש השואל למהרר"י הלוי ז"ל וע"כ דהכוונה היא בשביל שאינו מתכוין להזיק וא"כ בלא הרי השן שאינו מתכוין להזיק שפיר פריך ולאו ק"ו הו' אבל אח"כ שחידש הש"ס דלא הרי קרן שכוונתו להזיק משא"כ בשן שפיר אמר

אח"כ דלא הרי שן שיש הנאה להיזיקו והיינו כמ"ש השואל למהרר"י ז"ל וכדבר האמור למעלה ודו"ק היטב.

סימן עד

היה אצלי האברך הרב החריף מוה' נתן נטע נ"י מלינסק והקשה בהא דאמרו במכות דף כ"ב והרי נזיר בנזיר שמשון ופריך נזיר שמשון בר אטמויי למתים ופירש"י אדם נזיר שקבל נזירותו ע"י מלאך כלום אסור לטמאות למתים הא שמשון מותר לטמא למתים ויליף מהך דויך ודחי לה ומסיק דגמרא גמירי וע"ז הקשה לשיטת היראים דעכו"ם אף במגע ומשא אינו מטמא וא"כ אין ראיה מויך וא"כ למה לא מוקי כר"ש ולדידיה נזיר שמשון אסור לטמא למתים ומשמשון אין ראיה דהתם עכו"ם הי'. ולכאורה רציתי לומר דלפי מה דמסיק גמרא גמירי א"כ הוה הל"מ בשמשון ומותר לטמא למתים אבל באמת ביראים גופא מקשה על עצמו מהך דנזיר וכתב דאתיא אליבא דרבנן ולר"ש באמת מותר לטמא למתים עכו"ם ע"ש ובמלמ"ל פ"ג מאבל שהאריך בזה וא"כ ע"כ דגמרא גמירי להו כפירוש התוס' שם דגמרא גמירי שהרגם ולקח חליצתם וא"כ קשה אבל באמת אם כי הוא קושיא מושכלת אבל לק"מ דהרי ר"ש ס"ל בנזיר דף ד' דהאומר נזיר שמשון לא אמר כלום דבעינן דבר הנדור ולא יצא משמשון נזירות מפיו ע"ש וא"כ לר"ש לא שייך כלל נזיר שמשון ולא משכחת לה נזיר שמשון כלל שיקבל ע"י מלאך ודו"ק. והנה הרמב"ם פ"ג מנזירות הט"ז כתב דשמואל נזיר עולם היה ולא ידעתי מנ"ל זאת ובסוף נזיר אמרו שמואל נזיר היה כדברי ר' נהוראי אבל לא נזכר שהיה נזיר עולם ובנזיר דף ד' אמרו דנזיר עולם היכא כתיב ויליף מאבימלך ופליגי אי מגלח לי"ב חדש או לשלשים יום ור' נהוראי אמר שם לשלשים יום אבל לא נזכר משמואל והנראה דהרמב"ם ס"ל דשמואל היה כמו שמשון שיליף מורה מורה בגז"ש ומ"ש שהיה נזיר עולם היינו שלא היה נזיר לזמן רק לעולם אבל מ"מ הי' כשמשון וגם בשמשון כתב הרמב"ם שאינו מגלח רק לי"ב חדש וזה הוא הנקרא נזיר עולם לגבי שמואל אבל דינו היה כשמשון שהי' מותר לטמא למתים. ובזה מיושב היטב קושית המרכבת פ"ג מנזיר שם דהיאך שסף שמואל את האגג וחתכו לארבעה חלקים והא עשאו גיסטרא ומטמא ע"ש שכתב דבר נכון ודפח"ח. אבל לפענ"ד הדברים כפשוטן ששמואל היה כמו שמשון ולא היה רק נזיר ביין ומתגלחת אבל טימא למתים. ודרך אגב אומר מה שהאריך הכ"מ לענין שמשון לר"י דבעי דבר הנדור איך הי' שמשון נזיר ע"ש מ"ש ועיין שיטה מקובצת נזיר דף ד' מ"ש ג"כ בזה ועיין רש"י דף ג' ד"ה ה"ג מ"ש לרבי דוקא אבישלום הי' מיקל לי"ב חדש שהיה יכול לסבול אבל שאר

נזיר הוא לשלשים יום וא"י למה נדחק בזה ולא פירש דרבי ס"ל דכל נזיר עולם מיקל לי"ב חדש וצ"ע:

סימן עה

א נשאלתי מהרבני המופלג מוה' שלמה חיות נ"י בהא דאמרו בקידושין דף ס"ט אלא אי אמרת דיעבד מאי ניהו דמנסיב ליה עצה א"ל זיל גנוב ואזדבן בעבד עברי והקשה דהא כל שאין לו אשה ובנים אין רבו מוסר לו שפחה כנענית ומזה הביא ראיה למ"ש המלמ"ל פ"ג מעבדים ה"ד דדוקא ע"י כפייה הוא דא"י למסור אבל כשהעבד מתרצה שרי אבל לפענ"ד ל"ק דע"כ לא אמרינן דכל שאין לו אשה ובנים אסור בשפחה כנענית רק בעבד כשר שאינו ממזר אבל ממזר דאף אם נימא דלכתחלה אינו רשאי לקחת שפחה היינו בסתם עבד אבל בממזר שאינו ישראל גמור אף דהוא בכלל ישראל אבל עכ"פ כל שהוא עבד התורה התירה לו שפחה ויש להמתיק הדברים דבאמת טעמא בעי למה כשאין לו אשה ובנים אסור לקחת שפחה משום דהתורה לא רצתה שיהיו בני ישראל פסולים דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה והתורה רצתה שירבה ישוב העולם ולכך לא התירה התורה רק כשהי' לו אשה ובנים ולפ"ז זה בכשר אבל בממזר שבלא"ה בני' ממזרים ולא יבאו בקהל למה לא יהי' מותר בשפחה כנענית כשהוא עבד כנלפענ"ד והנה מדברי רש"י מוכח דשפחה אסורה מה"ת לישראל משום לא יהי' קדש וכפירושו של התרגום אונקלוס ועיין ברמב"ם פי"ב מא"ב הי"ג שהביא דברי התרגום אבל לשיטת הרמב"ם שפחה מותרת מה"ת וחז"ל הוא דאסרו ועיקר ההבדל שבין עבד לב"ח דבעבד מוסר לו רבו שפחה בע"כ של עבד והאבעיא הוא אי ממזר שרי לכתחלה ולדידיה ודאי דעבד שרי לכתחלה כל שהוא ממזר אף שנימא דלכתחלה אסור אבל כל שהוא עבד וממזר בודאי שרי ועיין מלמ"ל פ"ג מעבדים שם ודו"ק:

ב והנה במלמ"ל שם האריך באין לו אשה ובנים אם ברצונו מותר לקחת שפחה כנענית והביא בשם הריטב"א דמותר והקשה מהא דאמרו בתמורה דף למ"ד שפחה בע"ע משרי שרי ומשני דמיירי באין לו אשה ובנים וקשה הא כיון דברצונו מותר למה לא יוכל לכפות למסור לו שפחה כנענית ולפענ"ד לק"מ דהרי המהרש"א בגיטין דף מ"א חידש דאף ביש לו אשה ובנים לא התירה התורה רק שפחתו ולא שפחה של אחרים והאחרונים תמהו מהך דמקשה כאן שפחה בע"ע משרי שרי ולפ"ז נראה לי ברור דבאין לו אשה ובנים אסור בשפחה של אחרים דהרי השפחה וילדיה תהי' לאדוניה וא"כ מפקיע זכות הרב שיכול למסור לו שפחה שלו וא"כ עכ"פ בלי רשות רבו ודאי אסור דמפקיע זכות רבו וגם רבו אסור למסור לו דהרי רק משום זכות הרב התירה תורה שפחה לעבד וכל

דאין לו אשה ובנים א"י למסור לו ממילא בשפחתו של אחר ודאי אסור ואף דברצונו מותר הא כל שמפקיע זכותו של רבו אסור בשפחה של רב אחר וא"כ אף שהרב מרוצה הא לא זכתה לו התורה שפחה של אחר וז"ב ובדברי המהרש"א שחידש דהרב אין לו רשות למסור שפחתו של אחר לעבדו ותמהו עליו דבתמורה אמרו שפחה לעבד משרי שרי וכבר כתבתי בזה כמה דברים ולפענ"ד נראה דהנה הצל"ח חידש בברכות דף כ"ג דאף לשיטת הפוסקים דשפחה אסורה מן התורה היינו דב"ח מוזהר על השפחה אבל השפחה אינה מוזהרת עליו ואף דכל דהוא מוזהר היא מוזהרת היינו משום לא יקחו וזה בכהונה ואף דהשוה הכתוב אשה לאיש הנה שפחה נלמד מאשה דחייבת במצות וגמר לה לה וכיון דשפחה בעבד משרי שרי א"כ באשה לא שייך זאת ולכך גם השפחה מותרת רק שהוא מוזהר על השפחה והנה דבר גדול דיבר הרב ז"ל ואני בתשובה כתבתי ראיה מהמדרש על פסוק קדקד שעיר מתהלך באשמיו זה שמקלקל בשפחות ואמרו כ"ע גדול פלוני באשמתו הנה תלו הכל בו שילך באשמיו אבל לא עליה האשמה ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה לדבריו דבאמת העבד מוזהר על שפחה שאינה של רבו אבל השפחה מותרת ולא שייך השוה הכתוב אשה לאיש רק בדבר השוה לכל ולפ"ז כאן ששפחה של רבו מותר למסור לו רק שפחה שאינה של רבו א"כ שוב אינו שוה בכל וא"כ שוב אין השפחה מוזהרת עליו וזהו דפריך הש"ס שפחה לעבד משרי שרי ולא נקט עבד מותר בשפחה משום דהוא באמת אסור רק דהשפחה אינה מוזהרת עליו ודו"ק ולכך משני באין לו אשה ובנים ואז הוה לאו השוה בכל ושוב גם השפחה מוזהרת עליו ובזה מיושב מה דהקשה המלמ"ל על הריטב"א ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא שפחה של רבו מותר למסור ולא שפחה של חבירו וכמ"ש ודו"ק. והנה יש לעיין לשיטת הרמב"ם דשפחה לב"ח אינה אסורה מה"ת א"כ קשה בהא דפריך שפחה בעבד משרי שרי ולמה נקט דוקא שפחה בעבד והא גם ב"ח אינו מוזהר אם היא שפחה וביותר יש לתמוה לפי דאוקמי שתלין אצלי ולמה יהיה אתנן זונה והא משרי מה"ת ואף דחז"ל אסרו אבל אתנן זונה אינו מקרי והיא קושיא גדולה ולפענ"ד נראה ע"פ מה שאמרו בסנהדרין דף פ"ב חד אמר משום נשג"ז וחד אמר משום נשג"א והתוס' האריכו בזה בד"ה ואידך והמתבאר מדבריהם דשפחה שאינה משומרת אף שאינו לוקה משום זונה אבל איסור תורה יש מספקא ולפ"ז בכהן עבד עברי אסורה לו השפחה מה"ת מספק ולכך לא אמר רק דשפחה בעבד משרי שרי דכן התירה התורה ובזה יש ליישב קושית המלמ"ל פ"ג מעבדים דכל הני מקומות דמשמע דשפחה אסורה מה"ת הוא בעבד כהן מיהו הך דנרצע בב"ק כ"ח

א"א ליישב דהא עבד כהן אינו נרצע ואולי כת"ק דרבנן דעבד כהן ג"כ נרצע ודו"ק היטב ועיין לח"מ פ"ד מאיסורי מזבח ובמ"א סי' קנ"ד ודו"ק:

ג והנה בשנת כתר"ו למדתי ביבמות דף נ"ה א' בנימוק"י שם בהא דאמרו העראה דחייבי לאוין מנ"ל מדגלי רחמנא שכבת זרע גבי שפחה חרופה מכלל דחייבי לאוין בהעראה ופירש"י שפחה חייבי לאוין היא דכתיב בה לא יהיה קדש הנה מבואר דשפחה היא מח"ל וקשה להרמב"ם דס"ל לפי שיטת הה"מ והרבה אחרונים דאינו רק דרבנן בלבד ואף לפמ"ש גדול אחד בשו"ת מהרשד"ם סי' קצ"ו דהוה איסור תורה רק דאינו מחוייב להלקות ע"ש וכאן משמע דהיא ח"ל ממש והיא תימה גדולה ואף אם נדחוק דמכלל חייבי לאוין הוא אף שאינו במלקות אכתי יקשה מהיכן משמע דחייב בהעראה דלמא שאני שפחה חרופה כיון דאינו חייב מלקות לכך בעי שכבת זרע וא"ל דזה באמת סברת הש"ס מדגלי בשפחה חרופה מכלל דשאר ח"ל בהעראה דזה אינו דא"כ יקשה בהא דקאמר א"כ לשתוק משפחה חרופה דז"א דיש לומר דשפחה חרופה לא יתחייב כלל אף בשכבת זרע דהא אינה ח"ל ממש ואף דנדחוק דא"כ ליכא חיוב כלל אבל פשטת הענין מורה דהיא ח"ל ואולי לשיטת הרמב"ם דוקא סתם שפחה אינה רק מדרבנן אבל שפחה חרופה דמותרת לעבד שוב הו"ל מאורסת לעבד ולכך אסור מה"ת בשכבת זרע ומזה נלמד דשאר ח"ל דאינו בשפחה הוה בהעראה והנה לאחרים דס"ל בכריתות דף י"א בשפחה כנענית המאורסת לעבד כנעני (ומאורסת לעבד כנעני) יקשה לשיטת הרמב"ם דס"ל דשפחה מותרת מה"ת א"כ מה טעם שצריך להביא אשם והוא לוקה הא אין אישות לגוי ומכ"ש לעבד כנעני ולשיטת הרמב"ם אף עשה אין בו וגם להתוס' בקידושין דף י"ג ע"ב דעשה דודבק באשתו זה דוקא בגוי אבל לא בעבד וא"כ מ"ט לוקית והוא מביא אשם וע"כ דשפחה אסורה לישראל ולכך חייבת מלקות והוא חייב אשם.

ד וראיתי בספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק ט"ז שכתב דמה דאסרה התורה השפחה הוא משום שכיון שבן מן השפחה הוא עבד שוב אסור משום שגורם הסרת זרע וגורם לחלל קדושת ישראל וכמו דהקפידה התורה בהסרת בתו מלא תקח וכתב עוד דהוה בכלל השחתת זרע דגרע מנותן על העצים והאבנים ע"ש והנה דבר גדול דיבר בזה ובאמת מ"ש משום השחתת זרע יקשה דא"כ בשפחה חרופה למה תלקה היא הא מצד הביאה ליכא איסור והיא אינה מצווית על השחתת הזרע ועיין תוס' נדה דף י"ג וביבמות אמנם ז"א דהיא חייבת מצד שהיא שפחה חציה ב"ח מאורסת לעבד עברי וא"כ הביאה בעצמה אסורה ולאחרים דס"ל בשפחה כנענית המאורסת לעבד כנעני וא"כ ליכא שום איסור וכמ"ש למעלה צ"ל דהוא באמת ס"ל כתרגום אונקלס דהוא משום לא תהיה קדשה

אמנם מ"ש משום הסרת הזרע זהו דבר גדול ובזה יש לומר מה שהתורה אמרה בשפחה חרופה שכבת זרע היינו דעיקר האיסור היא בשביל שהיא שפחה וא"כ יהיה הזרע ג"כ מוסר מזרע קדש מיהו זה אינו דהא יוכל לשחרר וכופין את רבה לשחררה ושוב יהי' הזרע קודש. ועכ"פ בדברי רש"י מבואר דס"ל דשפחה אסורה ד"ת והנה בדברי עצי ארזים הנ"ל דמש"ה אסרה תורה משום דבן השפחה הרי הוא כמוה וא"כ גורם להסיר הזרע קודש מד' וא"כ י"ל דלכך בעבד מותר לישא שפחה כנענית משום דיוכל לשחררה ויהיו הבנים קדושים וגם כיון דהתורה זכתה לו הבנים כדכתיב האשה וילדיה תהיה לאדוניה א"כ התורה זכתה לאדון שיהיו הבנים עבדים וא"כ שוב אינו אסור מד' שהתורה הרשה אותו ובזה מיושב מה שהקשה המלמ"ל דלשיטת הרמב"ם דשפחה מותרת ממה דמצינו שעבד עברי מותר בשפחה א"כ יקשה דאח"כ כשרבנן אסרו למה לא אסרו גם להעבד ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דאסרו חז"ל הוא משום שיהיו הבנים מוסרים מד' והרי בעבד התורה זכתה לו ובזה אתי שפיר דברי הרמב"ם בהלכה י"ג ודו"ק ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד לישב דברי המהרש"א בגיטין דף מ"א הנ"ל שכתב דדוקא ביש לו לאדון עצמו שפחה כנענית הוא דרשות בידו למסור לעבד ולא שפחה של אחרים והקשו כלם דהא מפורש בש"ס תמורה למ"ד דאומר לחבירו הילך טלה ותלין שפחתך אצל עבדי ופריך בש"ס שפחה לעבד משרי שרי וכבר כתבתי בזה ענינים רבים.

ה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מצד הביאה אין איסור בשפחה כמ"ש בעצי ארזים רק מחמת שיסיר הזרע וא"כ עכ"פ שם לענין אתנן זונה זה בודאי אין שם זונה עליה ורק דהאיסור היא מצד שמסירה הזרע ושפיר פריך שפחה בעבד משרי שרי ואינו אתנן זונה עכ"פ וז"ב כשמש ובזה מיושב מה שהקשה המלמ"ל פ"ג מעבדים דלהרמב"ם מה אמרו דחידוש הוא וכהן רבה בו מצות יתירות ע"ש בדף כ"א ולשיטת הרמב"ם אף מי שאינו עבד מותר בשפחה ולפמ"ש אתי שפיר דאף אם התורה לא חששה במה שמסירה הזרע וזכתה להאדון הבנים אבל בכהן שרבה בו מצות יתירות הי' מקום לאסור דאמרו בב"ק דף כ"ח בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית דעד האידנא היתירא והשתא איסורא והרי להרמב"ם גם ב"ח מותר בשפחה ולפמ"ש יש לומר דשאר אנשים לא הקפידה תורה על הסרת זרע דהא יכול לתת דמים להרב וישחרר אותה ושפיר יהי' בנים לד' אבל בעבד דמה שקנה עבד קנה רבו ניהו דהתורה זכתה להאדון אבל העבד שצריך לצאת והוא מסרהב לצאת שפיר מפרישו מאיסור דהוא לא קנה הבנים והשפחה וא"כ שפיר יש איסור כנלפענ"ד אבל הוא דחוק ועיין שעה"מ פ"ז מעבדים ויש ליישב כמה קושיותיו ואכ"מ להאריך:

סימן עו

א ביאור דברי התוס' ביבמות דף פ"ב ד"ה שתי קופות ז"ל התוס' הקשה ה' שמואל מאכזב אדמקשה מברייתא לותיב ממתניתין דתרומות ר"פ ז' דתנן ב' קופות אחת של חולין ואחת של תרומה שנפלה סאה של תרומה לתוך אחת מהן וא"י לאיזה נפלה הריני אומר לתוך תרומה נפלה והו"ל לר"ל ולר"י לאפלוגי עלה והשיב הר"י דמשום רבותא דר"י מייתי ברייתא דאפילו בב' קופות ושתי סאין דליכא למימר כולי האי אוקי חולין אחזקתייהו דמה שנפל בקופה של חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר שרי בה ר"י בלא רבי' ואפשר דבסאה אחת אפילו ר"ל שרי בלא רבי' דסמכינן אחזקת חולין שבקופה ומוקי לה אחזקתייהו ולהכי לא פליגי אמתניתין אלא אברייתא עכ"ל התוס' והוא כלו מוקשה דלמה בשני קופות ל"ש לאוקמי אחזקתייהו וגם מ"ש דאין לו היתר אינו מובן ובספר ישועות יעקב ביו"ד סימן צ"ב ובאו"ח סימן תמ"ב כתב דלא שייך לאוקמא אחזקת היתר דגם כעת ההיתר במקומו רק שנתערב איסור וא"א להפרידו יעו"ש ודבריו תמוהין כיון דסוף סוף אסור מחמת תערובות א"כ שייך לאוקמא אחזקתייהו וראיתי בספר נדפס מחדש ושמו פרי החג בכלל ל"ג דתמה עליו דאכתי לא ישבו התוס' קושיתם דלקשי ממשנה דהא גם שם לא שייך לאוקמא אחזקתייהו דלא שייך לאוקמא אחזקת היתר דההיתר היתר רק שנתערב איסור וגם למה אמרו בנזיר דף ל"ז בשלמא למ"ד המל"א כגון דנפישו חולין והא בלא"ה למ"ד המל"א שוב שייך חזקת היתר וכמ"ש בישועת יעקב בעצמו שם (ובאמת בישע"י סימן צ"ב הרגיש בדברי הש"ס בנזיר ודבריו תמוהין) אבל אכתי דברי התוס' תמוהין וע"כ כתב בספר פרי החג הנ"ל דכל דנתערב והספק הוא מהמתערב אם חולין או תרומה לא שייך לאוקמא אחזקה משא"כ בספק אם נתערב כלל וכמ"ש ברשב"א בקידושין דף ע"ט גבי מקוה שנמדד דכל דודאי נגע לא שייך לאוקמא על חזקת טהרות רק בספק נגע וה"ה כאן אבל גם זה אינו בכוונת התוס' דא"כ למה כתבו דמה שנופל בקופה של חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר למה הוסיפו דאין לו חזקת היתר הי' להם לכתוב דשם שכבר נפל אתרע חזקת חולין משא"כ בספק נפל אמנם לפענ"ד נראה בכוונת התוס' דבאמת חזקת היתר לא שייך דע"י ספק נפילה אתרע חזקת היתר וכמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ג דכל דזרק ספק קרוב לו אתרע חזקת פנויה.

ב אך באמת ניהו דחזקת היתר אתרע מ"מ קשה לוקמא חזקת חולין כמו שהי' עד השתא. אך באמת כל שנפל ב' קופות וא"כ אף שתאמר שחולין נפל לחולין אבל עכ"פ א"א לומר חזקת חולין כמו שהי' דהרי יש בו חולין אחרים והרי החולין אינם כמו שהיו והרי חולין אחרים נתערב וא"א לברר החטין אחרים ולומר שיקח החולין כמו שהי' דהרי

נתערב חולין אחרים וכיון שכן שוב אזל חזקת חולין ולא שייך לאוקמא אחזקת היתר דהא כבר נתערב ויוכל להיות דתרומה נתערב כיון דליכא לאוקמא אחזקת חולין כמו שהי' משא"כ בקופה אחת שפיר יש לאוקמא אחזקת חולין כמו שהיה ולא נתערב כלל התרומה וז"ב בכוונתם ודברי התוס' מדוקדקים. והנה במ"ש התוס' בכתובות דכל דזרק לה לא שייך לאוקמא אחזקת פנויה ראיתי לאחרונים שכתבו וכשזורק והי' יכול להיות שיפול קרוב לה שוב תיכף בתחלת הזריקה אתרע לה חזקת פנויה והנה מכאן נראה סתירה דהרי גם כאן במשנה בתחלת הנפילה הי' יכול להיות שתפול בחולין שוב אתרע לה חזקת חולין כיון שהיה יכול להיות שיפול וע"כ דכל שנימא דלא נפל לא אתרע חזקת חולין ודו"ק.

ג והנה הפ"י בגיטין דף כ"ח כתב דגם מדאורייתא אתרע חזקת פנויה כל שזרק ספק קרוב לה וכתב ראיה מהא דאמרו ר"פ החרש דאשת חרש חייבין אשם תלוי ולמה לא אוקמא בחזקת פנויה וע"כ דכל שקדש אף שהוא ספק אתרע חזקת פנויה ואחרונים פלפלו בזה ועיין ישועות יעקב סימן קס"ט בתשובה להגאון מוה' יוזפא ז"ל וכ"כ בזה בתשובה. ובאמת נראה לי בפשיטות דל"ק דהרי אמרו שם בעי רב אשי מ"ט דר"א מפשט פשיטא לי' דדעתא קלישתא רק דמספקא לי' אי דעתא צלותא הוא או לא ולעולם חדא דעתא הוא או דלמא כיון דעתים חלים ועתים שוטה ע"ש ולפ"ז בין אם מספקא להא פשיטא דלא שייך לאוקמא אחזקה דאטו ע"י חזקה ישתנה הדין וכבר נודע דברי המלמ"ל והכנה"ג ביו"ד סי' י"ח דבספיקא דדינא לא ישתנה הדין בשביל חזקה וגם לאידך דעתים חלים כבר כתבו התוס' בכתובות דף כ' גבי בר שטיא דעתים חלים ועתים שוטה לא שייך לאוקמא אחזקה ע"ש וא"ש. הדרן לדברי התוס' דנראה ברור כמ"ש. והנה הר"ש פ"ז דתרומות כתב ליישב הקושיא דלמה לא מקשה מהמשנה וכתב דבברייתא איכא תרי שאני אומר ובמשנה ליכא אלא חד שאני אומר ואינו מובן דמ"ש חד שאני אומר מתרי שאני אומר וגם שם בברייתא אם אומר שאני אומר תרומה לתוך תרומה ל"צ יותר. ונראה דכוונתו כיון דאיכא שני צדדים לאסור דשמא תרומה לתוך חולין ושמא חולין לתוך תרומה וחד צד דתרומה לתוך תרומה וחולין לתוך חולין א"כ הוה כשני צדדים לחומרא וחד צד לקולא וה"א דאסור וכעין שכתבו התוס' בשם הר"ש מאכזב וא"כ אי אפשר לצמצם דיש שני צדדים וה"ה כאן לחומרא ודו"ק ודברי הישועות יעקב תמוהין דהוא לא העתיק קושית התוס' כמו שהוא דהקשו מהמשנה רק דקושית התוס' למה בדאורייתא לא נימא שאני אומר ונוקי בחזקת היתר וע"ז כתבו דלא שייך חזקת היתר והדבר תמוה דלדבריו תקשה מהמשנה וכמ"ש בפרי החג וגם הלשון דאין לו חזקת היתר לא משמע

כדבריו וגם סברתו אינו ברור דסוף סוף כל שנתערב אסור ושייך לאוקמא אחזקת היתר ודו"ק. וראיתי במגיני שלמה בפסחים דף ט' בסוגיא דתשע חניות שכתב בכוונת התוס' ביבמות הנ"ל דכיון שמה שנפל בתוך הקופה א"א להתיר דאין למה שנפל חזקת היתר וא"כ כל שאתה אוסר מה שנפל בתוכה איך אפשר להתיר הקופה כיון דאתה אומר שמה שנפל לתוכה אסור הוא שוב אין להתיר הקופה דא"א לומר דמה שנפל אסור והקופה מותרת ע"ש ואכתי קשה גם ברישא למה מותר וצ"ע:

סימן עז

א כלל גז"ש דאין אדם לומד מעצמו.

ב נתתי לבי לעיין במ"ש התוס' בשבת דף קל"א ע"ב ד"ה סד"א נילף שבעת ימים מסוכה והקשו דהא אין אדם דן גז"ש מעצמו אלא א"כ למדו מרבו ומ"ש ושמא דשמא בעלמא ניתנה למדרש עיין מהרש"א ומהר"ם לובלין שנדחקו בכוונת דבריהם ולפענ"ד ליישב קושית התוס' דהנה במ"ש בעירובין דף נ"א וכן בכמה מקומות ראיתי הא תנא דבי ר' ישמעאל ושב הכהן ובא הכהן זו היא שיבה זו היא ביאה לפענ"ד יצא לו ממה דאמרו כלל די"ג מדות מגזירה שוה ולא אמר מתיבה שוה והיינו שאף שאין התיבות שוות כל שהוא מגזרה אחת כמו ושב הכהן ובא הכהן דאף שאין התיבות שוות מ"מ כל דהוא מגזרה אחת והיינו שעכ"פ הכוונה אחת אף שלא נאמר בתיבה שוה מ"מ הוה גז"ש וזה שחידש ר' ישמעאל דהכוונה אחת. ולפענ"ד מה דאמרו אין אדם דן גז"ש מעצמו אלא א"כ למדה מרבו. ולכאורה מה נשתנה גז"ש מכל שאר הי"ב מדות שאדם דן מעצמו ומ"ש בכללי הגמרא בשם הרמב"ן שהרי כמה מלות כתובות בתורה א"כ יוכל להרוס כמה דינים לכאורה אין מובן. ולפענ"ד דוקא גזרה שוה דהיינו שאין התיבות שוות רק שהגזרה שוה בזה אין אדם יוכל ללמוד מעצמו ורק צריך לקבל מרבו אבל מה שהתיבות שוות זה יוכל לדון מעצמו וא"כ שבעת ימים משבעת ימים שהתיבות שוות זה יוכל לדון מעצמו כנלפענ"ד דבר חדש. ובזה נראה לי מ"ש בעירובין שם ה"מ היכא דליכא מידי דדמי לי' אבל היכא דאיכא מידי דדמי לי' ילפינן ולכאורה קשה כיון דאין אדם דן גז"ש רק שקבלה מרבו א"כ הרי קיבל מרבו ללמוד גז"ש ולמה לא יוכל לדון מזה.

ג ולפמ"ש אתי שפיר כיון דזה תלוי בסברא דהכוונה עכ"פ אחת וכל שיש תיבות שוות כמו התם חוץ מחוץ והתני דבר"י יהי' ללמוד חוץ מחוצה א"כ עדיף יותר ללמוד חוץ מחוץ דהתיבות שוות מללמוד חוץ מחוצה דאין התיבות שוות רק שהגזרה אחת ולפ"ז כל דהתיבות שוות עדיף יותר ממה שהגזרה שוה כנלפענ"ד כלל גדול בדיני גז"ש וצריך ביקור אם לא ימצא סתירה לזה. ובזה מיושב מה שהקשו דא"כ דכל גז"ש מקובלת מסיני

זה ניתן לנו לדרוש ולפמ"ש התיבות ששות זה ניתן לנו לדרש אבל כל שרק הגזרה שוה צריך ללמוד מרבו ודו"ק. שוב ראיתי סתירה גלויה לזה שחידשתי דכל דהתיבות שוות אדם יכול ללמוד מעצמו והרי בפסחים דף ס"ו אמרו וכי מאחר דגמר גז"ש ק"ו למה לי ה"ק בשלמא גז"ש לא גמריתו דאין אדם דן גז"ש אלא א"כ קבלה מרבו והרי שם מועדו מועדו גמיר והתיבות שוות ואפ"ה אין לומד מעצמו. אמנם נראה דהרי התם אמרו מועדו מועדו מתמיד ופריך ותמיד גופא מנ"ל אילימא מדכתיב מועדו פסח נמי כתיב מועדו אלא מועדו לא משמע ליה ה"נ מועדו לא משמע לי' ופירש"י דמועדו דקאמרי בזמן היתירא קאמר ואמרו מדכתיב עולת שבת בשבתו על עולת התמיד ע"ש ולפ"ז אף בתיבות שוות כל שהתיבה בעצמותה י"ל דבזמן היתירא קאמר ורק משום דבתמיד כתיב בהדיא דדחי ולכך יליף מועדו מועדו מתמיד והיינו דמועדו בתמיד ודאי אף בשבת מדכתיב על עולת התמיד וא"כ כיון דמהתיבה גופא לא יכול ללמוד רק מדכתיב בהדיא בתמיד א"כ אף דהתיבות שוות בכה"ג צריך ללמוד מרבו דהרי בתמיד אף דהי' כתיב במועדו הוה אמינא בזמן היתירא ואצריך קרא בפירוש שוב גם תיבות שוות הוה כגזרה שוה וצריך ללמוד מרבו ובנדה דף י"ט ע"ב דאמרו וילפוה בגז"ש שלחיך פרדס רמונים וכתיב ושולח מים ע"פ חוצות וע"ז אמרו דאין אדם דן גז"ש מעצמו היינו שם בודאי אין התיבות שוות רק דכתיב שלחיך וכאן כתיב ושולח ובזה בודאי אין אדם דן גז"ש מעצמו אלא א"כ קבלה מרבו כנלפענ"ד:

סימן עח

א ראיתי בריטב"א בחידושיו לגיטין דף ל"ח שכתב להקשות דאיך שחרר ר"א לעבדו והא עובר בעשה וכתב דאינו רק אסמכתא בעלמא ואינו רק מצוה דרבנן ובזה ישבתי שינוי הסוגיות שבין ברכות וגיטין דהנה בגיטין פריך הש"ס על רב יהודה אמר שמואל והרי שמואל ס"ל בסוכה דף ל"ב דבדרבנן ל"ח למהב"ע כמ"ש התוס' וא"כ אין להקשות מצוה הבאה בעבירה וקידושיה אינו רק דרבנן אבל בברכות אזלינן דגם בדרבנן חיישינן למצוה הב"ע וגם אם נימא דהי' לפרשת זכור דהוא מדאורייתא ועיין סימן תרפ"ה בט"ז ומ"א שם ושפיר פריך הש"ס והא מצוה הב"ע ודו"ק. אמנם אי קשיא הא קשיא לפמ"ש המ"א סי' תמ"ו בשם השבלי לקט דמצוה דרבים ל"ש בעידנא וא"כ מה מקשה מצוה הב"ע ומשני מצוה דרבים שאני הא ע"כ ידענו דמצוה דרבים דאל"כ לא הוה בעידנא.

ב אמנם נראה דבברכות אמרו דתרי הוו ושחרר חד וא"כ יש לומר דבעת השחרור כתב אחד מעבדי משוחרר ולא בירר לאיזה משחרר רק בעת התפלה בירר דבריו שמשחרר לזה א"כ עד התפלה הוה אין ברירה ולא עבר עדן והוה בעידנא לכך ל"צ שיהיה מצוה

דרבים ושפיר פריך אבל בגיטין קאי דבאמת לא הוה רק חד עבד א"כ צ"ל בעידנא וע"כ דמצוה דרבים שאני וא"כ אין מקום להקשות דמצוה הב"ע הוא דהא במצוה דרבים ל"ש מצוה הב"ע ודו"ק כי קצרתי ועיין במגן גבורים סי' צ' שכעין זה כתב בשו"ת יד אליהו ודו"ק:

סימן עט

א נשאלתי מהרב החריף מוה' צבי אלימלך נ"י בהרב מזאלין במ"ש הש"ך בסי' ס"ג בשם הבעה"ת שהקשה דליהמן במגו דאי בעי מחיל וע"ז הקשה דהא הוה במקום חזקה והיאך נאמן נגד הלוקח במגו דהא הוא יש לו שטר ברור. והשבתי דלפמ"ש הר"ן בקידושין פרק האומר גבי האומר אין לי אחין דאף דמגו במקום חזקה לא אמרינן אבל כל דבידו שהיה יכול לומר לעדים כתבו גט בכה"ג אמרינן מגו במקום חזקה ע"ש וה"ה כאן הא בידו למחול וכאן עדיף טפי דא"צ שום מעשה רק דיבור בעלמא למחול וז"פ ויפה הקשה הבעה"ת. והשתא דאתית להכי יתיישב קושית הבעה"ת בטוב דהא הטעם דיכול למחול הוא כמ"ש ר"ת דשני שעבודים יש ושעבוד הגוף לא יכול למכור א"כ הוא מוחל שעבוד הגוף. ולפ"ז נראה לפענ"ד דכל דהוא אמר שאין לו פרוזבול אף שבאמת יש לו הרי עכ"פ לגבי עצמו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ונפקע ממנו שעבוד הגוף שהתורה הפקיעה שעבוד דהרי הודה דאין לו פרוזבול ומעתה לגבי הלוקח שקנה השעבוד נכסי והוא טוען שהיה למוכר פרוזבול שוב אין ביד המוכר למחול דהא הפקיע שעבוד הגוף בהודאתו כיון שלגבי הלוקח אינו נאמן לומר שלא הי' לו וא"כ יש חזקה דלא שביק היתירא ובודאי עשה פרוזבול ושוב אין לו מגו דאין בידו למחול כעת וכל שאינו בידו שוב אינו נאמן במגו נגד החזקה ודו"ק היטב כי לפענ"ד היא עצה עמוקה:

ב והנה בשנת תרכ"ו מצאתי בספר בני אהרן סימן א' שהקשה דאמאי לא מהימן במיגו דאי בעי מחיל דהרי בהך דאמרו בכתובות דף מ"ט האומר שטר אמנה אינו נאמן באם חב לאחרים הקשו הקדמונים דליהמן במגו דאי בעי מחיל וכתבו דאינו רוצה להפסיד חובו דאם יטעון אמנה הלוה לא יהיה גזלן וישלם לו אבל כשימחול לו יהיה פטור ואינו רוצה להפסיד חובו וכאן ל"ש זאת דגם כשטוען שלא עשה פרוזבול לא יהי' הלוה גזלן דהא כדין מפסיד ונדחק בזה ודבריו תמוהים מכל צד דהא אנן חיישינן שמשקר במה שאמר שלא עשה פרוזבול וא"כ לכך אין לו מגו דאי בעי מחיל דהא יפסיד חובו אבל כשטוען שלא עשה פרוזבול א"כ יצטרך הלוה לשלם לו דהא יוכל להראות פרוזבול וגם הרי יש לו חזקה דלא שביק היתירא וא"כ לא יפסיד והרי כשאומר אמנה ודאי אין הלוה

גזלן דהא לא הלוה לו כלום רק דאנן חיישינן שמשקר וא"כ שוב אין הלוה ירצה לגזלו וכ"ש כאן דיראה לו הפרוזבול.

ג אך בלא"ה אי אפשר לאמרו דמ"ש שלא ירצה להפסיד חובו דהא כאן מיירי כשמכרו לאחר ולא יפסיד כלל וא"ל דיפסיד דיצטרך לשלם לזה דהא מיירי שאין לו נכסים ולחוש שמא יתעשר לזה לא חיישינן ועיין בב"ח וש"ך לעיל סי' ל"ז לענין נוגע בעדות ועוד דגם כשטוען שאין לו פרוזבול אם יהיה לו נכסים יצטרך להחזיר לו כשיהיה לו נכסים ואדרבא כשטוען שלא עשה פרוזבול אפשר דיצטרך לשלם כל החוב שבשטר אבל כשמוחל לא יצטרך לשלם רק דמים שקיבל כמבואר בסי' ס"ו הרבה דיעות בזה שוב ראיתי בש"ך סי' ס"ז ס"ק י"ב שהביא בשם הב"ח שהקשה כן דיהיה לו מיגו דאי בעי מחל וכתב דמיירי שנעשה במ"ג דא"י למחול וכתב הש"ך דא"ל דלא ירצה להפסיד חובו דהא מיירי כשמכר הנה מבואר דלא שייך לומר שגם עתה מפסיד וגם מ"ש בתירוצו דלבתר שמכר שייך המגו קיצר בדבריו אבל הכוונה כאשר ביארתי ועכ"פ מבואר דלא כספר בני אהרן וראיתי בדרישה סי' ס"ז שהקשה ג"כ דיהיה נאמן במגו דאי בעי מחיל וכתב דא"ל דמיירי באופן שא"י למחול כגון שכתב שטר ע"ש הלוקח דא"כ מה יועיל לנו פרוזבול דמוכר ע"ש ודבריו תמוהים דהא משכחת לה כגון שמכר במעמד שלשתן כמ"ש הב"ח וגם מ"ש הדרישה דמצד חזקה דלא שביק לא שייך להאמינו במגו דבריו תמוהים דא"כ גם כשיש לו נכסים לא יהיה נאמן דהא חזקה דלא שביק היתירא מיהו י"ל דביש לו נכסים לא שייך החזקה דהא יכול לחייב עצמו ונאמן נגד החזקה ולפמ"ש הרשב"א אדם נאמן נגד חזקה אף באיסורים ועי' בפ"י כתובות כ"ב וכ"ש בממון כהודאת בע"ד כמאה עדים ונאמן נגד החזקה אבל כשאין לו נכסים אינו נאמן נגד החזקה ובזה יש ליישב קושית הש"ך שהקשה דמה שנראה מבעה"ת דא"צ לשלם רק דמים שקיבל אינו נראה דאינו נאמן בהודאתו להפסיד ולפמ"ש יש לומר דבעה"ת מתרץ כמ"ש הדרישה וכיון דאינו רק מחמת הודאתו אי אפשר לחייב יותר ממה שקיבל דאטו ביאר בהודאתו דרוצה להתחייב בכל דמי השטר ודי לנו דנאמן נגד החזקה בדמים שקיבל וז"ב ודו"ק וכבר כתבתי למעלה שיש להסתפק אם כשטוען שלא עשה פרוזבול אי מחייב לשלם כל השטר וכ"כ בפרישה דא"צ לשלם רק דמים שקיבל וא"ל דאינו נאמן בהודאתו לחוב לאחרים דזה אינו נקר' חוב שעכ"פ דמים שנתן מקבל ע"ש:

סימן פ

א כה הראני היום הרבני המופלג החריף מוה' יצחק חיות בהרב הגאון מזאלקווא בהא דכתב רש"י במנחות דף מ"ח ד"ה ואם היתה שבת אשלא לשמן קאי ושבת ועצרת היא

והוא תמוה דלאיזה צורך פירש כן ולפענ"ד נראה דהנה בהא דאבעיא בביצה דף כ' לדברי האומר נדרים ונדבות אין קרבין ביו"ט עבר ושחט מהו והפ"י הקשה דהא זריקה אינו רק שבות ושבות במקדש לא גזרו והאריך בזה ואני לא זכיתי להבין דל"ש שבות במקדש דכל הטעם דכהנים זריזין הם כדאמרו בשבת דף כ' וכבר כתבתי בתשובה דדוקא שבות שאסור משום גזירה שייך לומר דכהנים זריזין הם ולא יטעו כמו התם לענין דחיישינן שמא יחתה וכהנים זריזין הם אבל כל דאיכא שבות מצד עצמו כמו הכא דהזריקה היא שבות בעצם א"כ גם במקדש גזרו בזה והארכתי בזה וכמדומה שמצאתי סברא זו בריב"ש וא"כ ל"ק כלל ובלא"ה יש לומר דכמו שכתב הרע"ב לענין דלא גזרו על שבות בהש"מ דכל דאיכא שני שבותין גזרו כמו כן כאן איכא שני שבותין שבות דזריקה ושבות דמוקצה דכל דעבר ושחטן אדחי לה ואינם ראוים היום א"כ אתקצי להו ואף דאין מוקצה לחצי שבת היינו היכא דהדר אחזי אבל כאן אתקצי היום באכילה ורק שיכול לזרוק שיהיה ראוי לאכול היום ועכ"פ אתקצי כבר דלא ראוי לשחטו וכל ששחטו הוה מוקצה מיהו זה אינו דכל דראוי לאכול הבשר היום א"כ ע"י הזריקה יהיה ראוי והו"ל מוקצה לחצי שבת מיהו אכתי איכא נ"מ בין למ"ד להתיר בשר באכילה ובין להקטיר אמורין לעכב דלהקטיר אימורים לעכב אינו ראוי היום והו"ל מוקצה מיהו בלא"ה ל"ק דל"ש והנה בהא דאמרו אם היתה שבת לא יזרוק ואם זרק הורצה לכאורה כאן הוה שני שבותים דכאן הוה מוקצה ג"כ וזריקה ג"כ שבות ולא הותר אך לכאורה בשבת ל"ש מוקצה ולפ"ז אם היה שבת ועצרת דביו"ט שייך מוקצה וכבר הארכתי בזה דאם הי' שבת ויו"ט בהדדי אי נימא כיון דכל הטעם דיו"ט שייך מוקצה משום דקיל וכדאמרו ריש ביצה והרי כיון דאיכא שבת ג"כ ל"ש להחמיר והבאתי דברי הש"ס בשבת דף למ"ד דשלמה שלח מת מוטל בחמה וכלבים רעבים והרי דוד מת בעצרת כמ"ש התוס' וא"כ הו"ל יו"ט ושבת אבל התוס' בחגיגה כ' דפליגי אהדדי וא"כ אפשר דלכך פירש"י דהיה שבת ועצרת ביחד דלא שייך מוקצה לכך אם זרק הורצה ודו"ק היטב. והנה לכאורה קשה דאמאי אם זרק הורצה הא כיון דלכתחלה לא יזרוק וא"כ אתקצי והרי שוב הוה היסח הדעת דפוסל בקדשים והוא לכאורה קושיא גדולה אמנם כיון דבשבת לא שייך מוקצה שוב לא אתקצי אלא לפ"ז בעצרת דיו"ט אתקצי שוב פסול משום היסח הדעת אמנם כיון דחל עצרת בשבת גם משום יו"ט לא אתקצי דהא לא שייך יו"ט דקיל דהא איכא שבת וכמ"ש לעיל וזה כוונת רש"י דחל עצרת ושבת בהדדי ודו"ק היטב כי חריף הוא:

ב עוד הראה לי המופלג הנ"ל הא דאמרו במגלה דף ט' תפילין ומזוזות מ"ש משום דכתיב בהו והי' בהוייתן יהו מאי תרגום שכתבו מקרא איכא וע"ז הקשה דלפי מה שנדפס

בכסא רחמים במ"ש הפייטן ביוצרות שבת נחמו דין שמע בכל לשון להתמלל בארבעה כו' ופירש הגאון מוהר"ל מפראג דהיינו דטטפת באפריקי שתים וכו' וא"כ נשמע דמותר בכל לשון וא"כ שוב יש תרגום שכתבו מקרא והשבתי דלפמ"ש בחבורי על משניות במס' ידים שם דתרגום שכתבו מקרא היינו מה שנמצא התרגום שנכתב לפי משקל העברי עד"מ אילן דבתרגום הוא אילנא ובעברי הוא אילן על משקל עברי והארכתי בזה וא"כ זהו דפריך בתפילין א"א לשנות על משקל העברי דכתיב והי' בהוויתן יהי' וא"כ לא שייך לומר תרגום שכתבו מקרא ומדוקדק מה דאמרו תפילין ומזוזות דכתיב והי' בהווייתן יהי' ולא פריך בפשיטות תפילין ומזוזות מה תרגום שכתבו מקרא איכא ולפמ"ש אתי שפיר ולדבר זה העירני במקצת החריף הנ"ל ודו"ק:

סימן פא

א להחריף מוה' שמואל.

ב מ"ש שכתב התומים דהו"ל ספק פרעון קודם הלואה והו"ל א"י אם פרעתיך דחייב וע"ז הקשה דלפמ"ש הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ז' דלכך בהו"ל למידע חייב דלא מטעם קנס קאתינן עלה רק משום דהו"ל טענה גרוע ואמרינן דמשקר ובודאי יודע ע"ש ולפ"ז שוב יקשה דהו"ל לומר מיגו דחשוד אממונא וא"ל דספק מלוה ישינה יש לו עליו דז"א דא"כ הו"ל א"י אם פרעתיך במקום דלא הו"ל למידע דאם נימא דבאמת יודע רק שמשקר שוב הוה חשוד אממונא חשוד אשבועה והשבתי דכל הטעם דא"י אם פרעתיך חייב הוא משום דבכה"ג הברי טוב והשמא גרוע כמ"ש המלמ"ל ולפ"ז זה כשטוען שמא על אותה הלואה שייך לומר דהשמא גרוע והיה לו לידע אבל כשטוען שמא על הספק פרעון קודם להלואה שוב לא שייך ברי עדיף דע"ז לא הוה שמא גרוע שאינו ע"ז הלואה ובגוף הסברא של הנתיבות ק"ל דאדרבא במקום דהו"ל למידע שוב א"י הוה טענה טובה דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק משא"כ בלא הו"ל למידע יכול לעשות עצמו מסופק ועיין תוס' ב"מ דף צ"ז בסוגיא דשאלה היום ושכרה למחר ודו"ק. והנה לפמ"ש הט"ז בטעם דא"י אם פרעתיך דחייב משום דאוקי בחזקת חיוב לפ"ז בספק פרעון קודם להלואה דשוב הספק על גוף החיוב ודאי יקשה דהא הו"ל א"י אם נתחייבתי דהספק נולד קודם הלואה ואולי אם נימא דז"ג וז"ג רק דעושה זאת לפרעון כמ"ש הנתיבות לתמוה על קצה"ח שוב הו"ל חזקת חיוב דרוצה לעשות זאת פרעון ודו"ק הן אמת דבלא"ה קשה דהא גם בלא הו"ל למידע מהראוי שיתחייב דהא אתחזיק החיוב ודו"ק אמנם נראה דהנה באמת ל"ש כ"כ חזקת חיוב דהרי מיירי ע"כ שכבר הגיע זמן פרעון דאל"כ שייך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו וא"כ עפ"י רוב פרע ול"ש כ"כ חזקת חיוב וצ"ל הטעם דברי טוב

ושמא גרוע ולכך בלא הו"ל למידע דאין השמא גרוע ולכך פטור ולפ"ז מיושב הערה הלז דבספק מלוה ישינה דהחזקת חיוב הוא חזקה גמורה ול"ש דעומד לפרע דהא יש לו ספק מלוה ישינה וא"כ שוב חייב אף בלא הו"ל למידע ודו"ק היטב ולפענ"ד היה נראה בטעם החילוק בין הו"ל למידע או לא דהנה באמת כבר אמרו בכתובות פ"ז דפרע דייק וא"כ מדלא דק ע"כ דמשקר ועיין בט"ז יו"ד סי' ס"ט ס"ק כ"ד ובנקה"כ שם ותמצא כעין סברא זו דאיך שייך שישכח דבר גדול כזה והרי דפרע דייק ולפ"ז בלא הו"ל למידע פטור ולפ"ז גם בספק פרעון קודם להלואה דלא שייך דפרע דייק שוב פטור. והנה במה דאמרו בספק מלוה ישינה דשייך שבועה משום דמלוה איתא בחזרה וקשה לפמ"ש התומים סי' כ"ה לישב קושית המהר"י בסאן דכל ספק ממון הו"ל ספק גזל וכתב התומים דספק גזל התורה התירה ע"ש וא"כ איך אמרו דיש לו ספק מלוה ישינה והא הו"ל ספק גזל וקלה ממנו דבהיתירא אתי לידי' ולמה צריך שבועה ולמה יחזיר אמנם נראה דע"ז לא טען וחייב רק דיש לו ספק מלוה ישינה ושוב חייב דדוקא ספק גזל התירה התורה אבל כאן אינו רוצה לגזול רק דיש לו ספק מלוה ישינה ולכך חייב. והנה במ"ש התוס' ריש ב"מ בהא דכ"ה פטור דלמה יהיה פטור וא"ל משום דאין אדם מעיז דא"כ בבנו דיכול להעיז כגון דאמר מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס דפטור אפילו במודה מקצת מיגו דאיבעי כפר הכל ולמה יהיה פטור ולכאורה רציתי לומר דלכך פטור שם דשייך מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ורק דספק מלוה ישינה יש לו עליו ולפ"ז לגבי בנו לא שייך זאת דלמה יתחייב לשלם ספק מלוה ישינה שהי' לו על אביו ואף דיש לו אינו חייב רק משום דנכסי דאביו אינון ערבין בי' וכל שיש ספק מלוה ישינה שוב הערב נפטר מספק ולמה יתחייב אמנם התוס' שפיר הקשו דהרי רבה הקשה דיהי' נאמן במגו דכה"כ ואם איתא דמשום ספק מלוה ישינה נתחייב שוב ל"ש מגו דשמא אין לו ספק מלוה ישינה רק על מקצת וכבר הקשה כן הפ"י וע"כ צ"ל דרבה לית ליה הך דאביי וס"ל דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ושוב יקשה דא"כ בבנו מ"ט דפטור אמנם לפענ"ד נראה לי בישוב קושית הפ"י דבמודה במקצת לא אמר אביי טעם שלו דאם נימא דאין לו ספק מלוה ישינה רק על מקצת שוב הו"ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאז הו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם וא"כ לא שייך שבועה כלל וע"כ דלא משום ספק מלוה ישינה הוא רק דל"ח אשבועתא וא"כ שפיר מקשה ואביי לא אמר רק הטעם דבמשנה דלכך נשבע משום דשם טען כלו שלו ולכך אמרינן דשמא ספק מלוה ישנה על כלו ושפיר צריך לשבע ולא הו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם. איברא דבאומר חציה שלי שוב יקשה דהו"ל מחושואיל"מ דהוה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא וצ"ע בזה ובזה יש

ליישב מה שכתבו התוס' וא"ל מדאצטריך ע"א והקשה המהר"ם שיף דע"א אצטריך במקום שא"י להעיז דאז פטור ואצטריך ע"א ולפמ"ש י"ל דא"כ לא שייך שום שבועה דנימא מגו דחשוד וא"ל משום ספק מלוה ישנה דז"א דכל דאינו מכחיש לעד רק שיש לו ספק מלוה ישינה א"כ שוב הוה ע"א כשנים כל שאינו מכחישו כמ"ש התוס' בב"ב דף ל"ד גבי נסכא דר"א ודו"ק וע"כ דע"א צריך דכ"ה פטור מגזירת הכתוב ושפיר מחייב ע"א שבועה ורבה לית ליה דאביי כלל וצ"ע בכ"ז. והנה במה שרש"י לא רצה לפרש כהתוס' דהוא גזירת הכתוב מכי הוא זה י"ל דרש"י לשיטתו דס"ל דבפקדון חייב כ"ה ואם איתא דגזירת הכתוב הוא מ"ט יש לחלק בין הלואה לפקדון ואף דכי הוא זה במלוה הוא דכתיב אבל מ"ט לחלק בין מלוה לפקדון וע"כ דהטעם הוא משום דאין אדם מעיז וא"כ בפקדון דיכול להעיז חייב ובבנו דיכול להעיז ע"ז גזה"כ דפטור משום דכתיב כי הוא זה וא"כ ממילא במלוה במודה במקצת חייב משום דאין אדם מעיז וכי הוא גזירת הכתוב ולא פלוג אבל פקדון חייב ודו"ק היטב: והנה כל מ"ש הוא שלא בעיון אמנם נתיישבתי כעת וק"ל על אביי דאמר משום ספק מלוה ישינה וקשה דא"כ למה יוכל העד להשביע נימא מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא וליכא למימר משום ספק מ"י דהרי בנסכא דר"א הקשו התוס' דיהי' נאמן במגו דלא חטפתי וכתבו דכ"ז שאינו מכחישו הו"ל כשנים ולפ"ז כאן ג"כ קשה ממנ"פ אם אתה חושדו שמשקר הרי חשוד אממונא חשוד אשבועתא וא"ל דיש לו ספק מלוה ישנה דא"כ יקשה הא שוב אינו מכחיש להעד והו"ל העד כשנים ולמה לא ישלם והיא קושיא גדולה וצ"ל דמ"מ צריך לשבע דאל"כ יהי' כשנים ומחייב ממון וע"כ כשנשבע עכ"פ הוא מכחישו וטוען שא"ח ואף דאנן תלינן שמא ספק מלוה ישנה לא בשביל זה נאמין לע"א כשנים ולהוציא ממון זה א"א ושאני נסכא דר"א דמה שטוען דידי חטפי אינו מכחישו אבל כאן הוא מכחישו וא"א להוציא ממון ע"פ ע"א ודלמא העד משקר וא"ל דא"כ למה נשביעו דז"א דאנן תלינן שמא ספק מלוה ישנה אבל לא בשביל זה נוציא ממון וז"ב.

ג ובישוב קושית המהר"ם שי"ף כתבתי הרבה וכעת נ"ל דהכי מקשו התוס' דא"כ ל"ל ע"א וא"ל דצריך בכה"כ במקום שא"י להעיז דזה אינו כיון דחזקה דאין אדם מעיז שוב אין ע"א נאמן נגד החזקה ואף דע"א נאמן לברר המיעוט נגד הרוב זה דוקא ברוב דיש מיעוט כנגדו אבל חזקה ל"ש מיעוט מיהו יש לומר דגם בחזקה דאין אדם מעיז זה בא מצד רוב אנשים דא"י להעיז אבל מיעוט יש דמעיזים ושוב העד אינו רק מברר המיעוט מתוך הרוב ונאמן העד. ולפענ"ד נראה דגם אביי ס"ל כדרבה דאשתמוטי קא משתמיט רק דלא מסתבר ליה שמשתמט בלי שום טענה היה לו להודות ולומר שאני חייב רק

שאין לי רק דיש לו ספק מלוה ישינה ועי"ז יש לו סברא לומר דמשתמיט עד שיתברר לו שאין לו ואז ישלם כשיהי' לו כנלפענ"ד ובזה מיושב קושית הפ"י דסברת אביי הוא רק בשביל דמשתמיט ודו"ק.

ד ובמ"ש יתיישב קושית התומים שהקשה בהך דחידש אביי דשמא ספק מלוה ישינה והקשה דא"כ ה"ל ספק פרעון קודם להלואה ומזה הביא ראיה להש"ך דגם ספק פרעון קודם להלואה חייב וכבר כתבתי לעיל בזה דבאמת כל שספק פרעון קודם להלואה ליכא חזקת חיוב ברור והו"ל כא"י אם נתחייבתי.

ה אמנם נראה דבאמת אם היה טוען בודאי שיש לו ספק פרעון קודם להלואה אפשר דהיה פטור דליכא חזקת חיוב אבל באמת כאן הוא טוען דאינו חייב כלל רק דאנן תלינן דשמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו אבל כ"ז להחמיר שיצטרך לשבע ולא יהי' בכלל חשוד אממונא אבל לפוטרו עי"ז זה לא אמרינן וז"ב כשמש ודו"ק. איברא דבלא"ה יש לומר דספק פרעון קודם להלואה חייב ולא הוה כא"י אם נתחייבתי לך דכל הטעם דא"י אם נתחייבתי דפטור וא"י אם פרעתיך חייב נראה כמ"ש הרשב"א דספק אם הי' תנאי אם תלוי בקום ועשה יש לומר דלא נעשה הדבר ולפ"ז כל שספק אם נתחייב כלל יש לומר דלא התחיל מעשה החיוב אבל כל שנתחייב בבירור ובודאי נעשה המעשה רק ספק אם פרע שוב להיפך אמרינן דלא נעשה המעשה לפטור ולפ"ז בספק פרעון קודם להלואה א"כ החיוב של הלואה ודאי רק דזה יש לו ספק שמא פרע וזה הוה ספק שמא לא נעשה ושוב הו"ל כא"י אם פרעתיך דהא מעשה החיוב דהלואה ודאי וזה בא לעקור שמא פרע ושפיר נתחייב וז"ב ודו"ק היטב. והנה במ"ש למעלה דע"א אינו נאמן נגד החזקה ודחיתי זאת דע"א מברר המיעוט שהוא מהמעיזים וא"כ אינו נגד החזקה דהחזקה אינו רק מכח רוב ב"א שאינם מעיזים. וכעת נראה דכוונת התוס' דל"ש לומר דהתורה כתבה ע"א רק על המיעוט והתורה ע"פ רוב נאמרה וכיון שע"פ הרוב אינו מעיז א"כ בלא"ה לא יעיז ול"צ לעד ורק דאצטריך בכה"ג שהוא על מיעוט זה ל"ש לומר דהתורה כתבה רק ע"פ המיעוט ולכך כתבו דנ"מ בתבעו בספק ע"פ ע"א וזה שכיח גם ברוב אנשים. והנה מה שהקשה הגאון מוה' משלם ז"ל והא יוכל לתבעו אח"כ ויהיה מחושואיל"מ ובזה לא מועיל ע"א הנה כבר כתבתי הרבה בזה בכמה תשובות. וכעת נראה בפשיטות דבשלמא אם ע"א בא רק לחייב שבועה שפיר יש לומר דבמקום דהוה מחויב שבועה ואיל"מ לא מועיל הע"א דאינו בא לממון אבל אם לא משכחת ע"א רק בתובעו בס' ע"פ ע"א א"כ יהיה תמיד מחושבואיל"מ כיון שכוה"כ חייב שבועה וא"כ ע"כ האמינה תורה לע"א אף דהוה מחושואיל"מ דאל"כ מה מועיל ע"א והא יוכל להוציא מידו אח"כ. והנה בגוף

הדבר דע"א ל"מ כשהוא מחושואיל"מ נראה לפענ"ד דהנה כשם שדבר ולא חצי דבר ולא מהני חצי דבר אף בשני עדים ומטעם דהתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר ה"ה כשאינו רק ע"א לא הוה רק חצי דבר ול"מ לחייב ממון אבל שבועה הו"ל דבר שלם וע"ז לא הצריכה תורה שני עדים ולפ"ז במחשואיל"מ ל"מ ע"א דלזה צריך שני עדים דע"פ ע"א לא מקרי דבר רק חצי דבר. והנה זה רבות בשנים שמעתי בשם הגאון בעל פני משה על אהע"ז שאמר בטעם חצי דבר דל"מ דהרי אמרו בגיטין דף ס"ז דדיבורא מקרי ואמרו מעשה לא קעבדי וכתבו התוס' דכל דבר שבא מעשה על ידו זה לא מקרי חצי דבר ע"ש ולפ"ז כל דהוה חצי דבר ולא בא מעשה עי"ז שוב מקרי חצי דבר ודפח"ח ואני כתבתי בזה בתשובה דמה"ט שיטת הרי"ף גבי עדי חזקה דכל דמועיל לענין פירות לא מקרי חצי דבר משום דכל דבא מעשה על ידו לא מקרי חצי דבר ולשיטת התוס' לא א"ש ולפ"ז גם ע"א דכל דאינו בא רק לשבועה וזה יכול לשבע ויפטר לא מקרי דבר ושייך מקרי ואמרי ועיין ט"ז אהע"ז סימן ז' שכתב כעין זה לענין ע"א בקטטה ע"ש ולפ"ז כל שהוא מחושואיל"מ שוב לא הוה חצי דבר ומהראוי להאמינו וצ"ע כי לא כתבתי רק לפלפול. והנה במה שהבאתי לעיל קושית הר"י בסאן דגם בממון שייך ספק איסור גזל ותירץ דגם לחבירו יש ספק גזל מזה קשה לי על מה שלמדתי בר"ח כסליו תרל"ג בהא דאמרו בב"ב דף צ"ג דאמרי לה דינא ואמרי לה קנסא והביא בשטמ"ק בשם הר"י חסדאי דאם נודע שלא עבר בהדיא כיון דאיכא ספיקא אי דינא אי קנסא המע"ה וא"צ לתת יותר מרובע ע"ש והנה כאן קשה דהו"ל ספק גזל ול"ש לומר דגם לחבירו הוה ספק גזל דזה אינו דכל הטעם הוא דמחל אבל ספק גזל ליכא וצ"ע גם במ"ש שם דקנסא מקנסא לא ילפינן גם זה צ"ע ברמב"ן בספר המצות גבי מ"ש במצוה לא תצא כצאת העבדים ע"ש:

סימן פב

א הכו"פ סוף סימן ס"ג כתב דהא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב הוא אף דחזקה מסייע לקורבא והביא ראיה מאשה שחזקתו מהמקור אף דאיכא עליה דמקרבא והאשה בחזקת היתר עומדת וכן שורפין תרומה וקדשים אף דיש להם חזקת היתר ע"ש. ובאמת שלפענ"ד אין מזה ראיה כמ"ש הריטב"א בעירובין דאנו דנין על המסבב וא"כ אף דאשה בחזקת היתר או דהתרומה וקדשים הן בחזקת היתר אנו דנין על המסבב ולא המסובב ממנו אך אני ציינתי על הגליון דברי התוס' דף מ"ז ד"ה ואין שהקשו כיון דלא ילפינן מסוטה נוקי אשה בחזקתה ונטהר אפילו ברה"י וכתבו וי"ל משום דדמי החדר מצויין ביותר כדאמרו בב"ב דף כ"ד רוב ומצוי קאמרת ולא קחשיב חזקה וקורבא לגבי רובא אלא בפלגא ופלגא. והנה מבואר הדבר דחזקה וקורבא לא מועיל לגבי רוב מיהו שם

מבואר דהוה פלגא ופלגא ועכ"פ רוב אינו דוחה לגמרי החזקה וקורבא וגם שם הוה רוב ומצוי ועדיף משאר רוב דאינו מצוי. מיהו לפמ"ש אין קושיא של התוס' קושיא דחזקת היתר דאשה היא המסובב והסיבה הוא העיקר וע"כ דהתוס' לא ס"ל כן. והנה דברי התוס' שם בתחלתו שהקשו ממנ"פ ברה"י טמא וברה"ר טהור וכתבו מסוטה לא ילפינן טומאה דאתי ע"י ראי' גופא כדפירשתי לעיל בדף ב' ולא זכיתי להבין דלא מצאתי שם רק דגם ברה"ר לא נטהר בקדשים משום חזקת טהרה כיון דאיכא ריעותא מגופא וא"כ שוב אף ברה"ר מהראוי לטמא וגם להתירוץ השני שבתוס' דטומאת ראי' לא יליף מסוטה ג"כ קשה וע"כ לא זכיתי לעמוד בענין זה ועיין מהרש"א ומהר"ם ריש נדה מ"ש בתוס' שם ובאמת ענין החזקות הם עמוקים מאד. וגם דברי הריטב"א בעירובין הנ"ל ג"כ יש סתירות בזה וד' יאיר עיני. אמנם בגוף דברי הכו"פ הנ"ל מצאתי בשיטה מקובצת ב"ב דף צ"ב בהא דאמרו סברוה דרובא וחזקה כהדדי נינהו והקשה בשטמ"ק שם בשם הראב"ד דכיון דכהדדי נינהו וא"כ היאך מוציאין ממון מבעל הגמל הא חזקת ממון יש לו ומה אולמא הך חזקה מחזקת ממון וכתב דכיון דהך חזקה וקורבא א"כ ה"א דיכולין להוציא ממון ואפ"ה אין מוציאין לת"ק ע"ש א"כ מבואר דגם חזקה וקורבא לא מועיל ומיהו שם ליכא רוב כנגדו ודו"ק.

ב והנה אזכיר במה דק"ל שם בסוגיא דלא קיי"ל כרשב"ג אף דגם בברייתא קי"ל כרשב"ג כמ"ש התוס' בב"מ דף ס"ט ועיין ש"ך חו"מ סי' קע"א כיון דהמשנה דב"ב נגד הברייתא לא קיי"ל כרשב"ג ועיין שיטה מקובצת שם ד"ה ולענין ודו"ק. אח"כ נתיישבתי דאכתי יש ראיה דחזקה וקורבא ל"מ נגד הרוב דהרי מסיק בש"ס דרב דאמר אפילו לת"ק ע"כ לא קאמר ת"ק דלא אזלינן בתר חזקה אבל בתר רוב אזלינן והיינו אף דיש חזקה וקורבא אפ"ה אזלינן בתר רובא דעלמא ואף לשמואל מחלק הש"ס דהוא ס"ל דרב אחא לא אמר רק משום דהוא מוחזק וע"ש ברש"י. ובאמת שאין לזה ביאור אבל יש לומר דהיינו דחזקה הוה כאומדנא כיון דזה עומד בצדו אבל לא מטעם קורבא ודו"ק ועיין בשבועות דף ל"ד דר' אחא אזיל בתר אומדנא אבל לא מטעם קורבא ואולי קורבא הוה מטעם כנכ"ה אבל באמת הנמוק"י מחלק בין איסורא לממונא בזה וצ"ע בכל זה:

סימן פג

א להרב מוה' ישכר מסקאהל נ"י.

ב אשר הראה לי דברי הש"ס ב"ק דף י"ד תנא שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש בהם אחריות והתניא ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין הבמ"ע ביתמי ופירש"י דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח דיש לומר שמא לאחר מיתת אביהם קנאם

וע"ז הקשה דלמה לא פירש"י כמו בכל מקום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דלא עלייהו סמך שיוכל למכרם ולהבריחם וגם לפי פירש"י דהכא אם יהיה נודע שהי' לאביהם מטלטלין אלו יוכל לגבות וז"א כדמוכח בפסחים דף ל"א יעו"ש ובכמה מקומות. והנה באמת אף במטלטלי שהי' ידוע לאביהם אינו גובה מיתומים ועיין בשיטה מקובצת בב"ק כאן שהביא מחלוקת בזה והסכים דאינו גובה.

ג אמנם יש לומר כיון דבמטלטלי לפעמים יוכל לומר דאחר מיתת אביהם קנאו לכך לא סמך דעתו על המטלטלי ולכך אינו גובה אף ממטלטלין שהי' בחיי אביהם אמנם קושיא הראשונה קשה. אמנם נראה דע"כ לא שייך סברא זו דלא סמך דעתו על מטלטלי רק מבע"ח דזה בא לו מדעתו וע"כ דסמך שיוכל לגבות שוב אמרינן מצד הסברא דלא סמך על מטלטלי וא"כ אין שעבוד שלו על המטלטלין והוה כמו למ"ד של"ד דאין השעבוד חל עליהם אבל בנזקין דבא לו שלא מדעתו ולא שייך ענין סמיכות דעת לא על מקרקעי ולא על המטלטלין חל השיעבוד עליהם וגם נזקין הו"ל מלוה הכתובה בתורה וא"כ שוב גם על המטלטלי היה השעבוד רק שיכולין לטעון דקנאו אחר מיתת אביהם ולכך פירש"י כן ובאמת שהדבר מוכרח דהרי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ל"צ קרא ואמרינן בכ"מ מצד הסברא כן וא"כ קשה למה צריך הכא קרא דאין ב"ד נזקקין וע"כ דנזיקן שאני ודו"ק. ובזה מדוקדק מה שאמרו אין ב"ד נזקקין דלא אמר בפשיטות דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דלא משתעבדי לב"ח אבל נזקין שאני ולכך בעי קרא ועיין בב"י חו"מ סימן ק"ו דמביא שם דמצוה לפרוע חובת אביהם אף ממטלטלין מביא בשם הרשב"א דיוכל הב"ד לכוף כשיש שם יורשים ובמטלטלין של אביהם הידועים ע"ש ולדברי הרשב"א צריך לומר דמה דאמרו מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי היינו במטלטלין שא"י או שאינם כאן או שהם קטנים וצ"ע בפסחים דף ל"ג שם. והנה מכאן מבואר דאין הב"ד נזקקין אבל מצוה איכא ומה דאין הב"ד נזקקין היינו במטלטלין שא"י שהם של אביהם וכפירש"י דשמא קנאם לאח"מ. והנה הסמ"ע הביא שם דעת הפוסקים דניהו דאין הב"ד צריך לכופן אבל הרשות בידם ועיין בש"ך. ולפענ"ד מכאן ג"כ משמע דרק שאין הב"ד נזקקין אבל אם ירשו הרשות בידם ויכולין לכוף. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה כל הטעם דאין כופין הוא משום דמצות כיבוד הוא מ"ע שמתן שכרה בצדה ואין כופין ולפענ"ד להסביר הדברים דבאמת מצות כיבוד אינו רק משל אב ולפ"ז לאחר שמת האב וממילא נפקי הנכסים של האב להבנים וירושה ממילא הוא שוב ל"צ לכבד דכיבוד הוא רק משל אב רק במקרקעי דהוה כמו ערב דנכסי דאינש אינון ערבין בי' וא"כ לא התחיל לכנס לרשות היורשים דנכסי דאינש אינן ערבין

בי' וא"כ ממילא הוא של המלוה אבל במטלטלי דלא שייך ערב דהא יכול להבריחם ושוב נעשו המטלטלי של הבנים ושוב א"צ לכבד דכיבוד הוא משל אב ועיין רש"י בב"מ דף ס"ז דביאר ענין מטלטלין לא משתעבדי הוא דשאני קרקעות דהן ערבים משא"כ מטלטלי והוא כמ"ש וא"כ אף דמצוה על היורשים לפרוע חובת אביהם היינו משום מצות כיבוד וכיבוד אינו רק משל אב ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש שוב חפשתי בספרים ומצאתי בתומים שבסימן קי"ב ס"ק ה' הרגיש בדברי רש"י הלז ונדחק יעו"ש:

סימן פד

א הנה עלה ברעיוני במה שהאריך המשנה למלך פ"י מגירושין הח"י בשם הרדב"ז דכל שפרסה נדה לא שייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דהא חזינן דלא חש לאיסור כרת ע"ש והמלמ"ל הסכים בזה. ולפענ"ד ראיה ברורה מהא דאמרו בגיטין פ"א ע"ב דב"ש סברי אדם עושה בעילתו בעילת זנות והקשו התוס' שם דהא ביבמות דף ק"ז ס"ל לב"ש דאין אדם עושה בעילתו ב"ז ע"ש ולפמ"ש יש לומר דב"ש וב"ה לשיטתייהו כמ"ש התוס' בגיטין דף ע"ט ע"ב דב"ש ס"ל דלא יגרש את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר וא"כ שוב הו"ל מחזיר סוטתו ואסור ושוב כל דלא חש להחזיר סוטתו כמו כן לא חש לאיסור ב"ז בלי קידושין. מיהו זה אינו דאדרבא נימא דלא קידש ולא עבר על מחזיר סוטתו ג"כ כדאמרו בקידושין ע"ח ומודים במחזיר גרושתו שבעל ולא קידש אינו לוקה דרך ליקוחין אסרה תורה וגם מחזיר סוטתו בכלל דמחד קרא נפקי ועיין יבמות דף י"א ע"ב וברמב"ם פי"א מגירושין. אמנם לפ"ז לפמ"ש התוס' בקידושין דף נ"א דקידושין שאין מסורין לביאה דלא הוה קידושין לאביי הוא דוקא אם ע"י קידושין נאסרו. ולפ"ז לפמ"ש הרשב"א שם דגם רבא מודה בקידושין שאין מסורין לביאה בודאי אינו קידושין רק בקידש אחת משתי אחיות דיוכל להתברר בכה"ג הוה קידושין ע"ש א"כ כאן דאם יקדש ובעל אז יהי' קידושין שאמ"ל דע"י הקידושין נאסר שוב שייך אדם עושה בעילתו ב"ז דהא ע"י הקידושין אמ"ל ושפיר ס"ל לב"ש דאדם עושה בעילתו ב"ז דאף שקידש לא מקרי קידושין והוה רק כסתם ביאת זנות ומיושב קושית התוס'. איברא דלפ"ז יקשה מ"ט דב"ה דבהך גונא דאמרו ב"ש דא"צ גט ומיירי שגרש במצא ערות דבר בכה"ג אף שקידש דלא הוה קידושין דאמ"ל א"כ בכה"ג גם ב"ה מודים דהוה בעילתו ב"ז כל דבא ע"י קידושין כמ"ש התוס' ד"ה ב"ש והיא קושיא נפלאה וע"כ דלא ס"ל כשיטת הירושלמי.

ב ובאמת צ"ע דברי הירושלמי דפירש טעמא דפוטר בגט ישן דאזלי ב"ש לשיטתייהו וכן כאן אזלי לשיטתייהו והא ע"כ מיירי ב"ש וב"ה בחד גוונא וא"כ בכה"ג גם ב"ה מודים וצ"ע. שוב ראיתי במהר"ם שיף כאן שכתב דלפמ"ש התוס' בדף ע"ט יש ליישב

כאן קושית התוס' ולא ביאר כלל. ולפמ"ש אי אפשר לומר כן כמ"ש ודו"ק. והנה דרך אגב אזכיר מה דאמרו ביומא דף נ"ד נתגרשה קאמרת נתגרשה חזרה לחיבתה הראשונה ופירש"י בתחלת ביאתן שאין גסין זה בזה והרי כאן מבואר דמן הנשואין גסין זה בזה לכ"ע ושם הוה כנשואין כמ"ש המפרשים ועיין בהקדמת הפלאה וצ"ע ואין מתישבין באגדה כמ"ש הרשב"א במגלה דף ט"ו ועיין פרשת דרכים סוף ספרו מ"ש בשם המהרי"ט ואין אתי כעת וצ"ע דלב"ש בודאי מן הארוסין מותר שהרי רבנן דפליגי אר"י בר כיפר ביבמות דף י"א פרש"י דאשר הוטמאה לרבות סוטה שנסתרה וכתבו התוס' דהא דאפקי' מפשטת הלשון דקאי במחזיר גרושתו משום דבעילת היתר לא שייך אשר הוטמאה ולב"ש הרי מחזיר גרושתו ג"כ הי' בעילת איסור ודו"ק היטב. איברא דלפ"ז יקשה במחזיר גרושתו שוב לא הי' קידושין תופסין דהו"ל קידושין שאין מסורין לביאה ובאמת מצאתי במקנה בקידושין שעמד בזה בדף נ"א שם וע"ש מה שנדחק אמנם באמת אף אם נימא דגלי קרא לשוב לקחתה שיהי' בה ליקוחין אבל עכ"פ לומר שבודאי בא לשם קידושין מה דבאמת הוי קידושין שאין מסורין לביאה זה ודאי לא אמרינן ולכך הוה ב"ז:

סימן פה

בשביעי של פסח הוגד לי קושיא בשם הגאון שאגת ארי' שהקשה ביומא דף פ"א דאמר ריש לקיש מפני מה לא נאמרה האזהרה בעינוי משום דלא אפשר וכו' והקשה לכתוב השמר לך פן לא תעונה א"כ נפישי לאוי דהשמר הוא לאו ופן הוא לאו ופירש"י דלמא לא רצתה התורה שיעבור בשני לאוין וע"ז הקשה ממנחות דף צ"ט דר"ל אמר כל המשכח ד"ת עובר בלאו שנאמר השמר וכו' פן תשכח ורבינא אמר עובר בשני לאוין והקשה לפי מה דנראה דר"ל לא ס"ל דהשמר פן הן שני לאוין א"כ מה משני אליבא דר"ל דנפישי והיא תימה גדולה ואמרתי דלפענ"ד ר"ל ס"ל גם כן דהשמר פן הוא שני לאוין רק דשם לא רצה ר"ל לחשוב השני לאוין דאין נ"מ דהמשכח אינו לוקה ע"ז דהוה לאו שאין בו מעשה וא"כ מה נ"מ דעובר בשני לאוין או בלאו אחד סוף סוף איכא איסור ולענין מלקות ליכא דהוה לאו שאין בו מעשה ור"ל אליבא דרבנן אינו לוקה על לאו שאין בו מעשה דמה דאמר ר"ל בשבועות דאינו לוקה דשום דהוה ה"ס היינו אליבא דר"י וכמ"ש התוס' אבל כאן יהי' לוקה שמנים א"כ נפישי לאוי וגם ר"ל מודה דהוה לאוין שתים ודו"ק:

סימן פו

הנה אירע מעשה שבליל יוה"כ נכנס אחד לבית הכסא עם הקיטל ולאשר היה חשך נטנף הקיטל בצואה והנה צריך ללבוש הקיטל ואמרתי כי מותר לצוות לנכרי לכבס הקיטל במקום הטינופת והטעם שלי כי גדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת דדבריהם כמבואר

בברכות דף י"ט ועיין בטוש"ע סי' ש"ג ביו"ד ועיין באבן העוזר בחידושיו לברכות מה שתמה בזה על הש"ע ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק או"ח סי' ל"ה שגם הוא האריך בזה וכאן לא הוה אלא שבות וגדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת של דבריהם ומפני כי הי' יוה"כ ולא הי' לי פנאי לעיין ע"כ רשמתי כאן וברצות ד' אשים עיני בזה בל"נ ועיין ביו"ד סי' שע"ב ובמג"א סי' י"ג ובמגן גבורים שם:

סימן פז

בגיטין דף מ"א כופין את רבו ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על חצי דמיו ראיתי בהגהת הב"ח שנדפס בש"ס שכתב בזה"ל צ"ע בברכות דף מ"ז ע"ב וכוונתו דשם מקשה על ר"א דשחרר עבדו דאיך עביד הכי והא עובר בעשה ומשני משום דמצוה היא ואקשי מצוה הבאה בעבירה היא ומשני מצוה דרבים שאני וא"כ כאן דאינו מצוה דרבים למה יכופו את רבו לעבור בעשה ובזה ניחא מה שלא ציין גיטין ל"ח דאיתא ג"כ כן משום דשם לא אמרו בש"ס רק מלוה שאני וא"כ גם כאן יש מצוה שיקיים העבד פ"ו אבל בברכות דלא סגי לי' להש"ס בזה רק דמצוה דרבים שאני וכאן אינו מצוה דרבים ושפיר הקשה הב"ח ובאמת השינוי שבין ברכות מ"ז ובין גיטין עמדו עליהם האחרונים ועיין מ"א סי' צ' והרבה אחרונים ועכ"פ קשה כאן אך לפענ"ד לשון הש"ס מרפא מה ששנו חכמים בלשון המשנה כאן וכותב לו שטר על חצי דמיו לאיזה צורך נקט זאת ופשיטא דמחוייב לשלם לו ולמה יפסיד להרב חצי חלק עבדות ואף שאין לו לעבד לשלם כותב שטר על דמיו אך נראה דהנה אמרתי במה שהאריכו האחרונים בנשתטית להתיר ע"פ מאה רבנים כמ"ש הב"ח וכל האחרונים ואם אין לו לבעל דמי הכתובה האריך הצ"ץ דאפשר דתקנת הגאונים כהיתר מאה רבנים והשלשת הכתובה דוקא במזומנים ולא בנתינת השטר והגאון מוהר"ח כהן התיר בנתינת השטר והנה הר"ח כהן לא כתב טעם ברור בזה והנה כתב אלי הרב החריף מוה' יצחק חיות מבראד דלדעתו יש ראיה מהא דכופין את רבו ועושה ב"ח וכותב לו שטר על חצי דמיו דאלמא משום מצות פ"ו התירו לתת שטר על חצי דמיו כל שאין לו דמים מזומנים וה"ה בזה ולכאורה דבר גדול דיבר בזה אמנם לפענ"ד יש לדחות דהנה בקידושין דף כ"ג מבואר דעבד כנעני קונה עצמו בכסף ע"י אחרים או בשנתן לו מעות ע"מ שאין לרבו רשות בו לכל מר כדאית לי' ועכ"פ כיון שיש לעבד זכות לפדות עצמו בכסף ע"י אחרים או כשיש לו מעות א"כ בזה אין הרב עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו ולכאורה קשה בהך דר"א למה לא אמר הריני כאילו התקבלתי מעות מעבד עצמו או מאחרים ואינו עובר בעשה אמנם באמת דבר זה למדתי מתורת הפ"י בב"ק דף ק"י גבי כסף כפרה דאין הכהן יכול לומר הריני כאלו

התקבלתי בדבר שלא הי' לו זכייה יעו"ש וכך אני אומר דזה שצריך לפדות עצמו א"כ ל"מ שיאמר הריני כאלו התקבלתי דזה גופא עובר על עשה דהרי לא קבל כלום ורק דע"י שרוצה לשחרר אומר הריני כאלו התקבלתי וזה אינו מועיל דסוף סוף משחררו בחנם אין כסף ולפ"ז נראה דלכך אין הב"ד עוברים וגם הרב אינו עובר דכיון דהעבד נותן שטר על חצי דמיו א"כ הוה כאילו העבד פודה עצמו ע"י נתינת השטר ומחייב עצמו והתורה נתנה לו זכות זה שיכול לפדות עצמו ומה שאין נותן דמים רק בשטר ע"ז יוכל לומר הריני כאילו התקבלתי דמים דשטר היינו דמים ואינו עובר ולכך נקט לשון ונותן שטר על חצי דמיו ולפ"ז זהו שם אבל כאן היה התקנה לזכותה שתוכל לפרנס עצמה וא"כ כל שאינו נותן דמים ושטר מי יודע מתי יבא לידי גוביינא ב"כ וב"כ לא יהיה לה ממה לפרנס עצמה אולי אינו מועיל וז"ב ודו"ק ובזה יש מקום ליישב קושית התוס' שהקשו דכי אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירך ולפמ"ש הא במה שמקבל שטר הוה כפודה עצמו מן הרב ואולי מה שמקבל שטר ואינו דמים ממש זה הוה חטא אבל עכ"פ בזה מועיל התקבלתי דהא הב"ד כופין אותו לשחררו וא"כ קבלת שטר ג"כ הוה כקבלת כסף ודו"ק. והנה הרשב"א כתב דלכך היה מותר לשחרר בשביל מצוה כיון דעשה לטובתו הוה כמו שמכרו בכסף יעו"ש והקשה המג"א סי' צ' הא בברכות פריך והא הוה מצוה הבאה בעבירה וכ"כ בזה במ"ג וביד שאול סימן רס"ד וכעת נראה דהנה לכאורה קשה הא לא הוה בעידנא דבעת ששחררו עוד לא קיים מצוה וא"כ לא קיבל הכסף בעדו ועבר בעשה דלעולם בהם תעבורו וצ"ל דשחררו בעת שהשלים לעשרה ולפ"ז שוב הוה שחרורו והמצוה בא כאחד והוה מצוה הבאה בעבירה דהא לא שחררו רק בעת השלימו לעשרה א"כ אז נעשה העבירה ובפרט בברכות שם דהיו תרי ושחרר חד והנה העבד שמצטרף לעשרה הוא עשה החיוב דכל שלא שחרר והי' תרי ולא היו מצטרפין ולא הי' כאן מצוה כלל ואימתי בא המצוה בעת שצירף לזה ושחרר לזה אין לך מצוה הב"ע גדולה מזו וכיוצא בזה כתבו הקדמונים דלכך גזרו בהזאה משום שמא יעבירנו ולא גזרו במילה משום דכל שלא הזה לא התחיל חיוב המצוה וא"כ ה"ה כאן אימתי הי' מצטרף העבד בשעה שהשלים זה לעשרה ושחררו ג"כ הוה מצוה הבאה בעבירה וע"ז משני דמצוה דרבים שאני ולא צריך בעידנא כמ"ש המ"א סי' רמ"ז בשם השבלי לקט א"כ שוב שחרורו קדים ולא הוה עבירה כיון שצריך להמצוה ודו"ק ובזה מיושב שינוי הסוגיות מברכות לגיטין דף ל"ח וכעין מ"ש במ"ג שם:

סימן פח

א הנה נשאלתי מהרב החריף מוה' ארי' ליבוש נ"י אבד"ק זאריב במה שאירע ששותפין הי' להם עסק גראלניע ואחד מהשותפים עד"מ ראובן קבל לאחד ושמו שמעון בחצי חלקו שהי' לו בעסק וקיבל ממנו שלש מאות ר"כ להיות להיזק ואם יצטרך מעות יתן לו על חצי חלקו לפ"ע שמנה עשרה למאה וכעת כלה העסק וטען זה שהי' היזק בהעסק ויתחייב לשלם לו מביתו הקרן עם רווחים וזה טען שיראה לו החשבון והנה ישב הרב מזאריב עם הרב מוה' מאיר ני' אבד"ק בורשטין והנה הרב מוהר"ל הנ"ל טען הא באמת א"צ לשלם מביתו כמבואר בסי' קע"ו ס"ו והיא שיטת הרמ"ה והט"ז בסי' צ"ג ובש"ך סי' קע"ו האריכו בזה והקצה"ח חידש בסי' קע"ו דאם קיבל בעיסקא נאמן זה על העיסקא וזה הו"ל א"י אם פרעתיך וכ"כ בנתיבות סי' צ"ג שם וע"ז טען הרב הנ"ל דמלבד דכאן לא הי' עצה"ע רק שכתב שישלם לו לפי ערך ח"י למאה אף דגם אם הי' בעיסקא הרי גם בעיסקא אם הי' ידוע בבירור שהיה היזק לא נתחייב ברווחים רק שא"י לברר וכאן שזה טוען שהי' היזק בבירור איך יתחייב לשלם והאריך בזה והנה לכאורה זה הטענה השניה וגם הראשונה אינו רק על הרווחים ולא על גוף הקרן אמנם באמת אין זה טענה דהוא חושב שראובן הוא המלוה ושמעון הלוה וא"כ כשלא עשה היתר אסור לקחת ריבית וגם בעשה היתר כל שיודע שהיה היזק אסור ליקח אבל זה אינו דראובן אינו רק שליח בשביל שמעון ולצורך השותפות הלוה מן המלוה ונמצא שמעון זה נתחייב למלוה הראשון דהיינו המלוה להשותפות וראובן הי' שלוחו של שמעון והמלוה לוה ע"ז העסק ואף שהמלוה לא ידע משמעון הלז וגם שמעון לא ידע מ"מ העסק הוא הלוה והמלוה לוה לעסק זה כך וכך וראובן אינו רק שליח ושליח הי' הבטוח אבל כלם חייבין להמלוה וכיון שכן כיון ששמעון א"י לברר ההיזק דדלמא בעסק אחר הי' לו ריווח ואלמלא המעות הלז הי' צריך למעות שהי' לו בעסק אחר ושוב נתחייב לשלם להמלוה הריווח וגם שמעון נתחייב דראובן נעשה שלוחו וז"ב כשמש. אך גוף דברי הקצה"ח אשר חידש דהו"ל א"י אם פרעתיך לפענ"ד יש להשיב דכל הטעם דא"י אם פרעתיך דחייב הוא משום דאוקי ממונא בחזקת חיוב כמו שהי' עד עתה וא"כ ל"מ בנ"ד דזה הי' שותף ולא עשה שום דבר וא"כ לא הו"ל למידע ופטור אלא אף אם הי' לו לידע ולא ידע נראה לפענ"ד דזה דוקא בלוה באמת ונתחייב אבל כאן זה באמת לא לוה ולא נתן רק שלש מאות ר"כ להיזק רק שכתב לו שאם יצטרך העסק עוד מעות יתן לו לפ"ע ח"י למאה א"כ זה לא ידע כלל אם לוה ואף אם לוה שמא הי' ריוח או עכ"פ לא הי' היזק וא"כ עכ"פ אי אפשר לחייבו רק משעה שמברר שהי' היזק וא"כ שוב הו"ל א"י אם

נתחייבתי וא"ל דלמפרע נתחייב כל שמברר כעת שהי' היזק נתחייב למפרע דזה אינו דהדבר דומה למ"ש הריטב"א הובא בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"ח בהא דאמרו לימא תיהוי תיובתא דר"נ כתב וז"ל דהרי זה כאומר א"י אם הלויתני וכו' ואפילו למ"ד התם דשואל חייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה דאיתא בעינא כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה משתעבדי למפרע נכסי משעת משיכה וכו' ע"ש וכאן בנ"ד הוה כ"ש משום דשם עכ"פ נתחייב משעת משיכה אבל כאן כ"ז שלא הי' עדן היזק בעסק בודאי לא נתחייב הלה וכל החיוב הוא כשיהי' היזק א"כ שוב הו"ל כא"י אם הלויתני דפטור וגם לפמ"ש האחרונים דטעם א"י אם פרעתיך דמהראוי לעמוד דבר בחזקתו שלא נעשה מעשה הפרעון אבל כאן לא שייך זאת דאטו נודע הלואה שאתה מעמיד הדבר בחזקת שלא נעשה הפרעון הלא ע"ז אנו דנין אם הי' כאן הלואה או שאף אם הי' הלואה לא הי' היזק בהעסק ופטור הלה מלשלם מביתו וז"ב. והנה בטעם דאיני יודע אם פרעתיך דחייב לכאורה הי' נראה לי דבר חדש דהו"ל מחושואיל"מ דבאמת כל שמודה שלוה רק שא"י אם פרע שוב הו"ל כמודה במקצת דכמו דבמודה מקצת טענתו חזינן שזה תובע עכ"פ במקצת ואלים החזקה דאין אדם תובע מכ"ש כשמודה בכלו רק שא"י אם פרע עכ"פ הוה בכלל מודה במקצת ואמרינן חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו דאילו היה פורע לו לא הי' תובע אותו ושאני א"י אם הלויתני דלא הודה כלל אבל א"י אם פרעתיך הרי הודה עכ"פ שחייב לו ולכך בלא הו"ל למידע פטור דהרי בלא הו"ל למידע לא שייך מחושואיל"מ להרבה פוסקים ובזה גם דינו של הט"ז במטבע מזוייפת דזה אינו מודה כלל שהוא טוען שפרע בבירור ורק שיש ספק במטבע בודאי פטור ולפ"ז בנ"ד ודאי פטור דזה לא מודה כלל ולפ"ז בשבועת שומרין דודאי מודה הו"ל א"י אם פרעתיך מיהו יש לומר דאם אינו חייב עד שעת ההיזק שוב לא מודה כלל ויש להאריך בזה. אך גוף הדבר דהו"ל כמודה במקצת זה דבר חדש דלשיטת התוס' בכתובות י"ח דמודה במקצת הו"ל כגלגול שבועה ל"ש בא"י אם פרעתיך וגם תלוי אי שייך ש"ד בא"י והש"ך בסי' ע"ה סותר דבריו מס"ק נ"ו לס"ק ע"ה ע"ש ודו"ק. ודרך אגב אכתוב במה שעוררני אחד מהלומדים במ"ש בשו"ת השיב משה חלק חו"מ סי' פ"ח בראובן ושמעון שותפין שלוו לצורך השותפות בדרך היתר עיסקא וראובן לבדו חתם על השטר וקנו סחורה בעד המעות והלכו לדאנציג ומכרו שם הסחורה בהיזק רב והמלוה טען לראובן שישלם לו החוב עם רווחים והב"ד פסקו שישבע שלא הרווחתי וזה לא רצה לשבע ושלם הרווחים וע"ז נסתפק אם שמעון חייב לשלם לראובן במה ששלם הרווחים והרי היה יכול לשבע

והעלה דא"צ לשלם לו ומטעם דזה מציל עצמו בממון של חבירו במה שלא רצה לשבע דחייב לשלם כמבואר בסי' שפ"ח ע"ש שהאריך:

ב והנה נשאלתי גם מהרב החריף מוה' אורי וואלף סאלאט נ"י בזה ואני לא ראיתי שו"ת השיב משה הנ"ל ואמרתי בפשיטות דלדעתי כל שותף מחוייב להיות חייב כל היזיקות שיגיע לשותף השני וגם זה הוה בכלל היזק שכיון שא"צ לשבע וכל איש הירא וחרד לדבר ד' אינו רוצה לשבע אף באמת אדעתא דהכי נחתו להשותפות שאם יוכל להתפשר בעד השבועה גם חבירו יכנס בזה ההיזק דאל"כ לא ירצו ללות כ"א שיחתמו שניהם ולפ"ז אם יקרה שאחד בטוח יותר ואין המלוה רוצה בחיוב השני רק שזה לבדו יחתום ויארע קלקול לעסק ובודאי נכנס לזה שזה יוכל להתפשר וכמבואר בסי' קע"ו ששותף יכול לפשר כפי מה שרואה להתפשר ומ"ל גוף הממון או השבועה ול"ד למציל עצמו בממון של חבירו דהא כאן הוא מציל עצמו בממון שלו ג"כ רק שממילא מגיע גם להשני היזק ופשיטא שפטור מלשלם שהרי לא עשה מעשה בידים וגם לא קלקל ולא פשע רק שא"ר לשבע אף באמת וזה דרך אנשים סוחרים שמתפשרים בעד השבועה וז"ב. והנה מה שהאריכו הסמ"ע והש"ך בסי' פ"ו ס"ז דאם היורש אינו רוצה לשבע חוזר עליהם ודעת הסמ"ע דוקא מהנכסים שירש מאביו אבל לא מנכסי עצמו והש"ך כתב דכל שא"ר לשבע והוה כמזיק בידים וחייבים לשלם מנכסי עצמם וחייבים מדינא דגרמי לפענ"ד לחלק דבאמת אם טוען היורש שנודע שנפרע לא מצי לכפות שישבע דכיון דהמלוה א"י ואולי כבר נפרע ואם היורש מתייירא שמא נפרע היאך שייך שחייבין מדיני דגרמי ומה פשעו בזה וגם על שבועת אמת אם אינם רוצים לשבע בודאי לא שייך דיני דגרמי ודמי לכובש עדותו דאינו חייב וכמ"ש בתומים סי' ס"ו והקצה"ח שם אמנם שבועה שלא פקדנו אבא שזה שבועה שהטילו חז"ל על היורשים לשבע למה לא ישבעו והא אינו שבועה בגוף העסק שבגוף העסק יוכל להיות איזה שקר אף שאינו מתכוין אבל שבועה שלא פקדנו למה לא ישבעו ובזה יש לומר דחייבים מדינא דגרמי ובאמת גם בזה הי' נראה לכאורה דא"צ לשבע דהרי שבועה שלא פקדנו אבא אינם חייבים רק כשבאים להוציא ולא כשבאים להפטר וכאן יכלו היורשים לומר אנחנו אין רוצים להוציא מיד הלוה ולמה לנו לשבע כמבואר בסי' ס"ט ועיין ש"ך ס"ק כ"ה שם אלא שמ"מ בנכסי אביהם הם מחוייבים דהנכסים אינון ערבין בי' וא"כ המלוה טוען שהנכסים של אביהם הם ערבים לו וכל שהיורשים באים להוציא מהמלוה אותן הנכסים וצריכים לשבע אבל נכסי עצמם למה להם לשבע הם יטענו אנחנו אין רוצים להוציא מיד הלוה וא"צ לשבע גם שבועה שלא פקדנו אבא וד"ג לא שייך בזה במה שאינם רוצים לשבע וז"ב ופשוט

ומ"ש הש"ך סי' ס"ו ס"ק א' ראיה מהא דחייבים היורשים לשלם כל דמי החוב ולא סגי במה שקיבל המוכר מן הלוקח אלמא דהוה כמזיק ממש לא הבינותי דגם שם לא נתחייבו רק כשיש לאביו נכסים דאל"כ לא שייך חיוב דשבועה שלא פקדנו אבא לא שייך רק כשבאים להוציא וא"כ כל שיש נכסים והם משועבדים להמלוה והם רוצים להוציא מהמלוה השעבוד שיש לו צריכין לשבע שלא פקדנו אבא אבל כשאין נכסים אחרים מאביהם למה יתחייבו ומכ"ש כשטוענים שא"י אם נפרע מה שייך דיני דגרמי בזה ולא זכיתי להבין דברי הש"ך דמה שכתב שבזה הם מפסידים השטר ולא זכיתי להבין מה שייך הפסד במה שאינם רוצים לשבע וגם מ"ש הקצה"ח שם דמתורת אחריות חייבים לא ידעתי אם שייך אחריות על היורשים דהיורשים לא חייבו עצמם ורק נכסי אביהם משועבד להב"ח אבל לא שייך אחריות על יתמי ואף שהביא כן בשם הריטב"א הנה לפענ"ד אם שאיני כדאי לא ידעתי מה אחריות שייך על היתומים הם לא לוו ולא קבלו אחריות באופן דלפענ"ד ד"ג ודאי לא שייך וגם שבועה שלא פקדנו אבא לא שייך רק באם יש נכסי אביהם דהם באים להוציא מיד המלוה שיעבודא אבל לא כשלא נשאר הנכסים יוכלו לומר אין אנו רוצים להוציא ולא שייך שבועה שלא פקדנו אבא כלל וע"כ לפענ"ד ברור דכשותפים הם שאדעתא דהכי נחתו שאם יארע איזה היזק או קלקול שחייבים שניהם כל שזה לא פשע וא"כ גם שבועה הכל יודעים שיהודים אשר הם בכלל דת יהדות בורחים אף משבועת אמת ומתפשרים בכל מה שיוכלו פשיטא דלא הוה מציל עצמו בממון חבירו שהרי מציל עצמו בממונו ואף שמגיע גם לחבירו היזק הוה ממון שותפות וכל אחד יש לו חלק בחציו ושעבוד על חלקו של השני כמ"ש הר"ן ר"פ השותפין וא"כ מציל עצמו בממונו ופשיעה בודאי לא מקרי במה שא"ר לשבע אף באמת ובלא"ה נראה לפענ"ד דשבועה שלא הרווחתי זה קשה מאד דאף אם בזה העסק הפסידו דלמא בעסק אחר היו מרוויחים ולולא המעות הלז לא הי' להם לעסוק בעסק אחר וא"כ בודאי גם האחר חייב דזה א"י לשבע על חבירו שלא הרויח בזה הממון דהא יש לומר שמא הרויח עי"ז הממון בעסק אחר ובודאי צריך לשלם לו חלקו וז"ב כשמש:

סימן פט

א למדתי מס' כתובות בדף ג' ולדרוש להו דאונס שרי והתוס' הקשו דהא ג"ע יהרג ואל יעבור וע"ש בתוס' יבמות דף י"ד וביומא דף פ"ב וברז"ה ורמב"ן ור"ן בפ"ב דפסחים אי באשה תהרג ואל תעבור ולפענ"ד לפי מה דאמרו בב"ק דף ל"ב דמעשה לא עבדה ופריך והא כתיב ונכרתו הנפשות העושות ומשני הנאה לתרוייהו איתא וכתבו התוס' דע"י הנאה נחשבת כמעשה ולפ"ז לפי מה דאמרו ביבמות דף ק"ג דפריך והא קא מתהניא

מעבירה ומשני דטובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים וא"כ כיון דל"ח הנאה שוב לא קעבדה מעשה ואין כאן הנאה ופשיטא דלא חייבת.

ב וזהו לדעתי מ"ש אשה קרקע עולם היא והיינו דל"ח מעשה ולא הנאה וז"ב ותמהני למה לא כתבו הפוסקים כן ועיין תוס' סנהדרין דף ע"ז דהביאו הך דב"ק ונדו מזה ולא ידעתי למה וז"ב ובזה מיושב היטב מה דקשה לי טובא בהא דאמרו בסנהדרין דף ס"ד גבי אסתר דפריך והא אסתר פרהסיא הוה ומשני אסתר קרקע עולם היא וקשה טובא דניהו דקרקע עולם היא והיינו דלא עבדה מעשה כמ"ש רש"י והרי בב"ק פריך הש"ס והא כתיב ונכרתו הנפשות העושות ומשני הנאה לתרוייהו איכא מעשה היא לא קעבדה וא"כ סוף סוף מקרי מעשה מה דנהנית ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא לא נהנית דטובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים כדאמרו ביבמות דף ק"ג וא"כ שוב כל דלא מתהני מעשה לא קעבדי וז"ב איברא דלפי מה דאמר אבוה דשמואל בכתובות דף נ"א דאף באשת ישראל חיישינן שמא סופה ברצון ורבא אמר דיצרה אלבשה ולפ"ז ניהו דהו"ל אונס דיצרה אלבשה אבל שוב נהנית ומקרי מעשה ושוב צריכה להיות תהרג בשביל הסוף דנהנית וצ"ל כיון דטובתן של רשעים רעה היא שוב לא הוה הנאה כלל ובזה מיושב קושית התוס' שם לאבוה דשמואל למה שריא אסתר למרדכי ולפמ"ש דהי' רעה אצלה ולא ניחא לה לגמרי ובזה מיושב מה דאמרו קרקע עולם היא והיינו דפריך הש"ס רק פרהסיא הוה ולא מקשה דג"ע הוה כמו שהקשו התוס' שם ולפמ"ש יש לומר דבאמת ג"ע לא הוה דכל דהיא לא עבדה מעשה ולא נהנית ל"צ שתהרג אבל עכ"פ פרהסיא הוה וזה שראה לא ידע שהיא לא מתהניא כלל והרי לרבא יצרה אלבשה ועכ"פ זה שראה וידע חשב כי בודאי הי' לה הנאה וע"ז משני דקרקע עולם היתה והיינו דכ"ע ידעי דאסתר לא רצתה רק שהיא קרקע של הבעל ולא נהנית כלל וזה נקרא קרקע עולם דהיינו מתחלתו ועד סופו היתה אנוסה ולא נהנית ואולי רבא דמשני הנאת עצמן שאני היינו דהוא אזל לשיטתי' שס"ל דיצרה אלבשה וא"א שלא תהנה א"כ ניהו דג"ע לא חשיב דמעשה ודאי לא חשוב דתחלה לא נהנית ולא עשתה מעשה ואף דלבסוף נהנית זה ודאי לא חשוב מעשה דמה שלא תשמט ממנו לא חשוב מעשה רק שב ואל תעשה אבל עכ"פ פרהסיא הוה דזה הרואה חושב שנהנית והוה עוברת על דת וע"ז אמר דלהנאת עצמן לא חשיב פרהסיא ואינה מחוייבת למסור עצמה וז"ב ודו"ק ואולי מ"ש התוס' בכתובות ליישב דאסתר צדיקת גמורה היתה היינו כיון דצדיקת גמורה היא ודאי רעה היא לגבה ולא נהנית כלל ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד:

סימן צ

א למדתי בנדרים דף ח' מנין שנשבעין לקיים המצות שנאמר נשבעתי ואקיימה לשמור משפטי צדקך והלא מושבע ועומד מהר סיני הוא אלא הא קמ"ל דשרי לי' לאינש לזרוזי נפשיה ועיין רא"ש שכתב מנין שנשבעין לקיים המצות ולא ניחוש דלמא אתי לידי תקלה ויעבור על שבועתו ובזה מיושב הא דפריך והלא מושבע ועומד והר"ן הקשה והלא חל בל יחל אף דלדבר מצוה לא חל דלהרע או להיטיב כתיב ולא לדבר מצוה היינו דוקא לקרבן אבל איסור בל יחל חל וא"כ מה פריך בש"ס ולפמ"ש הרא"ש אתי שפיר דהכי מקשה מה ס"ד דיהי' אסור וא"ל דחיישינן שמא יבא לידי תקלה שיעבור על שבועתו דהרי מושבע ועומד מהר סיני וא"כ בודאי יחוש לנפשו שלא יעבור וע"ז אמר דלזרוזי נפשי' שעי"ז יעמוד על נפשו לקיים בשביל שאסר על נפשו ונשבע והדבר חמור עליו ביותר והנה אח"כ אמר רב גידל האומר אשכים ואשנה פרק זה נדר גדול נדר ופריך והרי מושבע ועומד מהר סיני ואין שבועה חלה על שבועה ובחבורי יד שאול בסי' פ"ג הקשיתי דלמה סיים כאן ואין שבועה חלה על שבועה ולמעלה פריך סתם והלא מושבע ועומד הוא וע"ש מ"ש בזה וכעת נראה דהנה כבר הבאתי קושית הר"ן שהקשה דהא מכל מקום בל יחל עובר ומה פריך אך נראה דקושית הש"ס היא דהנה הוא מושבע ועומד מהר סיני וא"כ לקיים המצוה לא מועיל מה שנשבע דהרי צריך לקיים מצד שבועת התורה ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיים דא"כ מה הועילה השבועה שנשבע יותר לקיים המצוה דעיקר חלות השבועה כשעבר ולא קיים דלאחר שעבר שוב אין עונשין על העשה ועיין כתובות פ"ו וברש"י שם וא"כ מה זה שאמר מנין שנשבעין לקיים המצוה שנאמר נשבעתי ואקיימה דהא לקיום המצוה לא חל תיכף כח השבועה רק שאם יעבור על המצוה ילקה מכח השבועה אבל לא הועילה לענין קיום המצוה וע"ז אמר דהועילה לענין הקיום לזרוזי נפשיה שעי"ז יקיים מצות התורה וכמ"ש למעלה ומעתה אתי שפיר דלא הי' צריך לסיים ואין שבועה חלה על שבועה דהרי הועילה אם יעבור על המצוה ושפיר חל עליו שבועה שניה כדי שילקה אבל באומר אשכים ואשנה פרק זה דמצד מצות התורה הרי יכול לקיים בלימוד אחר וכבר הקשיתי על הש"ס דפריך דמושבע ועומד דשבועת הר סיני יכול לקיים בלימוד אחר וביד שאול שם הבאתי שהקדמונים הקשו כן וא"כ באמת הועילה השבועה על לימוד זה ולכך פריך דהא אין שבועה חלה על שבועה דאטו בלימוד זה לא מקיים מצות התורה וא"כ אין מקום חלות על השבועה ולזרז ג"כ לא שייך דמה מזרז עצמו בזה שנשבע ללמוד זאת והלא יכול ללמוד מצד מצות התורה במקום אחר וא"ל דרצה לזרז שלא יתכשל מללמוד כלל וא"כ היינו דרב גידל

קמייתא וע"ז משני כיון דאי בעי פטר נפשיה בק"ש א"כ שפיר הועילה השבועה שילמוד דהרי יכול לקיים בק"ש ולא ילמוד כלל ודו"ק ועיין באבני מלואים מ"ש בתשובתו הנספח לח"ב סי' י"ב בביאור ענין מושבע ועומד מהר סיני וזה לא שייך לענין קיום מצות עשה ע"ש אבל לפמ"ש אתי שפיר שוב ראיתי בתוס' ישנים שפירשו הא דפריך והלא מושבע ועומד מהר סיני קמייתא דהיינו דלא חיישינן שמא יעבור משום דמושבע ועומד מהר סיני וכמ"ש למעלה ונהניתי שכוונתי לזה בראשית ההשקפה ודו"ק:

ב והנה הרא"ש כתב בפירושו דהוא מתורת נדר דלא הוה נדר גמור דנדר היינו שיתפיס בדבר הנדור אלא הוא נחשב כאילו נדר צדקה דבפיך זו צדקה והנה ביארתי בחיבורי יד שאול דזה אינו נדר כלל רק דהדיבור מתקיים כיון שהוא דבר מצוה מתקיימים בדיבור והבאתי דברי המהרי"ט שביאר בהדיא כן והוה כמו צדקה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וע"ש שביארתי הדברים היטב ובזה אני אומר מה דפריך והא מושבע ועומד מהר סיני ואין שבועה חלה על שבועה ודקדקתי לעיל למה מסיים ואין שבועה חלה על שבועה ולעיל בדרב גידל לא סיים זאת ולפמ"ש הכי מקשה כיון דבאמת אינו נדר דנדר בעינן בדבר הנדור ורק דכיון שהוא למצוה מתקיים בדיבור בעלמא כמו בצדקה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ולפ"ז כיון שהוא מושבע ועומד לא חל שבועה על שבועה דלאיזה צורך נדר זאת ואין ריוח באמירה ההיא וכעין מ"ש התוס' בקידושין דף כ"ז דכל דאין ריווח להקדש ל"ש אמירה לגבוה וה"ה כאן דכל שמושבע ועומד למה לי אותה אמירה ולא חל כלל על מה דמושבע ועומד מה"ס ובזה נראה מה דאמרו הואיל ואי בעי פטר נפשי' בק"ש והיינו שוב יש ריוח באותה אמירה שוב הו"ל אמירה לגבוה ודו"ק היטב. והנה הר"ן מקשה בהא דאמר אי בעי פטר נפשי' בק"ש שחרית וערבית והא לימוד תורה מצוה ביום ובלילה ובספר בית הלל סי' רמ"ו ביו"ד הקשה דבמנחות דף צ"ט מבואר דבק"ש שחרית וערבית מקיים מצות והגית בו יומם ולילה ועיין ביד שאול סי' רמ"ו מ"ש בזה וכעת נראה דהנה מצות לא ימוש אינו רק בדברי קבלה וחל השבועה על מה שאינו מפורש בתורה וזה כוונת הר"ן בתירוצו שם ודו"ק ובזה מיושב היטב מה שהקשיתי והיא קושית הקדמונים דלמה לא משני דאינו מצווה דוקא על לימוד זה.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין רווחא לגבוה אם ילמוד פרק זה או פרק אחר ואכתי ל"ש אמירה לגבוה ולזה אמר דאי בעי פטר נפשיה בק"ש ואיכא רווחא דק"ש בלא"ה צריך לומר לקבל עול מ"ש וא"כ לימוד פרק זה איכא רווחא ודו"ק והנה לכאורה יש לדקדק מה דפריך והא מושבע ועומד מהר סיני ומה קושיא הא קי"ל בסי' ל"ד דעל שבועה דלהבא לא נפסל ומשום דעדן לא עבר וא"כ ה"ה כאן מה דמושבע מה"ס הי'

שבועה דלהבא משא"כ הוא דנשבע לקיים המצוה זה שבועה דיוצא שקר מפיו אם לא מקיים וזה חמור עליו ובשלמא באשכים ואשנה פרק אחד גם זה שבועה דלהבא ואכתי לא יצא שקר מפיו אבל לקיים המצוה שפיר שבועתו חמור אך נראה דבאמת הרשב"א הובא בש"ע יו"ד סי' ב' דהחשוד על הדבר אינו נאמן אף לשבע עלי' דהרי מושבע ועומד מהר סיני וגם ע"ז יקשה הא מהר סיני הוה שבועה דלהבא וצ"ל דזה דוקא באם הוא נשבע על להבא שייך סברא זו דאכתי לא יצא שקר מפיו אבל מה שמושבע מה"ס ל"ש זאת דמ"מ הוא חשוד לעבור ע"ז שנשבע מה"ס ועבר ע"ז ובעת שעבר כבר חל השבועה ואפ"ה עבר ומה מועיל מה שנשבע ע"ז וה"ה כאן ל"ש זאת ודו"ק היטב:

סימן צא

אשר שאל הרב הגדול מוה' בעריש אפיסדארף נ"י בעהמ"ח עבודת היום במ"ש התוס' בחולין דף ק"ב ע"ב ד"ה שאין דאמאי לא חל איסור אבמה"ח על טריפה כיון דליכא אלא חצי שיעור וכמו לר"ל במפרש וח"ש וחייל על ח"ש וע"ז הקשה דהא ש"ס ערוך הוא במעילה דף ט"ז דרב ס"ל דלאכילה אין מצטרפין ופירש"י דלא אתי איסור נבילה וחל על בה"ט אף דאינו רק ח"ש והשבתי דל"ק דשם הנבילה לא עדיף מבה"ט וגם נבילה ליכא רק ח"ש אבל כאן אבמה"ח אסרה תורה כל שיש אבר שלם ונמצא איסור אבמה"ח לוקה וחמור מח"ש וכמו כן במפרש דשבועה חמור מח"ש ושפיר חייל וז"ב ופשוט:

סימן צב

בהא דאמרו בקידושין דף נ"ב וש"מ אשה נעשית שליח לחברתה אפילו במקום שנעשית לה צרה והקשו מנ"ל זאת דלמא אחת מהאחיות קיבלה קידושין וזו לא נעשית צרה שאינן מקודשות וא"כ לכך נעשית שליח אבל במקום שנעשית צרה אינה יכולה לעשות שליח ולפענ"ד נראה דהנה כבר נודע קושית הנוב"י דאיך יכול להיות שליח לקדש אשה והא הוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכתב משום דשייך מיגו דזכה לנפשי' ע"ש וא"כ כאן ג"כ קשה היאך יכולה האשה להעשות שליח לקדש לאיש אשה והא הוה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וצ"ל ג"כ משום מגו דזכתה לנפשה ולפ"ז באחיות שאינן יכולות לזכות לעצמן דאינן מקודשות שוב לא יכלו לעשות שליח לקדש להאיש וע"כ דשאר נשים אחת מהן נעשית שליח ושפיר דייק איברא די"ל דזו לא ידעה שלא תהי' מקודשת ורבנן הוא דחדשו זאת שאין האחיות מקודשות וא"כ שוב היתה יכולה לקדש מיהו זה אינו דבאמת שוב שייך דנעשית צרה מיהו י"ל דסברה דהיא לא תתקדש רק אחותה ושוב יכולה להיות שליח דזו אינה צרה דרק אחותה תהי' מקודשת אמנם נראה דמזה ראיה למ"ש בספר עזרת נשים שלא אמרו שהצרות אינן מעידות רק בשאינן

קרובות זו לזו אבל כל שהן קרובות לא חיישינן שתשקר לקלקל קרובתה ע"ש בסקל"ט ולפ"ז כאן דלא חיישינן שתקלקל לאחותה שוב מהמנא גם לאחרות ולכך שפיר דייק דע"כ אשה אחרת היתה שקבלה בשביל כלן ודו"ק היטב שוב ראיתי במקנה שהקשה כן:

סימן צג

א להרב הגדול מוה' יעקב סגן כהן נ"י אבד"ק קאזליב.

ב מה שהקשה בהא דאמרו בכתובות דף ט' וכ"ת מעשה שהי' מפני מה לא אסרוה והקשה מהא דמבואר בש"ע אבה"ע סימן כ' דאשה גדולה שבא עליה קטן פחות מבן ט' אינה חייבת מיתה על ידו ונראה לי דה"ה שאינה נאסרת על בעלה וע"ז הקשה דא"כ שם דהיתה קטנה כמבואר בסנהדרין דף ס"ט דהולידה לשבע וא"כ שוב אין מגיע לה מיתה ושוב אינה נאסרת לבועל והנה בתחלת ההשקפה חשבתי כיון דדורות הראשונים הולידו לשבע אפשר דגם לענין עונש הוא כן ועיין בהקדמת פ"י על נשים אבל זה אינו דלעולם קטנה היתה אמנם בלא"ה ל"ק דבאמת גדול שבא על הקטנה הוא חייב מיתה וא"כ נאסרת דעיקר תלוי אם הבועל גדול והבועל בודאי נאסר כל שהוא גדול ואף בהיא אנוסה והוא מזיד נאסר ועיין ב"ש לעיל סי' י"א ובמלמ"ל בהלכות סוטה מ"ש בזה וז"פ ודרך אגב אזכיר מה דאמרו במשנה ריש כתובות שאם היה לו טענת בתולים היה משכים לב"ד ולכאורה שפת יתר למה לא קתני סתם כדי שיהי' לו טענת בתולים ולפענ"ד נראה דהנה באמת אף שבא וטען טענת בתולים יש לחוש לאקרורי דעתא ויוכל לחזור בו אך מבואר בחו"מ סי' ג' דבהודה לפני ב"ד לא יוכל לחזור בו ומטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וא"כ לכך צריך לומר כדי שישכים לב"ד למען לא יוכל לחזור בו ובזה יש ליישב קושית התוס' לרש"י דפירש שמתוך כך יצא קול ויבאו עדים ויתברר הדבר דא"כ מה מקשה הש"ס מאי לאו דקא טעין פ"פ ואיך מוכח מזה דנאמן דלמא אינו נאמן רק דיבאו עדים ויתברר הדבר ולפמ"ש יש לומר דאי לאו דנאמן לא הי' מועיל הודאתו בב"ד דלא שייך לומר הודאת בע"ד דהא לא הודה כלל בב"ד דהא לא ידע כלל ודלמא מ"ע היא וכדומה וא"כ שוב יוכל לחזור בו וע"כ דנאמן ושוב הוה הודאתו הודאה ולא יוכל לחזור בו מיהו אכתי קשה דאי נאמן למה לו לרש"י לומר שיבאו עדים הא בלא"ה נאמן לאסרה עליו מטעם הודאת בע"ד אך נראה כיון דלהפסיד הכתובה אינו נאמן א"כ שוב לא מקרי הודאה דהא לענין ממון אינו נאמן וע"כ דלא מהמנינן לי' א"כ שוב יוכל לחזור בו וע"כ החשש שיבאו עדים מיהו ע"כ נאמן בפ"פ דאל"כ לא הי' חשוב הודאה כלל והי' יכול לחזור בו וע"כ דשויא אנפשי' חתיכה דאיסורא ולכך נאמן אבל היא יכולה להוציא כתובתה ומה"ת לומר דיבאו עדים דהא באמת זנות ל"ש וגם י"ל דמ"ע היא ואף דמ"ע

ג"כ ל"ש מ"מ כיון דשניהם לא שכיחי מה"ת לחוש שיבאו עדים ויש להמתיק הדברים דהרי התוס' הקשו הא זנות ל"ש וכתבו כדי שלא תשב באיסור כל ימיה חשו אף דלא שכיח וא"כ כל שבאמת יש לומר דמ"ע היא שוב עכ"פ יש לתלות דמ"ע ולא תשב באיסור כל ימיה וע"כ דנאמן הוא לגבי עצמו ושוב תשב באיסור כל ימיה וא"כ שוב יש לומר דיבאו עדים. והנה רבינו יונה כתב דדוקא במכחישתו אבל באמרה אמת שפתחה פתוח אבל נאנסתי באשת ישראל מותרת דיש ס"ס והרא"ש השיג עליו דלא שייך לומר ברי ושמא כל דלית לה מגו והדבר תמוה כמו שתמהו בשו"ת שער אפרים סי' ק"כ וכן בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ט"ז דלמה ל"ש מגו וראיתי בקרבן נתנאל שכתב לפרש דלענין איסור ל"ש מגו כמ"ש המהרש"א בדף ט' ד"ה לא יעו"ש ולפענ"ד זה אינו דבאמת טעמו של המהרש"א דל"ש מגו דמגו לא עדיף מעדים והרי כל ששויא אנפשי' חד"א אף שעדים יעידו מ"מ אסור ועיין מלמ"ל פט"ו מאישות ולפ"ז זה שייך בתוס' שם דכל דנאמן לאסרה עליו שויא חד"א ול"מ מגו אבל כאן כל שטוען שמא לא שייך שויא חד"א בספק כמ"ש בשיטה בהא דאמר מיקם לא קים לי' דלא שייך שויא חד"א כל שספק לו וא"כ שוב שפיר נאמנת היא. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה המהרש"א בעצמו דגבי מדברת עם אחד משמע דשייך מגו אף לענין איסור ולפמ"ש שם לא שייך שויא חד"א דלא שוי' שום אדם אסור עלי' דהא היא היתה פנויה רק דאנן דנין על הולד או שתאסר לכהונה אבל לא שויא חד"א וא"כ שוב שייך מגו אף באיסור דהוה כעדים וז"פ וברור:

ג והנה בהא דאמר ר' יהושע לא מפיה אנו חיין ראיתי בשיטה מקובצת שהביא בשם רבינו יהונתן שפירש דהכוונה שהיא התחילה תחלה והיא רוצית לכסות עצמה בזה לא שייך מגו משא"כ באומר שדה זו לקחתי מאביך דהוא התחיל תחלה ואני תמהתי עליו דא"כ למה לא משני ר"פ האשה שנתארמלה כן וצ"ל דר"י פירש כך המסקנא דהתם שור שחוט לפניך וכפירש"י שזה התחיל לתבעו כן צריך לדחוק לרבינו יהונתן אמנם לפ"ז סברת ר"ג ור"א דנאמנת היא משום דשם לא שייך לומר דהוא התחיל דהא לא הי' שם שום בע"ד ואנן דנין על האשה אם היא מותרת לכהונה או על העובר אבל מה ששאלו אותה מה טיבו של עובר לא הי' נוגע להם דבר רק סתם שאלה בזה שייך מגו אף שזה התחיל תחלה כיון דלא הי' נ"מ להם כלל ובזה אני אומר מה דאמר שיהי' משכים לב"ד והיינו דאם הוא ישכים ויאמר שמצא פ"פ או ט"ד שוב אף שתהי' לה מגו דמ"ע מ"מ לא נאמנת ובזה אף ר"ג ור"א מודים כמ"ש רבינו יהונתן בסברת ר' יהושע ולפמ"ש גם ר"ג ור"א סוברים כן וכמ"ש ומדוקדק לשון שישכים לב"ד. ובזה יש ליישב קושית התוס' הנ"ל דשפיר דייק דפ"פ נאמן וא"ל שמא יבאו עדים דא"כ כל שאינו נאמן וכל שעדן

לא באו עדים אינו נאמן וא"כ טענתו לאו טענה שוב יש לה מגו דמ"ע ול"ש שישכים לב"ד וכמ"ש וע"כ דהוא נאמן ושוב ליכא מגו דהא הוא השכים ולכך יתברר הדבר בעדים ודו"ק אבל כל שהי' לה מגו שוב ל"ש לתקן שמא יבאו עדים רק כל שמשכים ונאמן לגבי עצמו שוב ליכא מגו ושפיר חיישינן שמא יבאו עדים ודו"ק. עוד י"ל בישוב קושית התוס' דהנה בהא דנאמן לאסור עליו בפ"פ לכאורה צריך ביאור דאיך שייך שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא הא הוא משועבד לה ואיך יכול להפקיע השעבוד וצ"ל דהא בידו לגרשה ולהפקיע השיעבוד וכל שבידו לסלק השעבוד לא שייך לומר דמשועבד לה אמנם לפ"ז קשה לי כיון דלענין כתובה אינו נאמן א"כ שוב א"י לגרשה בלי כתובה והו"ל מחוסר ממונא ואין בידו לסלק השעבוד דאפשר שאין לו מעות והרי לענין הואיל כתב הר"ן דכל דמחוסר ממונא לא שייך הואיל אך נראה דהרי מבואר בסי' קי"ט דכל דמה"ד לגרשה יכול לגרשה ואח"כ יכול ליתן הכתובה וא"כ שוב בידו לגרשה דהא נאמן לענין זה שתאסר עליו ושוב יכול לגרשה בלי כתובה. ומעתה שפיר קאמר מאי לאו דטעין פ"פ וא"ל דבאמת אינו נאמן רק שעי"ז יבאו עדים דא"כ שוב כל שלא באו עדים א"י לגרשה בלי כתובה שוב יקשה היאך נאמן לאסרה והא הוא משועבד לה ואין טענתו טענה כלל ומה"ת לומר דיבאו עדים וע"כ דלענין זה מאמינים לו דעכ"פ יוכל לגרשה ויהי' הכתובה חוב עליו עד שיבורר בעדים שזינתה ושפיר מוכח דפ"פ נאמן דאל"כ אין מקום לחוש כלל שמא יבואו עדים והרי משועבד לה:

סימן צד

ראיתי בשו"ת גוא"י חלק או"ח סי' ס"א שכתב ליישב דברי המ"ב שכתב באם נתן מקצת דמים ומשך דיש לחוש לדעת רש"י דאינו קונה רק בכסף וכאן לא נתן רק מקצת דמים וכתב דמכל מקום כיון דסטימתא קונה א"כ הוה כמו סטימתא כיון דנהוג לקנות במקצת דמים א"כ קונה והמ"א סי' תמ"ח חולק דהא אזלינן בתר דין תורה ולא בתר דיניהם וכתב הגוא"י דהא באמת אמרו בב"ק דף ס"ו דכיון דמטי זמן איסורא איאושי מיאש ומשני דזה אינו רוצה לקנות וא"כ בנכרי דרצה לקנות ונתן מקצת דמים ומשך וניהו דמה"ת לא קנה במשיכה רק בכסף ממש כיון דמטי זמן איסורא מיאש וקני ביאוש ואף דייאוש לא קני מ"מ כל הטעם משום דבאיסורא אתי וכאן בהיתירא אתי לידיה דהרי רצה להקנות לו וקיבל מקצת דמים וזה משך ע"ש ולפענ"ד דבריו תמוהים דהרי זה לא אייאש ורצה לקבל הדמים בעדו וזה נתן לו מקצת דמים וא"כ ל"ש לומר דקני מתורת יאוש דהרי לא רצה לייאש והרי קיבל דמים בעדו וע"כ לא אמרו בב"ק רק בגזלן דכיון דמטי זמן איסורא הרי מייאש שהרי הוא אסור ולא רצה לקבל מעות שהרי זה גזלו אבל כל שזה

מכר לו שוב לא רצה לייאש ועיין ברא"ש פ"ב דכתובות שכתב דבמכירה זה לא רצה לתת מעות עד שיקנה לו החפץ וכן להיפך זה לא רצה להקנות החפץ עד שיקבל מעות ע"ש וה"ה כאן לא שייך דמייאש דהא זה לא רצה ביאוש רק ע"י שמכר לו ובאמת מה דאמר מכי מטי זמן איסורא היינו קודם דמטי זמן איסורא רגע אחת דבמטי זמן איסורא אין בידו ליאש עצמו וכמ"ש במק"ח וא"כ אז ע"י מכירה בא לידו ולא יאש עצמו ואף אם נימא דהא דאמר מכי מטי זמן איסורא מייאש היינו בזמן האיסור והא דמועיל היאוש היינו מתורת הפקר שהתורה הפקירה ומזה ראיה לדעת הב"י באו"ח סי' של"ד שדחה דברי המהר"י אבוהב דאף שארי' רביע עלי' דאסור הוא מ"מ שייך הפקר מ"מ כל שזה מכר לא שייך הפקר בזה וגם יאוש אינו מתורת הפקר כמ"ש התוס' בב"ק שם ובזה יש ליישב קושית הגוא"י סי' מ"ח שם על הב"י והנה הרב מוה' זאב וואלף בער שענקיל נ"י מטארני רצה לחדש באם הישראל יש לו שותפות עם עכו"ם בחמץ כיון דמטי זמן איסורא איאושי קא מייאש שזה אינו רוצה לקנות דהנכרי רצה לקנות וכתבתי היום לו דזה אינו דמה מועיל היאוש כל דלא אתי לרשות הזוכה וכמ"ש ש"ב הגאון בנתיבות ובמק"ח סימן תמ"ח דיאוש צריך להיות אתי לרשות הזוכה וא"כ כל שלא קנה הנכרי והוא עודנו ברשות ישראל מה מועיל היאוש וז"ב ונכון:

סימן צה

נשאלתי מבחור אחד מגלאגיב ושמו פייביל בהא דאבעיא להו בקידושין דף י"ט דבעי אי יעוד אירוסין עושה או נישואין עושה למאי נ"מ ליורשה ולטמא לה ולהפרת נדריה והקשה למה לא אמר נ"מ אי אירוסין עושה היא בסקילה כשזינתה ובנשואין בחנק. והנה כבר קדמו בזה בחידושי פנים מאירות ח"ג בקידושין שם וכמו כן שאל הבחור הנ"ל בהא דאבעיא להו בדף יו"ד אי ביאה אירוסין עושה או נשואין עושה ואמרו שם ג"כ הנ"מ לענין לטמא לה או ליורשה ואמאי לא קאמר נ"מ לענין זה. ולפענ"ד נראה די"ל דזה פשיטא לי' דלענין שתענש מיתה קלה דאירוסין בסקילה ובנשואין בחנק זה ודאי דלא יצאת מחיובא והוי ודאי אירוסין רק לענין ליורשה ולטמא לה שזה ספק אם יצאת מרשותה לרשותו דכל ספק ממון לא שייך להקל ולהחמיר דמה שלזה חמור לזה קל וכמ"ש המהרש"א בכתובות דף כ"ו וכן בהפרת נדריה אי נימא דנודרת על דעת הבעל או לא וכן אי מחויב לטמא לה ודו"ק היטב:

סימן צו

א מה שהביא מעלתו דברי המים עמוקים שחידש בסוכה דף למ"ד ברש"י ד"ה וקרקע אינה נגזלת במ"ש וא"נ קני הוה מצוה הבאה בעבירה והקשה המהרש"א דא"כ מאי פריך

ולקנינהו בשינוי מעשה ובשינוי השם וע"ז חידש דכל דהוה שינוי השם ושינוי מעשה לא שייך מצוה הבאה בעבירה כעין מ"ש התוס' בב"ק דף ס"ה ע"ב בד"ה הא מני ב"ש דאם שינוי קונה לא חשוב אתנן דחשיב כאחר ואין זה אותו אתנן וממאיס נמי לא מאיס ע"ש וה"ה לענין מה"ב דכל דחשוב כאחר אף מה"ב לא הוה ע"ש דהאריך וכ"כ בסוכה דף ט' ואף שמדברי התוס' בכמה מקומות לא נראה כן מ"מ חלקי אמרה נפשי. והנה מצד הסברא לא נהירא דבשלמא אתנן הוא מצד דמאיס לגבוה וכל שנשתנה אין זה אותו דבר ולא מאיס כמ"ש התוס' אבל מצוה הבאה בעבירה כל שבא ע"י עבירה אף שחשיב כאחר אבל מכל מקום בא ע"י עבירה ועבירה סייע למצוה ושייך מצוה הב"ע ורואה אני שהוא ש"ס מפורש דאמרו בב"ק דף צ"ג דר' ישמעאל וראב"י אמרו דבר אחד דשינוי במקומו עומד ואמרו שם ממאי דלמא ב"ש לא אסרו רק לגבוה וראב"י לא אמר אלא לענין ברכה משום מצוה הב"ע והיינו דלעולם שינוי קונה ורק בברכה הו"ל מצוה הב"ע הרי מפורש דאף דשינוי קונה מ"מ הו"ל מהב"ע. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי רמ"א סי' תרמ"ט ס"ק ב' דמחלק בין שינוי מעשה לשינוי השם והוא תמוה דמה חילוק יש בזה וע' בחק יעקב סי' תנ"ד ובא"ר ומחצית השקל שם. ולפענ"ד נראה דכל הטעם דהוה מצוה הב"ע אף שנשתנה ואין זה אותו דבר מ"מ הוא גרם זאת שנשתנה ע"י כך א"כ שפיר מקרי מצוה הב"ע אבל בשינוי דממילא דמעיקרא קרי אסא ועכשיו הושענ' א"כ כ"ע קרי לי' הושענא בכה"ג כל דנשתנה ל"ה מצוה הב"ע ובכה"ג שינוי ממילא חשוב יותר משינוי הבא ע"י מעשה הקציצה. איברא דעדיין תמוה דא"כ מעיקרא קשה דפריך ולקני' בשינוי מעשה ומה קושיא הא שייך מהב"ע ועיין מחה"ש שהעיר בזה. ובגוף קושית המהרש"א הנ"ל דהא מכל מקום הוה מצוה הב"ע לפענ"ד נראה דהנה צריך להבין מה דאמרו ל"צ בהושענא דאוונכרי גופייהו ואכתי קשה אטו רק קיצץ הושענא אחת וא"כ יוכל לקצוץ הרבה ומה שיהיה שלו יתן לאחר והאחר יתן לו מה שמכר לו ונמצא ל"ש מצוה הב"ע דאחרים כבר קנאו ביאוש ושינוי רשות ובהו לא שייך מצוה הב"ע דהם לא גזלו כלל ועיין מ"א דבאחרים לא שייך מצוה הבאה בעבירה בפרט לאחר יאוש לפי מה דס"ל דקני ביאוש וא"כ יוכל להחליף הושענא שלו בשל אחר אך זה אינו דהרי בחליפין שלו לא שייך שינוי רשות כמבואר בחו"מ סי' שכ"א ע"ש בש"ך וא"כ שפיר אמר בהושענא דאוונכרי גופייהו ולפי"ז הכי פריך ולקני בשינוי מעשה ויתנה לאחרים ואף דלא מקרי שינוי רשות מכל מקום האחר בודאי קני ע"י שינוי מעשה שכבר נעשה ול"ש מצוה הבאה בעבירה ושוב יוכל לקחת מהם ולתת להם שלו והוא יקח שלהם וע"ז משני דהוה שינוי החוזר לברייתו ודו"ק:

ב והנה לכאורה צריך ביאור מה משני שינוי החוזר לברייתו ל"ק והא כל הטעם כתב הרמב"ן בב"ק פרק מרובה דהוא משום דאם יבא לידי זה שנגזל ממנו ישנהו וכאן יהיה אסור לשנותו דהרי רש"י פירש דגזלי ארעא מישראל והישראל יהיה אסור לשנותו דכבר הקצה למצותו וא"ל דא"י לאסור דבר שאינו שלו ול"מ הזמנתו של זה כמ"ש המ"א בסי' מ"ב דזה אינו דהא בעשה מעשה יכול לאסור אף דבר שאינו שלו וצ"ל דכ"ז דלא נעשה לשם הושענא לא הוה רק הזמנה בעלמא והזמנה כל שאינה בגוף קדושה לא שייך הזמנה. ובזה מיושב היטב מה דפריך ולקניה בשינוי מעשה והקשו התוס' הא הוה שינוי החוזר לברייתו ולפמ"ש אתי שפיר דכל דנקרא הושענא הוה כאזמני' וצר בי' דאסור ובגוף הקושיא דהא א"י לשנות נ"ל לפמ"ש בשיטה מקובצת ב"ק דבשינוי החוזר לברייתו אף דקני מ"מ מאוס למצוה שיוכל לחזור לברייתו ע"ש א"כ כל שחוזר לברייתו שוב א"י לברך ודו"ק. שוב מצאתי ברמב"ן במלחמות ר"פ שלישי דסוכה שכתב כדברי המים עמוקים והרגיש בהך דב"ק שהקשיתי למעלה וכתב דרבנן פליגי באמת על ראב"י בזה ע"ש. והנה מעלי יומא דכפורי שנת תרכ"ז הגיע לידי חלק ששי משו"ת חתם סופר ובסופו חידושים בלולב הגזול וראיתי שהביא מ"ש שונא גזל בעולה ופירש"י דהיינו קרבן עולה והוא הביא מה דתרגם שם דהיינו בעולתה כמו עולתה תקפץ פיה והיינו שונא גזל בעול וחמס וכ"פ הברבנאל ע"ש.

ג והנה לכאורה היא תימה דהיינו גזל היינו עולה והיאך משכחת גזל שלא יהיה עולה ואמרתי דאולי בעושק דבהיתירא אתי לידי' או בנותן לו מתנה ע"מ להחזיר ולא החזיר דבתחלה בא לידו בתורת מתנה אף שאח"כ לא מחזיר והו"ל גזל אבל לא גזל בעול וחמס ובכה"ג לא הוה מצוה הב"ע. ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו בהא דממעט מלכם גזול והרי גזול הו"ל מצוה הב"ע ולפמ"ש אתי שפיר דמשכחת לה במעמ"ל דהוה גזל אבל לא בעולה בעת הלקיחה גם נ"מ לגזל נכרי דאף דאסור מה"ת כבר כתבתי בחיבורי יד שאול בשם הח"ץ דאף דכל התורה לישראל נאמרה כקושית הישו"ש מכל מקום אסור שכוונת התורה להקנות בלבבינו חמלה והאהבה יעו"ש בח"ץ סי' כ"ז ולפ"ז ניהו דהוה גזל אבל אינו בעולה דמצד הנכרי מותר לגזלו ורק דאנו צריכין להקנות בלבבנו חמלה אבל עולה לא מקרי כנלפענ"ד ובזה אמרתי דבזה עמדתי על שיטת הפוסקים והמ"א כתב בסי' תרמ"ט ס"ק ג' דגם רש"י ס"ל דאף בלי יאוש ולאחרים לא הוה מצוה הב"ע רק לדידיה ולכאורה לא נודע הטעם ולפמ"ש אתי שפיר דהם מפרשים דשונא גזל בעולה דמזה יצא הדין דמצוה הב"ע וכדאמרו בסוכה שם היינו דוקא כל דהגזילה היתה בעולה ולפ"ז זה דוקא מי שגזל דהוא עושה עולה אבל אחרים שלא גזלו ואף דהגוזל מן הגזלן

חייב היינו משום שהגזלן יכול לפטור עצמו בזה ואחר אסור להחזיק בו כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ט ואף אם נימא דקודם יאוש רצה מזה גובה ורצה מזה גובה מכל מקום אינו גזל בעולה ולא מקרי מצוה הב"ע ומכ"ש כשהאחר רוצה לשלם הדמים דאין שייך בזה מצוה הב"ע וז"ב כשמש וז"ש רש"י אם אתם תחתיכוה הוה עולה בידייכו דניהו דקני מכל מקום הוה מצוה הב"ע דמ"מ אתם הגוזלין בעולה אבל כל שיחתכו הם לא הוה גזל בעולה וכמ"ש. והנה בש"ע סי' תרמ"ט מבואר שם דאף אם יש שינוי השם מכל מקום לא יברך עליו והקשה המ"א דא"כ מה פריך ולקנייהו בשינוי השם הא נ"מ לענין שיכול לברך ולפענ"ד נראה דמזה ראיה למ"ש הלבוש לחלק דהא דאסור לברך הוא דוקא בגנב וגזל אותו הדבר גופא אבל באוונכרי דגוף האתרוג לא הוה גזול רק הקרקע הוה גזולה ואותו האתרוג לא הי' בעולם שפיר יכול לברך ע"ש ודברי' תמוהין דמה נ"מ והא כל שהקרקע הוה גזולה א"כ אותו האתרוג ג"כ הוה גזול דהקרקע עם מה שגדל באותה קרקע הכל אינו שלו וכן נראה מהמ"א שלא ס"ל סברת הלבוש ועיין במחצית השקל שם ולפ"ז כל דיש שינוי השם שאינו אותו הדבר בעצמו וה"ה בשינוי מעשה שאינו אותו הדבר בעצמו ודאי מועיל ויכול לברך עליו שוב ראיתי במג"א סי' תרל"ז שכתב דגזל הנכרי אף דאסור מכל מקום לא מקרי מצוה הב"ע ולא נודע הטעם ועיין במחה"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהא לא הוה גזל בעולה וכמ"ש ודו"ק היטב. והנה שיטת היראים דאף למ"ד גזל עכו"ם מותר מ"מ לא מקרי לכם ולא נודע הטעם דהא כל דמותר א"כ אפקרי' רחמנא ולמה לא יהיה מקרי לכם דהא כל שהחזיק בו הו"ל שלו דהו"ל קנין בו ולפענ"ד נראה דהנה כל הדברים בעי קנין ואף הפקר בעי זכיה שיזכה בזה והבטה בהפקר לא קני ואף למ"ד קני מ"מ צריך איזה מעשה ולפ"ז בגזילה באמת בישראל התורה הקנתו שיתחייב באחריות אבל גזל עכו"ם דמותר שוב מאן הקנה לו ואף דבהפקר קני מעצמו היינו לפי שאין כאן דעת אחרת אשר צריך להקנותו אבל בגזילה דשייך הקנאה וזה לא רצה להקנות לו ניהו דגזל מותר אבל קנין לא שייך דהא לא רצה להקנות והו"ל כהפקר מדעת דצריך הקנאה וכ"ש כאן שלא רצה להקנות לו הוה שלו כנלפענ"ד דבר חדש:

ד והנה בש"ק האזינו י"ג תשרי הקשה אותי המופלג מוה' שלום פינילישׁ נ"י בהא דאמרו בב"מ דף פ"ז בכרם רעך ולא בכרם נכרי היינו למ"ד גזל נכרי שרי למה לי קרא השתא גזילה מותרת פועל מבעיא והקשה לשיטת היראים נ"מ לענין אתרוג דלא מקרי לכם לכך אצטריך קרא דפועל שרי ומקרי לכם. והנראה בזה דהנה טרם יהי' כל שיח אבאר מ"ש האבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ג' דיש לדחות דברי המג"א דלפי מה דקיי"ל דיוצא

באתרוג של מע"ש אף דממון גבוה הוא מכל מקום לא בעינן דין ממון אלא היתר אכילה כמ"ש הר"י קורקוס כמ"ש הכ"מ פ"ו בשם הר"י קורקוס וה"ה בגזל נכרי כל דיש היתר אכילה אף דאין בו דין ממון יצא ע"ש ובראותי כן תמהתי על שרוצה לדחות דברי המ"א בשם היראים בגילא דחיטתא ואני תמה דהיאך אפשר דלא לבעי דין ממון דהיינו שאף שאינו שלו יוצא הא בעי לכם שיהי' שלו אבל שם הפירוש דין ממון היינו שווי ממון דהיינו אף במע"ש שאין בו שווי דא"י לקדש אשה אפ"ה יוצא בזה כל שיש לו דין ממון אבל לעולם בעינן שיהיה שלו כמו מע"ש דאף דממון גבוה היא אפ"ה התורה זכה לו לאכילה והוה שלו אף שאינו שוה ממון דאסור לקדש וכדומה ואין לו שווי מכל מקום יצא בו אבל בדבר שא"ש פשיטא דבעי לכם שיהי' שלו ויש לי להוסיף דגזל בעי קנין שיהי' מקנהו לו וממי קנאו ושאני הפקר דיצא מרשות בעלים ושפיר זכה בו אבל גזל נכרי דיש לו בעלים והוא גזלו א"כ ניהו דגזל מותר אבל לא שייך קנין בו דמי הקנהו לו ושאני כל גזילה של ישראל דהתורה אוקמא ברשותו להתחייב באחריות אבל גזל עכו"ם דמותר מי הקנה לו שיהיה מקרי שלו וז"ב כשמש. ולפ"ז אתי שפיר דהנה כבר נודע מ"ש הח"ץ על דברת קושית הרש"ל דאיך שייך שיהי' גזל עכו"ם אסור והא התורה ניתנה לישראל דוקא וכתב דזה אסור בשבילנו ולא מפאת העכו"ם ע"ש סי' כ"ו ולפ"ז למ"ד גזל עכו"ם מותר הוא ס"ל דהתורה לא דברה רק בשביל הישראל ולא מעכו"ם ומעתה מה דכתיב ואכלת כנפשך שבעך זה ודאי דבעכו"ם מותר דהשתא בישראל אמרה תורה דיאכל מכ"ש של עכו"ם ומה דכתיב ואל כליך לא תתן אינו מדבר בעכו"ם רק לישראל מזהר קרא וא"כ שפיר יש לו קנין בכרם ושפיר קשה למה לי קרא דרעך למעט עכו"ם הא גזל שרי וקנין יש לו דהרי יש לו היתר אכילה וקונה הכרם ואל כליך לא תתן לא קאי על הנכרי א"כ יש לו לפועל קנין גמור בהכרם ושלו הוא וא"כ לא שייך לכם ודו"ק:

ה והנה בהא דאמרו אלא למ"ד לפי שאין בה דין ממון אמאי והא מסיקה תחת תבשילו וקשה לי לפמ"ש התוס' בשבת כ"ד ע"ב ד"ה לפי דמה דשרי להסיק אינו לפי שהותרה הנאה רק שלפי שצריך לשרפו לא הקפידה תורה שיהנה בשעת שריפה כמו נדרים ונדבות ע"ש ולפ"ז שוב לא שייך לומר דין ממון דהא אינו ממון שלו כלל ועיקרו לשריפה רק שלא קפדה תורה שלא יוכל להנות אבל מכל מקום לא קרינן בי' לכם ולפמ"ש אתי שפיר דלענין שווי ממון הרי עכ"פ יש לו שווי דהרי מסיקה תחת תבשילו אבל אכתי קשה הא לא קרינן בי' לכם דהרי אינו שלו לגמרי אמנם נראה דלהס"ד דלא בעי היתר אכילה ולא צריך שיהי' לכם לכל צרכיכם א"כ שוב כל שיש לו קצת צורך דהיינו שמותר להנות בשעת שריפה לכם קרינא בי' והרי הוא שלו אבל לפי המסקנא דבעינן היתר

אכילה בודאי והיינו לכם לכל צרכיכם וא"כ כל שאינו שלו שוב אסור ועדיין צ"ע ועיין בתוס' בסוכה שם ודו"ק.

י ובפשיטות נראה לי דלא קשה דהאי דפועל כיד בעה"ב כדאמרו בב"מ דף יו"ד ודעת המח"א דאף דאין שליחות לעכו"ם אבל בפועל יש שליחות ועיין שעה"מ פ"ב מתרומות וא"כ ניהו דגזל עכו"ם לא מקרי שלו דמכל מקום לא קנאו אבל פועל דידו כיד בעה"ב כל שלקחו אף דאל כליך לא תתן והוה גזל מכל מקום יד פועל כיד בעה"ב והו"ל שלו ממש. מיהו זה אינו דכל שעבר על כליך לא תתן הרי לא שייך שידו כיד בעה"ב דהרי אסתלק מהבעה"ב וידו בפ"ע הוא וכעין זה כתבו לענין שמירה בבעלים דכל שפשע ושינה מדעת בעה"ב לא מקרי שמירה בבעלים וה"ה כאן. מיהו יש לומר כיון דאומן קונה בשבח כלי אפשר דפועל שעושה במלאכה קנהו והוה כשלו וכל דגזל העכו"ם מותר האומן קונה והוה כשלו וגם זה דחוק. ועוד נראה דלפמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ה דקנין הגוף לשעה מקרי לכם א"כ כל שהי' יכול לטלו לאכול הי' שלו עכ"פ קנין הגוף לשעה ושוב מקרי לכם אף שלקחו אח"כ שלא לאכלו. מיהו צ"ע כיון דבשעה שלקחו לשם אתרוג הי' ע"כ קודם יו"ט דבי"ט ל"ש בשעת מלאכה א"כ שוב לא הוה שלו וצ"ע:

סימן צז

א למדתי בקידושין דף ס"ג כי המניה רחמנא לאב לענין איסורא לקטלא לא המני'. קושי' הפ"י ידוע דהא איסור בע"א הוחזק וכ"כ בזה ולפענ"ד נראה כעת חדשות ואולי כבר כתבתי. הנה יש כאן שני ריעותות באב שאינו רק ע"א וגם הוא קרוב והנה איסור בע"א הוחזק בע"א דעלמא דאין כאן ריעותא רק דלמא משקר וכל שלא העיד בענין מכות ועונשין שבאם מהימן ואתחזיק האיסור על ידו ולכך נהרג אבל באב דמלבד דהיא ע"א הו"ל קרוב וקרוב אף דאינו משקר כמשה ואהרן מכל מקום אינו נאמן מגזירת הכתוב וא"כ בזה אף דכבר הוחזק איסור מכל מקום לקטלא לא המניה רחמנא ואטו חשדינן דלמא משקר הא אף שידענו שהוא אינו משקר מכל מקום התורה לא האמינה לקרוב להיות נענש על ידו וז"ב כשמש ואולי כבר כתבתי בזה כן וא"י כעת. והנה הא דקרובים אינן נאמנים אף דלא משקרי כפי הנראה הוא משום דכיון דהם קרובים ידמה להם שהדבר הוא כך ולב האדם יכול להשתנות אף שאינו רוצה לשקר וגם לחוב אינן נאמנים שאל"כ יעידו לחובה ויבא מזה זכות וגדר גדול גדרו בזה כעין מ"ש הרמב"ם בסוף הלכות תמורה לענין לא ימיר אף רע בטוב שיוכל להיות עי"ז להיפך יעו"ש. ובזה נראה לי ליישב קושית התוס' דהא בתר דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה כתיב אח"כ וסקלוה אלמא דאב נאמן לקטלא ע"ש.

ב ולפמ"ש אתי שפיר דהרי עיקר מה דלא נאמן לקטלא הוא משום דקרוב אינו נאמן אף דלא משקר ולפ"ז במקום דטוען הקרוב לזכות ונמצא שנתחייב עי"ז בזה שוב נאמן לחייב וכעין מ"ש הרר"י בטוש"ע חו"מ סי' קמ"ו וה"ה כאן כל דהאב טען את בתי נתתי לאיש הזה ושנאה ושם לה עלילות דברים ופרשו השמלה וא"כ אח"כ שנמצא מבורר שזינתה למה לא יהיה נאמן ובזה לא שייך חשש התורה שיסובב עי"ז שהקרוב מעיד לזכות דהרי אדרבא עי"ז בא לידי חוב שכיון שפרשו השמלה ולא מצאו בתולים שוב בודאי נאמן האב כנלפענ"ד ובפשיטות נראה לי ליישב קושית התוס' דהרי שם שניהם מודים הבעל והאשה שהיא אשתו שקדשה ולא נחלקו רק לענין הזנות וא"כ בשניהם מודים הי' מהראוי להאמין רק כיון דחייבה לאחריני לא נאמנים וכיון דלאסרה נאמן האב שוב ל"ש דחייבה לאחריני דהרי נאסרה לקרוביה וע"ז האמינו התורה שוב נאמן לקטלא ג"כ וז"ב ודו"ק. ומיהו לפמ"ש הרשב"א והריטב"א בענין דאמרי הא מחייבא לאחריני יש לעיין בזה:

סימן צח

א למדתי משניות בב"מ פ"ד אלו דברים שאין להם אונאה קרקעות ושטרות ועבדים והקדשות ומפרש בש"ס דעבדים וקרקעות ושטרות ממועט מקרא דמיד עמיתך והקדשות ממועט מקרא דלאחיו והקשה הגאון מוהר"ע איגר ז"ל בהגהותיו למשניות דהרי קרא דלא תונו איש את אחיו באונאת דברים הוא ולמה לא נמעט הקדשות מקרא דלעמיתך ולא של הקדש והניח בקושיא והיא תימה רבה. והנראה בזה דהנה ר"ש חולק דקדשים שחייב באחריותן ממונו קרינן בי'. ולכאורה קשה למה לא פליג ריה"ג דאמר קדשים קלים ממון בעלים הן דקרינן בי' וכיחש בעמיתו ולמה לא יהי' שייך בהם אונאה ולדעתי היא קושיא גדולה. אמנם נראה דלריה"ג דס"ל קדשים קלים ממון בעלים והיינו משום דיש להם חלק בזה אבל מכל מקום הקדש ג"כ יש לו חלק ועכ"פ מידי שותפות לא יצא וא"כ עכ"פ התורה ממעט מאחיו דהקדש אינו אחיו והתורה אמרה שיהי' כלו של אחיו אבל לר"ש דס"ל משום דבר הגורם לממון כממון דמי א"כ הוה כלו של אחיו דעדיין לא יצא מרשות אחיו כנלפענ"ד דבר חדש. ומדי דברי ראיתי בפני יהושע במשנה שהקשה בהא דממעט קרקעות מאונאה והקשה דעיקר הקרא מיירי בקרקעות במספר שני תבואות וחידש דאיסור הוא אף בקרקעות רק דממעט קרקעות מלא תונו קרקעות שאינן בתורת השבה משום דקיי"ל דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ע"ש.

ב ונפלאתי דכתב בפשיטות דקי"ל כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני והרי אביי ורבא נחלקו בזה וקיי"ל כרבא ואף דהלח"מ חידש פ"ו מבכורות הלכה ה' דקיי"ל כאביי זה נגד כל הפוסקים ואני כתבתי בחידושי להלכות בכורות כיון שכתיב לא יגאל בפת"ח מורה בפירוש שאין מקום להגאל ולכך אינו לוקה בזה וגוף קושית הפ"י תמהני דרמב"ן בפרשת בהר מקשה כן על רש"י ושם חידש דיש איסור גם בקרקעות וכ"כ הסמ"ע סי' רכ"ז בשם המהרש"ל ובהגהות ציינתי בזה עיין רמב"ן ועיין מלמ"ל פ"ד ממלוה ולוה בענין זה שלא הזכיר דברי רמב"ן אלו ודברי הפ"י צע"ג:

סימן צט

הנה הגיע לידי שו"ת נוב"י הנדפס בטשערנאוויטץ ושם נספח איזה חידושים בשם הגאון החריף מוה' צבי מייזילש האבד"ק זאלקווא זלה"ה והקשה בהא דכתבו התוס' ריש יבמות בהא דאמרו קטנה לא מתייבמת דשמא תמצא איילונית וקשה תתייבם ממנ"פ דאם תמצא איילונית יהי' קידושי אחיו בטלין דאדעתא דהכי לא קדיש ותירץ ר"ת דמיירי בקיבל עליו וע"ז הקשה הגאון ז"ל דא"כ מאי פריך ביבמות דף מ"א ר"א מי סבר כר"מ והא סבר קטנה מתייבמת וקשה מה קושיא לימא דר"א מיירי בלא קיבל ואז תתייבם ממנ"פ והיא קושיא גדולה וכמדומה שזקני במגיני שלמה בחידושיו שם הקשה זאת וכבר כתבתי בזה באיזה מקום ולא ידעתי מקומו. וכעת נראה לי דהנה לכאורה קשה מה מקשה תתייבם ממנ"פ והא התוס' כתבו בכתובות דף מ"ז דבלוקח חפץ ואירע בו אונס ל"ש לומר דאדעתא דהכי לא קנה דהא איכא דעת אחרת של המקנה שלא הי' מקנה לו על אופן זה עד שיפרש אבל כל דלא תלוי רק בדעת הקונה שייך לומר אדעתא דהכי לא קנה ע"ש ולפ"ז מה שייך לומר אדעתא דהכי לא קדש דהא יש דעת אחרת של המתקדשת דכל שלא פירש לא רצתה להתקדש על אופן זה וא"כ כל שלא פירש קדשה בסתם ולא שייך אדעתא דהכי לא קידש וביותר תקשה דלפמ"ש התוס' שם דאינו חושש במה שיארע אחר מותו וא"כ כל שכבר מת ונמצאת אח"כ איילונית ע"ז ודאי לא חשש ומה אכפת לי' ולא שייך אדעתא דהכי לא קידש והיא קושיא נפלאה וצ"ל דכיון דבאמת רוב נשים אינן איילונית א"כ לא שייך לומר דאיכא דעת המתקדשת שלא רצתה על אופן זה דזה אינו דגם היא לא עלתה על דעתה שמא תהי' איילונית וכל דליכא דעת המתקדשת המעכב שמה יש לומר דאדעתא דהכי לא קידש וז"ב. ולפ"ז לר"מ דחייש למיעוטא א"כ שוב ל"ש דתתיבם ממנ"פ דהא היא לא רצתה להתקדש באופן אחר דחששה למיעוט דהרי ר"מ חייש למיעוטא ושפיר פריך. איברא דלפ"ז אין התחלה לקושית התוס' ריש יבמות דהא ר"מ ס"ל דקטנה לא מתייבמת דחייש שמא תמצא

איילונית ולר"מ ל"ש דתתייבם ממנ"פ וכמ"ש דביותר תקשה למה דפריך בסנהדרין ס"ט ואמאי דלמא איילונית היא ואדעתא דהכי לא קידש אלא לאו דאזלינן בתר רובא וקשה להס"ד דלא אזלינן בתר רובא שוב לא שייך דאדעתא דהכי לא קדש דהא היא לא רצתה להתקדש באופן זה וצ"ל דלהס"ד דלא ידענו דמועיל קבלה עלוי' וס"ד דגם בקבל עלוי' ל"מ דסבור הי' שיוכל לקבל ולא מצי לקבל וכעין דאמרו בכתובות דף ע"ז לענין מוכת שחין א"כ כיון דגם בקיבל בפירוש ל"מ א"כ חזינן דהוא קפידא רבה וא"כ אמרינן דגם כשיש דעת אחרת לא מועיל דלא עדיף מקיבל עלוי' ושפיר הקשו התוס' וע"ז תירצו דמיירי בקבל עלי' וכל דקבל מועיל לא שייך לר"מ לומר אדעתא דהכי לא קדש וכמ"ש וגם בסנהדרין מקשה להס"ד שם דעדיין לא מועיל קבלה עלוי' ודו"ק. ובזה יש ליישב מה דהקשו התוס' בקידושין דף יו"ד דלמה פריך הש"ס אדעתא דהכי לא קידש ת"ל דאפילו אם נימא דאדעתא דהכי קידש אבל יבום לא הוה ולא הוה א"א ע"ש שהאריכו. ולפענ"ד לפמ"ש למעלה דלא אכפת לי' אחר מותו א"כ לא שייך לכאורה לומר אדעתא דהכי לא קדש דהא על אחר מותו לא אכפת לי' וצ"ל כיון דלהס"ד גם קיבל בפירוש לא מועיל כ"ש בשלא קיבל רק דלא אכפת לי' הו"ל ודאי קפידא רבה ובטל הקידושין וא"כ אדעתא דהכי לא ייבם ודאי לא שייך כל שאחיו קדש ולא אכפת לי' במה שיארע אחר מותו א"כ שפיר צריך ליבם מכל מקום אשת אחיו הוה ואף דמת לא נפקע אשת אחיו וחייב משום אשת יבם דמכל מקום הוא צריך לייבם כעת כל שלא נודע ומה שייך בזה אדעתא דהכי לא יבם דכ"ז שלא נודע אשת אחיו היא וצריך ליבם ולכך פריך אדעתא דהכי לא קדש ואין כאן אשת אחיו כלל דבטל הקידושין ודו"ק. שוב מצאתי אחר זמן בישועת יעקב סי' מ"ד שהעיר קצת דהיכא דדעת אחרת איכא לא שייך לומר אדעתא דהכי לא קדשה. אך מ"ש דביבום לא שייך זאת דלא בעינן דעת האשה לא ידעתי מהו קאמר דהא האח הוא נכנס בספק זה. ומדי שוטטו עיני שם בישועת יעקב ראיתי מה שהקשה שם דמאי פריך ור"א מי סבר כר"מ והא ס"ל דקטנה מתייבמת וע"ז הקשה דנימא דלכך מתייבמת דאם תמצא איילונית א"כ לא הוה אשת אח דאדעתא דהכי לא קדש ואין לומר דחזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דזה אינו דהא כיון דס"ל כר"י דאיילונית הוה זונה א"כ בלא"ה הוה בעילת זנות ושוב יוכל לומר דלא חשש על בעילת זנות ושפיר מתייבמת ולא הבינותי דבריו דהא אם הוא לא ידע שהיא איילונית א"כ לא עשה בעילתו בעילת זנות דהא סבור דלא תמצא איילונית ועל הספק לא חש אבל מכל מקום כשתמצא איילונית יהי' ג"כ מסכים על הקידושין דהא כיון שנמצאת איילונית ויהי' בעילת זנות למפרע הסכים הוא לזה אבל מ"מ מספק נשא ואם

הוא סמך על הרוב דלא תהי' איילונית אבל כשנמצאת איילונית אמרינן דלא רצה לשוי' בעילת זנות למפרע. וגם בלא"ה אני תמה דר"י לא קאמר רק בכהנים דמפקדי אזונה אבל בישראל לא אמר כדאמרו שם בהדיא דדוקא בכהן אמר כן ולא בישראל. ומצאתי בטיב גיטין בגיטין דף מ"ו שהקשה ג"כ קושיא זו וכתב שיש לומר דדוקא בכהן אמר ר"י ולא בישראל והאריך בראיות ומהתימה שבש"ס אמרו כן בהדיא שם וצע"ג. והנה זקיני המג"ש בחידושיו ליבמות הקשה על מ"ש התוס' ריש יבמות דאיילונית א"צ גט אפילו מדרבנן והביאו ראי' דאל"כ הי' צריך צרת איילונית חליצה וע"ז הקשה דהרי רבא אמר בדף י"ב צרת איילונית מותרת ואפילו הכיר בה ואפילו צרת בתו איילונית ופירש"י בשם בה"ג דדוקא אם היא צרת ערוה אסורה אבל כאן דבלא"ה לא מתייבמת דהרי לא חזיא ליבום דבעינן אשר תלד לא אסורה צרתה וא"כ חזינן דאף בהכיר בה דודאי בעיא גט דהוה כקיבל עליו ואפ"ה לא בעיא צרתה חליצה וא"כ ה"ה בנמצאת לא בעיא חליצה אף דצריכה גט ע"ש שהאריך. ולפענ"ד נראה דאדרבה בהכיר בה היא דצרתה פטורה דלא חזיא ליבום אבל בנמצאת דיוכל להיות שנעשית אח"כ איילונית דבעי כל הסימנים ויוכל להיות דלא נבראת בכל הסימנים וא"כ הוה חזיא ליבום בשעת נשואין ואח"כ נעשית איילונית וא"כ אם הי' צריכה גט הי' צרתה חולצת ודו"ק. ובזה מיושב מ"ש רבא ואפילו הכיר בה וכבר נודע מ"ש התוס' ביבמות דף מ"ו דואפילו בא לרבות עוד חידוש והיינו דל"מ צרת איילונית שנמצאת דמותרת דהא לא ידע ולא קבל עליו ואפילו הכיר בה דקיבל דמ"מ מותרת משום דלא חזיא ליבום ואפילו צרת בתו דבשעת נפילה נראית כצרת בתו ודו"ק היטב:

סימן ק

א נתתי לבי לעיין במ"ש ר"ת בשבת דף כ"ב ובביצה דף למ"ד דמה שאמר מה חג לד' היינו בשיעור סוכה כגון ב' דפנות והשלישית טפח אבל אי עביד דפנות שלימות יותר משיעור סוכה לא נפיק מקרא וק"ל טובא דהא קי"ל דאין ברירה וא"כ אי עביד ד' דפנות איזה דופן הוברר שזה הי' מהשיעור דלמא אותו דופן שייך להשיעור ונתקדש וכן להיפך והרי נתקדש כלו. אמנם בר"ן וכן בש"ע סי' תרל"ח כתבו דלאחר שעשה השיעור ואח"כ הוסיף דופן מותר וא"כ כבר הוברר הדבר. ובזה יש ליישב מה דקשה לי עוד למה לא נימא פשטה קדושה בכולה כדאמרו בקדושת הגוף ואף בקדושת דמים אמרינן פשטה קדושה בכלה ועיין תמורה דף יו"ד ובקידושין דף זי"ן ולפמ"ש אתי שפיר דכל שכבר עשה הכשר סוכה ואז לא היה עוד הדופן הרביעי א"כ אז לא שייך פשטה קדושה דלא הי' עוד על מה לחול לכך לא חל רק בשיעור הצריך לזה ולפי זה לפמ"ש הרא"ש דהדפנות לא

קדוש כלל רק בסכך צ"ל ג"כ דמיירי שבתחלה לא סכך רק כשיעור ז' על ז' ואח"כ הוסיף ודו"ק. ובזה יש ליישב מה דפריך הש"ס בביצה על ואם התנה הכל לפי תנאו ופריך הש"ס דעצי סוכה לא מהני תנאה והקשו בתוס' בשבת שם דלמה לא משני דמיירי על היותר מן השיעור. ולפמ"ש אתי שפיר דשם מיירי סתם דעשה כל הסוכה סתם ובכה"ג אין ברירה וגם פשטה קדושה בכלה. ובגוף הקושיא דלמה לא נימא פשטה קדושה בכולה דלא שייך כאן דעת אחרת הי' נראה דע"כ לא שייך פשטה כלה רק בבהמה או באשה דאי אפשר לחלק דע"ז קדשה ועל היתר לא קדשה או הקדישה דהא אי אפשר לחלק אבל בסוכה דהי' יכול להיות שלא יעשה רק מה דצריך להשיעור וגם יכול לסתרה ולא יהיה סוכה רק בהצריך לשיעור וא"כ לא שייך פשטה קדושה בכלה. ובזה י"ל מה דפריך ומי מהני בה תנאי והקשו בתוס' דלישני דהכל לפי תנאו היינו ביותר מהשיעור ולפמ"ש י"ל דדייק מ"ש סוכת החג בחג למה לי' לומר בחג הי' לו לומר רק סוכת החג ולפמ"ש י"ל דבאמת הש"ס פריך לעיל על ר"ש דמתיר והא קא סתר אהלא ומשני בסוכה רעועה דדעתי' עלי' מאתמול ולפ"ז בחג דעכ"פ לכתחלה ודאי בעי סוכה הראויה לשבעה ועיין סוכה כ"ח לר"א ואף לדידן עכ"פ בחג עצמו ודאי לא שייך סוכה רעועה דמצפה שמא תפול דבכה"ג לכ"ע פסולה דאינה ראויה לשבעה וא"כ אף לר"ש אסורה וע"ז משני דסיפא אתיאן לסוכה דעלמא אבל בחג שוב שייך פשטה קדושה בכלה דא"ל דאפשר לסתרה דבכה"ג לא יכול לסתור רק בסוכה רעועה ובחג לא שייך זאת וכמ"ש ודו"ק. ובזה יש ליישב מ"ש השעה"מ בהלכות סוכה פ"ז שכתב דבסוכה דמצוה לא מהני תנאי שמא תפול אבל איני בודל מהני ולכאורה מ"ט דלא מהני תנאי שמא תפול ואיני בודל מהני ולפמ"ש אתי שפיר דתנאי שמא תפול לא שייך בסוכת מצוה דהא בעי סוכה הראויה לשבעה וסוכה רעועה לא שייך בסוכת החג ושוב פשטה קדושה בכלה אבל איני בודל לא שייך פשטה קדושה בכולה דהא ביש דעת אחרת המעכב לא שייך פשטה קדושה בכלה וכמ"ש ובזה יש לחלק בין נויי סוכה לעצי דבעצי סוכה לא מהני שמא תפול אבל בנויי סוכה לא שייך פשטה קדושה בכלה דאינו דבר מקובץ. ובזה יש ליישב דברי המהרש"א שכתב להיפך ואין להאריך:

ב והנה בגוף סברת המהרש"א דתנאי דאיני בודל הוא דלא מהני ורק תנאי דשמא תפול מועיל לפענ"ד הסברא היא דהנה התוס' כתבו דהוה מצי למפרך דלא מצינו שמועיל תנאי במוקצה מחמת איסור ועפ"י שהאריך בטעם הדבר ולא העלה דבר ברור. אך לפענ"ד הסברא דאיך שייך שיועיל תנאי בדבר שאסור והקצה מדעתו משום דאסור לעשות כן ואיך מועיל תנאי וכעין דאמרו אמר על הבכור משתצא רובו יהי' עולה דלא

מועיל דדברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין וגם כאן כל דהקצהו מחמת איסור לא שייך תנאי ולכך ל"מ תנאי דאיני בודל דהא אסור משום סתירת אהל אבל תנאי דשמא תפול מועיל דליכא איסור רק משום ביזוי מצוה או שהוקצה וכל שנפל בודאי לא שייך לא ביזוי מצוה ולא הוקצה ושפיר מועיל תנאי דהא ע"ז לא חל דברי הרב כלל וז"ב. איברא דהשעה"מ הלכות סוכה פרק ז' הקשה דא"כ למה אוקי אביי ורבא באומר איני בודל ולא אוקי באומר התנאי שאם תפול כמו דמועיל בעצי סוכה על היותר מכדי הכשר סוכה וה"ה בנויי סוכה כל שתפול יהי' שרי ולפענ"ד נראה דרבותא קמ"ל דאף באומר איני בודל מהני דל"מ במתנה שאם תפול דאז ליכא משום ביזוי מצוה או הוקצה אלא אף באומר איני בודל דיש סתירה וה"א דל"מ תנאו ואפ"ה מותר ומטעם דכל הטעם דל"מ תנאי דאיני בודל משום דאיכא משום סתירת אהל ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולפ"ז זהו בסוכה דשייך דברי הרב אבל בנויי סוכה דעיקר האיסור בא משום דהוא עשהו לנוי א"כ בא מחמת דברי התלמוד שפיר מועיל באומר איני בודל דגם זה בא משום דברי התלמוד שעשה נוי לסוכה ובפרט שאמר איני בודל הוה כמ"ש התוס' בתמורה שם דאמר עד יציאת מיעוטו דבא קודם דברי הרב שפיר מועיל מכ"ש כאן דגם דברי התלמוד לא חל מקודם ומ"ש בהך דרב אסי דהפריש שבעה אתרוגים לשבעה ימים דהוה כהתנה אם נפל ע"ש לפענ"ד לא דמי דשם נפל אזדא לי' וכאן ישנו ואיך מצי אכיל הא לא הוברר מי הי' ליום זה ואולי כל אחד הוכנה על יום אחד ודו"ק. ובגוף סברת ר"ת דעל היותר לא חל לפענ"ד נראה לפמ"ש התוס' בשבת שם בהא דאמר אבוהון דכלהו דם ולא קאמר אבוהון דכלהו עצי סוכה משום דעצי סוכה מתבטל המצוה כשמסתפק בו ולפ"ז זהו במה שצורך לסוכה אבל היותר מכדי הכשר לא נתבטל המצוה ולכך לא אסור מקרא דלא חל שם שמים על יותר מזה דהרי לא יתבטל המצוה ולפ"ז י"ל דלכך מועיל התנאי דשמא יפול דכל שנפל ובלא"ה נתבטל המצוה שוב הוה כיותר מהכשר מה שצריך למצוה אבל איני בודל מהם ל"ש בזה דהא ע"כ יבדל דהא מבטל מהמצוה ודו"ק. ולפ"ז בשיעור סוכה דלא מבטל המצוה וא"כ גם איני בודל מועיל ולכך אוקי אביי ורבא באומר איני בודל ודו"ק היטב:

ג והנה בהא דאמרו ומי מהני בה תנאי והאמר ר"ש משום ר"ע שחל שם שמים על הסוכה נדחק הפ"י דמה ראיה מזה דלא מהני תנאי.

ד אמנם נראה דהנה יש לחקור הך קדושה דחל על הסוכה מהו דא"א לומר קדושת דמים דהרי לא שייך בזה שיצטרך למוכרו ולחול קדושה על הדמים וקדושת הגוף לא שייך דא"כ למה פקע בכדי ומהמ"א סי' תרל"ח נראה דאינו רק תשמישי מצוה ולא קדושה

וגם בפני יהושע כאן משמע דאינו קדוש קדושת הגוף. ולפענ"ד היה נראה דהוא קדושת הגוף שחל שם שמים על הסוכה כמו על החגיגה והיינו קדושת הגוף ואף דקדושת הגוף לכ"ע לא פקע בכדי נראה לפענ"ד לחלק דשאני שאר קדושות דשייכים לעולם אבל כאן עיקר הקדושה בשביל המצוה וא"כ אינו קדוש קדושת הגוף רק על אותו הדין שהיא מצוה לשבת בה זהו קדושת הגוף שלה. ובזה ניחא לי קושית המ"א דהזמנה לאו מלתא והקשה המ"א דהא בקדושה הזמנה מלתא היא ולפמ"ש אתי שפיר כיון דעיקר הקדושה היא מצד המצוה ובמצוה הזמנה לאו מלתא היא לכך גם הקדושה לא חל בהזמנה וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' דקרא דחל שם שמים על הסוכה דמשמע דהוא מה"ת והרי שם משמע דאינו רק משום מוקצה ולפמ"ש אתי שפיר דמה דחל שם שמים הוא כדי שלא יועיל תנאי דהרי קדושת הגוף לא מועיל תנאי ומה דאסור משום מוקצה היא משום דהוקצה למצותו ועי"ז חל הקדושה כנלפענ"ד.

ה ובזה יש לבאר שיטת ר"ת דעל היותר מכדי הכשר סוכה לא אסר קרא והיינו דכל הקדושה לא נצמח רק משום המצוה והיותר מהמצוה לא שייך קדושה בזה וכן בנפלה הסוכה דאזדא לה המצוה לא שייך קדושה וכמו בבהמה שמתה דיצאה מקדושתה ד"ת ועפ"י שכתב ג"כ כן ולפמ"ש הדבר מבואר בטעמו. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הרא"ש על הרמב"ם שכתב דעצי סוכה והדפנות אסור מה"ת והקשה הרא"ש דדפנות לא נקרא סוכה רק הסכך ועיין בסי' תרל"ח בט"ז. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גוף הקדושה לא שייך כלל בסוכה רק מכח המצוה וכיון שצריך דפנות ג"כ למצוה שוב נתקדשו הדפנות ג"כ ע"י המצוה וז"ב כשמש ודו"ק. ובזה ניחא מה דמחלק בין נוי סוכה דמהני תנאה דאיני בודל מהם כל בין השמשות משא"כ עצי סוכה דחל קדושה ונדחק רש"י דשם שייך משום סתירת אהל ולפמ"ש אתי שפיר בפשיטות דבשלמא עצי סוכה דהוא מצוה ועי"ז חל הקדושה א"כ נעשה קדושת הגוף אבל הנוי דאינו מצוה לעשות הנוי רק שרצה לעשות נוי פשיטא דלא חל קדושה וכל שאמר שאינו בודל מהם מועיל וז"ב מאד. ובזה יש לומר דלכך במוקצה מחמת איסור ל"מ תנאי ובמוקצה מחמת קדושה מועיל תנאי משום דבמוקצה מחמת איסור לא שייך תנאי דמה מועיל תנאו הא נאסר ואיך יתנה על מ"ש בתורה או אף דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם אבל במוקצה מחמת קדושה דכל שאומר שאיני בודל מהם מועיל דהא כל הקדושה היא מחמת המצוה וכל שמתנה אעצי סוכה שפיר מועיל התנאי ודו"ק ויש להאריך בזה. ובזה מיושב מה שהקשיתי דתפשוט קדושה בכלה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל הקדושה נצמח מחמת המצוה וא"כ מה שיותר מהשיעור שצריך למצוה לא שייך קדושה בזה דאינו קדושה בעצם ודו"ק. והנה

לעיל כתבתי דמכח הקושיא דפשטה קדושה בכולה כתבתי דעיקר כהר"ן דאם עשה ארבעתן ביחד אסור אבל בהגהת מהר"ם שם כתב דמהתוס' נראה דאפילו עשה ביחד על היותר מהשיעור לא נתקדש ולדידהו צ"ל כמ"ש דלא שייך פשטה קדושה דאינו בא רק מכח המצוה ועיין רמב"ן במלחמות ומדבריו ג"כ מבואר דסובר דחל קדושת הגוף על הסוכה מיהו הוא סובר דגם בנויי סוכה הדין כן ע"ש ולפמ"ש יש לחלק בין נויי סוכה לגוף הסוכה וכמ"ש ודו"ק ועיין ביו"ד סי' רנ"ט לענין נויי הס"ת ועיין מחנה אפרים הלכות צדקה מ"ש בזה. והנה הרשב"א כתב דאף דבמוקצה מחמת איסור קיי"ל כר"י מ"מ זה דוקא בנר שהדליקו בו באותו שבת דדחאו בידים אבל באיסור מוקצה שהקצו מעצמן הלכה כר"ש שניהו דנאסר ואיסורא רכיב עליהו כל שנסתלק האיסור מעצמו שלא בעבירה מותר ע"ש. ובזה אני מבאר כל הסוגיא דזה דמקשה ומי מהני תנאה והא אמר ר"ש דחל ש"ש על הסוכה וא"כ הוה כמוקצה מחמת איסור דל"מ תנאי כשדחאו בידים וה"ה כאן ובזה מבואר סברת ר"ת דיותר מהכשר סוכה לא חל ש"ש והקשיתי דפשטה קדושה בכולה ולפמ"ש אתי שפיר דשאני כאן דבאמת מה שצריך להכשר סוכה הרי דחאו בידים אבל מה שפשטה קדושה בכולה זה לא עשה בידים רק שממילא פשטה קדושה בכולה לזה מועיל תנאי והיינו תנאי לכשיפול כמ"ש המהרש"א דתנאי דאיני בודל ל"מ כיון שיש איסור סתירה ולא נסתלק האיסור בלא עבירה ובכה"ג אף שלא דחאו בידים אסור ולכך לא מצי לשנויי דמירי ביותר מכדי הכשר סוכה דמשמע לי' דהכל לפי תנאו היינו תנאי דאיני בודל דלר"ש בודאי מועיל אף זאת והרי סתם אמר דבסוכת החג הכל מודים ומ"מ מועיל תנאי והיינו כמו בפלוגתת ר"ש ור"י דלר"ש מיירי אף בתנאי זה וע"ז אמר דאתיא לסוכה דעלמא וע"ז פריך מנויי סוכה ומשני באומר איני בודל והיינו שם דליכא איסור משום סתירה שוב מועיל אף תנאי דאיני בודל אבל בסוכה דאסור משום סתירת אהל לא שייך זאת וכמ"ש רש"י. ובזה מיושב קושית השעה"מ על המהרש"א דלמה לא משני בתנאי כשיפול ולפמ"ש אתי שפיר דמשמע להו דהוא דומיא דסוכה ושם קאי על תנאי דאיני בודל וכמ"ש ודו"ק וגם קושיא השנייה יש ליישב דבאתרוג דלא נסתלק האיסור דהא לא הוברר אם זה האתרוג הי' מיום העבר ולכך אסור ולא מועיל התנאי וע"ז משני כיון דמפסקי לילות מימים א"כ נסתלק האיסור בלילה וביום חל איסור חדש ובכה"ג שוב מועיל התנאי דהרי נסתלק האיסור ממילא שלא בעבירה ודו"ק היטב:

סימן קא

א ענין גט שאינו מקויים. הרמ"א בסי' קמ"ב באהע"ז כתב דאם הביא השליח הגט שאינו מקויים בחותמיו אף שאין מכירין חתימת דייני הקיום מכל מקום יש לסמוך בשעת הדחק משום דמה"ת א"צ קיום דנעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ע"ש והט"ז השיג ע"ז דהרי גם לענין בפ"נ פרכינן ריש גיטין ולבעי תרי ואמרינן דמשום עגונה הקלו דמה"ת כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואפ"ה אי לא אמר בפ"נ ונשאת תצא וא"כ מה נ"מ בין קיום עדי הגט ובין קיום דייני הקיום ומה נ"מ בזה ע"ש וכבר כתבתי בזה בהגהותיי ובתשובה הארכתי וכעת חדשות אני מגיד דהנה בהא דאמרו בריש גיטין קיום שטרות דרבנן ומן התורה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וכן אמרו בכמה מקומות הקשו הקדמונים על הרמב"ם דפסק דד"ת אין מקבלין עדות אלא בע"פ דא"כ הוה מפי כתבם וא"כ היאך אמרו דקיום שטרות דרבנן והא מדאורייתא פסול השטר וכתב המהרי"ט בראשונות סי' י"ז דלענין לחוש למזוייף ודאי לא חיישינן מה"ת דלא חציף אינש לזייף ורק מדרבנן הוא דאצריך ע"ש וצ"ל דהא דאמרו מדאורייתא כמו שנחקרה עדותן בב"ד היינו לענין זה דלא חיישינן למזויף ואף דהוה מפי כתבם ע"ז נאמן השליח והאמינו חז"ל כבי תרי ולא הוה מפי כתבם ואף דעדים עצמן אינן נאמנים בשאינם זוכרים העדות רק מכח השטר אבל מכל מקום כשבאים ומקיימים חתימתם סגי בזה כמבואר סי' מ"ו סעיף יו"ד וא"כ גם להשליח נתנו חז"ל נאמנות כבי תרי לענין שאינו מפ"כ וזה הענין דמה"ת כמי שנחקרה עדותן בב"ד והיינו דלא חיישינן לזיופא רק דמשום מפי כתבם פסול אבל כל שהשליח אומר בפ"נ הוה כשני עדים שמקיימין החתימות אף דהם אינם זוכרין ומטעם כל דל"ח לזיוף רק משום מפ"כ כל שעדים מקיימים החתימות ובעדים אחרים לא הצריכה התורה מפיה' גם השליח נאמן כתרי משום עגונה ומעתה אם לא אמר בפ"נ שוב פסול משום מפי כתבם וגם מה"ת פסול דבעינן מפיהם ולא מפי כתבם ולפ"ז לענין קיום הדיינים דלא שייך מפי כתבם כמ"ש הריב"ש הובא בש"ע סי' מ"ו סעיף יו"ד וא"כ שוב מה"ת כשר דלזיוף לא חיישינן ומפ"כ לא שייך בהם שפיר סמכינן על השטר אף שאינו מקויים וז"ב ול"ק קושית הט"ז כלל. וראיתי בקצה"ח סי' מ"ו סק"ה שהביא דברי המהרי"ט הנ"ל והבין ממהרי"ט הנ"ל דהא דאין חוששין לזיוף לא הוה מטעם דנחקרה רק דלא חיישינן לזיוף וצ"ל דהא דאצרכו קיום מדרבנן משום שלא יהיה מפי כתבם והוא כמ"ש ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד מה שנחלקו הרמב"ם והראב"ד פ"ז ופי"ב מהלכות גירושין שהרמב"ם סובר שאשה שמביאה גיטה מתירין אותה להנשא אעפ"י שאינו מקויים והראב"ד כתב דצריך להתקיים בחותמיו ולפמ"ש י"ל דהרמב"ם

ס"ל דלענין מזוייף לא חיישינן מה"ת והו"ל לענין זה כנחקרה עדותן בב"ד ומה דאצריך קיום הוא משום מפי כתבם וכיון דהאמינו לשליח כשנים גם לאשה האמינו ולא הוה מפי כתבם אבל הראב"ד ס"ל דמדרבנן חיישינן לזיופא א"כ צריך קיום אמנם הראב"ד לא חלק רק בשאשה אומרת שכבר נתגרשה וכמבואר בסי' קמ"ב סי"ג אבל בבאתה בתורת שליחות להולכה מהימנא כמ"ש הב"ש בטעם הדבר בשם הריב"ש ע"ש ובשו"ת ש"ב בבית אפרים חלק אהע"ז סי' ק"מ האריך בזה אבל כ"ז אינו ענין אם בא בתורת שליח להולכה וכמ"ש.

ב איברא דלפ"ז למה בא"י שא"צ לומר בפ"נ כשר אפילו לא נתקיים והא סוף סוף הוה מפי כתבם לשיטת הרמב"ם וצ"ל דכל שמצויין עדים לקיימו הו"ל כיש עדים אחרים לקיימו דלא פסול מטעם מפי כתבם. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הרמב"ם והובא בש"ע סי' קמ"א סעיף נ"ג דאם בא הבעל וטען מזויף תצא והקשה הב"ש הא מה"ת א"צ קיום דהוה כנחקרה וליכא כאן חזקת א"א רק מדרבנן ולמה כתב דהגט בטל וגם הלח"מ נתקשה בזה ולפמ"ש הרמב"ם לשיטתו דס"ל דפסול מפ"כ וא"כ כל שאין כאן עדים לקיים שלא נודע עדיו ושוב פסול מה"ת דבעי מפי כתבם וז"ב ודו"ק היטב כי הוא ענין חדש ועיין מהרי"ט שם דבגט לא שייך מפי כתבם:

סימן קב

א תמול הי' אצלי הרב מ' יהושע פאלק נ"י האבד"ק אקנא במדינת מאלדווא ושאל אותי בהא דאמרו בגיטין דף כ' אילימא משום דכתיב וכתב והכא היא קא כתבא לי' ודלמא אקנויי אקני לי' רבנן ופירש"י האי זוזא מדידה ושאל למה לא פירש דאקני לי' רבנן הגט. והשבתי דא"כ הוה מחוסר בין כתיבה לנתינה דבעת הכתיבה לא הי' מקנה הגט להבעל והו"ל מחוסר בין כתיבה לנתינה והתורה אמרה וכתב ונתן שאינו מחוסר בין כתיבה לנתינה וע"כ פירש דאקני הזוזא ונמצא שבשעת כתיבה נקנה לי' הגט ודו"ק ולפמ"ש הר"ן דכל שאינו מחוסר בגוף הגט לא מקרי מחוסר מיהו הפ"י צווח עליו ועיין בחבורי יד שאול הלכות עבדים מ"ש בזה:

ב והנה בש"ק חקת תרל"ג הי' אצלי אחד מבראד והגיד לי קושיא בשם הרב הגאון מוה' חיים יהודא נ"י מסאסניצא והקשה בהא דאמרו בסנהדרין דף נ"א יכול אפילו חללה השבת ופריך חילול שבת בת סקילה היא והקשה דלמה לא מוקי חללה שבת בלאו דמחמר דאינו רק בלאו ובבת כהן אחמור רחמנא שתהי' בשריפה. והשבתי בראשית ההשקפה דזה לא מסתבר דבדבר שאינו רק בלאו להחמיר בבת כהן שתהי' בשריפה ודוקא בדבר שבשאר אדם הוא במיתה קלה ס"ד דבבת כהן תהי' בשריפה וכמו בחללה

בזנות דבפנוי' שוה ב"כ לשאר אדם ורק בדבר שיש במיתה בב"כ חמורה במיתה חמורה ולא במחמר דאינו רק בלאו ולהחמיר בבת כהן בשריפה זה לא מסתבר.

ג אמנם אח"כ נתיישבתי דאין התחלה לקושיא דהרי כתיב סתם כי תחל וא"כ כל חילול שבת במשמע והרי בחללה במלאכה מל"ט מלאכות הוא בסקילה ואיך כתבה התורה שריפה ויהי' מקום לטעות דאטו כתיב כי תחל בלאו דמחמר והא כי תחל כתיב והרי כל חלול במשמע וז"ב ופשוט. ובמעמד הלז הייתי ע"פ חוץ ולא עיינתי בספר ואח"כ עיינתי בספר וראיתי כי מ"ש דאם אינו רק לאו לא שייך להחמיר בב"כ בשריפה והבאתי ראי' מזנות דפנויה ראיתי אח"כ בדף נ"א ע"ב לר"ע צריך קרא להוציא הפנוי' ור' ישמעאל אמר בהדיא אם משמע להביא הנשואה אביא גם הפנוי' יעו"ש ומ"ש בתירוץ השני דא"א לאוקמא במחמר דהרי כתיב סתם כי תחל וכל המלאכות במשמע לכאורה רציתי לומר ע"ד הפלפול דהנה באמת הקושיא מפורסמת למה תתחייב ב"כ בשריפה ודלמא לא אביה הוא ואין לומר דאזלינן בתר רובא והא ממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא ולפ"ז שוב מהראוי לומר דהכתוב מיירי במחמר דהוא רק בלאו ובזה שפיר אזלינן בתר רוב מיהו זה אינו דאדרבא מלאו למיתה ודאי לא אזלינן בתר רובא וגם כבר כתבו הרבה ישובים על קושיא המפורסמת הלזו וגם אני כתבתי בזה הרבה וע"כ מיושב היטב הקושיא כמ"ש ודו"ק. והנה באותו מעמד נתגלגל מענין לענין והקשה אותי החריף מוה' משה מסטאניסלב בהא דאמרו בגיטין דף י"ב מאן דמרחם על ב"ח מרחם על עבדים והא עובר בלא תחנם והשבתי כיון דמפרנסין עניי עכו"ם עם עניי ישראל מפני דרכי שלום א"כ גם העבד מפרנס מפני דרכי שלום ואינו עושה לטובת העבד כ"א לטובת עצמו שיהיה ישוב העולם ובכה"ג לא שייך לא תחנם כמ"ש הר"ן לענין מה דשחרר ר"א לעבדו להשלים המנין ע"ש ודו"ק. והא דאמרו בדף ל"ז כשם שמצוה לפדות את ב"ח כך מצוה לפדות את העבדים גם שם לא שייך לא תחנם דהוא עושה שלא יטמע בין הנכרים והרי הוא חייב במצות כאשה וא"כ אינו עושה לטובת העבד ודוק. עוד הקשה אחר באותן מעמד בהא דפריך בגיטין דף ס"ה ואמה העברי' בזה"ז נוהג והתנן אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג וע"ז הקשה לפמ"ש הנימוק"י דאף דאין ע"ע נוהג רק בזמן שהיובל נוהג אבל מ"מ קנין שייך בו וא"כ משכחת לה בכה"ג ולק"מ דמ"מ תורת ע"ע א"נ וא"כ מה רבותא שם דפודה מע"ש ע"ש ודו"ק:

סימן קג

א שלום להרבני המופלג החריף מוה' דוד ברין נ"י.

ב מכתבך הגיעני היום ואם אמנם טרדות רבות עלי בכ"ז אמרתי להשיבך בקצרה. אשר הקשית על רש"י נדרים דף פ"א שפירש נטולה אני מן היהודים מודרת אני מתשמיש מהם שלא יהנה שום יהודי ממני והדבר תמוה דהא זה הוה הנאת תשמישי עליך וזה לא חל דהא משועבדת לי' וצריך לומר הנאת תשמישם עלי וע"ז כתב מעלתו כיון דאסרה הנאת כל העולם לא שייך שעבוד דהא חזינן דתשמיש קשה לה והוה כאנוסה וכמו שכתב הר"ן. ובראשית ההשקפה תמהתי דהא קושיתו על רש"י כן הקשה הב"י על הטור בסי' רל"ד והב"ח כתב דחל בכולל ולא שייך דמשועבדת לי' ועיין ט"ז שדחה זאת דאפילו בכולל לא חל היכא דמשועבד ע"ש ומעלתו יפה הטעים לה דהוה כאנוסה ולכך לא שייך שעבוד. אמנם אי קשיא הא קשיא דהא בדף פ"ד מקשה רבא לר"נ אם בעל לאו בכלל בריות נדרי עינוי נפש הן ויפר לה ומשני דשאני הכא דמוכחא מלתא דעל בעלה נדרה דעל היתירא קאסרה נפשה ולפ"ז כאן ר"נ דייק לה ולר"נ אי אפשר לומר דחל בכולל דאחרים דהא שוב יקשה דנדרי עינוי נפש הן וא"ל דמוכחא מלתא דזה אינו דאדרבא אי אפשר לומר דעיקר הוא הבעל דהא על בעל לא מצי לחול דמשעבדא לי' וא"כ עיקר חלות הוא ע"י כולל דאחרים ושוב יקשה דהא בעל לאו בכלל בריות הוא ונדרי עינוי נפש הן. הן אמת דלפמ"ש הר"ן דאנוסה היא דתשמיש קשה לה שוב אין נדרי עינוי נפש הן ולא קשה קושית הש"ס וע"כ כפירוש הר"ן ולשני הפירושים של הר"ן שם ל"ק כלל ועכ"פ לרש"י ולפירושו קשה למה לו לדחוקי ולפרש דאסרה הנאתה על אחרים ולמה לא פירש דאסרה על עצמה הנאת אחרים. ולכאורה רציתי לומר דמוכרח הוא לפרש כן דהנה התוס' ישנים הקשו דלר' יוסי דמתניתין כולה ר' יוסי היא כדמסיק בדף פ"א קשה דהא ר' יוסי לית לי' כולל והיאך חל האיסור על אחרים וכתב התוס' יו"ט דהוה איסור מוסיף דניתוסף איסור לגבי הבעל אמנם היטב אשר דברו בזה האחרונים דאם נימא דאסרה על עצמה איסור הנאה א"כ הבעל ושאר היהודים הם החפצים הנאסרים עלי' ולא שייך מוסיף והוה איסור כולל ולכך ע"כ מוכרח לפרש דהאיסור הוא שאסרה הנאת תשמישה עליהם א"כ שפיר הוה מוסיף מגו דחל על הבעל דהוא החפץ הנאסר וע"ש בהגהת אבני מלואים בשו"ת הנספחות ח"ב סי' י"ב ע"ש. ולפ"ז מוכרח הפירוש שאסרה עצמה על אחרים ובזה י"ל מה דאמרו שאני הכא דמוכח דעל היתרא אסרה נפשה והיינו דבזה הוה מוסיף דאל"כ לא מצי לחול. איברא בגוף קושית התוס' ישנים הי' נראה לי דאם נימא דבעל בכלל בריות שאני האי כולל משאר כולל דע"כ לא ס"ל לר' יוסי כולל רק בכולל שאר חפצים עם זה אבל כאן כל הנדר הוה כולל שאסרה על היהודים ובעל בכלל וא"כ הלשון כולל כלם יחד ובכה"ג גם ר' יוסי מודה דהוה כולל. ובזה נראה ליישב

מה שרש"י בדף פ"ז פירש באמת נטולה אני מן היהודים דהיינו שאסרה על עצמה הנאת תשמיש וסותר עצמו למה שפירש כאן. ולפמ"ש א"ש דשם מקשה רבא לר"נ אי אמרת בעל לאו בכלל בריות א"כ שוב אי אפשר לפרש דאסרה הנאתה על אחרים דשוב יקשה דהא משעבדא ליה וא"ל דחל בכולל דזה אינו דר"י לית לי' כולל וא"ל דזה עדיף משאר כולל דז"א דהא בעל לאו בכלל בריות וא"כ שוב הוה כשאר כולל ולית לי' לר' יוסי וע"כ דאסרה על עצמה ולא שייך דמשעבדא לי' וא"ל דאיך חל דהא הו"ל כולל דזה אינו דאם נימא דבעל לאו בכלל בריות א"כ ע"כ עיקר הנדר הי' לכשתתגרש ושוב היא מותרת לאחרים ושפיר מצי לחול הנדר דהא ע"כ עיקר הנדר הי' על אחרים לכשתתגרש דהא הבעל לאו בכלל בריות אבל לפי המסקנא דכאן ר"נ מודה דעל היתירא קאסרה נפשה והיינו כמו שהוא כעת וא"כ שוב עיקר הנדר על הבעל ואחרים רק בכולל שוב הוה איסור כולל ור"י ל"ל כולל וע"כ דאסרה הנאתה על האחרים ושוב הוה מוסיף וא"כ מוכרח שיטת רש"י ודו"ק היטב כי חריף הוא עמוק עמוק. ומה שהקשיתי למעלה דמאי קאמר דמוכחא מלתא הא לא מוכח דאדרבה על הבעל לא חל נתיישבתי דל"ק דהא באמת יש לומר דנטולה אני מן היהודים היינו דאסרה על עצמה וא"כ לא שייך דמשעבדא לי' וכן פירש"י שם בהדיא אבל בדף פ"א קשה דלמה לא פירש"י שם ג"כ כן וע"ז שפיר כתבתי ליישב ודו"ק ועיין בחבורי יד שאול סי' רל"ד ס"ק מ"ו וס"ק נ"ה וס"ק נ"ו ותמצא נפלאות ת"ל ובגוף קושית התוס' דאיך חל נטולה אני מן היהודים והא אין איסור חל על איסור ראיתי באבני מלואים בשו"ת הנספחות סי' מ"ב שכתב דלפמ"ש הפוסקים דהנדרים חל על איסורין ועיין בטור סי' רט"ו א"כ כאן דמיירי בנדרים שפיר חל על איסורין ע"ש ונפלאתי ע"ז דכל הטעם של הפוסקים דס"ל דחל על איסורים הוא משום דנדרים איסור חפצא וחל על איסורים דהם איסור גברא וזה שייך בכל שאר נדרים דהחפץ הוא דבר נפרד ועל החפץ לא חל האיסור אבל כאן החפץ הוא האשה או הבעל והיהודים והם נאסרים משום איסור א"א ואיך שייך שיחול משום דהיא איסור חפצא ושפיר הקשו התוס' אף אם יסברו דנדרים חלין על איסורים וז"ב ופשוט. שוב ראיתי בשעה"מ פי"ז מא"ב שכתב כן וגם הוא רצה בתחלה ליישב כן ואח"כ דחה כן ונהניתי עד מאד שבראשית ההשקפה אמרתי כן וע"ש מה שהאריך וכתב ככל מ"ש בהגהת אבני מלואים:

סימן קד

בהא דאמרו בשבת דף כ"א בדקו ולא מצאו אלא פך אחד של שמן שהיה חתום בחותמו של כה"ג ולא היה בו אלא להדליק יום אחד והדליקו ממנו ח' ימים והקשה הב"י הלכות

חנוכה דא"כ ביום ראשון לא היה בו נס וכבר כתבתי בזה. וכעת נראה לי דהנה התוס' הקשו והא כבר גזרו על הנכרים להיות כזבים לכל דבריהם והיינו שמטמא בהיסט ועיין מהרש"א שם. ולפענ"ד נראה דהנה אמרו בחולין דף ע"א דטהרה בלועה אינה מטמאה ע"ש ולפ"ז כאן הי' בו שמן על יום אחד ונעשה נס והי' בו לשמנת ימים והנה אותו השמן הבלוע בו לא נטמאה דהרי היתה בלועה וכיון דקיי"ל לכל אין בילה חוץ מיין ושמן כדאמרו בר"ה דף י"ג היינו משום דנבלל יפה וא"כ אותו השמן הי' הבלוע שבתוכו טהור א"כ הי' נבלל השמן הטמא שהיה שבע פעמים כמוה ושוב נבלל והי' מותר גם השמן הטמא ולא נטמא בהיסט ודו"ק ומעתה גם הלילה הראשונה היה נס שאל"כ לא יכלו להדליק שהי' טמא בהיסט ודו"ק:

סימן קה

א נתתי לבי לעיין במ"ש בש"ע חו"מ סי' שמ"א דאם נתן בע"כ לא מקרי שינוי רשות אם הכוונה שנתן הגזלן להלוקח בע"כ או שזה לקח מהגזלן בע"כ ועיינתי במקור הדין בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקס"ח שכתב הך דנטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר ואמרו שם תנא אם נטל יחזור לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי לא קני ומעיקרא באיסורא אתי לידי' וקשיא לי' לרשב"א הא הוה יאוש ושינוי רשות וע"ז כתב דכל שנתנו לו חליפי שלו בע"כ לא מקרי שינוי רשות. ומזה משמע דהכוונה שהגזלן נתן לזה בע"כ שזה רצה בחמור שלו והמוכסין או הלסטין נתנו לו חמור אחר בע"כ של זה לא חשיב שינוי רשות והטעם נראה לי כיון דזה לא רצה בזה רק שמוכרח לקחת חמור אחר א"כ לא קני בע"כ ושוב הוה ביד הגזלן גזולה ול"ק דיאוש וש"ר הוא שבע"כ זכה זה הגזלן למפרע כמ"ש המפרשים וכאן כל שזה לא רצה לקנות שוב אינו קונה הגזלן למפרע וז"פ. אמנם ברש"י במשנה כתב הרי אלו שלו משום דקנה ביאוש ושינוי רשות א"כ מבואר דקנה והוה שינוי רשות. איברא דא"כ קשה בהא דאמרו בברייתא דאם נטל מחזיר לבעלים הראשונים ומפרש בש"ס משום דקסבר יאוש כדי לא קני והרי הוה יאוש ושינוי רשות ולמה לא קני וע"כ הי' נראה לי דהחילוק הוא דבמשנה מיירי שהגזלן נתן לו חליפיו אף שזה לא נתרצה מכל מקום הוה שינוי רשות דהרי בודאי ניחא לי' עכ"פ מה שלקח חמור אחר דמוטב לו יותר אחרי שנטלו חמורו א"כ סבר וקיבל ושפיר הוה שינוי רשות אבל בברייתא מיירי דאם נטל דהיינו שאחר שנטלו חמורו בא זה ונטל חמור אחר מהמוכסין ולסטין בע"כ של מוכסין ולסטין בזה בודאי לא מקרי שינוי רשות דהא הגזלן לא נתן לו רק שזה נטל בע"כ והיאך יהיה שינוי רשות הא המוכס גזל ולא נתן אחרת וזה נטל בע"כ א"כ פשיטא דלא מקרי שינוי רשות. וכאשר השקפתי בזה ראיתי בתוס' ב"ק דף ס"ז ד"ה

אמר עולא שם הקשה ר"ת דמשמע דלעולא יאוש כדי קנה דהרי הש"ס קרי לי' יאוש כדי וע"כ דלא מקרי שינוי רשות משום דע"כ נותנים לו ואפ"ה לעולא יאוש כדי קני וע"ז כתבו דהברייתא לא איירי כמתניתין דבמתניתין קתני הרי אלו שלו ובברייתא קתני מחזיר לבעלים הראשונים וכו' אלא ברייתא איירי שהבעלים עומדין ולא נתייאשו עדיין כשנתנו לזה אע"ג דלסוף אחר דאתי לידי' נתייאשו לא קני דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני וכו' אבל מתניתין איירי לעולא בידוע שנתייאש מקמי' דאתי לידי' וכי אתא לידי' הו"ל יאוש ושינוי רשות ע"ש. ולא זכיתי להבין דאכתי קשה היכא הוה שינוי רשות דהא נתנו לו בע"כ ולא ראיתי בהחפזי מי שיתעורר בזה וע"כ צ"ל דהתו' חזרו ממ"ש לעיל דלא מקרי שינוי רשות אחר שנתנו לו בע"כ וס"ל דכל שהוא חליפי חמורו זה סבר וקבל ורק כל שלא נתייאשו הבעלים הראשונים בשעה שנתנו לו א"כ לא ניחא לי' לזה שיקנה דהא הבעלים הראשונים היו יכולים לחזור עליו דהוא אינו גזלן וא"כ אף שנתייאשו אח"כ מכל מקום שוב הו"ל שינוי רשות קודם יאוש ול"ק דהא באיסורא אתי ליד זה וזה לא רצה לקנות ול"ש יאוש ושינוי רשות אבל כל שנתרצו מקודם שפיר זה סבר וקבל עכ"פ במה שלקח עכ"פ חמור אחר ושוב הו"ל יאוש ושינוי רשות כנלפענ"ד ברור.

ב אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בנתיבות המשפט סי' שס"א וכן בים התלמוד דף קי"ד שהקשו בהא דתני במשנה המציל מיד הלסטים הרי אלו שלו לפי שהבעלים מתייאשים והקשה הא בע"כ לא מקרי ש"ר ומה מועיל יאוש לחודי' ע"ש מה שכתבו שניהם לחלק. ומאד תמהני אמאי לא הקשו מהרישא דנתנו לו חמור אחר ובמשנה מבואר דמועיל וע"כ דהוה יאוש ושינוי רשות ובברייתא מבואר דלא הוה ש"ר כלל וגם לא הזכירו דברי התוס' אלו וגם לפמ"ש בע"כ דש"ע מיירי שהגזלן נתן לו בע"כ של זה ושם בהמציל מיד לסטים משמע שזה נטל בע"כ של גזלן. ולפמ"ש למעלה בזה בודאי אינו מהראוי שיועיל וגם לא הזכירו דברי התוס' בב"ק הנ"ל. וראיתי בהגהת הגאון מוהר"ע איגר ז"ל על המשניות שתמה על רש"י ורע"ב שכתבו דקנה ביאוש ושינוי רשות והלא התוס' כתבו דלא הוה שינוי רשות ותמהני מאד שלא הזכיר דברי התוס' בתירוצם דבמתניתין הו"ל יאוש ושינוי רשות ובזה מיושב גם מה שהקשה אח"כ ע"ש ודו"ק ועמ"ש במפה"י שם ולפמ"ש יש לדחות מ"ש שם. ודרך אגב אזכיר מה שהקשה חכם אחד בהא דמתנה ע"מ להחזיר אם לא החזיר לא יצא ואמאי הא אמרו בסוכה דף למ"ד דגזול לאחר יאוש פסול דהו"ל מצוה הבאה בעבירה ולפ"ז הא כאן בשעת שיצא הי' בהיתר רק אח"כ כשלא החזיר הוה גזל ובכה"ג לא מקרי מצוה הב"ע כמ"ש התוס' שם וא"כ אמאי לא יצא: ואמרתי דל"ק דבאמת יאוש כדי לא קני והתוס' האריכו שם דקנה ביאוש ושינוי השם ולפ"ז כל

שנתן לו ע"מ להחזיר לא שייך שינוי השם דהרי חוזר לברייתו ובאמת ששינוי השם לא שייך כלל באתרוג כדאמרו שם וצ"ל שינוי רשות וכן שנתן לו ע"מ להחזיר א"כ לא שייך שינוי רשות דהרי אף בחייב באחריותו לא מקרי שינוי רשות מכ"ש כשצריך להחזיר לו גוף האתרוג בעצמו ודו"ק ובזה נדחה מ"ש האחרונים ליישב קושית התוס' דלמה לי לכם למעט גזול ת"ל דהו"ל מצוה הב"ע וכתבו דנ"מ לענין מעמ"ל וכן שמעתי בשם הרב הגדול החסיד מוה' אברהם ז"ל הנקרא חסיד מאמ"ד ולפמ"ש ליתא דבאמת בזה ל"ק ביאוש לבד ושינוי רשות לא שייך בזה ודו"ק היטב:

סימן קו

א שלום להרבני המופלג מוה' יחיאל מיכל האבער נ"י מסטרעליסק.

ב אשר שאל בנכרי שהניח קדירה שלו אצל ישראל והישראל שכח והניח בתוכו בורשט והוא נתן הקדירה על האש על הבלעך והקדרה נשברה ונשפך על הבלעך ואח"כ נזכר שהיא קדירה של עכו"ם. והנה לכאורה הדבר פשוט כיון דבארשט הוה דבר חריף א"כ אף דסתם כלי של עכו"ם אינו ב"י מ"מ דבר חריף אף שאינו ב"י אסור. אמנם לכאורה י"ל כיון דכל הטעם דסתם כלים של עכו"ם אינן בני יומן הוא כמ"ש הרשב"א דהוה ס"ס שמא לא נשתמש בו היום ואת"ל נשתמש בו שמא נשתמש בדבר שפוגם התבשיל שיבשל ולפ"ז מה בכך שהוא דבר חריף הא בצד הספק שמא נשתמש בדבר שהוא פוגם מה מועיל דבר חריף כיון שפגום בעצמותו.

ג ולכאורה רציתי לומר כיון דבצד הספק שמא לא נשתמש היום עכ"פ נשתמש בו דבר אסור וא"כ כיון דעכ"פ בודאי נשתמש בו דבר אסור דאטו לא נשתמש בו כלל דבר אסור רק שאינו ב"י וכיון דדבר חריף אוסר אף באינו ב"י א"כ לא נשאר אלא צד הספק שמא נשתמש בדבר הפגום וא"כ הוי רק ספק אחד לא ס"ס וספק אחד אסור. אמנם אחר העיון זה אינו דאם נימא דדבר חריף אינו אוסר רק מדרבנן וכמ"ש הפמ"א א"כ הוי ס"ס בדאורייתא וספק א' בדרבנן ומועיל וכמ"ש הסמ"ג הובא בש"ך בסי' פ"ג. אמנם אחר העיון נראה דזה תלוי במה שנחלקו הרא"ה והרשב"א במשמרת אי מה דאמר חורפא מחלי לי' לשבח היינו דהכוונה היא שהחריפות מוציא כל הטעם והוי כאילו הוא בעין או שמשוה אף טעם פגום לשבח א"כ לפ"ז אף שהוא פגום מ"מ משוי לי' לשבח ודו"ק ועדיין צ"ע.

סימן קז

תמול הגיעני מכתב מהחריף מוה' יוסף צבי וואלטוך הקשה על מ"ש בשואל ומשיב מהד"ק ח"ג סימן קמ"ז דגם שנים המעידים ששמעו מאחד וזה בא ומכחיש' דנאמן

להכחישם אף שהם שנים וע"ז הקשה דנעלם ממני מ"ש הח"מ סימן י"ז ס"ק י"ז ובב"ש שם בפשיטות דשנים נאמנים יותר ואין הראשון ששמע מפיו נאמן. ובאמת בראותי נבהלתי מאד והנה אני זוכר שפלפלתי בתשובה כת"י בשנים נגד שנים אם נאמנים הראשונים אבל באחד נגד שנים ודאי אינו נאמן. אמנם לפענ"ד נראה דדוקא כשהשנים מעידין ששמעו כאחד מפי אחד אז אינו נאמן הראשון נגדם אבל כששנים לא שמעו בבת אחת רק שזה עד"מ שמע ביום א' והשני ביום ב' אז נאמן הראשון. והטעם נראה לפענ"ד דאף דבד"מ וכן בעידי כיעור וכל עדי איסור דבעי שנים מצטרפין כמו בד"מ אף שזה מעיד שראה ביום זה והשני ביום אחר וכן בהודאה אחר הלואה וכדומה היינו דוקא שם דהעד אחד נאמן עכ"פ לחייב שבועה א"כ אח"כ כשנצטרף עדות השני מצטרף לחייב ממון אבל כאן נגד עד אחד נאמן הראשון להכחישו ואינו מחייב כלום וא"כ לגבי כל אחד נאמן הראשון להכחיש וממילא הראשון נאמן לגבי שנים ג"כ וז"ב. ובזה הן נסתר מחמתו מה שהביא מעלתו מדברי הש"ך סי' מ"ו ס"ק י"א דאם עדי השטר אומרים שאין זה כתב ידם ועדים אחרים אומרים שזה כת"י האחרונים נאמנים ופירש הריטב"א כגון דהראשונים אינם מעידין רק על שלו ועדים אחרים מעידין על שניהם נאמנים והרי העדים אחרונים לא ראו הלואה ואינם מעידין רק מה שראו חתימת ידי שנים וא"כ הם מעידין מה ששמעו מהראשונים ואפ"ה נאמנים. ולפמ"ש אין ראיה דכאן מעידים האחרונים על שני החתימות ביחד וא"כ פשיטא דהו"ל תרי לגבי חד. ומה שרצה להטעים סברתי עפמ"ש הרמב"ם בפ"ז מיסודי התורה שכתב דגם בשני עדים חיישינן דמשקרי רק שמוקמינן אחזקת כשרות ולפ"ז לפמ"ש הרשב"א דאדם נאמן על עצמו יותר משנים א"כ הראשון נאמן שטוען טענת ברי. הנה לא א"ש דהרי נאמן על עצמו יותר מעדים רק דעדים אינם יכולים להכחישו אבל שיהיה נאמן להכחיש עדים לא אמרינן ומ"ש לישב דברי התשב"ץ ולישב קושית האחרונים דאמאי בכהן יהי' נאמנים עדים והא שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא וע"ז כתב כיון דהוא תלה עצמו בעדים ואינו טוען ברי אינו נאמן אמת הדברים וכ"כ בחבורי שואל ומשיב כ"פ ליישב כן הקושיא אבל להכחיש עדים אינו נאמן ומה שהקשה על הרמב"ם הנ"ל מהא דפריך בכתובות כ"ה ועדות חזקה היא ומה קושיא להרמב"ם הו"ל כל עדות חזקה ל"ק כלל דניהו דהתורה האמינם שיש להם חזקת כשרות אבל כל שהתורה האמינם הם נאמנים בעצמותם אף נגד חזקה ונגד רוב וז"ב ופשוט. אמנם מ"ש נראה לפענ"ד. איברא דלפמ"ש יקשה בהא דקי"ל בסי' י"א ס"ב דעדי כיעור מצטרפין אף דכיעור דחזי האי לא חזי האי. ולפמ"ש הא כל הטעם דמצטרפין דדמי לד"מ דמצטרפין והרי כל הטעם דמצטרפין בד"מ משום

דעכ"פ יכול כל אחד לחייב שבועה אבל בעדי כיעור דע"א בכיעור לאו מלתא הוא וכמ"ש בש"ע שם וא"כ איך יצטרפו שנים הא ע"א בכיעור לאו כלום הוא. אמנם נראה כיון דשנים הם מצטרפין ואף דע"א בכיעור לאו כלום הוא היינו משום דבדבר ערוה אינו נאמן אבל כשיש שנים מצטרפין אבל מכל מקום לפענ"ד בממון אם לא הי' ע"א נאמן לא הי' מצטרף וא"כ מכ"ש בשמע מפיו דיכול להכחיש מה ששמע מפיו וא"כ גם שנים כל שלא העידו בב"א אינם נאמנים נגד הראשון ובזה יש לדון מה שהארכתי בתשובה והוא בחבורי כת"י שהחלותי שנת תר"ב ושם הארכתי לענין שנים נגד שנים אם האחרונים נאמנים יותר מהראשונים כיון שהעידו ששמעו מהשנים הראשונים ושם הבאתי מה דמבואר בחו"מ סי' כ"ג דשנים נאמנים ואפילו אם יש שני עדים המכחישים ומשמע דהראשונים נאמנים יותר והארכתי בזה ליישב קושית הקצה"ח וגם הבאתי הך דהש"ך סי' מ"ו ס"ק י"ב הנ"ל שפירש בשם הריטב"א דהראשונים אינם מעידים רק על שלו והקצה"ח הביא תוספתא דאף במעידין על כת"י של השני נמי נאמנים האחרונים ע"ש שהארכתי בזה ולפמ"ש כאן יש לומר דהשנים הראשונים נאמנים יותר כששנים האחרונים המעידים ששמעו מהראשונים והראשונים מכחישין כל שלא שמעו בבת אחת וכמ"ש כאן ודו"ק ועדיין צ"ע. והנה במ"ש ראי' מדברי הש"ך סי' מ"ג ס"ק י"ג הנה באמת הקצה"ח הביא התוספתא דאף במעידין על כת שני' אפ"ה האחרונים נאמנים ומבואר דאף בשנים נגד שנים האחרונים נאמנים מיהו לפמ"ש הקצה"ח בטעם הדברים דמה"ת כמי שנחקרה בב"ד א"כ אין ראיה משם ולפמ"ש למעלה בלא"ה אין ראיה ומה שהקשיתי מעידי כיעור נתיישבתי כעת דבלא"ה ל"ק דניהו דלא מהני כיעור בע"א היינו משום דאינו רק כמעיד לבד ולא נאסרת בשביל זה אבל הכיעור אמת אבל כאן כל שזה מכחיש ליתא לעדות כלל ובזה יש ליישב קושית הט"ז שם בעד כיעור ע"ש ודו"ק ובגוף הדין בשנים נגד שנים עיין בש"ע סי' י"ז סעיף נ"א ובח"מ שם ס"ק ע"ט ובב"ש שם ובכ"ז צ"ע כל מ"ש כאן:

סימן קח

נשאלתי כעת חוה"מ סוכות שנת כתרו ישועה מהרב הגדול וכו' מוהר"ר נפתלי הירץ בערינשטיין נ"י באחד שהתפלל במוסף ביום שני דחוה"מ וחשב שהוא יום ראשון ואמר ביום השני וביום השלישי ואח"כ נודע לו ורצה לומר דפטור מלהתפלל דהרי כל שאמר כמו שכתוב בתורתיך הוה סגי בדיעבד ולמה יצטרך להתפלל שנית. ואני אמרתי שכיון שהפסיק בתפלתו מקרבנו של יום אחר הוה הפסק וכמו באמר בר"ה זכרון אחר מה שלא מצינו דלא סגי אף שאם היה אומר כמו שכתוב בתורתיך הוה די וה"ה הכא ועיין

בסוף סי' ק"ח בטועה ומזכיר תפלה שלא בזמנה של שאר הימים שיצא אבל התפלה עיקרית הוה הפסקה וע"ש במ"ש הפר"ח וה"ה כאן ועיין בברכי יוסף סימן תרס"ח ס"ק ב' וראיה ברורה לפענ"ד מהא דאמרו טעה בוכתבתם חוזר ובתר"י הקשה למ"ד דק"ש דרבנן למה חוזר וכתבו דכל שהתחיל לקרות וטעה שוב צריך לחזור ולומר כתיקון וה"ה כאן כל שהתחיל ואמר מעין המאורע שלא בזמנה צריך לחזור ודו"ק:

סימן קט

אתמול בש"ק פנחס למדתי ביבמות דף מ"ה ע"ב ההוא דהוו קרי לי' בר ארמיתא אמר רב אסי מי לא טבלה לנדתה ההיא דהוי קרי ליה בר ארמאה אמר ריב"ל מי לא טבל לקריו וקשה לי טובא דמה ראיה ממה דטבל לקריו דלמא לא טבל כלל דהא קי"ל דבטלה לטבילתה וריב"ב אמר אין דברי תורה מקבלין טומאה כלל. ולכאורה רציתי לומר דריב"ל לשיטתו בברכות דף כ"א מנין לבעל קרי שאסור בדברי תורה וכו' וא"כ ע"כ טבל לקריו אבל ז"א דהרי ריב"ל אמר בעצמו בדף כ"ב שם אמר ריב"ל מה טיבן של טובלי שחרין ופריך מה טיבן והא ריב"ל הוא דאמר דאסור בתורה ומשני ה"ק מה טיבן בארבעים סאה אפשר בתשעה קבין מה טיבן בטבילה אפשר בנתינה ע"ש וא"כ היכא פסיקא לי' דטבל לקריו ואף אם טבל הא מבואר באו"ח סי' פ"ח דארבעים סאה דב"ק סגי בשאובין וא"כ בשאובין לא הועיל לענין גירות דבעי טבילה כשרה ושאובין פסול וראיתי ברמב"ם וטוש"ע סימן רס"ח שהעתיקו שאם ראינו שטבל ע"כ נהג בכשרות הוא גר צדק ע"ש מ"ש בשם הה"מ אבל ריב"ל דפסיקא ליה דמי לא טבל לקריו הוא תמיה דלמא טבל בשאובין או בט' קבין וצע"ג. ודרך אגב אומר במ"ש התוס' ביבמות שם ד"ה מטבלה דבעבד לא גזרו בנשג"ז כדאמר בנדה דף כ' לא נמצא כלל שם וכוונת התוס' בנדה דף מ"ז וגם שם לא נזכר בש"ס רק דהתוס' כתבו כן ע"ש ודו"ק:

סימן קי

א בסנהדרין דף מ"א עידי נערה המאורסה שהוזמו אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו והא התרו בה דלא אתרו בה אי לא אתרו בה היאך מקטלא באשה חבירה ואליבא דר"י בר"י דתניא ר"י בר"י אומר חבר א"צ התראה וכו' וכיון דאינהו לא מקטלו איהי היאך מקטלא כו' ה"נ קאמר מתוך שאין נהרגין שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו אף איהי אינה נהרגת. וכלם תמהו למה נקט לענין עדים זוממין ולמה לא נקט סתם שאינה נהרגת. והנראה בזה. ומקודם נבאר סברת ר"י בר"י דחבר א"צ התראה דלכאורה קשה לפמ"ש הפ"י בכתובות דף כ"ב בטעם דצריך שיקבל עליו התראה ויאמר אעפ"כ דאל"כ האדם נאמן לגבי עצמו אף כנגד עדים ויוכל להכחיש

הדבר ולומר שלא עשה כלל מעשה אף שהעדים מכחישין אותו ולכך צריך שיאמר אעפ"כ ויקבל עליו התראה ע"ש ולפ"ז יקשה ניהו דחבר א"צ התראה אבל מכל מקום כל שלא התרו בו יוכל להכחיש הדבר ויהא נאמן. וא"ל דמכל מקום כשאינו מכחיש יהרג דזה אינו דכל שצריך שיודה בזה שוב אין אדם משים עצמו רשע וצ"ל דמזה ראיה למ"ש המלמ"ל פ"ד ממלוה דכל שיש עדים שעשה מעשה רק שיוכל לומר עד"מ מזיד הייתי בזה כל שמודה ל"מ אין אדם משים עצמו רשע יעו"ש ואני הארכתי בזה בגליון המלמ"ל שם ובכמה מקומות ולפ"ז גם לר"י בר"י כל שמודה לא שייך אין אדם מע"ר ולפ"ז כל שהיתה מודה היתה נהרגת לר"י בר"י רק כיון דהוה עדות שאי אתה יכול להזימה דהם יוכלו לומר לא ידענו אם תודה ולא רצינו להרוג אותה שוב גם היא אינה נהרגת דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה וז"ש מתוך שיכולין לומר וכו' ודו"ק. ובזה מיושב קושית התוס' סנהדרין ט' ד"ה עידי האב ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה אינו סברא כלל לומר שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ולא ידעו שבאין להרוג את האשה ע"ש בתוס'.

ב אך עיקר הסברא היא דהם יוכלו לומר אטו ידענו שתודה והנה אמרו שם דף מ"א אלא אשה חבירה דמקטלה לר"י בר"י היכא משכחת לה כשזינתה וחזרה וזינתה והא יכולין לומר לאוסרה על בועלה שני באנו והקשו כלם לפי מה שנסתפק המהר"א ששון באם כבר נאסרה על בעלה אי נאסרה אח"כ על בועלה שני הא הוא ש"ס מפורש כאן וכבר כתבתי בזה הרבה. וכעת נראה בפשיטות דבאמת כשזינתה וחזרה וזינתה למה לא נהרגה בפעם הראשון וצ"ל דהי' יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ואף דא"צ התראה מ"מ העדים יכולין לומר לא ידענו דתודה ולפ"ז לא שייך לומר דכבר נאסרה דהא לא נאסרה רק על פיהם ובכה"ג לא שייך לומר דכבר נאסרה ושפיר יכולין לומר לאוסרה על בועלה שני באנו ודו"ק:

סימן קיא

אודות תקנת חזקת האוראנדעס שהב"ח וכל הגדולים חדשו לעשות תקנת חזקה מבלי ישיגו גבול המחזיק לפענ"ד זה שייך רק בעיר ולא בכפרים וחילי דילי דהנה באמת יקשה מאי שייך תקנה הא הגוים אינם משועבדים לזה וא"כ למה נגזר על הישראל הא הגוי יוכל לשכור. אמנם כבר כתב זקיני הרמ"א ז"ל בתשובה סי' ר' לענין ספרי הרמב"ם שהדפיס מהר"ם פדוואה והנכרי יענטמילער הדפיס ג"כ ספרי הרמב"ם וכתב שאף שהנכרי אינו משועבד לזה מכל מקום אנחנו לא גזרנו על הנכרי רק גזרנו על הישראל שלא יקנה א"כ ה"ה כאן אנחנו עשינו תקנה שישראלים לא ישתו ולא יקנו אצל המשיג

גבול ולפ"ז זהו בעיירות שיש ישראלים שפיר גזרו אבל בכפרים שרובן עכו"ם על מי יחול התקנה הגוי אינו משועבד לנו כנלענ"ד דבר חדש ועדיין צ"ע:

סימן קיב

הנה בש"ק העבר א' דר"ח טבת הוציאו שלשה ספרים לסדרא דיומא ולר"ח ולחנוכה והנה הקדיש לאחר הקריאה לא אמרתי רק לאחר כל הקריאות היינו אחר שקראו בספר השלישי של חנוכה והטעם שלי דהנה מפני מה אומרים קדיש בכל שבת אחר הקריאה שבעה כדי להורות שמפטיר אינו מן המנין שאינו רק קורא מה שקראו כבר ולפ"ז אם צריכין לקרות חיובא דיומא דהיינו של ר"ח ושל חנוכה א"כ לא נשלם עוד הקריאה ול"ש לומר קדיש אף שהשלישי נקרא מפטיר מכל מקום אינו באמת מפטיר רק חובת היום אמנם בסדורים אינו מבואר כן וכאשר עיינתי בזה בש"ע סימן רפ"ב בטור וש"ע מצאתי בזה ערבוב והנה בתוס' מגלה דף כ"ג ד"ה חד ראיתי מ"ש דאם הוא יו"ט ושכח לקרות חובת היום חוזר הס"ת ויקרא ואחרון שקרא בראשונה כמאן דליתא אבל בשבת של חנוכה או בר"ח של חנוכה והיינו בר"ח של חנוכה בשבת כמ"ש בהגהת הב"ח אין צריך כדאיתא לקמן דף כ"ט דאין משגיחין בחנוכה כל עיקר כמו שהגיה המהרש"א בזה ותמוה לי טובא דשם עיקר הפלפול אם קודם ר"ח לחנוכה או חנוכה קודם לר"ח וע"ז אמרו דאין משגיחין בחנוכה ויש גרסא גם בר"ח והיינו שאין קפידא איזה קודם או זה או זה אבל שלא להשגיח כלל בחנוכה ור"ח זה לא נמצא וצ"ע. והנה שם בתוס' ד"ה עולה כתבו בשם הרב אליהו דאף כשמוציאין שלשה ס"ת יקראו הראשונים הנ"ל והמפטיר יקרא מה שקראו הראשונים ושינו מנהג רש"י ורבותי' ור"ת ע"ש ולא נתבאר מה שהי' מנהג רש"י ור"ת אבל אנן לא נהיגין כהר"ר אליהו וברא"ש שם מבואר דכשמוציאין שלשה ספרים קורין ששה באחד והשביעי בשני ואומר קדיש ובשלישי קורא המפטיר פרשה שהוא מעין הפטרה וע"ז כתב הב"י שכן נהגו כרא"ש וכן הוא בפסקי הרא"ש וכן במרדכי וכפי הנראה כך המנהג שלנו וצ"ע בכ"ז ודו"ק:

סימן קיג

א במסכתא ב"מ דף ס"א אלא לכובש שכר שכיר ופריך הא כובש שכר שכיר כתיב בהדיא לא תעשוק ביום א' שמות תרל"ג הגיע לי מכתב מרב אחד שהקשה לרבינו נתנאל בקידושין דף ט"ו דכובש שכר שכיר אסור לכבוש בעד בע"ח ובזה לא אמרינן שעבודא דר"נ ע"ש א"כ אצטריך שני מקראות בכובש חד לכובש לעצמו וחד לכובש בשביל בע"ח.

ב והשבתי דל"ק דניהו דאסור לכבוש בשביל בע"ח אבל גזל לא מקרי דגזל היינו דוקא שגוזל לעצמו כעין ויגזול את החנית אבל כאן כובש בעד מי שמגיע לו ורק דהתורה מיעט

מקרא דלא שייך שעבודא דר"נ אבל מכל מקום גזל לא מקרי. ומה שהקשה דלמה לי קרא דלאו דלא תשיך בלוה הא נוכל למילף מהא דכתיב קרא בגזל ולא ילפינן מריבית משום דריבית חידוש הוא דאסור אף ללוה כדאמרו שם וא"כ מזה גופא מוכח דאסור ללוה דאל"כ למה לי קרא דגזל והשבתי דאכתי לא הוה לקי דה"א דניהו דאסור ללוה ג"כ דאל"כ גזל למה לי אבל ללקות לא לקי ועיין רמב"ם פ"ד ממלוה. מיהו בלא"ה ל"ק כמ"ש הפ"י בקידושין בדף ל"ד ובדף י"ד דזה לא מסתבר דלא לכתוב קרא ונילף מכח מדאצטריך ע"ש:

סימן קיד

בדבר אשר שאל במי שכתב והתנדב לקנות ספר שמדפיסין מאדם גדול אם יכולים לחזור ולהשאל על מה שנדרו לקנות הספר. והנה הדבר פשוט דאין כאן משום נדר ולא יד לנדר דנדר צריך להתפיס והוה איסור חפצא וכאן לא הוה נדר ולא תורת יד לנדר רק שכבר הורה לנו המהרי"ט בתשובה חלק יו"ד סי' כ"ח דנהנו העולם לידור והוא מתורת בפיך זו צדקה ע"ש שהאריך וכבר הארכתי בזה בחבורי ידות נדרים סי' ר"ג ס"ק ח' יעו"ש באורך ולפ"ז כיון דהוא מתורת בפיך זו צדקה וא"כ פשיטא דיכול לשאול על נדרו וכמו בצדקה כמבואר סי' רנ"ח. אמנם הרדב"ז בתשובה כתב דמנדין החכם שמתיר נדר זה שמפסיד לעניים ע"ש בסי' קל"ד בהשלש מאות תשובות והוא ח"ד להרדב"ז וה"ה כאן. אמנם לפענ"ד בנ"ד א"י לשאול על נדרו דהרי בצדקה הוה אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומה דיכול לשאול על הקדשו היינו משום דאתי דיבור ומבטל דיבור כמבואר בשו"ת הרשב"א הובא בש"ך סי' רנ"ה באורך. ולפ"ז זהו כשהי' אמירה בעלמא אבל כאן שכתב בפנקס שהוא נדר לקחת וכתיבה הוה כמעשה ושוב לא יכול לשאול על נדרו דלא אתי דיבור ומבטל מעשה וכעין זה מבואר בתשובת הרא"ש כלל ס"ה דלא שייך שלא להשביע דדוקא בדיבור בעלמא הוא דיכול לטעון שלא להשביע לא כשכותב ע"ש ועיין בטוש"ע חו"מ סי' פ"א סי"ז ע"ש בש"ך ס"ק מ"ה ומשמע דכתיבה הוה כמעשה ומיהו לפמ"ש בשו"ת דברי ריבות שם ובקצה"ח שם דהיכא דצריך לכתיבה שייך שלא להשביע דדוקא במקום שסגי באמירה גרידא והוא כתב הוה הכתיבה כמעשה וא"כ כאן שצריך לכתוב על הפנקס דאל"כ לא יוכל לדעת מי ומי המתנדבים א"כ אפשר דגם כתיבה לא הוה מעשה וגם גוף הדבר אי שייך בצדקה להדיוט אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ג"כ מחלוקת גדולי הפוסקים וכבר הבאתי בחבורי יד שאול סימן רכ"ח המחלוקת הלז והארכתי בזה וע"כ שוב יכול לשאול וא"י להוציא מזה אמנם החכם שמתיר יש עליו עונש כמ"ש הרדב"ז:

סימן קטו

א בעש"ק העבר היו אצלי המופלג מוהר"מ ושאל בהא דאמרו בקידושין דף כ"ד ע"ב נגד עינו ואינו רואה כנגד אזנו ואינו שומע א"י בהם לחירות ופריך למימרא דקלא לאו כלום הוא וכו' ומשני שאני אדם כיון דבר דעת הוא הוא מבעית אנפשי' כדתניא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וע"ז הקשה לשיטת הפוסקים דכל דחייב לצאת ידי שמים מועיל תפיסה והרי קי"ל דעבד מקרי תפוס בעצמו ומה"ט דנין דיני קנס עבד בבבל א"כ כיון דמבעית חייב בדיני שמים שוב העבד מקרי תפוס בעצמו ולמה לא יצא לחירות והנה יפה הקשה אך ראה הקושיא בשער המלך הלכות עבדים פ"ה יעו"ש.

ב והשבתי כיון דאם מבעית נפשי' ולכך פטור בדיני אדם אבל בדיני שמים חייב דמ"מ יש לומר דנבעת ע"י שהכהו נגד עינו ואזנו א"כ כל שספק בהתפיסה עצמה לא מקרי תפוס כמ"ש המהרי"ט ועיין קצה"ח סי' פ"ח ואף דהתוס' בגיטין בדף י"ז דעבד מקרי תפוס בעצמו היינו שם דודאי משוחרר רק שהספק אם מזמן ראשון או משני ושפיר מקרי מוחזק בעצמו. אמנם ליישב גם קושית השעה"מ מהא דאמרו בירושלמי מהו שיאמרו לו צא יד"ש וש"מ מהך דר' יהושע והקשה השעה"מ ת"ל דעבד מקרי תפוס בעצמו וכן הקשה בתומים סי' כ"ח וכבר כתבתי בזה הרבה דברים. וכעת נראה דלא עדיף מאם הפקיר העבד או הקדיש דיצא לחירות ומ"מ צריך גט שחרור כדאמרו בגיטין דף ל"ט וכן קי"ל א"כ ניהו דחייב לצאת ידי שמים מכל מקום לא מקרי מוחזק בעצמו דצריך לגט שחרור ועדיין קנין האיסור שבו לא נפקע וא"כ שוב לא מקרי תפוס בעצמו וז"ב ומיושב קושית השעה"מ הנ"ל ודו"ק:

סימן קטז

א ראיתי בשו"ת הרשב"א סי' אלף רמ"ו שהאריך בגט שכ"מ שלפי שאין התנאי בתוך הגט והיא מכחשת כשנתרפא שיתן לה בלי תנאי מאן יודע זאת שעדי הגט בעצמן אין נאמנים כשכת"י יוצא ממקום אחר ועדים אחרים אין נאמנים כיון שכת"י של עדי הגט יוצא ממקום אחר והשיב דהו"ל תרי ותרי ואשה בחזקת א"א קיימא ע"ש.

ב ובראשית ההשקפה תמהתי דכל הטעם דאין נאמנים לומר תנאי כל שלא מוזכר בשטר הוא משום דאם הי' תנאי בודאי הי' כתוב בשטר וכיון דבגט לא מצי למכתב תנאי דתנאי קודם התורף לא מועיל רק בע"פ א"כ שוב העדי הגט בעצמם נאמנים לומר שהי' בתנאי ומכ"ש אחרים ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' ה' שכתב כן להשיג על הרשב"א ע"ש וכ"כ התומים סי' מ"ו ס"ק מ"ט מדעתא דנפשי' ולא ראה לא דברי הרשב"א ולא מהריב"ל הנ"ל אבל זכה לכוין מדעתא דנפשיה אמנם אחר העיון לפענ"ד דברי הרשב"א נכונים

דהנה הטעם דאין נאמנים לומר תנאי בשטר שנתקיים הוא דמה"ת נאמר שהי' תנאי ונתחדש דבר בזה וסתם שטר לאו תנאי הוה. ולפ"ז רואה אני הדברים ק"ו דהשתא בסתם שטר דיוכל להיות תנאי ואפ"ה אמרינן כל דנכתב שטר סתם מה"ת לחדש דנתהוה איזה תנאי בזה והוה כמו כל חזקת הגוף דאמרינן שלא נתהוה איזה חדשות בזה ה"ה בשטר סתם מה"ת לומר שנתחדש ענין תנאי א"כ מכ"ש בגט דאסור להיות תנאי בגט קודם כתיבת התורף ולדעת הרמב"ם פסול מה"ת שאינו גט כריתות ולשאר פוסקים ג"כ פסול מדרבנן וניהו דע"פ יוכל להיות תנאי מכל מקום מה"ת לחדש שנתהווה תנאי ומ"ש המהריב"ל דהטעם דאל"כ הי' ראוי להיות כתוב בשטר זה לא מוזכר בפוסקים ועיקר הטעם שאין מהראוי לומר שנתחדש איזה ענין תנאי וא"כ ה"ה וכ"ש בגט וכמ"ש וז"ב לפענ"ד שוב ראיתי בב"י אהע"ז סי' קמ"ה בסופו שמביא דברי הרשב"א הנ"ל ותמה עליו דתנאי מלתא אחריתי היא ולפמ"ש יש ליישב ודו"ק:

סימן קיז

א ארשום מה שנתחדש לי בשנת כתרו ישועה במס' נדה שהחילותי ללמוד יום ב' נח כ"ז תשרי ד' יעזרני ללמוד וללמד. דף ב' בתוס' ד"ה דאיכא ע"ש בהג"ה והא דאמרינן פ"ק דחולין וכו' הג"ה זו אין לה שייכות לכאן וראיתי במ"נ שנדחק מאד ואני בעת למודי אמרתי דהג"ה זו קנתה מקומה בתוס' ד"ה והלל שכתבו דברה"ר לא גמרינן מסוטה רק משום דמוקמינן בחזקת טהרה וע"ז הקשו מחולין שם דפריך הש"ס ולא שאני בין איסורא לסכנתא והא ספק טומאה ברה"ר טהור וספק סכנתא לחומרא ומשני התם מסוטה גמרי לה מה סוטה ברה"י אף ספק טומאה ברה"י וא"כ מבואר דברה"ר גמר לה מסוטה וע"ז כתב דזה לפי סברת המקשה אבל לפי המתרץ לא יליף ברה"ר מסוטה וכן הוא בתוס' חולין שם ד"ה התם דוק ותשכח וז"פ מיהו ק"ל אדברי התוס' דברה"ר לא יליף מסוטה והרי בחולין דף י"ג אמרו ומ"ש מספק טומאה ברה"י ולטעמיך נדמיי' לספק טומאה ברה"ר אלא התם הלכתא גמירי לה מסוטה ומשמע דשניהם יליף מסוטה וע"ש ברש"י ובחדושי להלכות טריפות הארכתי בזה. אמנם בגוף סברת התוס' דברה"ר לא גמרינן מסוטה רק מחמת חזקת טהרה לפענ"ד בזה מבואר מה דאמרו בנדה דף ג' ושניהם לא למדוה אלא מסוטה רבנן סברי כסוטה וכו' אי מה סוטה ספק טומאה ברה"ר טהור הכי השתא התם משום סתירה היא וסתירה ברה"ר ליכא הכא משום חסר הוא ומ"ל ברה"י או ברה"ר וכ"ת הא כל ספק טומאה ברה"ר טהור כיון דאיכא תרתי לריעותא כודאי דמי. והנה הא דאמר וכ"ת כל ס"ט ברה"ר טהור אין לו שום ביאור דכבר אמר דשאני סוטה דסתירה ברה"ר ליכא אבל כאן מ"ל חסר ברה"י או ברה"ר ומה קשיא לי' עוד והוא תימה

רבה ולא ראיתי למי שירגיש בזה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי במה דאמר דברה"ר ליכא סתירה ומשמע דברה"ר גמרי מסוטה וע"ז מקשה דהרי כל ספק סוטה טהור והיינו אף דאחד ודאי טמא וע"כ משום דמוקמינן אחזקת טהרה וה"ה בזה נוקי אחזקת מקוה שלם וע"ז תירץ דברה"ר באמת מוקי בחזקת טהרה ולא משום דליכא סתירה ברה"ר רק משום חזקת טהרה ושאני מקוה דהוה תר"ל. ובזה יש לי לבאר כל הסוגיא דלפ"ז לר"ש דיליף ברה"ר מסוטה וא"כ צ"ל דלדידי' באמת שאחד בודאי טמא מ"מ יליף מסוטה ולדידיה גם ברה"י תולין וא"כ שפיר דכל אחד מביא קרבן טומאה וקרבן טהרה. ובזה יש ליישב גם הך ואב"א דזה חידש דברה"ר באמת אם אחד ודאי טמא דאינו טהור רק דיליף מסוטה דגמרי סוף טומאה מתחלת טומאה וברה"י באמת ס"ל דשאני סוטה דרגלים לדבר. ובזה מיושב קושית התוס' ישנים ובח"ר האריך ולפמ"ש אתי שפיר הכל ודו"ק ומ"ש בתוס' ישנים דהלכות טומאה גמירי לה כדאמרו בסוטה פ"ק והוא תימה דלא נמצא כלל ועי' במ"נ שהרגיש בזה ולפענ"ד צ"ל סוכה פ"ק והוא בדף ח"י שם דטומאה הלכתא גמירי לה ואין ללמוד ממנו כלל ע"ש ברש"י ודו"ק. והנה המהרש"א ומהר"ם לובלין בחולין דף ט' שם הקשו דאם לא ילפינן ברה"ר וברה"י מסוטה בדבר שלא יוכל להיות ודאי כגון ב' נזירים דאחד ודאי נטמא א"כ מ"ש רה"ר מרה"י ובשניהם יש חזקת טהרה ע"ש מ"ש בזה ולפענ"ד נראה דהנה באמת קשה לי בהא דאמרו דס"ט ברה"ר טהור דיליף מסוטה דסוטה לא שייך ברה"ר והרי אמרו כאן דשאני מקוה מסוטה דסוטה ברה"ר ליכא סתירה משא"כ חסר מ"ל ברה"ר מ"ל ברה"י וא"כ לענין ספק טומאה נמי נימא הכי מ"ל רה"ר מ"ל רה"י לענין טומאה וע"כ צ"ל דשאני רה"ר לענין טומאה דבאמת ל"ד לסוטה רק דיש חזקת טהרה וכמ"ש התוס'. ובזה נפתחו לי שערי בינה במה דאמרו כאן וכ"ת הא כל ספק טומאה ברה"ר טהור ונתקשיתי בזה דמה הוא מקשה הא כבר חלק בין סוטה למקוה אך לפמ"ש אתי שפיר דבאמת זהו קושית הש"ס לאחר שחלק הש"ס בין סוטה למקוה וע"ז הקשו דאי אפשר לומר כן דהרי ספק טומאה ברה"ר טהור והרי ל"ד לסוטה ומהראוי להיות גם ברה"ר טמא וע"כ משום חזקת טהרה וא"כ שוב קשה גם במקוה נימא כן וע"ז אמר כיון דאיכא תר"ל כודאי טומאה דמי ולכך פסול אף ברה"ר וז"ב כשמש ומעתה מיושב היטב קושית מהרש"א ומהר"ם לובלין דשאני ספק טומאה ברה"ר דא"א להקיש לסוטה כלל דמ"ל ברה"ר ומ"ל רה"י וע"כ משום חזקת טהרה קאתינן עלה וא"כ אם כשאחד נטמא בודאי טהור ברה"ר דגם בספק טומאה כשאין שום אחד טמא ודאי ג"כ מהראוי לטמא ורק משום חזקת טהרה אתינן עלה ומה נ"מ בין סתם ספק טומאה

ובין כשאחד ודאי טמא אבל ברה"י דדמי לסוטה א"כ כל שאחד ודאי טהור דא"א לדמות לסוטה טהור וז"ב כשמש ודו"ק היטב כי נתבאר ענין נכבד:

ב שם הכי השתא התם איכא למימר חסר ואתי חסר ואתי הכא מי איכא למימר חזאי ואתאי הקשה הרשב"א דמה קושיא דמה נ"מ אם מעט ואם הרבה דאפילו ראתה בחבלה אחת אכתי ניחוש דלמא עם סילוק ידיה ראתה וכותלי בית הרחם אוקמוהו וכתב בשם ר"ח דה"פ מי שייך לומר דחזי ואתאי בלי הרגשה הא ודאי איכא למימר אלו אתא מעיקרא ודאי ארגשה וע"ז הקשה דהא אכתי לא ידענו מהא דאמרו טעמא דשמאי משום דלא ארגשה ולהאי לישנא להלל נמי תו ליכא למרמי מחביות ומקוה והנראה בזה ענין נכבד דהנה התוס' הקשו מ"ש מכל ספק טומאה דברה"י טמא וכתבו דלא גמרינן מסוטה לטמא למפרע וכתבתי בחידושי למס' נדה דהכוונה דכמו בדבר שאין בו דעת לשאול טהור אף ברה"י והטעם משום דכל שאין בו דעת לשאול לא טמאו התורה ולפ"ז בטומאה למפרע דאנן חיישינן שמא כותלי בית הרחם העמידוה וא"א לה לדעת הו"ל לענין למפרע כמו שאין בו דעת לשאול וטהור והוא נעים ונחמד. ומעתה נראה לי לפי מה דאמרו טעמא דשמאי מדלא ארגשה והלל אמר כסבורה מ"ר היא ולפ"ז כאן ס"ד דגם שמאי ס"ל דכסבורה הרגשת מ"ר היא ולא שייך לומר מדלא ארגשה טהורה היא דאימר שסברה דמ"ר היא ולפ"ז כיון שאם היתה בודקת עצמה הי' יכול להיות שתראה בעת הרגשה והיתה מוצאת דם רק שתלתה במ"ר עכ"פ אפשר שתראה ותרגיש וא"כ עכ"פ לא הוה דבר שאין בו דעת לשאול כיון שהיתה יכולה להרגיש וא"כ שוב מהראוי לטמא למפרע וע"ז אמר דלמא הגס הגס חזיתה ויצא מעט מעט כחרדל ולא הי' אפשר להרגיש כלל בטפת דם כחרדל ושוב הו"ל לענין למפרע כדבר שאין בו דעת לשאול וא"כ שוב ממנ"פ טמאה דאם אתה אומר דאי אפשר בלי הרגשה שוב מהראוי לטמא ואם אתה אומר דאפשר לראות מעט מעט ולא תוכל להרגיש כ"כ שוב מ"ט דמטהר ב"ש הא אפשר לחוש שיצא מעט ומה דאמר מעיקרא הכי השתא התם איכא למימר חסר ואתאי הכא מי איכא למימר חזאי ואתאי והיינו דמקשה דאם שם מטמאין מטעם חסר ואתאי וכאן לא שייך זאת שוב מהראוי לטמא לגמרי וע"כ דא"א כלל לראות מעט מעט ושוב אינו דומה למקוה כלל דשם יש לומר דחסר ואתאי וכאן א"א לומר כן דא"כ תהיה טמא למפרע וע"ז אמר דלמא הגס הגס חזיתה ואפשר שלא תדע והוה דבר שאין בו דעת לשאול ודו"ק היטב כי חריף הוא ועיין מהרש"ל ומהרש"א והמהרש"ל חידש דבקופה ונגע באחד שייך ג"כ הטעם דמרגיש והמהרש"א דחה זאת וכן נראה מחידושי רשב"א שהבאתי ודו"ק:

ג והנה בהא דאמר התם איכא למימר חסר ואתאי הקשה בשו"ת זקני הח"ץ ז"ל דהרי החסרון שבמקוה שהוא בין מקוה מ"מ סאה לפחות ממ"מ סאה הוא בא בב"א שהרי בחסר אפילו טפה אינו טובל וא"ל כיון שהוא חסר הרבה מארבעים סאה אף שאותו החסרון שבין מ"מ סאה לפחות הוא מעט מכל מקום החסרון הגדול ע"כ שלא בא בב"א וא"כ ע"כ חסר ואתי וע"ז הקשה דא"כ מה מחלקו התוס' בין מקוה לנגע דהא גם בנגע ניהו דבין גריס ופחות מכגריס הוא בא בב"א אבל אם הי' גדולה כסלע וראינו אח"כ שנפחת הרבה ע"כ שלא נתחסר בב"א וא"כ נימא ג"כ חסר ואתאי ע"ש שנתעצם הרבה בזה והניח בקושיא. ולפענ"ד נראה דהנה המהרי"ט בראשונות סי' מ"א כתב דספק קטנות לא הוה חזקה דעשוי להשתנות והביא ראי' ממ"ש הר"ן דבמקוה שהוחזקה להיות מתמעט ולעמוד על פחות ממ' סאה דצריכין לחזור ולטבול משום שהוה חזקה העשוי להשתנות וה"ה בקטנות ע"ש ובשב שמעתתא שמעתא ג' פי"א דחה למהרי"ט דשם מיירי הר"ן שהוחזק להיות מתמעט פחות מארבעים סאה בזה לא שייך להעמידה על חזקתה הראשונה אבל אם הי' דרכו להתמעט מעט מעט אבל לא הי' מוחזק להתמעט פחות מארבעים סאה מוקמינן על חזקתו הראשונה וה"ה בחזקת קטנות ע"ש שהאריך להביא דברי הר"ן שמשמעותו כן וכמעט שביאר להדיא כן אך לפענ"ד הדבר נכון דהר"ן מיירי שם שעכשיו שנמדד הוא שלם רק שהיתה דרכה להתחסר פחות מארבעים סאה בזה בעי שתהי' דרכה להתחסר פחות מארבעים סאה כיון שכעת נמצאת שלימה רק שהספק על עת שטבל אם היתה מתמעטת או לא אבל כל שכעת אינה נמצאת שלימה והיא פחות ממ' סאה אף שלא הוחזקה להיות מתמעט פחות ממ' סאה כל שחסר ואתי שוב אמרינן דנתחסרה כבר ומעתה בספק קטנות לא שייך להעמיד בחזקת קטנות כיון שדרכה להתגדל וז"ב כשמש.

ד ומעתה זה הענין דחסר ואתי דכיון שדרכה להתחסר שוב לא מקרי חזקה דהא עשויה להשתנות ולא הוה חזקה ובצירוף חזקת טומאה דאדם הוה תר"ל וז"ב. ומעתה נראה לי ברור דזה דוקא במקוה שדרכה להתחסר מעט מעט אבל בנגע כשם שלא ידענו אם נחסרה בפחות מכגריס בבת אחת כן יוכל להיות שהחסרון הגדול נרפאה בבת אחת שהנגע היא ענין חולאת והכתוב אמר והנה נרפא הצרעת מן הצרוע וא"כ הרפואה יוכל להיות שהיתה בב"א ויוכל להיות שנתרפא מעט מעט ול"ד למקוה דמים דרכם להיות הלוך וחסור מעט מעט ואם כן שוב לא מקרי חזקה דעשויה להשתנות אבל בנגע אין דרכה להשתנות מעט מעט ויוכל להיות הרפואה בבת אחת דפחות מכגריס אינו חולאת כלל וז"ש דהנגע רגילות להתחסר פחות מכגריס בבת אחת והיינו כמ"ש ודו"ק. ומ"ש

הש"ש שם לדחות דברי המהרי"ט מה שהביא ראיה מנדה דכל דעלולה לראות לא שייך חזקת טהרה שעשויה להשתנות ולחולין טהורה משום דלא יליף מסוטה לטמא למפרע והוא דחה דלחולין טהורה משום חזקת טהרה לפענ"ד זה אינו דבאמת כל דעלולה לראות לא שייך חזקת טהרה שעשויה להשתנות ולמפרע דטהורה משום דהוה דבר שאין בו דעת לשאול וכמ"ש ולקדשים מחמרינן אף דדבר שאין בו דעת לשאול טהור אף בקדשים מ"מ בנדה החמירו לקדשים ולטהרות וז"ב ודו"ק:

ה והנה החריף מוה' שמואל שטאציר נ"י אמר דענין חסר ואתי הוא משום דכל הטעם דמוקמינן אחזקה דמעיקרא כתב הרמב"ם בפירוש המשנה סוף נזיר דאל"כ אין גבול ויצא לאין תכלית ולכך העמידו על חזקה דמעיקרא וא"כ כל שדרכו להתחסר שוב לא שייך להעמיד על חזקה לומר דלא נשתנה הא דרכו להשתנות ולפ"ז בספק קטנות ג"כ היא כך כיון דדרכה להשתנות שוב א"א להעמיד על חזקתו ולפ"ז גם בשרק דרכה להתחסר מעט לא שייך חזקה דמעיקרא כלל וזה הענין חזקה העשויה להשתנות דלא הוה חזקה שאי אפשר להעמידה על חזקתו הראשונה ודו"ק היטב.

ו דף ד' ומי מחזקינן והתנן נגע באחד בלילה. בשב שמעתתא שמעתא ג' פ"ו הביא דברי התוס' רי"ד בקידושין דף פ' דכתב דבנגע באחד בלילה הוה ספק בטומאה ובודאי נגע ואינו דומה לנדה דנדה המטמא הוא ברור רק דהספק אם אז יצא הדם והו"ל ספק מגע ע"ש וע"ז הקשה דא"כ מה מדמה לזה מגע ודאי וספק טומאה והא בקופה הוא ודאי טומאה דשרץ בודאי מטמא רק דהספק במגע ובנגע באחד בלילה ספק בטומאה ע"ש. והנה דברי התוס' רי"ד באו שם בקצרה וסמך על מ"ש בנדה וכעת זכינו לדברי התוס' רי"ד ע"ש שביאר בהדיא בכל הסוגיא הך חילוקא דספק מגע ודאי טומאה ובין ספק טומאה ודאי נגע אלא שכתב שם דבפ"ק דפסחים ביאר דספק טומאה ודאי מגע קיל מספק מגע ודאי טמא ולפ"ז שפיר פריך הש"ס דהרי בקופה ודאי טמא וספק מגע וא"כ מהראוי להקל בזה ואפ"ה מחמרינן לר"י ומחזיקין ממקום למקום והרי בספק טומאה וודאי נגע מקילין ופריך מכח כ"ש וז"פ וברור. ובזה יש ליישב מ"ש וכ"ת ה"מ לשרוף אבל לתלות תלינן והתנן מחט שנמצאת והקשו בתוס' דמה קושיא היא הנותנת דלכך טהור משום דאזלינן בתר שעת מציאתן לגמרי. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי שיטת התוס' רי"ד דשעת מציאתן היא אף לחולין וכמ"ש בהדיא בקידושין שם וא"כ שפיר מקשה דאם במחט שהוא ודאי מגע וספק טומאה חמור ואפ"ה תלינן לקולא מכ"ש בספק מגע ודאי טמא ודו"ק היטב. ועיין בתוס' רי"ד ריש נדה בהא דקאמר טעמא דב"ש משום דהעמד אשה על חזקתה והקשה התוס' רי"ד דלמה לא קאמר העמד טהרות על חזקתן וכתב

דהטהרות הם ודאי נגע וספק טומאה וחמור לכך אצטריך לומר דהעמד אשה על חזקתה והיינו טומאת מע"ל למפרע זה לא מחמרינן רק לקדשים לב"ה אבל לב"ש מטהרין בכ"מ ודו"ק. ועיין בריטב"א עירובין דף ל"ו גבי רבא אמר תרי חזקה לקולא שכתב דבמס' נדה פירש דטעמא דלא אמרינן העמד טהרות על חזקתן כיון דודאי נגע בהם פקעה חזקה מינייהו וכמו בשליא בבית ע"ש ודו"ק היטב ועיין בש"ש שם שהביא דברי המשאת משה במה שחילק לענין שעת מציאתן דיש לקיים ב' החזקות ועד שעת נגיעה הי' חי ובתשובה אחת כתבתי דהן הן דברי הש"ך בנקה"כ ביו"ד סי' שצ"ז וכעת אני רואה דאין ענינם דומה זה לזה דהש"ך אמר לענין נפילת הגל דאירע ריעותא אז וא"כ יש לומר דבגל בעת שנפל אז נהרג אבל כאן בנגיעה לא הי' שום ריעותא ומה"ת לחוש למפרע ודו"ק היטב ועכ"פ דברי הש"ך הם נכונים בסברא טובה דשם יש לנו לקיים ב' החזקות ודו"ק:

ז והנה בשב שמעתא שמעתא א' פט"ז הקשה על מ"ש הרמב"ם פ"ב מסוטה דקטנה שזינתה נאסרה והא קטן אין בו דעת לשאול מקרי כמ"ש במס' טהרות פ"ג משנה וא"ו וא"כ באין בו דעת לשאול ספיקו טהור וזה רבות בשנים כתבתי דשאני סוטה דספק כודאי והוה כהוחזקה שנטמאה דאף דאין בו דעת לשאול ספיקו טמא. וכעת אני רואה דזה אינו דניהו דעשה הכתוב ספיקו כודאי מ"מ אין בו דעת לשאול טהור דהא גמרינן מסוטה וסוטה יש בו דעת לשאול ואני רואה שאשתמיטתי' לבעל שב שמעתא ירושלמי מפורש פ"ק דסוטה והובא בתוס' סוטה דף כ"ח שהקשו לבן זומא דיליף ספק טומאה ברה"י מסוטה ומינה דוקא שיש בו דעת לשאול וע"ז אמרה מיליהן דרבנן פליגא דאמרו קטנה שזינתה אין לה רצון לאסור על בעלה והא תנינן אין בו דעת לשאול טהור הא יש בו דעת לשאול טמא וכאן אף שיש בו דעת לשאול ספיקו טהור והנה מבואר הקושיא של הבעל שב שמעתא. איברא דאין לו ביאור דלמה נחשב קטנה כמו שיש בו דעת לשאול והא אדרבא אין בה דעת לשאול כמו דחשבו בקטן פ"ג דטהרות כאין בו דעת לשאול ועיין בפ"מ שנדחק מאד. אמנם נראה דלפי מה דאמרו בסוטה כ"ט דאי מסוטה הו"א דעת נוגע ומגיע א"כ שפיר אמרו דניהו דהיא קטנה ואין בה דעת לשאול אבל דעת מגע יש בו דעת לשאול וא"כ לב"ז דלא יליף מדרב גידל רק מסוטה שפיר מקשה והא יש בו דעת לשאול והיינו שהבועל הוה דעת מגע ושפיר הקשו ודו"ק היטב. ומעתה מיושב היטב הקושיא דבירושלמי אמרו משום שאין לה רצון והיינו משום דפתוי קטנה אונס הוא אבל הרמב"ם דפסק דנאסרת והוא לא ס"ל פיתוי קטנה אונס הוא והראב"ד השיג באמת ע"ז שפיר כתב דנאסרת ושותית דיש לה רצון ויש בה דעת לשאול וז"ב ודו"ק. והנה השב שמעתא שמעתא א' פ"ז כתב ליישב קושית התוס' דלמה ברה"י ספיקו

טמא אף דאיכא חזקת טהרה נגדו וא"ל משום דכאן דקינא לה ונסתרה אתרע לה חזקת טהרה א"כ אמאי ברה"ר ספיקו טהור אף דאיתרע חזקת טהרה ע"ש ואמר הוא דמן הבעל דיש לה חזקת היתר יליף דברה"י טמא וברה"ר יליף מהבועל דהי' לה חזקת איסור ואפ"ה ברה"ר טהורה מיניה יליף אף בכל דבר דלית ליה חזקת טהרה ע"ש. והנה אף כי דפח"ח. לפענ"ד זה אינו דכיון דלבעלה יש לה חזקת היתר ולא נאסרה והרי כתיב ונטמאה ונטמאה ודרשינן אחד לבעל ואחד לבועל וכל שנאסרה לבעל נאסרה לבועל אבל לא כתיב להיפך א"כ כל שלא נאסרה לבעלה לא נאסרה לבועל ואף דהב"ש בסי' י"א ס"ק ג' לא כ"כ ע"ש בדגול מרבבה שהשיג עליו וא"כ דבריו תמוהים. והנה לפענ"ד נראה דבר חדש דענין מה דאמרו דסוטה עשה הכתוב כודאי לפענ"ד הוא עפמ"ש הש"ך בסי' ק"י דבגבינות עכו"ם כיון דחז"ל אסרו מחמת ספק תורה בגופו נעשה כודאי איסור תורה והפר"ח חולק. ולפ"ז נראה לפענ"ד דלשיטת הרמב"ם דכל הספיקות הם מדבריהם ובסוטה חששה התורה לספק וא"כ נעשה כודאי דהרי אם הי' רק ספק היה מהראוי להתיר וכיון שהתורה חששה בסוטה לספק ושם הוה ספק בגופו ובפרט היכא שקינא לה ונסתרה דיש רגלים לדבר א"כ כודאי נעשה ספק תורה. ובזה י"ל מה דנחלק רבנן עם ר"ש דר"ש ס"ל דאינו רק ספק והתורה חששה כאן לספק ואסרו ורבנן ס"ל כל דהתורה חששה לאותו הספק והו"ל ספק בגופו כיון דיש רגלים לדבר נעשה כודאי איסור וז"ב ודו"ק. ולפענ"ד נראה ליישב קושית התוס' בדרך פלפול דהנה מה דהקשו דבר"ה לוקמא בחזקת טהרה לכאורה בסוטה לא שייך זאת דהא גם בחזקה קיי"ל כל דאיכא לברורי מבררינן ולכך משקין מי סוטה כדי לברר ואף דמוחקין השם בשביל להטיל שלום שלא יהי' לו שום פקפוק על אשתו התירה התורה למחוק וא"כ ל"ק. אמנם נראה לפי מה שחידש הנוב"י לענין ס"ס דקי"ל דאם יכולין לברר מבררינן אמנם זה כשיכולין לברר כל הספיקות אבל אם אף לאחר הבירור לא יתברר שני הספיקות לא מבררינן ע"ש ולפ"ז כיון דאמרינן לפעמים הזכות תולה שוב אף לאחר שישקה לא יתברר בבירור גמור דאולי הזכות תולה שוב א"צ לברר ולמה ישקה ונוקי בחזקת היתר. אך נראה דבאמת זה אינו רק לפעמים דזכות תולה אבל עפ"י רוב ההשקאה הוא בירור גמור א"כ כיון דאיכא רגלים לדבר דקינא לה ונסתרה א"כ שוב לאחר ההשקאה נעמוד על הבירור דמה"ת לתלות דזכות תולה וא"כ לכך ספק טומאה ברה"י טמאה דהא יותר קרוב לומר שבודאי תהי' טמאה וההשקאה יועיל ומה"ת לתלות בזכות לכך מבררינן דאם תמצא טהורה נדע שהיא טהורה דמה"ת לתלות בזכות ואם לא תמצא טהורה בודאי טמאה א"כ שפיר מבררינן ע"י השקאה דהא יותר קרוב לומר שתהיה מועיל ההשקאה ומה"ת

לחוש שהזכות יהי' תולה ויותר קרוב לומר שכל שקנא ונסתרה תהיה באמת טמאה ולא יועיל לה הזכות וההשקאה יברר שהיא טמאה ודו"ק. ולפ"ז זהו ברה"י אבל ברה"ר דאין הסתירה כ"כ ראיה דסתירה ברה"ר לא מקרי סתירה וא"כ למה נשקה הא יש לה חזקת טהרה ולא שייך דאיכא לברורי דהא יש לחוש שיהיה הזכות תולה וא"ל דמה"ת לתלות בזכות דז"א דבאמת יש לתלות בזכות וכל דלא נוכל לברר בבירור גמור שוב ל"צ לברר אבל ברה"י דמסתבר שהיא טמאה מחמת רגלים לדבר א"כ מה"ת לחוש לזכות הא מסתבר טפי שההשקאה יברר שהיא טמאה ודו"ק. ובזה יש לומר דטעמא דר"ש דס"ל ספק משום דר"ש לשיטתי' דס"ל דאין הזכות תולה דא"כ אתה מוציא לעז וא"כ שוב יש לומר דמוקמינן אחזקת טהרה ואף דקינוי וסתירה רגלים לדבר אבל מכל מקום מידי ספק לא יצא וא"ל דלא נבא לבירור דזה אינו דלר"ש ליכא זכות שיתלה א"כ נוכל לומר דהוא ספק אבל לרבנן ע"כ דכודאי מחשבינן לי' ולכך טמא ודאי עד שיתברר דמה"ת לומר שהוא ספק ודו"ק כי אף שיש לפקפק בכ"ז יש להמתיק הדברים ולא רשמתי כ"א מה שעלה ברעיוני בהעברה בעלמא ודו"ק. והנה התוס' יו"ט מקשה על הרמב"ם דמביא ראיה דספק טומאה ברה"ר טהור דאם טומאה ודאי נדחה מכ"ש ספק והוא מהירושלמי הנ"ל ולמה לו זאת כיון דיליף מסוטה וברה"ר סוטה טהורה א"כ שוב למה לן טעם. ולפענ"ד נראה דכיון דברה"ר בסוטה מוקמינן אחזקה א"כ כל דליכא חזקה לא ידענו ודלמא הוא עכ"פ ספק ולכך אצטריך למילף מטומאה ודאית נדחה בציבור ודו"ק. ובישוב דברי הרמב"ם הנ"ל נראה לפענ"ד ע"פ מ"ש למעלה דלכך לא מוקמינן על חזקת טהרה משום דכל היכא דמצי לברורי מבררינן ואף דצריך למחוק השם התורה נתנה רשות למחוק כדי לברר האיסור למען תוסרו הנשים ואם טהורה היא ונקתה ונזרעה זרע ולפ"ז נראה לי ברור דזה החילוק שבין רה"י לרה"ר דבאמת ברה"י דיש רגלים לדבר לכך הותר למחוק אף דהוא ספק משום דהכתוב עשה כודאי בשביל דרגלים לדבר דקינא ונסתרה וא"כ כיון דהוה כודאי טומאה מחל השי"ת על כבוד שמו לברר האיסור אבל ברה"ר דאינו מקרי סתירה שוב כל שספק הוא שמא לא נטמאה יש להעמיד על חזקת טהרה ואף דאפשר לברורי למה לנו לברר הא יש ספק שמא טהורה ואין רגלים לדבר ולכך טהורה ומעתה בספק ברה"ר נוכל לומר דבאמת ספק הוא והא דאינה שותית משום דכל דספק הוא לא הותר למחוק לכך אצטריך ללמוד ממקום אחר ואין ראיה מסוטה ודו"ק היטב: והנה במ"ש למעלה בהך דאין בו דעת לשאול דאי מסוטה ה"א עד דאיכא דעת נוגע ומגיע קמ"ל מדר"ג בזה נראה ליישב דברי התוס' בנדה דף ג' ד"ה מודה בשוטה והקשו הא אין בו דעת לשאול וכתבו וי"ל דאדם שנגע בה ורוצה לעסוק בקדשים ואותו

אדם יש בו דעת לשאול ותמה בזה בספר ערוך לנר על מס' נדה שנדפס מחדש דל"ש בזה ספק טומאה הבאה ע"י אדם דנשאלין עליה כדאמרו בדף ה' דשם מיירי שאדם נגע בודאי טומאה כגון שנושא שרץ וספק נגע בכלים אמרינן כיון דמקור הטומאה היא אדם שיש בו דעת לשאול אף הכלים שאין בהם דעת לשאול טמאין ע"י שבא אדם שיש בו דעת לשאול אבל כאן דם שוטית טהורה ואיך יהיה אדם הנוגע בה טמא לפי שיש בו דעת לשאול הא טומאתו בא מכח אדם שאין בו דעת לשאול והרי אמרו דחש"ו שנמצאו במבוי שיש בו טומאה טהורין כמבואר בפ"ג מטהרות וכי ס"ד שאם אדם יגע בהם יהיה טמא ודאי זה אינו וגם כאן ה"נ כיון שהשוטה טהורה איך תטמא אדם והניח בצ"ע. ואני מוסיף דמה שייך לאדם יש בו דעת לשאול והלא זה א"י כלל רק שנגע באותה אשה שוטית וכל שהיא אינה טמאה מה שייך דעת לשאול באדם והלא האדם א"י כלל משום טומאה רק מה שנגע באשה והיא תימה רבה אמנם לפמ"ש אתי שפיר דזה באמת מרבה ר"ג דכל שיש בו דעת נוגע אף שאין דעת במגיע טמא ואף דיש לומר דשם יודע עכ"פ הנוגע שנגע בטומאה אבל כאן גם האדם שנגע א"י כלל ולמה יתטמא. אך נראה כיון דעכ"פ השוטית שכעת ראתה ודאי טמאה לענין זה שאם אדם נוגע בה טמא שהרי כעת ודאי ראתה ואף שלא בא בהרגשה הא השוטית אינה יודעת וא"כ כעת בודאי סגי לדעת הנוגע בה דיש בו דעת לשאול א"כ גם למפרע כיון דבשוטה חיישינן שמא כותלי בית הרחם העמידוה ה"ה זה הנוגע בה (אם) כל שכעת ראתה שפיר מקרי האדם יש בו דעת לשאול דהא הוא יודע שנגע בה וכל שאמרינן דכותלי בית הרחם העמידוה הוה דעת נוגע אף שאין בו דעת לשאול במגיע ושאני הך דחש"ו דנמצאו במבוי דהם לא נטמאו כלל גם כעת וא"כ מה שייך דעת נוגע דהוא א"י כלל רק שנגע בחש"ו משא"כ כאן. ויש להמתיק עוד דהתוס' הקשו ד"ה מרגשת דמשום לא פלוג תהי' טמאה דגם כעת לא הרגישה וכתבו כיון דהן חלוקות משאר נשים ל"ש לא פלוג וכתבתי בתשובה לבאר עפ"י דברי הט"ז אהע"ז סי' קי"ט דיש לחלק בין איש לאיש ולא שייך לא פלוג וא"כ כאן לענין אדם שנוגע שייך לא פלוג וממילא יש דעת הנוגע ודו"ק:

סימן קיח

א שלמדתי בחנוכה בחורף שנת תרל"א במסכתא נדה.

ב והנה זה יצא ראשונה בריש נדה דחכמים מטמאין מעל"ע ודוקא לקדשים ותרומה אבל לחולין מוקמינן אחזקת טהרה והדבר צריך טעם דגם בקדשים ותרומה יש חזקת טהרה. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה בקדשים ותרומה היסח הדעת פוסל ועיין פסחים ל"ד אי פסול הגוף הוה אי פסול טומאה ולפ"ז כל שיש ספק אם כותלי בית

הרחם העמידוה עכ"פ היסח הדעת הוה דלא בדקה ולכך טמאה מעל"ע כנלפענ"ד אבל בחולין יש חזקת טהרה. ובזה יש ליישב מה שהקשו בתוס' דלמה מעל"ע אינו מטמא בחולין ומ"ש מכל ספק טומאה ברה"י דטמאה ולפענ"ד נראה דהנה עוד הקשו דלמה מע"ל מטמא אף ברה"ר. ולפענ"ד דטומאת מע"ל הוה ודאי מקום מכוסה ואין נ"מ בין רה"ר או רה"י כמ"ש התוס' בסוטה כ"ח דטומאת מקור הוה אף בר"ה דכ"מ שהולכת היא הטומאה בגופה מכוסה ע"ש וא"כ מכ"ש בטומאת מע"ל דודאי היא מכוסה וטמיר ואין נ"מ בין רה"ר או רה"י ולפ"ז בחולין לכך טהור דאין מקום לומר דברה"י טמא ודאי דהא מע"ל אין נ"מ בין רה"ר או רה"י וא"כ א"א לטמאות בחולין דא"כ יטמא אף ברה"ר וזה א"א ולכך הקלו רק לתרומה וקדשים ודו"ק ועיין בשבת דף ט"ז כעין זה לענין כלי זכוכית דעשו חכמים היכר כדי שלא לשרוף תרומה וקדשים:

ג שם ושניהם לא למדוה אלא מסוטה מה סוטה עשה הכתוב ספק כודאי הנה מריש קשיא לי' מנ"ל דהוה כודאי דלמא היא רק ספק וא"ל דא"כ יש לאוקמא בחזקת טהרה דזה אינו דהרי קינא לה ונסתרה ואתרע חזקת טהרה כמ"ש התוס' כאן ד"ה והלל. ולכאורה רציתי לומר דלפמ"ש התוס' בסוטה כ"ח ד"ה אינו דסתירה בלי קינוי אינו ריעותא דלא נחשדו על העריות א"כ תינח האשה שאסורה לבעלה דיש קינוי וסתירה אבל לבועל למה תהיה אסורה הא לדידיה ליכא רק סתירה וא"כ למה יאסר וע"כ דנעשה כודאי וממילא אסורה גם לבועל מונטמאה ונטמאה ועיין רש"י בחולין דף ט' שכתב דאסורה ודאי דכתיב ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל ותמהני ע"ז דלמה לי' לרש"י זאת. ולפמ"ש אתי שפיר דמזה נלמד דהוא ודאי. ובזה מיושב מה שהקשו התוס' בסוטה שם דלמה לא דחי שאני סוטה דרגלים לדבר ולפמ"ש זה אינו דא"כ למה תאסר לבועל וע"כ דהתורה עשה כודאי והא דאמרו בריש סוטה לענין ע"א דה"א דרגלים לדבר ולא דחו מהבועל דזה אינו דהרי ע"א לע"ע אינו מעיד רק נגד בעלה דהרי יש לה עדיין בעל ואין נ"מ לבועל כעת ואח"כ דתיאסר לבועל הוא משום דאיסור בע"א הוחזק והרי בשעה שהעיד היה נגד הבעל ואז היה נאמן ודו"ק: והא דדחי בנדה לר"ש שאני התם דאיכא רגלים לדבר היינו כיון דעשה כודאי שוב כל שנאסרה לבעל בודאי שוב גם לבועל נאסרה וז"ב אבל לענין דנימא דלכך עשה כודאי בשביל קינוי וסתירה זה א"א דהרי לבועל אין כאן קינוי ודו"ק היטב: ובזה מיושב מה שהקשו התוס' בסוטה שם ד"ה מה ת"ל שהקשו דלמה אצטרך קרא לאסור ספיקא והקשה המהרש"א דהא שפיר אצטריך דיש לאוקמא בחזקת טהרה. ולפמ"ש י"ל דהא אתרע חזקת טהרה משום דקינא לה ונסתרה וכיון דלגבי הבעל נאסרה מספק שוב לא אצטריך לאסור לבועל ובאמת מנ"ל

לאסור לבועל מדכתיב ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל והא עיקר האיסור משום הבעל והרי לבעל נאסרה משום ספק ולמה אצטריך הך דנטמאה לבעל ודו"ק וע"ז כתבו דנאסר ודאי ושפיר איצטריך ונטמאה לזה דיאסר בודאי ודו"ק היטב:

ד והנה יש לי מקום ספק איך הדין אם יש ספק אי היה כדי שיעור ביאה.

ה אם נטמאה ועיין בסוטה דף ד' כמה שיעור טומאה ואם יש ספק אם יש שיעור ביאה וטומאה אי טמאה ולכאורה הוה ס"ס ספק אם בא עליה הבועל כלל ובסתירה לא היו מזדקקים כלל ואת"ל שנזדקקו אם היה כדי שיעור ביאה והוה ס"ס להקל ואף רגלים לדבר לא מועיל להספק שמא לא היה כדי שיעור ביאה וא"כ לענין ס"ס מצטרף הספק שמא לא התחיל טומאה כלל אף דרגלים לדבר כעין מ"ש התוס' בכתובות דף ט' דאונס אף שרוב רצון מצטרף לס"ס ע"ש וה"ה כאן. אך לכאורה אינו ס"ס דאם אתה מתחיל בספק השני שמא לא היה כדי שיעור טומאה א"כ אין לך עוד ספק דאת"ל שהיה שיעור טומאה שוב אין כאן מקום לספק הראשון אך לפמ"ש הש"ך בסימן ק"י בכללי הס"ס דמתחלה צריך לדון אם התחיל כאן ענין שיהיה איסור א"כ גם כאן מתחלה צריך לדון שמא לא היה כאן איסור כלל.

ו אמנם זה אינו כיון דקינוי וסתירה הוה רגלים לדבר א"כ אין לך להתחיל בספק הראשון ושוב אין כאן ס"ס וטמא וז"ב וא"ל דכיון דהתורה עשה ספק כודאי שוב בלא"ה אין כאן ס"ס דזה הספק נעשה כודאי דזה אינו דהתורה לא עשה ספק כודאי רק לענין זה שהתחיל כאן האיסור אבל אם היה שיעור טומאה או לא מנ"ל דנעשה כודאי ולכך צריך לבא מכח רגלים לדבר ואין כאן ס"ס המתהפך ובזה יש לי לומר הא דאמרו כאן מת"ל והיא נטמאה והיא לא נטמאה אם נטמאה למה שותה אם לא נטמאה למה משקה מגיד לך הכתוב שהספק אסורה. ולפענ"ד הכוונה דהספק אם נטמאה או לא נטמאה הוא ס"ס כמ"ש שמא לא נטמאה כלל ושמא לא היה כשיעור ובזה היה מקום ס"ס רק שאינו מתהפך אבל עכ"פ ודאי אינו וע"ז מגיד לך הכתוב שהוה ספק כודאי אף לענין שיעור טומאה. ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' וכי אצטריך קרא למיסר ספיקא והקשה המהרש"א והא יש חזקת היתר ולפמ"ש יש לומר דהחזקה היתר אינו מועיל להספק שמא שיעור טומאה דעכ"פ חזקת טהרה בודאי אין לה וע"ז כתבו דאיצטריך שיהיה ודאי. ובזה יש ליישב קושית התוס' דאמאי לא אמרו שאני סוטה דיש רגלים לדבר ולפמ"ש לענין ספק שמא אין שיעור טומאה לא מהני רגלים לדבר וע"כ משום דעשה הכתוב ספק כודאי ודו"ק ולענין עד שפיר אמרו רגלים לדבר דהוא אינו מעיד רק על הסתירה ולזה באמת יש סתירה רגלים לדבר ודו"ק ובזה יש לי לומר לענין מה דנאסרה לבעל ולבועל ואם יש

ספק שיעור טומאה הנה לבעלה ודאי ראוי לאסור דעכ"פ מעלה בו מעל שעכ"פ נסתרה עמו והתחילה למעול מעל רק שלא נגמר אבל לבועל מנ"ל לאסור וע"כ דהתורה עשה ספק כודאי ודו"ק. והנה בקושית התוס' דלמה אצטריך קרא למיסר ספקא. ולכאורה זהו רק לשיטת הפוסקים דספק מן התורה לחומרא אבל להרמב"ם הא הוי ספק לקולא ועיין כו"פ בכללי הספיקות מ"ש בזה ראיה דהתוס' לא ס"ל כהרמב"ם ולפענ"ד יש לומר דלפמ"ש הפוסקים דכל דהיתר כתוב בפירוש הוה ספק לחומרא וכדמשני רב גידל ולפ"ז כאן דכתיב אם לא נטמאה דמשמע ודאי טהורה אבל ספק טמאה א"כ לא אצטריך קרא לטמא מספק איברא דהרי כתבה התורה אם נטמאה ומשמע ודאי טומאה הא ספק טהורה והדיוקים סותרים אמנם באמת אם נטמאה מורה שהספיקו כודאי והתוס' הקשו למה כתיב אם נטמאה לכתוב רק אם לא נטמאה בלבד ודוק היטב. והנה התוס' בנדה דף ל"ב ד"ה ר"מ הקשו לר"מ דחייש למיעוטא וס"ל דכותיים גירי אמת הם א"כ מהראוי שיהיו בנות כותים נדות מעריסתן מה"ת והנראה דהנה לכאורה קשה לי לפי מה דאמרו בנדה דף נ"ט דמה"ת אינו מטמא עד שתרגיש א"כ מי יודע אם היא מרגשת בנדתה ושוב אינה מטמאה א"כ קשה הא דמרבינן מואשה דמטמאת בת יום אחד ודלמא לא ארגשה והוי דבר שאין בו דעת לשאול אך זה אינו דקי"ל דעשו חיזוק כיש בו דעה לשאול גבי רוב תינוקות מטפחין בעיסה וא"ל דמ"מ י"ל דלמא אינה מרגשת דזה אינו דרוב דמים באים בהרגשה ולפ"ז כיון דמיעוט דמים באים שלא בהרגשה א"כ סמוך רוב דלא חזינן למיעוט דלא מרגישין ולר"מ דחייש למיעוטא עכ"פ סמוך מיעוטא לרובא ואתרע לה מיעוטא דחזיא אבל לרבנן כיון דרוב דמים באים בהרגשה והם לא חששו למיעוט שפיר מטמאה כשראינו דחזיין דאמרינן רוב דמים באים בהרגשה ודו"ק היטב כי חריף הוא:

ז והנה בהא דאמרו בנזיר דף מ"ז ראיתי טומאה שנזרקה ביניכם נדחקו רש"י ותוס' דלמה לא הוה ספק טומאה ברה"ר ועיין רמב"ם וראב"ד פ"ט מנזירות ועיין לח"מ ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה התוס' הקשו למה קרי לי' ספק טומאה ברה"ר הא אחד מהם ודאי נטמא וא"א להיות טהור וכתבו דספק טומאה ברה"ר לאו מסוטה ילפינן אלא משום דאוקמא אחזקה ע"ש ולפ"ז הרי התוס' בכתובות דף כ"ג כתבו דכל דזרק ספק קרוב לו ספק קרוב לה אתרע החזקה וביארו האחרונים דהסברא היא כיון דבשעת התחלת הזריקה היה יכול להיות שתפול קרוב לה א"כ אתרע החזקה בעת התחלת הנפילה אבל בספק קדם הוא לד"א או היא א"כ לא אתרע החזקה דאם הוא קדם לא יכלה היא להיות קודם ולא אתרע החזקה ע"ש ולפ"ז גם כאן בשלמא כשאמר ראיתי אחד מכם שנטמא שפיר הוה ספק טומאה ברה"ר דהא כל שהיה אחד מהם עומד במקום שיש טומאה

ואחד לא עמד שם א"כ לא איתרע החזקת טהרה של האחר דהא לא עמד במקום טומאה אבל כשנזרק הטומאה אז בעת התחלת הזריקה יכול להיות שתפול לזה או לזה א"כ אתרע חזקת טהרה של כל אחד ולא שייך לאוקמא בחזקת טהרה ושוב כל שאחד ודאי נטמא אפילו ברה"ר ספק טומאה טמא ודו"ק היטב.

ח והנה בהא דפריך הש"ס והא קא עביד הקפה כתב לי הרבני המופלג מוה' בעריש ני' מטארנא דמ"פ הא הרמב"ם מפרש דבמלאת ימי נזרו מביאין הקרבן מספק והרי אז ציתה התורה וגלח את ראשו ול"ש לאו דהקפה ובאמת שגם רש"י במשנה מפרש כן. ולכאורה שפיר הקשה אמנם באמת השבתי דקושית הש"ס הוא על הא דסופרין שלשים יום ומביאין קרבן טהרה ושם ג"כ מגלחין מספק וע"ז שפיר הקשו דלמא טהורין הי' בתגלחת ראשונה ושוב כבר נשלם הנזירות ואסור לגלח שנית דעביד הקפה אמנם לשון הש"ס ודלמא לאו טמאין נינהו הוא אינו מדוקדק דאחד ודאי טמא ובין אם קאי הקושיא על תגלחת הראשונה ובין אם קאי על תגלחת שנית אחד ודאי טמא הוא. אך לפענ"ד נראה לפי מה דמשני הש"ס דמיירי דאומר ראיתי טומאה שנזרקה ביניכם א"כ יכול להיות דלא נטמאו שניהם ורה"ר לא מקרי כמ"ש רש"י והרמב"ם והראב"ד לשיטתם וגם לפמ"ש אני לא שייך דזה ספק טומאה ולפ"ז אף דהוה ס"ס ספק שמא לא נטמאו כלל ואת"ל שנטמא אחד מהם על כל אחד איכא ספק הא ספק טומאה ברה"י אף ס"ס טמא וא"כ כאן דהוה ספק טומאה ברה"י שוב יש לומר דלא נטמאו כלל ושפיר פריך ודלמא טהורים נימנין שניקם ועביד הקפה ודוק היטב:

ט דף מ"ה ע"ב איבעיא להו הני בתולין מיזל אזלי ואתו או דלמא אתצודי עד לאחר ג' למאי נ"מ וכו' ולכאורה קשה לי למה לא אמר לכה"ג אם מותר לישא אותה ולפמ"ש המלמ"ל פי"ז מא"ב דכל שראוי להשרת בתולין ג"כ פסולה לכה"ג א"כ מכ"ש כשנבעלה דאי אמרת מיזל אזלי ואתו עכ"פ הוה השרת בתולין ואם מתצדי לא מתצדי שוב מותרת לכה"ג וצ"ל דכל דמיזל אזלי ואתו והוה כמדמעת וחוזרת ומדמעת א"כ לא הוה בכלל השרת בתולין ועדיין אשה בבתוליה קרינן בה אמנם לפ"ז יקשה הא דאמרו בנדה דף ח' בתולת אדם כ"ז שלא נבעלה למה נ"מ לכה"ג והרי משכחת לה אף שנבעלה והוה השרת בתולין ומותרת לכה"ג. אמנם י"ל לפי מה דאמר ר"ח בר איקא כי קתני מידי דלא חזרה לברייתו מידי דחזרה לברייתו לא קתני א"כ אתי שפיר דלכך לא קתני גם כשנבעלה דמידי דחזרה לברייתו לא קתני ודו"ק:

סימן קיט

תמול הראה לי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י במה שהקשו התוס' ריש נדה דאמאי בטומאת מעל"ע מחמרינן אף בר"ה והא ספק טומאה ברה"ר טהור וע"ז אמרו במשנה וא"ו פ"ד דטהרות מבואר דעל מגען ברה"ר בזמן שהם לחים ומבואר בפירוש המשניות להרמב"ם שם ובר"ש שם בשם התוספתא כיון שנתלשו עליו הו"ל רה"י וא"כ לכך במעל"ע מטמא אף ברה"ר דהו"ל טומאה שנתלש עליו ואפילו ברה"ר טמא ושאני ספק מגע דלא נתלש עליו הנה לכאורה דבר גדול דיבר אבל אחר העיון ראיתי ברמב"ם שם שכתב הטעם שגוף האדם אינו רה"ר והיינו לפי שגוף האדם הוא אינו רה"ר וע"ד שכתבו התוס' בסוטה דף כ"ח ד"ה ברה"ר דמקום המקור מקום סתר הוא ולא שייך ביה רה"ר יעו"ש אמנם התוס' כתבו לפי שהוא סתר ואינו רה"ר אבל בתוספתא מבואר דהוא בשביל שגוף האדם אינו רה"ר וכן מבואר בירושלמי ריש מסכת שבת דהאדם הוא רשות בפ"ע ועיין בחידושי הרשב"א בשבת דף ה' וא"כ לא שייך בו רה"ר והוא רשות בפני עצמו וא"כ לכך טמא אף ברה"ר ולפ"ז מה ענינו לטומאת מעל"ע דהספק הוא שמא לא ראתה עד השתא וא"כ זה הוה ספק מגע דברה"ר טהור ולא שייך דנדבק עליו דע"ז אנן דנין ובא וראה בר"ש שם והובא בתוס' יו"ט שם שכתב דאין לתמוה אמאי חשבינן משאו כרה"י אף דעומד ברה"ר דדכוותא אשכחן בריש מסכת נדה דמטמאין מעל"ע שבנדה אפילו ברה"ר ע"ש הרי דלמד מדמטמאין מעל"ע ברה"ר ה"ה למשאו שעליו וא"כ ממעל"ע למדין למשאו ולא דלמדין מעל"ע ממשאו ע"ש וז"ב ודו"ק. ומדי דברי זכור אזכור מה שהביא הר"ש שם תוספתא דם טמא שנתערב בדם טהור אין דם מבטל דם דברי ר' יהודה והיינו משום דמב"מ לא בטל לר' יהודה כמ"ש הר"ש שם וכן רוק ברוק וכדומה אבל במי רגלים של עכו"ם דאינו רק מדרבנן הקלו לבטל ברוב ולר' יהודה רביעית בסאתים הרי מבואר בר"ש שם דגם לר' יהודה במי רגלים שאינו רק מדרבנן לא שייך מב"מ ובטל בסאתים הרי מבואר דהא דאמרו בחולין דף צ"ט שאני ציר דזיעה בעלמא הוא היינו משום דבדרבנן בטל מב"מ רק במי רגלים בעי רביעית בסאתיים ובציר דזיעה בעלמא היא בטל ברוב וכבר נחלקו הפוסקים שם אי דוקא ציר בטל ועיין בריטב"א שם או כל איסורי דרבנן ולפמ"ש בתוספתא כאן מבואר דבאיסורי דרבנן ניהו דבטל אבל לא ברוב וציר בטל ברוב ודו"ק כי היא הערה חדשה: והנה התוס' בנדה הנ"ל הקשו בהא דאמרו בדף ה' כשחברותיה נושאות אותה במטה והרי הוה רה"ר ואפ"ה טמא ולפענ"ד אפשר דמיירי במטה שגבוה יותר מעשרה דהוה רה"י כמבואר בפ"י שם ובתוספתא הובא בר"ש שם ובתוס' סוטה דף כ"ח הנ"ל והנה הרב החריף

הנ"ל אמר דלפי מה דמבואר בריש פ"ו דטהרות מקום שהי' רה"י ונעשה רה"ר ואח"כ נעשה רה"י בשעה שהוא ברה"י הרי הוא רה"י וכו' ולפ"ז אטו חברותיה נשאו אותה כל המעל"ע הרי מקודם נעשה המטה רה"י ואח"כ כשחברותיה נשאו אותה הוה רה"ר ואח"כ חזר לרה"י והוה כרה"י ע"ש ולכאורה דבר חכמה אמר. אמנם אחר העיון זה אינו דמלבד דיש לומר דפרסה נדה בעת שחברותיה נשאו אותה והו"ל רה"ר מיהו יש לומר דה"ה להיפך כל שהוא ברה"י הרי הוא רה"י. אמנם בלא"ה נראה כיון דחברותיה שנשאו אותה הן טהורות שוב לא שייך לומר דנעשה היא אח"כ רה"י דבאמת הא גופא חידוש הוא דמשתנה מרה"ר לרה"י אבל זה כשאין נ"מ רק לאותו האיש בלבד אבל איך אפשר דחברותיה טהורות וחשבינן רה"ר והיא תהיה רה"י זה לא אפשר. ומה שהקשה הנ"ל בהא דאמרו בנדה דף מ"ו יכול יהא חייב על הקדשו קרבן וע"ז הקשה כיון דעל הקרן פטור דקטן פטור אף לאחר שהגדיל א"כ גם קרבן ליתא כמ"ש התוס' בפסחים דף כ"ט והשבתי תיכף דזה ל"ק דשם יש קרן רק דקלב"מ ממילא פטור גם על הקרבן ג"כ משא"כ כאן דלא דנין רק לענין קרבן שיתחייב לפי שמעל א"כ הא דמתחייב אף שאין כאן קרן כלל ודו"ק:

סימן קכ

א לתלמידי הרב החריף מוה' יוסף ווילער נ"י.

ב בש"ק העבר פ' ויחי כה הראני מ"ש התוס' בב"ק דף כ"ג ד"ה שיהיו התינוקות ממשמשין במ"ש דאף דאדם אית לי' מזל שנראה דהם מפרשים דמ"ש שהתינוקות ממשמשין ואינו נוגח דהיינו שאינו נוגח התינוקות וכן פירש הרמב"ם בפירוש המשניות וע"ז תמה דהפירוש הוא שאינו נוגח לשורים גם הקשה מהא דאמרו בדף כ"ד הא נגח חייב ומשמע שנגח לשורים וכ"כ רש"י שם והדבר מוכרח דאל"כ ששיסה התינוקות א"כ הו"ל שיסהו הוא בעצמו פטור דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כדאמרו שם והנה אף שלכאורה קושיא היא אבל אחר העיון ל"ק דבאמת דאינו משמע דקאי על התינוקות שאל"כ למה נקט דוקא תינוקות ולא קתני סתם שממשמשין בו וע"כ דבאמת יתכן שמתיירא השור מאדם גדול אבל מהתינוקות אינו מתיירא ומדלא נוגח ע"כ שחזר לקדמותו ומ"ש מהא דמקשה הא נגח אמת שרש"י פירש כן אבל יש לומר דהתינוקות לא היו של בעל השור וא"כ בעל השור חייב כיון דידע דדרכו לנשוך ע"י שיסוי היו לך לנטור אותו וז"ב ופשוט. שוב ראיתי בשיטה מקובצת שהביא בשם רבינו יהונתן שפירש כהתוס' ורמב"ם ע"ש דמבואר סברתי.

ג מה שהקשה בהא דאבעיא לי' לרבא בדף ד' בחצי נזק צרורות אי משלם מגופו או מעליה וע"ז הקשה דהרי חצי נזק צרורות תולדה דרגל כדאמרו שם והרי בדף כ"ו פריך הש"ס ולא תהא שן ורגל חייבת ברשות המזיק אלא חצי נזק מק"ו מקרן. והקשו התוס' שם הא אמרו וחצו את כספו כספו של זה ולא כספו של אחר וכתבו דאין למעט מכספו רק במה שאינו משתלם אלא מגופו ע"ש ולפ"ז אם חצי נזק צרורות לא משתלם אלא מגופו שוב יקשה דהא כתיב וחצו את כספו כספו של זה ולא של אחר וא"כ ברגל דצרורות לא שייך ח"נ היא קושיא מושכלת ולפענ"ד דהרי בתוס' הקשו שם דהיאך רצה לילף מקרן הא קרן אינו משתלם מן העליה וכתבו דצרורות יוכיח דמשתלם מן העליה ולפ"ז אם נימא דאינו משתלם מן העלי' לא שייך למילף מקרן ולא שייך הלימוד דוחצו את כספו דלמה לי הא א"א ללמוד מקרן כלל וע"כ דזה קאי דוקא למה דפשיטא לי' לר"פ דצרורות משלם מן העליה ודו"ק כי יש לפקפק בזה. מ"ש בדף י"ד עד שיהא מיתה והעמדה בדין כאחד שנחלקו רש"י והרמב"ם ששיטת רש"י שיהיה לו בעל אחד מתחלה ועד סוף הא נגח ומכר אינו חייב ושיטת הרמב"ם דחייב שיהי' לו בעלים אף שאינו בעל אחד והלח"מ כתב דמסתבר כוותי' דהרמב"ם והוא אמר דפשטת לשון משמע כרש"י דבעינן שיהי' בעלי' הראשון. ואני אומר דלפענ"ד באמת דברי הרמב"ם נכונים דהרי באמת לענין מיתה לא קי"ל כר' יהודה ורק מצד הסברא דיינינן לענין נזקין דבעינן שיהי' לו בעלים א"כ אין לך בו אלא חידושו ואף שיהי' לו בעלים אחרים ג"כ סגי אבל לרש"י דס"ל דקי"ל כר"י או שרש"י פירש אליבא דר"י וא"כ בעינן בעליו לגמרי ועיין רמב"ן פרשת נח ובשו"ת הרשב"א ח"א סי' מ"ש על דברת הרמב"ן ודו"ק:

סימן קכא

קידושין דף ע"ג דאמרו שם חד לכהנים וחד ללוים וכו' ור"י כהנים ולוים מקהל נפקא וק"ל דעכ"פ מבואר דכהנים ולוים אקרי קהל והרי בהוריות דף וא"ו ע"ב אמרו דלוים לא אקרי קהל ומטעם דכל שאין לו אחוזה לא מקרי קהל ועיין רש"י שם דה"ה כהנים וא"כ לא נקראו קהל כלל. הן אמת דבהגהת אשר"י בברכות גבי נשים בבהמ"ז מבואר שם דיש להם נחלה מ"ח עיירות ועיין בשו"ת שי למורה שכתב דלוים יש להם חלק אבל כהנים לא וצ"ע:

סימן קכב

א למדתי בנדה דף י"ח בהא דאמרו גבי תשע חניות ובנמצא הלך אחר הרוב וכתבו התוס' ומשמע אף שקרוב להחנות המוכרת טריפה וע"ז הקשו דא"כ מה קמ"ל ר"ח דרוב וקרוב הלך אחר הרוב ע"ש. ולפענ"ד נראה עפ"י מה דנסתפקו האחרונים אם החנות

שמוכרת טריפה יש בה רוב בשר יותר מכל התשע שמוכרין כשר אם ניזיל בתר רוב החנות שמוכרת בשר טריפה או הלך אחר רוב החניות שמוכרות כשר. ולכאורה אם הוא קרוב לחנות שמוכרת בשר טריפה ויש רוב בשר א"כ הוה רוב וקרוב ובודאי יש לילך אחריו מלילך בתר רוב חניות אמנם נראה עפ"י מה דאמרו בחולין דף י"א אימר דאזלינן בתר רוב ברובא דאיתא קמן ברובא דליתא קמן מאי ולכאורה מה נ"מ בין רובא דאיתא קמן או ליתא קמן סוף סוף יש רוב וכ"כ רש"י בסוף הסוגיא דאין נ"מ בזה ע"ש ולכאורה מה קס"ד אמנם נראה דהנה הא דאזלינן בתר רובא אי צריך להיות כפל או סגי באחד יותר נחלקו הקדמונים ולכאורה יש לומר דלפי מה דאמרו בחולין דף כ"ח דבעינן רוב הנראה לעינים ובברכות מ"ז אמרו רובא דמנכר בעינן א"כ יש לומר דבעי כפל שיהיה רוב המנכר.

ב אמנם י"ל דסגי באחד יותר דרוב לגבי מועט הוה ניכר אף באחד יותר ולפ"ז יש לומר דזה הסברא דברובא דאיתא קמן הוה רוב הניכר ונראה לעינים בזה אזלינן בתר רוב אף דאינו רק אחר יותר אבל ברובא דעלמא שאינו ניכר בזה בעי רובא דמנכר זה היה הס"ד ולפי המסקנא אין נ"מ.

ג ובזה אני אומר מה דמסופק בשו"ת נוב"י בג' שישבו לדין ושנים מזכין ואחד מחייב רק שכל אחד מהמזכים מזכה מטעם אחר אי חשוב רוב. ולפמ"ש יש לומר דזה אינו רוב המנכר ואינו רוב לגבי מיעוט דהא כל אחד מודה להמחייב מצד זה ודו"ק. ולפ"ז יש לומר דרוב חניות נגד רוב בשר אף שהוא קרוב מכל מקום רוב לגבי רוב בזה הוה רוב חניות רוב המנכר שהחנות הטריפה אף שיש רוב בשר אבל אינו מנכר מי יודע אם יש רוב בשר ואינו ניכר ותשע חניות ניכרים ומעתה יש לומר דזה דקמ"ל ר"ח דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אף שיש רוב בשר בחנות הטריפה וכמ"ש ולא משגיחין בתר רוב וקרוב כיון שיש רוב המנכר ודו"ק ועיין בחבורי יד שאול סי' רמ"ב בפסק שם הארכתי בענין זה וכאן חדשות אני מגיד ועיין שו"ת כנסת יחזקאל חלק יו"ד סי' א' ודו"ק. ובזה יש לישב קושית התוס' בכמה מקומות דלמה בד"נ החמורים אזלינן בתר רוב דיינים ובד"מ לא אזלינן בתר רוב ולפמ"ש בד"נ הוה רובא דאיתא קמן משא"כ בד"מ דלא אזלינן בתר רובא דעלמא ובזה לא הוה רובא דאיתא קמן ובאמת ברובא דאיתא קמן גם בד"מ אזלינן בתרה כמ"ש התה"ד בשם גליון התוס' בב"ב דף צ"ג ע"ש סי' שי"ד ודו"ק.

סימן קכג

נזיר דף כ"ג איסי בן יהודה אומר ולא ידע ואשם ונשא עונו ומה מי שנתכוין לעלות בידו בשר טלה וכו' כגון שתי חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן וכו' על דבר זה

ידוו כל הדווים וכתבו התוס' ראשי תיבות ידע ואשם ונשא עונו מיירי באשם תלוי והוא תמוה מה בעי בזה התוס' והלא איסי בן יהודה אמר בפירוש דמיירי בשתי חתיכות וחייב אשם תלוי. ולפענ"ד נראה דהנה בהצריכותא אמרו ואי איתמר הני תרתי הני הוא דסגי להון כפרה וסליחה אבל שתי חתיכות הא אקבע איסורא לא סגי לי' בכפרה קמ"ל ופירש"י אקבע איסורא דהא מיהא הוה ידע דחדא מינייהו של חלב אימא דלא סגי ליה בכפרה דכמו יד דמי ונשאלתי תמול בערב מצ"מ אחד מקאמינקא דלמה פירש רש"י דידע דאחד חלב והלא איקבע איסורא יכול להיות אף שנודע לו אח"כ שהיה אחת חלב ואכל אחד מהם והרי אמרו בכריתות דחד אמר אפשר לברר איסורו והרי אפשר לברר איסורו מיירי סתם דלא ידע בעת שאכל אם יש חלב כלל ואפ"ה חייב וא"כ ה"ה באקבע איסורא דאל"כ היה לו לומר דזה א"ב ע"ש בכריתות והיא לכאורה הערה עצומה. אמנם לפענ"ד נראה דבאמת צריך ביאור דהיכן מצא איסי ב"י לדרוש דאף בכה"ג סגי בסליחה ודלמא באמת בזה לא סגי בכפרה אך נראה דאיסי ב"י מפרש כך דבאמת בכה"ג הוה ידיעה במקצת דהיינו שידע שאחת מהן הוא חלב רק שלא ידע אם זה שאכל היה חלב וא"כ פירש הכי ולא ידע וגם ידע ואשם דהיינו שלא ידע דהוא אוכל חלב אבל ידע שאחת מהם היה חלב ויהיה ידע מושך אחר עמו כמ"ש הראב"ע כ"פ דיש תיבה מושכת אחרת עמה והיינו שלא ידע וידע ואשם וזהו חידושו של איסי ב"י ובזה אתי שפיר מ"ש התוס' דידוו היינו ר"ת ידע ואשם ונשא עוונו והיינו שבזה היה לו ידיעה במקצת אבל לא ידע כלו ורמזו בזה שלזה כיון איסי ב"י וז"ב. ובזה מיושב היטב מ"ש ועד"ז ידוו כל הדווים ורש"י פירש בקידושין שאינו מתכוין ואיכא נשיאת עון והוא תמוה דלפי מה דאמרו בנזיר אדרבא בזה ודאי צריך כפרה ואדרבא הו"א דלא סגי בכפרה והמהרש"א בח"א בקידושין כתב דאיסי ב"י בא למעט דדוקא ב' חתיכות הוא דצריך סליחה ולא בחתיכה אחת והדבר תמוה דבנזיר אמרו דה"א דלא סגי בזה בסליחה וכפרה ולפמ"ש אתי שפיר דאיסי ב"י אמר דבכה"ג דהוה ידיעה במקצת ה"א דלא סגי בסליחה קמ"ל ויש להמתיק הדבר עפמ"ש העקידה בפסוק חטאתי כי לא ידעתי ופירש דזה שלא נודע לו גוף החטאת אם יש חטא כלל זה נקרא שוגג אבל דבר שצריך לידע ולא ידע זה חטא גמור וז"ש עד"ז ידוו כל הדווים דהיינו שבזה שידע במקצת היה לו לזהר וה"א דנחשב כמזיד קמ"ל ולזה צריך תשובה רבה וגדולה ודו"ק ועיין באורח מישור שכתב שצ"ל באיסי ב"י והוא לא ידע ונסלח ע"ש גם האריך שם מאיזה דבר הוציא איסי ב"י דמיירי בשתי חתיכות ולפמ"ש אתי שפיר דדייק לה מלא ידע ואשם ודו"ק היטב וגם דרש דידוו הוא מקרא דלא ידע ואשם ונשא שזה הוא בקרא דלא ידע ואשם ונשא ודו"ק אבל בשיטה

מקובצת כתב דאיסי ב"י דריש לי' מולא ידע ונסלח לו ע"ש ודו"ק. שוב הראני החכם הנ"ל דברי רש"י בכריתות דף י"ז ע"ב ד"ה אכל מהן כתב רש"י דאם בשעת אכילה היתה לו ספק והזיד ואכלה מספק מזיד הוא ופטור וא"כ ברש"י בנזיר שם שביאר בהדיא דידע בשעה שאכל א"כ למה יהי' באשם תלוי וצ"ל דאיסי ב"י ס"ל דגם בזה מביא אשם תלוי ומתכפר לו והיינו מדכתיב ידע ואשם ואנן לא קיי"ל בזה כאיסי ב"י וכמ"ש ודו"ק.

סימן קכד

א להרב המופלג בתורה מוה' יהושע ניסבאם מו"צ ד"ק דזיקיב.

ב מכתבו הגיעני היום והנה אם כי אני עמוס הטרדות ויאמין לי כי מיום עש"ק עד הנה הי' לי הרבה תשובות הנחוצות ועוד לא נשלם בכ"ז אחרי כי זאת היא תקנת עגונות אמרתי להשיב בקצרה לענין דינא. והנה המעשה הי' בגט שכ"מ שלא בדקו אותו בשעת כתיבה ונתינה וע"ז הביא מעלתו דברי הש"ע שכתב צריך לדקדק בו שיהיה שפוי בשעת כתיבה וכו' וכתב הרמ"א דא"צ בדיקה כמו נשתתק רק דסגי בפ"א ואמנם בדיעבד בלא בדקו אותו אינו מבואר בש"ע רק דהב"י כתב דאפשר דכשר אף בלי בדיקה וכ"כ הח"מ והב"ש דבדיעבד יש להקל והנה הפר"ח החמיר מאוד בזה ולפענ"ד נראה דהוא אזל לשיטתי' דעל מ"ש הרמ"א דא"צ בדיקה כמו נשתתק כתב הוא דבתוספתא מבואר הי' חולה או משותק בודקין אותו ג"פ ואף דהר"ן מפרש דחולה היינו שנשתתק מחמת חוליו וסיפא במשותק מיירי בנשתתק מחמת בורי' מכל מקום ברשב"א לא משמע כן ע"ש ולכך החמיר בזה בדיעבד אבל באמת בגט פשוט ס"ק י"ז כתב דמדברי הריב"ל ח"ב סי' פ"א נראה דמשוה דברי הרשב"א לדברי הר"ן דגם הרשב"א לא מיירי רק בנשתתק מחמת חוליו אבל כל שלא נשתתק לא צריך בדיקה ול"ח לטירוף וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' קי"ח וכן הוא בשו"ת הריטב"א שהובא בב"י בחו"מ סי' ר"נ ורמזו הג"פ שם ועיינתי בתשובת מהריב"ל ח"ב סי' פ"א דביאר בהדיא דדוקא בנשתתק מחמת חולי הוא דצריך בדיקה ג"פ אבל לא הביא שו"ת הריטב"א הנ"ל ששם מבואר בהדיא כן אבל בח"ג סי' ל"ו שם הזכיר תשובת הריטב"א הנ"ל ועיין בחידושי הרמב"ן ר"פ מי שאחזו דנראה ג"כ כן וכ"כ הריטב"א בחידושיו לגיטין יעו"ש ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' ד' וסי' י"ב ומ"ש הפר"ח דהתוס' כתבו לשון צריך הנה אדרבא מזה מוכח דאינו רק לכתחלה דלשון צריך אינו משמע לעכב ובאמת שהעיטור מיקל אף בנשתתק מכ"ש בסתם חולי ומה גם שלדעת הרמב"ם אם היה בריא בשעת מינוי השליחות אף שאח"כ נשתטה מעשה השליח נתקיים מה"ת והוה גט וא"כ פשיטא דאם לא בדק ודאי כשר מן התורה רק מדרבנן וכדאי כל הנך פוסקים שיהי' כשר בדיעבד ובשעת הדחק וראיתי למעכ"ת

שנסתפק אם אמרינן דהשליחות נחשב כאילו יד המשלח עשה זאת או דנימא דהוה מעשה השליח כאילו עשה המשלח אבל גוף העשיה חל על השליח ולכאורה מבואר בנזיר דאמר מלתא דהוא לא מצי עביד לא מצי משוי שליח הרי דע"כ אמרינן דהוא מצד דהוה כאילו המשלח בעצמו עשה זאת ולכך כל דל"מ עביד לא מצי משוי שליח אבל אם נימא דשליחות גופא מתייחסת אחר מעשה השליח א"כ מה בכך דהוא לא מצי עביד. אמנם אין ראיה דיש לומר דכל דל"מ עביד אין בכחו לעשות שליח ואיך יהיה השליח עדיף מהמשלח ועיין קידושין דף כ"ג דאמרי דהני כהני שלוחי דרחמנא נינהו דאי שלוחי דידן מי איכא מידי דהוא לא מצי עביד ושליח מצי משוי ומקשה הש"ס ולא והא עבדא וכו' ומשני עבד שייך בגוי' הרי דעכ"פ כל דשייך בגוה מצי משוי שליח הרי דלא בעינן שיהי' המשלח יכול לעשות אותו ענין השליחות וגם שיטת המהרי"ט דכל שעושה בפירוש שליח מועיל אף במידי דלא מצי עביד ואף דהמלמ"ל הקשה עליו כבר כתבתי ליישבו בדברים עתיקים ועכ"פ מבואר דלא מתייחס המעשה על המשלח ומ"ש מעכ"ת ראיה מרמב"ם פ"ג מעכו"ם דהעושה אליל ע"י אחר לוקה והקשה הלח"מ הא הוה לאו שאב"מ וכתב דהוה כאילו עשה המשלח ומזה הוציא מעלתו דמתייחס אל המשלח ובמחכ"ת נפלאתי ע"ז דניהו דלענין הלאו הו"ל כאילו המשלח עשה אבל מ"מ השליחות מתייחס להשליח והמשלח לוקה ע"י שצוה לשליח ועיין תוס' גיטין דף י"ג ד"ה לא יהא שכתבו דאע"ג שמינה השליח בחייו לא חשיב להיות כמותו אחר מותו כאילו הוא עצמו קיים אלא חשוב גט לאח"מ ע"ש ולכאורה מזה משמע דכיון דא"א לייחס כעת המעשה שעשהו המשלח שכבר מת לכך ל"ח שליחות והוה גט לאח"מ.

ג אמנם באמת זה אינו דשאני התם שכבר נפקע הרשות שלו כאילו מכרו לאחר וכבר ישב על מדוכה זו הקצה"ח סי' קפ"ח ע"ש ועיין בבית מאיר סי' קכ"א ס"ב שהאריך בענין זה ובדפוס לבוב נדפס בשם הגאון מוה' ברוך ז"ל אבד"ק לייפניק ובמחכ"ת לא עמדו על כוונת התוס' והעיקר כמ"ש הקצה"ח שם וע"כ הדבר ברור דגוף השליחות מתייחס להשליח אלא שהתורה אמרה שיועיל מעשה השליחות כאילו עשה המשלח וא"כ ברור שמועיל השליחות בעת שהיה שפוי אף שנשתטה אח"כ וכמ"ש הרמב"ם ואף דהטור פליג ע"ז אבל עכ"פ זה אם נשתטה בודאי אבל בסתם חולה בודאי מועיל כמ"ש הב"י וכל האחרונים זולת הפר"ח שהחמיר בזה ובמקום עגון יש לסמוך על כל הפוסקים הנ"ל. והנה מעלתו האריך בפלפול ויש בם כמה דברים שאינם נכונים וכך היא דרכה של תורה זה בונה וזה סותר אבל אין הזמן מסכים להאריך בזה ומה שנוגע לדינא כתבתי:

סימן קכה

א להרבני המופלג השנון מוה' אברהם נ"י נכד הרב מוה' יאקיל אבד"ק מאסט.

ב מה שעורר אותי במ"ש בחוות דעת סי' צ"א לחדש דציר דנאסר מהטמאין לאסור צירן ורוטבן והקשו התוס' דתיפוק לי' מטעם דטעם כעיקר וכתבו דציר זיעה בעלמא היא וע"ז חידש דעכ"פ אם נפל ציר בשר לחלב לא נאסר דהא אינו רק זיעה ואף דהתורה אסרה מכל מקום אינו נותן טעם ובב"ח בעינן דרך בישול בנ"ט ע"ש שהאריך. ולפענ"ד זה אינו דכל דהתורה אסרה מה שיוצא מן הטמא ואסר ציר א"כ עכ"פ התורה אסרה זאת ניהו שהוא טעם קלוש זה אסרה תורה והוה כבב"ח ואף דנ"ט בר נ"ט מותר בב"ח דהוה טעם קלוש זהו בדבר שהי' כאן טעם מושבח ואח"כ נקלש התורה לא אסרה בזה אבל כאן מתחלת ברייתו הי' טעם קלוש ואפ"ה אסרה תורה כל שיוצא מן הטמא ואף מכלים אסרה הציר וא"כ זה נאסר אף שאינו רק טעם הקלוש ותדע דאל"כ גם באיסורין שאסור טעם קלוש י"ל דע"כ לא נאסר רק דבר שהיה בתחלה טעם מושבח ואח"כ נקלש אבל כאן מתחלה אינו רק טעם קלוש וע"כ דזה באמת נאסר אף דהוא טעם קלוש וה"ה בב"ח וראיה ברורה ממ"ש הפרי חדש בסי' ק"ד דבדברים המאוסין אף שנסרחו אח"כ מכל מקום אסור דהא מתחלה ג"כ היה מאוס ונטל"פ ואפ"ה אסרה התורה ה"ה בזה אף שמוסרח מ"מ אסור ואף דהפליטה התירה התורה היינו משום שנשתנה ממה שהי' ונטל"פ התירה התורה אף בדברים המאוסים אבל גוף המאוס אף שנסרח כיון שלא נשתנה זה אסרה התורה וה"ה כאן גוף הציר אסרה התורה והרי לא נשתנה וזהו שאסרה התורה לא שייך בזה טעם קלוש כנלפענ"ד דבר חדש:

סימן קכו

בדבר מה שנתעורר כעת רעש אודות האתרוגים מסביבות פארגע שהם מורכבים. הנה בפרמ"ג סימן תרמ"ו כתב דספק מורכב צ"ע אם מפסיל. ולפענ"ד י"ל דאינו פסול דהנה הק' אותי הרב החריף המופלג מלינסק ושמו ר' נטע דום בהא דמקשה בב"ק דף ס"ו ודף ס"ז מקרבנו ולא הגזול וע"כ דיאוש לא קני וע"ז הקשה דהא לפי מה דאמרו בב"ק קי"ד דבישראל סתם גזילה לא הוה יאוש ועיין בחו"מ סימן שס"ח ובח"מ וב"ש סי' כ"ח וא"כ הך קרבנו ולא גזול היינו בנכרי ולפ"ז הקשה למה צריך קרא ת"ל דבאמת בע"ז אמרו דהא דל"ח בקרבן נכרי שמא רבעו משום דאם איתא דרבעו לא הוה מזבין לי' ולפ"ז זה שייך לענין מכירה אבל כל שגזלו שפיר שייך דניחוש לרביעה והוא באמת לא רצה ליתן לו. והשבתי ע"פ מ"ש האחרונים דכל דכתיב האיסור מפורש ספק מותר ולפ"ז ברובע בין אם נימא מקרא דמשחתם או מן הבהמה להוציא רובע הוא דוקא בודאי נרבע

לא בספק וא"כ ספק מותר. ומעתה גם כאן יש לומר דמה דממעט אתרוג המורכב הוא דוקא ודאי מורכב ולא ספק. זה רשמתי לעצמי על מה שהאריך הרב מוה' וואלף בער שענקיל נ"י מטארני אודות המורכבים. והנה מה שהאריך במי שנשבע לתקוע שופר בשבת של ר"ה אי חל השבועה וכתב דמבואר בש"ע יו"ד סי' רל"ט דבאיסור דרבנן חל השבועה וה"ה כאן דגזירה שמא יעבירנו אינו רק דרבנן. הנה יותר הי' לו לומר דשם איסור דרבנן בלי מצוה אבל כאן כל שיעבור על איסור דרבנן יקיים מצות התורה דמה"ת מחויב לתקוע אף בשבת ובודאי חל שבועה למצות התורה. עוד אמרתי לפמ"ש הר"ן דלכך לא גזרו במילה בשבת גזירה שמא יעביר הסכין וכתב דבשלמא כל הני דשמא יעבירנו דכ"ע טרודים חיישינן אבל במילה דלא טרוד רק הוא ל"ח שמא יעבירנו ולפ"ז כיון דחז"ל גזרו שלא לתקוע משום שמא יעבירנו וא"כ שוב כ"ע לא טרידי רק זה שנשבע א"כ שוב לא שייך שמא יעבירנו דכ"ע יזכירו אותו כנלפענ"ד דבר חדש. והנה במ"ש לעיל מספק מורכב דכשר הנה כעת ראיתי דלפי שיטת הלבוש דפסול מורכב מטעם דאתקש לכלאי בהמה דמאוס לגבוה והיינו מטעם דשייך לא תאכל כל תועבה כמ"ש הגאון מוהר"ז מרגליות ז"ל בספרו באורך. והנה כפי הנראה מדברי התוס' בחולין דף קט"ו דבעינן דוקא שיהי' ניכר התועבה ומטעם זה מעשה שבת לא מתסר משום תועבה דהא לא ניכר אם נתבשל בשבת כמ"ש המהר"ם שיף ז"ל שם וא"כ בשלמא ודאי מורכב שייך לפסול דניכר התועבה שמורכב וניכר ההרכבה אבל ספק מורכב דעכ"פ לא ניכר התועבה לא שייך לפסול משום תועבה כנ"ל:

סימן קכז

ראיתי בחידושי הגרשוני מהגאון בעל עבודת הגרשוני שכתב להקשות על מ"ש הרשב"א בתשובה סי' תת"מ שאשה שזינתה תחת בעלה לאו לגירושין עומדת ולא חיישינן שמא יבא עליה דמאיסה עליו והקשה מהא דאמרו בסוטה דף וא"ו דמוסרין לו שני ת"ח שמא יבא עליה בדרך והלא מאיסה עליו וכתב דרש"י בקידושין דף פ' כתב דמוסרין שני ת"ח שמא יבא עליה והרי היא נאסרה עליו וכשיבא עליה אין המים בודקין אותה וא"כ יהיה מחיקת השם בחנם וקשה לאיזה צורך כתב רש"י כן ולא פירש בסתם שמא יבא עליה בדרך והרי נאסרה עליו קודם שמשקה אותה וע"כ דל"ח לזה דהרי מאיסה עליו ורק משום חשש מחיקת השם חשו לחשש רחוק ודחה זאת דא"כ איך למד ר"י ק"ו ע"ש בסוטה והלא יש לחלק בין חשש מחיקת השם משא"כ בנדה וע"כ דליתא זאת ודברי רש"י קושטא דמלתא קאמר וזה דחוק. אמנם לפענ"ד דרש"י הרגיש בהא דמשני שם בקידושין דלכך מוסרין ת"ח לאתרויי בי' ופירש"י שאם יבא עליה אין המים

בודקין אותה ולכאורה קשה למה חשו לזה ובאמת מה אכפת להו ולא יבדוק המים וצ"ל דהחשש הוא משום מחיקת השם ובאמת שהדבר מוכרח דא"ל דהתראה היא שנאסרה עליו קשה דהלא הוה התראת ספק דהא לא נאסרה עליו בודאי דשמא לא זינתה ובכה"ג שגם המותרה לא ידע בודאי הוה התראת ספק כמ"ש התוס' בפסחים דף ס"ג וקשיא לר"ל למה מתרין בו ודוחק לומר כיון דהתורה עשה ספק כודאי וא"כ הו"ל התראת ודאי דזה אינו דניהו דהתורה עשה כודאי היינו כדי להשקותה אבל לא הוה ודאי ממש דא"כ למה משקין אותה וע"כ דהתראה הוה כדי שלא יבא למחיקת השם ובאמת יקשה למה ניחוש שמא יבא עליה והא מאיסה עליו וע"כ דכל שהוא רק ספק לא מאיסה עליו וכמ"ש בסוף דבריו וכ"כ הב"ש סימן קי"ז ס"ק ח' ועיין מ"ש בגליון שם. שוב ראיתי במקנה שם שהקשה על רש"י דפירש דהתראה הוא אם יבא עליה אין המים בודקין אותה והקשה דהו"ל לפרש דאם יבא עלי' אין משקין אותה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כשידעו עדים שבא עליה בודאי אין משקין אותה אבל חיישינן שמא יבא עלי' ולא ידעו וע"כ מתרין אותה תמיד שיזהר שלא יבא עלי' וא"כ באמת מה נ"מ דלא הי' משקין אבל כשלא נודע באמת משקין אותה וע"כ פירש דהחשש הוא שהמים לא יבדקו ואיכא חשש שלא ימחק השם בחנם וז"ב. ומן האמור הן נסתר מחמתו מ"ש גדול אחד להמג"א והובא דבריו בסוף לחם הפנים וגם בספר מג"א על תוספתא נזיקין בסופו מובא בשם גדול אחד שחקר באשה שזינתה אם יכולין לכוף לבעל שיגרשה ולפמ"ש הרשב"א דיכול לישב עמה וא"צ לגרשה דמאיסה עליו א"כ מכ"ש שאין לכוף אותו. ובזה אתי שפיר מ"ש הטור בסי' קט"ו דאף כשאינו מבורר שזינתה רק שמאמין לדבריה מחויב לגרשה והקשה בזה הגדול הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר דשם שאינו ברור שזינתה א"כ לא מאיסה עליו וחייב לגרשה בשביל דהוא מאמין לה אבל אין לכוף דדלמא כיון שמאמין לה מאיסה עליו ומ"ש להקשות בהא דאמרה טמאה אני לך דאינה נאמנת דשמא עיניה נתנה באחר וקשה מי ברי לה שיגרשה ובאמת ל"ק דהיא חשבה כל דמדברת כן בפני בעלה בודאי הבעל יאמין לה ותהיה נמאסת בעיניו ורב המנונא אמר די"ל דמעיזה לפי שלא נודע לבעל אבל היא חשבה דהבעל יאמין לה מדהעיזה פניה כל כך בפני בעלה בודאי האמת אתה ונמאסת בעיניו וגם יש לומר דבר חדש דחשבה שתטעון דאסורה עליו דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא וכמה כרכורים כרכרו בזה הר"ן בשם בעלי התוס' דאיסור שבה להיכן אזל וא"כ יצטרך לגרשה בשביל דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא. ובזה יש ליישב מה שהקשה הגדול הנ"ל במה שחידש הר"ן דאפקעינהו רבנן לקידושין והיתה פנויה וכתב הר"ן דלפ"ז בטוענת שנאנסה מנתין וממזר ל"ש זאת ואינו במשמע

וע"ז הקשה הגדול דהלא מבואר בהדיא גבי אהלויי ונפטי דשם אמרה מן הנכרים ואפ"ה אמרו דעיניה נתנה באחר ולפמ"ש קשה טובא דשם לא שייך שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דהא ספק לה שמא מן הנכרים וא"כ לא שייך שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וכמ"ש השיטה מקובצת וכבר כתבתי בשו"ת שואל ומשיב ח"ג סי' ק' ליישב קושית הגדול הנ"ל ולפמ"ש כאן שוב יקשה למה אמר חיישינן שמא עיניה נתנה באחר והא לא צריך לגרשה דלא מאיסה בעיניו ולא שייך שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא מיהו יש לומר דלפמ"ש רבא זימנין דתקיף לה מן בעלה וא"כ יש לומר דלא תרצה להנשא רק שתקיף לה מן בעלה כמ"ש רש"י לחד פירוש וא"כ בכה"ג שפיר חיישינן ועיין בחבורי שו"ת שואל ומשיב ח"א סי' ס"ז ודו"ק ועיין מ"א מ"ש ליישב קושית הגדול על הר"ן ז"ל גם אנכי כתבתי כן אבל הוא לא הביא דברי השטמ"ק שכ"כ דבספק לא שייך שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא ודו"ק היטב:

סימן קכח

ענין מה שנחלקו אי מצות להנו"ת נתנו ואנן קי"ל מצות לאו להנות נתנו והנה ר"י דס"ל מצות להנות נתנו לכאורה צריך ביאור דמכל מקום הנאת המצוה הוה שלא כדה"נ ואף בשופר של עולה אם נימא דגם במעילה שלא כדה"נ מותר מה"ת ועיין משנה למלך פ"ד מיסודי התורה א"כ הוה שלא כדה"נ אמנם נראה לי דמחולקים במה שנחלקו הרמב"ם והרמב"ן פ' תצא דשטת הרמב"ם דאין טעם למצות כדאמרו במדרש מה אכפת ליה להקב"ה בין שוחט מן הצואר לשוחט מן העורף ולא נתנו המצות אלא לצרף בהם הבריות וביאר הרמב"ם במורה שלא נתנו המצות להנאתינו רק לצרף והרמב"ן נחלק עליו שכל המצות ניתנו לטובתינו ולחיותינו כמ"ש ויצונו ד' אלקינו וכו' לטוב לנו רק שלהקב"ה אין לו שום תועלת כביכול ואם תצדק מה תתן לו ע"ש שהאריך ולפ"ז אם המצות הם לתועלת ולזכות לנו א"כ שוב הוה הנאת המצוה הנאה וז"ש מצות להנות נתנו והיינו להנאתינו ולכך אסור דנהנה מן האיסור ואף שהוה שלא כדה"נ מכל מקום הנאת המצוה היא כדרך הנאתו ומיגו דהוה הנאה לגבי המצוה הוה הנאה מן האיסור וכבר הקשה הריטב"א דאיך אמרו מצות לאו להנות נתנו הא יש לו שכר המצוה ע"ש מ"ש דשכר מצוה בהאי עלמא ליכא אבל לפ"ז המצוה עצמה היא הנאה שלימה ושכר מצוה מצוה ושוב אסור אבל אנן קי"ל כשיטת הרמב"ם דלא נתנו המצות אלא לצרף וא"כ שוב מצות לאו להנות נתנו ומותר ובזה ממילא יש לומר דלכך הנאת הגוף בהדי מצותה אסור דזה הוה כדרך הנאתו ודו"ק: והנה הגיע לי מכתב בש"ק לך תרל"ב מהרב מוה' וואלף בער שענקיל נ"י מטארני שנסתפק בסכין של מילה של איסורי הנאה אי

מותר למול בו אי שייך מצות לאו להנות נתנו כיון דאינו רק הכשר מצוה והביא מ"ש הכו"פ סי' יו"ד בסכין של ע"ז לענין שחיטה דכיון דמצות לאו להנות נתנו הו"ל סכין של שחיטה מצוה והוא כתב דהא אינו רק מכשירי מצוה ולפענ"ד מכשירי מצוה ודאי שייך ג"כ מצות לאו להנות נתנו דהרי לא גרע ממצוה דרבנן דהר"ן וכה"פ נחלקו על הרז"ה דאף במצות דרבנן שייך מצות לאו להנות נתנו מכ"ש במכשירי מצוה ואפשר דגם הרז"ה מודה בזה דעדיף ממצוה דרבנן דהרי בא למצות תורה עי"ז והדבר תלוי במה שנחלק הרנב"ר הובא בנימוק"י פרק שני דב"מ לענין השבת אבידה אי מקרי הכשר מצוה ולדעתי הסכין היה ודאי הכשר מצוה כמצוה ומכ"ש במילה דחמורה דנכרתו עליה י"ג בריתות ועיין בשבת דף קל"ב והנה דברי הרז"ה אי נימא כשיטת הרמב"ם דעובר בלא תסור על מצות דרבנן שוב ודאי שייך מצות לאו להנות נתנו ולפ"ז יש לומר דאף אם נימא כהרמב"ן דלא שייך לא תסור במצות דרבנן אבל הכשר מצוה ודאי מצות לאו להנות נתנו כנ"ל. והנה בענין מצות לאו להנות נתנו נראה לי כעת דברים חדשים הנה במה שהאריכו הפוסקים אם הנאת הגוף בהדי מצותה אסור וגם אם הנאה נמשכת שהביא מעשה רוקח בשם המאירי נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה רש"י פירש דלכך מצות לאו להנות נתנו דלעול נתנו ולפענ"ד הענין ע"ד שכתב זקני מהר"ל מפראג זלה"ה בספר תפארת ישראל פרק ל"ב שלכך כפה עליהם ההר כגיגית דהוא כדי שיהיו בהכרח שכל דבר שהוא ברצון אפשר להפטר ממנו וכל דבר המוכרח אי אפשר להפטר ממנו וכן אמרו במדרש ע"פ ולו תהיה לאשה לא יוכל לשלחה כשיבא לתת תורה לישראל כפה עליהם ההר כגיגית והרי ישראל אנוסתו של הקב"ה וכתיב לא יוכל לשלחה וביאר הגאון ז"ל דבאנוסה כמו שהוא אנס אותה לכך לא יוכל לשלחה כמו כן ע"י התורה שכפה עליהם נעשה חיבורו דיבוק הכרחי וישראל נעשו אנוסתו של הקב"ה ע"ש באורך והנה לכך מצות לאו להנות נתנו שהרי לעול נתנו והיינו שהם מוכרחין לקיים המצות והנה כמו דמבואר בש"ע או"ח סי' ר"ד דאנסוהו לאכול פטור מברכה וביאר הרא"ה דזה לא חשוב הנאה שהי' בהכרח וכמו אשה שנאנסה אף שסופה ברצון מ"מ חשובה אנוסה וע"כ כל שאנסוהו לאכול אף שסופו ברצון מכל מקום לא חשוב הנאה כל שהי' הכרחי בתחלה ועיין מ"ג שם דאין נ"מ במה שאנוס עפ"י עצמו או שאנסוהו אחרים ועיין במגן גבורים שם ולפ"ז כיון שלעול נתנו והוא מוכרח לא חשיב הנאה והוה כאונס עפ"י הדיבור ולא חשיב הנאה אף שנמשך הנאתו אח"כ מכל מקום מצות לאו להנות נתנו והוה כאנוס וז"ב איברא דלפ"ז אמאי הנודר הנאה מן המעיין אסור לטבול והרי לא חשיב הנאה אחרי שמוכרח ואפשר לומר דכל דאפשר במעיין אחר לא חשיב אנוס

ומה שמותר בשופר של איסור הוא באי אפשר בענין אחר. אמנם העיקר הוא דכל הטעם דאנסוהו לאכול הוה כאונס והוה כאשה שתחלתה באונס ולפ"ז במעיין דבתחלת ביאתו במעיין טרם שטבל כל גופו הרי נהנה באמת ולא היה מוכרח להנות דלא עשה עדיין המצוה אף שבא עי"ז לקיום המצוה מכל מקום לא חשיב אונס וז"ב משא"כ במצוה דתחלתו אין בו הנאה רק קיום המצוה אף שאח"כ הנאה נמשכת הוה כאנוס וזה לפענ"ד מ"ש התוס' לחלק בין סוכה לשופר דסוכה הוה הנאת הצל טרם שמקיים המצוה תיכף נהנה מהסוכה אף שעי"ז מקיים המצוה זה חשוב הנאה משא"כ בשופר ובזה מבואר דברי הש"ס בנדרים שאביי מחלק בין אומר הנאת סוכה עלי בין שבועה שלא אהנה וע"ז מקשה רבא וכי מצות להנות נתנו והיינו שהנאת סוכה היינו הנאת קיום המצוה וזה מוכרח אבל הוא מוכרח וחשוב אונס ולכך מחלק בין ישיבת סוכה שהנאה הבאה מישיבה בעוד שלא קיים המצוה זה חשוב הנאה ואסור ודו"ק היטב כי הוא ענין חדש ונכון. ובזה ישבתי לנכון מ"ש המרדכי באשה שנתייחדה עם אחד בדרך דנאסרה אף שהיה הביאה באונס ועפ"י בכתובות דף כ"א שכתב דכל שנתייחדה הוה תחלתו וסופו ברצון דלא שייך יצרה אלבשה. ולפמ"ש אף דשייך יצרה אלבשה כל שהיחוד היה ברצון אף שאח"כ היה אונס מכל מקום לא נחשב כאונס כיון שבתחלה לא היתה אנוסה. והנה בדרך אגב ארשום מ"ש במלמ"ל פ"ה מאיסורי מזבח ה"ט דבקרבנות לא שייך הנאה דמצות לאו להנות נתנו והא הוה הנאת הגוף בהדי מצותו דא"צ להביא אחר ועיין מג"א סי' תמ"א דמשתרשי לי' מעות ובאמת מ"ש המלמ"ל דאין להביא מנחות מהם דהו"ל מצוה הבאה בעבירה כמ"ש הרמב"ם באמת בזבחים דף ס"ח מבואר ברש"י דהוא משום משקה לישראל מן המותר לישראל ובאמת במדומע דהוא מדרבנן לא שייך מצוה הבאה בעבירה דבדרבנן ל"ש מהב"ע ועיין סוכה דף למ"ד ובתוס' שם ועיין במגן גבורים סי' י"א. אמנם לפמ"ש בתשובה לענין דמאי דהתוס' הקשו בבכורות דף ט' דאמאי לא אסור מדומע מה"ת דנימא סמוך מיעוטא לחזקה וכתבו דלא נחזיק זה ברשע שלא עישר ע"ש ולפ"ז לאחר שגזרו רבנן משום חשש שמא לא עשר ועשו אותו כרשע שוב אסור מה"ת בשביל דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והארכתי הרבה בזה וא"כ שוב אסור מן התורה ושייך מצוה הבאה בעבירה ובזה ישבתי גם מה שאמר לי היניק הבקי כמר שמעון בהרב הגאון מוהרח"י ראש ישיבה ב"ק בראד להביא ראיה מזה דמשקה ישראל לאסור אף דבר איסור דרבנן דהרי אמרו לא מן המדומע ואינו רק דרבנן ולפמ"ש הוה איסור תורה ודו"ק:

סימן קכט

א תרכ"ו בשבת דף מ"ו מה שהשבתי לחכם אחד:

ב מה שהקשה בהא דפריך מפירין נדרים בשבת ואמאי לימא מי יימר דמזדקק לה בעל וע"ז הקשה דלפי מה דאמרו בשבת דף קנ"ז דמפירין אף מה שא"צ לשבת א"כ יוכל להיות דמיפר על מה שנדרה לאחר השבת ולא שייך מוקצה והיא קושיא גדולה והנה אמר שכן מצא כתוב בשו"ת בית אפרים להגאון מוהר"ז מרגליות חלק חו"מ סי' ס"א ע"ש והשבתי בזה עפ"י מה שיש להבין שאיך שייך לומר שמפירין נדרים שהן לצורך מחר הא קי"ל דאין מפירין נדר עד שיחול וא"כ כל שנדרה על לאחר השבת א"כ לא יוכל להפר קודם שחל הזמן וא"כ ע"כ שהי' לצורך שבת ג"כ והוא מיפר רק מה שלאחר השבת בלבד ולא בטל כל הנדר דבהפרה לא אמרינן דמיפר כלו כמבואר בסי' רכ"ט. אמנם זה דוקא כל שהיה מועיל אם היה מיפר כלו א"כ יכול להפר מקצתו אבל אם מוקצה הוא ועל שבת לא מועיל הפרתו פשיטא דל"ח ההפרה על לאחר שבת שעדיין לא חל הנדר כלל אך זה אינו דבהפרה יכול להפר אף שלא חל כמבואר סי' רכ"ח סי"ז ושפיר יכול להפר אף מה שלא נדרה רק על לאחר שבת בלבד והנה בנדרים דף פ"ט מבואר הטעם דחל ההפרה אף למה שלא חל הנדר משום דכתיב וחפרה הלבנה והיינו שחשב במחשבה ולא נתבאר הטעם ולפענ"ד הדבר הוא דכיון שנודרת ע"ד בעלה וא"כ כל הנדר היה רק בתנאי שירצה הבעל ועיין שו"ת מהרי"ט חלק א' סי' ד' וא"כ כל שמפר ואינו רוצה יוכל להפר אף שלא חל עדיין שהרי הוא רוצה שלא יחול הנדר כלל ולפי"ז לפי הס"ד דלא ידע מהך דכל הנודרת שוב ע"כ שמיפר על נדרים שהם לצורך השבת שאל"כ לא יכול להפר כלל ושפיר פריך כיון דמוקצה הם איך יוכל להפר וע"ז משני כדר' פנחס ושפיר יכול להפר ולא הוה מוקצה כלל.

ג ובזה מיושב מה דמקשה בשו"ת ב"א שם דמה משני כדר"פ והא אכתי הוה מוקצה דאם נימא דיכול להפר כל מעל"ע א"כ יוכל להיות שלא יזדקק לה רק בלילה אחר שבת וכעין שכתב הרא"ש בנדרים דף ע"ו לפרש הך דחייא בר רב שרי גירא וכו' ע"ש שנתכוין לקנטרה שלא תדור וע"כ איחר עד קרוב למעל"ע כדי שלא תדור ולפמ"ש אתי שפיר דכל הנודרת ע"ד בעלה וא"כ שוב יש לומר דנדרה על לאחר השבת והוא מיפר בשבת ולא הוה מוקצה וא"ל דכיון שאינו מיפר רק באותו היום א"כ לא מקרי לצורך דזה אינו דאדרבא בזה ודאי יוכל להפר כל שא"י להפר אח"כ וכמ"ש ודו"ק:

ד איברא דיש להקשות מ"פ בהא דנשאלין לחכם ואמאי מי יימר דמזדקק לה חכם ודלמא מיירי שנדרה על לאחר השבת ג"כ ועל השבת וא"כ שפיר יכול להתיר בשבת וא"ל דהוה מוקצה דזה אינו דיכול להתיר על לאחר השבת וממילא נדר שהותר מקצתו הותר כלו ושוב יהיה מותר אף על השבת וא"ל דמוקצה הוה כיון דלא יוכל להתיר רק

לצורך השבת דעל לאחר השבת יתיר אח"כ ושוב הוה מוקצה דזה אינו דכאן יוכל להתיר עכ"פ על מה שהוא לאחר שבת וממילא יהי' נדר שהותר מקצתו והותר כלו ושוב נ"מ גם על לצורך שבת ושוב לא שייך מוקצה דהא מה שהוא על לאחר שבת לא שייך מוקצה ויוכל להתיר ועי"ז יהיה מותר גם מה שהוא לצורך שבת לא רשאי להתיר רק שעי"ז מותר גם מה שהוא לצורך שבת ושוב הוה מוקצה ולא ירצה החכם להתיר וגם לפמ"ש בסי' רכ"ט דוקא ע"י חרטה אבל לא ע"י פתח שוב הוה מוקצה דמי יודע אם יהיה לה פתח ובזה מיושב קושית המהרש"א שהקשה דהא החכם ודאי יזדקק ולפמ"ש יש לומר דבכה"ג לא ירצה להזדקק שיהיה עי"ז מותר גם מה שבשבת ודו"ק היטב והרי סתמא מיירי שנדרה על שבת ועל אחר שבת.

סימן קל

למדתי בחולין דף ד' מצת כותי מותרת ואדם יוצא בה י"ח בפסח ובתוס' ד"ה מצת הקשו היאך יוצא בה והא יש לחוש שמא לא שמר לשם מצה דחשידי על לפני עור וכתבו כגון שלא אכל מצה אחרת כל הלילה ע"ש ובלמדי זאת קשיא לי דלמא הכותים יש להם חשבון אחר בימות השנה ונמצא אצלו אינו פסח בלילה זאת הן אמת דבע"ז דף כ"א אמר רשב"ג לא ישכור אדם מרחצו לנכרי מפני שנקרא על שמו ונכרי זה עושה מלאכה בשבתות ויו"ט והקשו אבל לכותי מאי שרי וכו' ומשני אנן נמי עבדינן וקשה למה לא נחוש גם בבית שיעשה מלאכה בשבתות ויו"ט וא"ל דגם הוא נזהר דלמא לפי חשבונו אין שבת ויו"ט באותו זמן שאנו שובתין וא"כ שוב יכול לעשות הוא ולדידן אסור וכמדומה שכבר נשאלתי בזה וכתבתי בזה ולא ידעתי מקומו. וכעת נראה עפמ"ש המג"ש בתשבותיו דאם נימא דיש שליחות לעכו"ם לחומרא למה לא אסרינן גם בשבת משום שליחות דהוא מה"ת אבל באמת אף לחומרא לא קי"ל דיש שליחות לנכרי כמ"ש הראב"ן ע"ש ולפ"ז כותים קודם שגזרו עליהם הם בני ברית ושוב יש שליחות ושוב אסור מה"ת וא"כ שוב הכותי מזהר זהיר שלא להכשיל לישראל ואין שליח לדבר עבירה לא שייך בבית דזה אינו סובר אבל שליחות פשוט דגם הכותי ס"ל דיש שליחות ולפ"ז גם כאן יש שליחות לכותי ושוב לא יכשיל לישראל. ובזה אפשר ליישב קושית המהרש"ל ומהרש"א בגיטין דף יו"ד אבל אינו ברור לי כל הענין וע"כ קצרתי:

סימן קלא

א היה אצלי החתן השנון כמר מרדכי שמעי' לקווער מבראד והקשה בהא דאמר ר' יוחנן בכתובות דף ל"ב א"כ בטלת ערות אחותך לא תגלה והקשה לפי מה דאמרו בסנהדרין דף ע"ג משעת העראה וכו' וממונא לא משלם רק עד גמר ביאה וא"כ משכחת לה

ערות אחותך לא תגלה בהעראה וקנס לא נתחייב רק עד שעת גמר ביאה. והנה בתחלת השקפה השבתי דאכתי לא משכחת לה דהא הוה התראת ספק דלמא יגמור ביאתו ושוב יפטור ממלקות. אמנם זה אינו דמלבד דר' יוחנן ס"ל התראת ספק שמי' התראה ובלא"ה אכתי יתחייב מלקות על העראה והקנס יתחייב על גמר ביאה. מיהו בלא"ה ל"ק דר' יוחנן ס"ל ביבמות דף נ"ה דהעראה זו הכנסת עטרה ע"ש לרבין ולרב דימי ורבב"ח נדחה שם וא"כ לדידיה הרי אמרו בסנהדרין שם דלמ"ד הכנסת עטרה באו כאחת ע"ש וא"כ ל"ק דגם בהעראה לא משכחת דילקה דהא ניתן להצילו בנפשו וח"מ שוגגין פטור ממלקות. ומיהו יכול להיות באופן דלא ניתן להצילו בנפשו וכדמוקי לה בסנהדרין שם ועיין תוס' ביבמות דף נ"ט.

ב והנה התוס' יבמות דף נ"ט ד"ה אלא הקשו מה פריך הש"ס למ"ד העראה זו הכנסת עטרה מאי איכא למימר הא יש לומר דלא מחייב קנס בהכנסת עטרה אלא בגמר ביאה ממש. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה רבא אמר בכתובות דף נ"א דאף דחיישינן שמא סופה ברצון מ"מ יצרה אלבשה ולכאורה יקשה בכל יתומה ומפותה דלמה יגיע לה קנס הא שמא נתרצית ומחלה וכבר נתעורר בזה בהפלאה בכתובות דף ל"ט וכתב דהו"ל איני יודע אם מחלת לי דחייב ע"ש והיינו כיון דכבר התחיל החיוב שהיה תחלתו באונס וספק שמא נתרצה א"כ הו"ל א"י אם פרעתי דחייב ולפ"ז שפיר מקשה למ"ד הכנסת עטרה מא"ל והיינו דכאן יקשה הא ספק שמא נתרצית ופטור מקנס וא"ל דהו"ל איני יודע אם פרעתיך דזה אינו כיון דעד הכנסת עטרה פטור משום דקלב"מ דניתן להצילו בנפשו וא"כ אימתי מתחייב בקנס אחר הכנסת עטרה ושם כיון דכבר הכניס עטרה יוכל להיות דנתרצית וא"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי דבשלמא אם העראה זו נשיקה ליכא למיחש שמא נתרצית שלא היה ביאה כלל ושפיר נתחייב בקנס אבל הכנסת עטרה שוב נהנית ויש לחוש שמא נתרצית וז"ב. איברא דלכאורה קשה דהא לא תוכל למחול דהקנס של אביה וכעין דאמרו בכתובות דף ל"ט שלה דאבוה נינהו אמנם יש לומר דהקושיא היא על נערה שנתארסה ונתגרשה דקנסה לעצמה וא"כ שפיר יש לומר דספק שמא לא נתחייב דדלמא נתרצית והו"ל א"י אם נתחייבתי ועיין תוס' ר"פ אלו נערות ד"ה ועל אשת אחיו ושפיר מקשה הש"ס איברא דלפמ"ש הירושלמי דקנס א"י למחול שפיר נתחייב בקנס. ובזה מיושב קושית הנוב"י דהרמב"ם כתב להך משנה דאלו נערות והשמיט כל האוקומתות דמוקי בסנהדרין ע"ג ולפמ"ש אתי שפיר דהש"ס לשיטתי' דס"ל דקנס יכול למחול כמ"ש בכתובות דף ל"ב אבל הרמב"ם פסק דקנס אינו יכול למחול ול"ק קושית הש"ס ודו"ק. איברא דלפ"ז הדרא קושית החתן הנ"ל דמה פריך א"כ בטלת ערות אחותך

לא תגלה הא שפיר יכול לקיים בהעראה ואף דר' יוחנן ס"ל זו הכנסת עטרה מכל מקום הקנס נתחייב בגמר ביאה והקנס אינו יכול' למחול דשל אביה היא. אמנם נראה דהנה התוס' הקשו למ"ד הכנסת עטרה א"כ קשה היאך חייב קנס הא אח"כ נעשית בעולה וכתבו דאהכי חייב רחמנא ולפ"ז שפיר מקשה אי נימא כעולא דממונא משלם מלקי לא לקי א"כ הא לאחר הכנסת עטרה נעשית בעולה וא"ל דאהכי חייב רחמנא דזה אינו דמנ"ל זאת דאהכי חייב רחמנא ודלמא באמת לא חייב בגמר ביאה והחיוב הוא בהכנסת עטרה ובאמת לא חייבה התורה במלקות רק בממון וע"כ דמלקי לקי וא"כ שוב לא מגיע קנס כלל על הכנסת עטרה דהא יש מלקות וא"כ ע"כ הקנס מגיע אח"כ ואהכי חייב רחמנא אבל לעולא באמת חייבה התורה קנס על הכנסת עטרה ובאמת אינו חייב מלקות כלל דממונא משלם ולא לקי וע"כ כר' יוחנן ושפיר מקשה א"כ בטלת ערות אחותך לא תגלה:

ג ועו"ד הפלפול יש לומר הא דמקשה א"כ בטלת ערות אחותך ולא נקט שאר עריות דכלן הן בלאו. אך נראה דבאמת באחותו יש להקשות דלמא לאו אחותו מן האב היא דלמא זינתה אמו והאב כבר מת או לא נודע כלל ושוב יכולה למחול ואיך משכחת קנס בגמר ביאה וכמ"ש דהו"ל א"י אם נתחייבתי וא"כ שוב ע"כ חייב בהכנסת עטרה ולא מחלה ובשלמא אם נתחייב בגמר ביאה שוב אין הולכין בממון אחר הרוב ודלמא לאו אחותו היא ול"ש דאהכי חייב רחמנא דהא לאו אחותו היא ובממון לא אזלינן בתר רוב וע"כ דבהכנסת עטרה נתחייב ועד הכנסת עטרה לא חיישינן שמא נתרצית ושוב לא שייך דלמא לאו אחותו היא. דאכתי מגיע לה קנס ולא מחלה אבל אם נימא דבהכנסת עטרה לא מחייב קנס שוב יקשה א"כ בטלת ערות אחותך לא תגלה הא אח"כ יש לחוש דלמא מחלה ולא אזלינן בתר רוב וא"כ לא משכחת קנס כלל ודו"ק כי הוא חריף אף שיש לפקפק ודו"ק.

ד ובגוף הקושיא נראה לפענ"ד דבר ברור דהכי אמר ר' יוחנן דא"כ בטלת ערות אחותך שהרי המלקות נמשך גם על שעת גמר ביאה וא"כ שוב נתבטל הקנס לגמרי והרי ממון חמור ממלקות לעולא ושאני הך דסנהדרין דף ע"ג דניתן להצילו בנפשו נפסק מעת העראה שהרי כבר פגמה ושפיר יש לחייבו קנס על גמר ביאה אבל כאן אם אתה אומר שנתחייב מלקות על העראה שוב ימשך המלקות עד גמר ביאה וא"כ נתבטל הקנס לגמרי וזה לא אמרינן לעולא דהרי ממון חמור ממלקות וא"כ אי אפשר לחייבו מלקות כלל ודו"ק היטב מיהו זה אינו דאכתי משכחת לה מלקות דהעראה כגון שלא יגמר ביאתו דאז לא יהיה קנס כלל ודו"ק היטב ועיין שעה"מ פ"ג מגניבה:

סימן קלב

א תמול היה אצלי הרב הגדול החריף מ' אורי זאב סאלאט והקשה על מה דפריך בב"מ דף מ"ו ואי אמרת מטבע נקנה בחליפין נקנה להו בחליפין דלית ליה נקנה להו באגב דלית ליה וע"ז הקשה לפמ"ש בשיטה מקובצת ב"מ דף מ"ח דהקשו בתוס' במתנה מה קנין שייך וכתבו דכל דליכא מעות ודאי נקנה במשיכה ובשם הרמב"ן כתב דמתנה ג"כ יש קנין חצר וחליפין ואגב ולפ"ז כאן דליכא חצר ולא חליפין ואגב שוב קנה במשיכה.

ב והנה זכורני שהאחרונים הקשו כן. אבל לק"מ דהתוס' בע"ז כתבו כן בדף ע"ב דכל דליכא מעות כגון מתנה ומציאה נקנה במשיכה והרמב"ן כתב דמשכחת חצר וחליפין אבל כ"ז במתנה ובמציאה דאין מציאות למעות שהרי נתן לו במתנה אבל כל דמשכחת לה במעות רק שאין לו כעת ואין לו חצר וחליפין שוב לא נקנה במשיכה וז"פ ודו"ק. וכיוצא בזה כתב בא"ז ובשו"ת תה"ד סימן ע"ר דדעת הא"ז לענין עובר דלא יכול למשך נקנה בכסף ומהר"ם חולק בזה כל דמשכחת משיכה לא קני בכסף א"כ מכ"ש הכא דמשכחת לה מעות אף שאין לו בודאי לא קני במשיכה ובפרט במעשר דודאי קונין בכסף כדכתיב ונתן הכסף וקם לו וערש"י ותוס' ב"מ דף מ"ח לענין מעות קונות ואף להתוס' בהקדש ודאי צריך כסף ודו"ק ועיין מ"ש ביד שאול סימן רכ"ה ס"ק ד' בישוב קושית התוס' דלמה בסוכה מ"א לא תני תקנתא שיאמרו כל מי שיגיע לידו יהי' במתנה ואילו בדף מ"ג אמרו כל מי שיגיע לידו וכעת בשנת תרל"ג ה' ברכה א' אמרתי עפמ"ש המהרי"ט בתשובה בראשונות סי' ק"נ ובשניות חח"מ סי' כ"ג להקשות על מה דאמרו ומלמדין אותו לומר כל מי שיגיע לידו והא אין ברירה ולא הוברר דזו שלו היתה ולא היה דעת אחרת מקנה דלא ידע המקנה ע"ש. ולכאורה רציתי לומר לפמ"ש הקצה"ח סי' ס"א דענין אין ברירה תלוי בדבר שלבל"ע דלר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע אין ברירה לא גרע מזה ע"ש ואני מצאתי בספר הישר לר"ת הבאתי בחבורי יד שאול סי' רכ"ו שכתב בהדיא כן ולפ"ז לפי מה דמבואר בחו"מ סי' ר"ע שאם שני אנשים נשתתפו כל מה שיעשו יהי' בשותפות לא שייך דבר שלבל"ע דאגב דבעי למקני גמר ומקנה א"כ גם כאן כל אחד רוצה לקנות ולכך גמר ומקני ולא שייך ברירה. אמנם באמת אי אפשר לומר כן כמ"ש בחבורי שם. אך בישוב קושית המהרי"ט נראה לפענ"ד דלפמ"ש רש"י דמלמדין דהב"ד מלמדין כן א"כ הפקר ב"ד הפקר והוה כאילו קנו מן ההפקר.

ג איברא דלפמ"ש המקור חיים וכ"כ הג"פ סי' ק"כ דהפקר ב"ד אינו רק הפקר שמוציא מיד ראשון אבל לא הוה קנין א"כ שוב קשה דלא קני כלל אך באמת מצאתי ביש"ש יבמות פרק עשירי דתלוי בהלמודים דלר' יצחק דלמד מכל אשר לא יבאו יחרם אינו

רק הפקר אבל לר"א דלמד דראשים מנחילין כמו אבות וא"כ הוה קנין גמור ע"ש וא"כ גם כאן הוה קנין גמור אך עדיין קשה דהא אין קונין בשבת ויו"ט אך זה אינו דשם מיירי בהר הבית ואין שבות במקדש ולפ"ז הך דדף מ"א דמוקי לה בגבולין ולכך מביאין לבהכ"נ ואיכא שבות ולכך לא תני תקנתא דא"א דשם לא שייך הפקר ב"ד דהא אין קונין בשבת והפקר לבד ל"מ דהא בעינן לכם ודו"ק. ובזה מיושב מ"ש הגהמי"י בשם הסמ"ג דאם רוצה לתת לאחר אתרוג ביו"ט יתנה עמו ת"כ דאם לא יחזיר יתבטל המתנה וע"ז הקשה דאדרבא כשלא התנה ת"כ א"כ התנאי בטל והמעשה קיים ועדיף טפי. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בשאלה לא שייך מקח וממכר דלא אתי למכתב כדאמרו בשבת ר"פ השואל והכי קי"ל ולפ"ז כשמתנה ת"כ א"כ הו"ל כשאלה וכמו שהקשה רבינו ישעי' דמ"ש שאלה ממתנה ע"מ להחזיר וכתב דתלוי בחיוב אחריות כשנאנס אבל עכ"פ הוה כשאלה ולא שייך קנין בשבת דאינו קונה כלל דהוא כשאלה אבל בשאינו מתנה והתנאי בטל והמעשה קיים וא"צ להחזיר הוה קנין גמור ושייך איסור קנין בשבת ויו"ט ואסור ועיין בר"ן ריש כתובות גבי אתפסה מטלטלין ע"ש ודו"ק. ובזה יתבאר פירוש המשניות להרמב"ם פרק ז' מסוכה שכתב לענין אתרוג דמועיל אף מתנה ע"מ להחזיר וסיים דמותר לתת מתנה ביו"ט והוא תמוה דלמה סיים זאת ועיין בבית מאיר סי' מ"ה מ"ש בזה.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם כוונתו שמותר מתנה ע"מ להחזיר כל שהוא בת"כ דלא הוה קנין גמור במה דהוה כשאלה וכמ"ש ודו"ק היטב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הר"ן גבי אתפסה מטלטלין דהא אסור לקנות בשבת ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא הוה רק התפסה לשעה ועיין ח"מ וב"ש ריש סי' ס"ו דהא אח"כ יכתוב לה כתובה ובכה"ג לא הוה רק קנין לשעה והו"ל כשאלה דלא אתי למכתב ושרי. ובזה מיושב מה שהקשה הב"ש מהא דמבואר באו"ח סי' ש"ו דמי שנשבע לשלם יכול ליתן משכנות בשבת והרי הוה כקנין ולפמ"ש באמת משכנות אינו רק קנין לשעה והו"ל כשאלה ולא אתי למכתב ודו"ק כי הוא ענין נכבד. ובגוף דברי סמ"ק שכתב דצריך להתנות בת"כ לפענ"ד מקור הדין בירושלמי פ"ד דסוכה כד תהוין יתבין אתרוג לחברו יהיבי מתנה גמורה ולפענ"ד הכוונה דיתנו ת"כ וזה מתנה גמורה דאל"כ התנאי בטל כנלפענ"ד:

ה והנה במה שחידש הקצה"ח סי' רמ"א ליישב קושית הגהת מיימוני על הסמ"ג וכתב דכל שלא התנה לקיים בת"כ א"כ נהי דהמעשה לא נתבטל אבל מחויב לקיים תנאו מצד שכר פעולה וכיון דבאתרוג לא מהני חזרת דמים א"כ שוב למפרע הוא גובה ולא מקרי לכם ע"ש וע"ז הקשה אותי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י ביום ה' לך תרל"ג דלמה לא יועיל חזרת דמים דכיון דהמעשה לא נתבטל והוא אינו מחוייב רק בשביל

שכר פעולה והרי שכר פעולה אף שהבטיח לו חפץ בשכרו יכול לתת לו דמים כמ"ש הרא"ש גבי הא דפריך והא מחסרא משיכה ע"ש ובהר"ן שם וכן קי"ל בסי' של"ב וא"כ כל דהמעשה לא נתבטל והוא אינו מחוייב רק בשביל שכר פעולה יכול לסלוקי בדמים ויפה הקשה. אמנם לפענ"ד דברי הקצה"ח נכונים דבאמת גם שם תמוה דכל שהתנה לתת לו חפץ למה יוכל לחזור בו ולתת לו דמי החפץ וצ"ל דכיון דאינו רק שכר פעולה אנן סהדי דגם מתחלה לא הי' דעתו על החפץ דוקא דהא לא התנה שיתן לו דוקא החפץ וא"כ כל דמחסרא משיכה לא קנה גוף החפץ דהא מחסרא משיכה ויכול ליתן לו דמי חפץ אבל כאן זה התנה להחזיר לו האתרוג דצריך ליתן לו האתרוג שצריך לו וכמ"ש בעל העיטור דל"מ חזרת דמים וניהו דהמעשה נתבטל רק שמחוייב לקיים תנאו מתורת שכר פעולה א"כ כיון שהתנאי היה דוקא על האתרוג פשיטא שא"י לסלק לו בדמים ובלא"ה נראה כיון שהאתרוג הי' שלו מעיקרא רק שנתן לו מעמ"ל ניהו דהתנאי אינו מבטל המעשה דלא הי' כמשפטי תנאים אבל עכ"פ כשרוצה זה שלא יהי' גזל צריך להחזיר לו גוף האתרוג דאנן סהדי דרצה דוקא בגוף האתרוג וכל שאינו מחזיר לו גוף האתרוג אכתי מידי גזל לא יצא ועיין ח"ץ סי' ק"כ במי שגזל אתרוג ששוה הרבה ורוצה להחזיר לו אתרוג אחר שאינו שוה כ"כ דהו"ל גזלן וה"ה כאן הו"ל גזל כ"ז שאינו מחזיר לו גוף החפץ כנ"ל ברור.

סימן קלג

בש"ק תולדת העבר הי' אצלי תלמידי החריף המופלג מוה' יעקב יוסף ווילער נ"י והקשה על מ"ש הפר"ח בא"ע סי' קי"ט על דברת הרמ"ה דהאשה שחלתה ורוצה לגרשה וגרשה חייב במזונותי' וכל דבר דאל"כ מה הועילו בתקנתם וכתב הפר"ח דהועילו דלכתחלה לא יעשה וכדאמרו בגיטין דף י"ז אהני דלכתחלה לא תנשא וע"ז הקשה הנ"ל דמה ראיה משם דשם פירש"י דהעדים לא יחתמו הגט וא"כ אין ראיה לכאן. והשבתי דא"כ היה לש"ס לומר כיון דלכתחלה אסור לא יעבור ומדקאמר דלכתחלה לא תנשא משמע דאפילו שיגרש לא תנשא עי"ז לכתחלה ומ"ש רש"י דעדים לא יחתמו זה ממילא כל דעובר שוב לא יחתמו עדים ושפיר אהני דלכתחלה לא תנשא ודו"ק:

סימן קלד

א בלמדי בב"מ דף ק' בתוס' ד"ה הא מני סומכוס נחלקו המהרש"ל עם מהרש"א ושניהם אבותי זקני ז"ל והנה דעת המהרש"ל דחזקת מרא קמא מועיל אף שזה השני יש לו חזקת ממון והמהרש"א ז"ל חולק עליו דמה מהני חזקת מרא קמא כיון שזה השני יש לו חזקת ממון ע"ש שהאריך ולפענ"ד יש לומר דחזקת מרא קמא עדיף מחזקת ממון דהנה כבר

נודע קושית מהר"י בסאן ז"ל שהקשה בהך דקי"ל דהא הוה ספק גזל ותי' דגם לאידך יש ספק גזל וע"ז הקשה בקונטרס התפיסות לאחי הקצה"ח כלל א' דא"כ למה אין הולכין בממון אחר הרוב דהא לזה יהי' רובא מסייע ואין כאן גזל וכבר כתבתי בזה כמה דברים.

ב וכעת נראה דבאמת כל רוב יש מיעוט נגדו רק דרוב עדיף ולפ"ז כל שיש לזה חזקת ממון א"כ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקת ממון והו"ל פלגא ופלגא והו"ל ספק גזל לתרוייהו ולפ"ז חזקת מרא קמא דאין כאן מיעוט א"כ מה מועיל חזקת ממון דהא הוה ספק גזל ולהשני מסייע חזקת מ"ק ואין כאן גזל כנלפענ"ד דבר חדש. ובזה נדחה לפענ"ד מ"ש בקונטרס התפיסות כלל ד' דע"כ אין הולכין בממון אחר הרוב היינו להוציא מחזקת מרא קמא אבל היכא שאין חזקת מ"ק מועיל הרוב. ולפמ"ש לתנהו דגם בחזקת ממון גרידא למה יועיל הרוב והא שייך סמוך מיעוטא לחזקת ממון והו"ל פלגא ופלגא ודו"ק ועיין בב"מ דף ק"ב דר"נ ס"ל קרקע בחזקת בעלי' עומדת צריך השוכר לשלם כל החדש אף שהוא מוחזק בממון וזה כמהרש"ל ועיין בתוס' דף ק"ג ע"ב ודו"ק:

סימן קלה

א במה שאמרו בב"ק דף פ"ט כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואפסדינא להאי זבינא בידים לא אפסדינהו לכאורה היא שפת יתר ולפענ"ד דבאמת כל דלגבי בעלה ודאי מחלה א"כ לא חל המכירה כלל דהא הוה כאסמכתא דלא סמך דעתיה דהלוקח כלל דבשלמא כל שט"ח דמצי למחול סובר הלוקח דלמה ימחול ויהיה רשע אבל כל דלגבי בעלה ודאי מחלה א"כ לא סמך דעתו וצ"ל דכל דידע הלוקח מזה ומכל מקום קנה א"כ רצה לכנוס בקני' כזו וא"כ קנה כיון דידע שודאי תמחול ואפ"ה קנה וע"ז אמרו דמכל מקום אפסידא בידים לא אפסדו ולכך לא אמרו שתמכור דזה הוה כמפסיד בידים א"כ לא נוכל לפסוק כן דאף דהלוקח לא ירגיש בזה מ"מ הרי אנן מפסדינן בידים וזה לא נעשה ומיושב אם מכרה לשון דיעבד ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו דמתחייב מדינא דגרמי ולפמ"ש בכה"ג שבודאי תמחול ומ"מ רצה לקנות ל"ש דד"ג שהוא גרם לנפשו ודו"ק: והנה התוס' הקשו דא"כ היאך משכחת לה שתמכור והא כל לגבי בעלה ודאי מחלה ושום אדם לא ירצה לקנות וכתב דע"י שבועה תוכל למכור ומזה ראיה דשבועה עושה קנין כמ"ש הסמ"ע סי' ר"ז ס"ק כ"ג ואני כתבתי ביד שאול סי' רל"ט שהריב"ש לא האמין למ"ש הטור בשם הרא"ש כמ"ש בסי' שכ"ח אבל אנחנו רואים שמבואר כן רק בטור על התורה ומ"ש הריב"ש דקודם מ"ת היה יכולים להקנות אף דבר שלבל"ע באמת כיון שכל זה מחמת הקושיא דאיך קנה הבכורה אבל לפמ"ש הרא"ש דשבועה מחזק הקנין אינו מוכרח כלל ודו"ק.

ב והנה מה שהאריך הפ"י דאיך מצי למכור הכתובה הא הוה דבר שלבל"ע. הנה תמהני דהדבר מבואר במהרי"ק שורש פ"ט דזה לא מקרי דבר שלבל"ע דהא השיעבוד חל בעת שכתב לה הכתובה אף דאינו משלם רק לאחר שמגרש או מת אבל השיעבוד חל בעת שכתב לו וז"פ וכ"כ בים התלמוד בב"ק שם מדעתא דנפשי' אבל הדבר מבואר במהרי"ק ובתשובה כתבתי לתמוה על הרמב"ן במלחמות דחשיב מלוה דשלבל"ע ובמחכ"ת הגאון אי אפשר לומר כן וכמו שהוכיח מהרי"ק בראיות ברורות וגם בים התלמוד האריך בזה מדעתא דנפשי' ומ"ש הפ"מ דדוקא ע"י שבועה תוכל למכור דלא מצית למהדר תמהני שהביא ראי' מהתוס' ושם משמע להיפך דעל מה שהקשו התוס' דשום אדם לא יקנה כתבו ע"י שבועה אבל בגוף המכירה הדבר פשוט דיכולה למכור דלא חשיב דבר שלבל"ע וביותר תמהני דהפ"י מקשה על נ"מ שלה דהיאך מצית למזבן ובזה בודאי ל"ק דהא גוף הנ"מ הוא שלה ובודאי לא מקרי דבר שלבל"ע אף אם נימא דבמלוה הוה דבר שלבל"ע וצע"ג. עוד נראה לי בישוב קושית הפ"י דלא שייך בזה אין אדם מקנה דבר שלבל"ע דהנה מבואר בש"ע סי' קע"ו וסי' ר"ט דאם שניהם מקנים זה לזה כל מה שיעשו בהאי הנאה דכל אחד רוצה לקנות מקני ולפ"ז נראה לי ברור דאם מקנה בטובת הנאה בספק דלמא תמות היא קודם א"כ הוא רוצה לקנות המעות הטובת הנאה דדלמא תמות היא קודם וזה רוצה לקנות הכתובה שמא ימות הבעל קודם א"כ כיון דשניהם עומדים בספק זה לקנות וזה לקנות בכה"ג לא שייך דבר שלבל"ע דשניהם רוצים לקנות ושאני כל דבר שלבל"ע דל"ש ספק וא"כ הוה רק דבר שלבל"ע ואינו נקנה דהוה אסמכתא אבל כאן שקונים בט"ה וכל אחד חושב שהוא יקנה א"כ בכה"ג מקני וז"ב. איברא דלפי"ז יקשה מה פריך הש"ס אי ס"ד דליתא לתקנת אושא אמאי ירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי ואיך תוכל לזבין לגמרי והא כל שמוכרת בשווי' שוב לא תוכל למכור דהוה דבר שלבל"ע.

ג והיא קושיא נפלאה אך נראה דאם נימא דכל שמכרה לא ירשנה בעלה א"כ לא מקרי דבר שלבל"ע דהא חל תיכף דכל שתמכור שוב גובה הלוקח הכתובה אף שתמות קודם וא"כ נתחייב לה הכתובה משעה שכתב לה שהיא יכולה למכור ובידה דבשלמא אם אינו מחויב לתת כשתמכור הוה דבר שלבל"ע אבל אם כשתמכור מחויב לתת אף שתמות הוא קודם שוב לא הוה דבר שלבל"ע. ובזה יש ליישב קושית הא"מ סי' צ"ג ס"ק א' בהא דאמרו אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צאן ברזל והקשה דלפמ"ש העיטור יכולה לגבות נכסי צ"ב מחיים ולעשותן נ"מ ויכולה שוב למכור לגמרי ולפמ"ש זה הוה ודאי דבר שלבל"ע דצריכה לגבות הנצ"ב ולעשותן נ"מ וכל שמכרה נצ"ב שוב לא מועיל

דהו"ל דבר שלבל"ע וז"ב. ובגוף הא דאמרו אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צאן ברזל נראה לפענ"ד דהסברא הוא כמ"ש הא"מ סי' נ"ב ובסי' צ"א דנצ"ב אינו גובה בתורת ירושה רק דלא הגיע זמנה לגבות כל שלא נשאת לאחר ע"ש שהאריך בזה ולפ"ז לא שייך לומר שתזבין לגמרי דהא אינו בתורת ירושה רק שלא הגיע זמנה. איברא דלפ"ז קשה כיון דמוקי בנצ"ב א"כ אמאי אמר דמוכרת בטוה"נ שאם תמות יירשנה בעלה והא אינו בתורת ירושה רק שלא הגיע זמנה לגבות וצ"ע. אמנם נראה דע"כ לא כתב הא"מ דנצ"ב אינו מתורת ירושה רק שלא הגיע זמנה היינו דוקא לפי מה דמסיק הש"ס דאם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב א"כ לא הגיע זמנה אבל להס"ד דיכולה למכור לא שייך שלא הגיע זמנה הא הגיע זמנה דיכולה למכור ורק לענין הטוה"נ שפיר אמרו שאם מתה ירשנה בעלה היינו דגם מה שמכרה בטוה"נ גם זה יורש הבעל וא"צ להחזיר הטוה"נ ודו"ק. ובמ"ש יש ליישב מה שהקשה בים התלמוד וכן מפורסם הקושיא בשם הגאון מוה' משלם ז"ל בהא דפריך ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תזבון לכל הכתובה והקשה הא קי"ל דיורש מוחל לעצמו וא"כ כשהיא תמות מקודם הבעל ימחול לעצמו שהוא היורש ולא יגבה הלוקח וא"כ לא יקנה שום אדם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מלוה שעמו פלגי וכבר הקשו כלם דנצ"ב הוה מלוה שעמו ופליגי ואמנם נכסי צ"ב דאינו מגיע מתורת ירושה רק שלא הגיע זמנה כמ"ש הא"מ ולפ"ז כיון דאינו מתורת ירושה רק שלא הגיע זמנה כל שליתא לתקנת אושא שוב הוה כהגיע זמנה ולא מצי למחול לעצמו דעכ"פ המלוה שעמו פלגי ועיין בים התלמוד שם ודו"ק.

ד והנה בהא דפריך ותזבין כתובתה בטוה"נ ותתן לי' קשיא לי והסכת ושמע דהנה הש"ך בסי' קט"ו חידש דבכתובה לא משתעבד דאקני והתומים והקצה"ח השיגו דודאי משתעבד וכ"כ בגליון הש"ע בהגהותיי וכעת נראה לי דכאן דאקני משתעבד לכתובה אף בלא כתב ועמוד והתבונן עפמ"ש התוס' בבכורות דף מ"ט לענין פדיון הבן אף שלא כתב דאקני משום דכל שעתא ושעתא רכיב עלי' חיוב חדש דהרי מחויב לפדות עצמו ועיין בקצה"ח סימן מ"ג שביאר הדברים היטב ולפ"ז גם אנכי אומר לענין כתובה דאסור לאדם שישהה עם אשתו שעה אחת בלי כתובה והו"ל בעילת זנות וא"כ שוב אף דלא כתב דאקני חל החיוב בכל שעה ולא הוה דאקני דהרי קנה ואח"כ מתחיל חיוב חדש וז"ב והוא דבר חדש ולפ"ז שוב יקשה היאך תוכל לזבין והא הו"ל דבר שלבל"ע וא"ל דהחיוב התחיל משעה שכתבו הכתובה דזה אינו דהרי לענין הנכסים שקנה אח"כ ולא כתב דאקני לא משתעבד רק שמתחיל אח"כ חיוב חדש ושוב הו"ל דבר שלבל"ע והיאך מצי להקנות דהא הו"ל דבר שלבל"ע והיא קושיא נפלאה וצ"ל דלא ס"ל כר"מ ובאמת אי

לא כתב דאקני לא משתעבד רק שמתחיל אח"כ חיוב חדש אך לפ"ז יקשה בהא דמשני הא מני ר"מ דאמר אסור לו לאדם שישהה בלא כתובה וקשה הא אדרבא אם אתיא כר"מ מה אמרו אח"כ וטעמא מאי כדי שלא תהא קלה בעיניו הכא לא מצי מגרש לה וכו' ומאי קושיא לר"מ בלא"ה לא מצי לזבין דהו"ל דבר שלבל"ע וכמ"ש וצ"ל דהש"ס סבר דלא משום דהוה בעילתו בעילת זנות רק כדי שלא תהא קלה בעינו להוציאה. ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו דבכתובות משמע דהטעם היא משום שלא תהי' בעילתו בעילת זנות ולפמ"ש אדרבא אם נימא דבעילתו ב"ז בודאי לא מצי למכור דהו"ל דבר שלבל"ע ודו"ק מיהו לר"מ גופא הא ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע ואולי בהא לא ס"ל כר"מ ודו"ק. והנה בדברי העיטור שהבאתי למעלה הוא במשרים נתיב כ"ג והרשב"א חולק עליו ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ס"ח הביא זאת בשם הכנסת הגדולה סי' צ"ז ולא הזכיר שכ"כ המשרים בשם העיטור ואף לא כנגד בע"ח ולא כנוב"י שם שלא ידע מקורו ודו"ק היטב בכל מ"ש כי המה דברים חריפים ועמוקים ת"ל. שוב מצאתי בב"י חו"מ סימן סמ"ך מחודש א' שהביא בשם חזה התנופה דלא שייך דין קדימה בדבר שלא בא לעולם ואם קודם שבא זה הכח לעולם נשבע לתת להמאוחר צריך לקיים שבועתו ולתתו לו כי מאותה שעה שנשבע לו קדם וזכה בכח ההוא ומעכשיו לכשיבא ע"ש וידוע שחזה התנופה הוא משו"ת הרא"ש ולא ראיתי בשום אחרון שמביא זאת וכפי הנראה הרא"ש אזיל בשיטתו דשבועה מחזק הקנין בדבר שלא בא לעולם ודו"ק:

סימן קלו

א להרב המופלג מוה' בצלאל קאזווער נ"י.

ב אשר שאל במ"ש המ"א סי' רצ"ט ס"ק י"ז וכ"מ ברש"י ור"ן שכתבו דאע"ג דלא אבדיל אסיפא פריך דשרי לקצץ מן המחובר וכו' ומשמע דעל יציאה חוץ לתחום והעביר ד"א ברה"ר או מוציא מרשות לרשות לא קפדינן והיינו כיון שהבדיל בתפלה אבל כל שלא הבדיל בתפלה לכ"ע אסור ע"ש וע"ז הקשה דאדרבא מהש"ס משמע להיפך שהרי הש"ס פריך ואע"ג דלא אבדיל והיינו שלא הבדיל כלל דהרי אח"כ אמר וכ"ת בהבדיל בתפלה וא"כ להס"ד דלא הבדיל כלל וע"ז פירש"י והר"ן דאסיפא פריך ומשמע דוקא במחובר אסור אם לא הבדיל כלל אבל במלאכות קלות מותר אף בלא הבדיל לגמרי והיא קושיא גדולה. והנני יוסיף להפליא דלפי הבנת המ"א א"כ הש"ס מסיק דמיירי שהבדיל על הכוס ג"כ בין הגתות שנו וא"כ מבואר דמחובר אסור אף בהבדיל בתפלה כל שלא הבדיל על הכוס וכדאמר שמואל המבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס וא"כ זה דלא כמ"א. אמנם נראה דהנה יש לדקדק דמתחלה פריך והאמר ר"א בן אנטיגנוס

אסור לאדם שיעשה חפיציו קודם שיבדיל ואח"כ אמר וכ"ת דאבדיל בתפלה והאמר שמואל ולמה לא אמר תיכף והאמר שמואל דהמבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס וא"כ כ"ש בלא הבדיל כלל. ובאמת מזה הי' נראה להיפך דבתחלה מקשה על מחשיך על התחום דאמאי שרי כל שלא הבדיל כלל והא אסור שיעשה חפיציו קודם שיבדיל אבל אם הבדיל בתפלה אז מותר להחשיך על התחום ולא מקשה רק אסיפא דמשמע לי' דמותר לקוץ פירות במחובר וזה אסור.

ג ובזה מיושב דלרש"י קשה למה לא אמר אבל מחשיך על התחום וכו' והי' קאי על הסיפא וכעין מ"ש התוס' בברכות דף מ"ח ד"ה שלשה ע"ש אמנם על רש"י קשה. אך נראה דבאמת כל שהבדיל בתפלה אין כאן שום איסור ורק צריך שיבדיל על הכוס וא"כ מבואר שיטת רש"י דאסיפא פריך דבאמת ר"א בן אנטיגנוס אמר אסור ושמואל לא תני כלל שום אסור וא"כ מקשה הש"ס דניהו דליכא איסור כל שהבדיל בתפלה אבל מכל מקום צריך שיבדיל על הכוס והיאך מותר ללכת אל השדה והרי בשדה ליכא כוס ודלמא יטרד ולא יבדיל על הכוס בליל מו"ש ואיך התירו זאת וא"כ עיקר הקושיא מסיפא דעל רישא לא קשה כלל דמה דמחשיך על התחום ידע הש"ס דיש לומר דמיירי דהבדיל בתפלה אבל כשהולך לקוץ פירות ניהו דליכא איסור אבל הרי המבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס ובשדה ליכא כוס. ועכ"פ מבואר דברי המ"א דמבואר דקודם הבדלה אסור לעשות שום מלאכה דהרי אמרו לשון אסור לעשות חפציו ומשמע אפילו בתלוש והאיסור הוא משום ממצוא חפצך וכל דלא הבדיל עדיין הוא שבת וכל שהבדיל בתפלה מותר לעשות מלאכות גמורות ג"כ דלא קתני שום איסור רק שצריך להבדיל על הכוס והוא כמ"ש המ"א ודו"ק. והנה בהא דאמר המבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס הוא תמוה דמה לשון המבדיל והי' לו לומר אף שהבדיל בתפלה צריך שיבדיל על הכוס ועיין ברכות דף ל"ג. והנראה בזה דהנה במערבא אמרו דאמרו המבדיל ועבדינן צרכין וכן אמרו בי רב כהנא והיינו כמ"ש הד"מ דנשים שאינן בקיאות בתפלה סגי שיאמרו המבדיל וה"ה כל מי שנחפז לדרך סגי בשיאמר המבדיל וא"כ שמואל קמ"ל דמי שמבדיל בתפלה והוא בקי ויש לו שהות להתפלל זה צריך שיבדיל על הכוס ולא סגי בהמבדיל אבל מי שאינו בקי כהני נשי סגי בהמבדיל לבד כדי לעשות היכר ללוות המלך כמ"ש רש"י. ובזה אתי שפיר דברי הטור שכתב אמרו בפרק מקום שנהגו כל מי שעושה מלאכה במו"ש ויו"ט אינו רואה סימן ברכה ודוקא קודם הבדלה כדאיתא בירושלמי הני נשי דנהיגי דלא למעבד עבידתא ריש ירחא מנהגא באפוקי שבתא לא מנהגא עד דמתפני סדרא מנהגא וע"ז תמה הנ"ל דאדרבה משם מבואר דאינו רואה סימן ברכה אבל איסורא

ליכא וכדאמרו שם בהדיא והרי קודם הבדלה יש איסור. ואני מוסיף דהמעיין בט"ז ביו"ד סי' ע"ר ובכנה"ג שם ימצא דבפרק מקום שנהגו ליכא איסור רק דאינו רואה סימן ברכה ולפמ"ש אתי שפיר דק"ל להטור דבפרק מקום שנהגו משמע דליכא איסור והרי אמרו סתם וקודם הבדלה יש איסור וע"ז כתב הטור דהכוונה שם להני נשי וה"ה אנשים כיוצא בהם דאינן בקיאין בתפלה ובהבדלה ואינן אומרים רק המבדיל וסגי בזה אבל מכל מקום אינם רואין סי' ברכה דהא לא הבדילו כלל וז"ב. וז"ש כדאמרו בירושלמי הני נשי והיינו עד דמתפני סידרא ואם עושין קודם אינם רואין סימן ברכה והמעיין בד"מ ומ"א שם ימצא שכוונתי כוונה עמוקה ת"ל. וראיתי בביאורי הגאון מהראו"ו ז"ל שכתב בסי' כ"ב דברים חדשים דמה שהתירו מלאכות גמורות קודם הבדלה זהו כמו שהתירו ביו"ט ב' למכחל עינא וכדומה לפי שהיא יו"ט ב' דרבנן כמו כן התירו קודם הבדלה שהוא ג"כ רק דרבנן ראה דברים חדשים יוצאין מזקן ע"ש אף שלשונו קצר וקצת ט"ס שם ודבריו תמוהים לפענ"ד דהרי מבואר בסי' תצ"ג דדוקא שבות דרבנן התירו ביו"ט שני אבל מלאכות גמורות אסור ביו"ט שני אף שאינו רק דרבנן וא"כ למה התירו כאן מלאכות גמורות ועוד הרי בר"ה אף יו"ט שני כראשון וא"כ מו"ש דאינו ספק מהראוי לאסור כמו יו"ט שני של ר"ה וע"כ דבריו צע"ג. והנה מדי דברי זכור אזכור מה דק"ל בהא דפריך כוס בשדה מי איכא ולשיטת הפוסקים דיכול להבדיל על הפת יכול לשנויי דמבדיל על הפת דהא מחשיכין על התחום ויכול להביא אתו פת ובחשיכה יוצא חוץ לתחום ויבדיל וא"ל דא"כ גם יין מצי להביא דזה אינו דיין אפשר דקשה להביא משא"כ פת דמנחי לי' בידיה וכדומה אבל יין צריך כלי וע"כ דאין מבדילין על הפת ובשדה ג"כ מסתמא יש פת וגם יש פת של עכו"ם דמותר בשדה. ויש לדחות דפת של עכו"ם אסור להבדיל כמ"ש בבאר עשק לענין יי"נ דאף דהותר לחולה אבל לקדש אסור עליו וה"ה להבדיל אבל זה דחוק ועיין בתענית דף כ"ה דטרח להביא יין לקידוש ולהבדלה אלמא דאין מבדילין על הפת ודו"ק. ובגוף דברי המג"א הנ"ל נתיישבתי דאין התחלה לדבריו דעל הרישא דמחשיכין על התחום אין שום קושיא דהא הרהור על לאחר השבת ליכא שום איסור כדאמרו שם בהדיא בעמוד א' ע"ש וכן קי"ל וע"כ לא אמרו רק דאסור לעשות חפציו קודם שיבדיל אבל כאן אינו עושה כלום רק שמהרהר ולכך פירש"י והר"ן על הסיפא מה שמביא פירות מן המחובר ומיהו יש לומר כיון דמחשיך על התחום והולך אח"כ מחוץ לתחום בלי הבדלה הוה כעושה חפציו קודם שיבדיל ושפיר מדייק המ"א ודו"ק:

סימן קלז

אתמול בש"ק הגיד לי אחד מה ששמע מהרב הגאון מוה' יצחק מאיר מווארשא ז"ל שאמר בישוב קושית התוס' בב"מ דף ז' גבי קפץ אחד מהמנויים לתוך וכו' שהקשו דלבטיל ברובא ואמר הוא דלא שייך ביטול ברוב כל דהוא דבר המנין ואף דדבר שבמנין אינו רק מדרבנן זה רק בדבר שאינו מצוה מה"ת למנות אבל דבר שמצוה מה"ת למנות לא בטל מה"ת. והנה אם כי לכאורה הדבר מסתבר אבל הדבר תמוה דא"כ בהזאות שבפר ושעיר שמצות מה"ת למנות ואפ"ה בעירה דם הפר להשעיר ופלפלו בש"ס מנחות אי עולין מבטלין או מב"מ לא בטיל ועיין בתוס' יומא דף נ"ז גבי עירה דם הפר והרי שם הוי דבר שבמנין מה"ת ולא בטל וע"ש לענין כוסות בכוסות שנתערבו וגם לפ"ז בנרות חנוכה שהן מדרבנן מצוה למנות מהראוי שלא יתבטלו ועיין בתה"ד ובש"ע סימן תרע"ג מה שפלפלו בזה וע"כ א"א לאומרו:

סימן קלח

למדתי מסכת סוטה בהגיעי לדף וא"ו ע"ב בהא דפריך נמצאו עדיה זוממין מנחתה חולין פירש"י נמצאו עדיה זוממין עדי סתירתה שעל ידיהם באה לכך. ולכאורה תמהתי דלשיטת הרמב"ם דעדי זוממין אם מכחישין גוף המעשה אינם בתורת עדים זוממין והו"ל רק עדי הכחשה א"כ כאן שאם אמרו שלא נסתרה א"כ מקרי הכחשה וע"כ שאינם אומרים שלא נסתרה רק שהעדים שאמרו שנטמאה הי' עמהם וא"כ מי ראה שנסתרה ושוב אין כאן עדים על הסתירה ושוב אינה משקה לר' יהושע דבעי שני עדים על הסתירה וא"ל דהי' כאן עדים אחרים שנסתרה אמנם לא העידו על הטומאה ושני עדים אחרים מעידין שנטמאה והם מזימין אותם שאמרו שנטמאה וקשה היאך ראו עדים שנטמאה והלא היה מקום סתר וגם קשה דא"כ הוה לה רה"ר שהרי הי' עדי סתירה בפ"ע ואותן שני עדים שאמרו שנטמאה שוב הוה רה"ר כמ"ש הראב"ד. וגם לפענ"ד אם הי' עדים שנסתרה ועדי טומאה שנטמאה לפענ"ד אינם נאמנים עדים שהזימו דבאמת חידוש הוא מה חזית דצייית להני וכאן כיון דעכ"פ הי' עדי סתירה אחרים וא"כ בודאי מהראוי להאמין לעדים שנטמאה שהעדי סתירה מסייעים והרי כל כמה דלא שתתה הו"ל ספק כודאי וא"כ איך משכחת לה דיהי' מנחתה חולין וע"כ דלא הוה עדים שנסתרה רק אותן עדי טומאה וכל שהם מזימים הוה עדי הכחשה ואמאי תצא מנחתה לחולין הא הוה רק ספק ושותה והיא קושיא נפלאה וצ"ל דבאמת לא הוה רק הכחשה ומכל מקום אינה שותה דאין כאן עדי סתירה שהם תרי ותרי ולכך מנחתה חולין וז"ש עדים זוממין קלא אית להו דניהי דאינו רק הכחשה אבל עכ"פ יש קול דהרי יש תרי

ותרי ודו"ק. שוב נזכרתי שבשו"ת מהר"ם מינץ החדש הקשה בסי' פ"ה בהא דאמרו בתחלת הסוגיא דבאו עדים שנטמאה ואי אמרת המים בודקין תגלי למפרע דסהדי שקרי נינהו וע"ז הקשה דאיך נאמנים לשיטת הרמב"ם דהא מדלא בדקו המים שוב אינם עדות שאי"ל דאם יזימום מורה שודאי שקר העדות מדלא בדקו המים ע"ש ולפ"ז יש לומר דבאמת העדים נאמנים שלא הי' שם ואף דהמים לא בדקו מכל מקום הוה עדותן עדות שלא הי' שם שהם לא העידו רק שלא הי' שם וכ"כ אין המים מוכיחים להכחיש העדים ומה דאמרו תגלי למפרע דסהדי שקרי נינהו היינו שהם שקרנים ואין ראוים להאמינם אבל גם העדים שהזימו אינם רק כמכחישים והוו תרי ותרי. ובלא"ה נראה דע"כ לא כתב הרמב"ם דבכה"ג שמזימין גוף המעשה אינם בתורת עדים זוממין היינו משום דעדי הזמה חידוש הוא דמה חזית דצייית להני ולכך כל שגוף העדות שקר אינם נאמנים להזימם דאין לך בו אלא חדושו אבל כאן דמוכח דהראשונים שקרנים נינהו מדלא בדקו המים א"כ ודאי האחרונים נאמנים ולק"מ אמנם מה שהקשיתי קשה למה תצא לחולין ואדרבא מהראוי להאמין לראשונים שהרי יש עדי סתירה אחרים ואם ליכא עדי סתירה שוב הוה תרי ותרי וע"כ כמ"ש ואני תמה על מהר"ם מינץ למה לא שפיל להך דתנן בהדיא נמצאו עדיה זוממין ואיך משכחת לה וכמ"ש ודו"ק:

סימן קלט

היה אצלי ש"ב הרב הגאון מוהר"י שמעלקיש נ"י אבד"ק בערזאן והראה לי מ"ש רש"י בזבחים דף ב' בהא דאמרו ונדבה מי שרי לשנויי בה ופירש"י משום דכתיב לא יחשב ואסור לחשב בקדשים ואלו במנחות דף ב' פירש"י דלכך אסור לשנויי משום דכתיב וזבחת שיהי' לשם שלמים והמפרשים נתקשו על השינוי. ואמר הוא דהנה הרמב"ם פי"ח מפהמ"ק כתב דכל המחשב מחשבה שאינה נכונה בקדשים הר"ז עובר בל"ת שנאמר לא יחשב מפי השמועה למדו שבכלל דין זה שלא יפסיד הקדשים במחשבה והרי"ז כמטיל מום בקדשים ואעפ"כ אינו לוקה שאין המחשבה כמעשה ועכ"פ אנו רואים דהמחשבה הוה כמטיל מום בקדשים וא"כ זהו בזבחים אבל במנחות דאבעיא הוא במנחות דף פ"ז אי המטיל מום במנחות אי אסור ע"ש וכ"כ הרמב"ם דהוה ספק א"כ שוב אי אפשר לומר מטעם לא יחשב ולכך הוצרך רש"י לומר שם טעם אחר. והנה אם כי דפח"ח. אבל לדבריו א"כ בעוף שאין תמות פוסל בו לא יפסול בו מחשבה והרי מבואר להיפך בזבחים דף ס"ה וברמב"ם פי"ג הלכה ה' וכן בקמיצה פוסל מחשבה אף שהוא ספק אבל גם דברי רש"י אינו מיושב דא"כ היאך כתב רש"י מוזבחת דלמא שאני זביחה דהוה כמטיל מום. אבל האמת יורה דרכו דמ"ש המחשב מחשבה שאינה נכונה לא קאי על

המחשבות שינוי השם ושינוי בעלים שא"כ הי' לו לרבינו לכתוב בפי"ג שהתחיל שלשה מחשבות פוסלות שם הי' לו לכתוב זאת ולא בפי"ח. אבל זה אינו דזה דוקא לענין פסול הקרבן במה שחשב שלא לשמו וכדומה אבל לענין דאסור לחשב מחשבה שאינה נכונה דהיינו לפסול וכדומה זה אסור מלא יחשב והיינו שדומה למטיל מום בקדשים דהיינו שמפגלו וז"ב ועיין ברש"י דתפס הך דרשא דספרי וא"כ נסתר כל דבריו. ובזה יש ליישב דברי רש"י דבמנחות כתב רש"י הך דרשא דספרי וא"כ לא יכול לפרש משום לא יחשב אבל בזבחים נקט רש"י הדרשא מלא יחשב ודו"ק:

סימן קמ

א להבחור כהלכה נ"י מגאליגיב.

ב מה שהקשה בתוס' קידושין דף יו"ד שהוכיחו דקטנה שנשאת א"י לקבל גיטה והביאו ראיה מהא דאמרו בירושלמי האשה שהיתה אוכלת בתרומה וא"ל מת בעליך או גרשך ר"א מחייב קרן וחומש ור"מ פוטר ופריך בירושלמי תינח מת גרשך מי לא ידעה ונדחק שם כמשנה אחרונה וכגון שאמרה התקבל לי גיטי וכו' ולמה לא משני כגון שנישאת כשהיא קטנה ואביה קיבל גיטה וע"ז הקשה דלא מצי לאוקמא בקטנה דא"כ אמאי מחייב קרן וחומש והא משנה מפורשת בתרומות פ"ו דהמאכיל לבניו ועבדים הקטנים דפטור דהם אינם ב"ח וכמ"ש הרע"ב שם וא"כ בקטנה הרי היא פטורה. ולכאורה קושיא גדולה היא. והשבתי דמכאן ראיה למ"ש הגהת אשר"י דבן שהזיק בקטנותו דחייב לשלם כשיגדל והובא בתוס' יו"ט שם וא"כ משכחת לה קרן וחומש לכשתגדל. אמנם לפענ"ד מ"מ קשה דהא המזיק מתנות כהונה פטור רק באוכל חייב דמשתרשי לי' וכאן לא שייך זאת דבקטנותה פטורה ומה משתרשי והא היתה יכולה לאכול חולין וגם אי משתרשי לה בכה"ג שהיתה שוגגת ודאי פטורה מלשלם לכשתגדל ועדיין קשה למה היא חייבת קרן וחומש וצע"ג. ולחומר הנושא נראה לי לפמ"ש הרא"ש בב"ק פרק החובל דאמרו לגבי בעלה ודאי מחלה וכתב דזה דוקא מנה ומאתיים אבל כל שיש לה נ"מ ונצ"ב כופין אותה למכור וכן הוא בש"ע חו"מ סימן תכ"ג ועיין סמ"ע שם וא"כ ראיית התוס' דכל שנשאת ויש לה נ"מ ונצ"ב א"כ כופין אותה למכור ובפרט שכבר נתגרשה ושפיר משכחת לה דחייבת קרן וחומש לשלם מנ"מ ומנצ"ב דכל שנשאת הנ"מ ונצ"ב שיש לה מחוייבת לשלם כנלפענ"ד לחומר הנושא:

סימן קמא

היה אצלי הרב הגדול מוה' צבי הירש מטארנא אשר הוא כעת רב גדול והקשה אותי דברי הירושלמי אהדדי דבב"ק דייק הירושלמי דע"כ אשו משום חציו דאל"כ קשה למה

יפטור בהצית אש בעבדו משום קלב"מ הא על שבולת ראשונה חייב מיתה ואח"כ נתחייב בממון והרי בירושלמי פ' אלו נערות אמרו דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה והוא סותר. והשבתי תכ"ד דל"ק דהנה כבר נודע מ"ש הנימוק"י דלמ"ד אשו חציו היאך רשאין להדליק נר בע"ש והוא דולק בשבת וכתב דהוה כאילו כבר נעשה גוף מעשה הדלקה בערב שבת ולפ"ז שפיר דייק הירושלמי דע"כ אשו משו חציו ונחשב כל הדלקה כאילו עשה כבר וקלב"מ דאל"כ רק על שבולת הראשונה נתחייב מיתה ואח"כ חייב בתשלומין אבל לפי האמת חייב על כל שבלת שבלת מיתה דאשו משום חציו וז"ב:

סימן קמב

א לחכם אחד:

ב מה שהקשה בשם ספר אחרון בהא דאמר בר פדא בנדה דף ס' ע"ב כל שבעלה בחטאת טהרותיה טמאות בעלה באשם תלוי טהרותיו תלויות וע"ז הקשה דהרי בנדה דף נ"ז הקשה הש"ס על הך דנמצא לאחר אותיום טמאים מספק והקשה ה"ד אי דארגשה לאחר זמן אמאי פטורין מן הקרבן ומשני לעולם דארגשה ואימר הרגשת שמש הוא וא"כ זה שם וכאן לא שייך הרגשת שמש דקאי לענין טהרות וא"כ קשה אי דארגשה א"כ אמאי יהי' טהרותיו תלויות והיא קושיא גדולה והנה כבר קדמו בספר נטע שעשועים והפליג בקושיא זו. והנראה בזה דהנה שיטת התה"ד וכן קי"ל בסי' קפ"ח וסי' ק"ץ דאם הרגישה שנפתח מקורה ובדקה ולא מצאה כלום דטמאה דהרגשה הוה כמו וסת למ"ד דאורייתא דאפילו בדקה ולא מצאה דטמאה ה"ה בארגשה אף שלא מצאה טמאה והביא ראיה מהא דפריך בדף נ"ז אי דארגשה לאחר זמן אמאי פטורה הרי דהרגשה דאורייתא אף שמצאה לאחר זמן אמרינן דמסתמא בעת שהרגישה שנפתח מקורה בודאי היה דם ודו"ז בישוע"י סי' ק"ץ הקשה דמה ראיה דלמא לעולם בהרגישה ולא מצאה טהורה ומטעם דאף דיש חזקת הרגשה נגד זה יש חזקת טהרה אבל בהך דנמצא לאחר זמן דמוקי בשבועות דף ח"י דמיירי בסמוך לווסתה דאתרע חזקת טהרה לכך שוב הרגשה דאורייתא והיא קושיא גדולה. והנראה בזה עפ"י מה דנחלקו ב"ש וב"ה ריש נדה דב"ש סברי דיה שעתה ואמרי טעמא דאשה בחזקת טהרה קיימא וב"ה ס"ל כיון דאשה עלולה לראות מגופה לא אמרינן אוקמא אחזקתה ומעתה שפיר דייק דהרגשה דאורייתא ולא שייך לומר דיש חזקת טהרה כנגדה דכל דהרגישה וחזקת דמים שבא בהרגשה א"כ שוב עלולה לראות ומגופא קחזיא לא שייך לאוקמא אחזקת טהרה וא"כ שוב שפיר דייק דהרגשה דאורייתא ולפ"ז זהו שם אבל בר פדא דמיירי לענין טהרות דיש להטהרות חזקת טהרה הרי אמרו בחולין דף יו"ד דסכין אתרעי בהמה לא אתרעי ועיין

בחידושי רשב"א שם ובתבואת שור ובמקור חיים סי' תס"ז השתמש בזה הרבה דכל שאין הריעותא באותה דבר לא שייך לומר דאתרע חזקת טהרה ולפ"ז בשלמא בדף נ"ז דחיישינן שמא ראתה מקודם לא שייך לומר חזקת טהרה של האשה משום דהרי אשה עצמה עלולה לראות ומגופה קא חזיא ואתרע חזקת טהרה שלה אבל לענין הטהרות לא שייך לומר דאתרע חזקת טהרה של הטהרות ולא שייך הקושיא אי ארגשה אמאי לא טמאין הטהרות דבטהרות לא אתרע החזקה וז"ב. ובזה מדוקדק מה שנקט בר פדא כל שבעלה בחטאת והיינו דבעלה ג"כ עכ"פ אינו אתרע וה"ה הטהרות טמאין ודו"ק היטב:

סימן קמג

א להרב וכו' מוה' ראובן ראפפורט נ"י מטארנפאל.

ב הנה מה שהראה לי מ"ש הגאון מוהרח"כ ז"ל להקשות על התוס' ביבמות דף ע"ג ע"ב מ"ש בד"ה משא"כ במעשר שהקשו דלילף מעשר מבכורים שיתחייב מיתה האוכלו בטומאת הגוף וכתבו דנלמד מדכתבה בתרומה ומתו בו ולא במעשר וע"ז תמה דנעלם מהם ש"ס מפורש בזבחים דף מ"ג ע"ב אלו נאמרה טומאת שרץ ולא נאמרה טומאת מת הייתי אומר על הקלות בלאו ועל החמורות במיתה ומדקלות על החמורות במיתה חמורות על הקלות נמי במיתה לכך נכתב חמורות הרי דמבואר דבמעשר אינו במיתה והנה עמדתי משתומם שאיך התוס' לא הרגישו בזה ואחת דבר הגאון ז"ל ושתים זו שמענו שגם על תירוץ התוס' קשה דא"כ דיכול לדרוש מבו דאינו במיתה היאך ס"ד דחמורות על הקלות במיתה. ומה שנראה לי בזה דלכאורה קשה בהא דאמרו בזבחים דס"ד דחמורות על הקלות במיתה ולכך נאמר חמורות דהא יש לומר לעולם דהוא במיתה ומה דכתיב חמורות דאינו רק בלאו ואצטריך דהנה קיי"ל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי מיתה כמבואר פי"ז מסנהדרין ה"ז וא"כ אצטריך קרא כדי שנדע שנפטר ממיתה כשלקה שאל"כ לא ידענו שילקה וניהו דנדע שהוא במיתה מדקלות על החמורות אבל מכל מקום שיפטר ע"י המלקות מה שלא כתיב בפירוש זה בודאי אינו סברא דניהו דנימא דביד"ש עונשין מן הדין אבל שיפטר עי"ז ממיתה זה לא מצינו והיא קושיא גדולה לפענ"ד אמנם באמת לפמ"ש התוס' דמתו בו כי יחללוהו בו למעט מעשר א"כ אתי שפיר דשפיר כתיב חמורות בלאו וא"ש. והנה לכאורה צ"ב קושית התוס' דנילף מעשר מבכורים והא בכורים גופא לא ידענו רק דאתקש לתרומה דכתיב ותרומת ידך אלו הביכורים וא"כ הו"ל דבר הלמד בהיקש דאינו חוזר ומלמד בהיקש ואולי כיון דכתיב ותרומת ידך א"כ שם תרומה היא וכעין דאמרו במנחות דף פ"ב ובתרבוצא אמרו וכי דבר הלמד בהיקש חוזר ומלמד בהיקש בכללא אתמר פסח כולה חדא מלתא היא. והנה

הגאון הנ"ל הקשה על הך דמנחות הנ"ל ממ"ש התוס' בזבחים דף מ"ח ע"ב ד"ה מה להלן שכתבו דל"ח למד בהיקש כיון דאי לאו היקישא מוקמינן ליה בכל דבר ולא אתא היקישא אלא למימר דלא איירי אלא בדבר שיש בו כרת ע"ש וה"ה כאן דאי לאו הקישא היא בא גם בחובה א"כ ל"ח דבר הלמד בהיקש והיא קושיא חמורה ולפענ"ד נראה לי דהנה סברת התוס' דלא שייך לומר דהוה למד בהיקש היכא דההיקש מגרע ממה שהיה מצד הסברא א"כ אינו למד מהיקש אדרבא זה למד ע"ז המקיש מלמד על ההיקש אבל ההיקש אינו למד מהמקיש וז"ב ולפ"ז שם דהיקש אי אפשר רק בחולין א"כ המיקש למד מהמקיש וע"ז קאמר ר"ע דאין למדין אפשר משא"א ור"א ס"ל דלמדין וא"כ שוב אדרבא למד המיקש מהמקיש ושפיר אין למדין דבר הלמד מהיקש כנלפענ"ד:

ג ובפשיטות יש לומר דבאמת ר"ע למד מחטאת דאינו בא אלא בחובת ומיניה יליף לשאר קרבנות מדכתיב זאת תורת עולה ולר"א לא משמע לי' מדכתיב זאת תורת העולה דצריך לשאר דברים אבל עכ"פ בחטאת גופא ודאי לכ"ע אינו בא אלא מן החולין מדכתיב אשר לו כדאמרו שם ע"ש וא"כ עכ"פ מצד הסברא ג"כ לא מסתבר דבא מן החובה דהא חזינן בחטאת שאינו כן וא"כ גם אם נילף מפסח מצרים גם כן הוה למד בהיקש דגם מצד הסברא אינו כן ודוק כי קצרתי. ומה שהקשה מעלתו בהא דכתב רבינו פ"ד משקלים ה"ח מזבח העולה וההיכל והעזרות נעשית משירי הלשכה וכתב הכ"מ שכן הוא בירושלמי שקלים אבל בגמרא דילן כתובות ק"ו אמרו דבא מקדשי בה"ב ויש לתמוה למה הניח רבינו ש"ס דילן ופסק כירושלמי עכ"ל וע"ז תמה מעלתו דיותר היה לו לתמוה שהרי רבינו פסק בעצמו בה"ב שם פרוכת של היכל תחת בנין עשויות ואינן באין מתרומת הלשכה רק מקדשי בה"ב הרי דאפי' הפרכת של היכל שהוא תחת בנין בא מקדשי בה"ב מכ"ש המזבח העולה והיכל והעזרות וא"כ תמוהין דברי הכ"מ. ודברי הרמב"ם בעצמם סותרין זא"ז והיא תימה גדולה וחפש בספרים ולא מצא מי שיתעורר בזה.

ד ולפענ"ד דדברי רבינו ודאי נכונים ואין קושיא עליו מה"ב וגם דברי הכ"מ יש ליישב דהנה בראשית ההשקפה רציתי לומר דלרב דס"ל דתלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי א"כ גם ההיכל והעזרות ומזבח העולה הוה תלוש ולבסוף חברו ולא הוה כבנין וראוי לבא משירי הלשכה. וראיתי לרש"י שכתב לגבי מזבח הזהב שכתב דכלי הוא ולא בנין שאינו מחובר לאדמה ויכולין לטלטלו לפיכך נדון ככלי ע"ש הנה הרגיש בסברא זו וצ"ל לדידיה דמזבח העולה וההיכל והעזרות דקבוע הוא ומחובר לאדמה חשוב כבנין והיינו דלא כרב. ועתה נחזה דברי הרמב"ם פ"ה ממעילה ה"ה שהוא מחלק בין המקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל והמקדיש עצים ואבנים ובנה בהן בית מעל וע"ש בכ"מ ועיין במלמ"ל

שם ופ"ו מערכין הלכה למ"ד ובלח"מ שם וא"כ שוב אף במזבח העולה והיכל והעזרות כיון שהקדיש העצים ובנה אותן הו"ל דין תלוש ולא מקרי בנין ולכך פסק כירושלמי דבזה ודאי פסק כרב אבל פרוכת שתחת הבנין והיינו שהוא במקום אמה טרקסין וא"כ הוא במקום בנין וכיון דהוא בנין ממש וזה שאמרו תחת הבנין והיינו במקום בנין בזה פסק דלא כרב והוה בנין. ובזה מיושב מה דאמר ר"נ בשם רב דנשים האורגות בפרכות לוקחין מתרומת הלשכה ואני אומר מקדשי בה"ב והיינו דרב לשיטתי' דס"ל דאפילו בית ממש הוה תלוש אבל ר"נ ס"ל כיון דהוא במקום בנין הוה כבנין ובא מבדה"ב ודו"ק כי לפענ"ד הוא כוון אמת. איברא בהא דבעי רב הונא מרב כלי שרת מהו שיעשה מקדשי בה"ב צורך מזבח נינהו ומקדשי בה"ב אתו או צורך קרבן נינהו ומתרומת הלשכה היו עושין ולפמ"ש תקשי דהרי רב ס"ל דבית הבנוי הוה כתלוש ומכ"ש כלי שרת שהן רק לצורך מזבח בודאי אין מהראוי שיהיה נחשב לבנין וצ"ל דלפמ"ש הכ"מ פ"ה ממעילה הנ"ל דרב ס"ל רק משום חומרא דע"ז לכך חשיב לי' כתלוש א"כ יש לומר דבשאר ענינים ס"ל דגם כ"ש שהן לצורך מזבח דהוה כבנין ועיין לח"מ פ"ו מערכין ה"א הנ"ל ובזה מיושב מה דהרמב"ם פסק בפ"ד משקלים ה"ב לענין כ"ש כר"ע והשמיט הך דגבו והותירו ולפמ"ש זה הכל לרב אבל אנן לא קי"ל כרב ולכך בא ממותר נסכים דחשוב כבנין ודו"ק אף שיש לפלפל דאדרבא לרב יותר מסתבר דיהי' נחשב כתלוש מכל מקום המעיין יראה דיש ליישב.

ה ובזה יש ליישב מה דהקשה בשיטה מקובצת בכתובות שם כיון דלא ידע ר"ה הנך פסוקים דסתרי אהדדי ולא ידע רק מפסוק וככלותם א"כ מה קבעי מיניה דרב ע"ש שנדחק ולפמ"ש דוקא מרב בעי אי ס"ל בכל מקום דבית הוה תלוש או דוקא משום חומרה דע"ז ודו"ק היטב ועיין מרכבת ח"א פ"ז הי"ג מכלי המקדש ודבריו דחוקים וגם המעיין בשיטה כאן בהך דבעא ר"ה מרב ימצא סתירה ודו"ק. שוב ראיתי שכל מ"ש בזה אינו נכון דמ"ש דפרכות שתחת הבנין הוה כבנין זה אינו מבואר שיהיה עדיף ממזבח העולה שהי' מחובר לארץ וגם אכתי מה נעשה להיכל ועזרות שהיו גוף הבנין ואפ"ה לא בא מבה"ב וע"כ צ"ע בכ"ז:

סימן קמד

ארשום בקצרה מה שהאריך בשעה"מ פ"ג מגניבה אי קדים המיתה לחיוב תשלומין אי נפטר מקלבד"מ ע"ש בשם הקדמונים ותימה מדוע לא זכר הרז"ה והרמב"ן בסנהדרין דף ע"ב גבי רודף שנטל כלים וע"ש מ"ש הרז"ה והרמב"ן שם ועיין ש"ך סי' שנ"א מ"ש על דברת רבינו ישעי' שנדפס מאחי הקצה"ח שהאריך בענין זה וגם אני כתבתי באריכות

ואינו לפני. וכעת אני אומר ע"ד מ"ש המהרש"ל לחלק דהיכא דעבדינן החומרא אפילו לציש"ש פטור אבל היכא דהי' שוגג דלא עבדינן החומרא חייב לציש"ש כמו כן אני אומר אם נתחייב באמת המיתה אז פוטר אף שכבר עבר חיוב המיתה ומכ"ש כשנמשך והולך ולכך במחתרת דלא עבדי החומרא אז פוטר אף אח"כ ובזה יתיישב הרבה קושיות וצ"ל מה דפריך רב ביבי מהך דגונב כיס משמע לי' אף דהי' שוגג או שלא התרו בו אפ"ה פטור ודו"ק.

סימן קמה

ראיתי בספר זית רענן ח"ש דף פ"ה סי' ס"ב ס"ג מהגאון מוהר"ל אבד"ק קיטנא בהא דאמרו דאפילו יורש מוחל והקשה הא נודע שיטת ר"ת דלכך יכול המלוה למחול משום דשני שעבודים יש לו ושעבוד הגוף אינו יכול למכור וכל שמוחל שעבוד הגוף ממילא נפקע שעבוד נכסי ולפ"ז קשה לפי מה דאמר אמימר בגיטין דף מ"ם המפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה מ"ט גופו לא קני ואיסורא לבריה לא מורית וא"כ היאך מורית להיורש שעבוד הגוף והא לא מצי מורית כלל ע"ש שהקשה כן בשם הרב הגאון מוה' וואלף אבד"ק לאסק והוא האריך בקושיא זו ואני לא הבינותי כלל דשם כשהפקיר עבדו הרי נפקע שעבוד הגוף מהאדון על העבד דהא הפקירו ולא נשאר רק האיסור והאיסור לבריה לא מצי מורית דאין לו ממון ול"מ מורית כמ"ש רש"י אבל כאן השעבוד הגוף נשאר להמלוה וזה ממילא מצי מורית להיורש ושעבוד הגוף הוא דבר השוה ממון וגם הלוה עודנו חי והשעבוד הגוף שהי' לו למלוה ע"ז גם הבן ממלא מקום אביו והלוה נשתעבד לו ומה דמות יערוך לשם דשם הפקיע שעבוד הגוף ואין להרב על העבד רק איסורא גרידא וזה לא מצי מורית וז"ב ודו"ק היטב ובתשובה הקשיתי למה שכתב הש"ך בסי' ער"ו דאף דט"ה אין בו ממש ולא מצי מורית היינו אם מופקד אצל אחר אבל כשהוא בידו מצי מורית והשל"ה הובא בקצה"ח שם דאף כשהוא בידו כל שאינו ממון לא מצי מורית והבאתי מהך דאמרו איסורא לבריה לא מצי מורית והיינו משום דאינו ממון לא מצי מורית כמ"ש רש"י והארכתי בזה ועכ"פ קושית הגאון אין לו מקום כלל:

סימן קמו

א תמול נשאלתי מהרב מוה' יעקב שמשון נ"י אבד"ק ביזניב במה שאירע שם שיש אשה קטלנית ואי אפשר לה להנשא והנה הב"ש הביא בסי' צ"ח דבג"ח הראשונים אינו יכול לסלק הכתובה ושם הטעם כיון שנאסרה מחמתו וע"ז נסתפקו דקטלנית א"י להנשא שוב א"י לסלקה לעולם והנה הרב הנ"ל כתב דכיון דלדעת הרמב"ם אינו רק על צד הניחוש בלבד לא מקרי נאסרה מחמתו ובאמת לא קיי"ל כשיטת הרמב"ם בזה וא"כ

שוב נקראת נאסרה מחמתו אמנם אני השבתי כיון דהאיסור הוא דמזלה גרם לא שייך לומר דנאסרה מחמתו רק דמזלה גרם כן ומה להם להיורשים בזה אך לפ"ז אם נאמר דמעיין גרם א"כ אפשר דמקרי נאסרה מחמתו ולפ"ז הי' מקום לומר נ"מ בין מעיין גורם ובין מזל גורם.

ב אך באמת גם למ"ד מעיין גורם הכל בא בשביל האשה ולא מצד האיש כלל ובלא"ה נראה דבאמת רשב"ג ס"ל דבעי תלתא זימני רק דאנן קיי"ל בנשואין ומלקיות כרבי והיינו מטעם ספק סכנת נפשות ולפ"ז לענין ממון שלא יכלו לסלקה בזה יש ספק אולי כר"ג וא"כ עדן לא נאסרה מחמתו והרי לענין כתובה קי"ל דמשני יש לה כתובה ומטעם דבממון קי"ל כרשב"ג כמ"ש הרא"ש והיא חשיבה מוחזקת כיון דיש לה שטר כתובה ולפ"ז לענין מזונות אפשר דלא חשיבה מוחזקת ויכולין לסלקה וצ"ע דלענין מזונות קיי"ל דהיא חשובה מוחזקת ודו"ק וצ"ע:

סימן קמז

א אמרתי לבאר מה שראיתי בבית מאיר באהע"ז סי' קס"ט סעי' מ"ם הביא דברי המרדכי שהקשה במעורב צחצוחי דם דלתבטל ברוב דדם מבטל רוק וכתב דכל שביאתו לעולם בתערובות לא בטל וע"ז הקשה מהא דמבואר ביו"ד סי' ק"ב דכל שלא הי' האיסור ניכר בטל ברוב. והנה כבר קדמו הכו"פ שם ובצל"ח פסחים דף ל"ג דדוקא כשההיתר ניכר קודם והאיסור לא ניכר הוא דשייך ביטול ומ"ש דלכאורה יש ראיה דלא שייך ביטול דאל"כ אמאי תרומה טובלת הא חטה אחת פוטרת הכרי וא"כ לתבטל ברוב וע"כ דכל שבא לעולם בתערובות לא שייך ביטול וע"ז הביא דברי הר"ן בנדרים דף פ"ד שכתב דלכך תרומה טובלת כיון דע"כ צריך להרימה מן הכרי אינה מתבטלת שם ע"ש. והנה בדברי הר"ן אורו עיני מ"ש בשבת דף מ"ג שאני טבל דמוכן הוא אצל שבת שאם עבר ותקנו מתוקן ולא נודע הסברא דהכי בשביל שיוכל לעבור יהיה חשוב מוכן וגם התוס' שם הקשו מ"ש מבכור דאמרו שאם עברו ובקרו אינו מבוקר ולפמ"ש יש ליישב דבאמת טבל עיקר האיסור משום דפתיכא ביה תרומה כדאמרו בנדה דף וא"ו וא"כ ז"ש דאם עבר ותקנו מתוקן דבאמת כל שלא תקנו מהראוי להתבטל ברוב ורק דסופו להרים לא שייך ביטול וא"כ כל שאם עבר ותקנו מתוקן שוב כעת בטל ברוב וא"ל דלא שייך ביטול שסופו להרים דזה אינו דאם יהי' מרים שוב לא שייך בו איסור טבל דאינו רק מחמת דפתיך ביה תרומה וכל שמרים התרומה שוב נשאר הנשאר חולין גמורים וא"כ ממנ"פ מוכן הוא ומן האמור אני תמה על הט"ז סי' קכ"ז ביו"ד שכתב לחלק בין טבל דא"נ ע"א ובין דניקור אינו אסור רק מחמת הגיד ושפיר ע"א נאמן משא"כ בטבל ועיין בנקה"כ

שם והרי גם טבל אינו אסור מצד עצמו רק משום דפתיך בי' תרומה וא"כ דמי לניקור. אך לפענ"ד יש לומר בכוונת הט"ז דבאמת לפענ"ד לא שייך כלל בטבל ביטול ברוב דלפמ"ש הכנה"ג בסימן ק"ט דלא שייך ביטול ברוב היכא דההיתר גם כן אינו מותר בודאי רק שספק הוא וכ"כ בחוות דעת סימן ק"א דלא שייך ביטול ברוב כל שהספק על כל אחד שמא זה האיסור וא"כ גם בטבל כל שכל חטה וחטה יוכל להיות תרומה וא"כ איך שייך ביטול דלא מבורר איזה היתר ואיזה איסור וז"ב וא"כ דברי הט"ז נכונים דשאני ניקור דהאיסור ניכר אבל טבל אינו ניכר איזה היתר ואיזה איסור ובזה יש לדחות דברי הנקה"כ דשפיר יש חילוק בין טבל לניקור ודו"ק. נחזור לענייננו דלפמ"ש הר"ן היה מקום לבאר דברי הש"ס דאם עבר ותקנו מתוקן כמ"ש וגם לפמ"ש דלא שייך ביטול כל שלא ניכר איזה תרומה ואיזה חולין כ"ז שמעורב וגם זה יש להעמיס בדברי הש"ס דאם עבר ותקנו מתוקן דכל שהיה ניכר התרומה שוב ליתא על הנשאר שם טבל משא"כ בבכור דאם בקרו אינו מבוקר דהא לא נודע אם היה בו מום ונמצא שבתחלה היה אסור הן אמת דגוף הסברא היא תמוה דמה זו סברא דאם עבר ותקנו מתוקן ולא נימא כל מלתא דאמרו רבנן לא תעביד אף שעבד לא מועיל ומיהו שייך סברת מהרי"ט דמה נועיל בזה הרי כבר עבר. אך לפ"ז קושית התוס' שפיר דגם בבכור שאם עבר ובקרו הרי מה נועיל לומר שלא יאכל סוף סוף לא מתוקן איסור מיהו י"ל דשם אם נימא דלא יאכל שוב לא עבר כלום במה שבקרו דלא הוה כדן הדין דהא לא הועיל משא"כ בטבל היא דהגזירה משום ממצוא חפצך שלא יבא לכתוב וזה כבר עבר ומ"ש התוס' בשם רש"י גבי נפחת הבית דמדמה לטבל דעבר ותקנו מתוקן הוא ג"כ משום דשם ג"כ לא נועיל אם נימא דל"מ כבר עבר האיסור ואי אפשר לתקן האיסור אמנם מ"ש רש"י דבאיסור דרבנן לא אמרינן מגו דאתקצאי כמו בטבל הנה לפמ"ש בשם הר"ן ל"ש זאת אמנם באמת לא שייך ביטול כל דלא נודע איך האיסור הוא והנה מ"ש הב"מ דלא שייך ביטול שבא לעולם בתערובות הנה לפענ"ד אינו דומה להמרדכי דשם אי אפשר להפריד הדם מן הרוק והוא מעורב במציאות אבל הטבל ניהו דמעורב אבל אפשר להפריד התרומה מן החולין ולא שייך דברי המרדכי לזה ועיין מ"ש המשנה למלך פ"א ממשכב בשם הרב מוהר"י אלפנדרי מבואר היטב מ"ש לחלק ודו"ק:

ב ובזה יש לבאר מה דאמרו שאם עבר ותקנו מתוקן והיינו מטעם ביטול ברוב וא"ל דבא לעולם בתערובות ואי אפשר להפריד התרומה מן החולין דהרי כל שעבר ותקנו מתוקן א"כ רק ארי' דאיסורא רביע עלה ושפיר בטיל ברוב ול"ק קושית התוס' דכל שהיה יכול להפריד לא מקרי בא לעולם בתערובות ויש להמתיק הדברים דלפי מה שנראה מהתב"ש

בסי' י"ד דטעם המרדכי הוא בשביל דהוה כמו אקבע איסורא א"כ כל שיכול להפריד לא מקרי אקבע איסורא וז"ב. ובזה לא הבינותי מה שמדמה התוס' בבית שנפחת לטבל דשאני טבל דמשום ביטול אתינן עלה. ובזה יש ליישב מ"ש התוס' בסוכה דף יו"ד דלא אמרינן מיגו דאתקציאי מחמת יום שעבר והביאו ראיה מהא דאמרו בערובין דף ל"ו דזאת אומרת דתחלת היום קונה או דבעינן סעודה הראויה מבעוד יום ומשמע דאל"ה הי' עירובו עירוב והא אתקצאי מחמת יום שעבר והקשה השעה"מ דמה ראיה משם דטבל שאני דאם עבר ותקנו מתוקן וכבר כתבתי בזה הרבה דברים. וכעת אני אומר דבאמת הא דטבל מחמת ביטול ברוב ולא מקרי בא לעולם בתערובות דיכול להפריד האיסור ואף דאסור משום שבת הוא רק אריא דאיסורא רביע עלה לפענ"ד באמת התוס' הקשו בשבת שם דלימא מגו דאתקצאי בה"ש אמנם לפמ"ש אתי שפיר דאנו דנין על גוף האיסור בה"ש דבאמת מתחלה קודם ביה"ש היה יכול להפריד א"כ לא בא לעולם בתערובות ורק בה"ש בא האיסור בזה שפיר אמרינן כל דיכול להרים אף דאסור מכל מקום רק אריא דאיסורא רביע עלה וא"כ שוב בטל ברוב אבל אם נימא דאתקצי מחמת יום שעבר א"כ כבר אתקצי ולא שייך ביטול דבא לעולם בתערובות ומהו הי' יכול להרים הרי כבר עבר היום ולא הרים שוב אתקצי וע"כ דלא שייך אתקצי מחמת יום שעבר וכעת לא אתקצי בה"ש דהא יכול להרים ואף דאסור זה רק ארי' דאיסורא רביע עלה ודו"ק היטב:

ג (שייך למהדו"ק והיא סיום תשובה צ"ד ע"ש)

ד והנה מ"ש לעיל דדוקא בפועל דאומן קונה בשבח כלי הוא דאסור לו. הנה זה לשיטת הראב"ד אבל הרמב"ם כתב סתם הרואה כלאים בכרם הרי זה אסור בהנאתן וכל אדם מותר בו הנה גם באחר אסור לו ובאמת הכ"מ נדחק שם בה"ט וע"ש בהלכה כ"א. אמנם לפענ"ד דוקא בכלאים דהמקיים כלאים בכרם עובר וא"כ כל ישראל מצווים לעקר הכלאים וא"כ הוה בזה עכ"פ שייכות לכל אדם בזה והוה קצת כשותף דעכ"פ לדידיה אסור אבל בשאר דברים אינו יכול לאסור דבר שאינו שלו בשום אופן ואף לדידיה מותר ועיין פ"ב מכלאים הט"ז ושם משמע דכל ישראל מצווים לעקור כלאים אף בכרם חבירו וא"כ הוה קצת שייכות לכל אדם ועכ"פ לדידיה נאסר ואולי מצד קנס ועכ"פ זה דוקא בכלאים ולא בשאר דברים וז"ב ודו"ק. והנה בגוף קושית הקצה"ח הנ"ל דהיאך משכחת לה הכשר בקדשים דהא אין להם בעלים ולפענ"ד נראה דהרי רש"י פירש בהא דאמרו כגון שהיתה פרה של זבחי שלמים והעבירה בנהר ופירש"י בחולין דף ל"ז כיון דשלמים עורן לבעלים טרח בהו להיות יפין ומעבירן בנהר סמוך לשחיטתן שיהיו נוחין להפשיט

כדאמרו בביצה דף מ"ם דאורח ארעא לאשקויי משום סרכא דמשכא ע"ש וכיון דעורן לבעלים א"כ שפיר הוכשר ברצון הבעלים בשביל העור וכיון דנופל מן העור על הבשר הרי הוכשר ברצון בעלים דהרי יודע דמשקה טופח עלי' וא"כ שפיר הוכשר איברא דעדיין קשה למה נקט זבחי שלמים דהרי גם בשאר קדשים עורותיהן לכהנים כדאמרו בזבחים דף ק"ג וא"כ הכהנים הם הבעלים וניחא להו ואולי יש לומר כיון דהוא של כל הבית אב לא נודעו הבעלים ולא ניכרו לא מקרי ניחא להו. ובזה נראה לכאורה ראי' ברורה דלא כפירוש הרי"ף דסירכא דמשכא היינו בשביל הסירכות ועיין ש"ך סי' ל"ט דהרי לפ"ז שוב ל"ש ניחותא דבעלים דהעור לא צריך מים רק בשביל הסרכות ושוב אין להם בעלים ולכאורה רציתי לומר כיון דאם נמצא פסול בבהמה עורות נשרפים ולא זכו הכהנים שוב ניחא להו בשביל העור אבל זה אינו דמלבד דיקשה למה נקט זבחי שלמים הא בקדשים דעורותיהם לכהנים נשרפים העורות כמבואר בזבחים שם ואדרבא בשלמים ודאי אינו נשרף אף גם דאם יפסל ע"כ צריך להביא קרבן אחר הכשר ויהי' העורות לכהנים וע"כ מוכח כפירש"י. אמנם נראה דהנה בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' ס"ז האריך שם להשואל ששאל אם טריפות נוהג במוקדשין ואם סרכיה אסור והאריך שם דל"מ בשלמים דיש חלק לבעלים פשיטא דטריפות אסור מצד חלק הבעלים אלא גם במוקדשין דכלו כליל אסור טריפות וסירכות מן התורה ע"ש. אמנם בדיקת הריאה אינו רק מדרבנן דחששו למיעוט המצוי ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד לחלק כיון דאינו רק חשש מדרבנן ושיטת רש"י דא"צ לבדוק כלל דאתמול אכלנו מחלבה רק דדעת רוב פוסקים דמדרבנן צריך לבדוק בזה נראה דלמ"ד אין גוזרין גזירות במקדש כדאמרו בזבחים דף ע"ט ע"ב ע"ש ולפ"ז יש לומר דבמוקדשין לא חשו והלכו בתר רוב אף דהוא מיעוט המצוי. ולפ"ז יש לחלק דבשלמים דיש חלק הבעלים בזה ודאי צריך בדיקה בשביל הסרכות וא"כ ניחא להם שיהיה עובר בנהר ויהי' מופשט הסרכות מהם אבל בקדשים שהן לגבוה במקדש לא גזרו והרי לא גזרו על שבות במקדש ולכך נקט זבחי שלמים.

ה ומיהו עדיין קשה דלמי ניחא והא משלחן גבוה קא זכו ולא שייך ניחותא דבעלים וע"כ דמסתבר כפירוש רש"י וכמ"ש ומה דלא נקט שאר קדשים דעורותיהן לכהנים הוא כמ"ש לעיל דבאמת גם בקדשים על העור לא חל הקדושה כמ"ש רש"י בחולין דף קט"ז בשם נימוקי מהר"ם יעו"ש גבי קיבה ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשו על רש"י דכתב בפסחים כ' דלכך לא מקשה על הקרא דבקרא מצי למימר שהודח במים לבישול והרי בחולין מקשה על קרא ולפמ"ש אתי שפיר לומר דשם קאי הש"ס למ"ד דקדשים קלים ממון בעלים ושפיר משכחת לה דהודח במים בשעת בישול והוא ממון בעלים אבל

בחולין קאי למ"ד דקדשים קלים אינן ממון בעלים וא"כ שוב הוכרח לנקוט דהעבירה בנהר בשביל העור ודו"ק כי הוא ע"ד פלפול בעלמא. והנה מ"ש בשם הרי"ף דפירש משום סירכא דמשכא דהיינו אם יש סרכא נשמטת הנה הב"ח באו"ח סי' תצ"ח הביא בשם מהר"ש שכתב על פירוש הרי"ף ח"ו לא תהא כזאת בישראל להכשיר את הטריפה בערמה ועמ"ש בספר מ"ע שורש שלישי ענף רביעי ס"ק י"ב וכעת נראה לפמ"ש בשו"ת בית יעקב סי' פ"ד ובסי' צ"ו בשם ביאורי רש"ל על הסמ"ג הלכות נדה דמותר להעלים עין כל שאינו ברור שיטרף ע"ש וא"כ מכ"ש כאן דעושה דבר שאינו ברור שיטרף כיון דיש סרכות שהם כשרים כשהן כסדרן וגם בשלא כסדרן אינו ברור שיטרף ובפרט דסרכות אינן טריפות כעת רק שסופו לנקוב מבואר שם בפירוש דכל שאינו רק שמא סופו לנקוב מותר להעלים עין ובפרט דסרכות אינו רק מיעוט רק דהוא מיעוט המצוי וכיון שבאותו מיעוט המצוי יש סרכות שאינן טריפות וגם אותן הטריפות אינם טריפות כעת רק שסופו לנקב פשיטא דמותר להעלים עין ולעשות טצדקי שיהי' נשמטות וגם לפמ"ש הלבוש ביו"ד סי' ל"ט דטוב להשקות מים צוננים משום שהסרכות מחמת חמימת הריאה באות וע"כ טוב לקררם ועיין במ"ע שם אות י"ג וכפי הנראה כשמשקה מיד נתקרר הריאה ולא יהי' בה סרכות שלא יתחמם הריאה בשעת שחיטה א"כ בכה"ג שוב ודאי מותר לעשות שלא יתהוה הריעותא וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד דלכך לא פירש רש"י בחולין משום סרכא כפירוש הרי"ף משום דבזה שוב לא שייך דניחא לי' דהא באמת לא הוה ניחותא כלל דהא אינו עושה רק שלא יתהוה החמימות שממנו נולדו הסרכות והדבר דומה לאם עושה שלא יקולקל הכותל דאינו בכי יתן וה"ה בזה כנלפענ"ד ולכך פירש משום העור דרוצה בזה באמת וז"ב ודו"ק היטב:

סימן קמח

א נתתי לבי לעיין אי רוטב הוה בשר או לא וכבר הארכתי בזה והבאתי דברי רבינו ירוחם הובא בב"י או"ח סימן קע"ג ובש"ע יו"ד סי' פ"ט והבאתי דברי הרשב"א בחולין דף צ"ח דמחלק בין רוטב עבה או דאינו עבה וכדמוקי בחולין דף ק"ח ברוטב עבה והארכתי בזה הרבה. והנה בהא דאמרו בפסחים דף ע"ו וכי הדר רוטב אפסח מטוי מחמת החרס והר"ח פירש דהפסול הוא משום הפסח דנטוה מחמת הרוטב שנטוה מחמת החרס והתוס' הקשו דתיפוק לי' דהרוטב נבלע בפסח וע"כ פירשו דקאי על הרוטב שנבלע בפסח ואם נימא דאין רוטב כבשר וא"כ אם נימא דטעם כעיקר אינו רק מדרבנן וא"כ ל"ק מהרוטב דנבלע בפסח וגם כיון דאינו רק כדי קליפה א"כ אין בו כזית בכדי אכילת פרס ושוב ליכא איסור ברוטב וע"כ דרוטב דינו כבשר ואסור:

ב והנה כה הראני החריף מוה' גבריאל מענקיש דברי הישועת יעקב סי' תמ"ז ס"ק ג' שהקשה למה יאסור כדי קליפה או נטילה והלא עשה דפסח דחי ל"ת ובזבחים דף צ"ו אמרו דיקדש עשה ול"ת וזה לא שייך כאן והיא תימה גדולה דלמה לא שייך בפסח העשה דיקדש והרי אמר רב אשי דיקדש עשה ול"ת וזה אמר על עצם שיש בו מוח ובאמת זה טעות דרב אשי קאי על יקדש דנבלע בקדשים דהא בפסח לענין שבירת עצם לא שייך עשה דיקדש וכמ"ש בשעה"מ בפ"ג מנדרים וז"פ. אמנם אכתי קשה דעכ"פ מוכרח רב אשי לסבור כרבא דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש דאל"כ אכתי תקשי בעצם שיש בו מוח לדחי וא"כ ל"ק קושית הישועת יעקב או משום דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש או דיש בו עשה דיקדש וזה קאי על כל פסולי קדשים יעו"ש ובאמת מה דקרי רבא לעצם שיש בו מוח ל"ת דמקדש אף דהוא במדינה צ"ל כיון דפסח קדשים הוא אף במדינה נמי קרי לי' קדש ועיין בעירובין דף ק"ג דמקרי שבות שבמקדש אף במדינה ועכ"פ ל"ק קושית הישועות יעקב. הן אמת דגוף הקושיא דיבא עשה וידחה ל"ת הוא תמוה דתיפוק לי' דלא הוה ל"ת שהרי רק נבלע בבשרה ודלמא לית ביה כזית בכדי אכילת פרס וא"כ לא הוה ל"ת ובודאי דוחה העשה דאכילת קדשים שאינו ל"ת גמור וגם מה אהני דהוה עשה דמקדש או ל"ת ועשה דהא אינו כזית וא"כ לכך צריך קרא דיקדש. איברא דרש"י פירש שם דהוה היתר מצטרף לאיסור וא"ש. אמנם אכתי קשה דהא בעי דנפישי איסור ודלמא מיירי דלא נפישי ומ"ש רש"י דזה אינו טעם כעיקר דהוה ממש לא הבינותי דהא הוה בליעה וצ"ע. והנה בהא דאמרו ביומא דף פ"ג מאכילין אותה כוש ברוטב ואם לא נתיישבה דעתה מאכילין אותה רוטב ואם לא נתיישבה דעתה מאכילין אותה שומן הקשה המהרמב"ח דמה חילוק יש בין רוטב לשומן למ"ד דטעם כעיקר דאורייתא והנה אם אין כזית בכדי אכילת פרס אינו לוקה על טעם כעיקר ואינו רק עשה ודו"ק. אך בנזיר דף מ"ה מצאתי ש"ס מפורש דהי' מניחין הרוטב על השער תחת הדוד משום דכתיב מזבח שלמיו ומבואר דרוטב הוה בשר ממש דקרי לרוטב זבח שלמים ועיין בשיטה מקובצת דכתב שם רבינו עזריאל דהבשר כל שראוי לאכילה אינו מהראוי לשרפו וע"כ דרשו דקאי על הרוטב ובאמת צ"ע דגם הרוטב ראוי לאכילה ואולי אין דרך אכילה ברוטב בלבד ועכ"פ מבואר דרוטב הוא בשר ממש ועיין בצל"ח פסחים דף ע"ו מה שהאריך לבאר דברי הרמב"ם מבואר בדבריו דרוטב אינו בשר והרי מבואר בנזיר דהוא בשר וקרי לי' מזבח שלמים וצע"ג. ובאמת תמוה לי על כל הפוסקים שהאריכו לענין רוטב וגם הרשב"א מחלק בין רוטב עבה ולא הביא מהך דנזיר ודו"ק. והנה התוס' בפסחים דף מ"ה ד"ה ר"ח גריס הקשו על לשון הברייתא דאמר עד שיבלע בבשר דמשמע

דמיירי בהיתר שנבלע באיסור והדר אמר יקדש להיות כמוה משמע שהאיסור נבלע בהיתר והניחו בקושיא ועיין קרבן אהרן פ' צו פרק ג' בהלכה וא"ו האריך בזה. אמנם לפענ"ד הדבר נכון דהנה לרבנן דר"ע מוקי חטאת להיתר מצטרף לאיסור ומשרת על טעם כעיקר והנה כיון דהיתר מצטרף לאיסור הוא רק בנפיש האיסור ולכך שייך לומר דהיתר נבלע באיסור וזה הוה כמו דאמר הנסקלין בנשרפין דאיירי שהנשרפין מרובין וכן אמרו בזבחים דף ע"ב וא"כ לכך אמרו דנבלע ההיתר באיסור ויקדש לא מיירי דנפיש רק דשניהם שוין ורק מחמת טעם כעיקר ושוב יוכל להיות דאיסור נבלע בהיתר ומכל מקום יש בו טעם ואסור. ובזה מיושב היטב קושית הגאון מוהר"ר בעריש ז"ל אבד"ק גלוגא שהקשה בהא דאמרי בפסחים דלא אצטריך יקדש וע"ז הקשה דאי לא כתיב יקדש ה"א דליתי עשה ולידחי ל"ת כדאמרו בזבחים לרב אשי משום דכתיב יקדש. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שדרשו בבשרה והיינו דהיתר נבלע באיסור מיניה נלמד דהיתר מצטרף לאיסור שוב לא צריך ליקדש דהיתר מצטרף לאיסור נלמד מבשרה ודו"ק. וא"ל דאכתי יקשה דליתי עשה ולדחי ל"ת דזה אינו דאם אמרינן דהיתר מצטרף לאיסור איך שייך דהעשה של אכילת קדשים לדחי הל"ת דהא חזינן דכח האיסור עדיף דהרי אף ההיתר מצטרף לאיסור ונעשה איסור ונהפך ההיתר להיות איסור לא שייך דהעשה ידחה וא"כ שוב ל"צ ליקדש ויקדש הוא רק באיסור הנבלע בהיתר ודוק היטב. ובזה מיושב היטב הא דהקדימו התוס' פירש ר"ח ולא הקשו בפ"ע והיינו משום דבאמת לר"ח מפרש הך דיקדש ג"כ בהיתר שנבלע באיסור וא"כ בהיתר מצטרף לאיסור לא קאי יקדש וא"כ ליתא לכל מ"ש ולכך הקשו לפיר"ח דוקא אבל בלי פירוש ר"ח ל"ק דיקדש לא מיירי בהיתר מצטרף לאיסור ודו"ק. והנה במה שהבאתי ש"ס דיומא דף פ"ג דתוחבין לה כוש ומניחין על פיה ופירש"י ומוצצתו והקשה הב"י על הטור שהשמיט זאת והרמב"ח תמה על הרמב"ם שהשמיטו ולפענ"ד דבר חדש דהנה בב"מ דף פ"ז אמרו ואכלת ולא המוצץ והתוס' כתבו דהיינו דבכ"מ שתי' בכלל אכילה קמ"ל קרא דואכלת ולא המוצץ אבל בשיטה מקובצת פירש כיון שאינו רק מוצץ היין מן הענבים ע"כ שאינו תאב כ"כ ע"ש והנה לפענ"ד נראה דמוצץ אינו כדרך אכילה ולא כדרך שתייה וא"כ גם כאן אמר דתוחבין לה כוש ברוטב והיינו שאינו רק מציצה וזה לא הוה כדרך אכילה ושתי' וא"כ קיל מרוטב עצמו שהוא שתייה או אכילה והנה זה אם נימא דשלא כדרך אכילתו מותר ביוה"כ אבל אם נימא דאסור אף שלא כדרך אכילה כמבואר בסי' תרי"ב דעות בזה א"כ אין רבותא במציצה יותר מרוטב ע"כ השמיטו הרמב"ם והטור הדין הלז ודו"ק. וזה

כתבתי בלי עיון בספר אבל ראיתי בב"י סי' תרי"ז ובמחכ"ת הי' הגירסא לפניו בש"ס להיפך ובטור כתוב כהוגן וצ"ע שוב ראיתי בב"ח שכפי הנראה הרגיש בזה:

סימן קמט

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המופלג בתורה החריף וכו' מוה' צבי ארי' ווינשטיין מו"ץ דסלאוינא.

ב מכתבו מגילה עפה הגיעני ואני טרוד מאד ובכ"ז אמרתי להשיבו בקצרה בדבר אשר אחד שכר האקציז מבשר וראשי הקהל נתנו רשות ביד כל אחד לשכור ובלבד שיתן לקופת הקהל סך ש"י ר"כ ולחזק התקנה כתבו השו"ב שאסור להם לשחוט עד שיסלק הסך הנ"ל וככל חומר ותוקף וכו' וביקש מהקהל ליסע עמו להרב החסיד כפי אשר עמדו כבר בשנים העוברות ואם יצוה שיתן כל הסך הנ"ל יעשה כדי שיהיו השוחטים מותרים לשחוט ולאשר לא רצו להאמין לו מסר בידם הוואדיום קוויט שהי' על סך שמ"א רנ"כ וליתר שאת הלווה השו"ב לזה הסך ש"י רנ"כ והוא נתן לנאמן הקהל ונאמן הקהל החזיר תיכף להשו"ב הנ"ל והוואדיום קוויט נתן לנאמן הקהל עם צעסיא ופאללמאכט והם הבטיחו שיסעו עמו להרב הנ"ל והשוחטים הלכו תיכף לשחוט וע"ז ערערו איזה אנשים שלא טוב עשה מעלתו שהתיר להשו"ב שילכו תיכף לשחוט וע"ז כתב מעלתו טעמים שלו על מה התיר. והנה התחיל מעלתו לומר דהרי משנה מפורשת בנדרים דף ס"ד האומר לחבירו קונם שאת נהנית לי אם אי אתה נותן לבני כור של חטים וכו' וחכ"א אף זה יכול להתיר את נדרו שלא עפ"י חכם שיכול לומר הריני כאילו התקבלתי ופירש הר"ן בדף כ"ד דלהרווחה נתכוין וכל דלא אצטריך הותר הנדר וה"ה כאן יכלו ראשי הקהל לאמר הרינו כאילו התקבלנו והותר הנדר והאריך בזה ונפלאתי מאד ע"ז דשאני התם דבאמת מוחל ואינו רוצה לקחת אבל כאן הא באמת לא מחלו לו ומה זו מחילה שהלה חוזר ותובע והרי הניח בידם הוואדיום קוויט וא"כ באמת רוצים שיתן להם הש"י רנ"כ והבטיחו לו ליסע עמו להרב הנ"ל א"כ לא מחלו לו והיאך שייך שיאמרו הרינו כאילו התקבלנו וז"פ וברור וכל אריכות דבריו לא יועיל לזה שהרי אינם רוצים למחול ואיך שייך הריני כאילו התקבלתי ולא עוד אלא אף אם ירצו למחול לא יניחו הקהל למחול וז"פ שאינו מועיל הריני כאילו התקבלתי ונפלאתי מאד ע"ז אחרי שהביא דברי הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' ס"ז והנה כאשר עיינתי שם ראיתי שזה דבר פשוט שם שאינו יכול לומר הריני כאלו התקבלתי רק אם באמת מוחל אבל לא כשאינם רוצים למחול הרי הוא רק הערמה על החרם ול"מ שום הערמה ובפרט דבר שאינם רוצים והם רוצים שיתן להם ואיך שייך הריני כאלו התקבלתי וגם מ"ש שתלוי במחלוקת הרא"ש והרשב"א

במי שנשבע לפרוע עד הזמן אם חייב לשלם כשעבר הזמן אם לא יתבענו והאריך בזה. והנה לפענ"ד אין ענין לכאן דמלבד שגם בזה נחלק הסמ"ע עם הט"ז ודעת הט"ז דחומר השבועה מחייבו בלא תביעה ובאמת נראה שהרשב"א והרא"ש כל אחד מיקל בחד צד והקולא וחומרא מקושר כל אחד לפי שיטתו דלהרא"ש דאין השבועה מחייבו אחר שעבר על השבועה רק שהחיוב בעצמותו נמשך עליו א"כ כל שהוא מחמת הלואתו שוב כל שלא תבעו אינו עובר עליו אבל להרשב"א דמצד השבועה חייב א"כ ל"צ שיתבענו דהשבועה מחייבו אף שלא יתבענו ועיין בשו"ת הריב"ש סי' שד"מ הובא בב"י חו"מ סוף סימן ע"ה אף גם דלפענ"ד בכאן כ"ע מודו דע"כ לא כתב הרא"ש דלאחר הזמן אינו חייב כל שלא יתבענו זה בסתם הלואה אבל כל שתלאו החיוב באדם אחר כמו בנ"ד שתלאו החיוב בהשו"ב שאסור להם לשחוט כ"ז שלא יסלק החיוב שהתחייב עצמו א"כ א"צ לתבוע והלא הוא תבוע ועומד שהשו"ב לא ישחטו אם לא יסלק וז"ב. ובאמת מה שכתב הסמ"ע דאין עליו חיוב השבועה רק אם יתבענו לפענ"ד גם זה תלוי בזה כיון שאין עליו חומר השבועה רק טרם שעבר הזמן שקצב א"כ השבועה תלוי ועומד רק עד הזמן ההיא וכל שלא תבעו בזמן ההוא לקיים שבועתו לא עבר על שבועתו אבל להרשב"א דחיוב השבועה היא תמיד עליו מה צריך לתבוע הא השבועה הוה כתביעה דהוא צריך לתבוע לעצמו לסלק מעליו חיוב השבועה כנ"ל ברור ובזה נראה לי מה שהביא מעלתו דברי שו"ת הרשב"א הובא ביתה יוסף אהע"ז סי' ל"ח במ"ש הרשב"א שאם הלשון מדוקדק שאם ימאן ומשמע סירוב ע"ש ומשמע אם לא כתב לשון מיאון חייב אף בלא תביעה ואף בלא שבועה ותמה מעלתו על כלם שלא ראו דברי הרשב"א הלז וביותר על העבוה"ג סי' ז' שכתב בפשיטות כהרא"ש ולא הזכיר מדברי הרשב"א הלז. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שמושלש השט"ח ביד השליש כמעשה שהובא שם א"כ א"צ לתבוע דהרי השט"ח מושלשים ביד השליש ע"ז ולמה לו לתבוע ומה שהביא מעלתו דברי הש"ג הובא בש"ך חו"מ סי' רל"ב ס"ק ב' דאם לא תבע המלוה אינו חייב לתת הנה הש"ך מסיים בצ"ע. ובאמת הוא תימה דאיך אפשר לדון שבמתנה נתון לו כל שהלוה לו ומה בכך שלא תבעו אטו בשביל זה נתון לו במתנה וגדולה מזו מצינו במרדכי הובא בש"ע סי' ק"כ וסי' קע"ו דבחילוף הדברים לא ישתנה החיוב והרי הוא בחיוב אונסין כמו שהיה ומכ"ש במה שלא אמר כלל ואיך אפשר לדון על דברים שבלב להפקיע החיוב והלא הוה רק דברים שבלב ועיין קצה"ח סי' י"ב שהאריך בזה דל"מ מחילה בלב מכ"ש כאן שלא מחל לו רק שלא תבעו וע"כ דברי הש"ג ליתנהו וחלילה לסמוך ע"ז ועכ"פ יהיה איך שיהיה פשיטא שכאן כיון שתלאו בהשו"ב א"צ תביעה וכן כל מקום שמשלישים השט"ח ביד

שליש פשיטא שזה הוא התביעה ומ"ש שלא חל התקנה מפני שכתוב בהתקנה שאף אם ירצה לומר שיעמדו אתו למשפט אינם צריכין לעמוד עמו בדין וא"כ הוה התקנה נגד הד"ת ולא חל ומבואר ביו"ד סי' רכ"ח בש"ך ס"ק צ"ה קהל שעשו תקנה באיסור אין החרם חל וה"ה כאן במח"כ לא דיבר נכונה דאטו מי שירצה לחייב עצמו שמחוייב וא"צ לעמוד עמו בדין הוה נגד הדת חלילה לומר כן ואדרבה כל צרכי הקהלה צריכי לעשות כן שאל"כ יהיה קדירה דבי שותפא וע"כ עשו חיוב ברור וא"צ שיעמוד עמו בב"ד ועיין בחו"מ סי' כ"ו ס"ג ובסמ"ע שם ס"ק י"א ואף להט"ז החולק שם אבל כאן מה שהתנה שא"צ לעמוד עמו בפני הב"ד והוא חייב סתם אין שום מקום לומר שהוא נגד הד"ת וז"ב ופשוט. ומ"ש כיון שלא נתבאר בהכתב הזמן המוגבל רק בתחלת השנה וכלשון ב"א גם ג' או ד' חדשים בשנה מקרי תחלת השנה א"כ לא עבר על התקנה במח"כ זהו דבר פשוט דתחלת השנה היינו בעת התחלת למספרם שאל"כ אין גבול וקץ ואחד יאמר שאף חמשה חדשים או וא"ו מקרי תחלת השנה ובפרט במה שהוא עסק הקהל זה ודאי הוה דבר המוגבל שאל"כ יוכל להשמט והוה קדירה דבי שותפי ומ"ש כיון שנתן הוואדיום קוויט הוה כמו שנשבע לפרוע והגיע הזמן בשבת דדי בנתינת המשכון ה"ה כאן הנה פשיטא דזה דוקא שם שהגיע הזמן בשבת ואי אפשר לתת מעות בשבת אבל כאן מחוייב לשלם במזומן כמ"ש שמחוייב לתת סך ש"י רנ"כ ואיך אפשר לסלק בוואדיום קוויט שזה צריך לדון עמו ומי ומי המדיינים בפרט בעסקי הקהל זה ודאי לא מקרי פרעון וגם הוואדיום קוויט לא יחזירו לו בתחלת השנה וא"כ אינו מקיים כפי השווי וכמ"ש מעלתו בעצמו וגם הרי צריך ליסע עמו להרב ואיך יתקיים החיוב כשצריך לבא לדינא ודיינא ומ"ש מעלתו שהרי הוא נתן מעות מה שהלוו לו השו"ב אף שנאמן הקהל החזיר להשו"ב אבל הוא כבר קיים תמהני וכי פרוקא לסכנתא והלא הדבר מסור ללב ונודע שלא הי' הלואה גמורה ולא הי' רק לפנים וע"כ הדבר ברור שאסור הי' להשוחטים לשחוט ע"ד שיתן מעות מזומן ש"י רנ"כ להנאמן הקהל ואם לא עשה הן עבר על התקנה והשו"ב עברו ג"כ על החרם ואף שאינם נפסלים כיון שמעלתו התיר להם והם חשבו שכדין התיר אבל על האמת לא קיים התקנה ואסור להם לשחוט עד שיסלק במזומן ויסעו להרב לומר להם הפס"ד וגם זה אינו כתוב בכתב התקנה רק שע"פ דברו כן אבל בהתקנה מבואר שמחוייב לתת סך ש"י רנ"כ ואז מותרים השוחטים לשחוט. והנה יש לי עוד אריכות דברים בכל מ"ש מעלתו אבל אין הזמן מסכים גם שלא יאמר מעלתו בתר דידי אזיל מר ע"כ די במ"ש:

סימן קנ

א למדתי בשבת דף כ"ב חזינא אי הדלקה עושה מצוה מדליקין מנר לנר אי הנחה עושה מצוה אסור להדליק מנר לנר ערש"י דאי הדלקה עושה מצוה מדליקין מנר לנר כמו במנורה ואי הנחה עושה מצוה עיקר מצוה היא הנחה והדלקה אינו מצוה כ"כ. וצריך ביאור היאך אפשר דהדלקה אינה מצוה כל כך והא אף שמניחה כל היום וכל הלילה אם לא ידליק ליכא שום מצוה וליכא פרסומי ניסא ולפענ"ד נראה דהענין הוא כך דאם הדלקה עושה מצוה א"כ הדליקה חש"ו לא עשה ולא כלום וגם אם מצאה דלוקה והולכת מכבה ומדליקה א"כ עיקר המצוה היא הדלקה וכיון שמצינו במנורה שהדליק מנר לנר א"כ גם בנ"ח מותר מנר לנר ואם הנחה עושה מצוה א"כ אף שהדליק חש"ו כל שהניח הוא במקום הראוי לה סגי וכשמצא דלוקה צריך לכבות ולהגביה ולהניחה א"כ ניהו שצריך להדליק היינו משום דאל"כ אין פרסום ומה מועיל הנחה אבל מכל מקום אסור להדליק מנר לנר דשאני מנורה דקביעא וקיימא ועיקר המצוה הי' הדלקה אבל בנ"ח דעיקר הוא להניח במקום הראוי א"כ אסור להדליק מנר לנר ושאני מנורה דאין שם הנחה כלל דהמנורה תמיד במקומה אבל כאן הנחה במקומה בעינן ואסור להדליק מנר לנר דשייך ביזוי מצוה ושאני מנורה דאי אפשר בענין אחר דבפתילות ארוכות לא אפשר כ"כ וע"כ מדליק משא"כ אם הנחה עושה מצוה ואיך יבזה המצוה שכבר נתקדשה במקומה משא"כ מנורה תמיד היא בקביעותא וליכא רק הדלקה וא"כ מותר להדליק (כמו שדולקין) מנר לנר ויתכן יותר דבאמת שאני מנורה דעיקר המצוה היא שידליק שבעת הנירות וא"כ מה שהדליק אחת לא נגמר המצוה משא"כ בנר חנוכה דכל שהניח במקומה ונתקדשה אסור להדליק אבל אם הדלקה עושה מצוה לא נתקדשה רק בעת שמדליק ומותר להדליק מנר לנר שזו מצותה ודו"ק. ובזה נראה בהא דאמר ועוד מדמברך על הדלקה ש"מ דהדלקה מצוה וצריך ביאור דאטו מי אפשר בלא הדלקה ולמה לא יברך להדליק וא"ל דהיה לו לברך להניח נר חנוכה כדמברכין בתפילין דזה אינו דהרי כל מצוה דאין עשייתה גמר מצוה לא מברכין כדאמרינן במנחות מ"ב וכאן הנחה לאו גמר מצוה עד שידליק ולמה לא יברך להדליק והיא קושיא גדולה. אך נראה דזה לא מסתבר כלל לומר דהנחה היא מצוה ולא הדלקה זה א"א דבלי הדלקה אין מצוה רק דבהא פליגי דאם הדלקה מצוה ולא צריך הנחה א"כ אף שמצאו דלוק או כשהי' תפוס בידו כל שמדליק יצא א"כ הדלקה היא מצוה אבל כשהנחה עושה מצוה א"כ הנחה בלבד אינו גמר מצוה וכשהי' בידו לא יצא עד שמניחה במקומה א"כ לא שייך

לברך להדליק דהא אינו גמר מצוה כלל וצריך להדליק וע"כ דעיקר הוא הדלקה ושפיר מברך להדליק ודו"ק היטב:

ב והנה הרב החריף מ' מאיר בראם נ"י אמר דלפמ"ש הרא"ש בפ"ק דפסחים דלכך מברך להדליק ולא בעל משום דהמצוה היא בשיהוי א"כ מזה ראיה דהדלקה עושה מצוה וצריך שיהוי והמצוה נמשכת והולכת אבל אם הנחה עושה מצוה לא שייך שיהוי דכל שהניחה במקומה סגי א"כ למה מברך בעל. והנה אף שדבר חכמה אמר אבל הדבר אינו נכון דאיך אפשר דהנחה סגי והא בעי הדלקה וצריך שידלק שיעור והמצוה נמשכת דזה לא יכחיש אדם ומ"ש נכון ודו"ק. והנה בהא דאמרו הדליקה חש"ו לא עשה ולא כלום קשיא לי דלמה לא עשה ולא כלום והא מחשבה הניכרת מתוך מעשה יש להם כדאמרו בחולין דף י"ב ובין לרש"י ולתוס' בהא דהדליקו ועשו מעשה הדלקה א"כ מחשבתם ניכרת מתוך מעשיהם למה לא יצא וצ"ל דמכל מקום הוא לא עשה המצוה דאין שליחות לחש"ו וא"כ הוא לא קיים המצוה ובשלמא אם הנחה עושה מצוה א"כ מה שהניח במקומה עשה המצוה ולא אכפת לן במה שהדליק חש"ו אבל אי הדלקה עושה מצוה לא עשה הוא ולא כלום. עוד נראה לי דבר חדש במה דאמר אי הדלקה עושה המצוה מדליקין מנר לנר ואי הנחה עושה מצוה אין מדליקין וכ"כ דאי אפשר לומר דהדלקה אינה מצוה כ"כ והרי בלי הדלקה אינו כלום וליכא שום היכר לנר חנוכה אך לפענ"ד נראה דהנה מה דאסור להדליק מנר לנר נראה דהנה נר חנוכה אסור להשתמש לאורה ופירש"י שיהיה ניכר שהוא נר מצוה והר"ן פירש כמו במנורה ולפ"ז לכך הסברא דאסור להדליק מנר לנר דהוה ביזוי מצוה דהא צריך להכיר שהוא נר מצוה ואסור להשתמש בה וגם זה מה שמשתמש ומדליק ממנה ג"כ איכא איסור וגרע מזה דמבזה המצוה ולפ"ז נראה לי אי נימא דהדלקה עושה מצוה א"כ כל שהדליק כבר עשה המצוה הוה כעין דאמרו לענין מעילה וכדומה דכל שכבר עשה המצוה מותר להנות וכדאמרו אין לך דבר שנעשית מצותה ומועלין בה ה"נ כאן כל שכבר הדליק ונעשית המצוה מותר להדליק ממנו ול"ש דאסור להשתמש ממנו דהא כבר נעשה המצוה אבל אי הנחה עושה מצוה א"כ לא נעשה המצוה בהדלקה וצריך להניחה במקומה ולא נגמר המצוה. איברא דא"כ למה אסור להשתמש לאורה והא כבר נגמרה המצוה מיהו יש לומר כיון שצריך שתדלק השיעור א"כ לא נעשה המצוה במה שהדליק לבד אבל מה שמדליק מנר לנר הרי אדרבה רוצה לעשות המצוה בשלימות ולא שייך בזה דאסור להשתמש לאורה דאדרבא כשמדליק עוד נר הרי עשה המצוה בשלימות ומכל מקום נגמר המצוה לענין זה שלא אכפת לן

במה שהדליק דזה הנר כבר נעשה המצוה ומה שצריך להדליק כשיעור בזה לא מבטל במה שמדליק מנר לנר וז"ב.

ג אמנם זה נראה לי ברור באם מדליק הנר הנוסף עד"מ שמדליק נר לכל אחד בזה ודאי לא שייך ביזוי מצוה דכבר עשה המצוה בשלימות רק שרוצה להדר א"כ בזה שמדליק מנר לנר אינו פוחת המצוה ואדרבא מהדרא יותר ודו"ק.

ד והנה במה שמברך להדליק נדפס בגליון הד"ת בר"ן פ"ק דפסחים דבירושלמי סוכה פ"ג מבואר דמברך על מצות הדלקת הנר ע"ש ולפענ"ד לפמ"ש הרא"ש דלכך מברך להדליק דהמצוה בשיהוי והקרבן נתנאל הקשה דהא כבתה אין זקוק לה ולפ"ז בירושלמי שם בסוכה הוא בשם רב ורב ס"ל דכבתה אין זקוק לה א"כ אינו בשיהוי וצריך לברך בעל אבל אם נימא כבתה זקוק לה יכול לברך להדליק מיהו באמת אנן קימ"ל דכבתה אין זקוק לה ואפ"ה מברך להדליק וצ"ל כמ"ש הק"נ כיון דבעינן שיעורא א"כ המצוה נמשכת ושוב קשיא מהירושלמי ודו"ק. והנה הר"ן פ"ק דפסחים מחלק בין מצוה שיכול להפטר ממנה ע"י שליח מברך בעל משא"כ בדבר שצריך לעשות בעצמו והקשה מהך דמברך להדליק אף שיכול להפטר ע"י שליח וכתב כיון דצריך להשתתף בפריטי כיון שא"י רק ע"י שנותן פריטי הו"ל כא"י לקיים ע"י אחר ובראש הביא בשם ריב"א ג"כ חילוק זה והקשה ג"כ מלהדליק וכתב דאורחא דאינשי להדליק בעצמם ולפענ"ד הכוונה דהוה כמצות שבגופו ואינו יכול לעשות ע"י אחרים כמ"ש התוס' רי"ד והיינו כיון דאינו רק מה שמדליק וא"כ הו"ל מצות שבגופו וכמ"ש בטעמו של התוס' רי"ד דהתורה רצתה שיתקדש ע"י המצוה וכל שמקיים ע"י אחר א"כ הוא יהיה נשאר ערום בלי מצות ובשלמא ק"פ אף שאחר שוחט אבל הוא אוכל אבל תפילין וסוכה אם אחר ישב בסוכה והוא יהיה בלי תפילין וסוכה במה יתקדש גופו וה"ה כאן מה יקיים הוא כל שהדליק אחר הוא לא עשה שום דבר והר"ן כתב שצריך להשתתף בפריטי וא"כ עכ"פ הוא עושה המצוה במה שנתן מעות ולכך יכול לברך בלמ"ד. ובזה יש לומר דמזה מוכח דהדלקה עושה מצוה דאם נימא דהנחה עושה מצוה א"כ יכול לעשות הדלקה ע"י שליח והוא יקיים ההנחה וע"כ דהדלקה עושה מצוה וכל שהדליק כבר נתקיים כל המצוה א"כ ישאר בלי מצוה וז"ב:

ה והנה הר"ן הקשה מהפרשת תרומות ומעשרות דיכול לעשות ע"י שליח ואפ"ה מברך בלמ"ד וכתב כיון דצריך דעת בעלים דאל"כ לא מועיל דבעינן אתם גם אתם וא"כ מקרי אי אפשר לעשות ע"י שליח וצ"ב לפמ"ש הרשב"א בנדרים דף ל"ו דדוקא כשמפריש משל בעה"ב הוא דצריך דעתו אבל כשתורם משלו על של בעה"ב א"צ דעתו וא"כ משכחת

לה ע"י שליח שלא מדעת בעה"ב וצ"ל דזה לא שכיח שיתרום משלו על של בעה"ב וצריך ביאור דא"כ בשחיטה דאפילו שחט אחר בלי דעת בעלים ג"כ כשר א"כ למה מברכין בעל וצ"ע. ובגוף קושית הר"ן מתרומות ומעשרות לפענ"ד כיון דזה אינו מצוה בפ"ע רק לתקן שיהיה מותר לאכול שלא יהיה טבל א"כ שפיר מברכין בלמ"ד דאינו רק תיקון הלאו ולפ"ז בשחיטה ג"כ יש לומר שאינו רק תיקון הלאו של אבמה"ח ועיין ט"ז סי' א' ביו"ד ודו"ק. ומדי דברי תמוה לי מ"ש בבכורות דף י"א דר"ה סבר דהפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי וכתבו התוס' דל"ד לתורם משלו על של חבירו דשאני התם דבעינן אתם גם אתם מדעתיכם אבל הכא לא כתיב בעלים והוא תימה דשם בתורם משלו על של חבירו לא שייך אתם גם אתם כמ"ש הרשב"א דדוקא בתורם משל בעה"ב שייך זאת וצ"ל דהתוס' מפרשי גם שם דאף בתורם משלו ג"כ אבעיא אי מועיל דאתם גם אתם אבל באמת בתוס' ישנים בנדרים שם כתוב ג"כ כמ"ש הרשב"א. וראיתי במלמ"ל פ"י מתרומות שהקשה על התוס' בכורות הנ"ל מה דמחלקי בין תרומה לפדיון דהא כל שליחות מתרומה ילפינן וא"כ בעינן כמו בתרומה אתם גם אתם מדעתיכם. ולפמ"ש לק"מ דבאמת בתורם משל הבעה"ב שייך אתם גם אתם אבל בתורם משלו על של בעה"ב בזה יש לחלק בין תרומה כיון דכתיב ביה אתם גם אתם יש לומר דאף בתורם משלו על של בעה"ב לא מהני משא"כ בפדיון דלא כתיב בעלים ול"ק קושית המלמ"ל הנ"ל אבל מה שהקשיתי קשה דהא גם בתרומה מועיל מה שתורם משלו על של בעה"ב לולא דניחא ליה לעשות המצוה בשלו כדאמרו בנדרים וצ"ל דהתוס' ס"ל דגם בתורם משלו כל דמצינו בתורם דהתורה הקפידה שיהי' בעלים תורמים אף בתורם משלו לא מועיל אבל בתוס' בנדרים לא כתבו כן וצ"ע. אמנם לפענ"ד בגוף קושית הרשב"א דבתרומה לא משום דניחא ליה אתינן עלה רק משום דבעינן אתם מדעתיכם לפענ"ד דהאבעיא הוא כל דניחא ליה הוה זכיה מטעם שליחות והוה כמו שעשאו שליח ומה דממעטינן מאתם גם אתם לדעתיכם היינו משום דאפשר דניחא לי' לקיים מצוה בעצמו ואין כאן זכייה ולא הוה שליחות אבל אם נימא דניחא ליה שוב הוה כשליחות וזה גופא האבעיא אי מה שהתורה אמרה אתם גם אתם הוא דוקא בשלא מדעתו או דוקא משום דלא ניחא לי' אבל אם היה ניחא ליה הוה ג"כ כמו ששלחו דזכייה היא מטעם שליחות או דלמא דזכיה לא הוה שליחות רק כזכות הוא והוה דינו כמו שלא שלח שליח ול"מ וא"כ מה דאמרו בחולין דאי שמע אחר ל"מ אף דניחא לי' היינו מטעם דזכייה אינו שליחות ועיין קצה"ח סי' ק"ה דכתב דזכייה לאו מתורת שליחות וא"כ כל דלא הוה כעשהו שליח אף דניחא ליה לא מהני דבאמת היה חפץ לחסר ממונו ושיעשה הוא בעצמו המצוה וא"כ זה

גופא האבעיא אי זכיה מטעם שליחות ומועיל דהוה כעשאו שליח או דלא הוה כעשאו שליח וא"כ בחולין דעשה בהדיא לאחר לתרום והלך זה ותרם זה ל"מ דלא הוה כעשאו שליח ודו"ק. ובזה הי' מקום ליישב קושית התוס' בבכורות הנ"ל וכמ"ש ודו"ק:

סימן קנא

א נסתפקתי במי שנתחייב לחבירו שבועת מודה במקצת שהיא שבועה דאורייתא ושבועה דאורייתא א"י להפך אמנם זה רצה וויתר לו שיקבל הלה ויפטר והלך זה והפך הקבלה עליו.

ב ולפענ"ד שיכול לטעון ע"ז לא מחלתי לו השבועה שבאמת זה מחוייב לשבע רק שהלה וויתר לו וכיון שהפכת עלי מה הרווחתי והוה מחילה בטעות ולכל השיטות במחילה בטעות בין לפמ"ש התוס' בשם ר"ת ובין לפמ"ש הריב"ש סי' של"ה בשיטת ר"ת כאן הוה מחילה בטעות ויכול לומר אדעתא דהכי לא מחלתי לך השבועה וזה יקבל מקודם ואח"כ ישבע הלה או דלמא כיון דידע מתחלה שיוכל להפך הקבלה עליו וא"כ מחל מדעתו והוה מחילה וכעין מ"ש הריב"ש סי' של"ה שאם טעה בדין דהוה מחילה כל שמחל מדעתו וה"ה כאן וצ"ע:

סימן קנב

א כאשר למדתי מס' הוריות ובהגיעי בימים האלה לדף י"ב ראיתי בהא דאבעיא רבא מר"נ משיח שנצטרע מהו באלמנה מדחי דחי או מפטר פטור ופירש"י מי אמרינן כהונה גדולה מדחי דחי להאי מאלמנה או דלמא כהונה גדולה מפטר פטור להאי מאלמנה וכי נצטרע דליכא כהונה גדולה לא פטר ומותר באלמנה ונפלאתי מאד מהו ענין דמפטר פטר הא התורה אסרה לכה"ג באלמנה ואיך שייך לומר דרק מפטר פטר וגם מה לשון פטור ומי חייבו באלמנה דאצטריך למפטר.

ב וד' יודע שנצטערתי מאד להבין דברי הש"ס ואין לי פה שום ספר לא הב"ש ולא שאר ספרים לעיין אם הרגישו בזה ומ"ש בזה. ולולא דמסתפינא אמרתי פירוש אחר דהנה פ"ד כהן מותר בגיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו כמבואר ביבמות דף ע"ו וכן קיי"ל כמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' ה' והחלקת מחוקק נסתפק אם מותר בגרושה וחללה והביא ראיה דהרי פ"ד היא אחת מהמומין ומ"מ אוכל בקדשים ועיין בב"ש וב"מ. ובזה נראה לי דהא דמבעיא ליה כאן אי מדחא קדחי היינו דאזלא קדושתו כשנצטרע וא"כ מותר או דלמא רק מפטר פטר לי' מעבודה אבל עדן בקדושתו קאי. ובזה מיושב היטב מה דקשה לפירש"י למה לא בעי בכל כהן לענין גרושה וחללה ולפמ"ש אתי שפיר דבעי לענין כהן גדול דקדושתו חמורה ה"א דלא נדחה מקדושתו וע"ז פשיט לי' מוהוא דעדן בקדושתו

וצ"ע שלא מצאתי ברמב"ם שיזכיר מדין מומין שיהיה אסור באלמנה וכן בנצטרע וצ"ע. ולפ"ז מבואר דגם פ"ד בקדושתו קאי לכל הדברים ומה דמותר בגיורת מזה ראיה למ"ש הראב"ד פט"ו מא"ב ה"ב דפ"ד דאסור הוא כדי שלא תזנה תחתי' והממזרות רבה ולפ"ז לכך מותר לישא גיורת שאינו בכלל קדושה דלא תהי' קדש וקהל גרים לא אקרי קהל כנלפענ"ד ודברי רש"י צ"ע ועיין מ"ק י"ד דמרבה מקרא והצרוע לרבות כה"ג ואלולי קרא ה"א דכה"ג לא מוזהר בצרעת משום דקדושתו חמורה. שוב ראיתי בספר הורה גבר שהביא דברי תוספת הרא"ש שתמה על פירש"י ומ"ש הוא בזה דחוק ולפענ"ד מ"ש נכון מאוד:

סימן קנג

א ראיתי בספר תרומת הכרי לאחי הקצה"ח שבסי' רס"ב האריך וחקר אי מועיל ביאוש חזרה קודם שזכה בו אדם והביא בשם אחיו הקצה"ח ראי' דיאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה דאל"כ יקשה בהא דמקשה בב"ק ואי אמרת יאוש קונה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך הא מכי מטא זמן איסורא איאושי קא מייאש ומשני לפי שזה אינו רוצה לקנות ולפ"ז יקשה דהא מ"מ כל שזה ייאש עצמו נפיק מרשותו אף שלא אתי לרשות זוכה וא"כ היאך יוכל לומר הרי שלך לפניך וע"ש דל"מ יאוש עד דאתי לרשות זוכה ע"ש ולפענ"ד יש ליישב דבאמת יאוש לענין מציאה יש לומר דלא בעי אתי לרשות זוכה רק בגזלן דבאמת אינו יאוש גמור שהרי אינו מתייאש רק לגבי הגזלן ועיין בתוס' ב"ק דף ס"ט ד"ה כל וא"כ כל שזה אינו רוצה לקנות א"כ שוב לא שייך לומר דיצא מרשות בעלים דהא לא הוה יאוש לכל רק לגבי הגזלן וכל שזה אינו רוצה לקנות שוב לא יצא מרשות בעלים וז"ב כשמש דיש חילוק בין יאוש דמציאה ליאוש דגזילה וגניבה.

ב ובזה יש ליישב מה שהקשה שם דאי נימא דבעי אתי לרשות זוכה אמאי מציאת חשו"ק אינו רק מדרבנן והגוזל ממנו אינו חייב רק מפני דרכי שלום והא כיון של"מ יאוש רק באתי ליד הזוכה א"כ הו"ל כדעת אחרת מקנה דמועיל אף בקטן והקצה"ח א"ל שלא ידע מה להשיב ולפמ"ש אתי שפיר דבמציאה ודאי לא בעי שיזכה בו אחר אבל בגזילה בעינן שיזכה בו אחר וכמ"ש ודו"ק. וראיתי במקור חיים סי' תמ"ח שכתב ג"כ דיאוש אינו כהפקר ובעי דאתי לרשות זוכה ובזה פירש דברי התוס' ב"ק דף ס"ו ד"ה כיון שכתבו דיאוש אינו כהפקר דאל"כ אפילו בתר דאתי לידי' באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר וביאר הטעם כיון דנימא דיאוש הוה כהפקר א"כ לא בעי עד דאתי לרשות זוכה א"כ מה חילוק יש בין בא לידו בהיתר בין אתי לידי' באיסורא דניהו דבאיסורא לא זכה ביה הזוכה אבל מכל מקום יצא מרשות הבעלים וא"כ א"י לתבוע גוף החפץ רק

דמים יוכל לתבוע ע"ש שהאריך ולפמ"ש שוב ל"ק קושית התוס' דבשלמא באתי לידי' בהיתרא שפיר מועיל יאוש ויצא מרשות בעלים אף דלא זכה בו הקונה אבל באתי לידי' באיסורא צריך שיזכה בו מי שזכה דאל"כ לא הוה יאוש וז"ב כשמש. והנה בתרומת הכרי הקשה בהא דאמרו בגיטין דף נ"ג ע"ב אי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק אמאי אמר הרי שלך לפניך והא הוה שינוי ואסיק בתיובתא ואמאי לא משני כדמשני בב"ק דזה אינו רוצה לקנות וכמו ביאוש דאמרינן דלא נקנה לו כל היכא דלא רצה לקנות ה"ה ע"י שינוי. ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דזה לא קנה מכל מקום יצא מרשות בעלים והוה אינו שלו ואיך יוכל לומר הרי שלך לפניך וכאן לא שייך לומר דלא יצא מרשות בעלים דהרי באמת יצא מרשות בעלים דהא נשתנה ודו"ק. והנה היש"ש פרק הגוזל חידש דבשומר אינו יכול לומר הרי שלך לפניך דהא קיבל שמירה דדוקא בגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך דלא קיבל שמירה והש"ך סי' שס"ג השיג עליו דא"כ מה אמרו בב"ק דף צ"ח מאן תנא דאמר משנגמר דינו אין עד שלא נגמר דינו לא רבנן וקתני חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ור"ח אמר אי משכחת להו לא תימא להו ולא מידי ומה ראיה מגזלן לשומר דלמא שאני שומר ועיין שער המלך הלכות חובל ומזיק פ"ז שהאריך בזה וגם הקשה מתחלת הסוגיא דאמרו מאן תנא ר"י הוא והוצרך ר"ח למימר דפליגי בגומרין דינו ולמה לא אמר בפשיטות דאפילו כרבנן אתיא דשאני גזלן משומר וכבר כתבתי בזה הרבה דברים. וכעת נראה דבר חדש דהנה באמת התוס' בב"ק דף נ"ו ע"ב ד"ה פשיטא כתבו דלענין כחשא דהדרא ופירות שהרקיבו גזלן קיל משומר דגזלן אומר הרי שלך לפניך דלא חשיב שינוי משא"כ שומר וכבר האריך בזה השעה"מ שם דמשמע כן מדברי התוס' אבל הקשה על דברי התוס' גופא דא"כ למה לא משני בפשיטות דאתיא כרבנן ושאני שומר אך נראה דלפמ"ש התוס' שם דסברא היא דגזלן נכנס תחת הבעלים ונתחייב בשמירתן לפי שאין הבעלים יכולין לשמור נתחייב הגזלן בשמירה ולפ"ז לענין חמץ בפסח דהנגזל אינו עובר על ב"י דלא יכול למכור ולא לבטל רק הגזלן עובר על ב"י א"כ שוב הגזלן נכנס תחת הבעלים וחייב בשמירתן וא"כ גם גזלן דינו כשומר ואיך יוכל לומר הרי שלך לפניך כיון דהגזלן הוציאו מרשותן ונתחייב בשמירה ולמה לא מכר החמץ וע"כ משום דגם שומר יכול לומר הרי שלך לפניך ושפיר דייק דלא כר"ח והש"ס הוצרך לחלק דנחלקו בגומרין דינו של שור.

ג איברא דלפמ"ש הנוב"י לחדש דמותר להנגזל חמץ לאח"פ א"כ שוב לא שייך דחייב בשמירה. אך זה אינו דמלבד דלא קיי"ל כן כמ"ש הרמב"ן בליקוטי פסחים אף גם דזה דוקא כשיוכל לומר הרי שלך לפניך א"כ לא שייך קנס דלמי קנסו דהא הגזלן יכול לומר

הרי שלך לפניך אבל אם לא נימא הרי שלך לפניך שוב שייך לקנוס להגזלן ושוב יאסר החמץ ושפיר נתחייב בשמירה ודו"ק: ובזה מיושב הא דאמרו דא"כ לפלוגי בחמץ בפסח ולכאורה מה אולמא חמץ בפסח משור הנסקל ולפמ"ש אתי שפיר דבחמץ בפסח שייך חיוב שמירה וכמ"ש ודו"ק. והנה זה רבות בשנים שהקשיתי במה דאמרו אי אהדרת ניהלי' הוה מעריקנא לי' לאגמא השתא אתפסתי' בידא דלא מצינא לאשתעי דינא בהדי' והקשיתי לפי מה דאמרו בחולין דף קל"ט דלא גמר דינא ובעי לקיומא ובערת הרע מקרבך ופירש"י כל הפוגע בחייבי מיתות מצוה שיביאו לב"ד וא"כ שפיר עביד זה שהביאו לב"ד והארכתי שם במה שנחלקו הרמב"ם והרמב"ן אי המצוה על הב"ד דוקא או על כל איש ע"ש במגלת אסתר וכעת נראה דיש ליישב דעיקר הכוונה היא דאיך שייך שיאמר הרי שלך לפניך והא לא החזיר כלל והוליכו לב"ד למקטל וניהו דמצוה קעביד אבל מכל מקום לא נפטר מחיוב שמירתו ולא מצי למפטר נפשיה בזו החזרה רק שלא יאמר מה בכך הא תפסי' לי' מידך ומה הזיקתך וע"ז אמר דאנא הוה מעריקנא לי' לאגמא וא"כ עכ"פ לא החזרת לי מידי. ובזה יש ליישב דברי התוס' שהקשו דאי חשוב היזק שאינו ניכר אפילו אתפסי' בידים לא יתחייב ותמה המלמ"ל פ"ג מגזילה דמה זו קושיא הא כל שהתפיסו בידים חייב אף בהיזק שאינו ניכר ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דחייב באתפסי' בידים משום שלא יהא כל אחד הולך וכו' וכאן שבאמת מצוה קעביד במה שהביאו רק שלא יוכל לומר הרי שלך לפניך וע"ז שפיר הקשו דאי היזק שאינו ניכר הוא פטור אף כשאתפסי' דהא כאן עביד מצוה: איברא דקשה גם על מה דקאמר הוה מעריקנא ליה לאגמא והא מחויב לעשות המצוה לקיים ובערת הרע מקרבך וכאן ל"ש כמ"ש התוס' בדף מ"ם דיכול לומר הייתי עושה כל התפעלות עד יתפשר עמי דזה לא שייך כאן אמנם נראה דלפי מה דאמרו בדף צ' דיכול לשהותו לרדיא א"כ הוה מעריק ליה לאגמא והי' מוותר דמי רדיא איברא דלפ"ז יקשה על ר"י דניהו דגומרין שלא בפניו מכל מקום היה יכול להרויח דמי רדיא וצ"ל דזה לא חשיב רק גרמא בעלמא. אמנם העיקר נראה לפי מה דאמרו בדף צ' דאם קדמו ודנוהו לא משהינן ליה דהוה עינוי הדין א"כ לרבנן דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו הוה מעריק ליה לאגמא ולא יכלו לדונו ושייך לומר הוה מעריק ליה והיה יכול להשהות אותו לרדיא אבל לר"י דגומרין דינו של שור שלא בפניו א"כ כל שדנו אותו אי אפשר להשהותו ושוב הי' מצוה לקיים ובערת הרע ודו"ק היטב: והנה בגיטין דף נ"ג ע"ב פריך הש"ס אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק האי גזלן הוא וממונא מעליא בעי שלומי והקשו בתוס' מה מדמה מטמא בידים למה שאינו עושה בידים ויכול לומר הרי שלך לפניך ולפענ"ד נראה דהקושיא הוא דחמץ

בפסח דחייב בשמירה ושומר א"י לומר הרי שלך לפניך ואף דנימא דיכול לומר אבל אי היזק שא"נ שמי' היזק בודאי א"י לומר הש"ל ודו"ק. והנה בהא דאמר א"כ לפלוגי בחמץ בפסח קשה לי לפמ"ש הנוב"י דבגזלן שאומר הרי שלך לפניך מותר להנגזל החמץ דלא שייך קנס דהנגזל לא עבר ובגזלן ל"ש קנס דהא יכול לומר הש"ל וק"ל לפ"ז מה פריך ולפלגו בחמץ בפסח דהא יש לומר דלרבותא קתני בשור הנסקל דחמץ בפסח יש לומר דלכך יכול לומר הרי שלך לפניך דהא אם יחזיר לו לא יפסד הנגזל דלנגזל מותר אבל בשור הנסקל דהפסיד לנגזל שוב אינו יכול לומר הרי שלך לפניך וא"ל דאם לא אומרים הש"ל שוב הי' נאסר להגזלן דשייך קנס ושוב אסור להנגזל ולכל העולם כמ"ש הנוב"י שם בהדיא וכ"כ במהד"ב חאו"ח סי' ס"ה דז"א דאכתי קשה דמה ראיה מחמץ בפסח שם שפיר אמרינן הש"ל משום דעכ"פ הנגזל לא יפסיד עי"ז אבל במקום דיפסיד שפיר אין אומרים בא"ה הש"ל ועכ"פ לא הוה רבותא כ"כ כמו בשור הנסקל והיא קושיא גדולה לפענ"ד. והנראה בזה לפמ"ש התוס' בשבת דף נ"ח דשינוי מעשה חשיב כל שנאסר בהנאה א"כ איך יכול לומר הרי שלך לפניך דניהו דלהנגזל אינו אסור אבל איך יוכל לומר הרי שלך לפניך הא אינו מחזיר כמו שנתן לו וע"כ דיכול לומר הרי שלך לפניך בא"ה דעכ"פ בכמות לא נשתנה אף דהוה כשינוי מעשה וה"ה בזה. איברא דאכתי קשה לפ"ז מה פריך לפלגי בחמץ בפסח הא יש לומר דאדרבא בחמץ בפסח אין כאן רבותא כיון דאם יחזיר יהיה מותר להנגזל א"כ שוב לגבי הנגזל ל"ח שינוי מעשה ולכך יכול לומר הש"ל אבל בשור הנסקל דיהי' שינוי מעשה גם לגבי הנגזל לא יוכל להחזיר.

ד אמנם בגוף הדבר נראה לפענ"ד דל"ח כאן שינוי מעשה דאטו השומר יכול לשנות דבר שאינו שלו ולאסור דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו והוא באמת לא עשה מעשה רק דממילא ע"י א"ה הוה כשינוי מעשה אבל כיון שאינו שלו שפיר יכול לומר הש"ל ולא אסר הדבר כלל ובלא"ה אין השומר קונה בשינוי כלל כמ"ש התוס' בב"ק דף נ"ו ועיין במהרי"ט אלגזי הלכות בכורות דף ע"ג דפוס פרעשבורג גבי קנסו בנו אחריו שכתב ככל דברי הנוב"י וגם הוא לא ראה דברי הרמב"ן בלקוטים ע"ש ועיין בים התלמוד בדף מ"ה ובמפה"י שם. והנה לכאורה רציתי לומר במה שהקשיתי דמה פריך לפלוגי בחמץ בפסח דאדרבא בחמץ בפסח יש לומר דודאי אומר הרי שלך לפניך דהא להנגזל יהיה מותר דהרי הש"ס קאי לענין שומר ובשומר יהיה אסור להמפקיד דהמפקיד הי' יכול לבערו ועובר על ב"י וכמבואר סי' תמ"ג ושפיר פריך לפלוגי בחמץ בפסח אבל מה אעשה דרש"י פירש לפלוגי בחמץ בפסח דהיינו בגזל ע"ש ובחק יעקב סי' תמ"ג שם וא"כ לגבי גזל קשה קושייתי ובאמת מה שפירש"י לענין גזל מזה מוכח כשיטת

הרש"ל דבשומר ל"ש הש"ל לרבנן ורבה דאמר דכ"ע אומרים בא"ה הש"ל היינו לענין גזל אבל בשומר לא שייך הש"ל אבל א"כ צ"ב למה הוצרך רבה לחדש דפליגי בגומרין דינו של שור ות"ל דבשומר לא שייך הש"ל והרש"ל כתב דדוקא גבי שור הנסקל לא שייך הש"ל משום דא"ל הוה מעריקנא אבל זה תימה דלמה צריך לה"ט ולא נימא סתם דאין אומרים הש"ל לגבי שומר. אמנם נראה דשאני שור הנסקל מכל א"ה דבחמץ בפסח עד"מ משעה שנאסר אין שום חילוק בו אבל בשור הנסקל דכל שלא נגמר דינו רבנן ג"כ ס"ל דמכרו מכור והחזירו מוחזר אף דעומד להסקל מכל מקום כל שלא נגמר דינו יכול לומר הש"ל א"כ בשלמא לרבנן דס"ל דאין גומרין דינו של שור שלא בפניו אינו עומד להסקל כל שלא נגמר דינו אבל לר' יעקב דס"ל גומרין דינו של שור שלא בפניו וא"כ עומד להסקל ולכך ס"ל לר' יעקב דאף משנגמר דינו יכול לומר הש"ל דהרי קודם שנגמר דינו לכ"ע יכול לומר הש"ל ולר' יעקב לא נשתנה מקודם שנגמר דינו לאח"כ והי' עומד לגמר דינו ואפ"ה אומר לו הש"ל וא"כ יכול לומר מאי אפסדתיך וא"ל דלר' יעקב מהראוי גם קודם שנגמר דינו לא יאמר לו הש"ל דזה אינו דבזה בודאי לא מסתבר כיון דמ"מ לא נגמר דינו ויכול למכרו ולהקדישו פשיטא דיכול לומר הש"ל ממילא גם לאחר שנגמר דינו לר' יעקב יכול לומר הש"ל וז"ב כשמש ודו"ק אבל בגזלן בודאי יכול לומר הש"ל ובזה ניחא מה שלא הקשה הש"ך רק ממה דאשכחי' ר"ח לרבה ולא אקשה תיכף למה הוצרך רבה לומר דפליגי בגומרין דינו של שור שלא בפניו משום דמזה לא קשה וכמ"ש ועיין שער המלך שם שהקשה מגוף הברייתא דר"ח אוקמא כר"י ורבה אוקמא דפליגי בגומרין דינו של שור שלא בפניו לימא דשאני שומר ולפמ"ש אתי שפיר דגם בשומר קשה מה חילוק יש בין גומרין דינו או לא דהרי גם לרבנן איכא חילוק בין נגמר דינו ללא נגמר דינו וא"כ ע"כ דפליגי בזה אי גומרין כמ"ש ולר"ח באמת היה ס"ל דלר' יעקב אף בשומר אומר הש"ל ורבה לא אמר דכ"ע ס"ל אומרים הש"ל רק בגזלן ולא בשומר וכמ"ש ודוק והנה המ"א סי' תמ"ג נסתפק באם הי' לו משכון חמץ אי יכול לומר הש"ל ובעט"ז נדפס בשם מהרי"ץ שפיץ דכל הטעם דיכול לומר הש"ל בא"ה דאל"כ יהנה האחר מא"ה וא"כ במשכון לא שייך זאת יעו"ש ובאמת שזה אינו דמלבד דלפי דברי הנוב"י אין מקום לדבריו דהנגזל יוכל להנות דלדידיה מותר וכבר הרגיש הנוב"י בעצמו במהד"ב דלדבריו אין מקום לדברי המהרי"ץ. אך אף אם נימא דגם להנגזל אסור וכמ"ש הרמב"ן בלקוטיו גוף טעמו של המהרי"ץ דלכך אומרים בא"ה הש"ל משום דאל"ה יהנה האחר לא נהירא דהטעם פשוט דבעינן כעין שגזל וכל שלא נשתנה מכמות שהיה יכול להשיב אף שהן א"ה וז"פ. ויש להמתיק הדברים כיון דעיקר המצוה הוא

להשיב את הגזילה כ"ז שהוא בעין רק דכשאינו בעין מחויב בדמים א"כ גם שהוא א"ה יכול לומר אנא בעינא לקיים מצות השבה בגוף הגזילה אף שהוא א"ה מכל מקום יכול להשיב לקיים עיקר המצוה. איברא דלפ"ז למה יהיה חילוק בגזלן לבין קודם שנגמר דינו לאח"כ הא גם לאח"כ יכול לטעון אני רוצה לקיים מצות השבה כמו שהוא בעין וכעין שגזל. ואולי יש בזה ליישב דברי הרש"ל דלכך חזר ר"ח מהך ברייתא דהא אם נימא דגזל בא"ה יכול לומר הרי שלך לפניך משום דרוצה לקיים מצות השבה כשהוא בעין דא"כ למה לא יוכל לומר הש"ל גם כשנגמר דינו וע"כ משום דגם בשומר יכול לומר הרי שלך לפניך ואין חילוק בין גזל לשומר רק דהי' יכול לומר אתפסתי' בידא דל"מ לאשתעויי דינא בהדי' ורק לפי מה דמבואר במשנה דאף לאחר שנגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך וכן קי"ל שפיר מחלקינן בין שומר לגזלן ודוק ועיין לזקני שער אפרים סי' כ"ח שנדחק ג"כ בדברי הרש"ל ולפענ"ד כמ"ש כן עיקר. והנה במ"ש הרמב"ם פ"ב משכירות ה"ב דאם פשע בשטרות ועבדים וקרקעות דחייב שהפושע כמזיק והראב"ד השיגו ועש"ך סי' ס"ו שהאריך בזה לכאורה צ"ב דמה בכך דפושע הוה כמזיק הא מזיק גופא כל שאינו היזק בידים פטור ומכ"ש בפשע שלא שמר ל"ש דהוה מזיק. אמנם זה אינו דניהו דלא הזיק בידים כל שנעשה שומר וחייב לשמור ולא שמר שוב חייב אף על היזק שאינו בידים דעכ"פ לא שמר ובפרט בהיזק הניכר שנגנב או נאבד פשיטא דאף באינו בידים חייב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דהקשה הש"ך על התוס' ב"מ דף נ"ז ע"ב שהביאו ראיה דפטור אפילו בפשיעה דאל"כ לוקמא הא דקתני השוכר את הפועל דמשלם כשפשע וע"כ דאף בפשיעה פטור ותמה הש"ך וקדמו הריטב"א דא"כ גם ש"ח חייב ועיין תומים מה שהפליא בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אינו מזיק בידים רק דחייב על קבלת שמירתו וכיון דש"ח באמת אינו חייב מצד השמירה כמ"ש בשטמ"ק בב"מ דף צ"ד דלא מצינו שיתחייב האדם כל שאינו מקבל שכר ורק מפני שזה נשען על שמירתו ע"ש בהא דאמרו בשקנו מידו ולפ"ז כיון דבשטרות ועבדי' וקרקעות פטרה התורה משמירה רק בפשיעה חייב מטעם דהוה כמזיק ולפ"ז ש"ח דבאמת לא סמך על שמירתו שהרי התורה פטרה מגניבה ואבידה וכל שכן באונסין ניהו דפשיעה חייב היינו מטעם מזיק וכל דלא הזיק בידים א"כ ש"ח דאינו חייב בשמירה רק מטעם שזה סמך על שמירתו וכאן ל"ש זאת א"כ שוב פטור גם בפשיעה דאינו היזק בידים ועל השמירה לא חייב ודוק היטב:

ה והנה הרב בעל אור החיים פרשת משפטים על פסוק אם בעליו עמו כתב בסוף דבריו דאף להרמב"ם דמחייב בשטרות עבדים וקרקעות בפשיעה מ"מ בהקדשות פטור ע"ש

שכתב שכן נראה מדבריו ובראותי זאת בש"ק פרשת משפטים תרכ"ו תמהתי דניהו שהרמב"ם בהלכה א' כלל הקדשות עם שטועו"ק ובה"ב לא הזכיר רק שטרות עבדי' וקרקעות אבל מ"ט יש לחלק בזה בין שטוע"ק לבין הקדשות ומהטור סי' ש"א ומש"ע שם מבואר בהדיא דגם בהקדשות חייב בפשיעה להרמב"ם וכ"כ במלמ"ל פ"ב משכירות שם. אמנם נתיישבתי דבאמת פושע חייב מטעם דהוה כמזיק והרי בהקדש שיטת התוס' דאפילו מזיק פטור וכמ"ש בתוס' ב"ק דף ו' ובב"מ דף צ"ט דאף מקרן פטור ע"ש וא"כ מכ"ש בפשיעה דפטור ודברי אור החיים נראים. שוב מצאתי בפני יהושע בב"מ דף נ"ח שהעיר כן דבהקדשות מהראוי ליפטור בפשיעה דגם מזיק בהקדש פטור ונהניתי ע"ש שנדחק דהרמב"ם ס"ל דאינו פטור מזיק בהקדש רק מחומש ולא מהקרן ואף דהתוס' הביאו בשם הירושלמי דאין נזקין בהקדש מ"מ בבלי לא ס"ל כן וכ"ז נדחק לפי הבנת הטור והש"ע בדברי הרמב"ם אבל לפי מה שנראה מלשון הרמב"ם דלא כתב רק בשטרות ועבדים וקרקעות א"כ אדרבא בדקדוק גמור השמיט הרמב"ם הקדשות והאור החיים הטיב לראות אף שלא הזכיר שמהטור וש"ע לא נראה כן ומכל מקום קושית המלמ"ל שם מארנקי של צדקה קשה דניהו דבהקדשות פטור בפשיעה אבל צדקה דין הדיוט יש לו ומהראוי להתחייב בפשיעה. אמנם נראה דכיון דעיקר החיוב הוא על שקיבל שמירה ופשע וכל דממעט מלשמור ולא לחלק לעניים דהו"ל ממון שאין לו תובעים א"כ לא שייך לחייב בפשיעה דהא לא חייב בשמירה כלל ומזיק בידים לא הוה רק שפשע ולא שמר וזה פטור וז"ב. שוב ראיתי בתומים סי' ס"ו שם ובנתיבות סי' ש"א שכתבו כעין זה בישוב הקושיא הלז אבל לא דבריהם דברי ועיין מלמ"ל פ"ב מגניבה ה"א שהביא בפשיטות דברי התוס' דאפילו מקרן פטור בהקדש ומשמע דגם הרמב"ם ס"ל כן וא"כ בדקדוק כתב הרמב"ם והשמיט הקדש ודוק:

1 והנה במה שהארכתי לעיל בדברי הישׁ"ש פרק הגוזל סי' כ' שכתב ליישב דברי הרמב"ם פי"א מנ"מ ופ"ג מגזילה דמחלק בין שומר לגזלן והלח"מ תירץ דהרמב"ם מיירי בתפסו ב"ד מאליו כמ"ש רש"י דבתפסו ב"ד מאליו יכול לומר הש"ל ע"ש. והנה השעה"מ הקשה דאם כן היאך אמרו בב"ק ע"א דס"ל לר"י כר' יעקב דאמר אם החזירו מוחזר וס"ל כר"ש ולמה לי הך דר' יעקב ואף אי ס"ל כרבנן הא יש לאוקמא בתפסו ב"ד מאליו והוי דבר הגורם לממון דהרי הי' יכול לומר הש"ל. והנראה בזה דהנה הלח"מ הקשה עוד דהרמב"ם פסק דאין גומרין דינו של שור אלא בפני הבעלים ובש"ס משמע דא"ל הוה מעריקנא לי' לאגמא ומשמע דעל השור קאי וכתב דהכי קאמר דהוה מעריקנא לי' לאגמא והייתי אומר דנאבד ואין כאן הבעלים דמי יודע מי לקחו ומי בעליו אבל השתא

אתה היית הבעלים ע"ש. והנה לכאורה קשה בב"ק ע"א דאמרו דהועד בבית שומר והרי נודע דברי הצ"ץ סי' ל"א דהא דדבר הגורם לממון כממון דמי אינו רק כשאינו בעין ולא כשהוא בעין וא"כ היאך הוה השומר בעליו הא באמת הוא אסור בהנאה וכ"ז שהוא בעין אינו שוה כלום ואינו בעליו כלל דאף שיש לו זכות שיכול לומר הש"ל מטעם הגורם לממון אבל כ"ז שהוא בעין לא מקרי ממון והיאך גמרו דינו שלא בפני בע"ד. אמנם באמת ר' יעקב ס"ל דגומרין דינו של שור שלא בפניו וא"כ שפיר נגמר דינו של שור בפני השומר ומעתה לזה הוצרך לאוקמא כר' יעקב. ובזה יש ליישב מה שהקשה בספר בגדי כהונה דכאן מוקי הש"ס ר"מ כר' יעקב ובגיטין דף נ"ג רצו לאוקמא דר"מ ס"ל היזק שאינו ניכר שמיה היזק וא"כ היאך יכול לומר הש"ל הא עכ"פ היזק שאינו ניכר שמיה היזק וכקושית הש"ס בגיטין שם.

ז ולפמ"ש אתי שפיר דלא מוקי כר' יעקב בזה דס"ל אומרים בא"ה הש"ל רק דעכ"פ יכולין לגמור דינו של שור שלא בפניו והו"ל דבר הגורם לממון שהי' יכול לפטור עצמו מיהו זה אינו דעכ"פ עשה לו היזק שאינו ניכר. אך י"ל כיון דמיירי בתפסו ב"ד מאליו וכמ"ש הלח"מ וכל שלא עשה בידים אף אם היזק שאינו ניכר שמיה היזק פטור וכמ"ש התוס' בגיטין דף נ"ג שם ודוק. אמנם בגוף דברי הצ"ץ סי' ל"א הנ"ל ואחריו החזיק בקצה"ח סימן שפ"ו דדבר הגורם לממון אינו רק כשאינו בעין הנה מדברי הש"ס כאן דמוקי לר"מ כר"ש וע"כ דלא מחייב משום דינא דגרמי וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דהו"ל כשק מלא מעות ע"ש והובא באבני מלואים ס"ק ס"א בסי' כ"ח ע"ש הרי דחייב משום דגרם לו היזק ולא הוה כשק מלא מעות דהא כ"ז שהוא בעין אינו שוה כלום וע"כ דגם כשהוא בעין חשוב כשק מלא מעות וצע"ג ועיין קצה"ח סי' שפ"ו ס"ק א'. ודרך אגב אזכיר מה שראיתי בשו"ת מהר"י ברונא הנדפס מחדש בסי' ר"א הקשה לשיטת הפוסקים דגם גרמא חייב ומבואר מתוס' גיטין דף נ"ג דאף ע"י גרמא חייב א"כ היאך אמרו בגיטין דף נ"ג דמנסך קלב"מ והא משכחת לה דאמר להגוי שינסך וזה חייב לשלם ע"י שגרם לו היזק ע"ש שהאריך וזה תורף דבריו ולפענ"ד ל"ק דא"כ היאך יתפרש המשנה דשוגג פטור והא בשוגג ודאי אינו חייב על גרמא דגם בגרמי כל שאינו מתכוין להזיק פטור מכ"ש בגרמא וע"כ דמיירי שהוא בעצמו נסך ועשה מעשה בידים וא"כ שפיר קאמר דהו"ל קלב"מ ובלא"ה נראה כיון דאמרו בע"ז דף נ"ט דיכול ליקח דמי היזיקו מיד הנכרי דמקלי קלי ליה וא"כ לא שייך לומר דמזיד חייב דהרי גם הנכרי חייב לו ורצה מזה גובה ורצה מזה גובה וע"כ דלא מיירי בכה"ג רק בנסך בעצמו ודו"ק:

סימן קנד

א על דברת הרב אבד"ק טשארטקיב.

ב הנה נשלח לי קונטרס מהרב הנ"ל בש"ק חיי על אודות החקירה העוברים אקיינוס המזרחי איך ישמור את השבת והאריך בזה בקונטרס הנ"ל ותמהתי וכי זה חדש הוא הא כבר נודע מ"ש הרז"ה ריש ר"ה שאין היום והלילה שוים כאחת בכל המקומות ויש חילוק בין שוכני ירושלים וא"י ובין שוכני קצה המערב בשש שעות ולשוכני קצה מזרח בח"י שעות וא"כ מה יעשו ביום השבת והמחבר כתב שלהאזרחים שם אין כאן שום חשש אבל על האורחים עיקר החשש שהם מונים ממקום אשר באו ויבאו שם ביום שהוא חול אליהם או להיפך אבל בשו"ת רדב"ז ה"א סי' ע"ו האריך בזה וכתב כי השבת נמסר לכל ישראל שימנה ששת ימים וביום השביעי ישבות ע"ש שהביא ראיות לזה אמנם אכתי לא נתיישב מה יעשה האורח שבא ממקום אחר לשם האם ימנה ביום שהוא שביעי אצלו או שימנה עמהם אבל באמת הפרשת דרכים בדרך עצב דרוש כ"ג הביא המדרש שאמר אפילו בשבת של חול ופירש שאף שאותו שבת הוא חול אפ"ה כל ששם הוא שבת יהיה שובת שם ואני פירשתי בזה מ"ש מועדי ד' אשר תקראו אותם מקראי קודש אלה הם מועדי ששת ימים תעשה מלאכה וביום השביעי שבת היא לד' בכל מושבותיכם והדבר יפלא כמ"ש רש"י שם וכי מה ענין שבת לכאן שמתחיל במועדות ופירשתי דהנה במועדים ג"כ יקשה זאת שבמקום אחד הוא יו"ט ובמקום אחד יתאחר אבל באמת זה ודאי ל"ק דהרי דרשו אתם אפילו מוטעים אתם אפילו שוגגין וא"כ לא גרע מה שיש הבדל בין המקומות מאילו טעו ועשו יו"ט בטעות וז"ש מועדי ד' אשר תקראו אותם דהיינו אתם אפילו מוטעים אלה הם מועדי אך זה ביו"ט אבל השבת הא קביעא וקיימא ומה נעשה בשבת וע"ז אמר ששת ימים תעשה מלאכה ויום השביעי שבת בכל מושבותיכם היינו לפי המקומות שיהיו שם אף שאינו שבת לפי האמת והיינו שבת של חול. ובזה מתיישב מה שתקנו אנשי כנה"ג ישמחו במלכותך שומרי שבת וקוראי עונג עם מקדשי שביעי והוא תימא דהא שבת קדושה וקביעא וקיימא וישראל לא מקדשי לשבת ולפמ"ש באמת גם ישראל מקדשי השבת אף שאינו שבת באמת. ולפ"ז נראה לי דבכ"מ שיבא הרי יום זה בקדושת שבת עליו באותו מקום לאזרחים היושבים שם וא"כ גם האורח הבא ממרחק קדושת שבת עליו וישבות ביום השבת שהוא אצלם ואחר כך כשיסע משם הלא האיש יחזור למקומו בכ"מ שיהי' שבת שם זה שבת גם להאורח וכשישוב לביתו יעשה שבת כפי מקומו וזה לפענ"ד מה שאמר ר' אליעזר משבח אני את העצלנים שאין יוצאין מבתיהן ברגל שנאמר ושמחת אתה וביתיך והיינו שלפעמים יש

מרחק יום או יומים ממקומו לעיר שרבו שם א"כ היו"ט מרוחק והוא אינו משמח את יו"ט בשוה עם אנשי ביתו אשתו והילדים שהם חנו ביום אחר ממה שהוא שם וע"כ אמר שאף שהתורה אמרה שבכ"מ לפי המקום שהוא הוא יו"ט אבל אינו שוה בזה לאנשי ביתו ולכך א"י לצאת מביתו לרבו ובסוכה דף כ"ז מחלק בין אתי ביומא או לא והיינו דכל שהוא ביום אחר אין הבדל בינו לבין אנשי ביתו. ובזה מיושב הא דהשמיטו הרמב"ם והפוסקים הך דר' יצחק דחייב לקבל פני רבו ברגל והחילוק בין אזיל ואתי ביומא ועיין שו"ת נו"ב מהד"ת חלק או"ח סי' ל"ב ועיין בחבורי יד שאול סי' רמ"ב. ולפמ"ש אתי שפיר דכל החילוק היה בזמן שקדשו עפ"י ראיה והי' כל מקום עושים החג לפי המקום אבל לדידן דמקדשין עפ"י ראיה א"כ שומרי' כל המקומות שוים ואף שהימים אינם שוים הא גם בשבת אינו שוה והתורה אמרה שכ"א ישבות לפי מקומו ודוק.

ג ועכ"פ זה נראה לי ברור דכל מקום שהוא בא שם שם ישבות דקדושת שבת במקום הזה. וזה לדעתי מה שאמרו דגוי ששבת ואמרו אפילו בשני בשבת והמהרש"א נדחק למה פרט דוקא שני בשבת ולפמ"ש יש לומר דלפעמים יש יום אחד הבדל בין השבת האמת להשבת שבכל מקום וא"כ גוי ששבת אף בשני בשבת כיון שיוכל להיות ששם הוא שבת ואסור לו לשבות ודוק ומה שהאריך בענין עבור השנים יעיין בצל"ח מ"ש בזה סוף ברכות:

סימן קנה

הנה היה אצלי ביוה"כ שעבר שני ילדים הנמהלים ואמרתי שיאמרו יום ליבשה והנה לפמ"ש המג"א סי' תקפ"א דא"א יום ליבשה בר"ה והטעם ביאר הלבוש דביו"ט צריך לסמוך גאולה לתפלה משא"כ בשבת ואף דיו"ט ג"כ אינו יום צרה עיין מחצית השקל מ"ש בזה בשם הלבוש מ"מ לפענ"ד ביוה"כ ודאי יכולין לומר יום ליבשה ומטעם דבאמת הלבוש נדחק למה א"א ביו"ט והלא יו"ט אינו יום צרה. אך לפענ"ד כיון דא"א בקיאין בקביעא דירחא וא"כ דלמא היום חול ולכך הוה יום צרה ואף לדידן דבקיאין בקביעא דירחא מ"מ משום גזירה דלמא אתי שמדא לכך מחמרינן ואף ר"ה לדידן עושין שני ימים מספק דלא כשיטת הרז"ה ועיין סי' ת"ר בב"י ולפ"ז יוה"כ דודאי בקיאין בקביעא דירחא שמנינו מיום ר"ה ואנן לא קי"ל להחמיר בזה לעשות שני ימים ועיין בב"י סי' תרכ"ד ומ"א שם וא"כ בודאי יש לומר דודאי הוה יום טוב ול"צ למסמך גאולה לתפלה וגם לפמ"ש הבאר הגולה בסי' קי"א דלכך ביו"ט צריך למסמך גאולה לתפלה והוה כשבת כנלפע"ד. שוב הוגד לי שגם הגאון ש"ב מוהר"ז ז"ל מבראד במטה אפרים כתב דבמקום

שנוהגין לומר ביוה"כ יום ליבשה נהפכו מצולים אין חשש ולפענ"ד הטעם ברור כמ"ש ודו"ק ועיין מגן גבורים סי' קי"א מ"ש נגד השאגת ארי' ודו"ק:

סימן קנו

א להרב החריף מוה' משה נ"י בן הגאון פני יוסף.

ב מה שהגיד לי קושיא בשם הרב מוה' יהושע ני' מסאקליב במ"ש התוס' בב"ב דף ע"ט ע"ב דלכך ס"ל לר"מ דהמקדש אחר שאשתחרר או לאחר שתשתחררי דמקודשת דהוה עבידא דאתי משום דמיירי בחציו עבד וחציו ב"ח וכן חציה שפחה דכופין רבם לשחרר והוה עבידי דאתי וע"ז הקשה דלפמ"ש הכ"מ בהא דאומר ליבמה תתקדש לי לאחר שיחליץ לך יבמך דמקודשת משום דכעת ג"כ הוה ספק חלות הקידושין וממילא מקודשת לאח"כ בודאי וא"כ הרי חציו עבד וחציו ב"ח שקידש הוה ספק מקודשת דהא בש"ס נסתפק דלא שייר בקנינו וא"כ שוב יחול לאח"כ בודאי אף לדידן לשיטת הכ"מ כיון דיש חלות הקידושין בספק גם כעת. ולפענ"ד ל"ק דשאני יבמה דהוה ספק כעת דיבמה שנתקדשה חל קידושי ספק כדאמר שמואל בעניותינו צריכה גט אבל כאן צד עבדות לא חל הקידושין רק על צד ב"ח דלא שייר בקנינו הו"ל קידושין לחציו אבל צד עבדות לא נתקדש כלל רק אח"כ כשישתחרר שיתקדש כלו וע"ז החלק לא חלו הקידושין כלל כעת והו"ל דבר שלבל"ע ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד להבין דברי חז"ל בהא דאמרו ביבמות צ"ב א"ר ינאי בחבורה נמנו וגמרו אין קידושין תופסין ביבמה א"ל ר' יוחנן לא משנתינו היא זו דתנן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחרר וכו' אינה מקודשת א"ל אי לאו דדלאי לך חספא מי משכחת מרגניתא ואינו מובן דמ"ש רש"י דאי לא אמרו לך לא הוה מסיק אדעתא דטעמא משום דלא תפסי בה קידושין רק משום דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע אף שיש בידו לקדשה עכשיו והוא תמוה דזה לא חשיב דבר שלבל"ע הא יכול לקדשה עכשיו ולפמ"ש הכ"מ אתי שפיר דרבי ינאי אמר דלא תפסי בה קידושין כלל ולכך הוה דבר שלבל"ע אבל לשמואל דאמר דתפסי בה קידושין מספק שוב לא מקרי דבר שלבל"ע ובגוף הספק של שמואל אי ללאו הוא דאתא או דלא תפסי בה קידושין הוא דאתי אינו מובן הספק. ולפענ"ד הספק דהנה המהרי"ט בראשונות סי' פ"ב כתב דמחזיקין מאיסור אשת איש לאיסור יבמה וכלם חלקו עליו וגם אני בעניי כתבתי בשו"ת שואל ומשיב דהדבר מבואר בגיטין דף פ"ו הרי יבמה דבעל אוסר ויבם מתיר התם יבם הוא דקאסר לה דאי מבעל שריא וקיימא ע"ש וכן כתבתי שמצאתי במהרי"ט עצמו שבשניות חזר בו וכתב הראיה שכתבתי ע"ש ולפ"ז זה דמספקא לי' אי יבמה אזל ליה חזקת א"א ורק ליבם חזיא וא"כ לא הוה רק לאו בעלמא ותפסי בה

קידושין ככל חייבי לאוין או דלמא לא תפסי בה קידושין דעדיין חזקת א"א עליה ודו"ק היטב ועיין בתוס' יבמות דף מ"ט ד"ה או כרב או כשמואל מה שהקשו בזה ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק ועיין בישועת יעקב סימן מ"ד ס"ק ג' שבמחכ"ת לא זכר דברי התוס' בב"ב דף ע"ט והוא כתב כיון דכופין שוב הו"ל מקודשת ודאי כדברי הכ"מ והיא קושית הרב מוהר"י הנ"ל וכבר כתבתי דלק"מ:

סימן קנז

היום בא לפני ספר אבני שהם מה שנדפס באונגוואר על כללי הש"ס ובדקתי בו מה שהביא בשם הרא"ה שכתב דאם קרובים מעידים ששני עדים קרובים העידו כך בב"ד נאמנים והוא מפלפל בזה. ולכאורה רציתי לומר דיש לחוש דלמא יבאו העדים הראשונים ויכחישו שלא העידו כלל דאז מהראוי להאמין להראשונים שהרי הם מעידין מפיהם והראשונים נאמנים כמ"ש הר"ן לענין עד מפי עד ואף דבח"מ וב"ש סימן י"ז שכתבו ששנים המעידים מפי אחד אינו נאמן להכחישם היינו בשביל שהם שנים נגד אחד אבל שנים לגבי שנים הם נאמנים להכחישם והיאך נוכל לסמוך על הקרובים. אמנם נראה כיון שהם מעידין שכך העידו בפני ב"ד פלוני א"כ בכה"ג הוה מלתא דעבידא לגלויי ובודאי לא משקרי ועיין כתובות ס"ח דאף קטן נאמן במלתא דעבידא לגלויי. ובזה הן נסתר מחמתו מ"ש המחבר הנ"ל בדברי התוס' בכתובות דף צ"ב ולפמ"ש מה ענינו לשם כאן הוה מלתא דעבידא לגלויי ואף דקיום שטרות ג"כ רק מלתא דעבידא לגלויי אבל לא דמי שם אינו רק מכח דרוב לא חציפי לחתום בשטר מזויף אבל כאן הם מעידים שכך העידו בב"ד והרי הב"ד ודאי יהי' נאמנים א"כ אין לך מלתא דעבידא לגלויי יותר מזה וגם מש"ס בב"ק דף כ"ח אין ראיה דזה לא מקרי בפסול כיון שהן רק מגלי מלתא שכן העידו בפני ב"ד א"כ עיקר העדות בא מכח עדים הראשונים ואין כאן שום פסול:

סימן קנח

ענין עדות מיוחדת בקידושין וגיטין אי מועיל הנה הרי"ף כתב בפרק מי שאחזו תוספתא ראוה ב' שנתיחדה וכו' אחד בשחרית ואחד בין הערבים זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפין וכתב הר"ן אף דבד"מ קיי"ל הלואה אחר הלואה מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעינן להו והנה הגאונים בספר נט"ש סי' ס"ז ס"ח ובשו"ת גוא"י סי' ל"ה האריכו להקשות דהא הש"ס אמר בקידושין דף ס"ה דלכך לא מהימן בע"ד בקידושין משום דמחייבי לאחריני אבל ד"מ לא חייב לאחריני ולפ"ז בעדות מיוחדת דמועיל בד"מ מהראוי שיועיל אף בקידושין יעו"ש וכ"כ בכמה תשובות ליישב והארכתי. וכעת נראה לי בפשיטות דל"ק דד"מ שאני דבאמת גם ע"א מועיל לשבועה אף דלגבי ממון לא מועיל

מכל מקום עכ"פ החזקת ממון אתרע דהרי עכ"פ צריך לשבע וכל שלא ישבע יצטרך לשלם וכבר כתב הרא"ש לענין מגו לאפטורי משבועה דשבועה חשוב ג"כ קצת כממון וא"כ כל שאיתרע ע"י עד הראשון שפיר מצטרף העד השני להוציא ממון דעכ"פ החזקה אתרע קצת אבל בקידושין דכל עד בפני עצמו לא גרע כלל מהחזקה שלה וא"כ שוב גם שניהם יחד לא מצטרף דמה שלא יצדק בנפרד לא יצדק במחובר וא"כ שוב מכח הודאת בע"ד ל"מ (רק) דקמחייבה לאחריני ולפ"ז בעדי כיעור דע"א במכוער לאו כלום הוא מהראוי שלא יועיל גם עדות מיוחדת וע"כ צ"ל דכיעור דומה לד"מ ועיין באהע"ז סי' י"א ובסי' קל"ג בב"ש. והנה בהא דאמרו התם לא מחייבא לאחריני הכא מחייבא לאחריני הקשה הרשב"א בחידושיו דמה טעם לחשוב קידושין מחייב לאחריני והא היא ברשותה ואם רוצית בזה ולא באחר היאך קרו לה מחייבא לאחריני דאינה מחייבא ממש. ולפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת מה דמועיל הודאת בע"ד הוא משום דיכול לחייב עצמו ולתת לחבירו אעפ"י שאינו חייב ומה"ט בחב לאחריני דא"י להזיק לאחרים שוב אינו נאמן בהודאת בע"ד וכמ"ש הרשב"א שם ועיין קצה"ח סימן צ"ט ולפ"ז זה שייך בד"מ דיכול ליתן לאחרים כל מה שירצה וכעין דאמרו בגיטין דף ס"ד שאני ממון דאתיהיב למחילה וע"ש בתוס' ולפ"ז בקידושין דא"י באמירת פיו לחייב לאחריני ובעי תורת עדות ואיך מועיל הודאת בע"ד שהוא קידש לזו ויתחייב עי"ז אחר הבא עליה במיתה וזה אין בכח להודאת פיו לחייב לאחר מיתה וזה אומרם התם קא מחייב לאחריני ולכך יש בכח אמירת פיו לחייב משא"כ בקידושין אין כח באמירת פיו לחייב לאחריני ולכך אין דבר שבערוה פחות משנים. ובזה נראה לי דלכך דעת הרשב"א בחידושיו דבגיטין כשר כתב ידו ואין עליו עדים משום דבגירושין החיוב באמת בא מחמת שהיא א"א ואדרבא ע"י גירושין שלו הוקל האיסור א"כ ל"ש לומר דחב לאחריני דאדרבא הוא מיקל עי"ז ולפ"ז גם בחליצה יש לומר דמועיל בינו לבינה וכמו שהיא שיטת הרשב"א ביבמות דף ק"ד ודו"ק. והנה במ"ש למעלה לענין עדות מיוחדת מיושב קושית המ"ב סי' נ"א ובב"ש סי' קל"ג דלמה ליה להר"ן הטעם דעדות מיוחדת ל"מ לגבי אישות דהוה בד"נ ת"ל דליכא שום עדות דבעי בדבר שבערוה שנים ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דעדות מיוחדת מועיל שוב הודאת בע"ד מהראוי להאמין כקושית הגאונים ולכך הוצרך לחדש דעדות מיוחדת. עוד נראה לי בסברת הרשב"א דלכך בגט מועיל כתב בכת"י משום דשאני קידושין דבעי כוונת שניהם וכל שלא היה שני עדים יש לומר דלא כוונו לשם קידושין בלא עדים משא"כ בגט דלא בעי דעתה א"כ כל שנתכיון זה לגרשה וידע היטב שאף שלא תרצה תהי' מגורשת שוב מועיל ולא שייך דמשחק הי' ולפ"ז בחליצה דבעי כוונת

שניהם שוב אין דבר שבערוה פחות משנים דעדים צריכין שיעידו על הכוונה ודו"ק. ובזה יש ליישב קושית המהריב"ל ושו"ת מהר"א ששון סי' כ"ד הקשה על הרשב"א דלמה בגיטין השוה דיני גיטין לד"מ ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב שהאריך בזה ולפמ"ש אתי שפיר דגיטין אינו דבר שבערוה ובודאי כשר עדות מיוחדת והרשב"א לשיטתו וע"ש בנוב"י סי' נ"ז מה שהאריך בהסוגיא ולפמ"ש א"ש ודו"ק:

סימן קנט

א מ"ש לעצמי על מה ששלח הבחור כהלכה מצאנז נ"י בהא דאמרו בתמורה דף ה' דנ"מ בין אביי ורבא בריבית וע"ז הקשה דהא בריבית לא לקי כלל ומה שייך מה דאמר אביי דלקי ורבא אמר דהא דלקי דעבר אמימרא דרחמנא והרי בריבית לא לקי כלל ויפה הקשה. ולכאורה רציתי לומר דהא דלא לקי בריבית הוא משום דניתן לתשלומין כמ"ש הרמב"ם פ"ד ממלוה והיינו דאינו לוקה ומשלם ולפ"ז בלקח דבר מסויים והוא בעין שפיר לקי דלא שייך לומר על רשעה אחת אתה מחייבו דזה דהוא בעין חוזר וכדאמרו בסנהדרין ע"ב והלכתא דשדיא בנהרא ועיין רז"ה ורמב"ן במלחמות שם. אמנם יש לפקפק דשאני התם בגוזל או בבא במחתרת שפיר אמרינן דמה שהוא בעין הוא בתורת פקדון וחוזר מאיליו אבל בריבית דהוא יהיב מדעתי' דנפשיה ורק שהתורה צותה דר"ק חוזר בדיינים ועל הדיינים מצוה להחזיר ועיין מלמ"ל דאין השעבוד על המלוה כלל וא"כ שוב שייך לומר אינו לוקה ומשלם ואינו לוקה אף כשהוא בעין.

ב אמנם יש לומר דנ"מ בשטר דלת"ק דס"ל דמשעת שימ' עבר ועיין בב"מ דף ס"ב ובתוס' שם ובכה"ג משכחת לה דלקי על השימ' ואח"כ כשנגנבה יצטרך לשלם משום ר"ק דיוצא בדיינים וצ"ע בזה. ומה שהקשה בהא דפריך על אביי למה אצטריך הקרא והיה הוא ותמורתו יהיה קודש למה לא משני דאתי ללאו הניתק לעשה דעכ"פ על לאו אחד לא לקי לפענ"ד הקושיא דלכתוב והי' קודש ולמה לי מה דכתיב והיה הוא ותמורתו ומה שהקשה על המהרי"ט דחילק היכא דמתוקן האיסור אי עביד לא מהני וא"כ מה מקשה והרי פיאה הא שם לא מתוקן דמכל מקום מצות פיאה בקמה לק"מ דעכ"פ מתקן מה שמפריש אח"כ פיאה וז"ב:

סימן קס

תמול היה אצלי הרב המופלג מוה' אברהם גרשון בערגיר ממינסק והקשה על דברת הרב בעל נתיבות המשפט סי' ר"ס שכתב ליישב קושית הקצה"ח מהירושלמי דאמר מ"ב מצא מציאה וכתב הוא דכל דלא רצה לקנות ע"י חצר א"כ גם חבירו לא קנה דלא שייך מיגו דזכי לנפשו וא"כ גם חבירו לא קנה לכך קונה בהגבהה וע"ז הקשה דגם בפקח

וחרש זה דוקא כל שלא קנו ואוחזין בידם אבל כשאוחזין בידם כל שהגביהו קנו ול"ק דהא חצר השותפין אין קונין זה מזה וא"כ גם בהגבהה לא קני וז"פ:

סימן קסא

א למדתי בגיטין דף ס"ג סוגיא דשליש והנה אמרו שם ולהמניה לשליש מי קא נפיק מתות' ידה וראיתי בשו"ת רדב"ז ח"ג סי' תס"ז שהקשה לשיטת הרמב"ם דגם בנקרע בקרע ב"ד כשר בעידי מסירה וא"כ כאן דמיירי בעידי מסירה למה לא יתכשר ע"ש. ולפענ"ד ל"ק דדוקא הבעל בעצמו שמגרש כל שמוסר בפני ע"מ כשר אבל כאן בשליש שאין נאמנותו רק כיון שבידו למוסרו לה א"כ כל שנקרע שוב לא מהמנינן לי' ועיין בתוס' שכתבו דלמא מצאו באשפה וז"ב ועיין ברדב"ז שם סי' תס"א מה שהאריך בדברי הרמב"ם האלו ובפר"ח אהע"ז סי' קנ"ה לאחר כל האריכות שהאריך בדברי הרמב"ם אלו והקשה ג"כ קושית הרדב"ז הנ"ל. ולפענ"ד ל"ק כלל כמ"ש. ובזה יש ליישב מה שהקשה בטיב גיטין דאין התחלה לקושית הש"ס דהרי כבר הביא הש"ס תוספתא דאם אין יוצא מתחת ידו אין השליש נאמן ומה מקשה. ולפמ"ש אתי שפיר דלהרמב"ם יש בידו דיכול להביאו ולגרש בע"מ וע"ז משני דעכ"פ אין השליש נאמן דלא המניה כלל דדלמא באשפה מצאו וכמ"ש התוס' וז"ב. ומן האמור יש לתמוה על הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' קכ"ח שתמה על הגאון מוהר"ם ברבי וכתב שדבר זר הוא שאם הביא גט מקורע אפילו נקרע בקרע ב"ד כל שהביא הגט ומתקרב נאמנים עדים ע"ש שהאריך. ותמהני דהרי כל הפוסקים חולקים על הרמב"ם וגם הרמב"ם עצמו מודה אם נתקרע בתורף דפסול ועיין רדב"ז סי' תס"א ובפר"ח הנ"ל וא"כ למה מכשיר. אך נראה דדוקא אם רוצה לגרש בגט קרוע הוא דפסול אבל כל שנתגרשה בגט שלם וקרעוהו הב"ד ואח"כ העידו עדים שמכירים הגט שנתגרשה בו אף שהוא כעת קרוע כשר וז"ב ופשוט. והנה בהא דמבואר במשנה אפילו הן הראשונים והן האחרונים הקשו התוס' דהוה חצי דבר. ולפענ"ד נראה עפ"מ שהוגד לי בשם הגאון בעל פני משה ז"ל על אהע"ז שאמר בטעם הדבר דבעינן דבר ולא חצי דבר משום דאמרו דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי וכתבו התוס' דדיבור שנגמר ע"י מעשה הוה מעשה ולפ"ז בחצי דבר דלא נגמר על ידו לא הוה רק דיבור בעלמא ודיבור מקרי ואמרו ודפח"ח. ואני אמרתי דמזה ראיה למ"ש הרי"ף דכל דמועיל עדותן לפירי הוה דבר שלם והיינו משום דל"ש דיבור מקרי ואמרו דהא אהני דיבורם ובא למעשה ולפ"ז גם כאן דעכ"פ עדים שאמרו בפנינו קבלה וקרע הרי דהוה מעשה גמור וכיון דעידי קבלה לא מקרי דיבור אף דעידי אמירה לא הוה מעשה שפיר מועיל והפ"י חידש דהיכא דלא הועיל כלל הוא דמקרי חצי דבר ולא הבינותי דהרי"ף

כתב להיפך דכל שהועילו קצת בעדותם לא מקרי חצי דבר והוא כתב דבטביחה ובעידי חזקה לא הועילו כלל ובאמת הועילו לפירי אבל לפמ"ש אתי שפיר סברת הפ"י דהיכא דלא הועילו כלל הוה חצי דבר והוה רק דיבור בעלמא אבל באמת שפיר הועילו לפירי וכדומה ושוב לא מקרי חצי דבר ודו"ק. והנה התוס' הקשו לר"ה דאמר דאי אמר בעל לפקדון מהימן א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם דתקנו לומר בפנ"כ ובפנ"ח ואי אתי בעל ומערער לא מהמנינן ליה והא אכתי יוכל לערער ויאמר דלפקדון נתנו והרא"ש ריש גיטין שכתב דכי היכא דהמנוה לשליח לענין קיום ולענין לשמה ה"נ המנוהו לגוף השליחות שהוא שליח להולכה ולדבריו אין מקום לקושית התוס' כאן אבל הפ"י תמה דשאני קיום ולשמה דמה"ת כמי שנחקרה עדותן בב"ד והמנוהו לשליח בדרבנן משא"כ חשש דלפקדון דהוא דאורייתא למה מהמנינן לשליח. ובאמת שהיא תימה גדולה. ולפענ"ד נראה עפמ"ש דכל דיבור שלא נגמר יש בזה חשש שמא דיבורא מקרי ואמרו וכ"כ התוס' כאן ד"ה אפילו ובאמת שבזה עבדי מעשה ואפ"ה חיישינן שמא שכרו מכ"ש כשלא בא לידי מעשה ועי' פ"י בתוס' מ"ש בזה. והנה הט"ז באהע"ז סימן י"ז כתב בטעם דע"א בקטטה דכתב הרמב"ם דחיישינן שמא שכרו כתב ג"כ דכיון דהוה רק דיבורא בעלמא דהא ע"א דנאמן הוא מחמת דייקא דידה א"כ העד לא גמר המעשה ניחוש דדיבור מקרי ואמר ע"ש ולפ"ז אי נימא דהבעל יוכל לטעון לפקדון א"כ לא נגמר המעשה ע"י חתימתם ולא הוה כמי שנחקרה עדותן בב"ד דהא הבעל יוכל לומר דלפקדון נתנו א"כ שוב גם על קיום אינו נאמן וא"כ ע"כ דהמנוהו לשליח גם על מה שיאמר שנעשה להולכה ואי אתי בעל ויערער לא יהיה נאמן ודברי הרא"ש ברורים ודו"ק:

ב והנה בהא דאמר ר"ח דהשליש מהימן דהא המניה התוס' כתבו דא"ל דנאמן השליש מתורת מגו דאי בעי עביד ומסרו לאשה דזה אינו דהאשה לא תרצה לקבלו כיון דבעלה אומר לפקדון והקשה המחנה אפרים דא"כ מה הקשו בתוס' על השליח דאומר בפ"נ דאכתי לא הועילו דיכול לערער ולומר לפקדון דהא שם שייך דנאמן במיגו דא"ל דלא שייך מגו דהאשה לא תרצה לקבל דזה דוקא כשהבעל בפנינו וטוען לפקדון אבל כ"ז שאינו לפנינו נאמן במגו ע"ש. ולפענ"ד נראה דלכאורה צריך ביאור דאיך שייך שיהיה נאמן במגו דהרי התוס' הקשו דלמה עדי הזמה חידוש יהיו נאמנים במגו דפסלו בגזלנותא וכתבו הרמב"ן ורשב"א דלא שייך מגו דעדים צריכים להיות נאמנים בדבורם דעפ"י שנים יקום דבר כתיב ולא עפ"י מגו ע"ש ולפ"ז מכ"ש בגט דאף הודאת האיש והאשה לא מועיל ובעי עדים א"כ מה שייך מגו הא הוה עדות דבר ובעי שיהי' נאמן מכח דיבור ולא מכח מגו. ובאמת שהדבר תמוה דהרי בד"מ מועיל הודאת בע"ד ולא

אברי סהדי אלא לשקרא ואפ"ה צריכין להיות נאמנים מכח דבורם ולא מכח מגו מכ"ש בגט דצריך עדים ול"מ הודאתם מכ"ש דל"ש מיגו. אמנם נראה דכל הטעם דצריך עדים משום דקמחייבה לאחריני כדאמרו בקדושין דף ס"ה וכתבו התוס' בגיטין דף ד' דבגיטין הוה חיוב לאחריני דבגירושין אסר לה על כהן ולפ"ז שפיר נאמן השליש במגו וא"ל דלא שייך מיגו כל דבעי עדים דזה אינו דכיון דהמניה ואימסר לה הגט הי' עכ"פ ריח הגט דהא השליש טוען דלגירושין ניתן ואף דהבעל טוען לפקדון מ"מ עכ"פ לכהן ודאי נאסרת דמידי ריח הגט לא יצא ושוב נאמן השליש מכח מגו וז"ב בקושית התוס'.

ג ובזה מיושב מה דאמר דהא המניה ולכאורה למה יהיה נאמן כשמסרו לידה הא אז אין השלישות יוצא מתחת ידו ובודאי א"נ דאין הגט בידו ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ ריח הגט הוה דהא השליש טוען דלגירושין ניתן ונאמן מתורת ע"א וא"כ שפיר נאמן במגו וע"ז כתבו דהאשה לא תרצה לקבל ושוב כל שלא נתגרשה שוב א"נ השליח במגו דהא חייב לאחריני כ"ז שלא נתגרשה ולפ"ז שפיר הקשו דמה הועילו בתקנתם דא"ל דנאמן במגו דהא הוה חיוב לאחריני ואף דעדיין אין הבעל לפנינו ולא טען אבל עכ"פ מגו לא שייך דעדים צריכין להיות נאמנים בדבורם דא"ל דנאמן במגו דזה דוקא כל שהדין דלא חיישינן לזיוף וא"כ הוה גט מעליא ושפיר נאמן במגו אבל אם נימא דיכול לטעון לפקדון ושוב לא הועילו בתקנתם וא"כ א"נ גם על הגט גופא דדלמא מזויף הוא וכל שאין הגט גט כלל ודאי לא יהיה נאמן אף שימסר לה הגט ואף ריח הגט לא יהיה כל דחיישינן שמזויף הוא ורק כל דהאמינו לשליח שאין מזויף והגט גט מעליא רק שהוא טוען לפקדון א"כ בזה מידי ריח הגט לא יצא אבל כל דלא נאמן על הקיום דלא הועילו בתקנתם שוב אף ריח הגט לא הוה ושפיר הקשו ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק:

ד והנה לכאורה קשה דהרי כל גט שלא נמסר בזמן הכתיבה יש חשש משום זנות ומשום פירי ורק דקלא אית לי' ואין תקנה רק ע"י שליח כמבואר בגיטין דף י"ז ובטוש"ע סימן קכ"ז. ולפ"ז כאן שהבעל טוען לפקדון ושוב לית ליה קלא דהא היה יכול לטעון לפקדון דהמניה להשליש אבל לית ליה קלא וצ"ל דכל דהמני' להשליש שוב יוצא הקול דלא יוכל לערער ולא יהי' נאמן לטעון לפקדון ודוק. והנה בהא דאמרו בבעל אומר לגירושין וכן השליש והאשה אומרת נתן לי ואבד דאין דבר שבערוה פחות משנים ומקשה ולימא חזקה שליח עושה שליחתו ומשני ה"מ לחומרא אבל לקולא לא. וקשה לי טובא דהא כל הטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים אף שיש הודאת בע"ד הוא מטעם דמחייבי לאחריני וכבר הבאתי דברי התוס' בגיטין דף ד' דבגט מחייבי לאחריני שנאסרה לכהן ולפ"ז כיון דלחומרא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו וגרשה שוב עכ"פ ריח הגט

הוה וכל דנאסרה לכהן שוב לא מחייבי לאחריני ויהיו נאמנים בתורת הודאת בע"ד והיא קושיא נפלאה לפענ"ד. ובדוחק י"ל כיון דטענת נתן לי ואבד הוא טענה גרוע דאבידה ל"ש ולמה לא שמרה הגט והרי אף בממון טענת אבידה ל"ש ושוב אף בלי דבר ערוה טענת אבידה ל"ש ואינה נאמנת. ומה דאמר ר' יוחנן הוה דבר שבערוה משום דאי לא הי' דבר שבערוה לא היו חוששין כלל כל דהבעל והשליש והאשה טוענין שנתגרשה למה לא יהיו נאמנים ולא טענינן כלל היאך הוא הגט רק שהוא דבר שבערוה וצריך עדים והיא טוענת שנתן לי ואבד לזה אינה נאמנת דטענה גרוע היא. ובזה נלפענ"ד הא דפריך ולהמנה לדידה מדרב המנונא והקשה בט"ג דהא חזקה דאין אשה מעיזה הוא דוקא בדבר שהבעל יכול להכחישה אינה מעיזה פניה בפני בעלה וכאן אין הבעל יכול להכחיש דהוא לא ידע אם קבלה ולא שייך החזקה והניח בקושיא ולפמ"ש יש לומר דכאן בודאי שייך החזקה דהא היא טוענת טענה גרוע דאבידה ל"ש ואף בממון אין נאמן בטענת אבידה ושוב לא תוכל להעיז אף שאין הבעל יודע דדוקא בטענה טובה הוא דצריך הכחשת הבעל אבל בטענה גרוע ודאי לא תוכל להעיז ושפיר נאמנת ודוק היטב. והנה לפמ"ש לעיל דהשליש אינו נאמן אף לשיטת הרמב"ם דאף שהקרעים בידו אינו נאמן א"כ קשה מאי פריך קרע למה לי והא שפיר אצטריך דאל"ה לא הי' צריך לעידי אמירה הא השליש נאמן כל שלא נקרע. אך נראה דלפמ"ש התוס' ד"ה ר"א דמיירי שהביא גט בלי עדים חתומים וא"כ שוב לא נאמן השליש דל"ש המני' כלל דהרי כל עוד שאין עדים חתומים בו הוה חספא רק שיכול למסור בפני עדים אבל עידי מסירה לא יאמינו לו כל עוד שלא יהיו עידי אמירה ואין עדים על צווי לכתוב ודלמא באשפה מצאן וא"כ שפיר יקשה קרע למה לי ודו"ק דבזה מיושב מה דנטר הש"ס עד השתא והקשה קרע למה לי ולא מקשה על המשנה קרע למה לי ולפמ"ש דוקא הוא ע"ז מקשה קרע למה לי וכמ"ש ודוק כ"ז כתבתי מבלי עיון בספרים וד' יאיר עיני:

סימן קסב

ראיתי בכתבים שכתב הרב החריף מוה' אהרן שמחה נ"י אבד"ק סאליצע להרב הה"ג מוה' משה ארי' אלטיר האבד"ק באקוי נ"י במה דאמרו בברכות דף י"ט כה"ג ונזיר והקשה היאך משכחת לה שיהיה כה"ג ונזיר הא הכה"ג צריך לספר עצמו בכל ע"ש כדאמרו בסנהדרין דף כ"ב וא"ל דלא הוה רק סלסול בעלמא ולא נכנס תחת סייג הלאו דלא יפרע שהרי הרמב"ם בהלכות כלי המקדש פ"ה מכניסו תחת הלאו דראשו לא יפרע כמ"ש שם בה"ו. והנה לכאורה רציתי לומר דהי' נזיר מקודם שנעשה כה"ג וכה"ג חל על נזירות אבל בתוס' בכורות משמע שם דהיה כה"ג ונזיר דאמר שם כה"ג ונזיר ועיין

נזיר דף מ"ח דג"כ אמרו בסתם כה"ג ונזיר ואח"כ מחלק וגם לא ידעתי דאיך יהי' נעשה כה"ג כל שקדושת נזיר עליו ואסור לגלח והרי כה"ג נצטוה שיגלח וראשו לא יפרע. אמנם העיקר נראה דהרי כל הטעם דבכה"ג מצווה שלא יפרע נראה מהרמב"ם שם דהוא משום כבודו של כה"ג שיהי' לו לתפארת וגם למקדש שיושב שם כמ"ש שם בה"ז וכבודו שיהי' יושב במקדש כל היום וא"כ כיון שהוא מחמת קדושת הכה"ג ותפארתו שיהיה מגלח שלא יפרע ראשו ולפ"ז נזיר שקדושתו ותפארתו הוא במה שמגדל שער ראשו והכתוב אומר כי נזר הקדש עליו וא"כ בודאי גם על הכה"ג מצי לחול שזה הוא תפארת לכה"ג שקיבל עליו להיות נזיר ולהרחיק עצמו מכל תאות הגופניות ובודאי יכול לחול עליו קדושת נזיר וז"ב. ומ"ש להקשות על מ"ש הרמב"ם בכלי המקדש ה"ו ואינו מרבה פרע לעולם שנאמר את ראשו לא יפרע ואפילו בעת שלא יכנס למקדש ובהלכות ביאת מקדש פ"א כתב בהל' יו"ד בהא בכה"ד אבל כה"ג אסור לגדל פרע ולקרוע בגדיו לעולם שהרי תמיד הוא במקדש ולכך נאמר בו את ראשו לא יפרע וכו' ומשמע דעיקר הוא בשביל המקדש בעת שהוא במקדש ושם כתב אף שאינו במקדש לק"מ דהרמב"ם נתן טעם דלכך אסרה תורה לכה"ג לעולם לפי שהוא תמיד במקדש ע"כ נאמר סתם את ראשו לא יפרע והיינו שכה"ג כל אימת שירצה עובד כמבואר בירושלמי ולכך תמיד אסור אבל הכה"ג שתלוי במשמרת שלו ולכך לא אסור רק בעת בואו למקדש. ובזה יש ליישב קושית הראב"ד שם ומ"ש להקשות דלמה סיים הרמב"ם ולכך נאמר בו והרי כמו דיליף כה"ד מפרע דנזיר כמו כן נוכל ללמוד גם כה"ג לפענ"ד הרמב"ם דיקדק היטב דלא יקשה על התורה למה כתב זה בכה"ג ראשו לא יפרע והלא כה"ד ג"כ מוזהר וע"ז כתב דזה נוסף על כה"ג שאסור לעולם וז"ב. ומה שהקשה על הש"ס סנהדרין דאמר כה"ג מסתפר בע"ש ולא נקט האיסור דאסור לגדל פרע כדנקט בכה"ג לק"מ דזה מקרא מפורש בכה"ג אבל כה"ד דנלמד מקרא דיחזקאל זה חשב שם ומ"ש למה אמרו לא לחנם פיזר בן אלעשא ממונו ללמד תספורת של כה"ג למה תלה דוקא בכה"ג המעיין בראש בנדרים דף י"ג ימצא כי התספורת נלמד מכסם יכסמו ראשיהם וזה דוקא בכה"ג אבל בסנהדרין נמצא שינוי מנדרים ע"ש וצ"ע דהרמב"ם השמיט כל התספורת דאמרו בסנהדרין שם היאך היו הכהנים מסתפרים ועיין בסנהדרין דף כ"ב דמבואר שם דהוא מטעם יופי ופאר לכה"ג לכך מסתפר בעת שהמשמרות מתחלפות ע"ש ברש"י וא"כ שפיר כתבתי דכל שהקדושה דנזיר הוא בשער א"כ יכול להיות נזיר ועיין בספר גבורת ארי על תענית מהגאון בעל ט"א שוב ראיתי בא"מ ח"ב בתשובה סי' ט"ו מ"ש בהג"ה שם והנה לא הרגיש בקושיא זו. שוב נתיישבתי דל"ק כלל קושייתו דגידול פרע הוא בשלושים יום

כמו נזיר כמ"ש הרמב"ם שם הלכה י"א ומה דאמרו דכה"ג מסתפר מע"ש לע"ש זהו רק סלסול בעלמא וא"כ משכחת לה כה"ג ונזיר דהיינו שלשים יום כמשפט הנזיר והכה"ד הוא באמת עד שלשים יום וא"כ שוב ל"ק כלל וז"ב ודוק:

סימן קסג

סיימתי ת"ל מסכת חולין ושם אמרו במשנה לא יטול אדם אם על בנים אפילו לטהר את המצורע וכתב בישו"ש דל"מ להך דשחיטה דמבטלין שליח לגמרי אלא אף אותו השליח ה"א דיכול לטהר את המצורע ואח"כ ושלח קמ"ל דלא ע"ש. והנה לפענ"ד דברי רש"י בדף ק"מ דאמר אלא בשחיטה ופירש"י אפילו שהיא שחיטה ולא אכלי לה ויכול לשרפה לאחר שחיטה לא תיתי מעיר הנדחת הנה מבואר סברת מהרש"ל אך ק"ל הא דאמר בדף קמ"א הא לדבר מצוה לא הא עשה ולא תעשה היא ומה קושיא דהא ה"א דלדבר מצוה יכול לקיים שניהם ולשלחה אח"כ וביותר קשה מהא דפריך מאי אולמא האי עשה מהאי עשה והא אלים דיכול לקיים שניהם העשה דמצוה ואח"כ ישלחה וצע"ג:

סימן קסד

א הנה מצאתי בספר מזבח כפרה בחידושי רמב"ן על חולין שכתב בהא דאמרו ריש חולין ואם שחט ואמר ברי לי שלא נגעתי והקשו התוס' הא הו"ל ספק טומאה ברה"ר דעזרה רה"ר היא ולמה צריך ברי וכתב הרמב"ן דבמוקדשין לאו בספק טומאה דייניגן דהא בעי שימור דכתיב משמרת תרומתי צריך שיהא ברי לו שהן טהורין ואי לאו אסור להקריבן עכ"ל הזהב. והנה בראותי אמרתי שישו בני מיעי שישו שזכיתי זה איזה שנים בזה מעצמי בהא דנחלקו ר"א ור' יהושע בבכורות דף ל"ד גבי תלוי' לשיטת הרמב"ם דספק מותר מן התורה וא"כ למה בתלויה אסור והאריך בזה המהרי"ט אלגזי בחידושיו לבכורות וחלה יעו"ש. ואמרתי דשם דבעי משמרת תרומתי א"כ אף דספק מותר עכ"פ לא הוה משומר ובזה כתבתי בתשובה ל"ק גלינא במה שהיה מעשה במצה שמורה שנולד איזה ספק בזה ואמרתי דעכ"פ משומר לא הוה והרי כתיב ושמרתם את המצות והארכתי בזה בהך דסי' תס"ז באו"ח דלאכילה לא מועיל ס"ס ואמרתי דהרי ס"ס הוא מטעם רוב אף דעדיף מיניה אבל עכ"פ דבר ברור לא הוה והרי התורה אמרה דבעי שימור.

ב והנה כוונתי בזה לדעת רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל שכתב ג"כ סברא זו אמנם מה דתמוה לי דהרי ספק טומאה ברה"ר למדו בתוספתא וכ"כ הרמב"ם פט"ז מאבות הטומאות ה"א דלמדו מפסח דדוחה טומאה ודאית ק"ו לספק טומאה וכתב הרמב"ם דהרי ספק אינו רק מדבריהם והרי שם למדו מקדשים ובקדשים לא הוה משמרת תרומתי ואיך דחה ספק טומאה ברה"ר ואף דודאי טומאה דוחה בצבור היינו משום דהתורה גזרה

שיעשה בטומאה אבל מנין לנו בכל ספק טומאה שידחה בציבור והא בעי משומר ואף דיש לדחוק דכיון דודאי דוחה בציבור מכ"ש ספק אכתי קשה דא"כ חזינן דגם בקדשים דוחה ספק טומאה והרי בעי משומר וע"כ דלא משגיחין בזה ועכ"פ יש להרוויח בזה מה שהקשו כל הקדמונים דאיך למדו בחולין דף י"א דאזלינן בתר רוב מרישא של עולה וכדומה והרי ספק דוחה ולפמ"ש אתי שפיר דבקרבן דבעי שימור לא מועיל ספק וכמ"ש הרמב"ן אמנם אכתי קשה בהא דאמרו יקרבו כל הראשים והיאך יקרבו וגם כל הזבחים שנתערבו דמה"ת הי' קריבה והרי צריך שיהיה משומר ואפילו רוב לא מועיל דרוב הוה ספק כמ"ש השטה מקובצת ב"מ דף פ"ז בשם הר"ש מפליזא והרי כל דצריך שיהיה ברי אפילו רוב מועיל וצע"ג:

ג והנה אח"כ עוררני הרב מוה' אורי וואלף נ"י דיש לומר דכוונת הרמב"ן בשביל דבעי שלא יסיח דעתו והיסח הדעת פוסל בקדשים א"כ כל שיש ספק מקרי היסח הדעת ובאמת בריטב"א חולין משמע כן אבל הרמב"ן לא כתב כן רק סתם דכל דכתיב משמרת תרומתי לא מקרי שימור ודו"ק היטב. והנה קשה לי טובא לפמ"ש הרמב"ן דבקדשים דכתיב משמרת תרומתי אפילו ספק ברה"ר לא מועיל דבעינן ברי וכן להריטב"א משום דפסל היסח הדעת ק"ל דמה פריך בחולין דף יו"ד והא הכא דודאי טבל ספק הוה עלי' וכו' ומאי קושיא הא שם קאי לטהרות כמ"ש התוס' ד"ה עד ולטהרות בודאי פסול משום משמרת תרומתי דהא טהרות הן ולכך צריך להיות שתאמר ברי לי וכמ"ש הרמב"ן לענין קדשים ומכ"ש בטהרות וצ"ע:

סימן קסה

א הנה דברי רש"י בכריתות כ"ו שכתב ד"ה ובדין הוא דמשום חולין בעזרה ליכא דלא אסרה תורה אלא שחיטה ולא מליקה והוא תימה דהא בנזיר דף כ"ט מבואר דשייך איסור בחטאת העוף הבא על הספק וכבר תמהו בזה הפמ"א ח"ב סי' ס"ט והשעה"מ פ"א משחיטה ה"ב ובתוס' חדשים פ"ק דכריתות משנה ד' ועיין מ"ש דו"ז הגאון מוה' שאול ז"ל ודבריו תמוהים כמו שיראה המעיין ובשעה"מ הרגיש בזה ודחאו וגם בכריתות דף ז' כתב רש"י טעם אחר דחולין ע"ג המזבח לא אכפת לן כיון דאין כאן רק דמה ולא מקרי אכילה וכבר כתבתי וא"י מקומו. והנה לפענ"ד כעת נראה דבאמת כל דמלק ונודע שלא ילדה הוה חולין גמורים ופשיטא דל"ש חולין שנשחטו בעזרה דהא נוחר ומעקר לא אסרה תורה ובנזיר דף כ"ט מיירי קודם שנודע והתורה חייבה מספק להביא חטאת העוף וא"כ אי אפשר לומר דחשיב כנוחר ומעקר דהא כן מצות התורה למלוק ושפיר הוו חולין שנשחטו בעזרה מספק דשמא לא נתחייבה בקרבן ומ"ש רש"י בכריתות דף

ז' היינו ג"כ בלא נודע עדיין דהו"ל ספק גמורה ולא אפשר לומר דהוה כנוחר ומעקר וכתב רש"י הטעם דחייבה התורה להקריב קרבן מספק ולא אכפת לן משום ספק חולין שנשחטו בעזרה משום דאין למזבח רק דם לא חשיבה אכילה וז"ש רש"י ובמס' נזיר דף כ"ט ילפינן דחטאת עוף בא על הספק וזה ברור ודברי רש"י נכונים.

ב ועתה נבא לבאר דברי הרמב"ם הנאחזים בסבך פ"א ממוחסרי כפרה כתב בה"ז בזה"ל האשה שלא הוחזקה עוברה והפילה ולא ידעה מה הפילה אם נפל שחייבת עליו קרבן או דבר שאינה חייבת עליו קרבן הרי"ז ספק יולדת ומביאה קרבן ואין חטאתה נאכלת וכן שתי נשים שהפילו שני נפלים נפל אחד ראוי להקריב עליו ונפל אחד פטורה ואין אחת מהן מכרת נפלה כל אחת משתיהן מביאה קרבן מספק ואין חטאת אחת משתיהן נאכלת שחטאת העוף הבא על הספק נשרפת שמא אינה חייבת ונמצאת חטאת זו חולין שנשחטו בעזרה שהן אסורין בהנאה עכ"ל ותמה בפנים מאירות הנ"ל דהא חטאת העוף הבא על הספק ילפינן מהיקישא דנזיר דף כ"ט הנ"ל ואינו חולין בעזרה ועוד דחולין בעזרה הוא בקבורה ועוד הרי הרמב"ם פסק דהנוחר והמעקר מותר בהנאה ועוד למה לי טעם דהוה חולין בעזרה ת"ל דקודש שאינו נאכל אסור בהנאה ועיין שעה"מ ולפמ"ש אתי שפיר. והנה טרם יהיה כל שיח נבאר מ"ש הרמב"ם האשה שלא הוחזקה עוברה והפילה מנין לו זאת והכ"מ כתב שכן הוא במשנה ובמח"כ במשנה מבואר סתם שהפילה ולא נודע מה הפילה אבל דברי הרמב"ם נובעים מנדה דף כ"ט דאמר ריב"ל עברה בנהר והפילה מביאה קרבן ונאכל הלך אחר רוב נשים ורוב נשים ולד מעליא ילדן והקשו ממתניתין ואמרו מתניתין כשלא הוחזקה עוברה ע"ש ולפ"ז גם כאן כל שהוחזקה עוברה לא שייך רוב וא"כ כל שכבר ילדה ולא נודע מהו א"כ כל שלא נתחייבה הי' חולין גמורין ולא שייך חולין שנשחטו בעזרה ואם נתחייבה ודאי צריכה להביא קרבן ולכך מביאה קרבן ואינו נאכל וכן בספק ולא נודע מי נתחייבה ומי פטורה שפיר כתב הרמב"ם דאינו נאכל דשמא חולין שנשחטו בעזרה ומיושב כל הקושיות דמ"ש הפמ"א דבנזיר יליף מהיקישא זהו כשלא נודע מהו ילדה אבל כאן כל שכבר ילדה ואחת ודאי פטורה א"כ שפיר הוה חולין בעזרה ולא חשיב כנוחר ומעקר שהרי התורה חייבה להביא קרבן מספק ואם אולי ילדה ולא נתחייבה וכן בשתי נשים שאחת ודאי פטורה חשוב חולין שנשחטו בעזרה וא"ל דתקבר דהא התורה חייבה להביא מספק ולא חשוב נוחר ומעקר וקודש שאינו נאכל לא מקרי דשמא לאו קדש היא ושפיר נשרף דאינו חולין גמורין ולא ס"ל סברת רש"י דמה דאינו מביא רק דם ל"ח ושפיר כל דברי רבינו:

ג והנה בהא דאמרו בכריתות א"ה אמאי תקבר לפי שאינה משתמרת ופירש"י כיון דעל הספק באה ולא לאכילה הוה קיימא לא שמרוה יפה ונפסלה בהיסח הדעת שמא נטמאת והנה בזה נראה משום דקיי"ל כר' יוחנן בפסחים דף ל"ד דהיסח הדעת פוסל משום חשש טומאה והנה הש"ס פריך אימת לא משתמרת אי מעיקרא חי' היא אי לבסוף קמנטר לי'.

ד ולכאורה הי' קשה לי דהא הש"ס קאמר דלא משמרה דלא לאכילה קיימא ומצאתו בערוך לנר שתמה בזה אבל לק"מ דל"ש טעמא רק קודם שנודע שלא ילדה אבל לאחר שנודע שלא ילדה הרי הוא חולין גמורין ושומרה היטב וזה דפריך מעיקרא חי' הוא ולבסוף שנודע משמרה יפה וז"ב כשמש. ומה שהקשה בערוך לנר דטעון עיבור צורה לפענ"ד ל"ק דדוקא כשאין הפסול בקדש (שקדש ודאי צריך עיבור צורה) דאין הפסול בגופו אבל חטאת העוף דתחלתו על ספק לא טעון עיבור צורה והרי בא מתחלתו על הספק וכל שלא שמרה יפה הו"ל כפסול בגופו כנלפענ"ד. והנה בערוך ערך חט איתן מביא שבנזיר דף כ"ט מקשה הש"ס ומליקה הוה חולין שנשחטו בעזרה והא הנוחר והמעקר אינו אסור בהנאה ולפנינו לא נמצא והגאון מוהרי"פ בהגהותיו שם כתב דבש"ס בבלי לא נמצא רק בירושלמי פ"ד מנזיר ה"ו.

ה ולפענ"ד שם לא נאמר רק בהדירו לבנו כשהוא קטן אכל בחטאת הבא על הספק דהתורה ריבתה בפירוש שיביא חטאת על הספק א"א לומר דהוה כמעקר דהרי התורה צותה בהדיא שיביא קרבן על הספק וקרבן שמו ולא חשיב כנוחר ומעקר וז"ב ואף הגירסא כמו שהוא בערוך לפענ"ד לא קאי על קרבן חטאת רק על הדירו כשהוא קטן וז"ב ודו"ק ועיין שו"ת אא"ז החו"ך ז"ל סי' ק"ד:

סימן קסו

א סוגיא דבת אחותו גיטין דף י"ז בתוס' ד"ה משום בת אחותו שהקשו דלוקמא בחזקת אשת איש והשתא היא דאגרשה ותי' כיון שהיא גרושה לפנינו והדברים תמוהין כמו שהאריך הפ"י דהא חזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא לא מועיל רק בדאיכא תרתי לריעותא והאריך בזה. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה אשת איש יש שתי דברים דנאסרה על אחרים ומותרת לבעלה וזה ענין הקידושין שהיא אשתו ונאסרה לאחרים. והנה כבר נודע מ"ש הר"ש בפ"ב דמקוואות באם היה טמא דאורייתא וירד למקוה וספק אם נטמא אז בטומאה דרבנן דבזה לא שייך לאוקמא על חזקת טומאה דמעיקרא דהא בתחלה היה טמא מה"ת ועכשיו טבל ויצא מחזקת טומאתו הראשונה ועכשיו הוא טומאה דרבנן ולא שייך לאוקמא על החזקה ע"ש ולפ"ז אני אומר בענין חזקת א"א דמעיקרא היה

החזקה בשלימותה דמותרת לבעלה ואסורה על אחרים ועכשיו כשזינתה אתרע החזקה דהרי לבעלה נאסרה ע"י זנותה וא"כ יש לאוקמא על מה שהיא גרושה לפנינו דל"ש לאוקמא על חזקת א"א דהא לגבי בעלה כבר אתרע חזקת א"א דהרי נאסרת עליו ושוב יש לאוקמא על חזקת גרושה דעכשיו דהא חזקת א"א אתרע עכ"פ לנגד בעלה וז"ב והוא דבר חדש והא דאמרו בגיטין דף כ"ו ע"ב קפסיק ותני ל"ש מן הנשואין ולא שנא מן האירוסין בשלמא למ"ד משום בת אחותו איכא אלא למ"ד משום פירי ארוסה מי אית לה פירי והקשו כלם לפי מ"ש בשיטה מקובצת ריש כתובות ליישב קושית התוס' דשם דחששו לזנות והקשו בתוס' דהא אמרו דזנות ל"ש וכתב בשיטה שם בשם רבינו פנחס דדוקא בנשואה לא שייך זנות משום דבעלה משמרה אבל באירוסין שכיח זנות דאין בעלה משמרה ולפ"ז באירוסין גם ר"ל מודה לר"י דכל טעמו של ר"ל דלא אמר כר"י משום דזנות לא שכיח ובאירוסין שכיח וכבר כתבתי בזה הרבה. וכעת נראה דבאירוסין שוב יקשה דנוקמא בחזקת א"א ולא שייך כלל משום בת אחותו וא"ל דאתרע החזקה לגבי בעלה דזה אינו דהא לגבי בעלה אכתי לא הותרה דצריכה חופה ורק לגבי אחרים נאסרה ולזה שייך חזקת א"א. איברא דא"כ גם לר"י קשה דלא שייך משום בת אחותו אך נראה דבשלמא לר"י כיון דתקנו זמן משום נשואה שוב משום לא פלוג תקנו גם בארוסה זמן אף דל"צ אבל לר"ל דמשום נשואה ל"ש א"כ בארוסה לא שייך לתקן משום בת אחותו דהא בלא"ה אוקמא אחזקתה. ובמ"ש יש ליישב הא דאמרו אלא לר' יוחנן מ"ט דר"ש דמכשיר והקשה הפ"י הא לר"ש יקשה קושית התוס' דלוקמא בחזקת א"א ולא שייך תירוצם דהרי גרושה לפניך דהרי ר"ש לית ליה האי סברא כדאמרו בריש נדה דר"ש לית ליה הרי חסר לפניך. ולפמ"ש אתי שפיר דשאני התם דיש חזקה דמעיקרא אבל כאן הרי אתרע חזקה דמעיקרא דהא לגבי בעלה עכ"פ נאסרה ודו"ק.

ב ומדי דברי זכור אזכור בהא דאמרו בדף כ' אמר ר"ח יכילנא למפסל לכולי גיטי דעלמא א"ל רבא מ"ט אילימא משום דכתיב וכתב והכא איהי קא כתבה לי' ודלמא אקנויי אקני לי' רבנן ואלא משום דכתיב ונתן והכא לא יהיב לה מידי דלמא נתינת גט היא והפ"י צווח ככרוכיא דמה קושיא דהיא קא כתבה לי' הא מעות האשה ג"כ של הבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה ואף בנתן לה אחר מעות ג"כ קנה הבעל ע"ש שנדחק. ולפענ"ד הדבר ברור דהרי ר"ש ס"ל דמשעה שנתן עיניו לגרשה אין לבעל פירות ואף לרבנן דס"ל אליבא דר' יוחנן דיש לבעל פירות עד שעת נתינה אבל עכ"פ בשעת נתינה ודאי אבדה פירות וא"כ מכ"ש בנתן לה אחר מעות בודאי לא זכה הבעל וא"כ לא קנה לה הבעל ושוב שייך איהי קא כתבה וז"ב. ובזה יש ליישב מה שהאריך הפ"י לתמוה דמה גריעותא יש במה

שכתבה היא והיינו שהיא נותנת המעות לסופר אטו מי כתיב שכר הסופר בתוכה הלא מכל מקום נעשה שלוחו של הבעל והוה כאילו כתב הסופר בלי שכירות ע"ש שהאריך. ולפענ"ד לפמ"ש דהבעל אבד הפירות שלה בשעת כתיבה ונתינה שוב לא הוה שלוחו של הבעל וצריך הבעל לקנות המעות ולתת להסופר והוה כאילו איש אחר נותן המעות לסופר שיחתום ולא אקנה לה בעל לא נעשה שלוחו ולא קנה הבעל ודו"ק:

סימן קסז

א תמול היה אצלי הבחור כהלכה שמו שמואל נכד הרב מוהר"ר שמואל ר"פ ז"ל מפה והקשה אותי במה דפריך בכתובות דף למ"ד א"ב זר שאכל תרומה לאביי פטור ופריך לאביי פטור והאמר רב חסדא הגונב חלבו של חבירו ואכלו מודה רנבה"ק דחייב וכו' וה"ה כאן משעה דאגבהה קניא מתחייב בנפשו לא הוה עד דאכלי' וע"ז הקשה הא רבה אמר גזל חביות של יין דשויא זוזא הוקרה תברא שתי' חייב ד' א"כ נ"מ אם הוקרה טרם שאכל דפטרו המיתה מתשלומין והיא קושיא גדולה וכמדומה שכבר כתבתי בזה וא"י מקומו. וכעת נראה דהנה לפמ"ש המהרש"ל הובא בש"ך חו"מ סי' שס"ב דאם יאוש קודם שהוקרה עשו תקנת השבים א"כ כאן אם נימא דסתם גזילה יאוש בעלים שוב לא שייך לשלם ובפרט לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת הוה יאוש ואף אי נימא כמ"ש הש"ך מ"מ ע"י הלעיסה נעשה שינוי כמ"ש הריטב"א וא"כ קנאו בשינוי ובודאי א"צ לשלם מה שהוקרה. ובלא"ה נראה כיון דתרומה לא חזיא רק לאכילה וזולת אכילה הו"ל כל הנאות שלכד"א וא"כ כל שאתה מחייבו בשביל שאבדה הרי ע"כ הגביה ע"מ שיאכל דאל"כ הו"ל כהגביה ע"מ לאבדו ועיין ש"ך סי' שצ"ו א"כ בכה"ג ודאי המיתה פטרו אף דהוקרה בתוך כך כנלפענ"ד.

ב ומצאתי בספר עץ הדעת על כתובות שנדפס מחדש שהקשה קושיא זו והניח בקושיא ולפענ"ד כמ"ש ודו"ק. עוד נראה לי בישוב קושיא הלז דהנה לכאורה קשה מה דאמר אביי זר שאכל תרומה משום דקלב"מ והרי קי"ל דעל הנאת גרונו חייב דהיינו בין החניכיים כר' יוחנן סוף פרק גיד הנשה וכן פסק הרמב"ם פי"ד ממאכלות אסורות. ודברי המגיה בכ"מ שם הוא תימא כמ"ש בגליון הרמב"ם וא"כ הרי מיתה ודאי לא חייב עד דבלע כדאמרו מתחייב בנפשו ל"ה עד דבלע והיינו דמיתה לא מחייב עד שיבלע במיעיו וא"כ לא בא כאחת דכבר כשבא בין החניכיים חייב ממון טרם שהגיע זמן המיתה וצ"ל כיון דיכול לאהדורי עדיין לא קנה ולא נתחייב בתשלומין עד דבלע. ולפ"ז זהו דפריך כיון דבשעת הגבהה קני וא"כ שוב הו"ל חיוב ממון בא דא"ל דכל שיכול להחזירו לא קנה דזה אינו דהקנין כבר בא מקודם בשעת הגבהה ומה דהוקרה אח"כ בא כבר קודם שבלע

והקנין כבר היה וא"כ לא בא כאחת וז"ב. ודע דבש"ס דילן אמרו דלעיסה לא הוה כבולע כל דיכול לאהדורי ובירושלמי בפ"ח דתרומות אמרו דלעיסה הוי כבולע ע"ש ואף לענין יוה"כ חייב בשעת לעיסה אף שלא בלע וצ"ע. והנה במה שהבאתי בשם הרש"ל לענין יאוש הנה הרש"ל אתי עלה משום דלא עשו תקנת השבים בזה. ובאמת לפענ"ד ל"צ לזה כיון דיאוש קני עכ"פ מדרבנן ושוב לא הוה ברשות הנגזל ולא חייב על מה שנתייקר דל"ש הטעם דעדן ברשותא דנגזל קאי דז"א דכבר קני ביאוש ויצא מרשות הנגזל וצ"ע:

סימן קסח

בענין היורד ברשות ישבע כמה הוציא. במה שחידש הסמ"ע סי' צ"א ס"ג בהג"ה דישבע היסת והש"ך חולק עליו ובשו"ת עבודת הגרשוני האריך בזה בסי' קי"ט ע"ש ואני מצאתי ברמב"ם פ"ג משכירות ה"ז שכתב וז"ל רועה שטען שהצלתי ע"י רועים בשכר נשבע ונוטל מה שטען שא"י לטעון אלא עד כדי דמיהן ויכול הי' לומר נטרפה ישבע בנק"ח כדין כל הנשבעין ונוטלין וכתב הה"מ זה כלל לכל המוציאין ברשות שהן נשבעין ונוטלין וכ"כ ר"ח ז"ל בכתובות גבי מתניתין המוציא הוצאות על נכסי אשתו וכו' זה הכלל כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע נשבע זה שידע ושקל וה"מ היכא דעושה ברשות הנה מבואר דנשבע בנק"ח. ולכאורה היא ראיה ברורה שלא כהסמ"ע ומהתימה שכלם לא הביאו זאת. אמנם אחר העיון אין משם ראיה דהנה הרמב"ם הוסיף בזה דברים שא"י לטעון אלא עד כדי דמיהן ויכול הי' לומר נטרפה וכפי הנראה הוסיף בטעם דנאמן משום מגו וכן הבין הסמ"ע סי' ש"ג ס"ק ט' והדבר תימה דלמה לי' כל זאת הא הה"מ נתן טעם דכל דזה ידע נשבע האי דידע וכבר תמה בזה המהרי"ט בתשובה סי' פ"ג והוסיף לתמוה דהו"ל מגו להוציא ע"ש מ"ש בזה ודפח"ח ועיין נתיבות מ"ש בזה אבל לפענ"ד נראה דכוונת הרמב"ם והש"ע הוא דהנה מה דזה ידע וזה לא ידע דנשבע זה שידע היינו כל שהוציא ברשות ולפ"ז זה בשאר דברים דזה יש לו להוציא כל מה שצריך לפי הבנתו להוציא אבל כאן דאין לו להוציא רק עד כדי דמיהן א"כ יצא מגדר זה שמוציא ברשות שחז"ל גדרו דאין לו להוציא יתר על מה ששוה וא"כ שוב צריך לשבע בנקיטת חפץ ושאני מכל מוציא ברשות דיש לו רשות להוציא כל מה שמבין שהוא לתועלת וא"כ מה"ד לא היה צריך לשבע כלל שהרי הוציא ברשות לכך סגי בהיסת כדין כל מי שידע גם הוא ידע אבל כאן שא"י לטעון רק עד כדי דמיהן א"כ לא נתנו לו רשות רק עד כדי דמיהן מטעם שיכול לומר נטרפה א"כ שוב צריך לשבע בנקיטת חפץ וא"כ אינו מטעם מגו רק דלכך לא הוה דינו כשאר מוציא ברשות שאין לו להוציא יותר כנלפענ"ד וא"כ אדרבא מזה ראיה דכל מוציא ברשות אינו רק שבועת היסת וכמ"ש הסמ"ע ודו"ק:

סימן קסט

א הנה היה אצלי עש"ק העבר איש אחד מלומדי למד ושאל אותי על מה שכתבו הפוסקים דמה דאמר שמואל שמא שו"פ במדי אינו רק חשש דרבנן דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וע"ז אמר מ"ש ממקדש במעשר שני דמבואר דהוה קידושין אף שאינו ראוי במקומו ועיין בדף נ"ג בקידושין. והשבתי בלי עיון בספר דשאני מעשר דאינו ראוי לשום אדם עד שיהיה בירושלים וא"כ ירושלים מקומו ובודאי הוה קידושין משא"כ בשו"פ במדי דאף שיש לו דרך לשם אבל אינו מוכרח לבא שם ושייך לא סמכא דעתא וגם העדים לא ידעו משא"כ במעשר וז"פ וברור ועיין במקנה כמדומה שהעיר בקושייתו. גם מה שהוגד לי קושיא בשם הגאון מוה' עקיבא איגר ז"ל במה דאמרו בעירובין דף צ"ו דמיכל בת שאול היתה מנחת תפילין ומוכח מזה דשבת זמן תפילין ואינו מ"ע שהזז"ג וע"ז אמר דהרי השמר דעשה לאו כדאמרו שם ובל"ת הם ג"כ חייבות.

ב והשבתי דזה אינו דהשמירה היא משום המצוה דתפילין וכל שאינן מצוות על המצוה לא שייך השמר דלאו ובלא"ה במגן גבורים סי' מ"ז מבואר בשם התרגום יונתן דאשה אסורה להניח תפילין משום דלא יהי' תקונא גברא על אתתא והקשינו ממיכל בת שאול וכעת נראה דל"ק דכל שהוא מ"ע שהזז"ג א"כ הוה רק תקוני גברא ולא תכשיט של אשה ועוברת על הלאו אבל מיכל בת שאול דסברה דאף נשים חייבות ואינו תקונא דגברא לבד ומעתה אם נימא דמ"ע שהזז"ג הוא רק משום לאו דהשמר הרי יש לאו להיפך דלא יהי' כלי גבר על אשה ודו"ק:

סימן קע

א ראיתי באבני מלואים סימן כ"ח ס"ק ט"ז שכתב ראיה דמלוה מועיל בתורת כסף מהא דאמרו פ"ד משקלים המקדיש נכסים והי' בהם דברים הראויים לקרבנות ציבור ינתנו לאומנין בשכרן והרי בהקדש כסף כתיב דכתיב ונתן הכסף וקם לו ואפ"ה נתחלל על המלאכה והרי חילול על המלאכה אינו רק כשכבר נגמר המלאכה כמבואר במעילה דף ט"ו והו"ל מלוה לכ"ע אפילו למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף ולמה מועיל להקדש שיהיה מחולל ע"ז וע"כ דמלוה חשוב כסף.

ב והנה לכאורה ראי' נפלאה ולפענ"ד נראה עפ"י מה שאמרתי זה כמה שנים בהא דאמרו ריש ב"מ סד"א מאי מצאתי ראיתי' אף דלא הגביהה קמ"ל והקשו בתוס' דהא הבטה בהפקר קני וכתבתי דטעם דהבטה בהפקר קני משום דשאני כל קנין שצריך להוציאו מרשות המוכר ולהביאו לרשות לוקח בזה צריך שיהיה קנין גמור אבל הפקר שא"צ להפקיע מרשות המוכר שהרי הוא דבר הפקר וא"צ רק להביאו לרשותו א"כ

סגי בהבטה בלבד ולפ"ז שם דע"כ מיירי בדבר שצריך להכריז ולא נתייאשו הבעלים כמ"ש הרא"ש וא"כ אינו הפקר וצריך להוציאו מרשות הבעלים לרשות שלו שוב לא סגי בהבטה בעלמא. ובזה אני אומר בטעם דמלוה אינו בתורת כסף דקנין להוציא מרשות בעלים לרשות שלו צריך כסף דוקא דהוא קנין חשוב ולפ"ז שם דצריך להוציא ולחללו על דברים הראוים לגבי מזבח א"כ הגזברים אין הדברים שלהם רק שעומד לחלל וא"כ לא שייך רשות הגזברים וכעין שכתב הש"ך סי' צ"א דכל שצריך לתנו לא שייך חזקת ממון דמ"ל זה או זה ע"ש וה"ה דהגזברים צריכין לחלל א"כ גוף הדברים אינם ברשות הגזברים וצריכין לחללו א"כ מ"ל שמחלל על כסף או על המלאכה ובשלמא כל הקדש דהוא ברשות הגזברים כמו שהוא צריך לתת כסף כשרוצה להוציא מרשות ההקדש דאי בעי לא ימכרו אבל כאן דצריכים לחלל ולקנות על ידו דברים הראוים לגבי מזבח שוב אין נ"מ בין כסף למלאכה כנלפענ"ד דבר חדש. ובגוף הדברים מה דל"מ לענין קידושין ובמכר מועיל נתקשה הה"מ ומ"ש בזה יפה תמה בזה בא"מ שם דממנ"פ אם הוה בכסף למה לא מועיל בקדושין ואם אינו בכסף למה מועיל במלוה נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה בטעם דהמקדש במלוה אינה מקודשת כתב רש"י בקידושין דף וא"ו דקיחה משדה עפרון ילפינן דיהיב מידי בשעת קדושין ומלוה להוצאה נתנה וכבר הן שלה ומעות אחרים היא חייבת לו. ולפענ"ד להוסיף כיון דבקדושין בעי שיעידו העדים ואל"ה אף דשניהם מודים ל"מ וא"כ כיון דבעי עדים שיראו הנתינה ואם לא ראו הנתינה אף ששמעו מאחורי הגדר ל"מ וא"כ במלוה דאינו נותן לה כלום דאינו בעין א"כ אין רואין הנתינה ואף דמקדשת במה שיש לו חוב זה לא עדיף מאלו שמעו אחורי הגדר שמקדשה דל"מ וה"ה דבעי עדים לראיית הנתינה והרי לא יהיב לה מידי משא"כ במכר דסגי בהודאתם לב"ד ולא איברי סהדי אלא לשקרי א"כ שוב מועיל במכר דהעדים ל"צ לזה רק שלא יכחשו הנתינה ולכך מועיל במכירה. עוד נראה לי דהנה רש"י כתב בטעם דמלוה אינו מועיל משום דיליף משדה עפרון ולפ"ז נ"ל כיון דאמרו בב"ב דף נ"ד דגוי אינו מסתלק אלא בכסף וא"כ כיון שהגוי לא סמך דעתו רק בכסף ולא מועיל שטר וכל קנינו רק בכסף וא"כ שוב מכ"ש מלוה דל"מ שאינו סומך דעתו רק בכסף ולכך גם קידושין לא מועיל במלוה ולפ"ז קרקע דלא נלמד משדה עפרון ולכך מועיל במכר אבל רב לשיטתו כעין מ"ש הא"מ שם ודוק היטב:

סימן קעא

א שלום להמופלג מוה' שמחה לעבאוויטץ מק' בארניב נ"י.

ב מכתבו הגיעני היום והנה אם כי בד"מ אין להשיב למי שאינו דיין מ"מ כאן שאינו שייכות לטענות ותביעות מותר להשיב הנה אם מועיל שבועת האחר במקום בע"ד הנה מעלתו הביא בשם הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' ס"ז שכתב שמועיל ובאמת שגם בפסקים וכתבים של המהרא"י סי' רנ"ד כתב כן וכאשר האריך בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' קמ"ז אבל אינו מכריע בזה וגם בקצה"ח סי' קכ"ג סק"ד האריך בזה. אמנם מעלתו הקשה מהא דאמרו בירושלמי סנהדרין הובא בראש"ש ורשב"א ריש שבועת העדות שפריך ומינה אנטלר ואמר הגע בעצמך נתחייב שבועה וכי אנטלר נשבע הרי מבואר דאין אנטלר נשבע שבועת בע"ד ויפה הקשה.

ג אך לפענ"ד נראה דהנה התומים סי' ע"ה ס"ק כ"ד לענין אי מועיל שבועת מורשה במקום בע"ד חידש דאינו מועיל שהרי שבועת הבע"ד הוא שבועת הפקדון שיש בו כפירת ממון ואצל המורשה אינו רק שבועת ביטוי שאינו נוגע לו וקיל טובא אפילו משבועת עדות ע"ש ודבר גדול דיבר בזה.

ד ולפ"ז נראה דאם הבע"ד השני מתרצה בשבועת השליח ודאי מועיל. ומעתה מיושב היטב קושית מעלתו דשפיר אמרו בירושלמי דאינו מועיל אנטלר דשמא יצטרך לשבע והשני לא יתרצה בשבועת האנטלר ולא מועיל וצריך הבע"ד בעצמו לשבע ולפ"ז אין ראי' משבועת הנשיאים שנשבעו בשם הקהל לגבעונים דשם מלבד דגם הנשיאים הם בגדר שבועת הפקדון שנוגע גם להם מה גם דהיו הגבעונים מתרצים בזה ג"כ ודי להם בשבועת הנשיאים ובזה מיושב מה שהקשה בנוב"י מהד"ת שם ובקצה"ח שם מהא דכתבו התוס' דל"מ תנאי בנזיר משום דלא יכול להיות ע"י שליח. ולפמ"ש אתי שפיר דליתא בשליחות דבשליח אינו רק שבועת ביטוי וצריך הבע"ד בעצמו להדיר עצמו. שוב ראיתי שכוונתי האמת שבמשפטי החרם לרמב"ן כתב על מ"ש הראב"ד שש"ץ בשליחות עצמן משביען וכתב הרמב"ן וז"ל ואינו נכון שאין בעולם מי שמושבע מפי אחרים רק בשבועת עדות וכו' מ"מ במה שאמרו שמשביעין לדעתם מועיל הנה כפי הנראה כוון הרמב"ן של"מ שבועת אחר שזה אינו שבועת הפקדון רק שבועת ביטוי או שבועת עדות רק במה שמשביעין מדעתן מועיל והיינו שנתרצו וזה כמ"ש התומים וזכה לכוון לסברת הרמב"ן ולפ"ז כאן שקיבל הבע"ד השני שבועת האחר ודאי מועיל וא"י לומר טעיתי שהרי הרבה גדולים ס"ל דיכול להשביע אחר וא"כ עכ"פ כל שנתרצה מועיל. וזכורני שבכסא דהרסנא יש פלפול ארוך בזה וכמדומה שהרגיש בקושית מעלתו אבל מה אעשה שאני יושב בקרית חוצות ומחוסר ספרים דברי הכותב בנחיצה. ובגוף הדין שחידש התומים דהמורשה קיל שבועתו דאינו כפירת ממון לפי שאינו נוגע לו לפענ"ד

לא מסתבר דאדרבא זה שנשבע לשקר במה שאין מגיע לו תועלת בזה עונשו חמור מהבע"ד בעצמו שנשבע לשקר להנאתו וזה נשבע לשקר במה שאין לו תועלת כלל ואם כן שבועתו חמורה יותר וראיה ברורה לפענ"ד מהא דאבעיא בשכירו ולקיטו של בעה"ב אי נשבע נגד הגזלן ואף דשם לא קיי"ל דנשבע ה"ט משום דהוה ספק בתקנה כמ"ש הרמב"ם פ"ד מגזילה ועלח"מ שם אבל מצד התקנה אם תקנו שנשבע הי' יכול לשבע וליטול אף שאינו נוגע לו רק לבעה"ב ואף בנשבע ונוטל שאינו מה"ד רק מטעם קנס אפ"ה היה נשבע השכיר ולקיטו ליטול מהגזלן מכ"ש במורשה בש"ד שבודאי מהראוי להאמינו וכן אמרו בשומר שמסר לרועה דהיינו ברזילי דנכנס הרועה במקום השומר והרי הבעה"ב אין לו על הברזילי כלום ואפ"ה נאמן בשבועה שאירע אונס וע"כ דזה חמור יותר כנלפענ"ד וצע"ג.

סימן קעב

בב"ק דף י"א בתוס' ד"ה דקא מטהרת ע"ש שהקשו אמאי לא יהי' טהורים דלמא ביום ראשון יצא ראשו או רובו ואפילו אם לא יצא דלמא הוא זכר וע"ז הקשה אותי אחד מהתלמידים של אנשי מעמד והא ס"ס באתחזיק איסור אסור א"כ כאן אתחזיק איסור והשבתי דלפמ"ש התוס' ריש גיטין דנדה לא חשיב אתחזיק איסור דכיון דאם שלמו ימי נדה תהיה טהורה ע"ש וא"כ גם כאן לא מקרי אתחזיק איסור דהא כל שהוא ספק שמא בראשון יצא הולד ואת"ל דלא יצא שמא הי' זכר שוב לא אתחזיק איסור דהא כששלמו ימיה מתחלה נודע שתהיה טהורה ולא מקרי אתחזיק איסורא וז"ב. ומה שהקשה תלמידי יניק וחכים דלפמ"ש הט"ז בסי' ת"י דספק אחד בגוף וספק אחד בתערובות דלא מהני הוא מחמת שיש הפסק בין הספיקות וכבר החזקנו לאיסור הספק הראשון ע"ש וא"כ כאן דהספק מיום ראשון החזקנו באיסור משום ספק אחד דאסור וא"כ הספק השני לא נוכל לטהר דאינו רק ספק אחד והיא קושיא מושכלת. ולפענ"ד נראה כיון דאין מקצת שליא בלא ולד א"כ אי אפשר לומר דהספק הראשון החזקנו לאיסור דזה אינו דהא אתרע ועכ"פ ודאי אי אפשר לומר כיון דאין מקצת שליא בלא ולד ניהו דיש לנו ספק שמא לא יצא רוב ולד עכ"פ אתרע הודאי ושפיר מחשב לספק כיון דעכ"פ כודאי איסור א"א למחשב ודוק. ובזה יש ליישב הרבה קושיות ובזה מיושב מה דק"ל טובא על התוס' שכתבו דהספק שמא בראשון וקשה הא התוס' כתבו בב"מ דף ק' דיש להחזיקה בחזקה מעוברת ועכשיו היא דהפילה ע"ש ובט"ז ונקה"כ סי' שצ"ז ובח"ן סי' ב' ולפמ"ש אתי שפיר כיון דעכ"פ אין מקצת שליא בלא ולד א"כ שוב אתרע חזקת מעוברת דעכ"פ מקצת ולד יצא בראשון ולא שייך לאוקמא על חזקת מעוברת ודוק.

סימן קעג

א היה אצלי הרב מוה' משה לאהר נ"י אבד"ק גלאטץ וסיפר לי כי הי' זה שנים רבות בבערזאן ושמע מפי אבי מורי הרב הגאון ז"ל הכ"מ שאמר בהא דאמרו בביצה דף ד' ע"ב עצים שנשרו מן הדקל ביו"ט מרבה עליהם עצים מוכנים ומסיקן ופריך הש"ס והא קא מהפך באיסורא ומשני כי קא מהפך כו' ופירש"י דבטל ברוב.

ב ואמר אבי מורי ז"ל דתמוה דהא כבר ידע מזה דמרבה עליהן עצים מוכנים והיינו דבטל ברוב וא"כ מאי מקשה הא קא מהפך באיסורא קא מהפך הא בהיתירא קא מהפך דבטל ברוב ודקארי לה מה קארי לה ואמר הוא דהנה המ"א חידש בסי' תק"ט דשמוש מותר במוקצה בשביל אוכל נפש אבל אסור לאכלו ולהשתמש בו וכ"כ המהרש"א דף ל"ג ולפ"ז הא במשא ל"ש ביטול ברוב וא"כ שפיר פריך הא קא מהפך באיסורא וע"ז משני דאם יאכל יהיה בטל ברוב ושוב מותר להשתמש דהרי לאכל ג"כ מותר ודפח"ח אף שיש לפקפק קצת ולפענ"ד נראה דהדבר תלוי במה שנחלקו הרשב"א והרא"ש ביבש ביבש דהרשב"א ס"ל דלכך מותר דעל כל אחד אני אומר דהוא מותר והרא"ש כתב דנהפך האיסור להיות מותר ולפ"ז לשיטת הרשב"א שוב מהפך באיסורא דהרי הוה טומאת משא דהרי האיסור והיתר ביחד ואי אפשר לומר על כל אחד שהוא מותר דעכ"פ ביחד אסור וע"ז חידש דכל שבטל ברוב ונהפך האיסור להיות היתר ומותר ודו"ק. והנה לפמ"ש צריך ביאור הך דטומאת משא דלשיטת הרא"ש דהאיסור נהפך להיות היתר א"כ גם בטומאת משא נמי שייך זאת דהטומאה נטהר כשהוא ברוב ואולי לגבי טומאה לא שייך זאת. אמנם לדברי הרא"ש הנ"ל מובן מ"ש המרדכי דכל דבר שתחלת ביאתו בתערובות לא שייך ביטול ולדברי הרא"ש אתי שפיר דלשיטת הרא"ש האיסור נהפך להיות היתר וזה שייך בדבר שנפל במקרה שנתערב איסור בהיתר אבל בדבר שכן הוא בטבע הבריאה כמו דם ורוק ואיך אפשר לומר דנהפך להיות היתר והא באמת הטבע הוא שזה דם ואיך נהפך להיות רוק ובטבע יסד הקב"ה שזה יהיה דם. ובזה נסתר מה שחידש הנוב"י דדוקא ברוב לא בטל אבל בששים בטל אף שבא לעולם בתערובות ולפמ"ש איך אפשר לומר דנשתנה טבע הבריאה והא הבריאה היתה כן שזה חלב וזה בשר וכדומה וז"ב ופשוט וגם לשיטת הרשב"א דעל כל אחד אומר שזה מותר כל שבא בתערובות הרי נקבע זה בפני עצמו וזה בפני עצמו וז"ב כשמש:

ג והנה בהא דפריך והא ר"א ס"ל דבר שיש לו מתירין אפילו באלף לא בטיל ומשני הכא מקלא קלי איסורא והקשה המג"א סי' תק"ז דכיון דטרם שהוא קלוי אסור היכא מותר לאחר שקלוי והרי שיטת התוס' דכל דבר שאסור להנות מהן בתחלת ביעורו אסור

לשורפו ולפענ"ד לפמ"ש המ"א סי' תק"ט דמותר לשמש במוקצה בשביל אוכל נפש אבל לאכול ולשמש במוקצה עצמה זה אסור דהוה כאכילה ולפ"ז לכתחלה כשהניח עצים מוכנים להסיק היה מותר אף שיש עצים מוקצים מותר לשמש בשביל אוכל נפש ואח"כ כשמקלי אף שיש שבח עצים בפת ואז כל המוקצה עצמו כבר נתבטל ברוב ולא הוה דבר שיש לו מתירין דהרי מקלי קלי וז"ב ודו"ק. ובזה מתיישב גם דברי אבי מורי ז"ל לפמ"ש הרא"ש דלענין לבטל איסור צריך ג"כ שיהיה מקלי איסורא ולכך מותר להפך בהיתירא דצריך לאותו מקום בשביל אוכל נפש ואח"כ שוב בטל דמקלי קלי ודו"ק כנ"ל והשומע לא הבין מה שאמר אבי ז"ל ולכך הי' כוונתו ודו"ק. והנה בהקדמת שו"ת הגאון מוהר"ח כהן ז"ל הקשה הה"ג מו' נפתלי הירץ ב"ש ז"ל על המג"א דאיך מותר לצלות פסח והא בתחלת צלייתו אינו ראוי לאכול ממנו והו"ל אינו ראוי ואסור לשרוף נפלאת היא בעיני מה מדמה דבר שהיא מצוה ומצותו לצלות ואיך שייך מוקצה והמג"א לא כתב רק בדבר שאירע מקרה ששרפו ביו"ט אז אסור משום מוקצה כל שלא יכול להנות בתחלת השריפה אבל צליית פסח דזמנה היא בכך איך שייך מוקצה והא צריך לצלות והיאך שייך שחז"ל יגזרו בשביל מוקצה והרי דעתו הי' ע"ז וז"פ וברור ומה שהקשה עוד דמה פריך והא הוה דבר שיש לו מתירין והא כבר הסיק התנור ואם לא נתיר לו הרי יפסד עד למחר ולא מקרי דבר שיש לו מתירין כמ"ש הר"ן. הנה זה טעות דהש"ס מקשה למה התירו להרבות עצים ולהסיק והא לא יתבטל דהו"ל דבר שיש לו מתירין. ובלא"ה דברי הר"ן אינו כמו שחשב הוא רק בדבר שיפסד לא שייך דבר שיש לו מתירין דלא שייך עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר דלא יהיה מה לאכול למחר וז"ב ופשוט ומ"ש דלבטל מותר ועיקר הקושיא היא דהוה דבר שיש לו מתירין והרי נפסד דז"א דכל דהוה דבר שיל"מ שוב אסור לבטל בחנם דלמה יטרח בחנם והלא אסור להסיק משום דהוה דבר שיל"מ ומ"ש דברי או"ה כלל כ"ב סי' יו"ד שכתב דבר שיל"מ לא הוה דחום של תנור היום אינו נשאר למחר והקשה הא בש"ס אמרו דמקלי קלי איסורא וע"כ הבין דכוונת האו"ה דלכך לא הוה דבר שיל"מ דמקלי קלי לאיסור ויפסד עד למחר ולפענ"ד כוונת האו"ה דהנה המ"א כתב בסי' תצ"ח דאם הסיק עצים ביו"ט על אפר של אתמול דבטל ברוב ולא מקרי דבר שיל"מ דאינו ניכר האיסור והצל"ח בחידושיו לפסחים דף ט"ז ובבינה לעיתים להגאון הכו"פ השיגו עליו דאיך שייך ביטול בזה ברוב יעו"ש ולפ"ז הקשה האו"ה דניהו דמקלי קלי איסורא והלא אפר לא בטל והוה דשיל"מ ולא שייך ביטול באפר וע"ז כתב דלא שייך בזה דבר שיל"מ דהלא יהיה למחר כלה החום ולא הוה דבר שיש לו מתירין וא"כ כל שמקלי קלי האיסור ונתבטל למה יהיה אסור אח"כ

האפר והלא כבר מקלי קלי האיסור כנלפענ"ד כוונת או"ה גם מה שהאריך שם בדברי התוס' בפסחים דף כ"ז במה שהקשו דהקדש הו"ל דבר שיל"מ ומהראוי שלא יתבטל וע"ז כתבו המג"ש והפ"י דהכוונה היא דזוז"ג הוא מטעם ביטול ובהקדש דהוה דבר שיל"מ ולא בטל אף זוז"ג לא בטל והוא תמה למה כתבו מדעתא דנפשייהו ולא זכרו שכ"כ הר"ן בע"ז ולא הבין שהר"ן כתב דזוז"ג הוא מטעם ביטול אבל הם חידשו דבדבר שיל"מ לא בטל זוז"ג וכ"כ המג"א סי' תמ"ה אך מה שהקשה דכל דמקלי קלי איסורא לא שייך ביטול הנה לפמ"ש אתי שפיר דגם האפר לא בטל בדבר שיל"מ כמ"ש המג"א סי' תצ"ח וכאן לא נתבטל דכ"ז שלא נקלה הי' דבר שיל"מ א"כ גם האפר נשאר באיסורו וז"ב ופשוט ודו"ק:

סימן קעד

א החילותי שנת תרכ"ו ללמוד מסכתא ביצה. בתוס' ד"ה ביצה שנולדה במ"ש להקשות דלמה לא תני אוסרין ומתירין וכתבו דה"א דמתירין היינו בטלטול אבל באכילה אסור כדאמרו בביצה דף כ"ד מותרין לקבל אבל אסור באכילה מכאן מבואר כשיטת הישׁ"ש דאף אם אסור באכילה אבל בטלטול שרי והביא מהך דביצה דף כ"ד הנ"ל ובט"ז סי' ת"ה האריך לדחות זאת ובמחכ"ת הרי התוס' כתבו בהדיא דה"א דמתירין היינו בטלטול ובאכילה אסור והביאו ראיה מהך דביצה כ"ד ומוכח דהבינו כשיטת רש"י ולא כמו שנדחק הט"ז ואף דבאמת קי"ל דאף בטלטול אסור ביצה מ"מ עכ"פ הי' סברא לומר כן ובאמת הפ"י האריך כאן מ"ט דאסור בטלטול ועיין צל"ח וכבר כתבתי הטעם בזה באיזה תשובה ולא ידעתי מקומה וכעת נראה דלפמ"ש הרמב"ם פכ"ד משבת הי"ב בטעם דאסרו הטלטול בשבת זה ל"ש ביו"ט כ"כ אבל מכל מקום יש לומר דגם ביו"ט אסרו דגם ביו"ט נצטוינו לנוח ולשבות ומכ"ש לטעם הראב"ד דטלטול צורך הוצאה והרי גם ביו"ט כל שאסור באכילה וא"צ ליו"ט פשיטא דאסור להוציא לרש"י מדרבנן ולהתוס' מן התורה שוב אסור בטלטול ובאמת המקור שהוציא הראב"ד משבת קכ"ז שם קאי ביו"ט יעו"ש דלב"ש דאסור להוציא גם בטלטול אסור משום הוצאה ובאמת בחידושי כתבתי ליישב השגת הראב"ד דאדרבא דוקא ביו"ט שייך לאסור טלטול משום הוצאה דהא יש קצת הוצאות המותרות ושייך לגזור טלטול אטו הוצאה אבל בשבת דאיסור הוצאה הוא כולל לא שייך למגזר טלטול אטו הוצאה דהוצאה אסור לגמרי וכעין מ"ש התה"ד וכן קי"ל בש"ע או"ח סי' תרי"ב דביוה"כ מותר ליגע באוכלין דלא שייך החשש שמא יאכל כיון דאסור בכל אוכלין אבל חמץ דיש מצה המותרת לא בדיל ושייך לגזור אטו אכילה ע"ש וה"ה כאן וא"כ בש"ס שם קאי ביו"ט שפיר אמרו דטילטול בשביל

הוצאה אבל בשבת הוצרך הרמב"ם לטעם אחר ולכך אסרו בביצה לטלטל אטו אכילה אבל שם בנכרי שהביא דהוא דבר דל"ש שוב לא גזרו על הטלטול וז"ב. עכ"פ מבואר בתוס' כמ"ש הישׁ"ש ובאמת לפענ"ד תמוה דרבי שמר הלשון של ב"ש דאמרו תאכל ולא אמרו מתירין כדי שלא נטעה דאסור באכילה ואילו ב"ה דקיי"ל כמותם נקט לא תאכל ונוכל לטעות דבטלטול אסור ולזה יש לומר דמכאן ראיה להיפך דכל דאסור באכילה שוב אסור בטלטול ולכך כל דב"ש נקטו תאכל בודאי מותר בטלטול וב"ה שפיר שנו לא תאכל וממילא אסור בטלטול ודו"ק. דף ג' אלא ספק טריפה הו"ל דבר שאל"מ וכו' הש"ך סי' ק"ב הקשה למה כתב דברי הרשב"א בלשון יש מי שאומר הא מבואר כאן דלא מקרי דבר שיש לו מתירין ע"ש וכבר כתבתי בזה הרבה. וכעת נראה דהנה כבר נודע קושית הצ"ץ סי' ס"ט בשם עבוה"ג דלמה ליה להרשב"א הטעם דאין המתיר עתיד בודאי לבא והא ממנ"פ אם תהיה טריפה אז גם כעת היא טריפה ושוב לא הוה דבר שיש לו מתירין. והנראה בזה דהנה כל שחיה י"ב חדש יוכל להיות שתעלה ארוכה ועיין בחולין דף נ"ז ע"ב כמה מעשיות שהעלתה ארוכה ונמצא שהיה דבר שיש לו מתירין וא"ל דאז ממנ"פ מותרת דזה אינו דבאמת יוכל להיות שהיתה טריפה רק דהעלתה ארוכה אח"כ בתוך יב"ח וא"כ קודם שהעלתה ארוכה היתה באמת טריפה ושפיר הוה דבר שיש לו מתירין ואתי שפיר דברי הרשב"א ומיושב קושית הצ"ץ ודו"ק.

ב אמנם עדיין קשה לפ"ז יש ס"ס שמא היא כשרה ואת"ל טריפה שמא לא תעלה ארוכה ואז ממילא בטלה ברוב כל שנתערבה. אך באמת בדבר שיש לו מתירין אף ס"ס לא מועיל כמבואר בסי' ק"י. והנה מה דלא מועיל ס"ס בדבר שיש לו מתירין יש לומר דהוא כיון דספק אחד מותר מה"ת לשיטת הרמב"ם דספיקות מדבריהם וא"כ ספק השני הוה בדרבנן וספיקו להקל וכמדומה שכ"כ הכו"פ ולפי"ז בדבר שיש לו מתירין דגם בדרבנן ספיקו להחמיר כמו שחידש רב אשי ממילא גם ס"ס לא מועיל ולפ"ז להס"ד טרם שחידש רב אשי זאת שפיר אמרו דספק טריפה הו"ל דבר שאין לו מתירין ומטעם דממנ"פ בטלה כקושיית הצ"ץ והו"ל ס"ס וגם בדבר שיש לו מתירין שפיר מועיל להס"ד אבל אחר שחידש רב אשי זאת שוב יש לומר דהו"ל דבר שיש לו מתירין ולכך הוצרך הרשב"א לחדש דלא הוה דבר שיל"מ משום דאין המתיר עתיד לבא בודאי ודו"ק היטב:

ג ובזה מיושב היטב מה שהקשה בצל"ח בהא דמוקי ר"א בספק יו"ט ספק חול והו"ל דבר שיש לו מתירין דהרי כאן קאי הקושיא על ר' יוחנן דהוא ס"ל משום משקין שזבו והרי הרמב"ן כתב במלחמות דר' יוחנן לא ס"ל דבר שיל"מ כלל ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דר' יוחנן מוקי לה בספק טריפה והוה דבר שיל"מ ול"מ ס"ס וניהו דר' יוחנן לא ס"ל

דבר שיל"מ היינו דנאמר דלא יתבטל זה לא ס"ל לר' יוחנן אבל לענין שלא יועיל ס"ס כל דיש לו היתר למה לנו לסמוך על ס"ס מוטב שנאכלנו בהיתר דבשלמא ביטול שפיר יש לומר דנהפך האיסור להיות היתר והוא היתר גמור ונודע שכל אחד אומר דלאו זהו הוא אבל ס"ס מהראוי דלא יועיל כל שהוא דבר שיש לו מתירין כנלפענ"ד וידעתי שזה דוחק וגם יש גמגום בזה. דף ה' בתוס' ד"ה ובקש דברי התוס' צ"ע במ"ש דירוויחו עניים שיוכלו לפדות בשו"פ תמוה דהתוס' בעצמם במגלה דף כ"ג ובמנחות דף ע"א כתבו דדוקא הבעלים יכולי' לפדות בשו"פ ולא אחרים וא"כ העניים לא יוכלו לפדות בשו"פ ועיין טורי אבן במגלה שם שכתב הטעם משום דבעלים יכולין לשאל ע"ז משא"כ אחר ע"ש באבני שוהם ב' טעמים בזה וא"כ בעניים דהן אינם הבעלים דהקדישו וגם אינם יכולים לשאול למה יוכלו לפדות בשו"פ הן אמת דבכרם רבעי לא שייך כלל שאלה וא"כ לא שייך כלל טעמו של הטורי אבן ועיין בחבורי יד שאול מ"ש בזה וע"כ צ"ע בזה ונכתב בגמגום ובאמת בכרם רבעי הי' מהראוי שלא יוכל לחלל בפחות משויה אף הבעלים ודברי התוס' כאן נכונים ובדברי בה"ג ושאלתות נדחק הטורי אבן שם דלמה יוכל לפדות בשו"פ ע"ש. דף וא"ו רבינא הוה יתיב קמיה דרב אשי בשני יו"ט של ר"ה חזייה דהוה עציב וכו' ולותביה מר האידנא וכו' כלם תמהו דהא בימי רב אשי לא קדשו עפ"י ראיה והרי הרמב"ם פ"ו מיו"ט כתב דבזמן הזה אין מתנין ביו"ט דהכל יודעין שאין יו"ט שני מפני הספק ועיין שיטה מקובצת כאן וביש"ש סי' ט"ז שדחו דברי הרמב"ם עפ"ז ובספר תולדת אדם נדפס בשם הגאון מוהר"ז תמיה זו וכתב ליישב. ולפענ"ד לק"מ דכיון דרב אשי סבר כנהרדעי דאף בשני י"ט של ר"ה מתנין על תנאי שמא היום חול ובשני י"ט של ר"ה לכ"ע אין כאן חשש מפני הספק דהא נהרדעי אמרו דלא מצינו אלול מעובר ועיין פ"י מ"ש ברש"י ד"ה דלמא וא"כ לא היה רק מנהג בלבד ואפ"ה הי' ס"ל לרב אשי דגם בר"ה מותר להתנות א"כ לנהרדעי גם בשני י"ט של גליות אף בזמן הזה ג"כ מותר לערב ולהתנות משא"כ לפי המסקנא דברה"ר ודאי אין מערבין א"כ גם בשני י"ט של גליות אין מערבין בזמן הזה ודברי הרמב"ם הם לפי המסקנא דלא קי"ל כנהרדעי וס"ל להרמב"ם דלפי מה דאמר על רב מרדכי בפירוש אמר מר דלא ס"ל כנהרדעי חזר בו רב אשי והודה דבר"ה אין מערבין וא"כ ממילא אף בשני י"ט של גליות אין מערבין וגם לפי מה שפירש רש"י דרב אשי הוה עציב אתי שפיר טפי דרבינא הוה ס"ל כנהרדעי ולכך הוה ס"ל דמערבין ומתנין ור"א א"ל דאין מתנין וה"ה בשני יו"ט של גליות והמעשה כך הוה בשני י"ט של ר"ה אבל באמת גם בשני י"ט של גליות היה הדין כן. שוב ראיתי בצל"ח שדרך ג"כ בדרך הזה אבל הוא עקב עלינו את הדרך בפלפולים רבים ולפענ"ד

הדברים כפשוטם ובגוף דברי הרמב"ם הנ"ל שהראב"ד תמה למה לא יוכל לערב על תנאי ועיין בהה"מ. ולפענ"ד נראה דבאמת בשני י"ט של גליות נחלקו בירושלמי יבמות פי"א בסופו אי לוקין ע"ז דהוה התראת ספק וא"כ השני ימים היו בספק קדושה אמנם כעת היום הראשון הוא קדוש מה"ת בודאי והשני אינו רק מדבריהם ואף דהחמירו ביו"ט שני כמו בראשון כמבואר סי' תצ"ו מ"מ לכמה דברים הקלו בשני ועיין בסי' תצ"ז לענין מסל"ת וא"כ לכך אסור לערב מיום ראשון ליום שני שלא יאמרו שגם הראשון אינו רק ספק קדושה ובאמת היום הראשון הוא קדוש ודאי הלכך אסר הרמב"ם לערב כנ"ל ברור. ולפ"ז נראה לי ברור דבשני ימים של ר"ה לנהרדעי דס"ל נולדה בזה מותרת בזה משום דלא מצינו אלול מעובר א"כ שוב היה מותר לערב דהא כאן ליכא חשש דיאמרו שהראשון הוא ג"כ ספק דהרי יום ראשון ודאי מה"ת וא"כ היה מותר לערב בר"ה אף לדידן דאינו רק מנהג בעלמא וכמ"ש בטעמו וא"כ יש לומר דבזה נחלקו רבינא ור"א דכיון שהיה בר"ה סבר רבינא לומר דלנהרדעי מותר לערב דר"א אמר דבר"ה ודאי אסור לערב דבר"ה ודאי הראשון עיקר ודוק היטב כי קצרתי:

ד וזה אשר חדשתי בחג השבועות העבר הנה במ"ש למעלה על דברת היש"ש לענין טלטול הנה גוף קושית היש"ש אמרתי בחפזי דל"ק דבאמת שאני ספק מוכן דאינו אסור רק משום דהוה דבר שיש לו מתירין וכדאמר רב אשי בביצה דף ד' וכבר הורנו הצל"ח דבטלטול לא שייך דבר שיש לו מתירין דיכול לטלטל היום ומחר ולכך מותר לטלטל משא"כ במחובר דודאי אסור גם בטלטול אסור וז"ב ופשוט. שוב ראיתי בצל"ח בביצה דף כ"ד שם שכתב ליישב קושיית היש"ש שהקשה דמה נ"מ בין שאסור משום מחובר והא בלא"ה אסור משום ספק מוכן וכתב דנ"מ לענין טלטול ומהתימה דא"כ למה לא הרגיש ליישב קושית היש"ש על הרי"ף בזה ודו"ק. ומ"ש למעלה בישוב קושית הש"ך על הש"ע דלמה לא הביאו ראיה מהך דביצה דאמרו דספק טריפה הו"ל דבר שאל"מ וגם קושית הצ"ץ על הרשב"א דממנ"פ מותר אמרתי בזה דהנה במ"ש הרשב"א דאין לו דין יש לו מתירין דאין המתיר עתיד לבא והקשיתי דאכתי לא שייך ביטול ברוב דהא כל הטעם דבטל ברוב כתב הרא"ש הובא בב"י סי' ק"י משום דהאיסור נהפך להיות היתר ולפ"ז זה דוקא כשהאיסור בעצמו נתבטל ברוב שייך לומר דהאיסור נהפך להיות היתר אבל כאן הספק טריפה הוא באיסור כמו שהי' דהרי לא נתבטלה רק שהביצה נתערבה ואיך שייך לומר דנהפך להיות היתר הא הביצה נסתעף מצד הספק טריפה וכיון דהספק טריפה הוא בעין שוב הביצה הנשארת באיסורו וגדולה מזו מצינו שהגאוני בתראי במעשה שפירש חציו של בהמה בטל ברוב ונחלקו בזה כל גדולים דא"י להתיר מה שנשאר

וע"כ גם החציו השניה אסור דאיך אפשר שזה מותר וזה אסור ואף להמתירים הוא בגוף הבהמה שמה שכבר נתערב נתבטל אבל כאן שגוף הספק טריפה נשאר באיסור איך אפשר להתיר הביצה והיא קושיא נפלאה. אמנם נראה דהרשב"א לשיטתו שכתב דלכך בטל דעל כל אחת ואחת בפ"ע אמרינן דהוא מן הרוב וביאור הדברים דבאמת כל דאינו ספק השקול אינו מקרי ספק כמבואר בסי' ק"י בכללי הספיקות ולפ"ז כל דיש רוב כנגדו אינו עכ"פ ספק השקול ולכך מותר ולפ"ז בדבר דיש לו מתירין דלא אזלינן בתר הרוב שוב אף שאינו ספק השקול מ"מ לא עדיף מאילו היה רוב ומיעוט דלא אזלינן בתר רוב ושוב אינו בטל ולפ"ז שפיר כתב הרשב"א דה"א דיהיה דבר שיש לו מתירין ול"ק קושית הצ"ץ דממנ"פ מותר דזה אינו דבאמת ביטול ברוב לא שייך כאן וכמ"ש דכיון דהספק טריפה עודנה בפ"ע ולא שייך ביטול ורק דלא הוה ספק השקול וכיון דבדבר שיש לו מתירין לא אזלינן בתר הרוב לא אכפת לן אף שיש רוב נגדו וכמ"ש לזה הוצרך הרשב"א לחדש משום דאינו ברור שהמתיר יבא. אמנם גוף הסברא דבדבר שיש לו מתירין לא מקרי ספק השקול נראה לי דיצא לו להרשב"א מהך דרב אשי שחידש דבספק דרבנן לא אזלינן להקל וכ"כ קושית המ"י דלטעם הר"ן דמקרי מב"מ ושניהם היתר זה לא שייך בספק. אמנם לפמ"ש יש לומר דאף דבדרבנן ספק להקל היינו כשיש ספק השקול אבל בדבר שיש לו מתירין דל"מ ספק השקול כל שיש מיעוט עכ"פ איסור גם ספק דרבנן להחמיר דלא מקרי ספק השקול וא"כ זהו לפי המסקנא אבל טרם שחידש רב אשי זאת שוב אמרינן דגם בדשיל"מ אזלינן בתר רובא ולא מקרי ספק השקול וא"כ שוב יקשה קושית הצ"ץ דממ"נ מותר ולא מקרי דבר שיש לו מתירין וא"כ שפיר אמרו דספק טריפה לא הוה דבר שיל"מ ומטעם של הצ"ץ ודוק.

ה ודרך אגב אומר מה שחידש הצ"ץ שם בספק טריפה שנולד ביו"ט אי מקרי דבר שיש לו מתירין דעכ"פ מצד איסור נולד יהיה מותר לאחר יו"ט וירויח איסור נולד לפענ"ד נראה דבר חדש דבכה"ג מותר להוסיף על איסור טריפה שיתבטל בששים דאף דאסור לבטל לכתחלה וגם להוסיף אף באיסור דרבנן לשיטת הפוסקים ולפענ"ד דזה בשאר איסור שאם מבטלו מותר תיכף אבל כאן לאחר הביטול עדיין אסור בשביל איסור נולד ביו"ט דהו"ל דבר שיש לו מתירין וא"כ איסור קיים אף בהוספה בכה"ג אין איסור להוסיף דהא כל שכעת לא הועיל בהוספתו ואח"כ לאחר יו"ט שוב יהי' בדיעבד שכבר הוסיף ונתבטל וגם לפי הטעם שכתבו התוס' בפסחים דף ל' דלכך אסור להוסיף דאל"כ לא משכחת איסור שכ"א ילך ויבטל זהו כשיהי' מותר תיכף אבל מה שיהיה מותר אח"כ לא שייך זאת וגם משום מתקן ביו"ט לא שייך בזה כל דאין התיקון בא תיכף כעין מ"ש

התוס' בשבת ק"ה כל דאין התיקון בא תיכף לא מקרי תיקון וה"ה בדרבנן בכה"ג לא שייך תיקון כמ"ש המרכבת פכ"ד משבת יעו"ש ודוק:

ו ובזה נראה לפענ"ד במה שנסתפק בשו"ת נחלת אבות הנדפס מחדש ונספח לחידושי נכדו נקרא לוחות עדות בסי' ז' בשני קדירות אחד של היתר ואחד של איסור שיש לו מתירין כגון ביצה שנולדה ביו"ט ונפל איסור דרבנן לאחד מהם וא"י לאיזה נפל אי שייך לומר שאני אומר איסור לתוך איסור נפל או דלמא כיון שזה יש לו היתר לאחר יו"ט וכשאתה אומר שהאיסור נפל בתוכו הרי אתה אוסרה אף לאח"כ שוב לא שייך תולין הקלקלה במקולקל דמאי חזית דאסרת לזה לעולם והשני מותר תיכף והוא ספק מושכל ולפמ"ש מותר להוסיף בזה שיל"מ עד שיתבטל האיסור שנפל ולא שייך אסור לבטל וא"כ לזה לא נאסר לאחר יו"ט ושוב שייך תולין הקלקלה במקולקל כיון דכעת הוא אסור דמחמת איסור י"ט לא מועיל הוספה דהא הוה דבר שיש לו מתירין ולאחר יו"ט תהיה מותרת וא"כ לא קלקלנו אותה יותר מכפי שהי' ודוק. ובגוף הספק המושכל הנ"ל נלפענ"ד דבכה"ג תלינן דבשל איסור יו"ט נפל ותולין הקלקלה במקולקל ואף דלאחר יו"ט יהי' מותר וכשאתה תולה שנפל איסור יהיה אסור גם לאחר יו"ט נראה לפענ"ד כל דלא נתחדש איסור יותר גדול ממה שהיה כמו כאן דכעת הוא אסור בשביל יו"ט ולא נתבטל משום דהוה דבר שיל"מ וזה אינו רק איסור דרבנן וכשאתה אומר שהאיסור נפל הא האיסור ג"כ אינו אלא דרבנן אין אתה מוסיף רק איסור דרבנן וכל שיש כבר איסור דרבנן אף שתהיה מותרת לאחר יו"ט מ"מ כעת לא מחדשין עליו איסור נוסף שיהי' אסור מה"ת לכך תולין.

ז ובזה מיושב מה שהביא ראיה ממה דאיתא בתוספתא גבי מתניתין דשני קופות אחת של חולין ואחת של תרומה ולפני' סאה של תרומה ונפל וא"י לאיזה מהן נפל תלינן דבשל תרומה נפל היה טבל ומעשר ראשון ומעשר שני ונפל אסור שלא התירו ספק מדומע אלא בדבר שיש לו מתירין ופירש הר"ש וכן הרשב"א בתה"א בית ד' שער ב' דע"כ לא אמרינן תולין הקלקלה במקולקל רק בכה"ג דכשאתה אומר תרומה לתוך תרומה הרי שניהם מותרין אבל בטבל דכשאתה תולה בטבל אתה אוסרה לא תלינן הרי דאף דאיסור טבל הוא במיתה קודם שיפריש והרי הוא מקולקל כעת כל שבידו להפריש לא תלינן ועכשיו אתה רוצה לאסרו לעולם לא תלינן ע"ש וה"ה כאן ולפמ"ש יש לומר כיון דמירי בתרומה דרבנן וכשאתה תולה לתוך טבל נפל שוב תהיה ספק מדומע של תורה דשמא הוא טבל ואסור מן התורה אם כן אתה מגדיל האיסור בזה לא שייך תולין הקלקלה במקולקל דהא כעת אינו רק איסור דרבנן ובטבל יהיה ספק איסור תורה דגם התרומה

כשנפלה לטבל כלו אסור מחשש טבל תורה וזה לא נקרא תולין הקלקלה במקולקל דהא הקלקלה אינו רק דרבנן והמקולקל איסור תורה ולא מגדילין האיסור שנפל מכדי מה שהיה. ובזה נדחה ג"כ ראייתו מהא דאמרו בנדה דף סמ"ך ת"ר תולה בשומרת יום כנגד יום בשני שלה ובסופרת ז' שלא טבלה לפיכך היא מתוקנת וחברתה מקולקלת ופי' רשב"א בתה"א הובא ביתה יוסף סימן ק"ץ ובש"ע סי"ב דהטעם הוא דתולין הקלקלה במקולקל דאמרינן שאני אומר הרי חזינן דאף שבידה לטבול מ"מ כל שכעת מקולקלת תלינן הקלקלה במקולקל הרי תולין הקלקלה במקולקל. ולפמ"ש אין ראיה דכל שאינו מגדיל האיסור ואדרבא בשומרת יום כנגד יום את סופרת ז' שלא טבלה עליה איסור חמור כל שלא טבלה מה אכפת לן שיש עליה עוד איסור אחר וכל שתטבול גם זה האיסור ילך לו ואף שתצרך לחוש ולספור נקיים מכל מקום כעת יש עלי' איסור חמור מזה ולא מגדילין הקלקול יותר ואדרבא איסור הראשון חמור יותר לכך תולין הקלקלה במקולקל אבל במקום דמגדילין האיסור לא תלינן ולכך בטבל לא מגדילין האיסור ול"ק על התוספתא והרב הנ"ל החמיר שם בקושיא זו ולפענ"ד הדבר נכון ודוק. ודרך אגב אבאר מ"ש שם בנחלת אבות סי' ח' בחה"ל שנתערבה בין חתיכות ונאכל אחד מהם בשוגג דקי"ל דכלן מותרות ותלינן דהך דאיסורא נאכל איך הדין אותה קדרה אי נאסרה ודעת אבי הגאון הנ"ל להתיר והוא האריך לאסור ואח"כ חזר בו ולפענ"ד ודאי יש לאסור הקדירה דלכאורה יש לומר לענין הקדירה אמרינן להיפך דלמא לא היתה אסורה בה ושוב הקדירה מותרת. אמנם זה אינו דכל דהספיקות אוסרות אף בדרבנן אסור א"כ כל דאתה תולה דאיסור נאכל איך תוכל לומר להיפך דלמא החתיכה היתה מותרת דהו"ל שני ספיקות לקולא ולא מקילין כמ"ש התוס' בביצה דף י"ד וא"ל דאם כן נימא להיפך ולא ניקל לגבי החתיכות דזה אינו דאם אתה אומר דאותה חתיכה היתה מותרת שוב אסורין כלן ובודאי תהיה הקדירה אסורה ולא יהי' סותרין אבל להיפך אי אפשר להקל על הקדירה דהא יהיו ספיקות סותרין מיהו הגאון הנ"ל כתב דהקדירה מותרת דהא הך טעם שנבלע בקדירה אינו ר"ל ושפיר בטל בסמ"ך. אבל זה אינו דכל דאתה אומר דבטל בסמ"ך וע"כ שאתה מסופק שמא אינו ר"ל דכל שהי' חתיכה זו ר"ל והיא היתה אסורה א"כ כבר נאסרה הקדירה ואי אפשר שתחזור להיתר דהרי הקדירה ניכרת ולא שייך ביטול באיסור ניכר וע"כ צ"ל דלמא אינה של איסור א"כ שוב הוה ספיקות סותרות וזה לא אמרינן וגם הכו"פ סי' ק"י ס"ק כ"א דעתו כן ומ"ש הגאון ראיה מהא דאמרו בחולין דרוטב בנ"ט הרי אף דהחתיכות אסורות מ"מ הרוטב בטל בסמ"ך אין ראיה דשם כיון דכל החתיכות אסורות וא"כ לא מקילין בהחתיכות כלל א"כ שוב יש להקל לגבי

הרוטב ולא שייך לומר דהוה ספיקות סותרות דז"א דאין אנו סותרין ומחזקין הספק בכל החתיכות אבל הרוטב לא הוה חהר"ל אבל כאן כיון דתלינן דאיסור נאכל שוב הקדירה ניכרת ואסורה ולא תתבטל ודו"ק.

ח נהדרינהו לקמייתא מ"ש בהתוספתא דתרומה שנפלה בטבל דלא תולין הקלקלה במקולקל דהא הטבל חמור ומה דתני בתוספתא ומעשר שני ופירש הר"ש פ"ז דתרומות משנה ה"ו דכשהאחד חולין ואחד מעשר ראשון או מעשר שני לא תלינן התרומה שנפלה במע"ר ומע"ש והיינו משום דמעשר ראשון או מעשר שני לא נאסר וכשיפול תרומה לתוכו נאסר לא שייך תולין הקלקלה במקולקל דמע"ר אינו מקולקל כלל וכן מעשר שני בירושלים אינו מקולקל כלל והתרומה אוסרתו וז"פ דעיקר הקושיא היא מטבל אבל צריך ביאור מה הלשון אומר שלא התירו ספק מדומע אלא בדבר שיש לו מתירין וצ"ל דכיון דמעשר ראשון ומעשר שני מותר תו לא הוה מקולקל כלל. והנה מה שהביא מהך דאמרו בנדה סמ"ך דשומרת יום כנגד יום וסופרת ז' שלא טבלה ורשב"ג אומר דתולין בהם אף דהיא יש לה היתר ע"י טבילה לפענ"ד כעת בפשיטות דיש לומר דכיון דהיא לא מטוהרה הו"ל בחזקת טומאה ומחזיקין אותה בחזקת טומאה כ"ז שלא טבלה ואינו ענין להך דתולין הקלקלה במקולקלת רק דהוא כעין זה דיש לומר יותר דהיא מצאה כתם כיון שלא הוחזקה טהורה עד שתטבול י"ל דהיא טמאה ומחזיקין מאיסור לאיסור כנלפענ"ד וז"ב לדעתי ולק"מ ודוק. שוב ראיתי ברש"י בנדה שם שכתב משום דמעיינה פתוח ולפענ"ד גם הרשב"א ס"ל כן ומטעם שכתבתי ועיין מהרש"א שם ובמלמ"ל פ"ט מא"ב הלכה כ"ט האריך הרבה בענין הלז ע"ש ואיך הזמן מסכים ומספיק לעיין בזה ודוק:

סימן קעה

כה הראני הרב החריף מוה' מאיר בראם ני' דברי הב"י בהלכות מקוואות סעיף ל"ח זקפה על צדה לרוח וכו' דאם אין המים ראוים לבא זולתה אפילו אין לה שפה כלל פוסלת כיון שמקבלת טומאה והיינו משום דבעינן הווייתה ע"י טהרה והקשה ב"י אם אין לה שפה כלל הו"ל פשוטי כלי עץ דאינו מקבל טומאה וע"ז חידש הב"י דהא דפשוטי כלי עץ אינם מקבלים טומאה היינו כשמעולם לא היה לו בית קיבול אבל כשהיה לו בית קיבול אף שכעת נשברה כיון שלא נשברה לגמרי הוה דבר המקבל טומאה ע"ש וע"ז הקשה מהא דמבואר פט"ו מכלים משנה ב' סרוד של נחתומים טמא גפפו מארבע רוחותיו טמא נפרצה רוח אחת טהור הרי דגם בפשוטי כלי עץ כל שנפרץ מרוח אחת אף שהי' מתחלה מגופף טהור. והשבתי דזה אינו דשאני התם דכל שנפרץ מרוח אחת

שוב אינו ראוי להשתמש בו ולכך טהור אבל בזקפה לרוח הרי אף שנפרץ קצת מ"מ ראוי עוד לרוח לכך טמא ובלא"ה כיון דסרוד של בעה"ב טהור רק דכל שגפפו מארבע רוחותיה ועשאו לכלי וכל שנפרץ מרוח אחת הדרא לקמייתא וסרוד של בעה"ב טהור וכעין זה כתב התוי"ט שם פי"ב משנה וא"ו ומודים חכמים לר"ג בטבלא שנחלקה לשנים אחד גדול ואחד קטן שהגדול טמא והקשה התוסיו"ט כיון שנחלק אעפ"י שאחד גדול מ"מ אינו מגופף מד' רוחותי' וכתב דכיון דאין עיקר תשמיש לבית קיבול סגי בג' רוחות ע"ש והרי מבואר החילוק שבין סרוד ובין זקפה לרוח ומה שהביא התוי"ט שהקשה על טבלא מסרוד של נחתומים היינו לפי שהטבלא ג"כ אין צריך כ"כ גיפוף כמ"ש התוס' ושפיר דומה לסרוד וע"ז תירץ דמכל מקום טבלא עדיף יותר מסריד אבל סריד עכ"פ כל שנפרץ אחד מרוחותי' שוב בטל מתורת כלי והדרא לקמייתא לסרוד של בעה"ב כל שגפפו וכל שנפרץ מרוח אחת אינו כלי ומה שהקשה על הראב"ד דשאני טבלא שכבר נטמאה שוב אף שנחלק טמא לפענ"ד ל"ק דכל שנתבטל מהיות כלי פרחה טומאתו ונטהר ועיין בשבת בסוגיא די"ח דבר ובע"ז דף נ"ב ודו"ק:

סימן קעו

נשאלתי מתלמידי הרב החריף מוה' יעקב יוסף ווילער נ' בהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ח אמר רבא שור של אדם טריפה פטור מ"ט דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת כל היכא דלא קרינא ביה וגם בעליו יומת לא קרינא ביה והשור יסקל וע"ז הקשה דהא בדף ט"ז שם אבעיא להו שור של כה"ג בכמה למיתת בעלים דידיה מדמינן ליה או למיתת בעלים דעלמא מדמינן ליה וא"כ איך אמר רבא כאן בפשיטות דלמיתת בעלים מדמינן ליה והיא לכאורה קושיא גדולה. והשבתי דהנה הרמב"ם פסק בפ"ט ממלכים ה"ו דגם בהמה אין הורגין מספק ע"ש וע"כ שפיר אמר רבא דלו יהא דהוא ספק מכל מקום לא הורגין מספק השור אבל שם בדף ט"ז ב"כ וב"כ נדון השור רק שהספק אם צריך כ"ג או שלשה שפיר אבעיא לי' ודו"ק. ומה שהקשה הנ"ל בהא דנחלקו רב' ורב אשי לענין שור של אדם טריפה אי נהרג השור והקשה מש"ס דף מ"ם דשור שלא בכוונה פטור לכ"ע ממיתה משום דאדם שלא בכוונה פטור ואקיש מיתת השור למיתת אדם וא"כ ה"ה הכא לק"מ דשלא בכוונה גם התורה פטרה לאדם אף דאדם מועד לעולם מכ"ש השור העני למה יתחייב והוא ודאי שלא בכוונה אין עליו שום חיוב משא"כ אדם טריפה דהבעלים פטורין משום דהוה עדות שאאילה"ז אבל השור למה יפטר ותדע שהרי לענין כופר שלא בכוונה נחלקו דלמאן דפוטר הוא משום דיש קרא הא לא"ה חייב משום דזה מחמת הבעלים בא ודו"ק:

סימן קעז

א בש"ק חיי העבר הקשה אותי הרב מוה' ישכר ני' מסקאהל הא דאמרו בכתובות דף כ' אר"נ אילו הוי קמן ומכחשי הוה הכחשה וכו' השתא דליתא קמן דאילו הוה קמן הוו מודו להו מהמנא והקשה הא אף אם הודו לא הוו מהמני דאינו חוזר ומגיד.

ב והשבתי דאה"נ אבל לאלומי מלתא דעכ"פ יש לו עדיפות מהכחשה דהוה עדות מוכחשת מכ"ש דיכול להיות דהוו מודו להו ובודאי הוי עכ"פ כהכחשה וראיתי במהר"ם שיף שכ"כ ונהניתי אמנם הקשיתי בהא דאמר ר"נ אוקי תרי בהרי תרי והקשו התוס' לר"ה דס"ל דזו באה בפני עצמה ומעידה ה"נ כיון דאין מכחישין על גוף הלואה אלא אומרים שאין נאמנים דפסולין היו לתכשרי ואמאי לא מגבינן בשטר וכתבו בשם רשב"א דהכא לא מוקמינין ליה אחזקה כדאמר לעיל משום דאי הוה קמן דלמא הוה מודי ע"ש וכאן קשה דאף אם היו מודו לא מהמני דאין חוזרין ומגידין וא"כ למה לא מתכשר ויהיה השטר כשר כיון דאין מכחישין גוף הלואה שוב נאמנים הראשונים ולכאורה רציתי לומר כיון דאם הודו היו מחוייבין לשלם העדים שרצו לחייב אותו ממון ועכ"פ נגד הלקוחות ודאי נאמנים האחרונים וא"כ אתרע השטר אבל זה אינו דהא באמת הלואה היתה ולא רצו להפסיד וגם נגד הלקוחות אין נאמנים האחרונים דאוקמא הראשונים בחזקת כשרות ואין נאמנים לחזור בהם ושפיר גובה מלקוחות. אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בטעם דאין חוזרין ומגידין הנה מהב"י סי' כ"ט נראה משום דאין נאמנים לעשות עצמם רשעים אבל זה אינו דא"כ באנוסין מחמת נפשות דאין עושין עצמם רשעים למה לא יהי' נאמנים וכבר השיגו על הב"י בזה בישועת יעקב באהע"ז בתשובה לליצק ואני תמה דהב"ש ס"ס קנ"ב כ"כ בהדיא דאין עושין עצמם רשעים למה לא יהי' נאמנים ולא הזכיר מדברי הב"י יעו"ש.

ג אמנם בשיטה מקובצת בכתובות דף ח"י ראיתי שכתב דרש"י פירש כדכתיב לא יגיד חדא הגדה כתיב ודחה זאת והביא פירוש אחר דנפקא לן מדכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ואם יוכלו לחזור ולהגיד שוב לא יקום דבר על פיהם דהא יכולין לחזור ע"ש בשם ריטב"א ולפ"ז נראה לי ברור דאם שנים אחרים מכחישים ועכ"פ לא יקום דבר ע"פ הראשונים דהרי האחרונים מכחישים בזה שוב נאמנים לחזור בהם. אמנם העיקר נראה דהרי אמרו דף ח"י דאמר רבא כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכ"ת ה"מ ע"פ אבל בשטר לא והאמר ר"ל עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ע"ש והיינו דהוה כמו שהגידו ע"פ ולפ"ז כיון דיש עדים המכחישים א"כ עכ"פ לא הוה כמי שנחקרה עדותן שהרי באמת אם הי' לפנינו אז העדים המכחישים לא הוה

נחקרה עדותן בב"ד ושוב לא הוה כהגדה וממילא נאמנים האחרונים ואם הי' מודים לא הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ויכולין לחזור בהם ואדרבא אם אין מכחישין הלואה שוב בודאי יכולין לחזור בהם דהא לא הי' כמי שנחקרה עדותן בב"ד דנתגלה למפרע שלא נחקר עדותן דאם הי' האחרונים מכחישין לא נחקר בב"ד ושוב יכולין לחזור בהם ולפמ"ש המהרי"ט בראשונות סי' י"ז דמה דאמר כמי שנחקרה עדותן בב"ד היינו דלא חיישינן למזוייף ע"ש וא"כ כאן דהדבר אמת רק דהם פסולין ודאי לא הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ואף דדברי הש"ס בדף ח"י לא יתיישב לשיטת המהרי"ט וכמ"ש דהרי אינם מכחישים הלואה וכמ"ש התוס' כאן עכ"פ לענין דיכולין לחזור ולהגיד שפיר נאמנים לחזור דעכ"פ לא הוה כמי שנחקרה עדותן בב"ד דהרי נתגלה שמכחישין האחרונים וטוענים דהראשונים היו פסולים ושוב לא מקרי הגדתן בשטר הגדה ויכולין לחזור בהם כנלפענ"ד דבר חדש:

ד והנה בגוף קושית התוס' דלתכשר השטר כיון דאינן מכחישין ההלואה שאל אותי הרב הנ"ל דזה ניחא לענין קטנים היו או פסולין דאינם מכחישים הלואה אבל אנוסים היו וא"כ ההלואה שקר ולמה יהי' נאמנים הראשונים דבאותו דבר שמכחישים זא"ז אינם נאמנים ויפה הקשה.

ה ומצאתי בשיטה מקובצת שכתב בשם הר"י מיגש דקושית הש"ס תרי ותרי היינו דוקא על אנוסים היו דבקטנים ופסולים לא שייך זאת וכפי הנראה כיון לזה אבל דברי התוס' תמוהים ואני אמרתי דגם על אנוסים היו יש לומר דאינם מכחישין הלואה רק דאנוסים היו על חתימה בשטר תו יהיה דינו כשטר וגובה מלקוחות ושוב הראשונים נאמנים על השטר דהא אינם מכחישים גוף ההלואה אך זה אינו דכיון דהשטר מכחישין שאין לו דין שטר זהו הוה כגוף העדות על השטר ולזה אינם נאמנים הראשונים ולא הוה שטר ודו"ק וצ"ע. שוב ראיתי לאיזה אחרון שהעיר בזה וכתב כמ"ש אבל אינו נכון וכמ"ש דעכ"פ בהשטר אינם נאמנים ודו"ק וצ"ע. ובמ"ש יש ליישב דברי מהרש"ך הובא במלמ"ל פ"ג מעדות הלכה ה' והיינו דכיון דחתמו עצמן להיפך א"כ לא שייך לומר דמה שחתמו עצמן מקודם להיפך הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד דהרי אם היו בא לב"ד שני העדיות לא הוה כמו שנחקרה בב"ד דהא היה דין מרומה אבל זה אינו דהרי אם אמרו אח"כ דאנוסין היו או פסולין מכל מקום אין נאמנים לחזור והוה כמו שנחקרה בב"ד וע"כ דברי המהרש"ך תמוהין דלא עדיף חתימתן בשטר מאילו אמרו בע"פ להיפך ודו"ק:

סימן קעח

א להרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י.

ב מה שהקשה בער"ה בהא דאמרו בב"מ דף ק' ואכתי מה שטענו לא הודה לו סבר לה כר"ג דמחייב ואכתי הילך הוא וע"ז הקשה לפי שיטת התוס' בב"ק דף ל"ה דר"ג אינו מחייב רק שבועה אבל לא חייב ממון דמחל לו וא"כ מה פריך הילך הוא הא אינו נותן לו כלום ולפענ"ד נראה דהנה בטעם דהילך פטור והיינו משום דמה דמודה הוה כנקיטא בידי' כדאמרו ריש ב"מ ואמרתי בזה עפמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י דמודה במקצת דמחייב הוא מטעם כיון דחייב לשלם מקצת הרי"ז גורם שבועה לשאר כעין גלגול שבועה ע"ש ולפ"ז הילך דכמאן דנקיטא דמי א"כ לא שייך גרירה שאינו חייב כלום דכיון דהוה כנקיטא בידי' ואין לו מה לגרור והארכתי בזה בתשובה ולפ"ז כאן עדיף מהילך כיון דפטור לשלם השעורים א"כ אין לו מה לגרור ולמה יתחייב וזה דפריך ואכתי הילך הוא והיינו שאין לו מה לגרור ולישנא דהילך יתפרש גם ע"ז ועיין בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"ח במחלוקת רז"ה והראב"ד שם שכתב דהילך יתפרש על כמה אופנים ודו"ק אבל גוף סברת התוס' למה יתחייב שבועה והא אף אם לא ירצה לשבע לא יתחייב ממון דהא מחל לו ולמה ישבע ואולי השבועה היא על החטים שטענו וזה הודה על השעורים וא"כ מחויב שבועה על החטים וכשלא ירצה לשבע ישלם החטים ושוב לא שייך הילך דיגרור אבל גם זה ליתא דלא שייך גרירה כיון דמחל לו השעורים כנלפע"ד בלי עיון בספר וצ"ע:

סימן קעט

הנה בש"ק שבת תשובה למדתי במשניות והגעתי לפרק ז' דשבועות משנה ב' בהא דאמר ר"י עד שיהי' שם מקצת הטענה והתוס' הוכיחו מזה דליתא לדר"ח קמייתא ואח"כ דחו דמיירי שכבר החזיר. וראיתי בהגהות הגאון מוהר"ע איגר ז"ל שנסתפק בפקדון אי העדאת עדים הו"ל כהילך כמו הודאת פיו או דלמא שאני הודאת פיו דכל שהודה דכל היכא דאיתא ברשותא דמרי' איתא אבל העדאת עדים דהו"ל מטלטלין דכפרי' וא"י להקדישן אף שיש עדים שוב לא הוה הילך ע"ש שהאריך ואני אומר דאין מקום לספיקו וטרם יהי' כל שיח אומר דהנה מריש הוה קשיא לי בהך דר"ח קמייתא לכאורה איך יוכלו לחייבו שבועה הא קי"ל דכל שא"י לכפור לא הוה הילך והרי כל שיש עדים א"י לכפור והרי בא"י לכפור אף דליכא שעבוד קרקעות כמ"ש הש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"א ע"ש ועיין סי' פ"ז ס"ג דאף אם באותו מנה שרוצה הוא מעשה ב"ד דא"י לכפור לא מקרי מודה במקצת ע"ש וה"ה כאן באותו מקצת שמודה לא היה יכול לכפור דהא יש עדים. אמנם באמת הקדמונים בשיטה מקובצת גבי הך דר"ח קמייתא הקשו דהא יכול לטעון פרעתי וכתבו דמיירי שהעדים מעידין שעדיין חייב שלא פרע כגון שהוא בתו"ז וכדומה

או דזה שטען שלא לוה הו"ל כאומר לא פרעתי ולפ"ז גם העדים אינם מעידין שלא פרע רק שהוא אומר שלא לוה והו"ל כאומר לא פרעתי אבל עכ"פ הי' יכול לכפור ולומר דפרע שוב הו"ל יכול לכפור והו"ל מודה במקצת אבל אם העדים אומרים שלא פרע שוב הו"ל א"י לכפור ובש"ע סי' ע"ה לא ביאר כלל היאך מיירי וצריך לומר דבכה"ג באמת אף שא"י לכפור ס"ל דתלוי בש"ק כמו שנראה מלשון הרא"ש ריש האשה שנתארמלה משום דכתובה הו"ל מעשה ב"ד וכל שטר הו"ל ש"ק ולא משום שא"י לכפור בלבד דלא כמ"ש הש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"א הנ"ל משם הרא"ש ומעתה כאן בפקדון מ"ש דהודאת עדים לא הו"ל היכך אני תמה דמה אולמא פקדון ממלוה דכל שהוא באופן שא"י לכפור שוב אינו חייב דהא א"י לכפור ואם באופן דהיה יכול לכפור ולטעון החזרתי שוב אף בפקדון לא מקרי הילך ואני תמה איך חשב דכל העדאת עדים הו"ל הילך כמו הודאת פיו דא"כ היאך משכחת להך דר"ח קמייתא דבשלמא ר"ח בעצמו הוא ס"ל דהילך חייב אבל לדידן דהילך פטור איך משכחת להך דינא. ובזה יש ליישב הא דאמרו בב"מ דף ד' ותנא תונא אאידך דר"ח והקשו בתוס' הא אכתי יש לדחות כי היכא דאנן סהדי להאי כדדחי להך קמייתא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מה דדחי כי היכא דאנן סהדי להאי האריך הש"ך סי' ע"ה על דברת הרמב"ם דמתחייב מתוך טענתו ע"ש. אך לפענ"ד הכי מקשה הש"ס כי היכא דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי וא"כ שוב הו"ל א"י לכפור ולא הוה מודה במקצת ולכך הביא אידך דר"ח דהילך חייב א"כ אף שא"י לכפור חייב ול"ק קושית הש"ס וממילא גם ר"ח קמייתא נכון ודו"ק היטב כי קצרתי שוב ראיתי קצת בדברי הקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ה' שהרגיש קצת בזה ונהניתי:

סימן קפ

נתתי לבי לעיין במה שהביא הב"י בתשובה סי' נו"ן בשם הרב מוהר"י בסאן ז"ל דאשת חרש שזינתה לא נאסרת על בעלה ולא שייך לומר כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו כדאמרו ביבמות דף י"א דלא אלים זיקת קדושין דרבנן מזיקת לאו דקדושי דאורייתא יעו"ש והמלמ"ל פי"א מאישות ה"ח האריך בדבריו ויבואר לפנינו ברצות ד'. והנה טרם יהיה כל שיח אומר לפמ"ש בירושלמי ר"פ החרש דדוקא בכסף אבל בקידש בביאה קידושיו קדושין וא"י לגרש א"כ גם אשת חרש שזינתה דוקא בקדשה בכסף אבל קדשה בביאה נאסרת עליו. וטעם הדבר נראה לפענ"ד דהנה באמת האריך באבני מלואים סי' מ"ג למה לא יהיה הקטן והחרש יכולין לקדש קדושי דאורייתא דהא יש דעת אחרת מקנה דהא האשה גדולה ופקחת וכ' דקידושי כסף אין נתינתו בדמים נתינה אבל קדושי ביאה מה"ת נקנית ע"ש ולפ"ז ה"ה בחרש דוקא קידושי כסף ולא קידושי ביאה. אך

לפי זה צריך ביאור דא"כ למה פקח שנשא חרשת לא יהי' קידושי תורה והא הפקח מצי לקנות ולקדש ולמה לא יהי' קידושיו קדושין וא"ל משום דהיא אינה מקנה עצמה לבעל דזה אינו דהר"ן בנדרים דף כ"ט כתב דקדושי אשה רק מצד הבעל ואשה אינה רק מפקרת עצמה לבעל ומבטלת רצונה וא"כ אף שהיא חרשת הלא מבטלת רצונה והוא זוכה מן ההפקר. אמנם נראה דלפמ"ש הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' נ"ד שגם הוא מקשה קושיא זו דלמה לא יהיה יכול הקטן לקדש והלא יש דעת אחרת מקנה והוא לא נחית לדברי הר"ן או דס"ל דהפקר הוה כדעת אחרת מקנה וכמ"ש הא"מ שם בשם המלמ"ל וחידש הגאון ז"ל כיון דכתיב כי יקח איש אשה התורה אמרה שאין כח בקטן לקדש דכי יקח איש כתיב והיינו איש ולא קטן וא"כ ה"ה חרש דהוה כקטן. ולפ"ז אף אנו נאמר דהא כתיב כי יקח איש אשה והיינו אשה ולא חרשת וקטנה לאו היא מקדשה עצמה אלא אביה הוא דמקדשה כדכתיב את בתי נתתי לאיש אבל החרשת לא נתנה תורה רשות לאב לקדש אותה דלא אתיא לכלל דעת ולפ"ז ביאה דנפקא מובעלה או מבעולת בעל ולא כתיב איש בביאה א"כ כל שהחרש קידש בביאה או חרשת שנתקדשה בביאה לפקח הוה קידושי תורה וא"ש. והנה בגוף דברי המוהר"י בשאן שכתב דלא שייך כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו ולא כתב טעם. אמנם נראה דלפמ"ש בגיטין דף ס"ה דלא שייך כל דתקון אם אין לו עיקר בתורה וא"כ חרש אין לו עיקר בתורה לא שייך כל דתקון רבנן דחרש אינו בר קידושין ובזה ל"ק מהא דאם גרשה ונשאת לאחר דאסורה לחרש משום דזה מקרי יש לו עיקר בתורה במחזיר גרושת איש ולפ"ז בחרשת בביאה ודאי יש לו עיקר מן התורה וגם מה שהקשה המלמ"ל דלמה יהיה קנס בחרשת דהוה כאנוסה וגם חרשת מותרת לקדש בביאה אסורה ויש לה עיקר בתורה ודוק. ובזה יש ליישב מה שהקשה אותי בתשובה ביום וא"ו עש"ק ראה הגיעני תשובה מהרב הגאון מוה' חיים צבי ני' אבד"ק בריסקאלי על המהר"י בסאן שכתב דלא שייך כל דתקון רבנן בנשואי דרבנן והרי התוס' ביבמות דף מ"א ע"ב כתבו בהדיא דגם נשואי דרבנן תקנו כעין תורה יעו"ש ושם כתבתי לחלק בין בפרהסיא לבא בזנות בצנעא כמ"ש מהר"י בסאן. ולפמ"ש כעת בלא"ה א"ש דשם שייך כעין דאורייתא תקון דהרי קידושי קטן לכשיגדיל חל א"כ עכ"פ שייך כעין דאורייתא ודוק. שוב מצאתי בבית מאיר סי' מ"ד שהרגיש בקושית הרב הנ"ל יעו"ש והנראה לפענ"ד כתבתי:

סימן קפא

הנה הש"ך סי' פ"ז נחלק על תה"ד והעלה דתרי ותרי אמרינן סלק והקצה"ח חולק עליו והנה מ"ש ראי' מסי' ע"א גבי שטר לפענ"ד אין ראיה דשם השטר עומד לפרוע אבל

באמת אמרינן כמאן דלתנהו דמי וכ"כ בתוס' ב"ב ל"ב ד"ה והלכתא ע"ש שכתבו בהדיא דתרי ותרי כמאן דליתנהו דמי. אמנם לפענ"ד נראה דבב"ב שם דף ל"א מבואר דכלהו י"ל דהוה כמאן דאיתנהו דהנה לפענ"ד ההבדל שבין אתנהו לליתנהו נראה דאם אמרינן כמאן דליתנהו לא נפסלו כלל דהוה כמו שלא הגידו כלל לא זה ולא זה אבל אם הוה כאתנהו שוב נפסלו ולפ"ז רבא דאמר והא עדות מוכחשת היינו כיון דהוה כמאן דאתנהו ונפסלו ואיך יכשרו. ובזה מיושב קושית התוס' דהא רבא ס"ל מכאן ולהבא נפסל והיינו דשם לא נפסלו עד השתא אבל כאן נפסלו והוה כמאן דליתנהו והוה עדות מוכחשת וכמו דאתנהו דמי ויפסלו והרי העדים מכחישים אותם ואומרים ששקר דברו ור"נ אמר דניהו דאתכחיש באכילה אבל באבהתי לא אתכחש ונמצא אף דהוה כאתנהו ונפסלו מכל מקום על אבהתי לא אתכחיש ואח"כ רצו לאוקמא בתנאי ר"ח ור"ה וע"ז אמר רבא דאף לר"ה לאותה עדות נפסלו דהוה כמאן דאתנהו. אמנם לפענ"ד אין מכל זה ראיה וגם אם הוה כמאן דליתנהו הוו נפסלו דמפני מה נפסלו ואמרינן סליק משום דהכחישו זא"ז וה"ה כאן. אמנם לפענ"ד נראה בגוף המחלוקת דהנה יש להסתפק לר"ה דאמר זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה היאך הדין אם לעדות אחרת צריך כל כת וכת מאותן עדים דו"ח והטעם דהנה באמת מה"ת בעי דו"ח גם בד"מ רק דרבנן בטלו דו"ח בד"מ ולפ"ז הרי נודע דכל שהיה דין מרומה צריך דו"ח וא"כ כאן דנפסלו להעיד בעדות אחת א"כ הו"ל כדין מרומה ובעי דו"ח או דלמא כיון דלעדות אחרת אוקמא כל כת וכת אחזקתייהו א"כ שוב לא הוה דין מרומה בעדות אחרת דמוקמינן לכל כת בחזקתו ומסתברא דלעדות אחרת מוקמינן אחזקתי' ושוב ל"צ דו"ח ולפי זה כאן דאתכחיש על אכילה ועל אבהתי לא אתכחיש אבל עכ"פ באותה עדות נתכחשו ושוב עכ"פ צריך דו"ח על אבהתי והרי קי"ל דאמרינן עבידי לאחזוקי דיבורייהו ושוב פסולים גם לגבי אבהתי דהא צריך דו"ח ועבידי לאחזוקי דיבורייהו וכשנרצה לקיים עדות אבהתי צריך לחזור ולהעיד ובדו"ח ושוב אמרינן עבידי לאחזוקי דבורייהו וזה דאמר רבא והא עדות מוכחשת היא והיינו דגם על אבהתי ניהו דלא אתכחיש אבל עכ"פ צריך לחזור ולחקור ועבידי לאחזוקי דבורייהו ושוב ל"ק משם דאמרינן מכאן ולהבא נפסל משום דלעדות אחר לא חשיב דין מרומה אבל באותה עדות עכ"פ דין מרומה הוה ור"נ ס"ל דעל אבהתי דלא אתכחיש שוב לא צריך לחזור ולהעיד וסגי בזה וזה דמוקמי לה כתנאי כר"ח ור"ה ומסיק דאף לר"ה באותה עדות נתכחשו וכמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד מה שנסתפקו חכמי בריסק בשני עדים שמכחישין זא"ז אם יכולין להעיד ולצטרף בעדות אחרת כיון דלא הוכחשו מפי שנים ע"ש בש"ך סימן ל"א וכבר הארכתי בזה ולפמ"ש

אתי שפיר דלא מקרי דין מרומה כלל דיהיה צריך דו"ח כיון דלא הוכחשו מפי שנים ויש להאריך בזה ולא נפניתי כעת ועיין שיטה מקובצת בריש ב"מ מה שנחלקו קדמונים בתרי ותרי ודוק:

סימן קפב

א בשבועות דף ל"א מ"ד מלך אבל משחק בקוביא לא מ"ט מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ותמה הרשב"א בחידושיו כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד וכתב דמהני עדותן באם יתפוס ואפילו בעדים לא מפקינן מני' א"נ דנחלקו בדבר הגורם לממון דלר"פ הוה כממון דשמא אם יעיד יתבייש חבירו ויודה וכיון דמה"ת אפשר וגורם לממון כממון דמי לכך חייב ק"ש.

ב והנה הדברים תמוהים כמו שתמהו האחרונים דמה זו סברא דהוה גורם לממון דאם יודה יתבייש הלה ועי"ז הוה כגורם ממון וגם לענין תפיסה מה זו סברא דלכך נתחייב בק"ש. אך נראה דהנה לכאורה צריך ביאור בקושית הרשב"א דלמה יתחייב והא לא מחייב ממון ולכאורה מה קושיא דסוף סוף כשהוא אומר משביעך אני שתבא ותעיד שאתה יודע לי עדות והוא כופר ונשבע שא"י לו עדות הרי מה"ת יודע לו עדות וכשהוא כופר ונשבע הרי כופר דבשלמא אם הי' משביע שיעיד לו עדות מועיל י"ל דהלא כל שפסול מדרבנן לא הועיל בעדותו אבל זה משביע שיודע לו עדות ויעיד וכיון שזה נשבע שאין יודע לו עדות הרי נשבע לשקר שבאמת יודע עדות דמה"ת הוה עדות גמור והיא הרגש עצום. וצריך לומר דמזה ראיה למ"ש התוס' בכריתות י"ב דצריך העד שיתכוין להעיד וכל שפסול מדרבנן שוב לא נתכוין להעיד וא"כ אינו יודע עדות כלל ושפיר מקשה הרשב"א וע"ז שפיר כתב הרשב"א דכל דמועיל תפיסה או שזה יתבייש נגד העדים מתכוין להעיד דיש נ"מ בעדותו וא"כ שפיר חייב על שכפר שא"י לו עדות שהרי באמת יודע לו עדות מה"ת ואף דמדרבנן פסול אבל מ"מ עדות יודע וז"ב.

ג ובזה מיושב קושית הרשב"א דהרי אמרו בדף ל"ב מי יימר דמשתבעת וא"כ מכ"ש כאן דפסול לעדות ולפמ"ש אתי שפיר דשם אין עדות כלל דכל שזה צריך לשבע א"כ לא נגמר העדות וכעין מ"ש הרמב"ם בטעם דמשביע עדי קנס פטור כיון דאם יודה לא יתחייב לא נתחייב ע"פ עדותו אבל כאן באמת זה הוה עדות דהא מה"ת הוה עדות וכל דמתכוין להעיד שהרי נ"מ לענין תפיסה או שיתבייש שוב נתכוין לעדות וכמ"ש ודוק ועיין שו"ת השיב משה סי' פ"ג מ"ש בזה וכבר כתבתי בזה ולפמ"ש יש ליישב קושיותיו.

ד ובזה מיושב מה ששאל הרב החריף מ' נטע יעקב דום נ"י מלינסק בהא דאמרו כגון שהיו קרובים בנשותיהן והקשה לשיטת הרמב"ם דקרובי אישות אינן רק מדרבנן א"כ

שוב מדאורייתא מחזי חזי ויהיו היורשים פטורים ובאמת שז"א כמ"ש לו דאטו עדים הראשונים היו יכולין לפטור עצמם במה שיכלו השנים להעיד דהא מ"מ פסולים מדרבנן והרי לא יעידו אבל לפמ"ש כעת אתי שפיר דהא כשהיו קרובים לא נתכוונו להעיד דהא באמת היו הראשונים ולמה להם להעיד ולכך חייבים הראשונים ודוק היטב. ובמ"ש יתיישב הא דאמרו וכ"ש מלך והוא תמוה דנראה מדברי הרמב"ם דמלך ג"כ מה דאינו מעיד הוא רק מדרבנן וא"כ הוה כמו משחק בקוביא ומה כ"ש הוא ורש"י באמת כתב שמלך פסול מדאורייתא אבל מהרמב"ם לא נראה כן ועיין השיב משה שהאריך בזה בדברים דחוקים ורחוקים ולפמ"ש י"ל דכ"מ דרבנן פסלו למלך בשביל שאינו כבודו ללכת להעיד פשיטא דזה אינו מכוין להעיד כלל ואינו עד מה"ת. ובזה מיושב מה דמקשה ביומא דף ע"ג ממשחק בקוביא ול"פ ממלך משום דמלך ודאי לא מקרי עד משא"כ במשחק בקוביא דמכל מקום מכוין להעיד דיש נ"מ לענין תפיסה וכדומה וע"ז משני דמ"מ לאו בר הגדה הוא ע"ש ודוק. ובמ"ש הרשב"א דיתבייש בפני עד אף שפסול להעיד מזה ראיה למ"ש הרא"ש בתשובה דגם בעדים פסולים ל"ש מגו דהוה מגו במקום עדים והיינו משום דמכל מקום זה אינו רוצה להכחיש אף שהם פסולים וכעין מ"ש הרשב"א ודוק:

ה והנה במ"ש יש לעיין במ"ש הש"ך סי' ל"ג ס"ק ט' דאם העיד כשהי' קרוב ונתרחק אח"כ דפסול להעיד שנית דעביד לאחזיק' דבורי' ובתומים הקשה דהא קרוב לא חשדינן שמשקר רק שהתורה פסלו מגזירת הכתוב א"כ מה בכך דעביד לאחזיק' דיבורא הא מ"מ אמת העיד גם בראשונה ע"ש. ולפמ"ש יש לומר דכיון דהתורה פסלה לקרוב להעיד א"כ אף הוא אינו מכוין להעיד שוב אין עליו תורת עדות ואף שיחזיר ויעיד כל שלא נתכוין להעיד שוב אין עדותו עדות ואף אם נימא דלא קי"ל כהך דתוס' ישנים היינו דוקא במקום שהיה מועיל עדותו רק שלא נתכוין להעיד אבל כל שבאמת פסול להעיד כ"ע מודה דלא נתכוין להעיד ועדותו אינו עדות כלל אף כשנתרחק אח"כ ועיין בכתובות כ"ח מה דאמרו כיון דנכרי היה לא דייק והיינו שלא נתכוין להעיד ודוק. ועיין שו"ת השיב משה הנ"ל סי' ס"ה שהאריך מאד והנה הדבה דברים שכתב שם לא נהירא לפענ"ד אבל קשה עלי לחטט אחריו:

סימן קפג

א בכתובות דף מ"ב ר"ש פוטר שאינו משלם קנס עפ"י עצמו עיין תוס' שהקשו דהא עושק גופא וכן הלואה לא מחייב רק כשייחד לו כלי להלוואתו או לעשקו כדאמרו בב"מ דף מ"ח וכאן מיירי בלא עמד בדין ומה יחוד שייך בכאן. ולפענ"ד צ"ע דגם בלא עמד בדין

משכחת לה יחוד כלי שייחד לו מעצמו ואח"כ כפר לו דא"כ הו"ל מודה בקנס ופטור דזה אינו דהא זה דאמר ר"ש דאינו משלם עפ"י עצמו. איברא דאם הי' עדים אח"כ היה חייב אמנם זה כשלא חייב עצמו במידי כדאמר רב המנונא בב"ק דף ע"ה וא"כ כאן לא חייב עצמו בכלום ואולי זה שאמרו לו אעפ"י שאינו משלם קנס עפ"י עצמו אבל משלם בושת ופגם ואינו מובן דסוף הקנס אינו משלם. ולפמ"ש י"ל דבאמת מה דאינו משלם עפ"י עצמו הוא משום דהוה מודה בקנס וא"כ כל שלא חייב עצמו בכלום חייב מודה בקנס ולפ"ז לר"ש דלא תבע אלא קנס שוב פטר עצמו מכלום מהראוי לחייב וע"כ אמרו רבנן ממ"נ לדידך שוב לא הוה מודה בקנס ולדידן שוב ע"כ תובע ממון ומהראוי שיתחייב ודו"ק ועכ"פ מיושב קושית התוס'. אמנם בגוף הדבר דמוקי ר"ח בב"מ כגון שיחד לו כלי לעשקו צריך ביאור דבשלמא הלואה דלהוצאה ניתנה ע"כ שיחד לו כלי להלואתו אבל בעושק למה לי יחוד כלי ורש"י פירש דבעינן דומיא דפקדון וגזל ואבדה דמיחד לו באפי נפשי' אבל זה דחוק ולפענ"ד נראה עפ"י מה דאמרו בב"מ דף קי"א דרב חסדא אמר איזה עושק זה האומר לך ושוב וא"כ לא הוי דומיא דגזל דיש לו בידו ואינו נותן לו וע"כ דמיירי דייחד לו כלי א"כ כל שמדחו בלך ושוב זה הוה כמו גזל. איברא דצ"ע דהרי ר"ש פריך לר"מ איזה עושק שחייבה עליו תורה דומיא דפקדון דכפר לו ממונא וא"כ משמע דר"ח לא מוקי בכה"ג והרי ר"ח מוקי לה ביחד לו כלי לעשקו וצע"ג דדברי ר"ח סתרו אהדדי ואין לי כעת שום ספר לעיין בזה כי אני יושב בקרית חוצות ואולי ר"ח מוקי לי' בדהדר כפריה כדפריך שם על ר"ש ולא ס"ל מה דמחלק דלא כתיב או עושק ועיין תוס' שם ד"ה אמר ועכ"פ צ"ל דלכך מוקי ר"ח ביחד לו כלי לעשקו דאל"כ לא שייך לחייבו על מה שא"ל בתחלה לך ושוב דהא יוכל להיות דהוציא אותו ואף שא"ל ליתן לו כלי בשכרו יוכל ליתן לו דמי חפץ רק כשייחד לו כלי ודאי מחויב ליתן לו אותו כלי וכל שכפריה אח"כ מקרי כפירת ממון ומיושב דברי ר"ח כהוגן. ולפ"ז מיושב היטב קושית התוס' דזה דוקא בעושק דיוכל להוציא אבל באונס ופתוי לא שייך זאת ומתחייב אף כשלא ייחד לו דהא מחויב לתת קנס ושאני עושק דא"ל לך ושוב ואף דעבר על ביומו תתן שכרו אבל הלאו דעושק לא שייך בזה כל זמן שלא יחד לו כלי אבל קנס ל"צ ליחד לו כלי וכל שאינו משלם הו"ל גזל גמור וז"ב.

ב ובזה מיושב קושית התוס' בב"מ שם דכל דיחד לו כלי ונטלו וחזר והפקידו לא מקרי קנס. ולפמ"ש אתי שפיר דבקנס ל"צ ליחד לו כלי כלל. ובחידושי אמרתי בזה ע"ד הפלפול דלכך הוצרך לאוקמי ביחד לו כלי לעשקו דבאמת בקרא סתם כתיב ויוכל להיות אפילו כשהוא פחות משו"פ וא"כ שוב לא חייב דאף דח"ש אסור בגזילה הא נודע

דברי אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו דלכך חצי שיעור אסור מן התורה משום דאחשביה ולפ"ז זהו דוקא בגזל שייך פחות משיעור איסור דאחשביה בשביל שגזלו הרי חזינן דאחשביה אבל בעושק מה שלא נתן לו לא שייך אחשביה דהרי לא עשה מעשה במה שלא החזיר ולכך מוקי לה ביחד לו כלי דבכלי אף בפחות משו"פ נזקקין וה"ה לענין שבועה כמבואר בסי' פ"ח. ומעתה זה לענין עושק אבל בקנס ל"צ ליחד לו כלי ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו לענין עבד דהיאך שייך שיחד ולפמ"ש ל"צ יחוד בזה ודוק היטב כי הוא חריף. ויש להמתיק הדברים עפמ"ש הרמב"ם פ"ז משבועות הט"ז דפחות מפרוטה ל"ש שבועת הפקדון והנה בקרא סתמא כתיב תשומת יד או עושק ומשמע אפילו תבעו פחות מפרוטה וע"כ מוקי ביחד לו כלי דכלי אף פחות מפרוטה הוה ממון לענין שבועה ולכך שפיר חייב ביחד לו כלי ומעתה ממילא מיושב קושית התוס' דבאונס ומפתה דודאי הוה יותר מפרוטה א"צ ליחוד כלי וכן בעבדים ודוק. ובזה מיושב מה שהרמב"ם השמיט הך דייחד לו כלי דמסתמא תביעה דהלואה ושכיר הוא לא פחות מפרוטה וא"צ יחוד כלי ורק הקרא סתמא כתיב ויוכל להיות דיקרה שלא יהיה פרוטה ולכך הצריך יחוד כלי ודוק. ובזה מיושב מה דקשה לי טובא בהא דאמר תשומת יד לא אהדרי' קרא והוא תמוה דא"כ למה כתבה בראשונה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת תשומת יד כל שהי' פרוטה ל"צ ליחוד כלי רק דלא אהדרי' דיכול להיות אף בפחות מפרוטה ובכה"ג ל"מ יחוד כלי דמחסרה משיכה ודו"ק היטב: שם הפלתי את שיני בתוס' הקשו ת"ל דאין חייבין ק"ש על העבד הקצה"ח סי' צ"ה הקשה דהא הכא טוען העבד שכבר נעשה ב"ח וא"כ ל"ש אין שבועה בעבדים וכן הקשה בהפלאה ורצה לומר כיון דמעוכב גט שחרור עדיין שם עבד עליו ודחה דמכל מקום לא קרינן ביה והתנחלתם ע"ש. ולפענ"ד אף לשיטת התוס' דב"ח לא אתקש לקרקע היינו מי שהיה מתחלתו ב"ח אבל כאן כיון דמעיקרא היה עבד ועכשיו לפי טענתו יצא ב"ח וגוף השבועה היה שלא נעשה ב"ח א"כ ממנ"פ לא שייך שבועה דהא לפי דברי האדון אינו ב"ח ולא שייך שבועה דהא עכ"פ שם ב"ח לא חל עליו כ"ז דמעוכב גט שחרור ואף להראב"ד דבתבעו מעות מהחפירות אינו כקרקע היינו שם דוקא דהמעות אינם קרקע אבל כאן דעכ"פ מעוכב גט שחרור בודאי לא יצא מכלל עבד דהיה מעיקרא עבד. ובגוף מחלוקת רש"י ותוס' שמביא בש"ך סי' צ"ה אי ב"ח מקרי קרקע לפענ"ד יש להביא ראיה מהא דאמרו בחולין דף קל"ט ע"ב מצא קן בראשו של אדם מהו א"ל והאדמה על ראשו ופירש"י דלא אבדה שמה דאדם גופא אדמה היא מדלא קרא עפר ע"ש הרי דכל אדם נקרא אדמה וקרינן ביה קן צפור על הארץ וש"מ דאדם מקרי ארץ וא"כ הוה קרקע ממש ודוק כי לפענ"ד היא ראיה נפלאה:

סימן קפד

א למדתי בשבועות דף ל"ג ע"ב מי לא בעי מידע אם ישראל הרג או עכו"ם הרג ונתקשיתי לפמ"ש הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שע"ח דבמקום שרוב ישראל ואין רגלי עממין מצויין שם אף בד"נ אזלינן בתר רוב וא"כ משכחת לה בכה"ג דאזלינן בתר רוב.

ב וע"ד החידוד אמרתי דהרי הש"ס אמר דלמא שלם הרג או טריפה והקשו התוס' הא אזלינן בתר רוב. ויש לי לומר דלפמ"ש הרשב"א דס"ס עדיף מרוב וא"כ כאן דיש שתי ספיקות ספק שמא עכו"ם ואת"ל ישראל שמא טריפה בכה"ג ודאי אין הורגין ואף דאינו מתהפך דאת"ל עכו"ם אף שלם אינו נהרג מכל מקום כל דשני הספיקות באים ביחד לא בעי מתהפך כמ"ש הרמ"ע מפאנו הובא בש"ך יו"ד סי' ק"י בכלל דאין מתהפך וכמ"ש בהגהותי שם ביאור דברי הרמ"ע דאינו כמו שחשב הש"ך ואף לדברי הש"ך תחלה יש לדון אם אולי ישראל הוא דהרוב ישראל שם ודוק ומה שכתב הרשב"א ראיה מירושלמי סנהדרין פרק היו בודקין הלכה א' עיין מה שכתבתי בגליון שם ודוק:

סימן קפה

א להרב המופלג מוה' מאיר נ"י מווילקאטש.

ב אשר שאל בדברי הר"ן בביצה דף ל"א במשנה דמביאין עצים מן השדה וכתב הר"ן שרש"י פירש משום מוקצה ואחרים פירשו משום גבוב דהוה כמעמר ומדינא אפילו מפוזר בשדה שרי דגבוב ביו"ט מותר וצורך אכילה חשוב כבקיעת עצים או כהבערה עצמה אלא שבשדה אסרו משום דמחזי כמגבב למחר ע"ש וע"ז שאל מדברי הר"ן סותרים דבדף ל"ג גבי הא דת"ר מגבב מן החצר ומדליק שכל מה שבחצר מוכן הוא ובלבד שלא יעשה צבורין צבורין ופירש הש"ס הטעם דמחזי כמאן דמכניס למחר וליומא אחרינא וכתב הר"ן מדקאמר הטעם דמחזי כמאן דכניס למחר וליומא אוחרא ולא אסרו משום מעמר מכאן ראיה למ"ש הר"י דלא שייך מעמר בדבר שאינו במקום גדילתו ע"ש הרי דבריו סותרין. והנה בראשית ההשקפה השבתי דבאמת בדף ל"א אפשר לומר דשייך מעמר ואין הכרח לומר דלא שייך עימור לכך לא דחה הר"ן דברי אחרים אבל בדף ל"ג שם דאמרי דמחזי כמאן דמכניס למחר ומשמע דאין האיסור משום מעמר רק דהוה כעובדא דחול ואמאי לא אמר משום דמחזי כמעמר כל דמגבב ליומא אוחרא שוב אסור משום מעמר דליומא אוחרא לא שייך להתיר משום מתוך וכמ"ש הר"ן בדף ל"א דמה"ט אסור בשדה וע"כ דלא שייך עימור כלל דאינו במקום גדילתו.

ג אמנם לכאורה צ"ב דלפ"ז הר"ן חזר בו מטעם דמעמר דהרי ע"כ מוכח דלא שייך מעמר במקום שאינו גידולו וא"כ הי' לו לכתוב בדף ל"ג דמטעם זה נדחה דברי אחרים שפירשו

משום מעמר והנה בש"ע סי' תק"א סעיף ג' הובא שם הטעם משום מוקצה והט"ז שם ס"ק ה' הביא דברי הר"ן וכתב דהנ"מ אם הכין מאתמול דמכל מקום אסור משום מעמר. ולכאורה תמוה דלמה לא הביא בש"ע טעמו של הר"ן כיון דאיכא נ"מ ביניהם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא שייך מעמר כלל כמו שחזר בו הר"ן אבל כבר כתבתי דהדבר דחוק דהר"ן יחזור בו ולא יזכור שחזר בו אבל אחר העיון נראין דברי הר"ן ברורין ואין בו סתירה דהנה המג"א בסי' תק"א ס"ק ז' הביא בשם היש"ש שחלק דבשדה הוה כמעמר במקום גידולו וחייב חטאת כמו המגבב קנים לחלתא ע"ש ולפ"ז דברי הר"ן ברורין דבדף ל"ג דאמרו מגבב מן החצר ומדליק שכל מה שבחצר מוכן הוא ובלבד שלא יעשה צבורין צבורין שפיר כתב הר"ן דלא שייך מעמר דשם מירי בחצר ולא שייך מעמר דלא הוה במקום גידולו אבל בדף ל"א דהר"ן בשם אחרים כתב שם לענין גבוב בשדה ובשדה שפיר הוה משום מעמר דהוה במקום גדילתו ולכך הוצרך להתיר משום דהוה כמו בקיעת עצים והבערה וז"ב ונכון. ובזה מיושב מ"ש הר"ן בדף ל"א ומיהו בגמרא מסקינן דאף מגבב בקרפף אסור דמחזי כמאן דעבד למחר ולא כתב משום מעמר דבאמת בקרפף לא שייך מעמר דאינו במקום גידולו ולכך אסרו משום דמחזי כמאן דעבד למחר ובמחזי כמאן דעבד למחר אף בחצר אסור כדאמרו בדף ל"ג ולכך שם בדף ל"ג שפיר מוכיח הר"ן דלא שייך מעמר דאל"כ לתני דהאיסור הוא משום מעמר כל דמחזי כמאן דעביד למחר. וא"ל דבאמת האיסור הוא משום דכל דמחזי דמכניס למחר שוב הוה מעמר דזה אינו דהרי הברייתא אמרה דמגבב בחצר ומדליק שכל מה שבחצר מוכן הוא משמע דמשום מוקצה אתינן עלה לכך קאמר דבחצר מוכן הוא אבל לא יעשה צבורין צבורין דבזה דמחזי כמכין ליום מחר מחזי כעובדא דחול או דשוב הוה מוקצה דלא מבורר מה שהוכן ליו"ט ומה שהוכן ליומא אוחרא וז"ב ודו"ק.

ד ומהתימה על המג"א שהביא דברי היש"ש ולא הזכיר שיש לו ראיה ברורה מהר"ן. וביותר תמהתי על אא"ז היש"ש שהוא ז"ל פ"ד אות וא"ו חלק על הר"ן שפירש בשם אחרים משום מגבב וכתב דגבוב שרי כיון שאינו במקום גידולו ומחלק בין שדה לחצר ומהתימה איך לא זכר שם דהר"ן בעצמו כתב כדברי התוס' דלא שייך עימור והוא מחלק בין חצר לשדה וכמ"ש ודו"ק:

ה והנה לכאורה קשה לי על מ"ש הר"ן בשם אחרים דגבוב ביו"ט אף דהוה מעמר מותר לצורך יו"ט כמו בקיעת עצים או הבערה דבשלמא הבערה התירו לגמרי אף שלא לצורך אבל בקיעת עצים דלא התירו רק ע"י שינוי כמבואר סי' תק"א ס"א וא"כ למה התירו לגבב בלי שינוי וצ"ל דזה מקרי ג"כ שינוי דאינו מגבב רק מה שלפניו. ובזה מיושב מ"ש

הרמב"ם והטוש"ע דמגבב בשדה מה שלפניו ותמה הגאון בעל דגול מרבבה דמה היתר יש במה שלפניו דזה אינו רק אם החשד הוא בשביל שמגבב לצורך מחר אבל לרמב"ם דאיסור היא משום מוקצה ובשדה לא הי' דעתו אתמול אמאי מותר במגבב מה שלפניו הא מכל מקום מוקצה היא ולפמ"ש אתי שפיר דגם הרמב"ם יש לומר דס"ל כחלוקו של הישׁ"ש ולכך בשדה דשייך משום מעמר ולכך לא התיר רק במה שלפניו דקדרתו מוכחת עליו והו"ל שינוי ומיירי באמת שהיה דעתו עליו. אמנם אי קשיא הא קשיא דהרי הר"ן הקשה דאמאי שרי לבקע עצים אף ע"י שינוי הא הוה מכשירין שאפשר לעשות מאתמול וכתב בשם הראב"ד כיון דא"א לבשל אם לא ע"י עצים עשו כדיכת מלח שהתירו בשינוי והר"ן בעצמו תירץ שכל שהוא נהנה מגופו של דבר הוה כאוכל נפש עצמו ועצים נהנה בעצמותם שעושה מדורה ואף לבשל בהם שרי משום מתוך ע"ש ולפ"ז זהו לענין בקיעת עצים לבשל בהם שייך הנך תירוצים אבל לגבב עצים מן השדה דכעת אינו נהנה בהם ולמה התירו כיון דאפשר לעשות מאתמול ועוד דגם בקיעת עצים גופא לא התירו רק משום שצריך למדורה ומדורה הותר משום מתוך ואיך נתיר הגבוב שהוא מעמר ע"י מתוך דהוה כבקיעת עצים ועיין ט"ז סי' תק"א ס"ק ב' בסופו.

ו והנראה בזה דבאמת במכשירין שאפשר לעשות מאתמול כל שלא ידע בו מאתמול שרי כמ"ש המ"א סי' תק"ט ס"ק ב' בהדיא ולפ"ז כאן בגבוב דבאמת אתמול לא הוה ידע כלל שיצטרך לזה ומה"ט אוסר הרמב"ם משום מוקצה א"כ שפיר התיר הר"ן בשם אחרים כיון דלא ידע מאתמול ולא היה יכול להכין שוב הותר ביו"ט וכיון דגוף העימור התירו בשביל דהותר ביו"ט אף מכשירי אוכל נפש כל שלא ידע מאתמול שוב לא שייך בו מוקצה דכל שהותר איסור דאורייתא מכ"ש איסור חכמים וכה"ג כתבו הקדמונים דלכך לא גזרו במילה שמא יעבירנו דכל דהותר איסורי תורה חובל וכדומה גם לאיסור דרבנן לא חשו וה"ה כאן וז"ב. ובזה א"צ למ"ש הט"ז סי' תק"א דלהר"ן צריך להכין מאתמול דלפמ"ש אף שלא הכין לא שייך מוקצה כל דהותר עימור. ובזה מיושב היטב מ"ש הר"ן בדף ל"ג דלא שייך מעמר במקום שאינו גידולו ומשמע אם היה שייך מעמר אסור והקשה מעלתו דמכל מקום מותר דהוה כבקיעת עצים ולפמ"ש אתי שפיר דשם דמיירי בחצר דהכל מוכן מקרי וא"כ שוב ידע מאתמול כיון דל"ח מוקצה בשביל זה דהכל מה שבחצר מוכן הוא שוב הי' אסור משום מעמר דהא אפשר לעשות מאתמול והוצרך לחדש דל"ח מעמר כלל דהרי אינו במקום גדולו ודו"ק היטב.

ז ובזה מיושב קושית השעה"מ פ"א מיו"ט הי"ד דמהיכן מוכח דלא שייך עימור כל שאינו במקום גדילתו דלמא שייך עימור ומכל מקום מותר כמו בקוע עצים והיא קושית

מעלתו ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק היטב ואף דמיירי במכונס ולא שייך מוקצה מכל מקום מן השדה הו"ל כאין לו שהות מאתמול ושרי כמ"ש המג"א סי' תק"ט ס"ק ב' שם (וא"כ בשדה הו"ל כאין לו שהות) משא"כ בחצר ודו"ק ועכ"פ היה מקום להתיר יותר בשדה מבבית אם היה מוקצה וזהו דבר חדש. איברא דגוף הדבר שאסרו לעשות צבורין צבורין משום דמחזי כמאן דמכין ליומא אוחרא קשה לפמ"ש הר"ן פ"ב דיו"ט גבי ממלאה אשה כל התנור פת דלרבות ביו"ט מותר כל שהוא בטרחא אחת ורק בשבת אסור מן התורה לפ"ז כיון דגוף הדבר שרי אמאי לא שרי צבורין צבורין הא אינו רק מרבה בשיעור ושרי ביו"ט ואולי זה לא מקרי טרחא אחת ואסור.

ח מיהו אכתי קשה במגבב בשדה דלאחרים שרי דהוה כבקיעת עצים ורק בשדה אסור דמחזי כמאן דמכין ליומא אוחרא ושם בודאי ל"ח טרחא יתירה דהוה כמו בחצר רק דשדה מחזי כמאן דמכין והרי לרבות שרי וצ"ל כיון דהא גופא דלבקעות עצים אינו רק משום מתוך ובכה"ג בודאי לא הותר יותר מהצורך ודוקא באוכל נפש עצמו דהתורה התירה הוא דשרי לרבות אבל מה דאינו רק בשביל מתוך פשיטא דאסור לרבות בשיעור:

ט ובזה מיושב מה ששאל מעלתו בהא דמבואר דלא ירחץ אדם בי"ט רק פני' ורגלי' בלבד והקשה כיון דשרי לרבות בשיעור וא"כ כיון דלרחוץ פניו ורגליו שרי שוב מה שהוא יותר זה אינו רק ריבוי בשיעור ולפמ"ש יש לומר דהא גם מה שמרחיץ פני' ורגליו אינו רק בשביל מתוך וכמ"ש הר"ן הובא בב"י סי' תקי"א וא"כ אסור לרבות והט"ז סי' תק"א ס"ק ב' שכתב דהר"ן בעצמה מחשיבה אוכל נפש וחולק על המהרי"א ולפמ"ש דברי המהרי"א מוכרחים דא"כ יקשה למה לא שרי לרבות להר"ן וגם מכאן מוכח דהרי הר"ן כתב דגיבוב דמי לבקיעת עצים ולהבערה ולפמ"ש הט"ז הי' שרי לרבות כיון דהבערה לדידיה חשוב כאוכל נפש בעצמו וע"כ כמהרי"א ס"ל להר"ן ולישב קושית המהרי"א שמובא בב"י ובט"ז סי' תק"א נראה לפענ"ד דהכי כוונת הר"ן דלפמ"ש כל דלא ידע מאתמול שרי אף במכשירין שאפשר לעשות מאתמול ולפ"ז שפיר כתב הר"ן דלכך מותר לבקע עצים שכיון שלעשות מדורה שרי אף שאפשר מאתמול והיינו משום מתוך דשרי לצורך וא"כ שוב מותר אף לבשל דבאמת מיירי שלא ידע מאתמול שיצטרך לבקע וא"ל דשוב אסור משום מוקצה דזה אינו דלעשות מדורה היה שרי כיון דהותר איסור תורה אף איסור מוקצה התירו וכמ"ש וא"כ שוב אף לבשל שרי דלא ידע מאתמול אם שיעשה מדורה או לבשל ולכך לא בקע מאתמול ודו"ק היטב כי חריף הוא אחר שכתבתי כ"ז עיינתי ברמב"ם הלכות שבת פ"ח שכתב בהלכה וא"ו דהמקבץ דבילה חייב משום מעמר והב"י כתב בשם הרמ"ך דוקא שקבצם ממקום שנפלו שם מן האילן

אבל אם קבצם בבית לא כדאמרינן במס' יו"ט דמעמיד ערימה לא חשיב גמר מלאכה וצ"ע דאין ראיה משם דשם לא הוה מלאכת מחשבת כמבואר בביצה דף י"ג ע"ב ומה ענינו למעמר אבל באמת דבריו תמוהין דלא שייך מעמר רק במקום גידולו ושפיר יש לומר כסברת הרמ"ך דבמקום אילן הוה במקום גדולו וכמ"ש הישׁ"ש לענין שדה וצע"ג אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בשעה"מ פ"ב מיו"ט הלכה י"ד שהקשה דברי הר"ן אהדדי ע"ש שנדחק ומ"ש נכון ת"ל. ובזה אמרתי בחידושי דבר נחמד בהא דאמר השׁ"ס בביצה דף י"ט ע"ב השתא סלותי מסלתינן נדרים ונדבות מבעיא ומה קושיא והא השׁ"ס ע"כ קאי אם נימא דחוה"מ אסור במלאכה מן התורה דאל"כ מ"ש סלותי דנקט ולא קאמר דמותר בכל מלאכות וכן הוכיח בטורי אבן באבני מלואים בחידושיו לחגיגה דף י"ח דמזה מוכח דחוה"מ אסור בעשיית מלאכה מן התורה ע"ש ויתבאר בדברינו ברצות ד' אח"כ וא"כ קשה מה ראיה מסלותי דבסלותי שייך מתוך שהותרה לצורך הותרה שלא לצורך משא"כ בנדרים ונדבות דכל דנתמעט מלכם ולא לגבוה לא שייך מתוך דאף לצורך לא הותר כלל וגרע משלא לצורך דאמרינן מתוך אבל לצורך עכו"ם או גבוה כיון דאמעוט מלכם ולא לגבוה ועכו"ם אהדרי' לאיסורא קמא כמ"ש האחרונים ועיין שעה"מ פ"א מיו"ט ומטו בה משמא דהה"מ וא"כ לא שייך מתוך ואסור והיא קושיא גדולה. ובזה אמרתי בחידושי ליישב כל קושיות האבני מלואים בחגיגה שם והאריך שם בראיות דחוה"מ אסור בעשיית מלאכה מן התורה מהא דאמרו בכריתות דף ט' דגר תושב עושה מלאכה לעצמו בשבת כישראל בחוש"מ והיינו דבר האבד והתם בקראי פליגי במה דכתיב וינפש בן אמתך והגר ועיין יבמות דף מ"ו הרי דע"כ מלאכת חוה"מ מן התורה ואם נימא דמן התורה מותר אף דבר שאינו אבד א"כ מנ"ל לאוקמא שביתה דוינפש על שביתה כזו שאינו מוזכר בתורה ולפמ"ש יש לומר דבגר באמת אסור מן התורה מלאכה בחוה"מ וטעמא דידי דהרי באמת חוה"מ מהראוי לאסור במלאכה מה"ת דמה"ת לחלק בין דבר האבד לאינו אבד וכמ"ש התוס' בחגיגה דף י"ח וברא"ש ריש מ"ק רק דמה"ת אמרינן מתוך שהותרה לצורך הותרה שלא לצורך ואף בשלא לצורך כלל עכ"פ שייך הואיל וכמ"ש בטורי אבן שם ומ"ש שם דלא שייך הואיל כיון דכעת אינו דבר האבד באמת כתב שם דבפסחים דף מ"ו פריך השׁ"ס אחרישה לא לחייב דנימא הואיל הרי דאף דכעת היא מלאכה אסורה אמרינן הואיל ומה שנדחק לפרש שם דקושית השׁ"ס היא דנימא הואיל וגם מתוך ע"ש הוא דחוק בתכלית הדוחק אבל באמת הפשט הוא פשוט דעכ"פ מלקות לא שייך דהו"ל התראת ספק דשמא בעת שחורש יזדמן לו או לאיזה איש צפור ששחט ואין לו לכסות דמותר לו לכסות ומקיים מצוה ואף לפמ"ש

התוס' דבעי' שיהי' גם להמותרה ספק הא גם כאן הוא להמותרה עצמו ספק ועכ"פ הואיל שייך בזה. ובזה י"ל הא דפריך כתישה ביו"ט מי שרי והקשו בתוס' דגם בכתישה שייך הואיל ע"ש ולפמ"ש י"ל לפמ"ש התוס' בדף מ"ו שם דתרי הואיל לא אמרינן ע"ש וכאן הוה תרי הואיל דהחרישה בלבד לא סגי עד דנימא הואיל דכתישה ודו"ק. עכ"פ אמרינן הואיל מן התורה אבל מדרבנן לא אמרינן הואיל כמ"ש הר"ן הובא בב"י או"ח סי' תקי"ב בהדיא ולכך מלאכת חוה"מ אינו רק מדרבנן ולפ"ז נראה לי בגר דהוה דינו כגוי לכל דבר כיון דאינו רק גר תושב וא"כ לדידיה מיעט הקרא דלכם ולא לעכו"ם ולא שייך מתוך והואיל ג"כ לא אמרינן וא"כ זה שייך לאסור במלאכת חוה"מ מן התורה ושייך שפיר לומר דעושה מלאכה כמו ישראל בחוה"מ.

י וביותר נראה דבאמת קושית הטורי אבן דנימא הואיל והותר לצורך דבר האבד לפענ"ד לאו קושיא היא כלל דכיון דלדבר האבד הותר מלאכה בחוה"מ כ"א לגבי מלאכת חוה"מ הוה כחול ממש ואיך שייך לומר הואיל דלגבי דבר האבד כחול ממש הוא ואיך מותר מלאכה שאינו דבר האבד ואטו שייך לומר הואיל דמותר בחול מותר ביו"ט והגע עצמך דאטו איש שנדר מלעשות מלאכה הכי נימא הואיל ולגבי שאר אנשים מותר לדידיה נמי מותר מידי דהוה מי שמתענה ביו"ט דאסור לעשות אף אוכל נפש ולא שייך מתוך לגביה ולא שייך רק מתוך שהותר לצורך אוכל נפש דזה לא עדיף חוה"מ מיו"ט וא"כ שוב שייך מתוך ומתוך בעי צורך קצת ושפיר אמרו דגר עושה מלאכה בשבת כדרך שעושה ישראל מלאכה בחוה"מ ולא הותר מלאכה שאינו דבר האבד כ"א בצורך קצת ומדרבנן אסור גם זאת. ובזה ניחא ג"כ הא דפריך הש"ס ואסיפה בחוה"מ מי שרי והקשה בט"א שם דהא בסנהדרין דף ט"ז מפורש דקאי על חוה"מ ומותר לאסוף ולפמ"ש אתי שפיר דכל דא"צ כלל ובפרט אסיפה שהוא על ימים רבים גם על חול ממש פשיטא דאסור מה"ת דלא שייך מתוך בזה. ובלא"ה יש לומר דקושית הש"ס דכיון דמפורש בתורה שהוא מותר איך אסרו חז"ל ע"ד שכתב הט"ז ביו"ד סי' קי"ז. יהיה איך שיהיה זה ודאי דכל דהתורה ממעט מלכם ולא לגבוה לא שייך מתוך וא"כ מה פריך בש"ס בפשיטות השתא סלותי מסלתינן ולפמ"ש אתי שפיר דהרי סלותי מסלתינן פירש"י דהוא במחובר בשדה והרי מעמר בשדה הוה מלאכה מן התורה ולא שייך מתוך וכמ"ש למעלה ושפיר פריך ודו"ק. איברא דאכתי קשה מ"ש סלותי דנקט יותר משאר מלאכות דלא הותר לצורך אוכל נפש ביו"ט והותר בחוה"מ. אך נראה דבאמת אם נימא דנדרים ונדבות אסור להקריב ביו"ט א"כ פשיטא דאסור לקחת עצים מהקדש והוה מועל בהקדש דלא נתנו לנדרים ונדבות וא"כ צריך ללקט עצים שלא נשתמשו בהם הדיוט ועין בזבחים דף קט"ז דאמר רבא

דצריך להביא עצים חדשים ומייתי ציבי חדתי וכן אמרו במנחות דף כ"ב דעצי מערכה אינו כשר בנשתמש בהם הדיוט וכן פסק הרמב"ם פ"ו מאיסורי מזבח וא"כ הי' צריך ללקט עצים מן המחובר וזהו דקאמר השתא סלותי מסלתינן דמותר ללקט עצים מן המחובר בחוה"מ. הן אמת דאכתי קשה דאם נימא דנדרים ונדבות אסור דנתמעט מלכם ולא לגבוה א"כ אכתי מה ראיה מסלותי דשם מותר כל שהן לצורך מועד משא"כ כאן דאינו לצורך מועד דצורך גבוה לא חשוב לצורך ואסור מקרא דלכם. אך נראה דשם קאי הקושיא אליבא דר"ש ואליבא דר"ש דס"ל מלאכה שא"צ לגופה מותר מן התורה א"כ אליבא דידיה ממ"נ אם אתה מחשב צורך גבוה אין צורך כלל וא"כ מקרי מלאכה שאצל"ג ועיין שבת דף צ"ד בתוס' דכל שא"צ לעצם המלאכה מקרי מלאכה שאצל"ג א"כ גם כאן הוה כן ושפיר פריך. ובזה מיושב היטב קושית הטורי אבן שם וכן הקשה בפ"י בביצה שם וכבר קדמם השיטה מקובצת בביצה שם דלמה לא פריך ר"ז טפי דהרי בתמורה מרבה מקרא דנדרים ונדבות קריבין בחוה"מ וגם קשה למה לי קרא דהשתא סלותי מסלתינן ולפמ"ש אתי שפיר דהקושיא קאי לר"ש דוקא דס"ל דמלאכה שאצל"ג פטור משא"כ לדידן דקי"ל דחייב בזה:

יא ובזה אמרתי ליישב מה דקשה לי טובא לפמ"ש המלמ"ל פי"א משבת דהא דאמר תקריב אפילו בשבת מותר למלוח והא אין עיבוד באוכלין וכתב דעולה כיון דאינו נאכל לא מקרי אוכל ולפ"ז בנדרים ונדבות מותר למלוח דלא שייך עיבוד בזה. אך בתשובה כתבתי בזה ליישב קושית המלמ"ל הנ"ל דהא דאצטריך קרא דמותר למלוח בשבת היינו לענין דלא נימא דהוה כבורר דהרי בורר הדם מן הבשר והארכתי בזה וא"כ לפ"ז מ"פ הש"ס השתא סלותי מסלתינן דהא בנדרים ונדבות אסור משום מולח ובאוכל לא שייך בורר ומותר למלוח ורק בדם אסור והיא קושיא גדולה. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי בורר גופא הוי מלאכת שאצל"ג והרז"ה חידש דבורר אף מלאכה שאצל"ג חייב אבל באמת אם נימא דקי"ל כר"י במלאכה שאצל"ג א"כ לא יצא בורר מכלל שאר מלאכות וא"כ לר"ש שפיר פריך דלא שייך בורר דאף דנימא דביו"ט חדשה תורה בבורר דאף דהוה מלאכה שאצל"ג חייב מכל מקום בחוה"מ פשיטא דשרי וא"כ שפיר פריך לר"ש לדידיה לא צריך קרא השתא סלותי מסלתינן ודוק היטב כי הם דברים חריפים ומתוקים ת"ל. אך לפמ"ש קשיא בהא דפריך ביבמות דף ל"ג זר ששימש בשבת במאי אי בהקטרה הא אמר ר"י הבערה ללאו יצאת ומאי קושיא דלמא מיירי שליקט עצי מערכה בשבת והוה מעמר בשדה דחייב וגם קשה בהא דאמר בביצה דף י"ב השוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה וקאמר דאמר לך מני ב"ש דלב"ה שייך מתוך ומאי קושיא והא בעינן צורך קצת וכתבו

התוס' דאכילת גבוה חשוב צורך קצת ולפמ"ש הא משכחת לה כגון שאין עצים מבוערים וצריך לבער עצים משלו וצריך ללקט עצים חדשים וזה אסור ובזה לא שייך מתוך וצ"ע ודוק היטב בכל מ"ש. והנה התוס' כתבו להוכיח דמלאכת חוה"מ מן התורה מהא דאמרו בע"ז דף כ"א ות"ל משום לפני עור והרי בדרבנן לא שייך לפני עור ולפמ"ש אתי שפיר דבכותי שוב לא שייך מתוך דלגבי דידי' לא התירה התורה לכותי לעשות מלאכה לצורך אוכל נפש ביו"ט דהוא אינו מצווה על עונג יו"ט ושוב אסור מלאכה מן התורה ודוק. והנה אחר שנים רבות נזדמן לידי ספר חיי אדם ונשמת אדם וראיתי בהלכות שבת כלל י"ג שביאר בדין מעמר ואמרתי לרשום קצת מה שראיתי בהעברה בעלמא והנה הביא בשם הכ"מ פ"ח משבת שכתב בשם הר"ן דדוקא שקבצם ממקום שנפלו לו שם מן האילן אבל אם קבצם מבית לא כדאמרו פ"ק דיו"ט מעמיד ערימה לא הוה גמר מלאכה וע"ז כתב המחבר דחפש בר"ן ולא מצא הנה ט"ס נפל בכ"מ וצ"ל הרמ"ך וכ"כ לפנינו והיודע לשון הרמ"ך מכיר והכ"מ זה דרכו להביא דברי הרמ"ך בהלכות שבת ומה שהאריך שם לחלק בדברי הרמב"ם הנה רבינו בודאי לא ס"ל החילוקים האלו שהרי אין דרכו להביא רק מה שמפורש בתלמוד וזה עכ"פ אינו מפורש. והנה בחידושי לתורה אמרתי במ"ש פרשת שלח ויהיו בני ישראל במדבר וימצאו איש מקושש עצים ביום השבת ולא נודע לאיזה צורך כתב שהיו בני ישראל במדבר ועיין רש"י שכתב בגנותן של ישראל דיבר. ולפענ"ד נראה דהנה התרגום אונקלוס פירש דאשכחו כד מגבב אעין והיינו מעמר ולכאורה כיון דמעמר אינו רק בשדה במקום גידולתו ולפ"ז כיון דבמדבר היו ומדבר אינו מצמיח כדאמרו בחולין דף פ"ח ע"ב וא"כ שוב לא שייך עמור ולא שייך לחייב מקושש עצים אך לפמ"ש התוס' שם ד"ה אלא דכשהיו ישראל במדבר הי' מצמיח ע"ש א"כ כיון שהי' במדבר שפיר חייב מקושש עצים וז"ש ויהיו בני ישראל במדבר וימצאו איש מקושש עצים וראיתי בספרי שכתב וימצאו איש מקושש עצים תולש מן הקרקע והיינו שאל"כ לא שייך מגבב. וזה לדעתי מה שאמר ויקריבו אותו המוצאים מקושש עצים ודרש בספרי מגיד שהתרו בו מעין מלאכתו והיינו שהיו צריכין לראות אם מגבב עצים מן השדה במקום גדולו ולהתרות בו בזה משום מעמר ודוק היטב שוב ראיתי בשבת דף צ"ו ע"ב דמפרש בהדיא דמקושש מעמר היה ובחידושי אמרתי בזה דבר חריף דהנה התוס' הקשו בפסחים דף מ"ו לענין הואיל דכל מלאכת שבת יתבטלו דשייך הואיל וחזי לחולה וכתבו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ולפ"ז במקושש שהיו כל ישראל שם אף דנימא דבששים רבוא איש מ"מ לא שכיח חולה שיש בו סכנה וגם דחזי למילה לא שייך דמכשירי מצוה שאפשר לעשות מאתמול לא דחי שבת דלא קי"ל כר"י מכל מקום

הא צריך הי' עצים למערכה של מזבח ועבודה הותרה במקדש ואפשר שגם מכשירים שאפשר לעשות מאתמול דהותר כמו ביו"ט לר"י ומכ"ש בעבודה דהותר לגמרי וגם עצים אינם מקרים מכשירים כ"א אוכל נפש בעצמו כמ"ש הר"ן ועיין ט"ז סי' תק"א באו"ח וא"כ למה נתחייב מיתה הא שייך הואיל וצורך לעבודה. אך נראה דלפמ"ש ר"ע בחגיגה דף ו' דשבטו של לוי הקריבו במדבר ולא ישראל דעבדו ע"ז א"כ שוב לא הותר לישראל לעשות מלאכה בשבת בשביל עבודה אחרי שהם לא הקריבו קרבנות כלל וז"ש הכתוב ויהיו בני ישראל במדבר והיינו שבמדבר לא הקריבו קרבנות ולכך נתחייב המקושש עצים מיתה.

יב הן אמת דהמלמ"ל בריש הלכות תמידין הקשה הך מימרא אהדדי דבמ"ק דף ט"ו אמרו דמנודה משלח קרבנותיו שכל זמן שהיו ישראל במדבר מנודין היו ומשלחין קרבנותיהם. אך לפענ"ד הכוונה היא דכיון שהיו ישראל מנודין ומכל מקום הקריב שבט לוי הקרבנות משלהם אבל הקריבו על כל ישראל דהתמידין היו באים על כל ישראל הוה כאלו שלחו קרבנותיהם דניהו דהני כהני שלוחי דרבנן נינהו אבל מכל מקום אם המנודה אסור בקרבנות א"כ לא הי' אפשר להקריב עליהם שיתכפרו הם בתמידין שאינם רשאי' להקריב עליהם וכמו כל מי שאינו ראוי להקריב וז"ש שהיו שולחים קרבנותיהם כנלפענ"ד. הן אמת דראיתי בריטב"א במ"ק שם דפירש דהא דאבל אינו משלח קרבנותיו היינו דוקא אותם שאינם באים על חטא אבל מה שבא על חטא פשיטא דלא מעכב הכפרה וא"כ מה דמבעי' ליה במנודה הוא ג"כ בקרבנות שאינם על חטא וא"כ ע"כ הראיה ממדבר היו באופן שאין בו חטא דאל"כ אף אבל מותר לשלח וא"כ ע"כ מה שהקריבו ישראל במדבר הי' שאר קרבנות. אך לפענ"ד התמידין ניהו שהיו מכפרים אבל מכל מקום כיון דהיו מנודין וניזופין לא עליהם חיוב להקריב ובאמת שבט לוי קרבו משלהם א"כ הוה כמי שאינו בר חיוב על חטא ידוע. אחר שנים רבות מצאתי בספר אור חדש על פסחים בדף מ"ו שהביא משם הגאון בעל שאגת אריה שהקשה אמאי נהרג מקושש הא לר"א דס"ל דמכשירי מילה דוחין את השבת א"כ הא מילה בודאי שכיח כדאמרו בזבחים פרק התדיר א"כ שייך הואיל וכתב דבמדבר לא מלו וא"כ ז"ש הכתוב ויהיו בני ישראל במדבר ובאמת שדבריו דברי חן ות"ל שהרגשתי בקושייתו הנ"ל ועוד הוספתי לתמוה כמ"ש ודוק ועיין בתה"ד סי' נ"ו שכתב דגם לענין טחינה יש לחלק בין גידולי קרקע לאינו גידולי קרקע והביא ממעמר שיש חילוק בין גידולי קרקע לאין גידולי קרקע אף שרבא חולק ע"ש. ודרך אגב אמרתי לבאר דבריו שהט"ז באו"ח סי' שכ"ד ס"ק ד' תמה עליו ועל הרמ"א ע"ש ולפענ"ד ביאור דברי התה"ד דהנה הרמב"ם

כתב המחתך ירק דק כדי לבשלו ה"ז תולדת טוחן לפיכך אין מרסקין לא את השחת ולא את החרובין לפני בהמה בין דקה בין גסה מפני שנראה כטוחן אבל מחתכין את הדלועין לפני בהמה שאין טחינה בפירות ותמה הרשב"א למה נתן טעם שנראה כטוחן דהא בגמרא נתן טעם משום מטרח באוכלא ובכ"מ ובב"י נדחקו בזה ועיין ט"ז שם ס"ק ה' שנדחק מאד. אמנם לפענ"ד נראה דהנה המעיין בתה"ד סי' נ"ו הנ"ל ימצא מבואר דהרמב"ם ורבים מהפוסקים ס"ל דאין טחינה באוכלין והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם דאין טחינה בפירות והיינו משום דהוה אוכלא ובאמת שהרב המגיד הביא גירסא אחרת שאין טחינה אלא בפירות ועכ"מ וב"י ובט"ז שם ועכ"פ התה"ד הביא הנוסחא שאין טחינה בפירות והיינו משום שאין טחינה באוכלין והנה ביאר שם דזה דוקא באוכל גמור שיכול ללעוס בשיניו אבל בדבר שאין דרכו לאכול כך אף שראוי לאכילה קצת שייך טחינה ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דממ"נ אסור דאם הוא ראוי לאכילה לגמרי לכל אדם שוב אסור משום מטרח באוכלא דהא הוא אוכל גמור ולמה לו לטרוח בחנם ואם אינו ראוי לאכילה לכל אדם שוב שייך משום טחינה ואם כן דברי הרמב"ם עם דברי הש"ס לאחדים דמטרח באוכלא לא שייך כ"כ אם נימא דלא חזי לבהמה לאכול א"כ שפיר צריך לטרוח ויכול לטרוח והוה כמו אשווי אוכלא לזה נתן הרמב"ם הטעם משום טוחן ולזה כתב הרמב"ם דדלועין דראויין לאכילה לגמרי וא"כ לא שייך טחינה ומכל מקום צריך לחתכו שאי אפשר לבהמה שתאכל אם הוא שלם לגמרי ואין בו משום טרחא באוכלא ולא משום טחינה וז"ב. ומעתה יאירו דברי התה"ד דבתחלה כ' דאסור משום טוחן והיינו משום דאינו ראוי לאכול וא"כ שייך טוחן וע"ז כתב דאת"ל דכל שראוי לאכילה קצת הוה כאוכל גמור ולא שייך בו טחינה כ"כ שוב יש ליגע בו משום משוי אוכלא וטירחא באוכלא והיינו כיון דהוא אוכל גמור שוב אסור למשוי אוכל והיינו דלמה ליה לשויא אוכלא והלא הוא כאוכל ושייך ביה מטרח באוכלא וז"ב:

יג ובזה יש ליישב דברי רמ"א בסי' שכ"א שכתב בס"ט דאסור לחתוך דק דק בשר חי לפני העופות דהואיל וא"י לאכלו בלא חיתוך קמשוי ליה אוכל ע"ש ותמה הט"ז סי' שכ"ד דאדרבא הואיל וא"י לאכלו כך שוב לא שייך מטרח באוכלא ורק דמשוה לה אוכלא ומשוי לה אוכלא שרי ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דמשוי אוכלא שרי אבל כיון שאינו ראוי לאכילה שוב אסור משום טחינה ולא שייך אין טחינה באוכלין דהא הוא קא משוי ליה אוכל ובעת שחתכו עדן אינו אוכל וז"ב כשמש ודוק היטב כי הוא ענין נפלא.

יד שוב ראיתי בישועת יעקב סי' קכ"א לדודי זקיני הגאון ז"ל שהעיר במקצת במ"ש ושמחתי מאוד ונהניתי שכוונתי לדבריו בראשית ההשקפה. והנה לענין בקוע עצים

כתב הר"ן בפרק המביא בביצה ומקשה והכא למה התירו לבקע אפילו ע"י שינוי והא הוה מכשירין שאפשר לעשותן מעיו"ט ותירץ כל שהוא נהנה מגופו של דבר כאוכל נפש עצמו וכמו שנהנה מהם בעצמם שעושה מהם מדורה ומתחמם כנגדה וכיון שבקען לעשות מהם מדורה שרי אף שאפשר מאתמול אף לבשל בהם שרי משום מתוך ע"ש והקשה המהר"י אבוהב שהרי חימום מדורה לא התירו רק משום מתוך שהותרה לצורך אוכל נפש וא"כ היכא אמרינן דמתוך שהותרה מדורה נתיר לבשל הרי מדורה לא הותר רק משום מתוך דבישול והט"ז סי' תק"א ס"ק ד' כתב דהר"ן באמת לנפשיה ס"ל דחימום מדורה הוה הנאת הגוף וכאוכל ממש ומ"ש דהן מכח מתוך היא לשיטת הראב"ד ע"ש. ולפענ"ד לכאורה תמוה דברי הט"ז והמהרי"א יפה הקשה דאם נימא דמדורה הוה הנאת הגוף ואוכל נפש ממש אם כן מ"ט דב"ש דפליגי גם במדורה כדמסיק הש"ס בביצה דף כ"א והיא ע"כ לא פליגי ב"ש רק דלא ס"ל מתוך אבל אוכל נפש התורה התירה וע"כ דזה אינו אוכל נפש ממש וא"כ יפה תמה המהרי"א על הר"ן והמג"א שם ס"ק ג' דהר"ן כיון דהוה כאוכל נפש ולא אוכל נפש ממש וזה דחוק מאד. אך באמת נראה דהדבר נכון דהרי בעינן דבר השוה לכל נפש כדאמרו בכתובות דף ז' לענין מוגמר ומה"ט ברחיצה אוסרין ב"ש דאינו שוה לכל נפש וכמ"ש התוס' ד"ה לא ובהגהות אשר"י שם וא"כ כל דלית להו לב"ש מתוך אף דהוה אוכל נפש כל דאינו שוה לכל נפש לא הותר וא"כ זה שנסתפק הש"ס דאפשר הנאת כל גופו מודה ב"ש דמקרי שוה לכל נפש או לא ומסיק דגם במדורה לא מקרי שוה לכל נפש וצריך לבא למתוך וז"ב. ולפ"ז שפיר כ' הר"ן כיון דמדורה הוה אוכל נפש רק דאינו שוה לכל נפש רק למפונקים ועפ"י שם ובפרק כירה דף ל"ט ובפרי מגדים סי' תק"א וסי' תקי"א וכיון שעכ"פ אם היה שוה לכל נפש הי' מותר כל דהוה אוכל נפש א"כ לכך שפיר בביקוע לבישול שייך מתוך דמתוך שמותר למדורה דהוה אוכל נפש רק דאינו שוה לכל נפש אבל עכ"פ בישול דשוה לכל נפש שוב שייך מתוך דבשלמא אם לא היה מקרי אוכל נפש כלל לא שייך מתוך דלא הותר כלל אבל כיון שעל כל פנים הוה אוכל נפש ורק דאינו שוה לכל נפש אבל הבישול דשוה לכל נפש שפיר שייך מתוך דהיה מותר אם היה שוה לכל נפש במדורה הותר הבערה לבישול דבאמת שוה לכל נפש אף דהבקוע אינו רק ממכשירין לאכילה אבל המדורה הוא אוכל נפש ממש וז"ב מאד ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף במ"ש הה"מ פ"א מיו"ט דהבערה אף שאינו אוכל נפש מותר משום דכתיב ביום השבת ודרשינן מיניה הא ביו"ט מבעיר ומלבד דדבריו תמוהין כמ"ש הלח"מ והפר"ח בסי' תצ"ה והשעה"מ ואני יש לי הרבה דבריו בכמה תשובות אבל אני תמה ביתר שאת דהרי לפי דבריו שהבערה אינו אוכל

נפש מה שייך בזה מתוך והרי בהבערה ע"כ משום מתוך קאתינן עלה כמ"ש הלח"מ באורך וכל תירוציו לא יועילו לזה והרי הבערה אינו אוכל נפש ולא הותר מעולם בשביל שהוא אוכל נפש והיא תימה רבתי. אך לפענ"ד נראה דגם הה"מ ס"ל דהבערה להתחמם כנגדה שייך אוכל נפש רק דלגבי הבערה לבישול כל שאינו מתחמם לא שייך מתוך דהא הבערה להתחמם לא הוה שוה לכל נפש ולכך הוצרך לומר משום דכתיב ביום השבת וממעטינן יו"ט והיינו במדורה להתחמם דהוה אוכל נפש רק שאינו שוה לכל נפש זה התירה התורה משום דכתיב ביום השבת ושוב מותר לענין בישול משום מתוך. ובזה מיושב כל קושיות הלח"מ דלכך צריך בהבערה מתוך דאל"כ לא הוה מותר לענין הבערה בבישול והי' לנו לומר דרק לענין מדורה להתחמם דהוה אוכל נפש רק שאינו שוה לכל נפש הוא דהתירה התורה ולא לענין בישול דהוה רק מכשירי אוכל נפש. ובזה מיושב ג"כ מ"ש הלח"מ דמ"ש מהוצאה דלא דרשינן ביום השבת לפי המסקנא ולפמ"ש אתי שפיר דשאני הבערה דהיה אוכל נפש רק שאינו שוה לכל נפש בזה שפיר דרשינן ביום השבת ואהני לענין מדורה וממילא אמרינן מתוך וז"ב. ובזה מיושב קושית המ"א סי' תקי"ח דלר"ע דלא אמרינן מתוך שוב לא מועיל ביום השבת לבד וכמ"ש וגם מ"ש המ"א דהה"מ לא סובר כהר"ן דהוה אוכל נפש לפמ"ש נהפוך הוא. ובזה מבואר היטב דברי הירושלמי פרק משילין ה"ב שהביא הה"מ ששאל נר של אבטלה מהו והשיב ר' חזקי' דאסור וע"ז שאל מתניתא פליגא על חזקי' לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת בשבת אי אתה מבעיר אבל אתה מבעיר ביו"ט אין תימר בדברים שיש בהם אוכל נפש והכתיב אך אשר יאכל לכל נפש אלא כינן קיימין בנר אבטלה והדבר תמוה דהא הבערה לאו אוכל נפש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוה אוכל נפש אבל היינו במדורה להתחמם וא"כ עכ"פ בדבר שיש בו אוכל נפש בודאי מותר מכח מתוך ואף דאינו שוה לכל נפש מכל מקום אמרינן מתוך והקרא אתי על נר אבטלה ואולי נר לאכילה חשוב לי' דבר השוה לכל נפש יותר ממדורה ואש ביתר שאת ולפ"ז אתי שפיר מה שרצה השאגת ארי' סי' ע"א לחדש דביוה"כ נתמעט ג"כ הבערה מביום השבת והדבר תמוה דשם לא שייך מתוך ולפמ"ש יש לומר דדוקא ביו"ט שיש שתי ענינים ואוכל נפש התירה התורה מסתבר לומר דדי לך החידוש במיעוטו דוקא באוכל נפש ומשום מתוך אבל ביוה"כ כל דנתמעט מביום השבת הותר לגמרי ודו"ק:

טו והנה דרך אגב אבאר דברי הירושלמי פ"ב דשבת ה"ה במה דנחלקו אי בהבעיר ובישל חייב שתים או אחת לפענ"ד נחלקו במה דנחלקו בש"ס דילן (אי חייב שתים בזומר) במ"ק דף ב' בזומר וצריך לעצים דגם כאן מפעולה אחת יצא שתי ענינים ומה דר' יודא

ס"ל דחייב משום מבעיר הוא ס"ל כרבה במ"ק שם דס"ל דאזלינן בתר עיקר המלאכה ור' יוסי ס"ל משום מבשל דאזיל בתר מחשבה. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשיתי דלר' יוסי דס"ל דחייב משום מבשל א"כ בש"ס דילן למה אמרו אי בהקטרה ללאו יצאתה והא שייך משום בישול ולפמ"ש אתי שפיר דהנה הא ודאי דהמחלוקת אמוראים שם לאו ר' יהודה ור' יוסי התנאים הוא דהרי שם מקשה על ר' יוסי ולא כן תנא הבערה למדה על תורה כולה ומבעיר אינו רק משום מבשל והק"ע הקשה דהא ר' יוסי ס"ל ללאו יצא והיטב אשר דבר בזה במרכבת המשנה דזה אינו תנא רק אמורא ר' ייסא ע"ש וכעין זה צ"ל בדברי התוס' בביצה דף כ"ג ע"ש וכמ"ש שם בתשובה. ולפ"ז נראה לי ברור דלמ"ד דללאו יצאת אי אפשר לומר דבישול בכלל דזה אינו דהא בישול סמנים הי' במשכן והוה אב מלאכה ואיך שייך ללאו יצאת ומ"כ דהבערה היא בפ"ע משום הבערה ואינו רק בלאו. ומעתה שפיר פריך הש"ס אי בהקטרה הא ללאו יצאת ואין בישול בכלל (ובלא"ה עיין שבת דף ל"א דר' יוסי ס"ל כר"ש וא"כ לדידיה לא שייך בישול כלל דהוה משאצל"ג) עוד נראה לפענ"ד סברא נכונה בגוף המחלוקת אי משום בישול או הבערה דזה תלוי במחלוקת ר' יהודה ור"ש בשבת דף ק"ו דלר' יהודא דס"ל משאצל"ג חייב והוה עי"ז מתקן דניהו דמקלקל בגוף המלאכה מכל מקום מתקן אצל הקדירה או האפר ומשאצל"ג חייב ור"ש פוטר דהו"ל משאצל"ג וע"כ דחובל והבערה חייב אף במקלקל ולפ"ז הא כבר הקדמתי דרבה ורב יוסף נחלקו אי אזלינן בתר מחשבתו או בתר מעשה ולפ"ז כאן אם נימא דמקלקל פטור ורק משום דצריך לבישולו או לאפרו א"כ א"א ללכת בתר מעשה רק בתר מחשבתו דבזה הוה תיקון וגוף המלאכה הוא מקלקל אבל אם נימא דכאן חייב מקלקל ומשאצל"ג פטור א"כ חייב משום מבעיר. ובזה עמדתי על דברת רבינו פי"ב משבת דלא כתב דמבעיר חייב משום מבעיר ומשום מבשל והראב"ד כתב דחייב שתים והכ"מ כתב דרבינו ס"ל ג"כ כן שהרי כתב בפ"ט דנותן עצים תחת הקדירה חייב משום מבשל ודברי' תמוהים דא"כ מהראוי להיות מחייב שתים. ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם ס"ל בפ"א משבת דמשאצל"ג חייב וא"כ ס"ל כר' יהודה דהוה מקלקל רק דהוה מתקן אצל קדירה וא"כ שוב מהראוי לחייבו רק משום מבשל דהבערה הוה מקלקל ויותר ראוי להלך בתר מחשבתו אבל להראב"ד דס"ל משאצל"ג פטור כמ"ש בפ"א שם וא"כ שוב מהראוי לחייבו שתים דבאמת הבערה בעצמה אף דהוה מקלקל מכל מקום התורה חייבה ובשביל הבישול ודאי ראוי לחייבו דהא העיקר עשה בשביל הבישול ודו"ק היטב:

טז ובזה מבואר דברי הירושלמי דקשיא על דר' יוסי דהא הבערה למדה על כל התורה דהנה באמת צריך ביאור איך אפשר לחייבו משום מבשל והא עיקר האזהרה היא בלשון הבערה לא תבערו. אמנם למ"ד ללאו יצאתה שוב יש לומר כיון דעקר עקר כעין דאמרו ביבמות דף י"א ע"ש וה"ה כאן כיון דנשתנה מכל איסורים ואינו רק בלאו עקר לגמרי ממשמעותי' והוה משום מבשל אבל למ"ד לחלק שוב היאך שייך לעקר משום מבשל ודו"ק. והנה אמרו בירושלמי לית כאן אלא משום אברים ופדרים שהי' מתאכלין על מזבח כל הלילה ולכאורה צ"ב למה נדחק לאוקמא באברים ופדרים שנתאכלו ע"ג המזבח. והנראה דלכאורה צריך ביאור מה פריך משום מבעיר ניחא ומשום מבשל מה בישול יש כאן והא כל שמרפה גוף קשה הוה בישול כמ"ש הרמב"ם אך נראה דכאן לבר קפרא קיימינן והרי ס"ל לבר קפרא דאברים שנתותרו עושה להם מערכה בפ"ע ודוקא שמשלה בהן האור ולפ"ז כיון שכאן באברים ופדרים שמתאכלין כל הלילה היינו בנתותרו ולפ"ז כיון שעושה להם מערכה בפ"ע וא"כ שוב הוה בישול אחר בישול דהא כבר משלה בהם האור וא"כ משום מבעיר ניחא דהרי עושה להן מערכה בפ"ע אבל משום בישול ליכא דהרי כבר משלה האור. וע"ז משני דכל טעם שאין בישול אחר בישול אבל כאן דהוא צריך לאכלם ע"ג המזבח כל שלא נתאכלו לגמרי שייך משום בישול ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא: אך מה שנדחק לאוקמא באברים ופדרים שנתאכלו צ"ל דאל"כ איך שייך שיבא זר ויעשה עבודה והא הכהנים זריזין הם וע"כ שנתותרו ובא זר והניחם ועשה עבודה ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא:

יז והנה אחד מהתלמידים המופלג מוה' מענדיל בודק נ"י הקשה על הר"ן שכתב שהבערת מדורה הוה אוכל נפש מהא דאמרו בשבת דף כ"ד הוא ולא מכשירין הרי מבואר דשריפת קדשים לא הוה רק מכשירין ולק"מ דמה ענין מדורה שהגוף נהנה ממנה לשריפת קדשים ובלא"ה רש"י בד"ה לבדו כתב דשריפת קדשים נתמעט כמו מילה דאין זמנה לשורפה היום וא"כ לק"מ. וגם מה שהקשה מהא דאמרו ביומא כ"ד דהדלקה לאו עבודה ואני כתבתי דהוה מלאכת עבודה ל"ק דבתוס' ישנים כתב שם דהכוונה כיון דהשלהבת עולה מאיליה לאו עבודה משא"כ הצתת אלי' שצריך אש גדול וא"כ הבערה שצריך אש גדול הוה עבודה ודו"ק ובמ"ש מיושב הא דמשני ביומא סד"א ה"מ היכא דחל יוה"כ להיות אחר שבת דחלבי שבת קרבין ביוה"כ והקשה בישועת יעקב ריש הלכות י"ט אכתי קשה למה יעשה מערכה בפ"ע ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא שייך בישול דאין בישול אחר בישול ורק כיון דרוצה באכולן גם זה מקרי בישול ולפ"ז זה שרוצה לאכל על מערכה חדשה או שיאכלם על המערכה הגדולה זה אינו ענין למבשל דבין

אם יעשה מערכה בפ"ע או שיניחם על המערכה הגדולה יתחייב משום בישול וא"כ לא נשאר רק משום מבעיר ומבעיר ל"ש ביוה"כ ודו"ק היטב:

יח והנה אחר שבת שובה תרט"ו שדרשתי בענין הבערה ביוה"כ ראיתי שקושית דו"ז הגאון ז"ל אין לו מקום דהא שם הקושיא לר"מ דס"ל בכל יום ד' והיום חמש והרי לר"מ הי' מערכה בפ"ע בכל יום לאברים ופדרים שנתותרו כמבואר בדף מ"ה בהדיא וא"כ שפיר משני לדידיה וגם ראיתי בפ"י בפסחים דף ה' גבי ר"ע דמצינו להבערה שהוא אב מלאכה שהקשה דנדרוש ביום השבת אי אתה מבעיר אבל אתה מבעיר ביו"ט וכפי הנראה דרש דרש כמשה מפי הגבורה ותמהני שלא הרגיש כלל בהירושלמי והה"מ והמ"א סי' תקי"ח הנ"ל והנה דרך אגב אזכיר מה דהקשו התוס' בביצה דף כ"א דלמה לא התירו לאפות עיסה חציה של נכרי על סמך שהפת נאפה יפה ודבריהם תמוהין לפמ"ש הפ"י דענין שהתירו משום שהפת נאפה יפה הוא רק משום דשייך מתוך ומה שנאפה יפה הוה כצורך קצת ולפ"ז בנכרי דכתיב לכם ולא לגבוה לא שייך מתוך וכמ"ש הפ"י שם וא"כ אין התחלה לקושית התוס' וכבר נתקשה בזה בטעם המלך פ"ב מיו"ט ה"ט אך לפענ"ד נראה דהכי קושית התוס' דכל דנאפית יפה יפה שוב הוה לכם דניהו דגבי נכרים גלי קרא אבל מה שמושבח חלק ישראל בזה שייך לכם ומותר ושפיר הקשו. אך לפענ"ד נראה בישוב קושית התוס' דבאמת מה שמושבח חלק ישראל בזה לא הוה רק מכשירי אוכל נפש דבשלמא כשכל העיסה של ישראל א"כ הוה כל חדא אוכל נפש בעצמו ושרי אבל כשחציו של נכרי שאינו אוכל חלק נכרי א"כ מה שאופה חלקו של נכרי ועי"ז מושבח חלק ישראל החלק של נכרי נאפה רק להיות מכשיר אוכל נפש של ישראל וזה אסור וז"ב. ואולי יש לכוין זאת בדברי התוס' בתירוצם שם ועפ"י. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הכו"פ סי' ק"ח שהקשה למה לא ידחה אפיית שתי הלחם יו"ט הא יוכל לאפותן על סמך שהפת נאפה יפה ולפמ"ש אתי שפיר דלכם ולא לגבוה והרי זה הוה רק מכשירי אוכל נפש ואסור. ובזה מיושב היטב הא דכתב הרמב"ם בפ"א מתמידין הטעם משום לכם ולא כתב כן בלחה"פ פ"ה ה"ז וגם למה צריך הטעם הלז. ולפמ"ש אתי שפיר דבלחה"פ שפיר אצטריך הטעם דלכם דאל"כ הוה רק מכשירי אוכל נפש שאפשר לעשותם מעיו"ט אבל לחה"פ אי אפשר לעשותו מעיו"ט דהא הלישה אסור וא"כ נעשה חמץ וכעין מ"ש הטעם המלך. והנה הב"י בסי' תקנ"ו הביא שיטת רש"י דמטעם דחד טירחא הוא ושיטת הרשב"א דהוא משום דמתקן יותר מחמת הריבוי והט"ז כתב דאין מחלוקת בזה רק דרש"י כתב כן בדעת הת"ק אבל לרשב"א הטעם משום דמתקן טפי והנה לפמ"ש הפ"י דענין הפת נאפה יפה הוא משום מתוך וצורך קצת א"כ

לרש"י לשיטתו שוב א"צ צורך כלל וקשה על רשב"א למה הצריך שיהיה הפת נאפה יפה ות"ל משום מתוך וע"כ נראה העיקר דרש"י חולק וס"ל דאף דשייך מתוך כל שהוא טרחא יתירה אסור אך באם נאפה יפה שוב הו"ל שתי טרחות כחד טרחא דמה שטורח יותר הוא כדי שיהיה מתוקן יותר והוה כחד טרחא וז"ב כשמש. ובמ"ש יתיישב דברי התוס' במ"ש בתירוצם בדף כ"א דשייך הואיל והקשו כלם דהא ר"ח לית לי' הואיל ועיין צל"ח ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דראוי לישראל או לאורחים שוב לא מקרי מכשירי אוכל נפש רק אוכל נפש בעצמו ושרי משום מתוך ודו"ק היטב:

סימן קפו

א לצורבא מרבנן גמיר וסביר ני'.

ב מ"ש להקשות על הא דמביא הטור חו"מ סי' כ"ה בשם הרמ"ה דאם הדיין טעה ולא הספיק תובע ליטול אפוקי מיד הנתבע עד שנתברר שטעה ל"ש הדיוט ל"ש טעה בש"ה ל"ש טעה בד"מ הדר דינא וא"א ז"ל כתב ולא הוה ר"י טעה בש"ה וכו' ויראה מדבריו שאם היה הטעות בש"ה מיד כשפסק הדין אף שלא הוציא מיד המתחייב קם דינא ומה שעשה עשוי ע"ש והש"ך ס"ק כ"ט אות ב' האריך לתמוה על הטור במה שהבין כן בדברי הרא"ש וע"ז תמה מעלתו דמדוע לא הביאו מש"ס כתובות דף צ"ט לא דכ"ע טעה בד"מ הוה ומ"ס הכי הוה מעשה ומ"ס הכי הוה מעשה הרי דלכ"ע כיון דמסתבר לי' כר"ש הו"ל טועה בד"מ. ומעתה גם בהך דריב"י ור"ח אמאי לא יחשב ריב"י כטועה בדבר משנה. הנה כבר העיר כן הרב הגאון בעל המחבר גוא"י סי' צ"ט וכתבתי על הגליון דש"ה דרבי לא נזכר בתחלה שטעמו של ר"ש משום מה כח ב"ד יפה ולכך כשנזכר הוה טועה בד"מ משא"כ כאן דלא נחלקו מתחלה קודם שחידש ר"י ור"ח דינם ולכך לא מקרי ד"מ וז"ב ופשוט. אך מה שאני תמה על הרא"ש והטור והש"ך וכן אא"ז השער אפרים סי' קנ"א והגאון מוהר"ח בקונטרסו והתומים שכלם פלפלו בדברי הרמ"ה והרא"ש אלו ומדוע לא הזכירו הא דהביא הרי"ף ס"פ הכונס ג"כ מעשה כהך דר"י בר"י ור"ח שריב"י צוה לתת לבר זיזא ואח"כ כשנתנו פלגא צוה ר"ח דיתיהבון לבני אריסא וא"ל מרי' דפקדונא כבר הבית פלגא לברי' דבר זיזא וא"ל מה שנתת על פי ב"ד נתת ומה שאתה נותן עפ"י ב"ד נותן ושם משמע דהוה כטועה בש"ה דאמרינן דאף דלא אמיד אימור מציאה מצא ואפ"ה הדר דינא וגם מה שכבר נתן נתן וצע"ג ועיין בהרא"ש בהכונס שם שהזכיר ג"כ הך דירושלמי וצע"ג לפענ"ד וכפי הנראה עיקר טעמו של ר"ח הוא לפי שהיו לו ספק הדין עם מי אי כר"י ב"י או כמו שאמר הוא וע"כ אמר ממונא כל היכא דקיימא תיקום מיהו הא שם הוה פקדון אותו המעות והרי הוא תפסו לשם בני בר זוזא דהא צוהו ריב"י

שיחזיקו עבורם ואפ"ה צוה ר"ח לתת לבני האריס ואולי משום ממון המוטל בספק אתי עלה ועכ"פ נדחה פירוש הש"ך שפירש דמיירי דלא קבלו לריב"י מדאתי לר"ח והרי כאן משמע דלאחר מיתת ריב"י באו לדון לפני ר"ח וע"כ הדבר צ"ע:

ג והנה מדי דברי בסוגיא דשיקול הדעת העמוקה ורחבה אמרתי להזכיר מה דק"ל על מ"ש הב"י דאף בטעה בדבר משנה דחוזר הדין מ"מ אי נשא ונתן ביד חייב לשלם והסמ"ע חולק ע"ז והש"ך ס"ק ד' אות א' האריך לקיים דברי הב"י. ואני תמה דלפענ"ד ש"ס מפורש דלא כוותיה בהא דפריך הש"ס בסנהדרין דף וא"ו ע"א א"ל ר"ס לר' אבא דטעה במאי אילימא דטעה בדבר משנה והאמר ר"ש אר"א טעה בדבר משנה חוזר ומאי קושיא הא כאן ע"כ לא מיירי במומחה כמ"ש רש"י דהרי בסיפא אמרו ואם הי' מומחה לרבים ורק בקבלוהו לבד ובקבלוהו לבד מחוייב לשלם בנשא ונתן ביד והרי רש"י כתב בהדיא שם בר"ה דן את הדין דמיירי בנשא ונתן ביד וא"כ מאי קושיא וע"כ דבדבר משנה אף בנשא ונתן ביד פטור וכמ"ש הסמ"ע כיון שכוונתו הי' להורות ולדון כדין ע"ש. ובזה מיושב ג"כ מה דק"ל בהא דמוקי בקבלוהו עלייהו ופריך א"ה אמאי משלם מביתו וקשה לישני דמיירי דטעה בדבר משנה וא"כ ע"ז בודאי לא קבלוהו דקבלה בטעות היה דע"ז לא קבלוהו שידון היפך מהמפורש במשנה וא"כ לכך צריך לשלם ובפרט בנשא ונתן ביד דע"ז לא קבלו אותו שישא ויתן ביד וע"כ דגם בזה ל"מ וחוזר הדין וא"צ לשלם. והנה שיטת הרז"ה והרשב"א דאף לר"מ דדן דד"ג אפ"ה כל שטעה בדבר משנה חוזר אף בנשא ונתן ביד ומטעם פשיעת הבע"ד נגעו בי' דהי' לו לשאול ולגלויי טעותי' ולא למסמך עלי'.

ד ובאמת שהדברים תמוהים דבע"ד העני מנין לו לדעת מה שזה הדיין לא ידע ומה נעשה בבע"ד ע"ה ובפרט אם הוא מומחה ולא סמוך שטעה בדבר משנה א"כ היאך הי' לו לשאול והוא סבר דמומחה בודאי כדין דן ובפרט בנשא ונתן ביד ולא הי' פנאי לשאול דתיכף נגע בשרץ וא"כ זה העני מה לו לעשות. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשו בתוס' בדף ה' ד"ה ואם דהוה לי' לשנויי לר"א דמשנה דדן את הדין מיירי במומחה וכוונתם דאף דסיפא מיירי במומחה היינו שם המחייבים עליהם וכאן מיירי במומחה דלא סמיך. ולפמ"ש אתי שפיר דלהס"ד שפיר הקשה דאדרבא כשהי' מומחה גרע טפי ואף בטעה בדבר משנה הי' לו לשלם כיון דדינו דין ולא שייך פשיעת בעלים וכמ"ש ושפיר מקשה ר' אבא לשיטתו דמוקי המשנה בשיקול הדעת מקשה דלר"א ע"כ מיירי באינו מומחה ואפ"ה דינו דין דאי במומחה א"כ מהראוי שבטעה בדבר משנה דישלם מביתו כיון שנשא ונתן ביד דהא א"א לחזור ועיין ש"ך ס"ק א' אות ד' בפרט היכא דנשא

ונתן ביד היכא דא"א לחזור הדין. ובזה מיושב היטב מה שפירש"י דמיירי בנשא ונתן ביד ותמה המהר"ם שיף דלמה פירש"י כן ולפמ"ש אתי שפיר דאל"כ לא הי' קשה כלל וכמ"ש שוב ראיתי במרדכי שכתב דלא מצי לאוקמא במומחה מדקתני טימא את הטהור וכו' ודבריו סתומים ועיין קצה"ח ס"ק וא"ו ולפמ"ש אתי שפיר דכוונתו דבטימא את הטהור ונגע בשרץ דבודאי א"א לחזור ודאי מהראוי שישלם מביתו כיון דא"א לחזור הדין בשום אופן ולא שייך פשיעת בע"ד כיון דהוא באמת מומחה עכ"פ דברי הרז"ה תמוהין לכאורה ולפענ"ד הי' נראה עפ"י מה דהקשה השערי משפט דאמאי חוזר הדין בטעה בדבר משנה הא עכ"פ ייאש עצמו הבע"ד והוה כשור הנסקל שהוזמו עדיו דכל הקודם זכה בה והיא שלו ע"ש שנתעצם הרבה בזה ובתשובה אחת טיילתי בזה ארוכות וקצרות. וכעת נ"ל דהנה יאוש בעינן שעכ"פ יזכה בו אחד וכאן לא זכה בו אחר עדן ולפ"ז בנשא ונתן ביד והוא מומחה דאז ודאי ייאש עצמו מזה דהוא בודאי סבר דמומחה בודאי לא טעה וא"כ זכה בו גם מצד יאוש. ובזה יש ליישב גם כן קושית התוס' הנ"ל ודברי רש"י הנ"ל ואין להאריך. ובזה מיושב גם דברי המרדכי ריש פ"ק דסנהדרין שכתב להוכיח דאף בע"כ יכול לדון דאי בדקבל עלי' וכו' והאי מיירי בשאינו מומחה דבסיפא אמר ואם היה מומחה לרבים והקשה אותי הרב הגדול מוה' בעריש אבד"ק נאהרייב דבלא"ה א"א לומר דמיירי במומחה דא"כ אמאי חייב לשלם. אמנם לפמ"ש המהרש"א לפרש דמיירי במומחה וכו' א"כ אתי שפיר ודו"ק היטב וע"ש היטב במהרש"ל דלא כהמהרש"א דלפירוש המהרש"א לא אתי שפיר דברי המרדכי דהא מוקי בדקבלי' עלי' ודו"ק. והנה לכאורה היה מקום אתי ליישב הענין מה שהקשיתי על הרז"ה דהנה ביאור הענין והחילוק שבין שיקול הדעת לטעה בדבר משנה הוא משום דהנה כל הטעם בדבר משנה דחוזר הדין היינו משום דהו"ל למשאל לאחר ולא לסמוך על טעות דילי' וכמ"ש הרז"ה והרשב"א. ובאמת אפשר לומר דמשום כבודו של חכם אסור לשאל לאחר ואף דהר"ן בפ"ק דע"ז ביאר בשם הראב"ד דלאו משום כבודו של חכם רק משום דשויא אנפשי' חתיכה דאיסורא ואינו מועיל החזרה וזה ל"ש בד"מ ע"ש בהר"ן אבל כ"ז באם לא נשא ונתן ביד אבל בנשא ונתן ביד דחלה הוראתו ולא יוכל לחזור בו שוב ל"מ מה שיחזירו השני דא"א לו לזה לחזור דהרי טימא בידים וגם לא ירצה לציית לו ולפ"ז זהו בשיקול הדעת אבל בדבר משנה דמבואר שם וביו"ד סי' רמ"ב סל"א בהג"ה דאף בהוראת איסור והיתר ל"מ א"כ אף בנשא ונתן ביד מכל מקום היה יכול לחזור ומשום פשיעת בע"ד נגעו בו. ובזה עמדתי על לשון המרדכי שהבאתי לעיל שכתב בפ"ק דסנהדרין דף וא"ו בהא דפריך על ר' אבוהו מדקתני דן את הדין וכתב הוא בזה"ל ובמומחה ליכא

למימר מדקתני טימא את הטהור טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו ע"כ לאו במומחה מיירי ודבריו סתומין וחתומין ולפמ"ש אפשר לומר כוונתו עפמ"ש הר"ן בפ"ק דע"ז להקשות בהא דהוצרך הש"ס לאוקמא באגע שרץ ת"ל דא"א להחזיר באיסור והיתר משום דשויא חד"א וכתב הר"ן דנ"מ אם החכם בעצמו חוזר בו ע"ש ולפ"ז כל שנגע בו השרץ שוב אסור משום שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא כיון דבמומחה מיירי וא"כ לא שייך לומר מה שעשה עשוי וישלם מביתו הא אף אם הי' הטעות בדבר שמן הדין חזר בו הא עכ"פ האחר לא יכול להחזירו משום דשויא חתיכה דאיסורא וע"ז לא שייך לומר דאזקי' ואמאי ישלם מביתו דיכול לומר דלא היה חוזר בו וא"כ לא הוה מצי לאחזירי' אף כשלא הי' מטמא בידים וא"כ מה אפסדי' ודיבור לבד לרבנן דר"מ פטור כנלפענ"ד. ובזה היה מקום ליישב דברי הנימוק"י שכתב דבהוראת איסור והיתר אם הורה מומחה דלא סמיך פטור והש"ך ס"ק וא"ו אות ב' האריך לדחות דבריו ולפמ"ש יש ליישב דבריו דבהוראת איסור והיתר כיון שא"י לחזור הוראתו זולת בהסכמתו ואף אם התיר במקום שכבר עשה הוראתו א"י להתיר וכמ"ש הט"ז בסי' רמ"ב ולכך פטור מלשלם דהוא יכול לומר אני לא אחזור בי בשום אופן. ובזה נכון היטב מה שחילק הנמוק"י בין טעה בשיקול הדעת ובין טעה בדבר משנה משום דבדבר משנה פשיטא דמחייב לשלם דחבירו יכול להתיר כמבואר בסי' רמ"ב. ובאמת שהיה מקום להאריך לולא כי בר בי רב דחד יומא אנא בסוגיא דשיקול הדעת ע"כ דברי מעטים ועיין אא"ז החי"ץ ז"ל סי' נ"ג ובתומים בסי' כ"ה השיג עליו והי' מקום להאריך ודו"ק. וראיתי להגאון מוהר"ח בקונטריסו שהקשה לשיטת התוס' דכל דדיבורו הוה מזיק ממש כיון שקם דינא חייב אף לרבנן דר"מ וע"ז הקשו משורף שטר דהוה מזיק ממש ולא גרע מדיבור וכתבו דנייר בעלמא קלאי מיניה וע"ז הקשה הגאון דא"כ מוחל שט"ח דדיבורו הוה מזיק ממש ואפ"ה אמר אמימר בכתובות דף פ"ו למאן דדאין דינא דגרמי ומשמע דאם לא דאין דיני דגרמי אינו מחוייב ואמאי והא דיבורו הוה מזיק וכבר כתבתי בגליון ספרו ליישב. וכעת נראה דהנה כל הטעם דחייב על הדיבור ע"כ משום דדיבורו הוה מעשה דעקימת שפתיו הוה מעשה וכדאמרו בסנהדרין דף ס"ה דלוקה בשביל זה ולכך חייב ממון ג"כ ע"י עקימת שפתיו ולפ"ז לפי מה דאמרו שם דשאני מגדף דישנו בלב ופירש"י דהואיל ועיקרו תלוי בכוונת הלב שאפילו מברך את השם אם אין בלבו כלפי מעלה פטור ע"ש ולפ"ז לפי מה דמבואר בש"ע חו"מ סי' ס"ו סכ"ג שיטת הראב"ד דאם מוחל לטובת עצמו כמו היורש אינו חייב לשלם מדינא דגרמי דע"כ לא מחייבין למוחל רק בזמן שנתכוין להזיק ולא הרויח כלום אבל כל שמרויח פטור ע"ש ובש"ך ס"ק פ"א ולפ"ז כאן שאם

הי' מתכוין להרויח זוזי ועכ"פ לא נתכוין להזיק הי' פטור וכגון שהי' נותן לו הלוה מחצה וכדומה א"כ עיקר החיוב תלוי בכוונת הלב ובכה"ג עקימת שפתיו לא חשיב מעשה וכמו במגדף ודו"ק. ובלא"ה יש לומר לפמ"ש המהרש"ל דאם אומר שבלבו הי' למחול ואח"כ רוצה להתנקם ממנו ותובעו לא מהני תביעתו דמחילה בלב הוה מחילה אף בדנקיט שטרא והביא ראיה לזה ואף דהקצה"ח סי' י"ב הביא דבריו ותמה ע"ז דלא מצינו שיועיל מחשבה ואף בנדר והקדש והפקר בעינן דיבור ממש ע"ש ולא שייך לומר דמשום סילוק הוא דבבע"ח לא מועיל סילוק ע"ש אבל זה דוקא במי שיש לו חוב על חברו ולא מכרו אבל כאן דמכרו ולא נשאר לו שום כח רק שמחלו בכה"ג ודאי מועיל מחילה בלב דאינו רק סילוק שעבוד הגוף שלו ובכה"ג ודאי מודו כ"ע דמועיל מחילה בלב וא"כ שוב שייך שכן ישנו בלב וז"ב ודו"ק וגם לפמ"ש שם לפי גירסת הרי"ף הואיל וישנן באי' ועיין בחידושי הר"ן בסנהדרין ג"כ יש ליישב דמוחל ישנו ג"כ באי' ע"ש היטב ודו"ק. והתומים כתב ליישב כיון דכל הטעם דיכול למחול הוא כמ"ש ר"ת דשעבוד הגוף נשאר אצלו וא"כ היא בדידי' קאזיק וממילא ניזק חבירו ובכה"ג בודאי פטור ויפה כתב בזה והרי אף בשני שותפין שאחד שחרר עבדו אטו יתחייב לשלם לחבירו כיון שהדין שכופין את השני לשחרר בודאי לא יאמר אדם כן והה"ד בזה וז"ב:

ה והנה ראיתי בספר שו"ת בית אפרים זה שנים רבות שהקשה בשם הרב מו' מאיר אבד"ק גלינא דא"כ הא דמוקי במנסך באית לי' שותפות בגוה ואמאי יתחייב לשלם הא חבירו לא נאסר רק בשביל יינו ובדידיה קא אזיק ע"ש ולפענ"ד לק"מ דשם שאני שעכ"פ יינו אוסר יין חבירו שנתערב עמו וא"כ אין לך מעשה גדול מזה והרי מערב יין כשר בנסך פשיטא דהוה מזיק משא"כ בזה שהוא לא עשה מעשה בשל חבירו כ"א בדידיה אמר דיבור וחבירו ממילא ניזק ממנו וז"ב מאד ואין לי הספר הנ"ל לעיין בזה שוב מצאתי במחנה אפרים הלכות נזקי ממון סי' וא"ו שכתב ג"כ דעקימת שפתיו הוה מעשה ע"ש ולפמ"ש יש להאריך ולא נפניתי כעת: נחזור לענינו מה שהקשיתי מהך מעשה דירושלמי פרק הכונס צ"ע. והנה בש"ך סי' קע"ה הביא אותה מעשה וכתב דהוה ספיקא דדינא וראיתי בקצה"ח שם שהקשה כיון דשותף חולק שלא לדעת חבירו בחוב מקולקל וכיון דעפ"י ב"ד נתנו לגדולים חלקם הו"ל כמציל לעצמו ולמה יתבעו הקטנים ע"ש שהאריך ולא זכיתי להבין בזה כשרצו לחלוק יכולין לחלוק אבל כאן דהב"ד טעו וס"ל דגם ליורשים מגיע חלקם והיאך שייך לומר שחלקו והצילו לעצמם ופשיטא דכל שהב"ד טעו הם בודאי לא ידעו וא"כ ממילא אותו חלק שקבלו הוא בשביל כלם וכעת א"י להציל לעצמם וז"פ וברור. ובהך דטעה בשיקול הדעת דאינו חוזר ומשום דהבע"ד טוען

שמא הדין כדברי הדיין הקשה אותי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י הא בזה יקשה קושית מוהר"י בסאן ז"ל בכל ספק ממונא דהמע"ה ואמאי והא הו"ל ספק איסור דהוא גזל וספק איסורא לחומרא ומה שתירץ דלגבי חבירו איכא להיפך ספק גזל זה אינו דהא לגבי חבירו ליכא גזל דהא באמת הדיין טעה וסוגיין דעלמא כאידך רק שזה טוען שמא הדין עמי מכל מקום הו"ל ספק גזל וספק איסור לחומרא. ולכאורה יפה שאל והשבתי לו כמו רגע בשנת תרי"ב בפסח שני דהנה בלא"ה צ"ב אמאי בטעה בשיקול הדעת אינו חוזר דמה שעשה עשוי ומשלם מביתו והא אמרו בכריתות דף כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה מ"ט דאייאוש' מייאש מיניה וא"כ גם כאן כל דהדיין פסק וחייב אותו כבר נתייאש דהוא סבר דהדיין יפה טען וא"כ אין לך יאוש גדול מזה ובשלמא בטעה בדבר משנה דחוזר הדין ומשמע דמחזיר הממון לבעליו ל"ק דהבעלים נתייאשו דהרי אמרו שם בכריתות דאם אמרו רבעת שורך דאם הוא יודע ששקר הוא א"כ לא נתייאש וטרח ומביא עדים ולפ"ז בטעה בדבר משנה דכתב הרז"ה דמשום פשיעת בע"ד הוא דהי' לו למשאל אחר כיון שהוא טעות מפורש א"כ יש לומר דבכה"ג עכ"פ לא נתייאש כ"כ אבל בטעה בשיקול הדעת דאינו כ"כ דבר ברור א"כ נתייאש ולמה ישלם מביתו. אמנם אחר העיון הדבר נכון דהרי זה גופא גרם לו היזק שע"י דיבורו נתייאש וא"כ כיון שגרם לו היזק הרי אף לרבנן דר"מ בכה"ג שקם דיבורא חייב דהוה מזיק ממש דע"י דיבורו ניזק וכמ"ש התוס' בב"ק דף ק' וא"כ גם כאן זה גופא החיוב שנתחייב על שבדיבורו אזיק לו וז"ב ולפ"ז כיון דאינו חייב רק על שבדיבורו הזיקו ועי"ז נתייאש א"כ שוב לכך אינו חוזר דהלה יאמר דלמא הדין כן וא"ל דהו"ל ספק גזל דז"א דבאמת אינו גזל דהא באמת אייאושי אייאש מני' רק דהדיין חייב על שגרם לו שייאש עצמו אבל עכ"פ זה חייב דהא נתייאש ולא הוה גזל וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התמים דעים הובא בכנה"ג וקצה"ח שהקשה דכשם דהבע"ד אינו מחזיר משום דאומר הראוני שהדיין טעה דלמא דן כהלכה כמו כן הדיין עצמו יוכל לטעון הראוני דדנתי שלא כהלכה ואשלם ולפמ"ש אתי שפיר דבזה שוב יקשה דהו"ל ספק גזל ולגבי חבירו ליכא ספק דסוגיין דעלמא כאידך וא"ל דהא אייאושי מייאש עצמו דזה אינו דע"ז גופא אנו דנין מה שגרם הדיין שנתייאש וע"ז משלם לו. ובזה נראה לפענ"ד להבין סברת התוס' דמה שקם דינא הוה מזיק ממש ותמה הגאון מוהרח"י דא"כ מוחל דבדיבורו אזיק הו"ל דיבור כמזיק ממש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין הטעם דדיבור הוה מזיק ממש דסוף סוף לא הוה רק דיבור. אך נראה דכמו דאמרו בגיטין דף ס"ו דדיבורא מקרי ואמרו מעשה לא עבדי והקשה בתוס' מהך דחכם שהתיר דלא אמרינן דדיבורא עבד וכתבו דדיבור שעי"ז

האשה הולכת ועושית מעשה זה לא מקרי דיבור ולפ"ז כאן שעי"ז שדן הבע"ד מתייאש והו"ל מזיק ממש שאף אם יוודע לו אח"כ שאינו כן מכל מקום מתייאש ומקרי מעשה משא"כ בזה דמחל דמכל מקום לא עבד מעשה רק דיבור גרידא ולא מקרי מזיק. שוב ראיתי בשערי משפט ומצאתי בסי' כ"ה ס"ק ב' שהקשה על טעה בדבר משנה דלמה יחזור לבעליו והא נתייאש והוליד דינים חדשים וכבר כתבתי דבזה אין מקום לקושיא ודו"ק ובזה מיושב היטב מה דהקשה בתומים סי' כ"ה ס"ק ה' בהא דאמרו קידושין דף ע"ז נאמן הדיין לומר לזה זכיתי לזה חייבתי כ"ז שהבע"ד עומדין לפניו ופריך ונהדר ונידייני' ומשני בשודא דדייני ואמאי לא משני דמיירי דטעה בשיקול הדעת וא"כ כל דכבר פסק אינו חוזר ואם נצווה שנחזור ונדיין יפסוק כדינו וא"כ אותו שהיה זכאי כבר יתחייב כעת ולכך אמרינן דנאמן לומר זכיתי לזה ומזה מביא ראיה להרי"ף דאי אינו משלם אף בטעה בשיקול הדעת חוזר וא"כ ממ"נ אם הדיין רוצה לשלם בודאי א"צ לחזור ולדון דמה איכפת לי' לבע"ד ואם אינו רוצה לשלם הרי הדר דינא ושפיר מקשה ונהדר ונדייני' ע"ש שהתפאר בזה ולפמ"ש ל"ק דבאמת כאן יקשה למה לא יהיה חוזר הדין הא הוה ספק איסור גזל ולא שייך לומר דכבר נתייאש דאיך שייך יאוש הא אנן מסופקין איך היה דן הדיין וזה טוען שבאמת הדיין דן כדין וזיכה הזכאי ורק שהדיין מודה שטעה אבל עכ"פ זה לא רצה להתייאש ושוב מספק חוזר.

[1] ובפשיטות אין מקום לדבריו דבכה"ג שטעה בשיקול הדעת אינו נאמן הדיין כלל דמהכ"ת להוציאו מחזקת דיין ונימא דדן וטעה אדרבא מהראוי לומר שבודאי דן כדין ועכשיו רצונו להטות משפט גבר ולומר שטעה בדינו ומכ"ש לפמ"ש הריטב"א דקושית הש"ס קאי על הבע"ד עומדים לפניו ואז בודאי לא נתייאש עדיין ודוק היטב. ובגוף הקושיא שהקשיתי וכן הקשה השעה"מ דנימא דנתייאש הנה כעין זה הקשה השעה"מ סי' כ' ובתשובה אחת פלפלתי בזה. וכעת נראה לפענ"ד ליישב דהנה הרא"ש האריך בזה בב"ק דף קט"ז בהך דאמרו אדעתא דארי' אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' והביא הרא"ש מעשה ששלח אחד מעות ביד השליח לתתם לנכרי והנכרי שכח המעות והאריכו בזה ר"א ומהר"ם והרא"ש אי זכה זה בהמעות כיון דהמשלח הפקיר המעות והנה לפענ"ד לכל השיטות ל"ק מהך דכאן ל"מ לשיטת מהר"מ מרוטנבערג א"כ גם כאן לא קנה הלה ביאוש דהרי לא אייאש רק אדעתא דסבר שמגיע לו מצד הדין ולא מה שטעה ואף לרבינו אפרים הא מחלק דשאני הך דאדעתא דארי' אפקרי' דמשמיא הוא דרחימו עלי' והיינו משום דנעשה לו נס מה שלא אירע לאחר אדעתא דהכי נעשה לו שיזכה בו ר"ס דוקא ולא אחר ולפ"ז בטעה בדבר משנה או בשיקול הדעת א"כ זה באמת ל"ש שהמזדקק

לדין יטעה בדבר משנה או בשיקול הדעת וע"כ דמזליה דהאי גברא גרים שיטעה כדי שיזכה הלה וא"כ לא היה היאוש לכל רק לאותו איש בלבד ואנן בעינן יאוש לכל דומיא דשמטה ואף דיש לומר כיון דעכ"פ נעשה לו נס שיזכה א"כ מהראוי שיזכה וגם כל שזה נותן מה אכפת לי' אם יהיה מופקר לכל העולם מ"מ יש לומר דרק אדעתא שלו אפקריה ולא לאחר ומכ"ש לשיטת הרא"ש ודאי ל"ד וכמו שיראה המעיין. אך מה שנראה לי עיקר בזה דל"ד להך דכריתות ובזה יתיישב קושית התוס' בב"ק שם דהקשו מהמציל מן הארי הרי זה שלו וגם המהר"ם מרוטנבערג לא תירץ להך דכריתות. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דכל יאוש צריך להיות דומיא דשמטה דמייאש לכל העולם ולפי זה נראה לי ברור דבשלמא במציל מן הגייס והנהר א"כ זה אין לו טעם לומר דלא רצה לייאש רק שיהיה לגייס או להנהר דמה טעם יש בדבר הא לא אייאש שרצה ליתן לזה רק שהארי או הגייס חטף ולמה יהיה ניחא ליה שיהיה שלו ולא של כל עולם כיון שהוא יש לו פסידא בודאי ולכך מועיל ולא שייך לומר דאדעתא דארי' אפקרי' אבל שם יש טעם בדבר שנתייאש בשביל שסבר שהארי יאכלנו ומחויב לתת כל אחד חמורו לארי וא"כ פשיטא דהיה לו צער שיבא אחר ויטלם דאז ירעב הארי ולא יהיה לו מה יאכל ויאכל חמורו וא"כ אפקריה רק אדעתא דארי' ולכך לא הוה הפקר לכל העולם וגם בהך דמהר"מ הוא שלח לתת לעכו"ם ובודאי לא היה רוצה שיתנם לאחר דאז לא יפטר מחובו והעכו"ם יעליל עליו ואם כן כל שהעכו"ם שכחו שוב לא הוה הפקר לכל אבל שור הנסקל בעת שנתייאש נתייאש לכל דמה טעם בדבר שלא יפקיר לכל כיון שנאסר וא"כ שוב מקרי הפקר כשמיטה וז"ב כשמש ולפ"ז בדיין שדן זה בודאי בעת שדן הדין וחייבו לשלם הוא כודאי בלי ספק נתרצה רק לזה ליתן ויקיים המצוה להשיב הגזילה או החוב וכדומה וא"כ לא נתייאש רק לזה בלבד ושוב ל"ש יאוש דלא נתייאש לכל ודוק היטב כי הוא ענין נחמד. והנה הא דטעה בדבר משנה דחוזר וטעה בשיקול הדעת דאינו חוזר לכאורה היה נלפענ"ד דבר חדש דהטעם בזה דאם טועה בדבר משנה והוא מומחה גרע טפי דהרי יהיה מכשול דאם נימא דדינו דין ואינו חוזר א"כ יבאו לטעות והב"ד שאחריו יפסקו כמותו שיאמר מדפסק כן ולא חזר ע"כ שאותו מומחה ידע דלא קי"ל כהך משנה דיחידאה הוא וא"כ יהיה מכשול לדורות דאף שכלם ידעו המשנה אף האמוראים וכמ"ש התוס' בחולין דף כ"ט ע"ב גבי כבד נאסרת ע"ש מכל מקום יתלו דזה המומחה ידע ודאי דלא קי"ל כאותה משנה כמו שנמצא כ"פ דלא קי"ל כאותה משנה ומה"ת יתלו שטעה ולכך ל"מ אף שישלם מביתו דאכתי אותו שישמע הפסק לא ידע שהחזיר לו דאיכא דשמע בהאי ולא שמע בהאי אבל בשיקול הדעת רק דסוגיא בעלמא כאידך א"כ באמת

אף אם יטעו הב"ד שאחריו ויאמרו דהלכה כזה אין כאן טעות ומכשול כ"כ וא"כ שוב די במה דמשלם מביתו אבל אינו חוזר הדין וז"ב. ולפ"ז מי שאינו מומחה היה עדיף דע"ז לא יסמכו כ"כ וידעו כל העולם דטעה אלא שבאינו מומחה קלקלתו תקנתו שאין בו כח לחלוק על משנה וממ"נ חוזר. ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו אח"כ אי אמרת בשלמא טעה בדבר משנה אינו חוזר היינו דקא מפחיד ר"ט וקא"ל הוא מומחה לרבים אתה אלא אי אמרת חוזר לימא ליה כיון דאי הות פרה קיימא דינך לאו דין ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת והוא תימה דהרי עשה מעשה שעל ידו נאכלת לכלבים ועוד דלא גרע ממראה דינר ונמצא רע שחייב לר"מ אע"ג דאלו הוה קמן הוה הדר ועיין תוס' שם ובב"ק דף ק' שכתבו דאתיא אליבא דרבנן.

ז ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהטעם הוא דטועה בדבר משנה חוזר היינו משום שלא יבא מכשול שיגררו אחר פסק דינו ברבות הימים ולא ידעו שטעה וא"כ אי אפשר למחשבו כמעשה דהרי אי הוה קמן הוה א"ל דלאו דינא ומחויב להחזיר הוראתו ולפרסם ברבים שטעה ונמצא דמחויב לעבור ולהרס דיבורו אף שלא נתגלה ונעשה מעשה על פיו א"א למחשב הך מעשה כמי שנעשה על ידו דהרי אף אם היה חפץ לשלם מביתו אי אפשר להחזיק הוראתו וא"כ נעקר דבורו למפרע דהרי צריך לעקרו כדי שלא יטעו הבאים אחריהם ושאני מראה דינר או טעה בשיקול הדעת דאם ירצה לשלם מביתו יכול להחזיק הוראתו וא"כ שוב לא נעקר דיבורו וחשוב מעשה אבל אם צריך לעקור הוראתו שוב אי אפשר להחזיק הוראתו וז"ב כשמש. ובזה מיושב קושית הרב בעל חמר חורין עתיק מהכנה"ג בסנהדרין שם שהקשה על מ"ש התוס' ל"ה כאן להוכיח דכל הסוגיא מיירי בשיקול הדעת דאי בד"מ הא ר"נ ור"מ גופייהו מודו דטעה בדבר משנה חוזר והקשה דלמה להו להתוס' להרחיק ראייתם ת"ל דהם ס"ל דכשיש גדול ממנו בחכמה ומנין חוזר והרי המשנה בודאי גדול ממנו ע"ש שכתב דעל המשנה יכולין האמוראים לחלוק והוא דחוק. והרב החריף מ' מאיר בראם נ"י הקשה דא"כ בהך דר"ט דודאי א"א לחלוק על המוחש דחזינן דקיימא וא"כ גם לר"י יקשה ולפמ"ש יש לומר דאם נימא דגם בטעה בדבר משנה אינו חוזר ולא חיישינן שיטעו הדורות הבאים משום דכיון דמשנה מפורשת היא לא יטעו א"כ יש לומר דדוקא בגדול ממנו מחזירין משום דבשיקול הדעת יטעו לפסוק כוותיה ולומר דסוגיין דעלמא כמו זה שפסק הדיין הטועה ולכך גדול ממנו מחזיר אותו כדי שלא יגררו אחריו אבל דבר משנה ל"ש שהמשנה מקרי גדול ממנו דאדרבא בשביל שהיא משנה מפורשת לא יטעו אחריו ולעולם דבד"מ באמת אינו חוזר ולכך

הוצרכו לדייק מהך דס"ל לר"מ ולר"נ בעצמם דטעה בדבר משנה חוזר ודוק היטב כי הוא ענין נכבד:

סימן קפז

א בענין ספק בכור.

ב הנה ראיתי בשו"ת מהר"ם מינץ ז"ל סי' ל"ה אשר הגיע לידי על ימים אחדים והנה נבא על סדר דבריו בדבר המעשה שהיה באחד שהיה לו פרה והיתה חולבת קודם העיבורה ונתעברה אצלו ומכר הולד לגוי במעות בלא משיכה ואח"כ ילדה הפרה זכר. והנה מתחלה האריך בענין מכירת המעות בלי משיכה והביא פלוגתא דרש"י ור"ת ורצה לומר דבמשיכה לבד יש מקום להקל בדיעבד אבל במעות אף בדיעבד ל"מ ואח"כ כתב דיש לומר דאף בדיעבד ל"מ גם במשיכה והדברים עתיקים ועט"ז סי' ש"ך ס"ק ח'.

ג והנה הביא דברי א"ז שכתב דאם אין לו מה למשוך מהני כסף וכיון דמשיכת האם אינו מועיל לר"ת לעובר דעובר לאו ירך אמו ואין לו מה למשוך ולכך מועיל כסף וע"ז כתב דר"י כתב איפכא דבכ"מ עובר ירך אמו לבר מטריפות דחיות בפ"ע יש לו ועיין בתה"ד סי' ע"ר שכתב ג"כ כדברים האלו והנה מה שהאריך המהר"ם מינץ להביא ראיה מדברי הסמ"ג מ"ע סי' רי"א שס"ל עובר ירך אמו דאל"כ היאך מועיל משיכת האם לולד לפטור מהבכורה ואם נימא דעובר לאו ירך אמו הוה כמאן דמנחא בדיקולא ול"מ משיכת האם לולד ואח"כ דחה דשם רצה להקנות הפרה לולדותיה וזה הוה כמו דקל לפירותיו הנה יפה כתב בזה. ובזה ישבתי לנכון מ"ש בש"ע יו"ד סי' ש"כ ס"ו בהג"ה דיקנה לו האם כדי לקנות העובר ותמה הש"ך דמהתוס' והרא"ש משמע דאין לעשות כן משום דאתי למטעי שיקנה אזן העובר לחוד ובאמת שהיא תמיה גדולה למעיין בתוס' והרא"ש דף ג' שם אבל לא זכר הש"ך שכן מבואר בסמ"ג והוא מפרש דכ"ע לא ידע לאקנויי שסברו שהקנה רק אזן העובר לבד ורב מרי אקני אזן האם כדי שיקנה העובר ומועיל מטעם דהו"ל דקל לפירותיו והנה מדברי הסמ"ג שם מבואר דאף בהוכר העובר ל"מ קניית העובר לבד ועיין בני יעקב וקצה"ח סי' ר"ט ובסמ"ע שם ודוק.

ד אך מ"ש המהר"ם מינץ דחפש ולא מצא דברי ר"ת דס"ל עובר לאו ירך אמו וכתב שחפש ומשש בכמה מקומות בתוס' ופוסקים ולא מצא דבר זה וכתב דאולי יצא להם מהא דכתב ר"ת ברישׁ בכורות על רב מרי במה שהקנה גוף העובר והפקיע העובר הרי אף דע"כ הקנה אזן האם לעוברה אפ"ה מקרי הפקיע משום דעובר לאו ירך אמו. והנה במחכת"ה בוש אני לומר ששגגה יצאה מלפני השליט דמ"ש ר"ת דמקנה אזן העובר זהו ללישנא דלא ליתי לידי תקלה ושם באמת לא הקנה האם לולד ובאמת לא הי' מועיל

כלל הקנין דהו"ל דבר שלבל"ע ולא עשה כן רק כי היכי דלא ליתי לידי תקלה. ובאמת צ"ל דלא היה מקנה האם כלל דזה עיקר החילוק שבין ל"ק לל"ב וכן מבואר בספר הישר לר"ת הלכות בכורות הן אמת דצ"ב דהיאך מועיל הקנין כלל כיון דלא הקנה רק לאזן העובר בלבד ואכתי אתי בהו לידי תקלה דל"מ הקנין כלל. ואולי מכאן ראיה למהר"א כ"ץ שכתב דכל שמקנה סמוך ללידה מועיל אף בעובר דהוה כמאן דמנח בדיקולא ועכ"פ אין מכאן ראיה דעובר לאו ירך אמו דבכה"ג אף למאן דס"ל עובר ירך אמו כל דמקנה רק העובר לבד וסמוך ללידה בודאי קונה וצ"ע בזה אמנם יהיה איך שיהי' מה שנדחק למצוא מקום איה מקום כבוד דברי ר"ת דס"ל דעובר לאו ירך אמו. במחכ"ת נעלם ממנו לשעה קלה שדברי ר"ת מפורשין בתוס' סנהדרין דף פ' ע"ב ד"ה עובר דר"ת ס"ל דעובר לאו ירך אמו ע"ש אמנם אי קשיא הא קשיא דהיכא מועיל שיקנה האם ע"מ לקנות הולד ניהו דהו"ל כדקל לפירותיו אך במה יקנה האם לולד הא ניהו דימשוך האם לקנות הולד ל"מ דהא קי"ל בסי' ר"ב בא"ל משוך פרה זו וקנה כלים שעליה דלא קנה אף בכפות מטעם דע"י הבהמה לא קנה דהו"ל חצר מהלכת.

ה ועי' משיכת הבהמה לא קנה הכלים כיון דאין משיכתן שוה ואף לר"ת דעובר לאו ירך אמו לא קנה וצע"ג. ואולי כיון דבאמת העובר ג"כ היה יכול לקנות במשיכה רק דדשא אחדא באפי' לא הוי כפרה וכלים דשאני כלים דלאו בני משיכה נינהו כלל אבל כאן בני משיכה הם והוה קנינים שוה.

ו ועכ"פ מיושב היטב מ"ש הא"ז דכיון דעובר לאו ירך אמו וא"ל מה למשוך שוב קונה בכסף ותמה בקצה"ח דאמאי לא יקנה במשיכת האם דהו"ל כמשוך פרה זו וקני כלים שעליה דקנה מספק ע"ש בסי' ר"ט ולפמ"ש אתי שפיר דא"ז ס"ל דאינו מועיל משיכת האם לעובר דאינם שוים בקנינים ולכך מועיל בתורת מעות ולא בתורת משיכה ואכתי צ"ע דבא"ז שם כתב דמשיכת האם אינו מועיל לעובר אלא בכפות ולפמ"ש גם בכפות לא הי' ראוי שתועיל וצ"ע בזה. עתה נעתיק עצמינו למ"ש המהר"ם מינץ אח"כ שהקשו על א"ז דס"ל דמועיל לקבל מעות בשביל הולד ותמהו עליו מהראכ"ץ ומהרי"ו דהא אין אדם מקנה דבר שלבל"ע ומ"ש המהר"א כ"ץ דסמוך ללידה מועיל הקשה המהרי"ו מהא דפריך בב"ב דף קמ"ב ממתניתין אם תלד אשתי זכר לישני דמיירי בסמוך ללידה וכבר כתבתי בזה לעיל דיש לו קצת סמיכות מדברי ר"ת ומ"ש המהרי"ו דמיירי כשאומר לשתלד בכה"ג מועיל בדבר שלבל"ע וכבר כתב בעצמו שיש דיעות דאף לכשתלד ל"מ ועיין בהגהת אשרי פרק מי שמת שם והנה המהר"ם מינץ ז"ל יצא לדון בדבר חדש דדעת הא"ז דאף דקיי"ל דלא מקנה דבר שלבל"ע היינו משום דמצי למהדר כל אחד

משניהם ואינן עומדין במי שפרע אבל כ"ז דלא הדרא המקח קיים וכן אמר ר"נ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' והיינו כמ"ש ר"ת דניהו דיכול לחזור מכל מקום אין לו לחזור כי היכא דליקום בהימנותי' וכן משמע מהרמב"ם דכתב דאינו במי שפרע משמע דמחוסר אמנה מקרי עכ"פ וכ"כ רשב"ם בהא דאמרו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו וכתב רשב"ם דמכאן משמע דהא דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם זהו משום דלא גמר ומקנה ומשמע הא בגמר ומקנה קני וא"כ בבכור דודאי גמר ומקנה כדי לפטור מן הבכור מועיל אף בדבר שלבל"ע ע"ש שהאריך וזהו תמצית דבריו והנה להיות כי דבר גדול וחדש דבר והוא קדמון אשר האיר עיני הגולה בתורתו ולבבי לא כן ידמה ע"כ אמרתי אדברה וירוח לי הנה מה שכתב דכל דבר שלבל"ע אינו רק דאינו במי שפרע אבל מחוסר אמנה הוה לפענ"ד אינו נראה כיון דלא קנה כלל שוב אינו מחוסר אמנה דהוא רצה להקנות לו ואם הקנין אינו קונה הוא מה אכפת לו. ואני תמה דממקומו הוא מוכרע דאל"כ מה פריך הש"ס על ר"ה דאמר המזכה לעובר לא קנה מהמשנה דילדה זכר יטול מנה והא גם ר"ה מודה דניהו דלא קנה היינו שיכול לחזור בו אבל כל כמה דלא חזר המקח והמתנה קיים וא"כ שם במשנה מיירי דלא חזר בו ושפיר נוטל מנה ואף להס"ד דלא ידעינן דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הא אף ברחוק וזר כל כמה דלא חזר בו קנה וגם בהא דאמר בב"ב דף קכ"ז יכיר דכתב רחמנא למאי הלכתא למיתבא פי שנים אטו אי בעי יהיב לא מצי יהיב ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ואכתי תקשי דאם לא ירצה לחזור יהי' מתנתו קיים ואכתי יכיר למה לי. מיהו הא לא אריא דיש לומר דיכיר אצטריך שלא יוכל לחזור כדאמרו שם אמר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן ופירש"י משום דכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וה"ה לרבנן לכך אצטריך למכתב יכיר כדי שיועיל שלא יוכל לחזור ממתנתו וא"ל דאכתי לא אצטריך יכיר דכיון דהוא אמר שהוא בכור ומן הדין לתת לו פי שנים ניהו דאינו נאמן אי לא כתיב יכיר אבל לענין ממון שפיר נאמן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וא"י לחזור בו ואכתי יכיר למה לי דבשלמא אם היה נותן מתנה סתם לא היה מועיל ויכול לחזור בו דהוה דבר שלבל"ע אבל כל שאמר שהוא בכור כבר הודה שהוא בכור וא"י לחזור בו אך זה אינו דא"כ בלא"ה יקשה הא כל דבר שלבל"ע מועיל במחייב עצמו ולמה לי יכיר וכבר נתקשה הכ"מ וכתב בפי"א ממכירה דבדבר שאינו קצוב ל"מ חיוב וא"כ א"ש לכך אצטריך יכיר דהו"ל דבר שאינו קצוב. ובזה יש ליישב מה שהקשה אותי אבי מורי הרב הגאון ני' דמה פריך הש"ס ולר"מ למה לי יכיר והא אצטריך לענין שלא יהי' יוכל לחזור קודם שבא לעולם דגם לר"מ יוכל לחזור קודם שבא לעולם ובתשובה הארכתי ליישב

קושיא זו ולפמ"ש אתי שפיר דלר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע גם לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב מועיל ועיין תומים סי' סמ"ך שביאר כן באורך ואם כן שוב יקשה דל"ל יכיר הא יכול לחייב עצמו וכיון שהודה שהוא בכור ממילא מועיל וא"י לחזור בו ודוק. אבל כ"ז לפלפול אבל פשטת הדברים מבואר דאינו קונה כלל לרבנן ואין המקח קיים כלל ולדבריו יהי' כל מה שנחלקו ר"מ ורבנן בדבר שלבל"ע אי קני או לא הוא דוקא באם רוצה לחזור והרי לר"מ ג"כ יכול לחזור ואין נ"מ רק דלר"מ כל שבל"ע א"י לחזור ולרבנן יכול לחזור אף בבא לעולם אבל כל שלא חזר המקח קיים וזה דבר שא"א וכל הש"ס היפך מזה וגם קשה טובא דהיכא אמרו דר"ע ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע מדס"ל יפר שמא תעדיף והא גם לדידן חל הנדר דאי לא מיפר לה הנדר קיים אף בדבר שלבל"ע וגם בהא דר"י ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע נדע שהפירות שלב"ל והא כיון דרצה לאכול מן המעושר ודאי זכות הוא לו ולא רצה לחזור בודאי שיאכל טבל וא"כ מועיל אף לדידן והיא תימה גדולה על דבריו וכפי הנראה גם למהר"מ מינץ לא ברור הדבר וחידש עוד וארכבי' אתרי ריכשי דכל שגמר להקנות מועיל אף בדבר שלבל"ע. והנה מה שהעתיק בשם רשב"ם לא העתיק יפה דרשב"ם לא כתב כלל דמזה שמעינן בהא דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע הוא בשביל שלא גמר להקנות דנשמע מיניה דאם גמר להקנות קני רק שכתב סתם דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וקני אף דבר שלבל"ע והיינו דוקא בנו דבודאי הקנה בכל לבו וכן קי"ל בסי' ר"י אבל לחדש מזה דכל דגמר להקנות קני אף בדבר שלבל"ע זה דבר שאי אפשר דא"כ מנ"ל להש"ס דר"י ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע מהאי דעשר מידי שלבל"ע והא בודאי גמר לעשר כדי שלא יאכל טבל ועוד ראי' ברורה דהרי בהא דאמרו ריש המפקיד דנעשה כאומר לו לכשתגנוב ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשו והרי שם ודאי אנן סהדי דניחא להו להבעלים להקנות לו הכפל כמ"ש רש"י שם וא"כ אף דבר שלבל"ע מועיל דגמרי להקנות ועיין בפסקי מהרא"י סי' ק"ל מ"ש בזה והובא בט"ז וש"ך סי' ש"ך דאף דאנן סהדי ועבידי דאתי אפ"ה צריך להקנות פרה לכפילא ועיין בסי' ר"ח ס"ט בהג"ה דאם שניהם מקנין זה לזה קנה וביאר הסמ"ע דגמרו להקנות ומשמע לכאורה דקני בגמר להקנות אבל זה אינו מלבד דיש חולקין גם בזה וגם לטעם הסמ"ע זה דוקא כששניהם גמרו להקנות זה לזה אבל היכא דגמר להקנות כל שזה לא סמך לקנות לא קני ועיין סימן קע"ו בהג"ה מבואר בסמ"ע שם ס"ק ט' טעם אחר ע"ש מ"ש על הגליון וע"כ אי אפשר לומר כן לפענ"ד. והנה בשו"ת גוא"י סי' כ"ח כ"ט רצה ג"כ לחדש דבדבר שלבל"ע קונה בגמר להקנות ונחלקו עליו גאוני הדור כמבואר

שם ולו ראה דברי המהר"מ מינץ הי' שמח שמצא רב מובהק כדבריו אבל לפענ"ד כבר ביארתי שא"א לומר כן מכמה טעמים וכמ"ש למעלה.

ז ומ"ש המהר"מ מינץ דהא דאמרו אם שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה דהוא משום דהי' מחוסר אמנה והמקח קיים ליתא לפענ"ד דש"ה דכל דתפס אמרינן דקונה דמחל לו וכמו שכתבו התוס' שם וגם בזה כבר ביארתי במקום אחר דהוא משום ספיקא וכמ"ש הרמ"ה הובא בנימוק"י פ"ב דב"ק גבי זה נהנה וזה לא חסר יעו"ש דהוא רק ספיקא ולכך כל שתפס לא מפקינן מיני' ובתשובה שם הארכתי הרבה אבל פשיטא דלא קני וגם אם נימא דחייב לקיים דיבורו ומחוסר אמנה מקרי בדבר שלבל"ע אבל מ"מ מצד הקנין אין לו כלום ועיין תה"ד סי' ש"ך. אך לפענ"ד נראה בישוב דברי א"ז דס"ל כשיטת הפוסקים המובא בסי' ר"ט ס"ד דבכל דבר שלבל"ע אם אמר לכשיהיה בעולם דיקנה וזה כעין מ"ש המהרי"ו לכשתלד וכ"כ בתה"ד סי' ע"ד ע"ש.

ח אך לפענ"ד הי' נראה דבר חדש כיון דבכל דבר שלבל"ע עכ"פ מחוסר אמנה מקרי דחייב לקיים דיבורו וגם אם תפס הדבר שלבל"ע לא מפקינן מיני' וכמ"ש המהר"ם מינץ וא"כ מקרי יד גוי באמצע דפוטר מן הבכורה ולא גרע מאם הי' גוי אלם דמקרי יד גוי באמצע ועיין בשו"ת צמח צדק סי' ס"א ובחידושי לטוש"ע י"ד סי' ש"ך ביארתי זה באורך מכ"ש כאן דזה באמת רוצה להקנות והגוי יש לו קצת יד דאם תפס לא מפקינן מיניה והוא עומד במחוסר אמנה בכה"ג פוטר בבכורה וזה דבר ברור לפענ"ד. ובזה מיושב מה שהקשה מהרמ"מ שם דאיך מועיל להקנות הולד לא"ז הא מפקיע קדושת בכור ומה"ט נענש רב מרי כמ"ש ר"ת דבולד עצמו ל"מ להפקיע קדושת בכור ולפמ"ש י"ל דכיון דבאמת הקנין אינו קנין כלל רק דכיון דראוי לעמוד בדיבורו או שיכול לתפוס הו"ל יד גוי באמצע א"כ הישראל לא הפקיע כלל וממילא נפקע ודיבורא בעלמא הוא דקאמר ודוק היטב. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בהגהת אשר"י פ"ד דב"מ והעתיקו המהר"מ מינץ סוף תשובתו שכתב כיון דל"מ לממשך קנה דמשיכת האם אינו מועיל לעובר אלא בכפות ואף דאלו כפתה ומשכה הוה קני כיון דגוף העובר א"י למשוך ואינו יכול לקנות רק ע"י משיכת הבהמה מעות קונות ע"ש שהאריך ומהתימה על התה"ד שכתב בסי' ע"ר דכיון דיכול להקנות הולד ע"י הבהמה כדקל לפירותיו יש כאן מה למשוך והוא תימה דהרי ביאר בא"ז דכל דא"י למשוך גוף העובר לאו בר משיכה מקרי. ונפלאתי על הקצה"ח שהרגיש בסברא זו על התה"ד ולא זכר שכן מבואר בהגהת אשר"י הנ"ל. והרב מוהר"ץ ליב הכהן מראווא רצה לחלק דכל שהקנה הפרה לעוברה בכה"ג הוא דכתב התה"ד דמועיל משיכת האם לולד אבל הגהת אשר"י מיירי דאינו מקנה רק הולד ואינו מועיל

משיכת האם אבל אין חלוקו מחוור דסוף סוף אינו רוצה לקנות האם כלל רק הולד ויועיל לו הפרה לעוברה והו"ל כדקל לפירותיו ועיין חו"מ סי' רי"ג ס"א ובסמ"ע שם ודוק:

ט ומ"ש הקצה"ח דא"כ גם למ"ד דס"ל דעובר ירך אמו מכל מקום הא גוף הולד אי אפשר למשוך א"כ תהני קנין מעות לבד כיון דאין מה למשוך. לפענ"ד נראה דסברת א"ז דבשלמא כשעובר לאו ירך אמו הוה כפרה וכלים דהם ענינים נפרדים ואין מה למשוך בהולד דזה רוצה להקנות וא"צ למשוך ומועיל מעות אבל למ"ד עובר ירך אמו והוה כחלק מחלקי האם א"כ כל שיכול למשוך האם הו"ל כמאן דיכול למשוך הולד דהרי כל שמושך האם הרי מושך הולד למ"ד עובר ירך אמו ולכך דוקא למ"ד עובר לאו ירך אמו א"כ הם ענינים נפרדים וא"י למשוך הולד ול"מ משיכת האם כל שאינו יכול למשוך אותו הדבר בעצמו וז"ב ונכון ודברי התה"ד צ"ע עוד יש לתמוה על מ"ש התה"ד דהוא ס"ל לכשתלד קני דכל הטעם שמועיל לכשתלד הוא משום דהקנין אינו חל רק לכשיהיה בעולם וכיון שכן שוב יקשה הא בעת שתלד שוב איכא מה למשך ושוב אינו מועיל קנין מעות דכל הטעם דמועיל מעות אף דיכול למשוך האם מכל מקום הא לא יכול למשוך הולד עצמו וא"כ כשכוונתו לכשתלד שוב יוכל למשוך הולד איך יועיל מעות והנראה בזה דבאמת המהר"א כ"ץ כתב דכל שהיא סמוך ללידה מועיל גם כן דהוה כמאן דמנח בדיקולא ונגמר הולד וכבר כתבתי לעיל מה שהקשה המהרי"ו דא"כ מה פריך הש"ס מהא דאם תלד אשתי זכר לישני דמיירי בסמוך ללידה.

י וכעת נראה לפענ"ד דכל טעמו של מהר"א כ"ץ דאף דלא הולידה לא מקרי דבר שלבל"ע דרק דשא אחידא באפי' והיא בפ"ע וכבר נגמר כלו דדוקא כל שלא נגמר עדן מחשב דבר שלבל"ע דהיא מכסיא שלא נגמר וכמ"ש הרמ"ע סי' ר"ט משא"כ כשכבר נגמר לא מקרי מכסיא דרק דשא אחידא באפי' ועיין בע"ז דף מ"ז דלידה לא חשיב שינוי דדשא אחידא באפיה ומכ"ש בקרוב לגמר ולפ"ז זהו כשאנו דנין בסתם לולד במעי אמו אבל שם דהתנה אם זכר מנה ואם נקיבה מאתים וכדומה וא"כ כל שלא נגמר ולא נודע מה הוא אם זכר או נקבה הו"ל דבר שלבל"ע ולפ"ז נראה לי דמ"ש התה"ד באומר לכשתלד אין הכוונה שתלד ממש רק כשיהיה קרוב ללידה דאז רק דשא אחידא באפה וא"א למשוך וקנה כיון דלכשתלד קנה. ובזה מיושב היטב קושית הקצה"ח סי' ר"ט דהיאך אפשר לומר לכשתלד דא"כ בכורתו ומכירתו באין כאחת ודברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין וכדאמרו בתמורה דף כ"ה ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ כוונת התה"ד כמ"ש המהר"א כ"ץ בסמוך ללידה דלכשתלד לגמרי שוב יש במה למשוך וא"כ בסמוך ללידה הקניה בא מקודם. ובמ"ש יש ליישב כל קושית הקצה"ח סי' ר"ט ס"ק א' שהאריך בס"ק

א' להקשות דהיאך מועיל להקדיש הא הו"ל דבר שלבל"ע ולפמ"ש אתי שפיר דמועיל במקדיש סמוך ללידה. ובזה יש לומר דגם מ"ש הרמב"ם דאם הוכר הבת מקודשת היינו שהוכר שהיא בת ויכול לקדשה אבל בהוכר עוברה סתם ולא נודע אם זכר או נקיבה ל"מ מטעם שכתבתי דבעינן שיהיה ניכר שנקיבה היא ורמב"ם מיירי שהוכר שהיא בת. ובזה מיושב קושית הבני יעקב והפני יהושע בקידושין דף ס"ב שהקשו על הרמב"ם מן הש"ס ולפמ"ש יש לומר דבש"ס מיירי שהוכר שהיא מעוברת אבל לא נודע אם זכר אם נקיבה והרמב"ם מיירי שהוכר שהיא בת וכמ"ש ודוק. שוב ראיתי ברמב"ם עצמו שכתב סתם ואם הוכר העובר והוא כדברי הש"ס והאחרונים לא העתיקו יפה וא"א להעמיס ברמב"ם כוונה זו וצ"ע. והנה הקצה"ח תירץ דאף לכשתלד חל הקנין דעם יציאת מיעוט דלא חל עדן הקדושה של בכור ויפה כתב וכעין זה מצאתי בשו"ת מהר"מ מינץ סי' ל"ו שכתב בהא דהקשו התוס' דהיאך הקנה רב מרי הא הו"ל דבר שלבל"ע וכ' המהר"מ מינץ דא"נ דס"ל דיכול להקנות דבר שלבל"ע דכיון דלר"ה יכול לחזור קודם שבא לעולם א"כ שוב כשבא לעולם תו לא חל הקנין דקדושת בכור בא קודם ועכ"פ קדושה וקניה באים כאחד וע"ז כתב די"ל דבכור לא קדוש עד שיצא רוב העובר והקנין מתחיל מיד כשיצא רוב אבר אחד ע"ש הרי מתאמרה משמיה דגברא רבה כסברת הקצה"ח וקושייתו ותירוצו הרגיש המהר"מ מינץ כעין זה. אבל מאד תמהני על המהר"ם מינץ דהוא חידש בסי' ל"ה דאף דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע מכל מקום אם לא חזר המקח קיים וכבר כתבתי דזה מן הנמנע והרי הוא בעצמו כתב להיפך דלמאן דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע רק שיכול לחזור שוב אין הקנין חל וזהו תימה דדבריו הם שני הפכים דפשיטא דלמאן דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע רק שיכול לחזור קודם שבא לעולם אבל עכ"פ כל שלא חזר פשיטא דהוה קנין טוב ולא חל קדושת בכור כלל אבל אם אין אדם מקנה דבר שלבל"ע שוב אינו מועיל כלל הקנין אף שלא חזר ופשיטא דחל קדושת בכור וז"ב לכל המעיין ודברי המהר"מ מינץ צע"ג ועיין חידושי מהרי"ט אלגאזי בתחלת הלכות בכורות שהקשה בהא דאמר הש"ס ריש בכורות והמשתתף למה לי לאפוקי מדר"י דאמר שותפות גוי חייבת בבכורה והקשה דהא מרישא שמעינן לה והיאך משכחת לה הלוקח עובר חמורו של נכרי והא הו"ל דבר שלבל"ע וע"כ משום דמיירי בהקנה לו האם לולד דהו"ל כדקל לפירותיו וא"כ הרי יש להגוי שותפות ואפ"ה פטור ע"ש. ול"נ דאפשר דמשנה אתיא כר"מ דסתם משנה ר"מ ור"מ ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולפמ"ש המהר"מ מינץ ג"כ יש ליישב. והנה לכאורה רציתי לומר טעם חדש דלכך בהוכר עובר מקודשת משום דכיון דעכ"פ מקדש לאותו חלק שהוכר כעת וא"כ שוב שייך לומר דפשטה קדושה

בכלה וכדאמרו בקידושין דף ז' גבי התקדשי לחצייך דפשטה קדושה בכלה מידי דהוה אם אומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה וכאן לא שייך תירוצא של הש"ס התם בהמה הכא דעת אחרת משום דדוקא התם בלא קידש רק חציה אבל כאן את שיש לפניו קידש והוא קידש באמת כלו וא"כ שפיר מקודשת אמנם עדיין יש להקשות דניהו דזהו קידש כלו ואמרינן דפשטה קדושה בכולה אבל אם נימא דהוא כסף שויי וכיון דכעת אינה שוה כלום דאף דהוכר עוברה כל שלא נגמר העובר איך שייך כסף שווי ועיין בסמ"ע וט"ז בחו"מ סי' ק"ץ ובלא"ה יש לומר דניהו דפשטה קדושה בכולה היינו כשיש מקום חלות שתחול ותתפשט הקדושה בכלה אבל כאן הא אין מקום חלות שתתפשט בכלה דהא אין נגמר כעת בכלה ועיין בתמורה דף י' י"א בזה ועיין מחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלבל"ע שכתב דקידושין לאברים לא אשכחן וא"כ בעובר דלא קדוש רק לאברים לא שייך קדושה כיון דהוא אבר מאמו למ"ד עובר ירך אמו ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ להאריך:

יא שוב ראיתי בפ"י בקידושין דף ס"ב שהרגיש בזה ושמחתי. ולפענ"ד נראה דהנה לכאורה קשה אמאי לא יהי' מועיל לקדש בת חבירו אף שאינה מעוברת ומכ"ש במעוברת הא כבר נודע מ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהאשה אינה מקניא עצמה לבעל רק שמפקרת עצמה והבעל זוכה בה כזוכה מן ההפקר ולפ"ז גם האב שמקבל קידושין אינו רק שמסלק כחו וא"כ הא קי"ל דיכול לסלק אף בדבר שלבל"ע וכל שמסלק רשותו ממילא נעשה ברשות המקדש וצ"ל דהא בעינן שיהיה לו איזה זכייה שיוכל לסלק עצמו ועיין סמ"ע סי' ר"ט ובט"ז ומלמ"ל פכ"ג מהלכות אישות ולכך בעינן שיהיה הוכר עוברה דאז יש לו קצת זכייה ויוכל לסלק עצמו ועדיין צ"ע דאכתי היאך יזכה המקדש בדבר שלבל"ע וצ"ל לענין המקדש הו"ל כקדושת הגוף אבל האב אינו יכול להקנות דבר שלבל"ע ולדידיה מועיל מתורת סילוק ודו"ק היטב. והנה לכאורה קשה לי בהא דאמרו ביבמות דף צ"ג דר"י הוה רגיל דמייתי לי' אריסא פירי דכנתא האי יומא נגה לי' ולא אתי ועשר עלייהו ויליף מקרא דלמען תלמד ליראה את ד' אלקיך כל הימים ופירש"י דיליף דאף דבר שלבל"ע יכול לעשר ולכאורה לפמ"ש המהר"מ מינץ דבבכורה כיון שרוצה לפטור מן הבכורה בודאי גמר ואקני א"כ מכ"ש כאן דמשום מצות עונג יו"ט ושבת גמר לעשר לכשיבא לעולם ומה ראיה לשאר דבר שלבל"ע. הן אמת דבלא"ה קשה לפי מה שכתבו התוס' בב"ב דף קכ"ג דמכירי כהונה חשוב כמוחזק לגבי בכור לפי שאסור לחזור בו א"כ ה"ה לענין דבר שלבל"ע כיון דהוה רגיל דמייתי לי' מסתמא ולמאי ניחוש לה הא יש לו פירות לאריס ורגיל להביא לו ולומר דניחוש שמא לא תלש עדיין ויבא לתלוש

אח"כ ושמא נגה עליו השבת זה לא חיישינן דלא נחשדו על השבתות ומסתמא כבר תלשם האריס וליכא למיחש רק שמא לא יביאם לו והרי חשוב כמוחזק והוה כמכירי כהונה דאסור לחזור בו וצ"ל דבאמת אסור לתרום שלא מן המוקף רק דמשום עונג שבת שרי כמ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות וא"כ כ"ז שאינו בידו בודאי ל"מ. ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו דלרש"י מ"ש שבת משאר ימים וכתבו דהקרא אתי למן המוקף ולפמ"ש גם רש"י ס"ל דמשום מן המוקף קא אתינן עלה רק דמשום יו"ט שרי אך זה כשהוא בידו רק שאינו מוקף וסמוך לו אבל דבר שלא בא לידו עדן וצריך לזכות בו בזה ודאי אינו רשאי לתרום שלא מן המוקף ויתכן יותר לפמ"ש המגיה במלמ"ל פ"ג מתרומות דרש"י ס"ל דמן המוקף אינו רק דרבנן וכ"כ על הגליון שם שכן נראה מרש"י נדרים דף כ"ט ע"ב ע"ש טעם חדש וא"כ לא שייך קרא ע"ז לכך פירש"י דכל דהוה דבר שלבל"ע בודאי אין לתרום שלא מן המוקף אף מן התורה ודו"ק. והנה בש"ס שם אמרו דרב ס"ל ג"כ דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע מדאמר שדה זו לכשאקחנה ומשמע דשדה זו מקרי דבר שלבל"ע דאל"כ למה נקט זו לנקוט שדה סתם וכן נראה מב"מ דף ט"ז ובתוס' ומהרש"א שם ד"ה בהאי הנאה ע"ש דבשדה זו יותר הו"ל דבר שלבל"ע ובש"ך סי' רי"א כתב להיפוך ותמהתי על הגליון שם וצע"ג ועיין בהפלאה בכתובות דף י"א מה שהאריך לתמוה בדברי התה"ד וא"ז הנ"ל לענין מכירת הולד במעי אם ע"ש וכ"כ בזה לעיל. והנה באבני מלואים סי' מ"ם ס"ק י"ב הקשה בהא דאמרו דיש פ"ב דפרה פרת חטאת המעוברת כשר לר"א ולרבנן פסול ופירש הר"י מסמפונט בר"ש שם ובתוס' ב"מ דף למ"ד דמחלוקת ר"א ורבנן הוא לענין הולד של הפרה אי כשר לפרה אדומה ור"א ס"ל דלא בעי לקיחה כשהיא פרה ע"ש וע"ז הקשה דמכל מקום הו"ל דבר שלבל"ע והיאך חל קדושת פרה וא"ל דקדושת הגוף חל אף בדבר שלבל"ע דהא פרה אינה רק קדושת בדק הבית ע"ש והנה מלבד דיש לומר דמכר פרה לעוברה ובכה"ג קני דהוה כדקל לפירותיו אף גם דלשיטת המהר"ם מינץ דבבכור כל שאנן סהדי דגמר להקנות כדי להפקיע קדושת בכור מועיל וא"כ מכ"ש לענין שתחול קדושת פרה דבודאי גמר להקנות ובפרט דהפרה בעצמותה אין לה שווי כ"כ כמו לפי שווי הפרה אדומה שמחמת מצותה לוקח דמים רבים בעדה וא"כ בודאי גמר בדעתו להקנות וגם הלוקחים גמרו לקנות דצריכים מאד לפרה וא"כ קנו אף בדבר שלבל"ע ובפרט אם הקנו לכשתלד דדעת רשב"ם דמועיל. אך לפמ"ש למעלה לדחות לשיטת המהר"ם מינץ הנ"ל א"כ הדר' קושיא לדוכתה וע"כ נראה לי דבאמת כיון דבקדושת הגוף קנה אף בדבר שלבל"ע אף דכאן הוה קדושת בדק הבית מכל מקום מועיל והטעם נראה לי עפמ"ש בתשובה ובחיבורי לנדרים

סי' ר"ד ד' יזכני להוציא לאורה דהטעם הוא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וא"כ הוה כתפס ובתפס אמר ר"נ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' וביאר הסמ"ע והש"ך דהוא מצד הדין ע"ש בסי' ר"ט וה"ה בזה וביארתי שם דהא דל"מ בקדושת דמים משום כיון דבעצמותו אינו לגבוה רק דהדמים הן לגבוה הוה כמו משכון שכתב הבעל עיטור בשם הרי"ף דל"מ דמנה אין כאן משכון אין כאן וה"ה בזה דהא מנה אין כאן דגוף הדבר לא קדיש רק הדמים ולא הוה כתפס גוף הדבר והארכתי בזה בדברי חמודות ע"ש ולפ"ז פרה דבאמת היא קדושה בעצם רק שאין לה דין קדושת הגוף רק כקדושת בדק הבית אבל עכ"פ הוה כתפס באותו דבר עצמו ומועיל ושייך אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומועיל אף בדבר שלבל"ע ודו"ק היטב. עוד נראה לי דהנה בטעם הדבר דקדושת הגוף חל אף בדבר שלבל"ע נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה בהא דאמרו בנדה דף קי"ד דאתנן דפסול מיירי כשנעשית אתנן בעת היתה מעוברת וולדות קדשים בהוויתן הן קדושים ובספר קצה"ח סי' ר"ט הקשה דאיך מצי לחול איסור אתנן זונה כל שלבל"ע וכתבתי בתשובה דכיון דאמרו אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו ומטעם דחייב לציי"ש וא"כ ה"ה בדבר שלבל"ע כיון דעכ"פ מהראוי שיקיים האדם דיבורו וכמבואר סי' ר"ט דמחוייב להשתדל להקנותו אף בדבר שלא בא לעולם כל שיבא לעולם א"כ שם אתנן עלה וז"ב כשמש והארכתי שם דענין הא דאתנן אסרה תורה כשבא על אמו אף דמצד הדין קלב"מ הוא משום דאתנן לגבוה הוא דקא נאסר והרי לגבוה יש עליו חלות הנדר באתנן דהא חייב לצאת ידי שמים ולפ"ז נראה לפענ"ד דגם בקדושת הגוף כיון שהקדושה היא לגבוה ובעלים וכהנים משלחן גבוה קא זכו א"כ לגבוה באמת חייב לקיים דיבורו ושייך חלות קדושה על העובר ולכך חל אף בדבר שלבל"ע ולפ"ז לכך בקדושת דמים שאין לו חלות על עצם הדבר רק על הדמים א"כ שוב ל"מ בדבר שלבל"ע ולפ"ז פרה כיון דהוא בעצם קדושה רק שאין עליה קדושת הגוף רק כקדושת בדק הבית פשיטא שיש לה חלות אף דאינה ממש קדושת הגוף וז"ב. אחר זמן רב ראיתי בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' ע"ג באם אחד נדר וולד שבמעי אמו אם מותר להשתמש בבהמה גופה בעודה מעוברת אי עובר ירך אמו או לא וכתב דעובר ירך אמו הוא ובפרט בלשון בני אדם כמ"ש התוס' ב"מ דף ע"ט ע"ב ד"ה השתא מניקה מ"מ דוקא עובר ירך אמו שאם אמו אסורה בהנאה גם הולד אסור אבל לא להיפך כי האם ודאי לאו ירך הולד היא ותמהני דמה דפשיטא לי' דקי"ל עובר ירך אמו הנה באמת אין הדבר ברור ועיין בלח"מ פ"ד מפהמ"ק וביש"ש בב"ק פרק הגוזל ובשעה"מ הלכות נזקי ממון וברדב"ז ח"א סי' קפ"ח ועיין ביו"ד סי' קפ"ח ועיין

ביו"ד סי' רס"ז סעיף ס"א ובפרישה נראה שם כחלוקו של השבו"י וכ"כ הלח"מ פ"ג מעבדים והט"ז דחה דבריהם ותמהני מהשבו"י שהעלים עיניו מזה:

יב והנה בגוף הספק לענין בכור היה נראה לי דבר חדש דהרי אמרו בבכורות דף י"ח ע"ב דלא נחלקו אלא בחצר בעל הבית ורועה כהן דר"ט סבר דאקנויי אקני לי' מקום בחצירו וניחא ליה דלתעביד מצוה בממוניה והו"ל כשנים שהפקידו אצל רועה ומניח רועה ביניהם ומסתלק ור"ע ס"ל כיון דאית ליה פסידא לא מקני לי' מדעם וכתבו התוס' בד"ה אקנויי קא מקני לי' ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה ע"ש והיינו מטעם דמשום המצוה אנן סהדי דגמר ומקני אף בלי שום קנין ועיין במהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות להרמב"ן שם דבשביל המצוה קגמר ומקנה והביא ראיה מהא דאמרו בהאי הנאה דמהמני לי גמר ומשעבד נפשיה ואפילו בלי קנין ואני מוסיף דהרי אמרו בריש המפקיד דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני ושם הוה אפילו בלי קנין ומטעם דניחא לי' וא"כ לפ"ז בבכור ובחמץ דאנן סהדי דניחא לי' שיפטור מבכורה וגם לא יעבור בב"י א"כ מקני לי' אף בלי קנין וא"כ גם גוי קונה אף בלי קנין דאנן סהדי דגמר ומקנה לי' והו"ל כאילו הקנה לו מקום בחצירו. והנה לענין בכורה אפשר לומר דכיון שמפקיעו מקדושת בכורה לא שייך כ"כ דגמר ומקני כדי להפקיע האיסור והרי לר"ע כל דאיכא פסידא לא גמר ומקני מכ"ש בזה דמפקיע מקדושת בכורה והמצוה היה שיהיה בכור ואף דמותר להטיל מום בבכור קודם שיולד מכל מקום אין זה רק רשות ולא עושה מצוה בזה אבל בחמץ דמקיים המצוה דתשביתו ואינו עובר בב"י למה לא יועיל ועט"ז או"ח סי' תל"ה ס"ק ה' שכתב דלכך יכול לעשות שליח לבטל דדמי למ"ש הרא"ש בפ"ק דקידושין דאם קדש אשה בגזל שלה דמקודשת משום שמסתמא רוצה האשה שיהיה המעות שלה מתנה ביד הגזלן כדי שיהי' הקידושין תופסין ה"ה כאן מסתמא רוצה להפקיע עצמו מאיסור חמץ ע"כ הי' דעתו שיקנה השליח במתנה כדי שיוכל לבטל ובחורף שנת תרי"ב אור ליום ה' שמות כשלמדתי עם תלמידי ה"פ הקשה אחד מהתלמידים דמה זה דמיון דשם הגזלן קנה החפץ בחצרו במשיכה ובתורת חצר וכדומה אבל כאן היאך קנה השליח החמץ ומצאתי במק"ח שתמה בזה על הט"ז ועיין פרי מגדים ורציתי לומר כמו דאמרינן בבנו גמר ומקני אף לנולדים ה"ה כאן דגמר ומקני אבל זה אינו דשם בשכ"מ שאני דדבריו ככתובין וכמסורין ואף בבריא ע"כ צ"ל בנו שאני ותדע דאל"כ יועיל בגמר ומקני אף בדבר שלבל"ע וזה אינו דהרי גבי כפל אף דניחא לי' וגמר ומקני צריך להקנות לו מעכשיו דאל"כ הוה דבר שלבל"ע כמבואר ריש המפקיד וע"כ דבנו שאני וע"כ אמרתי דהט"ז כוון לסברת התוס' בבכורות הנ"ל

דמחמת מצוה גמר ומקני אף בלי קנין ועיין באבני מלואים סי' למ"ד ס"ק ג' שהשתמש ג"כ בסברא זו לענין קידושין ועכ"פ קשה בחמץ מהראוי שיהיה מועיל אף בלי קנין ומכ"ש בכסף או משיכה ואף דיש לומר דשאני כאן דגלי דעתי' דבקנין רצה להקנות וזה הקנין ל"מ דמלבד דיש שני דיעות בזה ועיין בטוש"ע חו"מ סי' רס"ח אף גם דא"כ לא יצטרך לשום קנין דהא קנין חצר מועיל בעכו"ם והוה כאילו הקנה לו חצירו דאף דחצר ג"כ לא מועיל נימא דהוה כהקנה לו אג"ק דמועיל ועיין ביו"ד סי' ש"כ ובאו"ח סי' תמ"ח וכל קנין המועיל נימא דהוה כאילו הקנה לו באופן זה מצד דניחא לי' לקיומי מצוה דתשביתו ולא יעבור על ב"י וזה לא מצינו. ולפענ"ד נראה עיקר דבאמת זה נגד הסברא שיהי' מועיל לגמר ומקני לבד אף בלי קנין ולפענ"ד זה לא אמרו רק ברועה דיש לו שייכות בחצר מחמת שמרעה בהמותיו וכמו כן גבי שומר שיש לו שייכות באותו חצר שייך לומר דגמר ומקנה ליה דניחא ליה אבל שיהיה מועיל בלי קנין לאיש זר אשר אין לו התיחסות ושייכות באותו ענין רק כעת עד"מ שעושה שליח לבטל והשליח אין לו שום שייכות באותו בית היכא יועיל ההקנאה ושאני גזלן דכבר גזל הדבר והתורה אוקמא ברשותו לענין אחריות שפיר מועיל ההקנאה כיון דכבר הוא ברשותו אבל כאן ל"מ. ואולי מיירי הט"ז כשזה השליח הוא אחד מב"ב שיש לו שייכות באותו בית וחצר וכדומה. ובזה מיושב מה שתמה אחד מתלמידיי בהך מעשה דר"ג שבא בספינה ואמר עישור זה וכו' נתון לעקיבא וכו' והשכיר להם המקום ובב"מ דף י"א פלפלו בש"ס במה היתה ההקנאה ולמה לא יועיל בלי שום ההקנאה כיון דניחא לי' לעשות מצוה ולפמ"ש אתי שפיר דשם אין להם שום התיחסות בביתו של ר"ג ולכך הוצרך ר"ג להשכיר להם מקום כנלפענ"ד ברור:

סימן קפח

א לחכם אחד.

ב אשר הבאת דברי המהרש"א ר"פ הפרה בתוס' ד"ה דאפילו ניזק שחידש דכל דאיכא סהדי דהשור נגח הפרה ונמצא העובר מת בצדה והמזיק מודה לאו מודה בקנס מקרי ובזה הארכת בסוגיא דשור שהי' רודף והנה באמת שדבר חדש הוא ומ"ש ראי' מהא דאמרו דזה אומר לא כי אלא בסלע לקה דהממע"ה אבל אי הי' מודה הי' חייב אף דהוה מודה בקנס ע"כ כיון דהי' עדים דרדף אחריו והוא מודה לית למתלי אלא בשור ולא בסלע וכו' ובאמת לפמ"ש הנימוק"י וה"ה פ"ט מנ"מ דהסוגיא אזלא למ"ד פלגא ניזקא ממונא ואחריהם מלא הש"ך חו"מ סי' פ"ח ס"ק ט"ו להוכיח כן ע"ש א"כ אין מקום לראיה אך גוף הדבר תמהני דמה סברא היא סוף סוף על הקנס הוא מודה בעצמו ואנן בעינן אשר

ירשיעון אלקים וכמה כרכורים כרכרו הראשונים באם טוען הבועל שאנס בעולה ולא בתולה דאינו נאמן דאוקמינן אחזקה דאל"כ הו"ל מודה בקנס אף דהי' עדים שבא עליה דאל"כ אינו משלם קנס ועיין מלמ"ל פי"א מהלכות אישות שהרחיב הדיבור בזה יעו"ש והנה לכאורה אמרתי ראיה ברורה דלא כמהרש"א מהא דאמרו בב"ק דף מ"ג ע"ב דאמרו שם גבי עבד שאינו משלם קנס עפ"י עצמו וה"ד דאי אתו עדים ואמרו דקטל ולא ידעו אי תם הוה או מועד הוה ואמר מאריה דמועד הוה לא משתלם קנס עפ"י עצמו והרי שם יש עדים על הקטלא רק שלא ידעו אי מועד אי תם ואפ"ה פטור והרי ק"ו דמה התם דלא ראו עדים רק שרדף ולא ידעו אי הזיק אותו השור או בסלע ואפ"ה לא מקרי מודה בקנס דהא מכל מקום הי' עדים שרדף אותו יותר מסתבר דע"י השור שרדף ניזק מלמתלי בסלע ודנין ע"פ אומדנא מכ"ש כאן דראו שקטל ואינו רק גילוי מלתא בעלמא דהי' מועד ויותר מסתבר לומר דהי' מועד דכיון דפלגא ניזקא קנסא א"כ בחזקת שימור קיימו דאינו נוגח ומסתם יש לנו לומר דמועד הוא ויצא מכלל סתם שוורים שאינם נוגחים ואפ"ה הוה מודה בקנס וע"כ כיון דהיה מקום לפטור עצמו מודה בקנס קרינן לי' ואשר ירשיעון אלקים בעינן וליכא ואף דעפ"י אומדנא דנין בממון היינו דוקא בממון אבל לא בקנס דדינו כדיני נפשות לכמה דברים וגם בד"מ גופא האריך המהרי"ק סי' קכ"ט דכל דהספק בגוף הדבר לא שייך אומדנא וא"כ מכ"ש הכא ואף דבתשובה הארכתי לדחות דברי המהרי"ק מכל מקום בדיני קנסות כ"ע מודו דכדיני נפשות דמי ובעינן אשר ירשיעון אלקים וליכא והיא תיובתא גדולה כלפי סנאה דמהרש"א ועיין שיטה מקובצת ב"ק דף מ"א ע"ב גבי עפ"י בעלים מודה בקנס מה שהביא שם בשם הרשב"א דהביא מסוגיא דכאן ראיה דמקרי מודה בקנס אף שיש שני עדים ודחה דשאני הכא דעפ"י עדותן אינו מתחייב בקנס כלל ע"ש ולדברי המהרש"א לא מקרי מודה בקנס כלל בכה"ג. ולחיבת פי קודש המהרש"א וגם מפני שאני מגזע המהרש"א ז"ל אמרתי לחוש לכבוד הזקן זלה"ה עפ"י מ"ש השיטה מקובצת בסוגיא שם דהקשה הראב"ד בהא דאמרינן דמשלם דמים שלא בכוונה והא אמרו בערכין דאין דמים למתים והפלי"ג מאד בקושיא זו וכתב דע"כ לא אמרו אין דמים למתים רק לענין יורשים שהנודר כבר מת והן לא נתחייבו אלא בשעת שומא וכיון שזה מת ולא נישום בחייו לא נתחייבו היורשים לשום אותו אבל כאן שהמזיק נתחייב משעת מיתה א"כ כבר נתחייב ונתחייב ליורשיו ע"ש והיא מרגליות יקרה תלוי בצווארו של אברהם אבינו הוא רועינו הראב"ד זלה"ה ולפ"ז זהו כשאין כאן קנס אבל בעבד דזה קנס וא"כ בשעת מיתה לא נתחייב דכ"ז שלא באו עדים הי' יכול להודות ולפטור ורק דבאו עדים והוא הודה וא"כ עכ"פ לא נתחייב בשעת מיתה ושוב

אין דמים למתים וז"ב ודו"ק. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הש"ס התמוהין בהא דאמרו שם יכילנא לשנויי לך רישא דמים וסיפא קנס והיא תמיה גדולה דהא בענין זה דקתני רישא דחייב קתני סיפא דפטור והיאך אפשר דרישא וסיפא לא מיירי בחד גוונא וכבר כתבו התוס' ד"ה רישא דמה תירוץ הוא זה ונדחקו ובשיטה מקובצת ג"כ נדחקו הקדמונים ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא בב"ח דבשעת מיתה נתחייב בדמים שפיר חייב ולא שייך לומר אין דמים למתים אבל בעבד דאם הי' כאן עדים שהמית את העבד היה צריך לשלם קנס דהוא קצוב שלשים אם שוה הרבה או מעט ואם הודה מקודם שבאו עדים צריך לשלם דמים דהוא כפי השווי של העבד א"כ עכ"פ לא נתחייב בשעת מיתה דשמא ראו עדים ונתחייב בכופר שלשים דהוא קצוב וא"כ שוב אין דמים למתים משא"כ בב"ח דכופר ודמיו אחת הם שווי של נזק רק דזה כפרה לשמים וזה דמים ועיין תוס' שם ד"ה מאי דהקשו מה איכא בין כופר לדמים וע"ש מ"ש בזה אבל עכ"פ נתחייב בשעת מיתה וזה אמרם רישא דמים וסיפא קנס דשלשים של עבד נקראו קנס וא"כ לא נתחייב בשעת מיתה וע"ז מסקי דמכל מקום שינויא דחיקא היא דמ"מ מקרי דמים דאם לא הי' עדים כלל ודאי דנתחייב משעת מיתה ודו"ק היטב כי הוא נחמד ונעים. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו שם אלא מעתה אשו שלא בכוונה עפ"י עדים נשלם דמים ופירש"י דבכוונה פשיטא דפטור משום דקלב"מ והיא תמי' מאד דהא רש"י בעצמו כתב לקמן דלא שייך קלבד"מ דאשו משום ממונו היא וליכא חיוב מיתה וכבר התפלא בזה הפ"י ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מ"ש רש"י דאין כאן חיוב מיתה אין הכוונה שלא נתחייב מיתה כלל דלמה לא יתחייב מיתה דניהו דהוה אשו משום ממונו אבל סוף סוף קטל גברא וכוונת רש"י דכיון דממונו עשה אין כאן חיוב מיתה עם ממון כאחד דמיתה נתחייב בשביל ששרף וממון נתחייב בשביל שממונו הזיק וא"כ לא באו כאחת ועיין בב"ק דף נ"ב בתוס' ד"ה קטל עבדא דכתבו דבדבר שממונו עושה ל"ש לומר קלב"מ וכוונתם דהמיתה הוא בשביל שהוא עשה והדמים הוא בשביל שממונו הזיק וכאלו שורו ובורו הזיקו וצריך להבין דסוף סוף על מעשה אחת הוא בא וצ"ל דהמיתה היא בשעה ששרף והממון שהזיק לא בא כאחת ולפ"ז זהו אם יש לו דמים אבל אם אין לו דמים דאין דמים למתים ועיקר החיוב נתחייב בשעת מיתה כמ"ש הראב"ד וכאן שקלב"מ איך שייך דמים וכמ"ש ודו"ק. ובזה מיושב מה דהוה ק"ל בהשקפה הראשונה דאם בכוונה פטור משום קלב"מ א"כ גם שלא במתכוין לפטור משום דתניא דבי חזקי' ועיין פ"י מ"ש בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דשלא בכוונה לא שייך קלב"מ דבאמת נתחייב בעת המיתה ורק בכוונה המיתה פוטרתו דקלב"מ וא"כ לא שייך דמים למתים אבל שלא בכוונה דעכ"פ

נתחייב בשעת מיתה דקלב"מ חייב לצאת ידי שמים ודוקא היכא שעושין החומרא הוא דפטור בקלב"מ אף לצאת י"ש ולא בשוגג היכא דאין עושין החומרא וכמ"ש המהרש"ל ועיין קצה"ח סי' כ"ח ס"ק א' שהאריך בזה וא"כ כל שלא עושין החומרא שוב עכ"פ נתחייב בעת המיתה רק ששייך קלב"מ אף בשלא בכוונה עכ"פ שוב הוה ממונו שהזיק דלא שייך קלב"מ בממונו שהזיק וכמ"ש ולא שייך דמים למתים דבאמת נתחייב בשעת מיתה וחוץ לדרכינו אפשר ליישב קושית הפני יהושע הנ"ל דהנה כבר כתבתי דלשון רש"י תמוה דכתב דאין כאן חיוב מיתה ואמאי הא מכל מקום קטל והתוס' לא כתבו בדף כ"ב רק דלא שייך קלב"מ אבל לא שאין כאן חיוב מיתה. אך נראה דהדבר נכון דלמ"ד אשו משום ממונו יש לחלק דבהדליק בתוך שלו והלך בשל חבירו לא שייך בזה דיתחייב מיתה כיון דאין כאן משום חצו רק דהוה כממונו שהזיק ופשיטא דלא נתחייב מיתה בשביל מה שממונו הזיק ועל שורו ג"כ לא חייבו תורה מיתה ורק כופר נתחייב אבל באם הזיק בשל חבירו בזה פשיטא דחייב דהרי הוא שרף בעצמו וז"ב.

ג ומעתה בשלמא בהך דגדי כפות דמשמע דמיירי שהדליק בתוך שלו וכ"כ הפ"י בעצמו דהמשנה מיירי בכה"ג א"כ שפיר כתב רש"י דאין כאן חיוב מיתה אף דהוא משום ממונו משא"כ בהא דפריך אשו שלא בכוונה דמיירי שהדליק בתוך של חבירו ורק דהיה שלא בכוונה וא"כ בכוונה שפיר פטור דקלב"מ דלא ס"ל לרש"י סברת התוס' דבממונו שהזיק לא שייך קלב"מ ויש להאריך בזה ואכ"מ. עכ"פ מיושבין דברי המהרש"א אבל אם כי ישבתי דברי המהרש"א אבל מכל מקום פשטות הלשון משמע דלא כהמהרש"א. שבתי וראיתי דלכאורה משמע כסברת המהרש"א ברא"ש בסוגיא דשור שהי' רודף בהשיגו על הרמ"ה שכתב הטעם דמשטה וע"ז הקשה דע"כ מיירי שיש עדים על הנגיחה רק שאינם יודעים אם גדול הזיק או קטן דאל"כ הו"ל מודה בקנס הרי דכל שיש עדים על הנגיחה אף שלא ידעו אם קטן או גדול או תם או מועד הו"ל שוב אשר ירשיעון אלקים ול"מ מודה בקנס וקשה מהש"ס ב"ק הנ"ל. אך נראה דבזה ל"ק כלל דהנה כל ענין מודה בקנס הוא משום דבעינן אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו וכיון שכן כאן שהי' עדים על הנגיחה ועכ"פ הזיק אחד מהם אם קטן או גדול או תם או מועד ועכ"פ הפחות שבנזק בודאי נתחייב רק שעיקר אנו דנין אם לא נתחייב יותר והוא טוען שלא נתחייב רק בפחות שבנזק דהיינו שהקטן או התם הזיק וא"כ לזה לא נקרא מרשיע עצמו ואדרבא הוא רוצה לפטור עצמו מהנזק הגדול ונתחייב עכ"פ בנזק הקטן וא"כ לא נקרא מודה בקנס שיהיה פטור וז"ב מאד משא"כ בהנך סהדי דמעידין דקטל עבדא ולא ידעו אי תם או מועד דבתם פטור מהקנס ורק במועד היא דחייב והוא מודה שהיה מועד הרי

חייב עצמו בקנס ומקרי מודה בקנס וז"ב מאד מאד. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה מיושב דברי רבינו בפ"ט מנ"מ הלכה ח' שכתב דאם הי' עדים מעידים שאחד מהם הזיק משלם המזיק כמה שהוא טוען ואם אמר הניזק אתה ידעת שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר וכן העתיקו בש"ע חו"מ סי' ח' סעיף ג' והראב"ד כתב דקאי אתם ומועד וכתב הש"ך דכוונתו דבשני תמים הו"ל מודה בקנס ותמה על הה"מ שכתב דגם בשני תמים יש לומר דהוא חייב שבועת התורה דהא הוה מודה בקנס ע"ש ס"ק וא"ו ולפמ"ש אתי שפיר דכל שהי' עדים לא שייך מודה בקנס דהא אדרבא הוא רוצה לפטור עצמו ע"י טענתו ומתחייב מתוך טענתו ובכה"ג ל"מ מודה בקנס וז"ב. ובזה מיושב מה דהקשה הלח"מ דא"כ מה מקשה הש"ס בכל הסוגיא לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דלמא מיירי שיש עדים על הנגיחה ולא הוה טענו בחיטין והודה בשעורין. ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ הוכיח המקשה דקאי אליבא דמ"ד פלגא נזקא ממונא ולא בעי עדים דאם נימא דמיירי ביש עדים יקשה דהיאך קתני הממע"ה והא חייב שבועה וכבר הקשה כן הראב"ד על הרמב"ם ומ"ש הראב"ד דכיון דהמזיק טוען שמא לא שייך שבועה הא לפי הס"ד דמיירי בברי וברי א"כ יתחייב שבועה וע"כ דלא מיירי בעדים והסוגיא אזלא למ"ד פלגא ניזקא ממונא וכמ"ש הה"מ ושוב יקשה דא"כ הו"ל טענו חטין והודה לו בשעורין וכל הקושיות שם קאי בברי וברי ע"ש דהסיפא דסיפא מיירי באמת בברי וברי דו"ק ותשכח: עוד אפשר לומר דלא מקרי מודה בקנס דכל הטעם דמקרי קנס הוא לפי שסתם שוורים בחזקת שימור קיימי וכל ששניהם רודפים הרי יצאו מחזקת שימור ולא מקרי מודה בקנס וכן מבואר בשיטה מקובצת במשנה דשור שהי' רודף בשם המאירי והרא"ה דבכה"ג אף לר"א דאזיל בתר אומדנא לא אמרינן דודאי מועד נגח דכל דרדף יצא מחזקתם ע"ש. אבל מה נעשה דבב"ק דף מ"ג הנ"ל לא משמע כן ועיין תוס' ב"ב דף ל"ג ועכ"פ מזה סתירה למ"ש המהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה דבכה"ג אזלינן בתר אומדנא אף לרבנן ולפמ"ש הקדמונים איפכא שמענו וע"כ מ"ש בראשונה הוא הנכון דכאן בא לפטור עצמו רק שהוא מתחייב מתוך טענתו לא שייך מודה בקנס.

ד איברא דלפ"ז צ"ב דמה פריך הש"ס הא הו"ל טוענו בחטין דלפמ"ש הרמ"ה דטעם הדבר הוא משום משטה והרי מבואר בטוש"ע חו"מ סי' קמ"ו סכ"ד דבטוען של אבותי ולא של אבותיך אף שטען שלא בפני ב"ד לא שייך לומר דיחזור ויטעון בפני ב"ד דבאמת הוא נתכוין לפטור עצמו ורק שנתחייב מתוך טענותיו ובכה"ג אף שטען שלא בפני ב"ד לא שייך לומר דמשטה ע"ש שביאר כן רבינו יונה ז"ל בהדיא ולפ"ז כאן דהיה עדים

על הנגיחה וא"כ מה שטוען שתם הזיק הוא נתכוין לפטור עצמו רק שנתחייב מתוך טענותיו דעכ"פ התם הזיק ובכה"ג לא שייך טעם דמשטה וכעין זה הקשה הרא"ש אבל קושיתי היא יותר גדולה ובאמת שצ"ל שהרמ"ה פירש דהסוגיא קאי למ"ד פלגא נזקא ממונא כמ"ש הה"מ ועש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז ע"ש. אך לפענ"ד היה נראה דבר חדש דלפמ"ש הרמב"ן ר"פ הפרה במלחמות דכל ששניהם טוענים ברי הו"ל טוענו חטין והודה לו בשעורין ומשום דהו"ל תרתי הודאות דסתרי דהניזק מודה שהקטן או התם לא הזיק והמזיק מודה שזה הקטן או התם הזיק וא"כ הו"ל תרתי הודאות דסתרי ובכה"ג הו"ל כאומר אני חייב לך וזה אומר אינך חייב לי ואוקמא ממונא בחזקת התופס בהם ולא מזדקקינן לי' ע"ש ועיין קצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט'. והנה אם אמנם כי דבר גדול דיבר למאן דס"ל דטעם טענו חטין הוא מטעם הודאה. אך עדיין קשה דלא שייך כאן לאוקמא בחזקת מרא דתפס בהו דהרי כיון דהספק הוא על התם או המועד וא"כ עכ"פ ממנ"פ חצי נזק ודאי נתחייב ואין הספק רק אם אולי מועד הזיק ונתחייב יותר וא"כ עכ"פ לענין חצי נזק בודאי נתחייב ואזלא לי' חזקת ממונא ובשלמא בשני תמים דכל חד וחד יש לנו לאוקמא אחזקת תמותו שלא יצא מחזקתו דהרי אינו משתלם רק מגופו וכל חד וחד יש לנו לאוקמא אחזקתו ולא נוכל להוציא מחזקת תמות שיש לכל אחד אבל בתם ומועד אדרבא המזיק טוען לטובתו שהתם הזיק וא"כ לפי דברי המזיק נתחייב התם ולפי דברי הניזק נתחייב עכ"פ בחצי נזק דהרי המועד בודאי חצי נזק מחייב וא"כ לא שייך חזקת תמין עכ"פ בחצי נזק והיא קושיא גדולה וע"כ נראה שלזה חידש הרמ"ה דיוכל לטעון משטה הייתי א"כ לא הוה הודאת המזיק הודאה כלל דיוכל לטעון שלא היה הודאה וכבר התוס' כתבו בגיטין דף מ"ם ע"ב באומר נתתי שדה פלוני והלה אומר לא קבלתי דלכך אזלינן בתר הודאת המקבל ולא בתר הודאת הנותן דהנותן י"ל דטעה וסבר שנתן ולא נתן ע"ש ולפ"ז אם יוכל לטעון משטה הייתי שוב לא שייך שני הודאות דסתרי ואזלינן בתר הודאת המזיק לבד. ומעתה מיושב היטב קושית הרא"ש וקושייתי על הרמ"ה דהרי גם הרמ"ה ס"ל דהטעם משום הודאה רק מה דחידש בשביל משטה הוא ליישב דלא יקשה דכאן אתרע חזקת המזיק לענין חצי נזק עכ"פ לזה מיישב דכיון דיוכל לטעון משטה לא שייך הודאת המזיק כלל וז"ב. ובזה יש ליישב קושית הש"ך על הראב"ד שכתב דאתם ומועד קאי וביאר הטור סימן ת' הנ"ל דבשני תמים שהשני שוורים כל אחד תביעה בפ"ע דמגופו משתלם לא שייך מודה במקצת משא"כ בתם ומועד דתביעת הניזק על הנכסים הוה מודה במקצת והש"ך האריך לתמוה עליהם ולפמ"ש אתי שפיר דגם הראב"ד יש לומר דס"ל הטעם דהודאה ולא ס"ל כהרמ"ה משום די"ל משטה ולפ"ז שפיר

כתב דבשני תמים שפיר יש לומר דהוה תרתי הודאות דסתרי דכל אחד הוה החיוב בפ"ע דמגופו משתלם ויש לו חזקת תמות ואין כאן מודה במקצת דהא הו"ל טענו חטין והודה לו בשעורין ופטור ול"ח מודה במקצת דהוה תרתי הודאות דסתרי אבל בתם ומועד לא שייך תרתי הודאות דסתרי וכמ"ש דאזל ליה חזקת ממון לענין חצי נזק עכ"פ וז"ב מאד והוא מפרש דקושית הש"ס היא למ"ד פלגא נזקא ממונא ולא נצטרך לאוקמא כשיש עדים וא"כ לא נתחייב גם בחצי והיה יכול לכפור בכלו וא"כ שוב הו"ל תרתי הודאות דסתרי משא"כ למ"ד פלגא נזקא קנסא והו"ל מודה בקנס ונצטרך לאוקמא ביש עדים דעכ"פ אחד מהם הזיק ושוב הו"ל מודה במקצת ודו"ק ומיושב בזה קושית הלח"מ שם על הראב"ד והש"ך ס"ק ה' שם ודו"ק.

ה ובזה אמרתי הא דנדחק הש"ך דאמאי ישבע על השאר והא הו"ל הילך וכתב בס"ק ז' דצריך שומא וכתב בקצה"ח סי' ת' שם דהו"ל מודה בקנס ולא נתחייב רק בב"ד ולא שייך הילך דלא נקט בידי' ובאמת שדפח"ח ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דבאמת לא הוה מודה בקנס דאינו מרשיע עצמו ואדרבא פוטר עצמו ולא שייך מודה בקנס ושוב הו"ל הילך ויש להאריך בסוגיא על כל קוץ וקוץ תילי תילין ואכ"מ ודו"ק היטב בכל מ"ש. וראיתי בתומים סי' ס"א שהאריך ליישב הקושיא דהו"ל מודה בקנס משום דדוקא מודה בקנס תנן ולא בתשלומי קנס ע"ש ובראשית ההשקפה תמהתי דאכתי קשה מב"ק דף מ"א הנ"ל דהו"ל מודה בקנס אף דמודה בתשלומי קנס ע"ש ומצאתי בקצה"ח סי' ת' שהקשה כן אבל מאד תמהני עליו דא"כ מדוע לא העיר על הרא"ש והרמב"ם והמהרש"א איך יפרנסו דברי הש"ס הנ"ל ולפמ"ש א"ש ודו"ק.

ו ובגוף דברי הרא"ש הנ"ל באמת מ"ש הכרח דמיירי בעדים דאל"כ הוה מודה בקנס כבר כתבתי למעלה דהנימוק"י וה"ה כתבו דהסוגיא אזלא למ"ד פלגא נזקא ממונא. וראיתי בשיטה מקובצת שהביא דברי הרשב"א שכתב בשם הראב"ד דפ"נ קרנא משונה משאר קנס ואי בא לב"ד ומודה אמרינן ליה זיל שלים והרשב"א תמה עליו דהא פלגא נזקא קנס ג"כ אינו משלם עפ"י עצמו כדאמרו פ"ק בסופו וכתב הרשב"א ז"ל דהוא מפרש דאין כופין אותו לשלם אבל מכל מקום חייב לשלם ואמרינן לזה זיל שלים ע"ש. ואני תמה על הרשב"א דאיך נחה שקטה דעתו בזה דאיך יפרנס דברי הש"ס בשבועות דף ל"ב והא חצי נזק קנסא הוא ומה קושיא היא כיון דעכ"פ זיל שלים אמרינן ליה שוב חייב קרבן שבועה דעכ"פ נתחייב גם מפי עצמו דאף דלא כפינן לי' כיון דתפיסה מועלת עכ"פ והרי הרשב"א בחידושיו לשבועות דף ל"א מוכיח דכל שאלו הי' מועיל ע"י עדותו כשיתפוס חייב קרבן שבועה ע"ש וה"ה כאן ונזכרתי שכבר קדמוני בזה בשב שמעתא

שמעתא ז' פרק ג' ע"ש. ולפענ"ד נראה דהנה גוף סברת הרשב"א בכוונת הראב"ד דלא כפינן לי' אבל אומרים זיל שלים צ"ב דמה נשתנה מכל קנסות ומדוע יועיל תפיסה בזה יותר מכל קנס דכל דמודה פטור. והנראה בזה דהנה בהא דאמרו פלגא ניזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי פירש"י דהשוורים בעצמם בחזקת שימור הן והרמב"ם נראה דמפרש דישראל משמרין אותם שלא יפסידו ולכך בשור של עכו"ם מחייב רבינו בפ"ח מנ"מ הלכה ה' משום דאין משמרין אותן ע"ש. ולפ"ז נראה אם באמת פשעו הבעלים ולא שמרו שוב אינו קנס ומהראוי שישתלמו עכ"פ חצי נזק כמו שהוא דינו דניהו דנזק שלם לא תיקנו חז"ל דמסתמא שמרו אותו אבל עכ"פ חצי נזק לא יהיה מקרי קנס וכ"ז כשפשעו בודאי אבל אם לא פשעו מקרי קנס ולפ"ז בכל מודה בקנס שפיר פטור ואין אומרים לו זיל שלים דקנס אשר ירשיעון אלקים כתיב ופרט למרשיע עצמו אבל בפ"נ דאם הי' פשע היה מחוייב מן הדין ולא הי' קנס כלל רק שאין אנו יודעין אם פשע או לא לכך אומרים לו זיל שלים דאולי פשעת ולא שמרת ולא מקרי מודה בקנס אבל א"י לכפותו דאולי לא פשע והוה מודה בקנס דפטור אף לצאת ידי שמים כדאמרו בירושלמי דאין אומרים לו צא ידי שמים ולכך מועיל תפיסה דאולי באמת פשע ולא הוה קנס כלל ומן הדין מגיע לו עכ"פ חצי נזק וז"ב כשמש. ולפ"ז מיושב היטב הקושיא הנ"ל דשם שיתחייבו העדים על שלא העידו שפיר אמרינן דאולי הי' מודה ומפטר ולא מקרי ממון ואף דאם תפס כשהודה היה חייב היינו משום ספק דאולי פשע אבל לחייב העדים בשביל זה פשיטא דלא מחייבין אותם וז"ב ודו"ק:

ז ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בסיפא דראוי ליטול ואין לו ופירשו התוס' דראוי ליטול אם תפס והקשו אמאי לא משני גם לעיל בתם ומועד וקטן וגדול ג"כ ראוי ליטול וכתבו כיון דשם אין לו תביעה רק על אחד מהם ולא נודע הסברא דמ"ש סוף סוף תפס ועיין בהרא"ש מ"ש בזה ועפ"י דברי הראב"ד אתי שפיר דבאמת במשנה הוא מודה בקנס ורק דפלגא נזקא שאני דאומרים לו זיל שלים ולכך מהני תפיסה וכמ"ש הראב"ד ולפ"ז לפמ"ש דלכך מועיל תפיסה דהוא טוען שאתה פשעת בך שלא שמרתו ומעתה נראה לי דבר נחמד דבשלמא כשתבעו שניהם שפיר שייך לומר דאתה פשעת שלא שמרתו כראוי והו"ל פשיעה אבל כאן שהניזק טוען שהמועד הזיקו או הגדול א"כ ניהו שפשע בקטן שלא שמרו הא לו יהי' דתחלתו בפשיעה וסופו באונס דהרי לא הזיקו זה רק המועד לפי דברי הניזק ושוב הוה מודה בקנס ופטור דכה"ג ודאי האונס לא בא ע"י הפשיעה דהרי התם לא הזיקו לפי דבריו ובכה"ג לא מועיל תפיסה ודו"ק היטב כי הם דברים חריפים ונחמדים. והי' מקום ליישב דברי הראב"ד דהראב"ד יסבור דדוקא דבר המזיק צריך

לתפוס וכמ"ש ר"ת וזה לא שכיח שיתפוס ולא הוה דבר קל לתפוס. אך לפמ"ש בסברת הראב"ד פשיטא דאף שאר דבר מועיל תפיסה וע"כ מ"ש הוא הנכון ודו"ק ועיין ב"ק דף מ"ה ע"ב מה שנחלקו ר"מ ור"י אם סתם שוורים בחזקת שימור קיימו וברש"י ותוס' שם ובקדמונים שם בשיטה ותמצא משם סייעתא לשיטת רבינו לענין הפירוש דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ואף דהתוס' כתבו שאין ענין זה למה שנחלקו האמוראים אם פלגא נזקא קנסא או ממונא הרמב"ם לא מפרש כן ועיין בשיטה שם דברי הראב"ד ודו"ק. עוד נראה לי בכוונת הראב"ד ומקודם נבאר דברי הראב"ד במ"ש בפ"ח מעבדים ה"ד וז"ל א"א אין בקנסות תפיסה מועלת אלא במי שחסרו ממון ולא נודע טעמו ועכ"מ ולח"מ שם ולפענ"ד נראה דהנה נסתפקתי בהא דאין דנין דיני קנסות בבבל אם חייב עכ"פ לצאת ידי שמים וראיתי בירושלמי בפ"ג דכתובות הלכה י' מהו שיאמרו לו צא ידי שמים נשמיענה מן הדא וכו' ויאמר לו צא ידי שמים הדא אמרה שאין אומרין לו צא ידי שמים ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו לב"ק דף ע"ה במעשה דר"ג והובא בשיטה שם דאין אומרין לו בקנס צא ידי שמים ע"ש. אך לפענ"ד נראה דזה דוקא בקנס דשחרור וכדומה שלא חסרו ממון דמה שהפיל שינו ישלם לו אותו נזק אבל עכ"פ לא חסרו ממון א"כ גם לצאת ידי שמים אין אומרים לו שישחרר אותו דהא לא חסרו כלל וקנס קנסה תורה וכל שאין דנין דיני קנסות בבבל וליכא אשר ירשיעון אלקים ופטור לגמרי אבל בדבר דחסרו ממון כגון פלגא נזקא קנסא דחסרו ממון שבאמת השור שלו הזיק וא"כ עכ"פ לצאת ידי שמים חייב שהרי שור שלו הזיק רק שבחזקת שימור קיימי והא דחייב אינו רק קנס דמה הו"ל למעבד אבל עכ"פ לחבירו מגיע ודו"ק וחייב לצאת ידי שמים ולפ"ז לפמ"ש בש"ס בב"מ דף ל"א דכל דחייב לצאת ידי שמים אי תפס לא מפקינן מיניה וכן הוא שיטת הראב"ד והחינוך לענין אבק ריבית והובא במלמ"ל פכ"א ממלוה בתשובתיו ע"ש וא"כ לכך כתב הראב"ד דאין בקנס תפיסה מועלת רק באותן שחסרו ממון והיינו משום דשם יכול לומר מה שהוא לוקח הוא לצאת ידי שמים ולציי"ש חייב כל שחסרו ממון וז"ב בכוונת הראב"ד ויש ליישב בזה קושית הכ"מ עליו ודו"ק. ומעתה שפיר כתב הראב"ד כפי מה שפירש הרשב"א בשמו דבפלגא ניזקא אומרים לו זיל שלים והיינו כיון דבאמת לצאת ידי שמים חייב שפיר אומרים לו זיל שלים כדהוה ס"ד בירושלמי שם דאומרים לו צא ידי שמים ורק דבכל קנסות אף לצאת ידי שמים פטור כמ"ש בירושלמי שם אבל בפלגא נזקא דחסרו ממונא והוא לוקח מה שנפסד קרנו א"כ שפיר אומרים לו זיל שלים אף דאין כופין אותו מכל מקום אומרים לו זיל שלים והיינו לציי"ש וז"ב מאד מאד. וז"ש הראב"ד דקנסא דפלגא נזקא שאני משאר קנסא דעלמא דהכא קרנא הוא וכי

אתא לב"ד ומודה זיל שלים אמרינן לי' עכ"ל והיינו כיון דקרנא הוא א"כ חסרו ממונא שפיר אומרים לו לצי"ש וז"ב מאד:

ח ובזה מיושב היטב קושית הש"ש הנ"ל מהא דאמרו בשבועות דף ל"ג והא חצי נזקא והרי עכ"פ מועיל תפיסה ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ לא כתב הראב"ד דאומרים לו זיל שלים היינו כשהוא מודה בקנס שפיר אמרינן דלא מפטר משום מודה בקנס דעכ"פ לצאת ידי שמים חייב וממילא דמועיל תפיסה וכמו כן בזמן הזה דאין דנין דיני קנסות שפיר אמרינן דכל שתפס ויש עדים שחייב רק שאין דנין דיני קנסות שפיר מועיל תפיסה דיכול לומר אני תופס בשביל החיוב לצאת ידי שמים אבל שם בשבועות דהוא כופר וזה משביע עדים שיבואו ויעידו ואמרינן דאינו גורם לממון שאם יודה יפטר מה תאמר שמכל מקום מועיל תפיסה דזה אינו דבאמת כל מה דמועיל תפיסה הוא משום שחייב לצאת ידי שמים וכל שזה כופר כעת אף לצי"ש פטור מה תאמר דמ"מ אם יודה שוב הי' מועיל תפיסה דחייב לצי"ש דז"א דעכ"פ כעת אין כאן כפירת ממון דבאמת אם יודה אינו חייב רק לצי"ש ועל ממון שאינו חייב בד"א אינו חייב אם כובש עדותו דבעינן כפירת ממון שחייב בד"א ועיין ב"ק דף נ"ו דמבואר כן בהדיא ע"ש היטב. ובזה ישבתי לנכון מה שהקשו האחרונים בהא דפריך הש"ס בב"ק דף מ"א עפ"י בעלים מודה בקנס הוא ומשני קסבר כופרא כפרה ומה קושיא הא לשיטת הראב"ד דפלגא נזקא מועיל תפיסה אף שהודה אח"כ לישני בשתפס ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דמועיל תפיסה הוא משום שחייב לצי"ש דהרי חסרו ממון ומועיל תפיסה ולפ"ז אומר אני דבר נכון עפ"י מה דחידש הראב"ד והובא בשיטה מקובצת ב"ק והבאתי לעיל דאף דאין דמים למתים מכל מקום שפיר נתחייב לשלם להיורשים דמים משעה שהזיקו ע"ש ולפ"ז גם למ"ד כופרא ממונא וס"ל דמי פדיונו של ניזק יש לומר ג"כ דעכ"פ דמי נזקו נתחייב בעת שהזיקו ולפ"ז שפיר אמרו שם מודה בקנס הוא דלפי הס"ד שם דכופרא ממונא הוא שוב יקשה היאך יתחייב הא מודה בקנס וא"ל דתפיסה מועיל דזה אינו דכאן לא שייך שחייב לצי"ש דכל הטעם דחייב בשביל ממון שחסרו וכאן לא חסרו כלל דבאמת אין דמים למתים ורק שנתחייב בשעה שהזיקו וכיון דאם לא תפס הי' מודה ומפטר שוב לא נתחייב בעת שהזיק ושוב אח"כ לא חסרו כלל ולא חייב לצי"ש כל דלא חסרו וכאן לא חסרו דאין דמים למתים ודו"ק היטב כי חריף הוא. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דמשני סוף המניח כשתפס וכתבו התוס' דהא דלא משני ברישא כשהי' תפוס וכתבו כיון דשם לא היה תביעה רק על אחד מהם והדבר יפלא דמ"ש סוף תפס ועיין ברא"ש שם ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא מועיל תפיסה דכל הטעם דמועיל תפיסה אף דהוא מודה בקנס הוא

משום דחייב לצי"ש ולפ"ז ברישא דהניזק טוען שהמועד הזיק ולא התם א"כ איך שייך לומר דחייב לצי"ש כל שזה מודה בברי שהתם לא הזיקו ועיין בחו"מ סי' ע"ה סי"ז סי"ח ותמצא דבכה"ג לא שייך לצי"ש דהא הוא טוען ברי שלא הזיקו התם ולא חסרו ממון אבל בסיפא דהתביעה על שניהם שפיר חייב עכ"פ לצי"ש ודו"ק היטב ובחידושי אמרתי בכוונת הראב"ד הנ"ל דהנה הא דפטור במודה בקנס הוא משום דאשר ירשיעון אלקים כתיב פרט למרשיע את עצמו והטעם נראה לי דאף דבממון הודאת בע"ד כמאה עדים דמי מ"מ דוקא ממון יכול אדם לחייב עצמו אף שאינו חייב אבל קנס דבעינן שיהיה תורת קנס שלא יעשה פעם שנית וזה כשנותן שלא ברצונו אבל כל שמודה בקנס א"כ ניהו דיכול לחייב עצמו אבל עכ"פ מדעתא דנפשי' קעביד וזה לא מקרי קנס שלא קנסוהו כלל וכל שלא קנסוהו שוב פטור ולפ"ז זהו בשאר הקנסות אבל פלגא נזקא דקרנא הוא וחסרו ממון א"כ ניהו דפטור משום קנס אבל עכ"פ זיל שלים אמרינן לי' דסוף סוף חסרו ממון ולענין הממון אדם נאמן על עצמו וניהו דלא נוכל לכפותו דסוף סוף קנס הוא דקנסו רחמנא וכל שמודה בקנס פטור מ"מ זיל שלים אמרינן לי' דעכ"פ חסרו לי' ממון ולענין זה מועיל הודאתו יותר ממאה עדים וז"ב מאד:

ט ובזה יש ליישב היטב מה דהקשה הישׁ"ש בהא דח"נ דקנסא דפטור אף דמועיל תפיסה ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דחייב בזה ומועיל תפיסה הוא משום דעכ"פ חסרו ממון ולענין זה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכבר כתב הרמב"ם דכל שהעדים לבד לא היו מועילים זולת בצירוף הבע"ד לא שייך חיוב קרבן שבועה ע"ש בפ"ח משבועות וא"כ ממילא כאן דהעדים לבד לא הועילו שאילו הי' מודה הי' מפטר ורק דכאן שהודה מועיל הודאת בע"ד ובזה לא שייך חיוב קרבן שבועה ודו"ק. ובזה ממילא מיושב הא דלא משני בסוגיא דשור שהיה רודף גם ברישא דראוי ליטול ואין לו והיינו דתפיסה מועיל ולפמ"ש אתי שפיר דברישא דהמזיק אומר להיפך דהמועד הזיק ולא התם א"כ הוה הודאת בע"ד להיפך וכל תרתי הודאות דסתרי פטור ואוקי ממונא בחזקת מרא וכמ"ש הרשב"א בגיטין דף מ' לענין נתתי שדה לפלוני והוא אומר לא קבלתי דהוה תרתי הודאות דסתרו משא"כ בסיפא דעכ"פ שניהם הזיקו ובכה"ג לא מקרי תרתי הודאות דסתרי דיכול להיות שטעה בראיה ועכ"פ שניהם הזיקו וז"ב מאד ועיין קצה"ח סי' פ"ח ודו"ק. וע"ד הפלפול אמרתי בזה עפמ"ש הראב"ד והובא בחידושי הר"ן בסנהדרין בהא דקאמר שם בדף יו"ד אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא אמרינן וביאר הראב"ד שם דהכלל הוא דלענין עצמו לא הוה בגדר עדות כלל ואין עליו שום עד פסול כלל ורק כשמעיד על קרובו שייך לומר עדות שבטלה מקצתו משא"כ כשמעיד על עצמו ולכך לא אמרינן לגבי עצמו עדות

שבטלה מקצתה ופלגינן דיבורו דלעצמו אינו עד כלל ולכך גם כשמעיד על נכסיו אמרינן ג"כ פלגינן דיבורא דממונו הוא ג"כ מקרי לעצמו אבל שם שמעיד על שורו שצריך לדונו בכ"ג והוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד ממונו שהרי צריך כ"ג לא מקרי לעצמו והו"ל כמעיד על קרובו ע"ש כי דבריו הקדושים הם מלאים זיו ומפיקים נוגה והאחרונים לא ראו דבריו וע"כ תמהו על הראב"ד שהובא ברא"ש פ"ק דמכות תחלתם ולא סופם ע"ש ודו"ק. ולפ"ז אומר אני דגם מודה בקנס דחזינן דבממון אדם יכול לחייב עצמו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ובקנס בעינן אשר ירשיעון אלקים והעדת עדים וחיוב ב"ד ע"כ שאינו מקרי לעצמו ושוב לא שייך לומר אשר ירשיעון אלקים ולא מרשיע את עצמו הא זה לא מקרי לעצמו והו"ל כמעיד לקרוב וצ"ל דהא זה תלוי במה שמודה בקנס פטור ואם הי' חייב שוב הי' כשאר ממונו והי' מקרי מרשיע עצמו וז"פ. ולפ"ז שפיר כתב הראב"ד דזה בכל קנס אבל בקנס דפלגא נזקא הוא קרנא עכ"פ זיל שלים אמרינן לי' דכל שלא נוכל לכופו שוב לא מקרי מרשיע עצמו דהא לא נוכל לכופו ע"י הרשעת עצמו ושוב לא מקרי מרשיע עצמו רק ממונו שהזיק וגם כיון דכל הקנסות הוא שהוא בעצמו מזיק מקרי מרשיע עצמו אבל כאן ששורו הזיק וכל שצריך ב"ד לחייבו שוב לא מרשיע עצמו רק להשור ובפרט בתם דשותפי נינהו ואנו דנין על השור בעצמו זה לא נקרא מרשיע עצמו ושפיר אמרינן ליה זיל שלים ויש להאריך בזה רק משום שהוא דבר חדש אמרתי לקצר ודו"ק:

• והנה לכאורה ק"ל בהא דאמרו בב"ק דף ס"ה ע"ב דתשלומי כפל משלם כעין שגנב והרי כפל אינו מתחייב רק עפ"י ב"ד דהוה קנס ואשר ירשיעון אלקים כתיב ואף לצי"ש פטור אם הודה בקנס וא"כ שוב לא נתחייב רק בשעת העמדה בדין ואמאי ישלם כשעת גניבה וא"ל דעכ"פ לאחר שחייבו ב"ד הרי נתחייב למפרע על שעת הגניבה דז"א דא"כ גבי הא דאמרו בערכין דף כ' דהאומר דמי עלי ומת לא יתנו יורשין וכתב רש"י דאף דאמרינן ונתן פדיון נפשו של ניזק היינו דשם משעה דאזקיה נתחייב והרי היה חי אבל דמי עלי שאינו נודר אלא מה שישומו הב"ד והרי לא בא לידי כך שהרי מת לא יתנו היורשין ועיין תוס' שם הרי דאף דאם ישמוהו נתחייב למפרע משעה דאמר דמי עלי אפ"ה כל דבשעת השומא מת לא נתחייב וה"ה כאן ועיין בחידושי הרשב"א בב"ק דף מ"ג ובשיטה מקובצת שם דכ' לחלק בהא דאמר רבה דשלא במתכוין משלם דמים אף דאין דמים למתים וכתב לחלק דהיורשים לא נתחייבו רק משעת שומא בב"ד ומשעה שירשו ובעת ההוא כבר מת והבאתי למעלה דבריו ולפ"ז אין ראיה דאפשר דיורשים שאני שודאי לא נתחייבו רק משעת שומא ולא למפרע אבל הרשב"א כתב עוד שם דשאני

הקדש דאינו נתחייב אלא משעת שומא כדכתיב ונתן את ערכך ביום ההוא ואין להקדש אלא מקומו ושעתו ע"ש ולפ"ז כיון דמשעת שומא נתחייב למפרע על שאמר דמי עלי ואפ"ה אמרינן דאין דמים למתים וא"כ ה"ה בזה כיון דלא נתחייב רק עד שיחייבוהו ב"ד א"כ ניהו דנתחייב למפרע מכל מקום מהראוי שישלם כשעת העמדה בדין ולכשתעיין בדבר תמצא שקושיא גדולה היא. וראיתי בשו"ת רלב"ח סי' ד' שהאריך בדין האומר דמי גופי שנסתפק אם נתחייב משעת אמירתו או משעת שומא בב"ד ולא זכר שם דברי רש"י בערכין שם ודברי הרשב"א בב"ק הנ"ל דשם מבואר דמשעת שומא אזלינן. ולכאורה רציתי לומר כיון דקנס דכפל ע"כ בשיש עדים מיירי דאל"כ הו"ל מודה בקנס וא"כ יש לומר דברייתא ס"ל כשמואל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"כ לא היה יכול לפטור עצמו כלל כל שהי' עדים אבל למאן דס"ל פטור לכך לא נתחייב כלל כ"א כשעת העמדה בדין. ובזה יש לומר דרב דס"ל בב"ק שם דאינו משלם רק כשעת העמדה בדין משום דהוא לשיטתו דס"ל בדף ע"ה דכל דמחייב עצמו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וא"כ היה יכול להודות ולא נתחייב בעת הגניבה אלא שעכ"פ קשה דא"כ מה פריך הש"ס על רב מהברייתא ולישני דהברייתא ס"ל כשמואל וגם קשה דהרי בפטמה בידים גם רב מודה א"כ קשה אמאי יתחייב משעת גניבה ואף דיש ליישב מכל מקום קושיא ראשונה ודאי קשה וגם קשה על הרמב"ם דפסק בפ"א מגניבה: (כאן חסר)

יא והנה לכאורה הי' נראה לי דבר חדש בישוב דברי הרא"ש הנ"ל במה שמחלק בין כפל דהוא כשעת העמדה בדין ודו"ה כשעת טביחה דהנה הש"ך ביו"ד סי' רס"ז הביא דברי הע"ש והסמ"ע דאם הודה בזמן הזה אף דלא מקרי מודה בקנס לפטור עי"ז מ"מ נתחייב בהודאתו עי"ז ואמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והש"ך חולק ע"ז דכל דלא הוה הודאה לפטר דהוה מודה בקנס כמו כן לא הוה הודאה לחיוב ע"ש שהביא ראי' מהא דאמרו בב"ב חוץ לב"ד הודה וחוץ לב"ד הוה כמו בזה"ז ע"ש.

יב ולפענ"ד נראה דהנה כבר כתבתי הטעם דמודה בקנס פטור דהוא משום דהתורה כל עיקר חיובו הוא רק לקנוס הבעלים אבל דין ממון אין בו ולפ"ז ע"כ לא מקרי קנס רק במתחייב ע"י הב"ד והוא אינו רוצה אבל מה שמודה מעצמו לא נקרא קנס ונתבטל כוונת התורה. ולפ"ז נראה לי דבר ברור דע"כ לא שייך הסברא הלז רק בזמן דהי' מומחין והיה יכול להתחייב על ידי ב"ד א"כ לא נתחייב מודה מעצמו ובאמת אם הודה בשביל שראה עדים ממשמשין ובאין נחלקו סומכוס ורבנן אם נתחייב ע"ש בב"ק דף ע"ה וא"כ שפיר נתקיים קנס שקנס' התורה אבל בזמן הזה דליכא מומחין אם כן אף כשיש עדים פטור דהב"ד לא יוכלו לחייבו כלל א"כ איך אפשר לומר דאם הודה לא יתחייב משום

דלא מקרי קנס ונתבטל כוונת התורה שיהיה קנס דא"כ שוב לא יתקיים לגמרי כוונת התורה דהוה מודה בקנס ושפיר אמרו דמועיל הודאתו להתחייב דעכ"פ הודאת בע"ד הוא ולא הודה לפני ב"ד ובכה"ג לא מקרי מודה בקנס ואף דהודה מפי עצמו מה בכך הא ב"כ וב"כ לא יתקיים כוונת התורה שיהיה קנס מוטב שיתחייב לשלם ויתקיים עכ"פ כוונת התורה שיקנסו שלא יעשה כן וז"ב. ולפ"ז ל"ק קושית הש"ך מהך דר"ג דאודי חוץ לב"ד דשם כל דיוכל להתקיים הקנס כדינו בב"ד ועדים א"כ שפיר מקרי מודה מפי עצמו וז"ב. ומעתה נ"ל דבר חדש דהנה הש"ך בחו"מ סי' ל"ג חידש דבממון אף דלא בעי דרישה וחקירה היינו לכתחלה א"צ לדקדק באיזה יום אבל אם אירע שחקרו פסול ע"ש וגם בזה רבים חולקים עכ"פ לכתחלה גם הש"ך מודה דא"צ דרישה וחקירה בד"מ ולפ"ז אני אומר דבר חדש דלענין שיצטרך לשלם כשעת הגניבה לא שייך לומר דהו"ל מודה בקנס דהרי לא נדע כלל מהעדים באיזה יום היה הגניבה וע"כ מפיו אנו חיים ולענין זה לא שייך מודה בקנס דא"כ יתבטל כוונת התורה מכל וכל וזה חומר שהחמירה בו התורה לשלם הכפל כשעת הגניבה אם הי' בזמן הגניבה ביוקר דדוקא לענין חומרא הוא דאמרינן הכי כמ"ש הרא"ש וא"כ בזה שפיר כתב הרמב"ם דבכפל משלם כשעת הגניבה וכן בטביחה ומכירה דהרמב"ם ס"ל דבד"מ א"צ דרישה וחקירה וגם בדיני קנסות ס"ל דא"צ דרישה וחקירה ולכך פסק דמשלם כשעת הגניבה ולא שייך בזה מודה בקנס. ולפ"ז יש לומר דהרא"ש ס"ל דבכפל דהוא קנס צריך דו"ח אף דפתיך בי' ממונא ולכך משלם כשעת העמדה בדין אבל טביחה ומכירה שפיר יש לומר דמשלם כשעת הטביחה אבל כ"ז דחוק. והעיקר נראה לי דהנה לכאורה קשה היאך אפשר לומר דמשלם כפל דו"ה כשעת גניבה וטביחה הא לפמ"ש הש"ך דא"צ לשאל להם בדו"ח א"כ מי יגיד היום הא העדים לא אמרו היום ואם יאמר היום הוא בעצמו הו"ל מודה בקנס ובאמת בדו"ה יש לומר דכיון דבקנס בעי דו"ח וכדאמרו ריש אחד דיני ממונות א"כ העדים יגידו היום אבל בכפל דפתיך ביה ד"מ דהרי הקרן עמו הו"ל כדיני נשים דכיון דפתיך ביה ד"מ הו"ל כד"מ דלא בעי דו"ח כמבואר בב"ש אהע"ז סי' י"א וא"כ ה"ה בזה. ובזה מבואר טעמו של הרא"ש דפסק בדו"ה כשעת הטביחה ובכפל כשעת העמדה בדין וצ"ל דרב ס"ל דגם כפל בעי דו"ח דהוא ס"ל דגם דיני נשים בעי דו"ח. ובזה יש לומר דנחלקו התנא דברייתא עם רב אך לפ"ז היה לו לשנויי כן. מיהו יש לומר דעיקר הקושיא הי' מטביחה ויש להאריך בזה ואכ"מ. שוב ראיתי שגם הרש"ל ביש"ש פ"ו דב"ק עמד בדברי הרא"ש במ"ש לחלק בין כפל לטביחה ומכירה ולפמ"ש אתי שפיר ודוק:

יג והנה בהא דאמרו בב"ק דף צ"ח ע"ב תהא במאמינו הקשה הפ"י הא מודה בקנס פטור ודיני דגרמי קנס ולפענ"ד נראה לפמ"ש בטעם דמודה בקנס דפטור דהוא בשביל דהתורה רצה לקנסו וכל שמודה מעצמו לא שייך קנס ולפ"ז זה במה שאינו ממון ממש רק שרצתה התורה לקנסו אבל כאן דהזיק לחבירו ממון רק דמה דנקרא קנס הוא לפי שלא עשה מעשה בידים אבל כל שחייבתו התורה אף מה שגרם חייב אף במפי עצמו דעכ"פ גרם לחבירו נזק ואף בשוגג אם גרם לחבירו נזק יש לומר דמשלם וא"כ לא שייך לומר דמודה בעצמו דפטור דמה הועילה תורה בקנס דהועיל והועיל שלא יעשה זאת לגרום לחבירו נזק כנלפענ"ד וצ"ע בזה.

יד והנה בהא דאמרו בכתובות דף ל"ו דיצא לה שם רע בילדותה אין לה קנס והיינו בדאתו בי תרי ואמרו לדידן תבעתינהו באיסורא וקשה הא ע"כ מיירי במודה הבעל שמצאה בתולה דאל"כ לא שייך קנס בכל הבתולות ויכול לטעון בעולה היתה וע"כ במודה ולא מקרי מודה בקנס דהא עכ"פ גוף המעשה הוא בעדים וכמ"ש בשם המהרש"א ועיין מלמ"ל פי"א מאישות האריך בענין זה בשם הרמב"ן וא"כ גם כאן הוא מודה ולמה לא יגיע לה קנס וצ"ל דכאן כיון שכבר יצא עליה שם רע בילדותה א"כ כל הקנס בא בשביל שמודה ומודה בקנס פטור ול"ד לכל הבתולות דשם מה"ת לנו לאחזוקה כבתולה וא"כ שוב הוה כהיה מעשה בפני עדים ובכה"ג ל"מ מודה בקנס משא"כ בזה דיש לנו ספק מעיקרא. ובזה נראה לפענ"ד דזהו שלמדו משם לענין שטרא דהוה מהדר אזיופא דבאמת השטר חשוב לכמה דברים להחזיק ועיין כנה"ג בחו"מ סי' פ"ב רק כיון דהספק אם הי' כאן התחלת השטר לא מקרי מוחזק אף לב"ש דס"ל דשטר חשוב מוחזק ועיין תוספת סוטה דף כ"ה וה"ה בהך דיצא שם רע בילדותה ודוק. ובזה אמרתי לישב מה דשאל אחד מתלמידי בהא דהוכיח הרי"ף דקטנה יש לה קנס דהרי בעי רבא אי יש בגר בקבר ופריך הש"ס מי מעברא והא תני כו' קטנה שמא תתעבר ותמות והרי ע"כ דמעברא בקטנותה וא"כ ע"כ דבא הקנס בשביל קטנותה וע"ז הקשה לפי מה דקי"ל דחיישינן שמא עברה באמבטי ואף לכה"ג כשרה א"כ משכחת לה שעברה באמבטי והולידה והקנס באמת מגיע לה ממה שבא עליה אחד בנערותה ולכך לא הו"מ הש"ס להקשות רק דעכ"פ כל שנתעברה בקטנותה איך הולידה והא תמות ובנערותה אין לה רק ששה חדשים ולפמ"ש אתי שפיר דכל דהיא מעוברת לפנינו רק שצריך לתלות באמבטי א"כ שוב הוה מודה בקנס דבאמת כל שנתעברה יש לחוש שמא כבר אבדה בתוליה ואף דהוא והיא מודים הו"ל מודה בקנס דהריעותא היא לפנינו ובלא"ה צ"ע אם יש לה קנס כשנתעברה אף שלא נפסלה לכה"ג ועיין מלמ"ל פי"ז מא"ב הלכה י"ג באורך ולא נפניתי

כעת. ודרך אגב ארשום קצת דברים בסוגיא דשור שהי' רודף הנה לשיטת הראב"ד פ"ט מנ"מ דתם ומועד חדא תביעה היא והקושיא היא רק מן קטן וגדול דשניהם תמין רק דזה גדול וזה קטן ועיין ש"ך סי' ת' מ"ש בזה. וראיתי בכתבי אבי מורי הרב הגאון מוהרא"ל ני' שפירש טעמו של הראב"ד דהרי אמרו ר"פ נערה שנתפתתה דלא שביק אינש מידי דאי מודי לא מפטר ותבע מידי דאי מודה מפטר דהיינו קנס וא"כ לכך בתם ומועד לא שייך הודאה ומחילה דיש לומר דלכך לא תבע תם הזיק דמשום דהוא קנס ואי מודה מפטר ולכך לא תבעו ותבע שהמועד הזיק ולכך לא קאי הקושיא רק מגדול וקטן דשניהם תמים. ובמחכת"ה אף שדבר חכמה אמר אינו נכון כלל דע"כ לא אמרו דלא תבע מידי דמודה ומפטר רק באם מגיע לו שני דברים כמו התם קנס ובושת ופגם ע"ז אמרו דלא תבע רק מידי דלא מודה ומפטר דהרי זה חיוב ברור לו וקנס יכול לפטור אבל כאן אחד הזיק או התם או המועד ונמצא אם התם הזיק ע"כ מוכרח לתבע התם ואיך שייך בזה לומר דלא תבע מידי דמודה ומפטר דמוכרח ע"כ לתבוע התם שזה מזיק שלו וז"ב ופשוט. ובלא"ה כיון דע"כ מיירי כאן למ"ד מודה בקנס פטור שיש עדים שראו שאחד נגח ולא שייך מודה בקנס דאל"כ הוה מודה בקנס ופטור ואף להש"ך ס"ק ט"ו בסי' פ"ח דהקושיא למ"ד פלגא נזקא ממונא עכ"פ מודה בקנס לא שייך כאן בשום אופן ואין מקום לדבריו אך לפענ"ד קשה קצת דמה מקשה לרבה ב"נ בשלמא בטענו חטים והודה לו בשעורים יש לומר דזה מחל לו או הודה לו שא"ח דאל"כ למה לא תבע שעורים וא"ל דרצה לתבוע חטים שטובים יותר מן השעורים דזה אינו דהיה יכול לתבעו שעורים לפי ערך השווי של חטים עד"מ שני כורים שעורים שוה ככור חטים הי' יכול לתבוע ב' כורים שעורים וע"כ מדלא תבע מחל או הודה אבל בתם ומועד יש לומר דבאמת רצה לתבעו התם רק ששיקר לו ואמר שחייב לו המועד או הגדול למען ישוה יותר חצי נזק שלו או שיגבה כל הנזק (שוב ראיתי ברא"ש שהרגיש בזה) ובשלמא למ"ד מטעם הודאה יש לדחוק דניהו דמשקר מכל מקום הוי הודאת בע"ד אבל למ"ד משום מחילה היאך שייך בזה מחילה וצ"ע. מיהו לטעמא דהשטאה ניחא והי' נ"ל כסברת הראב"ד דבאמת בתם דיכול למפטר ואינו מתחייב רק אשר ירשיעון אלקים א"כ הוה מחילה בדבר שלבל"ע ול"מ אבל אם שניהם תמים מועיל מטעם מחילה דלא שייך לומר דהו"ל דבר שלבל"ע דהא שניהם תמים והוה בשניהם דבר שלבל"ע והרי אינו מגיע לו רק אחד א"כ שפיר מחילה מועיל ודוק. גם מ"ש אבי מורי ני' דדברי הראב"ד דתם ומועד הוא להיפך דפירש דברי הרמב"ם דלכך חייב ש"ד במודה במקצת ע"כ בתם ומועד דהמועד אינו לפנינו ושייך אשתמוטי אבל בשניהם תמים ל"ש ש"ד דהא חשוד אממונא ואשתמוטי לא שייך דהא

ע"כ הם לפנינו דאל"כ אינו משתלם רק מגופו. ולפענ"ד לא נהירא דמלבד דשייך טעמא דאביי ספק מלוה ישינה ומיהו בלא"ה לא שייך בזה חשוד אממונא דכל דאינו מרויח בממון רק שהוא רוצה להקל ההפסד לא שייך חשוד אממונא ודוק היטב:

טו והנה במ"ש הרמב"ם בפ"ט מנ"מ ה"ט דנשבע שבועת התורה והקשה הראב"ד אמאי במשנה לא ישבע המזיק ש"ד דהו"ל מודה במקצת וכתב המחנה לוי דמיירי שיש ע"א והעד מסייע לפוטרו משבועה ולכך לא הוה מודה בקנס כמ"ש הרשב"א דגם כשיש ע"א לא שייך מודה בקנס וע"ז כתב א"מ ני' דלפמ"ש הש"ך בסי' פ"ז דהעד א"י לעשות שתי פעולות א"כ לפ"ז ל"ש לומר דהעד פוטרו דהרי בלא העד הי' פטור לגמרי דמודה בקנס פטור ורק ע"י עד חייב לשלם מה שמודה וא"כ אח"כ כשבא לפטרו מהשבועה הו"ל שתי פעולות וא"ל דהש"ך לא כתב רק לפטור משבועה ולחייב שבועה לשכנגדו או לחייבו לאיש אחד ממון ושבועה א"י לעשות משא"כ כאן דמחויב המזיק לשלם ולפטרו מש"ה יכול לעשות דזה אינו דהא עד מסייע נלמד מהא דעד יכול לחייב שבועה וא"כ יש לומר דדיו לבא מן הדין להיות כנידון דדוקא פעולה אחת יכול לעשות משא"כ שתי פעולות חלוקות וא"כ שוב שפיר קשה קושית הראב"ד דאמאי לא ישבע המזיק ולא שייך תירוצו של המחנה לוי הנ"ל. ובזה יישב קושית התומים על הש"ך שכתב ליישב קושית הראב"ד על הרמב"ם הנ"ל דלכך לא שייך ש"ד משום דזה מודה שא"י כלל וע"ז כתב התומים דבאמת הש"ך כ' ליישב קושית הקדמונים דהו"ל מודה בקנס וכתב דטוען העמדתיך בדין על המועד וזה טוען על התם וא"כ בזה הי' יכול לדעת וחייב ש"ד וע"ז אמר אבי מורי נ"י דבאמת לפמ"ש הש"ך דמיירי דהעמידו בדין א"כ כבר נעשה ממון שוב לא שייך דהעד עשה שתי פעולות ושפיר יכול לאוקמי בע"א מסייע להמזיק והו"ל עד מסייע אבל זה דוקא כששניהם טוענין ברי אבל בקושית הראב"ד על הרמב"ם מבבא דניזק טוען ברי ומזיק שמא וא"כ לא שייך לומר דיתחייב המזיק ש"ד דהא טוען שמא וא"ל דהו"ל מחשואיל"מ דכל שא"צ לידע כתב הש"ך בסי' ע"ב סקנ"א דלכ"ע פטור א"כ א"צ לאוקמא כשיש ע"א שפיר הקשה הש"ך על הראב"ד. ובאמת שדפח"ח והוא עמוק אבל תם אני לא אדע דהרי הרישא מוקי הש"ס באומר המזיק ברי והניזק שמא וא"כ א"צ לאוקמא בע"א דלא שייך לחייבו ש"ד דהא הניזק טוען שמא וע"כ דצריך לאוקמא בע"א דאל"כ הו"ל מודה בקנס ופטור א"כ גם במזיק שמא וניזק ברי צריך לאוקמא בע"א דאל"כ הו"ל מודה בקנס ופטור וגם גוף הסברא דהוה העד עושה שתי פעולות לפענ"ד י"ל דמה שמודה בקנס פטור הוא מגזירת הכתוב וכל שיש ע"א חייב בשביל הודאתו ולא עשה העד הפעולה רק שמונע וסילק הפטור וזה לא מקרי פעולה אף גם דכל הטעם דאין

יכול לעשות שתי פעולות משום דהתורה לא האמינתו רק על ענין אחד ואם כן לכאורה למה לא יהיה מקרי מודה בקנס כשיש עד הא לענין ממון לא האמינתו וע"כ דזה אינו מחייב העד רק שמונע הפטור שלא יהיה מקרי מודה מחמת עצמו ובלאו הכי אף אם נימא דאין מאמינים לעד רק על פעולה אחת לא שייך כאן דהמזיק יאמר ממה נפשך אם אינך מאמין להעד א"כ אני מודה בקנס ופטור ומה תאמר ניהו דאינו נאמן מכל מקום אתה הודאת בעצמך ואף שיש עד פסול מכל מקום לא מקרי מודה בקנס וא"כ שוב לא עשה העד פעולה כלל לענין החיוב א"כ שפיר יכול לפטור אותו מהשבועה וז"ב. אך בגוף קושית התומים הנה אני כותב מבחוץ ובלי עיון בתומים ובשום ספר ולפענ"ד ל"ק דהראב"ד לשיטתו דס"ל דפ"נ לא שייך מודה בקנס דמשונה משאר קנס וא"כ א"צ לאוקמא בהעמידו בדין וא"כ שפיר מקשה הש"ך לשיטתו ודו"ק. ומ"ש לפרש קושית הש"ס ממנ"פ אם מיירי בטוענו אתה יודע קשה דלהוי המזיק מחוייב שבועה ובטוען שמא יהיה מחושואיל"מ דלא שייך סברת הש"ך דזה יודע שא"י דהרי טוענו ברי דאתה יודע ואם יודע הניזק שהמזיק א"י שוב הו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים ובזה יש לומר מה דמשני בשתפס היינו דמיירי כשטוענו ברי ול"ק דא"כ לתחייב המזיק שבועה דהא כשתפס הו"ל הילך.

טז ולפענ"ד לא שייך כאן הילך דהא בשניהם תמים או שאחד תם הלא שייך כאן תפיסה דכ"ז שלא נתחייב בב"ד לא נתחייב ולא מועיל כלל תפיסה דלאו דידיה תפס ולא שייך כאן הילך שהרי לא נתחייב עדיין כלל. והנה המהרש"א הקשה דמאי קמ"ל המשנה דהממע"ה הא אף אם מודה מפטר ולא גרע הכפירה מההודאה וכתב בתומים דקמ"ל לאפוקי מדסומכוס דס"ל דחולקין בשתיקה א"כ בכה"ג גם מודה בקנס חייב עכ"פ מחצה דגם אם שתק חייב מחצה דא"ל דבברי וברי פטור וא"כ יהיה מודה בקנס דהי' יכול לטעון ברי דז"א דאין סברא שבשביל שהי' יכול לשקר לא יהי' מודה בקנס ולכך לסומכוס היה חייב מחצה ולא שייך מודה בקנס קמ"ל דלא כסומכוס ודפח"ח.

יז ובזה יישב א"מ ני' קושית התוס' דלוקי המשנה כסומכוס ומיירי בעומדת ברשותו דזה אינו דא"כ לא שייך הממע"ה דהוה מודה בקנס דגם לסומכוס בכה"ג לא היו חולקין דמיירי ברשותו ע"כ דברי הרב.

יח ואני אמרתי דבזה מיושב קושית התוס' דלכך אמרו דמשנה מיירי בברי וברי והקשו התוס' היכא מוכח דהמשנה איירי כך הא י"ל דאי לא אמר בברי וברי לא היה מוכח מהמשנה והיה המשנה מיירי בברי וברי וד"ה. ולפמ"ש אתי שפיר דאם הי' ד"ה שוב יקשה דהא הו"ל מודה בקנס ודוק.

יט והנה בהא דהקשה הראב"ד על הרמב"ם דמה פריך אי באמר ניזק ברי ומזיק שמא לימא תיהוי תיובתא כו' ולדברי הרמב"ם באמת חייב כתב א"מ ני' דבאמת הקשו דהו"ל מודה בקנס וכתב במח"ל דמיירי כשיש ע"א ולפ"ז כל הטעם דלא מקרי מודה בקנס כשיש ע"א דירא להכחישו ולשבע נגדו ואם כן כאן באמת הי' יכול להודות לו ולטעון ברי ואז הי' פטור בשביל דטענו חטים והודה לו בשעורים ולכך משני בשתפיס דבכה"ג לא מקרי מודה בקנס דפלגא נזקא מועיל תפיסה. ובאמת שלפענ"ד מלבד דאכתי קשה להס"ד דמיירי בברי וברי מה הקשה לרבה ב"נ הא לא שייך מודה בקנס וטוען ברי ויש ע"א. אף גם דלפענ"ד נראה דלא מקרי מודה בקנס כיון דיש ע"א והוה עכ"פ כאומדנא דגמל האוחר בין הגמלים שכתב המהרש"א דלא שייך מודה בקנס מכ"ש כשיש ע"א ודו"ק היטב. והנה הש"ך סי' פ"ח ס"ק ל"ו חידש דבטוען שמא שעורים או חטים חייב לצי"ש ויותר עדיף מכל לצי"ש דחייב אבל לא מקרי רשע וכאן מקרי רשע ע"ש ובזה חידש א"מ נ"י דלפ"ז אף דבכ"מ דחייב לצי"ש לא מועיל תפיסה כמ"ש הש"ך סי' ע"ה כאן דמקרי רשע שוב חיוב גמור מקרי ועכ"פ אי תפס לא מפקינן מיניה דאיך נוציא מידו בדבר שמקרי רשע. ובזה אמר דזה דמשני בשתפס דבזה מועיל תפיסה.

כ ובזה אמר דבר נכון בהא דהקשו דלמה לא משני מציעתא דתפס דהרי התוס' בסנהדרין דף וא"ו כתבו דבסיפא לא שייך מחילה דהרי תובע את שניהם וביאור דבריהם דבשלמא במציעתא דתובע הגדול אף דרוצה להרוויח מ"מ מחל הקטן עכ"פ אבל בתבע שניהם הגדול לגדול והקטן לקטן מה מחילה שייך בזה ולפ"ז בשלמא בסיפא שייך תפיסה וכמ"ש הש"ך דחייב לצי"ש והוה רשע ומועיל תפיסה ואף דכתב הש"ך שם דלטעם דמחילה לא חייב לצי"ש הא כאן לא שייך מחילה וכמ"ש התוס' בסנהדרין וזהו בסיפא משא"כ במציעתא דשייך מחילה ואמת כי היא חריפות. אבל לפענ"ד דברי הש"ך דחייב לצי"ש זה דוקא בחטין ושעורין ולא בתם ומועד דתם דהוה קנס אינו חייב אף לצי"ש כ"ז שלא חייבו ב"ד וכמ"ש הירושלמי פ"ג דכתובות דר"ג פוטר אף לצי"ש א"כ שוב לא שייך תפיסה. והן נסתר מחמתו מ"ש ליישב הא דאמר ראוי ליטול ואין לו ומה דלא משני במציעתא כך דהיינו דראוי ליטול הוא משום דהוה רשע ולכך במציעתא לא שייך זאת ולפמ"ש בקנס לא שייך זאת. והנה התוס' ד"ה מדסיפא הקשו דנימא ברי ושמא ברי עדיף וביאור קושייתם אף דאנן קיי"ל גם בברי ושמא המע"ה מ"מ זה דוקא כשהוא להוציא ממון וכאן שלא להוציא ממון בודאי הניזק דטוען ברי עדיף וכתב א"מ ני' דבאמת הטעם דברי ושמא ברי עדיף משום דזה שטוען ברי יש לו חזקת כשרות דאינו רוצה לגזול משא"כ זה שטוען שמא אמרינן דאינו רוצה לגזול רק שא"י ולפ"ז כאן בקנס לא שייך

זאת דהרי באמת מודה בקנס פטור וא"כ אף לצי"ש פטור וממילא ל"ש חזקת כשרות דהא אינו רוצה לגזול כלל דאינו חייב עדיין ותירוץ התומים לא שייך דעכ"פ לסומכוס לא עדיף משתק דחייב דזה אינו דכאן קושית הש"ס דגם לסומכוס יפטר וא"כ שוב ל"ק הא הו"ל ברי ושמא דהא כאן לא שייך חזקת כשרות ובאמת שדפח"ח.

כא אבל לפענ"ד הטעם דברי ושמא הוא פשוט דיותר יש להאמין זה שטוען ברי כל דאינו מוציא ממון וא"צ לטעם חזקת כשרות שאינו רוצה לגזול רק דבברי אין האדם מעיז להכחיש לחבירו משא"כ בשמא ומכ"ש לסומכוס דס"ל דבכל ספק יחלוקו וא"כ עכ"פ הוה כמו שאנו מאמינים לשניהם שוה בשוה וממילא כל שזה טוען ברי פשיטא דיש להאמינו טפי וז"ב ופשוט:

סימן קפט

א לעלם משכיל נ"י.

ב על אשר שבקשת ממני להעתיק לך מ"ש על דברת הט"ז ביו"ד סי' ס"ט ס"ק י"ג הנה צויתי להעתיקו במ"ש ע"כ יש לזהר בשעה שמתקנים הריאה לפתוח קודם המליחה מפני הקנוקנות ע"ז כתבתי בגליון הש"ע דצ"ע מדוע לא זכר שכן מבואר בריב"ש והוקבע להלכה בסי' ע"ב ס"ד וגם שם אינו רק חומרא בעלמא כי מדינא א"צ לפתחו דהוה כחתיכה עבה. שוב מצאתי במנחת יעקב כלל ט"ו ס"ק מ"ה שהעיר כן על הט"ז והנה הט"ז כתב עוד דמ"ש המרדכי בנמלח ראש כבש מבחוץ ולא מבפנים דהורה שלא למלחה דמיירי כשכבר חתך לשנים הא לא"ה א"צ דהוה כחתיכה עבה וכמבואר סי' ע"א. יפה כתב. ותמהתי שראיתי בשו"ת בית יעקב סי' למ"ד שכתב שהמרדכי לשיטתו דס"ל דגם בחתיכה עבה צריך לחתוך לשנים וכתב שהראה זאת להט"ז בעצמו ואמר כיון שבגוף הדין לא קיי"ל כהמרדכי וא"צ לחתכה לשנים וא"כ יפה פירש דבריו לדינא ואמר אטו כל מאן דלא ידע להא דהמרדכי לאו גברא רבה הוא. ותמהני מאד דבאמת לא נמצא כלל במרדכי שיסבור דצריך לחתכה לשנים ואו"ה שכתב הדין דבראש ושאר דבר חלול ועופות צריך למלחן מבחוץ ומבפנים לא כ"כ בשם המרדכי ועיין או"ה שער א' אות ד' ובשערים אות ט"ו שער השמיני משמע להיפך בשם המרדכי ואף אם ימצא באיזה מקום שכ"כ המרדכי תמה אני על הבית יעקב וביותר על הט"ז דמה זו שתיקה ועכ"פ בדברי המרדכי סי' תש"ך בכבש שנמלח ראשו א"א לפרש כן דהרי ביאר בהדיא באותו מקום דשאל הר"ש את הר"ר שמחה דא"כ בחתיכה עבה יהיה צריך לחתכה לשנים הרי משמע דאין זו סברא כלל והרי הביא למעלה דברי רבינו יהודא דס"ל כן וע"כ כפירוש הט"ז ורק בעוף דחלול הוא דמצריך המרדכי ועיין בט"ז סי' ס"ט ס"ק כ"ט במ"ש בשם

הת"ח דבתרנגולת חלולה חיישינן שפירש ממקום למקום והנה"כ חולק עליו. ובאמת מהמרדכי משמע דבדבר חלול חיישינן טפי ועיין בט"ז סי' ע"ו ס"ק וא"ו במה שרמז להמרדכי דבדבר חלול לא הוה כחתיכה אחת וכפי הנראה כיון להמרדכי שהביא הב"י שם בש"ע והוא ברמז תשכ"ח ומכל הני משמע דבדבר חלול הוא דדעת המרדכי להחמיר דלא הוה כחתיכה עבה אבל לא בראש כמ"ש הבית יעקב דיש להחמיר גם בראש דיש בו חלול.

ג הנה מדברי הטוש"ע סי' ע"א לא משמע כן וגם בכל הפוסקים לא נמצא כן ואף או"ה שהחמיר בראש לא בשביל חללות שבו רק שיש הפסק גדול וע"כ לדינא דבריו לתנייהו ודו"ק כנלפענ"ד. והנה לפענ"ד היה נראה טעם הסברא דבחתיכה עבה צריך לחתכה לשנים עפמ"ש הר"ן בהא דשיעור מליחה מיל הא חזינן דאף לאחר שיעור מיל יוצא מוהל דם ומאדים יותר וכתב דהמלח א"י להפליט רק מה שבשטח העליון שע"פ הבשר והסמוך לו לא מה שבתוך הבשר מה שבלוע בחתיכה וזה מותר מטעם דם אברים שלא פירש ע"ש ולפ"ז עכ"פ יש להחמיר דאולי ע"י המלח נתעורר הבלוע ג"כ לצאת ואין לו כח להוציא הדם והוה דם אברים שפירש ממקום למקום ולכך הצריכו לחתוך ולמלוח וצ"ל סברת הפוסקים דא"צ לחתוך ולמלוח הוא משום דכל שאין לו כח להוציא גם אין לו כח לבא שם ושיתעורר הדם לפרוש משום דתש כח המלח במה שהי' בשטח הבשר בסמוך לו שהוציא הדם הותש כח המלח ואין לו כח עוד להתעורר הדם שבחתיכה. וגדולה מזו מצינו בסי' ע"ה דאם נמלח מצד פנימי של החלחולת ל"מ לצד החיצון משום דאין מועיל מליחה מצד שאינו מוחזק בדם לצד המוחזק בדם אלמא שאין כח המלח גדול כ"כ להתעורר בצד השני אף שלא תש כחו כ"כ שאינו מוחזק בדם ומכ"ש בזה שכבר תש כחה ועיין ט"ז סי' ס"ט ס"ק ט"ו ובנקה"כ שם. ובזה יש לומר הא דכתב בלוית חן פרשת אחרי בבשר שנמלח ופלט דמו ובאמציעיתו נמצא מלא קרח שכתב שאין לו תקנה שיחזור וימלחנו שנית דהרי זה הצד שכבר נמלח ופלט דמו אינו מועיל שיוציא הדם הפנימי שלא נמלח כלל. ובאמת לפמ"ש הנקה"כ יש לדחות אבל לפענ"ד נראה דיש לו תקנה שיחתוך הבשר שכבר נמלח ומה שנשאר בקרח אחר ההפשר ימלחנו שנית דהרי אחר שנמלח כדינו א"צ לחזור ולמלוח אף אחר שנחתך וא"כ אותו שכבר נמלח יחתוך ואותו שמלא קרח ימלחנו שנית אחר ההדחה כדינו ועיין שו"ת הר הכרמל מ"ש בזה ולפמ"ש יצאנו גם ידי חששא שלו ע"ש כי אינו לפני כעת וצ"ע לדינא. ודרך אגב אזכיר מה שראיתי ברשב"א בחידושיו לחולין דף צ"ג גבי חוטי יד אסורין שלאחר כל אריכות דבריו כתב וז"ל ויש לדקדק אם צריך לבדוק אם יצא כל הדם מן החוטין

אע"פ שנצלה היטב דכיון שהוחזק הו"ל כבהמה בחייה דאמרינן לעיל שהיא בחזקת איסור עד שיוודע לך במה נשחטה וכן נמי החוטין שהוחזקו באיסור וי"ל דכיון שנצלה הבשר עד שאפשר לצאת דם החוטין באותה צלי באומד יפה תו לא צריך אלא חזקה על הדם שיצא בשיעור צליה שאם אין אתה אומר כן בשר במליחה איך מותר בקדירה דלמא עדיין לא יפלט דמו ופירש הוא לתוך הקדירה אלא שנסמוך על שיעור מליחה שמוציא את הדם ה"נ חזקה על שיעור צלייה שמוציא דם החוטין עכ"ל והוא תמיה לפענ"ד. והנה בגוף הקושיא דהוא בחזקת איסור לכאורה הא קודם שנצלה הו"ל דם אברים שלא פירש ולא הי' בחזקת איסור וצ"ל דלשיטתו אזל שכתב שם שהדם שבחוטין שהוא כנוס ל"ש דם שלא פירש וכן השתמש שם בכל הסוגיא בסברא זו אבל לא ברירא בעיני'. אמנם מ"ש ראיה מבשר במליחה בזה תמוה דשם לא אתחזיק איסור קודם שנמלח דהא הו"ל דם אברים שלא פירש ורק ע"י המליחה פירש שוב אמרינן ממנ"פ שפעל המליחה להוציא ומה שנשאר לא פירש כלל ובר"ן באלפסי פכ"ה גבי דגים ועופות מבואר בהדיא שאין המלח מוציא רק מה שע"פ שטח הבשר ולא יותר והנותר אינו פורש כלל ושרי ובכו"פ השתמש בדברי הר"ן בהלכות מליחה כ"פ ולא הזכיר דברי הרשב"א אלו וצע"ג. ודרך אגב אבאר מה שנשאלתי בשנת תרי"ז בעת שהעתקתי אהלי מחוץ לעיר בי"ז שבט בעת שנתקבלתי לאב"ד פה לבוב והי' מתאספים לאהלי הרבה אנשים ונשאלתי ששני רגלים כשרים מלגו בתוך כ"ר רותח עומד על האש ואח"כ לקחו רגל שלא הי' כשר עוד ומלגו אותו ג"כ בכ"ר הלז והנה הסירו תיכף הרגל מן הכ"ר והוריתי דאותו הרגל טריפה שנתבשל בלי מליחה אבל השאר אינו אוסר ואבאר הטעם דהנה כ"ר כאן עדיף מכ"ש דדם שבשלו אינו רק מדרבנן וא"כ כל שיש ספק אם יש ששים נגד הרגל כשר וגם אמרתי דכל שלא נשתהה במים הרותחין אינו מקרי יד סולדת בו דבעי שתהי' יד סולדת בגוף החתיכה כמ"ש המנחת יעקב כלל ב' ס"ק ה' דבר חדש ובפרמ"ג סי' ס"ט ס"ק מ"ד בשפ"ד הביאו ע"ש שחלק עליו אבל לא הביא ראיה וא"כ עכ"פ בספק יש לסמוך ע"ז ובאמת בנ"ד לפענ"ד יש להקל יותר דהרי קי"ל ביורה רותחת דמבלע בלע מפלט לא פלט א"כ ניהו שאין אנו בקיאין בין רותח לגמרי ובין שנח מרתיחתו ועיין בסי' צ"ב ועיין במשבצות שם ס"ק ב' אבל עכ"פ מידי ספק לא יצא ושוב הו"ל דם שבשלו דרבנן וא"כ ממנ"פ אם לא נח מרתיחתו שוב לא פלט ואם נח מרתיחתו שוב נתבשל בתוכו ואינו רק ספק דרבנן דלא ידענו כמה נפיק מיניה והרי רק מעט יצא ממנו שהרי לא נשתהה ופשיטא דיש להתיר השאר דאף דחתיכה נעשה נבלה הא אינו רק דרבנן

ואף דגם בדרבנן אמרינן חתיכה כ"כ ועיין ש"ך סי' כ"ב מ"מ בכה"ג יש להקל דהו"ל ספק דרבנן ודו"ק:

סימן קצ

א לאחד מהלמדים להועיל ני'.

ב מה שהקשה על הרשב"א שנסתפק בחידושיו לשבועות אם בכלי שאינו שו"פ יוכל לקדש בו כמו דקונין בכלי שאין בו שו"פ וע"ז הקשה מעלתו מהא דאמרו בקידושין דף מ"ח התקדשי לי בכוס זה תני חדא בו ובמה שבתוכו ופירש"י דמצטרפו שניהם לשו"פ הרי דאף בכלי בעי שו"פ.

ג לפענ"ד אין מזה ראיה דשאני התם דאם נימא דרצה לקדש בו ובמה שבתוכו וא"כ הו"ל כמקדש במלוה ופרוטה למ"ד דעתו אמלוה וה"נ אף דיכול להתקדש בכלי לבד כל שרצה לקדש בו ובמה שבתוכו צ"ל בו ובמה שבתוכו ואין ראיה מזה. אך בגוף הדין תמהני דהדבר מבואר ברישׁ קידושין בהא דאמרו אשה בפחות משו"פ לא מקדשה נפשה וחליפין אתנהו בפחות משו"פ ופירש הר"ן דסלקא דעתי' כיון דחליפין איתא בכלי וכלי מהני אף בפחות משו"פ דאמרינן לגבי שבועה יצאו מחטין לכ"ש וע"ז משני דאשה בפחות משו"פ לא מקניא אף בכלי ע"ש הרי מבואר דל"מ ומצאתי בקצה"ח סימן פ"ח שהביא ספיקו של הרשב"א (דמ"ש פרק כל הנשבעין הוא ט"ס שהוא בפרק ששי גבי שתי כסף) והביא ראיה מהש"ס הלז ותמהני שלא הזכיר שכבר קדמו הר"ן בזה ע"ש. וראיתי בספר נתיבות המשפט לשארי הגאון שכתב על דברת קצות החושן הנ"ל דאין זה ראיה דהרי בק"ס מועיל אף תפס מקצת הכלי דכמאן דפסק דמי והרי לענין הודאה וקידושין ודאי ל"מ מקצת הכלי וע"כ דל"ד לחליפין דבקידושין והודאה בעינן כלי חשוב דוקא ע"ש ובמחכת"ה לא נזכר מדברי הר"ן הנ"ל שכתב בהדיא דס"ד דחליפין מתורת כסף קונה ואף דאתנייהו בפחות מש"פ אפ"ה כיון דכלי הוא ודבר המסויים דבר חשוב הוא אעפ"י שאינו שו"פ ומתורת כסף הוא וע"ז חידש הש"ס כיון דאנן סהדי דאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה אף שהוא כלי שלם ע"כ דחליפין אינו בכלל כי יקח דא"כ הי' מועיל אף בפחות משו"פ וזה אי אפשר ע"ש הרי בהדיא דראיה ברורה משם דאינו מועיל אף בכלי כל שאינו שו"פ דאל"כ אכתי משכחת לה בתורת חליפין ובכלי חשוב ותפוס כל הכלי וז"ב. ומהתימה אף למה שלא זכרו דברי הר"ן היה להם להרגיש דכן מבואר ברש"י שם שכתב בד"ה לא מקניא נפשה דגנאי היא לה לכך בטיל לה לתורת חליפין בקידושין ואפילו בכלי שיש בו שו"פ אי יהיב לה בלשון חליפין עד דיהיב לה בתורת לשון קנין ולדברי הרשב"א למה נקט רש"י כלי שיש בו שו"פ הא בכלי יכול

לקנות אף באין בו שו"פ אם מתורת חליפין ואם מתורת כסף כיון דבכלי סגי לענין הודאה אף בפחות משו"פ וע"כ דגם בכלי בעינן שו"פ וגם התוס' מסכימים לזה רק שנחלקו על פירש"י שפירש משום גנאי רק דבפחות משו"פ לא מקרי כסף והמקשה ס"ד דהוא מתורת כסף ע"ש:

ד והנה לכאורה צ"ב דבס"ד דפירשו התוס' והר"ן דהא דחליפין מתורת כסף קונה א"כ איך מצינו לחליפין שתקנה בעכו"ם והרי לר"ת חליפין קונין בעכו"ם וכמ"ש שם באורך והא הרי משיכה קונה בנכרי דפסק כר"י דישראל בכסף ונכרי במשיכה וא"כ איך מועיל חליפין בעכו"ם דמתורת כסף הוא וצ"ל כיון דר"ת יליף מהא דאמרו מכסף מקנתו דבתורת כסף נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ומה ניהו חליפין ומשמע הא שאר דבר נקנה בחליפין וכיון דאף לר"ת דס"ל דמשיכה בנכרי קונה מ"מ בע"ע ודאי דקונה בכסף דכן פירש ר"ת הא דאמרו בקידושין דף י"ד דכל קנינו של נכרי בכסף היינו בעבד שגם עכו"ם קונה בכסף ולפ"ז שפיר כ' בתוס' דחליפין קונין בו דהרי ילפינן מכסף מקנתו דבשאר דברים קונה גם עכו"ם בחליפין אף דהוא מתורת כסף או עכ"פ דומה לכסף דמשיכה ודאי אינו דומה לחליפין ואדרבא לפירוש התוס' ניחא טפי דמה שממעט מכסף מקנתו דנקנה בכסף ולא בתורת חליפין הא שאר דברים נקנין בחליפין ולכאורה לא נודע היאך משמע כן דלמא בשאר דבר אינו נקנה בחליפין וכבר התפלא בזה הש"ך בחו"מ סי' קכ"ג ודחה דברי ר"ת ולפמ"ש אתי שפיר דלר"ת דמפרש דלישראל בחדא ולנכרי בחדא והיינו דנכרי קונה במשיכה ואם כן חליפין דאף לפי המסקנא דהוא קנין אחר ואינו תורת כסף עכ"פ דומה לכסף דבחליפין ודאי עכ"פ משיכה ליתא:

ה ובזה נראה לפענ"ד מ"ש התוס' דהיה יכול ר"ת לשלוח הרשאה ע"י נכרי והי' מקנה בחליפין. והדבר יפלא דלמה נקטו דוקא שהיה עושה הרשאה ע"י חליפין ואף דמעשה שהי' כך הי' אבל למה להם לבאר זאת. ולפמ"ש יש לומר דבאמת בנכרי עיקר קנינו במשיכה ורק דחליפין דהוא קנין נוסף דקונה בשניהם נראה לפענ"ד דדוקא במקום שאין לו מה למשוך הוא דחידש ר"ת דמועיל חליפין מידי דהוה אאם אין לו מה למשוך דקונה בכסף וא"כ בהרשאה דלא שייך כסף חליפין במקום כסף אבל בדבר דשייך משיכה ל"מ חליפין כלל ובשדה עפרון דלא שייך משיכה שייך חליפין ומועיל כמו כסף אבל כל ששייך משיכה ל"מ חליפין וז"ב ובזה מיושב היטב קושית הש"ך דא"כ בהנך סבוייתא אמאי לא אמר רב דלקני בחליפין ולפמ"ש אתי שפיר דשם רב אשי דמביא מהך דרב דשם יש מקום למשוך ואם כן שפיר מוכח דאין משיכה בנכרי קונה דאל"כ הי' מועיל משיכה ושוב כיון דיש מה למשוך ל"מ חליפין בעכו"ם וגם מה שמקשה מבכור דנחלקו

הפוסקים אי קונה בכסף או משיכה למה לא יקנה בחליפין ולפמ"ש אתי שפיר דכל דיש לו מה למשוך ל"מ חליפין ודוק. ובזה נסתר גם הראיה משו"ת מהר"מ מינץ סי' ה' דהוא קאי לענין בכור ושפיר כתב דל"מ חליפין בנכרי ותדע דאל"כ תמי' גדולה על מהר"מ מינץ שהביא כן בפשיטות ולא הזכיר כלל דברי ר"ת דמועיל חליפין בעכו"ם ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. ועכ"פ מ"ש הדגול מרבבה סי' תמ"ח דיש מקום למכור חמץ ע"י חליפין דמועיל בעכו"ם ולפמ"ש מה שלא נשתמשו הפוסקים בזה משום דכל שיש מקום למשוך ל"מ חליפין בעכו"ם וע"כ נראה מה שהאריך הקצה"ח סי' קצ"ד דא"י למשוך כל חביות וחביות היאך נעשה במכירתו ולפמ"ש י"ל דאולי במקום שקשה למשוך הו"ל כאין לו מה למשוך דמועיל חליפין. אך חלילה להקל בזה מאחר שהוא דבר חדש ויש לצרף לסניף כגון שהוא בספינה החמץ וא"א לו למשוך או שהוא מוסגר ביד המושל כעובדא שבא לידי ששר המרינה עשה בעשלאג על י"ש של ישראל והי' החמץ בפסח ביד השר ובכה"ג יש מקום להקל על ידי חליפין ודוק ולפי"ז לשיטת רש"י יש לומר כיון דנכרי בכסף שוב אין חליפין קונין דכל שיש לו קנין כסף א"צ לחליפין ודוק. ובגוף ראיית הקצה"ח לדעת הרשב"א הנ"ל נראה לפענ"ד לדחות דבאמת כל טעמו של הרשב"א הנ"ל הוא משום דכלי לפי שמלאכתו חשוב הוה כשוה פרוטה אם כן שפיר קאמר בש"ס דחליפין הוה בפחות משו"פ ואשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה דלא שייך לומר דהא חליפין כגון בכלי מועיל גם בקדושי אשה דזה אינו דהרי כל הטעם דמועיל בקדושי אשה הוא משום דראוי למלאכתו וחשוב כפרוטה ויתר משו"פ וא"כ עכ"פ פחות משו"פ לא מקניא נפשה אבל חליפין איתנהו בפחות משו"פ ואף שבאמת מלאכתו אינו חשוב שו"פ אפ"ה שייך חליפין בגוה וכמו בתפס במקצת כלי דבחליפין לא בעינן שווי ממון כלל רק כלי וז"ב מאד. ובזה מיושב קושית הקצה"ח מהא דאמרו בקדושין דף י"ג כי תניא האי בחליפין דתניא קונין בכלי אעפ"י שאין בו שו"פ הרי דדוקא בחליפין מועיל משא"כ בשאר דברים ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהכלי אין בו שו"פ א"כ רק לענין חליפין מקרי כלי לא לענין קדושין ובזה יש ליישב גם קושית מעלתו ועיין באבני מלואים סי' ל"א מ"ש ראיה מציפתא דאסא דהוה כלי ולפמ"ש אתי שפיר. ובזה יש ליישב מה דקי"ל בהא דחשיב במשנה בב"מ דף נ"ה חמשה פרוטות הודאה וקידושי אשה וקשה היאך תני להו בהדדי והא בהודאה דוקא במעות הוא פרוטה ובכלי סגי בכ"ש ובקידושין בעינן שו"פ אף בכלי ולפמ"ש אתי שפיר דגם בהודאה בעינן שיהיה הכלי ראוי למלאכתו דשו"פ וא"כ הו"ל שו"פ. והנה לכאורה קשה לי לפרש"י דחליפין אתנהו בפחות משו"פ וקידושי אשה לתנהו בפחות משו"פ היינו משום דגנאי היא לה אבל אם רצתה היתה

מקודשת דבקפידתה תליא מלתא אם כן יקשה קושית התוס' בגיטין דף י"ב דאמאי לא תני גם המקדיש בכלל חמש פרוטות ול"ש תירוצם דאין דעתו להקדיש פחות משו"פ אבל אם רצה הי' רשאי דגם בקידושין הוא כן דרק מקפדת על שו"פ ואם רצתה היתה מתקדשת גם בפחות משו"פ ואפ"ה תני לה וצ"ע. ומדי דברי זכור אזכור במ"ש בב"ק דף ק"ו ע"ב אין בו למשמרת יהויריב ויש בו למשמרת יהודעה ונסתפקתי אם יוכל משמרת בכה"ג לומר לדידן שוה לנו כגון אם יתן להם שו"פ פירות וכדומה דהרי הר"ן כתב בפ"ק דקידושין דלענין לעשות ממון מה שאינו ממון ל"ש לדידן שוה לנו וכאן אינו מגיע לכל אחד שו"פ או דלמא כיון דבכללות הוה ממון שוב יוכלו לומר לדידן שוה ולפ"ז יקשה מה קאמר שם דלא חזי לי' לידעי' והא חזי לי' ע"י שיאמרו לדידן שוה לנו וצ"ע בזה. אך נראה דסברת לדידי שוה לי הוה כאילו מחל לו וקיבל זאת בדמים שיהי' ראוי לקבל ולפ"ז זהו בכל ממון דעיקר הקפידא הוא בשביל המקבל אבל כאן דבעינן כפרה וכבר כתבו התוס' שם דבכסף כפרה לא מועיל מחילה ובתשובה הארכתי משום דהתורה רצתה בכפרתו של זה והיאך ימחול כפרתו של זה ודלא כהפ"י שם ולפ"ז גם לדידי שוה לי לא שייך בזה דמה מהני מה שהכהן מוחל סוף סוף לא קבל דמים ולא נתכפר לזה וז"ב לדעתי.

ו ובזה מיושב היטב מה שהקשה הנוב"י חלק או"ח סי' כ' במ"ש שם דנ"מ לחמץ שעבר עליו הפסח דאי אמרת מקבלי מתנה נינהו מתנה אמר רחמנא דניתב להו והא לא יהיב להו והקשה הא לפי מה שחידש שם החמץ מותר להו ואמאי חשיב עפרא ולפמ"ש אתי שפיר כיון דמתנה קריא רחמנא וצריך למיתב להו והוא לא יהיב מידי אף שהם מקבלים הם מקבלים מהפקר והרי מחילה ל"מ בכפרה מכ"ש אם נותן דבר שאינו שוה לו כלום וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב קושית המלמ"ל פ"ג מגזילה לשיטת הרא"ש דבנשבע א"י לומר הרי שלך לפניך דהשבה מעליא בעינן ואם כן גם אם יורשים הם היאך יכול לומר הש"ל הא בגזל הגר ולכהנים ע"כ בנשבע מיירי ואיך יכול לומר הש"ל ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דאם יורשים הם אם כן לא אכפת לן מצדו ורק מצדם דהם יורשים והם יורשים ממון מעליא דלדידהו החמץ מותר וז"ב מאד ודוק. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו היאך אמר רבא דאם אין בו שו"פ לכ"א יוצא ע"כ דמקבלי מתנות הוו דאילו יורשין אמאי לא יצאו ולפמ"ש אתי שפיר דשם שפיר לא יצא אף ביורשין דבעינן השבה מעליא לכל אחד מהיורשים והרי אינו מגיע לכל אחד בפרוטה וכמ"ש בקדמונים בשיטה שם וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה המלמ"ל פ"ג מגזילה דברי הרמב"ם אהדדי דבפ"ח כתב דאלו הי' קיים אומר לו הרי שלך לפניך והרי בפ"ג כתב דבנשבע אין אומר

הש"ל ולפמ"ש אתי שפיר דלהגר עצמו הי' יכול להחזיר ואומר לו הש"ל דלדידיה שוה לי' כמ"ש הנוב"י וגם דהוא משיב כאשר גזל משא"כ בכהנים דבעינן דניתיב לי' מתנה ומצדו לא הוה שוה כלום וז"ב ודוק:

ז איברא דלפ"ז בפדיון הבן לא הי' מועיל לדידי שוה לי דהרי כל ענין לדידי שוה לי היינו שמוחל לו ומוותר כנגדו ומחשיב זה הדבר בשוויו אף שאינו שוה ולפ"ז בפדיון הבן ניהו דיכול לתנו לו אח"כ בחזרה אבל מכל מקום צריך להיות נתינה חמש סלעים וכל שאינו שוה היאך יארע ששוה הא מכל מקום לא יתן לו חמש סלעים ול"מ מחילתו רק אחר שנתן לו ואף במתנה עמ"ל צריך שיגמור בלבו לשם מתנה כמבואר ביו"ד סי' ש"ה ס"ח וכעין זה כתב הר"ן דבפחות משו"פ לא שייך לדידי שוה לי דא"י לעשות דבר שאינו שוה ממון שיהי' שוה ממון אם כן גם כאן דחמש סלעים בעינן אם כן מה מועיל מה שאומר לדידי שוה לי הא מכל מקום אין כאן חמש סלעים (ועיין תוס' קידושין דף ח' ד"ה אבל) ומכאן ראיה ברורה לשיטת הרמב"ם דצ"ל שהכלי ישוה לאחד עכ"פ חמש סלעים ושפיר יוכל לומר לדידי שוה לי וכמבואר ס"ה שם והב"י והב"ח והט"ז נדחקו בטעמו ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. והנה בהא דמקדש בתמרה דחוששין שמא שו"פ במדי כתב הר"ן דהוה קידושי תורה כיון שהיא נתרצת' בהן ושו"פ באיזה מקום ואילו ידעו העדים שדרכה לתת פרוטה באותו דבר הו"ל כאלו אמרה לדידי שוה לי כדאמרו לגבי ה' סלעים של פדיון הבן ולכאורה תמוה דהא בפחות משו"פ לא אמרינן כן וצ"ל דדוקא היכא שאינו שוה בשום מקום פרוטה הוא דלא אמרינן לדידי שו"פ משא"כ כאן דחיישינן שמא שו"פ במקום אחר א"כ הוה כאלו אמרה לדידי שוה לי באותו מקום כאלו הייתי במדי וזה יכולה לומר ודוק היטב. ובגוף הדין לענין כלי אי הוה פחות משו"פ כפרוטה לענין קידושין עיין קדושין ח' דקאמר ל"מ קאמר ל"מ כסף דאי אית בה שו"פ אין אי לא לא אלא אף תבואה וכלים אימא מדמקרבא הנייתה גמרה ומקני נפשה קמ"ל הרי דבפחות משו"פ לא חשיב כסף אף בכלים וחליפין שאני דעכ"פ בכלל נעל הוא שהרי הוא דבר מסוים ודוק ועיין באהע"ז סי' כ"ט ס"ט ובח"מ סקח"י שהקשה למה לא כתב בכלי ג"כ הך דינא אי שו"פ ולפמ"ש יש לומר דהמחבר מלתא פסיקא נקט דבכלי דעת הרשב"א דא"צ שתהי' שו"פ ולכך סתם הדברים וכתב לענין מה שבתוכו דבעי שו"פ לכ"ע ודוק ועיין אבני מלואים סי' ל"א ס"ק ז' שהקשה דלדעת הר"ן דכיון דשו"פ במקום אחר הו"ל כאילו אומרת לדידי שוה לי ואם כן תינח בשו"פ דלא הוה קידושי ודאי בפחות משו"פ דלא שייך לדידי שוה לי כל שאין לו שווי ממון משא"כ בשוה דינר יקשה דא"כ אף בפחות משוה דינר הא ממון הקל לחמור שייך לדידי שוה

לי דמה בכך דהוה ספק אם שוה דינר מכל מקום תתקדש ע"ש שהניח בקושיא ולפענ"ד אין מקום לקושיתו דהרי הא דהוה כאומרת לדידי שוה אף שלא אמרה בפירוש כתב הא"מ משום דאשה לא מקניא בפחות משו"פ ומקפדת שלא תתקדש בפחות משו"פ הוה כאלו אומרת בפירוש לדידי שוה לי ולפ"ז זה שייך בפחות משו"פ אבל בשוה דינר דלכל הטעמים שאמרו בדף י"א דאינה מקודשת לב"ש בפחות מדינר א"כ לא שייך לדידי שוה לי דהא לא אמרה בפירוש ובפרט אם הי' ע"י שליח או בלילה וכדומה וא"כ שפיר צריך שיהי' שוה דינר וז"ב ופשוט ודוק היטב ועיין מ"ש על הגליון הב"ש שם דדבריו קצת סותרים למ"ש בעצמו גבי לדידי שוה לי בפדיון הבן ויש לחלק וצ"ע. והנה במ"ש בדף י"ב לאו משום דסבירא דשמואל אלא משום דסבירא להו כאביי ורבא ולכאורה הא אנן קי"ל כשמואל ולמה לא חששו לדשמואל. ולפענ"ד נראה עפמ"ש התוס' שם כע"א ד"ה רב חסדא דל"מ לשנויי הא בקידושי ודאי דמיירי שקדשה אחיו ועיין מהרש"א שביאר משום דא"א בע"א לכך ל"ח. ואני הוספתי כיון דחשש שמא שו"פ במדי אינו רק דרבנן כל דאי אפשר בענין אחר ולאסרה על כלם לא חשו רבנן ולפ"ז לכך לא חשו אביי ורבא גם כן לדשמואל ועיין ח"מ ס"ק י"א מה דהקשה על הרמ"ה שכתב דהולד כשר ואם כן איך אמרו ולא משום דס"ל כשמואל אלא משום דס"ל כאביי ורבא וקשה הא אף לשמואל הולד כשר וגם הב"ש הקשה כן ולא זכיתי להבין דהא שם מיירי שקדשה אחיו וא"כ עכ"פ הו"ל גרושת אחיו מדרבנן ואין הולד כשר ודוק. ובגוף קושית התוס' אמאי לא משני הא לקידושי ודאי נראה לפענ"ד דהנה בתוס' דף ט' הקשו בד"ה והלכתא דבאבני כוחל' הא באבנים יש לטעות וכתב דאבני כוחלא לא דמי לשאר אבנים טובות וידוע שויו ע"ש ולפ"ז צריך ביאור היאך פריך ואי לא שו"פ לא והאמר שמואל חיישינן ומה קושיא כיון דיש חשש שמא שו"פ במקום אחר א"כ שוב לא ידוע שויו וצ"ל דניהו דחיישינן מדרבנן שמא שו"פ במקום אחר אבל מכל מקום נודע שויו ואין עשוי לטעות בזה דהא באמת אין להקדש אלא מקומו ושעתו ותדע דהרי שמואל גופא דאמר חיישינן שמא שו"פ במדי ע"כ דלא נודע שוי' ואפ"ה חיישינן לקידושין. מיהו יש לומר דבאמת ס"ל לשמואל דלא בעי שומא אבל לר"ח דשמו ליה אי שוה פרוטה וע"כ משום דס"ל הך דצריך שומא ולכך יתיב וקמשער והיינו דבכה"ג סמכא דעתא וא"כ ע"כ לא ס"ל לדשמואל דאם היה ס"ל דשמואל שוב אדרבא לא היתה מקודשת דהא צריך שומא ויש לפקפק בזה. והנה הר"ן כתב דשיטת הרמב"ם דאם שמו אח"כ ושו"פ סגי והב"ש חולק בזה ע"ש ס"ק א' ובאמת לשיטת הר"ן היה מקום ליישב קושית התוס' דבאבנא דכוחלא לא הוה שומתו ידוע דהרי שמו אחר כך. אך נראה דמכל מקום צ"ע דהא כל שכבר קידש

אחר בשו"פ ודאי פשיטא דל"מ שומא אח"כ להתקדש אח"כ להראשון ובפרט דהרי באמת צריך לקדשה מחדש והי' צריך ליקח ממנה הקידושין לקדשה מחדש באמירה רק דהוה כשדך וכמ"ש הב"ש סי' ל"א ס"ק א' בשם הרשב"א ולפ"ז כל שקדשה אחר שוב אפסקי' בודאי ואם כן צריך לקדשה מחדש וכבר חלו קידושי שני ואם כן שפיר הקשו התוס' והוצרכו לחדש דאבני כוחלא ל"ד לאבנים טובות ודוק:

ח והנה הוגד לי קושיא בשם ח"א מדאברמיל שהקשה בהא דפלפלו התוס' מנ"ל דשוה כסף ככסף בקידושין וע"ז הקשה הא מקרא מלא הוא אשר ארסתי לי במאה ערלות פלשתים. ולא קשה מידי לפענ"ד דכל הטעם דשוה כסף אינו ככסף הוא רק בשביל דאינו מידי דיש בו הנאה כ"כ וכל אדם חפץ יותר בכסף שיוכל לקנות כל דברים דחריפא זביני ולפ"ז זה דוקא בדבר דשוה כסף ואין לו חפץ באותו דבר רק שע"י יוכל להגיע לכסף אבל שם דעיקר רצונו היה שיהרוג הפלשתים א"כ זה הוה כסף ממש דלא רצה שיגיע לו איזה דבר רק דזה כסף ממש ועיין בקצה"ח סי' ס"א דזה היה מתורת שכירות ששכר לעשות לו מלאכה זו ובזה בודאי שוה כסף ככסף:

סימן קצא

א לחכם אחד משכיל ושנון בענין אם מטבע לא בטל מה"ת.

ב ע"ד אשר הארכת בענין מטבע אם לא בטל מן התורה והבאת דברי המלמ"ל פ"ז ממעילה שהאריך בזה הוא ואחוזת מרעהו הרב מוהר"י אלפנדרי ז"ל. הנה בחידושי ליו"ד סי' ק' הארכתי בזה. אך כעת מצאתי מקום לענות בו מהא דאמרו בתמורה דף ט"ו ע"ב אלא ה"ט דאין הציבור מתים דהרי שעירי רגלים וראשי חדשים דאמר רחמנא אייתינהו מתרומת הלשכה ודלמא מייתו מרייהו דהני זוזי אלא לאו שאני ציבור דלא מתו וקשה ניהו דחיישינן שמא מתו אבל מ"מ הא עכ"פ נשאר הרוב עפ"י דרך הטבע וא"כ בטל הנהו זוזי דמרייהו דמתו ברוב הזוזים של הציבור שחיים וקיימים ושפיר לא מקרי חטאת שמתו בעלי' וע"כ דזוזי לא בטלי דמטבע חשוב ולא בטל ודוחק לומר דזה באמת כוונת הש"ס דאין הציבור מתים דהיינו שנשאר הרוב ובטל המעות דמלבד דפשטת הלשון אינו מורה ע"ז אף גם דזה אינו ענין לאין הציבור מתים דזה נוכל לראות בחוש אם נשאר הרוב וגם דלפ"ז מה ראיה מייתי למה שאמר ר"פ ליישב הא דהביאו על עכו"ם שעבדו בימי צדקיהו והא שם להס"ד יש לומר דמיעוטא נשאר כדפריך אח"כ ודלמא מיעוטא הי' ע"ש וע"כ דמעות לא בטל. ואולי יש לומר דהכי פריך דלמא כל המעות שלוקחין של אותן אנשים שמתו אבל גם זה דוחק דסוף סוף כבר נבטל ברוב. אמנם נראה דלפי מה דכתב הר"ן בנדרים דף נ"ב דהיתר בהיתר לא בטל א"כ כל זמן שלא מתו

הבעלים הי' היתר בהיתר ולא בטל ואימתי בטל בשעה שמתו וקנו השעירים של רגלים ור"ח וע"ז שפיר חיישינן שמא קנו מכל המעות של אותן שמתו ולא נתבטלו עד הנה וזה דפריך הש"ס ודלמא מתו מרייהו דהני זוזי והיינו דאותן הזוזים הן של אותן שמתו ולא שייך ביטול. ובזה יש ליישב גם ראיית הרב מוהר"י אלפנדרי מהא דאמרו דהכהנים דורשין מקרא זה לעצמם דכל מנחת כהן כליל והקשה הא שקלי כהנים בטל ברוב שקלי ישראל ע"ש ולפמ"ש יש לומר דהיתר בהיתר לא בטל וא"כ עד הנה לא נתבטל ושמא לוקחין ממעות שלהם הלחם הפנים ולא נתבטל. ובלא"ה יש לומר בישוב הקושיות הנ"ל דבאמת כבר אמרו בביצה דף ל"ח דממונא לא בטל ולפ"ז כל זמן שלא נאסר לא שייך ביטול בממון וא"כ כל עוד שלא לקחו הלחם הפנים וכן טרם שמתו מרייהו דהני זוזי ממונא לא בטל ורק אח"כ כשנאסר יש לומר דממונא בטל ועיין מהרש"א בביצה שם וא"כ שם בחטאת שמתו בעליה שפיר מקשה כיון דלמיתה אזלא א"כ מה מועיל מה שנתבטל אח"כ והוה כמו שהפקירו הבעלים הא אף יורשים אינם מקריבין חטאת אביהם אף שירשו כח אביהם ולמיתה אזלי והיאך יועיל ביטול וז"ב וגם שם בכהנים שפיר אמרו הא מנחת כהן לא נאכל ואי דבטל ברוב הא ממונא לא בטל ורק דממונא דאיסור בטל והיינו משום דנעשה הפקר והא כאן לא שייך הפקר בדבר שהם עצמם אוכלין וז"ב ודו"ק. ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית באר שבע בחידושיו להוריות וא"ו שהקשה בהא דאמרו שם מנ"ל לר"פ הא שאין הציבור מתים והקשה למה לא אמר מזה גופא דהרי הביאו על עכו"ם שבימי צדקיהו הא כבר מתו וע"כ שאין חטאת ציבור מתה ע"ש שהאריך והניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שם יש לומר כיון דמסיק הש"ס דהי' רוב שפיר בטל דהכהנים הקריבו בשביל הרוב משא"כ התם דהמיעוט עכ"פ מתו ול"מ ביטול ברוב וכמ"ש ודו"ק. אך עדיין קשה דמה ראיה מייתי הש"ס משעירי רגלים ור"ח והא אינו רק ספק דלמא מתו וכדאמרו בהוריות שם בהדיא וגם בתמורה אמר לשון ודלמא וכיון שאינו רק ספק והרי מה שחטאת שמתו בעליה למיתה אזלא אינו רק הל"מ ובהל"מ ספיקו להקל כמבואר בב"י יו"ד סי' רצ"ד דכל הל"מ ספיקו להקל לשיטת הרמב"ם ועיין בכללי הס"ס למנחת יעקב. ובלא"ה קשה לי דלמה לא נעמידו על חזקת חי כדאמרו בגיטין דף כ"ח דמקריב עליו בחזקת שהוא חי וצ"ע בכ"ז:

ג והנה מדי דברי זכור אזכור מה דקשה לי טובא בהא דאמר הש"ס בתמורה דף ט"ז ע"ב ארבעה ניתנו להם והעמידום על חמש ואס"ד בציבור הנך מי אתנהו בציבור ע"ש ולמה לא מקשה בפשיטות דבציבור אין מביאין עוף כלל כמ"ש בת"כ דיחיד מביא עוף ואין הציבור מביאין עוף וכן פסק הרמב"ם הלכות מעשה הקרבנות פ"א ה"ב וא"כ הרי סתמא

אמרו הלכתא דחטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא אף בעוף כמו דאמרו לענין יולדת שמתה שאין יורשיה מביאין חטאתה משום דלמיתה אזלא ובציבור ליתא לזה והיא קושיא גדולה והאיר ד' עיני ומצאתי ברש"י בנזיר דף כ"א ע"ב שכתב דהא דחטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא הוא דוקא בבהמה ולא בעוף ולא נודע מאין לו זאת ואולי דמכאן יצא לו זאת דאל"כ למה נסתפקו אם שייך גם בציבור וראיתי בשעה"מ פ"א מפהמ"ק שהאריך בדברי רש"י אלו שהם תמוהין ותמהני שלא הזכיר מכאן שמבואר כשיטת רש"י ולפ"ז יש לומר דזה תלוי אם אמרינן סתם דהי' הל"מ על כל חמש חטאות שפיר מוכח מציבור דאינו נוהג בעוף אבל אם נימא דלא הי' הלכה רק ביחיד ולא בציבור אינו מוכח דלא נהג בעוף וע"כ צ"ל דרש"י בנזיר קאי אליבא דר"י דאמר דגם בציבור תמות שוב ממילא לא נהוג בעוף אבל לדידן יש לומר דגם בעוף הי' הל"מ וכמ"ש ומיושב תמיהות השעה"מ על רש"י ע"ש ודו"ק. ובלא"ה יש לומר דלפמ"ש השעה"מ בשם גליון תוס' מנחות כת"י דדוקא היכא דהוא לכפרה אז בעוף לא אזלא למיתה משא"כ היכא דמכשיר ולכך חטאת יולדת דאתי להכשיר ולא לכפרה שהרי לא חטאה לכך לא יביאו יורשים חטאתה ולכך שם דאזל רש"י אליבא דר"א הקפר דהא דמביאה קרבן בשביל כפרה שציערה עצמה מן היין שפיר יש לחלק בין חטאת בהמה לעוף דהואיל שהוא מכפר לא גמירי דלמיתה אזלא גבי עוף אבל לדידן דלא קיי"ל כר"א הקפר ולא אתיא לכפרה רק להכשר גם בעוף אזל למיתה וז"ב. אך אי קשיא הא קשיא הא אשם ליתא בציבור דציבור אינן מביאין אשם כדאמרו בתמורה דף י"ד וכן כתב הרמב"ם פ"א ממעה"ק שם וא"כ הא גמירי דכל שבחטאת מתה באשם תרעה והיאך שייך זאת הא לא משכחת בציבור אשם כלל ואיך ס"ד דהי' גם בציבור והא לא משכחת הכלל דכל שבחטאת מתה והיא קושיא גדולה. והנראה דמה דגמירי דכל שבחטאת מתה באשם רועה זה על הכלל נאמר וזה באמת לא יהי' בציבור רק ביחיד וז"ב. וראיתי להשעה"מ בהלכות מעה"ק פי"ד ה"ח שהקשה בשם הרב מוה' אפרים פישל דהיאך אפשר להסתפק על ולד חטאת אם היא אחת מחמש חטאות המתות הא כל שבחטאת מתה באשם רועה כדאמרו בתמורה דף י"ח והרי באשם לא משכחת ולד שמן הזכרים הוא בא ולפמ"ש אתי שפיר ג"כ דבאמת ל"צ שיהיה הכלל נהוג בכל מה שבחטאת מתה רק בשאר חטאות היכא דמשכחת בכה"ג באשם כמו תמורה ועברה שנתה ונתכפרו בעלי' מה שבחטאת מתה באשם רועה וז"פ וע"כ מוכרח לומר כן כמ"ש דאל"כ היאך נסתפקו אם שייך בציבור וכנ"ל ודו"ק. ובחידושי אמרתי ע"ד הפלפול בישוב קושית מהרא"ף הנ"ל דהנה בהא דאמרו בתמורה דף ט"ז ע"א דאי אתה יכול לומר ולד חטאת בציבור דהא אין חטאת נקבה בציבור וקשה

אם נימא דחוששין לזרע אב וגם לר"י דקי"ל כוותי' דאין חוששין לזרע אב איגו רק ספק וכדאמרו בחולין דף ע"ט ועיין בתוס' ובשבו"י שם וכן קי"ל ביו"ד סי' רצ"ז ע"ש וא"כ משכחת לה ולד חטאת שזה החטאת בא על נקבה וחוששין לזרע האב והו"ל ולד חטאת. אך זה אינו כיון דע"כ בא על מי שאינה חטאת דנקבה חטאת ציבור ליתא וא"כ הו"ל זה וזה גורם דמותר וכמ"ש התוס' ליישב בחולין דף נ"ח ע"א דאף דחוששין לזרע האב היינו במה דכל אחד בפ"ע שרי משא"כ באחד אסור ואחד מותר הו"ל זוז"ג:

ד וביאור הדבר נראה לפענ"ד לפמ"ש הר"ן פרק כל הצלמים דזה וזה גורם הוא מתורת ביטול ברוב והרי היתר בהיתר לא בטל וכמ"ש הר"ן בנדרים דף נ"ב וא"כ כל דכל אחד בפ"ע שרי לא שייך ביטול דהיתר בהיתר לא בטל וממילא לא שייך זה וזה גורם דהוה מטעם ביטול משא"כ כשאחד אסור אז שייך זוז"ג ובטל ויש ליישב בזה הרבה קושיות ואכ"מ ולפ"ז בשלמא שם בפרדות שפיר אמרינן דחוששין לזרע האב כיון דכל אחד מותר וגם כעת עדן היתר הוא להשתמש בה לבדה א"כ לא שייך זוז"ג אבל כאן דמצד האב הוא ולד חטאת ולמיתה אזלה הו"ל איסור בהיתר ושייך זוז"ג ובטל ושוב לא משכחת לה ולד חטאת וז"ב ולפ"ז באשם שפיר משכחת ולד באשם בזכר דשם דלרעי' אזל וכל שיפול בו מום יהי' מותר שוב לא שייך זוז"ג דהא לא גרע מדבר שיש לו מתירין דלא בטל מכ"ש בזה דכל שיש לו היתר ע"י מום שוב לא בטל ושפיר חוששין לזרע האב ודו"ק כי הוא חריף.

ה והא דפריך הש"ס בתמורה דף י"ז ע"ב אי דעולה זכר ולאו בר אולודי ולא אמרינן דחוששין לזרע האב היינו דזה שהוה קדש וחייב להביאו להקריבו הוה ג"כ כמו איסור והו"ל זוז"ג. ובזה מיושב הא דאמר שם אי דאשם הא לרעי' קאי והקשו בתוס' דהא אשם ג"כ מן הזכרים בא ולפמ"ש אתי שפיר דבאשם כיון דלרעי' קאי שוב משכחת לה גם בזכר וכמ"ש ודו"ק ולשיטת ר"ת שמביא התוס' שם וביתר ביאור בנזיר דף כ"ה דהל"מ הי' כל שבחטאת מתה באשם רועה פשיטא דמקרי היתר בהיתר דהא דהוה לרעי' אינו רק דרבנן ודו"ק. ודרך אגב אומר דמהא דאמר הש"ס ודלמא מיעוטא הוי לא מצית אמרת דכתיב ואין העם מכירים וכו' ומשמע דרובם הי' בא"י.

ו ומכאן אני אומר סייעתא לרמב"ן ותיובתא כלפי סנאה דהר"ן שכתב ריש מעילה להשיג על הרמב"ן שכתב דרוב ישראל הי' בעת ההוא בא"י בעת הרשם כורש לעלות והר"ן כתב דזה הי' מבבל אבל רוב היהודים הי' בח"ל וכפלי כפלים הי' בח"ל ע"ש ולדבריו קשה א"כ עדיין היאך הקריבו ודלמא אותן שבח"ל מתו והרי על עכו"ם שעבדו בימי צדקיהו הקריבו ודלמא אותן שבח"ל חטאו והם מתו כבר באותן השבעים שנה

והם הי' הרוב וע"כ דבא"י היה הרוב וא"ל דבימי צדקיהו הי' הרוב ג"כ בח"ל דזה אינו דבימי צדקיהו פשיטא דהי' רובם בא"י בעוד המקדש על מכונו וגבולו וצע"ג. ומדי דברי זכור אזכור מה דכתבו התוס' בפסחים דף צ' ע"ב ד"ה עד שיכלה שהקשו דהא המעות נתערב וכוונתם דהמעות גופא נתערבו שיש בהם מעות לחטאת ולעולה וא"כ יש בכל קן וקן מעות עולה וחטאת וא"כ היאך יביא מהן אח"כ עולה דהא אותן המעות הם שכבר נתקדשו להיות על חטאת ג"כ וכן להיפך והו"ל כמעות של עולה שנתערב במעות חטאת ועיין ברמב"ם פ"ד מפה"מ וז"פ. ולפי שראיתי בש"ס דפוס ווילנא שנדפס מחדש עם הגהות מהרב מוהר"א לנדא ז"ל בעהמה"ח יד המלך שכתב על דברי התוס' שלא הבין כוונתם שזה קושית הש"ס בעירובין דף ל"ז דמוקי שם כדר"ח וכו' וע"כ אין מקום לקושייתם ובמחכ"ת לא הבין כוונת התוס' דהש"ס קאי על שנתערבו הקינים גופייהו דשמא מה שמקריב לשם חטאת היתה עולה וכן להיפך וע"ז שפיר משני הש"ס דאין הקינים מתפרשים רק עפ"י הכהן אבל בתוס' שם קאי לענין המעות שהופרש וע"ז לא שייך תירוץ הש"ס ועיין יומא דף נ"ד ע"ב ולשדי ד' זוזי בנהרא ודברי התוס' פשוטים ודו"ק. וצ"ע במ"ש התוס' בסנהדרין דף פ' סד"ה בשור שהקשו דאמאי אמר ימותו לימא ירעו עד שיסתאבו ולכשיסתאבו יפדם וישחטם ויאכלו והיאך יפדם כיון דיש בתוכם שור הנסקל והרי מעות א"ה מעורב בזה ולא בטל. מיהו אינו קושיא דאינו תופס דמיו וצ"ע ולפמ"ש השעה"מ פ"ד מפהמ"ק דאף אם נימא דאין חטאת עוף מתה עכ"פ קריבה בודאי אינו ע"ש בסה"ד א"כ מיושב כל קושיות השעה"מ על רש"י בנזיר ודו"ק היטב ועיין בזבחים דף ע"א וימכרו ויביא בדמי היפה שבהן שפירש הרמב"ם בפיהמ"ש ובחבורו פ"י מפהמ"ק שצריך שימכור כל אחד לעצמו והטעם שאם ימכרם ביחד אכתי הדמים מעורבים ואסור שמא יחלף קדושה בקדושה וקשה דנימא דמטבע בטל ברוב ומיהו לפמ"ש המלמ"ל דלכתחלה אסור לערב שיתבטל ברוב א"ש:

ז והנה יש להסתפק היאך הדין בקרבן של שותפין ואחד מהם נשתמד אם יכולין להביא הקרבן ולא נפסל משום דיש בו מקצת שהם זבח רשעים תועבה ולכאורה יש לומר דהממון בטל ברוב אבל זה אינו דכיון דממעות השותפות זה הקרבן ואיך שייך בזה דבטל הממון הא סוף סוף יש להם חלק באותו קרבן וכעין שכתב המהרי"ט בראשונות סי' ד' דאין הדיין רשאי ליקח ממעות הציבור מאיש אחד שנדר ממנו הנאה דסוף סוף מגיע לו הנאה מזה ולענין זה לא שייך ביטול וה"ה כאן דעכ"פ הקרבן הוא משל שותפות וא"כ הוה ליה קרבן חסר. ובזה פירשתי מ"ש משה רבינו אל תפן אל מנחתם לא חמור אחד מהם נשאתי ובמדרש הובא ברש"י יודע אני שיש להם חלק בקרבנות ציבור אל

תפן אל מנחתם וקשה הא נתבטל ברוב ולפמ"ש א"ש דסוף סוף יש להם חלק בו ולזה ביקש שלא יפן אל מנחתם שהקב"ה היודע באיזה חלק יש בו מזה שנתנו חלק בו לא יפן אל מנחתם ויתקבל באהבה חלקם של כל ישראל רק אותו חלק שלהם לא יפן להם וא"ת שגם אני נטלתי איזה חלק ממעות תרומת לשכה כמו שנטלו הדיינים שכר ממותר תרומת הלשכה כדאמרו בכתובות ר"פ שני דייני גזרות לזה אמר ולא חמור אחד מהם נשאתי שמשה רבינו לא נהנה כלל מישראל ולא הרע לאחד מהם ודו"ק ועיין בחידושי תורה מ"ש בזה באופן אחר עד"ז ודו"ק. והנה בהא דפריך בנזיר דף כ"ד ע"ב הי' לו מעות סתומים יפלו לנדבה והלא דמי חטאת מעורבים בו והקשו התוס' לפרוך מדמי שלמים שמעורב בו וכאן נקרב כלה כליל ולפמ"ש למעלה אתי שפיר דבאמת יש לומר דבטל ברוב ואף דמדרבנן לא בטל לא גזרו ע"ז במקדש אבל מחטאת שפיר פריך דמי בטלו והא למיתה אזלא וממונא לא בטל והא אין לו כח בהם. ומיהו בלא"ה לא זכיתי להבין קושית התוס' דמה בכך שנקרב כלה כליל הא הוא רשאי לנדב עולה משא"כ בחטאת דלמיתה אזלא והמעות ילכו לים המלח ואיך מקריבין ממנו קרבן אמנם קשה לי על הש"ס דהא כל הענין דילכו לים המלח הוא בשביל דהל"מ דחטאת שמתו בעליה למיתה אזלא והרי שיטת הרמב"ם דהל"מ ספיקו להקל דכך גמירי הלכתא דדוקא ודאי אבל לא ספיקו וכאן הא ספיקא הוא. אך ז"א דכל שלא בטל הרי יש בהן ודאי מעות דמי חטאת דלמיתה אזלא אך בגוף הלכה דכל שבחטאת מתה באשם רועה ולשיטת התוס' היא דבא שם עולה אין להקשות דהא בהל"מ לא מצינו מחלוקת כמ"ש הלמ"מ ועיין שו"ת חות יאיר סי' קצ"ב שהאריך ואין לפני כעת אבל באמת גוף הלמ"מ ל"ש מחלוקת אי הוה הלמ"מ אבל בפרטי הלמ"מ אם הוא כך הלמ"מ או לא זה מצינו כמה פעמים וכאן הוה ספק אי הוה עולה או רועה ובזה ל"ש דבהלמ"מ לא מצינו מחלוקת ודוק והנה בפ"ט מנזירות הביא המלמ"ל בשם הרב מוהר"י אלפנדרי שהקשה בהא דכתב רש"י במעילה דף י"ב דאי אפשר לומר שיקרבו כלם עולות דהא יש בהן דמי שלמים מעורב והו"ל חולין בעזרה וע"ז הקשה מה שייך חולין בעזרה הא אמרו בתמורה דף י"א דכשאמר הוא שלמים וולדה חולין לא שייך חולין בעזרה דאי אפשר להקריב חוץ לעזרה דהא גוף הבהמה היא שלמים ולפ"ז כאן שמעורב שלמים בעולה ומוכרח להקריבה עולה לא שייך חולין בעזרה וע"ז כתב המלמ"ל דהא אמרינן על כל אחת דהוא שלמים כלו וא"כ הוה חולין בעזרה דבכלה לא מצי להנות כמ"ש התוי"ט. ובאמת שלפענ"ד דבריו דחוקים דבאמת התוי"ט מסיק שם דיכול להנות בכלו ע"ש וגם נראה דבאמת הקשה מוהר"י אלפנדרי הובא במלמ"ל פ"ג ממעילה דלבטל המעות של שלמים ברובא וכתב

דעכ"פ קרבן אי אפשר להביא דהיתר נהפך לאיסור לחייב קרבן לא אמרינן ע"ש ולפ"ז עכ"פ יהי' מקרי חולין בעזרה זה אי אפשר דבאמת רובא קדשים הוא וניהו דהיתר אינו נהפך לאיסור שיתחייב קרבן אבל עכ"פ אינו מביא חולין לעזרה דאי אפשר לעשות בענין אחר. אך באמת נראה לפענ"ד דל"ד להך דתמורה דשם כל שהולד בתוך הבהמה אי אפשר להקריב הבהמה רק בעזרה אם כן ל"מ חולין בעזרה דהא אי אפשר להפרידה אבל שם דאמרינן דלא נהנין ולא מועלין א"כ שפיר הוה חולין בעזרה דהא אפשר לעשות תקנה מבלי להקריב כלו עולה ושפיר אם מקריבה הוה חולין בעזרה וז"ב ופשוט.

ח ובזה מיושב היטב הא דאמרו במנחות דף מ"ח דפריק להו מגוואי ולא הוה חולין בעזרה דממילא הוה שם. והדבר יפלא סוף סוף הרי יש חולין בעזרה ולפמ"ש אתי שפיר דכל דאי אפשר להקריב כלו ולפדות כלו וכדאמרו שם אם כן לא שייך חולין בעזרה דא"א להקריבה בריחוק מקום וכמ"ש לענין ולדה חולין וז"ב:

ט ובזה מיושב קושית התוס' במנחות דף פ' בהא דאמרו וכי מותר להכניס חולין בעזרה והקשו התוס' הא חולין ממילא הוה ולפמ"ש אתי שפיר דשם דאפשר בתקנה אחרת כדאמרו שם וגם יש להסתפק אם אולי אין כאן רק חולין בעזרה לבד א"כ שפיר מקרי חולין בעזרה משא"כ בדף מ"ח דעכ"פ תרי קדשו מתוך ארבעה והוה כמו היא שלמים וולדה חולין דא"א להפרישה וז"ב. ובזה הי' מקום ליישב דברי הרמב"ם פ"ח מתו"מ הלכה י"ב מקושית הלח"מ דלכך נאכל בחוץ דאל"כ הוה חולין בעזרה דאם נימא דאין ברירה הוה רק ספק א"כ יש לחוש להיפך אולי יש ברירה ושוב אפשר להפריד שנים מתוך שנים ושוב הוה חולין בעזרה ודוק. והנה במ"ש המלמ"ל דביטול לא שמענו רק לבטל האיסור בהיתר אבל אם הרוב היא איסור דנימא דהוא כלו איסור ובפרט ביבש לומר דאם אחד אכל מן האיסור שיתחייב שוב עונש זה לא שמענו וע"ש בפ"ז ממעילה וכ"כ בתשובה אחת שכן הסכימו הרבה אחרונים דלא כמנחת כהן. הנה אחר זמן רב מצאתי בתוס' בנדה דף מ"ז ע"א ד"ה אתי דמוע דרבנן ע"ש שכתבו דגם החולין נחשב כתרומה לפטר מן החלה הרי מבואר דההיתר נהפך להיות איסור והוה כתרומה לפטר מן החלה והרי אם הי' תרומה בזמן הזה דאורייתא הי' חייב עונש בנדמעה בתרומה וגם בתרומה דרבנן מחמירין עד דפטרוהו מן החלה ויש לדחות דאולי זהו לקולא הוא שפטרו מן החלה. והנה שאלני הרב מוה' אברהם קאמפף ני' לפמ"ש הט"ז ביו"ד סי' צ' דבדרבנן לא אמרינן חתיכה נ"נ והרי כאן אמרו בתרומה בזה"ז דרבנן דכלו נעשה תרומה וזה טעות דביבש ביבש לכ"ע לא אמרינן חתיכה נעשה נבילה כמבואר בסי' צ"ב סעיף ו' ברמ"א וכאן יבש ביבש וכאן נחשב הכל תרומה וגם לא תלוי כאן בנ"ט דתרומה היא בק"א.

ומה שהקשה לר' יהודה דס"ל דמב"מ לא בטל וכאן ס"ל לר"י דחייבת בחלה דבטלה ג"כ לק"מ דניהו דנאסרה לזרים משום דלא בטלה החולין בתרומה מכל מקום לא נפטרה מן החלה עי"ז וכמ"ש התוס' דלענין זה אף שמב"מ לא בטל מכל מקום אינה נפטרה מן החלה וכמ"ש התוס' והיאך אפשר דמב"מ לא בטל המיעוט ברוב מכ"ש שהרוב לא בטל במיעוט ועיין פ"י בסוגיא סוף ביצה דלבטלו מים ומלח והדברים ברורים ופשוטים:

י והנה במ"ש בשם מוהר"י אלפנדרי שהקשה בהך דאמרו אלא שהכהני' דורשים מקרא זה לעצמן הואיל ועומר ושתי הלחם ולחם הפנים שלנו הוא היאך נאכלין ואמאי לא נימא דבטיל ברובא. הנה לפענ"ד הי' נראה דבר חדש דהנה המלמ"ל פ"ז משקלים האריך ליישב קושית התוי"ט דאמאי מותרין הכהנים ונשים לשקול הא יש לחוש שמא לא ימסרו לציבור יפה וכתב המלמ"ל דשאני התם דהא חזינן דהתורה לא רצתה שהכהנים יביאו אף בשותפות א"כ למה ניחוש לרשיעי שלא ירצו למסור לציבור יפה יפה והא חזינן דאף בשותפות אין רצון התורה שיקריבו ומכ"ש שיהיה כלו שלהם ע"ש ולפ"ז יש לומר סברא נכונה דכיון דמנחת כהן כליל הוא א"כ הכהנים חושבים דבאמת הקב"ה חפץ שיהי' משלהם רק שכיון שלהם קדוש יותר שכליל היא לכך לא צותה התורה שיתנו לשקלים דא"כ לא יאכל ואם כן לאו משום גריעותא אינם נותנים דמעליותא היא לגבייהו וא"כ זהו שדרשו מקרא לעצמם דלכך אין נותנין וא"כ שוב יש לחוש שמא לא ימסרם לציבור יפה יפה וא"כ שוב אי אפשר לומר שהתורה צותה להכהנים שיקריבו דאם כן היה ראוי שלא יאכל ואף דבטל ברוב אמת שבטל ברוב אבל כל שהם רוצים שיקרב משלהם שוב לא ימסרו לציבור יפה וא"ל דגם בזה אין לחוש דגם זה בטל ברוב וכמו שהארכתי בזה בתשובה אחרת דזה אינו דבאמת יש להבין הא ממונא לא בטל. אך באמת ממונא שאין לו תובעין היא וגם ניהו דממונא לא בטל אבל איסורא דאית ביה בטל ועיין בביצה דף ל"ח.

יא ומעתה זהו אם החשש מחמת איסור שייך לומר דמצד האיסור דמנחת כהן כליל איסור בטל ברוב אבל מצד החשש שמא לא ימסרם לציבור יפה ונוח לי' שלא יקרב על שם הציבור רק על שמו א"כ זהו מצד ממונא וממונא לא בטל וא"כ שוב יש לחוש שמא לא ימסרו לציבור יפה ובזה יש לומר הא דנקט אלא שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן והקשו בתוס' במנחות דף כ"א ע"ב דאמאי נקט כהנים דוקא ולא לוים ולפמ"ש דבלוים לא שייך החשש דלא ימסרו לציבור יפה יפה דהא כיון שלא חפץ הקב"ה שיתנו אף בשותפות א"כ מוסרין יפה לציבור וכאן לא שייך דמעליותא לגבייהו דהא בלוים אין מנחתם כליל רק בכהנים דוקא ודוק היטב. עוד נראה לי דלפמ"ש הנוב"י ביו"ד סי' מ"ה

במהד"ב לחדש דאף לדידן דקי"ל דמותר לבטל איסור מן התורה ברוב זהו בלח בלח דגוף האיסור אינו מותר רק הטעם דנפיק ממנו משא"כ ביבש ביבש דכל שמכירו יהי' אסור אף לאחר שנתבטל וא"כ שוב איך נבטלו עכשיו והא כעת אנו מכירין את האיסור ע"ש ועיין בשו"ת אא"ז החו"ק ז"ל סי' כ"א וא"כ שוב לענין מטבע שוב אסור לכתחלה לבטל מה"ת דהא ביבש ביבש ל"ש ביטול וא"ל כיון דקונין מזה העומר ושתי הלחם אם כן שוב בטל דזה אינו דעכ"פ העומר בא מאותן המעות שיש חלק לכהנים בו וא"כ לא בטל וא"כ זה דדרשו מקרא לעצמן דהיאך אפשר שהכתוב קאי עלייהו ובזה יש ליישב הרבה קושיות של המלמ"ל שם בפ"ז ממעילה ודוק.

יב והנה החריף מוה' מרדכי העליר נ"י אמר בישוב קושית התוס' במעילה דף כ"א שהקשו דאמאי לא יתבטל ברוב היתר ואמר הוא כיון דביטול ברוב לא שכיח רק בזאח"ז ולא בבת אחת כמו טומאת משא וכמ"ש הרא"ש בחולין פג"ה וא"כ כיון דמבואר בב"מ דף מ"ג דההיתר השתמשות בלבד מועיל למעול כמו בהי' מעות מותרין דכל שיש לו היתר השתמשות חייב א"כ כאן דעכ"פ אם נימא דבטל ברוב א"כ שוב יהיה לו הנאה בההיתר ההשתמשות אף שלא נשתמש ושוב מעל אז ולא שייך ביטול דאז כשעדן לא נשתמש היה הדבר בעין ובבת אחת ושוב לא מועיל ביטול וא"כ שוב לא שייך שיתבטל אח"כ והשבתי דזה טעות דאז בשעה שנפל אף אם תאמר דבטל לא מעל ומה בכך דיש לו היתר השתמשות ע"י הביטול מכל מקום הוא לא עשה שום פעולה במה שנפל פרוטה של הקדש בתוך הכיס ולא פגמו ולא נהנה ושאני התם דכל שהפקיד מעות אצל שלחני הרי הוציא מרשות לרשות אף דלא השתמש עדיין השולחני מ"מ הוא הוציאו דהרי הי' יכול להשתמש בו והו"ל נהנה ש"פ בדבר דל"ש פגם אבל כאן לא עשה שום דבר ובודאי לא מעל וז"ב מאד. והנה בהא דכתבתי לעיל בשם הר"י מאורלייניש דבעוף לא גמירי הל"מ דבחטאת מתה וקשה בהא דאמר בבכורות ט"ז ואצטריך קרא ואצטריך הלכתא ואי נימא דהל"מ הי' אף בעוף והרי במה דכתיב מעלה גרה טמא הוא זה ודאי רק בבהמה ולא בעוף רק בבהמה נתנה התורה סימני' דמפרסת פרסה ומעלה גרה וא"כ לכך אצטריך הל"מ דאף בעוף וע"כ דגם הל"מ לא הי' רק בבהמה וצע"ג. ודרך אגב אזכור מה דהראני הרב החריף מוה' חיים צבי הכהן אבד"ק יאניב בהא דאמרו בתמורה ריש ולד חטאת דאם משכפרו הבעלים תמות ופרש"י דאף לרבנן דאמרו דאין חטאת מתה רק לאחר שכפרו בעלים הכא מודו והתוס' השיגו ע"ז ואמר הוא דרש"י אזל לשיטתו דבהא דאמרו בנזיר דף כ"א ע"ב דאף דנימא דבעל מעקר קעקר אפ"ה אם שלה היא תמות משום דהו"ל כחטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא ופירש"י משום דכיון דהפרישה

לשם חטאת והשתא לא צריכה כפרה דהיפר לה בעלה ועקר את הנדר מעיקרו והו"ל כחטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא לפי שאין כפרה למתים יעו"ש הרי דלכך למיתה אזלא לפי שאין כפרה למתים ולא צריכ' כפרה א"כ לכך לא יכול רש"י לפרש שקאי על כפרו בעליו דאז ל"צ שוב כפרה שנתכפרו בעליה באחר וא"כ ה"ל חטאת שמתו בעליה ע"כ מוכרח רש"י לפרש דמיירי שנמצא קודם כפרה ואפ"ה לא יקרבו והתוס' לשיטתם שפירשו בנזיר בע"א ולכך פירשו שם דמיירי לאחר כפרה ובאמת שדפח"ח אבל יש לחלק דע"כ לא כתב רש"י בנזיר רק שם דאם יעקר הנדר מעיקרו ולא אצטריך כפרה הו"ל כחטאת שמתו בעליה דאין כפרה למתים אבל כאן הי' להם כפרה באחרת אבל מכל מקום החטאת הלז מתחלה כשהפריש עומדת להתכפר אף שנמצאת לאחר כפרה מכל מקום יש לומר דאינה כחטאת המתה ודוק:

יג והנה השעה"מ בהלכות שקלים כתב בהא דאמרו דמקבלין שקלים מן הקטנים ובלבד שימסרו לציבור יפה יפה וע"ז הקשה כיון דמדאורייתא אין מתנתן מתנה והיכא מועיל מן התורה והא מן התורה קרבן ציבור נקרב משל יחיד וע"ז כתב דהא מה"ת בטל ברוב רק דמטבע אינו בטל מדרבנן ומדרבנן שוב קני דמקחן ומתנתן כל שהגיעו לעונות הפעוטות מועיל ובאמת שדפח"ח אבל באמת ממונא לא בטיל וכמ"ש לעיל.

יד וכעת ראיתי באבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג שהרגיש ג"כ על השעה"מ בזה אמנם בגוף קושית השעה"מ נראה לפענ"ד דלק"מ דבאמת אמרינן ניחא ליה לאינש לקיומי מצוה בממוניה וכבר האריך בזה הפר"ח באו"ח סימן תל"ז ואף לפמ"ש בשם המרדכי דדוקא מדעתו ניחא לי' אבל שלא מדעתו לא ע"ש וגם הוא בעצמו חולק דבהפסד מרובה לא שייך זאת ואמרינן דלא ניחא ליה הנה כאן באמת הקטן נותן מדעתו ורק דמן התורה אין נתינתו כלום דאמרינן דאין דעתו שלימה ולפ"ז לענין מצוה אמרינן דודאי ניחא לי' לקיומא מצוה בממוני' ודעת שלימה יש בדבר וכל דרבנן תקנו דמועיל מכירתו ונתינתו ואמדו אותו גם בממון יש לו דעת שלימה ומשום דטבא ליה עבדו לי' שיהיה יכול לסחור א"כ מכ"ש דלענין מצוה אמדינן דעתיה דודאי ניחא לי'. שוב נזכרתי שגדולה מזו מצינו במי שנשתטה או שנתחרש שב"ד פוסקין עליו צדקה וביאר הכ"מ פי"א מנחלות הי"א משום דניחא לי' לאינש לקיומא מצוה בממוניה אמרינן דודאי ניחא ליה ומזה לכאורה סתירה לדברי המרדכי דשלא מדעתו לא אמרינן דניחא ליה לקיומא מצוה בממוניה. מיהו יש לומר דשאני צדקה דאדם משועבד לעשות צדקה וכמ"ש הכ"מ א"כ בודאי ניחא לי' וגם כאן אף דאין ממשכנין כיון דהוא נותן מעצמו רק דמדאורייתא לא מועיל א"כ כיון דמדרבנן מועיל שוב אמרינן דניחא לי' לאינש לקיים מצוה בממוניה וגם אין לו

הפסד כיון דרבנן באמת תקנו שיהי' מועיל מתנתו וא"כ אליו א"צ להחזיר א"כ למה לא ימסור לציבור יפה וז"ב ופשוט. ובזה יש להחזיק גם דברי השעה"מ שכתב דמן התורה ברובא בטל ואף דממונא לא בטל מכל מקום הא בביצה דף ל"ח חילקו בין ממון שיש לו תובעין לאין לו תובעין וא"כ כל דדרבנן תקנו שיהי' מועיל מכירתו ומתנתו שוב אין לו תובעין ושפיר בטל מה"ת ואף דמה"ת ל"מ מתנתן וא"כ מה"ת לא בטל כל דרבנן עשו דמתנתו מתנה הוה המעות הפקר ואין לו תובעין ושוב בטל מן התורה וז"ב ודוק. אחר שכתבתי זאת נזכרתי שזקני הגאון בעל שער אפרים הקשה מדברי הר"מ הנ"ל גבי נשתטה וכתב כמ"ש ונהניתי עד מאד שבראשית ההשקפה אמרתי כן:

סימן קצב

א לחכם אחד.

ב מה ששאלת אם מועיל מחילת הקטן במטלטלין. הנה הדבר מבואר בב"מ דף כ"ב יתמי לאו בני מחילה נינהו ומכאן הקשה הראב"ד על הרמב"ם שכתב בפכ"ט ממכירה ה"ח שקטן שנתאנה בפחות משתות הוה מחילה הא יתמי לאו בני מחילה נינהו וה"ה כתב דחז"ל תקנו שיהיה מועיל משום כדי חייהם ע"ש ועיין בש"ע סי' רל"ה ס"ג ובסמ"ע שם. ולפענ"ד היה נראה דבאמת מועיל מחילה אף בקטן דניהו שאינו מוחל בלב שלם כל שבגדול אינו אונאה ואמרינן דע"ז גמר ומקני א"כ כיון שבגדול הוה מחילה מכ"ש בקטן דעכ"פ חברו לא גזלו ואלו הי' גדול מחל וכ"כ התוס' בב"מ שם דלרבא כיון דלכי גדלו הוה יאוש השתא נמי הוה יאוש וא"כ ה"ה לענין אונאה דכל שאלו הי' גדול לא מקרי אונאה גם כשהוא קטן לא מקרי אונאה וז"ב לפענ"ד. ויש להמתיק הדבר דבאמת ניהו דאינו מוחל בלב שלם לא משום שבאמת אינו רוצה למחול רק שאין לו דעת למחול אבל עכ"פ מה לו ולחבירו במה שאינו מוחל בלב שלם מכל מקום לא בשביל שאין לו לזה דעת יפסד חבירו ומה לו ולזה הא כשהי' גדול אנן סהדי דהוה מחל לו והא דפריך בב"מ יתמי לאו בני מחילה נינהו היינו לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוה יאוש וא"כ ס"ל דאף דמסתמא אם היה יודע הי' מייאש כל שא"י לא מועיל יאוש וא"כ ה"ה בקטן דידיעתו הוה כאינו יודע א"כ ניהו דמחל אבל מכל מקום עכשיו א"י למחול ולא מקרי יאוש דלא גרע מיאוש שלא מדעת וז"ב כשמש. ובזה יובן דברי התוס' שכתבו דלרבא כיון דלכי גדלי מייאשי השתא נמי מקרי יאוש והדבר צ"ב למה תהי' כן סוף סוף השתא לא קמחלו ולפמ"ש א"ש דבאמת כיון דבגדלותן הי' מועיל היאוש השתא באמת גם כן מייאשין רק דאין מייאשין בדעת ולא גרע מיאוש שלא מדעת משא"כ לאביי דל"מ יאוש שלא מדעת וז"ב:

ג ובזה יש לומר הא דפריך הש"ס לאביי דוקא ולא לרבא ועיין רש"י ותוס' שם ולפמ"ש יש לומר דהש"ס רצה להקשות מיתומים ושם דוקא לאביי ולרבא ל"ק כלל וכמ"ש ודו"ק. ומעתה זה דוקא במקום שצריך דעתם אבל במקום שא"צ דעתם ורק דמסתמא מחלי א"כ גם קטנים לא גרעי מגדולים ומועיל מחילה אף דלא מחלו בלב שלם סוף סוף הוא לא גזל מהם וז"ב מאד ולפ"ז במקום דמסתמא לא מייאש ומוחל רק שמחלו הקטנים בזה לא מועיל מחילת הקטנים דהוה שלא מדעת (ועיין ב"ב דף ט' גבי הא דאמרו שם והא יתמי לאו בני מחילה נינהו) ועיין בפסחים דף נו"ן דאמרו שם דמעות יתומים אינו רואה סימן ברכה דלאו בני מחילה נינהו והיינו במה דלא אמרינן דמסתמא הוה מחילה רק שצריך שימחול בפירוש וז"ב. והנה הרמב"ם כתב שם בהלכה ט' דקטן שקנו ממנו או קטן שקנה מאחרים לא מועיל במטלטלין והראב"ד השיג עליו שהקנין לא גרע מכסף ואדרבא עדיף מכסף דגומר לגמרי והה"מ תמה עליו דגם אי אמרינן דהוה ככסף הא כסף לא מועיל בקטן כמ"ש. ולפענ"ד דברי הראב"ד יש להם מקום דכל הטעם דלא מועיל כסף בקטן הוא דכסף אינו קונה רק למי שפרע וקטן אינו במי שפרע וכן להיפך אם נתנו ליד הקטן א"צ רק לקבל מי שפרע ולפ"ז זה בכסף דשייך הגזירה דנשרפו חיטך בעלייה אבל בחליפין דלא שייך הגזירה דנשרפו חיטך בעלייה כמ"ש התוס' בב"מ דף מ"ו ע"א ד"ה ש"מ וא"כ קונה לגמרי ושפיר מועיל אף בקטן וז"ב מאד. וז"ש הראב"ד דקנין עדיף מכסף וקונה לגמרי ולכך גם כשקטן קנה ע"י ק"ס מועיל דחבירו הקנה לו לגמרי ע"י הק"ס. ומדי דברי זכור אזכור במ"ש הראב"ד בהלכה י"א שם להשיג על הרמב"ם דלמה לא יהיה מועיל שכירות מקום להקטן כמו שמועיל אם קנה קרקע דחבירו מזכה לו וכתב הראב"ד דניהו דקונה המקום מכל מקום אינו קונה המטלטלין ע"י המקום דאין חצר לקטן והדבר תמוה דניהו דאינו קונה מתורת חצר הא מכל מקום כיון דזה מזכה לו החצר עם המטלטלין אז מועיל מה שמזכה בקרקע מכ"ש במה שמזכהו במטלטלין ויהיה חצירו של המשכיר דקונה לחבירו המטלטלין וכתבתי בחידושי דכוונת הה"מ למ"ש הש"ך בחו"מ סי' קצ"ח וסי' ר"ב דל"מ חצירו ומתנתו באין כאחת וצריך שיהיה חצירו שלו מתחלה ולפ"ז כאן שאין חצר לקטן וא"כ צריך שיבא כאחת החצר והמתנה בזה ל"מ ובתשובה כתבתי טעמו של הש"ך לפמ"ש הש"ך בעצמו בסי' קפ"ה דשלוחו של הנותן לא יוכל להיות שלוחו של המקבל דלא חזרה שליחות אצל הנותן ע"ש וה"ה כאן דצריך להיות החצר של הנותן והמקבל ביחד וזה ל"מ ומכ"ש כאן דל"מ להיות חצרו של קטן. ובזה ניחא מה דבקטנה מועיל דבקטנה דהוא מתורת יד ולא שייך בזה שלא חזרה שליחות אצל המשלח וכבר הארכתי בזה בתשובה שם ודו"ק:

ד ודרך אגב אומר במה דכתבו התוס' בב"מ דל"א דלרבא כיון דלכי גדלו מייאשי השתא נמי מקרי יאוש ובזה אמר לי החריף המופלא מוה' יצחק שמעלקיש נ"י בהא דאמרו ביבמות דף ק"ט דאמר לרב קידושי קטנה מתלי תלי וקאי לכי גדלי גדלי בהדה. ואמר הוא דבאמת לכאורה מהראוי להועיל הקידושין דעכ"פ איכא דעת אחרת מקנה ורק דבאמת לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהאשה אינה מקנית עצמה לבעלה רק שעושית עצמה הפקר א"כ קטנה שא"י להפקיר כמ"ש האחרונים וכמו דלאו בני מחילה נינהו וא"כ לכי גדלי דממילא מפקרת עצמה גדלי קידושין בהדה למפרע וכמ"ש התוס' בב"מ ואני אמרתי בראשית ההשקפה דהא לא קיי"ל כרבא דיאוש שלא מדעת הוה יאוש. אמנם לפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' שנ"ח ס"ק א' דכל שידוע שיתרצה אח"כ לכ"ע הוה יאוש שלא מדעת יאוש ע"ש א"כ כאן בודאי תתרצה אח"כ כשתגדיל שוב ראוי שתהיה יאוש שלא מדעת יאוש וא"כ ניהו דבשעת הקידושין הוה הפקר שלא מדעת ואינו מועיל מכל מקום מהראוי שתועיל לכי גדלה למפרע וגם כעת מהראוי שתועיל וניהו דיש לומר דאולי לא תתרצה אח"כ להיות לו לאשה אבל עכ"פ לכי גדלה בודאי הוה למפרע הפקר וכמ"ש ובזה מבואר היטב החילוק שבין קידושי קטן לקטנה שהאריך המגיה במלמ"ל פ"ד מאישות ה"ז ובנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' כ"ב ע"ש ודו"ק ויש להאריך בזה ואכ"מ. ובזה יש ליישב קושית הגאון מוהר"ר יוזפא זצ"ל שהובא בספר ישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' קנ"ה שהקשה דא"כ איך אמר ר"י דממאנת עד שתביא ב' שערות וירבה שחור על לבן והא כל שגדלה קידושיה גדלו בהדה ולשיטת הפוסקים שהובאו בב"ש סי' קנ"ה הם קידושי תורה ואיך אמרו חז"ל דתמאן מדרבנן ולפמ"ש אתי שפיר דאם תמאן שוב לא מועיל ההפקר למפרע דבאמת יאוש שלא מדעת לא הוה יאוש רק דדעת הש"ך דאם נודע שבודאי התרצה למפרע ודאי מועיל יאוש שלא מדעת וכמ"ש וכאן אינו ודאי דדלמא לא תתרצה רק שמסתמא אמרינן דכל שגדלה ודאי מדלא מיחתה מסתמא נתרצית אבל לר"י דס"ל דיכולה למאן עד שתביא ב' שערות וע"כ דס"ל דאינה בדעת שלימה עד שתביא שתי שערות וירבה השחור על הלבן וא"כ שוב לא אמרינן דגדלי קידושין בהדה וז"ב. והנה מן האמור דיתמי לאו בני מחילה נינהו ופירש"י דקטנים שאין הפקרן הפקר תמוה על האבן עוזר ריש פסחים שחידש מדעתי' דנפשי' דקטן אין יכול להפקיר והביא ראי' מהך דאמר דלא לקני אינש לולבא לקטן ביומא קמא די"ט דקטן קנויי קני אקנויי לא מקני וע"ז הקשה דאכתי יקשה דיפקירנו וע"כ דלא מועיל הפקר בקטן ובאמת היא תימה דלמה לו לאהדורי אפירכא דיכולין ליישב ולא הביא דברי הש"ס מפורש דיתמי לאו בני מחילה נינהו ופירש"י שאין הפקירן הפקר. אך לפמ"ש יש לומר דבאמת אין ראיה

מכאן דבאמת כבר כתבתי דמה בכך שאין הפקרן הפקר והא זה זוכה מן ההפקר ואף שאין לו דעת למחול הא לכשיגדיל אנן סהדי דימחול בלב שלם וכעת אינו רק גזל של קטן דאינו רק מדבריהם ועכ"פ כל שהפקירו עכ"פ בהיתירא אתי לידי'. אך נראה דהו"ל כיאוש שלא מדעת דלא מועיל לאביי ושפיר פריך הש"ס שם דקאי לאביי דעכ"פ הוה יאוש שלא מדעת ולפ"ז כל דיש ניחותא דמצוה דדעת הט"ז סי' של"א דבודאי מועיל אף יאוש שלא מדעת וא"כ שוב יש לומר דגם גבי יתמי מועיל מחילה ועיין קצה"ח סי' רס"ב וא"כ הי' גם בקטן מועיל ביטול ולכך הוצרך הגאון לחדש דלא מועיל הפקירו של קטן. אך נראה דבאמת גם בקטן יש לומר דלא מועיל הביטול דניהו דשייך ניחותא דמצוה הא כיון דכל עיקר הביטול הוא משום שלא יעבור בב"י וכל שהוא קטן ואינו עובר בב"י ואינו מצווה על תשביתו א"כ שוב לא שייך ניחותא דמצוה ושוב לא מועיל הביטול דהו"ל יאוש שלא מדעת ואתי שפיר דברי הגאון דלכך צריך בדיקה מפני הקטנים. אמנם בגוף דברי הגאון בעל אהעו"ז שחידש דעיקר הבדיקה הוא בשביל הקטן דבו לא שייך ביטול דהוא מתורת הפקר והוא א"י להפקיר אם כי דבר חכמה אמר והוא ש"ס מפורש דיתמי לאו בני מחילה נינהו וכמ"ש אבל לפענ"ד אין הדברים נכונים דזה דוקא בדבר שהוא שלו אינו יכול להפקיר אבל דבר שאינו שלו פשיטא דמועיל ההפקר ולפ"ז חמץ דאינו ברשותו של אדם ובלא"ה אינו שלו ופשיטא דמועיל ההפקר וא"כ הי' גם בקטנים מועיל ביטול. אך יש לומר דכיון דיתמי לאו בני מחילה נינהו וקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו וא"כ שוב הו"ל החמץ ברשותם ולא מועיל ההפקר שלהם (ובזה נראה להבין דברי הירושלמי דאמר הבית א"צ בדיקה דמתיירא התינוק לילך שם וגם חורי הבית שלמעלה מעשרה טפחים א"צ בדיקה שאין התינוקות יכולין להגיע שם כמ"ש הב"י שם וע"ז תמה הגאון שם דהא צריך בדיקה בשביל הגדולים דשמשו שם וכתב דבשביל גדולים סגי בביטול ועיקר הבדיקה היא בשביל הקטנים וכל שאין דרך הקטנים להגיע לשם א"צ בדיקה ובאמת אף שדבר חכמה אמר אבל הדבר צריך ביאור דניהו דעיקר הבדיקה נתקן בשביל הקטנים אבל כל שכבר תקנו הבדיקה א"כ בכל מקום שיש חמץ צריך בדיקה ולבערו שמא יבא לאכול וכמ"ש התוס' ומה מועיל מה שאין הקטנים מגיעים לשם הא סוף סוף יש לחוש שמא יש שם חמץ מגדולים שהניחו שם ואף דכבר בטלו והא גם במקום אחר בטלו ואפ"ה תקנו בדיקה ומה נ"מ בזה והוא פלא על הגאון. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הביטול מועיל וא"צ בדיקה כלל ורק דעשו תקנה בשביל הקטנים שא"י לבטל וכבר כתבתי דעדיין קשה דהא החמץ אינו שלהם וכתבתי דכיון דיתמי לאו בני מעבד מצוה א"כ הוה ברשותם ועברו על בל יראה דהא אכלו ממנו ולפ"ז

זהו שם אבל במקום שא"י להשתמש שם וא"כ הוא בעצמו לא יגיע לשם ואין לחוש שמא אחר יאכילו דהא אסור לספות לקטן איסור בידים וכל שלא יאכלו שוב אינו ברשותו ואינו עובר ומועיל הפקירו וא"כ לא צריך בדיקה כלל דעיקר הבדיקה דלמא יבא לאכול ואף דרש"י פירש שלא יעבור על ב"י אבל מודה בחשש שמא יבא לאכלו רק דמשום חשש זה לא חייש דהא כמה איסורים דאסור ול"ח לזה ועיין תוס' שם ולכך חידש בשביל שלא יעבור על ב"י אבל כל שכבר תקנו שוב חיישינן שמא יאכל אבל לפמ"ש אתי שפיר דהתינוק לא יבא לשם והאחר בודאי לא יאכילנו כנלפענ"ד ברור) שוב נתיישבתי דל"ק על הגאון דיש לומר דלרש"י באמת אין החשש בשביל שמא יבא לאכלה רק בשביל ב"י וא"כ כל שבטלו אינו עובר וליכא עשה כלל וגם התירוץ לא אתי שפיר וע"כ הסגרתי' במסגרת סביב. אך מכל מקום דברי הגאון אינם נכונים דמ"ש דחשו שהקטן לא יעבור על ב"י ומצוה על אביו לשמרו ולפמ"ש אין מקום לדבריו דהא כל שיש איסור שוב אין הקטן קונה דקנין קטן במטלטלין אינו רק מדרבנן ובמקום שיש איסור לא תקנו רבנן וכמבואר בשו"ת הר"ן הובא בש"ע חו"מ סי' רל"ה וא"כ פשיטא שאינם עוברים על בל יראה. אך נראה כיון דהקנין הי' בעת שהי' מותר ממילא עוברים אח"כ כל דלא הפקירו החמץ וא"ל דשני דברים אינם ברשותו של אדם דזה אינו דכל דלא הפקירו ממילא נעשה כשלהם ודוק היטב:

ה והנה לכאורה צ"ב היאך מצי יתומה לקדש את עצמה הא לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהאשה שמתקדשת עצמה אינה מקנית עצמה לבעל רק שמפקרת עצמה לבעל והוא זוכה בה כזוכה מן ההפקר ואיך מועיל קידושי יתומה קטנה הא א"י להפקיר עצמה כל שהיא קטנה. אמנם באמת זה אינו דהרי כל שיש לה יד לקבל הקידושין ממילא מכ"ש שיכולה להפקיר את עצמה למי שנתקדשה לו וז"פ. ובזה נראה לפענ"ד לבאר מ"ש רש"י בגיטין דף ס"ז ע"ב ד"ה היא דיש לה יד דגדולה היא ואביה נמי זכאי וכו' ומ"מ יד דידה כדקיימא קיימא והביא ראיה דהא יתומה מהוה עצמה והיא מקבלת את גיטה ותמה הגאון מוהר"ע ז"ל בהגהותיו על הש"ס שם דמה ראיה ממה שמהוה את עצמה ומקבלת את גיטה דלמא בשביל שמהוה עצמה לכך רשאית לקבל את גיטה כמו חרש דכניס ברמיזה ומוציא עצמו ברמיזה וטפי היה לו לרש"י לכתוב דאף כשאביה קיבל קידושיה ומת מקבלת בעצמה גיטה ולפמ"ש אתי שפיר דמזה גופא שהיא מהוה את עצמה ע"כ דיש לה יד דאל"כ איך יכולה להוה עצמה דע"כ מחמתה בא הקידושין דלא שייך כאן שמפקרת עצמה דהא אינה גדולה עדיין כ"כ שזה יזכה כמו שזוכה מן ההפקר דהא יש לאביה עדיין רשות בה וא"כ ע"כ מה שמקדשת עצמה היא מהוה עצמה

לו ובא על ידה הקידושין וע"כ שיש לה יד וזהו דקרי לי' רש"י כאן מהוה עצמה דהא לא שייך כאן מתורת הפקר שהרי אביה יש לו זכות בה וע"כ בתורת הויה אנו דנין עליה וזו הנקראת מהוה את עצמה. ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו בכתובות דף מ' דאמרו מ"ט דר"מ אמר קרא ולו תהיה לאשה במהוה עצמה הכתוב מדבר ופירש"י במי שיש בידה להקנות עצמה לאישות וכבר ראיתי מי שדקדק מזה דרש"י לא ס"ל כר"ן דהא כתב שיש בידה להקנות עצמה לאישות משמע דהיא מקנת עצמה לא שזוכה בה בעלה כזוכה מן ההפקר. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא אינה רק מפקרת עצמה ונתרצית להבעל שמקדש אותה אמנם בנערה שיש לאביה רשות בה א"כ אי אפשר לומר דלא בא מידה רק מידו בלבד דהא יש להאב רשות בה וע"כ דהיא מקנית עצמה דיש לה יד לקבל קידושיה וא"כ לכך נקראת מקנית ומהוות עצמה לאיש אבל לעולם דעיקר הקידושין מיד הבעל הן רק שהיא מוכרחת להקנות עצמה שאל"כ אינה הפקר וכמ"ש ודוק. ובזה נראה לפענ"ד דצדקו דברי רש"י שכתב דוקא בנערה אבל קטנה כל שיש לה אב דוקא אביה ולא היא ואח"כ חזר בו ולפמ"ש משם ראיה דאם נימא דאף קטנה בכלל אם כן היאך ממעט שם מולו תהי' לאשה קטנה והא גם קטנה מהוית עצמה ודוק ויש לדחות אך בגוף דברי התוס' בגיטין שם שנדחקו בהך דיד יתירה זכי לי' רחמנא לפענ"ד יש לומר דאף דקטנה יש לה יד היינו שיש לה יד קודם שקבלה הגט אבל לאחר שקבלה שוב נכנס יד שלה לרשות אבי' אבל בנערה היד נשאר גם לה ודוק ועיין במהרש"א שם. שוב אחר זמן רב בשנת תרי"ג כ"ב סיון מצאתי ברא"ש פ"ק דקידושין אות כ"ה שכתב בזה"ל אבל יתומה קטנה ניהו שיש לה כח לזכות לעצמה אבל אין לה להקנות עצמה לבעלה דאין מעשה קטנה כלום ע"ש ולכאורה להר"ן דהאשה אינה רק כמפקרת עצמה לבעלה א"כ אינה מקנית עצמה רק מפקרת וע"כ דגם הפקר א"י הקטן והקטנה להפקיר וכמ"ש הגאון בעל אהע"ז ורק אמה ואחיה יש להם כח להפקיר אותה או להקנות אותה לבעלה מדרבנן וז"פ וכל מ"ש למעלה מיתומה קטנה אין לו מקום דבאמת אינו מועיל בקטנה רק על ידי אמה ואחיה ומדרבנן ולכך באמת גם בביאה א"י קטנה לקדש עצמה רק ע"י דעת אביה וכמבואר בקדושין דף י' וכן קי"ל וז"פ ועיין יבמות דף ס"א ע"ב הכא בכ"ג עסקינן לאימת קני לה לכי גדלה בעילה היא אמר רבא מכלי לב אי דקדשה אביה מהאי שעתא הוא דקני לה ואי דקדשה נפשה הא ר"א היא ולא רבנן הרי דלא משכחת לה שתתקדש הקטנה בלי דעת אביה אף בקדושי ביאה שאינה מקבלת כלום משום דלא מצי להקנות עצמה לבעל ולא להפקיר עצמה ואף שיש דעת אחרת מקנה לה דהיינו הבעל שמקדש אותה וביש להקטן דעת אחרת מקנה לו לדעת רבים מהפוסקים מדאורייתא קני הקטן

מכל מקום אין לה דעת להקנות או להפקיר עצמה להבעל ולכך אינו מועיל לא קידושי כסף ושטר או ביאה בקטנה בלי האב דמכל מקום אין לה דעת ויד להקנות או להפקיר עצמה. איברא דעדיין קשה לי לפי מה דאמרו בקידושין דף י' דכל הבועל דעתו על גמר ביאה והכה"ג אינו יכול לקדש בביאה דהו"ל בעילת עצמו וא"כ שפיר יש לומר דבכה"ג לא ישא את הקטנה משום דהו"ל בעילת עצמו ומיירי בביאה ומדעת האב דאף דקני לה תיכף הא הבועל דעתו על גמר ביאה והו"ל בעילת עצמו ובשלמא אם נתקדשה ע"י כסף ושטר כיון דכבר זקוקה לו שוב התחלה ביאה קונה וכמ"ש הרי"ף והתוס' שם אבל בקידושי ביאה הרי כבר נעשית בעולה טרם שקונה ולכך כ"ג לא ישא את הקטנה. אח"כ בשנת תרי"ג ך' תמוז מצאתי בדרך למודי בב"ב דף קמ"ג ע"ב ד"ה ואף שכתבו דבדבר שאין מפסידין ולא בא הריוח לידם מחלו אף הקטנים ע"ש ולפ"ז יש לומר דמה שהקנה להם אחד אתרוג במתנה ע"מ להחזיר רק שהקטנים א"י להקנות דמתנה עמ"ל צריך להקנות בחזרה כמ"ש הרא"ש פרק לולב הגזול א"כ שוב יקשה קושית האהע"ז דיפקירו הקטנים וא"ל דקטנים לאו בני הפקר נינהו דזה אינו דהרי באמת אינם מפסידים ולא בא הריוח בידם שהרי אחר נתן להם ע"מ להחזיר והרי כשם שמועיל מחילתם כמו כן מועיל הפקרם וליתא להוכחת האעוה"ז שם וגם בחמץ כיון דלא שוה מידי אפשר דמועיל הפקרם. מיהו יש לומר כיון דעכ"פ כבר הי' החמץ שלהם בכה"ג לא בני מחילה נינהו אבל באתרוג ודאי קשה דהא האחר לא נתן רק שיהיו יוצאין בו ולמה לא יוכלו להפקיר ודוק.

[1] ובגוף קושית התוס' בב"ב שם מרב ספרא דשקל לכלהו לפענ"ד נראה דהנה באמת המבטל כיסו של חבירו פטור וא"כ לכאורה ר"ס דשקית לזוזי ועביד עיסקא וא"כ לא גרע ממבטל כיסו של חבירו דפטור ולמה הבעינהו לאחיהו אך נראה דהנה באמת כל שמבטל כיסו של חבירו הוא פטור אבל מכל מקום אינו עושה כדין וא"כ מהראוי לומר שר"ס שהיה ת"ח וצדיק וקיים ודובר אמת בלבבו פשיטא שלא רצה לבטל כיסו של חבירו ולעשות שלא ביושר ומסתמא עשה בשביל אחיו ג"כ ולכך תבעוהו וע"ז דן רבא דבודאי לא שביק גירסי' ועביד בשביל אחיהו וכיון שלא עשה בשביל אחיו שוב לא הוה רק מבטל כיסו של חבירו ופטור ולוקח כל הריוח של כל הזוזים לעצמו ועיין בחו"מ סי' רצ"ב. ומעתה מיושב היטב קושית התוס' דזה דוקא בזוזי דהוה מבטל כיסו של חבירו דבמטלטלי דנגלין הוה השבח למשביח אבל בשבח נכסים דקרקע אינה נגזלת וא"כ לא שייך מבטל כיסו של חבירו כמ"ש הקצה"ח סי' ש"י בהדיא ע"ש דדבריו מוכרחין וא"כ שוב אין השבח כלו למשביח רק חלקו לבד ודוק היטב כי נכון הוא מאד לפענ"ד.

והנה בהא דהקשו בש"ס ע"ז דף מ"ג ולית ליה לר"א הקפר בריבי הא דתנן המציל מן הארי וכו' ופירש"י דנכרי נתייאש ובטלה מדעתו ולכאורה תימא דהא יש לחוש דלמא עכו"ם קטן היה לו ע"ז הלז ונאבדה מידו ולא שייך לא יאוש ולא ביטול דנכרי קטן א"י לבטל כדאמר שם לעיל מיני' דנכרי קטן אינו מבטל והנראה בזה דבאמת רוב עכו"ם לאו קטנים יתמי נינהו וא"כ לא חיישינן שמא מן הקטן נפל. ובזה מיושב קושית התוס' שם ד"ה ולית דהקשו דלמה לא פריך על המשנה דמצא תבנית יד הרי אלו אסורין והא המציל וכו' ולפמ"ש אתי שפיר דהמשנה רצה הש"ס לאוקמא כר"מ כדאמרו בדף מ"א שם ור"מ חייש למיעוטא ושפיר אסור ולכך פריך על ר"א הקפר דס"ל כרבנן דר"מ. והנה לכאורה קשה לפי מה דמבואר בחו"מ סי' שנ"ט דספרים לא שייך יאוש דודאי לישראל קאתי דעכו"ם אין לו תועלת ע"ש ולפ"ז ה"ה להיפך בע"ז אפשר דלא שייך יאוש דהא בודאי הישראל ימכרם לעכו"ם דמה תועלת יש לו.

ז אך ז"א דלפי מה דאמרו דנכרי מבטל אף בע"כ אם כן גם הישראל יוכל להשתמש שיכוף לנכרי לבטל בע"כ. ובזה יש ג"כ ליישב קושית התוס' הנ"ל דבמשנה הוה ס"ד דנכרי אינו מבטל בע"כ וא"כ לא שייך יאוש אבל למה דש"מ מר"א הקפר דנכרי מבטל בע"כ שפיר קשה וע"ז חידש אביי כיון דדמיה יקרים ודאי מזבין לעכו"ם ולא ייאש עצמו ודוק.

סימן קצג

א לחכם אחד.

ב מ"ש בענין כרכים המסופקים אם מוקפים חומה מימות יב"נ שהאריכו הפוסקים סי' תרפ"ח. הנה לכאורה היה נראה לי דבר חדש דבמקום שאנחנו מסופקים אם מוקפין חומה מימות יב"נ כיון שעכשיו עינינו הרואות שהן מוקפות חומה א"כ מהראוי שנאמר שגם מימות יב"נ היתה מוקפת חומה דהרי מזמן לזמן אמרינן כאן נמצא כאן הי' ומחזיקין כמו שהוא כעת כן הי' מזמן קדם כמ"ש המ"א סי' תס"ז באורך ובתשובה הארכתי בביאור הענין וא"כ כיון שאנן רואין שהיא מוקפת חומה כעת מהראוי לומר שגם בימי יב"נ היתה מוקפת חומה וזה תורף יסוד הענין של חזקה דכאן נמצא ואף דהוה ספק דרבנן כיון דהוה חזקה דכנכ"ה אף באיסור דרבנן חיישינן באתחזיק איסורא והדבר תלוי בשני תירוצי התוס' בפסחים דף ט'. ולכאורה רציתי לומר דבאם אנחנו מסופקים אם אולי לא היתה העיר כלל מימות יב"נ או שהיתה חריבה לא שייך להסתפק ולומר כנכ"ה דהא לא היתה עיר כלל בעת ההיא ופשיטא דמה שאנו מסופקים אם התחיל כאן עיר כלל לא שייך כנכ"ה דזה הוה כמו ממקום למקום דהספק על גוף העיר אם

בעת ההיא היה כאן עיר כלל. ובזה היה מקום אתי ליישב דברי הרב מוה' יוסף אביו ז"ל שהביא הב"י סי' תרפ"ח שכתב דע"כ לא שייך ספק דמוקפת חומה רק באם מקצתם אומרים שהוקף מימות יב"נ וקצתם אומרים דלא הוקף מימות יב"נ דהוה אקבע איסורא אבל בספק אם היה כאן מוקף חומה לא מקרי איקבע איסורא והביא ראיה מאשם תלוי דבכה"ג לא מקרי אקבע איסורא כמ"ש הרמב"ם בפ"ח משגגות ותמה הב"י דא"כ גם במקצתם אומרים שהוקף חומה ומקצתם אומרים שלא הוקף ג"כ שייך לומר דלא אקבע איסורא כמ"ש הרמב"ם דבספק אם החתיכה חלב או לא לא מקרי אקבע איסורא ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כבר נודע מ"ש התוס' בהא דאמרו בכתובות דף כ"ב בהא דפריך הש"ס הבא עליה באשם תלוי דאף דבעינן חתיכה אחת משתי חתיכות הכא הוה כחתיכה משתי חתיכות דלמ"ד משום דאפשר לברר איסורו הכא ג"כ אפשר לברר ע"י הזמה ולמ"ד משום דאקבע איסורא הכא נמי אקבע איסורא דהא הוה בחזקת איסור ולפ"ז בשלמא באם ספק אם הי' מוקפת חומה מימות יב"נ א"כ לא שייך כאן לא אפשר לברר דאנחנו לא נדע כלל אם היתה עיר כלל בימות יב"נ ומכ"ש אם היתה מוקפת חומה וגם למ"ד אקבע איסורא הכא לא אקבע איסורא כלל ולא אתחזיק חיוב כלל דהא כיון שהספק אם היתה עיר כלל לא שייך לאחזוק מזמן לזמן אבל כשיש מקצת שאומרים שמוקף חומה ומקצתם מכחישים א"כ אפשר לברר ע"י הזמה או שיכחישו אותם שיאמרו שלא היתה מוקף וגם אקבע איסורא ע"י אותן שאמרו שמוקף מימות יב"נ אתחזיק החיוב בודאי וגם לאותן שאמרו שלא הוקף מיב"נ מכל מקום כיון דעכ"פ שייך לומר מחזיקין מזמן לזמן כיון דעכ"פ כבר היתה עיר בימות יב"נ א"כ הוו תרי ותרי ואתחזיק איסור דמחזיקין מזמן לזמן וז"ב וגם מ"ש הב"י דשאני אקבע איסורא דשם גזירת הכתוב דבעינן אקבע איסורא מדכתיב מצות וקרינן מצוות ויש אם למקרא במחכת"ה לפענ"ד המעיין בכריתות דף י"ז יראה דמ"ד דס"ל אקבע איסורא לא נפיק לי' ממצות כלל ועיין בתוי"ט שם ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק סי' מ"ג וא"כ אין ענין למצות. אך בגוף הדבר נראה לפענ"ד דלא שייך כאן מחזיקין מזמן לזמן דבשלמא במומין וכדומה עכ"פ כעת אתרע החזקה במה דנמצא מומין וכדומה שפיר מחזיקין מזמן לזמן אבל כאן כל דלא היה הוקף מימות יב"נ לא אכפת כלל מה שמוקף כעת וא"כ לא שייך להחזיק מזמן לזמן וגם כיון דרוב עיירות אינן מוקפין א"כ הוה רוב נגד החזקה וז"ב (ועיין במאירי על מגילה ריש פ"ק שכתב ג"כ כשיטת הר"י אביו שהביא הב"י יעו"ש) עוד נראה לי בכוונת הר"י אביו ז"ל ועמוד והתבונן בזה דהנה לכאורה היה מקום לומר דאף בספק אם מוקף חומה הוה כאיקבע איסורא ואף דלא הוה חתיכה אחת מבין שתי חתיכות מכל מקום

כיון שיש עיירות מוקפות חומה בעולם וא"כ הו"ל קבוע ואקבע מוקפות בעולם והו"ל כמחצה על מחצה ושפיר מקרי אקבע איסורא דהו"ל כחתיכה שבין שני חתיכות אך זה אינו דא"כ בלא"ה יקשה בהא דכתבו הפוסקים דאזלינן בתר רוב העולם שקורין בי"ד והא לא אזלינן בתר רובא כל שקבוע וכבר הקשה כן הרב מ"ק הובא בשעה"מ הלכות מגילה ומצאתי שבדרך תמים בהגהות על הרי"ף הקשה כן וכתב דכיון שהעיר הלז שאנו מסופקין עליה אינו במקום הקביעות הוה כמו שיש חנות אחת בעולם שמוכרת כשר כל שאינה עומדת בתוך החניות לא מקרי קבוע וכבר הארכתי בזה במק"א דהו"ל קבוע שאינו ניכר דכל עיר עומדת בפ"ע ובעיר הלז שאנו מסופקין לא נמצא קבוע ניכרת ולפ"ז יש לומר דזה דוקא כשאנו מסופקין אם היתה כלל מוקפת שפיר יש לומר דל"מ אקבע איסורא דלא ניכר הקביעות כלל אבל כל שיש עדים שאומרים שזו היתה מוקפת אף שיש עדים המכחישים מכל מקום שוב הו"ל אקבע איסורא דעכ"פ יש מוקפות חומה בעולם וא"ל דלא ניכר הקביעות דז"א דכבר נודע מ"ש האחרונים דכל שיש אחד בעולם שמכיר הקביעות מקרי קבוע אף שאנו אין יודעין מקרי קבוע ועיין בכו"פ סי' ק"י ובתשובה הארכתי בזה ולפ"ז כל שיש עדים שאומרים שמכירין שהוא מוקף חומה א"כ הם מכירין שנקבע כאן המוקף שוב הו"ל אקבע איסורא דעכ"פ יש כאן אחד המכיר בקביעות וז"ב מאד ע"ד הפלפול. אמנם נראה דיש להעמיק בזה דהרי בכריתות דף י"ז אמרו מאי איכא בין ר"נ לר"ז באם בא עכו"ם ואכל להראשונה דלר"ז לא שייך כאן לברר איסור ולר"נ מכל מקום אקבע איסורא וביאור הדבר אף דכעת הספק אם יש כאן עוד האיסור דשמא כבר נאכל מכל מקום הרי הי' נקבע האיסור כבר והו"ל כאתחזיק האיסור ועיין בנוב"י חלק אהע"ז סי' מ"ג בסופו שהאריך בזה ולפ"ז נראה כיון דיש כאן ספק שמא בי"ד או בט"ו וכל שכבר קרא בי"ד הרי הוה כאכל להראשון דכבר פקע לה הקביעות הראשון ואף דלר"נ גם בזה מקרי אקבע איסורא היינו שם דהיה כבר איסור בפעם אחת שוב אף שכעת יש ספק שמא אין כאן קביעות עוד מכל מקום נשאר בחזקתו הראשונה אבל כאן שגם קודם שקרא המגילה היה בספק רק דהי' מקרי אקבע איסור דהרי יש כאן מוקפות חומה בעולם וכמ"ש ולפ"ז כל שכבר קרא בי"ד א"כ כבר נפקע חובת הקריאה דגם בן כרך כל שכבר קרא יצא ואפילו כל החדש כשר כמבואר בסי' תרפ"ח בב"י בשם הירושלמי עכ"פ לא שייך בזה נקבע האיסור והוה כמו אכל הראשונה ובזה אף ר"נ מודה דל"מ אקבע איסורא וז"ב מאד וצדקו דברי הב"י דאף בזה לא שייך אקבע איסור וכמ"ש. אמנם נראה דזה לענין המגילה אבל לענין עשיית מלאכה וכדומה דזה תלוי דוקא באותו היום של פורים וכמ"ש בסי' תרפ"ח לענין אם חל בשבת וא"כ בזה שייך נקבע איסור וז"ב

מאד. ובזה נפתח לנו שערי בינה בדברי הש"ס במגילה בדף ה' ע"ב דפריך הש"ס והא רבי בטבריא הי' וטבריא מוקפת חומה אלא רבי בר חמיסר הוה וכי נטע בארביסר נטע ומי פשיטא ליה דטבריא מוקפת חומה והא חזקי' קרי בטבריא בארביסר ובחמיסר ע"ש והדבר יפלא דאיך פשיט לי' להש"ס מעיקרא דטבריא מוקפת חומה והרי חזקי' מסופק היה וכדפריך הש"ס אח"כ ועוד קושיות רבות שהקשה הרשב"א בחידושיו ונדחק ועפ"י מ"ש בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה ידענו גם בהס"ד דחזקי' מספקא לי' ובאמת לענין קריאת מגילה לא קרא חזקיה בשני כ"א בלא ברכה וכמ"ש הרשב"א והר"ן דמדת חסידות נהגו דמן הדין א"צ לקרות רק בראשון ולפמ"ש אתי שפיר בטעמו דלא שייך כאן אקבע איסורא דהא כבר אכל להראשון שכבר קראו בי"ד אבל לענין איסור עשיית מלאכה פשיטא דאסור בשני דלענין זה הו"ל אקבע איסור והו"ל לענין זה טבריא מוקף חומה וזה דפריך הש"ס בפשיטות והא טבריא הוה מוקפת חומה והיינו משום דאקבע איסורא דכאן מקרי ניכר הקביעות דהספק הוא בעצם אם זה הוה לענין מגלה מוקף בשביל דהי' מגין וכדאמרו אח"כ וע"ז משני הש"ס דרבי בארביסר נטע וע"ז פריך הש"ס דמי פשיטא לי' דטבריא מוקפת חומה היינו דניהו דנקרא מוקף בשביל זה דמקרי אקבע איסור אבל להתיר בשביל זה שיהיה מותר בי"ד במלאכה שפיר פריך ומי פשיטא לי' והא עכ"פ ספק י"ד בודאי הוה וז"ב מאד ודוק היטב כי הוא חריף מאד ת"ל. ובזה יש ליישב מ"ש הר"ן דבעיירות המסופקות כל שכבר קראו בי"ד שוב הו"ל בט"ו ספק דרבנן ולקולא ותמה המלמ"ל ממ"ש הר"ן לענין הסיבה דמספק צריך הסיבה בכלם דכיון שעכ"פ א"א שלא למעבד הסיבה דא"כ כל הד' לא ישתה בהסיבה ותרי מיניהו ודאי בעי הסיבה וע"כ צריך הסבה בכלהו וא"כ כאן ג"כ אף דהוה ספק דרבנן צריך לקרות בי"ד וט"ו ע"ש וכבר הארכתי בזה במק"א. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כאן איכא רוב דרוב עיירות הן מוקפות אלא שמקרי אקבע איסורא ולפ"ז כל שכבר קרא בי"ד שוב הוה כמו אכל להראשונה דאף ר"נ מודה וכמ"ש ודוק ולפ"ז עכ"פ לענין איסור מלאכה יש להחמיר אף בזה מיהו בלא"ה בני י"ד אסורין בט"ו וגם לענין משתה ושמחה יש להחמיר ודוק:

ג והנה במ"ש למעלה דיש לילך בתר חזקה דהשתא דמוקפת חומה ולא שייך ליזיל בתר חזקה דמעיקרא שלא נתחזקה כלל לא במוקפת ולא בשאינה מוקפת ובזה בודאי מחזיקין מזמן לזמן. כעת נתיישבתי דיש לומר דכיון דקי"ל דכרך שישב ולבסוף הוקף נידון ככפר ואף דרש"י פירש לענין בתי ערי חומה מ"מ התוס' והר"ן ורוב הפוסקים פירשו לענין מגילה ג"כ וא"כ לפ"ז מה מועיל חזקה דהשתא דראינו שהוקפה והרי אף

אם נחזיק שכמו שהוא מוקף השתא מוקף מקודם מ"מ לא נודע אם אולי נתיישב ולבסוף הוקף ולדעת הרא"ש בשם הר"מ אין דרך להקיף קודם שנתיישב כמבואר באו"ח סי' ר"א ועיין בט"ז סי' תרפ"ח שנדחק בזה ליישב. אבל באמת זה דוחק ועמג"א שם ס"ק ב' וא"כ כיון דלא מועיל החזקה דהשתא לענין שיהיה לו דין מוקף שוב חיישינן שמא לא הוקפה מימות יהושע ב"נ וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד ליישב עוד הפעם החלוקו של הרב מוהר"י אביו שהביא הב"י דדוקא כשעדים מעידים שהי' מוקף מימות יהושע והיינו מסתמא כדין מוקף דיהושע שהי' מוקף ולבסוף נתיישב אף שאחרים אומרים שלא הי' כן מ"מ שוב שפיר נוכל לסייע לאותן העדים החזקה דהשתא שמוקף ומסתמא הוקף מימות יהושע כדינו ושוב בתרי ותרי ויש חזקה לאחד מהם כבר ביארתי בתשובה אחרת דחזקה עדיף מרוב בזה ואזלינן בתר חזקה ומכ"ש בזה דעכ"פ אקבע איסורא מקרי אבל כל שספק אם הוקף כלל מימות יהושע א"כ מה מועיל הקפה דהשתא דאף דנימא דכמו שהוקף כעת הוקף מקודם מ"מ דלמא נתיישבה מקודם שהוקף וא"כ מלבד דכל דיש ס"ס נחלקו התוס' והרמב"ם אם מקרי אקבע איסורא ועלח"מ פ"ח משגגות אף גם דעכ"פ חזקה לא שייך בזה וכמ"ש ודו"ק היטב ועיין רדב"ז ח"א סימן רנ"ב ודבריו נראה שהן כמ"ש הב"י דלא כמהר"י אביו:

ד ובמ"ש נתיישב מה דקשה לי טובא בהא דאמרו במגילה דף ב' אלא שושן דעבדא כמאן לא כפרזין ולא כמוקפין ופירש"י דהא הוה ספק אם הוקפה מימות יהושע. ולכאורה מזה מבואר כמהר"י אביו דהא לפמ"ש הב"י גם בזה הוה ספק וחייב לקרות בשניהם א"כ עכ"פ כמוקפין ודאי מהראוי שתקרא וא"כ עיקר הקושיא היא דלמה לא עשה כפרזים ג"כ ומלבד שלשון הש"ס לא כפרזים ולא כמוקפין הוא תמוה דכמוקפין עשתה אף גם דלפמ"ש עכ"פ בזה בודאי מהראוי לעשות כמוקפין כיון דלא נחה בראשונה עד ט"ו וא"כ מהראוי שתעשה כמוקפין כיון שמוקפת חומה וגם כיון דעכ"פ שושן מוקף חומה קודם שנתיישבה דאל"כ לא היה לה דין מוקף כמ"ש דישב ולבסוף הוקף ל"מ גם לענין מגילה וא"כ שוב מהראוי שתועיל חזקה דהשתא שמסתמא הוקפה מימות יהושע ואף דיש לדחות דהספק הוא שמא לא נתיישבה כלל ולא היתה עיר כלל בימי יהושע ובכה"ג לא שייך החזקה אבל כ"ז דוחק והיא קושיא גדולה. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה באמת לפענ"ד נראה הא דבעי במגלה הוקף ולבסוף ישב הוא דוקא אם אמרינן דיליף מפרזי כתנא דידן דבעי הוקף מימות יהושע וא"כ כיון דבימי יהושע בעת ההוא ודאי הי' הקפה ולבסוף ישב דלענין בתי ערי חומה בודאי בעינן כן א"כ אף לענין מגלה כל דאזלינן בתר הקפת חומה של יהושע ודאי בעינן שיהיה כן אבל למ"ד דהוקף מימי אחשורוש בעינן

וסגי בזה א"כ פשיטא דמה ענין הוקף ולבסוף ישב לזה וכן מבואר מרש"י שם שכתב בהא דיליף פרזי פרזי מיהושע דהיינו כל שהי' פרזי מימי יהושע אף שהוקף אח"כ ל"מ משמע דהא למ"ד דמימי אחשורוש סגי בזה אף שהוקף אח"כ. ובזה יש לומר דלכך פירש"י דהוקף ולבסוף ישב דוקא לענין בתי ערי חומה משום דלא משמע לי' דתנא דידן וריב"ק פליגי בזה ולכך ס"ל דישב ולבסוף הוקף מועיל בזה והתוס' והר"ן ס"ל דעכ"פ לדידן דיליף מערי הפרזי א"כ בעי הוקף ולבסוף ישב וז"ב ולפ"ז שפיר פריך בהא דאמר אלא תנא דידן מ"ט לא אמר כריב"ק ופריך הש"ס מ"ט דהא יליף מפרזי פרזי וע"ז אמר הכי קאמר אלא שושן דעבדא כמאן והיינו דבאמת יש לומר דלא נודע אם שושן בעצמו הוקף ולבסוף ישב וא"כ שוב לזה לא מועיל הקפה דהשתא דהא למאן דיליף פרזי פרזי בעי שתהיה הוקף מתחלה וע"ז משני כיון דנעשה בו נס א"כ אף שישב ולבסוף הוקף מ"מ כיון דבה נעשה הנס פשיטא דחשוב מוקף אף שלא הוקף קודם שישב וחשיב הקפתה דידה וא"כ שוב מחזיקין שמסתמא הוקף מימי יהושע ודו"ק היטב. ובזה מיושב היטב מה דכתב הר"ן בהא דחלקו בין מוקפין לפרזים משום דכיון דיום הנחה של פרזים ושל מוקפין לא היה שוה ע"כ עשו הבדל בימים שכל אחד עשה יו"ט ביום הנחתו ולכך עשו זכר לא"י וכל המוקפין עשו ביום ט"ו אף שאינם מוקפין השתא כמו שושן ותמה הב"י דא"כ מ"פ אלא שושן דעבדא כמאן והא עיקר המוקפין באו מכח שושן וכבר קדמו בשו"ת תשב"ץ ח"ג סי' רצ"ז.

ה ולפמ"ש אתי שפיר דהכי פריך כיון דבעינן הקפה מימות יהושע א"כ בעינן שיהיה מוקף ולבסוף ישב א"כ שושן דלא נודע בזה שהוקף ולבסוף ישב א"כ ניהו דגוף ההבדל שבין מוקפין לקחו משושן אבל כל שעשו זכר לא.

ו א"כ שושן דעבדא כמאן דאם ניזל בתר ההקפה דהשתא לאחר שישבה שוב אין זכר לא"י וע"ז משני כיון שנעשה בו נס א"כ ההקפה דהשתא אף שישב בתחלה סגי ושוב מחזיקין שמסתמא הוקפה מימות יהושע דזה בודאי בעינן כדי לעשות זכר לא"י משא"כ ישב ולבסוף הוקף דאין לו ענין למגלה כלל רק דבימי יהושע היה כן אבל בשושן שנעשה הנס לא משגחינן ע"ז ונתקיים שניהם ועיין ברמב"ם פ"א ממגילה הלכה ד' שכתב ששושן הבירה אף שלא הי' מוקף כלל מימי יהושע אפ"ה הואיל ונעשה בה הנס הוה הוקף והוא פירש הואיל ונעשה בה הנס אף שלא הוקף כלל. ולפמ"ש א"צ לזה דמחזיקין מסתמא כמו שהוקף השתא כמו כן הוקפה מקודם וז"ב. ובזה נתיישב מה שגם המוקפין בח"ל קורין בט"ו וכמ"ש הרמב"ן והר"ן והדבר תימה דלהרמב"ן לשיטתו ההבדל שבין מוקף לפרזי הוא לפי שהם לא הי' בסכנה כ"כ שהי' מוקפין וא"כ המוקפין שבח"ל שהי' יותר

בסכנה שהי' עם האויבים בתוך השער א"כ למה לא יקראו בי"ד. ובאמת שהר"ן הקשה כן על גוף דברי הרמב"ן דלמה לא הרגישו מוקפין שבחו"ל בהנס ולא עשו מעצמם עיין בר"ן ריש מגילה אבל מהתימה שלא הרגיש שלהרמב"ן מהראוי שיעשו בי"ד.

ז ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הנני יוסיף להפליא דהא בשושן הבירה שהי' שם המלך והמן וכל שרי המלוכה ועם רב מאומות והם הי' כלם שונאי נפש יהודי וא"כ בודאי מהראוי שיהי' ביום י"ד וע"כ צ"ל כיון דהנס הי' ביום ט"ו והנחה הי' להם בראשונה ביום זה א"כ עשו תמיד כיום הראשון וא"כ ממילא כל מוקפין שבח"ל סמכו על שושן בזה. ובזה מיושב היטב מה דפריך אלא שושן דעבדא כמאן והיינו דלמאן דיליף פרזי פרזי א"כ אף שאינו מוקף עתה אפ"ה כל שהי' מוקפין כבר בימי יהושע עשו בט"ו וא"כ ממילא שושן בעצמה דעבדא כמאן דהא לא שייך טעמו של הרמב"ן דהא האויבים הי' בתוך שושן בודאי וא"ל דל"פ בין המוקפין דהא חזינן דלא אזלינן בתר מוקפין של ימי אחשורוש רק כפי שהי' בימי יהושע וע"ז משני דשם נעשה הנס וא"כ בזה ודאי מועיל הקפה דידהו שעכ"פ בפורים הראשון עשו בט"ו וממילא ראינו מזה הבדל בין מוקפין לפרזים ולכך לא פלוג ועשו כל המוקפין בט"ו ולכך תלו בא"י דבאמת בתר הקפה דימי אחשורוש א"א למיזל דא"כ אדרבא שושן גופא מהראוי לעשות בי"ד וע"כ מפני שנעשה בו הנס וע"כ נגררו המוקפין אחריו וא"כ אין הולכין בתר עצם ההקפה רק בשם מוקפין וא"כ מהראוי שמה שהי' בימי יהושע מוקפין זה יהיה מגודר בשם ההקפה.

ח ובזה יהיה מבואר לשון הרמב"ם פ"א ממגלה ה"ד ה' ע"ש היטב ותבין ויש להמתיק עוד יותר דהנה במה שהקשה הר"ן למה לא הרגישו בני חו"ל המוקפין בהנס נראה לפענ"ד דנסתפקו בזה כיון דשושן גופא עשו בט"ו אף שהי' בתוך האויבים א"כ שוב לא תלוי הנס בההקפה א"כ לא ידעו אימתי יעשו פורים אם בי"ד או בט"ו וע"כ לא עשו לגמרי ולכך לאחר שהאיר הקב"ה עיניהם ומצאו סמך שיעשו מוקפין בט"ו וכמ"ש הרמב"ן והיינו שהקב"ה האיר עיניהם שלא יתלו במקרה ובבטחון החומה כ"א שהי' נס נפלא וא"כ מה שעשה שושן בט"ו הי' לפי שהיה הנחה וע"כ נגררו כל המוקפין אחריה ולכך לא הלכו בתר עצם ההקפה רק כל שהוא בשם היקף אף שאינו מוקף השתא לכלם בשם יקרא מוקף ועשו בט"ו וז"ב מאד והמעיין ימצא כי יפתח בו מנעולים וקשורים הרבה בכל הענין ויש להאריך בזה ואכ"מ ודו"ק.

ט והנה לכאורה עלה בלבי טעם דתלו במוקפות חומה בא"י לפי דעירות המוקפות חומה הי' קדושות לענין שאסור למצורעים ושילוח מצורעים נוהג בו א"כ לכך מקודשת החומה גם לענין קריאה ומצאתי בחידושי הרשב"א למגילה שהעיר בזה והקשה דהתינח אם

קדושת הארץ קדשה לע"ל א"כ נתקדשה לשלוח מצורעים ע"ש ונהניתי. אבל באמת יש לתמוה על קושית הרשב"א שהרי רש"י בברכות דף וא"ו גבי הא לן והא להו פירש דקדושת החומה נוהג אף בזמן שאין היובל נוהג והתוס' חלקו ע"ז והרשב"א בחידושיו קיים דברי רש"י ע"ש וא"כ היאך הקשה כאן דבטל קדושתה. אבל באמת נראה דלפמ"ש התוס' דבעיר שרובה גוים בטלה קדושת החומה ע"ש בפרק ד' דכתובות א"כ שוב שפיר מקשה הרשב"א מיהו לפמ"ש הרמב"ן דעיקר ההבדל שבמוקפין הוא בשביל שהי' מוגנים ביותר דהחומה הקיפה ולא הי' עם האויבים והר"ן הקשה באמת על המוקפין בח"ל דהי' עם האויבים ולפ"ז בא"י דלא הי' עם האויבים שוב שפיר חל הקדושה וצ"ע בזה ועיין בדרך הקודש למהר"ח אלפנדרי ז"ל מ"ש במשנה דעיירות המוקפות חומה. אך בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דבאמת מוקפות חומה דמגילה אינה ענין לקדושת מוקפת חומה דבא"י לענין ערי חומה דבאמת עיקר המוקפין הי' בשושן והיא היתה בח"ל ובח"ל לא הי' קדושת בתי ערי חומה כמ"ש המהר"ח אלפנדרי שם ודייק לה מדברי הרמב"ם ורק בשביל כבוד א"י סמכו להמוקפין דתלו מה שהיתה מוקפת בימי יהושע אף דחריבה עתה ותדע שכן הוא דגם מוקפין דח"ל יש להם דין מוקפין אף דשם לא שייך דין מוקפין לענין בתי ערי חומה וא"כ נראה דיש הבדל שבמוקפין בח"ל בעי שיהי' מוקף גם עתה כמו שושן שבעת שהיה הנס היתה מוקפת אבל בא"י אף שכעת היא בלי חומה כל שהי' לה דין מוקף לענין קדושת בתי ערי חומה עשוהו בכלל מוקפת חומה. שוב ראיתי בטורי אבן במגילה דף ג' ע"ב בהא דאמרו ישב אין לא ישב לא שהביא דברי רש"י במגילה דף יו"ד שכתב בהא דאמרו כל שתעלה בידך מסורת מאבותיך שמוקף חומה מימות יב"נ כל מצות הללו נוהגות בהן ופירש"י בתי ערי חומה ומקרא מגלה בט"ו ומשמע דלמ"ד לא קדשה לע"ל אין קוראין בט"ו במוקף חומה מימות יב"נ וע"ז האריך לתמוה דא"כ מה פריך בדף ה' והא טבריא מוקף חומה מימות יב"נ והא ניהו דמשמע בחולין דף ז' דרבי ס"ל דעזרא קידש בשעה שעלה מבבל ובקדושתן קיימו אף בזמן הזה ע"ש גבי מה שהתיר בבית שאן מ"מ מנ"ל דעזרא קידש לטבריא בקדושה שני' ועוד אף אם נימא דקדשה מ"מ כיון דקדושה ראשונה ס"ל לרבי דבטלה וא"כ מה מועיל מה שמוקף חומה מימות יב"נ וגם קשה על רוב עיירות שאין מוקפות חומה עכשיו בא"י ומה מועיל מה שהי' מוקפות חומה מימות יב"נ והא הקדושה ראשונה בטלה ע"ש שהאריך בהרבה קושיות והנה אף שהגאון החריף הלז נודע שאין דרכו לעיין במפרשים כ"א מה שעלה על לבו כלב הארי אבל בכ"ז עכ"פ בקדמונים דרכו לעיין ובמס' הלז ראיתי כמה פעמים שלא הביא גם דברי הקדמונים גם הרשב"א והר"ן והנה כבר הבאתי שזו קושית הרשב"א דכל דלא קדשה

לע"ל מה מועיל מה שמוקפת חומה מיב"נ וכתב שהקילו חכמים במגילה ע"ש ולדבריו הי' לו להקשות דעכ"פ במוקפין חומה בח"ל מה קדושה שייך בזה. אבל באמת כ"ז אינו קושיא כיון דעיקר מוקפין במגילה הוא בשביל שושן ושושן בח"ל הוה רק שתלוי בא"י בשביל כבוד שהיתה חריבה אבל לא בשביל זה ישתנה הדין. ולפמ"ש לעיל זה ההבדל שבא"י אף שהיא חריבה עתה כל שהיתה מוקפת חומה סגי דאף דבטלה קדושתה עתה אהני לה מה שהיתה קדושה מיב"נ אף עתה עכ"פ לענין מגילה ובחו"ל צריך שתהיה גם עכשיו מוקפת חומה וז"ב. ובזה מיושב מה שתמה הט"א בהא דאמרו בדף ב' אלא שושן דעבדא כמאן ופירש"י דלא ידענו אם היתה מוקפת בימי יהושע והקשה דמשמע מרש"י דאם הי' נודע שהיתה מוקפת מיב"נ אף דהיא בח"ל מ"מ מועיל והרי הוא בעצמו פירש בדף יו"ד הנ"ל דלמ"ד לא קדשה לע"ל אין קורין בא"י בט"ו וא"כ מכ"ש בח"ל דאין קורין ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שמוקפות כעת ג"כ לא אכפת לן לענין מגילה מה שלא קדשה לע"ל שהרי גם בחו"ל שבודאי לא נתקדשה ואפ"ה קורין בט"ו ורק במה שכעת חריבה הוא דבעי קדושת הארץ להסתייע ולמ"ד לא קדשה לעתיד לבא ל"מ כל שחריבה כעת לשיטת רש"י ולא ס"ל הסברא שכתבתי ודו"ק. והא דפריך הש"ס בדף ג' ישב אין לא ישב לא והא תני ראב"י אשר לא חומה וכו' אף דכעת חריבה היינו לפי שלראב"י דס"ל דלא בטל קדושה הראשונה א"כ כל שהיתה מוקפת חומה מיב"נ סגי וע"ז משני דחריבה מעשרה בטלנים והיינו כשלא הוקף מיב"נ דבהוקף א"צ עשרה בטלנים כמ"ש התוס' שם ודו"ק.

ובמ"ש יש לומר דהטעם דבמוקפין לא בעי עשרה בטלנים כמ"ש התוס' והמפרשים ועיירות גדולות בעי עשרה בטלנים יש חילוק בזה בין מוקפות חומה בא"י ובין שאר ארצות דהנה ביאור הענין דעיירות גדולות הוא מי שיש להם עשרה בטלנים לכאורה לא נודע מאין יצא זאת. אך נראה דהנה המוקפות חומה בא"י הי' בה קדושה שהי' משלחין מצורעים וא"כ כיון דהי' בהם קדושה א"כ אהני חשיבות החומה גם למקרא מגילה דיש לומר דהוא בשביל קדושת החומה וא"כ עיירות גדולות דלא הי' להם קדושת החומה ניצולו בשביל שהי' להם בהכ"נ והוא נקרא מקדש מעט ועשרה בטלנים שלומדים שם ומתפללים שם ערב ובקר והיינו דאהני להו כדאמר ר"י כשחזא דקדמי וחשכי לבי כנישתא אמר היינו דאהני להו ולכך בני הכפרים שאין להם זאת אהני להו יום הכניסה שנכנסים לעיר לקרות בשני וחמישי זהו ענין החלוקות שנתחלקו בני הכפרים ועיירות גדולות ומוקפות חומה ולכך במוקפות חומה בא"י ל"צ לעשרה בטלנים דקדושתה אהני להו ולפ"ז במוקפות חומה בחו"ל דלא שייך קדושת חומה כמ"ש התוס' בכתובות דף

מ"ה ע"ב דברוב הגוים ל"מ קדושת בתי חומה וא"כ הם ניצולו בזכות עשרה בטלנים ולכך בח"ל בעי עשרה בטלנים אף שהם מוקפות חומה ראה זה חדש הוא.

יא ולפ"ז למ"ד קדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא א"כ שוב גם במוקף חומה בא"י היה צריך עשרה בטלנים דלא אהני הקדושה אם לא שנימא הסברא שכתבתי למעלה דבא"י אהני להו הקדושה שהי' לה אבל אין זה סברא ברורה כ"כ. ובזה אני אומר מ"ש התוס' דכרך שאין בה עשרה בטלנים נידון ככפר הוא רק בעיירות גדולות לא המוקפות חומה והביא ראיה מהא דפריך מה קמ"ל ומשני כרך אצטריך לי' אע"ג דמקלעי מעלמא ולא משני מוקף אצטריכא לי' אף דחשוב חומה דידהו. ולפמ"ש היינו דוקא לריב"ל דס"ל דקדושה ראשונה קדשה לע"ל כמ"ש התוס' שם ד"ה והתניא אבל למ"ד לא קדשה לע"ל אין ראיה אפשר דגם מוקפין שבא"י צריך עשרה בטלנים:

יב ובזה מיושב היטב מה שהקשו כלם דלמה לא הביאו התוס' ראיה יותר טובה מהא דאמר ישב ולבסוף הוקף נידון ככפר והיינו ע"כ באין בו עשרה בטלנים דאל"כ גם ישב ולבסוף הוקף עכ"פ כרך הוה וקורין בי"ד וע"כ דמיירי באין בו עשרה בטלנים ואפ"ה טעמא דישב ולבסוף הוקף אבל הוקף מתחלה קרינן ביה מוקף אף שאין בו עשרה בטלנים.

יג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לריב"ל לשיטתי' אין קושיא כלל דהוא ס"ל דלא בטלה קדושה וא"כ פשיטא דא"צ במוקף לעשרה בטלנים והתוס' רצו להביא ראיה דאף לדידן הוא כן ושפיר הביאו מהך דפריך מה קמ"ל והא צריך להשמיענו לדידן וע"כ דגם זה פשיטא ומטעם דעכ"פ כבר קדושה. והנה בהא דפריך והא טבריא מוקפת חומה מיב"נ והבאתי לעיל קושית הט"א דהא בטלה קדושה הראשונה וניהו דהקדושה שניה ס"ל לרבי דלא בטלה עכ"פ לא שייך מוקפת חומה מיב"נ. ולפענ"ד נראה בפשיטות דהנה הש"ס מסיק דלענין בתי ערי חומה פשיטא דל"ח טבריא מוקף רק לענין מגלה משום דתלוי במגני ומכסי ע"ש ולפ"ז כיון דלענין מגילה הקלו בהקפה כולי האי א"כ שפיר הוי טבריא מוקף מימות יב"נ דהים חומתה מיב"נ ולענין זה לא שייך שבטלה הקדושה דהא לענין בתי ערי חומה לא התחיל הקדושה כלל ורק לענין מגלה מקרי הקפה ולענין זה היא מוקפת חומה מיב"נ וז"ב ונכון. ובזה נראה ליישב קושית הרשב"א דלמה כשס"ד דבחמיסר נטע פריך בפשיטות דטבריא מוקפת ואח"כ לענין י"ד פריך והא מספקא ליה לרבי וכבר כתבתי בזה לעיל ולפמ"ש אתי שפיר דלענין חמיסר פשיטא דמקרי הקפה דעכ"פ ספק מוקף הוא ומוקף מיב"נ מקרי הקפה לענין מגלה אבל לענין שתעקור מקרא מגלה מי"ד שהיא הקריאה לרוב עולם שפיר פריך ומי פשיטא ליה דזה מקרי

הקפה חשובה לענין מגלה וז"ב ופשוט ודוק. והנה ראיתי במאירי שכתב דבר חדש דלכך חלקו מוקפים מפרזים לענין מגלה דלענין מגלה כיון דמוקפין חשיבי מהראוי לשמוח בשני ימים וא"כ כל שהיו קוראין בי"ד כבר כלה השמחה ולכך תקנו שיקראו בט"ו שאז שמחים גם בי"ד כיון שהיא קריאה לרוב העולם ותחלת הנס ושמחים אח"כ ביום קריאתם ע"ש במגלה בדף ב'. והנה לכאורה תמוה דא"כ מה קאמר דנטע בארביסר ופשיטא לי' לרבי דטבריא מוקפת חומה הא אף אם פשיטא לי' מכל מקום המוקף ראוי לשמוח בשני ימים וא"כ ניהו דהוא מוקף הא ראוי לשמוח אף בי"ד וא"כ מהראוי לאסור בי"ד במלאכה שמונע השמחה והיא קושיא גדולה להמעיין. אך נראה דכל הטעם של המאירי משום שהכרכים לרוב חשיבתם ראוי לשמוח בשני הימים וא"כ זהו כשהיא מוקפת חומה באמת אבל בטבריא דאינה מוקפת חומה באמת לענין בתי ערי חומה רק לענין מגילה הספק שמא מקרי הקפה דעכ"פ מגני מאויב וא"כ עכ"פ אין בה חשיבות כ"כ ושפיר כל דפשיטא לי' דלענין מגלה חשוב הקפה דילה א"כ ניהו דלענין מגלה נגררת בתר המוקפין אבל א"צ שישמח גם בי"ד דאין בה חשיבות כ"כ ולכך בי"ד נטע וז"ב. ובזה יש ליישב הקושיא הנ"ל דלהס"ד דבחמיסר נטע שפיר הקשה דעכ"פ כיון דספק הוה אי חשוב הקפה א"כ אסור מספק ליטע אבל כשמסיק שבי"ד נטע שפיר מקשה כיון דלחזקי' מספקא לי' אם כן גם לרבי כל שמספקא ליה א"כ ממ"נ אסור אך באמת י"ד הוא פשיטא דאסור ואם חשוב הקפה שוב מהראוי שישמח בשני הימים כמ"ש המאירי וע"ז מסיק דמפשט פשיטא לי' והיינו דהקלו במגילה וסגי בהקפה הלז ואם כן עכ"פ א"צ לשמוח רק בט"ו ולא בי"ד וז"ב ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ות"ל נתברר כל ענין פרזים ומוקפים לאשורן. והנה ראיתי בטורי אבן במגילה דף י' שנסתפק אם בימי עזרא שקידש שנית אם גם המוקפין חומה שלא קידש יב"נ קידש עזרא ע"ש שכתב שמדברי הרמב"ם בפי"א משמיטה משמע שקידש אף עיירות אחרות והנה באמת מצאתי במהרי"ט חלק י"ד סי' ל"ז שכתב בהדיא שלא קדש עיירות אחרות ע"ש ולפענ"ד ראי' לדבריו מהא דתלו במגלה במוקף חומה מיב"נ אלמא דלא קדש אחרות וגם במאירי במגלה כתב בשם המדרש שהקב"ה הבטיח ליהושע מאז לחם בעמלק שיהי' נקרא על שמו ע"ש וא"כ לכך לא קדש עזרא רק אותן שקידש יהושע כנלפענ"ד ויש להאריך בזה ואכ"מ:

יד והנה המהרי"ל והיא התשובה אשכנזיות שמביא ב"י כתב על ספק שיש בעיירות בחו"ל אם הם מוקפות חומה כתב דל"ח לזה משום דספק לא מקרי רק מה שהוא ספק בש"ס גבי טבריא דמספקא לי' אם מקרי מוקף חומה וביאור הדברים נראה לפענ"ד דדוקא ספיקא דדינא מקרי ספק ול"ש בזה שמרוב או החזקה יכריע כמ"ש המלמ"ל

פ"ז מעדות אבל ספק מציאות שייך להלך בתר רוב ודוק היטב. והנה בהא דאמרו בדף ב' ודף ג' כרך וכל הסמוך לי וכל הנראה עמו נדון ככרך ועד כמה אר"י וכו' כמחמתן לטבריא מיל ולימא מיל הא קמ"ל דשיעורא דמיל כמה הוה כמחמתן לטבריא והוא תימה גדולה דאטו לא ידענא שיעורא דמיל והוא בכל הש"ס אלפים אמה ועיין ט"ז סי' תרפ"ח וכן הקשה בטורי אבן וגם בהא דאמרו בפסחים דף מ"ו כדי שיהלך ממגדל נוניא לטבריא מיל והוא ג"כ תימה. ולפענ"ד נראה דהנה באמת שיעור מיל הוא אלפים אמה אמנם זה כשאנו משערים המיל בדרך בלי שנסמכהו ונספחהו אל אחת העיירות אבל במגלה דאמרו כרך וכל הסמוך לו נדון ככרך הנה ענינו הרואות שכל שסמוך לעיר גדולה אף שיותר ממיל כל שאינו הרבה ממיל כיון שנסמך לעיר נחשבהו רק למיל ועינינו הרואות גם בלשון בני אדם כל שיש עיר קטנה סמוך לגדולה ואין ביניהם שיעור רב ממיל אף שמ"מ יש בו יותר מאלפים אמה כיון שאי אפשר להגבילו למיל ומחצה או לשתי מילין נחשבהו למיל ומטעם שהוא סמוך לעיר הגדולה נחשבהו למיל גדולה והנה כאן דכרך וכל הסמוך לו ונראה עמו חשוב ככרך א"כ עיקר החשיבות בשביל הסמיכות לעיר לכך חשבינן אף שיותר ממיל כל שסמוך לעיר הגדולה או שנראה עמו נחשבהו למיל גדולה ולכך לא נתן שיעור אלפים אמה שבאמת יש יותר מאלפים אמה רק מפני סמיכתה ונראה לעיר ע"כ הוה ג"כ בכלל שיעור מיל ונדון ככרך וגם בבצק שהחמיץ כיון שאין טעם דוקא באלפים אמה ויכול להחמיץ בפחות מעט או יותר רק שכל שיעורי חכמים כך אם כן כל שהי' להם שיעור יותר ברור כדי מהלך ממגדל נוניא לטבריא ע"כ לא אמרו אלפים אמה ושיערו ממגדל נוניא לטבריא שהוא שיעור הפחות ממיל ומכל מקום נקרא מיל בעבור שהוא סמוך לטבריא וא"א לגדרו בחצי מיל או בשלשה חלקי מיל שהוא יותר רק שלא הגיע לשיעור מיל ע"כ גבלו בו לחומרא ולכך תפסו שם שיעור ממגדל נוניא לטבריא שהוא פחות ממיל וכאן כיון דהקלו בנראית אף שאינו סמוך ע"כ תפסו מחמתן לטבריא שהי' יותר ממיל ועיין בארבעה טורי אבן להגאון החסיד מוהר"א אבד"ק אמשטרדם ז"ל מ"ש בליקוטי הש"ס דף י"ג רמז נפלא בזה ודוק. והנה לפענ"ד הי' נראה דבר חדש דמה שהיה מקדימין מי"א אף שחז"ל למדו מקרא דזמניהם אבל לפענ"ד יש רמז דהנה מבואר דיש נהגו להתענות שלשה ימים תענית אסתר כמ"ש בסי' תרפ"ו בשם המס' סופרים ואף שתענית אסתר היה בניסן מ"מ אנו עושין זכר ומתענים אחה"פ. אבל לפענ"ד אלו השלשה ימים שמקדימים הוא זכר שע"י השלשה ימים שהתענו וקראו צום ע"כ נעשה להם נס וזהו לדעתי מ"ש י"ג זמן קהלה לכל הוא ופירש ר"ת דקאי על תענית אסתר ולפענ"ד נראה להמתיק הדברים עפמ"ש הטור באו"ח סי' תקפ"א בשם

המדרש משל למלך שיצא לגבות מס יצאו לקראתו גדולי העיר וויתר להם שליש ואח"כ יצאו הבינונים וויתר להם שליש אחר ואח"כ יצאו כלם לקראהו וביאור הדברים דכל עוד שלא קרוב הצער עוד לא ירגישו ההמון רק הגדולים ואח"כ הבינונים ואח"כ ההמון כלו ולכך י"ג זמן קהלה לכל שזה היה הזמן הקרוב יותר ונרגש להם הצער ודוק ואף שהוא ע"ד דרוש לא נמנעתי לכתוב כי מלאכת שמים הוא. והנה הפ"י כתב בדף ה' גבי הא דפריך ומי מספקא לי' מלתא דטבריא וכו' והקשה שם דלמא מיירי שחרב חומתי' ולא מקרי מוקף ואף דמשמע בהך דריב"ל דאף בחרבו חומותיה הוה מוקף מ"מ זה אליבא דר"א בר"י ורבנן פליגי עלי' וכתב דאם בתי ערי חומה ומגלה כחד נינהו א"כ אף בחרב לבסוף יש לו דין מוקף לגמרי ע"ש ולפענ"ד צ"ע דלפמ"ש הרמב"ן דהבדל שבין פרזים למוקפים הוא בשביל דהם היו בסכנה טפי וא"כ כל שחרב בימי אחשורוש שוב היה בסכנה ונראה דהדבר תלוי בזה דאם מוקף מימות יהושע ב"נ בעינן א"כ ע"כ משום קדושת החומה אתי עלה וא"כ אף שחרב אח"כ הקדושה לא בטלה ואם נימא דבעי מימות אחשורוש א"כ שוב בעי שיהיה מוקף לגמרי. ובזה נראה לפענ"ד דזהו הספק דאמר דחזקי' נסתפק אי משום מגלו או משום מגנו והיינו דבאמת חרב טבריא וא"כ אם נימא דבעי מוקף מימות יהושע ב"נ א"כ שוב אותו הצד שים חומתה דאינו חשיב לגבי בתי ערי חומה שוב ל"מ אבל אם משום מגנו שוב מועיל צד הים דמכל מקום אותו צד מגנו ונמצא שיש קולא בצד וחומרא מצד. ובזה מיושב היטב מה דבחמיסר לא אמר הש"ס דמסתפקא לי' רק להיפך וכבר כתבתי בזה הרבה למעלה.

טו ולפמ"ש אתי שפיר דגם הש"ס ידע דחרב אח"כ רק דס"ל דתלוי במוקף מיב"נ וא"כ אף שחרב אח"כ ג"כ נקרא מוקף וע"ז קאמר להיפך בארביסר וא"כ ע"ז הוכרח להקשות די"ל דטבריא מקרי פרזי דהרי חרב אח"כ ולא מועיל הצד של ים דמ"מ מגלו ודוק היטב:

טז ואמרתי להעתיק כאן מ"ש לי אבי מורי הרב הגאון החריף מוה' ארי' לייבוש ני' נאטהזאהן הלוי בשנת תר"ה י"ב אדר שני וז"ל הזהב אציעה נא אשר עלה ברעיוני ע"ד הדין המבואר בטוש"ע דעיירות המסופקות אם מוקפות חומה מימות יהושע ב"נ קוראין בשני הימים ואמאי לא נוקי אחזקה קמייתא ונימא זה מזמן מאוחר הוקפה כמו בכ"מ ויש להעיר בזה עפ"י סברת הרשב"א ויען הכל גלוי לפניך ע"כ קצרתי אף כי הארכתי בזה לבאר סברת הר"ן ופלפלתי בסוגיות הש"ס והרמב"ם אך פה אכמ"ל עכ"ל הנעים. והנה מ"ש שיש ליישב עפ"י סברת הרשב"א כוונתו בלי ספק למ"ש הרשב"א גבי גבינות דכל שאי אפשר להגביל החזקה מתי נעשית א"כ כל שיצאת מחזקתה לא שייך לאוקמא אחזקה וכמ"ש ביו"ד בט"ז סי' פ"א משמו וה"ה כאן כל שאנו מסופקין מתי נעשו

מוקפות לא שייך לאוקמא אחזקה דלא נודע מתי נעשית זה. והנה בגוף הקושיא לפענ"ד יש מקום לומר בזה ליישב דברי הר"י אביו שהביא הב"י דכל שיש עדים שאומרים שהי' מוקף חומה ומקצתם אומרים שלא הוקפה חומה וא"כ לא שייך לאוקמא אחזקה דהא תרווייהו אומרים כעת הוקפה חומה רק שקצתם אומרים שהוקפה מימות יהושע וקצתם אומרים שלא הוקפה עכ"פ לדברי תרווייהו כעת מוקפה חומת ובכה"ג לא שייך לאוקמא אחזקה קמייתא דהא רובא עדיף מחזקה ותרי קי"ל סי' תרפ"ח ס"א דמסתמא הוקפה ולבסוף ישבה ומטעם שכתב הר"ן הרוב מדינות מקיפין ולבסוף מישבין אותה ועיין מ"א ס"ק ב' מ"ש בזה ועיין בט"ז שם וא"כ עכ"פ הרוב עדיף וא"ל דא"כ היאך הוה תרי ותרי הא איכא רובא המסייע לאותן האומרים שמוקפה מימי יב"נ דזה אינו דמה מועיל הרוב ולא עדיף מאלו הי' עוד עדים ואף מאה הוה כתרי ותרי ורק אחזקה הוא דמוקמינן אבל רוב לא מועיל וכ"כ בשב שמעתא שמעתא וא"ו פכ"ב ע"ש וה"ה בזה דעכ"פ חזקה לא שייך נגד הרוב וא"כ הוה כאקבע איסור אבל בספק אם היא מוקפת חומה כלל שפיר שייך לאוקמא אחזקה קמייתא. אמנם בגוף דקושיא נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה באמת לא שייך חזקה דאטו העיר נתחייבה במגילה היהודים הדרים בתוכה נתחייבו במגילה והיאך שייך לאוקמא העיר בחזקתה דמה מועיל חזקת העיר להאנשים הדרים בה ובפרט לאותן האנשים אשר בימיהם כבר הוקפה ואיך יועיל להם חזקת העיר בראשונה וכעין מ"ש הרמב"ן דחזקת הקרובות ל"מ להאש' כמבואר בב"ש סי' ל"ה ס"ק למ"ד ואף דדברי הרמב"ן תמוהין וכמ"ש הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' ד'. הנה בתשובה אחת ביארתי הדברים לאשורן אך גם לפי דברי הנוב"י שם דמחלק דחזקה פנויה אתרע והיא חזקה קלישא א"כ גם כאן הא החזקה קלישא דבאמת רוב מדינות מוקפות קודם וגם לפי"ז יש ליישב דברי מהר"י אביו הנ"ל דזה דוקא היכא שהספק אם היא מוקף מימי יהושע וקצתם מכחישים לקצתם אבל בספק אם היתה כלל עיר מימי יהושע א"כ החזקה בתקפה ודו"ק ויש להאריך בזה בסוגיא במגלה גבי רבי קרי בטבריא ואכ"מ כעת לברר הדברים גם לפמ"ש המלמ"ל פ"ז מעדות דבספק תרי ותרי לא שייך לאוקמא אחזקה דהא אין הספק אם נעשה הפעולה או לא רק הספק אם זו הפעולה היא כך או כך ואטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הענין ע"ש וא"כ גם כאן לפמ"ש המהר"י אביו שהביא הב"י דמיירי בתרי ותרי לא שייך לאוקמא אחזקה וכמ"ש המלמ"ל ודו"ק:

יז ובזה יש להאריך ג"כ בסוגיא שם. ודרך אגב אומר במה שנחלקו הרמב"ם עם התוס' דהתוס' בכריתות ריש פרק ספק אכל כתבו דשבת וחול דמקרי אקבע איסור היינו דבה"ש של מוצאי שבת דאקבע איסור כל היום של שבת והרמב"ם בפ"ח משגגות ה"ב

כתב סתם שבת וחול וכתב הלח"מ דזה מקרי אקבע איסור הואיל שנכנס לשבת ע"ש ואני תמה לכאורה על שני השיטות מהא דאמרו בהוריות דף ד' משל דסומכוס למה הדבר דומה לאדם שהביא כפרתו בה"ש ספק מבעוד יום נתכפר לו ספק משחשיכה נתכפר לו שאינו מביא אשם תלוי ולפ"ז לשיטת התוס' ל"ד כלל דשאני התם דאקבע היתירא מקרי דכל היום כשר להקרבה ולכך אינו מביא אשם תלוי דהשתא לחומרא אמרו דמביא אשם תלוי כל שאקבע איסורא מכ"ש באקבע היתירא דכל היום כשר להבאת קרבן דמוקמינן אחזקת יום וכן להיפך לשיטת הרמב"ם הרי בלילה מקרי אקבע איסורא דהא הוא בהכנסת לילה ולמה לא יביא אשם תלוי ומה ענינו לשם דספק ספק בעצמותו אם תלה בעצמו אי בהוראת ב"ד ובשלמא לשיטת הרמב"ם יש לומר דע"כ לא מקרי אקבע איסורא רק בהכנסת שבת דקדושת שבת חל גם בה"ש ועכ"פ תוספת שבת הוה וגם קדושת שבת שאח"כ מקרי אקבע איסורא אבל לשיטת התוס' ודאי קשה דשם הוה חזקת היום משא"כ בתלה בהוראת ב"ד שהספק אין לו שום חזקה בזה. והנראה בזה דהנה השאגת ארי' הקשה בסי' י"ז דאיך אמרו דביה"ש אינו מביא אשם תלוי והא דם נפסל בתחלת השקיעה ולכל היותר אין בה"ש רק שלשה חלקי מיל וכבר נפסל מתחלת השקיעה שהיא ד' מילין וא"כ באמת צריך להביא אשם תלוי אבל הדבר נכון דהרי התוס' במנחות דף כ"א כתבו דהא דדם נפסל בתחילת השקיעה אינו רק מדרבנן וא"כ מה"ת כשר להקריב הדם ושפיר אינו מביא אשם תלוי ועיין במגן גבורים סי' רל"ג ס"ק ב' ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הר"ש בפ"ב ממקוואות דכל שכבר יצא הדבר מחזקתו מדרבנן שוב לא שייך לאוקמא אחזקתו הראשונה דעכ"פ מדרבנן יצא מחזקתו ולפ"ז לא שייך לאוקמא אחזקת היום דהא מדרבנן תו לאו יום מקרי לענין הקרבה ונפסל בשקיעת החמה בתחלת השקיעה ושפיר לא שייך לאוקמא אחזקתו והו"ל ספק ואפ"ה אינו מביא אשם תלוי וז"ב. ומן האמור נראה מ"ש המ"א להסתפק בסי' שמ"ב אם שבות דגזר בה"ש הוא דוקא בעילוי יומא דמספיקא לא עיילי קדושת שבת או באפוקי יומא דמספיקא לא נפקע קדושה ולפמ"ש ל"מ לשיטת הרמב"ם דגם עיולי יומא מקרי אקבע שבת א"כ ממילא גם בעיולי יומא מקרי אקבע איסורא ואפ"ה לא גזרו ומ"ש עיולי מאפוקי דהא גם בעיולי מקרי אקבע איסור וגם לשיטת התוס' דאפוקי שבתא הוא דמקרי אקבע איסורא א"א לומר דבאפוקי יומא דאקבע איסור וא"כ אף ספק דרבנן כאקבע איסור ואתחזיק איסור והרי התורה צותה להביא אשם תלוי וגם ספק דרבנן באקבע איסור או אתחזק להחמיר ולמה לא גזרו בשבות בה"ש וע"כ דהוא בעיולי ובשלמא לשיטת רבינו אף דגם עיולי יומא מקרי אקבע איסור יש לומר דכל שהוא שבות לצורך מצוה או שעת הדחק

לא אמרו שיהי' מקרי אקבע איסורא אבל לשיטת התוס' דדוקא אפוקי יומא וכיון שכל היום הי' בחזקת איסור פשיטא דגם איסור דרבנן מקרי אתחזיק ואקבע איסורא ולא שייך לומר דלא גזרו על שבות דהא הוא כבר בחזקת איסור ולא נפקע האיסור וכל היום הי' אסור ולא נפקע איסורם וז"ב מאד.

יח והנה יש לעיין בבה"ש של יו"ט אחר השבת דודאי מקרי אקבע איסור מיהו איזה קדושה מקרי אקבע אי הקדושה של שבת או הקדושה של יו"ט שתבא אח"כ ולפענ"ד דעת תורה ודעתי נוטה דקדושת יו"ט מקרי יותר אקבע שזה עתידה שתבא ותתקדש כל הלילה והיום וקדושת שבת עכ"פ בודאי תצא בעת שהוא ודאי לילה ובכה"ג קדושת יו"ט אף דקילא משבת יותר אקבע מקרי מקדושת שבת ובפרט לענין שבות דרבנן דיותר מסתבר למשוך עליו קדושת יו"ט שהיא מה"ת משנימא דהוא עוד יום וכמעט רגע יפקע קדושתה וכעין זה כתב הט"ז באו"ח סי' ת"ץ דבליל ח' יותר טוב לספור קודם קידוש דמוטב יותר למשוך עלי' קדושת ז' שהיא מה"ת מקדושת ח' שאינו רק מדרבנן ואף דשם הוא להיפך דממשיכין קדושת יום העבר היינו משום דעכ"פ קדושה של תורה עדיף וה"ה בזה להיפך קדושה של תורה דיו"ט דיהיה נמשך והולך עדיף מקדושת שבת דכעת לענין שבות אינו רק דרבנן ובפרט דלהרמב"ם גם עיולי יומא מקרי אקבע איסורא א"כ מכ"ש דלענין יו"ט אחר השבת מקרי קדושת יו"ט אקבע. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' שבת סי' ש"ז שהקשה על דברת המ"א הנ"ל דנסתפק אם גם מ"ש מקרי שבות בה"ש דלא גזרו והקשה מדברי התוס' בעירובין דף ל"ה ד"ה אמאי שכתבו בהגה"ה שם דלרבי גם ביו"ט אחר השבת לא גזרו שבות בה"ש וקשה הא ביו"ט אחר השבת אקבע איסורא מקרי ולפמ"ש אתי שפיר דיותר עדיף קדושת יו"ט הבא ונמשך מקדושת שבה שברגע חלף וכעת ג"כ בספק שמא כבר הלכה לה וכמ"ש.

יט ובזה יש לומר דבר נחמד הא דמשני גזירה משום יו"ט שאחר שבת ולא אמרו באילן ג"כ גזירה משום יו"ט שאחר השבת. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך להבין דאיך שייך לגזור אטו יו"ט אחר השבת והא ביו"ט אחר השבת ג"כ מהראוי לומר דיו"ט הוא דקדושת יו"ט עדיף לי' דהיא קדושת תורה הנמשכת כמ"ש אך זה אינו דפשיטא דאיסור הוצאה שהוא מן התורה לא נפקיע קדושת שבת משום יו"ט וקדושת שבת חמורה רק לענין שבות דאינו רק דרבנן בזה שפיר מקילין דיותר טוב לומר שיש עליו קדושת יו"ט ויש עליו קדושת תורה משנאמר דקדושת שבת עליו והשבות אינו רק דרבנן וז"ב וגם התוס' תירצו כעין זה אבל לא דבריהם דברי כמו שיראה המעיין. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הכו"פ בבית הספק סי' ק"י על דברת הר"ן בסוכה דלכך אתרוג בשמיני

מותר משום דאי אזדמן לי' אתרוג בבה"ש לא מברך והקשה הר"ן אמאי לא צריך למשקל מספק וכתב דכיון דאינו רק מדרבנן בשאר הימים הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא וכתב הכו"פ דהא הו"ל אקבע איסורא הא בה"ש אקבע איסורא ואסור. ולפמ"ש אתי שפיר דהא מקרי אקבע איסורא דיום השמיני דהקדושה נמשך והולך משא"כ של שביעי דהלך קדושתו וכמ"ש. ובזה מיושב היטב הא דהקשו האחרונים דאמאי בהפריש שבעה אתרוגים לשבעה ימים דאוכל כל אחת ביומו והא עכ"פ ביום ראשון יקשה קושית הר"ן דהא אי מזדמן בה"ש מברך ולא שייך לומר דהו"ל ספק דרבנן דביום א' הוא מן התורה ובחידושי כתבתי בזה הרבה ולפמ"ש אתי שפיר דגם כאן לא מקרי אקבע איסורא דיום שני דקדושתו חמורה עדיף מיהו יש לפקפק דלענין גוף הנטילה היא מה"ת ועכ"פ דבר זה שחידשתי דיו"ט אחר השבת מקרי אקבע איסור של יום שני הוא דבר חדש וצ"ע בזה. והנה במה שהקשיתי למעלה דבה"ש נוקי בחזקת היום דאקבע היתירא לשיטת התוס' לפענ"ד נראה דזה תלוי בשיעור בה"ש דלר"י דס"ל דספק בה"ש הוא משתשקע החמה כ"ז שפני מזרח מאדימין ובה"ש ספק מן היום ספק מן הלילה ספק כלה מן היום ספק כלה מן הלילה כדאמרו בשבת דף ל"ד ולכך שפיר שייך לאוקמא בחזקת היום דהא יש בו מן היום ומן הלילה דספק הוא שמא חציו מן היום וחציו מן הלילה ואם כן שייך לאוקמא אחזקתו אבל לר' יוסי דאמר בה"ש כהרף עין זה נכנס וזה יוצא ואי אפשר לעמוד עליו וא"כ לא שייך לאוקמא אחזקת היום דהא כמו שאתה מסופק שמא יום הוא כמו כן אתה מסופק שמא כבר לילה הוא וגם הלילה היא אקבע דהא אתה מסופק שמא יום הוא ושמא לילה היא וא"כ אותו הרף עין אם אתה מסופק שמא כלו לילה שוב לא שייך לאוקמא אחזקת יום דהא אקבע שניהם יום ולילה. אמנם זה אינו דהא גם בבה"ש דר' יוסי איכא לספוקי שמא מן היום ומן הלילה יש בו וכמ"ש התוס' בשבת שם ד"ה ור' יוסי ע"ש דלכך הוה ספק לטומאה ולקרבן (וקצת צ"ע ממ"ש התוס' שם בד"ה ספק דבה"ש דר' יוסי לית ביה כשיעור שלש ראיות וצ"ע בר"ש במס' זבין) ועכ"פ גם בזה הוה ספק שמא מן היום ומן הלילה ושייך לאוקמא אחזקה. אך נראה להיפך עפמ"ש התוס' בכתובות דף כ' גבי נכסי דבר שטיא דלא שייך לאוקמא אחזקה עכשיו כיון דעתים חלים ועתים שוטה אין ראיה ממה שהוא עכשיו ולפ"ז לר' יוסי דס"ל דהוא כהרף עין א"כ לא שייך לאוקמא אחזקת יום כיון דאחר יום הוא לילה א"כ מה חזית לאוקמא על יום אוקמא אחזקת לילה וא"ל דספק שמא מן היום ושמא מן הלילה דכיון שהוא רגע אחת ויש בו מן היום ומן הלילה וא"כ הוה כעתים חלים ועתים שוטה דלא שייך לאוקמא אחזקת שהוא עכשיו דהא עשוי להשתנות ברגע הלז אבל לר' יהודה דהוא כשלשה חלקי

מיל וא"כ יש בו מהשיעור שראוי להסתפק לא שייך לומר דהוה ספק דמהראוי לקבוע בחזקת יום דעכ"פ כיון דאיכא ספק שמא מן היום הוא ויש בו כשיעור מן היום וא"כ ראוי לאוקמא בחזקת יום שכבר הי' כנלפענ"ד דלא שייך בזה לומר דעשוי להשתנות כיון דע"ז אנו דנין שמא לא התחיל עדן להשתנות דבשלמא בבה"ש דר' יוסי דהוא כהרף עין א"כ ודאי עשוי להשתנות כמו רגע ולא שייך לאוקמא אחזקי' ובפרט לפמ"ש הר"ש פ"ק דזבין משנה וא"ו דלר' יהודה ור' נחמי' יש להסתפק על בה"ש דידהו או כלו יום או כולו לילה או חציו יום או חציו לילה אבל לר"י דאמר כהרף עין יש להסתפק על כל משהו שבו אי כלו יום או כלו לילה או מחציתו יום ומחציתו לילה ע"ש וכיון דעל כל משהו יש להסתפק שמא יום ולילה מעורב וא"כ שוב לא שייך לאוקמא אחזקי'. ובזה ממילא מיושב מה שהקשיתי לשיטת התוס' דבה"ש דמו"ש מקרי אקבע איסורא א"כ לכך אינו מביא קרבן מספק דאקבע יום.

כ ולפמ"ש אתי שפיר דבהוריות שם אזלינן לר' יוסי דבה"ש כהרף עין ובכה"ג לא שייך לאוקמא אחזקה. ובזה מיושב קושית המהרש"א ברש"י במ"ש דליכא למימר שמא משחשיכה נתכפר לו שהרי בה"ש כהרף עין ואין אדם בעולם יכול לעמוד עליו אם הוא מן היום או מן הלילה ותמה המהרש"א דאכתי למה תולין כפרתו ביום טפי מבלילה ולפמ"ש יש לומר דבאמת זה שכוון רש"י דק"ל מה ראיה משם דהא שם אקבע יומא וא"כ אין ראיה דבה"ש ספק הוא ותלינן ביום וע"ז כתב רש"י כיון דבה"ש הוא כהרף עין א"כ ע"כ מה שנתכפר לו הוא שאין בו צד חיוב מעליא דלא אמרינן שמא משחשיכה נתכפרה לו מספק ולזה הביא רש"י ראיה דמשום שהוא ספק ואפ"ה לא חיישינן שמא לילה היא שהרי בה"ש כהרף עין וא"א לומר דמשום דאקבע יממא תלינן ביום ורק משום דמספק לא חיישינן ה"ה בזה ולפ"ז יש לומר דספיקו של המג"א הוא רק בשבות דבהשמ"ש לר' יוסי דלא שייך לאוקמא אחזקתי' ולפ"ז יש לומר דבעירובין דף ל"ד דאזלינן בודאי לר' יהודה דהרי אמרו הואיל ויכול לעמוד על בה"ש ועיין תוס' שם וא"כ בודאי גזרו על שבות בה"ש דמוצאי שבת ושפיר אמרו גזירה משום יו"ט שאחר שבת דבזה ודאי מודו דגזרו על שבות בה"ש ומיושב קושית התוס' בהגהה שם בעירובין דשפיר אמרו גזירה משום יו"ט שאחר שבת ודו"ק. ולכאורה קשה בהא דאמרו בפסחים דף נ"ד אין בין ת"ב ליוה"כ אלא שזה ספיקו אסור וזה ספיקו מותר ורצה לאוקי בה"ש ודחה דבה"ש אסור רק בקביע דירחא ספיקו מותר וקשה טובא דאמאי יהיה ספיקו דת"ב בה"ש מותר להס"ד והא אקבע איסורא והרי לשיטת רבינו זה מקרי אקבע איסורא דאף בע"ש בה"ש מקרי אקבע איסורא וא"כ אף בדרבנן קי"ל דספיקו אסור כל דאתחזיק איסור כמבואר

ביו"ד סימן ק"י והרי אקבע איסורא הוה כאתחזק איסורא ובפרט דת"ב הוה ד"ק ובודאי ספיקו להחמיר באקבע איסורא ואף אם נדחוק דכאן לא שייך אקבע איסורא דהא תוס' מותר ואין תוס' לת"ב וגם קדושת ת"ב שיהיה נמשך עליו גם בה"ש לא שייך בזה מ"מ אכתי קשה דבקביעא דירחא כל דלא בקיאינן מהראוי להחמיר בספקו דכאן הספק על היום אם בזה היום או בזה והו"ל כחתיכה משתי חתיכות דמקרי אקבע איסורא והיא קושיא גדולה לפענ"ד וצ"ל דמיירי לענין בה"ש הראשון דבזה מותר בקביעא דירחא אם נסתפק שמא מחר מותר עכ"פ בה"ש דאף דנימא דבה"ש ספיקו אסור אבל כאן שיש ספק אם אולי אין זה היום כלל אסור א"כ הו"ל כעין ס"ס ספק שמא עדן יום הוא ואת"ל שהוא לילה שמא אותו יום אינו ט"ב ובכה"ג לא חייב אשם תלוי לשיטת הרמב"ם בפ"ח משגגות ועיין לח"מ שם דלא ס"ל בזה כשיטת התוס' דגם בס"ס מביא אשם תלוי ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' בפסחים שם ד"ה לקביעא דהקשו דמשמע דנחלקו דוקא לקביעא דירחא הא לשאר דברים שווים והא יוה"כ תוספת אסור מן התורה ובט"ב תוספתו מותר. ולפמ"ש יש לומר דזה ממילא שמענו דאם נימא דגם בט"ב תוספת אסור שוב גם בה"ש דספק דקביעא דירחא ג"כ יש לאסור דעכ"פ בה"ש הו"ל תוספת עכ"פ ואקבע איסור ועיין בר"ן בביצה פ"ד וע"כ דתוספתו אינו אסור ודו"ק היטב.

כא ואגב אומר דמדברי התוס' שם משמע דאם ספק לו איזה יום הוא יוה"כ כגון שהולך במדבר צריך לעשות שני ימים מספק וזה דבר חדש ועיין סי' תרכ"ד במ"א. הן אמת דלפ"ז צ"ב דא"כ גם בט"ב למה ניקל בספיקו דניהו דספיקא דרבנן להקל מ"מ הא ניקל בשתיהן ובכה"ג לא אמרינן ספק דרבנן להקל וכמ"ש הר"ן לענין הסיבה ועיין מלמ"ל פ"א ממגילה מ"ש בזה ולפי דבריו יש ליישב דעיקר הכוונה דכל שעשה כבר יום ראשון מספק שמא היום ת"ב שוב יצא ידי חובתו ומהראוי שיפטר אח"כ. אבל זה אינו דזה דוקא שם דתקנת חכמים במקומה והיינו כשהי' ספק אם אקבע ביום זה אבל כאן שזה הולך במדבר וספק לו על גוף הקביעות לא שייך בזה ספק דרבנן לקולא וגם לפמ"ש למעלה דדוקא בה"ש שייך להקל ושוב בזה קשה דלא שייך בזה ספק דרבנן להקל דא"כ אתה מיקל בשניהם ואף דיש לומר ביום ראשון בה"ש שלו הוה ס"ס אבל ביום שני לא יהיה רק ספק אחד ובאקבע איסורא להחמיר אבל אכתי אינו ברור הדבר. אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת גם ט"ב ברצו תליא מלתא ורק דקבלנו עלינו ועשינו חובה א"כ י"ל דבכה"ג דאזל במדברא ויש לו ספק בכה"ג בודאי לא קיבל עליו לעשות לחומרא שתי ימים דהוה סכנת נפשות ובזה בודאי ספיקא להקל ועיין ט"ז סי' ת"ר ודו"ק היטב וראה זה חדש הוא. ובמ"ש למעלה דבה"ש לא מקרי חתיכה משתי חתיכות יש מקום

ליישב קושית התוס' בעירובין דף מ"א ד"ה אי אתם שהקשו דהא שמואל ס"ל דבה"ש דת"ב מותר.

כב ולפמ"ש אתי שפיר דשמואל לשיטתו דס"ל ביבמות דף קי"ז בפרק החרש דבעי חתיכה משתי חתיכות אבל לר"י לשיטתו דס"ל דבה"ש כהרף עין לא שייך לאוקמא אחזקת יום כמ"ש למעלה ומחמירין אף בספק בה"ש לבד ודו"ק כי חריף הוא:

סימן קצד

א לבאר ענין נתינה בע"כ.

ב אשר הארכת בענין נתינה בע"כ במה שהביא הב"י באהע"ז סי' קמ"ג שחידש שני דברים דלמ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה אף שלא קבלם השני כלל כל שרצה ליתן לו הוה נתינה ולמ"ד נתינה בע"כ לא הוה נתינה כל שקבלם בפועל מודה דהוה נתינה והנה בחלק השני חלק עליו חכם אחד שהובא בב"י שם וכפי הנראה הוא מהרלב"ח שכנגדו החולק עליו.

ג ולכאורה רציתי להביא ראיה בזה לדעת המהר"י בי רב מהא דמבואר בש"ע אהע"ז סימן קמ"ג ס"ו שם שאם הוא מתרצה לקבל דמים בעד אצטליתא הוה גט והוא מהרא"ש והקשה הב"ש בשם המהרש"ל דא"כ ע"כ פלוגתא דרשב"ג ורבנן הוא באינו רוצה לקבל הדמים וא"כ הא מוכח דנתינה בע"כ לא הוה נתינה לרבנן דקי"ל כוותי' ומ"ש הב"ש דנתינה בע"כ דליתן מעות בעד הכלי בודאי לא מועיל בע"כ וכתב שכ"כ בריש סי' כ"ז בשם הרש"ל. הנה לא מצאתי שם בס"ק ב' שם דבר מזה בשם הרש"ל. והדבר תמוה דבשלמא נתינה בע"כ ושוה כסף שפיר כתב המהרי"ט שם דלמ"ד עיקר הוא כסף ושו"כ אינו רק מריבויא דכל מילי הוה מיטב וא"כ עכ"פ בע"כ ל"מ אבל כאן דאדרבא ליתן מעות בעד הכלי מנין לנו דל"מ אף בע"כ למ"ד נתינה בע"כ מועיל וכסף ודאי מועיל. ועכ"פ קושית הב"ש קשה טובא וצ"ע תירוצו. אבל באמת תמהני דאין התחלה לקושיא לפענ"ד דע"כ לא נחלקו אם נתינה בע"כ מקרי נתינה או לא דוקא כשנותן ליד נותן מה שהתנה עמו אבל כאן דלרבנן אצטליתא דוקא ולא דמים וא"כ מה מועיל דנתינה בע"כ הוה נתינה הא אינה נותנת מה שנתחייבה לתת לו דהוא רצה אצטלית דוקא וז"ב כשמש וצ"ע על הרש"ל והב"ש דמה זו קושיא כלל (אחר כמה שנים מצאתי בט"ז שם סי' קמ"ג שהרגיש בזה ונהניתי) ובאמת שלפענ"ד הי' נראה דזה גופא הטעם דנתינה בע"כ ושו"כ ל"מ והמהרי"ט כתב הטעם דלא נתרבה בכה"ג שוה כסף ככסף. ולפמ"ש יש לומר בפשיטות דכל שלא נתן מה שהתנה שוב כ"ע מודו דל"מ נתינה והוא התנה על כסף דוקא ובזה ל"ק מה שהקשה הב"ש בסי' כ"ז מע"ע דמועיל נתינה בע"כ ושו"כ משום

דשם לא הוה בדרך תנאי וא"כ כל מילי מיטב הוא וז"ב לפענ"ד. ולכאורה רציתי לומר שזה כוונת הב"ש בתירוצו דכיון שהתנה על אצטלית והיא נותנת מעות לא הוה כמו שהתנה עמה ולכך ל"מ בע"כ אבל מלבד שהמעיין בב"ש יראה שכיון לדבריו בסימן כ"ז בשם המהרי"ט אף גם דא"כ אין קושייתו מהא דלרבנן אצטלית דוקא אבל אל"ה הי' גם מעות מועיל אף דהוה בע"כ וע"ש שהאריך בקושיא זו ונדחק ולפמ"ש אתי שפיר דאם לא הי' אצטלית דוקא הי' מועיל נתינה בע"כ כיון דלא התנה אצטלית דוקא. מיהו אכתי קשה למ"ד נתינה בע"כ לא הוה נתינה יקשה קושית הב"ש דאם לא הוה אצטלית דוקא היה מועיל והא הוה נתינה בע"כ ובאמת לפמ"ש המהר"י בי רב דאם קבל בפועל מועיל אף נתינה בע"כ א"כ אתי שפיר דמיירי שקיבל בפועל לכך לולא דהוה אצטלית דוקא היה מועיל נתינה בע"כ אף למ"ד לא שמיה נתינה משא"כ אם אצטלית דוקא אז לא הוה כמו שהתנה ולא נתקיים התנאי וז"ב. ובזה מיושב קושית הב"ש על רבה שם ע"ש ומזה ראיה להמהר"י בי רב בחלק השני. שוב ראיתי בח"ר בגיטין שם גבי אצטליתא שהקשה בשם התוס' דממנ"פ במה מיירי אם ברוצה לקבל מעות בעד אצטלא א"כ נפשטה בעיין דבסמוך דא"ל מחולין לך דלרבנן ל"מ מחילה ולרשב"ג מצי מחיל ואם מיירי כשאינו רוצה לקבל דמים א"כ תפשיט בעיין דנתינה בע"כ הוה נתינה דהא ע"כ לא פליגי רבנן רק אי אצטלא דוקא הא לא"ה הי' מועיל הרי הרגיש בקושית הב"ש השניה ע"ש מ"ש בזה ומדבריו מוכח דלא כמהר"י בי רב בחלק הלז דאל"כ היה לו לתרץ דמיירי כשקיבל והי' מועיל אף למ"ד נתינה בע"כ לא הוה נתינה וכמו שכתבתי. אך בגוף הקושיא הנה לפמ"ש הרשב"א שם בהא דמחולין לך דל"צ לחזור וליטול ממנה הגט לרבי דסגי בהא גיטך ושפיר הוה אבעיא דסגי בנתינה קמייתא ולא בעי תנאי אחרינא ע"ש וא"כ זה דוקא במחול לך אבל אם אינו מוחל לגמרי רק שמרוצה בקבלת דמים שפיר לרבנן ל"מ כיון דאמר אצטלית דוקא אף שעתה נתרצה בקבלת דמים אבל עכ"פ צריך שיאמר הרי זה גיטך לרבי ולרשב"א צריך שיחזור ויטול ממנה ויאמר הרי זה גיטך דנתינה קמייתא היה על אצטלא דוקא וז"ב מאד להמעיין היטב ברשב"א שם. ובלא"ה נראה לי דלא שייך כאן מחילה דממנ"פ לרשב"ג דאמר דאצטליתא לאו דוקא א"כ גם מתחלה לא הקפיד על אצטליתא דוקא ולרבנן דאצטליתא דוקא שוב ל"מ המחילה דהא נתכוין לאצטליתא דווקא וא"כ לעולם דמיירי בנתרצה לקבל דמים ואפ"ה ל"מ לרבנן דאף אם נימא דמחל לגמרי מועיל היינו דשם מחל לתנאו אבל כאן דהוא התנה אצטליתא דוקא וא"ש לא נתקיים התנאי. שוב ראיתי דהרשב"א בעצמו תירץ כן ע"ש ונהניתי. ובגוף הקושיא נראה לפענ"ד דל"ד למחולין לך דבשלמא כשמוחל התנאי יש לומר דמהני אף לרבנן

דבתחלה רצה שתתן לו מתאים זוז ואח"כ נתחרט אבל כאן דאצטליתא דוקא לרבנן וא"כ ההקפדה על אצטליתא דוקא זה לא הוה הנאת ממון ותועלת רק הקפדה גרידא ובכה"ג ל"מ מחילה וכעין שכתב הר"ן בסוגיא דכנסה סתם דאם אמרה בלבי היה להתקדש גרע טפי ול"מ מחילה דמוכח שלא היה רק קפידא גרידא ול"מ מחילה וה"ה בזה וז"ב ודו"ק. אך בחלק הראשון שכתב המהר"י בי רב דלמ"ד נתינה בע"כ הוה נתינה א"צ שיתנו לידו וכל שרוצה לתנו לידו סגי אף שזה אינו רוצה לקבלם בזה לא נחלק עליו החכם הב"י ואדרבא הביא ראיה לדבריו ע"ש ובמחנה אפרים הלכות זכייה ומתנה סי' כ"ד האריך דמדברי הרשב"א בתשובה לא משמע כן והביא כמה רבאוותא שנחלקו עליו. ולפענ"ד נראה ראיה למהר"י בי רב בזה דהנה הרשב"א בחידושיו בגיטין דף ע"ה האריך להקשות דהיאך אפשר לומר לרבא דכיון דבפניו יכול ליתן בע"כ למ"ד שמה נתינה ה"ה דיכול לזכות לו ע"י אחר אף שזה אינו רוצה שהרי אשה מתגרשת בע"כ ואפ"ה א"א לזכות לה גט ע"י אחר לפי שחוב היא לאשה וכן בעבד לר"מ דאמר דחוב הוא לעבד ע"ש שנדחק בזה ולפמ"ש המהר"י בי רב אתי שפיר דבשלמא בגט דבעינן ונתן לידה א"כ כל שחוב הוא לה לא הוה לא משום שליחות דאין חבין לאדם שלא בפניו וגם לא משום ידה דלא נעשה ידה בע"כ ולא שייך לומר דהוה ידה אריכתא כל שהוה בע"כ וכמ"ש הנימוק"י ריש ב"מ לענין חצר שאינה משתמרת דלא שייך ידה אריכתא כל שהוא חוב וא"כ לא הגיע לידה וכל שלא הגיע לידה אינו יכול לגרשה אבל לענין נתינה בע"כ דלא בעינן שיתן בפועל א"כ כל שרוצה ליתן שוב הוה נתינה בע"כ ומועיל וא"כ מועיל אף שלא בפניו ולכך יכול לזכות ע"י אחר אף שחוב היא לו להמקבל הא לא אכפת לן שיקבל רק שהוא רצה איברא דאכתי קשה למה צריך כלל לזכות ע"י אחר הא די בשרוצה ליתן למהר"י בי רב ולפענ"ד לולא שאיני כדאי הייתי מכריע דניהו דלא סגי ברוצה ליתן בלבד אבל עכ"פ כל שהוציא מרשותו וזיכה ע"י אחר בודאי מועיל לכ"ע ובזה הי' מקום ליישב הרבה קושיות ואכ"מ עכ"פ קושית הרשב"א מיושב היטב הד"ק:

ד והנה לפמ"ש הנוב"י חלק אהע"ז סי' ה' דאף בזמן הש"ס לא הי' מועיל לגרש בע"כ ע"י שליח דהו"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דל"מ אף בעשאו שליח א"כ אין מקום לקושית הרשב"א דלכך ל"מ בגט אשה מה שמזכה הגט ע"י אחר כל שאינה רוצית משום דל"מ השליחות וזכייה מטעם שליחות ועכ"פ לא עדיף מאילו עשהו שליח בפירוש דל"מ כל שזה אינו רוצה בשליחותו לא הוה שליח ומזה ראיה ברורה דלא כהנוב"י ובתשובה הארכתי לדחות דבריו ואכ"מ ודו"ק בכל מ"ש כי הם ענינים נפלאים ת"ל ועיין במחנה אפרים שם סי' כ"א. והנה הר"ן כתב דאנן מספקינן אי קיי"ל כל"ק

או כל"ב ולכך בקרקע קרקע בחזקת בעלי' עומדת. ולכאורה צ"ב כיון דקנה בודאי רק שקנה עפ"י תנאי שיקיים לו התנאי וכל שנתן לו בע"כ ואנן נסתפק לן אם הוה נתינה א"כ עכ"פ נמכר הקרקע בודאי רק שהספק על התנאי ובכה"ג כתב הרשב"א דמהראוי להעמידו ביד הלוקח ולפמ"ש המלמ"ל פט"ו מטוען דהיכא שהספק אם נתקיים התנאי גם הרשב"א מודה אתי שפיר גם כאן אלא שצ"ע אמאי לא הזכירו. אמנם לפענ"ד אתי שפיר אף אם נימא דגם בזה נחלקו דבשלמא כשהתנאי בידו לקיימו בלי המקבל אז יש לומר דהקרקע בחזקת לוקח הוא משא"כ כאן דאם נימא דנתינה בע"כ לא הוה נתינה רק עד שיקבל ממנו המקבל אז אין בידו לקיים התנאי אבל לדעת המהר"י בי רב דל"צ נתינה צ"ע ודו"ק. והנה לכאורה קשה לי בהא דאמרו בשבועות דף כ"ה שבועה שאתן במתנה לעשיר הא למ"ד נתינה בע"כ הוה נתינה אף שלא רצה לקבל הוה נתינה ובפרט לפמ"ש הרשב"א דבחוב ודאי הוה נתינה בע"כ דא"א להעמיד אדם בחובו בע"כ וצ"ל דזה דוקא בחוב שמחוייב ליתן אבל כאן שע"י שבועתו נתחייב עכ"פ מקרי שבועת שוא דאין זה מחוייב לקבל ע"י שנשבע זה וז"ב.

ה וראיתי במלמ"ל פ"א משבועות ה"א בשבועה שיקח פלוני אי הוה שבועת ביטוי דומיא דאתן או שבועת שוא דומיא דיזרוק ע"ש וצ"ע דבמשנה דף כ"ה שאתן ושיזרוק כחדא חשיבי וצ"ע. והנה הרא"ש כתב דאף דבמחולין לך לא מהני מכל מקום במתרצה ליקח מעות מועיל ול"ד למחולין לך דהתם נתכוין לצערה משא"כ כאן דציערה במה שלקח דמי ומ"מ מחל גוף האצטלית.

ו וביאור הדברים נראה לפענ"ד עפמ"ש לעיל בקצרה דהנה ביאור הענין דל"מ כאן מחילה אף דכ"מ מועיל מחילה משום דאמרינן דלצעורה קמכוין והדבר צ"ב דסוף סוף כבר ציערה וכעת מחל לה והיא הי' לה צער דלא ידעה דקא מחל. אך ביאור הענין עפ"י דברת הר"ן שכתב בהא דאמרו בקידושין ובכלן אעפ"י שהי' אומרת בלבי הי' להתקדש אינה מקודשת וכתב הר"ן אף דבכ"מ מועיל מחילה היינו משום דכל שהי' התנאי לתועלת אמרינן דאח"כ כשמחל נתקיים התנאי למפרע אבל כל שהי' בלבה להתקדש ואעפ"כ התנה א"כ ראינו דלא היה כוונתה לתועלת רק להקפדה בעלמא וא"כ מה נשתנה אח"כ ומה מועיל המחילה הא בתחלה ג"כ לא כוונה לתועלת רק להקפדה ולכך כל שאמרה שהיה בלבה ל"מ טפי ע"ש ודפח"ח ולפ"ז גם אנן בדידן נאמר דמה שהתנה עמה ע"מ שתתן מאתים זוז ואמרינן דלצעורה קא מכוין והיינו דלא רצה המעות לתועלת רק לצערה א"כ היאך שייך מחילה הא בעת התנאי לא הי' לתועלת (ועיין בר"ן שם שהביא מדברי הש"ס הלז דכל דלצעורי ל"מ התקבלתי) וזה דמחלק הש"ס דבשלמא

התם שנתכוין להרווחה אמרינן דהרי לא אצטריך והוה כאילו התקבל המעות אבל כל שכוונתו הי' לצער מה מועיל המחילה וז"ב כשמש. ולפ"ז זהו שם כשהתנה ליתן מעות אבל כל שהתנה ליתן אצטלא ואמרינן אצטלא דוקא כדי לצער א"כ כל שמקבל אח"כ מעות אמרינן דמועיל דא"ל דכל התנאי לא הי' לטובתו רק לצער דזה אינו דיש לקיים שניהם דהמעות באמת רצה לטובתו והאצטלית אמר לצער ולכך מועיל מחילה דיש לומר דרצה לצערה בגוף האצטלית אבל דעתו הי' לקבל מעות ולכך כל שמקבל מעות לא שייך לצעורה קמכוין דלא שייך לומר דגם מתחלה לא הי' בלבו לטובתו כיון דאינו מוכרח דיש לומר דבאמת כוון שניהם לצעורי ולתועלתו וכל שנתבטל התנאי במקצת נתבטל בכלו וז"ב כשמש לפענ"ד.

ז ובזה מיושב היטב דברי הבית שמואל סי' כ"ז ס"ק ב' שהביא ראיה מדברי הרא"ש אלו דמועיל נתינה בע"כ ושוה כסף דהרי כל הטעם דל"מ כל שלא נתרצה הוא משום דלצעורה קא מכוין הא אי לא"ה הי' מועיל אף דמיירי בע"כ ושוה כסף ע"ש וראיתי בק"א במקנה שם שתמה בזה על הב"ש דאיך אפשר לומר דכוונת רבנן דרשב"ג משום דלצעורי קמכוין הא כתב הרא"ש דכל שמתרצה מועיל דהרי במחולין לך ל"מ משום דלצעורה קמכוין וע"כ דמה דל"מ באצטלית משום דהוה נתינה בע"כ ושוה כסף ע"ש שהאריך ונוראות נפלאתי דהדבר מבואר ברא"ש בעצמו דאף דבמחולין ל"מ היינו משום דשייך לצעורי משא"כ בזה דלא שייך לצעורי דצערה בגוף האצטלית וכמ"ש בכוונתו ודו"ק. ובזה יש לסתור ולבנות בסוגיא וגם בכל דברי המקנה שם ולא נפניתי כעת אולי יזכיני ד' לעת אחרת בל"נ בזה:

ח והנה הרשב"א הקשה דהיאך יכול לגרש האשה בע"כ הא כתיב ונתן בידה ונתינה בע"כ לא שמה נתינה וכתב דא"י לעכבו מלסלק שעבודו דהיא משועבדת לבעל והוא מסלק שעבודו ע"ש ולכאורה רציתי לומר בפשיטות דהרי אמרו בגיטין דף כ' דר"ח אמר יכילנא למפסל כלהו גיטי ואמר רבא אילימא משום דכתיב וכתב והכא היא קא כתבה ודלמא אקנויי אקני לי' רבנן אלא משום דכתיב ונתן והא לא יהיב לה מידי דלמא נתינת גט הוא ולפ"ז ע"כ לא שייך נתינה בע"כ דלא הוה נתינה רק היכא דבעי תורת נתינה אבל כאן דאינו צריך שישוה כלום ואף בכתבו על איסורי הנאה כשר רק דצריך ליתן לה גט ובכה"ג כל שאינו מגיע לה תועלת גם נתינה בע"כ ג"כ הוה נתינה ואף אם נימא דעכ"פ נתינת הגט צריך שיהיה ברצונה זה אינו דהרי באמת אף הכתיבה צריך שיהיה משלו ואקנויי אקני לי' רבנן ומכ"ש במה שנותן לה גט פשיטא דיכול ליתן בע"כ דהשתא שכר הכתיבה דצריך שיהיה משלו סגי אף משלה ומשום דאקני לי' רבנן ומכ"ש במה

שא"צ שום שווי רק נתינה אטו אי יהיב בע"כ לא מקרי נתינה סוף סוף מגיע לה כלום לידה ונתן בידה קרינן בה ובשלמא אם צריך איזה שווי או שהתנית עמו לצעורה וכדומה אמרינן דבע"כ לא שמה נתינה והיינו לענין התכלית של נתינה דבע"כ לא חשיב נתינה מעליא אבל כאן דלא בעי שיגיע לידה שום הנאה רק נתינה שטחית שהגט יגיע לידה והרי נתן בידה וז"ב לדעתי.

ט וצ"ל דקושית הרשב"א היא על התורה טרם דתקנו רבנן שתהיה היא נותנת שכר הסופר דאז אפשר שלא כשר בכתבו על א"ה דבעי שישוה איזה דבר ויהי' מקרי וכתב ונתן דאף דנתינה מקרי אף בפחות משו"פ מכל מקום כיון דצריך שיכתוב מממונו עכ"פ יש בו איזה שיווי להתלמד בו מעשה הכתב וכדומה משא"כ לדידן דתקנו רבנן שהיא תתן שכר הסופר א"כ אין בו שווי כלל דהוא לא נתן מידי. ובזה יש לקשר המימרות דבתחלה אמר משום דכתיב וכתב ואח"כ אמר משום דכתיב ונתן ועיין במפרשים. ובזה יש לומר הא דכתב חכם אחד דבזמן הזה דאיכא חרגמ"ה שוב לא יועיל גירושין בע"כ אף דעבר וגירש משום דכבר נודע מ"ש הרש"ל בתשובה סי' ל"ג דלכך אינו נאמן בזמן הזה לומר שזינתה דאף הוא משועבד לה בזמן הזה שא"י לגרשה בע"כ וא"כ שוב הוה נתינה בע"כ ולא שייך לומר דא"י לעכבו מלסלק שעבודו דזה אינו דהא משועבד לה ג"כ ואינו יכול לסלק שעבודו בע"כ ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דתקנו רבנן דהיא נותנת שכר הסופר לא שייך ונתן כלל דגוף נתינת הגט השטחי הרי נתן לידה ולא שייך בזה נתינה בע"כ וז"ב ומה שהביא החכם ההוא דברי הנימוק"י בחידושיו לשבועות הובא בס' בית הבחירה דכל דנתרצה לבסוף אף נתינה בע"כ למ"ד דל"מ מ"מ כל שנתרצה אח"כ מועיל למפרע והאריך בזה לפרש דברי הרמ"א באהע"ז סי' קי"ט דכל שנשאת בגט בע"כ שוב הותרה וכתב הטעם משום דנתרצית הנה לפמ"ש אין מקום לזה דבלא"ה נתינה בע"כ שמי' נתינה וגם גוף דברי הנימוק"י הנה לא ראיתי וגם ספר בית הבחירה לא ידעתי מי הוא ע"כ לא יכולתי דהעמיק בזה. והנה בשו"ת הרשב"א ח"ג המכונה תולדת אדם סי' שצ"ט מצאתי דבר חדש דאף למ"ד נתינה בע"כ לא הוה נתינה ואם מתנה עם חבירו זכי בשדה זו ע"מ שתתני לי מנה וקודם שנתן לו המנה חזר בו בעל השדה ול"מ נתינה בע"כ כ"ז במתנה שיתן לו אבל אם אומר זכה בשדה ע"מ שתתן לראובן מנה אז אף אם יחזור בו בעל השדה וגם ראובן לא ירצה לקבל מכל מקום הוה נתינה דבמתנה לעצמו הוא דבעי נתינה מדעתו ולא בע"כ אבל במתנה ליתן לאחר אף בע"כ הרי קיים תנאו ואזיל לי' אבל במתנה על אחר שאלו אמר ע"מ שתכתבו לו את השטר לא זכה כ"ז שלא נתן לו השטר שלא עשאן שלוחין רק ע"מ כך וכך ויכול לבטל שליחותו כל שלא

קיימו כפי שצוה ע"ש שזה תורף דבריו בקצרה וביאור דברי הרשב"א נראה לפענ"ד דבשלמא כשמתנה לעצמו א"כ לא סילק עצמו מהדבר עד שיתקיים התנאי לעצמו א"כ כל שחזר בו מסתמא נתכוין שלא יגמר מתנתו עד שיתקיים התנאי לטובת עצמו אבל כל שמתנה שיתן לחבירו עכ"פ אם ירצה לקבל חבירו אין בידו לחזור א"כ תיכף שהתנה לתת לחבירו כבר נסתלק הוא מהחפץ שנתן לו וא"כ אינו רק תנאי בעלמא וכל שקיים תנאו אף בע"כ של מקבל והנותן החפץ הוה נתינה וכבר מצינו הרבה דברים דלעצמו לא נסתלק זכותו משאם נותן לאחר וכמו בשיווי בדבר שלבל"ע דלעצמו מועיל ולאחר אינו מועיל כמבואר סי' ר"ט דאמרינן דלעצמו בעין יפה משייר ולא נסתלק לגמרי וה"ה לענין נתינה בע"כ כנלפענ"ד טעם הדבר:

י ובזה נראה לפענ"ד דלכך במתנות כהונה כמו פדיון הבן וכדומה גם בע"כ מקרי נתינה וכמ"ש במים חיים להפר"ח משום דבשלמא היכא שהקפידה תורה שיתן לזה דוקא א"כ כל שלא קבל הלה מדעתו לא נסתלק כחו וזכותו אבל בממון שאין לו תובעין דעיקר ההקפדה שהלה יתן למי שיהי' וא"כ כל שהגיע ליד אחד הוא יצא ידי נתינה והוה כמו אם התנה שיתן לאחר דיצא ידי תנאו אף בע"כ וה"ה בזה התורה התנה עליו שיתן לכהן וכל שנתן לכהן אף שהוה בע"כ מכל מקום יצא ידי נתינה דלא שייך לומר שלא נסתלק זכותו של הלה דהא באמת היא ממון שאין לו תובעין ויד כל הכהנים שוה בזה והו"ל כאלו מתנה על אחר וזה דבר חדש לפענ"ד והנה זה ודאי דאף למ"ד נתינה בע"כ שמי' נתינה היינו כשנתן לו כפי שצריך ליתן לו או כפי תנאו אבל בנתן לו ואינו שוה כ"כ פשיטא דלא יצא. ובזה הי' נראה לפענ"ד ליישב הא דהקשה הקצה"ח סי' רמ"ג על הפר"ח במ"ח הנ"ל דנתינה בע"כ הוה נתינה במתנות כהונה מהא דאמרו בקידושין דף ח' אמר רב יוסף מנא אמינא לה דתניא עגל זה וכו' אלא לאו אע"ג דשווי וכיון דלא קייצי לא וכתבו התוס' דלליש נא קמא מייתי ראיה ואם איתא למה בעי סמיכת דעת הנותן הא גם בע"כ הוה נתינה ועיין מגן גבורים סי' י"ד בתשובה מ"ש בזה. ולפמ"ש הי' מקום לומר בפשיטות דניהו דלא בעי דעת כהן זה אבל עכ"פ בעי סמיכת דעת הכהנים וכל דלא קייצי לא סמכי דעת כל הכהנים יהי' מי שיהי' וא"כ לא קיים מצות נתינה ודוקא כשזה מקבל בע"כ אבל הוא נתן לו מידי דקיץ אמרינן אם זה לא רצה לקבל פשיטא דבכל הכהנים דעלמא יהיה מי שירצה לקבל וכל שנתן אף בע"כ מקרי נתינה אבל בלא סמכו דעת שיוכל להיות שלא יסמוך דעת שום כהן ל"מ נתינה בע"כ ודו"ק היטב. וראיתי למחנה אפרים הלכות זכייה ומתנה סי' כ"א שהביא דברי הר"ן באומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתן לה בע"כ לא שמי' נתינה אם נימא

דנתינה בע"כ לא הוה נתינה וע"ז תמה דזה דוקא בגיטין משום דלצעורה קמכוין אבל כל דלהרווחה קמכוין כל דהלה נותן וזה לא קיבל מה בכך הא רק להרווחה קמכווין וקיים תנאו ולפענ"ד הדבר ברור כהר"ן דהרי כל שזה מתנה ע"מ שיתן מאתים זוז אם נמצא חסר דינר גם הוא יכול לחזור בו וכמ"ש הח"מ והב"ש בסי' כ"ט סעיף ז' במ"ש הרמ"א ויכולין לחזור בהן דאף הוא יכול לחזור אף שזו רוצית לקבל ע"ש והיינו כיון שהיא יכולה לחזור בה גם הוא לא רצה לקדש עד שיתקיים התנאי וא"כ כיון שיכול לחזור בו ממילא לא שייך דלהרווחה קמכווין והא גם הוא יכול לחזור בו אף שזו נתרצית מכ"ש כשהיא אינה רוצית.

יא וטעם הדבר דניהו דלהרווחה קא נתכוין כל שתלה בתנאי לא רצה שיחול הקידושין עד שיתקיים התנאי כמו שהתנה ואל"כ תנאו בטל דא"י לחזור בו עכ"פ כשיתקיים התנאי ובאמת יכולים לחזור. עוד נראה לפענ"ד דלמ"ד תנאה הוה ומקיים תנאה ואזיל בכה"ג ודאי הוה נתינה בע"כ שמי' נתינה וחילא דילי לפמ"ש הרשב"א דע"כ לא אמרו נתינה בע"כ לא הוה נתינה רק כל שהוא חיובו של נותן אבל בפרעון כיון דהוא חיובו של לוה אין אנו יכולין להעמיד זה ע"כ בחיובו אם רוצה לפטור מחיובו ע"ש וביאור הדברים דבשלמא בנותן כל שזה אינו רוצה לקבל אין עליו חיוב ליתן א"כ אין עלי' שום חיוב להעמיד בע"כ בחיובו ואדרבא התם אין עלי' חיוב לקבל כל שלא רוצה אבל בהלואה הלה נתחייב לפרוע ומ"ל בזה שאינו רוצה לקבל יפטרנו מהחוב וילך לו אבל כל שאינו פוטרו מחובו הלה רוצה לסלק חיובו ושעבודו מעליו פשיטא דרשאי ולפ"ז כל דהוה תנאה א"כ היא מקודשת למפרע רק שזה מחויב לקיים התנאי ושוב הוה כמו שנתחייב בהלואה ליתן לו ממון וא"כ אין יכולה למנעו מהשלים חיובו וכל שבידו לקיים תנאו לעולם הרי עומד עליו החיוב וא"י לנתק מוסרות חיובו עד שתקבל ממנה ואף שיש לדחות דלא דמי דבשלמא בחיוב החיוב כבר נעשה אבל כאן עיקר החיוב הוא לקיים תנאו וכל שאינה רוצית לקבל שוב אין עליו חיוב לקיים התנאי ובאמת לא יגמרו הקידושין למפרע. אך לפענ"ד כיון דלא פרקה מעלי' עול הקידושין ולא החזירה לו הקידושין רק דלא חפצה לקבל המאתים זוז שהתחייב הוה כאילו מעמידו בחובו דאם תתרצה אח"כ לקבל שוב נגמרו הקידושין למפרע ולכך הוה נתינה בע"כ נתינת בזה כנלפענ"ד. ובזה מיושב קושית המח"א שם מהא דאמרו בקידושין דף סמ"ך א"ב שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר דלר"ה לא הוה קידושי והקשה דגם לר"ה הרי לא רצתה לקבל כיון שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר וא"כ שוב לא הוה נתינה בע"כ נתינה.

יב ולפמ"ש אתי שפיר דלר"ה הוה מתנה כיון דמקודשת למפרע א"י להעמידו בע"כ בחיובו דכל שתתרצה אח"כ הרי מתקדשת לו וא"כ אגיד בה עדן כ"ז שלא תחזיר לו הקידושין וז"ב לפענ"ד:

יג ומה שהקשה מהא דפריך הש"ס בקדושין דף ח' על ר"א דסבירא לי' דהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר דישלים ופריך הש"ס מהא דאמרו דאף בדינר אחרון כל שרצה אחד מהם לחזור הרשות בידו ואמאי ניהו דנתינה בע"כ לא הוה נתינה מ"מ מה קושיא כל שרצתה בקידושין משלים הקידושין ע"ש. הנה קושיא זו קשה טובא דלפמ"ש בכה"ג אף נתינה בע"כ שמה נתינה מכ"ש דאם רוצית להתקדש דמשלים ומקודשת אך לפענ"ד אתי שפיר דהכי מקשה הש"ס דכבר כתבתי בשם הח"מ והב"ש דשניהם יכולים לחזור בהם אמנם זה לפי המסקנא דמוקמי באומר מנה זו אבל להס"ד שפיר מקשה דאם נימא דע"מ כאומר מעכשיו ומקודשת למפרע אמאי יכול לחזור הוא בו דהא גם היא אינה יכולה לחזור בה ואדרבא נתינה בע"כ שמי' נתינה ומכ"ש דהוא אינו יכול לחזור בו וכאן מבואר דשניהם יכולים לחזור בהם ושפיר מקשה דוקא לר"ה וכמ"ש ולפמ"ש בזה יש להאריך גם במה שפלפל במחנה אפרים בסי' כ"ב שם ודו"ק. והנה נסתפקתי בענין נתינה בע"כ אם זה שהתנה ליתן לא רצה ליתן וכפו אותו לתת ונתן אם מקרי נתינה ולא מצאתי בהחפזי. ולפענ"ד תלוי בהך דח"מ וב"ש דכל דשניהם יכולים לחזור בהם א"כ כל שלא רצה ליתן הוה חזרה אבל אם נתינה בע"כ שמה נתינה וא"כ יכול הוא לקיים תנאו בע"כ מכ"ש שהוא עצמו א"י לחזור בו וכופין אותו שיקיים תנאו כל שזה רוצה שיקיים כנלפענ"ד לפום רהיטא יעיין שיטה מקובצת ב"מ דף מ"ז ע"ב גבי מ"ט אמרו משיכה קונה מ"ש לענין פריעת מלוה בע"כ ע"ש ואין הזמן מספיק כעת לעיין בזה. והנה הב"ש בסי' כ"ז ס"ק ב' מחלק בין אם הוא מתנה ע"מ שאתן לך אז אפילו נתן בע"כ ש"כ הוה נתינה ובין אם היא מתנית ע"מ שתתן אז אם נתן בע"כ ש"כ לא מהני ולא נודע הסברא מה חילוק יש בין זה לזה. ולפענ"ד נראה דהסברא היא עפמ"ש בטוש"ע יו"ד סי' קע"ז סכ"ו והוא מהרמ"ה דיש חילוק בין אם כתב בשטר דיהיב מרי' עסקא למקבל פלגא באגר ופלגא בהפסד משמע דמלתא במרי עיסקא קיימא ובדידי' תליא מלתא ואי כתב למשקל פלגא באגר וכו' משמע דבמקבל תליא מלתא ע"ש ולפ"ז אם הוא התנה ע"מ שאתן אז בדידיה תליא מלתא ומה אכפת לן אם היא אינה מתרצית אבל אם היא התנית ע"מ שתתן אז בדידה תליא מלתא אם רוצית מקבלת ואם אינה רוצית א"י ליתן בע"כ וז"ב ונכון. ובזה מיושב קושית הא"מ שם מהא דיליף רבא מתקנתו של הלל נלמד אם אמר ע"מ שתתני לי והא שם בבתי ערי חומה לא היה תנאי רק דהתורה אמרה שתחזיר

לו הבית לכך מועיל אף בע"כ אבל כאן שהתנה ע"מ שתתן ל"מ בע"כ ולפמ"ש אתי שפיר דבבתי ערי חומה נמי הוה כאלו בדידיה תלוי דהרי התורה לטובת המוכר אמרה שאם יהיה לו מעות יוחזר לו הבית ואם לא הי' רוצה לקבל היה מחליטו ואפ"ה כל דנותן לו בע"כ המעות מועיל ולמה לי תקנת הלל וע"כ דאף דבדידיה תלוי הוי נתינה בע"כ ול"ש נתינה ממילא נלמד לגט וצ"ע בזה אבל בגוף הסברא נראה לפענ"ד נכון. ומיהו בלא"ה אין קושיא דלענין גוף הנתינה לא מסתבר לחלק בין אם הוא התנה או היא התנית ורק לענין ש"כ דלא הוה כסף ממש בזה מחלק הב"ש מי הי' המתנה ובדידיה תלוי לומר אני התניתי דוקא כסף וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשה הב"ש מהרא"ש גבי אצטלא דמיירי בע"כ ואפ"ה לולי דשייך לצעורה היה מועיל ש"מ דנתינה בע"כ וש"כ מועיל ולפענ"ד לא זכיתי להבין דע"כ לא נסתפק מהרי"ט רק בנתינה בע"כ וש"כ דמצד הסברא לא ידענו רק כסף דזה הוא ענין לכל ב"א אבל ש"כ צריך קרא לרבויי ולכך נסתפק אי בע"כ מועיל ש"כ אבל שם אדרבא הוא התנה בש"כ דהיינו אצטלא והיא נותנת לו כסף א"כ פשיטא דאפילו בע"כ מועיל וז"ב כשמש לפענ"ד. והנה בשו"ת מים חיים להפר"ח האריך באם לא היה בכפר רק כהן אחד וישראל רצה לפדות בן בכורו והכהן אינו רוצה לקבל אם יכול ליתן לו בע"כ ע"ש שהעלה דיכול ליתן לו בע"כ:

יד והנה בשנת תרט"ו הקשה אותי הרב החריף מוה' יעקב יוטש ני' דלכאורה הוא ש"ס מפורש בב"מ דף י"א שאני גט דאיתא בע"כ ולדברי הפר"ח הא גם במתנות כהונה נותן לו בע"כ ולמה לא צריך שיעמידו בצד חצירו ולכאורה יפה שאל. אמנם אחר העיון לק"מ מכמה טעמים חדא דשאני גט דל"צ כלל דעתה לקבל את הגט וא"כ לכך צריך שתעמוד בחצירה שאל"כ ניהו שהוא מקנה לה אבל היא אינה רוצית לקבל כלל ובמה תזכה בהגט אבל כאן הרי שכרו החצר וא"כ שפיר יכולים לזכות כל שר"ג הקנה להם אף שנותן להם בע"כ. וגם נראה דבלא"ה אין התחלה לקושיא דשם היה יכול לגרשה בע"כ וכל שנתן בחצרה נתגרשה לכך בעינן שעכ"פ תעמוד בחצרה אבל כאן אם לא היו שוכרים החצר לא היה יכול להקנות להם וא"כ ליתא בע"כ וגם בלא"ה א"י לכוף אותם דהרי באמת קנס עזרא ללוים ורק דס"ל דאף ללוי וכמ"ש התוס' ד"ה נתן ומכ"ש לר"ע דזכה בשביל עניים וא"כ להם א"י לכוף בע"כ דר"ע אם לא ירצה לזכות מי יכפהו ומכ"ש ר"י דבאמת קנס עזרא רק דיכול ליתן ללוי ג"כ אם ירצה אבל אם לא ירצה ר"י לא יוכל לכופו וגם נראה דלפמ"ש הקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק ד' בטעם הדבר משום דא"י להעמידו בחובו ולכך כתב דהכהן א"צ לקבלו רק שהנותן נפטר מחיובו א"כ לא דמי לגט דבגט א"צ לקבלתה כלל וכל שנותן לידה סגי כמ"ש הקצה"ח באורך סי' רי"ש אבל כאן עכ"פ לא יוכל לכופם

שיקבלו וליתא בע"כ וגם לפענ"ד מעיקרא אין קושיא דע"כ לא כתב הפר"ח רק לגבי פדיון הבן וה"ה לכל שאר מתנות כהונה שאינם טובלות ואין בו רק מצות נתינה לכהן א"כ שפיר יכול לכופו דאי אפשר לזה להעמידו בחובו אבל במעשר ראשון ומ"ע דטובל ויש בו שתי ענינים אחד להפריש שלא יהי' טבל והשני הנתינה לכהן א"כ כל שמפרישו דיו וכמ"ש הרמב"ן בשרש הי"ב א"כ שוב לא יוכל לכופו שיקבל וכל שמפרישו הרי יצא מידי טבלו אף שהכהן לא יקבלו ואף לפמ"ש התוס' דצריך הי' להוציאם מביתו דהי' שעת ביעור אבל מ"מ לא הי' צריך רק שיצא מרשותו אבל לכהן לא יוכל לכוף שיקבל והיה באמת מבערו או שיתנהו לכהן וללוי אחר ואם כן שפיר ליתא בע"כ וז"ב כשמש:

סימן קצה

א לצורבא מרבנן משכיל ומופלג ני'.

ב מה שהקשית על מ"ש המ"א סי' תמ"ז ס"ק י"א דאף דלח בלח מותר מותר לקיימו לכ"ע יבש ביבש אסור דעכ"פ החמץ בביתו וכמ"ש ריש סי' תמ"ב וע"ז תמהת דכפי הנראה כיון למ"ש בס"ק א' בשם הרמ"ך דעכ"פ יש כאן כזית מעורב וכפי הנראה היינו דעכ"פ הוה כטומאת משא כיון דנושא ביחד וכמ"ש התוס' בבכורות דף כ"ג ולפ"ז מה ענינו לחלק בין לח בלח ליבש ביבש דסוף סוף עכ"פ יש כזית חמץ מעורב ועובר בב"י.

ג הנה יפה תמהת ומצאתי בשו"ת ת"ץ סי' כ"ג שתמה כן אך לפענ"ד כוונת המג"א לדברי הר"י קורקוס הובא בכ"מ פ"א מאה"ט שכתב לחלק דבלח בלח כיון שנמחה אף במשא אינו מטמא שהכל נתערב משא"כ ביבש ביבש שכל אחת עומד בפ"ע ע"ש בהלכה י"ז וה"ה כאן כל דהוה לח בלח לא שייך כאן שעובר על ב"י דהא הכל נתבטל משא"כ ביבש ביבש דעומד בפני עצמו עובר בב"י. אך לפענ"ד עדן יש לפקפק דשאני התם דכל הטעם דטומאת משא הוא בשביל שנושא ביחד הטומאה וכל שכבר נמחה אינו ניכר הטומאה כלל אבל כאן מה בכך שנתערב סוף סוף הרי יש כאן חמץ ואף שאינו ניכר עובר בב"י וב"י ולא גרע ממטמון בבורות דעובר ותדע שכן הוא דבאמת צ"ב גוף דברי הרמ"ך דמה בכך שיש כאן כזית מעורב והא אף בטומאת משא כל שנמחה ואינו ניכר בטל כמ"ש הר"י קורקוס וע"כ צ"ל דתסברא היא דש"ה דכל שאינו ניכר האיסור אינו נושא אותו אבל כאן סוף סוף הוא בביתו וא"כ דברי המ"א תמוהים. אך נראה דהנה באמת המג"א סי' תמ"ב ס"ק א' הביא דברי הרמ"ך הנ"ל וכתב דבמין במינו שבטל ברוב מן התורה שפיר מותר לשהותו אבל בשא"מ ניהו דלא לקי כל שאינו כזית בכא"פ אבל עובר בב"י דהוא מצורף ממילא וגם שם תמהו כלם דמה נ"מ בין מב"מ לשא"מ סוף סוף מדרבנן לא בטל ברוב ואף דבטל מן התורה מ"מ יש כזית בצירוף ועיין בת"ץ שם וביערת דבש ח"ב

בדרוש שם בסופו מ"ש בזה. ולפענ"ד נראה עפ"י מה ששמעתי בשם כבוד אבי זקיני הרב הגדול מוה' יצחק נאטהנזאהן זלה"ה שאמר בביאור הדבר דכתבו הפוסקים דב"י לא שייך בחצי שיעור ואמר דבאמת שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאלו הן ברשותו ואחד מהם חמץ וא"כ כ"ז שאינו רק חצי שיעור לא שייך לומר דחזי לאצטרופי אם יהיה לו עוד ח"ש דלע"ע אינו שלו ואטו נימא דחזי לאצטרופי אם יקנה עוד חמץ דלע"ע אינו ברשותו כלל וכמ"ש התוס' בפסחים דף מ"ה דלא שייך הואיל דאטו אם יקנה חמץ נימא הואיל ע"ש וא"כ ה"ה כאן דלא שייך חזי לאצטרופי בזה ודפח"ח. ולפ"ז נראה לפענ"ד דלכך במב"מ כיון דמה"ת בטל ברוב א"כ ממנ"פ לא שייך איסור ב"י דאם נימא דבטל שוב לא שייך ב"י דכל דמותר באכילה איך שייך ב"י הא כל שהותר לאכול אינו מצווה לבער וע"כ צ"ל דמדרבנן לא בטל והנה במב"מ באמת לה שייך טעם רק דגזרו אטו אינו מינו ולפ"ז עכ"פ לא שייך ב"י דבאמת כעת אינו ברשותו דמדרבנן אסור וא"ל דעשה הכתוב כאילו הן ברשותו דהא לע"ע במינו ודאי לא עשה הכתוב כאלו הן ברשותו דבמינו באמת מותר באכילה ול"ש לומר שיעבור עליו רק דגזרינן אטו שא"מ וא"כ זה שייך לענין איסור אכילה אבל בב"י לא שייך זאת דעכ"פ לע"ע אינו ברשותו דמב"מ לא אוקמא ברשותו אבל בשא"מ שפיר אמרינן ניהו דליכא כזית בכדא"פ אבל עכ"פ יש כאן כזית מעורב וז"ב. ומעתה גם כאן זה החילוק שבין לח בלח דבלח בלח לא שייך לומר דחוזר וניעור דמה בכך הא כל שנתבטל מקודם הפסח שוב אף דאם נימא דבפסח אוסר במשהו הא עכ"פ אינו ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו דהא כבר נתבטל ומה עשה הכתוב כאלו הן ברשותו הא כבר נתבטל ונשבת אבל ביבש ביבש דאיתא בעין שפיר עשה הכתוב כאלו הן ברשותו דבשלמא אם כבר נתבטל מה יהי' נחשב ברשותו. וע"ד הפלפול נראה לי בכוונת המג"א דבר חדש דהנה המעיין בסוגיא דביצה דף ל"ח דמחלק הש"ס בין ממונא לאיסורא דממונא לא בטיל ואף בממון שאין לו תובעין ולפ"ז לענין ב"י דבאמת אינו ברשותו של אדם ועשהו הכתוב כאלו הן ברשותו ואם כן לענין שיתבטל הו"ל ממונא של אחרים דהפקר לכל הוא ולא שייך ביטול דממונא לא בטל וניהו דלענין איסור אחשבה התורה כשלו היינו שיעבור עליו אבל איך יבטל ממונו של אחרים דהתורה הפקירתו וגם הוא בעצמו הפקיר חמצו וגם עכו"ם יכולין לזכות בו או ההקדש וכדומה וא"כ איך יבטול ולכך מין בשא"מ לא שייך ביטול אבל מין במינו דבטל ברוב ולא שייך טעם וא"כ לא שייך כאן ממונא לא בטיל דהא אינו מרגיש הטעם כלל וכמו דמחלק הש"ס בביצה שם לר"י להיפך דמין במינו לא בטל ומכ"ש להיפך לדידן ודוק היטב. ובמ"ש למעלה יש לומר דזהו מה שאמרו בפסחים

דף ל' כי קניס ר"ש בעינא אבל ע"י תערובות לא והיינו בתערובות שנתערב קודם הפסח או באמת דלא עבר על ב"י כל שהיה ששים דנתבטל אבל בנתערב לאחר פסח צריך ששים דעכ"פ עבר עליו הפסח כשהוא בעין ומיושב בזה דברי הטור שפסק בסי' תמ"ז דצריך ששים והמג"א תמה עליו ולפמ"ש אתי שפיר ובלא"ה יש לומר דמהראוי שלא יעבור על ב"י בלח בלח דלא שייך לומר דהוה במשהו דכל הטעם דהוא במשהו הוא דהוה דבר שיל"מ משום דמותר לאח"פ והיינו דאף דר"ש קניס כל שהוא בתערובות לא קניס וכמ"ש הר"ן בפרק כ"ש בהדיא ולפ"ז אם נימא דעובר על ב"י שוב לא שייך דבר שיל"מ דהא צריך ביעור ולא יהיה מותר לאח"פ וז"ב. ובזה מיושב קושית המג"א בהא דפריך הש"ס והא קנסא קניס ר"ש וקשה לשיטת הטור דרבא מירי באיכא ששים היאך ס"ד דיקנה יותר מששים ודיו שיהיה כמו שאר איסורים ובששים סגי והיא תמיה גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דלהס"ד דהוה ס"ל דאף בתערובות קניס הכי אזלא קושית הש"ס דאמאי בזמנו בכ"ש דהא הוא לא ס"ל כרב דכל איסורים במשהו וע"כ משום חומרא דחמץ ולפ"ז לשיטת הפוסקים דלכך חמץ במשהו דהוה דבר שיש לו מתירין כיון דקנסא קניס ר"ש וא"כ לא הוה דבר שיל"מ וכמו שהקשה הר"ן וע"ז משני דבתערובות לא קניס ושפיר מקרי דבר שיל"מ אבל לאחר זמנו בנו"ט כשאר איסורין ומיושב קושית המגן אברהם ודוק:

ד והנה בשו"ת נוב"י חא"ח סי' כ' הקשה מדוע בחמץ קנסו לבנו אחריו וכל שעבר על ב"י החמץ אסור אף שמת וגם לכל העולם אסור ומ"ש מבכור וכל הני דחשיב להו בש"ס דמבעיא לן אי קנסו בנו אחריו ולפענ"ד נראה עפ"י מה דהאריך הש"ך בחו"מ סי' כ"א דאונסא כמאן דלא עבד אבל לא כמאן דעבד ע"ש ולפ"ז בשלמא בכל הקנסות דקנסו לו על שעשה עבירה ואם לא עשה זאת עבירה רק שהי' נעשה ממילא לא שייך קנס וא"כ בנו דלא עשה זאת עכ"פ מקרי כמו אונס דאנוס הוא על מעשה אביו ואונס רחמנא פטרי' אבל בחמץ דאף דלא עשה מעשה והוא ממילא הי' עובר על ב"י ועל מ"ע דתשביתו וא"כ ניהו דהוה בנו אנוס אבל מכל מקום לא קיים מ"ע דתשביתו ועבר על ב"י וא"כ מה מועיל מה שהי' אנוס סוף סוף ניהו דלא עבר בידים אבל מ"מ הוה כמאן דלא עבד דהא לא נתקיים המצוה דתשביתו ולכך קנסו לבנו ולכל העולם וז"ב מאד ועיין מקור חיים לשארי הגאון ז"ל מליסא מ"ש בזה כעין זה ולפענ"ד מ"ש נכון מאד. עוד נראה לי דשאני חמץ מכל האיסורים דבשלמא בכל האיסורים שייך לומר דבנו לא קנסו דהוא אינו הבעל שעשה עבירה ולא קנסו לבנו אבל כאן דבאמת חמץ אינו ברשותו של אדם רק דהכתוב עשאו כאלו הוא ברשותו לעבור על ב"י ולפ"ז כל שעבר על ב"י שוב ממילא החמץ אינו

ברשותו דבאמת אינו ברשותו וא"כ ע"כ מה דקנסו לא קנסו את הבעלים דבאמת החמץ אין לו בעלים רק החמץ קנסו בשביל שעבר על ב"י ונעבדה בו עבירה ועיין רש"י בסוטה דף ל' דכתב בהדיא דחמץ מקרי נעבדה בו עבירה ועיין בחידושי רמב"ן בליקוטיו לסוטה שם הנדפס סוף חידושיו על יבמות מ"ש בזה ובתשובה הארכתי בזה ולפי זה היאך שייך כאן בעלים דלומר דלבעלים קנסו לבנו לא קנסו הא הקנס הי' על החמץ וז"ב מאד:

ה נחזור לענייננו דעכ"פ דברי המג"א מיושבים דכוונתו לחלק דכמו דטומאת משא יש כאן וה"ה ביבש ביבש עכ"פ טומאת משא איכא.

ו ובזה אמרתי ליישב קושית הרב הגאון מוה' יוסף באב"ד נ"י האבד"ק סניטין בהא דאמרו בזבחים דף ע' סד"א הואיל וחידוש הוא יותר מכא"פ נמי לטמא קמ"ל הרי דה"א דהואיל וחידוש הוא אף ביותר מכא"פ יהי' בכלל אכילה והרי בחולין דף ק"ג ע"ב אמרו חלקו מבחוץ מהו ופירש"י דהו"א דהואיל וחידוש הוא דאף בשר וגידין מצטרפין לכזית הו"א דלא יתחייב רק כשאכלו ביחד אבל לא כשאכל בכשיעור אכילת פרס וכן קי"ל הרי דהחידוש מורה להיפך דאכילה בב"א בעינן והיא קושיא גדולה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם בטומאת בית הבליעה דאינו מטמא רק בבית הבליעה וא"כ שפיר הו"א דאף ביותר מכא"פ מצטרף לטומאה דהוה כטומאת משא דבבית הבליעה איכא שיעור כזית משא"כ לענין אמ"ה דבעינן שיאכל כזית וכל שלא אכל בב"א הו"א דאינו מצטרף דהוה כמו טומאת מגע דלא נגע ביחד וה"ה בזה דלא אכל ביחד וז"ב מאד מאד. ובזה מיושב היטב שיטת רש"י בחולין שם דאם חלק הכזית ונתן שתי החלקים לתוך פיו ובלע אותם ביחד דלכ"ע חייב והיינו דעכ"פ אכלם ביחד והוה כמו טומאת משא ומה שהקשו התוס' דא"כ מה פריך לר"ש היאך משכחת לה דיתחייב והא שפיר משכחת לה דבלע בב"א. ולפמ"ש אתי שפיר דלר"ל דבעינן שיהנה גרונו בכזית וזה ודאי דאם בולע בב"א ולא לעס מקודם דבלעיסה הרי לא נהנה גרונו בכזית ביחד ומהראוי שיפטור דלעיסה אי אפשר בב"א ולר"ל בעינן שיהנה גרונו בכזית ביחד וע"כ בלי לעיסה ובלע ביחד ולר"ל בעינן שיהנה גרונו בכזית וז"ב ודו"ק.

ז והנה בישוב קושית המג"א על הטור דחמץ דלאחר פסח הוא בששים שתמה המג"א וכבר כתבתי לעיל בזה. וכעת נראה דבר חדש דהנה להס"ד דקנסא קניס ר"ש אף בתערובות הי' ס"ד דיאסר אף טפי מששים ומטעם דהרי הרשב"א כתב דאף נ"ט בר נ"ט דהיתירא בפסח אסור משום דשאני בשר בחלב דכל שאינו רק טעם קלוש אינו ראוי לחול עליו שם חדש דהיינו בב"ח אבל חמץ שמו עליו כמו שהי' אם מעט או הרבה

אלא שעד עכשיו לא אסרו הכתוב וכעת שנאסר הרי היא כנבלה והובא במג"א סי' תמ"ז ס"ק כ"ד.

ח ולפ"ז נראה לפענ"ד דכשם שאם הי' נ"ט בר נ"ט קודם הפסח אמרינן דשמו עליו כמו כן אם הי' נ"ט בר נ"ט לאחר הפסח אם נימא דגם בתערובות קניס הרי שמו עליו ומה בכך שהוא טעם קלוש הא מ"מ שם חמץ עליו ואם הי' בעין הי' קנסא קניס ולפ"ז גם כשהוא בששים שאז אין טעם מורגש בו מכל מקום כל שהוא קנסא קניס א"כ מדרבנן עדן שם חמץ עליו ושמו עליו ושוב אף שאין בו טעם מכל מקום אסור במשהו כמו שהי' וזהו דפריך והא קנסא קניס ועדיין שם חמץ עליו וכמו שהיה במשהו כן גם לאחר פסח הוא כמו שהיה ול"ד לכל איסורים דבטל בששים דשם כל שיש ששים אין טעם מורגש ולא שייך לאסור דכל איסור כל שלא עמד טעמו בו אינו אוסר אבל חמץ בפסח אסור במשהו וא"כ גם כשקנסו לאחר הפסח ואמרו דאסור א"כ מדרבנן עדיין שם חמץ עליו ול"ש ביטול וכעין מ"ש המג"א סי' תמ"ז ס"ק מ"ו דכל דהחמץ צריך ביעור מדאורייתא וחז"ל תקנו שלא מועיל אותו הביעור שוב אסור מן התורה וה"נ י"ל בדרבנן כל דרבנן תקנו דיהיה אסור אף לאחר פסח א"כ עדיין שמו עליו ואסור במשהו כמו שהיה וע"ז משני דהיכא קניס דוקא כשהוא בעיניה ולא בתערובות ולכך בטל בששים וא"כ עכ"פ ששים צריך ודי שלא קנסו שיהיה במשהו וז"ב. ובזה מיושב כל קושיות המג"א דמ"ש דאפילו לר"י כל שיש ששים מותר דהכי יהי' עדיף משאר איסורים לק"מ דלר"י דס"ל דחמץ לאחר פסח אסור מן התורה פשיטא דאסור אף במשהו מדרבנן כמו בפסח דעדיין שמו עליו משא"כ לר"ש כיון דאינו רק קנסא לא שייך שיקנסו יותר מששים. וגם מ"ש דכמו דחמץ לפני הפסח אחד שש דהוא בששים אף דאסור מן התורה מכ"ש לאחר פסח.

ט לפמ"ש ל"ד דשם עדן אין שמו עליו דעדן לא הגיע זמן איסורו ולא נאסר כ"א עד ששים אבל לאחר פסח שכבר הי' שם חמץ עליו אסור אף אח"כ והוה ס"ד דהוא במשהו וז"ב. גם מ"ש דכמו דלר"י מותר אף בפחות מששים גם לרבא הדין כן ל"ד דלר"י דגם בזמנו בנו"ט פשיטא דאינו אסור לאחר פסח דמה בכך דשמו עליו הא גם בזמנו אינו רק כשאר איסורים משא"כ לרבא דבזמנו במשהו ממילא גם לאחר פסח במשהו וע"ז אמר דלא קניס ועיין באהע"ז מ"ש בזה ולפמ"ש יש להאריך בזה ואכ"מ. והנה הרא"ש כתב דאם ערבו אחר הפסח במזיד אסור וכתבו המג"א סי' תמ"ז ס"ק מ"ד ולכאורה לפמ"ש המ"א בשם הרא"ש דל"צ ששים א"כ ל"צ ביטול כלל ולמה יאסור. ונשאלתי בזה מהרב מוה' אברהם קאמפף נ"י אבל ז"א כמ"ש בגליון המ"א שלי דאף דלא בעי ששים מכל מקום צריך להיות עכ"פ תערובות דבעיניה קניס ר"ש וזה שלקח חמץ בעין וערבו אסור

והו"ל מבטל איסור דאסור. אך לכאורה הדבר תלוי אם איסור דרבנן אסור לבטל בידים דלהפוסקים ביו"ד סי' צ"ט דבאיסור דרבנן מותר לבטל א"כ גם כאן מותר.

י אמנם לפמ"ש דהרא"ש מיירי כשלקח חמץ בעין וערבו וזה אסור דאינו מותר רק כשנפלה להרבות עליו ולבטלו ולא לערבו וכמבואר בב"י ובש"ע שם וז"ב. אך לכאורה הי' נראה לי דבר חדש דאף אם נימא דמותר לערב בידים או עכ"פ להוסיף ודאי מותר בחמץ ודאי מהראוי לאסור והטעם דבאמת התוס' בפסחים דף למ"ד כתבו בטעם דאפילו איסור דרבנן אסור לבטל בידים משום דאל"כ מה הועילו בתקנתם שאסרו עד ששים הואיל שיכול להוסיף ולבטל עד ששים. ובאמת שאני בעניי לא זכיתי להבין דבריהם דאטו קנס הוא שקנסו רבנן מה שהצריכו ששים רק שעד ששים מתפשט הטעם ובששים נתבטל הטעם וא"כ מה בכך שיוסיף יוסיף ויוסיף ולא יהי' בו טעם ושרי ולזה נראה הטעם המתירים באיסור דרבנן להוסיף דמה בכך הא לא נרגש הטעם. ולפ"ז נראה לי דזה בשאר איסורים אבל בחמץ בפסח דבאמת לאחר הפסח שרי רק דקנסא קניס ר"ש וא"כ כל שאינו רק בשביל קנס ואי נימא דיכול להוסיף ולבטלו בששים א"כ לא הועילו בתקנתם שקנסו אותו הא יוכל לערבו וא"ל דהועילו דבלא"ה לא יבא לידי זה דהא יעבור בב"י דזה אינו דא"כ לא שייך קנס כלל דהא מסתמא לא נחשדו בני ישראל לעבור בב"י וע"כ כל דעבר על ב"י קנסוהו שלא יחרוך רמי' צידו ולא יוכל לאכול ולהנות א"כ שוב למה לא נימא דל"מ לבטל ולהוסיף דא"כ מה הועילו בתקנתם.

יא אך נראה דבר חדש דהנה בהא דכתב המג"א סימן תמ"ז ס"ק מ"ג דאם נתערב בפסח בששים ועבד עליו הפסח ושהה אף במזיד שרי דהא לא עבר מן התורה ומשמע דהא מדרבנן עבר עליו בב"י. ולפענ"ד הי' נראה דאף איסור דרבנן ליכא בזה והטעם נראה לפענ"ד דאיך שייך ב"י והא החמץ ליתא במציאות ועדיף מנפלה עליו מפולת דהרי הוא כמבוער ומכ"ש בזה דליתא במציאות דכל שאי אפשר ללקחו כלל דהא נתבטל במציאות ואף אם נימא דח"ש עובר על ב"י מה"ת או מדרבנן היינו כשישנו במציאות עכ"פ משהו בעיני' אבל אם נתערב בששים ואין כאן רק משהו פשיטא דלא שייך ב"י דלא נראה ולא ניכר כלל בעולם. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר חדש דמב"מ גרע משא"מ דבא"מ אין הענין במציאות משא"כ מב"מ דעכ"פ הדבר במציאות ניהו דלא נרגש הטעם היינו משום דאינו מורגש טעם האיסור ואף אם הי' הרבה עכ"פ במציאות ישנו ואדרבא האחד מחזיק חבירו וא"כ ישנו בב"י.

יב ויתכן יותר בהעמיק בדברים דהנה כבר כתבתי בתשובה אחת במ"ש הנוב"י מהד"ת חיו"ד להשיב על המ"ל דבששים אף שלא ניכר האיסור שייך ביטול דהא אינו במציאות

ולא שייך לומר דלא בטל דהא עכ"פ אין כאן איסור במציאות וראיתי לדו"ז הגאון בישועות יעקב ז"ל שרמז לדבריו וכתב דישתקע הדבר דניהו דהטעם בטל אבל גוף האיסור צריכין אנו לדון מתורת ביטול ברוב וכבר כתבתי בתשובה אחת דלא כן אבי דכל איסור עיקרו בטעם תלוי וכל שאין לו טעם אינו אוסר וא"כ כל שאין כאן טעם דהטעם נתפשט בכלו ונתבטל ואין כאן טעם איסור מה אכפת לן בגוף האיסור הא האיסור בעצמו אינו רק כעץ בעלמא כל שאין בו טעם ואינו אוסר ול"צ לבא לביטול דנ"ט ולפ"ז גם כאן הא כל שהוא מין בשא"מ וא"כ תלוי בטעמא וכל דליכא נ"ט שוב בטל הדבר אבל במב"מ דאינו תלוי בנ"ט ועיקר הוא בשביל עצם האיסור וא"כ שוב עובר על ב"י דהא עכ"פ מדרבנן אסור והרי היא במציאות ועמד טעמו בו שאילו היה בא"מ היה נרגש הטעם וא"כ אף ביותר מששים עכ"פ ישנו במציאות ועובר על ב"י מדרבנן. איברא דלפ"ז צריך ביאור הא דכתב הרמב"ם פט"ו ממ"א בטעם דחמץ אסור במשהו משום דהוה דבר שיל"מ ושלא במינו משום דכתיב כל מחמצת והיינו דגזרו אטו מינו. ולפמ"ש נהפוך הוא דהרי באמת הר"ן והרמב"ן במלחמותי כתבו דלכאורה לא מקרי דבר שיל"מ דהא אינו מותר לאחר פסח דקנסא קניס ר"ש ורצו לומר משום דבתערובות לא קניס ולפ"ז נהפוך הוא דבשא"מ לא קניס ר"ש דהא אינו במציאות משא"כ במב"מ. אך זה אינו דהא הקנס הוא על שעבר על ב"י ואז הי' בעיניה ואפ"ה לא קניס ר"ש בתערובות א"כ ה"ה במינו. אמנם לכאורה היה נראה לי דבר חדש בטעם דלא קניס ר"ש בתערובות הוא משום דלפענ"ד נראה כיון דעיקר הקנס הוא משום דעבר על ב"י א"כ כשמערבו בששים עכ"פ לא גרע ממבטלו בידים ומשביתו מן העולם והרי כשיש ששים הוא משביתו ומבערו וא"כ הרי ב"י הוא ניתק לעשה והרי בזה עכ"פ קיים מצות השבתה דהא כל שיש ששים כבר כתבתי דהוה כהשבתה מן העולם וא"כ למה לא יהיה מותר וז"ב כשמש. ולכאורה היה נראה לפענ"ד דגם במערבו בידים בששים דהוה כמבטלו וא"כ אינו עובר על ב"י ולא שייך מבטל איסור ודלא כהרא"ש והנה גם בפסח עצמו היה מקום לפענ"ד לומר דאם נתבטל בששים הרי הוא כמבערו ואף דאסור במשהו היינו משום דלא בדילי מיניה או דהוה דבר שיל"מ אבל ב"י לא שייך בזה אך יש לומר כיון דעכ"פ נאסר במשהו הרי כל התערובות נאסר ושוב צריך לשרוף כלו ועובר על ב"י ועיין ר"ס תנ"א במ"ש רמ"א דצריך לשרוף הכל ואף דהחק יעקב חולק בזה ועיין שו"ת אא"ז החו"ק ז"ל סי' פ"ו מכל מקום לפענ"ד לשיטת הפוסקים דאף בח"ש אסור ועובר על ב"י בודאי צריך לשרוף כלו ועכ"פ שייך ב"י על כל התערובות אבל בעבר עליו הפסח דאין כאן איסור על כל התערובות דרק קנסא קניס בזה נראה לפענ"ד ברור דבזה שמבטלו בששים דא"צ לבערו ולפי זה אם

כן במבשא"מ שפיר מבטלו ומבערו ע"י שמערבו ואינו במציאות אבל במב"מ דאדרבא אחד מחזק את חבירו שוב עובר על ב"י ואם כן גם בתערובות מהראוי הי' לקנס ואם כן לא שייך דבר שיל"מ וע"כ צ"ל דמכל מקום הוה דבר שיל"מ דמה"ת עכ"פ מותר לאחר הפסח וכמ"ש בשם הר"ן.

יג עכ"פ מה שהרמב"ם אמר דבשא"מ גזרו אטו מינו ולפמ"ש נהפוך הוא דבא"מ מהראוי יותר לומר דהוה דבר שיל"מ דהא מותר לאחר הפסח דלא קניס ר"ש בתערובות משא"כ במינו דאף דבאמת לא קניס ר"ש בתערובות אף במינו עכ"פ בא"מ מסתבר טפי. והנ"ל בזה דבר חדש דבא"מ אף המרדכי והסמ"ק שחולקים על הרמב"ם כאן מודים דכל טעמם דלא חשיב דבר שיל"מ דיחזור ויאסר לשנה הבאה ועש"ך סימן ק"ב ולפי זה בא"מ דלא יחזור ויאסר לשנה הבאה שוב הו"ל דבר שיל"מ דהא כבר נתבטל במציאות אבל במב"מ דיחזור ויאסור לשנה הבאה דהא אין לו ביטול לשנה הבאה דהא באמת איתא במציאות ואחד מחזק את חבירו וכל שמגיע שנה הבאה יאסור עכ"פ שוב יש לו במציאות דהא באמת שבהגיע לשנה הבאה שוב יאסר ולא מקרי דבר שיל"מ. ולפי זה יש לומר דגם הרמב"ם ס"ל כסברת המרדכי דלא מקרי דבר שיל"מ כיון שיוכל לחזור ולאסר לשנה הבאה ורק דס"ל כיון דבא"מ לא יחזור ויאסור לשנה הבאה שוב הו"ל דבר שיל"מ ואף דבא"מ לא שייך דבר שיל"מ הא בחמץ אסור משום כל מחמצת ואם כל שיש בו מחמצת אסרו חז"ל במשהו ואם כן ממילא במב"מ דהוה באמת דבר שיל"מ ניהו דיחזור ויאסור לשנה הבאה מכל מקום אדרבא גזרו מב"מ אטו שא"מ וכל מחמצת בכלל בין מב"מ בין שלא במינו ושלא במינו לא יחזור ויאסר לשנה הבאה ושייך דבר שיש לו מתירין אף דבשלא במינו לא גזרו כאן גזרו דכתיב כל מחמצת ומב"מ יש לו מעלה דשייך ביה דבר שיל"מ ולכך גזרו על הכל וזה ברור ודוק היטב. ובזה גלותי היום חרפת הנהק"כ שחידש בסימן צ"ב דלשיטת הרמב"ם דחמץ נאסר משום דהוה דבר שיש לו מתירין שלא במינה לא נאסר והדבר תמוה וכראותי כן תמהתי דהא אף שלא במינו כתב הרמב"ם דחמץ אסור משום כל מחמצת ומצאתי במנחת יעקב שנתעורר בזה בכלל ל"ט ובתשובה כתבתי בזה וביותר תימה על המג"א שהביא בסי' תמ"ז דברי הנקה"כ בס"ק מ"ם ותמה עליו דאנן קיי"ל דחמץ בפסח לא מקרי דבר שיל"מ וכמ"ש ביו"ד סימן ק"ב וזה אינו תימה כ"כ דהוא כתב בנקה"כ הנ"מ אליבא דהרמב"ם אבל ביותר הו"ל לתמוה דגם בא"מ שייך דבר שיל"מ בחמץ ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דבאמת הנקה"כ מפרש דברי הרמב"ם כמ"ש וא"כ יש לומר דבאמת לפי מה דקיי"ל כהמרדכי דלא מקרי דבר שיל"מ משום שחוזר ונאסר וא"כ בשלמא במב"מ דבעצם היא דבר שיל"מ לאחר הפסח רק שיחזור

ויאסר לשנה הבאה י"ל דלא ס"ל להרמב"ם כן דהא עכ"פ הוא דבר שיל"מ לאחר הפסח אבל בא"מ ממנ"פ לא מקרי דבר שיל"מ דאם אתה אומר דלא בטל דהוי"ל דבר שיל"מ ויש בו משהו שוב יחזור ויאסר לשנה הבאה דל"ש לומר דאינו במציאות כלל דזה אינו דהא כל שנאסר כלו שוב הוה במציאות וממנ"פ לא מקרי דבר שיל"מ ובשלמא במב"מ לא משגחינן כלל למה שיחזור ויאסר דעכ"פ יותר הוה מותר דלאחר פסח כל השנה היא מותר. ויש להמתיק הדבר דהנה הר"ן כתב בנדרים דף נ"ב דהטעם דהוה דבר שיל"מ משום דמב"מ באמת אחד מחזק את חבירו ולא בטל רק דרבנן ס"ל דכיון שזה איסור וזה מותר אינו מב"מ מצד איכות ולפ"ז דהוה דבר שיל"מ שוב יותר קרוב להיות מב"מ אם בכמות אם באיכות משא"כ בא"מ הרי אינו שוה בעצמות הענין ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דמש"ה לא שייך לומר דמכל מקום חוזר ונאסר לשנה הבאה דזה אינו כיון דעכ"פ כל השנה כלה הוא מותר ורק כשיגיע שנה הבאה יאסר א"כ עכ"פ קרוב להיתר טפי מלאיסור ולפ"ז זהו במינו דבעצם הם שוים משא"כ בא"מ דבעצמותו חלוק לא מקרי דבר שיל"מ דהא יחזור ויאסר מה תאמר דמכל מקום קרוב טפי להיתר מלאיסור הא לעומת זה יותר מסתבר לומר דהוה מבא"מ דהא חלוק בעצם. ובזה מיושב היטב דברי הנקה"כ דבשלמא הרמב"ם דלא ס"ל כלל סברת המרדכי דלא מקרי דבר שיל"מ כל שחוזר ונאסר א"כ שפיר מקרי דבר שיל"מ אף שלא במינה דניהו דאינו שוה בעצם מ"מ אתרבאי מצד כל מחמצת אבל לדידן דקי"ל כהמרדכי א"כ ניהו דלא שייך כאן הסברא דהא מכל מקום מסתבר וקרוב יותר להיתר והוי"ל מב"מ זה במב"מ משא"כ בא"מ וצדקו דברי הנה"כ ומיושב קושית המנחת יעקב וגם קושית המג"א דניהו דלא קי"ל כהרמב"ם היינו בא"מ דבזה מסתבר טפי סברת המרדכי אבל במב"מ קי"ל כהרמב"ם ודוק היטב ועיין ש"ך סי' ק"ב סקי"ג י"ד ותראה איך נראה מתוך דבריו דגם הוא הבין דמב"מ קי"ל כהרמב"ם ובא"מ קי"ל כהמרדכי. הנה יצאתי מגדרי והארכתי מענין לענין באותו ענין ועכ"פ בזה נראה לי ליישב דברי הטור דמכאן ראיה ברורה לדבריו דהטור פירש דלכך לא קנס ר"ש בתערובות משום דבזה מבערו והיינו כשיש ששים וכמ"ש ולפ"ז בהס"ד דלא ידע זאת וס"ל דבזה אינו מקיים מצות השבתה דהא מכל מקום יאכל כל החמץ ואם כן שפיר מקשה דאיך שייך לומר דמותר ומשמע דכל שנתערב מותר להוסיף עד ששים והא קנסא קניס ושוב אסור דא"כ מה הועילו בתקנתם וע"ז משני ה"מ בעיני' אבל בתערובות לא קניס דהא מקיים מצות השבתה בזה ודוק היטב כי הוא ענין נחמד ונעים. שוב ראיתי במג"א סי' תנ"א ס"ק א' שמבואר סברתי דכל דהוה במשהו לא שייך ב"י וגדולה מזו מבואר שם דבכלי אף שאין בו ששים כיון שאינו ניכר ומצוי לא עבר ומכ"ש

בששים שאבד מציאותו ודוק ועיין ב"ח סי' תס"ז הובא במג"א ס"ק ד' דמשמע מדבריו דגם במשהו עובר בב"י והנה המג"א לא הסכים לזה בסי' תמ"ז.

יד ובגוף דברי המג"א והט"ז שם דהקשו דנתיר מכח ס"ס הנה תלמיד אחד שאל דהא לשיטת הרמב"ם דחמץ הוה דבר שיל"מ א"כ אף בס"ס מחמירין.

טו והשבתי בראשית ההשקפה דלפמ"ש הש"ך ביו"ד סי' ק"י בשם הרא"ש דכל דספק שמא אין כאן איסור אף בדבר שיל"מ לא אזלינן לחומרא ע"ש אם כן גם בזה כן וראיתי במק"ח שהעיר בזה אמנם דבריו תמוהים מ"ש לדחות זאת דשאני חדש דהוה רובא דמקצת תבואה שבעולם ישנות ומקצתן נשרשו קודם לעומר ואמרינן סמוך זה לזה והו"ל רובא כמ"ש התוס' בנדה דף י"ח משא"כ בשאר ס"ס שנעשה במקרה והזדמן כמו הכא ולא שייך זאת. הנה לפענ"ד דבריו תמוהין דמ"ש דהוה כרובא הנה גם ברוב גמור נסתפק הר"ן בפ' א"צ אם בדבר שיל"מ אזלינן בתר רובא ואף לפמ"ש המלמ"ל פ"ז ממעילה לפרש דברי הר"ן דכל דיש חזקה מודה הר"ן עכ"פ כאן לצרף שני מיעוטים אינו ברור דמקרי רוב ומ"ש ראיה מדברי התוס' בנדה דף י"ח הנה בדברי התוס' לפי מיעוט הבנתי ולפי מעט עיוני כעת לא מצאתי זאת אבל הפוסקי' כתבו סברא זאת ולפענ"ד לענין דבר שיל"מ לא שייך זאת כיון דאין שני המיעוטים מענין אחד ועיין ישועת יעקב אהע"ז סי' מ"ב האריך בפרט הזה הרבה ואכ"מ. אך לפענ"ד גוף דברי הרא"ש שמחלק בס"ס לענין דבר שיל"מ הכוונה כמ"ש המלמ"ל דכל שיש ספק שמא אין כאן איסור א"כ הוה חזקת היתר ומועיל הרוב אף בדבר שיל"מ משא"כ כשיש בודאי איסור ל"מ ס"ס דעכ"פ לא שייך החזקת היתר דעכ"פ ספק שמא נתערב ואין כאן חזקת היתר וכבר נודע מ"ש התוס' ביבמות דף פ"ב דבתערובות לא שייך חזקת היתר ועיין במג"ש שם ודוק. ומ"ש שם שכ"כ בחוות דעת בכללי הס"ס במחכת"ה לא זכר גם דבריו שם ששם מדבר לענין ס"ס משם אחד ובזה שפיר יש לחלק דכל שהוא במקרה לא שייך רוב משא"כ כשאינו במקרה הוה כעין רובה ע"ש בס"ק י' בש"ך אבל לענין דבר שיל"מ לא שייך זאת וז"ב ופשוט:

טז והנה בגוף דברי המג"א שכתבתי למעלה הלא מראש דבלח בלח מותר לקיימו משא"כ יבש ביבש ודבריו תמוהים וכתבתי ליישב וכעת נראה לפענ"ד דכוונת המג"א היא הנה הרשב"א כתב הטעם דיבש ביבש בטל ברוב הוא לפי שנתבטל ברוב ועל כל אחד שאוכל אמרינן דהוא מן הרוב וע"כ אוסר לאכלם ביחד אבל הרא"ש כתב דהטעם לפי שהאיסור נהפך להיות היתר ולפ"ז נראה לפענ"ד הדבר ברור דאף להרשב"א דלא אמרינן דנהפך להיות היתר היינו ביבש ביבש דכל אחד הוא בפני עצמו לא מסתבר לי' שנתהפך להיות מותר והרי כשיבשלם יתן טעם ויאסר ועיין שו"ת אא"ז החי"ק ז"ל סי' י"ט

ולפ"ז זהו ביבש ביבש אבל בלח בלח שייך לומר דנתהפך להיתר דעכ"פ נתערב ביחד ולא שייך לומר דהאיסור בפ"ע וכל שאתה מתיר התערובות ממילא מותר האיסור ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דעכ"פ בבל יראה אינו עובר דהרי הוא מעורב אבל יבש ביבש דהוא בפני עצמו עובר בב"י והמעיין בסי' תמ"ב ימצא דהמג"א שם בעצמו חילק דבמב"מ דבטל ברוב א"צ לבערו והיינו טעמא דלענין ב"י שפיר בטל ברוב אף בלח בלח דדוקא לענין אכילה שייך לחלק בין לח בלח ליבש ביבש דיהיב טעמא אבל לענין ב"י גם בלח בלח בטל ברוב ואדרבה בזה נהפך האיסור להיות היתר כנלפענ"ד ועיין מג"א סי' תצ"ח סקכ"ח לענין אפר ודבריו תמוהים שם כמ"ש כל האחרונים דכל דלא שייך נ"ט בטל ברוב בודאי וכאן נראה לפענ"ד דס"ל להמג"א דבב"י דלא שייך דיהיב טעמא כל שבטל ברוב שרי ובזה יתפרש כל דברי המג"א סי' תמ"ב ס"ק א' וסי' תמ"ז סקמ"א דזה שכתב דיבש ביבש אסור לקיימו הוא לשיטת הרשב"א דהטעם דבטל דאמרינן על כל אחד שמא היא ההיתר א"כ בב"י מכל מקום עבר דאחד יש בו איסור משא"כ להרא"ש דההיתר הוא בשביל שנתהפך להיות היתר א"כ אינו עובר בב"י כלל וע"ז כתב המג"א דהא לא קי"ל כהרא"ש בזה וע"ז כתב דכאן מותר לבטלו דהא אינו מבטל איסור דגם להרשב"א מותר לאכול כל אחד בפ"ע ונתלה דזהו מן הרוב היתר רק בב"י עובר דהא מכל מקום עובר בב"י וכל שמבטלו אין כאן איסור כלל ואינו מבטל איסור הארכתי בזה לפי שמפרשי מ"א כפי הנראה לא הרגישו בזה ומ"ש ברור ודוק. מיהו בפשיטות יש לומר דכוונת המג"א למה דמבואר בסי' ק"ט ס"ב דביבש ביבש לדעת הרא"ש כל שנודע כבר מותר לגמרי אף שיבשלם אח"כ ואף לדיעה הראשונה מותר להוסיף עד ששים ול"מ מבטל איסור אבל מ"ש יותר מחוור לפענ"ד גם מ"ש למעלה לענין משהו אם עובר על ב"י עיין במ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו דאינו עובר על ב"י. אמנם מ"ש ראיה דאל"כ לא שייך דבר שיל"מ דהא אסור להשהות לכאורה דבריו תמוהים דהרי בלא"ה תימה על הר"ן דאנן קיי"ל דחמץ שעבר עליו הפסח אסור מדרבנן משום קנסא וא"כ ל"ח דבר שיל"מ דיאסר אח"כ וכתב כיון דמן התורה מותר אף דרבנן אסרו לחומרא אמרו ולא שיצמח עי"ז קולא ואם כן ה"ה בזה כיון דאינו עובר על ב"י רק מדרבנן אכתי שייך דשיל"מ. אמנם אחר העיון דבריו ברורים דבשלמא לענין אכילה אף דאסור מכל מקום אינו רק דרבנן ומה"ת מותר ושייך לומר עד שאתה תאכלנו באיסור דאז הוא אסור לולא הביטול מה"ת ואחר כך לא יאסר רק מדרבנן ומכל שכן לשיטת הר"ן בעצמו דמב"מ לא בטיל דכיון שהוא היתר מקרי טפי מב"מ בודאי אתי שפיר אבל כל שאסור להשהות ועובר בב"י הרי ע"כ צריך לסמוך על הביטול דאם לא כן לא משכחת לה דיהי' לאחר פסח ויאכלנו בהיתר

כיון דעובר על ב"י מדרבנן והיאך יעבור כעת על דרבנן בודאי ולא יסמוך על הביטול שהוא בודאי מותר מן התורה רק דחז"ל החמירו דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר והרי כל שהמאכל מתקלקל לא שייך דבר שיש לו מתירין מכ"ש בזה וז"ב כשמש ודוק. והנה בהא דאמרו בפסחים דף ז' הפת שעיפשה כיון שרבתה מצה מותרת הקשה הפ"י דאמאי לא פירש הש"ס בפשיטות משום דכיון דיש רוב מצה גבי יבש ביבש חד בתרי בטל ובמחכת"ה לא ידעתי דמלבד דלא הזכיר שדעת הרבה פוסקים דבחמץ אף ביבש ביבש לא בטיל ברוב משום דלא אזלינן בתר נו"ט אי דהוה דבר שיל"מ ואף דנימא דלרב דס"ל דלאחר הפסח גם כן אסור כר"י לא שייך דשיל"מ עכ"פ שייך טעמו של הרשב"א ואף להחולקים דס"ל דלא שייך דבר שיל"מ משום שחוזר ונאסר לשנה הבאה כאן בפת שעפשה דודאי יתקלקל עד שנה הבאה וגם הוה כחרכה קודם זמנה בודאי הוה דבר שיל"מ מיהו כבר כתבתי דלא שייך כאן דבר שיל"מ אבל עכ"פ לטעמו של הרשב"א בודאי שייך גם כאן ושפיר מקשה הש"ס דאי אפשר לומר דהביטול הוא בשביל שרבתה מצה וגם למה נקט בפת שעפשה דוקא הו"ל לומר סתם דחמץ בטל ברוב. ודרך אגב אומר במה שחידש נכד הגאון בעל ים התלמוד יניק וחכים ני' בהא דאמרו שם דשוקי ירושלים עשוין להתכבד בכל יום והקשו התוס' מפ"ק דנדה ואמר הוא דחזקתו מתכבד אינו חזקה גמורה רק דבאמת הא דתלינן בבתרא הוא מטעם דהוה כמו קרוב והרי רוב עדיף רק דע"י שחזקתו מתכבד הוה כמו קרוב ומצוי ומשמע בב"ב בסוגיא דניפול דקרוב ומצוי עדיף מרוב עכ"ד. והנה באמת אנן לא קי"ל כן רק ר"ז חידש כן אבל מצאתי בשו"ת פ"מ ח"ג סי' ב' שחידש כן אבל מכל מקום יקשה דא"כ מאי פריך ומי אזלינן בתר בתרא והא תניא רוב מעשר מעשר ומה קושיא שם אין כאן מצוי ולכך רוב עדיף וע"כ אי אפשר לומר כן ועיין צל"ח שם ויש ליישב ע"ש ודוק והנה לכאורה קשה בהא דכתבו הרמב"ן והר"ן דלכך מקרי חמץ דבר שיש לו מתירין דכל שנתערב מותר לאח"פ הו"ל דבר שיל"מ וקשה טובא הא כל הטעם דדבר שיל"מ לא בטל הוא משום שעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר ולכאורה צ"ב דכל שנתבטל בששים הא נתבטל הטעם ופרח איסורא ומה שייך עד שתאכלנו באיסור וצ"ל דגם ביטול בששים אינו דבר ברור אי נתפשט הטעם בכל התערובות ודלמא לא נתפשט הטעם בכלו ונשאר האיסור במעוטו ורק דכל שאי אפשר בענין אחר אמרה תורה דבטל בששים אבל כל שיש מקום שלא יצטרך לדון מתורת ביטול עדיף טפי עכ"פ יהיה איך שיהי' עיקר דבר שיל"מ הוא משום שלא נצטרך לדון על הביטול וגם דאנו דנין בתערובות כאילו לא נתערב והי' אותו הדבר מותר בעצמותו לכך לא נתבטל בתערובות בשביל שעצם הדבר שנתערב אלמלא

הי' בעין הי' לו היתר ולפ"ז כאן אלמלא הי' בעין היה אסור מדרבנן וקנסא קניס ר"ש כל שהוא בעין ועיקר ההיתר ע"י שנתערב ונתבטל א"צ לבערו וע"כ מתורת ביטול הו"ל דבר שיל"מ ושוב לא שייך דבר שיל"מ דממנ"פ אתה צריך לבא לתורת ביטול ואם כן שוב כבר נתבטל ולמה יהיה שייך דבר שיל"מ והיא קושיא נפלאה. אמנם נראה כיון דבתערובות כל שיש ששים א"צ לבער וכבר ביארתי לעיל הטעם דהו"ל כמשביתו מן העולם אם כן שוב לענין הביעור א"צ לדון מתורת ביטול דעכ"פ לא שייך ב"י דהוה כמו שנטמן בבורות או נפל הגל דאף שישנו במציאות כל שאי אפשר לבא לשם א"צ ביעור וה"ה בזה ושוב כל שא"צ לדון מתורת ביטול שוב הו"ל דבר שיש לו מתירין וז"ב. ובזה מיושב היטב שיטת הטור דדעתו דאם נתערב לאח"פ בין במינו בין בשלא במינו בטל בששים ותמה המג"א למה צריך ששים ועוד הרבה קושית תמה עליו ולפמ"ש אתי שפיר דהנה טעמו של הטור הוא דהרי אמרו כי קניס ר"ש בעיני' אבל בתערובות לא ופי' הטור דהוא בתערובות שאינו עובר עליו בב"י וכמ"ש הטור בהדיא סוף סי' תמ"ז לחלוק על רבינו יונה דעיקר תלוי אם עוברין על תערובתו בב"י ראוי לקנסו ואם לאו לא קנסו ולפ"ז ע"כ צריך להיות בששים דאם לא כן שוב לא היה בזמנו במשהו דהא לא הוה דבר שיש לו מתירין דהא צריך לבערו דא"ל דהו"ל דבר שיש לו מתירין לאח"פ הא קנסא קניס ר"ש ואף דבתערובות לא קניס הא זה דוקא כשהוא בששים דאם לא כן לא השביתו וכמ"ש ואף אם תאמר שגם בפחות מששים שייך ביטול ע"כ צריך אתה לדון מתורת ביטול וכמ"ש וע"כ דהוא בששים ובזה יש לומר הא דפריך המג"א מהא דפריך והא קנסא קניס ר"ש הא יותר מששים אין סברא לקנוס ולפמ"ש יש לומר דה"פ אמאי מקרי דבר שיש לו מתירין הא כל שקנסא קניס לא שייך דבר שיש לו מתירין וכקושית הר"ן ועל זה משני דבתערובות לא קניס ושוב הוה דבר שיש לו מתירין ודוק:

סימן קצו

א כאשר למדתי ברמב"ם הלכות פרה אדומה לקיים מצות ונשלמה פרים שפתינו אמרתי לכתוב מה שנתחדש לי הנה בה"א כתב ואין לוקחין עגלה ומגדלין אותה שנאמר ויקחו אליך פרה ולא עגלה וכתב הראב"ד לא מן השם הוא זה אלא שאין מקדישין מחוסר זמן למזבח וזה קרויה חטאת ועיין כ"מ מ"ש בזה ולפענ"ד נראה לי ראיה ברורה לשיטת רבינו דהנה בהא דאמרו בע"ז דף כ"ד אמר להם ר"א משם ראיה ישראל משמרין אותה משעה שנולדה ומאד תמוה לי היאך היו ישראל שומרין אותה בבית נכרי יום ולילה קודם שלקחוה ואיך יניח אותם העכו"ם ובפרט בהמת דמא בן נתינה שהי' כסאו מוטל בין גדולי רומי כדאמרו בקדושין ובירושלמי וגם למה לא קנו אותה תיכף משנולדה ולא

הי' צריכין לשמור אותה וע"כ צ"ל דמכאן ראיה למ"ש רבינו כאן דלא מצאו אלא עגלה פוסקין עליה דמים ותהי' אצל בעלי' עד שתגדל ותעשה פרה ולפ"ז גם שם היו פוסקין הדמים קודם רק שלקחוה אח"כ כשנתגדלה ונעשה פרה ולפ"ז מוכח מכאן כשיטת רבינו דלשיטת הראב"ד דהטעם הוא משום מחוסר זמן ולפ"ז כל שלקחו אותה ולא קראו עליה שם היה מותר וכמ"ש בכ"מ ולפ"ז הא שם לר"א בלא"ה פוסל קיחה מנכרים וצ"ל כדאמרו שם דתגרי ישראל זבני ואחר כך נתנו אותם לציבור ואם כן יקשה דהתגרים היו יכולים לקנות אותה תיכף משעה שנולדה דאז לא היה מחוסר זמן דאח"כ מכרו אותה לציבור לשם פרה ואדרבא הי' פסול כשקנו אותה מנכרי לשם פרה לר"א ואם כן למה שמרו אותה וע"כ דבעינן שיקחו אותה בעת שהיתה פרה וא"ל דאכתי הי' להם לתגרים לקחתה וימסרו אותה לציבור בעת שהיא פרה דזה אינו דמלשון הרמב"ם נראה דהמצוה היא שתהיה אצל בעליה עד שתגדיל ופוסקין דמים עליה ולא שקונין אותה וא"כ אף התגרים לא יכלו לקנותה שהרי הם קנו אותה על דעת שימסרו לציבור אבל להראב"ד דעיקר הפסול בשביל מחוסר זמן כל שלא קראו שם פרה מותר וזו ראי' נפלאה לפענ"ד לשיטת הרמב"ם ודוק.

ב ובגוף דברי הראב"ד שכתב דהוה מחוסר זמן אני תמה דבאמת פרה אינה רק קדשי בדק הבית ולא שייך בזה מחוסר זמן דלמזבח הוא דאתמר ואף דחטאת קרי' רחמנא וכמ"ש רבינו בה"ז ולזה רמז הראב"ד במ"ש וזו קרויה חטאת. אבל לפענ"ד ע"כ לא נקראת חטאת רק כשהגיע לזמן שהיא נקראת פרה אבל כל שאינה ראויה להיות פרה היאך אפשר שתפסלה משום מחוסר זמן דכל שאינה ראויה שוב אינה רק קדשי בדק הבית ואינו פסול במחוסר זמן וז"ב (וכן מצאתי סברא זו בחידושי ריטב"א בע"ז דף כ"ב ע"ב ד"ה שאני פרה) לפענ"ד בסברת רבינו: והנה במלמ"ל פ"ג מאיסורי מזבח ה"ח כתב להקשות על מה שהשמיט רבינו דמחוסר זמן אסור להקדיש דדין מפורש הוא ובאמת שמכלל דברי רבינו בהלכה יו"ד נשמע שכתב דהמקדיש מחוסר זמן הרי"ז כמקדיש בע"מ עובר ואינו לוקה ומ"ש המלמ"ל שם להקשות מהא דאמרו במעילה דף י"א מתקיף לה ר"ל ולתני נמי המפריש מעות לקינו לא נהנין ולא מועלין מפני שהם ראויים להביא תורים שלא הגיע זמנם ואם נימא דיש איסור להקדיש אטו ברשיעי עסקינן ולא חיישינן לזה כלל. הנה באמת לפמ"ש הכ"מ דעד שלא קרא שם לא אכפת לן וא"כ שם שהפריש מעות לקנות בהם קנים שפיר יכול לקנות תורים שלא הגיע זמנם ולכשיגדלו יביאם למזבח ועיין תוס' שם ד"ה מפני ויש להמתיק הדבר עפמ"ש במק"א ליישב קושית המלמ"ל פ"ז ממעילה בשם הרב מוהר"י אלפנדרי במ"ש רש"י במעילה שם במשנה דבכל

מנה ומנה איכא למימר דזה הפריש לשלמים והקשה מוהר"י אלפנדרי דכיון דהרוב הוא עולה נימא דלבטול ברוב ע"ש. ואמרתי דלק"מ דבאמת צריך להבין כל הטורח הזה למה הא המעות שהפריש לא עדיף מהזמנה לקדושה דקיי"ל הזמנה לאו מלתא הוא ולמה יהי' מועלין בו וצ"ל דמכאן ראיה ברורה למ"ש התוס' בסנהדרין דף מ"ח דמעות עדיף מטווי לאריג דראוי לכל דבר ע"ש ודלא כרמ"ך הובא בט"ז ומ"א סי' קנ"ג ולפ"ז כיון דעכ"פ עיקר בא מכח שהזמין לשם קדושה וכיון דאיכא למימר על כל מנה דהוא לשם שלמים שוב לא שייך דלבטל ברוב דגם אם הוא מן הרוב אינו קדוש בעצם רק דהוה הזמנה וא"כ כל דאיכא למתלי שזו המנה הזמין לשם שלמים פשיטא דבכה"ג הזמנה לאו מלתא היא וז"ב מאד. ולפ"ז זהו דמחלק הש"ס בשלמא התם שלמים אמרה תורה אבל הכא תורין שלא הגיע זמנם שאינן ראויים לא אמרה וא"כ פשיטא דלא שייך בזה הזמנה וזה באמת תירוץ הש"ס ודו"ק. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דכיון דמחוסר זמן אינו רק דהוה כמו בע"מ וא"כ כיון דקי"ל תמות וזכרות בבהמות ואין תמות וזכרות בעופות וכיון דבע"מ אינו פוסל בעוף שוב ממילא בתורים ובני יונה לא שייך מחוסר זמן דלא גרע מבע"מ ולכך הוצרך הש"ס לומר כיון דעכ"פ לא אמרה תורה שיביא מחוסר זמן לכך לא שייך לומר דלמא הפריש כן.

ג אך אחר העיון נראה דבתורין ובני יונה דכיון דלא הכשיר הכתוב רק תורין ובני יונה ושם תורין ובני יונה אינן רק כשהן בגדר הזמן שגבלו להם חז"ל וא"כ כל שהם מחוסר זמן פסולין דאינן מין תורין ובני יונה והדבר דומה למ"ש רבינו בפ"ג מאיסורי מזבח ה"ג לענין טומטום ואנדרוגינוס שהם פסולין אף בעוף לפי שהם מין אחר וה"ה כאן וז"ב דמחוסר זמן פסול אף בעוף.

ד שוב מצאתי שזה לימוד ערוך בפי רבינו שם ה"ט לענין תורין ובני יונה שהן פסולים לפי שהם כמחוסר זמן בבהמה ע"ש וע"כ צ"ל דהסברא היא כמ"ש דהם מין אחר אף שלא ביאר רבינו כן ודו"ק והכ"מ לא כתב מקור מקומו.

ה ולפענ"ד יצא לו מש"ס מעילה הלז דאמר בהדיא דהוה כמחוסר זמן ועיין פ"ז ממעילה ה"ד שגם שם לא ציין הכ"מ דברי הש"ס הנ"ל ושם הי' לפניו דברי הש"ס בכל הפרק. ומן האמור יש לפשוט ספיקו של המלמ"ל פ"ג מאיסורי מזבח ה"ח שנסתפק בכלו לו חדשיו אי שייך מחוסר זמן ע"ש שהאריך.

ו ולפענ"ד נראה דבכל ענין מקרי מחוסר זמן שהרי או"ב מקרי מחוסר זמן ותורין ובני מנה כל שאינו ראוי להקרבה נקרא מחוסר זמן וה"ה בזה. אך יש לדחות דכל דאסור להקריבו פשיטא דנקרא מחוסר זמן והמלמ"ל מסופק דאפשר בידוע שכלו לו חדשיו

מותר להקריבו ג"כ ולא מקרי מחוסר זמן כלל וצ"ע עכ"פ מ"ש נראה ברור דבכה"ג לא נכשר אף בעוף שהרי הרב אומר כן בהדיא בה"ט וז"פ לולא שמצאתי במרכבת המשנה פ"י מרוצח ה"ב שם דבע"מ ואינו מן המובחר ומחוסר זמן כשרים בעופות. ובמחכ"ת אחרי שהי' לפניו דברי הרמב"ם בהפרק הלז איך לא ראה מ"ש שם בה"ט גם לענין אינו מן המובחר דבריו צ"ע ושגגה יצא מלפניו במחכ"ת. ואגב אזכור מה שראיתי שם בסופו שתמה על הר"ש פי"ד מנגעים במשנה ה' שכתב ומההיא דרשא לא מצינו למילף שיהיה מחוסר אבר פסול דא"כ כל המומין נמי וקי"ל דאין מומין פוסלין אף בחטאת העוף והיינו דאין תמות בעוף ותמה המרכבת שם דלפי פירוש הר"ש דמכשיר ומכפר היינו צפורי מצורע ועגלה ערופה והרי עגלה ערופה אין מום פוסל בה כמבואר בסוטה דף מ"ז בהדיא במשנה שם וניהו דמחוסר אבר פסול בעגלה ערופה כמבואר בירושלמי בסוטה שם ועיין כ"מ פ"י מרוצח ה"ב שם אבל מומין ודאין אינו פוסל וא"כ אף דילפינן מכשיר ממכפר לא הי' מקום לפסול מומין דגם מכפר אינו פוסל ע"ש ובאמת שתמיה גדולה היא על מאור עינינו הר"ש ולגודל חומר הנושא אמרתי דהנה באמת פריך הש"ס שם דיהי' עגלה ערופה פוסל במומין מק"ו ומשני דמיעט הכתוב בה בפרה אדומה בה ולא בעגלה ערופה ולפ"ז כיון דבאמת כל שהיא קדשים מהראוי לפסול אף במום כקדשים א"כ כל דיליף מכשיר ממכפר שיש לו למכשיר דין קדשים ופסול במחוסר אבר כמו מכפר ניהו דבמכפר גזירת הכתוב שאינו פוסל במומין אין לך בו אלא חידושו דבכל הקדשים פוסל מומין ואף במכשיר כל דגלתה התורה שדינו כמכפר ממילא דין קדשים לו ופוסל אף במומין כנלפענ"ד לחומר הנושא וצע"ג. אחר שכתבתי כ"ז למדתי במס' מעילה דף י"ב בהא דפריך אלא לרבנן מ"ש ממחוסר זמן אמרי מחוסר זמן מידי דהוה אבע"מ וכו' וכפי הנראה מחלק הש"ס דבעוף לא שייך מחוסר זמן וכפי שרציתי לחלק למעלה ולזה רמזו התוס' בדף י"א שם ד"ה מפני וצ"ע על המלמ"ל שלא זכר זאת ועיין מלמ"ל פ"ב ממעילה הט"ז ודו"ק.

ז ואגב אבאר במ"ש הרמב"ם בפ"ב מפרה ה"ז דחצירות הי' בנויות בסלע ותחתיהן חלל מפני קבר התהום ופירש"י בסוכה פ"ב שמא יש תחתי' קבר ואין לו למת חלל טפח ע"ש והיא תימה גדולה לשיטת התוס' בכמה מקומות ומהם ב"ב דף ק' ובנזיר דף נ"ג דאף ביש שם חלל טפח הקבר מטמא מכל סביביו וא"כ מה מועיל הך דהי' חלל טפח דמכל מקום יש לחוש לטומאה וכבר נשאלתי בזה מהרב החריף ובקי מוה' מענדיל העליר ני' ואמר ששאל לכמה גדולים ואין מענה (ולפמ"ש הפ"י בברכות דף כ' לשיטת רש"י אתי שפיר ודו"ק) ולפענ"ד הי' נראה בראשית ההשקפה דשם לא הי' שם טומאה בודאי

רק שחשו לספק טומאה שמא יש שם קבר וכמ"ש מפני טומאת התהום והרי אמרו בפסחים דף פ"א ע"ב דבמים בנקיקי הסלעים אין זה טומאת התהום ועיין רש"י שם הטעם דודאי הי' ניכר הטומאה שם וא"כ כאן שבנוי ע"ג סלע והי' שם חלל והי' ודאי ניכר אם הי' שם טומאה ולכך לא חשו לטומאה ורש"י פירש דלא הי' אהל חלל טפח אפשר דלא ס"ל כשיטת התוס' אבל לשיטת התוס' יתפרש היטב וגם הרמב"ם העתיק סתם מפני קבר התהום משום דהוא ס"ל ג"כ כשיטת התוס' הנ"ל ועיין פ"ג מטומאת המת ופ"ג מנזירות. שוב מצאתי בספר חזון נחום הספרדי על המשניות סדר טהרות פ"ג מפרה שהקשה דלמה פירש רש"י שאין אהל חלל טפח הא אפילו יהיה חלל טפח הקבר מטמא באהל ולא ידעתי למה לא תמה יותר דאדרבא לא הועיל בתקנה ולפמ"ש אתי שפיר וע"ש שכתב ראיה להראב"ד פ"ג מטומאת מת דאינו מטמא באהל כ"א במגע ע"ש ודו"ק ועיין מלמ"ל פ"א מבית הבחירה הלכה י"ג ומ"ש בספר דרך הקדש הנדפס בסוף ספר מגיד מראשית דף ז' ע"ש ולפמ"ש יש להאריך בזה ודו"ק:

ח והנה במ"ש למעלה בסוגיא דע"ז דמשמרין אותה משעה שנוצרה אזכיר מה דהקשה אותי הרב מוה' עקיבא שלום ני' מק' טולטשין במדינת רוסיא מדי עברו פה בשנת תר"ח והי' שובת הרגל חג המצות דאמאי צריכין לשמור את אמה משעה שנוצרה והא ר"י אמר גבול יש לה פחותה מבת ג' שנים נעקרת ובע"ז דף מ"ז ע"ב בד"ה כשנרבעו משמע דלר"י לא משכחת לה כלל שלא תעקר אף מיעוטא דאל"כ לא צריכי לומר גבול שלה הא משכחת לה בכה"ג שנרבעה בפחותה מבת ג' ואפ"ה לא נתעקרה וע"כ דלא משכחת לה שלא תעקר כלל וא"כ איך נחוש שמא נרבעה כלל. והנה לפום ריהטא רציתי לומר דזה דוקא לר"י אבל לר"א דחייש לרביעה ע"כ דס"ל דגם בפחות מג' לא נתעקרה דאל"כ שייך לומר נכרי חס על בהמתו שלא תעקר אבל באמת התוס' ביארו בהדיא בדף כ"ג ע"א ד"ה רבינא דכלהו אית להו שנויא דנכרי חס על בהמתו שלא תעקר ורק דלענין קרבן יש לחוש טפי ע"ש שכתבו בהדיא דבפחותה מבת ג' שנים ודאי נעקרת ואח"כ הוה רוב שאינו נעקרת ולפעמים נעקרת אף ביותר מבת ג' וא"כ קושיתו עצומה מאד. והנה לחומר הנושא אמרתי דבאמת צריך ביאור הא דבתחלה קאמר הש"ס דמשמרין אותה משעה שנוצרה ופריך וניחוש דלמא רבעה לאמה ומשני דמשמרין לאמה והלא לא קאמר הכי ובאמת שאף אם נימא דחיישינן שמא לא נתעקרה אף בפחות מבת ג' שנים אכתי קשה למה הי' צריכין לשמור אותה משעה שנוצרה והלא הש"ס פריך וניחוש דלמא רבעוה לאמא דאמה ומשני כולי האי לא חיישינן וא"כ מה חששו לה משעה שנוצרה דאז לא הי' החשש עד שנולדה רק לרביעה דאמא דאמה וכולי האי לא חיישינן וע"כ

צ"ל דהך משמרין לאמה משעה שנוצרה לא קאי על שעת יצירת האם רק משעה שנוצר הולד שלה בעודה במעי אמה הי' משמרין לאמה וא"כ שוב לא היה שום חשש כלל על הולד דהש"ס לא פריך רק דניחוש דלמא רבעוה לאמה מעיקרא. ולפ"ז נראה לי כיון דפחותה מבת ג' אינה יכולה להוליד ולד ולא משכחת לה שתהיה נוצר הולד וכדאמרו שם פחותה מבת ג' שנים מי קא ילדה ועיין ר"ש פ"א דפרה ראש הפרק שהקשה דהיאך משכחת לה פרה בת שתים אלמא דאף היצירה אי אפשר בהיותה בת שתים עד בת שלש ואף דיש לדחות עכ"פ יש לומר כן וא"כ שוב בשעה שנוצר הולד ע"כ היתה בת שלש ואם כן אז היו צריכין לשמור לאמה ולולדה אבל זה דוחק בתכלית הדוחק והנראה בזה דהנה באמת צ"ב הא דמשמרין אותה משעה שנוצרה כיון דלא קנאוה כמ"ש לעיל דמזה ראיה להרמב"ם דאסור לקנות עגלה ולגדל אותה עד שתהי' פרה ואם כן מה הי' מועיל השמירה ואיך יכולים לשמור פרה שאינה שלהם ומה מתיירא העכו"ם מהם ובפרט כי כבר אמרו אין אפטרופוס לעריות אף בחבוש בבית האסורים ועיין חולין דף י"א ובישראל שלא נחשדו על עריות ומכ"ש בעכו"ם שנחשדו ע"ז אז בזמן הש"ס ותקיף להו יצרייהו ובדבר שהי' בביתו ואין לישראל שום יד וחלק בזה ובפרט גבי דמא שהי' שר גדול וכסאו מוטלת בין גדולי רומי ומי יאמר לו דבר וצ"ל דכיון דבאמת נכרי חס על בהמתו שלא תעקר רק דלקרבן חייש ר"א דשמא מ"מ יצרו תקפו ולא חס על חשש כזה שוב היה סומך ר"א על השמירה וכל מה שהיו יכולין לעשות וז"ב. אמנם עדיין קשה היאך סמך ע"ז הא התוס' בד"ה יצרו תקפו הקשו דא"כ איך אמר רב נכרי חס על בהמתו והא אמרינן דיצרו תקפו והרי כ"ש הוא דהשתא פרה דדמיה יקרים חיישינן מכ"ש בשאר קרבנות וכתבו דאדרבא כיון דדמיה יקרים ועומדת למכר לישראל שוב לא חס דמוכר הפרה וסבור הוא להעלים רביעתו ואינו חושש כיון שיצרו תקפו ולפ"ז יקשה כיון דל"ש נכרי חס אם כן איך סמכינן על השמירה משעה שנוצרה הא קודם שילדה פרה אדומה שוב לא היתה עומדת למכר לישראל דלא ידע עדן אם תלד פרה אדומה ויכול לרבעה והשמירה ל"מ דלא שייך נכרי חס כיון שיצרו תקפו. אמנם צ"ל כיון דמשמרין את האם משעה שנוצרה אם כן ידע היטב הנכרי דישראל ממתינים ומצפים שוב יחוס על נפשו שלא ירבענה דלמא תלד פרה אדומה ובפרט כיון דמסיק הש"ס דמיירי במוחזקת ואם כן שוב הי' מועיל השמירה ומעתה לכך היו צריכין לשמור האם משעה שנוצרה כדי שלא ירבענה הנכרי ולא תלד עוד ולא יהיה להם פרה אדומה אבל כשישמרו אותה ידע הנכרי שמצפים שמא תלד פרה אדומה ושוב לא ירבענה אבל כל שלא ישמרו שוב גם הנכרי לא יחוש ע"ז וכיון דיצרו תקפו ירבענה ושוב לא נוכל לסמוך גם כשתלד דהא

בשעה שנוצרה לא ידע הנכרי דתלד פרה אדומה וע"כ שמרו אותה משעה שתלד כדי שיחוש הנכרי על נפשו שלא ירבענה ויחוס על ממונו ושוב לא ירבענה כנלפענ"ד לחומר הנושא. והנה אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בחידושי ריטב"א שהקשה בהא דפריך וניחוש דלמא דבעה לאמה דהא אמרינן דבהמה הנרבעת נעקרת וכתבו דהאי על הרוב אבל יש בהמה שלא תעקר אף שנרבעה עכ"ל אם כן לק"מ וצ"ל כוונתו דאף דיש לאוקמא ביותר מבת שלשה מכל מקום אנן לא קי"ל כר' יוחנן ואף ביותר מבת שלשה תעקר וס"ל להריטב"א דלדידן דשוה בת שלש לפחות מבת שלש יש לחוש שנרבעה ולא נעקרה ועיין לעיל גבי ר' פדת דכתב הריטב"א דר' פדת לית ליה הך דנכרי חס על בהמתו שלא תעקר והיינו דס"ל כיון דעל כל פנים על הרוב נעקרת אם כן למה ניחוש לר' פדת וע"כ דר' פדת לא סמך על זה דנכרי חס על בהמתו ולפ"ז י"ל דגם התוס' סבירא ליה כן. ומ"ש דר"פ גם כן ס"ל הך טעמא דנכרי חס היינו משום דעל פי רוב אינה מתעברת ונעקרת ואם כן הנכרי יחוש ע"ז שמא תעקר אבל לענין קרבן חייש דשמא לא חס ור"י ע"כ ס"ל דפחות מבת ג' בודאי נעקר דאם לא כן מה גבול יש לו ומה מחלק בין פחות מבת ג' לבת ג' ואם כן שוב אין מקום לקושית הרב הנ"ל דבאמת יש לחוש לר"פ דשמא נרבעה ולא נעקרה והדבר מוכרח שכן הוא כמ"ש הריטב"א ובאמת שדברי התוס' בע"ז דף מ"ו שכתבו וגבול יש לה כדאמרו בדף כ"ד הוא תימה דכיון דהך דר"י נדחה שם למה מוקי כר"י דעה הנדחית. וגם מה דחיק לה לאוקמא כר' פדת ואינך דס"ל דאף שעפ"י רוב נעקרו יש שאינה נעקרת וכמ"ש הריטב"א ודבריו מוכרחין.

ט ולפענ"ד הי' נראה דהנה בלישנא אחרינא ס"ל לרבא דמחלוקת בשנרבעו כשהן חולין דר"א ס"ל ביזוי מלתא היא ואם כן יש לומר דגם בל"ק לא פליג על זה ואף בנרבעו כשהן חולין אוסר מטעם זה וזה גורם וביזוי מלתא היא ולפ"ז יש לומר בכה"ג דיצאה מכלל הרוב בהמות שנעקרו כשנרבעו וזו לא נעקרה אם כן לא שייך ביזוי מלתא וכיון שכן שוב לא שייך לומר דנאסרה והרי לא חייש ר"א לא בשמא נעקר משום שלא ניכר מכל שכן בזה ועיין תוס' בע"ז דף כ"ד ד"ה ישראל לר"א גופא כתבו כן ואם כן ע"כ כר"י וגבול יש לה ושוב בבת ג' כיון שאינו רוב שנעקר לא אשתני וביזוי מלתא ודוק כנלפענ"ד לפי חומר הנושא ודוק. ושמעתי כי במהר"מ לובלין בחידושיו על ע"ז נדחק בדברי התוס' אלו והנראה לפענ"ד כתבתי:

י והנה בשנת תר"ט בשבת פרשת פרה למדתי הלכות פרה כדרכי והנה הגעתי פ"ג שם ה"ב שוחט בימינו ומקבל הדם בשמאלו ותמהתי דהיאך מותר לקבל הדם בשמאלו והא גם הולכת הדם פסול בשמאל ועיין יומא דף מ"ט ומחתה דכשרה בשמאל כבר

אמרו במנחות דף כ"ה דשאני שמאל ביוה"כ דהכשירו בכך וכדאמרו ואימא עון שמאל דהכשירו ביוה"כ ובגליון הכ"מ שלי פ"ג מעיוה"כ תמהתי על הכ"מ והתוי"ט דנדחקו דאינו רק מדרבנן או דיש חילוק בין דם לקטרת והיא תימה דשאני יוה"כ דהותרה בשמאל והארכתי שם ועכ"פ כאן צ"ע דאמאי מקבל בשמאל ולכאורה רציתי לומר דשאני כאן דעיקר המצוה היא הזריקה והו"ל היד אצטבא בעלמא וכדאמרו ביומא דף נ' שם אבל זה אינו דשם הוא דוקא בזר שהי' עומד שם ומידו קבלו הכהנים והו"ל מעשה אצטבא בעלמא אבל הכהנים עצמם הו"ל כבת מינה דמחריב בה דהא ההכשר בכהנים אינו רק בימין וא"כ איך מקבל הדם בשמאל והנה הראב"ד השיג שם על שיטת הרמב"ם דמצותה ביד ולא בכלי והוא דעתו דאינו רק למצוה ולא לעיכוב ע"ש ולפענ"ד היה נראה כיון דקיבל בשמאל ע"כ דמצותו בכך דוקא ביד דאל"כ כיון שעכ"פ מצוה ביד שוב הו"ל המזרק חציצה דבשלמא בכ"מ אין המזרק חוצץ דהא דרך שירות בכך ועיין יומא דף נ"ח ובזבחים דף כ"ד אבל אם עיקר מצותה ביד אם כן שוב הו"ל חציצה ואסור וע"כ דדוקא בידו והרי מזרק בתוך מזרק הוה חציצה וה"ה מזרק ביד כל שמצותה ביד ועכ"פ מה שמקבל בשמאל צ"ע וצ"ל דמצותו כך וזה לא שמענו. ואולי כיון דחידוש הוא דבכל מקום מצותו בכלי וכאן ביד א"כ הו"ל חידוש ואמרינן דבזה התירה התורה ביד שמאל ועדיין צ"ע.

יא והנה מ"ש למעלה בסוגיא דע"ז זכר אזכור מה דמצאתי דבר תימה בהא דאמרו שם דר"א פוסל בכל הקרבנות ואקשו רבנן שם מכמה מקומות.

יב ולפענ"ד תימה רבה דאמאי לא אקשו לר"א ממקרא מפורש בדברי הימים ב' ט"ו פסוק י"א ויזבחו לד' ביום ההוא מן השלל הביאו בקר שבע מאות וצאן שבעת אלפים ועיין ברש"י שם שכתב שזבחו מן השלל שהביאו המבואר בסי' י"ד שם וגם אהלי מקנה הכו וישבו צאן לרוב ולמה לא חיישו לרביעה וצע"ג ועיין במצודות שם ועיין ברש"י שם שני פירושים ויש הפרש מעט בינותם אבל שניהם מסכימים שזבחו מן השלל שהביאו שאל"כ מה ענינו לשם וע"כ צע"ג לר"א. והנה בהא דאמרו במס' פרה פ"ד הפשיטה ואחר כך נתחה דכשר הקשה אותי החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י מהא דאמרו בחולין דף י"א ושחט ושרף מה שחיטה כשהיא שלימה אף שריפה כשהיא שלימה. והשבתי לו דניהו דכשר אם נתחה אבל עכ"פ מצוה מן המובחר שתהיה שלימה ורק בדיעבד כשר ואם כן ע"כ דאזלינן בתר רוב. ועוד נראה לי דבאמת הא דכשר כשנתחה הוא רק משום דכל הראוי לבילה ואם כן כל דלא אזלינן בתר הרוב שוב הי' פסול דלא ראוי שתהי' שלימה והא דבאמת לא בדקינן דכל רוב דאפשר לברורי מבררינן לק"מ לפענ"ד

דמלבד דגנאי היא בעזרה לבדוק ועיין ברש"י זבחים דף ע"ד אף גם דזה רוב שכבר הוחזקה דרוב בהמות כשרות ובשלמא אי לא אזלינן בתר רוב כלל אף רוב שכבר הוחזק ל"מ משא"כ לפי המסקנא אמנם מה נעשה דבר"ש מבואר דאף לכתחלה כשר לנתחה ומצאתי במלמ"ל פ"ד מפרה שהקשה עליו כן ע"ש ודוק:

יג והנה בשנת תרי"א סמוך לר"ה שאל אותי זקן וחכם אחד בהא דמפרישין אותו מביתו גבי פרה כמו ביוה"כ דהרי גם ביוה"כ פריך הש"ס למה פירש מביתו ומשני שמא תמצא ספק נדה וזה שייך שם שהזמן בהול וצריך לעבוד עבודת היום משא"כ בפרה מה יש לחוש אם יטמא יתאחר העשיית הפרה שבעת ימים ותדע שהרי לא התקינו כהן אחר תחתיו ואף דיש לדחות דגם כה"ד כשר לפרה מכל מקום קשה למה הפרישו מביתו גבי פרה. ולפענ"ד נראה דהנה גוף הענין תמוה דהיאך שייך שמפרישין אותו לעזרה ותבא אשתו ותשכב עמו ועיין תוס' דף ז' ובחידושי פ"י ובליקוטיו למס' יומא האריך בזה. אך לפענ"ד נראה כיון דהיתה פרישה לקדושה ביוה"כ והרי הי' אחת מהניסים שלא ראה קרי ביוה"כ וביאר התוס' יו"ט בשם המדרש שמואל בשם החסיד כיון שרצו לגבר יצ"ט על יצה"ר ואם רואה כי קרוב להיות מנוצח יתחזק ויתגבר היצר והי' קרוב להיות רואה קרי ע"ש ולפ"ז שפיר שאלו מביתו למה פירש והרי היצה"ר יתגבר עליו וטוב הי' שישמש עם אשתו ולא יראה קרי ואף דהיה נס על ניסא לא סמכינן ועיין תוס' יו"ט בריש דמאי ושפיר מקשה ולפ"ז זהו ביוה"כ שפרישתו לקדושה שפיר חששו שמא יתגבר עליו היצר אבל בפרה שפרישתו היה לטהרה ולמעלה בעלמא ולא יתגבר היצר עליו שלא עשו שום ענין לגבר היצ"ט על הרע ואם כן שוב אין קושיא מביתו למה פירש שהתשובה מבוארת שאין זה ד"א שאחר שנפרש להלישכה שתבא אשתו עמו לשכב וכדי בזיון ע"כ שפיר מפרישין אותו מאשתו וז"ב לפענ"ד ועיין שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' קל"ה קל"ו קל"ז שהאריך בענין הפרישה ביוה"כ ולפמ"ש יש לפלפל בדברי קדשו ואכ"מ:

יד והנה בשנת תרי"ג למדתי גם כן הלכות פרה אדומה וארשום בקצרה מה שראיתי בפ"ט ה"ה גבי ספוג ע"ש מ"ש הכ"מ בשם הר"י קורקוס דחומרא בעלמא היא ותמהתי דהא מים שאינם קדושים שנתערב אפילו כ"ש פסולים כמבואר בה"ח שם ועיין זבחים דף פ' משום דהזאה צריך שיעור ואם כן גם כאן הוא פסול ובאמת שיש לתמוה למה לא תתבטל המים שאינם קדושים במים הכשרים דהא מב"מ בטל ברוב ועכ"פ בששים ודאי בטל אף מדרבנן וצ"ע וגם מ"ש שהטבילה במים שהביא רבינו בהלכה י' פליגי שם ת"ק ור' יהושע ולמה לא יפסול כיון דכ"ש מעורב וצ"ע כי לא נתחוורתי בזה ועיין חולין דף כ"ט ע"ב דמבואר שם דרבא קיבל מיני דר"י דפרה קדשי מזבח דאל"כ לא שייך תזבחהו

שלא יהיו שנים שוחטים זבח אחד בקדשי בה"ב ועיין בדף ל"ב דמוכרח לומר דרבא ס"ל דפרה קדשי בה"ב כמ"ש המהרש"א שם בתוס' בד"ה נשחטה ואם כן דברי רבא סותרים ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם פ"ד מפרה הח"י דע"כ צ"ל דרבא אמר אליבא דר"ש דס"ל דפרה קדשי בה"ב אבל לדידן דחטאת קריא רחמנא שתיהם כשרות ודוק היטב:

טו והנה במ"ש למעלה בדברי רש"י בסוכה דף כ"א שלא היה להם חלל טפח וע"ז הקשה לשיטת התוס' דאף ביש חלל טפח מכל מקום מטמא כל סביביו אם כן מה הועילו במה שאין חלל טפח מכל מקום מטמא כל סביביו ונדחקתי לעיל וכעת ראיתי דלפמ"ש הפ"י בברכות דף י"ט ע"ב בתוס' ד"ה רוב ארונות יש בהם חלל טפח שם האריך הפ"י לבאר דלשיטת רש"י כל שיש חלל טפח אינו מטמא כלל מדאורייתא ואם כן לא חשו לתקן טומאה דרבנן רק טומאה דאורייתא ובפרט שאינו רק טומאת התהום אם כן לא חשו לספק טומאה דרבנן ולכך שפיר כתב רש"י ומהתימה על הפ"י שלא נסתייע מדברי רש"י אלו לא בברכות ולא בסוכה שם ולשיטת הרמב"ם דקבר מטמא כל סביביו כל שיש בו חלל טע"ט כמ"ש בפ"ז מט"מ הלכה ד' והוא מן התורה ועיין תשב"ץ ח"ג סימן ב' צ"ל דכאן אינו רק מפני קבר התהום שאינו רק ספק כל שיש חלל טפח ואיכא הפסק ובנוי למעלה ע"ג כיפין לא טמא וצ"ע בזה. והנה בדברי המלמ"ל פ"ג מאיסורי מזבח הלכה ח' שהבאתי למעלה שכרכר אי שייך איסור במחוסר זמן להקדיש הנה בשנת תרט"ו כ"ה אדר למדתי במס' מעילה דף י"ב ותמהתי על הבקי העצום הזה שלא הביא דברי הש"ס במעילה י"ב אחרי שהביא דף י"א ובדף י"ב מבואר בהדיא דאמרו אלא לרבנן מ"ש ממחוסר זמן וע"ש ברש"י דמבואר דמותר להקדיש מחוסר זמן ויליף מבכור הן אמת דדברי רש"י תמוהין דאדיליף מבכור נילף משאר קדשים דאסור להקדיש מחוסר זמן כמבואר בבכורות דף כ"א ועיין תוס' שם דאף ר"ש מודה בשאר קדשים והיא תימה גדולה לפענ"ד וצ"ל דרש"י ס"ל כמ"ש התוס' בתמורה דף י"ט ע"ב דבדיעבד כשעבר והקדיש קדוש אף בשאר קדשים ע"ש והקשה בש"ס דא"כ מהראוי למעול כל שהקדיש אף שהוא מחוסר זמן וזה שאמר הרמב"ם שם דהמקדיש מחוסר זמן כאילו מקדיש בע"מ והיינו כמו שכתבתי בש"ס כאן מחוסר זמן מידי דהוה אבע"מ. ולולא דמסתפינא לחדש דבר חדש ולפרש פירוש אחר שלא כפירש"י ותוס' הייתי אומר דהש"ס פריך להיפך דלרבנן הוה מחוסר זמן ובשאר קדשים לא חל הקדושה ואמאי קאמר דלא נהנין והרי מותר להנות כיון דלא חל הקדושה כלל וע"ז משני דמחוסר זמן הוה כבע"מ דיש לו פדיון והיינו דעכ"פ כל שהקדישו קדוש כמו שכתבו התוס' בתמורה י"ט אבל תורים ובני יונה לא מקרי מחוסר זמן כלל והיינו כמ"ש לעיל דבתורים ובני יונה לא שייך כלל מחוסר

זמן דהא אין תמות בעופות ולכך לא נהנין ומה דלא מועלין הוא כמ"ש למעלה דכיון שהם בגדר תורים ובני יונה לא שייך לומר דלא הוה מחוסר זמן דהרי מ"מ מחוסר זמן עד שיהי' נקראים תורים ובני יונה. אבל זה אינו במשמע הלשון וגם יהי' היפוך הס"ד מהמסקנא לגמרי דבס"ד ס"ל להש"ס דלא חל כלל הקדושה וכמו מחוסר זמן דלא חל הקדושה כלל ואחר כך מסיק להיפך דמחוסר זמן הוה כבע"מ וחל הקדושה ותורים ובני יונה שאני וע"כ פשטת הסוגיא מורה כפירש"י דמחוסר זמן יכול להקדיש ואף אם נימא דאסור להקדיש דלא קיי"ל כר"ש מכל מקום בדיעבד קדוש וכמ"ש לפרש וע"ז מחלק דזה הוה כבע"מ דיש לו פדיון משא"כ תורים ובני יונה דלא חל כלל הקדושה וכמ"ש ועכ"פ הרמב"ם דסתם לענין הקדש מחוסר זמן וגם בתורים וב"י לענין הקדש הוא תמוה וגם דברי רש"י תמוה דזה לר"ש בלבד ורבנן פליגי ע"ז ודברי המלמ"ל גם כן תמוה שלא הזכיר מזה כלל וצע"ג:

טז והנה בשנת כת"ר י"ט שבט הקשה אותי החריף מוה' מרדכי מיזיש ני' גם כן קושיא זו ולא זכרתי שכבר הקשיתי זאת ואמרתי ליישב דהנה המלמ"ל האריך בפ"ג מאיסורי מזבח הלכה ח' ונסתפק אי הא דמחוסר זמן אסור הוא מטעם חשש נפל וכשידעינן דכלו חדשיו מותר ע"ש ולפ"ז משכחת לה מחוסר זמן שידענו שכלו חדשיו ויהיה נכנס לדיר להתעשר ולפ"ז תורים שלא הגיע זמנם אף שמקרי מחוסר זמן מכל מקום הם הוי כמחוסר זמן שכלו חדשיו שהרי הם כבר יצאו מכלל נפל בודאי וא"כ שוב דמי לבכור דחל אף בנפל ולכך שפיר פריך מ"ש ממחוסר זמן ודו"ק: ובזה יש ליישב קושית המלמ"ל שם ממעילה דף י"א ולפמ"ש יש לומר דזה קשה דראוי לתורין שלא הגיע זמנם שהם אינם נקראין מחוסר זמן כלל ויש לדחות. ומן האמור יש לפשוט מ"ש בסידורו של שבת ענף רביעי שורש א' שבעופות לא שייך בהם מחוסר זמן והיא תמוה דאף ביותר מזה במחוסר זמן שאינם ראויים לקרבן שייך בהם מכ"ש כשיש בהם חשש נפל דודאי אסורים וז"ב ודו"ק:

יז והנה בשנת תבר"ך הי' אצלי החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י ורצה לחדש דמחוסר זמן לא שייך רק בדבר שלא היה לו שעת הכושר אבל אם היה לו שעת הכושר לא שייך מחוסר זמן וכמו דמחלק לענין משקה ישראל למנחה בין אם היה לו שעת הכושר כמו כן לענין מחוסר זמן ולכך חידש ליישב קושית המלמ"ל דתורים ובני יונה שמקודם הי' ראוי להיות בני יונה א"כ לא שייך מחוסר זמן דהיה לו שעת הכושר ואני הראיתי דהדבר מבואר ומפורש ביומא דף ס"ד רבא מוקי כגון שהי' לו חולה ביוה"כ ע"ש דהו"ל מחוסר

זמן אף שהיה לו שעת הכושר בודאי ועיין חולין דף פ"א לענין או"ב ודוק היטב. שוב ראיתי בתוס' מנחות דף כ"ה מבואר ספיקו של סדורו של שבת הנ"ל:

יח והנה בשנת תרכ"ג עיינתי בחגיגה דף כ"ה אר"א שונין אין הקדש ניצל בצמיד פתיל והתניא אין חטאת ניצלת בצמיד פתיל מאי לאו הא קדש ניצל לא הא מים שאינם מקודשים ניצולים בצמיד פתיל. והנה בראשית ההשקפה עמדתי מרעיד דלמה פריך מברייתא ולא פריך ממשנה שלימה פי"א דפרה משנה א' החטאת אין ניצלת בצמיד פתיל ולא עוד דשם מפורש בסיפא דמים שאינם מקודשים ניצולים בצמיד פתיל ולמה מקשה מברייתא וגם קשה לי דכפי הנראה בתוס' חגיגה שם ד"ה שונין הא דהקדש אין ניצול בצמיד פתיל הוא חומרא דרבנן והרי חטאת דאינו נצול בצמיד פתיל הוא מה"ת כמ"ש הרמב"ם והרא"ש במס' פרה מדכתיב במקום טהור ושם אינו מקום טהור וא"כ מה מקשה שם מחטאת הא קדש ניצל ומה קושיא הא חטאת אינו ניצל מה"ת וקדש אינו רק מעלה דרבנן ועיינתי בטורי אבן שם בחגיגה ומצאתי כל ההערות אבל נדחק מאד. ועיינתי ברמב"ם פי"ד מפרה הג"ד ומשם מבואר שרבינו משוה קדש לחטאת ומים המקודשים לגמרי דגם בקדש מדאורייתא אינו ניצל בצמיד פתיל שהרי אחר שהביא אפר ומים המקודשים כתב וכן אוכלין ומשקין של קדש ואח"כ כתב שמים שאינם מקודשים נצולים בצמיד פתיל ומשמע דאוכל קדש הוא שוה בשוה לחטאת ומים המקודשים. ובזה מיושב קושית התוס' ד"ה שונין ע"ש ומיושב קצת מהקושיות ולכך שפיר מקשה מחטאת על קדש דשניהם שוים. ובזה מיישב מה שהביא מהברייתא ולא מהמשנה דבמשנה היה מקום לומר דהיא מדאורייתא וכדדרשו בספרי במקום טהור ולכך באמת מים שאינם מקודשים ניצולים דע"ז לא קאי במקום טהור ולכך מביא מברייתא דשם לא מסיים דמים שאינם מקודשים ניצולים ולהס"ד הוה ס"ל דגם מים שאינם מקודשים אינם ניצולים וא"כ ע"כ אינו משום מקום טהור ורק חומרא דחטאת היא ושפיר מקשה הא קדש לא אף מדרבנן וע"ז משני הא מים שאינם מקודשים לא וא"כ ממילא הדרן לדוכתא דקדש אף מדאורייתא אינו ניצול כמ"ש הרמב"ם שכללן בהדדי. ומן האמור תמהתי על מה שמצאתי בפנים יפות להגאון בעל הפלאה ז"ל פרשת בשלח במ"ש צנצנת אחת ופירש"י של חרס והיא תמוה דמנ"ל שהוא של חרס. ואמר הוא ז"ל דהכוונה דבאמת לכך לקחו כ"ח דחשו שמא יטמא המשכן בטומאת מת כמו בנדב ואביהו וכמו דחשו בשלחן שהי' של פרקים כדי שיוכלו לטבול אותו אבל אוכל אין לו טהרה במקוה לכך לקחו כ"ח והי' בצמיד פתיל ומציל באהל המת ובאמת שדפח"ח. אמנם כיון שהיה מונח בארון ונעשה קדש והוה דומיא דחטאת דכתיב במקום טהור

וא"כ בודאי אינו נצול בצמיד פתיל וכ"כ דזה מה"ת וא"כ נסתר דבר זה. ואני אמרתי בזה דבר נחמד דהנה אמרו בנדה דף י"ט דהשלג נטמא מקצתו לא נטמא כלו נטהר מקצתו נטהר כלו ומקשה הא גופא קשיא כיון דנטמא מקצתו לא נטמא כלו היכא משכחת נטהר כלו ומשני כגון שהעבירה על אויר התנור דהתורה העידה על כ"ח ואפי' מלא חרדל וכתבו התוס' דגם אוכל דאינו מקבל טומאה פחות מכביצה הדין כן. ולפ"ז קשה לי היאך משכחת לה טומאה כלל במן הא התורה העידה עליו שהי' דק ככפור ופירש"י קלא"ש וגלד דק הי' מלמעלה וא"כ לא היה מקבל טומאה דאינו כביצה בבת אחת. אמנם באמת כתוב בתורה צנצנת אחת והוה כמו דכתיב כף אחת התורה עשה לכל מה שבכף אחת וא"כ נצטרף כמו בכ"ח באויר שמצטרף ועיין חולין דף כ"ד ובתוס' שם. ובזה נראה לי דהי' מועיל בכ"ח צמיד פתיל דאף דאין צמיד פתיל מציל היינו במקום שהי' יכול לקבל טומאה אבל כאן שאינו מקובץ ביחד בכביצה רק שע"י שעשה התורה כף אחת וכל מה שבכלי אחת אבל כל שהי' בצמיד פתיל ואינו מונח תחת האהל בכה"ג שלא יהיה נחשב כאחת זה מציל הצמיד פתיל כנלפענ"ד והוא ענין נכבד ודו"ק ועיין בספר גור ארי' מ"ש על רש"י הנ"ל דיצא לו מדכתיב למשמרת ובכ"ח כתיב למען יעמדו ימים רבים ובמח"כ זה אינו דשם לענין שלא יתרקב החרס מעמיד אבל כאן שלא חשו להרקבה כ"ח ג"כ אינו לימים רבים דיוכל להשבר ובאמת כיון דכ"ח המוקף צמיד פתיל מטמא בהיסט א"כ עדיין אינו למשמרת שיוכל להטמא בהיסט הזב ואף דזב וזבה אינן יכולים לכנס להר הבית מכל מקום זה כשהוא בקדושתו אבל כשנטמא באהל המת אפשר שהי' יכולין לכנס מיהו כל הטעם דמטמא בהיסט כתבו התוס' בשבת דף פ"ה שסופו להפתח אבל כאן שהי' למשמרת ואין סופו להפתח טהור ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' קל"ז ודו"ק ועיין מנחות דף צ"ה. והנה במ"ש למעלה דכל דצריך צירוף שוב צמיד פתיל מציל נראה לי להסביר הדבר ביותר דבאמת כל הטעם דצמיד פתיל אינו מציל בקדש הוא משום דקדש שהוא טהור ומקודש ביותר כל שיש טומאה לא יחוץ הצמיד פתיל ומרגיש תיכף הטומאה לפ"ז נראה לי דזה דוקא אם הדבר בעצמו יש בו שיעור לקבל טומאה וא"כ שוב אין חוצץ אבל כאן דכל אחת בפני עצמה אין בו כדי שיעור רק ע"י שהקדש מצרף א"כ כל שנחלש הקדושה שוב אינו מצרף להיות קדש דממנ"פ אם אתה מחשבו לקדש ע"כ שלא קבלה טומאה דאל"כ עכ"פ נתקלקל הקדושה ודו"ק היטב:

סימן קצז

א לחכם אחד מופלג וחריף נ"י.

ב ששאלת להודיעך מה שנתחדש בבית מדרשי אודיעך מה שלמדתי במס' מעילה דף ד' אר"א לא אמר ר"ע אלא בבת אחת אבל בזה אחר זה לא אמר ר"ע וכן אמר אח"כ לענין המפריש חטאתו ואבדה ונמצאו שתיהן ור"ל רצה לומר דאין חילוק בין בב"א בין בזה אחר זה ור"י השיבו דיש חילוק בין בב"א לזה אחר זה וכן קי"ל כמ"ש הרמב"ם בפ"ג ממעילה ה"ו וקשה לי טובא מהא דאמר רבה בקידושין דף נו"ן ובכמה דוכתי דכל שאינו בזה אחר זה גם בבת אחת אינו וה"ה כאן כיון שבזה אחר זה אינו גם בבת אחת אינו ול"מ לפירש"י שם דקאי על השחיטה שישחוט שניהם בבת אחת הא לא"ה כבר נעשה מותרה חטאת א"כ ממילא גם בב"א אינו ואף לפירוש התוס' שם ד"ה לא דקאי לענין זריקה ג"כ קשה דעכ"פ כל שאינו בזאח"ז אף בב"א אינו. ולכאורה רציתי לומר לפמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ב ד"ה בעבד בשם הרשב"ם לחלק דדוקא היכא שהאחד מונע את השני מלחול הוא דאמר רבה דכל שאינו בזאח"ז גם בב"א אינו אבל כל דנסתפק הנותן ואין לו בו כלום שפיר אף דבזאח"ז לא מהני משום דכבר נסתלק משא"כ בב"א דלא נסתלק עדן ע"ש ולפ"ז כאן שהפריש חטאת ואבדה והפריש אחרת והרי שתיהן קיימות וכל ששחט אחת וזרקו נסתלק השני דהוא לא הי' צריך רק חטאת אחת א"כ כל שבב"א ולא נסתלק עדן לא שייך הך דכל שאינו בזאח"ז. ובזה היה מיושב היטב קושית רש"י ותוס' לפי המסקנא שם אליבא דר"י דמחלק בשחט שתיהן כאחת מועיל נשאר הקושיא מ"ש מהמעלה אמורים של אחד קודם שנזרק הדם וע"ש מ"ש בזה.

ג ולפמ"ש הי' מקום לומר דבשלמא שם דמה"ד אין לו לעלות האימורים א"כ מה טעם יש דכל שהעלה אמורים של אחד לרצות את חבירו ג"כ די שיפקיע את עצמו אבל כאן כל שלא נסתלק ובידו לבחור אחת מהם הזה או הזה א"כ בב"א שפיר מועיל אף דאינו בזאח"ז דשם כבר נסתלק מהענין דכל שכבר נתכפר כבר נפטר מחטאתו וז"ב ודוק. אך כ"ז אם נפרש כפירוש התוס' שפירשו דקאי לענין הזריקה דאז לאחר הזריקה כבר נסתלק כל הענין אבל לפירוש רש"י וכן נראה מרבינו דקאי לענין השחיטה א"כ שפיר קשה דניהו דשחט זה אחר זה הא כל שלא נזרק בידו לבחור הזה או הזה ולא נסתלק החיוב החטאת ולא נתכפר עדן ואפ"ה לא מועיל בזה אחר זה א"כ ע"כ דהראשון מונע את השני מלחול ובכה"ג כל שאינו בזה אחר זה גם בבת אחת אינו וצע"ג ועיין בזבחים דף למ"ד ובתוס' שם.

ד והנה בתוס' רי"ד בקידושין דף נו"ן הקשה דא"כ היאך אמרו דאף לר"ש דל"ל איסור חל על איסור בבת אחת מודה הא כל שאינו בזה אחר זה אף בבת אחת אינו ע"ש ובאמת לפמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ב לחלק דדוקא כל שאחד מונע את חבירו הוא דשייך כל

שאינו בזא"ז אף בב"א אינו אבל היכא דכבר נסתלק מזה ל"ש כל שאינו בזאח"ז ע"ש לפ"ז כאן דהא דאינו חל בזאח"ז הוא משום דכל שכבר אסור אי אפשר לאיסור השני לחול דהיאך שייך עוד איסור בזה הא כבר נאסר עליו הדבר מצד איסור הראשון וכדאמרו דמתלי תלוי וקאי דאי משכח רווחא חיילא ואין האיסור הראשון מונע מלחול דבאמת אף לקברו בין רשעים גמורים לא חלו לר"ש והאיסור אינו יכול לחול שכבר נאסר עליו וכבר נסתלק מזה האיסור א"כ שפיר בב"א חל וז"ב וגם לדידן דכל שאינו מוסיף או כולל אף דחל לענין לקברו בין רשעים גמורים מכל מקום מה דלא חל לענין חטאת בשוגג או ללקות הוא משום דלא משכח רווחא ואין הראשון מונע אותו דבאמת אם הי' כולל ומוסיף היה חל ורק דכל שאינו כולל ומוסיף אין בידו לחול שכבר נסתלק מהאיסור ובכה"ג לא שייך כל שייך כל שאינו בזה אחר זה וז"ב.

ה ובזה מיושב גם כן מה ששאלני אחד בהא דאמרו בנדרים דף י"ח א"נ כגון שקיבל שתי נזירות בבת אחת והיאך חל בבת אחת כיון דבזה אחר זה לא חל לר"ה ולפמ"ש אתי שפיר דכל מה דאינו חל בזאח"ז לר"ה הוא משום דכיון דנדר או נזר מזה א"כ כבר נאסר עליו החפץ וכבר נסתלק מזה והיאך אפשר שתחול שנית וא"כ שפיר חל בב"א עכ"פ וז"ב ודו"ק ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז במ"ש בענין כל שאינו בזא"ז אף בב"א אינו ולא הרגיש בדברי התוס' הנ"ל. מיהו בלא"ה דבריו מגומגמים ועיין קצה"ח סי' רפ"ב ס"א ובתשובה אחרת כתבתי ליישב קושית התוס' רי"ד בדבר חדש ע"פ תוס' בכורות דף ט' ע"ש כלל מחודש בדברי התוס' והארכתי בזה בתשובה בביאור איסור חל על איסור ועיין פסחים דף צ"ז ע"ב ד"ה הפריש שתי חטאות מה שהקשו בזה ולפי דברי התוס' בכורות דף ט' הנ"ל יש ליישב קושייתם החמורה ודו"ק. והנה בזה מיושב היטב הא דאמרו בנדרים ס"ט בעי רבה קיים ליכי ומופר ליכי בבת אחת מהו ת"ש דאמר רבה כל שאינו בזאח"ז אפילו בב"א אינו ופירשו כל הפוסקים שאינו לא הפרה ולא קיום אבל הרמב"ם פי"ז מנדרים הלכה כ"ב כתב דה"ז קיום ותמה הכ"מ דאמאי קיים הרי הוה ספק וא"ל דנקטינן לחומרא דא"כ גבי אינך האבעיות הו"ל למפסק דהוה קיום בודאי ולפמ"ש יש לומר כיון דשתקה הוה קיום א"כ לא שייך כל שאינו בזאח"ז אף בב"א אינו דהרי התוס' בבכורות דף ט' כתבו דדוקא בדבר שצריך מעשה הוא דאמרינן כן אבל בקדושה הבאה מאיליה לא וכאן הוה קדושה הבאה מאיליה דהא גם בשתיקה גרידא חל הנדר. ויתכן עוד יותר דבאמת קונמות הוו קדושת הגוף ורק דהתורה זכתה לבעל שיכול להפר וכל שהחריש הרי חל הקונמות דהיינו הקדושה מאיליה ואם כן כל שאינו לא הקמה ולא הפרה הו"ל כשתיקה וכמ"ש הכ"מ שם בעצמו סברא זו ועיין בב"י יו"ד סי' רל"ה.

ובזה נראה לפענ"ד לפרש האבעיות שם בש"ס דהנה בסימן רל"א מבואר דאם נדר עד זמן אח"כ בטל הנדר וכתבתי בחידושי לנדרים שם בשם ספר ש"ב שהקשה דהא קונמות הוו קדושת הגוף ולא פקעי בכדי וכתבתי ליישב עפ"י דברי הר"ן בסוגיא דבר פדא דבקונם פרעי קליש הקדושה ופקע בכדי והארכתי שם בזה ולפ"ז זהו כשהנודר נדר לזמן אבל כל שהנודר נדר בלא זמן רק שהבעל יכול להפר אם כן לכאורה אמאי מבעיא לי' אם אמר מופר ליכי למחר מהו והא כיון דעכ"פ היום חל הנדר ושוב חל הקדושה והו"ל קונמות כקדושת הגוף ולא פקע בכדי וצ"ל כיון דקליש הקדושה דהא הבעל יכול להפר שוב הוה כקונם פרטי. ובזה יש לפרש האבעיא אי נימא כיון דלמחר לא מצי מיפר שוב הו"ל חלות הקדושה ולא פקעה בכדי או דלמא כמאן דאמר מהיום יהיה מופר למחר ואז הוי קדושה רפויה ולכך בקיים שעה אחת ומיפר ליכי שעה לאחר שעה הוה שפיר אבעיא דהא כל היום קליש הקדושה דיכול להפר ודוק היטב. ובזה ניחא מה דאמר בש"ס ת"ש דאמר רבה ותימ' רבה כיון דרבה גופא מבעיא ליה מה פשיטנא לי' מדידיה ולפמ"ש י"ל דה"א דלא חל הפרה ולא הקיום ולכך קמ"ל ופשטינן דחל הקיום וכמ"ש הרמב"ם ויש ראיה לשיטת רבינו ז"ל מזה ודוק ועיין בעירובין דף ס"ט גבי אנשי חצר ששכח אחר מהם ולא עירב ושיטת רבינו יונתן שם באלפסי דרבים א"י לבטל להיחיד בזאח"ז כ"א בב"א אחר כך חזר בו הרר"י ועיין בב"י באו"ח סי' ש"פ וק"ל דאם כן כל שאינו בזאח"ז אף בבת אחת אינו מיהו יש ליישב גם כן על פי דברי התוס' בגיטין דף מ"ב הנ"ל וגם בדברי התוס' בבכורות דף ט' ודוק היטב. וראיתי קושיא באיזה ספר אחרון דלמ"ד דאין נזירות חל על נזירות דאם כן גם בב"א איך יוכל לחול שתי נזירות והא כל שאינו בזאח"ז אף בב"א אינו ולק"מ דקדושה הנתפסת מאילי' חלה בב"א וכמ"ש התוס' בבכורות הנ"ל דאף דהי מנייהו מייתית הי מנייהו מפקית וז"ב ונזירות הוה קדושה מאליה ודוק. והנה בהא דאמרו בבכורות דף נ"א ע"ב לפיכך אם רצה הכהן ליתן לו במתנה רשאי תנינא להא דת"ר נתנו לעשרה כהנים בבת אחת יצא בזה אחר זה יצא והנה נחלקו בזה רש"י והרמב"ם דרש"י מפרש דבזה אחר זה קאי לכהן אחד אבל לעשרה כהנים ל"מ רק בב"א ובזה אחר זה לא מועיל וכ"כ המהרי"ט אלגזי בהלכות בכורות להרמב"ן והוא בדף ק"ב בדפוס פ"ב יעו"ש אבל דעת הרמב"ם דגם בעשרה כהנים מועיל בין בזה אחר זה בין בבת אחת וקשה לכאורה לשיטת רש"י הא כל שאינו בזאח"ז אף בבת אחת לא יועיל וגם להרמב"ם קשה למה לי דבזה אחר זה יצא ת"ל דאם לא יצא רק בבת אחת יקשה למה יהיה יוצא הא אינו בזאח"ז. הן אמת דלפי חלוקו של התוס' בכורות דף ט' הנ"ל כאן בודאי לא שייך זאת דהי מנייהו מפקת וגם לשיטת התוס' בגיטין דף מ"ב ל"ק דכאן אין

הראשון מעכב השני מלחול. אמנם בפשיטות ל"ק דאם נימא דבעי בבת אחת לא שייך לומר דאינו בזה אחר זה גם בבת אחת אינו דהא אדרבא עיקר מצות התורה שיעשה בבת אחת ותדע דאטו נימא כיון דארבע פרשיות מעכבות ואינו בזה אחר זה גם בב"א ליתא זה בודאי אי אפשר דעיקר מצותה בבת אחת וה"ה כאן ועיין ט"ז או"ח סי' תע"ה מ"ש בקושית מהר"ל מפראג ז"ל וכמדומה שנתכוין לסברה זו ודוק ועכ"פ כאן ל"ק וכמ"ש. אך בגוף הסברא דיוצא בנתינה לעשרה כהנים נראה לפענ"ד דהענין הוא כך דהתורה לא הקפידה מצד הכהן שהכהן יקבל החמש סלעים רק דזה צריך ליתן חמש סלעים וכל שנותן זה חמש סלעים מה בכך שחמש כהנים או עשרה קבלו כל דהוא נתן חמש סלעים סגי ותדע שהרי אם רצה הכהן להחזיר יחזיר ואילו בתרומה צריך להיות של הכהן ואסורה לזרים אף שירצה הכהן להחזיר ואם כן ע"כ לא הקפידה תורה שהכהן יקבל רק שזה יתן וכל שזה נתן סגי. ובזה נראה לפענ"ד דזה שכללו בחדא נתן לעשרה כהנים יצא בזה אחר זה יצא נטל והחזיר יצא והיינו דכל זה אחת היא דבשביל שהתורה לא הקפידה מצד הכהן רק מצד הנותן וכל שזה נתן סגי ונראה דמה"ט אם הכהן אינו רוצה לקבל החמש סלעים של פדיון הבן דיכול ליתן לו בע"כ וכמ"ש בשו"ת מים חיים להפר"ח ובקצה"ח סי' רמ"ג ומטעם דכיון דנתנו לו אף שזה אינו מקבל מדעתו הא התורה לא הקפידה על הקבלה רק על הנתינה וכמ"ש ודוק היטב. ובזה נראה לפענ"ד להבין מ"ש במשנה לפיכך אם רצה הכהן להחזיר רשאי ולשון לפיכך אין לו פירוש ועיין רש"י ולפמ"ש יש לומר כיון דעיקר הקפדת התורה שזה יתן חמש סלעים ותדע שהרי אף בכתב שט"ח אף שחייב לכהן ונמצא דהכהן קבל באמת ומ"ל מעות או שט"ח ועיין קצה"ח סי' ק"ץ מ"ש בשם הרשב"א אפ"ה זה לא נתן החמש סלעים ואין גופו ממון לכך אם רצה להחזיר מחזיר ודוק היטב. והנה מה דאמרו נתנו לעשרה כהנים יצא וכן העתיק הרמב"ם פי"ב מביכורים ה"ז ובטוש"ע יו"ד סי' ש"ה ולא כתב לכתחלה נראה לפענ"ד דבאמת לכתחלה ראוי ליתן לכהן אחר שיתקיים נתינה חשובה שהוא בחמש סלעים כדאמרו בחולין דף קל"ח שחמש סלעים הוא שיעור ראשית הגז דכתיב תתן לו כדי נתינה ואף דכאן לא כתיב רק פדה תפדה מכל מקום המצות נתנה לכהן צריך שיהיה חשובה דמתנות כהונה היא ועיין מלמ"ל פ"ו ממתנות עניים ה"ז ושיעור נתינה אינו שוה בכל אחת ועיין בחולין דף קל"ב זרוע לאחד וקיבה לאחד והיינו דבזה שהוא תלוי בהדבר שנותן ולא בשווי הממון חשיב נתינה חשובה בזרוע לבד אבל בממון או בדבר השוה ממון אינו רק בחמש סלעים ועכ"פ לכתחלה ודאי כך ולכך לכתחלה ראוי ליתן נתינה חשובה כנלפענ"ד ובספר חיי אדם סי' ש"ה כתב דלכתחילה יכול ליתן לכהנים

רבים ומדמה לזרוע ולחיים ולפענ"ד לא דמי דכאן בשווי ממון חמש סלעים חשיב נתינה ואף שבספר החינוך סי' שצ"ב משמע דלכתחלה יכול ליתן לכהנים רבים לפענ"ד העיקר דלכתחלה אין ליתן רק לכהן אחד. והנה כאן מבואר דאם הכהן רצה להחזיר יחזיר אבל משמע דמכל מקום צריך ליתן לו אבל אם הכהן מוחל לו קודם שנותן ל"מ. ומזה ראיה למ"ש הפ"י בב"ק דף ק"י לענין כסף כפרה דלכך ל"מ מחילה כיון דעדיין לא זכה דאל"כ למה לא יועיל מחילה בזה ובתשובה אחרת תמהתי על הפ"י בזה וצ"ע ולפענ"ד המעיין בפרק ראשית הגז ימצא דחמש סלעים מחשב נתינה לכתחלה ואף דגם סלע היא מקרי נתינה מכל מקום נתינה חשובה צריך שתהיה חמש סלעים ע"ש ואם כן בפדיון הבן דצריך נתינה חשובה מהראוי לכתחלה שיתן חמשה סלעים. והנה בזבחים דף צ"ג אמרו שם דרבה הודה לאביי דר"א ורבנן פליגו אי דנין טומאה קדומה מטומאה שבאותה שעה וק"ל דהא כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו ועיין רש"י שם דרבה הודה לאביי וצע"ג ועיין רמב"ם פי"א מפרה ה"ג ובכ"מ שם:

סימן קצח

א לחכם אחד.

ב מה שבקשת לתרץ לך מה שראיתי קושיא נדפסה בסוף ספר תומים דפוס דובנא הקשה שם על דברת התוס' בשבועות דף ל"ג ע"ב ד"ה היכא שכתבו א"נ איכא לאוקמא במקרקע דודאי כתבינן לי' דקרקע אינה נגזלת וכמ"ד לקמן דף ל"ו דמשביע עידי קרקע חייבין וע"ז תמהת דשם מבואר דמ"ד משביע עידי קרקע חייב ע"כ ס"ל דקרקע נגזלת ע"ש.

ג לפענ"ד ל"ק דניהו דס"ל לר"א דקרקע נגזלת היינו לענין שבועה דהתורה ריבתה כל מילי וממילא חייב משביע עידי קרקע אבל לא יחלוק על המציאות דקרקע מקרי בעין וא"א לגזלה ללקחה ושפיר כתבינן אורכתא עליה וז"ב ופשוט (ועיין בפ"י ריש א"נ שכ"כ סברא זו) אמנם בגוף הסוגיא קשה דמ"פ הא מנה לפלוני ביד פלוני חייבין הא קתני סיפא עד שישמעו מפי התובע ומאי קושיא הא קי"ל שיעבודא דר"נ וא"כ משכחת לה שזה שמשביע אליו חייב זה שהלוה לפלוני ולכך אלו באו והעידו הי' בפני התובע שההלואה משועבדת לו ובכה"ג אפשר דנקרא בפני התובע וצ"ע (ועיין קצה"ח סימן פ"ה ס"ק ה' לשיטת הש"ך והח"צ שם ע"ש) ועיין שעה"מ הלכות עבדים פ"ה הלכה י"ז דף צ"ב בא"ד במ"ש ואילו הא קמ"ל ע"ש ודוק.

ד והנה נסתפקתי אם כותבין על עבדים דאתקש לקרקעות ולפע"ד דבעבדים לכל הטעמים אין כותבין דאם נימא כמ"ש היש"ש פרק מרובה סי' יו"ד דטעמא דכותבין על קרקעות לפי שמדינא כותבין על הקרקעות כיון דברשותו הוא לא חשו למחזי כשיקרא

א"כ בעבדים דאינם ברשותו מקרי דניהו דאתקש לקרקע אבל מכל מקום אינם ברשותו ולא כתבינן ולשיטת רש"י בשבועות דטעם דקרקע היא תמיד ברשותא דמרא בעבדים לא שייך זאת ובודאי אין כותבין אורכתא וז"ב ופשוט. ולכאורה רציתי לומר דבעדי עבדים לא שייך חיוב קרבן שבועה דאפותיקי לא הי' מועיל דהא באמת העבד בעצמו הו"ל עדות דהוא יודע של מי הוא ולא שייך לומר במקיימי דבר ולא בעושי דבר דבע"ד אינו בגדר עדות דזה אינו דהא ב"כ וב"כ הו"ל עבד או של זה או של זה וא"כ כיון דעבד פסול לעדות שוב הו"ל נמצא אחד מהן קאו"פ ול"מ לשיטת התוס' דדוקא עבד כנעני אתקש לקרקע א"כ פשיטא דהו"ל פסול ואף לשיטת רש"י דגם עבד עברי אתקש לקרקע ועיין ש"ך סי' צ"ה מכל מקום עבד פסול לעדות ועיין בהגהת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ז ובט"ז ריש יו"ד ושוב לא שייך משביע עידי עבדים.

ה ובזה מיושב היטב קושית השעה"מ הלכות עבדים הלכה י"ג שהקשה לפמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ב דאף לר"א דס"ל דלענין קרבן שבועה אמעט קרקע כדאמרו בשבועות דף ל"ז אליבא דר"י מכל מקום עבד בר קרבן שבועה הוא א"כ הא דפריך דף ל"ד ולר"י מאי איכא בין ר"א לר"ע לימא דאיכא בינייהו משביע עידי עבדים ולפמ"ש אתי שפיר דעבדים לא משכחת לה דהו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול וע"כ לא כתבו התוס' דחייב קרבן שבועה באם נשבע לעבד עצמו אבל לא בעידי עבדים ודו"ק כי היא הערה חדשה:

ו והנה ראיתי בהפלאה בכתובות שם ובקצה"ח סי' צ"ה שהקשו דמה הקשו התוס' דל"ש שבועה בעבד דהוקש לקרקע דלפי שיטת התוס' דוקא עבד הוקש לקרקע ולא ב"ח א"כ כאן שזה טוען שהפיל שינו וסימא את עינו הרי יצא לחירות ושוב שייך קרבן שבועה. אך נראה דכל ענין קרבן שבועה היא לפי שכפר לו ונשבע לשקר ולפי כפירתו שלא הפיל שינו ולא סימא את עינו א"כ הו"ל עבד גמור שוב ל"ש שבועה ואיך יתחייב על כפירתו שבועה. ובלא"ה נראה לפענ"ד ברור דל"ק דלשיטת הרמב"ם דאף דהתביעה היא ממון כיון דבא מכח קרקע הו"ל כקרקע וכמבואר סי' צ"ה א"כ ניהו דע"י שהפיל את שינו יצא לחירות עכ"פ גוף התביעה באה מכח קרקע דרק עי"ז יצא לחירות ועד השתא הי' קרקע והרי אם הודה מעצמו הי' פטור דמודה בקנס פטור וא"כ גוף התביעה באה מחמת קרקע ובכה"ג חייב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם שכתב בפ"ז משבועות א"ל עבדו הפלת את שיני וכו' והאדון אומר לא עשיתי פטור שאם יודה מעצמו אינו חייב להוציאו בלא עדים שהמודה בקנס פטור והקשה הקצה"ח שם דל"ל לטעם זה ת"ל דהו"ל עבד דאין נשבעין וכן הקשה בשעה"מ שם ולפמ"ש אתי שפיר דלהרמב"ם

כל שהתביעה באה מכח קרקע הו"ל כקרקע וא"כ אי לאו הך טעמא הי' כופר בב"ח ונתחייב שבועה וא"ל דבא מחמת הקרקע דהי' מקום לומר דשאני התם דניהי דהתבועה על ממון אבל גוף הענין נצמח מחמת קרקע אבל כאן כל שהפיל שינו פקע שם עבד ממנו והו"ל מטלטלין גמורים לזה אמר שאילו הודה מעצמו היה פטור א"כ גם עכשיו נצמח מקרקע ושפיר פטור דהו"ל נשבע על הקרקעות ודו"ק היטב. והנה ההפלאה הקשה שם דאם נימא דתביעה הבאה מכח קרקע הו"ל כקרקע א"כ היו להו להתוס' להקשות מרישא דברייתא המית שורך את עבדי דהו"ל כפירת קרקעות דבא מכח קרקע לפענ"ד זה אינו דניהו דהשור המית את העבד מ"מ התביעה אינו רק ממון דכל שהמית את העבד פשיטא דיצא מכלל קרקע לגמרי שוב ראיתי שבהפלאה עצמו הרגיש במ"ש למעלה ליישב קושית הפלאה דהו"ל כתביעה הבאה מחמת קרקע ואני הוספתי נופך ת"ל כאשר יראה המעיין ודו"ק. ומדי דברי זכר אזכור במה שראיתי בתוס' בכתובות שם ד"ה ר"ש שהקשו כיון דלא עמד בדין מה מועיל יחוד כלי הא הו"ל דבר שלבל"ע ואין אדם מקנה דבר שלבל"ע ומה קושיא דלמא מיירי שנתן לו הכלי וא"כ הו"ל כתפס דאף דבתפס משכון קיי"ל בסי' ר"ט דלא מועיל היינו משום דגופו אינו נקנה לו רק למשכון כמ"ש הבעל עיטור הא אם נותן לו גוף הכלי שיקנה לו מועיל תפיסה וא"כ דלמא מיירי בהכי ניהו דלא מיירי בנתנו לו דא"כ ל"ש השבה דהא כבר הוא בידו וכדאמרו שם ואף דמוקי לה בחזר והפקידו אצלו הא כתבו התוס' בב"מ דף מ"ח דלר"ש א"צ לאוקמא רק ביחד כלי לבד מכל מקום קשה כיון דייחד לו הוה כהפקיד בידו אותו הכלי ולשיטת הרשב"ם דרשות הנפקד קנוי לו להמפקיד דא"כ הו"ל כתפס דהי' הוה ברשותו ומידי דהוה אם הי' תפס החפץ וחזר והפקידו בידו דהו"ל כתפס. מיהו יש לומר כיון דיש לו עוד דין ודברים על החפץ הו"ל כפקדון דמקרי ברשותא דמרא כמ"ש בקצה"ח סי' שנ"ד ומכ"ש בזה דהקנה לו דבר שלבל"ע אם יתחייב ודו"ק. שוב מצאתי בשו"ת בית אפרים חלק אהע"ז סי' קי"ח שראיתי דרך מקרה שפלפל ג"כ בדברי הפלאה הנ"ל וכתב ג"כ בדברי הפלאה הנ"ל וכתב ג"כ דזה לא הוה באה מחמת הקרקע דכעת הוא ב"ח ות"ל שהרגשתי בכ"ז וישבתי לנכון:

ז והנה ראיתי שם שהקשה דלפמ"ש הר"ן פרק כל הנשבעין ליישב לשיטתם דרק עבד כנעני הוקש לקרקע ולא עבד עברי דהא דפריך בקידושין א"ה היינו קרקע דהיינו דכל שטוען על גופו לאו תביעת ממון הוא ואינו נשבע רק על תביעת ממון וע"ז פריך דא"כ ל"ש שבועה בטוען הפלת שיני דהא טוען על גופו דלכך א"צ יחוד כלי דזה טוען שב"ח הוא ואין לך טוען על גופו יותר מזה ולמה יתחייב שבועה ובזה ל"ש תירוצו של התוס'

ולפענ"ד נראה דבאמת צריך ביאור מ"ש הר"ן דטוען על גופו של עבד לא שייך שבועה והא הו"ל ממון דהעבד היא כמו כל קנין של הבעלים דהא משתמש עמו ועושה כל אשר צריך אמנם נראה דשוב זה נשבע שלא נמכר לו בעבד אם כן זה טוען שאינו עבד והרי הוא ב"ח לעצמו אבל כאן הוא להיפך דהבעלים נשבעים שלא הפיל את שינו והרי הוא עבד כמו שהיה אם כן שפיר מקרי ממון דהו"ל כמו שורו וחמורו וכל אשר לו בפרט בעבד כנעני הכי שייך לומר שאינו תביעת ממון וז"ב כשמש לפענ"ד. והנה מ"ש שם בשם ספר מחנה לוי הנה עיינתי במחנה לוי והנה מה שהקשה דבהמית שורך את עבדי הו"ל תביעה הבאה מחמת קרקע כ"כ שכן הקשה אביו הגאון בהפלאה וכ"כ שלא נלפענ"ד דזה הוה ממון ממש דאין אנו דנין רק על ההיזק שעשה לו. אך מה שהקשה בהא דאמרו בשבועות דף ל"ז דלכך לא תני גנבת את עבדי משום דהו"ל קרקע ולפ"ז כיון דס"ל דאין נשבעין על עבדים אם כן שוב יקשה בסיפא דמתניתין דאמר הפלת את שיני דפטור ומטעם דהוה קנס וכל שאינו משלם עפ"י עצמו ועל זה קשה דהא הו"ל כפירת עבד וכמ"ש התוס' ותירוצם לא שייך כאן דהא ס"ל להמשנה דאין נשבעין על העבד הנה זה קושיא גדולה. אך נראה דבאמת זה טוען שב"ח הוא ואינו קרקע אך דהו"ל תביעה הבאה מחמת קרקע וכ"כ דאף דכעת אינו קרקע כיון דאילו מודה מפטר והו"ל מודה בקנס הו"ל כקרקע ולפ"ז שפיר אמרו במשנה דפטור בשביל שאינו משלם עפ"י עצמו והתוס' שפיר הקשו לר"ש דפוטר משום דכתיב וכיחש בעמיתו ושם להס"ד אף בעמד בדין פוטר ר"ש ואם כן לא משום מודה בקנס פוטר ושפיר הקשו בתוס' ודוק היטב:

ח והנה במ"ש למעלה דלא שייך משביע עידי עבדים דיכולים לומר דהעבד ידע מזה שהשני גזלו והו"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול. לכאורה השבתי דל"ש נמצא אחד מהם קרוב או פסול רק במי שכשר להעיד בעצמותו רק שנעשה פסול אבל עכו"ם או נשים שאינם בני עדות אולי לא יפסלו כלל ולפ"ז גם עבדים אינם פוסלים אך באמת אפשר דעבד עדיף מעכו"ם ועיין בט"ז סי' פ"ז סכ"ה ובהגהת אא"ז הח"ץ ז"ל וגם בעכו"ם דעת רבינו יקיר במרדכי דאם מוחזקים בכשרות שלא ישקרו נאמנים ועיין בב"י חו"מ סי' ל"ד ומכ"ש בעבד דעכ"פ פוסל את העדים בנמצא אחד מהם עבד. והנה בגוף דברי הט"ז שהקשה בהא דאמרו בקידושין דף כ"ח השבע לי שאין עבדי אתה האי שמותי משמתינן לי' ועל זה הקשה דמאי קושיא דהא סוף סוף תבעו ממון ומ"ש מאומר גזלן שלי אתה וע"כ כיון דאינו לאו בר שבועה מנדין אותו ה"נ גבי גזלן נימא כן ואא"ז הח"ץ ז"ל האריך בזה דעבד בר שבועה הוא והא דאמרו היה עבד חשוד מוסרין לו שבועה היא בניחותא. ובמחכת"ה בירושלמי והובא בש"ך סי' פ"ט מבואר דא"א לומר בניחותא ויגיד עליו ריעו

דכן פריך בהי' חשוד וב"ד מוסרין שבועה ועיין ברמב"ן ור"ן פרק כל הנשבעין. אך בגוף הקושיא באמת לשון הש"ס תמוה לפענ"ד דמה קושיא ניהו דמשמתינן לי' מכל מקום משביעין אותו ומ"ש הט"ז דלאו בר שבועה זה לא נזכר בש"ס וגם למה ינדו אותו וע"כ לא אמרינן דהקורא לחבירו עבד יהא בנדוי היינו כשקוראו בחנם לזלזל ולקנטר אבל כאן שנחלקו לענין תביעה שזה טוען עבדי אתה אטו הקורא לחבירו בב"ד הלותיך ממון או גזלתני ואתה רשע יתחייב נדוי אף שנתברר אח"כ ששקר הוא אתמהה. אמנם ביאור הדבר נלפענ"ד דבאמת בלא"ה הדבר תמוה דהרי גם על עבד עברי פריך הש"ס דהיינו קרקע כל שגופו קנוי ולכל הפירושים אין משביעין אותו או דהוה כקרקע או דטוען על גופו של עבד וא"כ מכ"ש בעבד כנעני דודאי גופו קנוי אם כן למה לא פריך דלא שייך שבועה ומדברי הר"ן ס"פ כל הנשבעין משמע דלא שייך בעבד כנעני שטוען על גופו של עבדו ולא נודע הטעם ואולי הוא מטעם שכתבתי למעלה דעבד כנעני היה כחפץ של אדונו וכשורו וחמורו אבל עכ"פ אין ברור הדבר ומכ"ש לשיטת רש"י דמטעם קרקע הוא דאין משביעין אם כן מכ"ש בעבד כנעני וע"כ נראה דבאמת זה קושית הש"ס כיון דאין משביעין על עבד מטעם שהוקש לקרקע או דטוען על גופו וא"כ שוב לחנם קראו עבדי ושוב משמתינן ליה וכעין דאמר ר"פ בעד א' המעיד שראה שעבר עבירה דמנגדינן ליה משום דלא תשא שמע שוא וכן קי"ל בש"ע חו"מ סי' כ"ח וה"ה בזה דכל דהתורה פטרו על תביעה זו ואף לא משביעין ליה ואם כן אך לחנם טענו שזה עבדי ושוב משמתינן ליה ומיושב קושית הט"ז וז"ב ונכון לדעתי. שוב ראיתי בהפלאה שהקשה ג"כ כעין זה ולפמ"ש אתי שפיר אח"כ מצאתי בתומים ס"ס ל"ו דבאשה שאינה בגדר עדות לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול ומזה יש ללמוד לענין עכו"ם דאינו מבטל עדות וכ"כ בנתיבות המשפט שם בהדיא ומכל מקום לענין עבד יש לומר כמ"ש דעבד בר עדות הוא טפי. והנה כמה שנים אחר שכתבתי כ"ז הגיעני מכתב בשנת תר"י מנדבורנא מהמופלג מוה' משה קאסטינבראן שהקשה אותי קושיא זו וכתבתי לו. ואגב אכתוב מה שהקשה עוד אותי על מ"ש המח"א דלא משמע כן בריש פ"ב דכתובות בשם הרשב"א דכל דאיכא חזקה דגופא עם הרוב אזלינן גם בממון אחר הרוב ומוציאין ממון וע"ז כתב המח"א דלא משמע כן בריש פ"ב דכתובות באלמנה נשאתיך וכו' וכ"כ התוס' בבכורות דף כ' וע"ז כתב הנ"ל דבאמת הש"ס מקשה שם הא רוב בתולות נשאות והתוס' בבכורות לשיטתם שכתבו דהקושיא היא לרב אבל לפמ"ש הרז"ה בכתובות דאף לשמואל פריך דשאני כאן דיש חזקה עם הרוב אם כן אין ראיה משם ואדרבא ראיה להרשב"א.

ט והשבתי דהמעיין בשיטה מקובצת ימצא דהרשב"א כתב ג"כ כהתוס' דהקושיא קאי לרב וא"כ שפיר הקשה המח"א ודוק. ועל קושייתי שהקשיתי לעיל הא משכחת לה שעבודא דר"נ וגם זה מקרי תובע השיב לי הנ"ל דדברי מפורשים בתוס' בכורות ע"א בד"ה היכא דכפרי' שכתבו דאיכא לאוקמא כדר"נ ע"ש וא"כ מבואר כדברי ואין לדבריו הבנה דזה בודאי דהוה שעבודא דר"נ רק דאני הקשיתי דבכה"ג אף דלא הוה מפי תובע מכל מקום אפשר דמקרי מפי תובע וא"כ מה ראיה משם ולא תסייעני משם ודוק:

י והנה בשנת תרט"ז ה' ויקרא למדתי מסכתא בכורות ובהגיעי לדברי התוס' הנ"ל תמהתי דהנה בדף מ"ז ע"ב פריך הש"ס ולכתבו הרשאה וכ"ת מתניתין שלא בהרשאה והא מוקמינן בבא בהרשאה וקשה לי טובא דהא התוס' הקשו דלל"ק דאף בלא כפרי' ל"מ הרשאה מא"ל וכתבו דמיירי במעמד שלשתן והיינו שלא בהרשאה דהא מ"ג הוא בדיבור בעלמא ושמואל דמוקי בבא בהרשאה הוא סבירא ליה כל"ב אבל לל"ק ל"צ להרשאה וכ"כ במהרי"ט אלגזי בבכורות שם בדפי הספר הוא דף צ"ד ויישב בזה קושית הגד"ת וא"כ מה מקשה והא בבא בהרשאה מיירי והא יש לומר דמיירי בלא בא בהרשאה וביותר יקשה דלמה לא פריך בפשיטות ניהו דמיירי שלא בהרשאה הא יכול להוציא מידם במ"ג וכמו כן קשה לתירוץ השלישי שחידשו התוס' דהיכא דשניהם ביחד ומצוים ליתן לאחר דמועיל אף בלא הרשאה וא"כ קשה גם כאן למה לא יצוו ליתן לאחר ובגוף קושית התוס' שהקשו והא אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלין וקשה טובא הא לל"ק דנהרדעי דוקא בהלואה לא כתבינן או בגזילה אבל בפקדון כתבינן כמ"ש התוס' בבכורות שם ובב"ק דף ע' וא"כ הרי באמת שמואל ס"ל דפודה בנו תוך שלשים יום דאין בנו פדוי ומוקי הש"ס בדף מ"ט מה דקתני מת בתוך שלשים יום דהיינו שהמעות בעין והיינו כשאמר לאחר שלשים יום וחל הפדיון לאחר שלשים וא"כ הוה המעות בתוך שלשים כפקדון ושפיר יכול לכתוב הרשאה וא"כ לשמואל לשיטתו אין מקום לקושית הש"ס והיא קושיא נפלאה. עוד יש להקשות בהא דבשני כהנים למה לא יחזירו והא קשה קושית התוס' להוי כתקפו כהן דמוציאין מידו וא"ל כיון דנתן בתורת מ"כ אין מוציאין והרי הט"ז סי' שכ"א ס"ק ה' מחלק דדוקא אם בשעת הפדיון היה חייב עכ"פ לכהן בזה אף שנתגלה אח"כ שאינו חייב א"י להוציא מידו אבל כל דהוה ספק בגוף הבכור אי שייך כלל לכהן שוב אף שנתנו לידו ונתגלה אח"כ שא"צ לתנו פטור ומוציא מידו וא"כ בשלמא לרב דאמר אף דנתעכלו המעות חל הפדיון א"כ ע"כ דחל למפרע ואז בשעת הפדיון נתחייב לכהן אבל לשמואל דעיקר החיוב לא הי' רק לאחר שלשים ואז נתגלה דלא חייב לו וא"כ פשיטא דבכה"ג תקפו כהן מוציאין מידו ולמה בנתן לשני כהנים לא

יוציא והיא ג"כ קושיא גדולה ונפלאה. והנה נתיישבתי בדבר והנה מה שהקשיתי על התוס' דלל"ק אין התחלה לקושיא דהו"ל כפקדון. לכאורה רציתי לומר דגם לשמואל אינו מקרי פקדון וכל שנתנו לו לפדיון אף בתוך שלשים הוא ברשות כהן לכל מילי ורק דאם אתניהו בעיניהו בנו פדוי אח"כ ואם ליתניהו בעיני' אינו פדוי והמעות מתנה ואדרבא לשמואל לשיטתו כיון דידע שא"י לפדות בתוך שלשים כשיתעכל המעות ע"כ גמר ונתן לשם מתנה כדס"ל לשמואל במקדש אחותו. אמנם לכאורה נראה כיון דתקפו כהן מוציאין מידו וכיון דיכול להוציא מידו ע"י הרשאה דבכה"ג שנתברר שהיה ספק על גוף החיוב יוכל להוציא מידו שוב הו"ל כפקדון והיא קושיא נפלאה וא"כ שוב א"צ הרשאה. ובזה יש ליישב דברי התוס' שכתבו דשניהם ביחד יכולין להוציא מידם אף בלי הרשאה ולא נודע סברתם ובמהרי"ט אלגזי הקשה על סברתם מב"ב דף קע"ב. ולפמ"ש זו היא הסברא דכיון שבאמת תקפו כהן מוציאין מידו שוב אינו רק פקדון וא"כ יכולין להוציא מידו אף בלי הרשאה דאינו מקרי מוחזק כלל וא"כ דוקא במ"כ הוא כן ולא בשאר דבר. ובלא"ה יש לומר דדוקא מתנות כהונה שאינו מקרי מוחזק כלל מצד עצמו דהבעלים יש להם טה"נ לתתם לכל מי שירצו ואף דנתנו לו ועכ"פ מחשב כמכירי כהונה מכל מקום לא מקרי מוחזק ועיין ב"ב קכ"ד לענין בכור דל"ח מוחזק במכירי כהונה וא"כ שפיר יכולין להוציא בלי הרשאה. ובזה יתיישב קושית המהרי"ט אלגזי ודו"ק היטב.

יא ומה שהקשה מהריט"א דלשיטת הרמב"ם ודעימיה דשליח שויה ואי תפס השליח מפקינן מיניה א"כ לא הוה קנין גמור וא"כ מה מתמה הש"ס בנדרים דף מ"ח בקני ע"מ להקנות ומאן לימא לן בק"ס אי תפס לאו דידיה הוא והא הרשאה הוה ג"כ קנין אף דאי תפס מפקינן מיניה. לפענ"ד לק"מ דשאני הרשאה דאינו מקנה לו דבר חדש רק מה שלוה ממנו או הפקידו או גזל ממנו אבל לקנות קנין ע"י ק"ס שפיר מתמה הש"ס דאיך שייך קנין אי תפס מפקינן מיניה ומ"ש למעלה דלשמואל הו"ל המעות מתנה ודקדקתי כן ממ"ש רש"י דבמעכשיו הוה המעות מתנה. הנה הי' קשה לי דהא לרב לא הוה המעות מתנה גם במקדש אחותו מכ"ש כאן ומצאתי במהרי"ט אלגזי שם בדף צ"ה ע"ג בדפי הספר שהרגיש בזה ונהניתי וע"ש דמסיק דלשמואל ודאי המעות מתנה. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בתוס' ב"ק דף ע' בד"ה אמטלטלין דאין להקשות מההיא דבכורות דאע"פ שנתנו לכהן ע"מ להוציא דלא מסקי אדעתייהו שימות תוך שלשים שיכול להרשות אף במלוה שניתן להוצאה דהתם לאו ע"מ להוציא נתנו לו דהא קיי"ל כשמואל דהפודה בתוך שלשים דאין בנו פדוי. ראו עיני ושמחו דת"ל זכיתי לזה תיכף ומהתימה על התוס' בבכורות שהקשו וגם בב"ק שם באותו דיבור הקשו כן והרי לא ניתן להוציא

והיה כפקדון וצע"ג. הן אמת דבלא"ה תמוה דהא הוה המעות מתנה לשמואל ובודאי ניתן ע"מ להוציא. ובאמת זה גופא תימה מ"ש דקי"ל כשמואל ות"ל דהקושיא היא אליבא דשמואל וכבר תמה בזה במהרי"ט אלגזי בדפי הספר צ"ו. והנה יגעתי ומצאתי כי בחידושי הרשב"א בשבועות דף ל"ד כתב בהדיא כן דלשמואל הוה כפקדון. הנה זכיתי לכוין בדעתי השפלה והנכאה לדעת רבותינו בעלי תוס' והרשב"א אשר הם גבוה מעל גבוה:

סימן קצט

א לאחד מאוהבי חריף ושנון נ"י.

ב אשר אמרת על אשר ראית אצלי הדרוש שדרשתי בעת התחנך הבה"כ שלי שנת תר"ג שהארכתי בהא שחדשו התוס' בתמורה דף כ"ז ע"ב ד"ה לא דלכך גזבר צריך ג' לפדות ההקדש דדוקא בעה"ב שפודה שלו הוא דיכול לחללו על שו"פ משא"כ גזבר ובזה הארכתי שם ליישב דלכך דוקא זט"ה במא"ה הוא דיכולין להפקיע הקדושה. ואתה אמרת באזני שהדברים טובים וע"ז בקשת להודיעך כל הדרוש. הנה לדבר זה אשא פניך וצויתי להעתיקו. ואשר בקשת להודיעך איזה חידוש הנה אמרתי דבר בעתו מה טוב כי בלמדי מס' מעילה ק"ל בדף י"ד שם דפריך הש"ס והאמר שמואל הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ומאי קושיא דלישני שאני בעה"ב דיכול לחלל על שו"פ משא"כ הגזבר דשם במותר הקטרת דכבר נתקדש הגזבר צריך לחללו וצריך לחללו על שויו ומכ"ש לפמ"ש בטורי אבן בסוף מגילה באבני שהם שם וגם בחידושיו דהטעם דדוקא בעה"ב יכול לפדותו משום דיכול לשאל על ההקדישו משא"כ גזבר א"כ שם במותר ההקדש דא"י לשאול על ההקדש וא"כ היאך מועיל לפדות פחות משוויו וצ"ע. וגם צ"ע במה שהקשו התוס' במנחות דף צ"ח ד"ה שלא דהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ומאי קושיא הא שם האומנים שנוטלים בשכרם פשיטא דא"י לחלל על שו"פ דדוקא בעה"ב שמחללו על שו"פ הוא דמחולל וצע"ג.

ג ומצאתי בשטה מקובצת בב"מ דף נ"ז גבי הא דאמרו מ"ס לכתחלה לא ודוקא שחלל בדיעבד מחולל ומ"ס אפילו לכתחלה והביא שם בשם הריטב"א שהקשה ג"כ קושית הקדמונים דאיך אפשר למשרי למעבד הכי לכתחלה וכתב בשם הר"ר אלחנן דהתם בהקדש שבא כבר ליד גזבר אין בו שאלה ואילו הקדש שלא בא ליד גזבר יכול לשאול ולהוציאו לחולין ע"ש הרי בהדיא דדברי הטורי אבן מבואר בקדמונים ואחר כמה שנים השמש יצא על הארץ רמב"ן על הלכות בכורות עם מהרי"ט אלגזי אשר נורא הוא על כל סביביו מפלפולו ובקיאתו וחריפתו ומצאתי בדף י' שהאריך הרחיב הדיבור בזה ואמרתי

לרשום ראשי פרקים הנה הביא שם דברי התוס' חצונית כת"י בבכורות שהקשה גבי הא דמבעיא לי' פדיונו פדוי לבעלים משום כיון דקנוי ליה למה דביני ביני לא דמי להקדש וכתבו בתוס' וז"ל וא"ת כל הקדש נמי איכא דביני ביני דהא אמרינן בעלמא הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ומכל מקום אחר מצי פריק לי' וי"ל דדוקא בעלים יכולים לחללו על שו"פ ולא אחר. והנה מה שחילקו בין הבעלים לאחר הדבר מפורש בתוס' שלנו במנחות דף מ"א ובתמורה דף כ"ג והגאון הבקי העצום מהרי"ט אלגזי לא זכר כלל מזה. והנה מה שהקשה על התוס' חצונית דהא שאני הקדש דדוקא בדיעבד יכול לפדות משא"כ בפדיון דלכתחלה אין יכול לפדות וע"ז הביא דברי הריטב"א שכתב דגם לכתחלה יכול לפדות כשהוא ביד בעלים ומטעם דיכול לשאול עליו משא"כ הגזבר דבריו תמוהים דהרי בס"ד לא ידע התוס' מזה דאחר א"י לפדות וכתבו בפירוש דגם אחר יכול לפדות ואם נחית לסברת הרשב"א והריטב"א הנ"ל ע"כ אין התחלה לקושייתם דאחר א"י לפדות בפחות משויו כיון דאינו יכול לשאול וזה באמת כוונת התוס' בתירוצם וא"כ אין מקום לכוונתו וגם הא באמת לא קי"ל כר"ל ולכתחלה אף הבעלים א"י לפדותו בפחות משויו וכבר הרגיש המהריט"א בעצמו בזה אבל באמת כוונת ההוס' דעכ"פ בזמן הזה יכול לפדות אפילו לכתחלה בשו"פ כדאמרו בערכין דף כ"ט וא"כ בזה"ז עכ"פ מה עדיפותא דפודה פ"ח יותר מהקדש וע"ז כתבו דבאמת גם בזמה"ז אינו יכול לפדות ההקדש בשו"פ אחרים ודוקא הבעלים מיהו לפמ"ש בחבורי על יו"ד סימן רצ"ד דבזה"ז כיון שהולך לאיבוד גם בעלים שוה לאחר דגם הבעלים א"י לשאול והולך לאיבוד ע"ש כי קצרתי פה ויש להאריך בזה ואכ"מ. ומ"ש המהריט"א להקשות על תוס' רי"ד בקידושין דף נ"ו בענין פ"ח כבר הארכתי בזה ת"ל בחידושי להלכות קידושין סי' כ"ח יעו"ש וכעת נראה לי בדרך אחר דבאמת כבר נסתפק המהרש"ך אם גם בקידושי כסף לא מועיל טלי קידושיך מע"ג קרקע וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת ליישב שני תשובות הרדב"ז שנתקשה המלמ"ל בפ"ה מאישות ותורף הדברים דכל הטעם דהיכא דלדידיה אינו שוה אף שלדידה שו"פ אינה מקודשת משום דכיון דמצידו לא הוה קידושין א"כ הוה כטלי קידושך מע"ג קרקע דהוה כאילו הוא לא נתן לה וז"ב. ולפ"ז לכאורה דברי התוס' רי"ד נכונים דכיון דכעת פ"ח אסור בהנאה ורק לאחר שתפדה בשה הרי הוא שלה א"כ לא באו הקדושין מצדו והוה כאלו אמר טלי קידושיך מע"ג קרקע וז"ב. אמנם נראה דלפי מה דנסתפק הש"ס בבכורות דף י"ג אליבא דר"י דפ"ח אסור בהנאה אם פדיונו לפודה או לבעלים ומסיק דפדיונו פדוי לבעלים א"כ כשתפדהו יהי' הפדיון לבעלים א"כ שוב לא הוה כטלי קידושיך מע"ג קרקע דהא תצטרך לתנהו לו וא"כ מידו בא לה הקידושין.

אך ז"א דממ"נ אם תצטרך לחזור ולתנו לו ואח"כ יצטרך לקדשה מחדש א"כ פשיטא דאין התחלה לקידושין וע"כ צ"ל דממילא נעשו הקידושין דהרי כיון שבידה לפדותו ויהיה שלו ואז למפרע נעשה שלה א"כ שוב לא באו הקידושין מידו. ולפ"ז נראה לי דאם פדיונו לפודה שפיר מקודשת ול"מ טלי גיטך מע"ג קרקע דהרי הוא קדשה לשם קידושין ורק שכעת אינו שוה כלום וכל שלאחר הפדייה תוכל להתקדש בו הרי הוא נותן לה דבר לקידושין וכבר כתב הרא"ש פרק הזורק גבי גט בידה ומשיחה בידו דאם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת וכתב הרא"ש דאף דאמרו בפ"ב אל תתגרשי אלא בב"ד פלוני וכו' מגרשה לה אף שנטלתו בנתים והוציאה הגט מת"י וחזרה והביאתו לב"ד אף דלא בא בעת הנתינה מיד הבעל מ"מ בתחלה בנתינה בא לידה אף שיש הפסק בנתים מכל מקום כשיגיע הזמן והגט בידה מגורשת משא"כ כאן דמתחלה לא נתן בידה ועיין ב"ש סי' ל' ס"ק א' כעין זה ולפ"ז בשלמא לפי המסקנא דפדיונו לבעלים א"כ אף כשתפדהו תצטרך לחזור להמקדש ובעת נתנו לידה לא הי' שוה כלום שפיר מקרי טלי קידושיך מע"ג קרקע דמתחלה לא נתן לה רק לאחר הפדייה ותצטרך לתנהו לו א"כ לא בא בנתינה מידו משא"כ כשהפדיון שלה שפיר מתקדשה כיון דהוא נתן לידה ואלו אמר לה שלא תתקדש רק לאחר הפדי' הוה כאילו אמר מכי מטית לב"ד תתגרש בו דכתב הרא"ש דלא מקרי טלי גיטך מע"ג קרקע וה"ה כאן. ומעתה יש לומר דהש"ס אזיל בבכורות שם בס"ד דהאבעיא דפדיונו לפודה שפיר פריך תקדש מה דביני ביני משא"כ לדידן דברי התוס' רי"ד נכונים וכמ"ש ודוק היטב כי חריף הוא. ומה שהקשה עוד חזון נחום כיון דהיא סברה שתתקדש בכולה היאך מועיל שתתקדש במה דביני ביני וכמ"ש התוס' בקידושין דף ג' לענין א"ה דאינה מקודשת אף ששוה פרוטה שלכד"ה כיון דהיא סבורה להנות כדרך הנאתו וה"ה בזה הנה כבר הארכתי בחידושי לקידושין ליישב בכמה אנפי וכעת נראה לי בפשיטות דבאמת דברי התוס' צ"ב דמה שייך לומר דלא סמכה דעתה הא הוא לא אמר לה שתתקדש בסך זה רק שקדשה בא"ה ששו"פ סמכה דעתה ועיין במקנה ובא"מ סי' כ"ח שעמדו בזה וכ"כ שם בזה וכעת נראה לי דעכ"פ א"ל שתתקדש בזה הדבר ואותו דבר מסתמא עומד להנות מהם כדרך הנאתן א"כ היא חשבה עכ"פ להנות מזה כדרך הנאתו והרי אינה שו"פ רק שלכד"ה ואין החפץ עומד מסתמא לזה א"כ אינה מקודשת אבל כאן גוף הפ"ח עומד להנות לאחר שתפדהו בשה וא"כ מה בכך שלא תתקדש בכל הפ"ח הא עכ"פ מקודשת באותו דבר שאמר לה ותתקדש במה דביני ביני כיון שלא אמר לה שתתקדש בכל השווי וז"ב כשמש:

ד והנה בדברי התוס' הנ"ל דדוקא הבעלים יכולים לחלל שוה מנה על שו"פ משא"כ אחר לכאורה צ"ב דהרי התוס' בפסחים דף מ"ו ע"ב ד"ה הואיל הקשו דהיאך אמרו אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה ונימא הואיל ואי בעי מתשיל והו"ל שלו ותירץ דהיכא דאתי ליד גזבר לא יכול לשאול עליו והואיל דאי בעי פריק לא שייך דא"כ היה קונה אותו דאטו נחשוב חמץ של נכרי כשלו הואיל ואי בעי קני לי' וביאור דבריהם כמ"ש האחרונים וביחוד דו"ז הגאון ז"ל בישועת יעקב בכמה מקומות דהואיל לא שייך רק היכא שיש לו איזה זכייה נוספת יותר מאחר שייך לומר דעל ידי הואיל מחשב כשלו אבל לענין אי בעי פריק מה יש לו זכייה יותר מאחר ולכך לא אמרינן הואיל ואי בעי קני ליה דכל אנשים יוכלו לקנות ע"ש ולפמ"ש התוס' הדבר צ"ב דבאמת לכאורה לא שייך כלל הואיל ואי בעי פריך דהא כל דמחוסר ממונא לא שייך הואיל וכמ"ש הר"ן פכ"ש ועיין מג"א סי' תמ"א וצ"ל כיון דהקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל ולא שייך מחוסר ממונא דאינו צריך רק פרוטה בלבד וחמץ דהוה הקדש בדק הבית שפיר כל דיכול לחלל על שו"פ שייך הואיל ולפ"ז כיון דאחר א"י לפדות בשו"פ רק הוא א"כ שוב שייך הואיל דהוא יש לו זכיה נוספת מאחר דאחר מחוסר ממונא משא"כ הוא והי' קושיא נפלאה. אמנם אחר העיון הדבר נכון דהרי כבר הבאתי דברי הגאון בעל טורי אבן במגילה דף י"ז דהטעם הוא משום דאחר א"י לשאול על הקדישו משא"כ הבעלים ולפ"ז כיון דמיירי בבא ליד גזבר דאל"כ שייך הואיל דאי בעי מתשיל וא"כ כל שא"י לשאול על הקדשו שוב בעלים ואחר שוים וא"כ שוב לא שייך הואיל ואי בעי פריק וז"ב. ובזה מקושר דברת התוס' יפה ודו"ק אך עדיין קשה דהרי באמת צ"ב הך דהואיל ואי בעי פריק דהא אין פודין את הקדשים להאכילם לכלבים וכבר נתקשה בזה בשעה"מ הלכות איסורי מזבח וכתבתי בחידושי דבאמת הא דא"י לשאל בבא ליד גזבר הוא כמ"ש הנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' קס"ד דהיאך ישאול מספק דלמא אין לו חרטה בלב שלם והיאך יוציא מיד גזבר מספק ולפ"ז כל שרוצה לפדות שוב אינו מוציא מיד הגזבר דיוכל לחלל על המעות א"כ אף דאין פודין את הקדשים הא שוב מועיל שאלה ושפיר מקשים דנימא הואיל דאי בעי פריק ושוב יוכל לשאל על הקדשו אף שבא ליד גזבר. ומעתה כיון שרוצה לשאול על הקדשו שוב הבעלים יש להם זכייה יותר משאר אדם וא"כ שוב שייך הואיל ואי בעי פריק. אמנם יש לומר כיון דכבר בא ליד גזבר וא"כ מה שמועיל שאלה הוא משום דיכול לפדות וא"כ שוב צריך לפדות בשויו דאל"כ כל שבא ליד גזבר א"י לשאול על ההקדש וז"ב. וראיתי בתוס' בחולין דף קל"ה ד"ה לפרוק לי' שכתבו תימה דאמאן קאי יכול ואי אכהן לא הו"ל למימר לפרוק וליתב וניהו דהאי לא מקשה מה

מרויח שפודה דהרויח שפודה בשו"פ אפילו שוה מנה דמחולל וצ"ע דע"כ כוונת התוס' הוא דאם קאי על הכהן מה מרויח שפודה הא צריך ליתן דמיו ומאי מרוח בגיזה וע"ז כתבו דמרויח שמחלל בשו"פ אבל היא תמוה דדוקא הבעלים יכולין לפדות על שו"פ לפי שיכולין לשאל עליו משא"כ הכהן דא"י לשאול על הקדשו של אחר וצ"ע.

ה ודרך אגב אומר במה דנתקשיתי שם בסוגיא דרבא מוקי דהקדיש הגיזה עצמה דמחוסר גזיזה ופדייה ונתינה וקשה טובא דלפדות מקודם הגזיזה ובתוס' שם ד"ה והא כתבו דבעינן העמדה והערכה בשעת פדייה וכתב המהרש"א דאכתי קשה דלוקי כשפדה בשעת הערכה ואח"כ גזז וכתב דל"מ פדייה כל זמן שלא גזז דהוה כפדה אבר אחד מבהמה וכ"כ המהר"ם מלובלין דמנ"ל זאת דל"מ כן בשום מקום וגם דהגיזה אינה מכלל הבהמה וגם שער אינו בכלל הבהמה ועיין ערכין דף ז' ומכ"ש גיזה. אך לפענ"ד נראה דכמו שאין פודין נטע רבעי במחובר לפי שא"י לשומן בעודן מחובר כמ"ש הר"ש וכן הוא בתוס' ב"ק דף ס"ט בסוגיא דצנועין ועיין כ"מ פ"ט ממעשר שני הלכה ב' מ"ש בשם הרמב"ן דלכך בזמן הזה מותר לחלל דיכול לחללו על שו"פ וא"כ לכך בזמן שהמקדש קיים לא הי' יכול לפדות בעודו מחובר ומיושבין דברי התוס' וקושייתי וז"ב. ובזה מיושב קושית הכ"מ בפ"י מביכורים הלכה ב' שרבינו השמיט אוקמתא דרבא ולפמ"ש אתי שפיר דרבינו נקט טעם הכולל אף בזה"ז שיכול לפדות במחובר כמו נטע רבעי וכמ"ש רמב"ן שם ויש להאריך בזה בכל הסוגיא ואכ"מ ועדיין קשה לפמ"ש הכ"מ פט"ו מפהמ"ק הלכה ח' לשיטת הראב"ד דכל דיקשה עליו לפדות בשויו הקלו שיוכל לחלל לכתחלה פחות משויו אף בשו"פ א"כ כאן שלא יוכל לקיים בזה מצות ראשית הגז ומכ"ש שנוכל להתיר לפדות במחובר וצע"ג ודוק. ודרך אגב ארשום הנה מה שהראני הרב המופלג מוה' יצחק דיין דק' זלאטשיב דברי התוספתא דתמורה פ"ד חומר בהקדש מזבח מה שאין בבדק הבית וחומר בהקדש הבית מה שאין בהקדש מזבח ונותנין להקדש הבית מה שראוי לו מאילך ושלא מאילך והקדש בדק הבית אינו אלא מאילך והיא משולל ביאור.

י ולפענ"ד ביאור הענין דהקדש בדק הבית אינו אלא מרצונו וזה נקרא מאליך דהיינו מה שרצונך אבל הקדש מזבח ובו דברים שאינם ראויים למזבח כגון שנפל בהם מום וכדומה זה ניתן לבדק הבית מאילך ושלא מאילך וצ"ל מאליך ושלא מאליך דהיינו בין ברצונך ושלא ברצונך כנלפענ"ד לפרש:

סימן ר

א לחכם אחד.

ב אשר אמרת כי ראית בש"ס הנדפס מחדש בוויען ונדפסו הגהות מחכם אחד ואתה לא הודעתני בשם והקשה דלפמ"ש התוס' בחגיגה דף י"א ד"ה בגזבר דאף למ"ד שליחות יד א"צ חסרון הכא שאני דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא הוא וע"ז הקשה דא"כ אמאי בנתנה לחבירו מעל דהא כבר כתבו התוס' בבכורות דף י"ד דלכך לא שייך משיכה בהקדש דכל היכא דאיתא בי גזא דמלכא הוא וא"כ לא מקרי מוציא מרשות לרשות וא"כ למה מעל בנותנו לחברו ושאלת לחוות דעי בזה. הנה קושיתו ל"ק לכל השיטות דלשיטת התוס' בקידושין דף נ"ה דמחלקו בין סבור שהוא שלו ובין ידע שהוא של אחרים ומתכוין לגזלו וגם כשנתנו לחבירו הו"ל כשולח יד וא"כ לק"מ דפשיטא דכל שנתכוין לגזלו ל"מ מה דהוה של הקדש וכל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא והרי בהדיוט כל דגזלה שוב לאו דמרא נינהו להקדישו ולמכרו דהרי הוציאו מרשותו ונתחייב באחריות וה"ה בהקדש וא"כ גם בשואל שלא מדעת דנעשה גזלן בזה לא שייך דהוה ברשות הקדש דכל דהוציאו לרשותו ונעשה גזלן עליו פשיטא דלא מקרי בי גזא דמלכא וע"כ לא נחלקו ר"י ור"ל בחולין דף קל"ט רק במרדה ויצאה מבית ורשות של זה אבל לא נכנסה לרשות אחר אבל כל שנכנס לרשות הגזלן א"כ לא מקרי עוד בי גזא דמלכא. ובזה מובן היטב החילוק שבין קדשי בדק הבית לקדושת הגוף דיש מועל אחר מועל משום דבאמת בקדושת הגוף כ"ע מודו דאיתא בי גזא דמלכא וכמבואר בחולין דף קל"ט וא"כ ניהו דגזלו ונתכוין להוציאו מרשות ההקדש מ"מ קדושת הגוף אלים כח הקדושה להיות מועל אחר מועל אף שנתנה לחבירו ומכ"ש לשיטת הריטב"א בקידושין שם דמחלק בין נתכוין לגזלו ללא נתכוין לגזלו וא"כ כל שלא נתכוין לגזול לא יצא מרשותו של ההקדש אבל בנתכוין לגזול שוב יצא מרשות גבוה ועיין מלמ"ל פ"ו ה"ד שהאריך הרחיב הדיבור בזה והאריך דגם מה שמחלקו התוס' במנחות דף ק"א לבין גזבר לשאר אדם הוא משום דהגזבר סבור שהוא שלו ואינו מתכוין לגזלו וגם לפמ"ש בב"מ הכוונה של התוס' דהגזבר אף שמוציאו מרשות שהי' כיון שגם עכשיו הוא ברשות ההקדש דהגזבר הוא רשות ההקדש לכך לא מעל. ולפ"ז לכל הדברות והחילוקים לא קשה כלל דלכך בנתנה לחברו דמתכוין לגזלו וא"כ שפיר מעל דלא שייך כל היכא דאיתא ברשותא דמלכא הוא דהרי נתכוין לגזלה ולתנה ליד אחר וז"ב מאד ופשוט. והרווחנו בזה להבין דברת התוס' בב"מ לענין משאיל קורדם מחבירו דהאריך בזה המהרש"א והמלמ"ל שם אם מעל לפי כלה או רק לפי טובת הנאה ולפמ"ש יש לומר דזה תלוי אם יוכל להקדיש מטלטלין השאולין דלפי מה שנראה מדברי התוס' בב"ב דף ק"ז ובכמה מקומות דיוכל להקדיש מטלטלין השאולין א"כ ממילא לא יצא מרשותו של ההקדש ולפמ"ש הרש"ל בב"ק פ"ה

סי' ל"ד דא"י להקדיש מטלטלין השאולין א"כ כבר יצאו מרשות ההקדש ולאו דמרא נינהו. ובזה יש לומר דנחלקו התוס' בזה ויש להאריך בזה ולברר וללבן כל דברי התוס' שהאריך המלמ"ל שם והמשכיל ימצא ואין להאריך בזה. ועכ"פ לפענ"ד הדבר בעצמותו מבואר היטב בטוב טעם כל השיטות של התוס' והריטב"א בענין הלז וגם דברי הרמב"ם פ"ו ממעילה שחילק בין קדושת הגוף לקדושת בדק הבית דכל שנתנה לחברו אין מועל אחר מועל. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כבר נחלקו רב ושמואל ור"י ור"ל בחולין דף קל"ט אם בקדושת בה"ב שייך כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ולפ"ז אף דכפי הנראה מדברי רבינו בפי"ג משחיטה הי"ד דפסק כשמואל ור"י דאף בבדק הבית כל היכא דאיתא בי גזא דמלכא מקרי היינו כ"ז שלא נכנס לרשות הגזלן אבל כל דנתנה לחבירו א"כ שפיר נפיק לחולין דמוציאו מרשות לרשות ובכה"ג כ"ע מודו דבקדושת בדק הבית נפיק מרשות הקדש ודוקא קדושת הגוף דאין לו פדיון הוא דיש מועל אחד מועל וז"ב מאד והוא ענין נבחר ת"ל. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בפסחים דף כ"ז ע"ב והלא מעל המסיק וכל דמעל המסיק נפיק להו לחולין ותמהו האחרונים דלשיטת התוס' כל דלא נתכוין לגזלו ולהוציא מרשות ההקדש לא נפיק לחולין וא"כ מה קושיא לוקי בלא נתכוין לגזול. ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דיש מועל אחר מועל כל שלא נתכוין לגזול הוא משום דכל היכא דאיתא בי גזא דמלכא איתא ולפ"ז שם דמסיק בעצי הקדש ונשרפו העצים וא"כ היכא שייך לומר דהוה ברשות ההקדש ושפיר פריך דנפיק להו לחולין וז"ב. ובזה מיושב קושית מהרש"א מהא דפריך הש"ס מאפר הקדש ומשני כגון שנפלה דליקה מאיליה דליכא אינש דנמעל בו והקשה דאכתי קשה דמה שייך לשון לעולם והא אם ימעול איש באפר שוב יצא לחולין ולפמ"ש א"ש דעל האפר שייך שוב דיש מועל אחר מועל כל שלא נתכוין לגזלו והו"ל אפר הקדש דכל היכא דאיתא בי גזא דמלכא איתא וז"ב מאד. ודע שראיתי בר"ן בנדרים דף ל"ה ד"ה וחכמים שנסתפק אי בקונמות משתרי לבתר דמעל כהקדש שיצא מידי מעילה ונעשה חולין לאחר שמעל וצ"ע דלכל השיטות בקדושת הגוף יש מועל אחר מועל והרי קונמות הוה קדושת הגוף ויש מועל אחר מועל וצע"ג ועיין כתובות דף נ"ט שאני קונמות דכקדושת הגוף נינהו וגם מ"ש הר"ן בד"ה למעול מקבל דבמוציא מרשות הקדש אפשר דאפילו בטעות מעל לא זכיתי להבין דכל מעילה הוא בשוגג וגם בטעות שלא ידע שהוא של הקדש ובמה נסתפק הר"ן וצ"ע. ומן האמור יש לדון על דברת הרז"ה בע"ז דף נ"ב גבי ובאו בה פריצים וחללוה שדעת הרז"ה דקאי על פריצי ישראל ודוקא בדבר שאינו קדושת הגוף אבל בכ"ש לא שייך מעילה דאף שמעלו לא נפיק לחולין ויש מועל אחר מועל והרמב"ן במלחמות דחה

דבריו ובתשובה הארכתי בזה מאד ותמהתי תימה גדולה על הרז"ה מש"ס ערוך בנדרים דף ס"ב ע"ב גבי הא דלמדו ק"ו מבלשצר ולית נגר ובר נגר דיפרקיני' ולפי האמור כאן בלא"ה יש לדחות דבריו דכל הטעם דקדושת הגוף אינו יוצא לחולין משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ולפ"ז שם דלגבוה ודאי נאסר ואם כן שוב לא הוה ברשותא דרחמנא ואם כן ממילא יצא לחולין וז"ב. ובזה י"ל דברי רש"י בע"ז דף נ"ד שכתב דכיון דלגבוה אסור ולהדיוט יכול לפדות ותמה השעה"מ בשם גדול אחד וגם המחנה אפרים האריך בזה בהגהותיו על הר"ן דאיך מועיל פדיון בכ"ש ולפמ"ש יש לומר דכל שאינו ראוי לגבוה שוב לא הוה קדושתו אלים כ"כ להיות מקרי רשות גבוה עליו ומועיל פדיון ובתשובה הנ"ל הארכתי בזה בכמה אופנים ודוק היטב בכל מ"ש כי הוא ענין נכבד ת"ל. ובמ"ש הנה מקום אתי ליישב קושית הפ"י בב"מ דף מ"ג בהא דפריך לר"ה מאי אריא הוציא כי לא הוציא נמי והקשה הפ"י הא מעילה לא תלוי בחיוב אונסין כ"א בחזרה אם יכול לחזור בו המלוה או המשאיל אינו מועיל כדאמרו בב"מ דף צ"ט גבי המשאיל קרדום אף דבאונסין ודאי נתחייב מכל מקום כיון דיכול לחזור אינו מועיל וה"ה בזה וכבר הקשו כן בתוס' ב"מ דף כ"ט ע"ש בפ"י שהאריך. ולפמ"ש יש לומר דשאני שואל דכל זמן שיוכל לחזור בו לא נפיק מרשותיה דהרי בשאלה קי"ל דיכול המשאיל להקדישו כמ"ש התוס' בב"ב דף פ"ה ואף להיש"ש דחולק בפ"ד דב"ק ועיין קצה"ח סימן רי"א מכל מקום כ"ז שיכול לחזור בו פשיטא דעדיין בי גזא דרחמנא מתקריא ולא מעל משא"כ כאן דלר"ה נעשה מלוה כמ"ש רש"י בהדיא ומלוה מקרי אינו ברשותו כמבואר סי' רי"א שם דא"י למכור דהו"ל דבר שא"ב ואם כן כיון דכבר יצא מרשותו שפיר פריך דאף בלא הוציא יהיה מועל דכבר יצא מרשות ההקדש ובזה יש לומר הא דפריך לר"ה ולא פריך לר"נ אף דגם לר"נ יכול להחליפם ולתת מעות אחרות כמ"ש הש"ך והט"ז סי' ע"ג ועיין אא"ז הח"ק ז"ל שם שתמה עליהם בזה ובחידושי הארכתי ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דיכול להחליפם אבל כל כמה דלא החליפם לא מעל דהרי אכתי ברשות דההקדש הוא דבפקדון ודאי דברשותו מקרי כמבואר שם בסי' רי"א וכל היכא דאיתא בי גזא של הקדש הוא וז"ב ודוק. ובלא"ה יש לומר דשם כל כמה דלא בקע ויכול לחזור בו לא מקרי התחלת מלאכה דהרי שאל אותו למלאכת הקבוע מה שהקורדם עומד לכך אבל כאן היאך אפשר לומר דלא מקרי התחלת מלאכה עד שיוציאם דאטו דוקא להוצאה זו מיוחדת ואם היה קרה לו ענין אחר היה מקרי התחלת המלוה שם ואם כן שפיר פריך דאף בלא הוציאם נמי כיון דעומד להוצאה אין לך לתלות התחלת ענין בזה שהוציאם דהא הי' יכול להוציאם בע"א ולכך כל שנתן לו מותרים נעשה הלואה וז"ב

כשמש ובחידושי אמרתי עפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ט בשם הג"ת שצווח ככרוכיא דהיאך אפשר שזה נשתעבדו נכסיו וזה אינו מחוייב להלוות לו ויוכל לחזור וכתב הש"ך דהשואל קורדם יוכיח שכבר נשתעבדו נכסיו ובאמת דבריו אינם רק לשיטת הסוברים דמשעת משיכה נשתעבדו הנכסים אבל אני אומר דאף לשיטה זו עכ"פ זה דוקא בשואל או מלוה שהטובה היא עיקרית להשואל או להלוה שפיר יש לומר דהמלוה והמשאיל יוכלו לחזור אף שישתעבדו הנכסים מהראוי שישתעבדו הנכסים בשביל שלוה והשאיל אבל כאן במפקיד דבאמת זה נעשה שומר שלו ניהו דמגיע לו ג"כ טובה ועי"ז נעשה לוה אבל עכ"פ גם טובת המפקיד הוא ואם כן איך אפשר שזה ישתעבד באחריות תיכף בשעת שאולה וזה יוכל לחזור בו ובזה כ"ע מודים דלא יוכלו לחזור וז"ב כשמש. וגם בזה יש ליישב דברי הש"ך והט"ז דלכך מקשה לר"ה דוקא ולא לר"נ ואכ"מ להאריך ודוק. ובזה יש ליישב כוונת התוס' ישנים בכריתות דף י"ג דהקשו היאך חייב בנותר אשם והלא חמץ הקדש במועד לא מעל והא הוה הקדש דמים ולא נחית קדושת הגוף וכל שלא נהנה שו"פ לא מעל והדבר סתום מ"ש מקדושת הגוף ולפמ"ש אתי שפיר דקדושת הגוף אף שאין בו שווי מכל מקום לא נפקע קדושתו מה שאין כן בקדושת דמים דכל שאינו שו"פ ואסיר בהנאה נפקע הקדושה דהא אין בו קדושה בעצם וכדמחלק בחולין דף קל"ט:

ג והנה ש"ב הרב הגדול המופלג החריף הגביר מ' נפתלי הירץ ב"ש נ' הקשה בהא דאמרו בפסחים דף ז' מעות שנמצא לפני סוחרי בהמה בירושלים בשעת הרגל מעשר והיינו משום דספק איסור לחומרא ועל זה הקשה דניהו דהוה מעות מעשר כל שנאבדו פקעה קדושתי' וכדאמרו בחולין דף קל"ט וכשנרצו הדברים לפני אמרתי דאין מקום לדבריו דאטו בהמעות יש בו קדושת דמים רק שזה המעות צריך לחלל ולפדות על מעשר ואם כן אף שנפקע קדושתו מכל מקום מעות מעשר מקרי והו"ל ספק איסור ולחומרא דמכל מקום צריך לפדות ולקנות מהם מעשר וז"פ וברור דאין ענינו לקדושת דמים ומכ"ש לקדושת הגוף ודוק. ודע דק"ל טובא לפמ"ש למעלה דהדבר מפורש בש"ס דגם הכלי שרת נתחללו ע"י שבאו בה פריצים וחללוה וע"י ששתה בלשאצר בכלים כדאמרו בנדרים דף ס"ב ע"ב אם כן קשה טובא איך השתמשו בהכלי שרת אח"כ בעת שמסר כורש הכלי שרת לששבצר כמבואר בספר עזרא סי' א' והא כבר נתחלל קדושתם ויצאו לחולין וכל שהשתמש הדיוט בהם נאסרו לגבוה כמבואר בפ"א מבית הבחירה דבעינן שלא ישתמש בהם הדיוט. ואפשר כיון דמתחלתם היה קדש ואח"כ נתחללו כל שהכניסם להקדש ומשחו אותן או שבעבודתן נתחנכו נתקדשו כמו שהיה מתחלה וצ"ע

בזה ועיין כתובות דף ק"י ע"א במה שנחלקו בזה הא דכתיב בבלה יובאו ושמה יהיו דחד אמר דקאי על כ"ש הרי שהכתוב בעצמו אמר שיהיה בבלה עד יום פקדו אותם וא"כ הכתוב בעצמו אמר שאח"כ ישובו לקדמותם ודוק וא"ל דבמזיד הקדש לא מתחלל דהא בדמים אף במזיד מתחלל כמ"ש הרמב"ן במלחמות שם פ"ד דע"ז וגם לפי מה דאמרו במגילה דף י"א דבלשאצר חשב וטעה אפשר דהוה כמו שוגג וע"כ צ"ע הדברים ועיין חידושי ולקוטי הרמב"ן במגלה גבי הא דחשב וטעה ע"ש דברים חדשים. ומדי דברי זכור אזכור מה שהאריך המלמ"ל פ"א ממעילה ה"ג בדברי רבינו שכתב אזהרה של מעילה היא מקרא דלא תוכל לאכול בשעריך ע"ש ואני תמה על הכ"מ והלח"מ דלמה לא הזכירו דברי רש"י ותוס' בשבועות דף כ"ד ע"ב בהא דאמרו דאשם זדונו בלאו וע"ש ברש"י ותוס' ד"ה והרי ועיין ברמב"ן בשורש השני בדף י"ח ע"ב בדפוס בארדיטשוב שהרמב"ן כתב גם כן כרש"י והראב"ד דנלמד מתרומה וגם במג"א שם לא הביא דברי רש"י ותוס' שבשבועות ובמל"ת קמ"ו הרמב"ם עצמו מזכיר דנלמד ממכות דף י"ח ובסוף הביא דברי חכמים דאמרו באזהרה אבל אינו מבואר אזהרה מהיכן ע"ש וזכורני שכבר כתבתי בזה בתשובה אחת על דברת הרמב"ם במנין המצות הנ"ל אבל לא ידעתי כעת מקומו ובאמת כפי מה שכתבתי כאן יש ליישב מה שהקשיתי שם אם אין זכרוני כוזב לי:

ד והנה בשבת דף כ"א ע"ב אמרו מאי חנוכה וכו' שכשנכנסו עכו"ם להיכל טמאו כל השמנים שבהיכל והבאתי בתשובה אחת קושית ספר תשובה מאהבה בשם הרב מוהר"ל קאסוויטץ ז"ל דהא משקה בית מטבחייא דכן ולא נטמא כלל וכתבתי שם דזה אינו דהא קרא אשכח ודריש ובאו בה פריצים וחללוה שיצאו לחולין וכל שיצאו לחולין שוב נטמא והארכתי בזה. וכעת אור ליום ג' חנוכה תרי"ז אמרתי דלפמ"ש הרז"ה לא יתכן תירוץ זה דהא דוקא על ידי ישראל חללו אבל על ידי גוים לא והרי כאן מבואר שנכנסו עכו"ם למקדש וטמאוהו. אמנם נראה דהנה כבר הקשיתי על הרז"ה מש"ס נדרים דף ס"ב דאמרו דבלשאצר ששתה בכלי המקדש חלל על ידי שבאו בה פריצים וחללו. אמנם כעת נתיישבתי דיש לומר דלק"מ דכל שכבר באו פריצי ישראל וחללוה שוב יכול בלשאצר לחלל אבל זה אינו דהא אכתי לא חלל על ידי בלשאצר רק על ידי פריצי ישראל. אך נראה דהנה הרז"ה ביאר הענין דר"א אמר ששקצם לע"ז וביאר הרז"ה דבאמת אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואע"ג דגוי מישראל קנה דכתיב וישב ממנו שבי היינו על ידי ישראל אבל לא מגבוה רק על ידי שבאו בה פריצי ישראל וחללו שוב נעשה חולין. ולפענ"ד כוונת הרז"ה דכל ששקצו פריצי ישראל לע"ז שוב יכלו גם עכו"ם לאסור דהא לא שייך אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דהא קנהו מיד ישראל דא"ל דמגבוה לא קני

דזה אינו דהא כבר נאסר על ידי שבאו בה פריצי ישראל ושוב יכלו העכו"ם לאסרו דכבר קנו. ובזה נראה לפענ"ד מה שמחלק בין אבני מזבח לכ"ש ותמה הרמב"ן דאבני מזבח יש בהם בודאי קדושת הגוף ויש מועל אחר מועל ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא בכלי אחז שכלם היו ישראלים שפיר יש מועל אחר מועל והוה כ"ש וכלם מעלו אבל באבני מזבח דכל שבאו פריצי ישראל שוב יכלו עכו"ם לקנות מישראל ובהם לא שייך מעילה דגוים לאו בני מעילה נינהו ואם כן נעשה חולין גמורים ולפי זה באמת גם בלשאצר הוציא לחולין דהא כל שבאו פריצי ישראל וחללו שוב היו העכו"ם מוציאין לחולין לגמרי וז"ב מאד. ומעתה שפיר אמרו דנכנסו עכו"ם וטמאו השמנים והיינו דכל שבאו פריצי ישראל וחללו המקדש שוב זכו העכו"ם בבית המקדש ונעשה חולין ושוב לא הוה משקה בית מטבחייא. ודרך אגב אומר מה שהקשו התוס' בשבת שם בהא דאמרו דהיה מונח בחותמו של כ"ג והקשו התוס' הא מכל מקום נטמא בהיסט ועיין במזרחי על הסמ"ג בהלכות חנוכה והב"ח הלכות חנוכה שהאריכו בזה ובשו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' קל"ז האריך גם כן ותמה על הב"ח ניהו דפכין קטנים אינם מקבלין טומאה היינו משום שאין סופן להפתח אבל השמן שבתוך הכלי היה מקבל טומאה בהיסט של הכלי ע"ש ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהשמן לא היה רק כדי לילה אחת ונעשה נס והדליקו ח' לילות הנה זה שנעשה נס זה לא היה בהפך בשעה שנגעו בו עכו"ם ולא נטמא בהיסט כלל ונמצא באמת שהיה בטל השמן שהיה בהפך במה שנעשה בו נס שהי' לשמנה לילות ובאמת בלילה הראשונה הדליקו בטומאה דבאמת במועדו דוחה את הטומאה כמ"ש בשו"ת ח"ץ ובפ"י שם במקומו רק שהקב"ה רצה להראות חיבתן של ישראל שידליקו בטהרה ולפ"ז כל שנעשה בו נס שוב נתבטל ובזה מיושב מה שהקשו למה נתקן ח' ימים והא על לילה הראשונה היה שמן ולפמ"ש א"ש דגם לילה הראשונה נתחדש נס שבאמת זה השמן היה טמא והקב"ה רצה להראות חבתן של ישראל שהיה טהור ע"י שנתבטל וז"ש לשנה אחרת קבעום ועשאום יו"ט בהלל והודאה והקשו למה דוקא בשנה אחרת ולפמ"ש א"ש דבאותה שנה באמת הדליקו בטומאה לפי שלא ידעו עדיין אם יהיה להם נס אבל אחר כך עשאם י"ט שגם ביום ראשון היה נס וז"ש מהו חנוכה והוא תמוה ורש"י פירש על איזה נס קבעוהו ולפענ"ד דהנה הר"ן פירש חנוכה חנו כ"ה ובאמת בליל כ"ה לא היה נס כלל שהיה שמן רק אחר כך נתגלה שגם ביום ראשון הי' נס ושפיר פריך מהו חנוכה ודוק היטב. והנה במ"ש למעלה בדברי הש"ס ב"מ דף מ"ג דפריך מאי אריא הוציא אפילו לא הוציא נמי והתוס' הוכיחו מזה דהיתר הנאת תשמיש מחייבו באונסין והח"ץ השיג על הש"ך דמבואר שם בש"ס דצריך להחזיר אותן

מעות בעצמם כל שלא הוציא וכבר כתבתי לעיל וכעת נראה לי דבר נכון דהנה לכאורה קשה בהא דפריך מאי אריא הוציא אפילו לא הוציא נמי והרי אמרו בקידושין מ"ג דל"מ זה נהנה וזה מתחייב והקשו התוס' הא במעילה זה נהנה וזה מתחייב וכתבו דבמעילה חייב בעת הגבהה וע"ז נסתפק הרי באם אמר לו הושט ידך לתוך כד של שמן ותהנה מן הסיכה דלא עשאו שליח אלא על ההנאה בלבד דשוב שייך זה נהנה וזה מתחייב ע"ש ולפ"ז בשלמא כשהוציא שפיר נתחייב הגזבר דהו"ל כשלוחו וכל שהוציא מתחייב המשלח דמשעה שהגביהו קנאו ונעשה שלו אבל כל שלא הוציא עדן ורק שנהנה דיכול להשתמש בו והיתר התשמיש מחייבו הרי לא עשאו שליח רק על הנאה בלבד הא עדיין לא הוציא וא"כ במה נתחייב המשלח דהא בהנאה לא שייך שיתחייב דהו"ל זה נהנה וזה מתחייב וא"ל דחייב בעת הגבהה דזה אינו דעל הגבהה אי אפשר לחייבו דכל שלא הוציאו שוב לא קנה בעת הגבהה דבשלמא אם הוציאו שוב קנה למפרע משעת הגבהה אבל כל שלא הוציא עדן ואינו רק הנאת היתר תשמיש וע"ז לא שייך שיתחייב המשלח ובשעת הגבהה לא קנה דהא יוכל לחזור בו וצ"ל דכל שמתחייב באונסין שוב קנה בהגבהה להתחייב באונסין ושוב לא שייך זה נהנה וזה מתחייב דהא קנה בהגבהה ולפ"ז בש"ס דכ"ז שלא נאבד לא קנה דשומר לא נתחייב רק משעה שנאבד ועיין בש"ך סי' ש"מ ולפ"ז שוב אף שלא יוכל לחזור מכל מקום כל שלא הוציא לא שייך לחייבו להגזבר דהו"ל זה נהנה ועל הגבהה לא מתחייב ואף שיש לפקפק ע"ז קצת מכל מקום יש ליישב ועיין סנהדרין ע"ב גבי בדמים קננהו ובקידושין דף מ"ז ע"ב. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דדברי הש"ך לכאורה נכונים דלמה לא יהיה מותר להשתמש בהם ולתת מעות אחר בעדו הא זוזי כמאן דפליגי דמי וכדאמרו בב"מ דף ס"ט ומה נ"מ בין מעות זה לזה אך זה דוקא בטבי וטבי תקולי ותקולי אבל אם אינן שווים לא וכדאמרו שם וכן קי"ל בטוש"ע חו"מ סי' קע"ו ולפ"ז יש לומר דהש"ס דמפלפל כי לא הוציא נמי היינו משום דכל דחייב באונסין בודאי מצי להחליף אף במעות שאינם שווים דא"ל בזה מאן פלג לך ודלמא אותה המטבע אינו טוב לפניו או דלמא יפסלו המלך וכדומה דהא כל שחייב באונסין יתחייב להשלים לו כל הנזק ואם כן מאי אכפת לי' לזה ולכך אף כי לא הוציא נמי אבל אם נימא דש"ש הוה שוב כל שלא הוציא אסור להחליף במעות אחר ושוב אסור להשתמש בו באופן שלא יהי' לו כאותן המעות ומטבעות שוות וכל שלא הוציא עדן ברשות המפקיד קאי ולא מעל המפקיד אבל הש"ך וט"ז קאי באופן שנותן אותו המטבע בזה פשיטא דמותר להחליף ומה נ"מ וזוזי כמאן דפליגו דמי וע"ז לא שייך לומר דברשותו דהנפקד קאי דכל דחייב לתת אותן המטבעות מה נ"מ בזה המעות או

באחרת שוות כמוהו וז"ב כשמש לפענ"ד. שוב ראיתי בשיטה מקובצת ב"מ דף מ"ז ע"ב בד"ה ומ"ט משיכה קונה דמבואר שם בהדיא דלר"נ לא חשיב שואל עד דמשיך ומש"ה לא מעל עד שימשוך ושם מבואר קצת כמ"ש שכתב הבדל שבין מעות לפירות דמעות יכול לתת מעות אחרות אבל פירות אין הפירות שוות ומבואר כמ"ש דבמעות השוות זוזי כמאן דפליגו דמי ע"ש. אחר שכתבתי כל זאת מצאתי בריטב"א קידושין דף מ"ג שהקשה בהא דאמר זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן מהא דאמרו המשאיל קרדום של הקדש מעל וגם המפקיד מעות של הקדש מותרים הרי זה מעל ואמאי הא זה נהנה וזה מתחייב וכתב דהמפקיד ומשאיל נהנה שמחזיק לו לו טובה וכתב עוד דשם משעת שאלה ופקדון נתחייב זה דאפקה לחולין ע"ש ובאמת שזה תימה דהרי במשנה קתני אם הוציא מעל וכן קתני בברייתא בב"מ כאן ואם כן דוקא הוציאו אבל לא מעל משעת פקדון וא"כ קשה דהו"ל זה נהנה וזה מתחייב. אמנם נראה דכל שהוציא לא נתחייב זה על הנאת חברו ואף אם הי' מוציא ומפסיד כל שהוציא נתחייב זה על הוצאתו מרשות הקדש להדיוט אף שזה לא נהנה כלל וז"ב. אך לפ"ז יקשה מאי פריך מאי אריא הוציא אפילו לא הוציא נמי הא בלא הוציא ע"כ דא"א לחייבו על שאפקה לחולין רק על מה שנהנה שיכול להשתמש ולהוציא וא"כ שוב אי אתה מחייבו רק על הנאתו וקשה למה יתחייב זה על הנאתו של זה והרי לא הוציא כלל ועל הנאה לא חייבו התורה לזה דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן והיא קושיא גדולה וצ"ל דכיון שנתחייב באונסין אין לך הוצאת רשות גדול מזה דהרי נתחייב באונסין והו"ל של בעל הפקדון לגמרי ולא שייך לומר דהו"ל בי גזא דגזבר כיון שזה נתחייב באונסין וכל דהוה בי גזא דרחמנא לא נתחייב זה באונסין ושפיר פריך וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בב"מ דף כ"ט דהוכיחו מדפריך מאי אריא הוציא ע"כ דאין צריך להחזיר אותן מעות עצמן דאי צריך להחזיר מ"ש משואל קודדם דכל דלא בקע לא מעל ע"ש ובפ"י דף מ"ג האריך בזה והניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר דהנה התוס' בקידושין שם הקשו ג"כ דאומר אכול ככר זה של הקדש דמעל הגזבר והא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן וכתבו דנתחייב על הגבהה ומסופק הר"י באומר לשליח הושט ידך לכד של שמן או שבע לפירות של הקדש אי מתחייב המשלח וביאור הדברים דכל דלא הדר בעיני' אם כן תיכף משעת הגבהה נעשית שלו אבל בעשה שליח רק להנות א"כ חזר בעיני' ולא עשה שליח רק להנות ולפ"ז בשואל קורדם דלא חסרי' רק שעשהו שליח שיהנה מן הבקוע שייך לומר זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן דלא עשאו שליח רק על הבקוע לבד וכל שלא בקע מה שיכול לבקע ולהנות פטור המשלח דאינו רק הנאה אבל כשבקע הרי הוציא לחולין מה שבקע בזה וחייב על

הוצאה לחולין אבל במפקיד מעות שיכול להוציא ולא הדרא בעיני' שוב חייב על מה שיכול להוציא ולא שייך זה נהנה וזה מתחייב וז"ב כשמש וגם הפ"י רצה לחלק בזה בין קורדם למעות אבל לא עלתה בידו ולפמ"ש אתי שפיר:

ה ולפ"ז מיושב היטב הקושיא של הח"ץ דזה דוקא אם חייב באונסין אבל אם אינו רק ש"ש א"כ כל שלא הוציא לא נתחייב על הגבהה דמה עשה בזה הא פקדון כל היכא דאיתא ברשות דמפקיד הוא ועל הנאתו מה שיכול להוציא שוב הוה זה נהנה וזה מתחייב ודוק היטב כי הוא חריף.

ו ובזה מיושב היטב פסקי הרמב"ם שפסק בפ"ז ממעילה הי"ד דשאינן צרורין וחתומין שניהם לא מעלו והקשה הכ"מ דבברייתא מבואר דמעל הגזבר ע"ש במ"ש הכ"מ בשם הר"י קורקוס ולפמ"ש יש לומר דהרמב"ם מכח קושיא דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ס"ל דבאמת לא נתחייב המשלח דכיון דלא נתחייב עד שיוציא א"א לומר דנתחייב משעת הגבהה וא"כ שוב הו"ל זה נהנה וזה מתחייב ולא אמרינן ודוק:

ז ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' דלר"ה דס"ל היתר תשמיש מחייב באונסין ע"כ דמוכר אסור להשתמש במעות דאל"כ יקשה אמאי ספר לא מעל עד דמשיך והא מחויב באונסין וראוי שימעול ולפ"ז שוב יקשה לר"י למה תקנו דמעות לא יקנה והא שוב קשה הא יוכל לומר נשרפו מעותיך בעליה ע"ש ולפי שיטת הרמב"ם ניחא דניהו דמותר להשתמש במעות כל כמה דלא משך ולא אמר בפירוש שיוציא המעות שוב לא מעל דלא קיי"ל כברייתא דמעל הגזבר רק כמתניתין וכמ"ש הרי"ק בכ"מ שם דמהאי דלא מעל עד שמשך דחה הרמב"ם הך דברייתא דמעל הגזבר אבל שפיר נוכל לומר דהיתר תשמיש חייב באונסין אף דלא מעל דחידוש הוא ובעינן לענין מעילה שיאמר בפירוש. איברא דלפ"ז יקשה מה מייתי ראיה רבא לר"ל דמשיכה קונה דדוקא בלן דלא מחסר משיכה אבל שאר אומנות לא מעל עד דמשיך ודלמא שאני מעילה דבעי שיאמר בפירוש ואדרבא בזה היה מקום ליישב מה דהקשה הש"ס מברייתא דתני ספר וספן וכל בעלי אומניות דמעל קודם שמשך דהרי הרי"ק בכ"מ כתב דהברייתא חולקת עם המשנה בזה והברייתא ס"ל דאף שלא אמר בפירוש מעל הגזבר וא"כ גם בספר מעל משא"כ המשנה דפירש רבינו שלא מעלו שניהם ומטעם דלא סגי בלא אמר וא"כ לכך לא מעל. אמנם נראה דיש לחלק דע"כ לא בעי היתר בפירוש להשתמש רק בדבר שקונה דכ"ז שלא משך למה ישתמש במעות והא אינם שלו לגמרי ויש זמן מוגבל מתי ישתמש במעות כשימשוך זה החפץ אבל בבלן וכל בעלי אומניות דאין זמן מוגבל דהוא נתן המעות וכל אימת שבא לרחוץ וכן להסתפר וכדומה יוכל לעשות הוה כאילו הרשהו

בפירוש להשתמש דהא הדבר תלוי בדעת מי שנתן לו המעות להיות נהנה מהדבר וא"כ למה נקט בלן דוקא וע"כ דבלן דוקא ולא שאר אומניות וז"ב. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם שכתב בפ"ו ה"ט נטל פרוטה ונתנה לבלן אעפ"י שלא רחץ מעל שהרי נהנה בהיותו רוחץ בכל עת שירצה וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומניות אעפ"י שעדיין לא עשו מלאכתו מעל קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל ואם מן ישראל לא מעל ותמה הכ"מ דזה לר"ל אבל לר"י לא דהא מעות קונות ד"ת ולפמ"ש אתי שפיר דמה שחילק רבינו בין בלן ושאר בעלי אומניות לבין מוכר חפץ דבאומניות הדבר תלוי בידו בהיותו רוחץ בכל עת שירצה והיינו דלא בעי שיאמר לו בפירוש היתר תשמיש אבל המוכר בעי שיאמר כן בפירוש ולכך לא מעל. איברא דעדיין קשה א"כ למה בעכו"ם מעל והא בעכו"ם ודאי מעות לא קונה ובעי משיכה. אמנם נראה כיון דהגוי כל שנתן לו מעות ודאי השתמש בהמעות ולמה לא ימעול דהוא בודאי אינו משגיח אם יש לו היתר להשתמש במעות ודוק היטב:

סימן רא

א לצורבא מרבנן מדקדק במצות מאד.

ב אשר שאלת אם מותר לקדש על הכוס בליל שבת כשמתפללין בימות הקיץ בבהכ"נ בעוד יום לא ידעתי במה נסתפקת הא מבואר הדבר בטוש"ע או"ח סי' ער"א ס"א שכתב כשיבא לביתו ימהר לאכול מיד והיינו שיקדש כדי שיזכור שבת בכניסתו והיינו מבע"י וכמ"ש הב"ח שם בהדיא עפ"י דברי הסמ"ג וכ"כ המג"א ס"ק א' וס"ק ה' ובסי' רס"ז וש"ס ערוך הוא בברכות דף כ"ז מתפלל אדם של שבת בע"ש ואומר קדושה על הכוס וכ"כ הרמב"ם פכ"ט משבת וכן הוא דעת רבים מגדולי הפוסקים. איברא דמדברי הרי"ף לא נראה כן לכאורה שהרי פירש בהא דאמרו בפסחים דף ק"ה בהא דאמרו ליה זיל חזי אי נגה יומא (כן היא הגירסא ברי"ף ובש"ס הגירסא אי מקדיש יומא) נפסיק ונקבעא לשבתא ופירש הרי"ף דהיינו שצריכין להמתין עד שיקדש היום דלא לקדש מקודם וע"ז אמר להו שהשבת קובעת לעצמה והיינו בהשמ"ש כדרך שקובעת למעשר ושיטת הרז"ה דעד שתחשך ממש אינה קובעת לקידוש וא"כ משמע דעכ"פ אסור לקדש מקודם. אבל באמת לפענ"ד אי אפשר לומר כן דמלבד דבב"י סי' ער"א וסי' רס"ז לא נזכר כלל שיטת הרי"ף הלז אף גם דדברי הרי"ף לכאורה תמוהין כאשר בדרך למודי בע"פ באלפסי ראיתי ותמהתי דמה ס"ד שלא לקדש מקודם ומה גם דהרי"ף בפרק תפלת השחר הביא הך דשמואל דאומר קדושה על הכוס וע"כ צ"ל דשם באמת לא הי' רוצים לקבל שבת מקודם ולאסור במלאכה וכדומה וע"כ אמרו לו זיל חזי אי נגה יומא והיינו שרצו להמתין עד

שיקדש היום ויקדשו על הכוס לכבוד קדושת היום ולכך רצו להמתין מלשתות בעת ההיא כדי להפסיק לקדושת היום וע"ז אמר להם דא"צ להמתין דשבת קובעת לעצמה וא"כ בהשמ"ש יכולין לקדש אבל אם הי' רוצים לקדש ולקבל שבת מבעוד יום פשיטא דרשאין וז"ב לפענ"ד. ותדע שכן הוא דהרי הרא"ש בפרק ע"פ אות ב' כתב דבע"ש יכול לאכול קודם שתחשך ולקדש וכדאמר שמואל ואילו בדף ק"ה גבי אי נגה יומא הסכים לשיטת הרז"ה ופירושו הרי מבואר דהדבר כמ"ש דאם לא רצו לקבל קדושת שבת בזה נחלקו אימתי קובעת לעצמה ודברי הרא"ש שם קצת צ"ע דכפי הנראה הסכימו פירש"י ורשב"ם עם פירוש האלפס ביחד וצ"ע שם עכ"פ הדבר ברור כמ"ש. וראיתי בשלטי גיבורים באלפסי שם שלמד מדברי הש"ס דא"י לקדש מקודם שתחשך ולא ידעתי היאך יפרנס דברי הש"ס בברכות דף כ"ז הנ"ל וכל הפוסקים פסקו כן והדין דין אמת ומ"ש המ"א שם בס"ק א' בשם הירושלמי שדרך לאכול א' או ב' שעות בלילה וכן משמע ברש"י צ"ע דהר"ן הביא גבי נגה יומא נפסיק ונקבע לשבתא מדברי הש"ס ברכות הנ"ל משמע דמיד בצאת הכוכבים אכלו ובאמת מה שדחה הר"ן דברי הרז"ה לענין מעשר כבר כתבתי במק"א דמדברי התוס' עירובין דף למ"ד ע"ב ד"ה ולפרוש משמע כרז"ה עכ"פ הדין דין אמת וכמ"ש הב"ח ומג"א. אחר זמן רב עברתי מעט על ענין הלז ונתיישבתי דבלא"ה אין ראיה מהרי"ף דא"י לקדש דבאמת מותר לקדש וכמ"ש למעלה וכן מצאתי כעת בשו"ת תה"ד סי' א' שהעיד שבק"ק קרעמז בימים הקדמונים הי' מתפללין בע"ש קראו את שמע בע"ש בעוד היום גדול כ"כ עד שהי' רב העיר שהיה מהקדמונים הגדולים הוא וכל טובי הקהל עמו הלכו לטייל אחר אכילה של סעודת שבת על שפת הנהר דונאי והי' חוזרין לבתיהם קודם הלילה ע"ש שכתב שמפני תשות כח שירדה לעולם אם הי' אוכלים קודם מנחה הי' שוהים ולא יבאו לבהכ"נ להתפלל ע"כ התירו להתפלל קודם הלילה הרבה ע"ש וא"כ מבואר דמותר לאכול ולקדש קודם הלילה דפשיטא דאסור לאכול סעודת שבת קודם קידוש לאחר שהתפלל ערבית וקיבל שבת וכ"כ בשו"ת רמ"ע מפאנו סי' ב' דמי שא"י לאכול כ"כ תיכף אחר תפלת ערבית בשבת ג"כ יוצא דמ"מ מקיימים זכרהו על היין בכניסתו כל זמן שאינו אוכל רק בקידוש ע"ש וא"כ אי אפשר לומר ששיטת הרי"ף יהיה דאסור לקדש בקיץ בעוד היום גדול ופשיטא דאין סברא לומר כן. אמנם ביאור דברי הרי"ף דבשלמא אם אדם מתפלל ערבית ומקדש בודאי ניכר קדושת שבת וזוכר השבת בכניסתו וגם זה מקרי קדושת שבת כל שקיבל קדושת שבת אף שעוד היום גדול אבל שם דמיירי דיתבי בסעודתא בע"ש והאריכו בה עד שחשכה כמו שפירש"י ורשב"ם שם וא"כ שוב אז לא היה ממתין עד שנגה במה יודע איפוא אם הוא לשם קדושת שבת

ולכך רצו להמתין עד שנגה היום ויהיה קדושת שבת חל מאיליה ויעקרו השלחן ויהיה ניכר שהוא לשם שבת וע"ז אמר להו דל"צ כיון דפורס מפה ומקדש הרי ניכר שהוא לשם קדושת השבת וא"כ שבת קבעה נפשה ולפ"ז לכך צריך שיהיה בשעת שנכנס קדושת שבת דהיינו בהשמ"ש להרי"ף או משתחשך ממש להרז"ה כדי שיהיה ניכר שהיא לשם קדושת השבת דאל"כ אף שפרס מפה ומקדש לא ניכר כ"כ שמשום שבת הוא עושה ויש לתמוה לכאורה בהא דקאמר דרחב"ש ותלמידי דרב דהוו יתבי בסעודתא והרי אסור לקבוע סעודה בע"ש ולשיטת הרמב"ם כפי הבנת ה"ה בדבריו בפ"ל משבת ה"ז בקביעות סעודה אף בסעודה שרגיל בחול אסור לקבוע מן המנחה ולמעלה ומכ"ש סעודה שאינו רגיל בחול דאסור כל היום ולשיטת הטור סי' רמ"ט גם קודם המנחה אסור ולא מפליג בין סעודה הרגיל בחול או לא ועיין בט"ז שם וצ"ל דהיה בלא משתה והי' קובעין קודם המנחה רק שנתארך אח"כ. ולכאורה רציתי לומר דהא דאסור לקבוע סעודה מן המנחה ולמעלה בע"ש הוא כמ"ש הרמב"ם הטעם כדי שיכנס לשבת כשהוא מתאוה לאכול וביאור הענין דהרי אנן קי"ל דאין קידוש אלא במקום סעודה ומטעם דכתיב וקראת לשבת עונג ועיין בפסחים דף ק"א ולפ"ז באמת כשהיה אוכל ושותה קודם שחשיכה ולא היה מתאוה לאכול שוב לא היה יכול לקיים קידוש במקום סעודה ואף דהתוס' כתבו בפסחים דף ק' ד"ה ר' יוסי דחשיב קידוש במקום סעודה דמיד אחר הסעודה עושין קידוש באמת שזו סברא דחוקה כמ"ש הרא"ש בדף ק"ב גבי בני חבורה שהיו מסובין וקדש עליהם היום דלא מסתבר לומר כן וא"כ הי' צריכין לאכול אכילה גסה כדי שיהיה קידוש במקום סעודה ולכך אסור לקבוע סעודה דעונג קריא רחמנא וצריך שיהיה מתאוה לאכול ולפ"ז שם דהוו תלמידי דרב ורב ס"ל בדף ק"א דידי קידוש יצאו ולא ס"ל להך דאין קידוש אלא במקום סעודה ומסתמא תלמידי דרב כרב רבם ס"ל ולכך לא חשו וישבו בסעודה ודו"ק ובזה יש לומר דלכך אמר חזי אי נגה יומא דבאמת כ"ז שלא קדש היום היה אסור לקדש דל"ל למהר כל כך דלמא אדהכי והכי יתעכל המזון ויוכלו לקדש ולאכול לכבוד שבת אבל כל שכבר קידש היום היה ס"ל דאסור לאכול אף שהתחילו בהיתר וצריך עקירת שלחן וע"ז אמר להו דדי בפריסת מפה ומקדש ועכ"פ אין מדברי הרי"ף שום ראיה ובאמת לדידן מותר לקדש קודם הלילה ואוכל ודו"ק. עוד היה נראה לי דבר חדש דלפי מה שרצו לומר בסוכה דף נ"ו דרב ס"ל כב"ש דס"ל דמקדש על היום ואח"כ מברך על היין ואף דדחי לה דמצי למסבר כב"ה ומטעם שהיין גורם לקידוש שתאמר היינו דמצי למסבר כב"ה אבל לא מטעמייהו ועיין תוס' שם ועכ"פ כב"ש מסתבר טפי דרב ס"ל כוותייהו ולפ"ז שפיר אמרו תלמידי דרב פוק חזי אי נגה

היום כיון דבעי לקדש על היום ואח"כ מברך על היין וא"כ ע"כ מטעם שהיום גורם ליין שיבא וכבר קידש היום ועדיין יין לא בא וא"כ שוב ע"כ צריך שיהיה בשקדש היום דאל"כ עדיין לא חל קדושת השבת וברכת היין קודם וא"כ אין ראיה מתלמידי דרב. איברא דלכאורה כאן לא צריך כלל לברך בפה"ג כמ"ש הרא"ש וכן קיי"ל בסי' ער"א ס"ד דאם הי' שותים יין א"צ לברך בפה"ג כשעושים קידוש דאינו הפסק לענין בפה"ג וא"כ שוב ליתא למ"ש. אמנם נראה מלבד דיש לומר דיתבי בסעודה בלי משתה וקצת משמע כן דעם משתה אסור לקבוע סעודה בע"ש וכמ"ש למעלה ועיין ט"ז סי' רמ"ט אף גם דכל שאמרו פוק חזי אם נגה יומא נפסיק ונקבעי' לשבתא וא"כ פשיטא דהי' צריכין לברך בפה"ג וכמבואר שם ס"ה ועיין ט"ז ומ"א מ"ש בשם הכ"מ דבכה"ג ודאי צריך לברך וא"כ שוב שפיר הקפיד דוקא כשנגה היום ובזה יש להאריך בדברי הרמב"ם והראב"ד פ"ד מברכות ה"א ואכ"מ.

ג אחר שכתבתי כ"ז נזכרתי שיש ספר ביאור מרדכי מהגאון מוהר"מ בנעט זצ"ל על המרדכי בע"פ ועיינתי שם וראיתי באות ע"ט שם הביא דברי הש"ג הנ"ל ותמה עליהם ג"כ דאיך אפשר שאסור לקדש קודם הלילה והביא ש"ס דברכות דף כ"ז דמתפלל של שבת בע"ש ונדחק בכוונת הש"ג ע"ש. ולפענ"ד דברי הש"ג תמוהים מאד ומהרי"ף אין ראיה וכמ"ש והגאון לא הרגיש כלל לא דבר ולא חצי דבר זולת במה שרמזתי לעיל מתוס' עירובין דף למ"ד ע"ב ד"ה ולפרוש ע"ש ואין הזמן גורם לעיין בדבריו. שוב מצאתי שאהבה נפשי בדברי ש"ב הגאון המצל"ח שהרגיש ג"כ בדברי הרי"ף דמשמע דאסור לקדש קודם הלילה וע"ז תמה דלמה לא יהיה רשאי לקדש והביא דברי הש"ע סי' ער"ז ולא הרגיש כלל בדברי הש"ע סי' ער"א וכתב לחלק כיון שישבו כבר בסעודה לכך אסור והיא כעין מ"ש למעלה ועד בשחק נאמן שכבר זכיתי בה תחלה טרם רואי בדבריו ושמחתי מאד שזכיתי לכוין בהעברה בעלמא לדברי הצל"ח והוספתי דברים רבים. והנה הרמב"ם פ"ד דברכות כתב דאם אמרו בואו ונקדש וחזרו ושתו אעפ"י שאינם רשאים צריכין לחזור ולברך אבל אם אמרו בואו ונבדיל מותרין לשתות והראב"ד כתב דשבת קובעת אעפ"י שלא אמרו בואו ונקדש ובהבדלה כל שאמרו בואו ונבדיל אסורין לשתות ועיין כ"מ מ"ש בזה ובט"ז סימן ער"א ס"ק ה' כתב לפרש פלוגתתם. ולפענ"ד נראה דסברת הראב"ד היא דבשלמא לענין עיולי שבתא דתלוי בשבת עצמו שמשנכנס אף אם לא יקדשוהו הוא מוקדש וקאי א"כ לכך ל"צ לומר בואו ונקדש משא"כ בהבדלה דאם לא הי' מבדיל הי' עדן חל עליו קדושת שבת ולכך באמר בואו ונבדיל הוא דאסורין לחזור ולשתות משא"כ בלא אמר דאז ממילא קדושת שבת עליו ועיין בלבוש סי' רס"ג הובא

בט"ז שם בסוף הסימן בתשובה שם אבל הרמב"ם ס"ל דניהו דהשבת קדוש וקיימא היינו לענין עשיית מלאכה וכדומה אבל במה דצריך לקדש השבת על היין או בתפלה וכדומה זהו לא מועיל עד דאמר ובהבדלה ל"מ אף אמירה ודוק. ובאמת מה דאמרו דזכרהו על היין בכניסתו ולרש"י אף על היין הוא מן התורה ולהתוס' וכל הפוסקים רק גוף הזכירה מן התורה. לכאורה צריך ביאור למה צריך לקדושי כלל הא הוא מקודש ועומד. ולפענ"ד נראה דהדבר דומה לבכור דקדוש מרחם ואפ"ה בעי לקדשו ואף דנחלקו בזה בערכין דף כ"ט ועיין בטוש"ע יו"ד סימן ש"ו מכל מקום שבת דקדושתו חמורה מאד וחביבה הזהירה התורה דלא די במה שמקודשת ועומדת רק שצריך לקדש בפה.

ד ויש להמתיק הדברים עפ"י מה דאמרו במדרש מעולם לא זזה שכינה מישראל אפילו בשבת של חול והביא הפר"ד שיש לפרש לפי ששבת אינו ברגע אחת בכל האקלימים וכבר האריכו בזה הקדמונים ועיין ברז"ה פ"ק דר"ה מתי תור השבת וע"כ אמר שבכל מקום שהוא שבת לא זזה השכינה אף בשבת של חול שבאמת עדן חול במדינה אחרת ע"ש ולפ"ז שפיר צריכין ישראל לקדשו.

ה ובזה פירשתי מה שכתב הטור סי' רס"ז שאין לומר בשבת שומר עמו ישראל שהשבת הוא השומר והקשו האחרונים דא"כ אמאי אומרים ושמור צאתינו ובואינו לחיים ולשלום ועיין בט"ז שם. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא כל המקומות שווים וא"כ אולי עדן חול וצריך שמירה ולכך אנו מבקשים ושמור צאתינו ובואינו שהשכינה לא זזה מישראל אף בשבת של חול וא"כ הקב"ה צריך שישמור אותנו אבל שומר עמו ישראל שקאי על כללות ישראל ובכלל יש שהוא באמת שבת להם וע"כ אין לומר שומר עמו ישראל ודוק. ועכ"פ נתבאר שצריך לקדש את השבת ודוק. והנה הע"ש כתב ס"ק יו"ד דבאמירה צריך לברך על כוס של קידוש והמג"א תמה עליו דא"כ למה כתב הרמב"ם דצריכין לברך בשתיה הול"ל דאף בקידוש צריך לברך וגם למה לא תירץ הכ"מ דזה הבדל שבין אמירה ללא אמר ע"ש. ולפענ"ד נראה דבאמת כל שאמר הב ונקדש וקדשו תיכף זה לא מסתבר כלל דיצטרך לברך וכמ"ש המ"א דלא הסיחו דעתם שהרי אמרו הב ונקדש וקדשו והע"ש מיירי שאמרו הב ונקדש ולא קדשו ועברו ושתו בלא קידוש וברכו בפה"ג דאז גם שקדשו אח"כ מכל מקום צריך לברך שהרי כבר הסיחו דעתם במה שאמרו הב ונקדש ולא קדשו וברכו בפה"ג שנית דאין לך היסח הדעת גדול מזה וז"ב כשמש לפע"ד:

ו והנה על דברת התה"ד הנ"ל סי' א' שנהגו בקרעמז להתפלל ולאכול בע"ש בעוד היום גדול אני תמה דהרי מבואר באו"ח סימן רס"ט שבליל שבת עכ"פ גמר אכילה צריך

שיהיה בלילה ועיין ט"ז סי' תע"ב ס"ק א' ומ"ש הט"ז סי' רצ"א ס"ק ו' כיון דתוספת שבת דאורייתא מותר לגמור קודם לילה צ"ע דסותר דברי המהר"ל פראג שהביא בסימן תע"ב ס"ק א' הנ"ל דאף דמוסיפין מחול על הקדש מכל מקום צריך שיהיה הגמר בלילה ועיין תוס' פסחים דף צ"ט ע"ב ד"ה עד שתחשך ודוק היטב. שוב ראיתי במג"א סי' רס"ז ס"ק א' שהרגיש בכ"ז ונהניתי מאד ולפענ"ד טעמן של הגדולים שהנהיגו כן בקרעמז בשבת הוא כדי שיהיו נזהרים מלעשות מלאכה בתוספת שבת שע"י שקדשו מבעוד יום ואכלו עכ"פ היו נזהרין בתוספת שבת מיהו צ"ע דבברכות דף ב' אמרו מאימתי קורין שמע בערבין משעה שבני אדם נכנסין לאכול פתן בע"ש ע"ש משמע דעכ"פ לא קודם הלילה הרבה ועיין ברש"י בדף ג' בד"ה קשיא דלפי המסקנא שיעור בני אדם אוכלין בע"ש הוא מאוחר משל כהן ועיין מג"א סי' ער"א סק"א ודברי הר"ן פרק ע"פ בהא דאמר פוק חזי אי נגה יומא שהבאתי לעיל הלא מראש צ"ע דכתב דבני אדם מסובין משמע דהוא קודם צאת הככבים כדמוכח בריש ברכות וצ"ע דלפי המסקנא הוא שיעור מאוחר כמ"ש רש"י ועכ"פ על התה"ד קשה וצ"ל דבאמת מצד הדין הוא מאוחר הרבה רק שירדה תשות לעולם וע"כ התירו הגדולים כמ"ש בתה"ד שם ועכ"פ מצד הדין אינו נכון שיגמור קודם הלילה וע"כ במה שנהגו בק"ק ווירמיזא כשחל ר"ח סיון בערב שבת שאוכלין קודם הלילה הרבה והשבות יעקב צווח על מנהגם והפ"י בליקוטים על ברכות החזיק על ידם יש לראות שיאכלו עכ"פ בלילה ג"כ ודוק היטב ועיין בתוס' ריש ברכות ובמרדכי משמע דמשעה שבני אדם אוכלין פתם בע"ש הוא קודם הלילה משעה שקידש היום דלא כמ"ש רש"י בזה וצ"ע.

ז והנה בהך דאמרו דשבת קובע למעשר וקובע לקידוש יש להסתפק אם יו"ט ג"כ קובע למעשר ולקידוש והנה לענין מעשר ראיתי בצל"ח בביצה דף ל"ה גבי הא דאמרי מאי אריא שבת אפילו חול נמי שעמד על מדוכה זו אי יו"ט קובע. והנה מ"ש הוא בטעם הדבר דבשבת כתיב עונג וביו"ט לא כתיב עונג רק שמחה כתבתי בגליון הצל"ח שם דבהרמב"ם פ"י מיו"ט ובטוש"ע או"ח סי' תקכ"ט מבואר דגם ביו"ט חייב לענגו ולכבדו ועיין תוס' יבמות דף צ"ג ד"ה אלא ובגיטין דף ל"א ד"ה המניח ועיין מלמ"ל פ"ג מתרומות הט"ז ודוק ובגליון הארכתי יותר. והנה בשעה"מ פ"ה ממעשר הכ"ב מצאתי שהביא כמ"ש הצל"ח בשם המאירי יעו"ש אבל הוא הסכים שאף יום טוב קובע למעשר ובימי נעורי הארכתי בזה. וכעת נראה דבר חדש דזה יהיה תלוי אי חייב לאכול ביו"ט או לא דלר"א דס"ל דהוא רשות פשיטא דיו"ט אינו קובע אבל לר"י וכן קי"ל דבעי חציו לכם אם כן יו"ט גם כן קובע ולפ"ז בשבת דאמרו בפסחים דף ס"ח דהכל מודים דבעי נמי לכם

מ"ט דכתיב וקראת לשבת עונג ולכך בשבת ודאי קובע. ובזה נדחה קושית הצל"ח דלמה נקט ר"א שבת דיש לדחות דמשום שבת הוא דנקבע ולא בי"ט ולא נקט יו"ט ולפמ"ש אתי שפיר דלר"א דס"ל דיו"ט רשות אין לטעות כלל ורק לדידן שוה יו"ט לשבת. ובזה ניחא קושית הצל"ח שם מה שהביא רבי המשנה במס' ביצה דהא דוקא בשבת הדין כן ולפמ"ש אתי שפיר דלדידן אף בי"ט קובע ומיושב קושית הצל"ח ויש ליישב דגם המאירי קאי דוקא אליבא דר"א אבל לדידן גם יו"ט קובע ובזה נראה לפענ"ד דבסוכה דס"ל לר"א דמחויב לאכול י"ד סעודות ואף למה שחזר בו ר"א לפירוש התוס' היינו שחזר בו מה שצריך סוכה אבל י"ד סעודות בעי והיינו דמקרא נפיק דצריך לאכול וע"כ לא משום יו"ט דהא ר"א ס"ל דאכילה ביו"ט רשות וע"כ דהכתוב קבעו חובה שיהיה כמו איש בביתו ודרך בני אדם לאכול אף שבחול בודאי אינו רק רשות לכ"ע אפ"ה כיון שדרך בני אדם לאכול בעי שיעשה כן בסוכה א"ו כמ"ש התוס' בשם הירושלמי משום תשבו ולא משום מצות יו"ט ועיין שו"ת שאגת ארי' סי' ק"ב ולפ"ז בודאי קובע ובזה אני אומר מה דהביאו בשעה"מ הלכות סוכה ובטעם המלך שם דברי התניא ושבולי לקט סי' קי"א שדעתם דהא דאמרו אוכלין אכילת ארעי הוא דוקא בחוה"מ ולא בשבת ויו"ט זה אפילו לר"א דהא בעי לאכול בסוכה י"ד סעודות וכמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד מה דפריך הש"ס בסוכה כ"ז על הא דאר"א מי שלא אכל ביו"ט הראשון ישלים באחרון והא י"ד סעודות חייב לאכול בסוכה ומשני חזר בו ר"א ופירש"י דס"ל דאם רוצה להתענות מתענה רק דבליל יו"ט האחרון מחויב להשלים ותמהו המהרש"ל והמהרש"א דאכתי קשה דאיך ישלים בסוכה והא לרש"י עיקר הקושיא היה דא"א לאכול בסוכה.

ח ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש לומר דלא יאכל בסוכה רק דחייב לאכול י"ד סעודות וכמ"ש התוס' רק דלרש"י ק"ל דהא לר"א לא נתחייב לאכול ביו"ט ואם כן מכ"ש דלא חייב לאכול בחוה"מ וגם ביו"ט עצמו וע"כ דאם מחויב לאכול הוא מכח סוכה וא"כ שוב ע"כ עובר בב"ת וע"ז משני חזר בו ר"א ואם כן מה שמחויב לאכול בליל יו"ט ראשון שפיר יכול לאכול בלי סוכה ודוק היטב:

ט ובזה מיושב היטב מה שאמר ר"א י"ד סעודות והקשה המ"א דהא ביו"ט חייב ג"ס והא"ר הקשה דהא ע"כ יש שבת בנתים ושבת ודאי חייב בג"ס ולפמ"ש אתי שפיר דלר"א דאינו חייב מצד יו"ט דהא יו"ט רשות רק מצד מצות סוכה וא"כ עכ"פ לא הוה רק כדרך שדר עם ב"ב בחול וליכא רק ב' סעודות ואף בשבת דבעי לכם משום עונג די ג"כ בב' סעודות ולא שלשה וז"ב ודו"ק ובשו"ת תשובה מאהבה ח"א סי' צ"ו ראיתי שבנה בנינים ודעתו דלר"א דס"ל דאכילה ביו"ט רשות גם בסוכה אינו קובע ולפענ"ד דבסוכה ר"א

מודה דהרי ר"א אמר בעצמו די"ד סעודות חייב לאכול בסוכה ודוק היטב. ודרך אגב אזכור מה דהקשה אותי תלמידי המופלג מוה' גרשון קארציר נ"י ביום ג' סליחות תרי"ז במה שהקשו התוס' פסחים דף ק"ב ד"ה מניחו דלשון הנכנס לביתו לא משמע כן וע"ז הקשה דטפי היה להם להקשות דהרי ר' יהודה ס"ל בדף ק"ג שם דמברך על המזון בתחלה ופירש"י משום דאין מעבירין על המצות וא"כ כל שאכל מבע"י שוב שייך לברך על המזון דהוא שעת החיוב על אכילתו וא"כ שוב שייך חביבה מצוה בשעתה כדאמרו בדף ק"ה ע"ב שם ולק"מ דע"כ לא מקרי חביבה מצוה בשעתה רק הבדלה שהזמן מיוחד דוקא במ"ש משא"כ בהמ"ז דבכל עת שיאכל הוה שעתי' ולא שייך חביבה מצוה בשעתה כלל ודוק כי זה ברור ופשוט. והנה חביבא מצוה בשעתה דוחה גם ענין מעבירין על המצות וכמ"ש בתשובה אחרת ואכ"מ גם מה שהקשה דלהס"ד דלא ידענו לחלק בין אפוקי לעיולי אמאי לא הקשה דר"י אדר"י דר"י ס"ל דמקדש על הראשון ואח"כ מברך על השני ולק"מ דשם מיירי באמצע סעודתו כמ"ש רשב"ם רק דאסור לאכול עד שיקדש אבל כאן מיירי בגמר סעודה:

סימן רב

א לחכם אחד.

ב מה שהבאת קושיא שראית בספר לוית חן על התורה פרשת ויקרא על מ"ש התוס' במנחות דף ט' ד"ה מדכהונה לא בעי שהקשו דא"כ גבי שחיטה דלאו עבודה היא ולא בעי כהונה גם פנים לא לבעי וכתב דמשום קבלה בעי פנים וע"ז הקשה דאם כן מקבל בחוץ דפטור א"כ למה חייב שוחט בחוץ ובקשת ליישב לך. לפענ"ד אין התחלה לקושיא דכיון שהתורה הצריכה בשחיטה פנים יהיה מאיזה טעם שיהי' עכ"פ בעי פנים ממילא חייב שוחט בחוץ ובלא"ה לא ידעתי אטו אנן ניקו ונדרוש טעמי דקראי והרי התורה חייבה בהדיא שוחט בחוץ וע"כ לא הקשו התוס' רק דזה לאו כללא היא דכל דלא בעי כהונה לא בעי פנים דחזינן דזה לא בעי כהונה ובעי פנים וע"ז כתבו דהוא משום קבלה אבל לא להוציא מזה דינים חדשים ולשנות הדין בשביל זה חלילה לנו. וע"ד הפלפול נראה דהנה בהא דאמר שחיטה לאו עבודה היא פירש"י משום דבזר כשרה והתוס' בזבחים דף י"ד וביומא דף מ"ב כתבו משום דשוה בחולין ובקדשים ולא מטעם קדשים אתי והנה קשה לפענ"ד דהא מתעסק בקדשים פסול וכדאמרו בחולין דף י"ג ועיין בתוס' שם ובחולין כשר דשחיטה לא בעי כוונה וא"כ לא שוה בחולין כקדשים וא"כ לא מקרי עבודה וצ"ל ביאור הדבר דעכ"פ ענין השחיטה שוה בשתיהם ומה שצריך כוונה היא משום שהוא קדשים ויעשה אח"כ לשם קדשים אם כן בעי כוונה ומעתה לכך

בעי פנים דניהו בענין השחיטה שוה בשתיהם אבל באמת בעי כוונה לשחיטה והיינו משום הקבלה ואילך דצריך לעשותה בפנים ואם כן צריך לכוין לשם קדשים. ומעתה הדבר נכון דבאמת גוף השחיטה היא לשם קדשים שהרי צריך כוונה ורק דמה דכשר בזר הוא דגוף השחיטה צריך גם לחולין ואין בעצמותה ענין תוס' לקדשים אבל פנים בעי משעת הקבלה ואילך והיינו דהא נקרב לשם קרבן וז"ב בכוונת התוספת לדעתי ודוק היטב. שוב מצאתי בסוף ספר תורת גיטין לשארי הגאון מליסא זלה"ה שהביא בסוף הספר בשם אביו הרב ז"ל תירוץ על קושיא הלז וגם דבריו רחוקים כמו שיראה המעיין אבל מה שהקשה שם דהא בעי פנים דהרי סכין מקדש לדם כדאמרו במנחות דף ט"ז ע"ב והרי אין מקדש אלא בעזרה כדאמרו בזבחים דף פ"ז וגם האימורין נפסלין ביוצא לאחר שנשחטו כדאמרו במנחות דף פ"ט וא"כ לכך בעי פנים ולפענ"ד ל"ק דזה דוקא אם בעי פנים הרי הסכין מקדש לדם והאימורין נפסלין ביוצא אבל אם לא הי' בפנים באמת לא היה הסכין מקדש להדם ובאמת היה הקבלה מקדש להדם או שהצואר הי' מקדש לאחר השחיטה ולזה תירצו דבשביל הקבלה צריך שחיטה בפנים ולפ"ז יש לומר דכל שצריך שחיטה בפנים ממילא כל ששחט בחוץ חייב דבאמת צריך שהסכין יקדש הדם והאמורים נפסלין ביוצא ולכך בעי פנים ודוק. ובלא"ה תמה אני ולפענ"ד אין התחלה לקושיא דזה ודאי מה דהקשו בתוס' דלא לבעי פנים היינו דאף אם שחטו שלא בפנים באמת לשם זבח הי' לו להכשיר דהרי מתעסק בקדשים פסול ורק דיכול לשחטו לשם זבח ולא צריך פנים וכמו דבלל בחוץ אף דנתכוין באמת לבללו לשם מנחה אבל אם נימא דנפסל שחיטה בחוץ פשיטא דאין סברא לומר דלא לבעי פנים דהרי כל דנפסל לזבח ממילא אי אפשר לשחטו בחוץ ולפ"ז כל דבעי פנים בשביל הקבלה אבל עכ"פ נפסל אם לא שחטו בפנים א"כ כששוחטו בודאי אינו שוחטו לשם זבח רק לשם חולין ופשיטא דבכה"ג חייבה התורה שחוטי חוץ וז"ב:

ג והנה לכאורה תמהתי על קושית התוס' דלמה שחיטה בעי פנים ומה קושיא הא הר"א ממיץ בספר יראים סי' ש"צ כ' להקשות דלר"ל דס"ל אינה לשחיטה אלא בסוף איסור שחוטי חוץ היכא משכחת לה הא קודם גמר שחיטה נעשה בעל מום וכתב כיון דדרך הכשר קעביד לא נקרא מום דכל מום קדשים מפסח ועור גמרינן שאין דרך הכשר הלכך כל כמה דיקרב סוף שחיטה לא מקרי מום להדחות מפתח אהל מועד עכ"ל וביאור הדבר דעד סוף שחיטה אם היה שוחטה חוץ למקדש והיה גומרה במקדש היה כשר ע"כ הוה מהכשר שחיטה ואינו נקרא בע"מ ולפ"ז יקשה מה מקשו התוס' דע"כ מוכרח להיות השחיטה מבפנים דאל"כ היה נעשה בע"מ דבסוף השחיטה ודאי נעשה בע"מ

ואינה ראוי' להקריבה פתח אהל מועד ושם אזלי התוס' אליבא דר"ל דסבר דאינה לשחיטה עד לבסוף וגם לר"י דס"ל ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף ג"כ קשה דכל היכא דגמר לשחיטה מבחוץ כ"ע מודו דאינה מקרי שחיטה והו"ל כמו נתקלקלה בשחיטה וכדאמרו בחולין דף כ"ט ע"ב והיא קושיא לכאורה. אך אחר העיון ל"ק דאם נימא בעי פנים אם כן אינו נעשה בע"מ דזה הוא ענין שחיטה והכשר שחיטה היא ולא נקרא בע"מ וכמ"ש הרא"מ ביראים וז"ב ופשוט וע"ז תירצו דבעי פנים בשביל קבלה. ובזה מיושב היטב קושיא הנ"ל דזה דוקא אם לא הי' בעי פנים אבל כל דגלתה התורה דשחיטה בעי פנים יהיה מאיזה טעם שיהי' שפיר חייב שחיטה בחוץ משום דנעשה בע"מ קודם גמר השחיטה ואינו ראוי לפתח אהל מועד דאף דקי"ל ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף כר"י מכל מקום כל דנתקלקלה בשחיטה לא מקרי שחיטה וא"כ ממילא בעי פנים בשביל השחיטה ואם כן חייב בשחוטי חוץ וא"ל דאדרבא כיון שאינו ראוי בפנים שוב הו"ל אינו ראוי לפתח אהל מועד ואינו חייב משום שחוטי חוץ דזה אינו דבהכי חייב רחמנא שחוטי חוץ ובזה מקרי שחוטי חוץ ועיין תוס' ב"ק דף ע"ב ע"א ודוק. וראיתי בספר נדפס מחדש מהגאון מוה' ברוך פרענקיל ז"ל האבד"ק לייפניק בדף כ"ה שהקשה דאמאי חייב בשחט בסימן אחד בחוץ כדאמרו בחולין דף כ"ט הא התוס' בב"ק הקשו בדף ע"ו דכל שחוטי חוץ היאך משכחת לה לר"ל דס"ל דקדשי מזבח לא בעי העמדה והערכה אם כן יכול לפדותו וכתבו דאינו נקרא מום כל שהוא לאחר מיתה ולפ"ז בשחט סימן אחד דאינו לאחר מיתה ונעשה מום כמ"ש הר"א ממיץ ואם כן יכול לפדותו וכאן לא שייך דהכשר שחיטה בכך דזה אינו דלאחר ששחט סימן אחד א"א שתכשר כלל להקריבו במזבח ע"ש. והנה קושיתו היא לשיטת התוס' דגם בבהמה חייב בשחט בסימן אחד בחוץ דלפירוש רש"י דקאי על עוף אין מקום לקושיא זו דבעוף ל"מ פדיון כדאמרו במנחות דף ק"א והכי קי"ל ולפענ"ד נראה דגם לשיטת התוס' ל"ק דבאמת כיון דראוי לפדותו כמ"ש התוס' שוב מקרי הכשר שחיטה דיכול לפדותו עדיין ולהקדישו אח"כ ולגמור השחיטה בפנים למ"ד אינה לשחיטה רק בסוף וז"ב. ולכאורה רציתי ליישב בזה קושית רש"י ותוס' בסוגיא דרבוצה דפריך הש"ס וכי שחיט סימן אחד אשחוטי חוץ לא לחייב דמחתך בעפר בעלמא והקשו רש"י ותוס' דהא כבר שחט סימן אחד וחייב על שחוטי חוץ. ולפמ"ש אתי שפיר דכאן דשחט לע"ז והו"ל כמחתך בעפר ול"מ שחיטה אח"כ ושוב יכול לפדותו דכבר נעשה בע"מ וכנ"ל ואף דשם בחטאת עוף קיימינן למסקנא אך בחטאת העוף בלא"ה אתי שפיר דכלהו בהדי הדדי קאתיין. אך לפ"ז יקשה הא דמקשה א"ה מאי אריא חטאת לתני זבח והא בזבח דבהמה לא שייך שחוטי חוץ דיכול לפדותו

כקושית הגאון הנ"ל ולא שייך לומר דכיון דיכול לפדותו שוב לא נעשה בע"מ דזה אינו דהא באמת הוה מחתך בעפר בעלמא משא"כ בחטאת העוף דלא שייך בע"מ דתמות וזכרות לא נהגו בעוף וגם פדיון לא שייך ואף אם נימא דס"ל ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף ולא נעשה בע"מ אך זה אינו דכאן כל דהגמר הוה לע"ז נתקלקלה בשחיטה ובכה"ג ודאי נעשה בע"מ והיא קושיא נפלאה. אך י"ל דכיון דמוקי באומר בגמר זביחה הוא עובדה א"כ עד כלות השחיטה היא בהמה כשרה ולא נתקלקלה בשחיטה והוה דרך הכשרה ובאמת יכול לחזור בו בעוד שלא גמרה ולא נעשה בע"מ וחייב משום שחוטי חוץ ובזה יש ליישב לשון א"ה שנתקשו בו רש"י ותוס' שם ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דאין אדם אוסר דבר שא"ש רק במעשה רבה א"כ עכ"פ ודאי נתקלקלה בשחיטה מקרי דבאמת הוא עובד ע"ז ובגמר שחיטה נעשה בע"מ וקלקול בשחיטה מקרי משא"כ אם נאמר בגמר זביחה עובדה א"כ טרם כלות השחיטה שחיטה כשרה הוה וז"ב ודוק היטב כי יש להאריך שם בסוגיא:

ד והנה מן האמור בכאן הי' נראה לפענ"ד דבר חדש בהא דאמרו בכריתות דף ח"י השוחט אשם תלוי בחוץ ר"מ מחייב וחכמים פוטרין והקשו בתוס' דאמאי פטרו חכמים הא חכמים ור"מ ס"ל דירעה עד שיסתאב ואם כן הוה הקדש וכתבו דלא היינו אותן חכמים ע"ש. אמנם לפמ"ש באמת כבר כתבתי דשוחט בחוץ מהראוי לפטור דהא עיקר השחיטה בשביל קבלה בעי פנים והרי מקבל בחוץ פטור וכמ"ש בלוית חן. אך באמת לכל התירוצים שכתבתי אין מקום לקושיא זו דעכ"פ כיון דבעי פנים בשחיטה יהיה מאיזה טעם שיהי' עכ"פ בעי פנים ולכך כל ששחטו בחוץ חייב ולפ"ז זהו בכל הקרבנות אבל באשם תלוי דאם יתוודע אף לאחר השחיטה שלא חטא השחיטה פסולה ואם כן היאך אפשר לחייב על השחיטה דהא כל עיקרו של שחיטה הוא משום הקבלה ואל"ה לא בעי פנים כמ"ש התוס' בהדיא וכיון דכאן יש ספק שמא לא תגיע לידי קבלה ויהיה אסור לקבלה ואם כן שוב אינו מהראוי לחייב על השחיטה בחוץ וז"ב בסברא. ואם חומה היא הבא נבא לבאר דברי הראב"ד פח"י מקרבנות הלכה י' שכתב על דברת הרמב"ם דאשם תלוי וחטאת העוף הבא על הספק שהקריבן בחוץ פטור שהרי לא נקבע האיסור והראב"ד תמה דהרי בתוספתא מפרש דחייב בהקריבה בחוץ והדברים תמוהים בזה כמ"ש הכ"מ שש"ס ערוך הוא בכריתות דהשוחט בחוץ אשם תלוי דפטור שלא נקבע האיסור ועיין בשו"ת זקני הגאון החי"ץ ז"ל סי' קס"ג שהפליא בכוונת הראב"ד וכאיש גבורתו שכוון האמת וגם אני בתשובה אחת דרכתי בעקבותיו ולפמ"ש כעת אתי שפיר דלפמ"ש זהו לענין השחיטה דלא בעי פנים רק בשביל קבלה אבל בהקרבה של

הדם והאימורים א"כ למה לא יתחייב משום שהקריב בחוץ וז"ב כשמש. אמנם בגוף דברי הרמב"ם הנה השגת הראב"ד גדולה וחזקה כמ"ש זקני הגאון ז"ל דשאני בין זריקה והקטרה לשחיטה כמו שהאריך שם ובאמת שכל המעיין ישר הולך יראה כי דבריו נעמו אבל אני תמה על עצמי דדברי הרמב"ם נכונים שהרי באותה הלכה סיים וכל קרבן שפטור על שחיטתו בחוץ כך פטור על העלאתו ואם כן כיון שעל השחיטה מבואר בכריתות דפטור ובזה מודה אא"ז הח"צ דפטור וא"כ גם על הזריקה והקטרה פטור דהא לא נתחייב על השחיטה וא"כ יפה כתב רבינו כיון דעל השחיטה מבואר בכריתות דפטור ושוב פטור על ההעלאה ויפה תמה הכ"מ דהוא ש"ס ערוך והיינו דכיון דמבואר בש"ס דפטור על השחיטה ממילא פטור על העלאה והראב"ד אולי סובר דגם על השחיטה חייב וכמ"ש הח"צ שם דיש לומר דס"ל כמ"ש התוס' דלאו היינו אותן חכמים דאמרו דירעה עד שיסתאב וא"כ עכ"פ הרמב"ם דס"ל דעל השחיטה פטור גם על העלאה פטור ובא וראה כמה יקרו דברי רבינו שבאותה הלכה העתיק הדין דכל דפטור על השחיטה פטור על העלאה ואין לו מקום לשם דהי' לו להביא אחר גמרו דיני שחוטי חוץ כלם ולפמ"ש בא לבאר דברים שלא יקשה קושית הראב"ד ומאוד נפלאתי על זקני הגאון שלא הרגיש בזה שכתב רבינו באותה הלכה הן אמת דאינו מבואר הדבר בפירוש רק דלמדו ממ"ש רש"י במשנה דהמולק את העוף וכמ"ש הכ"מ וכוונתו לרש"י דף קי"א ע"ב במשנה ד"ה שחט בחוץ ודוק היטב. ודרך אגב ארשום מה שחידשתי בט"ו שבט תרכ"ו ד' יתרו בהא דאמרו שחיטה לאו עבודה היא ועיין תוס' יומא דף מ"ב ובזבחים דף י"ד כל הפירושים בזה ולפענ"ד נראה עפ"י מה שמצאתי ברמב"ן על התורה פ' יתרו בפסוק לא תבנה אתהן גזית האריך שם שברזל היה אסור להיות במקדש ובבית עולמים וכתב שבבית עולמים לא נעשה שום ברזל זולת הסכינים כי השחיטה אינה עבודה יעו"ש ואני אומר הרי זה בא ללמד ונמצא למד דמה"ט אמרו השחיטה לאו עבודה דהרי סכין עשוי מברזל ואם הי' עבודה לא יכשר בה ברזל וזה דבר חדש איברא דאין ראיה דהרי מותר לשחוט בצור ובזכוכית ובקרומות של קנה וא"כ שוב לא יהי' ברזל ואפ"ה יכול לשחוט בו. מיהו לפמ"ש הב"ח ביו"ד סימן וא"ו דמתכת הוא המובחר ולכתחלה אין שוחטין רק במתכת אם כן יש ראיה דשחיטה לאו עבודה דבקדשים ודאי מצוה מן המובחר במתכת והתב"ש דחה דבריו ולפמ"ש יש ראיה לדברי הב"ח ומתכת בודאי ברזל הוא דנחשת וכדומה בודאי אינו ראוי לשחיטה כמו ברזל כנלפענ"ד דבר חדש:

סימן רג

א לרב מופלג אחד בענין שיעור כזית איסור ברוטב.

ב הנה זה שנים רבות נסתפקתי איך משערין כזית רוטב איסור ומקום הספק הוא לפמ"ש הרא"ה דכשמשערין ברוטב משערין לכזית ביצה ומחצה של רוטב שכן שיעורו שאם יקרוש יעמוד על כזית והרשב"א במשמרת הבית והר"ן בחולין פג"ה דחו דבריו דכמות שהוא משערין שאין לך בנו"ט יותר מששים אף ברוטב ע"ש ולפ"ז זהו כשאנו דנין אם צריך ביטול ע"י הרוטב לבטל האיסור בזה צדקו דברי הרשב"א והר"ן דעכ"פ מתפשט האיסור ונתבטל ברוטב הצלול בששים אבל אם הרוטב איסור ויש כאן כזית איסור איך משערין לענין מלקות בזה יש להסתפק דיש לומר דכל דאין בו כזית לכשיקרש לא מקרי כזית ובזה גם הרשב"א והר"ן מודים ולכאורה היה נראה לי דכ"מ דמשערין בכזית והיינו משום דנדון כמו אכילה א"כ כל שיש בו כזית מה בכך לכשיקרוש לא יהיה בו כזית סוף סוף הרי יש בו כזית לענין אוכל אבל אם דין משקה יש לו שוב צריך ביצה ומחצה דבמשקה משערינן כך. ויש להמתיק הדבר דהמעיין בריש פרק המוציא ימצא דזה שיעור רביעית והרי במשקה שיערו ברביעית ורביעית הוה השיעור כל שיקרוש ויעמוד על כזית ולכאורה קשה טובא דלפ"ז מה פריך הש"ס בחולין דף ק"ח ע"ב על הא דאמר חצי זית חלב וחצי זית בשר דלוקה על אכילתו ואינו לוקה על בישולו ופריך ממנ"פ אי מצטרפין אפילו אבישול נמי ללקי ואי אין מצטרפין על אכילה נמי לא ללקי ונדחק הש"ס דבא מיורה גדולה ומה קושיא דלמא מיירי חצי זית חלב ממש ולכשיקרוש לא יהי' חצי זית ולכך כשאנו דנין בשביל אכילת בשר בחלב אם כן הוה אוכל ואוכל שפיר מצטרף דשוה בשיעורין וכבר כתבו התוס' בזבחים דף ק"ט ע"א דכל דשוה בשיעורי' מצטרפין אבל אם אינו שוה בשיעורי' לא מצטרף ועיין מג"א סי' ר"י ולפ"ז לענין אכילה שפיר מצטרפי משא"כ לענין בישול דאינו שוה בשיעורי' אינו מצטרף אף דיש בו חצי זית אף לכשיקרוש דהא אינם שווים בשיעורין ומכ"ש אם נימא דאין בו חצי זית לכשיקרוש דודאי אינו לוקה על הבישול משא"כ על אכילה והיא קושיא גדולה ונפלאה וצ"ל כיון דהוציאה התורה האכילה של בב"ח בלשון בישול א"כ גם הבישול דין אכילה יש לו ומצטרף וצ"ע. ועכ"פ יש ליישב בזה קושית הכו"פ סי' צ"ב בהא דפריך הש"ס שם ואס"ד גדי אסרה תורה ולא חלב אאכילה אמאי לוקה חצי שיעור היא והקשה הוא דלפמ"ש ר"ת דכל דיש כזית בכאכ"פ ההיתר נהפך לאיסור וא"כ לכך לוקה דגם החלב המותר נהפך לאיסור ובפרט למה דמוקי לבא מיורה גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת במשקה בעינן שיהיה לכשיקרש יעמוד על כזית רק דכבר כתבתי דכאן בב"ח דין אוכל יש לו וכל שיש חצי זית כמות שהוא משערין דעכ"פ אוכל איסור. ומעתה זה דוקא כל שהחלב ג"כ אסור אבל אם החלב מותר רק שהחלב המותר נהפך לאיסור עכ"פ אין לה רק דין

משקה האסורה שקבלה טעם איסור וא"כ שוב בעי לכשיקרוש יהי' בה חצי זית ושפיר פריך על אכילה אמאי לוקה וז"ב ועיין ברש"י במ"ש בחצי זית חלב דהכי משערינן והיא תמוה דמה בעי רש"י כאן בענין השיעור איך משערין ולפמ"ש יש ליישב דמזה מוכח דאין משערין לכשיקרש רק כמו שהוא לפנינו משערין דאל"כ א"א לשער ע"י כוס מלא משקין דכמו שהוא כעת לא די וצריך לכשיקרוש ודוק היטב כי היא ענין נפלא ת"ל. ובזה נראה לי ליישב דברי ה"ה בפ"ט ממ"א שכתב על דברת רבינו בהלכה א' וכן האוכל כזית משניהם מהבשר והחלב שנתבשלו כאחד לוקה ואעפ"י שלא בישל וכתב ה"ה ע"ז דאפילו רב מודה לענין אכילה ודבריו תמוהין דמה ראיה מרב הא רב מיירי בבא מיורה גדולה וא"כ רבינו דמיירי דלא נתבשל רק כחצי זית מזה ומזה אין ראיה מדברי רב וכבר תמה בזה הלח"מ שם ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר ראיית הה"מ דחצי זית שוה בחלב דהוא משקה כמו בחלב ומטעם דשניהם מין אוכל מקרי ושפיר הביא מרב דבאכילה מודה דמצטרפי וכמ"ש. שבתי וראיתי דאכתי אין ראיה מרב דהרי רב מיירי בבא מיורה גדולה וקבלה החלב טעם מכזית בשר וטעם כעיקר מן התורה בב"ח וא"כ כבר נעשה נבילה ושפיר חייב דהו"ל כזית שלם. אך יש לומר דבאמת אטו נבלע כל הבשר בהזית חלב רק דמשום דלא ידענו כמה נבלע צריך לשער בכלו אבל עכ"פ ללקות דבעי כזית שלם צריך להצטרף עם החצי זית בשר שנשאר כעת ושפיר ראיה דמצטרפין וז"ב. אברא דגוף דברי הש"ס תמוהין דמיירי בבא מיורה גדולה דא"כ מה קמ"ל הא שפיר מצטרפין כיון דנאסר בכזית ועכשיו שלא נשאר רק חצי זית פשיטא דשם בב"ח עליו ונעשה גוף אחד ומצטרף ללקות דבהכי מיירי בב"ח ופשיטא דמצטרף וגם דא"כ אין חילוק בין בישול לאכילה ורש"י נדחק דלצדדין קתני. אך לפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה לכאורה ק"ל מה פריך הש"ס אי מצטרפי אבישול נמי ללקי ואי לא מצטרפי אאכילה נמי לא ללקי ומה קושיא דהא קי"ל דאין בישול אחד בישול כמו באיסור שבת ועיין כו"פ סי' פ"ז סקי"ג ולפ"ז דלמא מיירי כגון שנתבשל כבר ולכך על בישול אינו לוקה ועל אכילתו לוקה. אך זה אינו דא"כ מה אריא חצי זית דנקט הא אף בכזית מכל אחד כל שכבר נתבשל לא נאסר וז"ב ופשוט. אמנם עדיין יקשה דהנה יש להסתפק הא דאין בישול אחר בישול בב"ח איך הדין אם נתבשל אחד מהם לבד הבשר לבד או החלב לבד אי שייך בהם בישול אחר בישול ולא מצאתי גילוי כעת אך לפענ"ד נראה דשייך בזה בישול אחר בישול דאטו נודע מי האיסור ומי ההיתר ושניהם היתר ובהתחברם נאסר אם כן כל מי שלא נתבשל ונתבשל כעת נאסר בבישול ולוקה על הבישול. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה הכו"פ בהא דאמרו בחולין דף ק"ד גזירה שמא יעלה באלפס רותח וקשה

הא ע"כ לא יעלה באלפס דבר חי והרי כבר נתבשל ולא הוה איסור תורה ולפמ"ש אתי שפיר דהגבינה עוד לא נתבשל ויתבשל כעת וז"ב. ולפ"ז יקשה לוקי דמיירי בכה"ג דאחד נתבשל והשני לא נתבשל וא"כ כיון דהשני אינו רק חצי זית ולכך לא לקי על הבישול ועל אכילה לקי והיא קושיא נפלאה וצ"ל דזה באמת תירוץ הש"ס דבא מיורה גדולה והיינו דהבשר כבר הי' נתבשל ובא מיורה גדולה וא"כ לכך לא לקי על הבישול וטובא קמ"ל. ובזה מיושב קושית הכו"פ דשפיר פריך דאס"ד גדי ולא חלב אם כן ניהו דנעשה נבלה דבא מיורה גדולה הא אינו רק הבשר נתבשל ועוד לא נעשה נבלה וגם כיון דהחלב לא נאסר א"כ מה קמ"ל דאינו חייב בבישול הא בבשר לא שייך בישול והחלב לא נאסר רק הבשר ודוק כי קצרתי. ומדי דברי זכר אזכר מה שנסתפקתי בהא דאמרו בשבועות דף כ"ב ע"ב שבועה שלא אוכל ושתה דחייב ונסתפקתי כיון דשיעור אכילה להתחייב היא בכזית כמ"ש הרמב"ם פ"ד משבועות ה"א ושיעור שתיה היא ברביעית כמ"ש בהלכה ג' שם ואיך הדין באם אמר שלא אוכל דשתיה בכלל אכילה אם ילקה על כזית כדרך שלוקה על אכילה או ברביעית כדרך שתיה. והנה דעת תורה ודעתי נוטה דלוקה בכזית משום דכיון דבכלל אכילה היא אם כן ע"כ דנתחייב מתורת אכילה ואכילה היא בכזית דאל"כ איך אפשר שתכלל בכלל אכילה דהיא בכזית ואיך אפשר שמה שבכלל יהיה יוצא מן הכלל ועיין בחידושי הר"ן פ"ק דחולין גבי הא דילפינן חזקה מקרא ע"ש שכתב דניהו דהוא בכלל אבל לא שלא יתפרש רק מה שכולל ולא העיקר וה"ה כאן אם נימא דהכוונה לרביעית כמו שתיה אינו רק שתיה והוא אמר אכילה ולפ"ז לפמ"ש המג"א סי' קצ"ז דמים אינו בכלל האכילה וע"ש בחיבור מגן גבורים א"כ ממילא מים נשאר בשיעור רביעית וכשאמר לא אשתה היא ברביעית. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה מיושב קושיא עצומה שכתב לי כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י ולחיבת פה קודש אעתיק לשונו הזהב זה רגע הבטתי בספריכם ח"ש סי' קצ"ז שמה שנסתפקתם בהאי דינא דיו"ד בסי' רל"ח ס"ב אי מים בכלל האיסור. ולכאורה השבתי מסברא וסתימת הפוסקים דודאי הוא בכלל האיסור וכן ראיתי דעתיכם הרחבה נוטה. אך צור להוכיח שמתי מסוגיא שם דפריך אימא סיפא שבועה שלא אוכל ושלא אשתה ואכל ושתה חייב שתיים כיון דאמר שלא אוכל אתסר לי' משתיה כי אמר שלא אשתה אמאי חייב וכו' ואי נימא דמים אינו בכלל א"כ קשה מאי קושיא דלמא מיירי דשתה מים דבכלל שבועה קמייתא ליתא וחייב רק משום בתרייתא ואף אם נאמר דחשיב ליה לדוחק לאוקמא האי ושתה רק במים מכל מקום יש לומר דמיירי אף בשאר משקים והא דחלה שבועה בתרייתא היינו על ידי כולל מיגו דחלה על מים וכמ"ש התוס' שם ד"ה שלא אשתה והיה נראה דבזה

יש לומר שפיר דהמקשה ידע הסברא כיון דנשבע שלא אוכל ושלא אשתה כיון בשניה רק על מים לחוד ואף דהש"ס אכתי לא אסיק אדעתיה האי סברא עד למסקנא היינו דנימא דגלי אדעתי' למפרע על שבועה ראשונה אבל על שבועה בתרייתא שפיר ס"ד האי סברא ועפ"י זאת יתפרש היטב תירוצא בתרא של התוס' שם. אך אכתי לא דמי דהתוס' שפיר קאמרו דגלי דעתיה דלא אוכל רק אכילה כוונתו אבל דנימא דגלי דעתיה דלא אשתה רק על מים כוונתו זה לא משתמע בלישני' וגם ממסקנא דשתה משקין שאין ראויין לשתייה יש לפלפל אלא דאכ"מ רק לפלפולא בעלמא רשמתי עכ"ל:

ג והנה האריך בפלפול נחמד דאולי כוונתו לשתיית מים בלבד עכ"פ אף אם כוונתו על כל משקין קשה קושייתו העצומה דחל ע"י כולל דמים. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צ"ב קושית הש"ס דמה פריך למה חייב שלא אשתה הא הו"ל בכלל שבועה הראשונה הא בשבועה ראשונה הי' בכלל אכילה בכזית וכאן הוא ברביעית דשתיה היא ברביעית וצ"ל דהכי קאי הקושיא דכבר נאסר בכזית שהוא רק חצי ביצה ועיין מג"א סי' תפ"ו ושתייה צריך רביעית שהוא ביצה ומחצה וא"כ כבר נאסר וז"פ. ומעתה מיושב היטב דלא שייך כולל דא"ל מיגו דחל על מים דכיון דאם ישתה מכזית ואילך עד רביעית לא יחול השבועה דע"ז כבר מושבע ועומד מכח אכילה קמייתא וא"כ לא שייך כולל דאיך יחול אח"כ כששתה אח"כ רביעית הא כבר עבר ועד רביעית לא שייך כולל ובכה"ג לא אמרינן כולל וכמין זה מבואר בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' ק' דבכה"ג לא מקרי כולל יעו"ש כיון דכזית ראשון נאסר כבר וה"ה כאן וא"ל כיון דעכ"פ חל בכ"ש לענין איסור דאסור בכ"ש שוב חל על רביעית לענין קרבן דזה אינו דכולל לא שייך רק שיוכל לחול על חיוב קרבן כמבואר בפוסקים ודוק. והנה בהא דאמר שם רבא אא"ב שתיה בכלל אכילה היינו דאצטריך לאשמועינן ואינו חייב אלא אחת לכאורה צ"ב דהיאך ס"ד דיתחייב יותר אם לא שתה כשיעור שתיה ברביעית דרק משום אכילה מתסר וצ"ל דהכוונה אם שתה באמת כשיעור שתיה הו"א דחייב בשביל שתיה באפי נפשי' קמ"ל דאינו חייב רק אחת.

ד ובזה עמדתי על לשון רבינו בפ"ד משבועות ה"ג מי שנשבע שלא יאכל היום ושתה חייב שהשתייה בכלל אכילה לפיכך אם אכל ושתה אינו חייב אלא אחת ולשון לפיכך אינו מדוקדק דאם לא היה בכלל פשיטא דאינו חייב אלא אחת וכבר תמהו בזה הכ"מ והלח"מ. ולפמ"ש אתי שפיר דהו"א דאם שתה כשיעור שתייה יתחייב על השתייה וע"ז כתב כיון דאם שתה לבד גם כן חייב ע"כ דהוא בכלל אכילה לגמרי וא"כ אין לו שיעור בפ"ע והש"ס לא קאמר רק דאם אין שתיה בכלל אכילה א"צ לאשמועינן כלל אבל אם שתיה בכלל פשיטא דצריך לאשמועינן ואינו חייב על השתייה ומשום דהוא

בכלל אכילה לענין הדין וז"ב מאד ומדוקדק לשון רבינו. ובגוף הדין נראה לי ברור דאם שתה רביעית אינו חל איסור שתייה כיון דכבר נאסר עד הרביעית בשביל אכילה שוב לא חל עליו איסור השתייה דאינו חל על דבר איסור ולא שייך כולל רק עד הכזית דאינו אסור בשביל האכילה אבל על היותר לא שייך כלל דכבר נאסר וכמ"ש. גם נ"ל בהך דנשבע שלא יאכל אם אין באכילה ושתי' בצירוף רק כזית חייב ואף דהאוכל ושותה אין מצטרף כמבואר סי' תרי"ב היינו בשביל דלא מייתבא דעתי' כמ"ש רש"י ביומא דף פ' וכן הוא גם לענין ברכה כמבואר במ"א סי' ר"ו ס"ק א' אבל לענין השבועה דכל דהוא בכלל אכילה מצטרף לשיעורו כנלפענ"ד. שוב הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י וכתב וז"ל מכתבך היקר הגיעני עם חידושי תורה להשיב על קושייתי ונעימים דבריך ובמכתבך היקר ראיתי פשוט בעיניך דבח"ש לא אמרינן כולל וע' שבועות שבועה שלא אוכל תאינים וחזר ואמר שבועה שלא אוכל תאנים וענבים וע"ש בתוס' ודוק עכ"ל הזהב. ואני אומר לו יישר כחך ארי' שהביא דברי התוס' המסייעים לי שכתבו וז"ל בד"ה שבועה ואי בחצי שיעור בהא אין שייך מיגו דלא הוה כלל מושבע ועומד ע"ש הרי בהדיא דלענין ח"ש לא שייך כולל דלא הוה מושבע ועומד וכוונתם למ"ש התוס' בדף כ"ג דח"ש לא שייך מושבע ועומד והן הן הדברים אשר כתבתי דכולל לא שייך רק במקום שחייב מלקות וקרבן ולא בח"ש ודוק. ובמ"ש יש ליישב דברי הרא"ש פרק שלשה שאכלו סימן כ"ד שכתב בשם הר"י להסתפק אם סגי בכזית בשתי' כמו באכילה או שמא בעי בכביצה דושבעת היינו בכביצה או שמא יש לחלק בין שביעה דשתיה לשביעה דאכילה ולכך טוב לזהר שישתה פחות מכזית או רביעית ותמהו כלם רביעית מאי עבידתי' ועיין בב"י סי' ר"י ובט"ז סי' ק"צ ובחיבורי מגן גבורים שם ולפמ"ש יש לומר דהספק הוא דבאמת כל דשתיה בכלל אכילה א"כ סגי בכזית או כיון דכתיב ושבעת דמיניה דריש שתיה א"כ יש ספק אם הכוונה של ושבעת דאכילה דשביעה של אכילה היא בכזית או דלמא דושבעת לא קאי על שביעה דאכילה וממילא הוה ככל שתיה שהיא ברביעית וז"ב מאד מאד ובשו"ת נטע שעשועים סי' א' הביא דברי הפ"מ דדעתו דכל משקה היא בכזית ואין אתי לעיין בו אבל העיקר כהנט"ש כמ"ש שם באורך אבל מה שנדחק הנט"ש שם בהא דאמרו בכריתות דף ה' דאכל מעשר דגן ותירוש ויצהר חייב שלש וכתב הרמב"ם בפ"ב ממעשר שני ה"ה דאם שתה היא ברביעית באמת שקושיא חזקה היא אבל לפענ"ד כיון דחייב שלש מטעם שהכתוב פרט כל אחד בפ"ע א"כ לא רצה הכתוב שיהיה בכלל לא תוכל לאכול ולכך ממילא הוה השתייה כדין כל השתיות והוה ברביעית וז"ב לפענ"ד. ובזה יש ליישב הא דאמרו בשבועות דשתייה בכלל אכילה מקרא דואכלת ולא הביא

מקרא דלא תוכל לאכול משום דשם באמת השתייה אינו בכלל וכמ"ש ודוק עכ"פ מזה ראיה דבכ"מ שהוא בכלל אכילה גם על השתיה א"צ יותר מאכילה ודוק:

ה אחר כמה שנים הקרה ד' לידי ספר פנים מאירות ח"ב ובדקתי בו בסי' קל"ו ומצאתי שהאריך לתמוה על הרמב"ם שכתב בפ"ד משבועות ה"ג דשיעור שתיה ברביעית והוא האריך לתמוה מכמה מקומות דמשמע דשיעור שתיה היא בכזית כל דהמשקין אסורים וע"ז רצה לחלק דדוקא שם דנשבע שלא ישתה ואין אכילה בכלל הוא דהוה ברביעית אבל כל שהוא בכלל אכילה היא בכזית ודחה זאת דהא הרמב"ם מסיים דשיעור שתיה ברביעית כשאר איסורין משמע דכל איסורים בשתיה ברביעית וז"א כמו שהאריך שם מכמה מקומות. והנה באמת שיעור שתיה היא ברביעית וכבר בא בעל שו"ת נט"ש ועקר כל ראיות הפ"מ ודבריו נכונים דפשיטא דשתיה היא ברביעית ואני מוסיף דבתוספתא בפסחים וביומא מבואר לענין חמץ בפסח ולענין יוה"כ החילוק דבאכילה בכזית בכא"פ מצטרף ובשתי' בשיעור רביעית ובהגהותינו לרי"ף ביומא שם תמהנו על הר"ן דהוצרך להביא מחמץ ראיה ליוה"כ ובתוספתא מבואר בהדיא לענין יוה"כ וכפי הנראה לא היה גירסת הר"ן בתוספתא ביומא כן ע"ש. אמנם מה שאני תמה דבתוספתא שם מבואר בהדיא כשם שאכילה בכזית כך שתיה בכזית הרי אף דלענין צירוף בשתיה הוא ברביעית מכל מקום גוף השתיה היא בכזית. ולכאורה רציתי לומר דהכוונה היא דאם המחה ושותה דאז חייב משום דהוא בכלל אכילה ואם כן הוה בכזית אבל זה אינו דהא באמת לענין חמץ מרבינן בחולין דף ק"כ מנפש לרבות השותה והתוס' כתבו שם בהדיא דאינו מתרבה משתיה בכלל אכילה דדוקא במידי דקאי לשתיה אבל בדבר דאינו קאי לשתיה לא מתרבי בכלל אכילה ואצטריך קרא דהנפש וא"כ פשיטא דצריך שיעור שתייה דהיינו רביעית וביוה"כ פשיטא דלא הוה בכלל אכילה בכזית דהא ביוה"כ שיעור בככותבת וצ"ע. וראיתי בתוספתא הנדפס מחדש שהוגה בשם הגאון מוהרא"וו ז"ל דבשתיה גם כן השיעור צירוף כמו באכילה דהיינו בכזית וגרס כשם שאכילה בכזית בכא"פ גם שתיה בכזית בכא"פ וקאי לענין צירוף אבל עדיין לא נודע אם כן הוה כפל לשון דכבר קתני התם זאת וצ"ע. עכ"פ לפענ"ד העיקר דכיון דלהרמב"ם משערין בשתיה בשיעור רביעית בצירוף אם כן פשיטא דהשיעור היא גם כן ברביעית. איברא דלפמ"ש יקשה בהא דהקשו בתוס' בחולין למה לי קרא דהנפש ת"ל דהוו"ל שתיה בכלל אכילה והא נ"מ לענין דבעי בשתיה שיעור רביעית דאם הי' בכלל אכילה פשיטא דהוה בכזית. אמנם נראה כיון דעל הנאה אין לוקין והוו"ל כח"ש דאינו רק אסור א"כ שוב אין נ"מ בין שיעור רביעית לכזית ואיסור איכא בכזית אף דלענין שתיה הוה פחות מכשיעור

ומלקות ומכ"ש כרת ליכא בהנאה אף בחמץ בפסח ועיין פר"ח או"ח סימן תמ"ג שהעלה דלהרמב"ם אין לוקין על הנאה ואף לשיטת התוס' דס"ל דלוקין מכל מקום זה ודאי דדוקא כדרך הנאתו אבל בשלא כדרך הנאתו לא דהא חמץ אכילה כתיב ביה והוא שתאו פשיטא דאינו לוקה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הרב בעל מגיה במלמ"ל פי"ג משגגות בתוך התשובה על מה שהקשו בתוס' פסחים דף כ"ג דיהיה הנהנה בחמץ בפסח בכרת והקשה דא"כ למה לי קרא דהנפש לרבות השותה הא התוס' כתבו בחולין דעיקר הקושיא דזה לאו אכילה רק הנאה ועל הנאה לית ביה כרת רק לאו ואם הנהנה מחמץ חייב כרת יקשה קרא למה לי ולפמ"ש אתי שפיר דאם הנהנה חייב כרת אם כן שוב צריך הנפש לרבות השותה לענין שלא יתחייב רק משום שותה ברביעית דאם נתחייב מתורת הנאה כרת עכ"פ שיעור רביעית בעי כמו כל שותה דה"א כיון דלאו אכילה היא הו"ל שלא כדרך הנאה וקמ"ל דעכ"פ מתורת שותה הוא חייב והוה לי' כדה"נ והתוס' לא הקשו דל"צ קרא רק לפי ההו"א דהנאה אין בו כרת רק מלקות א"כ פשיטא דבזה הוה שלא כדה"נ ואינו לוקה אבל אם בחמץ חייב אף כרת א"כ אף שלא כדרך אכילתו חייב דעכ"פ נהנה משא"כ לדידן דניהו דנהנה אבל כל שלא כדרך אכילתו פשיטא דאינו לוקה דזה גופא חידוש הוא שילקה בכדרך אכילתו ודוק.

ו אמנם עדיין קשה אם נימא דבכל איסורים בשתיה בעי רביעית וא"כ כל דמרבינן מנפש לרבות השותה פשיטא דאינו אלא ברביעית א"כ היאך אמרו שם והא דתנן הטמאים לרבות צירן ורוטבן לגמר מהנך צריכי דאי לא כתב רחמנא הו"א דיו לבא מן הדין להיות כנידון מה התם בכזית אף כאן בכזית וקשה דהו"ל לומר מה התם ברביעית אף כאן ברביעית ואף דיש לומר דבצירן ורוטבן שקאי לשתיה א"כ הוה בכלל אכילה וסגי בכזית אבל עכ"פ כיון דנלמוד מהנך הו"א דיו שיהי' ברביעית והיא קושיא גדולה וצ"ל דבאמת הרמב"ם מפרש דכל דמרבה מהנפש באמת מרבה שיהיה בכלל אכילה ולא תלוי בשתי' רק בכלל נפש אשר תאכל וכן נראה מהש"ס דהרי כלל הקפה את הדם ואכלו והמחה את החלב וגמעו והרי בדם בודאי שיעורו בכזית כמבואר ברמב"ם דדם שאכל בכזית חייב ועיין תוס' שבועות דף כ"ז ד"ה גמר כתבו בשם הירושלמי דשתיה בכלל אכילה מדכתיב כל דם לא תאכלו ובנקרש לא הוה משקה וא"כ ממילא גם חלב וגמעו הוה בכזית וכ"כ הרמב"ם פ"א מחמץ ה"א דחייב בכזית בממחה ושותה ודוק היטב ועכ"פ דברי הפ"מ שרצה להכריע בכף שכלו נגד הרמב"ם דבשתי' גם כן השיעור באיסורין בכזית הוא תימה. גם מ"ש שם להכריע דיותר מרביעית לא שייך להסתפק עיין בדבריו סי' ט"ו ותמצא שסותר משנתו ואכ"מ. ובזה יש ליישב הא דכתבו התוס' בפסחים דף כ"ד ד"ה

אלא דהא דיליף פרי פרי מביכורים הוא משום דמן הדין אף תירוש ויצהר לא הי' ראוי להתחייב דזיעה בעלמא היא וע"ז הקשה דאכתי למה לי קרא הא בערלה אכילה כתיב ושתיה בכלל אכילה בענבים וזיתים כמ"ש התוס' בחולין דף ק"כ ד"ה הביא ענבים ע"ש וא"כ שוב הוה שתיה בכלל אכילה ולמה לי קרא (וכבר נתקשה בזה בס' כתנות אור פ' בראשית) ולפמ"ש אתי שפיר דאדרבא כיון דשתיה בכלל אכילה א"כ הוה לאו שבכללות ואין לוקין על השתיה ובפרט בכזית כמו אכילה דלזה בודאי נקרא לאו שבכללות ולכך אצטריך קרא דהוה פרי לשתיה כדי שיספוג ארבעים ודו"ק. ומה שהקשה בכתנות אור פרשת בראשית על הא דכתבו התוס' בחולין ד"ה הביא הנ"ל דלכך אצטריך קרא גבי ביכורים משום דלגבי הבאת ביכורים לא כתיב אכילה דתהוי שתיה בכלל פרי וע"ז הקשה דהרי אמרו הכל מודים בכלאי הכרם שלוקין אף שלא כדה"נ משום דלא כתיב אכילה וא"כ כל דלא כתיב אכילה בודאי חייב אף על המשקה לפענ"ד לק"מ דבביכורים צריך להביא פרי ומפרי ממעט משקה ולכך אצטריך קרא לרבות ענבים דיהי' נקרא פרי וניהו דלא כתיב אכילה וחייב אף בשלכה"נ מ"מ פרי לא נקרא ודו"ק.

ז והנה בהא דאמרו בשבועות שם כגון דאמר שלא אשתה והדר אמר שלא אוכל דשתיה בכלל אכילה איתא והקשו בתוס' דא"כ מה אריא אכל ושתה אפילו שתה תרי זימני נמי מיגו דחל על אכילה חל נמי על שתיה בכולל הנה לפמ"ש שתי' אחת צריך להיות ברביעית כדין שתיה דברביעית והשתיה שניה דהוא משום אכילה ושתיה בכלל אכילה שוב סגי בכזית כדין האכילה:

ח ובזה מיושב היטב מה דנשאלתי בשם חתן דודי הרב החריף מוה' יוסף נ"ז נ"י דלמה הקשו התוס' משתי' ת"ל דאף בשתה פעם אחת חייב שתים משום שבועה דשתיה ומשום שבועה דלא אוכל. ולפמ"ש אתי שפיר דהשבועה ראשונה שלא אשתה הי' ברביעית וא"כ אם נימא דיתחייב בשביל השבועה דלא אוכל שוב כבר נתחייב בכזית ואיך יחול אח"כ השבועה דשלא אשתה דצריך רביעית ובציר ליה שיעורא וע"כ דשתה ב' פעמים ודו"ק היטב. והנה ביומא דף פ' ע"ב אמר ר"ל ציר שע"ג ירק מצטרף לככותבת ביוה"כ פשיטא מ"ד משקה היא קמ"ל כל מכשירי אוכלא כאוכלא והקשיתי דאמאי נקט ר"ל דוקא מצטרף לככותבת ביוה"כ ור"פ באומצא ומלחא נקט סתם דמצטרף. ולכאורה רציתי לומר דבאמת אכל ושתה אינו מצטרף רק דהכא ביתובי דעתא תליא מלתא וא"כ זה דוקא ביוה"כ משא"כ בשאר איסורים ובפרט דהשיעורים חלוקים אוכל בכזית בשאר איסורים ומשקין ברביעית אבל באמת הש"ס מסיק דאכשורי אוכלא כאוכלא דמי וא"כ גם בשאר דברים מצטרף וכן למד מזה המג"א סי' ר"י ס"ק א' לענין ברכה דמצטרף.

איברא דבחולין דף ק"כ משמע דהש"ס מסיק דלא מטעם דהוה מכשירי אוכל וכאוכל דמי רק מטעם דביתובי דעתא תליא מלתא וע"ש ברש"י שביאר בהדיא דלכך בטומאה בעי קרוש דאל"כ לא מצטרף דלא הוה מכשירי אוכל ודברי הש"ס ביומא ובחולין סותרין קצת וגם דברי המג"א צ"ע דלמה לא הרגיש בזה דלפי דברי הש"ס שמביא בעצמו מחולין שם לא משמע כדבריו ועיין בתוס' ישנים ביומא כאן שדבריהם הקדושים צ"ע דהקשו דאף דלענין שאר דברים משקה הוא כדאמרו לענין טיבול במשקה ומשמע אפילו ציר ומורייס מכל מקום לענין יוה"כ כל דבר אכילה אוכלא היא והדברים צ"ב דפשיטא דציר לבדו משקה היא ולא הי' צריכין למשמעות והלא כן הוא בהדיא ביומא בדף פ"א שתה ציר או מורייס והיא ברביעית אבל ציר שע"ג אוכל הוא דהוה אוכלא וגם לא הביאו מדברי הש"ס בחולין דשם מבואר דהוה משקה רק ביוה"כ ביתובי דעתא תליא מלתא והרמב"ם נראה שפסק כהך דיומא דהוה מכשירי אוכל כאוכל. שוב מצאתי בשו"ת מהרי"ט בראשונות סימן ע"ו שהאריך בזה הרב מוהר"א סאגיש ז"ל והוא אם משקה הבא לאוכל הוה כאוכל לענין נט"י והביאו דברי הש"ס יומא הנ"ל וצ"ע שלא הזכירו כלל הך דחולין וגם דברי התוס' ישנים ביומא הנ"ל שלא נדפס בימיהם ואין הזמן מסכים יותר. והנה בהך דאומצא ומלחא מצטרף לכאורה קשה לי בהך דאמרו בברכות דף ל"ח דר"י אכל זית מליח וקשה הא מכי שקיל לגרעניתא בצר לי' שיעורא ובירושלמי משני דברייתא הוה ועיין בסי' ר"י במ"א וקשה למה לא משני דהמליח מצטרף ואולי כיון דהגרעין שקול כמו הפרי עצמו כדאמרו ביומא דף ע"ט ור"פ גופא אמר תרי קבא דתמרי וחד קבא דקשייתא וסריח וא"כ אין מקום שיצטרף דהמליח לא הוה כמו הגרעין וא"ל דמליח הרבה דהא כל שמליח יותר ממה שצריך לא מצטרף כמ"ש המהרמב"ח בחידושיו ביומא שם ודו"ק. שוב ראיתי במג"א סימן קנ"ח שהאריך ג"כ בהך דמכשירי אוכל והביא דברי המהרי"ט אלו וע"ש שהביא דרוטב דינו כמשקה. ובזה אמרתי דבר נחמד במה דאמרו ביומא דף פ"ב עוברה שהריחה בשר קדש או בשר חזיר תוחבין לה כוש ברוטב ומניחין לה על פיה אם נתיישבה דעתה מוטב ואם לאו מאכילין אותה שומן עצמו ותמה המהרמב"ח בספר תוס' יוה"כ דכיון דטעם כעיקר דאורייתא מה נ"מ בין רוטב לשומן ע"ש והנני יוסיף דאף דרוטב אינו נהנה כ"כ כמו שומן מכל מקום אטו תענוג שאינו של עינוי אסרה תורה וכדאמר רבא בדף ע"ח לענין מנעל וא"כ גם כאן כל שאיסור הוא משום עינוי א"כ מה נ"מ בין רוטב לשומן. ואמרתי בזה דהנה משקה שיעורו ברביעית ומאכל שיעורו בכזית א"כ רוטב דהוא משקה ואינו כשומן ועיין ביו"ד סי' פ"ט ברמ"א ובט"ז שם ומכאן ראיה ברורה דרוטב אין דינו כשומן וא"כ הוה

ברביעית ומותר להאכילה רוטב בפחות מרביעית ובשומן דדינו כמאכל הוא בכזית ואף דגם בטעם כעיקר שיעורו בכזית היינו אם בא לאוכל והו"ל מכשירי אוכל אבל רוטב בפ"ע דינו ברביעית ודוק. ומה דאמר תחלה תוחבין לה כוש ברוטב לפענ"ד הכוונה לפי מה דאמרו ביומא דף ע"ד דמכאן רמז לסומא שאוכלים ואינם שבעים א"כ כאן שרצו להאכיל מעט מעט ושמא לא תתיישב דעתו באם יתנו לה רוטב בפ"ע שתראה כמה הוא ע"כ נתנו עצה שתוחבין לה כוש וא"כ הרוטב נבלע ולא תדע כמה נבלע ותחשוב שנבלע הרבה רוטב ותתיישב דעתה וע"ז אמרו אם לא נתיישב דעתה נותנין לה רוטב ואח"כ נותנין לה שומן וכמ"ש. ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם פי"ד ממ"א הלכה י"ד שלא העתיק כלשון הש"ס ועיין מהרמב"ח שם ולפמ"ש המעיין בדברי רבינו ימצא שכוון לזה להורות דמאכילין פחות מכשיעור וא"כ נ"מ בין רוטב לשומן וכמ"ש ודוק.

ט אחר כמה שנים בשנת תרי"ב כשלמדתי בחורף עם תלמידים בברכות דף ל"ח גבי דובשא דתמרי מצאתי בחידושי רשב"א שם דברים נפלאים ומפני שיש לי אריכות דברים הנני מעתיק בקצרה בהך דחידש זקני הגאון הח"ץ ז"ל סי' כ' לענין חמץ וחדש דמשקין היוצאין מהם כמותם ולא הוה זיעה בעלמא ודחה הך סוגיא דפסחים ממה דאמרו בחולין דף ק"כ וכתב דהך דמר בר רב אשי דאמר דדובלא דתמרי זיעה בעלמא היא דוקא לענין ברכה דלא מקרי פירי ע"ש וצריך להבין א"כ מה מדמה לתרומה וצ"ל כפירוש רש"י דלא ניתן למשקה אלא זיתים וענבים בלבד ושאר משקין לא מקרי פרי ובאמת שהרשב"א הביא שם פירוש הראב"ד דפירש דלכך לא חשיב ר"י משקה משום דגמר תרומה מביכורים ודוק מינה ואוקי באתרא ואני תמה על עצמי שמדברי הרשב"א נראה דהראב"ד למדו מהספרי ונוראות נפלאתי מדוע לא הזכיר דברי הש"ס בחולין דף ק"כ ששם מבואר כל הדבר והראב"ד ס"ל דהסוגיא דחולין עיקר אבל הרשב"א חולק עליו וס"ל דסוגיא דפסחים עיקר דאינו רק זיעה בעלמא וע"ש במה שהשיג על רבינו האי וכתב דמהא דאמרו בפסחים זיעה בעלמא הוא משמע דהוה זיעה בעלמא ופירשא היא ועכ"פ מבואר בהרשב"א דסוגיא דפסחים עיקר וגם לפמ"ש הרשב"א שם גם הסוגיא דחולין אינה סותרת הסוגיא דפסחים דיש לומר דמזה גופא יליף הש"ס דזיעה בעלמא היא דהא לא חייל שם תרומה על משקין זולת תירוש ויצהר ש"מ דהוה זיעה בעלמא. ובאמת שלדבריו צ"ל דהא דבתירוש ויצהר חשיב משקה הוא משום דיליף מקרא וכעין זה כתבו התוס' בפסחים שם ע"ש וחפשתי בפ"י בפסק חדש וראיתי שהזכיר דברי הרשב"א אלו ברמז קצת ואני מתפלא עליו ביותר שהציץ מבין החרכים ולמה לא דייק היטב בלשון הרשב"א והי' מוצא מרגליות יקרות דברשב"א מבואר דעיקר היא כסוגיא דפסחים וגם

דהסוגיא דחולין אינו סותר רק דעיקר מה דלא חשיב פרי הוא משום דזיעה בעלמא וזה ביארו התוס' בפירוש בפסחים ודברי זקני הח"ץ ז"ל שהשליך מנגד הסוגיא דפסחים היא תמוה דהרשב"א השיב עליו אבן פנתה ואף דדברי הראב"ד מורים בהדיא דהסוגיא דחולין הוא עיקר ומר בר רב אשי דלמד דזיעה בעלמא היא הוא דוקא בזב מאיליה אבל בכתשן לא ע"ש אבל הרשב"א דחה זאת. ובאמת לפענ"ד הראב"ד אזל בשיטת הרא"ש דס"ל כל שנכנס טעם הפרי בתוך המים הו"ל טעם גמור ומברך כברכת הפרי וביארתי בחבורי יד שאול בהלכות חדש דהוא משום דע"י כבוש ובישול וכתישה יוצא גוף הטעם וכמ"ש הש"ך סי' ק"ז ביו"ד לענין ציר דגים וגם הח"ץ ז"ל שם כתב סברא זו אף שלא הזכיר דברי הש"ך אבל הרשב"א לשיטתו דס"ל דאין מברך רק שהכל כמבואר סי' ר"ב ס"י ועיין מג"א סי' ר"ב שם ס"ק כ"ב שהשיג על הב"ח והמעיין בדברי הרשב"א כאן ימצא כי דברי הב"ח נכונים ועכ"פ דברי זקני הח"ץ לפענ"ד תמוהין מאד. גם מ"ש הח"ץ דמר בר ר"א למד מערלה אני תמה דבאמת הוא אמר טעמי' דנפשי' דהו"ל זיעה בעלמא והש"ס מוקי לה כר"י והא לענין תרומה וערלה למדו מביכורים וביכורים יליף מתרומה וצע"ג בכל זה. ועכ"פ נראה ברור דמזה היתר גמור לענין חדש דזיעה בעלמא היא ואביי ג"כ ס"ל כמר בר ר"א ואף לדברי הראב"ד עכ"פ מר בר ר"א ס"ל דזיעה בעלמא הוא ע"ש ודו"ק היטב. שוב ראיתי בחידושי פ"י בברכות כאן וראיתי שהרגיש בדברי הרשב"א אלו דהראב"ד ס"ל דסוגיא דחולין עיקר והרשב"א דחה זאת והזכיר דבריו שבפסק חדש ע"ש. אחר כמה שנים בעשור לחדש ניסן תרי"ג מצאתי בסמ"ג מצות ל"ת מצוה ע"ז ע"ח וז"ל ואומר רבינו יעקב דשכר שלנו איכא בל יראה לכ"ע שיש שנותנים בו שעורים כ"כ עד שיש בו כזית בכא"פ דבהכי מודו כ"ע ומכל מקום לא יברך על השכר בפה"א דמאן נימא לן דהוה כמו קמחא דשערי דאיכא מ"ד דמברכין עליו בפה"א דהתם אשתני למעליותא ע"ש. הנה מבואר דלענין חמץ בודאי שכר שעורים עובר על ב"י ול"ד לברכה ומזה היה ראיה ברורה להגאון מוהר"מ טיקטין ואא"ז הח"ץ ז"ל ולא הי' צריכין לראיות אבל גוף הדין צ"ע. והנה בהא דאמרו בטהרות פ"ג מ"ג והובא בפסחים דף ל"ג טמא מת שסחט זיתים וענבים כביצה מכוונת טהור וכתב רש"י דיותר מכביצה טמא לפי שעדיין הי' כביצה אוכל אע"ג דאין משקה הנבלע באוכל מקבל טומאה עמו משלים הוא את שיעורו דדכוותה תנן התם טובא ובמנחות דף נ"ד נמי מייתי לה בגמרא כביצה אוכלין שהניחו בחמה ונתמעט טהורין וכן כזית פיגול חלב ונותר חזר והניחן בגשמים ותפחו טמאים וחייבים עליהם משום פיגול נותר וחלב אע"ג דגשמים הנבלעים בתוכו

לאו חלב נינהו דאי סחיט להו ושתי מיני' כזית פטור אפ"ה כל כמה דבגווה נינהו משלים לשיעורו ע"ש:

י והנה כה הראני הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י דדברי רש"י תמוהין דלמה כי סחיט להו פטור הא מכל מקום נכבש בתוכו וכבוש כמבושל והנה זה לק"מ הא שיטת רש"י דכבוש דוקא בחומץ וציר כמ"ש המרדכי בשמו עיין בב"י יו"ד סי' ק"ה וגם עכ"פ טכ"ע מדאורייתא וע"ז כתב דרש"י לא ס"ל טכ"ע דאורייתא והקשה הא עכ"פ רוב בעי וגם רצה לומר דהיתר מצטרף לאיסור בכה"ג שנבלע בתוך האיסור וע"ז הקשה דמלבד דדבר חדש הוא ולא נזכר בלא"ה יקשה בהא דחולין דאמרו לרב דגדי אסרה תורה ולא חלב ופריך מחצי זית בשר ומה קושיא הא כשהוא נבלע בתוכו משלים לכשיעור כמ"ש ואני אומר דרש"י רוח אחרת עמו והנה זה נודע דשיעור משקין לענין טומאה ולענין איסור ברביעית ואוכל בכזית או בכביצה. והנה אמרו ביומא דף פ"א דאף שהאוכל ושותה אינו מצטרף מכל מקום ציר שע"ג הירק משלים לשיעור כזית ומשום דהוה מכשיר אוכל וע' מג"א סי' ר"ו ס"ק א' שלמד לענין ברכה אחרונה דמצטרף בכה"ג ומעתה דברי רש"י נכונים דהנה באמת משקה הבא לאוכל מקבל טעם האוכל ונאסר ויש לו דין אוכל וכבר האריך בזה המהרי"ט בראשונות סי' ע"ו הרב ר"א בן יעיש והמהרי"ט והביא הרבה מקומות שמבוארים כן גם יותר בדברי רש"י באלו דברים ע"ש ולפ"ז שפיר כתב רש"י דאף דהגשמים קבלו טעם החלב והוה משקה הבא לאוכל וכאוכל דמי ונאסר ונטמא ומצטרף לכשיעור האוכל מכל מקום אי סחיט ושתי להו בכזית פטור דהא משקין שיעורן ברביעית אבל כל שהוא בתוך האוכל הוה השיעור בכזית וז"ב כשמש. וברי להו שאילו נזכר המהרי"ט והרב מוהר"א בן יעו"ש מדברי רש"י אלו הי' שמחין ששם מבואר הדין ומהתימה על המהרי"ט שאחרי שראה דברי הש"ס בשבת קמ"ד ושם מביא לטמא מת שסחט כביצה מכוונת ואם היה רואה דברי רש"י בפסחים היה רואה שהדבר מבואר כמהר"א בן יעו"ש ע"ש היטב ודו"ק וקושיתו יש ליישב ואין להאריך כאן. והנה מצאתי בתוס' עירובין דף פ"ב ע"ב ד"ה וחצי דלכך עשו בפסול גויה דוקא בב' ביצים דכביצה אף שראוי לטמא אחרים לא גזרו דא"א שלא ישאר קצת בין השיניים והחניכיים או מתעכל קצת במעיו וכיון דאפקוה מביצה אוקמה אשנים ולכאורה תמוה דניהו דבין השינים לא מצטרף אבל בין החניכיים מצטרף דקיי"ל כר"י בחולין דף ק"ג ע"ב וגם מ"ש שמתעכל ג"כ לא קיי"ל כן דאינו ממהר להתעכל כמו שנראה בכל הסוגיא וע"ש ברש"י ותוס' ומהרש"א וצ"ל דמכל מקום לענין פסול גויה דאינו רק מעלה בעלמא לא רצו חז"ל שיצטרף אף בין החניכיים וגם כל שמתעכל קצת תו לא פסל הגויה ודו"ק:

יא והנה במדרש איכה מצאתי על קרא דלהשיב נפש עד כמה מתיישבת נפש רבי אמר בככותבת ר' חנני' אמר כגרוגרת וראיתי לבאר זאת והנה ביומא דף ע"ט אמרו ככותבת הגסה שאמרו יתירה מכביצה וקים להו לרבנן דבהכי מייתבא דעתי' ופירש"י דאף דכל אכילה בכזית כאן דלא כתיב אכילה רק לא תעונה כל כמה דלא מייתבא דעתי' עינוי הוא ומשמע דבעי ככותבת וזהו שיעורין הל"מ הוא או מדרבנן והיינו כרבי ועיין בתוס' ד"ה לומר לך שכתבו דאמאי ל"ק דבהלמ"מ פליגי ובאמת שיטת הרמב"ם דבהלמ"מ לא מצינו פלוגתא ועיין שו"ת חות יאיר סי' רצ"ב שהאריך בזה ולדברי הרמב"ם מיושב קושית התוס' אמנם לדברי הרמב"ם קשה דהרי לענין יוה"כ דתלוי ביתובי דעתא א"כ לר' חנניה דמשיב נפש בכגרוגרת שוב יהיה גם ביוה"כ בכגרוגרת וא"כ נחלקו בשיעורין ועיין תוס' ישנים ביומא כאן ד"ה למדו שכתבו דבכגרוגרת ליכא יתובי דעתא לכך לא נקט רק כביצה או ככותבת והנה ר' חנניה ס"ל בהדיא דכגרוגרת משיב נפש דהיינו יתובי דעתא ועיין כאן מה שדרש רבי שיעור ככותבת מדשינה הכתוב במשמעו ושינו חכמים בשיעורן והוא תמוה דרבי ס"ל דמן התורה משיב נפש בככותבת וצ"ע בכ"ז שלא הזכירו קדמונים ואחרונים דברי המדרש הלז:

יב רג

יג לצורבא מרבנן מופלג ני'.

יד מה שאמרת כי לא מצאת מבואר אם בחמץ אסור שלא כדה"נ הנה תמהתי דמ"ש מכל איסורים דשלא כדה"נ מותרין כדאמרו בפסחים דף כ"ז והדבר מבואר ברמב"ם פ"ה מיסודי התורה והובא במג"א סי' תס"ו ס"ק ב' ועיין בר"ן שם אך כאשר עיינתי בזה לכאורה עלה בדעתי לחדש דמדרבנן היה ראוי לאסור אף שלא כדרך הנאה. וטעם דידי הוא משום דכל דאסור בכ"ש אף שלא כדה"נ כמבואר במהרש"א בשבועות דף כ"ג ובמלמ"ל הלכות שבועות האריך בזה וא"כ כאן דאסור במשהו מהראוי לאסור אף שלא כדה"נ. אך אחר העיון אין הנושאים שווין דכל הטעם דאסור כאן במשהו הוא משום דלא בדילי וענשו חמור בכרת ולכך החמירו אף במשהו וא"כ מה ענינו לשלכדה"נ דודאי בדיל מלהנות שלכדה"נ ואין ענשו כרת וא"כ בכה"ג ודאי משהו מותר וגם לטעם הרמב"ם דהוא משום דחמץ הוה דבר שיש לו מתירין ג"כ יש לומר דכל הטעם דדבר שיש לו מתירין לא בטל הוא משום דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר וזה שייך כל דאוכלו בדרך שאסור לאכלו אבל בשלא כד"א או הנאתו א"כ גם עכשיו אוכל בהיתר דשלא כדה"נ מותר מן התורה וא"כ היאך שייך דבר שיל"מ דאין אנו דנין שיתבטל כעת וז"ב מאד ועיין בשו"ת ב"ח החדשות לענין חולה אם מותר לאכול שלא כדה"נ ועיין

מק"ח סי' תמ"ב ס"ק ב' שהקשה בהא דמבואר בפת שעפשה ונפסלה מלאכול לכלב ומשמע הא לא נפסלה רק מאכילת אדם אסור מה"ת והקשה דאמאי הא בחמץ אינו אסור שלא כדרך אכילתן ועוד הקשה בשם הר"ן כיון דנטל"פ שרי בפסח וזה נלמד מנבלה שאינה ראויה לגר וא"כ כיון דחמץ שאינו ראוי לגר אסור גם נטל"פ יהיה אסור. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דהנה המ"מ כתב בפ"ב ממ"א דבריה הפגומה בעצמה ואפ"ה אסורה מכל מקום כשנסרחה אח"כ פטור והפר"ח סי' ק"ג חולק ע"ז ודעתו כיון דאסרה תורה פגומה מעיקרא גם כשנפסל אח"כ מאוכל אדם אסור ודוקא טעמו אינו אסור דטעם פגום לא אסרה תורה אבל היא בעצמה אסורה ע"ש ולפ"ז אני אומר דבר חדש דאף דנטל"פ מותר בפסח משום דטעם פגום לא אסור אבל גוף הדבר בעצמו אסור אף שנפסל מאוכל אדם והטעם דהרי בחמץ אסור אף חמץ נוקשה והיינו חמץ רע שאינו ראוי לאכילה וכמ"ש רש"י והר"ן ועיין מג"א בסי' תמ"ב ס"ק א' ולפ"ז כיון דגם מתחלתו אינו ראוי לאכילה ואפ"ה אסור ממילא גם כשנפסלה מלאכול לאדם מהראוי שתהי' אסורה והיינו כשנסרחה מאוכל אדם אבל בנפסלה מכלב הוה עפרא בעלמא ומותר אף להפר"ח דגם הוא דייק רק בנפסל מאוכל אדם ע"ש ודו"ק. ולפ"ז היה מקום לחלק בין שאור דבתחלה לא היה ראוי לאכילה יהי' אסור עד שנפסל מאכילת כלב ובחמץ לא בעינן עד שיפסול מאכילת כלב דראוי לאכילה מתחילה. וכפי הנראה זה דעת הראב"ד פ"א מחמץ ה"ב שכתב דלענין אכילה יש הפרש ביניהם שהחמץ אם נפסל מאכילת כלב (צ"ל מאכילת אדם וכמדומה שכן ראיתי ברמב"ם שהגיה אבי מורי הרב הגאון נ"י ברמב"ם שלו וכן עיקר דבאכילת כלב ליכא מאן דפליג) אין זקוק לבער והשאור אם נפסל זקוק לבער והיינו משום דבשאור שאינו ראוי לאכילה מהראוי שיהיה אסור אף לאחר שנפסל משא"כ בחמץ שראוי היה לאכילה. ובזה ניחא הטעם שנתן הראב"ד מפני שראוי לשחקה ולחמע כמה עיסות והיינו שאוסר אף בתערובות אף שטעם פגום אינו אוסר אף בדבר שפגום מעיקרו וכדאמרי' בע"ז דף ס"ח מכל מקום כאן עיקר האיסור הוא בשביל מחמצת מחמץ גם כעת ודוק: והנה הר"ן תירץ דלכך אסור אף בנתעפשה משום דראוי לחמע בו עיסות אחרות והנה באמת מצאתי בע"ז דף ס"ז סעד לדבריו דאמרו שם שאני עיסה דראוי לחמע בו כמה עיסות אחרות הרי דאף דהוא כעת פגום לגמרי מכל מקום כיון שראוי לחמע בו כמה עיסות אחרות מקרי טעם לשבח א"כ ה"ה בזה. והנה באמת צ"ב דמה בכך שראוי לחמע בו כמה עיסות אחרות מכל מקום כאן הוא לפגם וצ"ל דמכאן ראיה למ"ש הרמב"ם פט"ו ממאכלות אסורות דפגום ולבסוף השביח אסור והכ"מ לא ידע מקורו וכתב דנלמד מק"ו דהשביח ולבסוף פגום ובאמת ק"ו פריכא הוא דשאני התם

דמעיקרא הוא אסור אף שנפגם אח"כ אסור משא"כ בפגום מעיקרו דתחלת נתינתו טעם הוא לפגם אבל באמת נלמד מדברי הש"ס הנ"ל דשם פגום לגמרי בעיסה הזאת ואפ"ה כיון שנ"ט לשבח בעיסות אחרות לכך לא מקרי פגום מכ"ש בזה ושוב מצאתי בלח"מ הכ"ח שם שכתב כן ושמחתי כי בראשית ההשקפה אמרתי כן. ואגב אומר מה שראיתי בלח"מ שם שהביא דברי הפירוש המשנה לרבינו בארבעה חלוקים בענין הפגם והשבח וכתב שם דהחלק הרביעי שמפסידו לפי שעה וברוב הימים משביחו כגון עירוב הדבש ביין שהוא מקלקלו מיד ולבסוף נתחזק על האויר וכח היין ואז יהי' הדבש ממה שנוסף לו עליו ריח טוב ע"ש ותמהני מאד א"כ לפי דבריו דפוגם מעיקרא ולבסוף השביח אסור וא"כ היאך אמרו בע"ז דף ל"ח גבי דבש למאי ניחוש לה אי משום אערובי מסרי סרי ופירש"י דהיינו יין שמערבין בדבש והשתא היכי קאמר דמסרי סרי הא ניהו דבשעת התערובות מסרי סרי הא אחר כך משביחו ונעשה לשבח ואסור ודוחק לומר דדוקא כשמערבין דבש ביין ורובו יין משא"כ יין בדבש לא שייך שיגבר כח היין דאכתי למה לא ניחוש שמערבין בו יין לפי ערך שיוכל להשביחו. ואולי מכאן ראיה דקודם שהשביח אינו אסור אף שסופו להשביח וכמ"ש הש"ך סי' ק"ג.

טו וראיתי להפר"ח שם שהאריך לתמוה עליו. ובאמת לפענ"ד דברי הש"ך נכונים דכ"ז שהוא מופגם הרי אינו ראוי והוי כמו נבלה דאינה ראויה לגר דלא אסרינן על שם סופו אף שהיה משכחת לה שישבח אח"כ ובאמת בש"ס דפליגי בהשביח ולבסוף פגום כתבו התוס' דל"פ בקראי אבל באמת לפי מה דפליגי ר"מ ור"ש בקראי י"ל דכל שאינו ראוי כעת לגר אף שישביח אח"כ מותר וכן להיפך וכן משמע בתורת חיים בחידושיו בע"ז שם ע"ש ודוק ומיושב קושית הפ"ח שם מה שהקשה מגריסין רותחין ע"ש ודוק.

טז ועיין במק"ח סי' תמ"ז ס"ק י"ב שבמחכ"ת דבריו תמוהין במה שרצה לחדש דנותן טעם לפגם יהיה חוזר וניעור בפסח דבחמץ אסור אף שנפסל לאדם ובמחכ"ת מלבד שסותר דבריו בסי' תמ"ב ס"ק ב' הנ"ל אף גם דכל שנטל"פ קודם פסח הוה כחרכו קודם זמנו שבודאי אינו אוסר אח"כ וז"פ וברור ועיין בתוס' פסחים דף כ"ח ובע"ז דף מ"ג גבי שוחק וזורה לרוח שכתבו התוס' בהדיא דשאני חמץ דמותר שלא כדה"נ ע"ש ודוק ועיין בפ"י ריש סוגיא דתנור שהסיקו בקליפי ערלה שכתב בפשיטות דחמץ מותר שלא כדה"נ והביא דברי התוס' הנ"ל. אחר זמן רב מצאתי בכו"פ סי' ס' שכתב בפשיטות דאף שנתפטמה הבהמה מחמץ הו"ל שלא כדה"נ ושרי. הן אמת דבסימן תמ"ח מבואר דאסור ליתן בהמתו לעכו"ם שיאכילה חמץ וקשה הא הוה שלא כדרך הנאתן ואף דיש לדחות מ"מ המעיין יראה דאסור בחמץ אף שלא כדה"נ ולפענ"ד נראה טעם חדש דבשלמא

בדבר שאסור בהנאה מצד האיסור כמו ערלה וכדומה אם כן כל שהוא נהנה שלכדה"נ מותר דהאיסור על הדבר ואסור להנות מאיסורי הנאה אבל להנות שלא כדרך הנאתו שרי אבל בחמץ דמלבד האיסור אסרה תורה שלא יהיה ברשותו וא"כ כל שנהנה אף שהוא שלכדה"נ עכ"פ מקרי ברשותו דמ"ל שהוא בחצירו או בביתו או שהוא בגופו ועכ"פ התורה רצתה שלא יהיה הדבר ברשותו וכל שנהנה שלא כדה"נ הרי עכ"פ עבר על ב"י ואף דאינו בעין וכדומה דלא עבר משום ב"י אבל עכ"פ להנות מהדבר זה אסרה תורה ומה בכך שאינו כדרך הנאתו ומטעם זה נראה לי דלכך בע"ז אסור אף שלא כדה"נ משום דלא ידבק בידך מאומה וה"ה בחמץ דאסור שיהיה ברשותו עוד נראה לי כיון דרוצה בקיומו אסור בע"ז ובחמץ ולא גרע שלא כדה"נ מרוצה בקיומו ע"י ד"א דאסור ג"כ וז"ב מאד. ובזה יש ליישב דברי המ"א סי' תס"ו ס"ק ב' דמשמע מדבריו שם דאם רואה בהמתו שאוכלת חמץ של הפקר שמחוייב להפרישה ולמנעה וע"ז תמה שארי הגאון במק"ח שם דאטו אם יראה אדם בהמתו אוכלת איסורי הנאה יהיה צריך להפרישה ולפמ"ש אתי שפיר דשאני כל איסורי הנאה דאין האיסור רק שאסור להנות בשביל שהוא איסורי הנאה ונמצא נהנה מן האיסור ובזה כל שבהמתו עושית מעצמה והיא לא נצטוית וזה שהוא נהנה מבהמה שנתפטמה באיסור יהי' שלא כדה"נ א"כ שוב מותר אבל בחמץ דהתורה צותה שלא להיות ברשותו ואף רוצה בקיומו ע"י ד"א אסרה תורה א"כ אין לך רוצה בקיומו גדול מזה ומ"ל שהוא זוכה בהם בעצמו או ע"י בהמתו דהו"ל מעשה קוף ובאמת גם בכרשיני ע"ז מחויב למונעה שלא יניחה לאכול דשם אסור אף שלא כדה"נ וגם אסור להיות רוצה בקיומו וז"ב ומ"ש דהוה כהנאה הבאה לאדם בע"כ ואף אפשר ולא קא מכוין מותר משום דהוה הנאה הבאה מאליה בלי עשייה בידים. הנה אף אם נימא דאפשר ולא קא מכוין שרי היינו לר"ש דאמר דאינו מכוין שרי והיינו היכא דלא הוה פ"ר וכמ"ש בתוס' שם וכאן בחמץ אם רוצה בקיומו ע"י ד"א אסור ואף שלא כדה"נ ופשיטא דאסור דעכ"פ נהנה מזה והוה פסיק רישא. ובאמת שלפענ"ד היה נראה דגם בע"ז אף אפשר ולא קא מכוין אסור ובזה מיושב היטב הא דאמרו בע"ז דף י"ב דאם היו מעוטרות בורד והדס דאסור דקא מתהני מריחא והקשה בחידושי הרמב"ן דהא אפשר ולא קא מכוין שרי ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבע"ז גם באפשר ולא קא מכוין אסור אבל ברש"י בפסחים שם מפרש אפשר ולא קמכוין בריח של עכו"ם ואולי כיון דקול ומראה וריח אין בו משום מעילה אם כן אף בעכו"ם שרי דלא נדבק בידו מאומה וגם קושית הרמב"ן הדרא למקומה דשם ג"כ מיירי מריח של עכו"ם עכ"פ נראה לפענ"ד דבע"ז וחמץ אף שלא כדרך הנאה ואף אפשר ולא קא מכוין אסור ודוק היטב. שוב ראיתי

בפ"י שהאריך שם להקשות דאיך אפשר לומר דאפשר ולא קא מכוין שרי באיסורי תורה ובפרט בע"ז וע"ש שהעלה דמשום דלא קעביד מעשה בגופיה ולפענ"ד נראה דדוקא בריח דע"ז דלא שייך בו הנאה כ"כ דגם משום מעילה אין בו ולא נדבק בו מאומה וז"ב לפענ"ד ודוק:

יז והנה אם לוקין על איסורי הנאה כשנהנה ולא אכל ראיתי בזה מבוכה רבה ואמרתי לבאר והנה הפר"ח באו"ח סי' תמ"ג האריך בזה וכתב דכל שנהנה כדרך אכילה זה ודאי דאינו לוקה לפי שהנאה ואכילה ענין אחד וכבר השריש רבינו בשורש ט' בסה"מ דאינו נחשב לשתי לאוין כל שהוא מענין אחר כגון לא תפאר ולא תעולל. אמנם אם נהנה שלא כדרך אכילה כגון מוכר או נתן שזה ג"כ מקרי הנאה ומהראוי שילקה וכ' הפר"ח דלא מקרי כדרך הנאתו ממש שדרך הנאה היינו דרך אכילתו והנאתו ע"ש ובאמת שזה דחוק דסוף סוף נהנה מזה. ולפענ"ד נראה דבר חדש דכיון דבאכילה שהוא אוכל ונהנה אינו מתחייב רק אם אכל שיעור כזית וככותבת וכדומה א"כ אי אפשר לחייב על הנאה גרידא שאינו דרך אכילה רק באותו שיעור ממש ואם כן אי אפשר לשער הנאה בשיעור כזית דתיכף כשמכר אית ליה הנאה ואיך נשער הנאת כזית וא"כ כל הנאות הו"ל כחצי שיעור דאין לוקה ולזה כוון לפענ"ד הה"מ פ"ח ממ"א הט"ז במ"ש ודין איסור הנאה כדין חצי שיעור שאסור מן התורה ואין לוקין עליו והיינו דכל הנאה אי אפשר לשער בשיעור כזית דלא שייך בהנאה שיעור כזית וזה אי אפשר לחייבו בכ"ש דאם כן יהיה יציבא בארעא דאיך יהיה הנאה גרידא בלא אכילה חמור בשיעורו מאוכל ונהנה ובנהנה כדרך אכילתו שוב אי אפשר לחייבו על הנאה שזה הוא כמו אכילה ולכך אין לוקין על הנאה. ובזה מיושב היטב מה שהקשה הפר"ח דלפ"ז בבב"ח דאמרו בפסחים דף כ"ה דלוקין עליהן אף שלא כדה"נ מהראוי ללקות כשנהנה בב"ח אף בהנאה גרידא בלי אכילה והרמב"ם רפ"ט ממ"א שיכל את ידיו שבבישול ואכילה כתב דלוקה ובהנאה כתב לשון איסור. ובאמת תירוצו דחוק דלפמ"ש הרמב"ם הרואה יראה שבמכוון השמיט לשון מלקות בא"ה ולפמ"ש אתי שפיר דלא שייך מלקות באם נהנה דבעינן שיעור כזית וכדומה וזה לא שייך בהנאה ודוק. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במ"ש הרמב"ם פי"א ממ"א ה"א יין שנתנסך לע"ז אסור בהנאה והשותה ממנו כל שהו לוקה והכ"מ הביא בשם הרמב"ן שתמה בזה דמנין לנו שילקה בכ"ש ועיין לח"מ שהאריך לתמוה על הרמב"ם הרבה קושיות ועיין בספר המצות מצוה קצ"ד שהרמב"ן הקשה כמעט כל הקושיות האלו. ולפמ"ש יתבאר כמין חומר דבאמת בהנאה מהראוי שילקה רק שכתבתי דלא שייך בהנאה שיעור וא"ל דא"כ ילקה בכ"ש דאם כן שוב תהיה חמור מאכילה והנאה ולפ"ז

כיון דיי"נ יצא מכלל אכילת תקרובת ע"ז ולגבי שתייה כתב קרא בפ"ע ישתו יין נסיכם אם כן שוב בשתיה ראוי שילקה בכ"ש דבאמת גם בכ"ש שייך איסור הנאה דבשלמא תקרובת ע"ז לא שייך לחייבו מלקות בכ"ש דממנ"פ אם לא אכל רק שנהנה גרידא כגון שמכר לא תהיה חמור מהאוכל והנהנה דצריך כזית ובנהנה כדרך אכילה שוב הוה אחת עם האכילה אבל יי"נ דשתי' כתיב בפ"ע אם כן יצא מכלל אכילה וחייב מלקות בכ"ש. ובזה מיושב היטב קושית הרמב"ן והלח"מ דלמה לי קרא דישתו יין נסיכם והלא יש בו משום תקרובת ע"ז ולפמ"ש אתי שפיר דאי משום תקרובת לא הי' לוקה על השתייה בכ"ש ועיין בתוס' בע"ז דף כ"ט ע"ב שנדחקו גם כן בזה דלמה לי קרא דישתו יין נסיכם ולפמ"ש אתי שפיר ודוק היטב כי הוא נחמד ונעים. ובזה מיושב היטב מ"ש הרמב"ם פ"א ממעילה ה"ג כל המועל בזדון לוקה וכו' ואזהרה של מעילה שנאמר לא תוכל לאכול וכו' נהנה מהן בשו"פ לוקה והמלמ"ל האריך שם דמאחר דמקרא דלא תוכל לאכול נפקא איך לוקה בהנאה ומ"ש הלח"מ פי"א ממעה"ק דלא תאכל גם הנאה במשמע תמה המלמ"ל שם דניהו דהוה בכלל אבל אין לוקין על הנאה וגם מנ"ל דתלוי בשו"פ ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת על הנאה מהראוי שילקה דהיינו כשלא הי' בדרך אכילה והנאה כגון שמכר אלא שלפי שלא שייך בו שיעור לכך אי אפשר שיהיה חמור מן אוכל ונהנה וגם נהנה כדרך אכילה אי אפשר שילקה דהוה כמו אכילה ולפ"ז כיון דבמעילה יש שני מיני מעילות אחת בדרך הנאה שאוכל ונהנה ואחת בדרך שמוציא מרשות לרשות כגון שמכר או שנתן כמ"ש בתוס' מעילה דף ח"י ולפ"ז על מעילה שהוא בהוצאה מרשות לרשות זה אינו בתורת אכילה ע"ז גלתה התורה שיעור שו"פ ולפ"ז כיון שמשכחת לה שיעור להנאה אף בדרך אכילה כגון שיהי' בו שיעור שו"פ אם כן כל ששייך שיעור פשיטא דלוקה על הנאה ומיושב כל קושית המלמ"ל שם ודוק היטב כי לפענ"ד נפתח בזה שער גדול ועיין מלמ"ל פ"ה מיסוה"ת ובשעה"מ שם.

יח שוב הראוני שהצל"ח בפסחים דף כ"ב גבי אבמה"ח האריך דשיעור הנאה אי אפשר להיות בפחות מכזית דומיא דאכילה אבל אני מוסיף דלא שייך כלל שיעור בהנאה וכמ"ש ושמחתי מאד שבראשית ההשקפה כוונתי במקצת לסברתו ואני הוספתי ת"ל טעם לשבח ודוק. ובענין ע"ז אי אסור מה"ת שלא כדה"נ האריך בזה המלמ"ל פ"י מיסוה"ת ובשעה"מ שם ע"ש ולכאורה רציתי לומר בהא דמקשו התוס' בסוכה דף ל"ד ד"ה לפי בהא דאמרו גבי לולב של אשרה ושל עיר הנדחת למה לי טעמא דכתותי מכתת שיעוריה ת"ל משום דבעינן דין ממון דאפילו מאן דלא חייש הכא גבי אתרוג לדין ממון היינו משום דעיקרו לאכילה אבל לולב דלית בה אכילה כתיב לכם דידי'

לענין דין ממון ע"ש שכתבו דנ"מ לענין יו"ט שני. ולכאורה יש לומר דהרי התוס' הקשו בהמקדש בא"ה דאינה מקודשת ואמאי והא יכול להנות שלא כדה"נ ולפ"ז גם כאן יש בו דין ממון שלא כדרך הנאתו ולכך צריך טעם דכתותי מכתת שיעוריה כדי לפסול מה"ת דבשלא כדה"נ אין אסור רק מדרבנן. אמנם נראה דע"כ לא אמרינן דשלא כדה"נ ליכא איסור תורה רק בדבר דשייך דרך הנאתו ובשלא כדה"נ לא אסור מן התורה ולפ"ז זהו בדבר דהוה מידי דאכילה והנאה ושייך בי' כדרך אכילה והנאתו אבל בלולב דלא שייך ביה לשון אכילה ומה"ט כתבו התוס' דלא שייך בי' אכילה ודרשינן לכם לשאר הנאות ולכך לא הקשו התוס' דהא בעי היתר אכילה לכ"ע משום דכאן בלולב לא שייך אכילה ועיקר לכם דכתיב בי' שיהיה בו דין ממון וא"כ לא שייך לומר שלא כדה"נ דהא כל מה שנהנה מקרי כדה"נ ודוק היטב. ובזה מיושב היטב מה שהקשו אותי תלמידי ני' דלמה הוצרכו להקשות מלולב ולא הקשו מאתרוג דאמרו באותו דף דלכך פסול בשל אשרה ועיר הנדחת משום דכתותי מכתת שיעוריה ולא אמרו משום דאין בו היתר אכילה ודין ממון. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת משכחת לה אכילה בשלא כדרך אכילתו ומכל מקום אכילה ודין ממון מקרי ולכך לא הקשו רק מלולב וראיתי אח"כ במהר"ם לובלין שעמד בזה דאמאי לא הקשו מאתרוג והניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. שוב מצאתי בשעה"מ פ"ה מיסוה"ת ה"ה שכתב היפך בשם הגאון מוה' יהודה אשכנזי זצ"ל וכמדומה לענין שלא כדה"נ דאסור מדרבנן דוקא בדבר דשייך בי' כדה"נ אבל במקום דלא שייך כדה"נ שלא כדה"נ מותר לגמרי ע"ש ולפענ"ד יש לומר דכל דלא שייך כדה"נ כ"ע מודו דאסור בע"ז מה"ת. אך אי קשיא הא קשיא לשיטת רש"י דבע"ז של גוי דלא יטול דמיירי קודם ביטול ובזה קושית התוס' הדרא לדוכתא ת"ל דאין בו דין ממון ולא שייך לומר דנ"מ ליו"ט שני דהא באמת גם ביו"ט שני מיירי וכמ"ש התוס' בדף ל"ב דמיירי שנטלו שלא ע"מ לזכות בו ולא הוה שלו וביו"ט שני דלא בעי לכם. אך קשה למה בדיעבד יצא הא אין בו דין ממון דא"ל דיש בו דין ממון אם היה נוטלו לזכות בו דזה אינו דאז היה נעשה של ישראל והי' כתותי מכתת שיעורא ובשלמא לשיטת התוס' דמיירי לאחר ביטול שפיר הוה בי' דין ממון ורק משום דמאיס אסור אבל לשיטת רש"י קשה אמנם נראה דכל דיכול לבטל ואף לכוף לעכו"ם לבטל ע"ז של גוי א"כ שוב מקרי דין ממון כיון דיכול לבטלו וז"ב והתוס' לא הקשו רק בע"ז של ישראל ובאשרה דמשה דאין לה ביטול. וראיתי בכ"ת שפירש דקושית התוס' דלמה לי טעם דמכתת ת"ל דאין בו דין אכילה דיש לומר דחד מתרי טעמי נקט ועיקר קושית התוס' דהא נ"מ בין הטעמים דלטעם דכתותי מכתת שיעורי' הוא דוקא באשרה דמשה ולטעם דלכם גם בלולב של ע"ז גוי אסור אם

נטלו ע"מ שלא לזכות. ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דהא בזה שייך דין ממון דהא יכול לבטלו וכמ"ש. הן אמת דהתוס' לעיל דף ל"ב כתבו ג"כ דהך דרבא מיירי ביו"ט שני ומשמע דביו"ט ראשון פסול משום דאין בו דין לכם וע"כ דאף דיכול לבטלו לא מקרי לכם אך נראה דהדבר נכון דהא באמת בעי לכם ורק דיש לומר דכל דיש לו דין ממון אם יבטלו שוב מקרי לכם אבל זהו באם רוצה לזכות בו אבל אם אינו רוצה לזכות בו א"כ אי אפשר לומר דמקרי לכם כיון דהוא של גוי ואינו רוצה לזכות בו וכל שאתה אומר שנקרא שלו שוב אין לו ביטול דהוה ע"ז של ישראל וע"כ דלא מקרי לכם ולכך לא יצא בו וא"כ שוב הדרא קושיא לדוכתי' דאמאי יצא בו בדיעבד הא אין בו דין ממון אך נראה כיון דיכול לבטלו ניהו דלכתחלה לא יצא דהא אינו רוצה לזכות דשוב לא יהי' לו דין ביטול אבל מכל מקום כל שהי' יכול לבטלו שוב יוצא בו בדיעבד ומקרי שלו כיון דהיה יכול לזכות. ובזה מיושב קושית הבאר יעקב באו"ח סי' תרמ"ט שהקשה בהא דשיטת הרמב"ם והמחבר שם דכל הפסול בשביל דאין בו היתר אכילה פסול כל שבעה וע"ז הקשה דא"כ לא שייך תירוצו של התוס' ושוב יקשה למה לי הטעם דכתותי מכתת שיעורי' ות"ל דאין בו דין ממון ול"ש הנ"מ ליו"ט שני ע"ש דעיקר קושיתו מאתרוג דבלולב יש לומר דלא בעי דין לכם אבל באתרוג קשה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאתרוג נ"מ לענין שלא כדה"נ דבאתרוג שייך לחלק בין כדה"נ או לא והש"ס אזיל דשלא כדה"נ אינו אסור רק מדרבנן ודוק היטב. והנה במוקדשין דעת התוס' בסנהדרין דף פ' ד"ה בשור שאסור אף שלא כדה"נ ובשעה"מ שם האריך לתמוה ע"ז ואני תמה מהא דאמרו בפסחים דף כ"ד ע"ב לענין בב"ח דיליף מגז"ש ואמרו אין לי אלא באכילה בהנאה מנין אמרת ק"ו וכו' והקשו התוס' ד"ה אמרת דהיכא אלים ק"ו לאפוקי מגז"ש וכתב ר"ת דבההיא קרא דאנשי קדש כתיב ג"כ קדשים שיצא חוץ למחיצתו דזה אסור וגלי לן קרא ק"ו דגמרינן מקדשים ולא מנבלה ע"ש ולפ"ז אני תמה דא"כ כיון דיליף מקדשים א"כ יהיה אסור אף שלא כדה"נ והיכא אמרו שם להכי קא גמר מנבילה מה נבלה דרך הנאתה הא הך דנבלה היינו בשר קדשים וזה אסור אף שלא כדה"נ והיא לכאורה קושיא גדולה ולכאורה רציתי לומר כיון דבאמת יש מקום ללמוד מנבלה או מקדשים וא"כ ניהו דיליף מקדשים לענין איסור הנאה מק"ו אבל לענין שלא כדה"נ דליכא ק"ו שוב ילפינן מנבלה אבל ז"א דהרי ע"כ מה דיליף מנבלה היינו לאו נבלה ממש רק מה דכלל בכלל ואנשי קדש דהיינו בשר קדשים ושם אסור אף שלא כדה"נ וצע"ג.

יט ובגוף הק"ו דלמד מערלה שלא נעבדה בו עבירה וק"ו לבב"ח שנעבדה בו עבירה ופירש"י דנעבדה בו עבירה שבשלו בב"ח והוא תמוה דא"כ בבשלו עכו"ם או שנתבשל מאיליו שנפל חלב לתוך בשר מעצמו א"כ לא יהיה אסור בהנאה וצ"ע.

כ והנה בהא דאמרו בחולין ר"פ גה"נ אלא קסבר אין בגידין בנו"ט ובמוקדשין איסור גיד איכא איסור קדשים ליכא וקשה לי טובא למה לא יהי' איסור מוקדשין בגיד ניהו דליכא נו"ט הא לא גרע מעצמות וקרנים וטלפים דמועל בהם ועיין זבחים פ"ו וברמב"ם פ"ב ממעילה הי"ב ומסתמא לא שייך בהו אכילה בעצמות וקרנים ואפ"ה מועלין בהם וכ"ת דשם לא מיירי כשאכלם רק שנהנה בהם בתשמיש הראוי להם אבל באכילה דאין בהם בנו"ט לא מועלין בהם דזה אינו דאכתי הא אכילה של גיד ניהו דליכא בהו נו"ט מכל מקום עכ"פ טעם קלוש יש בו וכמ"ש הרשב"א בחידושיו ועכ"פ לא גרע משלא כדה"נ דבמוקדשין חייב לשיטת התוס' ואף דיש לחלק דשאני כל שלא כדה"נ דעכ"פ אם היה רוצה להנות כדרך אכילתו והנאתו היה יכול לכך נאסר אף שלכד"א אבל בגיד דא"א בנו"ט דעץ בעלמא הוא א"כ כל אכילה והנאה אין בו כד"א והנאתו ופטור מכל מקום לא ידעתי כיון דעכ"פ טעם קלוש יש בו ובודאי מחשב עכ"פ כשלא כדה"נ וחייב וצ"ע.

כא ולכאורה רציתי לחדש דבר חדש דלפי מה הנראה מדברי רש"י בחולין דף קט"ז לכך פרש של עולה אינו נאסר דלא חל קדושה דאינו ראוי לגבי מזבח ומה"ט עור הקדשים ניתן לכהנים ע"ש וא"כ ה"ה בגה"נ כיון דאינו קרב ע"ג המזבח לא תפסי קדושה אבל זה אינו דהרי כל שלא פרש יקרב לגבי מזבח וכדאמרו בחולין דף צ' וכ"כ רבינו פ"ז ממעה"ק ובפ"ב ממעילה.

כב ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דהנה כל הטעם דאם הי' גה"נ בנו"ט הי' חל קדשים על גיד הוא משום דהוא איסור כולל דכולל שאר הגוף שהיה מותר והקדשים אוסר אותה ולפ"ז הא כבר נודע דברי הריב"ש דלא שייך כולל אלא כשהפעולות הם אחת אבל מי שנשבע שלא יאכל מצה ולא ילבש משי לא חשיב כולל דאין הפעולות אחת ולפ"ז אף אנו נאמר דלא שייך כולל בזה דהא שאר הגוף דשייך בי' אכילה שייך לומר דאיסור מוקדשין חל עליו אבל גה"נ דאין בו בנו"ט והוא עץ בעלמא והתורה אסרתו וא"כ לא שייך ענין כולל דאין זה אותה פעולה דשם אוכל וכאן אינו אוכל ואכילת עץ לא חשיבה אכילה כלל ואף דהשעה"מ בהלכות א"ב פי"ז ובמ"א פ"ח רוצה לומר דדוקא בשבועה כתב הריב"ש כן ולא בנזיר אבל לפענ"ד אפשר לענין איסור כולל מודה דכה"ג מקרי פעולות חלוקות. אמנם נראה כיון דהתורה אמרה לא יאכל גיד הגשה וא"כ נקרא אכילה ושוב שייך כולל דעכ"פ נקרא אכילה. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם שכתב

דהאוכל גה"נ של עולה ושל נבלה חייב שתים משום גיד ג"כ משום דהו"ל כולל והקשה הרשב"א דהא הרמב"ם פסק דאין בגידין בנו"ט ואין מוקדשין חל כדאמר הכא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לכאורה לא שייך כולל דהא הוה פעולות חלוקות. אך כבר כתבתי כיון דהתורה קראו אכילה לענין גה"נ ש"מ דנקרא אכילה ולפ"ז אם נימא דגה"נ אסור בהנאה למ"ד אין בגידין בנו"ט כדאמרו בפסחים דף כ"ב וא"כ כל דאסור בהנאה הוא משום דלא שייך בו אכילה וכמ"ש התוס' שם ד"ה ור"ש ולא שייך כולל דהו"ל פעולות חלוקות אבל הרמב"ם דפסק גה"נ מותר בהנאה אף דס"ל אין בגידין בנו"ט וכתב הרמב"ן דדחה להך סוגיא דפסחים וא"כ ס"ל דשייך ענין אכילה שוב לא הוה פעולות חלוקות והסוגיא דריש גה"נ אזיל בסוגיא דהש"ס פסחים דף כ"ב הנ"ל ודו"ק. ואף דיש לומר דחל משום דאיסור טומאה הוא איסור חמור הרמב"ם לא יסבור זאת וגם אם באמת לא שייך בו אכילה ועץ היא והתורה אסרתו לא שייך איסור חמור דלא חל מעולם שם הקדש וכעין שכתב הרמב"ם לענין בב"ח דלא שייך איסור הנאה ולא שייך לומר דהוה איסור מוסיף וכמ"ש בכריתות פ"ג בנקודה הנפלאה ועיין בפליתי סי' פ"ז מה שביאר דבריו וגם אני הארכתי בזה בביאור דבריו וע"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם ודוק:

סימן רד

א לחכם אחד.

ב מה שהקשית על דברת רבינו בפ"י מק"פ הי"א שהראב"ד השיגו דאיך אפשר שיצלה הפסח עם קרומו ושמנו וגה"נ ולא יהיה אסור והכ"מ הליץ דשומנו של גיד אינו רק מנהג ובפסח לא נהגו וע"ז הקשית מהא דאמרו בפסחים דף פ"ג ל"צ אלא לשמנו של גיד הרי דשומנו ג"כ אסור.

ג הנה לא ידעתי מה קשיא לך ובאמת עיינתי ברמב"ם ומצאתי בגליון הרמב"ם שלי שכתבתי בזה"ל עיין פסחים פ"ג ע"ב לא נצרכה אלא לגה"נ וכו' לא נצרכה אלא לשמנו וכו' ועיין בפיהמ"ש לרבינו שם ומשם יש ראיה לרבינו ודו"ק וכוונתי דעכ"פ משם ראיה דלא הוסר קודם הצלייה עם גה"נ והשומן והיינו דאף דמשם מבואר דשומנו של גה"נ צריך למשדי' ולשורפו היינו בשעת אכילה אבל לא בשעת הצלייה וצ"ל כמ"ש הכ"מ דלא קבלו בזה האיסור שיאסר שומנו של גה"נ הפסח לענין שצריך שיחתוך מקודם אבל בעת אכילה כל מה שנמצא בעין אסור וז"ב ופשוט ול"ק קושייתך. שוב הוגד לי שהראש יוסף בחולין דף צ"א פירש כן ונהניתי ועיין כו"פ סימן ק"ח ס"ק ב'. וכעת עיינתי וראיתי דאין התחלה לקושית הראב"ד על הרמב"ם מדברי הש"ס הנ"ל דרבינו לשיטתו דבפ"ג ממאכלות אסורות הלכה כ' כתב שאין הגיד ושמנו אוסרין תערובתן ולא

החוטין והקרומות אוסרין תערובתן לא במליחה ולא בצלי לפי שאינן מפעפעין ועיין בה"ה שם שכתב כן להדיא וא"כ לא אסר להק"פ כלל ורק שגוף השומן והגה"נ היה צריך לחלוץ בעת אכילה וצריך שריפה ונסתייעו דברי רבינו מהש"ס בסיוע ממש ומהתימה על הראב"ד שהקשה על רבינו והרי שיטתו מבוארת כמ"ש בפ"א ממ"א.

ד ובאמת שלפענ"ד אף אם הי' מפעפע מסתמא הי' ששים בפסח נגד דברים האלו ולא היה אוסר ואף דמבואר בסי' ק"ה ס"ט דהשאר חתיכות אינן מצטרפות במליחה ונאסרין כל שאין בכל חתיכה ששים ומקורו מהמרדכי באמת שבמרדכי שם בעצמו תמה ע"ז דממנ"פ אם אינו מפעפע לא יאסור כלל ואם אוסר שוב מפעפע וכבר האריך בשו"ת מהריט"ץ סי' צ"ז לדחות דברי הש"ע בשביל קושיא זו ועיין בפר"ח ביו"ד שם שהאריך בביאור השיטות האלו וליישב דברי המרדכי בשם מהר"מ והש"ע היה נראה לפענ"ד דס"ל למהר"ם דניהו דאינו ודאי שיפעפע חלב מחתיכה לחתיכה אבל באותה חתיכה עצמה בודאי יכול לפעפע ולהתפשט בכלה דעכ"פ באותה חתיכה יכול להתפשט אף בלי רוטב ועיין כו"פ שם ס"ק ט' שכ"כ בפשיטות.

ה ויש להוסיף דבאמת התוס' והרא"ש הקשו בפרק גה"נ דף צ"ו דכל קליפה יאסור חברתה וכתבו דהקליפה א"י לאסור יותר מהאיסור עצמו ולפ"ז כאן שהאיסור עצמו יכול להתפשט דהחלב אינו ברור שלא יתפשט וא"כ אוסר כלו וכיון שכן בכה"ג כ"ע מודים דאמרינן חתיכה נעשה נבלה דהא יש להסתפק אם האיסור יכול להתפשט בחתיכה אחרת מכ"ש שאותה חתיכה נעשה נבילה ואוסר כנלפענ"ד אבל עכ"פ רבינו לא ס"ל כן. ובגוף דברי המרדכי והש"ע הנ"ל נראה לפענ"ד כיון דלא הוה דבר ברור אם חלב מפעפע מחתיכה לחתיכה עכ"פ אף שיפעפע בודאי אינו מפעפע ומתפשט בכל החתיכה רק כדי קליפה וא"כ איך יבשל אח"כ החתיכות ויבטל האיסור ואף דכל העתיד להתערב הוה כאילו מעורב וכמ"ש הש"ך סימן צ"ב ס"ק ח' בשם ה"ה היינו במה שכבר נכנס לבית הספק אבל כאן כיון דהספק הוא שמא לא נתערב בכלו ואין מפעפע מחתיכות לחתיכות עכ"פ אף אם נימא דמפעפע לא פעפע בכל החתיכה א"כ בכה"ג הו"ל כמבטל איסור בידים ואסור ולדעתי זה שכוון האו"ה והובא בש"ך ס"ק למ"ד במ"ש דלא קי"ל דכל מה שנכנס בספק מסייע לבטל והש"ך תמה דהא קיי"ל כן ולפמ"ש אתי שפיר דזה כשהדבר ברור שנכנס בכלל הספק אבל כאן דמהראוי לומר שאינו מפעפע כלל מחתיכה לחתיכה א"כ אף שמחמרינן לחוש דשמא פעפע אבל עכ"פ הוה כמבטל איסור בידים ולכך בעי שיהיה בכל חתיכה ששים דאז אינו מבטל כלל דממילא נתבטל ממנ"פ וזה ברור.

ובזה יש ליישב קושית הש"ך ס"ק למ"ד דמ"ש רישא ומ"ש סיפא דעכ"פ נתבטל ברוב. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דחיישינן שמא נגע א"כ אסר כדי קליפה ושוב אסור לבטל דהו"ל כמבטל איסור אבל בלא נגע נתבטל ממילא דנתערב ובכה"ג לא מקרי מבטל איסור בידים ודו"ק היטב ועיין שו"ת מהר"י בן לב מ"ש בזה בח"א בחידושי דינים דף סמ"ך ודו"ק וצ"ע במ"ש התוס' ר"פ כיצד צולין דאף למ"ד דכבדא עלוי בשרא אסור מכל מקום בפסח לא החמירו ולא גזרו בקדשים והיינו ע"כ משום דבדרבנן לא החמירו וא"כ שומנו של גיד דאינו רק מדרבנן וא"כ למה החמיר הראב"ד כ"כ בשמנו של גיד והא גם זה מצוה שיצלה כלו כאחד וצ"ע. ובמ"ש יש ליישב דברי המרדכי שלא יסתרו זא"ז דהרי כתב בסי' תרפ"א דאם אחת מהחתיכות נגע בהחלב דמצטרף לבטל החלב ואח"כ לענין חלב שעל הכרס כתב דאף שנגעו החתיכות בחלב אינו מצטרף וכבר התפלא ע"ז בשו"ת מוהריט"ץ שם. ולפמ"ש יש לומר דבאמת הא דמצטרף בנגע הוא משום דנכנס לבית הספק וכל מה שנכנס להספק מצטרף והנה זה דוקא באיסור דרבנן כמ"ש בסי' קי"א אבל לא באיסור תורה ועיין בשפ"ד סי' ק"ה ס"ק למ"ד שהאריך בזה וא"כ בחלב שעל הכרס דאיסור תורה אינו מצטרף משא"כ בסימן תרפ"א אפשר דמיירי מחלב דרבנן. ובזה יש ליישב דברי רבינו פ"ז ממ"א הלכה כ' דנקט חלב שעל הקרומים דאינו רק דרבנן ועיין שו"ת מהריט"ץ שם ולפמ"ש יש ליישב ואכ"מ עכ"פ רבינו בפ"י מק"פ שפיר כתב דלשיטתו אין חלב מפעפע ואף בהיתר שמן אפשר דלא ס"ל לרבינו דאזל ההיתר ומפטם לאיסור והרשב"א כתב בהדיא דלא אמרינן פיטום ועיין בב"י סי' ק"ה ודוק ועיין סי' ע"ו ס"ק ה' בש"ך שהשיג על רמ"א במה דלא הצריך ששים לדידן ולכאורה רציתי לומר כיון דדם בעצמו כחוש א"כ אף דקי"ל גם באיסור דם בששים כמבואר ביו"ד סימן ע' ס"ד היינו משום דיש בה חתיכה שמנונית א"כ מועיל גם להדם וכמ"ש הרש"ל הובא בש"ך יו"ד סי' ע"ג ס"ק ט' ואף דהש"ך השיג עליו כבר כתב הכו"פ שם ס"ק א' דהשמנונית מסייע להדם אבל כאן דהדם בא ממקום אחר א"כ ניהו דאותה חתיכה יש בה שמנונית לא אמרינן דיפטם ההיתר לאיסור באיסור כחוש וכמבואר בש"ך בסי' ק"ה ס"ק כ"ח ומיהו יש לומר דבצלי אמרינן דמפטם דדוקא במליחה מיקל שם וגם מצאתי בפרמ"ג שם וס"ק ל"ב דדם לא מקרי כחוש לגמרי כיון שמעורב מציר ושמנונית ע"ש וצ"ע:

ומדי דברי זכור אזכור מה שנראה לפענ"ד במ"ש הרשב"א וטוש"ע שם בסי' קי"א דאם הי' שתי קדירות של היתר ונפל איסור לתוך אחד מהם ואין באחת מהם כדי לבטל ויש בשתיהן כדי לבטלו שתיהן מצטרפות לבטלו וה"מ באדם אחר וכו' כמבואר שם ס"ג ומטעם שכל העתיד להתערב רואין כאילו כבר הוא מעורב והכל נכנס בספק כדי לבטלו

והדבר צ"ב דהיאך אמרינן דסופו להתערב הא אסור לבטל איסור ועט"ז שם ס"ק יו"ד שהאריך בזה ולא כתב דבר ברור אבל ביאור הדברים הוא פשוט דאיך שייך כאן דאין מבטלין איסור הא לעת עתה שניהם אסורים מספק וא"כ אין איסור לערב איסור באיסור וכל שכעת אינו מבטל האיסור רק שאח"כ יתבטל ויהיה כלו היתר זה לא אכפת לן וא"ל דסוף סוף היאך אפשר לומר דכעת אסורין שתיהן הא ממנ"פ אחת מהם מותר דלאיזה קדירה שנפלה קדירה השניה מותרת וא"כ הרי מערב איסור בהיתר כדי שיתבטל. אך זה אינו דממנ"פ מותר דאם נחזיק הקדירה הלז שרוצה לערבה בהיתר פשיטא דמותר לערבה באיסור ואטו לא יוכל לזרוק קדירת היתר לתוך איסור ואם נחזיקה לאיסור שוב הקדירה השניה מותרת ומותר לערב הקדירה השניה בה וגם כיון דכעת שניהם אסורין מספק א"כ אנו מחזיקין שתי הקדירות לאיסור ופשיטא דמותר לערב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דמבואר בס"ה דבשתי קדירות של היתר ושתי חתיכות אחת של היתר ואחת של איסור דאם אין באקת מהם כדי לבטל דאסורות שתיהן ותמהו המהרש"ל והב"ח דלמה לא נימא דיצטרפו שתי הקדירות דכלם נכנסו לבית הספק וכתבו לחלק דשם דהוה בשני נפילות גרע טפי והט"ז והש"ך תמהו דמה סברא הוא לחלק בין נפילה אחת לשניהם.

ח ולפמ"ש אתי שפיר דהרי באמת אסור לבטל איסור לכתחלה וכתבתי כיון דכעת שניהם בכלל האיסור שוב מותר אף דבאמת ממנ"פ אחת מהן מותר מ"מ כיון דלא נודע איזה מהם מותרת א"כ שניהם אסורים מספק דלא שייך לתלות להקל משום ספק דרבנן להקל דא"כ תתיר שניהם מספק וזה א"א דהוה תרתי דסתרי וע"כ מוכרח לאסור שתיהם וא"כ שניהם אסורים. ומעתה נראה לפענ"ד ברור דאם נפל אחד מהם לתוך הקדירות ולא שייך לתלות בהיתר דהרי נפל השניה ג"כ לתוך היתר ואי אפשר להתיר שניהם מספק וא"כ שוב לא שייך לומר דרואין כאילו שניהם מעורבין דהרי בד"מ ובעט"ז מבואר דאם אחד מהם בשר ואחד מהם גבינה לא שייך לומר דעתיד להתערב דהא יאסר מחמת זה ולפ"ז בשני נפילות דא"כ אחד מהם נאסר ולא שייך לומר דרואין כאילו נפל דלמה לערב איסור בהיתר דבשלמא בחתיכה אחת אסורה דאז ממנ"פ עומד להתערב דממנ"פ איזה קדירה שנרצה לערב ממנ"פ נוכל לערב דאם אתה מחזיקה בהיתר פשיטא דמותר לערבה באיסור דמה אכפת לן שאוסר קדרתו ואם תחזיקה באיסור הרי השניה מותרת וא"כ כל שמערבם יחד הרי מערב היתר באיסור וגם כיון דע"כ גם השניה אני מחזיק באיסור מותר לערב ממנ"פ אבל כאן דהיה בשתי נפילות ואחת מהחתיכות מותרת ואחת אסורה א"כ ניהו דשתיהן אסורות מספק אבל אינו עומד להתערב דמיד כשנפלה אחת

והחזקנו שהיא אסורה שוב אין האחרת עומדת להתערב וא"ל דבשעת נפילה הראשונה תלינן לקולא דההיתר נפל להההיתר זה אינו דכל שאח"כ נפל גם השניה שוב אי אפשר לומר דהראשונה שנפלה היתה ההיתר דא"כ אתה תאסר השניה וע"כ דהראשונה הי' האיסור ושוב אינו עומד להתערב וגם ממנ"פ אם הראשונה שנפלה היתה של היתר שוב א"צ לערב השניה בה ואינה עומדת להתערב דבשלמא באחת שנפלה וא"י לאיזה קדירה שוב עומדת להתערב כדי שיתבטל האיסור משא"כ כאן דהיתה היתר עדיין וא"כ אח"כ שנפלה השניה שוב כבר נאסרה הראשונה ולא היה כדי להצטרף ושפיר אסורין שניהם ודוק היטב. ומדי דברי בדברי הרמב"ם והראב"ד שכתבתי הלא מראש אכתוב מה דכתב לי כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י ביום וא"ו כ"ו אדר שני תר"ח וז"ל בריש פרק כ"צ חתך ממנו אבר אין זה מקולס וק"ל לשיטת הרמב"ם דק"פ הי' צולין אותו עם הגיד דבק"פ לא גזרו חז"ל איסור שומן הגיד ולפ"ז בגדי מקולס ודאי דחתכו ממנו הגיד דזה לא הוה ק"פ ואסור משום בליעת השומן וא"כ לא הוה מקולס וא"כ היאך משכחת לה גדי מקולס דהנהיג תודוס איש רומי דודאי לא היה עושה באיסור ח"ו וצ"ע עכ"ל.

ט וכוונתו דתודוס הנהיג בגדי מקולס לעשות זכר לפסח וא"כ ע"כ דהיה ג"כ עם גה"נ כיון דפסח הי' כן ואם חתכו לא נקרא מקולס וממנ"פ לא הי' כמו ק"פ דבשלמא לראב"ד דגם בק"פ הי' חותכין האיסור ממנו שוב לא שייך לומר דאין זה מקולס אבל להרמב"ם קשה. והנה ל"מ לפמ"ש התוס' בשם הריב"א דאם לא הי' כלו שלם ג"כ לא נפסל לק"מ אלא אף לפמ"ש בשם רש"י דאסור לחתכו מכל מקום לפמ"ש הרמב"ם אהני' לי שיטתי' דבצלי אינו אוסר כלל שאינו מפעפע א"כ יש לומר דהיה עם הגדי ואפ"ה לא אסר ודו"ק. והנה צ"ע בהא דדייקו התוס' דאם חתך ממנו אבר לא מפסל למה לא הביאו גמרא ערוכה בפסחים דף ס"ד דנטל כוליא מכל אחד וס"ד שם דנטל ממש וא"כ ע"כ חתכו והרי נפסל ולא היה מקולס וע"כ דלא נפסל. וא"ל דשאני כוליא דאינו עומד לאכילה דא"כ מה דייקי מחזה ושוק הא גם זה הוא שייך לכהן וע"כ דבכל ענין שנחתך לא מקרי מקולס וא"כ למה לא הביאו מכאן וצע"ג:

י והנה ארשום פה מה שנתחדש לי בשנת תרי"ב בפסח שני בהיותי לומד עם תלמודי ני' דברי הב"י ביו"ד סי' ע"ב והביא שם דברי הר"ן דבקדרה של בשר צריך ששים להתיר לפי שהרוטב נכנס לתוכו ומוציא הדם ממנו ומוליכו לכל הקדירה ואפשר שאם אין בקדירה ששים אפילו הלב אסור לפי שהנפלט מן החתיכות אוסר הלב שאין חלוקת הלב מונע מלבלוע רק דם אבל שמנונית לא וע"ז הקשו תלמידי נ"י דהרי בסי' ס"ט מבואר שם בשם

הרשב"א במולח בכשא"מ דאינו מפעפע למעלה ואפילו אם הי' שמן דאין הנאסר יכול לאסור אלא במקום שהאיסור עצמו יכול לילך שם.

יא והשבתי דשם אזלינן למאן דלא ס"ל חתיכה נעשה נבילה בשאר איסורים והר"ן ס"ל דנעשה נבלה בשאר איסורים וא"כ השמנונית גופא נאסר ויכול לפעפע וע"ז הקשו ממה דכתב גבי בשר שנמלח בלא הדחה אחרונה דאין המלח אוסר בשביל דבר דעביד לטעמא דאין לאסור דבר הבלוע יותר מדבר שהיה נאסר מחמתו ע"ש ושם קאי אף למ"ד דחתיכה נעשה נבילה כמבואר שם דלא כרבינו אפרים וחלקתי דשם המלח אף דנ"ן אבל מכל מקום דבר דעביד לטעמא לא מקרי רק המלח ולא הדם שבו וע"ז הקשו עוד ממה דמבואר בסי' ק"ה דאין הנאסר יכול לאסור וע"ש גבי חתיכה שנפלה מקצתה לתוך הציר דכל דאינו יכול לאסור רק כדי קליפה אין האיסור יכול לעבור יותר ושם מבואר דאף למ"ד חתיכה נ"ן בשאר איסורים מכל מקום אינו אוסר ובאמת שכן הוא בתוס' בחולין דף צ"ו. וע"ז השבתי דמוכרחין לחלק בין קדירה שהרוטב יכול לבלבל בכלו אף במקום שהאיסור לא יכול לעבור משא"כ במליחה וצלי'. והנה מצאתי בפר"ח סי' ע"ב ס"ק ד' שהביא דברי הר"ן וכתב שזה למ"ד דחנ"ן בשאר איסורים אבל למה דקיי"ל דלא אמרינן חתיכה נ"ן בשאר איסורים א"כ אין הנאסר יכול לאסור וא"כ הלב מותר אף אם אין ששים בקדירה ע"ש ודבריו תמוהין דהמעיין בתוס' ובפוסקים ימצא דאף למ"ד חתיכה נ"ן בשאר איסורים אפ"ה כל שאינו יכול האיסור בעצמו להתפשט בכלו אף שיש שמנונית דהיתירא אין לו כח להוליך האיסור יותר מאילו הי' בעצמו ובפרט דמשרק שריק ומחוורתא כמ"ש. אמנם לפענ"ד נראה דדברי הר"ן בלא"ה נכונים דע"כ לא אמרינן דאין הנאסר יכול לאסור אם לא במקום שהאיסור עצמו יכול לילך שם דוקא במקום שאין האיסור יכול להתפשט בעצמותו כמו בכ"מ שאינו אוסר רק כדי קליפה וכדומה אבל כאן מצד האיסור יכול לילך שם ולהבליע רק שחלקות הלב מונע וא"כ בתוך השמנונית שיוכל להתבלע בודאי אוסר ובפרט אם נימא דחתיכה נ"ן בשאר איסורים רק שכל שאין איסור יכול להתפשט אין האוסר חמור מן הנאסר וכאן האיסור בעצמו ג"כ יכול לילך רק דחלקות הדם מונע בזה אפשר דהשמנונית מוליך הדם עמו ודו"ק היטב וצ"ע בזה כי לא עיינתי היטב. שוב ראיתי שמ"ש לחלק בדברי הר"ן בין בישול למליחה זהו האמת שכן ביאר הר"ן בהדיא דבב"ח אמרינן חתיכה נ"ן מן התורה ובשאר איסורים מדרבנן וראו להשוות איסור של דבריהם לאיסור תורה דכמו דבב"ח אינו נאסר אלא דרך בישול לא במליחה וצלייה ה"ה בחתיכה נ"ן בשאר איסורים אינו רק ע"י בישול ע"ש ודברי הפר"ח צע"ג דגם אם אמרינן חתיכה נ"ן בשאר איסורים במקום שאין האיסור

עצמו יכול לילך שם ורק דהר"ן לשיטתו דמחלק דחתיכה נ"נ בשאר איסורים הוא רק מדרבנן ולא אמרו רק בבישול לבד וא"כ א"צ לכל החילוקים של התוס' אבל לדידן לא קי"ל כן ועיין בש"ך סי' ע"ג ס"ק ט' ולהפר"ח היו דברי המהרש"ל נכונים שוב ראיתי שהפר"ח כתב כן באמת בסי' ע"ג ס"ק א' בסופו ומהתימה שלא הרגיש שנחלקו בזה המהרש"ל והש"ך והרי הש"ך ס"ל דנעשה נבילה ואפ"ה כתב שמותר משום דאין הנאסר יכול לאסור וע"כ דברי הפר"ח צע"ג:

יב וראיתי בכו"פ בסי' ע"ג ס"ק א' שכתב ליישב דברי מהרש"ל וכתב וז"ל דודאי מחמת שטרודה לפלוט לא בלע בשפע שיהיה כ"כ הבליעה מספיק לאסור הכבד אבל דבר מועט אפשר דבלע וא"כ תו לא שייך אין הנאסר יכול לאסור כיון דבלע קצת וחנ"נ וסברא זו כתב הרא"ש בשמעתא דדגים ועופות ע"ש עכ"ל. ובמחכת"ה אין שוה לו להך דהרא"ש דהרא"ש כתב שם ליישב דברי הרשב"ם דאוסר גם העופות שבלעו מדגים והקשה הרא"ש דל"מ לרבינו אפרים דאין חתיכה נ"נ בשאר איסורים דלא שייך שבעופות יאסרו וגם אם נימא דחתיכה נעשה נבילה אבל כל שאין האוסר יכול לילך אין הנאסר יכול להתפשט וע"ז כתב דמכל מקום הדגים פולטים קצת מהדם שבלעו מהעופות בעת רתיחתם ניהו דאין כח בדגים להפליט להדם משום שפסק פליטתם מהם מכל מקום הבשר לאחר שפלט דמו יכול לקבל מעט מהפליטה של דם שפלטו הדגים והיינו דבאמת כל הטעם דאין העופות נאסרים מהדגים מפני שיש להם דם הרבה לפלוט ואיידי דטרידי לפלוט לא בלעו אבל אחר שנחו מפליטתם יכולים לבלע מהדגים אלא שאין להדגים דם לפלוט אבל אותו דם שבלעו מהעופות יכולים העופות לבלוע ולא שייך אין הנאסר יכול לאסור וא"כ מה ענינו לכאן דכל שהכבד אינו בולע למה יאסר מחמת השמנונית שקבלה מהבשר והלא הדם בעצמו א"י לקבל וז"ב כשמש וע"כ הדברים תמוהים ועיין בחוות דעת מ"ש בזה ליישב דברי הרש"ל ואף שהוא דבר חריף אבל המעיין בש"ס גבי כחל ימצא דיש לפקפק וגם מכל מקום דבריו תמוהין דמכל מקום אין הנאסר יכול לאסור והוא כפי הנראה ס"ל דאם נ"נ יכול לאסור וזה אינו וכמ"ש וצע"ג. ודרך אגב ארשום במ"ש התוס' חולין דף צ"ו בהא דאמר שמואל ל"ש אלא שנתבשל אבל נצלה קולף ואוכל עד שמגיע לגיד והקשו בתוס' דלמה ליה לשמואל להשמיענו זאת דממילא נדע דאל"כ יקשה למה נקטה המשנה ירך שנתבשל בה גה"נ הא מקודם נמלחה דצריך מליחה וא"כ הא מליח הרי הוא כרותח דצלי וכתבו דה"א הא דנקט נתבשל היינו נצלה כדאשכחן דלפעמים קרא התנא לצלי בישול ולכאורה תמוה לי דמה מקשו התוס' דהא התוס' כתבו למעלה דמה דנקט אם יש בה בנו"ט הנה לרש"י מיירי שמקצתה תוך הרוטב ולר"י מיירי

שכלה חוץ לרוטב דאל"כ הכל מצטרפין וא"כ טובא קמ"ל דמצד המליחה הי' מצטרף הכל כשנמלחו ביחד ואם לא נמלח ביחד אין רבותא אבל בבישול קמ"ל דאף שמקצתה תוך הרוטב אינו מצטרף לרש"י ולר"י דוקא כשכלה חוץ לרוטב וטובא קמ"ל וא"כ זה לא הי' יכול להודיענו רק בבישול אבל לא במליחה. אמנם נראה דמזה ראיה ברורה למה שחידש הר"ן באלפסי בסוף פכ"ה בסוגיא דטפת חלב והובא בש"ך סי' צ"ב ס"ק ג' דה"מ בחום של צלי אבל בקדירה כיון שיש בה הבל ולחלוחית מתפשט בכולה אעפ"י שהוא חוץ לרוטב ע"ש וא"כ כל שהוא בתוך הקדירה אף שלא נתבשל רק נצלה ג"כ מתפשט וא"כ יש לומר דזה באמת תירוץ התוס' שכתבו דהא דנתבשל היינו נצלה ולכאורה דחוק ולפמ"ש יש לומר דהיינו בנצלה באופן כזה דהיינו בקדירה וזה נקרא נצלה. ובזה מיושב קושית הזכרון יוסף בהא דס"ד דמליח כרותח דבישול וא"כ למה נקטה המשנה נתבשל. ולפמ"ש אתי שפיר דבצלי קדר הוה דינו כבישול ממש ואף דצלי אינו רק קולף בצלי כזה ודאי הוה כבישול ודו"ק היטב כי קצרתי. שוב ראיתי בחידושי רשב"א שכפי הנראה הרגיש בקושית הזכרון יוסף הנ"ל.

יג והנה בהך דאין הנאסר יכול לאסור במקום שהאיסור עצמו אינו יכול לאסור הקשה המהרא"י הובא בט"ז סי' ק"ה וסי' ק"ח דלמה בריח אמרינן דאזל ומפטם להאיסור ואמרתי בזה דלפמ"ש הרי"ף דטעמא דרב משום דס"ל מב"מ במשהו ואוסר אף בא"מ בריחא וא"כ יש לומר דמשהו יכול להתפשט אף במקום שהאיסור עצמו א"י לילך מיהו לפ"ז יקשה אנן דלא ס"ל דמב"מ במשהו א"כ מ"ט אוסר וגם אם נימא דבריחא ס"ל דאוסר במשהו כמ"ש הרי"ף לענין א"מ מכל מקום הרי תרי משהו לא אמרינן וכאן הוה כתרי משהו וצ"ע. ודרך אגב ארשום בקצרה מה שאמרתי בסי' ק"ח בלמדי עם תלמידי אור ליום וא"ו משפטים תרט"ז במה דלמד המרדכי דבפת לא שייך ריחא מלתא ולמדו ממה דאפו לחמי תודה חמץ ומצה בתנור אחד וקשה לפי מה דמבואר בפסקי תוס' בע"ז פרק שני דשמן זית הוה עז וחריף ואפילו בצונן אסור וקשה הרי מבואר ברמב"ם פ"ט ממעה"ק הלכה כ"ט דהחלות לותת בשמן ומסתמא הי' שמן זית דבמקדש למנחות וללחמי תודה היה שמן זית ועיין פ"ז מאיסורי מזבח וא"כ הרי בדבר חריף קי"ל דריחא מלתא היא ואוסר וצע"ג:

יד והנה במ"ש סי' ק"ח ס"א בהג"ה וה"ה לבשר בחלב צ"ע דלפענ"ד בב"ח גרע טובא דהרי עכ"פ אינו דרך בישול ואינו רק מדרבנן דהרי צלי עצמו אינו רק דרבנן לדעת הרבה אחרונים ומכ"ש הריח מצלי דבבישול לא שייך ריחא גם במ"ש וכן אם עכו"ם אפה פת דלפענ"ד כ"ש הוא דבאיסור יותר שייך ריחא מלתא מבב"ח וכמ"ש וצ"ע. והנה לענין אי

אסור לכתחלה בריח ומטעם דהוה כמבטל איסור כתב בישועות יעקב שם דכל דריחא לאו מלתא וא"א לבא לידי נו"ט שוב לא שייך לאסור משום דהוה לבטל איסור דהא אינו אסור כלל דהו"ל כקדירה שמשתמש בשפע ע"ש ועיין בשו"ת צמח צדק סי' פ' שם מבואר כעין סברא זו אבל הוא לא ס"ל כן וצ"ע. והנה במ"ש הלא מראש בדברי הש"ע סי' ק"ה דאם אין ידוע איזה מהן כלן מותרות דחד בתרי בטל והש"ך תמה מ"ש רישא מסיפא וכבר כתבתי בזה. וכעת נראה עפמ"ש הכנה"ג ביו"ד סי' ק"ט דאף דאיסור בטל ברוב היתר היינו כשההיתר הוא היתר ברור אבל כשהוא ספק היתר לא שייך ביטול ולפ"ז כשיש ספק על כלן אולי נגעו א"כ לא שייך ביטול דכל אחד בספק עומד ולא שייך ביטול משא"כ כשידוע שלא נגע רק באחת רק שא"י באיזה שפיר שייך ביטול ודו"ק. והנה בענין אפשר לסוחטו לכאורה הי' נראה לפענ"ד דאדרבא בשאר איסורים מהראוי לאסור יותר מבב"ח דהנה ענין אפשר לסוחטו אף אם נימא דלא אפשר לסחוט שיצא כלו אבל מכל מקום זה ודאי דאפשר לסחוט עד שיטעמנו קפילא ויאמר דאין בו טעם האיסור ולפ"ז הרי הר"ן ביאר הטעם דבשאר איסורים נ"ט בר נ"ט אסור ובב"ח מותר משום דבב"ח טעם קלוש א"י להתחיל שם איסור בב"ח משא"כ בשאר איסורים כל שכבר אסור אף שלא נשאר בו רק טעם קלוש מכל מקום איסור נשאר כיון שכבר נאסר ע"ש ולפ"ז גם באפשר לסוחטו בשלמא בב"ח כל שנסחט עד שאין בו טעם מורגש והרי דרך בישול אסרה תורה והרי יצא הטעם וא"כ שוב אין מקום לאסור משום בב"ח כיון דכל חד בפ"ע היתר הוא משא"כ בשאר איסורין ניהו דאינו נשאר טעם מורגש אבל לא גרע מטעם דנ"ט בר נ"ט דאסור בשאר איסורין וא"ל דא"כ לעולם תאסר בשאר איסורין אף שיש ששים דמכל מקום נשאר האיסור דזה אינו דסוף סוף כל שאין בו טעם א"י לאסור דהא נתבטל באותה חתיכה ואי אפשר לצאת ממנה ולאסר אחרות משא"כ באותה חתיכה נשאר איסור אבל באמת זה אינו דכל שלא אמרינן חתיכה נעשה נבילה בשאר איסורין וא"כ גם אותה חתיכה שקבלה טעם שוה לשאר חתיכות ואם נתבטל הטעם בתוך החתיכה למה יאסר אותה חתיכה ושאני נ"ט בר נ"ט דמכל מקום נשאר טעם קלוש אבל כל שבטל בששים א"כ נתבטל הדבר במציאות ושוב אי אפשר לאסור כל החתיכה מפני שיש בה משהו איסור פשיטא שלא יגרר כל החתיכה המותרת בשביל משהו איסור שיש בה שאין בה טעם מורגש כלל וז"ב ופשוט משא"כ בב"ח דחנ"נ א"כ גוף הבשר נעשה נבלה וא"כ כל שכבר הי' בה טעם האוסרה ונעשה נבלה כל הבשר וא"כ פשיטא דאף דאפשר לסוחטו מ"מ אסור ואדרבא בב"ח מהראוי לאסור דמה יועיל טעימת קפילא והרי כל חדא בפני עצמה שרי ואפ"ה אסרה תורה כל שנתחברו ונעשה

יחד חתיכת נבלה וא"כ מה בכך שאח"כ נסחטה ואינו מרגיש בה טעם חלב מ"מ הבשר בעצמו נ"נ והרי מרגיש טעם בשר נבלה וז"ב ויש להאריך בזה בדברי הרשב"א והטור סימן ק"ו ומיושב בזה קושית הכרו"פ שם דמה תלוי חתיכה נ"נ באפשר לסוחטו ולפמ"ש הדבר ברור דכל שאינו נ"נ הרי כל שאפשר לסחטו והקפילא טועם שאין בו טעם למה תאסר וע"כ דנ"נ וא"כ הרי ע"כ טועם טעם איסור וז"ב כשמש ועיין ש"ך סימן ק"ה ס"ק י"ז מ"ש בשם המהרא"י דהו"ל כאלו בא אליהו ז"ל ואמר לנו מן הבשר זה חתיכה קטנה שאין בה שום חלב והוה שרי וכתבתי על הגליון דאף דאפשר לסוחטו אסור בב"ח היינו לענין טעימת קפילא אבל אם יבא אליהו ויאמר שנסחט ממנו לגמרי מותר וכן משמע משו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' קנ"א הובא בביתה יוסף סי' ק"ו ועיין ט"ז וש"ך שם עכ"ל.

טו והנה זה מבואר כמו שחילקתי דטעימת קפילא לא מועיל דגם הבשר נ"נ אבל אם יבא אליהו ויאמר שלא נשאר כלום שוב החתיכה היא על חזקתה הראשונה שאין בה כלום ושבה לאיתנה ולהיתירה הראשון אבל בדברי הר"ן באלפסי בסוגיא דטיפת חלב מבואר דאפשר לסחטו אסור הוא אף שיבא אליהו ויאמר דאין בו שום איסור ודו"ק כי בזה יתבאר היטב מחלוקת הרשב"א והטור סי' ק"ו ואכ"מ להאריך. ודרך אגב אומר במה דנשאלתי על מ"ש בישועת יעקב ליו"ד בהא דמקשה הכו"פ סי' ק"ה בנגע בחרסו של תנור דשם דהוא איסור מחמת עצמו יאסר קליפה זו קליפה אחרת וכתב הוא דבזה עשה דוחה ל"ת שבמקדש כיון דקליפה שאוסרת חברתה אינו רק טעם בעלמא ובזה העשה דוחה וע"ז הקשה דא"כ אכתי קשה מנטף מרוטבו על החרס. והשבתי דברוטב לא שייך מצות עשה דבשר ולא רוטב אבל צ"ע דאדרבא בזה יגדל הקושיא יותר וגם הך דבשר ולא רוטב זה אינו מבורר דגם רוטב יש לו דין בשר ודו"ק כי אין הספר לפני ועיין נזיר דף מ"ה ע"ב מזבחו יהא תחתיו ומשם יש ראיה דרוטב אינו בכלל בשר רק משום זבחו ויש לומר להיפך דע"כ הוא בכלל בשר דאל"כ אינו מזבחו ובמק"א הארכתי בזה:

סימן רה

א בענין חמצו של עכו"ם שקיבל הישראל אחריות.

ב הנה מה שהאריך בענין קבלת אחריות על חמצו של עכו"ם המבואר בסי' ת"מ הנה גם אנכי הארכתי בזה בחידושי לסי' ת"מ ובתשובה אך כעת קשה למגמר עתיקא וחדשות אני מגיד מה דקשה לי כעת בהא דשיטת ר"ת דמקבל אחריות על חמצו של עכו"ם דשרי ולכאורה ק"ל דהא קי"ל דרוצה בקיומו של חמץ אסור וכמבואר סי' ת"נ ולפ"ז כאן דודאי רוצה בקיומו שלא יפסד החמץ כדי שלא יתחייב באחריות והיאך שרי. והנה רציתי לומר דכל הטעם דחיוב אחריות נעשה כשלו הוא רק בשביל דהו"ל דבר הגורם לממון

וכתיב לא ימצא וכדאמרו בדף ה' שאני הכא דכתיב לא ימצא ולפ"ז המקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם דע"ז אמרו שאני הכא דכתיב לא ימצא מי שמצוי בידך יצא זה שאינו מצוי בידך ולפירוש ר"ת היינו דהוה כביתו של עכו"ם וכיון שכן מה אכפת לן ברוצה בקיומו והא הוא רוצה בקיום חמצו של עכו"ם וחמצו של עכו"ם באמת מותר ואינו מצווה על חמצו של עכו"ם לבערו. ויש להמתיק הדבר דהנה הפר"ח סי' ת"נ האריך לדחות דברי הטור שם במה שאוסר רוצה בקיומו של חמץ ואמר דזה דוקא בע"ז ולא בשאר איסורין ובאמת דברי הטור יסודתו בהררי קודש בעלי תוס' ז"ל במס' ע"ז דף ל"ב. ואני בלמדי מס' ע"ז בעיון בשנת תר"ג החזקתי דברי התוס' דחמץ שוה לע"ז ומשום דהרי אסור להשהות חמץ בביתו כדרך שאסרה בע"ז ועובר על ב"י ומצווה בשריפתו כדרך שמצווה בע"ז להשחית ולשרוף ולפ"ז כל דקרינן בי' יצא זה שאינו מצוי בידך לא שייך רוצה בקיומו. ובזה י"ל הא דאמרו בדף וא"ו סד"א הואיל ואיתי' בעיני' לאו ברשותי' קאי קמ"ל וקשה מה בכך הא כ"ז דאיתי' בעיניה הרי הוא חייב באחריות למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי וא"כ עובר על ב"י.

ג ולפמ"ש יש לומר דכל האיסור הוא משום דע"י קבלת אחריות נעשה כאילו רוצה בקיומו ולשיטת קצת פוסקים רוצה בקיומו של איסור הו"ל איסור תורה ולפ"ז כיון דכ"ז דאיתא בעיני' לא מקרי כשלו דר"ש לא אמר דבר הגורם לממון רק בליתא בעיניה וכמ"ש רש"י שם ועיין בשו"ת צ"ץ סימן ל"א וכיון שכן א"כ ממנ"פ כ"ז דאיתא בעיני' לא שייך החיוב משום דבר הגורם לממון ורק שחייב אם לא יהי' בעיניה ואז לא שייך רוצה בקיומו דהרי ליתא בעיניה ועיין פר"ח סי' ת"נ דכל דליתא בעיני' לא שייך רוצה בקיומו ולכך קמ"ל דע"י שכתוב לא ימצא גם כי איתא בעיני' הוה כשלו ועכ"פ כל דמקבל אחריות בביתו של עכו"ם ודאי דמותר דהרי לא קרינא לא ימצא ואינו חייב לבער חמצו של עכו"ם וז"ב. ולפ"ז צ"ב במקבל אחריות וחזר והפקידו ביד בעליו דהמ"א בס"ק א' מתיר דהו"ל כמקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם ולפמ"ש י"ל דל"ד דשם לא קרינא בי' לא ימצא ולא שייך רוצה בקיומו דמעולם חמצו של עכו"ם הוה אבל כאן דכבר קיבל אחריות אף שחזר והפקידו ביד בעליו מכל מקום כבר נתחייב באחריות.

ד אך יש לומר דכיון דהחזירו ליד בעליו הרי פקע מיניה חיוב הראשון ואף דנתחייב גם אח"כ בגניבה ואבידה כמבואר בסי' ע"ב זה ודאי דהו"ל כמקבל אחריות בביתו של עכו"ם על חמצו של עכו"ם דהרי כבר החזירו אבל במה שחידש המג"א דאף שהפקידו ביד אחר והאחר קיבל אחריות מותר לפענ"ד מהראוי לאסור דהרי רוצה בקיומו כדי שלא יתחייב באחריות ול"ד לחמצו של ישראל שהפקידו ביד עכו"ם וקיבל עכו"ם

אחריות דשם לא רוצה בקיומו דהרי העכו"ם יתחייב באחריות ואדרבא ניחא לי' אם יאבד ויגנב דהעכו"ם ישלם לו אבל כאן דהוא באמת יצטרך לשלם להעכו"ם ומה בכך דהוא יגבה מהשני דלמא הראשון קשה והשני נוח ועכ"פ הוא רוצה בקיומו ועיין ח"י שכתב ג"כ דאין דברי המג"א נראין אך לא כתב שום טעם ולפמ"ש הדבר מבואר בטעמו דשמא העכו"ם הראשון יעליל עליו ואף אחריות באונס מקרי אחריות כמבואר בסי' ת"מ ס"א שכן היא שיטת הרמב"ם. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הט"ז שם על שיטת הרמב"ם דלשיטת הרמב"ם דס"ל דבעירו חמירא דבני חילא היינו מה שנתחייב שלא כדין רק עפ"י אונס דא"כ מה פריך הש"ס למה לי לא ימצא הא איצטריך ע"ז. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שנתחייב מחמת אונס שוב רוצה בקיומו שלא יהיה חייב לשלם באונס ובאלמות וא"כ פשיטא דאסור ומ"ש דלשון בעירו לא אתי שפיר עיין פסחים דף למ"ד ודוק. גם מ"ש דלשון כדאמר רבא לא אתי שפיר אדרבא זה ראיה דאם מחמת אונס ואלמות מקרי שלו מכ"ש בקיבל אחריות בפירוש:

ה והנה מה שנסתפק המג"א בכ"מ שחייב לבערו ולא ביערו אם עבר עליו הפסח אם רשאי ליתן לו משום דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך ולכאורה הרי המג"א בעצמו כתב בסי' תמ"א ס"ק ג' דאם לא אמר מעכשיו מחויב לפדותו דאל"כ הו"ל כפורע חובו מאיסורי הנאה ע"ש אבל באמת החילוק מבואר דש"ה דאינו רק משכון ולהנכרי מגיע מעות אם כן כל שפורע לו בהחמץ שהי' רק למשכון הו"ל כפורע חובו באיסורי הנאה אבל כאן דקיבל פקדון מיד חבירו וכ"ז דאיתא להפקדון בעיני' אומר לו הרי שלך לפניך ואינו חייב לשלם לו דבר אחר דלא נתחייב רק בהחזרת הפקדון ורק כל שנאבד קיבל אחריות אבל כל דאיתא בעינא אומר לו הרי שלך לפניך וז"ב. אך עדיין יש לעיין דהרי קיבל אחריות וא"כ קיבל גם אחריות מה שיאסר בפסח אם לא מכרו דאף דלהנכרי שוה מכל מקום הועיל בשביל זה שיהיה אסור לישראל אף לאחר פסח ועכ"פ בתוך הפסח ודאי אסור לישראל והרי נתחייב באחריות והדבר דומה למה שנסתפק בשו"ת הרא"ש כלל ק"ב סי' ב' המוכר לחבירו חבית יין והתנה עמו שיהיה באחריותו שלא תשבר והלוקח התנה אחריות על מי חל חיוב אחריות של ניסוך ואף דכתב שם דלוקח לא קיבל עליו אחריות דאתיא מעלמא רק אונס דמעצמו ע"ש וכן הוא בטוש"ע חו"מ סי' רכ"ה ס"ו היינו בלוקח דלא קיבל אונס דאתי מעלמא אבל כאן שנתחייב באחריות דגניבה ואבידה דאתי מעלמא ה"ה באחריות דאיסור חמץ וכמו המוכר שם דנתחייב באחריות ניסוך וכיון שכן הרי נתחייב באחריות דביעור בשביל האיסור ושוב הו"ל כפורע חובו באיסורי הנאה ובזה נראה לי לדחות דברי המ"א דאם הפקידו ביד אחר

דכ' דשרי מידי דהוה אמפקיד חמצו ביד עכו"ם והעכו"ם קיבל אחריות דשרי ולפמ"ש לא דמי דשם הרי מפקיד ביד עכו"ם ומקרי של עכו"ם אבל כאן הוא קיבל אחריות ואם כן גם אחריות הביעור עליו וא"כ כל שלא ביערו הרי פורע חובו באיסורי הנאה ול"ד למקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם דשם בודאי לא קיבל אחריות הביעור דאינו חייב בביעור כל שהוא חמצו של עכו"ם וגם העכו"ם לא יניחו לבער כל שהוא בביתו משא"כ כאן דקיבל אחריות מה בכך דגם העכו"ם השני קיבל עליו אחריות. ובזה נלפענ"ד מה שכתב המ"א בסי' תמ"ג באם פשע ולא מכר החמץ אם יכול לומר הרי שלך לפניך ע"ש בס"ק ה' ובמשכון נסתפק שם לפענ"ד כיון דכ' בעצמו דמקרי פושע במה שלא מכר החמץ שוב א"י לומר הש"ל אף שהוא בעין דהו"ל פורע חובו באיסורי הנאה דהרי גם אחריות דאיסור קיבל עליו ועיין בח"י שם ובאהע"ז על הגליון שם ויש להאריך בזה ואכ"מ וגם כבר הארכתי בענין דברי המג"א הנ"ל בכל המקומות האלו בתשובה ובחידושי לה"פ וכאן לא כתבתי רק מה שנתחדש לי כעת. ולכאורה יש לומר דלענין פקדון של עכו"ם דבאמת אין דין שומרין בעכו"ם רק דמיירי שפירש בהדיא שיתחייב באחריות א"כ בכה"ג ודאי שלא קיבל אחריות הביעור בזה לא אכפת ליה לעכו"ם ולא אסיק אדעתיה וז"ב. אך בלא"ה נראה דעכ"פ רוצה בקיומו מקרי דהרי פוטר עצמו בזה מחיובו והרי הוא חייב בביעורו או למכרו ולא מכרו רק שפוטר עצמו בזה ואין לך רוצה בקיומו יותר מזה מיהו לאחר פסח לא גרע מחמץ שעבר עליו הפסח דאינו אסור רק משום קנס וכל דלא שייך קנס לא גזור ולפ"ז בחמצו של ישראל המופקד אצלו אפשר דאסור בשביל רוצה בקיומו והו"ל חמץ שעבר עליו הפסח דמותר וצ"ע בכ"ז. עוד נראה לי בזה ומקודם נבאר מה שחידש השאגת ארי' בסי' פ"ג דמדברי הרמב"ן והר"ן נראה דכל שהוציא מרשותו אינו עובר בב"י מן התורה ע"ש שהאריך ובראשית ההשקפה תמהתי דהא חמץ בלא"ה אינו ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו וא"כ מה מועיל מה שמוציאו מרשותו סוף סוף הוא ברשותו. אך באמת אינה קושיא דזה פשיטא דכל שמגלה דעתו שרוצה להפקיע מה שברשותו מועיל וכמו דמועיל ביטול אף שאינו בשלשה ולא שייך ענין הפקר כתב הר"ן ריש פסחים דכל שמגלה דעת שמבטלו לקיים מצות התורה סגי וה"ה בזה כל דמגלה דעתו שאינו רוצה שיהיה ברשותו ומוציאו מרשותו סגי ורק כל שלא גלי דעתיה עשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ובזה ממילא מיושב כל הקושיות שהקשה שם ע"ז וגם הוא בעצמו חילק בין לאחר זמן איסורו ובין קודם זמן איסורו אלא שהמ"א נדחק בטעמו ולפמ"ש א"ש דבאמת קודם זמן איסורו כל דמגלה דעתו שהוציאו מרשותו מועיל כמו שמועיל הביטול דקליש אבל לאחר זמן איסורו דל"מ

ביטול גם הוצאה מרשות ל"מ כל דאינו שורפו או מפרר שיבער החמץ מן העולם וז"ב. ובמ"ש היה מקום לומר במה דקיי"ל באו"ח סי' רצ"ח דאין מברכין על שלהבת של ע"ז כל שקשור בגחלת אף דשלהבת אין בו ממש וע"ש הטעם ולפמ"ש יש לומר דעכ"פ רוצה בקיומו של הגחלת כדי שיהיה שלהבת קשור בו דצריך לו לברכה אם כן אין לך רוצה בקיומו של ע"ז גדול מזה ול"ד לשלהבת של ע"ז דמותר דשם אינו רוצה בקיומה של הגחלת ואינו צריך רק שתשרף ויהיה שלהבת אבל כאן צריך שיהיה שלהבת בוער ויהיה אור א"כ הרי רוצה בקיומו וז"ב שוב ראיתי בט"ז ביו"ד סי' קמ"ב דכתב דגם בשלהבת של ע"ז אם קשור בגחלת אסור להנות ממנה ע"ש. ולפענ"ד מדברי הרא"ש פרק משילין והש"ע סי' רצ"ח הנ"ל משמע דבע"ז אף שקשור בגחלת מותר דא"צ לקיומה של גחלת וזה שנהנה מהשלהבת אין בו ממש ואף דרש"י כתב בביצה דף ל"ט ד"ה שלהבת דמיירי שהדליק מנר של חבירו לא תדוק דגם בע"ז לא התיר רק בהדליק מנר של ע"ז דהיינו שקשור בלא גחלת דזה אינו מוכרח רק דשם אי אפשר לפרש רק שהדליק מנר חבירו דאל"כ אמאי השלהבת בכל מקום הא קשור בגחלת והוה כרגלי הבעלים דהשלהבת שאין בו ממש בטל לגבי השלהבת וז"פ. ובזה מיושב קושית השעה"מ פ"ד מיו"ט הלכה כ"ו ודוק ועיין יש"ש שהקשה דאמאי לא חשיב גם הך דמברכין על השלהבת ולא על הגחלת בכל חמשה דברים שנאמרו בגחלת ולפמ"ש יש ליישב דהא שם מיירי גם בשלהבת הקשור בגחלת ובזה אין מברכין גם על השלהבת וכמ"ש הרא"ש ומזה ראיה דלא כט"ז ודוק היטב. אך אי קשיא הא קשיא מעובדא דיוחנן חקוקאה דהצריכו שימכרו כדי שלא יעבור המפקיד בב"י אף דהנפקד אינו עובר בב"י וכמבואר בטוש"ע סי' תמ"ג בהדיא ואמאי והא המפקיד כל שהוציאו מרשותו סגי והנפקד לא עבר על ב"י ולמה ימכרם בבהלה ולאח"פ יהיה מותר ובשלמא לדעת הרר"י שהובא בראש"ש פ"ק דפסחים ובטוש"ע סי' ת"מ דאף שקיבל הנפקד אחריות עובר המפקיד ג"כ ומטעם שביתו של הנפקד מושאל להמפקיד (ובחידושי כתבתי דמכאן ראיה לשיטת הרשב"א בב"ב דף פ"ה דביתו של הנפקד מושאל להמפקיד וא"כ שפיר מכרו כדי שלא יעבור המפקיד דל"מ הוצאה מרשותו אבל להגאונים דס"ל דאינו עובר המפקיד דלא קרינן ביתו של המפקיד קשה ולדידהו צריך לדחוקי דמיירי דהנפקד קיבל עליו אחריות ומכרו כדי שלא יעבור הנפקד אבל אין זה במשמע ובזה אמרתי ליישב דברי הרא"ש שם שכתב על דברת רבינו יונה שהביא ראי' דהמפקיד עובר מהא דקרינן וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש והרא"ש כתב שאינו מבין ראייתו ותמה אא"ז הח"ן ז"ל סי' קפ"ו דהדברים מבוארים דכמו דהתם אף דהבעלים חייבין באחריות אפ"ה מקרי של הקדש דשלו הם

ה"נ הם של המפקיד ולפמ"ש אתי שפיר דהכי קא קשיא ליה דשאני התם דגוף הדבר הוה של הקדש מה לן במה שקיבל אחריות אבל בחמץ הרי עכ"פ הוציאו מרשותו ולמה יעבור וע"ז חידש דמקרי ביתו של המפקיד ודוק. ולפ"ז גם דברי המ"א צ"ע בדין הראשון ומכ"ש בדין השני דמה בכך שחוזר ומפקידו לבעליו מכל מקום כיון שהמפקיד נתחייב בגניבה וביתו של המפקיד קרינן ביה א"כ עובר ול"מ שמקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם דשם אינו ברשותו משא"כ כאן ואף דנימא דכל שהחזירו לבעליו חזר גם הרשות מ"מ הדין השני שהפקיד ביד עכו"ם אחר ודאי צ"ע. והנה הנודע ביהודה בתשובותיו הרעיש העולם בקושיתו בסי' כ' דאמאי בגזל חמץ צריך לומר הרי שלך לפניך הא בלא"ה אינו עובר הנגזל בב"י דמה הו"ל למעבד ומזה הוליד חדשות וכבר הארכתי בזה בתשובה דכבר קדמו בליקוטי הרמב"ן על פסחים והעלה דאף דל"ש הקנס כל שאחד עבר על ב"י אסור לכל העולם ולדברי השאגת אריה היא סתירה גלויה דאין כאן קנס כלל דהנגזל בודאי לא עבר דהוא הוציאו מרשותו וגזל לא מקרי ברשותו ובלא"ה תקשי לדידיה קושית הש"ס דהיאך יאמר לו הש"ל הא זה מתייאש וכדהקשו בב"ק דף ס"ו ולא שייך תירוצ' דזה אינו רוצה לקנות דכל דזה הוציאו מרשותו שהרי הוא ביד הגזלן א"כ לא עבר על ב"י ואף דזה לא קנאו ממילא נעשה שלו כל שלא הפקירו והיאך יאמר לו הש"ל ואף דיש לדחוק דסוף סוף זה לא רצה לקנות אבל גוף הדין הוא תמוה לפענ"ד ועיין בסי' תמ"ה דאף הפקר לא מועיל אף שאינו ברשותו ואף דיש לומר דמירי לאחר זמן איסורו וצ"ע בב"י וש"ע שם וכעת אינו לפני אבל באמת המעיין בפוסקים ימצא דמדברי הפוסקים לא נראה כן וצ"ע. אמנם כן נראה דבמה שהמנהג בין הסוחרים מוכרי יין שרף שעושין אותו ודרך למכור אחת לאחת להחנוונים המוכרים ודרכם לקנות בפ"א סך אלף מדות אבל אין נותנין אף פ"א לדראהן רק בעת שמקבלין הי"ש ומעמידין אותו בהמרתף אז נותנין הכסף בעדו ונשאלתי אם החנוני עובר על ב"י. והנה בזה פשוט דכל שלא קנה ואינה עומדת ברשותו וכל אחריות ואונסין דמתילדא על המוכר א"כ אינו עובר אף שעשה אתו המקח בסך כך וכך ולשיטת השאגת ארי' כל שאינו ברשותו אינו עובר ואף לפמ"ש נראה דבכה"ג כ"ע מודים דאינו שלו ואינו ברשותו. אמנם יש לשאול אם יוכל המוכר למכרם לגוי קודם הפסח דבאמת הוא מחויב להעמיד המקח ביד הקונה ואף בדבר שא"ב אם טרח וקנה הדבר מחויב להעמיד ביד הקונה כמבואר בחו"מ סי' ר"ט ס"ד וס"ה ומכ"ש בזה דדרך התגרים הוא כן והי' פסיקת דמים וכבר נשאלתי בזה בפ"א ואמרתי דכל שכבר התחיל להעמיד לו קצת אז מחויב הקונה למחול לו המותר ואז רשאי המוכר למכרם לגוי כנלפענ"ד. והנה המג"א סימן תמ"א ס"ק ד'

הקשה דכיון אם יאנס המשכון אינו מחויב הישראל לשלם א"כ הו"ל ברשות ישראל וכתב דהו"ל כמקבל אחריות חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם דשרי ודבריו תמוהין דשאני התם שאינו רק מקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם אבל כאן כל דנאנס נתבטל הקנין ושוב החמץ שלו והוא ישלם החוב להנכרי ושפיר אסור וכבר תמה בזה שארי הגאון במק"ח ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דקבלת אחריות אוסר הוא דהו"ל דבר הגורם לממון ואף כל דאיתא בעיניה הוא בלא ימצא ולפ"ז שפיר מתרץ המג"א דניהו דכל שנאנס מחויב לשלם אבל לא תוכל לחשבו רק לקבלת אחריות על חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם דשרי בשביל דלא קרינן ביה לא ימצא דאינו מצוי בביתו וה"ה בזה דעכ"פ אינו מצוי בביתו דהא הקנהו לעכו"ם במעכשיו וכל שלא נאנס לא שייך דבר הגורם כל דאיתא בעיניה ורק בחמץ שאני דכתיב לא ימצא אבל כיון דהוה בביתו של עכו"ם לא שייך לא ימצא וכמ"ש אך עדיין צ"ע דעכ"פ רוצה בקיומו הוא דהא יצטרך לשלם כשיאנס והרי רוצה בקיומו ויש ליישב ודוק דיש לומר דכאן אינו עושה שום פעולה ומה בכך שרוצה בקיומו במחשבתו וכל רוצה בקיומו הוא עושה פעולה שעי"ז רוצה בקיומו ויש להאריך בזה בסוגיא ואכ"מ. ובגוף קושית המג"א הנ"ל כיון דאם נאנס היה מחויב לשלם הו"ל ברשות ישראל לכאורה צ"ב הא כיון דלא קיבל אחריות בפירוש למה מקרי ברשות ישראל. אך זה אינו דכאן אין אנו צריכין לקבלת אחריות ואף בלא קיבל אחריות נמי חייב דהוא באמת חייב לשלם לו החוב רק דאם המשכון בעין נקנה לו המשכון תמורת החוב וכל שנאנס המשכון מכל מקום הוא לא נפטר מהחוב והו"ל כעין שכ' הש"ך בחו"מ סי' כ"א דאונסא כמאן דלא עבר אבל לא כמאן דעבד וא"כ הו"ל שפיר ברשות הישראל וז"ב:

ו ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הרא"ש התמוהין שכתב בסוגיא דלכך צריך הרהינו אצלו אף דא"ל מעכשיו משום דאל"כ הוה כמקבל אחריות על חמצו של נכרי ברשות הישראל והיא תמוה דהרי כתב בעצמו דלאביי דאמר למפרע הוא גובה ניחא משום דאף דקאי בבית הישראל הא לא קיבל אחריות ול"צ הרהינו וכבר תמהו בזה כל המפרשים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך ביאור מה בכך דלא קיבל אחריות הא סוף סוף הוא חייב באחריות דהא צריך לשלם החוב ומה בכך שלא קיבל אחריות אך באמת לאביי למפרע הוא גובה ונעשה שלו אף בלי אמירתו כלל א"כ ממילא לא מקרי נתחייב כלל והחמץ הוא שלו ומ"ל באונסו הא הו"ל כאפותיקי מפורש אבל לרבא דצריך שיאמר מעכשיו וא"כ כל שנאנס אף שעובר הוא מ"מ נתחייב לשלם החוב ובלא"ה יש לומר דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה בודאי כל שלא קיבל אחריות אינו עובר דהרי בייחד לו

מקום נחלקו רש"י ותוס' ושיטת רש"י דבאינו מקבל אחריות ג"כ בעינן ייחד ולהתוס' דוקא בקבלת אחריות בעי ייחד לו מקום ע"ש בפסחים ולפ"ז לאביי דס"ל דלמפרע הוא גובה הו"ל כייחד לו מקום ושפיר אמרו דלאביי מותר בהנאה דבזה אפשר דגם רש"י מודה דהרי לא קיבל אחריות והוה כייחד לו מקום דהרי שעבד לו אותו החמץ ולמפרע הוא שלו ועכ"פ לשיטת התוס' דבלא קיבל אחריות לא בעי ייחד לו מקום דבכה"ג ודאי מועיל אבל לרבא קשה ולכך צריך לרבא הרהינו דבלא"ה לא מקרי ייחד וז"ב:

ז ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו דלאביי היאך יתרץ הא דאמר ד"ה עובר ניהו דנכרי מישראל לא קנה הא מכל מקום למפרע הוא גובה. ולפמ"ש אתי שפיר דאביי יתרץ דאותה הברייתא מיירי בלא הרהינו וקבל ישראל אחריות דאז ל"מ מה שלמפרע הוא גובה עכ"פ הוה כמקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בבית ישראל וא"ל דהוה כייחד לו מקום דהרי למפרע הוא גובה דזה אינו דע"כ לא שייך ייחד לו מקום היכא דעכ"פ קני המשכון ממילא המקום שמניח בו החמץ הו"ל כייחד לו מקום אבל אם לא קני משכון מה מועיל היחוד מקום והא דאינו עובר בב"י אף דלמפרע הוא גובה הוא ג"כ בשביל דברשות ואחריות עכו"ם עומד דמיירי בלא הרהינו ולכך אינו עובר בב"י ובזה מיושב היטב דברי הרא"ש בהשגתו על הרמב"ם דלמה צריך שיגיע הזמן קודם הפסח הא לאביי אף בהגיע הזמן לאחר הפסח כל שלא קיבל האחריות עליו הו"ל כאילו הגיע הזמן קודם הפסח וה"ה לרבא במעכשיו ותמהו כלם הא חזינן דשני ושני דהרי לאביי לא בעי הרהינו כלל להס"ד ולרבא בעי הרהינו א"כ חזינן דאינו שוה בשוה. ולפמ"ש אתי שפיר דלאביי לכך לא בעי הרהינו כיון דלמפרע הוא גובה הו"ל כייחד לו מקום וכל שלא קיבל אחריות פשיטא דמועיל יחוד ואף רש"י מודה אבל לרבא לכך בעי הרהינו דכיון דמכאן ולהבא הוא גובה א"כ לכך בעי הרהינו ומעכשיו שיהיה למפרע הוא גובה ומעכשיו בלבד מ"מ לא הוה כייחד לו מקום דניהו דקנה למפרע החמץ אבל לא מקרי ייחד לו מקום דאי לאו אמירתו לא היה גובה למפרע וא"כ אמירתו הועילה לענין גוף השיעבוד ולא דהוה כייחד לו מקום אבל במה שצריך הגעת הזמן קודם פסח שפיר מקשה הרא"ש דכיון דא"ל מעכשיו וגם הרהינו א"כ בודאי הו"ל כייחד לו מקום ועדיף טפי מלמפרע הוא גובה לאביי דלא ייחד לו המקום בפירוש וכאן הרי הרהינו אצל העכו"ם וז"ב מאד. ובאמת לשיטת הרמב"ם יש לומר דמיירי כל הסוגיא בקבלת אחריות ולכך בעי שיגיע הזמן קודם הפסח דאל"כ הו"ל כמקבל אחריות על חמצו של ישראל בבית עכו"ם דכ"ז שלא הגיע הזמן הו"ל כפקדון כמ"ש הרדב"ז לענין מתנה ע"מ להחזיר ובתשובה אחרת כתבתי דהרמב"ם ע"כ סבר כסברת הרדב"ז ויש לי להאריך בכל זה כמעט על כל קוץ

וקוץ תילי תילין ואכ"מ ועיין בב"י סי' ת"מ דאף אם אמר הנה הבית לפניך הניחהו במקום שתרצה הו"ל כייחד לו מקום וכמ"ש הטור שם וא"כ לאביי דס"ל למפרע הוא גובה הו"ל כייחד וכמ"ש למעלה דבכ"מ שהוא ברשות המלוה הוא ודו"ק:

ח והנה אירע מעשה שהאדון אחד רצה למכור י"ש בפסח ליהודים רק שהברירה ביד האדון כשיבאו היהודים אחר פסח לקחת היי"ש יקחו מיי"ש אשר יעשה ויתהווה אחר פסח. ונשאלתי בזה ואמרתי דאסור כיון דאם ירצה האדון לתת אותו היי"ש שכבר בידו בפסח יוכל לתת להם א"כ קונים חמץ בפסח ומה בכך שהברירה ביד האדון לתת י"ש אחר והדבר דומה למ"ש הרדב"ז הובא במג"א סי' תמ"ח ס"ק ה' לענין מתנה ע"מ להחזיר דכ"ז שלא נתקיים התנאי הוה כפקדון ואף להמג"א שחולק שם מודה כאן דשם אם יתקיים התנאי יהיה מותר וכאן אדרבא הם קונים אותו היי"ש וכשיתן להם אותו היי"ש כבר קנו אותו ורק שהברירה בידו לתת להם חמץ אחר עכ"פ הם קנו באיסור. ובלא"ה נראה דהו"ל חליפי חמץ דאסורין דהיי"ש של יום אחר הוא חליפי היי"ש הראשון ועיין סי' תמ"ג ס"ג בט"ז ומ"א וח"י ואחרונים דגם חליפין אסורים דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח כי גם כאן קנה אותו היי"ש רק שהוא נותן חליפי היי"ש הלז יי"ש אחר ואסור ודו"ק. והנה במה שהארכתי למעלה אי שייך קבלת אחריות דאין דין שומרין לעכו"ם רק כל שקיבל בפירוש מועיל וכ"כ במח"א הלכות שומרים סי' ח' לפ"ז לכאורה צ"ב שו"ת הריב"ש סי' ת"א והובא באו"ח סי' ת"נ דאסור לקנות חמץ לעכו"ם בחוה"מ מיד העכו"ם ומטעם כיון דאין שליחות לעכו"ם אין העכו"ם בעל המעות קונה אותו והו"ל חמצו של עכו"ם המוכר והישראל קיבל אחריות ולפמ"ש מה פסקא דקיבל אחריות בפירוש עד שאוסרו בפשיטות ובפרט מהמוכר דבודאי לא קיבל אחריות דהמוכר מכרו ונתנו לו. אך נראה כיון דהעכו"ם המוכר הראשון בודאי זיכה לבעל המעות דלא קי"ל כחוכא דבני מערבא וכל מי שנותן המעות לו זיכה וכמבואר בטוש"ע חו"מ סי' קפ"ג א"כ כיון שהורינו התוס' בב"מ דף ע"א דכל המזכה דבר לחבירו ע"י אחר צריך שיהיה הזוכה שלוחו של המזכה וכיון דאין שליחות לעכו"ם א"כ ממילא לא הוה שלוחו של המזכה וא"כ יכול העכו"ם השני לתבוע המעות מיד העכו"ם דלא נתן לו מעות רק ע"מ שימכור לו החמץ וא"כ ע"כ מוכרח הישראל לקבל האחריות להעכו"ם המוכר דאל"כ העכו"ם המוכר יתבע הישראל והו"ל כאילו קיבל אחריות בפירוש דהא הוא זכה לבעל המעות וכל שלא מועיל הזיכוי הוה זיכוי בטעות וחייב להחזיר לו החמץ ופשיטא דשייך אחריות גם לגבי עכו"ם דהו"ל גזל ביד ישראל אם לא יחזור לו דהוא לא הפקיד בידו רק נתנו לו ע"מ שיזכה לעכו"ם שנתן המעות וכל שלא זכה הוה כמקבל אחריות וז"ב

לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד דמיושב תמיהת המלמ"ל פ"ד מחמץ על הריב"ש תרי תמיהי מדכר דכיר חדא דלמה לו לטעם דאין שליחות הא אף ביש שליחות הרי נעשה נפקד של העכו"ם השני ומקבל אחריות וגם תמה דלהעכו"ם הראשון לא נתחייב באחריות דהעכו"ם מיד שקבל מעות נסתלק והו"ל כחמץ של הפקר ולפמ"ש יש לומר דבאמת לא שייך קבלת אחריות לעכו"ם דאין דין שמירה לעכו"ם וכל שהו' נעשה שליח הרי הבעל החמץ זיכה להעכו"ם השני החמץ והישראל לא קיבל אחריות בפירוש ושרי רק דכיון דאין שליחות א"כ לא זיכה להעכו"ם שנתן המעות דלא מועיל זכייה בטעות והרי הוא עוד ברשות עכו"ם ראשון והו"ל זיכוי בטעות והו"ל גזל ביד הישראל ושוב שייך קבלת אחריות דאטו לא יתחייב באחריות גזלתו ודוקא משומרים אמעט אבל לא מאחריות הגזילה וז"ב וא"כ מיושב גם קושיא השניה דהעכו"ם המוכר לא נסתלק דהא העכו"ם השני יוכל לתבעו שנתן לו מעות ע"מ שיתן לו חמץ והרי לא זיכה לו דל"מ הזכייה ועוד הוא ברשותו של עכו"ם הראשון ולא נסתלק עדיין וז"ב לפענ"ד.

ט אחר שכתבתי זאת האיר ד' עיני ומצאתי ברא"ה בבדק הבית בית שלישי שער שביעי בדיני פת פלטר דף נ"ז בדפוס ווילנא שכתב וז"ל ישראל ששלח שליח נכרי לקנות פת מפלטר ואין שליחות לנכרי והנכרי הקונה לא זכה בו בשביל ישראל המשלח וכיון שכן ישראל זה לא זכה בו מיד פלטר תאמר שהוא אסור ונראה כיון שאין דעתו של שליח זה לזכות לעצמו וכיון שכן אי אפשר לזכות נמצא ישראל מידו של פלטר הוא זוכה דמידו חשבינן לי' כ"ז שאין יד אחר זוכה באמצע ע"ש הרי בהדיא כדברינו דהישראל לא זכה לעכו"ם והו"ל כאילו העכו"ם הראשון מכר ליד השני וכל שאין זוכה באמצע נשאר החמץ ברשות הראשון וזה הישראל קיבל אחריות ע"ז דהא הוה כמו גזילה וכמ"ש. וראיתי בתומים סי' ע"ב ס"ק י"ג שכתב דמדברי התוס' בשבועות דף מ"ד כפי הנראה בד"ה שומר אבידה לא הוחלט בידם אי בעכו"ם לא שייך שמירה. ולכאורה היה נראה דבר חדש דישראל לעכו"ם אין לו דין שמירה עכ"פ להתחייב באונס דהנה כבר נודע מ"ש המהרש"ל ביש"ש ב"ק פ' יו"ד דאיך שייך לאסור גזל עכו"ם והא כל התורה לישראל נאמרה וכתב זקני הח"ץ ז"ל סי' ס"ו שהתורה אסרה בשבילינו דאנחנו צריכין להיות נקיים מאכזריות ולטעת בלבנו חמלה ואהבה ע"ש ודפח"ח ולפ"ז לענין אונסין בודאי לא שייך לגבי עכו"ם דבאמת לא יהא עדיף מגזל דמותר רק בשבילינו נאסר וזהו לענין פשיעה או עכ"פ גניבה ואבידה דקצת פשיעה שייך בזה אבל אונס גמור דלא פשע כלום ואונסא כמאן דלא עבד רק דבישראל חייב דמכל מקום התורה חייבה אבל אונס בעכו"ם ודאי פטור וגם גניבה ואבידה יש לומר דלא שייך בעכו"ם וזהו שכתבו התוס' דרעהו

כתיב והיינו דהתורה לא דברה רק בישראל ולא בעכו"ם. ובזה נראה מ"ש הראב"ד דאין דין אסמכתא לעכו"ם דכיון דעכ"פ אמר לי' שוב ניהו דלא סמך בלבו ע"ז אבל עכ"פ אין כאן אכזריות ומדה פחיתות ובדיניהם ודאי לא שייך אסמכתא רק דבישראל חידשה תורה אסמכתא וא"כ בכה"ג לא גלתה התורה דיהיה דין אסמכתא לעכו"ם ובזה יתיישב הרבה קושיות של התומים שם. איברא דאי קשיא הא קשיא בהא דאמר שם תנן עכו"ם שהלוה לישראל על חמצו לאחר הפסח מותר בהנאה אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה מש"ה מותר בהנאה וקשה דאף למ"ד למפרע הוא גובה זה שייך בישראל דמשועבד ליה למפרע והוה כאילו אז נקנה לו אבל בעכו"ם באמת גזל עכו"ם מותר רק דעכ"פ בשבילינו אסרה תורה אבל די לנו שגובה מכאן ולהבא אבל למפרע למה יקנה דמצד הגוי אינו נקנה דלו יהא רק שגזלו והיא קושיא נפלאה.

י אמנם נראה דהסוגיא אזלא אליבא דר"ש דרק קנסא קניס משום דעבר בבל יראה ולפ"ז כל שיש מקום להקנותו למפרע עכ"פ לא שייך קנס דלא עבר דהוא יאמר דדעתו להקנותו למפרע ולא שייך קנס והא דאמר שם אפכא מבעיא לי' למ"ד התם עובר הכא אינו עובר וקשה למה לא יעבור הא בעכו"ם לא שייך למפרע הוא גובה מיהו א"ל דסברת המקשה הי' דעכ"פ למה יעבור ויוכל לומר דדעתו הי' לשקועי גבי' ולא יעבור כלל דהא היה אחר הפסח ויוכל לומר דגמר בדעתו שלא לפדותו והו"ל כחמצו של עכו"ם למפרע. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד בקושית התוס' שם דלמה דמוקי כר"י דלאביי דלמפרע הוא גובה אמאי עובר כיון דלמפרע הוא גובה ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר עפמ"ש הר"ן ברי"ף בקידושין פרק שני גבי אומן דל"ש שיקנה משכון מדר"י כיון דבתחלה לא אתי לידיה בתורת משכון ואינו קונה רק בשעה דתבעו מיניה ותפיס ליה אאגרא ובתשובה ביארתי דבעינן שיהיה תפיסה לשם קנין ולפ"ז אדרבא אם לא הרהינו אמרינן שפיר דלמפרע הוא גובה דבשעה שגבה אגלאי מלתא למפרע דהו"ל כאילו היה שלו אבל למסקנא כדמוקי לה בהרהינו אצלו הרי באמת עכו"ם מישראל לא קני משכון וא"כ בא לידו שלא בתורת קנין רק אח"כ כל שלא פדאו הו"ל כאילו נקנה לו למפרע והאיך מצי קניא למפרע הא לא בא לידו בתורת קנין ודו"ק.

יא ובזה יש לומר הא דאמרו ומנא תימרא דשאני לי' בין מעכשיו ובין דלא אמר מעכשיו דתניא עכו"ם שהרהין פת פורני אצל ישראל אינו עובר ואם אמר לו הגעתיך עובר מ"ש רישא ומ"ש סיפא אלא לאו ש"מ שאני היכא דאמר מעכשיו להיכא דלא אמר מעכשיו והדבר תמוה מה אלים הך ברייתא מהך ברייתא וכבר תמה בזה הפ"י בשם הגאון מוה' אברהם ברודא ז"ל.

יב ולפענ"ד נראה ע"ד הפלפול עפמ"ש הרא"ה בבדק הבית דף נ"ז דפוס ווינא והבאתי לעיל דפת פלטר ביד בעה"ב עכו"ם אסור ונסתפק בשליח עכו"ם בעה"ב שקנה לישראל פת פלטר כיון דאין שליחות לעכו"ם נעשה פת בעה"ב והוה כאילו הישראל קנה אח"כ מבעה"ב נכרי ולא מהפלטר ולפ"ז יש לומר דעכו"ם שהרהין שהעכו"ם קנה מפלטר דאופה פת פורני ואם נימא דנקנה לו מעכשיו שוב הו"ל פת פלטר אבל בלא אמר מעכשיו לא נקנה לו והו"ל כאילו הפת של העכו"ם בעה"ב וא"כ מבואר החילוק בין אמר מעכשיו ללא אמר מעכשיו ולעיל בחמצו של עכו"ם י"ל דהוה י"ש וכדומה מה דלא שייך פת של עכו"ם ודו"ק היטב כי אף שהוא ע"ד הפלפול הענין נכון ודו"ק:

יג והנה שיטת הרמב"ם דבעינן שיגיע זמן קודם הפסח דאל"כ בידו לפדותו אבל כלם חלקו עליו והנה הב"ח נסתפק אם מותר ללות לכתחלה מן העכו"ם על חמצו אף שאין בדעת הישראל לפדותו מכל מקום מהראוי לומר הואיל ובידו לפדותו ועובר עליו בב"י בתוך הפסח ומכל מקום לאחר הפסח לא שייך קנס ע"ש והפר"ח תמה דבכ"מ שעובר בב"י בתוך הפסח גם לאחר זמנו אסור משום דקנסא קניס כמו בתערובות חמץ וכדומה ע"ש.

יד והנראה בזה דהנה באמת צ"ב איך שייך הואיל ובידו לפדותו דהא באמת אין זכי' בא"ה ואיך שייך פדייה וקנין בזה. הן אמת דהרמב"ם כתב דקנה חמץ בפסח עובר על ב"י והנוב"י בתשובותיו האריך דאיך שייך זכייה וקניה בא"ה והארכתי בזה בחידושי לה"פ סי' תמ"א. אך נראה עפמ"ש בתשובה (והוא בחבורי כת"י) שם שכתבתי ליישב קושית התוס' בריש ב"מ דמה דקני בהפקר בהבטה בעלמא הוא משום דשאני בין דבר שצריך הוצאה מרשות זה לרשות זה צריך מעשה אבל בהפקר דא"צ רק הכנסה לרשות של זה בזה קל הענין וא"צ רק הבטה בעלמא והארכתי בזה שם ולפ"ז שאני שאר א"ה דלא שייך זכייה דהרי א"ה מקרי של בעלים עדיין וא"כ בעי שיהיה הוצאה מרשות בעלים והכנסה לרשותו בזה ל"מ אבל בקנה חמץ בפסח כיון דעכ"פ יצא מרשות העכו"ם ולרשות ישראל לא צריך להכניס דשני דברים אינן ברשותו ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו א"כ א"צ רק להוציאו מרשות עכו"ם וממילא כיון שזה קנהו הרי נכנס לרשותו בקל דהא עכ"פ זה קנאו ויותר הוא שלו משל אחרים שלא רצו לזכות משא"כ שאר א"ה דצריך הכנסה לרשותו ולכך לא קנה וז"ב בישוב קושית הנוב"י ומעתה שפיר אמרינן הואיל ובידו לפדותו דבאמת הוא של הישראל רק שיש להעכו"ם שעבוד ע"ז וא"כ כל שחמץ מפקיע מידי שעבוד הוא נשאר של ישראל ושייך הואיל וז"ב. ולפ"ז זהו בתוך הפסח דחמץ מפקיע מידי שעבוד אבל לאחר הפסח דהשעבוד של העכו"ם והישראל צריך להוציאו

מרשות העכו"ם ולהכניסו דלאחר הפסח לא עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו שוב לא קנסו. ובזה מיושב היטב קושית הב"ח שהקשה דלפ"ז מה פריך הש"ס ותסברא אימא סיפא ד"ה עובר והא למ"ד התם עובר והיינו למפרע הוא גובה הכא עובר ותמה הב"ח דלדבריו מהראוי שיעבור עכ"פ בפסח בב"י ולפמ"ש אתי שפיר דהרי לאביי דס"ל למפרע הוא גובה חמץ אינו מפקיע משעבוד כמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ם ובחידושי רשב"א שם ולפ"ז שוב אינו עובר דלא שייך הואיל דהא אין זכייה בא"ה וא"ל דכיון דא"צ להכניסו ברשות הישראל ולהוציאו מיד העכו"ם א"כ מהראוי לעבור דז"א דהא לאביי למפרע הוא גובה והרי הוא ברשות עכו"ם לגמרי וצריך להוציאו ולהביאו לרשותו וזה לא שייך בא"ה ודו"ק. עוד נראה לי בישוב קושית התוס' דלמ"ד למפרע הוא גובה אמאי עובר וכן להיפך בישראל שהלוה אמאי אינו עובר והא למפרע הוא גובה דהנה התוס' כתבו בפסחים דף מ"ו דהואיל ואי בעי פריק לא אמרינן דאטו חמץ של עכו"ם יעבור הואיל ואי בעי קני לי' ודבריהם סתומים וכבר כתבתי לבאר דבריהם דבאמת אינו ברשותו של אדם והתורה עשאה כאילו הן ברשותו וזה דוקא כל שהוא שלו אבל מה שלא רצה לקנות זה לא אמרינן אמנם האחרונים וביותר דו"ז בישועת יעקב ביאר דהואיל לא שייך רק מה שזה מוחזק יותר מאחר אבל לקנות מה שכלם שוים לא שייך הואיל ולפ"ז כל שאמר מעכשיו וכבר הקנה להנכרי לא שייך הואיל דהרי הוא של נכרי לגמרי ולא שייך הואיל דכלם שוים אבל אם לא אמר מעכשיו רק דלמפרע הוא גובה בזה שייך הואיל דעכ"פ א"י לפדות רק הבעלים בלבד ושייך הואיל ולמ"ד דאמרינן הואיל אף לקולא כמבואר ברז"ה ורמב"ן במלחמות בסוגיא דחלה שנטמאת א"כ לכך אינו עובר דאמרינן הואיל לקולא ודוק. איברא דמ"ש בישוע"י בכוונת התוס' דהואיל ואי בעי פריק לא אמרינן כמו באי בעי קני לפענ"ד לא מסתבר דבהקדש דזה יוכל לפדות דהבעלים פודים בכ"ש על שו"פ והאחר צריך להוסיף חומש שוב לא שייך דיד כלם שווים ושייך לומר הואיל ואי בעי פריק. אך נראה דהנה בהא דאמרו דבעלים יכולים לחלל על שו"פ ולא אחר כתב בטורי אבן סוף מגילה בא"מ בדף כ"ג שני טעמים אחד כיון דע"י הבעלים בא הקדושה לכך הוא יכול לפדות בשו"פ והטעם השני כיון דהוא יכול לתשול עליו ולא אחר לכך יש לו כח לפדות גם כן בשו"פ וכתב דהנ"מ אם כבר בא ליד הגזבר ולפ"ז שם דכתבו התוס' דא"י לשאול משום דבא ליד הגזבר שוב לא שייך הואיל ואי בעי פריק הרי גם הבעלים צריך לפדות בשויו והוה כמו אחר ובחידושי כתבתי ליישב קו' השעה"מ דהא אין פודין קדשים להאכיל לכלבים וכתבתי דבאמת כל הטעם דבבא ליד הגזבר לא מועיל שאלה משום דספק שמא אין כוונתו באמת ולפי זה כאן דבאמת רוצה לפדות ואינו מוציא מיד

הגזבר בחנם שוב יכול לתשול ולפ"ז קושית התוס' דיוכל לתשול ע"י שיפרוק מיהו בזה שוב יצטרך לפדות בשויו דאל"ה אכתי יש לחוש דלמא מערים על הקדשו ודוק. והנה במ"ש למעלה בדברי הב"ח וכוונתו נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה על הנוב"י בשו"ת תשובה מאהבה ח"ב סי' תמ"ג אות רנ"ב ממ"ש הריב"ש דיש זכיה בא"ה ואם חמץ מונח בר"ה אסור לטלטלו דהו"ל שלו כשיגביהו והפר"ח מביא ראיה ממ"ש גזרה דלמא מגבה לה והדר מבטלה ע"ש. ולפמ"ש אין ראיה דשם כשמגביה מהפקר פשיטא דזכי וגם בהך דלמא מגבה לה פרש"י דמיירי בהפקר כגון מציאה דנקנית בהגבהה וא"כ בהפקר שפיר שייך זכייה בא"ה משא"כ לקנות אפשר דא"מ.

טו ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הב"ח באו"ח סי' תקפ"ו דבע"ז של נכרי אף אם נתכוין לזכות ל"מ דהו"ל ע"ז של עכו"ם ודוקא מן ההפקר הוא דלא יצא כל שנתכוין לזכות. והנה המג"א תמה מהך דאמרו גזרה דלמא מגבה לה והדר מבטלה וכ"כ בגליון דרש"י פירש דמיירי בהפקר ע"ש. ולפמ"ש טעמו של הב"ח מבואר דבאמת אין זכיה בא"ה רק בהפקר מועיל כמו הבטה בהפקר דקני. ובזה מיושב מה שהקשה המג"א כיון דהישראל חייב באחריותו מיקרי שלו ולפמ"ש כיון דהוי א"ה אין לו כח לקנות ודוק היטב. ובזה נדחה לכאורה ראית הרשב"א בתשובה ח"א סי' קע"ח דיש זכיה בא"ה מהך דאמרו דלמא מגבה לה והדר מבטלה ולפמ"ש אין משם ראיה לענין קנין דשאני הפקר מקנין אמנם בחמץ א"צ שיכנס לרשותו הדבר נכון ודוק ועיין בא"מ ח"ב בתשובותיו הנספחות שם סי' ז' בסופו ולפמ"ש יש להאריך:

סימן רו

א לחכם אחד.

ב במה שהגיד לי בשם האבד"ק פשווערסק (וכמדומה שהוא בשם הגאון מוה' זאב וואלף זצ"ל מק"ק רישא) אודות אחד אשר מכר חמצו וכתב שטר ולא היו עדים חתומים באופן שלא היה שוה כלום אבל קבל כסף והנה כבר נודע שזה פלוגתא דרבוותא אם מועיל קנין כסף וכבר האריך בזה החק יעקב והאחרונים וכתבו כיון דספק הוא יש לסמוך על הפוסקים דכסף מועיל בעכו"ם וע"ז הקשה הרב הנ"ל דבספק מהראוי לאוקמא על חזקת מרא קמא ולא קנה כמבואר בכ"מ דבספיקא אזלינן בתר חזקת מרא קמא. והנה בראשית ההשקפה אמרתי דכאן לא שייך חזקת מרא קמא שהרי באמת חמץ אינו ברשותו של אדם ואף דעשאן כאילו הן ברשותו היינו כשלא מכר אותו אבל כאן הוא מכר אותו ואף דלא הועיל הקנייה עכ"פ חזקת מרא קמא בודאי אין כאן שהוא ביטל החמץ והפקירו ולא שייך חזקת מרא קמא והרי במציאה והפקר לא מועיל חזקת מרא קמא ואף דבעת

שמכר היה קודם שעת איסור ואז לא חל הקנין והיה מוחזק בו המוכר מספק אך זה אינו דעכ"פ עת בא הזמן של איסור אז פשיטא דחל הקנין ולא נתאכל המעות עוד ואף בנתאכל מועיל בזה דאח"כ בודאי מפקירו דלא ניחא לי' שיהי' שלו ויאסר עליו וא"כ לא שייך חזקת מרא קמא וז"ב. ובחידושי אמרתי בזה דבספק פלוגתא דרבוותא אם זה הקנין קונה לא שייך לאוקמא אחזקת מרא קמא דאטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין דכאן אין ספק במציאות אם עשה הפעולה או לא רק אם זה מקרי קנין או לא ואיך ישתנה הדין בשביל חזקת מרא קמא של זה וכעין זה כתב המלמ"ל פ"ו מעדות ה"ז ובפ"ב מטומאת צרעת ה"א בסופו ע"ש וגם בכנה"ג ביו"ד סי' ח"י הביא סברא זו בשם הש"ג לענין פלוגתא דרבוותא ועיין בתוס' ב"ב דף ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא שכתבו לחלק בשם ר"ש דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא בחזקת מרא קמא כיון דמספקא לן דינא כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמא אחזקת מרא קמא ע"ש וכפי הנראה שכוונו לחלוקו של המלמ"ל דבשביל חזקת מ"ק לא ישתנה הדין ואף דהתוס' כתבו על דבריו שדוחק הוא היינו דוקא התם דאנן מסופקים אם אמת שכדבריו כן הוא שהי' לו שטר או לא א"כ הספק על המציאות אם של זה הוא או של זה וגם ממ"נ כמו דלא שייך לאוקמא בחזקת מרא קמא כמו כן לא שייך לאוקמא בחזקת זה שהוא עכשיו דאטו בשביל חזקתו ישתנה הדין וא"כ שוב חזקת מ"ק עדיף מחזקה דהשתא ובפרט בקרקע דהארץ לעולם עומדת אבל כאן דהקנין הי' בודאי רק שהספק הוא אם קנה בכסף או לא א"כ הפעולה כבר נעשה והספק בדין לא שייך לאוקמא אחזקת מ"ק. ובזה מיושב היטב מה שהק' הרב הנ"ל בהא דאמרו בב"ב דף פ"א דלר"מ באילן אחד ולרבנן בשתי אילנות ספוקי מספקי אם קנה קרקע או לא ומביא ואינו קורא והקשה הוא דכל דספוקי מספקא מהראוי לאוקמא בחזקת מרא קמא ולא קנה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם באמת קנה האילן וכל שנימא שקנה קרקע אם כן כבר נעשה מעשה רק שבגוף הדין יש לנו ספק אם בזה קנה הקרקע או לא ואם כן היאך בשביל חזקת מ"ק ישתנה הדין ונימא דלא קנה הקרקע הא אין הספק על המציאות כלל וכבר נעשה המעשה והספק אם כבר נקנה הקרקע בזה או לא ולא שייך חזקת מ"ק. ובלא"ה יש לומר דעכ"פ החזקת מ"ק אתרע דהא עשה מעשה שיש ספק אם קנה הקרקע והו"ל כמו חזקת פנויה שכתבו התוס' בכתובות דף כ"ב דכבר אתרע כל שזרק קידושין ספק קרוב לו או לה וה"ה בזה וז"ב ודוק. מיהו בפשיטות ל"ק מהך דב' אילנות דבאמת כל זמן שלא נתייבש האילן או נקצץ א"כ הקרקע משועבד לו ואין המוכר יכול לזרוע שם וגם יש ללוקח דרך שם ללקט פירותיו כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' רט"ז סעיף ט' ע"ש ועיקר הא דאין לו קרקע

הוא לכשימות האילן או נקצץ וא"כ שפיר מבואר כיון דספק דלמא קנה קרקע לא שייך חזקת מ"ק דעכ"פ כ"ז שישנו האילן בנמצא ודאי אזל ליה חזקת מ"ק שהרי כעת אין לו להמוכר זכות בהקרקע ופשיטא דלא שייך חזקת מ"ק כיון דכעת בודאי אזלא ליה חזקתו וז"ב ופשוט. ויש להמתיק יותר דהרי כבר כתבו האחרונים להקשות בכל ספק ממון דאמאי לא נימא דהוה ספק איסור גזל וכתבו דגם להשני יש איסור גזל ומטו בה משמיה דהרב מוהר"י בסאן ז"ל שהובא בכנה"ג חו"מ סי' כ"ה בכללי הקים לי ולפ"ז כאן יקשה דלהמוכר הו"ל ספק גזל וא"ל דגם להלוקח יש לו ספק איסור גזל דז"א דעכ"פ כעת כ"ז שחי האילן אינו גזל כלל פשיטא דזה עדיף ולא שייך חזקת מרא קמא ושוב הו"ל ספק גזל ואף דגם בספק איסור מועיל חזקה היינו אם יש לו חזקה ברורה אבל כאן זה גופא הספק דלמא אין לו חזקה דמכר הקרקע ודוק. שוב ראיתי ברשב"ם בב"ב שם ד"ה מספקא ליה שכתב והאי דאמרו לא קנה קרקע היינו משום דיד המוכר על העליונה דמספיקא לא מפקינן מיניה ודבריו תמוהין דממ"נ אם כוונתו בשביל דהמוכר הו"ל חזקת מרא קמא א"כ למה יביא מספק. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת חזקת מרא קמא לא שייך דכל זמן דהאילן חי אין לו קרקע כלום רק לענין אם קנה קרקע דהיינו לכשימות האילן שפיר לא מוציאין מספק דעכ"פ הוה ספק ומספק אין מוציאין דניהו דלא הוה חזקת מ"ק חזקה המכרעת כאן דאזל ליה החזקה אבל עכ"פ מידי ספק לא יצא וז"ב ודוק כי הוא כפתור ופרח בכוונת רשב"ם ועיין שו"ת מהרי"ט בשניות חלק חו"מ סי' כ' לענין פלוגתא דרבבתא באונאה אי סבר מבטל המקח ע"ש ועיין במלמ"ל פט"ו מטוען מה שהביא בשם הרשב"א בתשובה ולפמ"ש יש לבנות ולסתור בכ"ז ואכ"מ. שוב ראיתי במלמ"ל בפ"ג משכירות ה"ב גבי מ"ש רבינו שהקרקע בחזקת בעלים שהביא דברי התוס' ב"ב דף ל"ב הנ"ל והביא חלוקים בזה בשם מהר"א ששון ולא ביאר סברתם והאריך וגם הרב המגיה האריך בזה. ולפמ"ש בביאור כוונת התוס' היה מקום להאריך ולבאר כל הסברות בזה ואין הזמן מסכים כעת וסברא זו שהבאתי למעלה בשם המלמ"ל דבשביל פלוגתא דרבבתא לא ישתנה הדין ראיתי בכנה"ג יו"ד סי' ח"י שכתב כן בשם הש"ג וכן הובא בתב"ש ופרמ"ג שם.

ג ולפענ"ד יש להעמיס גם בדברי המשמרת הבית בית שני שער השני גבי לוים שספק במתנות שרמז הש"ך בסי' ס"א ס"ק י"ג ע"ש ודוק ועיין כו"פ שם.

ד והנה בגוף דברי המלמ"ל פט"ו מטוען שהאריך לחלק בדברי הרשב"א בתשובה מהתימה שהב"י בסי' מ"ו ס"א הביא דברי הריטב"א בתשובה שמחלק ג"כ כחילוקו של הרשב"א הנ"ל לענין שטרות הסותרות זא"ז דשם לא שייך חלוקו של המלמ"ל וצע"ג

להמעיין דשם העדים עצמם שחתמו על המכר חתמו על החזקה בחלון ואם נימא אוקי שטרא להדי שטרא שוב בטל כל הענין וגם לענין החזקה דחלון שוב אבד דלענין זה לא הוחזק מעיקרא רק ע"י השטר וצע"ג להמעיין בעומק הענין ועיין בתוס' כתובות דף ע"ו בד"ה על שמבואר גם כן דבספק תפוס לשון ראשון ויש לאוקמא על חזקת מ"ק ע"ש ודוק.

ה והנה בדברי המלמ"ל הנ"ל יש ליישב קושית הר"ן בנדרים דף ז' גבי הא דאיבעיא לן אי יש יד לצדקה וכתב הרשב"א דתיקו דאיסורא הוא לחומרא והקשה ע"ז מהא דאמרו בחולין דף קל"ד קמה בחזקת חיובא קיימא אלמא דאל"ה פטור הוה מספק אף במתנות כהונה ע"ש וגם הש"ך סי' רנ"ט סקי"ד האריך בזה ולפמ"ש יש מקום בראש דדוקא בתיקו דהו"ל ספיקא דדינא לא שייך חזקת מרא קמא להכריע דבשביל חזקתו של זה לא ישתנה הדין משא"כ התם הוא ספק במציאות ולכך אי לאו דקמה בחזקת חיובא קיימא הוה אמרינן המע"ה דע"י החזקת ממון לא ישתנה הדין וז"א דבאמת כל שספק בממון אמרינן רק במה שנסתפקו הגדולים הוא משום חזקת ממון של זה נסתפקו אם יש להוציא מידו וממילא כל שהוא ספק שוב מוקמינן הממון בחזקתו ולפ"ז בספק ממון לעניים דמה שנסתפקו בזה הוא משום חשש איסור אם כן כל שהיה ספק לא שייך לאוקמא אחזקת ממון וכמ"ש ומיושב היטב קושית הר"ן שוב אחר זמן הגיע לידי על שעה חדא ספר ברכי יוסף להגאון החכם אזולאי ומצאתי בסי' רנ"ח שהביא בשם הרב מוהר"ח אלפנדרי ז"ל שכתב גם כן ליישב קושית הר"ן הנ"ל משום דיש לחלק בין ספק במציאות לספק דדינא דספיקא דדינא לא חשוב ספק כולי האי ואזלינן לחומרא. והנה נהניתי עד מאד שכוונתי לדבריו אבל לא ביאר הרב טעם החילוק ועם דברי המלמ"ל הנ"ל יתיישב היטב הסברא לחלק ומ"ש הבר"י שם דאם כן בהך אבעיא דשכ"מ שהקדיש אם עמד אי חוזר או לא דהוה ג"כ תיקו ואפ"ה פסק כהרשב"א להקל הנה לפמ"ש יש לומר דשם גוף האבעיא אם יכול לחזור הוא משום חזקת ממון דמסתמא לא רצה שיהיה עני כשיעמוד ויעזוב נפשו לשאול לחם ומזון וא"כ כיון דגם הספק הוא בשביל חזקת ממון לא שייך לומר דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקת ממון דגוף הספק לא נצמח רק מחמת חזקת ממון אבל ביד לצדקה דמתורת איסור באנו עליו ובזה בודאי לא מועיל חזקת ממון וז"ב. ובזה מיושב גם קושית הש"ך שם דהרשב"א סותר עצמו דביש יד לצדקה פסק תיקו ולחומרא ולענין שכ"מ שהקדיש נכסיו פסק קולא לנתבע ולפמ"ש אתי שפיר ודוק היטב וע"ש בבר"י מה שהאריך בדברי הרמב"ן ולפמ"ש אתי שפיר ולא הארכתי בזה כי כתבתי לפום רהיטא.

ו והנה במ"ש למעלה דבשביל החזקה לא ישתנה הדין ולכך בספק פלוגתא דרבוותא לא שייך לאוקמא אחזקה וכמ"ש בשם המלמ"ל והכנה"ג ביו"ד סי' ר"י בזה אמרתי במעשה שאירע שאחד מכר לחבירו שטר ואמר לי שמוכר לו הוא וכל שעבודו אך לא כתב לו ובא לגבות מהלוה. ואמרתי דלפמ"ש הכנה"ג בחו"מ סי' ש"ו דיכול לטעון קים לי כהרשב"ם ור"י גאון ובעל העיטור והנתיבות דס"ל דמסירה לחוד סגי. ולכאורה צ"ב היאך יכול לטעון קים לי ואיך יוציא מספק מהלוה אך לפמ"ש אתי שפיר דכיון שהוא ספק דין לא שייך לאוקמא אחזקת ממון של הלוה דאטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין ואולי באמת הדין ככל הנך פוסקים דנקנה במסירה ושפיר יכול להוציא מספק ואף דהכנה"ג לא כתב רק באם הוא מוחזק יכול לומר קים לי מכל מקום לפענ"ד הדין דין אמת וכמ"ש ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דהלוה עכ"פ חייב לאחד מהם אם להמלוה או למי שלקחו ואם כן לא שייך חזקת ממון של הלוה דממ"נ נתחייב לאחד מהם וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' צ"א כעין סברא זו ע"ש וגם כיון דעכ"פ מסר השטר והיה יכול לכתוב ג"כ א"כ הוה כמו זרק ספק קרוב לו שכתבו התוס' בכתובות דף כ"ג דאתרע חזקת פנויה וה"ה בזה דעכ"פ התחיל החיוב של הלוה לגבי הלוקח כיון דמסר לו מיהו יש לדחות דשאני התם דעכ"פ היה יכול להיות שיפול קרוב לה אבל כאן במסירה לחוד לא אתרע כלל חזקת החיוב למלוה הראשון כלל. אך מ"ש למעלה הוא נכון ובזה הדרתי פני זקני הגאון החסיד שבכהונה בעל שער אפרים סי' קכ"ה במעשה שאירע לידו שאחד מסר שט"ח בלי כתיבה ואח"כ הוזל ונפסד החוב ורוצה הלוקח לחזור בו וכתב בשערי אפרים שיכול המוכר לומר קים לי ככל הפוסקים דס"ל דמסירה לחוד סגי ותמה בשערי משפט ריש סי' ס"ו דאיך יכול לטעון קים לי כיון דעכ"פ ספק הוא וא"כ לא הי' יכול הלוקח להוציא מיד הלוה מספק והי' מקח טעות מספק. והדבר דומה למה שמבואר בחו"מ סי' רל"ב סי"ב בהג"ה דאף טריפות שאנו אוסרין מספק מבטל המקח דהו"ל מקח טעות וה"ה בזה דעכ"פ ספק מקח טעות הוה וחוזר ע"ש שנתעצם הרבה. ולפמ"ש א"ש דבאמת גם הלוקח יכול לטעון קים לי דלא שייך חזקת ממון של זה וכמ"ש ודוק. איברא דלכאורה עדן יש לעיין כיון דאם יבאו לדין לפנינו המלוה והלוקח והלוה והמלוה יטעון דמספק לא היה לך ליתן לזה שאין לו כתיבה ממני וא"כ שוב אם הספק בין המלוה להלוקח פשיטא דעכ"פ חזקה דמעיקרא נגד חזקה דהשתא בודאי עדיף אם כן שוב הלוה לא יצטרך לתת להלוקח כי יאמר פן יתבעני המלוה הראשון ושוב לא שייך חזקת חיוב דהשתא נגד חזקת חיוב דמעיקרא וגם יש לי לומר עוד כיון דנשאר להמלוה הראשון כח דיכול למחול א"כ עוד לא נתרוקן זכותו של ראשון לגמרי וא"כ חזקה דמעיקרא

וגם קצת חזקה דהשתא נגד חזקה דהשתא גרידא פשיטא דעדיף ובפרט לפמ"ש ר"ת דשעבוד הגוף א"י למכור אם כן נשאר לו חזקה גם השתא נגד חזקה דהשתא של זה אך נראה כיון דעכ"פ המעות שנתן מחויב המוכר לשלם ואם אין לו לשלם מוציאין מן הלוה ונותנין לו שוב הלוקח מקרי מוחזק טפי ולא יכול המוכר לטעון קים לי ודוק היטב ועיין בחו"מ סי' ס"ו סי"ז דכל שתפס הלוקח א"י להוציא מידו דעכ"פ תפס מקרי ועיין בהג"ה שם דאף לדיעה שניה א"י להוציא מהלוקח ועיין ש"ך שם ס"ק ס"ו ובתומים כתב שם בס"ק נ"ו דכיון דשיקול הדעת דעלמא דל"מ בלי כתיבה ומסירה א"כ לא שייך קי"ל בזה כשיטת הפוסקים דלא בעי כתיבה ומסירה ולא ראה דברי הכנה"ג והשער אפרים הנ"ל דפסקו דיכול לומר קי"ל ודוק וגם קושית הש"ך יש ליישב דבאמת לגבי הלוה יש לו למלוה חזקה דמעיקרא שנתחייב לו משא"כ לגבי הלוקח מה חזקה יש לו לגבי דהלוקח וכיון דעכ"פ נתחייב לו מעות שלקח ממנו מה מועיל דהוה ספק הא הוה ספק בפרעון דבודאי נתחייב לו עכ"פ. והנה בהא דכתב המלמ"ל דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה באמת שהיא סברא ברורה וכבר חזקתי אותה מכמה מקומות ולכאורה הוה קשה לי טובא בהא דאמרו בב"מ דף ק"ב בא בתחלת חדש כלו למשכיר בא בסוף החדש כלו לשוכר והיינו משום דמספקא ליה אי תפוס לשון ראשון או אחרון וקשה הא בשביל חזקה לא ישתנה הדין ונתקשיתי בזה ומצאתי במלמ"ל פ"ז משכירות ה"ב שהקשה כן וכתב לחלק בין ספק פלוגתא דרבוותא ובין ספק בדין דבספק בדין אי תפוש לשון ראשון אי לשון אחרון אוקמא אחזקה ועוד כתב דשם דאנן מספקינן במציאות אי נתכוון עיקרו ללשון הראשון או אחרון הוה כספק במציאות ע"ש. והנה דבריו אהובים אבל אני תמה דאם כן ר"נ דסבירא ליה קרקע בחזקת בעלי' עומדת אף דאפיך מיפך ולא שייך תפוס לשון אחרון כדאמרו שם א"כ לגבי דידיה הוי ספיקא דדינא ולא שייך תירוץ אחרון וגם הראשון ל"ש על ר"נ דכבר קדמו רב ושמואל ולא ס"ל כן אם כן עכ"פ אף שנחשוב שר"נ יכול לחלוק עליהם מכל מקום מידי ספק פלוגתא דרבוותא לא יצא דבשלמא ברב ושמואל אפשר לומר דהם הכריעו ולגבייהו לא הוה עוד ספק פלוגתא דרבוותא מה שאין כן לגבי דר"נ ותמהני על המשנה למלך שכתב כן בפשיטות על ר"נ והרי לגבי ר"נ לא יתכן תירוצו הראשון ומכל שכן האחרון ולדעתי היא תימה גדולה. והנראה לפענ"ד בזה דעל כרחך לא אמרינן דבספק פלוגתא לא שייך לאוקמא אחזקה רק בחזקה דהוא על אותה דבר בעצמה שפיר אמרינן דלא שייך לומר אוקמא אחזקה ואטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין אבל שם ר"נ אמר כלל דקרקע בחזקת בעליה עומדת בכל ספק שיזדמן אוקמא קרקע על חזקתה והבעלים הם המוחזקים א"כ

מה לנו בזה דבנושא הלז יש ספק פלוגתא דרבבוותא מכל מקום הכלל היא דקרקע בחזקת בעליה היא בכל ספק שיזדמן וממילא גם בזה אזלינן בתר חזקה דבשלמא חזקה שהיא רק בפרטות אנשים עד"מ חזקת פנויה או חזקת כשרות וכדומה דנמצא נשואות ופסולים ורק דאותו איש מוקמינן אחזקתו בזה שפיר אמרינן דבספק פלוגתא דרבבוותא לא אזלינן בתר החזקה דאטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין אבל חזקת קרקע הארץ לעולם עומדת ברשות בעליו וא"כ שפיר מועיל חזקה זו וז"ב כשמש. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה ניישב קושיא עצומה שהקשה הש"ך בחו"מ סי' ס"ו קכ"ב על מ"ש הרא"ש לענין אונאה דאין הלכה כר"נ נגד רב ושמואל ורבותיו רק נגד רב ששת והקשה הש"ך דאשתמיטתי' דברי הש"ס ב"מ דף ק"י דפריך והא קי"ל דהלכתא כוותי' דר"נ דאמר קרקע בחזקה בעליה עומדת הרי דשם נחלק על רב ושמואל ואפ"ה הלכה כר"נ ע"ש ובשו"ת בית יעקב סי' י"א הביא שהש"ך הקשה לו קושיא זו והוא נדחק דשם בשביל דר' יהודא ס"ל כוותי' לכך הלכה כר"נ והוא דוחק דהא לא מבואר בש"ס כלל גם מה זו קושיא דהא ר"נ פליג על ר"י וא"כ מה מקשה על ר"נ אטו גברא אגברא קרמית והרי ר"נ פליג על ר"י בזה ומה שהביא מראב"ן דפסק כר"נ משום דר"י ס"ל כן היינו לפי האמת ר"י חשוב טפי מר"נ אבל על ר"נ ליכא קושיא כלל.

ז אך לפמ"ש אתי שפיר דהכי מקשה דאי אפשר לומר דפירות בחזקת אוכליהן ולא ס"ל הכלל דקרקע בחזקת בעליה עומדת דא"כ יקשה על ר"נ כיון דזה לאו כללא בכ"מ כיון דנמצא עכ"פ פלוגתא בקרקע גופא דלאו בחזקתו קיימא כ"א בחזקת אוכליהן ושוב יקשה על ר"נ למה הכריע מחמת חזקה פלוגתא דרבבוותא וע"כ דזה כללא בכ"מ דקרקע בחזקת בעליה קיימא וא"כ קשה על ר"נ וז"ב מאד והיא עטרה לרא"ש וגלותי מעליו חרפת הקושיא של הש"ך שהיא עצומה מאד. ובגליון הש"ך הראיתי דברי התוס' ב"ב דף קכ"ד שכתבו שם ע"ב ד"ה מספקא דהלכה כר"נ בדיני אף דשם היא נגד רב ובזה לא יועיל גם חלוקו של הבית יעקב ועכ"פ לא אשתמיטתי' להרא"ש סוגיא ערוכה דב"מ וז"ב מאד מאד. ובזה ניחא מה דאמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת והיינו דזה כלל בכל מקום והמעיין ברמב"ם פ"ז משכירות ה"ב במ"ש שהקרקע בחזקת בעלים ואין מוציאין דבר מיד בעל הקרקע אלא בראי' ברורה ולאיזה צורך האריך כ"כ ולפמ"ש באו דבריו מדוקדקים ומסולסלים כדרכו בקדש דהיינו שזה כלל בכ"מ לא בזה לבד ולכך אזלינן בתר חזקה ודו"ק. אמנם בגוף הדין אני תמה דגבי שמטה לענין פרוזבול קיי"ל כר"נ נגד שמואל ועיין גיטין דף ל"ו ובטוש"ע חו"מ סי' ס"ז ועיין תוס' ב"ב דף ל"ד לענין נסכא דר' אבא דהקשו דקי"ל כר"נ בדיני אף דשם הוא נגד רב ושמואל וע"כ אין השגה

על הרי"ף אבל עכ"פ על הרא"ש ל"ק מהש"ס וכמ"ש. אך עם כל מה שטרחתי וברורתי דברי המלמ"ל דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה עדיין ק"ל דרואה אנכי לענין חזקת ממון ספיקא דדינא גרע ואמרינן המע"ה אף לסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין וכמ"ש הרשב"ם בב"ב דף קס"ו וכ"כ בסמ"ג ועיין בתקפו כהן סי' וא"ו שפירש דהמוחזק יכול לטעון דברי לי שהדין כן ולפי דבריו ל"ק משם. אבל דבריו תמוהים דהיאך יעלה על הדעת בדבר שבעלי התלמוד הניחו בתיקו ולא יכלו להכריע זה יטעון קים לי. ובאמת גבי הך דרשב"ם שם הוה ספק במציאות הלשון השטר ל"ש דישתנה הדין אבל רואה אנכי כי הרשב"ם כללא כייל בכל ספיקא דדינא המע"ה וקשה הא כבר נעשה המעשה רק שהספק אם הדין כן או לא ובזה לא שייך חזקת ממון וע"כ צ"ע ועיין בקה"ס לאחי הקצה"ח ז"ל כלל א' ומצאתי שכבר הערתי בזה בענין תפיסה בספק שכתבתי בזה תשובה ארוכה. והנה אחר זמן רב נתעוררתי על דברת המלמ"ל הנ"ל דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה דלכאורה משנה מפורשת דלא כוותיה דהרי אמרו בבכורות דף מ"ט דיום שלשים כיום שלפניו ור"ע אומר אם נתן לא יחזיר ואם לא נתן לא יתן ומפרש בש"ס דר"ע ספוקי מספקא ליה אי ילפינין מקרא דולמעלה ע"ש וא"כ הו"ל ספיקא דדינא ולמה מוקמינן אחזקת מרא קמא דלכך אם לא נתן לא יתן וא"ל דשאני חזקת ממון דאף בלי חזקת מ"ק אלים וא"כ אף דהוה ספיקא דדינא אי אפשר להוציא מספק דזה אינו דא"כ למה אם נתן לא יחזור והא זה יש לו חזקת מ"ק וחזקת ממון שהיה לו ואף דזה תופסו מכל מקום הוה חזקת ממון של זה וע"כ כל דהוה ספק הוה כמו כל ספיקות דהמע"ה והיא קושיא גדולה וגם מה נ"מ בין חזקת מ"ק לחזקת ממון דמכל מקום סברא ברורה היא דאטו ע"י חזקת ממון של זה ישתנה הדין וסוף סוף ספק הוא בדינא וצ"ל כיון דבממון אין הולכין בתר רוב ומטעם דבעינן המע"ה והיינו דבעי ראיה ברורה כמ"ש בשו"ת תה"ד סי' של"א וא"כ מה בכך דהוה ספק הא כל דאין כאן ראיה ברורה בכל הספיקות אין מוציאין ממון ולא שייך ספיקא דדינא ובשלמא בחזקת מרא קמא דהוא מטעם חזקת איסור א"כ כל דהוה ספיקא דדינא לא שייך להעמידו בחזקת מ"ק אבל בחזקת ממון דאין מוציאין בלי ראיה וא"כ באמת נשאר בספיקו והוה ספק והמע"ה ודו"ק:

ח ובזה יש ליישב קושית התוס' בדף מ"ח ע"ב ד"ה ואי שהקשו דאמאי אם נתן לא יחזיר והא הוה תקפו כהן דמוציאין מידו ולפמ"ש יש לומר דכל שכבר נתן שוב הו"ל ספיקא דדינא וכל שזה צריך להוציא מזה ל"ש להעמידו בחזקת מ"ק וחזקת ממון דבאמת בספיקא דדינא ל"מ חזקה רק דכל דבעי ראיה וכאן עכ"פ אין ראיה אבל כל שזה מוחזק

שוב זה בעי ראיה להוציא וחזקת מרא קמא לא מועיל בספיקא דדינא וז"ב. ובמ"ש יש ליישב קושיא עצומה שהקשה בטורי אבן בר"ה דף י"ד בר"ע שנהג שני עישורין ופירש בירושלמי שהפריש מעשר שני ופדאו ונתנו לעניים והקשה הא הוה המע"ה ואמאי נתנו לעניים ואף בספיקא דדינא ס"ל לר"ע כן כמ"ש בבכורות דף מ"ט ולפמ"ש באמת בספיקא דדינא לא שייך זאת רק משום דבעי שיביא ראייה ועכ"פ ראיה אין כאן ולפ"ז שם דפתיך ביה איסור ג"כ משום מעשר עני דהוא במיתה או בלאו וניהו דא"צ ליתן לעני אבל מכל מקום בספיקא דדינא לא שייך חזקה וראי' לא בעי בשביל ספק איסור וצ"ע בזה. שוב ראיתי בתוס' בכורות דף מ"ח ד"ה דאמר שכתבו דאף לסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין לא שייך בדבר דהוה ספק בהוראה הנה מבואר דספיקא דדינא נשתנה מכל הספיקות לענין ממון המוטל בספק דאמרו הממע"ה וצ"ב טעמא מאי ולפמ"ש אתי שפיר דכל הענין דס"ל לסומכוס דממון המוטל בספק חולקין הוא משום דהוה ספק ממון והוא לא ס"ל הממע"ה רק פלגא ופלגא ולפ"ז שפיר כתבו התוס' בספק דדינא לא שייך חולקין דלא שייך בזה חזקה אבל המע"ה כל דבעי ראיה וראי' לא הוה כל שיש ספק. ובזה מיושב מה שהקשיתי למעלה מהרשב"ם ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק כי היא הערה חדשה:

ט והנה בהא דמבואר בטור וש"ע חו"מ סי' ק"ץ סי"ב דא"י לחזור אחד משניהם דהו"ל ספק אי הוה כמוכר שדהו מפני רעתה הקשה הט"ז שם דא"כ הו"ל לאוקמא הקרקע בחזקת מ"ק וכתב כיון דאין ספק בגוף הקנין וכבר יש מכר גמור בקנין או שטר או ע"י נתינת מקצת מעות רק שע"י אומדנא דמוכר דעייל ונפיק אזוזי אמרינן דנתבטל המקח למפרע וכיון שיש כאן ספק אין כח לקלקל מקח ברור ע"ש ולכאורה אין מקום לקושיא דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקתו וכמ"ש המלמ"ל פ"ז מעדות הנ"ל ואולי כיון דהספק מה היה כוונת המוכר אם כוון לעייל ונפיק אזוזי א"כ לא שייך לומר דלא ישתנה הדין דהא הספק על המציאות וכעין זה כתב המלמ"ל פ"ז משכירות. ובזה מיושב ג"כ דלא תקשה על תירוצו של הט"ז ממ"ש המלמ"ל פט"ו מטוען לחלק בין ספיקא דדינא דמוקמינן תמיד בחזקת מ"ק אף שהמכר בודאי וא"כ כאן דהוה ספיקא דדינא לא שייך לומר דהמכר בודאי. ולפמ"ש כיון דמקרי ספק במציאות שוב דומה להך דרשב"א דבספק על תנאי כל דמכר בודאי והספק אם נתקיים התנאי קרקע בחזקת לוקח קיימא ע"ש וה"ה כאן. אך אני תמה על דברת המלמ"ל דמחלק דבספיקא דדינא לעולם אוקי אחזקת מ"ק ודבריו תמוהים דאדרבא בספיקא דדינא ודאי לא שייך חזקת מרא קמא כמ"ש בפ"ז דעדות ופ"ז משכירות ואולי רמז לזה המגיה שם שציין לעיין פ"ז משכירות

ע"ש. אמנם בגוף דברי הט"ז נראה לפענ"ד דשם דבאמת מכר רק שיש אומדנא באמת אומדנא הוה דברים שבלב רק דאומדנא דמוכח הוה דברים שבלבו ובלב כל אדם דמועיל וכ"כ התוס' בכתובות דיש אומדנא דמוכח דאזלינן בתרא ולפ"ז כל שחז"ל נסתפקו אי חשיב כעייל ונפיק אזוזי א"כ שוב עכ"פ אומדנא דמוכח לא הוה ושוב הוה דברים שבלב דל"מ ויתר דברי הט"ז שם שכתב דאם לא תפס הלוקח את הקרקע וכו' ודבריו תמוהין לפענ"ד דבקרקע לא שייך תפיסה כלל ובין יד שניהם שולטת עליו או שאין שניהם מוחזקין או שאחד מוחזק בכלו לא שייך ענין תפיסה בקרקע דהארץ לעולם עומדת וצ"ע:

י והנה בפ"ד משאלה ה"א האריך בהגהת מלמ"ל לתמוה על התה"ד דכתב דיש לחלק בין א"י אם פרעתיך דטוען ברי שנתחייב לו וזה טוען שמא פרע וזה טוען ברי שעדיין חייב לו משא"כ במפקיד דניהו שהפקיד לו בבירור אבל כל שא"י אם פשע הרי א"י אם חייב לו כעת בבירור ולק"מ דאם נימא דשומרין נתחייב משעת משיכה א"כ החיוב בבירור והספק אם נפטר מהשמירה והחזרה או לא דשמא פשע והו"ל כא"י אם פרעתיך דהטעם משום חזקת חיוב ומה שהביא ראיה מזה אומר ביום שהיתה שאולה מתה וזה אומר א"י ופריך הש"ס לימא תיהוי תיובתא דר"י ומשני בשיש עסק שבועה ביניהם וקשה דהא הו"ל כא"י אם פרעתיך במחכת"ה לא זכר שזה קושית הקדמונים והנימוק"י הוכיח מזה דשואל לא נתחייב בשעת שאילה רק משעה שנאבד או נאנס ועיין לח"מ פ"ג משאלה שהאריך לתמוה בה"ג על הרמב"ם ועיין ש"ך סי' רצ"א שהאריך בזה ודברי המגיה במלמ"ל תמוה.

יא גם מ"ש שם בשם הרב מוה' אפרים נבון והוא הגאון בעל מחנה אפרים לחלק דהמלוה צריך לדייק טפי אם נפרע יותר ממה שהלוה באמת אני בתשובה כתבתי להיפך ויש לי מסייע מה דאמרו בהכותב דפרע דייק דמפרע לא דייק והרגשתי בדברי המהרשד"ם הלז ואכ"מ להאריך ובתשובה לענין מצא מטבע מזוייפת ביארתי בזה. והנה לענין קים לי האריך הכנה"ג בכללי קים לי דאם אינו רק פוסק אחד לא שייך לומר קים לי. ולכאורה תמוה לי דהא כל שהוא מוחזק בממון אף לדיעה יחידאה מכל מקום אין הולכין בממון אחר הרוב ולפמ"ש יש לומר דלא שייך כאן אין הולכין בממון אחר הרוב דהא הוה ספק פלוגתא דרבוותא ואטו ישתנה הדין עי"ז ולכך א"י לומר קים לי כל שהוא יחיד דאטו בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין. וזה נראה לי טעם דבדיינים הולכין אחר הרוב משום דהדין לא ישתנה עי"ז מיהו בלא"ה ניחא לפמ"ש התומים בטעם דבדיינים הולכין אחר הרוב משום דלפי דברי רוב הדיינים ליכא מיעוט כלל דהם אומרים שהדין כך בלי ספק ולפ"ז גם קים לי לא שייך מאחר שרוב הפוסקים ס"ל דהדין כך ודוק היטב בזה.

יב והנה בגוף הענין דספק פלוגתא דרבוותא אי שייך להעמידו על חזקת מ"ק לפענ"ד היה נראה דבר חדש ע"פ מה שאמר הרב מוה' אברהם קאמפף נ"י במה דאמרו דסומכוס לא אמר דיחלוקו רק היכא דאיכא דררא דממונא וכתבו התוס' דהיינו שיש ספק לב"ד בלא טענותם וביאר הוא הסברא בזה עפמ"ש בב"ק דף כ"ז דלכך אזלינן בתר רוב הדיינים בד"מ אף דאין הולכין בממון בתר רוב משום דשאני דיינים דמיעוט דידהו חשוב כמאן דליתא ולא שייך לומר דהעמד ממון בחזקתו דב"ד מפקינן מיניה וביאר הדברים דנגד ב"ד לא שייך חזקת ממונא דהא הב"ד יכולין להפקיר ממון ולפ"ז כל דאיכא ספק לב"ד בלא טענותם א"כ ב"ד מפקינן מיניה ולא שייך חזקת ממון.

יג ובזה יישב קושית התוס' בדף ק' שהקשו דהא סומכוס אמר דוקא היכא דאיכא דררא דממונא ואמר הוא דכל הטעם הוא משום דאיכא חזקת ממון וכשעומד באגם לא שייך חזקת מ"ק ושם מיירי בעומד באגם ולכך אף כשליכא דררא דממונא נמי ע"כ ודפח"ח ולפ"ז כל ספק פלוגתא דרבותא לא שייך חזקת ממון. אמנם זה אינו דמלבד דלא קיי"ל כסומכוס וגם גוף דבריו בטעמא דסומכוס לא יתכן ריש ב"מ אף גם דזה שייך נגד חזקת ממון ולא נגד חזקת מ"ק דניהו דהב"ד יכולין להפקיר אבל לא יכלו לעקור חזקת מ"ק שהיה לזה. והנה ראיתי קושיא בספר טט"ו שהקשה לו אחד על מ"ש המלמ"ל דחזקה לא ישנה הדין מהא דכתבו הב"י בשם הה"מ והרשב"א באו"ח סי' ת"ד דכיון דמספקא לן אם יש תחומין למעלה מעשרה לא יוציאו אותו מחזקת ביתו מספק והקשה הא חזקה ל"מ בספיקא דדינא. ולק"מ דשם אדרבא החזקה מסייע דאסור וא"כ לא שייך לומר דחזקה לא ישנה הדין דגם בלא חזקה יש ספק ואף דהי' ספיקא דרבנן עכ"פ כיון דאתחזיק בחזקת ביתו אינו משנה הדין ואדרבא מסייע להדין ונשאר בחזקת ביתו ושאני הך דמלמ"ל דהחזקה רוצה לשנות הפסק להוציא מהדין. ובלא"ה ל"ק דשם העמידהו על חזקת ביתו כמו שהי' ולא תרחיקנו מביתו ועיקר העירוב הוא שקונה שביתה שם וכל שהוא ספק אם יש תחומין והרי הוא לא קנה שביתה למעלה רק דתאמר שאין כאן איסור תחומין והרי עכ"פ לא קנה שביתה ונשאר בחזקת ביתו כמו שהיה וז"ב ופשוט:

יד והנה בשנת תבר"ך למדתי מסכתא ב"ב והגעתי לדף פ"א ע"ב ושם כתבו התוס' ד"ה אלא מעשר ראשון דלוי הוא והקשו דהרי בדמאי אינו מחויב ליתנו מספק דמצי לומר אייתי ראיה דלא מתוקן הוא ע"ש. והנה אם נימא דבספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקתו א"כ ל"ק דשם בדמאי הספק במציאות אי כבר מתוקן או לא ושייך לאוקמא אחזקת ממונא אבל בספיקא דדינא אי בקנה אילן אחד אי קנה קרקע אי לא לא שייך לאוקמא אחזקת ממונא דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין מיהו אפשר לחלק דדוקא בחזקת מרא

קמא הוא דאמרינן הכי ולא בחזקת ממון דבזה מוקמינן אחזקה וצ"ע בזה. ובזה אני אומר במ"ש התוס' לתרץ דהכא אין הכהן מוחזק יותר מהלוי ושל ישראל ממנ"פ אינו דאם בכורים הם דכהן ואם לאו בכורים הם הם דלוי. והנה לכאורה סברתם היא כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' צ"א ס"ק י"ב דכל דממנ"פ צריך לשלם לא שייך חזקת ממונא דהממון אינו שלו אבל התומים שם ס"ק ג' חולק ע"ז וכתב דסוף סוף עכ"פ לכל אחד יש לו חזקת ממון ופטור ע"ש. ולכאורה מפורש כאן להיפך והדברים ק"ו דכאן הוה ממון שאין לו תובעין ואפ"ה כל דממנ"פ צריך לתת לאחד מהם לא שייך חזקת ממון מכ"ש שם והדבר תמוה על הש"ך והתומים שלא הביאו מכאן. ולפמ"ש יש לומר דבאמת כאן לא שייך חזקה דספיקא דדינא ע"י החזקה לא ישתנה הדין רק שכתבתי דיש לומר דחזקת ממון אלים טובא ואפילו בספיקא דדינא אלים חזקת ממון וא"כ לזה שפיר כתבו לענין זה שיהיה אלים חזקת ממון זה בודאי אינו דעכ"פ לאחד נתחייב בודאי ניהו דיכול לדחות לכל אחד ואחד מכל מקום עכ"פ הרי הוה ספיקא דדינא וא"כ אם לא אלים כ"כ החזקת ממון שוב הוה כחזקת מרא קמא ובספיקא דדינא לא מועיל חזקת מ"ק וה"ה חזקת ממון כי האי ודוק היטב. והנה גוף דברי הש"ך תמוה לפענ"ד דמ"ש דסוף סוף האי ממונא תיפוק מרשותיה והיא תמוה לפענ"ד דהרי הרמב"ם והש"ע מירי שמתו הפועלים והחנווני לבדו תובע וכמ"ש הש"ך ס"ק יו"ד וא"כ בכה"ג לגבי החנווני לבדו יש לו חזקת ממון טובה ואין סופו לצאת מתחת ידו וצע"ג. ואף מדברי התוס' כאן אין ראיה דכאן עכ"פ ממנ"פ נתחייב או לכהן או להלוי. והנה הש"ך הביא בשם הר"י אבן פלאט דיש להאמין להחנווני דחזקה שליח עושה שליחותו ותמה התומים דלא שייך שליח עושה שליחותו היכא דיש חשש שמא עיכב ממון של חבירו ע"ש ולפענ"ד נראה דכל שהמניה מעיקרא וצוה לו ליתן ע"כ דהמניה שבודאי יתן א"כ שייך חזקה שליח עושה שליחותו דהרי הימני' עליו ושייך חזקה שליח עושה שליחותו ובזה ל"ק ג"כ מ"ש התומים דלא שייך חזקה שליח עושה שליחותו דאינו דבר ברור דרק לחומרא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו. ולפמ"ש כל דהימניה מעיקרא ודאי מהימן. איברא דלפ"ז יקשה בהא דאמרו בקידושין דף מ"ג והאידנא דתיקון רבנן שבועת היסת דאינן נאמנים ואמאי לא תהי' מקודשת מצד חזקה שע"ש ואנן סהדי דקושטא קאמרו והתומים הקשה כן והרי לפמ"ש כל דעשה אותם לעדות הרי נתן להם נאמנות. אמנם נראה דבקידושין ודאי לא שייך חזקת שליח עושה שליחותו דהרי אפילו הם מודים אפ"ה צריך עדים וא"כ כל דליכא מיגו ואינם עדים מה מועיל חזקת שליח עושה שליחותו ועדים עכ"פ אינם.

טו אמנם אכתי קשה מד"מ דאינם נאמנים והרי האמינם ושייך חזקת שליח עושה שליחותו. אך נראה דיש לומר דלא הימנם כלל רק שרצה לפרוע בעדים כדי שיהי' עדים ועכ"פ לא הימן לכל אחד לבדו רק לשניהם נתן הנאמנות וא"כ שוב על כל אחד יש חשש שמא לא עשה שליחותו ושוב אינם נאמנים מתורת עדים ולפ"ז יש לומר דדוקא בחנוני אחד ובשנים מגרע גרע. ומ"ש התומים למה נאמנים הפועלים כשאין חנוני משום דהו"ל כא"י אם פרעתיך דבודאי ברי ושמא ברי עדיף והא יש כאן להיפך חזקה שליח עושה שליחותו.

טז ולפמ"ש יש לומר דניהו דלגבי החנווני אמרינן דכיון דהוא המניה נאמן עליו אבל הפועלים יכולין לטעון מה לנו ולנאמנותך אנן לא מהמנינן ליה ולגבי דידן לא שייך חזקת שע"ש דעכב לעצמו הממון וז"ב ופשוט. ובזה נראה לפענ"ד דיש לומר להיפך דלגבי הפועלים אף שאין חנווני לפנינו דלא שייך חזקת שליח עושה שליחותו א"כ מהראוי שלא יהי' נאמנים דשוב יש להבעה"ב חזקת ממון כיון דפטור מהחנווני אבל לגבי החנווני לא שייך חזקת ממון דהרי הימניה עליו. ובזה נראה לפענ"ד להוסיף כיון דבעת שצוה ליתן להחנווני הרי הימניה ונתחייב ליתן לו שוב הו"ל א"י אם פרעתיך דהרי כבר נתחייב. ובמה שהבאתי בשם התומים דגבי עדי קידושין שייך ג"כ חזקת שליח עושה שליחותו רק דהו"ל נוגעים א"כ יש ליישב סברת הירושלמי דאמר אבל בכסף לא ור"י אמר דמכיון שהאמינתו התורה אפילו בכסף נמי והיא תמוה דאם מיירי קודם שנתקנה שבועת היסת מ"ט דר' אבין ואם מיירי לאחר שנתקנה שבועת היסת מ"ט דר"י ועיין בא"מ סי' ל"ה מ"ש בזה וכבר כתבתי בזה הרבה. ולפמ"ש יש לומר דבאמת כבר כתבתי דמהראוי להאמינם דהרי המניה עלויה דנפשי'. אמנם נראה דבקידושין אדרבא כיון שאין מועיל בלי עדים א"כ יש לומר דלא נתן להם נאמנות לגבי נפשיה רק כי היכא דלא להוי מקדש בלי עדים וא"כ כל שתאמר שנתקדשה האמינם אבל אם תאמר לא נתקדשה לא האמינם כלל וא"כ מבואר טעמא דר' אבין ור"י סובר דכל שהאמינם תורה ומן התורה ממנ"פ נאמנים דיש להם מיגו וא"כ שוב שייך חזקת שליח עושה שליחותו דא"ל דיש חשש שמא עכבו לעצמן דזה אינו דמה"ת יש להם מגו וא"כ שוב ע"כ יש להם החזקה דשליח עושה שליחותו ושוב גם מדרבנן נאמנים ודוק היטב כי נכון הוא מאד.

יז שוב האיר ד' עיני ומצאתי בשו"ת מיימוני לספר משפטים סימן מ"ד שכתב דהדין דחזקת שליח עושה שליחותו לא שייך כל דיש חשש נגיעה והרגיש בהך דקידושין יעו"ש וזכה התומים לכוין לדברי שו"ת מיימוני ע"ש ודו"ק היטב בכל מ"ש גם הרגיש בדבר דלהוציא ממון לא שייך חזקת שליח עושה שליחותו דלקולא לא אמרינן חזקת

שע"ש ע"ש. ואולי יש לומר דבכה"ג מצרפינן סברת הש"ך דכיון שעכ"פ לאחד ודאי נתחייב וא"כ שייך חזקת שליח עושה שליחותו דאין כאן קולא דמוציאין ממון דלענין זה שוב שייך חזקת שע"ש ודוק כי יש להאריך בכ"ז ולא נפניתי כעת להאריך יותר. והנה בגוף דברי הש"ך לפענ"ד יש לומר דסברתו כיון דבעת שצוה לתת ואם הי' בעת חיותו תובעים הפועלים והחנווני לבעה"ב היה מחויב לתת עכ"פ לאחד שוב הו"ל א"י אם פרעתיך דעכ"פ נתחייב לאחד מהם והו"ל א"י אם פרעתיך וגם כאן בב"ב הו"ל עכ"פ חזקת השבט שנתחייב להם בודאי וז"ב. והנה בענין חזקת שליח עושה שליחותו שהאריך התומים לחלוק דיש חשש שמא עכב בידו וגם דרק לחומרא אמרינן ולא לקולא וכ"כ בשם תשובת מיימוני דלהוציא ממון לא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו נראה לפענ"ד כעת דבר חדש דכיון דפתיך ביה איסורא דבעה"ב עובר בבל תלין וא"כ בכה"ג בודאי אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו ובשלמא בשאר ממון יש לומר דיש לו ספק מלוה ישינה ומשום דאיתא בחזרה אבל בפועל דליתא בחזרה ועובר על ב"ת שוב בודאי חזקת שליח עושה שליחותו שייך בזה וזה דבר חדש.

יח ובזה יש לי לומר בדברי הירושלמי בקידושין הנ"ל דנחלקו בזה דבאמת בקידושין פתיך איסורא כיון שהם מעידים שנתקדשה צריכה גט ונאסרת על כהן וכמה מכשולות יש בזה א"כ בכה"ג סובר ר"י דכל שהאמינם תורה נאמנים והיינו דאם נימא דהם נוגעין שוב אין שום איסור פתיך בזה דל"צ גט ולא נאסרה בקרובותיו כיון דמכחשת וגם היא א"י אבל מכיון שמה"ת נאמנים במיגו וא"כ עכ"פ צריכה גט מספק ונאסרה בקרובותיו שוב שייך חזקת שע"ש ושפיר נאמנים וז"ב ודוק היטב כי היא דבר חדש ובמהר"ם בתשובות מיימוני מבואר ג"כ דכל דהמני' שייך חזקה שליח עושה שליחותו כמו גבי שליש:

סימן רז

א בענין בריה במה נקראת.

ב הנה שיטת הפוסקים ועל גביהם הרשב"א ז"ל דבעינן דבר שנאסר מתחלת ברייתו וזה מקרי בריה. לפענ"ד הטעם בזה דהנה כל הטעם דבריה חשוב ולא בטיל היא לפי שלא פירשה התורה ובין גדול ובין קטן במשמע ולכך בעינן שלא יהיה שמו עליו כשתתחלק וכמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו וכן קי"ל בסי' ק' ביו"ד ולפ"ז זה דוקא כשנאסר מתחלת ברייתו א"כ לא שייך לומר בזה דהקפידה תורה על שיעור שהרי כמות שהוא מתחלת ברייתו אם קטן אם גדול כך איסורו אבל כל שלא נאסר מתחלת ברייתו א"כ חזינן דהקפידה תורה על ענין חשיבותו שיתחשב יותר וממילא כ"ש דאינו חשוב ג"כ בטל

וז"ב לדעתי. ובזה נראה לפענ"ד דאף כשאינו נאסר מתחלת ברייתו רק שלא הקפידה תורה על חשיבותו רק שדוקא בענין הלז היא גדר הדבר ולא באופן אחר עד"מ שלא אסרה תורה רק הגיד שעל הכף אבל קודם שהוא על הכף לא נאסר לא שייך בזה ענין שאינו נאסר מתחלת ברייתו דהרי כשבא על הכף ובזה הוא הגדר שנקרא גיד הנשה בזה נאסרה ומקודם לא נאסרה וז"פ וברור. הארכתי בזה לפי שראיתי להכו"פ סי' ק' ס"ק ז' הקשה לשיטת רש"י ריש פ' גה"נ דהגיד גדר תיכף ואינו נאסר רק אח"כ כשבא על הכף א"כ למה גיד הנשה נקרא בריה דהא אינו נאסר מתחלת ברייתו. ולפמ"ש אתי שפיר דהא לא אסרה תורה רק מה שעל הכף ובעוד שאינו על הכף לא חל עליו שם גה"נ וז"ב. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף במה שכתב הכו"פ לחדש שם דבתולעים המתהווים בפעושי פירות שקורין מילבין דאינן נקראין בריה דהרי לא נאסרו מתחלת ברייתן דכל זמן שלא פרשו מותרין ואינן קרויין שרץ ורק כשירחשו הן אסורין ע"ש. ולפמ"ש הן נסתר מחמתו כל הבנין דשם מה שהקפידה תורה שירחשו אטו בשביל זה דלא חשיבי מקודם שירחשו זה ודאי א"א להלמו דהם ברואים ועומדים ומ"ל אם ירחשו ואם אין ורק דכ"ז שלא ירחשו אינם בגדר השרץ השורץ על הארץ וא"כ כל זמן שלא רחשו לא נאסרו דל"מ שרץ אבל מ"מ מקרי שנאסרו מתחלת ברייתן דאם קרה מקרה שהי' רוחשין מתחלת ברייתן הי' נאסרים תיכף וז"פ. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשה שם דלמה השיבו רבנן לר"ש דחטה לית בי' נשמה ת"ל דאינו נתחייב עד שיראה פני הבית וא"כ לא נאסר מתחלת ברייתו. ולפמ"ש אתי שפיר דאטו עד שראה פני הבית לא מקרי תבואה שנימא דהקפידה תורה על חשיבותו וע"כ דגזירת הכתוב היה שלא יתחייב בתרומה עד שיראה פני הבית נקבע לתרומה ולמעשר וא"כ מה ענינו לאינו נאסר מתחלת ברייתו דהרי אם היה יכול לראות פני הבית בתחלת ברייתו ג"כ נתחייב וא"כ אין הקפידא בשביל החשיבות רק שגדר טבל אינו רק ברואה פני הבית ולשיטת הראב"ד משיעשה גורן ועיין ב"מ דף פ"ח. איברא דהתוס' בחולין דף צ"ב ד"ה מ"ט כתבו ולר"ש דחשיב חטה בריה היאך תרומה עולה בק"א הא מקרי בריה וכ"ת דלא חשיב בריה כיון שלא נתחייב עד שיתמרח אכתי ערלה וכה"כ לא לבטלי.

ג ולפמ"ש מה מועיל מה שלא נתחייב עד שיתמרח הא מכל מקום אינו בשביל דלא חשוב רק דאינו בגדר טבל עד שיתמרח. אך זה אינו דבאמת מה דלא נתחייב קודם שיתמרח הוא לפי שלא נגמרה מלאכתו והוא עדן מעורב בשבלים וקשים וכדומה ולא חשיבי וא"כ לא נאסרה מתחלת ברייתו עד שיתמרח ויהי' התבואה לבדה אבל במה שצריך להיות רואה פני הבית לא שייך משום חשיבות התבואה דאטו אם נתמרח בחצר

וקרפף וכדומה אינה נתמרח כמו בבית וע"כ דגזירת הכתוב לענין קביעות התרומה ושפיר מקרי בריה וז"ב ונכון ובזה מיושב קושית הכו"פ שהקשה דלשיטת התוס' דתרומה לא חשיב בריה משום דעד שלא נתמרח לא חשיב א"כ איך מקרי לר"ש טבל בריה הא אינו חייב עד שראה פני הבית. ולפמ"ש לא דמי דלא ראה פני הבית אינו משום חשיבות. מיהו עדיין קשה דאכתי יקשה דאמאי חייב ר"ש בטבל בכ"ש וקרי' לי' ברי' הא אינו חייב עד שיתמרח ובאמת הכו"פ כתב אח"כ דלענין חיוב מלקות לא שייך הסברא דהוה מתחלת ברייתו או לא סוף סוף כעת חייב בכ"ש רק לענין ביטול בששים או שלא יבטל כלל מדרבנן הוא דצריך שיהיה מתחלת ברייתו וא"כ יתיישב גם זאת אבל באמת לר"ש משמע דמקרי בריה ג"כ וכגון במקום דהוה ע"י תערובות דלא שייך כ"ש למכות לר"ש וכמ"ש רבינו יקיר בע"ז דף ס"ח אפ"ה חשיבי בריה וקשה לדידיה אמאי נקרא ברי'. אך לפענ"ד נראה דסברת ר"ש היא דהחטה בעצמותה נאסרת מתחלת בריתה רק שמקודם היתה מעורבת עם המוץ ושבלים וכדומה אבל בעצמותה החטה כמות שהיא נאסרת מתחלת ברייתה משא"כ בתרומה דלא נתבררה איזה תרומה ואיזה טבל וא"כ כל שצריך מירוח והפרשה לא מקרי נאסרה מתחלת ברייתה וז"ב ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד הא דהקשו בתוס' מנבלת עוף טהור דאמאי לא חשיב בריה ולא תירצו בפשיטות כמ"ש רש"י בחולין דף ק"ב ע"ב דלא נאסרה מתחלת ברייתה ועד שנתנבלה היתר היא ולפמ"ש אתי שפיר דשם כ"ז שלא נתנבלה לא שייך הגדר של האיסור דאיסורו היא משום נבלת עוף טהור וא"כ איך שייך לומר שלא נאסרה מתחלת ברייתו והוצרכו התוס' לחלק דשמו עליו ולא שייך בריה. ובזה יתיישב מ"ש התוס' דא"כ כה"כ וערלה לא יתבטלו והדבר תמוה דכה"כ מבואר בפסחים דף כ"ה דמקרי שעת הכושר וגם ערלה משכחת לה דהיתה לה שעת הכושר כגון בנטעה לסייג ולפמ"ש אתי שפיר דזה לא משום חשיבות רק בגדר כה"כ וערלה הן כך ודוק היטב בכ"ז ויש להאריך בכ"ז:

ד והנה בהא דכתב רבינו הרמב"ם ז"ל פט"ו ממ"א הל"א דעכבר שנפל לשכר משערין אותו בששים וכתב הלח"מ דלמה לא לבעי ס"א כמו ביצה שיש בה אפרוח דשיערו בס"א כיון דהוה בריה וכוונתו למ"ש בהי"ט שם והיינו בזרק גוף הביצה והטעם צריך ס"א וה"ה כאן וכתב כיון דאינו רק שמא ספק משביח די שנאסור אותו וא"צ היכר ע"ש ואני תמה דלפ"ז תמוה דברי הב"י שכתב דאמרינן בש"ס דהא דעכבר מאיס הוא במתא דאילו בדברא עולה על שלחן מלכים וכ"כ בש"ע סי' ק"ד ס"א ודייק הש"ך מזה דס"ל כיון דעולה על שלחן מלכים אינו פוגם אף ביין ושמן וכ"ש בשכר וחומץ ולפ"ז יקשה שוב מהראוי שיהיה צריך ס"א. ובאמת בלא"ה תמה הש"ך על הב"י דברי"ף ורמב"ם לא

מוזכר כלל חילוק בין דברא למתא וכתבו בסתם עכברא אבל יותר היה לו לדייק דא"כ היה צריך ס"א דהוה בריה וצריך היכר. הן אמת דגוף דברי הב"י תמוהין דהרי בעכברא דדברא מיירי רב ואפ"ה מספקא ליה אי נטל"פ מותר והכא חידוש הוא ואם כן מבואר דגם עכברא דדברא אף שעולה על שלחן מלכים מכל מקום פוגם התבשיל וכבר נתעורר בזה הש"ך. והנני יוסף דלפענ"ד דברי הב"י תמוהין ביותר דמה שאמרו ודלמא ס"ל לרב נטל"פ מותר והכא חידוש הוא דהא ממאיס מאיס ובדילי אינשי מיניה ואפ"ה אסרה תורה הלכך נטל"פ נמי אסור באמת רש"י ותוס' נדחקו בזה אבל הדבר פשוט לפענ"ד דהרי חזיר דאסרה תורה לא מצא הרמב"ם במורה טעם למה נאסר וכתב שהוא מתגולל בעפר ובדברים המלוכלכים וא"כ בדילי מיניה ואפ"ה אסרה תורה ואם כן לפי זה מובן החילוק שבין דברא למתא שהרי גם בחזיר הקשו כלם דאם כן חזיר היער למה נאסר והא הוא נקי ואינו מתגולל בעפר וא"כ יכרסם חזיר היער ועיין ביערת דבש בדרושיו מ"ש בזה וא"כ לפ"ז מה ענינו אם בנטל"פ בשכר או בחומץ שזה ודאי מהראוי להתיר. הן אמת דלפמ"ש רש"י סתירה מזה לשיטת המורה שכתב דהחזיר אסור משום שמתגולל בעפר והרי אדרבא משום זה הוה חידוש בעכבר מה דהוצרכה התורה לאסור אותו לשיטת התוס' יש ליישב ואולי יש לומר דזה גופא הטעם דהתורה אסרה משום דמאיס ולכך אסרה תורה משום בל תשקצו דהוא מאוס ולפ"ז שפיר מבעיא לי' דלמא גם נטל"פ בשכר אסור בזה ועכ"פ דברי הב"י תמוהים. ומה שנראה לפענ"ד בכוונת הב"י דבאמת אין ענין מה דמאיס לענין נטל"פ. אך לפענ"ד נראה דבאמת צריך להבין דמה ס"ד דבעלמא שרי נטל"פ והכא כיון דממאיס מאיס ואפ"ה אסור וא"כ גם נטל"פ אסור ומה סברא היא זאת דהא אדרבא אין לך בו אלא חידושו ודי מה שאסרה תורה עכבר עצמו ולא פליטתו אמנם נראה דלפמ"ש התוס' דהוה ס"ד כמו דאסור גוף העכבר אף דנטל"פ ה"ה פליטתו תאסר ולפ"ז נ"ל דאדרבא בזה לא שייך ביטול דהא באמת הרשב"א כתב בחולין דף צ"ח דטעם כעיקר הוא לפי שטעימתו זו היא הכרתו והו"ל איסור ניכר ולפ"ז במקום שאסור נטל"פ ואם כן הרי בודאי מרגיש טעם הפגום וא"כ לא שייך ביטול דהרי מכיר הטעם ואיך שייך ביטול והרי טעימתו זו היא הכירו ולפ"ז לפי המסקנא דאמרינן דאתי הלכתא כוותיה היינו כמ"ש הרשב"א הובא בב"י דלית הלכתא כר"ש ואף דממאיס ואסור הוא עצמו אבל פליטתו שרי דאין לך בו אלא חידושו דוקא כשהוא בעין ולא הפליטה לכך גם בעכברא דמתא מותר הפליטה ובטל בששים ולפ"ז עכברא דדברא אדרבא יותר בטל בששים דהא הוא לשבח וא"כ כל שנטל"פ ודאי שרי ובטל בששים ואם כן לפ"ז מה שכתב הב"י דעכברא דדברא אינו מאוס לא דס"ל דהוה לשבח בשכר רק להיפך דבזה לא

הוה אבעיא כלל גם נ"מ לענין שיהי' צריך ס"א כנגדו דהו"ל בריה כמ"ש הלח"מ וגם נ"מ למה דמבואר בסי' ק"ג דדברים שאינם פגומים בעצמם אוסרים אף באלף ועכ"פ גם הב"י מודה דבשכר גם בדברא נטל"פ ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרטוטי אמרטוט שהאריך הט"ז דלא שייך ביטול לא בששים ולא ביטול ברוב ביבש ביבש ואחריו החזיק הפר"ח והנני יוסיף דלכך ל"מ ששים דכבר הבאתי מחלוקת האחרונים הנוב"י והישע"י ואני הראיתי חבל נביאים ראשוני' ואחרונים שמבואר בדבריהם דאף דאיסור בטל בששים היינו הטעם אבל גוף האיסור צריך לבא לידי ביטול ברוב והארכתי בזה ואף שכתבתי שם דכל שבטל הטעם הו"ל כעפרא בעלמא אבל זה אינו דהרי אינו ברור שיצא כל הטעם רק מספק מחמירין ומכ"ש כאן דעכבר גופא מאיס ואפ"ה אסרה תורה ואם כן בודאי לא שייך ביטול ברוב וא"כ שפיר ל"מ אף ביטול בששים. ומה שהקשה מהרשב"א שכתב לענין קום דבטל באמת שהב"י בסי' קט"ו תמה על הרשב"א ע"ש אבל גם דברי הרשב"א אין ראיה דשם אטו ברור שהקום הוא משל נבלה והרי מה"ת לא חשו רק שחז"ל חשו וא"כ עכ"פ בטל ברוב דלא שייך לומר דניכר האיסור דהא לא ידענו אי הקום מנבלה ושאני עכבר דניכר האיסור ול"ש ביטול ברוב ודוק היטב. ובמ"ש למעלה דנ"מ לענין בריה לכאורה אם נימא דגם עכברא דדברא אינו נ"ט לשבח שוב לא הוה בריה כמ"ש הלח"מ. אך לפענ"ד סברת הלח"מ דחוק אבל פשוט לפענ"ד דענין בריה וכל דברים החשובים הוא משום חשיבתן ולפ"ז כל שהעכבר בעצמותו פגום רק דגזירת הכתוב הוא והתורה אסרתו אף שהוא פגום אבל חשיבות בריה לא שייך בזה ואף דגיד חשיב בריה אף דאינו בנו"ט היינו דאין בו נו"ט אבל עכ"פ גם לפגם אינו נו"ט כלל והוה כמו לא לשבח ולא לפגם דאסור כמבואר סי' ק"ג ועיין ש"ך שם אבל כל שנו"ט לפגם ודאי ל"ח ברי' ולפ"ז עכברא דדברא ודאי חשוב בריה ודוק היטב:

ה והנה בשנת תרי"ז אסרו חג סוכות עיינתי קצת בזה הענין ולפענ"ד נראה דמ"ש הר"ן וכל הפוסקים דח"ש אסור מן התורה לפענ"ד בח"ש ע"י תערובות ל"ש זאת ומצאתי לש"ב בח"ד שהרגיש בזה וגם לפמ"ש בשו"ת מהר"י מינץ סי' ט"ז דכ"מ שאינו רק ח"ש כמו דם הלב שבעוף לא שייך ח"ש אסור מה"ת ה"ה כאן כל שנתערב בענין שאי אפשר שיהי' שיעור מותר אבל זה אינו דמ"מ בעצמות השרץ יש שיעור. והנה מה שהאריך בט"ז דמ"ש מחמאה לפענ"ד נראה דבאמת צריך ביאור מה שכתב הרשב"א דאף שאינו מעורב בטל במיעוטא הא שיטת הרשב"א דביטול ברוב אינו משום שנהפך להיות היתר רק דעל כל אחר יש לתלות דהוא מן הרוב ולפ"ז כל שיש האיסור בעין אף שאי אפשר להפרידו איך יתבטל ברוב.

י אמנם צ"ל דע"כ לא ס"ל להרשב"א דנהפך להיות היתר רק בדבר שאפשר להפרידו כיון דיכול להיות בפ"ע ויאסר אח"כ איך אפשר דנהפך להיתר אבל בדבר שאי אפשר להפריד שפיר ס"ל דנהפך להיות היתר. ולפי זה נלפענ"ד זה חלוקו של הט"ז דבמקום שאפשר שיבא האיסור לתוך פיו בפ"ע בלי היתר אם כן לא שייך נהפך להיות היתר דהאיסור בעצמו לא נהפך וטעמו של הרשב"א דנימא דכל דפריש מרובא פריש דהרי זה האיסור בבירור ולכך לא בטל אבל בחמאה שא"א שיאכל הקום בפ"ע אם כן שוב שייך שנהפך להיות היתר דהא אי אפשר שיהיה בפ"ע ודוק היטב ועיין בשו"ת שער אפרים סי' פ"ז:

יא והנה בשנת תרט"ז אחר שבועות הלכתי לבקר החולה הרב המאוה"ג מוה' משה ני' אבד"ק ניישטאט בזאמישטץ והוא אמר לי שנשאל על דברת הכו"פ סי' ק' ס"ק ד' שכתב בזה"ל והנה לדעת הרשב"א בתשובה דביצת אפרוח לא קרי ברייה נשמה אם כן ה"ה כינה בשבת דנחלקו בו בעלי התוס' אם היא השחורה או הלבנה דקי"ל דמותר להרגה בשבת דלית ביה נטילת נשמה אף לענין בריה לא מקרי ברייה נשמה ע"כ וע"ז נשאל דהא בשבת ק"י ע"ב מבואר להיפך דר"א סבר כאלים מה אלים שיש בהם נטילת נשמה אף כל שיש בו נטילת נשמה ורבנן סברי כאלים מה אלים דפרים ורבים אף כל דפרים ורבים הרי מבואר דכ"ע מודו דשייך ביה נטילת נשמה ובאמת שלכאורה תמי' רבה היא ובבואי הביתה עיינתי בזה. ולפענ"ד אף שהלשון מגומגם אבל הכוונה נכונה דהנה ענין נטילת נשמה דשבת ופרה ורבה נראה לפענ"ד דהנה התוס' כתבו בשבת דף ע"ה ד"ה כי דנטילת הדם היינו נטילה נשמה דידיה דכתיב כי הדם הוא הנפש ע"ש והנה זה בכל מין אף שאין בה נפש החיונית והוא בא מאויר מעופש בכ"ז עינינו הרואות אם ממעכין הכינה וכדומה דבר שבא מהעיפוש יצא קצת דם וזה נקרא נטילת נשמה אבל מכל מקום אין לה נפש חיונית והיינו שתוכל לפרות ולרבות זה דוקא על ידי נפש החיונית ולפ"ז מ"ש בכו"פ דבכנה לית בי' נטילת נשמה היינו שאין בה נפש החיונית לפרות ולרבות וזה נקרא נשמת חיים אבל מכל מקום יש בו דם דנקרא נטילת נשמה וזה נכון לדעתי דאף דהשם אחד הכוונה מתחלפת ולכך כתב הכו"פ דביצה שיש בה דם בודאי לא נקרא בריה אף לענין שבת אפשר דנקרא נטילת נשמה שהרי נוטל הדם מכל מקום כל שאין נפש החיונית שולט בתוכו לא מחייב כנלפענ"ד לחומר הנושא ודוק.

סימן רח

א לחכם אחד בענין בכור שנפל בו מום.

ב על מה שהאריך בסוגיא דבכור שנפל לבור וביקש מאתי ליישב לו דברי ה"ה התמוהין בפ"ב מיו"ט שכתב דאם עבר ובקר בכור שנפל בו מום מעיו"ט שיש מי שמתיר לשחטו שזה שלא כסוגיית הש"ס דאמר וחכ"א בין שנולד מום בעיו"ט בין שנולד בו מום ביו"ט אין זה מן המוכן ואמרי' דהיינו ר"ש ומוכח שם דאף בדיעבד אינו מן המוכן ואיך אפשר לומר דמותר לשחטו. הנה באמת היא תמוה גדולה וכבר התפלא בזה הפר"ח סי' תצ"ח ודחאו מהלכה ובשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' פ"ה נשאל ע"ז ונדחק מאוד לחומר הנושא כאשר יראה המעיין וכאשר נתתי לבי לעיין נראה לפענ"ד ליישב דהנה התוס' בשבת דף מ"ג הקשו בד"ה טבל דמ"ש גבי טבל דאמרינן דאם עבר ותקנו מתוקן וכאן אינו מן המוכן אף שכבר עבר והניחו בקושיא ואא"ז המג"ש שם האריך שם בדברי התוס' ובדף מ"ו שם ולא העלה דבר ברור. אך לפענ"ד נראה דהדברים כפשטן דשם כל שאילו יעבור על איסור דאין מפרישין תרומות ומעשרות כבר מתוקן הטבל נמצא דעכ"פ בידו לתקנו אף שיעשה איסור אבל עכ"פ בעצם הדבר יוכל לתקן הטבל שיהיה מתוקן וזה אומרו שאם עבר ותקנו מתוקן והיינו שעצם הטבל יהי' מתוקן אבל כאן ניהו דיעבור ויראה המומין אף שאין רואין מומין אבל עכ"פ אין בידו דלמא לא יהיה בו מום ולכך אף כשנמצא שיש בו מום עכ"פ מוכן לא מקרי דהא היה מקום שלא יהיה בו מום ולכך אינו מן המוכן וז"ב כשמש ההבדל שבין הסוגיות. איברא דלפ"ז בנולד בו מום מעיו"ט רק שלא ראו מעי"ט אם כן שוב הוה בידו דאם יעבור ויראה יהיה מותר לשוחטו וא"ל דשם הוא בידו ממש וכאן תלוי בכהן דזה אינו דהרי גם שם פירש רש"י דאף שביד אחר לתקן ג"כ חשוב מתוקן ועיין באא"ז המג"ש שם שכ' דאף דתורם שלא מדעת אינו תרומה אפ"ה חשוב מתוקן דאם עבר ונתן לו רשות ואין שליח לדבר עבירה ע"ש (ועיין בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ט מ"ש בזה הגאון מוהר"ץ ז"ל והנוב"י ולא זכרו מדברי המג"ש האלו) ואם כן ה"ה כאן והיא קושיא גדולה וצ"ל דלפמ"ש התוס' בבכורות דף ל"ח ע"ב ד"ה וסימנך דאף מום קבוע לפעמים יש לו רפואה אם כן כל שלא ראו אותו מעיו"ט יוכל להיות דנתרפא ואינו מן המוכן וז"ב. אמנם עדיין קשה כיון דבה"ש ראו שיש בו מום קבוע וחזו למשחטי' אם הי' כהן דכל שיש בו מום קבוע אף שיכול להתרפאות מכל מקום שוחטין עליו כדמשמע מהתוס' שם אם כן מה בכך שאח"כ בבוא השבת תתרפא הא בה"ש אחזי ואף דאדחי אח"כ הא אין מוקצה לחצי שבת כמבואר בש"ע או"ח סימן ש"י דקי"ל כמ"ד דאמרו אין מוקצה לחצי שבת וצ"ל דאותן חכמים ס"ל כל"ק דרבא השיב דיש מוקצה לחצי שבת וגם בירושלמי משמע דיש מוקצה לחצי שבת ועיין בב"י סי' ש"י ושפיר קאמרו דאין זה מן המוכן אבל לדידן דלא קי"ל כל"ק ואין מוקצה

לחצי שבת אם כן בכה"ג הוה מן המוכן כל דאחזי בה"ש וז"ב. ובזה מיושבין היטב דברי רש"י במ"ש במשנה דבכור שנפל לבור דר"ש דאמר אין זה מן המוכן לאו משום מוקצה אסר ר"ש דהא ר"ש לית ליה מוקצה אלא משום דהוה כדן דין אינו מוכן וה"ק אין התרתו היתר ואינו מוכן להכשר ותמהו התוס' דמשמע דבדיעבד מותר דרק אינו מוכן להכשר ובאמת בש"ס משמע דאף בדיעבד הוה אסור ואינו מן המוכן ועוד בש"ס שבת דף מ"ו משמע דמשום מוקצה אוסר ר"ש ע"ש ועיין במהרש"א שכתב שגם רש"י כוונתו דאינו הכשר ואסור אף בדיעבד ובאמת אף שהדין כן אבל לשון רש"י תמוה ומגומגם ע"ש שנדחק. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ר"ש אמר אם אין מומו ניכר והיינו שלא נודע אם הוא מום קבוע וכיון שכן שוב אין בידו לתקנו דהא יוכל להיות שימצא שאינו מום קבוע וא"כ שוב אינו מן המוכן ומה מאד מדוקדק דברי רש"י שכתב כלומר אין היתירו היתר דאינו מוכן להכשר וכמ"ש התוס' בשמו והיינו דכיון שאינו מוכן בודאי להכשר שוב אין היתירו היתר אף בדיעבד דלא שייך שאם עבר ותקנו מתוקן דאולי לא ימצא היתר ובזה מיושב גם קושייתם השניה דבאמת צריך להבין למה כתב רש"י שני טעמים משום דן את הדין ומשום מוקצה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מוקצה לר"ש לית ליה ודן את הדין ג"כ ליכא דהא אם עבר ותקנו מתוקן שוב הו"ל כטבל וע"ז כתב רש"י כיון דמוקצה הוה דאולי לא ימצא בו מום קבוע שוב הו"ל דן את הדין כיון דאין בידו לתקן שיהי' מותר בודאי וז"ב מאד. ובזה יש ליישב הא דאמרו בביצה דף כ"ו לימא מסייע ליה ושווין שאם נולד הוא ומומו עמו שזה מן המוכן והא הכא דבכור מעיקרא הוה חזי אגב אמו ואתיליד ליה אדחי והדר אחזי לחכם אשתרי לי' ופירש"י דחזי אגב אמיה לשחטו דמותר דברחם תלה רחמנא ותמה בלוית חן פרשת ראה דלמה לא קאמר דאתחזי לי שמותר להטיל מום בבכור קודם שיולד כמבואר סימן שי"ג ואם כן היה חזי ביה"ש להטיל בו מום ע"ש.

ג ולפמ"ש יש לומר דאף שהיה מטיל מום בבכור מכל מקום יוכל להיות שיתרפא ולא יהיה חזי ולכך אמר דחזי ע"י שישחוט האם ודוק ובלא"ה יש לומר דאם היה מטיל מום בה"ש הי' מתקן שיותר ויפקע קדושת בכור וגם דן הדין א"כ הוה שני שבותין וכבר נודע מ"ש אא"ז בשערי אפרים בשם זקני הגאון מוה' העשיל זצלה"ה וכ"כ באבן העוזר דשני שבותין אסור אף ביה"ש והארכתי בזה בחידושי להלכות יו"ט בשיטת רש"י שכתב דהוה כדן את הדין ומתקן ובזה אף ביה"ש אסור ודוק. אחר כמה שנים בחג השבועות שנת תרי"ג מצאתי קושית אא"ז הח"ץ הנ"ל על ה"ה בשיטה מקובצת ביצה בדף כ"ז בסוף הסוגיא שהרשב"א הקשה על הדיעה הלז שמתרת בדיעבד דמהסוגיא מוכח דאינו מן המוכן ודחה להשיטה הלז ע"ש והנראה לפענ"ד כתבתי.

ד והנה רש"י בביצה דף ל"ז כתב בטעם דטבל מוכן שאם עבר ותקנו מתוקן דהיינו לפי שאין איסורו אלא מדרבנן וכן כתב בדף ל"א גבי בית שנפחת וכתבו האחרונים דטעם הדבר הוא כיון דעיקר מוקצה הוא בה"ש ובה"ש לא הי' מוקצה כיון דאין איסורו אלא מדרבנן לא גזרו על שבות ביה"ש ולכאורה צ"ב דלהרמב"ם דאף לרבי דלא גזרו על שבות ביה"ש הוא דוקא במקום מצוה וא"כ כל שאינו מצוה שוב גם באיסור דרבנן מהראוי לומר מיגו דאתקצאי בה"ש וצ"ל דבטבל דבאמת יש מצוה לעשר וכן אמרו במשנה דביצה דף ל"ו דאלו שהם משום מצוה ולכך אם עבר ותקנו מתוקן ועיין במג"ש שם בשבת דף מ"ג שהאריך בזה ושפיר אמרו שאם עבר ותקנו מתוקן. ובזה מיושב היטב מה שהקשו התוס' מהך דכופין עליו הסל וממוכני שיש עליה מעות דאמרינן מיגו דאתקצאי אף דאינו רק איסור דרבנן ע"ש בביצה דף ל"א ולפמ"ש אתי שפיר דשאני התם דליכא שום מצוה וגזרו על שבות ביה"ש משא"כ בטבל שאם עבר ותקנו עושה מצוה לכך מתוקן.

ה ובזה מיושב דלכך בבכור אמרינן דאם עבר ובקרו אינו מבוקר דהא אינו מצוה וגזרו על שבות בה"ש. וראיתי בפ"י בשבת דף מ"ג שכתב ליישב לשיטת רש"י דשאני בכור דהו"ל מוקצה מחמת איסור תורה אבל עדן אינו מיושב כמ"ש הוא בעצמו דא"כ בנולד מום בע"ש דאינו רק שבות דדן את הדין ואינו רק מוקצה מחמת איסור דרבנן למה יאסור ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ כל שאינו מצוה בהתרתו שוב הו"ל אתקצאי. איברא דעדן צ"ב דאכתי יהיה שרי בבכור לשחטו משום צורך אוכל נפש ושמחת יו"ט וא"כ ודאי איכא מצוה ולא גזרו על שבות ביה"ש והרי ע"כ צ"ל כן דאל"כ גם בית שמלא פירות ונפחת דכתב רש"י דמותר משום דאינו רק דרבנן והיינו משום דלא גזרו על שבות ביה"ש והיינו ע"כ לצורך מצוה משום שמחת יו"ט וה"ה כאן.

ו אך נראה דמכאן ראיה ברורה למ"ש המג"א סי' תק"ט ס"ק ט"ו דטלטול מצוה לצורך אוכל נפש שרי אבל לטלטל המוקצה ולאכלו אסור וכ"כ המהרש"א בביצה דף ל"ג וא"כ שם דהבית שנפחת שפיר היה שרי ביה"ש לפתחו בשביל האוכל נפש אבל כאן דגוף הבכור אסור ביה"ש ובזה אסרו אף שהוא אוכל נפש ודו"ק. ובזה יש ליישב דברי הפ"י שהקשה בהא דקאמר הש"ס ולפלגי ברואין מומין והקשה הפ"י דלמא בעלמא קסבר דאין רואין מומין ורק כאן משום צער בע"ח ה"א דרואין מומין ודחינן השבות משום ספק צער בע"ח ודבריו תמוהין דאם בעלמא אין רואין מומין שוב הוה לר"י מוקצה גמור דכל הטעם שאינו מוקצה לר"י הוא משום דרואין מומין וכל שאין רואין מומין שוב הו"ל מוקצה ולא שייך צער בע"ח דהא אסור לראות דודאי לא ישחטנו וכבר תמהו

בזה רבים וכן שלמים ולפמ"ש א"ש דאם יש צער בע"ח שוב לא שייך שבות דמוקצה דהא אינו מוקצה רק מחמת איסור דרבנן ויש כאן מצוה ספק צער בע"ח ולא אתקצאי בה"ש ודו"ק. מיהו לפמ"ש הרע"ב דשני שבותין אף רבי מודה דגזרו ביה"ש א"כ כאן דאיכא שבות דמוקצה ושבות דדן את הדין שוב אסור לר' יהודה ודו"ק ויש להאריך בזה דלכך כתב רש"י שני הטעמים ועפ"י. מיהו בלא"ה נראה בכוונת רש"י דבאמת צ"ב הא דכתבו האחרונים דלא שייך מיגו דאתקצאי ביה"ש דבבה"ש היה מותר כיון דאינו רק איסור דרבנן והרי סוף סוף כל שלא עשהו בה"ש שוב אתקצאי בה"ש וכל היום וצ"ל דמה שלא הרים התרומה מהטבל בזה לא נקרא אתקצאי בידים או מה שלא פחת הלבני וכל שהיה יכול להסיר בה"ש לא הוה אתקצאי בידים. ובזה נראה לי ליישב מה שהקשו בתוס' מכופה עליו את הסל וממוכני דשם דהניח הסל או המעות בידים הו"ל אתקצאי בידים ואסור אף בדרבנן. ובזה י"ל גם בבכור דכל שהי' לו מום ולא הראהו כדי לשחטו אפשר דחשוב אתקצאי בידים ואפשר דמה שלא עשה לא חשוב אתקצאי בידים ויש להאריך בזה ואכ"מ. עוד נראה לפענ"ד דבר חדש בהא דאמר גבי טבל שאם עבר ותקנו מתוקן ולא אמרינן דקנסינן ליה על שעבר והפריש תרומה דהרי כל הטעם של איסור הגבהת תרומות ומעשרות כתב הרמב"ם בפכ"ג משבת הלכה י"ד מפני שהוא כמקדיש אותן פירות שהפריש ולפ"ז נראה לפענ"ד דאם נימא דלא מתוקן הפירות א"כ יהי' שני איסורים בזה דהרי כשם שאסור להקדיש כך אסור לשאול על הקדשו דהרי עושה מהקדש חול ודמי למקח וממכר דמ"ל מכרו לגבוה או מכרו להדיוט דכשם דאיסור הקדש הוא משום שהוא כמקח וממכר ה"ה להיפך אסור לשאול על הקדשו ולעשותו חול ולכך אם עבר ותקנו מתוקן דהא שתים רעות הוא עושה דהרי כבר חל ההקדש. ובזה מיושב היטב הא דמקשו התוס' מבכור דשם אם נימא דלא מוכן הוא לא יעבור על איסור ומהראוי לקנסו דלא יהיה מועיל מעשיו וז"ב.

ז עוד נראה לי בישוב קושית התוס' דלמה בטבל אם עבר ותקנו מתוקן ובבכור אם ביקרו אינו מבוקר דהנה באמת יש לומר דלא שייך לקנוס על שעבר דמסתמא לא נחשדו בני ישראל לעבור ואף שאירע שעבר אבל היא מלתא דל"ש ולכך אם עבר מהראוי שלא יקנסו ועיין פר"ח יו"ד סי' ל"ט לענין בדיקה אם עבר והשליך בלי בדיקה. אך נראה דהרי אמרינן בגיטין דף ס"ז דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי הרי דאף בעדים חיישינן שמא דיבורא יאמרו אף שעוברים בלאו דלא תענה אפ"ה כל שאינו רק דיבור בעלמא חיישינן ולפ"ז בטבל דצריך לעשות מעשה ולהפריש תרומות ומעשרות אמרינן דכיון דמעשה לא עביד באיסור בשאט בנפש ולכך אם עבר ותקן מתוקן אבל ביקור מומין

שאסור משום דן את הדין שאינו רק דיבור בעלמא חיישינן דמקרי ואמר ולכך גזרו שאף אם עבר ואמר לא יועיל וז"ב ונכון.

ח אך עדיין קשה לפמ"ש התוס' בגיטין שם לחלק דבחכם כיון שע"י הדיבור נגמר המעשה על ידו הו"ל דיבור דאית ביה מעשה ולא חשו שמא ישקר א"כ גם כאן כיון שעי"ז שידין שזה מום הוא נגמר מעשה השחיטה ואכילה חשוב מעשה ול"ח. אך זה אינו דיש לחלק דשם ע"י הדיבור שאמר שחלצה בפניו מותרת להנשא א"כ חשוב דיבור דאית בי' מעשה משא"כ כאן שבאמת איכא משום מוקצה וכמ"ש רש"י דאף לר"ש דלית ליה מוקצה כאן כיון דאין רואין המומין ע"י כן הקצהו מדעתו וא"כ אף שאומר דאית ביה מום מכל מקום אינו מתירו לשחוט היום דהא כבר הקצהו מדעתו דמסתמא לא יעבור החכם ויורה בו וכיון שכן שוב הוה דיבור גרידא וחשו דלמא מקרי ואמר ולכך אסרו אף בדיעבד וז"ב. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי ה"ה הנ"ל שכתב דאם נולד מום מעיו"ט ועבר החכם והורה ביו"ט שמותר לשחטו והוא תמוה דמש"ס מבואר להיפך. ולפמ"ש אתי שפיר דבש"ס שם דקאי אליבא דר"ש דאותן חכמים היינו ר"ש וא"כ עיקר המוקצה היא ע"י שאסור להורות וא"כ אף בנולד המום מעיו"ט כל שלא הורה החכם הקצהו מדעתו דלא ידע שיעבור החכם ויורה וא"כ הוה דיבור דלית ביה מעשה ואסרו אף בדיעבד אבל לדידן דקי"ל ביו"ט כר"י דאית ליה מוקצה וא"כ לא נצטרך לומר דהוא מוקצה בשביל דאין רואין המומין א"כ בשלמא בנולד מום ביו"ט דאז אף שיורה החכם שהוא מותר עדן יש בו איסור מוקצה ולכך אף בדיעבד אסור שעבר ושחטו משא"כ בנולד מום מעיו"ט דאז לא הוה מוקצה ומוקצה מחמת איסור דאין רואין לית ליה א"כ הוה דיבור דאית ביה מעשה שכל שיורה להתיר שוב לא יהיה מום ומותר לשחטו וא"כ ל"ח בדיעבד וז"ב.

ט והנה לכאורה קשה לי לפמ"ש הה"מ בטעם דאסור לראות מומין ביו"ט לפי שאם ימצא שאינו מום הרי טלטל שלא לצורך לפ"ז יקשה אמאי בנולד מום מעיו"ט אסור הא לא שייך מיגו דאתקצאי ביה"ש דהא בביה"ש לא היה חשש דאף אם ימצא שאין בו מום מכל מקום מותר הטלטול דטלטול מוקצה ודאי אינו רק דרבנן ובאיסור דרבנן לא אמרינן מיגו דאתקצאי בה"ש לשיטת רש"י בביצה דף צ"א שהבאתי למעלה דבשלמא באכילה יש חשש תורה אם אינו מום והו"ל מוקצה בה"ש משא"כ לענין טלטול וגם לפמ"ש הט"ז סי' תצ"ח ס"ק ט' דדוקא בכור שהי' לו חזקת איסור שייך הטעם שמא ימצא בו מום שאינו קבוע משא"כ בכל הוראות שלא אתחזיק איסורא א"כ כאן שנולד המום מעיו"ט דעכ"פ אתרע החזקת בכור א"כ יהיה מותר לראות ולא שייך לומר דשמא יתרפא

דמלבד דהוה מוקצה לחצי שבת וכמ"ש למעלה באורך אף גם דכבר כתבו התוס' בדף כ"ז דלענין טלטול לכ"ע לא אמרינן מוקצה לחצי שבת והיא קושיא נפלאה. ולכאורה רציתי לומר דלא מיירי הש"ס שנולד בו מום שנודע שהוא מום קבוע אלא שלא ראוהו חכם דבזה בודאי לא שייך אתקצאי רק דמיירי שלא היו מומו ניכר וא"כ לא נודע כלל שמא לא יש בו מום כלל ובזה מיושב דברי ה"ה דמה דמתיר לשחטו מיירי בנולד מום ידוע שהוא קבוע רק שלא הראהו לחכם דבזה מותר לשחטו אלא שעדיין תמוה דאף בלא נודע עכ"פ אתרע החזקת בכור ויכול לראותו לפי דברי הט"ז וגם בנודע מהראוי להתיר אף לכתחלה לראות. אך העיקר נראה דע"כ לא אמרינן דכל שלא אתקצי ביה"ש מותר הוא רק לדידן דאית לן מוקצה ועיקר ההקצאה הוא בתחלת שבת כדאמרו בעירובין דף ל"ה וכל שלא אתקצי בה"ש שוב לא אתקצאי אבל בש"ס דקאי אליבא דר"ש דהוא לית ליה אתקצי כלל. דלית ליה מוקצה רק בשביל דאין רואין מומין לכך אקציה מדעתו כמ"ש רש"י ולכך כל שלא הראהו מבע"י דהי' יכול לראותו בה"ש הא סוף סוף כל שלא ראהו בה"ש שוב אתקצאי בשביל דאין רואין מומין בי"ט ולכך אסור וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב דברי ה"ה דלדידן דאסור מטעם מוקצה כל שנולד בעיו"ט לא שייך מוקצה דלא אתקצאי בה"ש וז"ב כשמש ודו"ק היטב כי היא עצה עמוקה וישרה. ואחר זמן רב שכתבתי זאת מצאתי בספר נטע שעשועים מהגאון מוהר"ץ ז"ל מבוטשאטש שנדפס מחדש בחלק או"ח סי' ט' שהפליא על הרב המגיד ועל הרמב"ם שנתנו טעמים למה שאין רואין מומין ביו"ט והא בש"ס דף כ"ז אמרו מאי הוי עלה ת"ש דאר"י דתליא באשלי רברבי וכו' בשיטת ר"מ אמרה וכו' אלמא קסבר ר"מ ראיית בכור לאו כראיית טריפה ופירש"י דאחשבה וכו' ובד"ה ומינה כתב דהוה כמתקן והפליא מאד על הרמב"ם וה"ה דאיך מצאו ידם לפרש דברי הש"ס הלז ולא ידעתי הפלאה זו מה היא דגם לטעם הרמב"ם הא דגזרו שמא יתירם החכם במומו ויבא זה לשחטו או לטעם הה"מ משום שיבא לטלטל הא דגזרו בזה טפי מכל איסורים הוא משום דבכור לאו כראיית טריפה דראיית טריפה לאחר שחיטה משא"כ בכור וא"כ שפיר מפרשי לה בשיטת ר"מ ולשיטת הה"מ ימתק עוד יותר דכבר הבאתי דברי הט"ז דמה שהחמירו שאסור בטלטול ולא החמירו בשאר טריפות הוא לפי שבכור בחזקת איסור עומד משא"כ ספק טריפות וא"כ זה שאמר דכמו שראיית בכור אינו כראיית טריפה דראיית טריפה מותר לבדקה אחר שחיטה ולא חשו שמא יטלטל ומטעם דלא אתחזיק איסור ועיין בביצה דף ל"ד דבכל בהמות לא מחזיקין ריעותא אף שצריך בדיקה אח"כ מהטרפיות וע"ש ברש"י ובבכורות צריך לבדוק מחיים וה"ה לענין ראיה דבבכור צריך לראות מעיו"ט וז"ב כשמש. ומיהו

בלא"ה ל"ק על הרמב"ם דהרי הרמב"ם כתב הטעם על בהמת קדשים שנפל בו מום ושם לא שייך הטעם של הש"ס דדוקא בכור החמירו לראות בעודנו חי ואם שחטו שלא עפ"י חכם אין מתירין אותו דהכהנים נחשדו ע"ז וא"כ לא שייך הטעם של הש"ס ולכך נתן הרמב"ם טעם אחר וגם ה"ה קאי על דינו של הרמב"ם לענין בכור ובזה עמדתי על דברי רבינו ששינה לשון המשנה דנקט הדין לענין בכור והכא כתב לענין בהמת קדשים וכבר עמד בזה המצל"ח. ולפמ"ש אתי שפיר דבכוונה שינה מלשון המשנה כדי לתת טעם הכולל לכל בהמת קדשים. ומה שהקשה המצל"ח דהיאך משכחת לה כלל בהמת קדשים לראות המום ביו"ט דהא אסור לפדות ביו"ט וכמבואר לקמן בדף כ"ח ע"ב ברש"י בד"ה בבהמת קדשים דבי"ט לא פרקי לה וכן מבואר לענין פדיון הבן בשבת דאסור משום מקח וממכר וא"כ אם ביו"ט אסור לפדות וביו"ט היה אסור לפדותו אם לא היה מעיו"ט והיאך משכחת לה דלפדותו ע"ש שהניח בקושיא ולפענ"ד נראה דכל הטעם דאסור לפדות הוא משום מקח וממכר והיינו כשנגמר המקח אבל כאן כ"ז שלא ראו המומין לא נגמר המקח עדיין ומותר ועיין בצל"ח ביצה דף י"ג ומ"ש דבהמת קדשים אסור לפדותו כמ"ש רש"י בביצה דף כ"ח היינו דממנ"פ כיון שאסור משום מומין בלא"ה הוה מוקצה דלר"ש קיימינן וממילא אסור משום מומין ודו"ק:

י והנה שאלני הרב המופלג מוה' חיים צבי ני' בהא דכתבו התוס' דבמומין הוה לר"ש מוקצה אף דבכ"מ לא ס"ל מוקצה כאן שאני דהא אין רואין מומין ביו"ט והקשה לפמ"ש הט"ז סי' שי"ח ס"ק ב' דבחולה לא שייך מוקצה דהא החולה נחלה מבע"י והיה ראוי בה"ש וגם לא נשתנה המוקצה מכאשר היה רק שזה נחלה וע"ז שאל דגם כאן לא נשתנה המוקצה רק שזה החכם ראה המום וגם בה"ש היה המום. והשבתי דל"ד דשם באמת מוקצה היא רק שלחולה הותר השחיטה משא"כ הבכור שראה בו מום א"כ כשיש בו מום הותר הבכור ומקרי נשתנה איסור וכן בהפרת נדרים ע"י הפרתו נעקר הנדר משא"כ בחולה הדבר אסור מצד עצמו ורק ע"י שזה חולה מותר לו משום פיקוח נפש א"כ המוקצה בעצמותו במקומו עומד וז"ב. והנה הר"ן כתב גבי הא דאמר ר' אמי מאתמול הוה חזי וביו"ט שיולי משייל וע"ז כתב הר"ן דראי' לחודא הוא דחשיבה כמתקן ודן את הדין אבל היתר חכם שראוהו מעיו"ט כיון דהתירו הוה מחמת ראייתו וראייתו הוה מאתמול ואין כאן תיקון כלל ע"ש וע"ז כתב היש"ש פרק א"צ סי' ט"ו וז"ל דמה שמשמע לכאורה מדברי הר"ן דראיית חכם אפילו בלא התרה הוה כמתקן ודן את הדין היינו לענין זה שאם ראה בעיו"ט הוה כמתקנו בעיו"ט אבל לראותו ביו"ט ולשתוק ולא להתירו אין נראה בעיני שיהיה איסור בדבר אפילו גמר בלבו שהוא מום דברים שבלבו הן ואינן

דברים לענין איסורי שבת ויו"ט עכ"ל וכן הסכים המ"א סי' תצ"ח. ולכאורה הדברים צ"ב דמנין לו זאת להמהרש"ל דל"מ לטעם דדן את הדין הא אין נ"מ בין דן בלבו לדן בדיבור סוף סוף אסור ואף לטעם דמתקן ניהו דכל שאינו מתירו אינו מתקן היינו משום שלא נקרא מתקן כל שאינו מתיר לשחטו אבל מה ענין בשביל שהיא בשתיקה ולא אסרו דברים שבלב ביו"ט ושבת הא אף אם אסרו מכל מקום לא שייך מתקן כל שעדיין אסור ביו"ט לשחטו וגם קשה לפענ"ד דא"כ אמאי יאסר לראות מומין ביו"ט ולהתירן הא כל הטעם הוא משום דמתקן הוה והרי אמרו בשבת דף קמ"ב ר"י אומר אף מעלין והא קמתקן ומשני דר"י ס"ל כרשב"א דאמר נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר ופירש"י דלכך מותר אף להעלות כיון שיש לו תקנה ע"י העלאה דנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר לא מקרי מתקן אף כשמעלהו ע"ש וה"ה כאן כיון דע"י ראייתו לבד יכול להיות ההיתר כשיראה שיש בו מום יכול השוחט או החכם לשחוט וא"צ לומר שהוא מותר א"כ אף כשמתירו מה שייך בזה מתוקן והיא קושיא נפלאה וכיוצא בזה הקשו התוס' בגיטין דף ל"א ד"ה ובמחשבה דלמה לא יהיה מותר להגביה תרומות ומעשרות בשבת כיון דמותר ע"י שנותן עיניו בצד זה וכו' ותירוצם לא שייך הכא כמו שיראה המעיין. אך נראה דבאמת צריך ביאור דברי הרש"ל במ"ש דדברים שבלב אינם דברים לאסור בשבת ויו"ט דמנ"ל זאת ואם כוונתו למה דאמרו בשבת דף ק"נ גבי ממצוא חפצך ודבר דבר דדיבור אסור הרהור מותר היינו לענין שיהיה מותר לרמז בשבת על מה שיעשה אחר שבת כמו התם דאמר הנראה שתעמוד עמי לערב אבל בשבת עצמו אסור אף לרמוז כמבואר באו"ח סי' ש"ז סכ"ב בהג"ה דכל דבר שאסור לומר לעכו"ם בשבת אסור לרמוז לו וע"ש במ"א ס"ק ל"א דדוקא לרמוז לו מה שיעשה לאחר שבת הוא דשרי אבל לא מה שיעשה בשבת אסור אף ברמז ע"ש וא"כ ה"ה כאן. אך נראה דכוונת המהרש"ל כיון דאינו מתיר בשבת רק שרואה ומבין שהדבר יהיה מותר לאחר שבת שוב בכה"ג אינו אסור בהרהור ודברים שבלב.

יא ולפ"ז מיושב היטב הקושיא הלז דשפיר כתב רש"ל דבהרהור מותר ול"ק כל מה שהקשיתי דאם נתיר עי"ז לתקן ולהתיר בפירוש שוב אף הרהור אסור דמה שעושה בשבת עצמו אסור אף בהרהור כמ"ש והא דקאמר דנותן עיניו' מצד זה ואוכל מצד אחר ולא חשוב תיקון כיון דישנו במחשבה ולא אמרינן דאף הרהור אסור היינו שם דבאמת כל הטבל יש בו חולין רוב וגם אף ק"א יש נגדו ורק דכ"ז שלא הפריש תרומה ממנו הרי התרומה מעורב בו ומקרי כלו טבל וא"כ כשנותן עיניו בצד זה ואוכל מצד אחר מה שאוכל אוכל היתר וא"כ לא שייך בזה מתקן דאינו מתקן האיסור רק שמברר היתר

בכה"ג ודאי לא גזרו כל דאין בו מעשה וישנו במחשבה אבל מה שהוא אסור מקודם והוא מתקנו שיהיה מותר כגון איסור שנתערב בהיתר וצריך שיהיה ששים נגדו וצריך לשער בשבת פשיטא דאסור אף דישנו במחשבה לשער באומד אם יש בו ששים מכל מקום הא המחשבה גופא מקרי מתקן ואסור והיינו דכיון דכלו נעשה איסור כל זמן שאין בו ששים וכשמשער שיש בו ששים ניתר כלו אין לך מתקן גדול מזה והרי עושה תיקון במחשבה בשבת וזה ג"כ אסור אבל התם דבאמת רובו חולין רק שצריך להפריש התרומה שבו וכל שנותן עיניו בצד זה ממילא נעשה צד אחר מותר כבראשונה בזה פשיטא דלא מקרי תיקון כנלפענ"ד ברור ועיין מג"א סי' שכ"ג ס"ק י"ד שכתב בשם התה"ד סי' נ"ד דאסור לבטל איסור בשבת ויו"ט דאין לך תיקון גדול מזה אבל מותר לשער ששים אפילו נתערב בע"ש ולא נודע לו עד שבת והנה מבואר שלא כדברי דלשער ששים שרי דישנו במחשבה ועיינתי בתה"ד עצמו ומצאתי שאהבה נפשי דהנה הוא מביא ראיה דיש לאסור לשער ביטול בששים מהא דפריך בשבת שם והא קמתקן וקשה מה תיקון יש לשיטת רש"י שמביא הר"ש פ"ה דתרומות וכן כתב הרא"ש פרק גיד הנשה דהא דתרומה עולה בק"א היינו שבטל בק"א וא"צ להרים דמה שמרים הוא רק משום הפסד כהן וגזל השבט ואי יהיב דמי שפיר דמי וא"כ כיון שא"צ להרים א"כ למה לא יוכל לשער בק"א ולמה מקרי מתקן וע"כ דגם בלב אסור לשער והביא ראייה מראיית בכורות דאסור ביו"ט דחשוב כמתקן אף שישנו במחשבה אלא שאח"כ מסיק דדוקא בשביל שצריך להרים וכל כמה דלא מרים חיישינן להפסד כהן דלמא משתלי ולא יהיב דמי הוא דאסור לשער אבל בכ"מ דאין לחוש לזה לא ע"ש הרי בהדיא דבתחלה רצה לומר דאסור לשער וכמו ראיית בכורות דאסור לראות ולהתיר. ובאמת שלפענ"ד לולא פה קדוש התה"ד הי' נראה לפענ"ד דעיקר כדבריו הראשונים דאסור לשער ומטעם דכל מה שאסור משום שבות אסור לרמוז גם כן והיינו להתיר בשבת דזה אסור וכמ"ש הרמ"א בסי' ש"ז והא דאמר כרשב"א היינו משום דשם אפשר לתקן בלי ביטול כלל ע"י שיתן עיניו בצד זה ואוכל במקום אחר וא"כ מה שאוכל אוכל בהיתר בלי תיקון כלל וכמ"ש התה"ד שם אבל במקום שצריך ביטול אסור אף במחשבה.

יב ואני תמה על התה"ד במה שפירש אח"כ דלכך הוה מתקן משום שצריך עשייה ולהפריש דא"כ היאך מועיל מה דיכול ליתן עיניו בצד זה והא כיון דצריך להפריש משום שמא ישכח א"כ לא מועיל מה שיתן עיניו דניהו דמן התורה סגי במחשבה לבד מ"מ מדרבנן צריך הפרשה וע"כ דכיון דיכול ליתן עיניו לא מקרי תיקון כלל וכמ"ש התה"ד בתחלתו גם גוף הדבר דחוק לומר לרש"י דמכל מקום צריך להרים דלמא אשתלי דמנין

לו זאת ובאמת שמזה ראיה ברורה למ"ש הב"ח סי' שכ"ד ביו"ד והש"ך בסי' שכ"ג ס"ק ה' דעיסה שנתבשלה חלתה א"צ לשער אח"כ שיהיה ק"א כנגדו דאל"כ יקשה גם לרשב"א דאמר נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר היאך יכול לתקן הא כיון דנתערב התרומה עם החולין הרי נדמעת כלה וצריך ק"א וא"כ צריך לשער. ומיהו אין ראיה דבאמת כל שכבר היתה תרומה בודאי צריך לשער בק"א ואפ"ה אמרינן כיון דגוף התרומה סגי בנותן עיניו בצד זה לא מקרי מתקן ועיין תוס' מנחות דף נ"ה ובכורות דף נ"ט וה"ה בזה. יהיה איך שיהי' דברי התה"ד לפענ"ד צ"ע במה שהחליט דמותר לשער בששים ונדחק דרש"י אוסר לאכול טרם שנותן דמים והרי מדברי רש"י והר"ש וגם בתוספות בבכורות דף כ"ג לא נראה כן. ומ"ש ראיה מסמ"ג דצריך להרים דוקא מדכתיב מעלה הוא בתרומה שצריך להרים מפני גזל השבט משא"כ בשאר איסורין וע"כ דכוונתו שצריך להרים מפני חשש תרומה דאי משום גזל השבט אם כן הא בכל שאר איסורין נמי כמ"ש א"ז נבילה שנתערבה בטילה ברוב אם היא של ישראל אחר צריך לתת לו דמים עבורו ע"ש במחכת"ה לפענ"ד אין ראיה דבאמת מ"ש א"ז הוא ש"ס ערוך בביצה דף ל"ח דממונא לא בטיל ואם כן לכך צריך לתת דמים עבורו ול"מ ביטול ולפ"ז הרי מחלק הש"ס בין דבר שיש לו תובעין לאין לו תובעין ואם כן בתרומה דאין לו תובעין ה"א דבטל וא"צ לתת כלל. ולזה אמר דמעלה עשו בתרומה מפני גזל השבט וצריך להרים אבל לעולם דאינו רק משום גזל השבט וז"ב מאד ואדרבא לפענ"ד משם ראיה ברורה לשיטת רש"י דא"צ להרים רק משום גזל השבט דלכך באמת לרשב"א מותר כיון דיכול ליתן עיניו בצד זה ואף דזה דוקא היכא שלא נתרם עדיין וסגי בתרומה במחשבה אבל אם כבר נתרם צריך להפריש משום גזל השבט עכ"פ וע"כ כיון דאינו רק מעלה בעלמא לא אכפת לן ול"ח תיקון אבל אם נימא דאסור משום קדושת תרומה פשיטא דהיה מקרי מתקן. ובזה נראה לפענ"ד לפרש דברי המ"א סי' שכ"ג סקי"ד שכ' דיבש ביבש שנתערב מותר להשליך אחד דאינו אלא חומרא בעלמא לא הוה כמתקן ועיין יו"ד סי' ק"ט וכ"מ ר"פ נוטל וכוונתו לפענ"ד לזה דכמו דשם כיון שאינו רק מעלה בעלמא מפני גזל השבט לא אכפת לן בזה ה"ה בזה דאינו רק חומרא בעלמא ההשלכה. יהיה איך שיהי' דברי התה"ד צ"ע.

יג ועכ"פ מפורש יוצא מפי התה"ד דגם במחשבה אסור ומדמה לראיית מומין דאסור דלא כמו שנראה ממהרש"ל ואף דלדינא יש לומר דגם התה"ד מסכים לדינו של רש"ל דכל שאינו מתיר בשבת ממילא לא שייך האיסור דהרהור אבל עכ"פ הי' לו להזכירו ודוק היטב בזה. אחר שכתבתי כ"ז נזדמן אצלי הרב המאוה"ג מוה' נתן אבד"ק פאטיק

ני' והצעתי לפניו דבר זה ואמר דלדעתו נראה דהרהור מותר אף בשבת עצמו כדקי"ל סי' ש"ו ס"ח דהרהור בעסקיו מותר וכאן דאסור לרמוז היינו דזה חשוב דיבור רק שאינו מברר הענין בפירוש אבל הרהור גרידא מותר. והשבתי לו דלפענ"ד הדבר מבואר ובאמת שכבר כתבתי בתשובה אחרת דהרהור על שבת עצמו אסור רק על לאחר שבת ומ"ש ברש"י דהרהור בעסקיו מותר באמת מקורו מהא דאמרו בשבת דף ק"נ דבור אסור הרהור מותר והרי שם קאי דוקא על לאחר שבת לענין הנראה שתעמוד עמי לערב וגם הרהור בעסקיו אינו פועל בשבת כלום כ"א על לאחר שבת דבשבת אסור לעשות עסק ומה שעבר אין ומה שעתיד עדיין והוא אחר שבת ובאמת שהדבר היה פשוט בעיני. אמנם מפני שפקפק ע"ז עיינתי בב"ח וראיתי הדבר מבואר דהרי הב"ח באמת רצה להתיר באמירה לעכו"ם כל שמרמז לו והוא מבין דבר מתוך דבר דלא חשוב רק הרהור ולמדו מהא דאומר הנראה שתעמוד עמי לערב אף דיודעים שלעשות פעולתו מתכוין אפ"ה מותר משום דאינו רק הרהור וע"ז חולק המג"א עליו סי' ש"ז ס"ק ל"א דאין ראיה מהנראה שתעמוד עמי לערב דהוא המבואר בס"ז שם משום דשם הוא על לאחר שבת משא"כ כאן היה בשבת עצמו הרי דאף הרהור גרידא אסור בשבת דהרי הב"ח מחשבו להרהור דאל"כ לא היה מקום לדברי הב"ח כלל וז"ב וראיה ברורה דאף אם העכו"ם עושה מעצמו מלאכה בשביל ישראל דודאי לא היה רק הרהור אפ"ה אסור אף דשם אינו רק הרהור בלבד דנהנה ממלאכת שבת וכמ"ש המג"א בעצמו. ומ"ש המג"א לענין שא"י לקרותו דשרי היינו משום שאינו אומר כלום ובאמת גם זה תמוה כמ"ש האחרונים דאף בעושה עכו"ם מעצמו אסור וע"כ דגם זה אינו רק משום דלפעמים יש במכתב פיקוח נפש כמ"ש האחרונים ועיין בתוספת שבת מ"ש בזה. וראיתי בתוס' שבת ריש סימן רמ"ג שהקשה על מ"ש רש"י בע"ז דף ט"ו דטעם דאמירה לעכו"ם בשבת דאסור הוא משום ודבר דבר וע"ז תמה דאם כן אמאי אסור להנות הישראל ממה שעשה עכו"ם בעצמו והא הו"ל הרהור והרהור מותר דדוקא דיבור אסור ולפמ"ש אין מקום לקושיתו דבשבת עצמו אסור אף בהרהור ועט"ז סי' תצ"ח ס"ק ט' ודבריו צ"ע מדברי התה"ד הנ"ל ע"ש ודוק. והנה בהא דאמרו בביצה דף כ"ז דחלה שנטמאת לא יזיזנה ממקומה הקשה אותי אחד מלומדי למד דאמאי לא נימא מיגו דאי בעי מתשל עלה והיה מותר לטלטלה. והשבתי דזה טעות דאם כן הוה טבל ואסור בטלטול והקשה אותי דהא אמרו גבי טבל בשבת דף מ"ג דאם עבר ותקנו מתוקן והראיתי לו דמפורש בש"ס בשבת דף קכ"ז דטבל אסור לפנות ובתוס' דף קכ"ח הרגישו בזה דאם עבר ותקנו מתוקן וכתבו דדוקא לענין ביטול כלי מהיכנו אמרו כן לא לענין טלטול הרי שלך לפניך. וע"ז הקשה דעדיין יכול לשאול ולהפריש

תרומה ממקום אחר או חלה ואם כן שוב ראוי להזיזה. והשבתי דכיון דיש תרי איסורים לשאול על החלה וגם להפריש תרומה ממקום אחר דאין מפרישין חלה ביו"ט אם כן שוב לא חזי דהוה כעין תרי מיגו ואם דבעיסה דטבילי האידנא מותר להפריש ביו"ט חלה כדאמרו בביצה דף ל"ו היינו כשבאמת טבילי האידנא דלא הי' אפשר לעשות מעיו"ט אבל כאן דכבר נפרש חלה ונטמאת והוא שאל ע"ז כדי להפריש ממקום אחר פשיטא דאסור ועיין שעה"מ פ"ח מלולב ה"ב גבי מעשר שני בירושלים שביאר בהדיא דכל דלא חזי האידנא לשום אדם לא אמרינן הואיל ואי בעי מתשיל ע"ש מכ"ש בזה דכעת אינו ראוי למה ישאול ויפריש ממקום אחר ויהיה שני איסורים ואף במוקצה דרבנן אסור כמ"ש התוס' בביצה דף ל"א ואף לשיטת רש"י הא הטעם של רש"י דכיון דאינו רק איסור דרבנן לא שייך דאתקצאי בה"ש דהא לא אתקצי בה"ש דלא גזרו על שבות בה"ש וכמ"ש האחרונים וזה לא שייך כאן דיש שני שבותין דאסור לשאול ביו"ט כמו דאין פודין ביו"ט וגם להפריש ובשני שבותין דעת הרע"ב בפ"ג דעירובין דאסור כר"ש ודוק. והנה בהא דאמרו בשבת דף ק' פירות מבטל מחיצתא הקשו שם בתוס' ד"ה פירות דאמאי מבטלי מחיצתא הא פירות ניטל בשבת ואינו ממעט ואף בטבל הא מה"ת עכ"פ ניטל ולכאורה הי' תמי' לי הא בטבל אם עבר ותקנו מתוקן ואם כן אמאי מבטלי מחיצתא אך זה אינו דבאמת זה דוקא לענין בטול כלי מהיכנו אבל מכל מקום אסור בטלטול מדרבנן כמ"ש התוס' בשבת דף קכ"ח ד"ה טבל בהדיא. וביאור הדברים דמ"מ הוה מוקצה כיון דלא חזי עד דתקנו אם כן מתחלה אסור היה והוה מוקצה מיהו קשה דהא ביה"ש לא היה מוקצה דהא יכול לתקני דלא גזרו על שבות בה"ש מיהו כבר כתבו התוס' בביצה דף ל"א גבי פירות שנפחתו דאף מוקצה דרבנן אמרינן דאתקצי בה"ש דעכ"פ המוקצה בעין ע"ש. ובזה מיושב מ"ש התוס' דמה"ת מותר ולא כתבו בפשיטות ליישב דכל דאסור מדרבנן אסור לטלטל עכ"פ מדרבנן והוה אינו ניטל וכעין דאמרו בסוכה דף ל' דחשוב קביעות כיון דצריך לסוכה וכן הקשה אותי ש"ב היניק וחכים כמר אברהם ני' נכד הגאון בעל ים התלמוד דו"ז זצ"ל ולפמ"ש אתי שפיר כיון דמן התורה מותר רק מדרבנן אסור וכיון דעבר ותקנו מתוקן שוב הו"ל דבר הניטל בשבת אף לשיטת התוס' ודוק היטב.

יד אחר זמן רב בשנת תרי"ג ב' סיון מצאתי בשיטה מקובצת ביצה דף ל"ד ע"ב בהא דאמר גבי טבל שאם עברו ותקן מתוקן ופירש"י משום דהוא רק מדרבנן וע"ז דחה השיטה דכיון דעכ"פ מדרבנן אסור שוב אסח דעתיה מיניה וכתב דהא ס"ל להש"ס דמעשר ניטל במחשבה ונותן עיניו בצד זה ואוכל מצד אחר כגון שאינו משקה ומשום עונג שבת מותר לעשות כן בשבת. והנה לדבריו היה מיושב קושית התוס' בביצה דף ל"ו ד"ה בדטבלא

דשם דמיירי בכדי יין ושמן דהם משקה לא שייך בזה נותן עיניו בצד זה ואוכל בזה דכלו אחת היא וכמ"ש בשיטה בעצמו כגון שאינו משקה אך גוף דברי השיטה תמוהים דאם כן היאך משכחת לה דאין מגביהין תרומה ומעשרות הא משום עונג שבת מותר ובאמת שהתוס' בגיטין דף ל"א ע"א ד"ה במחשבה כתבו דתחלת תיקונו של טבל לא שרינן בשביל זה ואפילו דמאי אסור לתקן בשבת אף דאפשר לתת עיניו בצד זה ולאכול בצד אחר ע"ש ואם כן מ"ש שמותר לעשות כן בשבת הוא תימה ועכ"פ היה לו להזכיר דברי הש"ס בשבת דף קמ"א ולהקשות מזה כמ"ש התוס' וצ"ע ואולי גם השיטה אינו ר"ל דמותר לכתחלה רק שאם עבר ותקנו מתוקן בשביל זה דהא היה יכול לתת עיניו בצד זה אבל זה דחוק וצע"ג. גם תמוה דהא מעשר באמת ניטל במחשבה ועיין גיטין שם ובבכורות ס"א מיהו נחלקו בזה שם ושם וע"כ כתב דהכא ס"ל דניטל במחשבה אבל לא היה צריך לזה רק כיון דיכול לתת עיניו בצד זה לא מקרי מתקן כמ"ש בשבת דף קמ"א אבל באמת ליתא כמ"ש התוס' בגיטין הנ"ל. והנה בהא דאמרו יש לו טבל ושאר דברים שאינם נטלים בשבת אינו אוסר. הנה כאשר למדתי זאת עלה בלבי הא בטבל קי"ל דאם עבר ותקנו מתוקן א"כ לכאורה הוה דבר הניטל בשבת ואוסר. ואמרתי בלבי כיון דלכתחלה אסור מקרי דבר שאינו ניטל בשבת וראיתי בריטב"א שהרגיש בזה וסיים דאף אם עבר ותקנו מתוקן מכל מקום אינו אוסר בשבת כיון דהותרה הותרה ועיין שעה"מ פרק כ"ג משבת הט"ו:

טו והנה בעיוה"כ שנת תרט"ו נסתפקתי אם נימא דמונין מעל"ע ליולדת בשבת והדגול מרבבה כתב בסי' ש"ל דאין מונין מעל"ע כמבואר סי' תרי"ז אבל באמת גם שם דברי התה"ד תמוהים ולפ"ז נראה לפענ"ד דל"מ בדברים המוקצים דאין מוקצה לחצי שבת דודאי מותר ואף לענין איסורי תורה צ"ע אולי שייך הואיל דהרי התוס' הקשו בפסחים דף מ"ו דאם נימא הואיל בטלת כל מלאכת שבת דהו"ל הואיל דחזי לחולה וכתבו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ולפ"ז כיון דעכ"פ חזי לאותה יולדת כ"ז שלא שלמו המעל"ע שוב הותר וגם לענין יוה"כ היה נראה לפענ"ד דעכ"פ מה שאכלה קודם ששלמו מעל"ע לא מצטרף עם מה שתאכל אח"כ דזה היה בהיתר וצ"ע בכ"ז כי אני כותב לאחר מנחה ואין הזמן מסכים לעיין בזה. והנה בהא דאמרו בביצה דף כ"ז אמי ורדינאה חזי בוכרא דבי נשיאה הוה ביו"ט לא הוה חזי אתי ואמרי ליה לרב אמי א"ל שפיר קעביד דלא חזי והא רב אמי גופא חזי ר' אמי כי חזי מאתמול הוה חזי וביו"ט שיולי קא משייל היכי הוה עובדא. וקשה לי טובא דר"י נשיאה הוה לי' האי בוכרא שדרי' לקמי' דר' אמי סבר דלא למיחזי' א"ל ר' זירא ואיתימא ר"י ר"י ור"ש הלכה כר"י והוא תמוה הא ר' אמי לא

חזי כלל בוכרא ביו"ט זולת בשראה מאתמול ונראה דמש"ה סבר דלא לחזי' כיון דלא ראה מאתמול. אך אכתי קשה האיך פריך הש"ס בפשיטות והא ר"א חזי והלא לא רצה למחזי וצ"ל דבאמת ר"א הוה ראה רק דהס"ד לא היה יודע שדוקא כי חזי מאתמול הוה ראה ולכך מקשה דהא ר"א ראה ולזה משני דר"א רק כשחזי מאתמול היה רואה ולא חזי ביו"ט עצמו.

טז ולפענ"ד נראה שזה היה טעות ר"י נשיאה דשלח לי' לר"א למיחזי' משום דהוא היה ג"כ יודע דר"א ראה ביו"ט והיה ס"ל דר"א ס"ל דרואין מומין ביו"ט וכר' יהודא וע"כ שלח לו. ובזה מיושב מה דשדר לי' לר"א והלא אמי ורדינאה חזי בוכרא דבי נשיאה כדאמרו אח"כ וע"כ דאמי לא היה רואה ביו"ט רק בחול לכך הוכרח ר"י נשיאה לשלוח לר' אמי. והנה בשטה מקובצת בביצה שם הקשה על הא דאמר והא ר' אמי גופא הוה חזי דהאיך יכול לראות והא ר' אמי היה כהן כדאמרו בגיטין דף נ"ט והכהן אינו רואה בכורות דחשידי וכתב דת"ח רואה לעצמו ובחידושי להלכות בכורות תמהתי על הקושיא ועל התירוץ דהתירוץ צ"ע דת"ח ג"כ אינו רשאי להתיר לעצמו כדאמרו ביומא דף פ"א דזקן ויושב בישיבה ג"כ אסור והקושיא ג"כ צ"ע דדוקא לעצמו אינו רואה אבל לאחרים יכול לראות כמבואר סי' שי"ד. והנה רש"י כתב בהך דר"י נשיאה הו"ל בוכרא והיה לו בביתו כהנים סמוכים על שלחנו ובראשית ההשקפה תמהתי דלאיזה צורך כתב רש"י כן דהא בע"מ נאכל אף לעכו"ם וכ"ש לזרים ומצאתי בפ"י שנדחק בזה. ולפענ"ד היה נראה דק"ל לרש"י האיך שלח לר' אמי הא זה מתנות כהונה וניהו דהכהן יכול להאכיל גם לזרים אבל עיקר הבכור שייך לכהנים וא"כ שוב שייך חשדא דמש"ה מתיר כדי שיתנהו לו והרי אמרו בחולין דף מ"ד ע"ב אבא שרי בוכרא ולא זבין מיני' בשרא משום דזבין בשומא וא"כ מכ"ש דאינו רשאי להורות במקום דנותן לו הבכור כלו ולכך פירש"י דר"י נשיאה היה לו כהנים סמוכים על שלחנו וא"כ היה רשאי להורות. הן אמת דרש"י בחולין פירש שם כשהי' כהן מביא לפניו בכור בע"מ להתיר לו ומשמע דוקא כהן דנחשד על הבכור א"כ זה שמתיר יש ג"כ לחשוד דאולי מתיר לו אף דעשה הכהן מום אבל בישראל המביא בכור לא שייך חשדא. אבל זה אינו דאדרבא בישראל שייך יותר החשד דמסתמא יתנהו לאותו כהן המורה לו וע"כ דרש"י עיקר הדין נקיט דמסתמא נותן הישראל לכהן ואה"נ אם הישראל מביא ג"כ אסור ועכ"פ דברי רש"י אתי שפיר. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דסבר דלא לחזי' וא"ל ר"ז ר"י ור"ש הלכה כר"י ומה קושיא דלמא לכך לא רצה להורות דהוא רצה לקחת ממנו בשר ולכך לא רצה להורות דא"כ יהי' שייך חשדא וא"ל דהרי לפ"ז הי' יכול לראות רק דלא יורה דזה אינו דא"כ למה יראה על חנם כיון דאסור

להורות. אמנם נראה דכל הטעם דאסור משום דבשומא מזדבן ואינו במשקל ולפ"ז ביו"ט דכל שאר בשר ג"כ אסור לשקול כמבואר בטוש"ע או"ח סי' ת"ק שוב ליכא שום חשש כל שלא יתנהו לו וז"ב ודוק היטב. ועיין פ"י שנתקשה וכי לא ידע ר"י נשיאה שאסור לראות מום שנפל ביו"ט ואם הי' מום שנראה מאתמול למה לא הביאהו ולפמ"ש א"ש דהרי ר"א חזי ביו"ט והי' טועה וס"ל דחזי אפילו כשלא ראה מאתמול וגם יש לומר דבאמת הראה מאתמול לכהן אחר לאמי ורדינאה אבל לא שאל על המומין ושלח לו לר' אמי ביו"ט רק שר"א לא רצה לחזי כל שהוא לא ראה בעצמו לא רצה לסמוך על מה שראה אמי ורדינאה ור"י חשב כיון שראה אמי ורדינאה ור"א א"צ רק לשאול האיך הי' המום שרי וז"ב וז"ש רש"י דהיו כהנים סמוכים בביתו על שלחנו וא"כ הי' צריך לשאול איך נעשה המום ולכך שלח לר"א וע"כ ר"א לא רצה לראות דהא הוא לא ראה בעצמו מאתמול ודוק היטב בכל מה שכתבתי. ודרך אגב ארשום מ"ש בשבת דף מ"ו דלא הוי מוקצה דאי לא מזדקק לי' חכם סגי בג' הדיוטות ובספר בתי כהונה הובא בשעה"מ פי"ג מא"ב ה"ו שהקשה בהא דאמרו בקידושין דף ס"ב מי יימר דמזדקק לי' תלתא הרי דגם תלתא הדיוטות ל"ש מקרי ע"ש מ"ש בזה והניחו דברי הרשב"א בצ"ע ולפענ"ד לק"מ דשם כיון דבקידושין בעי עדים ואפילו שניהם מודים וכל שספק אם יזדקקו לו תלתא אף דשכיחי מ"מ בשעת מעשה היה ספק בקידושין ולא ידעו העדים אם יזדקקו לו הו"ל כמקדש בלי עדים ולא הוי קידושין כלל ועיין ב"ש סי' ל"א מ"ש בשם הג"א ובשו"ת נוב"י מהדו"ק חאהע"ז סי' כ"ח ובתניינא שם סי' נ"ד ודוק. ובמ"ש יתיישב מ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ה ס"ק ז' דבגר בידו להתגייר והקשה אותי אברך אחד מקאזליב נכד ר' נתן אור ליום ר"ח טבת תרכ"ג דהא אמרו בקידושין דגר מי יימר דמזדקקי ליה תלתא ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא לענין קידושין אמרו כן וכמ"ש ולכל הסברות שכתב השעה"מ שם ג"כ יתיישב זאת.

יז והנה מה שאמרו דר"א חזי מערב י"ט ושייל ביום טוב וכ"כ הרמב"ם פ"ב מיום טוב ה"ג לפענ"ד טעם הדבר דהנה בטעם דאין רואין מומין ביו"ט משום מוקצה אף דר"ש לית לי' מוקצה הוא משום דיש שלש ספיקות שמא לא יולד לו ואת"ל יולד דלמא לא יהיה מום קבוע ואת"ל שיהיה קבוע מי יימר דמזדקקי ליה בי תלתא ושמא לא יזדקק ליה חכם ולפ"ז בשכבר ראה בעיו"ט פשיטא דמותר דהרי כבר ראה וגם לא שייך מי יימר דמזדקק לי' חכם שהרי כבר אזדקק לי' מעיו"ט וגם כל הטעם דמי יימר דמזדקק נראה משום דכל דא"י כלל שיש לו מום מובהק למה יזדקק בחנם דלמא אינו מום קבוע אבל כל שכבר ראה והיה בו מום קבוע פשיטא דמזדקק ליה וז"ב. ובזה מיושב היטב מה שהאריך דו"ז

הגאון ז"ל בישועת יעקב ביו"ד סימן ש"ט ע"ש ויש שם כמה גמגומים בדבריו במ"ש דלמה הוצרכו לומר דרבא לא חזי רק בעיו"ט והוא תימה דהא רבא מעשה שהיה כך היה ואם קושייתו על רב אמי ג"כ ל"ק דבאמת גם בזה"ז שבטל סמיכה שייך גם כן מי יימר דמזדקיק ליה תלתא ורק כל שראה מעיו"ט תו לא שייך כל הני מי יימר וכמ"ש ודו"ק. והנה לכאורה קשה דאמאי בנולד מום מעיו"ט אף אם עבר ובקרו אינו מבוקר ואמאי והא הוה כמוקצה שיבש ואין הבעלים מכירים בו דמותר וה"ה כאן כל שראה הכהן עכשיו שהיה לו מום קבוע מעיו"ט הו"ל כמוקצה שיבש ואין הבעלים מכירים בו דמותר.

יח אמנם יש לומר דשם כל שנתגלה שיבש היה מבעוד יום שוב נתגלה למפרע שבטעות אקציה אבל כאן דאינו משום מוקצה לפירש"י רק משום דן את הדין א"כ שוב אף שנתגלה שהיה בו מום מ"מ הא שייך משום דן את הדין דהחכם צריך לראותו ואף לפמ"ש התוס' דהוא משום מוקצה מ"מ הוה מוקצה דמי יימר דמזדקק ליה חכם. ובזה יש ליישב דברי הה"מ הנ"ל דהנה באמת בנולד מום בעיו"ט ל"ש תלתא מי יימר רק חד מי יימר וצ"ל דגם בחד מי יימר כל דאסור לראות דהוה כדן את הדין אסור ולפ"ז לפי מה דמשמע בשבת דף מ"ו דצריך להיות דוקא תלתא מי יימר וע"ש בתוס' ולפ"ז כל שנולד מעיו"ט דליכא מי יימר לכך כל שעבר ובקרו מבוקר דלא כסוגיא דביצה רק כסוגיא דשבת. ובגוף הקושיא דהוה כמוקצה שיבש ואין הבעלים מכירין בו נראה לפענ"ד דל"ד לשם דשם הוא מכיר שהיה יבש מבעוד יום דזה אפשר להכיר אבל במום ניהו שנולד מעיו"ט כל דלא חזי מבעוד יום יוכל להיות דאז הי' מום עובר ואח"כ נעשה מום קבוע או להיפך דאז הי' מום קבוע ואח"כ נתרפא ואח"כ חזר כבראשונה. ולפ"ז יהיה תלוי אי יש מוקצה לחצי שבת וגם יהיה תלוי אי יש ברירה או לא ולפ"ז ר' אושעיא לשיטתי' דס"ל אין ברירה ועיין ביצה דף יו"ד מיהו בדף ל"ח אמרו דדוקא בדאורייתא ס"ל אין ברירה ולא בדרבנן ואפשר דאיסור מוקצה הוה כדאורייתא מיהו בדף ל"ח לא משמע כן. עוד יש לומר דתלוי אי אמרינן תגלי מלתא למפרע ובין לפירוש התוס' ר"פ החולץ ובין לפירוש הנימוק"י לא שייך כאן תגלי מלתא למפרע דיוכל להיות שנשתנה אח"כ ועכ"פ דברי הה"מ יש ליישב לפ"ז בכמה אנפי:

סימן רט

א להרב החריף מוה' חיים צבי מיאניב.

ב אשר שאל בהא דקאמר הש"ס בכתובות דף ק"ז ע"ב ת"ש האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ובאה ואמרה מת בעלי רצתה ניזונית רצתה גובה כתובתה גרשני בעלי

מתפרנסת והולכת עד כדי כתובתה ה"נ כששמעה בו שמת. וע"ז שאל דהרי לעיל מוקי כששמעה בו שמת בע"א ומסתמא גם כאן הוא כן דהרי ע"א נאמן והקשה דהא כל הטעם דע"א מהימן באשה נסתפקו בש"ס יבמות אם משום מלתא דעבידא לגלויי או דאשה דייקא ומנסבא וכאן הרי לא דייקא דהרי אמרה גרשני בעלי וחזינן דלא דייקא. ועכ"פ לא קשה קושית רש"י למה לא תגבה כתובתה ביחד דיש לומר דלא מהימן הע"א בזה. והשבתי בזה דהרי הפ"י הקשה כיוצא בזה דהרי ע"א בקטטה לא מהימן והיינו כשאמרה גרשתני כדאמרו ביבמות דף קט"ז ואף דיש לומר דזה לא מקרי בקטטה דדוקא התם דאמרה מקודם שנתגרשה והבעל הכחישה אבל כאן יוכל להיות שבאמת נתגרשה ומת אבל שם משמע דאף באמרה שלא בפניו נמי וצ"ע בזה. והנני יוסיף להפליא דלא שייך דייקא ומנסבא דהא היא אמרה שנתגרשה ואינה חוששת אף שיחיה ויבא ועכ"פ למ"ד דאף שלא בפניו אינה מעיזה ודאי קשה והנראה בזה עפ"י מה שחידש הגאון בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סימן כ"ז דהא דאמרינן דייקא ומנסבא הוא מטעם דכיון דהאשה דייקא ומנסבא שוב מתיירא העד כיון דדייקא שמא יתגלה שקרו לעין כל ע"ש. ולפ"ז כאן דמיירי בששמעה בו שמת והיינו דאשה כבר שמעה מה שאמר העד שמת ואח"כ טוענת שנתגרשה שוב שייך הטעם דדייקא ומנסבא דהרי הוא נתיירא שמא לא תאמר שנתגרשה ודייקא ומנסבא ויתגלה שקרו וז"ב. ובזה מדוקדק הא דנקט ששמעה בו שמת ולעיל אמר ששמעו ועיין פני יהושע ולפמ"ש אתי שפיר דשמעו משמע דהב"ד שמעו וששמעה בו שמת משמע דהאשה שמעה ודו"ק ועיין תוס' שם ד"ה ששמעו ועיין במהרש"א שם.

ג והנה לכאורה לפמ"ש הט"ז באהע"ז סי' י"ז ס"ק ס"ג דלכך חיישינן בע"א במלחמה שמא שכרה את העד ע"פ מה דאמרו בגיטין דף ס"ד בסוגיא דאומר אמרו לא תעשה כזאת בישראל דחיישינן שמא תשכיר עדים ומסיק הש"ס דדיבורא מקרי ואמרו וכתבו התוס' דהיינו דיבור שאינו נגמר על ידם המעשה ולא ניסת לשוק עפ"ז חיישינן שמא תשכור ודיבורא מקרי ואמרי ע"ש ולפ"ז ה"ה בע"א בעגונה דלא נגמר על ידו רק משום דהיא גופה דייקא ומנסבא א"כ חיישינן שמא ירצה העד להעיד שקר בשכר דיסמוך על דייקא שלה דבודאי לא תנשא עד שתדייק ע"ש ודפח"ח. ולפ"ז כאן דטענה דנתגרשה א"כ לא שייך גבה דדייקא ומנסבא וא"כ שוב מהראוי להאמין לע"א ביותר דהוה דיבור דאתי לידי מעשה על ידו ובכה"ג בודאי לא חיישינן דמשקר ודוק. הן אמת דקשה לי בהא דמבואר באהע"ז סי' י"ז סעיף מ"ג בהג"ה דכל שתובעת הכתובה אף ביש לה עד שמת לא תנשא בכה"ג והוא מדברי הריטב"א והיינו מטעם דחיישינן שמא שכרה אותו

ועיין ח"מ ס"ק פ"ה והיינו מטעם חימוד ממון הכתובה וקשה הא בכה"ג עכ"פ הוה דבור דאתי לידי מעשה דאולי תנשא ג"כ דאף די"ל דבאמת כשתרצה להנשא דייקא ומנסבא ואם כן לא יגמר על ידו אבל עכ"פ קשה הא בא על ידו מעשה דנוטלת הכתובה וגוזלת ממון דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ולא מסתבר לחלק בין גזילת ממון ובין ניסת לשוק דאף שזה חמור טפי אבל עכ"פ גם זה הוה דיבור דאתי לידי מעשה ומה"ת לחוש דמשקר אמנם זה אינו דבאמת לענין ממון בלא"ה פסול ע"א מן התורה מגזירת הכתוב דלא יקום ע"א באיש ואם כן כל דחיישינן שמא אין דעתה רק על הכתובה ולא תרצה להנשא ואם כן ע"א בא לממון ובזה לא האמינה תורה לע"א וז"ב מאד. ובזה יש ליישב מה שהקשו האחרונים וכן הקשה דו"ז בישועת יעקב מהא דאמרו כששמעה בו שמת בע"א הוא דאי בעית לאנסובי בע"א מצי מנסבא מזוני נמי יהבינן לה והיאך נותנין לה מזוני הא לא בעית לאנסובי רק שתובעת מזונות ולזה אין ע"א נאמן כמו בתובעת כתובה ולפמ"ש יש ליישב דכאן אין ע"א בא לממון דהרי נכסי בחזקת אלמנה קיימי למזונות וכדאמרו בכתובות דף צ"ו ואם כן שוב ע"א מהימן לסייע להחזקה וז"ב. ומה שהקשה שם למה לא תהיה נאמנת כשאמרה התירוני ותנו לי כתובה במיגו דאי בעי אמרה התירוני לבד דאז היתה נאמנת לענין כתובה ג"כ. לפענ"ד אין כאן התחלה לקושיא כלל דכל הטעם דנאמנת משום דאמרינן דדייקא ומנסבא ואם כן אילו נודע לנו דלא דייקא לא היתה נאמנת ואם כן כל שתובעת כתובה דחיישינן דלמא לא דייקא כ"כ ואין דעתה להנשא א"כ איך שייך להאמין במיגו דאטו חיישינן דמשקרת לגמרי אנן חיישינן דלמא דעת קלה יש לה ולא תידוק כ"כ ובאמת אינה רוצית להנשא רק הכתובה רוצית ואם כן ל"ש להאמין במיגו וז"ב מאוד ודוק. ובחידושי הוספתי בזה דברים דבאמת לפענ"ד תלוי הדבר בהא דאבעיא ביבמות דף קי"ד אי ע"א מהימן משום מלתא דעבידא לאגלויי או משום דדייקא ומנסבא ולא אפשיטא ולפ"ז אם חיישינן שלא דייקא ומנסבא שהיא באתה בשביל הכתובה שוב אין ע"א נאמן דלא שייך דייקא ומנסבא אך לפ"ז שוב מהראוי להאמין דל"ש חשש שתשקור דהא שוב הוה דיבור שיש בו מעשה דשמא תרצה להנשא ובפרט אם נימא דמהימן משום מלתא דעבידא לגלויי אם כן ניהו דמשום דייקא ומנסבא לא שייך להאמינה אף שהוא דיבור שיש בו מעשה דמ"מ עיקר נאמנות העד בשביל שדייקא ומנסבא וכאן לא דייקא מכל מקום נאמן דהא עד מהימן משום מלתא דעבידא לגלויי ואם כן אדרבא כל ששייך לומר דלא דייקא הוא נאמן יותר דהו"ל דיבור שיש בו מעשה וצ"ל כיון דהוה אבעיא דלא אפשיטא אי מטעם דמלתא דעל"ג או מטעם דייקא אם כן שוב חיישינן שמא עיקר הטעם בשביל דייקא ומנסבא וכאן לא

דייקא ושוב אין עד נאמן ולפ"ז מיושב היטב הא דאמרו בע"א כיון דאי בעית אנסיבי מצית מנסבא מזונות נמי יהבינן לה וכבר הבאתי שהקשו הא אף למזונות כל שתובעת ל"ש להאמין ע"א ולפמ"ש א"ש דבאמת הוה ספק שמא משום מדעל"ג ולכך במזונות דנכסים בחזקתה קיימי נאמנת בספק דדלמא הטעם דע"א בשביל מלתא דעל"ג משא"כ לכתובה דאינו נאמן וא"י להוציא הכתובה וז"ב ודוק:

ד ובחידושי אמרתי בזה דבאמת נראה ענין ע"א דמהימן לשבועה ולא לממון יש לומר דבאמת עפ"י הרוב בודאי לא משקר רק דמכל מקום מיעוט יש דמשקר וא"כ להוציא ממון אינו נאמן דדלמא משקר אבל שבועה האמינה תורה ע"א. ובזה אמרתי בחידושי ליישב דברי התוס' בב"מ דף ג' שהקשו דמנ"ל דכופר הכל פטור וא"ל מטעם דאין אדם מעיז דא"כ בבנו דמעיז מא"ל וא"ל מדאיצטריך ע"א דהא אצטריך בטענו בספק עפ"י עד והדבר תימה דדלמא אצטריך ע"א למקום שא"י להעיז דפטור מטעם חזקה דאין אדם מעיז ושפיר אצטריך ע"א וכבר תמה בזה המהר"ם שיף וכ"כ הרבה ענינים בזה בכמה תשובות. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דאין הע"א נאמן לממון הוא משום דדלמא הוא מן המיעוט דמשקרי ואין הולכין בממון אחד הרוב דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ועיין תוס' ב"ק דף כ"ז. ולפ"ז אם נימא דכ"ה פטור משום חזקה דאין אדם מעיז שוב יקשה היאך העד מחייב שבועה ונימא סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא וע"כ דכ"ה פטור מגזירת הכתוב ולא בשביל החזקה ושוב שפיר חייבה התורה עפ"י עד דכל שאין מוציא ממון אזלינן בתר רוב ולא משקר העד ודו"ק. ובזה יש לומר הטעם מ"ש הש"ך דכל שיש כאן מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם אין העד נאמן והיינו משום דכל שבא לממון שוב אמרינן דלמא משקר דלימא סמוך מיעוטא לחזקת ממון. ובזה מיושב היטב הא דכתבו דאצטריך בטענו בספק עפ"י העד והקשה הגאון מוה' משלם זלה"ה דהא יוכל לתבעו לפרוע לו מה שנתן לו ויצטרך לשבע ואז לא יועיל העד לפטור מהשבועה דהו"ל מחושואיל"מ ומה הועילה התורה בעד. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בעת שבא העד להעיד עוד לא היה מחושואיל"מ ונאמן העד והו"ל כעין מ"ש הרמב"ם דאיסור בע"א הוחזק ונאמן אח"כ אף להמית על ידו. ולפ"ז גם כאן אין העד נאמן לענין הכתובה משא"כ במזונות דהיא מוחזקת. אבל אחר העיון זה ליתא דא"כ היאך עד נאמן בעדות אשה הא יש לו חזקת חי ולאשה חזקת א"א ונימא סמוך מיעוטא לחזקה. ובאמת גוף ענין סמוך ל"ש בעד כמ"ש התוס' לענין דיינים וכמו שביאר בתומים בקונטרס תקפו כהן דהא לפי מאמר הדיינים ליכא שום מיעוטא ועיקר כדבריהם ע"ש ולפ"ז ה"ה בעד אחד כל שאומר שכדבריו כן הוא ונאמן שוב ליכא מיעוט כנגדו. אך נראה דאם נימא

דע"א באשה אינו נאמן כ"א משום דדייקא ומנסבא א"כ לא האמינה תורה לעד לגמרי שוב אינו רק משום רוב וכל דתובעת כתובה וחשו דלא דייקא שוב שייך סמוך וכמ"ש ודו"ק היטב בכל מ"ש. ועוד יש מקום לחלק בין אם תובעת כתובה ואח"כ בא העד לסייעה בין אם בא העד תחלה ואח"כ באתה לתבוע הכתובה דאז כבר אתחזיק העד בעדותו וכמ"ש ודו"ק. והנה בהא דאמרו קטנה וספקה והיינו דלא שייך חשש צררי בקטנה לכאורה קשה דא"כ היאך מביא הרי"ף ראיה דחנן דאמר הניח מעותיו על קרן הצבי הוא דוקא בעמד ופרנסה אבל לוותה ואכלה לא והביא מהא דאמרו בממאנת דלוותה ואכלה ועמדה ומיאנה טעמא דמיאנה הא לא מיאנה יהבינן לה וקשה דלמא טעמא דחנן דלכך הניח מעותיו על קרן הצבי משום דהא עבד ואשה פגיעתן רעה וא"כ כל שלוה לה ע"כ שהניח מעותיו על קרן הצבי דלא יוכל לגבות מידה כ"א כשיהי' לה נכסים ולאחר מות בעלה ומבעל לא יכול לגבות דלמא יטעון שהתפיס לה צררי ולא תרצה לשבע לשקר ודלמא תפס לה באמת ולכך הניח מעותיו אף בלותה אבל בקטנה שפיר גובה דהא ל"ח לצררי בקטנה ולכך בלא מיאנה שפיר גובה. אמנם נראה כיון דאם עמדה ומיאנה לא יכול לגבות א"כ שוב הניח מעותיו על קרן הצבי דדלמא תמאן ושפיר מביא הרי"ף ראיה. והנה הכ"מ סוף הלכות נחלות כתב לחלק לדעת רבינו בין נשתטה דנותנין צדקה דהיינו דבר אחד משום דמשתעבד מעותיו לצדקה וביצא לדעת אין נותנין צדקה משום דנותן שם צדקה בכ"מ שהוא ע"ש והקשה בנתיבות המשפט הספרדי הובא בשעה"מ פי"ב מאישות הי"ד דא"כ מ"פ הש"ס בכתובות דף מ"ח על מר עוקבא מהך דמי שהלך הא שני ושני והיא תימה גדולה ומ"ש ליישב בזה יפה דחה השעה"מ שם. ולפענ"ד הדבר פשוט דהרי רב חסדא אמר כן בשם מר עוקבא והרי רב חסדא ס"ל דדבר אחר הוה תכשיט וא"כ לענין תכשיט לא שייך לחלק בין נשתטה להלך למה"י ושפיר מקשה הש"ס אליבא דר"ח וע"ז הוצרך לחלק בין יצא לדעת לשלא לדעת וכפירש"י דבזה מסתמא הניח מעות. והנה אי קשיא הא קשיא לפי מה דמוקי בכתובות דף ק"ז דמיירי בשמעו בו ע"א ואם כן הרי עכ"פ מידי ספק לא יצא דשמא מת שהרי לאנסובי מהמנינן ליה לע"א אף דלענין ממון לא המני' עכ"פ מכלל ספק לא יצא וא"כ למה אין נותנין צדקה הא ספק צדקה להחמיר כמבואר ביו"ד סי' רנ"ט ודלמא מת וצריכין ליתן צדקה ולפמ"ש הרמ"א ביו"ד שם לחלק בין הוא ליורשיו ג"כ לא אתי שפיר דכאן ממ"נ אם הם יורשים ע"כ שמת וצריך לתת צדקה ונכסיו משועבדים ואם לא מת שוב אינם יורשים כלל עדיין וגם לחלוקו של הט"ז קשה כאן ועיין בחיבורי יד שאול מ"ש שם ולכל החילוקים יש להקשות כאן וצ"ל דלענין ממון אין ע"א נאמן ואין כאן שום ספק שמת ואמרינן דלא

מת ומוקמינן ליה בחזקת חי וחזקת ממון עם חזקת חי בודאי אין ע"א נאמן כלל. ובזה יש ליישב מה דהביא הש"ס שם הפלוגתא דדבר אחר ולכאורה שם לא הובא הברייתא לדינא בפ"ע רק להקשות לשמואל ואחר כך מייתי הש"ס עוד ת"ש אחרים ואם כן מדוע הביא הך פלוגתא באמצע ולפמ"ש אתי שפיר דאחר שמוקי דשמעה בע"א ס"ד אמינא דצדקה ודאי יהבינן שהרי הוה ספק צדקה להחמיר וע"ז קמ"ל דאפ"ה לא יהבינן ודוק היטב ועיין מחנה אפרים הלכות מלוה ולוה וריבית סי' א'. והנה בהא דאמרו כששמעו בו שמת כ"ע לא פליגי הקשו על הרמב"ם דס"ל דאלמנה שתבעה מזונות משביעין אותה והיא היפך הסוגיא דבששמעו בו שמת לכ"ע משביעין אותה בסוף ולא בתחלה וכ"כ בזה בכמה תשובות. וכעת נראה דבר חדש דהנה באמת גוף סברת רבינו תמוה דלמה נצרכה שבועה והלא תשבע בסוף כשתבא לגבות כתובה ולא שייך חשש התפסת צררי נראה לפענ"ד דבר נכון דבאמת בלא"ה כל אלמנה שנשבעת היא תימה דהא תו"ז הוא וכתבו התוס' בגיטין דף ל"ד דמפני שהיא תנאי ב"ד חשו ביותר להתפסת צררי אך לפענ"ד אין צורך לכל זה דהרי אנן קי"ל כאבא שאול דאפילו פטרה בפירוש ל"מ לגבי יורשים שחכמי' תקנו שלא תטול רק בשבועה ולפ"ז אף להפוסקים דמועיל פטור בפירוש אבל כל שלא פטרה בפירוש שוב הוה בכלל דברי אבא שאול דהבא לפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה ואף דבכל תו"ז גובין אף מיתומים בלא שבועה היינו דוקא במקום שמשכחת לה שיהיה לגבי היתומים כבר הגיע הזמן אבל כאן בכתובה לעולם היא בתוך זמנו לגבי היתומים וא"כ מעקרא לעולם השבועה בכה"ג נתקנה. ויתכן יותר דכבר נודע מ"ש הרמב"ן דתקנה שהיא לכל העולם מתקנין אף שהוא מיעוט דבכל העולם יש מיעוט ולפ"ז בשלמא בכל חוב דאינו תקנה בשביל כל העולם א"כ אף שאירע באיזה פרט שמת ת"ז מכל מקום נפרעין מהן משום דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ואף שעכ"פ יש מיעוט שפורעין בתו"ז מכל מקום אותו איש שאנו דנין עליו הוא מהרוב אבל כתובה דכל כתובה לגבי יתומים הוא תו"ז א"כ שוב שייך התקנה דהא מיעוט יש שמתפיסין צררי לנשותיהן וז"ב כשמש ולפ"ז שפיר גם למזונות משביעין כיון דאתה חושש למיעוט אף שעפ"י הרוב אין מתפיסין צררי אם כן לא שייך לומר שתשבע בסוף ולא שייך חשש צררי דהא באמת בלא"ה לא שייך צררי דהא הוה תו"ז ורק דחיישינן למיעוטא א"כ שוב שייך לחוש שמא לא תבא לידי גבוי כתובה ותמות ולא תשבע ובפרט כל שאתה חש שמא אתפסי' בודאי תשמט עצמה מלשבע וא"כ שוב חז"ל משום תיקון כל העולם תקנו שתשבע אף שעפ"י הרוב ליכא חשש התפסת צררי כלל וז"ב. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה דוקא באלמנה אבל כאן בששמעו בו שמת ולפי המסקנא היינו בע"א וי"ל דהרמב"ם

מפרש גם הס"ד היינו בע"א ולא חש לקושית התוס' ד"ה ששמעו ע"ש ואם כן לא הוה עדן בכלל התקנה דאין נפרעין מנכסי יתומים דהיתומים א"י לירד לנכסים בע"א ואם כן שוב בודאי לא חיישינן לצררי וסמכינן על מה דתשבע לבסוף דעדן לא חל בזה תקנת חכמים ודוקא בבאה לגבות מנכסי יתומים בודאי ודוק. ובזה מיושב היטב קושית הרמב"ן מהא דאמרו בגיטין דף ל"ד מזוני נמי לית לך דאמר שמואל התובעת כתובתה אין לה מזונות ואמאי לא קאמר משום דצריכה שבועה וביומי דרב קל נדרא ולפמ"ש אתי שפיר דהרי באמת כל טעמו של הרמב"ם הוא משום דאבא שאול דכל הבאה לפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה והיינו אף שאין שום חשש עפ"י הרוב מכל מקום תקנת חז"ל היה על המיעוט ולפ"ז הרי נודע מ"ש באהע"ז סי' צ"ח בסופו דאם א"י לשבע גובית שלא בשבועה דגם אבא שאול לא אחמור בכה"ג ולפי זה כל שא"י לשבע שוב בודאי היתה נוטלת שלא בשבועה ודוק היטב.

ה והנה לפענ"ד יש לומר דסברת החולקים על הרמב"ם הוא ג"כ מטעם זה דבאמת הוא בת"ז ומהראוי שלא תשבע רק דחכמים תקנו שהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ואם כן עכ"פ להרבות בשבועות ל"צ ודי לנו שתשבע כשתבא לגבות כתובתה ודי לנו בזה שתתקיים תקנת חז"ל ולמה תשבע מקודם הא באמת היא תו"ז. ובזה מיושב היטב קושית הט"ז והב"ש סי' צ"ג על הרמב"ן דמקשה על הרמב"ם מגיטין ל"ד הנ"ל ואמאי לא הקשה לנפשיה דהא כל הטעם דא"צ לשבע על המזונות הוא משום דתשבע לבסוף וכאן שלא תשבע לבסוף שביומא דרב קיל נדרא ואם כן שוב למה לא תשבע בתחלה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא תו"ז רק משום דאבא שאול שהבא לפרע מנכסי יתומים לא תגבה אלא בשבועה ואם כן כל שהיא א"י לשבע שוב לא אחמור א"ש ואם כן אף שלא אפשר לעקור תקנת חז"ל מכל מקום דוקא בכתובה שתקנו חז"ל אבל לענין מזונות שלא היתה בכלל תקנת חז"ל שוב אוקמא אדינא דבתו"ז לא חיישינן לצררי ודוק היטב כי נכון הוא.

ו והנה בדף ק"ט אמר הלכה כחנן וכיוצא בו ופירש רש"י כיוצא בו היינו ריב"ז דאמר יפה אמר חנן ועיין בשיטה מקובצת שהביא במשנה דף כ"ה דברי הריטב"א שכתב דכוונת רש"י ליישב קושית התוס' דלמה אמר כיוצא בו גבי חנן וע"ז כתב משום דריב"ז הוא מכריע כמותו לפיכך הלכה כמותו ופירש בשיטה דאף דר' דוסא בן הרכינס אמר כדבריהם זה לא מקרי מכריע דאפשר דלא שמע ממחלוקתם רק שאמר מדעתא דנפשיה והוה מכלל הכהנים הגדולים משא"כ ריב"ז דהוה מכריע וזה דחוק מאד דהרי במשנה אמרו א"ר דוסא בן הרכינס כדבריהם אך לפענ"ד נראה עפמ"ש במורה בטעם דכלו חייב

זכאי משום דשכל אנושי עלול לטעות ולכך בשכלם אומרים חייב יוכל להיות שטעו אבל כשבאו לוויכוח אז השכל מתחדד ורואין את מי האמת ע"ש. ובזה אמרתי טעם למ"ש הרשב"א דרוב הבא מכלל כלו בעינן וכמבואר בחו"מ סי' י"ג וסי' ח"י והיינו משום דהא דאמרה תורה אחרי רבים להטות הוא ברוב של דיינים שנתווכחו אבל אם לא היו בהוויכוח א"כ יוכל להיות שכלם טעו ולפ"ז ר' דוסא לא שמע כלל טעמו של אדמון רק ששמע סברת כהנים גדולים ואמר כדבריהם ואם כן זה לא נקרא מכריע דלא שמע סברת אדמון אבל ריב"ז אמר יפה אמר חנן לא תשבע אלא בסוף והיינו שהוא כבר שמע סברת חנן וסברת כהנים גדולים והכריע דיפה אמר חנן וזה מקרי הכרעה גמורה ודוק היטב:

ז והנה בהא דאמרו כששמעה בו שמת בע"א לכאורה קשה דלמה לי' לאוקמא בע"א ולמה לא אוקמא במשאל"ס דמבואר באהע"ז סי' י"ז סל"ה דגובה כתובתה אף שאסורה להנשא ובניו ובנותיו אין יורדין לנחלה דבממון ל"מ משאל"ס. מיהו זה אינו דבמים שאל"ס הבנים יורדים לנחלה וכמ"ש הרמב"ם והראב"ד פ"ו מנחלות ה"ג ואדרבא הראב"ד סבירא ליה להיפך דהיא אינה גובית הכתובה דלא קרינן לכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי וכ"כ הה"מ בשיטת הרמב"ם ואף דעכ"פ ניזונית מנכסיו כמ"ש הה"מ אבל זה ודאי דיורדין לנחלה ומזה ראיה ברורה להרמב"ם והראב"ד הנ"ל דאם נימא דלענין נחלה חיישינן וא"כ לענין מזונות האשה בודאי לא מחמרינן דהרי אם נשאת לא תצא ואם כן אין חשש כ"כ לענין מזוני דהא ב"כ וב"כ מגיע לה מזוני רק דחיישינן לצררי ועכ"פ בכה"ג ודאי מגיע לה מזוני ואם כן קשה לוקי בכה"ג וע"כ דיורדין לנחלה על פי העדות הלז ובע"א ל"מ לאוקמא דאינו נאמן במים שאל"ס וכמ"ש הח"מ והב"ש דהא בע"א ל"צ למים שאל"ס וכדמוקי בש"ס. אך נתיישבתי בדבר דאי אפשר לאוקי כאן במשאל"ס דהא כל הטעם דאמרו בששמעו בו שמת בודאי גובה בלי שבועה הוא משום דתשבע בסוף ולפ"ז כל שנטבע במים שאל"ס יוכל להיות שלא תבא לידי גיבוי כתובה דהא במים שאל"ס לא תוכל לבא לידי בירור והכתובה אינה גובית ניהו דניזונית מכל מקום עכ"פ שבועה בעי דהא לא תשבע בסוף בבירור שמא לא תגבה כלל כתובה וז"ב ודוק: עוד נראה לי בישוב דברי הרמב"ם הנ"ל דהנה הטעם דמצריך שבועה למזונות הוא משום דצריכה להוציא מזונות מהיתומים ולמכור הקרקעות א"כ לא תוכל להוציא מספק ואף דאמרינן נכסי בחזקת אלמנה קיימי כדאמרו בכתובות דף צ"ו היינו מטעם שכתבו התוס' שם דכתובה מיד שנפרעה נסתלקה משא"כ מזונות דאית לה מזונות כ"ז שלא תתבע הכתובה ולפ"ז עכ"פ לענין השבועה דחיישינן שמא התפיסה צררי ואין מגיע לה מזונות שוב הוה הנכסים בחזקת היתומים דדוקא באם הספק אם נתנו לה

המזונות אבל חיובן של מזונות אין ספק שייך לומר נכסים בחזקת אלמנה קיימי אבל כאן הוה ספק בגוף החיוב אם כן פשיטא דהנכסים בחזקת היורשים ובפרט לשיטת הראב"ד דחיוב מזונות הוה חיוב דבר יום ביומו ואם כן בודאי נכסי בחזקת יתמי קיימי ולפי זה בששמעו בו שמת בע"א כמו דהוא לפי המסקנא א"כ היורשים אינם יורשי' עוד הנכסים וא"כ שוב יותר בחזקת אלמנה קיימי דמזונות מגיע לה בחיים ואחר מיתה וספק צררי אינה מוציא מיד היורשים דהם גופם עדן ספק וז"ב כשמש ועיין בישועת יעקב סי' צ"ג שכתב ג"כ סברא זו דכל דהספק בגוף החיוב לא שייך נכסי בחזקת אלמנה קיימי וכמ"ש בראשית ההשקפה ודוק. והנה התוס' בכתובות דף פ"ט ע"ב ד"ה יכול הקשו בהא דקתני האשה שהלך בעלה והיא למדה"י ובאה ואמרה גרשני בעלי מתפרנסת והולכת עד כדי כתובתה ולמה לא ניחוש שמא יטעון הבעל שלא גרשה ואז הוה טענו חטין והודה לו בשעורין דפטור. ואמרתי בזה בלימוד הישיבה בשנת תרט"ו אור ליום ג' שמות דבאמת צריך להבין גוף חידוש התוס' דלכך יש לו מיגו דלא גרשתיך ואף דהוא חייב ש"כ מ"מ יהי' טענו חטין והודה לו בשעורין ואמאי הרי לא גרע ממעוכבת בשבילו להנשא דחייב לה מזונות וה"ה כאן כל שהוא מכחישה וטען לא גרשתיך הרי לא תוכל להנשא וחייב במזונותיה וכבר הקשה כן דו"ז בישוע"י סי' צ"ג ס"ק א'. אך באמת ל"ק דאם נימא דאינו נאמן לטעון גרשתיך במיגו משום דיהיה חייב לה מזונות כיון דמעוכבת בשבילו להנשא ואם כן כיון שאין לו מיגו הרי נאמנת במה שטענה גרשתני ושוב אינה מעכבת בשבילו להנשא ושוב היה יכול לטעון לא גרשתיך ולא יתחייב מזונות ואף דמעוכבת בשבילו להנשא שהרי הוא טען לא גרשתיך ז"א דאם יתחייב לה מזונות שוב לא יטעון לא גרשתיך ולא תהיה מעוכבת בשבילו להנשא אך זה אינו דאם יטעון לא גרשתיך אז תהיה מעוכבת בשבילו להנשא ויצטרך ליתן לה מזונות. אמנם נראה דהרי התוס' הקשו בד"ה מגו דהא האשה שאמרה גרשתני נאמנת משום חזקה דאין האשה מעיזה וכתבו כיון דתובעת כתובתה אף להנשא אינה נאמנת ע"ש ובמהרי"ק שורש ע"ב האריך דהתוס' פרק האשה שלום דף קט"ז ס"ל דנאמנת להנשא ולא לענין כתובה וא"י מי דחקו לזה דהא כאן מבואר כוונתם דאף להנשא אינה נאמנת. ובאמת לפענ"ד כפי מ"ש בכתובות הוא מחוור דלענין חימוד ממון אמרינן מיגו דהעזה וכל שתובעת כתובתה שייך לומר דתוכל להעיז דהרי בממון אמרינן מיגו דהעזה וגם לפמ"ש הרא"ש סוף נדרים דהא חזקה דרבא אינו רק משום שאינה רוצית לקלקל עצמה כל ימיה אבל כשתובעת כתובתה שוב לא תקלקל עצמה ואמרינן שאינה רוצית להנשא כלל רק משום חימוד כתובה מעיזה ודברי דו"ז הגאון בישוע"י שם שכתב דהתוס' בכתובות שם ס"ל דלהנשא נאמנת במחכ"ת לא כן

אבי דהתוס' לא כתבו כן ודברי המהרי"ק הן על התוס' דיבמות קט"ז הנ"ל אבל כאן ס"ל להתוס' דלא תהי' נאמנת כלל. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה לא נקרא מעוכבת בשבילו להנשא דהא אם היא לא באת לומר מכתובה כלל כ"א גרשתני אז היתה נאמנת אף שהוא טען לא גרשתיך מכח חזקה דרבא א"כ מה שהוסיפה לטעון תנו לי כתובה בזה מגרע גרע ואם כן שוב אינו חייב לא ליתן כתובה ולא מזונות דהוא יכול לטעון אתה מחלת על מזונות או הודית דמה לך לטעון על כתובה ואינך מעוכבת בשבילי דאדרבא אם היית אומר שגרשתיך לא היתה נאמנת דבעלה מסייע לה אבל כשטען לא גרשתיך היתה נאמנת ורק ע"י שטוענת כתובה א"כ אתה גרמת לך ולא אני וז"ב. ולפ"ז מיושב היטב קושית התוס' דשם דטענה גרשני בעלי ולא הזכירה כלל הכתובה שוב לא שייך לומר דשמא בעלה יטעון לא גרשתיך דממ"נ אם נאמין לה שגרשה שוב מגיע לה כתובה ושפיר מתפרנסת והולכת עד כדי כתובתה דהא כל שטען לא גרשתיך בודאי לא נתן לה הכתובה וכל האומר לא לויתי וכו' ואם נימא דיהיה נאמן שוב הוה מעוכבת בשבילו להנשא וא"כ מגיע לה מזונות ודוק היטב כי הוא חריף:

ח עוד נראה לי דהנה טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור הוא מטעם דהוה כתרתי הודאות דסתרי אהדדי וכמ"ש הרמב"ן הובא בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' ע"ש ולפ"ז הרי קי"ל דלענין מזונות נכסים בחזקת אלמנה קיימי כמ"ש התוס' בכתובות דף צ"ו ע"ב ולפ"ז הרי טעמא דשני הודאות דסתרי אהדדי דפטור משום דהמע"ה וכמ"ש הרשב"א בגיטין דף מ"ם ולפ"ז בשלמא כשהבעל לפנינו וטוען לא גרשתיך דנגד הבעל אין האשה מוחזקת א"כ שפיר הוה תרתי הודאות דסתרי ופטור הבעל אבל שם שאין הבעל לפנינו וא"כ האשה מוחזקת במזוני כמ"ש התוס' שם דמוכרת למזונות שלא בב"ד וא"כ כל שאינו בפנינו האשה מוחזקת בנכסים לענין מזונות וא"כ הודאתו שהודה במזונות שחייב לה הוא אלים יותר והוה כתפסה דמהמנא וא"כ הודאתו למזונות אלים יותר ושפיר חייב במזונות אף דהוה כטענו חטין והודה בשעורין. והנה בגוף דברי התוס' שכתבו דהו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים לפמ"ש הטור סי' ס' דגם למחול א"י בדבר שא"ק א"כ מזונות דהוה דבר שא"ק א"כ לשיטת הפוסקים דמטעם מחילה אתינן עלה כאן לא שייך מחילה דהוה דבר שא"ק. ומיהו התוס' לא ס"ל כהרמב"ם בדבר שא"ק וא"ש. אמנם לפמ"ש הרמ"ה בטעם הדבר דפטור משעורים לפי שלא אמר אתם עדים וגם לא הודה בפני ב"ד יכול לומר משטה הייתי בך א"כ כאן שבפני ב"ד לא שייך זאת. הן אמת שהש"ך סי' פ"ח ס"ק י"ד תמה בזה על הסמ"ע דהא במודה לפני ב"ד מיירי כל הסוגיא. אך נראה כוונת הרמ"ה דהנה בח"מ סימן קמ"ו סכ"ד מבואר דאם אמר חוץ לב"ד של אבותי ולא

של אבותיך דעת הרמב"ם דיכול לומר בפני ב"ד של אבותי שקנו מאבותיך והרר"י חולק מטעם דזה נתכוין לזכות א"ע ונתחייב מתוך טענתו ובכה"ג אפילו חוץ לב"ד לא יכול לטעון משטה ע"ש ולפ"ז צ"ב דאף חוץ לב"ד אמאי יוכל לטעון משטה דהא זה נתכוין לזכות. אך צ"ל דש"ה דא"א לזכות רק ע"י טענתו אבל כאן הי' יכול לכפור בשעורין ג"כ ולא שייך לומר שנתכוין לזכות ומתוך טענתו נתחייב וא"כ שפיר יוכל לטעון משטה הייתי בך ויש לי להאריך בזה בסוגיא שם ואכ"מ ולפ"ז גם כאן בשלמא כשזה בפנינו והיא טוענת שנתגרשה וזה טען לא גרשתיך שפיר הוה טענו בחטים והידה לו בשעורין דהי' יכול לפטור עצמו ולטעון גרשתיך ופרעתי לך הכתובה אבל כל שאינו כאן לא שייך לומר דאם היה כאן היה יכול לטעון לא גרשתיך ופטור משום טענו בחטים והודה לו בשעורים דזה אינו דכל הטעם דפטור משום דלא הוה הודאה גמורה דאף דנתחייב מתוך טענתו דנתכוין לזכות זה אינו דהיה יכול לפטור עצמו מכלם וא"כ כל הפטור שהיה יכול לטעון גרשתיך ופרעתי כלו וא"כ איך שייך לחוש שמא יטעון לא גרשתיך והא בלא גרשתיך שוב נתחייב מתוך טענתו וע"כ משום דהיה יכול לפטור עצמו בטענת גרשתיך וא"כ עכ"פ מתפרנסת עד כדי כתובתה דהא יש לה הכתובה ודוק היטב ומכ"ש אם נימא דזה גופא טעמא של הרמ"ה דאדרבא כיון דלא הוה הודאה גמורה רק שנתחייב מתוך טענתו שנתכוין לזכות ל"ח הודאה ויכול לטעון משטה אף שהודה בב"ד א"כ שוב היכא דליכא בפנינו למה ניחוש שיטעון לא גרשתיך ויפטור בטענת משטה וא"כ שוב היא נאמנת יותר ודוק היטב כי היא עצה עמוקה. ויש להמתיק דעכ"פ תרתי הודאות דסתרי לא שייך בזה דהוא מודה עכ"פ שיש לה מזונות ונתחייב מתוך טענתו וא"ל דלא הוה הודאה דנתכוין לזכות דזה אינו דהרי היה יכול לטעון דגרשה ופרע לה וא"כ שפיר הוה הודאתו הודאה אבל היא אם רצתה הכתובה היתה מוכרחת לטעון שגרשה דאל"כ לא מגיע לה הכתובה וא"א לה לטעון שתי הטענות וא"כ באמת נתכוונה לזכות בכתובה וע"כ הוכרחה להודות שנפטר ממזונות ולכך ל"ח הודאה גמורה משא"כ הוא ובשלמא כל טענו חטים והודה בשעורים שתי הודאות לא הוה רק מכח שבאין לזכות שזה היה יכול לתבוע שתיהן וזה יכול לפטור משתיהן וכן כאן כשהוא לפנינו וטוען גרשתיך ופרעתי והיא טוענת לא פרעת הכתובה א"כ שפיר יש לו מיגו וחשוב טענו חטים והודה לו בשעורים דא"ל דהודאתו במזונות חשוב יותר דז"א דהרי לא היה יכול לכפור ולטעון גרשתיך ופרעתיך דהרי בזה היא נאמנת והרי אתה הוצרכת לפטרו בטענת במגו וא"כ ל"ח הודאתו הודאה אבל כל שאינו לפנינו ואתה רוצה לפטור משום דהיה יכול לטעון

שוב אינו טענה גמורה דבאמת הודאתו חשוב יותר הודאה וא"כ עכ"פ כשאינו לפנינו שוב אינו טענה גמורה לפטרו עי"ז ודו"ק היטב כי הוא עמוק עמוק:

סימן רי

א בענין עשה דוחה לעשה.

ב בהיותי בק' בערזאן שנת תד"ר שאלני אברך אחד ושמו מוה' משה ליבטאניס בהא דאקשו הש"ס במנחות דף פ"ד ורמינהו לאכלה ולא לשריפה אינו רק לאו הבא מכלל עשה א"כ מהראוי שעומר דהוה עשה דקום ועשה שידחה לעשה הבא מכלל לאו. והנה בפשיטות ל"ק כאשר השיב כבוד אבי מורי הגאון נ"י ונזרקה מפי שנינו דהרי הש"ס מקשה התורה אמרה לדורותיכם וכו' ליתי מדאשתקד וכו' וא"כ כיון שאפשר להביא מאשתקד להס"ד א"כ עכ"פ ל"ש דליתי עשה ולדחי דהא אפשר בשל אשתקד ולא גרע מאילו הי' ל"ת ממש ואפ"ה כל דאפשר לקיים שתיהם אין העשה דוחה ומכ"ש לשיטת הב"י באו"ח סי' י"א דכל דישנו בעולם להתקיים באופן אחר אין העשה דוחה ומכ"ש כאן וז"ב. אך באמת להמעיין בסוגיא יש לפקפק דבהס"ד דהקושיא לא הוה ידע כלל מזה וא"כ מה פריך מלאכלה ולא לשריפה. אך נראה לפענ"ד לחלק דע"כ לא אמרו דאם העשה הוא מכלל לאו דהעשה דוחה רק בעשה דמצרי ואדומי דכיון דהתורה לא ביארה בהדיא האיסור דמצרי ואדומי בדור ראשון ושני רק בשלישי ביאר ההיתר בפירוש ומזה נשמע דדור שני וראשון אסור א"כ קליש העשה דהרי לא ביאר האיסור בפירוש אבל כאן דהתורה אמרה דפירות שביעית לאכלה א"כ חזינן שהקפידה התורה שיאכל הפירות שביעית וא"כ כל ששורפה הרי לא נתקיים מצות התורה וא"כ מה בכך דהוה לאו הבא מכלל עשה דהוא עשה מ"מ עכ"פ מבטל מצות עשה של התורה בזה שאינו אוכל והתורה אמרה לאכלה וז"ב. ולכאורה רציתי להביא ראיה לזה מהא דאמרו במנחות דף ס"ח לא אם אמרת קודם לעומר שכן לא הותר מכללה אצלה ביו"ט והקשו בתוס' נימא דאסור משום משקה ישראל מן המותר לישראל ולפמ"ש יש ליישב דמשקה ישראל אינו רק לאו הבא מכלל עשה והעשה דעומר היה דוחה זאת ולכך אמר שכן לא הותר מכללה אצלה ביו"ט וא"כ ממילא הקפידה התורה שלא יאכל והיאך יהא מנחות דזה גופא מורה ממשקה ישראל שיהיה מותר להדיוט ודו"ק וא"ל דכיון דהתורה אמרה ממשקה ישראל א"כ פרטה המצוה דוקא מדבר המותר להדיוט א"כ כל שאינו מדבר המותר להדיוט לאו מצוה היא כלל ולא שייך העשה כלל דז"א דעיקר המצוה היא שיביא המנחה ובעצמותה מנחה היא רק דארי' דאיסורא רביע עלה וא"כ כל שאינו רק לאו הבא מכלל עשה היה המצוה דוחה ורק כיון שלא הותר להדיוט זה גופא הקפדת התורה

וא"כ לכך דייק לפי שלא הותר להדיוט וא"כ ל"ש בזה דהעשה ידחה אותה וז"ב ועיין רמב"ם פ"ו מאיסורי המזבח הי"ז שכתב דלכך לא יביא מערלה וכה"כ דהו"ל מהב"ע הרי דמקרי מהב"ע ועכ"פ המצוה נתקיים בזה ואם איתא אין כאן מצוה כלל וע"כ דגוף המצוה בעצמותה הוה מצוה וכמ"ש והא דלא דחה משום דאינו מקרי עשה קלישא כל שעיקר הקפדת התורה שלא יותר להדיוט הו"ל עשה גמור. ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית התוס' במנחות דף ה' ע"ב ד"ה שמן שהקשו דאם לא בא להתיר לאו של שביעית אקרי כאן ממשקה ישראל. ולפמ"ש אתי שפיר דכאן שפיר יוכל לומר דהעשה דוחה ללאו הבא מכלל עשה ולא שייך כאן לומר דהתורה הקפידה שלא יביא מדבר האסור להדיוט דהא מצות עומר בשביעית ע"כ היה בזה שאסור להדיוט ולגבוה הותר אף שנאסר להדיוט וכדאמרו שם בהדיא וא"כ לא שייך כאן ממשקה ישראל והא דקאמר לאכלה ולא לשריפה אף דמצות התורה בכך זה אינו דלהס"ד דלא ידענו מלדורותיכם ושא"א בע"א א"כ לא שייך לומר דהתורה לא הקפידה בכך לענין המצוה וזה באמת מה דאמרו שם התורה אמרה לדורותיכם ואת אמרת תבטל וז"ב ודו"ק.

ג אמנם אי קשיא הא קשיא לי דאמאי לא אמרו שם דבשביעית מתיר לאו שבתורה דהיינו לאו של לאכלה ולא לשריפה שכל הטעם שמותר הוא משום דהתורה אמרה לדורותיכם וכדאמרו בדף פ"ד וצ"ע. אחר שכתבתי כ"ז נזכרתי שבשו"ת שאגת ארי' סי' ל"ג רצה לחלק דעשה שיש בה קום ועשה דוחה לעשה דאינו רק בשוא"ת והנה גם לחילוקו קשה דשם בלאכלה ולא לשריפה ג"כ הוה הך דלא לשריפה עשה שבשב וא"ת. ולפמ"ש א"ש דעיקר הכוונה היא מה שהקפידה תורה אם הקפידא היה על עשה לעשות א"כ זה שהוא רק בשב וא"ת לא אלים כ"כ כמו זו ויש ליישב בזה הרבה קושיות של השאג"א ואכ"מ ועיין בפ"י בכתובות דף מ"ד ובק"א שם ודו"ק.

ד ויש להמתיק הדבר ע"פ מה שראיתי בספר נדפס מחדש מהגאון מוהר"ץ ז"ל אבד"ק בנהייט בגיטין דף כ"ח ע"ב שכתב דהא דאין עשה דוחה עשה הוא עפ"י סברת הרמב"ן בפרשת יתרו דלכך העשה דוחה ל"ת משום דאי נימא דלא לדחי א"כ לא יקיים המצוה רק שלא עשה עבירה וד' חפץ למען צדקו לזכות אותנו בקיום מצותיו ולכך העשה דוחה לל"ת אף דל"ת חמור מעשה ולפ"ז לכך אין עשה דוחה עשה דמה אולמא האי עשה מהאי עשה הא ב"כ וב"כ יקויים מצות עשה שהרי גם כעת מקיים מצות ד' בקום ועשה ע"כ דפח"ח ולפ"ז דברי הרשב"א מבוארים דבעשה דשוא"ת שוב העשה דקום ועשה דוחה דהתורה רצתה לזכות את ישראל שיקיימו מ"ע בפועל ולפ"ז נכון היטב החילוק בין שב וא"ת של מצרי ואדומי ששם עיקר הענין לדור שלישי שיהיה מותר וממילא שני

דורות הראשונים אסורים וא"כ שפיר העשה בקום ועשה דוחה אבל שם במה שיקיים העשה דעומר עי"ז מבטל מ"ע בפועל שהתורה רצתה שיקיים לאכלה ולא לשריפה וא"כ מה נ"מ שיקיים מצוה זאת ועי"ז בטל מצוה אחרת שצוונו השם לעשות וז"ב מאד:

ה ובזה מיושב היטב מה דק"ל לפמ"ש הריב"א דהא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר ודחה אינו לוקה דל"ת כבר נדחה ולא נשאר רק עשה ולפ"ז למה ביו"ט אין עשה דוחה ל"ת ועשה הא כל עיקרו הוא רק משום העשה דמה"ט אינו לוקה כשעבר והרי העשה דיו"ט הוא שבות דשבתון וזה בשב וא"ת וא"כ הרי עשה דקום ועשה דוחה עשה דשב וא"ת ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דהתורה צותה שישבות הגוף ממלאכה ביו"ט א"כ בעברו ע"ז הרי לא מקיים מצות הבורא בפועל שצוונו לשבות ומה נ"מ אם מצות הבורא היה שישבות או שיעשה איזה דבר סוף סוף מבטל מצות הבורא ובכה"ג אין עשה דוחה עשה ול"ת וז"ב. איברא דלפ"ז הדר יקשה קושית חתן הגאון בעל נוב"י דא"כ אמאי אם עבר ודחה אינו לוקה הא לא קיים העשה דהו"ל מצוה הבאה בעבירה ומ"ש הנוב"י בסוף ספרו נוב"י מהד"ק ליישב דאם עבר ודחה אמרינן להיפך מה אולמא האי עשה מהאי עשה ושוב לא הוה עבירה כלל לפמ"ש אין מקום לזה כיון דעיקר מה דעשה דוחה ל"ת הוא לקיים מצות הבורא וא"כ כל שאינו דוחה עשה מפני עשה שוב עשה עבירה ובטל מצות הבורא וא"כ הו"ל מצוה הבאה בעבירה אך לפענ"ד נראה דאפ"ה לא מצינו מלקות באם עבר עבירה לכוונת מצוה רק שהיא מצוה הבאה בעבירה ומידי דהוה אם טעה ולא עשה מצוה דעכ"פ אינו לוקה דבשלמא כשהל"ת חמור ואין התחלה לעשה כלל שפיר לקי אבל כאן אטו בשביל שיש עשה כנגדו זה לא נקרא עשה וא"כ בכה"ג לא לקי דזה לא עבר על מימרא דרחמנא בכדי לעבור על מצות ד' רק לשם מצות עשה וז"ב לפענ"ד. ובזה מיושב גם מה שהקשה בשו"ת שאגת ארי' סי' ל"ג בהא דאמרו בפסחים דף נ"ט מה אולמא האי עשה ומה קושיא הא עשה דהשלמה הוא בשב וא"ת ועשה דוחה ולפמ"ש א"ש דשם הוא מבטל מצוה בפועל שהתורה צותה שלא יקריב שום קרבן אחר התמיד וזה הולך ועובר מצות ד' ומקריב קרבן וקב"ה לא יקח שוחד מצוה זו בשביל מצוה אחרת משא"כ בהך דרשב"א דהוא עשה קלישא דהתורה עיקרה באה להתיר שיקח דור שלישי רק שממילא אסרה תורה דור ראשון ושני ובכה"ג שאין רצונו לקחתה רק לקיים מצות עשה בכה"ג אפשר דקיל ולא מקרי מבטל מצות ד' בפועל שהתורה לא צותה ע"ז בפועל רק דמכללא נשמע כנלפענ"ד ברור. אך אכתי קשה כיון דעכ"פ התורה הזהירה ע"ז שוב הו"ל מצוה הב"ע וא"כ לא קיים מצות עשה דהו"ל מהב"ע ומ"ש למעלה דאינו לוקה בשביל זה לא שייך בזה דעכ"פ המצוה לא קיים. אך נראה דהרשב"א כתב

זאת בהך דאמרו כתובות דף מ"ם וניתי עשה ונדחי ל"ת וכתב הרשב"א דגם בח"ע קשה דבכה"ג עשה דולו תהיה לאשה דחי העשה ושם שפיר דחה ולא שייך לומר דהו"ל מצוה הב"ע דעכ"פ היא נקנית לו לאשה דוכלן שעשו קנו וא"כ עכ"פ מתקיים מצות התורה שתהיה לו לאשה אף שעבר עבירה ובכה"ג שפיר דחה העשה לל"ת. ובזה מיושב גם מ"ש הרמב"ם בח"ע דאם עבר ובעל קנו והקשו כלם הא אין עשה דוחה עשה וכתב השג"א שם מדעתא דנפשיה משום דחייבי עשה בפועל דוחה העשה בשב וא"ת ולפמ"ש יקשה דהא מ"מ הוה מצוה הבאה בעבירה. ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ קנה האשה והוא באמת עבר עבירה אבל מה לה בזה הוא קנה אותה בביאתו ונעשית אשתו ולכתחלה באמת אין ראוי שיעשה זאת וז"ב לפענ"ד:

ו ובזה נראה לפענ"ד הא דאמר הש"ס ביבמות דף כ' דהדר אמר רבא כיון דאפשר בחליצה דמקיים עשה ול"ת והיינו אף דחליצה במקום יבום לאו כלום הוא מכל מקום כיון דכל עיקר מה שדוחה העשה לל"ת הוא כמ"ש הרמב"ן דמצות עשה בפועל מצוה יותר בכדי שיקיים המצוה ולפ"ז יש לומר כיון דעכ"פ מצות ד' יוכל להתקיים ע"י חליצה ניהו דיבום מצוה יותר מכל מקום לענין זה לא מצינו שידחה דשוב הו"ל מצוה הב"ע והחליצה היא מצוה בלא עבירה ופשיטא דמוטב שיקיים המצוה בלי סרך עבירה וע"ז מקשה והתניא אם בעלו קנו והיינו דכאן לא אכפת לן מצד מצוה הב"ע דעכ"פ הקנין הוא בטוב וכמ"ש וא"כ שוב חליצה במקום יבום לאו כלום היא ולא שייך לומר דמוטב שיעשה מצוה בלי עבירה ממצוה הב"ע כיון דלענין גוף הקנין לא אכפת לן שוב מצות יבום עדיף. ובזה מיושב היטב מה דהקשו בתוס' דהא רבא גופא פריך לעיל מהא דאם בעלו לא קנו. ולפמ"ש א"ש דשם דס"ד דח"ל לחליצה רמי' ולא ליבום שפיר מקשה דא"כ אם בעלו אמאי קנו דהא מה"ת אינו מצוה כלל ביבום אבל כאן לא קשה ליה לרבא דסבר דאף דאם בעל קני לכתחלה מוטב יותר שיהי' ע"י חליצה ולא יעבור על הלאו וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד מה דקאמר הש"ס גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה דקשה הכי בשביל זה יבטלו המצוה הי' להם לתקן שיגרשנה תיכף ולפמ"ש יש לומר דכל עיקר מה דדוחה המצוה הוא משום דהקב"ה חפץ למען צדקו שיקיים המצוה וא"כ כיון שיש חשש שעי"ז יבא לידי מכשול ויעבור על מצות התורה בביאה שניה ושוב בכה"ג לא שייך דהעשה ידחה הל"ת דבאמת הל"ת חמור מעשה ועיין בתוס' שם דכתבו דאלמנה מן הנשואין וחייבי עשה נפקא לן מיבמתו דעולה לחליצה וכוונתם דשם ל"ש להגזירה דבלא"ה עשה ול"ת היא או דאין עשה דוחה עשה וא"כ היאך עולה לחליצה ולזה קאמרו מקרא דיבמתו ואף דהש"ס רמי עלה דא"כ אם בעלו אמאי קנו ל"ק דבל"ת גרידא שפיר

דחי מה"ת רק בל"ת ועשה הוא דאין דוחה וז"פ והארכתי בזה לפי שראיתי שבשו"ת שאגת ארי' שם שנתקשה בדברי רש"י בסנהדרין דף נ"ג שכתב דאיסור מצוה התורה רבתה מקרא דיבמתו ואח"כ כתב דמה"ת עשה דחה ל"ת רק דגזרו ביאה ראשונה אטו שניה והקשה דמלבד דסותר עצמו אף גם דהש"ס דחי הקרא דיבמתו. ולפמ"ש הדברים כפשטן דלענין איסור מצוה דהוא אלמנה לכ"ג ומן הנשואין יש עשה ול"ת צריך קרא דיבמתו וכמ"ש התוס' ולענין איסור קדושה דהגזירה משום ביאה שניה ולכך הביא רש"י הנך תרתי טעמים וז"פ. ובזה מובן הא דאר"ל כ"מ שאתה מוצא שאפשר לקיים שניהם שאין העשה דוחה את הל"ת משום דבאמת הל"ת חמור רק דהתורה רצתה שיקיים העשה דהקב"ה חפץ שיקיימו המצות אבל כל שאפשר לקיים המצוה בלתי דחיית הל"ת פשיטא דאינו דוחה. ודרך אגב אומר מה שראיתי דבר תימה ברש"י בנזיר דף נ"ז ע"א שפירש כדר"ל דאמר דאפשר לקיים שניהם היינו צמר לצמר ופשתים לפשתים והוא תימה דכה"ג לא מקרי אפשר לקיים שתיהם דעכ"פ בפשתים א"א לקיים וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ם בהדיא וצע"ג דהא ע"ז נאמר גדילים תעשה לך לדחות הל"ת. איברא דלפמ"ש צ"ב הא דמקשה הש"ס בפסחים דף מ"ז אחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור והרי כל הטעם דעשה דוחה ל"ת הוא משום דהתורה חפץ לזכות את ישראל ולכך אם נימא דלא דחי הרי לא יקיים מצות ד' ולכך אמרה תורה דלדחה אף דל"ת חמור ולפ"ז זהו כשיש לפנינו עשה ול"ת אבל כאן דהוא חרש א"כ איך אפשר דאחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור הא באמת הל"ת חמור וכאן לא שייך לומר דהתורה חפץ שיקיים המצוה דהא באמת ליכא לפנינו מצוה רק דאמרינן הואיל ובכה"ג שוב הל"ת חמור ובזה לא יועיל מ"ש הריב"א לתרץ דעכ"פ הל"ת דחי ולא נשאר רק עשה ואין עשה דוחה אבל לא לקי דאכתי יקשה דגם הל"ת גופא אינו מהראוי לדחות וכמ"ש ונראה דמש"ה לא הביאו התוס' דברי ריב"א במקומו והריב"א בעצמו הקשה הקושיות ולא הזכיר תירוצו משום דזה ל"מ ליישב זה וע"כ כמ"ש הרשב"ם דלא מקרי מלאכה הצריכה לגופה או כמ"ש ר"ת דעכ"פ על לאו דכלאים לא יעבור דחזי לכסות. מיהו גם זה לא מיושב כראוי לפמ"ש וגם יש להקשות דהו"ל מצוה הבאה בעבירה וכמו שהקשה בנוב"י על הריב"א וכאן לא שייך התירוץ דעכ"פ הוה טעה בדבר מצוה דכעת אינו מצוה כלל ואין כאן מקום לטעה בדבר מצוה שוב נזכרתי שגם המלמ"ל פ"א משופר הרגיש בדברי הריב"א דהואיל עכ"פ לא שייך בזה דהו"ל הואיל באיסור ומ"ש נכון יותר לפענ"ד ודו"ק היטב:

ז והנה בש"ס סנהדרין דף ע"א אמרו דכל עיר שיש בו אף מזוזה אחת אינה נעשה עיר הנדחת מ"ט משום דכתיב ואת כל שללה תקבוץ אל תוך רחובה ושרפת באש וכיון דאיכא מזוזה לא אפשר דכתיב לא תעשון כן לד' אלקיכם ותמה בתורת חיים דאמאי לא יבא עשה דושרפת באש ולדחי ל"ת דלא תעשון כן ע"ש. ולפענ"ד נראה לפמ"ש דכל הטעם דעשה דוחה הל"ת אף דל"ת חמור רק דהתורה רצתה לזכות את ישראל לקיים מצות וכמ"ש הרמב"ן. ולפ"ז זהו כשהעשה והל"ת הם ענינים מצות שהם נוגעים כביכול לקדושת שמו יתברך אבל כאן הל"ת היא כביכול למחוק את השם ופוגע בכבוד קדושת שמו יתברך והיאך אפשר שהעשה ידחה הא הל"ת חמור והקב"ה חפץ למען צדקו לזכות את בית ישראל לקיים מצותיו אבל לא לפגוע בכבוד שמו כנלפענ"ד. אמנם אי קשיא הא קשיא דהא מבואר בהדיא דכתבי הקדש יגנזו כדאמרו בסנהדרין דף קי"א ע"ב וכ"כ הרמב"ם פ"ד מעכו"ם הט"ו וא"כ המזוזה הוה טעון גניזה ולמה יפטור מלהיות עיר הנדחת וגם קשה כיון דלעשות שלום בין איש לאשתו אמרה תורה שמי שנכתב בקדושה ימחק על המים מכ"ש להסיר חרון אף ד' מישראל כמו במקום מ"ע דשריפת עיר הנדחת דכ"ז שהרשעים בעולם חרון אף בעולם וכתיב ונתן לך רחמים ורחמך והרבך פשיטא דל"ח לשריפה דמזוזה ועיין בשו"ת רמ"א סי' ק' אות יו"ד כל שאנו עושין לצורך איזה תיקון לא שייך משום מחיקת השם והו"ל כמוחק ע"מ לתקן איזה תיקון ע"ש שפירש כן דברי רבינו האי במרדכי שם וא"כ מכ"ש בזה וע"כ דברי הש"ס סנהדרין דף ע"א הנ"ל צע"ג.

ח שוב ראיתי שבש"ס אמרו בהדיא בדף קי"ג מתניתין דלא כר"א הרי ת"ל הרגשתי בקושית הש"ס הלז. ובזה עמדתי על לשון רש"י שם שכתב ד"ה דכתיב ואנן בעינן שללה וליכא דהאי שלל שמים הוא והדבר צ"ב דלמה ליה להאריך ות"ל דכתיב לא תעשון כן ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שעושה לצורך תיקון אין בכך כלום ורק עיקר הוא דהא הוה שלל שמים ורק דלא נימא דבאמת שלל שמים מותר ויגנזו הכתבי קדש והיתר תשרף ולזה אמר דכתיב תקבוץ כל שללה וגם זה בכלל וזה א"א לשרוף ודו"ק כי מיושבין בזה שני הקושיות אבל הדבר צ"ע עדיין ודו"ק:

ט והנה בהא דאמרו בזבחים דף צ"ז ע"ב דיקדש להיות כמוה שאם פסולה היא תפסל ופריך הש"ס וניתי עשה ונדחי ל"ת ומשני רבא דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וכדאמר רשב"א דאחד עצם שיש בו מוח וכו'.

י ולכאורה הדבר יפלא דמה נשתנה ל"ת שבמקדש שלא ידחה מפני העשה ומה עדיפותא משאר ל"ת. ולפמ"ש נראה הדבר נכון דכל הטעם דעשה דוחה ל"ת הוא משום שהקב"ה חפץ לזכות את ישראל שיקיימו מצות עשה.

יא ולפ"ז זהו בכל מצות עשה שהמצוה מצד עצמה אבל כאן עיקר עשה דמצוה לאכול בשר קדשים וא"כ עיקר המצוה נצמח מחמת שהיא קדשים דבשר חולין לא היה מצוה כלל וכיון דיש ל"ת דהוה קדשים פסולים וא"כ גם הפסול בא מחמת שהיא קדשים ושם היתר מצטרף לאיסור דאינו רק בקדשים כדאמרו בפסחים דף מ"ה דחולין מקדשים לא גמרינן וא"כ גם הפסול הוא בשביל דבקדשים היתר מצטרף לאיסור והו"ל קדשים פסולים א"כ איך שייך לומר דעשה דוחה ל"ת דהא כל הטעם דהקב"ה חפץ שיקיימו המצות והרי עיקר העשה היא רק בשביל דהוה קדשים דבחולין ליכא עשה וקדשים פסולים לא צותה התורה שיאכל וא"כ איך ידחה עשה הל"ת שבמקדש וגם בעצם לא תשברו דהוא בפסח גופא דמצוה לאכול אמרה תורה שלא תשברו בו עצם א"כ בזה לא שייך עשה דוחה ל"ת דבאמת הל"ת חמור בעצמות' מעשה ורק דאם יקיים הל"ת עכ"פ לא יעשה בפועל מצות ד' וכל שגוף הל"ת הוא בשביל דבקדשים החמירה תורה שתפסל לא שייך דהעשה ידחה ל"ת וז"ב כשמש. ובזה י"ל דיש הבדל אם נאמר היתר מצטרף לאיסור או דיקדש אתי לטעם כעיקר דאם נאמר דיקדש אתי לטעם כעיקר וא"כ הא טעם כעיקר הוא בכל איסורים ג"כ וא"כ לא בשביל חומר קדשים הוא ואף דשיטת רש"י דטעם כעיקר אינו רק בקדשים הא לא קיי"ל בזה כרש"י ועיין חולין דף צ"ח בתוס' ובע"ז דף ס"ז וא"כ אינו רק סתם איסור ובזה שייך דהעשה ידחה הל"ת דהא הקב"ה חפץ שיקיים העשה בפועל ודוחה הל"ת אבל אם גוף הל"ת היא רק בקדשים בזה פשיטא דאין העשה דוחה ל"ת שבמקדש. ובזה י"ל דר"א דמשני דיקדש הו"ל עשה ול"ת גם הוא ס"ל דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש רק דהוא בא לשנויי אף אם נימא דיקדש אתי לטעם כעיקר כדמשמע בנזיר דף ל"ו וע"ז הוצרך משום דהו"ל עשה ול"ת אבל אם קאי על היתר מצטרף לאיסור דאינו רק בקדשים בזה שוב לא שייך דעשה דוחה ל"ת. ובזה מיושב קושית דו"ז הגאון מוהר"ץ ז"ל מהלברשטאט שהקשה בהא דאמרי בפסחים שם דרב אשי ס"ל דחטאת ונזיר הו"ל שני כתובים וקשה הא לר"א אצטריך יקדש דיהיה עשה ול"ת. ולפמ"ש אתי שפיר דשם בפסחים דקאי הש"ס דיקדש אתי להיתר מצטרף לאיסור וא"כ זה אינו רק בקדשים וא"כ בזה גם ר"א ס"ל דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וז"ב. ובזה הן נסתר מחמתו מ"ש האחרונים להקשות בפסחים דף נ"ט דעשה דוחה העשה דהשלמה אף דהוה במקדש ולפמ"ש א"ש דמה ענינו זה לזה דשם העשה דהשלמה אינו

ענין לאותו עשה ולמה לא ידחה העשה דחמור העשה דקיל ואינו ענין לשם דהל"ת היא בשביל הקדשים והעשה אינו רק בשביל דהוא קדשים. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו בתוס' עירובין דף ק' גבי נתנים במתן אחת דהקשו ליתי עשה ולדחי ל"ת והוא תמוה דהו"ל ל"ת שבמקדש ובאמת שבחידושי ריטב"א לעירובין תירץ כן קושית התוס' אבל קשה על התוס' דקארי לה מה קארי לה ולפמ"ש א"ש דשם הל"ת דבל תוסיף הוא לא בקדשים בלבד רק בכל איסורים וא"כ למה לא ידחה העשה אף דהל"ת כעת הוא במקדש מה עדיפותא דמקדש ואין ענינו להך דזבחים וז"ב שוב האיר ד' עיני ומצאתי במהרי"ק שורש קל"ט שהביא דגם בתוס' תירצו לקושייתם דהו"ל ל"ת שבמקדש וע"ז כתב שם וז"ל מיהו יש לדחות דל"ד דה"ט משום דל"ת שבמקדש חמור ולא נדחי מקמי' עשה אבל גבי בל תוסיף לא שייך שוב חומרא דשייך נמי בעלמא מכל מקום יש לומר כיון דהוה במקדש לא דחי הנה כפי הנראה כוונו לסברא זו שכתבתי ודחיהו ולפענ"ד העיקר כמ"ש לדחות וכפי מה שביארתי דבכה"ג לא שייך הסברא דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש ודוק היטב ועיין שעה"מ הלכות נדרים פ"ג מ"ש בזה ולפמ"ש מיושב הרבה קושיותיו ע"ש:

יב ובזה יישבתי לנכון מ"ש במגילת אסתר במצות ל"ת מצוה ס"ט במה שהאריך הרמב"ן להקשות מהא דאמרו בסוכה דף מ"ד דר"ל ס"ל דכהנים בעלי מומין נכנסין בין האולם ולמזבח כדי שיצא ידי ערבה שבמקדש ואם הו' דאורייתא איך יכנסו בשביל ערבה שאינו רק תקנת נביאים וכתב המג"א דכיון דהוא הלמ"מ אתי הלמ"מ ודחי הל"ת דבע"מ ע"ש. ובאמת שדבר גדול דיבר בזה ומהתוס' שם נראה כהרמב"ן בין בבעלי מומין ובין בפרועי ראש ועיין ברמב"ן מצוה ע"ג שם ובריטב"א בסוכה שם ומוכרחין אנו לומר להרמב"ן תירוץ המגלת אסתר והקשתי בקונטרסי אשר לי על המצות הנקוב בשם דין וחשבון דהא הו"ל ל"ת שבמקדש ולפמ"ש ל"ק דאין עניינו לזה. איברא דגוף דברי המג"א תמוהים דלהרמב"ם דהלמ"מ דינו כד"ס לענין ספק א"כ מה"ת ידחה הל"ת של תורה ומצד הסברא היה נראה דאף י"ג מדות שיש להם רמז בתורה כיון שלשיטת הרמב"ם אינם באים בכלל מנין המצות כמ"ש בשרש השני יהיה העשה שלהם קיל מל"ת וזה היה נראה הנ"מ שטרח בה רבינו הרמב"ם שזה אינו בא בכלל ולא נודע למה הוא נ"מ כיון דהוא מודה שדינם כדין תורה לכל מילי רק שבכלל המצות לא בא א"כ מה נ"מ בזה ובקונטרסי שם כתבתי דנ"מ לענין ספיקות דהוי לקולא ולכאורה היה מקום לומר דנ"מ לענין זה אבל המג"א חידש דאף בהלמ"מ דודאי ספיקו להקל לשיטת הרמב"ם ואין לו זכר כלל בתורה ואפ"ה דחי. והנה יגעתי ומצאתי ראיה לדברי המג"א מהא דאמרו בירושלמי הובא בתוס' קידושין דף ל"ח דאתי עשה דמצה וידחה ל"ת דחדש ומתרצי

גזירה כזית ראשון אטו כזית שני וקשה הא לשיטת המזרחי אכילה בכ"ש והלמ"מ אתי ואפיקתי' על כזית וא"כ שוב לא דחי להל"ת אף בכזית ראשון וכ"ש אין לו שיעור וע"כ דהלמ"מ גם כן דוחה להל"ת כמ"ש המג"א. ובזה מיושב היטב דברי הש"ס בסוכה שם דאר"י מי אמרה ופריך הש"ס מי אמרה והא ר"י אמרה דאר"א אר"י דערבה הלמ"מ והוא תמוה דמה קושיא דניהו דהוא הלמ"מ מ"מ לא דחי הל"ת דבעלי מומין ולפמ"ש אתי שפיר דהלמ"מ דוחה וע"ז אמר דמי אמר בבעלי מומין דלמא דוקא בתמימין דלמא לא חייב בע"מ כלל בנטילה ודוק היטב בכל מ"ש.

יג אחר זמן רב שכתבתי זאת הגיע לידי ספר טורי אבן וראיתי בר"ה דף כ"ח ע"ב שכתב ג"כ ליישב הך קושיא של התוס' עירובין דף ק' הנ"ל דה"ט דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וכתב דאף שב"ת אין ענייננו למקדש דאכילת קדשים ומתן דמים הוא במקדש אפ"ה הל"ת שהוא במקדש אלים ואין עשה דוחה ובאמת שהריטב"א תירץ כן קושית התוס' אבל לפמ"ש בטעם הענין דאין עשה דוחה ל"ת א"כ ל"ש לזה ובאמת שהגאון כרכר הרבה בטעם הדבר למה אינו דוחה ל"ת שבמקדש דא"ל משום שהל"ת אלים דהא גם העשה אלים טפי מכל עשה דעלמא לפי שהוא במקדש ואפ"ה דחי וע"כ כתב דגזירת הכתוב הוא. ובאמת זה תימה רבה דמנ"ל לש"ס זאת וגם הא פליג עליו שם ואף אם נימא דל"פ מ"מ מנ"ל זאת לרבא ולפמ"ש אתי שפיר הכל מלתא בטעמא. ובזה ניחא מה שהאריך הגאון שם דע"כ עשה דמקדש דוחה ל"ת דעלמא. והביא ראיה משבת דף קל"ב דמביא ראיה דמילה שלא בזמנה דוחה יו"ט מדכתיב עולת שבת בשבתו ולא עולת חול בשבת וי"ט והשתא מה ראיה הא העשה דעולת חול היא עשה דמקדש ולכך לא דחי וע"כ דדחי. ולפמ"ש אתי שפיר דאטו משום גריעותא דעשה שבמקדש לכך לא דחי זה לא מסתבר כלל דאדרבא כיון דעשה דמקדש בודאי ראוי שידחה ורק דכל שהוא במקדש א"כ כל שיש ל"ת ומקרי קדשים פסולים שוב ליכא עשה כלל וכמ"ש למעלה א"כ ל"ת דעלמא פשיטא דעשה דבמקדש דוחה. ומה שרצה שם הגאון לחדש דלכך לא דחי מתן ארבע משום דהוא עשה דישנו בשאלה משא"כ מתן אחת מיירי מבכור דליתא בשאלה. במחכת"ה אם כי האריך בחריפות ובקיאות להוכיח דישנו בשאלה אחר זריקת דמים זה דבר שא"א כמ"ש התוס' בכריתות דף י"ג וכן קיי"ל ועיין מלמ"ל פי"א ממעה"ק. ומה שהקשה על דברת התוס' שנעלם מהם סוגיא ארוכה בשבועות כבר קדמו המהרש"א בשבועות דף כ"ז ובבה"ז שם ועיין שעה"מ הלכות שבועות מ"ש ליישב ולא בשביל שיש לו קושיא על התוס' יעתיק צור האמת ממקומו וגם הגאון סבל הרבה דוחקים לקיים שיטתו ופירושו כמו שיראה המעיין. וגם גוף דבריו לפענ"ד תמוהין דאטו בשביל שישנו

בשאלה קיל העשה דא"כ עשה דפסח ועשה דתמורה לא לדחי ל"ת דקיל והרי בתמורה נתנו טעמים אחרים וע"כ משום דכל שהוא לא שאל מ"ע היא שיהיה פסח וכמו כן מתן ד'. ול"ד להא דאמרו ריש יבמות עשה דנזיר קיל דישנו בשאלה משום דשם תואר הנזירות קיל דישנו בשאלה וכל דאינו מצוה בעצם רק שהוא נזר עצמו א"כ לא ידחה ל"ת דהא ישנו בשאלה אבל מ"ע דתורה שהתורה אמרה שכל שהוא קדש הוא כך וכך לא שייך לומר דישנו בשאלה דאז נשתנה ונעשה חול והתורה לא צותה רק אם יהיה קדש והקדושה לא נשתנה רק שזה הקרבן נשתנה מהיות קדש ונעשה חול אבל מכל מקום המצוה דמתן ד' לא נתבטל דמ"מ כשיביא קרבן בת מתן ד' יהי' מ"ע ליתן מתן ד' משא"כ בנזיר דכל שישנו בשאלה נתבטל המ"ע ואינו נזיר עוד. ובזה נראה לי מ"ש הרמב"ם הטעם משום דכל שנצטרע בטל העשה דקדוש יהיה ותמה הראב"ד דבש"ס אמרו משום דישנו בשאלה ובמק"א כתבתי הרבה בזה ולפמ"ש אתי שפיר דכל דבטל העשה שייך לומר דישנו בשאלה ונתבטל מעליו תואר נזירות מכל וכל ובלא"ה כבר כתב הרשב"א ז"ל ח"ג סי' שמ"ג שכל מה שאמרו שם בריש יבמות דנזיר קיל שכן ישנו בשאלה אינו רק לדחויי בעלמא ולהלכה קיי"ל דכל דהוא עשה ול"ת לא דחי לה העשה אף דעשה ול"ת קיל שישנו בשאלה ע"ש שישב בזה דבריו שכתב דעשה דמצוה ל"ד עשה ול"ת דנדר ולכך נדרים חלים עד"מ והקשו אותו הא נדרים עשה ול"ת קיל דישנו בשאלה וכתב שזה דחייה בעלמא והשעה"מ פ"ג מנדרים כרכר בזה הרבה ליישב דברי הרשב"א והחינוך ולא העלה דבר ברור והנך רואה שמן הראשונים לא נעלם דבר ואנחנו לא נדע עכ"פ אין לדברי הט"א מקום כלל.

יד והנה בהא דאמרו ריש פ"ד דר"ה אר"ל ב"ח כתוב אחד אומר שבתון זכרון תרועה וכתוב אחד אומר יום תרועה יהיה לכם לא קשיא כאן ביו"ט שחל להיות בשבת כאן ביו"ט שחל להיות בחול אמר רבא אי מדאורייתא היא במקדש היכא תקעינן ובאמת צ"ב דהא בירושלמי דרשו מקרא דוהקרבתם דבמקדש דחי כיון שיש בו קרבנות גם התקיעות דוחין והיינו דהוא ס"ל דבאמת התקיעה אין בו רק ל"ת ולא עשה דלא שייך שבות בדבר שאין בו מלאכה וכעין מ"ש הריטב"א ריש יבמות לענין לאו דמחמר דעכ"פ שבות לא שייך בו וכ"כ בהגהמ"ר בקידושין וא"כ באמת הי' מהראוי שהעשה דשופר ידחה הל"ת רק דממעט מזכרון תרועה והו"ל לאו הבא מכלל עשה דאין עשה דוחה לעשה ובפרט שהתורה מיעטה בפירוש אבל במקדש דיש קרא דוהקרבתם א"כ שפיר דחי העשה הל"ת דתקיעה וא"כ צ"ב מה קושיא על ר' לוי ולפמ"ש י"ל דהכי מקשה דרבא לשיטתו דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וא"כ כאן דהוה הל"ת שבמקדש א"כ

שוב מקשה במקדש היכי תקעינן. איברא דלפמ"ש כל דהל"ת אינו במקדש דוקא וכולל אף שלא במקדש עשה דמקדש ודאי דוחה אותה ולפי זה כיון דגם בגבולין איכא הל"ת דתקיעה וא"כ שפיר במקדש תוקעין. אך יש לומר דבאמת רבא הקשה עוד ועוד הא לאו מלאכה היא דאיצטריך קרא למעוטי והנה כבר כתבתי במק"א בשם כבוד אבי הרב הגאון נ"י להקשות דהא ניהו דלאו מלאכה מ"מ התורה אחשביה וקראה מלאכה וכמ"ש רש"י בביצה דף כ"ז לענין חלה ועיין פ"י בפסחים דף ה' ולפ"ז יש לומר דזה שמקשה רבא דכיון דלאו מלאכה היא ורק בשביל דאחשביה התורה למלאכה דצותה לתקוע ולפ"ז בגבולין דאין מצוה לתקוע שוב לא הוה מלאכה ואם כן שוב שפיר מקשה במקדש היכא תוקעין דהא בגבולין לא הוה מלאכה כלל ורק במקדש ושוב אין עשה דוחה ל"ת. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דאדרבא כיון דלאו מלאכה היא לכך אצטריך קרא למעט דלא יתקעו בגבולין ולפמ"ש אתי שפיר דרבא מקשה ממ"נ דל"צ קרא דע"כ מלאכה היא דאז במקדש תוקעין כיון דהוה מלאכה גם בגבולין וא"כ ממ"נ קשה או דבמקדש היכי תוקעין דלא שייך לומר דעשה דוחה הל"ת דהא במקדש אינו דוחה הל"ת דבמקדש וע"כ צ"ל דהאיסור גם בגבולין וא"כ שוב ל"צ קרא למעט גבולין ודוק היטב כי נכון הוא וקצרתי. ובזה נראה לפענ"ד הטעם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה משום דבאמת ל"ת חמור מעשה שבזה עובר על מצות ד' ובזה אינו רק שלילה רק מה שהעשה דוחה לל"ת משום שהקב"ה חפץ שיקיימו מצותיו וא"כ כל שיש בזה עשה ול"ת וא"כ שוב אינו מרויח דב"כ וב"כ מצוה אחת בטל ולכך אין עשה דוחה ל"ת ועשה ובזה נראה לפענ"ד במ"ש הריב"א בתוס' חולין דף קמ"א דבכ"מ שאינו דוחה עשה ול"ת אם עבר אינו לוקה דעכ"פ הל"ת דוחה ובאמת כל הפוסקים לא ס"ל כן ועיין מלמ"ל פ"א משופר ולפמ"ש אתי שפיר סברת הפוסקים דכל דלא דחי שוב אינו ראוי שידחה דהא באמת ל"ת חמור מעשה רק שהקב"ה חפץ בקיום מצותיו והרי ב"כ וב"כ יקיים המצוה ולכך בעשה דקום ועשה באמת דוחה עשה דשב ואל"ת כמ"ש המלמ"ל בפ"א מנערה בשם הרשב"א דהקב"ה חפץ שיקיים המצוה וז"ב.

טו ומה נכבד בזה דברי רבינו בפי"ג משחיטה הי"ט שכתב שאם לקח חייב לשלח ואם לא שלח לוקה שאין עשה דוחה ל"ת ועשה ועשה ול"ת דוחה לעשה והסיום אין לו מובן ומהלח"מ נראה שגרס ואין עשה דוחה עשה והיא משולל ביאור דלמה לו זאת שכבר כתב שאינו דוחה. ולפמ"ש אתי שפיר דכוונת רבינו דלכך לוקה דכל שאינו דוחה שוב הל"ת ועשה דוחים להעשה ולכך לוקה וז"ב כשמש. ובזה מיושב מ"ש הכ"מ דבש"ס משמע דבתחלה קודם לקיחה יש ל"ת ואם לקחה אין כאן רק עשה דהלאו כבר עבר

ולפמ"ש אתי שפיר דכל דעדן יש עשה אם כן שוב הל"ת בעצמותה חמור וכבר עבר על ל"ת ועשה עדן איכא עליו. וזה לפענ"ד כוונת התוס' במה שהקשו על הריב"א בד"ה לא צריכה דעבר ושקלה והקשו דלריב"א כל דעבר על הלאו הלאו כמאן דליתא והכא משמע דכ"ז דלא שקלה יש כאן עשה ול"ת ודבריהם תמוהים דאם קושייתם על המקשה דאמר דאיכא עשה ול"ת לציון הזה אין לו דורש למה ציינו על התרצן ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הקושיא היא על המקשן רק דבאמת אין מקום להקשות דגם לריב"א הו"ל עשה ול"ת כ"ז שלא עבר וע"ז הקשו מהתרצן דבאמת חידש דכל שעבר כבר עבר על הלאו וא"כ בתחלה אין עליו אלא ל"ת בלבד ופשיטא דעשה דחי ל"ת ואח"כ יש עשה וא"כ אמאי אמר דהלאו עבר ומשום דאיכא עוד עשה הא לריב"א בכה"ג לא עבר על לאו כלל דהא העשה דחי הל"ת דאז לא היה עשה רק ל"ת גרידא ועיין בנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' קל"ו ודוק היטב. עכ"פ דברי הרמב"ם מבוארים הארכתי בזה לפי שראיתי ברמב"ם דפוס באמסטרדם הגיה הרב המגיה שם ולא עשה דוחה עשה כמו שנראה מלח"מ ולפמ"ש כמו שהוא לפנינו עיקר ובדוקא כתבי' ודוק. ובגוף דברי הריב"א הנ"ל הנה המלמ"ל פ"א משופר ה"ד נסתפק בזה אם במקום דאיכא עשה ול"ת אי העשה אלים כחו דהאי לא תעשה ואין העשה יכול לדחות הל"ת כלל ולקי והביא דברי ריב"א הנ"ל ע"ש ולפענ"ד נראה דהדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בשורש המצות בשרש הששי שהרמב"ם בספר המצות שער ששי כתב שהמצוה שיהיה בה עשה ול"ת ראוי למנות העשה בכלל המצות עשה ול"ת בכלל הל"ת ע"ש ואם כן חזינן דהעשה אלים כחו דל"ת שלא יוכל העשה לדחות הל"ת ולכך ראוי למנותו למ"ע בפ"ע ולל"ת בפ"ע והרמב"ן נראה שס"ל כסברת הריב"א דהל"ת לא אלים ואם כן לכך דעתו שאין ראוי למנות כל אחת בפ"ע שזה וזה אחת שלפי שנצטוינו לשבות לכך נמנענו מלעשות מלאכה וכן להיפך ואם כן הל"ת לא אלים וז"ב. ולפענ"ד נחלקו בזה האמוראים דהרי התוס' הקשו בביצה דף ח' ע"ב דרבא ס"ל דיו"ט עשה ול"ת היא ואילו בשבת דף כ"ד משמע דרבא לא ס"ל דיו"ט עשה ול"ת היא ורב אשי היא דחידש דיו"ט עשה ול"ת היא ונדחקו בזה. והנני יוסיף להפליא דהכי רבא לא יסבור דעשה ול"ת היא והא כתיב שבתון ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ידע רבא דעשה ול"ת היא אבל סבר דהעשה ול"ת אינו רק מצוה אחת שנצטוינו לשבות ביו"ט ולכך אסרת במלאכה ואם כן לא שייך לומר דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דהא לא אלים כחו דהל"ת ועכ"פ אם עבר ודחה לא הי' לוקה ורב אשי חידש דיו"ט עשה ול"ת והיא במנין המצות הל"ת בפ"ע והעשה בפ"ע והיינו דאלים כחו של הל"ת דלא מזהר על המלאכה בשביל השביתה רק בשביל המלאכה בעצמה ואם כן כל

שיש עשה ול"ת אינו דוחה ולוקה. שוב ראיתי בשעה"מ פ"ג מנדרים שהאריך בדברי ריב"א ובטעם המלך שם הביא בשם הרב מהרז"ט כעין מ"ש בישוב קושית התוס' והוא אמר דנחלקו במחלוקת הריב"א והפוסקים הנ"ל אבל אני אומר דתלוי במנין המצות אם נמנה לל"ת בפ"ע משום מלאכה ולא מצות שביתה א"כ הוה עשה ול"ת גמור שהעשה היא משום שביתה והל"ת משום המלאכה. ויתכן יותר לפמ"ש המלמ"ל בפ"א משופר דדוקא היכא דאיכא עשה ול"ת בחדא מלתא הוא דאלים כחה דהל"ת אבל היכא דאיכא עשה אחריתי ודאי דוחה. ואני אומר להיפך ג"כ דע"כ לא כתב הריב"א דנדחה ל"ת אף שיש עשה בהדה משום דהוא סבור דהעשה ול"ת הוא בשביל ענין אחד עד"מ שנצטוינו בשביתה וכל שעושה מלאכה אינו שובת אין ראוי שידחה אבל אם נימא דנמנה כל אחת בפ"ע דהיינו העשה היא השביתה והל"ת היא שגזרה חכמת התורה שלא יעשה מלאכה וא"כ הל"ת היא אלים דיש עוד צירוף העשה דשביתה ולכך אינו דוחה וע"כ לא כתב המלמ"ל אלא רק בעשה דכלאים דהיינו עשה שאינו בענין זה א"כ הל"ת אין ענינו לעשה כלל אבל כאן מלבד שעובר על הל"ת דמלאכה עוד אינו שובת ושפיר לא דחי וזכינו שדברי הרמב"ם והרמב"ן נחלקו בדברי הריב"א והפוסקים ואמוראי נחלקו בזה ודוק היטב ובקונטרס חשבונות של מצוה יתפרש הדברים אם יזכני ד' לגמרו ולהפיצו ע"פ תבל. ואדאנן בי' אזכור מה שראיתי בדרך העברה בעלמא בשו"ת חתם סופר סי' רנ"א הנדפס מחדש שהביא קושיא אחת בשם אחד ותוכן הדברים דלר"א בשבת דף קל"ג דלכך מילה שלא בזמנה אינה דוחה משום דהוה עשה ול"ת. ולפ"ז להריב"א באם עבר ומל לא נשאר רק עשה וא"כ לא יהיה כרת במל בשבת מילה שלא בזמנה ואיך יפרנס סוגיא דשתי תינוקות דכל דליכא כרת במזיד לא שייך חטאת בשוגג ע"ש שהגאון ז"ל נדחק ליישב. ומאד תמהני אם נזדקר טעות גדול כזה דהריב"א לא מיירי רק ביו"ט דאינו רק לאו אבל בשבת דהלאו היא כרת אין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת כמבואר בסוגיא דעליה ביבמות ועיין רמב"ם פ"כ משבת ואם כן הל"ת בעצמותה חמור וחייב כרת וחטאת ור"א בשבת קאי על מילה שלא בזמנה ביו"ט אבל בשבת אין מקום לזה וז"פ וברור.

טז והנה שאלני עלם משכיל דכיון דמילה עשה שיש בו כרת ידחה הל"ת ועשה דיו"ט כמ"ש התוס' בזבחים דף ל"ג ע"ב ד"ה לענין ובחולין דף ע"ח ד"ה מנין. והשבתי דניהו דמצות מילה היא לאו שיש בו כרת אבל מילה בזמנה אין בו כרת דעיקר הכרת היא כשלא ימול כלל ועל אותו איש שלא נימול לכשיגדל ועיין בפ"א ממילה ברמב"ם וראב"ד ובתוס' מכות דף י"ד ודוק:

יז ודרך אגב אומר בהא דהקשו התוס' ישנים בכתובות דף מ' אמאי אצטריך קרא דאין עשה דכיבוד דוחה ל"ת דשבת דהא אי אמר לא בעינא אין חיוב על הבן לעבור. ולפענ"ד לק"מ דעיקר הכוונה דלא בעינא הוא דשם יש על הבועל עשה דולו תהיה לאשה אבל היא אינה רק רשות אם תרצה לישא אותו מצוה היא שישאנה אבל אינה מקיימת מ"ע ולכך אי אמרה לא בעינ' אינו עשה כלל אבל כאן באב כל שמצוה מקיים הבן המ"ע שצוה לו הקב"ה לכבד האב וגם האב מזכה לבן במצוה שמכבדו ומקיים על ידו מצוה לא שייך ענין לא בעינא ואף אם נימא דגם גבי כבוד דוקא הבן מקיים ולא האב מ"מ נראה לפענ"ד דעכ"פ בזה מיושב הא דאמרו בשבועות דף למ"ד האי עשה והאי עשה עשה דכבוד התורה עדיף והקשו האחרונים דהא אי אמר לא בעינא ליכא עשה דהת"ח יכול למחול על כבודו. ולפמ"ש א"ש דעכ"פ גם הת"ח נצטווה שלא יבזה כבודו דמשום כבוד התורה היא והרי אמרו למשניאי אהבו מות וא"כ לא שייך לא בעינא.

יח ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו בנדרים דף ס"ב למשרי לי' תגרא ברישא וכדאמרו לפתוח ראשון והקשה התומים סימן ט"ו דא"כ למה לא אמרו גם גבי כהן למשרי לי' תגרא ברישא ע"ש שכתב דכהנים הם רק כהני חזקות.

יט ובאמת שחלילה למרא דלימא הכי ואף שבשו"ת מפלפלים בזה לא לדינא אמרו כן רק לסניף ובפרט דעכ"פ בזמן הש"ס הי' מצוה עכ"פ למשרי תגרא ולפמ"ש אתי שפיר דכהן בעצמו אין בו יתרון משאר ישראל רק שהישראל מצוה עליו להקדיש הכהן א"כ כיון שעכ"פ הכהן יכול למחול על כבודו שוב לא עדיף האי עשה דהא יכול למחול על כבודו ועיין באו"ח סי' ר"א.

כ ונסתפקתי בהא דנזקקין לנתבע תחלה איך הדין אם שכנגדו ת"ח אם גם בזה שייך קדימה לת"ח וצ"ע. והנה שאלני עלם משכיל דא"כ גבי צרעת דאין בו רק ל"ת גרידא ולא כרת למה לא ידחה העשה דמילה שיש בו כרת אף עשה ול"ת וא"ל דהמילה אפשר אח"כ דהא כתבו התוס' והמהרש"א דבצרעת לא שייך זאת דמי יודע אימתי יתרפא מצרעתו ע"ש בשבת דף קל"ב והשבתי דאם נימא דמילה בצרעת לא אמרה תורה שימול ויקוץ בהרתו שוב לא שייך עשה שיש בו כרת דהא על המילה בצרעת לא נצטווה למול ואינו מגיע לו כרת דאונס הוא שא"י למול מפני הצרעת ודוק כנ"ל לפום רהיטא. ומה שהקשה בהא דאמרו גבי מילה בצרעת דהו"ל דבר שא"מ ופטור לר"ש והקשה הא התוס' כתבו בביצה דף ל"ד ע"ב ד"ה מלמטה בסופו דלא שייך אינו מתכוין רק שעושה דבר שאינו מתכוין לעשותו אבל כשמתכוין לעשות מה שעושה לא שייך אינו מתכוין א"כ ה"ה בזה דקוצץ בהרתו דעושה מה שמתכוין לעשות וע"ז אמר עפ"י חידושי הרשב"א בשבת

שם דמילה בצרעת דעיקר איסור מה שאסור לחתוך הצרעת דצריך להביאו לכהן לטהרו ולפ"ז כל שמל ואינו מכוין לחתוך כדי לטהר אותו מצרעתו שוב לא שייך איסור דאטו אסרה תורה לחתוך הבהרת רק שלא יטהרו בעצמו ויביאו לפני הכהן א"כ שפיר מקרי דבר שא"מ. הנה באמת דברי הרשב"א מאירים אבל לדבריו יקשה מכמה מקומות דקרי לי' אין מתכוין אף שעושה מה שמתכוין. אבל לפענ"ד כוונת התוס' בביצה דבכה"ג הוה פ"ר דהרי מתכוין לעשות מה שעושה ולא גרע מפ"ר ולפ"ז כל דהוה פ"ר מודה ר"ש ודוק היטב ועדיין צ"ע ועיין מ"א סי' ער"ח מה שהביא בשם הכ"מ בשם הר"א חסיד ההבדל שבין פ"ר ומשאצ"ל ודוק. והנה בהא דאמרו בשבת דף קל"ג אי איכא אחר לעבד אחר והקשה התב"ש דהא המ"ע על האב. והגיד לי תלמידי החריף מוה' שמואל נ"י שנת כת"ר בשם ברוך טעם דהרי התוס' הקשו דהא צרעת הוה עשה ול"ת ותי' דמילה הוה חמורה דנכרתו עליו י"ג בריתות ולפ"ז דוקא מ"ע של מילה אבל מ"ע שעל האב אינו דוחה העשה ול"ת ושפיר פריך ואי איכא אחר לעביד אחר. והשבתי תכ"ד שאף שדפח"ח.

כא אבל אינו נכון שכל שמצות מילה היא חמורה והיא עשה חמורה ויוכל לדחות העשה ול"ת שאף האב הוא מקיים מצוה החמורה וזה דמיון למ"ש המ"ל פ"א משופר לענין עשה ול"ת שאף הל"ת בעצמותה נעשה חמור ע"י העשה.

כב ואני אומר ביישוב קושיית התב"ש דהנה מה שהעשה דוחה לל"ת כתב הרמב"ן פ' יתרו שיותר כבוד למלך מה שעושין מצותיו ממה שנזהרין שלא לעבור על מה שהזהיר מלעשות. ולפ"ז מה שהמילה דוחה הצרעת זה כבוד למלך אבל מה שהטילה התורה על האב לעשות המצוה זה אינו מכבוד המלך שיקיים מצותיו רק סתם מצוה וזה מוטב שלא לעבור על הל"ת ודו"ק.

כג והנה במ"ש למעלה בענין שבות במקדש הנה המהרש"א בשבת דף מ"ב בתוס' חידש באיסורי שבת שייך זאת ולא בשאר איסורים וכבר תמהתי עליו בתשובה אחת מרש"י מעילה דף י"א ומיהו גם על רש"י קשה דהא בזבחים דף ע"ט לכל אוקומתות שם משמע דגוזרין גזירות והארכתי בזה במק"א.

כד אבל כעת אני תמה דהדבר מבואר בב"ב דף צ' דפריך במקדש כי לגזר כהנים זריזין הם והרי כל הטעם דאין שבות במקדש הוא משום שכהנים זריזים הם כמ"ש הכ"מ וא"כ מבואר דאף בשאר איסורים אמרינן דאין שבות במקדש וצ"ע. והנה בשנת תבר"ך ט' אדר שני הגיעני מכתב מהמופלג מוה' מרדכי הכהן טכאללער מקראקע שנסתפק לפמ"ש התוס' דעשה דפשיעה אינו דוחה הל"ת דאינו דומה לכלאים בציצית איך הדין בעשה שיש בו כרת דחמורה מל"ת מצד הסברא אי דוחה אף שהוא ע"י פשיעה דא"צ ללמוד

מכלאים בציצית. והנה לפמ"ש למעלה דסברת התוס' הוא עפמ"ש הרמב"ן בפ' יתרו דהתורה חפצה שיקיים העשה ממה שלא יעבור על ל"ת ולכך עשה דוחה ל"ת וא"כ כל שהיא ע"י פשיעה ולא חפץ התורה שיקיים העשה הלז שוב אין דוחה אף שהוא עשה חמורה וז"פ וברור:

סימן ריא

א בענין מום במקח.

ב בהיותי בק' בערזאן בקיץ שנת תד"ר הראני כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י דבר פלא בהא דפלפל המלמ"ל פט"ו ממכירה ה"ג על דברי הי"מ שהביא הה"מ שם באם היה יכול להבחין המקח תיכף ולא הבחין שמחל וא"י לחזור בו וע"ז כתב המלמ"ל דמ"מ אם לא נתן המעות עדן יש לומר דמש"ה לא הקפיד לנסות מיד ולא מחל עדיין ע"ש וע"ז תמה כבוד א"מ ני' דאמאי לא זכר שם שכן הוא בתוס' בכתובות דף נ"ח ד"ה הנהו בשם י"א דכל דקיבל המוכר המעות אמרינן מדלא בדק הלוקח בהנהו דאית להו קלא מסתמא סבר וקביל משא"כ בלא נתן המעות אומר לו הש"ל הרי מבואר כחלוקו של המלמ"ל. והנה אף דשם אינו מבואר רק בהנהו דקלא אית להו היינו משום דבאותן דלית להו קלא אף לאחר שנתן המעות יכול לחזור בו דלא שייך דהיה לו להבחינו. אבל עכ"פ מבואר דבלא נתן המעות אף דיש לו קלא אינו מוחל ומכ"ש בדבר שלא נודע בו המום רק שיכול להבחינו. אך גוף הדבר תימה שהדבר מבואר לכאורה בש"ס דהרי בע"ז דף ע"א פריך הש"ס מ"ש רישא ומ"ש סיפא ואם איתא מה קושיא דלמא שאני היכא דנתן המעות ולא בדק אם יש בו ע"ז ודאי מחל משא"כ בלא נתן מעות. ובאמת בבכורות דף י"ג מבואר בהדיא כן דאביי משני כן דאבעי לי' לעיוני והיא תמוה דלמה לא זכרו כל זאת המלמ"ל וגם התוס' לא הביאו ראיה לזה מש"ס הנ"ל. אך לפענ"ד נראה דמהש"ס ליכא ראיה דהנה לכאורה צ"ב הא דקאמר דאבעי לי' לעיוני דכיון דיהיב זוזי כי קא משיך אבעי לי' לעיוני והוא תמוה דהא באמת לעכו"ם שוה יותר הע"ז מגרוטאות סתם ורק דלגבי הישראל עיקר הנ"מ אם נאסר לו וצריך להוליך הנאה לים המלח וא"כ מה צורך לעיין דממנ"פ אם לא ידע העכו"ם מע"ז א"כ כשימצא אח"כ הע"ז בודאי ירצה העכו"ם שיחזור בו ויקח לעצמו הע"ז ששוה יותר מגרוטאות ואם באמת ידע ובטלו שוב מותר ובפרט למה דקאמר הש"ס בדף נ"ג דלמ"ד דבצורף הישראל מבטל ע"כ צ"ל שלא ידע העכו"ם דע"ז הוא וא"כ ממנ"פ מה יש לחוש דאם יודע לו או שיחזור ויקח לעצמו או שיבטלם כעת והיא קושיא גדולה ונפלאה וצ"ל דהחשש היא דשמא כעת באמת לא יודע העכו"ם כלל ואח"כ כשיוודע לו שמא באמת העכו"ם לא יחפוץ בה רק דלא יועיל הביטול דהו"ל

ע"ז של ישראל דכבר קנהו בכסף ומשיכה ושם ס"ד דתרוייהו צריך להנכרי כמ"ש התוס' ד"ה ואי ע"ש ולפ"ז שפיר קאמר כל דיהיב זוזי אבעי לי' לעיוני קודם שמשך אבל במשך כל דלא יהיב זוזי מה בעי לי' לעיוני הא כל דלא נתן המעות יכול העכו"ם עדיין לבטלו וז"ב ודוק:

ג וראיתי בטור יו"ד סי' קמ"ו שכתב דמשנתן מעות ומשך שוב הו"ל ע"ז של ישראל ואין לו ביטול ותמה הט"ז שם דשפת יתר הוא דאטו לא ידענו דע"ז של ישראל אין לו ביטול. ולפמ"ש ספרא דווקנא כתביה כיון דהוא כתב דבעי תרווייהו והיינו כתירוצו של אביי דאבעי לי' לעיוני הי' קשה לו קושייתי דמה לו לעיוני הא ממנ"פ או שהעכו"ם יחזור ויטלנו ממנו או שיבטלו לזה כתב דאח"כ לא יועיל הביטול וכמ"ש ובזה מיושב מ"ש דבעי תרווייהו והא הטור מסופק אם כדעת רש"י או כדעת ר"ת א"כ למה צריך תרווייהו. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דיש ספק שוב לא שייך אבעי לי' לעיוני או דמחזי כמקח טעות דהא ממנ"פ יוכל לבטל העכו"ם דמספק מוקמינן לה בחזקת המוכר דיש לו חזקת מרא קמא ולכך הצריך תרווייהו ויש לפקפק בזה. עכ"פ יהיה איך שיהיה מהש"ס אין ראיה דש"ה דיש לו ביטול משא"כ בדבר אחר אפשר דאין חילוק בין נתן מעות ללא נתן מעות. עוד יש לומר עפ"י מה דמבואר בסי' רל"ב ס"ה בראובן שמכר לשמעון בתים ונכנסו העכו"ם ועשנו הכותל וראובן טוען שזה מום עובר שהדין עם ראובן ולפ"ז אם יכול לבטל הע"ז א"כ לא הוה רק מום עובר וא"י שמעון לחזור בו ולפ"ז צריך להבין בהא דאמר דאיבעי לי' לעיוני הא בלא"ה יכול העכו"ם לומר שזה מום עובר דהא יכול לבטל. אך באמת כיון שנתן מעות ומשך שוב א"י לבטל דהו"ל ע"ז של ישראל אך לפ"ז בלא נתן מעות אמאי יכול לחזור הא הו"ל מום עובר. אך זה אינו דאם היה מבטל שוב לא הי' מום כלל דמותר לישראל עכ"פ שפיר מה דמצי לחזור בו כיון דאם רצה המוכר היה יכול לבטלו שלא יהיה בו מום ובכה"ג ודאי לא סבר וקביל היכא דלהמוכר לא יהיה הפסד ולהלוקח יהיה הפסד בכה"ג כופין על מדת סדום שיבטל ואם אינו מבטל חוזר מהמקח כנלפענ"ד.

ד שוב הראוני שבשערי משפט סי' רל"ב הביא קושיא זו בשם חכם אחד על הה"מ ועל המלמ"ל מרגיש הוא בעצמו וגם הראוני דבש"ך סימן רכ"ז ס"ד הביא בשם הג"א כעין דברי המלמ"ל הנ"ל אבל הוא אתי עלה מטעמא אוחרי מטעם מיגו יעו"ש. והנה התוס' הקשו בהא דאמר אבעי ליה לעיוני כיון דיהיב זוזי והקשו מ"ש משאר מקח טעות דלא אמרינן כן וכוונתם דבכל מקח טעות יוכל לחזור אף לאחר נתינת המעות כל שמוצא המום יכול לחזור בו וכדקי"ל בש"ע חו"מ סי' רל"ב וכמ"ש למעלה וכן נראה מהתוס'

בכתובות דף נ"ח דדוקא בהנהו דאית להו קלא הוא דחדשו בשם רבינו אליהו דא"י לחזור לאחר שנתן המעות משא"כ בשאר דברים (והרב בעל הפלאה שם תמה על התוס' דמנא להו דיכול לחזור עד נתינת דמים והעיקר תלוי בשעת קנין. ובמחכ"ת נעלם ממנו כל זאת ואזיל בתר איפכא ואדרבא אף לאחר נתינת המעות הי' יכול לחזור כמ"ש התוס' בבכורות דף י"ג ורק בשביל דאית לי' ולא הי' לו לעיוני קודם שנתן המעות אבל בשאר דברים יכול לחזור) ומ"ש התוס' דבע"ז הי' לו לעיוני טפי דשכיח למצוא ע"ז לפענ"ד יש לומר דאדרבא מסתמא לא הי' מוכר ע"ז ואם מכרה הי' מבטלה דאף בצורף ישראל מבטל לה כדאמרו בע"ז דף נ"ג ולא היה לו לחוש דלא היה יודע שיש בה ע"ז. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בב"ב דף ל"ד אמרו דכי מטי זוזי לידיה אסתלק לי' ע"ש ברשב"ם ותוס' ולפ"ז שפיר אמרו כיון דיהיב זוזי אבעי לי' לעיוני דהא אבעי לי' לעיוני כיון דכבר אסתליק העכו"ם שוב הו"ל ע"ז של ישראל דלא בטלה לאחר שמשך ולא שייך לומר דיכול לחזור בו כל שמוצא מום דבאמת יוכל הנכרי לטעון דאלו היית מעיין ומצאת ע"ז הייתי מבטל אותו או לדידך דהיה שוה ממון ואתה גרמת הנזק מה דל"מ ביטול שלי ומה אכפת לי' בזה במה שאתה עשית המום בעצמך וזה דוקא כשנתן מעות ואסתלק לי' הנכרי דאף לפירשב"ם דנכרי מסתלק משום דרוב קנינו בכסף הא גם כאן כל שנתן כסף וגם משך שוב לא יוכל לחזור בו ומכ"ש לשיטת התוס' שם ע"ש ודוק. ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית המחנה לוי שהקשה בהא דכתב הט"ז סי' קמ"ו לפרש דהא דאמר רבא סיפא מחזי כמקח טעות והיינו לפי שהעולם יחשבו שמכר לו באמת ע"ז שידע שיש בה ע"ז וע"ז הקשה דממנ"פ אם ידע מזה שוב מותר דהא ביטלה כל שמכרה לצורף ישראל וכדאמרו בדף נ"ג. ולפמ"ש אתי שפיר דהעולם יחשבו שבשעת נתינת המעות לא ידע רק אחר כך קודם שמשך ונכרי מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ליה ושוב אין בידו לבטלה. ובזה יש לומר דלכך נקט הטור דוקא ביש מעות ומשיכה הוא דא"י לחזור כיון דהטור באמת נסתפק בסי' ש"ד איזה מהם קונה בעכו"ם ואם כן שוב העכו"ם לא מסתלק לפרשב"ם דלכך מסתלק דקנינו בכסף אבל אם אינו קונה בכסף אינו מסתלק ולא שייך מקח טעות ולכך הוצרך תרוייהו וגם הפרישה כתב עד"ז והט"ז דחה אותן ולפמ"ש אתי שפיר ע"ש ודוק. והנה יש להסתפק אם הנכרי רוצה לחזור באמרו שאדעתא שיש בו ע"ז לא רצה למכור אם יכול לחזור בו לאחר קבלת המעות ולדעתי לאחר קבלת המעות לא יכול לחזור דגם הוא היה יכול לעיין ומדלא עיין מחל לו וגם יש להסתפק אם החזרה היא בכל המקח או דוקא במה שמצא ע"ז והדבר דומה לפלוגתת הרמב"ם והטור בחו"מ סימן רט"ז ע"ש בסמ"ע וט"ז אך נראה דאם נתן המעות כיון דלא נתברר איזה מעות נתן

בשביל הע"ז ואיזה בשביל הגרוטאות מטבע לא בטל עכ"פ מדרבנן ונאסר כלו ואפשר שזה החילוק בין נתן המעות ללא נתן המעות ויש להאריך בזה על כל קוץ וקוץ ודוק היטב כי יש בו ת"ל הערות נפלאות:

ה והנה הרב הגאון מוה' נתן אבד"ק ראווא נ"י הקשה אותי בהא דאמרו אם משנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח והיאך שייך משיכה דהא שם הוה גריטאות ודרכו בהגבהה וכל שדרכו בהגבהה לא מועיל משיכה רק הגבהה כמבואר בסי' קצ"ח ס"א ואף בדבר שיש בו טורח להגביה כל אחת כמבואר בש"ע שם לדעה הראשונה. והנראה לי בזה דהנה הטעם דהגבהה עדיף ממשיכה נראה דמשיכה אינו מושך לביתו ולרשותו רק שמושך מרשות שהי' שם אבל הגבהה כל שהוא ביד האדם ידו קונה לו והרי היא ברשותו ומה"ט הגבהה קונה בכ"מ ומשיכה אינו קונה אלא בסימטא או בחצר שאינו של שניהם כמבואר סי' קצ"ז ס"ב ועיין סמ"ע שם ובסי' קצ"ח ס"ג דבמשיכה א"צ רק שיוציאנה כלו מכל המקום שהוא בו אבל אינו מביאו לרשותו ולפ"ז כאן דיש בו מעורב ע"ז לא ניחא לי' דלקני אם כן ידו של אדם אינו קונה לו שלא מדעתו וכמבואר בש"ך סי' רס"ח ס"ק ו' דידו אין קונה לו שלא מדעת א"כ שוב לא עדיף הגבהה ממשיכה. איברא דלפמ"ש המהרי"ט בראשונות סי' ק"נ דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כשיש דעת אחרת מקנה א"כ כאן שהקנה לו שוב היה ידו קונה לו שלא מדעתו וא"כ שוב הגבהה קונה. והיה מקום לומר לפי מה דאמרו בע"ז דף נ"ג דבצורף ישראל אף דמבטלו משום דלא ידע העכו"ם אם מכר לו ע"ז לא הקנהו לו ולא ביטלו א"כ לא שייך דעת אחרת מקנה אך בלא"ה נראה כיון דכבר נתן מעות וכבר אמרו בב"ב דף נ"ד דעכו"ם מכי קיבל מעות אסתלק ונכסי עכו"ם הרי הם כהפקר וא"כ שוב לא שייך דעת אחרת מקנה כיון שכבר נתן מעות אסתלק העכו"ם ונעשה הפקר ובהפקר לא שייך דעת אחרת מקנה ועיין נמוק"י בב"מ דף י"ב ובמלמ"ל בפכ"ט ממכירה וא"כ שפיר קנה במשיכה ולא שייך הגבהה וז"ב. אך אי קשיא הא קשיא דמה פריך הש"ס בע"ז דף ע"א אי ס"ד משיכה בנכרי קונה אמאי עד שלא נתן מעות משך יחזיר והא משיכה בנכרי קונה ומאי קושיא דהא כל שלא נתן מעות ולא הפקיר העכו"ם הגרוטאות שוב היה מועיל הגבהה דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כשיש דעת אחרת מקנה וכמ"ש המהרי"ט ולכך יכול לחזור בו כשמשך עד שלא נתן מעות דמשיכה לא מהני במקום ששייך הגבהה והוא קושיא נפלאה. אמנם נראה דהכי אזלא קושית הש"ס דאם נימא דלא מועיל משיכה כיון שיכול לקנות בהגבהה שוב יקשה אמאי משנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח הא משיכה ל"מ וא"ל דכל שנתן מעות שוב נעשה הפקר ל"מ ההגבהה וכמ"ש דז"א דכל

הטעם דנכסי עכו"ם הרי הן כהפקר ומכי נתן מעות אסתלק ליה פירש רשב"ם משום דכל קניינו של נכרי בכסף והיינו כר"ל דמשיכה מפורשת בתורה לישראל ועכו"ם בכסף אבל אי נימא דמשיכה בנכרי קונה שוב לא שייך זאת ועיין תוס' ב"ב שם וא"כ שפיר פריך דאם משיכה קנה אמאי יוכל לחזור וא"ל משום דל"מ משיכה כ"א הגבהה דא"כ גם נתן מעות ומשך ל"מ:

ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' שהקשו דהאיך אמרינן אי ס"ד משיכה בנכרי קונה אמאי יחזיר ותקשי להיפך דאי נימא מעות קונות למה לי נתן מעות ומשך וכן פריך בבכורות דף י"ג דאי ס"ד מעות קונות ל"ל משך והוא תימה רבה. ולפמ"ש יש ליישב בדרך נחמד דהנה כבר נודע מחלוקת הסמ"ע והט"ז בסי' ק"ץ אי כסף שקונה בקרקע אי הוי כסף קנין או כסף שווי ועמ"ש על גליון הט"ז שלי גם בק"א לה"פ בקונטרס לקניינים הארכתי בזה ולפ"ז במטלטלין לר"י דמעות קונות יש להסתפק אי הוי קנין או מתורת דמי שווי. ולפענ"ד נראה דתלוי בטעמים של מעות קונות דאי נימא כשיטת רש"י משום דכתיב ונתן הכסף וקם לו אפשר דהוי מתורת קנין אבל לפמ"ש הנמוק"י דרוב הקניינים הם בכסף א"כ הם מתורת שווי דכן דרך למכור ולקנות ונותן כסף בעד החפץ וזה שווי המקח. ולפ"ז נ"ל דבר חדש דהנה בהא דאמרו בע"ז דף מ"ב גזירה דלמא מגבה לה ביאר הר"ן באלפסי שם דאף דאין זכיה בא"ה מכל מקום מועיל שיהיה מחויב לבערו והיינו דכיון דעד שלא קנה היה מועיל ביטול וקנייתו ואיסורו בא כאחת ומזה למד לחמץ בפסח וכ"כ הריטב"א בחידושיו ודעת הרשב"א בתשובה סי' קע"ח דמועיל זכייה בא"ה ועכ"פ כל שמגביה הם א"ה ואין להם דמים והנה כבר נודע מ"ש דהמקדש בא"ה דמקודשת לפי שאינו דמיו וביארו הרמב"ן והר"ן דאין זה החפץ שוה דמים ואינו נותן בעד החפץ והמעות או מתנה או גזל אבל אינו בעד החפץ רק בתורת מתנה ועיין מלמ"ל דאף שמכרו לעכו"ם אפ"ה אין דמיו לו ע"ש בפ"ה מאישות ה"ז שהאריך בזה ולפ"ז כאן דנתן מעות בעד גרוטאות ולא ידע שהם ע"ז א"כ שוב לא שייך לומר דהם דמי שווי ולפ"ז אם נימא דבעכו"ם ג"כ מעות קונות ומטעם שכל קניינו בכסף ועיין בב"ב דף נ"ד דפירשו דלכך עכו"ם מכי נתן לו מעות אסתלק דמצינו בנכרי קנין כסף ע"ש ולפ"ז יש לומר דלאמימר דאמר משיכה בנכרי קונה תדע דהני פרסאי משדרי ולא הדרי בהו א"כ יש לומר דכיון דיליף מסברא כפשטות הלשון ועיין בתוס' שם שכתבו דאין זה עיקר הטעם רק דכתבו דסבר כר"י אבל להס"ד י"ל דאמימר מצד הסברא אמר כן ולא מקרא דלעמיתך א"כ שפיר פריך אי משיכה בנכרי קונה אמאי יחזיר ולא שייך לומר דא"כ אי מעות קונות ל"ל תרווייהו נתן ומשך דז"א דיש לומר דגם מעות קונות ס"ל והיינו

מצד הסברא דקונין בכסף וכמ"ש הנמוק"י גבי ישראל לר"י דמעות קונות ד"ת א"כ שוב יש לומר דלא מועיל נתינת מעות דל"ש שווי בא"ה ולא קנה ושוב צריך משיכה ולא פריך רק אם נימא משיכה קונה למה יחזיר אבל אם מעות קונות שפיר יש לומר דצריך תרווייהו אבל שם בבכורות דאזלינן לר"ל דס"ל דמשיכה מפורשת מה"ת ודריש לעמיתך במשיכה ונכרי בכסף דשם הוא בודאי בתורת קנין וא"כ שוב שפיר פריך למה לי משיכה במעות סגי דלדידי' כסף קנין וקנין שייך ביה דעד שלא נקנה לו יש לו ביטול וכמ"ש הר"ן וקנייתו וזכייתו בא כאחת ושפיר שייך כסף קנין משא"כ אם נימא דהוא דמי שווי ומיושבים שתי הסוגיות ובזה מיושבים היטב דברי הרמב"ם שפסק בהלכות עכו"ם פ"ז דאם נתן מעות ולא משך או משך ולא נתן מעות יחזיר רק בנתן מעות ומשך יוליך הנאה לים המלח והקשה הלח"מ דהא בבכורות מקשה למ"ד בנכרי כסף קונה למה לי משך ומשני דמיירי שקיבל עליו לדון בדייני ישראל וכיון שרבינו פסק דבין במשיכה ובין בכסף קונה בנכרי א"כ היה צריך לבאר דמיירי בקיבל לדון בדין ישראל ולפמ"ש א"ש די"ל דרבינו ס"ל דהמעות הוא בתורת שווי ולא בתורת קנין וא"כ לכך יחזור משא"כ בנתן מעות ומשך ומשיכה כל שלא נתן מעות לא מתחזי כע"ז ביד ישראל כמ"ש רבא. ובזה מיושב מה שסיים הטור ביו"ד סי' קמ"ו דאם נתן מעות ומשך כבר נקנו לו והו"ל כאליל של ישראל ואין לו ביטול וכו' ותמה הט"ז שם ס"ק ד' דלמה הוסיף הטור הך. ולפמ"ש אתי שפיר דאף דגם נתן מעות ומשך לא היה לו לקנות דצריך הגבהה ולזה אמר דהגבהה ל"ש כאן דלא בא לרשותו דהו"ל אליל של ישראל ולא ס"ל כמ"ש הר"ן דיש לו זכייה בא"ה ובפרט לפי נוסחא הישינה בטור שם דרק מדרבנן גזרו שלא יועיל ביטול דלמא מגבה לה אבל מדאורייתא ל"ח ע"ש ועיין ב"ח שם א"כ אין ראיה דמועיל זכייה בא"ה ושוב ל"ש הגבהה וגם בפשיטות יש לומר בכוונת הטור דלכך מועיל משיכה אף דהוה קנין בא"ה דהרי נעשה אליל של ישראל ומשום דזכייה וקנייה בא כאחד וה"ה לענין שיהיה מועיל הקנייה ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק.

ז ובגוף הדבר שכתבתי דל"מ קנין הגבהה דלא ניחא לי' אף דיש שם גם שאר דברים שאינם ע"ז ולזה מועיל הקנין היה נראה דתלוי במחלוקת הקדמונים אם מכר שני דברים ובאחד יש בו ביטול מקח אם בטל כל הקנין וכמ"ש למעלה והדברים עתיקים וע' במלמ"ל סוף הלכות זכייה ובמחנה אפרים הלכות מכירה ואונאה סי' כ"ג. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דאף אם נימא דהיכא דבטל במקצת לא בטל כלו ומטעם דאינם מעמידים דבריהם אלא לפי משקל ולפי מנין אבל זה דוקא כשקונים בכסף די"ל דהכסף לפי משקל ולפי מנין אבל במשיכה שמושך כל הדבר ביחד וכל שיש בזה דבר אחד

שאינו קונה בטל הקנין בכלו. וחילי דילי מהא דמבואר בסי' ק"ץ סט"ז דהא דקנה כנגד מעותיו דוקא בכסף במקום שקונה בלא שטר אבל במקום שצריך שטר אין שטר לחצאין וביאור הדברים דהשטר הוא כולל וכל שבטל במקצת בטל כלו וא"כ דון מינהו למשיכה דכל שבטל במקצת בטל בכלו. איברא דלפ"ז יקשה טובא מ"פ ואס"ד משיכה בנכרי קונה אמאי יחזיר וקשה לימא דאדרבא כיון דמשיכה קונה ולענין ע"ז ל"מ הקנין דס"ל דאין זכייה בא"ה וא"כ בטל כל הקנין וצ"ל דס"ל כמ"ש הר"ן דכל שהיה מועיל הביטול בעודו ביד נכרי א"כ הזכייה והאיסור בא כאחת ושפיר קנה ופריך שפיר למה יחזיר ומחזי כע"ז ביד ישראל או דמחזי כמקח טעות לא ס"ד דזה חידשו אביי ודבא וס"ד דאיבעי לי' לעיוני ומדלא עיין מחל ועיין בתוס' בכורות שם ומ"ש למעלה בזה:

ח ובזה יש ליישב קושיית התוס' דלכך ל"פ אם נימא מעות קונות יקשה סיפא למה לי משיכה. ולפמ"ש יש ליישב דאם נימא דמעות קונות ושוב כבר נעשה ע"ז של ישראל מיד כשנתן המעות א"כ הו"א דכל שמשך וגלי אדעתא דלא רצה לקנות בכסף רק במשיכה אבל ע"ז של ישראל נעשה כבר ע"י המעות דעכ"פ נעשה הפקר דמשנתן המעות נסתלק לי' העכו"ם ובזה בודאי זכה בו הישראל ואף לשיטת אא"ז הב"ח באו"ח סי' תקפ"ו כל שהוא הפקר ודאי מקרי ע"ז של ישראל ושוב כשהוא רצה לקנות ע"י משיכה שוב בטל כל הקנין לזה קמ"ל רבותא דאמרינן דכבר קנה במעות והמשיכה לא עשה בשביל לבטל הקנין של המעות וא"כ רבותא קמ"ל וזהו שם דלא ידעינן מקרא אבל למ"ד דמעות קונות בעכו"ם ולא משיכה וא"כ שוב לא שייך לומר דבטל הקנין של משיכה קנין תורה של מעות ועיין בב"י חו"מ סי' רס"ח ושפיר קשה למה לי משיכה ולא שייך רבותא ודו"ק היטב כי יש להאריך על כל קוץ וקוץ ות"ל הוא חריף ונעים ונחמד. וראיתי בספר שערי משפט ח"ב סי' קצ"ח בהא דמבואר דמשיכה בדבר שדרכו להגביה דלא קנה שכתב דמשמע דאף שנתן מעות כל שמשך בדבר שדרכו להגביה ל"מ וכן משמע מרמב"ם פ"ג ממכירה ה"ד שכתב שהלוקח מטלטלין אעפ"י שנתן כל המעות יכול לחזור בו וכן המוכר יכול לחזור בו עד שיגביה או עד שימשוך דבר שאין דרכו בהגבהה ומשמע הא דבר שדרכו בהגבהה לא וע"ז הקשה דלקני במעות דהא כל הטעם דאינו קונה במעות דחז"ל עקרו הקנין משום שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעלייה וכאן כל שמשך לסימטא דהא הם ברשות לוקח ויכול להצילם מידי דהוה אם ביתו של לוקח מושכר למוכר דמעות קונה דיש לו רשות בו וכבר כתבו התוס' דלכך לא תקנו מעות ומשיכה דא"כ יאמר הלוקח נשרפו חטך בעליה (וא"כ עכ"פ המוכר ללוקח ודאי לא יוכל לטעון דעכ"פ ימשכם לסימטא אבל להיפך חשו שמא יאמר נשרפו חטך דשמא הלוקח ימשך לביתו

ממש כצ"ל בכוונת קושייתו) והיא קושיא גדולה ונדחק בזה. והנראה בזה דהנה בסי' רס"ח ס"א מבואר דאם ראה את המציאה ונפל עליה אם הוא במקום שארבע אמות קנה קנה ולא גרע משום דנפל עליה ע"ש דלא כי"ח ומבואר שם בב"י דזה דוקא בקנין דרבנן אבל בקנין דאורייתא אף הי"ח מודו דלא מבטל ליה אף שגלה דעתו על קנין אחרת. ומצאתי במלמ"ל שכתב בפ"ב ממתנה ה"ט במ"ש הרמ"ה דאם היו הלבנים של גר אף שהגביה הראשון לא קנה כיון שלא כוון לקנותם אלא ע"י בנין והקשה המלמ"ל דהא הרמ"ה פסק דאף בקנין דרבנן ל"מ לבטל קנין של תורה וכתב דש"ה דבשעה שיש לו ד"א כוון לקנות אף דאין דעתו לקנות בארבע אמות מ"מ עכ"פ כיון לקנות באותה שעה אבל הכא בשעה שכיון לקנות אין כאן הגבהה ובעת שהגביה לא כיון לקנות כ"א על ידי קנין הבנין ע"ש ולפ"ז אף אנן נאמר דהרי במעות לא קני כלל דחז"ל עקרו לקנין כסף רק דכל שמשך אח"כ קנה למפרע על ידי כסף דלא שייך תקנת חז"ל שמא יאמרו ולפי זה כל דבשעת הקנין לא קנה ונתכוין לקנות על ידי המשיכה ובמשיכה לא קני שוב לא קנה למפרע על ידי כסף וזה ברור.

ט ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד ליישב הנך שתי סוגיות שבע"ז ובכורות שסותרות זו לזו כמו שכתבו התוס' ונדחקו דהנה כבר כתבתי קושית הגאון מראווא נ"י דאיך שייך משיכה בגרוטאות והא דרכו בהגבהה אך נראה בזה דהנה אם עד שלא נתן מעות משך הוא תימה דהיה לו למנקט סתמא אם משך ולא נתן מעות יחזיר ונתן מעות ומשך קנה ויוליך לים המלח וכן דקדק הגאון הנ"ל. והנראה בזה דלפמ"ש אתי שפיר דבאמת מירי שהיו שניהם רק דתלוי איזה מהם היה קודם. ונקדים מ"ש הט"ז ביו"ד סי' קל"ב ס"ק ח' דאף דעכו"ם אינו קונה בכסף אבל ישראל מעכו"ם קונה כיון דישראל מישראל קונה דבר תורה כ"ש עכו"ם והגאון בחידושי הגרשוני ואא"ז בעל שער אפרים סי' ע"ט חלקו עליו. ולפמ"ש יש לומר דאם נימא דישראל בכסף ועכו"ם במשיכה אם כן אף בדברים שאינו קונה במשיכה כל שמשך ואח"כ נתן מעות קונה דעכ"פ כל שנתן מעות קנה על ידי המעות כל שמשך דלא שייך החשש וכאן לא שייך דלא נתכוין לקנות דהא המעות נתן אח"כ ונתכוין לקנות וכל שמשך דלא שייך החשש שמא נשרפו חיטך בעליה שוב מעות קונות אף בעכו"ם דלא עדיף מישראל ואם עד שלא נתן מעות משך היינו דנתן מעות אח"כ רק שמשך בתחלה יחזיר והיינו דע"כ ס"ל דמשיכה קונה בישראל ואם כן מעות לא קנה ואף דבעכו"ם קנה במעות מכל מקום המשיכה לא הועיל והמעות אינו קונה כיון דגילה דעתו דרצה לקנות במשיכה דהרי זה עשה ראשונה ובזה בודאי ל"מ דבעת שעשה קנין זה לא עשה עדן קנין אחר ואם כן נתכוין לקנות במשיכה ומשיכה לא מועיל

בדבר שדרכו להגביה ואף להט"ז דחידש דכל דישראל מישראל קונה ישראל מעכו"ם נמי ואם כן ה"ה להיפך הא ז"א דמשיכה לא מועיל בדבר שדרכו להגביה ואף דמעות קונה בעכו"ם הא הוא רצה לקנות במשיכה אבל אם נתן מעות קנה אף שמשך אחר כך ומשיכה ל"מ הא בעכו"ם קונין במעות ואף שמשך אח"כ לא ביטל הקנין שהיה בתחלה איברא דלפ"ז צ"ב מ"פ אי ס"ד משיכה בנכרי קונה אמאי יחזיר והא ל"מ משיכה בדבר שדרכו להגביה. אך באמת קושית הש"ס היא דאם בנכרי משיכה קונה אם כן בישראל קונה מעות ואם כן כיון שמשך ואח"כ נתן מעות א"כ שוב יקשה דלקני במעות שנתן אח"כ וא"ל דגלי דעתיה דבמשיכה רצה לקנות דזה אינו דהא בלא"ה לא קנה במשיכה שהם דברים שדרכו להגביה וכיון שאח"כ נתן מעות שוב קונה דאף דעכו"ם במשיכה ישראל מעכו"ם קונה במעות:

י ובזה מיושב היטב קושית התוס' דאלא מאי מעות קונות בעכו"ם א"כ למ"ל בסיפא משך ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבעכו"ם במעות קונה א"כ לרבותא נקט דאף דה"א דהמשיכה ביטל לקנין הראשון ע"ז קמ"ל כיון דבעכו"ם מעות קונות והוא נתן מעות קונה ול"ש דהמשיכה ביטל הקנין דהא ל"מ משיכה בזה ופשיטא דלא ביטל והא דפריך בבכורות ואי ס"ד מעות קונות משיכה למה לי היינו אם נימא דבישראל קונה מעות ונכרי במשיכה אם כן שוב בישראל מעכו"ם ודאי קונה במעות משיכה למה לי והא בישראל קונה במעות וא"ל דה"א דלבטל האי קנין של משיכה המעות דז"א דהא בישראל מעות קונות ומשיכה ל"מ כאן ואיך ס"ד דלבטל הקנין הגרוע הקנין הטוב של המעות והא דעד שלא נתן מעות משך יחזיר הוא שפיר כיון דבנכרי משיכה קונה ה"א דלא יחזור דאף דכאן ל"מ משיכה יקנה על ידי מעות שנתן אח"כ ושפיר ביטל את הראשון דהראשון היה קנין גרוע אבל בע"ז דקאי על משיכה בנכרי שפיר מקשה אמאי יחזיר דעכ"פ עשה אח"כ קנין מעות וכמ"ש וסיפא ל"ק וכמ"ש דשפיר צריך שניהם לרבותא ודוק היטב ועיין פ"ד דדמאי בתוס' חדשים ותמצא די"ל דלחומרא קונה משיכה אף במקום שדרכו להגביה ויש ליישב בזה הסוגיא וליישב קושית הגאון מראווא הנ"ל ודוק כי קצרתי. והנה התוס' בבכורות דף י"ג הקשו דהא איכא מי שפרע ואמאי יכול לחזור ולכאורה לפי מה דמבואר בחו"מ סי' ר"ט דבמקח שנעשה באיסור לא שייך מי שפרע וא"כ כאן דהוה מקח הנעשה באיסור לא שייך מי שפרע כלל ולפענ"ד נראה דבר חדש דע"כ לא כתבו זאת רק בהוסיף במקח בשביל המתנת המעות דיש איסור על שניהם משום ריבית אבל כאן לגבי המוכר ליכא איסור כלל וא"כ לגבי' הלוקח עובר במי שפרע דמ"ל בזה שגבי הלוקח לא שייך מי שפרע מכל מקום לגבי המוכר מכר לו דבר ששוה ושוה מעות

ומ"ל בזה מה שלגבי הלוקח אינו שוה ואף שקיבל עליו לדון בדיני ישראל היינו שהדין יהי' כמו בישראל אבל מכל מקום גוף החפץ שוה לגבי' שהוא עכו"ם יפה. אמנם נראה דלפמ"ש ר"ת בב"מ דף מ"ח דהיכא דמפסיד כל המקח לא שייך מי שפרע והוציא כן מהאי דזבין כתנא וירא מפחד אונסין שיגזלו ממנו דלא שייך מי שפרע והרי התם המוכר מכר לו דבר ששוה מעות בעצם רק שזה ירא שלא יגזלו ממנו ואפ"ה לא שייך מי שפרע כל שזה מפסיד כלו וע"כ משום דלא שייך מי שפרע רק במי שאינו רוצה לקיים דיבורו בשביל יוקרא וזולא אבל מי שמפסיד כלו ל"ש זאת ואם כן ה"ה בזה דעכ"פ זה מפסיד כל המעות ולא שייך מי שפרע אף שזה מכר לו דבר ששוה מעות מ"מ לגבי הלוקח אינו שוה ומפסיד כלו ובכה"ג לא תקנו מי שפרע וז"ב. ובזה מיושב היטב דברי התוס' שכתבו דלר"ת א"ש ותמה בשערי משפט סי' ר"ד דממ"נ למאן אזלו אם להס"ד דלא הוה מקח טעות דסבר וקיבל א"כ שייך מי שפרע דהא סבר וקיבל ואף במפסיד כל המעות שייך מי שפרע דהא סבר וקיבל ואי קאי לפי המסקנא דהוה מקח טעות מ"מ קשה דגם לכל הדיעות שייך מי שפרע דדוקא במקח שבא לו הפסד לאחר שקנה ל"ש מי שפרע אבל במום במקח פשיטא דיכול לחזור ול"ש מי שפרע אף להחולקים על ר"ת והיא תימה גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי כוונת התוס' דבשלמא לר"ת לא שייך מי שפרע אף שהמוכר מכר לו דבר ששוה מ"מ הוא מפסיד כלו אבל להחולקים על ר"ת דשייך מי שפרע אף שזה מפסיד כלו מ"מ הוא מכר לו דבר השוה ומ"ל להמוכר בפסידתו של זה א"כ ה"ה כאן ל"ש מי שפרע דניהו דלגבי הלוקח הוי פסידא אבל המוכר לא עשה איסור ולא מכר לו דבר שאינו שוה וז"ב כשמש. ומה שהקשה עוד שם דאכתי היאך שייך מי שפרע הא לא נפסד רק מקצתו דהרי מצא בה גרוטאות ע"ז אבל שאר הגרוטאות הן כשרות וא"כ לא נפסד הכל וא"כ אינו מפסיד כלו ובכה"ג שייך מי שפרע כמ"ש הסמ"ע ומחלק בין הוזל ובין שנחסר אבל נדחק בטעמו.

יא ולפענ"ד הדברים נכונים עפ"י פשוטם דהרי נחלקו הקדמונים אם מכר לו שני דברים ונמצא שאין לו רק אחת אם יכול לבטל המקח דיכול לומר איני רוצה לקנות רק הכל ביחד ועיין מלמ"ל ומח"א שהאריכו בזה וגם אני הארכתי בזה בתשובה ולפ"ז מכ"ש לענין מי שפרע דכל שנחסר לו מקצת דעכ"פ לא שייך מי שפרע דיכול לומר אני הייתי רוצה לקנות כלו ביחד וזה ברור.

יב אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בחידושי שבועות להר"י מג"ש שנדפסו באובן נדפס בסוף השיטה מהרב בעל נאמן שמואל והקשה על מה דקרי לי' הש"ס כאן מקח טעות והא מבואר דמקח שנעשה באיסור המקח קיים ולא נקרא מקח טעות. ובמחכ"ת הדברים

פשוטים דשם המקח בעצמותו יש לו שווי רק שאסור בשביל רבית אמרינן בזה דאף דעבר אמימרא דרחמנא מכל מקום מועיל ואף דק"ל כרבא האריכו בזה הסמ"ע והש"ך סי' ר"ח לחלק אבל כאן אינו שוה כלום לגבי הלוקח ולגבי הלוקח הוה כמום במקח ואינו קיים המקח גם מצאתי שם שהרגיש במ"ש דלא שייך מי שפרע במקח שנעשה באיסור וגם קושית השערי משפט דהא אינו מפסיד רק חלק מהמקח ולפמ"ש ת"ל כל הדברים נכונים. ודרך אגב ארשום מה ששאל אותי החריף מוה' משה זאב מזוזה נ"י בהא דפריך ר"פ השוכר את הפועל בע"ז דף ס"ב מהא דאמר לפועל צא ולקוט לי יום וכו' וע"ז הקשה דלפמ"ש התוס' בפרק האומנים דכל שנתן לו שכרו לפועל מקודם הו"ל כאילו רצה שיהיה שלו תיכף ויכול הפועל להוציאו ע"ש ובמחנה אפרים הלכות שכירות פועלים סי' ג' ולפ"ז הא בהקדים לו דינר כתב הרשב"א דהו"ל כבא עלי' אחר שנתן לה ואתננה מותר ועיין מח"א הלכות קנין מעות סי' י"ב ואם כן שוב יהיה שרי כיון שהקדים לו דינר. והשבתי דכיון שאמר בפירוש שילקוט בפירות שביעית והו"ל מקח שנעשה באיסור דכל שלא הי' קנין בודאי לאו כלום הוא ויכול להחזיר ושוב שכרו אסור דאינו רשאי להוציאו כיון דהמקח והפעולה בטילה ודוק:

יג והנה בשנת תרט"ז למדתי עם תלמודי יו"ד סי' ל"ו ולמדתי בש"ס חולין דף מ"ה דר"י בר"י הוה קאזיל בתרא דר"י בשוקא דטבחא חזיא להנך דקיימין צמחי צמחי א"ל לא בעי מר אומצא א"ל לית לי פרוטי א"ל אקפן אנא והוא תמוה ורש"י פירש דדחאן אבל למה הוצרך הש"ס להאריך כ"כ. ואמרתי בזה לחידוד התלמידים דהנה ביומא דף פ"ו אמרי' ה"ד חילול השם אמר רב כגון אנא דשקילנא בישרא מבי טבחא ולא שלימנא מיד ומשם מבואר דדוקא לאדם גדול גם זה נחשב חילול השם במה שלא פרע מיד אם כן לכך אמר ר"י דלית ליה פריטי ואינו רוצה לקחת בהקפה ולכך אמר ר"י בר יוסף שהוא יקח בהקפה והוא אינו חשוב כ"כ ויוכל לקחת בהקפה. אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דלפמ"ש המלמ"ל שהבאתי מראש דבהקפה לא שייך לומר דהי' לו לנסות דהא עדן מחזיק המעות בידו ולפ"ז נראה לי דשוב לא שייך חילול השם בדבר דהא כל שאינו יודע אם כשר הוא וצריך לנסותו ל"ש שצריך לפרוע לו ולפ"ז אני אומר דבר נכון דהרי בהנך דקיימי כנדי כנדי נחלקו הפוסקים אם נמצא מים סרוחים ועכורים אי טריפה ושיטת הרי"ף ורמב"ם דטריפה והרשב"א מביא ראיה מדרבנן דחזו כנדי כנדי וטנרי טנרי ולא אמרו ולא מידי ולפ"ז צ"ל להפוסקים דאסרו דהא דלא אמרו משום דעדיין לא לקחו ובאמת כשיקנו יהי' מצריכים בדיקה ולפ"ז כאן דקאמר ליה לא בעי מר אומצא וצריך לקנות א"ל לית לי פריטי והיינו דהוה חילול השם משום דל"צ כלל לנסות דכשר למאן

דמכשיר בכל גווני ונמצא שזה עדיין לא ידע אם הם כשרים או שדוחהו כמ"ש רש"י וזה שא"ל אקפן אנא היינו אני שאיני יודע הדין אני מותר לקנות דהא עדיין צריך אני לנסות ובכה"ג ליכא חילול השם וע"ז אמר מה אעביד לך דר"י לא התיר ודוק היטב כי חריף הוא. ומפי כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י שמעתי בזה דבר נפלא דהנה בדף מ"ד איתא ות"ל משום חשדא ואמרו שם כל דמזבין במתקלא לא אתי למחשדי' ובהגהת אשר"י שם כתב דעכ"פ צריך לפרוע מיד כי היכא דלא לחשדי' ולפ"ז כאן דרצה לנסותו אם מכשיר השיב לו דלית ליה דמי לשלומי והיינו דיבאו לחשדו דשקיל בשביל הוראתו וע"ז אמר אקפן אנא והיינו דאני יכול להקיף ואתה לא תקיף ולא אתו לחשדך וע"ז אמר דאסור ודוק היטב ודפח"ח:

יד והנה בשנת תרט"ז ב' חנוכה היה אצלי הרב החריף מוה' איצק שמעלקיש נ"י והקשה בהא דפריך אי הכי רישא נמי היה מקח טעות וע"ז הקשה דהא לפמ"ש המג"א סי' תקפ"ו דכל שחייב באחריות הוה כשלו ויכול לאסרו והו"ל ע"ז של ישראל וא"כ הרי מבואר בחו"מ דכל שהוא מקח טעות חייב באחריות וכתב הב"ח הטעם בהאי הנאה דתפיס לי' אזוזי וא"כ גם כאן הרי תפס ליה אזוזי ולכך כל שנתן מעות ומשך חייב באחריות ונעשה ע"ז של ישראל וא"ל דא"ל הנאה במה דתפיס לי' אזוזי דהרי יצטרך להוליך הנאה לים המלח דז"א דאם לא יאסר ולא יצטרך להוליך הנאה לים המלח שוב הו"ל הנאה וכעין מ"ש התוס' בב"מ דף ל' לענין פרה אדומה בעלה עליה זכר. והשבתי דז"א דהא ל"ש דתפיס ליה אזוזי והו"ל ע"ז של ישראל דהרי לא נתכוין לקנות ע"ז ואדרבא זהו מקח טעות דלא ידע שהן גרוטאות של ע"ז וא"כ לא נעשה ע"ז של ישראל וע"כ לא כתב המ"א רק ברצה לזכות בו בגזלנותא וכדומה אבל בשוגג לא שייך זכייה ולא נעשה ע"ז שלו ועיין קצה"ח סי' רצ"א לענין סיף ייקר מה שנסתפק שם בשומר שלא בכוונה ודוק. ומ"ש עוד דאם נימא דאין זכייה בא"ה לשיטת הסמ"ע דמעות הוי דמי שווי והיאך קנה והא אין לו שווי כלל. לק"מ דהא ל"מ מעכו"ם הרי יש לו שווי אצל עכו"ם וגם לגבי ישראל כל שרוצה לקנות הו"ל שווי לגבי דנפשי' ומה שתלה הוא בהך דנחלקו רב ושמואל גבי מכירה ויוצאה דבא"ה הוה כמכירה ויוצאה שלענין הזכייה הו"ל כמכירה ויוצאה. זהו דמיון זר לפענ"ד והר"ן כתב דהזכייה והאיסור באין כאחד וזה הוה כעין מכירה ויוצאה אבל לא דמי לשם ודוק. ודרך אגב אומר במה דאמרו בע"ז דף ע"א משיכה בנכרי קונה תדע דהני פרסאי משדרי פרדשני להדדי ולא הדרו בהו וקשה טובא שם ברש"י בשם תשובת הגאונים משמע דהמוכר עשה המשיכה והביאה לביתו של לוקח או שליחו של המוכר וקנה הלוקח במשיכה והרי הלוקח לא משך וע"כ נראה דמזה ראיה למ"ש

המבי"ט ח"ב סי' ע"ה והבאתיו בחבורי יד שאול סי' רס"ז ס"ק כ' דאם המוכר משך בצווי הלוקח מועיל כאילו הלוקח משך בעצמו ע"ש ודוק היטב כי מזה נראה ראיה ברורה לזה.

טו והנה בשנת תבר"ך ער"ח ניסן היה אצלי ד"ת במי שמכר לחבירו איזה עסק ויצא עליו עוררין וכבר נתן אדראהן שני מאות ריניש כסף וטרם שנכתב הקאנטראקט יצא עוררין. והנה מבואר בסימן רכ"ו ס"ה שיטת הרמב"ם דיכול לחזור בו אף שנתן מעות אמנם התוספת והרא"ש ס"ל דכל שנתן מעות א"י לחזור בו וע"ש בסמ"ע וש"ך ולפענ"ד אף להתוס' והרא"ש דוקא כשכבר נתן כל המעות אבל באם לא נתן כל המעות בודאי יכול לחזור בו וחילי דילי שהרי הרמב"ם כתב דהוה מום במקח והתוס' והרא"ש ס"ל כל שנתן המעות עד כמה מועיל חזרה וכי לעולם יוכל לחזור א"כ זהו כשנתן כל המעות אבל בלא נתן כל המעות א"כ דמי למ"ש המלמ"ל פט"ו ממכירה הנ"ל דיוכל לחזור בו אף שלא חזר תיכף וה"ה לענין זה כנלפענ"ד להשוות הדיעות שלא יהיו מחולקים כ"כ ודוק. ויש לעשות פשר ויבצעו תמימים וגם כיון שהמחבר והרמ"א השמיטו דברי הטור והרא"ש יש לסמוך על שיטת הרמב"ם ועיין בתומים בכללי הספיקות שכתב דדין שלא נזכר בטור וב"י אין לסמוך ע"ז וכאן שנזכר בב"י כיון שהמחבר והרמ"א השמיטו ע"כ שנראה להם דברי הרמב"ם עיקר אף שהסמ"ע והש"ך הביאו דעתם בכה"ג שלא נתן המעות יש לומר דמודו התוס' והרא"ש והשיעור דחזרה היא עד שיתן כל המעות ודוק.

סימן ריב

א בענין שודא.

ב הנה נסתפקתי בהא דשני שטרות היוצאין ביום אחד דקי"ל כשמואל בכתובות דף צ"ד דאמרינן שודא דדייני וכמבואר בטוש"ע חו"מ סי' ר"מ ס"ג והיינו בשטר שאין בו קנין או שאין עידי הקנין לפנינו ולא יוכל להתברר אם הקנה לזה או לזה תחלה וכמבואר שם בטור וש"ע ס"ד מהו הדין אם באו אח"כ עדי הקנין והעידו שהקנהו לזה השני תחלה אם חוזר הדין. ולכאורה רציתי לומר כיון דקי"ל קם דינא כדאמרו ביבמות דף ל"ח וכן קיי"ל בטוש"ע אהע"ז סי' קס"ג ס"ה ועיין ב"ש שם ס"ק ח' וה"ה כאן כיון דכבר נפסק הדין הו"ל כדבר ברור או דלמא כל שבאו עדים לא אמרינן קם דינא. והנה לכאורה רציתי לומר לפי מה דאמרו בקדושין דף ע"ד ונהדר ונדייניהו בשודא דדייני ופרש"י שאם בא לחזור אינו חוזר הרי דלא יוכל לחזור אבל אין זה ראיה דשם שלא באו העדים רק שמדיין שנית שפיר יש לומר כיון דמידי דתלוי בסברא הוא שמא יסבור אח"כ להיפך והתוס' חלקו דמסתמא לא ידון להיפך אבל היכא שבאו עדים אפשר דיוכל לחזור. ולפענ"ד

נראה דתלוי בפלוגתא דרש"י ותוס' מהו פירוש שודא דדייני דלשיטת התוס' דהוא מטעם הפקר ב"ד הפקר וכמבואר שם בסוגיא ובקידושין שם ד"ה שודא וא"כ שפיר יש לומר דקם דינא וכבר הפקירו הדבר ויש כח בידם להפקיר כיון דדיינים מובהקים הם אבל לשיטת רש"י דתלוי בסברת הדיין א"כ כיון שכעת מעידים ופשיטא דאם היה יודע מקודם מהעדים הי' דן להיפך א"כ לא שייך קם דינא דחזינן דטעה בסברתו וז"ב לפענ"ד והא דאמרו בב"ב דף ל"ד שודא דדייני א"א למיקם עלה דמלתא היינו קודם שבאו העדים ועפ"י הרוב ל"ש שיבאו העדים ולכך עשו שודא דדייני דא"א למיקם עלה דמלתא אבל בבאו עדים יש לומר דיוכל לחזור וז"ב לפענ"ד. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי ר"ח שהביאו התוס' בכתובות שם דקבלה בידו דשודא לא שייך רק במקרקעי ולא במטלטלי והיא תמוה דמנ"ל לחלק בין מקרקעי למטלטלי בזה ומה טעם יש בדבר ומפי כבוד אבי מורי הרב הגאון ני' שמעתי בזה דהנה התוס' כתבו דבב"ח לא שייך שודא ואמר הוא הטעם דשם חלוקה עדיפא דהרי אף שנימא שטעו בזה והדין עם אחד מהם שזה לוה תחלה אם כן עכ"פ לא גרע מב"ח מאוחר שקדם וגבה דמה שגבה גבה משא"כ אם נימא שודא אולי טעו לגמרי דמסר להשני תחלה ולכך לא שייך בזה שודא ולפ"ז למה שמחלקו התוס' ר"פ מי שהיה נשוי דדוקא במטלטלי אמרינן מה שגבה גבה ולא במקרקעי אם כן שפיר כתבו בשם ר"ח דדוקא במקרקעי אמרינן שודא ועדיף מחלוקה דל"ש בזה מה שגבה גבה משא"כ במטלטלי דבזה חלוקה עדיף ובזה ל"ק קושית התוס' מהך דמה שרצה השליש יעשה דהוא במטלטלי דשם לא שייך ענין מה שגבה גבה א"כ אף במטלטלי שודא עדיף והאריך בזה בהסוגיא זו דבריו ודפח"ח ולפמ"ש א"ש ג"כ דבאמת יש לחוש שמא יבאו עדים ויעידו להיפך וא"כ בשלמא במקרקעי אם יעידו להיפך לא יפסיד כ"כ דהארץ לעולם עומדת ויוציאו מזה ויתנוהו לזה משא"כ במטלטלי דשמא יטמינם ויבריחם שהוא יודע האמת שלהשני נמסרו תחלה ולכך חלוקה עדיף ולפ"ז ל"ק מהך דמה שירצה השליש דשם פירש"י דמה שידון השליח אם היה אוהב את המקבל והבנים וא"א להתברר אח"כ ההיפך בשום אופן שפיר אמרינן שודא אף במטלטלי וז"ב ודוק.

ג והנה גם לשיטת ר"ת דהוא מטעם הפקר ב"ד נראה לפענ"ד דיש מקום לומר דיחזור ולא שייך בזה קם דינא דכל הטעם של השודא לשיטתם הוא בשביל דא"א למיקם עלה דמלתא אמרינן דשמא אתרמי לאותו שזכה אבל בבאו עדים אח"כ דודאי נתגלה השקר אולי יוכלו לחזור ובפרט לשיטת הרא"ש והטור באהע"ז סי' קס"ג דענין קם דינא אינו דבר ברור רק משום ספק אתינן עלה ועיין ב"ש שם ס"ק ח' א"כ פשיטא דאין ספק מוציא

מידי ודאי של העדים והוה הפקר בטעות. ובזה נראה לפענ"ד הטעם מה שחילק ר"ת בין מכר לב"ח משום דבמכר עכ"פ בעוד שלא באו עדים להעיד יש לומר דהפקירם הפקר דאולי השני שקר לגמרי ואתרמי לאותו שזכה אבל כל היכא דיש לומר דשניהם אמת א"כ איך יפקירו ודלמא מפסידין בידים וא"ל דהא אם יודע הדבר לא יפסדו ויחזרו ויוציאו מהם דהא במקרקעי הוא דאמרינן שודא. אך זה אינו דהא בב"ח יש פסידא במה שלא גבה תיכף וכל עיקר מה דנתקן לגבות ממשועבדים משום נעילת דלת ובכתובה משום חינא הוא לענין קדימת הזמן והשעבוד וא"כ לכך לא אמרו שודא שזה גופא הפסד לזה האחרון ובזה יבאו דברי התוס' על נכון במ"ש בתחלה הטעם דבב"ח יוכל להיות שניהם אמת ואח"כ בסוף הדיבור כתבו משום דיש הפסד ושייך נעילת דלת וכבר התעורר בזה בפני יהושע ע"ש ולפמ"ש דא ודא אחת היא דמשום פסידא לא שייך לומר שודא בדבר שיכול להיות שניהם אחד ודו"ק היטב. עוד היה נראה לפענ"ד דלפי מה דאמרו בב"מ דף ק"י דכל דאיכא למיקם עלה דמילתא אטרוחי בי דינא לא מטרחינן וא"כ כל שיוכל להגלות ולהוודע שוב לא שייך שודא דשמא יתברר ע"י עדים שלזה הקנה ולפ"ז הי' קשה דאיך אמרו דרב כר"מ ושמואל כר"א אדרבא איפכא מסתברא דלר"מ דא"א להתברר בשום אופן דע"ח כרתי וא"כ שוב א"א להוודע כלל וכמ"ש רש"י שייך שודא משא"כ לר"א דיוכל להתברר הדבר לא שייך שודא פן יוודע להיפך. אך זה אינו דכל הטעם הוא משום דאטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן והיינו דמניחין הדבר כמו שהיה וזה שייך שם דעכ"פ היא בחזקת אוכליהן אבל כאן דבאין לגבות וא"כ בין דנימא חולקין או שודא ע"כ צריך הב"ד להורות בזה ולעשות מעשה אם לחלוק או לעשות שודא ובין כך ובין כך יש לחוש שמא יבואו עדים ויצטרכו לחזור ושוב לא שייך אטרוחי בי דינא תרי זימני.

ד אך לפ"ז יש לומר בגוף הדין שנסתפקתי באם באו עדים אח"כ אם קם דינא לכאורה נראה דזה דוקא באם יש שודא והב"ד עושין כפי מה שנראה להם א"כ שייך לומר קם דינא והפקר ב"ד הפקר אבל אם אמרינן חולקין הוא רק משום ספק אז כשיתברר בעדים נוציא הדבר דהב"ד עצמם לא עשו בהכרעה מוחלטת רק מספק. איברא דלפ"ז קשה למה ס"ל לשמואל דשודא עדיף הא לר"א דיכול להתברר א"כ למה יהיה שודא ויהיה קם דינא הא הדבר יוכל להתברר וצ"ל דבאמת לא קם דינא ואם יתברר להיפך באמת לא יהיה כן ולפ"ז יש לומר דלכך דוקא במקרקעי אמרו שודא ולא במטלטלי דבמטלטלי מה שגבה גבה ואף שיתברר להיפך יהי' מה שגבה גבה והרי אנן מפסידין בידים דלמא יתברר להיפך ולכך חלוקה עדיף משא"כ בקרקע דלא שייך מה שגבה גבה ולכך שודא

עדיף ודוק היטב. והנה בהא דכתב הר"ן דלכך ס"ל לרב יחלוקו משום דס"ל כר"מ דע"ח כרתי וא"כ אין אדם יכול ליפות כחו של זה יותר משל זה כיון דלא גלי דעתי' ולא קפיד שאחד מהם יקדים וק"ל לפמ"ש הרי"ף דבשטרי מכר או בשטרי מתנות אתמר אבל בשטרי הודאות והלוואות לא פליג שמואל וביאר הר"ן דהטעם דבהודאות והלוואות לא שייך שודא לפי שאין השטר חל אלא משעה שהזמן מבורר בשטר ואף שבאו עדים שלוה מקודם מכל מקום לא נפרע ממשועבדים ואף לא מבני חרי והו"ל כמלוה ע"פ דלית ביה דין קדימה וק"ל טובא דהא במכר שדהו בעדים קי"ל דגובה ממשעבדי דמכר יש לו קול וכדאמרו בב"ב דף מ"ב והיא הלכה פסוקה וא"כ שוב שייך שודא דעכ"פ כשיבאו עדים ויאמרו ששטרו קודם וע"ח כרתי שוב אף דבשטר לא מבורר עד שימסור מכל מקום כל שיבאו עידי מסירה ויאמרו שלזה נמסר קודם לו יהא דלית ליה דין שטר עכ"פ מכר שדהו בעדים מקרי ושייך שודא וצע"ג. והנה במה דאמרו שם אח"כ בעובדא דאמי' דרמב"ח דכתבא בצפרא לנכסי לרמב"ח ובפניא לר"ע ב"ח ורב ששת זכה לרמב"ח ור"נ לרעב"ח אמר ליה ר"נ חדא דאנא דיינא ואת לאו דיינא ונדחקו התוס' בקידושין דף ע"ד ובר"ן כאן דהא ר"ש היה מומחה וגדול הדור ואף דלא קיבל רשותא מר"ג מכל מקום הוה דיין וכתבו דאין לו כח לעשות שודא ע"ש. ולולא דמסתפינא הייתי אומר דבר חדש דהרי רב ששת היה סגי נהור כדאמרו בפסחים דף קט"ז מאן אמר אגדתא בי' ר"ש ובכמה מקומות בש"ס מבואר כן וא"כ הרי קיי"ל דסומא פסול לדון וכדאמרו בסנהדרין וכן קיי"ל בטוש"ע חו"מ סי' ז' ולפ"ז ע"כ מיירי בקבלו עלייהו בע"ד. ולפ"ז נראה לי דהבע"ד יכול לומר דלא קבלו עלוי' כ"א לדון ולא לשודא דדייני והרי מבואר בחו"מ סי' כ"ב דיכול הבע"ד לחזור בו כל שקיבל עליו אם נתברר שטעה ועיין שם בסי' כ"ה ובש"ך ס"ק כ"ד כ"ה וא"כ גם בזה נלפענ"ד דאין לו כח לפסוק שודא דדייני וזה דין חדש לפענ"ד וצ"ע. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש בהא דאמרו בגיטין דף פ"ו דהלכה כר"א בגיטין אבל לא בשאר שטרות ואינו מובן לכאורה מה נ"מ בין שטרות לגיטין לענין ע"ח כרתי. ואמרתי בזה דבר חדש דהנה באמת יש לומר דל"ש ע"ח כרתי בגיטין דהא כל שע"ח כרתי צריך לומר דעדיו בחתומיו זכין לו והרי בגט ע"כ לא שייך עדיו בחתומיו זכין לה דהא הוה חוב לה ועיין ב"מ דף י"ט דבשטר שחרור למ"ד דחוב הוא לעבד לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו וא"כ בגט נמי לא שייך עדיו בחתומיו זכין לה וכל דל"ש עבחז"ל בגט מסתבר לומר דע"מ כרתי שהם גורמים העיקר הגט אבל בשאר שטרות דשייך עדי' בחתומיו זכין לו יש לומר דע"ח כרתי ועיין בר"ן פרק המגרש

שם במה שפלפלו הרמב"ן והר"ן שם ותמצא סעד לדברי ויש לפלפל בדבריהם שם ולא נפניתי כעת להעמיק בדבריהם:

ה ובזה יש לי לומר פרפרת נאה במה דס"ל לרשב"ג בגיטין דף ט' ובדף י"ט דעדים שא"י לחתום מקרעין להם כו' ומחלק בין גיטין לשחרורי עבדים ושאר שטרות והוא תמוה דבכ"מ שחרורי עבדים שוו לגיטי נשים ולמה כאן יש חילוק בין שיחרורי עבדים לגיטי נשים. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הרמב"ם כתב בפ"א מגירושין הכ"ז דלכך הקלו בגיטין משום דע"מ כרתי ועדי הגט הוא מפני תקנת עגונות ע"ש. ולפ"ז זהו בגיטין אבל בשחרורי עבדים דזכות הוא לעבד שיוצא לחירות שפיר אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וע"ח כרתי ומכ"ש בשאר שטרות ועיין תוס' גיטין דף י"א ד"ה רשב"ג שכתבו בהדיא דרשב"ג סבר כר"א בגיטין ולא בשאר שטרות.

ו ולפ"ז צ"ל דמ"ש רשב"ג הטעם כדי שלא יהי' בנות ישראל עגונות היינו משום דגם מה שתקנו ע"ח בגט הוא ג"כ משום תקנת עגונות דזימנין דמיית לה ע"מ וא"כ ה"ה דתקנו להיפך דיהיה מותר לקרע להם כדי שלא יהי' בנות ישראל עגונות וז"ב. שוב ראיתי בספר ישועות יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' ק"ל ס"ק ט' שהקשה דל"ל לרשב"ג הטעם משום תקנת עגונות הא לרשב"ג דמחלק בין גיטין לשאר שטרות דבגיטין הלכה כר"א א"כ שייך טעמו של הרמב"ם ע"ש ודבריו תמוהים דא"כ מ"ט דמחלק בין שיחרור לגט דהא כשם דהלכה כר"א בגט ה"ה בשחרור ונשאלתי בזה מהרב החריף אבד"ק זאמישטץ בע"ח ושמו מוה' משה נ'. ולפמ"ש י"ל דדוקא בגט דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לה משא"כ בשחרור וכמ"ש. מיהו גוף הקושיא ל"ק דתקנת עגונות הוא עצמו הטעם דהצריכו ע"ח וממילא אינו רק חומרא בעלמא כדי שלא תתעגן וא"כ ממילא הקלו שיהיה סגי במקרעין להם כדי שלא יהיו בנות ישראל עגונות וכמ"ש ודו"ק היטב. והנה בהא דכתבו התוס' בגיטין בכתובות שם דף צ"ד ד"ה לימא לשיטת ר"י דכל שאינו מוכח מתוך השטר ועידי חתימה מי נכתב קודם הו"ל לר"מ אינו מוכח מתוכו ול"מ והביאו ראיה מהא דקאמר בגיטין דף כ"ד דלר"מ בעינן מוכח מתוכו ראיתי בחידושי למהרי"ט שם שהקשה דלפ"ז כל שלא מוכח מתוך השטר ואין כותבין שעות א"ה כל היום יהי' יכול לחזור בו ולפ"ז בגט ביומי' אם מת בו ביום לא הוה גט וצריך שיחלוץ לה יבמה וזה א"א דכל מה דבעי ר"מ מוכח מתוכו היינו שיהיה ספר כריתות ויהיה ניכר איזה אשה מגרש אבל כל שנודע איזה אשה מגרש אף שלא מוכח הזמן החתימה הא זמן בגיטין אינו רק מדרבנן והרי ג' גיטין כשרים וחד מינייהו אין בו זמן ע"ש והנה בשאר שטרות פשיטא דאינו גובה רק מיום המחרת ויכול לחזור בו ועיין ברמב"ן ור"ן בסוף גיטין גבי הלכה כר"א בגיטין

שהאריכו בזה. אמנם מ"ש המהרי"ט דגם בגט יהי' יוכל לחזור בו. לפענ"ד זה בזה תליא כיון דמה"ת א"צ זמן בגט שוב לא שייך לומר שאינו מוכח מתוכו וע"כ לא כתבו התוס' דבעי מוכח מתוכו רק במה שנ"מ לענין לקוחות וכדומה אבל בגט לא שייך זאת. תדע דאל"כ הי' צריך זמן מה"ת וצ"ע בזה. והנה התוס' כתובות נ"ה ע"ב ד"ה שאם הקשו דשמואל אית לי' שודא ולרב חלוקה ולא שודא והיינו דרב לא אזיל בתר אומדנא ושמואל אזיל בתר אומדנא ואילו התם שמענו דרב אזיל בתר אומדנא. ולפענ"ד נראה דלפמ"ש מהרי"ק בשורש קכ"ט דאומדנא בד"מ לא אמרינן רק אם אין ספק על גוף הקנין רק שאנו חוקרין דעתו על מה כתב כמו אומדנא דראב"ע דלא כתב לה רק ע"מ לכנסה אבל בספק על גוף הדבר לא שייך אומדנא ולפ"ז י"ל דרב באמת ס"ל אומדנא דשם אין הספק על גוף הקנין רק דאמרינן דארכביה אתרי ריכשי וא"כ רצונו לאלים הקנין שרצה להרכיבו על שתי הכחות אבל שם אנו אומדין למי הקנה שפיר לא אמרינן אומדנא.

ז ובזה מובן היטב סברת שמואל דבאמת הוא ס"ל אומדנא כמו בשודא ורק כאן כיון דאין שטר לאחר מיתה א"כ עי"ז נפסיד כל המתנה וא"כ שוב לא שייך בזה אומדנא לבטל כל המתנה ושאני התם בשודא דעכ"פ הקנין ברור רק דמספקינן למי הקנה ושפיר שייך אומדנא בזה ויש לי להאריך בזה ואין הזמן מסכים כעת וגם מ"ש התוס' דרב אזיל בתר אומדנא אף להוציא ממון ושמואל לית לי' אומדנא להוציא ממון ולפי"ז כיון דקי"ל כשמואל בדיני שוב מהראוי לומר דלהוציא לא אמרינן אומדנא ובאמת שכ"כ הכנה"ג בחו"מ סי' ט"ו בשם הרבה תשובות דלהוציא ממון לא אמרינן אומדנא ע"ש:

סימן ריג

א להרב המאוה"ג מוה' לייבוש בר"ח אבד"ק פעכיוו במדינת הגר.

ב במה ששאל בהא דכתב רש"י בגיטין דף ל"ה ע"ב בד"ה משום איסורא שכתב כגון יאסרו כל פירות עולם עלי אם אעבור עבירה פלונית וכו' והקשה לפי מה דמבואר דאמרו בטוש"ע יו"ד סי' רכ"ח ס"ז דאין מתירין הנדר עד שיחול וכשנודר על תנאי שאין מתירין עד שיחול א"כ ממנ"פ כ"ז שלא עבר על העבירה אין מקום להתיר הנדר ולאחר שעבר שוב אין כאן משום מלתא דאיסורא. הנה לכאורה יפה שאל וכעת בהחפזי לא מצאתי מי שיתעורר בזה והנראה לי בזה דבר חדש דשאני כל נודר על תנאי דהנדר והתנאי הם בדבר הרשות וא"כ כ"ז שאין חלות להנדר לא שייך מציאות הנדר אבל כאן שנדר ואסר עצמו הפירות אם יעבור עבירה וכוונתו לסגף עצמו ולזרז עצמו שלא יעשה העבירה א"כ מקרי חל הנדר גם עתה דכל שעה מוזהר שלא יעשה העבירה הלז והדבר דומה למ"ש בש"ע סעיף י"ט ומקורו מהריב"ש דאם נשבע שיעשה בשנה דאף שיש לו זמן כל השנה

חל מיד הנדר כיון שחל עליו מעתה לקיים זאת כל השנה מכ"ש בזה שתמיד מצווה שלא יעבור העבירה הלז כנלפענ"ד. עוד נראה לפענ"ד דהנה המהרי"ט בראשונות סי' ד' כתב הטעם דחכם אינו מתיר עד שיחול משום דחכם מעקר קעקר ואינו יכול לעקור מה שלא חל משא"כ בעל דמיגז גייז יכול להפר אף שלא חל ע"ש. ולפ"ז כבר נודע מה שחידש הרמב"ן במיוחסות דנדרים כאלו שאינו על גוף הדבר סגי בחרטה דהשתא ואין החכם עוקר הנדר מעיקרו ולפ"ז שפיר חיישינן דידור ויתלה אם לא יעבור דזה א"צ עקירה דמעיקרא וסגי בחרטה דהשתא ויכול להתיר הנדר אף קודם שיחול ודו"ק. ובזה יש ליישב מה שהקשה אותי הרב המאה"ג אבד"ק ניישטאט סמוך לווארשא בהא דאמר וליחוש דלמא אזלה לגבי חכם ושרי לה והא לפמ"ש הר"ן הובא בב"י ובש"ע יו"ד סי' רכ"ח סעיף י"ז ובט"ז ס"ק כ"ה נזכר קצת מהתשובה דאם יש ספק אם כיון סמוך לע"ש או בשבת כמ"ש הר"ן דלשיטת הרמב"ם דספק מה"ת לקולא א"כ לא חל עד שיכנס שבת ולא יוכל להתיר קודם השבת מה"ת ומדרבנן חל איסור קודם א"כ יוכלו להדירה בשעה אחת סמוך למיתתה וא"כ אסורה מדרבנן דכל שעה איכא לספוקי בזה וא"י להפר קודם והיא קושיא מושכלת. ולפמ"ש יש לומר דבכה"ג יכולין להתיר מקודם דהא סגי בחרטה דהשתא וכמ"ש ודו"ק. ובאמת לפמ"ש התוס' דאינה חוששת רק באיסור שהיא כל ימיה א"כ יש לומר דאם נוקי על חזקת חי א"כ אינה אסורה אף דכל נדר אינה חוששת רק בסמוך למיתתה שנאסרת כל ימיה ובזה שוב יש לומר דמוקמינן אחזקת חי ואף דלשמא ימות חיישינן אבל להרמב"ם דאינו רק מדרבנן בכה"ג אף מדרבנן מותר ויש לדון ולהאריך בזה דתליא במחלוקת שבין הר"מ מיוני והתוס' בקידושין מ"ה ואכ"מ כי לא נפניתי כעת:

ג והנה נשאלתי מהרב מוה' יעקב כהנא מראווא במ"ש הר"ן בנדרים דף ס"ה לדחות ראיית ר"ת דכתב דאם הדיר הנאה מחבירו בדיעבד מועיל להתירו שלא בפניו דהיינו שאם התירו מותר והביא מהא דאמר וניחוש דלמא אזלא לגבי חכם ושרי לה והרי נדרה לטובת היתומים וע"כ דבדיעבד מועיל וע"ז כתב הר"ן דהאי דגיטין לאו ראיה הוא דנדר אלמנה מכיון שנדרה מה תועלת יש ליתומים באיסור פירותיה וע"ז תמה דהא טובה גדולה יש להם דאם לא יועיל היתר תצטרך להחזיר להיתומים מעות הכתובה שלקחה כי הדירה שאם נטלה כתובתה כבר תאסור בכל פירות שבעולם וא"כ נעשה הנדר לטובתם ואמר שנשאל בזה. והנה בראשית ההשקפה רציתי לומר דהכוונה הוא דבגוף האיסור מהפירות אין להיתומים תועלת בנדרה רק שעל ידי זה תצמח טובה להם שתשיב להם הכתובה זה לא נקרא נודר לטובת חבירו אבל זה דחוק. וראיתי בחידושי גיטין לרמב"ן

ז"ל שכתב גם כן כדברים האלו שכתב והוסיף בהם דברים שכיון שנשבעה נשבעה ואפילו אם תשיב להם הממון איסורה במקומה עומדת אבל לא זכיתי להבין דברי קדשו דנהי דהיא עשתה איסור שעכ"פ לקחה כתובתה שנית בגזל אבל מ"מ ע"י הנדר דחמיר לה תצטרך להשיב הממון וא"כ מגיע להם טובה ועוד דעכ"פ על הנדר לא תעבור כשתשיב הכתובה ואיסור גזל באמת עברה אבל עיקר אנו דנין על הנדר ובפרט בגוף הנדר ע"כ משום ספק מלוה ישנה דאל"כ נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא וע"כ משום ספק מלוה ישנה ויפרשו מאיסור שבועה דליתא בחזרה וא"כ מהראוי שלא להיות מועיל ההיתר אף בדיעבד דאל"כ אכתי תוכל לפרוש אף לאחר שתדור ותתסר עצמה שלא בפניו ואף דלכתחלה אין להתיר מ"מ הא הש"ס מקשה ודלמא אזלה לגבי חכם ושרי לה אלמא דחיישינן לזה ושוב מה מועיל הנדר שלה. שוב ראיתי שכוונת הרמב"ן והר"ן באופן אחר דשאני כל מודר הנאה או נשבע להנאת חבירו שגוף הנדר הוא לתועלתו עד"מ שנדר לו שלא לפרוד מעמו כדרך שנדר משה ליתרו שלא לפרוד ממנו או לעשות לו טובה ובזה שפיר אי אפשר להתיר אותו הנדר בלי ידיעת חבירו אבל כאן עיקר הנדר היה לקנס דאם גבתה הכתובה תאסור בפירות ונמצא שאם באמת עברה על הנדר מה שעברה עברה והנדר של הפירות לא מעלין לענין זה שמ"מ גבתה באיסור נמצא שהאיסור של הנדר לא היה לטובת היתומים דמה אכפת להם אם תאסור או לא עיקר כוונתם היה שלא תגבה הכתובה שלא כדת ועל זה עברה וממילא נאסרה על ידי נדרה בפירות ואף שאם תשיב לא תעבור על הנדר מה אכפת להם אם תעבור או לא הבזה ישלימו נזקם בפרעון הכתובה וגם אם תשיב להם הנדר שלא גבתה עברה ונדרה ונשבעה לשקר ואף שעי"ז שלא תרצה לעבור על נדרה על ידי זה יגיע להם טובה זה אינו בכל המודר הנאה לטובת חבירו ושאני כל הני כגון צדקיהו ומשה שנשבעו שלא לפרוד או שלא יגלה וזה היה לטובת חבירו אבל כאן היא נדרה שלא גבתה כתובתה והרי גבתה כתובתה כבר וגבתה שנית שלא כדת ובעת שנדרה נאסרה בפירות העולם ומה טובת חבירו היה בנדרה מה בצע ליתומים במה שנאסרה כל שלא שבה מטענתה ובשלמא שם היה נדר על העתיד שלא יפרדו ושלא יגלו א"כ כל שנשבעו לטובת חבריהם הרי זו סבה שיגיע לו תועלת שעל ידי זה לא יעברו אבל כאן כבר עברה וקבלה כתובתה וכבר נאסרה בפירות העולם ואף שתשיב לא תתקן מה שכבר קבלה הכתובה באיסור ואיסורה במקומה עומדת וז"ב לפענ"ד ודוק ומה שרצה הרב מוהר"י הנ"ל ליישב דברי הר"ן דכוונתו דאף בלא נשאת ניחוש שמא תנשא לבעל ותיזול לחכם שיתיר לה ואז אין תועלת ליתומים בזה שכבר הכניסה הכל לבעלה ואין מקום להיתומים לגבות ואם

כן שוב תוכל להתירה הנה מלבד שאין לשון הרמב"ן והר"ן מורה כן אף גם דהרי מה שלקחה כתובתה שנית בגזל זה מחוייבת להחזיר אף אחר שנשאת כמבואר באהע"ז סי' צ"א ס"ה בהג"ה דמה שלקחה המותר על הכתובה אף מהמטלטלין שהכניסה לו מחוייב הבעל להחזיר כמבואר בסוף הסעיף שם וע"כ אין מקום לדבריו בפרט בדבר שנדרה שלא גבתה ועברה על נדרה דזה בודאי יש לו קול ופרסום. והנה בהא דפריך הש"ס וניחוש דלמא אזלא לגבי חכם ושרי לה קשה לי טובא דהא באמת יקשה האיך נתיב לה בלא חרטה דמעיקרא דהא אם לא נדרה לא היה נותנים לה הכתובה וא"כ ע"כ לא היה לה חרטה דמעיקרא דשוב יקשה האיך מתירין לה בלא חרטה דמעיקרא וצ"ל כמ"ש בשו"ת המיוחסות לרמב"ן דכל דאין הנדר מחמת עצמו כ"א שאסרה בפירות כדי שתגבה כתובתה וכן הכהן כדי שיעבוד עבודה א"כ בחרטה דהשתא סגי ע"ש בסי' רנ"ה. ולפי זה קשה לי במה דמשני קסבר צריך לפרוט הנדר ופירש"י דצריכה לפרט ליתומים נדרה וכך נדרה אם נהנתי מכתובתי תאסור בפירות ולפי זה להס"ד דאין צריך לפרט הנדר א"כ ע"כ דחיישינן שמא עכ"פ לא תפרט הסבה ממה נדרה ושוב לא יהיה לה חרטה דמעיקרא ואיך יפר דא"ל דהנדר אינו מחמת עצמו דהא להחכם צריכה להעלים זאת שתאמר לו סתם שנדרה מפירות ובפרט לפמ"ש התוס' בעירוכין שאף למ"ד צריך לפרט הנדר א"צ לפרט הסבה שנדר רק הלשון שאמר וא"כ למ"ד א"צ לפרט אף הלשון א"צ שיאמר וא"כ כל שתבא לחכם ותאמר סתם שנדרה מפירות לא יתיר לה דהא צריכה חרטה דמעיקרא ואף דנימא דחיישינן שמא תגיד לו שיש לה חרטה דמעיקרא דא"כ אין התחלה לראית הרשב"א וע"כ דלזה ל"ח דגם אם תשקר לו מה תועיל הא החכם לא היה מתיר בלי חרטה דמעיקרא באמת ואף דבאמת בכאן א"צ חרטה דמעיקרא הא ממנ"פ אם היה החכם יודע הסיבה שוב לא היה חרטה כלל וא"כ ממנ"פ לא מועיל התרת חכם והוא קושיא גדולה לכאורה. וראיתי בהפלאה בק"א סי' צ"ו ס"ק כ"ט דהקשה ג"כ דאין לה פתח חרטה והוא קושית הרשב"א הנ"ל וכתב כיון דע"כ משום חשש ספק מלוה ישנה הוא נודרת וכל שיש לה מקום לחזור באם תזכור שאין לה מלוה ישנה א"כ זה גופא הפתח חרטה שאם היתה יודעת שלא היה לה מלוה לא היתה נודרת. ובאמת אף שדבר חכמה אמר אבל קשה דלהס"ד דלא תאמר כלל הענין מה פתח חרטה שייך בזה אם יבין הענין שוב לא יתיר לה כלל. אמנם נראה דלפמ"ש התוס' דאינה חוששת רק בנדר שתכשל כל ימיה באיסור א"כ יש לומר דחיישינן שמא באמת תעבור על נדרה בפעם אחת ואז יוכל להתיר אף בלא חרטה דמעיקרא על ידי הפתח בגוף הנדר כגון שיאמרו לו אילו היית יודע שתעבור על נדרך לא היית נודר והוא משיב הן וזה הוי פתח

ומועיל אף בלא חרטה כמבואר סי' רכ"ח ס"ו ועכ"פ בחרטה דהשתא עם פתח ודאי מועיל אף למי שמצריך שם פתח וחרטה דהפתח השוה להחרטה ועיין ט"ז ס"ק י' י"א שם וא"כ עכ"פ חרטה דהשתא סגי בזה דהא אינו רק קנס ואף דהחכם לא ידע הא באמת הוא יתיר על ידי פתח וחרטה דהשתא. ובזה נראה לפע"ד הא דפריך אח"כ גבי כהן ותני עלה נודר ועובד יורד ומגרש ואי אמרת א"צ לפרט הנדר ניחוש דלמא אזיל לגבי חכם ותמהו התוס' דמאי אצטריך הש"ס להביא הך דתני לה ולפמ"ש א"ש דבאמת גם שם לא היה חרטה וכתב הרשב"א ג"כ דגם שם כיון שאין הנדר מחמת עצמו בחרטה דהשתא סגי ולפי זה אם לא יפרוט הנדר שוב לא יתיר לו ע"ז אמר דתני נודר ועובד יורד ומגרש וא"כ יוכל להגיד לחכם שנדר לגרש אשה זאת ולא יעבוד במקדש והוא כבר עבד ועבר על נדרו יתיר לו אף שלא יגיד שעל נשים פסולות הוא נודר וז"ב:

ד ובזה יש ליישב גם מה שהקשו בתוס' דאמאי לא פריך ממתניתן דניחוש שמא תיזול לגבי חכם אם נימא דא"צ לפרט הנדר.

ה ולפמ"ש יש לומר דלא היה יכול לפרוט דנימא דגם בנדר שתעבור בפעם אחת לא תעבור על נדרה ולא ס"ל כסברת ר"ה וגם בניסת מדרינן לה ול"ק כלל ולכך פריך דשם נודר ועובד ובודאי עבר ואנן אמרינן דנודר ועובד וא"כ בכה"ג ניחוש ודוק: ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם דפסק שמדירין על דעת רבים וקשה הא אנן קי"ל דצריך לפרוט את הנדר ולמה לי על דעת רבים וכבר האריכו כל האחרונים בזה. ולפמ"ש יש לומר דבאמת אם נימא דא"צ שיפרט הסיבה אף למ"ד דצריך לפרט הנדר קשה ניחוש שמא יפרט לשון הנדר בלי הסבה ואז החכם יכול להתיר כיון דנודר ועובד וא"כ למה לא ידירו לו עד"ר ובס"ד לא מקשה רק למ"ד דאין צריך לפרט הוא משום דלמ"ד צריך לפרט יש לומר דצריך לפרוט הסבה וא"כ לא יתיר לו החכם ובזה יש להאריך ועיין מג"א סי' קכ"ח ובמגן גבורים שם ולפי שהענין ישן נושן ע"כ קצרתי ולא השגתי כ"א מה שכעין חדתי קאמינא ודוק היטב:

ו והנה שאל אותי הרב החריף מוה' אליעזר ראש ישיבה דק' ווילנא בהא דמדירין אותה אף דחשיד אממונא חשיד אשבועתא וע"כ משום דחיישינן לספק מלוה ישנה ולפ"ז הא בנזירות קי"ל דלא ניתנה נזירות אלא להפלאה וה"ה בנדר וא"כ כל שנדר על ספק שוב לא חל הנדר כלל ואמאי מדירין אותה והשבתי דזה טעות דמלבד דלא ברירה הדבר אי בנדר לא חל בספק ועיין בנדרים דף ח"י ובנזיר דף ח' ובמלמ"ל פ"ח מנזירות אף גם דהנדר הוא טעות דע"כ לא אמרינן דאינו חל הנדר רק בדבר ברור דוקא כשנדר בפ"ע אמרינן דלא מחית אינש נפשי' לספיקא אבל מי שהדירו חבירו מה בכך שזה יש לו ספק

הא הב"ד מדירין אותו על דעתם ואף שיש לו ספק עובר על הנדר דלא מועיל מה שדעתו לא היה ע"ז וכמ"ש לא על דעתך אנו משביעין אותך וכו' וז"ב ועיין מ"ש שארי הגאון בעל חוות דעת במקור חיים שלו בהגהות על האו"ח הלכות תענית ובמ"ש יש לבנות ולסתור ואכ"מ ודוק.

ז וראיתי להפלאה שם בק"א שרצה לחדש דמרש"י משמע דהנדר הוא שאם תגבה כתובתה שנית יאסרו כל פירות שבעולם עלי' וע"ז הקשה בס"ק כ"ח דא"כ איך נסמוך ליתן לה הכתובה על סמך נדרה הא בתנאה לא מזדהר אינש וכמ"ש בנדרים דף י"ד. ולפענ"ד נראה לפמ"ש הט"ז סי' ר"כ ביו"ד ס"ק כ"ח דכל שיהיה האיסור גם אח"כ אף בתנאה מזדהר ודוקא אם לא יהיה האיסור רק למפרע בזה אמרינן דלא מזדהר בתנאי' וא"כ כאן שאסרה עצמה בכל הפירות וא"כ אדרבא כ"ז שלא גבתה שנית אין עליה שום איסור רק לאחר שתגבה יחול עליה האיסור ושפיר מזדהרא בתנאה. שוב ראיתי דקושית הפלאה אינו ע"ז רק במה שהקשו בתוס' דתדיר לפנינו שלא תאכל ותאכל לאלתר ע"ז הקשה דא"כ הו"ל גביית כתובתה שנית תנאה ובתנאה לא מזדהר אינש ושם שפיר מקשה דהא שם אינה עוברת אח"כ אלא למפרע ועל למפרע שייך בתנאה לא מזדהר אינש. והשנון כמר יצחק שמעלקיש ני' אמר כי לפי חילוקו של הר"ן פ"ג דשבועות בין היכא דהתנאי נמשך גם מכאן ולהבא בין היכא שאינו נמשך ע"ש גבי אכלה לתנאי ואח"כ אכלה לאיסורא א"כ שם בנדרה מכחר זה ע"כ נאסרה למפרע ואין מקום לדברי הפלאה ויפה כוון לפום רהיטא וצ"ע (ובתשובה ביארתי דליתנייהו לדבריו) וצ"ע בדברי התוס' ריש המדיר שהקשו דלוקי שתלה בתשמיש וכתבו דא"כ לאחר שלשים תהנה ותאסר לב"ש שתי שבתות ולב"ה שבת אחת וע"ז כתבו דלוקי שאמרה תאסר עלי' תשמיש תיכף אם תהנה ממני דא"כ אסורה להנות תיכף דהא בתנאי לא מזדהר אינש ואכתי קשה לוקמא באמר יאסר עלי הנאת תשמיש אם תהנה דאז אינו אסור רק לאחר שתהנה וא"ל דא"כ יצטרך להמתין אח"כ שיעור שבת אחת או שתים דז"א דנימא להיפך דהתשמיש היה האיסור וא"כ בתנאי לא מזדהר ונאסר בתשמיש לאחר שתהנה וצ"ע בזה אם הקושיא קושיא ולא נפנתי כעת וראיתי בספר חתם סופר להגאון הצדיק מוהרמ"ס זצ"ל סי' כ"ד שהביא קושיא בשם חותנו הגאון מוהר"ע איגר זצ"ל שהק' לפמ"ש הר"ן בשבועות שם ובנדרים דף ע"ט דבאמרה קונם פירות עולם עלי אם ארחץ דהכוונה הוא שלא תאסר בפירות עולם רק כשתרחץ וע"ז הקשה דא"כ מה פריך הש"ס בנדרים דף ט"ו מקונם שאת נהנית לי עד פסח אם תלכי לבית אביך עד החג דהלכה אין לא הלכה

לא וע"ז הקשה דמה קושיא דגם שם לא אסר עליה להנות עד פסח רק אם תלך לבית אביה עד החג עיין שם ונדחק שם עד מאד ליישב.

ח ולפענ"ד אין קושיא דהרי הר"ן מחלק בשבועות שם דע"כ לא אמרינן דאין הכוונה רק לאסור רק לאחר שתעבור על התנאי היינו דוקא במה שיוכל להיות חל האיסור גם לאחר שעברה כמו התם ברחיצה שעכ"פ תהיה נאסר בפירות העולם לאחר שתרחץ אבל באם לא יוכל לחול אח"כ כגון באכלי' לתנאי' דיוכל להיות שנאכל הראשון ולא יהיה לו על מה לחול הנדר בזה פשיטא דרצה לאסור מעכשיו ולפ"ז הרי התוס' ישנים הקשו דלמה יחול הנדר שאת נהנית לי עד הפסח והא משועבד לה וכתבו דכיון דיכולה לקיים התנאי ולא יחול הנדר כופה ללכת אל בית אביה ולכך יוכל לחול הנדר אף שמשועבד לה ולפ"ז ממ"נ מקשה הש"ס דע"כ הכוונה שיחול הנדר מעכשיו דאם אין הכוונה שלא יחול רק לאחר שתעבור על תנאי ותלך אז שוב אין מקום חלות להנדר דהא כל שכבר עברה שוב משועבד לה דעיקר הנדר לא חל רק משום דתוכל לקיים התנאי אבל כל שכבר עברה שוב אין בידה לעשות ומשועבד לה וא"ל דהא על כל פנים היה בידה שלא לעבור דזה אינו דזה דוקא אם עכ"פ הי' הנדר מעכשיו והיה בידה לקיים אבל כאן ממ"נ עיקר חלות הנדר הוא דוקא לאחר שתעבור ושוב ממנ"פ לא חל וז"ב ודוק היטב.

ט שוב ראיתי בחידושי שכתבתי זה שנים רבות על הר"ן הנ"ל והשבתי תכ"ד כמ"ש כאן. ומה שהקשה הגאון מוהרמ"ס שם בשם הרב השואל שם על דברת הט"ז סי' ר"כ סי"ט לחלק בין אם תהי' באיסור כל ימיה שוב אין חשש שמא תעבור משא"כ בקונם עד הפסח שאז מה שעברה עברה ויש לחוש שתעבור ומה שעבר עבר וע"ז הקשה דא"כ מ"פ הר"ן בדף ע"ט ובשבועות שם מקונם פירות העולם עלי אם ארחץ דשם תאסור לעולם לפענ"ד יש ליישב בדרך נאות דהנה לכאורה משמע דאסרה סתם פירות עולם עליה והוה כאילו אסרה כל פירות עולם עליה דהרי לא בררה איזה מהפירות נאסר עלי' וא"כ שוב נאסרה בכל פירות עלי והנה התוס' בגיטין דף ל"ה כתבו דאף באמרה כל פירות עליה חל הנדר אף דא"א לקיימו דנדרים חלין אף בדבר שאין בידו לקיים רק שמכין אותו וישן לאלתר ולכך אין מדירין אותה מכל הפירות שאז שוב לא תחוש דאינה עומדת כל ימיה באיסור ע"ש ומעתה שפיר הקשה הר"ן דאם כן גם בתנאה לא תזדהר דהרי נאסרה בכל הפירות וזה דבר שא"א לקיים ואף דהר"ן בגיטין גבי נודרת מכל הפירות כתב דל"ג לה אפשר דכאן לא ס"ל כן וגם באמת דברי הר"ן תמוהין שם כמו שהארכתי בחידושי להלכות שבועות סי' רל"ז ועכ"פ קושייתו יש לו מקום לשיטת התוס' וסייעתם ודוק. אמנם אי קשיא הא קשיא לשיטת הר"ן דכתב דבאומרת קונם פירות עולם עלי אם ארחץ אין פירות

עולם נאסר אלא לאחר שתרחוץ א"כ מה קאמר הש"ס דלמה לה הפרה דמשמע דהיה יכול להפר רק שאין צריכה הפרה ואמאי לא מקשה טפי דאיך יכול להפר כ"ז שלא תרחץ והא בדבר שתלוי במעשה א"י להפר עד שלא חל כמבואר ביו"ד סי' רל"ד סכ"ח בהג"ה ואף לפמ"ש הש"ך שם ס"ק מ"ה בשם רבינו ירוחם וכן בשם הר"ן בנדרים דף פ' בסוגיא הלז שם שכתב בשם רבינו יונה ז"ל דהקשה בהא דפריך הש"ס למה לה הפרה לא תרחץ ולא תאסור דהא יכול להפר לרבנן אף שלא חל הנדר ומחלק דכי אמרינן דיכול להפר אף בלא חל הנדר היינו בדבר שא"א להנצל שלא יהיה עינוי נפש או דבר שבינו לבינה אבל כל שאפשר לה להנצל א"י להפר קודם וא"כ מה פריך הש"ס למה לה הפרה טפי היה לו להקשות דהא לא חל מקודם רק לאחר שתרחץ וא"י להפר בדבר שאינו עינוי נפש. הן אמת דגוף קושית הר"ן בשם רבינו יונה לא זכיתי להבין דכפי הנראה מרש"י והרא"ש שם דעיקר קושית הש"ס דאיך יכול להפר כיון דאפשר שלא תרחוץ ולא תאסר אין זה מקרי נדרי עינוי נפש וא"כ מה מקשה דהא יכול להפר אף שלא חל הנדר אכתי אמאי יכול להפר כלל דהא לא הוה נדרי עינוי נפש דרחיצה לא הוה עינוי נפש וצ"ל דרבינו יונה לא פירש כן קושית הש"ס רק דהכי מקשה דאיך יכול להפר הא לא חל הנדר עדיין וא"כ שוב אין קושיא כלל על הר"ן דבאמת זהו גופא קושיית הש"ס דכל שאפשר לה שלא לרחוץ ועיקר הנדר חל לאחר הרחיצה א"כ א"י להפר קודם שחל הנדר וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית הר"ן שהקשה דהא בתנאה לא מזדהר אינש וא"כ תאסר תיכף ברחיצה וכבר כתבתי קושית הגאון מוהרמ"ס דהא בכה"ג דאיסור עלי' אף לאחר שתעבור מזדהרה בתנאה וא"כ לכך לא נאסרה השתא בפירי דבודאי לא תעבור על תנאה דאז תאסר לעולם.

י ולפמ"ש אתי שפיר דממ"נ מקשה הר"ן דא"כ למה לא יכול להפר עכשיו אף דלא חל הנדר וא"ל כיון דאפשר לה שלא תרחוץ א"י להפר קודם שיחול דזה אינו דכיון דבתנאה לא מזדהר אינש ואז תאסור לעולם אם כן שוב הוה כא"א להנצל שלא יהיה דבר שבינו לבינה או עינוי נפש דהא בתנאה לא מזדהר וא"ל דכאן תזהר היטב כדי שלא תאסר דז"א דאדרבא אם לא תזהר שוב יכול להפר לה תיכף ושוב לא איכפת לה בתנאי דהא בעלה מיפר לה וא"כ אדרבא נאסרה שלא תאכל פירות לעולם כיון דבתנאה לא מזדהר אינש ושוב יכול להפר תיכף ודוק היטב כי חריף הוא אף שיש לפקפק קצת הדברים נאמרו במועצות ודעת ת"ל. והנה במה שהקשו בתוס' ישנים דאיך חל הנדר שאמר קונם שאת נהנית לי הא כיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה לכאורה תמוה לפענ"ד דהרי בהא דאמרו בריש המדיר את אשתו מלהנות לו עד שלשים יום יעמיר פרנס ופריך הש"ס

וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה ומסיק הש"ס דמירי בא"ל צאי מע"י במזונותיך ופרנס צריך על דברים קטנים ועד האידנא מצי מגלגלא בהדי' והאידנא דאדר' ל"מ מגלגל ולפ"ז יש לומר דגם כאן מירי באומר לה צאי מע"י ואסרה רק בהנאת דברים קטנים ואף דצריך להעמיד פרנס משום דל"מ מגלגל כאן לא שייך זאת ולא תלך ולא תאסר בדברים קטנים ואין כאן שעבוד וז"ב:

יא ובזה יש ליישב הקושיא הנ"ל דשפיר פריך הש"ס דלמה לא תאסר גם בלא הלכה דניחוש שמא לא תזדהר וא"ל דלא הדירה רק לאחר שתעבור דזה אינו דאז שוב כל שעברה שוב בודאי נאסרה ומשועבד לה וכאן לא שייך לומר דמכל מקום חל הנדר דבשעת הנדר לא היה משועבד כמ"ש התוס' בהמדיר שם דזה אינו דכאן עיקר הנדר חל לאחר שעברה וכבר נאסרה ולא חל הנדר ודוק היטב כי הוא חריף ובחידושי הקשיתי דלפי מ"ש הרמב"ם דהלכה לפני הפסח אסורה בהנאתו עד הפסח ולוקה הוא שהדירה אם ההנה אותה אבל היא אינה לוקית שלא נדרה ואם כן עיקר האיסור קאי עליו ואם כן לכאורה קשה מה פריך הש"ס על ר"י הא אף לר"נ קשה דע"כ לא אמר ר"נ דגם בתנאה מזדהר אינש רק במה שהדיר הוא ותלה בתנאי שייך לומר דיזהר כדי שלא יעבור על הנדר אבל כאן שפיר מהראוי לאסור שלא יהנה אותה קודם הפסח דלמא לא תחוש ותלך ומה איכפת לה שהוא יעבור והיא קושיא גדולה והיא לכאורה תימה גדולה על הרמב"ם והר"ן שם הקשה על הרמב"ם ולא הרגיש בזה. הן אמת דבלא"ה תמוה לפענ"ד דברי הרמב"ם דהרי קתני הלכה לאחר פסח הרי זה בבל יחל דברו ולשיטת רבינו לא שייך ללקות ע"ז דאימת חל נדרו בשעה שהאכיל ואז לא עבר עדן כ"ז שלא הלכה ובשעה שהלכה הוא לא היחל דברו וע"כ שהיא עוברת בעת שהלכה. ובזה יש ליישב מה דקשה לכאורה דתחלה הקשה הש"ס סתם הלכה אין לא הלכה לא ואח"כ כדמקשה מסיפא מהלכה לאחר פסח בבל יחל פרט הש"ס ותיובתא דר"י ולפמ"ש יש לומר דבס"ד הוה מקשה גם לר"נ די"ל דהאיסור על המדיר אבל בהא דקתני דהרי"ז בבל יחל א"כ מוכח שלא כרבינו שפיר פרט הש"ס לדר"י תיובתא דלר"נ ל"ק וזה כפתור ופרח. ויש להמתיק הדבר לפמ"ש רש"י ותוס' במכות ט"ז ע"ב דעיקר המלקות הוא בשעה שעובר על אזהרה ואל"ה הוה התראת ספק אם כן ע"כ מדקתני בל יחל ש"מ דלא כשיטת הרמב"ם דהא להרמב"ם הוה התראת ספק ובזה יש ליישב מה שהקשה על הר"ן דע"כ לא קאי בהדיר כשתעבור וא"כ שוב יכול להיות כשיטת הרמב"ם ועיקר המלקות חל בשעה שהלכה ודוק כי הוא ע"ד הפלפול. אמנם בגוף הקושיא שהקשו על הר"ן דבתנאי באם אינו חל הנדר רק משעה שעברה על התנאי דא"כ מה פריך מקונם שאת נהנית לי עד הפסח אם

תלכי לבית אביך עד החג. אחר העיון נראה לפענ"ד ברור דאין התחלה לקושיא דהנה הר"ן לא כתב לחלק בין תנאי לתנאי מעכשיו רק לענין מה דאמר ר"י דאסור לישן היום אם אישן למחר דבאמת מעכשיו אסור לישן שמא יעבור על תנאו ובתנאי דאם אין מקום לאסור לו לישן עכשיו אף דבאמת יש לחוש שמא ישן למחר דבתנאי לא מזדהר מכל מקום אין מקום לאסור דהא לא חל האיסור עדן והיאך נאסרהו קודם שחל הנדר ומידי דהוה באם אוסר עצמו שלא לאכול איזה דבר אם יעשה כך שא"א לו לאסור עצמו טרם שעבר על דבר זה אבל לעולם דבתנאי לא מזדהר. ולפ"ז באמת צ"ב דאכתי כיון דבתנאי לא מזדהר איך מניחין לו לאכול או לישן היום דלמא יעבור על תנאו למחר. וצ"ל דבאמת אם אוסר הנאתו היום אם אעשה דבר זה למחר שפיר יש לחוש לר"י שמא לא יזהר בתנאי ונמצא עובר למפרע אבל הר"ן מיירי באמרה קונם פירות עולם עלי אם ארחץ ונמצא דיוכל להיות שלא קנס עצמו רק אחר שירחץ יאסר בפירות עולם ולא מקודם שרחץ וא"כ אין עליו שום חשש דהא כל שלא יעבור למפרע והוא לא אסר עצמו רק לאחר שיעבור על תנאו א"א לו לאסור מקודם וז"ב מאד. ולפ"ז באמר שאת נהנית לי עד פסח אם תלכי לבית אביך עד החג אף דאמר בלשון אם אבל מ"מ אם תלך אח"כ לבית אבי' הדירה למפרע מהנאתו ותעבור למפרע ואיך תהנה קודם פסח הא בתנאה לא מזדהר אינש ודלמא תעבור אח"כ למפרע ושפיר פריך מקונם שאת נהנית לי עד פסח אם תלכי לבית אביך עד החג וכן פריך מככר זו היום אם אלך למקום פלוני למחר שאכילה של היום יעבור למפרע והר"ן בשבועות לא הקשה רק באם אכל לאיסור או הדר אוכל לתנאו שלא פרט היום ומחר רק אסר שתי ככרות עליו אז כל שתלה באם אין מקום לאסור עליו שלא לאכול שמא יעבור ויאכל התנאי דהא לא חל התנאי רק לאחר שיאכל התנאי ולא למפרע וזה ברור כשמש בכוונת הר"ן ודו"ק היטב. ובזה נפתחו לי שערי בינה במ"ש בריטב"א על רמב"ן נדרים שנדפס מחדש שהקשה גם כן על ר"י מהך דגיטין דל"ח שתעבור על תנאי וכתב דל"ד לשם דל"ח שתעבור בידים על התנאי אבל כאן חיישינן שאולי תחטפנו שינה ויעבור על נדרו ע"ש וזה זמן רב ששאל אותי משכיל אחד מק"ק צעשיניב דזה היפך דברי הש"ס דאם כן מאי מקשה מקונם שאת נהנית לי וקונם ככר זה אם אלך למחר דמה"ת לחוש שיעבור בידים על תנאי ובחידושי ליו"ד סימן רי"ג נדחקתי מאד ליישב ולא עלתה בידי כהוגן והציקתני רוחי לישב דברי הריטב"א שח"ו ששכח הסוגיא במקומה וביותר תימה בדף נ"ג שם הביא הרמב"ן האי קושיא ופירוקא דהש"ס מקונם שאת נהנית לי וביאר הריטב"א הקושיא ופירוקא כהוגן ולא חלי ולא הרגיש כלל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת סברת הש"ס היא דכיון דאמר קונם שאת נהנית לי אם תלך

לבית אביך אם כן האיסור לא חל רק אם תלך ול"ש לומר שלא תעבור בידים דבשלמא כל שכבר חל הנדר שייך לומר דתזהר בתנאי אבל כיון שהאיסור אינו מתחיל רק אם תעבור על התנאי שפיר יש לומר דדמי לשינה ואף דעוברת למפרע מ"מ ס"ל לש"ס דבכה"ג חיישינן שתעבור על התנאי כיון דלא התחיל האיסור כלל קודם שתעבור על תנאי ול"ד לגיטין דשם היא אשת איש כ"ז שלא תקיים התנאי ולא חיישינן שתעבור על התנאי בידים לקלקל עצמה משא"כ כאן דלא חל כלל האיסור אף דעוברת למפרע מ"מ חיישינן כיון דבתנאה לא מזדהר אינש חיישינן שמא תשכח שנהנית עד הפסח או שאכל' ככר היום ותלך אחר הפסח לבית אביה או שתאכל ככר השני למחרתו וז"ב לפענ"ד ואף כי בדברי הריטב"א יש לפקפק עדן מכל מקום דברי הר"ן נכונים מאד בסברא:

יב והנה במה שהקשיתי לעיל על רבינו הרמב"ם דפירש דהמדיר לוקה והקשיתי דא"כ היכי קאמר לאחר הפסח הר"ז בבל יחל דברו והיינו דאם מתהני קודם הפסח והא הוה התראת ספק כמו באכל לאיסורא והדר אכל לתנאי' דאמרו בשבועות דהוה התראת ספק ואף אם נימא דהתראת ספק שמיה התראה כר"י כמו שנראה בקצת מקומות בדברי רבינו מ"מ בכה"ג שהיא הלכה א"כ לא עבר כלל אח"כ והיאך ילקה עיינתי בדברי רבינו וראיתי כי רבינו דקדק היטב הדק שרבינו כתב בפ"י מנדרים הלכה י"ב באם הלכה לפני הפסח והרי הוא מהנה אותה קודם הפסח הרי"ז לוקה עבר הפסח אעפ"י שהלך לתנאי הרי"ז אסור לנהוג חולין בנדרו ולהניחה שתלך ותתהנה והראב"ד והטור השיגו עליו דאם לא נהנית קודם הפסח למה תהי' אסורה והכ"מ הליץ בעדו דמ"מ כיון דזמן משך השבועה שלא תלך עד החג בכל האי זמנא אסורה ללילך ולהנות והש"ס לא פירש כן רק לפי הס"ד ולא לפי המסקנא אבל תימה ע"ז דמי דחקו לפרש כן ולא פירש כפשוטו דאי מתהנית קודם אסורה ללילך אחר הפסח. ואני אומר דרבינו דייק וגריס והוא סובב הולך לפי דרכו דס"ל דהמדיר לוקה וא"כ א"א לפרש דילקה הוא למפרע ולכך פירש דמה שאמר במשנה דהלכה לאחר הפסח הרי זה בבל יחל דברו היינו שאסור לנהוג היתר גם לאחר פסח ומה דאמרו דהלכה לוקה היינו בהלכה לפני הפסח וההנה אותה קודם הפסח דאז הוה התראת ודאי וגם איכא איסורא שלא יהנה אותה קודם פסח דלמא תלך אבל לאחר הפסח אסור ג"כ להניחה שתלך אבל מותר להנות אותה וכל דברי רבינו מדוקדקים לשיטתו ולדעתי יש להוסיף עוד דאף שעברה פעם אחת והלכה ה"א דכבר עברה ומותרת אח"כ ללילך דהא כבר עברה על הנדר ולזה השמיענו רבינו דאף שהלך התנאי דהיינו שכבר עברה והלכה בכ"ז לשיטת רבינו דהוא לוקה ולא היא א"כ היא לא עברה כלל והוא לא עבר ג"כ דהא לא ההנה אותה קודם פסח ורק שכל שרצה בעת

שהדיר אותה לאסור על נפשה שלא תלך לבית אביה עד החג א"כ מחויב שלא להניחה ללכת שלא יחל דברו שרצה להדיר אותה אף דקנס שלא תהנה כבר עבר וז"ב כשמש ומובטחני כי יש לו פנים בהלכה ת"ל ודוק היטב בכל מ"ש:

סימן ריד

א לאבי מורי הרב הגאון נ' בענין חזקה שלש שנים.

ב על מה שהקשה בהיותי אצלו בשנת תד"ר בהא דכתב הרמב"ן פרק חזקת דטעמא דחזקה שלש שנים לאו משום אזדהר בלחוד רק כיון דשתק ולא מיחה רגלים לדבר אלא שתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא נזהר יותר משלש שנים בשטר איתרע לי' האי טענה ואמרי' דלא לחנם שתק ע"ש וכ"כ בתורת חיים ריש פרק חזקת הבתים וע"ז הקשה דא"כ למה לי חזקה דשלש שנים הא כשיבואו עדים ויאמרו שראו אותו האיש שישב בהן זה כבר בשנה ראשונה מהשלש שעברו א"כ סגי דבאמת מכיון דשתק ולא מיחה רגלים לדבר ורק דאתרע החזקה דא"ל אחוי שטרך וכיון דלא איתרע משום דכבר עבר שלש שנים א"כ די בזה מדלא מיחה ואנן בעינן שיעידו העדים על שלש שנים רצופים כמבואר בסי' כ"ט. והנראה בזה דהנה כבר נודע דחזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא לא הוה חזקה דחזקה קמייתא עדיפא זולת באיכא תרתי לריעותא כמבואר פ"ק דנדה דף ב' ולפ"ז כאן יש להמערער חזקה קמייתא והנתבע יש לו חזקה דהשתא דשלש שנים הוא חזקה דהשתא דאדם היושב שלש שנים במקום אחד פשיטא דנתחזק בחזקה דהשתא דזה הוא שלו עד שאף בשטרא לא מזדהר והו"ל כאלו הי' לו שטר שקנה השדה הלז ולפ"ז ניהו דחזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא לאו כלום כאן כיון דיש חזקה דלא מיחה הרי ניכר דמכרו לו וא"כ הו"ל תרתי במקום חדא ומועיל ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ן דעד שלש שנים כיון דגם חזקה דהשתא אתרע דאמרינן אחוי שטרך אם כן ל"מ נגד החזקה דמעיקרא אבל כל שעברו ג' שנים אם כן יש לו חזקה דהשתא ועוד יש ריעותא מדלא מיחה הו"ל כתרתי במקום חדא דמועיל כנלפענ"ד דבר חדש.

ג ובזה מיושב היטב דברי התוס' בב"ב דף ל"ה ע"ב ד"ה ואי שכתבו אין לפרש דר"א וכו' דא"כ קשה מ"ט דרבנן דבעו שלשה שנים דלדידיה ליכא למימר כדמפרש רבא חזקת דעד שלש שנים מזדהר בשטרא טפי לא מזדהר דהא לעולם צריך לשמרו פן יאמר לפירות הורדתיך ודבריהם תמוהין דנראה מדבריהם שכל ענין החזקה סיבה לשלא ישמור יותר משלש שנים והרי אדרבא הא דלא מזדהרי טפי סבה שיהיה חזקה דאל"כ היה מקום לטעון אחוי שטרך ובשביל זה אמרו דהחזקה היא טענה טובה אבל לא שעי"ז לא ישמור

השטר יותר וכבר תמה בזה הקצה"ח סי' ק"מ ס"ק ב' ונדחק. ולפמ"ש אתי שפיר דהכי מקשו התוס' דאם יוכל לטעון לפירות הורדתיך א"כ לא הוה חזקה דהשתא חזקה כלל דהו"ל חזקה שלא נתבררה דהא יוכל לומר תמיד דלפירות הורידו וא"כ אין ראיה ממה דלא מיחה וכל שלא יש חזקה דהשתא ולא אתרע החזקה קמייתא א"כ פשיטא דחזקת מרא קמא עדיף ולא מועיל החזקה וע"כ דלאחר ג' שנים לא יוכל לטעון לפירות הורדתיו וא"כ לאחר שהוחזק ג' שנים נתברר החזקה ושוב הו"ל תרתי לריעותא ומצטרף מה דלא מיחה מקודם להורע כח החזקה קמייתא. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הקצה"ח דלשיטת הרמב"ן דכל החזקה היא מדשתק יקשה דהרי בתוך ג' שנים יכול לטעון לפירות הורדתי' אף שדלי לי' צנא דפירי ולאחר ג' שנים אף שלא עשה מעשה רק בשתיקה לבד אינו נאמן לטעון לפירות הורדתי' ולפמ"ש א"ש דתוך ג' שנים שאין כאן חזקה דהשתא שהרי יכול לטעון אחוי שטרך ואתרע החזקה א"כ שוב אין ראיה מדשתק ולא אתרע החזקה קמייתא דיכול לטעון לפירות הורדתי' אבל לאחר ג' שנים כל דיש חזקה דהשתא והחזקה קמייתא יש לה ריעותא אין טענת לפירות הורדתי' טענה שתוכל לחזק החזקה קמייתא שיעמוד במקומה דהרי עכ"פ לפירות הורידו והחזקה קמייתא אתרע ולכך נאמן בחזקה דהשתא וז"ב כשמש. איברא דלכאורה לפ"ז צ"ב הא דאמרו בב"ב דף כ"ט כגון דאתו בי תרי ואמרי אנן דרינן בי' תלת שני ביממא ובליליא וקשה ל"ל שיעידו על ג' שנים הא סגי בשיעידו על שנה אחת ומדשתק ולא מיחה סגי וא"ל דאין מוציאין מחזקת מרא קמא כל שאין כאן חזקה דהשתא דז"א דבשלמא לגבי הנתבע שפיר שייך לומר דאין מוציאין אבל לגבי השוכר דהוא אינו רוצה להוציא הבית מחזקת מרא קמא להיות שלו רק שטוען שנתן להנתבע המעות של השכירות א"כ יש לו חזקת ממון וחזקה מדשתק ולא מיחה ופשיטא דמועיל לגבי חזקת המערער ובלא"ה בשכירות ל"ש כ"כ חזקת מרא קמא ועיין בש"ך חו"מ סי' שי"ב ס"ק י"ד אמנם באמת הדבר נכון דהא לגבי השוכרים ל"מ מדשתק ולא מיחה דיכול לומר כיון שבתורת שכירות בא לידך ולא החזקת בה בתורת מכירה ולגבי הנתבע הא אין לו חזקה דהשתא ולא מהימן להוציא מחזקת מרא קמא. ובזה מיושב היטב קושית הגאון בעל אבן העוזר בהא דמשני הש"ס כגון דנקיטי אגר ביתי' ואמרי למאן ליתבי' והקשה דהא יש לחוש שמא בערמה עשו כן שיראים שמא יתבענו שנית ולכן אומרים שעוד לא שלמו וא"ל דא"כ יש להם מיגו דפרענו לך אגר וכקושית התוס' ותירוצם ל"ש שיראים לגבי האי דהרי חזינן שאינם מתייראים מזה דז"א דזה דוקא בש"ס שתירץ כן על המשנה דלא שייך שבועת היסת אבל כל שנתקן שבועת

היסת לא שייך מיגו דעדים צריכין להיות נאמנים בדיבורם וכמ"ש התוס' בעצמם בד"ה הני וא"כ לדידן דקיי"ל כהך תירוצא וכמבואר סימן ק"מ קשה והניח בקושיא.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת החזקה הוה במה דשתקו שדר בו מיד וא"ל דהא לא נתיירא מהשוכרים דהם אינם באים רק מתורת שכירות דזה אינו דהא שפיר נתיירא משום השכירות דשמא יטענו שלא נתנו עדיין ולא יוכל להוציא מידם לגבי זה לא שייך חזקת מרא קמא דאין באין להוציא מידו הבית וגם דיכלו לטעון פרענו לך וא"ל דלא שייך מיגו בעדות דזה דוקא לגבי עדות דעדות צריך להיות מכח דיבורם ולא מכח מיגו כמ"ש התוס' בקידושין דף מ"ג אבל לגבי נפשם נאמנים מחמת מיגו וא"כ שוב לא יהי' נוגעים וא"כ למה שתק בעת ששכרו וע"כ דאמת הדבר וכל שאמת הדבר שוב הוה חזקה גמורה וז"ב ודוק. והנה לכאורה צ"ב לשיטת הרמב"ן א"כ אמאי חזקה שאין עמה טענה לא הוה חזקה כמבואר בב"ב דף מ"א ואמאי הא עכ"פ יש רגלים לדבר מדשתק ולא מחה ולא הוה ריעותא במה דאין לו שטר דהא כבר עבר שלש שנים. ולכאורה הדבר צ"ב לשיטת הרמב"ן ולפמ"ש אתי שפיר דהא בעינן חזקה דהשתא וגם רגלים לדבר דיהיה תרתי במקום חדא וכמ"ש וכל שאין עמה טענה לא מקרי חזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא וז"ב. ובזה מיושב הא דאמרו בדף מ"א שם מהו דתימא האי גברא זבין האי שדה ושטרא הוה לי' וסבר אי אמינא מזבן זבין האי ארעא א"ל אחוי שטרך. והדבר יפלא הא לאחר ג' שנים אין ראיה משטר והרשב"ם נדחק דהוא לא בקי בדינים והדבר יפלא דמה"ת למתלי כן. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש רגלים לדבר מדלא מחה ורק דליכא חזקה דהשתא וא"כ כל דיוכל להיות ששטר היה לו שוב יש לו חזקה דהשתא וגם רגלים לדבר ולזה אמר שפיר דסבר דיאמר לו אחוי שטרך דבאמת ריעותא איכא במה דאין לו שטר רק דאין ריעותא כ"כ כיון דיש לו חזקה ורגלים לדבר אבל זה לדידן אבל הוא בעצמו חושב לטעון טענה שלא יהיה ריעותא כלל וז"ב ודוק היטב:

ה והנה המבי"ט הובא בש"ך חו"מ סי' קמ"ו ס"ק ו' כתב דאין טוענין לשוכר ולא נודע כוונתו ועיינתי בנתיבות המשפט וראיתי שהעתיק המעשה בקצור שהיה השוכר יושב בבית ואח"כ פתח לו חלון לאורה בבית המושכר לו וע"ז כתב שאין טוענין לשוכר משלשה טעמים א' שלא היה חזקה ג' שנים ועוד דאף אם הי' השוכר כלוקח כיון שלא החזיק המשכיר אף יום אחד לא טענינן להשוכר ועוד טעם וע"ז תמה עליו דהא טענינן למשכיר וכמו דאמרו בב"ב דף כ"ט אנן אגרינן מיניה ואטו אם יחזיק א' ג' שנים וילך לו למדה"י ויבא אחר להחזיק בביתו אטו לא טענינן ליה שהחזיק וכמו דטענינן בעדו מזויף או פרוע. וגם מ"ש דלא טענינן בעד השוכר כיון שלא החזיק המשכיר יום אחד תמוה

דכבר כתב הנ"י ריש פרק חזקת גבי אנן אגרינן דבמשכיר ושוכר לא בעי שיחזיק יום אחד דהרי השוכר בא מכח המשכיר וע"כ דחה דברי המבי"ט ולפענ"ד דברי המבי"ט ברורים דבאמת צ"ב דאיך אפשר למטען בעד השוכר הא כיון דהשוכר מודה שהוא לא קנה הבית והשדה רק ששכרו א"כ לא עדיף מאילו היה חזקה שאין עמה טענה דל"מ כמבואר סי' קמ"ו ס"ט דבשלמא כשטוען שבא מיד מורישו הוה חזקה שיש עמה טענה דהא מורישו החזיק בו יום אחד אבל כאן ניהו דאם היה המשכיר לפנינו והיה טוען שהשכרתי לזה ועשה בו חזקה פתיחת חלונות הי' לו חזקה דמ"ל שהוא עשה החזקה או שהשוכר עשה בשבילו אבל איך אפשר לטעון בעד השוכר הא השוכר מודה שהוא לא לקחו ובשלמא כשטוען ששכרתי ממנו וא"כ הוה כאילו אמר שירשתי ואף דשם צריך שיחזיק הא ביום אחד כאן הוה שכירת השוכר כמו שהחזיק המשכיר והיינו כשהמשכיר טוען שקנה ויש לו חזקה ע"י חזקת השוכר הוה כחזקה שיש עמה טענה ובכה"ג מיירי הש"ס דאמרו אנן אגרינן והיינו כשהמשכיר לפנינו וטען שהשכירו לזה ג' שנים והוא קנאו וא"כ הוה כחזקה שיש עמה טענה ובאמת גם ביורש אם היה טוען שהגיע לו השדה שלא אמר לו אדם דבר לא היה מועיל ולכך בעינן שיחזיק יום אחד האב דאל"כ הו"ל כחזקה שאין עמה טענה והמבי"ט שכתב בשוכר משום שהמעשה שהי' הי' גבי שוכר אבל ה"ה בכל דבר ל"מ חזקה להשוכר רק להמשכיר שהרי השוכר אינו יודע כלל איך בא לידו.

ו ובזה נראה לפענ"ד מה שחידש המהרי"ט דשטר הוה כחזקה כמ"ש בחלק חו"מ סי' כ"ז ולפמ"ש הדבר מבואר בטעמו דכל שיש לו שטר הוה כחזקה שיש עמה טענה והרי מה דצריך שיחזיק יום אחד הוא כדי שיהיה חזקה שיש עמה טענה וכמ"ש ודוק היטב כי זה ברור כשמש לפענ"ד ואין ספר נ"מ ת"י להעתיק לשונו ומ"ש ס"ק כ"ב שם להקשות דנטעון להשוכרים בהך דאנן אגרינן מיניה ופריך הש"ס הא הו"ל נוגעין בעדות והקשה לטעון להשוכרים שלפירות ירד המשכיר דאם הי' טוען לפירות ירדתי נאמן ל"ק לפע"ד דהא אין טוענין לשוכר כמ"ש המבי"ט ובלא"ה ל"ק דהא הא דנאמן לטעון לפירות ירדתי הוא משום דלא חציף אינש לירד לפירות שדה חבירו וא"כ איך אפשר למטען להם דבר שלא היה נאמן רק מחמת דלא חציף ודלמא באמת משום דלא חציף לכך לא ירד בעצמו לפירות ושכרו לאחרים והם לא ידעו דבר ודוק:

ז אחר שנים רבות מצאתי בשערי המשפט סי' צ"ט ס"ק ג' שהקשה ג"כ דנטעון לפירות ירדתי ע"ש מה שמחלק בזה והנראה לפענ"ד כתבתי ונעלם ממנו הך דהמבי"ט שאין טוענין לשוכר וזה רבות בשנים שהגיד לי החריף מוה' וואלף נ"י ממקילניץ קושיא ופריקא הלז להביא ראיה להמבי"ט והנה כבר קדמו הנתיבות ושערי משפט בזה. והנה

בגוף ענין החזקה דשלש שנים שכתב הרמב"ן דהוה רגלים לדבר דמכר מדלא ערער ואחר ג"ש אין צריך להזדהר והקצה"ח כתב דאינו רק תק"ח מדלא מיחה מחל אבל אינו ראיה שמכר לו. אבל לפענ"ד דברי הרמב"ן נכונים ואזיל לשיטתו שהסכים לשיטת הר"י מיג"ש ודעימיה דבחזקת תשמישין וכדומה הוה חזקה לאלתר דהיינו בשלשים יום וביאר הנימוק"י פ"ק דב"ב גבי כשורא דמטלטלתא דאלו החזקות אינו ראיה שמכרם דא"כ היה צריך להראות השטר דעד שלש מזדהר בשטרי' רק דכיון דהגיע לו נזק מסתמא לא היה שותק ומדלא ערער הפסיד ובודאי מחל ע"ש. ומעתה אי נימא דגם שלש שנים הוא רק לאות מדלא ערער ודאי מחל א"כ מה חילוק בין אותן תשמישין דסגי בשלשים יום ומה ראו על ככה דבקרקע יצריכו שלש שנים וע"כ דשם ראיה דמכר וא"כ לא די בשלשים יום לומר מזה דודאי מכר לו דא"כ היכן השטר מכירה ולכך אמרו עד שלש דלאחר שלש אפשר דלא מזדהר בשטריה אבל בחזקת תשמישין אמרי' דמחל ולא מכר וז"ב מאד. והנה בדברי הנימוק"י שם שכתב דבהחזיק בכשורא הדבר ספק אם צריך ג' שנים או די שלשים יום ולכך אין להוציא מידו מספק דאיך נוכל להוציא מידו והלא הדבר עלינו בספק לפענ"ד צ"ע דכיון דחזקה דהשתא לא חשיב נגד חזקה קמייתא א"כ כל שספק עלינו אם הוה חזקה עכ"פ תרתי חזקות לא מקרי דמה שלא מיחה אין ראיה אם נימא דבעי ג' שנים והריעותא ברורה דהא אין השטר בידו וע"כ לפענ"ד הי' מקום להוציאו מספק מידו וכמ"ש למעלה ודוק. והנה לפי סברת הרמב"ן הנ"ל דחזקה דג' שנים דהוה רגלים לדבר דהוה שלו מדלא ערער הי' נראה לפענ"ד דבר חדש בהא דמבואר בטוש"ע חו"מ סי' ק"מ דאם החזיר המערער המעות להשוכרים דכל מי שיזכה בדין יטלנו דהוה עדותן עדות דמועיל סילוק ע"ש ס"ט ולפענ"ד הי' נראה דלהרמב"ן מהראוי שלא יועיל דהנה במשפט צדק חלק חו"מ סי' כ"ב כתב דהא דמהני סילוק הוא דוקא בעידי ראיה אבל בעידי הודאה יש לומר דמש"ה הודה כיון שראה שאינם עדים דנוגעים הם ועיין קצה"ח סי' ל"ג ס"ק ג' ובאבני מלואים סי' ל"ה ס"ק ו' ולפ"ז גם כאן כיון דהם נוגעים בעדותן א"כ יש לומר דלכך לא מיחה משום דראה שלא יהי' עדים נגדו דיהיו נוגעים ולכך לא מיחה דבשלמא אם תק"ח היא וא"כ החזקה נצמח ממה דהחזיקו שלש שנים וא"כ שפיר הוה חזקה ואף דהיו נוגעים הא מחזיר המעות ומסלק הנגיעה אבל אם החזקה נצמח ממה שלא מיחה רק דהיה ריעותא בשביל השטר וכל ששהה שלש שנים לא מזדהר בשטרו עוד וא"כ כיון שהעדים נוגעים לא הי' צריך למחות וא"כ אין חזקתו חזקה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו כגון דנקיטי אגר ביתא והקשה בחידושי אבן העוזר שם דלמא ערומי קא מערמא וכבר פרעו ע"ש שהניח בצ"ע דלדידן דאיכא

שבועת היסת ואין להם מגו וכמ"ש התוס' קשה אמאי נאמנים ולפמ"ש יש לומר דכל דנקיטי אגר ביתא א"כ היה מקום שלא יהיו נוגעין וכגון שיעידו עדים שידעו בבירור שהשכירו שישלמו בסוף השלשה שנים ויש להם חזקה דאאפבת"ז כמבואר בב"מ דף ק"ב וכדומה וא"כ שוב היה צריך למחות דדלמא יבררו שלא פרעו ויהיו עדים גמורים ולמה לא מיחה ודוק היטב. ובגוף דברי המבי"ט שהבאתי למעלה נראה לפענ"ד דהדין עמו ולא מטעמי' דהנה בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ע"ה כתב דהא דטענינן ליורש ולוקח היא משום שחזקתן ברור שקנה או שירש והוא שלו אבל כל שחזקתן אינה חזקה ברורה לא טענינן עבורם ע"ש ולפ"ז לפמ"ש התוס' בב"ב דף ס"א ד"ה ארעתא גבי שואל הואיל וסופו לחזור לבעלים הוה המשאיל המוחזק ע"ש ועיין בתוספות ס"פ השואל ולפ"ז ה"ה בשוכר שסוף הבית לשוב להמשכיר שוב לא שייך לומר דטענינן ליה כיון דלא נקרא מוחזק כלל וזה דוקא לגבי השוכר אבל לגבי המשכיר שפיר טענינן כיון דהיא בודאי נקרא מוחזק. ובזה מיושב קושית בעל נתיבות המשפט מהא דכתב הנ"י דחזקת השוכר מועיל למשכיר וכדאמר בש"ס דב"ב דאמרו אנן אגרינן מיניה ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהמשכיר לפנינו ממילא מועיל חזקה השוכר להמשכיר וז"ב. ובזה י"ל דבר נחמד ליישב שני תשובות הרא"ש דסתרו אהדדי דבכלל צ"ח סי' יו"ד כתב דגם לבע"ח טענינן ובכלל צ"ט סי' ז' כתב דאין טענינן לב"ח ע"ש וכבר תמה בזה הרב בעל משאת בנימן בהגהותיו לטוח"מ סי' קמ"ו ע"ש שנדחק בזה מאד ובשו"ת פמ"א בשם כמה גדולי ספרדיים שנתקשו בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה בטעמא דלא טענינן לבע"ח כתב הרא"ש משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה והוא בא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה ע"ש ולכאורה צ"ב דס"ס כיון שגבה הו"ל מוחזק. אמנם נראה כיון דקי"ל דשומא הדרא א"כ אף לאחר שגבה אינו ברור שתשאר אצלו ותהי' שלו לכן לא נקרא מוחזק ולא טענינן ליה כמו בשוכר ולפ"ז מיושבין היטב תשובות הרא"ש דבסי' צ"ט מיירי בסתם בע"ח דשומא הדרא לכן כתב דלא טענינן ליה אבל בכלל צ"ח דשם בא הבע"ח מכח הכתובה שגבתה האלמנה וכתובה הלא נודע דעת המהרש"ל בתשובה דלא אמרינן שומא הדרא א"כ שוב טענינן לבע"ח וז"ב. ובחידושי אמרתי ליישב דעת המהרש"ל שהביא מהא דאמרו אלמנה שמכרה לעצמה לא עשתה ולא כלום דאמרינן מאן שם לך ותיפוק ליה דשומא הדרא וע"כ בכתובה לא הדרא והרמ"א בתשובה דחה ראייתו וגם הש"ך כתב דכמה נפקותות יש בדבר בין שומא הדרא ובין שומא בטעות ע"ש בש"ך סי' ק"ג ובב"ש סי' צ"ג ולפענ"ד כוונת המהרש"ל דהנה בסי' נ"ג שם מבואר דכל שמגבהו למלוה מעצמו ל"ש שומא הדרא כיון דלא אטרחי' לב"ד ולא נראה שלא מרצונו

נתן לו ולפ"ז דוקא בשט"ח בשאר ב"ח דאטרחי' אף דידע שחייב לו בודאי לא מרצונו רצה לתנו לו אבל בכתובה דע"כ צריך ב"ד דהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וגם היתומים אינם יודעים אם עוד חייב לו א"כ אין ראיה מדאטרחי' לב"ד ואף דהשומא לא היה צריך ב"ד הא כיון דאלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום א"כ גם לענין השומא צריך ב"ד ושוב לא אטרחה לב"ד כלום בחנם לכן לא אמרינן שומא הדרא בכתובה וכדברי רש"ל כנ"ל להדר פני זקני המהרש"ל ובזה גם דברי הרא"ש נכונים והמה עטרה לרא"ש וקלורין לעינים. שוב מצאתי סברא זו דבכתובה לא שייך דאטרחי' בתומים סי' ק"ג ס"ק ט"ז ושמחתי מאד כי כן אמרתי בראשית ההשקפה כי אז לא הייתי בקו הבריאות לכן לא יכולתי לעיין אז בתומים.

ח והנה בשו"ת פמ"א הנ"ל הביא דברי רש"ל בתשובה סי' א' וכ"כ בשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' ע"ה דאף דל"מ הודאה במקום שחב לאחרים דחזקה כל מה שביד האדם הוא שלו אבל בחזקת קרקע ג' שנים ומודה דהוא של אחר מועיל ההודאה אף דחב לאחרים עי"ז כגון בע"ח שלו שאין לו מה לגבות רק מאותה קרקע והטעם דבאמת חזקה שאין עמה טענה ל"ש חזקה וכאן כל שהודה שהוא אינו שלו מה מועיל חזקתו הא אין עמה טענה דסוף סוף הוא מודה שאינו שלו ולכאורה צ"ב דסוף סוף נימא דהודאתו בשקר ובאמת חזקה שיש בה טענה הוא דאם לא היה מודה הוה אמרינן דמסתמא כשאכל שלש שנים מסתמא קנהו ורק שהוא מודה א"כ באותה הודאה חב לאחרים ול"מ וצ"ל דכל שאין עמה טענה כעת שמודה שלא קנהו א"כ לא אתחזיק מעולם באותה שדה ולא שייך חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. ולפענ"ד ראיה ברורה לדבריהם דהרי בהא דאמרו בב"ב דף למ"ד ואת לא קמודית דהאי ארעא דידי הוא ופסקינן דטענתו טענה וכתב הרשב"ם כיון דמודה שהקרקע היה של המערער ולא ידע אם היתה של המוכרה א"כ צריך להחזיר למערער ויגבה מעותיו מן המוכר ע"ש וקשה טובא דלמה יצטרך המוכר להחזיר לו מעותיו הא יכול לומר לא היה לך להודות דהקרקע שלו היתה והמוכר היה יכול להכחיש ולומר שהקרקע לא היתה שלו מעולם וא"כ הלוקח אפסיד אנפשיה וא"כ הוה הודאתו במקום שחב לאחרים ואינו נאמן כלל וע"ש בתוס' ד"ה לאו וע"כ דכל שהודה שהיה של המערער הו"ל כחזקה שאין עמה טענה ונאמן אף בחב לאחרים ודו"ק היטב כי לפענ"ד ראיה ברורה ונכונה היא. והנה בהא דאמרו בב"ב דף ק"ע דהבא מכח חזקה ושטר דצריך לברר וכ"ה בש"ע סי' ק"מ ס"ג וכתבו הר"ן הובא בסמ"ע שם ובסי' ע' ובש"ך שם דדוקא הכא דעיקר החזקה נצמח מכח השטר ומזה משמע דלא כרמב"ן דלהרמב"ן עיקר החזקה מכח דשתק ולא ערער ומה דאין לו שטר הוא לפי שלאחר

שלש שנים ל"צ לזהורי בשטריה וא"כ כל ששתק החזקה בא מכח ששתק ומה אכפת לן בשטר וע"כ כמ"ש הנימוק"י דעיקר החזקה נצמח שזה טוען שהי' לו שטר רק שאבד השטר מפני ששהה שלש שנים ודו"ק. ודרך אגב אזכיר מה שהקשו בתוס' ר"פ חזקת הבתים בהא דאמרו כנס את תבואתו ומסק זיתי' כנס קיצו הרי"ז חזקה והקשו התוס' דהא תאנה קדמו. ולכאורה אין כ"כ קושיא דמה נ"מ אם תנא לי' לבסוף או בתחלה. והנה הרב מוה' אברהם קאמפף נ"י אמר דלפי מה דאמרו דטעם דחזקה כשור המועד ובעינן כשור המועד שלא יהיה בשעה שאכל פרי זה לפרי זה וא"כ כל שקדמו התאנים שוב הוה כבר בשעה שאכל הגפנים והשמנים לתאנים ולא הוה חזקה ושפיר מקשו התוס' דתאנים קדמו לא הוה חזקה. והנה אם כי דבר חכמה אמר אבל אינו נכון כלל דבאמת אטו צריך למיכל כסדרן שנגמרו וגם באספסתא שנגמר בתלתא ירחי מועיל ואטו צריך לרשום איזה אספסתא נגמר קודם וא"כ מכ"ש בשלשה מיני פירות הוה חזקה אף שאכל המאוחר קודם וגם אם לא אכל רק שמכר אטו לא הוה חזקה והחזקה הוה משעה שכנס התבואות לביתו ודוקא אם אכל מין פרי אחת שנגמרו ביחד אף שאכל שלשה פירות אין ראיה מזה דהוה כפירי אחת אבל בכה"ג הוה חזקה ברורה וז"ב. והנה במ"ש למעלה בטעמו של חזקה קשיא לי בין לפירוש הרמב"ן דהוא משום רגלים לדבר או משום תק"ח שלא יפסיד המחזיק קשה בהא דאמרו בב"ב דף כ"ט אנא בשכוני גוואי הוה ואמר ר"נ זיל ברר אכילתך ורבא ס"ל המוציא מחבירו עליו הראיה וקשה לפירוש הרשב"ם דלכך לא מחי משום שנשתמש עמו ול"צ למחות א"כ שוב אין רגלים לדבר וא"כ לא הוה חזקה וכן להקצה"ח משום תק"ח והמערער הי' יכול למחות וא"כ כאן של"צ למחות א"כ מה מועיל החזקה. אמנם נראה דע"כ לא הוצרכו לטעמים על החזקה רק בכל חזקות דעלמא דהמערער טוען שבגזילה נכנס להשדה והבית רק שלא רצה לשמוע לו ומיחה בו צריך טעמים של הרמב"ן והקצה"ח אבל כאן באמת ריעותא יש דלמה לא מיחה ואף שזה משתמש עמו מ"מ אם הוא אין לו שום דבר בהאי ביתא היאך לא חש שידור בו וא"כ כל שיש ריעותא שוב הי' חזקתו חזקה ורק שזה אומר שלא איכפת לו כ"כ כיון שזה לא החזיק לגמרי רק שנשתמש עמו א"כ גם החזקה לא היה חזקה גמורה ובזה נחלק ר"נ עם רבא שזה מאלים כחו של המערער כיון שהוא מוחזק בה מתחלה וזה מאלים כח המוחזק. ולפענ"ד היה נראה בטעם חזקה משום דבאמת חזקה דהשתא יש לזה שמוחזק כעת רק שחזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לא נחשב אבל כל שלא מיחה ויש לו רגלים לדבר מדשתק שוב הו"ל כתרתי לריעותא דגם חזקה דהשתא נגד מעיקרא נחשב לחזקה וא"כ עד ג' שנים דיש ריעותא בגוף החזקה דהיכן שטרו ולא נחשב לחזקה דהשתא כלל

משא"כ אחר ג' שנים הוה חזקה דהשתא חשיבות בצירוף הרגלים לדבר ובזה נחלקו ר"נ ורבא כאן דר"נ ס"ל כיון דלא החזיק לגמרי שהרי נשתמשו יחד והוא היה בשכוני גוואי לבדו א"כ לא נחשב לחזקה כלל וחזקה דמעיקרא בתוקפא וז"ש ברר אכילתך ורבא ס"ל דהוה המע"ה דמ"מ אחזיק כעת ודו"ק:

ט והנה בגוף הך דשכוני גוואי דלא הוה חזקה לר"נ והכי קי"ל לא נודע למה לא הוה חזקה ובשו"ת זקני הב"ח סי' ז' ושו"ת מהר"ם אלשיך סי' צ"ד נראה משום דכל דאיכא תפיסת יד הבעלים ג"כ במה שמחזיק המוחזק לא הוה חזקה וכ"כ הקצה"ח סי' ק"מ ס"ק ב' בשם הרבה תשובות והוא תמה בזה דלמה לא יהיה חזקה שהם שותפים שוה בשוה ע"ש שדחה דבריהם.

י ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה כבר נודע מ"ש התוס' בריש ב"מ דלמה לא נימא כיון דזה יש לו בודאי חציו ממילא גם בחציו השני הו"ל ספק במקום ודאי כמו בספק ויבם וכתבו דמה שהוא ודאי בחציו לא מקרי ודאי לענין החצי' השניה. והנה מלבד דסברתם אין ברורה ועיין תומים סי' ק"ד ובתשובה הארכתי עכ"פ גם לדברי התוס' דוקא התם דבחציו השני' תפיס גם חבירו וטוען שמתחלתו הגביה חציו אבל כאן באמת החזקת מ"ק יש לו לבעלים בכלו וזה טוען שהחזיק כעת וא"כ כיון דבשכוני גוואי הוא מודה דהוא בודאי לבעלים גם כעת וכיון שגם במה שמחזיק כעת המחזיק יש לו לבעלים תפיסת יד ודריסת הרגל ומשתמש בכל התשמישין א"כ הבעלים מקרי ודאי גם בחציה השניה דהא אית ליה חזקת מ"ק בכלו גם כעת הוא מוחזק בשכוני גוואי וזה המחזיק אינו אומר שהוא שלו וז"ב. ובזה אפשר ליישב קושית הקצה"ח מאחזיק לארדי דאחזיק לכשורי ויש לו חלק באבני הכותל אלמא דכשטוען שהוא שותף מועיל חזקתו. ולפמ"ש אתי שפיר כיון דטוען שמתחלה קנה הכותל להיות חצי שלו א"כ לפי דבריו אינו ודאי יותר מזה משא"כ בשכוני גוואי שעכ"פ בשכוני גוואי זה ודאי ומועיל גם לשכוני בראי ודו"ק. וכמו כן חזקת ישוב כיון דקנה חזקתו שוב הוא שוה לחבירו ואין חבירו יותר ודאי ממנו משא"כ בזה וה"ה בהך דשו"ת ב"ח שכ"ע מודו שראובן הוא ודאי בחצר ניהו שזה היה שואב מים מהבור שבחצרו עכ"פ בחצר הוא ודאי וז"ב כשמש ודו"ק:

יא אחר כמה שנים בשנת תרי"ג נתיישבתי בקושיית אבי מורי הרב הגאון נ"י דלהרמב"ן ל"צ חזקה שלש שנים רק דלאחר שלש שנים אם יברר שעשה חזקה וישב בבית או בשדה חבירו איזה זמן אף זמן מועט ולא שנים רצופות סגי דכיון דשתק רגלים לדבר שמכר לו ומה דאין לו שטר אין ראיה דהא לאחר ג' שנים לא מזדהר בשטריה. ולפענ"ד דר' יהודה ורבנן בב"ב דף ל"ח נחלקו בזה דלרבנן הטעם דתק"ח הוא שלא יפסיד זה דמה לו לעשות

אם נאבד שטרו לאחר שלשה שנים וזה היה לו למחות ולכך בעי שלשה שנים אבל ר"י ס"ל דהחזקה היא מדשתיק מחיל והא דצריך שלשה שנים הוא כדי שיהא באספמיא וכו' ולכך האריכו הזמן עד שלשה שנים והוא לא ס"ל הריעותא מדאין לו שטר דלר"י לא ס"ל עד תלתא מזדהר בשטרו רק שמא לא ישמע ולא יוכל למחות לכך תקנו בהוה שאין דרכו של אדם להתרחק מביתו יותר ממהלך שנה תמימה ועיין ברשב"ם במשנה שם ועיין בדף ל"ט ברשב"ם ותוס' שם דלר"י מיד ששתק סגי.

יב אמנם אכתי דברי רמב"ן מוקשים לרבנן דס"ל דעד שלשה מזדהר א"כ לסגי בהחזיק זמן מועט ורק לאחר ג' דלא מזדהר אין ריעותא ועכ"פ לר"י מבואר סברת אבי מורי הגאון נ' ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו בב"ב דף נו"ן ע"ב אין דין חזקה לנזקין והיינו שא"צ לזה ג' שנים ותיכף צריך למחות ק"ל טובא דאכתי היאך הוה חזקה הא להרמב"ן הראיה הוא מדשתיק מחל ורק דאתרע החזקה דהיכא יש לך השטר וא"כ למה מועיל חזקה בנזיקין הא אכתי איכא ריעותא הלז בשלמא אם תק"ח היה שלא יפסיד ואמרינן דא"צ לזהר בשטרו ואם הוא של מערער היה לו למחות תוך שלש א"כ גם כאן יש חזקה אף בפחות מג' שנים דהיה לו למחות ואף דאין לו שטר אמרינן כיון דלא מיחה לא נזהר בשטרו דבשלמא בשאר חזקות יש לומר דלא אכפת ליה כ"כ ואף דלא מיחה שמא ימחה ולכך הי' לו לזהר בשטרו משא"כ בנזקין דודאי מיחה האדם תיכף ומדלא מיחה לכך לא נזהר בשטרו אבל להרמב"ן באמת הראיה היא מדשתיק מחל רק דהוה ריעותא היכן שטרו וא"כ גם בניזקין יש ריעותא זו ולפמ"ש בתשובה גבי חצי דבר דכוונת הרמב"ן היא דלא מקרי חזקה עד ג' שנים דהוה חזקה שלא נתבררה דשמא ימחה עוד א"כ בנזיקין דהחזקה היא שבודאי אדם מוחה מיד שוב הוה חזקה אף דאיכא ריעותא אבל גם זה דחוק דסוף סוף יש ריעותא מדלא יש בידו שטר וצע"ג:

יג והנה ביום ד' תרומה ב' דר"ח אדר הי' אצלי תלמידי המופלג מוה' יעקב יוסף נ' בר' חיים שמחה מפה ושאל לטעמו של הרמב"ן למה נחלקו בבא לדון בשטר וחזקה אי צריך לברר כמבואר בב"ב דף ק"ע והא שם החזקה טובא מדלא מיחה וא"ל דיש ריעותא דאין לו שטר דהא יש לו שטר ולק"מ דשם כל שטוען על השטר שהוא מזוייף גרע דכל שאין השטר לפנינו אמרינן מסתמא הי' לו שטר אבל כל שיש לו שטר ואינו מקויים וזה טוען מזויף א"כ שוב הוה ריעותא בגוף החזקה שזה טוען שלא החזקת כדין ואדרבא יש לומר דמש"ה לא הועיל מחאתו כ"כ דזה הראה שטר ולא כ"ע דיני גמירי וכשראו שיש לו שטר סברו שהדין עמו וכדומה ועכ"פ לא הוה חזקה כל כך כיון שהשטר בידו בלי ראיה ודו"ק. והנה בשנת תרח"י י"ג טבת הקשה אותי החריף מוה' משה פיליוואר

ני' ממדינת פולין בהא דאמרו אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה והתוס' הקשו דאיך אפשר שתהיה חזקה הא לא טעין כלום וכתבו דנימא שמחל וע"ז הקשה דהא מחילה לא מועיל בדבר שהוא בעין וכמ"ש בסי' רמ"א והוא ממהרי"ק.

יד והשבתי דכאן מהמחילה ראיה שכבר נתן לו בקנין דאל"כ למה שתק. ועוד אמרתי כיון דזה מוחזק והרי חזקה עצמה היא קנין רק שכל שאין לו שטר ואין עמה טענה ל"מ חזקה במה שא"ש ולפ"ז כל שזה מחל שוב ממילא זה החזיק בקרקע והכסף מחל לו וז"ב. עוד נראה לי דבאמת המערער אינו יכול לברר שעכשיו הוא שלו רק בחזקת מרא קמא וכל שמחל עכ"פ חזקת מרא קמא אזיל לי' ושוב ממילא הוא של המחזיק ודו"ק:

סימן רטו

א להרבני המופלא מוה' שלמה שפירא ני' מבראד.

ב דבריו הגיעני והנה מ"ש בדברי הרשב"א בתשובה סי' תקנ"ב שמחלק דבאומר אני זניתי עם אשתך לא פלגינן דיבורא והאריך מעלתו לבאר דברי הרשב"א והקשה בהא דאמרו בסנהדרין דף ט' פלוני רבעני לרצוני דס"ל לרבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע והיינו דפלגינן דיבורא ומהמנין לי' לגבי חברי' ולא לגבי עצמו וקשה לפי שיטת הראב"ד בפ"ק דמכות גבי אלעאי וטובי' קריבי' דערבא הוא דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כלה רק דלגבי נפשיה לא אקרי עד כלל ולפ"ז קשה הא העד שאמר שפלוני רבע הוא העיד שרבע להעד עצמו ולהעד הזה מאמינין שרבע לאחר וא"כ בטלה העדות עכ"פ במקצתה לענין שהעד לא נרבע ושוב בטל גם לגבי הנרבע וגם קשה הא כיון דמכחישין זא"ז דזה אומר שרבע להעד וזה אומר שרבע לאחר וא"כ הו"ל עדות המוכחשת זה ת"ד. הנה באמת לפענ"ד אין התחלה לקושיא דבאמת תרי מילי נינהו הרובע והנרבע ואתכחשו לגבי הנרבע אבל ברובע לא אתכחשו וא"כ לענין הרובע לא אתכחשו והו"ל כעין דאמרו בב"ק דף ע"ז לרבא דעל הטביחה דאתזום אתזום על הגניבה דלא אתזים לא אתזים וא"ל דש"ה דמכאן ולהבא הוא נפסל משום דעדים זוממין חידוש היא משא"כ בהכחשה דזה אינו דכבר הכריחו התוס' בב"ב דף ל"א ד"ה אמר דכל דהוה תרי מילי אמרינן גם בהכחשה מה דאתכחיש ובמה דלא אתכחיש לא אתכחיש ע"ש וא"כ כאן דאין אנו דנין על הרובע ולא על הנרבע ובזה שניהם מסכימים ושפיר אמרינן פלגינן דיבורא. ובאמת שצ"ע מדוע לא הביאו התוס' ראיה מכאן ועיין מהרי"ט בראשונות סי' קל"ח. אמנם כ"ז כתבתי לפי שיטתו ובאמת שגם בספרים השתמשו בסברא הלז דאמרינן פלגינן דיבורא ואמרינן דלאחר רבע ועיין בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' מ"ב באהע"ז. וכשאני לעצמי אמרתי דבאמת אמרינן דרבע להעד

והא דנאמן ומצטרף עם אחר הוא דבאמת יש כאן שני עדים המעידים שזה רבע לזה ואף דזה רשע עכ"פ המעשה אמת דאל"כ לא נעשה רשע ואף דאאמע"ר ואינו נאמן לגבי עצמו אבל עכ"פ לענין אחר שאינו נוגע לו שפיר מהמנינן ליה דעכ"פ רבע לזה רק שלגבי עצמו לא מהמנינן לי' אף אם ידענו שאומר אמת באמע"ר אבל הדבר שהוא אמת שפיר פלגינן דיבורא לגבי האחר וז"ב לפענ"ד וכבר הארכתי בזה בחידושי לרמב"ם ליישב קושית המלמ"ל דאיך אפשר בעד שאומר אני זניתי לפלוג דיבורא דא"כ הא אינו נאמן דליכא רגלים לדבר בשביל הקינוי וסתירה דהא ע"כ דזינתה עם אחר שלא קינא לה ממנו וכתבתי דבאמת מאמינין לי' שזינתה עמו ורק לגבי דידיה לא מאמינין ליה דאין כאן עדים אבל לגבי דידה מהימן והרבה הארכתי שם. וכעת אני אומר דיש להמתיק הדבר דהרי בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' פ"ד והנמשך האריך לבאר דע"א נאמן בממון להוציא היכא דאינו רק גילוי מלתא בעלמא ע"ש ולפ"ז אף דלא קיי"ל כן והריב"ש חולק עליו ועיין בחו"מ סי' למ"ד סי"ד אבל זה דוקא בע"א אבל כאן דלענין הרובע יש כאן שני עדים וא"כ אין לך גילוי מלתא יותר מזה וא"כ לגבי הרובע שפיר מצטרפי וז"ב.

ג והן נסתר מחמתו מה שהקשה מעלתו דאיך שייך פלגינן דיבורא ואמרינן דהיה רובע לאחר דא"כ איך נדע אם רבעו במזיד דלמא שוגג או מוטעה או שמא באבר מת וכדומה. ולפמ"ש א"ש דבאמת רבע אותו רק שלגבי דידיה אינו נאמן אבל לגבי הרובע נאמנים. וראוי להסתפק באם זה אומר פלוני רבעני לרצוני דאמרינן פלגינן דיבורא והרובע מעיד ג"כ אני רבעתי את פלוני והעד מעיד ג"כ עמו וא"כ יש כאן שני עדים על הרובע והנרבע האיך לדייני דייני אם הורגין שניהם והנה לפמ"ש הרשב"א דבאומר אני זניתי עם אשתך לא שייך פלגינן דיבורא וא"כ לא שייך הספק כלל דהשני אינו נאמן כלל דהו"ל רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד אבל אם נימא דלא כדעת הרשב"א ואמרינן פלגינן דיבורא א"כ בעדות הרובע פלגינן דיבורא ומאמינין לגבי הנרבע ובעדות הנרבע מאמינין לגבי הרובע והורגין שניהם ובאמת לכאורה יש לומר דכל היכא שכבר העיד הנרבע דפלוני רבעני ומצטרפין וא"כ לא מהימן הרובע אח"כ דכבר נעשה רשע על פי שני עדים ולפ"ז אם היה הרובע מקדים עצמו והעיד מקודם היה הוא נאמן לגבי הנרבע ותו לא מצי הנרבע להעיד על הרובע דכבר נעשה רשע ולפ"ז קשה לי קושיא בהא דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע הא הרמ"א בתשובה סי' ל' כתב בשם המרדכי פרק החולץ דהיכא שמתכון לטובתו ובא להעיד לטובתו אף שע"י כך משים עצמו רשע נאמן ע"ש והובא בכה"ג בהגהת הטור אות ס"ב ולפ"ז כאן הא י"ל דמעיד כן לטובתו שאל"כ כשיבא הרובע ויעיד יהרגו את הנרבע והרובע יפטור ובכה"ג אדם מע"ר

והיא קושיא נפלאה. אך יש לומר דאם נימא דיהיה נאמן לעשות עצמו רשע א"כ גם אם יבא הראשון קודם יהיה נאמן לעשות עצמו רשע וכיון שהתורה אמרה אל תשת רשע עד שוב לא יהיה נאמן כלל להרוג את הנרבע כדאמר רב יוסף לרצונו רשע הוא ושוב לא יהיה מעיד לטובתו כלל ושפיר אמר דפלגינן דיבורא וז"ב ודוק.

ד והן נסתר מחמתו דברי הגאון בעל נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב שחידש דלר"י כיון דלא ס"ל פ"ד ואמרינן מתוך שנאמן על חבירו נאמן על עצמו ג"כ וא"כ היה נאמן גם על עצמו. אך זה אינו דגם הנוב"י מודה דניהו דנאמן הו"ל רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד ודוק. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הרשב"א בסי' אלף רל"ג שכתב ראיה דלא אמרינן פלגינן דיבורא באני זניתי דאל"כ הו"ל למנקט אני רבעתי את פלוני ותמה הנוב"י שם דאיך אפשר למנקט באני רבעתי דא"כ איך יחלק ר"י בין לאונסו ובין לרצונו הא לא משכחת לה לאונסו כלל דהא אין קישוי אלא מדעת וכמ"ש הרשב"א שם ולפמ"ש דהכי אזלא הוכחת הרשב"א דהו"ל למנקט רבותא יותר דאף שבא חבירו וטען אני רבעתי דאמרינן פלגינן דיבורא ואפ"ה מצטרפין להרגו דכבר נעשה רשע או הו"ל למנקט הדין באם בא פלוני תחלה וטען אני רבעתי את פלוני ואח"כ בא זה וטען פלוני רבעני לרצוני או לאונסי וע"כ דלא פלגינן דיבורא בכה"ג.

ה וראיתי בכה"ג שם על דברת שו"ת אא"ז הרמ"א ז"ל בשם המרדכי פרק החולץ שחפש במרדכי שם ולא מצא ואני אומר שלא חפש יפה ובאמת הוא שם ס"פ החולץ אות ל"ו שכתב שם דלכך נאמן לפסול עצמו משום שהוא באמת רצה להתגייר היטב ע"ש הרי בהדיא דכל דכוונתו לטובתו לא שייך אאמע"ר והוא הדבר אשר דבר הרמ"א בשמו.

ו שוב ראיתי בנוב"י שם סי' ע"ד שהגאון בכר דוד הספרדי הראה לו שגם הראב"ן דקדק דאמאי לא נקט גם אני רבעתי את פלוני ואין התחלה לקושיא זו והנוב"י כתב דזו אינה קושיא דלא רצה למתני תרווייהו. אבל לפמ"ש אתי שפיר דדוקא שני דברים הוא דל"ש למתני תרווייהו אבל כאן הוי רבותא גדולה דכשיאמר אני רבעתי לאונסו של חבירו והנרבע יאמר פלוני רבעני לאונסי א"כ לר"י ורבא נאמן הנרבע להעיד דלא עשהו רשע לחבירו ולרצונו הוה אשמעינין ולר"י הראשון והשני אינם נאמנים דרשעים הם ולרבא הראשון נאמן דהורגין השני ובזה ניחא גם באני באתי על אשת חברי וחבירו אמר פלוני בא על אשתי דה"א דמצטרפין להרגה דאין אדם קרוב אצל אשתו ולגבי דידיה אמרינן פ"ד אבל לגבי האשה יש שני עדים ושפיר קמ"ל ול"ק קושית הנוב"י ודוק היטב כי חריף הוא. ומה שהקשה מעלתו בהא דאמרו מ"ד אדם קרוב אצל אשתו קמ"ל ופירש הראב"ד דהיינו שעל אשתו אינו בגדר עדות ועל זה הקשה כיון דלגבי ממון אמרינן אדם קרוב

אצל ממונו כמו בפלוני רבע שורי וא"כ כאן שמעיד להפסיד הכתובה א"כ בטל העדות לגבי הכתובה ה"ה לענין הבועל והאריך בזה לק"מ דכל לגבי אשתו אינו נאמן כלל דמה שנצמח לענין האשה שהיא כגופו אינו נאמן ועיקר אנו הולכין על הסבה העיקרית המסבב הדבר וז"ב ודוק.

ז והנה בהא דאמרו ביבמות גבי הרגתיו לא ישא את אשתו ודייקינן הוא דלא ישא אבל לאחר תנשא והא אמר ר"י פלוני רבעני לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ומסיק כרבא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא והקשה הרשב"א בסי אלף רנ"ב דאיך שייך בזה פלגינן דיבורא הא אם נגוז לדיבור לא ישאר דיבור כלל ע"ש והנראה בזה ומקודם אקדים מה ששמעתי מפי כבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' ליבוש ני' בזה דהנה התה"ד הקשה דאמאי יהיה גזלן דאורייתא פסול הא לא גרע מעכו"ם מסל"ת דנאמן ומכ"ש בגזלן דעכ"פ ישראל הוא דמהראוי להכשיר אף בלי מסל"ת אך י"ל דלשיטת הרמב"ם דצריך לומר וקברתיו וכאן דלא אמר וקברתיו אינו נאמן. אך באמת הא כלם הקשו דהא בכמה מעשיות שבש"ס דמקשי משמע דלא בעינן וקברתיו וכתבו לחלק דהיכא דמעיד בתורת עדות א"כ בעינן שיאמר וקברתיו מה שאין כן בעכו"ם מסל"ת לא בעינן וקברתיו דאינו בא להעיד רק מסל"ת מה שראה ע"ש ולפ"ז שפיר י"ל דזהו שמקשה הש"ס והא גזלן דאורייתא פסול והיינו דכל שאינו מסל"ת שוב בעינן וקברתיו ואמאי נאמן בהרגתיו כיון דלא אמר וקברתיו וע"ז משני דפלגינן דיבורי' והיינו דבאמת כתבו כלם דאם לא אמרי' פ"ד אמרי' דכיון שאינו נאמן על עצמו אינו נאמן על האחר ומעתה גם בהרגתיו אף דלא שייך פ"ד במקום דגזי' לדיבורא ולא נשאר כלום מ"מ כיון שאינו עכ"פ בתורת עדות שוב נאמן דלא גרע ממסל"ת ול"ש דבעי וקברתיו דהא אם אינו בגדר עדות שוב אין צריך וקברתיו עכ"ד בשרשן. והנה אם אמנם דפח"ח בכ"ז יש לפקפק הרבה דמה בכך שאינו בגדר עדות מכל מקום צריך וקברתיו כל שאינו במסל"ת וגם דא"כ גם לר"י דאמר רשע הוא מהראוי להאמינו דעכ"פ אינו בגדר עדות ולמה צריך לאוקמא כרבא דוקא. וכשאני לעצמי הייתי אומר בישוב קושי' הרשב"א הנ"ל ע"פ מה שחידש הנוב"י מהד"ק אהע"ז סי' ע"ב דהפלוגתא שבין ר"י ורבא הוא דלר"י אמרי' להיפך דמתוך שנאמן על חבירו נאמן על עצמו ונעשה רשע ולכך פסול לעדות ולרבא אמרי' פ"ד ולא נעשה רשע ולזה דבמקום שכל הקרובים כשרים שוב אם לא אמרי' פ"ד מתוך שנאמן על אחר נאמן גם על עצמו ע"ש שמיישב בזה דברי הרשב"א והנה דבריו תמוהים דא"כ מה יענה להא דמקשה הש"ס ביבמות דף כ"ה לימא ר"י דאמר כר' יהודא והא שם דכל הקרובים והפסולים כשרים לעדות אשה רק גזלן של תורה פסול משום דחשדינן

אותו למשקר וכיון שמאמינין אותו שוב אמאי לא יהיה נאמן להשיא לאחר וכבר תמהו בזה רבים וכן שלמים ונשאל בזה הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ע"ז ונדחק מאד. אך לפע"ד נראה דהנה בטעם דע"א נאמן בעדות אשה נסתפק ביבמות דף קט"ו אם הוא משום דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי אינשי או משום דייקא ומנסבא. ולפ"ז נראה לפע"ד כיון דכל הטעם שירא העד לשקר שמא יתגלה שקרו ולפ"ז כאן שאמר שהרגו ואינו בוש לומר שעשה דבר תועבה כזה להרוג נפש מה יחוש שיתגלה כי בזדון דבר ולא הרגו ואדרבא אם אומר שהרג נפש ע"כ שאינו חש לנפשו וכעין זה כתבו הר"י בן מג"ש והרמב"ן בחידושים לב"ב בהא דאמרו דניחא דלא הי' לוה רשע והקשו הא עכשיו עובר על לא תענה וכתבו שזה אינו מפורסם ולהוציא ידי הבריות מתכוין ע"ש ועיין ש"ך חו"מ סי' ל"ג ס"ק א' ולפ"ז כאן דאין לך בזיון בפני הבריות יותר מזה שאומר שהרגו ואיך נאמינו משום מלתא דעל"ג וע"ז משני דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע וא"כ כיון שאינו נאמן על עצמו וא"כ הוא יודע שבפני הבריות לא יוחזק לרשע דאינו נאמן על עצמו וא"כ שוב הוה מלתא דעל"ג ולא משקרי ומעתה נהי דלא אמרינן פלגינן דיבורא בכה"ג אבל כיון דלרבא עכ"פ אינו נאמן על עצמו במקום דלא שייך פלגינן דיבורא וזה תורף המחלוקת שבין רבא לר"י וא"כ כיון שאינו נאמן כלל שוב נאמן משום מלתא דעבידי לגלוי לא משקרי ורשע לא הוה משא"כ לר"י דנאמן לעשות עצמו רשע אבל ל"ש נאמנות משום מלתא דעבידי לגלויי דהרי אינו חושש לצאת ידי הבריות אבל לרבא שפיר יש לומר דנאמן דנהי דהרגו כל שאינו נאמן לעשות עצמו רשע שוב מאמינים לו מתוך שנאמן על אחרים דבאשה הקלו בה להאמין אף לקרובים ודוק כנלפע"ד.

ח ובזה יש ליישב הא דהקשו האחרונים לשיטת המהרא"י סי' רכ"ד וכן קי"ל באהע"ז סי' י"ז ס"ו דבלי רמיה ועיקול נאמן אף ברשע הפסול מה"ת א"כ מה פריך שם מהא דאמר לכי לאשת שמעון אני הרגתי את בעלה וכו' ודלמא כיון דאמר אמרו לאשת שמעון הוה כמעיד בלי רמיה ועיקול ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי לר"י דס"ל כרב יוסף דאדם משים עצמו רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד וא"כ האיך נאמינו בעדותו דהא כיון דמשים עצמו רשע אינו חושש לצאת ידי הבריות ואיך יחוש על מלתא דעל"ג ושוב הוה כע"א במלתא דלא עבידי לגלויי דלא מהימן.

ט ובזה מיושב היטב קושית הרשב"א בחידושיו דלס"ד דיצא להרג בדיני ישראל א"כ אף לרבנן דר"י קשה למה יהיה נאמן והא גזלן דאורייתא פסול ולפמ"ש יש לומר כיון

דלרבנן לא שם עצמו רשע דפ"ד יש לומר דבאמת חש על מלתא דעל"ג ובפרט כיון שיצא להרג ושפיר נאמן משא"כ לר"י ודוק כי קצרתי.

י והנה במ"ש למעלה בשם המרדכי דהיכא דמתכוין להעיד לטובתו אף שע"י כך משים עצמו רשע נאמן מזה ראיה למ"ש הגאון מוה' פיבוש הובא בשו"ת מהר"ם לובלין סי' פ"א דאף דאין אדם מע"ר היכא שבא לומר שאינו רשע ורק לפי דבריו נתפס כגון באחד שכפר בפקדון דלא נפסל דאמרינן אשתמוטי הוא דקא משתמיט ורק שהוא מתנצל שהודה מחמת תשובה בכה"ג לא שייך לומר אאמע"ר דהרי עכ"פ מודה דלא אשתמיט בעת ההוא ומה שטוען שהודה בדבר ההוא נתפס בשקרו והוחזק כפרן והגאון מהר"ם לובלין חולק עליו דבכל ענין שייך אין אדם משים עצמו רשע ולפמ"ש המרדכי מבואר דכל שנתכוין לטובתו אף שמע"ר נאמן א"כ מכ"ש בזה שמתכוין להתנצל שלא חטא כלל. ובזה הבינותי תירוץ התוס' בב"מ דף ג' דהיכא שרצונו לעשות תשובה שלא יביא חולין בעזרה לא שייך אאמע"ר ולפמ"ש הכוונה דכיון שמתכווין לטובתו כמו שם שמתכוין להיות גר גמור ולכך נאמן דזה מקרי לטובתו ועכ"פ מכאן ראיה למ"ש בהג"א בפרק הגוזל קמא במעשה דפרגא דלפטור מממון אדם מע"ר ולפמ"ש כיון דמכוין לטובתו פשיטא דנאמן ודוק. והנה הח"ץ הקשה על הרשב"א שכתב דפ"ד הא אי פלגינן דיבורא שוב לא זינתה עם החשוד רק עם אחר שלא קינא לה ואין ע"א נאמן ע"ש בסי' ק"נ ולפע"ד נראה דכל הטעם דבעי שיהיה מעיד שנטמאת עם זה שקינא לה הוא משום דאל"כ אין ע"א נאמן כל שליכא רגלים לדבר וכאן הא רגלים לדבר שזינתה דבאמת החשוד מודה רק דאל תשת רשע עד והיינו דבאמת אמרינן שזינתה עמו רק דאין מאמינים לו שזינתה עמו אבל עכ"פ רגלים לדבר ואמרינן פלגינן דיבורא דלענין העדות שזינתה אין לנו נ"מ עם מי זינתה אבל עכ"פ אין לך רגלים לדבר יותר מזה וכל שא"צ תורת עדות שפיר סמכינן על העד החשוד וז"ב:

יא איברא דלפ"ז יקשה לפמ"ש התוס' בסוטה להסתפק אי יש ע"א במה"י אם היתה שותה לפ"ז יקשה בכל סוטה אמאי שותה ואיך המים בודקין הא עכ"פ הבועל יודע והוה ע"א דאמרי' פלגינן דיבורא וכבר הקשו כן האחרונים וכתבו כיון דפלגינן דיבורא שוב לא זינתה עם זה שקינא ממנו אבל לפמ"ש עכ"פ רגלים לדבר איכא ולפמ"ש אתי שפיר דכבר ביארתי במק"א וכוונתי לדברי האבני מלואים ס"ס קע"ח שכתב דבעינן עד כשר שידע העדות ולפ"ז כיון דעכ"פ עד כשר אינו לזה רק ע"י פלגינן דיבורא וא"כ שוב הוה כאילו אינו דאם נימא דמאמינין לדבריו שוב אינו עד כשר וע"כ דפ"ד ומאמינים שלא זינתה עמו א"כ שוב אינו עד טומאה ומה מועיל שיש רגלים לדבר סוף סוף בגדר

עד כשר אינו וז"ב. ובזה מיושב היטב מה שהקשה דו"ז הגאון בישועות יעקב סי' קע"ח דא"כ כשיש ע"א במה"י עכ"פ מצטרף עם הבועל דאמרינן פלגינן דיבורא והוה כשנים ולפמ"ש אתי שפיר דשנים בודאי לא מקרי דהרי בעינן עדים כשרים וכאן זה שאמרינן פלגינן דיבורא עכ"פ בגדר עד כשר לא מקרי וז"ב ובתשובה אחת לכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י הארכתי בזה ואכ"מ.

יב אחר כמה שנים שכתבתי כ"ז כשחזרתי על למודי בטוש"ע אהע"ז סי' קט"ו ראיתי בח"מ ס"ק כ"ה שכתב ונראה דאם בא עוד עד כשר ואמר שזינתה ג"כ עם זה העד וא"כ לפי דברי עד השני עד הראשון פסול אפ"ה נאמן על האשה דאיכא שני עדים ואינו נאמן על העד הראשון דלא יקום ע"א באיש וכ"כ הב"ש ס"ק כ"ח ובראותי כן תמהתי בראשית ההשקפה דלמה כתבו בלשון ונראה והא כן הוא פשטות הענין דפלוני רבעני דאמרי' פ"ד והיינו דאנו מאמינים לו שפלוני רבע אבל לענין שרבע אותו אינו נאמן והאחר שמעיד ע"כ מעיד שפלוני רבעו ואפ"ה הוא אינה נהרג והשור נהרג וכפי הנראה פירשו דפלוני המעיד אומר רק שפלוני רבע אבל לא אותו אבל באמת הוא דבר שא"א דהו"ל עדות מוכחשת וכמ"ש למעלה וחפשתי בספרי אחרונים ומצאתי בהפלאה בק"א שנתעורר להיפך דלא שייך להאמין לעד השני כיון דמעיד על הראשון שוב נפסל הראשון ואיך יצטרף עדותו ומ"ש בפלוני רבעני היינו שהאחד מעיד שראה שרבעו אבל לא ידע אם לרצונו או לאונסו והוא תימה דמנ"ל לפרש כן וביותר יש להבין דברי הרשב"א דדייק למה לא קאמר להיפך דאני רבעתי לפלוני ותמה הגאון בנוב"י דל"ש דברי ר"י דלאונסו הא אין קישוי אלא לדעת וכ' האחרונים דמשכחת לה לאונסו כגון שאמרו התקשה ואי לא קטילנא לך רק דהרשב"א כתב דפלגינן דיבורא לא שייך בזה דגם זה רשע הוא אבל שייך לאונסו בזה עדיין קשה דאיך שייך לרצוני ומה יעיד האחד שרבע לפלוני לאנסו ובאופן שרצו להרגו הוה עדות מוכחשת אליבא דכ"ע. אבל באמת אין התחלה לכל הענינים דאנן פלגינן דיבורא ותפסינן העיקר מה שיצא מכללות דבריו ובאמת העד המצטרף מעיד עליו ומ"מ מצטרף וכן מבואר ברא"ש פ"ק דמכות דבעיקר העדות שרבע או שהלוה בריבית מאמינים לו ולא מה שנעשה רשע עי"ז ודוק ובאמת אף דנעשה רשע יכול להצטרף עם זה דאף דאסור להתחבר עם רשע להעיד וכמבואר בש"ע חו"מ סי' ל"ד וזה כוונת רב יוסף דאמר אל תשת ידך עם רשע מ"מ לענין עדות על חבירו מצטרף עמו והעד צריך להעיד מה שראה ולא נתחבר עמו לעדות רק שהוא יעיד על מעשה חבירו ומה שעשה הוא רק דעליו אין מאמינים לעד אחד ועל עצמו אינו נאמן דפלגינן דיבורא ודוק. ובגוף הדין דהתקשה עצמך ואי לא קטלינא לך דנקרא רשע שנחלקו בזה התוס'

ריש פרק הבע"י ולכאורה הא אמרינן דתחלתה באונס וסופה ברצון דמותרת מ"ט יצר אלבשה הרי דזה מקרי אנוס והיינו כיון שהרצון בא מכח אונס מקרי אונס ועיין כ"מ פרק עשרים מסנהדרין ד"ה אבל האשה וא"כ ה"ה בהתקשה עצמך ואי לא קטילנא לך ניהו דכל שנתקשה ודאי נתרצה אבל הריצוי בא מכח אונס ועיין בכ"מ שם ובא"ב פ"א ה"ט ובראב"ד והה"מ שם ותראה שהדבר תימה לכאורה. אך באמת לפענ"ד הדבר נכון דכבר ביארתי בתשובה דבכל מקום שאסרה התורה אף האונס א"כ זה האונס מחשב כרצון ועיין באבני מלואים סי' כ"א וא"כ בג"ע דיהרג ואל יעבור ואין לך אונס גדול מזה ואפ"ה חייבו התורה להרג ולא לעבור ואם כן ה"ה האונס מחשב כרצון ואסור ונקרא רשע ויהרג ואל יעבור אבל באשה דקרקע עולם היא לא אמרינן בה תהרג ואל תעבור לדעת רבים מגדולי הפוסקים וע' בר"ן דפ"ב דפסחים ואם כן ממילא לכך שייך בזה יצר אלבשה כל שבא מכח אונס. ובזה יש ליישב דברי הרשב"א דכתב והי' לו לומר אני רבעתי את פלוני והדבר תימה דאם כן איך משכחת לה לאונסו וכמ"ש הנוב"י ולפמ"ש יש לומר דמשכחת לה שיאמר שאמרו לו שיתקשה ואי לא יקטלו אותו ואם כן זה באמת אונס רק שבג"ע אף בכה"ג יהרג ואל יעבור והאונס מחשב כרצון אבל לענין שלא יהיה נאמן להשים עצמו רשע אפשר דבכה"ג נאמן דבאמת אונס הוא דיצרא אלבשיה והי' בסכנת נפשות וגם יש לומר דלכך יהרג ואל יעבור אף דאין לך אונס גדול מזה דכיון שאסור להתרפאות בע"ז וג"ע ועיין בר"ן שם א"כ כיון דצוהו להתקשות ואם לאו יקטלוהו א"כ עשה להסיר המות מאתו ובכה"ג שוב אסור להתרפאות בג"ע וע"ז מחויב להרוג עצמו ולא יתקשה אבל כל שעבר ע"ז ולא נהרג ונתקשה מה שרבע לפלוני זה מקרי אונס ונאמן ע"ז ובכה"ג גם לר"י ס"ל דפלגינן דיבורא ומאמינים לו שהיה אנוס גמור ואף שעבר עבירה בעת ההיא מ"מ על הרביעה גופא הוא אנוס ובכה"ג אדם משים עצמו רשע וז"ב ונכון ודוק וגם יש לומר דכיון דיש אחר שאמר שרבעו רק שלא נודע המעשה אם הי' לרצונו או לאונסו בכה"ג שהיא התנצל עצמו ואמר שהי' לאנסו בכה"ג ודאי אדם משים עצמו רשע וכבר הארכתי בזה לעיל ועיין מלמ"ל פ"ד ממלוה ולוה לענין ריבית דכל שהמעשה ידוע רק שלא נודע אם היה שוגג או מזיד לא שייך אין אדם משים עצמו רשע ובגליון הקשיתי עליו וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת לבאר הדברים ודוק. והנה בהא דאמרו בכריתות דף כ"ו אלא מעתה ספק סוטה שעבר עליה יוה"כ לא תיתי דהא כפר עליו יוה"כ ומשני אביי בועל מכיר בו והנה פירוש ספק סוטה פירש"י סוטה סתם שספק אם נטמאת או לא כמ"ש הבה"ז דלא כבאר שבע אך מ"ש בועל מכיר בו ולא אמר דהיא בעצמה מכרת בו משום דהיא אמרה שלא חטאה וא"כ בודאי פטורה מקרבן ע"ש ולפענ"ד יש לומר

דהבועל כיון דשייך לומר פלגינן דיבורא ולא זינתה עמו רק עם אחר א"כ עכ"פ הוא מכיר בחטאה אבל היא אינה מכרת בחטאה דאם תאמר שטהורה היא הרי אינה מכרת בחטאה ואם תאמר שזינתה שוב אין משקה אותה ואף דנאמנת בשביל דאיכא קינוי וסתירה ורגלים לדבר כדאמרו בירושלמי דסוטה פ"ק ועיין מלמ"ל הלכות תרומות פ"ח מ"מ שוב לא שייך מנחת קנאות לכך אמרו דהבועל מכיר בה וא"כ מזה ראיה דפלגינן דיבורא ויכול לומר שזינתה אף שבאמת ע"כ זינתה עמו דאל"כ אינו מכיר בחטאה מ"מ כל שנאמן לענין זה שזינתה ואינו נאמן לגבי נפשיה לעשות עצמו רשע בעדותו הו"ל בועל מכיר בחטאה וז"ב מאד.

יג הן אמת דבלא"ה הדבר צ"ב כיון דספק סוטה עשה הכתוב כוודאי כ"ז שלא שתתה דאדרבא כששתה ע"כ מוכרחין לומר ששקר הוא אף דהוא נגד עידי קינוי וסתירה ועכ"פ לא שייך לומר דאין מכיר בה אלא המקום כיון דעשה הכתוב כודאי הו"ל כמו שאנן סהדי שנטמאה ועיין בכתובות דף ט' וא"ת מעשה דדוד מפני מה לא אסרוה ועיין רש"י ותוספות דהוה כמו עדים בדבר גלוי כזה וכמו עידי ביאה אף שעדים עומדים מבחוץ הו"ל עידי ביאה מכ"ש בדבר שהתורה עשה אותה כודאי. אמנם נראה דניהו דהכתוב עשה אותה כודאי ע"י עידי קינוי וסתירה מ"מ זהו לגבי דידה מדקינא לה ונסתרה ע"כ שודאי נטמאת אבל לגבי אותו שנסתר עמה לגבי' אינו כודאי דלגבי דידה שייך לומר דמסתמא אלמלא לא חטאה לא הכניסה עצמה לתגר אבל לגבי דידיה לא נודע זאת וא"כ שוב דהתורה אמרה שבהשקאה תצא מספק וא"כ שוב לא שייך לומר דמכירין אנו בחטא דהרי קינא ונסתרה מאותו איש וכל דאינו ברור לנו לגבי הבועל היאך נימא דהודאי הוא לגבי דידה וע"ז משני דהבועל מכיר בה ושוב הוה היכר לגבי דידה מכח אנן סהדי ודוק אבל הראשון עיקר כנלפענ"ד ודוק. והנה התוס' הקשו בהא דאמרו במכות דף ו' נרבע יציל ופירש"י משום דהיא שונאו והרי כאן אמרו דפלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להרגו הרי דנרבע לאונסו כשר ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה המהרש"ל בחכמת שלמה הקשה דהיאך אפשר לומר בשביל דהוא שונא פסול והא קי"ל דאוהב ושונא כשרין להעיד ועיין מ"ש המהרש"א בסנהדרין כאן בזה ובשו"ת מהרש"ל סימן ל"ג ובתומים סי' ל"ג. ולפענ"ד הי' נראה דבאמת לכאורה היה נראה לי דבר חדש דניהו דקי"ל שונא כשר להעיד כחכמים דר"י ומשום דלא נחשדו ישראל על כך היינו דוקא בסתם שונא דבאמת אסור לשנוא את ישראל והתורה אמרה ואהבת לרעך כמוך ורק דיצרו תקפו ושונאו בזה אמרינן דלא נחשד כ"כ לשנוא אותו כ"כ עד שיעיד עליו עדות שקר אבל בשונא דקרא דהיינו במקום שעשה עבירה דמצוה לשנאותו וכדאמרו בפסחים דף

קי"ב וכן קי"ל בטוש"ע חו"מ סי' ער"ב חיישינין שמא ידמה דזה עשה מעשה שנתחייב מיתה ובאמת לא הגיע עוד עד שערי מות ולא נתחייב מות וכדומה שישתנה הענין ואף דבכל עדות ל"ח שישתנה הענין בעדותו בשביל שנאסו כמ"ש הסמ"ע סי' ל"ג מ"מ כאן חיישינן שמא ישתנה. איברא דלפ"ז יקשה דא"כ איך משכחת לה שהעדים יעידו עליו שעשה איזה מעשה שנתחייב מיתה והא מצוה לשנאותו ואולי שקר הוא אך זה אינו דכל שלא עשה להם רע רק שהם ראו שעשה איזה מעשה שנתחייב מיתה וא"כ פשיטא שלא ישקרו בשביל השנאה שהרי העידו שעשה מעשה שנתחייב מיתה וקבל התראה ועיקר השנאה נצמח מזה שעשה מעשה רשע שנתחייב מיתה ולפ"ז זהו בסתם עדים אבל ההרוג או הנרבע דשונאים אותו בשביל שעשה להם דבר הרע כזה והוא שנאת הגוף בצירוף שנאה שראו שעשה מעשה רשע פשיטא ששונא כזה פסול להעיד ומעתה זהו כשיש שאר עדים אבל כשאין כאן רק הוא ואחר וא"כ אותו אחד כשר להעיד שעשה לו מעשה כזה רק שלענין הריגה צריך שני עדים פשיטא שעכ"פ בזה שונא כשר להצטרף דאל"כ לא היה האחר מעיד דבשלמא כשיש שני עדים בלעדי הנרבע א"כ הוה עכ"פ נמצא אחד מהם קרוב או פסול אבל כאן אם הנרבע יפסול שוב אין כאן עדות כלל ול"ש צירוף קרוב או פסול דע"א אינו נאמן לענין מיתה ודו"ק כי אף שיש לפקפק הדין נראה לפענ"ד נכון דבכה"ג שונא פסול. והנה בגוף הענין דאמרינן פלגינן דיבורא והיינו דמהמנינן ליה לגבי שמעיד על האחר ואין מאמינים לו לגבי עצמו ולכאורה קשה לי טובא דא"כ שוב יקשה קושית הש"ס דנרבע יציל ומה דאמרו במקיימי דבר ולא בעושי דבר והיינו דבע"ד אינו בגדר עד קשה הא עכ"פ לגבי המעיד עלי' הוא בגדר עד והיינו מטעם דעכ"פ לענין אחר יכול להעיד וזה תורף ענין פלגינן דיבורא דאף דאין אדם מע"ר מכל מקום אין אנו דנין על עצמו רק לגבי איש שמעיד עליו ותדע דאל"כ היה עדות מיוחדת שהרי עד שמצטרף עמו מעיד שרבע אותו וע"כ דעיקר אנו דנין על האיש שמעיד עליו. ובזה מיושב ג"כ דלא תקשי הא בעי דרישה וחקירה בד"נ והיאך נאמן לגבי אחר שיהרג הא זה בודאי הוה מכלל חקירות דזה אומר שרבע אותו ולהנרבע ע"כ צריך לומר דלא רבעו רק לאחר והוה הכחשה עכ"פ וע"כ דאין אנו דנין לגבי הנרבע רק לגבי הרובע וא"כ לגבי האחר הוא בגדר עד. והיא לכאורה קושיא וצ"ל דאם נימא דהוה בגדר עד שוב יהיה נמצא אחד מהם קרוב או פסול ושוב לא יוכל להצטרף וע"כ לא אמרינן פלגינן דיבורא רק שיוכל להצטרף להעד הכשר וכל שהיה נמצא אחד מהם קרוב או פסול שוב הוה עד פסול ושוב לא נימא פלגינן דיבורא והוה בגדר בע"ד אך היותר נראה דכל הפסול בנרבע משום ששונאו או מטעם שכתב רבינו חיים ביבמות דף כ"ה ועיין במכות

דף וא"ו שם עכ"פ זהו כשמעיד שרבעו לעצמו אבל כשאמרינן פלגינן דיבורא ואין אנו מאמינים לו לגבי עצמו ואין אנו דנין ע"ז שוב לא נפסל זה דלא נעשה שונאו וכדומה שלא נעשה טריפה. שוב עיינתי במכות דף וא"ו בתוס' ד"ה נרבע שהקשו בהא דאמרו נרבע יציל והא אמרינן פלגינן דיבורא והיאך יכול וכתבו דכל דיש שני עדים לא אמרינן פלגינן דיבורא וא"כ שוב ל"ק קושייתי אם יש שני עדים. אך עדיין קשה מפלוני רבעני לרצוני דהוא ואחר מצטרפין להרגו ושם אמרינן פלגינן דיבורא וא"כ שוב אינו בגדר בע"ד וצ"ל כמ"ש מעיקרא דכל שפלגינן דיבורא שוב אינו שונאו וגם בלא"ה אינו שונאו ולרצונו שוב אינו רשע דאמרינן פלגינן דיבורא ועיין בתוס' במכות שם ותבין. אך אי קשיא הא קשיא בהא דבר בניתוס דאסהיד חד קמי דידי אוזיף בריבתא וחד אסהיד לדידי אוזיף בריבתא ואמר רבא דפלגינן דיבורא ופסל לבר בניתוס וקשה טובא דניהו דפלגינן דיבורא ואינו רשע ויכול להצטרף להעיד דהוי כמעיד קמי דידי אוזיף בריביתא מכל מקום קשה כיון דעדים שהי' בשעת הלואה בריבית פסולי' וכמבואר בש"ס ופוסקים ועיין ברמב"ם פ"ד ממלוה ואף בעדות בע"פ פסולי העדים כמבואר בכנה"ג בחו"מ סי' נ"ב בהגהת ב"י אות ג' והובא במלמ"ל שם וא"כ שוב אף דנימא דפלגינן דיבורא מה בכך הא העדים פסולים שהיו עדים על הלואה. ולכאורה רציתי לומר דמכאן ראיה למ"ש התוס' ישנים בכריתות דף י"ב דעדים צריכין שיכוונו לשם עדות ואל"ה לא מקרי עדים וא"כ כאן דבאמת הלוה לו בריבית וא"כ בשעת מעשה הי' בגדר בע"ד ולא נתכוין לעדות ולא מועיל לא נפסל. אך עדיין קשה דא"כ היאך מפסל בר בניתוס בזה הא לא נתכוין לעדות ועיין בש"ך חו"מ סי' ל"ו לענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול דאף דנימא דלא בעי כוונה ממנ"פ או שאינם עדים או נמצא אחד מהם קרוב או פסול כל שלא נתכוונו ע"ש וה"ה כאן דממנ"פ או דלא מקרי עדים או דנפסלו והיא קושיא נפלאה. אמנם נראה דשם לרבא קיימינן והרי כל הפסול של עדים כתבו התוס' והנימוק"י משום דהם בני מלקות וקי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס רק כל דאיכא ארבעין בכתפיה פסול ועיין במלמ"ל שם שהאריך בזה ולפ"ז לרבא דבעי רשע דחמס שפיר פלגינן דיבורא ולא נפסל כלל דלא בני מלקות נינהו. ובזה מיושב היטב הא דהקשה הש"ס והא רבא הוא דאמר לוה בריבית פסול לעדות והו"ל רשע והדבר צ"ב למה נ"מ סיים זאת. ולפמ"ש אתי שפיר דלהס"ד דלא ידענו מפלגינן דיבורא שוב יקשה דאיך מצטרף דעכ"פ נפסלו העדים ואף דלא הוה רשע דחמס לרבא מ"מ כיון דלהס"ד לא פלגינן דיבורא שוב הו"ל לוה בריבית דפסול לרבא דהו"ל כרשע דחמס ודו"ק היטב:

יד ובזה אמרתי ליישב דברי הנימוק"י שכתב דלאותו עדות שנפסל בשבילו אף בלא הכרזה פסולי' ותמה הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ג דזה כתב הנימוק"י להס"ד דלא אמרינן פ"ד אבל כל שמסקינן פ"ד אם כן לא משכחת להאי דינא דהא ע"כ הוה כמעיד לאחר וא"כ ל"ש דנפסל בשבילו. ולפמ"ש אתי שפיר דמשכחת לה באמת כגון שאמר לדידי אוזיף בריבתא דאז לגבי האחר אמרינן דפלגינן דיבורא ונפסל בשביל שהיה עד ריבית אף שלא הכריזו עליו הוא פסול דלדידן קי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס ודו"ק היטב כי הדברים חריפים ועמוקים ובתשובה אחרת כתבתי ליישב דברי הנמוק"י באופן אחר ואכ"מ. ובגוף הקושיא שהקשיתי דנפסלו השיבו לו רבים וכן שלימים דאטו עד שראה שזה חילל שבת יפסל. והשבתי דל"ד דשם מה לו לזה ולעדותו של זה אבל כאן כל דראה שאוזיף בריבית והי' יכול לתבעו עפ"י עד זה אם היה עושה בדרך היתר שוב הו"ל תורת עד להיות נפסל עי"ז ומכ"ש הבע"ד שהלוה לו באמת דעכ"פ הוה כסרסור דהא באמת הלוהו רק שאמרינן פ"ד ואין אנו דנין עליו אבל עכ"פ מידי עדי סרסור לא יצא וכבר כתב הרמב"ם דכל מי שהיה סרסור ומסייע לזה נפסל ע"ש ודו"ק ועיין תומים סי' פ"ז ס"ק כ"ז שהאריך בענין פלגינן דיבורא ולא נפניתי כעת. והנה במרדכי פז"ב למד מהך דאמרו פ"ד ונאמן על אחר ולא על אשתו דקרובי הנרצח יכולין להעיד על הרוצח וביאור הדברים דאין אנו דנין את מי הרג רק שהרג את הנפש ולכך לגבי הרוצח גם הם עדים. והנה בראשית ההשקפה תמהתי דהא לשיטת הראב"ד לא שייך בעדות פ"ד ורק לגבי בע"ד דאינו בגדר עדות וכמו שכתב הרא"ש פ"ק דמכות בשמו.

טו וראיתי בתומים סי' ל"ג ס"ק י"א שבתוך אריכת דבריו הרגיש בזה וכתב דהמרדכי לא ס"ל כן אך לפענ"ד היה נראה דע"כ ל"ש לומר דבעדות עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק כשאנו צריכין לדון על הקרוב קודם אבל כיון שזה מת א"כ אין אנו צריכין לדון ע"ז הנרצח רק לגבי הרוצח ובכה"ג בודאי אמרינן פלגינן דיבורא דהא עיקר העדות אנו דנין ועיין בסמ"ע בסי' ל"ג שביאר הדבר כיון שזה מת ומה תועלת יש לו בדמו של זה והיינו דמשום קורבה ל"ש למפסל רק משום נגיעה ומה נגיעה שייך בזה וכיוצא בזה כתב הרמב"ן בכתובות דף כ"א דפריך תרי ותרי נינהו ופירש הרמב"ן דל"ש הזמה כל שהם מתו אין נ"מ בהזמתן רק לענין שטר וה"ה כאן כל דאין נ"מ להמת רק לגבי הרוצח לא שייך למפסל משום קורבה של זה ובזה מיושב מה ששאל אחד מהתלמידים ני' בהא דאמרו במכות דף וא"ו דשיילינן להו אי למחזי קאתו או לאסהודי קאתו ומה נ"מ הא גם קרובי הנרצח יכולין להעיד ולפמ"ש יש לומר דשאלו בקרובי הרוצח אי לאסהודי קאתו או למחזי קאתו דלגבי הרוצח ודאי קירבה פוסל. אך עדיין קשה היאך קרובי הנרצח

כשרין לגבי הרוצח הא ניהו דפלגינן דיבורא והא עכ"פ בעת הראיה היו פסולין דאז היה לגבי הנרצח עצמו והו"ל תחלתו בפסול ובשלמא לגבי בע"ד שייך פלגינן דיבורא ולגבי אותו שמעיד היה כשר מתחלתו ועד סופו ואינו בגדר עד לגבי עצמו ולגבי האחר היה עד כשר מתחלתו ועד סופו אבל לגבי עדים ניהו דכעת אין נ"מ לגבי הנרצח אבל בעת שראו העדות היה נ"מ לגבי הנרצח דאולי לא יהרגהו והיה צריך לשלם ריפוי ושבת וכדומה ואם כן עכ"פ נפסלו בעת הראיה ואיך יוכלו להעיד וצ"ל דבאמת שייך פלגינן דיבורא ורק דלגבי עדות אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטל כלה ואם כן אימתי נעשה עד בשעה שמעיד אבל בשעת ראיה היה כשר לגבי הרוצח ואם כן שוב אמרינן פ"ד כיון דאז לא נפסל וכעת אין נ"מ לגבי הקרוב ודוק היטב ובזה נראה לפענ"ד ע"ד הפלפול מה שהקשה המהרי"ט בחלק חו"מ סי' פ' דהיאך כשרין קרובי נרצח הא בסנהדרין דף ל"ב אמרו דאין מחזירין לזכות שהוא לחובה דגואל הדם ופרש"י שקשה בעיניו שזה ניצל וא"כ עכ"פ מקרי נגיעה ואף בדרך רחוקה ונפלאה מקרי נגיעה ומזה העלה דבעינן נגיעת ממון דוקא וכבר הארכתי בזה בתשובה אחרת אי בעי נגיעת ממון דוקא ולפמ"ש י"ל דהמרדכי ס"ל דנגיעה פוסל מטעם קורבה וכמ"ש הע"ש בסי' ל"ז ולפי זה כאן דגוף הקורבא אינו פוסל כל שזה מת ל"ש פסול קורבה ואיך יהיה נגיעה דאינו רק בשביל קורבה חמור מגוף הקורבה דפוסל מן התורה ואפ"ה כשר בזה ובכה"ג אמרינן לא יהי' טפל חמור מן העיקר כדאמרו בזבחים דף ג' ובכמה דוכתי. ובזה יש ליישב דברי הרא"ש בתשובה סי' כ"ז שכתב דקרובי גואל הדם יכולין להעיד כי אינם קרובים להנרצח ונדחק המהרי"ט דממ"נ אי ס"ל דגם זה חשיב נגיעה א"כ גם כשהוא קרובי גואל הדם ויש לו בנים א"כ הוה נוגע ולפמ"ש יש לומר דהוא ס"ל דקרובי הנרצח פסולין משום נגיעה ונגיעה פסול משום חשש דמשקר ולפ"ז זהו בקרובי הנרצח אבל קרובי גואל הדם א"כ ממ"נ אם שקר הדבר שוב אין כאן קורבה כלל ואם הדבר אמת רק שלא הי' בהתראה גמורה וכדומה שוב עכ"פ ל"ש ג"ה כל שלא נתחייב מיתה ופשיטא דכולי האי לא חשו לנגיעה שאינו רק חשש שמא משקרין ודוק היטב:

טז והנה דרך אגב אזכיר מה דשאל אחד מהתלמידים בהא דהקשו בתוס' כתובות דף ח"י ד"ה ל"ש דלהמני במחמת ממון מיגו דאי בעי היו אומרים מחמת נפשות וע"ז הקשה דהא באמת הא דאין אדם מע"ר הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן לא לזכות ולא לחוב ואם כן ל"ש מיגו דאטו לא מהמנינן להו הא אף משה ואהרן אינם נאמנים כל שקרוב הוא אינו נאמן וגזירת הכתוב הוא דאינו נאמן וא"כ למה יהיו נאמני' במגו. והשבתי בזה דבאמת התוס' הקשו דנימא פלגינן דבורא והיו אנוסים רק מחמת נפשות

וכתבו כמה תירוצים ע"ש ולפ"ז זהו כשלא היה להם מיגו אבל כל דיש להם מיגו שוב נאמנים בתורת מיגו שוב שייך לומר פלגינן דיבורא דהרי עכ"פ לענין השטר נאמנים וא"ל דקרוב פסול דז"א דהרי גם אם הם קרובים לאחד ולאחד רחוקים נאמנים לגבי הרחוק כדאמרו בירושלמי הובא ברא"ש פ"ק דמכות ובטוש"ע חו"מ סי' נ"א וא"כ מכ"ש בזה ובאמת לא נפסלו אבל עכ"פ השטר נפסל דבשלמא כשאין להם מיגו מה"ת לומר פ"ד וכמ"ש התוס' לחלק אבל כל שיש להם מיגו עכ"פ לגבי השטר נאמנים לפסול השטר וז"ב ודוק היטב. ובגוף הענין דאמרינן אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע פרש"י דאין אדם נפסל עפ"י הודאת פיו דאדם קרוב אצל עצמו הלכך אין אדם יכול להשים עצמו רשע. הנה לכאורה הדבר תמוה דעיקר חסר מן הספר והיה לו לומר דאין אדם יכול להשים עצמו רשע והוא אמר אין אדם משים עצמו רשע דמשמע שאינו משים עצמו אבל יכול להשים עצמו ולפענ"ד היה נראה לולא פרש"י ע"פ מ"ש הרמב"ם פח"י מסנהדרין בה"ו בסופו גזירת הכתוב הוא שאין ממיתין ב"ד ולא מלקין את האדם בהודאת פיו וכו' שמא נטרפה דעתו ושמא הוא מן העמלים מרי נפש המחכים למות שתוקעין חרבות בבטנם וכו' וכללו של דבר גזירת המלך הוא ולכאורה תימה למה לא כתב הטעם שאין אדם משים עצמו רשע ואדם קרוב אצל עצמו ולמה לו להרבות בטעמים אמנם נראה דבאמת הרמב"ם מפרש שהענין דאין אדם מע"ר הוא בשביל זה דבאמת האדם קרוב לעצמו ורוצה בתקנת נפשו וגם רוצה שלא יצא עליו שום חשש גנאי ושמץ רשעות וכשאדם אומר על עצמו שהי' רשע בלי ספק נטרפה דעתו ויש לו סבה וטעם למה שאמר זאת ואולי הוא מהמחכים למות וכיון שכן הוא עפ"י הרוב לכך גזרה חכמת התורה שלא יהי' האדם נאמן על עצמו להמיתו ולהלקותו עפ"י עצמו וז"ש רבא אדם קרוב אצל עצמו והיינו דמסתמא אדם רוצה בטובתו ואין אדם מע"ר ובלי ספק לא הי' משים עצמו רשע ואם עושה עצמו יצא מגדר אנשים ואולי יש לו טעם ע"ז ולכך א"א להאמינו וז"ב כשמש. ובזה מיושב קושית שו"ת חות יאיר סי' כ"ד דלמה לו לרבא להקדים הך דאין אדם קרוב אצל עצמו ת"ל דרשע פסול לעדות וגם למה הוצרך רש"י לפרש בשביל פ"ד הא כל שהוא קרוב אף שהמנינן ליה נפסל לגבי עצמו דקרוב פסול להעיד אף לרעה ע"ש ולפמ"ש אין כוונת רבא לפסלו מטעם קרוב רק דכל דקרוב לעצמו מסתמא אינו עושה עצמו רשע ואם עושה עצמו בלי ספק יש לו טעם בזה ולכך אינו נאמן ושפיר אמרינן פלגינן דיבורא ועל עצמו אינו נאמן. ובזה יש ליישב קושית התוס' דלמה בעדים שאמרו אנוסים מחמת ממון אין נאמנים ולא נימא פלגינן דיבורא ולפמ"ש אתי שפיר דשם להיות תורת עדות עליהם א"א לאחר שהעידו שקר ול"ש פ"ד

דכל שאתה אומר שיש להם טעם א"כ שוב אין אתם מאמינם על דיבורם ועיקר נאמנות העדים על דיבורם והרי יש שקר בדיבורם וע"כ לומר שאין נאמנים כלל לומר אנוסים היינו אבל כאן לגבי אחר שפלוני רבע יש שני עדים ועל עצמו א"א להאמינו דאולי יש טעם בלבו ולכך באמת אמרינן שאמת הוא דהרי האחר מעיד כן רק שמסתמא האדם לא היה מעיד כן על עצמו וגזירת הכתוב היא שאינו נאמן על עצמו וא"כ לא נפסל עדותו כלל לגבי האחר אבל בשני עדים שאומרים שקר אם כן כל שאתה אומר ששקר דוברים והי' להם טעם שהיו רוצים לפסול השטר משא"כ כאן לענין אחר אין לו שום טעם ושפיר נאמן ודוק היטב כי היא הערה חדשה ובזה נכון מ"ש התוס' בב"מ דף ג' דהיכא דמתכוין לעשות תשובה אדם מע"ר והיינו דכל הטעם דאינו נאמן הוא דמסתמא יחוש על עצמו ולא יאמר שעשה מעשה רשע ולפ"ז כיון שרצונו לעשות תשובה הוא מוכרח לגלות מעשה רשעו כדי שישוב ושפיר שייך להאמין לו ודוק. והנה במ"ש הרשב"א לחלק בין פלוני רבעני ובין אני רבעתי וכן באני באתי על אשת פלוני דבכה"ג לא פלגינן דיבורא מדלא נקט הש"ס בכה"ג ותמה הנוב"י סי' ע"ב דלא מצי למנקט באמר רבעתי דל"ש לאונסו ור"י מחלק בין לאנסו בין לרצונו ואני תמה בזה דמה רבותא דר"י בלאונסו זה נודע לכל דכל שהוא באונס אינו רשע ועיקר רבותא דר"י דלרצונו אינו נאמן וע"ז שפיר מקשה הרשב"א ואף דהרדב"ז ח"א הובא בתומים סי' ל"ח ס"ק א' כתב דגם בלאונסו צ"ל פלגינן דיבורא ע"ש וא"כ הוה רבותא בלאונסו באמת לא קי"ל כן כמ"ש התומים. אך אי קשיא הא קשיא בהא דפריך הש"ס מה קמ"ל דפלגינן דיבורא היינו הך ומה קושיא הא באמת להרשב"א בפלוני בא על אשתי לא שייך כ"כ פלגינן דיבורא דאם נסלק על אשתי לא נשאר רק פלוני בא וכמו שהאריך הנוב"י שם וא"כ לכך אשמעינן דגם בזה אמרינן פ"ד אף דל"ד לפלוני רבעני דשייך פלגינן דיבורא פלוני רבע והוא קושיא גדולה ואף לפמ"ש הנוב"י שם דס"ל דפ"ד שלא בא לרצונה רק לאונסה עכ"פ הוה רבותא גדולה ולא נשמע מפלוני רבעני. והנראה בזה דהנה הנוב"י הקשה דלמה לא נקיט אשתי זינתה עם פלוני. אך נראה דהנה בהא דאמרו מ"ד אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן ופירשו רש"י ותוס' מיגו דנאמן על אחר נאמן על אשתו וזה דחוק מה"ת לומר כן אך נראה דיצא להש"ס כן דהרי הרשב"א דייק דברבעתי ובאתי לא פלגינן דיבורא וצריך טעם דאי משום דלא אפשר לחלק הדיבור דלא ישאר כלום יקשה דלימא פ"ד ולא היה לרצונו אלא לאנסו כמ"ש הרשב"א גופא. ובאמת המעיין ברשב"א ימצא דדחה דברי השואל מטעם זה ומ"מ הסכים לדבריו. אך נראה דע"כ לא שייך פלגינן דיבורא רק כשראש דבריו אמת ואינו משים עצמו רשע ויש עליו תורת עדות אז פלגינן דיבורא ולא מקבלינן סוף דבריו

שמבטל עדותו אבל כל שבתחלת דבריו אינו נאמן והוא רשע היאך אפשר לקיים סוף דבריו והרי כבר נתבטל עדותו והמעיין ברשב"א ימצא שכוון לזה במ"ש שהרי נתבטל דבריו מיד.

יז ובזה מיושב היטב גבי לדידי אוזפן בריבתא דאמרינן פלגינן דיבורא והלא שם א"א למחלק דיבורו ועיין נוב"י שם. ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר תלוי אם נעשה רשע בתחלת דבריו ונתבטל עדותו ושם דלדידי אוזפן לא נעשה רשע רק ע"י שאמר בריבתא א"כ שפיר פלגינן דיבורא וז"ב. ומעתה זה דאמר הש"ס דה"א דבזה לא שייך פלגינן דיבורא כיון דתחלת עדותו לא נעשה רשע במה שהעיד על אחר שאינו קרוב אבל באשתי זנתה כיון דתחלת דבריו אינו נאמן דהוא קרוב לאשתו לא שייך פלגינן דיבורא דנתבטל עדותו ומעתה שפיר מקשה הש"ס היינו הך וא"ל דאשמועינן דאף בכה"ג פלגינן דיבורא דז"א דאם כן לנקוט באשתי זנתה עם פלוני וע"ז אמר דהא דאדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן והיינו בכה"ג שתחלת דבריו נאמן ובזה מיושב קושית הנוב"י דשפיר מקשה הרשב"א דלנקוט באני באתי וא"ל דלא ידעינן דאמרינן אדם קרוב אצל אשתו דזה אינו דאי לא ס"ל כהרשב"א לא שייך כלל לומר דנאמן על אשתו דזה דוקא אם נקטינן כסברת הרשב"א הנ"ל ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק:

סימן רטז

א נסתפקתי באשה שהוחזקה להיות רואה דם מחמת תשמיש אם בשלשה פעמים או ע"י בדיקת שפופרת בבעל הראשון כפי המבואר ביו"ד סי' קפ"ז ומת בעלה בלא בנים אם רשאית לפול לפני יבם במקומות שמייבמים כיון דענין רואה דם מחמת תשמיש הוא רק איסור דרבנן הו"ל כשניות דרבנן ואף דחולצת ולא מתייבמת כמבואר באהע"ז סי' קע"ד ס"א מכל מקום כל הטעם הוא משום גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה וזה דוקא במקום דהביאה שניה הוא איסור מצד ערוה שפיר שייך לומר דהא כיון דאשתרי אשתרי לכך גזרו אבל כאן דהאיסור הוא גם בבעל משום דם נדה א"כ בכה"ג פשיטא דלא שייך למגזר משום ביאה שניה או דלמא דגם מן התורה אינה עולה ליבום כיון דרבנן עשו רואה דם מחמת תשמיש לוסת וחשו שמא תראה דם נדה וכל שהוא דם נדה הוא בכרת ואין העשה דוחה ל"ת שיש בו כרת ומטעם זה יש להסתפק אם גם אינה עולית לחליצה כיון שאינה עולית ליבום. והנה כ"ז למ"ד וסתות דרבנן אבל למ"ד וסתות דאורייתא א"כ כיון דרואה דם מחמת תשמיש הוא משום וסת כמ"ש בנוב"י כ"פ ואם כן הו"ל איסור תורה ויש חשש כרת פשיטא דאין העשה דיבום דוחה ואינה עולית לחליצה ג"כ. איברא דלפ"ז יקשה לתני בחמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן גם הך דרואה דם מחמת תשמיש

כיון דאינה עולית ליבום למ"ד וסתות דאורייתא וכנ"ל. וגם יש להסתפק גם בנתרפאית אח"כ דמועיל באופן המבואר סי' קפ"ז ס"ח ביו"ד אם אינה זקוקה ליבום דעכ"פ בעת הנפילה לא היתה זקוקה ליבום וכל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה שוב אינה עולית וכל תירוצי התוס' והרא"ש ריש יבמות לענין נדה לא שייך בזה דגם בזה ל"ש דרכיה דרכי נועם דבשעת מעשה לא נודע אם תוכל להתרפא וגם תירוץ הראשון לא שייך בזה דכיון דיש לומר דאין כל אצבעות שוות ומטעם זה מועיל הרפואות א"כ שוב אין איסורה שוה לכל העולם ועיין ברשב"א ריש יבמות ובשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' ר"ס. וראיתי בקרבן עדה שהשיג על אא"ז החז"ק ז"ל סי' א' דלא נזכר מדברי התוס' ולפענ"ד יש ליישב. אך מ"ש הוא בטעם המהר"א בן חיים דכיון דאוננת אסורה בתשמיש משום אבילות א"כ אינה ראויה ליבום בעת ההוא ודבריו תמוהים דאטו בשביל זה תהיה נקראת אינה עולה ליבום עד שמטעם זה אינה ראויה לחליצה וכי בשביל איסור דרבנן קל תהי' נדחית מ"ע ודעת מהרש"ל בתשובה דכל דהמצוה עוברת גם האונן עושה יעו"ש ומכ"ש בזה וע"כ אין לדבריו מקום עכ"פ כל הספיקות יש להם מקום. ולפענ"ד יש ליישב ממ"ש באהע"ז סי' קע"ב סט"ז דהעקרה והזקנה חולצת או מתייבמת וביאר הרמב"ם הטעם בפ"ו מיבום דהיה להם שעת הכושר ומכ"ש בזה דטרם שנתקלקלה היה לה שעת הכושר ומה"ט צ"ע גם בנדה דעכ"פ היתה לה שעת הכושר וצ"ע בכ"ז. והנה לפמ"ש בספר בית מאיר סי' קי"ז לחדש דכל שרואית ג"פ רצופים מחמת תשמיש נעשית כחתיכה דאיסורא לגבי בעל וכמו כל דבר המוחזק באיסור ע"י שלשה או ד' פעמים לכל מר כדאית ליה והוה איסור תורה א"כ פשיטא דאסור מן התורה אבל לפע"ד דבריו תמוהין מאד דבאמת ל"ש חזקת ג"פ כ"א בדבר המסתבר לתלות כן כמ"ש שארי הגאון במקור חיים סי' תס"ז ס"ק ה' דאל"כ מה נחלקו אי ווסתות דאורייתא הא הוה דאורייתא כל שהוחזקה ג"פ וכמו בקמיע שאתמחי תלתא זימני אלא ודאי כיון דווסתות דרבנן ולא מסתבר לתלות שהטבעי גרם כך לא שייך חזקת ג"פ וה"ה ברואה דם מחמת תשמיש דכתבו הפוסקים דהו"ל וסת וכיון דווסתות גופא אינו רק מדרבנן לא שייך להעמיד על חזקת ג"פ שתהא כחתיכה המוחזקת באיסור וזה ברור כשמש וצ"ע דא"כ היה משכחת יותר מט"ו שפוטרות צרותיהן כגון שראתה דם מחמת תשמיש אם נימא דאסור ואני כותב מבחוץ בכפר טריסקאוויטץ ונזכרתי שכן הקשה בשו"ת בשמים ראש. והנה בגוף ענין הזה שהאריכו הקדמונים מה טעם לאסור רואה דם מחמת תשמיש וכפי הנראה מדברי מהר"ם בתשובה הובא בב"י סי' קפ"ז ומדברי התוס' בנדה דף ס"ו דהיא מטעם וסת דהוה כמו אכלה שום או פלפלין ע"ש ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דבאמת לא

שייך בזה ענין וסת דהמעיין בנדה דף ס"ג ובטוש"ע סי' קפ"ט ימצא דווסתות תלוי בימים וחדשים וגם במקרי גופה כגון קפיצה ופיהוק ועיטוש וכדומה דזה בא על גופה שינוי וגם החמה והלבנה יוכלו לסבב שינוי ומקרה על גופה וא"כ שייך בזה שהאשה קובעת וסת ע"י שנתחדש לה שינוי בגופה אבל רואה דם מחמת תשמיש כיון דיוכל להיות מחמת הבעל ולא כל האצבעות שוות א"כ בה לא נשתנה הענין והיא כאשר היתה רק האצבע שלו גרם הזלת הדם מחמת התשמיש וחימוד גרם לזה א"כ לא שייך ענין וסת דהרי היא לא נתפעלת ולא נשתנית מכאשר היתה וע"כ נראה דזה לא מקרי וסת שנקבע ג"פ דיהיה צריך עקירה שלשה פעמים רק דהוה כמו וסת שאינו קבוע דמיחש חיישא ולכך אסורה לשמש דלמא נשתנית עי"ז וגרם השינוי בגופה או שמא השינוי בא מפאת הבעל ולכך אסורה לו ותנשא לאחר.

ב ובזה מיושב היטב הרבה קושיות שהתעוררו האחרונים בענין רואה דם מחמת תשמיש ובעל חוות דעת סי' קפ"ז ס"ק ג' קבצם אחת לאחת ולפענ"ד יש ליישב עפמ"ש דמה שהקשה דאם נימא דהוא מטעם וסת א"כ בימי עיבור והנקה לשתרי דאינה קובעת וסת הנה לפמ"ש באמת אינה קובעת וסת קבוע לגמרי דשמא בא מחמת הבעל וא"כ עכ"פ מיחש חיישה לה עכ"פ ואף אם נימא דאף לחד זימנא אינה חוששת בימי עיבור והנקה היינו משום דדמיה מסולקין. אך זה דוקא במה שיש לחוש שנשתנה גופה אז אמרינן דבימי עיבורה והנקה אין לחוש שתתפעל מהמקרים בגוף דדמיה מסולקים אבל מה שגורם לה אצבע של הבעל זה אפשר דאין הבדל בין שאינה מעוברת או מעוברת דיוכל להיות דחימוד של זה גרם לה שתראה וזה נראה לפע"ד מה דתלינן שאין כל האצבעות שוות והוא תימה דמה"ת לתלות בזה ולפמ"ש י"ל כיון דרוב נשים אינן רואות מחמת תשמיש תלינן דלא יצתה מן הרוב ורק אצבע של בעל גרם לה ומה"ט לא נקבע לה ווסת והו"ל כווסת הגוף שאינו קבוע. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בחוות דעת שם דהיאך אפשר שיעקר ווסת שנקבע ג"פ בפ"א שלא תראה והא בעי עקירה ג"פ ועוד הקשה דהא זה ודאי דשפופרת אינו מביא חימוד כ"כ כמו תשמיש וא"כ היאך אפשר לסמוך על השפופרת נגד הווסת וגם קושיות הב"י דהיאך מועיל שפופרת הא אין כל האצבעות שוות ואף באתחזקה לכל האצבעות ל"מ דאינו שוה בשוה שפופרת לאצבע וע"ש שהאריך בזה.

ג ולפענ"ד להוסיף דאף שהבדיקות ע"י שפופרת מהראוי שלא יועיל דאינו שוה בשוה לאצבע ועוד האריך שם בקושיות ולפמ"ש יש לומר דכל דאמרינן לא כל האצבעות שוות א"כ שוב לא הוה ווסת קבוע דשמא אצבע שלו גרם ולא נתחדש בגופה שום ענין אשר

תקבע לה ווסת ולכך נעקר בפ"א דכל דלא הוה ווסת קבוע נעקר בפ"א ולכך מועיל שפופרת ואף דאין כל האצבעות שוות היינו לענין זה שלא יהי' מקרי ווסת קבוע אבל פשיטא דכל שלא נקבע לה ווסת כל שראינו שנעקר אין לנו להחמיר דלמא בשביל מקרה שלא חמדה כ"כ לכך לא ראתה דווסתות דרבנן ולא חיישינן בספיקו וז"ב ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' מ"ה מ"ו והמה מדמין הדברים לווסת הגוף ע"י אונס ולפענ"ד זה גרע מכל ווסתות שזה לא הוה בגופה ונ"מ דאף לשיטת הרז"ה בהשגות לספר בעל הנפש שסובר דדוקא מה שאינה עושית מדעתה מקרי אונס אבל מה שעושית מדעתה להנאתה מקרי ווסת גמור ולפי זה תשמיש דמדעתה והנאתה מקרי ווסת גמור אפ"ה לא מקרי ווסת דהשינוי לא בא על גופה דאולי אצבע שלו גרם זאת. ולשיטת הרז"ה יש לפרש דלכך אמרו אין כל אצבעות שוות ואולי בבעל שני לא יהיה הנאתה מרובה כ"כ וא"כ לא נקבע ווסת שלה לגבי בעל השני. והנה בהא דסמוך לווסתה דאמרו בשבועות דף ח"י דוהזרתם את בני ישראל היא אזהרה שיפרשו מנשותיהם סמוך לווסתן וכל הקדמונים נתקשו דהא ווסתות דרבנן ואיך שייך דסמוך לווסתה יהיה אסור מן התורה ודברי הנוב"י מהד"ק סימן נ"ו ידועים:

ד והנה בשנת תרי"ד למדתי סוגיא הלז ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהא דגזרו שמא יחתה חידש המהר"ם לובלין דאף אם לא בא לכלל חיתוי מ"מ עבר על איסור דרבנן דכל שגזרו חז"ל שמא יבא לידי חיתוי אף כשלא חתה אסור ואני הארכתי הרבה בזה ופירשתי בזה מ"ש כמה גדולים דברי חז"ל שאמרו לא יקרא לאור הנר והיינו דבזה טעה דהוא חשב כיון דאינו רק גזירה שמא יטה א"כ כל שברי לו שלא יטה מותר אבל באמת אם לא יטה מ"מ אסור לקרות לאור הנר ולכך קרה לו שהטה שעבר על ד"ח שאמרו שלא יקרא ולכך בא לכלל הטייה. ולפי זה נראה לי דבאמת גם מה"ת אסור לשמש סמוך לווסתה שמא תראה ואף דלשיטת הרמב"ם כל ספק מה"ת מותר מ"מ ה"מ בספק השקול אבל כאן שעלולה לראות אם כן אינו ספק השקול ואסור מה"ת ובפרט בנדה דהוא ספק כרת ולחד נוסחא ברמב"ם בספק כרת מודה. אמנם כ"ז לענין שאסור לשמש וגם אם באמת אירע שראתה עבר על ביאת נדה והוה מזיד בכרת אבל כל שעבר ובעל ולא ראתה דם או שעבר הווסת בלי ראיה אין הווסת מדאורייתא וזה דנחלקו בשבועות אם אמר יכולני לבעול אי הוה אנוס או לא ומשמע שם דמה"ת נחלקו משום דבאמת מה"ת אסור והיינו שם כשראתה באמת אח"כ אבל אם לא ראתה לא עבר רק על איסור דרבנן דהתורה לא אסרה רק שמא תראה אבל כל שלא ראתה שוב לא עשה איסור מה"ת כנלפענ"ד דבר חדש. ובזה חמורים ד"ס מה"ת שהם גדרו גדר לתורה וא"כ אף שאירע

שלא עשה איסור מ"מ עבר על גדרם ומשמרתם אבל מה"ת אף שאסור משום ספק כל שעשה מעשה ולא בא לכלל איסור שוב מותר ולא עבר עבירה למפרע ודו"ק. ובזה מיושב היטב מה שהקשו הקדמונים דאם סמוך לווסתה מן התורה א"כ איך אמרו ביבמות חייב אדם לפקוד את אשתו כשיוצא לדרך שנאמר ופקדת נוך ולא תחטא ומוקי בסמוך לווסתה וראיתי בחידושי הריטב"א בשבועות שם שכתב ליישב דלעולם מדאורייתא אסור סמוך לווסתה ומ"מ הכתוב מבטיחו שלא יבא לידי חטא שתראה בשעת תשמיש והיינו דקאמר קרא ופקדת נוך ולא תחטא ע"ש והדבר תמוה דכיון דאסרה תורה איך סמכינן על הנס שלא יבא לידי חטא ולפמ"ש אתי שפיר כיון דווסתות באמת דרבנן רק שהתורה אסרה שמא תראה וכל שעבר ולא ראתה מותר מה"ת א"כ כל שהכתוב מבטיח שלא יחטא שוב ליכא איסור מן התורה וז"ב כשמש ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש:

ה והנה בשנת תרי"ט כ"ד סיון הגיעני תשובה מהחריף מוה' דובעריש פרידמאן מילידי קורלאנד וכעת הוא בבארדיטשוב ושאל ג"כ שאלה זו באשה שנפלה ליבום ורואה דם ממש בכל יום והרופאים אמרו שאין לה תקנה ומיעוטא שנתרפאו מזה ומה דינה לענין חליצה כיון שאינה עולה ליבום והרבה דברים ממ"ש למעלה כתוב אצלו ואך לפי שיש בדבריו איזה דברים חדשים ע"כ אמרתי להעתיק. והנה מ"ש שי"ל דאף דהיה לה שעת הכושר מ"מ כיון שאין רפואתו ברורה לא מקרי שעת הכושר וה"ה כאן.

ו הנה גם אנכי כתבתי למעלה בסופו דזקנה ועקרה כיון שהי' להם שעת הכושר חולצת או מתייבמת. ומ"ש מעלתו דדוקא בח"ל שייך זאת דהא עפ"י דין עשה דוחה ל"ת אלא דגבי סריס ליכא עשה כלל דלאו בר הקמה הוא לכך כל שהוא סריס אדם דהי' לו שעת הכושר שוב עשה דחי ל"ת ומידי דהוה אכל ח"ל דבביאה ראשונה לאו בר הקמת שם הוא ואפ"ה דחי אבל בח"כ דלאו בר יבום הוא כלל כל שאין לו שעת הכושר כעת לא דחי.

ז הנה אם שהסברא נכונה וגם ראייתו ברורה מנדה דהקשו הרא"ש והתוס' דלימא כל שאינו עולה ליבום אף שהי' לו שעת הכושר. מ"מ לפענ"ד הדבר ברור דמקרי ראוי ליבום רק דאריא דאיסורא רביע עלה וכעין שכתב הרשב"א ריש יבמות. ומ"ש מעלתו לפלפל על הרשב"א יעיין בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל באהע"ז סי' קס"ה שם יש פלפול רב בזה. אמנם בגוף חלוקו בין ח"כ לח"ל הנה מעלתו כתב מצד הסברא. ואני רואה שהוא מפורש בש"ס יבמות דף ע"ט דאמר מכדי שמעינן לר"ע דבני ח"ל כבני ח"כ נינהו וח"כ לא בני חליצה ויבום הם והוא תימה דלמא שאני שאר ח"ל וח"כ שלא היה להם שעת הכושר וכאן הרי הי' לו שעת הכושר כדאמר ר"ע בהדיא במשנה וע"כ דכל דח"ל לר"ע כח"כ ולאו בני חליצה ויבום נינהו לא מועיל מה שהי' לו שעת הכושר וז"ב ודו"ק. ובזה

מיושב במה דמשני הבמ"ע שנשא אחיו גיורת והקשו א"ה יבומי נמי תתייבם והדבר תמוה דמה לשון א"ה הא אף להס"ד קשה דאם חולץ וחולצין ממילא יבומי נמי דכל שאינה עולה ליבום גם לחליצה אינה עולה ועיין תוס' שם. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה כל הענין דמועיל מה שהיה לו שעת הכושר הוא לענין זה דלא נימא דכיון דאינו עולה ליבום כעת גם לחליצה לא תעלה לזה מועיל מה שהיה לו שעת הכושר והיה יכול ליבם אף שכעת א"י ליבם מ"מ עכ"פ בר חליצה הוא א"כ בישראלית ניחא שנקט חולץ וחולצין דיבומי ודאי לא דאינו בר הקמת שם רק דלא נימא כל שאינו עולה ליבום לזה מועיל מה שראוי היה והי' לו שעת הכושר אבל השתא דמיירי בגיורת א"כ יבומי נמי תתייבם. ומ"ש מעלתו להקשות על הח"ץ סי' א' מתוס' והרא"ש ריש יבמות שכתבו לענין נדה כבר כתבתי למעלה שכבר קדמו הק"ע ומ"ש להקשות על המלמ"ל דמחלק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה מש"ס כתובות פ"ב גם אני הקשיתי כן בחיבורי יד שאול סי' רל"ד. והנה מ"ש לתמוה על הט"ז סימן קס"ד ס"ק ז' בהא דמבואר דיבמה נדה מתייבמת וכתב הט"ז דקמ"ל דלא נימא דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת דנדה כדדחי איסור אשת אח קמ"ל דאפשר לקיים שתיהן לכשהטהר וע"ז תמה דהא נדה ל"ת שיש בה כרת היא ושאני אשת אח כמ"ש התוס' ביבמות דף ג' ד"ה ל"ת באמת שזו תימה גדולה.

ח והנני יוסיף דלמה לא כתב דקמ"ל כמ"ש התוס' והרא"ש ריש יבמות דה"א כיון שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה גם אח"כ לא תתיבם קמ"ל וצ"ל דקשיא ליה להט"ז דא"כ הי' לו לאשמועינן דמותרת להתייבם אח"כ ולא יכתוב דאסור ליבם בעת נדתה ע"ז כתב דקמ"ל דלא נימא דאתי עשה דיבום ואף דנדה הוה ל"ת שיש בה כרת אך להס"ד דעי"ז שלא יוכל להתייבם בנדתה תאסר לעולם אף לאחר שתטהר וא"כ יתבטל מצות יבום לגמרי והרי איסור אשת אח הותר אף שיש בו כרת וע"כ דמצותו בכך וא"כ גם לענין נדה נימא כן וע"ז קאמר דז"א דבאמת כל שתוכל לטהר לא שייך כל שאין אני קורא בה כמ"ש הרא"ש ושוב ל"ד לאשת אח דמצותו בכך וזה יוכל להמתין ודוק. ומ"ש להקשות על התוס' דבדף ח' נסתפקו שם אי רבא אית ליה הואיל ואשתרי אשתרי ובזבחים דף ל"ב מבואר דרבא לית ליה הואיל ואשתרי אשתרי כמדומה שכן הקשה בשו"ת תשובה מאהבה וכעת אינו ת"י. ומ"ש להקשות על הרא"ש שכתב דאם בא עלי' בנדתה היה קונה וע"ז הקשה דביאת איסור לא קנה כמ"ש הר"ן פ"ק דקידושין. יעיין בב"ש סי' קס"ו ס"ק ה' שכתב דקנה ואני הקשיתי בגליון מדברי הר"ן אלו ומ"ש די"ל דטעמו של הר"ן משום כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד וזה דוקא בדבר הרשות אבל כל שעושה מצוה אף שעושה באיסור לא שייך זאת וכאן מקיים מצות יבום. יעיין בתוס'

גיטין דף י"ב ד"ה אלא וימצא סתירה לזה דא"כ גם לרבא קשה ודוק כי קצרתי וע"כ נראה לפענ"ד לסמוך על הרשב"א דזה הוה ד"א גרם לה ולא מקרי אינו עולה ליבום:

סימן ריז

א לאחד מן החכמים.

ב אשר כתבת להקשות על הרא"ש שכתב בעוברת על דת דלא אפשיטא האבעיא בסוטה דף כ"ה אם רצה הבעל לקיימה אם מותר לקיימה והקשית דלמה עזב שיטת התוס' אשר בכ"מ דרכו בקדש ללכת בעקבי התוס' ושם כתבו התוס' ד"ה ש"מ ותפשוט נמי דבעוברת על דת אם רצה לקיימה יקיימה. ובאמת שגם הרשב"א כתב כהתוס' כמ"ש הב"י באהע"ז סי' קט"ו בשמו אבל לא הזכיר מדברי התוס'. הנה יפה תמהת. ומצאתי בגליון הש"ע שלי שכתבתי בסימן קט"ו ס"ד על ואם רצה לקיימה שהח"מ והב"ש מפרשים דקאי גם אם יש עדים וכתבתי בגליון עיין שו"ת בית יעקב סי' קנ"ג דלא פירש כן והעיקר כדברי הח"מ והב"ש ושאלתי ספר בית יעקב וראיתי שהרגיש בקושיא זו על הרא"ש והב"י שלא הביאו דברי התוס' וע"כ רצה הוא לפרש דלפי מה דמסקינן דלאחר קינוי וסתירה א"י הבעל למחול וכיון דעוברת על דת צריכה התראה הו"ל התראה כקינוי ועברה על דת כסתירה ולכך ל"מ מחילה ולכך כל שעוברת על דת א"י לקיימה ע"ש שהאריך.

ג והנה מלבד שדבריו דחוקים דא"כ מה מבעיא ליה בעוברת על דת אם יכול לקיימה ולא איפשטא הא כיון שצריך התראה וכבר אפשיטא למעלה שם דצריכה התראה הו"ל כקינוי וסתירה וא"ל דהאבעיא אזלא בעוברת על דת דלא בעי התראה כמ"ש הב"ש שם ס"ק י"ז כיון דכבר הכשילתו ודייק כן מרש"י ע"ש ובזה אפשר לומר דאין מחלוקת בין הפוסקים דהתוס' מיירי בד"מ שא"צ התראה והראב"ד והרא"ש מיירי בד"י אך באמת גוף הדבר דחוק. אך לפע"ד נראה דהנה במה דנראה מהתוס' וכ"כ הרשב"א דלפי מה דקיי"ל דבמחל אחר קינוי מועיל ה"ה בעוברת על דת לכאורה תמוה מאד דהרי באמת הא בסוטה ברה"י טמא ועשאו הכתוב כודאי הוא משום דלא שייך לאוקמא בחזקת טהרה כיון דקינא ונסתרה רגלים לדבר שזינתה כמ"ש התוס' ריש נדה ולכך עשאו כודאי והיינו דלמה לה להסתיר עצמה עם אותו איש שקינא לה ולפ"ז במחל על קינויו ולא הקפיד ושוב ליכא רגלים לדבר דבלא קינוי הסתירה אינה ראיה כ"כ ושוב יש לה חזקת טהרה ולכך יכול לקיימה ולכך אחר קינוי וסתירה פליגי ר"א ורבינא וקי"ל כמ"ד דאינו מחול משום דשם יש רגלים לדבר ולפי זה בעוברת על דת ל"מ בד"מ דכבר הכשילתו אלא אף בעוברת על ד"י מ"מ הרי היא כבר פרוצה ואתרע חזקת כשרות בבירור שוב מה"ת דיכול לקיימה וצ"ל דהם מפרשים בעיית הש"ס במוחל לאחר קינוי קאי באת"ל

שהבעל יכול לקיים בד"י אף שאתרע חזקת טהרה ומבעיא לי' בבעל שמחל אף לאחר קינוי וסתירה וא"כ כשנפשט דיכול לקיימה לאחר קינוי וסתירה ממילא מכ"ש בעוברת על דת. ולזה נראה שכוון רש"י בהאבעיא דמחל על קינוי דפירש כן בהדיא ותמה הבית יעקב שם דל"ל לרש"י לפרש כן. ולפמ"ש אתי שפיר דק"ל לרש"י דאם נימא דהאיבעיא קאי קודם סתירה א"כ לאחר סתירה הוה ס"ל דאינו מחול ולמה בעי בעוברת על דת ולא אפשיטא וע"כ דבני הישיבה בעי להו גם בקינוי וסתירה ולפ"ז לאחר דמסיק הש"ס דמסתברא דלאחר סתירה לא מחיל שוב בעוברת על דת י"ל דחמור וכנ"ל.

ד שבתי וראיתי דהדבר מוכרח כפירש"י דבעיית הש"ס אזלא אף לאחר קינוי וסתירה דאי נימא דהבעיית הש"ס לא היה רק קודם סתירה יקשה בהא דפשט הש"ס מהא דמוסרין לו שני תלמידי חכמים שמא יבא עליה בדרך ואי אמרת דמצי מחיל לחלי' לקינוי ולבעול וקשה הא שם היה לאחר קינוי וסתירה ובזה לא מצי מחיל והשקאת הסוטה לא היה רק לאחר קינוי וסתירה וע"כ דהאבעיא אזלא אף לאחר קינוי וסתירה ודברי רש"י מוכרחים. ובזה מיושב היטב הא דמשני מ"ש ת"ח דאי בעי למבעל אמרינן לי' אחלי לקנויך ובעל ותמה בשו"ת בית יעקב דבסוטה דף ז' אמרו דת"ח הי' כדי להתרות בו וע"ש בתוס' ולא אמרו כמו כאן ע"ש שנדחק ולפמ"ש אתי שפיר דלאחר דמסיק הש"ס כאן דלאחר קינוי וסתירה לא מצי מחיל שוב אי אפשר לומר דהת"ח היו צריכין לומר דאחלי לקינוייך דל"מ למחול לאחר קינוי וסתירה ולכך הוכרח הש"ס בדף ז' לפי המסקנא לפרש דלאתרו ביה היו צריכין ת"ח דהמים לא יבדוק לאחר שבא עליה ודוק היטב. שוב ראיתי בבית מאיר סי' קע"ו שם שהביא בשם אחי הט"ז הגאון מהר"י הלוי שדעתו ג"כ כהבית יעקב והוא האריך לדחות ולפי שאין אתי הספר והוא מביאו בקוצר לא אוכל לדון עליו ודוק. וראיתי בשו"ת ש"ב הגאון בעל נוב"י מהד"ת סי' קנ"ט חלק אהע"ז שהאריך בענין קינוי ב"ד ורצה לחדש דל"מ קינוי שליח ב"ד דדוקא ב"ד בעצמם צריכין לקנאות לה דל"מ משוי שליח לחוב לאחרים ע"ש. ולפענ"ד דבריו תמוהין דאטו תורת שליחות בעינן כאן ועיקר הטעם היא דלאחר קינוי וסתירה אתרע לה החזקה והוה רגלים לדבר ומה לי ב"ד ומה לי שלוחם כל שיש להם כח לקנאות והיתה צריכה להשגיח בקינוי שלהם מה לי הם ומה לי שלוחם ודוק גם שאר הדברים שם צ"ע אצלי כעת.

ה ודרך אגב אומר במה שהתוס' בסנהדרין דף פ"ח ד"ה קינויו כתבו דהא דקנויו מחיל דוקא קודם שנמחקה המגלה אבל לאחר שנמחקה המגלה לא וכפי הנראה סברתם דא"כ

בחנם נמחק השם אבל צ"ע מנ"ל זאת ולמה צריכין זאת ובפרט דאנן קי"ל דלאחר קינוי וסתירה א"י למחול וצ"ע:

ו והנה שאלני החריף השנון המופלג מוה' שאול הכהן קאצינעלינזאהן נ"י מווילנא בהא דאמרו בסוטה דף כ"ה הנ"ל מ"ש ת"ח דגמירי דאי רצה לבעול אמרו ליה אחלי' לקינוייך ובעול וע"ז הקשה דא"כ מה אמר ר"י בעלה נאמן עליה הא צריך שני ת"ח שמא ירצה לבא עליה ויחול לקנויו ויבעול ולא יעשה איסור וליכא ק"ו והנראה בזה דהנה הש"ס דייק אח"כ דל"מ למחול אחר קינוי וסתירה מהא דאמר ר' יוסי ק"ו ומה נדה שהיא בכרת בעלה נאמן עליה סוטה שהיא בלאו לא כ"ש ואמרו רבנן מה לנדה שכן יש היתר לאיסורא תאמר בסוטה שאין היתר לאיסורו ואי אמרת בעל שמחל על קינויו קנויו מחול א"כ יש היתר לאיסורו ע"ש ולפ"ז להס"ד כאן דלכך מוסרין לו שני ת"ח דאם ירצה לבעול ימחול על קינויו והיינו דע"כ דמצי למחול אחר סתירה ג"כ דבדרך היה לאחר קינוי וסתירה א"כ ליתא לפירכא דרבנן ושפיר אמר ר"י דבעלה נאמן עליה מק"ו וא"כ ממנ"פ אם לא ידע דיכול למחול שוב נאמן עליה מק"ו דחמירא לי' ואם יודע דיוכל למחול שוב ממילא ימחול על קנויו ול"צ לשני ת"ח וא"כ שפיר אמר דבעלה נאמן עליה מק"ו וז"ב ודוק היטב. שוב הראני המופלג הנ"ל דדברי התוס' מבוארים בירושלמי פרק בן סורר ומורה הלכה ו' דבסוטה אף משנכתבה המגילה עד שלא נמחקה אבל אם נמחקה המגילה לא בדא. ובאמת שיפה אמר. אבל מלבד דהתוס' לא הזכירו כלל הירושלמי אף גם דלמה להם להביא זאת הא אנן קיי"ל דלאחר סתירה א"י למחול כדאמרו בש"ס דילן ומה"ט לא הובא בטור וש"ע סי' קע"ח סי"ב וברמב"ם פ"א מסוטה איתא דברי הירושלמי האלו וע"כ עדן צ"ע.

ז והן נסתר מחמתו דברי מעלתו שאמר דשני עניני מחילת הקינוי יש דמחילת קינוי לענין שתהיה מותרת לבעלה זה תלוי בסתירה וכל שנסתרה אין בידו לבטל הקינוי ונאסרה עליו ובזה מיירי בתלמודא דידן בסוטה אך יש מחילת קינוי לענין שלא תצטרך לשתות המים המרים ובאמת תאסר לבעלה רק שלא תצטרך לשתות ובזה הרשות ביד הבעל שלא להשקותה וע"ז אמרו בירושלמי דלאחר מחיקת המגילה אין בידו למחול הקינוי ולא עדיף מאילו אמרה טמאה אני אחר מחיקת המגלה דמערערין אותה בע"כ. והנה אף כי דבר חכמה אמר אבל לפ"ז יקשה על הרמב"ם שזה דרכו בקודש להביא דברי הירושלמי בכ"מ וכאן השמיטו וגם בש"ס דילן מוכח בהדיא דלא כירושלמי דהרי לא מצאו מקום בש"ס סוטה דף כ"ה להוכיח דלאחר הקינוי יכול למחול והרי שם קאי לענין איסור ולמה לא דחי דשם מה דאמר דבעל שמחל על קנויו מחול קאי לענין שא"צ

לשתות ולכך עד שנמחקה המגלה יש לו רשות למחול אבל לענין איסור תיכף משקינא לה נאסרה אם אינה שותה וע"כ דהש"ס דילן לא סבר כן וגם הא לאחר שהביא מזה דיכול למחול הקינוי סידר הש"ס פלוגתא אי קודם סתירה או לאחר סתירה ומשמע דקאי גם על מה שהעידו דבעל יכול למחול ואם איתא הא זה אינו ענין לענין איסור וע"כ דש"ס דילן לא ס"ל כלל חילוק זה ולכך השמיטו הרמב"ם ובאמת בירושלמי סוטה פ"ד הלכה ב' על משנת אמר בעלה איני משקה העתיק הירושלמי הך מימרא דר' יאשיה שהעיד השלשה דברים שאם בקש למחול מחול ע"ש ולא העתיק כלל כל המימרא דאמר בירושלמי סנהדרין פרק בן סורר ומורה הנ"ל וכן ראיתי בשני דפוסים שעם הפירוש ק"ע ועם הפירוש פני משה וא"כ גם הירושלמי לא ברירא ליה הדבר וע"כ הדבר צ"ע על התוס' דהעתיקו שלא כהלכה דאנן קי"ל כתלמודא דידן וגם לא הזכירו דברי הירושלמי כלל וגם עקבותיהם לא נודעו לאיזה צורך העתיקו וצ"ע ואולי הירושלמי ס"ל דלאחר סתירה ג"כ יכול למחול וכמ"ד דס"ל כן ועיין בשו"ת הרא"ש כלל ל"ב הובא ביתה יוסף באהע"ז סי' קט"ו שכתב דאפילו הבעל רוצה למחול על קינויו אינו מחול כדאמרו בסוטה דף כ"ד הנ"ל הרי שכתב דלא כהירושלמי. שוב מצאתי בתורת חיים בסנהדרין דף פ"ח דביאר בהדיא דלדידן לאחר סתירה שוב אינו יכול למחול וגם התוספות מודים לזה ונהניתי:

ח והנה בש"ק תרומה תרי"ז הגיעני תשובה מהחריף מוה' שמואל גינצלער מאובר ווישיע באונגרין ע"ד האשה הנחשדת שתחת בעלה היא נחשדת שאחד בא עליה וכמה דברים מכוערים ספרו המשרתות שראו כ"פ ששכב אתה במטתה אבל לא ראו בעילה ממש רק ששהה כדי טומאה וגם ר"ש בר' מנשה העיד כן ובעלה העיד גם כן על דברים מכוערים ואח"כ שלחו לה התראת ב"ד והתרו בבעלה שלא יבא הנחשד לביתו ואמר הבעל מה לכם כי תזהירו אותי תזהירו אותה וא"ל הוה יודע שבאם הנחשד יבא לביתך או אתה תתייחד עמו או תדבר עמו באיזה מקום שיהיה תדע נכונה כי נאסור אותך על בעלך ולאחר התראה שמעו קול שהחשוד הנ"ל נכנס ויוצא כפעם בפעם בביתה אח"כ באה אשה אחת והעידה על דבר מכוער שראתה אותה באת לביתה חוגרת בסינר והבליעל הלז ברח פתאום מביתה ונבהל גם ר' יעקב העיד שראה לאחר התראה שהלך לביתה וסגר הדלת אחריו והחלונות הי' סתומים אז ועשה רעש גדול וקבץ אנשים רבים וראו שנחפז והלך דרך החלונות והנה גם בעלה בא ובכה ורוצה שיגרשה רק שמתייירא מפני הכתובה הגדולה שא"י כעת לתת לה ואולי אפשר ליתן לה גט בע"כ בלי כתובה ושלחו לגבות עדות בפניה והיא לא רצתה לבא באמרה שאינה בקו הבריאה ושלחו ג"פ ולא באה. וע"ז האריך מעלתו דלגרשה בע"כ פשיטא דרשאי ואין בזה חדר"ג דבמקום

מצוה לא גזור דכיון שעברה על התראת ב"ד ג"פ עכ"פ מקרי רע אם אינו מגרש וא"כ שוב יכול לגרש בע"כ. אך פלפל אם מפסדת הכתובה כיון דלא אמרו לה שתפסיד הכתובה ותלוי במחלוקת הש"ג והב"ש ס"ק י"ז וכן המלמ"ל בפ"ב מסוטה ומעלתו האריך בזה. והנה לכאורה תמהתי כיון דיחוד הוה דת משה כמ"ש הב"ש ס"ק כ' בשם התה"ד סי' רמ"ב והרי בעוברת על דת משה כתב הב"ש ס"ק י"ז דא"צ התראה כלל להפסיד כתובתה דרש"י פירש בסוטה כ"ה האיבעיא דוקא בעוברת על דת יהדות ע"ש. איברא דלפ"ז יקשה א"כ מה מביא הש"ס ראיה מארוסה ושומרת יבם וכו' והא שם היה עכ"פ יחוד דהוה סתירה וא"כ הוה עוברת על ד"מ ואף דרמב"ם כתב דאינו רק מפי הקבלה כבר כתב התה"ד סי' רמ"ב דהוא מה"ת וגם הרמב"ם לא קרי לי' מפי קבלה רק לפי שהוא רמז בתורה לא קרי לי' מה"ת וכ"כ המלמ"ל בפ"ב מסוטה מדעתא דנפשיה הלכה א' וכן כתבתי בגליון הרמב"ם שלי פכ"ב מא"ב וציינתי דברי הרמב"ן בשורש שלישי לספר המצות גבי גונב את הקסוה ועיין בב"י אהע"ז סי' כ"ב וא"כ קשה. אמנם נראה דהנה הב"ש דייק בלשונו שלכך בעוברת על ד"מ א"צ התראה לפי שכבר הכשילתו וכפי הנראה דייק לה מלשון הש"ס דאמר דאי בעי הדרא בה תהדרא בה וא"כ זה שייך בעוברת על ד"י דאינו רק פריצות אבל לא הכשילתו ויכולה להדר אבל ד"מ דהאכילתו שאינו מעושר דאף אם תרצה לשוב מכל מקום כבר עבר ואכל וכדומה מה שייך תשובה על מה שכבר הכשילתו. ולפ"ז ביחוד דאינו איסור בפ"ע שעדן לא הכשילתו וא"כ שוב אף בד"מ יכולה לחזור וא"ל כיון דעד ששתתה נחשבת סוטה דהתורה עשתה ספק כוודאי וא"כ אם בא עליה אח"כ בעלה עשה איסור והוה כשאר ד"מ וא"ל דלהס"ד שלא קינא לה לאסרה רק להפסיד כתובתה א"כ לא הוה עוברת על ד"מ דז"א דעכ"פ נאסרת בודאי וא"כ הוה עוברת על ד"מ.

ט אך ז"א כיון דעכ"פ יוכל להיות שלא נטמאה ניהו דהתורה עשה כודאי עד שלא שתתה היינו כיון דהשתייה יוכל לברר אבל במקום דא"י לשתות והיא צווחת דטהורה היא מידי ספק לא יצא ואינה מקרי עוברת על ד"מ כנלפענ"ד ברור. והנה מ"ש מעלתו ליישב קושית המלמ"ל פ"ב מסוטה ה"א דכל שיכולה לברר ל"ח עוברת ע"ד כמ"ש התוס' ביבמות דף ל"ח ע"ב הנה דבריו נכונים וכמ"ש מעלתו בשם המלמ"ל דכל שא"י לשתות סמכה עצמה ע"ז והוה עוברת על דת דזה מקרי פריצות יעו"ש ויפה כתב מעלתו ובזה נראה דלכך פירש"י דת יהדות דוקא דבדת משה כל שהכשילתו כבר פשיטא דא"צ התראה ובודאי מקרי פריצות גמור משא"כ בזה דאינו פריצות גמור. ומיהו לפ"ז שוב אין ראיה מארוסה ושומרת יבם דכל שא"י לשתות שוב הוה פריצות גמור וצ"ע בזה ועיין

בחידושי ריטב"א בקידושין דף פ"א שם בפסק ולא יכולתי לעמוד על דבריו כי יש שם הרבה ט"ס וצ"ע על הזר זהב שלא הרגיש כלל להגיה. ועכ"פ שוב הדרן לדוכתא דתלוי במחלוקת הש"ג והב"ש.

י ואולי כאן בזה"ז דנאסרה אחר הקינוי דא"א לשתות שוב הוה ד"מ דהוה פריצות גמור דא"י לברר ואף דתוכל להיות טהורה מ"מ הוה ד"מ ופריצות גמור. אמנם באמת א"צ לזה כמ"ש מעלתו דכאן היה אחר קינוי שהב"ד מקנין לה וא"כ לאחר קינוי הוה סוטה גמורה. והנה מעלתו הביא דברי הנוב"י מהד"ת באהע"ז סי' קנ"ט שכתב דדוקא במקום שאין הבעל יכול לקנאות הוא דהב"ד מקנין לה דשליחותא דבעל עבדי אבל במקום שהבעל יכול לקנאות ולא קינא לא יוכלו הב"ד לקנאות ומעלתו דחה דבריו והנני יוסיף דכל ענין קינוי וסתירה כתבו התוס' בריש נדה דזה הוה רגלים לדבר מדקינא לה ולא השגיחה ונסתרה שוב אתרע חזקת טהרה ולפ"ז מה נ"מ אם הב"ד מקנין או הבעל או שלוחו של ב"ד בכ"ז יש ריעותא דלמה נסתרה לאחר ששמעה הקינוי שהב"ד הזהירו בה ומה דנקטו במשנה דוקא באלו שהב"ד מקנין לה. נראה לפענ"ד ברור דכיון דעיקר הקינוי וסתירה היא שיהיה רגלים לדבר א"כ היה מקום לומר דבאלו כיון דאין לה אימתא דבעל א"כ אין ראיה ממה דקינו לה ומ"מ נסתרה וכדאמרו בהדיא בסוטה שם וכלהו מ"ט לא אמרו מהא דלמא שאני התם דלית לה אימתא דבעל והיינו כמ"ש דה"א דלא יהיה נחשב כ"כ רגלים לדבר ולכך קמ"ל דגם בזה נחשב רגלים לדבר אבל פשוט דכל שנחשב קינוי שוב הוה רגלים לדבר ואף במקום שיכול הבעל לקנאות מועיל קינוי ב"ד וגם שלוחם וז"ב. ומה שהאריך בדברי הב"ש סי' קי"ז ס"ק ח' אעתיק לו מ"ש אני בגליון הב"ש שלי על מ"ש וכן משמע בתוס' גיטין דף ע"ט וכתבתי בגליון בזה"ל אמת שכן בתוס' גיטין דף ע"ט ד"ה ב"ש אבל בש"ס דילן דף פ"א ע"ב משמע דגם לב"ש חיישינן שמא יבא עליה אף בודאי זינתה ועיין בתוס' שם ד"ה ב"ש ובחידושי רשב"א מבואר שם בהדיא כן דאף דלב"ש היא מזוהמת היינו שלא ירצה לקדשה אבל בא עליה ביאת זנות ובאמת בירושלמי פרק הזורק ה"ט מבואר דמזוהמת בעיניו אף לביאת זנות ובק"ע שם תמה על הרשב"א מדברי הירושלמי אבל דברי הב"ש תמוהין דבש"ס דילן נראה דאינה מזוהמת בעיניו וגם דברי התוס' בגיטין ע"ט צ"ע שרמזו דבדף פ"א משמע כהירושלמי ובאמת נראה להיפך ועיין תוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ד"ה ולא וברא"ש שם מבואר דלאחר קינוי וסתירה לא חיישינן שמא יבא עליה דשונאה וצ"ע דלאחר קינוי וסתירה ודאי חיישינן כמ"ש הב"ש כאן משמא דגמרא וע"כ לדינא צע"ג ע"כ כתבתי שם וא"כ הרגשתי בכל דבריו ולדינא נראה לפענ"ד דפשיטא דהפסידה כתובתה לאחר קינוי וסתירה ובפרט

שכאן ניכרין הדברים שהיא סוטה גמורה וכאשר באו הדברים ברוב ענין וטומאה כתיב בה ויכול לגרשה בע"כ בהפסדת כתובה ואף שלא נגבה בפני' הא שלחו אחריה ולא באה ולרב הטירדא דברי מעטים. והנה בהא דאמרו מאכילתו שאינו מעושר אי דידע נפרוש ואי דלא ידע מנא ידע והקשה הראב"ד דנוקי בדהודית האשה וכתב דאאמע"ר ותמהו הרשב"א והר"ן דלענין ממון נאמן אדם להשים עצמו רשע.

יא ולפענ"ד היה נראה דהנה באמת צ"ב קושית הראב"ד דלוקמא בהודית והא יש לחוש דלמא ענ"ב ולכך אמרה כן. אמנם נראה דכיון דברגלים לדבר לא שייך ענ"ב כמ"ש הרמ"א באהע"ז סי' קט"ו וכיון דגם בד"מ צריך התראה דלא כב"ש סי' קט"ו בשם רש"י וא"כ עכ"פ רגלים לדבר יש ושוב לא שייך ענ"ב ושפיר היתה נאמנת. ולפ"ז שפיר כתב הראב"ד דאין אדם משים עצמו רשע והיינו כיון דאינה נאמנת לענין איסור שוב לא שייך התראה דעל מה התרו בה כיון שלא נודע רק על פיה והיא אינה נאמנת א"כ יכולה לומר דמשחק הייתי כעין מ"ש הפ"י בגיטין בסוגיא דשמא יחפה ושוב גם הכתובה אינה מפסדת די"ל דענ"ב ואף דמפסדת הכתובה שייך ענ"ב דלא כי"מ בתוס' כתובות דף ס"ג ע"ש ודוק:

יב והנה הרב מוה' אברהם קאמפף נ"י אמר לי בעש"ק חיי כת"ר דיש ליישב קושית הראב"ד דהנה לשון מאכילתו ולא נקט האכילתו ועיין בתוס' וקדמונים היינו משום דהוא שם התואר דהיא מאכילתו תמיד ויש לחוש על להבא שלא תכשילו וא"כ כל דאין אדם משים עצמו רשע שוב כל שאינה נאמנת ועכ"פ לא מקרי מאכילתו דאינה נאמנת בזה ושוב אינה מפסדת כתובתה ודוק. והשבתי לו עפמ"ש המהרלב"ח בקונטרס הסמיכה בענין דאאמע"ר והקשה דמ"מ מהראוי לפוסלו מדרבנן כיון שחציף להעיז פנים ולומר דעשה מעשה רשע אף שהוא שקר מ"מ הוא כוזב לומר כן וכתב דא"א לפוסלו דא"כ נימא דמאמינים לו ונעשה רשע עפ"י הודאת פיו ובאמת אינו נאמן ע"ש ולפ"ז כאן שפיר קשה דניהו דאין אדם משים רשע מ"מ עכ"פ עשתה מעשה רשע שתעיז לומר כן וכאן לא שייך תירוצו של המהרלב"ח דכאן אין אנו דנין לענין נאמנות מתורת עדות רק מתורת הודאת בע"ד ושוב עכ"פ מפסדת כתובתה ודוק כי קצרתי והנה בהא דאמר שם לגבי משמשתו נדה אי דלא ידע נסמוך עלה ואילו לגבי מאכילתו שאינו מעושר ולגבי אינה קוצה חלה אמר אי דלא ידע מנא ידע ולא אמר נסמוך עלה ועיין בתוס' שם. ואמרתי דבר חדש דהנה הלב"ש בחידושי דינים כ' דאשה אינה נאמנת באיסורין וזה רבות בשנים אשר הרב המנוח מוה' שמואל נחום אמר אלי שדבריו נגד כל הפוסקים והארכתי בתשובה והראיתי דבשיטה מקובצת בסוגיא כאן הביא כן דעת פוסקים דאשה

אינה נאמנת רק בנדה ודחה זאת. אמנם בטעם הדבר אמרתי לכאורה דבר חדש דהנה מדברי הר"ן במס' יומא גבי פ"נ דעושין עפ"י גדולים כתב במרוצת דבריו דנשים מפני שדעתן קלות חשידי על לפני עור ע"ש והארכתי בזה לענין הא דכתב האגור והב"י הביא בשם הכלבו דנשים שוחטות לעצמן ופירשתי דהיינו דוקא לעצמן אבל לאחרים שייך לפני עור ולפ"ז להאכיל לאדם אחר אינן נאמנות דשייך חשש לפני עור אבל בנדה גם היא אסורה לכך התורה נתנה נאמנות לה בזה וז"ש וספרה לה לעצמה. ובזה מיושב בהא דנשים נאמנות בבדיקת חמץ דהא גם הם בכלל בל יראה ודוק היטב ולפ"ז שפיר הא דאמר בנרה אי דלא ידע נסמוך עלה דכתיב וספרה והיינו דוקא בנדה דשייך לגבי עצמה אבל בשאר איסורים אין לסמוך עליה. ובזה מיושב מה דלא אמר להיפך בנדה אי דלא ידע מנא ידע משום דבנדה שייך לאוקמא בהודית ושם נאמנת דהתורה נתנה לה נאמנות דלא שייך אין אדם משים עצמו רשע דהא י"ל דעשתה תשובה כיון דגם היא נכשלה. מיהו גוף הדבר היא חדש דאם כן לא תהיה אשה נאמנת בשום איסור דשייך לפני עור דאינה חוששת לזה וגם לא שייך אין אדם משים עצמו רשע דהא לא משמע לה שום איסור בזה אך נראה דיש לחלק דאף דלא שייך לפני עור בנשים דדעתן קלות אבל לגבי בעלה דיודעת דבעלה סומך עליה ודאי מצוות ע"ז והוה כספו לי' בידים ועמ"א סי' תרי"ח וסי' תר"מ ועיין בביאורי הגאון מהרא"וו בסי' תרי"ב במ"ש בשם התוספתא דכל שאמר תנה לי ואוכל אסור אף באין תרי עברי דנהרא וה"ה כאן כל שבעלה סומך עליה והיא מתקנת לו מאכל הוי כספי לי' בידים וזה שהתנצל אדה"ר האשה אשר נתת לי היא נתנה לי מן העץ ואוכל ועיין בספר תולדת יצחק שכתב שכיון שהש"י נתן לו אשה הוא יכול לסמוך עליה שוב ראיתי לזקני הח"ץ ז"ל סי' ק"נ שכתב דאף בענ"ב מ"מ מפסדת הכתובה ויש סתירה למ"ש למעלה בסברת הראב"ד ומ"מ יש ליישב.

סימן ריח

א להרבני המופלג מוה' מרדכי מיזיש ני'.

ב מה ששאל בהא דאמרו בב"ק דף ו' דר"ע אמר לא בא הכתוב אלא לגבות לנזיקין בעדיות וק"ו להקדש ופריך הש"ס מאי ק"ו להקדש אילימא דנגח תורא דידן לתורא דהקדש שור רעהו אמר רחמנא ולא שור של הקדש וע"ז הקשה לפמ"ש הש"ך ס"ס ס"ו לשיטת הרמב"ם דפשיעה חייב בשומרין אף בכל דברים שנתמעט מדין שמירה וא"כ ה"ה בהקדשות דנתמעטו מדין שמירה מ"מ בפשיעה חייב א"כ משכחת לה בכה"ג דהוה שומר וחייב על מה שלא שמרו ופשע בו. והנה מה שנסתפק אם שומרים משלמים מן העדיות הדבר מבואר בש"ך סי' רצ"א ס"ק א' דשומרין דין מזיק יש להם ומשלמין מן

העדיות אך בגוף קושייתו לא ידעתי דלדבריו אדמקשה משומרין בפשיעה דאינו חייב רק דהוה כמו מזיק לקשה טפי דבמזיק גופא חייב בהקדש וא"ל דמזיק בהקדש פטור ג"כ מרעהו דממעט אף הקרן א"כ פשיטא דמכ"ש בפשיעה דפטור דאינו מזיק גמור רק כמו מזיק. ובאמת בגוף הדבר בתוס' ב"ק שם ובב"מ דף צ"ט כתבו בהדיא דאף מהקרן פטור מזיק בהקדש רק מדרבנן חייב אבל מדברי רבינו בפ"ב מגניבה ה"א נראה דהא דממעט מרעהו אינו רק מכפל וד' וה' אבל הקרן חייב וא"כ אין קושיא על רבינו והא דמקשה הש"ס שור רעהו אמר רחמנא ולא שור של הקדש אף דקרן חייב והתוס' הקשו כן שם וכתבו דאף מקרן פטור. לפענ"ד נראה דהרמב"ם מפרש דניהו דהקרן חייב אבל עכ"פ ק"ו להקדש לא שייך דהרי חזינן דהקדש קיל טפי דהרי לענין כפל ותשלומי דו"ה מקלינן בהקדש מפי מהדיוט עכ"פ אף לענין הקרן אינו ק"ו להקדש דאולי הקלה תורה דא"צ לשלם מן העדיות ובזה ניחא מה שהקשה מעלתו על הש"ך דמשמע מדבריו בסי' ס"ו דבפשיעה חייב מן התורה בכל אותן שפטורין משמירה והרי גם ההקדש בכלל וקשה הא הקדש פטור אף במזיק בידים ולפמ"ש אתי שפיר דהש"ך אזיל אליבא דהרמב"ם והרי הרמב"ם מפרש דכל אותן שנתמעט מדעתו היינו לענין כפל דוקא ולא מהקרן. שוב נזכרתי שהפ"י בחידושיו לב"מ דף נ"ח תמה גם כן על הש"ך דמזיק בהקדש פטור וכתב דאפשר דהרמב"ם ס"ל דבקרן חייב והרי הדבר מבואר כן בפ"ב מגניבה ה"א וכן נראה מדבריו פ"י מתרומות ה"ח דלא פטר מזיק רק מחומש ולא מהקרן.

ג ובזה יש לי ליישב דברי רש"י בב"ק דף ה' מ"ש במפגל ששחט חטאת לשם שלמים והקשה הפ"י הא מזיק בהקדש פטור ולפמ"ש יש לומר דרש"י סבירא ליה דהקרן חייב ועיין פ"י שם ודוק. ומה שהקשה עוד דלימא דק"ו להקדש דאינו משלם בהקדש ממיטב דמטלטלי דכל הטעם דמטלטלי כל מילי מיטב הוא משום דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא והרי הקדש אין לו רק מקומו ושעתו הנה אין זה כלום דמלבד דעכ"פ ק"ו להקדש ל"ש כיון דבהדיוט כל מילי מיטב אף גם דזה אינו רק מדרבנן מה שאין מוליכין ההקדש ממקום למקום ואף אם נימא דמן התורה היא הרי בעוד שלא נעשה הקדש יכול לסלק במטלטלי וימכרו אותו וכשימכר יעשו הדמים הקדש וז"פ.

ד והנה שאלני אחד מהמלמדים פה בהא דהקשו התוס' דמה פריך שור רעהו אמר רחמנא ולוקי בשן ורגל דאצטריך רעהו לגבייהו וע"ז הקשה דכיון דלא כתיב רעהו שוב שוה להדיוט ולמה צריך ק"ו להקדש הא דינו שוה כמו בהדיוט ומצאתי בפ"י בב"ק כאן שהתעורר בזה ולפענ"ד נראה דהרי ר"ע ס"ל דבמזיק שיימינן לחומרא דאף דעדיות של ניזק אינם טובים כ"כ כמו של מזיק בדמזיק שיימינן ולפ"ז שפיר הקשו בתוס' דלזה

צריך ק"ו דבלא"ה אמרינן דבאמת כיון דבקרן פטרה התורה מטעם רעהו ולא הקדש אם כן ניהו דבשן ורגל לא כתיב רעהו וחייב לשלם מה שחסרו אבל בהקדש די שישלם הנזק שהזיק להקדש אבל להעדיף כח ההקדש שישלם במיטב של מזיק מנ"ל דאין חפץ לד' ביותר ממה שהי' לו להקדש וכמו שהזיק ישלם ועיין כעין זה בשבועות דף ט"ו אילימא גדולות במינן והתנן אחד המרבה ואחד הממעיט ועיין בתוס' שם דלגבי הקב"ה אין שייך להתפאר שנתן גדולות יותר ומכ"ש לחייב לשלם ממיטב כרמו. ויש להמתיק הדבר דבאמת מצד היזיקו של המזיק מהראוי לפטרו דהקדש לאו רעהו וצ"ל דמה שחייב בשן ורגל בהקדש הוא דמ"מ ההקדש נחסר ואין מהראוי שיחסר להההקדש ולכך חייב בשן ורגל ובקרן גזירת הכתוב הוא דפטור ולפ"ז עכ"פ יותר מחסרונו א"צ ליטול ודוק. ואגב אזכור מה דהקשה בפ"י בהא דפריך רבא אילו ידעינן דכחושה אכל משלם כחושה השתא דלא ידעינן משלם שמינה המע"ה והקשה הפ"י דמאי קושיא הא הו"ל מחויב שבועה ואיל"מ דכיון דעכ"פ כחושה מודה לו וחייב לשבע שלא אכל שמינה וא"י לשבע דא"י והו"ל מחויב שבועה ואיל"מ ע"ש בחידושיו לגיטין שהרבה כרכורים כרכר בזה ותמהני למה לא הזכיר שתלוי בפלוגתא דרבוותא בהא דמבואר בחו"מ סי' צ"ה בחופר בורות שיחין ומערות בתוך קרקע של חבירו דלשיטת הרמב"ם לא שייך שבועה אף התובע דמי הפחת כיון דמכח קרקע קאתי הו"ל כקרקע וה"ה בזה דהו"ל תביעת קרקע ומסתמא הי' הערוגה עוד צריך לקרקע והו"ל כענבים שאינם עומדים לבצר ואולי כיון דלהס"ד תמיד משלם לר"י במיטב שבערוגות והיינו הדמים וא"כ כל תביעתו אינו על הקרקע רק על דמי הערוגה ואפשר דגם הרמב"ם מודה דשייך שבועה אך בגוף קושית הפ"י נראה לפענ"ד דל"ק מכמה טעמים דל"מ לפמ"ש מהרש"ך ח"א דף קס"א דהא דאמרינן מתוך אינו רק תקנת חכמים א"כ ל"ק כלל דכאן קאי על התורה אבל באמת דבריו ליתניהו דהוא דין תורה כמבואר בשבועות ועיין קצה"ח סי' צ"ב אך לפמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ע"ה דכל דלא הו"ל למידע שייך גם מן התורה שבועת א"י ולא הוה מחושואיל"מ א"כ גם כאן הא לא הו"ל למזיק לידע ושייך שבועת א"י. אך באמת כבר כתבתי במקום אחר דדבריו תמוהין דלא שייך שבועת א"י מן התורה וכ"כ בעצמו בס"ק ג' שם ועיין קצה"ח שם ושמעתי מקשים דאף אם נימא דמיירי בברי וברי הא הוה טוענו חטים והודה לו בשעורים דזה טוען ערוגה שמינה וזה הודה בכחושה ולפמ"ש דטוען על הדמים ל"ש טוענו בחטים. מיהו בלא"ה יפה אמר ב"ד החריף מוה' סענדר נ' דכאן לא שייך טענו בחיטים דדוקא טוען על שני ענינים מחולפים אבל כאן שהם מחולקים על אותה ערוגה אם היתה שמינה או כחושה לא שייך טוענו חטים ויפה

כוון. והנני יוסיף שכן מבואר קצת בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז ודוק. אמנם העיקר נראה לי בזה עפמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י דלכך חייבתה התורה שבועה במודה מקצת משום דכיון דמודה לו במקצת הוא משביעו על השאר מדין גלגול וביאור הענין נראה לי דבאמת הוא תובע הכל וחזינן שתובע באמת דהרי במקצת הודה לו וכיון שכן יכול לתבע השבועה מדין גלגול וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת בסוגיא דאדמון בקנקנים ושמן ולפ"ז כאן שנחלקו איזה ערוגה היה אם שמינה אם כחושה וא"כ לא שייך בזה דאם היה הכחישה מה יגלגל עליו דאין התביעה רק באחת משתי אלה וכיון שלא שייך גלגול ורק שהוא תובע בברי ע"ז שפיר אמרינן דהמע"ה וז"ב כשמש. ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י בהא דכתב רש"י המע"ה דמקרא נפקא ליה בב"ק ותמה הפ"י דלמה צריך זאת וגם בב"ק שם דא"צ קרא דמסברא ידענו זאת דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כאן מצד הסברא היה שייך מחוייב שבועה וא"י לשבע משלם ורק דכיון דמקרא נפקא לן דהמע"ה וצריך לברר אף שזה טוען ברי וזה שמא א"כ לא שייך מחויב שבועה ואיל"מ דהא לא שייך כאן גלגול וז"ב מאד ודוק. ומדי דברי זכור אזכור בהא דכתב הרמ"ה הובא בנימוק"י דבנזקין כל דאית ליה זוזי לא מצי לסלוקי במטלטלי ודינו דוקא בזוזי ונראה מדבריו שם דאף לר"פ ור"ה דס"ל כל מילי מיטב הוא אפ"ה כל דאית ליה זוזי ל"מ לסלוקי במטלטלי ועיין בהגהה מהר"ם מטיקטין שם לפ"ז יקשה קושית הרא"ש על ר"ת מהא דפריך הש"ס בב"ק דף יו"ד טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה לו הא לא"ה הוה אמינא דנבילה דמזיק היא השתא אי אית ליה לדידיה כמה טריפות יהיב ליה דאמר מר ישיב לרבות אפילו סובין דידיה מבעיא ומאי קושיא דלמא מיירי היכא דאית ליה זוזי ולא מצי לסלוקי בסובין ומטלטלי ע"ש ובש"ך חו"מ סי' תי"ט ס"ק ג' ולפענ"ד נראה דגם הרמ"ה מודה דמה שהוא שלו דהיינו דבר שההיזק בא על ידו זה ודאי מצי מסלק לי' ותדע דאף בפועל דעדיף מב"ח ונזיקין לשיטת ר"ת הוה ס"ד דהמשנה דיכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך ורק משום דאמר ליה דאגרא עלי לא מצי מסלק ליה בזה אבל מזיק דאותו דבר שמזיק לו זאת היא שיעבודו ופשיטא דמצי מסלק ליה בזה והא דאמר ישיב לרבות שוה כסף היינו אם אין לו רק שויה אז אין לו מסלק לו באחרים מכ"ש בדידיה אף ביש לו ודוק. וע"ד הפלפול נראה בזה דהנה בטעם של הרמ"ה דס"ל דאם אית ליה זוזי לא מצי מסלק בנזקין וב"ח במטלטלי נראה לפענ"ד דבר נחמד דבאמת כבר נודע מ"ש המהרי"ט דנתינה בע"כ עם שוה כסף אף למ"ד נתינת בע"כ שמה נתינה אבל נתינה בע"כ עם שוה כסף לא מקרי נתינה אליבא דכ"ע ע"ש והובא בב"ש ריש סימן ס"ג והסכים עמו ולפ"ז בשלמא כשאין לו מעות שפיר

יכול לסלוקי בכל הדברים ולא מקרי נתינה בע"כ כיון דאמרי אינשי ממרי רשוותך פארי אפרע וא"כ מה דלא טרח לעשות מזה מעות זה לא מקרי נתינה בע"כ ושפיר מרבינן מישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין ובפרט במקום דריבה התורה וכמו בעבד עברי דכתב המהרי"ט שם דמועיל נתינה בע"כ ואפילו שוה כסף אבל כל דאית ליה זוזי דלא ריבה התורה לקבל שוה כסף א"כ כל שאינו רוצה רק זוזי א"י לכופו על שוה כסף בע"כ וז"ב מאד בטעמו.

ה ומעתה מיושב היטב הקושיא הלז דהנה בתשובה לענין איסור סחורה בנבילות וטריפות כתבתי ליישב מה שהקשה הגאון מוה' בעריש ז"ל בן הפ"י בקונטריסו הנדפס משמו דמה פריך הש"ס השתא כי הוה ליה טריפות מדידיה יהיב ליה דאמר מר ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין ומה קושיא דהא ניהו דסובין מצי יהיב ליה אפ"ה נבילות וטריפות לא מצי יהיב ליה דהו"ל איסור סחורה בנבילות וטריפות וע"ז איצטריך קרא דוהמת יהיה לו דאז הוה כנזדמנו לו להניזק דהתורה זכתה לו והיא קושיא נפלאה וכתבתי דלפענ"ד יש לומר דאף אי לא כתיב והמת יהיה לו על מה יהיה האיסור דעל המזיק ודאי ליכא כאן איסור דהא נזדמן לו וגם על הניזק ליכא איסור דאטו הוא שקיל מדעתו והא בע"כ יהיב ליה דמצי מסלק ליה אפילו בע"כ והוא מוכרח לקבל הו"ל כנזדמנו דמותר ושפיר ל"צ קרא והארכתי בזה ולפי זה אתי שפיר דהנה הרשב"א בחידושיו לגיטין בדף ע"ה לענין נתינה בע"כ הקשו דאמאי לא קא דייק הש"ס דנתינה בע"כ הוה נתינה מהא דכתבה התורה ונתן בידה ואף בע"כ מגורשת וכתב דדוקא היכא שמפסיד עי"ז לא מקרי נתינה כמו באומר ע"מ שתתני לי מאתים זוז דעי"ז מפסיד המקבל שהאשה קנויה לבעל וא"כ א"י לסלק להאדם משלו בע"כ אבל האיש אינו קנוי להאשה רק שיש לה שיעבוד עליו ואם כן כשאתה אומר שלא מצי לגרש בעל כרחה הרי הוא נפסד עי"ז שלו בע"כ וא"א לחייב בעל כרחה ולכך גם בפריעת בע"ח הוה נתינה בעל כרחה שמיה נתינה עיין שם.

ו ומעתה גם כאן שפיר מקשה הש"ס דהשתא טריפות יהיב ליה דידיה לא כ"ש וא"ל דהא כשיש לו כסף לא מצי לסלוקי בע"כ דז"א דכל הטעם הוא משום דהוה נתינה בע"כ ושוה כסף דל"מ ולפ"ז ע"כ לא אמרינן נתינה בע"כ לא הוה נתינה רק היכא שעי"ז נפסד המקבל אבל כאן המקבל לא נפסד כ"כ דאם מקבלו בע"כ הוה כנזדמנו ויכול למוכרו לעכו"ם אבל כשאתה אומר שא"י לקבל לסלקו בזה א"כ יפסד המזיק עי"ז דהא אסור לסחור בנבילות וטריפות וא"ל דהוה כנזדמנו דמ"מ למכור לאחר אסור אף בנזדמנו לו וגם לעכו"ם יהיה מוכרח למכור בזול וגם ל"ש נזדמנו דאם לא היה לו מעות הי' יכול

לתנהו להניזק וא"כ עי"ז יהיה נפסד המזיק ובכה"ג ודאי נתינה בע"כ הוה נתינה דא"א להפסידו שלו בע"כ והא אין לו רק שעבוד עליו ובכה"ג ודאי נתינה בע"כ הוה נתינה אף למ"ד נתינה בע"כ לא שמיה נתינה ואף בשוה כסף הוה נתינה דדוקא אם הוה נתינה בע"כ ושוה כסף וכאן לא מקרי נתינה בע"כ ודו"ק היטב כי הוא חריף מאד מאד והסברות נכונות. והנה בהא דמקשה הש"ס ומה אילו ידענו דכחושה אכל לא משלם אלא כחושה השתא דלא ידעינן וכו' משלם שמינה והא המוציא מחבירו עליו הראיה קשה לי לפי מה דכתב השיטה מקובצת בב"ק דף ב' בהא דאמרו אבל מחוברת אימא כולה מועדת היא וכתב השיטה שם ק"ל אדרבא לימא כלה תמה היא לשלם ח"נ דכל לאפוקי ממונא קולא לתובע וחומרא לנתבע וכתב דבניזקין ספק דידן להחמיר כמו באיסורים וא"כ היכא אמר כאן דהמע"ה והא ספיקא להחמיר וכן הוא בחידושי הרשב"א בב"ק דף ב' דספק נזיקין להחמיר ע"ש והוא תימה מכאן. אמנם נראה דהנה גוף סברת הרשב"א והשיטה הנ"ל דבנזיקין ספיקו לחומרא כאיסורין הוא תימה דהא גם ספק ממון וספק איסור האריך הש"ך סוף הלכות ריבית דאזלינן בספיקו להקל מכ"ש בזה. אמנם נראה דהנה כבר נודע מ"ש הר"י בסאן בהא דספק ממונא לקולא והא הו"ל ספק גזל וכתב דגם להיפך הוא ספק גזל ביד שכנגדו.

ז ולפ"ז נראה לי דבנזיקין דאף אם פטור בדיני אדם חייב לצאת ידי שמים כמבואר ר"פ הכונס ומכ"ש כאן דאנו דנין אם יפטור בח"נ או יצטרך לשלם כל הנזק א"כ עכ"פ לצאת ידי שמים ודאי חייב לשלם נזק שלם ולפ"ז שוב שפיר יקשה דהא הו"ל ספק גזל וא"ל דגם להיפך יהיה ספק גזל זה אינו דלהיפך שוב כל שתפס במה שמחויב לצאת ידי שמים לא מפקינן מיניה וא"כ כל שיתפס שוב לא יהיה בידו ספק גזל וז"ב בסברת הרשב"א והשיטה ולפ"ז זהו כשודאי יש נזק רק שיש ספק אי פטור בדיני אדם אבל אם הספק על גוף הנזק כמו הכא דכל שאכל כחושה שוב אין עושה לו נזק במה שפורע לו כחושה וא"כ שוב הוה ספק ממון גרידא דגם לציי"ש פטור וז"ב כשמש ודו"ק:

ח והנה בשנת תרי"ג יום א' ויחי נשאלתי מ"ק קראקא מהמופלג החריף מוה' צבי הירש כהן ראפפורט נ"י נכד הגאון ח"ץ והגאון מוה' יצחק סטאבניצר אחי בעל כתר כהונה בהא דכתבו התוס' בב"ק דף וא"ו ע"ב ד"ה כגון שכתבו אפילו למ"ד בשלו הן שמין ה"מ דלית ליה למזיק כעדיות דניזק דלמ"ד כסף או מיטב ישלם כסף לר"י ולר"ע לא ישלם אלא ממיטב שלו וע"ז הקשה דלמה כתבו למ"ד כסף דוקא דהא גם לר"פ דסובין הוה ג"כ מיטב יש לומר דמודה בזה דהיכא דלית ליה כעדיות דניזק לר"י דצריך לו כסף ולא פליג על ר"ה רק לענין מטלטלין דלר"פ גם סובין הוה מיטב אבל דהיכא דאית ליה זוזי

וא"ל אלא זיבורית צריך ליתן לו מעות לכ"ע. לפענ"ד ל"ק דהרי ר"פ הוצרך לדחוק דכל מילי מיטב הוא ולא פירש כפשוטו דאו כסף או מיטב וכר"ה ע"כ דלא מסתבר להו כלל דצריך דוקא כסף בניזקין וא"כ לכך גם אי לית ליה רק זיבורית א"צ ליתן להם מעות דא"כ יפרשו בכה"ג או כסף או מיטב וכר"ה ויאמרו דאם אין לו כסף ישיב לרבות שוה כסף ואפילו סובין ולמה לא אמרו רק דכל מילי מיטב הוא מכלל דלית להו לר"פ ורבינא ענין כסף בניזקין. שוב מצאתי שאהבה נפשי בשיטה מקובצת בב"ק דף ט' גבי הא דאמר ר"ה או כסף או מיטב ור"ת פסק כר"פ דשלשה דינים יש והביא בשם גליון של ר"ת ה"פ דקרא כשאין לו כסף אז יכול ליתן כל מילי כמו מיטב וכן יש לו כסף צריך ליתן לו או כסף או מיטב וקשה לי ע"ז דמה הוצרך ר"פ ורבינא ברי' דר"י לומר כל מילי מיטב לימא דאצטריך מיטב שדהו היכא דאית לי' כסף דיצטרך ליתן לו כסף או מיטב ע"ש והנה מבואר דלר"פ ורבינא לית להו כסף כלל רק מטלטלין או קרקע ומעלת הזוזי על מיטב לא ס"ל כמ"ש וא"כ דברי התוס' נכונים וכן מבואר בש"ך סי' תי"ט דלרב אלפס אפילו יש לו מעות יכול לסלקו בסובין ע"ש. הרי בהדיא דלר"פ אפילו יש לו מעות אין מעלה במעות רק במטלטלין. ולפענ"ד נראה דר' אלפס ור"ת פליגי בהכי דלר"א הוה לר"פ כל מילי מיטב אבל עכ"פ מיטב הוה סובין בכלל מיטב ולר"ה לא הוה מיטב אלא קרקע או כסף ור"ת מפרש שגם ר"פ מודה לר"ה דכסף קדים רק באין לו כסף וקרקע אז פורע אפילו בסובין. ולפענ"ד דברי הסמ"ע והש"ך תלוי במחלוקת ר"ת ורב אלפס דלר"א סובין הוה בכלל מיטב לר"פ ולר"ה אינו בכלל מיטב ואנן דקיי"ל כר"פ א"כ בכלל מיטב הוא ופשיטא דצריך ליתן לו מטלטלין דהוא בכלל מיטב דקרא וזה עדיף דקרוב להזדבן יותר אבל לר"ת סובין אינו בכלל מיטב וא"כ יכול ליתן לו מקרקע דזה מיטב וגם הש"ך כתב כן אבל לא ביאר הטעם וכמ"ש ועיין ש"ך שם ס"ק ב' ובמ"ש יש להאריך בכל דבריו ואכ"מ. אח"כ ביום ג' שמות הגיעני שנית דברי המופלג השואל הנ"ל וכתב דמכל מקום קשה קושייתו דלמא בדלית ליה אלא זבורית צריך ליתן לו כסף אף לר"פ ור"ה.

ט ומ"ש לו דכסף אינו מעלה לר"פ כתב הוא דאי אפשר לומר כן דהשתא מטלטלי יש מעלה דמקרב לזוזי מכ"ש כסף. הנה אני לא מלבי כתבתי כן כי אם מדברי השיטה מקובצת דאל"כ לוקי ר"פ הקרא דכסף או מיטב כפשוטו וע"כ דאף ביש לו כסף יכול ליתן לו מטלטלין ומשום דמטלטלי מצוי תמיד אבל כסף בעין ל"ש כלל וע"כ אמרה תורה שיתן לו מטלטלי דמקרב לזוזי וז"ב ופשוט:

י והנה בשנת תרט"ז אור ליום ב' בא הקשה אותי ש"ב החריף מוה' אברהם לבוב נ"י בהא דאמרו בב"ק דף נ"א ע"ב גבי אריתא דדלאי דטרפיה ר"נ לתורא ומקשה מהא דאמר פחות

מעשרה אינו חייב בבור והקשה הוא הא כיון דאינו ודאי ריסוק איברים רק שמספק טריפה שמא נתרסקו אברים וא"כ שוב אסור מספק אבל לענין חיוב בור פטור דספק ממונא לקולא. והשבתי דהא ספק ניזקין לחומרא וכאן עכ"פ היזק עשה רק שספק אם נתרסקו אברי' עי"ז או לא עכ"פ היזק של הבור נעשה שוב הו"ל ספק נזיקין לחומרא והנה הש"ס משני באגנדר ועיין ט"ז סי' נ"ח מ"ש בטעם שהשמיט הטור הך דאגנדר. ולפמ"ש בשיטה מקובצת שם יש לישב ודו"ק היטב. והנה במה שהבאתי למעלה דברי הר"י בסאן לענין ספק ממונא לקולא דאף דהוה ספק גזל מ"מ להיפך ג"כ יש ספק גזל.

יא והנה לכאורה קשה דא"כ למה אין הולכין בממון אחר הרוב דהא להיפך הוה הרוב מסייע וראיתי בתומים ובכללי הספקות לאחי הקצה"ח שכתבו דבממון כתיב לא תגזול והיינו ודאי גזל אבל רוב לא מקרי ודאי יעו"ש ויש סמך ממ"ש השיטה בב"מ לענין עשירי ודאי דגם רוב אינו רק ספק ובזה אמרתי דבר נחמד בשנת תרי"ט בב"ב צ"ג דמקשה הש"ס על רב מהמשנה דמוכר זרעוני גינה ונדפס בשם הגאון מוהר"ע איגר ז"ל שהקשה דלמה לא משני כיון דמוקי שם הש"ס כל המשנה כרשב"ג והרי התוס' כתבו בחולין י"א דרשב"ג ס"ל דחיישינן למיעוטא וא"כ לכך י"ל דלכך לא אזיל ב"ר בד"מ כשם שלא אזל באיסור ב"ר אבל לדידן דבאיסור אזלינן ב"ר ה"ה בד"מ ולפמ"ש א"ש דכאן יקשה דהו"ל ספק גזל וא"ל דגם להיפך יהי' ספק גזל דז"א דלהיפך יהי' רוב מסייע וא"ל דגם רוב ל"מ והתורה אמרה דדוקא ודאי ולא ספק גזל דז"א דכל דחיישׁ למיעוטא לא גרע רוב ממיעוט וכל שאינו היתר ודאי חיישינן למיעוטא באיסור מכ"ש היכא שיש רוב מסייע ודו"ק היטב.

סימן ריט

א לחכם אחד מופלג ושלם ני'.

ב מה שהארכת בענין חנוכה בדבר מ"ש המג"א סי' תרע"ב ס"ק ה' דמי שלא התפלל מעריב מדליק קודם דא"צ זמן כ"כ וליכא למיחש שמא ישכח מלהתפלל תפלת מעריב וע"ז תמהת דמדוע לא יקדים מעריב דהוא תדיר. הנה ראיתי בשב יעקב שעמד בזה. ובאמת שהדבר יפלא דלהקדים ודאי תדיר קודם וע"כ לא כתבו התוס' בשבת דף כ"ג רק בלדחות דהפרסומי ניסא עדיף אבל להקדים ודאי תדיר קודם והמ"א כתב דמתוס' סוכה דף נ"ד משמע דאף לדחות תדיר קודם. וכוונתו מהא דכתבו בתוס' דבלא רב ספרא היה יכול להקשות דהא תדיר עדיף ומאי קושיא אי לא רב ספרא הוה ס"ד דהכוונה לדחות ובזה פרסומי ר"ח עדיף וע"כ דגם בזה תדיר עדיף ע"ש ובשב יעקב שם דחה זאת בקש דשם לא הוה יודע הש"ס בס"ד ממעלת ר"ח כלל וזה דחוק בתכלית הדוחק דבאמת גם

הס"ד הוה ידע דיש לר"ח קדימה והרי היה לו היכר אחרת ג"כ דמשנה היא וע"ז לא חלק אדם וא"כ לא היה יכול להקשות וגם מנ"ל להתוס' להקשות על הש"ס דלמא גם המקשן ידע מזה. אך לפענד"נ דבאמת הא דפרסומי ניסא עדיף לדחות נראה לפענ"ד דהוא משום דפרסומי ניסא הוה כמו מעלת קודש ועדיף מיניה ובזבחים דף צ"א הוה איבעיא דלא אפשיטא בתדיר ומקודש איזה מהן עדיף ועיין ברמב"ם פ"ט מתמידין ולפ"ז פרסומי ניסא דעדיף לכך ס"ל דלענין לדחות פרסומי ניסא עדיף ועיין במנחות דף מ"ט דשם הוה אבעיא לענין לדחות איזה מהן עדיף וא"כ גם בפרסומי ניסא ס"ל דפרסומי ניסא עדיף לדחות ולפ"ז זהו לענין חנוכה שפיר אמרינן דפרסומי ניסא עדיף אבל ר"ח לגבי שבת הרי בזבחים שם אמרו לענין ר"ח דקרי ליה מקודש אמרי אטו לענין שבת לא אהני והיינו דגם למוספי שבת אהני שמקודשים ביותר הואיל שהיום שבת ור"ח ולפ"ז גם בזה הרי במה שהוא ר"ח גם השבת נתקדש ביותר שהיום שבת ור"ח וא"כ לא שייך לומר דפרסומי ר"ח עדיף טפי דהא גם השבת נתקדש משא"כ בפרסומי ניסא דחנוכה שזה אינו בשביל אותו היום שגם תמול שלשום כל ימי חנוכה היה הנס ולכך פרסומי ניסא עדיף וז"ב מאוד. ובזה אני אומר בטח ליישב הסוגיות דבזבחים דף צ"א שם אבעיא להו תדיר ומקודש איזה מהן קודם ובמנחות דף מ"ט ג"כ מבעיא להו כה"ג ובשני המקומות הביא הש"ס ראיות ואין אחד מהראיות דשם במקום האחר וכבר עמדו בזה התוס' בזבחים שם ולא מצאו מענה ועיין בשו"ת אא"ז החת"ץ ז"ל סי' ק"ו ובחידושי פנים מאירות מ"ש בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבזבחים האיבעיא אם שניהם לפנינו איזה מהם קודם ולא אפשיטא והנה כבר הבאתי דברי התוס' בשבת שמחלקין דלענין לקדום התדיר קודם ולענין פרסומי ניסא לדחות פרסומי ניסא קדים וכן אני אומר לענין תדיר ומקודש דלענין לקדום שפיר יש לומר דתדיר קודם ממקודש וכן פסק הט"ז סי' תרפ"ד ואף דדבריו תמוהין דהרמב"ם פסק דהוא אבעיא דלא אפשיטא עכ"פ יש מקום לומר דתדיר קודם ולכך אבעיא לי' במנחות שם לענין מוספין דהאידנא ותמידין דלמחר איזה מהן קודם והיינו שם דלדחות אחת מהן שפיר אבעיא ליה אף דנימא דלענין לקדם תדיר קודם אבל לדחות יש לומר דמקודש עדיף וז"ב מאד. ולפ"ז האיבעיות אינם שווים ולכך גם הפשטת של הש"ס שם הוא לענין להקדים ובמנחות הוא לענין לדחות ולכך לא הביא שם ושם ממקומות אלו ודו"ק.

ג והנה הרב בעל שב יעקב הקשה על מ"ש התוס' בשבת שם דתדיר קודם לפרסומי ניסא והרי הש"ס בסוכה שם אמרו ואמאי תדיר ושאינו תדיר תדיר קודם ומשני כדי לידע שהוקבע ר"ח בזמנו והרי חזינן דפרסומי ר"ח עדיף אף לקדם והנה לפמ"ש יש לומר

דכאן דפרסום שהוא ר"ח הוה כמו מקודש וכבר כתבתי דתדיר ומקודש הוה אבעיא דלא אפשיטא והש"ס פריך ממוספי ר"ח ומשני אטו למוספי דר"ח אהני למוספין דשבת לא אהני. ולפ"ז כיון דעכ"פ אם נקדים של ר"ח והוה מעלה לשבת ג"כ שהשבת מתעלה יותר שיש בו קדושת ר"ח ג"כ א"כ לכך ראוי לקדם של ר"ח שיש בו מעלה לשבח משא"כ בשבת וחנוכה שמעלת חנוכה אינו נותן מעלה נוספת לשבת יותר מאילו היה חול וא"כ בדין הוא שיקדים התדיר וז"ב:

ד ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית התוס' דבלא רב ספרא ג"כ הוה יכול להקשות כן. ולפמ"ש יש לומר דבהס"ד דלענין לדחות אחת מהן עסקינן א"כ בדין הוא שידחה שבת דהא באמת שבת ור"ח הוה תדיר ומקודש והוה איבעיא דלא אפשיטא וממילא כל שנרצה לדחות אחת מהם יותר יש לדחות של שבת דאם נדחה של ר"ח לא יהיה מעלה לשל ר"ח כלל אבל אם נאמר של ר"ח הרי קדושת ר"ח אהני לשבת ג"כ וא"כ נתעלה השבת ע"י הקדושה של ר"ח וא"כ אנו נותנין מעלה לשבת ג"כ אבל לענין לקדם שפיר ס"ד כיון דאיזה מהן שירצה יקדים א"כ בדין הוא שיקדים של שבת דהוה תדיר והרי שיטת הט"ז והרע"ב בפירוש המשנה בזבחים שם דבאמת תדיר קודם ומכאן ראיה ברורה לדבריהם וע"ז משני דלענין פרסומי של ר"ח שהוקבע ר"ח בזמנו עדיף לקדם וכמ"ש ודו"ק. ובזה מדוקדק דברי הש"ס דפריך ואמאי תדיר ושאינו תדיר תדיר קודם והדבר יפלא הא כאן הוה תדיר ומקודש והוה אבעיא דלא אפשיטא. ולפמ"ש אתי שפיר דס"ל להש"ס דתדיר ומקודש עדיף בחד דרגא מתדיר ושא"ת ולכך אם בסתם שא"ת תדיר קודם ממילא ראוי שבתדיר ומקודש איזה מהם שירצה יקדים אבל עכ"פ אינו בדין שיקדים של ר"ח תמיד וע"ז משני כדי לידע שהוקבע ר"ח בזמנו ולכך מקדמינן ליה. ובלא"ה יש ליישב קושית השב יעקב הנ"ל דלענין לידע שהוקבע ר"ח בזמנו צריכין להקדים של ר"ח דבזה ניכר שהוקבע בזמנו דאל"כ במה יוודע איפוא שהוקבע בזמנו אבל בפרסומי ניסא דחנוכה אף שנקרא אח"כ עכ"פ ניכר הפרסומי ניסא. ובזה יש ליישב קושיית התוס' ע"ד מ"ש המ"א דפרסומי ר"ח עדיף לענין לדחות וכעין מ"ש השב יעקב דבס"ד דלא ידעינן ממעלת פרסומי ר"ח בזמנו רק מפרסומי ר"ח בלבד בין שהוא בזמנו או לא א"כ שוב לענין לדחות פרסומי ר"ח עדיף אבל לבתר דחידש הש"ס דלענין לקדם שפיר מקשה דתדיר קודם וכמ"ש התוס' בזה דלקדם תדיר עדיף וע"ז משני דאכתי לא ניכר שהוקבע בזמנו וז"ב מאד.

ה ובזה מיושבים דברי התוס' בשבת כמין חומר ודו"ק היטב. ומעתה נבא לענין דינא באמת נכון שיתפלל מעריב קודם דהו"ל תדיר ואף דמ"ש השב יעקב דבשביל שהוא

דאורייתא יש להקדים אינו נראה דדאורייתא לגבי דרבנן הו"ל כמצוה לגבי רשות ולא מקדימין וכמו שהוכיח במישור בשו"ת שאגת ארי' סי' כ"ב ע"ש אבל עכ"פ מטעם תדיר יש להקדימו ואף דיש לומר דתדיר ג"כ לא שייך רק בשתי מצות אבל כיון דזה הוה מדרבנן ונקרא רשות לגבי מצוה א"כ אינו בתורת קדימה ועיין בשו"ת ש"א שם סי' כ"ח אבל באמת בזה לא קי"ל כוותיה וע"כ נכון שיתפלל מעריב ואח"כ ידליק ובאמת המ"א הביא כן בשם הכנה"ג ובשיורי כנה"ג חזר בו והביא שיתפלל קודם והורה כן להלכה כנלפענ"ד. ואולי מי שאין דרכו להתפלל בלא מנין ומקבץ מנין לביתו בלילה או שהולך לבה"כ דאז יש לחוש לביטול תורה טרם שיתקבצו יוכל להדליק בביתו מקודם אבל בלא"ה יקדים מעריב ועיין בשב יעקב שם ודוק:

1 ומדי דברי זכור אזכור מה שזה רבות בשנים נתקשתי לשיטת רבינו משולם בתוס' ר"ה דף ח' דלכך נקרא כסה שלא נקרב החטאת של ר"ח בר"ה והקשיתי דא"כ איך מוסף ר"ח קודם מוסף ר"ה והא המוסף ר"ה היה חטאת ג"כ וחטאת קודם לעולה ואיך תקדים מוסף של ר"ח לר"ה וכעת נתיישבתי בזה דל"מ לשיטת הט"ז סי' תרפ"ד דתדיר ומקודש תדיר קודם וכן הוא שיטת ברטנורא בזבחים שם א"כ בדין הוא שיקדים דר"ח תדיר אלא אף לשיטת הרמב"ם פ"ט מתמידין הלכה ב' דאיזה מהן שירצה יקדים כאן התדיר קודם דכל קדושת החטאת היא שמרצה ואמרו שם בזבחי' דף צ"א דאטו קדושת ר"ה לדידיה אהני לר"ח לא אהני וא"כ ממילא בדין הוא שיקדים ובלא"ה יש לומר לפמ"ש התוספות בזבחים שם דף צ' ע"ב ד"ה תדיר דכיון דעולת מוסף דשבת קודם לעולת מוסף דר"ח משום דתדירה קודמת נמי לחטאת שהשוה הכתוב עולה דמוסף עם החטאת ע"ש ואף דשם החטאת של שבת קודם לחטאת של ר"ח וא"כ ממילא בדין הוא שיקדים העולה לחטאת מ"מ גם כאן כיון דלעולה בדין הוא שיקדים א"כ גם לחטאת כיון דעכ"פ איזה מהם שירצה יקריב בדין הוא שיקדים שוב וזה ברור ודוק. וטעמו של רבינו משולם נראה לי כיון דשעיר של ר"ח היה בשביל מיעוט הירח וכמו שאמרו בשבועות דף ט' וכיון שר"ה הוא רמז למה שהיה בששת ימי הבריאה וכבר תקנו לנו אכנה"ג מלכיות זכרונות ושופרות להמליך אותו למלך כי זה היום תחלת מעשיך ובתשרי נברא העולם וא"כ כיון שאנו מקוים שיחזור למלכותו בעת ההוא ל"ש השעיר של ר"ח שאז יגדל הלבנה ותהיה במילואה כמו שהיתה ובזה י"ל קושית ר"ת מהתוספתא דבאמת יש בזה פלוגתא בטעם דשעיר דר"ח על מה הוא נקרב וי"ל דהתוספתא לא ס"ל דמשום מיעוט הירח הוא ולכך ס"ל דמקריבין אף בר"ה משא"כ לדידן דקי"ל הטעם הזה וכבר הביא

הרי"ף בשבועות טעם הלז ונ"מ לזה ועיין בפני יהושיע ח"ד בליקוטים על שבועות מ"ש בזה ואכ"מ להאריך בזה.

ז ובגוף קושית המ"א הנ"ל מדברי התוס' בסוכה היה נראה לפענ"ד בפשיטות דאף דלדחות פרסומי ניסא עדיף היינו כשאין כאן שום היכר אחר אבל שם היה פרסום אחר מהא דשל ר"ח היו נותנין תחת הכרכוב רק דרצו לעשות עוד היכר כדאמרו שם וא"כ בכה"ג פשיטא דתדיר קודם וסגי בהיכר אחד ודוק. ובלא"ה נראה לפענ"ד דמעיקרא לק"מ דע"כ לא כתבו התוס' בשבת דלדחות פרסומי ניסא עדיף היינו שם דאנן דנין איזה הפטרה לומר אם של חנוכה או של ר"ח וא"כ שפיר דוחין התדיר נגד הפרסומי אבל שם דהם שני זמנים חלוקים בעת הקרבה של שבת ואח"כ של ר"ח א"כ איך אפשר דלא נימא שיר של שבת בשביל שנימא אח"כ שיר של ר"ח על הקרבה ובמה נפקע שיר של שבת וזה ברור כשמש לפענ"ד ופשיטא דמקדימין התדיר ואין למצות אלא מקומן ושעתן ואף לעשות מצוה מן המובחר נחלק התה"ד אם לאחר קידוש הלבנה וגם זה אינו רק במצוה חדא ורק שנאחר אותה לעשות מן המובחר ולקדשה במ"ש ואף בזה כל שיש לחוש שלא יעשה לא מאחרינן מכ"ש בזה להפקיע השיר של שבת בשביל שנאמר של ר"ח אח"כ זה ודאי א"א וז"ב לפענ"ד. ומן האמור צדקו כל דברי הט"ז סי' תרפ"א שהאריך לענין הבדלה קודם הדלקה משום דתדיר קודם ורק לדחות פרסומי ניסא עדיף וגם יפה כתב שם דל"ש לאחר משום אפוקי יומא דהא כל שמברך להדליק נר חנוכה פרק מעליו קדושת שבת וכוונתו נראה לפענ"ד אף דכל שהבדיל בתפלה מותר להדליק הנר וכמבואר סי' רצ"ט מ"מ כל ענין קדושת שבת היינו מה שמוסיף מחול על הקודש ומשוהו שבת כאילו עדיין שבת עליו ולפ"ז כל שמדליק נר חנוכה וא"כ א"א לומר דשבת עדיין דא"כ אינו יוצא במצות הדלקה וע"כ דבאמת כבר לילה הוא וצריך להדליק משום חיבת אותה לילה וא"כ איך אפשר למחשבו בשביל קדושת שבת שכבר נפרק מעליו עול שבת וקדושתו וכמ"ש ובישועות יעקב לדו"ז הגאון ז"ל דחה דברי הט"ז משום דמותר להדליק כל שכבר הבדיל בתפלה ולפמ"ש אתי שפיר ודוק היטב כי ברור הוא וכן אני נוהג ובפרט פה לבוב דאתריה דמר הוא ועיין במגן גבורים סי' כ"ב ס"ק א' שהבאתי דברי השאגת ארי' סי' כ"ח דבדבר הרשות לא שייך קדימה והבאנו ראיה דציצית לא חשיב רשות גמור מן הירושלמי שבסוף מגילה בתפילין ומזוזה.

ח והנה ביום א' וארא שנת תר"ח הגיעני מכתב מאת אבי מורי הרב הגאון שכתב אלי מה שנ"ל לפרש דברי הירושלמי שהיא תמוה שהביא סייעתא לשמואל מהך דתפלה שבלה עושין אותה מזוזה שבלה אין עושין אותה תפלה והיינו דמזוזה קדוש

טפי ובאמת בש"ס דילן הגרסא להיפך ומה"ט דחה הרא"ש הך דירושלמי וע"ז כתב הוא די"ל דגם בירושלמי היה לו הגרסא כמו שהיא בש"ס דילן ומ"מ מביא שפיר ראיה דהא דאמר שמואל דמזוזה קודמת שכן נוהגת בשבת ויו"ט ור"ה ס"ל דתפילין קודמין שכן נוהגות בשיירות וימים הכוונה דשמואל ס"ל דיש לקנות מזוזה יותר מתפילין דהרי מזוזה יוכל לקיים המצוה אף בשבתות ויו"ט משא"כ תפילין דיהיה בטל ממצוה ור"ה ס"ל להיפך דיקנה תפילין שאם יהיה יוצא למחר בשיירא יהיה בטל ממצוה של מזוזה וע"ז אמר הירושלמי מתניתא מסייע לשמואל והיינו לגרסא דידן בבבלי דמזוזה שבלה עושין אותה תפלה וא"כ כשיוצא בשיירא יוכל לעשות מהמזוזה תפילין. ובזה מיושב מה דדחה הרא"ש להך דשמואל משום די"ל דהירושלמי לשיטתיה דס"ל מזוזה לא בעי עיבוד לשמה אבל ש"ס דילן דס"ל דבעי עיבוד לשמה א"כ אי אפשר לעשות ממזוזה תפילין דהא נתעבד לשם מזוזה וא"כ ישאר בלא מצוה ודוק עכ"ד הקדושים והיקרים ובאמת שדפח"ח. אבל מ"מ לפע"ד לא משמע כן שיהיה המעלה בשביל שנצרך יותר לקיים המצוה דא"כ למה לא נקט ציצית ותפילין דציצית נוהגת ג"כ בשבתות וי"ט וגם נוהגת ג"כ בשיירא וא"כ יקדם מצות ציצית לתפילין בשביל זה וזה לא מצינו וכבר כרכרו הפוסקים בסי' כ"ה אמאי דמקדמינן ציצית לתפילין להניח קודם ולא כתבו שנוהג יותר וע"כ דזה אין מעלה בעצמותו ומ"מ תפילין קדושים יותר ורק במזוזה ותפילין משום דבעצם הם קדושים שניהם וא"כ זה יש לו מעלה שהקדושה נוהגת אף בשבתות וי"ט וזה יש לו מעלה דנוהגת בשיירא ג"כ והיינו הקדושה בעצמותה חל ולא מה שיוכל לקיים יותר ודוק. הן אמת דבלא"ה קשה לפמ"ש הט"ז סי' קנ"ד דכל דאינו ראוי לתשמישו מוטב להורידו לקדושה קלה יותר מזה שיהי' נגנז א"כ למה בבלה אין עושין ממנה מזוזה לש"ס דילן ולהירושלמי בהיפך הא טוב יותר ממה שיגנז וא"ל דכל דראוי לתפילין ראוי למזוזה דזה אינו דמזוזה פסול בשני דפין ועיין מנחות ל"ב והמעיין בשו"ת אא"ז מהר"ם פדוואה סי' פ"ד ימצא כי קושיא גדולה היא כי לדעתו מותר לחתוך אם ראוי לתקן מזה והביא הך דתפילין שבלו ולא הרגיש בזה וצע"ג וגם קשה לפי דברי מהר"ם פדוואה אם כן למה לא יקנה תפילין ויקח ממנו שני פרשיות למזוזה דלדבריו אף כשהוא בקדושתו מותר לחתוך ממנו אם צריך לתקן וצע"ג:

ט והנה הגיעני מכתבו היקר שנית מיום ה' ר"ח שבט הר"ח שאמר להשיב ע"ז וז"ל בדבר קושייתך על הירושלמי עפ"י דברי הט"ז לכאורה עצומה היא ועמדתי מרעיד כי קושיא עצומה היא ואמנם בתחלת העיון אמרתי דיש לומר לפמ"ש במנחות להשלים א"כ גם לתפילין עדיין ראויים להשלים ואולי זה כוונתך שם במ"ש ורמזת לעיין שם וקראתי ע"ז

דנפיק מינך טעמא מאלפך. אך נראה בלא"ה דהט"ז לא כתב כך אלא בתשמישי קדושה כמו ארון ומטפחת אבל בקדושה עצמה לא דתשמישי קדושה אין קדושתם אלא מחמת דהן ראויין לשימוש קדושה וכיון דאינם ראויים עוד לתשמיש טוב לעשות אותם למצוה קלה מהני התיקון כך אבל קדושה עצמה לא ויש סמך לזה מהך דבר פדא דקדושת הגוף לא פקעה בכדי וקדושת דמים פקעה ובזה יסתלק הרבה קושיות שהקשה בבכ"ש על הט"ז ובלא"ה תמוה בעיני ראיית הט"ז ממטפחת ס"ת דעושין אותן תכריכין למת דשם הרי באמת גונזין ומה לי אם קוברין בקבר ת"ח או עושה אותן תכריכין למת ואולי מייתי למת ת"ח והרי גונזין ואין מפרשין לחכם כמותך גם ראיתי בספריכם הי' כקושיא נפלאה אהא דתפילין אין נקחין אלא מן המומחה ומטעם שמא יתעצל מלבדוק והא כיון דבדיעבד מניחן כך לא שייך שמא יתעצל ולפום רהיטא נראה דיש לומר לפמ"ש הרמב"ן דרובא דתלוי במעשה לא חשיב רובא והטעם דאוקמא אחזקה דלא נעשה מעשה ואף דרובא עדיף מחזקה כל דהחזקה ברוב עצמו לא מהני והארכתי בזה במק"א ולפ"ז גם כאן יש להעמיד המוכר בחזקת שלא למד ואף דאמרינן רוב מצויין אצל תפילין מומחין הן היינו כשאין האיש לפנינו ורק שמצא תפילין א"כ אנו דנין על התפילין אמרינן דרוב תפילין שנכתבו מן המומחה ולא שייך להעמיד הכותב על חזקתו דהא אין אנו יודעין מי ומי הוא רק על תפילין אנו דנין אבל כל שהוא לפנינו יש להעמיד האיש על חזקתו ודוק כי לפענ"ד הוא נכון לדינא וצ"ע עכ"ל היקר מפז:

• והנה המעיין במ"ש למעלה יראה שכבר הרגשתי בזה אך מה שרצה לחלק בין תשמישי קדושה לגוף קדושה המעיין בשו"ת מהר"מ פדוואה יראה דגם בגוף הקדושה רצה להתיר לחתוך וכן קי"ל ביו"ד סימן ר"צ ע"ש. גם מ"ש לחלק בין אם אנו דנין על האיש או על החפץ הנה אף שסברא אלימתא היא אבל בכ"ז המעיין ביו"ד סי' א' ימצא דאין לחלק כן שהרי שם אנו דנין כשאינו לפנינו הבודק לבדקו ולא אשתמיט אחד מלחלק כן ע"ש וצ"ע. והנה הענין של רובא יחדתי תשובה מיוחדת ולא אכתוב כאן אך בקושיתי מהך דתפילין להיות כי קושיא גדולה היא רציתי לחלק דשאני התם בהך דהט"ז דיכולין לעשות מכל הקדושה תשמיש אחר שיהיה כלה קדוש אף שהיא תשמיש קדושה קלה מכל מקום טוב יותר משתגנז אבל כאן ניהו דעושין להשלים איזה שורות או פרשה אחת אבל השאר יהיה נגנז וא"כ טוב יותר לגנוז כלה שהיא בשלימות וקדושה אחת אבל אם מחסרין ממנו והנותר נגנז הוא בזיון אצל הנותר שאינו משתמש כלל דקדושה וגם נחסר ממנו רוב הקדושה. אבל באמת המעיין בשו"ת מהר"ם פדוואה הנ"ל יראה דגם בזה אין לחלק ובאמת שאין סברא כלל דאטו כל אות בפ"ע או שורה לבדה אינו

קדוש וכל התורה כלה שמותיו של הקב"ה ושפיר אין בזיון ואדרבה גניזתה זהו קדושתה ועיין בסי' ר"ץ ביו"ד בהג"ה שם וע"כ קושייתי נשארה קמה וגם נצבה וצע"ג. ומדי דברי בעניני חנוכה אמרתי להזכיר מ"ש לי הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י מזראוונא ביום ו' עש"ק ויגש תרי"ג בעניני חנוכה על קושית הפ"י דבשמנים הפסולים יש שמן שריפה ומה איסור שייך בזה לענין חנוכה וע"ז כתב ואכתוב בקוצר דהנה נסתפק אם מברך כהן בכל עבודה שעובד דל"מ שמברך ובמנחות ע"ה וברכות ל"ז מבואר דכהן מברך שהחיינו אבל אינו מבואר דמברך ברכת העבודה כגון הקרבת תמידין שהיא מצוה ואולי הטעם משום דהוו שלוחי דרחמנא ובשלמא בשלוחי דידן שייך לומר דמברך כיון שעושה בשבילו ושליחו כמותו משא"כ אם הוא שלוחא דרחמנא ואינו שליחות גמור לא שייך שיברך ואף אם נימא דאינו מברך עדיין יש להסתפק בשריפת קדשים דאינו דומה לעבודה למה לא יברך בשריפת תרומה הנה יש להסתפק ג"כ אם מברך ואף לשיטת רש"י דאינו רק משום דלא ליתי לידי תקלה מ"מ יש לומר דמברך כעין מ"ש הטור באו"ח סי' שצ"ה לענין עירובי חצירות דמברך דעושה מצוה שלא יוציא מרשות לרשות ומברך ואף דעל מים אחרונים כתבו התוס' שאין לברך דאינו רק משום סכנה מכל מקום יש לומר דמברך ומכ"ש לשיטת התוס' דהוה מצוה דאורייתא או דרבנן דיש לברך ואם כן לפ"ז י"ל דלכך אין מדליקין בשל שמן שריפה דאין עושין מצות חבילות חבילות דמה"ט אין מברכין על כוס אחד שתי ברכות כמבואר בפסחים ואם כן לכאורה קשה על הא דאמרו בשבת כ"ה מ"ט אין מדליקין בשמן שריפה בשבת אם נימא דמברכין על הדלקת הנר בשבת אם כן הו"ל עושה מצוה חבילות חבילות. מיהו יש לומר כיון דבאין לו אמרו בפסחים ק"ב דאין לו שאני וא"כ עכ"פ כשאין לו שמן אחר מ"ט אין מדליקין ולכך אמר שמא יטה ולפ"ז לענין שמנים הפסולים לנ"ח דכתב הפ"י דשייך דוקא ביש לו שמן אחר דאל"כ לא שייך לחוש לכבתה זקוק לה וא"כ שוב בכה"ג אין עושין מצות חבילות חבילות הנה זה תו"ד בקצרה ונבאר אחת לאחת מה שנסתפקת אם מברך הכהן על עבודה שעובד וכתבת דאינו מברך משום דשלוחא דרחמנא הוא. הנה הרמב"ן כתב בשורש הי"ב בספר המצות שהכהן מברך על כל אחת מעבודות ברכה והמלמ"ל פ"א ממעה"ק ה"א ביאר דמברך אשר קדשנו במצותיו וצונו לעבוד עבודה וכמו דמברך באכילת תרומה וקדשים ע"ש והנה מבואר דמברך ומ"מ בשריפת קדשים נראה לי ברור דאינו מברך דהוה ע"י עבירה ופשיעה כמ"ש בסוף דבריך וכן מצאתי בשו"ת הרשב"א סי' ח"י דעל השבת הגזילה וחזרת ריבית אין לברך שלא מצינו ברכה על מצוה שבאה מתוך עבירה וכל מצוה דאפשר למעקרה לא מברך עליה דלא חשיב מצוה כמ"ש

בכתובות אילו אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל וע"ש ברשב"א דעל מתנות כהונה אין מברכין דכהנים משלחן גבוה קא זכו ע"ש ועיין באבודרהם מ"ש בזה וא"כ נסתר כל בנינך גם מ"ש דלכך אין מדליקין דאין עושין מצות חבילות חבילות הנה באמת הוה כקידושא ואבדלתא דמברכין כאחת ועיין פסחים שם ובמ"א סי' קמ"ז ובספרי יד שאול סי' רס"ה הארכתי בענין אין עושין מצות חבילות חבילות ע"ש ואכ"מ. ומה שהקשה על מה דאמרו במנחות ע"ה הי' עומד ומקריב מנחות מברך שהחיינו דאמאי מברך הכהן הא הרמב"ם פי"א מהלכות ברכות כתב דמהראוי לברך שהחיינו אותו שמקיים המצוה לא העושה אותה בשביל אחר ועיין מ"א סי' תרפ"ח והאריך בזה וכתב דמש"ה פירש"י שהישראל מברך אבל הרמב"ם דפסק דכהן מברך קשה ולפענ"ד אתי שפיר בפשיטות הנה לפמ"ש הפר"ח סי' תקפ"ח ע"ש ובלא"ה כיון דהכהן שלוחא דרחמנא הוא וא"כ מהראוי שיברך הוא דהוא בעלים של הקרבן וז"פ וברור. ומ"ש ליישב קושית התוס' דמהר"ן מוכח דמותר להשתמש לאורה דלמא אסור להשתמש רק משום דכבתה זקוק לה וע"ז כתב עפ"י דברת הט"ז בסי' תרע"ה דבשבת הוה קודם שקיעה זמן התחלה כיון דא"א להדליק אח"כ ע"ש אם כן ה"ה בשבת ל"ש כבתה זקוק לה דזה היא תקנת חכמים שאם כבתה זקוק לה והיינו אם יכול להדליק אבל בשבת דא"א להדליק לא שייך כבתה זקוק לה ע"ש זת"ד וכיון לחידושי הרמב"ן על שבת שנדפס מחדש שכתב ג"כ סברא זו. ובאמת אם נימא דיכול להדליק ע"י עכו"ם דהדלקה אין עושה מצוה א"כ שוב היה יכול להדליק בשבת ע"י עכו"ם דהוה שבות במקום מצוה לדעת בעל עיטור שם ועס"י ש"ו:

יא והנה בשנת תרט"ו הראה לי הרב הה"ג החריף מוה' יעקב יוטעש נ"י בעהמ"ח אהלי יעקב קונטרס בענין מה שהאריך הט"ז בהלכות חנוכה סי' תרפ"ד באם התחיל לקרות בשל חנוכה קודם דהט"ז דעתו דא"צ להפסיק והביא מזבחים דף צ"א דאמר בעבר ושחט לשא"ת דא"צ למרס בדם עד שישחוט התדיר הרי דאינו צריך להפסיק וכתב הרב הנ"ל דבאמת צ"ב דלמה באם עומדים לפנינו לשחוט דתדיר קודם לשא"ת ובעבר ושחטו וזה עומד לזריקה וזה עומד לשחיטה לא יהיה התדיר קודם ורצה לומר עפמ"ש התוס' ביומא דף ל"ג ד"ה אפילו דעבודת מתנה עדיף מעבודת סילוק ורצה הוא להסביר כוונת התוס' דעבודת מתנה הוא קדוש יותר מעבודת סילוק ולכך אף שא"ת קודם וא"כ כאן שזה כבר עומד לזריקה והזריקה יש בו יותר קדושה מהשחיטה ולכך שא"ת קודם דהוא במדרגה יתירה. הנה במח"כ לא זו הדרך בכוונת התוס' דא"כ תדיר ומקודש מה אבעיא לן הא מקודש ודאי עדיף וגם מעלתו האריך לדחות מדברי הש"ס אלו אבל האריך בהרבה דברים והלא זה פשוט וגם גוף הסברא אינו דהרי שכשישחוט לא"ת יהיה שחיטה

וזריקה ואם כן יהיה תדיר ומקודש ביחד ולמה לא יקדים וגם מ"ש התוס' דעבודת מתנה ולא עבודת סילוק אינו מורה ע"ז ועיין יומא דף כ"ד דעבודת מתנה ולא סילוק אינו כן רק שזה קרב ע"ג המזבח וזה מסלק מעל המזבח והקרבה ע"ג המזבח עדיף ואינו ענין לנ"ד. ומה שנ"ל לרחות דברי הט"ז דדוקא בהתחיל לקרות של חנוכה דלא קרא כלו ויכול עדיין לקרות ר"ח ואח"כ חנוכה הוא דדעתו להקדים אבל כל שכבר הניח תפילין דכבר קיים מצותו וסגי ברגע אחד מה מועיל במה שיפסיק מלהניח וכן בעבר ושחטו אם נימא דממרס בדמו מ"מ כבר עשה השחיטה מקודם וא"א להחזיר ואה"נ אם כבר קרא כל קריאת החנוכה גם האבודרהם מודה שלא צריך לקרות ר"ח ואח"כ חנוכה. ומה שהאריך בדברי הט"ז והביא הך דאין מעבירין על המצות ודברי התוס' יומא ל"ג דבחדא מצוה לא שייך אין מעבירין על המצות דכל דא"א לקיים רק חדא מצוה נעשה התדיר ומעביר על המצוה ומזה הקשה על הרדב"ז ח"א סי' י"ג ושו"ת הח"ץ ז"ל סי' ק"י הנה עיין במגן גבורים ח"א סי' כ"ה ס"ק י"א בביאור סברת התוס' דרק היכא דיהיה שינוי בהמצוה גופא הוא דלא שייך אין מעבירין על המצות וא"כ אין מקום לכל הפלפול ולקושיותיו ודו"ק ועיין בסי' צ' ס"ק וא"ו ומה שהאריך על דברת הרדב"ז והח"ץ ז"ל סי' ק"ו דל"ח למיתה בזמן מועט וכמ"ש הח"ץ שם בדברי הרמב"ם וע"ז כתב מעלתו בגיטין כ"ח בהא דמשני ש"ה שהרי אסרה עליו שעה אחת קודם מיתתו מתקיף לה ר"פ ממאי דהוא מיית ברישא דלמא היא מייתא ברישא והקשה מעלתו הא היא יש לה חזקת חי ולכך ל"ח שמא תמות משא"כ הבעל יש לחוש דהרי אסרה שעה אחת קודם למיתתו.

יב לא הבינותי מלבד די"ל דמיתה בנשים שכיחא יותר כמ"ש התוס' בכתובות ריש הכותב פ"ג ע"ב שם וע' שעה"מ הלכות סוכה אף גם דכל הענין דאסרה שעה אחת קודם למיתתו ביארתי בתשובה אחת בביאור מ"ש התוס' בקידושין מ"ה דר"ת דחה דברי ר"מ מיוני דכל רגע ורגע מוקמינן אחזקת חי ול"ד להא דחיישינן שמא ימות באוסר שעה אחת סמוך למיתתו משום דשם חיישינן שמא ימות מיד ואין הבנה לדברים דסוף סוף יש חזקת חי ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק יו"ד סימן נ"ו מ"ש בזה ולפענ"ד נראה דש"ה דיש לו עדן חזקת חי כיון דאף אם נימא לאסור הוא רק משום דשעה אחת קודם למיתה אסרה והרי עדיין יש חזקת חי ועדן לא סתרנו חזקת חי וע"כ לא אמרינן דל"ח למיתה רק שמא מת ואתרע כבר החזקת חי אבל שמא ימות שפיר חיישינן דעדן לא סתרנו החזקת חי ולפ"ז שפיר מקשה שמא היא תמות קודם ועדן לא נסתר חזקת חי והרי גדולה מזו חידש הט"ז סי' שצ"ז דכל שכבר מת ומסופקים בזמן ל"ש חזקת חי דאדם עלול למות וא"כ מכ"ש באם אנו דנין שמא ימות ל"ש חזקת חי דעדן לא נסתר החזקה וז"ב ודו"ק.

ומ"ש מעלתו דשעה אחת סמוך למיתה היינו ע"כ בשעה שהוא גוסס דכל כמה דמצי להרחיק הזמן עד סוף הגבול חיות שלו אמרינן ועיין ג'יטין ע"ב ובתוס' שם וא"כ אז רוב גוססין למיתה ול"ש ח"ח וא"כ גם היא ל"ש ח"ח דהא בעת הגסיסה היא למיתה. הנה ל"מ הכי פשטת הלשון וגם בזה יש לפקפק כיון דגסיסה הוה רובא למיתה שוב שייך להעמיד על ח"ח דאינו מרוב הגוססין ולא יבא זמן הגסיסה עדן ומחוורתא כמ"ש.

יג והנה בשנת תרט"ז א' מקץ למדתי במנחות דף ס"ו ע"ב דאמרו שם דטעמיה דר"ע דמחייב במעשרות משום שלא נתנו מעות אלא לצורך להן ואנן לא קי"ל הכי כמבואר ברמב"ם פ"ז מתמידין ומוספין הי"ב ואנן קי"ל דנפדה ועיין בתוס' שם ד"ה שלא ומזה תמהתי על מ"ש הט"ז סי' תרע"ב באו"ח להשיג על הב"י בשם מהרא"י ותורף דבריו דאנן קי"ל בסנהדרין מ"ז דמה דלא חזי לא תפיס בהזמנה וה"ה לרבא במעשה והרי אנן לא קיי"ל כן דהוקצה כלו ונתקדש ופטור מן המעשרות. הן אמת דגם לתירוץ השני של הב"י קשה מכאן דהא המותר מהשיעור לא נתקדש.

יד אמנם נראה דשם בשעת שקנה ועשה ממנו העומר היה נתקצה כלו וא"כ אף שבורר ממנו העומר מ"מ כלו נתקדש אבל שם בהדלקה מה שנותר שמן מהשיעור הדלקה לא נתקדש ואף דאין ברירה הא בדרבנן יש ברירה ובעומר הו"ל מדאורייתא ושייך אין ברירה אבל מה דאמר דלא תפס מה שאינו ראוי הוא תמוה ולא עוד דשם ודאי המותר אינו חזי שהרי המצוה היא רק הסלת המנופה ביותר ואפ"ה תפס בכלו ומכ"ש כאן דזה כמו זה כלו חזי רק שע"כ ניתותר חלק אחד ולמה לא היה תפיס בכלה וצע"ג וגם תמהני דשם ג"כ ר"מ מסתפק להו אי תפיס יותר ור"נ פשיטא ליה דלא תפיס ורק דהת"ק ס"ל דלא תפיס וכיון דבמשנה כאן סתם כר"נ ור"מ עכ"פ מסתפק א"כ פשיטא דקי"ל דתפוס בכלה וצע"ג. והנה בשנת תרי"ז אור ליום א' חנוכה נתתי לבי לעיין עוד בדברי הש"ס סוכה הנ"ל והנה ראיתי דיש ליישב קושית התוס' הנ"ל דבלא רב ספרא לא הו"מ להקשות כלל על הברייתא דבאמת בלי רב אחא דס"ל דתוקעין על כל מוסף ניחא מה דנדחה של שבת דהא יש ברייתא דובראשי חדשיכם דאין תוקעין על כל מוסף כמו דדחי הש"ס הך דרב אחא וא"כ ל"ק דלכך דוחה שיר של שבת דאל"כ הי' תוקעין על השיר והי' יותר תקיעות מכל ר"ח דחול אבל לרב אחא דבאמת ס"ל דתוקעין על כל מוסף א"כ שפיר פריך לימא דר"ח ושל שבת ובאמת יתקעו לכל אחת וכדפריך שם לעיל לענין ר"ה שחל להיות בשבת דיש שלשה מוספין ולכך ל"מ הש"ס פריך רק לר"א ולר"ס דאמר לקדם אבל באמת אומרים שניהם ואמאי לא לקדם של שבת וז"ב כשמש.

טו ובאמת הרמב"ם פסק דשיר של שבת נדחה כמ"ש בפ"ז מתמידין ה"י וכתב הכ"מ משום דנדחה דבחר"א ואני כתבתי על הגליון דבירושלמי סוכה מבואר כן להדיא יעו"ש ועכ"פ ל"ק קושית התוס' וליתניהו לדברי המ"א ממילא ובאמת דברי הירושלמי תמוהין דבעי שם ובשקלים פ"ח מוספי שבת ומוספי ר"ח מי קודם ותמה הש"ק דהא משנה מפורשת היא בזבחים דמוספי שבת קודמין לשל ר"ח וע"ש בש"ק שנדחק ובשלום ירושלים. ולפענ"ד דכוונת הירושלמי הוא לענין אם יש לפנינו מוספי שבת ור"ח להעלות על הכבש מי קודם אבל להקרבה ודאי שבת קודם דאטו ר"ח לדידיה אהני לשבת לא אהני וכדאמרו בזבחים שם אבל לענין העלאה לכבש שפיר מבעיא ליה ליה מי קדם וז"ב ודוק היטב:

סימן רכ

א לחכם אחד בענין יד בעהש"ט על התחתונה.

ב מ"ש בענין יד בעהש"ט על התחתונה הנה ארחיב לך בזה כלל מחודש מה שמצאתי בשו"ת הרשב"א הובא בב"י סי' צ"ג באהע"ז לענין מחלה מקצה כתובתה וז"ל הנצרך לענינינו ועוד שכל שמחלה סתם מקצת וכו' ועוד שמה שטען הטוען שמן הסתם ידה על התחתונה לפי שהיא נקראת בעל השטר מסתברא שבמקום הזה נקרא הבעל בעל השטר וידו על התחתונה לפי שהבעל לא פרע לה כלום והיא משלה היא מוחלת וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו על התחתונה ע"ש ובאמת שדבר גדול דיבר הרב דאף דבכ"מ יד בעל השובר על העליונה היינו משום דקיבל בפרעון אבל כשמוחל מדעתו דנפשיה וזה כמקבל מתנה בזה נקרא המקבל יד בעל השטר על התחתונה והנה אף שהרב לא הביא ראיה ודבריו א"צ חיזוק וראיה מ"מ נראה לפענ"ד הוא ש"ס ערוך בהא דאמרו בכתובות דף פ"ג ע"ב ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשך ומשני אביי יד בעהש"ט על התחתונה והדבר תמוה דהא הבעל נקרא בעל השטר דהרי הוא בא להוציא מאשה הנכסים וכל שאפשר לומר שסילקה נפשו מכל מילי א"י להוציא מידה הנכסים וכבר עמדו בזה כל המפרשים ועיין בט"ז סי' צ"ב ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הבעל זוכה בנכסי אשתו משנתארסה עכ"פ במקצת ולאחר שישאנה בכלו ורק שהוא סילק עצמו מנכסיה א"כ הרי מחל במתנה הזכות וא"כ היא נקראת בעל השטר דהמקבל מתנה נקרא בעל השטר והרי ידה על התחתונה ובזה מבואר מאד דברי רש"י שכתב שהבעל בא בתקנת חכמים על האשה בשלשה דברים וזו מוציאה עליו שטר שסילק עצמו מכל דבר והוא יכול לטעון ודאי סלקתי עצמי אבל לא נסתלקתי אלא מפחות שבדברים ע"ש כי לא העתקתי לשונו הזהב הרי מבואר היטב דרש"י נתכוין להורות דהיא נקראת בעל

השטר כיון שהבעל זוכה בנכסי אשתו והיא באת מכח השטר סילוק ובסילוק יד בעל השטר על התחתונה ול"ד לשובר וכמ"ש. ואני מתפלא על עצמי מדוע לא זכר הרשב"א ראיה זו שלפענ"ד מבואר כדבריו ובזה נפתח לנו שערי בינה במה דאמר ר"א בנכסייך ולא בפירותיהן והדבר יפלא דכפי הנראה חולק ר"א על יד בעל השטר על התחתונה ועיין בתוס' שם ובשו"ת מהרי"ק סי' ז' נדחק בזה והפ"י כתב דר"א סובר דכאן הוה כמו שובר והדבר יפלא דאם כן למה ס"ל לאביי יד בעל השטר על התחתונה ולפמ"ש אתי שפיר דבזה נחלקו אביי ור"א דאביי סובר כיון דהוא זוכה בנכסי אשתו א"כ הוה ידה על התחתונה ור"א ס"ל דכיון דסוף סוף הוא בא להוציא ממנה הנכסים נקרא הוא יד בעל השטר ונחלקו בסברת הרשב"א הנ"ל וז"ב. וגם יש לומר כיון דמוקי בכותב לה ועודה ארוסה אם כן הוא סילק עצמו מכל הנכסים בעוד שלא זכה בהם וא"כ בכה"ג לא שייך לומר דהיא נקראת מקבל מתנה דאדרבא כל שסילק עצמו ממילא נשארו הנכסים ברשותה כמו שהיה. ובזה יש ליישב קושית התוס' בהא דהקשו לרב אשי דלית ליה יד בעל השטר על התחתונה א"כ אמאי קתני שאם מכרה ונתנה קיים בדיעבד אפילו לכתחלה תמכור ולפמ"ש אתי שפיר דהרי הא דאמרו במשנה שאם מכרה ונתנה קיים היינו מה שמכרה אחר נשואין דאלו בעודה ארוסה בלאו הסילוק מכרה קיים ועיין ח"מ וב"ש בסימן צ"ב ס"א ולפ"ז כל שנשאה הרי כבר זכה בנכסים שוב היא נקראת המוציא וידה על התחתונה וע"כ לא קאמר ר"א רק אם נימא מכל מילי סליק נפשיה ואם כן שוב נשארו הנכסים בידה וממילא לא זכה בנכסים אף כשנשאה אבל כיון דחידש ר"א דבנכסייך ולא בפירותיהן ולא לאחר מיתה שוב ממילא זוכה אח"כ בהנכסים והיא נקראת יד בעל השטר על התחתונה וז"ב מאד ויש להאריך בזה הרבה ואכ"מ. שוב ראיתי להרד"ך בית ב' סי' ז' שהביא דברי הרשב"א אלו וכן הוקבע להלכה בש"ע חו"מ סי' ס"ה סכ"ג בהג"ה דבשטר אחד מחול לך הקטן מחול ולא הגדול והש"ך תמה עליו דהא בשובר אמרי' דיד בעל השובר על העליונה משום שהוא מוחזק וה"ה בזה. ואני מתפלא על דעתו הרחבה דלדבריו דברי הרשב"א תמוהין וכפי הנראה לא נזכר איה מקום כבודו של הרשב"א שהרד"ך לא כתב מקומו אבל באמת הרשב"א בעצמו ס"ל דבשובר ידו על העליונה ומחלק דשם היא פורע לו ובכה"ג יד בעל השובר על העליונה אבל במחול הוא מקבל מתנה וכל שהספק בקבלתו אף שהוא מוחזק ידו על התחתונה כיון דכבר נתחייב להמלוה והמלוה מוחל לו וז"ב מאד. ובזה מיושב ג"כ מ"ש הב"י סי' מ"ב דבשטר מחילה לא תלינן בזבוב והמע"ה והקשה הסמ"ע שם ס"ק כ"ג דהא הוא מוחזק ולמה לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ע"ש ובש"ך ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהוא שטר מחילה

הוא מקבל מתנה ובמקבל מתנה שהספק בקבלתו אמרינן בי' המע"ה ולכך דקדק הב"י וכתב בשטר מחילה ולא כתב בשובר. ובזה יש ליישב מה שהקשה הסמ"ע שם מסי' ע"א סכ"א דשם יש לו שובר אבל הוא בא מכח שהמלוה האמין ללוה וזהו כמחילה מאתו דבאמת כל שיש שטר ביד המלוה נאמן המלוה וא"כ שפיר אמרינן דניהו שנתן נאמנות להלוה אבל לא הימניה רק שלא ישבע הוא ויטול וישבע הלוה ויפטר אבל לפטרו גם משבועה אין לנו דהמוציא מחבירו עליו הראיה וז"ב. ובזה יש ליישב גם דברי המהרי"ק שהאריך הש"ך שם סקי"ח ליישב אך כי דברי המהרי"ק אינם לפני באופן שאותיותיו יחכמוני ע"כ קצרתי.

ג והנה לפמ"ש הרשב"א והובא בכנה"ג סי' מ"ב בהגהות ב"י אות ט"ו דכל דהלשון נוטה יותר לבעל השטר לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה י"ל דזה שחידש רב אשי בנכסייך ולא בפירותיהן דאם הלשון היה נוטה יותר לזה לא שייך יד בעל השטר על התחתונה ולכך חידש דהלשון אינו נוטה לזה ודוק. וראיתי לשער משפט סי' מ"ב שהקשה על דברת הרשב"א הלז מהא דאמרו במנחות דף ק"ח ע"ב ל"ש אלא דאמר אחד משורי הקדש אבל אמר שור בשורי הגדול שבהם הקדיש ופריך הש"ס מיתיבי בית מביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפל ואמאי ניחזי הי נפל והי מת ומשני לוקח קאמרת יד בעל השטר על התחתונה הרי אף דהלשון משמע כבעל השטר דהלשון משמע שהגדול מכר אפ"ה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ע"ש וברש"י. והנה שאלה גדולה שאל והנראה בזה דהנה בהא דאמרו בב"ב דף קע"ג אלא מעתה שדה מכור לך נימא כל שדותיו מכור לו ומשני יד בעהש"ט על התחתונה. והנה לכאורה קשה לי טובא לר"י דס"ל בב"ב דף ע"ז ע"ב גבי צמד ובקר דמכר לו את הצמד ולא הבקר משום דהדמים מודיעים וא"כ כאן שודאי לא נתן לו דמים רק שדה אחת וא"כ איך אפשר לומר דמכר לו כל שדותיו הא הדמים מודיעין ולכאורה רציתי לומר דקושיית הש"ס הוא לדידן דלא קי"ל כר"י אלא כרבנן דאין הדמים ראיה דאולי במתנה נתן לו ושפיר משני ע"ז יד בעל השטר על התחתונה. ובזה מיושב היטב דברי הרד"ך שכתב דבמחילה לא אמרינן דמחל כלו ואמרינן יד הנמחל על התחתונה ומביא ראיה משדה מכורה לך דאמרינן יד בעהש"ט על התחתונה ותמה הש"ך בסי' ס"ה דמה ענייננו לשם דשם הוה המוכר מוחזק בשדותיו וכאן הנמחל מוחזק וכ"כ לעיל בזה: ולפמ"ש אתי שפיר דגם שם בשדה מתורת מחילה אנו באין לדון דאל"כ הא בלא"ה ל"ק דהדמים ראיה וע"כ דמשום מחילה קאתינן עלה ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה ויד הנמחל על התחתונה ואתי שפיר דברי המהרד"ך בשם הרשב"א. אך עדיין יקשה דהרי התוס' בב"ב דף ס"א ע"ב כתבו

דבקרקעות אין הדמים ראיה משום דאין אונאה לקרקעות ע"ש וכאן הוא להיפך דהמוכר יאמר שהדמים מודיעים לא מכרתי לך הכל ול"ש אין אונאה לקרקעות. ובלא"ה דחו התוס' דבר זה ע"ש בדף ס"א ד"ה שיורי. אך העיקר נראה לפמ"ש הרשב"ם בדף צ"ב גבי ונחזי אי לרדיא זבין דע"כ לא אמרינן דאין דמים ראיה רק אם הלשון סותר להדמים כמו התם דאיכא דקרי לצמד צמד א"כ יכול המוכר לומר לא מכרתי לך אלא צמדי אבל כל שאין הלשון סותר להדמים שפיר אמרי' דהדמים מודיעים ע"ש ועיין בתוס' שם דמחלקי ג"כ בענין כזה רק שהם נקטי דהרוב מסייע להדמים ע"ש עכ"פ כל שהלשון סותר אין הדמים ראיה ולפ"ז להס"ד בב"ב שם דחוב לך פרוע משמע כל חובותיו וגם שדה מכור משמע כל שדותיו וא"כ הלשון סותר להדמים ובכה"ג קי"ל כרבנן דר"י דאין הדמים מודיעים ולפי המסקנא דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה והיינו משום דיש להסתפק אם הלשון משמע כל שדותיו או רק שדה אחת שוב יש לומר דבאמת הדמים ראיה והן נסתר מחמתו ראית הה"מ שהביא מכאן ראיה דאמרינן בזה יד בעל השובר על העליונה ולפמ"ש יש לומר דשאני גבי מכירה שהדמים מודיעים וכן ראית הרשב"א דבמחילה אמרינן יד הנמחל על התחתונה והביא מהך דשדה מכורה ולפמ"ש יש לומר דש"ה דהדמים מודיעים. והנה לפ"ז יקשה גם כאן דהיכי מיירי הך דבית בביתי אני מוכר לך אם נתן דמים כפי שווי בית קטן לבד מה איריא משום דיד בעל השטר על התחתונה הא בכה"ג שייך לומר דהדמים מודיעים ואם נתן דמי שווי הגדול יקשה דלימא דהדמים מודיעים וצ"ל דבאמת נתן רק כפי שווי קטן וא"ל דהדמים מודיעים דזה אינו דהא סותר הלשון דהלשון משמע הגדול כמו גבי שור בין שווירי דמשמע הגדול ומעתה שפיר משני דיד בעהש"ט על התחתונה וא"ל דהא הלשון נוטה לבעל השטר דזה אינו דכיון דהדמים מסייעים להמחזיק וגם השטר הוא בספק בכה"ג ודאי אמרינן דיד בעהש"ט על התחתונה והדמים מודיעים ולפ"ז יצא לנו דין חדש דאם נתן כפי שווי דמי הגדול דודאי אמרינן דהדמים מודיעים דהא הלשון מסכים למ"ש בשטר וגם הדמים מודיעים.

ד עוד נ"ל ליישב הקושיא הנ"ל דהנה לכאורה קשה לי בהא דמסיק הש"ס דלוקח ידו על התחתונה ועיין רש"י אבל גבי הקדש גדול משמע והדבר תמוה דל"ל לומר דגדול משמע ת"ל דאף אם הוה ספק הא בהקדש הוה אמירתו להקדש כמסירה והרי קי"ל בסי' מ"ב דבתפס אמרינן בכ"מ דיד בעהש"ט על העליונה וא"כ מכ"ש בהקדש דודאי מקרי תפוס ההקדש ובלא"ה כל שספק בהקדש אזלינן להחמיר ועיין ביו"ד סי' רנ"ט ובש"ך שם וא"כ למה לא נימא הגדול הקדיש מספק וצ"ל כיון דהספק אם נתכוין להקדיש הגדול או הבינוני או הקטן בכה"ג אזלינן לקולא ואמרינן דמספק לא כוון להתפיס קדושה על

הגדול ולא נחית קדושה על הספק ולפי זה מכ"ש לענין לוקח דנהי דלשון השטר נוטה יותר הא יוכל לטעון אני לא נתכוונתי להקנות לך כ"א הבית הגרוע וכל שלא נתכוין להקנותו לא קנה אף שלשון השטר נוטה יותר לזה וע"כ לא כתב הרשב"א רק בענין מחילה וכדומה דכל שהלשון נוטה לזה יוכל הלה לומר כבר מחלת לי אבל לענין לוקח במה קנה לה כיון דיד בעהש"ט על התחתונה ומספיקא לא קנה וז"ב ודוק וצ"ע בזה. ומדי דברי זכור אזכור מ"ש בגליון הש"ך שלי בחו"מ סי' שי"ב שהאריך לחלוק על הסמ"ע ודעתו דלא קי"ל כר"י רק כרבנן ולא אמרינן דהדמים מודיעים ואני כתבתי בזה"ל עיין בתוס' ב"ב דף ז' ע"א ד"ה והוא ובמהרש"א שם ודוק וכעת עיינתי בזה וראיתי דבאמת ניהו דדברי הש"ך תמוהים משם דהרי התוס' הקשה דנימא דהדמים מודיעים אבל באמת גם דברי התוס' תמוהים דהרי אנן לא קי"ל כר"י ולא אמרינן דהדמים מודיעים וכמ"ש בעצמם בר"ה דף ז' ובפרט בקרקע דיש לומר דגם ר"י מודה דאין אונאה לקרקעות וצ"ל כיון דזה דוקא כשהלשון סותר להדמים אבל כל שאין הלשון סותר אמרינן דהדמים מודיעים אם כן דנקרא בית כור בשמא עכ"פ מקרי אין הלשון סותר ואזלינן בתר דמים ודוק ויש ליישב בזה קו' המהרש"א ודוק. שוב הראני חכם אחד דברי הנימוקי יוסף והובא בלח"מ פרק י"א ממכירה הלכה ח' שפירש דהיכא שרוצה לעיולי בדברים מה דלא אמר אין הדמים ראיה אבל לפרש דבריו יכול לפרש דבריו ע"ש וגם לשיטתו קשה דהא שם יוכל לפרש דבריו דלא כוון רק לשדה אחת או לשדה הקטנה והלח"מ שם הקשה מהא דמראהו נפל דלמה לא נימא הדמים מודיעים וכתב דמירי שכזה היה שוה בתחלה אלא שיאמר לו זה שמכרתי ומראהו נפל ע"ש ובמחכ"ת לא זכר שם מה דפריך הש"ס ולחזי היכן נפל ומה פריך הש"ס הא הדמים מודיעים כמ"ש ודבריו צ"ע:

ה והנה בהא דמבואר בסי' מ"ב ס"ח בהג"ה שני דיעות אם בשובר אמרינן יד בעל השובר על העליונה. לפענ"ד לולא שאיני כדאי היה נ"ל הכרעה בזה דהנה באמת הדבר צ"ב למה יהיה יד בעל השובר על העליונה הא כיון דהשטר הוא ברור והוה חיוב ברור והספק הוא על הפרעון א"כ הו"ל לאוקמא אחזקת חיוב כמו בא"י אם פרעתיך דחייב משום דאוקמא אחזקת חיוב כמ"ש הט"ז סימן ע"ה וה"ה בזה. ובאמת שהסמ"ע ס"ק כ"ג כתב ג"כ די"ל דלא מהני שובר מסופק נגד שטר מבורר וכוונתו למ"ש והש"ך ס"ק י"ז אף שדחה ראיות הסמ"ע אבל הסברא של הסמ"ע לא נדחה ועיין ריטב"א ריש הכותב גבי מה דמשני יד בעהש"ט על התחתונה ותמצא שכוון לסברא זו ועיין בתומים סי' מ"ב שם שהאריך בדברי הריטב"א ולא מצא שורש דבר. אך לפענ"ד נראה דזה אינו דכיון דמירי בענין שהשובר מגרע כח השטר כגון שכתב דינרין סתם דבאופן הלז

מיירי הנימוק"י בשם הרא"ה שהוא מקור הדין וא"כ כיון שעכ"פ י"ל שהשובר מורה שנפרע הרבה דינרין עכ"פ נגרע חזקת חיוב שבשטר וגם עכ"פ במקצת בודאי אתרע וא"כ לא שייך חזקת חיוב ושוב הו"ל בעל השובר מוחזק. ובזה נראה לפענ"ד לומר דאין פלוגתא בין הדיעות דהמהרי"ט שכתב דאמרינן יד בעל השובר על התחתונה מיירי באופן דהחיוב ברור ורק שהוא בא מכח השטר להפקיע חיובו וכיון שהוא לשון מסופק ואולי אין הכוונה על מצות פ"ש א"כ שוב עכ"פ הו"ל חזקת חיוב ברור ולא אתי ספק פרעון דהיינו מה שנתפשר עמהם בשטר ויפקיע מחזקת חיוב וז"ב לפענ"ד ועש"ך ס"ק י"ח מ"ש בזה ולפענ"ד מ"ש נכון ת"ל. ובזה מיושב גם כן מה שכתוב הט"ז להקשות מסי' מ"ט באם הי' משולש בשטר ולא בשובר שא"י לפטור עצמו ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהחיוב בודאי והספק על השובר אולי אינו מזה וא"כ לא התחיל לגרע כח השטר כלל ופשיטא דמוקמינן אחזקת חיוב בזה כנלפענ"ד הכרעה נכונה. ומן האמור נראה במה שנסתפק אא"ז הפ"י ז"ל בעל מג"ש חלק חו"מ סימן ז' בשובר שנמצא בשוק דאין מחזירין לא למלוה ולא ללוה אם יוכל המלוה לגבות בשטר וע"ש שהאריך. ולפמ"ש אתי שפיר כיון דנוכל לתלות שמיד המלוה נפיל ולא התחיל לגרע כח השטר דהריעותא היא בשובר ולא בשטר א"כ השטר בתקפו ואוקמא בחזקת חיוב והו"ל כהא דאמרו סכין אתרעי בהמה לא אתרעי וה"ה בזה כל דלא אתרע כח השטר אם כן הוא בתקפו כמאז ועש"ך סי' כ"ה ס"ט שביאר כן להדיא דכל שהשטר לא אתרע השטר בתקפו ולענין דינא גם אא"ז הפ"י ז"ל הסכים כן ואף דראייתו משובר דכתובה לפמ"ש יקשה דשם בשובר דכתובה ל"ש לאוקמא על חזקת חיוב דהא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים וא"כ כל שלא נתגרשה אין עליו חזקת חיוב כלל ובתשובה הארכתי בזה. אך באמת לפמ"ש דהשטר לא אתרע אם כן אף בכתובה שייך כן ומיהו בלא"ה אין קושיא מכתובה דל"מ לפמ"ש אא"ז הב"ח ז"ל באהע"ז סי' ט' דכתובה חשיב מוחזקת טפי מכל שטר וכתבתי בגליון הב"ש שם שכן מבואר במרדכי ובש"ג אם כן פשיטא דל"ש בזה לומר יד השובר על העליונה ואף להב"ש החולק שם מ"מ כיון דשם מיירי בקרקע שייחד לה לכתובה כמ"ש רש"י שם אם כן בודאי מקרי מוחזקת טפי ולכך מוקמינן השטר בחזקתו וז"ב ובשאר שטרות שייך חזקת חיוב וחזקת שטר וע"כ הדין דין אמת וכ"כ בח"מ וב"ש בסימן ק"י לענין כתובה ולפמ"ש מכ"ש בשאר שטרות. שוב ראיתי בספר שער משפט סי' ס"ה סי"ח שנסתפק מדעתו בשובר שנמצא אם השטר בחזקתו והביא גם כן ראיה משובר דכתובה ואף שראייתו יש לדחות דשאני כתובה דמוחזקת טפי וקושיתו על התוס' והרא"ש יש ליישב אבל הדין דין אמת וכמ"ש שכן הסכים אא"ז הפ"י ז"ל ודוק. ודרך אגב אומר

במה שאמר לי הרבני המופלג מוה' מאיר בראם נ"י במה שהאריך הש"ך סי' ע"ב דמי שהיה לו משכון ונתקלקל חציו והמשכון שוה יותר דגובה מהשאר וע"ז הקשה לפי מה שחידש הש"ך דמשכון הו"ל כאסמכתא וא"כ אמאי לא יוכל לומר שלך נאבד ונתקלקל כמו בבית בביתי דמראה נפל מראהו מת. והשבתי דכל הטעם הוא משום דיד בעהש"ט על התחתונה ולפ"ז כאן דזה בא להוציא ממנו המשכון דעכ"פ הוא תפוס בו לכך א"י לומר כן. ומה שהקשה עוד כיון דהמשכון שוה יותר אמאי קונה כנגד מעותי' הא באית לי' לאשתלומי ממקום אחר לא קנה המשכון כמ"ש הש"ך יש לומר אית לאשתלומי ממקום אחר או מאותו משכון לפענ"ד נראה דכל שאינו מחזיר לו המשכון א"צ לתת לו מעות כמ"ש הרמב"ן הובא בר"ן פרק שבועת הדיינים גבי סלע הלויתיך ואף הר"ן מודה בזה וכמ"ש דעכ"פ קנה כנגד מעותיו ודוק היטב:

ו ואגב אזכור מה דהקשה אותי המופלג מוה' פייביל מבוטשאטש נ"י בהא דמבואר בטוש"ע סימן ס"ה סכ"ד דשטר לך בידי שהוא פרוע דהגדול פרוע והקטן אינו פרוע הרי דשטר לך פרוע אין כל השטרות בכלל והרי בסי' ס"ג ס"ב בהג"ה מבואר דכל שטרותיו אתרעי. ולפענ"ד דשם כיון שנתן לזייף חיישינן על כל שטר ושטר כמ"ש הסמ"ע משא"כ כאן דרק שטר אחד פרוע ומספק אמרינן דהגדול פרוע אבל מכל מקום אינו פרוע רק אחד בלבד אבל שם דחיישינן לזיוף שוב חיישינן שמא זייף כל השטרות וז"פ: אחר זמן רב מצאתי בבית מאיר סי' ס"ו ס"ג דהביא דברי הרד"ך וכתב דהרד"ך רמז לשו"ת הרשב"א סימן צ"ג בב"י ומחלק שם בין ספק בגוף המחילה. אבל לפענ"ד דברי הרשב"א הוא ע"ד אחר דמחלק בין מוחל סתם בלי פירעון ובין מוחל ע"י פירעון. ובזה אני אומר דבר נחמד ליישב דברי הרמב"ם שדעתו דל"מ מחילה בכתובה אף בכותבת התקבלתי והקשה הב"ש מב"ק דף פ"ט דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה. ולפמ"ש י"ל דהנה הב"ש כתב דהמרדכי ס"ל אף דיש לשון אחד וס"ל דאף בסוף ביאה מהני מחילה מ"מ יד הנמחל על התחתונה ולפי זה יש לומר דגם להרמב"ם אינו ודאי שא"מ מחילה רק מטעם ספק ויד הנמחל על התחתונה ולפי זה זהו כשמוחלת בלי קבלת דמים שייך לומר דיד הנמחל על התחתונה ול"מ מחילה אף בכתבה התקבלתי אבל שם בב"ק דהיא מכרה כתובה ללוקח ואין מגיע לה עוד אם כן שם כל שמוחלת לבעלה הוה ליה יד המוחל על התחתונה ושפיר מועיל מחילה וגם לחלוקו של הב"מ בין ספק פרעון לספק חיוב ושם הוה כספק חיוב דהא להאשה אינו מגיע כלום ורק ללוקח עכ"פ לפי חלוקו של הרשב"א שכתבתי ודאי אתי שפיר ודוק היטב כי הוא ענין נחמד. ובאמת גם לשיטת המרדכי ודעימיה דמועיל מחילה בכותבת התקבלתי קשה דאיך אמרו כל לגבי בעלה

ודאי מחלה דהא תצטרך לשלם מדיני דגרמי דבשלמא כשאינו רק דיבור בעלמא אפשר דאינה חייבת מדיני דגרמי דאינה עושית מעשה משא"כ בכתבה התקבלתי דעשתה מעשה וגם קשה היאך מועיל כתיבה והא אין בידה לקבל כלל דהא מכרה דבשלמא למחול יש בידה שנשאר לה עוד שיעבוד הגוף אבל לקבל מעות אין בידה דהא אין עוד שלה ועיין בסי' ס"ו שני דיעות אם פרע הלוה להמלוה הראשון אם מחויב לשלם להלוקח ועכ"פ אף אם נימא דא"צ לשלם ומטעם דהוה כמחילה כמ"ש הש"ך הא בכתובה ל"מ מחילה רק כתיבת התקבלתי ואין בידה לקבל והוה כפרע לאחר והיא קושיא נפלאה אבל לפמ"ש א"ש ודו"ק היטב ועיין בטוש"ע אהע"ז סי' ק"ו לענין בעיא דבריא שכתב לאשתו חלק בין הבנים שכתב הרי"ף דהבעל מקרי מוציא והרא"ש וכל הפוסקים חלקו ע"ז דשטר לאו כגבוי דמי וא"כ האשה מקריא מוציא ועיין בכל האחרונים הנדחקו ברי"ף. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דמטעם מחילה של האשה אתינן עלה וא"כ נקרא הבעל המוציא שהרי לא פרע לה הכתובה והו"ל הבעל מוציא ודברי הרי"ף נכונים ומזה ראיה ברורה להרשב"א ודו"ק ועיין ש"ך חו"מ סי' ע"א ס"ק מ"ה מה שהקשה בשם הלח"מ ויש ליישב עפמ"ש אבל יש לדחות ודו"ק. והנה אחר זמן רב עיניתי בשיטה מקובצת ר"פ הכותב שם שהביא בשם הקדמונים שאביי ורב אשי נחלקו אי אמרינן בשובר יד בעל השובר על העליונה והביא שם שדעת הקדמונים דכל שהשטר ברור והשובר הוא לשון מסופק השטר בחזקתו והש"ך נחלק בזה עם הסמ"ע בסי' מ"ב ס"ק י"ז וראיתי שם חידוש בלשון הריטב"א שכתב דנדרים שאני דודאי נכסייך לא כוון לאחר מיתה דככל היוצא מפיו יעשה משא"כ בשאר דבר במו"מ ומשא ומתן של בני אדם נכסייך כולל לאחר מיתה ג"כ וזה דבר חדש דבכל הלכות נדרים מבואר דנדרים יש להם דין לשון בני אדם דבשאר מו"מ וצ"ע ועיין בריב"ש סי' ת"ד שכתב דמה שקראו להאשה יד בעל השטר הוא משום דהבעל מוחזק בנכסים ע"ש ועיין שו"ת מהרי"ט סי' קמ"ט מ"ש על המהרי"ק בענין יד בעהש"ט על התחתונה ולפמ"ש יש לבנות ולסתור. ודרך אגב ארשום מה ששמעתי בשם הגאון מוהר"ר וואלף אבד"ק פשווערסק ברישא זצ"ל שאמר ליישב קושית התוס' בגיטין ר"פ הזורק בהא דאמרו כגון דכתב לה דו"ד אין לי בנכסייך והקשו התוס' דהא אכתי אית ליה לבעל פירי כדאמר בריש הכותב וע"ז אמר דבאמת הש"ס מקשה ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשך ומשני יד בעהש"ט על התחתונה ולפ"ז הו"ל ספק מגורשת דאם מכל מילי סליק נפשיה שפיר היא מגורשת גמורה ורק שיד בעהש"ט על התחתונה א"כ אין ספק כלל ואין לה פירי לגמרי וכל ספק מגורשת אין לה פירי וא"כ שוב הוה מגורשת גמורה ע"ש ודבריו תמוהים דמלבד דכל דיד בעהש"ט על התחתונה

א"כ אין ספק כלל ואין לה פירי לגמרי דמוקמינן הנכסים בחזקת הבעל והוא נקראת מוציא וכמ"ש הרשב"א ובכל ספק מוקמינן אחזקתו והשטר בתקפו אף גם דגוף הדבר ליתא דמ"ש בכל ספק מגורשת אין לה פירי היינו פירי שמגיע לה מנכסי הבעל אבל נ"מ שלה רק שהם משועבדים לבעל וכל שהיא ספק מגורשת שוב הדרא חזקת מ"ק שלה ובודאי הם שלה וז"ב ופשוט:

ז והנה ר"ח אדר ראשון שנת תרי"ג הקשה אותי הרב מוה' ליבוש ני' מרישא אבד"ק קאלבסיף בהא דאמר רשב"ג אם מתה יירשנה מפני שמתנה עמ"ש בתורה וע"ז הקשה לפי מה דכתב המלמ"ל בפ"ו מאישות הלכה יו"ד בשם מהר"א ששון דבתנאי לא אמרינן מיגו דחייל אהא חייל נמי אהא דאל"כ אמאי מתנה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה אינה מקודשת דמתנה עמ"ש בתורה לימא מיגו דחל על כסות ושאר וכתב המלמ"ל דאינו ראיה לפי שהזכיר בפירוש העונה ולכך בטל ולפ"ז כאן יקשה נימא דמכל מילי סליק נפשיה ואז שוב הוה כולל ביחד וחל גם על ירושה וא"ל דיד בעהש"ט על התחתונה דהא באמת ביאר בפירוש. ולפענ"ד זה אינו דהרי באמת כיון שביאר בפירוש נכסים ופירות בחיים ובמותי הרי ביאר בהדיא ולא חל וכמ"ש המלמ"ל וא"ל דנימא דבמ"ש בנכסייך כלל הכל דז"א דא"כ למה הוצרך לפרוט כל הדברים היה לו לומר הריני מסולק מכל הדברים ומדפרט פירות בחיים ובמות ע"כ דמנכסייך לא רצה לסלק רק מנכסים בלבד וא"כ שוב הו"ל מתנה עמ"ש בתורה ובר מדין אף אם נימא דבנכסייך כלל הכל מ"מ כל שפרט אח"כ הירושה הרי הוה מתנה עמ"ש בתורה בפירוש ודו"ק היטב ועיין בב"ב דף קמ"ט ע"ב ד"ה שייר שכתבו בשם ר"ח דת"ק ס"ל כיון שלא בירר מה שייר א"כ לא יוכל העבד לברר מה הקנה לו הרב ולא קנה בנכסים דיד בעהש"ט על התחתונה וכיון שלא קנה בנכסים עצמו נמי לא קנה וצ"ע דהא קי"ל בסי' מ"ב דלא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה היכא דנתבטל כל השטר לגמרי כמבואר ס"ט שם והרי גם כאן נתבטל השטר לגמרי. אך נראה דדוקא שם דמפורש לפסח וא"כ אם נאמר דכוון לפסח ראשון הרי נתקיים השטר א"כ יש לנו לפרש דלפסח הראשון קאי כדי שיתקיים השטר דאל"כ יתבטל כל השטר אבל כאן מה נוכל לפרש כיון ששייר כ"ש א"כ איזה שיור תתן לו וע"כ יתבטל השטר ובכה"ג אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אף שיתבטל כל השטר והוא דבר חדש לפענ"ד וצריך סעד לתמכו ועיין ברשב"ם ב"ב דף קנ"ג ע"ב ד"ה הוא שכתב ג"כ דיד בעהש"ט עה"ת משום דגם שם אין לברר מתוך השטר ובכה"ג אף דכל השטר בטל ל"ש יד בעהש"ט. ובזה יש לומר הא דנחלקו אי ראיה בעדים או בשטר וכן נחלקו בב"ב דף נ"ב ובחידושי ת"ח בדף נ"ב נדחק בזה. ולפמ"ש י"ל דנחלקו אי בכה"ג

שייך יד בעהש"ט על התחתונה או לא ודו"ק ועיין ב"ב דף קע"ג ובח"מ סי' מ"ט ס"ז וגם שם אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אף דיתבטל כל השטר וגם שם מבואר דיד בעל השובר על העליונה ע"ש ודו"ק ועיין פ"י ריש ר"ה בתוס' ד"ה לשטרות מ"ש בכלל דיד בעל השטר על התחתונה ודו"ק.

סימן רכא

א בענין כתב יד אי שייך בזה דין קדימה.

ב הנה מה שנסתפקת אם שייך בכת"י דין קדימה הנה מדברי הרשב"א שהובא בב"י חו"מ סי' מ"ז בסופו בראובן שהודה בכת"י לנמואל בן אחיו שמעון שכל מה שיש לו משותף בינותם ואח"כ נשא אשה דאם כתב לה מטלטלי אגב קרקע ואין לו שיכול למכרו ואינו נאמן בהודאתו ואף שקדמה הודאתו חיישינן לקנוניא ומצאתי בקצה"ח סי' ס"ט ס"ק א' שהרגיש בזה וכתב דמ"מ אם תפס זה שיש לו הכת"י נאמן בתפיסתו לומר שהכתב נכתב בזמנו ע"ש. ולפענ"ד מדברי הרשב"א הנ"ל משמע דאף בתפס לא מועיל שהרי כפי הנראה מהרשב"א שם מיירי באופן שנמואל היה מוחזק בכל מה שטען וכ"כ הש"ך בהדיא בסי' צ"ט ס"ק ו' ליישב דברי הרשב"א דלא יהי' סותרין למ"ש בתשובה אחרת וכתב דמיירי כשהיה מוחזק ע"ש וא"כ הרי דאף בשזה מוחזק בנכסים אפ"ה לא מועיל בכתבים וחיישינן לקנוניא כל שאין לו מיגו. הן אמת דדברי הש"ך דחוקים לומר שהרשב"א מיירי שם באופן שהוא מוחזק ולא נזכר בדברי הרשב"א רמז מזה ועיין תומים שם שדחה ג"כ דברי הש"ך בזה. אמנם נדחק ליישב דברי הרשב"א הסותרין. אך לפענ"ד נראה בהא דהאריך הד"מ שם אי אמרינן מיגו במקום חזקה שכל מה שיש ביד האדם הוא שלו לפענ"ד נראה דבאמת כל דיש לומר דגם כעת הוא שלו פשיטא דלא אמרינן מיגו נגד חזקה ולהוציא מחזקת האיש ואמרינן דכל מה שביד האדם הוא שלו אבל במקום שכעת הוא אין לו חזקה שהוא שלו רק שהיה לו חזקה דמעיקרא בזה פשיטא דכל שיש לו מיגו נאמן לומר שהוא של אחר ולא שייך מיגו במקום חזקה כיון דעכשיו אין לו החזקה ולפ"ז שם בנמואל דיש לנמואל כת"י שהנכסים של ראובן משותפים א"כ כעת בודאי הם שלו החצי דכת"י מעיד לו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי רק דאנן לא מהמנינן ליה לגבי אשה ואמרינן דלמא קנוניא עשה והקדים הכתב ולפ"ז כיון שעכ"פ יצא מחזקת ממונו ע"י כתב ידו ואנחנו לא נדע מתי יצא מחזקתו בזה שפיר כל דא"א להגביל הזמן מתי יצא מחזקתו שפיר מהמנינן ליה במיגו ולא שייך מיגו במקום חזקה דהא לא נודע החזקה. וכבר כתב הרשב"א לענין טריפות שנמצא בבהמה דאם א"א להגביל זמן מתי נטרפה מטרפינן עד זמן הידוע שהי' שלו ולפ"ז גם כאן מה"ת לא נאמין

אותו במיגו דהרי הכת"י לפנינו ואף דיש לחוש לקנוניא עכ"פ לא שייך להעמיד על חזקתו. ומעתה זהו שם אבל בהך דתשובת הרשב"א סי' אלף מ"ז שיש לומר דגם עכשיו הוא בחזקתו פשיטא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה ועיין ב"ש סי' ק' מ"ש בסתירת דברי רשב"א האלו. ולפענ"ד הדבר נכון כמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי התוס' בגיטין דף ד' שהביא הקצה"ח שכתבו דחיישינן דאחר הכתיבה תתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו והדבר תמוה דסוף סוף היאך נאמין לה ומזה העלה הקצה"ח דאם תפס נאמן וע"ש שגם מהר"ם לובלין פירש כן בשם התלמידים. ובאמת שהדבר יפלא דהאיך נאמין לה ודלמא עשו קנוניא ולפמ"ש יש לומר כיון דבאמת היה לו מגו לבעל לתת הנכסים לה א"כ לא שייך מגו במקום חזקה דהא הכת"י באמת מעיד שמזמן הכתוב בגט נתגרשה וכל שתפסה שפיר נאמנת ואף בלי תפיסה תהיה נאמנת וכמ"ש ודוק ויש להאריך בזה אלא שלא נפניתי כעת:

ג וראיתי לאחרונים שהקשו בהא דאמר ר"ל משום פירי ולכך תקנו זמן בגיטין וע"ז הקשו דהא נ"מ בחזקת האשה קיימי וא"כ אף בספק הו"ל לאוקמי הקרקע בחזקת בעליה דהיינו האשה ושפיר תקח הפירות ואמאי תהיה ידה על התחתונה. ולפענ"ד לק"מ דאף דאמרינן נ"מ בחזקת יורשי האשה קיימי היינו דשם אנו מסופקים אם היא מתה תחלה או הוא שפיר נקראין יורשי האשה מוחזקין יותר בנ"מ מיורשי הבעל אבל כאן שהספק על הגירושין א"כ טרם שנתגרשה הנ"מ שייכים להבעל וידו כידה וא"כ לא שייך לאוקמי אחזקתן וכעין מ"ש הרשב"א דכל שודאי מכר והספק הוא בתנאי קרקע בחזקת הלוקח קיימא והובא במלמ"ל פט"ו מטוען וה"ה כאן וש"ה דהיורשי אשה עכ"פ יותר מוחזקין מיורשי הבעל דשל האשה היא בעצם ולהבעל הם משועבדים וכל שהספק אם הוא מת קודם ממילא הדרי הנכסים לחזקתה משא"כ הכא וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה בספר שנדפס מחדש שמו מקמ"ח על התוס' הנ"ל בגיטין דלמה לא תוכל האשה להוציא בספק דהו"ל בחזקתה וכל שהספק אם נתגרשה מקודם שפיר מוקמינן אחזקתה ולפמ"ש אתי שפיר. אך בביאור דברי התוס' הנ"ל במ"ש דאם תתפוס הפירות תאמר שכבר נתגרשה נראה לפענ"ד עפ"י מה דמבואר בסי' קל"ז ס"א דהיורד לתוך שדה חבירו וליקוט פרותי' דנאמן בשבועת היסת אף שיש עדים שלקטן והקשה הב"ח מסי' שי"ז ס"ז וכתבו הב"ח והש"ך דש"ה דחציף כיון שהשטר מסייעו. ולפ"ז כאן שתתפוס הפירות שפיר תהיה נאמנת דהשטר מסייע ובאמת יש לחוש שמא עשו קנוניא ותוכל לחצוף ולתפוס הפירות כיון שהכת"י מסייע וא"ל דבאמת לא נאמינה כיון שתוכל לחצוף דזה אינו דבאמת הקרקע בחזקתה אף דהספק על הפירות אם שבו לחזקתם מ"מ בצירוף

דלא חציף אינש נאמינה דממנ"פ אם לא נתגרשה לא תוכל לחצוף ובאמת עשו קנוניא ולכך תוכל לחצוף ולכך פסלו כת"י ודו"ק היטב כי הוא חריף. עוד יש לומר בכוונת התוס' דבאמת כבר כתבתי מה שהקשו האחרונים דנעמיד הנ"מ בחזקת האשה וכתבתי כיון דבטרם הגירושין הי' בחזקת הבעל וכשהספק אימתי התחיל זמן הגירושין מעמידין בחזקת הלוקח. אך נראה דזה דוקא כשהספק על גוף הקרקע אבל כשתתפוס הפירות שפיר תאמר דנתגרשית מקודם ובזה לא שייך לומר דמעמידין בחזקת הבעל דבשלמא כשהספק על הקרקע הקרקע בחזקת הבעל עד הנה אבל הפירות הנתלשים אף דהם כקרקע אך על הפירות הנתלשים לא שייך להעמידם בחזקת הבעל דאותן הפירות מעולם לא אתחזקו ביד הבעל דאולי נתגרשה מקודם ומעולם הי' הפירות בחזקת האשה כי שבו לחזקתם הראשונה שנ"מ הוא לאשה. איברא דלפ"ז יקשה היאך אמר ר"ל משום פירי הא כל כשהספק הי' על הפירי שוב נימא דפירי בחזקת האשה קיימו. אך באמת זה אינו דהא באמת אותן הפירות שצמחו בקרקע בעוד לא אמרה האשה שנתגרשה פשיטא דבחזקת הבעל הן ושוב דין קרקע יש להם וגם כיון דשם קאי ר"ל על הטעם דתקנו זמן ואם לא תקנו זמן שוב היה יכול לדחותה תמיד ולומר דלא נתגרשה כיון דאין כתוב זמן וא"כ ממילא הנכסים בחזקת הבעל אף לפירי אבל התוס' שם שהקשו בכתב בכת"י מה ריעותא יש לר"ל דתקנו משום פירי מה ריעותא יש במה שאין עליו עדים וכיון שעכ"פ כתבינן זמן וא"כ מתחלה הי' הנכסים עומדים שישובו עם פירותיהם לה כשתתגרש וא"כ שוב כשאנו דנין על הפירות אמרינן דפירי בחזקת האשה קיימו וכעין מ"ש התוס' בב"ב דף מ"א ד"ה ארעתי ובמלמ"ל פט"ו מטוען ודו"ק היטב:

ד והנה שאלני הרב המופלג מוה' פייביל הלוי מבוטשאטש נ"י בהא דכתבו התוס' דחיישינן שמא תתפוס הפירות דא"כ בהא דאמרו בב"מ דף י"ט דמצא גט אשה בשוק דבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דניחוש למ"ד דיש לבעל פירות עד שעת נתינה שמא תטרוף לקוחות שלא כדין ומשני דאמרי לה אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך ואכתי ניחוש שמא תתפוס שלא כדין. והנה לפירוש המהר"ם מלובלין בעצמו לק"מ אבל הקצה"ח דחה לפירוש זה והסכים לפירוש התלמידים ולדידהו יקשה. והנה בראשית ההשקפה רציתי לומר דבאמת תהיה תפיסה לאחר שנולד הספק ולא יועיל משא"כ שם דל"ש תפיסה לאחר שנולד הספק דלא מוגבל הזמן שנולד הספק ולא נדע מתי הזמן שהתחיל הספק. אך זה דחוק והעיקר נראה דבאמת תפיסה ל"ש כ"כ רק דכבר נודע דתקנה כללית חיישינן לתקן גם על המיעוט דהמיעוט ג"כ מצוי בעולם כמו הרוב ולכך גט שכתוב בכת"י שפיר תקנו שיפסול דשמא תתפוס אף דל"ש אבל שם בב"מ דמקרה

אירע שנמצא גט בשוק בזה כל דאיכא לומר אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך ל"ח דלמא תתפוס שלא כדין דתפיסה ל"ש ודו"ק:

סימן רכב

א בענין דמים מודיעים.

ב הנה בב"ב דף ע"ז ע"ח המסקנא דבכדי שאין הדעת טועה אימר מתנה יהיב ליה וק"ל טובא דכאן בודאי מסתבר לומר דחשב שקונה גם הבקר וטעה בזה ומוטב יותר לומר דטעה בזה וחשב גם הבקר בכלל ובפרט דאיכא דקרו לבקר צמדא וזה תימה גדולה. ומה גם דכיון דאיכא ר"י דס"ל הדמים מודיעים וכעין מ"ש התוס' בב"מ דכל דאיכא רב דס"ל מכורה ויוצאה שוב אין ראיה דדמים מודיעים והיא קושיא גדולה. אמנם נראה דלפמ"ש התוס' דכאן ל"ש לפקדון כיון שהצמד מכור וא"כ בכה"ג יש לומר דהמעות מתנה וע"כ לא כתבו התוס' רק במקום דשייך לומר פקדון ולא כאן ועיין ש"ך סי' שנ"ו ס"ק ז' ובתשובה הארכתי בדברי הש"ך שם ונאבדה ממני (ד' יחזיר לי אבידתי) והנה במ"ש י"ל בהא דנדחקו התוס' ורשב"ם במה דפריך שם ואי אין הדמים ראיה הוה ביטול מקח והקשו רשב"ם ותוס' שם במה דקאמר וכ"ת לרבנן לית להו ביטול מקח ע"ש ולפמ"ש י"ל דקס"ד דמיירי ביותר בכדי שהדעת טועה וקס"ד כקושית התוס' דיהי' המעות פקדון ולכך קאמר ואי אין הדמים ראיה להוו ביטול מקח והיינו שיתבטל מכל וכל כיון דאין הדמים ראיה ואמרינן דלשם פקדון נתנו לו וא"כ להוי באמת ביטול מקח ול"ש תירוצו של התוס' דבאמת יקשה דיהיה ביטול מקח וע"ז אמר דכ"ת ביטול מקח לרבנן לית להו ואמרינן דבאמת גמר וקנה ונתן אף ביותר מכדי שהדעת טועה. וע"ז פריך מהך דר"י המוכר ס"ת והיינו דגם שם מיירי אף ביותר מכדי דהדעת טועה דסתם קתני ואפ"ה פליגי רבנן ובזה מיושב קושית התוס' והקדמונים בשיטה דלפרוך מרישא.

ג ולפמ"ש יש לומר דביותר מכדי שהדעת טועה ודאי דשייך לומר פקדון ודו"ק:

ד והנה במ"ש התוס' בב"ב דף ס"א דלרשב"ם בקרקע לא שייך דמים מודיעים דהא אין אונאה לקרקעות והקשו התוס' דא"כ עבדים ושטרות מ"ט וע"כ דגזירת הכתוב הוא. ולפענ"ד נראה דניהו דהטעם משום דגזירת הכתוב הוא אבל כל שאין אונאה לקרקעות יהיה איך שיהיה עכ"פ לא שייך הדמים מודיעים דכל הטעם דדמים מודיעים הוא משום דאל"כ היה תובע לו המעות מתורת אונאה וביטול מקח וכל שאין לו אונאה לא שייך הדמים מודיעים וז"ב לדעתי ועיין ש"ך חו"מ סימן שי"ב ובקצוה"ח שם לענין אם אין הלשון סותר להדמים ודאי הדמים ראי' ועי' בשיטה מקובצת כאן בשם הראב"ד ותמצא חילוק בין אם השם שוה כמו שור לחרישה שור לטביחה הדמים ראיה וכפי הנראה

הוא חלוקו של הקצוה"ח ודוק. ואגב אומר דמה שכתוב בשיטה שם בשם הראב"ד דלא כל תוספות דמים הדמים מודיעים רק אם הוא בכדי שאין הדעת טועה והרשב"א דוחה ודבריו וצ"ע למה לא הביא מדברי הש"ס כאן דבס"ד לא הוה ידעינן דמיירי בכדי שאין הדעת טועה ואפ"ה נחלקו ר"י ורבנן אי הדמים מודיעים וצע"ג. שוב ראיתי בשיטה שם שהביא בסוף הסוגיא דבכדי שאין הדעת טועה דעת רבינו האי גאון דהדמים ראיה ואולי הראב"ד קאי ג"כ לפי המסקנא אבל השיטה שם כתב דא"י להלום הפירוש הזה וצ"ע ועיין בית מאיר סי' צ' ס"ט ע"ש דכעת אין הזמן מסכים לעיין ובתשובה שנאבדה ממני כתבתי בזה וחבל על דאבדן:

ה והנה ש"ב הגאון בנתיבות המשפט סי' ר"ל כתב בדבר המעשה שקיר"ה בעת המלחמה היה צריך לפשתן הרבה ועשה הרבה קאנטראקטין עם הרבה סוחרים להעמיד לו פשתן הרבה וראובן היה ג"כ ליוויראנט מקיר"ה והלך ועשה עם שמעון קאנקראקט על פשתן הרבה שיעמיד לו והראה לו קאנטראקט שהיה לו מקיר"ה ובמשך הזמן נתבטל המכירה וקיר"ה לארצה לקבל הפשתן ושמעון תובע לראובן שיקבל הפשתן כפי המקח אשר עשה אז שהיה במקח גבוה וכעת הוזל הפשתן ועל זה כתב הנתיבות שראובן פטור והביא שו"ת זקינו וזקנינו השער אפרים סי' ק"מ דבכה"ג שגילה דעתו שלא קנה רק בשביל אחד וזה אינו רוצה לקבל דפטור ע"ש והאריך בענין זה. ושלח תשובתו להגאון בעל נטע שעשועים ז"ל הלא הוא בספרו סי' מ"ה מ"ו מ"ז. ואני תמה על כלם למה לא הזכירו מזה דהדמים מודיעים שכפי הראות הליוויראנט נתן מקח גבוה וא"כ הלא הדמים מודיעים שלא קנה רק בשביל שהיה צריך להעמיד לקיר"ה ולכך נתן מקח גבוה וא"כ כל שקיר"ה אינו מקבל א"כ לא קנה וכל שאין הלשון סותר לכ"ע אמרינן דהדמים מודיעים כמ"ש הרשב"ם בב"ב דף צ"ב וגם להתוס' שם כל דיש לו להלוקח חזקת ממון בודאי א"י להוציא ממנו דהדמים מודיעים ואף דהש"ך סי' שי"ב האריך דלא קי"ל דהדמים מודיעים כבר האריך הקצוה"ח שם לדחות דבריו דכל שאין הלשון סותר אמרינן דהדמים מודיעים ע"ש ומכ"ש כאן דהלוקח לא נתן כלום והוא מוחזק במעות ודאי דהדמים מודיעים ובלא"ה אני תמה דהרי הש"ס פריך שם ולחזי אי גברא דזבין לנכסתא אי גברא דזבין לרדיא ומשני דזבין להכי ולהכי וע"ז פריך דמי היכא נינהו וכן בירושלמי פ"ה דשבועות משום דמיירי בסרסור וא"כ כאן שהראה הקאנטרקט של קיר"ה ונודע שקנה לתת לקיר"ה א"כ אף לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב מודה בכה"ג ואדרבא כ"ש הוא דשם כעת לא נודע לאיזה דבר קונה ואפ"ה כל שדרך איש הלז לקנות לרדיא הוה מקח טעות מכ"ש בזה שנודע שקנה לתת לקיר"ה ובפרט שהוא מוחזק וא"כ

פשיטא שפטור מלקבל ואני תמה על הנתיבות והגאונים שבנטע שעשועים שם למה לא הרגישו בזה ובתשובה כתבתי בענין זה ולא ידעתי מקומה.

סימן רכג

א בהיותנו לומדים יחד אני וגיסי הרב הגאון וכו' מוהרמ"ז נ"י שיעורין תמידין כסדרן והגיענו לטוש"ע אהע"ז סי' מ' ס"ה לאחר שימות בעלך וכו' חידש אא"ז הב"ח שם דאם קידשה אחד לאחר שלשים ובא אחר וקידשה תוך שלשים וא"ל לאחר שימות בעלך הרי זו מקודשת מאחר שבידו לקדשה עכשיו בתוך שלשים וכן הסכימו הח"מ והב"ש בפשיטות וש"ב הגאון בדגול מרבבה הפליא עליהם שנעלם מהם דברי הרשב"א בחידושיו לקידושין דף ס"ב בבעיא דר' אושיעא הנותן שתי פרוטות לאשה באחת א"ל התקדשי לי היום ובאחת א"ל התקדשי לי לאחר שאגרשך וכו' דלמא כי היכא דתפסי קידושין השתא תפיס נמי לאחר כן והקשה הרשב"א דלמה לא יתפוס ומה היתה האיבעיא מ"ש מקדשה לאחר שלשים דחלו הקידושין וה"ה כאן וכתב דל"ד לשם דשם ראוי שיחולו הקידושין כעת אבל הכא שאני שאינו רוצה שיחולו הקידושין עד שיעבור עליו זמן אחר שאינו ראוי לתפוס בו הקידושין משא"כ התם בשעה שקדשה ראויה היתה לקידושין וכל אותו זמן של שלשים נמי ראוי לקידושין ולכך מקודשת ע"ש א"כ בהך דהכא נמי כיון שקדשה הראשון לאחר שלשים הרי הפסיק זמן שאינו ראוי לקידושין והוה כמו אבעיא דר"א דקי"ל בס"ז דהוה רק ספק קידושין ואמאי פסקו דהוה כאן קידושי ודאי. והנה בראשית ההשקפה אמרתי דלפמ"ש הר"ן הובא בב"י דבעיא דר"א יש לפשוט מפרק אעפ"י באומר שדה זו כשאמכרנה ואקחנה תקדש דקדשה משום דבידו והא דלא מפשטא מהתם משום דכל שקדשה עכשיו א"א לקידושין שניים לחול וא"כ כאן בודאי חל קידושין שלו ושוב מצאתי בק"א להגאון החסיד במקנה שהעיר בכ"ז ונהניתי. אמנם לפענ"ד נראה דבלא"ה דברי הרשב"א נכונים ול"ד לכאן דבאמת צריך להבין לשיטת הרשב"א א"כ איך אמרו בפרק אעפ"י דשדה זו לכשאמכרנה תקדוש דקדשה משום דבידו והא לכשימכור יהיה זמן מופסק שלא יהיה ראוי להקדיש וכן שאלני גיסי הרב נ"י על דברת הרשב"א.

ב אבל באמת דברי הרשב"א נכונים דכוונתו דשאני בהך דשדה דניהו דלכשימכור יהיה הזמן מופסק אבל עכ"פ בידו להקדישה מעכשיו ויחול ההקדש מעתה ועד עולם וכל שבידו לא מקרי דשלבל"ע וחל אף שמופסק הזמן אבל התם בהך דר"א שא"ל התקדשי לי באחת היום ובאחת לאחר שאגרשך ונמצא דכבר חלו הקידושין משום הפרוטה הראשונה ונמצא שהקידושין שניים אין להם עוד חלות דמה תאמר דבידו

לקדשה מעכשיו הא כבר קדשה בפרוטה הראשונה ואין מקום לקידושין שניים כל שכבר נתקדשה ורק דתאמר דהקידושין השנים יחולו לאחר הגירושין דבידו לקדשה אח"כ או משום כיון דתפסי קידושי השתא תפסי לאחר זמן ג"כ מעכשיו וכפירוש רש"י ולפ"ז עכ"פ יבא זמן המופסק שאין הקידושין חלין בעוד שלא נתגרשה ולא מקרי בידו על הקידושין שניים דהקידושין שניים אין להם חלות כל עוד שלא גרשה ול"ש דבידו לקדשה מעכשיו בלי הפסק דהרי כבר קדשה באמת מעכשיו ונמצא שהקידושין שניים אין להם חלות משא"כ בשדה דעכ"פ בעוד שלא מכר יכול להקדישה עכשיו ולכך אף שאמר שיחול לאחר שימכרנה ויקחנה קדשה אף שמופסק הזמן וז"ב כשמש בכוונת הרשב"א ולפ"ז גם כאן דכיון דהשני יכול לקדשה תוך שלשים כמבואר ס"ב וא"כ בידו לקדשה מעכשיו אף שקידשה לאחר שימות בעלך מ"מ כל שבידו לקדשה חלו הקידושין וז"ב ונכון מאד ודו"ק. והנה בהא דאמרו דניהו דבידו לגרשה בידו לקדשה וכן אמרו גבי שפחה דאין בידה לקדשה דמעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת ונשאלתי לפי מה דאמרו בגיטין דף מ"ם דהמקדש לשפחתו זהו שחרורה וא"כ הוה בידו לקדשה דע"י הקידושין יהיה השיחרור ולק"מ מכמה טעמים דמלבד דלא קי"ל כרבי שם ע"ש אף גם דמ"מ אין בידו דלמא לא תתרצה בקידושיו ולא תרצה להשתחרר ע"י הקידושין דבשלמא השחרור בידו דיכול לסלק שעבודו אף בע"כ דידה וכמ"ש הרשב"א דלענין פרעון חוב אף נתינה בע"כ שמיה נתינה דאין יכול להעמיד זה בחובו ומכ"ש כאן מה שמסלק זכותו וכחו בידו לסלק אבל אין בידו לקדשה דלא תתרצה וגם נראה דמ"מ הוה שינוי רשות דמעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת כדמשני בש"ס דא"ל דהא הקידושין גופייהו הן הן שחרורה דז"א דעכ"פ היא אין לה יד לקבל השחרור ורק דגיטה וידה באין כאחד וא"כ שוב עד גמר הקידושין הוא בהמה והשתא דעת אחרת וז"ב. והנה מדי דברי זכר אזכור מה שהוגד לי בשם הרשב"א בחידושיו לגיטין שכתב דביד האשה לקדש עצמה לזמן ואחר כלות הזמן יהיה הבעל מוכרח לגרשה והוגד לי שהבית מאיר מביאו וכתב שהוא דבר חדש. ולפענ"ד היה נראה הטעם כיון דבידה שלא תתרצה בקידושין כלל א"כ כל שלא נתרצית רק עד הזמן ממילא לאחר הזמן הוה כמוכרת עצמה לזמן דאח"כ חוזרת לעצמה. איברא דלפ"ז גם גט לא הוה צריכה וכמו כל מכירה לזמן דאחר כלות הזמן א"צ להקנות אך נראה דהרי אשה הוה קדושת הגוף וקדושת הגוף לא פקעה בכדי ואף דאמרו בקידושין דף זיי"ן התם דעת אחרת היינו כל שבעל אותה הוא על התחלת הקידושין אבל כל שנתקדשה א"א להפקיע בכדי ועיין נדרים דף כ"ט דאמרו אילו אמר

לאשתו היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי פקעה בכדי ול"צ גט וא"כ גם אם האשה מתנית צריכה גט אבל עכ"פ ע"י גט מוכרח לגרשה.

ג והנה תלמידי המופלג מוה' סענדר הקשה בהא דאמרו בקידושין ניהו דבידו לקדשה בידו לגרשה והא להרשב"א יכול לגרשה ג"כ כגון שמתנה עם הבעל שמחוייב לגרשה ולפענ"ד נראה דדוקא היא יכולה להתנות אבל אביה אין בידו דכל שמקדשה א"כ באותו זמן שמקדשה בידו להפקיע כח האב שיכול לישא אותה וא"כ שוב אין בידו להתנות שיגרשנה לזמן דהא ביד הבעל ובידה להפקיע כח האב כנלפענ"ד ברור אמנם באמת דינו של הרשב"א צ"ע דהא הר"ן כתב בנדרים דף למ"ד דהאשה אין מקדשה עצמה רק שמפקרת עצמה להבעל והוא זוכה בה כזוכה מן ההפקר א"כ הוה כמפקיר לזמן שכל שזכה בו הלה לא מועיל והוה הפקר לעולם ועיין מחנה אפרים הלכות זכי' מן הפקר סי' ב' דכל שזכה בו אחר ל"ש הפקר לזמן ובפרט כאן בקידושין דהוה קדושת הגוף ולא נפקע בכדי וצריכה גט פשיטא דשוב ל"מ התנאי כנלפענ"ד לולא פה קדוש הרשב"א ז"ל אבל לא זכיתי לראות דבריו וצ"ע. הנה אחר זמן רב בשנת תרי"ב ל"ב לעומר מצאתי דבר נפלא בענין הזה ואמרתי לבאר הדברים בפ"ד מחלה מ"ד שנו חכמים בלשון המשנה הנוטל חלה מן הקב ר"ע אומר חלה וחכ"א אינו חלה ב' קבין שניטלה חלתן זה בפ"ע וזה בפ"ע חזר ועשה עיסה אחת ר"ע פוטר וחכמים מחייבים נמצא חומרו קולו. ובירושלמי אמר עלה ר"ע מדמי לה לפירות שלא נגמרה מלאכתן שאם עבר והפריש מהן הרי זה תרומה וחכמים מדמים לתבואה שלא הביאה שליש עבר והפריש מהן תרומה אינה תרומה חזרו לומר אינם דומים לא לפירות שלא נגמרה מלאכתן ולא לתבואה שלא הביאה שליש אלא ר"ע מדמי לאומר הרי"ז תרומה על פירות האלו לכשיתלשו ונתלשו ורבנן מדמי לה לאומר הרי"ז תרומה על פירות המחוברים. והנה בראשית ההשקפה תמהתי דהרי גם בפירות שלא הביאו שליש משמע בקידושין דף ס"ב דמועיל אמנם כבר ביאר רבינו פ"ב מתרומות ה"ט דבעינן שיביאו שליש ועכ"מ שם שהאריך והביא שרבינו סמך על הירושלמי פ"ק דתרומות ופ"ט דתרומות ואם כן גם כאן אזיל הירושלמי לשיטתו דס"ל דכל שלא הביאו שליש לא אמר כלום ולא חל התרומה והחלה ובאמת שעדיין צ"ע דהרי הירושלמי אמר פ"ק דתרומות דאם עבר ותרם תרומתו תרומה ואף דהכ"מ כתב שם דבעינן שעכ"פ אחת יהי' תלוש ע"ש מ"מ כאן לא הוה רק אחת שלא הביאה שליש ומ"מ יש לומר דשם עכ"פ אחת תלושה וכאן כשמפריש חלה על הקב הוה כמחובר עדיין ואין כאן שום חשש. אך אי קשיא הא קשיא במה דאמר דר"ע מדמה לפירות שלא נגמרה מלאכתן דהא לר"ע אף אם היה מדמה לפירות שלא הביאו שליש והא זה ודאי

דלמ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע ודאי מועיל אף כשלא הביא שליש וכדאמרו בקדושין בהדיא ובכ"מ שם ואף הירושלמי דאמר שטרם שהביא שליש ל"מ הוא דוקא לדידן דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלבל"ע ולפ"ז ר"ע דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ למה צריך לדמות לפירות שלא נגמרו מלאכתן והיא קושיא נפלאה ועיין יבמות צ"ג ושם מבואר דר"ע ס"ל כן ובקידושין שם ובכתובות נ"ט וגם מה דמסיק בירושלמי דר"ע מדמה לאומר הרי זו תרומה על פירות האלו לכשילתשו הוא תימה דלר"ע אף אם לא אמר לכשיתלשו דבריו קיימין כדאמר ראב"י בקידושין שם וראב"י ור"ע בחדא שיטתא קיימו כדאמרו ביבמות דף צ"ג שם איברא דבאמת גם לראב"י ור"ע עכ"פ שחת דבי כבשא בעי או אגם וכאן בחלה לא יש שום דבר בעולם איברא דבר"ן מבואר דלראב"י לא בעי כלל שיהיה בעולם ובחידושי הרשב"א בקדושין שם מבואר דאף לראב"י צריך שיהי' בעולם קצת עכ"פ וכאן בחלה הוה כלא בא לעולם כלל וגם תימה דאם כן לרבנן אפילו הי' אומר לכשיתלשו לא מועיל דכאן הוה כאלו לא בא לעולם כלל ואם כן למה אמר כפירות מחוברים ובאמת לפנינו הגירסא בירושלמי לכשיתלשו אבל בשדה יהושע ומהר"א פולדא הגיהו פירות מחוברים ולפמ"ש היא תימה וע"כ נראה לפענ"ד דבאמת ר"ע ורבנן לשיטתייהו דר"ע סבירא ליה דמועיל בדבר שלא בא לעולם ורבנן ס"ל דלא מועיל בדבר שלבל"ע רק דאם נימא דלר"ע וראב"י בעי עכ"פ שיהי' מקצת בא לעולם ואם כן ל"מ לרבנן לכשיתלשו דכל הטעם דלכשיתלשו מועיל ביאר ר"י משום דבידו לתלוש וביאר בחידושי הרשב"א דדוקא בהביאה שליש שאם לא הביאה שליש ל"ש בידו שמא לא יהי' ראויה ותפסד קודם שתגיע לעונתה ולפ"ז לרבנן דמדמי בתחלה ללא הביאה שליש א"כ ל"מ לכשיתלשו ולר"ע דמדמי לפירות שלא נגמרו מלאכתן ממילא מועיל לכשיתלשו. ומעתה מה דס"ד מעיקרא ומה דמסיק באמת אחת היא רק דלפי הס"ד דמדמה רק לפירות שלא הביאו שליש לא הי' דומה דהרי הפריש כעת והוה כאומר לכשיתלשו עכ"פ וכן להיפך לר"ע לפירות שלא נגמרה מלאכתן לא דמי דשם עכ"פ הם פירות וכאן אין כאן חלה וע"ז מסיק דהוה לכשאומר לכשיתלשו דאז לר"ע מועיל דהוה בא לעולם קצת דהרי עכ"פ איכא קב אחד ודמי לבא מקצת בעולם. ומעתה מבואר היטב דברי הירושלמי דלהס"ד דמדמה ללא הביא שליש א"כ אף לר"ע לא מועיל כמ"ש הרשב"א וע"ז מסיק דהוה לכשיתלשו והיינו דבאמת מקצת הביא והוה כדבר שלא בא לעולם לראב"י רק דהוה לכשיתלשו ולראב"י מועיל ושאני כל לכשיתלשו שאינו מחוסר שהרי הביא שליש וכמ"ש הרשב"א אבל כאן לא הביא שליש ורק דמקצתה בא לעולם והמעיין היטב בשיטת קדושין דף ס"ב ובחידושי רשב"א ימצא הדברים שמחים:

ד ובזה נפתחו לי שערי בינה בדברי התוספתא פ"ב דחלה הנוטל חלה מן הקב למה הוא דומה לתבואה שלא הביאה שליש שאין תרומתו תרומה חזרו לומר לא כך ולא כך שהרי הקב מצטרף לחלה ובנוסחת הגר"א מווילנא הובא במפרש שנדפס מחדש בווילנא על התוספתא הנקרא בשם תנא תוספאה הגיה עפ"י הירושלמי דר"ע וחכמים נחלקו בזה. ולפמ"ש מבואר דגם ראב"י ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע וא"כ אם היה מדמה לתבואה שלא הביאה שליש לא היה מועיל דהרי כאן לא בא כלל לעולם ולכך קאמר דעכ"פ מצטרף הוא עם אחרים וא"כ מקרי בא לעולם במקצת וכמו שחת וכבשא לראב"י ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא. ובזה נראה לפענ"ד דלר"ע אף לפי המסקנא א"צ שיוסיף אח"כ וישלים לכשיעור דאף אם לא השלים לבסוף כל שבידו להשלים שוב חייב מידי דהוה אם אמר פירות אלו יהי' תרומה לכשיתלשו ואף דשם בעינן שיתלשו אף לראב"י היינו שם משום דעל מחובר אי אפשר לחול שם תרומה אבל כאן הוה באמת תלושים וכל שבידו להשלים למה לא יועיל. ובזה סרה מהר כל תמיהת הגאון מהרי"ט אלגזי על חלה להרמב"ן בדף נ"ד ע"ב ודף נ"ה שם בדפוס פ"ב שהאריך שם לתמוה דלפי המסקנא דר"ע מדמה לכשיתלשו א"כ בעינן דוקא שישלים השיעור ואם לא השלים השיעור לא מועיל דומיא לכשיתלשו דבעי שיהי' תלושים וא"כ מה פריך בירושלמי פ"ב על ר"ע דאמר יעשנה בטומאה ואל יעשנה קבים דמחלפא שיטתי' דר"ע אמר דנוטל מקב חלה ומשני תמן בדיעבד כשעבר וכאן לכתחלה ומה קושיא הא כל שלא ישלים לכשיעור פטור ולפמ"ש אתי שפיר דכאן לר"ע עדיף משם דכיון דלר"ע אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ורק דשם בעינן לכשיתלשו דהא באמת לא מצי לחול על מחובר אבל כאן שבידו להשלים א"כ לא מחוסר מעשה אף שבאמת לא השלים השיעור וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב דברי הר"ש שכתב ג"כ כהירושלמי ותמה המהריט"א שם עליו ולפמ"ש אתי שפיר ובזה מיושב היטב מה שהאריך שם דמה שייך קולו חומרו והא אין כאן חומרא כלל דהא ב"כ וב"כ צריך להשלים השיעור וכמעט שכל פלפולו העצום אינו רק ע"ז ולפמ"ש אתי שפיר ואני תמה על מה שרצה לדמות למה שנחלקו הפוסקים למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם אמר מעכשיו ואני תמה על הגאון החריף הלז שבכל פלפולו לא נזכר כלל שר"ע לשיטתו דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם גם לא זכר שם מ"ש התוס' ביבמות דף צ"ג דבתרומה הוה אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומועיל אף בלא מעכשיו וכ"כ בחידושי הרשב"א בקדושין שם וא"כ שוב לכל השיטות בחלה מועיל וכמ"ש וע"כ נראה העיקר כמ"ש בפירוש הירושלמי כן העיקר ויתיישב עוד הרבה קושיות אשר נלאיתי לכתבן והמעיין ישמע ויוסיף לקח ועיין ברטנורה שכתב דלר"ע

צריך להשלים ולפענ"ד כמ"ש ודוק היטב. ועיין ביבמות דף צ"ג למען תלמד ליראה את ד' אלהיך כל הימים אלו שבתות ויו"ט והיינו שלא יבטל עונג שבת בשביל מעשר.

ה ולכאורה צ"ע הא עונג שבת אינו רק מד"ס כמ"ש הרמב"ם פכ"ט משבת ואם כן לא שייך קרא ע"ז כמ"ש שם על טלטול ועישור וצ"ל כיון דהקרא מיירי שאין לו רק אותן פירות כמ"ש התוס' שם ד"ה אלא אם כן הוה דאורייתא ועיין רז"ה ריש אלו דברים מה שהאריך שם דשלשה מיני עונג הן וע"ש מה שמקשה דר"א אדר"א דאמר חייב לאכול י"ד סעודות בסוכה ע"ש והשאגת אריה הקשה כן וכמדומה שגם הפ"י הקשה כן ולא ראו שכבר קדמם הרז"ה ועכ"פ בכה"ג שצריך לאכילת שבת זה ודאי מה"ת חייב לאכול אך אי קשיא הא קשיא דהרי קי"ל דאכילת שבת קובעת למעשר ואמאי לא התירו בשביל כבוד שבת ואולי מיירי שם דיש פירות אחרים לאכול רק שרצה לענג שבת יותר ובכה"ג לא התירו. ובזה נראה לפענ"ד דמה שאמרו למען תלמד מיירי בכה"ג שלא נתחייבו במעשר רק שבשביל שסעודת שבת קובעת וכיון דא"ל אחרים שוב הותר בשביל עונג דגם החיוב לא בא רק בשביל עונג שבת ומזה ראיה דגם יו"ט קובעה שהרי אמרו דלמען תלמד קאי לשבת ויו"ט ודוק היטב:

סימן רכד

א לתלמידים החריפים ר' ניסן זיס ור' שמואל ג"ב נ"י.

ב מה שהראו לי דברי רש"י ביבמות פ"א גבי הא דאמרו במשנה ר"י אומר טומטום שנקרע ונמצא זכר לא יחלוץ מפני שהוא כסריס ופירש"י דלא יחלוץ אם יש אח אחר ומשמע דבמקום שאין אח צריך לחלוץ והוא נגד ש"ס מפורש דף פ"ג מאי בינייהו למפסל במקום אחין ולחלוץ שלא במקום אחין ופירש"י דלר"י לא פסל דכודאי סריס משוי ליה והוא תימה גדולה וכאשר חפשנו ומצאנו במהרש"א בדף פ"ג שהרגיש בזה ובאמת שזה דוחק. ומ"ש תלמידי ר' שמואל ג"ב דלא יחלוץ משמע במקום אחין וכ"כ מהרש"א שם אבל הוא גופא תמוה דלמה נקט לא יחלוץ והו"ל לומר לא חולץ. ולפע"ד דהנה גם לר"י דאמר שהוא כסריס ג"כ אפשר לספוקי שמא היה טומטום במעי אמו ולכך לא עשה כיפה ור"י לא אמר רק שהוא כסריס ולא סריס ממש וכ"ף הדמיון אינו דומה ממש כמ"ש הח"ץ ז"ל סי' ע"ז ע"ש. אמנם נראה לחלק דכל שכבר נקרע ונמצא זכר דאין כאן עוד צירוף שמא נקבה שוב יותר קרוב לומר בכה"ג דהוה סריס וכאן אמרינן שפיר חזקה דהשתא דהא חזקה דמעיקרא אין כאן כלל דקודם שנמצא זכר איכא לאסתפוקי בנקבה ובזכר ולכך לא יחלוץ רק במקום שיש אחין אבל במקום שאין אחין למה לא יחלוץ דהא אינו סריס בבירור אבל כ"ז שלא נקרע שיש כאן ס"ס שמא נקבה שוב לר' יהודא אדרבא

הצירוף דשמא נקבה משוי לי' כסריס ודאי דהא יש צירוף שמא נקבה ושמא סריס אבל כל שכבר נקרע דאין לו צירוף שמא נקבה שוב אינו רק כסריס ולא סריס ודאי דיש לספק שמא טומטום היה כשנולד וא"כ מיושב היטב דברי רש"י דבמשנה מיירי כשכבר נקרע אינו רק כסריס אבל כל שעדיין לא נקרע או לר"י הוי סריס ודאי ע"י צירוף שמא נקבה ולר"י בר"י לעולם הוי ספק ואינו סריס ודאי ודוק. ובזה מיושב היטב דברי התוס' בדף פ"ג שהקשו בד"ה שמא דמנ"ל הא דשמא ס"ל לר"י בר"י ג"כ אם ימצא זכר יהיה סריס ודאי כמו לר' יהודא וכתבו דא"כ למה לא אמר טומטום הרי הוא כסריס והקשה תלמידי ר' שמואל ג"ב דא"כ למה אמר ר"י לא יחלוץ מפני שהוא כסריס ולמה נ"מ היה לו לומר טומטום הרי הוא כסריס ולפמ"ש דר"י מיירי כל שכבר נקרע ונמצא שאינו סריס ודאי ולכך אמר הרי הוא כסריס דאינו ודאי אבל ר"י בר"י דמיירי כל שעדיין לא נקרע ע"כ שאינו משוהו לסריס ודאי דאל"כ הי' לומר טומטום הרי הוא כסריס ודוק היטב. ויש להמתיק עוד דהרי הוא כסריס דאמר ר"י הוה כרוב ומ"מ יש מיעוט שאינו כן וא"כ הרי נודע שיטת התוס' בסוגיא דפ"פ דרוב ברצון אינו אלא מדרבנן ולס"ס מצטרף משא"כ בספק אחד וה"ה כאן. ובזה יש לי לומר מ"ש הרע"ב ביבמות פ"ז דאנן לא קי"ל כר"י והו"ל כסריס אדם וחולץ וחולצין לאשתו ותמה בתוס' רע"ק דהא אנן קי"ל דטומטום מייבם וע"כ דלא הוה סריס כלל ולפמ"ש י"ל דהרע"ב הכריע דהו"ל כדעת שלישית המכרעת דר"י ס"ל דהו"ל כסריס ור"י בר"י ס"ל דהוה ספק ורבנן החולקים על ר"י אמרו ביבמות דף פ"ג דמוליד וע"כ הכריע דעכ"פ חולץ וחולצין לאשתו דלזה הו"ל רבנן דר"י ור"י בר"י שנים לגבי ר"י ולענין מייבם גם ר"י בר"י חולק על רבנן והו"ל ר"י ור"י בר"י שנים נגד רבנן ולכך החמיר דלא מייבם. ובזה מיושב גם דברי רש"י שכתב בבכורות דף מ"ב דטומטום אינו מייבם דאינו בן לידה משום דהוא פסק ג"כ כר"י ור"י בר"י לענין דאינו מייבם וכמ"ש ומה דאמרו דר"ע כר"י היינו משום דר"ע ס"ל דלא חולץ וע"כ כר"י:

סימן רכה

בלמדי בנימוק"י ריש ב"מ בהאי רעיא הביא בשם הרשב"א שכתב דמה דאמר בכל יומא דקמ"ל דלא נימא כיון דכל יומא לא מסרו ליה אלא בסהדי והיום דטוען דמסר ליה בלא סהדי ריעא טענתיה דאנן סהדי דלא אפקיד גביה ואפילו אתי סהדי דאכל תרתי מינייהו דלמא אחריני הוו דדמיין להני ע"ש. והנה נתעוררתי כיון די"ל דאחריני הוו למה יהיו העדים נאמנים ואף דנתנו סימנים מ"מ אי סימנים דרבנן ניחוש דלמא אחריני הוו ולאו הנהו ולכאורה רציתי לומר כיון דאין מוציאין ממון רק שבועה ושבועה לאו ממונא הוא והרי מה"ט לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה להרבה פוסקים משום דשבועה לאו

ממונא הוא ועיין סי' רצ"ו בסמ"ע וש"ך. אך לפ"ז קשה מ"פ אם איתא משתבע והא גזלן הוא ודלמא באמת שבועה משביעין מספק וגזלנא לא הוה דדלמא באמת אחריני ננהו. אך י"ל כיון דהוא רועה בהמות של אחרים א"כ הוה כאומן וכדומה שאינו נאמן לומר שלי הוא וא"כ כל מה דאכיל הוה גזלן דעכ"פ שלו אינו. ובזה י"ל הא דפריך ות"ל דהו"ל רועה והקושיות מבוארות דהא יש נפקותות הרבה דרועה אינו רק פסול דרבנן ובעי הכרזה וכדומה ועיין מהר"ם שי"ף ולפמ"ש א"ש כיון דעיקרו דחשוב גזלן הוא מחמת שהוא רועה וא"כ שוב פסול מחמת רועה ואם לא הכריזו שוב גם גזלן לא הוה דאטו נודע בודאי שזה גזל וז"ב ועש"ך סי' ע"ב ס"ק פ"ט ושם י"ל דאף דסימנין דרבנן מ"מ מגו לא הוה שירא לומר להד"ם כל שראו כיוצא בזה דהרי סימנין דרבנן ודו"ק. והנה המהר"ם שיף הקשה לשיטת רש"י דבפקדון אף כ"ה חייב א"כ כאן דהי' פקדון א"כ אף כ"ה חייב וכן הקשה אותי בחור אחד מסעליש במדינת הגר בהך דקידושין מ"ג דאמרו והשתא דתקין רבנן שבועת היסת הא אף קודם ר"נ שם דהי' פקדון חייב אף כ"ה שבועת התורה והשבתי בשנת תרכ"ה ה' בהעלתך דלפענ"ד כל טעמו של רש"י משום דלא עשה לו טובה לכך יכול להעיז ולפ"ז זהו בש"ח דלא עשה לו שום טובה אבל בש"ש ושואל דקיבל טובה ממנו שכר שמירה ושואל כל הנאה שלו גם בפקדון א"י להעיז וא"כ כאן י"ל דרעי' הי' בשכר וכן בקידושין ור"מ מיירי שקבלו שכר ושוב כ"ה פטור. ובזה יש ליישב הקושיות של התוס' ב"ק ק"ז על רש"י ודוק. והמתקתי הדברים עפ"י מה דאמרו בב"מ צ"ד במאי בדברים בעלמא והקשה בשיטה מקובצת הא שכירות לא בעי קנין וכתב בשם הרשב"א דש"ח שאני דבאמת יש לתמוה במה יתחייב רק משום שזה נשען על שמירתו לכך לא יוכל להתחייב יותר בלי קנין. ולפ"ז אני אומר דבר נכון דבאמת בפקדון שיכול להעיז שלא קיבל שום טובה שוב ל"ש דנשען על שמירתו דהא הי' יכול לכפור בו דהא יכול להעיז ולפי זה ע"כ דחייב אף כ"ה שבועה ושוב לא יוכל לכפור בו וזה נשען על שמירתו ודוק היטב וזה שייך בש"ח דוקא אבל בש"ש שפיר פטור משבועה ואפ"ה הוה שומר ודוק. ובזה מדוקדק דברי רש"י בשבועות דף מ"ה שפירש בהא דאמרו שבועת שומרין דחייבי' רחמנא היכא משכחת לה ופירש"י בשבועות ש"ש והקשו כלם דלמה פירש דוקא ש"ש ולא ש"ח. ולפמ"ש א"ש דש"ח ל"ק דאין לו מגו דגם כ"ה חייב בפקדון אבל בש"ש שפיר הקשה ודוק. והנה דרך אגב אזכיר מה שלמדתי שנת תרל"א ביום ד' וישלח בטור חו"מ סימן ס"ו הביא הב"י תשובה ריטב"א דאם טוען החזרתי בשטרות דיש לו מגו דנאנסו והי' מקום לומר דל"צ לשבע היסת דהא בנאנסו ל"צ לשבע היסת דבשטרות פטור אונסין וגם היסת אינו חייב דזה לא ידע אמנם בכה"ג חייב לשבע היסת

על טענת החזרתי דכיון דתקנתא דרבנן היא בפקדון ומלוה דחייב לשבע אף דמדינא פטור וחייבוהו רבנן כי אית ליה מגו נמי חייב שבועת היסת דלא מהני לי' מגו דידי' טפי מטענת חזרה עצמה ועיין בש"ך שם ס"ק קכ"ה ולכאורה תמוה דהא כיון שיש לו מיגו ומיגו הוה כעדים למה לא יהיה נאמן לפטור אף משבועת היסת דהרי יש לו מגו ואם משבועה דאורייתא פטור כל שיש לו מגו וכדאמרו בהדיא שבועת שומרין דחייבה רחמנא היכא משכחת לה אלמא דע"י מגו פטור מכ"ש שבועת היסת אמנם נראה דהרי כ"ה דחייב שבועה הוא מטעם חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו א"כ הו"ל מגו במקום חזקה דאינו נאמן. ולכאורה נ"ל דלענין היסת הוא דבאמת כל שמה"ת פטור והאמינו התורה ל"ש שיטילו שבועת היסת וכמ"ש הריב"ש סי' מ"ב לענין אם אומר אינו בנו כיון דהתורה האמינו אין חכמים יכולין להטיל שבועת היסת וכ"ה דחייבו היסת באמת המלמ"ל פ"ד מנחלות הקשה על הריב"ש מזה ועמ"ש בגליון המלמ"ל אמנם כעת נראה לי בפשיטות דשאני כ"ה דאטו התורה האמינה רק אמרה כל שאין לו איזה ענין א"א לחייבו שבועה וחז"ל הטילו היסת אבל בנו דנאמן מה"ת והדבר ברור א"א להטיל שבועת היסת וז"ב אם כן ל"ש מגו דמגו אינו ברור רק דמה"ת א"א להטיל שבועה כל דיש לו מיגו אבל חז"ל הטילו שבועה אבל מ"מ אינו נכון דמגו הוה כעדים ועיין תוס' ב"ק ע"ב ומחוורתא כמ"ש למעלה:

סימן רכו

א הנה הרב הה"ג מו' שמעון ני' אבד"ק פאדהייטץ כתב לי ביום ה' פ' שלח (ולא הגיע עדי עד היום) במה דקי"ל דבן יום א' זוקק ליבום הא עובר לא ובעינן דוקא כשיצא ראשו וע"ז הקשה לפי מה דשיטת הרמב"ם דמשהוכר עוברה הוה כילוד לענין קידושין ומכירה רק דדשא אחידא באפה אם כן משהוכר עוברה למה לא יזקוק ליבום הא הוה כדבר שבא לעולם ולא הוה אשת אחיו שלא הי' בעולמו ולק"מ דניהו דהוה כדבר שבא לעולם היינו משום דעבידי דאתי אבל מ"מ בעולם ממש שיחשב ללידה זה לא אמרי' וז"ב ופשוט וישיבה אחת בעולם לא הוה ומה שהביא דברי התוס' ביבמות דף י"ז ע"ב ד"ה אשת אחיו דכתבו דכל דהיתה חמותה מעוברת תמתין שמא תלד זכר ותהא זקוקה לו וע"ז הקשה לר' יהושע דס"ל בדף קי"ט דאף ביצתה מלאה אינה חוששת דסמוך מיעוטא דמפילות למחצה נקיבות א"כ גם כאן למה תצטרך להמתין ואף לת"ק דחוששת מסופק אם הוא מה"ת דהא מדאורייתא אזלינן בתר רובא ועיין רשב"א בחידושיו ובנימוק"י בדף קי"ט שם. וזה ג"כ לק"מ דלכתחלה לא סמכינן על רובא כיון דאפשר להמתין סד"א דתמתין ושאני התם דכבר יצתה ולא נודע היכן היא בזה סמכינן ארובא ואמרינן סמוך מיעוטא

למחצה וז"ב ופשוט. שוב מצאתי בס' ישרש יעקב בדף י"ז שם נתקשה ג"כ בדברי התוס' ולפענ"ד לק"מ ודו"ק. גם מ"ש בישרש יעקב דהוה דשיל"מ. הנה גם אני חשבתי כן אבל זה טעות דשם קאי התוס' על הקרא ודשיל"מ אינו רק מדרבנן ומ"ש נכון:

ב סליק חלק שני בעזה"י.

ג ע"י הפועל העוסק במלאכת הקודש באמונה יחיאל מיכל בהמנוח מו' יהודא דוב הלוי שלייכער ז"ל

כרך ג

סימן א

א ביאור ענין תיקו מה דינו אם תפס אם מפקינן מיניה ושאר פלוגתא דרבוותא.

ב הנה מראש צורים נראה הרא"ש בב"ק פ"ב גבי יש העדאה לצרורות תמה על הרי"ף דלמה לא הביא האבעיא הלז וכתב דאין העדאה בבבל וע"ז כתב מיהו תימה למה לא הביא הך בעיא דר"א אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק ואפשר דס"ל דאין נפקותא בבעיא זו כיון דקנסא הוא ואין גובין בבבל ורק אם תפס לא מפקינן מיניה עד דמשלם ח"נ וע"ז תמה הרא"ש כיון דספיקא דדינא הוא מה מהני תפיסה כיון דשלא כדין תפס וע"כ העלה דאף בתפס לא גבי רק רביע נזק ע"ש ועכ"פ הבין בדברי הרי"ף שס"ל בהא דתיקו דאי תפס לא מפקינן מיניה אבל הנימוק"י כתב בפ"ק דב"מ שדעת הרי"ף דבתיקו אי תפס מפקינן ולכך כתב האבעיא דרועה מזוין לפשוט דפטור משום דאף תפס מפקינן מיניה וא"כ דברי הרי"ף סותרין. ולפע"ד נראה דיש לומר דבאמת הרי"ף ס"ל דתיקו מפקינן כמ"ש הנימוק"י משמו ורק דמקום יש בראש לחלק. וטרם יהיה כל שיח נבאר דברי הנימוק"י בעצמו דבסוף דבריו כתב וכ"ז בספק ממון שדינן לנתבע לקולא דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה אבל תיקו שדינן שיחלוקו ואין אחד מהן מוחזק יותר מחבירו אם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו וכ"כ הרי"ף ז"ל בהנך בעייא דריש פרק המפקיד שעלו בתיקו ופסק בהם הרב ז"ל דחולקין דאם קדם אחד מהם ותפס דאין מוציאין מידו. ובראשית ההשקפה תמהתי דהא הנימוק"י כתב בעצמו דדעת הרי"ף דתיקו מפקינן מיניה אך צ"ל דע"כ לא אמרינן דאי תפס מפקינן מיניה רק בספק האבעיא דיש לחבירו חזקת ממון דאז הוה אמרינן המוציא מחבירו ע"ה א"כ גם בתפס מפקינן מיניה אבל בספק האבעיא דאמרינן חולקין וכגון הנך דפרק המפקיד דהספק הוא אם הכפל שייך להמפקיד או להשומר וא"כ שניהם אין מוחזקים דהגנב משלם ולהגנב בודאי לא שייך חזקת ממון דהוא ממנ"פ משלם אם להמפקיד או להנפקד א"כ בספק חולקין ולכך כל

שתפס אחד מהם אין מוציאין מידו והן הן דברי הנימוק"י דדוקא בספק ממון דיש לחברו חזקת ממונא דאמרינן המוציא מחבירו ע"ה אבל בתיקו שדינו בהן דיחלוקו כגון הנך האיבעיא דר"פ המפקיד בכה"ג אי תפס לא מפקינן מיניה וז"ב כשמש. ומעתה מזה ראיה ברורה דס"ל להרי"ף דבתיקו מוציאין מידו דאי כדעת הרא"ש דבכל תיקו אין מוציאין מה האי דכתב ב"פ המפקיד דיחלוקו ואי תפס לא מפקינן מיניה והא בכל תיקו הדין כן וע"כ דבתיקו שהדין שהמוציא מחבירו ע"ה אמרינן דמוציאין מידו רק בתיקו שהדין בו דיחלוקו בזה אמרינן דאי תפס לא מפקינן מיניה וז"ב והיא ראיה ברורה לדעת הנימוק"י בדברי הרי"ף. ואחרי אשר זכינו לזה הבא נבא לבאר דברי הרי"ף בב"ק שם והוא דלפמ"ש הנימוק"י יש חילוק בין היכא דשייך חזקת ממונא או היכא שאין אחד מוחזק יותר מחבירו ולפ"ז נראה לי ברור דזה דוקא בממון דיש לחבירו חזקת ממונא אבל בקנס דח"נ דמגופו משתלם וא"כ ל"מ לשיטת ר"ת דצריך לתפוס גוף הדבר המזיק א"כ כשאנו דנין ע"ז שהזיק והניזק תפוס בו מה שייך לומר בזה חזקת ממונא דמרא קמא הא בהדבר המזיק אין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו דמשעה שהזיק הרי הוא בחזקת שניהם לר"ע דס"ל שותפי נינהו ואדרבא הוא מוחזק יותר שהרי תפס בו כעת ואף לשיטת החולקים דס"ל דא"צ שיתפוס בדבר המזיק מכל מקום כיון דתופס בעד דבר המזיק ולענין מה שהזיק דאינו משתלם רק מגופו ועל דבר המזיק בעצמו אין כאן חזקת ממון לזה יותר מלזה וכל שתפס לא שייך חזקת מרא קמא דהרי כבר אתרע חזקתי' דכל שתפסו להמזיק בעצמו הרי הוא בחזקתו וז"ב כשמש. ובלא"ה כיון דעכ"פ רביע נזק ודאי מגיע לו וא"כ הוה ודאי עכ"פ ברביע א"כ גם לענין הרביע השניה ג"כ הוה מוחזק ול"ד למ"ש התוס' ריש ב"מ ד"ה וזה דאין סברא שבשביל שהוא ודאי בחציו שיועיל לחצי השניה היינו שם דיש לומר דלא הגביה רק מחצה אבל כאן הספק הוא בדין אם יש שינוי או לא והספק הוא ספק כולל וכל שמוחזק לרביע עכ"פ יצא התם הלז מחזקת מ"ק לרביע וכל שיצא מחזקתו מ"ל רביע מ"ל חציו וז"ב ודו"ק וא"ל כיון דצרורות עצמן מעליה משלם דקי"ל כר"פ כדאמרו בב"ק בדף ג' מלתא דאבעיא ליה לרבא מפשט פשיטא לי' לר"פ וא"כ שייך חזקת מ"ק דז"א דכיון דעכ"פ בהך שינוי בצרורות דזה ודאי קנסא הוא וא"כ בזה ודאי אינו משלם רק מן הגוף ולא מעלי' דהרי אין דנין אותו בבבל וא"כ עכ"פ בזה כבר יצא מחזקתו וא"כ כל שתפס בעד הח"נ לענין מה דיכול להשתלם מגופו אתרע החזקת מרא קמא ובלא"ה כיון דעכ"פ אותו דבר המזיק יצא מחזקתו גם כשתופס דבר אחר מכל מקום כיון דבא לתפוס בשביל דבר זה דיצא מחזקתו לא שייך חזקת מ"ק ועיין בטוש"ע חו"מ סי' ש"ן סעיף ז' ח' ובסמ"ע שם דמבואר דיכול לתפוס דבר אחר ולומר קים

לי דהיא תולדה דרגל ומשלם מעליה ולפמ"ש א"ש וכמ"ש וגם לפמ"ש הנימו"קי לענין אם טוען אגרתי' בדמי דלא מהימן במיגו והוה קולא לתובע וחומרא לנתבע ואף דבכל מקום אמרינן קולא לנתבע כאן דריע טענתי' דהנתבע והתובע מסתבר טענתי' אמרינן קולא לתובע ע"ש ובהגהת ד"ת חולק עליו ע"ש ולפמ"ש יש לי ראיה מדברי הרי"ף דהא כאן ריעא טענתי' דנתבע דעכ"פ מגופי' ודאי מגיע לו כל שתפס החצי וא"כ אין לך ריע טענתי' גדולה מזו ואמרינן קולא לתובע וז"ב. והנה מ"ש הנימוק"י דבדבר דעבידא לגלויי לא מפקינן והביא מהך דמקבל גבי שטר צ"ע דלעיל לענין שטר שכתוב בו סלעים כתב ראיה מהך דמקבל דהטעם דלא מפקינן מיניה משום דאין עדות מעליא ומידי היסת לא נפקא והרשב"א חולק ואומר משום מלתא דעבידא לגלויי והיאך כתב כאן בפשיטות דמשום דעבידא לגלויי ובאמת שצ"ע על הנימוק"י למעלה מ"ש בשם הרמב"ן דהטעם משום דלאו עדות מעליא דהרי בב"מ דף ק"ו מבואר משום דהוה מלתא דעבידא לגלויי וצ"ע גם מ"ש הנימוק"י דבספיקא דתרי ותרי לא אמרינן אוקי מלתא אחזקתה כמו באיסור דלא אמרינן אוקי אחזקתה צ"ע דשם מדרבנן מחמירין ולא אזלינן בתר חזקה ולענין ממון לא שייך להחמיר דמה שהוא חומרא לזה הוא קולא לזה וכ"כ מהרש"א בהדיא בכתובות דף כ"ו והרבה הארכתי בזה בקונטרס מיוחד ביו"ד סי' כ' ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' ער"ב שהרחיב הדיבור בספק פלוגתא דרבבוותא והאריך בדברי הרי"ף בענין תיקו ורוב דברי התומים בענין הלז נכללים בו ע"ש ודו"ק: והנה במ"ש למעלה להקשות על הנימוק"י במ"ש דגבי תרי ותרי לא שייך לאוקמא אחזקה והקשיתי דל"ד לאיסור דמחמרינן מדרבנן משא"כ ממון דלא שייך להחמיר דמה שהוא חומרא לזה הוה קולא לזה וכמ"ש המהרש"א בכתובות דף כ"ו כעת נתיישבתי בזה דדברי הנמוק"י נכונים והוא מדברי הרמב"ן הובא בשיטה מקובצת וכוונתו דבזה מועיל תפיסה ואוקמא ממונא בחזקת שתופס בהן השתא והמהרש"א לא כתב רק דלא שייך להחמיר מדרבנן בממון רק דמוקמינן את הממון בחזקת מי שהוא בידו עתה או דמוקמינן אחזקת גברא ע"ש. עכ"פ דברי הרמב"ן והנימוק"י נכונים ומדברי הרמב"ן והנימוק"י האלו וכל ההולכים בשטתם יש להביא ראיה להתה"ד סי' של"ד שדעתו שעד מסייע פוטר משבועה אף בע"א מכחיש והש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו חולק עליו וכתב דבכל עד ועד לשבועה וה"ה בתרי ותרי לגבי ממון הו"ל כמאן דלתנהו לתרווייהו ואם חייב שבועה בלי עדותן גם כעת חייב שבועה ע"ש. ומן האמור תפיסה גדולה עליו דא"כ יקשה היאך מועיל תפיסה בתרי ותרי הא בכל ספק ל"מ תפיסה וע"כ כיון דתרי מעידין כדבריו הו"ל כודאי ואינו בדין שיוציא ממון מרשות התופס כיון ששני עדים מעידין כדבריו ואי נימא דבתרי ותרי אמרינן סלק

עדותן כמאן דליתנהו שוב ל"מ תפיסה מספק ואוקי ממונא בחזקת מרי'. ומעתה ה"ה לענין שבועה כיון דהוה ספק בשבועה דאותו שמסייע לו פטרו א"כ יכול לומר שקים לי כאותו עד שמסייע לי ובספק שבועה כתב הש"ך בעצמו שם ס"ק יו"ד דאין יכולין להוציא מספק דיכול לומר קים לי ומכ"ש כשיש שנים המסייעים לו. שבתי וראיתי שיש לישב דברי הש"ך דבאמת יש לומר דתרי ותרי סליק עדותן כמאן דליתנהו אך זה דוקא אם נימא דתרי ותרי ספיקא דרבנן דמן התורה אמרינן אוקי תרי להדי תרי ואשה אוקמה אחזקה כדאמרו ביבמות דף ל"א הרי דאי תרי ותרי ספיקא דרבנן אין אומרים דאוקי תרי להדי תרי והיינו סלק אבל אם נימא דתרי ותרי ספיקא דאורייתא שפיר אמרינן דלא סליק עדותן. ומעתה הרמב"ן לשיטתו דס"ל תרי ותרי ספיקא דאורייתא שפיר כתב דמועיל תפיסה אבל לדידן דקי"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן שפיר אמרינן סליק וז"ב מאד. ובזה יש לומר דלכך ניידו התוס' והרא"ש מחלוקו של הרמב"ן וחלקו חילוקים אחרים בין כשטוען ברי או שתפס קודם שנולד ולא כתבו דתרי ותרי שאני משום דלשיטתם דתרי ותרי אינו רק ספק דרבנן ואמרינן סליק יקשה למה מועיל תפיסה מספק וע"כ הוכרחו לומר משום שזה טוען ברי. והנה ראיתי בקונטרס הספיקות לאחי הקצה"ח ז"ל בכלל ב' שהביא קושית התומים בהא דמשני הש"ס בסוגיא דשור שהיה רודף דמיירי כשתפס דא"כ אמאי לא ישתלם כמו שאמר הניזק דכל היכא שיש דררא דממונא בלי טענותיהם מועיל טענת ברי ע"ש ולפענ"ד נראה דע"כ לא מהני טענת ברי רק משום דהוה ספק וכל שטוען שבדין תפס הו"ל ככל כפירת ממון דפטור בכ"ה ולכך מועיל תפיסה ולפ"ז כאן דפלגא ניזקא דתם הוה קנס ואינו משתלם רק ע"פ ב"ד דאשר ירשיעון אלקים כתיב ואף דמיירי שיש עדים שעכ"פ הזיק וכמ"ש הרא"ש דאל"כ הוה מודה בקנס מכל מקום זה דוקא לענין דלא הוה מודה בקנס אבל מכל מקום אינו מחוייב קנס דפ"נ עד שירשיעון אלקים דהא העדים אינם יודעים מי הזיק הגדול או הקטן וא"כ מה מועיל טענת ברי שלו דלא נתחייב רק ע"פ ב"ד והב"ד א"י לחייב רק הקטן לגדול וכן אפכא וכל הטעם דמועיל תפיסה הוא משום דעביד אינש דינא לנפשיה וכמ"ש הש"ך בסי' כ"ה וכאן דהב"ד צריך לחייב וא"כ ל"מ תפיסה רק לענין טענת המזיק דזה מחוייב ממנ"פ ושפיר מועיל תפיסה שלא יהיה מקרי טענו חטים והודה לו בשעורים וז"ב מאד. ובלא"ה לפמ"ש הרא"ש דבעינן שיתפוס קודם שעמד בדין ועיין בקונטרס הספיקות שם מ"ש בטעמו וכאן לא מקרי תפיסה קודם שעמד בדין דהב"ד צריך שיחייבו וז"ב. ובזה יש לומר הא דלא משני גם ברישא כשתפס וכתבו התוס' בד"ה ראוי כיון שאין תביעתו אלא על הגדול ל"מ תפיסת הקטן והרא"ש האריך בזה דמ"ט בדבר ולפמ"ש אתי שפיר

כיון דהוא טוען שהמועד הזיק א"כ אינו תופס גוף דבר המזיק וכל שאין תפיסתו בגוף הדבר אף החולקים על ר"ת וס"ל דמועיל תפיסת כל דבר מכל מקום במה שאינו תופס גוף הדבר שוב שייך המוציא מחבירו ע"ה וכמ"ש התשב"ץ הנ"ל שם בהדיא וא"כ גם לענין חטים ושעורים לא מועיל תפיסתו בזה ודו"ק.

ג והנה בתומים וקצה"ח סי' פ"ז שם הקשו על הש"ך דס"ל דאמרינן בתרי ותרי סליק עדותן כמאן דליתנהו מהא דכתב הש"ך בעצמו בסי' ע"א ס"ק ב' דאם שני עדים מעידים שהשטר פרוע ושני עדים אומרים שלא פרע דלא מגבינן ביה ע"ש. ולפענ"ד נראה דש"ה דכל טעמו שאינו נאמן לטעון בשטר שהוא פרוע משום דמצי לומר שטרך בידי מה בעי וכאן דיש שני עדים שפרע יש לומר דסמך על עדים וגדולה מזו כתב רשב"ם בב"ב דף ע' דכל שהיה יכול לפטור עצמו בטענת נאנסו לא חש על שטר מכ"ש בזה דיש לו עדים ובפרט דבספק תרי ותרי ל"מ תפיסה אליבא דכ"ע אם מטעם הרמב"ן ואם מטעם הרא"ש דטוען ברי ובזה לא הבינותי מ"ש הש"ך סי' ע"א דלא מגבינן ולא קרעינן ומשמע דאם תפס המלוה לא מפקינן מיניה והוא תמוה דבתרי ותרי לא מועיל תפיסה ובזה י"ל גם קושית הש"ך על הסמ"ע שם דשם דתנן נאמנות להמלוה כשנים וא"כ איך שייך דסמך על העדים שאומרים שפרע הא ידע דאיכא תרי כנגדו שהרי האמין למלוה כשנים ובשלמא בשאר שטר שיש עדים יש לומר דהוא ידע שהאמת שפרע וכמו שהעידו שנים ולא ידע שיש עדים שקרנים שיאמרו שפרע משא"כ כאן דתנן נאמנות בשטר ואיך לא חש לזה וצ"ע בזה ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרי"ף פ"ב דכתובות גבי ערעור דגזלנותא דפריך הש"ס דתרי ותרי נינהו ופירש הרי"ף דהיינו דלא מפקינן ממון אפומא דהאי גברא דכיון דהוה תרי ותרי הו"ל ספק פסול ולא מוציאין ממון ע"י ומביא ראיה מהא דאמר ומגבינן ביה ואמאי תרי ותרי נינהו ע"ש ובאמת ששיטת הר"ח הוא דתרי ותרי האי גברא כשר מספק דמוקמינן אחזקתי' והר"ן כתב דבאמת ראית הרי"ף אינו ראיה דפשיטא דבשטר כל שיש עדים הפוסלים ומכחישים אמרינן מה חזית דנוקמא הנך בחזקת כשרות נוקמא הנך משא"כ בשתי כיתי עדים דמכחישים בב"א ע"ש ולפמ"ש יש לומר דבהכי פליגי הר"ח והרי"ף דהר"ח ס"ל דתרי ותרי אמרינן סליק עדותם והו"ל כמאן דליתנהו לתרווייהו ואוקי גברא אחזקת כשרות אבל הרי"ף ס"ל דתרי ותרי הוה כמאן דאיתנהו לתרווייהו וא"כ שוב הו"ל האי גברא ספק פסול מכח שני עדים הפוסלים אותו ולזה שפיר מביא מהך דאמרו ומגבינן ביה תרי ותרי נינהו והיינו משום דגם שם אם הוה אמרינן דסליק לא היה מועיל תפיסה כמ"ש למעלה וע"כ דלא אמרינן סליק וזהו עיקר ראיות הרי"ף דאמרינן דתרי ותרי נינהו ולא אמרינן סליק דא"כ הוה מפקינן מיניה

ובאמת תו לא מגבינן ביה והש"ס לא מתמה רק ומגבינן ביה ואמאי תרי ותרי נינהו אבל תפיסה מועיל ומשום דלא אמרינן סליק. ובזה מיושב היטב מה שהקשה הר"ן מהא דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה אלמא אע"ג דפסלו אהדדי מוקמינן להו אחזקתייהו ומפקינן ממונא אפומא ע"ש שהאריך ליישב. ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דתרי ותרי הוה גברא בחזקת פסול משום דכל דלא אמרינן סליק הרי יש כאן שני עדים הפוסלים ופסול מספק ולפ"ז זהו כשמעידים בב"א על ענין אחד אבל כשמעידים על ענין אחר א"כ לענין זה שוב יש להעדים הללו חזקת כשרות ומוציאין ממון מספק מידי דהוה אם אמרינן סליק והוה כמאן דליתנהו הי' הגברא בחזקת כשרות מכ"ש כשהם באים להעיד על דבר אחר א"כ פשיטא דהוה כסליק עדותן במה שהכחישו עצמם בדבר אחר ונשארו בחזקת כשרותן כמו שהי' וז"ב מאד מאד. ובזה מיושב היטב הא דהקשו התוס' בכתובות דף כ' ע"א ד"ה אלא דלר"נ דס"ל דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה אמאי לא מכשרו גם כאן ואמאי לא מגבינן בשטר כיון דאינם אומרים נגד השטר רק שהם פסולים ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דאמרינן דזו באה בפ"ע ומעידה הוא משום דאמרינן סליק עדותן וכאן כשתאמר סליק עדותן נשאר השטר חספא בעלמא ולא גבי כיון דהאי שטרא חספא בעלמא הוא והו"ל ככל מלוה ע"פ וז"ב. שוב ראיתי בתוס' שהקשו ג"כ קושיא זו דלרש"י דפירש ג"כ כהרי"ף והקשו הא זו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה ולפמ"ש נתיישב זאת דשם שייך סליק וכאן לא שייך סליק והו"ל פסול מספק ומ"ש עוד דאף לר"ח כיון דאם אחת מהכתות היו פוסלין אדם מהשוק לא מהמני ולמה יהיו נאמנין לפסול אותו אדם. ולפמ"ש אתי שפיר דאותו אדם כיון דתרי ותרי נינהו היאך נוציא ממון מזה ע"י אותו האיש שלדברי שני עדים הוא פסול ובאמת שמ"ש שאינו נאמנים על איש אחר היינו שלענין איש אחר כיון דלר"ח הוה סהדי שקרי וא"כ כל שכבר הוה סהדי שקרי יופסלו לעדות אבל לא באותו עדות שנתכחשו לא נפסלו רק בשביל הספק ואם אמת כדבריהם הם כשרים ודו"ק וצ"ע בתוס' ב"ק דף ע"ב ע"ב ד"ה אין וכבר כתבתי למעלה דזה תלוי אם תרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא או דרבנן וא"כ לרש"י ורי"ף ז"ל דהוה ספיקא דאורייתא לא אמרינן סליק ועיין בר"ן שם שכתב בהדיא ואחרים מסייעין עוד סברת רב אלפסי וס"ל דכל תרי ותרי ספיקא דאורייתא הוא ע"ש ובאמת הוא לעצמו לא ברירא ליה ובדף כ"ו גבי תרומה תרי ותרי הביא השיטה דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא נינהו ושייך סליק ולכך השיגו על רש"י והסכימו לפירוש ר"ח ודו"ק ות"ל אצתמיד פירושינו וסברתינו דתלוי במחלוקת הנ"ל וכמ"ש למעלה באורך. וראיתי בש"ע סי' ל"ד סכ"ח שהביא דברי הרמב"ם דשנים המכחישים זא"ז הרי זה פסול

מספק ולא יעידו ומקורו מדברי הש"ס הנ"ל גבי ערעור דגזלנותא שפירש רבינו כפירוש הרי"ף רבו ומהתימה על אא"ז הב"ח והט"ז ואא"ז הח"ק ז"ל בהגהותיו שכלם הקשו מ"ש מהא דקי"ל דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה ונדחקו לחלק וכלם לא העירו שזהו קושית התוס' על רש"י והר"ן על הרי"ף והיא תימה גדולה על שלשת הרועים הללו אחר שצווחו בה קמאי דקמאי ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לשיטת הרי"ף ורש"י לא קשה אבל לדידן דקיי"ל דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא א"כ ישאר קושית התוס' והר"ן אבל אכתי צ"ע דהר"ן מחלק לה בגווני אחריני וע"כ צ"ע דבריהם. וביותר תימה על אא"ז הב"ח שבסוף דבריו הביא לדברי התוס' והר"ן ולא הזכיר שקושייתו הן הן דברי התוס' והר"ן. עוד יש לומר בישוב קושית התוס' והר"ן הנ"ל דבאמת מהראוי לאוקמי גברא בחזקת כשרות רק הא דפסלינן מספק הוא משום דהיאך אפשר דיחזיק זה בחזקת כשרות ונימא שהעדים המעידים על פסולו הם בודאי פסולים זה לא אמרינן רק דכלם הם בספק ולכך בזו העדות אין מאמינים אותם ובעדות אחרת מאמינים להם וז"ב מאוד וכעין זה כתב בשו"ת פני משה סי' ק"ח ועיין תומים סי' ל"ד ודו"ק. והנה במ"ש למעלה על דברת הש"ך בסי' ע"א ס"ק ב' לענין תרי ותרי בשטר פרוע דלא שייך שטרך בידי מה בעי דסמיך אעדים שאמרו שהוא פרוע יש לפקפק ע"פ דברי התוס' בגיטין דף ס"ד בד"ה שיש שכתבו דאף שנתן לו בפני עדים מ"מ סמך עליו דזימנין דמייתי סהדי או אזלי למדינת הים א"כ יש מקום לחלק דשאני טענת נאנסו משא"כ בעדים דל"ש דסמך ע"ז דשמא ימותו העדים מיהו גם בנאנסו יש לפקפק דהיה לו לחוש דלמא ימות הוא כמבואר סי' ק"ח וע"כ דלא חיישינן לזה וצ"ע בזה. שוב ראיתי בשערי משפט סי' מ"ו שכתב מדעתא דנפשי' דל"ש שטרך בידי מה בעי דלא שייך לומר דסמך אעדים דשמא ימותו והביא דברי התוס' הנ"ל ולא הרגיש בדברי הרשב"ם הללו וכמ"ש וע"כ צ"ע וגם שאר דבריו שם ובסי' ל"ד צ"ע ולפמ"ש כאן יש לבנות ולסתור בדבריו ואכ"מ כעת.

ד והנה מצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' נ' שכתב דסברת שטרך בידי מה בעי אינו בשביל דהשהה השטר בידו רק דהשטר לכך עומד שכ"ז שלא יפרע לו וזה מביא השטר יתחייב לשלם לו ותנאי ממון הוא זה ולפ"ז בשנים אומרים פרוע ושנים אומרים לא פרוע והרי לדברי עדים שאומרים פרוע לא שייך שטרך בידי מה בעי דהרי כבר קיים התנאי ופרע לו וא"כ הו"ל ככל תרי ותרי דעלמא ולפ"ז לפמ"ש הש"ך דכל תרי ותרי אמרינן כמאן דליתנהו דמי וא"כ ממילא כל שמראה השטר הרי השטר בחזקתו מיהו מדברי הרשב"ם לענין נאנסו לא מורה כדברי הרא"ש האלו ועיין מ"ש בכ"ד שם: וראיתי בשם גדול הדור שחידש עפ"י דברי הש"ך הנ"ל דאם יש עדים שאומרים שלוה מנה ושנים אומרים שלא

לוה רק מנה דחייב הלוה לשבע ש"ד דעכ"פ העדים מעידים שחייב מנה ואף שהוא כופר הכל מכל מקום לא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וא"ל דהרי העדים מסייעים אותם שאומרים שלא לוה רק מנה דהרי אמרינן סליק עדותן ועי"ז הקשה בסוגיא דמיפך והזמה דאכתי מאי אפסדינהו עדים אחרונים דהרי מכל מקום צריך לשבע וא"כ אינו רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע ובכה"ג פטורין כמבואר בשבועות דף ל"ב. ולפענ"ד אם שדבר חכמה אמר אבל לא נהירא דגוף דינו ליתא דטעם הש"ך דאמרינן סליק עדותן והוה כמאן דליתנהו וא"כ אם נסלק עדותן הרי הלוה כופר בכל ואי אפשר לאחוז החבל בשתי ראשון דאם נחייבו מכח עדותן הרי לא סליק עדותן וגם במיפך והזמה ל"ק דבקנס ל"ש שבועה מדר"ח כמ"ש הט"ז בחו"מ סי' ל"א וגם לא שייך דאינו רק גורם לממון דשם דוקא לענין קרבן שבועה שייך לומר דכל שאינו ממון גמור לא חייב קרבן שבועה דמי יימר דמשתבע אבל כאן הרי העדים גרמו לו חיוב ממון במה שאמרו שלוה מנה ועי"ז צריך לשבע לא שייך לומר מי יימר דמשתבע דמכל מקום הפסידו אותו דלולא עדותן היו הראשונים מחייבין אותו ממון גמור וז"ב ודו"ק. ויש ליישב בזה קושית התוס' דליהמן בהכחשה במיגו שהיו מזימין דיש לומר דבכה"ג שמכחישין והוא חייב שבועה דאמרינן סליק ואם הי' מזימין היו העדים הראשונים נפסלים לגמרי ולא היו צריך הבע"ד לשבע והם לא רצו רק להכחיש העדים ולא הבע"ד ודו"ק וצ"ע: והנה הרא"ש כתב בריש המפקיד על מ"ש רב אלפס שם דקיי"ל ממון המוטל בספק חולקין דתימה היא דקי"ל כרבנן דהמוציא מחבירו ע"ה ואפשר דגבי כפל ליכא חזקה הלכך לכ"ע חולקין אבל אין הלשון משמע כן וכו' ועוד נראה דודאי חזקה איכא כיון דמספקא לן אי אקני בהמה לכפילא אוקי בהמה בחזקת בעליה ולא אקני לי'. וראיתי להב"י סי' רצ"ה שכתב על דברת הרא"ש האלו דיש לדחות כיון דכפילא אינה ביד המפקיד ומעולם לא בא לידו ולא שייך חזקה ודבריו תמוהין לפענ"ד דאף שגם הנימוק"י כתב כן כמו שהבאתי לעיל משמו בפ"ק דב"מ ובפרק המפקיד שם הא גם הרא"ש כתב כן בתחלה דגבי כפל ליכא חזקה ואפ"ה כתב אח"כ דכיון דהספק הוא נמי אי אקני בהמה לכפילא וא"כ אוקי הבהמה בחזקת בעליה וכוונתו דאל"כ הו"ל דבר שלא בא לעולם וע"כ גוף הפרה מכר לו והכפל קני לו ממילא ועיין בתוס' ד"ה כגון וא"כ שפיר כתב הרא"ש דכיון דאנו דנין ע"כ על גוף הפרה דאל"כ לא קני הכפל וא"כ בכה"ג שפיר יש לאוקמא הפרה בחזקתה וז"ב. ובלא"ה יש לומר לפמ"ש בנימוק"י בשם הרשב"א דאם יש עדים שנגנב בש"ח וזה רוצה לשלם דל"מ הקנאת הכפל דמתחלה לא אסיק אדעתי' להקנות לו הכפל בכה"ג דלמה ישלם כשיש עדים וא"כ אינו מקנה לו הכפל רק אח"כ בעת ששילם והוה כמקנה קנסותי'

דל"מ והדבר צ"ב דא"כ מה מועיל מה שמקנה לו מתחלה שתהיה קנויה לו מעכשיו סוף סוף אינו מקנה לו רק לקנסותיו ולא עשה כלום וצריך לומר כיון דשבחא דמעלמא הקנה לו א"כ לא מכר לקנס לבד רק לכל שבחא דאתי מעלמא כגון הוקרה כדומה וא"כ לא מכר לקנס לבד ועיין בקצה"ח סי' רצ"ה שכתב ג"כ כסברא הלז אבל לא הרגיש בדברי הנימוק"י האלו ולפ"ז שפיר כתב הנימוק"י דכל דמתחלה לא אסיק אדעתי' רק אח"כ בעת תשלומיו שוב הוה מוכר לקנסותיו לבד דל"מ. ובזה ישבתי לנכון מ"ש רש"י לכשתגנוב ותרצה לשלמני סמוך לגניבתה קנוי' לך והיינו דמתחלה הקנה לו כן ותמה המהרש"א דלמה לא נימא דהו"ל כאומר לו כן שעה אחת סמוך לגניבה ולפמ"ש אתי שפיר דאז הו"ל כמוכר לקנסותיו בלבד דל"מ ומעתה דברי הרא"ש מבוארים דאם נימא דהפרה בחזקת בעליה עומדת א"כ כל שבח דאתי ממילא כגון הוקרה לא יהיו בחזקת השומר כ"א בחזקת בעליה א"כ שוב לא נ"מ רק לקנס בלבד ולענין כפל דהיינו קנס בלבד ל"מ מכירה כלל ודו"ק היטב. והנה מצאתי בתומים סי' ג' ס"ק יו"ד בסופו הביא בשם פרח מטה אהרן ח"א סי' ס"ב שכתב היכא דהיו שני עדים המכחישים השליש ושני עדים מסייעים לשליש אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי והשליש נאמן והאו"ת כתב דכיון דנאמנות של שליש הוא כבי תרי הוה כאילו ארבעה עדים אומרים כדבריו דהוא נחשב לשנים ועוד שנים מסייעים והרי יש שני עדים המכחישין והו"ל עדות מוכחשת והכרייע כן ולפענ"ד הדבר ברור כפרח מטה אהרן דאטו מתורת עדות אנו דנין להשליש ואף נשים ועבדים כשרים להיות שליש דקבלו עליהם וא"כ ניהו דנגד שני עדים המכחישים לא האמינהו אבל כיון שיש כאן כת המכחשת אם כן ל"מ אם נימא דכל תרי ותרי סליק עדותן כמי שאינו וא"כ נשאר נאמנות השליש בחזקתו אלא אף אם נימא דתרי ותרי כמאן דאיתנהו והעמיד הדבר בחזקתו הרי מבואר בסי' נ"ו ס"ב דאנן טעינן ליה כדי שלא יהיה מוכחש מהעדים וכתב הסמ"ע דאף דאמרינן בכ"מ המוציא מחבירו עליו הראיה ודנין השני כיתי עדים כמכחישים והמוציא מחבירו ע"ה שאני כאן דמוציאין השליש מחזקתו וא"כ כיון דהשליש יש לו חזקה שוב אמרינן תרי ותרי הו"ל ספק ומוקמינן השליש בחזקת כשרות וכמ"ש למעלה ועיין מהרש"א בכתובות דף כ"ו וכאן לא שייך חזקת ממון כיון דהושלש הו"ל השליש כתופס בעד שניהם ושוב שייך לאוקמא השליש בחזקת כשרותו ונאמנותו וז"ב מאד מאד. והנה במ"ש הר"ש פ"ה דטהרות לענין תרי ותרי דברה"ר טהור והקשה מעירובין דף ל"ד דאחת אומרת מבע"י ואחת אומרת מערב דגם ברה"ר מטמאות ולפענ"ד נראה דבאמת התוס' ר"פ שני נזירים כתבו דהיכא דאי אפשר להיות כסוטה לא אזלינן ברה"י לחומרא וע"ז הקשו דא"כ גם ברה"ר לא נטהר

וכתבו דברה"ר מטהרין משום חזקה ולפ"ז בתרי ותרי דעכ"פ לא מוקמינן אחזקה מדרבנן א"כ אזלינן לחומרא אך נראה דאם נימא דתרי ותרי כמאן דליתנהו א"כ שוב מהראוי לאוקמא אחזקה קמייתא ולכך טהור ברה"ר ולפ"ז שם דתרווייהו הכתות מסהדי דעכ"פ כעת בודאי טמא רק שנחלקו אימת נטמא בכה"ג לא שייך לאוקמא אחזקה קמייתא וכעין שכתבו התוס' לענין קדשה עצמה בעיר וקדשה אביה בדרך דעכ"פ חזקת פנויה לית לה וה"ה כאן ועיין בכתובות דף כ"ב תרווייהו באשת איש קא מסהדי ודו"ק כי קצרתי

ה והנה בהא דאמרו בב"ב דף מ"א בשתי כיתי עדים שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתים שיש בכלל מאתים מנה ופירש רש"י דבמנה השנייה אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' וקשה אם נימא דהוה כמו דליתנהו כלל א"כ שוב למה יתחייב מנה וצריך לומר דפלגינן דיבורייהו דלענין המנה הוו כמאן דאתנהו ולפ"ז באחד אומר מנה ואחד אומר מאתים אינו חייב שבועה על המנה אחרת דלענין המנה השניה כמאן דליתנהו דמי וצ"ע בחו"מ סי' למ"ד דבעדות מיוחדת מחוייבין שבועה ואפשר דשאני צירוף דלא שייך לומר כמאן דליתנהו ועיין ש"ך שם ודו"ק ובמ"ש מיושב מה שהקשה אחד מהתלמידים בהא דאמרו בקידושין דף ס"ה אי דאיכא תרי להאי ותרי להאי א"כ אשה אמאי תגבה כתובת' וקש' הא הוה כמאן דליתנהו כלל כיון שמכחישין זא"ז. ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא לגבי אותן אנשים שמעידין עליהם ולא נגד האשה דלגבה הוה תרי ותרי ממש שעכ"פ שלה אינו החבילה בודאי ודו"ק ועיין בקונטרס התפיסות לאחי הקצה"ח ז"ל כלל ב' שהקשה על הרמב"ן דמחלק בין קרקע למטלטלי ודוקא בתרי ותרי לפי שהוא ספיקא דאורייתא דא"כ מה מביא ראיה ביבמות דף ל"א מנכסי ב"ש דהא במקרקעי הוה ע"ש ומצאתי בשיטה מקובצת כתובות דף כ' גבי נכסי דב"ש שכתב אוקי תרי לבהדי תרי ואפילו מטלטלי ע"ש וא"כ יש לומר דגם להרמב"ן משמע לי' כן דנכסי כולל אף מטלטלי ול"ד מה דאמר אוקי ארעא וא"כ ל"ק על הרמב"ן ואני מצאתי בשיטה מקובצת בכתובות דף ט"ז גבי הא דאמרו אי תפסה ואמרה אתנוסי היא דקא מתנס שכתב בשם הרמב"ן ג"כ לחלק בין עדים לשאר תפיסה אבל שם לא ביאר משום דתרי ותרי ספיקא דאורייתא רק משום דעדים אלימי ולא מפקינן ממון כנגדן ע"ש וע"ז מחלק בין מטלטלין ובין מקרקע וביאר דנכסי דב"ש הי' מקרקעי ודו"ק היטב כי זה שיטה חדשה אף למ"ד תרי ותרי ספיקא דרבנן והאחרונים לא זכרו זאת ועיין שיטה מקובצת בב"מ בתקפו כהן מ"ש בשם הרמב"ן בעניני תפיסות. והנה בהא דמבואר ביו"ד סי' ס"א בסכ"ג דאם תפס הכהן מתנות מהלוי דא"צ להחזיר והקשו הא הו"ל ת"כ דמוציאין מידו והש"ך שם בס"ק י"ג מחלק ועיין בספרו תו"כ אות צ"ח צ"ט ובתומים בקונטרס התפיסות

מ"ש בזה ולפע"ד נראה דהחילוק הוא בין ספק במציאות דשייך לאוקמא אחזקת מרא קמא משא"כ בספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקת מרא קמא דהא בשביל החזקה לא ישתנה הדין וכמ"ש המלמ"ל הנ"ל. ולפענ"ד יש להסביר סברת המלמ"ל הנ"ל דהא ענין חזקת מרא קמא הוא דוקא בשנתברר חזקת מרא קמא אבל אם נולד הספק על החזקה עצמה ואנן מספקינן אם היה לו כלל חזקת מרא קמא בודאי לא שייך חזקא מרא קמא והרי כאן הו"ל כנולד ספק על החזקת מ"ק דהא ספק זה קדים דקודם שקנה הלוי הבהמה היה ספק אם קנה המתנות או שצריך לתת לכהן וא"כ לא שייך חזקת מרא קמא וש"ב החריף מוהר"ר אברהם ר"ב נ"י השיב דמכל מקום חזקת ממון שייך בזה דעכ"פ מספק אין להוציא ממנו ממון אבל זה אינו דהא גם הך חזקת ממון אינו גמור דהא אם שייך המ"כ לכהן מעולם לא היו לו חזקה בזה ולכך מועיל תפיסה וא"ל דהא הכהן הוה לי' ג"כ תפיסה לאחר שנולד הספק דזה אינו דכיון שזה הספק נתהווה קודם ולא היה לזה חזקת מרא קמא מועיל תפיסה אף לאחר שנולד הספק ושאני בעלמא דהספק לא נולד רק לאחר שהיה לזה חזקת מרא קמא וזה תפס לאחר שנולד הספק משא"כ בזה דהספק היה קודם שהיה לזה חזקת מרא קמא וחזקת מרא קמא אינו ברור רק ספק הוא וז"ב כשמש ובזה צדקו דברי הש"ך וכמ"ש הש"ך בשמו בספרו ת"כ שם. והנה מהרי"ט אלגזי הלכות בכורות ריש פרק שני דבכורות האריך במ"ש התוס' דה"א דקנה מספק וע"ז הקשה דהיאך אפשר דקנה מספק הא הו"ל ספיקא דדינא וא"כ שייך לאוקמא ממון בחזקת מרא קמא והאריך שם ולא זכיתי להבין דמלבד דבספיקא דדינא לא שייך חזקת מ"ק דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וכמ"ש המלמ"ל הנ"ל. הן אמת דלפי מה שהסברתי למעל' סברת המלמ"ל דהוה כספק על חזקת מ"ק עצמו וכאן לא שייך זאת דהא מקודם בודאי דהיתה הפרה בחזקת של המוכר אבל מכל מקום סברת המלמ"ל עצמו דעפ"י חזקה לא ישתנה הדין שייך גם כאן. ובלא"ה צ"ב לפענ"ד דאיך שייך בספק ממון חזקת מרא קמא זהו אם ירצו לחזור בם אבל כאן מה חזקת ממון שייך והלא יתחייב להחזיר הממון כל שיתבטל המקח וא"כ כיון שזה אינו רוצה להחזיר הממון ממילא לא שייך חזקת מ"ק ג"כ מיהו לזה יש לומר דלא יוכל לחזור רק שיצטרך לעשות עוד משיכה וכדומה אבל לא יוכל לחזור מהמקח וא"כ שוב יש חזקת מ"ק ומיהו בלא"ה לא שייך חזקת מרא קמא דעכ"פ כיון שיש ספק אי קונה עכ"פ אתרעי חזקת מ"ק. והנה המהרי"ט אלגזי שם בדף ט"ו הביא בשם בני יעקב שהקשה כיון דקי"ל דס"ס בפלוגתא דרבבוותא מועיל למה לא יועיל כסף לכך בגוי שקונה בכור ספק שמא קי"ל כר"ל דישראל במשיכה וא"כ גוי בכסף וכשיטת רש"י וספק שמא קי"ל כהרמב"ם דגוי קונה בכסף או במשיכה

והאריך בזה ע"ש דלא הוה מתהפך ומ"ש המהריט"א בזה. ולפענ"ד יש לומר דבר חדש דענין ס"ס הוא מתורת רוב ולדעת האחרונים הוא עדיף מרוב והוה כרובא דאיתא קמן ולפ"ז בגוי הרי נסתפק הפרי מגדים אי שייך לענין אבמה"ח רוב דאחרי רבים להטות לישראל נאמרה ולא לב"נ וא"כ מכ"ש דס"ס לא מועיל דמה בכך דיש שני צדדים להקנין כל שיש ספק שמא כר"ת שוב לא קנה הגוי וז"ב. ובזה הן נסתר מה שהאריך מהריט"א בדף י"ז ע"ב בסוגיא דמקבל צ"ב דאף דאינו קונה במעות מ"מ הוה כמשכנתא והו"ל יד גוי באמצע וא"כ שוב הו"ל ס"ס ולפמ"ש יש לומר דל"מ ס"ס בגוי. אמנם אחר העיון נראה דמועיל ס"ס לענין בכורה דניהו דלא אזלינן בתר רוב בגוי והיינו דכל דלא הוה ברור גמור רק שני צדדים לא עדיף מרוב דאינו מועיל דעכ"פ אינו ברור להתיר אבל זה לענין אבמה"ח דלא בטיל ברוב דבזה לא נאמר אחרי רבים להטות אבל כיון שעכ"פ מידי ספק לא יצא ניהו דא"י להוציא מספק אבל עכ"פ יד עכו"ם באמצע מקרי דעכ"פ יש לו ספק שמא קנה ואף דבחד ספק ל"מ היינו משום דבחד ספק כיון שבישראל לא מוציאין ממון בחד ספק א"כ כדינינו דיינין להו ואמרינן דבדינינו לא מקרי יד עכו"ם באמצע אבל בס"ס דבדינינו יכול להוציא בס"ס וא"כ עכ"פ מידי יד עכו"ם באמצע לא נפיק ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש

ו והנה במהריט"א הביא בשם מהרא"י דכל שגוף הבהמה של ישראל אף דיש להגוי שעבוד על הפרה ל"מ אבל אין ענינו לזה דכאן יש לו בדינינו קנין בגוף הפרה והבכור ובכה"ג ודאי מקרי יד עכו"ם באמצע ובגוף סברת המהרא"י נראה לפענ"ד ברור דלפמ"ש הח"ץ סי' כ"ו דגזל הגוי אסור מן התורה אף דהתורה לישראל נאמרה וכמ"ש המהרש"ל משום דעיקר הוא מה שהזהירה תורה היא בשבילנו לנקות עצמינו מפעולות רעות ע"ש והרבה הארכתי בזה בחיבורי יד שאול ובחבורי כת"י בכמה מקומות ולפ"ז דוקא בגזל ממש אבל כאן להסיר השעבוד אינו רק הפקעת הלואה ושוב לא מקרי יד עכו"ם באמצע דמה בכך דאינו משועבד לו ע"ז אבל גוף הלואה לא נפקע וז"ב כשמש. ובזה יש ליישב מ"ש הצ"ץ סי' ס"ד בגוי שנתן מעות לישראל שיקנה לו פרה והלך וקנה וילדה בכור דאף דאין הגוי קונה ע"י ישראל בדינינו מ"מ עכ"פ שעבוד יש לו על אותה פרה ומקרי יד עכו"ם באמצע והקשה מהריט"א שם בדף ח"י דהרי גוף הפרה היא של ישראל ומה מועיל שיש להגוי שעבוד. ולפמ"ש אתי שפיר דשאני שעבוד דעלמא דעכ"פ לא גזל ממש אבל כאן באמת זה לקח מעות של גוי וקנה אותה פרה וא"כ אין לך גזל גדול מזה שלקח מעות מגוי וקנה פרה לעצמו ובכה"ג שוב אסור והו"ל יד עכו"ם באמצע ומיהו בפשיטות יש לומר דשאני שאר שעבוד דאינו דוקא על אותו חפץ דוקא דאף שזה הבטיח

לו שיתן לו זאת בעד טפול הפרה ומזונותיה אבל מכל מקום אינו רק הלואה אבל שם שקנה אותה הפרה ממעותיו של זה הרי המוכר הקנה לזה הפרה דלא קי"ל כחוכא דבני מערבא ואף דלגוי לא מהני הזכייה אבל מ"מ לא מקרי הפרה של ישראל ועיין תוס' ב"ק דף מ"ו גבי דמי רדיא דכל דאותו דבר הוא בעין לא מצי להחזיר לו סובין וגם הב"ח דעתו לענין בורח דכל דאותו דבר בעין או מחיר אותו הדבר זה הב"ח קודם וה"ה כאן ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד וגם לדינא יש לו פנים בהלכה ת"ל:

סימן ב

א בענין כרמלית בכלים.

ב הנה במ"ש המג"א סי' שמ"ה בשם רש"י דאין כרמלית בכלים והיינו דהוה רה"ר גמור והגאון בעל אהעו"ז בחידושיו לשבת דף ה' חולק ע"ז וכתב דהוה מקום פטור דכל שגבוה יותר מג' מבטל מתורת רה"ר דלא גרע מהזמי והיגי דמבטל מתורת רה"ר ע"ש שהאריך. ולפענ"ד ראיה ברורה להאהעו"ז ממ"ש הר"ן ריש שבת שהקשה בהא דאמרו דבעינן הנחה על מקום ד' והקשה הר"ן דהיאך משכחת לה דפחות מג' הוה כקרקע ויותר משלש הו"ל כרמלית ונדחק הראב"ד דמירי בבע"ח שחולקין רשות לעצמן או בעמוד גבוה ט' ורבים מכתפין ולמה לא מוקי בכלים דהו"ל רה"ר ובעי רחבה ארבע דאל"כ לא הו"ל רה"ר וע"כ דכלי כל שהוא יותר מג' מבטל מרה"ר ופחות מג' שוב הוה כהזמי והיגי והו"ל כקרקע וז"ב. ולכאורה רציתי לומר דפחות מג' דהוה כקרקע הוה מתורת לבוד ובכלים לא שייך לבוד וא"כ אף להאהעו"ז קשה דלוקי בפחות מג' דבכלי לא שייך לבוד. אך באמת מלבד דתלוי במחלוקת רש"י ותוס' בכוורת ועיין מג"א סי' תק"ב אף גם דבכה"ג אפשר דכ"ע מודו דהוה כקרקע דלא מתורת לבוד קאתינן עלה ולא נפניתי כעת לעיין בזה עכ"פ על המג"א קשה כי דברי הראב"ד דחוקים לאוקמא בבע"ח וגם צ"ע דבסי' שמ"ה אינו מבואר כלל דינו של הראב"ד דבבע"ח לא שייך לומר דחולק רשות בפ"ע וגם ברמב"ם ובב"י לא מצאתי לפום ריהטא וצריך חיפוש וע"כ צ"ע: ומידי דברי זכור אזכור מ"ש המ"א שם ס"ק וא"ו דמפולש משער לשער דיש לעיין בזה אם יש לחלק בין עיר של יחיד לשל רבים וציין מהריב"ל ח"ג סי' ע"ד ועיינתי שם וראיתי כי האריך הרבה בזה הענין והנה הרמב"ם בפירוש המשנה בעירובין פ"י משנה ט' גבי מעשה דשוק של פטמין שהיתה בירושלים כתב דנחשב ירושלים כרמלית לפי שהוא עיר של רבים והיו לה פתחים ולא היתה מעורבת וכו' ומשמע דיש לחלק בין עיר של יחיד לעיר של רבים ועיין בתויו"ט שם ובפ"א מעירובין בה"ה ה"א ובכ"מ פי"ד ה"א משבת ועכ"פ מדברי כלם שם נלמוד דירושלים כשהי' בישיבתה קודם שנפרצו בה פרצות וכשהיו

דלתותיה ננעלות בלילה היתה דינה כרה"י גמור כמ"ש הרמב"ם פ"א מעירובין הלכה א' בהדיא ומשמע דלא היה צריך שום תיקון כלל וכמ"ש מהריב"ל שם ודלא כרבינו יהונתן בפ"ק דעירובין שכתב דלא מועיל דלתות נעולות בלילה לאפוקי מידי כרמלית רק שצריך לעשות עמוד מכאן ועמוד מכאן וכמ"ש המהריב"ל שם באורך דלא קי"ל כרבינו יהונתן בזה ע"ש: ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש רבינו בפכ"ד משבת הלכה י"ב דאסרו חכמים לטלטל בשבת משום שלא יהיה טלטול של שבת כטלטול של חול ע"ש שהאריך בטעמים בזה ותמה הראב"ד דבשבת אמרו דף קכ"ד ע"ב אטו טלטול לאו צורך הוצאה היא ומשמע דאסרו טלטול משום גדר הוצאה וכן אמרו בדף קכ"ג ע"ב בימי נחמי' בן חכלי' נשנית משנה זו והיינו משום גדר הוצאה ומ"ה נדחק דמתחלה אסרו משום הוצאה ואח"כ כשהותרו קצת כלים אסרו השאר משום טעמי רבינו ואני אומר דמלבד דדחוק הדבר דמנ"ל לרבינו זאת אף גם דהדבר תמוה מש"ס ביצה דף י"ב דאמרו א"ה נפלגו באבנים.

ג ופירש"י ותוס' דאם אין איסור בהוצאה אין איסור בטלטול ע"ש ואם איתא הא אכתי איכא משום טעמים של רבינו וזה רבות בשנים שמבואר בגליון הרמב"ם שלי תמי' זו ולא מצאתי מענה ואח"כ כשלמדתי הלכות שבת ישבתי דברי רבינו. אמנם כעת האיר ד' עיני בדרך נחמד דהנה לכאורה תימה לפי מה דאמרו בעירובין דף ק"א דקודם שנפרצו בה פרצות היתה רה"ר אם לא ננעלו דלתותיה ולאחר שנפרצו בה פרצות מקרי כרמלית ע"ש ולפי זה כשדלתותיה ננעלות הו"ל רה"י גמור וא"כ בימי נחמיה בן חכלי' כשבנו חומת העיר כבתחלה וחבבו חומת העיר כמבואר במקרא קשיא טובא דא"כ אמאי אסרו בה טלטול כדאמרו בדף קכ"ז בימי נחמי' בן חכלי' נשנית משנה זו דכתיב בימים ההם מביאים ערימות והרי כל עקרו של טלטול משום גדר הוצאה נגעו בה והרי פשיטא דכל שהיו דלתותיה נעולות כל יום השבת כמבואר במקרא שם דנעל הדלתות וא"כ שוב היה מותר הוצאה בכל העיר דהוה רה"י גמור מה"ת אף ששלמה תיקן ערוב אבל לא שייך לגזור בטלטול אטו הוצאה דהוה רה"י גמור מן התורה וא"כ איך אפשר דגזרו בטלטול משום הוצאה וע"כ פירש רבינו דאז הוצרכו לחדש גזירה אחרת בטלטול משום הנך טעמים של רבינו ולכך התירו וחזרו והתירו כיון דזה נתחדש טעם אחר בימי נחמי' לכך התירו וחזרו והתירו ובאמת הא דגזרו משום הוצאה הי' בעיר אחרת שאין לה דלתות נעולות אבל בירושלים אז בימי נחמיה שהיה לה חומה חדשה נתבטל טעם זה והוצרכו לגזור משום טעמים אחרים. וזה לדעתי מה שאמרו בימי נחמי' בן חכלי' נשנית משנה זו ופירש"י משום דהי' מזלזלים בשבתות והוא תימה דא"כ הי' לו לומר בימי

ירמי' נשנית משנה זו דהרי ירמי' הזהירם ולא תוציאו משא ביום השבת כדאמרו בביצה דף י"ב דמהאי נפקא דביו"ט מותר ולפמ"ש רבינו אתי שפיר דבימי נחמי' דצוה שלא לפתוח הדלת כל ימות השבת ואז היתה רה"י גמור וע"כ לא היה מקום שיאסרו הטלטול בירושלים ואז חדשו טעם אחר כמ"ש רבינו ולכך התירו מקצת כלים ואסרו מקצת ולכך נקט רבינו טעם זה וזה הקדמה למה שיבא בפכ"ה בביאור הכלים שמותרים והאסורים וכמ"ש. ומעתה שפיר אמרו דהטלטול בשביל ההוצאה דהא באמת כל שאין דלתותיה נעולות ובמקום שאין לה דלתות נאסר בשביל ההוצאה ושפיר פריך דא"כ לשתרי אבנים דאז לא נתחדש טעם זה דבימי נחמי' בן חכלי' נתחדש זאת. איברא דאף אם הי' דינו ככרמלית והיינו לאחר שנפרצה ג"כ לא הי' מקום לגזור טלטול אטו הוצאה מיהו יש לומר דכיון דעכ"פ כרמלית אסור מדרבנן דדמי לרה"ר ע"כ החמירו גם אז שכבר הי' הגזירה מקדם אבל אם יש לה דין רה"י גמור ושלמה דתיקון עירובין הוא רק משום שלא יבאו להוציא מהשדה לעיר א"כ פשיטא דלא שייך לאסור עוד טלטול משום גדר הוצאה וז"ב ודו"ק ומכ"ש אם נימא כשיטת הרבינו יהונתן דלא נפיק מדין כרמלית אף כשדלתות נעולות כל שאין עושה לה תיקון וא"כ רק בימי נחמי' בן חכלי' נשנית משנה זו דאז הוה כרה"י גמור ואף להפוסקים דלא ס"ל כר"י וס"ל דא"צ שום תיקון נראה לפענ"ד כיון דבמקום שאין דלתות א"כ שפיר שייך גזירה משום הוצאה א"כ לא פלוג חז"ל ואף במקום דאיכא כרמלית כל שאינה רה"י גזרו משום הוצאה אבל במקום שיש לה דין רה"י גמור פשיטא דלא שייך הגזירה משום הוצאה ולכך הוצרכו לחדש תקנה אחרת ומשום הנך טעמים של רבינו ודו"ק ואף דבש"ס משמע דבימי נחמי' בן חכלי' היינו לפי שחללו שבת ביותר ובירושלמי בכל הכלים מבואר הדבר בהדיא כן גם לפמ"ש יש לומר כיון דחללו שבת הרבה ולא הי' מקום לגזור משום הוצאה ע"כ חידשו משום הנך טעמים של רבינו

ד והנה לפמ"ש הפ"י בס"פ במה מדליקין דהא דאמרו דטלטול משום הוצאה הוא דוקא באם מטלטל לצורך גופו או מקומו אבל מחמה לצל לא שייך לגזור משום הוצאה דהו"ל מלאכה שאצל"ג אף אם יוציאנו דא"צ לגוף ההוצאה ושם אסרו משום דדמי לעובדא דחול ע"ש וא"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם דהרמב"ם רצה לתת טעם למה שאסרו מחמה לצל וזה אינו רק משום עובדא דחול. ובזה הי' מיושב כל קושית הראב"ד אבל הרמב"ם מדויל ידיה משתלם דהרמב"ם פסק דמשאצל"ג חייב כמ"ש בפ"א משבת ודו"ק: ובגוף דברי הרמב"ם והראב"ד בטעם הטלטול אני תמה דלכאורה הדבר מפורש דלא כראב"ד דהרי בריש לולב וערבה פריך בש"ס מכדי טלטול בעלמא הוא ולדחי שבת ומשני גזירה

שמא יעבירנו ארבע אמות ברה"ר והדבר תמוה דלשיטת הראב"ד דטלטול מוקצה משום הוצאה נגעו בה א"כ כיון דהש"ס מקשה מכדי טלטול בעלמא ולדחי שבת צריך לומר ע"כ דאף דגזרו משום הוצאה ואף במקום מצוה גזרו על הטלטול כמ"ש פרק מפנין דאוצרות אסור לטלטל אף במקום מצוה דהכנסת אורחים וביטול בית המדרש אפ"ה לא הי' לחכמים לאסור בביטול מצוה קבועה של תורה וחכמים לא אסרו בכה"ג כיון שהיא מצוה קבועה מן התורה ביום זה לא שייך לגזור וכמ"ש הריטב"א בחידושיו לסוכה שם באורך וא"כ כיון דלא חיישינן לגזירה דשמא יעבירנו א"כ מה חידש רבה גזירה שמא יעבירנו ואף דחשו שמא יעבירנו לפי שילך ללמוד מכל מקום כל דסתם טלטול ג"כ גזרו שמא יעבירנו או הוצאה דהכל אחד הוא ואפ"ה לא גזרו בזה כיון שהיא מצוה קבועה א"כ פשיטא דלא גזרינן שמא יעבירנו וע"כ דאיסור הטלטול הוא בשביל הנך טעמים דרבינו הרמב"ם וא"כ בכה"ג דהיא מצוה לא שייך כלל כל הנך טעמים דאינו עושה לשם מלאכה רק לשם מצוה ולא שייך ביה עובדין דחול ויהיה ניכר השביתה וכבר כתב הריטב"א דמשום עובדא דחול הותר לשם מצוה ושפיר מקשה דעל הטלטול לדחי שבת ול"ק קושית הריטב"א דכאן ניכר המצוה הקבועה ולא שייך עובדין דחול ולא יבא לעשות מלאכה וגם ניכר השביתה וכל מה שעושה הכל יודעים דהוא בשביל מצות לולב וע"ז חידש דמכל מקום שייך כאן משום הוצאה משום דע"י שאינו בקי יעבירנו ארבע אמות וא"כ דברי הרמב"ם מבוארים. וליישב דברי הראב"ד שלא יהיה מוקשה כ"כ נראה לי דגם הוא מודה דכל דל"ג משום הוצאה במקום מצוה קבועה לא גזרינן שמא יעבירנו בשביל שילך אצל בקי ופשיטא דמשום חשש זה לא הי' מתחיל לתקן כיון דעל הטלטול לא גזרו במקום מצוה קבועה רק דכיון דבשופר ומגלה תקנו משום גזירה שמא יעבירנו ושם לא נאסר הטלטול דשופר אינו רק מלאכתו לאיסור כמ"ש התוס' בשבת דף ל"ו ולשיטת רש"י שם מקרי מלאכתו להיתר ומכ"ש מגילה דבת טלטול היא דכתבי קודש היא וכמ"ש הריטב"א בהדיא ובתשובה הארכתי בזה על מה שאסר בשכנה"ג לטלטל המגלה בשבת והבאתי דברי הריטב"א הנ"ל וא"כ כ"ש דמותר לטלטל ולא שייך כלל הגזירה בדבר שמלאכתו לאיסור עכ"פ לצורך גופו ומקומו שרי וא"כ שפיר גזרו בזה שמא יעבירנו דילך ללמוד אצל בקי וא"כ אף בלולב דלא גזרו בזה לטלטל המשיכו תקנה שלא לצאת בו כיון דכבר תקנו דבמידי דמצוה חיישינן שמא יעבירנו וזה לדעתי מה שסיים כאן והיינו טעמא דשופר והיינו טעמא דמגילה והיינו דמשום כך המשיכו התקנה גם על זה וכמ"ש הרא"ש פ"ב דגיטין גבי זמן בגיטין דאף בזמן הזה דל"ש החיפוי בשביל מיתה המשיכו התקנה ועשו סניף ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשה בשו"ת

בית יעקב מדוע לא סיים הש"ס והיינו טעמא דהזאה דהוא ג"כ משום שמא יעבירנו ולפמ"ש אתי שפיר דבהזאה דהוא משום מתקן גברא כמ"ש רש"י במשנה דאלו דברים שם ורק דמשום הפסח הי' להם לדחות וכעין מ"ש רשב"א כאן דבמקום מצוה קבועה לא הי' להם לגזור וא"כ פשיטא דשייך הגזירה דשמא יעבירנו דכל שגזרו משום העברה שוב אסור משום מתקן ודו"ק ויש להאריך שם ואכ"מ:

ה והנה לכאורה מדברי רש"י משמע דאיסור טלטול אינו בשביל הוצאה שהרי בשבת דף צ"ד כתב גבי האי שכבא דהוה בדיוקרות דשרי ר"נ להוציאו לכרמלית כתב רש"י דמשום טלטול מניח עליו ככר או תינוק הרי דטלטול חמור טפי מאיסור הוצאה דבטלטול הצריך לככר ותינוק ואם איתא כיון דאיסור הוצאה הותר משום כבוד הבריות א"כ שוב לא שייך טלטול כלל כיון דאינו אסור משום הוצאה וע"כ דאיסור טלטול אינו משום הוצאה רק משום הטעמים של רבינו ולכך הוצאה התירו משום כבוד הבריות אבל גוף הטלטול לא הותר רק ע"י ככר ובאמת שבלא"ה יקשה דאיך שייך לגזור במת על הטלטול משום הוצאה כיון דלר"ש משאצל"ג פטור והוצאה של המת היא מלאכה שאצל"ג דמה"ט פוטר ר"ש וא"כ מה"ת לגזור עוד על הטלטול משום הוצאה כיון דלר"ש משאצל"ג פטור. ומיהו לפמ"ש הרשב"א בחידושיו דלכך אסרו לר"ש להוציאו לרה"ר אף דהוה מלאכה שאצל"ג והוה כמו לר"י בכרמלית משום דלפעמים יש במת מלאכה הצל"ג כגון בעכו"ם שהוציא לכלבו ומאן מפיס לכך אסרו א"כ יש לומר דלכך אסרו גם טלטול משום הוצאה אבל אכתי קשה עכ"פ למה יהיה חמור הטלטול משום הוצאה וע"כ דאין הטעם משום הוצאה וכמ"ש הרמב"ם אך עדיין קשה דגם לטעמו של רבינו למה יתירו ההוצאה בשביל כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה והטלטול לא התירו בשביל כבוד הבריות אבל באמת הדבר ברור כמ"ש התוס' דבהוצאה הוצרכו להתיר משום כבוד הבריות דאין לו תקנה אחרת משא"כ בטלטול דמשכחת לה ע"י ככר ותינוק וזה יש לומר גם בכוונת רש"י דגם לרש"י ק"ל קושית התוס' דלמה התירו משום כבוד הבריות ובטלטול לא התירו משום כבוד הבריות כדאמרו בשבת דף למ"ד וע"ז כתב רש"י דטלטול היה ע"י ככר וכיון שמשכחת לה ע"י ככר או תינוק לכך לא התירו זולת הככר. ובזה מיושב היטב מה שהקשו האחרונים דדברי רש"י סותרין למ"ש בסוכה דף ל"ו באבנים מקורזלות דהתירו טלטול בשביל כבוד הבריות ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דשם לא שייך ככר או תינוק דלא התירו ככר או תינוק אלא לגבי מת בלבד וא"כ לכך התירו בשביל כבוד הבריות וז"ב. והנה לפמ"ש הרמב"ן דלהוציא המת לכרמלית יותר טוב שלא להוציא בככר או תינוק דלמה נעשה עוד איסור מה שא"צ א"כ יש ליישב

קושיית התוס' דלכך התירו איסור הוצאה בלי ככר ובטלטול הצריכו ככר או תינוק משום דבהוצאה לא רצו שיהי' ע"י ככר או תינוק וא"כ יש לומר דזה כוונת רש"י ג"כ דלאיסור טלטול יש לומר דהיה ע"י ככר אבל בהוצאה דלא אפשר ע"י ככר הוצרכו להתיר משום כבוד הבריות.

ו ובזה ממילא מיושב דברי רש"י בסוכה שם דשם דאין כאן הוצאה שפיר התירו להטילטול ע"י כבוד הבריות דשם לא שייך ככר או תינוק. איברא דלפ"ז יקשה מה פריך הש"ס בשבת דף מ"ג ע"ב ה"ד אי דאיכא ככר או תינוק מ"ט דת"ק וקשה דלמא הת"ק ס"ל דלכך אין מוציאין דהרי אם יצטרך להוציא לרה"ר או לכרמלית יצטרך להסיר הככר או התינוק מעליו וא"כ שוב אין מצילין ועיין בחידושי הרשב"א בשבת דכל שהוא ברשות היחיד א"א להתיר בלי ככר ותינוק ואם נצריך לומר שיהי' מסלק הככר ותינוק בשעה שמגיע לכרמלית זה יהיה כחוכא וטלולא וא"כ לכך ס"ל לת"ק דאין מצילין כלל מפני הדליקה ור"י בן לקיש לא חש לזה וס"ל דבתוך רה"י מטלטל ע"י ככר ותינוק ואח"כ מטלטל בלי ככר ותינוק ומוציאו לכרמלית. אמנם נראה דהש"ס משמע ליה מדקאמר מצילין דלא מיירי בהוצאה כלל רק לענין איסור טלטול וא"כ שפיר פריך אי ע"י ככר ותינוק פשיטא. שוב ראיתי ברש"י יומא דף פ"ה שכתב דמצילין היינו לחצר מעורבת שאין בה רק איסור טלטול וכפי הנראה כוון לפרש מה דנקט מצילין ולא נקט מוציאין ולכך פירש דמיירי לחצר מעורבת שלא שייך בה רק איסור טלטול בלבד. וראיתי בתוס' שבת ס"ק ה' שנתקשה בזה דאמאי פירש רש"י שאין בו רק איסור טלטול ומשמע דהוצאה לא התירו בדליקה והרי בשבת דף צ"ד גבי שכבא דדיוקרת פירש שהי' בשביל דליקה. ולפענ"ד הדבר פשוט בכוונת רש"י דלא בא רק ליישב הלשון דמצילין ולא נקט מוציאין ולזה כתב רש"י דלא מיירי רק לענין איסור טלטול אבל אה"נ דאף איסור הוצאה התירו מפני הדליקה וז"פ. ובאמת הא דלא נקט הברייתא גופא מוציאין המת ולא נקט רק מצילין נראה לפענ"ד דלפי המסקנא דמסקינן דטעמיה דר"י בן לקיש משום דאי לא שרית ליה אתי לכבויי וקשה הא כיבוי הוה משאצל"ג ואינו רק חשש דרבנן וא"כ איך נתיר להוציא שהוא דאורייתא אם יוציאו לרה"ר בשביל חשש כיבוי דאינו רק דרבנן ואף דמת הוה מלאכה שאצל"ג עכ"פ מה אולמא האי מהאי וזה עושה תיכף איסור וזה אינו רק חשש ולכך נקטו לשון מצילין והא דלא התירו משום גדול כבוד הבריות יש לומר כיון דאפשר בככר או תינוק גבי טלטול א"כ לא שייך להתיר משום גדול כבוד הבריות וכמ"ש התוס' בשבת ולכך לא אמרו רק משום דאי לא שרית אתי לכבויי ואולי לכך דקדק רש"י דלא שרי אלא טלטול והיינו דלכך לא שייך כאן להתיר משום כבוד

הבריות. ובגוף סברת התוס' יש לעיין לפמ"ש הרשב"א דאם נימא דבעת שיוציא מרה"י ישליך הככר יהיה מחזי כחוכא א"כ לא שייך לומר דיש לו היתר ע"י ככר דאדרבא הא לא יוכל להסירו אח"כ ויצטרך להוציא אח"כ גם התינוק וצריך לומר דהתוס' לא ס"ל סברא זו. וע"פ סברת הרשב"א הנ"ל יש ליישב מה שהקשה בתוס' שבת ס"ק יו"ד בשם בנו מו"ה משה ז"ל דלמה לא יטלטל ע"י ככר ומישיגע לידו שוב מותר לטלטל המוקצה לכ"מ שירצה ויוכל להשליך התינוק תיכף ולפמ"ש אתי שפיר דאין לך חוכא וטלולא גדול מזה וכמ"ש הרשב"א ודו"ק

ז והנה הא דאמרו בסוטה דף מ"א ומביא ס"ת מתוך ביתו וקורא בו וכ"כ למה כדי להראות חזותו לרבים ופירש"י דסבר אין עירוב והוצאה ליוה"כ או דס"ל דירושלים דלתותיה נעולות בלילה ומערבין את כולה ובאמת משמע משם דלא כרבינו יהונתן דלדבריו מכל מקום הי' צריך בעיר תיקון.

ח הן אמת דגוף דברי רש"י סותרין זא"ז דביומא פירש"י בדף ע"א שהי' מביאין מעיוה"כ וכבר האריכו בזה בשו"ת תשובה מאהבה ח"א ושאל להגאון בעל נוב"י וגם הוא לא מצא מענה וגם הרבנים שם האריכו בזה וכבר כתבתי אני בתשובה לענין הוצאה ביוה"כ בזה. אך כעת היה נראה דבאמת צריך ביאור היאך טלטלו הס"ת מביתם להעזרה כדי שיקראו בו הא אף בקריאה חיובית מבואר בש"ע או"ח סי' קל"ה סי"ד דבני אדם החבושים בבית האסורים אין מביאין אצלם ס"ת אפילו בר"ה ויוה"כ והרי שם היא קריאה חיובית ואי אפשר להם באופן אחר אף כי בזה שלא עשו רק להראות חזותו לרבים. ולזה נראה שלכך פירש"י ביומא דמעיוה"כ הביאו דמבואר דאם מכין לו מקום יום או יומים מקודם דמותר כמבואר בש"ע שם סי"ד ולכך הביאו מעיוה"כ. איברא דהיה מקום לומר כיון דזה מכבוד הס"ת להראות חזותו לרבים ופירש"י דעשהו מקלף נאה ומהודר וא"כ למה לא יהיה מהודר דבשלמא כשהבאתו לצורך בני אדם שיקראו בו בזה אמרינן שפיר דאין כבוד לס"ת שיהיה מטולטל בשביל כבוד אנשים אבל כשעושה בשביל כבוד הס"ת פשיטא דמותר וזהו מכלל ההידור מצוה. אך רש"י כתב ביומא דגם הבעלים מתפארים שטרחו להתנאות במצוה וא"כ אולי כיון שגם הבעלים מתפארים בו אולי אסור. ובזה מדקדקים דברי רש"י שביומא דכתב דגם הבעלים מתפארים בזה וס"ל דכל כה"ג אסור לטלטל ס"ת בשביל זה לכך פירש שמעיוה"כ הביאום אבל בסוטה דפירש דמראה נוי הס"ת ולא חזותו של עצמו וא"כ שוב מותר אף ביוה"כ עצמו לטלטל הס"ת. ובאמת לפמ"ש הרשב"א בתשובה וכן קי"ל בסי' רמ"ט סי"ג בהג"ה דמותר לכתוב שמו כדי שיהיה לו לזכרון וזה מדת ותיקון ועיין נקודת הכסף שם דלא ככו"ז ס"ק י"ג שם וא"כ אף

שמראה חזותו לרבים דהיינו שמתפאר במצוה ג"כ מותר ואולי דזה יכול לעשות בביתו ולא יצטרך לטלטל לס"ת. ולכאורה היה נראה לי דמירי שרוצה שיהיה בעזרה מונח הס"ת לקרות בו או שמקדישו בהדיא לעזרה ובכה"ג ודאי רשות להניח ואף ביוה"כ עצמו בעזרה אך הא אין מקדישין בשבת וביו"ט וה"ה ביוה"כ ואולי שלכך פירש"י שמעיוה"כ הביאום שם דאל"כ אין מקדישין ביוה"כ ועיין ט"ז באו"ח סי' ל"ו שכתב דאם היה בלבו להקדיש מקודם שרי ובגליון המג"א כתבתי בסי' ל"ו דכיון דאין מקדישין שיהיה של הקדש לגמרי כמבואר ביו"ד סי' רנ"ט ס"ב בהג"ה ובפרט בס"ת וכתב בספר ת"ח דאסור להקדישו לגמרי דמצוה שיהיה שלו דכתיב כתבו לכם וא"כ אינו יוצא מרשותו לגמרי ובכה"ג א"י מרשותו להקדש ול"ש גזירת מקח וממכר. ולכאורה רציתי לומר כיון דרבים הוציאום ומביאים הס"ת מביתם וברבים לא שייך גזירה דמדכרי אהדדי. אך לפמ"ש הגאון מוהר"ג בעל עבוה"ג והובאו דבריו בש"ך יו"ד סי' ק"י בנקה"כ דדוקא כשהם במעמד אחד אבל כל שיש לחוש שיביאו בזאח"ז אסור דלא שייך דמדכרו אהדדי א"כ שם הא מביאים כ"א מתוך ביתו ואולי כיון שגמר ההקדש הוא בהביאו לתוך עזרה א"כ רבים שם ומדכרו אהדדי ודו"ק וע"כ מחוורתא בישוב דברי רש"י כמ"ש למעלה ועיין סוכה דף ט"ז ע"ב פעם אחת שכחו ולא הביא ס"ת מע"ש וכו' ומשמע שהיו מטלטלין הס"ת ומיהו אין ראיה משם דהי' שעת הסכנה כפירש"י שם ודו"ק. ודרך אגב אומר במה ששאל החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י בהא דאמרו בשבת דף ח' דכפאה על פיה שבעה ומשהו חייב אבל שבעה ומחצה פטור ומשום דהוה למעלה מרה"ר וקשה הא הקרשים הי' אורך עשר אמות וא"כ היאך יליף הש"ס הוצאה מרה"ר לרה"י ממשכן דהוציאו קרשים מקרקע לעגלה והא כיון דהי' אורך עשר אמות לא הי' רה"ר כלל והיא קושיא גדולה והשבתי בראשית ההשקפה דאנו לא גמרינן רק דזה היה במלאכה במשכן וניהו דזה הוה כעומד למעלה מרה"ר אבל אטו דנין שם לענין חיוב שבת אנו דנין במה שהיה במשכן מלאכה ובמשכן היה המלאכה דאפקיה מרה"ר לרה"י דאטו לא נקרא רה"ר בשביל זה דאף דלענין שבת הלכתא גמירי לה דרה"ר אינו תופש למעלה מעשרה אבל מכל מקום ההוצאה היה מרה"ר לרה"י וז"ב ופשוט לפענ"ד.

ט שוב ראיתי בשבת דף מ"ט ע"ב דאמרו בהדיא אין חייבין אלא על מלאכה שכיוצא בה היתה ואמרו שם הם העלו הקרשים מקרקע לעגלה ואתם לא תוציאו מרה"י לרה"ר והנה מבואר כמ"ש דמלאכה שהיתה במשכן זה נקרא מלאכה ואף שבאמת לא הי' חייב עליו במשכן מכל מקום המלאכה היא חשיבה מלאכה ודו"ק היטב: ומדי דברי בענינים אלו זכור אזכור מה שהקשה אותי חכם אחד החריף מוה' שמעלקא נ"י מקראקא בהא

דכתבו התוס' בעירובין דף כ' בד"ה לא דהא דאמרו בשבת דף ג' משחשיכה דאי שרי לי' אתי לידי חיוב חטאת לא קנסינן ליה אף דנחו בידו שהוא מקום פטור וכתבו דל"ח הנחה במקום פטור אלא בדבר שנוטל ממקומו אבל התם שהכלי נח מאיליו ל"ח הנחה במקום פטור וע"ז הקשה דא"כ בריש שבת פשט העני את ידו לפנים ונתן לתוך ידו של בעה"ב או שנטל מתוכה והוציא דהעני חייב ואמאי הא נחה במקום פטור והוא נוטל ממקומו. והנה אחר העיון לק"מ ומקודם צ"ב דברי התוס' שכתבו דידו הוה מקום פטור דהרי ידו של אדם חשוב כד' על ד' כדאמרו בשבת דף ה' וכן קי"ל כמבואר ברמב"ם פי"ג משבת ה"ב וכ"ה בטוש"ע או"ח סי' שמ"ח וא"כ הוה כרה"ר גמור והרי מה"ט בנטל העני מידו של בעה"ב או שהוציא מידו של בעה"ב חייב והוה כאילו הניח בארץ וא"כ ה"ה בזה יתחייב. הן אמת דלפי זה צריך ביאור דא"כ אמאי בשזה עקר וזה הניח דפטור אבל אסור בשניהם ואמאי יתחייב זה שהוציא את ידו לחוץ דהא הוה עקירה והנחה שהרי מה שהוציא לחוץ אף שלא הניח בארץ יתחייב כאלו הניח. אמנם באמת זה אינו דכל שגופו במקום אחד וידו במקום אחר אינו חייב דידו לא נייח ובתר גופו גריר ועיין בשבת דף ג' בתוס' ד"ה עקירת גופו ובד"ה מ"ט ובתוס' ישנים שם ובמהרש"א ומהר"ם לובלין שם אבל כשמניח לידו של בעה"ב או להיפך שנוטל מתוכה אם כן מי שהוא וידו במקום אחד מקרי הנחה ועקירה גמורה וז"ב.

י ועכ"פ במי שהושיט ידו לחוץ אף דידו בתר גופו גריר ולא הוה כרה"ר אבל מקום פטור לא הוה והוה דינו ככרמלית כדין מי שרחב ד' על ד' וגבוה משלשה עד תשעה המבואר בסי' שמ"ח וצריך לומר דמשמע להו להתוס' דשם דהיתה ידו מלאה פירות והוציא לחוץ מיירי למעלה מעשרה ורה"ר אינו תופס רק עד עשרה ולכך הוה מקום פטור ולכך רוצים לחלק בין מטלטל ממקומו להי' מונח ממילא ולפ"ז בהוציא מידו של בעה"ב וכן להיפך דהוה כמו שמונח על הארץ ומיירי בלמטה מעשרה כדאמרו בשבת דף ה' ועיין תוס' שם ד"ה כאן וכ"כ הה"מ פי"ג משבת ה"ב וא"כ שוב לא הוה מקום פטור וחייב דהוה כרה"ר גמור. ובאמת שגוף קושית התוס' אינו מוכרח דגם בהיתה ידו מלאה פירות והוציא לחוץ מיירי בלמטה מעשרה וכמ"ש הה"מ פי"ג משבת הי"ט א"כ לא הוה מקום פטור אך באמת הקושיא נכונה אף שאין הלשון מדוקדק דכיון דידו בתר גופו גריר וידו לא נייח א"כ שוב הוה פטור ולא מקרי הנחה וכ"כ התוס' בשבת דף ג' בתוס' ישנים שם בהדיא. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בריטב"א שם שכתב ליישב קושית התוס' דנחה בידו שהוא מקום פטור וע"ז כתב דיש לחוש שמא יוציא למטה מעשרה שהוה רה"ר גמורה ולא נחה ידו במקום פטור ודבריו תמוהים לפענ"ד דאכתי ידו לא נייח ובתר גופו

גריר ואינו חייב חטאת ואף בהוציא ידו בתוך ג' סמוך לארץ נחלקו הפוסקים דרמב"ם ס"ל פי"ג ה"ו דחייב והרמ"ך והכ"מ חולקין דלא הוה כמו שמונח בארץ ועיין מג"א סי' שמ"ח ומכ"ש למעלה מג' דודאי לא הוה כרה"ר וע"כ דברי הריטב"א צע"ג

יא והנה בהא דאבעיא ליה לרב מרבי אי עקירת גופו כעקירת חפץ ממקומו דמי וחייב או לא וא"ל חייב ואינו דומה לידו ופירש"י לידו הפשוטה לפנים וגופו לחוץ ונתן בעה"ב לתוכה דפטר תנא דמתניתין אף לעני שהוציאה ושאל החכם הנ"ל דלמה פירש"י מסיפא דסיפא דהמשנה מפשט העני את ידו לפנים ונתן בעה"ב לתוכה ולא מרישא דפשט העני את ידו לפנים ונתן בתוך ידו של בעה"ב ולמה לי שנתן לידו של בעה"ב ת"ל משעה שפשט ידו לפנים לתחייב וכן בפשט בעה"ב את ידו לחוץ ונתן לתוך ידו של עני דלמה לי נתן והיא הערה עצומה ולא ראיתי למי שעמד בזה בהחפזי. ולפענ"ד נראה דה"א כיון דמלאכת מחשבת בעינן א"כ לא יתחייב רק מה שחשב לעשות ולפ"ז הנה העני מכניס ידו לקבל אבל לא נתכוין לתת לבעה"ב רק לקבל ממנו א"כ אף שאירע שנתן לבעה"ב ה"א דלא יתחייב ואף שנתן לו המותר וכדומה מכל מקום הוא הכניס ידו ע"ד לקבל וכן הבעה"ב פשט ידו לחוץ הרי לא נתכוין סתם להוציא רק לתת לעני וכל שלא נתן לעני הרי לא אתעבידא מחשבתו משא"כ בעני הפושט ידו לפנים ובעה"ב נתן לתוך ידו והוציא הרי העני עשה מלאכה שהרי על דעת זה הכניס ידו וקיבל ולמה לא יתחייב וע"ז הוצרך לתת טעם לפי שלא נח ודו"ק. ויש להמתיק הדברים דבאמת לא הוה עקירה והנחה על מקום ד' ורק דמחשבתו משויא ליה מקום והרי אמרו בדף ה' דדוקא כשאחשביה לידו אבל בנחה בידו של חבירו ה"א דלא אחשבי' לי' לא וא"כ ה"ה בזה דעכ"פ לא אחשביה ליה לידו לענין זה שיתן לבעה"ב והבעה"ב ג"כ לא אחשביה לידיו רק לידו של עני ודו"ק: ובגוף המחלוקת של רש"י ותוס' בהך דידו לא נייח שרש"י פירש דלא הוה עקירה והתוס' פירשו משום דידו בתר גופו גריר לפענ"ד תלוי במה שנחלקו לקמן בדף צ"א ודף צ"ב אי אגד גופו שמי' אגד ואביי ורבא נחלקו ביד ובכלי ומסיק שם הש"ס איפוך וע"ז מקשה הש"ס שם ביד חייב והתנן פשט בעה"ב את ידו לחוץ ונטל העני מתוכה או שנתן לתוכה והכניס שניהם פטורים התם למעלה מג' הכא למטה מג' ופירש"י דאין הטעם משום אגד גופו אלא משום דלא נח וא"כ לכך פירש"י הטעם משום דלא נח לא משום דידו בתר גופו גריר והתוס' ס"ל דאגד גופו שמיה אגד ולכך פירשו משום דבתר גופו גריר. אך צ"ע מה דנטר הש"ס שם להקשות מסיפא דסיפא ולא הקשה מרישא דרישא דלמה לי נתן בתוך ידו של בעה"ב או להיפך נתן בתוך ידו של עני דמשמע מזה דאגד גופו שמיה אגד וגם קשה דלמה לא דייק מפשט העני את ידו לפנים ונטל בעה"ב מתוכה או שנתן

בתוכה והוציא דפטור דש"מ דאגד גופו שמי' אגד וצע"ג וגם מ"ש התוס' שם דלר"ע דאמר קלוטה כמי שהונחה למעלה מג' כלמטה מג' צ"ע דבתוס' שבת דף ז' ד"ה אבל למטה מעשרה כתבו כשהחפץ ביד עני או בעה"ב לא שייך קלוטה כמי שהונחה ולא הבנתי סברתם וגם הרי בדף צ"ב כתבו להיפך ולהסתירה כפי הנראה רמז הגאון מוהר"ע ז"ל בהגהותיו בדף ד'. דרך כלל לא עמדתי על תוכן הדברים ולא מצאתי מי שיאיר עיני בזה וד' יגיה חשכי להבין דברי הש"ס הקדושים. והנה החכם הנ"ל כשאמרתי לו זאת ההוא אמר דיש להקשות על התוס' דאכתי כל שהוציא ידו הו"ל ידו מקום פטור דידו בתר גופו גריר והו"ל ידו מקום פטור וכמו בהוציא ידו לרה"ר דחשיב ידו מקום פטור. והשבתי דל"ד דבשלמא בהוציא ידו למקום אחר כיון דבאמת ידו הוא ברשות אחרת שוב ניהו דידו בתר גופו גריר מ"מ עכ"פ ידו וגופו אינו ברשות אחת ומהראוי לפטרו אבל בפשט ידו לחוץ ונטל מהעני א"כ הי' הנחה ועקירה חשובה דכל יד בפ"ע כשנחשבהו בתר גופו ידו וגופו במקום אחד אף דבאמצע מתגלגל שנטל מידו וגם מי שנטל אינו עם גופו ביחד והו"ל מקום פטור זה אינו דממנ"פ אם בתר גופו שדית ליה שוב הו"ל הנחה ועקירה חשובה משא"כ בהוציא ידו שפיר חשוב מקום פטור דממנ"פ אם תחשבהו לידו בתר גופו שוב לא היה כאן הנחה ואף שאח"כ השליך מידו אכתי הי' היד במקום אחר והיה כאן מקום פטור בודאי טרם שהשליך דניהו דנחשבהו בתר גופו ולא תחייבהו אבל ידו אינו לא רה"ר ולא רה"י כדאמר בשבת דף ג' אבל כשנטל מבעה"ב או להיפך מעני לעני א"כ אנן לא דנין על ידו כלל רק על היד והגוף ביחד דהיד עם גוף זה עקר והניח לידו של זה שהוא עם גופו של זה ביחד וכאלו לא הוציא ידו כלל למקום אחר מהגוף והיינו כאלו הי' ידו וגופו במקום אחד ולקחו ממקום אחר משא"כ באיש א' שגופו עומד במקום אחד וידו במקום אחר א"כ הוה גופו מוחלק מידו דא"א לחשבו להיד הנחה וכמ"ש ודו"ק. אמנם כ"ז לפלפולא אבל החכם הנ"ל הראני שבאהע"ז סי' שמ"ט בהביאו דברי התוס' והרא"ש בענין זה כתב דלא מחשב ידו רק אם שהה קצת בידו וא"כ ל"ק כלל דבלא שהה והכניס ממקום אחר לא מקרי מקום פטור משא"כ בשהה קצת חשוב מקום פטור ול"ק כל הקושיות

יב והנה לענין קלוטה במקום שהונחה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דבזה לא שייך לומר אגד יד שמי' אגד דהא כל שהקלוטה כמי שהונחה שוב לא שייך לומר דאגד יד שמי' אגד דבשלמא כשאין קלוטה כמי שהונחה שייך לומר דהיד בתר הגוף גריר דהוא חלק מחלק הגוף אבל כל דאמרינן דהקלוטה כמי שהונחה א"כ הרי הוה כמונח על הארץ ולא שייך אגד יד. אמנם באמת מדברי התוס' לא משמע כן שהרי כתבו בדף ד'

בד"ה אבל למטה מעשרה דכשהחפץ שידו של עני או של בעה"ב לא שייך קלוטה דהא כשנותן בעה"ב לתוך ידו והוציא לא מחייב. והנה החריף הנ"ל רצה לפרש דברי התוס' דלכך לא הוה קלוטה כשהוא בתוך ידו משום דאגד יד שמי' אגד ולא שייך כמי שהונחה ואני השבתי להיפך דאדרבא נימא כמו שהונחה ושוב לא הוה אגד יד בגוף דכמו שמונח בארץ הוא אך לפענ"ד סברת התוס' דדוקא כשהוא באויר הרקיע כזורק מרה"י לרה"ר ורה"ר באמצע שהוא מעצמו באויר שייך לומר דאויר הוא כמונח בארץ אבל כשהוא ביד היד מפסיק והיד אינו מונח בארץ והא דמייתי הש"ס ראיה מר"ע היא רק דלא בעי הנחה במקום ד' על ד' כמו התם שמונח באויר ואינו תופס מקום ד' על ד' ואפ"ה חשוב הנחה ה"ה כאן. ובזה נלפענ"ד ליישב סתירת דברי התוס' שהקשיתי למעלה דבדף צ"ב כתבו דלר"ע דקלוטה כמי שהונחה א"כ למעלה מג' הוה כלמטה הרי דשייך קלוטה כמי שהונחה אף ביד ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר קושייתם דהרי שם כל ההבדל שבין למעלה מג' ובין למטה הוא משום דלא נח דלא מקרי הנחה כל שהוא למעלה מג' ולפ"ז שפיר הקשו דלר"ע דחשיב קלוטה כהנחה אף שבודאי אינו דרך הנחה מכ"ש כשהוא ביד למעלה מג' דמונח יותר טוב וע"ז כתבו דרבה סבר אגד גוף שמיה אגד וא"כ י"ל דלדידיה לא ס"ל לחלק בין למעלה מג' בין למטה ול"ק קושית הש"ס כלל וא"כ שוב יש לומר דס"ל דלא שייך קלוטה כמי שהונחה כל שהוא ביד אח"כ חדשו דלמעלה מג' לא שייך כלל קלוטה כמי שהונחה משום דשמיה אגד א"כ אי אפשר לומר דהוה כמי שמונח בארץ דהא אגיד בגוף לא שייך קלוטה כמי שהונחה. אמנם האמת אגיד שיותר מסתבר כמ"ש החכם הנ"ל דסברת התוס' בדף ד' דלא שייך קלוטה כמי שהונחה כל שהוא אגוד בגוף וזהו אם נימא דאגד הגוף שמי' אגד אבל אם לא שמי' אגד לא שייך זאת ולכך בדף צ"ב דס"ל דלא שמי' אגד שפיר הקשו דנימא קלוטה כמי שהונחה וע"ז מחלקו דהוא ס"ל דשמיה אגד או דלמעלה מג' ודאי שמי' אגד דידו בתר גופו גריר וכן נכון. אמנם מה דק"ל על דברי התוס' בשבת דף ד' דביד לא שייך קלוטה כמי שהונחה מהא דאמרו בזבחים דף צ"ג דר"ע דס"ל בפרה משנה ה' דהיה עומד חוץ לתנור ופשט ידיו לחלון ונטל את הלגין והעבירו ע"ג התנור דר"ע מטמא משום דקלוטה כמי שהונחה בתנור שהוא טמא והרי שם העבירו ביד ולא שייך קלוטה כמי שהונחה ועיין ברמב"ם ורע"ב בפירוש המשניות שם ול"מ לפירושי בדברי התוספות דמשום דביד ל"ש כמו שהונחה דהרי היד הוא בת תנועה ולא הוה כהונח א"כ קשה שם אלא אף לפי פירוש החכם הנ"ל משום דאגד יד שמי' אגד ולכך לא הוה קלוטה כמי שהונחה א"כ גם כאן הרי הוא עומד חוץ לתנור והעבירו ע"ג תנור לא שייך קלוטה ואף אם נימא דלמטה מג' מיירי אכתי

קשה דבכלי בודאי שמי' אגד למה דאיפוך דבידד חייב בכלי פטור וא"כ איך הוה קלוטה כמו שהונחה וצע"ג

יג והנה לכאורה יקשה גם ממ"ש התוס' דאם לא רצה שתנוח שם ל"ח קלוטה כמי שהונחה ע"ש בתוס' עירובין דף צ"ח והוא משמא דגמרא בשבת דף צ"ז א"כ שם לא רצה שתנוח שם. אמנם זה דוקא בשבת דבעי מלאכת מחשבת ולא בשאר דברים אבל מ"ש התוס' דבכלי לא שייך קלוטה כמי שהונחה שזה מצד הקליטה עצמה דלא שייך בכלי שיהיה כהנחה או משום דאגד גופו שמי' אגד זה כולל אף בשאר מקומות ואולי מש"ה דחי שם הש"ס דכ"ע לאו כמונח דמי והיא תימה דלר"ע קלוטה כמי שהונחה ולפמ"ש א"ש דבכלי לא שייך זאת אבל מה נעשה שהרמב"ם והרע"ב פירשו גם לפי המסקנא דפליגי בקלוטה כמי שהונחה וקשה מכאן ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם והרע"ב שלא כתבו כפי' המסקנא בזבחים ועיין בתוס' יו"ט ובספר חזון נחום על המשניות במס' פרה שם. ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק ואכ"מ להאריך. והנה לאחר כל האריכות דברים שהארכתי עדן פש גבן לבאר דברי התוספות בשבת דף ד' שכתבו דבידו של עני לא חשוב קלוטה כמי שהונחה דא"כ קשה למה כשעשה עני או בעה"ב עקירה והנחה חייב אף דידו אינו כד' על ד' ורק משום דלר"ע לא בעי מקום ד' על ד' והרי בידו לא שייך קלוטה וצ"ל דעיקר ראיית הש"ס דלר"ע לא צריך מקום ד' על ד' אבל החיוב אינו על הקלוטה שתהיה כמו שהונחה רק דל"צ מקום ד' על ד' שהרי באויר ג"כ אינו במקום ד' על ד' ואפ"ה מועיל ועדיין צ"ע וגם מה שציינו התוס' על הא דאמרו אבל למטה מעשרה לציון הזה אין לו דורש דלמה קשה להו כאן טפי מבתחלת הסוגיא:

יד ודרך אגב אומר במה שכתב הרמב"ם פ"ה מבית מבחירה ה"ג לפנים ממנו סורג וכתב הכ"מ בשם הרא"ש שהסורג נעשה לטלטול שבת ולזה הי' גבוה י"ט כדין כל מחיצה דהיקף הר בית לא מהני דהוה הוקף ולבסוף פתח דלא מהני ובשו"ת רמ"ע מפאני סי' צ"ח נשאל בזה וכתב דלשיטת הרמב"ם דהוקף לשם דירה מהני כמ"ש בפי"ג משבת והרי הר הבית הוקף בודאי ע"מ לפתח למה לא יהיה מותר לטלטל בכלו ע"ש ואני תמה על דבריו דמ"ש דלהרמב"ם דהוקף לשם דירה סגי כמ"ש בפי"ג משבת אף שיש למפרשים אחרים שטות אחרות בזה לא ידעתי כוונתו ובפי"ג לא נמצא וכפי הנראה כוונתו לפט"ז שם ה"ה והבין שסגי אם כוונתו בלבד לעשות בו בית דירה אף שעושה קרפף אבל הה"מ תמה שם בזה עליו ועיין בהרמב"ם הלכה יו"ד שם.

טו והנה הרמ"ע כתב שם דמהך דיצאה כת ראשונה וישבה לה בהר הבית אין להקשות דדלמא מן הסורג ולפנים הי' יושבים וכ"כ בתוס' יו"ט פ"ב ממדות מ"ג ע"ש שכמעט

כל דברי הרמ"ע מבואר שם ועוד הוסיף עליהם ואני תמה על הרא"ש והרמ"ע והתוס' יו"ט שהיאך לא הרגישו במשנה שלימה שמבואר בסוכה ר"פ לולב וערבה דאמרו שם יו"ט של חג שחל להיות בשבת מוליכין את לולביהן להר הבית והחזנים מקבלים מהם וסודרין אותן על גבי אצטבא והזקנים מניחין את שלהם בלשכה הרי דהיה מותר לטלטל בהר הבית שהי' מוקף כדאמרו בירושלמי תענית פ"ג ה"ח והובא במלמ"ל פ"ה מבית הבחירה שם וע"כ דהי' מותר בטלטול בהר הבית ע"ש. ומה שהי' מותר באמת בטלטול הנה התוס' יו"ט כתב שם דמה"ת מותר בטלטול כל שיש מוקף ד' מחיצות הוה רה"י גמורה מה"ת ורק מדרבנן ולא הוה רה"י ושבות במקדש לא גזרו. והנה אמת נכון הדבר כי מה"ת מותר לטלטל אף שלא הוקף לבית דירה ועיין תוס' בשבת דף וא"ו ד"ה ארבע אבל מכל מקום מדרבנן אסור ואף דלא גזרו על שבות במקדש מכל מקום מצינו לפעמים דגזרו על שבות כמ"ש התוס' יו"ט שם וגם כל שאפשר לעשות מבלי שבות הי' עושין וכמ"ש הכ"מ פ"ח מבית הבחירה וא"כ יקשה למה לא הניחו בעזרה ובסורג ולפנים שהי' מותר בטלטול והעזרה חשוב מוקף לדירה כמ"ש התוס' בעירובין דף כ"ג ד"ה שהוא ודבריהם צ"ע קצת דפתחו להקשות מהר הבית והעזרות וכתבו ליישב העזרות בלבד ואכתי קשה מהר הבית שהי' מותר לטלטל כמו שהתחילו בקושייתם דמזה מוכח שס"ל להתוס' דהר הבית הי' מותר בטלטול ומה יענו לזה וצ"ל דס"ל דהי' מוקף ואח"כ פתח וס"ל דמהני ועיין תוס' בעירובין דף כ"ד ד"ה פשיטא ועיין מוהרש"ל ומהרש"א שם ובדף כ"ה ע"ב ד"ה ההוא אבורניקא דרבא ס"ל לחד תירוצא דמועיל הוקף ולבסוף פתח עכ"פ לדברי הרא"ש תמוה ומה גם דאנן קיי"ל דהוקף ולבסוף פתח ל"מ. ובזה נוראות נפלאתי על מ"ש הט"ז והמ"א סי' תרפ"ח על מ"ש הרמ"א שם דמסתמא הוקפה ולבסוף ישבה והם הקשו דבסי' ת"א מבואר דמסתמא בנו בתים ואח"כ הוקף ע"ש ואני תמהתי דמה ענין הוקף ולבסוף ישב להוקף ולבסוף פתח דבסי' ת"א אינו מבואר רק הוקף לבית דירה והיינו שמסתמא הי' בית דירה שם קודם אבל לא ישבו בני אדם שם עד אחר שהוקפה ובמגילה בעינן ישיבה תחלה ובאבורנקי מבואר שם בתוס' היטב דאף דהוקף ולבסוף פתח לא מועיל אבל הוקף ולבסוף ישב מועיל והיינו שזה ענין אחר וז"ב. שוב מצאתי במק"ח בהגהות סי' תרפ"ח שכתב בהדיא כן אף שלא הביא דברי התוספות הנ"ל ונהניתי ועכ"פ הוקף ולבסוף פתח לא מועיל ומ"ש התוס' יו"ט דלמה לא תהי' נקרא מוקף לדירה כיון שעשוי לדור שם לפנים מהר הבית ובפרט בעזרה הי' לשכות לדידה אני תמה לתמיהתו דמכל מקום הרי הוקף מתחלה ואחר כך בנה בית דירה וזה אינו מועיל וע"כ לומר דשבות במקדש התירו ודברי הרא"ש צ"ע. ואולי גם הרא"ש ס"ל

דמותר לטלטל בהר הבית ולכך טלטלו בהר הבית הלולבין משום דהי' מקום רחב מאד אבל כל שאפשר בענין אחר אין מתירין שבות וע"כ עשו הסורג וז"ב לפענ"ד

טז והנה בשנת תרי"ד ה' תצוה הגיעני שאלה מהרב מו"ה דוד מאיר פעדיר אבד"ק סווירז במה שיש שם עירוב והעיר מעורבת ע"י צוה"פ כדינה ובצד אחד מהעיר יוצא דרך הרבים מהעיר וחוצה במדרון דהיינו כשיוצא הדרך מהעיר יורד ומשפע בכל פעם עד שבסוף העיר עולים ב' הרים משני צדי הדרך גבוהים י' טפחים מתוך רוחב ד"א דהוה כמחיצה כמ"ש המג"א סי' שמ"ה ס"ק א' ובשו"ת ח"ץ סי' ה' ועל ההר האחד עומד גדר הנקרא פלוט גבוה י' טפחים ועל ההר השני עומד בית ישראל והעמידו שם העירוב על שני ההרים היינו שעל הר אחד עומד הקנה אצל הגדר הנקרא פלוט ועל ההר השני עומד הקנה השני וחוט מתוח מזה לזה ותחת החוט עובר דרך הרבים וע"ז פקפק דעיקר צורת הפתח הוא שהקנה מחשב כגפופי החצר והחוט שע"ג כמשקוף אבל כאן עומדים הקנים ע"ג מחיצות והוה כהגביה העירוב ג"ט מהארץ דפסול כמבואר סי' שמ"ב ס"ו. והנה לא ידעתי מקום הפקפוק דכיון דהמחיצה הוה כארעא סמיכתא ואף דהוה מחיצה תלויה שאינו מתיר רק במים כ"ז אם ההיתר ע"י המחיצה אבל כאן עיקר ההיתר ע"י הקנים והוה צורת הפתח וא"כ מה בכך דבין שני ההרים יכולים ללכת מ"מ זהו פתח ובמקום הקנים סותם דכשר

יז והנה בשנת תרי"ט ערב פסח נשאלתי מחכם אחד ושמו ר' וואלף נ"י מק"ק סעריט בהא דאמרו כזית מן המת חייב ופירש"י מגו דחשוב הוצאה לטומאה חשוב נמי לענין הוצאה והקשה לר"י דס"ל דאגד כלי שמי' אגד א"כ משכחת לה דיהיה פטור כגון שיוציא חצי המטה שהנבלה מונח בתוכה לחוץ ולא יהיה באהל ולענין הוצאה לא מחשב דאגד כלי שמי' אגד ועדן לא הוציא כלה והשבתי דל"ק דע"כ לא אמרינן אגד כלי שמיה אגד רק בדבר דל"צ להוציא אבל כאן דהיה צריך להוציא בשביל הטומאה א"כ שוב אי אפשר לומר דעיקר הוא מה שנשאר בבית כיון דהיה צריך להוציא החציו לחוץ שלא יהי' בפנים ועכ"פ אי אפשר לחשוב החציו שהוא בפנים לעיקר עד שיהיה נחשב זה כמו שהוא בפנים דא"א ודו"ק: ודרך אגב אזכור מה שהראני הרב הה"ג מו"ה יצחק שמעלקיש נ"י אור ליום ה' כ"ד טבת תרכ"ג דברי התוס' בעירובין דף צ"ז ע"ב ד"ה נימא שכתבו דמודה רבא דמעביר בתוך ג' כמונח בקרקע דמי וע"ז הקשה מדברי התוס' כתובות דף ל"א ע"א ד"ה נימא שכתבו דעקירה לא הוה עד שיגביה שלשה וא"כ סותר למ"ש שם והוא הלך בדרך רחוקה ואני אמרתי בפשיטות דדוקא אם עוקר מהקרקע כל שהוא פחות משלשה

ל"ח עקירה להיות רשות בפ"ע זה א"א אבל כל שהוא בידו ולא עקרו מע"ג קרקע חשוב כמונח בקרקע ועקירה הוה שהרי הי' בידו ולא עקרו מהקרקע ודו"ק:

סימן ג

א לחכם אחד ממדינת הגר.

ב מה שאמר ליישב קושית הקצוה"ח סי' פ"ח בהא דדעת הפוסקים דדוקא ושוה הוה שלא ממין הטענה וע"ז הקשה הקצה"ח מהא דפריך בב"ק דף ק"ה על רבה דס"ל דבהודה על חמץ בפסח אי חייב דאמרינן הואיל ואילו מגניב וע"ז פריך הש"ס מהא דאמר רבה שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלו ש"ח אני עליו וכו' ואע"ג דהא קאים כיון דאלו מגניב וכו' והרי התם זה טענו דוקא וזה משיבו שוה דאם מגניב הוה שוה דאין חייב וע"ז אמר מעלתו דכיון דסתם גניבה יאוש בעלים א"כ אינו תובע השור רק מעות בעדו והו"ל שוה בשוה ואם כן שניהם טוענים שוה וחייב. הנה בהשקפה ראשונה תמהתי דאיך אפשר ליחס להקצה"ח קושיא כזו דמה קושיא דהרי אדרבא זה טוענו שוה דכיון דאומר גנבת שורי ורוצה שישלם לו בעדו ואף אם נימא דזה טוענו שישיב לו גוף השור הרי הש"ס אמר מכח כ"ש דמה התם מחייב רבה אף דזה טוענו דוקא והוא כופר לו שוה לכשיגנוב או יאבד ועיקר כוונת הקצות החושן להקשות על רבה גופא דלמה מחייב זהו קושיא בפ"ע ועיינתי בקצה"ח וראיתי דלא הקשה על דוקא ושוה רק על שיטת הראב"ד דס"ל דשאלה ושכירות לא מקרי מודה במקצת אף דתובע תרווייהו משום דהם ענינים חלוקים ותביעות חלוקות ולפ"ז שם דהוה טענות חלוקות והו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים דזה טוען שגנב וזה השיב ששומר הי' והנה לשונו מגומגם במ"ש דלמא טעמא דרבה דפטור הוה משום דהוה טענות חלוקות וע"כ דכוונתו באמת להקשות על רבה דלמה לא יפטר מטעם זה אבל לפענ"ד גברא חזינא דלפענ"ד בכה"ג דעל דבר אחד אנו דנין אם גנבו או ששומר הי' ובזה לא שייך טענו חטים והודה לו בשעורים דלכל הטעמים בטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור או משום השטאה או מתורת מחילה והודאה זה שייך בשתי ענינים חלוקים אבל כאן דאותו חפץ עצמו שזה טוען שגנבו הוא כופר שלא גנבו רק ששומר שלו הי' א"כ הוה ככל טענה ותביעה שזה משיב לו שאינו ח"ל בשביל שהי' כך וכך ולא שייך כאן השטאה ולא מחילה שלא מחל לו ולא הודה לו וז"ב ומש"ה פשיטא דחייב. ובזה נראה דל"ק קושית הקצה"ח על הא דטענו דוקא והוא משיב שוה מקידושין דף ס"ה דגובה כתובתה ממנ"פ והא היא טענה דוקא החבילה והם משיבים שוה דאינו דוקא מחבילה זו. ולפמ"ש אתי שפיר דטענת דוקא ושוה לא שייך רק לענין מודה במקצת דלא נקרא מודה במקצת כ"ז שאינו מענין

אחד הו"ל טענות חלוקות והו"ל כופר הכל על הטענה האחרת ומטעם זה ס"ל להראב"ד דשאלה ושכירות הם שתי ענינים ולא שייך מודה במקצת אבל שם דמכח הודאת בע"ד קאתינן עלה דעכ"פ הודו שזו החבילה משועבד לכתובתה א"כ לא שייך ענין טענו חיטים והודה לו בשעורים לזה דעל אותה החבילה בעצמה לא שייך ענין טענו חטים והודה בשעורים וגם לפמ"ש הרמב"ן בטעם טענו חטים והודה לו בשעורים דהו"ל תרתי הודאות דסתרי ומוקמינן המעות בחזקתו והמע"ה ושם דכלם אינם מוחזקים והספק על שלשתן בשוה א"כ לא שייך למוקמי ממונא בחזקתו ולכך ממנ"פ גובה הכתובה וזהו שכתב הריטב"א דממנ"פ גובה הכתובה והקצה"ח הקשה עליו ע"ש בס"ק וא"ו ולפמ"ש אתי שפיר וגם בהך דרבה לא שייך ענין טענו חטים והודה לו בשעורין דאנו דנין על אותו חפץ ומטעם תביעות חלוקות לא שייך כאן דהרי שבועת שומרין אף בכה"ג חייב וע"כ לא כתב הראב"ד רק במודה במקצת הארכתי בזה לפי שהקצה"ח האריך בזה ולפענ"ד הדברים כפשוטם דלק"מ וכמ"ש ודו"ק

ג והנה בהא דכתב הרמב"ם הובא בטוש"ע חו"מ סי' קפ"ה ס"ה דראובן אומר במאה אמרתי לך למכרו והסרסור אמר בחמשים דדעת הרמב"ם דהסרסור נשבע שבועת התורה והראב"ד השיג עליו שכיון שזה תובעו על חפצו אין כאן דבר שבמדה ודבר מסויים ולכאורה תמוה תיפוק לי' דהו"ל פקדון ומלוה דדמי החמשים הוה פקדון בידו של הסרסור וחמשים אחרים שטען שלא הי' לו למכור הו"ל שינוי בשליחות וחייב בהלואה והו"ל פקדון ומלוה ובכה"ג אינו חייב שבועה דאורייתא לשיטת הראב"ד והנראה בזה עפמ"ש בשיטה מקובצת בב"מ בסוגיא דשאלה ושכירה דגם לשיטת הראב"ד אינו מקרי פקדון ומלוה כ"א באינו טוענו חפץ מסויים אבל אם אומר מנה זו הלויתיך וזה משיב שהי' פקדון כיון דטענו במנה זו שוב הו"ל מודה במקצת אף בפקדון ומלוה ולכך בשאלה ושכירות כיון דהוה על פרה זו ממש הו"ל מודה במקצת ממש ע"ש ולפ"ז כיון דזה תובע חפצו שלא הי' לו למכור בחמשים וזה משיבו שכך צוה לו למכור א"כ הו"ל חפץ ידוע ובכה"ג הוה מודה במקצת לולא דלא הוה דבר שבמדה ומנין ידוע וז"ב. ובזה אמרתי הא דכתב הש"ך סי' קפ"ה ס"ק וא"ו דהרמב"ם מיירי כשאמר לו שמכר במלוה ומגיע לו מאה ולפמ"ש הקשה הראב"ד ממנ"פ כיון דאז אינו תובע החפץ רק המעות א"כ שוב לא הוה דבר מסויים ושוב הו"ל פקדון ומלוה וע"כ מיירי דטוען על גוף החפץ שהוא אמר למכרו ולא הי' לו למכרו שוב הו"ל מודה במקצת ממש וז"ב. וראיתי בנתיבות המשפט לשארי הגאון מליסא ז"ל שעמד על דברת הש"ך שכתב דבזה מודה הרמב"ם להראב"ד כל שטוענו על גוף החפץ דאכתי כיון דאין הלוקח צריך להחזיר החפץ בלא הודיעו א"כ

עיקר התביעה על המעות שוב הו"ל מודה במקצת ממש וע"ז כתב דהו"ל פקדון ומלוה דבכה"ג להראב"ד אינו מודה במקצת ודבריו תמוהין דא"כ למה לי' להראב"ד הטעם משום דאינו דבר שבמדה וכמ"ש וא"כ תירוצו תמוה מאד. אך בגוף הקושיא לפענ"ד דברי הש"ך נכונים דהנה לכאורה קשה אמאי א"צ הלוקח להחזיר החפץ הא בב"ק דף ק"א אמרו וכי מי הודיע לבעל הצבע שיקנה צבעו לשמן וכתב הרא"ש שם דליתא לחוכא דבני מערבא דכל שהשליח נתן המעות של המשלח אף שלא ידע הוה יד השליח כיד בעה"ב וכן קי"ל בסי' קפ"ג ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז כאן שהמוכר טען שלא צוהו למכור רק במאה וזה שינה שוב צריך דעת המוכר למכור להלוקח דל"ש דיד השליח כיד המשלח וא"כ שוב צריך להחזיר החפץ לבעליו. אך זה אינו דמה לו להלוקח ולהמוכר הא הלוקח יוכל לטעון דכל שלא הודיעו אינו של מוכר זה כלל וגם אולי קנוניא עשו עליו ובאמת נתרצה המוכר בעד המעות הלז ולפי זה שפיר כתב הראב"ד דלא שייך בזה שבועת מודה במקצת דכפי טענתו של המוכר שלא נתרצה א"כ הוא תובע גוף החפץ שלא הקנה להלוקח ושוב אינו דבר שבמדה ושבמשקל דממנ"פ כשלא נתרצה שוב גוף החפץ לא נמכר כדין והמקח בטל ואף דהלוקח א"צ להחזיר היינו דהלוקח אין צריך להאמין זאת והוא אומר להמוכר לאו בע"ד דידי את וכל שנתת רשות למכור מסתמא נתרצית ע"ז האופן אבל עכ"פ מצד טענת המוכר אין לו לשבע בנקיטת חפץ כיון דתובע חפצו וז"ב מאד ודו"ק כי יש להאריך בזה ומ"ש בנתיבות המשפט שם דכדברי הראב"ד יש להקשות גם במשנה דסלע הלויתיך דאמאי הוה מודה במקצת הלא זה טוען על גוף המשכון דדלמא לא נאבד במחכ"ת נעלם ממנו שהר"ן בשבועות במשנה שם הרגיש בזה וע"ש: ודרך אגב אזכיר במה דק"ל לכאורה באותה משנה דשבועות דאמאי בסיפא שבועה גבי מלוה ולהימן במגו דאי בעי הוי טוען א"י אם שוה יותר והי' פטור כמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ב וא"ל דלא הוה מיגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק דהא כאן לא שייך זאת כמ"ש הש"ך שם ס"ק נ"ג ומצאתי בתומים ס"ק כ"ו שהרגיש בזה וכתב דשאני משכון דהו"ל למידק כמה שוה לדעת אם שוה כדי חובו או יותר ע"ש:

ד אך אי קשיא הא קשיא דהנה בהא דמבואר בסעיף י"ב דאם טוען שיודע ששוה יותר מכדי חובו רק שא"י כמה שוה יותר דעת הר"י מגא"ש דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם והראשוני' תמהו ע"ז דהוה דבר שבמדה ובמשקל ובמנין דאין נשבעין דהא לא הודה בדבר שבמדה ומשקל דא"י כמה וכתב הש"ך דלקמ"ם דכיון שהמשכון נשרף וא"א לחייבו יותר מפרוטה דא"א להתברר החיוב א"כ שוב הו"ל דבר שבמדה ע"ש כי הוא דבר נפלא וכ"כ בריב"ש ולפ"ז צריך ביאור דאם משביעין אותו שבועה

שאינו ברשותו כדר"ה וגם אמרו מי נשבע מי שהפקדון אצלו וחיישינן שמא יוציא את הפקדון וא"כ יש מקום שיבורר כמה שוה ושוב לא הוה דבר שבמנין וא"כ ממילא יש לו מיגו דאי בעי היה טוען יודע אני ששוה יותר וא"י כמה ולא הוה דבר שבמנין יפטור וא"ל דאינו עושה עצמו ברצון מסופק דהמלוה צריך שיהיה בקי בשווי המשכון דזה אינו דכאן א"צ שיהיה בקי רק ששוה יותר מכדי חובו אבל א"צ לדעת כמה שוה יותר דעכ"פ חובו בטוח דהמשכון שוה יותר וצ"ל דניהו דיש לחוש שמא יבורר יותר אבל הוא דבר שאינו שכיח ובשביל זה לא יפטר משבועה והו"ל דבר שבמנין דע"פ רוב לא יתברר הדבר וכדאמרו בב"מ דף ל"ד ל"ה ואנן חיישינן וכל מה דנוכל לתקן שלא יהיה שבועת שוא או ח"ה מתקנין אבל עכ"פ מחוייב שבועה ואיל"מ לא מקרי וז"ב כשמש. ובזה ישבתי לנכון קושית הגאון מהרש"ק דמה פריך בב"מ שם ואם איתא לדר"ה כיון דמשתבע שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לי' ולוקי במינו מצוי בשוק והיינו בין כדברי המלוה או הלוה מינו מצוי בשוק ושוב לא שייך שבועה שאינו ברשותו. ולפמ"ש אתי שפיר דאם מינו מצוי בשוק והוא מצוי שוב לא הוה דבר שבמדה דהרי יוכל להתברר בעת טענתו כמה חייב ושוב יקשה על הסיפא דלמה יתחייב המלוה שבועה דהא יש לו מיגו דיטעון א"י כמה שוה יותר ולא מקרי מחויב שבועה וא"י לשבע משלם וכמ"ש דהו"ל אינו מודה בדבר שבמדה ודו"ק היטב כי הוא חריף

ה והנה בהא דמבואר בסעיף ט"ז שם במלוה על הטבעת כתב הקצה"ח דמיירי שהטבעת היא לפני ב"ד דאל"כ הו"ל מה שהנחתי אתה נוטל דאינו נודע הקצבה לב"ד דאפשר שיעלה יותר ושוב פטור ע"ש בס"ק י"ז וס"ק י"ט ולבבי לא כן ידמה לפענ"ד דכל דיוכל להתברר מקרי מודה בדבר שבמדה דעכ"פ הדבר קצוב וא"כ מתחלה הודה בדבר הקצוב כמ"ש הגד"ת לענין מתחייב בדבר שאינו קצוב דדעת הרמב"ם דפטור ותמהו הקדמונים מהא דאמרו מה שתעלה מצודתי דחייב וכתב הוא כיון דעכ"פ הדבר קצוב רק שאנו לא ידעינן הו"ל דבר הקצוב ע"ש וה"ה בזה. ובזה מיושב מה דק"ל בהא דמבואר שם בטוען כמה היתה שוה דהו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם וקשה בזה נשאר הקושיא דהו"ל כמו שהנחתי אתה נוטל וכאן לא שייך תירוץ הש"ך דהא יוכל להתברר ע"פ טבעת שביד השולחני ודוחק לומר כיון דטוען ששוה יותר לא יוכל להתברר דעכ"פ גם לפי טענת הלוה מינו מצוי בשוק. ולפמ"ש א"ש דכאן הו"ל מתחלה מודה בדבר קצוב דהא נוכל לדעת תיכף כמה הודה ודו"ק היטב כי חריף הוא

ו והנה נחזור לענין דברי הראב"ד בשאלה ושכירות דדעת הרמב"ם דלא מודה במקצת לפענ"ד הטעם בזה עפמ"ש התוס' בכתובות דף ח"י דלכך מודה במקצת חייב שבועה

כיון דנתחייב במקצת יש לו לשבע כעין גלגול שבועה ובתשובה לענין הילך הארכתי בזה והנה אני ממתיק הדבר דאם שבועה שאינו אלים כ"כ החיוב מגלגלין שבועה מכ"ש חיוב ממון שיוכל לגלגל שבועה ולפ"ז נראה לי דהודה בטענה אחרת כגון שאלה ושכירות ל"ש שזה מגלגל עליו השאר דהא הוה ענין אחר והו"ל כאילו לא תבע ליה כלל בפעם אחת וגם לא שייך לומר דע"י החיוב שנתחייב מגלגל דזה חיוב אחר לא על זה נתחייב הממון וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הרמב"ן מהך דפריך מה שטענו לא הודה לו ומשני דא"ל אשתבע לי איזו דכדרכה מתה ומגלגל עליו על השאולה ותמה הרמב"ן דלמה יקרא מודה במקצת כלל דהא הו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור לגמרי ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דפטור בשאלה ושכירה אף שטענו שניהם משום דאותו שמודה לא נתחייב עי"ז שבועה דלא מקרי מודה במקצת לגלגל עליו שבועה דהא זה ענין בפ"ע ולפ"ז עכ"פ מודה במקצת מקרי לענין שיתחייב עכ"פ במה שמודה רק דאינו מגלגל עי"ז שבועה ככל מודה במקצת כיון דהוא ענין חלוק בפ"ע. ובזה סרה מהר קושית הקצה"ח מהך דרבה בב"ק דף ק"ה דגם שם לא שייך לומר דהוא ענין חלוק דהא הוא תובעו בזה השור וזה אומר שהוא גנבו וזה טוען שנעשה שומר עליו וא"כ שפיר מגלגל עליו שבועה וז"ב כשמש. ובזה נראה דלכך בטוענו בדבר מסויים גם הראב"ד מודה דהו"ל מודה במקצת משום דבזה שפיר שייך לומר דנשבע מתורת גלגול שבועה ודו"ק היטב. והנה מדברי הראב"ד שם דמחשב לי' למודה במקצת רק משום דחולקין בטענתם ותביעות חלוקות לא חשיב מודה במקצת הדבר צריך ביאור דהיאך מקרי מודה במקצת דל"מ אם נימא דמשעת פשיעה הוא דחייב א"כ לא התחיל החיוב כלל מקודם רק גוף הפרה א"כ הו"ל הילך אלא אף נימא דמשעת שאלה מיד חייב מכל מקום אין עליו חיוב להשיב רק אם נאבד דכ"ז שהוא בעין לא נתחייב בהשבה רק שזה הילך ומקבל פקדונו וכמ"ש הקצה"ח סי' פ"ו ס"ק ד' וסי' קצ"ח וסי' ש"מ באורך וא"כ היאך מקרי מודה במקצת דאינו מודה לו כלל וע"כ נראה לפענ"ד דבאמת גם השומר חייב בהשבה והיינו דלא נסתלק מתורת שומר עד שמשיב וניהו דלא נתחייב רק עד שנאבד היינו חיוב תשלומין דכ"ז שהוא בעין במה יתחייב אבל חיוב שמירה לא נסתלק רק עד שישיב לבעלים ועיין תוס' ב"ק דף ג' וז"ב ולא כהקצה"ח הנ"ל ודו"ק. והנה בהא דפריך מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו נתקשו הקדמונים בשיטה מקובצת דהא הו"ל הילך וא"כ אף שהיה מודה לו במה שטענו לא נתחייב דהו"ל הילך ולפענ"ד ז"א דהנה אנן קי"ל דשמין לשואל כדאמרו בב"ק דף י"א ובחו"מ סי' שד"מ והנה בשאר שומרין לא נתבאר אם שמין או לא ועפ"י בב"ק שכתב דגם בשאר שומרין הדין כן ובאמת

שאין זה מוכרח לפמ"ש התוס' דלכך שמין למזיק ולשואל דלא נתחייב רק משעה שנאנס ולפ"ז הא הנימוק"י מחלק בין שואל דהו"ל א"י אם נתחייבתי דלא נתחייב רק משעת אונסין משא"כ בשאר שומרין דהו"ל א"י אם פרעתיך דקבל עליו לשמור והובא בש"ך סי' רצ"א ולפ"ז בשאר שומרין מהראוי לומר דאין שמין להם וכן ראיתי בספר א' סברא זו ולפ"ז שוב לא מקרי הילך דכיון שהשכורה מתה לא מקרי הילך דהנבלה אינו שייך להמפקיד או להמשכיר וא"כ הדמים שוב לא מקרי הילך ולכך פריך דמה שטענו לא הודה לו: שבתי וראיתי שזה טעות דזה דוקא אם חייב לשלם השוכר שייך לומר דאין שמין אבל כל שטוען שמתה כדרכה ופטור שוב ל"ש לומר שמין והרי אומר לו הש"ל דהא שוכר פטור באונסין והרי כל מחלוקתם הוא ע"ז שזה טוען שהשאולה מתה וזה טוען השכורה ופטור וא"כ פשיטא דהו"ל הילך ועיין בנימוק"י בפ"ק דב"ק גבי יביא עדודה לב"ד שכתב דהיינו דוקא היכא שמתה בפשיעה צריך להביא עדודה לב"ד אבל אם מתה באונס אומר לו הש"ל וא"כ שוב הו"ל הילך גמור.

ז איברא דלפ"ז כל זמן שאינו נשבע דמתה בכדרכה ואנו מספקינן שמא מתה בפשיעה שוב לא מקרי הילך דהא אם מתה בפשיעה אין שמין בשוכר ושוב לא שייך הילך. ולפ"ז היה מקום ליישב קושית הרמב"ן דלכך אמר אשתבע לי דמתה כדרכה כיון דעכ"פ מודה לו שהנבלה של הבעלים הו"ל מודה במקצת ואף להראב"ד דתביעות חלוקות הוא היינו כשזה טענו שאולה וזה משיב לו שכורה אין השכורה מחייב שבועה להשאולה דהו"ל תביעות חלוקות אבל עכ"פ בשכורה עצמה שמודה לו במקצת דעכ"פ הנבלה שלו שוב לא הו"ל טענו תביעות חלוקות דעכ"פ באותה תביעה של השכורה היא שלו עכ"פ הנבלה והו"ל מודה במקצת וא"ל דהו"ל הילך דזה אינו דכל שלא נשבע שמתה כדרכה לא מקרי הילך דהא מחוייב להביא עדודה לב"ד ולכך שפיר אמרינן דאשתבע לי איזו מתה כדרכה ויהיה שייך הילך ושוב יוכל לגלגל עליו ובזה מדוקדק מה שאמר אשתבע לי דכדרכה מתה ולא מצינו בכ"מ דשבועת שומרים יהיה צריך לומר לו אשתבע לי ולפמ"ש אתי שפיר דאם לא ישתבע שוב לא מקרי הילך ועיין קצה"ח שם

ח והנה בגוף דברי הראב"ד שהוכיח דשאולה ושכורה הו"ל תביעות חלוקות לכאורה הי' נראה דאין ראיה דלעולם אימא לך דכל שטוענו שאלה ושכורה והוא מודה באחת הו"ל מודה במקצת ושאני כאן דהנה יש להסתפק בטוענו שאולה מתה והשכורה אתה חייב להחזיר לי לאחר זמן משך ימי השכירות אם מקרי מודה במקצת דאף אם יודה לו שהשאולה מתה לא שייך לחייבו על השכורה דעדיין לא הגיע זמנה והדבר דומה למה דמבואר בש"ע סי' ע"ג זה אומר עשרה ימים עד הזמן וזה אומר ה' דלא מקרי מודה

במקצת ואומרים לו המתן עד הזמן ועיין בט"ז ולפ"ז ה"נ כל שהשכורה לא מתה הרי הוא אינו מתחייב כלל ויכול לומר לו הש"ל וא"כ לא נתחייב כלל ולא שייך מודה במקצת ולכך כשמודה לו זה בשכורה שוב מקרי טענו חטים והודה לו בשעורים דלא טענו לו בשעורים דעדיין לא הגיע זמנה ובזה י"ל דלכך לא שייך הילך דכל הטעם דהילך דהו"ל כמאן דאיתא ברשותא דמרא והרי לפי דבריו של זה שטענו בשאולה שמתה וכלתה שאילתו אבל השכורה הודה לו שעדן א"צ להחזיר לו וא"כ כל שאתה אומר שהו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים עכ"פ הילך לא מקרי דאף שזה אומר שהשכורה מתה וא"כ כלתה שמירתו ומקרי הילך אבל שוב ממנ"פ חייב לפי דבריו הודה לו דעכ"פ כלתה שמירתו וא"כ שוב הלה טענו שניהם שיחזיר לו ולא שייך לומר דהלה הודה לו דהשכירות לא כלתה שמירתו עדן דזה אינו דשוב לא מקרי הילך ויתכן יותר לפמ"ש הרמב"ן במלחמות ובקצה"ח סי' פ"ח דהטעם דטענו חטים והודה לו בשעורים הוא דהוה תרתי הודאות דסתרי אהדדי דמוקמינן בחזקתו ולפ"ז כאן ממנ"פ לפי הודאתו הודה לו עכ"פ במקצת ולפי טענתו של זה שוב לא הוה הילך. אמנם כבר כתבתי דהראב"ד נראה דס"ל דכ"ז שהוא בעין חייב להחזיר לו דלא נסתלק מהשמירה כ"ז שהוא בעין עד שיחזיר לו וז"ש הראב"ד דזה טוענו שישלם לו בעד השאולה ולהחזיר לו אותה דהשכירות שהיא קיימת וזה טוען דשכירות מתה ואותה השאולה אביא לך מן האגם ואחזירנה לך דאלמא דס"ל דמחוייב בהשבה כ"ז דאיתא בעיני' ולכך הוצרך לחדש דשאלה ושכירות שתי ענינים הם. אמנם זה נראה לי ברור דעכ"פ כל שמתה באופן שהוא פטור ודאי אינו חייב בהשבה וזה גם הראב"ד מודה דהא כלתה שמירתו. ובזה נראה לפענ"ד דלכך הוצרך לשבע דשכורה מתה כדרכה אף דהו"ל תביעות חלוקות משום דבאמת כ"ז שלא נודע אם מתה בפשיעה בודאי צריך להחזיר וא"י לומר הש"ל ואם כן לענין החזרה שוב הו"ל מודה במקצת וכמ"ש למעלה כעין זה. איברא דלכאורה לפמ"ש הרמב"ן יש לומר דלא שייך בזה כלל טענו חטים והודה לו בשעורים דאם נימא כמ"ש הנמוק"י דבשאר שומרים הו"ל א"י אם פרעתיך דהא הלה נתחייב משעת משיכה משא"כ בשאולה א"כ כשזה טענו ששאולה מתה ומשלם לו ועל השכורה טוענו שיחזיר לו וזה מודה לו בשכורה אם כן יש לומר דהוה תרתי הודאות דסתרי אהדדי וכתרי ותרי דמוקמינן אחזקתו דהא בא"י אם פרעתיך אוקמינן אחזקת חיוב וה"ה בזה.

ט אך זה אינו דכל שטוען ששכורה מתה שוב אין כאן חיוב כלל לפי דבריו דהא השכורה מתה ולא נתחייב לו כלום והשאולה לא התחיל החיוב כלל ואף דעדיין לא נשבע לו שהשכורה מתה כדרכה אם כן שוב הוה ליה חזקת חיוב מכל מקום אחר כך כשנשבע

שוב פטור על השכורה. ובזה יש לומר דלכך אמרו דאשתבע לי דשכורה מתה דכ"ז שלא נשבע שוב מקרי טענו חטים ושעורים והודה לו באחת מהן דאף דהו"ל תביעות חלוקות ומקרי טוענו חטים והודה לו בשעורים דז"א דהא כל הטעם הוא דהוה כתרי הודאות דסתרי אהדדי וכ"ז שלא נשבע כבר נתחייב בשכורה משעת משיכה ולא שייך לומר דמוקמינן אחזקתו ודוק. עוד נסתפקתי באם נתן לו שתי פרות אחת בשאלה ואחת בשכירות וא"ל כ"ז ששתיהן קיימות תוכל להשתמש בהן אבל אם אחת תמות תצטרך להחזיר לי השניה דבזה שוב הוה ליה מודה במקצת גמור ויש לומר דהראב"ד מפרש בכה"ג דמה שזה טוען שאולה וזה טוען שכורה היינו בכה"ג ושוב הו"ל מודה במקצת גמור בכה"ג. ובזה מיושב קושייתי שהקשיתי דעדן לא נתחייב לו השכורה אמנם מ"ש בראשונה היא עיקר. שוב נזכרתי דבקצה"ח סי' פ"ז נסתפק בכעין זה אי הוה מודה במקצת ע"ש בס"ק א' ומהראב"ד נראה דזה מקרי מודה במקצת ודוק. והנה לכאורה צ"ב לשיטת הראב"ד דשאלה ושכורה מלוה ופקדון הוה תביעות חלוקות ואין כאן מודה במקצת לפי שאין חיובן שוה ופטורן שוה והיינו שזה נתחייב באונסין וזה פטור הוה תביעות חלוקות ולפי זה כשמחולקין אי פתה את הבת או אנס לא הוה מודה במקצת לדברי הראב"ד דהן חיובין חלוקין דבמפתה פטור מצער ואונס חייב אם כן לא הוה מודה במקצת גמור.

י אמנם אחר העיון לא דמי לפענ"ד דלפי מה שביארתי דטעמו של הראב"ד הוא דכל דאינו מתחייב בתביעה אחת לא שייך שבועת מודה במקצת דהטעם דמודה במקצת חייב שבועה הוא לפי שמחויב לשלם מה שמודה עי"כ נתחייב שבועה וכעין גלגול שבועה ולפ"ז בתביעות חלוקות דעל הממון הלז לא נתחייב כלל לשלם לכך אינו חייב לשבע וכמ"ש למעלה ולפ"ז כאן דאונס ומפתה הביאה אחת רק שבאונס נתחייב יותר גם בצער והמפותה אין לה צער וא"כ עכ"פ בבושת ופגם דמודה נתחייב לשלם ושייך שבועה מתורת גלגול דא"ל דעל ענין אנוס לא נתחייב מה שמודה דזה אינו דענין החיוב שנתחייב היא שוה באונס ומפותה ורק שבאונס יש ג"כ חיוב צער אבל עכ"פ החיוב על הביאה בושת ופגם זה שוה ושפיר מקרי מודה במקצת והרי גדולה מזו כתב בשיטה מקובצת ב"מ והבאתי למעלה דהיכא דנחלקו בדבר מסויים כמו מנה זו שזה טוען שהי' הלואה וזה טוען פקדון הוה מודה במקצת גם להראב"ד וכמ"ש לעיל בטעמו ומכ"ש בזה דגוף החיוב על הביאה לענין בושת ופגם שוה באונס ובמפתה וז"ב מאד. ובזה נפתח לי שערי בינה להבין דברי הראב"ד בפ"ב מנערה הלכה י"ג שכתב הרמב"ם אמרה לו אנסת אותי והוא אומר לא כי אלא פתיתי ה"ז נשבע שבועת התורה על דמי הצער ומשלם

בושת ופגם שהרי הודה במקצת הטענה וכ' הראב"ד אין כאן שבועה לפי שאין כאן תובע לפי שאין התשלומין שלה וכאומר מנה לאבי בידך והדברים תמוהים במ"ש הראב"ד שאין כאן תובע דהא ניהו דאביה זוכה מידה באלו ולמה לא תהי' תובעת וכבר התפלא בזה הכ"מ.

יא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוה תביעות חלוקות רק שענין מה שמודה במקצת זה שוה לאונסה ומפותה ולפ"ז זהו כשהאב תובע א"כ הוא תובע מה שהתורה אמרה לשלם כאשר אחד בא על בתו ונמצא הוה שפיר הודאה במקצת וע"י הממון נתחייב לשבע כעין גלגול ולפ"ז זהו כשהאב תובע אבל כשהיא תובעת ולה אין מגיע אם כן היאך תגלגל היא שבועה והא לגבה הוה תביעות חלוקות דאם הי' מגיע לה ולא היתה מצטרכת לתת לאב שוב הי' דינים חלוקים דהא מפותה מחלה ואם כן לא הי' מקרי מודה במקצת כלל דהא הוה ענינים חלוקים ואין חיובן שוה ולכך לא מקרי מודה במקצת ובזה מובן היטב הנוסחא שמביא הכ"מ בשם הראב"ד שהראב"ד מסיים ואם מיירי ביתומה א"כ אין כאן מודה במקצת כלל דהא מפותה היא וידעה ומחלה וכתב הכ"מ דהא מכל מקום הוה מודה במקצת שמודה בבושת ופגם וכופר בצער. והנה לכאורה דברי הכ"מ תמוהין דהא כל שמפותה מחלה שוב לא נתחייב כלל ול"ה מודה במקצת כלל וכבר התפלא בזה המלמ"ל ובתשובה לענין אם מקרי אנוסה בעיר הארכתי בביאור דברי הכ"מ והראב"ד. אמנם כעת נראה לי דהנה המהרי"ק בשורש קכ"ט העיר בהא דאמרו מפותה מחלה דמדעתה עבדא והא אם פיתה לשם אישות כדמוקי בקדושין מפותה דקרא אם כן הוה מחילה בטעות ול"מ מחילה ע"ש שהאריך בזה וצ"ל באמת דמיירי בסתם מפותה דלא פיתה לשם אישות ולפ"ז שפיר כתב הכ"מ דדברי הרמב"ם מיירי בפיתה לשם אישות וזה טוען שפיתה לשם אישות והוה מחילה בטעות ולכך הוה מודה במקצת שמודה בבושת ופגם והרמב"ם לא הי' צריך רק להשמיענו הדין דהוה מודה במקצת ואין מקום להשגת הראב"ד. אמנם לפמ"ש אתי שפיר דברי הראב"ד דהכי כתב הראב"ד כיון דעכ"פ חלוקין בחיובן דבאנוסה חייב בכל ובפתוי אינו חייב רק במקום שמורה שהיתה לשם אישות והוה מחילה בטעות ואם כן שוב לא הוה מודה במקצת דהוה תביעות חלוקות כיון דמפותה היא לפי דבריו דמדעתה עבדה וא"כ עכ"פ החיוב חלוק ולא מקרי מודה במקצת ושפיר השיגו הראב"ד לשיטתו ודוק היטב ולפמ"ש בתשובה ליישב מה ששאל אותי הרב המאוה"ג אבד"ק נאהרייב נ' בהא דמועיל מחילה בבושת ופגם הא הו"ל דבר שאינו קצוב ושיטת הטור דלהרמב"ם דס"ל דא"י לחייב בדבר שאינו קצוב ה"ה למחול א"י בדבר שאינו קצוב והרי בו"פ הו"ל דבר שאינו קצוב וכתבתי שם הרבה

דברים ואחד מהם דכמו שכתבו הרבנים הספרדיים הובא במלמ"ל פי"א ממכירה דכל שלוקח איזה דבר מחיר זה יכול לחייב אף בדבר שאינו קצוב דאגב דבעי לקנות גמר ומקני ה"ה במחילה בכה"ג יכול למחול ולפ"ז אם פיתה לשם אישות שוב המחילה הי' בשביל מחיר שישאנה וא"כ גמרה ומחלה ולפ"ז שפיר כ' הכ"מ לשיטת הרמב"ם ע"כ מיירי בפיתה לשם אישות ושוב הו"ל מחילה בטעות וממנ"פ ל"מ המחילה. הן אמת דעדיין קשה דאם כן מפותה דמחלה היאך משכחת לה דהא לא מועיל מחילה בדבר שאינו קצוב אך לפענ"ד הי' נראה דאם נימא דגם קנס יכול למחול כשיטת הש"ס דילן דלא כשיטת הירושלמי כמ"ש התוס' ר"פ אלו נערות אם כן פשיטא דמועיל מחילתה אגב דמחלה הקנס שהוא קצוב מחלה גם הבושת ופגם שאינו קצוב וכמו בדבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם ועיין בסי' ר"ג וסי' ר"ט מבואר שם דחד דיעה ס"ל דקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם ביחד ואם כן מכ"ש לענין מחילה דיכול להסתלק מדבר שאינו קצוב עם דבר הקצוב דבקל יוכל האדם למחול ולהסתלק מחיוב ממה שיוכל לקנות ואם כן יש לומר דכולי עלמא מודים בזה. ולפ"ז מיושב היטב דברי הכ"מ דכאן דליכא קנס כלל דהרי הודה מעצמו וליכא עדים ומודה בקנס פטור ואם כן שוב לא מועיל מחילה בדבר שאינו קצוב ושפיר כתב הכ"מ דעכ"פ מודה בבושת ופגם וא"ל דעל כל פנים היתה מוחלת בעת הביאה ואז הי' מחויב גם קנס דזה אינו דיש לומר דלא הי' עדים וקנס אין אדם מתחייב עפ"י עצמו ואם כן לעולם לא הי' כאן חיוב קנס כלל ואם כן דברי הכ"מ נכונים ולפ"ז גם דברי הראב"ד נכונים דעכ"פ תביעות חלוקות הוה. והנה הכ"מ מביא עוד השגת הראב"ד בנוסחא אחרת דאין כאן מודה במקצת דהנך ג' דברים דאבהן והצער שכופר שלה היא דצער לעצמה ואם כן הוה הודאה לאב וכפירה לה ואין כאן מודה במקצת ותמה הכ"מ דמה בכך כיון דג' דברים שהאב זוכה היא בשביל שהיא זכתה לו ואם כן היא בעלת דבר מקרי ולפמ"ש אתי שפיר דהרי הבעה"ת בשער ז' ח"ב סכ"ד כתב בשם הראב"ד דתבעו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו הו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים והובא בב"י סי' פ"ח גם בטור וש"ע פסקינן דלא כוותיה ולפ"ז עכ"פ לשיטת הראב"ד דתבעו בחוב עצמו והודה בחוב אביו הו"ל ענינים חלוקים ופטור אף מדמי שעורים ועיין בגידולי תרומה שם ואם כן ה"ה בזה כיון דהוא תבעתו בחוב עצמה ואף שתבעתו גם בחוב אביה כבר כתבתי דלשיטת הראב"ד הו"ל אף בזה כטענו חטים והודה לו בשעורים אם זה שכתב הראב"ד דאין כאן מודה במקצת דהודה בחוב אביה והוא כופר לעצמה ודוק היטב כי מובטחני כי מתרצא דברי הראב"ד בקושטא. שוב נזכרתי שכבר כתבתי איזה דברים בכוונת הראב"ד בתשובה אחת בענין אשה שטענה

נאנסתי אם מותרת לכהן שם התגלגלו דברי הראב"ד אלו וכתבתי שם וכאן הוספתי דברים ומשנה לא זזה ממקומה ודוק היטב כי הוא ענין נפלא ת"ל

יב ובגוף הקושיא הנ"ל דבושת ופגם הו"ל דבר שאינו קצוב ול"מ מחילה נראה לפענ"ד דכמו דכתב הרמב"ם בדברים הנקנים באמירה גם דבר שאינו קצוב מועיל משום דאגב חיבת חיתון גמר ומקני ה"ה בזה כיון דנתפתית אמרינן דאגב חיבת ביאה מחלה לו וכבר כתבו התוס' בכתובות דף ל"ט דבמפותה אגב הנאת בעילה גמרה ומחלה לגמרי אף דלא אמרה ע"מ לפטור וה"ה בזה אף דלא הוה קצוב גמרה ומחלה וז"ב ודוק. והנה הקצה"ח סי' פ"ח הקשה בסי' כ' דאמאי מקרי מודה במקצת הא בושת ופגם לא קיץ ולא הודה בדבר שבמנין ובמדה ולפענ"ד נראה דהנה ביאור הענין דבעי דבר מסוים כתבו התוס' בשם הריב"א דיליף לה משלמה והתוס' דחו זאת. אך לפענ"ד נראה בביאור הדבר דהנה מודה במקצת יליף לה מכי הוא זה דבעינן מודה במקצת וכופר הכל פטור מגזירת הכתוב או משום דאין אדם מעיז. ולפ"ז נראה לי ברור דכל שהודה בדבר שאינו במדה ויכול להיות שהודה בכל מה שתבעו וכמו בתבעו כיס מלא דינרים וזה משיב כמה שהנחת אתה נוטל או אפילו בהשיבו חמשים דינרים דכל שזה לא תבעו בדבר שבמדה ויכול להיות שהחמשים דינרים הם כל התביעה אין כאן מודה במקצת ולכך פטור משבועה דגזירת הכתוב היא דבעי כי הוא זה וז"ב לדעתי טעמו של דבר. ולפ"ז כאן דהודה בבושת ופגם וכפר בצער ואם כן כשזה תבעו עם הצער הרי הודה במקצת הטענה וחייב ומ"ל בכך שמה שהודה אינו דבר שבמדה סוף סוף עכ"פ הודה במקצת הטענה וחייב.

יג ובזה נראה לפענ"ד דהיינו דלא אשתמיט למתני דבר שבמדה בתביעת ע"א או בשבועת שומרים משום דבזה דכ"ה חייב אף בדבר שאינו במדה כל שיתברר אח"כ בשומא בב"ד דאינו כפי מה שטענו נתחייב. ובזה נלפענ"ד מ"ש הר"ן גבי טענו עשר גפנים והוא מודה בחמשה גפנים דחשוב דבר שבמנין כיון שהודה במקצת טענתו במנין ע"ש ד"ה דחמש ולכאורה תימא דמכל מקום אינו ידוע מנין החיוב ולפמ"ש א"ש דעכ"פ שייך בזה כי הוא זה. ובזה נראה לפענ"ד במ"ש הר"י מגא"ש באומר המלוה יודע אני שהמשכון שוה יותר אבל איני יודע כמה דהו"ל מחושואיל"מ ותמהו עליו דהו"ל מודה בדבר שאינו במדה ומנין דלא הוה מודה במקצת וכתב הרמב"ן דכיון דאי אפשר לחייבו מתוך טענתו רק בפחות שבממון מקרי דבר שבמנין משא"כ במה שהנחת אתה נוטל דיכול להיות שיתברר שישוה יותר ויותר והדברים סתומים ועיין ש"ך סי' ע"ב ס"ק נ' שהפליא עצה בזה ולפמ"ש יש לומר דכיון דבעי שיהי' מודה במקצת א"כ בשלמא

במה שהנחת אתה נוטל בהודאתו לא הודה במקצת דהא יכול להיות שהודה בכלו אף שנתברר אחר כך השומא מכל מקום לא הודה לו במקצת ואנן כי הוא זה בעינן מה שאין כן כאן דכל שאמר א"י הו"ל מחויב מתוך טענתו כיון דהב"ד לא יוכלו לחייבו יותר פשיטא דמודה במקצת מתוך טענתו ועיין בסי' ע"ה ס"ה בש"ך שם ותמצא דבכה"ג כ"ע מודים דמקרי מודה במקצת מתוך טענתו ובכה"ג שהב"ד לא יוכלו לחייבו עפ"י טענתו כ"א בפחות שבממון גם הוא לא הודה רק בפרוטה והוה לי' מודה במקצת. ובזה מיושב היטב מה שמבואר בסי' ע"ב סט"ז במלוה על טבעת שיש בו אבן ונאבד ויש אחד ביד שולחני והלוה טוען ששלו הי' שוה יותר וזה טוען שלא הי' שוה רק כמו הטבעת שביד השולחני דהוה מודה במקצת והקשה הקצה"ח שם דהא הטבעת דביד שולחני לא נודע כעת ואם כן לא הוה דבר שבמדה ובשעת הודאה לא הודה בדבר שבמנין ע"ש שנדחק ולפמ"ש אתי שפיר דהא כיון דעכ"פ יש כאן הודאה במקצת דזה מודה ששוה כמו טבעת שביד השולחני וזה טוען שהי' שוה יותר אם כן מה לנו בזה שחסר השומא כמה היא שוה הטבעת הלז שביד השולחני מכל מקום כל שישום יהי' נודע שהודה במקצת ומקרי מודה במקצת גמור ובזה מיושב מה שהקשה בנתיבות המשפט לשארי הגאון מליסא ז"ל סי' פ"ח ס"ק ח' דבנחלקו אי גדול הזיק או קטן הזיק ישבע והא לא הודה בדבר שבמנין ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ גלוי הוא לכל דהודה במקצת מ"ל בזה דלא נודע השומא ולפענ"ד הדברים ברורים כשמש ודוק היטב. אחר שנים רבות עיינתי בבעה"ת שער ל"ח ח"ג הביא שם דברי הרמב"ן שביאר הדברים בע"א דבשלמא כשטוען שא"י כמה שוה הב"ד צריך לברר הדברים ולפחות מוכרח להודות בשו"פ וזה נקרא מודה במקצת עפ"י הב"ד אבל בטוען מה שהנחת אתה נוטל אין הב"ד צריך לברר הדברים שלמה יביאו אותו שיצטרך לשבע דהא אפשר להם לראות כמה הוא ע"ש וא"כ סברת הרמב"ן מבואר בדרך אחר ממה שפירש ומהתימה על הגד"ת והש"ך שאחרי שהי' לפניהם דברי הבעה"ת בשם הרמב"ן מדוע הרחיקו ללכת וצע"ג. והנה נסתפקתי באם יש לו תביעת מלוה ע"פ ותביעת קרקעות אם חייב שבועה ולא נימא דהו"ל הודאה שלא ממין הטענה דהא כופר לו במטלטלין והודה לו בקרקעות ואף דפטור משום דהוה עכ"פ הודה בקרקעות מכל מקום היאך הדין להיפך אם כופר בקרקעות והודה לו במטלטלין מיהו גם כופר בקרקעות פטור.

יד אך עדיין יש להסתפק אם נימא כשיטת הה"מ פט"ז מאישות הכ"ה דבזמן הזה שגם המטלטלי משתעבדי לכתובה שוב לא הוה כפירת ש"ק כיון דגם מטלטלי משתעבדי ע"ש א"כ משכחת לה בכה"ג דטוען אלמנה נשאתיך דהו"ל מודה במקצת ומכל מקום

לא הוה ממין הטענה דע"כ אין הכתובה בידה דאל"כ נחזי מה כתוב בה ואם כן המנה שמודה הו"ל מקרקע דגובית מתנאי ב"ד ומה שכופר הוה מטלטלין ומיהו זה אינו דממ"נ כיון דגם מטלטלי משתעבדי אם כן הוה הכפירה וההודאה דשם ממין הטענה שמודה במקרקעי ומטלטלי וכן כופר במטלטלי ומקרקעי ועיינתי בש"ס ירושלמי ריש פ' האשה שנתארמלה ושם מבואר בכסף סלעין ונמחק והמלוה אמר חמש והלוה אמר שלש וסתם כסף סלעין אינו אלא שנים ונחלקו שם בן עזאי ורבנן דרבנן ס"ל דאין הודאה ממין הטענה והיינו דאותו סלע שמודה אף שלא נכתב בשטר כמאן דכתב וגובה ממקרקעי ומה שכופר כופר מטלטלי. מיהו גם שם קשה ת"ל דהא הוה הודאה בקרקעות דאינו מחויב שבועה ומדברי הפני משה נראה שבאמת הפירוש כן דאין ההודאה ממין הטענה והו"ל כהודה בקרקעות דאינו מחויב שבועה אבל הלשון לא משמע כן ועיינתי בשיטה מקובצת שפירש בשם הרמב"ן והרא"ה דאין ההודאה ממין הטענה ע"ד שמבואר בש"ס דילן ב"מ דף ד' דר"ע ס"ל דהו"ל משיב אבידה אבל אין הלשון מורה כן. ולפענ"ד נראה דהכוונה כיון דמחמת השטר אין להוציא רק הפחות שבמשמעות דהיינו שתים ואם כן השלישי שהודה עכ"פ קרקעות א"י לגבות דחיישינן לקנוניא ועיין בש"ך סי' ק"ו בסופו מה שחולק עם המבי"ט ובתשובה הארכתי בזה ואם כן כל דאינו גובה רק מבנ"ח ל"ש ש"ק ועיין בתוספת ב"מ דף ד' שם ואם כן הטענה שזה טוענו חמש הוה הטענה מטלטלי ומקרקעי שתים במקרקע ושלש במטלטלין וזה שמודה לו השלישי אם כן מודה לו מקרקעי וממלטלי דהיינו רק מבנ"ח והו"ל מקרקעי ומטלטלי ואינו ממין הטענה כנלפענ"ד.

טו והנה בגוף דברי רבינו שכתב שחייב שבועה ק"ל טובא דהאיך אפשר להשביעו והא אמרו בב"מ דף ל"ד דישבע הלה שמא יוציא זה הפקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה ולפירש"י הוה הטעם שיהיה חלול השם שנשבע לשקר אף דהוא רמאי ולשיטת התוס' הוה מחשש לעז שגנאי הדבר שישבע במקום שיתברר הדבר ולפ"ז במקום שכותבין כתובה רק שטענה שאבדה א"כ ניחוש שמא תטרח ותביא הכתובה ויתברר הדבר שהיא בתולה ויהיה חילול השם וגנאי בדבר ואף אם נימא דאבדה באור הא במקום שכותבין כתובה אף באבדה באור חיישינן שמא יש לה כתובה אחרת ועיין בתוס' דף ט"ז ע"ב שם ד"ה מאי אבדה וגם קשה דהא עכ"פ יוכל להתברר ע"י עידי הינומא ויהיה השקר גלוי וידוע לכל שכל מי שראה ההינומ' יודע שהיתה בתולה וזה היה פרסום גדול שהרי רבים שכיחי במזמוטי חתן וכלה ועכ"פ יוכל להתברר הדבר ושייך גנאי ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ע"ט בחו"מ וצע"ג ולפמ"ש במקום אחר ליישב קושית אבי מורי הרב הגאון נ'

מהאי דע"א נאמן להשביע והא יוכל אח"כ לפסלו לעדות ולשבועה וכתבתי בתשובה דבשביל זה אי אפשר לפטרו דהאיך שייך שבשביל זה יפטר הלה משבועתו לחייבו ע"י העד ממון ודאי אי אפשר ולהטילו על מי שמביא העד אי אפשר דהא התורה לא אמרה רק שבועה לפטור ולא ליטול וע"כ לא אמרו רק במשכון דאפשר שישבע הלה וצ"ע בסוגיא דב"מ שם א"כ גם כאן היה מקום ליישב כן ג"כ אך אין הדבר ברור דגם שם הוה שבועת מודה במקצת ואפ"ה הטילו שבועה ע"ז וצ"ע ובאמת מע"א אין קושיא דא"א להטיל על המלוה דהא ע"א המסייע פוטר ואם כן מכ"ש דלא שייך שישבע זה ועכ"פ כאן צע"ג.

טז והנה בגוף דברי הש"ס ב"ק הנ"ל דבעי רבה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח אי נשבע חייב כיון דאלו מיגנב או מתביד בעי שלומי ליה ממונא וע"ז שאל אותי הרב החריף מוהר"ר יצחק שמעלקיש נ"י מה מבעיא להו הא לא עדיף ממשביע עד אחד דהו"ל דבר הגורם לממון ופטור וה"ה הכא הא כעת אינו שוה ממון והשבתי דכיון דנשבע על הגזילה ובעת שגזל היה שוה ממון נהי דיכול למיפטר מממון ע"י שיאמר הרי שלך לפניך מכל מקום כל שלא אמר הרי שלך לפניך ואם מיגנב נתחייב לשלם ממון שוב חיובו על שעת הגזילה ובעת הגזילה הרי היה שוה ממון וכיוצא בזה כתבו התוס' בגיטין דף נ"ג ע"ש לרב ושמואל ודוק וזה דהביא משורי גנבת והוא אומר ש"ח דעכ"פ הוא גנבו רק שפוטר עצמו במה שאומר שש"ח היה וכיון דלענין גניבה לא מחייב עצמו שוב חייב על שעת גניבה אמנם הרב החריף הנ"ל אמר דבר חדש דהא דבר הגורם לממון לא אמר ר"ש רק בדבר שעיקרו ממון כדאמרו בב"ק דף צ"ח ואם כן עיקר חיובו בשביל שנצמח מממון ולפ"ז רבנן דפטרו הוא בשביל שאותו האיש אין לו בו רק גורם לממון כמו בשומר שאין לו בו רק מה שגורם לממון בלבד אבל במי שיש לו בדבר ממון ממש וגם גורם לממון כמו הכא דהנגזל יש לו גוף החמץ דשוה ממון וגם מה שגורם לממון אילו מגנב אף שכעת נפקע החיוב ממון מכל מקום החיוב דגורם לממון לא נפקע והא דקדשים שחייבים באחריותם לרבנן דר"ש חשוב דבר הגורם לממון ולאו כממון היינו משום דבעת שגורם לממון אז אין לו ממון ובעת שהי' שוה ממון לא הי' דבר הגורם לממון שאז לא גנבו והנה דבר גדול דיבר בזה. והנה בהך דחבילה בקידושין דף ס"ה הקשה התומים סי' קל"ח והקצה"ח סי' פ"ח דהו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים וכ"כ על הגליון הש"ך שהרמ"ך בשיטה מקובצת ב"מ דף ט' הרגיש בזה והנה ש"ב נכד הגאון דו"ז בעל ים התלמוד בלמדו אצלי דברי הש"ך הנ"ל רצה לומר דל"ק שהרי האשה כשטוענת שהם עבדיה הנה

מה שקנה עבד קנה הרב וא"כ כל הנכסים שלה והוה כתובעת חטים ושעורים והם הודו באחת מהן דהיינו בהכתובה.

יז והנה באמת יש לדחות דבאמת אף שטוענת עבדיי אם יבררו הם שניתן להם במתנה ע"מ שאין לרב רשות אין לה כלום וא"כ שוב הו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים. עוד רצה לומר דבר חדש בטעם דפקדון ומלוה דלכך הוה טענו בחטים והודה לו בשעורים דפקדון החיוב נופל על החפץ ומלוה הוא על גוף הלוה שנתחייב לו ונכסי דאינש ערבין בי' ולפ"ז אמר גם כאן הוה כטענו שגוף החבילה שלה והם אומרים שהם נתחייבו לתת לה כתובה והנה המעיין בשיטה מקובצת בב"מ בסוגיא דשאלה ושכירות בוויכוח שהתווכחו הראב"ד והרז"ה ימצא דברים רבים בענין זה וטעם זה אינו מוזכר שם. אך בגוף הקושיא של התומים והקצה"ח הנ"ל הנה ל"מ לשיטת הפוסקים דהוא מטעם מחילה כאן לא שייך מחילה דכל שטוענת שהן עבדיה למי מחלה הא הכל עבדיה וכל מה שקנו קנתה היא אלא אף אם נימא דהוא מטעם הודאה הא באמת הם הודו להיפך רק דכל שני הודאות הסותרות זא"ז מוקמינן ממונא בחזקת מרי' ועיין קצה"ח סי' פ"ח שהאריך בזה בטעם דטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור וא"כ זה שייך שם אבל כאן אין שום אחד מוחזק בחבילה וכלם שווים בו א"כ כל דאיכא תרתי הודאות דסתרי שפיר נוטלת עכ"פ בכדי כתובה שהם הודו להיפך והיתר חולקין גם מטעם השטאה לא שייך בזה דלענין גט לא שייך ענין השטאה וכדומה וז"ב

יח והנה בדברי הש"ס ב"ק הנ"ל בהא דאיבעיא ליה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ונשבע מהו דאמרו מלתא דמיבעיא ליה לרבא פשיטא ליה לרבה קשה לי טובא דמנ"ל זאת דלמא באמת רבא ס"ל כרבה רבו ומאי דאיבעי' ליה בחמץ הוא דהרי הש"ס מקשה מוכחש בה פרט למודה בעיקר ומשני כי תנא האי דקא"ל הילך וכי קאמינא דקיימא באגם והיינו דכל שא"ל הילך ל"ש כיון דאילו מיגנבה דהרי נתנו לו תיכף משא"כ בקיימא באגם דיש לחוש דלמא יגנב כעת טרם שיקחנו מהאגם וכמ"ש רש"י ובשיטה מקובצת שם ולפ"ז בחמץ בפסח דמיירי דנשבע בתוך הפסח לאחר שנאסר וא"כ הרי החק יעקב כתב דאם תבעו תוך הפסח לא מצי לומר לו הרי שלך לפניך לפי שהכל מצווין לבערו באותו פעם וכאלו שרוף ועומד דמי א"כ בזה נסתפק הא אפילו א"ל הילך דבכה"ג לא שייך חיוב ממון דאלו מיגנב או מתביד דהא א"ל הילך אפ"ה בחמץ בפסח כיון דכעת עפרא בעלמא הוא ולא מצי להחזיר לו א"כ בכה"ג שייך כיון דאלו מיננב או מתביד והוא קושיא נפלאה וא"ל דבזה פשיטא ליה כיון דא"י להחזיר לו הו"ל בעין כמאן דליתא דזה אינו דמכל מקום יבא לידי ממון אם יגנב לאחר פסח וראיתי ברמב"ם

פ"ג מגזילה ה"ה שהראב"ד ביאר בהדיא דוקא כשאינו עומד תחת ידו והוא באגם וא"כ לדברי הראב"ד קשה אבל הה"מ כתב דדוקא בהך דרבה דהודה ואמר ש"ח אני עליו היא דשייך לומר הילך אבל בהך דכפרי' לא שייך הילך וחייב ולפי דבריו אין מקום לקושיא זו אבל באמת תמוה דא"כ שפיר בעי ליה לרבה אם בכה"ג שייך ענין הילך וכסברת הראב"ד או כהרמב"ם ולא מוכח מרבה דרבה מיירי דקיימא באגם והוא תימה גדולה ומעתה גם לדברי הח"י קשה כמ"ש וא"ל דרבא מיבעיא ליה ע"פ אחר חצות דאפשר דמצי לחזיר דזה אינו דהרי שיטת הרמב"ם והגאונים בפ"א מחמץ ה"ח דלאחר שש אסור בהנאה מה"ת וא"כ הוה כמו בפסח עצמו וגם להראב"ד דמשיג עליו עכ"פ מצות ביעור עליו משש ולמעלה ול"מ להחזיר דהוה כשרוף כמ"ש הח"י ועיין קצה"ח סי' שס"ג ס"ק א' ומה גם להראב"ד כל שלא נאסר הרי לא שייך לומר עפרא בעלמא הוא וא"כ קשה טובא. אמנם לפענ"ד דהח"י מפרש להיפך דכיון דרבה ע"כ מיירי דקיימא באגם א"כ מיפשט פשיט ליה דבכה"ג דיש ספק שמא לא יוכל להחזיר דשמא יגנב הו"ל כפירת ממון וחייב א"כ מכ"ש בנשבע בפסח דודאי א"י להחזיר כעת ובודאי חייב וא"כ מה מיבעיא ליה לרבא ולכך אמרינן דמה דמיבעיא ליה לרבא פשיטא לי' לרבה ובזה יתיישב הא דהקשיתי דלשיטת הרמב"ם דמחלק בין הך דרבה להך דחמץ דכפרי' כמ"ש הה"מ וגם במ"ש שכתב כן פ"ט דב"ק סי' מ"ה אלא שכתב שטעה הראב"ד טעות גדולה ובאמת כבר קדמו הה"מ ומחלק כן לשיטת הרמב"ם אבל אינו ברור כ"כ שהראב"ד טעה בזה ועכ"פ קשה דלמא מודה רבא לדינו דרבה ולפמ"ש אתי שפיר דה"ק להיפך דאם בהך דרבה שלא כפר בעיקר הדבר ואפ"ה כל דקיימא באגם חייב לרבה מכ"ש בהך דחמץ דכפר לגמרי אבל לשון הש"ס מורה להיפך דמלתא דרבא נלמד מהך דרבה ולפמ"ש מלתא דרבא הוא כ"ש מהך דרבה ועכ"פ יש ליישב בזה קושית הישׁ"ש והמלמ"ל פ"ג מגזילה על הרמב"ם והרא"ש שכתבו בהך דנשבע על החמץ דמשלם קרן וחומש ואשם דלמה ישלם הקרן דעל הקרן למה לא יוכל לומר הרי שלך לפניך ומה בכך דנשבע זה שייך על החומש ולא על הקרן והיא תימה רבה ובילדותי כתבתי בזה בחידושי על הרמב"ם שם. ולפמ"ש יש לומר דבאמת על הקרן יוכל לומר הש"ל ומה בכך דנשבע אך זה אם הי' נשבע לאחר הפסח דאז יוכל לומר הש"ל ופטור על הקרן אבל כשנשבע תוך הפסח דעכ"פ תיכף משעה שנשבע מחוייבין הב"ד להוציא בלעו מפיו ולשלם תיכף וא"כ אז א"י להשיב כמ"ש הח"י הנ"ל וא"כ אפילו הקרן מחוייב להחזיר דבשלמא אם נשבע לאחר הפסח אז יכול להחזיר החמץ ויכול לומר הרי שלך לפניך או בסתם גזילה כשלא נשבע דאף דמחויב להחזיר אבל אין הזמן מוגבל וכל זמן שישיב מקיים מצות

השבה אם כן אף שגזל קודם הפסח יוכל אחר הפסח לומר הרי שלך לפניך ומקיים מצות השבה אבל כל שנשבע דאז השבועה מחייבו להשיב תיכף ומיד ואם כן כשנשבע תוך הפסח דא"י להשיב דודאי חייב וכמ"ש. ובזה מיושב מה שהקשו היש"ש והמלמ"ל מהך דגזל הגר דאמרו דאילו הי' הגר קיים דאומר לו הש"ל ולפמ"ש אתי שפיר דשם דנשבע לאחר הפסח א"כ שפיר הי' יכול לומר הש"ל וז"ב ודוק. ומה יקרו בזה לשון הרמב"ם בפ"ג מגזילה ה"ג שכתב אם כפר בו לאחר שנאסר בהנאה ונשבע דמשמע דנשבע בתוך הפסח ובפ"ח ה"ח לענין גזל הגר ביאר לאחר הפסח והוא הדבר אשר דברתי ודוק היטב ועיין במלמ"ל שכ' ג"כ דכל שנשבע קודם הפסח נתחייב במצות השבה תיכף בודאי משלם אחר הפסח חמץ יפה וכמ"ש בירושלמי ומכ"ש בנשבע תוך הפסח וכמ"ש ודוק.

יט ולכאורה רציתי לומר דאם נשבע תוך הפסח לא יהי' מחויב דהרי אז החמץ אסור לכל אדם וא"כ אין כאן כפירה כלל דז"א דהרי באמת הנגזל והגזלן אינם עוברים עליהם וכמ"ש בשיטה מקובצת בב"ב צ"ו ואפ"ה אסור החמץ דהקנס הוא על כלם אף שלא עברו וכמ"ש הרמב"ן וכבר ביארתי זאת באורך בתשובה וא"כ שוב שפיר שייך שבועה דהוא תובע לו שישלם לו מה שהפסידו והוא טוען שלא גזל ונשבע ואתי שפיר כמ"ש ודוק היטב. והנה בחידושי אנשי שם בסוגיא דשאלה ושכירה הביא בשם הרא"ש דאם טענו פרה שאולה והלה טוען שכורה היתה ומתה כדרכה דחשוב מודה במקצת דזה טוען שנתחייב לו באונסין וזה מודה לו שנתחייב בגניבה ואבידה והו"ל מודה במקצת והנה הרב מוה' אברהם קאמפף ני' הקשה דלמה יקרא מודה במקצת כיון דטוען דשכורה ומתה כדרכה א"כ הוא פטור לגמרי מידי דהוה אם זה טוענו מנה וזה הודה לו במקצת וטען שפרע דודאי פטור. והשבתי דזה אינו דכאן נתחייב משעת שמירה וא"כ הי' עליו שמירה יתירה וטוענין על השמירה ובהשמירה הו"ל מודה במקצת ועיין קצה"ח ר"ס פ"ז ומדברי הרא"ש הנ"ל ומהר"ם באנשי שם יש ראיה דזה מקרי מודה במקצת וז"ב ודוק. והנה בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"ח הביא בשם הרז"ה שהקשה להראב"ד לדבריו דמלוה ופקדון הוה מינים חלוקים ואם תבעו באחד והודה באחד פטור א"כ עיסקא דהוה חצי מלוה וחצי פקדון וא"כ לא יתחייב שבועת התורה והרי נשבע כעין של תורה. ולפענ"ד ל"ק דשאני פקדון ומלוה שהן מסוימים כל אחד בפ"ע משא"כ כאן שאינו מסוים וכל פרוטה ופרוטה חציו מלוה וחציו פקדון והרי היא אחת ועיין בא"מ סי' ל"ז ס"ק כ' מ"ש בשם הרשב"א ולפענ"ד גם לפמ"ש הרשב"א יש ליישב דהרי הכא טוען על כל פרוטה ופרוטה והו"ל כדבר מסוים שלא מקרי טענו חטים והודה לו בשעורים ודוק.

סימן ד

א אל כבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' ליבש ני'.

ב מ"ש בענינא דפרשה ברמב"ם הלכות ממרים פ"ז ה"ז אפילו הי' השנים הראשונים הם האחרונים וכתבת בזה"ל הכ"מ חתר למצוא מקור דברי רבינו ז"ל והוא לדעתי מהתוספתא פי"א וז"ל בנינו זה מלמד שאחד מן הראשונים מצטרף עם האחרונים לחייבו מיתה וזה כדברי רבינו ובזית רענן הסב דברי התוספתא לדבר אחר והוא נגד פשט המשנה ודברי רבינו והאמת כמ"ש. הנה דבריך נכונים אבל מה שאני תמה על לשון רבינו מה לשון אפילו אדרבא זה עדיף טפי דאל"כ יהי' חצי דבר ואף דלא שייך בזה חצי דבר וכחילוקו של הרי"ף והתוס' בב"ק דף ע' ובתשובה ביארתי הענין באורך מכל מקום הכי עדיף טפי וכעין זה הקשו בתוס' גיטין דף ס"ג ע"ב וע"פ תירוצם יתיישב קצת. אמנם מה דק"ל בהא דכתב רבינו ואחר שמקבלין אותו בודקין שמא הקיף השער את כל הגיד וקשה דלפ"ז הי' התראת ספק דשמא הקיף השער מקודם וא"ל דמוקמינן אחזקה דא"כ למה בודקין אותו וע"כ דבמיתה לא סמכינן אבדיקה ואולי כיון דקיבל התראה ואמר ע"מ כן אין יכול לטעון שכבר הקיף. וראיתי שאתה הקשית על דברת רבינו בהלכה י"ב לענין טומטום שנקרע אחר ההתראה דבעינן שיהיה בן משעת ההתראה וע"ז הקשית דלפי שיטת רבינו בלא"ה הו"ל התראת ספק וצ"ע ובאמת לפמ"ש התוס' בכמה מקומות דבעינן שיהי' גם להמותרה ספק ופשיטא דלהמותרה לא הי' ספק אבל מ"ש קשה לכאורה והנלפענ"ד כתבתי

ג אמנם בלא"ה נראה לפמ"ש התוס' ביבמות דף פ' בד"ה ונעשה סריס דהיכא דאגלאי מלתא למפרע לא שייך התראת ספק א"כ כאן כשבודקין אותו אח"כ ונמצא שהוא כן או שלא הקיף שער נעשה בן סורר ומורה למפרע ואף דהרב בעל משנה למלך פט"ז מסנהדרין כתב דמדברי התוס' פרק יוצא דופן לא משמע כן כבר כתב הפ"י בק"א למס' קידושין דף ס"ג לחלק דהיכא דאין הספק בגוף האיסור רק אם הוא בר עונשין בכה"ג ל"ש התראת ספק דהאיסור הוא בודאי ואין העדים צריכין לדעת אם הוא בר עונשין ע"ש ולפ"ז גם כאן האיסור הוא בודאי. איברא דיש מקום לומר דכאן אין האיסור בודאי דלענין האיסור שיהיה בן סו"מ באמת לא עשה עבירה כ"כ שיתחייב מיתה וכבר אמרו וכי מה עשה זה אלא שגלוי וידוע וכו' וא"כ כיון דהוא רק גזירת הכתוב שימות וא"כ כל שספק אם הקיף שוב אינו אסור בודאי אפ"ה דן דעכ"פ לא טוב עשה רק שאינו חייב מיתה גם בכה"ג מקרי התראת ספק. ובזה יש ליישב מ"ש אפילו אחד מן הראשונים והיינו דבכה"ג בודאי לא אתו רק למיתה ואפ"ה לא מקרי רק התראת ספק ודו"ק. ועיין

רש"י דף ע"א ד"ה מתרין בו ודו"ק. והנה לכאורה קשה דהא הוה עדות שאילה"ז דיכלו למימר לא לקטלו באנו דדלמא הקיף השער את הגיד ופטור וצ"ל דא"כ למה אתו הא גם מלקות אינו מחוייב כל שהקיף ואף דלמלקות מעמידין אותו על חזקתו שלא הקיף כמ"ש הלח"מ מכל מקום ממנ"פ אם לא הקיף שוב נתחייב מיתה דהא בפעם שנית נתחייב מיתה וכמשפט בן סו"מ וכעין זה כתבו התוס' בסנהדרין דף ט' ע"ש. אך אי קשיא הא קשיא דכיון דקיי"ל דאם רצו אביו ואמו למחול לו לשיטת רבינו אף לאחר שנגמר הדין יכול למחול ועיין מלמ"ל בה"ח שכן מבואר בירושלמי דיכלו למימר לא ידענו אם יתחייב מיתה דשמא ימחלו לו וצ"ל דהם עכ"פ זממו להרגו ומה בכך שהם ימחלו לו סוף סוף הם גרמו להרגו כשלא ימחלו לו ושייך כאשר זמם בזה והם כבר עברו ועיין מכות דף ט"ו ע"ב גבי בטלו ולא בטלו ברש"י ותוס' שם תמצא כעין זה. ומ"ש על דברת רבינו בהלכה י"ד דנכסי בן סורר ומורה הרי הוא לאביו שלא נמצא מקורו גם אני חפשתי ולא מצאתי אך כדמות ראיה יש דאל"כ הי' להם לעדים זוממים בבן סורר ומורה להיות חייב מיתה ותשלומין שהרי הוה ממון לאביו שרצו להפסידו ממון שוב נימא דנכסיו אינו ליורשיו ואב הקודם בנחלה אם אין לו בן וכאן עכ"פ אין לו בן דבן סו"מ כתיב ולא אב וכל ימיו אינו רק ג' חדשים ונפשות בשביל הנפש דבן הסו"מ שהעידו עליו ובעדים זוממין בודאי ממון לזה ונפשות לזה חייב ועיין תוס' כתובות דף ל"א לכל השיטות שם וע"כ דהממון שייך לאב ולא הפסידו כלום הממון רק הנפש ודו"ק

ד והנה במ"ש לעיל לענין התראת ספק ראיתי דבר נפלא בפסקי תוס' בתענית אות נון שכתבו דהתראת ספק לא מקרי רק היכא שמחוסר מעשה דהא המדביק פת בתנור חייב אם לא רדה מיד וביאור הדברים הוא כמ"ש התוס' בשבת דף ד' דכל שאופה אינו מחוסר מעשה דאפייתו יתחייבו ובכה"ג לא מקרי התראת ספק ולפ"ז גם כאן לא שייך התראת ספק דבאמת אדרבא כל שלא הקיף נעשה בן סורר ומורה תיכף ואינו מחוסר מעשה יע"ש. ובזה מיושב היטב קושית המלמ"ל פט"ז מסנהדרין הנ"ל דבשלמא ביבמות דהתראת ספק הוא שמא יביא ב' שערות ולא יהי' גדול למפרע שפיר כתבו דכל שנולד סימני סריס אגלאי מלתא למפרע דהיה סריס ולא שייך התראת ספק דאדרבא כמו שהוא אין כאן מחוסר מעשה אבל שם בנדה התראת ספק היא שמא לא יביא ב' שערות ולא יהי' גדול וא"כ כמו שהוא לפנינו אין כאן איסור ומחוסר מעשה הבאת שערות ושפיר קרי לי' התראת ספק וז"ב. איברא דצ"ב בהא דהקשו התוס' בגיטין דף ל"ג דלימא דהו"ל התראת ספק שמא ישאל על נזירותו ואמאי והא מחוסר מעשה וכמו שהוא יש כאן איסור ברור. מיהו המעיין בתוס' שבת שם ובגיטין שם ובתוס' מכות דף ט"ז ימצא כי

זה באמת כוונת התוס' שם דלא מקרי מחוסר מעשה דיש לנו לומר שיעמוד כמו שהוא היום ודו"ק. והנה התוס' בסנהדרין דף ע"ט ד"ה א"נ הקשו אליבא דמ"ד דהתראת ספק לא שמה התראה בלא טעמא דספק נפשות להקל פטרינן לי' מטעמא דלאו שמה התראה ולכאורה בראשית ההשקפה תמהתי דהרי כיון דיש רוב ישראלים הו"ל כהתראת ודאי דעפ"י הרוב יש לנו לומר שבודאי יהרוג הישראלים דהם הרוב וכל שיהרוג הישראל בין שנתכוין לזה או לזה חייב לרבנן ותדע דאל"כ בטלת דין מכה אביו ואמו וכדומה דהורגין עפ"י הרוב והרי הו"ל התראת ספק דשמא מכל מקום לאו אביו הוא וע"כ כיון דע"פ הרוב הוא אביו מחייבינן ליה מיתה וה"ה בזה. אך יש לחלק דשם אנו דנין על איש אחד אם הוא אביו של זה או לאו וכל שעפ"י הרוב הוא אביו ואזלינן בתר רובא שוב שפיר מתרין אותו שלא יהרוג זה שהוא עפ"י רוב אביו ואזלינן בתר רוב וגם לפמ"ש התוס' דלהמותרה צריך שיהי' ספק וכאן מה ספק יש להמותרה והא באמת הוא אביו עפ"י הרוב ומה נתחדש לו ענין ספק והתורה צותה לכבד אותו שהוא מוחזק לאביו עפ"י רוב וכשמכהו לזה חייבתה התורה מיתה אבל כאן כל שיוכל להיות שיהרג העכו"ם ניהו דעפ"י רוב ודאי יהרג הישראל מכל מקום התראת ספק הוא שמא יזדמן לו עכו"ם. ובזה נראה לפענ"ד להבין כוונת התוס' בתירוצם שכתבו דקאי באמת אליבא דמ"ד דהתראת ספק שמה התראה רק ששם בודאי יבא לידי איסור כשיותיר או כשיכה שניהם וכאן הספק שמא לא יבא לידי איסור אף כשיהרג דדלמא יזדמן לו הישראל והדבר תמוה דא"כ שוב הדר הו"ל התראת ספק דל"ש התראה אף למ"ד התראת ספק שמה התראה וא"כ ל"ל קרא ועיין שיטה מקובצת בכתובות דף ט"ו שהאריך הרבה ליישב כוונת התוס'. ולפמ"ש יש לומר דבאמת כיון דעפ"י רוב שמה התראה שודאי יזדמן לו עפ"י רוב להרוג ישראל והרי התורה אמרה דהורגין בהתראה עפ"י רוב ולא שייך לומר דש"ה דאין כאן התראת ספק דהתורה צותה להרוג אותו שמכה אביו שאינו רק עפ"י רוב משא"כ כאן שמא יזדמן לו העכו"ם דז"א דזה דוקא למ"ד התראת ספק לא שמה התראה אבל למ"ד שמה התראה רק שיש ספק שמא לא יזדמן לו איסור בזה כיון שעפ"י רוב יזדמן לו איסור בכה"ג שמה התראה והתראת ספק שמה התראה וז"ב מאד. ובגוף קושית התוס' נראה לפענ"ד דבאמת אזיל למ"ד התראת ספק לא שמה התראה ורק דכל הטעם דבעינן התראת ודאי הוא משום דבעינן שיתיר עצמו למיתה וכל שיש ספק שמא לא נתחייב מיתה הרי לא התיר עצמו למיתה ויוכל לומר שסברתי שלא אתחייב מיתה והתורה גזרה שבעינן שיתיר עצמו למיתה והרי לא התיר עצמו למיתה דאילו סבר שלא יבא לידי חיוב ולפ"ז זהו בבל תותיר שבידו לעשות שלא יבא לידי חיוב אבל כאן שהספק הוא לפנינו

ואין בידו שלא יפול האבן על ישראל כמו לעכו"ם ואדרבא יותר קרוב שיפול על ישראל מאחר שהם הרוב וא"כ על מה בטח כי זרק אבן לגו וא"כ הרי התיר עצמו למיתה שלא חשב כלל להנצל דיכול להיות שיפול על הישראל כמו על העכו"ם וא"כ בכה"ג התראת ספק שמה התראה. וזה לדעתי הענין מ"ש התוס' דבעינין שיהי' להמותרה ספק והיינו דעיקר ענין התראת ספק היא שלא התיר עצמו למיתה וכאן הרי התיר עצמו למיתה דהרי המותרה שיודע שלא כן הוא הרי ידע שיתחייב עצמו ומה נ"מ במה שהעדים לא ידעו הא העדים התרו בו שאם יעבור על התראתם יתחייב מיתה אם ימצא שעבר על הלאו וכדומה ועיקר בעינן שיתיר עצמו למיתה ויהיה להמותרה ודאי וז"ב מאד

ה ובזה מיושב קושית התוס' בחולין בהא דאמרו וכ"ת דבדקינן ליה והקשו הא הוה התראת ספק ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דעכ"פ שוה הספק להם ולו וגם הוא לא ידע שלא ימצא שלם וא"כ על מה סמך כי הרג וזה ברור כשמש. ובזה נראה לפענ"ד ראיה ברורה דגם במלקות בעינן שיתיר עצמו למלקות וכמ"ש הכ"מ ולח"מ פי"ב מסנהדרין ה"ב דלא כשו"ת חוט השני סי' י"ז והתומים סימן ל"ח דאם נימא דבמלקות לא בעינן שיתיר עצמו למלקות יקשה בהך דהתראת ספק לענין מלקות כמו באל תותיר איך שייך התראת ספק דמה בכך שהוא ספק הא מכל מקום התרו בו וקיבל התראה ואף דלא התיר עצמו למלקות מה בכך וזה ברור ודוק. והנה בהא דכתבו התוס' בעירובין דף צ"ו ד"ה השמר דאף דס"ל לר"י דהשמר דעשה נמי לאו הוא ומש"ה המניח תפילין לאחר שקיעת החמה עובר בלאו מודה הוא שאם לא הניח ביום שאינו לוקה דלענין הנחת תפילין ביום השמר דעשה עשה וצ"ע דהיאך אפשר שילקה והא הוה התראת ספק דשמא יניח עוד ולא שייך בזה לאוקמא אחזקה כעין שכתבו התוס' בגיטין דף ל"ו דהא כאן הוה ההתראה שיקיים המצוה ודמי לבל תותירו דהוה התראת ספק דבכל רגע שיש בידו לקיים המצוה עוד הו"ל התראת ספק ומיהו לפמ"ש למעלה בשם פסקי תוס' בתענית דכל שאינו מחוסר מעשה לא שייך התראת ספק אם כן גם כאן הו"ל אינו מחוסר מעשה אלא שצ"ע דא"כ גם בנותר אינו מחוסר מעשה וצ"ע (ומיהו י"ל דר' יוחנן לשיטתו דס"ל התראת ספק שמיה התראה ועיין מכות דף ט"ז). והנה נשאלתי בדברי התוס' עירובין הנ"ל דהיאך הו"א דלקי הא הו"ל לאו שאין בו מעשה ור"י ס"ל דאין לוקין ע"ז.

ו והשבתי בלי עיון בספר שזכרני שהשעה"מ בהלכות תפילין הרגיש בזה וראיתי בספרו שהרגיש בזה אבל לא על התוס'. אך לפענ"ד נראה דע"כ לא שייך לאו שאין בו מעשה רק בל"ת דאמרינן דבעינן דומיא דלאו דחסימה והיינו כיון שאפשר הל"ת שיהיה ע"י מעשה אם כן ל"ת שאין בו מעשה לא חייבה התורה אבל בהשמר דגבי עשה כל שאמרינן

שהתורה רצתה שיעבור על העשה בלאו היאך שייך שלא ילקה כיון שאין בו מעשה הא אדרבא הוא לוקה על שלא קיים העשה שנצטווה לקיים ובפרט לפמ"ש הרמב"ן בתורה בפרשת יתרו דלכך העשה דוחה ל"ת לפי שהתורה רצתה שיקיים העשה שציונו ואם כן כל שהתורה אמרה שהוא בלאו שוב הו"ל ראוי להיות שילקה אף שאין בו מעשה דהא זהו עיקר חיובו שיקיים המצוה וכל שלא קיים לוקה.

ז ובזה מובן היטב חלוקו של התוס' דלכך בזה לא שייך דהשמר דעשה יהי' לאו דבאמת כל שאינו רק עשה ועל עשה לא חייבה התורה מלקות מהראוי שיהיה רק השמר דעשה לא שיהיה לאו שילקה דדוקא להניח תפילין בלילה שעושה מעשה מהראוי שיהיה העשה לאו משא"כ בעשה גרידא כל שמבטלה בלי מעשה אינו מהראוי שיהיה מקרי לאו שילקה ע"ז וזה ברור מאד. ושוב ראיתי ברא"ם שהביא השעה"מ שם שכתב דהשמר דעשה עשה הוא שאין לוקין עליו והשעה"מ תמה עליו דא"כ מה משני בעירובין שם השמר דעשה עשה הא מכל מקום הוה לאו וא"ל דכל שאינו חייב מלקות אינו חייב קרבן דזה אינו דהא בלא"ה אין לוקה דהו"ל לאו שאין בו מעשה והניח בצ"ע ואני תמה עליו דא"כ מה יענה לדברת התוס' הנ"ל שכתבו דהו"ל עשה ולכך אין לוקה משמע דאי הי' לאו הי' לוקה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כשהשמר דעשה הוה לאו הי' לוקה וכמ"ש ורק דהו"ל עשה ואינו לוקה וא"כ דברי הרא"מ נכונים דזה הנ"מ בין כשמקרי עשה או לאו אבל באמת לפמ"ש התוס' גם ר"י מודה בכ"מ דהו"ל עשה לא שייך לומר דהוה לאו ואם כן לדברי הרא"מ במה נחלקו ר"א ור"י בפרק הקומץ וע"כ דבריו צ"ע אבל דברי התוס' לפענ"ד נכונים מאד. ואגב אומר במה שנשאלתי מבן אוריין ובר אבהן המופלג המושלם מוה' יונה נצח ני' נכד הגאון בעל נצח ישראל בהא דאמרו ביומא דף פ"א ע"א אר"ל מפני מה לא נאמרה אזהרה בעינוי משום דלא אפשר מתקיף ר"א נכתוב רחמנא השמר פן לא תעונה אם כן נפישי לאוי ופירש"י השמר פן שני לאוין נינהו ואנן חד לאו בעינן שמא לא רצה להרבות בלאוין וע"ז תמה דהא אמרו במנחות דף צ"ט אמר ר"ל כל השוכח דבר אחד ממשנתו עובר בלאו שנאמר השמר לך ושמור נפשך מאד פן תשכח את הדברים אשר ראו עיניך רבינא אמר השמר פן שני לאווין הם משמע דר"ל ס"ל דהשמר פן אינו רק לאו אחד וא"כ לר"ל יקשה דלכתוב השמר פן לא תעונה ואי דנפישי לאוי הא ר"ל ס"ל דלאו אחד הוא. ובאמת שהיא קושיא עצומה. והנראה לי בזה דהנה צריך ביאור סברת המחלוקת של ר"ל ורבינא דבמה פליגי והנראה לי בזה דהנה הרמב"ן בספר המצות מצות ל"ת הנוספות לפי דרכו מצוה ב' כתב דהשמר ושמור נפשך מאד פן תשכח את הדברים אשר ראו עיניך קאי על מעמד הר סיני שלא נשכח כללות התורה

שקבלנוה מפי הגבורה ולא מפי נביא שלא יוכל שום אות או מופת לבטל דברי התורה שקבלנוה מפי הגבורה וע"ש שהאריך והמגלת אסתר כתב כי אין למנותה בפ"ע כי היא צווי כוללת כל התורה ע"ש ובאמת שכדבריו משמע בש"ס כאן דדרשו מזה על השוכח דבר אחד ממשנתו ומהתימה שלא הזכירו שניהם גם יחד דברי הש"ס הנ"ל עכ"פ לדברי שניהם הרי לר"ל כיון דדרשו דעובר בלאו והרי ר"ל ס"ל דלוקין על לאו שאין בו מעשה וע' שבועות דף ג' ע"ב ואם כן לכך לא חשיב השמר פן לשני לאוין דהא להרמב"ן היא לאו שבכללות דהוא כולל שלא נשכח מעמד הר סיני שקבלנו מפי הגבורה וגם שלא לשכח מצות התורה ואם כן כבר נודע דלאו שבכללות אין לוקין עליו וא"כ בין לשיטת הרמב"ן דאין לוקין כלל או להרמב"ם דלוקין רק אחת עכ"פ כיון דאינו לוקה רק אחת כבר נודע מ"ש התוס' בב"מ דף מ"א דאין להרבות בלאוין במקום שאין נ"מ למלקות ע"י זה ולכך חשוב פן והשמר ללאו אחד וז"ב ובאמת רבינא יש לומר גם כן דלא פליג ע"ז רק דפליג על הא דאמר ר"א שם כל מקום שנאמר השמר פן ואל בל"ת דמשמע רק ל"ת אחד וע"ז אמר רבינא דהשמר פן הוא שני לאוין ולא דקאי על שוכח דבר אחד ממשנתו רק על שאר מקומות דכתיב בהו פן ואל ובזה מדוקדק היטב לשון חכמים דלא אמרו רבינא אמר עובר בשני לאוין כדאמרו אח"כ דעובר בשלשה דהא באמת לא קאי על השוכח וכמ"ש ולכך לא קאמר רק דהשמר פן שני לאוין הם והיינו במקום דעובר וחייב מלקות ולא כאן והא דאמר אח"כ דעובר בשלשה היינו משום דאמר יכול אפילו באונס ת"ל ולא יסירו מלבבך ואינו חייב רק במסירו מלבבו ואולי בכה"ג חשוב לאו שיש בו מעשה דהרי יושב ומסירו מלבבו וכעין דאמרו במימר דבדיבור קעביד מעשה מכ"ש בזה דמסירו מלבו בכוונה וז"ב ומעתה ביומא שפיר חשיב ר"ל השמר פן לשני לאוין ודוק

ח וראיתי לבאר דבר אחד מה שראיתי במל"ת של בסו"מ שבל"ת קצ"ה מנהו הרמב"ם וכתב שאזהרתו מלא תאכלו על הדם אף שהוא לאו שבכללות אחר שהעונש מפורש אין לנו לחוש על אזהרתו אם היה מן הדין או לאו שבכללות והרמב"ן השיב ע"ז ולפי שדבריו לכאורה מחוסרי הבנה ואמרתי לבארם דהנה בשורש השני משיג על רבינו במ"ש דאם נמצא העונש בביאור מזהירין מן הדין ואף שאמרו אין מזהירין מן הדין הוא כשלא בא העונש מבורר ע"ש וע"ז השיג הרמב"ן דאף כשבא העונש מבואר מכל מקום אין מזהירין מן הדין וא"כ מ"ש הרמב"ם כאן דאין לחוש על האזהרה אם היה מן הדין ע"ז השיג שהקדמתו נשברת אבל על לאו שבכללות לא השיג כלל דמכל מקום מבואר אזהרה דבן סו"מ תמה דניהו דלא תאכלו על הדם הוא על אכילה שניה שמביאה לידי מיתה אבל אכילה הראשונה שאינה רק בלאו ומלקות מנלן האזהרה וגם המלקות דהיינו

העונש מנ"ל וע"ז כתב הרמב"ן דהאזהרה שייכה גם על אכילה ראשונה אחרי שסופה לבא לידי מיתה באכילה שניה שהגיעה תורה לסוף דעתו והמלקות הוא בכלל ויסרו אותו כדאמרו בסנהדרין דף ע"א ע"ב וע"ז אמר דמכל מקום מזה סתירה להרמב"ם שכתב בשורש הב' דאין עונשין על גז"ש אבל לשיטת הרמב"ן אתי שפיר וזה שכתב הרמב"ן שמהראוי למנות לשתי לאוין דהיינו אכילה ראשונה שבא העונש מלקות מויסרו והלאו היא בכלל לא תאכלו על הדם והאכילה השניה שהעונש מיתה מהראוי למנות בלאו אחד. זהו תורף כוונת הרמב"ן. הארכתי בזה לפי שבספר מעיין החכמה בדף נ"ד ע"ב בדין בן סורר הבין מדברי הרמב"ן שגם על לאו דלא תאכלו על הדם חולק הרמב"ן וע"כ תמה עליו שהרי בש"ס אמרו כן בהדיא וגם מה שהבין שהרמב"ן למד אזהרה מויסרו הוא תימה דזה העונש ולא אזהרה ובאמת הוא תימה על הרמב"ן בזה אבל במחכת"ה חלילה להרמב"ן שיטעה בזה ודברי הרמב"ן פשוטים וקושית הרמב"ן דנחשב לשתים לפענ"ד לק"מ דאחרי דהאזהרה היא מלא תאכלו על הדם בין אכילה ראשונה ושניה פשיטא דלא נחשב רק ל"ת אחת וז"ב ופשוט

ט והנה מן האמור הבא נבא לתמוה על היראים שבמצוה נ"ז הביא אזהרה לבן סורר מורה מקרא דלא תלכו בחקות הגוים והיא תימה דבמכת"ה נעלם ממנו ש"ס מפורש בש"ס סנהדרין דף ס"ג דאזהרה לבן סורר ומורה הוא מקרא דלא תאכלו על הדם גם מ"ש דאזהרה לבן סו"מ מקרא דויסרו הוא תימה דזה רק העונש וגם שם לא למדנו רק למלקות ולא למיתה ובאכילה ראשונה הוא דלמדו מויסרו כדאמרו בסנהדרין דף ע"א דוק ותשכח. והנה נשאלתי מאחד שהחינוך לא הביא מצות בן סורר ומורה ושאלתי אותו היכן חפשת ואמר בפ' תצא ובתחלה נבהלתי ואח"כ נתיישבתי שאחרי שאזהרה למדנו מקרא דלא תאכלו על הדם הנה שם מקומו ומצאתי שבאמת כן הוא ובסי' רמ"ח מנאו שם באמת שהבין דברי הרמב"ן ע"ד שכתב במעיין החכמה ומאוד נפלאת היא בעיני וכדבר האמור.

י ודרך אגב אומר במה שאמרו בסנהדרין דף ע' ע"ב דעל דבר שהוא מצוה כמו תנחומי אבלים ות"צ אינו חייב דכתיב איננו שומע בקולנו ולא בקולו של מקום וע"ז הראה לי תלמידי הרב המופלג מוה' מענדיל בודק ני' דמזה ראיה ברורה למ"ש המלמ"ל פ"ב מנערה דכ"מ שכתוב בתורה סתם עד"מ ולו תהיה לאשה ודרשו הראויה לו א"כ גם שניה דרבנן בכלל וא"כ ה"ה כאן כיון דכתיב בקולנו ולא בקולו של מקום גם מצוה ואיסור דרבנן בכלל ולכאורה ראיה נצחת היא אבל אחר העיון יש לומר דשאני כאן כיון דנצטווינו על לא תסור א"כ זה מקרי קולו של מקום שצוה שלא נסור דבר מד"ס ודוק

ועיין בסוכה דף כ"ג בהא דעושה סוכה ע"ג בהמה דר"י פוסל משום דבעי סוכה הראויה לשבעה וזו אינה ראויה דאין משתמשין בבע"ח וכתב הריטב"א דאף דאינו רק מדרבנן מכל מקום אינו ראוי מקרי והוא מבואר כדברי המלמ"ל הנ"ל ומהתימה שלא נזכר מזה. ודרך אגב אזכור מה דתמוה לי טובא בהא דאמרו בזבחים דף ע"ח ש"מ התראת ספק לא שמה התראה וקשה טובא ל"מ לפמ"ש בשו"ת הרא"ש כלל צ"ח ובב"י יו"ד סי' צ"ח דר' יוחנן אמר להך שמעתא וקשה הא ר"י ס"ל דהתראת ספק שמה התראה כדאמרו בשבועות דף ג' ובמכות דף ט"ו ואף אם נגרוס ר"ל מכל מקום מה קמ"ל בזה הא ר"ל ס"ל בעלמא דהתראת ספק לא שמה התראה ול"צ לשנויי בכאן וגם על התוס' בנדה דף מ"ו דהקשו מכאן על ר"ל קשה טובה הא מבואר בשבועות להדיא דר"ל ס"ל דהתראת ספק לא שמה התראה וע"כ מחוורתא דגרסינן כאן ר"פ אבל הבה"ז דחה לגירסא זו וע"כ צ"ע ועיין בתוס' פסחים דף ל"ח ד"ה אבל ובמהרש"א שם ומשמע מדברי המהרש"א דלא כמ"ש המלמ"ל הנ"ל דהרי בכל מושבותיכם יכול למעט אף דרבנן שהרי עכ"פ אינו נאכל בכל מושבות ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו בכתובות דף מ"ה אמר רבא מוציא שם רע קאמרת שאני מוציא ש"ר דחידוש הוא ופירוש רבינו שמואל שם בתוס' ד"ה אמר דאם זינתה אחר החופה ולא הוציא הבעל שם רע היא בחנק ואם הוציא שם רע הרי היא בסקילה והקשה ההפלאה דא"כ לר"י דצריך להתרות באיזה מיתה הוא נהרג וס"ל התראת ספק לא שמה התראה א"כ לא משכחת לה מוציא שם רע דהא הוה התראת ספק דשמא לא יוציא הבעל ש"ר ודינה בחנק וכתב דמוציא ש"ר דחידוש היא גם בזה נשתנה דהתראת ספק שמה התראה. וע"ז שאל אותי הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש ני' דהרי בסנהדרין דף ח' ע"ב מוקי הש"ס דנחלקו בזה באתרו בה סתם דלר"י לא מועיל דהו"ל התראת ספק דבעי שיתרה בה באיזה מיתה הרי דגם במוציא שם רע צריך שיתרה בה באיזה מיתה ולפענ"ד לק"מ דשאני התם דיכולין להתרות בה איזה מיתה א"כ כל שהתרו סתם לא מקרי התראה אבל שם לענין מוציא ש"ר דהעדים אין בידם לברר ההתראה דלא ידעו אם יוציא ש"ר בזה הוה מוציא ש"ר חידוש וכל שהוציא ש"ר הוה חידוש ומחוייב סקילה. ובפשיטות יש לומר דהנה סברת ההפלאה נראה לפענ"ד דלא משום דחידוש הוא לכך אמרינן דגם זה חידוש הוא אבל כוונת הדברים פשוטים דכל הטעם של ר"י דצריך להתרות בו באיזה מיתה הוא משום דכפי חומר העונש של המיתה הוא חומר העון ולכך הי' יכול לומר אילו הייתי יודע שזה החטא מיתתו חמורה לא הייתי עושה א"כ במוציא ש"ר שזו זינתה אחר החופה ומיתתה בחנק והתורה חידשה דכל שמוציא ש"ר היא בסקילה אף שעי"ז שזה הוציא ש"ר לא נתוסף החטא וחטאתה שוה שזינתה

ומה בזה שהוציא ש"ר רק שגזירת הכתוב הוא שכל שהוציא ש"ר יגדל העונש אף שלא נתוסף על החטא וא"כ לא שייך התראת ספק בזה וז"ב כשמש ולפ"ז שם שלא התרו באיזה מיתה וא"כ כפי ערך העונש כן גדול החטא ושפיר מקרי התראת ספק וז"ב ונכון ודו"ק. והנה במה דהבאתי למעלה דברי המלמ"ל פ"ב מסוטה דכל דכתיב סתם ממעטינן אף מה שאינו ראוי מדרבנן אזכיר מה דקשה לי טובא בהא דאמרו בב"מ דף צ' כאן בתרומה וכאן בגידולי תרומה ואח"כ מחלק בין תרומה ודאי לדמאי וקשה הא שם כתיב דישו ודרשינן דישו הראוי לו וכמ"ש התוס' שם ד"ה והדשות ואף לרש"י לפי המסקנא ע"כ נתמעט מדישו כמ"ש בד"ה ממון גבוה ע"ש במהרש"א וא"כ שוב גם מה שאסור מדרבנן אינו בכלל דישו וצע"ג ועיין במעילה דביארו בהדיא משום דישו ולא של הקדש ובשיטה מקובצת האריך בזה לדחות מאן דס"ל דדישו אתי להורות על הבהמה דישו שלו דהרי במעילה דרשו כן ע"ש וא"כ קשה טובא

יא והנה בשנת תרט"ו הגיעני מכתב מתלמידי המופלג מוה' יוסף מיזיש נ"י בענין התראת ספק והנה הקשה על מ"ש הכ"מ פ"א ממילה דבשב וא"ת ובידו לתקן לא הוה התראה כלל אף למ"ד שמיה התראה דעדיין לא עבר וע"ז הקשה משבועות דף כ"א ובפסחים דף ס"ג בנשבע לאכול ככר ולא אכל דהוה בשב וא"ת ובידו לתקן ואפ"ה הוה התראת ספק לר"י ולק"מ כמ"ש בספר יד שאול סי' ר"ס דכוונת הכ"מ דבעי תרווייהו שב וא"ת ובידו לתקן וכאן אין בידו לתקן דלאחר שעבר היום לא הוה בידו לתקן כמ"ש המלמ"ל פ"ד משבועות ה"כ ומ"ש מעלתו דאני כתבתי בספרי דהכ"מ לא מצריך תרווייהו לא ידעתי אנה ראה זאת ואדרבא אני העליתי בספרי דהכ"מ ארכבי' לתרי ריכשי שב וא"ת ובידו לתקן. ומ"ש מעלתו להקשות על פירש"י בתמורה ג' שכתב דהוה התראת ספק דיכול לומר שכחתי וה"ה כאן יכול לומר שכחתי הנה לפי פשטת הכ"מ דקאי לדינא דשמים לא ידעתי איך שייך משכחת וגם לפמ"ש במ"ש שם דקאי לענין מלקות מ"מ הרמב"ם והראב"ד אינם מוכרחים לסבור כרש"י בזה ומ"ש ברש"י דלכך נקט שכחתי ולא נקט בפשיטות משום דאין העדים יכולים לצמצם הרגע שכלה הזמן כמ"ש בשבועות משום דיכול להתרות מקודם על פנות היום וע"כ משום דיוכל לומר שכחתי זה נכון ועיין קצה"ח סי' כ"ח. וגם מה שהקשה מבטלו ולא בטלו דהא הוא בשב וא"ת גם כן לק"מ לפמ"ש בספרי דבמילה גוף המצוה יכול לקיים ושם הוא בלאו הנתל"ע ע"ש ומה שהקשה עמ"ש הרמב"ם פט"ז עבר על לאו הנל"ע והתרו בו שאם תעבור ולא תקיים העשה שבו תלקה ועבר ולא קיים הרי זה לוקה דהתראת ספק שמיה התראה והקשה הא לר"ל דס"ל קיימו ולא קיימו כתבו התוס' במכות דמוקמינן אחזקה כמו שהוא כעת

ולכך לוקה ולפ"ז לרבינו דפסק קיימו ולא קיימו שוב מהראוי שיהיה התראה ודאית. הנה לפענ"ד ראיה מכאן למ"ש בנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' ס"א לחלק בין הפרקים ובזה מדוקדק דברי הרמב"ם דאם מתרין בו שאם יעבור ולא יקיים העשה ילקה אם כן אמרינן דמסתמא יקיים ע"ש ותבין ודו"ק היטב

יב והנה במה שהבאתי למעלה דברי המלמ"ל דכל דכתב סתם דלא יאכל וכדומה אף איסור דרבנן בכלל הראה לי תלמידי החריף מוה' יוסף ני' נכד הרב מאוהעל ז"ל במ"ש הפרמ"ג סי' כ"ח דספק טריפה אף לשיטת הרמב"ם דאינו רק מדרבנן מכל מקום א"צ כיסוי דהא כתיב אשר יאכל והרי מכל מקום אינו נאכל וע"ז הקשה מהא דאמרו בחולין דף כ"ז מיתבי השוחט וכו' הנוחר והמעקר פטור מלכסות ואי אמרת אין שחיטה לעוף מן התורה נחירתו זו היא שחיטתו לבעי כיסוי והרי כיון דמדרבנן צריך שחיטה שוב לא קרינן ביה אשר יאכל. והשבתי בתכ"ד דז"א דע"כ לא כייל המלמ"ל רק במקום דנוכל לומר דעכ"פ התורה לא איירי במה דאסור מדרבנן ונוכל לומר דגם איסור דרבנן בכלל והתורה לא הצריכה כיסוי רק בודאי כשר ולא בספק טריפה וכדומה אבל כאן הרי התורה אצרכה כיסוי בעוף והרי מה"ת ע"כ לא הי' שחיטה רק נחירה לעוף וע"ז הצריכה התורה כיסוי דאל"כ הי' לה להתורה לבאר דדוקא אם עשה מעשה שחיטה מה שא"צ כלל לעשות הוא דבעי כסוי וע"כ דהתורה הצריכה כסוי למה שצריך לעשות בעוף דהיינו נחירה ונחירתו זו היא שחיטתו ואם כן הרי ע"ז הצריכה תורה כיסוי והיאך אפשר דנוחר פטור מכסוי. ומה יקר בזה לשון רש"י שכתב לבעי כסוי דהא כתיבא כסוי אנחירה דידיה ומה"ת למפטריה ולכאורה כל דבריו מיותרים דמה בעי רש"י בכ"ז. ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר קושיתו היא דהא ע"ז הצריכה תורה כסוי וא"כ למה יפטור נוחר מכסוי ודוק. שוב ראיתי במלמ"ל פ"ז מתרומות שרמז לש"ס הלז דמזה ראיה דדרבנן אינו מועיל לעשותו תורה ובמחכת"ה הדברים ברורים כמ"ש ודוק. והנה במ"ש התוס' בחולין דף י"א בד"ה וכ"ת דבדקינן ליה שכתבו דשמא קסבר שמה התראה והקשה אותי בשנת תרי"ז ג' וישלח תלמידי המופלג מוה' ניסן זיס ני' דלפמ"ש התוס' בכתובות דף ט"ו ד"ה וספק דאף למ"ד ה"ס שמה התראה מכל מקום כל שאינו יודע בעצמו אי יבא לידי איסור ודאי ל"ח התראת ספק א"כ כאן להס"ד דלא אזלינן בתר רובא הא א"י דשמא זה שרוצה להרוג הוא טריפה ופטור והשבתי דזה אינו דניהו דלהס"ד לא אזלינן בתר רובא היינו שהרוב לא נחשב כודאי ואינו רק ספק כמ"ש השיטה בב"מ דף ז' דאותו ספק התורה התירה ולהס"ד אינו רק ספק גרידא אבל עכ"פ כל שספק לו שמא אינו טריפה ונוטה יותר שהוא אינו טריפה מצד הרוב פשיטא דלא היה לו להרגו ואטו טריפה מותר

להרוג רק דאינו חייב מיתה וא"כ עכ"פ שפיר שמה התראה דהא יש רוב ועכ"פ התראת ספק הוה והוא לא הי' לו להרוג וז"ב. ועיין בירושלמי בפסחים דאמרו דהקדישו לאחר שעה חמישית אינו מוקדש ותרומתו תרומה דטהור הוא מה"ת ועיין בשלום ירושלים שהקשה מכאן למ"ש הפר"ח דכל דמדרבנן אינו ראוי לא מקרי ראוי וכמ"ש המלמ"ל בפ"ח מתרומות לפענ"ד יש לחלק בין אם הוא איסור בפ"ע מדרבנן ובין אם הוא רק סייג וגדר שלא ליגע בשל תורה שאם הוא מחמת סייג פשיטא דאין לחשבו כדאורייתא ובחמץ אינו רק משום סייג

יג והנה החריף מ' יצחק היילפרין מקאזליב נ"י הקשה מהא דנערה המאורסה דנהרגת היכא משכחת לה והא יוכל לחפות עליה דמצא בה נדרים ואף בקדשה סתם יכול לומר אי אפשי באשה נדרנית. ולק"מ דמוקמינן אחזקתו שודאי לא ירצה לומר שהי' לה נדרים ולא חלו הקידושין וכעין שכתבו התוס' במכות דף ט"ו:

סימן ה

א נשאלתי מחכם אחד בהא דאמרו בכתובות דף ל' ע"ב ולאביי פטור והאמר ר"ח הגונב חלבו וכו' הכא נמי בעידנא דאגבהה קניא מתחייב בנפשו לא הוה עד דאכיל לי' והקשה לפי מה דאמרו בב"ק דף ס"ה דהגוזל חבית שוה זוזא תברה או שתייה משלם ד' וא"כ נ"מ כגון דהוקר אח"כ וא"כ היה מתחייב לשלם כשעת היוקר וא"כ נ"מ דהמיתה פוטר ואמר לי ששמע קושיא זו בוועד חכמים. והנה בראשית ההשקפה השבתי לו דלפמ"ש התוס' בגיטין דף נ"ג דלרב ס"ל דכיון דעל שעת הגבהה לא שייך קלב"מ יש לו לחייבו אכל מה שיעשה אח"כ אע"ג דההוא שעתא קלב"מ וא"כ ה"ה כאן. אך באמת נתיישבתי בדבר דזה דוקא מה שנתחייב בשעת הגזילה שיפטר ע"י דהוה אח"כ קלב"מ זה לא אמרינן לרב אבל שיתחייב עי"ז במה שלא נתחייב רק בשעת שבירה או שתיה זה אין סברא דכיון דעיקר חיובו בא בשעה שנתחייב המיתה והמיתה פוטרו ועיין ב"ק דף ס"ה דגם רב ס"ל הך דרבה. ולכאורה רציתי לומר דמשעת גניבה עד שעת אכילה הוה זמן קצר ולא שייך שיתייקר ורק דמשכחת לה שהוקרה משעת העמדה בדין ותברה או שתייה משלם כשעת העמדה בדין ועיין בסי' שנ"ד. ולפ"ז היה נראה לי לחלק דדוקא מיתת ב"ד דלא נתחייב רק משעת העמדה בדין א"כ המיתה והתשלומין באין כאחד משא"כ במיתה בידי שמים לרנבה"ק דמשעת אכילה נתחייב בידי שמים דקמי שמיא גליא א"כ מה שיתחיב אח"כ בשעת העמדה בדין התשלומין לא יפטרנו המיתה דקודם וכמו מי שנתחייב מיתה ויוצא להרג ושבר את הכלים מיהו בפשיטות ל"ק דעדיין יקשה משעה

דלעסי' קניא ומיתה לא נתחייב עד שעת בליעה וא"כ לא באו כאחד ונצטרך לאוקמא כשינויא דש"ס וא"כ שפיר מקשה הש"ס ודוק

ב ומדי דברי זכור אזכור במ"ש מדלעסי' קניא דיש להסתפק בהך קנין דלעיסה אם הכוונה לקנין כגזילה שהוא קנוי להגזלן להתחייב באחריות או דהוי קנין גמור דהוה שינוי ובעת בא אל פיו קנה מתורת חצר וכל שלעסיה קנין גמור הוה דע"י הלעיסה נשתנה הדבר וכ"כ בשיטה מקובצת שם בהדיא דהוי קנין וכן מצאתי בחידושי ריטב"א בסוכה דף ל"ה שכתב דלכך ל"ש במצה שפסול משום מצה גזולה דמדלעסי' קני בשינוי ואח"כ בבא למעיו הוה שלו ממש ע"ש הרי דלעיסה הוה קנין גמור ולא מתורת גזלן דאל"כ לא מקרי לכם. איברא דעדיין צ"ב דברי הריטב"א דאכתי איך יוצא במצה גזולה הא ניהו דקני בלעיסה הא כיון דיכול לאהדורי הו"ל שינוי החוזר לברייתו דניהו דלעסו כל דהדרא הדרא יתקשה ויהיה מדובק כשהיה וכדאמרו בכתובות שם אי דמצי להדר נהדרא ואף דשם אמרו לענין חיוב תשלומין דאפסדיה שהי' יכול להדר מכל מקום יש לומר דגם לענין שינוי החוזר לברייתו אפשר דהוה שינוי החוזר לברייתו דאם יתקשה ויתדבק יהי' כמו שהי' ולא מקרי שינוי. ולכאורה רציתי לומר דכל הטעם דשינוי החוזר לברייתו דלא מקרי שינוי כתב הרמב"ן במלחמות דכל דיבא ליד הבעלים והבעלים מרדפין אחריהם לכשיבא לרשותו ישנהו לכמו שהי' מתחלה ולפ"ז כאן לענין שיהי' יוצא במצה גזולה שפיר יש לומר דיוצא והטעם בזה דהרי בשו"ת אא"ז בעל שער אפרים סי' ב' האריך בהך דאוונכרי דלרש"י דפירש דגזלי מישראל אמאי לא נימא ניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממוניה והאריך בזה אך באמת אין התחלה דבאמת הבעלים נתייאשו מזה וא"כ מצד הבעלים לא שייך ניחותא דהרי אינו שלהם רק דיאוש לחוד לא מהני אבל עכ"פ לא שייך בזה ניחותא והארכתי בזה בחידושי לסוגיא דאוונכרי לענין הא דאמרו דהו"ל שינוי החוזר לברייתו וכדברי הרמב"ן הנ"ל ולפ"ז כאן שפיר שייך לומר דקני בשינוי וא"ל דהוה שינוי החוזר לברייתו דכ"ז שלא בא במעיו הי' יכול לחזור לקדמותו והבעלים ירדפו אחריו ויחזירו לקדמותו דזה אינו דכיון דהוא אוכלו אח"כ א"כ אמרינן דמסתמא ניחא לי' לבעלים שיקנהו ע"י השינוי ויחזיר לו דמים כדי שיוכל לצאת י"ח מצה אחר כך וניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממונא כדי שיקיים זה המצוה. אמנם נראה דבאמת הו"ל מצוה הבאה בעבירה דע"י הקנין שקנה בלעיסה יוכל לצאת בו אח"כ א"כ הקנין מסתייע ע"י עבירה ובכה"ג מקרי מצוה הבאה בעבירה וכ"כ בהדיא שארי הגאון במקור חיים סי' תנ"ד דלכך לא יצא במצה גזולה דהו"ל מצוה הבאה בעבירה אף דקניא בלעיסה ע"ש שכוון מדעתא דנפשיה למ"ש הריטב"א הנ"ל בסוכה דף ל"ה.

ובזה נראה לפענ"ד לפרש דברי הירושלמי פ"ק דחלה הובא ברא"ש פ"ב דפסחים בהא דאמרו מצה גזולה אינו מברך וכו' בתחלה אבל בסוף דמים הוא חייב לו וכו' אין עבירה מצוה וכו' אין מצוה עבירה וכו' אלה המצות אם עשיתן כמצותן הו"ל מצוה ואם לא עשיתן כמצותן אינו מצוה וע"ש כי אינו לפני כעת ודברי הירושלמי סתומים ועיין בב"י או"ח סי' קצ"ו מ"ש לפרש בזה ובשו"ת ב"ח החדשות סי' א' האריך ג"כ בזה לפי דרכו. ולפמ"ש אתי שפיר דהירושלמי בתחלה רצה לומר דדוקא בתחלה הוא דאינו מברך דטרם הלעיסה לא קני לי' כלל והו"ל מנאץ אבל בסוף שפיר מברך בהמ"ז משום דכיון דקנאו בלעיסה שוב הו"ל שינוי ודמים הוא שנתחייב לו וא"כ אח"כ בבא למעיו א"כ שוב קנהו לגמרי ומברך עליו ועיין באו"ח סי' תרמ"ט דבכה"ג מברך וא"ל דהוה שינוי החוזר לברייתו דכל דאכיל ליה אח"כ ניחא ליה להנגזל למעבד מצוה בממונא וקנהו זה אף דהוה שינוי החוזר לברייתו וע"ז אמר כיון דאין מצוה עבירה או דאין עבירה מצוה וא"כ לא קנהו ע"י השינוי דהו"ל מצוה הבאה בעבירה ואם עשיתו כמצותו הו"ל מצוה ואם לאו לא מקרי מצוה ושוב הו"ל שינוי החוזר לברייתו כ"ז שלא בא במעיו באופן דלא מצי מהדר ולא קני' והו"ל מצה גזולה דלא יצא ויש לפרש בזה במה שנחלקו אי אין עבירה מצוה או דאין מצוה עבירה דזה ס"ל דמה שעשה בעבירה כיון דהועיל להמצוה שוב הו"ל מצוה הבאה בעבירה וזה ס"ל דאף דלא מקרי מצוה הבאה בעבירה מ"מ אין מצוה עבירה וכדפריש בירושלמי דכל שלא עשה כמצותו לא יצא וזה סוף סוף ע"י עבירה בא לו אף שלא סייע למצוה וגם אם נימא דמצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא מכל מקום לא קני משום דבעי אלה המצות ודוק היטב שוב ראיתי בשו"ת ב"ח החדשות בק"א שם שהאריכו הרבה בזה אבל לא ירדו למ"ש ודוק היטב

ג והנה במק"ח שם הקשה מהא דאמרו בפסחים דף ל"ה דאין יוצאין בהקדש שלא נפדה וקשה הא כיון דנטל לאכלה מעל לפי כלה כדאמרו בנדרים דף ל"ב וא"כ מדמעל נפיק לחולין כדאמרו בר"ה דף כ"ח ואף אם נימא דמיירי דנטל הגזבר בעצמו דלא מעל בנטילה כמ"ש הר"ן שם בנדרים מ"מ מדלעסי' מעל וא"ל דמיירי במזיד דלא מעל דהרי שם חשיב המשנה בהדי דברים שאסורים כמו טבל והרי בהקדש בלא"ה אינו יוצא דבעינן מצתכם כמו במע"ש לר"מ וע"כ דמיירי בשוגג דמעל ומשום איסור הקדש הוא דאסור וקשה הא יצא לחולין וע"כ דמכל מקום אסור משום מצוה הבאה בעבירה. לפענ"ד אין ראיה דבאמת יש לומר דמיירי במזיד ואסור משום מצתכם כדחשיב ג"כ בהדי מעשר שני וגם לשיטת הרמב"ם בפ"ה ממעילה דבקדושת הגוף כלם מועלין בו א"כ משכחת לה בקמחן

של מנחות דהוה קדושת הגוף ובשופר של עולה הא כיון דתלשי נעשה בע"מ כמ"ש רש"י שם וא"כ נפקע קדושת הגוף כמ"ש בזה בחידושי לר"ה באורך ודוק היטב.

ד והנה בהא דאמרו בכתובות דף ל' ע"ב ואי דלא מצי לאהדורי אמאי חייב ופירשו התוס' דאמאי חייב ממון הרי הוא לא גזלו ואהנאתו לא מחייב דאף דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו דוקא כל שישנו לדבר הגזול בעולם ושאל אותי החריף המשכיל השנון מוה' מרדכי מיזיש נ"י דא"צ לזה שהרי מבואר בחו"מ סי' שמ"ח ס"ו דמי שגנב והגביהה הגנב ובא אחר וסייעו להוליכה משם פטור זה השני וכתב הרא"ש הטעם הובא בסמ"ע שם דלא שייך לומר רצה מזה גובה רצה מזה גובה רק כשהשני גזלה מהראשון אבל כאן הראשון קנה בהגבהה וזה סייע לו לא שייך רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולפ"ז כאן דזה שתחב לו קנאו בהגבהה ותחב לחבירו א"כ אמאי לא יפטור אדרבא זה עיקר הגזלן דקנאו בהגבהה והשני שאכלו אינו רק מסייע בהקנין ולמה יפטר זה שתחב לו הא הוא עשה הקנין בהגבהה ולא הי' צריך התוס' לחלק באופן אחר. והנני יוסיף דגם למה דמקשה סוף סוף כיון דלעסי' קניא ג"כ קשה דלמה יתחייב השני הא עיקר עשה הראשון וזה השני אינו רק כמסייע אך נראה דלפמ"ש הסמ"ע בס"ק י"ח בסי' שמ"ח שם לחלק דע"כ לא פטר הרא"ש להמסייע רק כשסייע בהוצאתו ואח"כ בא הגנב ונטל מידו אבל כאן ששמעון החזיר הגניבה לגנב חייב דהי' לו להחזיר להנגנב ומשום השבת אבידה לבעלים נגעו ביה ולפ"ז כל שלעסו והי' יכול להחזירו שוב הו"ל כגנב ג"כ דהי' לו להחזירו ומסייע כזה יש בו ממש וחייב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי התוספת שכתבו דבכה"ג שהוא במקום דאבוד מכל העולם דלא אפשר לאהדורי אין לו על השני כלום והוא תימה דמ"מ מה סברא היא זו הא השני ג"כ גזלה ולפמ"ש אתי שפיר דהא באמת הוא לא הגביהו ורק שסייע ומסייע אין בו ממש רק שעשה מעשה שלא להחזירו לבעלים ומתורת השבה אבידה לבעלים נגעו בה וכמ"ש הסמ"ע ולפ"ז הא אמרו בב"מ דף כ"ב דאבידה ששטפה נהר היא מותרת דבעינן מי שאבודה ממנו ומצויה לכל העולם משא"כ בזה שאבודה מכל העולם ולפ"ז כיון שתחב לו והיא אבודה מכל העולם א"כ אינו רק מסייע לו בלבד ובכה"ג אין בו משום השבת אבדה וע"ז פריך כיון דיכול לאהדורה שוב אינו אבודה מכל אדם דעדיין הוא בעולם וע"ז משני כגון שתחב לו בבית הבליעה ואינו יכול לאהדורה רק ע"י הדחק. ובזה מיושב היטב קו' התוס' דעכ"פ שלא בפניו מחזי חזי ושוב יכול לאהדורה ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ אבודה מכל אדם בודאי מקרי כל שא"י לאהדורי אלא על ידי הרחק ובכה"ג מה שלא נדחק לאהדורי שלא בפני אדם זה עכ"פ לא נקרא השבת אבידה לבעלים דהא

אבודה מכל אדם שכבר נמאס דאם יראה שמהדר שוב לא חזי ונמאס ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ולפמ"ש הש"ך סימן שצ"ו דכל שהגביהה ע"מ לאבדה לא מקרי הגבהה א"כ כיון שזה הגביהה ותחבה לחבירו א"כ הוה כהגבהה ע"מ לאבדה דלא מקרי הגבהה ודוק

ה והנה שאלני הרב החריף מוהר"ר ליפא נ"י מק"ק ניזניב (וכעת נתמנה לאבד"ק קנהניטש) דמה פריך מדלעסי' קניא הא משכחת לה באומר בא ואכול עמי ואף דקי"ל דבא ואכול עמי חייב כמבואר סימן רמ"ו היינו משום דנהנה כמ"ש הקצה"ח באורך שם דכל שנהנה לא שייך לומר דהי' מתענה אבל כ"ז שלא נהנה לא נתחייב דהרי אומר בא ואכול עמי וא"כ בא כאחת ושפיר פטור והשבתי בפשיטות דכאן לא חייב בודאי דהא כל הטעם דמתחייב באומר בא ואכול עמי משום דדעתו היה בדמים וא"כ כאן דהוה קלב"מ שוב פטור דודאי דעתו לפטור אותו מתשלומין ודוק ובלא"ה נראה לי בפשיטות דכל שנתחייב בשביל שנהנה ולא יכול לומר שהי' מתענה כמ"ש הקצה"ח שוב נתחייב בעת שקנהו ונטלו בידו נתחייב לתת לו דמים עבורו דהרי נהנה בזה שיהיה לו מאכל לאכול וז"ב ודוק. והנה במ"ש למעלה דיש לומר מדלעסי' קניא השיב לי אחד מהתלמידים דאכתי קשה דעכ"פ המיתה והחיוב המותר שהוקר משעת הגזילה ואילך בא לו כאחת ואכתי משכחת לה דלאביי פטור מאותו המותר שהוקר לאחר שעת הגזילה דניהי דמדאגבהה קניא אבל החיוב שהוקר אינו בא רק אחר כך.

ו אך נראה דבאמת התוס' ישנים בכתובות שם הקשו דלאחר הלעיסה נתקלקל ולא שייך לחייבו משום תרומה וכמו בסך בשמן של תרומה וכתבו דשם כבר נתקלקל השמן אבל הכא לא נגמרה כל הנאתו בלעיסה ולפ"ז לענין המיתה אינו בא בעת הלעיסה כל הנאה אבל החיוב של התשלומין כבר נגמר בעת הלעיסה וא"כ לא בא בבת אחת אמנם אכתי קשה כיון דיכול לאהדורי עדיין לא בא חיוב התשלומין. אך נראה דזה אינו דדוקא בתחב לו חברו הוא דאמרינן דכל שיכול לאהדורי אינו מחייב דאמאי נחייבו הא לא רצה לאכול וחבירו תחב לו וכל שמהדר מה עביד אבל כל שלעסו ברצונו חייב אף שיכול לאהדורי דאטו לא קלקל לי ובפרט בתרומה דודאי קלקל התרומה עד שס"ד של התוס' דלפטור ממיתה ועכ"פ דמים ודאי חייב וא"ל דנוקי כשתחב לי חבירו דא"כ היינו הך דמוקי בש"ס ודוק היטב. והנה התוס' הקשו דלוקי כגון שתחב לו מרצונו וההפלאה שם הקשה דאף בתחב לו חבירו באונס מכל מקום כל דהבליעה הי' ברצון שפיר נתחייב מיתה דאף בלא אפשר וקמכוין אסור כדאמרו בפסחים דף כ"ה וה"ה בזה ועל ממון אי אפשר לחייבו דיכול לומר שברצון בלעו וקלב"מ.

ז והנה שאל אותי תלמידי המופלג כמר סענדר שורשטיין נ"י דהאיך אפשר לומר דברצון בלע הא אין אדם משים עצמו רשע ואמר דמזה ראיה לשיטת הגהת אשר"י בפ"ט דב"ק דכל דפוטר עצמו מממון יכול לעשות עצמו רשע. ואני השבתי דלפמ"ש המלמ"ל פ"ד ממלוה דדוקא היכא שהוא מהווה איסור הוא דאינו משים עצמו רשע אבל היכי שהאיסור ראינו בעינינו אלא שהיינו תולין שלא ידע מהאיסור נאמן לומר שעשה איסור בידיעה ואני הארכתי בזה הרבה על הגליון מדברי התוס' ב"מ דף ג' וריש מס' מכות ואכ"מ וא"כ ה"ה כאן דראינו הדבר שתחב לו חבירו רק שלא ידענו אם בלעו ברצונו שוב נאמן. מיהו יש לחלק דשם עכ"פ שעשה האיסור רק שלא ידענו אם ידע מהאיסור אבל כאן אדרבא ראינו שתחב לו חבירו באונס א"כ ראינו דלא רצה אף שאומר שרצה בבליעה אינו נאמן וצ"ע בזה. אמנם בעיקר דינו של ההפלאה שרצה לחדש דאף שתחב לו חבירו באונס כשבלע ברצון חייב מיתה לפענ"ד יש לדון בזה עפמ"ש הרמב"ם בפרק עשרים מהלכות סנהדרין ה"ג דאם נבעלת באונס אף שנתרצית אח"כ הרי היא פטורה מפני שיצרה נתגבר עליה והקשה הכ"מ א"כ כל עוברי עבירה יפטרו דודאי יצרם נתגבר עליהם וכ' דדוקא שם דכיון שבתחלתה באונס אף שיצרה נתגבר עליה אח"כ פטורה בהאי תגבורת כיון שמחמת אונס בא עליה ואני כתבתי בגליון שכוון לדברי רבינו בפ"א מא"ב ה"ט שכתב וז"ל שמשהתחיל לבעול באונס אין בידה שלא תרצה שיצר האדם וטבעו כופה אותה לרצות והיינו שכל שהיה באונס גם הרצון אח"כ נחשב לאונס. ולפ"ז נראה לפענ"ד כיון דאמרו המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה א"כ חזינן דגם מאכלות אסורות הוי כמו עריות א"כ כל שתחבו באונס אף שבלע ברצון אפשר שחשוב אונס דאין ביד טבעי להכריח נפשו שלא יהנה מהדבר ובשלמא באיש שאמרו לו התקשה א"כ תחלת קישוי היה ברצון דאין קישוי אלא לדעת א"כ אף שכפאוהו אבל לא היה לו להתרצות אבל כאן כל שנבעלה באונס אין בידה שלא תהנה וה"ה באכילת איסור ובירושלמי גבי אשה שתחלתה באונס וסופה ברצון משלו למה הדבר דומה לאדם שנתנו לו איסור או מאכל ביה"כ וכפאוהו ומצץ בפיו והיינו שגם זה בידו שלא יהנה וזה ברור כשמש ואף דבא"א וקא מכוין אסרו בפסחים דף כ"ה שאני התם דכל שבתחלה מכוין זה בידו לכפות יצרו שלא יתכוין להאיסור ואף שיצרו מתגבר עליו זה אסור דהיה לו לכפות יצרו אבל כל שתחלת האיסור היה באונס אף שנתרצה אח"כ פטור וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד דאם אמרה שתחלתה באונס וסופה ברצון אף למ"ד דאסורה אבל מכל מקום אינה חייבת מיתה דהא אין בידה שלא תתרצה ועכ"פ לא שייך בזה אין אדם משים עצמו רשע דהא אינה מרשעת עצמה בזה ויש להאריך בזה ואכ"מ. ובעיקר

הקושיא הנ"ל דנ"מ דלאביי פטור במה דתברה או שתייה אח"כ לפענ"ד ל"ק דבזה בודאי אין הח"כ פוטר דבאמת עיקר החיוב בא בשעה דהגביהה וקנאו ורק דהוה מצי לומר הרי שלך לפניך והחיוב בא בשעה דאכלו אבל לא שייך לומר קלבד"מ על מה שהוקר דהחיוב בא בשעה שהגביה שישיב מה שגזל ואם אינו משיב אז בכל שעה ושעה הוא גזלו ועומד ברשותו להתחייב וכל שלא אמר הש"ל ממילא נתחייב על הגזילה ולא בא בבת אחת ול"ד להך דמנסך דלשמואל באמת פטור משום דקלב"מ וכמ"ש התוס' דהיה יכול לומר הש"ל דזה אינו דשם לא מיירי שהוקר אח"כ רק דאנו דנין בשעת הניסוך דנתחייב מיתה ע"ז שפיר אמרו דעיקר חיוב התשלומין הוא בעת הניסוך דשם גם כעת הוא בעין והיה יכול להחזיר לו רק שנסכו ועשה מעשה בידים ולא שייך הש"ל א"כ עיקר החיוב בא על שעת הניסוך אבל כאן שבעת אכלו א"כ א"י לומר הש"ל וא"כ החיוב מתחיל מקודם דבכל שעה ושעה שאינו מחזירו הרי הוא גזלן ונתחייב כל שלא השיב וז"ב לפענ"ד ודוק היטב כי נכון הוא.

ח והנה בשיטה מקובצת הביא בשם רבינו אפרים ז"ל שפירש כגון שתחב לו חבירו תרומה שלו שלא הגיעה עדיין ליד כהן ותנן האוכל תרומה במזיד משלם את הקרן והיינו אף דמה"ת אינו חייב רק בשוגג רבנן קנסו גם המזיד שישלם הקרן לכך זה שתחב אינו חייב בתשלומין דהוא לא עבד איסורא וזה שאכל משלם דעבד איסורא וקנסו רבנן ע"ש והקשה אחד מהתלמידים דהא המזיק מתנות כהונה פטור וא"כ אמאי מתחייב כשאכל קודם שבא התרומה ליד כהן. ולכאורה הוא תימה גדולה שכן מבואר בהדיא בחולין דף קל"א לענין תרומה בעצמה ודוחק לאוקמי בבא ליד כהן בטבליו דא"כ הוי תרומת כהן. והשבתי בזה תיכף כמו רגע דהרי באמת כל דמשתרשי חייב והקשו בתוס' א"כ האוכל מתנות לתחייב דקא משתרשי וכתב הר"ן דכל שאוכל ומפקיע בעצמו המצוה פטור אף דמשתרשי ושאני אנס המלך גרנו דהוא לא הפקיע רק שהמלך אנס גרנו ולכך כל דמשתרשי חייב ע"ש וכן קי"ל ביו"ד סי' ס"א ולפ"ז כאן שתחב לו חבירו שוב לא רצה להפקיע המתנות כהונה והוי כאנס המלך גרנו וחייב כל דמשתרשי. ובזה מיושב היטב מה דאמר אי דמצי לאהדורי נהדר ואי דלא מצי לאהדורי אמאי חייב והקשו בתוס' דלוקמא כגון שתחב ברצונו ולפמ"ש אתי שפיר דאם תחב מרצונו א"כ הפקיע המצוה בידים ושוב פטור ודוק וזהו דפריך אי דמצי לאהדורי נהדר והיינו דשוב פטור מטעם דמזיק מתנות כהונה דלא שייך לומר דלא רצה להפקיע דז"א דהא רצה להפקיע דהא היה יכול לאהדורי. ובזה ניחא הא דכתב דהתוחב פטור כיון דלא עביד איסורא והיינו אף שתחב לו והוא גרם האיסור ורק דכל דהוא תחב פטור מטעם מזיק מתנות כהונה דפטור

ועל חיוב המיתה בודאי פטור משום דהוא לא אכל ולא מצינו זה נהנה וזה מתחייב אך גוף הפירוש של רבינו אפרים צ"ע דלאיזה צורך פירש כן ואולי קשיא ליה למה לא יתחייב התוחב לשלם שהרי הוא הפסיד התרומה בידים והוה כמשליכה לנהר וא"כ כל שחייב התוחב פשיטא דא"צ הנתחב לשלם דשני תשלומין לא משלם וע"ז אמר דהוא מיירי בתרומה שלא הגיע ליד כהן וא"כ זה התוחב פטור דהו"ל מזיק מתנות כהונה דפטור והנתחב חייב כנלפענ"ד והוא נחמד ונעים ת"ל.

ט ודרך אגב ארשום במה שראיתי בשיטה שם בשם שיטה הישנה שהקשה בהא דפריך ואי לא מצי לאהדורי אמאי חייב והיינו דגם מיתה פטור וע"ז הקשה דהא הו"ל חייבי מיתה שוגגין דפטור ולא זכיתי להבין הדברים דמלבד דאינו דומה דבשלמא חייבי מיתה שוגגין עכ"פ בר חיוב מיתה הוא שהרי עשה איסור רק שלא נתכוין לעשות רק ששגג והקלה התורה שלא יתחייב מיתה בשוגג עכ"פ עבר עבירה בשגגה אבל אנוס דהוא לא רצה והתורה פטרה דאנוס הוא וכדכתיב ולנערה לא תעשה דבר וא"כ אף תשובה א"צ דהרי היה לבו לשמים ומה הי' לו לעשות כי חבירו אנסו ואיך שייך שיפטר עי"ז מתשלומין הא אינו בגדר בר חיוב מיתה אלא אף אם נימא דדמי לשוגג אכתי מה קושיא דשפיר פריך בש"ס דלמה לי' לאבייי למפטרי' מחיוב ממון משום דהו"ל חייבי מיתות שוגגין הא בלא"ה פטור דכל שפטור בשביל שאנסו גם על הממון פטור שזה אנסו כמ"ש התוס' מיהו י"ל דהשיטה לא ס"ל סברת התוס' וס"ל דמכל מקום חייב דהרי נהנה בגרונו וכריסו וחייב בממון אבל צ"ע כמ"ש דאינו בגדר מיתה וגם קשה לי לפמ"ש הרמב"ם וטוש"ע דהאוכל דבר איסור תורה בשוגג פטור מלשלם דהא נפשו של אדם חותה מן האיסור וא"כ גם כאן כל דהיה אנוס נפשו חותה מן האיסור ולא מקרי נהנה וצ"ע בכ"ז וא"ל דחייב על היזק דעשה לחבירו דזה אינו דעל זה בודאי אנוס הוא ואונס כי האי חשוב אונס גמור ופטור ועיין מח"א הלכות נזקי ממון סי' ה' וצע"ג בכ"ז. ובדברי רבינו אפרים שכתבתי למעלה יש ליישב עוד דבאמת לצאת ידי שמים חייב במזיק מתנות כהונה וא"כ קאי הפטור לענין לצאת י"ש וא"ל דא"כ לא שייך קלב"מ דהא לצאת י"ש חייב אף בקלב"מ דז"א דמלבד דדעת המהרש"ל דהיכא דעבדינן ליה החומרא פטור אף לצאת י"ש ועיין קצה"ח סי' כ"ח ובזה ממילא מיושב קושית השיטה ישנה הנ"ל דהא הוה חייבי מיתות שוגגין דלפירוש ר"א א"כ אין החיוב רק לצאת ידי שמים וכל דאינו חייב מיתה ולא עבדינן החומרא שוב לא מיפטר ועיין קצה"ח שם אף גם דלרנבה"ק הרי אף שאינו רק לשמים מ"מ פוטר דהרי גם כרת אין עושין הב"ד החיוב וכמ"ש הצל"ח

בפסחים דף כ"ט וא"כ כאן אזיל הסוגיא אליבא דרנבה"ק ושפיר חייב לרנבה"ק וקאי הפלוגתא לענין לצאת שמים ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק ת"ל

י והנה בשנת תרכ"ו י"ז למב"י ג' תזריע הי' אצלי האברך הרב החריף מוה' בנימין ווייס האבד"ק קנעניטש והקשה בהא דפריך מדאגבהה קניא ולמה לא מוקי באכל חצי פרוטה דתרומה אינו חייב רק על הפרוטה ואכל חצי זית והקיאו וחזר ואכלו דקי"ל דהרי נהנה גרונו בכזית כדאמרו ס"פ גיד הנשה וא"כ בשעת הגבהה לא קנה דהי' חצי פרוטה ואינו חייב ורק בשעה שחזר ואכלו נתחייב ושוב הו"ל קלב"מ. והנה זה טעות דא"כ שוב אינו חייב בתשלומין כלל אף אם לא הי' קלב"מ דחצי פרוטה אינו חייב ממון בתרומה עד שיאכל שוה פרוטה וניהו שחזר ואכלו ונתחייב שנהנה גרונו בכזית אבל סוף סוף אינו ממון עד שיאכל שו"פ ותדע דאם כן בכל חצי פרוטה יהיה מתחייב ממון דהרי יכול להקיאו ולחזור ולאכלו וע"כ דמכל מקום אין בו שו"פ וז"פ וברור. והנה לכאורה קשה מה פריך מדאגבי' קניא מתחייב בנפשו לא הוה עד דאכיל ליה ודלמא מיירי באכל תרומה שלא בא ליד כהן וא"כ לא מתחייב כשמגביה דהא הוה ממון שאין לו תובעין ורק כשאכלו ונהנה הו"ל משתרשי לי' וחייב ואז בא כאחד ועיין חולין דף קל"א דבמשתרשי ליה חייב אך באמת זה אינו דהרי התוס' הקשו שם דאם כן אוכל תרומה משתרשי ליה שכן נהנה וכתבו דיכול לומר דהיה מתענה ועיין קצה"ח סי' רמ"ו שביאר דכל דהוה ממון שאין לו תובעין בזה אינו חייב על גוף ההיזק רק על מה שנהנה ובזה יכול לומר הייתי מתענה ולפ"ז כאן שוב לא שייך חיוב ממון כלל דיכול לומר הייתי מתענה ובלא"ה יש לומר כיון דלצאת ידי שמים חייב במזיק מתנות כהונה כדאמרו בחולין שם ובזה לא שייך קלב"מ דגם קלב"מ חייב לצאת ידי שמים. איברא דלפמ"ש בצל"ח בפסחים כ"ט באורך דלרנבה"ק דפטור אף ממיתה בידי שמים שאין הב"ד מחייבין ואפ"ה פוטר שוב אף קלב"מ שייך אף שחייב לצי"ש מכל מקום אין יכול לחייבו ושוב ע"כ אי אפשר לומר דמיירי בכה"ג ושפיר פריך ודוק היטב:

סימן ו

א להמופלג הרב החריף ושנון הדיין מוה' שאול אוירבאך נ"י.

ב אשר שאל אותי בהא דכתב רש"י חולין דף קכ"ח ע"ב החותך כזית בשר מאבר מן החי בתוספתא לא גרסינן כזית אלא החותך בשר מאבר מן החי וכגון דאיכא כביצה וע"ז הקשה מעלתו דאכתי למה לי כביצה דיש לומר דכיון שזה חשב על הבשר שבאבר והי' נטמא כל האבר משום מגע בית הסתרים כיון שחשב על כביצה א"כ אף שחתך

פחות מכביצה טמא שהרי בשעה שנטמא הי' בו כביצה ואף שחתך פחות ואינו מטמא אחרים אבל טומאת עצמו לא פקע וע"כ אמר שבאמת הגירסא של כזית דווקנא.

ג ובזה מיושב קושית התוס' בחולין דף ע"ב שהקשו דלמה אוקמא כר"מ משום טומאת בית הסתרים ולא משני דבשעת פרישתו מאביו נטמא ולפי מה שאמר ניחא דבשלמא משום טומאת בית הסתרים ניחא דהי' בו כביצה אבל בעת פרישתו צריך שיהי' בו כזית דאל"כ אינו מטמא עכ"ד. והנה לבבי לא כן ידמה וכן השבתי לו בראשית ההשקפה דמ"ש דאם נימא דבשעת פרישתו מאביו מקבל טומאה צריך שיהי' כביצה. לפענ"ד לא נהירא דכ"ז שלא נפרש ונבדל לגמרי ובאותו אבר הי' בו יותר מכביצה ושתים ואם כן בעת פרישתו מאביו נטמא כיון דהאבר היה עליו טומאה חמורה ובעת הבדלו מן האבר קיבל טומאה נטמא בו ומידי דהוה אם הי' שלש על שלש נקרע מבגד גדול דאף שלא מטמא טומאת מדרס אבל נטמא טומאת מגע מדרס וכדאמרו בדף ע"ב וה"ה בזה. ומיהו אפשר לדחות דשאני התם דמטמא טומאת מגע מדרס שהרי נגיעה במדרס אבל כאן הוא מטמא טומאה אחרת דהיינו טומאת אוכלין והאבר טמא טומאה אחרת חמורה ועכ"פ ל"ש לומר שבשעת פרישתו קיבל טומאה מאביו שאביו לא נטמא טומאה זאת רק טומאת אבר ניהו דחמור אבל טומאת אוכלין לא תוכל לקבל עד שיהי' בו כביצה ועכ"פ מה שמעלתו הקשה על רש"י דלמה צריך כביצה לק"מ לפמ"ש דיש לומר דע"כ לא אמרי' דלא פקע טומאה רק כשנטמא מקודם אותה טומאה שהיא מטמאה עכשיו וכמו בבגד שמקבל טועאת מגע מדרס והרי אף שכעת שלש על שלש אינו ראוי למדרס אבל מ"מ נגע במדרס אם משום טומאת בית הסתרים או משום בשעת פרישתו מאביו אבל כאן בעת שהיתה מחובר הי' עליה טומאת אבר א"כ אח"כ כשחתכה ופקע לה החמורה איך תאמר שמ"מ טומאת אוכל לא פקע מינה הא כעת מקבלת טומאת אוכל ואוכל צריך כביצה וגם יש לומר עפמ"ש התוס' בדף ע"ב ד"ה אלא ובמנחות דף כ"ד להקשות דאיך חל טומאת אוכל הקלה על טומאת אבר החמור ולא אמרינן שבע לה טומאה וכתבו דשאני התם דטומאת אוכל חמור דמצרף עם אוכל אחר להשלים לכשיעור ובאמת שזה דחוק אך לפענ"ד היה נראה דע"כ לא אמרי' דשבע לה טומאה רק במקום שרוצה לחול בעוד שטומאה שעברה עליו מה שאין כן כאן דבעוד האבר כלו בשלמותו יש עליו טומאת אבר החמור והוא חשב עליו לאכלו א"כ בעת שיאכל כזית ממנו או כביצה וכדומה אז לא יהי' עליו טומאת נבילות דבשר הפורש מן החי טהור רק שצריך שיחול עליו שם אוכל מקודם דאח"כ טהור וא"כ עכ"פ בעת שהוא מחובר להאבר לא חל עליו טומאת אוכל רק לאחר שיתלש ויאכל ממנו וא"כ ל"ש כאן שבע טומאה וז"ב לדעתי והמעיין ברש"י

חולין דף קכ"ח ע"ב יראה שכוון לזה ע"ש ברש"י ד"ה טהור ע"ש שמסיים שנשארה עליו הקלה שלא הי' לו עד עתה הרי שלא חלה בעודו מחובר ולא שייך כאן שבע טומאה וז"ב ולפ"ז שפיר צריך כביצה דאל"כ ל"מ דהא בעודו במחובר לא חל עליו שם טומאת אוכל וכמ"ש וז"ב ודוק. וגם במה שחידש מעלתו דאם נימא דפרישתו מאביו קיבל טומאה תו צריך כביצה לפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת רבינא ס"ל דחבורי אוכלין כמאן דמפרתי דמי והקשו התוס' דף ע"ג שם דאם כן למה צריך הש"ס לשנויי בדף קכ"ט דר"מ היא הא כמאן דמפרת דמי ואינו מקום סתרים וכתבו דכל דאינו עומד להפרד לא אמרינן כמאן דמפרת דמי ולפ"ז נראה לי דבר נכון דזה דוקא בעודו מחובר אבל בשעה שהתחיל לחתוך מעט ממנו והוא רוצה להפריד כזית ממנו וכדומה א"כ ראינו שבדעתו להפרידו ושוב הוה כמפרת אף שעודו מחובר כל שהתחיל לחתוך ואם כן שפיר קיבל טומאה בעת פרישתו מאביו וז"ב מאד. ובזה יש לומר דגם עולא דאמר בשעת פרישתו קיבל טומאה הוא דגם הוא ס"ל כמאן דמפרתי דמי ורק דכל שהוא מחובר ס"ל לעולא דאינו כמפרת וכל העומד לחתוך לאו כחתוך דמי רק דכל שהתחיל לחתוך שפיר קיבל טומאה מאביו וז"ב ובזה יש ליישב דברי הרשב"א בחידושיו לחולין דף קכ"ט שם שהקשה גם כן דאמאי לא משני בעת פרישתו מאביו קיבל טומאה א"כ כמאן דמפרת דמי דמיירי שלא נשאר אז יותר בשר והדבר יפלא דאם כמפרת דמי אף בעודו מחובר מטמא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה אינו קושיא דלוקי כרבינא דלא קיי"ל כרבינא ועיין לח"מ פ"ח מפסולי המוקדשין הלכה ט"ו רק דעיקר הקושיא דגם עולא ס"ל כן וכמ"ש וע"ז שפיר תירץ דכיון דרק בשעה שהתחיל לחתוך הוה כמפרת לעולא ואז לא נשאר באבר יותר בשר ואין עליו דין אבר מן החי. שוב מצאתי במלמ"ל פכ"ג מכלים ה"ט שכתב כדברי מעלתו והנראה לפענ"ד כתבתי גם הקשה על הרשב"א הנ"ל כמ"ש ולפמ"ש מיושב הכל גם מ"ש דעולא ע"כ פליג ארבינא דהרי הש"ס קאמר מש"ה קתני חתכה לפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא פליג על כל הסברא רק אם חתכה הוא דהוה כמאן דמפרת אף שלא חתכה כלה ועיין לב ארי' שהקשה על רש"י דלמה צריך כביצה הא כבר קיבל טומאה בעודו בשלמותו ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. שוב מצאתי ראיה למ"ש למעלה דאף לעולא דלא ס"ל אוכלין כמאן דמפרתי דמי כל שהתחיל לחתוך ודאי מודה מהא דתנן במס' עוקצין פ"ב משנה ה' מחתך לבשל וכו' התחיל לפרק אוכל שהתחיל בו אינו חיבור והתוסיו"ט כתב בשם הר"ש פירוש דאותה חתיכה שמתחיל למרק אינו חיבור דסופו למרקה לגמרי הרי בהדיא כמ"ש ובזה יש לומר דלכך בנתזין לגמרי בב"א לא שייך בשעת פרישתו מקבלי טומאה דהרי באמת כל סברתו הוא משום דאוכלין כמאן דמפרתי

דמי ונגיעי בהדדי וא"כ זה דוקא כל שלא נתזין בב"א אבל אם נתזין בב"א א"כ שוב לא מתחברי כלל ואמאי נטמאו ולכך מודה עולא בזה. ובזה יש ליישב קושית המלמ"ל שם על התוס' ע"ש ודוק ועיין לאא"ז שער אפרים סי' א' שהאריך אי קי"ל כרבינא דאוכלין כמאן דמפרת ולא נזכר מדברי הראב"ד פ"א מפהמ"ק והלח"מ הנ"ל. ודרך אגב ארשום במה שהראני הרב החריף ושנון מו' מאיר בראם נ"י הא דאמרו בחולין דף כ"ט ע"ב אירע בה פסול בשחיטתה ופירש"י שנתנבלה בשחיטה אינה מטמאה בגדים שאין כאן עבודה ואם אסף אפר או שרפה ולא נגע בה או אפילו נגע בה בפשוטי כלי עץ שלא טימאתו משום נבלה אינו טמא משום מתעסק בפרה וע"ז אמר שהראש יוסף תמה בזה תרי תמיה. חדא דמה ענין טומאת נבילות לטומאת בגדים והא נבלה אינו מטמא בגדים ועוד הא כל שמפרכסת אינה מטמאה טומאת נבילות וכן הקשה הוא דהא כל שאין סופה לטמא טומאה חמורה ובאמת שהדברים תמוהים ולפענ"ד נראה בכוונת רש"י דהנה יש שני מיני טומאות טומאת מגע בגדים מחמת הפרה וטומאת נבלה והנה כבר נודע מה שהאריכו התוס' בחולין דף ע"ב ובהקומץ אי שייך שבע לה טומאה וכל שחלו בב"א ודאי מטמא מחמת שניהם ולפ"ז גם כאן אם הי' נוגע בה א"כ כיון שנטמא מחמת נבלה הי' נטמא מחמת הפרה ג"כ דהרי בתחלת השחיטה טרם שנתנבלה או אף בסוף טרם שנתנבלה היתה מטמאה משום פרה א"כ באו שניהם כאחד דבסוף השחיטה נטמאת מחמת הפרה ומחמת נבלה וא"ל כיון דנתנבלה שוב אין כאן עבודה דזה אינו דעכ"פ עד גמר השחיטה אינה נבלה ובפרט לענין טומאה ועיין כו"פ סי' ל"ג ובתב"ש שם וא"כ גורר הטומאת נבלות גם טומאת הפרה אבל כל שלא נטמא משום נבלה כגון שלא נגע רק שנתעסק בפרה אם כן שוב כל שנתנבלה שוב אין כאן פרה שהרי נפסלה ולמה תטמא אבל כל שנגע בה ונטמא משום נוגע בנבלה הרי עליה הי' שני טומאות ונטמאו הבגדים וידעתי שזה דוחק אבל מה אעשה כי הציקתני ליישב דברי רש"י ובזה יש ליישב כל הקושיות אבל כל הדברים יגעים. והנה במה שנדחק זקני הגאון בשער אפרים סי' א' ליישב דברי הב"י שדחה דברי הר"ב והלא דברי הר"ב מבוארים דבאמת חבורי אוכלין כמאן דמפרתי דמי ואף שהגדול עולה עמו מ"מ עומד לחתוך וע"כ דמכל מקום מקרי שלם לענין ברכה וה"ה בזה וע"ז נדחק בטעמו של הב"י באמת במחכת"ה לא זכר שם דברי הרמב"ם והלח"מ פ"א מפהמ"ק הט"ו דלא קי"ל כהך דרבינא וכמ"ש הלח"מ. אמנם גוף דברי השער אפרים בכוונת הרב לפענ"ד אינם נכונים שהרי הר"ב אינו אומר כן וז"ל הר"ב דאין לחוש לכך כיון שסוף סוף יש לו לחתוך ולבצוע לית לן בה ע"ש ולפי דברי השער אפרים הכי הי' לו לכתוב דאף שסופו לחתוך ולבצוע כעת שלם הוא. אך

לפענ"ד דברי הר"ב נכונים בפשוטם דע"כ לא שייך לחלק בין כשהגדול עולה עמו רק בדבר שעומד להיות כל ימי היותו בשלימות רק שאירע מקרה שנפרס מקצתו בזה כל שעולה עמו מקרי עדיין מעורה ונחלקו ר"מ ור"י איזה צד צריך להיות עולה עמו אבל בפת באמת עיקר הפת עומד לחתוך ולבצוע אטו להיות עומד כך שלם אפה לפת ורק הברכה צריך שיהיה על השלם שהוא יותר נאה א"כ אין הקפידא שיהיה שלם אח"כ וא"כ שנאחז בו מה בכך שלא יוכל לעלות עמו הא אח"כ גם כל הפת יהיה נחתך ונאכל ועיקר אנו דנין באשר הוא שם וכעת היא בשלימות שהרי נאחז בו ומעורה במקצת וז"ש הר"ב דאין לחוש לכך כיון שסופו לחתוך ולבצוע לית לן בה מקרי שפיר שלם והיינו דכאן א"צ שיהיה שלם גם אח"כ רק בעת הברכה והבציעה וכעת הוא שלם ודו"ק היטב.

ד וזהו לפענ"ד הענין דחבורי אוכלין כמאן דמפרת דמו והיינו דע"כ לא שייך הענין שלימות רק בדבר שאינו אוכל וכמו ידות הכלים וכל ענין שאינו עומד למאכל א"כ יותר טוב כל שהוא מחובר ביחד אבל מה שעומד לאכילה פשיטא דעומד שיתחתך ולא שייך לומר בזה ענין מחובר. ובזה יש לי לבאר דברי התוס' בחולין ע"ג במ"ש בד"ה חיבורי אוכלין שהקשו מהא דתנן חישב עליו ואח"כ חתכו טימא ופריך טומאת בית הסתרים הוא ולמה לא אמרו דחבורי אוכלין הוא וכתבו דע"כ לא אמרינן בחבורי אוכלין דהוה כמפרתי רק בדבר דעומד לקצוץ כמו הכא דאבר אסור והשאר מותר וכן בס"פ כיצד צולין גבי אבר שיצא מקצתו דמה שיצא אסור ומה שבפנים מותר אבל גבי אבר מן החי דהכל אסור ואין עומד לחתוך לא אמרינן כמאן דמפרת דמי לא תידוק מינה דכל שאין הכל אסור חשוב מפרת רק דהעיקר תלוי אם עומד לחיתוך ואולי גם כוונת התוס' דכל שהכל אסור א"כ כלו אינו עומד לאכילה כעת וממילא שוב עדיף יותר כל שהוא שלם ולא הוה כמפרת אבל כל שעומד לאכילה א"כ אדרבא כל שיעמוד שלם יגע באיסור ובודאי יחתוך אותו ועכ"פ גוף הסברא נכונה לפענ"ד דכל שהוא עומד לאכילה לא מקרי שלם דאין האוכל נעשה להיות שלם. והנה לכאורה קשה לרבינא דס"ל דאוכלין כמפרתי דמי א"כ איך אמרו בזבחים דף ק"ה דחבורי אוכלין ע"י משקין חיבור לטומאה קלה ואינו חיבור לטומאה חמורה ואמאי יהיה מקרי חיבור לטומאה קלה והא חבורי אוכלין כמאן דמפרתי דמי ואף אם נימא כמ"ש התוס' דכל שהכל אסור ל"ש לומר דהוה כמפרת הא זה דוקא בדבר שהוא ביחד בעצמותו שייך לומר דאינו עומד לחתוך אבל כאן שהיו שני חצאי זיתי נבלה בפ"ע וחברו ע"י משקין מה"ת לומר דהוה חיבור ואף אם תדחוק לומר דכל שהוא אסור ירצה לחברם הוי חיבור אכתי קשה בהא דאמרו במנחות דף כ"ד צירוף כלי וחיבור מים וע"ש ברש"י ותוס' וקשה הא שם בודאי עומד לחלוק ואמאי יצטרפו

וצ"ע וע"כ דלא קיי"ל כהך דרבינא ואולי מכאן יצא לו לרבינו דגם באוכלין אמרינן דהוה חיבור ודוק. שוב ראיתי בתוס' מנחות דף כ"ד ע"ב ד"ה כי שכתבו דרבינא לא קאמר כמאן דמפרתי רק בעומד לחתוך ע"ש הנה לא כתבו כלל משום איסור רק דאוכל הוה ממילא עומד לחתוך וכמ"ש ועיין משנה למלך פכ"ג מכלים ה"ט ועיין חולין קי"ח גבי הא דבעי אי יש יד לפחות מכזית ע"ש ברש"י ותוס' וקשה ג"כ הא אוכלין כמאן דמפרת דמי וצ"ע בכ"ז ועיין בתוס' נזיר דף נו"ן ע"ב ד"ה ח"ש שכתבו דחבורי אדם הוה חיבור באוכלין ע"ש ולא הזכירו כלל הך דתוספתא שהביאו בעצמם בתוס' זבחים שם ועיין בחידושי פנים מאירות בזבחים שם וצע"ג

ה והנה דרך אגב ארשום כאן מ"ש להשיב על אשר שאל אותי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י בהא דנסתפק המלמ"ל לשיטת הפוסקים דאוכל פחות מכביצה אינו מקבל טומאה איך הדין אם שני חצאי זיתים נטמאו כל אחת בפ"ע וחזרו ונצטרפו ונעשו כביצה אם הוי טמאים או דלמא כיון דבעת קבלתם לא נטמאו א"כ אח"כ שנצטרפו הא אז לא נטמאו וע"ז האריך בפ"ד מט"א ה"א וע"ז הקשה הנ"ל מהא דאמרו בפסחים דף י"ז הדם והיין והשמן והמים משקי בי מטבחייא שנטמאו בפנים והוציאן לחוץ טהורין נטמאו בחוץ והכניסן בפנים טמאים ופירש"י שנטמאו בפנים והוציאן לחוץ ונפסלו ביוצא שאין ראוין עוד למזבח טהורין מלטמא אחרים שהרי לא ירדה עליהם תורת טומאה מתחלה לטמא אחרים והן עצמם ודאי טמאים כנבואת חגי אבל נטמאו בחוץ קודם שהיה שם מטבחייא עליהם והכניסן לפנים טמאים ואפילו לטמא אחרים דטומאתן כבר ירדה בהן ומי הפקיע ע"ש הרי בהדיא דכל שהי' מתחלה בפנים ולא טמאו אחרים אף שאח"כ יצאו לחוץ לא אמרינן דכעת נגעו המשקין בעצמם ונטמאו ומכ"ש שם דבעת קבלת טומאה לא נטמא כלל במה ירד עליהם טומאה במה שנצטרף אח"כ והיא קושיא גדולה. ולפענ"ד יש לומר עפמ"ש הרשב"א ריש נדה בהא דמעל"ע שבנדה תולין ואמרו בירושלמי דבין ברה"י ובין ברה"ר תולין אף דטומאת סוטה ברה"ר טהור משום דשם להבא הוא וכאן למפרע ולכך בטומאה זו השוו הרשיות וטעמא דמלתא דלא להוו מילי דרבנן כחוכא ואטלולא דאמש טמאה ועכשיו טהורה וכיון דאשה זו ודאי נגעה בין ברה"י בין ברה"ר וכשנגעה מעיקרא ברה"י טמאת א"כ בטומאה החזקת וא"כ אף כשנגעה ברה"ר טמאה דאל"כ יהי' כחוכא ואטלולא וביאור הדברים כמ"ש האחרונים דבדרבנן לא שייך לחלק בין רשותין דלא יהי' כחוכא וטלולא ובאמת לענין דאורייתא מחלקינן בין רה"י לרה"ר כמבואר בטהרות פ"ו לענין מסוכן ברה"י והוציאו לרה"ר ע"ש ולפ"ז ה"ה כאן להיפך דבפנים ג"כ טומאת משקין לטמא אחרים דרבנן ולא טמאת ואיך אפשר דבחוץ יטמא

ויהיה כחוכא וטלולא ואף דזה פנים וזה חוץ מ"מ בין רשותין לא מחלקינן ולכך להיפך ג"כ כשנטמא בחוץ שוב לא פרח טומאה מינה. ומעתה ל"ק משם דשם שפיר מסתבר דפחות מכזית לא מקבל טומאה וכזית מקבל טומאה ולא הוה כחוכא דאיכא הבדל בין כזית לפחות מכזית וגם לפמ"ש הרשב"א שם לחלק דאף דדבר דאין בו דעת לשאל טהור אף שנגעה בזה כמו זה משום דשם כיון שאין בו דעת לשאול גזירת הכתוב שלא יהיה מקבל טומאה מן הספק אלא מן הודאי ודבר שהוא מצד המקבל אינו נראה כחוכא מידי דהוה אפשוטי כלי עץ ופשוטי כלי מתכות שאלו מקבלים טומאה ואלו אינם מקבלים ולפ"ז גם שם פחות מכזית אינו מקבל וכזית מ"ט ולא הוה כחוכא דאיכא הבדל בין כזית לפחות מכזית אבל כאן הוה הדם ומשקה בית מטבחייא כמו שהי' איך אפשר דכאן טהורים וכאן טמאים ויהיה חילוק בין רשותים וז"ב כשמש

ו והנה החריף הנ"ל רצה לומר דוקא כשלא נטמא כלל בתחלה הוא דנסתפק המלמ"ל דלא שייך שבע לה טומאה אבל כאן שטומאת עצמן יש להם א"כ שייך לומר שבע לה טומאה ודחה זאת דהא לטמא אחרים הוה טומאה חמורה ולא שייך שבע לה טומאה וע"כ רצה לומר דלכאורה צריך ביאור דאיך אפשר שתטמא בחוץ והא כל דנטמא כתותי מכתת שיעורי' ולא שייך תירוץ הש"ס במנחות דף ק"ב דחיבת הקדש משוי לה שיעור דהרי אדרבא נפסלה ביוצא ובטל הקדושה ואדרבה במטבחייא אינה מטמאה רק מבחוץ. אך זה אינו דמשקה א"צ שיעור ולזה אמר דלפמ"ש התוס' בפסחים דף י"ד ד"ה דאיכא דבטומאה דרבנן צריך שיעור שוב שייך כתותי מכתת שיעורי' ולכך אינו מטמא בחוץ וכ"ז דחוק והעיקר לפענ"ד כמ"ש. ועוד נראה לפענ"ד לחלק דבהך דמלמ"ל אין החסרון בעצמותו רק בשביל חסרון השיעור וגם מתחלה אם הי' בו כשיעור נטמא וא"כ כל שנשלם לכשיעור נטמא משא"כ כאן דבמקדש לא גזרו לטמאות אחרים א"כ איך נתהווה אח"כ טומאת אחרים. ויש להמתיק הדברים דהנה כל שהיתה השיעור שלם לא שייך לומר דזה אינו מטמא והיינו דחצי שיעור אינו מטמא וההשלמה לכשיעור מטמא הא הכל ביחד הם הטומאה אבל כאן הדם והמשקה במקדש לא נטמאו וא"כ באותו מעמד אינן מטמאים ואיך יטמאו בחוץ והא זה גופא כבר היה טהור מלטמא אחרים כנלפענ"ד ודו"ק. וגם לפענ"ד במשקה בית מטבחייא אם נימא דבחוץ מטמאים ואח"כ כשהכניסו בפנים בודאי חזרו לטהרתן דבפנים לא גזרו משום הפסד קדשים וא"כ הוה כחוכא וטלולא ואף דאם נטמאו בחוץ והביאן בפנים נטמאו היינו משום דכבר נטמאו בחוץ בדין והיאך יפקע טומאתן וגם בטומאה דאורייתא לא שייך כלל הענין דחוכא וטלולא וא"כ ע"כ מה שמטמא בפנים משום דלא נפקע הטומאה אבל כשנטמא בפנים

והוציאן לחוץ פשיטא דאף דבחוץ נטמא מכל מקום כשחזר והביאם בפנים שב למה שהי' אבל באוכל כל שנתחבר לכזית אף שנחתך אח"כ מכל מקום טומאת עצמן לא פקע מינייהו אף שאינם מטמאין אחרים ועיין מלמ"ל פכ"ג מכלים וא"כ עכ"פ אפשר לומר דכל שיש כזית ביחד א"כ ע"י שניהם ביחד בא הטומאה ולמה לא יטמא כנלפענ"ד וע"ז יש לפקפק אבל מ"ש למעלה מחמת חילוק רשויות נראה לפענ"ד נכון והחריף מ' מאיר בראם ני' הנ"ל עוררני מדברי המהרש"א ביבמות דף ל"ג גבי שחתך אצבעו בסכין טמאה ע"ש עפ"י חלוקו יש ליישב ג"כ דברי המשנה למלך הנ"ל ודו"ק. והנה דברי הרשב"א הנ"ל דאי אפשר לעשות מלתא דרבנן כחוכא וטלולא ועיין תב"ש בבכ"ש בחידושי לחולין דף צ"ה גבי מעשה דחכמי ווילנא בצלע אחת שנלקח קודם דפריש מרובא וצלע אחת דפריש אח"כ שכתב התב"ש הרבה ראיות דאין להתיר חציה וחציה תאסר דיהיה כחוכא וטלולא והביא הרבה ראיות ואילו ראה דברי הרשב"א הנ"ל היה שמח אבל מה שהקשה ממשנה דפ"ו דטהרות באמת שזה דוקא בדרבנן אבל בדאורייתא אין לחלק בזה דבדאורייתא אין לנו רק כפי הדין וא"כ שם באיסור תורה לא צדקו דברי התב"ש ועיין שב שמעתא ש"ד פ"ד שמביא הך משנה דטהרות ראיה להך מעשה דחכמי ווילנא ולפמ"ש ראייתו כהוגן אבל לא נזכר מדברי התב"ש הנ"ל ומדברי הרשב"א ועיין תב"ש בחידושיו לשבת דף ס"ג שכתב דאם אסף ע"ז הרבה שלא היה בהם כזית והשלים לכזית לא הוה ע"ז כיון דמתחלה לא נחתה לה טומאה ובמלמ"ל פ"ד מט"א הנ"ל מבואר דבטומאה מחמת עצמה כל שנשלם לכזית ודאי מצטרף ולדבר הזה העירני החריף מוה' מאיר בראם ני' ואולי יש לחלק וצ"ע ובתשובה לענין ספק טומאה ברה"ר ואי נשים מאה כחד דמיין הארכתי הרבה בהמשנה הלז ובדברי היש"ש הנ"ל ואמ"כ. והנה בהא דאמרו בסוכה דף ל"ה ח"א מפני שמכשירה וח"א מפני שמפסידה מ"ב כגון שקרא עלי' שם וכו' והקשיתי דהרי באותה משנה נחלקו ר"מ ור"י ור"מ ס"ל דאתרוג שיעורו כאגוז והרי וודאי אין בו כביצה ושיטת התוס' בפסחים ל"ג דאף אם נימא דאוכל פחות מכביצה מקבל טומאה מכל מקום אינו מוכשר בפחות מכביצה א"כ נ"מ באתרוג שהוא פחות מכביצה דלא שייך משום הכשר לר"מ ואף דאנן קי"ל כר"י דבעי כביצה מכל מקום עכ"פ לר"מ שייך נ"מ. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דלפי מה דאמרו בפסחים דף מ"ו בפסח דאיסורו חשוב מצטרף וא"כ ה"ה כאן כיון דהוה שיעור חשוב לגבי אתרוג ממילא מוכשר אף לענין הכשר וסגי אף בפחות מכביצה. ובזה מיושב היטב מה שהקשה בשו"ת גור ארי' יהודא באו"ח סי' ט"ז על התוס' יו"ט פי"א דפרה משנה ז' שפירש הרע"ב הטעם מפני שמפסידה והקשה למה לא פירש מפני שמכשירה והקשה הוא דהא שם מיירי

בפחות מכביצה כמ"ש הרע"ב ולא שייך הכשר ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהוא שיעור לענין הזאה ממילא מועיל גם לענין הכשר. מיהו בלא"ה ל"ק דלפמ"ש התוס' בכריתות דף י"ג דמדרבנן מקבל הכשר אף בפחות מכביצה א"כ ל"ק כלל לא הכא ולא התם ודו"ק (ועיין שעה"מ פ"ו מברכות ע"ש)

ז והנה הרב החריף מוה' מאיר בראם ני' הקשה אותי ערב חג הסכות תרי"ד דלמה חשו מפני שמכשירה והא בעי שיהיה לרצון וכאן לא ניחא לי' באותה משקה שנופל על האתרוג והראיתיו שכן הקשה בשו"ת גינת וורדים הספרדי הובא בא"מ סוף ח"ב בתשובותיו סי' כ' וכ' הא"מ ליישב דכל משקה שתחלתו לרצון אע"פ שאין סופו לרצון מכשיר כגון בשביל שתודח הקערה הרי זה מכשיר וה"ה כאן כיון דעל הלולב ניחא ליה בהמים אף שעל האתרוג לא ניחא לי' בהמים מ"מ הו"ל תחלתו לרצון וע"ז אמר הרב החריף הנ"ל דאמת דכן נראה מרש"י חולין דף ט"ז אבל מהרמב"ם בפיה"מ פ"א דמכשירין ופי"ב מט"א ה"ב נראה שבעינן שיהיו תלושין ברצון ושיגע באוכלין לרצון ובה"ג ביאר דאם היה ניחא לי' תחלה במה שתלשו והניח אוכלין ברצון הוא דמוכשרים ולזה כוון הראב"ד בהשגות במ"ש בה"ג א"א לא תימא שנפל על האוכל בתחלה ברצון אלא שאם רצה בו בתחלה לשם דבר תלוש אף שנפל על האוכל שלא לרצון ואין בו רצון לא בתחלה ולא בסוף אינו מכשיר והיינו שכוון להשיג שכל שנתלש ברצון אף שעל האוכל לא נפל ברצון מכל מקום מוכשר והכ"מ לא עמד על הכוונה בזה והביא מהך דכפאה על הקערה ובאמת הרמב"ם שיכל ידיו לפרשה בע"א והנה אמרתי לו ראה דבריך טובים ונכוחים וכן מבואר בס' מרכבת המשנה פי"א מט"א ה"א ע"ש שביאר הדברים כן באורך וכמה דברים שעלו במחשבה ומצאתי שם וא"כ שוב קשה קושית הגינת וורדים.

ח אמנם לדעתי נראה דאף לשיטת הרמב"ם דבעי שיהיה הנפילה ברצון על האוכלין לא בעינן שיהיה רצון ממש על האוכל הלז רק דכל שנתלש ברצון ונפל על האוכל ברצון והאוכל השני שנאגד עמו עד"מ כמו כאן בלולב שנאגד עם האתרוג ויודע בבירור שבודאי יפול על האתרוג זה מקרי לרצון ודוקא כשאינו ברור שיפול על האוכל אף שבמקרה נפל על האוכל זה מקרי שלא לרצון משא"כ בזה וז"ב ועיין בהה"מ פ"ח מלולב ה"ב שפירש שמכשירה שע"י נטילתו בא לשומו במים עם הלולב ומכשירו ואין הכרע בדבריו ולפמ"ש אתי שפיר. והנה לכאורה לשיטת הרמב"ם ריש פי"א מט"א דבעי שיהיה רצון בעלים דוקא ולא שיהיה רצון אחרים ועכ"מ וא"כ לכאורה בתרומה דשל כהן הוא א"כ כשהוא ביד ישראל לא שייך שמכשירה אך באמת בעי שיהיה בו דין ממון ודין

היתר אכילה וע"כ איירי שלקחו מיד הכהן כמ"ש רש"י או שהוא ביד כהן כמ"ש הר"ן וא"כ שוב ראוי ושייך רצון בעלים. ובזה יש ליישב קושית התוי"ט פי"א מפרה דשם פירש הרע"ב מפני שמפסידה ולא פירש כמ"ש הרמב"ם כאן שמכשירה משום דשם תנן סתם ושל תרומה ויכול להיות שאינו שלו וא"כ לא שייך הטעם שמכשירה ודוק היטב ובערב חנוכה א' מקץ תרי"ד מצאתי בספר מי נפתוח בפרפר נ"ד אות ד' ה' ו' הרבה דברים ממ"ש כאן לענין אתרוג ומ"ש שם לדחות יש לי להאריך ולא נפניתי כעת וד' ירחיב לי ויחלצני מצרות ועל מי מנוחות יושיבני.

ט והנה בהא דאמרו בכריתות דף י"ג מאי לאו שלא לרצון דלא ניחא ליה וקתני מטמא ופירש"י דלא ניחא לי' לתינוק ובעינן דומיא דכי יתן ולכאורה תמוה דלשיטת הרמב"ם דבעינן רצון הבעלים מה מועיל ניחותא דתינוק הא ניחותא דאשה בעי וגם קשה להיפך דהקטן אין לו מחשבה כמבואר בחולין דף י"ג בהעלום חש"ו ובפי"ד מט"א וצ"ל דכל דניחא לי' לתינוק שהתינוק רוצה לינק ממילא ניחא לאשה שיניק הקטן ויתלכלך הדד אבל לפ"ז צ"ב מה דמשני לבסוף דסתמא מקרי לרצון ושלא לרצון דאמר דלא ניחא לי' וצ"ל ג"כ כיון דלא ניחא לי' ממילא לא ניחא ליה שיניק ומקרי שלא לרצון. והנה הרמב"ם פ"ח משאר אבות הטומאה הי"ב כתב להך דמשני רבא תחלה דהוה ס"ס וצ"ב כיון דבפ"י מט"א ה"ד כתב להך שינויא בתרא א"כ למה לו לחדש הך ס"ס וצ"ל דמ"מ ס"ל להרמב"ם דהדין דין אמת דיש ס"ס ואף בניחא לי' יש ס"ס. מיהו צריך להבין דהאיך שייך ס"ס דהא אין נ"מ אם ייניק פחות מכשיעור או שייניק כשיעור רק שלא הי' בכדי אכילת פרס הא זה גם כן לא הוה כשיעור והוה כספק ספק משם אחד וגם הא לא הוה מתהפך דאת"ל שיינק כשיעור בכדי אכילת פרס ע"כ שיינק כשיעור מיהו זה יש ליישב דתחלה צריכין אנו לדון אם יינק כשיעור כלל אמנם ס"ס משם אחד זה ודאי קשה וצריך לומר דמכאן ראיה למ"ש המלמ"ל פ"ג מברכות ובמהרמב"ח בתוס' יוה"כ ליומא דף פ' לענין קאפע דאין מברכין כיון ששוהה יותר מכדי אכילת פרס אף דדרך לשתותו בכך והביא ראיה מהך דתינוק דספק אם יינק יותר מכדי אכילת פרס הרי דדרך התינוק בכך ואפ"ה לא חשוב שיעור ע"ש ועיין במגן גבורים סי' כ"ו ולפ"ז הרי נודע דכל שספק אחד יותר מתיר מחבירו הוה ס"ס אף דלא נ"מ לדינא וכמ"ש המהרא"י הובא בש"ך בדיני ס"ס וא"כ גם כאן זה הספק דיותר מכדי אכילת פרס הוא מתיר יותר דאף שדרך שתייתו בכך מ"מ אינו מצטרף ובה"ג לא חשוב ס"ס משם אחד עוד נ"ל דלכך לא חשוב משם אחד דבאמת לפי מה דנסתפק אם יונק ביותר מכדי אכילת פרס ודרך התינוק לשתות כך שוב חצי שיעור מותר דהרי ר"י דאוסר חצי שיעור הוא משום דחזי לאצטרופי והנה הפרמ"ג סי' ס"ב

נסתפק אי הפירוש דחזי לאצטרופי תיכף או בכשיעור אכילת פרס ולפ"ז אם התינוק אין לו כח לשתות בכדי אכילת פרס א"כ תמיד חסר השיעור ולא אסור מן התורה דלא שייך חזי לאצטרופי ואחשבי' לא שייך דמלבד דתינוק לא גרע משוגג דלא אחשביה אף גם דכל שאין לו כח יותר לא שייך אחשביה דבאמת רוצה לשתות יותר רק שאין בו כח וא"כ שוב ע"י הספק השני יצא מכלל איסור תורה ובכה"ג ודאי הוה ס"ס. ובזה מיושב היטב קושית המלמ"ל והמהרמב"ח הנ"ל דאם נימא דתינוק כיון שדרכו לשתות כך שוב מצטרף אף ביותר מכדי שיעור פרס שוב לא יהיה ס"ס כלל והכל שם אחד: מיהו ז"א ואדרבא אם לא יהיה ס"ס ודאי מהראוי לאסור וזה עיקר ראיית המלמ"ל והמהרמב"ח ועכ"פ ס"ס משם אחד לא הוה וז"ב. והנה רש"י כתב אלא אמר רבא וז"ל אלא מקום חלב לא מקום מעיין הוא וצריך הכשר אבל לא ניחא ליה טהור דהא לא אתכשר ומהשתא יכול לתרוצי בשלא לרצון. ונשאלתי בזה דהא רבא מתרץ משום דס"ס הוא וסבר דמעיין הוה. והשבתי בפשיטות דדברי רש"י סובבים על המסקנא דרבא מסיק דלאו מעיין הוא ומה דמטמא לרצון ושלא לרצון היינו בסתמא וא"כ מתרץ כאן דמיירי באומר בפירוש דלא ניחא לי' וז"פ. וראיתי בברכת הזבח שתמה על מ"ש הרמב"ם פ"א ממשכב הלכה ט"ז שחלב האשה אינה מטמא אדם רק כלים מד"ס וכתב הראב"ד שטעה בזה שמטמאין את הגויה ברביעית ע"י שתי' אבל במגע מטמאין אפילו במשהו וכתב הכ"מ דמאחר שיכולין להתפרש דברי הרמב"ם במגע ממילא ל"ק על הרמב"ם ותמה הבה"ז תרי תמיהי דאכתי לא יישב דברי הרמב"ם מהשגה הראשונה דהא מטמא אדם בטומאת גויה וכן הקשה המלמ"ל וגם דאכתי לא תירץ דלכלים וידים לא בעי רביעית כמ"ש הראב"ד ואני אומר דבמחכת"ה הכ"מ כתב שפיר דבאמת מדין טומאת גויה לא מיירי הרמב"ם כאן ובזה בעי רביעית וכבר הזכיר דין זה דבמשקין טמאים שיעורן ברביעית לענין פסול גויה בפ"ח מאה"ט הי"א יעו"ש וכאן מיירי רבינו מטומאת מגע ובאמת מטמא במשהו ולא בעי רביעית וזה אינו מטמא אדם רק כלים מדברי סופרים ודברי הכ"מ נכונים ועיין בתוס' בכריתות דף י"ג ד"ה וחלב וברי"ש במכשירין פ"ו משנה ז' ודו"ק היטב כי זה ברור מאד שהכסף עונה את הכל ועיין בחזון נחום פ"ו ממכשירין משנה וא"ו שהבין בפשיטות כן ולא חלי ולא הרגיש כלל בדברי הבה"ז וקושייתו ודו"ק ועיין ברמב"ם בפירוש המשניות בעדיות פ"א משנה א' ובתוס' יו"ט שם. ודרך אגב ארשום כאן מ"ש ביום ה' ויקרא כ"ח אדר שנת כת"ר להבחור החריף כמ"ר חיים הירש ראזע מברעזאן אשר כתב על דברת המפה"י בב"ק דף ע"ז במ"ש ליישב קושית היע"ד בהא דאמרו אם נגע טמאהו והקשה דהא משכחת באוכל פחות מכביצה וע"ז כתוב במפה"י דאיסורו

חושבו ע"ש וע"ז הקשה דא"כ בפסחים דף פ"ה בשלמא למ"ד בכביצה דאית בה כזית ולית בה כביצה וגם בכריתות כ"א בבצק פחות מכביצה והשלימה לכביצה ולמה לא סגי בכזית דאיסורו חושבו וכן הקשה מתוס' פסחים ל"ג גבי שום ומקפה. אבל מכלם ל"ק דשאני כאן דשם טומאה אחת היא וכל דמחייב משום טומאת הגוף בכזית ממילא מתחייב גם משום טומאת בשר בכזית. ובזה יתיישב גם מה שהקשה דמשכחת לה באוכל בכדי אכילת פרס דלענין טומאה לא מצטרף ולענין אכילה מצטרף ולפמ"ש אתי שפיר דשאני כאן דשם טומאה אחת היא

י ובזה יתיישב מה דקשיא לי דהרי רבנן מקשי מכיון שנגע טמאהו והיינו קודם אכילה הי' טומאת בשר קודם לטומאת הגוף ובכה"ג לא חל טומאת הגוף על טומאת בשר ולפ"ז ניהו דאיסורו חושבו מכל מקום טומאת בשר קודם ועכ"פ ב"א מקרי ושפיר חל וע"כ צ"ל דשם טומאה אחת היא וחל טומאת בשר קודם (וכעין זה כתב הראש יוסף בחולין לענין גה"נ של נבלה או קדשים) ומ"ש מעלתו דריה"ג לשיטתו דאיסור דרבנן מחשיב ליה כאיסור תורה דהרי ס"ל לריה"ג בסוטה מ"ד דחוזר בעבירה דרבנן מעורכי מלחמה ולפ"ז כל שמקבל טומאה מדרבנן עכ"פ שוב בא טומאת בשר ופרכו רבנן רק לשיטת ריה"ג. הנה דבר זה מביא לידי גיחוך דשם שאני כמ"ש המלמ"ל פ"א מנערה הלכה ה' דכל דכתבה התורה סתם גם איסור דרבנן מקרי איסור והביא הך דחוזר מעבירות שבידו ואני כתבתי בגליון שם דהדבר מבואר ביומא דף ע"ד אמר קרא אם לא יגיד אף דמשחק בקוביא אינו רק דרבנן אפ"ה הוה בכלל לא יגיד ועיין שו"ת אא"ז החח"ץ ז"ל סימן ק"נ מ"ש בענין זה ועיין תוס' זבחים דף קי"ג ד"ה חוץ ובצ"ק שם ודוק היטב ובאמת המלמ"ל פ"ז מתרומות האריך אי טומאה מדרבנן מקרי טומאה דאורייתא לענין שיהיה מקרי מחולל ועומד ולדבריו יתיישב קושית היע"ד ושם כיון דכתוב סתם ולא יחללו גם דרבנן מקרי חילול ודוק ונזכרתי שבמלא רועים כתב כדבריך ואני קורא אחריך מלא רועים אבל לא זכר דברי המשנה למלך בזה

יא ודרך אגב אבאר במה דאמרו בשבת ט"ו והאיכא הבוצר לגת שמאי אומר הוכשר והלל אומר לא הוכשר ובדף י"ז אמרו שם אמר הלל לשמאי מפני מה בוצרין בטהרה ואין מוסקין בטהרה א"ל אם תקניטני גוזרני טומאה אף על המסיקה והוא תימה מה לשון אומרת אם תקניטני דממ"נ אם צריך טהרה למה לא גזרו והנראה בזה דהנה אח"כ אמרו מ"ט אר"ז אר"ח גזירה שמא יבצרנו בקופות טמאות הניחא למ"ד כלי טמא חושב משקין שפיר אלא למ"ד אין כלי טמא חושב משקין מאי איכא למימר וכתב רש"י דלא ידע היכא. אמנם התוס' כתבו דהוא בתוספתא פ"ב דמכשירין מ"ד דנחלקו ר"מ ור"י

וכ"כ הר"ש פ"ד ממכשירין מ"ה שם ובאמת צ"ע דבתוס' ובר"ש מבואר יותר דמ"ד כלי טמא חושב משקה היינו ר"מ דבטמאה הכל מודים דהרי זה בכי יותן אבל לר"י דאמר דנחלקו ב"ש וב"ה וב"ה סברי דאף בטמאה אינו בכי יותן והרי כאן באמת נחלקו שמאי והלל וצ"ל דהכונה דצ"ל בכי יותן דהיינו דניחא לי' וכל דלא ניחא לי' לא חיישינן וא"כ כל דלא ניחא ליה ואזיל לאיבוד בודאי אינו טמא ואם כן מ"ט דשמאי. והנה התוס' בד"ה גוזרני כתבו דלכך במסיקה טהור דלא שייך גזירה משום קופות מזופפות משום דמוהל היוצא מהם לא חשיב משקה וכן לא שייך משום נושכות ולפ"ז אם נימא משום קופות טמאות וכמ"ד כלי חושב משקה שפיר מקשה הלל לשמאי מפני מה בוצרין בטהרה ואין מוסקין בטהרה דלר"מ הכל מודים דכלי חושב משקה ואם כן גם במסיקה טמא וע"ז אמר אם תקניטני גוזרני טומאה אף על המסיקה והיינו שאומר הטעם משום כלי חושב משקה ואז גם מסיקה טמא וז"ב ונכון. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שראיתי קושיא בספרי המתחכמים שהקשו על הא דאמרו בפסחים דף ג' חד אמר מפני מה בוצרין בטהרה ואין מוסקין בטהרה וחד אמר ומוסקין בטומאה ואמר הלל מובטחני שמורה הוראה בישראל ופירש הר"ן דשיבח לאותו שאומר ומוסקין בטומאה שזה לשון קצרה וע"ז הקשו דהא הלל בעצמו אמר ואין מוסקין בטהרה והיא קושיא גדולה ולפמ"ש יש ליישב דהנה הלל פריך לפי מה דס"ד דהטעם הוא משום כלים טמאים וכמ"ד כלי חושב משקה ולכך פריך גם במסיקה נמי וכמ"ש והנה הך דכלי חושב משקה פירש"י דאתיא טומאת כלי והמחשבה כאחת דהכשר והטומאה בא כאחת ע"ש ולפ"ז לא שייך לומר ומוסקין בטומאה דהרי המסיקה טרם שבא לכלי לא נטמא רק דע"י הכלי בא המחשבה והכשר כאחת ולא שייך ומוסקין בטומאה ויתכן יותר לומר דאין מוסקין בטהרה דעכ"פ טהור בודאי אינו אבל לפי המסקנא דגזרו משום כלים מזופפות או נושכות דלא שייך זאת במסיקה וא"כ מוסקין בטומאה ושוב יתכן יותר ומוסקין בטומאה דהוא לשון קצרה. והנה בהך דכלי חושב משקה וגוף הגזרה דאמרו מ"ט והיינו דלא ניחא ליה הקשה באבני מלואים ח"ב סי' כ' דהרשב"ם כתב בב"ב דף צ"ז דביין לא בעי ניחותא והוא תימה רבה ולפענ"ד נראה דיש חילוק בין דלא ניחא לי' ובין דלא בעי ניחותא דהנה לא בעי ניחותא היינו בסתם שלא נתכוין בזה י"ל דיין לא בעי מחשבה והחשיבות של יין ושאר משקין לפירוש התוס' ג"כ כן דלא בעי מחשבה וניחותא אבל כאן הוא להיפך שלא ניחא ליה בזה שיוצא לאיבוד בזה אדרבא ביין יותר גרע ממים דיין ודאי לא ניחא ליה שילך לאיבוד ובודאי אינו מכשיר ודוק ובזה יש ליישב מה שאמרו בע"ז פרק שני והדברניות ולשני הפירושים הרי התוס' כתבו דלרשב"ם כל המשקים לבד מים לא בעי ניחותא ולפמ"ש

אתי שפיר. והנה במ"ש המלמ"ל פ"ד מט"א ה"ג דכל דלא נעשה גוף אחד לא מצטרפי לשיטת התוס' ובאמת שכ"כ התוס' אבל לכאורה תמוה מהא דמבואר בעדיות פ"ג מ"ב אוכל פרוד אינו מצטרף דברי ר' דוסא בן הרכינס וחכמים אומרים מצטרף הרי דלחכמים מצטרף וכן הוא בפ"ח דטהרות משנה ח' ר' דוסא אומר אוכל פרוד אינו מצטרף ומשמע דחכמים ס"ל דמצטרף וע"ש בר"ש ורמב"ם ובתוי"ט שנסתפקו אי גרס פרוד בדל"ת או ברי"ש וצ"ע שכלם לא הביאו הך דר' דוסא בעדיות שאזל לשיטתיה ופרוד בדל"ת גרסינן ועכ"פ מבואר דלחכמים טמא ומצטרף. הן אמת דגוף הדבר תמוה דאם נימא דלרבנן מצטרף יקשה מהך דאמרו בפסחים וחגיגה דר"ע העיד על הלבונה וקטרת דהכלי מצרף ויליף מכף אחת ולמה לי קרא הלא לחכמים מצטרף בלא"ה ואפילו לתרומה ולדבר זה העירני הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י ובשלמא לפירוש הראב"ד דקאי ע"י משקה ניחא אבל לפירוש הרמב"ם והרע"ב דאף בלא משקה קשה. ובאמת דברי חכמים בעדיות ציין העין משפט בפ"ד מט"א ולא מצאתי ואדרבא בה"ג שם כתב המלמ"ל דכל שלא נעשה גוף אחד ל"מ להתוס' אף שנוגעים אמנם יגעתי ומצאתי שהרמב"ם מביא משנה זו בפ"ו מט"א הי"ז ושם מבואר דבעינן שיקבצם ויעשם גוש אחד ועיין ראב"ד וכ"מ שם וא"כ לק"מ דדוקא דאם קבצם ונעשו גוש אחד הוא דמצטרף. ובזה אתי שפיר הא דמבואר בפ"ג דטהרות משנה ב' דאם היו פרודין אפילו הן סאה טהורין והרי לחכמים מצטרף. ולפמ"ש שם מירי בלא קבצם לעשות גוש אחד ועיין בפ"ב דטבול יום משנה ה' מעשה קדרה וקטניות בזמן שהם פרודים אינו חיבור והיינו לפי שלא קבצם ועשה אותם גוש אחד כמ"ש בהדיא בפ"ו הנ"ל דבמעשה קדרה וקטניות אינן מצטרפות ובזה יתיישב הרבה דברים ועיין בלב אריה ובחולין דף קי"ח בתוס' ד"ה אין יד מה שהקשה שם ולפמ"ש א"ש הכל ועיין רש"י פסחים ל"ג ע"ב ד"ה קסבר ובטורי אבן בחגיגה דף כ' ודוק היטב בכל מ"ש ובמ"ש נסתר ראית התוס' חדשים בעדיות דוק ותמצא:

סימן ז

א לעלם משכיל כמר אייזיק נ"י.

ב אשר הקשית בהא דאמרו בנדרים דף נ"ח ע"ב ליטרא מעשר טבל שזרעה בקרקע והשביחה והרי היא כעשר ליטרין חייבת במעשר ושביעית ואותה ליטרא מעשר עליה ממקום אחר וע"ז הקשית לשיטת הפוסקים דהיתר נהפך להיות איסור כמ"ש המנחת כהן ודעימי' וא"כ אמאי לא יבטל אותה ליטרא בהתוספת שהשביח ולא יצטרך לעשר עלי' ממקום אחר. ומזה רצית לחדש כיון דגם התוספת הוה דבר שיש לו מתירין אם כן הו"ל כהיתר בהיתר דלא בטל וככל דבר שיש לו מתירין דלא בטל והנה באמת כבר כתב

הרא"ש הטעם דהא דגידולין מעלין את העיקר הוא רק לחומרא ולכך צריך שיעשר על הכל ולפי דבריך יקשה הא דאר"י ליטרא בצלים שתקנה וזרעה מתעשרת לפי כלה ולמה לא אמרינן כיון דהו"ל דבר שיש לו מתירין לא לבטל הליטרא בהתוספת ולא לצטרך לעשר לפי כלה וע"כ צ"ל דלחומרא אמרינן דגידולין מבטלין את העיקר ולא לקולא וכדמסיק התם וה"ה בזה. הן אמת שלכאורה הי' מקום ליישב דשם ר' יוחנן הוא דקאמר לה והרי הרמב"ן במלחמות בפ"ב דפסחים גבי חמץ בזמנו בנותן טעם כתב דר' יוחנן לא ס"ל הך דדבר שיש לו מתירין וא"כ לכך אמר מתעשרת לפי כולה ובזה יש ליישב מה שהקשיתי במ"ש הר"ן בדף נ"ט בד"ה מתיב רמב"ח דהא דלא פריך מברייתא דליטרא מעשר טבל משום דמעשר פשיטא ליה דדבר שיש לו מתירין הוא וע"ז הקשיתי הא אח"כ פריך הש"ס וכל היכא דטרח בטל ברובא והרי ליטרא מעשר טבל דקטרח וקתני ואותה ליטרא מעשר עלי' ממקום אחר לפי חשבון ולדברי הר"ן מה קושיא הא שאני מעשר דהו"ל דבר שיש לו מתירין והיא תימה רבה. ולכאורה רציתי לומר דקושית הש"ס הוא דמשמע להו דלא בטל ברובא מן התורה וכ"כ הרא"ש דפריך מליטרא מעשר טבל דאע"ג דזרעה לא בטלה מדאורייתא אבל מלבד דזה דחוק דמנ"ל להמקשן דמן התורה לא בטל דלמא רק מדרבנן. וכפי הנראה יצא לו להרא"ש מהא דמשני שאני גידולי מעשר דאמר קרא ומשמע לה דמאורייתא היא אבל באמת כבר כתב הר"ן דאינו רק אסמכתא בעלמא ומה גם דהרי יקשה קושית הר"ן דא"כ למה לא פריך לעיל מהברייתא דליטרא מעשר טבל דלא שייך לשנויי דהו"ל דבר שיש לו מתירין דהא מדאורייתא לא בטל ולפמ"ש אתי שפיר דרמב"ח דפריך על ר' ינאי דאמר גבי תרומה דגידולין שרבו על עיקרן דבטל ברובו ולכך לא פריך ממעשר כמ"ש הר"ן דהו"ל דבר שיש לו מתירין ומשמע לי' דבאמת מה"ת בטל רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא וכמ"ש אבל אח"כ דהקושיא קאי לר' יוחנן דליטרא בצלים שתקנה מתעשרת לפי כולה וע"ז קאי ר"ח ואמר מאן צאית לך ולר"י רבך היתר שבהן להיכן הלך וע"ז רצה הש"ס לחלק דדוקא היכא דטרח בטל ברובא וע"ז שפיר מקשה מליטרא מעשר טבל דקטרח ולא שייך לשנויי דהו"ל דבר שיש לו מתירין דאכתי יקשה לר' יוחנן דס"ל דדבר שיש לו מתירין בטל ג"כ ברוב אך בגוף הדבר באמת לא שייך כאן לומר דהיתר נהפך להיות איסור דמלבד דלא קי"ל כן וכמ"ש המלמ"ל פ"ז ממעילה ה"ו ובגליון הרמב"ם כתבתי דהדבר מבואר בש"ס כאן דפריך וכי היתר שבהן להיכן הלך והדבר יפלא דהא הגידולין רבו על העיקר ובטלו אותו ועיין ר"ן שנדחק ולפמ"ש המלמ"ל אתי שפיר דזה בודאי אין סברא דהיתר נהפך להיות איסור ועיין בר"ן שם ע"ב ד"ה ועד כאן שכתב דאיסור דרכו להתבטל ולא היתר ובגליון

הרמב"ם שם הארכתי עוד בזה אף גם דאף לפמ"ש המ"כ דהיתר נהפך להיות איסור אבל פשיטא דלענין שיצטרך לעשר גם על מה שכבר עישר בודאי לא שייך לומר ביטול בזה דמכל מקום כבר נפטר מהחיוב כנלפענ"ד ועיין בנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' נ"ג נ"ד ואכ"מ להאריך.

ג והנה אחר זמן רב שנת תר"ט י"א אדר ביום לשנה יא"צ של דו"ז הרב הגאון הצדיק בעל ים התלמוד למדתי משניות במסכת שביעית פ"ה משנה ג' בלוף שעברה עליו שביעית ופירש הברטנורא דגידולי שביעית ושמינית מעורבין יחד דיעשה חשבון עם העניים והיה קשה לי טובא הא גידולי שמינית רבו על השביעית ולמה לא נתבטלה ברוב והשבתי לי לעצמי דיש לומר דממונא לא בטל אבל עדיין קשה לי דהרי המעיין בביצה דף ל"ח בש"ס ומהרש"א ימצא דממון שאין לו תובעין גם ממונא בטל ואם כן למה לא יתבטל בכאן ברוב דהוה ממון עניים ממון שאין לו תובעין וצ"ע ובבואי הביתה עיינתי בר"ש ומצאתי שבסוף האריכות שהאריך שם ואף דאמרו בסוף הנודר מן הירק גידולי היתר מעלין את האיסור אפקועי ממונא שאני ושמחתי מאד שזכיתי לכוין לדבריו הקדושים דכפי הנראה כוון להך דאמרו בביצה דף ל"ח דממונא לא בטל אבל לפ"ז מה שהקשיתי תמוה מאד הא ממון שאין לו תובעין הוא ושייך ביטול וצע"ג.

ד והנה בשנת תרי"ב ט' אדר הגיעני מכתב מהחריף מוה' יחזקאל פייביש סג"ל לנדא ני' בהלכות ערלה ולפי שנוגע לכאן אמרתי להעתיקה והנה נסתפק במי שהבריך בד בארץ וחישב עליו לסייג ולקורות שפטור מן הערלה ואח"כ הבריך עוד בריכה אחת אצל ראשונה וחישב ע"ז לאכילה והנה יש להסתפק מה דין בריכה זו אי נימא דהוה כמו כל בריכות דבטל אגב בריכה ראשונה או דלמא דשאני שאר בריכות שהבד הראשון נתבטל אגב שזקינה והבריכה השניה נתבטל אצל בריכה ראשונה אבל כאן אי אפשר לומר כן דהרי הבד הראשון היא ילדה וילדה בילדה לא נתבטל כמבואר בסוטה דף מ"ג וא"ל דתתבטל הבריכה השניה אגב הזקינה דזה אינו דהא עיקר הבריכה דמותרת כתב הר"ן בפכ"ה משום דנתבטל וכאן כיון שנתרחקה מהזקינה והיניקה מתמעטת לא נתבטלת לגבי הזקנה ורק הבריכות צריכות לבטל זו את זו והרי ילדה בילדה לא בטל. הנה גוף השאלה אין לה מקום דלמה לא נימא שהבריכה הראשונה דהיינו הבד שנטע לסייג ולקורות בטלה בזקנה והבריכה השניה ממילא נתבטל בהראשונה וכפי הנראה עיקר סמיכתו לפמ"ש התוס' בחולין דף נ"ח דהיכא דכל חד בפ"ע שרי לא שייך זה וזה גורם וכיון דהבריכה לשיטת הר"ן מטעם זוז"ג אתינן עלה ובטל וכאן דהזקנה והילדה הראשונה שנטעה לסייג הוה היתר בהיתר לא שייך ביטול וא"כ ממילא השניה לא

בטילה בראשונה אבל לפענ"ד ליתא להדברים דהא כל הטעם דילדה בילדה לא בטילה היא משום דאי ממליך עלה לאכילה חייבת וא"כ ממ"נ אם נחשוב הילדה הראשונה כמו שהוא עכשיו לסייג ממילא בטלה השניה בראשונה ואם נאמר כיון דבת חיובא היא לכשיחשוב לאכילה שוב מקרי חייבת בערלה וא"כ שוב בטלה הילדה הראשונה בהזקנה וממ"נ בטלה דאם היתר הוא בטלה השני' בראשונה ואם איסור היא שוב בטלה בראשונה וא"ל דניהו דיכולה להיות חייבת לכך לא בטלה הילדה השני' אצל הראשונה אבל מכל מקום כעת עודנה פטורה והו"ל היתר בהיתר דזה אינו דבאמת מלבד דזה אינו ברור דהיתר בהיתר לא בטיל ושיטת האו"ה להיפך דהיתר בהיתר בטל ועיין שו"ת הר"ן ופר"ח סי' תמ"ג אף גם דזה דוקא היתר גמור הוא דלא שייך ביטול אבל כל שיוכל להיות נאסר במחשבה בעלמא אין שם היתר עליו לגמרי ושפיר בטלה השניה בראשונה והראשונה בהזקנה וז"ב. ומה שהקשה על דברת הר"ן פכ"ה שם שכתב דהבריך והרכיב דמטעם זוז"ג אתינן עלה לפירש"י והקשו הקדמונים דהא הבריכה באותו אילן עצמו היא וכתב הר"ן דמ"מ גם מהשרשים הוא חיוב והו"ל זוז"ג וע"ז הקשה דא"כ היאך אמרו בפ"ק דערלה הבריכה שנה אחר שנה מונה משעה שפסקה ולמה ימנה מחדש והא לשיטת הראשונה דמטעם ביטול קאתינן עלה ואם כן למה יצטרך למנות אחר כך עוד שלשה שנים ערלה והא כבר מנה ערלה ועל זה הביא שכבר נשאל כעין זה להרשב"א בתשובה ח"א סימן תשצ"ה ותירוצו לא יתכן לשיטת הר"ן הא הבריכה מחשב לתחלת נטיעה וכיון שכבר מנה שני ערלה למה ימנה שנית. הנה לא ידעתי מהו שח דכל שנפסקה הנטיעה מתחיל נטיעה חדשה וצריך לחזור ולמנות שנית ואף שכבר נתבטל חוזר וניעור ע"י שנפסק מהאב ונטע מחדש וגם יפה כתב הרשב"א דכל שלא מנו שני ערלה צריך למנות שני ערלה כיון שלא נהג איסור בפירות אין להדין שני ערלה ובפרט לפמ"ש דחוזר וניעור והרי איסור שנתבטל ברוב כל שחזר וניעור נאסר שנית מכ"ש בזה דלא הי' רק חד בחד דחוזר וניעור וז"ב ופשוט. ומה שרצה הוא ליישב עפמ"ש הר"ש במשנה ה' פ"ק דערלה גבי ספוק ע"ג ספוק דיש לחוש שמא נשרש קודם בקרקע טרם שנאחז באילן וא"כ כל שנפסק מהאילן חיישינן שמא נשרש בארץ קודם. הנה באמת אנן לא קי"ל כהך ירושלמי ואף להירושלמי הרי אמר שם דר"י ס"ל דמתאחה עד שלא השריש ולדבריו מה נ"מ בין נפסק ללא נפסק דהספק שוה בשניהם וגם לפ"ז יהי' ערלה בח"ל מותר כשנפסק ולא יצטרך למנות מחדש וז"א דאנן קי"ל כהך דינא כמבואר סט"ז בסי' רצ"ד ואף בח"ל הדין כן וגם גוף הדבר לפענ"ד אם מבריך באילן טרם שנשרש בקרקע ורק בהבריכו ע"ג הארץ הוא דיש לחוש שמא נשרש מקודם וז"ב והן נסתר מחמתו כל

מה שחידש עפ"ז וכתב ליישב קושית מהר"ם אלשיך סי' ק"י לענין מבריך ודו"ק. ובגוף הענין דמחלק הש"ס בין אי ממלך על הבת מהדר הוא או לא היה נראה לפענ"ד דהסברא היא דהנה הר"ן כתב דלענין זה וזה גורם הוא משום ביטול והנה כבר נודע מ"ש הכנה"ג ביו"ד סי' ק"ט דאם נתערב איסור בתרי של ספק היתר דלא נתבטל דגם זה אינו היתר ברור ועיין בפרי מגדים שהביאו והארכתי בזה הרבה בתשובה ולפ"ז השתא בביטול חד בתרי אמרינן דכל שהוא ספק היתר ל"ש ביטול מכ"ש בביטול חד בחד דכל שהוא ספק שמא יחזור וימלך ובידו לחזור פשיטא דלא שייך ביטול דהו"ל ספק איסור ובזה נראה לפענ"ד דאף לאחר שיעבור שלש שנים ולא חזר מכל מקום לא שייך ביטול דהא בשעת שנתבטל הי' בספק. מיהו זה אינו דאף שאז לא חל הביטול אבל כעת נתבטל שכבר היתר מבורר וגם בספק היתר אם יתברר אח"כ שהן היתר ממש בודאי יתבטל האיסור בהם וה"ה כאן.

ה והנה הר"ן בפ"ק דר"ה כתב לחלק דמרכיב באילן הנטוע למאכל הוא דשייך ביטול אבל במרכיב באילן הנטוע לסייג דאינו בר ערלה לא שייך ביטול כלל. ובאמת שסברתו מתמיה דא"כ למה לא מחלק הש"ס כן בסוטה שם דפריך מ"ש ילדה בזקנה דבטיל ומ"ש ילדה בילדה ולא משני דילדה בזקנה הי' בת מאכל משא"כ ילדה בילדה הנטוע לסייג ומעלתו הביא שבספר בית אפרים האריך להקשות על הר"ן ואולי מקשה גם קושיא זו לפי שספרו אין אתי וקשה עלי החיפוש אחריו. ולפענ"ד יצא לו להר"ן דק"ל הא דמוקי בסוטה בילדה בילדה וכגון דנטע לסייג ולמה לא אוקמא בילדה בזקנה וכגון שנטע לסייג דהילדה חייבת ובמאירי על סוטה מצאתי כתב שני דיעות אם ילדה בזקנה שנטע לסייג אם חייב הילדה בערלה או לא ולפמ"ש פי' הר"ן דדוקא ילדה בילדה בנטע לסייג דבת מאכל לא הוה הוא דשייך לומר דלא בטל אבל בזקנה בודאי בטל דבשלמא בילדה כל עיקר דלא בטל הוא משום דהראשונה אינה בת מאכל ואינה בת ערלה כלל וכל דאי ממלך בת ערלה היא הלכך לא שייך ביטול דממ"נ לא בטל דאם נחשבה לאינה בת מאכל מחמת שנטעה לסייג לא שייך ביטול דאינו מב"מ עם השניה ואם נימא דמכל מקום ראוי שתהי' בת מינה לכשיחזור שוב לא שייך ביטול אבל ילדה בזקינה שפיר לא שייך ביטול דאינה בת מינה דלא נטעה לשם מאכל וא"ל דבת מינה לכשיחזור דז"א דהא אינה בת מינה דלא שייך לכשימלוך וז"ב בסברת הר"ן ועיין במהרש"א מ"ש כעין זה לענין אילן בירק דלאו בת מינה הוא ע"ש ודוק ובזה ממילא מיושב קושית מעלתו דהקשה מהמשנה דהבריכה שנה אחר שנה מונה משעה שנפסקה דא"כ למה נתבטלה

בשלא נפסקו הבריכות זה אצל זה הא הבריכה הראשונה נתבטלה אצל הזקנה ואינה בת ערלה ולפמ"ש כל דבת מינה היא שנטוע למאכל שפיר בטלה.

ו ומה שהקשה על מ"ש הר"ן בטעם דילדה בילדה בנטעה לסייג דלא בטל דבת ממלך הוא דפירש הר"ן דהוה כמו שחוטה שאינה בטילה בנבלה דאפשר להיות נבלה מותר כמו השחוטה וע"ז הקשה דשם גוף הנבלה תהי' מותרת וכאן מה שגדל בהיתר אף שיחזור להיות לאכילה מה שגדל כבר בהיתר הרי הוא מותר ואף אם יחזור תוך זמן גידול הפרי מ"מ הוה זה וזה גורם היתר ואיסור ומותרת כמו פרה שנתפטמה בכרשיני היתר ואחר כך נתפטמה באיסור דמותרת הנה ל"ד דכאן כל שיהי' אח"כ לאכילה צריך למנות לה שני ערלה ע"י התוספות שנתגדל בערלה ואיך יהיה מותר ובפרט דערלה הו"ל דבר שיש לו מתירין ועיין תוס' ב"ק דף ס"ט ובמ"א סי' ש"כ וז"פ.

ז זו"ז מה שהאריך בדברת בית אפרים והוא כתב עליו להשיג הנה לא אוכל לדון ע"ז שאין לי ספרו לעיין ומה שהאריך על דברת הכ"מ פ"י ממ"א הנה לפי שבנוי על סברת הבית אפרים וגוף הסברא כמו זר נחשב ואף לאחר הביאור שביאר מעלתו רק שלא אוכל לדון שלא בראיה מהספר ע"כ לא אאריך בזה. והנה ראיתי בתוך דברי מעלתו שהביא בשם חכם אחד שרצה לומר דבנ"ד לא שייך לומר דהילדה השניה לא בטלה בראשונה משום דלמא ממלך דאף אם ממלך לא תהיה חייבת דהא נתבטלה בהזקנה והנה לכאורה דבר חכמה אמר אבל אם נימא דהיתר בהיתר לא בטל א"כ עד עכשיו היתה מותרת ולא שייך ביטול ואח"כ כשחזר עליו לא שייך לומר דנתבטלה כעת דהו"ל כתחלת ביאתו לעולם בתערובות דעד שחזר בו היה היתר בהיתר דלא בטל והארכתי בזה בתשובה אחת דלכך היתר בהיתר לא בטל דעד עכשיו היו שניהם מותרים ולכשיעשה איסור הרי הוא בתערובות ולא שייך ביטול אבל לפמ"ש למעלה ממ"נ בטיל דעכ"פ הילדה הראשונה בהזקינה בטיל דהוה ספק איסור שמא ימלך ובודאי בטלה בהזקנה והשתא ודאי איסור מתבטל מכ"ש כשהוא ספק איסור וא"ל דמקרי היתר בהיתר דזה אינו וכמ"ש דאינו היתר ודאי דיוכל להיות שימלך ודוק היטב. גם מ"ש למעלה דחוזר וניעור האיסור והבאתי דברי התוס' בב"ק דף ס"ט. הנה אף כי שם מוזכר דבטל ברוב היינו דוקא שם דמה שגדל בהיתר הוא היתר ממש משא"כ כאן דגם ההיתר הי' בידו למלך וחשוב לאסור בכה"ג כל שחזר ונמלך הוא ודאי איסור למפרע כנלפענ"ד ברור גם גוף דבריו דהילדה השניה אינה בטילה אגב זקנה שרחוקה היניקה ממנה לא מסתבר לפענ"ד דמ"מ הזקינה ששרשה חזקה ותשלח פארותיה למרחוק גדול כחה יותר מהילדה השניה ותוכל להשפיע מיניקתה אף על הילדה השניה ודוק. ודרך אגב ארשום מה שהראה לי

הרב מוה' אברהם קאמפף נ' דברי הר"ן בנדרים דף נ"ז במשנה ד"ה קונם במ"ש דל"ד לנודר מן התאנים דמותר בחילופיהן ובגידוליהן וע"ז הקשה דלמה יהי' מותר בגידולים כיון דהוא אסר עצמו בתאנים ואם כן כל תאנים שבעולם אסורין עליו ואף מה שיגדלו אח"כ. והשבתיו דמיירי באומר תאנים של אותה השנה וכעין מה דאמרו פירות שנה עלי ולכך גידולין מה שיגדלו אח"כ שפיר מותרין וז"פ:

סימן ח

א בענין מה שחידש הב"ח בחו"מ סי' צ"ו דאם אין ללוה לשלם להב"ח אם אחד מהסחורות שלקח בהקפה בעין או מה דאתי מחמתו אין לאחרים חלק בהם והצ"ץ סי' קי"ז חולק עליו שאין זה מן הדין רק מכח התקנה ע"ש באורך שדחה ראייתו מעיסקא והנה הב"ש סי' צ' ס"ק ל"ח מביא דברי הב"ח לענין זה דכל דאתי מחמתי' הוה כמו שהוא בעיניה אבל לגוף דברי הב"ח לא מביא ראיה והצ"ץ סי' קי"ז והט"ז בסי' צ"ו חולקין עליו ודחו ראיותיו ע"ש. ולכאורה רציתי להביא ראיה לדברי הב"ח מהא דאמרו בב"ב דף צ"ב אי דלית לית לאשתלומי מיניה לעכב לתורא בזוזי דאמרי אינשי ממרא רשוותך פארי אפרע ל"צ דאית ליה זוזי ופירש רשב"ם בשם ר"ח דהגירסא היא דאית לי' הני זוזי דמי השור ודחה הרשב"ם דמה נ"מ בין הני זוזי לזוזי אחרינא ע"ש ובתוס' שם ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דהוה מקח טעות א"כ פשיטא דאף דהוה ב"ח מכל מקום אותן הזוזים שהם מדמי שור הם של הלוקח ואף אם נימא דיכול לסלקו בסובין ה"מ היכא דליתנהו להני זוזי אבל אי איתא הני זוזי פשיטא דא"י לסלקו ומזה ראיה למ"ש הב"ח הן אמת דגוף דברי הב"ח צריכין ביאור דלכאורה סברתו דהוה כמקח טעות דאומדנא היא דאדעתא דהכי לא היה מוכר או מלוה לו וכ"כ הנוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' ל' בכוונתו ועיין בית מאיר באהע"ז שם שהאריך בזה ולפ"ז יקשה דבדבר דתלוי בדעת שניהם לא שייך אומדנא וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ז ואם כן ניהו דדעת המוכר הי' שאם יתגלה בהתי' יהי' מקח טעות אבל הלוקח לא הי' דעתו כן וצריך לומר דדעת הלוקח לא חשיב דעת כלל דהוא מה אכפת ליה אם זה יקח סחורה שלו בחזרה והא באמת שלו הוא וכעין מה דכתבו התוס' דלא אכפת לי' לבעל מה שיהי' אחרי מותו ע"ש. ובזה יש ליישב קושית הקצה"ח סי' ק"ד שהקשה לשיטת הב"ח מהא דקי"ל דבע"ח גובה חצי השבח ופירש הנימוק"י הטעם דהו"ל לוה ולוה וקנה דקי"ל דיחלוקו והטעם דכיון שכתב לו אנא איקום ואשפי אינון עמליהון ושבחיהון הו"ל כאלו הלוקח מכר להמוכר השדה וחזר המוכר ומכרו ללוקח ע"ש וא"כ לפ"ז הא עכ"פ השבח הוא בעין והו"ל סחורה של לוקח בעין ואם כן מה בכך דמכרו להמוכר מכל מקום הסחורה היא בעין והלוקח קודם

ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא דאמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא מכר לו והו"ל מקח טעות וכבר כתבתי דלא שייך כאן דתלוי בדעת שניהם דמה אכפת לי' לזה אם זה יקח או זה יקח ולפ"ז כאן שבאמת לא לקחו המוכר מהלוקח רק דאמרי' כיון שכתב ליה ללוקח אנא איקום ואשפי הו"ל כאילו קנה אז השבח וא"כ כיון שיש דעת אחרת לא שייך לומר דהוא לא מכרו אדעתא דהכי הא כל דתלוי בדעת שניהם לא שייך לומר אדעתא דהכי לא קני וכמ"ש ודוק עוד יש לומר בכוונת הב"ח דכיון דמצד הדין אף ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אם כן כיון דאנן אמרינן דהאומדנא הוא דלא מכר לו באופן הלז והוה מקח טעות אף שיש ספק מכל מקום לאחר שיגבה יהי' בדין שלו וא"כ פשיטא שיש לומר האומדנא כל שאחר שיגבה א"צ להאומדנא וכה"ג כתב הר"ן בכתובות פרק הכותב בהא דהאי מאן דאית עליה כתובה וב"ח ולית ליה אלא ארעא חדא דלב"ח יהבינן משום נעילת דלת והקשה הר"ן היאך גזלינן להאשה כיון דמצד הדין יחלוקו וכתב כיון דאם יגבה יהי' מה שגבה גבה א"כ אף שלא גבה עדיין כל דיש טעם משום נעילת דלת מקדמינן לב"ח דלאחר שיזכה בדין מה שגבה גבה ע"ש וה"ה כאן כל דיש אומדנא אף דאינו אומדנא ברורה מכל מקום כיון דלאחר שיגבה יהי' בדין שלו מקדמינן לי' וז"ב. ולפ"ז מיושב קושית הב"ח דלענין השבח דהרי הרר"י הקשה דאמאי גובה הב"ח חצי השבח והא הלוקח הוא תופס וכל הקודם לגבות זכה וכתב הש"ך סי' ק"ד סקי"ד דבקרקע לא מהני תפיסה שלא בב"ד וכיון דלא שם לי' השבח לא מהני ע"ש ולפ"ז כיון דאף לאחר שיגבה לא יהי' מועיל שוב לא שייך לומר דמשום אומדנא הלז יוציא ממון וז"ב מאד ודוק. ובגוף קושית הקצה"ח הנ"ל משבח נראה לפענ"ד דאין התחלה לקושיא דע"כ לא כתב הב"ח רק במי שנתן לו סחורה וכדומה דאז כל מה דאתי מחמתי' הרי הוא שלו ומוקדם הוא לכל בע"ח אבל כאן באמת גוף השדה הוא משועבד לב"ח ובשבח דממילא כלו של הבע"ח דיכול לומר ארעאי אשבח רק משום דמחמת הוצאה דהו"ל כאילו ירד שלא ברשות או דעכ"פ נתן לו דמי הקרקע אבל לא שייך לומר דהלוקח יקח דבר שהוא שלו דזה אינו דהא באמת משועבד לב"ח ובאמת נראה דלכך יחלוקו דהא הוא כאילו היו שותפין בהקרקע הלז זה נתן מעות וזה נתן מעות וא"כ לשניהם משועבד השבח.

ב וזה נראה לי הענין דאמרינן דהו"ל כלוה ולוה וקנה דיחלוקו והיינו דשניהם נתנו מעות להלוה וזה יש לו שעבוד וזה יש לו קנין הגוף א"כ הוה שניהם שעבודן שוה. ובזה ניחא מה שתמה הש"ך דלמ"ש דהו"ל כאלו קנה המוכר השבח וחזר ומכרו דבמה קנאו ועיין סי' קט"ו ולפמ"ש אתי שפיר דהו"ל כלוה ולוה ואח"כ קנה דאף שהוא לא קנה מכל מקום

שדהו קנה השבח וז"ב וא"כ עכ"פ לא שייך לומר דיקח סחורתו דהא אדרבא הלוקח נכנס בשעבודו וז"ב ועיין רשב"ם דף קנ"ז דביאר בהדיא דלשניהם נשתעבד זה בשביל הלואתו וזה בשביל כסף מקנתו ע"ש וא"כ ניהו דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה מכל מקום לא יוכל לומר שזה סחורתי דהא נכנע לשעבודו של חבירו והשבח נצמח מהשדה והרי השדה הי' משועבד להב"ח וז"ב מאד. וראיתי בקצה"ח סי' קט"ו ס"ק א' שכתב דלא שייך בדאקני דמשעבד דקל לפירות כיון דאין לו קנין כלום רק שעבוד ובע"ח מכאן ולהבא הוא גובה לא שייך שיקנה הדקל לפירותי' וגם גוף הדקל אינו קונה רק שעבוד יש לו עליו ע"ש ולפ"ז שוב הי' מקום לומר דיהיה של הלוקח לבדו ובאמת הוא אזיל לשיטתו בכל הסימן דמה שגובה המלוה השבח הוא רק מטעם נעילת דלת דאל"כ במה יקנה דמעולם לא קנה הלוה השבח ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דמדינא גבי דהא הלוה משתעבד לשניהם דהא הו"ל כלוה ולוה. ובגוף הענין דיהיה שבח מקרי דקל לפירותיו לפענ"ד כיון שהשבח אינו בא מגוף השדה רק ע"י עבודת הלוקח ל"ש דקל לפירותי' דבעינן שיבא מצד הדקל בעצמו ועיין קצה"ח סי' ר"ט ס"ק י"ד שהביא שם הרבה קדמונים דכל שאין השבח בא מגוף השדה לא שייך דקל לפירותיו וה"ה בזה. ובזה נראה לפענ"ד דבהשביחה מאליה אף אם נימא דאקני לא משתעבד מכל מקום כל שהיה משעבד לו השדה לפירותי' הי' קונה מצד דקל לפירותיו. והנה לפענ"ד היה נראה דאף אם נימא דהשבח שהשביח הלוקח הוא קודם כמ"ש הב"ח מכל מקום בשבחא דממילא והוא לא עשה כלום פשיטא דאין לו ללוקח דין קדימה דהא אין זה סחורתו דהא השדה עשתה מאיליה והשדה משועבדת לב"ח וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב עוד קושית הקצה"ח דבאמת גם בשבח ע"י הוצאה עכ"פ כשהוציא הוצאות לא ההוצאות בלבד עשו השבח רק השדה גופא וכיון שהשדה משועבד לב"ח א"כ הו"ל כשותפין בשבח הבע"ח והלוקח דשדהו ומעותיו והוצאותיו ועבודתו של הלוקח עשו השבח ולכך יחלוקו וז"ב: ובזה נראה לפענ"ד להצדיק דברי הב"ח בסי' קט"ו שכתב ליישב דברי הה"מ דמיירי שלא כתב לא לב"ח ולא להלוקח דאקני ותמה הש"ך שם ס"ק י"א דא"כ היאך יגבה השבח מהלוקח דהא הוא קנהו במעותיו והשבח של הלוקח ולפמ"ש יש לומר כיון דעכ"פ השדה של הבע"ח א"כ שפיר קתני יחלוקו דהא הו"ל זה וזה גורם שדהו של הבע"ח והוצאותיו וטרחותיו. אמנם לכאורה דברי הב"ח תמוהין דא"כ מה פריך הש"ס דאקני הוא אמאי ב"ח גובה שבחא והא אדרבא הברייתא מיירי כשלא כתב לשניהם דאקני ולכך יחלוקו והנראה בזה דבאמת להס"ד שם דקתני דבע"ח גובה כל השבח דאחר כך

מסיק הש"ס דמאי שבח חצי השבח וא"כ אם דאקני לא משתעבד בודאי קשה דלמה יגבה כל השבח הא הו"ל דאקני ובאקני לא משתעבד כלל.

ג ובאמת לפי מה דמסיק חצי השבח שוב יוכל להיות דמיירי בלא דאקני ובזה יש ליישב במה שהקשו דלמה לא מוקי בשבחא דאתא ממילא דגובה הבע"ח כל השבח ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דמיירי בלא כתב דאקני ניהו דהשבח הוא ממילא מ"מ למה יגבה כלו הא לא נשתעבד כלל להבע"ח ואף דיכול לומר ארעאי אשבח מ"מ כל שלא כתב לו דאקני פשיטא דלא גבי דמ"מ הלוקח קני ונתן מעותיו וז"ב. ובזה מיושב ג"כ מה דהקשה אותי החריף מוה' מרדכי מיזיש ני' דלפמ"ש הש"ך ס"ק י"ב דהשבח אינו גובה בעד שבחו רק בעד קרנו א"כ מה מקשה חצי שבח מבע"ל והוא תימה רבה ובתשובה הכינותי בזה תשובה מיוחדת והארכתי בזה ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא היכא דכתב לו דאקני אבל כל דלא כתב דאקני פשיטא דאף אם נימא גובה חצי שבח אבל מ"מ חצי שבח מבע"ל דהחציו השני הוא של הלוקח ודוק כי קצרתי והדברים נכונים. ויש ליישב בזה גם הקושיא השניה ששאל אותי החריף הנ"ל מהא דכתב הש"ך בחו"מ סי' קי"ב בלוה ולוה וקנה דיחלוקו דגם לראשון ניחא ליה שהרי קנה במעות של השני וע"ז הקשה דמה יענה להא דיחלוקו בשבח דשם לא שייך זאת. ולפמ"ש א"ש דאם לא כתב לו דאקני רק דלוקח השבח בסבת שדהו המשועבד לו וכיון שזה נתן כספו פשיטא דניחא ליה שיחלוקו דאל"כ היה מכסיף ארעא ודוק ועיין בר"ן פרק נערה שנתפתתה גבי האשה שמכרה בנ"מ דהבעל מוציא מיד הלקוחות שכתב הרי"ף שם דאי אתנייהו להני זוזי בעינא ואין לפני הב"ח והצ"ץ כעת אולי הביאו בעצמם ראיה זו ודוק ועין ר"פ אעפ"י לענין מטלטלין ואיתנייהו בעיניהו ואמרו שם דאף מטלטלי דאתי מחמת הראשונים הוו כמאן דאיתנייהו בעינייהו ע"ש ודוק. והנה לכאורה רציתי לומר דשיטת הב"ח הוא דהנה מבואר בחו"מ סי' ק"א דאף דבע"ח אם אין לו כסף יכול ליתן לו מטלטלין וגם מקרקע מ"מ במכר לו סחורה צריך ליתן לו מעות דוקא דאנן סהדי דזה לא מכר לו מטלטלין אם לא יתן לו מעות דוקא ע"ש ולפ"ז ה"ה לענין בע"ח דאם זה מכר לו סחורה א"כ לא מכר לו רק ע"מ שיתן לו מעות ואם לא יתן לו מעות אין המכירה מכורה ולכך כל שברח יוכל הלה להוציא סחורתו מתחת ידו. ובזה נראה לפענ"ד דלזה כוונו בירושלמי פ"ב דמ"ק הלכה ג' פרגמטיא נגבית מנכסי יתומים קטנים ופירש בק"ע דהיינו שמכר סחורה ועדיין הסחורה בעין גובין אותו מנכסי יתומים קטנים ולפע"ד הוא הטעם כיון שמכר לו סחורה והיא בעין א"כ כל שלא נתן לו הדמים המכירה בטלה דבשלמא בשאר מכירות או הלוואות דניתנה להוצאה ויכול הלה לסלקו בכל מה שירצה א"כ זה גובה

חובו אבל החפץ הוא של בעלים אבל בסחורה דאנן סהדי שלא מכר לו רק אם יתן לו כסף וכל שלא נתן לו מעות אין מכירתו מכירה וז"ש דדמי לפקדון דנגבה מיתומים ול"ד להלואה דהלואה להוצאה ניתנה ולכאורה לא נודע מה הבדל יש ביניהם הא גם כאן כל שמכרה לו הא נתן לו להוצאה ולפמ"ש יש לומר דכאן כל שלא נתן לו כסף בעדו לא ניתן לו להוצאה משא"כ התם הרי הלוהו ולהוצאה ניתנה וזה יש לו חוב בידו. והנה מ"ש שם בירושלמי לכן צריכה כשיש לו עדים לפענ"ד ט"ס וצ"ל להיפך דצריכה כשאין לו עדים אבל כשיש עדים לא צריכה דהו"ל כפקדון דאל"כ הרי זה כהס"ד וגם כשיש לו עדים בודאי הוה כפקדון ועיין קרבן עדה שכתב ע"פ גרסא שלפנינו ולא הבינותי כל דברי הירושלמי לפי דבריו ועיין בש"ך סי' ק"ו שם ולפע"ד פרגמטיא שאני דדמי לפקדון ודוק היטב.

ד והנה בשנת תרי"ב בערב חג השבועות נשאלתי מק' בוטשאטש מהחריף מוה' זאב וואלף פאהרליץ ני' במה שאירע שם ראובן רצה לקנות תבואה לשלחה בעגלותיו אל עיר אחת ידועה למכרה שם ובאין לכסף מוצא וגם המוכר לא רצה להקיף לו התבואה הפציר מאד בשמעון בכה ויתחנן מאשר היה לו לשלם אז סכום כזה הדר בעיר שנשתלח שם להמוכר שיהיה ערב קבלן עבורו לשלם להמוכר מחיר התבואה והתבואה ההיא תהי' משועבדת וממושכנת לו נגד מעותיו לשלם מדמי פדיונה את המגיע לו ממנו לסוחרים אשר בעיר שהתבואה שם מובלת להמכר בלא גרעון ושום שינוי בעולם והנה לרוב ההפצר אך לזאת נאות לו שמעון אם יסע לוי או אחר הנאמן בעיניו עם העגלות לשמור את התבואה לבל יתפסו אותה הבע"ח של ראובן בדרך מאשר לא נעלם ממנו רוע מעמדו של ראובן ולא שם רק בתבואה מבטחו להפרע מעותיו מינה ובה והנה לוי תפס התבואה להשתלם ממנה מהחוב שמגיע לו מראובן וע"ז האריך מעלתו לברר הדין אם תפיסתו תפיסה והנה בראשית ההשקפה עלתה בלבי שלכאורה זהו דינו של הב"ח הנ"ל שאם הסחורה שלו שלקח בהקפה הוא בעין וכל מה דאתי מחמתה אין לשאר ב"ח חלק בהן ע"ש וה"ה כאן. אמנם באמת מלבד דדברי הב"ח יחידאי הן ומצאתי בגט פשוט סי' כ"ב ס"ק ח' שכתב דיש לערער על ראיותיו דשאני עסקא שאם מת לא נעשו מטלטלין אצל בניו אבל בעלמא לוקח שלקח מקח בהקפה כיון שמשך המקח נעשה שלו וע"ש שהראה הרבה מקומות שבעלי תשובה עומדים ומפלפלים ומבואר שלא כדברי הב"ח וכן נראה מהש"ך חו"מ סי' ל"ט ס"ק מ"ט במה שהביא משו"ת מבי"ט ח"א סי' ר' וסי' רי"ג במה שנחלקו במי שמכר צמר לחבירו ע"ש ותמצא שכל הגדולים והמבי"ט והש"ך לא ס"ל כהב"ח שאל"כ אין מקום למחלוקתם ע"ש והעירני לזה חכם אחד ומצאתי כעת

בבית מאיר הנ"ל סי' צ' ס"ק ל"ח אף גם דאף להב"ח יפה כתב הגאון בעל הנוב"י סי' ל' הנ"ל דבערב לא שייך זאת ומטעם שהב"ח מטעם אומדנא אתי עלה וכאן לא שייך אומדנא ומעלתו כתב דמהראיות שהביא הב"ח לדינו ימצא המעיין דלא עמד טעמו בו דא"כ מה ראיה מביא הב"ח מהטור סי' ר"פ בשם הרמ"ה ומהרי"ף פרק אעפ"י כי שם לא שייך האומדנא ותמהני עליו דבאמת הטעם של הב"ח הוא כמ"ש הנוב"י וכ"כ בבית מאיר הנ"ל וטעם זקנים שדבריהם דברי טעם וראית הב"ח הוא לא על גוף הדין רק ע"ז דכל מה דאתי מחמתיה הוה כמו אותו דבר עצמו וע"ז הביא מעסקא ומהטור סי' ר"ץ בשם הרמ"ה דוק ותמצא ועיין בשו"ת צ"ץ שם. ומ"ש מעלתו דגוף הטעם אינו דהרי התוס' כתבו בכתובות מ"ז דכל הקונה מקח ונטרפה אח"כ לא יוכל לומר אדעתא דהכי לא קניתי כיון דתלוי בדעת שניהם וה"ה בכאן כבר הרגשתי בזה וכמ"ש למעלה דדעת הלוקח לא שייך בזה דמה אכפת לו אם יבאו בע"ח ויקחו כל אשר לו מה אכפת לו אם זה המוכר יבא ויקח את שלו בחזרה ומה נ"מ לו אם בע"ח יחלקו ביניהם או שזה יטול כל אשר מכר בחזרה וכעין מ"ש התוס' דאחר מותו לא אכפת ליה אם תצא בלא חליצה ויבום וה"ה בזה אבל מ"ש מעלתו שהטעם של הב"ח הוא דמדמה לי' לעסקא ממש דאסור לשנות הדבר ודינו כעסקא דגם החצי מלוה לא נעשה מטלטלי אצל בניו. במח"כ זה אי אפשר לאמרו ושאני עסקא דע"מ כן נתן לו העסקא שאסור לשנותה משא"כ שאר בע"ח דמיד שמשך המקח המעות להוצאה ניתנה וזכו כל הבע"ח וכמ"ש הגט פשוט בהדיא ודחו לראית הב"ח מטעם זה ע"ש ותמצא בהדיא כדברי. ומ"ש מעלתו דאף לדברי הנוב"י הנ"ל כאן הדין עם שמעון דשאני התם שאין המוכר לפנינו ע"כ יוכל לדחות הערב אבל כאן גם המוכר גופא טוען כן א"כ אף דלא ישמע להערב ישמע להמוכר ואף דהמוכר עצמו ג"כ א"י לדון עמו כיון שיש להמוכר ע"ק מ"מ כיון דנעשה ע"ק הו"ל כאילו שמעון לקח התבואה מהמוכר ונתנה מידו ליד ראובן כמשפט ע"ק כמ"ש רש"י והובא בחו"מ סי' קכ"ט בסמ"ע ס"ק ל"ח וא"כ שייך גם לגבי שמעון דהוה מקח טעות דאילו ידע שלוי יתפסו לא הי' קונה אותו במח"כ מה יושיענו זאת דניהו דנעשה ע"ק היינו לגבי המוכר והו"ל כאלו לקחה שמעון מיד המוכר הראשון ומה לנו בזה אם זה טעה סוף סוף הוא נעשה ערב אבל נתנה לראובן זה ועכ"פ היה באחריותו עד שיובילהו להמוכר ולא הי' שמעון רוצה שהוא ישלחה לשם על אחריותו עד שיובל להמוכר ודמי הפדיון ינתן להסוחר אבל הריווח יהיה של ראובן ואם כן מיד שזכה בה ראובן נעשו כל הבע"ח שווים בזה. ומ"ש טעם אחד דבנ"ד עדיף טפי מדינו של הב"ח שהרי לא לוה לו לראובן כלום המעות להוציאו לעצמו רק ע"מ שישלם דמי הפדיון להסוחר ואינו ראוי להשתמש

בהמעות כלל ואם כן עדיף הוא מעיסקא דהעיסקא עד שיגיע הזמן שהעסק נשלם רשות לו להוציאם בשאר דברים ובלבד שתשאר הקרן קיים משא"כ כאן. הנה אמת נכון הדבר אבל מ"מ לא דמי לעיסקא דכאן עכ"פ התבואה בעצמה הי' ברשות ראובן ואם הי' קרה נזק ואונס עד שתבא להמכר היה על אחריות ראובן שאל"כ מה לו לראובן באמצע והי' ברשות שמעון מתחלתו ועד סופו ולמה לו לראובן הטורח וע"כ שראובן באמת קבל האחריות עד שתמכר וגם הריווח יהי' שלו ויתן לו איזה ריווח שליש או רביע וכדומה וא"כ תיכף זכה בו ראובן וכמ"ש ודוק.

ה ומ"ש בראשית דבריו דאף שאין דין קדימה במטלטלין כמבואר בסי' קי"ג וסי' קי"ז סעיף ד' וסי' ק"ד מ"מ כל הטעם הוא משום דלא סמכה דעתו של המלוה מפני שהלוה יכול להבריחם כמ"ש הסמ"ע ר"ס קי"ג וכאן אנן סהדי דשמעון כל עיקר סמיכתו הי' על התבואה והוה כאפותיקי מפורש וברשות שמעון קאי והביא הך דסי' קכ"ט בע"ק ואף דמשכון גופא אין בע"ח קונה משכון אבל מקום משועבד הוא לו ואין לאחר כח להבריח שעבודו. הנה זה מילי דכדי דעיקר הטעם דאין דין קדימה במטלטלין דהסמיכה על המטלטלין אינה סמיכה ברורה כיון דיכול המלוה להבריחם א"כ אף דבאמת זה סמך בכל כחו ע"ז מכל מקום אינו מועיל סמיכתו דסמיכת שוא הוא וכמו שהי' כאן דסמך שלא יוביל התבואה ולוי תפסה בחובו וע"כ אינו מועיל ומה בכך שנעשה ע"ק לגבי מוכר ראשון מכל מקום כל שהלוה לראובן שיהי' באחריותו עד שתמכר הרי היא שלו וברשותו ותיכף משמשך על העגלות הרי הם שלו וכל הבע"ח שווים בזה כנלפענ"ד ברור בזה שמצד הדין יכול לתפוס. אמנם מצד התקנה שנעשה בבורח וכמ"ש הצ"ץ שם אפשר שהדין עם שמעון ואיני יודע טיב התקנה גם בעוה"ר אין לנו כח לדון בתקנה שבטלו דיני ישראל מכ"ש תקנותיהם ורק על הדין אנו סומכין והדין עם לוי ועיין ש"ך סי' צ"ט ס"ק ו' שגם בעיסקא עצמו כתב שרק החצי שלו ולא כלו ע"ש וכבר תמה בזה הבית מאיר שם דעיסקא הדבר מפורש דכלו של המלוה אף החלק הלוה ע"ש ועכ"פ נ"ד לא דמי לעיסקא וכמ"ש ודוק ועוד דבזמן הזה סמכינן על מטלטלין דהוה כגמלא דערביא וע"כ משום שאין הסמיכה גמורה וד' יודע כי אמרתי כן בראשית ההשקפה ואח"כ מצאתי כן מבואר בש"ך שם סימן קי"ג ס"ק א' וגם הסמ"ע מסיק שם דעיקר הטעם משום דלית ליה קלא וא"כ אינו ענין לדבריו ולפמ"ש הג"פ דכל שהלוקח מכרה או נתנה לאחר אף הב"ח מודה אם כן כאן דראובן ושמעון מסרוה ליד לוי פשיטא דלוי מצי לזכות בה. שוב הגיעני שו"ת צ"ץ סי' קי"ז וראיתי שכתב לחלוק על הב"ח דשאני עיסקא דלהכי קרי לי' עיסקא משא"כ בשאר הלואה והוא הדבר אשר דברתי למעלה

ועיין ט"ז חו"מ סי' צ"ו שהשיג ג"כ על הב"ח ועיין ספר מסגרת השלחן סימן צ"ט ובסי' קל"ב שהביא דברי הב"ח ע"ש:

סימן ט

א לחכם אחד.

ב מ"ש להקשות בהא דבעי בנדרים דף ס"ט יש שאלה בהיקם וע"ז הקשה דתפשוט להו מהא דאמרו בדף ס"ז כגון דהפר אחד מהם וקיים אחד מהם וחזר המקיים ונשאל על הקמתו ע"ש בר"ן דמבואר דיש שאלה בהקם. לפענ"ד יש לחלק דשם כבר איקלש הנדר שהפר אחד מהן ואם כן כל דשאל זה על הקמתו שוב יכול לשאול דכבר הפר אחר אבל כל שלא נקלש הנדר אפשר דל"מ שאלה. ומה שהקשה בהא דאמרו בדף ע"ד אלא ר"א אי יש זיקה אין ברירה והא בביצה דף ל"ד גבי עומד אדם על המוקצה מבואר דר"א ס"ל יש ברירה ל"ק דשם בדרבנן אמרינן יש ברירה משא"כ בנדר דאורייתא ועיין גיטין דף כ"ה ובביצה ל"ח דר"א מחלק בין דאורייתא לדרבנן ודוק:

סימן י

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת בהא דפריך הש"ס בנדרים דף י"ד ע"ב והא משתעבד לה מדאורייתא דכתיב שארה וכו' לא יגרע וע"ז הקשית כיון דלעיל שם מוקי רבינא בבל יחל מדרבנן ומשום דברים המותרין ואחרים נהגו בהן איסור וא"כ כיון דמדרבנן הוא הרי חל אף דמשועבד לה כדאמרו בנדרים דף פ"א ע"ב דר"ג ס"ל יפר אף בלא אציע מטתך מה דמשעבדא לי' מדרבנן ע"ש דאמרו כן בהדיא. הנה יפה הקשית. והנראה בזה עפ"י מה דהקשה הר"ן בדף י"ד שם בהא דמוקי הש"ס באומר הנאת תשמישך עלי וע"ז הקשה כיון דהוה דבר שאין בו ממש ואינו חל רק מדרבנן היאך אתי דרבנן ומבטל למצוה דאורייתא עונה ופו"ר וכתב כיון דעכ"פ מדרבנן חל הנדר שוב יש כח ביד חז"ל לבטל מצוה דאורייתא בשב וא"ת ע"ש ולפ"ז זה דוקא באם החסרון הוא בגוף הנדר שאינו רק מדרבנן אבל אם נימא דמשעבדא ליה ואין כח בנדר לחול ולהפקיע השעבוד מה מועיל דהנדר חל מדרבנן הא כל דמשועבד לא יכלו חז"ל להאלים כח הנדר לבטל מצות עונה ופו"ר ולא שייך תירוץ הר"ן ושפיר פריך הש"ס משא"כ בדף פ"א דשם לא הוה מצוה רק שמשעבדא לי' בסתם ושפיר חל מדרבנן עכ"פ משא"כ לבטל המצוה אין כח ביד חז"ל כקושית הר"ן ודוק היטב ועיין בתוס' ישנים ד"ה רבינא שכתבו דגם רבינא מודה דבקונם שאני משמשך הוה מן התורה ודבריהם צריכין עיון ודוק היטב כי קצרתי ועיין שער המלך פ"א מהלכות שופר מה שכתב בענין הלז ואין הזמן מסכים לעיין בזה

ג והנה בשנת תרי"ג כ' אדר שני מצאתי דבר נפלא בספרי פ' ראה ובילקוט שם בהא דאמרו שם לגר אשר בשעריך תתננה ומביא פלוגתת ר"מ ור"י דר"י אמר דברים ככתבן אח"כ אמר שם דברים המותרין ואחרים נהגו בהם איסור אי אתה רשאי לנהוג היתר בפניהם כי עם קדוש אתה לד' אלקיך קדש את עצמך ובראשית ההשקפה תמהתי דמה ענינו לדברים ככתבם וע"כ דזה ענין בפ"ע ומקרא דכי עם קדוש אתה לד' אלהיך יליף דדברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור אי אתה רשאי לנהוג היתר בפניהם דהיינו שהוא עם קדוש אינם רשאים לנהוג היתר בפניהם במה שהעכו"ם נהגו בהם איסור והיינו קדש את עצמך במותר לך ואחרים היינו עכו"ם ולא מצאתי מי שיאיר עיני בזה ומצאתי בז"ר בזה בילקוט שם שכתב בזה"ל דברי' המותרים דילפינן מעם קדוש פסחים ודבריו קצרים וסתומים ולא מצאתי בפסחים שום רמז לזה ובפסחים דף נ"א אמרו דדברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור דאי אתה רשאי להתירן בפניהם ולא יליף משום קרא ובנדרים דף ט"ו כאן יליף מלא יחל ובדף פ"א למדו מקרא זה דלא יחל אבל הוסיף כדי לבטלן ובמגילה דף ה' אמרו סתם וגם יש שינוי בלשון דבכל המקומות בש"ס מוזכר אי אתה רשאי להתירן ובספרי ובילקוט הגירסא אי אתה רשאי לנהוג היתר ועכ"פ נראה מזה דהטעם הוא דישראל עם קדוש צריכין לנהוג עצמם בקדושה יתירה ואף בדבר המותר כל שאחרים חושבין אותו לאיסור הוא מחויב לקדש עצמו במותר לו ועיין בתוס' ובר"ן פרק מקום שנהגו בדיני המנהגות ותמצא דבכה"ג דנהגו משום טעות הת"ח בפ"ע מותר לנהוג היתר וכלם לא הזכירו הך דספרי והפר"ח בסי' תצ"ח האריך בדיני המנהגות ולא הביא זאת ויש להאריך בזה ולא נפניתי כעת. שוב האיר ד' את עיני וראיתי ברש"י בחומש פ' ראה שם שהביא הך דספרי בפסוק כי עם קדוש אתה לד' אלהיך וז"ל קדש עצמך במותר לך דברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור אל תתירם בפניהם וכתב המזרחי דעם קדוש לד' אלהיך לא שייך רק בדבר שהוא יפוי ונוי לבד כמ"ש גבי לא תתגודדו שתהיו נאים לפי שעם קדוש אתה אבל כאן שהם דברים הכרחיים לנפש לא שייך כי עם קדוש אתה דמשמע שהוא משום תוספת קדושה לכך פרשו חז"ל שזה טעם שגם בדברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור אל תתירם בפניהם לרב קדושתך אף כי בדברים האסורים והנה אמת נכון כי מ"ש המזרחי מה שהי' קשה להספרי הוא דקדוק נחמד אבל לא ידעתי מה שייטי' להכא ומה ענינו לגבי נבילה. ולפענ"ד הי' נראה בפשט הכתוב במ"ש כאן כי עם קדוש אתה לד' אלהיך שהיא נתינת טעם למ"ש כאן לגר אשר בשעריך תתננה והיינו גר שקיבל עליו שלא לעבוד ע"ז ואוכל נבילות ולזה נתן הכתוב טעם אף שזה קיבל עליו שלא לעבוד ע"ז והרי הכופר בע"ז כמודה בכל התורה אפ"ה

התרתי לו נבילה וכל השרצים הטמאים האמורים למעלה משום שמה שאסרתי לך אלו הטמאים והנבילות הוא לפי שעם קדוש אתה לד' אלהיך וכמו שאמרו חז"ל בב"מ דף ס"א דלכך כתיב בשרצים אני ד' המעלה אתכם שאלמלא העליתי את ישראל מארץ מצרים אלא בשביל זה שאינם מטמאים בשרצים די הרי שזה נתן לישראל דוקא ולכך מותר לגר והיינו משום שנבילות ושרצים טמאים מולידים גסות וטמטום בנפש וזה לא שייך רק בישראל שלזכות מעלתם ותכונתם השריש להם דקות הנפש ולא יוכלו לסבול עובי בשר השרצים והנבילות ולכך נאסר להם וכבר אמרו במדרש משל נאה ע"ז ע"ש במדרש שמיני אבל אין ענינו להספרי ועיין ברמב"ם בספר המצות שורש רביעי ברמב"ן ובמגלת אסתר ולפמ"ש אתי שפיר מ"ש ואנשי קדש תהיון לי ובשר בשדה טריפה לא תאכלו שזה נ"ט שלכך לא תאכלו בשר טריפה לפי שאנשי קדש תהיון לי והיינו שאתם מוכנים להיות עם קדוש לד' וכמ"ש ועכ"פ אינו ענין להספרי שרש לענין קדש עצמך במותר לך ודברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור ועיין רמב"ן על התורה שפירש כי עם קדוש אתה לד' אלהיך דבוק עם לא תבשל גדי בחלב אמו והוא תימה דא"כ מה יענה למ"ש שם ואנשי קדש תהיון לי ובשר בשדה טריפה לא תאכלו ועיין רש"י שם וברמב"ן ואבן עזרא שם מבואר דהטריפה אינו מאכל קדוש ואינו ראוי לעם קדוש ועכ"פ יש יסוד גדול להך דברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור ממקרא כי עם קדוש אתה לד' אלהיך ודוק ולולא דמסתפינא הייתי אומר דמה שדרשו בספרי מעם קדוש קדש עצמך במותר לך דברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור הוא כך דהנה בחולין דף ל"ז פלפלו בש"ס מ"ה וכן נלמד דמסוכנת שרי ובמסקנא מסיק מקרא וגם מה דאמר יחזקאל ונבילה וטריפה לא אכלתי מנעורי שלא בא בפי בשר כוס כוס וע"כ דלכ"ע שרי דאל"כ מה רבותא דיחזקאל ולפ"ז כאן דכתיב ולא תאכלו כל נבלה מרבינן דאף בשר כוס כוס שהוא בכלל נבילה מחויב לקדש עצמו שזה מותר רק שאחרים נוהגין בו איסור כמו שהתפאר יחזקאל וזה אמרם קדש עצמך במותר לך ודוק. ובזה ניחא דלא דריש בש"ס דילן מקרא זה דדוקא בנבלה למדו ממקרא הלז אבל לענין שאר דברים ממקרא דלא יחל כדאמרו בנדרים דף פ"א והנה שם אמרו דדברים המותרים ואחרים נהגו בהן איסור אי אתה רשאי להתיר בפניהם כדי לבטלן הנה הנך תיבות כדי לבטלן אין להם ביאור ולפענ"ד נראה דהנה פירשתי מה דאמרו חז"ל דמנהג של ישראל תורה ולפעמים מצינו דהמנהג כנגד הדין וחמור מהדין ואמרתי בזה עפמ"ש העקידה בשער סדום דהחטא היותר חמור אם יודע שהוא חטא רק שהוא עושה לתאוות נפשו אינו כ"כ הירוס ופרצה ממה שיעשה חטא היותר קל אבל יחשוב שהותר הדבר שכן ראוי לעשות שע"ז לא ישוב

מהחטא לעולם ע"ש ולפ"ז לכך מנהג חמור שדין ממש אף שיעבור עליו אבל הדין דין אמת אבל מנהג אין לו בעצמו שום ענין רק מפני שכן נהגו וכל שיתבטל המנהג שוב לא יהיה לו שום קיום והבן בדברים. ולפ"ז זה שאמרו דברים המותרים ואחרים נוהגין בהם איסור הנה מצד הדין הדבר מותר רק שאחרים נהגו בו איסור ואם תתירו לפניהם שוב ישוב שלא יהיה מנהג ויתבטל וז"ש אל תתירם כדי לבטלן שנאמר לא יחל דברו והיינו שישבת ויחלל כל הענין שאין לו קיום בעצמותו ודו"ק היטב כי נכון הוא ועיין חידושי פ"י בפסחים דף נ"א ד"ה אי אתה ע"ש שהאריך דליכא איסור רק משום דהוה כמו נדר ושייך בל יחל ולא הזכיר על דל שפתיו דברי הספרי והילקוט ורש"י בחומש הנ"ל.

ד והנה בשנת תרט"ז עש"ק בהר כ"ו למב"י הקשה המופלג מוה' איצק היילפרין מקאזליב על דברת המהרש"א בר"פ המדיר בתוס' ד"ה המדיר בהא שהקשה המהרש"א דהא י"ל דתשמיש דאורייתא וע"ז אמר דבאמת קונמות מפקיע מידי שעבוד רק דאלמוה רבנן לשיעבוד א"כ שוב גם תשמיש אינו רק דרבנן ולכאורה יפה טען אבל לפמ"ש המלמ"ל פי"ב מאישות הכ"ג דנדר אינו חל על תשמיש דתשמיש אינו דבר שיש בו ממש ונדרים אינם חלים אלא מדרבנן ושוב לא יכול למעקר שעבודא דאורייתא יעו"ש וא"כ שוב הוה תשמיש דאורייתא ולא מצי עקר לה בנדר דרבנן ודוק היטב. ודרך אגב ארשום מה דאיבעיא לן בנדרים דף פ"ב אי מפר לשאינו מתענה ג"כ או לא וכתב רש"י שם דאף שנדר מקצתו הותר כולו היינו בהתרת חכם אבל בעל לא והיינו מטעם דמיגז גייז וע"ז שאל אותי חתן הרב המנוח מוהר"א אבד"ק ראהטין ביום ד' תצא תרכ"ו דהרי בנזיר דף כ"א מסיק הש"ס דמעקר קא עקר ולכך אינה מביאה עולת העוף אבל אם מיגז גייז מביאה נמי עולת העוף וכ"כ המלמ"ל פ"ט מנזירות הי"א וא"כ מה מקשה הש"ס בנדרים דף פ"א שם מהברייתא הלז ומה קושיא שם הברייתא אתיא כמ"ד מעקר קעקר והוא בודאי ס"ל דמותר אף לשאינו מתענה מכח נדר שהותר מקצתו אבל אם נימא דמיגז גייז אינו מיפר לשאינו מתענה. והשבתי דלפמ"ש בשיטה מקובצת נזיר מצי לפרש המסקנא גם למ"ד מיגז גייז ורק משום דכתיב והזיר והביא וכמ"ש בספרי יד שאול סי' רכ"ט ס"ק ה' אבל המלמ"ל שפיר כתב דבאמת התוס' נזיר לא ס"ל כן ובגוף קושית רש"י דנימא נדר שהותר מקצתו כ"כ בספרי שם ליישב ועיין מלמ"ל פי"ג מנדרים הלכה י"ד ע"ש ועיין בחבורי סי' רל"ד סקי"ח:

סימן יא

א בענין כל הפטור מן הדבר ועושהו נקרא הדיוט.

ב הנה הבאר שבע כתב דצריך להתיישב בדבר דמצינו כמה חומרות שמחמירין על עצמינו ולא אמרינן דנקרא הדיוט ועיין במ"א סי' ל"ב ס"ק ח' ולפענ"ד נראה דבאמת כל דעושה מצד החומרא אינו הדיוט ומה שאמר וכל הפטור מן הסוכה ואינו יוצא נקרא הדיוט משום דבאמת מצד מצות סוכה אינו חייב לאכול רק בלילה הראשונה דיליף ג"ש מחג המצות ולא מבעיא לדעת הפוסקים דאינו מחויב לאכול פת כלל ביו"ט ואף לדעת הפוסקים המחייבים עכ"פ מצד מצות סוכה אינו מחויב ע"כ כאן דרשות הוא לכך כל שירדו גשמים מה"ת פטור ממילא אם רוצה לחייב עצמו נקרא הדיוט כיון דרשות הוא שלא לאכול ולא לברך וז"ב לפענ"ד. ובזה אני אומר טעם הפוסקי' המחמירים בלילה הראשונה דצריך לאכול כזית בסוכה בלילה הראשונה אף אם ירדו גשמים ולכאורה צריך ביאור אמאי לא מקרי פטור מן הדבר ועושהו ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבלילה הראשונה חייב לאכול בסוכה וא"כ עושה משום חומרא של המצוה שוב לא נקרא פטור מן הדבר ועושהו ובזה י"ל דגם בלילה השניה יתחייב לאכול בסוכה אם ירדו גשמים ואף דאנן בקיאי בקביעא דירחא ומהאי טעמא מיקל בפסקי מהרי"א כמבואר בסי' תרל"ד משום דכיון דעיקר החיוב בלילה הראשונה מצד מצות יו"ט וכל שהוא עושהו מצד מצות יו"ט אין חילוק בין לילה ראשונה לשניה וכעין זה כתב התה"ד הובא במ"א סי' תצ"ד ס"ק ד'. ובזה מיושב קושית המהרש"א בסוכה דף כ"ז בהא דפרש"י דחזר בו ר"א היינו דס"ל שאם רצה להתענות יתענה רק דבליל יו"ט הראשון אם לא אכל ע"ש דישלים ביו"ט האחרון והדבר תמוה דאכתי אמאי אינו עובר בב"ת ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא לפי הס"ד דחייב לאכול בסוכה י"ד סעודות א"כ עיקר החיוב בא בשביל הסוכה דבשביל יו"ט אין החיוב ותדע שכן דהרי לר"א ס"ל דביו"ט כולו לד' ויושב ושונה ואיך קאמר הכא דחייב בי"ד סעודות וכמדומה שכן הוא בשאגת ארי' וע"כ דהחיוב הוא משום מצות סוכה משום דתשבו כעין תדורו וכיון שכן שפיר מקשה איך ישלים בליל יו"ט האחרון הא עיקר משום ב"ת אבל לפי מאי דמסיק דחזר בו ר"א וס"ל דאינו מחויב לאכול ורק בליל יו"ט הראשון משום דיליף מחג המצות וכיון ששם אינו רק בשביל מצות החג ורק דבחג אסור לאכול בלי סוכה ואם לא אכל צריך להשלים א"כ תו לא שייך בל תוסיף כיון שאינו רק משלים אכילת החג וכמדומה שלזה נתכוין המהרש"ל ונתיישב קושית המהרש"א ודוק. ובדרך הפלפול יש לומר דלפי מה דמסיק הש"ס דמשלים היינו במיני תרגומא והר"י פירש מיני תרגומא הוא פירות א"כ כיון דפירי לא בעי סוכה ורק בשביל יו"ט הוא קביעות ועיין מ"א סימן קס"ח ס"ק י"ג דפת הבא בכסנין בפורים כיון דקובעין עליו הוה כקביעות ועיין במ"א שם דיו"ט הוי קביעות ולפ"ז ה"ה הכא אף דפירי לא

בעי סוכה כיון דהוא משלימו בשביל סעודת יו"ט הוי קביעות ולפ"ז מיושב קושית המהרש"א דלענין בל תוסיף אינו עובר כיון דבאמת פירי לא בעי סוכה ממילא לכך אינו עובר בב"ת ודוק איברא דביומא דף ע"ט להיפך דייק הש"ס דאי ס"ד פירי בעי סוכה ליתני פירות ולדידי' אדרבא פירי בעי סוכה לא מצי למתני פירי משום דעבר בב"ת אבל באמת הרי ס"ל שם דאם השלים י"ד סעודות שחייב אדם לאכול בסוכה וזה לפי הס"ד שלא חזר בו ר"א וא"כ ע"כ בעי סוכה ושפיר פריך הש"ס ליתני פירי אבל לבתר דפריך כאן דעבר בב"ת ומשום דחזר בו ר"א א"כ תו ל"ק מהתם ליתני פירי משום דאדרבא כיון דפירי בעי סוכה תו לא מצי למתני פירי משום דעובר בב"ת ודוק. ובזה מדוקדק מה דלא פרש"י בסוכה כמו ביומא ובזה מיושב קושית התוס' ד"ה מיני תרגימא ודוק כי קצרתי. עכ"פ הדין שכתבתי הוא נכון דלא נקרא הדיוט רק בשאר הימים שאינו מחויב לאכול ובזה מדוקדק לשון ששנו חכמים במשנה משל למה הדבר דומה לעבד שבא למזוג כוס לרבו ושפך לו קיתון על פניו והיינו דהוא בא למזוג לו כוס מעצמו ורבו לא צוה לו לכך אמר לו אי אפשי בשימושך ודוק. והנה בחידושי אמרתי בישוב קושית המהרש"א דהנה בהא דאמר כדירה מה דירה אי בעי אכיל ואי בעי לא אכיל אף סוכה אי בעי אכיל אי בעי לא אכיל והקשו בתוס' ברכות דף מ"ט דהא ביו"ט חייב לאכול פת וכתבו דמשום סוכה לא מחייב וע"ז הקשו דאכתי מה נ"מ בין אם החיוב משום סוכה או משום יו"ט וע"ז הקשה אותי עלם משכיל מפה לבוב דלפי מ"ש המלמ"ל פ"ד מיסוה"ת להסתפק אם יוצא במ"ע לאכול שלא כדרך אכילה א"כ שפיר נ"מ דמשום יו"ט סגי אם אכיל שלא כדרך אכילה וסוכה לא חייב דלא אכיל כדרך אכילה שיהיה חייב בסוכה והשבתי דזה ליתא דע"כ לא נסתפק המלמ"ל רק דמ"מ אכילה בעי אבל כאן דאתה פוטרו מסוכה וע"כ דאין זה אכילה ואיך אפשר דיוצא ידי מצוה כל דלא חשוב אכילה לסוכה ורק להיפך כל דאתה מחשבו אכילה צריך סוכה וכעין דאמרו מיגו דהוה דופן לענין שבת הוה דופן לסוכה ומכ"ש בזה. ומעתה מיושב קושית המ"א דשפיר יש לומר דמשלים הסעודה דליל יו"ט הראשון ואוכלו שלא כדרך אכילה ובאמת אוכל בסוכה ואינו עובר בבל תוסיף דבאמת כל שאכל שלא כדרך אכילה אינו חייב בסוכה וא"ל דאם לא חשיב אכילה לענין סוכה גם לענין אכילת יו"ט לא מחשב אכילה ז"א דכאן ביו"ט האחרון דבאמת אסור לישב בסוכה אם כן אדרבה דמחשב אכילה אף שלא כדרך אכילה אסור לישב בסוכה וא"כ שפיר יכול לישב בסוכה ובאמת אמרינן דלענין סוכה לא מחשב אכילה ואינו עובר בב"ת דלא שייך דמיגו דחשוב דופן דעכ"פ לעבור על בל תוסף פשיטא כל דעושה מעשה שאינו אוכל כדרך אכילה בודאי אינו עובר בבל תוסיף וגם כשלא

יאכל בסוכה גם כן עכ"פ המצוה מקיים של אכילה וא"כ ממילא יכול לישב בסוכה ולא יעבור על בל תוסיף ולענין אכילת יו"ט מחשב אכילה ודוק היטב.

ג והנה ראיתי בספר מעשה רב שנדפס ע"ש הגאון החסיד מוהראו"ו זצ"ל שהיה אומר דמה דאמרו גבי מצה דלילה הראשונה חובה מכאן ואילך רשות היינו דלא הוה רשות ממש רק דכלפי לילה הראשונה דהוא חובה ממש נקרא מצוה רשות כדאמרו בחולין דף ק"ו כעין זה אבל אה"נ דאיכא מצוה גם בשאר הימים כן ראיתי בהעברה בעלמא ולפענ"ד אי אפשר לומר כן שהרי כאן אמרו רבנן כדירה מה דירה אי בעי אכיל אי בעי לא אכיל אף סוכה נמי וא"כ הוה רשות גמור דדירה ודאי דהוה רשות ממש והרי התוס' הקשו דמצד יו"ט צריך לאכול פת וע"כ דאין בו משום מצוה דאל"כ אין מקום לקושיית התוס' וע"ז אמרו א"ה אפילו לילה הראשונה נמי ומשני דמקיש ט"ו ט"ו לחג המצות מה להלן לילה הראשונה חובה מכאן ואילך רשות אף כאן נמי לילה הראשונה חובה מכאן ואילך רשות ואם כן מבואר דבחג המצות הוא גם כן רשות ממש ועיין בירושלמי שם הובא בתוס' ד"ה תשבו דרוצה להשוותו ממש למצה ומשמע דבמצה הוא רשות ממש ודוק היטב. ואף דמבואר באחרונים שגם בסוכה מצוה לקיים י"ד סעודות היינו לקיים דברי ר"א דאמר שחייב בי"ד סעודות אבל לרבנן ודאי אינו רק רשות ממש ועיין בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' רפ"ז ובמהרי"ל ומ"א סי' תרל"ט בסופו ע"ש ודו"ק. והנה בגוף הדבר דהפטור מהדבר ועושהו נקרא הדיוט מצאתי בריטב"א בקידושין דף ל"א דבר נפלא בזה על הא דאמר ר"ח גדול המצוה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה דהטעם הוא לפי שאין חפץ הקב"ה בהמצות אלא לזכותינו וא"כ מי שמצווה ועושה גדול יותר ממי שאינו מצווה דקיים גזירת המלך אבל מי שאינו מצווה לא קיים גזירת המלך ומכל מקום ראוי לקבל שכר לפי שבטוב לבבו הכניס עצמו לעשות מצות הש"י ולכך שכר המצווה ועושה גדול יותר ממי שאינו מצווה ומכל מקום מי שאינו מצווה לוקח שכר ג"כ שהכניס עצמו בטוב לבבו לקיים מצות המלך ולפ"ז זהו בדבר שצוה הקב"ה לאחרים שיעשו שעכ"פ חפץ השי"ת שאחרים יעשו זאת אבל העושה מצות מה שלא צוה הקב"ה זו היא שאמרו כל שאינו מצווה בדבר ועושהו נקרא הדיוט עכ"ד הקדושים ודפח"ח ממקום קדוש יהלך. ובזה נראה לפענ"ד טעם הגון דבל תוסיף ובל תגרע לפי שאחר שאין חפץ לש"י במצות רק לזכותינו א"כ כל שאנו עושים ככל משפט המצווה ועושה זה אנו מקיימים מצות המלך אבל מה שמוסיפים או מגרעים זה אנו עושים ובגוף המצוה אין חפץ להש"י אחרי שאין רצון הש"י לשום אדם שיעשה כן ולהש"י ודאי אין חפץ א"כ לא קיים גזירת המלך ולכך בכופל המצוה פעמים רבות ל"ש בל תוסיף אחרי שהיה

הקב"ה רוצה שהמצוה יעשה רק שכבר קיימו אבל לא שייך כ"כ בל תוסיף. וזה לפענ"ד מה דחידש הרמב"ם בהלכות ממרים דאם אומר שעושה לסייג לא שהוא דין תורה לא שייך בל תוסיף והיינו שכל שהוא עושה לסייג והיינו שמרוב חביבתו להמצוה עושה סייגים כדי שיקיים המצוה א"כ הוה כאינו מצווה ועושה שעכ"פ הכניס עצמו בטוב לבבו לקיים מצות הבורא וכ"ש כאן שעושה סייגים לעצמו כדי שיקיים מצות הבורא וזה נכון. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הרמב"ם דנכרי המקיים המצות אם עושה כן מפני שיקול הדעת ואינו עושה בשביל שצוה הבורא לעשות כן בתורתו אינו מחסידי האוה"ע והיינו שאחרי שאין חפץ לד' במצוה רק מה שמקיים גזירת המלך א"כ אם הוה מקיים מפני צווי הבורא הרי הוה כאינו מצווה ועושה אחרי שהכניס בטוב לבבו לקיים מצות הבורא אבל אם עושה כן מפני שיקול הדעת א"כ אינו מקיים גזירת המלך ומה חפץ לשי"ת בקיום המצוה ואינו ראוי להקרא חסידי אוה"ע ואדרבא נראה כמכוין לעשות חפץ השי"ת בזה וזה חסרון בחק גדולת הבורא שמה בצע לו במצות ודוק היטב כי הוא ענין נכבד. ומן האמור סתירה גלוי למה שהאריך בספר עבודת הקדש למהר"ם גבאי ז"ל להשיג על הרמב"ם ודעתו דכל המצות הן צרכי גבוה ע"ש שזה כמעט כולל כל הספר והרי הריטב"א בשם רבותיו וכמדומה שהוא מהרמב"ן אבי המקובלים שאין חפץ להשי"ת בשום מצוה ואינם רק לזכות אותנו ע"ש וכן מורה פשטת כל הפסוקים ובחנם שפך סוללה על דברי הרמב"ם ע"ש ודו"ק

ד והנה בישוב קושית המהרש"ל והמהרש"א הנ"ל במה דחזר בו ר"א שהקשו דמכל מקום היאך מקיים ההשלמה בליל אחרון הא בעי סוכה ועבר על בל תוסיף לפענ"ד נראה כעת דבר חדש דהנה התוס' בברכות דף מ"ט בהא דאמרו והא שבת ויו"ט דלא סגי דלא אכיל הקשו הא בסוכה אמרו דאי בעי אכיל ואי בעי לא אכיל וכתבו דאינו חייב בשביל סוכה רק בשביל יו"ט וע"ז הקשו דמה נ"מ בין אם חייב מחמת סוכה או מחמת יו"ט ודבריהם תמוהים דהא נ"מ טובא דמחמת יו"ט סגי בכזית או כביצה ואילו מחמת סוכה צריך יותר מכביצה וכבר נתקשה בזה בשעה"מ הלכות סוכה ולולב והאריך בזה וגם אני כתבתי בזה. וכעת נראה דבר חדש דהנה לפענ"ד היה נראה דאף דקיי"ל דאוכלין אכילת ארעי חוץ לסוכה היינו דאם אינו רוצה ללכת לסוכה ואוכל חוץ לסוכה אמרינן דאינו מחוייב לאכול בסוכה אבל אם כבר ישב בסוכה ואכל דבר שחייב לאכול בסוכה שוב אינו רשאי להניח הסוכה ולאכול חוץ לסוכה אף שיעור אכילת עראי וטעם הדבר נראה לפענ"ד כיון דכבר נקבע עליו חיוב הסוכה נתחייב אף על שיעור עראי וכעין זה אמרו בב"מ דף נ"ו דאין ב"ד נזקקין על פחות משו"פ אבל אם הי' בתחלתו

פרוטה כיון שכבר נזקקו לפרוטה נתחייבו אף בפחות משו"פ וה"ה כאן כל שכבר יושב בסוכה וקבע סעודתו שוב אף עראי נעשה קבע וכמו כן אם נקבע למעשר גם ארעי אין אוכלין וה"ה בזה כנלפענ"ד דבר חדש. ומעתה נראה לפענ"ד דבר נכון דהנה בטעם דפשיטא ליה לש"ס דלא סגי בשבת ויו"ט בלי פת היה נראה לפענ"ד דהרי קיי"ל אין קידוש אלא במקום סעודה וא"כ בעי קביעות סעודה ומה מאד שמחתי שמצאתי הדבר מפורש בתדר"י בברכות פרק שלשה שאכלו שכתבו דסעודה שלישית של שבת סגי בפירי ודוקא סעודת ערב ובוקר של שבת בעי פת משום דאין קידוש אלא במקום סעודה משא"כ סעודה שלישית דלא בעי קידוש סגי בפירי ע"ש הנה מבואר דהטעם דבעי פת הוא בשביל הקידוש דטעון סעודה ועיין מ"א סי' קפ"ח ס"ק ט' ולפ"ז כיון דבשבת ויו"ט צריך לקדש על רביעית ובעי בודאי סוכה כמבואר סי' תרל"ט במ"א ס"ק ה' דכל שקבע ליין צריך סוכה ומכ"ש ביין קידוש דודאי מקרי קביעות וכיון שכן שוב כל שחייב לאכול פת משום דאין קידוש אלא במקום סעודה ממילא אסור לאכול בלי סוכה דהא כבר נקבע לסוכה ובלא"ה בפשיטות אתי שפיר טפי דאי אפשר לאכול בלי סוכה דא"כ לא יצא ידי קידוש במקום סעודה כל שאינו במקום אחד ואף דמבואר בסי' רע"ג ס"א דמבית לסוכה חשוב מפנה לפנה עיין מג"א שם דאם מחיצות הבית מפסיקות הו"ל כמבית לחדר וא"כ שוב בעי סוכה ושפיר הקשו דמה נ"מ סוף סוף הא בעי לאכול משום יו"ט וממילא נתחייב בסוכה וכמ"ש ודו"ק. עוד היה נראה לי דבר חדש דהנה באמת קיי"ל דהאוכל ושותה אין מצטרפין לענין איסור יוה"כ וכן לענין ברכה אחרונה והנה רש"י בחולין דף ק"כ לענין ציר שע"ג הירק כתב דאף דמשקה הוא ואין מצטרף עם אכילה ה"מ אכל ושתה דקים להו לרבנן דלא מייתבא דעתי' בהכי אבל ציר שע"ג הירק קים להו לרבנן דמייתבא דעתי' ע"ש ובמג"א סי' ר"י ס"ק א' הביאו ולפ"ז גם אנן נימא כיון דשתה יין קידוש ברביעית ואכל פת דאין קידוש רק במקום סעודה בזה ודאי מצטרף לסוכה דאף דאכל ושתה אינו מייתבא דעתי' כאן ע"כ מייתבא דעתי' שהרי כל עיקר דתקנו קידוש במקום סעודה הוא בשביל דכתיב וקראת לשבת עונג וכמ"ש רשב"ם פרק ערבי פסחים דף ק"א ולפ"ז ע"כ בעי סוכה דמצטרף שהרי מייתבא דעתי' דמקיים בזה וקראת לשבת עונג וא"כ שוב שפיר הקשו דהא נתחייב מחמת יו"ט והיינו כמ"ש וע"ז תירצו דמיירו בירדו גשמים וא"כ הקדוש לא צריך שיהיה בסוכה לולא דבעי לאכול בסוכה בשביל לילה ראשונה אבל בשאר הימים אי בעי אכיל ואי בעי לא אכיל וגם אסור לאכול בירדו גשמים. ובזה מיושב היטב קושית המהרש"ל והמהרש"א דבשלמא אם הי' מצריך ר"א לאכול י"ד סעודות וא"כ הוה סעודות כדרך שאדם אוכל ותשבו כעין תדורו א"כ

עכ"פ הוה יותר מכביצה ושפיר קשה איך ישלים בלי סוכה וכשישב בסוכה יהיה עובר על בל תוסיף אבל בלילה הראשונה דבאמת יצא בכזית רק מה דבעי בסוכה הוא משום דהקידוש מצטרף שתיה לאכילה וא"כ שפיר בליל יו"ט אחרון יהיה בלי סוכה ושפיר יוצא דלא בעי סוכה כלל ודו"ק היטב

ה ובזה מיושב מה דהקשה הא"ר דאם נימא דבשבת ויו"ט חייב אף בכזית בסוכה משום דשבת ויו"ט קובע מה פריך הש"ס מעשה לסתור דלמא מעשה דר"ג בשבת ויו"ט הי' ע"ש והנה הקשה לשיטת רבינו אביגדור דשבת ויו"ט קובע אמנם גם לטעם שכתבתי משום דקידוש במקום סעודה בעי ג"כ קשה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שם הובא לו לאכול ואמר העלום לסוכה עכ"פ לא היה בסוכה וע"כ דלא הוה קידוש במקום סעודה דאל"כ לא היה יוצא בזה. עוד נראה לי בישוב קושית השעה"מ דהנה כל הטעם דאוכלין אכילת עראי חוץ לסוכה הוא משום שכן אדם עושה שאוכל אכילת עראי חוץ לביתו. וביאור הדבר נראה לפענ"ד דהרי עיקר החיוב הוא תשבו כעין תדורו וכמ"ש מה דירה אי בעי אכיל וכו' וא"כ גם לענין אכילת עראי שאינו בביתו גם בסוכה פטור דהוה כעין תדורו ודוקא אכילת קבע אוכל בביתו ולפ"ז נראה לי ברור דביו"ט ושבת דעכ"פ כזית פת מחויב לאכול בביתו שצריך לקדש בביתו ולאכול ובודאי אף אם מקדש במק"א צריך שיקדש בביתו דוקראת לשבת עונג בודאי מחויב לאכול בביתו ועכ"פ דרך בני אדם בודאי לקדש ולאכול בביתו א"כ שוב מה בכך דנקרא עראי הא מכל מקום תשבו כעין תדורו בעינן וא"כ כל שהוא אוכל בביתו מצד חיוב שמחת שבת ויו"ט שפיר קובע גם לסוכה ובזה יש ליישב קושית הא"ר דלוקי מעשה דר"ג וריב"ז בשבת ויו"ט ולפמ"ש אתי שפיר דוקא כזית אחד הוא דחייב בביתו משום שמחת שבת ויו"ט אבל שם דנזכר שהביאו לו לטעום התבשיל וכן שתי כותבות וא"כ קידוש בודאי כבר קידש עם הסעודה ושוב אינו קובע דבאמת הוא אכילת עראי ואטו יש קצבה כמה יאכל ויוצא ידי סעודה בכזית אחד ושפיר מקשה מעשה לסתור ובזה יש לי ליישב קו' המהרש"ל והמהרש"א דלהס"ד דלא חזר בו ר"א והחיוב לר"א לאכול בסוכה י"ד סעודות ודרשינן תשבו כעין תדורו אחת ביום ואחת בלילה וא"כ שפיר צריך סוכה אבל לאחר שחזר בו ר"א וס"ל דתשבו כעין תדורו דרבנן וא"כ שפיר יכול לאכול רק כזית ושפיר משלים וא"ל דבעי סוכה דזה אינו דבאמת אכילת עראי הוא רק דעל כזית ראשון שצריך לאכול בשביל יו"ט ושבת בביתו גם עראי חייב בסוכה אבל כאן שכבר אכל ושתה מחמת סעודת יו"ט אחרון אם כן מה שמשלים בשביל לילה ראשונה שפיר מקרי עראי ופטור מסוכה ודוק. והנה בהא דאמרו בסוכה דף כ"ו מעשה והביאו לו לריב"ז תבשיל לטעום ולר"ג שני כותבות

ודלי של מים ואמרו העלום לסוכה ומעשה והביאו לו לר' צדוק אוכל פחות מכביצה נטלו במפה וכרכו ואכלו חוץ לסוכה וכתב הר"ן דקי"ל דאם ת"ח רוצה להחמיר על עצמו רשאי ואם אינו רוצה להחמיר על עצמו גם כן רשאי ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה באמת יש להחמיר בסוכה אף באכילת עראי כמו טעימת תבשיל וכותבות דהן פירי ובפרט ר"ג דסבירא ליה דמברך בהמ"ז על שבעה מינים וראוי להחמיר גזירה שמא יאכל קבע אך זהו אם אין לו היכר אבל ר' צדוק דנטל במפה ולא הצריך נט"י א"כ זה גופא ההיכר דאם הי' כביצה כבר היה צריך ליטול ידיו ובנט"י לא שייך להחמיר דכל שא"צ נטילה הרי זה מגסי הרוח וכמו הנוטל ידיו לפירות ואם כן שפיר הי' אוכל חוץ לסוכה דלא שייך להחמיר אטו קבע דאם יהיה כביצה שוב היה צריך נטילה וז"ב ודוק. איברא בהא דפריך הא כביצה בעי סוכה לימא תיהוי תיובתא דר"י ומשני דכביצה בעי נטילה וברכה ומאי קושיא דלמא כביצה ג"כ לא בעי סוכה ורק כיון דכביצה בעי נטילה שוב שייך להחמיר עראי אטו קבע. אך באמת נראה דזה תירוצו של הש"ס דהא כביצה בעי נטילה ושוב שייך להחמיר דיהיה בעי סוכה ודוק. איברא דביומא דף ע"ט משמע דפירי לא בעי סוכה אף בקביעות כדמסיק שם אכלנום כאכילת ארעי חוץ לסוכה ואם כן יקשה על רבן גמליאל דהחמיר משום דגוזר עראי אטו קבע הא בפירות ליכא קבע ובאמת שהרא"ש ביאר בהדיא דפירי לא בעי קביעות כלל והמג"א סי' תרל"ט ס"ק ו' הקשה עליו אבל עכ"פ אי אפשר לפרש כמ"ש. אך באמת ע"כ לא אמרינן דפירי לא בעי קביעות רק לדידן דפירי לא חשיבי כלל ואף ז' המינין אבל לר"ג דס"ל בברכות דף ל"ז דז' המינין מברך ג' ברכות ומזמנים עליהם וע"ש בתוס' וא"כ שוב בקביעות ודאי חייבים בסוכה ושפיר גזר ארעי אטו קבע ובזה מיושב גם קושית המג"א על הרא"ש וכבר קדמוני בישוב קושית המג"א הרבה אחרונים ע"כ דברי מעטים ודוק.

ו ודרך אגב ארשום מה שמצאתי דבר תימה בשו"ת מוהרי"ק סי' קע"ח שכתב על סעודת ברית מילה בסוכה דאם אין אוכלין רק פירות אצל היולדת דא"צ סוכה וכתב דאין לומר שנעשה קבע שהרי נהגו לקבוע עליו ע"ז כתב מהמרדכי פרק כ"כ שכתב דיכול לאכול פחות מכביצה חוץ לסוכה ולא אמרינן דסעודת יו"ט משוי לי' קבע אף דחשיבא טובא עיי"ש והוא תימא דהרי התניא וספר שבלי הלקט סי' קי"א כתבו בשם רבינו אביגדור דהאי דאוכלין אכילת עראי חוץ לסוכה לאו בשבת ויו"ט איירי דשבת ויו"ט עושה קבע ועיין שער המלך פ"ז מסוכה ה"ז שגם הוא רצה לחדש סברא זו וכתב שלא מצא דין זה ותמה בטעם המלך שהדבר מבואר בתניא ע"ש ומהתימה שלא הזכירו מדברי המהרי"ק. ודרך אגב אזכיר במה דיליף ט"ו ט"ו מחג המצות ומזה למד מהרי"ל דדוקא עד חצות.

והנה נראה לפענ"ד דבר חדש ע"פ מה שמצאתי ברש"י ר"ה דף כ' ע"ב ד"ה חצות לילה א"ב שכתב דלמ"ד ממצות יליף אין היום הולך אחר תחלת הלילה שהרי תחלת הלילה חובה לאכול מצה שנמשך אחר י"ד שנשחט הפסח ואחר חצות חלוק מזה והוה רק רשות. ובזה נראה לפענ"ד דמה שחידש במקנה דקודם מתן תורה היה הלילה הולך אחר היום ואני הקשתי עליו בחיבורי יד שאול סי' רצ"ג ובח"ת הארכתי ולפמ"ש יש לומר דעכ"פ הלילה חלוק דעד חצות היה שייך ליום הקודם משא"כ לדידן עכ"פ אין הדין משתנה עי"ז רק בדבר שיש בו זכר ליצ"מ ועכ"פ בזה מבואר דבמצות חלוק הלילה לשנים דעד חצות נמשך עד היום הקודם ולפ"ז מכ"ש בקדשים דהלילה הולך אחר היום ודאי עד חצות נמשך ליום הקודם ולכך בקדשים עשו עד חצות דעד חצות שייך ליום הקודם ולכך גם סוכה דיליף ממצות עד חצות דוקא דזה שייך ליום שעבר במצות ובזה מבואר לשון המהרי"ל שהובא בד"מ או"ח סי' תרל"ט אות ז' שכתב דכשירדו גשמים בלילה יאחר סעודתו עד חצות ויתנה שבסעודה זו יוצא יום שעבר וכתב הד"מ תנאי זה ל"ל דאין קבע לסעודה. והנה בחג הסוכות שנת תרי"ד אמר אלי החריף מוה' מרדכי מיזיש ני' דהמהרי"ל לשיטתו דס"ל דדוקא עד חצות דמקיש למצות ולכך צריך להתנות שיהיה על יום שעבר ואני אמרתי דאכתי קשה מה שייך יום שעבר הו"ל למימר לחצות לילה שעברה ולפמ"ש א"ש דהטעם דחצות הוא משום דבמצות נמשך אחר יום שעבר ודוק. שוב עיינתי במהרי"ל עצמו ואין כתוב בו שיתנה כמ"ש הד"מ בשמו רק שאם ירדו גשמים ימתין עד חצות ואז גם הוא יוצא י"ח יום שעבר וסיים מידי דהוה אשלמים שנאכלים עד חצות ואינו מובן כלל ולפמ"ש אתי שפיר דהמהרי"ל מפרש דמה שאמר ר"א אחת ביום ואחת בלילה היינו משום דבלשון בני אדם והסעודות שאוכלין ביום ובלילה הוא משום דעד חצות נמשך ליום שעבר ואוכל סעודת היום ולכך עד חצות דוקא וז"ש כמו שלמים שנאכלים עד חצות ודוק היטב כי נתבאר בו ענין נפלא ת"ל ועיין בתוס' יו"ט ריש ברכות דהאריך במ"ש הרמב"ם עד חצות דוקא ולפמ"ש יש לו סיוע גדולה דעד חצות נמשך אחר יום הקודם ובפרט בקדשים דהלילה הולך אחר היום ולפמ"ש יש מקום להאריך אלא שאין הזמן גורם כעת ועיין בשו"ת הרשב"א סי' תמ"ה וברמ"ע מפאנו סי' א'.

ז והנה שיטת הר"פ דבשר וגבינה בעי סוכה דזה הוה בכלל מיני תרגומא דאם השלים בזה יצא ידי סעודה וממילא ע"כ דבעי סוכה והרא"ש דחה והביא דברי התוס' דברכות פכ"מ דמיני תרגומא היינו חמשת מינים וא"כ אין ראיה לבשר וגבינה והנה גם בע"פ לענין ע"פ דאמרו בדף ק"ז דמטבל במיני תרגומא כתב הרא"ש דהיינו חמשת המינים

והביא דברי התוספתא. ובזה מיושב היטב דברי הטור בסי' תע"א שכתב דבשר וירק ומיני תבשיל שרי ומשמע דחמשת המינים אינו בכלל מיני תרגומא ותמה הב"י דזה שלא כדברי הרא"ש דפירש מיני תרגומא היינו חמשת המינים.

ח ולפמ"ש אתי שפיר דהא גם בסי' תרל"ט הביא דברי הר"פ דגם בשר וגבינה אסור חוץ לסוכה והרמב"ם לא התיר רק מים אלמא דמיני תרגומא כולל אף בשר וגבינה כיון דכולל הרבה דברים וגם מהרש"א שם משמע דמסתפק בזה דעכ"פ בקובע בעי סוכה ולפ"ז לכך לא רצה להקל בע"פ בחמשת המינים והשמיט דברי אביו בזה משום דאין ראיה מהתוספתא דבאמת מיני תרגומא כולל גם בשר וגבינה ורק לענין ברכה אין מקום לטעות בזה דהא רק על חמשת מינים מברכין במ"מ כדאמרו בתוספתא שם וה"ה להיפך לענין ע"פ כיון דחמשת המינים מסעד סעיד ועכ"פ מיזן זייני שוב לא יאכל מצה לתיאבון כמ"ש הב"י ולכך ע"כ דמיני תרגומא אינו רק משאר מינים דלא מיזן זייני הן אמת דגוף סברת הב"י תמוה לפענ"ד דהא הפסח נאכל על השובע וע"כ דזה אינו אכילה גסה כמ"ש התוספות בפסחים דף ק"ז ע"ב ד"ה דלמא דתרי גווני אכילה גסה הוה שיש שאדם קץ מלאכול ויש שאינו מתאוה לאכול והא דפסח נאכל על השובע היינו שמתאוה לאכול קצת וא"כ ניהו דמיזן זייני מ"מ הוא מתאוה לאכול קצת עכ"פ ועינינו הרואות שאף שאדם אוכל מחמשת המינים מכל מקום מתאוה לאכל פת ובשר וא"כ הרי אוכל מצה בתיאבון ואני תמה ביותר על התוס' עצמם שלמה לא הרגישו בדברי הש"ס תמורה דף כ"ג דמנחות נאכל על השובע ולא אכילה גסה וא"כ מבואר דאכילה על השובע לא מקרי אכילה גסה וא"כ עכ"פ קשה דלא מסתבר כלל דלא יהיה מקרי אכילת מצה לתיאבון בשביל שאכל מחמשת המינים. ומצאתי בתוס' פסחים דף ק"כ ד"ה מפטירין שכתבו לחלק דדוקא במנחה התירו לאכול על השובע ואדרבא מצותו בכך כדי שלא יצא משלחן רבו רעב אבל במצה לא שייך האי טעמא דלאו משלחן רבו הוה כולי האי ולפ"ז אפשר דמצה אינו רשאי לאכול על השובע ודוקא פסח משום שלא ישבר בו עצם כדאמרו בירושלמי אבל מצה אינו נאכל על השובע. ובזה מיושב היטב מה דקשה לי טובא בהא דאמרו בפסחים דף ק"ח אי אמרת מסעד סעיד אמאי ישתה הא קאכיל מצה אכילה גסה והדבר תמוה דמה בכך דמסעד סעיד הלב אבל מכל מקום אכילה גסה לא מקרי דעכ"פ מתאוה לאכול קצת מקרי וכמו שפסח נאכל על השובע ולא מקרי אכילה גסה ולפמ"ש א"ש דדוקא פסח כדי שלא יבא לידי שבירת עצם משא"כ במצה דאינו נאכל על השובע דג"ז לא מקרי עכ"פ לתיאבון ול"ש טעם הירושלמי בזה כמ"ש דף ק"כ.

ט ובזה מיושב היטב דברי הטור בסי' תע"א שכתב דמותר לשתות בע"פ בין רב ובין מעט ותמה הב"י דבברכות דף ל"ה אמרו דטובא מגרר גריר ופורתא מסעד סעיד וכיון דמעט מסעיד סעיד אסור לשתות בע"פ דא"כ אוכל למצה אכילה גסה כדאמרו בפסחים ק"ח הנ"ל והב"י נדחק מאד וכל האחרונים יצאו מבוהלים ודחופים בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לפי מה דקי"ל דאין מפטירין אחר מצה אפיקומן ע"כ צ"ל כמ"ש התוס' שם דלא ס"ל כטעם הירושלמי הנ"ל בפסח דא"כ מ"ט דמצה ורק משום דבעי שיהי' טעם מצה ופסח בפיו לכך אין מפטירין ולפ"ז ע"כ מה דפסח נאכל על השובע משום דלא חשיב בכה"ג אכילה גסה וכפשטת הדברים בתמורה שם וא"כ ממילא גם במצה נאכל על השובע וא"כ גם פורתא מותר לשתות ודו"ק היטב כי הוא ברור כשמש. שוב ראיתי בצל"ח דף ק"ז שנדחק בישוב דברי הטור סי' תע"א במה שאסר חמשת המינים וגם במה שהתיר לשתות מעט בדוחק לא ישוער והנראה לפע"ד כתבתי

י והנה מה שהקשה המג"א דמ"פ מר"ג דהא יש לומר דלא קבע ופירי בעי קבע אף למ"ד דפירי בעי סוכה מ"מ בעי קבע ע"ש. הנה זכורני שהא"ר דחה זאת דא"כ למה אמרו לא מפני שהלכה כך אלא שרצו להחמיר על עצמן ומהיכן דייק הש"ס כן דלמא באמת עשו מצד הדין ור"ג קבע לסעודתו על פרי אבל באמת לא נהירא לפענ"ד דהא הש"ס אמר כן גם על ריב"ז וריב"ז ודאי עשה כן מצד חומרא דמטעמת התבשיל ודאי א"צ סוכה ומדכלל המשנה הנך שתי מעשיות בהדדי ע"כ דלא עשו כן מצד הדין רק מצד חומרא. ובלא"ה יש לומר דא"כ מה קמ"ל דא"ל דקמ"ל דפירי בעו סוכה דזה אינו דלהס"ד לא מסתבר כלל דפירי לא לבעי סוכה ובפרט לר"ג דס"ל דמברכין מעין ג' על פרי דודאי מסתבר דבעי סוכה ושפיר מקשה. אבל בגוף קושית המג"א נראה לפענ"ד דהרי אמרו במשנה דריב"ז ור"ג החמירו על עצמן ור"צ לא רצה להחמיר על עצמו וכמ"ש הר"ן דמשנה קמ"ל דת"ח שרוצה להחמיר על עצמו רשאי ואם אין רוצה להחמיר על עצמו ג"כ לא אכפת לן ע"ש ואם איתא מה דמות יערוך הא לא מיירי בחד גוונא די"ל דשאני פירות דאם רצה לקבוע הי' מתחייב כיון דהי' פירות כשיעור שפיר יכול להחמיר על עצמו ולעשותו קבע אבל אם אין כאן שיעור אין מקום להחמיר וע"כ דשתי כותבות אין כביצה וחסר השיעור ואפ"ה החמיר על עצמו ושפיר קמ"ל דר"צ לא רצה להחמיר על עצמו ואף באוכל לא רצה להחמיר על עצמו. ובלא"ה יש לומר בישוב קושית המ"א הנ"ל עפמ"ש הר"ן דקמ"ל בזה דלא נקרא כל שאינו מצווה בדבר ועושהו נקרא הדיוט דיכול להחמיר עליו בזה. ולפ"ז נראה לפענ"ד לפמ"ש לעיל בשם הריטב"א בקידושין ל"א בטעם הדבר דנקרא הדיוט דהרי באמת אין חפץ להשי"ת בקיום המצות רק לזכותינו

ולפ"ז מי שאינו מצווה ועושה אינו ראוי שיקבל שכר כלל רק דעכ"פ רוצה להכניס עצמו בטוב לבבו במה שנצטוו אחרים ורוצה לזכות נפשו ג"כ ע"כ לא יקופח שכרו ולפ"ז זהו במה שאחר עכ"פ נצטווה אבל במה שלא נצטווה שום אדם בזה הוה הדיוט ע"ש ולפ"ז זהו במה שלא נצטוו לגמרי אבל כאן אם היה קובע על עצמו כל אדם חייב וא"כ הרי לא נקרא הדיוט במה שמכניס עצמו במצות השם וגם ארעי עושה קבע וא"כ מה קמ"ל בזה והנה הא"ר הקשה דמ"פ הש"ס מעשה לסתור הא יש לומר דביו"ט איירי וסעודת יו"ט קובע ולק"מ דרש"י במקומו הרגיש בזה וכתב דהקושיא הוא מטעימת תבשיל של ריב"ז דהיינו דטעימה ודאי אינה קובע ומדוקדק דברי רש"י דע"כ פירש דהקושיא מטעימה וכיון דהמשנה כלל שתיהן ביחד ע"כ דר"ג רק החמיר על עצמו וז"פ. והנה בהא דאמר רבה בשם ר"י דכותבת הגסה יתר מכביצה וק"ל לרבנן דבהכי מייתבא דעתי' וק"ל טובא דבמדרש איכה רבתי על פסוק נתנו מחמדיהם באוכל להשיב נפש נחלקו רבי ור' חנניא דרבי ס"ל דלהשיב נפש היינו כותבת ור"ח ס"ל בכגרוגרת והרי למשיב נפש הוא בעצמו השיעור של מיתבא דעתי' דהרי באמת רבי ס"ל ככותבת והיינו דזה משיב נפש ומייתב דעתי' של אדם וא"כ איך פליג ר"ח וס"ל בכגרוגרת והרי הוא פחות טובא מככותבת דאף אם ככותבת פחות מכביצה מעט כגרוגרת אינו רק כשליש ביצה ועיין מג"א סי' תפ"ו דנחלקו כ"כ דמלבד דלא מסבר דזה יסבור דבזה מיישב דעתי' וזה יסבור דלא מייתב דעתי' רק עד ככותבת דמלבד דדוחק שיחלקו בזה ויהיה הפרש גדול אף גם כיון דשיעורין הל"מ וא"כ כל דשיערו רבנן דבפחות מככותבת לא מייתבא דעתי' איך אפשר שיפול מחלוקת בהל"מ דהרמב"ם כתב בהקדמה לזרעים דבהל"מ לא מצינו מחלוקת ובאמת צ"ע דבתוס' יומא דף ע"ט ד"ה אמר הקשו דנימא דפליגי דמר סבר דהל"מ הי' בין על שאור ובין על חמץ ומ"ס דשאור בכזית וחמץ בככותבת ואף דיש לחלק דש"ה דעכ"פ הל"מ אמת בכזית רק דנחלקו אם הי' נודע אם היה גם על החמץ או לא אבל גוף הדבר תמוה וביותר תימה דבתוס' ישנים ביומא שם הקשו ג"כ קושית התוס' דלימא דחמץ בכגרוגרת וכתבו דבכגרוגרת לא שייך כלל ענין יתובי דעתא רק בכביצה או ככותבת יעו"ש והוא תימה גדולה כיון דר"ח ס"ל בהדיא דבכגרוגרת מייתבא דעתי' עכ"פ יכולין ב"ש לומר כן ומנ"ל ככותבת וצע"ג.

סימן יב

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת בהא דאמרו בנדרים דף ד' הניחא לרבנן דאמרו כי נדר מן החרצן נדר מכלן אלא לר"ש דאמר עד שיזיר מכלן מא"ל והקשית דלר"ש יש חידוש אחר דחל נזירות

על איסור שבועה כדאמר בנזיר דף ד' אבע"א ר"ש לית ליה איסור חל על איסור ופירשו התוס' שם דמכל מקום כאן חל הנזירות על איסור שבועה דלקי תרתי.

ג הנה יפה שאלת ובאמת שדברי התוס' צריכין ביאור דהא נדרים אינן חלין על שבועות כמ"ש בשו"ת הרשב"א סי' תרט"ו וכן נראה מהתוס' בעצמם בשבועות דף כ' ד"ה דכי ע"ש וצ"ל דהתוס' בנזיר ס"ל כיון דנזיר הו"ל איסור חפצא כמ"ש המהריב"ל ועיין מהרי"ט ח"א סי' נ"ג שהאריך בזה וא"כ על החפץ לא חל שום איסור עד הנה ולא הו"ל איסור חל על איסור דאיסור השבועה היה על אדם וזה על החפץ וליכא שום חידוש בזה דמהראוי שתחול ואף לר"ש דלית ליה איסור חל על איסור בשום מקום כאן שאני דהוה איסור חפצא וגם הר"ן בנדרים דף ח"י נראה שסובר כן ואף שכתב שם דכי אמר קונם מתוסף איסור חפצא לאו משום איסור מוסיף כיון רק משום דהחפץ לא נאסר מן התורה ולכך חל האיסור על החפץ ולפ"ז מיושב הקושיא הנ"ל דליכא שום חידוש בזה דגם בנדרים הוא כן והנה בחידושי הארכתי בזה אי נזירות הוה איסור חפצא או איסור גברא ולכאורה הי' נראה לי ראיה מהא דמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סל"ה דא"י להשביע הנולדים וביאר הט"ז ס"ק מ"ג משום דשבועה אוסר נפשיה אחפצא וא"א לאסר הנולדים ואין בידו לאסור נפש אחד על החפץ ואני בחידושי ליו"ד סי' ר"כ הארכתי בזה וביארתי דעיקר הטעם דשבועה איסור גברא ואין בידו לאסור נפש אחר ולפ"ז הא קי"ל דהאב מדיר את בנו בנזיר ועיקר נזירות שמשון היה ע"י מנוח ואשתו שהוא נזיר אלקים מן הבטן ועיין מלמ"ל פ"ב מנזירות הלכה י"ד וברד"ק בשמואל והיאך מועיל קבלת אב על בנו הקטן וע"כ דהוה איסור חפצא ומיהו יש לדחות דשם הוה הלכה מפי קבלה וגם יש לדחות מכמה טעמי אמנם לכאורה נראה לי דלכך אינו יכול להשביע הנולדים דהו"ל דבר שלא בא לעולם ואף למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל למי שלא בא לעולם ודאי לא וא"כ זה שמשביע נולדים הו"ל דבר שלבל"ע ובזה היה נראה לפענ"ד דלכך שבועה לא חל על דבר שלבל"ע ובקונם מבואר סי' ר"ד ס"ז דחל אף על דבר שלא בא לעולם משום דבנדר וקונמות הוה קדושת הגוף משא"כ שבועה. ולפ"ז נראה לי דגם נזירות אם נימא דהוה איסור גברא ואינו כמו קונמות דהוא קדושת הגוף לא חל בדבר שלבל"ע ובזה נראה לפענ"ד ליישב מ"ש המחנה אפרים הלכות נדרים סי' י"ב בשם מהרש"ך דאם מקבל נזירות בתנאי אם יעשה כך וכך דכ"ז שלא חל הנזירות יכול לחזור בו ולבטל הנזירות דאתי דיבור ומבטל דיבור ותמה המחנה אפרים דבנדר אף שלא חל א"י לחזור בו דעכ"פ נדר קבל עליו וכמ"ש הרמב"ם שהנודר מהשתא בהמתי יהי' הקדש דאסור לחזור משום נדר ע"ש שהאריך ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא נדר דחל בדבר שלא

בא לעולם אבל נזירות דהוא איסור גברא א"י לחול בדבר שלא בא לעולם וכל שצריך זמן ועשיה הו"ל דבר שלבל"ע גמור ושפיר יכול לחזור בו כ"ז שלא חל ועיין בסי' ר"ז בחו"מ ובסי' ר"ט דשבועה אינו מקיים המקח ואף דכופין לקיים שבועתו היינו כשלא חזר בו אבל כשחזר בו בודאי לא מועיל דהו"ל דבר שלבל"ע רק דכל שלא חזר בו הו"ל כמו בהגיע לידו אח"כ דאמרינן דבודאי טרח לקום בהמנותי' כמבואר בסי' רי"א מכ"ש במה שנשבע וז"ב. ובזה יש ליישב מה שהקשה המח"א מהא דאמרו בנזיר דף י"ד אמר הריני נזיר שמשון לאחר עשרים יום ומעכשיו נזיר סתם כיון דא"א לתשולי לא חל וע"ז הקשה דניהו דנזיר שמשון איתא בשאלה מכל מקום למה לא יוכל לחזור בו עכ"פ כל שלא חל ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דיכול לחזור בו משום דהו"ל דבר שלבל"ע ולפ"ז שם אם יחזור בו מנזיר שמשון שוב יחול עליו נזירות סתם שקיבל והרי נזירות סתם ג"כ אסור באותן דברים שנזיר שמשון אסור ונוסף עליו ג"כ שאסור לטמאות למתים וא"כ שוב לא שייך דבר שלבל"ע דלאחר עשרים עודו הי' נזיר סתם ושוב יוכל לחול נזירת שמשון דהו"ל כתפס דקונה אף בדבר שלבל"ע והרי ענין נזירות נתפסת עליו מצד עצמו במלאת עשרים ושוב לא שייך דבר שלבל"ע ושוב ל"מ דבר שלבל"ע וחל הנזירות שמשון ואינו יכול לחזור בו ודוק היטב כי הוא חריף. והנה שאלני חכם אחד בהא דקי"ל דנדרים אינם חלים על ל"ת והקשה דהא קונמות בכ"ש ונימא כולל מיגו דחל על כ"ש דאינו אסור בשביל איסור חל על הכל והשבתי דזה אינו קושיא לכאורה דא"כ אמאי אינו חל שבועה על איסור והא בח"ש חל השבועה ונימא כולל וכבר הקשה התשב"ץ ח"א סי' ק' וכתב דלא שייך כולל בזה דכל איסור השיעור בא ע"י שאכל כל השיעור וא"כ צריך לח"ש כדי שישלים השיעור ובכה"ג ל"ש כולל וה"ה בזה וז"פ. עוד שאל אותי החכם הנ"ל בהא דאמרו בשבועות דף כ"ז שבועה שלא אוכל שבועה שלא אוכלנה דאינו חל ואמאי הא לדעת התורת חיים בשלא אוכלנה צריך שלא ישתייר פירורין אף כ"ש וא"כ שוב יחול ע"י כולל או מוסיף דמיגו דחל על הכ"ש שאינו כזית דמחמת שלא אוכל אינו חייב רק בכזית ובח"ש חל השבועה אף דאסור ובפרט בשלא נשאר רק פחות מכזית א"כ לא שייך חזי לאצטרופי וא"כ יחול גם על הככר מטעם כולל או מוסיף. והשבתי דכולל לא שייך כמ"ש התשב"ץ הנ"ל וגם מוסיף לא שייך דאטו מבורר אותו כ"ש שיהיה שייך בו מוסיף ואטו לא יכול להיות שאכל אותו כ"ש בראשונה והי' מצטרף לכשיעור והיה כבר נאסר משום השבועה דלא אוכל ובעינן שיהיה המוסף או הכולל ענין מבורר ובזה יש ליישב גם הקושיא הראשונה וקו' התשב"ץ דלא שייך כולל מיגו דחל על ח"ש הא

אינו מבורר איזה ח"ש מותר והלא עד הכזית כלו מותר וכלו ביחד נאסר ולא שייך בזה כולל או מוסיף וז"ב לפענ"ד והוא כלל חדש לפענ"ד

ד ודרך אגב אעתיק כאן מ"ש להמופלג מוה' משה ראבין שטיין מבראד נכד הגאון מוה' חיים ר"פ והגאון מהר"ם שיף בשנת תרי"ג שני כתובים זה אח"ז בר"ח אדר שני ובש"ק פ' צו ט"ז בו הגיעני שנית ולהיות כי יסוד דבריו הם על ספרי יד שאול ואחת מהם שייך כאן אעתיק כאן כלו והנה מ"ש להשיב על דברי סי' רט"ו ס"ק א' על מ"ש שם דבנדר לא שייך עשה דוחה ל"ת דהנדר על גוף החפץ וע"ז הקשה דא"כ גבי יקדש דפריך הש"ס וליתי עשה ולדחי ל"ת והא גם שם הל"ת חל על גוף הדבר ומה לי מה שהדבר נאסר במה שהוא עצמו אוסר עליו או שהתורה אסרתו הנה אין להאריך בזה והדבר מבואר דכל איסורים שאסרה תורה הוא לא מפני שגוף הדבר נאסר רק שהתורה אסרה על האדם אותו דבר זה לא מקרי חל על גוף הדבר רק האיסור על האדם אותו דבר זה לא מקרי חל על גוף הדבר רק האיסור על האדם משא"כ נדר חל על גוף החפץ ולדבריו מה חילוק יש בין שבועה לנדר ע"כ שהנדר חל על חפץ והשבועה חל על אדם אף שהדבר נאסר עליו לאכול במה שנשבע אפ"ה מקרי איסור גברא ועיין נדרים דף ט"ז ועיין ריטב"א בקידושין דף נ"ד ע"ב גבי הא דפריך ירושלים מי מקדשא והתנן כאימרא כדירים דכתב דנדרים איסור חפצא ודברים האסורים איסור גברא כמו נבלה וכדומה ע"ש והדברים פשוטים ואין צריך אריכות ומ"ש על מ"ש בס"ק ב' דצ"ל סוכה הוה שלא כדרך הנאתן וע"ז כתב דסוכה עיקר העשוי לצל כדפסלו ריש סוכה בעשויה למעלה מכ' אמה דכתיב וסוכה לצל יומם וסוכה ח' ובלבד שתהא עשויה לצל לק"מ דזה ודאי דבעי סוכה העשויה לצל אבל לא אכפת לן אם נהנה מצל ואף שיושב ואינו נהנה מצל מכל מקום עיקר חיובו היא הישיבה ואף אם לפעמים קר לו מאד ואינו נהנה מהצל מכל מקום עיקר חיובו היא הישיבה ואף אם לפעמים קר לו מאד ואינו נהנה מהצל מ"מ מצות סוכה מקיים וז"פ.

ה ומה שהקשה הא שלא כדה"נ לא גרע מח"ש כמ"ש המהריב"ל ומהרש"א בשבועות והרי נדרים הוה דבר שיש לו מתירין ושוב אסור אף כ"ש ומה מועיל שלא כדרך הנאתן הנה לפמ"ש בס"ק א' דבאמת הא העשה דחי הל"ת ותירץ הרשב"א דהוה עשה ול"ת ולפ"ז זהו לענין כדה"נ שייך עשה ול"ת דלא יחל וככל היוצא מפיו יעשה אבל כאן לענין גוף המצוה שפיר מותר לישב דמצות לאו להנות נתנו ורק מה שנהנה הגוף עכ"פ אינו ככל היוצא דהוא לא נדר על שלא כדה"נ וגם מתוך שבטל מקצתו בטל כלו כדיליף מכל היוצא מפיו דבעינן שכל היוצא מפיו יעשה ועיין בסי' רכ"ט וגם לפמ"ש בס"ק א' דעיקר הקושיא דלא יחול על הל"ת אבל כל שחל שוב הל"ת על גוף החפץ וא"כ כאן גוף הסוכה

לא נאסר דהישיבה מותר רק מה שהגוף נהנה וזה לא חל על גוף החפץ רק על הגוף ודוק. ומ"ש במכתבו השני על קו' תלמידי בסי' ר"כ סקי"א דיש ליישב דבידה שתדור היא שלא תלך עד החג ואז שוב באיסורא מזדהר ותהי' מותרת שיהנה ממנה אם לא תלך הנה לא מקרי בידה דהא בידו להפר לה ולא תועיל בהדרתה וגם זה טעות דעכ"פ קשה היאך יוכל להדירה והא משועבד לה וניהי דהיא תוכל לדור אבל אם לא תרצה לדור שוב לא יוכל להדירה ושוב משועבד לה ואטו נשתעבדה לו שתקבל עליה נדרים ושוב לא מצי למעקר שעבודה. מ"ש על מ"ש בסי' רי"ז ס"ק ח' להשיג על הפר"ח בענין מי רגלים והם דברי הכלבו וע"ז כתב דהב"ש פ"ק דכריתות דחה דברי הכל בו ע"כ אין עליו אשמה. במח"כ לא מפני שהב"ש הקשה עליו ידחה דברי הכלבו שהוא קדמון וכל קושיא יש לה תירוץ ועכ"פ היה לו להפר"ח להזכיר דברי הכל בו ולדחותן כמ"ש הב"ש אך מ"ש בגוף הקושיא של הפר"ח כיון דלא הי' רק שורין בה א"כ לא הוה אלא ריח וריחא לאו מלתא לק"מ דגם חזותא דלאו מלתא היא ולענין מן המותר בפיך לא התירו אף חזותא ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק או"ח סי' א' ומהד"ת חלק או"ח סי' ג' האריך הרחיב הדיבור בזה ואני תמה הלא ראה דברי הב"ש והב"ש מביא שם דברי הירושלמי פרק טרף בקלפי שאמר והלא מי רגלים יפין לה אלא שאין מכניסין ריח רע במקדש ע"ש הרי שגם ריחא דלאו מלתא היא אפ"ה אסור להביאו למקדש וז"פ. מ"ש במ"ק דף ה' דרש"י פי' במשנה משום שלא יהי' הולכין לשם אוכלי תרומה ואח"כ גבי לפני עור פירש משום שלא יהיו נושאי תרומה וטהרות נכשלים בה וע"ז הקשה למה לא פירש כמו במשנה וע"ז כתב דלפמ"ש דבר שמואל (ט"ס וצ"ל אמונת שמואל ועיין בבב"ש שהביאו) דלפני עור לא שייך בדבר שאין האדם מוזהר א"כ לא שייך לפ"ע מפני הכהנים וע"כ הוצרך להוסיף אוכלי תרומה וטהרות דגם הישראל יש לו מקום להכשיל. באמת שדברי א"ש דחו הפוסקי' ואף לדברי הא"ש אינו מוזהר שיעבור בלאו אבל פשיטא דמכל מקום שייך לעשות תקנה שלא יכשל האחר בזה אף שהוא אינו מצוה ולפני עור לאו דוקא וז"פ

1 ודרך אגב אזכור מה ששאל אותי הרב הגדול מ' אלעזר ני' אבד"ק ראהטין בהגאון מוה' משלם ני' אבד"ק סטאניסלב שהקשה אותי ז"ך תמוז שנת תרי"ג בהא דאמרו בנדרים דף י"ט אמר הריני נזיר שמשון מאי וע"ז הקשה דהרי התוס' הקשה בנזיר דף י"א האיך שייך נזירות בתנאי הא אי אפשר לקיים ע"י שליח וכתבו דהבאת קרבנות יכול להיות ע"י שליח ולפ"ז נזיר שמשון דאינו מביא קרבנות לא שייך כלל בתנאי דא"א לקיים על ידי שליח. והשבתי דבאמת שייך תנאי שאפשר לקיים ע"י שליח בשבועות ונדרי'

כמ"ש המהרא"י בפסקיו ובשו"ת נוב"י רק דנזירות ל"ש ע"י שליח דהוא תואר קדושה כמ"ש המהרי"ט ועיין בחבורי יד שאול סי' ר"כ ס"ח ולפי זה נזיר שמשון דהאב מדיר את בנו בנזיר וילפינן מנזיר שמשון דהיה מן הבטן ועיין מכות דף כ"א ברש"י ובמלמ"ל פ"ב מנזירות הי"ד א"כ יכול להיות ע"י שליח ומיהו לפ"ז כל נזירות יכול להיות ע"י שליח. מיהו בלא"ה יש לומר דנזיר שמשון לא שייך תואר קדושה כ"כ כיון שמטמא למתים וצ"ע בזה ועיין במהרי"ט שם ובפשיטות רציתי לומר כיון ששאר נזירות איתא בשליח שוב גם נזיר שמשון מקרי תנאי שאפשר לקיים ע"י שליח אבל זה אינו דל"ד למ"ש לגבי ביאה דאיתניהו בתנאי דאתקש הויות להדדי היינו כיון דע"י קדושין של שטר וכסף נתקדשה ג"כ ונעשית אשתו א"כ שם קידושין איתא ע"י שליח משא"כ נזיר שמשון שהוא שם בפני עצמו שהרי חלוקה משאר נזירות שבזה מותר לטמא למתים ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' קמ"ז.

ז והנה לכאורה צריך ביאור גוף קושית התוס' דבנזירות אי אפשר על ידי שליח דמה בכך דבשלמא כל תנאי שאי אפשר לקיים ע"י שליח אם כן אין המעשה אלים כ"כ להטיל בו תנאי אבל כאן הא הטעם דאי אפשר על ידי שליח משום שבמידי דממילא לא שייך שליחות והנדר והנזירות צריכין להיות על מי שנדר והזיר וא"כ למה לא יוכל להטיל תנאי והא אדרבא דוקא על גופו צריך להיות וא"כ הוה מעשה אלים אך יש לומר דשם קאי התוס' במי שהתנה שיהיה נזיר ע"מ שאהיה שותה יין ומטמא למתים והוה מתנה עמ"ש בתורה וע"ז הקשו דבלא"ה אינו ע"י שליח וא"כ הרי שם לא הוה עליו כל תורת נזירות ושפיר שייך שא"א לקיים ע"י שליח דא"ל דהו"ל מידי דממילא דזה דוקא כשהוא נזיר כמצות התורה אבל נזיר שאינו כמצות התורה הרי בא ע"י תנאי ושפיר צריך לקיימו ע"י שליח וע"ז תירצו דהבאת קרבנותיו יכולין להיות ע"י שליח וגם זה דחוק ומיהו מ"ש למעלה בשם חבורי דעיקר קושית התוס' בנזירות דהוא תואר קדושה וא"א ע"י שליח כעת נראה דאכתי קשה דבשלמא נזיר תורה שפיר שייך תואר קדושה אבל אם מתנה שלא כתורה שיהיה מותר ביין ומטמא למתים וא"כ שוב שייך ע"י שליח דאינו רק כשאר נדר שרוצה לאסור עצמו באיזה דבר ושוב אפשר לקיים על ידי שליח. אך נראה כיון דגוף הנזירות א"א ע"י שליח רק כיון שהתנה שיהי' מותר ביין בזה עוקר לנזירות תורה ונעשה נדר סתם וע"ז הקשו שפיר דהו"ל נזירות שאי אפשר לקיים ע"י שליח. ובזה מיושב מה שהקשו קושייתם דוקא הכא ולא בכל נזירות דעלמא דבשאר נזירות הוו ידעי דיכול לחול דהוה תואר קדושה דחל על גופו תואר קדושה וא"כ אין גריעותא ממה שלא יכול להיות ע"י שליח דא"א התפסת קדושה ע"י שליח אבל כאן

שפיר מקשה וכמ"ש דהא ס"ד דלא הוה תואר קדושה ויש ליישב קושיא זו של הרב מוהר"א אבל לא נתחוורתי כעת. והנה בגוף דברי הנוב"י מהד"ק חלק יו"ד סימן ס"ז שהוכיח שאם אחד אומר לשלוחו צא והשבע בעבורי שלא אוכל ככר זה שחל השבועה דאם לא כן ל"ש שבועה בתנאי דהוה תנאי שאפשר לקיים על ידי שליח ובאמת המהרא"י בפסקים סי' ל"ז כתב דמועיל על ידי שליח והקצה"ח סימן קמ"ג הקשה דאם כן מה הקשו בתוספת דנזירות א"א על ידי שליח והא משכחת לה בשליחות ע"ש ובחבורי יד שאול שם שהארכתי בזה וכעת תמה אני על עצמי על הנוב"י ועל הקצה"ח מה ראו על ככה דגם אם נימא דמועיל ע"י שליח היינו שהשליח יקבל הנדר על משלחו וזה יאמר לו צא והשבע עבורי או נדור עבורי אבל מכל מקום איך אפשר נזירות בתנאי דהא בעינן שמעשה הנזירות יהיה יכול לקיים ע"י שליח והרי כשאמר הריני נזיר חל הנזירות על גופו ולא מועיל שהשליח יקיים הנזירות וא"כ מה בכך שהוא יכול לקבל הנזירות ע"י שלוחו שיאמר צא ונזור עלי שאהי' נזיר אבל מכל מקום היאך יכול להתנות בנזירות דסוף סוף מעשה הנזירות צריך שיקיים בעצמו ולא ע"י השליח וז"ב כשמש ודברי הנוב"י והקצוה"ח תמוהים מאד מאד והנה כ"כ בחבורי דבנדר ונזירות לא שייך תנאי שאי אפשר לקיים ע"י שליח דעכ"פ נדרו ופתחו עמו ושפיר מצי להטיל תנאי. אמנם כעת נראה דמ"מ שפיר הקשו בתוס' דשם דאמר ע"מ שאהיה שותה יין דאמרינן דהוה מתנה על מ"ש בתורה והיינו משום שכל שקיבל נזירות סתם הוא נזיר בכלם ואיך מצי להתנות וא"כ שפיר הקשו דאף דנימא דמועיל מתנה על מ"ש בתורה דעכ"פ הו"ל תנאי שאי אפשר לקיים ע"י שליח דא"ל דהוה נדרו ופתחו עמו דזה אינו דהרי באמת כל שאמר הריני נזיר א"כ נזיר מכולם איך אפשר לומר דהוה נדרו ופתחו עמו דא"כ לא הוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה דהא לא רצה להיות נזיר ומתחרט על נזירתו וע"כ דכל שאמר הריני נזיר רצה בנזירתו ושוב הו"ל מתנה על מ"ש בתורה ושוב אי אפשר לקיים ע"י שליח וע"כ מקשים דוקא בזה ולא בשאר נזירות. ומעתה ל"ק קושית הרב מוהר"א הנ"ל דאף בנזיר שמשון שפיר יכול להטיל תנאי דהוה נדרו ופתחו עמו ואף דנזיר שמשון לא הוה בשאלה היינו כל שכבר חל נדרו אבל כאן לא התחיל הנדר רק בתנאי זה הוה כנדרו ופתחו עמו ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק.

ח שוב ראיתי בנוב"י מהד"ת הנ"ל שבנו מרגיש בזה דגוף המעשה צריך לקיים ע"י שליח ומה שמקשה שם דא"כ אכתי קשה משבועה שאוכל ככר זה דמועיל תנאי מה יענו התוס' לזה הא גוף המעשה א"א לקיים ע"י שליח ולפמ"ש באמת הוה נדר ופתחו עמו

וכמו כן שבועה ופתחו עמו והתוס' לא הקשו רק היכא שא"א לומר נדר ופתחו עמו ודוק היטב

ט עוד שאל אותי הרב הנ"ל בהא דאמרו רבה בר רב הונא יתיב וקאים ע"ש בנדרים דף ע"ו סוף ע"ב והרא"ש בדף ע"ז פירש שהי' יושב ועומד שלא היה חושש לישב בישוב הדעת אלא דרך ארעי הי' מתיר נדרים וע"ז הקשה דהרי בדף ע"ז ע"ב גריס הר"ן וגם הרא"ש שם דר"ג סבר אין פותחין בחרטה אלא צריך למצוא פתח מתוך הנדר ולכך צריך שישב באימה כמו דיין ע"ש ולפ"ז הא רבה בר רב הונא ס"ל בנדרים דף כ"א דאין פותחין בחרטה ולמה יתיב וקאים והא צריך לישב. והשבתי דהדבר מבואר בש"ע סי' רכ"ח ס"ד דהנה באמת קשיא לי הא אנן קי"ל דמעומד וקי"ל דאין פותחין בחרטה אבל הדבר מבואר בש"ע שם חילוק בין כשמתיר ע"י חרטה בלי פתח אז הוא מעומד אבל ע"י פתח צ"ל מיושב וא"כ יש לומר דרבה בר רב הונא שם דיתיב וקאים היינו בחרטה בלי פתח וא"כ שפיר יתיב וקאים ובדף כ"א שפיר סבר דאין פותחין בחרטה ודו"ק היטב ועיין תוס' נזיר דף ה' ע"ב ד"ה מלמד שדבריהם צ"ע דהוא ש"ס ערוך בנדרים דף י"ז ודף ח"י ולא הזכירו כלל וראיתי בשיטה מקובצת שם שרמז לדברי הש"ס הנ"ל אבל בדברי התוס' לא מוזכר כלל וצ"ע. ודרך אגב ארשום כאן מה שהשבתי להרבני המופלג מוה' יוסף שמואל גינצבורג נ"י בהרב מוה' בצלאל גינצבורג אשר הגיעני מכתבו שנת תרי"ד אשר הגיעו ספרי יד שאול והקשה על איזה מקומות. והנה במה שהבאתי דברי המעשה רוקח שהובא בשעה"מ דהיכא דנמשך הנאה אחר המצוה בכה"ג מצות להנות נתנו והקשיתי בסימן רט"ו דאם כן בתקיעה דלאחר שמעל מותר להנות ממנו שוב הוה הנאה הנמשכת אחר המצוה וזה אסור. וע"ז אמר דדברי המעשה רוקח הן הן דברי הש"ס עירובין דף ל"א דניחא לי' דמנטר והיינו דנמשך אחר המצוה ועל קושייתי כתב דיש ליישב עפמ"ש הריטב"א ליישב קושית התוס' בקידושין דף נ"ו דאמאי מקדש בא"ה אינה מקודשת דיכול להנות באפרו וכתבו דזו יכול כל אדם להנות ע"ש וה"ה כאן כל דמעל יצא לחולין וכלם מותרים להנות. הנה במח"כ לא צדקו דבריו בשתיהן יחד דדברי המאירי אין ענינם להך דעירובין דשם יש לו הנאה דמנטר לי' לאכול וזו הנאה אינה באה לו על ידי המצוה רק דנהנה מאיסורי הנאה אף שלא במקום מצוה אבל המעשה רוקח חידש דהיכא דעל ידי המצוה באה לו הנאה ונמשכת לו אח"כ כגון המודר הנאה ממעיין שע"י שרחץ במעיין נהנה הגוף מהרחיצה גם אחר הטבילה וזה נמשך לו ע"י המצוה שעשה אבל כאן אטו אם הניחו שלא במקום הקברות לא הי' מנטר לי' ונמצא נהנה באיסורי הנאה שלא במקום מצוה ותירוצו אין לו מקום דשם שפיר כתב הריטב"א

דעכ"פ אין נותן לה דבר ששו"פ דהא האפר מותר לאחרים ולא הוא נתן לה דבר אבל לענין הנאה שנמשך לו מה בכך שגם אחרים יכולים להנות אבל עכ"פ לו מגיע הנאה ואף שאינו שו"פ גם וויתור אסור במודר הנאה וכן לענין מעילה אף בפחות משו"פ אסור ועיין מלמ"ל פ"ב ממעילה. ומ"ש על דברתי בסי' רל"ו ס"ק ח' הנה יסלח לעיין שם וימצא דגם אני רציתי לדחות כן אבל דחיתי שם זאת. ומה שהקשה בתמורה דף ו' ע"ב דקאמר כגון שהומם לאחר הגרלה ועובר על החילול משום לא תקדישו וע"ז הקשה דהא בחילול לא שייך דלקי כדאמרו בתמורה דף כ"ז בהי' לפניו שתי בהמות בע"מ וכו' דעל בע"מ לא לקי בחילול וכתב ששאל לכמה לומדים ולא מצאו מענה. תם אני לא אדע דשם קאי בחילל את בע"מ קדש על בהמה אחרת והוה כפודה בע"מ בתמימין דודאי לא לקי וכאן מיירי שחילל בע"מ על בע"מ חבירו ואם כן ודאי עבר על לא תקדישו ויעיין היטב וימצא דאין מקום לקושייתו כלל. ומה שהקשה על מ"ש בספרי סי' רל"ט ס"ק ח' מה שהקשיתי על המהרי"ט דל"ש חזקת נדר דאם תמצא פתח עוקר הנדר מעיקרו וע"ז הקשה מעלתו דזה נגד תוס' מפורש בגיטין דף ל"ג דנזיר יש לו חזקה דלא ישאל על נדרו. והנה הוא שונא לפרוק ואוהב לטעון ולא נעלם ממני זאת והנה ביאור דברי התוס' שם דאמרינן דיהיה עומד כמו שהוא בנדרו ולא ישאל כמ"ש התוס' במכות דף ט"ו ע"ב ד"ה במאי דיש לנו לומר דיעמד תמים כמו שהוא עכשיו ולא ישאל על נדרו וזהו דוקא לפי האמת דבעי התרת חכם אבל המהרי"ט שם דקאי על דברת אביו המבי"ט ז"ל דבפתח ל"צ התרת חכם כלל ונעקר הנדר אף בלי שאלה וזהו עיקר קושייתי דאל"כ גם הוא אינו מקשה כלום והא גם על המהרי"ט קשה דהא מוקמינן אחזקה אבל קושייתו נכונה דהא ל"צ שאלה כלל מה"ת ולפ"ז שוב לא נשאר רק חזקת נדר לבד ועל חזקת הנדר שוב הוה חזקה שלא נתבררה בשעתה ודוק היטב כי הוא נכון מאד מאד ועיין בנב"י מהד"ת חאו"ח סי' ס"א בהג"ה שם

י והנה בי"א למב"י ה' קדושים תרט"ז הגיעני מק"ק יאבריב שו"ת מהרבני המופלג מוה' יוסף באמבאך נכד בעהמ"ח ס' מנחת יהודה ז"ל מפה לבוב במ"ש בחיבורי יד שאול סי' ר"ח ס"ק ד' דלענין נדרים מצי חייל דל"ש דהוה נשבע לבטל את המצוה דנדרים חלין על ד"מ וע"ז הקשה דגם נדרים לא חלין על ביטול מצות ל"ת ומה שמסכן בעצמו הוא מצות ל"ת ולק"מ דדוקא במבטל בידים ל"ת לא מצי חל אבל כאן בשב וא"ת יש כח ביד נדר לבטל הל"ת (ואף דגם בנשבע לקיים הל"ת לא חל היינו משום דליתא בהן אבל אם גם בהן הוא בשב וא"ת ודאי חל) והנה לכאורה קשה לי על גוף דברי הר"ן שכתב דלכך בנשבע שלא יטעום ז' ימים דלא חל משום דהו"ל נשבע לבטל את המצוה וקשה הא

בכולל חייל ואם נימא דבשב וא"ת חייל נמי גם על הל"ת כמ"ש הש"ך סי' רל"ו ס"ק ט"ו א"כ גם כאן הוא בשב וא"ת וצ"ל דכיון דהימים נפרדים א"כ בזמן שיסתכן עד"מ ביום הז' לא יהיה עוד על מה לחול דהימים הראשונים יפלו וא"כ לא שייך כולל כמ"ש הרדב"ז הובא בשעה"מ פי"ז מא"ב על דברת הכ"מ פ"ד משבועות וה"ה כאן. ובזה מיושב גם כן גוף המאמר בש"ס בשבועה שלא אישן ג' ימים דלא חל בכולל איברא דהדבר תמוה דאם כן איך חל לא אחרוש בין בחול בין ביו"ט והא ל"ש כולל דבשבת ויו"ט ליכא להימים הראשוני' וכבר הקשה כן בא"מ ח"ב בשו"ת שם סי' ט"ו וצ"ל דשם משכחת לה שעכ"פ יחרוש ביו"ט לבדו ובחול לבדו וילקה שתי פעמים אבל בנשבע שלא יאכלנה דכלה משמע כל שיאכלנה כלה לא ילקה רק פ"א כמ"ש בא"מ שם ולפ"ז ה"ה כאן שנשבע שלא יישן ג' ימים רצופים או שלא יאכל ז' ימים רצופים כל שאוכל או ישן פ"א נתבטל השבועה ולא ילקה עוד ולכך כיון שלא שייך מיגו בעת שהוא זמן האיסור לא שייך מוסיף וז"ב כשמש ולפ"ז זהו בשבועה דצריך להיות ע"י כולל אבל בנדר הא עד שיסכן חל הנדר אף דבזמן הסכנה לא חל שוב חל בכולל ואף דאין נדר חל על ד"מ בביטול ל"ת היינו כשכל הנדר הוא ביטול ל"ת אבל כל שיש חלות להנדר עד שיסתכן א"כ מקרי חלות וחל אף על ביטול מצות ל"ת כנלפענ"ד דבר חדש

יא והנה בש"ק דברים ד' אב שנת תרי"ז הגיעני תשובה מהרב מוה' אבא איסרלס ני' אבד"ק זבאריב אודות השוחטים דשם שנתאספו רבים וכן שלימים דשם וגם הוא הי' במנין והסכימו לגזור על השוחטים שיקבלו עליהם בנדר עד"ר שלא יעשו שום מו"מ ובפרט בקניות עורות בהמות גסות ודקות הנשחט ברשותם והסיבה המעוררת לזה למען עשות גדר וסייג שיהי' עושים השחזת הסכין והבדיקה בלב פנוי ודעה צלולה וגם לא יבטלו מת"ת ע"י טרדת הלב והם חתמו עצמם וקיימו וקבלו עליהם שיהיו בטלים ממסחר העורות הנ"ל וכעת טוענים השוחטים כי פרנסתם דחוקה מאד ופרס השחיטה אינו מספיק להם ומתחרטים ע"ז ורבים מהעדה שיסכימו שישאלו על נדרם בפתח וחרטה וקצת מוחים והנה העידו לפניו שבעת קבלתם עליהם זאת דברו אנשים על לב השוחטים שיקבלו עליהם והבטיחו שאם לא יספיק להם הדמי שחיטה שיוסיפו הקהל על דמי השחיטה וטוענים השוחטים שע"ד זה חתמו ושימלאו להם די סיפוק שיגיע לשלשה עשר ר"כ כל שבוע ואינו מגיע ע"כ אינם רוצים לקיים הנדר וגם טענו שאחר שקבלו שגם באי כחם לא יעשו מסחר ומתוך הדחק כבר עברו ע"ז וב"ב סחרו בזה וא"כ כבר עברו ע"ז והרי נאסר להם לשחוט ושוב מהראוי שיתירו להם בני העיר והאריך מעלתו בכחא דהיתירא. והנה לפענ"ד אף אם נימא דלדבר מצוה מתירין הרבים כאן גרע

טפי שהרי כל הטעם דלדבר מצוה מתירין לדעת הפוסקים הוא מפני שרבים יסכימו ע"ז וניחא להם שיתירו כדי לקיים המצוה וזה דוקא במקום שהנדר גופא הוא נגד המצוה כמו גבי מקרי דרדקי שרבים בודאי מסכימים שיתירו לו אבל כאן גוף הנדר אין לך דבר מצוה גדול מזה ואני יודע שכבר היה אחד מהשוחטים הלז ב"ק קנעניטש והי' צעקה גדולה שע"י המסחר שכח תלמידו ומתרשל במלאכתו ורק שלא יספיק להם לפרנסה אם כן ישלימו הקהל אם הבטיחו להם אבל מה דבר מצוה יש בהתרת הנדר ואדרבא לדעתי מה שמקצת מהקהל רוצים להתיר הם נוגעים כדי שלא יצטרכו להוסיף על דמי השחיטה ומקרו נוגעים ומה שמדמה מעלתו לאשה ועבד שא"י הבעל לומר צאי מע"י במזונותיך אם אינו מספיק הנה באמת אין דמיון לזה כמ"ש מעלתו בעצמו דהקהל יוכלו לחזור בכל יום דהוה שכר פעולה מה גם דאטו נקצב שיהיה להם כך וכך ואטו זה לא מקרי פרנסה ואף שלפי צרכי ביתם אינו מספיק כ"כ מ"מ אינו בגדר טלי מע"י במזונותיך וז"פ וברור. ומ"ש שכבר עברו על החרם הנה מלבד דאין להאמין להם ע"ז דלא משוו נפשייהו רשיעי וכמ"ש מעלתו דאף אם נימא דמתכוונים לעשות תשובה וכמ"ש התוס' בב"מ דף ג' (ועיין במהרלב"ח) מ"מ כיון דהא גופא לא נמצא ברשב"א כמ"ש מעלתו וכבר כתבתי בחבורי יד שאול בסי' ר"ח ביד יוסף שם ס"ק י"א דבשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן כ"ג מבואר בהדיא דוקא שלא נדרו עד"ר אבל כל שנדרו עד"ר לא מועיל התרה אף שכבר עברו וע"כ ברור לפענ"ד דאין להם התרה

יב והנה בשנת תרח"י הגיע לי שו"ת מק' בוטשאטש מהרב מוה' ישראל ליב בהגאון המנוח אבד"ק שם ומהרב מוה' צדוק רייך והחריף מוה' זאב פארילע שמבקשים בעד מוה' מאיר שקבל על עצמו בח"ח ושד"א שאסור לו לשחוט בבוטשאטש ובסביבות בלתי רשות שני שוחטים היינו גיסו מוה' איצק ור' אנטשיל שו"ב דשם וכעת טוען שבעת שהחתים הכתב הנ"ל שקיבל עליו השו"ב ר' מאיר הנ"ל לבלתי מלא ידו לזבוח אז ראה בר"מ שאין דעתו נוחה בזה א"ל השו"ב והבטיח לו שבאם ירצו בני העיר להניח לו לשחוט במקום השו"ב השלישי אז לא יהיה לשטן לו וע"כ טוען שע"ז חתם הכתב אף בלי קרוא אותו וע"ז האריך מוה' זאב פארילע שיש להתיר לו. והנה כל דבריו אין בו ממש דמ"ש מהך דסי' רל"ב דנאמן אדם לומר דע"ת הוא נשבע הנה הוא בעצמו הרגיש דבעי שיוציא בשפתיו וכמ"ש הש"ך שם בשם הכ"מ ספ"ב משבועות וכוונתו להלכה יו"ד שם ואני הראיתי דבלא"ה זה טעות דזה דוקא אם אינו נוגע לאחרים אבל מה שנוגע לאחרים פשיטא דאינו נאמן לומר שהיה ע"ת וזה ברור ופשוט ועיין בהלכה ט"ו שם.

יג וגם בלא"ה הלא זה הוה פטומי מילי דהוא היה לו להתנות ואף אם נימא דבתחלת הנדר מועיל כמו בתחלת המקח כמבואר בחו"מ סימן ר"ז היינו כשאח"כ הלה מחזיר ואומר ע"ת זה אבל כאן זה לא החזיר וגם זה לא אמר בתנאי גמור רק הבטיחו בדבר שפתים פשיטא דא"י לומר ע"ת זה חתם וז"ב ופשוט וא"צ אריכות. גם מה שהאריך דשבועה בכתב לא מועיל הנה זה מחלוקת ישינה ומאן ספין ומאן רקיע. ומ"ש דכיון דכתיב לבטא בשפתים ושפתים הוא יותר מהפה לכך לא מועיל כתב. הנה באמת אח"כ כתיב לכל אשר יבטא ולא כתיב בשפתים ולדבריו הי' מועיל הכתב ולמה אמרו בשבועות שם ת"ל לכל אשר יבטא ע"ש והא מאשר יבטא היה מועיל כתב. וגם מ"ש דכל שכתב אחר והוא חתם בודאי אינו מועיל כמ"ש הנוב"י. הנה באמת אני תמה דהדבר מבואר במקרא מפורש בנחמי' סי' יו"ד ובכל זאת אנחנו כורתים אמנה וכותבים ועל החתום שרינו לוינו כהנינו ועל החתומים נחמי' התרשתא הנה מבואר שלא כלם קבלו האמנה רק שחתמו עצמם על ספר הקבלה וע"ש ברש"י ובמצודות הנה מבואר שם דסגי בזה דדוחק לומר שכלם קבלו עליהם בתחלה ואח"כ כתבו וחתמו דזה אינו מבואר במקרא כלל ודו"ק היטב

יד והנה בכ"ד סיון הגיעני מהחריף מוה' דוב בעריש פרידמאן מילידי קורלאנד וכעת בב"ד מה שנשאל ב"ק ליטין נשבע שוחט אחד ואחז ס"ת בזרוע ואמר בזה"ל וויא עס איז אמת דיא ס"ת אזוי איז אמת איך טיא אנדר עד"ר שלא אהי' שוחט בליטין ועתה הוא שוחט כמקדם ורבים שאינם רוצים להתיר לו והוא יכול להיות שוחט בעיר אחרת וע"ז האריך מעלתו דזה הוה נדר עד"ר כיון שעמד בפני רבים בבהכ"ס ולא שייך ההיתירים המוזכרים בש"ע צורך מצוה ליכא כיון דאיכא אחר מפני קטטות ומריבות לא שייך דאם יתירו לו יהי' קטטות ומריבות מצד האחר שאינם רוצים בו וצורך פרנסה לא שייך דיכול להיות שו"ב בעיר אחרת ויפה כתב.

טו ואף דראייתו מתוס' ב"מ ר"פ האומנין דכתבו כיון דיכול להשתכר במקום אחר ל"ח אפסדי' הרי דכל שיכול להשתכר במקום אחר ל"ש אפסדי' ובאמת זה אינו ראיה דשם ל"ש דיני דגרמי בזה דעכ"פ אינו רק גרמא דלא ברי היזיקא אבל לעולם אפשר דמקרי פסידא וגם לפמ"ש הקצה"ח סי' של"ג דמטעם שבת באדם קאתינן עלה א"כ כל דיש לו להשיג במקום אחר לא שייך שבת אבל גוף הדבר בעצמותו נכונה:

סימן יג

א שלום וכ"ט לכבוד החריף מוה' משה אהרן גארפיין נ"י.

ב מכתבו הגיעני ערב ש"ק העבר ותמהני למה יטריח עלי וקשה עלי העיון על דבריו. והנה על קושית האלו הנה מה שהקשה על תוס' חולין ס"ד ד"ה שאם רקמה ואכלה שכתבו דלכך הוצרך קרא דבת היענה דה"א כיון דביצה טהורה כאבר מן החי ואפ"ה שרי ולכך גם בטמאה תשתרי ולכך צריך קרא וע"ז הקשה לר"מ דס"ל דאין אבמה"ח נוהג בטמאה א"כ ל"ל קרא דבת היענה דל"ש לומר דהוא אבמה"ח דבטמאה ליכא אבמה"ח ותמהני אדרבא לר"מ דס"ל דאין אבר מן החי נוהג כלל בטמאה א"כ אדרבא ה"א דודאי מותר דכמו דבטהורה הוא אבמה"ח אפ"ה שרי מכש"כ בבהמה טמאה דאבמה"ח גופא אינו נוהג דהביצה תשתרי וז"פ. מה שהקשה בחולין דף פ"ו ברש"י ד"ה מה ארי' רוב שכתבו שבהמה זו בחזקת איסור אמה"ח עומדת וע"ז הקשה דהרי בכיסוי מיירי שהוא חי' ועוף ולר"מ אינו נוהג בחי' ועוף כלל ותמהני דעכ"פ לענין אותו ואת בנו קשה הא בבהמה הוי אמה"ח וגם לענין כיסוי משכחת לה בצבי' הבאה על התישה ושה אפי' מקצת שה כדאמרו בדף פ' ובחיה ועוף וחי' יש עכ"פ איסור עשה שאינו זבוח ואף דרש"י פירוש בכ"מ חזקת אבמה"ח היינו בבהמה דאיסור אבמה"ח חמור אבל בעוף יש חזקת איסור עשה שאינו זבוח דברי הדו"ש באהבה:

סימן יד

א להה"ה הרב המופלג מוה' משה אהרן גארפיין נ"י.

ב מכתבו הגיעני סמוך לל"ל ש"ק והנה מה שהקשה על הר"ן יפה הקשה ויעיין בפר"מ יו"ד בסימן א' ס"ק ל"ט שכתב מהך דכתובות מוכח כן ומהתימה שלא הרגיש בדברי הר"ן והארכתי בזה במקום אחר ואכ"מ ז"ז מ"ש לפלפל אין העת מסכים להשיב על דברי':

סימן טו

א להשנון מוה' משה אהרן גארפיין נ"י.

ב קושיתו הראשונה יעיין בקצוה"ח סימן ע"ג שמביא דברי כנה"ג ומה שכתב שם שחזה התנופה סותר למה שכתב הרא"ש הנה הכנה"ג והקצוה"ח במח"כ לא ידעו שהחזה התנופה הוא מלוקט מתשובת הרא"ש כנודע. קושיתו השני' לפע"ד כוונת הרמב"ם דהוא איסור בב"א ומה שהקשה השעה"מ דאיך חל נזיר על הכהן י"ל דמיירי שבבואו לשנת י"ג בו ביום הזיר וחל בב"א ויו"ט על שבועות הוא כמ"ש השעה"מ בעצמו קושיתו השלישית באמת רש"י כמה פעמים חזר בו בזה הענין:

סימן טז

א להחריף כמר משה אהרן גארפיין נ"י.

ב מכתבו הגיעני היום והנה קושיתו הראשונה מבואר בספר מי באר ששאל זאת לדו"ז הגאון בעל ישועות יעקב והוא השיב לו דבכה"ג שמבטלו ואכלו בכה"ג ל"ח קיום מצות פסח ואינו לפני. קושיתו השני' לא ידעתי כל הקדמונים חשבו כן דיש פלוגתא בזה אף דלפי המסקנא י"ל דכ"ע ס"ל תרי ותרי דרבנן וע' ר"ש פ"ה דטהרות משנה ט' בסופו כתב בזה"ל ובפ' ד"א משמע לכל הפחות תרי ותרי ספיקא דרבנן משמע דאיכא מ"ד דהוה דאורייתא ולרב הטרדא דבריי מועטים ועיין בשו"ת אא"ז רמ"א סי' י"ב ובכמה מקומות:

סימן יז

א לחכם אחד.

ב אשר הקשית על דברת התוס' בשבת דף קכ"א ד"ה ש"מ שכתבו דבקטן שהגיע לחינוך כיון שחייב לחנכו מכ"ש שמצוה להפרישו מאיסור וע"ז הקשית מהא דאמרו בנדה דף מ"ו אי דרבנן דרבנן אי דאורייתא קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו והא שם הוה מופלא הסמוך לאיש ובודאי חייבת בחינוך ומצווין להפרישה. הנה יפה שאלת. ומה שרצית לומר דדוקא אם מחוייב להפריש דהוא מצווה לחנוך משא"כ הב"ד ושם מיירי ביתומה שאין לה אב. הנה אכתי קשה אם נימא דגם אמו מצווה לחנך ועיין מג"א סי' שמ"ג ומ"ש בגליון שם דגם אמו מחוייבת לחנך דלא כמ"א א"כ יקשה. אך בפשיטות יש לומר דלפמ"ש המ"א שם דאין מחוייב לחנך בתו אם כן ביתומה שם גם אם אין מצוה לחנכה ואינו מצווה להפרישה ובלא"ה יש לומר דכיון דבאמת הבעל מיפר לה רק שאינו מועיל משום דנשואין דרבנן א"כ עכ"פ חינוך לא שייך דאדרבא הוא רוצה להפר ואינה מצוה שתדור וגם כל היכא דגדול אינו מחוייב לא שייך בקטן חינוך כדאמרו בחגיגה דף ו' וכאן אם היתה גדולה היה מועיל הפרתו א"כ גם בקטנתה מועיל הפרתו מצד דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו דלא שייך חינוך בכאן כנלפענ"ד ובגוף דברי התוס' הנ"ל כן נראה ג"כ מדברי התוס' בר"ה דף ל"ג ד"ה תנ"ה ע"ש שכתבו דבקטן שהגיע לחינוך דאין מחוייב להפרישו דאי לא שבת הי' מצוה בשופר ות"ל דקטן אוכל נבילות הוא וע"כ דכל שהגיע לחינוך מצווין להפרישו ורק משום דיש מצוה א"כ אדרבא מצד החינוך היה ראוי לחנכו לכך אין מצווין להפרישו וז"ב ויש להאריך שם בזה ואכ"מ. שוב ראיתי בחידושי רשב"א ביבמות דף קי"ד שהסכים ג"כ לשיטת התוס' הנ"ל והקשה ג"כ מהך דנדה הנ"ל ע"ש שנדחק והנראה לפענ"ד כתבתי. והנה בהא דאמרו בעלה מיפר לה ממנ"פ אי דרבנן דרבנן הוא אי דאורייתא קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו הדבר צריך ביאור דמה זה הלשון אומרת דמיפר לה ממנ"פ דל"ל הך ממנ"פ לימא דקטן אוכל נבילות הוא דזה הוה כספי ליה בידים דאומר לה טלי ואכלי וכתבתי

במק"א ובחידושי למס' נדה הארכתי דאם נימא דמדאורייתא ואין מועיל בהפרתו כלום לא הוה כספי לי' בידים דהא לא עביד מידי שלא הועיל כלל ועיין מלמ"ל פי"ז ממ"א. ולפ"ז אני אומר דבר נחמד בביאור הסוגיא דבאמת צריך ביאור אמאי לא משני תיכף כל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת כדמסיק לבסוף וצ"ל דלא מסתבר לי' להש"ס דאם נשואין דרבנן והנדר דאורייתא שיהיה מועיל להפר דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת דהא מדאורייתא לאו אשתו היא ואיך שייך דנדרה ע"ד ולפי זה אני אומר אם נימא דהדבר ספק אם היא מדאורייתא דמופלא סמוך לאיש דאורייתא או דאינו רק דרבנן ואם כן עכ"פ היא לא נדרה ע"ד דדלמא הוה נדרה דאורייתא ולא יוכל להפר ועיין תוס' ד"ה כדרב פנחס שהקשו באמת כיון דאינו רק נשואין דרבנן ולא אמרה תורה שיפר ומ"ש דהיא סבורה שבידו להפר כמו שאר נשים ונודרת ע"ד בעלה באמת לפענ"ד הדבר תלוי במה שנסתפק המהרי"ט בראשונות סימן ד' אם הא דנודרת ע"ד בעלה נודרת אם היא גזירת הכתוב דיכול להפר או דהטעם היא באמת מה שיכול להפר משום שעל דעתו נודרת ע"ש שוב ראיתי במהרי"ט שהביא דברי התוס' הנ"ל ע"ש ולפי זה עכ"פ אם הדבר ספק אם היא דאורייתא ולהס"ד דבדאורייתא א"י להפר אם כן גם באם היא ספק עכ"פ לא נדרה על דעתו שוב יקשה גם אם הוא דרבנן אמאי יכול להפר הא לא נדרה על דעתו וצ"ל כיון דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו שוב מה אכפת לן בהפרתו.

ג ומעתה זה דקאמר הש"ס דמיפר לה ממנ"פ דאם דרבנן הוא פשיטא דיכול להפר ואף אם דאורייתא ולא נדרה על דעתו עכ"פ קטן אוכל נבילות הוא ואין ב"ד מצוין להפרישו ואם כן ממנ"פ יוכל להפר. אך לפי זה עדיין יקשה דאיך מיפר לה דהא לספות בידים אסור וניהו דאם דאורייתא היא לא אכפת לן בהפרתו מכל מקום דלמא באמת דרבנן היא ויכול באמת להפר ורק דאולי לא נדרה ע"ד דסברה דהיא דאורייתא אבל עכ"פ הוא ספי לה בידים שהוא ס"ל דיכול להפר וספי לה בידים וצ"ל דמכאן ראיה ברורה דבאיסור דרבנן מותר לספות בידים וא"כ ממנ"פ מותר להפר דאם דאורייתא לא אכפת לן ואם דרבנן היא שוב הוה קטן אוכל נבלות ומותר לספות בידים דאף דלא נדרה ע"ד מ"מ מה איכפת לן בהפרתו וז"ב

ד ובזה מיושבין היטב דברי הר"ן באלפסי ריש יומא שכתב להוכיח מסוגיא הלז דבדרבנן מותר לספות בידים מהא דאמרו אי דרבנן דרבנן ותמהו האחרונים דמה ראיה הוא מזה דאם נימא דהוא דרבנן שוב יכול להפר כדאמר אי דרבנן דרבנן ולפמ"ש אתי שפיר דעדן יקשה דהא לא נדרה על דעתו עכ"פ והוא ספי לה בידים וע"כ דבדרבנן לא אכפת לן. ובזה מיושב היטב מה דקאמר הש"ס כדר"פ דאמר כל הנודרת והקשו בתוס' דאמאי

לא קאמר אלא. ולפמ"ש אתי שפיר דגם בהס"ד הוה ידעינן מהא דכל הנודרת רק דהוה ס"ד דבדאורייתא לא מועיל כקושית התוס' דהתורה לא אמרה שיפר דהוה ס"ד דמש"ה נודרת על דעתו משום דהתורה אמרה שיוכל להפר וע"ז משני דאדרבא מש"ה אמרה תורה שיפר הואיל ונדרה ע"ד בעלה וא"כ גם זו נודרת ע"ד בעלה ויוכל להפר וכמ"ש התוס' ודו"ק היטב.

ה ובחידושי אמרתי בזה דבר נפלא דהנה לכאורה קשה מ"פ הש"ס אי דרבנן דרבנן והא אכתי קשה היאך יפר לה דדלמא תמאן אח"כ ולא יהיה אישה ושוב למפרע אכלה באיסור דל"מ הפרתו וכבר נתקשה בזה בשו"ת נטע שעשועים ע"ש שהאריך בזה ואני הוספתי בזה דברים לפמ"ש אא"ז הב"ח ז"ל ביו"ד סי' רל"ז והובא בש"ך שם ס"ק ד' כל דהיא בעמוד והוצא לא מהני הפרתו אף דאינו רק איסור דרבנן א"כ מה התם שהיא מחוסר מעשה אפ"ה אמרינן דכל שהוא בעמוד והוצא לא יוכל להפר מכ"ש היכא דבידה למאן ואינה מחוסרת מעשה למה לא ניחוש לזה ואף דשם היא אסורה עליו מדרבנן מכל מקום עכ"פ למה לא ניחוש שתמאן ועיין בכתובות דף י"א דף מ"ה. אך נראה בזה דל"ח שתקלקל עצמה וכבר כתב הר"ן בנדרים דף פ"ה דלכך אם קדשה ע"מ שאין עליה נדרים ונמצא עליה נדרים אינה מקודשת אף דתוכל לשאול על נדרה מכל מקום לא חיישינן שתשאל ע"ז דלא תקלקל עצמה א"כ ה"ה כאן כל שהיפר לה לא תקלקל עצמה וז"ב ודו"ק. אך עדיין קשה דאכתי ניחוש שמא תמאן וא"ל דלא תקלקל עצמה דזה אינו כיון דהיא קטנה ואינה עושית איסור א"כ מה איכפת לה ואכתי ניחוש שמא תמאן אך זה אינו דא"כ כיון דאין לה איסור מה אכפת לן במה שיפר ואם תמאן ג"כ לא תעשה איסור וא"כ שוב אין הב"ד מצווין להפריש דכעת באמת מיפר בטוב ואם תמאן ג"כ לא תעשה איסור. אך לפ"ז עדיין יקשה דלמא תמאן וא"ל דלא אכפת לן דאכתי הוא עושה איסור במה שמיפר בידים ודלמא תמאן אח"כ והיא לא תעשה איסור ושפיר חיישינן דלמא תקלקל אותו. ומזה הוכיח הר"ן דבאיסור דרבנן מותר לספות לה בידים וא"כ מה אכפת לן במה שמיפר ולזה אמר דמיפר לה ממנ"פ היינו אם לא תמאן ודאי מועיל ואם תמאן הא אף בדאורייתא קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו ומכ"ש בדרבנן. ובזה מיושב היטב קושית התוס' לר"ה דאמר שהיא עצמה לוקה מה מועיל מה שאין ב"ד מצווין להפרישו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך ביאור דאף בדאורייתא למה לא יוכל להפר והא כל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת וצ"ל דאם דאורייתא היא שוב חיישינן שמא תמאן אח"כ ולא מועיל הפרתו ול"ש דנדרה ע"ד בעלה דתורה לא אמרה שיפר וכמ"ש התוס' וא"ל דל"ח שתקלקל עצמה דהא על זה אין איסור דקטנה היא וכמ"ש

והוא אסור לספות בידים באיסור תורה ולפ"ז אם היא בעצמה לוקה דלענין נדר מצוה מופלא סמוך לאיש לר"ה א"כ שוב לא חיישינן שמא תמאן דמסתמא לא תקלקל עצמה דלא תעשה איסור ודו"ק. ובזה מיושב גם קושייתם השניה דהא ר"י אמר דקטן אוכל נבילות ב"ד מצוין עליו להפרישו ולפמ"ש א"ש דע"כ לא ס"ל לר"י רק היכא שהיא נבלה גמורה אבל כאן כעת בידו להפר דיוכל להפר דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת רק דכיון דיכולה למאן חיישינן שמא יהי' איסור למפרע ובכה"ג פשיטא דאין הב"ד מצווין להפרישו כל דליכא כעת איסור ברור לפנינו ודו"ק היטב כי חריף הוא ונחמד ונעים

1 והנה לכאורה קשה לי לפמ"ש בחידושי לרמב"ם פכ"ד משבת הי"א וז"ל עיין הה"מ וכ"מ ובב"י סי' שי"ג ובט"ז שם ולפענ"ד נראה דע"כ לא אמרינן דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו רק בנבלות וכדומה דעיקר האיסור עושה הקטן ואינו נהנה מאיסור רק הקטן והו"ל זה נהנה ואביו מה לו בזה אבל בקטן העושה מלאכה בשבת דיכול להגיע הנאה לאביו בזה ועכ"פ חפציו נעשין לו בשבת ואסור ובזה דוקא באיסורי דרבנן אין ב"ד מצווין להפרישו אבל באיסורי דאורייתא כיון דמלאכת אביו נעשה בשבת אסור וכעין דאמרו בשבת דף קכ"א בקטן העושה ע"ד אביו ועיין ברש"י שם וביבמות דף קי"ד ובב"י סי' של"ד ע"ש שהאריך והרי הקטן אית לית מחשבה כל שמחשבתו ניכר מתוך מעשיו כמ"ש רש"י ותוס' בחולין דף י"ב ואף לשיטת רש"י דאין לו מחשבה מכל מקום עכ"פ כיון דעושה ע"ד אביו הו"ל כא"ל בהדיא וכמ"ש רש"י בשבת דף קכ"א שם ובכה"ג ודאי אסור ע"ש שהארכתי בזה ולפ"ז כאן דאמרינן שמיפר לה וא"כ ל"מ אם הוה מנדרים שבינו לבינה דודאי מגיע לו לבעל הנאה בהפרתו וא"כ פשיטא דבכה"ג ב"ד מצווין להפרישו ואף בנדרי עינוי נפש ניחא ליה לבעל בזה שלא תתענה עינוי נפש דמה"ט יכול להפר והיאך שייך בזה דקטן אוכל נבילות הוא והיא קושיא נפלאה וצ"ל דמה"ט דקדק הש"ס דמיפר לה ממנ"פ והיינו דכיון דמסופקין אם אולי אינו רק מדרבנן עכ"פ לא הוה כעושה ע"ד דדלמא אינו רק דרבנן ויכול להפר לה דדרבנן יכול להפר בשביל נשואין דרבנן וא"כ שפיר קאמרו דמיפר לה ממנ"פ ודו"ק. ומדי דברי בסוגיא שם זכור אזכור מה דקשה לי טובא בסוף הסוגיא שם דאשכחו לרבנן דבי רב דיתבי וקאמרו אפילו למ"ד תרומה בזמן הזה דרבנן חלה דאורייתא שהרי שבע שכבשו ושבע שחלקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו במעשר וכן הוא בכתובות דף כ"ה ולכאורה זה ראיה דחלה יש לה מעלה טפי ממעשר שהרי קדמה בחיובא ולכאורה מה ראיה דהא באמת התוס' הקשו בר"ה דף י"ג בהא דאמרו קצירך ולא קציר נכרי והקשו הא ירושה להם מאבותיהם וכתבו דמכל מקום יש להם במה שזרע ע"ש ולפ"ז בשלמא במעשר דבעינן תבואת זרעך

א"כ כיון דיש לו להגוי במה שזרע שוב לא מקרי תבואת זרעך והוה כמו לקוח דפטור מתרומה ומעשר אבל בחלה דקי"ל בפ"א דחלה דגוי שנתן מתנה לישראל עד שלא גלגל חייבת בחלה וכיון דירושה להם מאבותיהם שוב מהראוי שיתחייבו בחלה דהא שלהם הי' ושוב ראיתי שכן הוא בהדיא בירושלמי פ"ב דחלה על המשנה דפירות ח"ל שנכנסו לארץ דר"ע מחייב ואמרו דהשיב ר"ע את ר"א דאי אתה מודה לי בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו בציקות וקמחין שהן חייבין בחלה ולאו גידולי פטור נינהו ואר"י תמהני איך ר"ע מותיב את ר"א תמן עד שלא נכנסו לה למפרע ירשו דאמר ר"ה בשם רשב"ן לזרעך אתן אין כתיב אלא לזרעך נתתי כבר נתתי הרי מבואר בהדיא כמ"ש וא"ה צ"ע על הש"ס ועיין בפרשת דרכים בדרך הקדש דרוש תשיעי שהביא הירושלמי הלז וביאר דל"ש בחלה דיש לגוי במה שזרע וכמ"ש וצ"ע. ובלא"ה קשה לפי מה דאמרו בחולין דף י"ז דבשלל דידן אסור בשבע שכבשו ורק שלל דידהו מותר אף קדלי דחזירי ולפ"ז בשלמא חלה הוה שלל דידן דהתורה זכתה להם ארץ בירושה משא"כ במעשר דיש לגוי במה שזרע א"כ הוה שלל דידהו ומותר וצע"ג. שוב ראיתי דקושיא הראשונת יש ליישב דגם במעשר ותרומה כל שלקח מהעכו"ם קודם שנתמרח חייב במעשר ותרומה ועיין ב"מ דף פ"ח דלשיטת ריב"ם ולשיטת ר"ת בלוקח מן העכו"ם קודם שנתמרח פשיטא דחייב ודגנך קרינן ביה ומכ"ש בזה שזכו ישראל בירושה ניהו דיש להעכו"ם במה שזרע מכל מקום כיון דמרחו הישראל חייב ועיין רמב"ם פ"א מתרומות ובכ"מ באורך ובאמת שיטת הרמב"ם בפ"ב ממעשר דגם בלוקח מיד ישראל קודם שמרחו דחייב הישראל הלוקח וכשיטת ר"ת אבל הראב"ד חולק בזה ע"ש אבל מיד העכו"ם כ"ע מודו דחייב הישראל וכמ"ש הריב"ם שם ועיין שו"ת הרשב"א ח"א סי' שס"א ועכ"פ הי' לו להתחייב גם במעשר ואפ"ה פטרה התורה וע"כ דחלה יש להקדימה מיהו הקושיא השניה קשה דעכ"פ שלל דידהן מקרי כיון דיש לו במה שזרע ולכך פטור ממעשר משא"כ בחלה דעיקר תלוי בעת הגלגול ושלל דידן נינהו מיהו צ"ע לענין הפרשת תרומה ומעשרות אם שייך בזה להתיר משום שלל דידהו כיון דיש לו תקנה בתרומה בחטה אחת ובמעשר עכ"פ תקנה יש לו וצ"ע בזה

ז והנה מה ששאל מעלתו במ"ש בחידושי הרשב"א ביבמות דף קי"ז שם בסופו במ"ש לחלק דמ"ע מחויב לחנך אבל לא בל"ת ועל זה שאל דאכתי יקשה קושית הרשב"א במה דמשני בנדה כאן דהו"ל קטן אוכל נבילות והא כיון דנדרה הקטנה והו"ל מ"ע ול"ת ובמ"ע מחויב לחנך ואמאי תאכל נבילות לק"מ לפענ"ד דע"כ לא מחויב בחינוך רק במ"ע שהתורה הטילה עליו לעשות מחויבין לחנכו להקטן אבל נדר אטו מצוה לדור ואדרבא

מצוה לאתשולי ורק שאם נדר יש מ"ע לקיים מוצא שפתיו בכה"ג אינו מצוה לחנך כעין דאמרו בחגיגה דף וא"ו דכל היכא דהגדול מחויב מצוה לחנך את הקטן ע"ש ועיין בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קי"ח. והנה מעלתו רצה לחדש דבנדר קטן לא שייך מ"ע רק הל"ת בלבד וכדאמרו גבי מופלא סמוך לאיש דכל שישנו בהפלאה ישנו בבל יחל ובזה הקשה מהא דאמרו בנזיר דף נ"ז ע"ב דשמואל מוקי להא דקתני נזיר שהי' טמא בספק ומוחלט בספק באשה וקטן והקשה כיון דהיה קטן ואין כאן רק ל"ת בלבד אם כן אמאי לא אתי תגלחת דמצורע ודחי הל"ת דנזיר וגם אמאי ידחה בודאי דהא ביבמות אמרו בדף ד' הטעם משום דקיל דישנו בשאלה והרי הקטן כל שאביו הזירו ליתא בשאלה כמו שנסתפק המלמ"ל בפ"ב מנזיר והנה גוף דבריו לא נהירא גם מה שהרכיב דעשה דמצורע ידחה דאינו רק ל"ת לבד ל"ק דממ"נ אם מיירי בקטן גם העשה דמצורע אינו רק דרבנן ול"מ למדחי כ"כ ואף דאלמוהו חז"ל ועשהו כשל תורה מכל מקום כל שאינו דוחה בגדול פשיטא דגם בקטן אינו דוחה ויש לי עיון שם בנזיר דהא ר"ה ס"ל דהמקיף את הקטן חייב ואם כן מה מועיל שהי' קטן ולא נפניתי כעת ועיין תוס' ב"מ דף י' ושבועות דף ג' ואכ"מ. והנה לכאורה קשה לי בהא דאמרו אי דרבנן וכן הא דאמרו דאתי נישואין דרבנן ומבטלי נדרא דרבנן והא יש חשש בקטנה שמא תמצא איילונית ונתבטלו הקידושין למפרע בלא קבלה עליה לשיטת ר"ת או בודאי איילונית לשאר התירוצים שכתבו התוס' ריש יבמות ד"ה או שנמצאת איילונית ובכמה מקומות וא"כ לא תהיה אשתו למפרע ולא מועיל הפרתו וא"ל דהא אזלינן בתר רוב דאינם איילונית ור"מ היא דחייש למיעוטא ואנן לא קי"ל כן דז"א דהרי הר"ן בפרק אין צדין נסתפק בלוקח ביצים מן העכו"ם ביו"ט דלא אזלינן בתר רוב כיון דהוה דבר שיש לו מתירין וא"כ בנדרים דהו"ל דבר שיל"מ ה"ה דלא אזלינן בתר רובא וניחוש שמא איילונית היא ובשלמא באב מפר לבתו א"ל דדלמא לאו אביה הוא דהו"ל רוב שכבר הוחזק לכמה דברים וגם לפמ"ש הדרישה בסימן רל"ד דגם באב שייך כל הנודדת ע"ד אביה היא נודרת ואם כן ניהו דבנדרים לא אזלינן בתר רובא אבל כיון דעכ"פ הוא באמת אבי' לכל הדברים עפ"י הרוב ונדרה על דעתו אבל כאן להס"ד דלא ידעינן עדן מהא דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת וגם אם תמצא איילונית שוב לא יהי' בעלה ובזה ל"ש דאזלינן בתר רוב דבשלמא רוב דאביה הוא לעולם דנין עפ"י הרוב דלא יתברר הספק וכאן יש לחוש דיתברר הספק שמא לא יהי' בעלה דיתבטלו הקידושין ובנדרים לא אזלינן בתר רוב ואף לפמ"ש הר"ן שם דדוקא היכא דאתחזיק איסור הוא דלא אזלינן בתר רוב וכן החזיק אחריו המלמ"ל פ"ז ממעילה בה"ו ע"ש באורך מכל מקום כאן ג"כ אתחזיק איסור דהרי באמת נדרה

וא"כ כל דהוה דבר שיש לו מתירין שתוכל לשאול לחכם הו"ל דבר שיש לו מתירין ולא מועיל הפרת הבעל והיא קושיא גדולה ונפלאת. אמנם נראה דבאמת היא קטנה וקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו רק דהוא עושה איסור במה שמפר לה ואם היא נשואין דרבנן ספי לה בידים וא"כ לגבי דידיה לא הוה דבר שיש לו מתירין דהוא א"י לשאול על נדרה בלי רצונה ולא נחלקו רק אי בעל נעשה שליח לחרטת אשתו אבל כל שאנן מסופקים אם בעל הוא וא"י להפר פשיטא דאין בידו להתיר נדרי אשתו וא"כ שוב לא מקרי לגביה דבר שיל"מ כעין מ"ש הלח"מ פ"ה מנדרים הלכה ט"ז דלגבי הנאסר לא הוה דבר שיש לו מתירין ולגבי דידה שוב לא שייך דבר שיל"מ דלא אתחזיק איסורא דלא שייך חיובא לדרדקי וא"כ מיפר שפיר ממ"נ דאי דרבנן דרבנן דלא הוה דשיל"מ דלגבה ליכא איסור ולגבי דידיה לא שייך דשיל"מ כמ"ש הלח"מ וכמ"ש אף גם דאיסור דרבנן שרי למספי בידים וכמ"ש הרשב"א וא"כ שפיר מיפר ממ"נ ובזה אתי שפיר דברי הר"ן שהוכיח דבדרבנן שרי למספי בידים וכ"כ לעיל שהדבר תמוה ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. והנה בסוגיא ק"ל דלמה לא הקשה על רב הונא דס"ל מופלא סמוך לאיש לוקין על נדרו למה לא פריך מהך ברייתא דיתומה שנדרה וכמו דהקשה על הך מ"ד דס"ל מופלא סמוך לאיש דאורייתא וביותר יגדל התימה דלר"ה ל"ש התירוץ דמפר לה בעל וכמ"ש התוס' וא"כ למה לא מקשה על ר"ה וצ"ע. שבתי וראיתי דיש ליישב דבאמת יש לומר דהש"ס ידע דהיא קטנה אוכל נבלות ולא אכפת לן רק דעיקר הקושיא דהו"ל ספי בידים וס"ל דאף שאם נימא דאינו מועיל הפרתו לא יעשה הוא איסור מכל מקום מקרי ספי בידים דהיא חושבת שע"י הפרתו סגי ולפ"ז נראה לי ברור דזה תלוי באם הקדיש הוא ואכלו אחרים לוקה דאם נימא דאלים כ"כ הקדשה שאחרים ילקו על נדרה א"כ מקרי הוא ספי לה בידים אבל אם נימא דלא אלים כ"כ ורק היא לבדה נאסרת ותלקה אבל לא אחרים א"כ היא שהיא קטנה אוכלת נבלות ולא אכפת לן וא"כ ר"ה דלא ס"ל רק שהוא לוקה כל שיודע להפלות ושוב לא אכפת לן דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו אבל למ"ד דהקדיש הוא ואכלו אחרים לוקין שפיר מקשה דאחרים לוקין על ידה ואיך מצי להפר והא עושה איסור והוה כספי בידים וז"ב. איברא דצ"ב דמה משני הש"ס קטן אוכל נבילות הוא וצ"ל דלכך משני ממ"נ והיינו דבאמת מסופק הברייתא אי הוה דאורייתא ולא הוה כספי בידים וזה דקאמר דמיפר ממנ"פ. איברא דצריך ביאור דניהו דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו היינו באיסור דלא נהיג בקטן אבל נדרים דהתורה רבתה מופלא סמוך לאיש א"כ אפשר דמוזהרין עליו וצ"ל דמוזהרין שיקיים נדרו אבל אם מיפר הוה כאוכל נבילות ואין ב"ד מוזהרין עליו ודוק אמנם בגוף הסברא

שכתבתי דנחלקו ר"ה ור"י ור"ל אם לוקין אחרים או רק הוא לבד נראה לפענ"ד דהסברא בזה דבאמת ניהו דהוא מופלא סמוך לאיש ועפ"י רוב יביא שערות בהגיע לשנים ומה"ט לא חשיב התראת ספק אבל כיון דצריך להביא שערות מחוסר מעשה וסמכינן על חזקה דרבא א"כ נודע מ"ש הרמב"ן דחזקת פנוי' שלה לא מהני לזה וה"ה כאן כיון דהיא חזקה גריעא דבאמת אין החזקה על השתא רק על להבא ואנן לא מצינו חזקה על להבא ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' ג' בטעם של הר"מ מיוני בשמא יקדש וא"כ עכ"פ לא שייך החזקה רק להאיש הנודר לבדו אבל לא שאחרים ילקו על ידו וז"ב ודוק. שבתי וראיתי דמ"ש למעלה להקשות דכיון דמופלא סמוך לאיש דאורייתא א"כ לא שייך דב"ד אין מצוין להפרישו דהא עושה הקטן איסור תורה וגם הקטן שוה בזה לגדול באמת יש לומר דאה"נ רק דהש"ס מקשה למ"ד מופלא סמוך לאיש מדאורייתא ואם הקדיש הוא ואכלו אחרים לוקין אבל הוא אינו לוקה וא"כ הוא באמת אינו מוזהר והב"ד אין מוזהרין עליו אבל לר"ה באמת דס"ל דהוא לוקה דכל שיודע להפלות חל הנדר עליו ולוקה שוב מוזהרין עליו הב"ד להפרישו ואולי לזה כוונו התוס' שכתבו שלר"ה דס"ל הוא עצמו לוקה מה מועיל הפרתו והיינו דלדידי' גם הב"ד מוזהרין עליו ולכך ציינו על אין ב"ד מוזהרין עליו ודוק. והן נסתר מחמתו כל מ"ש למעלה ליישב לר"ה ועיין מלמ"ל פי"ג ממ"א הלכה כ"ג שביאר כן בהדיא דאף למ"ד מופלא הסמוך לאיש מן התורה היינו שילקו אחרים על ידו אבל הקטן אינו מוזהר ע"ז ובאמת שלפענ"ד הדבר צריך ביאור דממ"נ דאם מופלא סמוך לאיש היא מה"ת והיינו שלענין נדרים מועיל כאלו הי' גדול למה לא יהי' הוא בבל יחל ולא עוד שאחרים דלקו על ידו אף דספק הוא שמא לא יביא ב' שערות ואמרינן חזקה דרבא ומועיל חזקתו לגבי אחרים ולא מועיל לגבי עצמו אך נראה דהסברא היא דבאמת חל נדרו ואסור הדבר עליו רק דכיון דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו שוב לא עדיף האי חתיכה של נדר מאילו הי' חתיכת נבילה בעצמותו דאין ב"ד מוזהרין להפרישו ולא שייך לחייב הקטן ומכ"ש הך חתיכה שאינו אסור בעצמותו רק מחמת נדרו אבל אחרים שפיר לוקין על ידו דבאמת הנדר חל ועיין תוס' ד"ה אי. ולכאורה רציתי לומר בזה דבר חדש דהנה במה שאחרים לוקין על ידו ע"כ דחזקה דרבא שודאי יביא סימנים ומועיל חזקתו לאחרים. והנה כבר כתבתי למעלה בשם הרמב"ן דחזקת קרובות ל"מ לדידה איברא דלכאורה דבריו תמוהין דבכמה מקומות מצינו שחזקתו של זה מועיל לזה והרי מניחו בחזקת שהוא קיים ומקריבין על ידו והיא אוכלת בתרומה וכדומה הרי דחזקת חיים של זה מועיל לאשה ולכהן וכדומה וכבר הקשה כן השואל בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' ו' ונדחק בזה מאוד דחזקת

פנויה לאו חזקה גמורה היא ע"ש אבל לפענ"ד הרמב"ן ז"ל כוונה אחרת אתו ותקנו במתק שפתיו שכתב דאין חזקת קרובות שאינן באות לפנינו לדון לזה והיינו דכל היכא דאין אנו דנין כעת על הקרובות ואולי הקרובות א"צ לחזקה זו ועכ"פ אין אנו דנין עליהן לא שייך לקחת חזקתן על אחרות אבל כל דאנו דנין על חזקתו של זה פשיטא דממילא נמשך חזקתו של זה לזה וז"ב ופשוט לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד לפרש הא דאמרו בכתובות דף ע"ו רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך ופירשו התוס' דלא מהני חזקתה לגבי אביה והיינו שכעת אין אנו דנין עליה כלל שהיא ברשות אביה ועיקר אנו דנין אם מגיע הכתובה לאב וא"כ מה מועיל חזקתה לאביה דאפשר שא"צ כלל לחזקה זו ואינה חפצה בחזקה זו כלל וזה לדעתי מ"ש רש"י בקידושין דף ס"ו גבי אמו של ינאי דלא מועיל חזקת אמו לינאי וכתב הטעם דה"מ אם היתה היא לפנינו והיתה באה לב"ד להתירה שפיר מועיל חזקת כשרות של האם להכשיר בנה זה הנדון לפנינו אבל זה אין לו חזקה דכשרות שהרי מעידים על תחלת לידתו בפסול והקשו בתוס' דמכל מקום תהני לי' חזקה דאמי' שלדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דכל שאין אנו דנין על אמה ואמה כבר מתה ואולי לא היתה חפצה כלל בחזקה זו והיתה אומרת שנבעלה לפסול לה אם כן לא מועיל חזקת האם לולד משא"כ שם שאנו דנין על האם ממילא נמשך חזקת האם לולד וז"ב לפענ"ד ולדעתי הוא ענין חדש. עכ"פ דברי הרמב"ן ודאי הוא כן דכל שאין אנו דנין על החזקת קרובות שאינן באות לפנינו לדון ל"מ חזקתם לזאת ומעתה נראה לפענ"ד דאם נימא דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו אם כן אין לנו לדון על הקטן אם יביא ב' שערות או לא אפשר שלא יועיל גם לאחרים אבל מכל מקום מופלא סמוך לאיש מה"ת ולוקין היינו משום דס"ל קטן אוכל נבילות ב"ד מצוין עליו להפרישו וא"כ אנו צריכין לדון גם על הקטן אם נפרשהו מאיסור וא"כ שוב שפיר לוקין אחרים על ידו ובאמת הוא אינו לוקה רק שעכ"פ ב"ד מוזהרין עליו להפרישו ובזה נלפענ"ד הא דקאמר הש"ס לעיל אי מופלא סמוך לאיש דאורייתא מלקי נמי ללקי ואי מופלא סמוך לאיש דרבנן איסורא נמי ליכא ומשני לאותן המוזהרין עליו וע"ז קאמר ש"מ קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו ופירש"י לאותן המוזהרין עליו וצ"ב דא"כ האיך מוטל על הב"ד להפרישו דהא באיסור דרבנן לכ"ע אין ב"ד מצווין להפרישו וכבר הקשה כן הרשב"א והמלמ"ל פי"ז ממ"א שם האריך בזה ולפמ"ש י"ל דכל הטעם דמופלא סמוך לאיש מדרבנן משום דמדאורייתא לא מועיל חזקתו של זה לזה ולכך אין אחרים לוקין על ידו וכמ"ש ולפ"ז ע"כ דס"ל כעת דאף בדרבנן קטן אוכל נבילות מצווין להפרישו דאל"כ איך שייך שהב"ד מוזהרים עליו דכל שהוא קטן איך

שייך חזקתו של זה להב"ד דהא יש ספק שמא לא יבא להבאת שערות וע"כ שאף בדרבנן מצווין עליו להפרישו וא"כ שוב הב"ד מוזהרים עליו להפרישו דיש לנו לדון על הקטן דלא מועיל חזקתו של זה לזה דהא עליו בעצמותו אם יאכל אין אנו מוזהרין עליו כלל אבל אם נימא דב"ד מוזהרין עליו בעצמו אף באיסור דרבנן שפיר מוזהרים עליו דאנו דנין על גוף הקטן וע"ז תמה ש"מ קטן אוכל נבלות ב"ד מצווין עליו להפרישו בדרבנן ובאמת זה אינו וע"ז משני לענין אחרים וע"ז אמר דהניחא למ"ד דלוקין על ידו והיינו דהוא דבר תורה אבל אם אינו דבר תורה שוב אינו שייך לגבי אחרים וע"ז משני דקרא אסמכתא בעלמא ומדרבנן חיישינן שמא יביא שתי שערות והמלמ"ל נתקשה בזה דלמה לא פירש"י לאותן המוזהרין עליו והיינו דבאמת מופלא הסמוך לאיש דאורייתא ורק דמה דנקט איסור בל יחל משום אותן שמוזהרין עליו אבל אין זה קושיא דאיך שייך שישבוק המלקות שלו ואחרים דלוקין על ידו וינקוט איסור בל יחל שמוזהרין אחרים עליו וע"כ דאינו רק מדרבנן וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הר"ן הנ"ל דבאמת צ"ב גם למ"ד מופלא סמוך לאיש דרבנן ואתי נשואין דרבנן ודחיי לי' צ"ב דכל הטעם דאינו רק דרבנן משום דכל דאין נ"מ לענין דידיה דקטן אוכל נבילות אין מצווין עליו להפרישו ואם כן אין אנו דנים רק לגבי אחרים ולכך לא הוה רק מדרבנן אבל אכתי קשה בהך דיתומה דבעלה מפר לה והרי הך דמפר לה הוה כספי בידים וכמ"ש הרשב"א והובא במלמ"ל שם וצריך אני לדון על זה אם יפר לה בעלה או לא ואם כן שוב כשאנו צריכין לדון עליו ממילא האחר לוקה על ידה דיש חשש שמא תביא שתי שערות וצריך לומר דכיון דבדרבנן מותר לספות בידים שפיר לא הוה רק דרבנן ואם כן הן הן דברי הר"ן ודוק היטב כי נחמד הוא.

ח והנה לכאורה צריך להבין הא דמקשה הש"ס כל כך בפשיטות למ"ד דאורייתא האיך אתי נשואין דרבנן ומפקעי לנדרא דאורייתא ומאי קושיא הא כבר כללא כייל המלמ"ל בהרבה מקומות ומהם בפ"ב מנערה הלכה ה' דכל היכא דהתורה כתבה סתם כגון גבי אונס דכתיב ולו תהיה לאשה סתם ודרשינן הראויה לקיימה ומ"ה ממילא כל שאינה ראויה לקיימה אף אם אינו רק מדרבנן על כל פנים אינה ראויה לקיימה וכ"כ בפ"ז מתרומות דאף אם נטמא בטומאת דרבנן מקרי נתחלל ע"ש שהאריך ולפי זה קשה גם כאן כיון דמדרבנן מקרי בעל ואישה יפירנו כתיב כל דהוה אישה וצ"ל דזה דוקא בכל מקום דמדרבנן על כל פנים הוא איסור דרבנן שאי אפשר לשנותו אבל כאן הנשואין דרבנן אפשר שתמאן ולא יהיה מקרי בעלה אף מדרבנן בכהאי גוונא אינו בכלל דאורייתא דאישה יפירנו וז"ב הן אמת דעדיין קשה לפמ"ש הרמב"ם דאב והבעל א"צ

הפרה כלל רק כל שאמר טלי אכלי טלי שתי הו"ל כהפרה שהם ברשות הבעל והאב ואם כן בזה נראה לפע"ד ברור דכל שהם נשואין דרבנן אם כן הן ברשות הבעל לכל דבר וממילא לא איכפת לן דכל שאומר טלי אכלי מותרת לאכול דבשלמא כשאומר לשון הפרה א"כ בזה כתיב אישה יפירנו אבל כשאומר טלי אכלי זה אינו רק מתורת רשות אבל זה אינו דגם זה הוא בכלל הפרה דקרא וא"כ לא עדיף מינה ואולי הרשב"א דהקשה דהו"ל ספי בידים והמלמ"ל תמה דזה לא מקרי ספי בידים וכמו שנראה מלשון התוס' ע"ש ולפמ"ש משמע ליה להרשב"א דמיפר לה בכל לשון ואם אומר לה טלי אכלי הו"ל כספי בידים בודאי דבשלמא בהפרה אינו אומר שתאכל רק שמיפר לבד משא"כ באומר טלי אכלי והיא צריכה לאכול על פיו וז"ב לפענ"ד. והנה עוד פש גבן לבאר דברי הרמב"ם בפ"א מנדרים שדעתו דבהגיע לשנת י"ג ויום אחד ובבת לשנת י"ב ויום אחד אף שלא הביאו שתי שערות נדריהן נדר והמלמ"ל תמה עליו דבנדה דף מ"ה אמרו אי דלא אייתי שתי שערות קטן הוא.

ט ולפענ"ד סברת הרמב"ם נכונה מאד דכיון דחזינן דהתורה רבתה מופלא הסמוך לאיש מה שיגיע לכלל שנים שוב הוה מן התורה לענין הקדש אחרים א"כ חזינן דאף בהגיע לכלל שנים אף שהוא אינו לוקה משום שקטן אוכל נבילות הוא אבל עכ"פ נדרו נדר א"כ בהגיע לשנת י"ג ויום אחד ממילא עדיף חד דרגא דא"צ שתי שערות וילקה הוא עצמו וא"ל דמופלא הסמוך לאיש היינו בהביא שתי שערות וא"כ כיון שהשערות כבר הביא וזמן ממילא קאתי ואינו מחוסר מעשה לכך לוקין אחרים דזה אינו דהרי אנן קיי"ל תוך זמן כלפני זמן וא"כ אין השערות האלו כלום בתוך הזמן וע"כ משום דלא קפדה התורה על השערות ורק כל שהגיע לשנים וסמוך לכלל שנים סגי אף שמחוסר שערות ואולי לא יביא וא"כ מכ"ש כשהגיע לשנים דא"צ שערות כלל ולפ"ז במופלא הסמוך לאיש שפיר לוקין אחרים ולא הוה התראת ספק שמא לא יביא שערות וכקושית התוס' משום דבאמת א"צ שערות כלל כל שהגיע לשנים ממש וכ"כ השב שמעתא שמעתא ה' פט"ו ליישב קושית התוס' אבל לא ביאר כן סברת הרמב"ם ולפ"ז שם להס"ד דתוך זמן כלאחר זמן א"כ אינו מוכח דיש לומר דמופלא הסמוך לאיש הוא בהביא שתי שערות ולכך כל דלא אייתי שתי שערות קטן הוא ושפיר מקשה וע"כ בדאייתי ותוך זמן כלפני זמן וא"כ ממילא כל שהגיע לשנים א"צ שיביא שתי שערות ודוק היטב ועיין ש"ש שם שלא ירד לזה ולפענ"ד הדברים פשוטים ונכונים ודוק. והנה לכאורה קשה לי מה פריך הש"ס מיתומה שנדרה בעלה מיפר לה דאי אמרת נשואין דרבנן אתו נשואין דרבנן ומבטל לנדר דאורייתא והא משכחת לה כגון שקידשה אביה אותה ומת קודם מסירה לחופה שנחלקו

הפוסקים והובא בטור וש"ע אהע"ז סימן ל"ג סי"ג אם הוה נשואין של תורה וא"כ בכה"ג שוב יכול לבטל הנדר לבדו דאף דרק הקידושין היה תורה והי' הארוס ואביה מפירין אבל אחר כך כל שנשאה דמת אביה ונכנס ברשות הבעל אם כן יכול להפר ואף להפוסקים דס"ל דאין נישואין רק דרבנן כיון שלא מסרה לחופה הא באמת הקדושין הי' של תורה רק דלא הי' יכול להפר רק ברשות האב וכל שנשאת ורבנן תקנו לה נשואין ובפרט לאחר יב"ח עכ"פ לענין זה חלו הנישואין שאין לאביה רשות בה ובפרט שכבר מת וא"כ פשיטא דהבעל יכול להפר מן התורה והיא קושיא גדולה והי' מקום בזה ליישב מה דלא מקשה הש"ס על רב הונא להמעיין בקידושין דף מ"ה תלוי במחלוקת רב הונא ואמוראי שם ואכ"מ להאריך ודוק ועיין תוס' בנזיר דף כ"ח ע"ב ד"ה בנו שהקשו דהכא אמרינן בתו לא והתם אמרינן אחד תינוקות מחנכין אותן וקשה כיון דבתחלת דבריהם כתבו דבבנו שייך במצות כשיגדל מוטל על אב לחנכו אבל בתו לא והיינו ע"כ במ"ע שהזי"ג דיש ראיה לדבריהם בחגיגה דף ו' דאמרו כל היכא דגדול מחויב מן התורה קטן מחנכין אותו מדרבנן כל היכא דגדול פטור מן התורה קטן אף מדרבנן פטור וא"כ בתו דפטורה ממ"ע שהזי"ג בגדולה לא שייך חינוך בקטנה ולפ"ז ביוה"כ דהשוה הכתוב אשה לאיש וחייבת מן התורה להתענות בגדולה שוב שייך חינוך בקטנה ומה הקשו התוס' מחינוך דתענית יוה"כ ומצאתי בשטמ"ק בנזיר שתירץ כן קושית התוס' בקצרה ושמחתי שמחה גדולה. אמנם בכוונת קושית התוס' יש לומר כיון דאמרו בסוכה דף כ"ט דבתוספת ערב יוה"כ לא שייך השוה הכתוב אשה לאיש ונפקא מקרא דהאזרח והרי אמרו בביצה דף ל' דהני נשי דאכלו ושתו עד שחשיכה לא מחינן בהו דאינו מפורש בתורה א"כ שוב לא שייך חינוך בקטנה כל דלא מצוה להפרישו. ובזה מדוקדק דברי התוס' שם דלא הקשו זאת לתירוץ הראשון ועיין בא"מ שם שהרגיש בזה ולפמ"ש אתי שפיר דלתירוץ הראשון בקיום מצוה ועניתם שייך חינוך קשה משם אבל לתירוץ השני דאף במצוה לא שייך חינוך כל שאין ב"ד מצוין להפרישו וא"כ בתוספת עינוי דלא מחינן בהו שוב לא שייך חינוך ובזה מיושב מה ששאלני חכם אחד ומצאתי בא"מ שהרגיש בזה מהא דכתב רש"י בפסחים דף פ"ח דבתו חייב בחינוך ולפמ"ש אתי שפיר כיון דבפסח נשים חובה אף בקטנים שייך חינוך ודוק היטב

י והנה בהא דאמרו ביבמות דף קי"ד לדבר טליא וטליתא ולטיילו התם דאי משכחו להו מייתי להו אלמא קסבר קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו וע"ז שאל הרב הגדול מוהר"ר אשר ני' מתושבי ירושלים תוב"ב נכד הגאון בעל שאגת ארי' ז"ל שהקשה דלפמ"ש התוס' בחולין דף י"ב דקטן אין לו מחשבה כלל וא"כ הא בשבת מלאכת

מחשבת בעינן וא"כ כל שהקטן אין לו מחשבה לא חשב כלל למלאכה ולא שייך קטן אוכל נבילות כלל בזה. והשבתי דז"א דא"כ לפי דבריו קטן לא שייך כלל באיסור שבת דא"כ קטן הבא לכבות אמאי אומרים לו אל תכבה ואף בשעושה ע"ד אביו הא אין לו מחשבה כלל אבל זה אינו דאין לו מחשבה בדבר שצריך להתכוין לאיזה ענין אבל כאן אטו לא ידע הקטן שזה רה"ר וזה רה"י וניהו דלא ידע הדין דאסור להוציא מרה"י לרה"ר וכן להיפך אבל עכ"פ לא גרע משוגג באיסור שבת ואטו בזה לא יהיה נקרא מלאכת מחשבת אף שלא ידע האיסור וגם קטן אינו יודע גדר רה"ר ורה"י לענין דיני רה"ר אבל מ"מ נתכוין להביא המפתחות מהשוק להבית ושייך מלאכת מחשבת וז"ב ופשוט הארכתי בזה לפי שהרב הנ"ל החמיר בקושייתו ולפענ"ד לק"מ ודוק היטב. והנה לכאורה קשה לי טובא בהא דאמרו נכרי שבא לכבות אין אומרים לו לכבות וקשה אמאי לא יהיה מותר לומר לו דהרי רש"י פירש בע"ז דף ט"ו דאיסור אמירה לעכו"ם הוא משום ממצוא תפצך דיבור אסור וקשה לפ"ז הא הרמב"ם כתב בפכ"ד משבת ה"ח מותר לאדם לשמור פירותיו בשבת וכו' ואם בא אדם או בהמה וחי' לאכול מהם גוער בהם והלא דבר זה מחפציו הוא ולמה הוא מותר מפני שלא נאמר אלא לקנות לעצמו חפצים שאין עתה מצוי או להשתכר ולהרוויח ולהטפל בהנאה שתבא לידו אבל לשמור ממונו שכבר בא בידו עד שיעמוד כמות שהוא מותר הא למה זה דומה לנועל ביתו מפני הגנבים ע"ש ולפ"ז בשלמא כל המלאכות שנתחדש ענין הנאה לו ע"י פעולת העכו"ם שייך לאסור אבל כאן הוא אינו מוצא חפץ חדש רק שלא תדלק חפציו הוה כנועל לשמור ביתו מפני הגנבים ודוחק לומר דכאן אם לא יכבה היה כבר דלוק ועומד ונמצא מרוויח דא"כ גם לשמור פירות במקום שבהמה וחיה מצויים לאכול או במקום דשכיחי גנבי יהי' אסור לשמור ולנעול והיא קושיא נפלאה. והנראה בזה כיון דכבר גזרו רבנן על כל המלאכות שאסור לישראל לעשות שגם לעכו"ם לא יאמר לעשות וזה אסור משום ממצוא חפציך אם כן ה"ה כיבוי דאסור לישראל לעשות בעצמו שוב אסור גם לומר לעכו"ם לעשות וניהו דבכיבוי אינו מוצא חפץ חדש אבל עכ"פ להישראל אסור לכבות בשבת והרי כל מה שאסור לישראל לעשות אסרו לומר לעכו"ם בשבת וא"כ גם כיבוי בכלל מה שגזרו על אמירה לעכו"ם כיון דלישראל אסור וז"ב. ומה יקר בזה לשון רש"י שכתב בשבת דף קכ"א אין אומרים לו כבה רבנן גזור על אמירה לעכו"ם משום שבות והוא תימה מה רצה בזה ועד כאן לא ידענו דאמירה לעכו"ם אסור משום שבות ולפמ"ש אתי שפיר דרש"י בא ליישב לשיטתו דהוא משום ממצוא חפציך ואם כן לא שייך זאת בכיבוי וע"כ אמר דמ"מ אסור דהוא בכלל אמירה לעכו"ם שבות דאסור בכל המלאכות שאסור

הישראל לעשות ודו"ק. ובלא"ה יש לומר דאין התחלה לקושיא דדוקא בשמירת פירות שאינו מלאכה בעצם רק מציאת חפץ בלבד איכא משום ממצוא חפציך וכל שאינו מוצא חפץ חדש והנאה מחודשת לא שייך ממצוא חפציך אבל אמירה לעכו"ם שבות היא במלאכה שאסור לישראל ואם אומר לעכו"ם הרי מוצא חפץ עי"ז בזה אף שאינו מוצא חפץ חדש מ"מ אסור מצד עצם המלאכה ומעתה דברי רש"י נכונים מאד ויהל כנוגה כוונת רש"י ז"ל ודוק. והנה הסמ"ג כתב סי' רכ"ד הטמאים שלא יכלו לעשות הפסח הי' חל ע"פ בשבת ולא הי' יכולים להזות דהזאה הי' גזירה קדמוניות גם בימי משה ובתשובה הארכתי בביאור דבריו וכעת אני תמה הא הי' יכולים לעשות ע"י קטן דהזאה כשרה בקטן כמ"ש הרמב"ם פ"י ה"ו מפרה ואיסור דרבנן שרי למספי בידים ע"י קטן ואף דהרמב"ם כתב שם בה"ז דהמזה צריך לכוין להזות לטהר וע"כ דקטן שיש בו דעת יש לו מחשבה ולפענ"ד הטעם דצריך כוונה משום שהמזה שלא לצורך הזאה נטמא כמ"ש ריש פט"ו מפרה ולכך צריך לכוין להזות לשם טהרה ועכ"פ קשה יעשה בקטן ולכאורה יש לומר דאם נימא דהזאה גזירה שמא יעבירנו א"כ יש לחוש שוב לאיסור תורה ולא שרי בקטן אבל זה אינו דלפ"ז לא היה בימי משה לולב ושופר וזה לא מצינו וע"כ דהטעם משום מתקן ותיקון לעשות ק"פ הוה תיקון חשוב ועכ"פ אינו רק שבות ולמה לא שרי בקטן וצ"ל דכל שאינו רביתא דתינוק לא התירו ועיין מגן אברהם סימן שי"ג. ובזה מיושב קושית דו"ז בישועת יעקב סימן שמ"ג ע"ש ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במה שכתבו התוס' פסחים צ' ע"ב ד"ה שחל שא"ל משה אם לא יטבלו היום ידחו לפסח שני ותמה המהרש"א ריש פרק מי שהי' טמא הי' לו להורות שמוכרחין להטביל כדי שלא יהי' חייבים כרת כל שיכולים לטבול ע"ש והנני יוסיף דגם בקרא כששאלו הטמאים השיב להם הקב"ה דידחו לפסח שני ויותר הי' לו להשיב שיעשו פסח ראשון. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש לומר כהסמ"ג דלא יכלו להזות בשבת דהעמידו דבריהם במקום כרת. אך נראה לפענ"ד דסברת התוס' דכל הטעם דאסור הזאה משום מתקן ובימי משה ג"כ היה שייך הגזירה דזה תיקון חשוב שיוכלו להקריב הפסח וא"כ זה טרם שידעו שיכולים לעשות פסח שני אבל כל שיכולים לעשות פסק שני שוב אינו תיקון גמור שאם נימא דאסור להם להזות ולטבול שוב אין כאן תיקון דיוכלו לעשות פסח שני. ומעתה ז"ש התוס' דמשה השיב להם אם לא יטבלו ידחו לפסח שני וא"כ שוב יוכלו להזות ולטבול דל"ח תיקון ולמדו מתשובת הקב"ה דידחו לפסח שני ומזה נלמוד דלא חשוב תיקון כ"כ ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו ביבמות דף קי"ד טעמא דדמאי הא ודאי בעי לעשורי והאר"י בעושה על דעת אביו ושאל אותי הרב הה"ג מוה'

מאיר צ"ה נ' אבד"ק סאמביר דמה קושיא הא התוס' בנזיר דף כ"ט ד"ה בנו הקשו דלמה משום חינוך לא יתחייב להפרישו וכתבו דדוקא במ"ע שייך חינוך ולא בל"ת או דבאב דוקא שייך חינוך ולא בב"ד ולפ"ז שם יקשה דמיירי באב ודלמא משום חינוך וגם זה הוה מ"ע להפריש תרומה. והשבתי בפשיטות דבאמת יכול להפריש ממקום אחר רק דכל שלא הפריש אוכל טבל וזהו הוה מל"ת ובאמת שעדיין קשה דעכ"פ הא מצווה לחנכו והראיתיו שהרשב"א בחידושיו ליבמות שם הרגיש בזה דמהסוגיא מוכח דגם באב לא שייך חינוך ע"ש. אמנם הרב הנ"ל כתב כיון דקטן שתרם אין תרומתו תרומה א"כ לא שייך חינוך ולא ידעתי אטו בשביל שהוא א"י לתרום לא שייך חינוך במה שהאב תורם בעדו ומחנכו שיתרום וגם לפמ"ש התוס' בחולין דף י"ג כל שאחר עומד ע"ג יש לו מחשבה וא"כ שפיר יכול לחנכו והאב יעמוד ע"ג ויחנכו וגם קשה הא מופלא הסמוך לאיש יכול לתרום וע"ז השיב הרב הנ"ל שהרגיש בזה וזה תלוי אי מופלא הסמוך לאיש מה"ת ובזה יישב קושית התוס' ד"ה אלא דבנדה שם קאי אי מופלא הסמוך לאיש מן התורה ע"ש ודו"ק אבל גוף הדברים אינם נכונים וכמ"ש. והנה בהא דאמרו יבם קטן שבא על יבמה תגדלנו הקשה בישועת יעקב או"ח סי' ע"א דהא באיסור תורה ב"ד מצווין להפרישן וע"ז הקשה אותי הרב מוה' שאול ק"ז מווילנא הא כל הטעם דמצוון להפרישו הוא בשביל חינוך וכאן לכשיגדל יהיו מצוה ליבם ולא שייך חינוך. והשבתי דהדבר מבואר בב"י או"ח סי' שמ"ג דחינוך אינו רק על האב אבל הב"ד מצווין להפרישו כדי שלא יעשה איסור ושפיר הקשה:

סימן יח

א לחכם אחד בענין ח"כ שוגגין לרנבה"ק.

ב במה שאמר לי הדרוש שדרש המאוה"ג מוה' אלי' אבד"ק היבניב בשבת שובה העבר ובתוך הדרוש הקשה בהא דקאמר הש"ס בכתובות דף ל"ה ע"ב דלריש לקיש דאמר בפירוש רבתה תורה חייבי מלקות כח"מ למפטרה מתשלומין מאן תנא דפליג עליה דרנבה"ק וכתב רש"י דבשלמא לר"י מוקי לה בלא התרו בו וע"ז הקשה דבלא התרו בו אף לרנבה"ק חייב דח"כ שוגגין חייבין בתשלומין כמ"ש רש"י בפסחים דף כ"ט וע"ז רצה לחלק בין שוגג גמור למזיד ולא התרו בו ור"י מוקי במזיד ולא התרו בו ואז פטור לרנבה"ק וע"ז תמה על הפ"י בחידושיו לכתובות דף למ"ד בתוס' ד"ה והבא על הנדה שהקשו דלמא ר"ש ב"מ כרנבה"ק ס"ל וע"ז כתב דלר"י מיירי בלא התרו בי' וא"כ לשיטת רש"י גם רנבה"ק מודה בזה ע"ש וא"כ משמע דאף בלא התרו בו ס"ל לרש"י דחייב לרנבה"ק וא"כ הוא היפך הש"ס הנ"ל.

ג והנה בראשית ההשקפה רציתי לומר דש"ה דשם עיקר הקושיא דאף למאן דלא ס"ל כרנבה"ק ולא פטור משום ח"כ מכל מקום לפטור משום ח"מ שוגגין ואם כן שפיר כתב דלר"י איכא נ"מ בשוגג דאז חייב וא"ל דאכתי גם ח"כ חייב בשוגג הא עכ"פ יש נ"מ במקום דלא התרו בו על המלקות דמצד המלקות פטור משא"כ בשביל חיוב כרת לרנבה"ק לא שייך ההתראה וא"ל דלרנבה"ק חייב דהו"ל ח"כ שוגגין דזה אינו דאכתי יש נ"מ במקום דהוה לאו שאין בו מעשה או במקום שנתחייב החיוב כרת טרם המלקות וכדומה אך כ"ז דחוק ובאמת שגוף דברי הפ"י בלא"ה תמוהים דא"כ היכא קאמר הש"ס ולאפוקי מדרנבה"ק הא לר"י מתניתין מיירי בלא התרו בו כדמוקי ר"י וא"כ גם רנבה"ק מודה וראיתי להפ"י בחידושיו לדף ל"ה בהא דאמר הש"ס לרנבה"ק קשיא אחותו והקשה דלמא מיירי בשוגג וגם רנבה"ק מודה וכתב דלר"ל ליכא לחלק בין שוגג למזיד ע"ש וא"כ לר"י שפיר יש לומר דבשוגג רנבה"ק מודה והוא תימה גדולה להמעיין בעומק הענין. גם מה שרצה הרב מהיבניב לחלק בין שוגג ללא התרו בו הוא תמוה דהא כל הטעם דרש"י הוא משום דמה שפטור במזיד הוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו רק במזיד ואם כן גם בלא התרו בו מהראוי שיתחייב ומה שנראה לי בזה דהנה הא דרנבה"ק פוטר בח"כ מתשלומין אף דלא שייך אשר ירשיעון אלקים משום רשעה אחת דהא הב"ד לא מחייבין ליה רק רשעה אחת משום תשלומין דכרת רחמנא חייבו ועיין צל"ח דף כ"ט בפסחים וצ"ל דרנבה"ק אזיל בתר טעמא דטעמא מאי לא רצתה התורה לחייבו משום שתי רשעיות משום דסגי ברשעה אחת שממילא ישמעו ויראו בשביל העונש של רשעה אחת וא"כ גם בח"כ כיון שרחמנא מחייבו משום רשעה אחת תו לא צריך ולפי זה בשוגג דיפטר בידי שמים א"כ מהראוי שיתחייב ואדרבא בח"מ שוגגין הוה החידוש דלמה יפטור ולפ"ז בלא התרו בו מהראוי שיפטור בח"כ כיון דלכרת ל"צ התראה וא"כ יתחייב ולפי זה קשה היאך כל שוגג בח"כ חייב בתשלומין לרש"י הא יוכל לומר מזיד הייתי רק בלי התראה ואז פטור וא"ל דאין אדם מע"ר דז"א דעכ"פ מעות לא יוכלו להוציא ממנו וצ"ל דמיירי בשוגג גמור דמודה שהיה שוגג וחייב בתשלומין ולפ"ז בקנס דמודה בקנס פטור גם רש"י מודה דאף ח"כ שוגגין פטור מתשלומין ואתי שפיר הכל ודוק היטב כי היא עצה עמוקה דכאן לגבי קנס כ"ע מודו דפטור אף בשוגג ומיושב כל קושית הפ"י והנה לפענ"ד הי' נראה דמה שמחולקין רש"י ותוס' אי לרנבה"ק חייבי כריתות שוגגין פטורין מן התשלומין או לא תלוי בפלוגתת ר"י ור"ל אי חייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין דלר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין מכ"ש ח"כ דהרי חזינן דרנבה"ק ס"ל כר"מ דלוקה ומשלם ומ"מ פוטר כרת מתשלומין

אלמא דכרת חמור ממלקות וכדאמרו בכתובות דף ל"ה אי רנבה"ק קשיא אחותו ופרש"י דרנבה"ק ס"ל דלוקה ומשלם כר"מ ואפ"ה פוטר כרת מתשלומין אלמא דחמור כרת ממלקות מכ"ש שח"כ שוגגין פטורין מק"ו דחייבי מלקות שוגגין פטורין משא"כ לר"י דס"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין ואינו פוטר רק מיתה לבד מתשלומין וא"כ יש לומר דגם חייבי כריתות שוגגין חייבין ג"כ בתשלומין וז"ב. שוב ראיתי בשיטה מקובצת בכתובות דף ל"ה גבי אי רנבה"ק קשיא אחותו שכתב ג"כ דלר"ל דמקיש מלקות למיתה וה"ה בח"כ שוגגין דפטור דהוקש ג"כ למיתה ע"ש והוא כעין מ"ש ונהניתי

ד ובזה ישבתי לנכון מה ששאל אותי הרב המאוה"ג מוה' דוב בעריש נ"י מק"ק נאהרייב בהא דהקשו התוס' על רש"י בכתובות דף ל' במה שפירש"י לאפוקי דרנבה"ק דקאי על המשנה דאלו נערות דמחייב חייבי כריתות ולאפוקי מדרנבה"ק והקשו התוס' דאימא דאתי כרנבה"ק ושאני קנס דגלי קרא חד לח"ל וחד לח"כ וט"ז תמה הרב המאוה"ג הנ"ל דמ"פ התוספת על רש"י והא הן הן דברי הש"ס בדף ל"ה דאמר אי רנבה"ק קשיא אחותו ומה מקשה הש"ס דלמא גלי קרא וע"כ כתירוצם של התוס' וא"כ מה הקשו על רש"י ובאמת שהיא תימה גדולה על רש"י ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך ביאור גוף קושית התוס' דלמא גלי קרא דחד לח"כ דאכתי יש לומר דלאפוקי מדרנבה"ק דיש לומר דהקרא דאתי לח"כ לא אתי רק לשוגג דמהראוי שיתחייב לשלם ואפ"ה פטור לרנבה"ק מגזירת הכתוב וע"ז אתי קרא דבשוגג עכ"פ חייב קנס אבל במזיד דנתחייב בכרת פטור אף מקנס ושם במשנה דקתני הרי אלו בהכרת דמשמע מזיד ממש כמ"ש הפ"י בחידושיו בתוס' שם וא"כ ע"כ לאפוקי מדרנבה"ק וצ"ל דקושית התוס' היא דאי נימא דלרנבה"ק בשוגג חייב בתשלומין וכשיטת רש"י ואם כן ל"צ קרא על השוגג דאף בממון חייב מכ"ש בקנס וא"כ ע"כ הקרא על המזיד ושפיר הקשו לרש"י דמנ"ל דלאפוקי מדרנבה"ק דלמא גם רנבה"ק מודה בקנס דגלי קרא אבל בדף ל"ה שם דקו' הש"ס היא לר"ל וכמו דמקשה על ר' יצחק הניחא לר"י אבל לר"ל קשיא ואם כן לר"ל דפשיטא דלרנבה"ק פוטר אף בשוגג דכ"ש ממלקות וא"כ שפיר מקשה אי לרנבה"ק קשיא אחותו דלדידיה לא שייך גלי קרא דיש לומר דלא גלי קרא רק על השוגג דבממון פטור משא"כ בקנס וא"כ אכתי במזיד יש לומר דפטור לדידיה ושפיר קשה מאחותו וז"ב ודוק היטב. והנה בירושלמי דכתובות פ"ג ה"א אמרו מתניתא דרנבה"ק דרנבה"ק אומר יום הכיפורים כשבת לתשלומין ר"ש בן מנסיא אומר מחייבי כריתות כמחייבי מיתות ב"ד מה ביניהן ר"א בשם רבינא נערה נדה ביניהן וכו' על דעתי' דרנבה"ק מה שבת אין לו היתר אחר איסורו אף יוה"כ אין לו

היתר לאחר איסורו ואלו הואיל ויש להן היתר לאחר איסורן משלם על דעתי' דרשב"מ מה שבת יש בה כרת אף יוה"כ יש בו כרת ואלו הואיל ויש בהן כרת אינו משלם.

ה וראיתי קושיא בשם ספר קדושת ישראל על כתובות בשם הרב מוה' הירץ עמדן ז"ל שהקשה דבש"ס דילן אמרו הכל מודים בבא על הנדה שמשלם קנס והיינו רשב"מ ור"ש התימני הרי דגם ר"ש בן מנסיא ס"ל דנדה משלם קנס ע"ש ותמהני אם זה קושיא כלל דהדבר מבואר דהש"ס דילן פליג על הירושלמי דהרי להירושלמי רנבה"ק אינו פוטר רק יוה"כ דומיא דשבת ובש"ס דילן יליף אסון אסון או כרבא דכרת שלי כמיתה שלכם וא"כ בכל מילי פטור ורשב"מ ס"ל דלא כרנבה"ק דמשמע ליה לר"ח דאין שום תנא סובר כרנבה"ק כמ"ש התוס' ד"ה הכל מודים ועוד דהש"ס בפסחים דף כ"ט מוקי לה דמ"ד לא מעל כרנבה"ק והרי בחמץ יש לו היתר לאחר איסורו דהרי שם אליבא דר"ש קאי וכמ"ש רש"י דאל"כ מ"ט דת"ק דאמר מעל וא"כ מ"ט דרנבה"ק דפוטר ושם לא שייך לומר דהפסח אין לו היתר דבשלמא שבת ויוה"כ דיומא דקגרים ואינו תלוי באיסור חפצא משא"כ בפסח דרק חמץ נאסר וא"כ החמץ יש לו היתר אחר הפסח וע"כ דהש"ס דילן ס"ל דרנבה"ק בכל מילי פטר ואם כן אין מקום להקושיא. וע"ד הפלפול נראה בישוב קושיא זו דהנה בהא דאמרו באלו נערות דבחייבי מיתות ב"ד פטור מקנס הקשה הגאון מוה' דוב בעריש האבד"ק גלוגא בהקדמת הפ"י למס' נשים דהא מיתה נתחייב על העראה וקנס אינו מחוייב רק בגמר ביאה וכתב דבאמת אכתי נתחייב מיתה גם אח"כ ושפיר מקרי קלב"מ והביא הירושלמי במצית גדישו של חבירו דעל כל שבולת ושבולת חייב מיתה ע"ש ולכאורה עדיין יש להבין דניהו דנתחייב גם אח"כ מיתה הא עכ"פ הו"ל כחייבי מיתות שוגגין דהא א"א למקטלה תרי זימני אך באמת גם חייבי מיתות שוגגין חייב. שוב מצאתי ברשב"א הובא בשיטה מקובצת בכתובות על המשנה דכל המתחייב בנפשו אינו משלם ממון שכתב אע"ג דמכי הערה בה נתחייב מיתה ומתחייב בממון לא הוה עד גמר ביאה מכל מקום כיון דבתר הכי נמי כל שעתא ושעתא חייב מיתה עד גמר ביאה פטור מתשלומין ע"ש שהביא ראיה מדברי הירושלמי הנ"ל דעל כל שבולת ושבולת ע"ש והגאון מוהר"ד ז"ל לא זכר דברי הרשב"א אלו ולפ"ז לשיטת רש"י דחייבי כריתות שוגגין אינו פוטר מתשלומין א"כ בנדה שפיר חייב קנס דאף דהוא מח"כ ופוטר מתשלומין ה"מ כשבאים בב"א אבל כאן משעת הראה נתחייב מיתה וממון לא משלם עד גמר ביאה דקנס אינו משלם רק בגמר ביאה כקושית הרשב"א הנ"ל וכאן ל"ש תירוצו דמכל מקום חייב כרת כל שעה ושעה עד גמר ביאה דזה אינו דלא עדיף מה שנתחייב אח"כ כרת מאילו הי' ח"כ שוגגין כיון דכבר נתחייב כרת שוב על אותו שיעשה אח"כ

וחיוב הכרת נמשך לא מקרי ח"כ מזידין רק שוגגין דכל דלא עבדינן הכרת הוה כשוגג ופטור וז"ב ומעתה מיושב היטב דברי הירושלמי הנ"ל דהנה התוס' בסנהדרין דף ע"ג ע"ב ד"ה ממונא כתבו דבירושלמי משמע דגם על הראה משלם קנס דאמר הערו בה עשרה בני אדם ועדיין היא בתולה כלן משלמין קנס ולפ"ז כיון דלהירושלמי בהראה משלם קנס אם כן שפיר קאמר דבנדה פטור לרשב"מ דהא בהראה כבר נתחייב הקנס א"כ הכרת כבר פטרו דקלב"מ וז"ב ודוק. איברא דלפי זה יקשה מאי פריך הש"ס בכתובות דף ל"ב ורמינהו אלו הן הלוקין והא קי"ל דאינו לוקה ומשלם והא חייבי מלקות שוגגין וד"א חייב לר"י ואם כן מה קושיא הא מלקות נתחייב משעת הראה וחיוב ממון אינו רק בגמר ביאה ואינן באין כאחד וכאן לא שייך לומר דעכ"פ חיוב מלקות נמשך אחר כך דלא עדיף מאלו הי' חייבי מלקות שוגגין דעכ"פ לא אתרו ביה על מלקות דגמר ביאה ובכה"ג אינו פוטר ובשלמא לר"י יש לומר דמשום הכי אצטריך לאוקמא כאן בהתרו בו כאן בלא התרו בו דבאמת אם נימא כר"ל דגם בלא אתרו בו פטור משום דקלב"מ א"כ גם כאן הוה כלא התרו בו ולכך חידש דבלא התרו בו פוטר ומוקי בדלא התרו בו וה"ה דהו"מ לאוקמא בהתרו בו רק דעל גמר ביאה לא מקרי התרו בו. ובזה מדוקדק מה דמשני כאן בהתרו בו ולא קאמר כאן במזיד כאן בשוגג משום דגם במזיד על גמר ביאה לא שייך התרו בו אבל על עולא קשה דלדידיה הא הוא סבר דכל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מלקי לא לקי א"כ למה לי' לאוקמא בבוגרת ושוטה או ביתומה ומפותה ות"ל דכאן נתחייב מלקות מהראה וממון לא מחייב רק על גמר ביאה וכאן לא שייך לומר דמכל מקום חייב מלקות על הגמר ג"כ דעכ"פ לענין שיהיה הממון פוטר מהמלקות זה א"א לפטור דמה שנתחייב כבר מלקות א"א להממון לפוטרו ממה שכבר נתחייב דבשלמא למ"ד מלקי לקי ממונא לא משלם ואם כן המלקות פוטר מהתשלומין דהמלקות נמשך גם אחר כך אבל לא שהממון שבסוף הביאה יפטר מה שכבר נתחייב מלקות והיא קושיא גדולה. ולכאורה דקושית הש"ס לא היה מקנס רק מבושת ופגם דזה ודאי דבהראה אפגמה וכדאמרו בסנהדרין דף ע"ג דמשעת הראה אפגמא ואם כן בזה שפיר המלקות פוטרו

[1] ובזה היה מקום ליישב הא דמשני ביתומה ומפותה והקשו התוס' ר"פ אלו נערות לשיטת הירושלמי דקנס אינו מועיל מחילה מה משני ביתומה ומפותה דמחלה והא לא מועיל מחילה לענין הקנס ולפמ"ש יש ליישב דעל הקנס בלא"ה ל"ק דהא קנס לא מתחייב רק על גמר ביאה וכנ"ל.

ז אמנם אחר העיון זה אינו דמלבד דזה תלוי בפלוגתא אי העראה זה נשיקה או הכנסת עטרה וכדאמרו בסנהדרין שם אף גם דא"כ מה משני בבוגרת והרי בוגרת אין לה רק קנס אבל בושת ופגם משלם כדמקשה אח"כ והרי עיקר הקושיא לא הי' מקנס. והנראה לפענ"ד בזה עפמ"ש הרב מוהר"י אשקפה הובא בס' שעה"מ פ"ג מגניבה בהא דאמרו בב"ק דף מ"א הי' עבד כפות לו וגדיש סמוך לו דפטור משום דקלב"מ והקשה מהר"י אשקאפה דאם נשרף הגדיש מקודם נתחייב בממון קודם שיבא לידי חיוב מיתה וכעין דאמרו בגונב כיס בשבת וכתב דכל שהוא מעשה אחת כגון במצית הגדיש בא לו החיוב מחמת דבר אחר אף שזה בא ראשון וזה בא אחרון הכל מעשה אחת קחשיב ומקרי קלב"מ ע"ש והרב בשעה"מ כתב שבתלמודי רשב"א בב"ק דף כ"ב משמע כזה ע"ש ולפ"ז גם כאן כל שבמעשה אחת בא לו מלקות ותשלומין פוטר התשלומין המלקות שנתחייב כבר כל שהוא במעשה אחת ושפיר הוצרך לאוקמא בבוגרת ומפותה וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' ד"ה אלמא שהקשו דמנ"ל להש"ס דעולא ס"ל בכ"מ דממונא משלם דלא שאני הכא דגלי קרא נערה נערה ובעלמא מלקי לקי ממונא לא משלם והא דלא מוקי בהתרו בו ובלא התרו בו דדלמא ס"ל כר"ל דגם בלא התרו פוטר ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ יקשה למה לי' לאוקמא בבוגרת ות"ל דמלקות נתחייב מכבר ואיך יפטרנו הממון אח"כ וכאן לא שייך לומר דהממון שאח"כ פוטרו כיון שהוא במעשה אחת דזה אינו דבשלמא אי ס"ל לעולא דממונא משלם מלקי לא לקי בכ"מ שפיר יש לומר דכל שהוא במעשה אחת אף שזה ראשון וזה אחרון מכל מקום פיטרו משום רשעה אחת אבל אם נימא דבכ"מ מלקי לקי ורק הכא דגלי קרא דממונא משלם אבל בזה לא גלי קרא דיפטור המלקות שנתחייב כבר דבאמת מהראוי שילקה ולא ישלם רק דגזירת הכתוב הוא ואין לך בו אלא חידושו היכא דבאין בבת אחת ולא שיפטרו המלקות של כבר וז"ב מאד מאד ודו"ק היטב כי נחמד ונעים הוא.

ח אחר כמה שנים נדפס ספר תרומת הכרי על חו"מ מאחי הקצה"ח ז"ל ומצאתי בסי' שצ"ב קצת ממ"ש ואין הזמן מסכים כעת לעיין בכל דבריו והשעה"מ קדמו ג"כ בענין הלז

ט ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא למה אצטריך לאוקמא במפותה והרי באמת כבר אמרו בכתובות דף מ"א דבכל אונס חיישינן שמא תחלתו באונס וסופו ברצון רק דיצרא אלבשה ולפ"ז צריך להבין למה יתחייב קנס הא עכ"פ מחלה לו בסוף וצ"ל כמ"ש הרב בעל הפלאה בחידושיו בכתובות דף ל"ט דהו"ל כא"י אם מחלת לי דחייב ע"ש וצ"ל דאף דא"י אם נתחייבתי פטור א"י אם מחלת היינו כמו א"י אם פרעתיך דאף דקנס לא מחייב רק בגמר ביאה כיון דמכח מחילה קאתי הו"ל כא"י אם פרעתיך כיון דעכ"פ בתחלת

הביאה התחיל החיוב עליו מתחלתו ועד גמרו דלא על גמר בלבד נתחייב רק מתחלתו ועד סופו וז"ב ולפ"ז כאן דבאמת בתחלת ביאה פטור משום המלקות דמעשה אחת חשוב וא"כ רק משום סוף ביאה נתחייב ממון והרי בסוף ביאה נתרצית לו ומחלה והיאך אפשר שיפטור עי"ז ממלקות שכבר נתחייב בעת שלא הי' עדיין חיוב הקנס ולמה לי לאוקמא במפותה והיא קושיא גדולה וצ"ל דלפי סברת עולא דבמעשה אחת נפטר משום קלב"מ א"כ באנוסה שפיר נתחייב ממון בתחילת ביאה ופוטרו ממלקות כנלפענ"ד. והנה בגוף דברי הרב מוהר"י אשקאפה נראה לפענ"ד דסברתו דשם הוה מעשה אחת דעל הצתת אש אין מחייבין אותו והאש שרף הפרטים האלו העבד והגדיש וכדומה אבל אנן מחייבין אותו על הצתת אש ומקרי מעשה אחת משא"כ בגונב כיס בשבת דהגניבה שהי' ברשות בעלים לא נתחייב מיתה רק על הוצאה מרשות לרשות א"כ זה לא נקרא מעשה אחת שזה ענין מבחוץ וז"ב בסברתו והשעה"מ שם הקשה מהא דזורק חץ בשבת וקרע שיראין והא שם הוה מעשה אחת ע"י הזריקה וגם מהא דב"ק מזרוק גניבתך ותקני לי חצירי דשם מקרי ג"כ מעשה אחת. ולפענ"ד ל"ד דשם ענין הגניבה וענין החיוב מיתה לא בא ע"י מעשה אחת שהיה מקרה מבחוץ שהי' שם שיראין בהליכתו או שנפל לארץ ולענין הגניבה ל"צ לזה משא"כ כאן דהוה מעשה אחת הצתת האש בגדיש וכל מה שבגדיש אחת היא וז"ב ובלא"ה שאני איסור שבת דמלאכת מחשבת בעינן והוא לא חשב ע"ז ועיין בשיטה מקובצת בב"ק דף ע' שם ודו"ק היטב בכ"ז. אמנם בגוף קושית הרשב"א הנ"ל דמשעת הראה אתחייב מיתה וקנס לא מחייב עד גמר ביאה נראה לפענ"ד ע"פ מה דאמרתי ליישב קושית התוס' ביבמות דף צ"ט בהא דאמרו בסנהדרין הניחא למ"ד הראה זו נשיקה אלא למ"ד הראה זו הכנסת עטרה מא"ל והקשו דהא מכל מקום קנס אינו מחייב עד גמר ביאה ולא באו כאחת. ואמרתי בזה דהנה במכות דף וא"ו אמרו דשואלין אותם כמכחול בשפופרת ראיתם ורבנן כדשמואל דאמרו משיראו כדרך המנאפים ולפ"ז כל עיקר דמחויב מיתה הוא כיון שראו כדרך המנאפין בודאי בעל אותה וכמ"ש רבינו יהונתן בשיטה מקובצת בב"מ דף צ"א וברמב"ם פ"א מא"ב שחזקת צורה זו שהערה בה ולפ"ז בכה"ג לא שייך לומר דכבר נתחייב מיתה משעת הראה ואטו אנן ידענו אימתי הי' הראה ואימתי גמר ביאה שנדרוש ביניהם דבעת ההיא נתחייב מיתה ועל גמר ביאה נתחייב וא"כ לא ידענו אימתי הי' הכנסת עטרה ואימתי גמר ביאה שאין ביניהם רק דבר מועט וא"כ לא שייך לומר דלא ניתן להציל בנפשו בעת גמר ביאה דעדן ניתן להציל בנפשו דזה אינו בב"ד רק דכל איש יכול להציל והוא יכול להציל מספק ודלמא עוד לא נגמר ביאתו ולא נפגמה עדן ובשלמא אם זו נשיקת אבר זה נודע תיכף

בעת שרואה כדרך המנאפים ואסור להרגו משא"כ מהכנסת עטרה עד גמר ביאה מקרי עדן ניתן להצילו בנפשו ועכ"פ הו"ל ח"מ שוגגין דדלמא עדן לא נגמר ביאתו וז"ב מאד. ובזה מיושב הא דמשני הש"ס כגון שבא עליה שלא כדרכה וחזר ובא עליה ופירש"י הוא או אחר והקשה השעה"מ הא עכ"פ נתחייב מיתה מהפעם הראשון ונמשך עד הנה ע"ש שהאריך ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת עכ"פ על גמר ביאה חייב קנס וניהו דבביאה אחת מקרי בא בב"א אבל לענין פעם שנית פשיטא דלא מקרי קלב"מ דהקנס על הגמר ביאה וכבר נתחייב מיתה ומ"ל בזה דהמיתה נמשך כל דלא בא בב"א חייב שתים וז"ב. ומעתה מיושב קושית הרשב"א הנ"ל דלענין הקנס שפיר מקרי קלב"מ דא"א להבדיל ועיקר החיוב בא כשנגמר ביאתו ואז נתחייב שתים דאשר ירשיעון אלקים בעינן והב"ד א"א להרשיע אלא בכללות ודו"ק. עוד יש לומר בישוב קושית התוס' הלז דהרי באמת התוס' הקשו דהיאך משכחת להקנס בגמר ביאה למ"ד הערוה זו הכנסת עטרה והא בהכנסת עטרה כבר השיר הבתולים ואינה בתולה עוד וקנס לא חייב רק בבתולה וכתבו דבהכי חייב רחמנא וביאור הדברים דהוא חייב על שעשה אותה בעולה וקודם שבעלה היתה בתולה וע"ז קנסו התורה ובאמת גוף החיוב אינו בא רק על גמר ביאה ומתחייב למפרע על שנהנה ובעל בתולה וכן מצאתי סברא זו בספר חמרא וחיי להכנה"ג על סנהדרין שם ולפ"ז שפיר פריך למ"ד דהערוה זו הכנסת עטרה א"כ עד שם לא נתחייב קנס ורק על גמר ביאה והרי בגמר ביאה שוב אינה בתולה ונפטר מקנס. ומעתה מיושב הקושיא הנ"ל דניהו דלא באו בבת אחת מכל מקום הרי בהכנסת עטרה כבר נעשה בעולה ושוב לא שייך לחייבו קנס על גמר ביאה ממש ודוק. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי בתוספתא דכתובות פ"ג שכ' בהדיא דהבא על הנדה פוטר רנבה"ק מן הקנס וכן היה רנבה"ק עושה יוה"כ כשבת לתשלומין הרי בהדיא שלא כהירושלמי דאמר לרנבה"ק נדה חייב בקנס וכן אזלא שיטת הש"ס שלנו דאמר דלא כרנבה"ק ע"ש בתוס' ובפ"י והנה לכאורה קשה לי דאם נימא דרנבה"ק דפוטר בח"כ הוא דוקא במזיד ולא בשוגג א"כ הוה מצי לאוקמא בירושלמי הנ"מ בין רשב"מ לרנבה"ק לשוגג דלרשב"מ דאמר חייבי כריתות כחייבי מיתות ב"ד משמע דשווים לגמרי כמו שזה פטור בשוגג כמו כן בח"כ משא"כ לרנבה"ק דאינו אומר רק דיוה"כ כשבת לתשלומין יש לומר דדוקא במזיד ולא בשוגג ובזה הנה מקום אתי ליישב בהא דאמרו בפסחים דף ל"ב א"ה אימא סיפא פטור מתשלומין וכו' ומשמע דאם נימא דלפי מדה משלם אתי שפיר כמ"ש רש"י דדוקא בשוגג משלם לפי מדה ולא במזיד וע"ז שאלני הרב המאוה"ג אבד"ק נאהרייב הנ"ל דלשיטת הרמב"ם פ"ו מתרומות דגם במזיד משלם פירות חולין מתוקנים ואין נ"מ

רק אי יכול למחול א"כ קשה מה נ"מ בין שוגג למזיד אף דלפי מדה משלם ובתשובה הארכתי בזה ליישב ולפמ"ש אתי שפיר דהוה מצי לאוקמא כר"ש בן מנסיא שבירושלמי דמדמה ח"כ לחייבי מיתות ב"ד לגמרי וא"ל דא"כ אף בשוגג לפטר אבל זה אינו דבשוגג דהתשלומין כפרה ובכפרה לא שייך קלב"מ כמ"ש התוס' בכתובות דף ל' משא"כ במזיד דאף לשיטת הרמב"ם אינו לכפרה כמ"ש המלמ"ל באורך וא"כ לפי מדה משלם אתי שפיר רק למ"ד לפי דמים משלם אז אף בשוגג אינו כפרה יקשה וע"ז איצטריך לאוקמא כרנבה"ק ודוק ועכ"פ קשה על הירושלמי דאמר דביש היתר לאיסורו לא אמר רנבה"ק והרי מוקי כריה"ג ובודאי יש היתר לאיסורו וצ"ע.

י ואגב אומר דמה דאמרו בירושלמי שם המצית גדישו של חבירו בשבת על שבולת הראשון חייב מלקות מכאן ואילך חייב בתשלומין ולית אמר כן על כל שבולת ושבולת יש בה התראת מיתה והקשה אותי הרב החריף מ' יצחק שמעלקיש ני' דלפמ"ש הנימוק"י לא שייך לומר כן דהוא כתב גבי אשו משום חציו דכל מה שמצית האש והדליק כל השבת הכל נחשב כאלו נדלק בפ"א דאל"כ היאך מותר להדליק הנר ע"ש בה"ש וא"כ גם כאן כל שהצית האש לא חייב אח"כ על מה שנדלק מכאן ואילך והשבתי דכוונת הירושלמי דהוא מצית אש בשבת בכל פעם ופעם כגון שמתכבה והולך וא"כ מתחייב על כל הצתה והצתה רק שלא שייך שתי מיתות והו"ל התראת מיתה. ובזה יש לי ליישב קושית השעה"מ פ"ז מגניבה ה"ב בסופו שהקשה לשיטת תלמידי הרשב"א דכל שבא ע"י מעשה אחת מקרי קלב"מ א"כ למה להירושלמי לחלק דאיכא התראת מיתת ת"ל דהוה מעשה אחת ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ לא כתבו תלמידי הרשב"א דשייך קלב"מ היינו כשהוא לא עשה רק מעשה אחת כגון שהצית פעם אחת והיא הולכת ושורפת דבזה הוה מעשה אחת אבל שם ע"כ מיירי כשמצית בכל שבולת ושבולת וכמ"ש וא"כ מה נ"מ דהוא מעשה אחת הא מה שמצית בכל פעם חשוב כמעשה חדשה וז"ב מאד ודוק. ודרך אגב אזכור מה דראיתי דבר תימה באחד מספרי ספרד שמו פרי עץ חיים שכתב בהלכות שביתת עשור פ"א דממ"ש רבינו פ"א משביתת עשור הא דאין בין שבת ליוה"כ אלא ששבת בסקילה ויוה"כ בכרת משמע דלענין תשלומין שוה ופוסק כר' נחוניא בן הקנה וכדדייק הש"ס מגילה דף ח'.

יא ונבהלתי איך עלה על דעתו כן ורבינו אין דרכו לסתום בכיוצא בזה ובלשון המשנה הוא דדייקינן כן אבל דברי רבינו מפורשים בכמה מקומות דלא כרנבה"ק וכמ"ש פ"י מתרומות ה"ז בהדיא גם מ"ש שם דהכי משמע מדברי רבינו בפ"א מנערה הי"א מה אשיב ומה אענה שם מבואר בהדיא דפסק דלא כר' נחוניא בן הקנה כמו שיראה המעיין

שם וכן בפ"ג מגניבה דין ב' לא כתב רק בשבת ולא ביוה"כ וא"כ ל"ק על דברי רבינו כלל ודוק היטב ואין לסמוך על ספרי קיצורים האלה. והנה ראיתי בטורי אבן במגילה דף ח' שם שדייק דאמאי אמר רנבה"ק היה עושה יוה"כ כשבת ולא אמר שכל חייבי כריתות כחייבי מיתות ב"ד ע"ש ובמחכ"ת אשתמיטתי' דברי הירושלמי פרק אלו נערות ה"א וגם במגלה פ"ק הלכה ח' שאמר דרנבה"ק היה עושה יוה"כ כשבת לתשלומין ר"ש ב"מ אומר מחוייבי כריתות כמחוייבי מיתות ב"ד מה ביניהן וכו' ע"ש וא"כ רנבה"ק באמת לא עשה כל מחוייבי כריתות כמיתת ב"ד

יב והנה התוס' במנחות דף ל"ב ד"ה תפילין הקשו דאמאי לא חשיב ליה בהדי אין בין ספרים לתפילין דתפילין על הקלף וכתבו דלא איירי בדבר שכתובין בו כדאשכחן גבי אין בין שבת ליוה"כ דלא חשיב אכילה וגבי אין בין שבת ליו"ט דל"ח סקילה ובראותי כן תמהתי דמה זו קושיא דלחשיב אכילה שנאסר ביוה"כ ואטו התנא בא לאשמועינן דיני יוה"כ התנא בא לאשמעונין שבאיסורי מלאכות ששוה יוה"כ לשבת מה הבדל שביניהם בחומר העונש ואמר דזה זדונו בידי אדם וזה זדונו בידי שמים אבל מה דנאסר ביוה"כ באכילה בזה חלוק מכל ימות השנה ולאו דוקא מימי השבת והוא תימה רבה לפענ"ד וימים רבים נצטערתי בזה לפרש בפשטות דבריהם ולא עלה בידי ואח"כ נתיישבתי דמשמע להתוס' דהתנא לא בא לאשמועינן ההבדל שבין יוה"כ לשבת בחומר העונש רק מה שמובדל זה מזה בעצם דאל"כ היה לו למנקט שבשבת סקילה וביוה"כ כרת ומדנקט זדונו בידי אדם משמע דלא נחית לאשמועינן חומר העונש רק עצם ההבדל שזה מענישין בידי שמים וזה בידי אדם ואף אם כרת חמור מכל מקום יש הבדל בין שבת ליוה"כ שזה בידי אדם וזה בידי שמים וא"כ שפיר הקשו התוס' דהיה לו למנקט עוד הבדלים שיוה"כ אסור באכילה וזה ברור בכוונתם לפי חומר הנושא. ומה מאוד שמחתי שבזה זכיתי להבין דברי זקני המהרש"א ז"ל שכתב שם במנחות על דברת התוס' שהקשו דהיה לו למנקט באין בין שבת ליוה"כ אכילה וזה לא ידעתי מה האי דלא חשיב גבי בין שבת ליה"כ דליכא למימר דקאי נמי אסקילה שכתבו גבי אין בין שבת ליו"ט הא חשיב ליה שם דקתני אין בין שבת ליוה"כ שזה זדונו בידי אדם וזה זדונו בכרת והיינו זדונו בידי אדם היינו סקילה ודוק עכ"ל. ודבריו משולל ביאור דהרי התוס' כתבו דהיה לו לחשוב אכילה והמהרש"א ציין על זה ואמר דלא ידע מה האי דלא חשיב וכל הבא בתוכו יתמה דקארי ליה מה קארי לה וגם מ"ש דליכא למימר דקאי אסקילה אתמהה דבא לפרש דברי התוס' והתוס' כתבו דלחשוב אכילה וביותר אני תמה במ"ש דזדונו בידי אדם הוא סקילה כאילו ח"ו התוס' לא הרגישו בפירוש המלות ולפמ"ש א"ש דגם

המהרש"א הבין דהתוס' הקשו על אכילה רק דק"ל מה זו שאילה והבין דהתוספות הבינו מהמשנה דלא נחית לשנות הבדל בין חומר העונש רק מה דנקט זדונו בידי אדם היינו שעיקר הוא הבדל שזה זדונו בידי אדם דאל"כ היה לו למנקט סקילה וע"ז אמר דאין זה דיוק דהיינו זדונו בידי אדם היינו סקילה וא"כ באמת חשיב התנא הבדל שבין חומר העונש והתוס' צ"ל דלא משמע להו דניהו דהוה סקילה מכל מקום משמע להו דמדנקט זדונו בידי אדם היינו הבדל בעצם הענין או משום קל וחומר ודוק היטב כי דברי התוס' והמהרש"א מדוקדקין. ברוך ד' שזכיתי להבין דבריהם הקדושים עפ"י פשוטו אף כי מצער הוא ובמה נחשב נגד החריפים יקר בעיני הבנת הפשט מכל המון פשטים בחריפות של הבל אח"כ מצאתי ברשב"א בחידושיו על מגילה גבי אין בין שבת ליו"ט שכתב גם כן להקשות דהי' לו לחשוב אין בין שבת ליוה"כ אלא שזה אסור באכילה ובשתיה ורחיצה וכו' וכתב שיש לדחות דזה עיקר יוה"כ הנה הרגיש כעין קושייתי דזה עיקר מה שהוא יוה"כ אבל מה שהקשיתי קשה יותר על התוס' ולפמ"ש בכוונת התוס' גם קושית הרשב"א על התוס' מיושב ודוק. והנה לרנבה"ק אליבא דאביי דגם מיתה בידי שמים פוטר מתשלומין צ"ל דס"ל דכופרא כפרה ולא שייך קלב"מ כמ"ש התוס' בכתובות דף למ"ד וראיה ברורה דהרי גבי שור שהמית האדם השור יסקל וגם בעליו יומת אם כופר יושת עליו והנה הבעלים חייבים מיתה בידי שמים ואפ"ה מחוייבים בכופר ע"כ דכופרא כפרה. והנה בהא דאמרו בכתובות דף ל' מודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי חיוב מיתה והקשו הקדמונים בשיטה דלמה נקט מודה רנבה"ק הא גם לדידן במיתה בידי אדם לא שייך קלב"מ כל שלא בא בב"א מכ"ש לרנבה"ק במיתה בידי שמים ולפענ"ד הי' נראה דיש לומר דלרנבה"ק גרע דהרי ענין קלב"מ הוא משום דהב"ד אין יכולין לחייבו משום שתי רשעיות ולכך לצאת ידי שמים חייב דהב"ד אינן מחוייבין כלל ולפ"ז לרנבה"ק דכרת פוטר דהוא בידי שמים ע"כ דהתורה פטרו משתי רשעיות ועיין צל"ח בפסחים דף כ"ט שהאריך בזה ולפי זה יש לומר בשלמא לדידן דעיקר הפטור דקלב"מ הוא לפי שאי אפשר לב"ד לחייב משום שתי רשעיות ולצאת ידי שמים חייב ולפי זה כיון דלא בא בב"א א"כ גם הב"ד אינן מחייבין על רשעה אחת ואטו לא יוכל לחייב לאדם אחד אם ירשע שתי פעמים אבל לרנבה"ק דהתורה פטרה מלעשות בו שתי רשעיות א"כ הו"א דאף שלא באו בב"א התורה הקלה עליו כל שיתחייב עבור זה מיתה בידי שמים לא יצטרך להרשיעו עוד בממון וא"כ אין נ"מ בין באו כאחת או לא באו בב"א ולכך אמר דאף רנבה"ק מודה וגם יש לומר דבשלמא הב"ד שפיר מחייבים כל שלא באו בב"א

דאטו הי' נודע לנו בעת שנתחייב בתשלומין אם יגמור הדבר להתחייב מיתה אבל קמי שמיא גליא בודאי סד"א דלא חייבו כלל ממון קמ"ל ודוק. והנה הצל"ח בפסחים דף כ"ט חידש דבדבר דשייך התשלומין לשמים לא שייך קלב"מ דהא כל הטעם דפטור כתב רש"י דאין כח ביד ב"ד לחייב משום שתי רשעיות וא"כ כל שהוא לשמים כמו חטאת ואשם לא שייך זאת ע"ש ולפ"ז מבואר הטעם דלכך בח"כ לא פטור משום קלב"מ לדידן דקי"ל דלא כרנבה"ק הוא משום דכרת ב"ד לא מחייבין לי' וא"כ שוב אין הב"ד מחייבין רק רשעה אחת וז"פ. ולפי זה תמוה לי דבמכות ריש פרק אלו הן הלוקין מפרש הש"ס דלכך בכרת כל שלקו נפטרו מידי כריתתם משום דלא שייך קלב"מ דאם עביד תשובה נפטרו מידי כריתתן משא"כ במיתת ב"ד הו"ל קלב"מ ולדברי הצל"ח קשה הא בכרת לא שייך קלב"מ ואף בלי טעם דעביד תשובה ל"ש קלב"מ וצע"ג

יג והנה בספרי פרשת נשא אמר על פסוק ואשמה הנפש ההיא למה מנין אתה אומר המדליק גדישו של חבירו ביוה"כ שאע"פ שאין ב"ד נפרעין ממנו שיהא נדון בנפשו ת"ל ואשמה הנפש ההיא ואין לו ביאור וראיתי בילקוט מביא ג"כ המאמר הלז ובספר זית רענן כתב דט"ס הוא וגרסינן איפכא אע"פ שנדון בנפשו ב"ד נפרעין ממנו ת"ל ואשמה הנפש ההיא והיינו כרבנן דרנבה"ק וכתב עוד דיש לקיים הגרסא כאשר היא לפנינו שאע"פ שאין ב"ד נפרעין ממנו שהוא נדון בנפשו דהיינו שהוא חייב כרת מכל מקום חייב לשלם כשמתודה קרן וחומש לצאת ידי שמים ודבריו תמוהין דכפי שנראה היינו כרנבה"ק ולא גרס כמ"ש לפנינו רק שאין ב"ד נפרעין שהוא נדון בנפשו והיינו שזה נתינת טעם שלכך אין נפרעין לפי שהוא נדון בנפשו וא"כ חסר הגזירה שיהי' חייב לצאת ידי שמים וגם לפמ"ש הצל"ח לרנבה"ק לא שייך חיוב לצאת ידי שמים וכמ"ש למעלה בשמו אך לפענ"ד נראה דהך שאע"פ הוא ט"ס והכל נכון דהנה בירושלמי פא"נ אמרו המצית גדישו של חבירו בשבת נימא על שבולת הראשון חייב מיתה מכאן ואילך חייב בתשלומין ומשני על כל שבולת ושבולת יש התריית מיתה ולפ"ז גם לרנבה"ק דח"כ פטורין מתשלומין א"כ ממילא ג"כ ע"כ מוכרח לומר דחייב על כל שבולת ושבולת ומעתה הדבר נכון דזה שאמר מנין שב"ד אין נפרעין ממנו שהוא נדון בנפשו והיינו שלכך אין ב"ד נפרעין לפי שהוא נדון בנפשו ויש כרת על כל שבולת ת"ל ואשמה הנפש ההיא והיינו שאע"פ שאין במציאות שתי כריתות מכל מקום חייב כרת ולכך הנפש נאשם שתי פעמים ולכך אין ב"ד נפרעין ממנו תשלומין כנלפע"ד ודברי הצל"ח הנ"ל דחידש דכל דשייך לשמים לא שייך קלב"מ ובזה מיישב בטעם המלך הלכות גניבה דלכך המועל לוקה ומשלם משום דהמעילה משלם לשמים ולפע"ד הדבר מפורש בירושלמי ר"פ אלו

נערות וז"ל לא כן אמר ר"א בשם ר' יוחנן הזיד בחלב שוגג בקרבן מתרין בו לוקה ומביא קרבן וכא לוקה ומשלם ומשני כדי רשעתו שני דברים מסורים לב"ד את תופס אחד מכן יצא דבר שמסור לשמים ופירש הפני משה דוקא בשני דברים המסורים לב"ד הוא דשייך כדי רשעתו דלא נוכל לחייבו בשני דברים אבל בקרבן המסור לשמים חייב אף דלוקה והנה זה מבואר כדברי הצל"ח הנ"ל בסברתו וכ"כ במק"א שזה דברי הריטב"א ר"פ שבועת הפקדון ג"כ דכל שהוא לשמים לא שייך קלב"מ וזכה לכוין לדברי הריטב"א והירושלמי. והנה בדברי הירושלמי דמדליק גדיש בשבת דפטור דיש בו התריית מיתה והרג דעכ"פ יש חיוב מיתה אף שאי אפשר לחייבו שתי מיתות מכל מקום חייב מיתה והוה כח"מ שוגגין וקשה לי טובא דא"כ לרנבה"ק דאמר דיוה"כ כשבת ופירש"י במדליק גדישו וקשה הא על כל שבולת חייב וא"ל דהוה חייבי מיתות שוגגין דהא לשיטת רש"י ח"כ שוגגין פטור לרנבה"ק ואמאי לא יפטור כאן וצ"ל דח"כ כיון שלקו נפטרו מידי כריתתן ומשכחת לה שני מלקיות אינו לוקה ומשלם מיהו חייבי מלקות שוגגין ודאי פטורין וצ"ל דלפמ"ש לעיל באמת למ"ד אשו משום חציו באמת כל הדלקה חשוב אחת ולא משכחת לה רק כשמכבה וכמ"ש למעלה ולפ"ז בלא מכבה באמת פטור לרנבה"ק וצ"ע בזה.

יד והנה במחנה לוי הקשה בהא דאמר בשבועות דף י"ג אפילו תימא רבי מי לא מודה רבי בכרת דיומא דאיירי בעשה סמוך לחשיכה דא"כ איך מוקי בשבועות דף ל"ג בשהדליק את גדישו ביוה"כ דלאפוקי מדרנבה"ק דלדידיה יוה"כ פוטר מתשלומין והא כל שלא היה סמוך לחשיכה שוב יוה"כ מכפר וא"כ אינו חייב כרת ושפיר חייב בתשלומין ע"ש שהניח בקושיא וצ"ל דקושייתו דעכ"פ מנ"ל לאוקמי דמיירי סמוך לחשיכה דלמא ביום מיירי דהיה שהות עוד לכפר וחייב בתשלומין. ולפע"ד נראה עפמ"ש בירושלמי דחייב המצית על כל שבולת ושבולת יש בו התריית מיתה. ולפ"ז בשעה שהתחיל לשרוף היה יכול להיות דתצית עד הערב באופן דלא יהיה שהות ביום לכפר ושפיר פטור לרנבה"ק. אמנם לפמ"ש באמת למ"ד אשו משום חציו הוה כאלו נדלק כבר ושוב אינו חייב רק על הצתה וא"כ שוב היה לו שהות ביום לכפר אבל באמת זה אינו דניהו דהוה כאלו נדלק בבת אחת אבל מ"מ מכח גרמא דיליה הוא וא"כ כל שבולת ושבולת שנדלק עד גמירא הכל בא מכח גרמא דיליה ואין יוה"כ מכפר רק דכל מה שדלק הוה כאילו דלקו בעת ההוא אבל מכל מקום החיוב על כל שבולת ושבולת ודוק היטב כי נכון הוא לפענ"ד. ובהך עניינא דקלב"מ שהארכתי למעלה בנתחייב מיתה מכבר אם חייב בתשלומין ארשום פה מה שראיתי דבר תימה בירושלמי פרק הניזקין נסך וערבה בתחלה הוא

חייב מיתה ולבסוף חייב בתשלומין התיב ר' אבא הגע עצמך הרי שהרג את הנפש ושבר הצלוחית בתחלה הוא חייב מיתה ולבסוף בתשלומין ובפני משה שם במראה הפנים ד"ה בתחלה מבואר שם דאף שנתחייב בתחלה במיתה חייב בתשלומין והוא תימה דמכל הפוסקים לא משמע כן וגם במ"ש בירושלמי הגע עצמך הדליק את הגדיש בתחלה הוא חייב מיתה ולבסוף בתשלומין הוא תימה דבירושלמי באלו נערות אמר דעל כל שבולת ושבולת יש בו התריית מיתה וצע"ג. ודרך אגב ארשום בהא דאמרו בכתובות ל"ג ממאי דמיתה חמורה דלמא מלקות חמור דאמר רב אלמלי נגדוהו לחמ"ו הוו פלחו לצלמא והוא תימה דבסנהדרין דף יו"ד נחלקו ורבא ס"ל דמלקות במקום מיתה עומדת וע"ש ברש"י ותוס' וכאן אמרינן דמלקות חמור ממיתה וזה לא נשמע וגם קשה לי מהיכן משמע ליה דמלקות חמור דלמא הא דהוו פלחו לצלמא הוא משום דכבר נודע בזהר על פסוק וישמע ראובן ויצילהו מידם דמבעל בחירה קשה להנצל ובזה פירשתי מ"ש חמ"ו הן איתא אלהנא דפלחין דיכיל לשבוזתנא מן אתון נורא ומן ידך מלכא ישזיב ועיין במג"ש בכתובות דף ל"ג בתוס' ד"ה אלמלי מה שהאריך בזה ולפענ"ד כיון דנודע דפלגי מים לב מלכים ביד ד' א"כ המלך אין לו בחירה ולכך אמרו לו ומן ידך מלכא ישזיב דכיון דאת מלכא יכול להציל מאתך דאינך בעל בחירה שוב מצאתי באלשיך בדניאל שם שכ"כ ונהניתי ומעתה עכ"פ אינו מוכח דמלקות חמור רק דמשריפה כיון שאינו בעל בחירה הי' יכולין להנצל כדאמרו דיכול לשזבותנא מן אתון נורא אבל אם הי' מלקין אותן מבעל בחירה קשה להנצל וא"ל דמחוייבין למסור עצמם אף ביסורים קשים דא"כ בלא"ה קשה היכא אמר רב דהוו פלחו לצלמא וע"כ כמ"ש התוס' דלא הוה צלם גמור וא"כ קשה טובא וצ"ע כעת. והנה בהא דאמרו בכתובות דף ל"ה ומי איכא למ"ד דח"מ שוגגין וד"א חייב והא תנא דבי חזקי' וק"ל טובא למה פריך מתנא דבי חזקי' די"ל דר"י פליג עלי' ומצינו שחולקין עליו וכבר האריכו התוס' בזה וטפי היה לו להש"ס להקשות מסתם משנה דהי' בא במחתרת ושבר את הכלים אם יש לו דמים חייב ואם אין לו דמים פטור ומטעם דהו"ל ח"מ שוגגין והרי שם בודאי גרע משאר ח"מ שוגגין דהרי לא נתחייב מיתה בב"ד רק שהנרדף יש לו רשות להרגו ואין לו דמים ואפ"ה פטור מכ"ש בשאר ח"מ שוגגין וקשה על ר"י דהוא נגד סתם משנה וצע"ג ומפני גודל הצער שיש לי כהיום ד' אמור שנת תרי"ג ד' יושיעני ברחמיו וישיבני על מי מנוחות למען תורתו ע"כ לא יכולתי לעיין בספרים אם הרגישו בזה ובשיטה מקובצת שם עיינתי ולא הרגיש דבר וצע"ג

טו והנה הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י אמר לי בי"ב אב תרי"ג דלכאורה ח"מ ומלקות דפטור משום קלב"מ לכאורה בלא"ה לא שייך לחייבו דהא כיון דנגמר דינו

למיתה תו אי אפשר לחייבו מלקות לר"ש התימני דאמר דבעי עדה ועדים לאומד וכדאמרו בב"ק דף צ"א אף לממון לא שייך לחייבו ולהשהות דינו לאחר שנגמר דינו וצ"ל דמתחלה נגמר דין למלקות ואח"כ נגמר דינו למיתה ולפ"ז זהו כשיש שני ענינים מיתה מצד אחד ומלקות מחמת דבר אחר אבל כשיש מיתה ומלקות על ד"א אי אפשר לחייבו שתים. ובזה יישב הא דאמרו במכות דף ט"ז אי דקטלה קלב"מ והקשו התוס' לוקמא בשוגג וכתבו דהוה כמתה מאיליה וע"ש במהרש"א שכתב דאינו בא כאחת והדבר תמוה דא"כ גם במזיד הרי אינו בא כאחת דהמלקות בשביל שבטל העשה והמיתה באה בשביל הריגה וע"ז אמר כיון דצריך לגמור דינו על המיתה ומלקות כאחת שוב א"א להשהותו ולהלקותו דהו"ל מענין את דינו משא"כ בשוגג דבלא"ה אין מלקין רק דהוה ח"מ שוגגין.

טז ובאמת אף שדפח"ח מ"מ מלבד דזה אינו בשביל קלב"מ רק דאי אפשר להלקותו ועיין חולין פ"א ראשון לשלחנו ושני לע"ז דאמר ג"כ קלב"מ ועיין רש"י שם שפירש דדיינין ליה תחלה על המלקות ואף דרש"י קאי שם על ראשון לע"ז ושני לשלחנו מ"מ גם להיפך ע"כ צ"ל כן וא"כ לא שייך קלב"מ ומה גם דלא שייך לפטרו בשביל זה דהא יכול לגמר דינו על מלקות תחלה כיון שהרגה אי אפשר לקיים העשה ואח"כ צריך לדיינו אם חייב מיתה על הקטלא אם הי' בו כדי להמית וכדומה ולא שייך אתה מענה את דינו כל שלא גמרו דינו כמ"ש התוס' בסנהדרין דף פ"ט והוכיחו כן מסנהדרין דף ל"ו ע"ש ובאמת שגם בב"ק אמרו וכיון דכי גמרו ליה לדינא יכול אתה מענה את דינו משמע דאם לא גמר דינו לא שייך עינוי הדין ועיין תוס' ערכין דף ז' ד"ה ישבה ובלא"ה אנן לא קיי"ל כר"ש התימני רק כר"ע וע"כ אין לדבריו מקום

יז והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דכמו דיליף רבא לרנבה"ק דח"כ פטור דכרת שלי כמיתה שלכם א"כ הרי רבא אמר בסנהדרין דף יו"ד דמלקות במקום מיתה עומד ופירש"י דמלקות היינו ג"כ ענין מיתה וא"כ יהי' ח"מ שוגגין פטורין כמו ח"מ והרי בזה פליגי ר"י ור"ל וצ"ל דבאמת גם בח"כ לא קיי"ל כרנבה"ק ומכ"ש במלקות דבעינן שיהיה חי גם לאחר שילקה כדאמרו ונקלה אחיך ע"ש ודו"ק. והנה בשושן פורים תרי"ד ד' תשא למדתי במס' מכות דף י"ג והנה ר"ע פוטר ח"מ ב"ד ממלקות משום כדי רשעתו וח"כ לא פוטר שמא יעשה תשובה ואח"כ מסיק ר' אבהו דשמא עשה תשובה לא מסתבר דאכתי כעת לא עביד תשובה ורבינא ס"ל דכיון דל"פ לי' לכך חייב בכרת ע"ש ולפ"ז נראה לפענ"ד דגם לענין ממון דרנבה"ק פוטר י"ל כיון דבאמת הוה כדי רשעתו ומה דיוכל לעשות תשובה לא אכפת לן כסברת ר' אבהו דאכתי לא עשה תשובה ובזה יש לומר דמה דנחלקו רש"י ותוס' אי חייבי כריתות שוגגין פטורין תלוי ג"כ בזה דהרי חזינן

דל"פ וכל שיכול לעשות תשובה אינו פוטר א"כ מכ"ש בשוגג דודאי ל"ח כרת ודאי חייב משא"כ לר' אבהו דס"ל דכל דלא עשה תשובה אף שיכול לעשות תשובה אינו חייב והוה כדי רשעתו וה"ה בשוגגין כל דבמזיד הי' יכול לעשות תשובה מכל מקום כל שלא עשה תשובה חייב וה"ה בזה ויש להאריך בזה ולא נפניתי כעת. והנה במ"ש התוס' בגיטין דף נ"ג דרב ושמואל פליגי ורב ס"ל משעת הגבהה מתחייב בתשלומין ומיתה אינו חייב עד שעת ניסוך והתוס' הקשו דהרי ר"ע ס"ל כן כדאמרו בגונב חלבו של חבירו וכתבו בתירוצם השלישי דשמואל ס"ל כיון דהי' יכול לומר הש"ל א"כ אשעת ניסוך לא מחייב דקלב"מ ורב ס"ל דמתחייב בשעת הגבהה אכל מה שיתחייב אח"כ ולא נתבאר סברת כל אחד ואחד. והנה בש"ק תשא תרט"ז פירשתי כוונתם בפשיטות דרב ס"ל כיון דעכ"פ החיוב בא בעת הגבהה ניהו דאם הי' מחזיר ואמר הש"ל הרי מפטר אבל מכל מקום כל שלא החזיר הרי החיוב נמשך משעת הגבהה ולא בא כאחת. אלא דלפ"ז סברת שמואל צ"ב דמה בכך דהי' יכול למפטר באומר הש"ל מכל מקום כל שלא אמר הרי החיוב נמשך והולך. ולפענ"ד יש לפרש דנחלקו במ"ש הטור חו"מ סי' תנ"א בשם רבינו ישעי' וכמ"ש לעיל אמנם בלא"ה יש לומר כיון דכל הטעם דקלב"מ הוא משום כדי רשעתו משום רשעה אחת וכ"כ לעיל הטעם דעיקר כוונת התורה שישמעו ויראו ולא יעשו עוד וכל שמענישים אותו ברשעה אחת החמורה בודאי לא יעשה עוד ולפ"ז כל שאינו בא כאחת א"כ אם לא יענישו אותו על הגזילה עד"מ כאן בהגבהה אם לא יענישו אותו יוכל לגזול ולא ינסך וע"כ חייב ממון בשביל הגזילה ולפ"ז נראה לי ברור דתלוי אם כוון בהגבהה לגזול או שרצה לנסך דרב ס"ל דכוון לגזול וכמ"ש רש"י דאגבהה ע"מ לגזלו א"כ לכך מחייב על ההגבהה אבל שמואל ס"ל עיקר הגבהתו כוון ע"מ לנסך והרי המנסך חייב מיתה ושוב לא יבואו להגביהה ע"מ לנסך ודוק. מיהו בפשיטות יש לומר דלרב דס"ל בסנהדרין אף כשהחפץ בעין שייך קלב"מ כדאמרו בדף ע"ב בא במחתרת דאף כשהכלים בעין א"צ להחזיר אם כן מה בכך דיכול למפטר בהש"ל מכל מקום על הגבהה מתחייב ולא שייך קלב"מ דהרי אח"כ א"צ להחזיר הכלים כלל וא"כ עיקר החיוב בא בעת שהגביהה אבל שמואל ס"ל דאם היה בעין הי' מחויב להחזיר ואם כן עיקר הפטור בא בשביל דקלב"מ ולכך לא שייך לומר מדאגבהה קניא ועיין בטיב גיטין שם ודוק. והנה בהא דאמר עולא כל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מלקי לא לקי נראה לפענ"ד דזה דוקא ממון אבל קנס ודאי מהראוי שילקה ולא ישלם והטעם דבאמת אי נימא ממונא לקולא קשה קו' התוס' וכי אתגורי אתגר ותירצו התם חס רחמנא על ממונא של נחבל ולפ"ז זה בממון דעכ"פ הפסיד זה ממון אבל קנס דאינו הפסד ממון

בזה פשיטא דמלקי לקי ממונא לא משלם וז"ב. ובזה מיושב קושית התוס' דף כ"ט דלהירושלמי דקנס א"י למחול קשה מה מועיל ביתומה ומפותה והא קנס א"י למחול ולפמ"ש א"ש דכיון דבושת ופגם מחלה ולא נשאר רק קנס בלבד ועל קנס שפיר מלקי לקי דבשלמא באחותו נערה דיש בושת ופגם דהם ממון אף שהקנס מהראוי שילקה מכל מקום בשביל הבושת ופגם מהראוי שיפטור ממלקות בשביל שלא יפסדוהו הממון אבל בקנס גרידא פשיטא דמלקות עדיף ובזה מיושב היטב קושית התוס' בהא דדייק הש"ס דקסבר עולא כל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם והקשו דלמא שאני כאן דגלי קרא נערה הנערה וכו' ולפמ"ש אתי שפיר דזה לא כתיב רק בקנס ואם בממונא לוקה ואינו משלם פשיטא דבקנס ודאי לוקה ואינו משלם וע"כ דבממון ממונא משלם ומחמת הממון גורם הקנס גם כן דמשלם ואינו לוקה ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא.

יח והנה בהא דאמרו מה לחובל בחבירו שכן חייב בה' דברים ואי ממונא לקולא שכן הותר מכללו בב"ד ונתקשיתי בזה דמה מעלה היא זו ומצאתי בשיטה שם שעמד בזה. ולפענ"ד נראה דהנה בהא דאמר שכן חייב בה' דברים הקשו הקדמונים בשיטה מקובצת דאם ממונא לחומרא שוב איך שייך שילקו והא שייך לומר וכי אתגורי מתגר אמנם נראה דבאמת לא מסתבר כלל דממונא חמור והיינו דלא קאמר אי ממונא חמור רק דס"ד ששוה למלקות ולזה אמר דיש לומר דלעולם בעלמא מלקי לקי ושאני חובל דחייב בחמשה דברים ולכך הוה עדיף ממונא ממלקות וע"ז אמר אי ממונא לקולא שכן הותר מכללו והיינו כיון דבהכאה שאינה שו"פ לקי ע"כ דמה שחייבה תורה בשו"פ ממון הוא משום דחס רחמנא דאל"כ מה טעם בדבר דלפעמים יהיה לוקה ולפעמים ממון וע"כ כיון דחייב בחמשה דברים שייך לומר דחס רחמנא על ממונו של נחבל ודוק:

סימן יט

א בענין נקבוה העכברים לאתרוג.

ב והנה בהא דהארכת בענין נקבוה העכברים ובקשת איזה חידושים ממני אמרתי להשיבך בקצרה. הנה לכאורה קשה לי לאיזה צורך אמר רב דאין זה הדר ת"ל דפסול מטעם חסר וא"ל דמיירי בגוונא דלא חסר דהרי מדמה לר"ח דמטביל ונפיק בה דהיה חסר וצ"ל דנ"מ לענין שאר ימים דמטעם חסר כשר ומשום הדר פסול לשיטת הרבה פוסקים ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל דגם משום הדר אינו פסול רק ביום א' יקשה וצ"ל דלהס"ד ס"ל לרב דאף בשאר ימים פסול משום הדר וע"ז מקשה מר"ח דמטביל ונפיק ביה ובשלמא ממתניתין ל"ק על ר"ח דביו"ט שני מיירי משא"כ לרב קשה וע"ז משני דשאני עכברים דמאיסי והיינו דבזה הוא דפסול בשאר הימים משום שמאיס אבל

בשאר הדר מודה רב דכשר בשאר הימים ובזה מיושב קושית הלח"מ על הרמב"ם דמה פריך הש"ס אלא לרב קשה ולפמ"ש אתי שפיר שוב ראיתי בחידושי ריטב"א ר"פ לולב הגזול בהא דאמר הש"ס קא פסיק ותני פסול ומשמע דפסול הדר כל שבעה והרי ר"ח מטביל בו ומשמע דלא שייך הדר ביום שני וע"ז האריך ולבסוף מסיק דמשנה מיירי במקדש ור"ח בגבולין וכשר הדר ודבריו תמוהין דא"כ איך יפרנס הא דאמרו אלא לרב קשה הא גם רב לא פסל רק ביום ראשון וכקושית הלח"מ על הרמב"ם והדבר יפלא על הריטב"א דהאריך מסוגיא זו ולא ביאר דברי הש"ס ולפמ"ש אתי שפיר דמשמע ליה להש"ס דמדנקט רק דאין זה הדר דבא לפסול אף ביום שני וכמ"ש ודוק כי קצרתי וכן תמוה על הר"ן שהאריך ג"כ להקשות כקושית הריטב"א והדבר יפלא דהרי אדרבא בסוגיא זו מבואר דמשום הדר פסול אף ביו"ט שני וכפי הנראה הר"ן לא גריס בסוגיא אלא לרב קשיא וסבירא ליה דלפמ"ש בש"ס דלר"ח ל"ק כאן ביו"ט ראשון כאן ביו"ט שני גם לרב מיושב וכן נראה שגרס הריטב"א וכן נראה מהרי"ף שגרס כן בסוגיא ולא גריס כלל דשאני עכברים דמאיסי ולא נחלקו הלשונות רק דלל"ק ס"ל דאין זה הדר ולל"ב ס"ל דזה הדר ובזה ממילא מיושבין דברי הרמב"ם דמזה הוציא דהדר כשר ביום שני אבל מאד תמוה על הר"ן והריטב"א דהם ראו דברי רש"י וגירסתו שבו מבואר בהדיא דהש"ס אמר אלא לרב קשיא ופירש"י בהדיא דהא בעי הדר גם ביום שני ואם כן היה להם לבאר דלשיטת רש"י וגרסתו ל"ק וביותר קשה על הלח"מ דלמה לו כי נזעק על הרמב"ם הא בר"ן מבואר דהש"ס ס"ל בהדיא דהדר כשר ביום שני וביותר יפלא שהוא הזכיר שם דברי הר"ן ולא חלי ולא הרגיש דעל הר"ן יגדל התימה יותר מהרמב"ם דברמב"ם אפשר לומר דלא גרס כלל דלרב קשיא אבל הר"ן כבר ראה גירסת רש"י ואפ"ה הקשה וע"כ דברי הר"ן והריטב"א והלח"מ צע"ג. ובחידושי אמרתי בזה ליישב דברי הרמב"ם דהנה התוס' בדף מ"ו ע"ב ד"ה אתרוג הקשו דאיך ר"ח מטביל ונפיק בי' הא אתקצאי למצותה וכתבו כיון דלא אכל כלה ומשייר בה כשיעור דמצי נפיק ביה כשר וע"ז הקשו כיון דביום ראשון נתקצה בכלו ולימא מיגו דאתקצאי ביום ראשון וכוונתם דאף במוקצה מחמת יום שעבר לא אמרינן מכל מקום במוקצה מחמת מצוה אמרינן אף ביום דלשעבר ע"ש במה שתירצו. אך לפענ"ד נראה דזה לא מקרי מוקצה מחמת מצוה דהרי אם הי' מתחלתו כשיעור הזה היה די רק שהפסול בשביל שאינו תמה ואם כן זה התורה פסלה בשביל שבעינן לקיחה תמה אבל זה אינו רק כמוקצה מחמת איסור שבעינן תמה והמצוה גופא הי' כשר אם היה מתחלתו כן וז"ב ולפ"ז בהדר דבעינן מצוה מהודרת וא"כ אם אינו הדר הוה מוקצה מחמת מצוה וא"כ שוב הוה מוקצה מחמת מצוה וז"ש רש"י דבעינן מצוה

מהודרת ודוק. הן אמת דהתוס' בדף י' לא ס"ל כשיטה זו דמוקצה מחמת יום שעבר במצוה אמרינן דזו חידשו הר"ן והרא"ה בביצה דף ד' אבל התוס' לא ס"ל כך ואם כן עדן קשה דהא הוה מוקצה מחמת יום שעבר ובלא"ה ל"ק וצריך לומר דהנה ביאור ענין דמוקצה מחמת יום שעבר דלא אמרינן נראה לפענ"ד דהכוונה דהנה כל ענין אתקצאי הוא בה"ש דהוה ספק שמא יום או לילה ולפ"ז כל דהוה מוקצה מחמת יום שעבר אמרינן דהוברר הדבר דבעת ההיא היה לילה ולא הוה מוקצה דבדרבנן אמרינן ברירה וכל מוקצה מחמת יום שעבר נראה לפענ"ד דלא משכחת לה באיסור תורה כ"א במקדש בכל הימים זולת זה הוה מוקצה דרבנן ובדרבנן אמרינן ברירה וז"ב ולפ"ז כאן דאתחזיק עליו חיוב המצוה א"כ אף בספק דרבנן באתחזיק חיוב הוה ספק אסור ושפיר אמרינן מגו דאתקצאי מחמת יום שעבר וכן אמרו בשבת דף ד' ובעירובין דף ל"ו דמספיקא לא פקע הקדושה ושפיר הקשו דנימא אתקצאי. אך נראה כיון דבאמת הי' נשאר כשיעור אף לבתר הכי רק שביום הראשון פסול משום חסר אבל אתחזיק חיובא לא שייך בזה דהא חזקת היום של המצוה היה יכול להתקיים בזה שנשאר ונמצא דהמותר שנתקצה לא הוה אתחזיק חיובא ובזה שוב אמרינן דלא אתקצאי מחמת יום שעבר ולא שייך אתחזיק איסור דזה האיסור בודאי עבר ביום השני רק חזקת חיוב המצוה נשאר ובזה לא שייך אתחזיק חיוב וז"ב כשמש בישוב קושית התוס'. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם דלענין הדר כל שאינו הדר אתחזיק עליו חיוב דעכ"פ אם הי' נוטל הדרו לא היה יכול לקיים מצות אתרוג ושפיר אתחזיק עליו החיוב ואתקצי אף ביום שני ובזה אמרינן מוקצה אף מחמת יום שעבר וז"ב מאד

ג ובזה נראה לפענ"ד שיטת רש"י דבדרבנן לא אמרינן אתקצאי הוא ג"כ מטעם זה דבזה אמרינן ברירה. ובזה מיושב מה שהביאו התוס' ראי' דמוקצה מחמת יום שעבר לא אמרינן מנולדה בזה והקשו האחרונים דלמא שם הטעם דהוה מוקצה בדרבנן ולפמ"ש דא ודא אחת היא. ובזה נראה לפענ"ד במ"ש התוס' בביצה דף וא"ו גבי עגל שנולד מן הטריפה והקשו בתוס' דכאן הוה מוכן אגב אמו דיכול להושיט ידו ולשחטו במעי אמו וכתבו דמיירי דלא כלו חדשיו עד היום וקודם לכן הוה ספק נפל והקשו כלם דהא הוה מוקצה מחמת יום שעבר ולפמ"ש אתי שפיר דכבר נודע מ"ש התוס' רי"ד גבי אחת משתי אחיות מקודשת דאף למ"ד ברירה מכל מקום זה דוקא באומר מה שיתברר אח"כ שיהיה כך וא"כ הוא רוצה ומברר אותו דבר שאם יהי' כך יהי' הקידושין וכדומה אבל כאן שהוא בעצמו לא בירר ולא ידע איזה מהם מקדש לא שייך ברירה ולפ"ז בספק נפלים הוא בעצמו בספק שמא לא יתברר כלל ובכה"ג לא שייך ברירה ושפיר אמרינן

אף מוקצה מחמת יום שעבר ובזה יש ליישב קושית המהרש"א שם ודו"ק כי קצרתי. והנה לכאורה היה נראה לי דבר חדש דהנה בטעם דלא אמרינן מוקצה מחמת יום שעבר הי' נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה הב"י באו"ח סי' ש"ח הובא במג"א שם ס"ק ח"י כתב בשם הרשב"ש (והוא בנו של התשב"ץ) במקום שנוהגין שפעם ראשונה מכניס בנו לבהכ"נ מביא נר בידו אפילו בשבת אין בו איסור טלטול כיון דמע"ש חשבו להביאו דהמחשבה מתרת הטלטול מוקצה וכמ"ש בס"ק י"ח וכתב הב"י דל"ד דהתם ראוי להשתמש בהן בשבת משא"כ בנר של שעוה ע"ש. ובאמת שהדברים פשוטים כמ"ש הב"י. אמנם לפ"ז במקום שאינו מוקצה מחמת איסור הי' מועיל מחשבה דמוקצה אינו רק שמקצה מדעתו שאסח דעתו מזה וכאן לא אקציה מדעתו ולפ"ז לא שייך מוקצה מחמת יום שעבר דבאמת מתחלה ידע דביום שני יהיה מותר ולא שייך מוקצה דהא אחשביה על יום שני ובשלמא בכל מוקצה כל שאקציה לבה"ש אקציה לכולי יומא דשוב אינו ראוי להשתמש כל היום דהא אסור מחמת דאקציה מדעתו ולא היה דעתו עליו וממילא נתקצה עליו מזה משא"כ במוקצה מחמת יום שעבר הרי ראוי להשתמש באותו יום בזה ומתחלה היה דעתו עליו ובאמת באומר שאינו בודל מהן כל בה"ש לא שייך מוקצה כדאמרו בביצה דף למ"ד ובזה נראה לפענ"ד הסברא של הש"ס דאמרו שם אביי ורבא דאמרו תרווייהו באומר איני בודל מהם כל בה"ש דלא חל הקדושה עלייהו אבל עצי סוכה דחל הקדושה עלייהו אתקצאי לשבעה וכבר תמהו כלם דמה חילוק יש בזה. ולפמ"ש יש לומר דבשלמא בנוי סוכה כל שאמר איני בודל מהם כל בה"ש א"כ המחשבה מתיר לטלטל המוקצה ומותר לטלטלו וממילא מותר באכילה ג"כ אבל בעצי סוכה דאסורים להשתמש בהם משום סתירת אהל וא"כ לכך ל"מ תנאי שאיני בודל מהם כל בה"ש וכמ"ש הב"י לתמוה על הרשב"ש ובלא"ה י"ל דבשלמא כשהמוקצה בא בשביל שהקצהו לזה א"כ כל שחשב עליו מבע"י שרי כמו בחריות של דקל שע"י שקצצן לשריפה הקצהו ולכך מועיל מחשבה להתיר משא"כ בדבר שחל קדושה ממילא ע"ז לא שייך לומר שמחשבתו תוציא מידי קדושה שחלה ע"ז ולפ"ז יש לומר דזה החילוק בין נויי סוכה לעצי סוכה דנוי סוכה עיקר ההקצאה באה ע"י שהקצהו ותלהו בסוכה וא"כ אין הקדושה בעצמותו רק לנוי סוכה לכך הוה תנאו תנאי ומהני מחשבתו משא"כ בעצי סוכה דחל הקדושה ממילא שעצי סוכה הם עצמות המצוה והקדושה ולא מהני מחשבתו ודו"ק. ועכ"פ יהיה איך שיהיה נראה לפענ"ד דאף במקום דחל קדושה מאיליה ול"מ מחשבתו היינו דוקא לאותו יום שהקצהו בה"ש ועכ"פ לא היה מחשבתו שיטלטל למחר שפיר אמרינן מוקצה אבל מוקצה מחמת יום שעבר בודאי לא שייך דיום שלאחריו

ודאי ראוי להשתמש בו וידע מאתמול שיהיה כן פשיטא דמועיל מחשבתו בזה. ובזה היה נראה לפענ"ד ליישב דברי התוס' בביצה הנ"ל במ"ש דמיירי דלא כלו לו חדשיו עד היום והקשו כלם דהא הוה מוקצה מחמת יום שעבר ולפמ"ש אתי שפיר דשם דכל דלא כלו לו חדשיו לא ידע שיהיה ראוי לאכילה ולטלטול היום דדלמא יהיה נפל וא"כ שוב אמרינן מוקצה מחמת יום שעבר ג"כ וז"ב. ובזה יש ליישב קושית המהרש"א שם ואכ"מ. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הלח"מ הנ"ל דבאמת כבר כתבתי במה שהקשו התוס' דהא אתקצאי בבה"ש של יום ראשון ולפענ"ד לק"מ דהא הוה מוקצה מחמת יום שעבר וכמ"ש. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה לענין חסר אבל לענין הדר ניהו דביום שני לא בעי הדר הא באמת צ"ב דעכ"פ בעי זה אלי ואנוהו בכל המצות ולשיטת רש"י הוא מן התורה כמ"ש רש"י בריש לולב הגזול והיבש דיבש פסול משום זה אלי ואנוהו והתוס' חלקו על זה דמשום זה אלי ואנוהו לא נפסל ולפ"ז באמת בלא"ה לק"מ קושית הלח"מ דשפיר פריך על ר"ח דאיך מטביל ונפיק ביה הא לכתחלה בודאי אסור משום זה אלי ואנוהו וניהו דביום השני לא בעי הדר הא עכ"פ אינו בכלל זה אלי ואנוהו. אך לפמ"ש אתי שפיר טפי דכיון דעכ"פ לכתחלה אין ראוי שוב שייך גם מוקצה מחמת יום שעבר דא"ל דידע דיהיה ראוי להשתמש ביום השני והיה דעתו ע"ז דזה אינו דלכתחלה באמת אסור בשביל זא"ו ודוק.

ד ובאמת מ"ש דר"ח מטביל ונפיק ביה כתבו התוס' בסוכה דף מ"ו דהכוונה דמטביל ביה היום ונפיק למחר והוא תימה דהיום ודאי אסור והכוונה בלילה היה מטביל דבלילה לא אתקצאי דביום הראשון כל היום אתקצאי אף לרב כמ"ש התוס' בביצה דף ל'. אמנם בגוף הדבר דאמר דמטביל ונפיק ביה באמת יקשה דלמה לא המתין עד לאחר שיצא בו וא"ל דאז כבר אתקצאי דזה אינו דהא מיירי בהתנה שלא יהיה בודל ממקצתו בבה"ש וכמ"ש התוס' שם וא"כ מותר אף בכה"ג. אמנם נראה דבאמת כיון שהוקצה על יום שני ג"כ רק שעל מקצתו התנה שלא יהיה בודל מהם כל בה"ש אם כן יקשה דהא לא הוברר איזה מקצתו יהיה מצוה ואיזה לאכילה ואם כן שוב אתקצאי כלו ואף דנימא כיון דאינו רק איסור דרבנן לא שייך ברירה דבדרבנן יש ברירה דזה אינו דהא בכה"ג כל שלא בירר בעצמו הזה או הזה אף למ"ד דיש ברירה ל"מ וכמ"ש בתוס' רי"ד בקידושין דף נ"א ועיין קצה"ח סי' ס"א. אך נראה דלפמ"ש בתוס' תמורה דף ל' דכל שבתחלה היה מותר ובעת התערובות נולד האיסור בתערובות בכה"ג אמרינן ברירה אם כן כיון דלא אמרינן מוקצה מחמת יום שעבר ורק שהקצה על יום השני גם כן אם כן כיון שהתנה בה"ש שלא יחול המוקצה ביום השני על מקצתו א"כ לא חל האיסור דקא מפסקי לילות מימים

והלילות אינו מוקצה ובבא היום נכנס הספק בכה"ג אמרינן ברירה ולפי זה שפיר אמר דמטביל ביה דאם היה נפיק ביה מקודם אם כן שוב חל ההקצאה טרם שיצא בו ואח"כ כשמטביל שוב שייך ענין אין ברירה ומיהו ז"א דהא הוא התנה בה"ש ע"ז ובאמת שיש לומר כל דמטביל בי' היום דהיינו בלילה ונפיק למחר שוב הוברר הדבר קודם שיצא בו ובזה מיושב הסמיכות שלכאורה צ"ב מה ענין קושיא זו שאיך אכל ר"ח קודם שיצא בו מכאן ולא הקשו בגוף המימרא של ר"ח ולפמ"ש אתי שפיר דאחר שהקדימו דהתנה שלא יהיה בודל בה"ש במקצתו קשה דהא ל"ש ברירה בכה"ג וא"ל דכאן דמפסקי לילות מימים והוא התנה בה"ש אם כן קודם היום הי' כלו מותר ונולד הספק בתערובות דז"א דכיון דאסור לאכול עד שיברך שוב טרם שיצא בו היה אסור כלו ואתקצי כלו ול"מ מה שהתנה שלא יהי' בודל כל בה"ש דהא אסור לאכול קודם שיברך וע"כ יבדל ממנו וע"ז תירצו דמטביל בו היום ויצא למחר ודוק היטב כי אף שהדברים באו מעורבבים לא סדרים למו מכל מקום יש בו דברים נחמדים. והנה בספר לוית חן באור יקרות שם פ' ראה כתב ליישב הא דאמרו בשלמא יבש פסול דהדר בעינן וליכא והקשו התוס' דמ"ש הדר מחסר וכתב הוא דכל שנתייבש ביום ראשון הוה דיחוי מעיקרא ופסול ודבריו תמוהים דהא דיחוי מעיקרא לא מקרי דיחוי וגם מה שייך דיחוי בזה הא ידע מתחלה דביום שני לא שייך הדר וכל דיחוי ל"ש רק אם בעת הדיחוי הוא פסול רק שחוזר ונראה בזה שייך לומר דעכ"פ כבר נדחה אבל כאן גם הדיחוי גופא כשר ליום שני ומה שייך בזה דיחוי. אך לפענ"ד היה נראה כיון דלכתחלה ודאי צריך להיות הדר משום זה אלי ואנוהו רק דלא נפסל בשביל זה כמ"ש התוס' ריש לולב הגזול אם כן בכה"ג פסול משום דיחוי ובזה יש לי לומר הא דאמר אלא לרבנן קשיא ליישב קושית הלח"מ משום דר"ח מטביל בי' ביום זה ונפיק ביה ביום אחר כמ"ש התוס' סוכה דף מ"ו ואם כן בכה"ג היה נראה ונדחה ואף דחוזר ונראה כיון דלכתחלה בעי הדר שוב הוה נראה ונדחה דאינו חוזר ונראה ודוק היטב

ה והנה בר"ח אייר תרט"ז למדתי מס' ע"ז נ"ח בתוס' ד"ה בצר הביאו שם הירושלמי פ"ג דדמאי גבי רשב"ג דאמר שלח לי ר"י ברבי אתרוג וא"ל זה בא מקיסרין ולמדתי ממנו שלשה דברים שהוא ודאי שהוא טמא שלא בא בידי אחר ופריך ויעשר ממנו עליו ומשני דאין משלחין דברים חסרים וק"ל לפמ"ש התוס' דאיך יכול לעשר והא הי' יו"ט וכתבו דהיה בחוה"מ כדאמר ר"ח מטביל ביה ונפיק ביה וקשה כיון דהי' בחוה"מ הרי אתקצאי ליום הראשון והרי התוס' הקשו בסוכה דף מ"ו ד"ה אתרוג דהא אתקצאי וכתבו דר"ח הפריש ליום הראשון כלו ולשאר הימים רק מקצתו ואם כן מנ"ל לירושלמי להקשות

דלמא ר"י ברבי הקצהו כלו על כל הימים ולכך לא הי' יכול לעשר ממנו ואולי יש לומר כיון דצריך להפריש ממנו שלא הגיע לידו אחר א"כ שוב לא אתקצאי דהא בלא"ה לא יוכל לצאת דאף דבשאר ימים בודאי טבל כשר לצאת לכ"ע מ"מ היינו משום דאפשר להפריש עליו וכיון שלא הי' לו אחר ע"כ דהוצרך להפריש ממנו וא"כ שוב לא אתקצי.

ו והן נדחה בזה דברי המהרי"ו שהובא בט"ז יו"ד סי' שכ"ד דלפ"ז כיון דאין ברירה שוב אתקצי כל האתרוג ומה גם דנאסר כל האתרוג כיון דהוה טבל וצ"ע בהתוס' להס"ד דהקשו הא אסור לעשר ביו"ט יקשה טפי דאם כן היאך היה יכול לצאת בו והא טבל ביום ראשון אסור ואולי ס"ד דהי' ביום שני ושפיר יכול לצאת בטבל וס"ל דהפסול ביום ראשון ניטל בשני אף שחז"ל עשאוהו כיו"ט ראשון וצ"ע. ובשנת תרכ"ג אמרתי ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל עפמ"ש המג"א סי' ער"ט דל"ד לנר שעומד ומצפה מתי תכבה נרו ע"ש ולפ"ז כיון דלכתחלה ודאי בעי הדר משום זה אלי ואנוהו דעכ"פ לכתחלה ודאי בעי זא"ו וא"כ שוב אתקצי ולא שייך לומר דלא בדיל ואמר בפירוש שאינו בודל כיון דאינו עומד ומצפה ע"ז שהרי באמת לכתחלה ודאי אסור משום זא"ו ודוק. עוד אמרתי דיש ליישב ע"פ פשוטו דע"כ לא כ' הרמב"ם דביום שני לא בעי הדר היינו לפמ"ש הר"ן דענין הדר לא נתפרש בתורה מה שיעורו וחז"ל אמרו דזה אינו הדר עד"מ חזזית ושינוי מראה דבאמת כל האתרוג הדר ורק דחז"ל אמרו שבעי שיהיה מהודר מאד זה לא פסול ביום שני אבל מה דאינו הדר כמו ניקבו העכברים דזה אינו הדר לגמרי בזה פשיטא דפסול אף ביום שני ושפיר פריך על רב דאמר דאין זה הדר דזה שוב פסול אף ביום שני וזה דאמרו בריש פרקין בשלמא יבש הדר בעינן וליכא וגם מזה קשה על הרמב"ם ולפמ"ש אתי שפיר דיבש דאינו הדר לגמרי בזה פסול אף ביום שני דיבש הוא חשוב כמת וכדאמרו בירושלמי לא המתים יהללו ובזה פסול אף ביום שני אף להרמב"ם וז"ב ופשוט:

סימן כ

א בענין תלוש ולבסוף חברו.

ב נסתפקתי במ"ש הש"ך בחו"מ סימן צ"ה סק"ח להכריע דבמידי דאיסורא הוא דאמרינן דתלוש ולבסוף חברו הוה כתלוש אבל לענין ממון דינו כמחובר ע"ש וגם מצד הסברא נראה כן דכל מילי דממון דיינינן כאשר הוא לפנינו לא כאשר היה או שיהיה אח"כ לפ"ז היאך הדין אם נתערב ממון עם איסור ביחד ואיך נדייני דייני להאי דינא אם אזלינן בתר ממונא או בתר איסורא. והנה לכאורה הדבר מבואר במעילה דף ב' דפריך הש"ס וכי בני לה מה הוה לימא מסייע לי' לרב דאמר השתחוה לבית אסרו וקשה ניהו דהוה דינו כתלוש הא מעילה חייב קרן וחומש וקרבן מעילות ולפ"ז מה שהוא חייב קרן זה ודאי

דבית דינו כמחובר ולא שייך ביה לחייבו בנהנה לבד בלי פגם ואף דמזיק בהקדש פטור ורק במעילה חדשה תורה דחייב בנהנה בשו"פ ולפ"ז במחובר דלא שייך מעילה אין חייב בקרן וחומש ואם כן גם לענין איסור מעילה לא שייך לומר דיהיה דינו כתלוש דכל שאינו בקרן וחומש לא שייך קרבן מעילות כמ"ש התוס' בפסחים דף כ"ט ע"ש וא"כ גם לרב לא ניחא לענין מעילה והיא לכאורה קושיא נפלאה וע"כ דאף דפתיך ממונא אזלינן בתר איסור. ומיהו ע"ז יש לדון דכל האיסור אינו בא רק בשביל הממון שנהנה ופגם בשו"פ ואם כן אדרבא עיקרו ממון וא"כ הקושיא תמוה מאד. אך אחר העיון הדבר נכון דהרי שם קאי בנטל אבן או קורה ומניחו בתוך שלו והניחו עפ"י ארובה ואם כן זה הוה ככותל בנין דבזה כתב הש"ך דהוה דינו כתלוש אף לענין ממון רק בבית כלו דינו כקרקע א"כ שפיר מסייע לי' לרב דבכה"ג שאינו רק אבן או קורה פשיטא דהוה דינו כתלוש ובפרט שיוכל לחזור וליטול ועיין בתוספת ב"ק דף כ' ע"ב שהקשו דהו"ל שינוי החוזר לברייתו וא"כ פשיטא דדינו כתלוש אך לפ"ז יקשה בהא דקאמר הש"ס לימא מסייע לי' הדר בבית של הקדש כיון שנהנה מעל ושם הוה בית וא"כ מאי מסייע לרב הא בית דינו כמחובר ולמה ימעול וצ"ל דבאמת הנאה הנראית לעינים אסרה תורה והיינו דלעולם דינו כמחובר ואפ"ה אסור לזה אמר דלימא מסייע ליה והיינו דבאמת הוה דינו כמחובר ואפ"ה מעל משום דהוא הנאה הנראית לעינים. ובזה מיושב היטב קושית התוס' ד"ה הדר דלמה לא משני הנאה הנראית לעינים אסרה תורה ולפי מה שכתבתי באמת זהו דאמר הש"ס דלימא מסייע ליה לרב ועל זה דחה ר"ל דבנאו ולבסוף הקדיש לא אסור אף בהנאה הנראית לעינים וכעין מה שכתב התוספת בעצמם (ויש שם טעות סופר בתוס' במ"ש וי"ל דאף דבנאו ואחר כך הקדישו ס"ל דלא מהני אלא משום הנאה הנראית לעינים כפי מה שהגיה הבה"ז וצ"ע מה לשון אף ולפענ"ד צ"ל בהיפך דאף בהקדיש ולבסוף בנאו נמי בעינן הנאה הנראית לעינים ע"ש ודו"ק) איברא דצריך ביאור מה ענין הנאה הנראית לעינים דיהיה אסור בזה כיון דאין מעילה במחובר וגם קשה כיון דבאמת בהדיוט כה"ג דזה נהנה וזה לא חסר פטור רק באיכא שחרורא דאשייתא מגלגלין את הכל כמבואר בחו"מ סי' שס"ג לדעת קצת פוסקים וא"כ עכ"פ הנאה הנראית לעינים לא שייך כאן דהנאה גופא לא אכפת לן וא"ל דשאני מעילה דהתורה אסרה הנאה אף שלא פגם כל שנהנה בשו"פ דא"כ מה מקשה הש"ס בב"ק דף כ' זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו חייב להעלות לו שכר ואיצטריך לשנויי דהקדש שלא מדעת כמדעת דמי ולמה לא משני בפשיטות דמעילה שאני דנהנה אף בלי פגם וחסרון מעל כל שנהנה בשו"פ כמ"ש הרמב"ם פ"ו ממעילה וע"כ דהקדש לא עדיף בזה מהדיוט

וא"כ למה יאסר הנאה הנראית לעינים כל שאינו חסר ומעילה לא שייך במחובר וצריך לומר דכיון דמשני שם דהקדש שלא מדעת כמדעת דמי והיינו משום דאיכא דעת שכינה וביאור הדברים כתבתי בתשובה אחת דבאמת זה נהנה וזה לא חסר לא מותר לכתחלה כל שהי' יכול לשכרו אף שהוא גברא דלא עביד למיגר כמ"ש המרדכי וכן קי"ל בש"ע סי' שס"ג ס"ו בהג"ה ובגליון הש"ע כתבתי דצ"ע דלא נזכר דברי התוס' בב"ב דף י"ב ע"ב ד"ה כגון שחולקין על המרדכי וצ"ע ולפ"ז בשלמא בהדיוט כל שדר שלא מדעתו שרי בדיעבד שכבר עבר אבל בהקדש דאיכא דעת שכינה והו"ל כאילו התנה שלא יהנה בלי שימעול כמ"ש בשיטה מקובצת שם וא"כ שוב הוה כלכתחלה שאין לכופו לעשות כן בחנם ולפ"ז גם כאן כל של"ש הנאה הנראית לעינים שפיר אסור דהני לכתחלה א"י ליטול קורת הקדש ולהניח ע"פ ארובה דהרי נצרך להקדש ויכול להנות ממנו ואיכא דעת שכינה ולפ"ז זהו בקורה אבל בבית שפיר אמרו דלא שייך הנאה הנראית לעינים דהרי ההקדש א"י להשכיר למידר ביה דהרי מעל בו וכדאמרו בערכין דף כ' וא"כ כל דלא יכול להנות מה אכפת ליה במה שזה דר בו ובכה"ג כיון שכופין על מדת סדום ל"ש לאסור אף שיש הנאה הנראית לעינים רק בהקדישו ולבסוף בנאו הוא דאסור דהוה תלוש מעיקרו וז"ב ודו"ק

ג ובזה אמרתי דבר נפלא ליישב דברי רבינו בפ"ה ממעילה שכתב וז"ל וכן המקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל ותמה הכ"מ דפסק כחילוקו של ר"ל בין בנאו ולבסוף הקדישו לבין הקדישו ולבסוף בנאו והוא תמוה דלרב דאמר המשתחוה לבית אסרו גם בבנאו ולבסוף הקדישו מעל ומה שתירץ דבע"ז פסק רבינו כרב משום איסורא דע"ז מלבד דהוא שלא כפי הסוגיא דלא משני כך ומה גם דרבינו פסק לענין שחיטה ולענין הכשר זרעים דדינו כתלוש וכבר תמה בזה השעה"מ פ"ג מאישות ה"ג וגם הלח"מ פ"ו מערכין תמה במ"ש שם הלכה למ"ד דהמשכיר בית לחבירו והקדישו דפקעה שכירתו והשוכר מעל והרי משמע דפסק כרב וכמבואר בערכין דף כ' וכמ"ש התוס' שם בהדיא וכן תמה הבה"ז ובאמת שהמעיין יראה שהוא תימה גדולה ועיין שעה"מ שם שהאריך בזה ולפמ"ש מיושבין הדברים כמין חומר דהרי בבית אף לרב דינו כמחובר וכמ"ש דאם אין קרן וחומש אין קרבן מעילה ושם לא שייך הנאה הנראית לעינים וכמ"ש ומעתה מיושב היטב דברי רבינו בפ"ו מערכין דהרי מבואר סי' שס"ג דהא דבחצר דלא קיימא לאגרא דא"צ להעלות לו שכר דוקא שלא גילה בדעתו שרוצה ליתן שכר אבל כל שגילה בדעתו שרצונו לתת לו שכר לא ע"ש ולפ"ז שם ששכר מאתו ואח"כ הקדישו א"כ שפיר מעל דהו"ל הנאה הנראית לעינים ודו"ק היטב ומידי דברי זכור אזכור במ"ש הש"ך סי'

רכ"א ס"ק מ"ה לחלוק על הפוסקים וצ"ע שלא זכר כלל דברי הרמב"ם פ"ו מערכין הנ"ל שמשמע דנפקע השכירות אף בבית זה וצ"ע עכ"פ דברי הרמב"ם נכונים. ובזה מיושב היטב דברי הריטב"א בחידושיו לקידושין דף נ"ד אהא דפריך התם והרי חומת העיר ומגדלותיה דמשירי הלשכה קאתו והקשה הריטב"א דמה ראיה מזה דשם דהוא מחובר אין בהם דין מעילה והדבר תמוה בתרתי דמלבד דאף במחובר גופא הא לרב דינו כתלוש אף גם דשם נתקדש משירי הלשכה טרם שנעשה מחובר א"כ בהקדישו ולבסוף בנאו אף ר"ל מודה דאסור וכדאמרו במעילה שם וכבר תמה בזה השעה"מ פ"ה ממעילה ה"ה ע"ש שהאריך והניח בקושיא ולפמ"ש אתי שפיר דל"מ בבנאו ולבסוף הקדישו דודאי מותר דאף רב מודה בבית וכמ"ש ואף בהקדישו ולבסוף בנאו הא אין אסור רק הנאה הנראית לעינים וכמ"ש התוס' שם במעילה ובחומת העיר לא הו"ל הנאה הנראית לעינים במה שישבו לפעמים בצילה וכדומה ודברי הריטב"א נכונים.

ד מיהו יש ליישב קושייתו לפמ"ש התוס' בגיטין דף ל"ח ע"ב ד"ה לגופיה דניהו דאין מעילה במחובר מכל מקום אסור מן התורה ע"ש וכ"כ הרשב"א הובא בב"י ביו"ד סי' רכ"א וא"כ שפיר מועלין בחומת הלשכה עכ"פ לענין איסור אף שאינו חייב קרבן מעילה. ובזה מיושב קושית השעה"מ בהא דאמרו בפסחים דף כ"ו על ריב"ז שהי' יושב בצילו של היכל ודייק הש"ס דלא אפשר וקא מכוין שרי והקשה השעה"מ שם דלשיטת הרמב"ם דליכא מעילה בתלוש ולבסוף חברו א"כ אינו אסור רק מדרבנן ובדרבנן אפשר ולא קא מכוין שרי כדאמרו שם. ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דאין חיוב מעילה אבל יש איסור תורה במחובר וא"כ שפיר דייק מזה ודו"ק היטב בכל מ"ש ועכ"פ לפמ"ש גם בהקדיש ולבסוף בנאו ג"כ אינו אסור רק בהנאה הנראית לעינים ולפ"ז נראה בבנאו לע"ז מתחלה ג"כ אינו אסור דהו"ל דינו כתלוש ולבסוף חברו רק במעילה אסור כל שהקדישו בתלוש אבל בע"ז דאין הקדש לע"ז כדאמרו בע"ז דף מ"ז וכן פסק רבינו פ"ד מאיסורי מזבח ה"ד כמ"ש הלח"מ שם ובעין המשפט רשם במס' ע"ז שם מ"מ מהלכות ע"ז ושם אין אומר ואין דברים מזה עכ"פ מוכח דאין הקדש לע"ז א"כ גם בהקדישו לע"ז דהיינו בנאו מתחלה לע"ז ג"כ שוה לבנאו ואח"כ השתחוה ובזה אתי שפיר דברי רש"י בסנהדרין דף מ"ג ע"ב בבנין קבר שכתב דכוותא בע"ז בבנאו מתחלה לע"ז דהו"ל תלוש ולבסוף חברו ותמה המהרש"ך בח"ב סי' קל"ו דמה ענינו לתלוש ולבסוף חברו והא בזה הוה ודאי כתלוש ולפמ"ש יש ליישב כיון דאין הקדש לע"ז הו"ל כתלוש ולבסוף חברו אך בתוס' חולין דף ט"ז ע"א ד"ה לענין ע"ז שכתבו דבמשנה דמי שהיה כתלו סמוך לע"ז יש לומר דמיירי שבנאו מתחלה לשם ע"ז או השתחווה מקודם לכל אבן ואבן א"כ משמע

דאם בנה מתחלה לשם ע"ז עדיף מתלוש ולבסוף חיברו. אבל לשיטת רש"י יש לומר דגם זה מקרי תלוש ולבסוף חברו ועיין ברש"י דף מ"ה ע"ב בע"ז דאף באילן תלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי וא"כ ממילא יש לומר דגם בבנה מתחלה מקרי תלוש ולבסוף חברו ועיין בר"ן במשנה דשלש אשרות הן והנה דברי תוס' אלו הי' בהעלם עין מהרב מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קל"ז והשעה"מ פ"ג מאישות וכן הרב מוהר"ר שמואל יוסף שנדפס בסוף חידושי הריטב"א על ע"ז שהקשו כלם דלמה לא סייע לרב מהמשנה דמי שהי' כותלו סמוך לע"ז דמשמע דתלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי והרי התוס' דחו זאת ע"ש והנה הב"ח בקו"א ביו"ד סי' וא"ו דעתו דתלוש ולבסוף חברו מה דהוה כמחובר אינו רק דרבנן ולכך החמירו בע"ז ובתב"ש סי' וא"ו כתב דהוה ספיקא דאורייתא ע"ש ובאמת שלפמ"ש התוס' דבמחובר מעיקרו ג"כ איכא איסור תורה וכבר הוכחתי כן מפסחים דף כ"ו גבי ריב"ז שישב בצילו של היכל א"כ משמע דמכ"ש בתלוש ולבסוף חברו לענין מעילה דהוה איסור תורה וא"כ צדקו דברי הב"ח דבכ"מ באמת אינו רק דרבנן והא דהחמיר רבינו גבי מעילה היא משום דבמעילה איכא איסור תורה ודו"ק וגם לפמ"ש בקצה"ח סי' צ"ה דדוקא בדרבנן הוא דהוי דינו כמחובר ע"ש ג"כ יש ליישב דברי הב"ח ודו"ק ועיין מ"א סי' תרל"ו לענין סוכה גזולה שכתב ג"כ דברי הש"ך אלו דבית הוה דינו כמחובר ולפמ"ש יש להאריך בזה והנה לכאורה אמרתי דלפמ"ש המ"א דבית נקנה מתורת אגב קרקע לפ"ז לכך יש לומר בטעמו של הרמב"ם דלכך ס"ל דאין מועלין בבית שהוקדש דהרי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וא"כ הוה כאלו הקנה אג"ק וכיון שלא בא רק מחמת קרקע ובקרקע בודאי אין מועלין דהו"ל מחובר ה"ה בבית אף דהוה כתלוש הא אינו בא רק מחמת הקרקע. ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם פ"ו מערכין דשם דע"כ מיירי שא"ל שהוא רוצה ליתן לו בית אחר דאל"כ א"י להקדיש בית שהשכיר לחבירו וכמ"ש הקדמונים ועיין ש"ך יו"ד סי' רכ"א וא"כ אינו מקדיש רק הבית לבד ולא הקרקע דהקרקע אי אפשר לתת לו אחרת דהארץ לעולם עומדת ובית עצמו מקרי תלוש וז"ש הרמב"ם דפקעה שכירתו ומעל השוכר ודו"ק היטב. אחר זמן רב מצאתי בב"י יו"ד סי' רכ"א בסופו שהביא בשם תשובת הרשב"א שכתב דתלוש וחברו ולבסוף בטלו לענין הקדש כתלוש דמי ומועלין בו ע"ש ועיין בתוס' עירובין דף ל"א ע"ב ד"ה ונתן שהקשו דהיאך בונין בחול ואח"כ מקדישין הא אין מחללין ע"ג קרקע וכתבו דלענין זה חשוב תלוש ולבסוף חברו תלוש א"נ התם חשיב תלוש טפי כיון דאי לא קדיש עומד לתלישה וצ"ע בסברת התוס' למה עומד לתלישה וגם אם סברתם סברא מה אמרו במעילה דף כ' לימא מסייע לי' לרב ודחי והא בזה עדיף טפי וצ"ע.

ה ובגוף הענין שהאריך הש"ך להוכיח דבית הו"ל דין קרקע לענין שבועה ושומרים ואונאה אף דהוה תלוש ולבסוף חברו ובאמת שאין לו ראיות ועמ"א סי' תרל"ז ובקצה"ח סי' צ"ה שם אבל תמהני דאמאי לא הביא ראיה מב"ב דף ס"א בהא דאמר המוכר בית לחבירו בבירה גדולה דצריך לכתוב לו ולא שיירית קמאי כלום דאל"כ אמרינן שיורי שיירי והקשו הרשב"ם והתוספות שם דנימא דהדמים מודיעים וכתבו דאין אונאה לקרקעות או דדרך לקנות קרקע ביותר מכדי שויו ע"ש בשם ר"י והרי מבואר דלענין הדמים מודיעים דהיינו לענין אונאה יש לב"ד קרקע וה"ה לענין שומרים ושבועה וא"ל דבעה"ע יסבור כתירוץ הראשון של התוס' דאתיא כרכנן דר"י דאין הדמים ראיה אכתי קשה בהא דאמרו ואי אשמעינן בקעה וכו' ואמאי לא נימא דה"א בבקעה משום דאין אונאה לקרקעות משא"כ בבית וקמ"ל דאין הדמים ראיה וע"כ דבית ג"כ דינו כקרקע ודו"ק. ובלא"ה קשה דא"כ מה דקונה בית בחזקה ע"כ מתורת אגב דקונה הקרקע קונה הבית הנבנה עליה וכמ"ש המ"א וקשה טובא דא"כ הא דאמרו בגיטין דף ע"ז זילו אמרו לי' לקני' ניהלה להאי דוכתא דיתיב ביה גיטא ותיזול ותיחוד ותפתח והא הקנין ע"י נעילה והיינו חזקה כדאמר ותחזיק בי' והרי חזקה לא מהני רק בקרקע וצריך לומר דמכח אגב קאתי עלה והרי רש"י פירש דהגט שבתוכו קנה ע"י אגב והרשב"א השיג עליו דל"ק הגט ע"י אגב עי' ח"ר וריטב"א וא"כ היאך מועיל קנין אגב לגוף הבית וגם אם נימא כפירש"י ומועיל אגב קשה דהא באמת המרדכי הקשה שם דאמאי לא קניא במתנת שכ"מ דאמירתו לבד הוא הקנין וכתב דרצה לקנות בקנין תורה ולא במתנת שכ"מ דעשו חז"ל אמירתו כקנין ע"ש וא"כ לשיטת הפוסקים דקנין אגב אינו רק מדרבנן א"כ גם הקנאה דהבית ל"מ ומיהו יש לדחות דבאמת לא הי' שייך כאן דלקני באמירה משום דברי שכ"מ ומצוה מחמת מיתה משום דמתנת שכ"מ אינו קונה עד לאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה וכן אמרתי ת"ל בראשית ההשקפה ומצאתי בח"ר שכתב כן אבל תמוה לפענ"ד דהיה יכול להקנות במהיום אם מתי ואף אם נימא דיש להחמיר במהיום אם מתי במת באותו יום כמ"ש התוס' בגיטין ע"ב ד"ה מהיום אבל אכתי היה יכול לומר מעכשיו אם מתי דודאי מועיל אף שמת באותו יום וע"כ דרצו שיקנה בקנין תורה כמ"ש המרדכי וא"כ מה מועיל אגב ואף די"ל דבה"ע ס"ל דאגב קונה מה"ת כמו שנסתפק הנמוק"י בב"ק פרק הגוזל קמא דאגב אולי הוה מה"ת מכל מקום פשטת הענין מבואר דבית הוה דינו כמחובר לענין קנין ודו"ק ועיין קצה"ח סי' ער"ה ס"ק א' ועיין בסי' רי"ח סכ"ד דאם אמר קרקעות הכל בכלל אפילו בתים אבל אין ראיה משם דזה בלשון בני אדם ובתים בכלל בלשון ב"א אבל מה שאני תמה בזה הוא דהרי אמרו בב"ב דף ס"ז דאגבה

עישור נכסי אפילו מאצטרובלא דרחיא ומזה דייק הרשב"ם שם בשם ר"ח דקי"ל כר"א דהו"ל קרקע ולפ"ז הרי אמרו שם דמגבינן אפילו מעמלא דבתי ואם איתא דבית כ"ע מודו דהו"ל כקרקע א"כ מאי אפילו מעמלא דבתי הא בבית ודאי הוה כקרקע אפילו לרבנן וא"כ למה נקט אפילו ונקטה אחר האצטרובל והרי בית כ"ע מודו דהו"ל כקרקע ומזה ראיה דגם בבית נחלק הב"ע והנה בב"ב שם דף ק"ו אמרו דה"ט דר"א דכתיב ויטבול אותה ביערת הדבש מה יער התולש ממנו בשבת חייב אף דבש הרודה ממנו בשבת חייב וקשה לי טובא דמה ראיה מייתי ר"א מיערת הדבש לכוורת דבורים והיינו דהדבש במקום גידולו הוה כיער והרי רש"י פירש בשמואל י"ד שם דיער הדבש היינו סיקרא הגדל בקנים והרי הוה כמו פירי הגדל באילן דהקנים נטועים בארץ ועיין בטור או"ח סי' ר"ב דהי' דעת הפוסקים דמברכין בפה"א או העץ ואף למה דקיי"ל דאינו מברך רק שהכל היינו משום שמתחלה עומד למשקה למצוץ אותו אבל הקנים הם מושרשים בארץ וכבר כתבו התוס' בחולין דף ט"ז ד"ה לענין דאילן שנשרש בקרקע ויוצא מן הקרקע חשוב כמחובר מעיקרו והו"ל קרקע יותר מבית ע"ש. וא"כ מה ראיה לכוורת דבורים דחשוב כקרקע דלמא כוורת דבורים אף דהוה מחובר לקרקע הא לא עדיף מבית דהו"ל תלוש ולבסוף חברו משא"כ אילן דנשרש בקרקע חשוב כמחובר מעיקרו והיא קושיא נפלאה.

י אמנם נראה דניהו דהקנים חשובים כמחובר מעיקרו ע"י שנשרשים בקרקע מ"מ הדבש דהיינו הסוקר הנמצץ ממנו אינו רק מחובר לקרקע ותדע שהרי באמת אין מברכין עליו רק שהכל משום דעומד למצוץ ואינו כגוף האילן א"כ ה"ה דבש בכוורת דלא חשיב מחובר ומדקרי לי' יערת הדבש ע"כ דגם הדבש עצמו חשוב כמחובר והרי הדבש לא נשרש בעיקרו וע"כ כיון דמחובר להקנים היינו כמחובר לקרקע וה"ה כוורת דבורים דהדבש חשוב כמחובר וצ"ע בזה ועיין מגן גיבורים סי' ר"ב. ולענין עמלא דבתי עיין כתובות ס"ט ובקדמונים ועכ"פ משמע דבית אינו עדיף מאצטרוביל וכדומה דאל"כ לא שייך אפילו מעמלא דבתי דהרי בית דינו כקרקע ומזה לכאורה ראיה דלא הוה כקרקע ודו"ק

יא והנה בשנת תרי"ד למדתי במס' ב"מ דף נ"ד בהא דאמרו הקדש אין מתחלל ע"ג קרקע והקשו בתוס' דא"כ היאך אמר שמואל בונין בחול ואח"כ מקדישין ותלוש ולבסוף חברו הוה מחובר ובשיטה מקובצת כתב דס"ל דלענין מעילה הוה תלוש ולבסוף חברו כתלוש ובזה הי' מקום ליישב קושית הלח"מ פ"ו מערכין הלכה ל' דסוגיא דערכין אתיא כשמואל ודוק מיהו תירוץ התוס' הוא נוח טפי ובשיטה מקובצת ביארו היטב. והנה במה שהקשה המלמ"ל דברי הרמב"ם אהדדי דבפ"ו מערכין הלכה ל' כתב דהמשכיר

בית ואח"כ הקדישו השוכר מעל כשדר בו אלמא דס"ל דתלוש ולבסוף חברו הוה כתלוש ואילו בפ"ה מערכין הלכה ה' כתב דהמקדיש בית בנוי לא מעל הדר בו. ולפענ"ד נראה דהנה שכירות אמרו דממכר הוא והקשו בתוס' דהא קי"ל דשכירות לא קניא וכתב הריב"ש סי' שנ"ה והנימוק"י דשכירות ממכר היא לענין הנאה של השכירות דהיינו השתמשות ולא קנה גוף הקרקע. ולפי זה נראה לי ברור דשאני המקדיש בית בנוי דיש לו קנין בגוף הקרקע אם כן מה שדר בו הוא נהנה מגוף הקרקע והו"ל כמחובר ולא מעל אבל השוכר זה אין לו בגוף הקרקע רק קנין פירות יש לו שמותר להשתמש בהבית וזה לא מקרי מחובר כי ההשתמשות אינו מחובר וזה מעל ומידי דהוה אם נהנה מאבק שבה או שחרש בשדה הקדש כדי להעלות אבק וכדומה דכתב הרמב"ם בפ"ה ממעילה ה"ה שם דמעל כיון שאינו בגוף הקרקע וה"ה השוכר אין לו בגוף הקרקע כלום רק הנאת התשמיש זה לא מקרי מחובר כנלפענ"ד ברור (ועיין בשו"ת רדב"ז ח"ב) ובזה מיושב קושית הלח"מ פ"ו מערכין שם שהקשה דלפמ"ש רבינו דלענין מעילה קי"ל דהוה מחובר ושאני ע"ז משום חומרא דע"ז מחמרינן אם כן איך יפרנס רבינו דברי הש"ס בערכין דף כ' דשם מבואר דמעל השוכר ולפמ"ש אתי שפיר דשאני שוכר דאינו נהנה מגוף הקרקע רק מהשתמשות שחייב לו דמים ונפרע עי"ז ואין לו קנין בגוף הקרקע זה מעל וכמ"ש ודוק. ומצאתי בתורת חיים בב"מ דף ג' ע"ב דכתב גם כן כהריב"ש דשכירות לאו ממכר הוא לענין גוף הדבר אבל מכל מקום יכול להשתמש ולענין זה הוה כמכר ע"ש ומהתימה שלא הזכיר דברי הנימוק"י והריב"ש שכתבו בהדיא כן.

ח והנה במ"ש הכ"מ דהרמב"ם פסק דתלוש ולבסוף חברו הוה כתלוש דוקא בע"ז משום חומרא דע"ז הנה מצאתי בשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף רל"ג שהרב השואל רצה לומר כן ולהרשב"א לא מסתבר כלל לומר כן ע"ש והנה הרשב"א כתב שם דדוקא תלוש ולבסוף חברו אמרו אבל תלוש ולבסוף נטעו בודאי הוה מחובר ובאמת שכ"כ התוס' בחולין דף ט"ז ד"ה לענין ע"ש ולפענ"ד ראיה ברורה לזה ממה דמבואר בש"ע חו"מ סי' קע"ה סכ"ו דאם המצרן רוצה לנטעה יכול לסלקו וביאר הסמ"ע דהנטיעה יותר מושרש בקרקע יותר מבתים ועיין ט"ז שם שחולק על הסמ"ע ולפענ"ד מהתוס' והרשב"א הנ"ל מבואר דנטיעה חשיב מחובר ממש יותר מבתים ואם כן ראיה ברורה להסמ"ע בזה וגם מ"ש הרשב"א דבבטלו ודאי הוה מחובר לכאורה קשה במה שהקשו בתוס' מבונין בחול ואח"כ מקדישין וכתבו דלמ"ד תלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי אתי שפיר וקשה טובא הא שם בודאי בטלו דהקדש א"י לתלוש ועובר בלאו דאסור לקלקל שום דבר מהקדש ואולי כיון שצריך לחלל על הקדש שוב מותר לתלוש כדי שיהיה יוכל לחלל והוה

השחתה ע"מ לתקן דמותר ועיין ברמב"ם ובטוש"ע או"ח סי' קנ"א ובזה יש לכוין מ"ש התוס' דכאן ודאי הוה כתלוש ע"ש ובשיטה מקובצת ולכאורה תמוה דמ"מ כל תלוש ולבסוף חברו כל שלא בטלו הוה כן ואף דכאן מוכרח לתלוש מכל מקום לא מסתבר כ"כ לחלק ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ בטלו לא שייך בזה ודוק היטב ועיין שעה"מ פ"ג מאישות ה"ג ועיין בסוגיא דתקפו כהן דמסקינן דמסותא הוה כקרקע אף דהוה תלוש ולבסוף חברו ואולי מסותא הוה חפירה בקרקע ממש ועכ"פ בזה יש לפרש מה שתמוה שם בסוגיא דבתחלת הסוגיא היה ס"ל דמסותא מטלטלין הוה ואח"כ מסיק דמסותא הוה קרקע ולכאורה לא יתכן שיחלקו במציאות ולפמ"ש יש לומר דמסותא הוה תלוש ולבסוף חברו ובתחלה ס"ד דמקרי תלוש ולבסוף מסיק דהוה כמחובר ודוק היטב. והנה במעילה דף כ' אמרו בנאה בתוך ביתו אינו חייב למה לי עד שידור תחתיה כיון דשנייה מעל אמר רב כגון שהניחה עפ"י ארובה והנה רש"י פירש שני פירושים כגון שפחתה וחתכה א"נ שבנאה בבנין מעל שהרי שינה אותו ומשמע מלשון השני שכל שבנאה בבנין שינה אותו ואני תמה ע"ז דבב"ק דף כ"א ע"ב כתבו בתוס' ד"ה והוא לתמוה על רש"י שכתב דאם קבעה בבנין הוה שינוי ואמאי והא הוה שינוי החוזר לברייתו והרי כאן משמע דאם בנאה הוה שינוי וצ"ל דהתוס' מפרשו כפירוש הראשון שברש"י וכ"כ במעילה ד"ה ולמה קס"ד השתא דבנאה מיירי שסתתה ותקנה דהוה שינוי אבל אכתי תמוה דדברי רש"י בפירוש שני יותר מבוררין דהרי הש"ס קאמר סתם דשניא מעל וראיתי בשיטה מקובצת בב"ק שם שהביא בשם מוהר"ש בן חכים שכתב דכל שקבעה בבנין חשוב שינוי טפי כיון דבטיל לי' אגב ארעא וחשוב כקרקע ועיין בשיטה שם מ"ש בשם הרשב"א ומ"ש בשם הרא"ש דמיירי בסתתה ומהתימה שלא הזכירו מהך דמעילה ובאמת בהך דגזל מריש וקבעה בבנין דמפני תקנת השבים אינו מחזיר מבואר דאף בקבעו בבנין אינו מקרי שינוי לקנות וצ"ע על הר"ש חכים וגם על רש"י במעילה בפירוש השני מיהו על רש"י יש ליישב דדוקא לענין מעילה מקרי שינוי אבל לקנות לא חשוב שינוי אבל על השיטה בשם הר"ש קשה דמשמע דמקרי שינוי לענין קנין וצ"ע הא דאמר במעילה שם וכיון דבני לה מעל לימא מסייעא ליה לרב דאמר רב המשתחוה לבית אסרו והיינו דחשוב כתלוש וקשה דא"כ למה חשיב שינוי דהא כל הטעם היא להר"ש בן חכים משום דבטלי' לארעא וחשוב כקרקע והלא לרב חשיב כתלוש וצ"ל דלענין מעילה שאני דמכל מקום נשתנה וכמ"ש ודברי הר"ש צ"ע. והנה לפמ"ש התוס' בב"מ נ"ד הנ"ל ד"ה הקדש דאם לא הי' הקדש סופו לעקור מקרי תלוש אף למ"ד דתלוש ואח"כ חברו מקרי מחובר ע"ש ואם כן קשה מה ראיה לרב דלמא בכ"מ הוה כמחובר ושאני כאן דבאמת

לא ידע שהן אבני הקדש ואם כן לא חשיב מחובר דסופו לעקור דהא הם הקדש וצריך לומר כיון דקנאו בשינוי אין סופו לעקור ואף אם נימא דלא קנאה כל שבנאה שייך עכ"פ מפני תקנת השבים ולא צריך לעקור ושפיר פריך ודוק היטב. וראיתי בחגיגה דף י"א דאמרו מכדי שנויי שניה מה לי דר מה לי לא דר ופירש"י שם דשניא ע"י שסתתה וקבעה ומשמע דבלי סתתה לא קני ע"י הבנין אמנם לפמ"ש יש לומר דגם רש"י מודה דמעל אף בלי סתתה ובחגיגה כתב רש"י דקנאה בשינוי וצריך להיות סתות דוקא ובמעילה וגם בב"ק כתב רש"י לענין מעילה וזה מעל אף בלי סתות ודוק היטב. אך מה דצ"ע אצלי על חילוף הגירסא דבב"ק אמרו דשמואל אמר דמונח עפ"י ארובה ובחגיגה ובמעילה שם אמרו כן בשם רב ובמעילה אמרו דמסייע לרב ומשמע דגירסא שמואל היא עיקר דאל"כ לא שייך לימא מסייעא לי' לרב ומצאתי להגאון מוהרי"פ בהגהותיו במעילה שהרגיש בשינוי הגירסא מב"ק למעילה וכעת צ"ע ועיין בקצה"ח סי' ש"ס ס"ק ב' וכבר קדמו הב"ע בקושיא זו ע"ש.

ט והנה הרשב"א אלף רל"ג האריך בענין זה במה שהאריך להביא ראיה דהמקדש בקרקע מקודשת והביא מהא דאמרו בתוספתא דהמקדש בעיר הנדחת וביושבי' באשרה ובפירותיה דאינה מקודשת דהו"ל א"ה ומשמע הא סתם קרקע מקודשת והרב השואל שם האריך לדחות דעיר הנדחת הו"ל תלוש ולבסוף חברו וע"ז כתב הרשב"א דאם כוונתו דתלוש ולבסוף חברו הוה כתלוש והמקדש בבתים מקודשת דהו"ל תלוש ולבסוף חברו ורק משום דעיר הנדחת הוה ליה ע"ז ומשום חומר ע"ז נאסר ולפי זה כיון דעכ"פ קרקע עולם יש בה למה תהיה מקודשת הא קדשה גם בקרקע עולם והו"ל כמו מקדש במלוה ופרוטה דאינה מקודשת ואף למ"ד דדעתה אפרוטה זהו משום דהפרוטה הוא בעין אבל בשאר ענינים אם מקדש בדבר הראוי ובשאינו ראוי אינה מקודשת דאמרינן דדעתה על כל מה שישנו שם ע"ש ואני תמה על הרב השואל דבאמת מה בכך שהוא מחובר וע"כ משום דמקיש הויה ליציאה וביציאה פסול במחובר ואם כן כל עיקר הפסול הוא משום דאינו בכלל ונתן ומחוסר נתינה ואם כן מה בכך שהוא תלוש ולבסוף חברו מכל מקום הא מחוסר תלישה ונתינה. אמנם בגוף ראיית הרשב"א מהתוספתא נראה לפענ"ד דבר נחמד דבאמת המהרי"ט בחידושיו לרי"ף קידושין פ"ק האריך לתמוה דמה שייך להקיש לענין מחובר הויה ליציאה הא שאני קידושין דעיקר הקידושין היא משום דמטי הנאה לידה וכמו שחוק רקוד לפני דמקודשת בהאי הנאה דמטי לידה ואם כן מה בכך שהוא מחובר הא סוף סוף מטי הנאה מחודשת לידה ע"ש. אך נראה לפענ"ד דהדבר תלוי במה שנחלקו הסמ"ע והט"ז חו"מ סי' ק"צ אי קידושין הוה כסף קנין או שווי ע"ש ובקצה"ח

וא"מ סימן כ"ט והארכתי בזה בכמה תשובות ולפי זה אם נימא דבעי כסף קנין אם כן כל שהוא מחובר אינו יכול לקנות בו דמחוסר נתינה ולקיחה ביד ומה בכך דמטי הנאה לידה סוף סוף אי אפשי בנתינה ול"ד לשחוק ורקוד לפני דאותה הנאה שו"פ והו"ל כנותן פרוטה לידה אבל כאן מחובר שוה הרבה רק שאינו בתורת נתינה וא"כ חסר הנתינה ומה בכך ששוה פרוטה ויותר הרבה מ"מ לא נתן לה ושאני שחוק ורקוד לפני דהיא בקשה זאת והיתה צריכה ליתן לו פרוטה אבל שהוא יקדשה במחובר לא שמענו ואה"נ אם היתה מבקשת שיתן לה קרקע והוא נתן לה אפשר שתהיה מקודשת והרי בהנאת מחילת מלוה מקודשת גם כן (וצ"ע בזה אבל עכ"פ בשאינו שו"פ היא מתורת שכירות ועיין קידושין ס"ג ודוק) ועכ"פ קושית מהרי"ט לפענ"ד ל"ק כ"כ ולפי זה נראה לי ברור דאם נימא דתלוש ולבסוף חברו הו"ל כתלוש רק שיש בו קרקע עולם גם כן הרי באמת המקדש במלוה ופרוטה מקודשת ולמ"ד אינה מקודשת הוא משום דדעתה אמלוה והיינו דוקא במלוה דלא מטי הנאה מחודשת לידה שכבר הלוה לה וכיון שדעתה אמלוה שחשוב הרבה יותר מהפרוטה כמ"ש רש"י בסנהדרין דף י"ט ואם כן במה תתקדש אבל כאן בקרקע באמת מטי הנאה לידה רק שצריך כסף קנין וכל שיש לה כסף קנין בתלוש ולבסוף חברו שוב מקודשת גם בהקרקע עולם שהרי באמת מטי הנאה לידה ודוק היטב ולכך צריך להשמיענו בעיר הנדחת דאסור בהנאה דאף שקידש בקרקע עולם ובתלוש ולבסוף חברו אינה מקודשת דליכא הנאה ולא כסף קנין ודוק היטב. והנה הרמב"ם פ"ו ממעילה ה"ח כתב נתנה ע"ג חלון שבתקרה ולא חברה לא מעל עד שידור תחתיה בשו"פ שאין זה הנייה הניכרת והנה בעש"ק אמור שנת תרי"ט הקשה אותי אחד מהתלמידים על דברי הרמב"ם שבמעילה דף כ' אמרו שאני כאן דהנאה הניכרת לעינים היא וכאן כתב הרמב"ם דאין זה הני' הניכרת לעינים וע"ז השבתי דשמא התם רצה לדחות דברי רב ולא תסייעי' לי' אבל לפי האמת דקיי"ל כרב שוב א"צ לומר הנאה הנראית לעינים בעינן וע"ז הקשה דאכתי קשה דמשמע מהרמב"ם דאם היה הנאה הניכרת ל"צ שו"פ והרי בש"ס לא אמרו כן והשבתי דלק"מ דאם נימא דתלוש ולבסוף חברו דינו כמחובר ואינו מועל וע"כ משום דהנאה הניכרת הוה ואם כן זה הוה כתלוש מחמת המראה וע"ז בעי שו"פ דגוף הבית הוא מחובר רק דהמראה הוה הנאה וע"ז בעי שו"פ אבל לפי מה דקי"ל כרב א"כ אף שאינו שו"פ עכ"פ נהנה מכל הבית ע"י המראה ובודאי שו"פ ולכך הוצרך הרמב"ם לומר דאין זה הנאה הניכרת ודוק היטב. והנה בערכין דף ל"ג אמרו ויצא ממכר שומע אני אפילו עבדי' ומטלטליו ושטרי' ת"ל בית ועיר אחוזתו וקשה אם נימא דבית הו"ל כתלוש והוה כמטלטלי ועיין ש"ך סי' צ"ה ובמ"א סי' תרל"ז ואם כן איך

ממעט מבית מטלטלי וגם עיר אינו רק ע"י הבתים והרי הבתים לא הו"ל כקרקע ועיין בשו"ת רשב"א סימן אלף רל"ג הנ"ל ואם כן איך ממעט מעיר ובית דמטלטלי אינו כמכר וגם לענין עבדים קשה דאם נימא דבמילי דאורייתא עבדי כמקרקעי אם כן איך ממעט לי' מעיר ובית וצ"ל דעיקר המיעוט היא דעיר ובית לא ניידי וניהו דהוה כתלוש ולבסוף חברו ולא הוה כקרקע מ"מ ניידי לא הוה אבל עבדים ושטרות ומטלטלי דהם ניידו לכך אינם בכלל עיר ובית וז"פ:

סימן כא

א לבאר אם נוהג איסור הוצאה מרשות לרשות והבערה ביוה"כ.

ב הנה כבר ישב על מדוכה זו הגאון בעל שאגת ארי' סי' ע' והנמשך.

ג והנה אם אמנם כי במקום אשר עלה אריה מסובכו מי ישדד עמקים אחריו בכ"ז אמרתי אולי גם לעני כמוני השאיר אחריו עוללות והיתה לי לשלל. והנה בכריתות דף י"ד אמר רפרם זאת אומרת עירוב והוצאה לשבת ואין עירוב והוצאה ליוה"כ ומסיק דהא דרפרם בדותא היא דשאני שעיר המשתלח דהכשרו בכך וע"כ דחו הפוסקים הך דרפרם. והנה לכאורה צ"ב כיון דאמרו דשאני יוה"כ דהכשרו בכך א"כ אכתי תקשה דלמה לי קרא על שבת דכיון דביוה"כ הכשרו בכך שוב גם בשבת מותר דמ"ל איסור יוה"כ דג"כ מקרי שבת שבתון ומה לי איסור שבת דמה נ"מ בין איסור כרת למיתת ב"ד ותדע שהרי רפרם דדייק דאין עירוב והוצאה ליוה"כ הכי דייק דאם הי' עירוב והוצאה ליוה"כ למה לי קרא על שבת וכמ"ש רש"י וע"כ אין חילוק בין איסור שבת ליוה"כ וא"כ מה מועיל מה דהכשירו בכך והא גם כשחל בשבת הכשרו בכך שצריך לכפרה דיומא. אמנם נראה דהנה רש"י כתב בביצה דף כ"ז בד"ה חלה שנטמאת שגם להאכיל לכלבים אסור ביו"ט דרחמנא אחשביה להבערתו דכתיב באש תשרף ולפ"ז ניהו דהתורה הכשירה בכך מכל מקום אדרבא כיון דהתורה הצריכה ביוה"כ שיוציא השעיר המשתלח א"כ אחשביה למלאכה א"כ לכך צריך עתי אפילו בשבת דאל"כ הו"א דדוקא ביוה"כ מותר דהכשרו בכך אבל בשבת אדרבא בשביל דהכשרו בכך חשוב מלאכה ואדרבא לולב דהכשרו בכך הוה הוצאה מלאכה גרועה וכל דהכשרו בכך שוב נקרא מלאכה חשובה. ובזה אני אומר דבר נחמד ליישב קושית התוס' בכריתות שם וביומא דף ס"ו דאמאי לא דחי ביומא ג"כ דברי רפרם כמו דדחי בכריתות ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צ"ב דאכתי קשה מה דחי הש"ס דהכשרו בכך והא גם ביוה"כ שחל בחול התורה אחשבה למלאכה ואפ"ה מותר וא"כ גם בשבת כן אך הדבר נכון דבאמת הוצאה מלאכה גרועה היא ומה"ט ס"ד דרפרם דאין עירוב והוצאה ליוה"כ כמ"ש בתו"י ביומא שם ואם כן יש לומר דבאמת לכך בחול

שפיר דבאמת הוצאה מלאכה גרועה היא ואי דהתורה אחשבה למלאכה הא אימתי התורה אחשבה למלאכה אם נתיר לשאת השעיר אבל אם נימא דמקרי מלאכה שוב לא שייך אחשביה ולכך מותר בחול אבל בשבת שוב אסור דהתורה אחשביה למלאכה ומעתה זהו בכריתות דרפרם קאי על הברייתא וקאי על סתם הוצאה אבל ביומא דמסיק דעתי אפילו בשבת אתי לאתויי שאם חלה מרכיבו על כתיפו וא"כ ל"ש לדחויי דשאני יוה"כ דהכשרו בכך דאם כן גם בשבת נמי וכאן לא שייך כיון דהתורה אחשביה למלאכה דזה אינו דזה רק מקרה וא"כ לא אחשביה למלאכה ורק משום דמקרי מלאכה בכ"מ וכיון דהותר ביוה"כ ממילא מותר גם בשבת דמ"ש ושפיר מקשה למה לי קרא וע"כ משום דאין עירוב והוצאה ליוה"כ וא"כ אצטריך קרא ביוה"כ דלא שייך דאחשבי' למלאכה דהא אין כלל הוצאה ביוה"כ ודוק. והנה בגוף הדין אם יש עירוב והוצאה ליוה"כ שהאריך הגאון לברר בראיות ברורות דלא קי"ל כרפרם אני תמה דלכאורה ש"ס מפורש דקי"ל כרפרם מהא דאמרו בסוטה דף מ"א מכאן ואילך כל אחד מביא ס"ת מתוך ביתו ופירש רש"י דקיי"ל כרפרם דאין עירוב והוצאה ליוה"כ הרי דקיי"ל כוותיה ואף דרש"י כתב עוד לפרש דירושלים דלתותי' נעולות בלילה והו"ל חצר של רבים ומערבין את כלה תמהני דלאחר שנפרצו בה פרצות לא מקרי חצר של רבים ועיין בעירובין דף ק"א ובה"ה פ"א מעירובין. הן אמת דדברי רש"י צ"ע דניהו דאין עירוב והוצאה ליוה"כ מכל מקום עכ"פ מדרבנן אסור דלא גרע מיו"ט ורפרם לא קאי אלא על הקרא אבל מדרבנן פשיטא דאסור וא"כ אכתי היאך הביאו ובאמת אם נימא דמקדש כולל גם ירושלים א"כ י"ל דבירושלים לא גזרו על כרמלית וכבר נודע דבזה נחלקו רש"י והרמב"ם ריש פ"ד דר"ה אבל זה דבר חדש וראיתו ביומא דף ע"א דפירש רש"י דמעיוה"כ הביאו ודברי רש"י צ"ע שסתרו זא"ז אבל פשטת הסוגיא משמע דאין עירוב והוצאה ליוה"כ וגם בענין הבערה שהאריך הגאון צ"ע שלא הזכיר הך דמחמין לו חמין מעיוה"כ לכה"ג כדאמרו ביומא דף ל"א ודף ל"ז ואי נימא דאין איסור להבעיר ביוה"כ מן התורה ניהו דמדרבנן אסור מ"מ לא גזרו על שבות במקדש ומשום חולשא דכה"ג היו יכולין לחמם ביום הכפורים וע"כ דאסור מן התורה וצע"ג

ד והנה העירני אחד דיש לומר דמחמין לו חמין אסור משום מבשל מלבד ההבערה שזה אסור אף ביוה"כ והשבתי אף דזה לא ברור לי דנראה דע"כ לא אסור משום בישול רק בצורך לבישול אבל כאן שאין הכוונה רק שיהי' המים חמין לא שייך בישול אך ברמב"ם פ"ט משבת הלכה ג' כתב דהמבשל דבר של"צ בישול כלל דפטור אך מלבד כל אלה הא בפי"ב משבת ה"א מבואר בהדיא דהמחמם את הבדיל כדי לצרפו במים ה"ז תולדת

מבעיר והראב"ד הקשה למה לא יתחייב משום מבשל וכתב הה"מ שכל דבר שהוא עצמו נעשה אור ושורף לא שייך בישול וא"כ יקשה עכ"פ לענין מה דאמר ר"י דעששיות של ברזל הי' מחמין לו מעיוה"כ בזה יקשה למה צריך עיוה"כ הא אף ביוה"כ עצמו שרי דהבערה אינו אסור מן התורה ועל שבות לא גזרו במקדש וע"כ דהבערה אסור מן התורה ביוה"כ וזו ראיה נפלאה ת"ל. הן אמת דהלח"מ הקשה שם על ה"ה מהא דכתב רבינו בפ"ט ה"ו דהמחמם את המתכות עד שתעשה גחלת הר"ז תולדת מבשל ונדחק הלח"מ דחייב משום מבשל ומשום הבערה ע"ש שזה דוחק לא ישוער ועיין במרכבת המשנה מ"ש בזה ולפענ"ד נראה דהנה רבינו בפ"ט שם כללא כייל דכל שריפה גוף קשה באש הרי זה תולדת מבשל ולפי זה צריך לומר דשאני מחמם המתכת דמיני מתכת הם נרפים ע"י האש ונקרא בישול אבל בפי"ב דאמר המחמם הברזל באש כדי לצרפו א"כ אינו מרפה דברזל הוא קשה וגם אינו מקשה הרך דהא ברזל הי' קשה וגם עכשיו קשה א"כ לא שייך בזה ענין בישול ואינו חייב רק משום מבעיר וז"ב לפענ"ד באופן דבדבר דשייך בו בישול כגון שמרפה הקשה הוה מבשל אבל בדבר שלא שייך בו בישול אינו חייב רק משום הבערה ובחידושי אמרתי ראיה ברורה לזה מהא דאמרו ביבמות דף ל"ג ע"ב זר ששימש במאי אילימא בהקטרה והאר"י הבערה ללאו יצאת ואי נימא כמ"ש הלח"מ דחייב אף משום מבשל א"כ מה קושיא הא בהקטרה איכא גם משום בישול וע"כ דבכל דבר שאינו מרפה הגוף הקשה לא שייך בישול וז"ב מאד. ומן האמור יש להשיב על הרבה קושיות שהקשה השאג"א אם נימא דהבערה אינו אסור ביוה"כ ובכמה מקומות משמע דאסור מן התורה הבערה ביוה"כ ולפמ"ש אתי שפיר דשם יש לומר דשייך משום מבשל כגון חלבי שבת שקרבים ביוה"כ וכדומה דזה יש לאסור משום בישול דמרפה דבר קשה ודוק היטב בשאגת שם ותמצא שיש ליישב בזה כמעט כל הראיות אבל הראיה שכתבתי נשאר' כחומה דעששיות של ברזל מבואר בהדיא ברמב"ם דהו"ל רק משום מבעיר בלבד לא משום בישול וכמ"ש. וע"ד הפלפול אמרתי בישוב ראיה זו לפמ"ש הכ"מ פ"ח מבית הבחירה דבכ"מ דאפשר לעשות מאתמול לא התירו שבות במקדש א"כ גם בזה כיון דאפשר להטיל עששיות מבע"י לא התירו בשבת. ובזה היה מקום ליישב הא דקאמר הש"ס והלא מצרף והדבר תמוה דקארי לה מה קארי לה הא צירוף אינו רק דרבנן ולא גזרו על שבות במקדש ואף דאביי משני כן לפי פירוש התוס' מ"מ מה הקשה המקשן. ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ הוה צירוף דאל"כ חייב משום בישול כל דנתכוין לרכך הקשה ורק כשמצרף א"כ אדרבא רוצה שיתקשה הקשה ולא שייך מבשל ועיין במרכבת המשנה שם ודוק היטב וקצרתי כי יש להאריך הרבה בסוגיא שם ואכ"מ.

ה ובגוף הדין נראה לפענ"ד מה שרצה הגאון להתיר הבערה וכן מחמר משום דאינו רק בלאו בשבת ויוה"כ קיל משבת לענין קניבת ירק לפענ"ד נראה דבאמת זה אין סברא לחלק בין שבת ליוה"כ דכל מה דחשיב מלאכה בשבת הוה גם ביוה"כ ואין נ"מ במה שהקיל באיסור דמה לי כרת ומה לי מיתת ב"ד. אך לפענ"ד ההבדל שביניהם דשבת מה שנצטוינו לשבות הוא בשביל שהוא יום מנוח' ושביתה א"כ כל דבר ששייך בו שביתה ומנוח לגוף אסור אף שאינו מלאכה כ"כ דעיקר הטעם של הל"ת הוא בשביל העשה דשביתה כדכתיב למען ינוח אבל ביוה"כ שאינו יום מנוח ואדרבא נצטוינו לענות נפש ואדרבא עיקר השביתה בשביל שאסר הכתוב לעשות בו כל מלאכה אם כן דוקא מה שהוא משום מלאכה הוא דאסור ולא מה שהוא משום שבות ולכך מותר לקנב ירק מן המנחה ולמעלה משום עינוי נפש דלא נצטוינו שם בשביל המנוחה רק משום איסור מלאכה וזה ברור מאוד לדעתי.

ו ובזה יתבאר היטב הא דאמרו בשבת דף קי"ד אר"מ תנא מניין ליוה"כ שחל להיות בשבת שאסור בקניבת ירק ת"ל שבתון שבות למאי אילימא למלאכה והא כתיב כל מלאכה לא תעשו אלא לאו לקניבת ירק והקשה רש"י דהא גבי יוה"כ גם כן כתיב שבתון שבות וכתב דשבתון דהתם היא לעינוי ותמה הלח"מ פ"א משביתת עשור דרבינו ז"ל פסק שם דשבתון אתי למלאכה ואם כן אמאי מותר בקניבת ירק ולפמ"ש המרחק רב דשם נצטווינו לשבות שיהיה מנוח לגוף וא"כ כל שיש טרחא לגוף אף שאינו מלאכה גמורה אסור משא"כ ביוה"כ דהאיסור הוא בשביל מלאכה וז"ב מאד ולכך ביוה"כ שחל להיות בשבת דמצד קדושת שבת אסור אף במה שאינו מלאכה גמורה לכך אסור אף בקניבת ירק. ובזה הנה מקום אתי ליישב ראיית השאגת ארי' שם סימן ע"ב לענין איסור מחמר דחייב אף ביוה"כ מהא דאיתא בחולין דף ק"א דפריך וריה"ג לית ליה איסור כולל והתניא שבת ויוה"כ ושגג ועשה מלאכה מנין שחייב ע"ז בפ"ע וע"ז בפ"ע ת"ל שבת היא יוה"כ היא והשתא קשה ל"ל שבת היא דבשלמא יוה"כ איצטריך דהו"א דאיוה"כ לחוד מחייב משום דהו"ל איסור כולל ולא על שבת משא"כ שבת היא קשה דהא גם שבת הו"ל כולל שנוהג איסור מחמר והבערה וכדומה שאין נוהג ביוה"כ ופשיטא דחל שבת וע"כ דיוה"כ שוה לשבת לכל דבר ע"ש שהאריך ולפמ"ש היה מקום לדחות דשאני כאן דיוה"כ בפ"ע באמת יש לומר דאינו נוהג מחמר והבערה אבל ביוה"כ שחל בשבת פשיטא דאסור אף במחמר דאטו שבת לעצמו אהנאי ליוה"כ לא אהנאי וכעין דאמרו בזבחים דף צ"א והרי אף בקניבת הירק אסור ביוה"כ שחל להיות בשבת וא"כ הו"א דאינו אסור רק משום יוה"כ לבד דהו"ל איסור כולל משום אכילה משא"כ איסור מחמר

דכל שהוא שבת אסור ויש לפקפק דסוף סוף עיקר האיסור בא משום שבת והו"ל שבת כולל מיהו בלא"ה קשה על קרא דשבת היא דל"ל קרא הא שבת קדים וכמו שהקשו בתוס' שם ד"ה ואיסור וע"כ אין ראייתו משם ראיה ומ"ש הוא הנכון ת"ל. ומדי דברי בסוגיא דחולין שם אזכור מה דק"ל בהא דאמרו שם דשעת שמדא הוא ושלחו מתם דיוה"כ דהאי שתא שבתא הוא וקשה הא בשעת שמדא מצוה להרג ואל יעבור ואמאי לא מסרו נפשם בפרהסיא ולמה שלחו מתם דשבתא היא. ולכאורה רציתי לומר עפמ"ש הריב"ש והובא בשיטה מקובצת פ"ק דכתובות גבי כל הנשאת בשני תבעל להגמון תחלה והקשה דאמאי לא מסרו נפשם וכתב כיון דעיקר הגזירה היא שתבעל להגמון תחלה וכל שחז"ל עקרו התקנה ועשוהו ליום אחר בזה לא שייך יהרג ואל יעבור וא"כ יש לומר דגם כאן דכל שקבעו יוה"כ בשבת ואתם אפילו מוטעים ואפילו מזידין ואם כן נתקדש יוה"כ בשבת שוב לא נתבטל היוה"כ ובזה לא שייך יהרג ואל יעבור אבל התוס' כתבו שם דלא שייך כאן אתם ואפילו אנוסים ושוגגין משום דלא נקבע ביו"ד לחדש ואם כן קשה למה לא הורו כדין דיהרג ואל יעבור וצ"ע גדול. נחזור לענינינו דכל דבר שהוא משום מלאכה אסור גם ביוה"כ וכן מורה לשון הרמב"ם פ"א משביתת עשור ה"א ב' דאין נ"מ בין יוה"כ לשבת בשום דבר שהוא מלאכה והיינו משום דכל מה שאסור בשביל מלאכה אף שאינו רק ל"ת גרידא כל שאסור בשבת משום מלאכה גם ביוה"כ עובר משום ל"ת כל מלאכה וזהו שכתב הרמב"ם מ"ע לשבות ממלאכה בעשור לחדש השביעי וכו' כללו של דבר אין בין יוה"כ לשבת בענינים האלו אלא שזדון מלאכה בשבת בסקילה וביוה"כ בכרת והיינו כמ"ש דאין שום נ"מ בין שבת ליוה"כ בענין מלאכה. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בכריתות דף י"ד דרפרם בדותא היא דשאני יוה"כ דהכשירו בכך ותמהתי לעיל דמ"ש שבת דצריך קרא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ענין הכשירו בכך צ"ב ועיין תוס' ישנים ביומא דף ס"ו אמנם לפמ"ש אתי שפיר כיון דעיקר איסור עשיית מלאכה ביוה"כ היא בשביל שאסרה התורה לעשות מלאכה ביוה"כ ונצטווינו לשבות ממלאכה ולא למען שינוח הגוף ואם כן איך אפשר דכל מה שהוא צורך היום שיהיה אסור הא כל איסור המלאכה נצמח בשביל שיוה"כ היא וא"כ כל מה שהוא צורך יוה"כ פשיטא דלא נאסר וזהו דאמרו דשאני יוה"כ דהכשירו בכך היינו שאם לא קיים מצות השעיר לא נעשה יוה"כ כמצותו ולפ"ז זהו בשאר יוה"כ אבל כשחל בשבת דמצד עינוי הגוף שנצטווינו לשבות א"כ מה בכך דהוצאה מלאכה גרועה היא דמה"ט ס"ד דאין עירוב והוצאה ליוה"כ וכמ"ש בתו"י שם הא לא גרע מקניבת ירק בשבת שאסור ומשום דכתיב שבתון שבות וז"ב מאד.

ז ובזה מיושב קושיית התוס' דלכך ביומא לא דחי דהכשירו בכך דשם קרה מקרה שחלה השעיר והוצרך לנשאו וזה לא שייך לומר דהכשירו בכך דזה מלאכה גמורה וכל דמותר ביוה"כ ממילא מותר גם בשבת וז"ב ודוק. והנה בישוב הסתירות שבסוגיא דיומא וסוגיא דכריתות אמרתי עפ"י מה שראיתי באיזה ספר לאחרון וכן נשאלתי בזה מחכם אחד ליישב הא דאמר הש"ס בחלה השעיר דע"ז אתי עתי להכשיר והא חולה פסול לקרבן. ואמרתי בזה עפ"י מה דמבואר ברמב"ם בפ"ב מאיסורי מזבח הלכה ו' דזקן וחולה ומזוהם אף שאינו כשר לקרבן מ"מ אינו נפדה וירעה ונסתפק המלמ"ל לענין זקן אם עבר והקריבו אם כשר ע"ש ואף שהביא ראיה דפסול כבר הארכתי בזה בחידושי שם דאינו מוכרח וגם ראיית השעה"מ שם ישבתי באורך עכ"פ לפענ"ד נראה דבאמת מכאן ראיה ברורה דאם עבר והקריב כשר ולפי זה לכך כשר לעזאזל ולא שייך לומר דאין הגורל קובע אלא בראוי לשם דבאמת גם להשם אם עבר והקריב כשר וא"כ מכ"ש דכשר לעזאזל וז"ב ולפ"ז לא שייך לומר דהכשירו בכך דבאמת לא שייך הכשרו בכך דבאמת לכתחלה בודאי פסול בחולה רק בדיעבד כשר עכ"פ לא שייך לומר דהתורה מיירי בגוונא דאינו כשר לכתחלה ולכך לא דחה ביומא זאת משא"כ בכריתות דלא מסיק הך דר"ש שייך לומר דהכשירו בכך וז"ב ובלא"ה יש לומר דחלה השעיר לא מיירי שחלה כ"כ עד שיהיה פסול דחלה השעיר מיירי רק באופן שצריך לנשאו וזה דוחק לחלק בין הפרקים ומחוורתא דחולה אינו פסול בדיעבד וכמ"ש ודוק. אחר כמה שנים הגיע לידי ספר תשובה מאהבה ח"א ופשפשתי שם לפי תומי ומצאתי בסי' י"ט עד סי' כ"ד האריך שם בדברי רש"י בסוטה ויומא הנ"ל שסותרין זא"ז ע"ש מ"ש בזה. והנה לכאורה הי' נראה לי ראיה דביוה"כ אסור הוצאה מהא דאמרו בר"ה דף כ"ט דגם ביוה"כ ביובל דכתיב תעבירו שופר בכל ארצכם ועם ב"ד דוקא והיינו בזמן ב"ד דלא חיישינן בזמן ב"ד שמא יעבירו ד"א הרי דביוה"כ אסור הוצאה ומצאתי בשאגת ארי' שם שהרגיש בעצמו בראיה זו אבל באמת יש לדחות דלפמ"ש הח"ץ סי' ל"ה ופנים מאירות ח"א דיש איסור לתקוע מדרבנן אף בלי גזירה דשמא יעבירנו ובתשובה הארכתי בזה בדברים נעימים ת"ל א"כ שוב אין ראיה משם דיש לומר דהא דבעינן בפני ב"ד הוא משום חשש התקיעה בעצמותה דאף דהוא חכמה ואינה מלאכה מכל מקום אסורה. והפ"י רצה לחדש בסוגיא שם דס"ל לרש"י דיש איסור תורה בתקיעה ודבריו אינם מחוורים כאשר יראה המעיין אבל עכ"פ איסור דרבנן יוכל להיות ואף דלפמ"ש במק"א דע"כ לא שייך אין שבות במקדש רק כשהאיסור הוא בשביל דבר אחר משא"כ כשהאיסור הוא בפ"ע מדרבנן הוה מתקן בכה"ג אם כן מה מועיל דהכהנים זריזין הם סוף סוף הם עושין איסור כעת

והארכתי בזה בתשובה אחת לענין פייס ביוה"כ ויו"ט על דברת המ"א סי' שכ"ב ס"ק ט' אם כן כשנימא שיש איסור מצד עצמו לא שייך אין שבות במקדש מכל מקום יש לומר דאסור בשביל גזירה שמא יתקן כלי שיר ושוב שייך אין שבות במקדש ואם כן עכ"פ אין ראיה. וראיתי בטורי אבן שנתקשה במ"ש רש"י דאין שבות במקדש דזה לא שייך רק לענין קרבנות אבל לא בשופר שאינו בקרבנות ע"ש שהאריך ואינו לפני כעת. אבל לפענ"ד לפמ"ש הכ"מ בפ"ח מבית הבחירה דהטעם הוא משום דהכהנים זריזין הם ובתשובה לענין יבלת בפסח הראיתי שכן נראה מש"ס שבת דף כ' ואם כן כל שהי' תוקעין במקדש ושם הי' זריזין כדאמרו בפסחים דף ל"ו אם אמרו במקום זריזין אם כן לא גזרו על שבות ובמק"א תמהתי על המהרש"א בשבת דף מ"ב ע"ב ד"ה אפילו שכתב דהא דאין שבות במקדש הוא דוקא באיסורי שבת ולא בשאר איסורים והרי במעילה דף י"א כתב רש"י דבמקדש אין מועלין בו דאין גוזרין גזירות במקדש ע"ש ועכ"פ אתי שפיר קושית הט"א. ובזה ניחא מה דהקשו בתוס' דלמה אחר החרבן הקלו טפי בשופר ואמרו דתיקן ריב"ז שיהי' תוקעין בכל מקום שיש ב"ד ובלולב לא הותר בשום מקום ולפמ"ש אתי שפיר כיון דעכ"פ במקום ב"ד זריזין הם שפיר התירו שיהי' זכר למקדש שהותר אבל בלולב שאסור טלטול מוקצה אף לדבר מצוה ועיין בריטב"א בסוכה דף מ"ג ע"ב בהא דפריך טלטול בעלמא היא ולדחי והקשה הא טלטול מוקצה אסור אף לדבר מצוה וכתבו כיון דמה"ת חזי לא הי' להם לגזור כלל ע"ש. ולפי זה כל שגזרו בשביל שמא יעבירנו אין מקום להתיר בשביל ב"ד זריזין דמה מועיל זריזין כל שהאיסור הוא בשביל עצמו של הטלטול מוקצה ובזה לא שייך אין שבות במקדש מכ"ש במקום ב"ד וכמ"ש למעלה אבל בשופר דכתב הר"ן ריש שבת גבי הא דאמרו תקיעת שופר אינה מלאכה דתקיעה אינו איסור כלל רק עובדין דחול והרי הריטב"א הוכיח שם דכל דאין בו רק משום עובדא דחול מותר לטלטל בשביל מצוה ע"ש א"כ בשופר אין בו איסור משום טלטול רק בשביל שמא יעבירנו ואם כן במקום ב"ד דלא שייך הגזירה שוב התירו וז"ב מאוד ודוק היטב כי היא פרפרת נאה. והנה בענין הבערה לכאורה הי' נראה לי ראי' דאסור הבערה ביוה"כ דהרי בהא דאמר משה רבינו לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת הביא רש"י בשם המכילתא למה נאמר וכו' וקשה הא זה הי' תיכף אחר יוה"כ כמ"ש רש"י ואם כן הוצרך לאמרו שהרי ביוה"כ דהוא נקרא שבת שבתון והי' מותר בהבערה לכך הצריך משה להזהיר בשבת על הבערה וע"כ דגם ביוה"כ אסור וא"ל כיון דכל ענין הבערה דמותר ביוה"כ הוא רק משום דכתיב ביום השבת ודרשו דללאו יצאת אם כן כמו בשבת אינו אסור רק בלאו ממילא ביוה"כ דקיל דאין בו רק כרת לא

החמירה בו התורה בהבערה כמ"ש השאגת ארי' וא"כ ממילא קודם שגלתה התורה לא תבערו שוב הי' אסור גם ביוה"כ דזה אינו דא"כ ביוה"כ הראשון הי' אסור בו הבערה ואח"כ הותרה וזה לא מצינו אחר שכתבתי זאת מצאתי ברמב"ן על התורה פרשת בהר על פסוק תעבירו שופר בכל ארצכם כתב בהדיא שביוה"כ אסור הוצאה וכל המלאכות כמו בשבת ע"ש ומשמע שם דאין שום חילוק ביניהם ודוק. והנה לפמ"ש ה"ה דצירוף אינו אסור רק במתכוין אף דהוה פ"ר וכמ"ש הלח"מ פי"ב משבת ה"א בביאור הדבר דמלאכת הצירוף אינו במשכן וכל דאינו במשכן אין שם מלאכה עלה והא דחייב בצירוף למד הרמב"ם ממה שדרך לוטשים לעשות דכשרוצים לעשות כלי מחממין הברזל ואח"כ מצרפין אותו במים וכל שלא כוונו לזה אין שם מלאכה ע"ז אם כן ממילא ביוה"כ יש לומר דלא ילפינן לזה משבת די"ל כעין מ"ש דאם הבערה ללאו יצאתה ואינו ביו"ט משום דאין שם מלאכה עלי' כמו כן ביוה"כ דקיל אך יש לדחות דכל דהוה מלאכה בשביל שלוטשי הברזל עושין כן שוב הוה מלאכה גם ביוה"כ דאין חילוק בין כרת למיתת ב"ד. ובזה נראה מה שנסתפקתי לפמ"ש הר"ן פ"ב דביצה בריבוי שיעור אי אסור ביו"ט וכתב דיש לומר דוקא שבת דבמיתה משא"כ ביו"ט שהוא בלאו ונסתפקתי ביוה"כ מה הדין ולפמ"ש נראה דכל דריבוי שיעור אסור מן התורה גם ביוה"כ אסור דמה שיותר מן השיעור לא הותר בשביל החולה ושם מלאכה עלי'. ובזה נראה לפענ"ד דמלאכה שאצל"ג אף לדעת הרמב"ם ודעימי' דחייב דפסקו כר"י במלאכה שאצל"ג מכל מקום זה דוקא בשבת ולא ביוה"כ מטעם דבאמת כל שאינו עושה מלאכה הצל"ג אם כן זה לא נוכל למילף משבת ויש לומר דגבי שבת החמירה התורה אף במלאכה שאצל"ג דלא מקרי מלאכת מחשבת אפ"ה חייב בשבת דהוה מיתת ב"ד משא"כ ביוה"כ ומטעם דכיון דאין שם מלאכה עלי' בכה"ג לא ילפינן משבת. ובזה יש ליישב הא דאמרו בירושלמי יומא פ"ג הלכה ה' על הא דא"ר יהודה עששית של ברזל הי' מרתיחין ופריך ולא נמצא מכבה אלא מסבר סבר ר"י שאין אבות מלאכות ביוה"כ אלא ר"י ור"ש אמרו דבר אחד והיינו דר"י ס"ל דמשאצל"ג פטור והיא תמוה דהא ר"י אמר בשבת דף קכ"א בשם ריב"ז מעשה בערב ואמר ריב"ז חוששני לו מחטאת ומכאן הוכיח הבה"ג דר"י מחייב במלאכה שאצל"ג וכבר תמה בזה הגאון הצדיק מהר"ם סופר זצלה"ה בקונטרס הנדפס בחידושי שבועות מר"י בן מגש ז"ל ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא ביוה"כ ס"ל לר"י כר"ש ולא בשבת ודוק ואף דלפ"ז היה גם ביו"ט משאצל"ג מותר וזה לא שמענו וההיפוך מבואר בביצה פ"ג מכל מקום באמת גם הירושלמי לא מסיק כן ולהס"ד היה מקום לומר כן ובחידושי אמרתי בזה דלפי מה שנחלקו רש"י ותוס' בשבת דף צ"ד במלאכה שאצל"ג הוא דרש"י

ס"ל כל שברצונו לא היה ניחא ליה ואינו עושה רק לסלק הנזק מקרי מלאכה שאצל"ג ותוס' ס"ל דעיקר תלוי אם עשה בשביל תכלית המלאכה ומשמע שם דבכה"ג דפירש רש"י יותר מסתבר לפטור דלא הי' ניחא ליה כלל במלאכה זו ולפי זה כאן שמכבה הגחלת במים באמת זה לא ניחא ליה כלל ואדרבא יותר ניחא ליה שלא יתכבה ויהיה חם טפי רק שע"כ מתכבה מפני המים שהמים גובר ואם כן אפשר דבכה"ג בין לרש"י בין לתוס' גם ר"י פוטר במלאכה שאצל"ג כזה שע"כ הוא נעשה ואינו רוצה גם לאחר שנעשה שיעשה רק שמתכבה ממילא ודוק היטב ועיין בשלום ירושלים מ"ש בזה ודבריו לא יועילו לקושית הגאון מוהרמ"ס זלה"ה ולפענ"ד מ"ש נכון. והנה בירושלמי דשבועות פ"ב ה"ד אמר הדא אמרה שאין אבות מלאכות ביוה"כ אלומי שעשה כלם בהעלם אחד כלום חייב אלא אחת על כלן אלומי שעשה כל אחת בפ"ע שמא אינו חייב על כל אחת ואחת. והנה הפני משה כתב דקאי הקושיא דלמה תני אם היתה שבת והוציאו בפיו ולא קתני ביוה"כ וע"כ שאין אבות מלאכות ביוה"כ והיינו שלא כל המלאכות אסורות ביוה"כ והוצאה מותרת וכמו שדייק רפרם בכריתות וע"ז משני דבאמת אם עשאן בהעלם אחד אינו חייב רק אחת אבל בפ"ע חייב על כל אחת ומה דקתני שבת לחייבו משום שבת ויוה"כ ובאמת שהמעיין יראה שדבריו תמוהין דא"כ לא היה לו לומר דאין אבות מלאכות ביוה"כ והי' לו לומר דהוצאה אינו נוהג ביוה"כ וגם התירוץ אינו מובן דמה לן בזה אם יש חילוק מלאכות ביוה"כ או לא העיקר הי' לו לתרץ דמה דתני משום שבת אף משום שבת קאמר ומצאתי בשלום ירושלים שנדפס על הירושלמי סדר מועד מהגאון מוה' נחום ז"ל אבד"ק ניקולשפורג שבמס' שבת פרק שמנה שרצים דף מ"ה שם מביא הירושלמי ופירשו בפנים שונים שהירושלמי נסתפק אם שייך הוצאה ביוה"כ משום דלא כתיב הוצאה ביוה"כ וע"ז קאמר הירושלמי דא"ה גם לא תבערו לא לתחייב ביוה"כ דכתיב בשבת וזה א"א ע"ש ולפי זה הי' מקום לפשוט הספיקות של הגאון בעל שאגת ארי' הנ"ל בהוצאה וכן הבערה ביוה"כ אבל המעיין יראה שדבריו דחוקים מאד. אך לפענ"ד נראה דברי הירושלמי ע"ד פלפול דהנה מקודם סמוך ונראה אמר הירושלמי דלא אתנו מתני אלא דברים שאין להם היתר אחר איסורן שבועות יש להם היתר אחר איסורן והיינו דלכך לא תני שבועות במשנה דכריתות שם משום דיש לו היתר אף שנאסר ולפ"ז נראה לי דזה כוונת הירושלמי דלכך לא תני הוצאה ביוה"כ משום דגם ביוה"כ יש לו היתר דהרי כיון דאין חילוק מלאכות ביוה"כ ואם כן אם הי' עושה לכל מלאכה בפ"ע חייב וכשעושה כלם בבת אחת אינו חייב אלא אחת והרי יש לו היתר לאיסורו ולכך לא תני ביוה"כ דהרי בעשה בהעלם אחת פטור והוה כהיתר לאחר איסורו וזה דאמר הדא

אמרה אין אבות מלאכות ביוה"כ והיינו חילוק מלאכות וע"ז ביאר הדברים אלו עשה כולם בהעלם אחת כלום חייב אלא אחת אלו מי שעשה כל אחת בפ"ע שמא אינו חייב על כל אחת ואחת ונמצא שלא שייך למתני הוצאה ביוה"כ דיש לו היתר משא"כ בשבת דיש חילוק מלאכות כדיליף בשבת דף ע' ומזה נסתייע סיוע גמור מ"ש בפני משה שם דהירושלמי ס"ל דאין חילוק מלאכות ביוה"כ דזה עיקר התירוץ וכמ"ש ועכ"פ הוצאה נוהג ביוה"כ ודוק היטב כי לפענ"ד הוא ביאור נפלא בירושלמי שהיא סתום וחתום מאד והמפרשים יצאו דחופים ומבוהלים. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשה בשלום ירושלים שם דלפי הירושלמי נראה דאין חילוק מלאכות ביוה"כ והרי ברמב"ם פ"א משביתת עשור משמע דיש חילוק מלאכות.

ח ולפמ"ש אתי שפיר דהירושלמי מתרץ המשנה דלכך לא נקטה ביוה"כ הוצאה אבל לפי מה דמסיק בש"ס דילן דאף משום שבת קאמר וחייב גם על יוה"כ שוב ממילא אין הכרע לומר דאין חילוק מלאכות וממילא אמרינן דיש חילוק מלאכות ביוה"כ וז"ב. ובמ"ש למעלה דלא שייך בישול בנעשה בעצמו אור השורף או שאינו מרפה הקשה ישבתי לנכון מה שהקשה אותי חכם אחד מק' בוטשאטש מוהר"ר פייביל נ"י בהא דפריך ביבמות דף ל"ג אי בהקטרה והאמר ר"י הבערה ללאו יצאת והקשה למה לא יתחייב משום מבשל כדאמרו מה לי בישול סממנים מה לי בישול פתילה והשבתי לו דל"צ לבישול כלל רק להעלות על האור ולשרפם שימשול בו האור ויותר ל"צ ומה דאמרו בשבת דף ק"ו מה לי בישול פתילה ופירש"י שמדליק פתילה של אבר ונותנו לתוך פיה וזה קרי בישול באמת מכאן תימה רבה על ה"ה שכתב שכל דבר שהוא עצמו שורף לא נקרא מבשל והרי כאן הפתילה שורף וקרי ליה מבשל וצ"ל דלה"ה בישול סמנים לאו דוקא ובישול פתילה לאו דוקא ותדע דאל"כ כל הבערה דבת כהן יהי' משום בישול והרי הבערה נקרא וא"ל דלר"י באמת הוה משום בישול דהרי ר"י לא נחלק רק דמקרי מתקן וכמבואר בשבת דף ק"ו אבל מכל מקום הבערה מקרי וע"כ דבישול לאו דוקא ועל הבערה אנו דנין והבערה ללאו יצאת ול"ש בישול ודוק היטב. והנה במה שהארכתי אי יש חילוק מלאכות ביוה"כ מצאתי אחר כמה שנים בשעה"מ פ"ח משמיטה ויובל שנסתפק בזה ועיין בטעם המלך שם שהביא דברי הירושלמי שהבאתי ע"ש. אך בגוף הדין שהאריך השאגת ארי' אי שייך איסור הוצאה ביוה"כ הנה מצאתי ראי' נפלאה מהא דאמרו בר"ה דף כ"ה דשלח לו ר"ג לר"י גוזרני עליך שתבא אצלי במקלך ובמעותך ביוה"כ שחל להיות בחשבונך וקשה טובא למה בחר דווקא בזה הא איסור מקל אף בשבת אינו רק משום הוצאה כמבואר סי' ש"א וביו"ט אם רבים צריכים לו מותר ואינו

רק משום עובדא דחול וגם מעות אינו רק משום איסור מוקצה ועיין בסי' של"ב ובסי' תקכ"ב וקשה למה לא גזר שיעשה מלאכה גמורה או שיאכל דזה איסור דאורייתא וא"ל דזה הוה יותר פרסום ועובדא דחול שהולך במקלו ובמעותיו אכתי קשה למה לא גזר עליו שיעשה כן בר"ה שחל להיות בחשבונו ומה נ"מ לענין מקל ומעות בין ר"ה ליוה"כ ועיין ברכות דף כ"ח דאמרו אשתקד בר"ה צערי' ואם כן לצערי' עוד בר"ה ועיין מהרש"א בח"א בר"ה שם דצערי' בר"ה על יוה"כ שחל להיות בחשבונו וקשה למה לא צעריה בר"ה גופא וע"כ דביוה"כ הוה מלאכה גמורה וחייב כרת במקלו ובמעותיו דהוה הוצאה שלא לצורך כלל ובר"ה לא הי' רק איסור דרבנן וא"כ ממילא מוכח הדין דביוה"כ היא מלאכה דאורייתא שחייב כרת ודוק היטב כי לפענ"ד היא ראיה נכונה מאד. והנה מה דלא גזר על ר' דוסא שיבא אצלו כבר הרגיש המהרש"א שם. ולפענ"ד נראה דהנה באמת ר"י עשה שלא כדין דחכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר וגם אם התיר אין רשאי לאסור כל שחלה הוראתו כמבואר ביו"ד סי' רמ"ב ואף לפמ"ש הט"ז שם דהיינו שצריך לעשות איזה מעשה הא כאן הי' מעשה גמור שהרי כבר עשה ר"ג ר"ה ויוה"כ לפי חשבונו וכן עשו הקהל כלו וא"כ שוב לא הי' בדין שיחלוק עליו והנה כבר אמרו בחולין דף מ"ד דהיכא דישבו שניהם בבהמ"ד לא שייך חלה הוראתו ולכך ר"ד דהי' עם ר"ג ופלפל עמו לא שייך חלה הוראתו אבל ר"י אמר לו לר"ד נראין דבריך והיינו לעבר את החדש לכך גזר עליו ר"ג ולכך אמר לו ר"ד שאין לנו לדון אחר ב"ד של ר"ג שכל שעשה עשה. והנה הרז"ה במאור כתב דר"ג טעה בזה וקיבל עדות שקר ורק שהוא מקודש משום שאתם אפילו מזידין ע"ש. ובזה ניחא מה שר"י לא רצה לקבל בתחלה והכי לא ידע ממה דכתיב לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל ודרשו בספרי אפילו אומר לך על ימין וכו' ולפמ"ש הרמב"ן אף אם טעה באמת שיעשה כן א"כ למה מנע ר"י מתחלה עד שלמדו ר"ע ולפמ"ש הרז"ה אתי שפיר דזה דוקא אם טעה בדין ובסברא בלי ספק שהדין עם הב"ד אבל באם טעה בחוש שעידי שקר הם בחוש ה"א דא"צ לשמוע לו וע"ז למדו ר"ע דבקידוש החדש יש כח ביד ב"ד מקרא דאתם אפילו מזידין ודו"ק היטב.

ט הנה הארכתי לבאר כל המאמר שם אף שאינו נוגע לענין אגב גררא אבל הראיה נראה לפענ"ד נכונה מאד ודו"ק. עוד נראה לי ראיה גמורה דשייך הוצאה ביוה"כ דהרי טלטול בשביל הוצאה הוא דגזרו כדאמרו בשבת דף קכ"ד וכ"כ הראב"ד פכ"ד משבת לחלוק על הרמב"ם דטלטול מוקצה משום הוצאה הוא דגזרו וא"כ לפ"ז יהיה מותר במוקצה לטלטל ביוה"כ דל"ש גדר הוצאה והרי מבואר ברמב"ם פ"א משביתת עשור דכל דאסור לטלטל בשבת אסור לטלטל ביוה"כ וכן מבואר בטוש"ע או"ח סי' תרי"א ועיין מג"א

שם סוף ס"ק ב' וע"כ דהוצאה אסור ביוה"כ ודו"ק היטב. שוב ראיתי בראיה שהבאתי מר"ה דף כ"ה גוזרני עליך שתבא אצלי במקלך וכו' וקשה הא הוצאה אינו אסור ביוה"כ באמת שראיה גדולה היא אמנם עדיין קשה הא גם מקל בעצמו בשבת לאדם חשוב אף שנשאו בידו הוה תכשיט ומכאן הבאתי ראי' למ"ש המ"א בסימן ש"א ס"ק כ"ג דבידו אסור אף שהוא תכשיט לאדם חשוב והתוס' שבת וא"ר חלקו על המ"א ולפמ"ש מכאן ראיה ברורה להמ"א דר"י בודאי אדם חשוב הי' והוה תכשיט אך עדיין צ"ע דהאחרונים הבינו מהמ"א דבידו אין אסור רק מפני מראית עין ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתי' אבל לפענ"ד פשט המג"א מורה דהיא איסור תורה וא"כ ראי' ברורה לדבריו דברי המשנה הנ"ל ודוק

י והנה אחר זמן רב ושנים רבות בלמדי בר"ה דף ל' אמרתי בראשית ההשקפה דשייך איסור הוצאה ביוה"כ מהא דאמרו ביוה"כ תעבירו שופר בכל ארצכם מלמד שכל יחיד ויחיד חייב לתקוע אמר ר"ה ועם ב"ד והרי כל איסור תקיעה בשבת היא גזירה שמא יעבירנו ואי נימא דביוה"כ ליכא איסור הוצאה מן התורה שוב לא שייך חשש הוצאה ביוה"כ מה"ת רק מדרבנן ולא היו גוזרין שיהיה דוקא בפני ב"ד ומצאתי בשאגת ארי' בעצמו שהרגיש בזה. אך לפענ"ד ל"ק דבאמת מדרבנן עכ"פ אסור ומ"ש דאם כן לב"ש דגזרו באיסור הוצאה ביו"ט א"כ גם בי"ט לגזור שמא יעבירנו באמת שכן הקשו האחרונים וכתבו דכיון שיתבטל המצוה מכל וכל לא גזרו ומיהו עדיין יש לומר דעכ"פ בפני ב"ד הי' מותר לתקוע ולא יתבטל המצוה אמנם בגוף הקושיא לפענ"ד ל"ק דביוה"כ בלא"ה איכא איסור שבות משום התקיעה עצמה וכמ"ש התוס' שם ד"ה וביבנה ובזה לא שייך להתיר בפני ב"ד דמה מועיל זריזות ב"ד הא מכל מקום יש שבות בתקיעה עצמה וכיוצא בזה הארכתי בתשובה בהא דאין שבות במקדש דהוא ג"כ משום דהכהנים זריזין דזה דוקא בשבות שהוא בשביל גזירה משא"כ באיסור מצד עצמו וכמו כן בזה.

יא אמנם אי קשיא על דברי התוס' הא קשיא כיון דהא דלא שמע איניש קל אודניה מקל תקיעתא דיחידאה היא ע"כ שהיו באין לתקוע בפני ב"ד שלא שמעו תקיעת ב"ד דאותן שיצאו כבר אסור לחזור ולתקוע ולפ"ז כל דלא שייך שבות דתקיעה עצמה רק משום שמא יעבירנו וא"כ הרי הר"ן הקשה למה לא גזרו במילה משום שמא יעבירנו וכתב דהני שאני לפי שהכל טרודים בהם ולא מדכר חד אחברי' ולפ"ז כל שכבר תקעו בב"ד ויצאו רבים בתקיעת הש"ץ רק איזה יחידים נשארו שוב האחרים יזכירו אותן דאינם טרודים ולמה צריך ב"ד דוקא. והנה לכאורה קשה לי בהא דגזרו שמא יעבירנו ד"א והא מבואר באו"ח סי' ער"ה ס"ב דשנים מותרין לקרות ולא חיישינן שמא יטה

שחבירו יזכירנו ועיין מג"א שם שהקשה דאם כן יהיו שנים מותרין לרכוב ע"ג בהמה ע"ש וא"כ גם על גזירה שמא יעבירנו יהיה מותר ליטול עם אחר עומד ע"ג אך זה אינו דהא גזרינן שמא מתוך טרדא ישכח ויעבירנו וא"כ גם חבירו יטרד וא"כ ל"ש ששנים יהיו מותרין ולפ"ז יקשה בהא דפריך תקיעת ר"ה ויובל דוחה שבת בגבולין איש וביתו מאי איש וביתו אילימא איש ואשתו איתתא מי מחייבא וקשה אדרבא כיון דלא מחייבא אם כן אדרבא היא תזכירו שהיא אינה טרודה דלא מחייבא ואף אם נימא דמשום לא פלוג גזרו של"מ אף אם אשה מזכירו מ"מ זה כשיש איסור אבל כיון שבפני ב"ד או בזמן ב"ד מותר וא"כ שוב לא שייך לאפלוג ואמאי אסור והיא קושיא נפלאה. אמנם נראה דקושית הש"ס היא מיובל דשם שייך שבות משום התקיעה עצמה ובזה ל"מ שום דבר דמה שייך שחבירו יזכירו וא"כ אשה בודאי לא מחייבה ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דא"כ לל"ק דבעי ר"ה בפני ב"ד דיקא יקשה הך איש וביתו דלא שייך לשנויי בזמן ב"ד ולפמ"ש אתי שפיר דלל"ק דקאי על שופר של ר"ה אבל ביובל לא בעי כלל בב"ד אם כן שוב מצי לפרש איש וביתו היינו איש ואשתו ואשתו מזכירתו ואם כן בר"ה מותר וביובל בלא"ה מותר דלא בעי בפני ב"ד וביוה"כ דהיינו ביובל בלא"ה מותר דיכול כל יחיד ויחיד לתקוע ושוב ליכא בשביל איסור תקיעה רק משום הוצאה ומועיל שוב להזכירו ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ועיין בחולין דף פ"ד דאמרו שאין ודאי דוחה את השבת בגבולין וכאן מבואר דדוחה את השבת בגבולין איש וביתו ולפי מה דמוקי בזמן ב"ד אתי שפיר ולפמ"ש התוס' דבגבולין איירי בירושלים אפשר דיש לייישב. ובזה עמדתי על לשון רש"י שכתב ד"ה כי מסיים ש"ץ ואף ביו"ט שחל בשבת ולהכי נקט ביבנה והדברים תמוהין דמה רצה בזה וגם אמאי לא כתב כן בל"ק וכבר תמה בזה המהרמב"ח בחידושיו שם ולפמ"ש אתי שפיר דק"ל מאי פריך דלמא הא דלא שמע קל אוני' הוא לאחר שכבר יצאו ולא שייך החששא דשמא יעבירנו ולכך מותר אף שלא בפני ב"ד משא"כ כל שלא יצאו אסור לתקוע כ"א בפני ב"ד דאין איש שיזכירם לזה כתב רש"י דמיירי אף בשבת ובשבת שוב אסור משום התקיעה עצמה וכמ"ש ודוק היטב. והנה בהא דאמרו אין תוקעין אלא כל זמן שב"ד יושבין פירש רש"י דקאי על יובל בלבד והרי"ף פירש דקאי על ר"ה ג"כ ובעי בפני ב"ד ובזמן ב"ד והרמ"ה השיג עליו ועיין רמב"ן ולפענ"ד נראה דהרי"ף לשיטתו דמתיר אף בב"ד של שלשה ואם כן לכך צריך שיהיה בפני ב"ד ובזמן ב"ד דאז שייך דהב"ד זריזין בדבר ולא יקרה מכשול אבל אם נימא דבעי ב"ד סמוך סגי בזמן ב"ד אף שלא בפני ב"ד דאימתן מוטלת על העולם ויזהרו בדבר וז"ב לפענ"ד וע"ד דרוש אמרתי דלכך בעי בזמן ב"ד לפי שכל שיש דין למטה אין

דין למעלה ולכך בזמן ב"ד שמורה על דין למטה אף שביו"ט אסור לדון מ"מ זמן ב"ד איכא ולכך אין דין למעלה ומגין השופר שלא ישטין ולפי שהוא ע"ד דרוש לא הארכתי. שוב ראיתי שאי אפשר לומר דביוה"כ של יובל יהיה אסור משום תקיעה דהא הוא מותר בזמן ב"ד ומצד התקיעה עצמה אין חילוק בין זמן ב"ד לשלא זמן ב"ד וגם קשה למה אסור הא היא מן התורה בשלמא אם החשש שמא יעבירנו א"כ חשו שמא יהיה איסור תורה אבל מצד שבות התקיעה פשיטא דלא גזרו וז"פ. והנה אחר זמן רב מצאתי במדרש רבה פ' נח פל"ה סי' ד"ש אמרו על פסוק כי חנוכת המזבח עשו שבעת ימים והחג שבעת ימים שאין לך ז' לפני החג שאין בהם שבת ויוה"כ והיו אוכלין ושותין ושמחין ומדליקין נרות ובסוף חזרו ונצטערו על הדבר אמרו תאמר שיש בידינו עון שחללנו שבת ולא התענינו ביוה"כ ע"ש והנה מה דחללו שבת ע"כ בהדלקת הנרות דמה שהקריבו קרבן למדו מקרא דקרבנות דוחין את השבת בחנוכת המשכן וע"כ בשביל הדלקה וכ"כ היפ"ת שם בהדיא וא"כ הי' לומר דבזה חללו יוה"כ ג"כ ולמה לא אמר שחללנו את יוה"כ וגם לא התענינו ביוה"כ וע"כ שהבערה אינו אסור ביוה"כ יהיה מזה ראיה ברורה להבערה שאינו נוהג ביוה"כ אמנם כבר אמרו דאין למדין מאגדות וממדרש ודוק ולפמ"ש בשו"ת הנו"ב מהד"ת חיו"ד להגאון מוהרי"פ בכלל הלז דאין למדין מהמדרש דכל שהוא דרך סיפור למדין ממנו היא ראיה ברורה לזה ודוק. והנה אם נימא דהבערה לא שייך ביוה"כ מה"ת כמו ביו"ט כמ"ד הבערה ללאו יצאת היה מקום ליישב דברי הב"ח באו"ח סי' תרט"ז שכתב דמותר לישראל לרחוץ בחמין שהוחמו מאתמול וגם מותר לומר לעכו"ם להחם חמין ותמה המג"א דאיך נתיר חמין ביוה"כ ומה שהביא מהמרדכי פ"ב דיו"ט זה דוקא ביו"ט ולפמ"ש יוה"כ דומה ליו"ט דאינו אסור רק מדרבנן אבל אחר כל אלה אנן קי"ל דהבערה לחלק יצאת ושוב הוה איסור תורה כמו בשבת וא"כ דברי הב"ח תמוהין. ואני תמה על הב"ח דהרי בהך דהיו מחמין חמין לכה"ג ביוה"כ כמה כרכורים כרכרו בזה ולדבריו הי' מותר ע"י עכו"ם הן אמת דאכתי קשה דהא אמירה לעכו"ם אינו רק שבות ושבות במקדש לא גזרו ולמה לא התירו לכה"ג ע"י שיחם לו עכו"ם וגם לפמ"ש הבע"ה דלדבר מצוה מותר לשבות א"כ לטבילת כה"ג ודאי דהוה מצוה ומותר וצ"ע כעת. אחר זמן רב ראיתי בב"י או"ח סי' רצ"ח שכתב בשם הרשב"א דעל אור ששבת ביוה"כ איכא למימר דמהדר לפי שהוא כברכת הבדלה שמברך לבורא יתברך שהבדיל לנו בין זה היום לשאר הימים שכל היום היינו אסורין להשתמש בו ועכשיו אנו מותרין והוא תימה דא"כ בשבת ודאי אסור להשתמש ועיין בפרישה והמ"א ס"ק ב' בסי' רצ"ח כתב שיום זה קדוש משאר ימים טובים שאסור להבעיר בו והוא תמוה דמ"ש משבת וראיתי

בהצל"ח ס"פ אלו דברים שכתב שבשבת הבערה כתיב מפורש אבל יוה"כ הו"א דיהי' מותר ובאמת אסור מן התורה אף למ"ד הבערה ללאו יצאת ע"ש והנה מבואר בהדיא דאסור ביוה"כ מן התורה לכ"ע ע"ש. והנה במ"ש למעלה בשם חכם אחד בהא דאמרו ביבמות אי בהקטרה והאר"י הבערה ללאו יצאת ואמאי ל"ק דחייב משום מבשל הנה אחר כמה שנים בשנת תרי"א בא"ח פסח יום הששי מצאתי בירושלמי פ"ב משבת ה"ה שהביא דביעור ובישול אית תנויי תני חייב שתים אית תנויי תני חייב אחת מאן דמר חייב שתים אחת משום מבעיר ואחת משום מבשל ומ"ד אחת היידה היא ר' יודא אומר משום מבעיר ר' יוסי אומר משום מבשל ואח"כ מביא מחלוקת ב"ק ור"ח בזר ששימש בשבת דמפרש דחייב משום עיכול אברים ופדרים ופריך על ר"י דאמר משום מבשל מה מבשל שייך בזה ומשני מכיון שהוא רוצה בעכולן כבישול היא הנה מבואר הקושיא ובאמת מ"ש הראב"ד פי"ב משבת הובא בהה"מ ה"א דאם הבעיר ובישל חייב שתים יצא לו מהירושלמי הלז דאית תני שתים משום מבעיר ומשום בישול. והנה בהא דאמר ר' יודא דחייב משום מבעיר בלבד הקשה הק"ע דהא ר"י ס"ל דבר שא"מ ומשאצל"ג חייב ולמה לא יתחייב שתים ע"ש שנדחק ובספר מרכבת המשנה פי"ב שם רצה לומר דבירושלמי אינו ר' יודא ור' יוסי התנאים רק אמוראים דשמותם כך ופשטת הירושלמי משמע דהם התנאים המוזכרים בכ"מ ולפענ"ד נראה דבר חדש ועפי"ז יתבאר לפענ"ד שורש הענין דהבערה אם הוא משום בישול או משום מבעיר ודברי הרמב"ם נאחזים בזה בסבך והנה כבר ביארתי למעלה דשיטת רבינו דכל שמרפה את הקשה או מקשה הרפה חייב משום בישול ואם אינו רוצה לא לרפות ולא להקשות רק לעשות אותו הדבר חם שיהיה אש זה נקרא הבערה ולפ"ז צריך להבין במבעיר דהוא מקלקל רק שצריך לאפרו הנה בגוף הדבר לא צריך לא לרפות ולא להקשות רק לדבר אחר הוא צריך ואלו היה כאן אפר מבלעדי זאת לא הי' רוצה להדליק העצים כלל הנה זה אי אפשר ליחס בשם מבשל רק בשם מבעיר בלבד אמנם אם היה צורך לגוף הדבר לאיזה דבר זה נקרא מבשל ובזה מובן דברי ר' יודא דאמר משום מבעיר דכיון דר' יודא ס"ל דמקלקל בהבערה וחבלה פטור זולת בצריך לאפרו או צריך לכלבו כדאמרו בשבת דף ק"ו ואם כן ע"כ גוף הבערה היא דחייבה תורה דלא שייך משום בישול דא"צ לאותו דבר בעצמו רק לאפרו ולכלבו וא"כ אין בעצם הדבר משום מבשל אבל ר' יוסי ס"ל דמשאצל"ג פטור בעלמא רק בהבערה גלתה התורה דחייב ואם כן שוב שייך לומר דחייב בשביל מבשל דא"ל דא"צ לאותו דבר דהא כאן חייבה התורה אף שא"צ לאותו דבר וז"ב. ובזה מובן היטב הא דאמר בשבת דף ק"ד הא ר"י והא ר"ש והיינו דלר"ש דס"ל משאצל"ג פטור בעלמא

וכאן גלתה התורה דחייב א"כ שפיר חייב אף שאצל"ג משא"כ לר"י דס"ל בעלמא דחייב וא"כ מבעיר חייב משום מבעיר אבל לר"ש מבעיר דחייב משום מבשל. ובזה מובן הא דאמרו לר"י שם דס"ל דמה לי בישול פתילה ומה לי בישול סממנים והיינו דשם דהוא לצורך תיקון מצוה חייב משום מבשל ומיושב היטב מה שהקשיתי למעלה דהיאך שייך בישול בדבר שרוצה שיהיה אור ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ לא כתב ה"ה דבדבר שרוצה שיהי' אור הוא אור רק באם אין רוצה לא להקשות ולא לרפות אבל כל שצורך לו לאותו דבר לבשל הפתילה זה נקרא מבשל ודוק:

סימן כב

א להתורני המופלג מוה' אביגדור מגריידונג נ"י.

ב מה שרצה לחדש דעדים שהעידו עדות וכפי מה שהעידו הם נוגעין בעדות אף שהי' להם מגו ולא היו צריכין לשלם כל שכעת שהעידו הם נוגעין בעדות לא מקרי עדות והם בע"ד והביא מדברי הריטב"א שכתב בחידושיו לכתובות דף פ"ה גבי מעשה דאבימי שטען המלוה סטראי שהקשה הריטב"א קושית התוס' כיון דאיכא ע"א שנתן המעות שוב הו"ל מחויב שבועה וא"י לשבע משלם שהרי אינם כופרים ומכחישים העד רק שטוענין סטראי וע"ז כתב הריטב"א ובשלמא אם מחייב השליח לשלומי ניחא דנוגע בעדות הוא ואינו עד ובע"ד הוא וע"ז הקשה מעלתו דאכתי אמאי לא יהי' מקרי עד הא הי' להעד מיגו דאי בעי טעין להד"מ שלא קיבל המעות מהלוה וע"כ דסוף סוף כעת שמעיד שפרע המעות הו"ל נוגע בעדות דחייב לשלם אף שיש לו מיגו מכל מקום עד לא מקרי עכ"ד. הנה מצד הסברא אינו נראה כן דכל שיש לו מיגו שוב לאו נוגע הוא ומהראוי להאמינו וכבר אמרו בקדושין דכל שיש להם מגו נאמנים לומר אהדרינהו למלוה במגו דאי בעי אמרו אהדרינהו ללוה ואף דשם לגבי עצמם אינם נוגעין דבין כך ובין כך הם פטורים מכל מקום מצד הסברא גם במקום שאינם נאמנים כעת כל שיש להם מגו לא מקרי נוגע. ולכאורה רציתי לומר דס"ל להריטב"א כמ"ש הרמב"ן דעד הצריך מגו לא חשיב עד כלל אבל אין זה במשמע לשונו שכתב דהוה נוגע בעדות והוה בע"ד אבל באמת כוונת הריטב"א בפשיטות דאם נימא דחייב לשלומי דהוה כעין פשיעה ושינוי בשליחות אם כן אף דבאמת נאמין להשליח שפרע לו כל שלא פירש לו שפורע לו בשביל החוב ולא לקח השטר מקודם הו"ל שינוי בשליחות וחייב לשלם וא"כ מה שייך מגו אטו לא מהמנינן לי' אנן מהמנינן לי' ואפ"ה מחייבינן ליה ואם כן כל שהעד חייב לשלם שוב המלוה נאמן במגו דאף דאם העד הי' טוען להד"מ הי' פטור מכל מקום כל שכעת חייב לשלם ול"ש מגו דאנן לא חשדינן למשקר והוה כעין מיגו בדדמי שוב נאמן המלוה

במיגו ולא הוה כנגד העד וכמ"ש ודוק כנלפענ"ד ברור בכוונת הריטב"א אח"כ הראה לי המופלא הנ"ל שכ"כ בספר ברוך טעם הנדפס מחדש מהרב הגאון מוה' ברוך אבד"ק לייפניק זלה"ה שדייק כן מהריטב"א ולפענ"ד אינו במשמע כלל וכמ"ש גם מ"ש דמדברי הר"ן בבקרא דכתב דהו"ל כבע"ד כיון שצריך לשלם ליתומים דהו"ל שומר שלהם ולא הוה עד והיינו ג"כ דלא שייך מגו דאנן מהמנינן ליה שאמת שתפס רק דהו"ל כפשיעה בשמירה ואם כן לא שייך מגו וזה ברור מאד

ג שוב ראיתי בתוס' שכתבו בד"ה מיגו דלא חציפי להכחיש את העד כיון שאינו נוגע בדבר כדמוכח גבי נסכא דר"א דלא מהימן לומר דידי חטפתי במיגו דלא חטפתי וכוונתם למ"ש התוס' שם לחלק דהיכא דצריכין לשבע ולהכחיש את העד זה לא חציפי להכחיש את העד ולשבע נגדו וא"כ גם דברי הריטב"א נכונים דכל דצריך לשבע שוב הו"ל נוגע ויש להמלוה מגו דל"ש לומר דלא חציפי דכיון שהעולם יאמרו שהשליח טען שפרע משום דהוה נוגע אף שהיה לו מיגו ג"כ לטעון להד"מ מכל מקום כל שאמר שפרע שוב הו"ל נוגע ויכול המלוה לחצוף פניו דדוקא כשאין העד נוגע יאמרו העולם דהמלוה טוען שקר שהרי העד אומר שפרע ואין אדם חוטא ולא לו אבל כל שחייב לשלם א"כ יאמרו העולם באמת העד לא היה יכול לחצוף נגד הלוה שיטעון אונס ולכך טוען שפרע והמלוה מכחישו בדין ואולי נגד הלוה יכול לחצוף משא"כ נגד המלוה והרי כבר כתבו דמיגו מגברא לגברא לא אמרינן דאולי יש לו איזה תביעה נגד זה ולא נגד זה. והנה לכאורה קשה בהא דאמרו מיגו דיכלו לומר להד"מ יכלו למימר סטראי נינהו דמה מיגו הוא זה דלמא נגד העדים יש להמלוה תביעה וא"כ כשטוען סטראי והוא צריך לשלם כדמסיק הש"ס לכך טוען סטראי אבל כשיטעון להד"מ והעד מכחישו יפטר העד ויצטרך הלוה לשלם לו ונגד הלוה אין לו תביעה וצ"ל כיון דר"א בס"ד לא ידע דמחוייב העד לשלם כמ"ש הריטב"א בהדיא וא"כ שפיר אמר דיש לו מיגו להמלוה אלא דלפ"ז יקשה לפי מה דמסקינן דשליח מחוייב לשלם ב"כ וב"כ א"כ שוב אין לו מגו להמלוה. אך יש לומר דכיון דהא דהשליח מחוייב לשלם הוא בשביל דאית לי' מיגו להמלוה ואם נימא דאינו נאמן שוב לא יצטרך לשלם ושוב שייך מיגו דהעד א"צ לשלם ולכך שפיר אמרינן דאית לי' מיגו והעד צריך לשלם. והנה במ"ש יש ליישב דברי הש"ע סי' נ"ח ס"ה בהג"ה דמבואר שם בשם הרמב"ן דבפרע לו לפני ע"א לא אתרע השטר ותמה הש"ך הא התוס' והר"ן והרמב"ן גופא כתבו בהך דאבימי דלא הוה מיגו דלא חציף לשתבע ולהעיז נגד העד וע"ש בש"ך ס"ק כ"ג שהאריך בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש שני תירוצים בתוס' שם דבשם הר"י כתבו דלא חציף להכחיש העד ולשבע נגדו והריב"א כתב דכל

מקום שהאמינה תורה לע"א הוה כשנים כ"ז שאין נשבע נגדו ולפ"ז כאן דהוה שבועה דרבנן ולא אמרינן מחושואיל"מ בדרבנן א"כ שפיר יש לו מיגו להמלוה ולא שייך כאן דכל שא"י לשבע ישלם דבדרבנן לא אמרינן כן ושפיר הו"ל מיגו. והנה הרמב"ן כתב בחזקת הבתים במסקנתו כדברי הריב"ם ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק ס"ו וא"כ שפיר כתב דלא אתרע שטרא דהא יש לו מיגו וע"כ לא כתב הרמב"ן רק לפי תירוצו של הר"י דלא שייך מיגו היכא דצריך להעיז ולשבע נגדו וא"כ לפי מה דקי"ל כריב"ם כמ"ש הש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ו וא"כ בכה"ג דלא שייך מחוייב שבועה ואל"מ שפיר לא אתרע השטר ודו"ק היטב כי הוא נפלא. הן אמת דהדבר תמוה דהרי בנשבע ונוטל אף בשבועה דרבנן אמריני דכל שא"י לשבע אינו נוטל וכמ"ש המלמ"ל פ"ב מטוען ה"ז וא"כ כאן לענין ליטול לא שייך שבועה דרבנן ובאמת כי כבר הארכתי בתשובה אחת לדחות דברי המלמ"ל מדברי התוס' בשבועות דף מ"ז אבל לפענ"ד נראה דמכאן אין סתירה דכאן הוא בא ליטול מכח השטר ורק דאמרינן כיון שהעד מעיד לו שפרע א"כ כ"ז שאינו נשבע נגדו הו"ל כשנים וכמ"ש הריב"ם וע"ז כתב הרמב"ן שפיר דזה דוקא היכא שחייבו מן התורה שבועה א"כ כ"ז שלא נשבע נגדו הו"ל כשנים משא"כ היכא דאין העד מחייבו שבועה רק מדרבנן לא שייך בזה לומר דהעד הוה כשנים דמה"ת אין העד נאמן כלל וז"ב מאד מאד והש"ך נתקשה בזה בס"ק כ"ג דבדרבנן לא שייך מחויב שבועה ואיל"מ ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק היטב כי ענין נכבד הוא ות"ל אנהירנהו לעיינין משמיא. ובגוף הדין הנ"ל אי כשעכשיו הוה נוגע אם יש לו מיגו אי לא חשיב נוגע האיר ד' עיני ומצאתי דבר נפלא בסנהדרין דף ל"ד בהא דנחלקו רבנן ור"י בר"י אם עד עונה לזכות או לא ואמרו דטעמייהו דרבנן משום דהוה נוגע בעדותו והנה שם שפיר הוה נוגע דלא שייך מיגו דלא העיד כלל דהוה מיגו למפרע דכבר העיד ועכשיו רוצה לחפש זכות והר"ן בחידושיו שם כתב בשם הרמב"ן דמטעם זה אין עד נעשה דיין דאם אין עונה לזכות מכ"ש שאינו נעשה דיין בין בד"נ בין בד"מ ותמה בטורי אבן בר"ה באבני השהם שם גבי עד נעשה דיין דא"כ אמאי נעשה דיין בראה הב"ד ואמרינן דלא תהא שמיעה גדולה מראיה הא בשמיעה ל"ש דהם נוגעים משא"כ בראיה ולפמ"ש אתי שפיר דבראי' שרוצין לדון על ראייתם א"כ יש להם מיגו דאי בעי לא היו מעידים כלל שראו ושפיר יכולין לדון אבל כשרוצים לדון על מה שהעידו כבר ככל עד נעשה דיין לא שייך מיגו דהו"ל מיגו למפרע ודו"ק היטב כי היא ראיה נפלאה. אחר זמן רב הגיע לידי שו"ת מהרי"ט צהלין וחפשתי שם ומצאתי בסי' מ"ח שהעיר במה שהערתי לעיל דהוה מיגו מגברא לגברא ושמחתי מאד שכוונתי לדעתו הרמה. שוב ראיתי לאחר זמן רב בקצה"ח סי' קכ"א ס"ק ד' שהקשה על דברי הר"ן

בבקרא הנ"ל וגבי סטראי על הדין בש"ע ולפמ"ש לעיל יש ליישב ודו"ק ועיין באהע"ז סי' ל"ה בח"מ וב"ש שם. ובגוף דברי הקצה"ח שהקשה שם דהשליח הוה נוגע דלא לקח השטר וחייב לשלם אני תמה דהרי הש"ך כתב בס"ק מ"ה דאינו חייב לשלם דאינו מחוייב ליתן למלוה בעדים ודוקא אם הזכיר לו השטר מחוייב ליתן בעדים אבל כשלא הזכיר לו השטר לא וא"כ לא הוה נוגע ובאמת לפמ"ש הש"ך בשם הראב"ן בשני שלוחים לא חייבין השלוחים דיכולים לומר את מטעית לנו דמי שולח ביד שנים ע"כ כדי שנהיה עדים ע"ש ובתשובה כתבתי סמוכין לדבריו מירושלמי דהביאו התוס' דבכסף הוו נוגעין בעדות והתוס' תמהו ע"ז ומוקי לאחר תקנת ר"נ ולפמ"ש הראב"ן שם דצריך שנים לגוף העדות של הקידושין דצריך ב' עדים שוב הוו נוגעין בעדות והארכתי בזה בתשובה לענין הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכעת נראה דיש ליישב בזה דברי הטור שכתב שאם הי' שנים והלך עמהן וראה מרחוק שעשו שליחתן דנאמן הלוה ותמה הב"י בבדק הבית דאיך יהיה נאמן לאפקועי ממונא ובאמת שהוא תימה אבל גם זה תימה דא"כ גם בע"א לענין שבועה נמי ועיין בש"ך סי' קכ"א שם ס"ק כ"ז שהאריך בזה. ולפמ"ש יש לומר דהטור ס"ל דהוו נוגעים כל שלא לקחו השטר ולכך כל שנשבע המלוה שוב לא שייך נגיעה דמה עשה לו רק שהזקיקו לשבע ול"ק קושית הקצה"ח ולכך כתב דבשליח אחד מזקיקו לשבועה ובשנים דלא שייך נגיעה דשנים א"צ ליקח השטר שוב נאמן הלוה דהרי יש לו עדים וא"ל דהו"ל נוגעים דהרי יצטרכו לשלם דזה אינו דלגבי עצמו הרי הודה שראה שקבל המעות המלוה ומה דלא לקח השטר לא נאמן הלוה ולא הו"ל נוגעים דל"צ ליקח כל שהם שנים ודו"ק היטב כי נכון הוא ויש לראב"ן ידים מוכיחות שכדבריו כן הוא ובדברי הרמב"ן ישבתי לנכון מה שאמר ר"י בירושלמי מכיון שהאמינתו תורה נאמנים ודקדק הראבי' מזה דמיירי קודם תקנה דלאחר תקנה שוב הו"ל נוגעין בעדותן וא"כ שוב לא א"ש דברי בר מחלוקתו דאמר דבכסף לא ולהראב"ן אתי שפיר דניהו דצריך שנים לגוף הקידושין מכל מקום עכ"פ יכלו העדים לומר את מטעות אותנו דכיון שעשית אותנו לעדים והתורה האמינתנו שתהיה מקודשת על ידינו שוב חשבנו שא"צ ליתן בשני עדים אחרים דמגו דנאמנים אנחנו על הקידושין נאמנים אנחנו שעשינו שליחותינו אך נראה כיון דשם לא שייך ענין שטר בלא"ה אינם נוגעים דל"ש לומר שהי' צריכין ליקח שטר ואולי היו צריכין להביא מידה כתב שנתקדשה ודו"ק היטב.

ד והנה דרך אגב אומר אני במה שכתב הרי"ף בכתובות פרק הכותב שם גבי עובדא דאבימי ראיה דאם לא אמר פרעיה באפי סהדי מחייב והביא ראיה מחנווני ופועלים וצ"ע שאף שדבריו נכונים מ"מ הי' לו להביא ראיה מש"ס ב"מ דף ג' דאמרו בהדיא דיכלו

לומר לא אמרת לן דלפרעיה בסהדי ועיין בתוס' שם שהקשו מעובדא דאבימי וחלקו כמ"ש הרי"ף דשם עכ"פ הזכיר השטר וגם התוס' היה להם להזכיר דברי הרי"ף הנ"ל וצ"ע וגם במ"ש הרי"ף ראיה משליח נעשה עד ופירש"י במגו דלא נתת לנו בתשובה אחת תמהתי על רש"י וגם יש לתמוה לשיטת רש"י דבימי המשנה הי' שבועת היסת א"כ גם בלא נתת הוה שבועת היסת וגם מה קאמר הש"ס והשתא דתקין רבנן שבועת היסת הא גם בימי המשנה היה היסת וגם קשה דר"נ גופא חידש היסת ונזכרתי שבתשובה אחת ביארתי כ"ז ואין אני יודע מקומו כעת. שוב ראיתי בשיטה מקובצת ב"מ דף ג' ששם הגיהו ע"פ המר"י גאון ואינו מהגמרא ולכך לא הביא הרי"ף מזה.

ה נחזור לדברי הר"ן גבי בקרא במ"ש דמיירי דליכא עידי ראיה ולכך נאמן לומר לקוח במגו דהחזרתי ותמהתי לכאורה דהא כל שחטפה הוה כגזלן ול"ש לומר לקוח היא בידי וכמ"ש הרשב"ם בב"ב דף ל"ד גבי נסכא דר"א וצריך לומר דבשלמא שם אין לו שום טענה ומענה א"כ בחטפה נעשה גזלן אבל כאן דחוב מגיע לו עכ"פ מאביהם לא מקרי גזלן כ"כ בחטיפתו ונאמן לומר לקוח במיגו דהחזרתי ואף למ"ד הגוזל חבירו בעדים אינו נאמן לומר החזרתי כאן לא הוה גזלן גמור. אחר זמן רב שכתבתי זאת מצאתי בקונטרס הגאון מוהרח"י ז"ל על שיקול הדעת בסופו בחידושיו על עדות פח"י מעדות הקשה על הך דעדים זוממין דחידוש הוא וכתב הטור בסי' ל"ח שכל שמעידין על גופה של עדות אין נאמנים הראשונים על עצמן לומר לאחרונים שקר העדתם דהוה כמעידין עליהם שהרג את הנפש וכתב מוהרח"י דזה אינו רק סניף אבל בשביל זה לא שייך להאמינם לאחרונים דא"ל דהראשונים הוו נוגעין בעדותן שמוכרחין להעיד כן דאטו אם העידו על דבר מן הדברים ואחר שהעידו נעשו נוגעים בעדות עצמם אטו יפסל העדות למפרע והביא ראיה מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ב הבא עליה באשם תלוי קאי ומשני בשניסת לאחד מעידיה הרי כעת הוא נוגע ואפ"ה לא מפסל העדות למפרע ע"ש והנה מדברי רש"י דמחזי כנוגע בעדותו ומדברי הר"ן בשם הרמב"ן אין ראיה דשם לא למפסל העדות למפרע באנו רק דאמרינן דכעת הם נוגעים ע"י שהעידו הם רוצים לזכות או לחייב שיוכל להיות שיגיע להם טובה עי"ז. אמנם אחר העיון עדיין קשה דהרי רש"י כתב בהא דמחזי כנוגע בעדותו שמתחרט בו ודואג שמא יבואו עדים להזימן ולכך רוצה להפך בזכותו שלא יגמר הדין לחובה ואם איתא הא בתחלה כשבאו להעיד לא הי' נוגעים וא"כ חזקה על שני עדים שלא יגידו שקר ומסתמא אמת כדבריהם ולמה יפסלו אח"כ להעיד דמה"ת לחוש לנגיעה וע"כ דכל דהוא כעת נוגע נפסל עדותו וחיישינן שמא שקרו מקודם וא"כ מבואר דלא כמהרח"י והנה מדברי הש"ס והר"ן והרמב"ן יש לדון על דברת הע"ש והסמ"ע ריש

סי' ל"ז אי נוגע פסול מטעם קרוב או מטעם דמשקר ודו"ק וגם מדברי הריטב"א הנ"ל יש לדון על דבריו וראייתו מהא דניסת לאחד מעדיה אף דעכשיו הוא נוגע לא זכיתי להבין דבאמת מלבד דלגבי עצמו א"י אדם לטעון ברי אף נגד חזקה ורוב כמ"ש הרשב"א בחידושיו ועפ"י בכתובות שם שהאריך בזה אף גם דלפמ"ש התוס' אינו רק חשדא דרבנן בהרגתיו והרגנוהו דלא ישא את אשתו וגם איך שייך אשם תלוי והוא אומר דאין לבו נוקפו וטוען ברי והתורה לא חייבה אשם תלוי רק בלבו נוקפו וא"ל דיתחייב חטאת דזה אינו דכיון דשנים לא חשידי א"כ עכ"פ יצאתה מחזקת אשת איש ולא שייך חיוב חטאת דאתרע חזקתה וז"ב לפענ"ד ועיין בחידושי הרשב"א בקידושין דף מ"ג בסוגיא דשליח נעשה עד במה שמפלפל בהך דאבימי ולא נפניתי כעת. והנה ארשום בקצרה מה שנשאלתי ערב חג הסוכות שנת תרי"ד בהא דהקשו בתוס' בקידושין דף מ"ג דמה שייך נוגעין כיון דב"כ וב"כ משתבעי וכתבו דהעד הצריך שבועה אינו עד וע"ז הקשה הרבני המופלג מוה' ישראל מגריידינג לשיטת הרשב"א דעדים הפסולים מדרבנן מועיל תפיסה וא"כ עד הצריך שבועה דפסול אינו רק מדרבנן וא"כ למה לא יפטור הלוה דהא באמת יש להם מיגו להעדים.

י והשבתי בתכ"ד דבאמת מגו בשנים לא אמרינן רק דכל דרוצים לפטור עצמם מממון שייך מיגו בשנים כמ"ש התוס' וא"כ כל שעכ"פ בין בטענתם השתא ובין בטענתם המגו יצטרכו לשבע שוב אין נ"מ להם ואין להם מיגו ושוב הוו נוגעים כל שצריכין לשבע ב"כ וב"כ שוב אין להם מיגו ודו"ק ואף שיש לפקפק לא נפניתי כעת כי היום ערב סוכות תרי"ד:

סימן כג

א להרב החריף מוה' צבי תאומים אבד"ק יוזפיף בפולין.

ב אשר הראה לי דבר פלא בהא דאמרו בגיטין דף מ"א ע"ב בהא דאמר רבה מחלוקת בשטר והקשה הפ"י היאך אפשר לשחרר חצי עבדו בשטר מי מקבל השחרור דע"י קבלת עצמו של העבד א"א כיון דחצי גופו קני לרבי' הא אניד גביה ולא שייך לומר גיטו קני ליה דאין כאן גיטו וידו באין כאחד וע"י קבלת אחרים שלא מדעתו א"א דהו"ל חוב דאינו משוחרר רק חציו והו"ל חצי ב"ח ואסור בשפחה ובבת חורין ואם על דעתו של עבד תפשוט מינה הא דבעי רבה בקידושין דף כ"ג עבד מה שיעשה שליח לקבל גיטו ע"ש שהאריך וע"ז תמה מעלתו דהיאך אפשר לומר דלא מיירי רק במזכה לו ע"י אחר דא"כ היאך מוקי בגיטין דף כ"ג ע"ב דאם היתה עוברה דזכתה לו דהא מני רבי היא דאמר המשחרר חצי עבדו קנה דהא רבי ע"כ מיירי ע"י אחר דאל"כ לא שייך גיטו וידו

באין כאחת והתוס' שם באמת הקשו דהיאך יועיל הא לא שחרר השפחה וכשמשחרר כלה יש להועיל דגיטו וידו באין כאחד ע"ש וביותר הגדיל התימה דבתמורה דף כ"ה מבואר בהדיא דהמשחרר חצי עבדו יצא לחירות משום דגיטו וידו באין כאחת ופירש"י דחציו קנה משום דאף שלא שחררו כלו יש לו יד לקבל גיטו דגיטו וידו באין כאחת ע"ש ובאמת שיפה העיר בכ"ז אבל אני תמה דלפי דבריו גם התוס' נראה שלא הרגישו בהש"ס דתמורה הלז שהרי אמרו בהדיא דמש"ה זכתה לו לעוברה דהו"ל כמשחרר חצי עבד וגיטו וידו באין כאחת. ולייישב דברי התוס' שלא יהיו תמוהין כ"כ אמרתי דבאמת צריך ביאור דהיאך שייך גיטו וידו באין כאחת הא חציו עדיין לרבו ועדיין ידו של עבד אגיד גבי' כמ"ש הפ"י וצ"ל דשם באמת אינו מבואר דאינו משוחרר רק חציו דזה דוקא לרבי וצ"ל ר"מ והגאון מוהרי"ר הגיה רבי ואינו מוכרח ואולי ס"ל לר"מ דהמשחרר חצי עבדו יצא לחירות כלו והיינו כיון דנעשה עם קדוש כדאמר בגיטין דף ל"ח ע"ב דלהוי עם קדוש קאמר אף דשם הקדיש עבדו אמרינן דכוון להוציאו לחירות כ"ש בשהוציא חציו לחירות דע"כ פשטה קדושתו שיהיה בכלל עם קדוש ככלו וכדאמרו בקדושין דף ז' ונפשטו לה קידושי בכלה מי לא תניא וכו' ויש להמתיק יותר דאם נימא דלא כוון רק לחציו א"כ לא יהי' משוחרר כלל דלא שייך גיטו וידו באין כאחת וע"כ אמרינן דכוון לכלה דאל"כ לר"מ לשיטתו דס"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה ועיין בערכין דף ה' ובגיטין דף ל"ח שם וא"כ יהי' דבריו לבטלה וע"כ שחררו כלו וא"כ אין סתירה מש"ס תמורה להפ"י וגם התוס' שפיר מקשו לרבי דס"ל דאינו משוחרר רק חציו הא לא שייך גיטו וידו באין כאחת כן נראה ליישב שלא יהיו דברי התוס' תמוהין דאשתמיטתי' ש"ס ערוך אבל בגוף הדבר נראה לפענ"ד דלא שייך כאן גיטו וידו באין כאחת דכיון דחציו עבד וחציו ב"ח הוא תמיד חציו עבד וחציו ב"ח ואם קידש אשה ביום של עצמו אין חוששין לקידושיו כדאמרו בגיטין באיסורא לא קמיירי והיינו דלענין איסור לא נתחלק רק למלאכה ושבח נתחלק וא"כ הו"ל כחצר שאין בו דין חלוקה דבעת שכל אחד עושה מלאכה הוא כלו שלו ונשתעבד חלקו זה לזה וכמ"ש הקצה"ח באורך בסימן רמ"ט ואם כן שפיר שייך גיטו וידו באין כאחת דבעת שמשחררו נעשה ידו שלו דגם מה ששייך לרבו נשתעבד לו שישתמש זה בשל זה וז"ב מאד.

ג ובזה נראה מה שאמר מעלתו בשם שארי הגאון מוה' דוב בעריש ני' אבד"ק לובלין שהראה דדברי הפני יהושע מבואר בירושלמי קדושין פ"א ה"ג דרבי ע"כ מיירי במזכה ע"י אחר משום דל"ש גיטו וידו באין כאחת. ובאמת שדבר גדול דיבר שכן מבואר בירושלמי אבל לפמ"ש בירושלמי לשיטתי' דס"ל דנתחלק גם לאיסור וביום של רבו

הוא כלו לרבו וכמ"ש הקצה"ח שם באורך ואם כן עדיין ידו גבי' רבו ול"ש גיטו וידו באין כאחת משא"כ בש"ס דילן ל"ק כלל והתוס' לא הקשו רק גבי עובר דידה שלה כלה לרבה ואיך תזכה להעובר דאף שעובר ירך אמו מ"מ לא נימא דבשביל זה הוה ידה שלה בשביל העובר וז"ב. ובזה מיושב מה שתמה בקרבן עדה על הירושלמי שם דאמאי לא הקשו התוס' על רבי גם כן דאיך מועיל השחרור ולפמ"ש אתי שפיר.

ד אמנם אי קשיא הא קשיא דהיאך מועיל לשחרר חציו בשטר הא בעינן גט כריתות שיהי' כרות גיטא וכאן הא שייר בגט דחציו שלו דהא לא נתחלק לאיסור והוא תמיד חציו ב"ח וחציו עבד ואיך מועיל הגט וגם לשיטת הירושלמי ביום של רבו הוא כלו לרבו ואיך מועיל הגט וצע"ג שוב ראיתי בגיטין שם ומשמע דבאמת טעמי' דרבנן דמקשו לגט אשה דל"מ חציו משום דלא הוה כרות גיטא ורבי סבירא ליה דמקשינן לגט דמועיל בעבד בחציו וז"ב ועיין בר"ן באלפסי שם שוב מצאתי בשו"ת רמ"ע שכתב דש"ס ערוך הוא בהשולח דהשותפין יכול לשחרר כל אחד חלקו ומקרי כריתות ע"ש בסי' פ"ח.

ה והנה הרמב"ם פ"ז מעבדים הלכה ה' וכן הוא בטוש"ע יו"ד סי' רס"ז סעיף ס"א הכותב לשפחתו מעוברת הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימין את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום וברמב"ם וטור הוסיפו שזה כמו שמשתחרר חציו והראב"ד כתב ע"ז דקשיא רישא לסיפא דבסיפא משמע דעובר ירך אמו וא"כ אמאי ברישא דבריו קיימין ועיין לח"מ שם ובפרישה שכוונו לזה ועש"ך וט"ז שם ולפמ"ש יש לומר דברישא ששחרר השפחה אם כן ידה שלה לגמרי ואף שעובר ירך אמו אבל על כל פנים פשיטא דיש לה יד לקבל הגט דבין לשיטת הש"ס דילן ובין לשיטת הירושלמי פשיטא דכה"ג שהיא באמת כלה משוחררת והרב יש לו חלק בוולדה שלא נודע עדיין כעצמים בבטן המלאה ופשיטא דעכ"פ הוא כחצר שאין בו דין חלוקה דעכ"פ בעת שמקבלת הגט גם החלק של רב משועבד לה והוה כלה שלה ושייך לומר גיטה וידה באין כאחד דאף לשיטת הירושלמי דביום של רבו כלו לרב כאן אין כאן יום של רבו דהיא כלה משוחררת והולד אף שהוא משועבד לרב אבל אין כאן ענין של רב שיהי' מבורר יום של רבו דהחלק של רב אין כאן עוד בעולם ואם כן פשיטא דשייך גיטה וידה באין כאחת אבל במשחרר הולד שפיר שייך לומר דהוה כמשחרר חציו דלא הוה ידה שלה דהא היא כלה משועבדת לרב וידה כיד רבה דמי ובמה תקבל הגט וכמו שהקשו התוס' באמת דהא לא שייך גיטה וידה באין כאחד בכה"ג וז"ב. ומן האמור יש ליישב דברי המהרי"ק סי' צ"ד דלשון מחילה לא שייך בדבר שהיא בעין והביא ראי' מהא דאמרו בקדושין גבי עבד עברי דפריך הש"ס למה לי שטרא לימא לי' באפי בי תרי זיל וע"כ דגופו קני וקשה אכתי למה לא

יועיל לשון מחילה וע"כ דבדבר שהוא בעין לא שייך לשון מחילה ע"ש ודבריו תמוהין דאכתי אמאי לא מועיל לשון מתנה הרי את לעצמך ומתנה בודאי מועיל וע"כ דכל שגופו קנוי אינו יוצא מרשותו אלא בשטר ומטעם דגיטו וידו באין כאחת וכבר התפלא בזה הקצה"ח סי' רמ"א ובחידושי הארכתי ליישב דברי המהרי"ק ולפמ"ש אתי שפיר דזה ודאי דלשון מתנה ל"מ בעבד עברי דבמה יזכה הא אין לו יד לקבל המתנה והיאך יזכה בעצמו כל שאין לו יד לקבל ואף על ידי אחר לא מועיל דזכייה מטעם שליחות וכל שאין לו יד לעשות בעצמו גם שליחו ל"מ ועיין קדושין דף כ"ג ורק לשון מחילה שפיר יקשה דעכ"פ הוא יכול למחול ולסלק נפשו ומה בכך שאין לו יד לקבל הא אף בדבר שלהוצאה נתנה מועיל מחילה שזה מסלק נפשו ונפקע שעבודו וע"ז הביא המהרי"ק ראי' דכיון שהוא בעין לא שייך לשון מחילה והרי גופו קנוי לו וזהו בעיין וא"כ שוב לא שייך לשון מחילה ולשון מתנה לא מועיל בעבד וכמ"ש ודוק. ומיהו בלא"ה לא דק הקצה"ח דדוקא בעבד כנעני שייך לומר דהוה כגופו של רבו ובזה הצריכו לומר דגיטו וידו באין כאחת אבל בעבד עברי דמציאתו שלו ומעשה ידיו שלו ומה שאמרו דגופו קנוי היינו משום קנין איסור שבו דהיינו לאסרו בשפחה אבל מעשה ידיו נפקע בדבריו וכמ"ש הריטב"א בקדושין שם באורך א"כ פשיטא דמועיל לשון מתנה ולא שייך לומר דנקנה לרבו ואין לו יד כלל אך לפמ"ש יש לומר דעכ"פ להפקיע קנין איסור שבו אין לו יד לקבל הגט ולכך לא שייך לשון מתנה רק לשון מחילה שזה מגרע השעבוד וקנין איסור שבו וכמ"ש ודוק. והנה לכאורה קשה על הראב"ד דכתב דל"מ לפי שהעובר לא בא לעולם והיא לכאורה תמוה דהא סילוק מועיל אף בדבר שלא בא לעולם ועיין סמ"ע סי' ר"ט דלא כט"ז שם וכאן מה שמשחרר העובר לא גרע מסילוק מיהו יש לומר דבדבר דלא זכה בו כלל דהעובר לא בא לעולם הו"ל כמסלק קודם אירוסין דל"מ דלא הי' בו זכייה עדן ואנן קיימינן שם אם נימא דעובר לאו ירך אמו ובלא"ה א"ש בפשיטות דניהו דהוה כסילק אבל מי יקבל הגט שחרור דהוא כתב גט שחרור ונותן ביד שפחתו וכיון דהשפחה לא נשתחררה א"כ ידה כיד בעה"ב ולא נתן גט שחרור והוא לא סילק עצמו רק ע"י גט זה

[1] ובזה מיושב מה דהקשה אותי הרב מוה' מאיר מווילקאטש נ"י בגיטין דף כ"ג ע"ב להס"ד דלא ידענו מעובר לאו ירך אמו מה יענו לקושית הראב"ד דלא שייך לומר דהוה לא בא לעולם דהא עכ"פ תפס מועיל בדבר שלבל"ע ומה שמשחרר הוה כמקדיש אותה כמ"ש הר"ן פ"ק דגיטין גבי מצוה לקיים דברי המת דלכך גבי שחרור קנה דהוה כמקדיש אותה ע"ש וה"ה בזה כיון דהקדש מועיל בדבר שלבל"ע מטעם אמירה לגבוה וכמ"ש

במק"א ולפמ"ש אתי שפיר דמי קיבל הגט שחרור והוה כנותן מתנה ומניח השטר בחצירו דפשיטא דלא מועיל ועיין קצה"ח סי' ר' ודוק. אחר כמה שנים נדפס ובא ספר טיב גיטין על מס' גיטין מהרב הגאון העמקן מוה' צבי ז"ל אבד"ק באנהייט ומצאתי בדף כ"ג שם הוא העיר ממה שכתבתי לעיל דנפשטה קדושה בכולה ונהניתי מאד אמנם מה שהקשה לשיטת הראב"ד דמטעם דבר שלבל"ע לא קנה והוה כמו מזכה לעובר וע"ז הקשה דהרי בתמורה משמע דוקא משום דאם שיירו אינו משוייר אבל אם שחררו בפירוש היה מועיל ואמאי דהא הוה מזכה לעובר ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבזה שוב הוה מועיל מתורת סילוק וכאן השפחה נשתחררה ומקבלת את הגט. ובזה מיושב גם קושייתו הראשונה שם דבאמת מה דאמר בש"ס משום דיד עבד כיד רבו הוא ג"כ מטעם זה דבאמת הי' מועיל מתורת סילוק ורק דמי מקבל הגט וא"כ היינו משום דיד עבד כיד רבו ודברי הראב"ד עם דברי הש"ס אחת הם ודוק היטב. וראיתי בקצה"ח סי' קע"א שנסתפק למשנה ראשונה דעובד עצמו יום אחד ורבו יום אחד אם הך עבדות שעובד את רבו אם הוא קנין הגוף ממש כמו בעבד כנעני או אינו אלא שיעבוד וכמו בשותפין בבית שאין בו דין חלוקה דביאר הר"ן ר"פ השותפין דכל חד וחד בשעה שמשתמש יש לו קנין הגוף לראב"י דקי"ל כוותיה ואמרינן ברירה ואם כן ה"נ ביום של רבו איתליה קנין הגוף ממש ואחריו לעצמו וכן לעולם וכתב דאי אפשר לומר דהוה קנין הגוף ממש דהרי אמרו בגיטין דף מ"ב אלא מעתה ביום של רבו ישא שפחה וביום עצמו בת חורין ומשני באיסורא לא קמיירי ופירש"י שאין האיסור נחלק לחצאין אלא בממון וכיון דלעולם הוא חציו עבד וחציו ב"ח אף ביום רבו הרי הוא חצי ב"ח ואסור בשפחה שוב אי אפשר לומר דיש בו קנין הגוף דהא כל שאינו עבד עברי ממש ואינו נמכר בתורת עבד עברי לא שייך קנין הגוף ואינו אלא שעבוד למעשה ידיו וא"ל דא"כ הוא גופא קשיא דאמאי לא נימא ברירה דהו"ל כאומר נכסי לך ואחריך לעצמי וכמו בשותפין שנדרו הנאה דאמרינן ברירה אף באיסורין דזה אינו דבעבד לא מצינו משוחרר וחוזר ומשתעבד דהוה כמו קדושת הגוף דכל דחל שעה אחת תו לא פקע וע"כ דגם ביום של רבו ג"כ אינו כלו של רבו והוה חציו ב"ח וחצי עבד בכל יום ע"ש שהאריך בפלפול נחמד ובאמת עם כל אריכות דבריו והבנינים מפוארים שבנה לפענ"ד אי אפשר לומר כן דלדבריו זה דוקא כשהי' עבד עברי ממש וא"כ כל שנשתחרר חציו אי אפשר להיות עבד קנוי קנין הגוף דלא שייך קנין הגוף בישראל כ"ז שאינו נמכר בע"ע וכל שאינו עבד בכלו לא שייך קנין הגוף בחציו וא"א להיות קה"ג בחצי ישראל דבישראל לא שייך קנין הגוף כל שאינו נמכר בתורת עבד עברי ובזמן שנוהג מכירת עבד עברי אבל בכנעני שנשתחרר חציו

ניהו דנעשה ישראל בחציו אבל מכל מקום במה נפקע קנין הגוף שהיה לו מכבר בחציו ואטו בשביל שעבר זה ושחררו או שעשה בשביל איזה ענין במה נפקע קנין הגוף שהיה לו מכבר ועכ"פ מ"ש לפרש בזה דברי הרשב"א בחידושיו לשבת במ"ש דהא דכופין את רבו בשביל מצות פ"ו של זה ואיך אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירך וכתב הרשב"א דשאני התם דכיון דחציו ב"ח לית ביה משום לעולם בהם תעבודו משום צד חירות שבו ולכאורה צריך ביאור דמכל מקום ביום של רבו הרי מתקיים בהם תעבודו וכתב הוא כיון דיש בו צד חירות אסור לעבוד בו עבודת עבד דהיינו בפרך דבישראל אסור לעבוד בו בפרך ולפמ"ש קשה דאמאי נפקע חלק עבדות שבו מאז ובעבד עברי ממש לא שייך עבודת פרך אף בשעה שהוא עבד כדכתיב לא תרדה בו בפרך. אך לפענ"ד באמת יש לו קנין הגוף בחצי עבדות שיש לו בו והא דאמרו באיסורא לא קא מיירי ופירש"י שאין האיסור נחלק לחצאין הנה לכאורה רציתי לומר דאין משם ראיה כלל דהרי הא דמותר עבד עברי לישא שפחה הוא כדי שיוליד בנים שיהיו לו לעבדים כמ"ש הרמב"ם פ"ג מעבדים הלכה ג' דכופהו ע"ז כדי שיוליד ממנה עבדים ועיין משנה למלך מה שהאריך בזה במ"ש מהרשד"ם ומ"ש בגליון שם וא"כ כיון דהבנים שיוליד לא יהיו לאדון דהיאך יתחלקו הבנים דביום של עצמו הם לו וביום של רבו לרבו וא"כ איך יתחלקו הולדות ובפרט שבאמת אסור לישא ביום של עצמו שפחה א"כ בכל יום יגרש ויקדש וזה א"א ולכך באיסורא לא קמיירי ובזה מיושב מה דאמרו בירושלמי נשא ביום של רבו אין חוששין לקידושיו ביום של עצמו חוששין לקידושיו וזה דלא כש"ס דילן והקצה"ח סי' רמ"ט כתב דבאמת ס"ל להירושלמי דגם באיסורין נתחלק דביום של רבו הוא של רבו וס"ל דגם קנין הגוף נפקע ע"ש וכבר הבאתיו למעלה ולפמ"ש אתי שפיר דלענין קדושין דהיינו ב"ח יש לומר דגם ש"ס דילן מודה דדוקא לענין שפחה הוא דא"א להתחלק דהרי עבד עברי באמת אסור בשפחה רק בעבדותו התורה התירה משום הולדות ובזה לא שייך חילוק. אך לפ"ז יצמח מזה דבכנעני אם נשתחרר חציו יהי' מותר לישא שפחה דב"כ וב"כ מותר בשפחה בעת עבדותו ואף אם נאמר דגם זה בעת שנעשה ב"ח ביום של עצמו שוב אסור בשפחה אבל עכ"פ יהיו חוששין לקידושיו וזה לא מוזכר בש"ס דילן וע"כ נראה לפענ"ד ברור דבזה לא שייך ענין ברירה דאטו קצוב שזה היום הוא של רבו וזה היום של עצמו ולא הי' מצי להיות בהיפך ובמה יוסר האיסור במה שהמה בררו לעצמם דבשלמא איסור שבא מחמת ממון כגון בשותפין שנדרו הנאה זה מזה שאי אפשר להם לאסור כ"א חלקם לא חלק אחר שייך ענין ברירה אבל כאן ענין עבדות ושחרור שמותר בשפחה ובב"ח זה ענין איסור שאסרה התורה ואיך שייך בזה ענין חילוק שביום זה יהיה

מותר וביום זה יהיה אסור ואטו לא היה יכול להיות שזה היום יהי' של רבו וא"כ נתת דבריך לשיעורין שאם יתנו אח"כ שמוחל לו עבדותו עוד יום אחד והי' מותר והקידושין יחולו יותר וזה אי אפשר שהאיסור יהיה כפי הזמן לא בזמן שקצבה התורה וז"ב מאד מאד ועיין גיטין דף ס"ד דאמרו שאני ממון דאתיהיב למחילה ע"ש הרי דבאיסור מוכרח להיות באיסורו כ"ז שלא יוסר האיסור במעשה המתיר וז"ב מאד ודוק

ז והנה בירושלמי פסחים פ"ח ר"ח בשם ר"י מי שחציו עבד וחציו ב"ח קידש אשה אין חוששין לקדושין גירש אין חוששין לגירושין ובמלמ"ל ספ"ב מק"פ הביא הירושלמי הזה וכתב דדבריו תמוהים דאם אין חוששין לקידושין היאך שייך חוששין לגירושין וכתב דיכול לקדש בת מיני' דאפשר דהתם תפסי קידושין כיון דבת מיניה היא דהיינו שגם היא חציה שפחה וחציה בת חורין. והנה בראשית ההשקפה תמהתי דלכאורה לא זכר שר דברי התוספת גיטין דף מ"א ד"ה לישא שהקשו דישא חציה שפחה וחציה בת חורין כדאמרו גבי פרידה דמרביעין עלה מינה וכתבו דשאני התם דהוה שניהם חד מינא אבל הכא אתי צד עבדות ומשתמש בצד חירות יעו"ש הרי דגם חצי ב"ח א"א לקחת. אך יש לומר דהמ"ל שפיר קאמר דהתוס' לא כתבו רק דא"א לקחת אותה לקיים פ"ו דאינה ראוי' לביאה דאתי צד עבדות ומשתמש בב"ח אבל קידושין שפיר תופסין בה דצריך גט ואף דהוו קידושין שאין מסורין לביאה הוה קידושין דקי"ל כאביי בזה. מיהו לפמ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין דע"כ לא אמרינן דקידושין שאין מסורין לביאה הוה קידושין דוקא במקדש אחת משתי אחיות דבאמת לא קידש רק אחת ואנן לא ידענו איזהו אבל במקדש שתים דא"א להיות ביאה באחת מהם דהוה אחות אשה בכה"ג כ"ע מודים דלא הוה קידושין ולפ"ז כיון דכאן העבד והשפחה דמורכבים חציים עבדות וחציים חורין א"כ אי אפשר בשום אופן לחול הקידושין דהוו קידושין שאין מסורין לביאה דאתי צד עבדות ומשתמש בחלק חירות דאי אפשר להפריד חלק החירות מעבדות ואיך אפשר לקידושין לחול ובכה"ג לא הוה קידושין כלל א"כ הוה הקידושין שאין מסורין לביאה לכ"ע וא"כ אכתי דברי המלמ"ל תמוהים. אך נראה לפמ"ש למעלה דביום של רבו הוא של רבו ויום של עצמו הוא של עצמו רק לאסור לא שייך לחלק דלא נתברר איזה יום של רבו ואיזה יום של עצמו א"כ שוב הוה קידושין שאין מסורין לביאה לא מחמת ודאי רק מחמת ספק ובכה"ג הוה קידושין לדידן דקי"ל כאביי ואתי שפיר דברי המלמ"ל. ואף אם נימא דש"ס דילן ס"ל דלעולם הוא מורכב ואף ביום של עצמו הוא חציו עבד מכל מקום עכ"פ לירושלמי לשיטתו דס"ל דקידש ביום של עצמו חוששין לקידושיו א"כ הוה ודאי קידושי ספק ובכה"ג קידושין שאין מסורין לביאה הוה קידושין לדידן. ובזה מיושב היטב מה

שתמה הקצה"ח סי' רמ"ט דא"כ מה פריך הש"ס בגיטין דף מ"ג וכיון דקידושין אין לו יורשין מנ"ל והקשה דלפמ"ש המלמ"ל משכחת לה קידושין בבת מינו ועוד הקשה דהרי התוס' הקשו דמאי פריך יורשין מנ"ל והרי אף בנו ממזר דלא תפסי קידושין כלל הוה בנו ליורשו וכתבו דגבי עריות דשייך קידושין לעלמא א"כ אף במקום דלא תפסי קידושין הוה יורש אבל כאן דלא תפסי קידושין כלל לא מתייחס אחריו וא"כ גם כשקידש בת חורין כיון דעכ"פ בת מינו הוה קידושין שוב הוה עכ"פ בנו ליורשו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהרי התוס' כתבו בקידושין דף נ"א דאף דבח"ל קידושין תופשין אף דאינה ראויה לביאה משום דשם לא בשביל קידושין יאסרו לביאה ע"ש ולפ"ז כאן דבחציו עבד בשביל דקידש אתי צד עבדות משתמש בבת חורין וכבר אמרו ביבמות דף מ"ה דלכך לא תפסי קידושין דאתי צד עבדות משתמש בא"א א"כ ע"י הקידושין יותר אינו ראוי לביאה וא"כ לפי ש"ס דילן דלא מחמת ספק הוא רק בודאי לא הוה קידושין שוב הוה קידושין שאין מסורין לביאה ובכה"ג אף לאביי לא חלו הקידושין. ובזה יש לומר הא דאמר רבא ראוי לטול ואין לו ופירש"י דראוי ליטול כשהי' לו יורשין ואין לו יורשין והוא תימה דא"כ איך שייך ראוי שיטול ובס"פ המניח דאמר ראוי ליטול ואין לו פירשו התוס' דנ"מ לענין תפס ומה שייך כאן וכבר העיר בזה באבני מלואים ח"ב סי' ח' ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת משכחת לה יורשים בחציה שפחה וחציה ב"ח רק דהוה קידושין שאין מסורין לביאה וא"כ רבא לשיטתו דהוא ס"ל דגם מחמת ספק הוה קידושין שאין מסורין לביאה וא"כ רבא ס"ל באמת דגם לאיסור נתחלק רק דמחמת ספק אינו ראוי לביאה וא"כ שפיר שייך ראוי ליטול דאפשר הי' לחול הקידושין רק דאין מסורין לביאה מחמת ספק וכמ"ש ודוק. ואגב אומר הא דהביא הפר"ח במים חיים סימן ב' ראיה דזכר טריפה ג"כ אינו מוליד מהא דאמרו שעשאו טריפה ומאי יורשי' נפשי' ואמאי לא נימא דהוליד אח"כ וכבר כתבתי בזה בחידושי ליו"ד סי' נ"ז ובתשובה מיוחדת בענין זה.

ח וכעת נראה לי דהנה באמת צריך להבין כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב איך משכחת לה דמשלם כופר ליורשיו ודלמא לאו אביו הוא וצ"ל דכיון דאביו הוא לכל דבר גם לענין ממון הוה אביו דהוה רוב שכבר הוחזק לכל מילי וכעין זה כתבו האחרונים בישוב כמה קושיות כאלה ועיין הפלאה סוף פ"ק דכתובות ולפ"ז כאן דהספק לענין ממון נולד תיכף בעת שהוליד דהרי צ"ל דעשאו טריפה מקודם שהוליד וא"כ אז לא הי' רוב שכבר הוחזק ונפטר ואיך יתחייב אח"כ דבשלמא כל קנס דמשלם לאב כבר נתחזק הרוב דהוא אביה לכמה דברים אבל כאן נולד הספק טרם הוליד וכבר נפטר וז"ב דלענין הבנים שהוליד כבר אינם מתיחסים אחריו רק מה שיוליד אח"כ ובזה כבר נפטר. אך

לפ"ז עדיין יקשה בהא דאמר ראב"א ומאי יורשיו נפשי' ואמר רבא ב' תשובות בדבר חדא דיורשיו קתני ועוד הא כופר אינו משתלם רק לאחר מיתה ומאי קושיא דהא באמת יכול להוליד ורק דלא שייך כופר דדלמא לאו אביו הוא וכבר נפטר א"כ אדרבא זה דוקא כשנתחייב כופר מקודם א"כ יש לומר דכבר נפטר אבל כיון דכופר אינו משתלם רק לאחר מיתה א"כ בעת שבא החיוב אז כבר נעשה אב לשאר דבר ושוב משכחת לה יורשים וגם קושיא ראשונה דיורשיו קתני ג"כ ל"ק דבאמת יש לומר דמאי יורשיו יורשיו ממש ורק כיון דכל הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דא"י להוציא מיד המוחזק ממון מספק ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הש"ך בסי' צ"א דכל דהוא צריך ליתן הממון רק שלא נודע למי לא שייך חזקת ממון דהוא עכ"פ מוציא מתחת ידו ולפי זה כיון דעכ"פ לנפשיה צריך ליתן א"כ גם ליורשים צריך ליתן ולא שייך לומר דאין הולכין בממון אחר הרוב דטעמא מאי משום חזקת ממון וכאן לא שייך חזקת ממון כלל וא"כ שפיר קאמר ראב"א מאי יורשיו נפשיה ושפיר קתני יורשיו והיא קושיא נפלאה וע"כ צ"ל דמכאן ראיה ברורה דא"י להוליד כל שנטרף ושפיר פריך רבא. ובזה יש לומר הא דמשני ראוי ליטול ואין לו וכתבתי לעיל דהלשון ראוי ליטול ואין לו אינו מובן. ולפמ"ש אתי שפיר דכבר נודע מ"ש המהרש"ל דאף דטריפה אינה חיה יב"ח מכל מקום זה אינו רק על הרוב אבל המיעוט חי וא"כ יכול להיות דיוליד גם כן ולפי זה שפיר אמר דראוי ליטול כשיהיה מהמיעוט דמולידין ואין לו דעפ"י רוב אינו מוליד ודו"ק היטב כי הוא חריף ונחמד הדרן לדוכתא דעכ"פ יש לפרש הירושלמי דמה שמשכחת גירושין הוא בשקידש בת מינו ומהטעם שכתבתי דהירושלמי לשיטתו דס"ל דקידש ביום של עצמו הוה קידושין וכן נראה מהמשנה למלך עצמו שפירש כן הירושלמי שהרי כתב והייתי סבר שאין הכוונה אם גרש את אשתו אלא כי האי דאמרינן בשלהי המביא תניין וכו' אבל מן הירושלמי דפרק השולח אינו נראה כן אלא דס"ל לירושלמי כסברא דדחי גמרא דידן וכו' דביום שלו הרי קידושין תופסין והיינו כמ"ש דלכך בקידש ביום של עצמו הוא לעצמו והוא כמ"ש והקצה"ח סי' רמ"ט שם תמה על המלמ"ל דאם כן מאי קאמר בירושלמי פ' השואל ולא כן אמר ר"י קידש אין חוששין לקידושיו ודכוותא גירש אין חוששין לגירושיו והרי לפי המלמ"ל אדרבא אין קושיא דר"י מיירי בשגירש ביום של רבו ובזה לא חלו הקידושין וע"כ סרס והגיה בדברי המלמ"ל ע"ש ובאמת שלא זהו הכוונה רק דהמלמ"ל הבין דמה דאמר ולא כן אמר ר"י היינו דזהו שאמר ר"י דאל"כ היאך משכחת לה גירש כיון דלא חלו הקידושין וע"כ דמיירי שקידש ביום של עצמו וכן פירש הפני משה אלא שאין לו מובן דלמה לא יכול לגרש כשם שיכול לקדש ביום של

עצמו אבל לפירוש המלמ"ל אתי שפיר דקידש בת מינו ולכך חלו הקידושין ומכל מקום הגירושין א"י לחול וז"ב ונכון והיה מקום להאריך במה דמדמה הא דשמואל להא דר"י וע"ד שכתב הקצה"ח שם לפי דרכו והמשכיל יבין ודוק היטב כי ת"ל ענין נחמד ונכון הוא. והנה התוס' הקשו בד"ה לישא דימכור עצמו בעבד עברי והיא תמוה לכאורה דהרי בש"ס ב"ב דף י"ג הקשה הש"ס אמאי כופין את רבו נימא גוד או אגוד ומשני דכאן גוד ליכא כמ"ש רש"י דהעבד יכול לקנות אבל אינו אומר קנה חלקי שאין דמים לב"ח שאין עבד עברי נמכר אלא לשש א"כ חזינן דא"י למכור עצמו בעבד עברי אבל באמת הדבר נכון דע"כ לא כתב רש"י רק דגוד לא שייך דבעינן שימכור לגמרי ולא לשש אבל שם לענין שיהיה מותר בשפחה ודאי שייך למכור בעבד עברי שיהיה מותר בשפחה והנה ראיתי בשו"ת מ"ב שנדפס מחדש שם קושיא בשם בעל הקצה"ח דלמה לא יוכל למכור עצמו בעבד עברי יותר משש ואף יותר מיובל כמ"ש הלח"מ והמלמ"ל פ"ב מעבדים בשם הרא"ם דיכול להתנות ביותר משש ע"ש ולפענ"ד דכוונת רש"י דגוד עכ"פ לא שייך דהרי מבואר ברמב"ם דמוכר עצמו א"י למכור עצמו להצניע הדמים או לקנות איזה דבר רק כשצריך למאכל ובכה"ג שהוא עני כ"כ שאין לו לאכול רק שימכור עצמו ובכה"ג לא שייך גוד או אגיד כמבואר בחו"מ סי' קע"א ס"ו בהג"ה ועיין סמ"ע וש"ך שם וגם לפמ"ש התוס' שם ע"ב ד"ה שמע מינה דאף כשיש לו דמים תיכף ליתן אין יכול לומר גוד או אגוד א"כ בכה"ג א"י למכור עצמו כלל בעבד דמוכר עצמו אסור לו למכור עצמו כל שיש לו דמים ובזה ממילא מיושב קושית התוס' דימכור עצמו בעבד עברי דהא אין בידו למכור עצמו כל שיש לו דמים וע"כ מיירי ביש לו דמים דאל"כ יוכל לומר גוד או אגוד וכמ"ש ודוק. וצריך לומר דקושית התוס' היא לפי הגירסא דגריס אפכא דגוד איכא אגוד ליכא והיינו משום דאין לו דמים דהרי כותב לו שטר על דמיו וכקושיית התוס' וכמ"ש המלמ"ל פ"ב מק"פ דרש"י בא לשלול גירסא זו ע"ש ולכך שפיר הקשו התוס' כיון דמיירי באין לו דמים שוב מותר למכור עצמו בעבד עברי ואף ליותר משש וכמ"ש הלח"מ והמלמ"ל. ובזה מיושב היטב מה שהקשה הגאון בטורי אבן בחגיגה דף ב' בהא דהקשו ביבמות דף ק' שחררו אין אבל כופין לא ואמאי לישא שפחה א"י והרי כאן יקשה קושית התוס' דימכרו עצמם בעבד עברי ול"ש תירוצם דמשוחרר אסור למכור עצמו בעבד עברי דשם ממנ"פ אותו שהוא עבד בודאי יכול למכור עצמו ומי שהוא ב"ח מתחלתו יכול גם כן למכור עצמו ולפמ"ש אתי שפיר דשם דלא קתני וכותב שטר על דמיו וא"כ כל שיש לו מה לאכול דבאמת הם כהנים וחולקין בתרומה שוב אסור למכור

עצמם בעבד עברי כמ"ש הרמב"ם בפ"א מעבדים ה"ב ודו"ק. ובגוף הענין דגוד או אגוד מה ששייך לכאן הארכתי בחידושי לחו"מ סימן קע"א ואכ"מ.

ט איברא דמ"ש התוס' בגיטין שם דמבואר בב"מ דף ע"א דגר ומשוחרר אינם נמכרים בעבד דבעינן ושב אל משפחתו צ"ע דאינו מבואר שם רק בגר ולא בעבד משוחרר וצ"ע כי לא ראיתי בהחפזי מי שיתעורר בזה

י וראיתי בספר המקנה בק"א להלכות קידושין סימן מ"ד שהקשה דאם נימא דחצי' שפחה וחצי' ב"ח חלו הקידושין כמ"ש הרא"ש א"כ משכחת לה יורשין דנשאת לישראל וחלו הקידושין והולידה בן והבן הוא חצי עבד וחצי ב"ח ואביו יורשו והחמיר בקושיא זו גם בספר טיב גיטין מהגאון מהר"ץ ז"ל שנדפס מחדש החמיר בקושיא זו ואני לא זכיתי להבין דלכאורה הוה קידושין דאין מסורים לביאה דהא הוא ישראל גמור ואיך ישא וישתמש בצד עבדות ולשיטת הרשב"א בכה"ג לכ"ע לא הוה קידושין וצ"ל דכאן לאו מחמת הקידושין נאסר דבלא"ה היא חציה שפחה וחציה ב"ח ואסורה ועכ"פ קשה לפ"ז דאף אם הוה קידושין הא הוה קידושין ויש עבירה והולד הולך אחר הפגום והוא פסול לבא בקהל כמבואר בקידושין דף ס"ג ובש"ע אהע"ז סימן ח' וא"כ שוב לא מקרי יורשין דידיה שאין אותו העבד מתייחס אחרי אביו כלל וכמ"ש התוס' בגיטין שם לענין הבנים ה"ה לענין אביו. ומה שהקשה הגאון מוהר"ץ שם דאיך משכחת לה שפחה חרופה קטנה דמי יקדש אותה והיא אינה בת דעת ולפום רהיטא יוכל לזכות מההפקר לפמ"ש הר"ן דאשה אינה רק מפקרת עצמה לבעל והבעל זוכה מן ההפקר. אלא דלפ"ז יהי' כל הקטנות דעלמא מקודשת מתורת הפקר וע"כ דהקטן וקטנה א"י להפקיר ג"כ וכ"כ בחידושי הגאון בעל אבן העוזר ריש פסחים בהדיא דקטן א"י להפקיר ע"ש שהוכיח כן מירושלמי ולפמ"ש הדבר מוכרח וא"כ הדרא קושיא לדוכתא. אמנם נראה דבאמת רבה יכול לקדש חצי שפחה שלו ואף דצד חירות שבה א"י לקבל קידושין שלה דאינו שלו אך הרי כבר אמרו בקידושין דף ז' ותפשיט קידושין בכלה ומשני התם דעת אחרת ולפ"ז כיון דצד עבדות יקבל הרב וקידושין הוה קדושת הגוף וכל שנתרצית לקדש בכלו תתפשטה קדושין בכלה דהרי אין דעת אחרת מעכב וז"ב מאד. ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב קושית ההפלאה הנ"ל דבאמת צריך ביאור דאיך יכול לקדש חצי' שפחה וחצי' ב"ח כיון דהיא נתחלקת לממון ביום של רבה לרבה וביום של עצמה לעצמה א"כ ממ"נ מי יקבל כסף קדושין שלה אם הרב והיאך תתקדש חלק ב"ח שבה דלענין איסורא לש"ס דילן אינו מתחלק כדאמרו באיסורא לא קא מיירי וא"כ ממ"נ היא ואביה או רבה אין להם חלק בה ואיך משכחת כלל שיקדשה ישראל דבשלמא לע"ע הא הרב יוכל לקדשה

ביום של הרב ואז היא כלה של הרב לענין ממון ולענין איסור הרי ע"ע מותר ממ"נ אבל ישראל היאך יכול לקדשה וע"כ צ"ל דתפשוט קדושה בכולה מכח צד עבדות והיא אינה מעכבת ועכ"פ לא הוה הולד חציו ב"ח דעיקר היא העבדות דע"י כן תוכל להתפשט חלק הקדושין שמצד ב"ח כיון דהרב יוכל לעכב על ידו ואיכא דעת אחרת ובכה"ג ודאי אינו מתייחס אחר האב. איברא דבלא"ה צריך להבין דאיך אפשר להתקדש דהא הוה קידושין שאין מסורין לביאה דכאן רק ע"י הקדושין נתהווה האיסור דאל"כ לא פשטה קדושה בכלה רק ע"י קדושין דהוה קדושת הגוף ובכה"ג אפשר דמקרי קדושין שאין מסורין לביאה ויש לדחות דמכל מקום איכא איסור גם בלא קדושין רק שאינו חמור כ"כ ובכה"ג לא הוה קדושין שאין מסורין לביאה וצ"ע בזה. ובזה יש לומר גם מה שהאריך המלמ"ל בפ"ב מק"פ אם יכול לקדש חצי עבד וחצי ב"ח אשה שחציה שפחה וחצי' ב"ח ולפמ"ש י"ל דא"א לקדש דמי יתן כסף קידושין ומי יקבל לא הרב ולא העבד ולא שפחה ולא רבה וכמ"ש והירושלמי לשיטתו דס"ל דגם לענין איסור נתחלק וביום של רבו כלו לרבו וביום של עצמו לעצמו א"כ ממ"נ תו הרב או העבד וכן שפחה או רבה מקבלים הקידושין ובזה יתיישב קושית האבני מלואים דאם כן משכחת לה יורשים ולפמ"ש אתי שפיר דלש"ס דילן לא משכחת יורשים כלל ודוק ובאמת לפמ"ש הריב"א בקידושין דף נ"ג דהנותן לעבד מתנה ע"מ שאין לרבו רשות דל"מ דע"כ פשטה בכלה ושייך לרב וא"כ אף דנתחלק לממון מ"מ עכ"פ פשטה בכלה וא"כ צריך הרב לקבל וכן להיפך דהרי לענין איסור לא נתחלק

יא ובזה יש לומר הא דנחלקו הירושלמי וש"ס דילן אם מצא מציאה ביום של עצמו אם למחר בעי ליתן לרב דהירושלמי ס"ל דצריך ליתן לרב ובש"ס דילן מבואר בהדיא בגיטין דף מ"ב דהוא לעצמו ולפמ"ש כיון דלריב"א ל"מ במתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו כיון דהמתנה פשטה בכולה א"כ ה"ה בזה ניהו דהיום הוא לעצמו מכל מקום פשטה על כלו וא"כ ביום של רבו לרבו דלהירושלמי נתחלק האיסור ג"כ אבל לש"ס דילן לעולם הוא חציו עבד וחציו בן חורין א"כ לא שייך דפשטה בכלה ודו"ק וצ"ע. והנה לכאורה הי' נראה לפענ"ד דבר חדש דאם נימא דפשטה קדושה בכולה א"כ בחציה שפחה וחציה בת חורין באמת לפי מה דאמרו בקידושין דף ז' דתפשוט קדושה בכלה א"כ ה"נ כיון דאמרו בגיטין דף ל"ח דלהוי עם קדוש קאמר א"כ שייך קדושת הגוף בחירות וא"כ ע"כ צ"ל דכיון דדעת אחרת מעכב לא שייך דתפשוט קדושה בכלה וכדאמרו בקידושין דף ז' שם התם בהמה הכא דעת אחרת מקנה ולפ"ז היה נראה לי דעכ"פ כשאומר שיצא לחירות ואינו מעכב סגי דאף דאמרו בקידושין דף ט"ו ולימא באפי תרי זיל ומשני דעבד

עברי גופו קנוי היינו שם דבעי שישחררו אבל הכא דחציה משוחררת וא"כ יוכל לפשוט קידושין בכלה רק דהוא מעכב אבל כל שאינו מעכב שוב ממילא פשטה קידושין בכלו וז"ב לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד לבאר כוונת הרשב"א בחידושיו לשבת דף ג' בהא דמפלפל שם אי אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירך וכתב הרשב"א דהא דכופין את הרב לשחרר ואומרים לו חטא אף דעובר בעשה דלעולם בהם תעבודו משום דבחציו עבד לא שייך לעולם בהם תעבודו ולא נודע הטעם דלמה לא שייך העשה דעכ"פ בחצי עבדות שייך העשה דלעולם בהם תעבודו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שייך לומר דנפשוט קידושי בכולה ורק דדעת אחרת מעכב וא"כ עכ"פ כל שאינו מעכב סגי ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הרשב"א הובא במלמ"ל פ"א מנערה דעשה דקום ועשה דוחה הל"ת דהוא בשב וא"ת ע"ש וא"כ כאן באמת יש עשה דפ"ו ורק דאין עשה דוחה עשה ולפ"ז כאן דבאמת העשה דפ"ו אלים בקום ועשה והעשה דלעולם בהם תעבודו אינו רק בשב וא"ת דהא כל שאינו מעכב ורק אומר או מגלה דעתו דלא מעכב אף בלי קנין ושטר שחרור ממילא נתפשט קידושי בכלה וא"כ שוב כל שכופין אותו לשחרר שוב לא שייך דעובר דאינו רק בשב וא"ת שאינו מעכב דעתו וממילא פשטו קידושין בכלה ובכה"ג אינו עובר בעשה וז"ב ושוב מותר לו לכתוב שטר שחרור דהא ממילא פשטו קידושי בכלה וכמ"ש וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב מה שהקשו כל האחרונים דדברי הרשב"א הם נגד ש"ס ערוך בהא דפריך על אביי בגיטין דף ל"ח דאמר אי לאו דאמר שמואל כל המשחרר עבדו עובר בעשה הוה כפיינא למרה וכותב גיטא דחירותא ופריך עלה מהך דחציה שפחה דכפו את רבה משום דנהגו בה מנהג הפקר ותמהו כלם דמאי קושיא דהא שם הוה חציה שפחה ולא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו ולפמ"ש אתי שפיר דבשפחה דלא שייך בה קיום עשה דפ"ו שוב לא שייך לומר דעשה דפ"ו דוחה וא"כ שוב אין לכפותו דלא יעכב וממילא פשטה הקדושה בכלה ושוב איכא עשה דלעולם בהם תעבודו ודו"ק היטב. ובזה יש לפרש מ"ש בתורה בקרת תהי' לא יומתו כי לא חופשה והיינו כיון דבאמת היא עבדה איסורא ורק הא דאין ממיתין משום דלא חופשה לגמרי והיינו דהיא חצי' שפחה וחצי' בן חורין מאורסת לעבד עברי כדאמרו בכריתות דף י"א וא"כ כיון דבאמת כופין את רבה בפרט היכא דעבדה איסורא א"כ שוב היא עומדת להשתחרר והו"א דפשטה קידושין בכלה ויומתו וע"ז קמ"ל דמכל מקום כיון שלא חופשה עדן לא יומתו וזהו דמלקין אותה ולא אותו ובכל התורה כלה לא מצינו שהיא לוקה והוא אינו לוקה ולפמ"ש אתי שפיר דהוא כל זמן שלא בא עליה לא עבד איסורא דלא תפסי קידושי עבד עברי לגמרי אבל היא דהיתה עומדת להשתחרר דכופין את רבה וא"כ שוב היא

עשתה איסור טפי ולכך היא לוקה והוא אינו לוקה וז"ב ודו"ק. ואגב אומר בהא דאמרו בקידושין דף וא"ו האומר חרופתי מקודשת שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה ויהודה היא רובא דעלמא ה"ק האומר חרופתי מקודשת שנאמר והיא שפחה נחרפת לאיש ועוד ביהודא קורין לארוסה חרופה וכבר תמהו בזה הר"ן והריטב"א על רבינו דפסק בפ"ג מאישות ה"ז דהאומר הרי את חרופתי מקודשת והא בברייתא לא אמר רק דביהודא מקודשת ואף דדחי לי' אבל מכל מקום לא נתברר שהלכה כן בפשיטות ועיין כ"מ שם ולפענ"ד נראה דהנה ענין חרופתי אם הוא לשון קידושין היינו אבעיא אף דכתיב והיא שפחה נחרפת לאיש ורש"י נדחק בזה דההיא יחוד בעלמא ולפענ"ד נראה ע"פ מה דכתב רש"י בחומש על פסוק והיא נחרפת לאיש מיועדת לאיש ואיני יודע לו דמיון במקרא ע"ש וא"כ היינו אבעיא אם היא לשון קידושין דהרי מיועדת גופא הוה אבעיא ומכ"ש חרופה דאף דכתיב בקרא מכל מקום כיון שלא נמצא לו דמיון במקרא לא הוה לשון קידושין והנה בש"ס בכריתות דף י"א שם אמרו דלעולם אינו חייב אלא על שפחה בעולה בלבד מאי משמע דהא נחרפת לישנא דשנוי הוא דכתיב והשטח עליו הריפות וכו' וא"כ שוב לענין זה מצינו לו דמיון במקרא וא"כ שוב הוה לשון קידושין ועיין מזרחי שם ולפי זה ביהודא דכבר אמרו בכתובות דף ט' ודף י"א דביהודה לא היה יכול לטעון טענת בתולים דהיו מיחדים ולכך ביהודה ודאי חרופה לשון קידושין הוא שכן במקומם הי' קורין לארוסה חרופה והיינו שנשתנה ויצא להם מלישנא דקרא דנחרפת לאיש היינו שנבעלה ומעתה ז"ש האומר חרופתי מקודשת שכן כתיב והיא שפחה נחרפת לאיש והיינו כפשטא דקרא דחרופתי היינו מיועדת וא"כ עדיף ממיועדת דהא מיועדת לא כתיב בקרא אצל קידושי אשה וזה כתיב אצל חציה ב"ח ועוד ביהודה קורין לארוסה חרופה ועל זה פריך הש"ס יהודא ועוד לקרא. ולכאורה אינו מובן הקושיא דמה ק"ל דמביא סיוע וכמה פעמים מצינו שלמדו חז"ל פירוש המלות מטייעא ערבי דלא ידעי רבנן מאי מטאטא וכו' ועיין ר"ה דף כ"ג ומכ"ש בזה שכן קורין העולם אבל לפמ"ש הדבר נכון דבאמת יש שינוי בין יהודא לפירוש המקרא דבמקרא הוה נחרפת מיועדת והיינו כמ"ד דחציה שפחה וחציה ב"ח המאורסת לעבד עברי שייך בה קידושין וביהודה הכוונה שנשתנית ע"י הבעילה וע"ז משני דהברייתא באמת כפשטה דהאומר חרופה ביהודה מקודשת שכן ביהודא קורין לארוסה חרופה והיינו דשם מקודשת אליבא דכ"ע אף למ"ד דמיירי בשפחה כנענית הכתוב מדבר שאין קידושין תופסין בה וא"כ אינו לשון קידושין דהיינו מיעדת רק דביהודא היתה נבעלה אבל לדידן דמיירי בעבד עברי וחציו

ב"ח שפיר מקודשת משום הקרא דכתיב והוא נחרפת לאיש והיינו שמייעדת לי' וקרי לי' חרופה וז"ב ודו"ק היטב כי חריף הוא ונעים ונחמד ת"ל

יב והנה הרשב"א חידש דבחציו עבד לא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו ולפ"ז נ"ל דאם מכר חצי עבדו וזה השני שחררו שוב ל"ש עשה דלעולם בהם תעבודו ובחידושי אמרתי בזה דבר נחמד בהא דאמרו בגיטין דף מ"א דעולא אמר מי שחררו רבו שני שורת הדין דאין העבד חייב במצות אלא מפני תיקון העולם שהרי יצא עליו שם ב"ח כופין את רבו ראשון ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על דמיו ושאל אותי אחד מתלמידיי דאיך שייך מפני תיקון העולם יבטלו עשה דאורייתא דלעולם בהם תעבודו וכמו דפריך כה"ג בדף ל"ו ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא משמטא ואף דשם איכא בודאי תיקון העולם גמור דהרי עוברים על לאו דפן יהיה עם לבבך בליעל ואפ"ה לא מצי לעקור ד"ת מכ"ש כאן דאין תיקון העולם כ"כ דמה בכך שיצא עליו שם ב"ח ואף דלפי המסקנא שם משני רבא דהפקר ב"ד הפקר ושיטת רש"י דקאי גם ע"ז הא התוס' בד"ה מי השיגו על רש"י דבכה"ג לא שייך הפקר ב"ד הפקר וגם דכאן ע"כ לא שייך הפקר ב"ד הפקר דהרי התוס' הקשו גבי חציו עבד דליתי עשה דפ"ו ולדחי לאו דלא יהיה קדש וכתבו דאפשר לקיים שניהם ע"י כפייה והקשה המהרש"א דליתי עשה דלעולם בהם תעבודו ולדחי ל"ת דלא יהיה קדש וכתב הפ"י דל"ק דהפקר ב"ד הפקר ע"ש ומכלל דהתוס' לא ס"ל דהפקר ב"ד הפקר בזה וא"כ שוב יקשה דהיאך כופין מפני תיקון העולם לעקור מ"ע דאורייתא והיא קושיא גדולה. ולפענ"ד נראה דהנה כיון שעשה אפותיקי לרבו שני ומיירי דעשה אפותיקי מפורש וכמ"ש התוס' בד"ה במזיק לאימתא דרב א"כ אינו גובה משאר נכסים ואף באפותיקי סתם דוקא בשטפה נהר יכול לגבות משאר נכסים אבל כשהיא בעין א"י לגבות משאר נכסים מכ"ש כאן דהוא בעין רק דרבו השני שחררו וא"כ אף למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק מכל מקום החוב א"י לגבות וא"כ אם הי' רוצה רבו הראשון הי' פוטר עצמו מחובו ולומר לו לרבו השני טול העבד בחובך א"כ הוה כמכרו לו לרבו שני חציו ותו לא שייך עשה דלעולם בהם תעבודו בחציו עבד והוה כעבד של שני שותפין דלד"ה קני כדאמרו בגיטין דף מ"ב וא"כ כל שרוצה א"צ לשלם לרבו השני והוה כמכרו לו ולא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו וא"כ בכה"ג שוב כופין את רבו הראשון וכותב לו שטר על דמיו שהם יתר מהחוב וז"ב לפענ"ד ודו"ק היטב.

יג והנה הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י אמר שיש לפקפק ע"ז דאכתי כיון דהשחרור של רבו השני לא הועיל אז כיון דרבו הראשון הי' יכול לסלקו במעות ובע"ח

מכאן ולהבא הוא גובה א"כ לאח"כ כשרבו הראשון רוצה להפקיע חובו נעשה עבדו של השני והיותר מהחוב הוא של רבו הראשון והוה עבד של שני שותפין ולא חציו ב"ח ובכה"ג שייך העשה דלעולם בהם תעבודו. והשבתי כיון שזה שחררו אף שאז לא הי' מועיל מ"מ אח"כ כשזה נותן לו העבד בשביל מעותיו מועיל וכעין מ"ש בתוס' הרא"ש והובא בשיטה מקובצת ב"ק דף ל"ג לענין הקדש דבר שלבל"ע דאם בא אח"כ לרשותו מועיל וה"ה כאן ולדבר הזה עוררני הרב הנ"ל וצ"ע בזה. והנה בשנת תרי"ב בהגיע ספרי יד שאול לק' נייטרא הגיעני מכתב מהרב המופלג מוה' עקיבא קליין נ"י ביום ב' ויקהל פקודי כ"ד אדר שחידש עפ"י ספרי יד שאול ושאל חוות דעתי והנה השבתי מאד שמחתי לראות אשר מצא בספרי י"ש עניינים לחדש אם כי יש לבנות ולסתור כך דרכה של תורה והנה במ"ש בספרי סי' רס"ז סקל"ט ליישב קושית התוס' דלכך יכול לשחרר משום דכיון דהב"ד אינם מכוונים לחובת העבד רק בשביל המצוה דפ"ו וא"כ אף הרב אינו עובר ועוד כתבתי דהא הפקר ב"ד הפקר וכל שיש להם טעם להפקיר שוב הוה הפקר ב"ד וע"ז כתב מעלתו דלדידן דקי"ל המפקיר עבדו צריך גט שחרור א"כ עוד לא יצא מרשותו לגמרי ושוב לא שייך הפקר ב"ד כעין מ"ש התוס' ביבמות דף פ"ט דכל שעדין ברשותו לשום דבר לא הוה הפקר ב"ד וכמ"ש בספר א"מ לענין מכירת שטרות והאריך בזה הנה באמת לא דמי לשם דשם נשאר לו כח באותו דבר עצמו אף לאחר ההפקר אבל כאן כבר נודע מ"ש הריטב"א בקדושין דף ט"ז גבי ע"ע גופו קנוי דלכך המפקיר עבדו יוצא לחירות וצריך גט שחרור משום ששתי קנינים יש בעבד קנין ממון וקנין איסור הקנין ממון של מעשה ידיו נפקע אף בדברים רק הקנין איסור שאסור בבת ישראל וכן בע"ע מה שבעודו עבד מותר בשפחה כנענית מפני קנין איסור צריך גט שחרור דחשיב קנין הגוף ולפי זה כאן אנו דנין על קנין ממון וכל שהפקר ב"ד הפקר הרי אין לו בו קנין ממון וא"י לשעבד בו וכל שא"י להשתעבד בו ל"ש העשה דלעולם בהם תעבודו כמ"ש התוס' בגיטין דף ל"ח וא"כ דברי ביד שאול נכונים וברורים מאד.

יד ומ"ש מעלתו דלכך לא שייך העשה בשחרר חצי' כיון דנעשה הפקר ב"ד והרב עכ"פ אין לו חלק ניהו דלא שייך הפקר ב"ד דהרי עדיין ברשותו לענין שחרור דצריך גט שחרור מכל מקום הרי באמת הקשיתי בספרי יד שאול דאמאי לא נימא במשחרר חציו דתפשוט קדושה בכלה ורק דהא יש ד"א המעכבו והיינו שהרב בעצמו יש לו עדן רשותו על חציו השנית ואם כן כל דנעשה הפקר ואין כאן עכ"פ ד"א המעכב שוב נשתחרר כלו ע"י דפשטה קדושה בכולה והאריך בזה אם אמנם יש להדברים תוך וענין אבל אינם נראים וכמה תשובות בדבר חדא דמה יענה מעלתו בעבד של שני שותפין שם יקשה דלמה

כופין את רבו השני והא הוא לא שחרר והוא ודאי נעשה ד"א המעכב ואף דכופין את רבו השני מכל מקום כל שלא שחררו עדיין יש לו לרבו הרשות עליו ועכ"פ לא פשטה קדושה בכלו וגם כיון דכ' מעלתו דיש לו הכח דצריך גט שחרור ולא יצא מרשותו עד שמה"ט ל"ש הפקר ב"ד וגם לפמ"ש כעת עכ"פ להקנין האיסור ל"מ ההפקר ואם כן לא שייך פשטה קדושה בכלה דהטעם של הקדושה היא דליהוי לעם קדוש וכל דלענין קנין איסור אינו בכלל עם קדוש והרי הוא אסור בבת ישראל ומותר בשפחה כנענית לא שייך בזה פשטה קדושה בכלה וא"כ אף בכלה של אדון אחד לא שייך בזה פשטה קדושה בכלה וביתר הדברים אין לי זמן להאריך והנה במה שחילק הלח"מ והש"ך סי' רט"ז דלכך במשחרר האם ולדה ב"ח משום דהולד נטפל להאם ולא להיפך שאלני החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י בהא דאמרו בתמורה דף כ"ה אלא אי אמרת שיירו משוייר עובר לאו ירך אמו אמאי זכתה בעצמה וע"ז הקשה לדברי הלח"מ והש"ך אינו מוכרח דגם אי שיירו משוייר מ"מ עובר ירך אמו ולק"מ דשם אין הכוונה שיירו משוייר לענין שחרור כמ"ש רש"י אבל להרמב"ם קאי אלעלמא דאם נימא דשייר אינו משויר ועובר לאו ירך אמו כדאמרו שם לענין ולד חטאת קשה אמאי זכתה בעצמה ורש"י דפירש דקאי אשחרור באמת לא ס"ל כסברת הרמב"ם והלח"מ שם ודו"ק. ומה שרצה החריף הנ"ל לחדש דלפמ"ש הקצה"ח דש"ס דילן ס"ל דלא נתחלק לענין איסור והרי הוא תמיד חציו ב"ח וחציו עבד ואמר דלפ"ז אם ימכור עצמו גם החציו השני לרבו בתורת עבד עברי אז יהיה גופו קנוי לגמרי ושוב יהיה מותר בשפחה דהא לא שייך דבאיסור לא נתחלק דהא זה שהוא חלק ב"ח ג"כ מכר לרבו אבל זה אינו דהא באמת ניהו דעבד עברי גופו קנוי לגמרי לרבו אבל למצות אין גופו קנוי לרב וא"כ אינו שלו ועיין תוספות יבמות ריש פרק הערל

טו והנה בשנת תרט"ו יום ג' חיי למדתי הסוגיא דגיטין מ"ג הנ"ל וראיתי בטיב גיטין שהקשה דלמה לי קרא בכריתות דף י"א דבזמן שאין האשה לוקה אין האיש מביא קרבן ואם היא קטנה מבואר שם דאין הבעל חייב קרבן והא שפחה חרופה היינו חציה שפחה וחציה ב"ח המאורסת לעבד עברי וא"כ מי קיבל קידושין דהא היא קטנה ואין להאב לקבל קידושיה ע"ש שהאריך לצייר ובאמת של"ק דהנה באמת הכתוב אצטריך על שוגגת ג"כ כמ"ש התוס' ואף דהרמב"ם והתוס' שם העתיקו הדין גם בקטנה הנה להתוס' בודאי ל"ק דהתוס' מפרשו דמאי מאורסת מיועדת ואף דהרמב"ם העתיק הדין במאורסת לעבד עברי היינו משום דלא שייר בקנינו ותפסי קידושין אבל באמת כל דאין מקום שיחולו הקידושין שוב גם במיועדת לבד הוה קידושין וגם לפמ"ש המלמ"ל

דבקידש קטנה לכשתגדיל דחלין הקידושין וא"כ הצד ב"ח הי' יכול לקדש לכשתגדיל וחלו הקידושין והנה בש"ס אמרו שם דמה דכתיב בעזרא ואשמים איל צאן על אשמתם דר"ח אמר מלמד שכלן שפחות חרופות בעלו והנה רש"י בעזרא כתב דהוראת שעה היתה ולכאורה זה נגד הש"ס וכמדומה שהגאון מהרי"פ שאל זאת להגאון מוהר"ץ ז"ל מהמבורג ונזכר בספרו תפארת צבי ואינו ת"י כעת ולפענ"ד נראה דהנה התוס' בגיטין דף ל"ו ד"ה בזמן הקשו על רש"י דפירש דאין היובל נוהג אלא בבית ראשון וא"כ היאך אמר רב חסדא דשפחות חרופות בעלו והא שפחה דקרא היינו מאורסת לעבד עברי ועבד עברי אינו נוהג בזמן שאין היובל נוהג ונדחקו בזה ועיין ברמב"ן ורשב"א ור"ן בחידושיהם שם ואני אומר דלפענ"ד ל"ק דבאמת אחרים פירשו בכריתות שם דמיירי בשפחה כנענית ומאורסת לעבד כנעני וצ"ל דמאורסת היינו מיוחדת כדאמרו בגיטין דף מ"ג לר' ישמעאל ולפ"ז לרב חסדא דס"ל דלא שייר בקנינו ומאורסת היינו מאורסת ממש שפיר הקשו התוס' דלדידיה ע"כ מוכח דהיתה מאורסת לעבד עברי וע"כ דהיובל נוהג בבית שני ולפ"ז לכך כתב רש"י דהוראת שעה היתה וא"כ באמת לא נהג היובל אז ובאמת לא הי' אז שפחה חרופה שוב ראיתי ברמב"ן בגיטין דף ל"ו שכתב בהדיא דאם נימא דאין היובל נוהג ע"כ שהביאו משום ד"א ולא ראה דברי רש"י בעזרא שכתב דהוראת שעה היתה וכמ"ש ועיין בחידושי רשב"א שם שכתב לר"ח דס"ל בת קדושין היא יש לומר דה"ה ישראל יכול לקדשה וא"צ דוקא ע"ע ולפ"ז זהו לר"ח לשיטתו אבל אם נימא דאינה בת קדושין ע"כ צ"ל דהוראת שעה היא ולכך כתב רש"י לפרש אליבא דכ"ע דהוראת שעה היתה וכבר כתב המהרי"ק דדרכו של רש"י בחומש לפרש אף שלא אליבא דהלכתא מכ"ש כאן דלא אפשר להעתיק כמ"ש בש"ס דמאורסת לעבד עברי רק לישראל לכך פירש יותר בפשיטות דהוראת שעה היתה וז"ב ודוק. ודרך אגב אזכור מה דתמי' לי בלמדי בשנת תרט"ז י"ג תמוז ד' פנחס פה טריסקאוויטץ דברי הש"ס יבמות דף נ"ה הראה דח"ל מנלן מדגלי רחמנא שכבת זרע בשפחה חרופה מכלל דח"ל בהראה והיא תימה לפענ"ד דלשיטת הרמב"ם דשפחה אינה אסורה מן התורה מדהותרה לעבד עברי א"כ מהיכן יליף ח"ל דשפחה חרופה אינה ח"ל דמצד חלק עבדות אינה אסורה רק מצד חירות וא"כ הוה יותר בכלל אשת איש ומכ"ש אם שפחה חרופה היינו מאורסת לעבד עברי והיא כנענית דפשיטא דאינה בכלל ח"ל ורש"י פירש דשפחה אסורה משום לאו דלא יהי' קדש והיינו כהתרגום אונקלס אבל להרמב"ם קשה

טז והנה בשנת כת"ר ד' ימי תשובה הי' אצלי נ"ד הרב הגדול החריף מ' פנחס בורשטין ני ואמר לי דהא דאמרו תקנתם את רבו ואת עצמו לא תקנתם דהענין הוא דכבר נודע

מ"ש התוס' בגיטין דף מ"ם דכל דא"י להשתעבד בעבד שוב לא שייך עשה דלעולם בהם תעבודו ולפ"ז אם לא עשו ב"ה תקנה דיעבוד עצמו יום אחד ורבו יום אחד לא היה רשאי לעבוד בו דכל אבר ואבר שבו חציו משוחרר וחציו עבד ולפ"ז הרי התוס' נתקשו איך כופין והא אין אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירך וע"כ אמרו ב"ש אדרבא ע"י תקנתם שעובד עצמו יום אחד ורבו יום אחד שוב שייך העשה ולא יוכל רב השני לשחרר וא"כ ע"י תקנת רבו אתם עושים רעה לעבד דלישא שפחה וכו' ולישא ב"ח א"י וכו' אלא כופין את רבו והיינו דלא נחלק הימים ושוב העבד חציו ב"ח וחציו עבד ושוב יכול לכפותו דלא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו ומיושב קושית התוס'. והנה לכאורה דבר גדול דיבר בזה והשבתי לו כמו רגע אמת שצדקו דבריך לכאורה אבל לפענ"ד אם נימא כדבריך שוב לא יוכל לחול שחרור של רבו ראשון דכיון שהיו שותפין בעבד ולשניהם נקנה כדברי הר"ן ר"פ השותפין ואיך מצינו שאחד מהשותפין יוכל לקלקל חלקו של השני שע"י שחרורו שוב לא יוכל השני להשתעבד בכה"ג לא מצינו שיחול מכירתו או מתנתו של הראשון לקלקל להשני וע"כ דעובד עצמו יום אחד ולרבו יום אחד ואם כן שוב אין מקום לטענת ב"ש אלא שהדבר חדש וצריך סעד לתמכו. וכאשר הגדתי זאת להרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י כה הראני סיוע לדבריי ממ"ש הר"ן בנדרים דף מ"ו ע"ב ד"ה אבל בשיטת הרמב"ם שם דא"י לאסור עליו נכסי דידי' אחר חלוקה דאינו בדין ע"ש ויפה אמר ורואה אני שהדברים ק"ו דשם קודם חלוקה עדיין שלו ואפ"ה אינו יכול לאסור באופן שלא אסור אחר חלוקה מכ"ש כאן דע"י שחרורו תיכף א"י לשעבד בו ודוק היטב ואם כנים הדברים נלפענ"ד להבין בזה דברי הרשב"א בחידושיו לשבת דף ד' שכתב ליישב קו' התוס' דהיאך אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חברך וכתב הוא דלעולם בהם תעבודו לא שייך בחציו עבד ומלבד שלא נודע סברתו עוד תמהו עליו כל הספרים דא"כ היאך אמרו בגיטין דף ל"ח בחציה שפחה וחציה ב"ח דמשום דנהגו בה מנהג הפקר התירו והלא בלא"ה אין איסור דכל המשחרר נוהג בחצי שפחה ועיין בחבורי יד שאול סי' רס"ז מ"ש בזה ולפמ"ש אתי שפיר דסברת הרשב"א היא כך דבאמת לא חל השחרור כלל דיהי' נפקע כל קנינו של השותף וע"כ דעובד את רבו יום אחד ואם כן כיון דכל השחרור הוא רק ע"י שנתחלק העבדות ועכ"פ לא שייך לעולם בהם תעבודו שהרי אינו עובד לעולם והשנים נתחלקו לימים וא"כ שוב העשה קלושה ובכה"ג הוה מצוה ותקנה לעבד כדי לקיים מצות פ"ו אבל לא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו ולפ"ז בשפחה דלא שייך מצות פ"ו שוב אי לאו דמלתא דאיסורא לא היה מותר לשחררה ודוק

יז ודרך אגב אומר במ"ש התוס' בערכין דף ב' ד"ה לאתויי שהקשו ההורגו יתחייב הואיל ואתרבי בנפשות אלמא אקרי נפש דמה"ט מרבינן להורג יום אחד בפרק יוצא דופן ואע"ג דשמא נפל הוא ותמה תמה אקרא דהא ש"ס מפורש הוא בסנהדרין דף ע"ח דהכל מודים בהורג הטריפה דפטור ובגוסס בידי שמים חייב וא"כ חזינן דטריפה שאני דגברא קטילא הוא אף דאקרי נפש והרי תינוק בן יום אחד לא גרע מגוסס בידי שמים דרוב גוססין למיתה ואלו בלא שהה חדש רוב אינם נפלים וא"כ לכך חשש נפל חייב משא"כ בטריפה וצע"ג ותירוצם יותר תמוה דכתבו דמיירי בשהה ובאמת א"צ להיות שהה דלא גרע מגוסס בידי שמים ובאמת על ההורגו חייב אמרו סתם בגמרא שם דכתיב כל נפש מכל מקום ולא פריך כמאן דלא כרשב"ג אבל על מתאבלין עליו פריך כמאן דלא כרשב"ג ומשום דבאבילות הקלו וכמ"ש התוס' שם בהדיא. הן אמת דהרמב"ם פ"ב מרוצח כתב גם לענין מיתה דבעינן כלו חדשיו או שיהוי שלשים יום אבל באמת הוא תמוה ועכ"מ שם דממרוצת דבריו נראה שהבין דקאי הש"ס גם על הריגה ובאמת המעיין שם ימצא דלא כן הוא ועיין מ"ש הה"מ פ"א מיבום להליץ בעד רבינו דמכל מקום ספק נפשות להקל אבל הוא תמוה דמנ"ל זאת לרמב"ם וגם הא לא גרע מגוסס בידי שמים וא"ל דגוסס בידי שמים שאני דהי' לו חזקת חי משא"כ בלא שהה דז"א דלענין פ"נ אין הולכין ב"ר ומכל שכן בתר חזקה ולמה חייב גוסס בידי"ש:

סימן כד

א נסתפקתי בהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ב דהבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמים קננהו אם הוא דוקא מי שבא במחתרת דמחתרתו זו היא התראתו אבל בשאר דבר לא או דלמא דכל הטעם הוא לפי שנתחייב מיתה פטור מתשלומין אם כן ה"ה בכל מקום שנתחייב מיתה אמרינן דבדמים קננהו וכאשר השקפתי בזה רציתי לכאורה להביא ראיה מהא דפריך שם מהגונב כיס בשבת חייב וע"כ דדוקא במחתרת לפי שמחתרתו זו היא התראתו משא"כ בשאר מקום כגון חצירו גגו וקרפיפו דבעי התראה וע"ש בתוס' ד"ה אפילו אין ראיה דש"ה דכל שלא נתחייב מיתה א"כ באמת חייב בתשלומין אבל בכל מקום שנתחייב מיתה או מלקות הפוטרו מתשלומין נימא דבדמים קננהו. ומצאתי בהא דאמרו בב"ק דף ע' באומר לו עקוץ תאינה מתאינתי ותקני לי גניבותיך ופריך הש"ס וכיון דכי תבע לי' קמן בדינא לא אמרינן ליה זיל שלים דמחייב בנפשו הא מכירה נמי לאו מכירה היא ולכאורה רציתי לפרש דכיון דנתחייב מיתה עבור התאינה א"כ אינו חייב להחזיר התאינה וקנה שוב הגניבה דהרי הוא הקנה לו הגניבה בעד התאנה וכל שפטור מן התאנה בלא"ה שוב לא מקרי מכירה ובזה מיושב קושית התוס' דאי קיימא הגניבה

בחצירו של לוקח בשעת עקיצה מ"פ ניהו שמתחייב בנפשו מכל מקום קני ליה חצירו ללוקח ולפמ"ש אתי שפיר דהרי הוא רצה להקנות לו הגניבה בעד התאינה וכל שפטור מן התאנה בשביל חיוב מיתה שוב הוה מכירה בטעות ואף דגם במתנה הוה מחויב בדו"ה היינו כשרוצה לקנות לו בתורת מתנה אבל כאן אמר לו בשביל התאנה וגם הוא אמר לו עקוץ תאינה מתאינתי ותקני לי גניבותיך א"כ לא רצה לקנות רק בשביל התאנה וכיון דעל התאינה פטור שוב אין כאן מכירה וא"ל כיון דאמרינן בסנהדרין דף ע"ב דמסתברא כי אמר רב בששיבר אבל נטל לא וכן קי"ל כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' שנ"א וא"כ כל שהוא בעין התאנה הוה של בעל התאנה כל דיכול לטלה ממנו שוב הוה מכירה טובה דזה אינו דל"מ לשיטת הרז"ה דזה אינו רק חומרא דרבנן א"כ פשיטא בשביל זה אינו מתחייב בדו"ה ע"י חיוב דרבנן אלא אף להרמב"ן במלחמות שם דדעתו דכל שהדבר מן התורה מקרי יש לה בעלים דבמה קנה אותם עכ"פ כיון דהוא אינו חייב להחזיר לו ואינו מחויב בהשבה רק אם נטלם הבעלים הרי הוא שלהם וא"כ עכ"פ כיון דאין אומרים להגנב זיל שלים א"כ כ"ז שלא נטלם הרי הוא של הגנב ולא מקרי מכירה דכעת התאנה ביד הגנב ובדמים קננהו אף דיכול הלוקח לחזור ולטלו ולא נטלו מתנה בעלמא יהיב ליה להגנב אבל לא קנה הגניבה בתאנה הלז. (כאן חסר) שוב מצאתי במחנה אפרים הלכות ריבית סימן ב' הקושיא הלז וע"ש מ"ש בזה דכיון דבא לידו התאנים בתורת מקח שוב אין לו עליו אלא דמים ובדמים יוכל לומר לו קלב"מ ע"ש ולפענ"ד הדברים תמוהים דאכתי מה פריך הש"ס וכיון דאי תבע לי' קמן לא אמרינן ליה זיל שלים הא כל דאיתא בעינא אמרינן ליה או תן לו התאנים או זיל שלים וגם בתוס' מבואר דאף דהוה מתנה מכל מקום מכירה לא הוה וכך לי עקוץ תאנה מתאנתי כמו תאנה מתאינתך ולדברי המחנה אפרים אדרבא מקרי מכירה ועיין במהרש"א בתוס' שם מ"ש בזה ודבריו צ"ע דמה דוחקיה דלמא זרוק גניבתך בחצרי שאני דמסתמא רצה ליתן לו מעות בעדו אבל בקוץ תאנה מתאנתך מה"ת לומר דנתן לו מעות דא"כ למה צריך לעקוץ תאנה מתאנתך וע"כ דכוונתו שזה יהי' שכר פעולתו ואל"כ לא יקבל ממנו כנלפענ"ד ועכ"פ מבואר מדבריו דלא כמה"א ע"כ מ"ש ראשונה בישוב קושית המח"א הוא נכון לפענ"ד. אחר שנים רבות בשנת תרט"ו ער"ח כסלו למדתי סוגיא דהמטמא ומדמע וראיתי בספר טיב גיטין שמפלפל בזה דבדמים קננהו ואין הזמן מספיק. אך בגוף הספק שנסתפקתי אם שייך בדמים קננהו בכל חייבי מיתות הנה מצאתי באחרונים שנסתפקו אם בדמים קננהו הוא קנין בעצמותו או שצריך קנין לזה ואני אמרתי דהדבר תלוי בפלוגתא דרבבוותא דלשיטת הרמב"ן והר"ן דהא דנטל לא הוא מן התורה א"כ נראה דהא דאמר דבדמים

קננהו היינו לא דמקרי קנין רק דאי אפשר לחייבו לשלם משום דקלב"מ ומשום רשעה אחת אתה מחייבו ולכך כשנטל בעצמו ממנו הכלים הן של בעה"ב דבאמת לא קני הבא במחתרת כלל א"כ ממילא אין ספק כלל דבדמים קננהו לא עשה קנין כלל ובין קנה או לא מכל מקום הו"ל קלב"מ אלא אף לשיטת התוס' והרז"ה דס"ל דהא דאמר נטל לא הוא רק חומרא דרבנן באמת צ"ב דהיאך שייך דבדמים קננהו הא כ"ז שלא נתחייב בב"ד המיתה אינו חייב ולא גרע מקנס דבעינן אשר ירשיעון אלקים מכ"ש במיתה דודאי מודה מעצמו מפטר ובעינן ב"ד של כ"ג ועדים והתראה ואיך שייך לומר דבדמים קננהו וצריך לומר דשאני בא במחתרת דמחתרתו זו התראתו ודמו מסור ביד הבעלים בעצמם ושייך לומר דבדמים קננהו וגם ע"י שחתר לגנוב בא לו החיוב מיתה אבל באם החיוב מיתה בא לו בשביל איסור שבת או ע"ז וכדומה מה ענין להא דבדמים דקנה בעת הגניבה משא"כ בזה וגם רב עצמו מודה דלא קנה וז"ב כשמש ובזה מיושב הא דאמר והלכתא דשדינהו בנהרא ולמה לא משני בסתם דשדינהו בנהרא משום דבאמת לפמ"ש גם רב עצמו מודה באיסור שבת דנטל לא רק דלרב הו"מ לומר דמיירי בבא במחתרת דפטור אבל לרבא דס"ל דאף הבא במחתרת נמי לא ולכך משני והלכתא דשדינהו בנהרא דלפי ההלכה בודאי לא משכחת לה רק בשדינהו בנהרא ובזה מיושב מה דקאמר דשדינהו בנהרא והרמב"ן תמה דאכתי בשדינהו למה לא יתחייב וכתב דמיירי דשדינהו אחרים ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש לומר דבדמים קננהו ולשיטת הרז"ה ורש"י ותוס' מדינא פטור אף באיתא בעינא ועיין מהרש"א שם ורק דכבר כתבתי דכאן דכיון דלא בא במחתרת רק בשביל איסור שבת לא שייך לומר בדמים קננהו דלא נתחייב בעת הגניבה ולפ"ז יש לומר דמיירי ששדינהו בנהרא בעת שנתחייב מיתה דאז ממנ"פ פטור דבעת הגניבה היה יכול לומר הש"ל ורק על שעת הוצאתו מן העולם אתה מחייבו ואז שייך לומר בדמים קננהו וא"ל כיון דנתחייב מיתה על שעת הגניבה א"כ אף שאח"כ נתחייב ממון מה בכך מידי דהוה איוצא להרג ושיבר כלים ועיין ש"ך סי' שנ"א וקצה"ח שם. אמנם לפענ"ד נראה דכאן דכיון דבעת הגניבה נפטר על הגניבה ויכול לומר הש"ל ועיקר החיוב בא בעת ששדינהו בנהרא ואז נפסק לו החיוב מיתה בכה"ג ודאי פטור לכ"ע וכעין זה כתבו התוס' בגיטין דף נ"ג אליבא דשמואל ואף דלרב כתבו התוס' שם דלא ס"ל כן כבר כתבתי דכאן לרב ל"ש הקושיא הנ"ל דהוא יכול לשנויי דמיירי דבא במחתרת ורק לדידן קשה ולכך משני והלכתא דשדינהו בנהרא ודוק. ובזה מיושב כל מה שהקשו האחרונים דאם נימא דבדמים קננהו וא"כ במנסך יין לע"ז דנתחייב מיתה לימא בדמים קננהו וכן בהא דפריך הש"ס בכתובות דף ל"ג דאפקיה להיכא אי לרה"ר

איסור שבת איכא איסור גניבה ליכא ומאי קושיא הא בדמים קננהו ולפמ"ש אתי שפיר דבשאר איסורים לא שייך בדמים קננהו כל דאיתא בעינא וכמ"ש ובפרט שיתחייב עי"ז בגניבה פשיטא דלא אמרינן כן ודוק בכל מ"ש

ב והנה הראב"ד פ"ט מגניבה ה"ח כתב שהמקרא אינו יוצא מידי פשוטו שביום אין הורגין אותו והה"מ כתב ומה יענה הרב בפסוק וקצותה את כפה ובפסוק וגם בעליו יומת שכל אלו נדרשין על ממון.

ג ולפענ"ד אין מכל זה ראיה לדחות דברי הראב"ד שהרי שם קבלנו כן הלמ"מ כמ"ש רבינו בפ"א מחובל הלכה וא"ו לענין עין תחת עין וא"כ כל שקבלנו הל"מ פשיטא דלא שייך אין מקרא יוצא מידי פשוטו שהרי קבלו שאין הפירוש כפשוטו משא"כ כאן אף שדרשו חז"ל אם ברור לך הדבר כשמש היינו שזה אמרו מצד הסברא שבאמת כל מה שהורגים כאן הוא מפני שבא להורגו והבא להורגך השכם להורגו וא"כ בזה בעינן שעכ"פ ידע שבא להרגו בודאי וכל שיש לומר שירחם עליו לא יהרגהו וממילא גם ביום שיש לומר שישמיט עצמו ויסרח ולא יהרגהו פשיטא דאסור להרגו וזה בכלל פשוטו של המקרא ואין מקרא יוצא מידי פשוטו וגם הדרוש יסכים לזה ועכ"פ ספק נפשות להקל ואני תמה על ה"ה הא אמרו ביבמות דף י"א דאע"ג דאמרו רבנן דטומאה בסוטה כתיב אין מקרא יוצא מידי פשוטו או דלמא כיון דאעקר עקר וא"ד אליבא דרבנן לא תבעי לך כיון דאתעקר אתעקר הרי דבמקום דעקרו בפירוש מפשוטו פשיטא דלא שייך אין מקרא יוצא מידי פשוטו וא"כ בכל אלו שקבלנו הל"מ דאין הפירוש מיתה ממש רק ממון א"כ פשיטא דאתעקר מפשט הכתוב ואין בו רק ממון וכמו כל הל"מ דמגרעין המקרא וכמו בדפנות דאתיא הל"מ ובצרי' אבל כאן שאין דרשת חז"ל עוקר המקרא רק שמפרש כוונת המקרא דמה נ"מ בזריחתו וע"ז דרשו דאם ברור לך הדבר ולפ"ז גם פשוטו של מקרא מסכים להכוונה שדרשו חז"ל פשיטא דא"י מידי פשוטו וז"ב בכוונת הראב"ד ועיין ביבמות דף כ"ד אמר רבא אע"ג דאמרו אין מקרא יוצא מידי פשוטו הכא אתי גז"ש ואפיקתי' לגמרי ע"ש וא"כ מכ"ש במה שהל"מ אומר דפשט הכתוב אינו כפשוטו דאתעקר לגמרי ועיין שו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' כ"ו שסמך בכל כחו על הך דרבא ועיין סי' ע"ז שהאריך בזה והביא דברי רבינו סעדיה גאון ע"ש ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' כ"ו שהאריך לדחות דבריו במ"ש בסי' כ"ו ועל שניהם אני תמה איך לא הביאו דברי הראב"ד הנ"ל וצ"ע. והנה בקונטרס דין וחשבון שכתבתי על המצות וגם בתשובה לענין ריבית פחות משו"פ שם הארכתי במה שנחלקו הרמב"ן והרמב"ם בענין הא דאין מקרא יוצא מידי פשוטו והבאתי דברי הש"ס ביבמות דף י"א כיון דאתעקר אתעקר והה"מ לא

הזכיר כלל מהמחלוקת הנ"ל ומדברי הש"ס הנ"ל וכעת ראיתי במצוה ארבעים וחמשה מהל"ת כתב הרמב"ם דלא תתגודדו הוא לעושה חבורה על המת וכתבו בכלל לאו זה הוא שלא יעשו כתות כתות בעיר בעניני הדת וזה דרך דרש והביא שכן הוא ולא יהיה כקרח וכעדתו ע"ש ובאמת לדברי הרמב"ם אתי שפיר בפשיטות דהא באמת אין מקרא יוצא מידי פשוטו והדרש היא בפ"ע אבל להרמב"ן היאך אפשר שזה יהיה ג"כ פשוטו של מקרא ובתחלת העיון נתקשיתי הא הו"ל לאו שבכללות וכבר נחלקו בזה הרמב"ן עם הרמב"ם בענין לאו שבכללות אם לוקין אחת או לא ומצאתי בכ"מ שהקשה כן על הרמב"ם בהלכות ע"ז בסופו ע"ש ולהרמב"ם באמת ל"ק דאין מקרא יוצא מידי פשוטו והדרש בפני עצמו ול"ש לאו שבכללות רק היכא דהפשט בעצמו הוא לאו כולל כמה דברים ודו"ק

ד והנה בענין בדמים קננהו יש לי ליישב בזה דברי רש"י בסוגיא דרבוצה שכתב דל"מ הגביהה והרביצה דיכול לאסור דע"י הגבהה נעשית שלו והתוס' הקשו דכמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו בגזל ולא נתייאשו הבעלים ה"ה דא"י לאסור ועוד מה פריך ממנסך הא הגביה וכ"כ בזה בכמה תשובות. וכעת נראה דהנה נסתפקתי דבר חדש בדבר שא"ש דבודאי יהיה שלו אחר כך אם יכול לאסור למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ולפענ"ד היה נראה דיכול לאסור והטעם דהרי בהא דאמרו אקדיש ניזק א"ב הקשו הקדמונים בשיטה מקובצת ב"ק דף ל"ג שם דהא הו"ל דבר שא"ב וא"ש וכתב שם בשם תוס' הרא"ש דכיון דעתיד שיהיה שלו יכול להקדישו כעת לכשיבא לרשותו ע"ש. ולפ"ז נראה דה"ה דיכול לאסור דבר שאינו שלו בדבר שבודאי יבא אח"כ לרשותו. ובחידושי אמרתי ראי' ברורה דהרי בע"ז דף נ"ג אמרו דישראל שזקף לבינה להשתחוות ובא עכו"ם והשתחווה דאסרה ויליף מאשרה דמשה דבאמת ירושה היא מאבותיהם ואיך אסרה הנכרי וע"כ דמדפלחו לעגל ניחא להו דאי משום הנך קמאי בביטול בעלמא סגי להו וע"ז הקשה דו"ז הגאון בספר בנין אריאל אשר שמו בקרבי דא"כ איך אמרו בב"ב דף קי"ט דמסתפקא להו אי א"י מוחזקת או לא וקשה דא"כ בביטול בעלמא סגי להו דלא יכלו לאסר דבר שאינו שלו לא העכו"ם וגם הישראלים לא יכלו לאסור משום דניחא להו דהא עדן לא היה שלהם וכתב שהקשה לכמה גדולים ואין מענה ולפמ"ש אתי שפיר דאף למ"ד דאין א"י מוחזקת מכל מקום זה ודאי דהי' בטוחים שיבאו לארץ ויהיה שלהם ושוב יכלו לאסור דהא יהיה שלהם למפרע ודו"ק ועכ"פ הדין דין אמת לפענ"ד דכל שבודאי יבא לרשותו יכול לאסור. איברא דלפ"ז יקשה מה פריך מחטאת העוף מאי אריא חטאת העוף וכו' וכן הקשה לר"ה וקשה הא בלא"ה כיון דבדמים קננהו

וא"כ לאחר שיאסר יהי' שלו דבדמים קננהו ושוב יוכל לאסור דעכ"פ אף שלא יאסר הוא חייב כמו עובד להר ושוב שייך בדמים קננהו ושוב יכול לאסור דבודאי עתיד שיהיה שלו לאחר שיאסר.

ה אך זה אינו דמלבד דאין זה ברור אי גם כרת הוה מיתה דשייך בדמים קננהו אם הוה בשוגג ומלבד זה הא כל דאיתא בעינא לא אמרינן בדמים קננהו כדאמרו בסנהדרין דף ע"ב אך אי קשיא הא קשיא דמה פריך ממנסך הא למ"ד מנסך ממש פריך והיינו רב והרי רב ס"ל דאף בנטל בדמים קננהו כדאמר רבא שם האלקים אמר רב אף בנטל וא"כ שוב מה פריך דאין אדם אוסר דהא לאחר שיאסר שוב הו"ל שלו ויכול לאסור והיא קושיא נפלאה.

ו אך נראה דבאמת הו"ל קלב"מ ורק דמשעת הגבהה קניא ומתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך ולפ"ז הא הגבהה הי' ע"מ לנסך וכיון דא"י לאסור דבר שאינו שלו לא נתחייב לשלם כלל ואימתי בא החיוב לאחר שאסרו ונעשה שלו למפרע ושוב הו"ל קלב"מ ועכ"פ שייך בזה הגבהה צורך ניסוך כמ"ש התוס' בגיטין דף נ"ג ועיין בחידושי מהר"ם שיף שם. והנה כבר כתבתי דבדמים קננהו צריך עכ"פ שיהיה איזה קנין בזה וכ"כ האחרונים ולפ"ז יש לומר דז"ש רש"י דל"מ אם היתה עומדת והגביהה והרביצה בודאי יכול לאסור דהו"ל בדמים קננהו והרי הגביהה ועשה קנין ושוב יכול לאסור ושפיר פריך ממנסך דעכ"פ הו"ל קלב"מ וזה ברור. ובזה מיושב קושית התוס' בהא דאוקי באית לי' שותפות דא"כ הו"ל מדמע ולפמ"ש לענין איסור יכול לאסור אף בדליכא שותפות רק דהו"ל קלב"מ וכל דאית לי' שותפות שוב יכול לאסור וחייב לשלם ודו"ק היטב כי הוא ענין חדש והגון.

ז והנה בענין גונב את הקסוה ששיטת הרמב"ן בשרשיו להמצות שורש ג' שהגונב את הקסוה חייב מיתה בידי שמים וגם בידי אדם כי קנאים פוגעים בו והיינו בשעת מעשה ובזה יישב דברי בה"ג שחשב המצוה דולא יבאו לראות כבלע את הקדש ומתו למצוה והיינו משום שנרמז בו קסוה כדאמרו בסנהדרין דף פ"א והרמב"ן האריך בזה לפ"ז הי' נראה לפענ"ד דאם נימא דבדמים קננהו א"צ להשיב את הקסוה כי דמים לו וכמו הבא במחתרת שיש רשות ביד הבעה"ב להרגו בפגעו בו במחתרת ואין לו דמים א"כ מכ"ש בזה הקנאים פוגעים בו. ובזה פירשתי מה שסמכו ולא יבאו לראות כבלע את הקדש לענין גונב את הקסוה ועיין רש"י דף פ"א שכתב דלא מקרא נפיק דהקרא אתי לענין הלוים שלא יבאו לראות כבלע את הקדש בתוך הנרתק ובאמת דברי רש"י מבוארים כדברי הרמב"ם שאין להכניסו במנין המצות אבל גוף האסמכתא קשה. אמנם נראה

דכיון שכתיב ומתו וחייב מיתה בידי שמים ומיתה בידי אדם דלשיטת הרמב"ן א"כ עי"ז נבלע הקדש שלא יהי' צריך להחזיר דבדמים קננהו ול"מ דאם נימא דאף כשהוא בעיני' אין צריך להחזיר אלא אף אם נימא דדוקא כששיברן א"כ זה שרמז ולא יבאו לראות כבלע את הקדש היינו אם ישחית את הקדש וישברן דאז בודאי פטור כיון שקנאין פוגעין בו והנה כ"ז לשיטת הרמב"ן אבל באמת פשטת הדברים מורים כהרמב"ם דאין בגונב קסוה מיתה בידי אדם ועיין בחידושי הר"ן בסנהדרין שם ואני תמה דלשיטת הרמב"ן בבועל ארמית בודאי הוה חיוב מיתה בידי שמים שכן השיג על הרמב"ם דהרמב"ם גופא מנה במצות חמשים ושתים ובאמת שרבינו בודאי לא ס"ל דהוה מיתה בידי שמים ועיין פי"ב מא"ב ובפח"י מסנהדרין ה"ו ובפי"ט שם. אמנם הרמב"ן שסובר דחייב מיתה בידי שמים א"כ לרנבה"ק דחייבי מיתת בידי שמים ג"כ פוטר מהתשלומין לאביי וא"כ שוב הבא על הנכריות יפטור מקנס לרנבה"ק והרי הש"ס בר"פ אלו נערות לא אמר ולאפוקי מדרנבה"ק רק בחייבי כריתות ועיין רש"י ותוס' בדף למ"ד שם במ"ש ולאפוקי מדרנבה"ק אבל תחלת המשנה שאמר הבא על הנתינה ועל הכותית וכו' ועל השפחה שעכ"פ בכלל בועל ארמית הוא ולאביי אף בנכרית יהבינן לה קנס כדאמר בדף י"א שם מטעם שלא יהא חוטא נשכר ועיין בתוס' ר"פ אלו נערות בד"ה ועל הכותית דהשיגו על רש"י דפירש דקסבר כותים גירי אריות הם דא"כ נכרית היא ונכרית אין לה קנס ומשמע דלאביי אתי שפיר והא גם לאביי לרנבה"ק לא מחייב קנס ואף דיש לדחות גוף הענין הוא תמוה

ח והנה בהא דאמרו ב"נ נהרג על פחות משו"פ ולא ניתן להשבון ופירש"י בעירובין דף ס"ב דדוקא בישראל כתיב השבה ולא בב"נ ולכאורה היה נראה דהטעם משום דבדמים קננהו וכיון דחייב תמיד מיתה בדמים קננהו ולא שייך חיוב תשלומין. ובזה נראה לפענ"ד מה שנסתפקתי למעלה אי שייך בכל קלב"מ דבדמים קננהו ולפמ"ש י"ל דדוקא במחתרת שלעולם יש חיוב מיתה שייך לומר בדמים קננהו אבל בשאר קלב"מ משכחת לה שיתחייב בתשלומין ולא יתחייב מיתה א"כ אף שאירע שיש בזה חיוב מיתה ג"כ לא שייך לומר בדמים קננהו וז"ב. ולפ"ז בעכו"ם דתמיד נהרג על פחות משו"פ א"כ אינו בדין השבה דקננהו בדמים. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' בעירובין שם דהיאך שייך לפטור משום דקלב"מ דהא בישנו בעין חייב אפילו בישראל כדאמרו בהבא במחתרת ולפמ"ש יש לומר דהנה דעת הדרישה והש"ך בחו"מ סי' שנ"א דדוקא במחתרת חייב אח"כ משום דמכי יוצא מהמחתרת נפקע המיתה אבל בגונב כיס דעדיין החיוב מיתה עליו נפטר ולפ"ז יש לומר דבשלמא במחתרת חייב כל שהוא בעין דמים

שיוצא מהמחתרת נפקע המיתה משא"כ עכו"ם הגוזל דתמיד איכא עליו חיוב המיתה ודוק. איברא דצ"ב הא דמקשה הש"ס מגונב כיס במגרר ויוצא דפטור אפילו כשהוא בעין ופרש"י אלמא דבדמים קנהו אפילו כשהם בעין ותיובתא דרבא דאמר נטל לא ולרבינו ישעי' ל"ק דשאני מחתרת דמיד שהלך מהמחתרת אין עליו חיוב דמים ולכך כשנטל לא משא"כ בגונב כיס דהחיוב של המיתה נמשך והולך וגם לפמ"ש דלא שייך בדמים קנהו רק במה שתמיד עליו חיוב מיתה כמו מחתרת שתמיד כשבא במחתרת יש עליו חיוב מיתה וא"א זולתו משא"כ בגונב כיס בשבת דאם הי' גונב בחול לא שייך עליו חיוב מיתה או גם בשבת אם לא הי' מוציא מרשות לרשות רק הי' מגביה בבית בעלים הי' גנב ואינו חייב מיתה לא שייך בדמים קנהו ובאמת שהקושיות עצומות והנראה בזה דהנה באמת בדמים קנהו יש לו שני ענינ' או דהוה קנין וקני מצד שנתחייב מיתה קנה להדבר או שאינו קנין רק שע"י שנתחייב מיתה וקלב"מ שוב א"י לחייבו ממון דמשום רשעה אחת אתה מחייבו והנ"מ הוא לענין נטל להכלים והם בעין דאם נימא מטעם קנין א"כ אף כשהם בעין ג"כ הם שלו דקנהו והוה כמו דקנה ביאוש ושינוי רשות או שינוי מעשה אבל אם אמרינן דהוא מתורת רשעה אחת ולא שתי רשעיות א"כ כל שהם בעין והם ברשותא דמרי' וא"צ הב"ד לפסוק שיוציא ממנו רק דממילא הם רק פקדון וברשותא דמרא הם א"כ לא מקרי שתי רשעיות.

ט ומעתה יש לומר דזה דאמר רבא דרב אמר הבא במחתרת ויצא פטור על הכלים דבדמים קנהו והנה לא נודע מה הכוונה של רב אם הוא קנין ממש או רק משום קלב"מ ולכך אמר מסתברא מלתא דרב בששברן אבל נטל לא דהא לא שייך קנין ואיזה קנין עשה בזה שיהי' שלו רק משום קלב"מ ורבא אמר אפילו בנטל משום דברשותי' קיימא וא"כ שוב שייך משום שתי רשעיות וע"ז מסיק דלא קיימא ברשותי' רק לאונסין ולא לענין קנין ולכך בנטל לא ודמים קנהו לא מקרי קנין וע"ז מקשה מגונב כיס בשבת דאלמא דמקרי ברשותי' וקני משום קלב"מ אף כשהם בעין וא"כ קשיא על רבא והיינו דע"כ בדמים קנהו אינו מתורת קנין דהרי בגניבה לא שייך בדמים קנהו ואינו רק משום קלב"מ ואפ"ה אף כשהוא בעין הוה ברשותי' וא"כ קשיא על רבא בתרוייהו דמה שהבין רבא בדברי רב דבדמים קנהו הוא קנין ממש לא שייך בגונב כיס ומה שאמר דנטל לא והיינו דרבא לעצמו ס"ל דלא שייך בדמים קנהו קנין רק קלב"מ דא"כ מ"ט פטור כשהם בעין וע"כ דגם בזה קנהו והם ברשותו לגמרי ומקרי שתי רשעיות ומעתה מיושב היטב שתי הקושיו' דבאמת בגונב לא שייך בדמים קנהו וגם דברי רבינו ישעי' מיושבי' דע"כ לא חילקו הש"ך והדרישה בין מחתרת לגונב כיס רק לענין שברם כשיצא לחוץ אז שייך

לומר דבמחתרת כלתה חיוב המיתה ול"ש קלב"מ משא"כ בגונב כיס אבל לענין כשהם בעין דאף שהם קלב"מ לא שייך שתי רשעיות דאינו מוציא כלל דממילא הם בעין א"כ מה נ"מ בין גונב כיס דניהו דחיוב מיתה נמשך עוד אבל מכל מקום לא שייך קלב"מ דזה אינו שתי רשעיות לרב דאמר נטל לא דזה ממילא ברשות בעלים ואין הב"ד צריכין לחייבו כלל וע"ז מסיק והלכתא דשדינהו בנהרא וא"כ אינם בעין ובזה שוב יש חילוק בין גונב כיס למחתרת ואף דלא שייך בגונב כיס ענין בדמים קננהו מכל מקום נפטר משום קלב"מ ובזה נראה הך מעשה דרבא דאגניב ליה במחתרתא ואהדרינהו ניהלי' ולא רצה לקבלם והדבר תמוה דהא לצאת ידי שמים חייבין אף בקלב"מ ונדחקו בזה ועיין תומים סי' כ"ח ובשו"ת בית יעקב ובכמה תשובות הארכתי בזה ולפמ"ש אתי שפיר דרבא חשש לדרב דבמחתרת בדמים קננהו הוה קנין לעצמו וא"כ אף לצאת ידי שמים נפטרו ולכך לא רצה לקבלם ודוק היטב כי ת"ל נתברר בזה הענין יפה יפה וזהו המחוור בענין בדמים קננהו דאינו רק במחתרת ולא בשאר קלב"מ ועכ"פ בעכו"ם דנהרג על הגזל בודאי שייך בדמים קננהו דלעולם חייב מיתת וגם כשהוא בעין קנהו ואף דבמחתרת אמר רב נטל לא היינו כמ"ש לעיל דיש לחלק בין מחתרת לגונב דהחיוב נמשך עליו תמיד ומכ"ש לרב דס"ל אפילו נטל דעצם המיתה היא הקנין ואפילו לרבא מכל מקום שאני מחתרת דמיד כשיצא אינו חייב עוד מיתה אבל בעכו"ם דתמיד עליו החיוב מיתה נפטר משום קלב"מ ואף שכתבתי לעיל דכשהוא בעין לא שייך קלב"מ משום דאין הב"ד צריכין לפסוק והרי הם בעין והבעלים נוטלים וכמו בגונב כיס נראה לפענ"ד דכיון דהוא פחות משו"פ ואינו ממון לגבי ישראל רק דב"נ נהרג עליו דצערא בשעתא מיהא אית לי' וכדאמרו בסנהדרין דף נ"ו וא"כ כל שמחל לו שוב אינו בתורת השבון דהעכו"ם נפטר משום קלב"מ והישראל א"י לטלו ממנו דהוא מחל לו ולכך לא ניתן להשבון. ובזה מיושב היטב הך דנטלו לסטים כסותו דמוקי בעכו"ם ואפ"ה חייב להחזיר ולפמ"ש דוקא בפחות משו"פ אבל בשו"פ ניהו דקלב"מ אבל כל שהוא בעיניה לא שייך קלב"מ וכמ"ש מיהו אם נימא כרב דבדמים קננהו הוא קנין מהראוי לפטור אף כשהוא בעין וצ"ל דרב תנא היא ופליג על המשנה דנטלו לסטים כסותו. והנה רש"י פירש דלא ניתן להשבון דהיינו שאינו חייב בהשבה דגבי ישראל כתיב והשיב ולא בנכרי ולפ"ז נראה דלא קנה בשינוי דהרי קנין שינוי נפיק מדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל והיינו במקום דחייבה התורה באונסין אבל במי שלא חייב באונסין ולא אוקמא ברשותיה לגריעותא כמו כן למעליותא נמי לא אוקמא ברשותו וכמ"ש ש"ב הנתיבות סי' שנ"א דבמקום דקלב"מ אף שנשתנה הדבר לא קנה בשינוי כיון דאינו חייב באחריותו דהא

הוה קלב"מ ה"ה דלא קנה למעליותא ע"ש וה"ה דנכרי דאינו בתורת השבה גם אם נימא מטעם קלב"מ לא שייך בי' שינוי וכמ"ש הנתיבות. אמנם לבבי לא כן ידמה דהנה כל סברתו הוא על מה שיסד הקצה"ח סי' שנ"א דכל שקלב"מ אינו בחיוב השבה דדוקא בשאר גנב וגזלן חייבה התורה בהשבה כדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל משא"כ בקלב"מ לא נתחייב אשעת גניבה וגזילה דאז הי' קלב"מ רק כל שהוא בעין ברשות בעלים הוא ולפ"ז כיון שאינו חייב באחריות ממילא לא קונה בשינוי אבל באמת הא גופא טעמא בעי למה לא יתחייב בהשבה ניהו דקלב"מ אבל כ"ז שהוא בעין למה לא יצטרך להשיב הא זה לא מקרי שתי רשעיות דממילא הוא של בעלים.

י אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה כבר נודע מ"ש המהרי"ט חלק חו"מ סי' פ"ז דלא יתכן חיוב על דבר שאינו חייב באחריותו רק כמות שהיא בעין בזה לא יפול התחייבות על גופו והו"ל קנין דברים ע"ש ובקצה"ח סי' ר"ג.

יא ולפ"ז נראה לפענ"ד דכיון דקלב"מ א"כ ניהו דכשהוא בעין אין הב"ד מחייבין אותו בשתי רשעיות דגוף הדבר אינו של הגזלן והוא ברשות בעלים אבל מכל מקום והשיב את הגזילה לא שייך בזה דלא חייבה רחמנא רק במקום שאם יאבד הדבר יתחייב בדמיו נופל עליו חיוב אבל כאן דכל שלא יהי' בעין לא יתחייב באחריות דקלב"מ והב"ד אין מחייבין שתי רשעיות ורק דכ"ז שהוא בעין הוא של הבעלים אבל חיוב לא שייך בזה ולא חייבה התורה להשיב את הגזילה וזה דאמר רבא מסתברא מלתא דרב בששיבר אבל נטל לא והיינו דרב דאמר דפטור והיינו דבדמים קננהו ונפטר משום קלב"מ וא"כ באמת נפטר מוהשיב את הגזילה אבל מכל מקום כשנטל לא ויכולין הבעלים להוציא מידו ואף דאוקמא ברשותו להתחייב באונסין אבל מכל מקום לא קני לי' רק דאינו בתורת השבון וכמ"ש. ומעתה כיון שעיקר הפטור דע"ז לא הטילה תורה חיוב להשיב א"כ כל שנשתנה הדבר פשיטא דהוה של הגזלן דהרי התורה לא חייבה בהשבון רק דכ"ז שהוא בעין הרי הוא של בעלים אבל כל שנשתנה ניהו דלא קניא ליה השינוי אבל איך יקחהו הנגזל והרי אינו גזילתו והתורה לא חייבו להגזלן לשלם דבדמים קננהו ול"ד להא דאמרינן למ"ד שינוי במקומו עומד דהרי הוא של בעלים היינו משום דכל שהתורה חייבו בהשבון וממילא מה שנשתנה ג"כ ברשותא דמרי' הוא נשתנה והוא של הבעלים אבל כאן דאינו חייב בהשבה א"כ שוב ברשותו נשתנה וכל דאינו אותו דבר ממש איך יטלוהו הנגזל דהא אינו שלו ושל הגזלן הוא יותר דהוא קנהו בדמים והשינוי ברשותו הוא כנלפענ"ד ברור לדינא. ובזה יש ליישב הא דאמרו והלכתא דשדינהו בנהרא ותמה הרמב"ן דא"כ הוה שברו בידים ולמה לא יתחייב ע"ש במלחמות. ולפמ"ש אתי שפיר

כיון דעליו אין חיוב להשבה א"כ גם כששבר בידים אי אפשר לחייבו דקלב"מ. ומעתה מבואר היטב הך דב"נ דאמר דנהרג ולא ניתן להשבון והיינו כיון דקלב"מ ולא הטילה התורה עליו חיוב השבון דהא אינו חייב באחריות שוב אף שהוא בעין אין עליו חיוב להשיב וא"כ ממילא כשנשתנה באמת הוא של העכו"ם ומיושב היטב קושית התוס' על רש"י בעירובין דף ס"ב ובע"ז דף ע"א ודוק כי קצרתי כי גוף הדרך כתוב בקצה"ח דגם ב"נ אין חיוב להשיב רק שכ"ז שהוא בעין הוא של בעלים רק שדבריו צ"ב דבאמת למה יהיה עדיף כח נכרי הגוזל מישראל ולפמ"ש אתי שפיר כיון דקים לי' בדרבא מיניה לא שייך לומר והשיב דלא יתכן השבה כל שאין חיוב אחריות עליו כנלפענ"ד דבר חדש

יב ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו והלכתא דשדיתינהו בנהרא ולא אמר דמיירי ששדינהו בנהרא ולפמ"ש יש לומר דבאמת אין קושיא מגונב כיס דשם לא תני רק דפטור וא"כ יש לומר דפטור מהשבה אבל מכל מקום ברשות בעלים הוא כדאמר רב אבל נטל לא רק דהמקשה לא הבין טעם הדבר דלמה לא יהיה בתורת השבה ניהו דקלב"מ אבל זה אינו שתי רשעיות דזה ממילא אינו שלו וע"ז חידש דשדינהו בנהרא והיינו אף דשבר בידים אפ"ה מפטר ומטעם דקלב"מ וא"כ אף כשהוא בעין שפיר קתני פטור והיינו מתורת השבה וכמ"ש. והנה מן האמור יש לדחות מה שרציתי להביא ראיה למה שחידש הנוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' פ"א דבישראל הגוזל מעכו"ם לא שייך והשיב את הגזילה דזה נאמר בישראל דוקא וכ"כ הכ"ת בר"ה דף כ"ח ולכאורה הדבר מבואר ברש"י דהרי גם עכו"ם הגוזל מישראל אינו בתורת והשיב את הגזילה מכ"ש להיפך בישראל הגוזל מעכו"ם ועיין ט"ז יו"ד סי' רל"ב לענין קנין דעכו"ם מגרע גרע מישראל ומכ"ש כאן ולפמ"ש כעת אין ראיה דבעכו"ם כיון דקלב"מ א"כ לא יפול ענין דוהשיב כיון שאינו חייב באחריות משא"כ בישראל לעכו"ם אפשר דגם בזה חייבו לשלם ודו"ק היטב בכל מ"ש. שוב ראיתי בחידושי הר"ן לסנהדרין שביאר שיטת הרמב"ן דדוקא כששיבר בעת שהי' במחתרת הוא דפטור משום דקלב"מ אבל בנטל הכלים ויצא כיון דאז נפקע חיוב המיתה מעליו שוב חייב דאף דעל שעת הגניבה נפטר מכל מקום לא נפקע החיוב אח"כ כיון שהמיתה כבר נפקע מעליו ורב פוטר אף אח"כ ודבריו תמוהין לפענ"ד דא"כ מה מקשה מגונב כיס דהא שם עדן עליו החיוב מיתה וכמ"ש למעלה וצע"ג.

יג ובלא"ה יש לחלק דשם במחתרת ניהו דנתחייב מיתה אבל כל שיצא ולא הומת לא עדיף מחייבי מיתות שוגגין דראוי להיות שכל שאינו בא כאחת יתחייבו בתשלומין וכמ"ש בתשובה אחת באורך משא"כ כאן דהחיוב עליו כעת מיתה ודלמא איירי כשהתרו בו ואז נפטר מתשלומין. מיהו יש לומר דבמחתרת כיון דמחתרתו היא התראתו

הו"ל כמו שחייב מיתה בהתרו בו וכ"כ הקצה"ח סי' כ"ח אבל מה דהקשיתי על הר"ן קשה טובא וצע"ג

יד והנה מן האמור למעלה נתיישב מה שהקשה אותי הרב החריף מוה' אורי וואלף נ"י בהא דהקשו בתוס' פסחים דף כ"ט ד"ה ר"נ דאמאי במוציא אוכלים בכלי והזיד בכלי חייב על האוכלים חטאת והא כיון דחייב על הכלי מיתה נימא קלב"מ וע"ז הקשה הרב החריף הנ"ל דהא בשבת שם אמרו ש"מ אכל שתי זיתי חלב בהעלם אחד חייב שתים והקשה הרשב"א דאף אם נימא דחייב שתים הא הכא בבת אחת מפיק להו וליכא למ"ד דחייב שתים דבקוצר בבת אחת לכ"ע אינו חייב אלא אחת וכתב כיון דהוה שני גופין מוחלקין אוכלין וכלי הו"ל כבזה אחר זה ע"ש ולפ"ז לא שייך קלב"מ דהו"ל כבזה אחר זה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שכבר נתחייב המיתה אף שאח"כ בא החיוב ממון כל שהוא בחד מעשה הו"ל קלב"מ ועיין ש"ך חו"מ סי' שנ"א ובדרישה שם ובשעה"מ פ"ג מגניבה מ"ש בשם השיטה מקובצת ומהר"י אשקפה ז"ל ולכל הדיעות והשיטות שם בכה"ג דכאן שבאמת בבת אחת מוציא רק דכל שגופין מוחלקין הו"ל כבזה אחר זה מכל מקום שייך קלב"מ וז"ב כשמש להמעיין היטב וגם המעיין בחידושי רשב"א שם בתירוצו של הש"ס ימצא שיש ליישב הקושיא ודו"ק. והנה בירושלמי סנהדרין פ"ח ה"ט אמרו לגבי רודף דאם נעשה המעשה אין מצילין בנפשו ולא אדע אם הוא מוסכם כן להלכה לפי שאני כותב פה טריסקאוויץ שנת תרי"ב ה' שלח אך לפ"ז יש מזה ראיה דבמוסר שכתבו דאם כבר מסר אין לו דין מסור והקדמונים חתרו בזה ולפענ"ד ראיה מרודף דגם מסור דין רודף יש לו ודוק. והנה בהא דאמר רבא מסתברא מלתא דרב בששיבר אבל נטל לא לכאורה צ"ב דאמאי בנטל לא והרי רבא בעצמו אמר דרב ס"ל גם בנטל וא"כ מהיכן פשיטא ליה לרבא כ"כ דבנטל לא ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהא דאמר רבא בתמורה דף ה' כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ופריך הש"ס מגזילה דקונה בשינוי והא ל"מ ומשני דכתיב כאשר גזל כעין שגזל יחזיר ולפ"ז זהו לענין שינוי אבל אם נימא דבדמים קננהו אף לגוף הגזילה שוב יקשה הא כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד ל"מ וא"כ לא הועיל בגזילתו ושוב לא שייך לומר דברשותו הן דהא לא קנה כלל ולכך מחזירן. אמנם טעמו של רב לא נודע. אך לפענ"ד נראה להמתיק הדברים דהנה כבר נודע מ"ש המהרי"ט דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד לא שייך רק אם נימא דלא מהני נתקן כוונת התורה אבל אם נימא דלא מהני לא נתקן כוונת התורה ומה דעבר עבר לא שייך כל מלתא דאמר רחמנא ל"ת. ובזה נראה לפענ"ד להבין מה דאמר ש"ה דכתיב אשר גזל כעין שגזל והיינו כל עיקר מה דראוי לומר דל"מ הוא שיתקיים

כוונת התורה שישיב את הגזילה ואם נימא דיקנה שוב לא יצטרך להשיב ולפ"ז עכ"פ יותר ממה שגזל דל"ח התורה להשיב יותר רק כעין שגזל וא"כ מה שנשתנה ונעשה בגדים לא שייך לומר דל"מ ולכך אמרינן דמהני וכל דמשלם כשעת הגזילה שוב מהני דע"ז לא כוונה התורה ודוק.

טו ולפ"ז זהו ההבדל שבין נטל לשיבר דבשיבר לא שייך לומר כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד דגם אם נימא דל"מ לא יצטרך להשיב הגזילה דהא הוה קלב"מ וא"כ שוב מה דעבד עבד אבל בנטל דאם נימא דל"מ הרי יטול זה הגזילה מעצמו ושוב אמרינן דל"מ. אמנם באמת יש לומר כיון דעכ"פ אף כשהוא בעין הוא לא יתחייב להשיב אם כן גם אם ל"מ מכל מקום הוא לא יצטרך להשיב ושוב מהראוי לומר דמהני מעשיו. וזה לפענ"ד סברת רב כיון דהתורה אוקמא ברשותי' לענין אונסין והיינו כדי שיצטרך להשיב ולא שייך לומר דל"מ מעשיו דהא אם נימא דאינו חייב באונסין שוב לא נתקיים מצות השבה ושוב מה דעבר עבר וע"כ דנתחייב באונסין ומקיים מצות השבה וא"כ ע"כ ברשותי' קאי ושוב עכ"פ הוא לא יצטרך להשיב ואם כן מהראי' לומר דקנה וע"ז אמר רבא דבאמת ל"ק כלל והא דחייב באונסין הוא משום דלגריעותא עשתה התורה שיהיה מקרי קנין אבל לעולם דהוא ברשותא דמרא וניהו דאינו חייב להשיב מכל מקום יתקיים מצות התורה דהא היא ברשותא דמרא והתורה רצתה שלא יגזול ואם יגזול ישיב ואם כן אם כל היכא דאיתא ברשותא דמרא הוא הרי הוה כלא גזל ועודנו ברשותא דמרא אבל אם אינו בעין כל שהוא לא משלם שוב לא יתקיים כוונת התורה דבשלמא כשהוא בעין אף שהוא אינו משיב ולא נתקיים מצות התורה בהשבה מכל מקום נתקיים מצות התורה דכל דל"מ הוה כאילו הוא ברשותא דמרא ואם כן הוה כלא גזל כלל אבל כל שאינו בעין שוב לא יתקיים מצות התורה כלל דהרי כבר גזל והשבה לא יצטרך להשיב. ובזה מיושב היטב מה דאמרו בב"ק דף ע' גבי עקוץ תאנה מתאנתי ופריך כיון דאלו תבע ליה בדיני לא אמרינן ליה זיל שלים והקשה המח"א הא כל שהוא בעין לא שייך קלב"מ ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דכשהוא בעין לא שייך קלב"מ משום דלא הועילו מעשיו דכ"מ דא"ר ל"ת א"ע ל"מ ולפ"ז הא שם דיומא דקגרים משום שבת ל"ש כ"מ דא"ר ל"ת כמ"ש הט"ז והש"ך חו"מ סימן ר"ח ע"ש וכ"כ בשו"ת מהרי"ט שם לפי חלוקו וא"כ כל דהועילו מעשיו גם בנטל פטור משום קלב"מ.

טז והנה החריף ושנון מוה' שמואל שטאציר נ"י אמר אלי ליישב קושית המח"א הנ"ל דהנה החילוק בין נטל לשיבר ביאר הוא דבאמת קלב"מ אינו פטור בעצם רק דא"א לב"ד לחייבו שתים כמ"ש רש"י בב"מ דף צ"א ולכך לצאת ידי שמים חייב וא"כ כל

שהוא בעין לא שייך לומר דבדמים קננהו דהא באמת אינו פטור רק דאי אפשר לחייבו אבל כל שהוא בעין באמת הוא של הבעלים ולצאת י"ש באמת חייב ולפ"ז שם בב"ק טרם שחידש רבא דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו א"כ ס"ל דקלב"מ הוא פטור ממש וא"כ אף נטל נמי ודו"ק ובאמת שדפח"ח. אבל לפמ"ש המהרש"ל דכל דעבדינן החומרא אף לצאת ידי שמים פטור והקצה"ח סי' כ"ח ביאר דיצא לו ממחתרת דלא קיבל רב משום דמחתרת הוה כאילו עבדינן ליה החומרא א"כ ליתנהו לדבריו דא"כ למה במחתרת נטל חייב והא פטור אף לצאת ידי שמים ומ"ש נראה נכון. אמנם אי קשיא הא קשיא דא"כ מה פריך הש"ס ממגרר ויוצא דהא שם הקלב"מ מחמת שבת ובשבת אפילו נטל קנה בדמים דלא שייך כל מלתא דא"ר לא תעביד כמ"ש דיומא קגרים. אך נראה דהא בכתובות דף למ"ד מוקי כשצירף ידו למטה משלשה ופירש"י דמיגו דחשיב חיוב לגבי שבת חשוב מקום לגבי קנין ולפ"ז שפיר פריך דכאן מהראוי להיות פטור משום קלב"מ ואף דלא שייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד דיומא הוא דקא גרים דזה אינו דאם לא היה השבת לא הי' קונה כלל בכה"ג דמגרר ויוצא וא"כ עיקר הקנין בא בשביל דהי' באיסור שבת בכה"ג שוב מהראוי לומר דל"מ ודו"ק היטב. עוד נראה לי דבר חדש לבאר החילוק שבין נטל לשיבר דהנה לכאורה קשה שם על כל גזלן דאמאי ל"ק ביאוש הא בחולין דף קל"ט גבי קן שמרדה כתבו התוס' והר"ן שם דכל שמרדה ואי אפשר לבעלים להחזירה הרי הפקירה ולא שייך לומר דברשותא דמרא קאי וכן קי"ל בחו"מ סי' שנ"ט ולפ"ז כל גזלן כל שא"א לבעלים להחזיר הגזל עצמו הרי הפקירו וכל הקודם זכה בהם. אמנם ז"א דש"ה דמרדה ויצאה לעלמא א"כ שפיר מועיל ההפקר אבל כאן דזה גזלם א"כ א"א לאחר להחזיק בו דנצרך הוא לגזלן לפטור עצמו בתורת השבה כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ט וא"כ שוב לא הוה הפקר דבעי הפקר לכל וכאן אסור לכ"ע רק הגזלן קנה ביאוש ויאוש ל"מ. ולפ"ז נראה לי דכל דהוה קלב"מ והגזלן נפטר מהשבה וא"כ אף כשהוא בעין כל דלא חייב בהשבה כמ"ש הקצה"ח סי' שנ"א שוב לא שייך לומר דעומד ברשותא דמרא דהא כל שא"א לבעלים להציל הרי הפקירן וכל הקודם זכה דהא לא נצרך לבעלים להשיב דהא פטורים דקלב"מ ומעתה זהו שנחלקו רב ורבא דרבא ס"ל דאף בנטל כל שהוא א"צ להשיב דהתורה אוקמא ברשותי' לאונסין שוב זכה מתורת הפקר ורב ס"ל כיון דעכ"פ לצאת ידי שמים הוא חייב א"כ אסור לאחר לגזול דשייך לגזלן לצאת ידי שמים ודו"ק. ובזה מיושב קושית המח"א דשם לא שייך זאת דהבעלים לא הפקירו זאת ודו"ק כי הוא דבר חדש וצריך סעד לתמכו ובשו"ת יריעות אהל סי' ז' השיג על הח"ץ בתשובותיו ובהגהותיו סי' קס"ג שאף לאחר יאוש מחוייב

לשלם החוב וע"ז כתב המחבר הנ"ל דב"נ לא ניתן להשבון כמ"ש רש"י ר"פ הדר ע"ש שהאריך ודבריו תמוהין דניהו דוהשיב את הגזילה לא נאמר בב"נ אבל מכל מקום חוב הוא עליו וחייב לשלם ומכ"ש בחוב שלוה דאף דמתייאש מ"מ מחוייב לשלם וכמ"ש הוא בעצמו ברמב"ם פ"ט ממלכים דחייב על כבישת ש"ש אף דלא ניתן להשבון אבל מ"מ חייב לשלם מתורת חוב שנתחייב ואף לשיטת רש"י דהו"ל קלב"מ מ"מ זה בגזלן אבל בהלואה חייב לשלם וז"פ ודבר שפתים אך למותר:

סימן כה

א בענין סכך שנפל ביו"ט ולא נשאר רק אהל טפח.

ב אשר שאל כדת מה לעשות בסכך שנפל ביו"ט ונשאר אהל טפח אם מותר להוסיף ביו"ט. הנה לכאורה היה נראה הדבר פשוט דשרי כמבואר באו"ח סי' שט"ו ס"א בהג"ה דאם הי' מבע"י טפח דמותר להוסיף בשבת וא"ל דכאן כיון דבא להתיר אסור להוסיף דתוספת אהל היכא דאתי להתיר אסור וע"כ לא נחלקו רבנן ור"א בשבת דף קכ"ב רק בדופן רביעית שאינו בא להתיר אבל היכא שבא להתיר אסור דזה אינו דהרי שם ג"כ לשמש או לעשות צרכיו ג"כ הוה להתיר ואפ"ה מותר איברא דלאחר העיון יש לחלק דש"ה דאינו רק מחיצה שפיר יש לומר דכל שמוסיף מותר אף שבא להתיר אבל באהל אף להוסיף אסור וחילי דילי דהרי לרש"י שם בכמה מקומות מחיצה מותר ואין בו משום אהל רק שר"ת חולק ודעתו דאף במחיצה שייך איסור היכא שבא להתיר אבל כ"ז היכא שלא הי' כלל אבל להוסיף יש לומר דמותר ואף דלר"ת רבנן ור"א נחלקו בבא להוסיף ואסור היכא שבא להתיר. והנה בסכך קי"ל דבלא"ה לא אכפת לן דכיון דהוא ארעי והרי אהל ארעי בעצמו אינו רק מדרבנן דאהל תולדה דבונה ובעינן דוקא בנין דקביע ובנין ארעי אינו אסור רק מדרבנן כמבואר בביצה דף ל"ג ועיין רמב"ם פ"י משבת הלכה י"ב העושה אהל קבוע הרי זה תולדת בונה וחייב הרי דוקא אהל קבוע הוא דחייב ולפ"ז במחיצה דאינו רק דמחזי כמוסיף על הבנין אפשר דלא גזרו אף שמתיר עי"ז. אך נראה דהמצוה חשיב לה קביעות וכעין דאמרו בעירובין דף נ"ה באהלי מדבר דכתיב עפ"י ד' יחנו הו"ל כקבועי וה"ה בסוכה כיון דבעינן הסכך הו"ל אהל קבוע ואף דבאמת סוכה דירת ארעי בעינן מ"מ לענין זה מקרי קבוע מחמת המצוה וכל כה"ג לענין סוכה מקרי ארעי ולענין איסור שבת ויו"ט הו"ל קבוע דהמצוה חושבו קבוע. ובזה יש ליישב דברי רש"י שכתב בשבת שם דאהל לא מקרי רק למעלה ולא מן הצד והקשו התוס' עליו בשבת ובעירובין מהא דאמרו בעירובין על דופן סוכה דהוא פלוגתא דר"א ורבנן הנ"ל אלמא דגם מן הצד חשוב אהל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מצד הסברא דברי רש"י נכונים

דאהל שהוא עם מחיצות וא"כ כל שקבוע הוא מן התורה אבל מן הצד דלא נעשה רק למחיצה זה לא מקרי בנין קבוע ואינו רק מדרבנן ותו לא שייך לגזור על תוספת אהל ארעי. והנה החריף והבקי מוה' יצחק שמעלקיש ני' הקשה דהיאך מוקי הש"ס פלוגתא דר' אליעזר ורבנן והא ר"א ס"ל בשבת דף קל"א דסוכה וכל מכשיריה דוחין יו"ט וא"כ לדידיה כל המכשירים נעשים ביו"ט ומכ"ש דופן הסוכה ור"א ס"ל די"ד סעודות חייב לאכול בסוכה וא"כ כל שבעת הימים הוה מצוה ודוחה ולק"מ דדוקא בהא ס"ל כר"א אבל לא בזה דמכשירי מצוה דוחין דבזה לא קיי"ל כר"א וז"פ.

ג איברא דלפמ"ש צ"ב בהא דכתב הרי"ף פרק תולין דטלית כפולה מיירי שאין בגגה טפח דאל"כ הי' חייב חטאת והא הו"ל אהל ארעי מיהו באמת הרי"ף מחשבה לאהל קבע שהרי קושרה בין שני כתלים והיא משולשת ומגעת לארץ וז"ש הרי"ף ואין בגגה טפח ואינו אהל קבע אלא אהל ארעי ומשמע הא אם הי' בגגה טפח הו"ל אהל קבוע וחייב חטאת. ובזה נראה לפענ"ד דבכילת חתנים דלא מקרי קבוע כמבואר בסוכה דף י"א בהדיא אם כן אינו חייב אף ביש לה גגה טפח והר"ן שם כתב דאליבא דרי"ף כילה באין בגגה טפח ולפמ"ש יש לומר דאף בגגה טפח מיירי. וראיתי ברא"ש פרק תולין שכתב לתמוה על הרי"ף דמ"ש טלית כפולה מכילת חתנים שהוא יותר בנין ארעי מכילת חתנים ע"ש ואיני יודע היאך רצה להשיג על הרי"ף והרי הרי"ף כתב בהדיא דטלית כפולה הו"ל בנין קבע וכילת חתנים משמע בסוכה דף י"א דהו"ל ארעי והרי"ף והרא"ש בעצמו לא העתיקו רק דאם יש בגגה טפח אסור אבל לא חייב משום דבכילת חתנים דלא קבוע לא שייך חטאת דאהל ארעי ופטור אבל אסור. ומן האמור הבא נבא לבאר כלי הפרעסאהל שנושאין בני אדם להגן מפני החמה ומפני הגשמים ויש לו קרסים ולולאות מה משפט הכלי הלז בשבת ויו"ט וראיתי שכבר ישב על מדוכה זו ש"ב הגאון בעל נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' ל' ונבא על סדר תשובותיו הנה השואל כתב בשם חכם אחד ראיה להתיר מהא דאמרו בפרק תולין דף קל"ח סיאנא שרי והא אתמר אסור ל"ק הא דאית בי' טפח הא דלית בי' טפח אלא מעתה שרבב בגלימא טפח ה"נ דמחייב אלא הא דמהדק הא דלא מהדק ופירש"י דטעמא לאו משום אהל הוא אלא משום שלא יגביהו הרוח והקשה החכם הנ"ל למה לא יהי' בזה משום אהל וע"ז כתב דע"כ י"ל לרש"י דהואיל ואינו מגין על שום אדם רק על האדם הנושאו ואינו קבוע במקום אחד רק הולך בו ממקום למקום אינו חשוב אהל והביא ראיה מפ"ח דאהלות משנה א' דאהל שאינו רק בדרך הילוך ל"ש אהל והגאון נוב"י שם השיב על ראיותיו דשאני טומאה ע"ש ואני אומר שבעניותי אין לי עסק בזה אבל לפענ"ד ממקומו הוא מוכרע דכל אהל שאינו קבוע להיות כן ימים רבים

קבוע שם במקום אחד ויהי' אהל לא מקרי אהל קבוע וראי' ברורה ממ"ש לעיל דיושבי מדבר לולא דכתיב עפ"י ד' יחנו לא הוו חשיבי קבע כדאמרו בעירובין דף נ"ה ע"ב והרי שם יושבי אהלים היו ואפ"ה כל דהי' נעים ונדים ממקום למקום לא מקרי אהל קבוע ועיין בעירובין דף כ"ד בתוס' ד"ה ר"מ דכל אהל שאינו רק לשעה לא חשיב אהל קבוע לענין שבת ומכ"ש כאן בפרעסאהל דאינו עשוי רק להגן מפני החמה והגשם הא לא"ה לא ישאוהו בני אדם רק מקופל ולא יפרסו האהל בלתי לעת הצורך שלא יכם השרב והשמש וא"כ לא מקרי קבוע ואולי גם כובע לפירש"י אינו עשוי להיות פרוס רק להגן מפני הצל וכל שאין כאן חמה יכול להיות נכפף ובכה"ג פשיטא דלא חשיב אהל קבע שהוא עשוי לכפול ג"כ ולכך לא אסור רק משום דלא ליתו לאתויי ד"א ואף דמהדק אבל אינו קשה כ"כ שלא יוכל לכפוף ואף דאמרו אלא מעתה שרבב גלימא טפח ה"נ דמחייב ומשמע דחייב חטאת ראיתי ברא"ש הגירסא ה"נ דאסור ולא חייב דאהל קבוע ודאי לא מקרי (חסר כאן) ובזה נראה לפענ"ד הא דכרך חוט ומשיחה מותר בטלית כפולה משום דבאמת אהל ארעי הוא ואף להרי"ף דאם הי' בגגה טפח הוה מחשב קבע היינו לפי שעשוי להיות פרוש ואם כן זה דוקא כשאין כאן כרוך חוט או משיחה להיות יכול לפורקה או לנטותה כשירצה אבל כשיש כאן חוט או משיחה א"כ אינו מקרי אהל קבוע וגם ארעי לא מקרי דאינו רק מוסיף על אהל ארעי כיון דכבר נעשה האהל והוא אינו מחדש דבר רק שמושך בחוט ונוטה האהל לכך שרי וכן כתב הדרישה דלהרי"ף ג"כ כל שיש חוט או משיחה שרי אף כשיש בגגה טפח והנוב"י הביא דברי הדרישה וחולק עליו דא"כ למה חזר הרי"ף וכתב ואם הי' חוטין מאתמול דנטלה אותו היום מותר וע"כ דבא להורות דוקא באין בגגה טפח ובמחכ"ת מלבד שאין זה דקדוק דאחר שכתב הפירוש של טלית כפולה ביאר כל המימרא שנית אף גם דלפמ"ש אתי שפיר דברי הרי"ף דאף דהוה אהל קבוע לפי שעשוי לעמוד כך מכל מקום כאן שהי' עליו חוטין ונטה אותו היום א"כ לא מקרי אהל קבוע וממילא הוה כמוסיף על אהל ארעי ושרי ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי רבינו שכתב בהלכה למ"ד כילת חתנים הואיל והיא מתוקנת לכך מותר לעשותה ותמה הנוב"י דלמה הוסיף הואיל והיא מתוקנת לכך ומ"ש בזה דמתוקנת לכך לפורסה תמיד עדיף טפי בזה אני אומר יציבא בארעא וכו' דהרי אדרבא אם מתוקנת לכך הו"ל אהל קבוע טפי מאינה מתוקנת לכך אבל לפמ"ש אתי שפיר דרבינו בא לומר דבזה א"צ חוט או משיחה משום דבאמת היא מתוקנת לכך לפרק ולנטות לפי הצורך ולכך אף בלא חוט מותר ולא מקרי אהל קבוע וא"כ שוב הוה כמוסיף על אהל ארעי ועיין בהלכה כ"ט שם גבי טלית כפולה שהצריך חוט או משיחה מע"ש והקדים דאין בגגה טפח והוא

כפירוש הרי"ף רבו ולכך בהלכה למ"ד הורה דבזה א"צ חוט ואף למ"ד בכל התורה לא דריש סמוכין במשנה תורה דדיש ובזה מיושב מ"ש התוס' בכרך חוט או משיחה ומיירי שאין בגגה טפח והקשה הנוב"י דהא בשיש טפח לא צריך חוט או משיחה כמו בכרוך בודיא ולפמ"ש אתי שפיר (כאן חסר) אחרי שכתבתי כ"ז מצאתי בירושלמי פרק הבונה הלכה א' וכן הוא בפרק כלל גדול מה בנין היתה במשכן שהיו נותנין קרשים ע"ג אדנים ולא לשעה היתה אר"י מכיון שהיו נוסעין וחונין עפ"י הדיבור כמו שהוא לעולם אר"י בר"ב מכיון שהוא הבטיחן שהוא מכניסן לארץ כמו שהוא לשעה הדא אמרה בנין לשעה הוה בנין וכן הוא בהדיא פרק כלל גדול הלכה ב' לענין בונה א"כ משמע דאף בנין לשעה מקרי בנין אבל באמת פשיטא דאנן לא קי"ל כהך מ"ד ורק דבאמת משכן כיון דעפ"י ד' יחנו הו"ל כבנין קבוע וכדאמרו בתלמודא דידן בעירובין דף נ"ה בהדיא וכן אמרו בביצה דבנין ארעי לא אסרה תורה ואף דשם הוא הכוונה לבנין ארעי אבל אם הבנין הוא קבוע אף שאינו רק לשעה אפשר דמקרי בנין אבל כבר כתבתי דכן מבואר בהדיא בתוס' עירובין דף מ"ד ד"ה ר"מ ע"ש דכל שאינו רק לשעה לא מקרי רק ארעי וכן מבואר בכמה מקומות וז"ב ופשוט ולא הוצרכתי להאריך בזה לולא כי מצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל בסי' שט"ו שהקשה על דברת התוס' דיהי' כל בונה ביו"ט מותר משום שהותרה לצורך דלגבן דהוה משום בונה מותר ביום טוב לצורך אוכל נפש ועיין שבת דף צ"ה וע"ז כתב דאין התחלה לקושית התוס' דמגבן דחייב ר"א משום בונה הוה כבנין קבוע לעולם לזמן רב ובזה שוב לא שייך מתוך דלגבן שיאכל היום לא נאסר כלל דיודע דסופו לסתור.

ד ובמחכ"ת בנה בנינים גבוהים על יסוד תהו דאנן לא קי"ל כהך מ"ד בירושלמי ובנין צריך שיהי' בנין קבוע וראיה ברורה לזה דהרי אנן קי"ל דבעינן סותר ע"מ לבנות במקומו כמ"ש רבינו בפ"י משבת הלכה ט"ו והרי בשבת דף ל"א הקשה ע"ז דבמשכן לא היה סותר ע"מ לבנות במקומו ומשני כיון דכתיב עפ"י ד' יחנו הוה כבונה במקומו ע"ש הרי דקי"ל דזה מקרי בנין עולם ולא בנין לשעה וז"ב מאד. ובאמת שבתשובה כתבתי דהא דאמרו דאסור לעשות אהל ארעי ביו"ט הוא משום דמחזי כעובדא דחול וכמ"ש התוספת בדף צ"ה ובזה יש לומר מ"ש המג"א ראי' בסי' שט"ו ס"ק ג' דגם מחיצה המתרת מותר מהא דאמרו בביצה דף כ"ב דאפשר בסדין אף דשם עושה המחיצה בשביל תשמיש והוה מחיצה להתיר. ולפמ"ש אין ראיה דאף אם נימא דמחיצה להתיר הוה כבנין מכל מקום שם ביו"ט הי' ושרי משום מתוך ולא שייך דמחזי כעובדא דחול דפשיטא דבתשמיש הצנוע ובלילה ואסור לשמש בפני כל ברי' דלא שייך לאיסור דמחזי כעובדא דחול וז"ב

מאד ובפרט דמחיצה המתרת אינו רק לשעה ואינו אסור רק מדרבנן והו"ל תרתי דרבנן ודאי שרי ביו"ט ודופן סוכה שאני דהו"ל מצות סוכה דהמצוה מחשב לה לקבע וכמ"ש למעלה ודוק ועיין ט"ז סי' תקי"ד ס"ק ב'. והנה בהא דאמרו בשבת דף מ"ז ע"ב בי ר"ח הוה מטה גללניתא הוו מהדרי לה ביומא טבא א"ל מה דעתיך בנין מן הצד הוא ניהו דאיסורא דאורייתא ליכא מדרבנן אסור וא"ל אנא כרשב"ג ס"ל דאמר אם היה רפוי מותר ולכאורה מה קושיא דהא בנין ביו"ט אינו רק מדרבנן בנפל ביו"ט וכאן הוה כלא אפשר מבעוד יום דמבע"י לא הי' יכול לפרקה דהא צריך למקום הלז וכדומה ואם כן עכ"פ בבנין מן הצד מהראוי שיהיה מותר בכה"ג דאין הבנין אסור רק מדרבנן והיא קושיא גדולה וצ"ל דכיון דאסור מדרבנן משום דמחזי כעובדא דחול וא"כ אף בנין דרבנן כל שרבנן אסרו לעשות הבנין הלז בשבת רק בחול וכשאתה עושה זאת ביו"ט מחזי כעובדא דחול דהרי בשבת אי אתה עושה זאת וא"כ יבאו לזלזל בקדושת יו"ט ולכך אסרו אף בנין ארעי. ובזה נראה לי דזה דמשני אנא כרשב"ג ס"ל דאם היה רפוי מותר והיינו דכיון די"ל דהי' רפוי א"כ אף כשלא רפוי מותר ביו"ט דעכ"פ כעובדא דחול לא מחזי דדלמא רפוי הי'. ובזה מיושב היטב הא דכתבו התוס' בביצה דף כ"ב דביו"ט אף כשאינו רפוי מותר ובשבת אסור ותמה הגאון מוהר"ץ ז"ל מהמבורג בשו"ת ת"ץ חלק א"ח סי' ט' דהרי כאן מבואר דהיה ביו"ט ואפ"ה משני אנא כרשב"ג ס"ל ומשמע דבשאינו רפוי אסור ולפמ"ש אתי שפיר דהכי משני דכל דרפוי מותר אף בשאינו רפוי שרי דעכ"פ כעובדא דחול לא מחזי דדלמא היה רפוי ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ועיין מ"א סי' תקי"ט ומ"ש שם בחידושי ואכ"מ

ה והנה לכאורה הי' נראה לי דגם סתירה ביו"ט מותר דהרי מגבן הוה בונה והותר ביו"ט לגבן וגם לסתור הגבינה מותר ואם כן מותר לסתור ביו"ט ג"כ מה"ת דמתוך שהותר לצורך הותר שלא לצורך כמ"ש התוס' לענין בונה וכאן לא שייך דאסור מדרבנן משום דאפשר לעשותו מאתמול דבאמת כל שהי' בנוי מאתמול פשיטא דלא שייך שאפשר דלא רצה לסתור ביתו ורק כשנפל היום אז ממילא מותר לסתרו כלו דהא אין כאן איסור מן התורה ואין כאן רק איסור דרבנן משום דמחזי כעובדא דחול ובפרט בסותר דאינו חייב רק ע"מ לבנות וכדאמרו בשבת דף ל"א וכן קי"ל וא"כ פשיטא דלא אסרו. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דלכאורה צריך ביאור בהא דפריך הש"ס בביצה דף ל"א ע"ב והא קא סתר אהלא והא ביו"ט שרי כיון דשם מיירי דפוחת ביו"ט דאינו מוקצה ולא הי' אפשר מאתמול וא"כ למה לא יוכל לסתור ולכאורה היא קושיא גדולה. אך זה אינו דלר"מ דפוחתו לכתחלה ביו"ט וזה פשיטא דאסור דהא אפשר מאתמול דא"ל דאתמול

הי' בנוי ולא רצה לסתרו דהא לר"מ מותר אף לסתרו לכתחלה וזה פשיטא דאסור וע"ז משני דמיירי באוירא דלבני ואין כאן רק איסור דרבנן ובכה"ג מותר הסתירה. ובזה יש ליישב קושית רש"י ותוס' דאמאי מותר לרבנן כשנפחת ביו"ט והא הי' מוקצה בין השמשות ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מותר לסתור בה"ש כיון שנפחת שוב הותר לסתור דלא הי' אפשר מאתמול ובזה לא שייך דאתקצי בין השמשות דבכה"ג לא שייך כלל איסור סתירה כיון דסתירה מותר ביו"ט כשהי' נפחת וכמ"ש ודוק. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דפריך הש"ס איני והאמר ר"נ הני לבני דאייתור מבנינא וכו' שרגינהו ודאי אקצינהו והוא תמוה דהא קושיא זו קשה בלא"ה דהוה מוקצה ומה תלוי במה דמוקי באוירא דלבני ונתקשיתי בזה וראיתי במהרש"א שכפי הנראה עמד בזה ונדחק דת"ק לית ליה מוקצה כלל ע"ש ובצל"ח ולפמ"ש יש לומר דבאמת צריך ביאור לפי ההו"א מה מועיל דמוקי באוירא דלבני סוף סוף איסורא דרבנן איכא ולהס"ד לא הוה ידענו דהותר בשביל שמחת יו"ט דזה משני אח"כ ביו"ט אמרו ועיין רש"י ותוס' וצ"ל דכיון דאינו רק איסור דרבנן שוב מותר לסתור ביו"ט כמ"ש ולזה שפיר מקשה דכל הטעם דשרי הוא משום דלא אפשר מאתמול וזה כשלא שרגינהו אבל כיון דשרגינהו דעתו לבנות וא"כ פשיטא דאסור לבנות ביו"ט כיון דהי' אפשר מאתמול דהרי דעתו על זה וא"כ שוב אסור גם הסתירה וע"ז משני דביו"ט התירו משום שמחת יו"ט. ויתכן יותר דקושית הש"ס היא על הת"ק דכאן יקשה אמאי נוטל הא אתקצי בה"ש ולא שייך לומר דכמו שהוא כעת ליכא שום איסור סתירה דהא שרגינהו וא"כ אקצינהו ובכה"ג אסור הסתירה וע"ז משני דביו"ט התירו מוקצה משום שמחת יו"ט ובזה עמדתי על לשון הרשב"א בחידושיו לעירובין דף ל"ד שכתב דלכך מותר לר"מ לפחות לכתחלה אף דמטלטל האבנים דלא הוה מוקצה כיון דמותר לפחות לא אקציה מדעתי' ע"ש ותמהו כלם דהא בש"ס אמרו דמשום שמחת יו"ט התירו ולפמ"ש אתי שפיר דזה לא אמרו רק לת"ק אבל לענין איסור סתירה שפיר מקשה לר"מ דאמאי פוחתו לכתחלה כיון דשרגינהו אקצינהו ושפיר אסור לסתור משום מוקצה וע"ז משני דלא שייך מוקצה. ויותר נראה לפמ"ש המ"א סוף סי' תק"ט דמותר לטלטל מוקצה בשביל אוכל נפש אבל אסור לאכלו ולהשתמש בו ע"ש וא"כ כאן שמשתמש באבנים ועפר שפיר מקשה דאסור אף דהוא ביו"ט וע"כ לא התירו בש"ס רק לפחות הלבני דבזה התירו בשביל אוכל נפש אבל להשתמש באבנים ועפר זה אסור וכמ"ש ודוק ועיין רמב"ן במלחמות שם דאוסר לפחות יותר ולפמ"ש בודאי יש להתיר ובפרט לפי שיטתו דמיירי כשנפחת בעיו"ט ודוק ועיין בסוכה דף למ"ד דפריך ג"כ והא קא סתר אהלא וצ"ל גם כן כמ"ש דלסתור אהל כל שעדן בנוי פשיטא דאסור

דהי' אפשר מאתמול ובזה י"ל הא דאמרו בסוכה דף מ"ו דסוכה בשמיני אסורה משום דאי אתרמי לי' סעודה בה"ש בעי למיכל בגוה והקשו התוס' דת"ל משום סתירת אהל וכוונתם דאף כשנעשה הסוכה בשמיני יהיה אסור ולפמ"ש בכה"ג לא שייך סתירת אהל כיון דלא הי' אפשר מאתמול ואינו סותר ע"מ לבנות ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ ודוק

1 והנה בהא דאמרו בשבת דף מ"ג דאסור לבטל כלי מהיכנו וכתבו התוס' ד"ה דמבטל בשם רש"י שפירש בדף קנ"ד משום דהו"ל כסותר וכאן פירש דהו"ל כמחברו בטיש והיינו משום בונה ולפ"ז לפמ"ש התוס' דהא דאסור בונה ביו"ט הוא משום דאסור מדרבנן דמחזי כעובדא דחול א"כ פשיטא דלא שייך לאסור להניח כלי לקבל שמן דאינו אלא דמבטל כלי מהיכנו ומחזי כאילו מחברו והרי זה גופא אינו רק חשש דרבנן ואף דהיה יכול לעשותו מבע"י מ"מ פשיטא דכולי האי לא גזרו והארכתי בזה בתשובה אחת שכתבתי לענין בנין ביו"ט וכעת עמדתי בזה על לשון הרמב"ם שכתב בפ"ה משבת הי"ג אין נותנין כלי תחת הנר לקבל בו שמן בשבת שהרי מבטל כלי מהיכנו והוא תמוה דלמה כתב כן דוקא בשבת וכבר נודע מ"ש הרלב"ח בתשובה דבכ"מ שרבינו כתב בשבת בא למעט דוקא שבת ולא ביו"ט דאל"כ לא צריך להזכיר שבת שהרי בהלכות שבת הוא עסוק וא"ל דביו"ט אינו אסור דאין האיסור רק משום שמבטל כלי מהיכנו והיינו שאסור לטלטלו ולהנות מן השמן שהודלק בו ואפילו כבתה הנר כמ"ש בהלכה י"ב שם ואסור להנות בשבת מן השמן (והלח"מ הבין שהוא נתינת טעם למעלה דלכך גזרו שלא יקח מן השמן והוא תמוה דשם האיסור משום מכבה כמ"ש בפירוש המשניות ועיין בתוס' שבת דף מ"ב ע"ב ד"ה ואין ולפי דבריהם יש ליישב קצת דבריו אבל פשטת הדברים מורין דגם הרמב"ם אוסר משום מככה והך דאסור להנות מן השמן הוא בפ"ע וכן פירשתי בהשקפה ראשונה וכן מצאתי במרכבת המשנה ח"א שפירש כן) וביו"ט מותר דז"א דאדרבא הרמב"ם פסק ביו"ט כר"י דאסור מוקצה אף שלא מחמת איסור וכשיטת הרי"ף וא"כ למה כתב בשבת דוקא ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא בשבת אסור משום דמבטל כלי מהיכנו דאין ניאותין ממנו אבל ביו"ט לא שייך בונה וכמ"ש מיהו הרמב"ם לא ס"ל כשיטת התוס' בהך דבונה ועיין בפ"י בביצה דף י"ב ושבתי וראיתי דרבינו דקדק בסבת דהיינו דוקא בשבת עצמו אבל כשנתנוהו מבע"י מותר כמו שסיים בהדיא ולא אתי למעוטי יו"ט כלל וז"פ ולפענ"ד יש ראיה דלא כהלח"מ שהרי רבינו כפל הדינים כאן בהי"ב והי"ג ובפכ"ה משבת הלכה כ"ג הביא שנית הך דינים ע"ש בפכ"ה הכ"ג ובפכ"ו הי"ד והוא תמוה למה כפלם ועיין מרכבת המשנה שהרגיש בזה אבל באמת נודע דרכו של רבינו שזה דרכו בקדש בתחלה ביאר הדין דחיוב של תורה והביא עמו הדינים

דנתגלגל עמו מדרבנן ואח"כ בפכ"ה ובפכ"ו זה דרכו לבאר מה שעיקרו מדרבנן ולכך גם כאן אגב שביאר הדין של תורה דאסור משום מכבה לכך הביא כל הדינים בהדייהו ובפכ"ה ובפכ"ו ביאר דינים של דרבנן ע"ש דוק ותשכח. ומ"ש רבינו ואסור להנות בשבת אף דביו"ט ודאי אסור היינו לרבותא דאף דבשבת סתם לן תנא כר"ש דאינו אסור משום מוקצה אבל במוקצה מחמת איסור מודה ר"ש כדאמרו בשבת דף קנ"ז לכך דקדק וביאר בשבת ועיין בפכ"ו הלכה י"ד וט"ו ותמצא שדקדק לכתוב כן בשבת להורות על הכוונה הלז ודוק ועיין בסוכה דף ט"ז בהא דאמרו שם מעשה דשכחו ולא הביאו ס"ת ופרסו סדינים ע"ג עמודים והביאו ס"ת וקראו בו ופריך הש"ס פרסו ס"ד מהיכן הביאום בשבת אלא מצאו סדינים פרוסים שם נחלקו רש"י ותוס' ג"כ אי שייך אהל מן הצד ע"ש ולפמ"ש הי' מקום לפלפל בהא דאמרו שם לעיל מיניה ע"כ לא קאמר ר"י אלא בסוכה דמ"ע אבל שבת דאיסור סקילה לא וכן אמרו שם להיפך ה"מ ע"ח דרבנן אבל סוכה דאורייתא לא ואמאי לא אמר דסוכה הו"ל ארעי ומיהו יש לומר דמצוה משוי ליה קבוע ולזה אמרו ה"מ סוכה דמ"ע אבל שבת דאיסור סקילה לא וצ"ע בזה. והנה בגוף הדבר דשכחו ס"ת קשה לי היאך טלטלו בשבת ואמאי לא הלכו לקרות בבית הלז דאסור להביא ס"ת אפילו לב"א החבושים בבית האסורים ולכאורה נראה לי מזה ראיה דבדיעבד לא אכפת לן וכמ"ש הפר"ח באו"ח סי' קל"ח אמנם יש שם הוכחה דשם מיירי להביא הס"ת לבהכ"נ מהבתים דהיו מצניעים בבית הבעה"ב כדי שלא ירגישו ובזה בודאי שרי דבבהכ"נ זהו מקומו המיוחד לו ודוקא להיפך להביא מבהכ"נ לבתים הוא דאסור דאינו כבוד להס"ת שיטלטלו אותו להבתים אמנם לפענ"ד הי' נראה דבר חדש כיון דהטעם הוא מפני כבוד ס"ת ולפ"ז לפי מה דאמרו במכות כמה טפשאי אינשי דקיימו מקמי ס"ת ולא קיימו מקמי גברא רבא אלמא דגברא רבא עדיף מס"ת ואף דבקידושין אמרו אפכא כבר כתב בחידושי מהרי"ט בקדושין דף ל"ב דיש חילוק בין לומדי תורה לגברא רבא א"כ עכ"פ גברא רבא שרי וזהו דאמרו בירושלמי תמן ע"י שהם גדולים התורה מתעלה על ידם וגם המרדכי כתב דאם הוא אדם חשוב שרי ומעשה הי' באחד שרצה לשמוח בש"ת ולעשות הקפות בביתו ולא ידע קודם שמיני עצרת אם יהי' לו מנין וגם ביו"ט עצמו לא נתקבצו עד סמוך לערב וגם אני הייתי שם ואמרתי להביא הס"ת בליל ש"ת כי מבע"י אפשר דאסור דהוה כמכין מיו"ט לחבירו וגם זה האיש הי' גברא רבא ויש להתיר כנלפענ"ד.

ז אחר שנים רבות שנת תרי"א בחנוכה כשלמדתי עם תלמודיי הלכות שבת ובסי' רע"ט בט"ז ס"ק וא"ו הקשה על הא דאמרו דנמצא עושה כלי והקשה הט"ז הא אין בנין בכלים וכתב דהוה כעושה כלי מחדש והדבר תמוה דהא זהו קושית התוס' בשבת דף מ"ו ד"ה

דחוליות וכתבו לחלק בין אם החוליות מחוברות ואינם מפורקות ובין כשהם מפורקות וכ"כ בביצה דף כ"ב לתירוצם השני ובתירוצם הראשון כתבו לחלק בין שבת ליו"ט ועכ"פ לשיטת הט"ז אין מקום לקושית התוס' דשאני כאן דעושה כלי מחדש וגם יקשה דאם כן אמאי מתירין ב"ה במנורה של חוליות והא עושה כלי מחדש ובאמת שסברת הט"ז מוזכר ברש"י שבת דף מ"ז ע"א ד"ה חייב חטאת ע"ש שכתב במטה של טרסיים הוה כעושה כלי והוה מכה בפטיש ולא משום בנין דאין בנין בכלים מיהו אנן לא קי"ל כן כדמסיק שם דרשב"ג מתיר ברפוי וכדמסיק שם במטה גללניתא ועיין בתוס' שם ד"ה רשב"ג אומר ובאמת שסברת התוס' דביו"ט שרי צ"ע דכל מלאכת שבת אסור ביו"ט בלאו ומדוע בבנין וסתירה בכלים אסור בשבת וביו"ט שרי ולפמ"ש לעיל דביו"ט ראוי להתיר בנין בכלים רק דמחזי כעובדא דחול ואם כן כל דאין בנין וסתירה בכלים ניהו דבשבת אסור דמכל מקום הוה קצת בונה כיון שעכ"פ כעובדא דחול לא מחזי שוב מותר בנין משום מתוך וכמ"ש. ובזה י"ל פעם שנית קושית הת"ץ שהבאתי למעלה דלמה הוצרך לאוקמא כרשב"ג דהא ביו"ט מותר ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דשייך משום מכה בפטיש וכמ"ש רש"י אם כן גם ביו"ט אסור אך לפ"ז גם ברפוי הי' אסור וע"כ הוצרך לחדש דכרשב"ג ס"ל דא"כ ליכא בי' משום מכה בפטיש רק משום בנין וסתירה בכלים ולכך ביו"ט שרי אף שאינו רפוי. ובזה מיושב מה דלא משני במטה גללניתא דהיה רפוי דבאמת אף שאינו רפוי כל דרפוי שרי וע"כ דהוא רק משום בנין וא"כ שוב ביו"ט שרי ולפ"ז ממילא מבואר דלא כשיטת הט"ז הנ"ל דלדבריו דעושה כלי חדש גם ביו"ט הי' אסור וכמ"ש וע"כ דבריו צע"ג. והנה בסוף שבת גבי פקקו את המאור בטפיח כתב רש"י דהיה לפני מיתה ודקדק הר"י הלוי דדוקא קודם שימות המת מותר לסתום החלון שלא תכנס טומאה תחת הבית אבל אח"כ אסור לסתמו דהו"ל מתקן והמ"א סי' שי"ג ס"ק ל"א חולק ע"ז והביא דברי התוס' בשבת דף קכ"ו דלפי המסקנא אף בדבר הרשות שרי מכ"ש לדבר מצוה והא"ר כתב שם ג"כ דוקא קודם מיתת המת והתוס' שבת חולק ע"ז והדבר פשוט דלענין רשות לא שייך זאת ואם מותר לסתום דהוה תוספת אהל מכ"ש לדבר מצוה אף לאחר מות המת אך לפענ"ד נראה דהנה התוס' בב"ב דף כ' הקשו בד"ה הוא דטפיח לא ביטל לה ואינו חוצץ וא"ל דבטלו דא"כ הוה בונה בשבת ודבריהם תמוהים לפענ"ד דבאמת ע"כ בבטלו מיירי כמ"ש בעצמו בשבת קכ"ו ד"ה מדבריהן דיותר מבטל מסדין ומה שהקשו דאם כן הו"ל בונה באמת הרי שם כתבו דהו"ל תוספת על בנין ושרי וצע"ג לפע"ד כי לא ראיתי בהחפזי למי שעמד בזה ולפ"ז שוב הו"ל ענין מבטל כלי מהיכנו ומבטל כלי מהיכנו תלוי בזה אי הוה משום בונה או משום סותר ועתוס' שבת דף מ"ג

ד"ה דמבטל. ואם כנים אנחנו בזה א"כ דברי ר"י הלוי מבוארים דלכך קודם שימות המת מותר דבאמת מצד הבנין הו"ל תוספת בנין דשרי ורק משום מבטל כלי מהיכנו אתינן עלה ואף דהוא סותר הו"ל סותר ע"מ לתקן ולפ"ז הרי נודע מ"ש התוס' בשבת דף ק"ו דמקלקל ע"מ לתקן כל דבא התיקון לאחר מכאן ע"ש ד"ה חוץ ולפ"ז קודם שמת המת הו"ל מקלקל שלא ע"מ לתקן תיכף אבל לאחר שמת המת בא התיקון תיכף בעת הקלקול ואסור ודוק ועיין תוס' דף קנ"ז בשבת ד"ה הלקטי שכתבו דמ"ש רש"י לפני מות המת הי' לו לומר לפני כזית מן המת ולדברי הר"י הלוי צריך לומר משום שלא יהיה תיקון ובזה מיושב קושית המ"א מדברי מהרי"ל סי' ס"ט שכתב ודוחק להעמיד בשבת ע"ש ומשמע דמותר לסתום בשבת ולפמ"ש אתי שפיר דהרי המהרי"ל קאי על הש"ס במגילה דף כ"ו ושם ע"כ מיירי בלא בטלו דתיבה לא מבטל לי' וכמ"ש התוס' בב"ב שם בהדיא ולפי"ז שוב אין איסור לסתום דהו"ל תוספת אהל דשרי ומשום מבטל כלי מהיכנו לית לן דהרי לא בטלו שם ודוק היטב ועיין בישועת יעקב סי' שי"ג וסי' שמ"ג באו"ח שכתב כיון דטע"ט שמביא טומאה מבית לבית אינו רק מדרבנן כמ"ש הש"ך סי' שע"ב וא"כ הרי כלי שנטמא ביו"ט בטומאה דרבנן ה"ה כאן ע"ש במחכ"ת לא ידעתי מה מדמה דדוקא ביו"ט לצורך אוכל נפש שרי תיקון דרבנן אף שהוא במכשירים מכל מקום כל שאינו עושה מעשה בגוף הכלי כמו טבילת כלי דשרי כמ"ש בשו"ת זקני שער אפרים סי' ט"ו אבל בשבת אסור גם בזה וכמ"ש בשער אפרים בהדיא ואף דהט"ז בסי' שכ"ג לא כתב כן אבל דברי זקני השער אפרים נראין ברורים ואף לדברי הט"ז נראה לפענ"ד דל"ד דשם גוף הטומאה אינו רק מדרבנן כמו ולד הטומאה אבל כאן הטומאה היא מן התורה רק דמן התורה אינו מביא הטומאה רק באותו אהל ורבנן גזרו דאף באהל אחר מביא הטומאה וכל שגזרו שהוא טמא הרי הטומאה מן התורה כנלפענ"ד ברור ודוק. ובמ"ש יש ליישב הקישור של סוף שבת לתחלת שבת שכיון שמדידה צריך להיות דוקא למצוה אבל בפקק אף של רשות מותר כמ"ש התוס' כאן ובדף קכ"ו והיינו משום שאינו רק גמר הדבר ולא התחלתו ולפ"ז גם התחלת שבת היא ביציאות והכנסות ותלוי ג"כ בזה אי גמר בלא התחלה וכן להיפך אינו חייב רק בתחלה וגמר ביחד ודוק היטב. אחר זמן רב נדפס ספר ח"ס על או"ח ומצאתי בסי' ע"ב שכתב ג"כ לענין פריסאהל והביא הך ירושלמי לענין בנין לשעה ות"ל כבר זכיתי תחלה ועיין גיטין דף ז' לענין ספינה גוששת דאמרו שם דשאני ספינה דעשויה לברוח ומשמע קצת דלא כסברא זו דהיה לו לחלק בין בנין לשעה ודוק:

סימן כו

א לצורבא מרבנן חריף ושנון נ"י.

ב אשר הקשית על דברת השיטה מקובצת ב"ק דף ע"ד ע"ב ד"ה הו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד א"נ אתי האי שנויא כר"י דטעמא דר"י דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין וכו' ככתוב בתוס' וע"ז כתב השיטה וזה"ל ומיהו אין מתיישב תירוץ זה דהלאו והי' אם בן הכות מצינו למילף דעדים זוממין שלוקין משום כאשר זמם כגון שמעידים על פלוני שהוא חייב מלקות והוזמו והוא ניהו דחשיב קנס לר"ע וגם לא בעי התראה כדמפרש פא"נ דבעי למקטל בלא התראה אבל ב"ג וב"ח דלקי על עון עדות שקר ההיא לאו קנסא היא וכן בעי התראה כשאר חייבי מלקות עכ"ל תוס' שאנץ וע"ז תמהת דהיאך נעלם ממנו הש"ס שמביא דבפא"נ שם פריך הש"ס אלא מעתה ב"ג וב"ח דלא מכאשר זמם קא מרבו לי' לבעי התראה אמר קרא משפט אחד יהיה לכם משפט השוה לכלכם וא"כ מבואר דגם ב"ג וב"ח לא בעי התראה והתוס' משאנץ כתב להיפך. הנה באמת נבהלתי מראות זאת כי איככה אוכל ואראה שרבותינו בעלי התוס' שאנץ לא יזכרו דברי הש"ס במקומו. והנה יגעתי ומצאתי שכבר נתקשה בזה האבני מלואים סימן ז' והניח בקושיא. אבל מפני כבודן של רבותינו לא נחתי ולא שקטתי עד שיגעתי ומצאתי ת"ל כוונת דבריהם כי בלא"ה דבריהם סתומים מאד דמה ענין קנס והתראה לזה. והנראה בזה דהנה הרמב"ם כתב בפ"כ מסנהדרין ה"ד ואין לע"ז שגגה לפי שאין בהם מעשה לפיכך א"צ התראה ותמה הראב"ד דמה ענין התראה לאין בה מעשה והכ"מ לא מצא מענה והנראה לפענ"ד דהנה בסנהדרין דף ס"ה אמרו דיצאו ע"ז שאין בהם מעשה ואמאי וכו' שאני ע"א הוזיל וישנן באיה וכתב הרי"ף לפרש דכיון דע"ז ישנן באיה וכו' ויסכים לדברי העד השני או לדברי התובע בלי הקשת שפתים לא מקרי מעשה ע"ש באורך ועיין בחידושי הר"ן לסנהדרין שכתב ג"כ באורך לפרש כן לפ"ז נראה לי דאם נימא דהעדים צריכין התראה ואם כן צריכין שיתרה בהם ויקבלו התראה ויאמרו ע"מ כן וכדומה א"כ זה לא מקרי שישנו באיה דהא בעי אמירה מבוררת שיקבלו התראה. ומעתה הן הן דברי רבינו דלכך אין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בהן מעשה והיינו כדאמרו בסנהדרין דיצאו עדים זוממין לפי שאין בהם מעשה וגם בתומים סי' ל"ח כתב דראש דברי רבינו נובעים מהש"ס הנ"ל אך סוף דבריו לא הבין דמה ענין התראה לזה ולפמ"ש הדברים מבוארים דכיון דא"צ התראה א"כ לכך מקרי אין בו מעשה דישנו באיה דאל"כ ליתא באיה וז"ב מאד מאד כשמש. איברא דצריך ביאור למה לא מתרץ הש"ס בפשיטות דכיון דכאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ ל"ש בע"ז דעקימת שפתים הוה מעשה דהא אף

כשגמרו עדותן לא נעשה מעשה על פיהן וצ"ל דכיון דבממון דעת פוסקים דאף כאשר עשה א"כ מקשה מכאשר עשה בממון ולכך משני דאיתא באיה וז"ב. אך אף להפוסקים דס"ל דבממון ג"כ בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה צ"ל דכיון דחשיב דיבורא דאית בי' מעשה דהתורה קריה מעשה דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו כדאמרו בב"ק דף ה' לכך הוצרך לומר דמש"ה לא הוה בי' מעשה לפי שישנו באיה ועיין בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"א גבי חסמה בקול ותמצא הדבר מבואר כמ"ש. ומעתה נבא לבאר דברי התוס' שהקשו דהדברים מבוארים דהנה הא דמשני הש"ס בכתובות דמשפט אחד יהיה לכם משפט שוה לכלכם ופירש"י וכיון דרוב זוממין לאו בני התראה נינהו הנהו נמי לא בעי התראה ע"ש ולפ"ז זהו לפי האמת דב"ג וב"ח דלוקה מוהי' אם בן הכות הרשע דזהו כאשר זמם דכמו בשאר דברים הוה כאשר זמם במה שזממו לעשות ה"ה בב"ג ובב"ח הוה כאשר זמם דידהו במלקות וכמ"ש התוס' ריש מכות ד"ה מעידין דכל שלא באו רק לעשות ב"ג וב"ח הוה כאשר זמם דידהו במלקות וזה התירוץ עיקר כמ"ש לקמן ברצות ד' וכ"כ התוס' בכתובות דף ל"ג ד"ה אלא וא"כ כיון דהוא מכאשר זמם א"כ לכך צריך קרא דילקה דאל"כ הוה לאו שאב"מ דהרי הוה קנס והיינו כדמפרש בריש מכות דהרי לא עבדו מעשה וגם לא בעי התראה דהם רצו לחייב בלי התראה וא"כ הוה לאו שאין בו מעשה דישנו באיה וכמ"ש וא"כ אצטריך קרא וז"ש התוס' שאנץ דעדים זוממין שלוקין מכאשר זמם כגון שמעידין על פלוני שהוא חייב מלקות וכוונתו למ"ש דשם מסתבר דהו"ל לאו שאין בו מעשה וצריך קרא שילקה. ומעתה כל דברי התוס' משאנץ נכונים דלפי הס"ד דפריך ותיפוק לי' משום לא תענה וא"כ שוב לא אתי כר"י דהא משני הש"ס דהו"ל לאו שאב"מ ולר"י ממנ"פ אם נפקא לן מוהיה אם בן ס"ל דלאו שאין בו מעשה לוקין וגם כל עדים זוממין הם באמת לאו שאין בו מעשה דלא בעי התראה ואין לוקין ורק ב"ג וב"ח הוא דהוה לאו שיש בו מעשה דהוה מלא תענה וא"כ מה משני התוס' דלר"י גם כן אתיא דזה אינו דלר"י באמת ס"ל דלוקין על לאו שאין בו מעשה וב"ג שוב הוה לאו שיש בו מעשה וכמ"ש ודו"ק היטב כי דברי התוס' שאנץ מוכרחים ומדוייקים דהוא ס"ל דכל מה דהוה לאו שאין בו מעשה הוא רק בשביל דא"צ התראה וגם מחייבי כאשר זמם ולית בי' מעשה והנה יעדתי לעיל לבאר דעיקר כתירוץ הראשון של התוס' במכות דפן יאמר האומר דאולי כתירוץ השני דב"ג וב"ח עליהו לא כתב כלל קרא דכאשר זמם דמלבד דכבר כתבתי דכן מוכח מהא דאמר משפט אחד השוה לכלכם וא"כ ע"כ דכאשר זמם קאי גם עלייהו דאל"כ לא הוה משפט אחד השוה לכלם דבב"ג וב"ח לא בעי כלל עדות שאתה י"ל ומה גם דלפענ"ד הדבר מבואר כתירוצם הראשון דהרי פריך בכתובות

דף ל"ג עדים זוממין נמי א"כ בטלת והי' אם בן הכות אלא אפשר לקיומא בב"ג וב"ח הרי דכל עדים זוממין ויליף לה למלקות משכחת בב"ג וא"כ ע"כ דגם הם בכלל עדים זוממין וזהו הוה במקום כאשר זמם דאל"כ אכתי בטלת עדים זוממין ממלקות דב"ג לאו מכאשר זמם נפקא ויש לדחוק דלתירוצם השני באמת הכוונה דמלקות אינו רק במקום דלא שייך כאשר זמם עכ"פ פשטת הלשון משמע כתירוצם הראשון ואני תמה על הנוב"י בסי' ע"ב דהוכיח דעיקר כתירוצם השני והנה מלבד שאין ראיותיו ראיות כמ"ש בחידושי למס' מכות דף ב' אף גם דהגאון בכר דוד השיב שהרי התוס' בכתובות דף ל"ג לא הזכירו רק התירוץ הראשון ומ"ש בזה הנוב"י אין בו כדי שביעה ובאמת שכאן בכתובות מוכרח כתירוצם הראשון דאל"כ לא הוה משפט השוה לכלכם אף דיש מקום לתרץ עפ"י דרכו בתשובה שכתב דמש"ה מסיים בסנהדרין משפט אחד השוה לכלכם ולא אמר סתם משפט אחד יהיה לכם כדי להורות אף דלא שייך הטעם ע"ש וה"ה בזה אבל באמת זה דוחק וע"ש מה שהשיב על קושית הגאון ספרדי מטריפה שהרג דנדחק מאד והנה יגעתי ומצאתי בשיטה מקובצת ב"ק דף ע"ה ע"ב בהא דאמר דהו"ל עדות שאילה"ז וכתב בשיטה מקובצת דגם על לאו דלא תענה לא לקי דאל"כ הו"ל עדות שאילה"ז ואח"כ כתב ול"נ דלקי מלא תענה ול"ש לומר דמקיים כאשר זמם דדוקא בב"ג דאי אפשר לקיים כאשר זמם ומסתבר לאוקמי קרא דוהי' אם בן הכות וכו' אבל כאן דאפשר לקיים כאשר זמם לא מוקמינן והי' אם בן הכות הרי מבואר כתירוצם השני וכסברת הנוב"י שם דכל דאפשר לקיים כאשר זמם לא שייך ללקות מוהי' אם בן הכות. אבל גוף דברי השיטה תמוה דהתחיל מלא תענה ולא תענה הו"ל לאו שאין בו מעשה כדאמרו בריש מכות ואח"כ מסיים מוהי' אם בן הכות וגם יש ט"ס במ"ש וז"ב דלקי ולפענ"ד צ"ל ול"נ דהיינו ולי נראה ע"ש ועיין רש"י מכות דף ד' במ"ש דהוה לאו שאין בו מעשה כתב רש"י כגון ב"ג וב"ח ולכאורה תמוה דהא כל עדים הוה לאו שאין בו מעשה כדאמרו בסנהדרין דף ס"ה ולפמ"ש אתי שפיר דמשם למדנו דהוה לאו שאין בו מעשה דלר"י פריך ות"ל מלא תענה ומשני דהו"ל לאו שאין בו מעשה ועכ"פ לתירוץ הראשון של תוס' דהוה כאשר זמם נראה גם מפירש"י דאל"כ למה פירש"י דוקא עדות ב"ג וב"ח דעלייהו לא קאי כלל כאשר זמם וע"כ כתירוץ הראשון של התוס' וכמ"ש התוס' בכתובות שם והנה הנ"ב בתשובה שם דקדק על דברת התוס' בכתובות דלמה שינו לשונם והקשו על העדים דאמאי לקו ולא הקשו על דנעשה ב"ג וב"ח הא הו"ל עדות שאילה"ז ולפמ"ש אתי שפיר דהיה מקום לומר כתירוצם השני דע"ז לא קאי כאשר זמם ולכך הקשו דעכ"פ שעדים היאך ילקו מכאשר זמם כדמשמע לשון הש"ס דבזה נתקיים

הכתוב דעדים זוממין וכמ"ש למעלה והא הו"ל עדות שאילה"ז וא"כ עכ"פ עדים זוממין לא קאי ע"ז ודו"ק. והנה בהא דאמר ר"א בכתובות שם דעדים זוממין ממונא משלמי ולא לקי משום דאי אפשר להתרות בהו הנה שמעתי קושיא שנדפסה בשם הגאון מוהר"ע איגר ז"ל דאדרבא אי הוו בני התראה מהראוי יותר לומר דיהי' משלמי ממון ומטעם דהרי באמת צריך להבין דאיך אפשר דילקו ולא ישלמו ממון והא הו"ל עדות שאילה"ז דהרי הם רצו לחייב ממון וצ"ל כמ"ש התוס' במכות בתירוצם השני דע"ז לא קאי הזמה ולפ"ז אם הי' משכחת לה התראה א"כ בלא התרו הי' שייך לקיים בממון וכל דמשכחת לה בממון וקאי כאשר זמם עלייהו ושוב לא משכחת לה דילקו באם התרו דאז הי' עדות שאילה"ז אבל אם לא משכחת התראה אז הי' יכול להיות דכאשר זמם לא שייך כלל על ממון ושוב לא הוה עדות שאילה"ז ועכ"פ כלם הי' בני התראה יותר היה טוב לומר דיהי' מחייבי ממון דאל"כ הו"ל עדות שאילה"ז. והנה בהשקפה ראשונה השבתי דלא שייך כלל בזה עדות שאילה"ז דכל הטעם דעדות שאילה"ז נראה מדברי רש"י דהוא משום דאל"כ לא יראו מלשקר בעדות כל שלא יהי' עליהם יראת העונש ע"ש בב"ק דף ע"ה ועיין בחידושי הר"ן בסנהדרין בסוגיא דחוששין ללעז ולפ"ז כיון דמלקות חמור מממון פשיטא דמקיימין כאשר זמם במלקות דהא זה עונש גדול יותר מממון בשלמא לעינין עדות ב"ג וב"ח שפיר הקשו התוס' דבמלקות אין כאן כאשר זמם ואולי ירצו ללקות כדי שיעשו לזה ב"ג אבל לענין עונש ממון או מלקות פשיטא דאם עונשין אותן במלקות דחמור יותר דהוה ליה עדות שאתה יכול להזימה ולכך הוצרך לומר משום דלאו בני התראה נינהו.

ג והנה לכאורה אמרתי מזה ראיה לשיטת הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סימן ע"ב דבד"מ לא בעי עדות שאילה"ז אף מדאורייתא ע"ש שהאריך וא"כ אין מקום לדבריו כלל ול"ק הקושיא הלז ובזה הי' מיושב היטב קושית מהרש"א שהקשה דא"כ בממון ומיתה אמאי מחייבין מיתה הא כיון דלאו בני התראה נינהו ואין עונש הגוף בלי התראה כמ"ש רש"י א"כ לא יתחייבו מיתה בעדים זוממין ולפמ"ש אתי שפיר דכאן אי אפשר לומר כן דהרי שוב הוה עדות שאילה"ז לענין המיתה ומהראוי שידונו בחמורה ואף בשתי מיתות נדון בחמורה וא"ל דלא שייך בזה עדות שאילה"ז דע"ז לא קאי דהא אם היה מיתה בפ"ע שייך בזה הזמה וא"ל כיון דפתיך ביה ד"מ לא יהיה צריך עדות שאילה"ז דזה אינו דהרי אף בפתיך בי' ד"מ נחלקו בסוף יבמות אי בשביל דפתיך ביה ד"נ כד"נ דמי ומכ"ש בזה דהמיתה בפ"ע והממון בפ"ע פשיטא דלענין מיתה צריך עדות שאילה"ז ולא יבטל הממון להמיתה ושפיר יענשו מיתה דאל"כ יהי' עדות שאילה"ז וז"ב. הן אמת דגוף דבריו צ"ב

במה שחידש דבד"מ לא בעי כלל עדות שאילה"ז והנה ראיותיו כבר האריך הגאון בכר דוד שם לדחות וגם אני בעניי הארכתי בזה בתשובה אחת אך כעת אני תמה דהרי זה ודאי דד"מ עכ"פ יותר מסתבר שיהיה צריך עדות שאילה"ז יותר מעדות ב"ג וב"ח דהרי עכ"פ משפט אחד כתיב ביה ובכמה דברים שוה ד"מ לד"נ והרי לענין דו"ח שוה ד"מ לד"נ לכ"ע מה"ת ובעידי קידושין וגיטין כמה כרכורים כרכרו הפוסקים אי צריך דרישה וחקירה ואף דזה קאי אם נימא דדמי לד"מ ולפי מה שבטלו לדו"ח מ"מ עכ"פ זה ודאי דד"מ מסתבר טפי לדמות לד"נ ובפרט לשיטת הריטב"א בסוף יבמות בשם ר"פ אחיו של הרא"ה הובא בשו"ת מהרב"א סי' ה' ובנוב"י שם דמה"ת א"צ כלל דרישה וחקירה בדבר שבערוה דלא יליף דבר דבר מממון לענין זה ע"ש וא"כ פשיטא דד"מ עדיף מאיסור ובפרט ב"ג וב"ח דאפשר לומר דלא כתיב עלייהו וא"כ הרי התוס' הקשו בב"ג וב"ח דהא בעי עדות שאילה"ז ובתירוצם הראשון במכות ובכתובות דף ל"ג לא הביאו רק תירוץ הלז ולא כתבו דבב"ג וב"ח לא בעי כלל עדות שאילה"ז ושוה לד"מ וגם בתירוצם השני כתבו דלא קאי ע"ז כאשר זמם משא"כ בעידי נערה המאורסה ולמה לא כתבו בפשיטות דשאני עידי נערה המאורסה דהוא ד"נ ובודאי בעי עדות שאילה"ז משא"כ בב"ג וב"ח דשוה לד"מ דא"צ עדות שאילה"ז עכ"פ וע"כ דמה"ת לא מסתבר כלל לומר דלא לבעי עדות שאילה"ז בד"מ ובב"ג וב"ח זה א"א דסתמא כתיב ועשיתם לו כאשר זמם ואדרבא מבואר כדברי הש"ך דגם בד"מ כל שדרשו וחקרו עדותן בטלה אף דבטלו לדו"ח דאל"כ אכתי תקשה לשיטת הר"פ אחיו של הרא"ה דבדבר שבערוה לא בעי מה"ת דרישה וחקירה א"כ לא שייך כלל עדות שאילה"ז ולפ"ז בב"ג וב"ח כל דפתיך ביה ד"מ עכ"פ טפי מד"נ למה לבעי עדות שאילה"ז הא עכ"פ לא בעי דו"ח וע"כ דעדות שאילה"ז לא תלוי בדרישה וחקירה דהרי בד"מ אף שחז"ל בטלו לדו"ח מכל מקום עדות שאילה"ז בעי וה"ה בב"ג וב"ח אף דא"צ מן התורה דרישה וחקירה מכל מקום עדות שאילה"ז בעי וז"ב לדעתי

ד והנה מדברי הרז"ה והר"ן בפ"ב דכתובות גבי הזמה בשטר מבואר דבד"מ ג"כ צריך הזמה אמנם מצאתי בנוב"י שם שנדחק בזה וע"כ דבריי מעטים ועיין בסי' ע"ג שהגאון הספרדי תמה בזה והוא הודה במקצת לזה ועיין בתוס' סנהדרין דף ט' שכתבו דהיכא דתלוי זה בזה ויודע שא"א להיות זה בלי זה ל"ש לומר שלא רצו להעיד ע"ז ע"ש ובזה יתיישב הרבה קושיות של הנוב"י שם. אמנם בגוף קושית הגאון מוהרע"א ז"ל לא ידעתי מקום כלל דע"כ לא הקשו התוס' אלא בב"ג דשם לא מקיימין כאשר זמם כלל שאין עושין אותו ב"ג וב"ח ולכך הוצרכו לדחוק אבל אם נימא דכל עדים זוממין לוקין ואינם משלמין א"כ ע"כ דהתורה אמרה שבזה שלוקין הוה כאשר זמם דאל"כ למה ילקו וע"כ כיון דבכל

התורה לוקה ואינו משלם גם בממון התורה אמרה דעדים זוממין יענשו במלקות וא"כ מה בכך שאינו מתקיים כאשר זמם הא נדון בחמורה ואף דאם לא התרו היה מתקיים בממון היינו משום שא"א לחייב מלקות שהוא עונש הגוף בלי התראה כמ"ש ר"א וכפירש"י אבל לא שייך לומר דכאשר זמם קאי ע"ז דהרי באמת כל שהי' העדים זוממין מותרין לא אמרה תורה שישלמו רק שיתחייבו ממון. ובלא"ה נראה דמקרי שפיר עדות שאילה"ז דגוף עדות באמת יכולין להזים ולא יתרו בו ואז יתחייבו העדים לשלם ממון ובשלמא בעידי נערה המאורסה שפיר כתבו התוס' דהוה עדות שאילה"ז דשם קאי אם העדים התרו בנערה וא"כ כל שהתרו הי' צריכין העדים להיות נהרג עכשיו שלא התרו הו"ל עדות שאילה"ז אבל כאן הוה העדות עדות שאתה יכול להזימה וכאן שלא יתרו בהעדים הניזומין א"כ גוף העדות יכול להתקיים כאשר זמם וז"ב מאד מאד. והנה בהא דאמרו בכתובות דף ל"ב והרי חובל בחבירו דממונא משלם מלקי לא לקי וכ"ת ה"מ היכא דלא אתרו ביה וכו' והאמר ר"א הכהו הכאה שאין בו שוה פרוטה לוקה טעמא דהכהו הכאה שאין בו שו"פ הא בשו"פ ממונא משלם מלקי לא לקי ושמעתי קושיא בשם הגאון מוה' וואלף האבד"ק פשעווארסק ברישא זצ"ל שאמר לפמ"ש התוס' בסנהדרין דף ט' ד"ה עידי שהקשו דיכולין לומר לחייב הבעל ממון קאתינא כיון שלא התרו בהן דעידי זוממין לא בעו התראה וכדאמרו בסנהדרין דף מ"א דיכולין לומר לאסרה על בעלה באנו למ"ד חבר א"צ התראה וכתבו דכל דתלוי זה בזה ידעו העדים זה ולא שייך לומר דלא באו לחייבו מיתה אבל התם אפשר דלא ידעו שהיתה חבירה ולפ"ז גם כאן משכחת לה הא דהכהו הכאה שאין בה שו"פ כגון שהיה חבר ולא התרו בו וא"כ דוקא כשאין בו שו"פ הוא דחייבים דלא שייך לומר דלא באו לחייבו מלקות רק ממון דהא אין בו שו"פ אבל בהכהו הכאה שיש בו שו"פ שוב הוה לענין מלקות עדות שאילה"ז דיכולין לומר לחייבו ממון באנו. כן הגיד לי אחד מתלמידיו מה ששמע מפיו והשבתי תיכף דלק"מ דמלבד דיש לומר דלהס"ד דלא ידענו דגלי קרא בחובל בחבירו דממונא משלם וא"כ ע"כ הוה ס"ל להש"ס בס"ד דממון חמור ממלקות דאל"כ מה"ת דיתחייב ממון ולפ"ז לא שייך עדות שאילה"ז דכל הטעם דאולי ישקרו כל שאינם מתייראים מהזמה וכמ"ש הר"ן בחידושיו לסנהדרין דף ח' וכן נראה בב"ק דף ע"ה ע"ש וא"כ כאן לא שייך דיהי' עדות שאילה"ז דיכולין להתנצל שרצו לחייב ממון וא"כ גם הם יתחייבו ממון והרי ממון חמור להס"ד מיהו יש לדחות דלעולם ממון קיל ורק דחס רחמנא על ממונו של נחבל כעין שכתבו התוס' ע"א שם ד"ה ואי ע"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתא. אך העיקר בישוב הקושיא דהנה באמת צריך ביאור הא דאמרו בסנהדרין דף מ"א דיכולין לומר לאסרה על

בעלה באנו וקשה טובא הא בעי שיגמר הדין וא"כ צ"ב מה הי' הגמר דין בב"ד אם יצא הפס"ד שחייבת מיתה וע"כ שרצו לחייבה מיתה וא"כ לא יכלו להתנצל שלא ידעו שהיא חבירה דא"כ למה לא שאלו הב"ד אם התריתם בה וגם הא לא נגמר דינה למיתה וא"כ היאך יכולין להתנצל שלא ידעו. אך זה אינו דשם הם העידו שזינתה ומה שצריך חקירה ודרישה הוא על גוף העדות לא מה שרצו לחייב ואם הב"ד ידעו שהיא חבירה יכולין לחייבה מיתה אף שהם לא העידו ע"ז וא"כ שוב יוכלו להתנצל דהם לא ידעו שהיא חבירה ועכ"פ לא הוה פס"ד בטעות דעכ"פ העדות הוא אמת שזינתה ונאסרה על בעלה וגם בהך דסנהדרין דף ט' ג"כ העדות הוא על שני דברים ועכ"פ יכולים להתנצל שהם לא רצו לחייב רק ממון אבל כאן שיש דין מחולק דבהתרו חייב מלקות ואם לא התרו חייב ממון א"כ צריך הב"ד לשאול אותם אם התרו בו או לא וא"כ ע"כ שהעידו שהיה חבר ושוב לא יוכלו להתנצל וגם היה הפסק בטעות דאינו חייב רק אחת או מלקות או ממון וכל שפסקו שחייב מלקות והם לא ידעו שהוא חבר וא"כ צריך לשלם ממון ושוב הוה הפסק בטעות ולא נגמר דינו עדיין ופטורים העדים זוממין וז"ב כשמש

ה והנה בהא דנחלקו אי הכחשה תחלת הזמה לפענ"ד הי' נראה לי ראי' ברורה לשיטת הרמב"ם דהזמה והכחשה ביחד לא הוה הזמה וכבר כתבתי בתשובה אחת שבשיטה מקובצת בכתובות דף כ' נמצא מחלוקת הקדמונים בזה דהנה בהא דפריך הש"ס במכות דף ה' אי אסטטית היא זו אפילו כת ראשונה נמי לא תהרג והש"ס מסיק בקשיא ומה קושיא דלמא מיירי שהמזימים הכחישו גם זה שזה לא הרג והיה הכחשה עם הזמה וא"כ לאח"כ שהזימו גם לשאר עדים א"כ הרי הי' מקודם הכחשה קודם הזמה ולכך הכת הראשונה נהרגת משא"כ כת השניה והאחרונות שכבר נתכחשו וע"כ דלא מקרי הזמה כל שהוכחשו ג"כ וא"כ לא היה הזמה כלל וזו ראיה נפלאה. הן אמת דיש לומר דבאמת הוה הכחשה והזמה ביחד רק דהש"ס מקשה דאם אסטטית היא זו והיינו שמשקרים במה שהזימו א"כ שוב גם כת הראשונה לא נהרגים דאמרינן דמשקרים וגם לפירוש שמביא הרי"ף דמיירי שכל כת עדים המזימים לכל כת וכת כת וכת בפ"ע וא"כ לא הוה הכחשה תחלת הזמה. מיהו יש לומר דאם הי' בתחלה גם הכחשה ע"כ דמכחישים הכת הראשונה לכל הכיתות שהעידו ועדיין קשה וגם מ"ש דאם אסטטית היא זו אף שהי' הכחשה והזמה לגבי אחרונות מכל מקום גם כת הראשונה מהראוי לומר שבשקר הוזמו לפענ"ד לכאורה אינו קושיא כ"כ דאטו ברור הדבר רק שמספק פוטר ר"י דלמא הם משקרים והוא פוטר כל העדים בין המעידים בין כת המזימין ואני אמרתי בטעם הדבר כיון דחידוש הוא מה שחדשה תורה דמה חזית ולכך כל שיש ריעותא פוטר ר"י

לשתי הכתות וא"כ עכ"פ לכת הראשונה שפיר יש לומר כיון דהתורה האמינה להמזימין שפיר נהרגין משא"כ השניים והאחרונות וע"כ כשיטת הרמב"ם ובפרט לפירוש הרי"ף דאסטטית היא דהיינו שרוצים לצבע את כל העולם וע"כ אנו חוששין להם ולכך יש לומר דהראשונה שפיר נהרגת משא"כ האחרונה וע"כ כשיטת הרמב"ם ועיין בכנסת יחזקאל סוף הספר סי' ק"ג מ"ש נ"מ בין פירש"י ובין פירוש הרי"ף ע"ש כי הוא דחוק. איברא דבגוף הדבר שרבנן חולקין קשה לי הא הרבה פוסקים ס"ל דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' ועיין בחו"מ סי' כ"ח וסי' ל"ג בט"ז וש"ך וקשה הא גם כאן שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורא.

ו אבל באמת לק"מ דאם נימא דהם לא העידו בגוף הדבר רק שהם היו עם המעידים א"כ מה שייך כאן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' הא לא העידו כלל על גוף הדבר ומה אכפת להם אם העדים אחרים מעידים על המעשה אבל אם נימא דהם מעידים על גוף הדבר שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וא"כ שפיר פריך הש"ס אי איסטטית היא זו דע"כ לא מיירי שמעידים על גוף הדבר דא"כ שייך עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וכמ"ש ודו"ק. ובזה יש לי לומר החילוק שבין שתי הפירושים דלרש"י דאמרינן דעידי סרה הם זה לא שייך אם אינם מעידין על גוף העדות ולא שייך אסטטית בכה"ג משא"כ להרי"ף דפירש שרוצים לצבע דם נקי והיינו שאינם מעידים על גוף הדבר רק שרוצים לצבע כל המעידים. ובזה יש ליישב מה שהתוס' מביאים פירוש הרי"ף ועיין בכנס"י שם

ז והנה ק"ל בהא דאמר לימא ר"ל דאמר כר"י ור"י דאמר כרבנן וקשה לי לפמ"ש משום דהזמה חידוש הוא א"כ אין ראיה מר"י דמיירי בהזמה שפיר הוה חידוש ולכך לא מהימן משא"כ שם דלא מיירי כלל בהכחשה והזמה בכה"ג וגם על ר"י ל"ש כרבנן דאף ר"י יש לומר דמודה לר' יהודה ושאני התם וכמ"ש וצ"ע כעת. שוב ראיתי והתבוננתי בדבר וראיתי שהקושיא שהקשיתי יקשה טפי אם נימא דהכחשה תחלת הזמה דזה שייך אם הוכחשו מפי שנים והוזמו מפי אחרים שייך לומר דנתגלה למפרע דהך הכחשה הי' הזמה דהרי נתגלה שהמכחישים הי' אומרים האמת אבל לר"י דאמר איסטטית היא זו וא"כ באמת אסטטית היינו דהוה כהכחשה דמה חזית דציית להני וא"כ אדרבא ע"י שמזימין כלם יש ריעותא דהמזימים אומרים שקר וא"כ בכה"ג ודאי לא הוה הכחשה תחלת הזמה וא"כ לא שייך בזה הזמה משא"כ בכת ראשונה דאז הי' עדיין הזמה גמורה ובכה"ג ודאי הוה הכחשה תחלת הזמה והיא קושיא נפלאה להמעיין היטב ולפמ"ש למעלה אתי שפיר ודו"ק. ובגוף דברי התוס' שאנץ הנ"ל נראה לפענ"ד דהנה בהא דאמרו מי איכא מידי דאינהו בעו למקטל בלי התראה וכו' והא בעינן כאשר זמם לכאורה צריך

ביאור דהא לא ידענו אם רצו לקטול בשקר וא"כ למה לא לבעי התראה ועוד אדרבא נתרו בהו ולא יהרגו האחר ג"כ בלי התראה.

ח אך נראה עפ"י מה שמצאתי דבר נפלא בשטה מקובצת בכתובות דף ל"ב גבי הכהו הכאה שאין בה שו"פ שכתב שם דהוה מצי לומר דלא בעי התראה רק בעבירות שבין אדם למקום ולא עבירות שבין אדם לחברו ע"ש והנה זה דבר חדש והנה אנן לא קיי"ל כן והטעם פשוט דאף דבין אדם לחבירו גרע טפי האיסור לא הוה כחבר שא"צ התראה לר"י בר"י משום דעכ"פ לא נודע כמה יגדל העונש עד"מ שאנס נערה המאורסה מ"מ לא נודע לו העונש או סקילה או חנק ולכך בעי התראה בכל משפטי התורה ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר נחמד בסברת הש"ס דלכך עדים זוממין דהחיוב הוא מכאשר זמם הנה בזה כ"ע יודעים דמהראוי לחייבם כאשר זממו לעשות א"כ למה להם התראה הא זה נודע מצד השכל דכל שרצה לעשות לחבירו כן יעשה לו דבשלמא שאר דברים שעבר בין אדם לחבירו הנה לא נודע העונש מה שמגיע לו ולכך צריך התראה משא"כ בעדים זוממין דשייך כאשר זמם ולכך ל"צ התראה וז"ב וע"ז פריך דא"כ ב"ג וב"ח דלא מכאשר זמם קמתרבי והיינו עונש דידהו ולמה ל"צ התראה וע"ז משני משפט אחד לכלכם ולפ"ז זהו כשנתרבה עכ"פ מצד כאשר זמם דהיינו מוהי' אם בן הכות הרשע דמיירי בעדים זוממין אבל אם נימא דלקי מלא תענה א"כ אין העונש מכאשר זמם רק על שהעיד שקר א"כ לא שייך משפט אחד יהי' וצריך התראה דזה לא נודע כלל העונש שילקה על לא תענה וצריך התראה דבשלמא אם מתורת עדים זוממין אף שאינו מקיים כאשר זמם מכל מקום זה נודע דעדים חייבים מכאשר זמם ואף דלא יכול לקיים הוה המלקות כאשר זמם כמ"ש התוס' במכות שם אבל מלא תענה צריך התראה וא"כ דברי התוס' שאנץ מבוארים. ובזה מבואר מה שהקשה היראים דמנ"ל דמשלם כאשר זמם לזה שהזיקו ודלמא משלם להב"ד ובתשובת רדב"ז נדחק מאד וכבר כתבתי בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דלכך לא בעי התראה משום דמשלם כאשר זמם לעשות ולכך ממונא משלם דבעינן כאשר זמם להפסיד לחבירו והרי לאשר זמם להפסיד לזה מחוייב לשלם ההיזק. ובזה נראה לפענ"ד להבין הא דהרגו אין נהרגין ותמהו כלם בזה דמ"ט יש בדבר.

ט ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דל"צ התראה ע"ז הוא משום דעשו רעה לחבירו ונודע משפטו לכל ולפ"ז זהו דוקא כשלא הרגו או שלא לקו שייך לומר שהפסידו לחבירו במחשבתם שרצו להרגו או להלקותו ולפ"ז בשלמא כשלא הרגו א"כ עשו הפשר לחבירו במחשבתם אבל כל שהרגו אותו א"כ בזה שנהרוג אותם לא ישיב הנפש הנרצח וא"כ שוב אין העונש נוגע לחבירו רק שלא יעשו עוד כדבר הזה או על שעברו לעשות כזאת

אבל עכ"פ הוה מעבירות שבין אדם למקום וע"ז צריך התראה דבשלמא כל שלא הרגו הוה עבירה שבין אדם לחבירו דרצו להרוג לזה וגרמו לו רעה אבל כל שהרגו שוב לא שייך לדון על חבירו רק על גוף עשיית העבירה זה לא שייך לבין אדם לחבירו רק למקום ולפ"ז בממון שוב גם כאשר עשה חייב דהא הפסיד לו ממון ואיתא בחזרה ושייך כאשר זמם וגם לענין ממון א"צ התראה ומלקות צריך התראה ודוק ולפמ"ש הרדב"ז דדרשינן לאחיו שיתנהו לאחיו א"ש מה דהרגו אין נהרגין דהא אין אחיו קיים ודו"ק.

י והנה מדי דברי זכור אזכור מה דאמרתי ראיה דבממון חייב כאשר עשה דהרי אמרו בכתובות דף ל"ב דלעולא כל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מלקא לא לקי ואי ממונא לקולא הקשו בתוס' דא"כ אתגורי אתגר וכתבו דחס רחמנא על ממונו של נחבל והקשה המהרש"א דא"כ לר"י נמי קשה דהוא ס"ל דמלקי לקי ואי ממונא לקולא אתגורי אתגר ואני תמה על המהרש"א דהוא הקשה על קושית התוס' דלא הקשו לר"י ואני מקשה גם לפי התירוץ יקשה בע"ז דמשלם יקשה דאי ממונא לקולא אתגורי אתגר וכאן לא שייך דחס רחמנא דהרי לא הפסידו רק שרצה להפסידו וכן קשה לעולא מע"ז אי ממונא לקולא וכן הקשה בפני יהושיע ולפי שיטת הפוסקים דבממון כאשר עשה ג"כ חייב ל"ק דבזה שייך לומר דחס רחמנא על ממונו של זה ולא שייך לחלק בין אם עשה לכאשר זמם דמשפט אחד לכלכם כדאמרו לענין התראה וז"ב ועיין שיטה מקובצת דפירש הא דאמרו ואי ממונא לקולא שכן לא עשה מעשה היינו דדוקא כאשר זמם ולא כאשר עשה ואף בממון הוא כן ע"ש בשם הרשב"א ולפמ"ש אי אפשר לומר כן דא"כ יקשה וכי אתגורי אתגר וכל שלא עשה לא שייך דחס רחמנא על ממונו של זה ומיהו בשיטה יש שם תירוצים אחרים על קושית התוס' דאתגר אתגר ולכך ל"ק. והנה הפ"י הקשה בהא דאמרו בב"מ דף ס"א ע"ב מ"ט דר"י והקשה דלימא בשביל דקסבר כל ממון ומלקות מלקי לקי ממונא לא משלם וכאן יש מלקות בשביל לאוי דריבית ולכך א"י בדיינים וכתב דכל מלקות דהוא בשביל ממון הוה כמו גזל ומשלם ואינו לוקה ע"ש וכפי הנראה הסברא דבממון חס רחמנא על ממונו של זה ומה תועלת יגיע לזה במה שילקה זה. איברא דבריבית לא שייך זה דבאמת לא שייך דחסה רחמנא על ממונו של זה דהרי הוא מדעתא דנפשיה עבד ובלב שלם נתן ואפ"ה התורה אסרתו ולא שייך זאת וצ"ע. אך לפענ"ד המלקות והממון לא באו כאחת דהמלקות באה בשביל שעת ההלואה ומשעת שומא הוא עובר והממון נתחייב בעת שנתן לו ולא אתו כאחת ואף דחיוב המלקות נמשך גם אח"כ כשנותנו לו מכל מקום כיון דבעת השומא בידו לקרוע השטר וא"כ שוב

לא מקרי באו כאחת וצ"ע בזה ובתשובה אחרת הארכתי דזה תלוי במה שנחלקו בטור חו"מ סי' שנ"א וע"ש בש"ך ובשעה"מ פ"ב מגניבה

יא והנה לכאורה צ"ב היאך שייך שילקה כלל על ריבית הא הוה התראת ספק ועיין מכות ט"ז דמבואר שם דבזה נחלקו ר"י ור"ל ולר"ל לא שייך בלאו הניתק לעשה מלקות דכל שיכול לנתק הלאו הוה התראת ספק וההתראה היא בשעה שעובר על אזהרתו ואפילו אם לא נגמר הדבר עדיין ומיהו לר"י לשיטתו יש לומר דשייך מלקות דהוא ס"ל דשמה התראה. ובזה נראה לפענ"ד מה דאמרו לאו משום דאמרו להו קומו אהדורו מכלל דת"ק ס"ל דלאו בני אהדורי נינהו והיינו דכיון דבני אהדורי נינהו ושוב הו"ל התראת ספק ואנן קי"ל דלא שייך התראה וע' לח"מ פ"א מק"פ ופ"ה משבועות ופט"ז מסנהדרין והדברים עתיקים. ובזה מיושב היטב מה דאמרו מהו קום עשה לקרוע שטרא ותמהו התוס' דא"כ כ"ע ס"ל כר"י ולפמ"ש אתי שפיר דלר"י לשיטתו דס"ל התראת ספק שמי' התראה וא"כ ע"כ משום דניתק לעשה והתורה לא חייבה מלקות כל ששייך תשלומין וכמ"ש הפ"י. ובזה מיושב קושית הפ"י דהרמב"ם פוטר גם הערב והעדים בשביל דהוה ניתק לעשה ותמה הפ"י דהא העדים אין בידם לקיים וכן הערב ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שניתק לעשה שוב הוה ליה התראת ספק ושמא יקרע השטר ולא יתקיים השומא וכל שאינו בידו בודאי התראת ספק לא שמי' התראה ודו"ק היטב כי קצרתי כי אני כותב בשנת תרי"ד כ"ב חשוון ואנחנו עודנו בצרה ד' ירחם עלינו במהרה למען כבוד שמו וע"כ כתבתי כאשר יצא מלבי ולא סדרים למו ודו"ק ועיין בפ"ה משבועות ה"ב. ובגוף קושית הפ"י שהקשה דנימא טעמא דר"י משום דאינו לוקה ומשלם לפענ"ד ל"ק דא"כ עכ"פ כשהריבית הוא בעין לימא דברשותא דמרא קיימא כמו בבא במחתרת דאמר רבא האלקים אמר רב אפילו איתנהו בעינייהו ולא הוא ע"ש בסנהדרין ע"ב. אמנם לכאורה יש לומר דל"ד דשאני התם דבא במחתרת אבל כאן באמת הלוה נתן מדעתו וא"כ לא שייך לומר דברשותא דמרי' הוא דהא באמת קנה המעות וא"כ ניהו דהתורה אמרה דחייב להחזיר אבל כל שלוקה אינו משלם. אך נראה כיון דבאמת כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד ל"מ ועיין תמורה דף ה' דאמרו דבריבית קצוצה הוא דפליגי וא"כ לפ"ז שוב לא קנה המעות ושוב לא שייך לומר דלוקה ואינו משלם. איברא דלפמ"ש המהרי"ט דכל דלא יקיים כוונת התורה וב"כ וב"כ עבר על מצות התורה לא שייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד וא"כ הרי בשעת שומא עבר על כוונת התורה. אך זה אינו דמכל מקום כל דניתן להשבון הו"ל לאו הניתק לעשה ושייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד ובזה יש ליישב קושית התוס' על רבא דסבר כאן כר"י ובב"ק אמר דאזהר רחמנא לי' ולבריה

לא אזהר ומשמע דס"ל כר"א. ולפמ"ש י"ל דבאמת להשבון בודאי לא ניתן ומכל מקום כיון דל"ק לכך אזהר רחמנא שישיב דל"ק הריבית ולכך ברי' ל"צ להחזיר ודו"ק היטב. ובזה יש לומר דזה שיטת הרמב"ן דחייב לצאת ידי שמים אף לר"י דלמורא ניתן והיינו לצאת ידי שמים משום דבאמת לר"י לוקה ואינו משלם רק דכאן כל דל"ק שוב לא שייך לוקה ואינו משלם אבל כל דהתורה רבתה דלא ניתן להשבון משמע דקנה ושוב לוקה ואינו משלם ולפ"ז לצאת ידי שמים שפיר חייב דכל קלבד"מ לצאת ידי שמים חייב ודו"ק ויש ליישב בזה קושית התוס' על הריב"ן דלפ"ז במקום דאין לוקין כמו אם לא התרו אף דח"מ שוגגין ג"כ פטורין מכל מקום כל דלא עביד החומרא חייב לצאת ידי שמים אבל כל דאתרו בו פטור דעביד החומרא ועיין קצה"ח ר"ס כ"ח ודו"ק כי קצרתי ומצאתי במח"א הלכות מלוה סי' ב' שהרגיש ג"כ בסברא זו שכתבתי אם קונה הריבית כל שהוא בעין ע"ש ונהניתי עד מאד.

יב והנה בש"ק פרשת בשלח תרי"ד הי' אצלי בחור אחד חריף ושנון כמר אברהם ממאהליב והקשה אותי בהא דיליף ר"ל בריש מכות ע"ב דלכך אין אומרים שיגלה תחתיו משום דכתיב ונס אל אחת מהערים הוא ולא זוממין וע"ז הקשה דהא אמרינן לעיל ועשיתם לו ולא לזרעו וא"כ ה"ה בגלות דאם התלמיד גלה מגלין רבו עמו כדאמרו שם דף יו"ד וא"כ שייך לומר לו ולא לרבו ולישיבתו. והנה באמת לק"מ דלפמ"ש התוס' בסנהדרין דף ט' הנ"ל דיכולין לומר דלא ידעו מזה רק היכא דאי אפשר זה בלי זה א"כ לענין שיגלה רבו יכולים לומר אנו לא ידענו שזה יש לו רב ולא רצינו רק שיגלה זה לבדו וא"כ ממילא לא יצטרך הרב לגלות וממילא גם רב או תלמידו לא יצטרך לגלות ומיהו אינו מוכרח דמה דמגלין הרב אינו בשביל עונש רק כי היכא דיהיה לו חיות וא"כ כאן דצריכים גלות יצטרכו גם רבם לגלות אבל באמת קושיא של הבל הוא דאיך שייך שיצטרך רבם לגלות דבשלמא כשקרה לו שוגג שהרג התורה חסה עליו ואמרה דמגלין רבו ותלמידו כי היכא שיחי' אבל הזוממין שבמזיד עשו מעשה רשע איך שייך שיגלו רבם עמם הכי בשביל שפשעו הם יצטרך רבם לגלות וז"פ וברור וגם אם לא הי' להם רב וגם לזה שרצו לחייב גלות לא הי' לו רב א"כ ממילא יצטרך לגלות אבל בב"ג שפיר דרשו לו ולא לזרעו דהא אף שלא הי' לו בנים באותו שעה יפסול לעולם וכי בסריס וזקן מיירי קרא וא"כ ממילא יפסלו זרעם לעולם וזה לא אמרה תורה וגם יפסלו מתרומה ומפדיון הבן וכדומה וזה לא אמרה תורה שיעשו לעדים דבר שאולי לא הי' קרה לזה שרצו להזים פה"ב וכדומה ועיין בריטב"א ריש מכות וז"ב:

סימן כז

א לחכם אחד.

ב מה שהקשה בנדרים דף פ"ג בהא דאמר ר"נ לעולם בעל לאו בכלל בריות הוא ונתגרשה יכולה להנות מלקט שכחה ופאה ופירשו הרשב"א והר"ן דמבעל ג"כ אסורה להנות לאחר שנתגרשה ולזה הקשה דא"כ אמאי א"י להפר דהרי אזלינן בתר שעת אמירת הנדר דעדיין ברשות הבעל כמבואר בדף פ"ח בפלוגתא דר"ע ור"י והר"ן מזכירו כאן ולפענ"ד נראה דל"ק דגם ר"ע מודה כאן דכאן כ"ז שהיא לא נתגרשה אין הבעל בכלל בריות וע"כ מה שמיפר הוא רק לאחר שתתגרש ושוב איננה ברשותו. ובלא"ה הא באמת אינו עינוי נפש דיכולה להנות בלקט רק דכ"ז שהיא תחת בעלה מקרי עינוי נפש אבל אח"כ לא מקרי עינוי נפש וממנ"פ לא מצי מיפר ובלא"ה לא ידעתי מי הגיד לו דא"י להפר דלמא מאי דקתני א"י להפר היינו שא"צ להפר כמו שפירש"י והיינו משום דכ"ז שהיא תחת בעלה אינו בכלל בריות ולא אכפת לי' דמתזנא מיני' ובאמת אם ירצה להפר בשביל שלאחר הגירושין הוא בכלל מצי מיפר וכן נראה מהרא"ש שהרי כתב בהדיא דמצי מיפר מהשתא ומה שהקשה הוא דבמשנה קתני דא"י להפר ל"ק דהרא"ש מפרש כפירש"י ואדרבא ע"כ מוכרח כפירש"י דאל"כ יקשה אמאי לא יפר שמא יגרשנה ויחזור וישאנה כדאמר ר"י בן נורי שמא יגרשה ויחזירנה ואז נאסר הבעל ואי אפשר לה להזהר שלא תהנה מן הבעל במקצת ותכשל וע"כ דבאמת מצי להפר רק שא"צ להפר ודו"ק כי קצרתי. והנה בהא דפריך הש"ס מנטולה אני מן היהודים ואי אמרת בעל לאו בכלל בריות אמאי צריך להפר חלקו כמו שגרסו הר"ן והרא"ש וקשה טובא אמאו לא פריך טפי דבאמת התוס' ישנים הקשה דאיך חל האיסור על היהודים בעודה א"א הא אין אחע"א וכתבו דחל בכולל דבעל ולפ"ז אם אין הבעל בכלל בריות יקשה איך חל על היהודים כלל והיא קושיא גדולה ואף דחל על הבעל לכשיגרש הא אז חל בכלל דיהודים וכיון דעל היהודים לא חל דלא שייך בכולל דבעל וא"כ ממילא אין הבעל בכלל ולא שייך כולל והיא קושיא נפלאה. והנראה לי בזה דלכאורה צ"ב קושית התוס' ישנים דהא על עצמה יכולה לאסור אף דבר שלבל"ע ומתכוונה לאסור על אחר הגירושין ואדם אוסר על עצמו אף בדבר שלבל"ע וצ"ל דהתוס' מפרשים דאמרה הנאת תשמישי על העולם וכמ"ש הטור סי' רל"ד וא"כ אסרה על אחרים וזה הוה דבר שלבל"ע וא"כ לפמ"ש הב"י דיש לפרש להיפך דאסרה על עצמה תשמיש העולם א"כ לא הי' יכול להקשות דאמאי חל וכמ"ש ולכך לא מקשה רק דלמה צריך להפר דהא עליו לא נאסרה כלל ודוק. ובזה מיושב קושית הא"מ ח"ב סי' י"ד דלר"ל דאיסור הבא ע"י עצמו לא שייך כולל איך חל

בנטולה מן היהודים דהו"ל איסור הבא ע"י עצמו ולפמ"ש י"ל דהוא יפרש דאסרה על עצמה ובכה"ג אסרה על עצמה אף בלי כולל וכמ"ש ודו"ק ובלא"ה יש לומר דבאמת סברת ר"ל דבאיסור הבא מעצמו לא שייך כולל יש לומר דהנה הוא בא לבטל ע"י איסור שבדה מלבו ואסר על עצמו איסור תורה ובכה"ג לא אלים אמירתו לבטל מצות התורה וכמ"ש בתמורה דף כ"ה בבכור דאמר עליו שעם יציאתו יהי' קדוש לעולה דדברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין ועיין רש"י שם ובזה יש ליישב קושית התוס' ממוקדשין דמוקדשין שאני דכבר נתקדש ובעת קדושתו לא בטל מצות ד' וגם קושית א"מ מיושב דגם שם לא מבטלת מצות ודו"ק. והנה דרך אגב אכתוב מה דק"ל בהא דאמר גבי נטולה אני מן היהודים דיפר חלקו ותהא משמשתו ותהא נטולה מן היהודים וקשה כיון דמיפר חלקו שוב הוה נדר שבטל מקצתו בטל כלו ולמה תהא אסורה על כל היהודים ואף דבהפרת בעל מבואר בסי' רכ"ט דלא שייך לומר הפר מקצתו הפר כלו מ"מ קשה לפי מה דקיי"ל בסי' רל"ה ס"א בהג"ה דאם הפר קצתו לא מופר כלל א"כ כאן שנדרה נטולה אני מן היהודים א"כ הדירה עצמה מכל היהודים והוא לא היפר רק מקצתו ואינו מופר כלל וא"ל דהוה כשני נדרים דהדירה עצמה מהבעל ומהיהודים ובפרט מהיהודים בלא"ה נאסרה כעת ובשני נדרים הוה הופר מקצתו כמבואר שם דזה אינו דבאמת לא חל כלל על אחרים רק ע"י כולל דבעל א"כ ע"כ נדר אחד הוא ואמאי הפר מקצתו כלל והוא קושיא גדולה והנראה לי בזה דהנה בספר קול יעקב הובא בשעה"מ פי"ב מנדרים נסתפק במי שהקדיש שתי בהמות ואחת מהם בע"מ אי שייך בזה נדר שהותר מקצתו דהא על בע"מ לא חל כלל ע"ש ולפ"ז גם בהפרה מקצתו יש לומר ג"כ הך סברא דבאמת על הבעל לא חל כלל הנדר דמשועבדת ליה ואף דקונמות מפקיע מידי שעבוד הא אלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל ובכה"ג לא מקרי חלות להנדר ולכך יכול להפר לעצמו דכל שמפר לעצמו נתברר למפרע דע"ז לא נדרה ולא הי' חלות לנדרה כלל. אבל אחר העיון זה אינו דא"כ כל שלא חל הנדר כלל והיה נדר טעות על הבעל שוב יתבטל נדרה דהא אינו חל על דבר שלבל"ע וכולל דבעל ל"ש דהא ע"כ שעל הבעל לא חל הנדר וע"כ צ"ל דמכל מקום יש חלות להנדר רק שהבעל יש לו כח להפר וא"כ שוב יקשה למה יהיה מיפר להבעל ולאחרים אסורה דכל שלא הופר כלו לא הופר גם לו. אך יש לומר כיון דבאמת על אחרים לא חל הנדר דהו"ל דבר שלא בל"ע רק דחל בכולל דבעל וא"כ איך יהיה הטפל חמור מן העיקר דאיך נימא דלא יהיה מועיל הפרה על שלו כיון דלאחרים אינו מיפר הא עיקר הנדר של אחרים בא מכח נדר שלו וכל שאתה אומר שעל שלו יכול להפר מהראוי הי' שיהי' אחרים בטל ג"כ רק שכבר היה לו חלות אם לא הי' מפר אבל

עכ"פ אינו גורר בזה נדר שלו שלא יהיה יכול להפר חלקו וז"ב ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במה שמקשין העולם בהא דאמרו דלמשנה אחרונה בטמאה אני לך מותרת לבעלה והקשה הר"ן דאיך יכולין ב"ד להפקיע איסור תורה דמצד הדין נאמנת לומר טמאה אני לך וא"כ איסור שבה להיכן הלך וכתב דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה והקשו דלפ"ז מה נעשה באם תאמר נטולה אני מן היהודים וטמאה אני לך דאז אם נימא דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה שוב לא יוכל להפר דאינו בעלה ולפמ"ש יש לומר דבזה באמת לא חל נדרה כלל דהו"ל דבר שלבל"ע וכולל דבעל ל"ש בזה דלבעל בלא"ה נאסרת דהא טמאה היא לו וא"כ לא חל הנדר כלל וא"כ לפי דבריה שאמרה טמאה אני לך אין מקום חלות לנדרה ושוב א"צ התרה כלל לנדרה ושוב יוכלו חז"ל להפקיע קידושיה ושוב מותרת וא"ל דכל שהיא מותרת לבעלה שוב חל נדרה דזה אינו דעכ"פ לפי דבריה שויא אנפשה חתיכה דאיסורא שוב לא חל נדרה. אמנם אחר העיון זה אינו דהא עדיין תוכל לומר שמתחלה נדרה מהיהודים ואח"כ נטמאת שאז כבר חל נדרה בכולל דאז לא היתה אסורה על בעלה וא"כ שוב תוכל להפקיע עצמה מבעלה ובזה הן נסתר מחמתו מה שראיתי בספר שו"ת ת"צ סי' ל"ו שחידש גם כן ליישב הקושיא דכיון דלא חל נדרה כל שנטמאה א"כ שוב מפסדת כתובתה דלא שייך לומר דמוכח דתשמיש קשה לה דהא לא תאסר כלל ואם כן שוב מפסדת כתובתה ובזה ל"ש החשש שמא עיניה נתנה באחר ובחידושי לנדרי' הקשיתי עליו ולפמ"ש הדבר תמוה בלא"ה דאכתי תוכל לומר שנדרה מקודם ואח"כ נטמאת ושוב אינה מפסדת כתובתה דתשמיש קשה לה ולפענ"ד נראה בזה דבר נחמד דבאמת צריך להבין בהא דתני דלמשנה ראשונה יוצאת ונוטלת כתובה בטמאה אני לך ולמשנה אחרונה חשו שמא עיניה נתנה באחר ואמאי יוצאת כלל והא מבואר בב"ש סי' קי"ז ס"ק ח' דבזינתה מותר להיות עמה ביחד אף בלי עדים וא"צ לגרשה דלא חיישינן שמא יבא עליה דמאוסה בעיניו וא"כ איך קתני דיוצאת דמשמע בע"כ והא א"צ לגרשה וגם איך שייך לחוש שמא עיניה נתנה באחר דהא אינו ברור לה שיגרשה ויקח אחרת לתשמיש וא"כ יהיה כלימת עולם על ראשה וחפצה לא תשיג והיא קושיא גדולה וכמדומה שכבר עמדתי ע"ז בתשובה. אך נראה לפי מה דמוקי הש"ס דטמאה אני לך מיירי באונס ובאשת כהן א"כ יש לומר דאינה מזוהמת ובאמת להס"ד דמיירי באשת ישראל באמת הו"מ לאקשויי ובלא"ה אקשי' שפיר אבל לפי המסקנא באשת כהן שפיר צריכה לצאת דחיישינן שמא יבא עלי' דלא שייך דמזוהמת בעיניו דהא טוענת שאנוסה היא ומה הו"ל למעבד וז"ב ולפ"ז נראה לי דבטענת טמאה אני לך ונטולה אני מן היהודים שפיר יכול להפר דכיון דתשמיש הוה דברים שבינו לבינה

כמבואר בנדרים דף פ"ב אם כן יכול להפר דיאמר דרוצה להשהותה עכ"פ בלי גירושין וא"כ כשלא נדרה יכול לשהותה דמצד טמאה אני לך למשנה אחרונה אינה נאמנת רק דלא יוכל להפר דממנ"פ שוב אסורה משום טמאה אני לך דזה אינו דעכ"פ להשהותה בודאי מותר דאין אנו מאמינים לו כלל וא"כ שוב יוכל להפר דאף שיאסר לשמש עמה עכ"פ יוכל להיות עמה אבל מחמת נדרה ניחוש שמא יבא עליה באיסור הנדר וא"כ שוב הוה דברים שבינו לבינה ואף שנאסרת בתשמיש מכל מקום יכול להפר דבעלה הוא וא"כ שפיר אף בטמאה אני לך ונטולה אני מן היהודים מכל מקום יכול לדור עמה וכיון שיכול להפר שוב מותר לשמש עמה דעל טמאה אני לך שוב הפקיעו הקדושין וכל שכבר הפר לה שוב אף שנפקעו הקדושין אח"כ מכל מקום הנדר כבר מופר וז"ב ודוק היטב כי הוא חריף

ג אחר שכתבתי כ"ז האיר ד' עיני ומצאתי בר"ן דף פ"ב ע"ב גבי מיפר למתענה שהקשה קושיתי דאמאי תהא אסורה על אחרים כל שמפר לחלקו שוב מיפר גם לאחרים ומחלק דדוקא נדרי עינוי נפש שייך מתוך שמיפר לגבי עינוי נפש דמשום לתא דידה הוא לכך כל דמיפר מה שעינוי גבה הוא מיפר גם מה שאינו עינוי נפש אבל דברים שבינו לבינה כל מה דגבי הוא שייך מיפר ולא מה שאינו שייך לגביה ע"ש וכ"כ הרא"ש שם ובאמת שלכאורה מבואר כן בדף פ"ב בהא דמוכיח הש"ס דתשמיש המטה מדברים שבינו לבינה הוא דאל"כ אמאי תהא נטולה מן היהודים והא יכול להפר אף לאחרים ולכאורה תימה דבאמת בנטולה אני מן היהודים לא מקרי עינוי נפש כלל שהרי לכך למשנה ראשונה נוטלת כתובה דמוכח דתשמיש קשה לה ואם כן שוב אינו מקרי עינוי נפש. אך זה אינו דכיון דלמשנה אחרונה לא מאמינים לה וחיישינן שמא עיניה נתנה באחר ומשקרת א"כ שוב הוה עינוי נפש ולפ"ז דלמא לכך חלקו יכול להפר דהוא אינו מאמינה והוה עינוי נפש אבל לאחרים למה לא תהי' נאמנת דתשמיש קשה לה ולא הוה עינוי נפש והיא קושיא גדולה ולפמ"ש א"ש דהש"ס מוכיח דאם מקרי עינוי נפש אם א"י להפר לאחרים שוב אינו מופר גם לעצמה לשמואל וכמ"ש ודוק היטב.

ד וגם לפמ"ש הש"ך בסי' רל"ד ס"ק ע"ז דלר"י דקי"ל כוותי' כל שאין בידו להפר לשאינו מתענה מה שמתענה מועיל הפרתו ע"ש שהביא כן בשם הרא"ש ור"ן א"כ גם כאן יש לומר דאם הי' תשמיש עינוי נפש א"כ ממילא מופר על הכל דכל שתהיה מותרת לשמש דהיינו לאחר מיתתו וגירושיו שוב יהיה עינוי נפש אף שכעת אינה מצטערת עליהם אבל מכח דברים שבינו לבינה לא שייך בזה וז"ב מאד וא"ל דתשמיש אף שקשה לה מכל מקום מקרי עינוי נפש וכמו בנדרה מדבר שרע לה דלפמ"ש הט"ז סקי"א כל שרע בעיני'

באמת מצד שאינה חפיצה בו באמת לא נקרא עינוי נפש ואף להש"ך י"ל דבתשמיש מודה ודוק. והנה בגוף הענין דפלפלו בש"ס אי בעל בכלל בריות נראה לפענ"ד דהנה כבר אמרו כל הנודרת ע"ד בעלה נודרת והקדמונים נחלקו בזה אי באמת זהו טעמו של קרא דלכך הבעל מיפר לפי שע"ד נודרת או דלמא טעמו דקרא לא נודע כלל דגזירת הכתוב היא ורק דלכך נודרת ע"ד בעלה לפי שיודעת שיכול להפר ועיין שו"ת מהרי"ט סי' ד' בראשונות ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה שנסתפקו בש"ס אם בעל בכלל בריות דהיא באמת נדרה ע"ד בריות בכלל וגם הבעל בכלל ולכך א"י להפר דכל דחזינן שלא נדרה על דעתו דהרי נדרה שלא להנות ממנו והרי זהו גופא הוה הנאה שיפר לה הנדר שעינוי לה וגם הרי ידעה שהבעל לא ירצה שתהיה אסורה להנות ממנו ומכל העולם ותצטרך לקבץ לקט שכחה וא"כ ע"כ לא נדרה על דעתו וא"כ לכך א"י להפר או דלמא דבאמת בעל לאו בכלל בריות הוא וא"כ לא נדרה ממנו וסברה דמאחרים לא אכפת לי' ואם לא ירצה באמת יפר לה וז"ב ולפ"ז נראה לי דלאחר שנתגרשה בודאי בעל בכלל בריות הוא דבאמת הלשון כולל כל הבריות ובעלה ג"כ בריה הוא רק שלא אפשר שתהי' כוונתה על עת שלא נתגרשה דא"כ לא נדרה על דעתו כלל אבל לאחר מכאן הוה בכלל בריות ובזה יש ליישב קושית הר"ן דאיך הוה אח"כ בכלל בריות הא עיקר אזלינן בתר חלות הנדר כמו בנודר מיורדי הים דתלו לה בירושלמי בפלוגתא דר"ע ור' ישמעאל וא"כ ממילא מי שלא היה בכלל יורדי הים בעת ההיא לא הוה בכלל נדר אף שנעשה אח"כ מיורדי הים ע"ש שנדחק בזה ולפמ"ש אתי שפיר דאטו לא הוה בכלל בריות בעת ההיא רק שאמרינן דמכל מקום לא נדרה על דעתו דלא הי' בדעתה לדור מהנאתו אבל אחר שנתגרשה הרי הבעל ג"כ בכלל לשון הנדר שבאמת הבעל הוא בכלל הבריות והנה לכאורה נראה לי דאם נימא דלאחר שנתגרשה אסורה גם בבעל אם כן בכה"ג לפענ"ד כל שהבעל מיפר הוה מופר לכל דבאמת כל נדר שהותר מקצתו הותר כלו רק בהפרת בעל ואב לא אמרינן הכי ומטעם דבעל מכאן ולהבא מיפר ומיגז גייז וכבר חל הנדר וכמבואר סי' רכ"ט וא"כ לפ"ז נראה לי דזה דוקא באם הי' חלות הנדר על הבעל תיכף אבל כאן דבאמת כ"ז שהבעל לא גירשה לא חל הנדר ואימתי יחול לאחר שיגרשה וא"כ כל שמפר לה כעת שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו אז מופר הנדר מעיקרו ואין מקום להנדר לחול כלל ושוב יוכל להפר לכל הבריות דבזה שוב הוה נדר שהותר מקצתו הותר כלו דהא לא חל הנדר כלל וז"ב כשמש. ובזה נראה לי להבין כוונת הש"ס דזהו שחידש ר"נ לעולם בעל לאו בכלל בריות ואם כן לכך א"י להפר משום שיכולה להנות בלקט שכחה ופיאה דאל"כ הי' מיפר עינוי נפש דיליה ושוב הי' מופר לכל כיון דלאחר שנתגרשה יכולה

להנות בלקט שכחה ופיאה ושוב אינו עינוי נפש כלל ומעתה הא דקאמר דא"י להפר היינו דלאחרים אינו מועיל הפרתו דאף דכעת היא עוד תחת בעלה דאזלינן בתר שעת הנדר וכאשר הקשה מעלתו ולפמ"ש אתי שפיר דממ"נ א"י להפר דכעת לא נדרה ע"ד הבעל וא"כ אף שמיפר לעצמו שמא יגרשנה ויחזור וישאנה מכל מקום אינו מיפר רק לעצמו מה תאמר דהא כל שמיפר לעצמו שוב הוה נדר שהותר מקצתו דז"א דכיון דהוא א"י להפר רק לאחר שנתגרשה ואז שוב אינו עינוי נפש דיכולה להנות מלקט שכחה ופאה וא"כ א"י להפר רק מחמת נדרים שבינו לבינה וזה אינו מופר רק לעצמו ולא לאחרים וז"ב ונכון ולפ"ז לעצמו באמת יוכל להפר אך נראה דלא יוכל להפר דהרי באמת לא חל הנדר עדיין ואף דבעל מיפר אף באם לא חל עדיין הא מפרש הטעם בנדרים דף פ"ח משום דמיפר מחשבות ערומים והיינו אף במה שהוא רק במחשבה מפר ועיין סי' רנ"ח סי"ז ולפ"ז כאן דבעל לאו בכלל בריות הוא א"כ כעת אף במחשבה לא הי' על הבעל ואיך יוכל להפר ואם כן מיושב היטב קושית מעלתו בטוב טעם דממ"נ א"י להפר וגם לפמ"ש בסי' רל"ד סכ"ח בהג"ה דדוקא בתלוי בזמן לחוד אבל בתלוי במעשה לא מצי מפר כאן תלוי במעשה הגירושין ואף לפמ"ש השו"ך ס"ק מ"ה שם לחלוק ע"ז הא גם לדבריו כאן לאחר שנתגרשה לא יהיה עינוי נפש וגם בינו לבינה לא יהי' אח"כ דמי יאמר לו שיחזור וישאנה וא"כ תוכל להנות מלקט שכחה ופאה ואף דכעת הוה מדברים שבינו לבינה הא עכ"פ לא גרע מאם תלתה בדבר שאינו עינוי נפש ולא בינה לבינה דודאי לא יכול להפר ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הר"ן הנ"ל דלכך חל על לאחר שנתגרשה אף דכעת לאו בכלל בריות דבאמת כל עיקר דלאו בכלל בריות הוא רק לשלול דלא הי' במחשבתם כעת רק על בריות ועל בעלה לא כוונה בעת הזאת דכעת אינו נקרא בריות אבל בעת שיהיה נקרא בריות הרי היא נדרה מהבריות וא"כ לכך לא יוכל להפר ממ"נ ולכך אסורה ובזה ממילא מיושב מה שהקשה בספר שמלת בנימין בסי' רי"ז סעיף ל"ה בהא דסתם שם המחבר דכל שכעת אינו בכלל יורדי הים אף שאח"כ יהיה בכלל לא חל הנדר וא"כ לפי זה גם בנדרה שלא תהנה מהבריות מהראוי שאף לאחר שנתגרשה תהי' מותרת בבעל ובש"ע סי' רל"ד סעיף ס"ה סתם המחבר כהר"ן דחל הנדר לאחר שתתגרש ומטעם שכתב הר"ן דלא קי"ל כהירושלמי בזה וא"כ פסקיו סותרין זא"ז והניח בקושיא. ובאמת שהוא תימה רבה אבל לפענ"ד דהמחבר יישב קושית הר"ן כמ"ש וא"כ שוב אין לחלוק על הירושלמי. עוד נראה לי דבר נכון דלכך בעל לאו בכלל בריות הוא דהנה היא נדרה קונם שלא אהנה מהבריות ולפ"ז מהבעל אף שהוא בכלל בריות מכל מקום הא כיון דהוא צריך ליתן לה מזונות אינה נהנית מיניה ובחובה קא שקלית ומצאתי במחנה

אפרים הלכות גביית חוב סי' ג' שכתב דבלוה שאסר הנאתו על המלוה הב"ח מותר ליקח ממנו דאין לוקח בשביל הנאה רק בחוביה קא שקיל ואינו נהנה ממנו כלל וא"כ לכך לא נאסרה מהבעל דאינו בכלל בריות דמהבריות היא נהנית ומדידיה בחובא קא שקלית והו"ל כאלו לקחה בדמים ולפ"ז לאחר שנתגרשה דאז אינו מחויב לה מזונות שוב היא נהנית ממנו ואסורה ואז שוב תוכל להנות מלקט שכחה ופיאה ולכך לא מצי מפר דעלי' לא חל הנדר כלל ובזה מיושב היטב כל הקושיות וגם קושית הר"ן דלכך חל הנדר אח"כ דבאמת גם עכשיו בכלל בריות הוא רק שהיא בחובה קא שקלית ולא נהנית ממנו וז"ב כשמש ומיושב פסקי הש"ע ודוק היטב כי הוא חריף. ובזה מיושב מה שהקשיתי למעלה גבי נטולה אני מן היהודים דיפר חלקו ותהא משמשתו ותהא אסורה לכל העולם והקשיתי למעלה דלמה לא פריך הש"ס דאם בעל לאו בכלל בריות היאך חל כלל על אחרים הא באמת אין איסור חל על איסור ורק ע"י כולל דבעל וכל שהבעל אינו בכלל אמאי חל כלל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הי' מקום לומר דחל על לאחר שיגרשנה דאז תהיה מותרת לכל העולם וחל בכולל. אך ז"א דא"כ דכוונה רק לאחר שיגרשנה אמאי צריך להפר חלקו מיהו עדיין יש מקום לומר דלכך צריך הפרה שמא יגרשנה ותהיה אסורה לחזור לו ולפ"ז שוב כל הנדר מופר וכמ"ש דכיון דבעודה תחתיו לא חל הנדר. ומעתה זהו דמקשה הש"ס דאם בעל לאו בכלל בריות נדרי עינוי נפש הן ויפר לכל העולם וכמ"ש ודוק היטב ויש לי להאריך בכ"ז ואין הזמן מסכים כעת והנה מצאתי בספר ברכי יוסף שהיה אצלי איזה ימים והשקפתי בסי' רל"ד ביו"ד שהביא בשם הרדב"ז בנדרה לעלות לא"י הו"ל נדרי עינוי נפש שאם תלך אין לו מי שישמשנו והכנה"ג כתב ע"ז נדרי עינוי נפש מקרי מה שהוא לה עינוי נפש אבל דברים שהם עינוי נפש לו ולא לה לא מקרי עינוי נפש ע"ש והבר"י שם כתב דדברי הכנה"ג נכונים וכדמוכח מש"ס ופוסקים ולפענ"ד צ"ע דהיאך רוצה הש"ס לומר דתשמיש המטה מקרי עינוי נפש והביא ע"ז מהך דנטולה אני מן היהודים דאי אמרת עינוי נפש הוא אמאי תהא נטולה מן היהודים ומאי קושיא והא בעי עינוי נפש לה דוקא ושם מוכח דלה אינו עינוי נפש שהרי אמרינן דתשמיש קשה לה ולמשנה ראשונה נאמנת וע"כ דעינוי נפש מה שלו הוא ג"כ עינוי נפש ובאמת שהבר"י הביא בשם הירושלמי פרק בתרא דנדרים הלכה ב' דנחלקו בזה האמוראים חד אמר מפני שהוא עינוי נפש שלה וחד אמר מפני שהוא עינוי נפש לו הרי דלחד מ"ד גם עינוי נפש שלו יכול להפר

ה והנה מ"ש למעלה בשם המחנה אפרים דפרעון חוב לא מקרי הנאה מצאתי כעת בהפלאה בכתובות ר"פ המדיר בהא דפריך וכיון דמשועבד לה שכתב ג"כ סברא זו.

ודרך אגב אומר במה שראיתי שם שהקשה בהא דקתני דהמדיר את אשתו מלהנות לו יוציא ויתן כתובה לאחר שלשים יום וקשה אם נימא כדס"ד בגיטין דף כ' דגט שכתבו על איסורי הנאה פסול וא"כ קשה היאך יוציא הא האי גט הוה איסורי הנאה אצלה ע"ש וכפי הנראה כוונתו דהא צ"ל שווי שו"פ הגט והרי הדירה בהנאה ואם כן איך תהנה מהגט. והנה קושיתו לק"מ לפענ"ד דהרי באמת הש"ס מקשה כיון דמשועבד לה היכא מצי מדיר לה ומשני בא"ל צאי מעשה ידיך במזונותיך א"ה למה לי פרנס במספקת לדברים גדולים ולא לדברים קטנים דעד שלשים יום לא זילא בה מלתא טפי זילא בה מלתא ולפ"ז כיון דלאחר שלשים יום זילא בה מלתא א"כ שוב משועבד לה ולא מצי לחול וא"כ ע"כ מוכרח לגרשה וא"כ אם לא יוכל לגרשה שוב יתבטל הנדר דהא משועבד לה וא"א לגרשה וא"ל כיון דעכ"פ עד שלשים יום יש לו חלות להנדר א"כ שוב חל גם אח"כ בכולל דזה אינו דכל דמשועבד לה לא מועיל כולל וכמ"ש הט"ז ביו"ד סי' רל"ד ס"ק כ"ז ובחבורי שם הארכתי בזה. שכ"כ ג"כ במהרי"ט בראשונות סי' ה' ע"ש וא"כ ע"כ יכול לגרשה דאל"כ אין לו חלות להנדר ובזה יש לומר במ"ש הר"ן ליישב דברי הרמב"ם שהשמיט אוקימתא דהש"ס וכתב סתם המשנה דהמדיר את אשתו לאחר שלשים יום יוציא וע"ז כתב דבאמת יש לומר דקונמות מפקיעין מידי שעבוד והש"ס אזיל אליבא דת"ק דריב"נ אבל לריב"נ קונמות מפקיעין משעבוד ואף דאלמוהו רבנן לשעבודא דבעל ואם כן ה"ה שעבודא דאשה זה אינו דהבעל כיון שבידו להפקיע שעבודא דאשה ע"י שיגרשנה קונמות מפקיע משיעבודא ע"ש ולפ"ז קשה דאם כן איך יכול לגרשה הא יהי' לה הנאה וא"ל דא"כ לא חל הנדר דזה אינו דהא הקונמות מפקיע משעבוד וחל הנדר וא"ל דאלמוהו לשיעבודא דאשה דז"א כיון דאם לא הדירה הי' יכול להפקיע השעבוד ע"י גירושין אם כן שוב חל הקונמות ושוב אסור לגרשה. ובזה יש לומר דלכך לא משני הש"ס דקונמות מפקיע דא"כ יקשה איך יכול לגרשה ועכ"פ המ"ד דס"ל דכתבו על איסור הנאה פסול מה יענה להמשנה אבל לדידן דקי"ל דכתבו על א"ה כשר שוב נוכל לומר דקונמות מפקיע מידי שעבוד. עוד יש לי לומר דיכול לגרשה ויאמר לה על מנת שתחזיר לו את הנייר דמגורשת כמבואר בגיטין דף כ"א ובאהע"ז סי' קמ"ג סי"א וא"כ שוב לא תהנה כלל רק גוף נתינת הגט וזה מותר ודוק

ו והנה בשנת תרי"ד למדתי כתובות ר"פ המדיר וראיתי בשיטה מקובצת במשנה שם שכתב בשם גאון וז"ל שמעינן מהכא דמאן דנדר במידי דמשתעבד לה אין נדר חל עליו וכ"ש מי שנודר בדבר מצוה שנתחייב בו אעפ"י שאסור לנדור בכמות דברים הללו כי אין נדר חל עליו. והוא תימה דמלבד דקצת הלשון מגומגם במ"ש אעפ"י שאסור לנדור

וכו' כי אין נדר חל עליו ומה לשון אעפ"י הא אדרבא כיון דאסור לנדור לכך אין הנדר חל עליו אבל גוף הדבר תמוה דהא נדרים חלים עד"מ ומה זה שאומר שאין הנדר חל עד"מ שנתחייב בו אמנם באמת כוונת הגאון לפענ"ד דהא דנדרים חלים עד"מ הוא דוקא במצות שבין אדם לקונו גלתה תורה דנדרים חלים עד"מ מקרא דכתיב לד' כל דלד' אבל מצוה שבין אדם לחבירו עד"מ תשמיש דהוא מצוה ומצוה שבין אדם לחבירו כזה אין הנדר חל כלל. ובזה יש ליישב דברי המרדכי הובא ביו"ד סי' רט"ו ס"ק ה' בש"ך שם ודוק. ובזה יש ליישב דברי רש"י שכתב דאין הנדר חל על תשמיש דמשועבד לה והקשה בתוס' דא"כ למה לא דייק מתשמיש דלא חל ולפמ"ש יש לומר דשאני תשמיש דהוה דבר מצוה ושעבוד לחבירו בכה"ג ודאי לא חל אבל מזונות אף דמשועבד לה מכל מקום למ"ד מזונות דרבנן אין כאן מצוה דאורייתא וגם יש לחלק דשם המצוה היא מכח השיעבוד שנתחייב לה שאם היה מתנה ע"מ שאין ליך עלי שאר וכסות הי' ג"כ מועיל וא"כ גם הנדר מועיל אבל על עונה דל"מ להתנות שוב אין חלות להנדר כלל וז"ב והוא דבר חדש וצריך סעד לתמכו. ודרך אגב אזכיר מה דנשאלתי בשנת תרי"ד מק' דזיקיב מהרבני המופלג מוה' אליהו מארדער במי שנשבע שלא לעשות איזה דבר ונשבע אח"כ שלא יגלה הדבר הזה שנדר לשום אדם בעולם וכיון דקי"ל צריך לפרט את הנדר א"כ מה יעשה זה כיון דאף בדיעבד אינו מותר והביא שנמצא תחת ידו תשובות כתב יד מהגאון מוה' יצחק ז"ל אבד"ק פוזנא (הוא ג"כ זקני הגאון שמובא במ"א ונמצא גם אצל אבי מורי הגאון נ' תשובותיו כת"י) והנה שם נמצא שאחד שאל לו דין זה והביא ראיה ממה דאמרו בסוטה ל"ו אתשל אשבועתך והא קי"ל דצריך לפרט את הנדר והרי נשבע שלא לגלות וע"כ דכל שא"א לפרט מקודם סגי בשיפרט אחר ההתרה את נדרו ויראה אם אין בו דבר איסור ומעלתו רוצה לדחות עפ"י דברי המהרש"א בח"א שלה"ק אינו בכלל השבעים לשון רק שהיה גנאי לפרעה שלא יוכל להשיב לו והאריך בזה וגם הביא משם ספר לקוטי שושנים תירוץ בזה הנה יסלח לעיין בשעה"מ בהלכות שבועות פ"ו וימצא מבוקשו וגם הראי' מצדקיהו מבואר שם גם מ"ש מעלתו דהוה לדבר מצוה עיין בשעה"מ שם וע"ש מה שמביא בשם שטמ"ק ושני התירוצים לא יועיל בנ"ד ובגוף הקושיא מיוסף וצדקיהו לפענ"ד כיון דהא דצריך לפרט הנדר אינו רק מדרבנן כמ"ש כל האחרונים דיש לחוש שמא יש בו דבר איסור או ביטול מצוה ולא יוכלו להתיר לו א"כ יש לומר דאז בימי יוסף וצדקיהו לא היה תקנת חז"ל עדן בזה. ובאמת בגוף הדין מסתבר כמ"ש השעה"מ דמשום צורך קצת כשלום הבית וכדומה מותר שיתירו לו ואח"כ יפרוט נדרו ויראו אם אין בו חשש ביטול מצוה ואיסור אז הותר למפרע ובפרט לפמ"ש המבי"ט

דמה"ת סגי בחרטה אף שלא יתיר לו חכם כלל ע"ש והארכתי בזה בספרי יד שאול פשיטא דבכה"ג לא החמירו חכמים וסגי בפירט נדרו אח"כ לאחר שהתירו לו ודוק. ובגוף הקושיא מיוסף וצדקיהו נראה לפענ"ד דהנה באמת מה דחיישינן שמא נדר ע"ד מצוה זה אינו רק חששא בעלמא ועפ"י רוב אינו כן רק דתקנה על עולם כולו תקנו אף על המיעוט כמ"ש הקדמונים ולכך תיקנו חז"ל שיפרט הנדר אבל ביוסף וצדקי' שלא אפשר למפרט הנדר סמכינן על רובא דעלמא דלא היה בנדר דבר איסור ודבר מצוה ובלא"ה יש לומר דלפמ"ש הר"ן בביצה פרק אין צדין דבדבר שיש לו מתירין לא אזלינן בתר רוב א"כ נדרים הוו דבר שיש לו מתירין לא אזלינן בתר רוב ועיין בחבורי יד שאול סי' ר"ח ולפ"ז כאן דאי אפשר לפרט הנדר וא"י להתיר הנדר שוב לא הוה דבר שיש לו מתירין ואזלינן בתר רובא ודוק היטב:

ז והנה בש"ק ע"פ תרט"ז הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ' והקשה על מ"ש בחיבורי יד שאול סי' רל"ד ס"ק נ"ה על הט"ז שם בהא דמסיק קונמות קאמרת וכו' והרי שם מיירי ביקדשו ידי ולדעת הט"ז הוא על כל העולם ואפ"ה אלמוהו רבנן לשעבודי' וע"ז הקשה דהרי מבואר שם ברש"י דבקונם פרטי רק על הבעל מיירי דזה אין לו פדיון והוה כקדושת מזבח ואדרבא מזה ביארתי בחי' הרמב"ם עכ"ל. ואני אומר דאמת שכ"כ רש"י אבל אני הקשיתי על הט"ז והט"ז פירש דמיירי ביקדשו ידי על כל העולם ובאמת בנקה"כ דחה פירושו עיי"ש אבל אני דייקתי דלדעת הט"ז הוא על כל העולם ומ"ש על מ"ש בס"ק מ"ו שם להקשות על ונטולה אני מן היהודים הקשיתי מדברי הרשב"א וע"ז כתבת דהרשב"א שפיר הקשה בבעל שאמר קונם תשמישך עלי אבל כאן הלא על היבמה אין מצוה כמ"ש בשו"ת הרשב"א ויש סמך מש"ס כתובות דס"ד זיל לא מפקדית עכ"ל. ואני אומר כיון דעכ"פ הבעל מקיים המצוה ומלל"נ והיא משועבדת לו שוב א"א לה להיות נודרת קונם תשמישך עלי. ודרך אגב אכתוב מה שהקשה עוד בשבת ה' ב' תוס' ד"ה ריב"נ דכתבו מדנקט טבול יום ולא נקט שני וכו' וע"ז הקשה בזה"ל והוא תמוה דשם דוקא נקט טבול יום דהוא מהדברים המחובר לטומאה ואינו מחובר בט"י כאשר תראה בפ"ב מט"י וברמב"ם פ"ח מטומאת אוכלין עכ"ל ובאמת שקושיא חמורה היא ויגעתי בספרים ולא מצאתי. אמנם בגוף הדבר תמהני דלפ"ז יקשה על הש"ס גופי' בשבת דתלוי לה בפלוגתא דרבנן וריב"ן והרי יש לומר דשאני טבול יום משבת ויגעתי ומצאתי בספר חזון נחום הספרדי על משניות סדר טהרות בפ"ב דט"י משנה ה' שהקשה כן על הש"ס והוסיף עוד דשמואל אמר בהעור והרוטב תאנים שצמקו באיביהם מטמאין טומאת אוכלין והתולש מהם בשבת חייב חטאת הרי דלא דמי שבת לטומאה וע"ז

כתב די"ל דכוונת הש"ס היא דלריב"נ ודאי חייב אבל לרבנן יש להסתפק והנה לדבריו תמיהתך יגדל מאד דא"כ בודאי שפיר נקיט הת"ק טבול יום. ומלבד זאת במחכ"ת לא ראה דברי רש"י בשבת דף ק' שכתב דלרבנן הוה לי' כאגוז ע"ג מים וכו' וביותר תמוה דבעירובין דף ע"א מבואר בהדיא דרבנן כרבנן. אמנם בגוף הקושיא לפענ"ד יש לומר דהש"ס שפיר דייק דאם נימא דבכל טומאה הוי חיבור רק בטבול יום לא הוי חיבור א"כ למה אמר ריב"נ שניהם חיבור זל"ז ומשמע דת"ק לא ס"ל דהוי חיבור ואם כוונת ריב"נ הוה ג"כ חיבור הי' לו לומר ריב"נ אומר אף בט"י הוי חיבור כדנקט פ"א מטבול יום משנה א' ב"ש אומרים חיבור בטבול יום ובה"א אינו חיבור וכן במשנה ב' טמאים בטבול יום ואצ"ל בכל הטומאות ע"ש בכל המשניות דמדייק טבול יום דוקא אבל מדנקט ר"י סתמא שניהם מחוברין זל"ז מכלל דת"ק ס"ל דלא הוה חיבור כלל ושפיר דייק הש"ס. שוב ראיתי בתוס' עירובין דף ע"א ד"ה שמן שכתבו דשמן חשוב משקה מדקאמר ריב"נ שניהם מחוברין והוא תימה דלמה דייקי מדר"י ב"נ ולא דייקי מהת"ק דנקט בהדיא טבול יום וכן בתוס' שבת שם ציינו על ריב"נ ולא דייקי מת"ק וע"כ דמהת"ק אין ראיה דיש לומר דדוקא ט"י אבל מריב"נ דייק שפיר. שוב ראיתי ראיה ברורה דאף במה דמוזכר בהנך דטבול יום לאו דוקא טבול יום דהרי בע"ז דף נ"ט אמר כתנאי חביות שניקב בין משוליה ובין מצידיה ונגע בו טבול יום טמא ר"י אומר מפיה ומשוליה טמאה מצדיה טהורה מכאן ומכאן וקשה היאך אמרו דפליגי תנאי ור"פ כר"י ס"ל דלמא שאני טבול יום דקיל וגדולה מזו הרי רש"י כתב דלית הלכתא כר"פ משום דהו"ל כר"י ויחידאה הוא והתוס' דחו דלפעמים פסקינן כיחידאה וגם הרמב"ם פסק כר"פ ובפ"ח מט"א ה"ו פסק כרבנן דר"י וכתב הכ"מ שם בשם הר"י קורקוס דס"ל לרבינו דטהרות חמירי טפי ואם איתא הא אדרבא טבול יום קיל וע"כ דשם לא נחלקו בטבול יום דוקא רק בסתם אי מצידיה הוה חיבור ודו"ק היטב וצ"ע בתוס' ד"ה מצדי' דמשמע דס"ל דשאני טבול יום דקיל ע"ש ועיין בחידושי ריטב"א בע"ז שם שדעתו ג"כ דאף טבול יום דקיל הוא דאינו חיבור וצ"ע דא"כ מה מייתי כתנאי ובחידושי רמב"ן מבואר כמ"ש הכ"מ ע"ש וצ"ע במה שמביא שם התוספתא דר"י אומר מצדיה תעלה באחד ומאתים והוא תימה לפענ"ד דהא ר"י ס"ל מב"מ לא בטל וצ"ע. והנה בר"ן גבי בי דיגי הובא ביתה יוסף ביו"ד סי' ע"ו כתב דלמה לא יאסר השומן שקבל טעם מהדם וכתב דא"ל דמשקה אינו בולע ממשקה ע"ש. והנה לכאורה זה חדש דמשקה א"י לבלוע ממשקה ולכאורה צ"ע מהך דשמן שצף ע"ג יין דריב"ן אומר דשניהם מחוברים זה ע"ג זה דאלמא דיוכל לבלוע וצ"ע ועיין בתוספתא הובא בר"ש פ"א ממקוואות ממשנה א' לענין שמן שנפל ע"ג יין לענין

אם מותר לזרים. והנה בשנת תרט"ז הקשה אותי הרבני המופלג מוה' יצחק היילפרין בדברי התוס' בהמדיר דף ע"א ד"ה ואי אמר שכתבו לחלק בין נדרי עינוי נפש לאינו נדרי עינוי נפש וכתב המהרש"א דהא דמקשה ר' יוסי אדר' יוסי ולא מחלק בין קשט דאינו עינוי נפש וכתב דשם תלה בתשמיש והוה עינוי נפש וע"ז תמה דבנדרים דף פ"ב מבואר דר' יוסי בודאי ס"ל דתשמיש לאו עינוי נפש הוה רק דברים שבינו לבינה והמהרש"א כתב דתשמיש הוה עינוי נפש ולק"מ דגם כוונת התוס' והמהרש"א אינו דוקא עינוי נפש רק ששם מיירי מנזיר מיין דהוה עינוי נפש ואה"נ דגם דברים שבינה לבינו בכלל וכוונת התוס' לחלק בין עינוי נפש וה"ה דברים שבינו לבינה בין סתם נדרים שאינם לא עינוי נפש ולא דברים שבינו לבינה וכן כתב הפ"י שם בתוס' מדעתא דנפשיה ואני תמה דהי' לו להפ"י להביא כן מדברי המהרש"א הנ"ל וגם תוס' גופא בד"ה ה"ג ר' יוסי בסוף הדיבור כתבו בהדיא דתשמיש מקרי דברים שבינו לבינה. והנה הרב מוה' אהרן שמואל אסאד שאל אותי בתוך איזה שאלות שהגיע לידי תרט"ז ב' נשא במי שנדר בכתב שכתב נדרו על נייר וחתם שמו אם יש היתר לנדרו כמו בדיבור או דלמא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה כמו בגט ואף דבגט צריך כתב והכא ל"צ כתב מכל מקום כיון שיכול לנדור ע"פ וכתב בכתב ע"כ שרצה לחזק הנדר ולא מצי לתשולי.

ח הנה הדברים פשוטים דיכול לשאול דבאמת נחלקו אי כתב הוה כדיבור מכ"ש דלא אלים מדיבור ותדע דאל"כ בכל הנהו דאמרו דנדרו עד"ר ובסוגיא דנודרת למה לא ידרו בכתב ולא יוכל לשאול ע"ז וע"כ דאין נ"מ בין בכתב בין בע"פ יוכל לשאול על נדרו

ט והנה ביום ה' וירא תרי"ז עבר עלי הרבני המופלג מוה' צבי הירש מפמאהרין נכד הגאון בעהמ"ח גאון צבי ושאל אותי בהא דאמרו כאן דעל היתירא קנדרא והקשה מהא דבעי בשבועות דף כ"ב בחרצן אי אהיתירא קא משתבע או לא ולק"מ כמו שאמרתי למעלה דכאן ודאי מסתבר דנדרה על התירא דעל איסורא אין בידה כעת דהא האחר לא ירצה לעבור ועכ"פ אין בידה לגמרי משא"כ שם בדידו ומה גם דשם יש לומר דרצה להוסיף עליו איסור שלא יעבור אבל כאן מי ביקש מידה לנדור ע"ז דכעת אסורה ואח"כ גם כן מי יכופה להנשא וע"כ דעל היתירא קנדרה ודו"ק:

י והנה בשנת תרי"ז י"א לספירה הגיעני שאלה במה שנתקבל הרב הגדול מ' יצחק שמעלקיש נ' לאבד"ק זראוונא אמנם בשנת תרי"א ה' ויקרא חתמו רבים מהגבירים דשם בכתב כאשר נתרבה מחלוקת בין אנשי עדתם בענין התמנות רב ומורה ומהם הדורשים טובת קרוביהם שיתמנה לרב ומפני זה יתרבה המחלוקת ויתבטל כל ההכנסות אשר הי' לטובת העיר ויושבי' ע"כ מקבלים עליהם באלה ובשבועה איסור עד"ר בביטוי שפתים

בפירוש שחלילה להם למנות לרב ומורה בעדתם איש אשר יהי' לו או לאשתו בעת התמנותו גואלים הקרובים עליהם והם פסולי עדות בש"ב לו ולאשתו וחלילה להעניק אותו מקופת הקהל והן מממון של כל אחד ואחד ואף אוסרים עליו כל הזכיות השייך לו בדירת הקהל ובהכנסות השייכות לרב באיסור קונם והנה כעת חתמו עצמם רבים מן האוסרים על עצמם את הקאנסעס של הרב מוהר"י שמעלקיש אשר אשתו יש לה הרבה קרובים שם וקצת מהבאים אז על החתום לא חתמו עצמם על הקאנסעס שלו ונשאלתי מה משפט קבלת החרם שהכניסו על עצמם. ולפענ"ד נראה כיון דכל עיקר התקנה לא הי' רק שלא ירבה המחלוקת ותתבטל כל ההכנסות שבעיר אשר המה לטובת בני העיר והנה נודע בקהל רב כי עיקר המחלוקת שהיה להם אודות משרת הרבנות שלא רצו לקבל את הקרוב של אחד מהם הי' לבעבור כי השתי משפחות הי' מתגרות זו בזו היינו משפחת אללערהאנד ומשפחת קריס וכיון שכעת עשו שלום ביניהם ונתחתנו זה עם זה אם כן ממילא בטל עיקר הטעם שקבלו עליהם החרם וכל שנתבטל עיקר הטעם שפיר מועיל קבלתם אותו לרב וכבר נודע שבחרמות ונדרים הולכין אחר הענין שבגללן נדר ולא הולכין אחר לשון כמבואר סימן רי"ח ס"א ואף בנודר הולכין אחר אומדנא דמוכח ומכ"ש כאן דגם הלשון אינו לשון כולל ואדרבא כל עיקר הקבלה הי' כדי שלא יתרבה המחלוקת והרי נודע שכל עיקר המחלוקת לא היה רק בשביל אלו שתי המשפחות והרי אדרבא כעת שידעתי בבירור ששתי המשפחות נתרצו אם כן אדרבא כשלא יקבלו להרב הגדול מוהר"י שמעלקיש נ"י יתרבה המחלוקת למאד וא"כ מהראוי שיקבלו אותו ותתבטל המחלוקת ואף שיש אחד או שתים המעכבים יחושו לנפשם שלא ירבו מחלוקת בעיר ותתפרד החבילה ומה גם נראה לפענ"ד שעכשיו שנתחדש שהרב הגדול מוהר"י נ"י יש לו כל הפעקייטין שצריך כעת הרב ומורה להיות לו עפ"י חקי המלך והמדינה וא"כ עפ"י דת המלך יר"ה זה שיש לו כל הפעקייטין יש לו קדימה לאשר אין לו אף בעיירות קטנות שאין צריך עוד להיות לו הצייגניס בכ"ז אם יש לו ודאי עדיף וכיון שכן א"כ הם אין צריכין לקבלו רק שלא יעכבו אותו וכיון שבעת שקבלו עליהם (מטושטש מאד) ומבלעדי זאת באמת לדבר מצוה אף עד"ר יש לו התרה וא"כ כאן אין לך דבר מצוה גדולה מזו להחזיק ת"ח גדול שיהי' לו מחיה מעט ויוכל להחזיק בלימודו ויורה הוראות וד"מ כמשפט ומה גם שהוא ממשפחתם וקרובים ממש וגם קרובים מצד משפטי התורה כי ת"ח הכל קרוביו ואף ששיטת ר"ת דלדבר מצוה דוקא מצוה ששייכי בגוה הא כאן ודאי שייכי בגוה שיחזיקו קרובם שיהיה לו פרנסה ומה גם כעת שבעוה"ר לומדי התורה ימעטו ובילדי נכרים יספיקו במה שיש להם צייגניס כפי משפטי המדינה

וא"כ עכ"פ צריכין בני העיר שיהי' להם ת"ח מופלג שידע להורות כדת וכדין וא"כ אין לך דבר מצוה גדול מזו ומה גם שהוא בר אבהן גדול ואב אחד לכלנו זקנינו הח"ץ ז"ל והוא נין ונכד לזקני המג"ש וגם הוא נין ונכד התב"ש והגאון החסיד מוהר"א אבד"ק אמשטרדם ע"כ מכל אלה נראה לפענ"ד ברור דכדין עשו במה שקבלו עליהם להיות לרב ויש לי עוד הרבה טעמים אלא שלא נפניתי. ועוד יש לי לומר עפמ"ש בתשובה במה שהקשה הח"י דלמה לא יוכל להתיר עצמו אף בנדר עד"ר וכמו שמתחרט על הנדר ומשוה לדיבורו טעות כמו כן יכול להתיר עצמו להתחרט גם על מה שנדר עד"ר ועיין בחבורי יד שאול ביד יוסף סי' רכ"ח ס"ק כ"ט וכתבתי ליישב עפ"י דברי הנוב"י דלכך לא מהני שאלה באתי ליד גזבר דדלמא אינו מתחרט בלב שלם וה"ה כאן כל שנדר ע"ד הרבים לא יוכלו לדעת אם מתחרט חרטה דמעיקרא ולפ"ז זהו כשלא נודע סיבת הנדר שנדר עד"ר אבל כאן שנודע הסבה בשביל שלא יתרבה המחלוקת א"כ מועיל החרטה אף שנדרו עד"ר וא"כ יוכלו להתיר עצמם. ולפ"ז נראה לי ברור דאף שהשכירות משתלם מכל בני העיר והרי יש בני עיר שלא ירצו להתחרט והם אסרו עליו השכירות בקונם הנה כבר נודע מ"ש המבי"ט והמהרי"ט ח"א סי' ה' לדחות דברי התשב"ץ וכתבו דבטל הממון ברוב וה"ה כאן ועיין בחיבורי יד שאול סי' רכ"א ס"ק כ"א וגם בדירת הקהל שיש לאותן אנשים ג"כ חלק והם אסרו עליו זכותם בקונם פשיטא כיון דרוב בני עיר יש להם ג"כ זכות באותן דירות פשיטא שאין המיעוט יכולין לעכב נגד רוב השותפין והוא משתמש בחלק וזכות שיש לרוב בני עיר וע"כ נראה פשוט שיכולים להתיר להם הנדר שקבלו על עצמם והרב הוא כשר

יא והנה בשנת תרי"ט אור ליום ח"י כסליו הוגד לי בשם נדרי זריזין שהביא קושיא בהא דאמרו נדרים דף ה' לימא קסבר שמואל ידים שאינם מוכיחות וכו' אין כר"י ס"ל והקשו לו לימא דאנא גם כרבנן ס"ל רק דע"כ לא אמרו רבנן רק בגירושין דאין אדם מגרש אשת חבירו וכדאמר רבא ולפענ"ד י"ל עפמ"ש הה"מ פ"ו מאישות דשמואל דאתקין בניטא דשכ"מ אם מתי ואם לא מתי אף דל"צ תנאי כפול בניטין אבל לרווחא דמלתא חשש דלמא איכא דס"ל דגם בגיטין בעי תנאי כפול ולכך תיקן כן ע"ש ואני מוסיף דכעין זה מצינו בשמואל דחשש לב"ד טועין כמבואר בכתובות דף כ"א ולפ"ז נראה לפענ"ד דלכך לא מוקי שמואל כרבנן וכרבא דבגט לא ס"ל סברא זו דכל דידים שאינם מוכיחות לא הוו ידים בגט בודאי ל"מ לשמואל דחש לב"ד טועים ולכך מוקי כר' יהודא וע"ז מקשה דלמה לא אוקמא באמת המשנה כרבנן וכאביי וע"ז משני דמשנה קשיא לי' ודו"ק.

יב והנה הרב החריף מוה' יונה ראפפורט נ"י השיב על הקושיא הלז עפ"י דברי הר"ן שהקשה דלשמואל איך מוקי הברייתא וע"ז אמר דלכך ל"מ לאוקמא כרבנן דא"כ הברייתא כמאן אתיא וא"ל דאם כן לרבא היאך יתרץ הברייתא אך באמת התוס' ישנים הקשו קושיא זו על רבא ודבריהם סתומים אבל המעיין ברשב"א ימצא דלרבא לא קשה ולשמואל קשיא יעו"ש ודוק ודבריו נכונים להמעיין:

סימן כח

א הנה בהושענא רבה שנת הר"ת היה רוח סערה והשלאקין של הסוכה שלי נתקו אחור וכמעט שלא נפלו וע"כ ההכרח לקשרם אחר אכילה באופן שלא יוכלו לפתוח אח"כ והנה לעת ערב אמרתי בלבי כי יש לי סוכה אחרת אשר לא מסוככה אולי אוכל לקחת הסכך מהסוכה הלז להניח על הסוכה הלז ובהיותי בזה נפל ברעיוני דבר אולי אסור לקחת הסכך מהסוכה הלז לסכך בהם סוכה אחרת וכאשר באתי לתת עין בטוש"ע סי' תרל"ח בזה לא מצאתי דבר ולא חצי דבר מזה ואמרתי לכתוב את אשר חדשתי בענינים אלו והנה לענין נוי סוכה דאסורין להסתפק מהם כל שמנה אם מותר לקחתם לסוכה אחרת נראה לפענ"ד דהדבר תלוי בהא דאמרו בשבת דף כ"ב בטעמי' דרב דס"ל דאין מדליקין מנר לנר ואין מתירין מבגד לבגד אי טעמי' משום ביזוי מצוה אי טעמי' משום אכחושי מצוה והנה אם הסוכה כשרה ובא לקחת הנוי לסוכה אחרת הדבר פשוט דיש בו משום ביזוי מצוה ואכחושי מצוה ואם הסוכה נפסלה אז ליכא משום ביזוי מצוה ואולי גם אכחושי לא שייך בזה ועיין שו"ת הרא"ש כלל י' שכתב דקי"ל משום אכחושי מצוה והט"ז ביו"ד סי' ער"ד ס"ק ד' חולק עליו (וגם דלא קי"ל כרב רק כשמואל דמדליקין מנר לנר) וכבר הארכתי בחידושי להלכות חנוכה לבאר כל הסוגיא בזה וגם בחידושי ליו"ד שם. ומעתה נעתיק עצמינו לבאר בענין הסכך הנה לפענ"ד נראה כיון דעל הסוכה חל שם שמים ולשיטת ר"ת כל הצורך להכשר סוכה בין עצי סוכה ובין הנוי אסור מקרא דיליף מחג לד' כשם שחל שם שמים על החגיגה כן חל על הסוכה ולפ"ז כיון דחל עליו קדושה ובקדושה נראה לפענ"ד דאם נימא כשיטת הרמב"ם דגם על הדפנות חל שם שמים מהקרא ועיין סי' תרל"ח בטו"ז שם וא"כ על אותה הסוכה חל שם שמים ונתקדשה ואיך יקח הסכך ויעשה לסוכה אחרת הא כבר נתקדשה כאן ובמה יפקע קדושת הסכך והדפנות מהסוכה הלז ובפרט כיון דבשמיני אינו רק ספק ומיתב יתבינן ברוכי לא מברכינן א"כ בשלמא באותה סוכה שכבר נתקדשה ותיכף בבא המועד חל ש"ש על הסוכה אף שכעת אינו רק ספק הא כבר נתקדשה אבל אם מניח אותו על סוכה אחרת שמא הוא חול ואנחנו מפקיעין הסכך מקדושתו ודומה לזה כתב הגאון

בנוב"י לענין קדושה הנטפל לקדושת השם וכל שנקדרו נשאר בלי קדושה דהנטפל אין לו קדושה בעצמותו ע"ש וה"ה בזה דכל מעלת הסכך ביום השמיני הוא משום דנטפל לקדושת כל השבעה שחל שם שמים עליו ולפ"ז זהו כשהיא במקומה אבל אם נקח הסכך והרי הסכך בלי צירוף הדפנות אין בהם קדושה כ"כ וא"כ דלמא חיל הוא ומפקיע הסכך מקדושתו. ובזה יש ליישב קושית התוס' בשבת דף כ"ב דהא דאמרו שם דנוי סוכה אסור משום ביזוי מצוה ועצי סוכה משמע דמקרא ילפינן ובשבת דף מ"ה משמע דמשום מוקצה למצותו.

ב ולפמ"ש אתי שפיר דהנ"מ אם מותר לקחת לסוכה אחרת דמשום ביזוי מצוה לא אכפת לן דמדליקין מנר לנר דליכא משום ביזוי מצוה ולא משום אכחושי דהרי מלבד דקיי"ל כשמואל אף גם דרב מודה בזה ולכך כתב רחמנא קרא גבי סכך דחל שם שמים על הסוכה ואותו מקום נתקדש ואי אפשר לקחתו ממקום הלז ולקדש מקום אחר לכך שפיר אמרו דמוקצה למצותו דנ"מ לענין יום השמיני ובאמת שגם הרמב"ן הובא בר"ן פרק המביא ובב"י סי' תרל"ח כתב כעין זה דנויי סוכה אינן אסורין רק משום ביזוי ועצי סוכה יליף מקרא והוקצה למצותו הוא על יום השמיני ע"ש ויתבאר לקמן מתוך דברינו ולפמ"ש ימתקו הדברים. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בסוכה דף מ"ו דמ"ש סוכה ומ"ש אתרוג א"ל סוכה דחזי לבה"ש דאי מתרמי ליה סעודתא בעי מיתב בגויה ומיכל בגויה אתקצי לה והקשו התוס' ד"ה דאי דלמה לי טעמא דאי אתרמי תיפוק ליה דיש איסור משום סתירת אהל.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דהנה כבר הארכתי בתשובה אחרת דהיאך אסור משום סתירת אהל והא בעינן סותר ע"מ לבנות במקומו כדאמרו בשבת דף ל"א ואם כן כאן דאינו סותר ע"מ לבנות במקומו לא שייך סתירה רק מדרבנן וכל דאינו רק שבות לא גזרו בה"ש והארכתי בזה בסוגיא דביצה דף ל' דאסור משום סתירת אהל וכעת ראיתי שהפ"י שם בביצה עמד בזה ע"ש.

ד אך לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה הרא"ש בתשובה כלל כ"ד סי' ט' כתב ליישב הסתירות בענין נוי ועצי סוכה דדוקא בעצי סוכה שייך לאסור בחוה"מ מטעמא דהוקצה למצותו לפי שצריך לחזור ולבנות הסוכה מן העצים לאכול בסוכה משא"כ בנוי סוכה שאין הסוכה בטלה כשאין בה נוי ע"ש. ולפ"ז יש לומר דלפמ"ש דאסור ליקח הסכך מהסוכה ולהניח על סכה אחרת א"כ הוה כסותר ע"מ לבנות במקומו מכח דהוקצה למצות סוכה הלז ואסור.

ה ומעתה זה שאמרו דאי אתרמי ליה סעודתא והיינו דאם אתרמי ליה סעודתא היה צריך להניח הסכך על הסוכה הלז ולאכול בגווה ונעשה מוקצה ושוב שייך משום סתירת אהל דהוה כסותר ע"מ לבנות במקומו ודו"ק היטב כי חריף הוא. והנה בהא דנחלקו הפוסקים אי מועיל תנאי בעצי סוכה דנחלקו בו גדולי הפוסקים לפענ"ד היה נראה לחלק בע"א דע"כ לא מועיל תנאי בנוי סוכה רק בדבר דהוא עשהו למצוה וקדשו כמו נוי סוכה אף מה דצריך להכשר הסוכה שייך תנאי שלא יתקדש בעת שירצה או שאינו בודל כל בה"ש אבל במה דחל שם שמים על הסוכה מיד כשנכנס יו"ט התורה קדשתו ומה מועיל מה שהוא מתנה ואין בידו להפקיע קדושת התורה דבשלמא הנוי אין בו צורך להסוכה ורק הוא רצה לעשות לנוי שפיר אמרינן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ע"י תנאו אבל לא במה שקידשו התורה. ובזה אני אומר לפרש הסוגיא דביצה דף למ"ד שיש בזה מחלוקת הקדמונים ותלוי בגרסאות דשפיר פריך הש"ס ומי מהני בה תנאי והאר"ש משום ר"ע מנין לעצי סוכה וכו' והדבר יפלא דאכתי מהיכן מוכח דל"מ תנאי ולפמ"ש אתי שפיר דכאן דחל קדושת ש"ש על זה לא שייך לומר דע"י תנאי יפקע הקדושה ואין בידו להפקיע קדושת התורה וז"ב וע"ז משני דסיפא אתאן לסוכה דעלמא וע"ז פריך מנוי סוכה דמהני בה תנאי וע"ז משני דשאני נוי סוכה דכיון דאמר איני בודל מהם כל בה"ש לא חל קדושה והיינו משום דהוא אסרן להנוי ולכך בידו להפקיע הקדושה אבל עצי סוכה דחל הקדושה עלי' אתקצי לשבעה והיינו דמיד בהתקדש ליל החג נתקדש תיכף לשבעה א"כ אין כח בידו להפקיע קדושה ורש"י נדחק דההבדל הוא שבעצי סוכה אתקצי משום סתירת אהל ולפמ"ש א"צ לזה ועיין מהרש"א ופ"י שהאריכו בזה וע"ז פריך דמ"ש מאתרוג דלא אמרינן דאתקצי לשבעה והיינו אף דשם לא שייך שחל שם שמים דלא יליף מקרא עכ"פ שייך אתקצי לשבעה וע"ז משני כיון דמפסקי לילות מימים לא שייך אתקצי משא"כ בסוכה תיכף אתקצי לשבעה וחל הקדושה ואין בידו להפקיע. ובזה מיושב מה דלא מקשה בל"ז מעצי סוכה על נוי סוכה ועיין בפ"י וצל"ח שהאריכו בזה.

ו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היה מקום לחלק דכאן יש ענין מוקצה בשביל סתירת אהל משא"כ בנוי סוכה אבל כיון שחידש הש"ס דבקדושה לא שייך תנאי וע"ז פריך דגם בנוי סוכה כל הצריך להכשר סוכה יש בו משום קדושה ואפ"ה מועיל תנאי וע"ז משני דאפ"ה כיון שאפשר להסוכה בלי הנוי מועיל תנאי שאיני בודל מהם משא"כ בעצי סוכה וז"ב ויש להאריך בזה הרבה ואכ"מ וצ"ע לפירש"י בשבת דף מ"ה ע"א דגם בנוי סוכה שייך משום סתירת אהל כמ"ש שם ד"ה קים ועיין פ"י שם שהבין ג"כ כן מדעת

רש"י א"כ מה משני אביי ורבא באומר איני בודל הא ע"כ בודל מהם משום סתירת אהל ויש ליישב וצ"ע בזה עכ"פ לפמ"ש אתי שפיר ודו"ק

ז ובזה יש ליישב הא דאמרו בשבת שם וממאי דר"ש הוא דתני רחב"י קמי' דר"י אין נוטלין וכו' והקשה רש"י דלפרוך מדרחב"י וכ"כ בזה כמה דברים בתשובה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מעצי סוכה אין להקשות דשייך בזה הוקצה למצותו והוקצה לאיסורו משום סתירת אהל ולכך הכריח מזה דעכ"פ ר"ש מיירי בענין הזה. והנה התוס' שם הקשו ד"ה עד דלר"ש דלא אסר מותר השמן שבנר אף דשייך הוקצה למצותו בשביל יום הבא מכ"ש בשמיני דהוקצה בשביל יום שעבר ונדחקו בזה ולפי פירוש הרמב"ן דעיקר הוקצה למצותו הוא בשביל יום השמיני קשה טובא ועיין בשעה"מ פ"ו מסוכה ולפענ"ד נראה דהנה יש לומר דמה שמסתפק מהשמן המטפטף וע' בתוס' שם ד"ה אלא אינו רק איסור דרבנן ולא שייך אתקצאי דלא גזרו על שבות בה"ש ולפ"ז לפמ"ש המ"א סי' שמ"ב דבה"ש דמ"ש יש לומר דחמור דכבר אתחזיק חיוב שבת עליו ולפ"ז אדרבא מוקצה בשביל יום שעבר חמור טפי ודו"ק ולפמ"ש הרא"ש שם בתשובה לחלק בין אתרוג ונוי סוכה דאתרוג אם אוכל ממנו מבטל להמצוה דידי' ולכך אסור משא"כ בנוי סוכה אם כן הי' מקום להאריך בסוגיא דשבת וביצה הנ"ל ואכ"מ להאריך כי גוף ענין התנאי שאיני בודל מהם כל בה"ש לפענ"ד לכאורה תלוי בענין ברירה ולכך באומר באיזה יום שארצה ל"מ דאף למ"ד יש ברירה בכה"ג דגם הוא לא יתברר לו באיזה יום שירצה ל"מ וכמ"ש התוס' רי"ד בקידושין דף נ' במקדש אחת משתי אחיות ויש לי להאריך על כל קוץ וקוץ וברצות ד' אבאר הדבר בל"נ לאשורו. והנה לכאורה רציתי לחלק בין נויי סוכה ובין עצי סוכה דעצי סוכה דהוה גוף קדושה כמו חגיגה דהוה קדושת הגוף וקדושת הגוף לא פקע בכדי ול"מ תנאי משא"כ בנוי דהסוכה אפשר בלעדי הנוי ואינו רק כמו קדושת דמים ופקע בכדי ועיין סוגיא דב"פ בנדרים דף כ"ט ופט"ו ממעה"ק. ובזה יתפרש כל סוגית הש"ס בביצה דף למ"ד ועיין בב"י או"ח סי' רנ"ג מ"ש בשם המרדכי לענין בתי כנסיות שבבבל על תנאי הן עשויות ובזה יש לפרש דברי הרשב"א שמביא בשעה"מ סוף פ"ו מסוכה שנתקשה בהם במה שמחלק בין הדס לעצי סוכה ודוק היטב כי קצרתי

ח שוב נזכרתי בדברי מחנה אפרים בהלכות צדקה סי' י"ב שהאריך בהני רמונים אי מועיל דהוה תנאי והיה מקום לבאר באורך דברי הש"ס בביצה שם דבכה"ג שאמר איני בודל מהם לא חל הקדושה דכל שאינו מזמינם לעולם לקדושה לא מקרי הזמנה וכמ"ש שם בשם שו"ת הרשב"א במיוחסות סי' ר"ס יעו"ש דהו"ל כצר ביה ולא אזמניה וראיתי בסופו שם שגם הוא הביא הך דאיני בודל מהם כל בה"ש וכתב דזה עדיף מהך דרשב"א

ואף התוס' מודים בזה ויש לי הרהורי דברים שם ואכ"מ. אחר זמן רב בהיותינו מגיהים דברי הרשב"א בחידושיו לביצה כתב יד ראיתי בדף למ"ד שהקשה לאביי דס"ל קדושת הגוף פקע בכדי למה לא יפקע קדושת עצי סוכה ע"ש ושמחתי שזכיתי לדרוך בעקבי דרכו בקדש. והנה אחר זמן רב נתתי אל לבי ליישב קושית הרשב"א ולפענ"ד נראה דל"ד דבשלמא קדושת הגוף שכל עיקר הקדושה נצמח מחמת הקדש הדבר ואם לא קדשו עד"מ שלא בחר שזה נבחר לקרבן הי' כשאר חולין א"כ אף שנתקדש כל שהי' לזמן לא נתקדש יותר והכל לפי תנאו אבל כאן כל שהקדיש אותו למצוה שוב הקדושה באה מחמת המצוה כמו עצי סוכה שכל שנבחרו העצים לסוכה שוב נתקדשו מחמת המצוה ואם כן בכל משך זמן המצוה נתקדשו העצים למצוה וזה לפענ"ד ההבדל שבין נוי סוכה לעצי סוכה דבשלמא בעצי סוכה כל שנתקדש שוב הזמן מבואר מאיליו כל משך ימי הסוכה ולכך לא נפקע ע"י תנאי אבל נוי סוכה אף אם נימא דזה אלי ואנוהו הוא מדאורייתא וכמבואר ברש"י בר"פ לולב הגזול אבל מכל מקום אטו מבואר שיעור הנוי מן הסוכה וא"כ כל שהתנה בזה שפיר מועיל התנאי דל"ש דזמנה משך ימי הסוכה דאטו מוכרח להיות דוקא נוי רב כזה ואף אם יסתפק בהדי שאר הנוי וא"כ שוב מועיל התנאי וז"ב. ובאמת לפענד"נ גם להיפך לדידן דקי"ל קדושת הגוף לא פקע בכדי יש לחלק להיפך דבשלמא בקדושת הגוף כל שנתקדש אין לו זמן מוגבל כמה יתקדש ולכך ל"מ בקדושת הגוף תנאי ולא נפקע אבל במצוה דכל הקדושה באה בשביל המצוה וכל שמפסקי לילות מימים א"כ בלא"ה נפקעת הקדושה מאילי' בלילה שאין זמנה של מצוה וממילא מועיל התנאי וזהו דאמרו התם דמפסקי לילות מימים.

ט איברא דלפ"ז צריך ביאור הא דאמר רב דהפריש שבעה אתרוגים לשבעת הימים דאמר רב דכל אחת ואחת יוצא בה ואוכלה לאלתר וקשה הא עכ"פ כל אותו יום לא נפקע הקדושה דהו"ל כקדושת הגוף דלא נפקע בכדי ואולי יש לומר לפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט בהא דפריך וכי קדושה שבהם להיכן הלכה ויש לחלק בין קונם כללי דהוה כקדושת הגוף אבל קונם פרטי דקליש איסורא דלא נאסר לכל העולם שוב נפקע בכדי ע"ש ולפ"ז גם בקדושת אתרוג דאתקצי למצוה דא"י לצאת בה רק זה שהוא שלו והאחר א"י לצאת בו זולת ע"י שאלה ביום השני וא"כ שוב לא נתקדש קדושת הגוף רק לאותו שהאתרוג שלו ולא נתקדש לכל העולם א"כ שוב קלישא קדושתו ונפקע בכדי איברא דאם נימא דניחא ליה לאיניש למעבד מצוה בממוניה וא"כ מסתמא אקציה לכל מי שירצה לצאת בו א"כ ביום ראשון דאסור בשאלה ע"כ דאם השני ירצה לצאת בו שוב יצטרך ליתן לו במתנה וכן לאחר עד סוף העולם וא"כ כל אחד יש לו זכות בו והו"ל

כקדושת הגוף כללי שלכל העולם נתקצי שיצאו בו זאח"ז וא"כ שוב למה תפקע בכדי. אמנם נראה דמש"ה חידשו התוס' ד"ה כל דביום אסור עד למחר ולא פליגי רב ור"א רק בשאר הימים. ובאמת שדברי התוס' תמוהים כמ"ש בספר שלום ירושלים בסוכה פ"ד ה"ד בירושלמי שם דהא לרב אוכלה לאלתר ול"ש הוקצה למצותו ובחידושיי רבות כתבתי בזה ולפמ"ש אתי שפיר דביום ראשון שוב לא נפקע בכדי.

י ובזה נראה לפענ"ד דזה דאמר רב אתרוג שנפסל ביום ראשון מותר לאכלו כדאמרו בירושלמי בפ"ד דסוכה ה"ד היינו בכה"ג שהפריש שבעה אתרוגים לשבעה ימים דשיטת התוס' דביום הראשון גם רב מודה דאסור ולזה אמר דאם נפסל ביום ראשון שוב לא נפקע בכדי דהא כבר יצאת מקדושת המצוה ושוב מותר. ובזה מובן הא דאמרו בירושלמי ברם הכא לא הוא ולא אחרים יכולין לצאת בו והיינו בכה"ג דלא שייך קדושת הגוף והא"ח העתיק סתם דאם נפסל ביום הראשון מותר לאכלו וע"ז שפיר תמה הב"י דבאמת לדידן לא קי"ל כרב ואמרינן אתקצאי לבה"ש וכרב אסי ועיין ט"ז סי' תרס"ה ובשיורי קרבן שם ודו"ק היטב וכבר הארכתי הרבה בענין זה הלא המה בכתובים וכאן חדשות הערתי אבל לא הבאתי' בכור המבחן. והנה נסתפקתי בנוי של סוכה שעשויין משנה לשנה או הדס של מצוה שאסור להריח בו והוא מונח משנה לשנה אם מותר באמצע השנה להריח בו או להשתמש בו אי נימא כיון דכבר נעשה המצוה אתקצי למצותו ואף שבאותה שנה כלתה המצוה הא עומדת לשנה הבאה למצוה והא אתקצי למצותה או דלמא כיון שבאמצע השנה ל"ח לאותה מצוה לא אמרינן דנתקצה למצוה. וראיתי במג"א סי' תרל"ח ס"ק ב' שכתב באותן סוכות הבניות משנה לשנה מכל מקום אינה אסורה עד שישב בה בחג אע"ג דכבר ישב בה בשנה העברה מכל מקום כשעבר החג בטלה הקדושה וצריך מעשה אחר שתחול קדושתה ולכאורה מבורר הדין אבל עדן יש לחלק דשם באמת הסוכה היא בנויה והוא בית רק שבסוכות מסיר התקרה והיא סוכה ואף אם הוא בלי תקרה מכל מקום עכ"פ הוא בית ואדרבא בסוכה משתמש לשם סוכה וא"כ צריך שישב בה לשם מצוה אבל נוי סוכה דאין להם שום ענין כל השנה או הדס סוכה דאם ישתמש בו כל ימות השנה יתקלקל א"כ עיקרה לשם מצוה אפשר דאסור. וכאשר השקפתי בזה ראיתי בטור או"ח סי' רצ"ז שכתב דנהגו לברך על עצי הדס והיינו שבלולב משום כיון דאתעביד ביה חדא מצוה וכו' משמע דמותר להריח בעצי הדס שבלולב אמנם אח"כ כתב הטור בשם רבינו אפרים אני איני נוהג לברך על הדס שוטה שלבו יבש ואין בו לחלוחית של ריח וע"ז כתב הטור מיהו המנהג בכ"מ לברך על ההדס וכו' והדברים תמוהים דממנ"פ אם מריח היטב פשיטא שמותר להריח בו ואם אינו מריח

אף שנהגו כן לא שבקינן להו ועיין בב"י שנדחק ולפמ"ש יש ליישב דהנה הב"י הביא בשם מהרי"ק שורש מ"א שבהדס הכשר לא הי' מריחין בו מפני שעשוי להניחו בכל שנה שמא נשרו עליו כשישתמשו בו כל השנה רק בהדס שוטה נחלקו ואני אומר דיש לומר דבהדס כשר כיון שעשוי להניחו לשם מצות הדס בלולב שוב מן הסתם מקצה להו לכל השנים שיהיה ראוי למצוה ואסור להריח בו ואף אם נימא דל"מ הקצאתו לשנים הרבה מ"מ בכה"ג שחששו שמא יתקלקל ע"י התשמיש כמ"ש המהרי"ק בודאי הקצהו למצוה אבל הדס שוטה שאינו כשר רק בשעת הדחק שוב לא הקצה למצוה דהא אם לא יהיה שעת הדחק יהיה פסול ולמה יקצוהו ולכך הי' מריחין בו והרי כל עיקר שהדס של מצוה אסור לפי שעשוי לריח וכי אקציה מריחא אקציה אבל בזה שיבש ואין בו כ"כ ריח שוב לא אקציה ואפילו את"ל שבכל ההדס אקציה מריח מ"מ כל דאפשר שלא יהיה ראוי למצוה למה יקצהו והלא טוב יותר שישתמש בו כל השנה לשם מצות בשמים וע"ז חלק הרר"א כיון שהוא הדס שוטה שוב אין בו לחלוחות ואסור לברך דודאי מן הסתם אקציה למצוה דלמה יריח בדבר שאינו עשוי להריח כ"כ ומעתה שפיר כתב הטור כיון דנהגו להריח בהדס והיינו בהדס שוטה א"כ מסתמא לא אקציה לכל השנה דהא נהגו להריח בזה ולמה יקצהו לשם מצוה שאין ברור שמא לא יהי' שעת הדחק ויהיה אסור ודו"ק היטב

יא והנה החריף ושנון מוה' מרדכי מיזיש נ"י שאל אותי במ"ש התוס' סוכה דף מ"ו ע"ב ד"ה אתרוג במ"ש דר"ח מטביל ונפיק ביה דלא כר"י ולא כר"ל וכתבו דר"ח הפריש כוליה ליום ראשון ומקצתו לשאר הימים ומידי דהוה בהפריש ז' אתרוגים לשבעה ימים ואף דבסוכה צריך להתנות שאינו בודל מהם כל בה"ש והכא ביום הראשון ע"כ בודל מהם הא אמרו בביצה דף למ"ד דאתרוג שאני דמפסקי לילות מימים וא"כ הי' ר"ח מתנה כולי' ליום ראשון ומקצתו לשאר הימים ואינו בודל ממקצתו בבה"ש של שאר הימים ע"ש וע"ז הקשה הא הר"ן כתב ריש ביצה דמוקצה מחמת מצוה חמור דאמרינן בי' מוקצה מחמת יום שעבר וע"ז הקשה מהא דמהכי תנאי בהפריש ז' אתרוגים לשבעה ימים וכתב בשם הרא"ה דכיון שהפריש ז' אתרוגים לשבעה ימים הרי הוא כמתנה בפירוש שאינו מוקצה אלא למצותו בלבד ע"ש וע"ז אמר החריף הנ"ל דזה דוקא במפריש שבעה אתרוגים לשבעה ימים אבל במפריש אתרוג אחד וכלו ליום ראשון ומקצתו ביום השני א"כ עכ"פ במקצת אתרוג נשאר עוד קדושה וא"כ שוב נימא דפשטה קדושה בכלה דבכה"ג מוקצה למצוה חמור ואמרינן בי' אף מוקצה ליום שעבר ועוד הקשה לשיטת ר"ת בשבת דף כ"ב דדופן הרביעי שהוא יותר מכדי הכשר סוכה לא אסורי אלא משום

הוקצה למצותו וא"כ ה"ה באתרוג בשאר ימים דחסר כשר עכ"פ מקצת האתרוג צריך דהיינו שיעור אתרוג וא"כ יותר משיעור הצריך עכ"פ הוה ככל דופן רביעי דאסור משום דהוקצה למצותו ואיך מועיל בו תנאי זהו תורף קושייתו ולק"מ דעכ"פ תנאה מהני אף לר"ת כמ"ש ר"ת בעצמו דמה דאמרו תנאי דאינו בודל היינו על יותר מכדי הכשר סוכה וא"כ ממילא באתרוג דמפסקי לילות מימים מועיל תנאי וא"כ שפיר כתבו התוס' דר"ח התנה ביום הראשון כלו ובשאר הימים התנה על מקצתו דאינו בודל מהם כל בה"ש וז"ב ופשוט. והנה לשיטת ר"ת דעל היותר מכדי שיעור סוכה דהיינו דופן רביעית מהני תנאה אבל על השיעור סוכה חל הקדושה ע"כ ולא מהני תנאה נראה לפענ"ד להבין הסברא דהנה באמת מה שיותר על השיעור אינו חל קדושה רק מחמת דקדשה מקצתה פשטה קדושה בכלה וא"כ כל שמתנה שלא יבדל הו"ל כדאמרו בקידושין דף ה' התם דעת אחרת והרי כאן מתחלה התנה שעל היותר לא יתפשט קדושה כשירצה ולכך מועיל תנאי וכן בנויי סוכה כיון שבידו שלא לנאות הסוכה א"כ הוה כדעת אחרת ולא תוכל להתפשט הקדושה על הנוי סוכה וכל שאינו רוצה לא חל הקדושה אבל מה שצריך לשיעור לא שייך דעת אחרת דהא איכא דעת שכינה שצריך לסוכה וע"כ בודל מהם והו"ל כעין מה דאמרו בתמורה דף כ"ה באומר על הבכור עם יציאתו לאויר העולם יהיה עולה דלא חל משום דדברי הרב קדים וה"ה כאן מה דצריך לשיעור הו"ל דברי הרב קודם: ובזה נראה לפענ"ד להסביר יותר מ"ש למעלה ליישב קושית הרשב"א בביצה דף למ"ד הנדפס מחדש דהקשה אמאי לא מהני תנאי והא קדושת דמים נפקע בכדי וגם בקדושת הגוף ס"ל לאביי בנדרים דף כ"ט דפקע בכדי ולפמ"ש כאן אתי שפיר טפי דכל קדושת הגוף שבא מחמת שקדשו והו"ל דברי התלמיד ושפיר יכול להפקיעו משא"כ כאן דהצורך לסוכה הו"ל דברי הרב וא"כ דברי הרב קודם ולא מצי לאפקועי אף בדיבור תנאי זולת כשהתנה שלא יבדל דאז לא התחיל דברי הרב לחול כ"א באופן זה ודו"ק. ובזה מיושב דברי הרמב"ם שפסק דהדר הוא ג"כ רק ביום הראשון פסול ותמה הלח"מ דא"כ מה פריך הש"ס על רב דאמר אין זה הדר מר"ח דמטביל ונפיק בי' ולר"ח ל"ק דמיירי ביו"ט שני וא"כ גם לרב ל"ק וכבר כתבתי בזה הרבה ענינים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הדר שיטת רש"י דהוא משום זה אלי ואנוהו והתוס' כתבו דזה אלי ואנוהו אינו רק לכתחלה ובדיעבד לא פסול ורק משום דכתיב הדר פסלינן ולפ"ז כיון דעכ"פ התורה אמרה דצריך הדר לכתחלה משום זה אלי ואנוהו ניהו דבדיעבד כשר עכ"פ היאך מצי להטביל בו והא הו"ל דברי הרב קודם והא לכתחלה הצריכה תורה שיהיה הדר משום זא"ו ודו"ק היטב כי קצרתי.

יב ובזה נראה לפענ"ד מה דחילק הש"ס בביצה שם בין אתרוג לסוכה דסוכה לא מפסקי לילות מימים משא"כ אתרוג וצ"ב סוף סוף הוא צריך אתרוג עכ"פ לשבעת הימים ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ דברי הרב לא שייך דדברי הרב לא התחילו לחול רק דבר יום ביומו וא"כ כל שמתנה על יום שני דברי התלמיד קדימו והו"ל כמתנה על הבכור שיהיה עולה קודם שיצא לאויר העולם דמועיל ועיין תוס' בתמורה שם ודו"ק היטב.

יג ובזה אמרתי דבר חדש בהא דאמרו בסוכה דף מ"ו ר' יהודא אמר שמואל סוכה יום אחד לולב שבעה משום דסוכה לא מפסקי לילות מימים הו"ל כיומא אריכתא ובמסקנא מוקי לה כתנאי דתפילין כ"ז שמניחן מברך עליהם ורבנן ס"ל דשחרית מברך עליהם ונשאלתי בחג הסוכות שנת תרי"ג דר' יהודה סותר עצמו למה דאמרו במנחות דף מ"ג דר' יהודה רמי תכלתא לפרזומי דאנשי ביתי' ואמרו שם מדרמי תכלתא לפרזומי דאנשי ביתי' ע"כ ס"ל דמ"ע שלא הזמן גרמא ומ"ט מברך כל יומא ומשני דס"ל כרבי דכל זמן שמניחן מברך א"ה כל שעתא נמי ומשני ר"י אינש צנוע הוה ולא שדי כולי יומא רק מצפרא לצפרא דמשנה מכסות לילה ליום והקשה אחד ממעזריטש במדינת פולין דכיון דס"ל לר"י דהו"ל מ"ע שלא הזמן גרמא א"כ לא מפסקי לילות מימים ולמה מברך הא הוה כמו סוכה ולפמ"ש אתי שפיר דלפמ"ש חלוק סוכה מתפילין דסוכה עיקר הקדושה מחמת מצות סוכה ואל"ה מה קדושה על עצים ואבנים ובמה נתקדשו ולכך כיון דעיקר הקדושה בשביל המצוה א"כ כל משך ימי המצוה דלא נפסק לילות מיום הו"ל קדושה אחת ולכך א"צ לברך על הסוכה דזמן המצוה הוא יומא אריכתא אבל תפילין הקדושה הוא מחמת שנכתב עליו ארבע פרשיות של תפילין ואף אם לא הניחם כלל ולא יניח לעולם התפילין על גופו מכל מקום הקדושה בעצמותה וכמו כן טלית של מצוה קדושתו בעצמותו בשעה שטוה הציצית לשמן וא"כ הברכה לא קאי על קדושתו רק על המצוה וא"כ כל שנתערטל מן המצוה צריך לברך שנית. ובכ"ז האמת אגיד שבש"ס וחידושי ריטב"א בסוכה לא מורה כן. מיהו בפשיטות יש לחלק דניהו דהו"ל מ"ע שלא הזמן גרמא מכל מקום מאותו כסות יום נתערטל בלילה שלבש כסות לילה וא"כ נתערטל ממצותו ושפיר צריך לברך שנית וגם הא דפריך א"ה כל שעתא נמי היינו אם פשט בגד זה ולבש בגד אחר דאז נתערטל מהבגד הלז ולבש בגד חדש ושפיר ס"ד דלתחייב בברכה אחרת וגם לפי מה דאמרו בנדרים דף מ"ט ע"ב דביתהו דר' יהודה נפקת נקטת עמרא עבדא גלימא דהוטבי כד נפקת לשוקא מכסי בה וכדנפיק ר"י לצלויי הוה נפיק ומכסה בה וכדמכסי בי' הוה מברך שעטני מעיל א"כ נראה דר"י ואשתו הי' להם בגד אחד וא"כ עכ"פ נתערטל מן המצוה בעת שצריכה אשתו לצאת לשוק וע"כ מה דאמר דר"י אינש

צנוע הוה ולא שדי לגולימא כל יומא היינו כשלא היתה צריכה אשתו לצאת לשוק וא"כ עכ"פ בעת שנפקא לשוקא נתערטל מן המצוה לכך בירך כל צפרא ואולי הו"ל כסות לילה ויום וכשהיתה צריכה אשתו לצאת לשוק הוה נפקת ביום בכסות לילה ובלילה היתה נפקת בכסות יום ועכ"פ שייך הפסק משא"כ בסוכה דהארץ לעולם עומדת וכל משך ימי הסוכה הסוכה בקדושתה והו"ל כיומא אריכתא ודוק. והנה בגוף הענין דנחלקו הקדמונים אי מועיל תנאי לנר לכשיכבה יהי' מותר שנחלקו הרמב"ן ומחלוקתו כמבואר בטוש"ע או"ח סי' רע"ט לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה הב"י בסי' ש"ח מביא בשם בנו של התשב"ץ בבני אדם שנוהגין שכשמכניסים בניהם לבה"כ מביאים נר שעוה בידם אפילו בשבת אין בו איסור טלטול כיון דמע"ש מחשב להביאו מחשבתו מתרת לטלטל כמבואר בחריות של דקל דאם חשב עליהם לישב עליהם מחשבתו מתרת לטלטל והב"י השיג עליו דש"ה דבשבת מותר להשתמש בו אבל מה יועיל מחשבתו לדבר שאסור בשבת עצמו ולפ"ז נראה לי ברור דעכ"פ בנר דבאמת אם אינו דולק מותר להשתמש בו בשבת דמוקצה מחמת מיאוס לא קי"ל כר"י כמבואר שם ואם כן עיקר האיסור רק מחמת השלהבת שדולק בו וא"כ כל שהדבר ברור שתכבה בשבת ויהיה מותר להשתמש בו שוב מחשבתו מתרת לטלטל ועיין בב"י סי' רע"ט שהביא כן בשם התשב"ץ שלא אמרו אתקצאי אלא בדבר שהוא מוקצה כגון נוי סוכה אבל בנר שאינו מוקצה רק מחמת השלהבת ואינו מוקצה מחמת עצמו לא ע"ש ואינו מובן ועיין מג"א שם ס"ק וא"ו שמחלק בשם הה"מ בחילוק אחר כיון שעשוי לכבות מהני בו תנאי ודלא כב"י בשם התשב"ץ ע"ש. ולפענ"ד דא ודא אחת היא דבאמת ניהו דעשוי לכבות מ"מ מהראוי שלא תועיל בו תנאי כיון דדחי' בידים וכמ"ש תוס' בדף מ"ד בשבת ועיין מ"א ס"ק ז' שם רק כיון דבשבת יהיה מותר והיינו כיון דהאיסור מצד שדולק וכשיכבה יהי' מותר וא"כ שוב מחשבתו מתרת ובודאי עשוי לכבות ויהיה מותר וז"ב. ומן האמור נדע טעם האומרים דמוקצה מחמת יום שעבר לא אמרינן והר"ן כתב דמוקצה מחמת מצותו אמרינן מוקצה מחמת יום שעבר ג"כ מוקצה ולא נודע טעמם של שניהם ולפמ"ש י"ל דתלוי בזה דבאמת כל שאינו רק מוקצה מחמת יום שעבר א"כ יודע שלעתיד בודאי יהיה מותר ושוב לא שייך מוקצה מחמת יום שעבר דמחשבתו מתרת כיון דביום הבא בודאי יהיה מותר והר"ן ס"ל כיון דמוקצה מחמת מצותו והרי דחיה בידים שוב ל"מ גם במוקצה מחמת יום שעבר וז"ב מאד בטעם הפלוגתא ובזה יש ליישב קושית השעה"מ על דברת התוס' בביצה דף וא"ו גבי עגל שנולד ביו"ט ובדברי המהרש"א התמוהים ואכ"מ להאריך ודוק היטב כי קצרתי ולפ"ז בעצי סוכה כל דשייך סתירת אהל אסור אפילו משום מוקצה מחמת יום

שעבר דמחשבתו ל"מ דהא יש ספק שמא יהי' אסור גם ביום הבא ועיין שעה"מ הלכות סוכה שכתב ג"כ כך לדינא והשיג על המהרש"א יעו"ש ודוק.

יד ובזה מיושב מה שהקשו התוס' בדף מ"ו ע"ב דלר"ח היאך מטביל בי' ונפיק בי' הא ביום ראשון הוקצה למצותו וצ"צ דמוקצה מחמת יום שעבר לא אמרינן ובזה מיושב היטב הא דאמרו בסוכה ל"ו בשלמא לר"ח הא ביו"ט ראשון הא ביו"ט שני אלא לרב קשיא והקשה הלח"מ דלשיטת הרמב"ם דגם הדר אינו רק ביום ראשון א"כ מה מקשה לרב וכ"כ בזה כמה דברים ולפמ"ש אתי שפיר דשם יקשה דהא הוקצה למצותו וא"ל דהו"ל מוקצה מחמת יום שעבר דזה אינו דהא משום זה אלי ואנוהו עכ"פ פסול לכתחלה וכמ"ש התוספת ורש"י ולפ"ז עכ"פ מחשבה ודאי לא שייך בזה דהא באמת גם ביום שני לכתחלה ודאי בעי הדר ודוק היטב. ודרך אגב אזכיר מה דאמרו במנחות דף מ"ב אם לא נגמר מצותה אין מברכין עליה ובירושלמי פליג ע"ז ובזה רציתי לומר מה דאין מברכין על הקידושין שכתבו המפרשים דהוא משום דאין עשיתה הגמר מצוה ובירושלמי מבואר דמברכין על הקדושין ולפמ"ש בבלי וירושלמי לשיטתייהו אמנם בשיטה מקובצת בכתובות דף ח' מצאתי דבר חדש שכתב דהא דאמרו בירושלמי שכל מצוה שאין עשייתה גמר מצוה אין מברכין היינו כמו סוכה וציצית שאין עשייתה מצוה רק כשילבש וישב בסוכה יקיים המצוה אבל הקידושין בעצמם הם מצוה שצוונו לקדש ולכך מברכין עליו והוא חדש יוצא מפי זקן יעו"ש ובזה הן נסתר מחמתו כל דברי הגאון מוהר"ץ חיות ז"ל בספרו אלה המצות והובא בשו"ת חתם סופר הנדפס מחדש על חלק או"ח ואינו כעת לפני גם מ"ש האחרונים בטעם שאין מברכין על הגדה משום שאינו גמר מצוה דעיקר הוא אכילת מצה וכדומה וז"א שההגדה היא בעצמה מצוה ג"כ בלילה הלזו.

טו והנה ביום ב' ב' חנוכה תרכ"א הקשה אותי תלמידי הרב החריף מוה' מענדיל בודק ני' בהא דאמרו בשבת כ"ב ע"ב והיינו בין אכחושי מצוה או בזוי מצוה וע"ז הקשה לפמ"ש התוס' שם דמשום ביזוי מצוה מועיל תנאי אבל אם הוא משום אכחושי מצוה הוה כמו ביטול מצוה דלא מועיל שום תנאי ואמרתי בזה דע"כ לא שייך שמועיל תנאי כ"א בדבר שא"צ לעשות רק כשרוצה לעשות כמו נוי סוכה וכדומה שייך תנאי שאינו רוצה רק באופן זה אבל בנר חנוכה דצריך להדליק ואם נימא דאסור להדליק מנר לנר מה שייך תנאי בזה הא הוא צריך להדליק נר חנוכה והוא קדוש ואיכא משום ביזוי מצוה אם מדליק מנר לנר ומה יועיל תנאו וז"ב:

סימן כט

א בענין אתרוג ולולב שנלקח בהקפה עד לאחר החג.

ב ששאלת אם צריכין לשלם בעד האתרוג והלולב טרם בא המועד ולחוש למ"ש במחנה אפרים הלכות קנין משיכה סי' ב' דמה שנוהגין שקונים אתרוג למצוה והדמים פורעין לאחר החג דלא יאות עבדין דכל כמה שלא נתן את הדמים לא קנה אלא מדרבנן ואנן בעינן שיקנה מה"ת דבעינן לכם שלכם מן התורה ע"ש. הנה עיינתי במחנה אפרים ומצאתי שכתבתי על הגליון עיין בתוס' ע"ז דף ס"ב ע"ב ד"ה יאות ודוק עכ"ל שם ועיינתי בתוס' שם ומצאתי שיש משם ראיה ברורה שלא כמ"ש המח"א שהרי כתבו שם דהא דמבליע דמי אתרוג בלולב ה"ה בלא הבלעה אם הי' ע"ה רוצה להקיף עד שיכלה האתרוג ע"ש הרי דברוצה להקיף שרי ולא כתבו דאכתי הי' חשש בשביל דלא הוה לכם כל שלא שלם לו עד שיכלה האתרוג וא"ל דש"ה דבאמת הפקר הוא בשביעית ושפיר קרינן בי' לכם דזה אינו דמה שכבר זכה בו הע"ה הוא שלו וא"כ כשזה בא ולקח מאתו במעות פשיטא דלא מקרי שלו דהתורה זכתה לו לאכלה וניהו דהוא מוכרה לסחורה והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה אבל מכל מקום שלכם לא מקרי כשמקיף אצלו וע"כ דמותר וכן מצאתי הדבר מבואר בחידושי ריטב"א ר"פ לולב הגזול שכתב דכל שקנה ביאוש וש"ר שאין לתת לו לנגזל אלא דמים אף שלא פרע עדיין עבירה היא בידו כגזלן ומעכב חובו של חבירו אבל גוף הדבר נקנה לו לגמרי ואין בו משום מצוה הבאה בעבירה הרי דעכ"פ בחייב לו דמי' יוצא באתרוג ומקרי שלכם לגמרי ואף דהב"י בחו"מ סי' שנ"ג כתב בשם הרשב"א דיאוש ושינוי רשות ע"כ אינו חייב דמיו דאל"כ לא קנה והוה כעין משכון דבדמים בעי לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון שלכם לגמרי באמת שדבריו תמוהים כמ"ש הכפות תמרים לתמוה בשם גד"ת דאף דחייב דמים כל שגוף הדבר נקנה לו הוה שלכם אף דלא הוה שלו מן התורה ואף דיש לדחות דש"ה דל"ש דמים הוה כמו במתנה דנקנה במשיכה לבדו וה"ה בגזלן דקנה במשיכה לבד מכל מקום הדבר מבואר בהדיא בתוס' והריטב"א הנ"ל וכן מצאתי בט"ז או"ח סי' תנ"ד ס"ק ד' דמי ששואל מצה מחבירו ונתכוון שיהי' אותו המצה שלו אף דמחויב לתת לו מצה אחרת או דמים בעדו מכל מקום אותו המצה שלו היא רק דנתחייב דמים עבורו הרי אף דבעינן מצתכם והוא נתחייב דמים בעדו מכל מקום נקנה לו. מיהו גם זאת יש לדחות דעכ"פ שם גוף הדבר א"א לתת כסף דהוה שאול ול"ש כסף אבל באמת כיון דחז"ל עקרו קנין כסף ועשו משיכה שוב הוה כמו דליכא כסף וקנה במשיכה אף מן התורה. ובדברי הט"ז הנ"ל אמרתי ליישב מה שהקשה רבינו ישעיהו הובא בראש פרק לולב הגזול אות למ"ד שהקשה דמה בין לולב השאול למעמ"ל דיצא ובחידושי כתבתי בזה דברים רבים ועפ"י דברי הט"ז אתי שפיר דהרי זה דלא יצא בשאול באתרוג כתב הט"ז כיון דהדר בעיני' לא מקרי שלו

ולפ"ז במעמ"ל הרי התוס' הקשו דכל מתנה שא"י להקדישה אינו מוקדש וא"כ לא מקרי מתנה דא"י להקדישה כיון דצריך להחזירה וכתבו האחרונים בשם הרא"ש בתשובה דחזרת דמים הוה חזרה ע"ש ולפי זה כיון דגוף הדבר הוא שלו אף דצריך להחזיר דמים מכל מקום מקרי שלו וז"ב איברא דהדבר צריך ביאור דהא באתרוג לא מועיל חזרת דמים וכמ"ש הרא"ש דאומדנא דמוכח היא שרצה שיחזיר לו האתרוג וכמ"ש הרא"ש בשם בעל העיטור שם אמנם נראה דהדבר נכון דהרי בלא"ה צריך ביאור דהא כל היכא דאיתא לחפץ בעיניה ל"מ חזרת דמים כמבואר בשו"ת תה"ד סי' שי"א וכן קי"ל בטוש"ע חו"מ סי' רמ"א וצריך לומר כמ"ש האחרונים דכל שהקדישו הוה כליתא בעיניה וכמ"ש התה"ד סי' שי"א. ולפ"ז אני אומר דבר דמסתבר דכל הטעם דהיכא דליתא בעיני' לא מועיל גם חזרת דמים הוא משום דאמדינן דעתו שאינו רוצה שיתבטל מתנתו בשביל זה ע"ש ולפ"ז כאן דכל דלא יוכל להקדישו לא מקרי מתנה ולא יצא בו א"כ נתבטל מתנתו ולענין שיהי' מקרי מתנה שיצא בו פשיטא דדעתו הי' שאף אם יארע שימכרהו לא יהי' נתבטל המתנה כדי שיוכל לצאת בו ומ"ש הרא"ש דאף דבעלמא הוה חזרת דמים חזרה באתרוג לא הוה חזרה וקשה ממ"נ אם מיירי קודם שמכרו הא בכ"מ היכא דאיתא לחפץ בעיני' לא הוה חזרה ואם לאחר שמכרו הא גם באתרוג מועיל וכמ"ש ולפענ"ד נראה דבאמת הא דל"מ כל דאיתא בעיני' הוא משום דע"כ חפץ בחפץ גופי' דאל"כ הי' לו לומר שוה כך תחזיר לי וע"כ דחפץ בהחפץ וא"כ זה שחידש הרא"ש דכאן באתרוג דצריך לו לצאת בו ביום אחר ה"א דגם בחזרת דמים הי' סגי דמה שא"ל לחזור האתרוג בו ביום דהרי צריך לו אבל לא הי' הקפדה על החפץ דוקא ואם הי' מזדמן לו אתרוג הי' רוצה בחזרת דמים ע"ז כתב הרא"ש דאנן סהדי שעיקר רצונו באמת היה להאתרוג ועכ"פ יהיה איך שיהי' לענין שיתבטל המתנה עי"ז פשיטא דלא נתבטל המתנה ויוצא בה גם יוכל למכרה והרא"ש לא קאמר רק דמהראוי שיחזיר לו האתרוג בעצמו דאנן סהדי שרצונו באתרוג שלו ואם לא החזירו לא יצא דה"א דאף שהוא בעיני' לא יצטרך להחזיר לו דאל"כ לא מקרי מתנה ולזה חידש דבאמת כ"ז שהיא בעין ודאי רצונו שיהי' לו גוף האתרוג אבל אם מכרו או הקדישו פשיטא דלא רצה לבטל המתנה עי"ז

ג ובזה אמרתי דבר נחמד בישוב דברי הסמ"ג שכתב שיש לזהר בנותן לחבירו אתרוג שיתנה כמשפטי התנאים ותמה בהגה"מ פ"ח מלולב דאדרבא אם לא התנה כמשפטי התנאים ודאי דיצא וכבר אמרתי בזה דברים רבים ולפמ"ש יש לומר דהרי כבר נודע מ"ש הרשב"א והרא"ש ורבים מן הקדמונים דאף בלא התנה כמשפטי התנאים בכ"ז צריך להחזיר משום דהוה כשכר פעולה דהוא לא נתנו רק ע"מ שיחזירהו רק דאם התנה

כמשפטי התנאים א"י לכפותו להחזיר דהרי כפייתו אמורה דאם לא החזיר לא יצא אבל בלא התנה כמשפטי התנאים הו"ל כגזל בידו מכאן ולהבא אבל המעשה לא נתבטל וכבר האריך הרחיב הדיבור בזה בקצה"ח סי' רמ"א ולפי זה שם יקשה היאך הוה מתנה כיון דצריך להחזירו ועוד יכולין לכפותו להחזיר וא"ל דחזרת דמים לא הוה חזרה דזה אינו דהא כל דאיתא בעיניה ל"מ חזרה דמים ובפרט באתרוג וא"ל דלענין שיתבטל המתנה לא הקפיד דוקא על גוף החפץ וכמ"ש בתה"ד שם דהא באמת הוא לא התנה כמשפטי התנאים וא"כ אף שלא יחזיר כלל ע"כ יהי' מתנתו מתנה וא"כ מה שאנו כופין לקיים תנאו מתורת שכר פעולה וכמו שהתנה וא"כ פשיטא דכופין אותו לקיים גוף התנאי דהיינו אתרוג ממש ושוב לא הוה מתנה כלל דאין בידו להקדישו או למכרו וא"ל כיון דשכר פעולה צ"ל בחזרת דמים ה"ה בזה דזה אינו דהטעם הוא דשכר פעולה לא צריך גוף הדבר דעדיין לא משך וכמבואר בתה"ד סי' שי"א שם אבל כאן פשיטא דצריך להחזיר לו אתרוג שלו וכמו שהתנה עמו וז"ב ודוק היטב כי הוא נעים ונחמד ת"ל. שוב עיינתי בשו"ת הרא"ש ולא מצאתי בו מ"ש האחרונים בשמו וכפי הנראה כוונו לכלל ל"ה במ"ש לדחות דברי רבינו אביגדור דחזרת דמים הוה חזרה ע"ש אבל שם קאי לענין קידושין דל"ש אומדנא אבל לא באתרוג אבל לפענ"ד מ"ש ליישב בענין שלא יתבטל המתנה מודה הרא"ש הוא נכון.

ד ובחידושי אמרתי בזה דבר נחמד ליישב קושית הגהמי"י דהנה הר"ר ישעי' הובא ברא"ש פרק לולב הגזול אות למ"ד הקשה מה בין שאול למתנה ע"מ להחזיר דבשאול לא יצא ובמתנה ע"מ להחזיר יצא הא בשניהם הוא שלו עד שיטלנו ממנו ושניהם אין הגוף קנוי והנה בחידושי אמרתי בזה דברים רבים. וכעת נראה דהנה המהר"מ מינץ בתשובה כתב דמי שקנה אתרוג בדמים יקרים ובא אחד וחטפו ממנו ופסלו ונסתפק אם יכול להחזיר לו אתרוג פחות ממנו וכתב דיכול להחזיר ודמהו להא דאמרו בב"ק דף ע"ח דגנב מצי פטר נפשי' בכבש ע"ש ובשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' ק"כ ובמלמ"ל פט"ז ממעה"ק תפסו עליו דל"ד לשם דכיון דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום נמצא אין לו זכיה בגוף העולה כלל רק צריך לשלם לו כפי מה שצריך להביא עולה וע"ז אמרו דמצי פטר נפשיה בכבש ורק שם עולה קבל עליו ולכך מצי הגנב פטר נפשי' בכבש אבל כאן האתרוג בעצמותו שוה הרבה ואיך יפטור נפשו באתרוג פחות ויאכל וחדי באתרוג ששוה הרבה ע"ש ודבריהם נכונים ומסתברים ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר נכון דבמתנה ע"מ להחזיר יכול למפטר נפשיה באתרוג פחות דהרי באמת גם חזרת דמים הוה חזרה רק דבאתרוג כתב הרא"ש שם דלא מועיל חזרת דמים דדעתו לצאת באתרוג עצמו ולפ"ז

אם יחזיר לו אתרוג אחר וישלם לו הדמים היתרים שבין זה לשיווי האתרוג המהודר הלז נראה לפענ"ד דיצא דהא באמת מצד שווי הרי סגי בחזרת דמים ומצד המצוה הרי יצא ידי מצוה גם באתרוג אחר וא"ל דיכול לומר מצוה מן המובחר בעינא דהרי גם גבי עולה עביד מצוה מן המובחר כדאמרו בהדיא אנא בעינא למעבד מצוה מן המובחר ומכל מקום אמרינן דיכול למפטר נפשי' בכבש וא"י לומר מצוה מן המובחר עבידנא ומכ"ש בזה דבאמת הוא מחזיר לו היתר וחזרת דמים הוה חזרה בכל מתנה עמ"ל ורק דכאן האומדנא דצריך לזאת ומיד שיצא בהמצוה די באתרוג אחר וז"ב מאד לדעתי. והדברים ק"ו מהתם דשם הפריש שור ונגנב והגנב פטר נפשי' בכבש מכ"ש כאן דבאמת מחזיר לו היתר וז"ב ולפי זה מבואר החילוק שבין שאול למעמ"ל דהנה שאלה הדרא בעיניה אם כן האתרוג אינו שלו ואינו יוצא משא"כ במתנה ע"מ להחזיר דזה האתרוג הוא שלו ויכול להחזיר לו דמים. ובזה מיושב היטב קושית הגהמ"יי דזה דוקא במתנה משפטי התנאים אבל בלא התנה כיון דחייב להחזיר משום שכר פעולה וא"י לסלקו בדמים כמ"ש הקצה"ח סי' רמ"א בהדיא וא"כ שוב הוה כמו שאול ודו"ק. והנה בגוף דברי אא"ז החח"ץ ז"ל והמלמ"ל ז"ל ראיתי בכתבי קודש של כבוד אבי זקני הרב הגדול הצדיק מוה' דובעריש זלה"ה שכתב להקשות דאכתי קשה מב"ק דשם מצי פטר נפשיה בכבש וא"ל דשם המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום וא"כ לא הפסידו רק גוף הקרבן וע"ז הקשה דהא רש"י כתב בתמורה דף ל"ב גבי מקדישין אותו הקדש עילוי דהיינו שיכול ליטול דינר מיד ישראל שיתנהו לבן בתו כהן שיקריבו כדי ליטול עורו ע"ש וא"כ שוב יש לו טובת הנאה עכ"פ לענין עור וא"כ היאך מצי פטר נפשיה בכבש והא עור הכבש קטן מעור השור ולא ישוה כ"כ הט"ה והרי רבא בעצמו סובר טובת הנאה ממון בעלים הוא וא"כ הפסידו הט"ה ואפ"ה מצי פטר נפשיה. ובאמת שיפה העיר בזה. והנראה בזה דהנה התוס' שם הקשו דלא מצינו זה הלשון דליתב לבן בתו כהן כ"א גבי תרומה כמו שהוגה שם ובאמת המעיין בבכורות יראה דגם בעולה שייך טובת הנאה דלא שייך הטעם דדלמא מתחלי דקדושת הגוף הוא אבל בגוף הדבר דלא מצינו בזה טובת הנאה נראה לפענ"ד בפשיטות דבאמת העור של העולה נתחלק לכל המשמרה כלה כמ"ש רבינו בפ"ה ממעשה הקרבנות וא"כ לא שייך שזה יתן לו דינר ואף אם נדחוק דכל המשמרה יתנו לו דינר מכל מקום הא אמרו בפסחים דף נ"ז דכיון שהיו הכהנים נוטלין חלקם בזרוע התקינו שיהיו מקדישים לבדה"ב ונמצא לא שייך כלל כעת טובת הנאה מן העור ורש"י נקט לפי ההקנה הראשונה דהבית אב של כל יום הי' נוטל העור וז"ב ונכון ומיושב קושית התוס' וקושית זקני הרב הצדיק זצ"ל דעכשיו

לא שייך טובת הנאה של העור ולא אפסדי' כלום ודו"ק. והנה בגוף דברי המהר"ם מינץ הנ"ל שלא יהי' דבריו תמוהים כ"כ נראה לפענ"ד דהנה לפענ"ד נראה דאם נתייאש זה מהגזילה אף דאמרו בב"ב דף מ"ד ניהו דמתייאש מגזילה מדמי מי קא מייאש באמת שהדבר צריך ביאור דלמה לא מהני יאוש על הדמים אך נראה דבאמת לפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קמ"ד דבחוב לא מועיל יאוש וביאור הדבר דהתורה לא גלתה דמועיל יאוש רק בגזילה דמחייב להשיב גוף הגזילה כאשר גזל וכל שנתייאש הו"ל מתנה בעלמא ולא הוה כאשר גזל משא"כ בדמים דהו"ל תורת חוב שנתחייב באחריות הדבר ובזה ל"מ יאוש ובתשובה הארכתי באופנים אחרים אבל כעת נראה לי דהדבר נכון כמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד דמה שחילק רבינו בפ"א מגזילה דגוף הגזילה הו"ל לאו הניתק לעשה ואם שרף הגזילה הו"ל לאו הניתן לתשלומין והיינו דגוף הגזילה הוא מתורת השבה כאשר גזל אבל הדמים הוא מתורת חוב ולפ"ז נראה לי ברור דבכה"ג דברי המהר"ם מינץ נכונים דאינו חייב רק להשיב דמי אתרוג פחות דהא באמת גוף הגזילה נתייאש שפסלו ואבדו ורק מתורת חוב אם כן הרי מצי פטר נפשיה באתרוג פחות וכמו דפטר נפשיה בכבש והיינו משום חוב וז"ב לפענ"ד ובזה אתי שפיר גם דברי השלטי הגיבורים פ"ק דב"ב דף קנ"ט בדפוסים הישנים שכתב בגנב דבר מחבירו ואצל הנגנב הי' דבר זה שאול דאם יתפשר הנגנב בעד דבר מועט דיכול למפטר הגנב ג"כ בדבר מועט והביא ראיה מהך דב"ק והוא תמוה דל"ד להך דב"ק וכמ"ש הח"ץ והמלמ"ל וכבר רמז המלמ"ל להש"ס הלז שם וכתב שדבריו תמוהים וגם בשערי המשפט בחו"מ סי' ע"ב גבי שאל סייף מעכו"ם הביא דברי הש"ג והקשה ע"ז מהא דאמרו בב"מ דף ל"ג ע"ב דהשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דחכמים סוברים דישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר ואמאי יצטרך לשלם כיון דהשוכר פטור ע"י השבועה הוה כאלו נתפשר עם הבעלים וא"כ גם השואל יפטר נגדו ולפמ"ש א"ש דכוונת הש"ג לאחר שייאש עצמו דאז גוף הגזילה נקנה ע"י יאוש וגם אינה בעין רק לענין הדמים עיקר החיוב דע"ז לא מועיל יאוש ולפ"ז כיון דעיקר חיוב דמים בא לאחר שאין הגזילה בעין כמו שנראה מדברי התוס' במכות דף ט"ז ועיין בריטב"א שם שהביאו בזה דברי הרמ"ה שכתב שהחיוב הוא משעת גזילה וכתב דרבותינו בעלי התוס' לא כתבו כן וכן הסכים הוא ע"ש (ועיין בים התלמוד שהבין כן ריש ב"ק מדברי התוס' ובמפרשי הים כתבנו דהחיוב הוא משעת גזילה אבל זה לשיטת הרמ"ה אבל התוס' לא ס"ל כן) וא"כ כיון שהחיוב הוא בשעת שנאבד הדבר ואז יוכל למפטר נפשיה בדבר מועט וא"כ שפיר כתב ראיה מב"ק דגם שם כ"ז שהי' השור שהפריש בעין פשיטא דלא מצי למפטר נפשיה בכבש דהרי כבר

הפריש שור ורק לאחר שגנבו הגנב וא"כ הוה דומיא לאחר יאוש דכעת אין עליו החיוב רק בתורת חוב ואינו חייב רק לפ"ע שנתחייב הנגנב בעד הדבר וז"ב. והנה הרמב"ם כתב דאם אמר הרי עלי עולה והפריש שור ונגנב פוטר עצמו בשה אמר שור זה ודמיו עלי עולה הוקבע ואם נפסל לא יביא בדמיו אלא שור. והנה בראשית ההשקפה לכאורה תמהתי דא"כ גם כשאמר הרי עלי עולה כל שהפריש השור הוה כאלו אמר שור זה וא"כ כשנתחייב בדמיו הו"ל להפריש שור ואמאי פטר נפשיה בכבש אך זה אינו דבשלמא כשאמר שור זה עולה הרי בעת נדרו הוקבע השור וא"כ כשאמר דמיו צריך להביא שור אבל כאן בעת הנדר אמר עולה סתם וא"כ אף כשהפריש שור כל שלא נפטר בזה וחייב באחריות ממילא לא נקבע שור זה וצריך להביא אחר ושוב יכול לפטור עצמו בכבש וכן נראה מדברי התוס' בתמורה דף כ' ד"ה ר"ש ע"ש דכתבו דאף לאחר שהופרש השור יכול לפטור עצמו בכבש ע"ש והוא כמ"ש. אך מה דתמיה לי הוא דהרי הרמב"ם כתב בה"ג שם אמר הרי עלי עולה אם דרך אנשי המקום לקרות לעולה סתם אפילו לעולת העוף מביא פרידה אחת תור או בן יונה ואם דרכן שאין קורין עולה סתם אלא לעולת בקר יביא שור וכתב הכ"מ הא דאמרו במנחות דף ק"ז הרי עלי עולה יביא כבש וראב"ע אמר תור או בן יונה ולא פליגי מר כי אתרי' ומר כי אתרי' ודברי רבינו בפירושה מבוארים ורש"י פירש בע"א ומי יתן כי הי' מפרש לנו דברי רבינו ואנחנו לא נדע דהא רבינו לא הביא רק הך דראב"ע אבל הך דת"ק דמביא כבש לא הזכיר רק שור ולא נקט כלשון ששנו חכמים במשנה דמביא כבש וע' לח"מ מ"ש בזה וכפי הנראה הרגיש בזה אבל דבריו סתומים וחסרים קצת וביותר תימה שכתב בהלכה ז' דאם הפריש שור ונגנב יכול להביא שה ולא הזכיר כבש כלשון המשנה וגם לא הביא דאם דרך אנשי המקום לקרות עולת העוף בשם עולה יכול לפטור עצמו אף בעולת העוף כמו שמבואר בב"ק דף ע"ח ובתמורה דף כ' וצ"ע דבלי ספק כיון בזה כוונה ולא ידעתי וכעת אין הזמן מסכים לעיין בזה והנה ראיתי בס' שו"ת גוא"י סי' ל"ד שהביא מחלוקת מהר"ם מינץ וזקני הח"ץ ז"ל הנ"ל וכתב דבזה דברי הח"ץ נכונים אבל באם אמר לו ע"מ שתחזירהו לי ונטל זה האתרוג והכהה מראיתו באופן שאינו שוה כמו שהי' שוה דנתקלקל ההידור הרבה וע"ז כתב דאף שאמר ע"מ שתחזירהו לי ובעינן מידי דחזי לי' ומ"מ כשהקדישו מכל מקום כאן יצא בזה דעכ"פ החזיר לו אתרוג דחזי לו עכ"פ למצוה ואינו ממעט מתיבת לי ע"ש. ולפענ"ד לבבי לא כן ידמה ופשיטא דאם אמר ע"מ שתחזירהו לי הכוונה שיחזור לו כמו שהוא שוה כעת ולא כשנתקלקל דזה לא נקרא חזרה ופשיטא דמי שנותן לו דבר ע"מ שיחזירהו דאם נתקלקל דלא יצא בחזירתו ואף דאתרוג מתקלקל קצת במשמוש היד

מ"מ זה סבר וקיבל אבל לא קילקול שמקלקל הרבה ובאמת לדבריו היה מקום לומר ג"כ החילוק שבין שאלה לגזולה באופן זה אבל לפענ"ד בכה"ג אין זה חזרה מעליא גם מ"ש דבשאר הימים דסגי בשאלה והשאילו האתרוג והכהה מראיתו אינו חייב לשלם הפחת לשיטת הר"מ והרא"ש והרמ"א סימן שפ"ו סעיף ג' דבפוחת מטבע פטור גם בזה דבריו לא נהירין דכבר כתב הש"ך ס"ק ז' לחלק בין מטבע לכלי דמטבע לא העביר אלא הצורה אבל כלי קלקלה כלי בזה וא"כ מכ"ש באתרוג דהו"ל כלי חשוב דההידור מעלהו בדמים עד שליש בדמים וע"כ לפענ"ד דחייב לשלם לו כשקלקל בידים ובאונס פטור דעושה המצוה במה שהשאילו ודמי למ"ש הר"ן גבי השאיל ספר דל"מ שואל מיהו בלא"ה אפשר דחשיב מתה מחמת מלאכה כל שהי' באונס דלא לאוקמא בכילתא שאלה כנלפענ"ד. אח"כ מצאתי בכתבי חידושי שכבר הארכתי בדברי המהר"ם מינץ והח"ץ בתשובה אחת וראיתי כי קצת ממ"ש פה כבר הרגשתי בזה וכעת הוספתי חדשות ונצורות ת"ל. אחר שנים רבות מצאתי דאתי לידי על איזה ימים שו"ת מוהר"ם מינץ שהי' מקרה מציאות ובדקתי בו אחר התשובה הלז וראיתי שבסי' קי"ג שם כתוב לאמר והרגיש גם בדברי אבי זקיני הרב הגדול הצדיק זלה"ה דנ"מ לענין העור וכתב דטובת הנאה אינו ממון ע"ש

ה ודרך אגב ראיתי לבאר מה שראיתי בשו"ת הריב"ש סי' שמ"ז שכתב על דברת הר"ן שהביא ראיה דשותפין יוצאין יותר משאול והביא ראי' מטלית של שותפין ועיסת שותפין וכתב הריב"ש דאין ראיה דשם כל שיש לו חלק בו לא פטרה תורה חלקו בשביל שיש להשותף ג"כ חלק משא"כ לענין שיצא ידי חובת סוכה ואתרוג בעינן בדבר שיהי' כלו שלו. והנה אם כי דפח"ח אבל ברשב"ם בב"ב בדף קל"ז ע"ב ד"ה ואם לאו מבואר דלא כדבריו דאל"כ אין מקום לקושייתו מבגדיכם עריסותיכם תרומתכם דחייבין בשותפות ע"ש וע"כ דברי הריב"ש צע"ג. והנה בגוף הדין אם יוצא כשלקח בהקפה נראה לפענ"ד ראיה מהא דאמרו בשבת ריש פרק שואל דאם הי' ע"פ בשבת מניח טליתו ועושה עמו חשבון אחר שבת ויו"ט והרי גם הפסח היה צריך להיות לכם דהרי לא גרע ממצה דדעת הרא"ש דמצה גזולה פסולה דכתיב לכם ומכ"ש בפסח דכתיב ויקחו להם גם משכו וקחו לכם ואפ"ה מותר ליקח בהקפה ובש"ס פלפלו אי הלואת יו"ט ניתנה לתבע ע"ש וגם משם ראיה דשותפין כשרים אף דכתיב לכם מיהו אין ראיה דשם א"צ לכל הפסח רק לכזית ולכך התיר הכתוב בשותפות אבל עכ"פ גוף הדין של המח"א לפענ"ד ראיה ברורה משם ודוק היטב. אחר זמן רב מצאתי בריטב"א בסוכה ר"פ לולב הגזול שכתב גבי גזול דאם הפסול בשביל שבעי' לכם כל שקנאו ביאוש ושינוי רשות אף שחייב בדמים שפיר

מקרי לכם וכמו מי שלקח ולא פרע הדמים דהוה שלו לגמרי דאף שחייב דמים הדבר הוא שלו ע"ש לכאורה מבואר דלא כהמח"א אמנם יש לדחות דהריטב"א לא אמר רק מטעם דנשאר חוב דמים מקרי שלו אבל לעולם דמ"מ לא מקרי שלו באם אין הקנין רק דרבנן אמנם גוף דברי המח"א לא נהירין דכל דרבנן עשאו קנין מקרי שלו דהא חבירו הקנהו לו תיכף וזה חייב לו מעות ולא שייר בקנינו עוד. והנה במ"ש למעלה ראיה מהמשנה דמניח טליתו ולוקח את פסחו דמשמע דלוקח בהקפה לכאורה רציתי לדחות דהמשכון שנותן הוא בתורת שומא לפרעון אבל זה אינו דבאמת מבואר שעושה עמו חשבון לאחר יו"ט א"כ משמע דלא היה רק למשכון בעלמא וכ"כ הריטב"א בכתובות דף ז' גבי אתפסוה מטלטלין דשם לא הי' רק למשכון בעלמא ואפ"ה אסור אם לא לדבר מצוה וכ"כ המג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ו וע"ש שמביא בשם הילקוט בהעלתך דחשיב משכן בהדי אינך דברים דדוחה שבת וצ"ע דבאמת אינו רק מדרבנן דקונה קנין אינו רק דרבנן ועכ"פ אינו רק למשכון בעלמא וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ח' סי' ד' הובא במ"א ס"ק ט"ז שם ודברי המ"א תמוהים קצת במה דאוסר לשום ולמדוד שמאחר שהרא"ש כתב דצריך לשום וכ"כ בשו"ת המיוחסות סי' רמ"ג ובשו"ת רשב"א סי' תשמ"א הובא בד"מ בחו"מ סי' ע"ג נהי דרבינו ירוחם כתב דיוצא במשכון מכל מקום למה דחה דברי הרשב"א והרא"ש ובפרט דמסתבר טעמייהו דמ"ש המ"א דיתן מה ששוה בודאי יותר ולא יצטרך שומא לפענ"ד כ"ז דלא נתן לו דבר מיוחד ומסוים לא מקרי פרעון רק משכון ובקידושין צריך לתת לה דבר מסוים בבירור וה"ה בפרעון וצ"ע גם צ"ע כיון דלא ידע שיארע ז' ניסן בשבת נימא דשבועה הי' בטעות דאדעתא דהכי לא נשבע אמנם נראה דכיון דלא היה ההקפדה רק שיפרע לו בזמנו אבל יכול להקדים א"כ לא שייך טעות בשבועה וכמ"ש הרא"ש שם בתשובה בהדיא ועכ"פ מהמשנה מבואר דלוקח בהקפה ודרך אגב אזכור מה דק"ל על המשנה הלז דבעירובין דף ק"ג רצה ר"פ לומר דשבות דמקדש גם במדינה התירו ואף דבר שהוא קדש כמו ספר מקרי שבות במקדש ע"ש ולפ"ז תקשה למה לא יתן מעות דמו"מ בשבת אינו רק דרבנן ואולי כיון דהיה אפשר מבע"ש לא התירו ועיין כ"מ פ"ח מבית הבחירה וצ"ע. והנה במ"ש למעלה לחדש דלכך מתנה ע"מ להחזיר מהני משום דיכול להחזיר דמים ואתרוג אחר שיצא בו ועל המותר מאחר שפיר מועיל חזרת דמים ולפ"ז צריך ביאור בהך מעשה דר"ג שהי' בא בספינה ולא היה לו לולב רק לר"ג א"כ שם בודאי ל"מ חזרת דמים שהרי לא הי' שום לולב בספינה רק לר"ג וא"כ בכה"ג שוב מהראוי שיהיה כמו שאול אבל באמת שם דכבר יצא ר"ג ואח"כ נתן לו לר"י א"כ ביום השני דשאול כשר שוב לא אכפת לן במתנה עמ"ל אף דהוה כמו שאול

ו ובזה מבואר היטב דברי הש"ס בסוכה מ"א בהא דאמרו ומעשה בר"ג וכו' למה לי למימר החזירו מלתא אגב ארחי' קמ"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמי' מתנה כדרבא דאמר מתנה ע"מ להחזיר שמיה מתנה ל"ל למימר באלף זוז הא קמ"ל דמצות חביבות עליהן ודקדקו כלם דהי' לו לומר תחלה הך דאלף זוז דהוא מוזכר קודם ואח"כ הך דהחזירו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היה מקום לומר דלכך נקט באלף זוז הוא כדי שיהיה מועיל מתנה ע"מ להחזיר באתרוג דה"א דהוא כשאול ואין לומר דיכול להחזיר הדמים ואתרוג אחר דז"א דכאן היה בספינה ולא הי' לו להחזיר אתרוג אחר וע"ז אמר דהחזירו למה לי וע"כ דקמ"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמיה מתנה וקשה אכתי ל"ד דשם אם יחזיר שפיר מועיל משא"כ באתרוג וע"כ צ"ל דלענין יום שני ודאי מועיל דגם שאול יוצא בו וא"כ יקשה למה לי באלף זוז וע"כ להודיע כמה מצות חביבות עליהם ודו"ק היטב. והנה בגוף דברי המהר"ם מינץ וראיתו מהך דעולה וכ"כ דברי הח"ץ והמלמ"ל שתמהו עליו כעת ראיתי שהדבר מבואר כדבריהם בהגהת מרדכי דכתובות פרק אלמנה ניזונית אות ש"ז דשאני הרי עלי עולה דעיקר הוא של הקדש רק דלבעלים יש שייכות בגווה משום דבר הגורם לממון וא"כ יותר מתור ובני יונה אינו שייך לבעלים רק להקדש ובהקדש פטור משא"כ אם הי' נותן לו מעות לקנות שור והלך וקנה תור בזה פשיטא שצריך לשלם לו כלו וזה מבואר כדברי א"ז הח"ץ ז"ל והמלמ"ל אלא שקצרו בדבריהם ועיין בשיטה מקובצת ב"ק שם וזכורני שבספר ב"ש אחרון שם נדפס תשובה בענין זה מבעל תפארת צבי ומאחיו והגאון בעל ב"ש אחרון האריך שם ולפי זכרוני לא אזכור שהביאו שם דברי הגהת מרדכי הנ"ל. איברא דצריך להבין למה המוכר עולתו ושלמו לא עשה ולא כלום ואמאי הא הנודר בעצמו ודאי יכול לשנות ולפטור עצמו בכבש ותור וכמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ח וא"כ שוב עדן יש לו חלק בו וצריך לומר דמיירי שאמר מפורש מן הבקר דמביא שור וכמ"ש הרמב"ם פט"ז ממעה"ק ה"ג וא"כ א"י לשנות. ובזה יש ליישב קושית התוס' בב"ק דף ס"ז בהא דמוקי דגזל קרבן דחבריה והקשו התוס' הא המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום ולפמ"ש א"ש דיש לומר דמיירי דלא ביאר מן הבקר רק דאמר עולה סתם והביא שור דאז יכול לשנות ולהביא תור או כבש וא"כ שוב שפיר חייב אמנם עדיין יש לומר דקושית התוס' שפיר דניהו דאם ירצה למכור יכול לחזור בו ולומר דרוצה להקריב ממין הפחות מכל מקום כל שלא רצה לחזור בו שוב לא שייך להתחייב. אך זה אינו דעכ"פ כיון דהגנב יכול לפטור נפשו בעולה אחרת כדאמרו בדף ע"ח דדוקא לר"ש קאי האבעיא ולא לרבנן כמ"ש בשיטה שם א"כ שוב לרבנן יכול לפטור עצמו בתור וכבש א"כ שוב משכחת לה קרבנו ולא הגזול ודו"ק ועפ"י שם ובקצה"ח סי' שפ"ו. אך

עדיין יש לעיין דלפמ"ש בשטה שם דוקא כשנאבד ביד הגזלן הוא דפטר נפשיה בתור וכבש אבל כל שהוא בעין לא ע"ש וכאן הרי הוא בעין ולא משכחת לה דמפטר כפשי'. ובזה יש ליישב קושית הפ"י שהקשה דלוקמא כריה"ג דממון בעלים הוא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שהבעלים אינם רוצים לחזור גם ריה"ג מודה דהוא קדוש והגזלן א"י לשנות וא"ל דיכול לפטור עצמו בכבש דזה אינו דלריה"ג הוה כמו לר"ש ואף לרבנן כל שהוא בעין א"י לשנות מכ"ש לריה"ג ודו"ק. ובלא"ה נראה לפענ"ד דכל שהפרישו לשם קרבן עולה אף דקיי"ל הזמנה לאו מלתא היא מכל מקום בהזמנה לגוף קדושה הזמנה מלתא היא כמ"ש הנימוק"י וכן קיי"ל בסי' מ"ב באו"ח וא"כ כל שהוא בעין פשיטא דא"י לשנותו רק כשנאבד הוא דקאי האבעיא אם יכול הגנב לפטור עצמו וגם הנודר יוכל לחזור אבל לא כשהוא בעין ודו"ק היטב

ז והנה בשנת תרט"ז כתב לי תלמידי המופלג החריף מוה' ישראל מלך נ"י במה שנסתפק במי שיש לו שמן זית בביתו ומדליק בהם בביתו לצורך חול ובחנוכה לנר חנוכה לקח שאר נרות שאינן מהודרים כ"כ ודלק בהם למצות נ"ח אי יוצא בזה כיון דלא קיים מצוה מן המובחר אפשר דלא יצא בדיעבד והביא הא דאמרו במנחות דף ס"ד דהי' לפניו שמינה וכחושה ושחט הכחושה ואח"כ שמינה פטור ולא עוד אלא שא"ל הבא שמינה לכתחלה ושחוט ופירש"י אף אחר שחיטת הכחושה א"ל הבא שמינה ושחוט הרי דמצוה מן המובחר דוחה שבת וא"ל דמשום הדור מצוה מתירין לשחוט כמ"ש בשו"ת שאגת ארי' סי' נ' ולעולם דיצא בדיעבד אף בשאינו מהודר כ"כ דזה אינו דהרי הכא ע"כ יצא בשני' דלא שייך לומר דמשום הידור מתירין לו לשחוט דזה אינו דבשלמא בכל הידור מצוה מתקן אותו דבר ומהדר המצוה שעשה כבר אבל הכא מה משמין בזה הכחוש ששחט כבר וע"כ דלא יצא כלל בראשונה והאריך בזה. ואני אומר דאין זו ראיה דשם משום הידור מצוה מתירין לו לשחוט ולא שייך לומר דבמה משמין הכחוש דזה אינו דעכ"פ מקריב קרבן יפה ומהודר וזו גופא מצוה שיביא קרבן נאה. אך בגוף הראיה לכאורה אף לפמ"ש השאגת דמשום הידור מצוה דוחה שבת מבואר ג"כ דלא יצא דאל"כ למה בשביל הידור מצוה ידחה שבת. אמנם אני תמה על השאגת דמה ראיה היא שאני התם דעבודה הותרה בשבת וא"כ כל שאינו הידור מצוה למה לא יעשה מצוה מן המובחר והרי התורה התירה מצות שבת לגבי עבודה ומידי דהוה אם יש בבית אב טהורים דלא מהדרינן וה"ה בזה כיון דמצוה מן המובחר א"ל לשחוט לכתחלה ועיין שו"ת זקני הח"ץ ז"ל סי' מ"ה שמביא ג"כ ראיה זו דמצוה מן המובחר כחה גדול אבל אין ראיה לדחות שבת בשביל מצוה מן המובחר בכ"מ דאינו רק דחויה דשאני עבודה

שהותרה בשבת וא"כ גם ראית מעלתו אינו ראיה דשם באמת יצא בדיעבד אף בהכחושה ואפ"ה א"ל שחוט אם תרצה דיכול לקיים מצוה מן המובחר אבל אינו חייב לשחוט לכתחלה ושם קאי לענין דאינו חייב בשוגג חטאת דאינו שב מידיעתו דאף לכתחלה א"ל לשחוט לכתחלה שמינה אם ירצה. ומה שהאריך להקשות למה בהך דר"י לענין עומר דס"ל דבשבת בא משלש ובחול מחמש אף דבחמש שביחא טפי ואפ"ה בשבת בא בשלש וקשיא על רבה הנה לפמ"ש לק"מ דשאני עבודה דהותרה אבל קצירת עומר אינו רק דחויה כמ"ש הרמב"ם דדחויה ויש לי בזה אריכות דברים אי הותר העומר או דחויה ועיין שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' ל"ז שהאריך בזה אבל בלא"ה באמת ראיה דאין בשביל הידור מצוה לדחות שבת וכמ"ש. אמנם בגוף הדין הדבר מבואר בש"ס ב"ק דף ע"ח גבי הפריש שור לעולה וגנבו ממנו דגנב מצי פטר נפשיה בכבש אף דמצוה מן המובחר והוא הפריש כבר שור ואף דאין מזה ראיה לענין הנודר עצמו וכמ"ש בח"ץ סי' ק"כ ובמלמ"ל פט"ז מקרבנות הנ"ל לדחות דברי המהר"ם מינץ אבל בתוס' שם כתבו דהנודר עצמו ודאי מצי פטר נפשיה בכבש הרי אף דהפריש שור אפ"ה מצי פטר נפשי' בכבש אף דיש לפניו מצוה מן המובחר וא"ל דשאני התם דאינו בעצמותו מהודר דאטו אם ידור כבש יצטרך להביא שור מצוה מן המובחר רק כמו שנדר יקריב וה"ה כאן המצוה בעצמותה אינה מהודרת רק שהוא נדר כך אבל היכא שהמצוה בעצמותה מהודר טפי אפשר דחייב דז"א דאדרבא שם נדר כן ואיכא טפי מצוה להביא מה שנדר ואפ"ה מצי פטר נפשיה בכבש. ועוד יש לי ראיה מהא דאמרו במגלה דף כ"ח הכבש אחד המיוחד שבעדרו וקשה למה לי קרא תיפוק לי' דכל שיש לו כבש מיוחד שבעדרו צריך להביא זאת ואינו יוצא כלל בכבש אחר וע"כ דודאי יצא רק דמצוה מן המובחר להביא הכבש היותר מהודר ועיין ביומא דף ל"ד דאמרו חד בנדר וחד בנדבה וצריכא ועיין ברש"י שם ולפמ"ש יומתק הצריכותא ע"ש כי קצרתי והנה החריף ש"ב מוה' אברהם לבוב ני' נכד הגאון החסיד בעל ים התלמוד ז"ל אמר דזה תלוי בענין אי הדלקה עושה מצוה או הנחה עושה מצוה דאם נימא דהדלקה עושה מצוה כבר עשה המצוה באינו מובחר ואין אומרים לו כבה שהרי כבר קיים המצוה אבל באם הנחה עושה מצוה עדיין לא קיים המצוה כל זמן שלא הדליק כשיעור:

סימן ל

א לחכם אחד מק' בראד.

ב אשר הקשה בהא דאמרו בשבת דף כ"ה דאין שורפין קדשים ביו"ט והיינו משום דלא אתי עשה דשריפת קדשים ודוחה יו"ט והקשה הא בעינן מבעיר וצריך לאפרו ואל"כ

אינו חייב כמבואר בשבת דף ק"ו ובכמה מקומות וא"כ לא יצטרך לאפרו ויהיה מותר להבעיר. והנה יפה הקשה. ומה שרצה לחדש דהתיקון של המצוה הוה תיקון דלא יהיה נקרא מקלקל דהתורה אחשבה לשריפתו וכמ"ש רש"י בביצה דף כ"ז ע"ב הנה זה אינו ברור דלמא בהתיקון מצוה לא חשוב תיקון כמ"ש התוס' בשבת דף ק"ו שם ד"ה בחובל. והנראה בזה דהנה התוס' בשבת שם ד"ה חוץ כתבו בשם ר"ת דלר"י לא חשוב מקלקל רק באין התיקון בא באותה שעה כ"א לאחר מכאן ולפ"ז נראה לי דבר נחמד דהרי קיי"ל כל הנשרפין אפרן מותר א"כ בעת שמבעיר הוא נעשה אפר ושרי (וגם אפר של הקדש מותר כמ"ש הרמב"ם פי"ט מפהמ"ק הי"ג ע"ש) א"כ התיקון בא בעת הקלקול ואף אם נימא דנשרף מקודם ואינו נעשה אפר רק אח"כ מכל מקום היכא דבלי הקלקול לא בא התיקון כתבו התוס' שם דאף שנעשה אח"כ התיקון מכל מקום חשוב תיקון כמו במוחק ע"מ לכתוב ולפ"ז כאן דאפרן לא מותר רק ע"י הקלקול של השריפה פשיטא דנקרא תיקון וחייב וז"ב לדעתי. ולכאורה רציתי לומר כיון דכל הטעם דאפרן מותר היא לפי שנעשית מצותה וכמ"ש התוס' בתמורה דף ל"ב וא"כ אם נימא דאין שריפת קדשים דוחה יו"ט שוב הוה מצוה הבאה בעבירה ולא עשה מצוה ושוב אפרן אסור וא"כ הוה מקלקל אך זה אינו דאם נימא דמקרי מקלקל שוב עשה מצוה ומותר האפר וא"כ הוה מקלקל ע"מ לתקן דאסור וא"כ לכך אינו דוחה יו"ט וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד דבר חדש במה שנדחקו הקדמונים ומכללן ה"ה בפ"א מיו"ט מדוע הותר הבערה ביו"ט הא אינו באוכלין ומשקין ולפמ"ש יש לומר דבאמת אם צריך לאפרו באמת אסור להבעיר והא דמותר הבערה בא"צ לאפרה דאז הוה מקלקל וא"כ לצורך אוכל נפש אף שאינו באוכל ומשקה מכל מקום מותר כיון דהוה מקלקל א"כ כל שהותרה לצורך אוכל נפש אף דשם לא מקרי מתקן מכל מקום הא מתקן האוכל ואפ"ה התירה התורה כיון שאינו לצורך האפר וא"כ אף כשהוא שלא לצורך האוכל רק לצורך האפר מותר וא"ל דכיון שאינו באוכל ומשקה אף שהוא לצורך אוכל ומשקה יתסר דזה אינו דעכ"פ ההבערה בעצמה הוה מקלקל וע"כ דכיון שהוא צורך אוכל נפש אתה רוצה לאסרו וע"ז שפיר אמרינן דממנ"פ כל שהוא לצורך אוכל נפש שוב אשר יאכל לכל נפש קרינן ביה וא"ל דגוף הבערה בעצמותה אין בו אוכל ומשקה מכל מקום הא הבערה בעצמותה לית ביה איסור וא"כ לצורך אוכל נפש מותר וא"כ שוב מותר אף בצריך לאפרה דמתוך שהותר לצורך אוכל נפש הותר אף בלא לצורך כ"א לאפרו. ראה זה דבר חדש. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה מיושב היטב קושית התוס' בשבת דף כ"ה ובכמה מקומות דאמאי לא יהיה מותר להדליק בשמן של תרומה טמאה ואמאי גרע מנר של חול דמותר

להדליקו ביו"ט מכ"ש של תרומה טמאה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דמותר להדליק בנר של חול ביו"ט אף דההבערה אינו באוכל ומשקה ומהראוי לאסור וע"כ משום דגוף הבערה לא אכפת לן דהוה מקלקל וא"כ משום דצריך לאוכל נפש ליתסר דמה שצריך לאוכל נפש מהראוי ודאי להתיר. ומעתה זה בנר של חול אבל בתרומה טמאה דגוף הבערה בעצמותה הוה קלקול ע"מ לתקן דבלי הקלקול לא יהיה מותר האפר וא"כ גוף הקלקול כל שהוא ע"מ לתקן אסור הקלקול ג"כ וא"כ מה יועיל מה שהוא לצורך אוכל נפש הא כל שאינו לצורך אוכל נפש בעצמותו אסור דבשלמא בנר של חול גוף ההבערה הוה קלקול גמור דאינו מתקן בזה דבר א"כ מה שהוא לצורך אוכל נפש לא יאסרנו לחשב עי"ז תיקון דהא ממנ"פ אם חשבתו לתיקון שוב מהראוי להתיר דהא כל אוכל נפש הותר ביו"ט ואם לא חשיב תיקון שוב ההבערה בעצמותה מותרת אבל בתרומה טמאה דהבערה בעצמותה אף דהיא מקלקל הא אפרה מותר עי"ז והוה קלקול ע"מ לתקן וא"כ שוב הוה מקלקל ע"מ לתקן דאסור ושוב אסור וז"ב ודו"ק כי הוא חריף ועצה עמוקה. ובזה אני אומר ליישב דברי התוס' בפסחים דף ה' שכתבו דלכך אסור לשרוף החמץ אף דלכשישרף ויעשה אפר יהיה גחלתו מותר מכל מקום כיון דבתחלת ביעורו אסור להנות אסור ותמה המג"א סי' ק"ז ממ"ש הרא"ש שם דלכך מותר להרבות עצים ולבטלם דאף דהוה דבר שיש לו מתירין כיון דלאחר שישרף מותר להנות בו דמקלי קלי איסורא ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר סברת התוס' הוא כיון דבאמת הא דמותר הבערה ביו"ט הוא משום דגוף הבערה הוה קלקול ולפ"ז כיון דלאחר שנשרף יהיה מותר להנות מגחלתו א"כ שוב הוה קלקול ע"מ לתקן ואסור ביו"ט וע"ז שפיר הביאו ראיה מנדרים ונדבות כיון דמשלחן גבוה קא זכו וא"כ עיקר התיקון בא בשביל הקלקול שוב אסור הבערה ביו"ט והדג"מ שם תמה לפי הבנת המג"א מה ראיה מנדרים ונדבות הא שם הוה מתקן משום דמשלחן גבוה קא זכו. ולפמ"ש אתי שפיר דדא ודא אחת היא דבאמת מה בכך דמשלחן גבוה קזכו סוף סוף מותר להנות ממנו אח"כ וע"כ משום דהקלקול הוה ע"מ לתקן ואסור וה"ה בחמץ ומעתה זהו התם אבל שם גבי עצים הוה באמת כעת מקלקל גמור וא"ל דהוה מקלקל ע"מ לתקן האפר דשם כל שנעשה אפר שוב מקלי קלי לאיסורא ולא שייך תיקון כלל דבשלמא כל אפר מהראוי לאסור רק ע"י שנעשה מצותו מותר א"כ התיקון בא ע"י קלקול משא"כ שם דאינו בא התיקון ע"י הקלקול רק דמקלי קלי לאיסורא ולא שייך בזה מקלקל ע"מ לתקן וז"ב לדעתי.

ג וראיתי באבני מלואים ח"ב בשו"ת הנספחות סי' ב' שהאריך בדברי התוס' בפסחים הנ"ל והקשה דדברי התוס' דפסחים הנ"ל סותרין למ"ש שם בתוס' דף מ"ז דאף דאינו

ראוי כעת כיון שיהנה אח"כ מזה הו"ל לצורך ע"ש לענין כבשי עצרת ושתי הלחם ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בגוף אוכל נפש אף שאינו ראוי כעת כל שיהיה ראוי אח"כ מותר ואך אשר יאכל לכל נפש קרינן ביה כיון שיהיה ראוי אח"כ מידי דהוה אמה שמותר לבשל בשר ביו"ט אף שאינו ראוי מקודם אבל התם קאי התוס' לענין הבערה דאינו באוכל נפש ומהראוי לאסור ועיקר ההיתר בשביל דהוה מקלקל דכיון דהוה קלקול ע"מ לתקן אסור גוף הקלקול וז"ב ודו"ק. ומן האמור אין ראיה למה שרצה הא"מ שם ללמוד מדברי התוס' לנדונו ע"ש ולפמ"ש הן נסתר מחמתו ודו"ק. ובזה אני אומר דבר נחמד בהא דאמר רבא שם דאין ביעור חמץ אלא שריפה ופירש"י דאי ביעורו בכל דבר יפרר או זורה לרוח וקשה דהא כיון דרחמנא אחשבי' לשריפתו אף שאר דבר נקרא מלאכה ולפמ"ש אתי שפיר דאי השבתתו בכל דבר שוב גם הבערה מותר דיכול להנות אח"כ מגחלתו וא"ל דא"כ הוה קלקול ע"מ לתקן דזה אינו דאם השבתתו בכל דבר שוב אין מצוה בשריפה ואין מתקן הגחלת ועיין במג"א סי' תמ"ה וצ"ע בזה דא"כ שוב לא יהיה תיקון לגחלת דהא גם הגחלת אסור: אך עדיין יש ליישב דמה דגחלת מותר הוא לא משום דכבר נעשה מצותו דדוקא גבי אפר שייך זאת ורק דאינו נהנה מן החמץ בעצמו וכמ"ש התוס' בהדיא בפסחים דף כ"ו ע"ב ד"ה בישלה והרי התוס' מדמי כאן חמץ לערלה וא"כ שפיר יקשה דכיון דיכול להנות מגחלתו שוב הו"ל קלקול ע"מ לתקן דכבר כתבתי דכל דאין השריפה והקלקול גורם לו שמותר רק שהתורה לא אסרה רק גוף הערלה וגוף החמץ ובכה"ג לא מקרי קלקול ע"מ לתקן וע"ז חדשו שפיר דכיון דעכ"פ האפר יהיה מותר ע"י שעשה מצות שריפה ונעשית מצותה א"כ הוה קלקול ע"מ לתקן ושוב אסור הבערה ולפ"ז אם נימא דהשבתתו בכל דבר ושוב אין אפר חמץ מותר דהנקברין אפרן אסור וכמ"ש המג"א סי' תמ"ה ס"ק א' וא"כ שוב לא יהי' האפר מותר מחמת המצוה רק משום דהתורה לא אסרה רק גוף החמץ ולא הגחלת והאפר וא"כ שוב יקשה מהיכן מוכח ר"ע דהבערה מעיו"ט דלמא ביו"ט ויפרר וזורה לרוח וא"ל דכיון דרחמנא אחשבי' שוב הו"ל מלאכה דזה אינו דהא גוף הבערה מהראוי להתיר דהא יכול להנות מגחלתו עכ"פ ול"ש לומר דעכ"פ מתקן האפר דמותר לכתחלה להנות מהאפר דבגחלת בדיעבד הוא דמותר ומדרבנן עכ"פ אסור אף בדיעבד דהא תנן לא יסיק וכמ"ש התוס' דמדרבנן אסור והאפר מותר לכתחלה דזה אינו דגם האפר אסור דהא לא נעשית מצותו וכיון דהבערה אינה מלאכה כ"כ ממילא מכ"ש דמותר לפרר ולזרות לרוח וע"כ דאין ביעור חמץ אלא שריפה ואז אפרן מותר ושוב אסור להנות מאפרו וכמ"ש ודו"ק.

ד והנה במ"ש מעלתו ליישב דשריפת קדשים אסור דרחמנא אחשביה לשריפתו והו"ל מתקן כבר כתבתי לעיל דתיקון מצוה לא משוה תיקון. אמנם לכאורה רציתי לומר דאם נניח כדבריו דהמצוה גופא עושה התיקון יש ליישב בזה מה שדקדק מעלתו בדברי הרמב"ם פ"ג מיו"ט הלכה ח' וז"ל וכן אין שורפין אותה ביו"ט שאין שורפין קדשים שנטמאו ביו"ט ששריפת קדשים עשה שנאמר באש ישרף ועשיית מלאכה שאינה לצורך אכילה עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ודקדק מעלתו דהי' לו לומר אעפ"י ששריפת קדשים עשה אפ"ה אינו דוחה יו"ט דהוא עשה ול"ת. ואמרתי בהשקפה הראשונה דכוונת הרמב"ם דאדרבא בשביל ששריפת קדשים עשה א"כ אחשבי' לשריפתו שוב אינו דוחה עשה ול"ת דאל"כ לא שייך עשה ול"ת דהא א"צ לאפר והו"ל מקלקל והנה אם כי יש ליישב כן אבל באמת אין כוונת הרמב"ם כן אף שדקדוקו נכון ועיין בפ"א משופר ה"ד מ"מ אי כוונת הרמב"ם לזה יקשה דלמה לא ידחה העשה ול"ת דכל הטעם דאין העשה דוחה ל"ת ועשה הוא משום העשה דמה"ט ס"ל לריב"א דאם עבר ודחי דאינו לוקה דעל עשה אינו לוקה כמ"ש התוס' חולין דף קמ"א ועיין מלמ"ל פ"א משופר ה"ד שהאריך בזה וכיון שכן שוב מהראוי דעשה דשריפת קדשים ידחה דלא שייך מאי אולמא האי עשה מהאי עשה דבאמת אם לא הי' העשה דשריפת קדשים לא הי' מלאכה כלל ורק משום העשה נעשה עשה דיו"ט ושוב מהראוי שעכ"פ עשה דשריפת קדשים ידחה ל"ת ועשה זו שבאים רק מחמתו וע"כ מחוורתא כמ"ש לעיל דלכך אסור לשרוף קדשים דהו"ל מתקן האפר דאפרן מותר וז"ב

ה ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב דברי הרע"ב דבשבת גבי אין מדליקין בשמן שריפה ביו"ט כתב הרע"ב דהיינו תרומה טמאה משום דכתיב והנותר ממנו עד בקר וכדתני דבי חזקי' ובפ"ג מפסחים משנה יו"ד גבי נותר מן הפסח דישרפו בששה עשר כתב הרע"ב טעמי' דר"א משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ולמה שינה את טעמו לנקוט כאן טעם אחר ועיין בתוי"ט ולפמ"ש יש ליישב דכבר כתבתי דאם נימא דשריפת קדשים מותר דהו"ל מקלקל רק משום דהמצוה הו"ל תיקון שוב מהראוי שתדחה עשה הל"ת רק דכיון שאתה מתיר אפרו שוב הו"ל מקלקל ע"מ לתקן וכמ"ש ולפ"ז הא תרומה טמאה מה שמצותו בשריפה כתב רש"י בשבת דף כ"ה דהוא מדרבנן דלא ליתי לידי תקלה ועיין תוס' שם ד"ה כך ולפ"ז אי אפשר לומר בתרומה הטעם משום דאין עשה דוחה עשה ולא תעשה דבזה יקשה הא ליכא איסור בא"צ לאפרו וליכא למימר דאתה מתיר אפרו דז"א דמ"נ אם נימא דמה"ת מצותו בשריפה דדמי לקדש שוב יקשה דא"כ כל עשה ול"ת בא מחמת העשה דשריפת קדשים וכאן לא שייך דנעשה מצותו ומתקן האפר דהא

באמת אינו מבואר כלל דמצוה לשרפו ורק דמצד הסברא מסתבר כן וע"ז פשיטא דלא הותר האפר וע"כ דכיון דרבנן תקנו בשריפה שוב אפרו מותר עכ"פ לא שייך עשה ול"ת דמה"ת ליכא עשה ול"ת ולכך הוצרך למנקט מן והנותר משא"כ התם דקאי לענין פסח דהוא קדש ומה"ת בשריפה ושוב אפרו מותר ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ודוק היטב ור"א באמת לא נתן טעם שלו רק לקדשים ולא בתרומה. והנה במ"ש למעלה דברי ה"ה לענין הבערה דאף דלא הוה באוכל נפש מכל מקום הא כתבה התורה ביום השבת ומשמע דממעט ביו"ט הנה לכאורה תמה אני מאד דא"כ איך יפרנס דברי הש"ס בכתובות דף ח' א"ל ר"פ לר"פ מה דעתיך מתוך שהותר חבורה לצורך הותר נמי שלא לצורך אלא מעתה יהא מותר לעשות מוגמר ביו"ט מתוך שהותר לצורך הותר נמי שלא לצורך ומשני עליך אמר קרא אך אשר יאכל לכל נפש דבר השוה לכל נפש ולדברי ה"ה הקושיא והתירוץ תמוה דבאמת משמע מהש"ס דהבערה מותר משום מתוך וקשה הא מותר בשביל דכתיב ביום השבת אבל מתוך לא אמרו כלל וגם התירוץ אינו מובן דניהו דאינו שוה לכל נפש הא התורה מיעטה מביום השבת ואף דאינו שוה לכל נפש מ"מ מותר דלא שייך הבערה ביו"ט כלל ובלא"ה אינו באוכל נפש ואפ"ה מותר ביו"ט והוא קושיא גדולה לדעת ה"ה ובהחפזי לא ראיתי למי שעמד בזה והנראה בזה דהנה רבינו כתב פ"ב מיו"ט דמכבה אסור ביו"ט וכבר נודע דברי רבינו דמוגמר יש בו משום מכבה וא"כ יש לומר דמש"ה אסור מוגמר בשביל הכיבוי אך לפי זה דוקא אם ההיתר דהבערה הוא משום ביום השבת א"כ הכיבוי עומד באיסורו אבל אם ההיתר בהבערה משום מתוך א"כ גם הכיבוי שבא מתוך הבערה י"ל מתוך דכל טעמו של רבינו בכיבוי בשביל דאינו צורך כלל לאכילה וכמ"ש בפ"ז ה"ב בהדיא ולפ"ז הכיבוי דבא מתוך ההבערה דבזה הוה אמרינן מתוך בהבערה ממילא גם הכיבוי מהראוי להתיר וזה דמקשה דלדידך דאמרת מתוך גבי חבלה אעפ"י שאינו באוכל נפש עצמו כגון בעולה א"כ נימא מתוך גבי הבערה ג"כ אף שאינו באוכל נפש וא"כ היה מותר גם מוגמר וע"ז משני דבעינן דבר השוה לכל נפש וא"כ באמת לא אמרינן מתוך גבי הבערה דאינו באוכל נפש עצמו וכמ"ש ובאמת י"ל דגם מ"ש ה"ה דאינו באוכל נפש אין הכוונה רק בשביל דאינו שוה לכל נפש ולא שייך מתוך בזה ובאמת שגם זה דוחק. ולחומר הנושא א"א ליישב כעת וצ"ע ובלא"ה תמוה טובא לדעת ה"ה דאיך תלה הש"ס ענין דאמרינן מתוך בהבערה במה דאמרינן מתוך בחבורה ודלמא אף דאמרינן מתוך בחבורה משום דהוא ענין באוכל נפש עצמו בשחיטה ולכך אמרינן מתוך משא"כ בהבערה שאינו באוכל נפש עצמו ל"ש מתוך וכמ"ש באמת ה"ה דלא שייך מתוך בזה. אמנם ליישב פה חיבת קודש ה"ה ז"ל אמרתי דבאמת דענין מתוך

הוא דכל דבר שהוא צורך אכילה הותרה ביו"ט מקרא דאשר יאכל לכל נפש וא"כ גם מה שאינו לצורך הותר משום מתוך ולפ"ז קשיא לי' לה"ה דבהבערה שאינו באוכל ומשקה היאך הותר לצורך עד שיהי' שייך מתוך בזה ולזה למד ה"ה דלצורך אוכל נפש הותר מדכתיב ביום השבת ש"מ דביו"ט התירה התורה והיינו דאף שאינו באוכל נפש עצמו עכ"פ דהוא בכלל מלאכה לא תעשה השוה ביו"ט כמו בשבת וע"ז התירה התורה משום דכתיב ביום השבת אבל ביו"ט התירה לצורך אוכל נפש אף שאינו באוכל נפש אבל מה שהותר אף לאינו צורך ע"כ רק משום מתוך אתינן עלה והיינו כמו דבאוכל נפש עצמו אמרינן מתוך דאשר יאכל לכל נפש משמע אף שאינו לצורך וכמ"ש המג"ש ועיין פ"י בביצה דף י"ב כמו כן בהבערה שמותר מה שהוא לצורך אוכל נפש והוה בכלל אשר יאכל לכל נפש ולא יכחיש ה"ה דמטעם מתוך אתינן עלה וכדאמרו בביצה דף י"ב וכבר נתקשה בזה הלח"מ ולפמ"ש אתי שפיר וז"ב מאד מאד בכוונת ה"ה ז"ל ודוק. ובזה מיושב היטב קושית המ"א בסי' תקי"ח דהיאך אמרו בפסחים דף ה' ומצינו להבערה שהוא אב מלאכה וע"ז אמר רבא ש"מ שהוא אב מלאכה והא אכתי מותר בשביל דכתיב ביום השבת והרי לאו דלא תבערו לא נאמר ביו"ט.

י ולפמ"ש יש לומר דבאמת הבערה מותר ביו"ט משום דכתיב ביום השבת וממעט ביו"ט אבל בזה פליג ר"ע דדוקא לצורך היתר משום דכתוב ביום השבת אבל לומר בזה מתוך לא ס"ל דהוא ס"ל דדוקא באוכל נפש עצמו הותר מתוך אבל במה שאינו אוכל נפש בעצמו זה לא הותר בשביל מתוך וז"ב. ובזה מיושב מה דדייק רבא דש"מ הבערה לחלק יצאת ונדחקו רש"י ותוס' דאף שללאו יצאת עכ"פ לאו הוא והו"ל לא תעשה ואסור ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הא דממעט מקרא דביום השבת יש לפרש אם שאינו מלאכה כלל ביו"ט ומותר אף שאינו לצורך אוכל נפש כלל או שאינו ממעט רק לצורך אוכל נפש דאם אמרינן דלחלק יצאת א"כ אדרבא בא להחמיר דהא שאינו חייב רק בעשה הרבה מלאכות כאחת וא"כ חידוש היא דחדשה תורה להקל ביו"ט ואין לך בו אלא חידושו רק לצורך אוכל נפש בלבד אבל מתוך לא אמרינן בו אבל אם נימא דללאו יצאת א"כ יצא להקל שאינו כשאר מלאכות שוב ממילא מהראוי לומר דכל שהותר ביו"ט לגמרי הותר.

יא ובזה יש ליישב הא דאמרו ש"מ דאין ביעור חמץ אלא שריפה ופירש"י דאל"כ הי' להשליכו לכלבים וכדומה וכבר נודע קושית הפ"י דנימא דאחשביה הכתוב לשריפתו ולפמ"ש אתי שפיר דזה שייך היכא שגוף המלאכה אסור שייך לומר דאחשביה אף למה שאינו מלאכה דכל מה שעושה להשבית הוא בכלל שריפה אבל לצורך לא הותר והיינו הבערה בעצמה שהיא בעצמותה מלאכה אבל להחמיר על כל הדברים שיהי'

בכלל מלאכה זה אין לנו וע"כ דאין ביעור חמץ אלא שריפה ודוק. ובזה מיושב קושית התוס' בביצה דף י"ב על הא דאמרו השוחט עולה ביו"ט לקי דאמר לך מני ב"ש הוא והקשו בתוס' לימא ר"ע היא דס"ל דלא אמרי' מתוך ולפמ"ש יש לומר דע"כ לא ס"ל לר"ע מתוך רק במה שאינו באוכל נפש רק לצורך אוכל נפש כמו הבערה דלא הותר מאשר יאכל לכל נפש אבל שחיטה דהוא בכלל אוכל נפש בעצמו ס"ל לר"ע ג"כ דאמרינן מתוך וז"ב. איברא דלפ"ז גם מה דדייק מב"ש קשה דנימא דע"כ לא אמרו ב"ש דל"א מתוך רק בהוצאה שאינו באוכל נפש לבדו משא"כ שחיטה שהוא באוכל נפש עצמו וצ"ל כמ"ש ה"ה דכיון שהוא באוכל נפש ג"כ מהראוי לומר מתוך ובזה מדוקדק לשון חז"ל דא"ל מני ב"ש דלא אמרו מתוך דהותרה הוצאה לצורך ולא סיים הש"ס ה"נ לא אמרו מתוך גבי שחיטה כמו דסיים לב"ה דאמרו מתוך ה"נ וכבר דקדקו כן המפרשים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לב"ש אינו מוכח דאפשר בשחיטה אמרינן טפי מתוך מהוצאה דהוא בכל הדברים אף באינו אוכל נפש ורק משום דלית לן תנא אחר דלא לסבור מתוך אמרינן מצד הסברא דב"ש היא אבל לב"ה הדבר מוכרע דאמרו מתוך דאם אמרו מתוך בהוצאה כ"ש גבי שחיטה מה שאין כן לב"ש אינו מוכרע ולכך לא סיים כמו לב"ה ודוק. נחזור לענינינו דשפיר אמרו בכתובות שם לדידך דאמרת מתוך גבי חבורה א"כ מוגמר לשתרי דנימא מתוך והיינו דאף בהבערה שייך מתוך ובאמת לפמ"ש בשיטה מקובצת בכתובות שם (חסר כאן).

ח והנה בהא דאמרו במנחות דף מ"ו ע"ב ר"י אמר לעולם לשריפה עומדת וה"ט דלא שרפינן לפי שאין שורפין קדשים ביו"ט א"ל אביי מי דמי התם לאו מצותן בכך הכא דמצוותן בכך לשרפינהו מידי דהוה אפר ושעיר של יוה"כ ושאל אותי הרב המאוה"ג מוה' נתן אשכנזי אבד"ק פאטיק ני' דמה קושיא הא כבר נודע מ"ש התוס' ריש יבמות בסוגיא דעליה דמצותו בכך לא אמרינן רק היכא דאי אפשר בענין אחר וכאן הא אפשר שיהיה כבשים עם הלחם ולא מקרי מצותו בכך ומה דמות יערוך לפר ושעיר דאי אפשר בענין אחר. והנה יפה תמה אף כי באמת ל"ד דגם כאן עכ"פ מצות שתי הלחם בלי כבשים המצוה כך לשרוף ומקרי מצותן בכך. אך לפענ"ד ע"ד הפלפול הי' נראה לי ליישב ע"פ מ"ש התוס' בקידושין דף ל"ד להקשות בשם הר"י איש ירושלים דנשים שאינן חייבות בעשה דיו"ט דהוה ז"ג ולמה לא ידליקו בשמן שריפה ביו"ט ע"ש אבל באמת דבריהם תמוהים דגם שריפת קדשים אינו נוהגת אלא ביום וא"כ הוה גם כן מ"ע שהז"ג ונשים פטורות וכבר תמה בזה הפ"י שם ונדחק והשעה"מ פי"ט מפהמ"ק הל' ה' ולפ"ז כאן דיכול לשרוף אף בלילה דל"ד לנותר כמ"ש התוס' בהדיא ד"ה לפי וא"כ שוב שפיר

מקשה כיון דמצותן בכך לשרפינהו והיינו על ידי נשים דכאן לא הוה מ"ע שהז"ג דגם בלילה מצי לשרוף ודוק ועיין בנוב"י במהד"ת חלק או"ח סי' צ"ו ובאמת שדברי התוס' אלו ד"ה לפי לא זכרו המחברים הללו שנראה שפשיטא להו דגם כל קדשים פסולים אינן שורפין בלילה דדמי לנותר מדאיצטריך לתוס' לומר דלא דמי לנותר ודוק

ט והנה אחר זמן רב מצאתי במהרי"ט אלגזי על בכורות להרמב"ן בספרו בדף ס"ג שחידש דס"ל להרמב"ם דבכל קדשים פסולים מלבד קדשים טמאים יכול להנות בשעת שריפה ע"ש שהאריך בזה. ובאמת שלדבריו מיושב היטב קושית התוס' בשבת דף כ"ו שהקשו בהא דאמרו הטעם דאין שורפין תרומה טמאה ביו"ט לפי שאין שורפין קדשים ביו"ט והקשו בשלמא קדשים דין הוא שלא ישרפו ביו"ט לפי שאסור להנות מהן בשעת שריפה ול"ש מתוך שהותרה הבערה לצורך משא"כ תרומה טמאה שיכול להנות בשעת שריפה. ולפמ"ש אתי שפיר דגם קדשים פסולים כל שאינם טמאין יכול להנות בשעת שריפה ואפ"ה אסרה התורה וה"ה תרומה טמאה וכ"כ מהריט"א בעצמו. הן אמת דגוף הדבר צריך ביאור דבשלמא אם נימא דיליף מקרא דוהנותר או מאינך קראי א"כ הקרא ממעט לה והו"ל גזירת הכתוב שפיר יש לומר דאף דיכול להנות בשעת שריפה אפ"ה התורה מעטינהו משא"כ אם נימא כטעמא דר"א משום דהו"ל עשה ול"ת בזה שפיר קשה היאך הו"ל עשה ול"ת והא מותר להנות ושייך מתוך שהותרה לצורך הותר נמי שלא לצורך והיא קושיא גדולה לדעתו. והנני יוסיף להפליא דלפענ"ד גם תירוץ התוס' לא יועיל בזה דהרי התוס' תירצו בשם ריב"א דכיון דלא הותר להנות רק הנאת שריפה ע"כ הבערה זו אינה לצורך הנאתו רק לשם מצות שריפה א"כ שפיר לא דחי יו"ט דמשלחן גבוה קא זכו ע"ש ולפי זה כאן דכל עיקר הטעם דאינו דוחה משום דהו"ל עשה ול"ת והיינו עיקר בשביל העשה דאין עשה דוחה עשה משום דאלים ולפ"ז הא כאן אם לא הי' העשה דבאש תשרף א"כ שוב ההבערה מותרת רק משום דכתיב באש תשרף והקפידה תורה על הבערתן א"כ שוב בדין הוא שידחה העשה. איברא דזו קשה על על הריב"א בעצמו ג"כ דעכ"פ תרומה טמאה אמאי לא ידחה העשה הל"ת ועשה וצריך לומר דס"ל כיון דעיקרו לגבוה בזה לא שייך מתוך דלצורך גבוה אסור לעשות מלאכה וע"ז מיעטה התורה בפירוש ועכ"פ אם לא נימא כתירוץ הריב"א ודאי קשה אף בשריפת קדשים גופא ותירוץ הר"י שם לא שייך בזה וע"כ דבכל קדשים פסולים אסור להנות מהם וצ"ל דר"א באמת ס"ל דאסור להנות בשעת שריפה ולא שייך מתוך משא"כ לדידן ס"ל דמותר להנות ובזה עמדתי על לשון רבינו שכתב בפי"ט מפהמ"ק הלכה ה' דאין שריפת טמא ונותר ופיגול דוחה יו"ט ואצ"ל שבת ובפ"ה מיו"ט ה"ח כתב רבינו שאין שורפין קדשים

טמאים ביו"ט לפי ששריפה מ"ע ואין עשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט והדבר תמוה כמו שתמהו המפרשים דמדוע לא ביאר רבינו בגוף הדין הטעם דלכך אין שורפין לפי שאין עשה דוחה ל"ת ועשה ולמה בפ"ה מיו"ט שם לא הוזכר רק אגב גררא ביאר הטעם ולפמ"ש אתי שפיר דהנה בפי"ט מפהמ"ק כלל רבינו ביחד קדשים טמאים נותר ופיגול והנה בנותר ופיגול שם אי אפשר לומר דעשה ול"ת דהרי שייך מתוך דבזה מותר להנות ונמצא ע"כ דנתמעט מהנך קראי דמביא הש"ס דבזה לא שייך טעמא דר"א וע"כ השמיט לגמרי הטעם וכתב הדין דעכ"פ אסור לשרוף ביו"ט אבל שם בפ"ה מיו"ט דלא מיירי רק מקדשים טמאים שפיר כתב הטעם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דזה טעם היותר פשוט ומוסכם ודוק וזכורני שכבר כתבתי בדברי רמב"ם אלו באיזה מקום ואיני יודע מקומו והטרדות רבו מלחפש.

י ובאמת לפי מה שהאריך שם דרב אשי דס"ל דפודין את הקדשים להאכילן לכלבים ס"ל דמותר להנות דלא אסרה תורה רק לאכול ולא להנות ואם כן גם קדשים פסולים יש לומר דלא אסרה תורה רק לאכול ולא להנות כיון שמקיים מצות שריפה א"כ קשה טובא על ר"א עצמו דפריש הטעם משום דעשה ול"ת והיאך הוה עשה ול"ת והא שייך מתוך. ומה שנראה לפענ"ד דהנה מה דמקשו התוס' דשייך מתוך היינו משום דמותר להנות בשעת שריפה הוא כדאמרו בפסחים דף כ"א דבהדי דקשריף לתהני מיניה והיינו משום דמקיים מצותה ומותר להנות ממנו ולפ"ז ביו"ט דיש עשה ול"ת ולא קיים המצוה א"כ שוב אסור להנות בשעת שריפה וכל הטעם דמתוך הוא לפי שיכול להנות והרי זה כמי שעושה מסובב מן הסבה דאדרבא אם נימא דאסור לשרפו שוב אינו מקיים המצוה ושוב אסור להנות ממנו כמ"ש התוס' בפסחים שם בהדיא דדוקא לר"י דמצותו בשריפה מותר להנות והיינו משום דאין לך דבר שנעשה מצותו ואסור להנות ממנו וכמ"ש בתמורה דף ל"ג וכאן עיקר המצוה הוא רק בשביל דמותר להנות דאל"כ הי' אסור לשרוף דהו"ל עשה ול"ת וז"ב מאד. אמנם אי קשיא הא קשיא דאכתי היאך נילף דאין שורפין שמן טמאה ביו"ט דלמא שאני קדשים דהו"ל עשה ול"ת וכל שאסור להנות בשעת שריפה שוב אסור לשרוף אבל שמן תרומה טמאה דמותר להנות דלא אסור רק הנאה של כילוי א"כ בדין הוא שיהיה דוחה דהא יכול להנות בשעת שריפה דאף דאסור לשרוף אפ"ה מותר להנות בשעת שריפה וצ"ל כתירוצי התוס' או דגזר משום שריפת קדשים או דמשלחן גבוה קא זכו.

יא ובזה עמדתי על דברי הרע"ב דבשבת פ"ב גבי שמן תרומה טמאה כתב דממעט מקרא דוהנותר ובפסחים פ"ז משנה יו"ד ממעט נותר משום דהו"ל עשה ול"ת וכבר הרגיש

התוי"ט בזה ולא כתב דבר וכ"כ בתשובה אחרת בזה ואיני זוכר מקומו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הרע"ב ס"ל ג"כ דבקדשים מותר להנות ובזה ישב קושית התוס' ולא ס"ל תירוץ הריב"א דדחיק ליה וע"כ צ"ל כתירוץ הר"י דגזרו אטו קדשים והרע"ב רצה לאסור מן התורה ולכך כתב דקדשים ממעטי מקרא ממילא גם שמן שריפה בכלל ומעתה זה לענין שמן שריפה דאי אפשר לומר בשביל עשה ול"ת משא"כ בנותר שפיר אמר משום דהוי"ל עשה ול"ת וכמ"ש ודוק היטב וקצרתי באמרים. והנה משריפת קדשים דהוה עשה ול"ת הבאתי ראיה דאף בכה"ג דהוה עשה לנתוקי הלאו אפ"ה מקרי עשה ול"ת וסתרתי דברי חכם אחד שרצה לומר דעשה דתשביתו כיון דאתי לנתוקי הלאו דבל יראה ל"ש מ"ע שהזמן גרמא דהא אינו בא רק לנתק הלאו ועל הלאו מוזהרין הנשים כאנשים ודחה דברי השאגת ארי' שהקשה דליהוי עשה דתשביתו לגבי נשים מ"ע שהזג"ג והראיתי לו דברי התוס' בקידושין דף ל"ד בשם הר"י איש ירושלים דשריפת קדשים הוה עשה שהזג"ג לגבי נשים אף דאתי לנתוקי הלאו ולקיים עי"ז הלאו וכן קשה ממעקה שחשיב שם במ"ע שלא הזג"ג ותיפוק ליה דאתי לקיים הלאו דלא תשים דמים בביתך ואף דממעקה יש לדחות דהלאו והעשה נקשרים יחד מכל מקום משריפת קדשים קשה וכ"כ האחרונים לענין כיבוי ביו"ט ע"ש ודוק

יב והנה בדברי ריב"א הנ"ל דכתב דלכך שמן שריפה לא דחי יו"ט דבאמת אסור בהנאה רק דכל ששרפו לא הקפידה תורה אם יהנה אבל עיקרו אינו עומד להנות ממנו והו"ל כנדרים ונדבות דאמרינן דמשלחן גבוה קא זכו היה נראה לפענ"ד בזה דבר חדש דלענין נר חנוכה א"י להדליק בשמן שריפה והטעם נראה לפענ"ד דהנה באמת כבר נודע מ"ש זקני בעל שער אפרים סי' ל"ח לענין דאסור להדליק בבשר בחלב כיון דאסור בהנאה ועומד לשריפה הו"ל כתותי מכתת שיעורא ובשב יעקב תמה בזה דאיך שייך בזה כתותי מכתת שיעוריה דהא הו"ל ככיסוי הדם דכל כמה דמכתת עדיף טפי וגם כאן הא צריך לשרפו ועומד להשרף ואני הארכתי בזה בתשובה אחת. אמנם לפענ"ד בשמן שריפה דאסור בהנאה וא"י להדליקו כדי להנות ממנו רק דכל ששרפו לא הקפידה תורה שיהנה ממנו אבל איך ידליק נר חנוכה והא נהנה בהדלקה וכ"ז שאינו שורפו אין רשאי להנות ממנו א"כ אין כאן שיעור באותו שמן שלא נשרף עדן דזה אסור בהנאה ורק בעת השריפה מותר להנות בעת שריפתו אבל איך יצטרף לכשיעור דכל טפה וטפה טרם שנשרפה אסורה וטפה זו מה תהא עליה וז"ב ובזה מיושב היטב קושית הפ"י בהא דאמרו כל השמנים שאמרו חכמים אין מדליקין בשבת אין מדליקין בחנוכה בין בחול בין בשבת והקשה הפ"י דבחול מה שייך ביה איסור הא לא שייך שמא יטה וכבר כתבתי בזה

בתשובות רבות ולפמ"ש אתי שפיר דבחול ג"כ אסור דכתותי מכתת שעורי' דכל טפה וטפה טרם שנשרפה אסורה בהנאה ואסור להדליקה בשביל נר חנוכה דהא אסורה בהנאה ואף שהתורה לא הקפידה בעת השריפה להנות היינו בעת שנשרפה ולא כל זמן שהוא בעין. איברא דעדיין קשה דהא מצות לאו להנות נתנו ומה אכפת לן במה שמדליק נר חנוכה ונהנה אמנם יש לומר כיון דמותר להשתמש לאורה הו"ל כהנאת הגוף בהדי מצותה דאסור. ובזה מיושב מה דאמרו דסבר דמותר להשתמש לאורה והתוס' הקשו דלמה לי זאת הא סגי בטעמא דכבתה זקוק לה והא אם יכבה א"צ להדליקה בשבת ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ שמן שריפה מה איכא למימר וכמ"ש ודוק. והנה בהא דהקשו התוס' בקידושין דף ל"ד בשם הר"י איש ירושלים דלפ"ז אשה תהיה מותרת להדליק בשמן שריפה ביו"ט דאין עליה עשה דיו"ט ולא מצינו זאת ושאל אותי תלמידי המופלג כמר סענדר ש"ש נ"י דהתוס' היו יכולין להקשות טפי דהיאך אמר ר"ע בפסחים דף ה' ומצינו להבערה שהיא אב מלאכה והא יוכל להיות ע"י נשים דלא שייך בהו עשה דיו"ט. ולק"מ דא"כ גם עשה דתשביתו לא שייך בהו ובאמת גם בשריפת קדשים הקשה בפ"י שם דהא הו"ל גם כן מ"ע שהזמ"ג וכתב דלא הוה מ"ע שהזג"ג וע"ש שהאריך ועכ"פ מהש"ס ליכא למפשט ודוק. והנה בסוגיא שם מבואר דקדש חמור מתרומה ע"ש דמסיק דהני נפישין או דכרת חמור ובאמת שצ"ב דהא כרת אינו חמור ממיתה ועיין בחבורי י"ש סי' רט"ו הארכתי בזה וגם עיין בפר"ד דרוש י"ט האריך בזה בשם הרד"ק והוא ביאר הדבר כיד ד' הטובה עליו דאם טהור אוכל תרומה חמור יותר מאוכל קדש לאחר שהותרה לכהנים ע"ש והוא האמת ואני מוסיף דגם בקדש שנטמא אם האוכל טהור אינו חייב כרת ואלו זר האוכל תרומה אף תרומה טמאה חייב מיתה כמבואר ברמב"ם פי"ט מסנהדרין ה"ב ועיין לח"מ שהאריך בזה ואני כתבתי במק"א דהמשנה דפרה פי"א גבי דבילה שנטמאת מבואר כהרמב"ם ומצי לאיירי בזר שאוכל תרומה טמאה דחייב מיתה ע"ש שכל המפרשים יצאו דחופים בזה ועכ"פ תרומה חמורה ולפ"ז יש לומר דלפי המסקנא דמסקינן דיליף מתתן לו ולא לאורו ממילא יש לומר דגם בקדש מותר להסיק תחת תבשילו ובאמת ברמב"ם פי"ח ופי"ט מפהמ"ק לא מצאתי כ"א האוכל מקדש שנטמא ולא הנהנה ובזה אתי שפיר מה ששאל אחד מהתלמידים במ"ש המעד"מ בחולין פרק ג"ה על דברת הרא"ש גבי חתיכה שנטמאת דאסורה בהנאה כתב המעד"מ היינו למוכרה לעכו"ם אבל להסיק תחת תבשילו מותר כמבואר בשבת דף כ"ה ושאל דהדבר תימה דזה דוקא בתרומה ולא בקדש ובאמת שכבר כתבתי בזה בתשובה אחת שזה תימה רבה דהמעיין בתוס' כאן בכל הסוגיא ימצא כן וגם בפסחים דף כ"ד מבואר

כן והנחתי בצ"ע. ולחומר הנושא יש לומר דס"ל להמעד"מ דלפי המסקנא אם בתרומה התירו להסיק תחת תבשילו מכ"ש בקדשים שנטמאו ועדיין צ"ע דלא מצינו כן בשום מקום ועיין תוס' ביצה דף כ"ז ע"ב ד"ה ועל ובגוף כוונת רש"י שם דרחמנא אחשביה לשריפה דכתיב באש תשרף הי' נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה הה"מ כתב הטעם דאמרינן מתוך בהבערה אף שאינו באוכל נפש משום דכתיב ביום השבת ומשמע דוקא בשבת ולא יו"ט והלח"מ נתקשה בזה דא"כ ל"ל כלל הטעם מצד מתוך ת"ל דלא נאסר כלל וכ"כ בזה בתשובה ואין הזמן גורם לעיין. וכעת נראה דהנה באמת חובל ומבעיר הוו מקלקלין ואפ"ה חייב כדאמר בשבת ק"ו ולפ"ז נראה לי ברור כיון דבאמת כל שא"צ כלל הו"ל מקלקל גמור וחידוש היא שחדשה תורה דבשבת אסור אף שהוא מקלקל גמור לכך ביו"ט מותר וא"כ אדרבא כל שאינו לצורך שרי טפי דהו"ל מקלקל גמור ולפ"ז כל שאצרכה תורה שריפה א"כ הו"ל צורך מצוה ואינו צורך הדיוט שוב מהראוי שתאסר ולכך אסור אפילו בשאר דברים שהרי חזינן דחידוש הוא שחדשה תורה שאין שורפין קדשים ביו"ט אף שכל הבערה שאינו צורך מותר ביו"ט טפי ואפ"ה שריפת קדשים אסור מה"ת מטעם דרחמנא אחשביה למלאכה והו"ל צורך גבוה ה"ה שאר דברים אסור ויש לי להוסיף לפמ"ש התוס' בשבת דכל שבא התיקון בעת הקלקול חשוב מתקן אף לר"י ולפי"ז לענין שריפת קדשים דהתורה רצתה שיהי' נשרף מן העולם א"כ בא התיקון בשעת הקלקול ולא חשוב מקלקל ולכך אסור לשרוף וא"כ ע"כ דהתורה רצתה שיתבער מן העולם א"כ חשוב מלאכה אף דאינו מבער באש ממש. ובזה יש ליישב קושית הפ"י בהא דאמר רבא ש"מ מדר"ע דאין ביעור חמץ אלא שריפה ופירש"י דאי ס"ל בכל דבר ישליכנו לים וכו' והקשה דהא התורה אחשבי' לשריפתו ואסור בכל דבר ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא דחזינן דהתורה אחשבה לשריפתו דאם לא כן מהראוי שיהיה מותר הבערה שלא לצורך דהתורה אמרה ביום השבת וביו"ט שרי דהו"ל מקלקל וע"כ דהתיקון בא בעת הקלקול ולפ"ז כל שס"ל לר"ע דלא אמרינן מתוך וא"כ אין הכרח דס"ל המיעוט דביום השבת וא"כ שוב אין הכרח דהתורה אחשבה לשריפתו וע"כ דאין ביעור חמץ אלא שריפה ואף דא"כ לא הוה ש"מ שלש עיין מג"א סי' תקי"ח ובחידושי הארכתי בזה עוד נראה לי כוונת רש"י דהתורה אחשבי' למלאכה דמגו דחשיב מלאכה לענין המצוה חשוב נמי מלאכה לענין השריפה דיו"ט וכעין דאמרו מגו דהוה דופן וכו' וגם בזה יש ליישב קושית הפ"י ואכ"מ. והנה בהא דהקשו התוס' על הא דאמר ר"ע דכתיב כל מלאכה לא תעשו ומצינו להבערה שהוא אב מלאכה והקשו הא לאחר שיעשה גחלים ואפר יהי' מותר להנות אפ"ה כיון דמתחלת הבערתו א"י להנות אף שיהי' לו הנאה

אח"כ אסור כמו נדונ"ד דאין קריבין אף שיש בהם מאכל הדיוט לבסוף והקשה אחד מהתלמידים דא"כ מה קאמר ש"מ מדר"ע דלית לי' מתוך ומה בכך הא באמת זה אוכל נפש הוא רק דדמי לנדונ"ד אף דהוא אוכל נפש לבסוף כיון דתחלה לא חזי הו"ל לכם ולא לגבוה וא"כ אף דלא אמרינן מתוך לשרי וגם דלא הוה מלאכה רק לאו הבא מכלל עשה דלכם ולא לגבוה אבל אינו מלאכה והשבתי דז"א דבאמת בחמץ לא שייך לכם ולא לגבוה והתוס' לא דמי לגמרי לנדונ"ד רק דמה שא"י להנות בתחלתו אינו מקרי אוכל נפש ולכך בנדונ"ד דבאמת גם לגבוה חשוב צורך קצת וגם לגבוה מקרי אוכל ועיין זבחים ס"פ שני ורק שהתורה אמרה לכם ולא לגבוה א"כ לא מקרי מלאכה רק לאו הבא מכלל עשה גרידא אבל בחמץ כל דהתורה אסרה בתחלת הבערתו שפיר חשיב מלאכה אף שלבסוף יהיה אוכל נפש בתחלת הבערתו היא מלאכה גמורה כנלפענ"ד ברור

יג עוד יש לי לומר דבאמת גוף קושית התוס' דגחלתו מותר ע"כ צ"ל משום דביעור חמץ הוא בשריפה וכל הנשרפין אפרן מותר ולכך מדמה התוס' לערלה ועיין מג"א סי' תמ"ה ולפ"ז נראה לפענ"ד דכל הטעם דנשרפין אפרן מותר משום דנעשית מצותו וזה דוקא כל שנעשה מצותו כהוגן ולא עבר כלל אבל כל שעשה עבירה לא שייך לומר דנעשה מצותו דהרי באמת הוה מצוה הבאה בעבירה ולא נעשה מצותו כהוגן ואם כן להס"ד של תוס' דכל דאחר כך גחלתו מותר מותר לכתחלה להבעיר ולא מקרי מלאכה כלל אם כן באמת יהיה גחלתו מותר דהרי נעשית מצותו אבל לפי מה שמסקו התוס' דבתחלת הבערתו אסור ודמי לנדונ"ד אם כן לא שייך לומר דנעשה מצותו דהא באמת אסור להנות בתחלתו ועשה מלאכה ושוב אף שאח"כ נעשה אפר אסור להנות דהא לא נעשית מצותו כהוגן וזה ברור ודוק. איברא דגוף הדבר דאפרו של חמץ מותר כיון דנעשה מצותו לכאורה צריך ביאור דע"כ לא שייך דנעשה מצותו רק בדבר שאין צריך לשרפו וכמו כל איסורי הנאה דמותר להשהות מה"ת וא"כ מה דהצריכה תורה השריפה היא מצוה בפ"ע שייך לומר דנעשה מצותו אבל בחמץ מה דהצריכה תורה שריפה הוא בשביל האיסור דהתורה צותה להשבית דאל"כ יעבור על ב"י וא"כ לא שייך לומר דנעשה מצותו כלל וצ"ל כיון דלענין האיסור סגי בפירור וזורה לרוח ומה שהצריכה תורה שריפה הוא דהוא גזירת הכתוב ולמדו מנותר דטעון שריפה א"כ כל שכבר נעשה מצותו אפרו מותר. ובזה נראה לפענ"ד הא דחדשו הגאונים האחרונים ש"ב בעל מקור חיים סי' תמ"ה וביתר ביאור הוא באבני מלואים ח"ב בתשובתיו סי' י"ט דבחמץ גם לרבנן דהוא מהנקברין כיון דעושה מצוה בהקבורה דהתורה צותה להשבית נקרא נעשה מצותו ולפמ"ש נהפוך הוא דאדרבא כיון דמה שמקבר אינו בשביל שהתורה רצתה שיעשה מצות קבורה רק

בשביל שלא יעבור על ב"י א"כ לא מקרי נעשה מצותו דהא אינו עושה בשביל המצוה רק בשביל שלא יעבור על ב"י וז"ב לפענ"ד וז"ש פסחים כ"א מ"ד הואיל ואמר ר"י אין ביעור חמץ אלא שריפה בהדי דקשריף לתהני מיניה והיינו לר"י דוקא דהאיסור אף בפירור וזורה לרוח אבל לרבנן ל"ש דנעשה מצותו וכמ"ש ודו"ק והתוס' שפיר הקשו דאפרו וגחלתו מותר היינו לר"ע דס"ל אין ביעור חמץ אלא שריפה ודו"ק היטב. ודרך אגב אומר במה דק"ל בהא דאמרו במנחות דף ס"ד חולה שאמדוהו לגרוגרת אחת ורצו עשרה ב"א והביאו פטורין אפילו בזאח"ז ומטעם דכלן למצוה נתכוונו וק"ל ת"ל דהא התוס' הקשו בפסחים מ"ז אי נימא הואיל בטלת כל מלאכת שבת דחזי לחולה ותירצו דחולה ל"ש וכאן דיש חולה לפנינו א"כ בלא"ה פטור דהא חזי לחולה וכן קשה לענין מה דמבעי' לי' בשתי גרוגרות בשתי עוקצין ושלש בעוקץ אחת אך נראה דהא עיקר הטעם משום הואיל דחזי לי' והרי אינו חזי לי' רק גרוגרת אחת ולא שייך הואיל וכמ"ש התוס' שם כעין זה ד"ה להעלות מיהו שם בשתים ושלש גרוגרות לא מיושב דכל דחזי לי' בודאי שייך הואיל וצ"ל דכיון דהואיל אסור מה"ת לכתחלה כמ"ש הר"ן והב"י סי' תקי"ב א"כ מבעיא לי' ובזה יש לי להאריך בשו"ת שאגת אריה סי' כ"ט בהלכות מילה מה שהאריך על דברת הרמ"א בתשובה לענין מוהלים בשבת ואכ"מ. ובגוף קושית הפ"י בפסחים ד"ה לענין אחשביה נראה לפענ"ד עפמ"ש התוס' בקידושין דף ל"ד דלכך נשים א"י לשרוף נותר ביו"ט אף דהוה מ"ע שהזמ"ג כיון דהלאו נוהג בהם גם העשה נגרר אחר הלאו לפי"ז כאן דמפרר וזורה לרוח אין שום מלאכה רק דעשה דתשביתו אחשבי' למלאכה א"כ עכ"פ בנשים דאינן מצוות על העשה שהזמ"ג עכ"פ לא נחשב למלאכה והיו יכולין הנשים לפרר ולזרור לרוח. עוד נראה לי דהנה צ"ב לפמ"ש המלמ"ל פ"א מנערה בתולה בשם הרשב"א דעשה דקום ועשה חשוב יותר משב וא"ת א"כ קשה למה לא יבא עשה דתשביתו וידחה ל"ת ועשה דיו"ט ואף דאין עשה דוחה ל"ת ועשה היינו משום דמה אולמא האי עשה מהאי עשה כמ"ש הנוב"י והרי עשה דתשביתו הוא בקום ועשה ועשה דיו"ט הוא בשב וא"ת ועשה דקום ועשה עדיף ועיין פ"י בק"א לכתובות גבי אי בעיא אמרה לא בעינא. והנראה דהנה שאני כל עשה דשוא"ת דאינו מצווה שיעשה כמו לאו הבא מכלל עשה אבל כאן דהרי המ"ע לעונג יו"ט הוא גם כן בקום ועשה דמצווה שינוח ויענג יו"ט והוא בקום ועשה וז"ב. ולפ"ז זהו כשהי' מלאכה כמו שריפה אבל מפרר וזורה לרוח דבאמת אינו מלאכה רק דהתורה אחשבה למלאכה עכ"פ העשה דלמען ינוח אינו דל"ש עונג יו"ט דבאמת אינו מלאכה וכעין שכתב הריטב"א ביבמות ד"ז לענין מחמר ושוב הי' עשה דתשביתו אלים טפי דהוא בקום ועשה ודו"ק

יד והנה בשנת תרי"ט בעש"ק יתרו היה אצלי תלמידי החריף מוה' גרשון קארציר נ"י והראני דברי הפ"י בפסחים דף מ"ו בתוס' ד"ה עד שתאפה במאי שהקשו אמאי לא שרי לרשב"א לאפות חלה מטעם שהפת נאפית יפה וע"ז הקשה דלפי שיטתם דהוא מה"ת א"כ אינו מותר מכח דרשב"א וכתב דשייך הואיל וע"ז הקשה הנ"ל דהרי התוס' כתבו דאף דנימא דאסור לטלטלה מכל מקום יקשה דלא קרא לה שם אמאי אינו מותר ולמה צריך לטעמא דהואיל ולדברי הפ"י הא עיקר קושייתם הי' מטעם הואיל ולק"מ דע"כ לא צריך לטעמא דהואיל רק כל שקרא שם והו"ל חלה טמאה וא"כ אסור דהו"ל כת"ט מדאורייתא אסור אבל בלא קרא שם שוב א"צ לטעם דהואיל ומטעם דרשב"א דהפת נאפית יפה דהא אין איסור מן התורה דבחולין מותר מטעם שהפת נאפית יפה וז"פ ודברי הפ"י נכונים ודו"ק. והנה במ"ש למעלה בדברי התוס' במנחות דף מ"ו ע"ב מ"ש דמנותר לא יליף מדמסיק צורת הקרבתן ולא ביארו למה לא יליף ובשנת כת"ר א' להגבלה עיינתי בזה והנה גם דברי הרמב"ם הוא כן דדוקא נותר אין שורפין בלילה ולא שאר קדשים והנוב"י נדחק להעמיד דברי הרמב"ם ובאמת שמקורו מפורש מכאן דמסיק צורת הקרבתן אבל באמת אין ראיה משם עפ"י דברי התוס' ביבמות דף ע"ב ע"ב ד"ה שלא שכתבו דכל דאי אפשר לשרפו ביו"ט אחר יו"ט זמנו ולפ"ז אחר דפריך כיון דמצותן בכך לשרפינהו ומשני משום גזירה וכיון דמה"ת יכול לשרוף ביו"ט שוב לאחר יו"ט תיכף יכול לשרפו ובזה מיושב היטב קושית התוס' דלהס"ד לא מצי לומר לשרפינהו בלילה דאין שורפין קדשים בלילה וכל דאי אפשר לשרפו ביו"ט לאחר יו"ט זמנו אבל לאחר דפריך הש"ס כיון דמצותן בכך לשרפינהו שוב שפיר יכול לשרפו בלילה ודו"ק היטב ועיין פ"י בקידושין דף ל"ג. והנה בהא דאמרו בסוגיא גזירה שמא יזדמנו לו כבשים לאחר מכאן קשה לי דאם נימא דבעי ביקור ד' ימים א"כ איך יוכל להזדמן הא צריך ביקור ומזה ראיה למ"ש בתשובה דל"צ ביקור לרבנן דבן בג בג והארכתי בזה ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה לזה ודו"ק:

סימן לא

א במסכת חולין דף קט"ו א"ה שילוח הקן לתסר ומשני לא אמרה תורה שלח לתקלה. והנה רש"י פירש ב' פירושים חד פירוש דשילוח הקן אם לא רצה לשלחו חייבנו אותו לשלח לתסר ואידך לישנא פירש דכל שולח הקן לתסר אפילו שלחה דהרי נאסרה באותה שעה ולזה הסכים רש"י דאנן לא אסרינן מכל תועבה רק הנולד מהם וצ"ב דא"כ גם לאידך לישנא למה תאסר וצ"ל דבשלמא דאם מכח שנעבד בו עבירה אסור יקשה מחורש בשור וחמור וכדומה אבל כאן לא מכח נעבד בו עבירה רק ממה שנאסר קודם

השילוח והוה תועבה גמורה כך צריך לפרש ועיין מהר"ם שיף וכפי הנראה פירש כן אבל זה דחוק ומכ"ש לפירוש ראשון ודאי קשה דלא אסרינן רק מה שיוצא מזה ועיין תוס' ד"ה החורש שכתבו שצ"ל דמעשה חורש בשור וחמור אינו ניכר כ"כ כמו בשלוח הקן דניכר ולא נודע במה ניכר זה יותר מזה. ולפענ"ד הי' נראה דמצד שהתורה אמרה שישלחה הוה ס"ד דהש"ס דמשום שמתועב ואסורה באכילה לכך צוה לשלחה על פני השדה שלא ימצאה איש ולכך ס"ד דלתסר וע"ז השיב הש"ס לא אמרינן שלח לתקלה והיינו דאדרבא מה שהתורה אמרה שלח ע"כ שאין חשש בזה וז"ב ופשוט. ובזה מיושב מ"ש בהגהות הגאון מוהר"ע איגר ז"ל במשניות סוף חולין דלר"י דס"ל דעובר ואינו משלח דס"ל דשלח מעיקרא משמע א"כ ל"ש שלח לתקלה ויהיה אסור לדידי' משום כל שתיעבתי ולפמ"ש אתי שפיר דאדרבא כיון שא"צ לשלח עוד שוב אין סברא לומר דיהיה אסור מכל שתיעבתי דהא לא ניכר התיעוב ול"ש לומר בשביל שצותה התורה לשלח דז"א דהרי לר"י לא נצטוה לשלח עוד ודו"ק. והנה התוס' הקשו דלמה אמר כאן לא אמרה תורה שלח לתקלה והיא סברא פשוטה ובקידושין נ"ז אצטריך קרא דכל צפור טהור תאכלו ופריך הש"ס ואיפוך אנא ומשני דלא אמרה תורה שלח לתקלה הרי דאצטריך קרא דאל"כ לא היינו אומרים מכח הסברא דלא אמרה שלח לתקלה.

ב ולפענ"ד נראה דש"ה דהוה מסתבר לומר דאותה שצותה התורה לשחוט יותר מסתבר דהשחיטה מתירתו משא"כ אותה שצותה התורה לשלח אדרבא מכח מאיסותא דצותה התורה לשלח ה"א דתהי' אסורה ולכך אצטריך קרא וע"ז אמרינן הסברא דלא אמרה תורה שלח לתקלה. והנה בגוף הקושיא דשילוח הקן לתסר שכבר כתבתי דהוא מוקשה כמ"ש רש"י דלא מצינו שאסרה תורה מה שנעבד בו עבירה רק הנולד ממנו. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בחולין דף קמ"א ע"ב אמרו ביצה עם יציאת רובה חייבת בשילוח ולפ"ז אם לא רצה לשלחה אז הו"א דתהיה הביצה שיצאתה רובה ועודה מעורה בגופה של האם דמה"ט אמרו שם דיש בה משום גזל ע"ש ברש"י וא"כ לתסרו בשילוח הקן מכח כל שתיעבתי זהו הי' קושית הש"ס כנלפענ"ד וע' ביצה דף ו' דרב גופא אמר ביצה עם יציאתה נגמרת ושם אמר דעם יציאת רובה נגמרה לענין שלוח ואף דלענין שלוח י"ל דתיכף משעה שיצאתה רובה דעתי' עלה מ"מ צ"ע. והנה במ"ש התוס' דשאני בב"ח דמעשה ניכר בבישול משא"כ במעשה שבת ולא נודע החילוק. וראיתי במהר"ם שיף שאסבר החילוק דבבשר בחלב א"א למצוא רק ע"י איסור משא"כ מעשה שבת ואינך אפשר למצוא בהיתר כגון שנתבשלה בחול ע"ש ובאמת שסברא טובה היא אבל אכתי קשה למה דקי"ל כבוש כמבושל וא"כ הוה נ"ט ע"י כבוש כמו שנתבשל וא"כ הרי בב"ח

כבוש שרי וא"כ גם בב"ח אפשר למצוא ע"י היתר ול"ש כל שתיעבתי וצ"ע. ואולי דמ"מ אינו כמבושל ממש ועיין ביו"ד סימן ס"ט בט"ז ובש"ך לענין כבוש דאינו כמבושל ממש ודוק. והנה בקושית התוס' דלמה לי קרא דכל צפור טהור תאכלו הא הסברא פשוטה דלא אמרה תורה שלח לתקלה לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה כלם הקשו בהא דאמרו לא אמרה תורה שלח לתקלה והא מותר לבטל איסור מה"ת דלא כשיטת הראב"ד וא"כ מה תקלה יש הא יתבטל ברוב והנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' מ"ה חידש דדברי ב"ש שהאיסור בעין וחוזר לאיסורו ל"ש דמותר לבטל דהא האיסור בעיני' ואיך שייך לבטל איסור ע"ש. והנה לפ"ז י"ל דהנה ר"י ס"ל דמשעת שחיטה נאסרה וכתבו התוס' דהמשולחת נאסרה גם כן משעת שחיטה עם השלוח והמלמ"ל פי"א מט"ז ה"ז חולק ע"ז ועי' שו"ת פנים מאירות ח"ב סי' קכ"ז ובשעה"מ שם ובטעם המלך מ"ש בזה. ולפענ"ד נראה דאם נימא איפכא דהמשולחת נאסרת והשחוטה מותרת א"כ נאסרת המשולחת בעת השילוח ולפ"ז בתחלת השלוח אפשר דעדן מותרת ול"ש אין מבטלין איסור דלא נאסרה רק לאחר שנשתלחה וא"כ מבטל בעודו היתר ובכה"ג ודאי מותר לבטל וזה הי' ס"ד דהש"ס וא"כ ל"ש לא אמרה תורה שלח לתקלה וע"ז חידש רבא דכיון דהאיסור בא כאחד בעת השילוח שוב ל"ש שלח לתקלה ולכך אצטריך קרא אבל בשילוח הקן דכל שנטלה ולא שלחה נאסרה מחמת כל דתיעבתי א"כ נאסרה קודם השלוח בזה פשיטא דשייך שלח לתקלה ולכך א"צ קרא וז"ב.

ג ובזה נראה ראיה לפירוש הראשון של רש"י דאם נימא כאידך לישנא דקאי על כל שלוח הקן דלתסר אף כשמשלחה דנאסרה באותה שעה א"כ י"ל ג"כ אותה סברא דלא נאסרה רק בעת השילוח ובהתחלה הי' עדיין היתר כיון שנטלה ע"מ לשלחה דעכ"פ אמאי פשוט לי' טפי כאן מקידושין גבי צפורי מצורע וכמ"ש ודוק. וגוף דברי הנוב"י הנ"ל תמוהין מתוס' ביצה דף ד' ד"ה ותנן דגם שם יבש ביבש הוא ואפ"ה מותר מה"ת ואולי שם כיון שאינו אסור רק ביו"ט בכה"ג מותר לבטל מה"ת ודו"ק. עוד נ"ל בישוב קושית התוס' דלמה אמר בכאן סברא פשוטה דלא אמרה תורה שלח לתקלה ובקידושין מצריך קרא. ולפענ"ד נראה עפ"י מה שיש ליישב קושית השעה"מ והנוב"י הנ"ל דמה תקלה יש הא בטל ברוב ומותר לבטל איסור לכתחלה.

ד אמנם נראה דבר חדש דהנה בחולין דף קמ"א מרבה משלח תשלח אפילו הרבה פעמים וביאר הרמב"ם בפירוש המשנה ממ"ש המקור עם הפעולה ומורה על הריבוי והרבה הארכתי בזה בסוגיא דפסחים מ"א בשל מבושל מ"מ ובתוי"ט שם ולפ"ז אי נימא דשלוח הקן לתסר והיינו בעבר ונטלה אמאי ריבה הכתוב שלח דהיינו הרבה פעמים

ואף בעבר ונטלה דסתם כתיב שלח ומשמע אף בעבר ונטלה והא עכ"פ אינו נכון שיעבור ואמאי כתיב שלח דהיינו שלח בפתח דהוא המקור ולפ"ז זהו דוקא שם משא"כ בקידושין דלא כתיב בלשון שלח ומיושב קושית התוס' דעכ"פ בלשון מקור ל"צ לכתוב.

ה ובזה יתחזק קושית הגאון מוהר"ע איגר ז"ל דזה דוקא לרבנן דס"ל דאף אם עבר ונטל צריך לשלח א"כ שלח מרבה אף בעבר ונטלה אבל לר"י א"כ ע"כ דשלח תשלח אינו מרבה רק באם חזרה וא"כ אין כ"כ סברא דלא תשלח לתקלה ובקידושין שאני דמרבה קרא משא"כ כאן וצ"ע בזה. ועכ"פ יהיה איך שיהיה קושית התוס' שפיר מיושב ומכ"ש ללישנא אחרינא דפירש דכל שלוח הקן לתסר ודאי א"ש דהש"ס פריך דא"כ שלח דהיינו בפתח דהוא המקור היאך שייך לרבות שלוחין הרבה דשלחה וחוזר ומשלחה אפילו הרבה פעמים והא די בפ"א ולמה ירבה בתקלה ולמה יצטרך שתתבטל ברוב ומיושב היטב קושית התוס' דזה דוקא בשלוח הקן דכתיב בלשון מקור משא"כ התם ואצטריך שפיר קרא וע"ז הוסיף רבא מצד דל"ש שלח לתקלה ודוק היטב.

ו והנה מדי עברי על הסוגיא שם ובתוס' שם ד"ה חורש בשור וחמור שכתבו דעיקר איסור בדבר שתיעבתי הוא בדבר שניכר התועבה אבל בישול בשבת ל"ש כל שתיעבתי שאינו ניכר התועבה דהא יכול להיות שנתבשל בחול ע"ש ובמהר"ם שיף בזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הלבוש באו"ח סימן תרמ"ט שפוסל אתרוג המורכב משום דנעבדה בו עבירה ונמאס לגבוה והט"ז שם הקשה עליו כמה קושיות ולפענ"ד סברת הלבוש היא דניכר האיסור והתועבה שהרי אתרוג המורכב הכל יודעין שהוא מורכב שאין תואר האתרוג המורכב כמו האתרוג העצמי לא בגידול ולא בהדרו ובכה"ג מקרי כל שתיעבתי שפירש רש"י בחולין שם דאף בנעשה ע"י גוי או קטן מ"מ מקרי נעבדה בו עבירה ולפ"ז ל"ק מהני אוונכרי דאף דגזל אסור לב"נ אבל לא ניכר העבירה וכן ל"ק מהא דצריך קרא בכלאים לגבוה די"ל דמיירי דלא ניכר ההרכבה והוא דומה לאחד מהמורכב ממנו וא"כ לא ניכר התועבה מיהו ז"א דהרי שם דאוכל גוף הכלאים שייך כל שתיעבתי כדפריך הש"ס בחולין שם. מיהו שם אמר דנלמד מכלאי בהמה וא"כ שפיר אצטריך קרא שיהיה מותר להדיוט דאל"כ אסור להדיוט ג"כ. מיהו ז"א דל"ש לומר דכל עיקר הקרא לא איצטריך רק לענין זה שיהי' מותר להדיוט. אמנם נראה דצריך קרא לכלאים מה שנולד מן הכלאים דבזה לא ניכר הכלאים ואינו אוכל הכלאים עצמו כנלפענ"ד. ומה שהקשה ממה דמבואר בסי' י"א דהמשתחוה לפשתן נטוע כשר לציצית שהרי נשתנה והרי נעשה בו הרכבה לפמ"ש א"ש דכל שנשתנה הרי לא ניכר התועבה. ומ"ש הט"ז שכאן נשתנה ג"כ ונעשה אתרוג בריה חדשה לפמ"ש א"ש דאדרבא עי"ז שנשתנה ניכר שאינו

אתרוג ובזה יש לומר מ"ש תט"ז מקרא דכלאים ות"ל דהו"ל נעבדה בו עבירה דהנה כבר נודע מ"ש התשב"ץ שיש הרכבה שכונית והרכבה מזגיות והנה בכלאים יש ג"כ שע"י ההרכבה נעשה בריה חדשה וזהו הרכבה מזגיות וכעין הפרידה שנתמזגו הכחות ויש רק הרכבה שכונית וא"כ אותן כלאים שלא נתמזגו להיות הרכבה חדשה כ"א שיש בו חלק משור וחמור וכדומה זה ל"צ קרא דהא היא גופא הכלאים אבל הכלאים שנתמזג הכחות והו"ל נשתנה גמור ע"ז צריך קרא ודוק היטב. וראיתי בשו"ת הגאון מוהרח"כ ז"ל שבהשמטות לאו"ח כתב ג"כ ליישב דברי הלבוש כעין דרך זה אבל לא דבריו דבריי יע"ש ומה שהקשה שם מבכורות י"ד הדלה הגפן ע"ג תאנה דפסול לנסכים משום דבעי שלא ישתנה והקשה ת"ל דנעשה הרכבה ולפמ"ש א"ש דביין הבא מכח הדבר ונשתנה פשיטא דל"ש כל שתיעבתי וז"ב כשמש:

סימן לב

הנה הי' אצלי הרב המופלג החריף מוה' יצחק חיות נ"י בהרב הה"ג מזאלקווא והקשה אותי בהא דאמרו בשבועות דף כ"ג הכא במונחין לפניו עסקינן דהי' לו לומר שלא אשתה אלו וע"ז הקשה דאם הי' אומר אלו היה אסור בכל היוצא מהם ובחילופיהן וגדוליהן כדאמרו בנדרי' דף נ"ז ולכך אמר שלא אשתה סתם ואינו אסור רק ביין ושמן ודבש ולא ביוצא מהן ולא בחילופיהן. והנה בראשית ההשקפה אמרתי דיש חילוק בין מונחין לפניו ובין אלו וראיתי בש"ע סי' רע"ז דיש חילוק בין לפניו ובין אלו וכתב הט"ז ס"ק א' דאלו היינו שרואה אותם אבל אין מונחין לפניו ובלפניו אף שלא אמר אלו והב"י כתב שכ"כ הרא"ש ובאמת שבהחפזי לא מצאתי בהרא"ש שכ"כ אבל בלי ספק כן כתב הרא"ש והטור כ"כ בהדיא וא"כ כאן במונחין לפניו אף שלא אמר אלו נאסר כאילו אמר אלו וא"כ ל"ק. ובזה י"ל דלכך השמיט הרא"ש אוקימתא דמונחין לפניו דהא ס"ל להרא"ש דלפניו הוה כאומר אלו וא"כ שוב לא היה יכול לומר אלו ודוק היטב:

סימן לג

א במה שנסתפקת במי שנתן עיסקא לחבירו והתנה עמו בינו לבינו כל כמה שלא יברר הפסד בעדים ישלם מכיסו אם נאמן במיגו דלהד"מ.

ב הנה מצאתי בט"ז סי' ס"ט בחו"מ שהאריך בזה כיון דהוה תנאי אינו נאמן במיגו דמכל מקום לא קיים התנאי. והנה זה רבות בשנים שכתבתי בגליון הש"ך סי' ע' ס"ק י"א בשם ה"ה דלכך אינו נאמן כשא"ל אל תפרעני אלא בעדים במיגו דהרי הוא מודה דלא קיים התנאי ולא שייך כאן מגו והש"ך כתב דהוא צ"ע ולפמ"ש הט"ז אתי שפיר דהרי עכ"פ צריך לקיים תנאו וא"כ מה מועיל המיגו וז"ב מאד. שוב ראיתי בהגהות אא"ז

הח"ץ ז"ל שם בט"ז שכתב בסופו וזו היא כוונת ה"ה שהביא בש"ג ס"ז ס"ק י"א והניח בצ"ע וכוונתו להש"ך סי' ע' ס"ק י"א וט"ס יש בדבריו ודו"ק. אמנם לכאורה יש סתירה לזה מהא דהקשו התוס' בקידושין דף מ"ג ע"ב ד"ה לעולם דיהי' נאמנים דהא בפקדון נאמנים החזרתי במגו דנאנסו וא"כ נאמנים לומר פרענו מגו דאי בעו אמרו החזרתי והרי הא דצריך לחזור ולפרעו בעדים הוא משום דהוה כאילו היה תנאי בדבר שלא יחזור ויפרענו רק בעדים וא"כ מה מועיל מיגו וצ"ל דבפקדון כיון דיכול לטעון נאנסו שוב לא שייך לומר דהוה תנאי וצריך לומר דשאני כאן דהתנה עמו שלא יהיה נאמן אבל כאן דהלוה את חברו בעדים לא משום תנאי רק כיון דהלוה בעדים ולא המניה צריך להחזיר בעדים דלמה המני' אבל לא שהיה תנאי והה"מ לא כתב רק באל תפרעני אלא בעדים דהתנה עמו ולכך במפקיד אצל חבירו בעדים דיש לו מיגו נאמן ויותר נראה כמ"ש הט"ז בסופו דכל שיש לו מיגו לא שייך לומר דהו"ל כאלו התנה די"ל דסמך על מיגו שלו וכן מצינו לענין מפקיד אצל חבירו בשטר דכתב הרשב"ם בב"ב דף ע' דלא שייך שטרא בידך מה בעי כל דהי' לו מיגו דנאנסו והרי שטרא בידך מה בעי כתב בכסא דהרסנא דהוה כמו תנאי כ"ז שלא יחזיר לו השטר לא יהיה נאמן לטעון אבד השטר ואפ"ה כל שיש לו מיגו מהימן וה"ה בזה. ובזה ניחא מה שהאריך בסמ"ע סי' ק"ח דנאנסו הוה ל"ש ואיך שייך מיגו ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דל"ש מכל מקום לענין זה לא יהיה מקרי מגו במקום תנאי שהרי התנה עמו לכך נאמן במיגו דנאנסו דהיינו כיון שיכול לטעון נאנסו עכ"פ תנאי לא הוה דהו"ל אסמכתא וכמ"ש הט"ז. ובזה מיושב קושית המהרש"א שהקשה דלמה לא כתבו התוס' בפשיטות פרענו למלוה במיגו דנאנסו ולפמ"ש א"ש דזה לא הוה מגו דהא נאנסו ל"ש ולכך כתבו במגו דהחזרנו ללוה ולא הוה נגד התנאי כיון דיכול לטעון נאנסו ודו"ק. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרא"ש ריש פ"ק דב"מ בשם ר"י להקשות בהא דאמרו בשבועות דף מ"ה דהמפקיד בשטר אינו נאמן לומר פרעתי עד שיחזור בעדים והקשה למה לי שני עדים הא בעד אחד סגי דא"צ רק שבועה דנאמן במיגו דנאנסו וא"כ העד אחד פוטרו משבועה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל זמן שיש לו שטר ושייך שטרא בידך מה בעי הו"ל כתנאי רק דכל שיש לו מיגו סמך על המיגו ולפ"ז לענין השבועה דמחוייב אף שיש לו מיגו ל"ש שיפסדו העד דהא העד שמעיד שקיים התנאי אינו נאמן לבדו וכאן ל"ש דיש לו מיגו דנאנסו דאדרבא כשהעד מעיד שהחזיר אם יטעון נאנסו לא יהיה נאמן נגד העד רק בשבועה וא"כ כל זמן שלא נשבע אינו נאמן העד שקיים התנאי ודו"ק ועיין במקנה בקידושין שם שהקשה גם למ"ד דצריך להחזיר לו בעדים יקשה דליהמן במיגו דהחזרתי ללוה דאם יטעון החזרתי יהי'

נאמן במיגו דעשיתי שליחותך ופרעתי למלוה כאשר צויתני ע"ש ואם נימא כמ"ש הט"ז דלא שייך מיגו כל שיש תנאי מיושב קושיא זו היטב וכאן למ"ד דצריך להחזיר ודאי הוה כתנאי ודו"ק ויש להאריך בענין זה אך אין כעת הזמן מסכים להאריך. אך בגוף הדין נראה לפענ"ד דעיקר אזלינן בתר כוונת המתנה שאם התנה רק בשביל שמא יאמר שקר א"כ אמרינן דלא בדוקא התנה כיון שאם ירצה לשקר שמא יוכל לומר שקר גדול דהא יש לו מיגו אבל היכא דיש לומר דלא היה בשביל חשש שקר רק שמא לא ידע היטב הענין או שמורה לעצמו היתר א"כ לא שייך מיגו דאטו חשד לי' שיאמר שקר רק דחשב שמא יורה לעצמו היתר וכל שצריך שיברר בעדים לא יעשה כן וא"כ לא שייך מיגו כנלפענ"ד. והנה הרמב"ם פט"ו ממלוה כתב בהלכה י"א דאם א"ל אל תפרעני אלא בפני ת"ח או רופאים וא"ל בפניהם פרעתיך ואותן העדים שפרעתיך מתו וכו' הרי זה נאמן אבל אם א"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וא"ל פרעתיך בפני אחרים ומתו אינו נאמן שמפני טענה זו התנה עלי' וא"ל אל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון כדי שלא ידחה אותו והכוונה לפענ"ד דבשלמא כשטוען שפרע בפניהם הרי קיים תנאו רק שהעדים אינן לפנינו א"כ שפיר יש לו מיגו דנאמן דמה יעשה זה שמתו העדים אבל כשהתנה עמו שלא לפרוע לו רק בפני פלוני ופלוני והוא אמר שפרע בפני אחרים א"כ אף שכדבריו כן הוא מ"מ שינה בתנאו וא"כ שוב אינו נאמן דבשלמא כשמעידין שפרעו א"כ אמרינן כיון דכל תכליתו היה כדי שיהיה בטוח במעותיו א"כ שפיר נאמנים אבל כל שאין כאן עדים א"כ עכ"פ שינה בתנאו דאינו בטוח שלא יאמר תמיד שפרע בפני אחרים ומתו א"כ שינה בתנאו ובכה"ג אינו נאמן דהוה שינוי בתנאי. ובזה י"ל דברי הראב"ד שאמר דפסלינהו לכ"ע לגבי האי פרעון וכי אתו אחריני מצי אמר סטראי נינהו ותמה ה"ה דארכביה אתרי ריכשי ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוא ס"ל דהו"ל שינוי בתנאי ואינו נאמן ולא שייך לומר דאזלינן בתר תכלית כוונתו למה הי' ואם אמר שפרע בפני עדים מה איכפת לן בתנאו ולזה אמר כיון שיכול לטעון סטראי נינהו וא"כ דלמא זה היה כוונתו במה שלא האמינו רק כשיביא אותן עדים דאותן עדים יעידו שכדבריו כן הוא ודו"ק היטב כי קצרתי ועיין בסי' מ"ו ס"ב לענין שטר שאינו מקויים אף דכתוב בו נאמנות די"א דיכול לטעון פרוע במגו דמזוייף עם הנאמנות ואף הדעה הראשונה אינו חולק רק דהוה מיגו במקום עדים אלמא דאל"ה הי' שייך מיגו אף דנתן לו נאמנות הוה כתנאי בדבר דיהיה נאמן בכל מה שיאמר ומה שייך מיגו וע"כ דאף בזה נאמן במיגו ועיין בנתיבות סי' ס"ט שהקשה כעין זה מסי' ע"א ודו"ק. אחר זמן רב מצאתי בתומים סי' ע"א ס"ק ג' שהבליע בתוך דבריו דברי הט"ז והרגיש בקושית הנתיבות ומחלק שם

ולא נפניתי כעת. והנה אחר זמן רב מצאתי ענין להתעורר בזה עפמ"ש הט"ז סי' פ"ב דאם השטר אינו מקויים דנאמן לטעון פרעתי במיגו דהיה טוען מזוייף וכתב הט"ז שם דצ"ל בתכ"ד דאל"כ הו"ל מיגו למפרע ובאמת שלשון הש"ע אינו מורה כן וכתבתי בחידושי שם דלפענ"ד דכאן נאמן לומר פרעתי אף דהוה מיגו דלמפרע ודוקא אם צריך להיות נאמן בתורת מיגו הוא דבעינן דיני מיגו אבל כאן כל הטעם דאינו נאמן לטעון פרעתי הוא משום דשטרא בידך מה בעי וכאן לא שייך זאת דכל שהוא מקיים השטר הוה הפה שאסר הוא הפה שהתיר ועדיף ממיגו כמ"ש הרמב"ן בהדיא דבכה"ג לא שייך שטרא בידך מה בעי והובא בש"ך סי' ק"ח ס"ק ז' ע"ש שהאריך בזה ובזה אמרתי בחידושיי ליישב דברי הב"ח שם שדעתו דאם טוען פרעתי בשטר שאינו מקוים אף דבאו עדים אח"כ וקיימו השטר אין לו דין שטר ונאמן לומר שפרע וא"י להשביעו זולת כשיבטל השטר ותמהו הש"ך והט"ז עליו ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ לא שייך שטרא בידך מה בעי דכיון דהוא בעצמו קיים השטר ולא מדין מיגו אתינן עלה והו"ל השטר כחספא בעלמא מעת ההיא וכל שנשבע נאמן והתורה האמינתו בעת ההוא ונעשה השטר בטל ולכך יכול לומר דאינו נשבע עד שיבטל השטר. ובזה מיושב מה שהקשה התומים דא"כ איך שייך מיגו דמזויף דהא יש לומר דמתיירא אולי יבאו עדים ויכחישו אותו דאז יהיו הם נאמנים משא"כ אם טוען פרוע ולפמ"ש אתי שפיר דכעת לאו מטעם מיגו קאתינן עלה רק מכח הפה שאסר דזה עדיף ממגו וכמ"ש ודוק

ג ובזה מיושב מה דקשה לי טובא דמה יענה הב"ח למ"ש התוספת בכתובות דף י"ט בהא דר"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו והקשו בתוס' הא יש לו מיגו דאי בעי טוען מזויף ותירצו דירא פן יבאו עדים ויכחישוהו הרי מבואר כקושית התומים ולפמ"ש אתי שפיר דשם למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו קא אתינן עלה וא"כ שוב יקיים השטר ע"פ ולא שייך הפה שאסר לדידיה ורק מכח מגו קא אתינן עלה ומיגו לא שייך דירא פן יכחישוהו משא"כ למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מטעם פה שאסר כמ"ש בהדיא בסי' פ"ב ושפיר לא שייך כאן ענין שטר כלל וכמ"ש. ובאמת אף לפמ"ש הש"ך בסי' ק"ח לחלוק על הרמב"ן דהפה שאסר לא עדיף ממיגו א"כ יש לומר דה"ט דחולק על הב"ח כאן. והנה התומים כתב להש"ך ג"כ קשה מה מיגו הוא דאם יטעון מזוייף יכחישוהו העדים וכתב דיכול לטעון א"י אם השטר נכתב באמת ושאלני עלם משכיל מפה דאשתמיטתי' דברי התוס' הנ"ל דכתבו דלא שייך מזוייף דירא פן יכחישוהו. ולפמ"ש אתי שפיר דאין ראיה ממ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו לדידן דקיי"ל דצריך לקיימו ואף אם נימא דפה שאסר הוה נמי מיגו מ"מ מיגו דאי בעי שתק אמרינן

וז"ב ובחידושי אמרתי בזה דבאמת בלא"ה דברי התומים תמוהים דמיגו דא"י לא מקרי מיגו כמ"ש התוס' בפרק השואל דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק. אך נראה דכל הטעם דהוא משום דאז נראה שטענת התובע יותר אמת מאחר שזה טוען א"י. ולפ"ז למ"ד צריך לקיימו א"כ נאמן לטעון פרוע א"כ לא שייך לומר דא"י לאו מיגו הוא דזה אינו דכאן אינו נראה טענת התובע טענה דהא גם אם היה מודה בשטר היה יכול לטעון פרעתי וא"כ שוב א"י טענה. ומעתה שם דאזלינן למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו שוב לא שייך מיגו דא"י ואין אדם עושה עצמו ברצון מסופק ומזויף לא היה יכול לטעון דירא שמא יכחישנו. ובזה פירשתי בחידושי מ"ש התוס' בשם רש"י דפירש במק"א דמה"ת אינו נאמן לטעון מזוייף והיינו דכוונת התוס' דלא שייך הפה שאסר דכבר נתקיים השטר אף בהודאת פיו בלבד ועיין רש"י שביאר כן בהדיא דשוב אינו נאמן לומר פרוע ולא שייך כאן הפה שאסר דכיון דהוחזק כבר השטר בב"ד והוא מבואר כמ"ש ולכך שוב אינו נאמן אח"כ בטענת פרוע דהו"ל מיגו למפרע כל דלא שייך הפה שאסר ויש להאריך בזה. וליישב דברי התוס' במ"ש די"ל דלכך אינו נאמן משום דשטרא בידך מה בעי וכתבו זאת דא"כ באמנה מא"ל ועיין במהרש"א שהאריך שם ולפמ"ש היה מקום ליישב ואכ"מ להאריך. שוב ראיתי בשערי משפט שכתב ג"כ דיש לומר דנאמן אף לאחר כ"ד דלא שייך כאן שטרא בידך מה בעי דכיון דהי' לו מיגו דמזוייף לא חש להשהותו ודחה זאת דכיון דהיה יכול לקיימו שוב לא הי' לו להשהותו ע"ש. ולפמ"ש א"צ לזה דהפה שאסר עדיף ממיגו וכמ"ש הרמב"ן ותמהני שלא הזכיר מדברי התוס' הנ"ל דמבואר בהדיא דשייך הסברא דשטרא בידי מה בעי אף דיש לו מיגו ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא למ"ד דא"צ לקיימו וכנ"ל ודו"ק ולפ"ז בהך דינא דט"ז יש לומר דלאחר כ"ד שוב אינו נאמן ודו"ק היטב בכל מ"ש.

ד והנה נראה לכאורה ראיה ברורה להג"ת דיכול לבטל השטר וא"י להשביעו לענין פרוע מהא דאמר ר"נ זילו קיימו שטרייכו וחותו לדינא ופירש"י דלהמלוין אמר כן וקשה דלמה טען כן בעד הלווים ודלמה ירצה להשביעו כעת ואח"כ יקיימו השטר וע"כ דאין לו להשביעו כל שיכול לטעון פרוע והוה שבועה לבטלה. ובזה נראה לפענ"ד לפרש מ"ש התוס' ד"ה מודה דאין לפרש דלכך אינו נאמן לטעון פרוע משום דאי פרעיה שטרך בידי מה בעי דא"כ באמנה דלא שייך ה"ט והרי רב הונא ס"ל גם באמנה דנאמן ותמה המהרש"א דהרי חזינן דלר"נ נאמן לטעון פרוע במיגו דמזוייף ואפ"ה ס"ל באמנה דאינו נאמן משום דלא אתי ע"פ ומרעא לשטרא א"כ ה"ה לר"ה דלמא לאו משום חד טעמא הוא ע"ש ולפמ"ש יש לומר דלר"נ עיקר הטעם משום דהאי שטרא חספא בעלמא הוא

כ"ז שלא קיימו וא"כ באמנה דהוא בעצמו מודה דהשטר הוא שטר טוב ולאו חספא ה"א שפיר ס"ל לר"נ דאינו נאמן דא"י לבטל השטר באמנה שהרי אומר שכתב השטר והאמינו אבל בפרוע דיכול לבטל השטר א"כ גם כעת השטר עודנו חספא וכל דלא שייך שטרך בידי מה בעי נאמן משא"כ לר"ה דס"ל דהשטר הוא טוב אף לענין פרוע וא"כ אין לומר באמנה טעם אחר וגם יש לומר דלר"נ בפרוע יש לו מיגו דאי בעי אמר א"י אם הוא מזוייף וגם בספק לא מפיק ממונא משא"כ באמנה לא שייך המיגו שאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק כי גם אמנה אינה טענה טובה משא"כ לר"ה ודוק כי קצרתי. והנה במ"ש למעלה בענין הא דנאמן לטעון החזרתי בשטר עיסקא במיגו דנאנסו אף דצריך לקיים התנאי ולא שייך מיגו וכמ"ש הט"ז בתחלה והח"ן הסכים לזה.

ה כעת נתיישבתי דיש לחלק דע"כ לא אמרינן דלא שייך מיגו כל שצריך לקיים התנאי רק כל שאי אפשר לו מבלעדי קיום התנאי ע"ד משל באומר לו אל תפרעני אלא בעדים דאינו נאמן במיגו כיון דמכל מקום צריך לקיים התנאי ולפרוע לו בעדים אבל בשטר עיסקא דאם הי' באמת נאנס לא שייך לומר דלא יפטר בשביל דלא קיים התנאי דמה הי' לו לעשות הא נאנס מידו וזה יש לו השטר ולכך גם כשטוען החזרתי לא שייך לומר שטרך בידי מה בעי ולא קיימת התנאי כיון דאינו תנאי גמור דיכול לפטור עצמו מהתנאי בטענת נאנסו. ובזה נראה לפענ"ד לפרש דברי הש"ס בב"ב דף ע' דבעי אי נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו או דלמא אמרינן שטרך בידי מה בעי ופריך הש"ס ולטעמיך כי נאנסו מי אמרינן שטרך בידי מה בעי ותמהו התוס' דאין שוה להדברים דבשלמא בנאנסו לא שייך שטרך בידי מה בעי משא"כ בהחזרתי.

ו ולפמ"ש בזה נחלקו דהבעל האיבעיא ס"ל דכל דשטרך בידי מה בעי הוה תנאי ולא שייך להאמינו במיגו דמכל מקום לא קיים התנאי וע"ז אמר אטו אי טעין נאנסו אמרינן שטרא בידי מה בעי וא"כ לא הוה תנאי גמור דהיה יכול לפטור עצמו מהתנאי באם טען נאנסו וז"ב מאד ועיין רשב"ם שכתב דלא חש על השטר כיון דהי' לו מיגו. ולכאורה צ"ב למה לא חש על השטר ולפמ"ש ניחא דעכ"פ תנאי לא מקרי. עוד יש לומר בכוונת האבעיא עפמ"ש הש"ך בכללי מיגו דאף דנאנסו לא שכיח היינו כשטוען אמת אמרינן דמוטב לו לטעון טענת מתה מחמת מלאכה מלטעון טענה דל"ש אבל כל שטוען שקר שפיר יש לו מיגו דנאנסו דאף דל"ש כל שטוען שקר טוען אף טענה דל"ש ולפי זה כיון דנאנסו לא שכיח א"כ כל דאמרינן שטרא בידי מה בעי והיינו משום דלא קיים התנאי א"כ אמרינן דבאמת טוען אמת שהחזיר רק שמכל מקום לא קיים התנאי וא"כ לא שייך מיגו דהרי לא ניחא ליה לטעון דל"ש ובאמת החזיר ואפ"ה כל דלא קיים התנאי

צריך לפרעו שנית ודוק. והנה במ"ש הה"מ דלא שייך מיגו כל דלא קיים התנאי בזה מיושב היטב קושית התוס' בב"ב דף מ"ה ע"ב גבי אומן דס"ל לרבה דהמפקיד אצל חבירו בעדים שצריך להחזיר לו בעדים והקשו בתוס' דאכתי להמני' במיגו דנאנסו ע"ש ולפמ"ש הה"מ כל דהוה כא"ל אל תפרעני אלא בעדים לא שייך מיגו ואף שכתבתי למעלה דגבי נאנסו ל"ש זאת מכל מקום אין מוכרח ורבה ס"ל דאף בכה"ג אין לו מיגו דנאנסו דמכל מקום הא לא קיים התנאי ואפסיד אנפשיה שוב ראיתי שכ"כ התוס' שם לחד תירוצא דכיון דלא מהימן לומר החזרתי אף בשבועה והוה כאילו א"ל אל תחזיר לי אלא בעדים הוא דאפסיד אנפשיה ולא שייך להמניה במיגו והן הן דברי הה"מ הנ"ל דבזה ל"ש מיגו דמכל מקום התנאי לא קיים וכמ"ש בגליון הש"ך שם שכן כוונת הה"מ והב"י כתב בסי' ע' שם שלכך לא שייך להמניה במיגו דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בעדים לא שייך מיגו דאנן סהדי דלא פרעי' אלא בעדים וכתב הש"ך ס"ק י"א שם דאולי גם כוונת הה"מ לזה דכוונת הה"מ למ"ש התוס' דאפסיד אנפשיה ובאמת שמ"ש התוס' משום דאפסיד אנפשיה ולא כתבו משום דאנן סהדי חשוב כמו מיגו במקום עדים. וכן רציתי לומר בראשית ההשקפה אבל באמת התוס' כוונו יפה דשם רצו לתרץ דברי רבה דס"ל דבעדים הוא דלא מהימן האומן והרי רבה ס"ל בדף ל"א שם דאמרינן מיגו במקום עדים וא"כ א"א לתרץ כן לדידיה ולכך הוצרכו לתירוץ הה"מ וכמ"ש. ובזה הנה מקום אתי ליישב מ"ש בשיטה מקובצת בשם תוספ' הרא"ש לתרץ קושית התוס' דיהיה נאמן במגו דנאנסו וכתב דבאומן לא שייך זאת שמתיירא לטעון נאנסו דאז לא יתנו לו לתקן כי יאמרו שאינו נזהר בשמירה יפה ועצל הוא שהרי קרה לו אונס וע"כ אין לו מיגו וע"ז שאל אותי החריף ושנון מוה' מרדכי מיזיש ני' דא"כ מה פריך רנב"י מהא דאמרי אומן אין לו חזקה ה"ד אי דאיכא עדים אחר אמאי יש לו חזקה אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן אין לו חזקה תיובתא דרבה ומה קושיא דלמא בדאיכא עדים ואפ"ה אחר יש לו חזקה דאחר יש לו מיגו דאי בעי טעין נאנסו ולגבי מי שאינו אומן לא שייך זאת דלא מתיירא כלום דמה יפסיד באם לא יתנו לו דהא מיירי בנפקד ש"ח ודוקא אומן אין לו חזקה והיא תימה גדולה לאשר גוף דברי תוספ' הרא"ש אינו לפני באופן שאותיותיו יחכמוני לדעת כוונתו כ"א כפי מה שהגיד לי בשמו קשה טובא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לדידן דקי"ל כאביי ורבא דמיגו במקום עדים לא אמרינן א"כ אם נימא דהמפקיד בעדים צריך להחזיר בעדים שוב הוה כאן סהדי וא"כ לא שייך מיגו כמ"ש הב"י ורק לרבה בעצמו דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים לדידיה שפיר קשה דיש לו מיגו והוצרך התוספ' הרא"ש לחדש דלא שייך מיגו אבל לדידן דלא קי"ל בזה כרבה שפיר קשה מ"ש

אומן מאחר וז"ב. ובזה מיושב היטב מה דהי' קשה לי טובא וראיתי בתוס' בריש הסוגיא דהקשו בזה דמאי ס"ד דרבה לאוקמא במסר לו בעדים וא"כ מה נ"מ בין אומן לאחר ולפמ"ש אתי שפיר דלרבה לשיטתו דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים שפיר יש חילוק בין אומן לאחר ומטעם שכתב בתוספי הרא"ש דבאומן לא שייך מגו דנאנסו משא"כ באחר אבל רנב"י הקשה שפיר לפסק הלכה דלא קי"ל בזה כרבה דס"ל לדידן דלא אמרינן מיגו במקום עדים מה נ"מ בין אומן לאחר וז"ב ואם כן נסתייע מזה דברי התוספי הרא"ש ובזה מיושב היטב מה דאמר אביי א"ה אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר החזרתיו לך כי א"ל לקוחה היא בידי מהימן ונדחקו התוס' דמה לשון א"ה ולפמ"ש אתי שפיר דלאביי לשיטתו לא שייך מיגו במקום עדים ואינו קושיא כלל דכל שמסר לו בתורת פקדון לא מהימן לטעון לקוח אף במיגו אבל לרבה דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים א"כ אף בעדים נמי וע"ז אמר דס"ל דצריך להחזיר בעדים וכל שלא החזיר הוא דאפסיד אנפשיה ולא שייך מיגו דסוף סוף לא קיים תנאו וז"ב מאד ובזה נראה ליישב דברי תוספי הרא"ש דלכאורה צריך ביאור מה שחידש דבאומן לא שייך מגו דנאנסו דמתיירא שמא לא יתנו לו לתקן וקשה דלא שייך כלל לומר בשביל שיטעון נאנסו לא יתנו לו לתקן דאטו בשביל שקרה מקרה שנאנס מידו לא יתנו לו לתקן והמקרה לא יתמיד ואין ברית כרותה להזריז בתכלית הזריזות שלא יקרה לו מקרה אונס וביותר יקשה דהא כשטוען שהחזיר ולרבה דס"ל דצריך להחזיר בעדים וא"כ אנן סהדי דודאי לא החזיר לו שלא בעדים א"כ רואין כל העולם שהוא משקר ובודאי יתיראו לתת לו דהא הוא משקר במזיד ובטענת אונס לא ידעו דלמא טוען אמת וקרה לו מקרה והמקרה לא יתמיד וגם לפמ"ש הסמ"ע בסי' ק"מ דמש"ה נאמן במגו דנאנסו אף דנאנסו לא שכיח דיותר טוב לו לטעון נאנסו דלא שכיח משיטעון החזרתי דמעיז ע"ש וא"כ מכ"ש בזה דמעיז נגד כל העולם דאנן סהדי שלא החזיר לו שלא בעדים שהרי צריך להחזיר לו בעדים והיא קושיא עצומה על תוספי הרא"ש הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בלא"ה אינו מיגו דהו"ל מיגו במקום עדים רק דרבה לשיטתו דס"ל דמיגו במקום עדים אמרינן ולפ"ז כיון דאמרינן מיגו במקום עדים והיינו דמכל מקום נראה שטענתו אמת דהא אי בעי טעין מה שלא יכלו עדים להכחישו ואין אדם מעיז כ"כ ולפ"ז שפיר כתב הרא"ש דכאן לא שייך זאת דאם יטעון נאנסו שוב מתיירא שלא יתנו לו וא"כ לא שייך לומר דסמך על המיגו דנאנסו ולכך לא חש על העדים שיחזיר בעדים כמ"ש הרשב"ם בב"ב דף ע' בשטר דלא שייך שטרא בידי מה בעי דסמך על הא דיכול לטעון נאנסו וא"כ יש לומר דגם רבה דס"ל מיגו במקום עדים אמרינן דסמך על מה שיוכל לטעון נאנסו וע"ש ברשב"ם שכתב

בהדיא דשטר הוה מיגו במקום עדים דאנן סהדי דשטרא בידו מה בעי ואפ"ה נאמן כיון דהיה יכול לטעון נאנסו ולפ"ז כיון דהיה יכול לטעון נאנסו לכך לא החזיר ומעתה שפיר כתב תוספי הרא"ש דכל שמתיירא לטעון נאנסו דלא יתנו לו לתקן א"כ שוב אף לרבה לא שייך לומר דסמך על דיכול לטעון נאנסו דהא הוא סמך קנה רצוץ ואם כן שוב הוה מיגו במקום עדים גם לרבה ודוק היטב כי היא נכון ונחמד ונעים ועיין רשב"ם מ"ש בזה דלא נאמן לטעון החזרתי במיגו דאי בעי אמר החזרתי לפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י דחושש שמא יבאו עדים ממדה"י וישקרו ולא שייך מגו במלתא דעבידא לגלויי ובסי' ע' לא הביאו האחרונים אותו תירוץ של רשב"ם ונראה דדוקא לרבה לשיטתו כתב הרשב"ם זאת דרבה ס"ל דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור וכדאמרו בשבועות דף ל"ח וא"כ ע"כ דאף במדה"י שכיח שיבאו ול"ח כפירת ממון דאל"כ הי' לו לחלק דבאם הם במדה"י הו"ל כפירת ממון וע"כ דשכיח דיבאו וכיון דל"ח כפירת ממון שוב לא שייך מגו אבל לדידן דקיימא לן דחייב כר"י שם משום דשכיח דמייתי עדים ואם כן שוב עכ"פ אינו מלתא דעל"ג והו"ל מיגו מעלייתא ולכך הוצרך לטעמים אחרי' ודוק

ז אחר כמה שנים זכיתי ומצאתי בשו"ת רשב"א חלק המכונה תולדת אדם שכתב בסי' רנ"ח דלכך לא שייך מיגו בטוען פרעתיך ביני לביני במיגו דאי בעי הי' אומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י משום דכיון דהתנה עמו שלא יפרענו אלא בעדים הו"ל כמתנה בשאר מיני תנאים שכל תנאי שבממון קיים ולא שייך מיגו דמכל מקום לא קיים תנאו. ראו עיני ושמחו שזה בלי ספק טעמו של ה"ה שזכיתי לכוין לדעת אא"ז הח"ץ ז"ל שהעמיס כן בדברי ה"ה כמ"ש למעלה. אמנם הגדלתי השמחה שמצאתי סיוע למ"ש למעלה דכל שיכול להפקיע התנאי ע"י טענה אחרת לא שייך לומר דהוה תנאי שבממון והארכתי למעלה ובתשובה אחרת לענין שטר כיס היוצא על היתומים ביארתי הדברים באורך מצאתי און לי בדברי הרשב"א שם שכתב דכל שלא ייחד לו עדים א"כ יכול לדחותו ולא שייך תנאי דיכול לדחות התנאי ע"ש ושמחתי מאד שזכיתי לכוין בדעתי השפלה והנכאה אל אדם הגדול בענקים גבוה מעל גבוה. ודרך אגב אזכור מה שכבר כתבתי במק"א ולא ידעתי מקומו ואולי יתגלגל כאן דברים חדשים במ"ש הר"ן ר"פ האשה שנתארמלה דאף דאיכא עדים ליהמן במיגו דפרוע ודבריו תמוהין דהא הו"ל מיגו במקום עדים דלא אמרינן ונשאלתי בזה ומצאתי בהפלאה שהרגיש בזה וכתבתי במק"א ע"ד הפלפול אבל בפשיטות יש לומר דקושית הר"ן לרבה דס"ל מגו במקום עדים אמרינן וכן ס"ל לר"ח בב"ב דף ל"ג אם כן מה יענה להמשנה דליהמן במגו דפרוע אף ביש עדים. הן אמת דבסוגיא דשטר כיס בתשובה הארכתי דאפשר דגם רבה ור"ח ס"ל

דא"א מיגו במקום עדים אבל אין מזה קושיא על הר"ן דהוא לא ס"ל כן אף שכתבתי כן בשם הקדמונים הר"ן אינו משועבד שיסבור כן. ובזה ישבתי מה דק"ל בסוף דברי הר"ן שכתב דבגרושה בלא"ה לא שייך מיגו דהו"ל מיגו במקום חזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו והקשיתי דאכתי קשה לאביי ורבא דס"ל דאדם פורע בתוך זמנו מא"ל. הן אמת דיש מקום לומר דבזה גם אביי ורבא מודים דהא אינו ברור אם יגיע הזמן דשמא לא יגרש וכתובה לא ניתנה לגבות מחיים והוה כמו בפדיון הבן שכתבו התוס' בב"ב דף ה' דאינו נאמן אף לאביי ורבא אבל מתוס' גיטין דף ל"ד נראה דלאביי ורבא נאמן הבעל אף בכתובה והארכתי בזה בתשובה אבל לפמ"ש אתי שפיר דאביי ורבא לשיטתם דס"ל בב"ב דף ל"ג דמיגו במקום עדים לא אמרינן וא"כ לדידהו בלא"ה אין התחלה לקושית הר"ן ודוק

ח והנה בתשובה לענין שטר כיס שם הארכתי במ"ש ש"ב הגאון בעל כסא דענין שטרא בידך מה בעי הוה כמו תנאי שכ"ז שלא יחזיר לו השטר לא יהיה נאמן לומר פרעתי הנה לכאורה צ"ב לפי זה איך אמר ר"י בב"מ דף י"ז דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"ט דהוה כמאן דנקט שטרא בידיה ומה שייך שם תנאי ודוחק לומר דהוה כאילו התנו עמו הב"ד שכל זמן שלא יביא שובר או עדים לא יהי' נאמן והרמ"ע מפאנו הוסיף בסי' קי"ג דגם מלוה הכתובה בתורה הוה כמעב"ד ואינו נאמן לומר פרעתי ובזה בודאי לא שייך הטעם דתנאי. אך לפענ"ד ביאור הענין הוא כפשוטו דאנן סהדי שדבר שמפורסם בין הבריות מתייירא האיש וגם לא חציף כ"כ לשקר וכבר אמרו הלואי שיהי' מורא שמים עליכם כמורא בו"ד והבושה בפני הבריות היא יותר גדול א"כ אמרו חז"ל דבלי ספק הי' לוקח השטר מיד המלוה שאל"כ יהי' נראה בעיני העולם למשקר שהרי זה יש לו שטר והוא טוען שפרע לו ולפ"ז גם מעשה ב"ד וכן מלוה הכתובה בתורה שהכל יודעים שהאדם נתחייב בזה עד"מ כתובת האשה ומזונותיה ומזונות הבנות וכדומה הוה כאילו נקט שטרא בידא ובזה האדם עושה כל טצדקי להראות בפני הבריות שכנים דבריו וגם במלוה הכתובה בתורה ג"כ הכל יודעין שנתחייב בזה וכל שיתבעו אותו שוב לא יחציף לומר שפרע שיהיה נראה בעיני העולם למשקר. ולפ"ז נראה לפענ"ד לחלק דזה דוקא בדבר שהאדם מחויב עד"מ פדיון הבן שהוא נודע שמחויב אבל נזקין וכדומה דניהו דהוה מלוה הכתובה בתורה היינו שהתורה חייבה שאם יקרה שיזיק יתחייב לשלם אבל אינה מצוה חיובית על אותו איש בפרוטרוט וא"כ איך שייך לומר דלא יחציף בפני הבריות לומר שפרע והרי לא נודע לבריות כלל אם זה נתחייב וגם אינו מצוה או חוב

ברור שהאדם מוכרח להתחייב בזה ולכך לא שייך לומר דהוה כמאן דנקט שטרא ולא דמי למעשה ב"ד וז"ב.

ט ובזה מיושב היטב מה שהקשה בשערי משפט סי' ע' על הרמ"ע מפאנו מדברי הנימוק"י פ"ק דב"ק גבי נזקין דכתב דנאמן לומר פרעתי אף דהוה מלוה הכתובה בתורה. וזכורני שכבר כתבתי בזה בתשובה אחת ליישב דברי הרמ"ע מפאנו ולא ידעתי מקומו. וכעת נראה לפענ"ד דלר"י דבנזקין לא שייך זאת ומה שהקשה מהך דאמרו בב"מ דף ק"ב בשוכר אמר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי ופשיט לי' מיכיר דבתוך שלשים בחזקת שלא נפדה ומה ראיה דלמא התם הטעם משום דהו"ל מלוה הכתובה בתורה דאינו נאמן לומר פרעתי לפענ"ד שם אינו ענין לכאן דשם לא יראה בעיני הבריות כמשקר דבודאי ניחא לי' לאינש לקיים מצוה בממוניה ובודאי יפדהו וגם הו"ל ממון שאין לו תובעין וא"כ למה יצטרך ליקח שובר או עדים שפדהו וז"ב ופשוט ובלא"ה הוא טעות דעד שלשים בודאי לא שייך מלוה הכתובה בתורה דעד שלשים לא נתחייב כלל והתורה אמרה מבן חדש תפדה וא"כ עד שלשים לא התחיל החיוב ולא הוה מלוה הכתובה בתורה כלל ואדרבא התורה אמרה שאין לפדות מקודם שלשים יום אמנם לכאורה היה נראה דבר חדש דלשיטת רש"י דהטעם שאין פודין בתוך שלשים הוא לפי דחיישינן שמא נפל הוא ועיין רש"י בבכורות דף מ"ט והתוס' השיגו עליו ולפ"ז לרש"י יש לומר דבאמת התחיל החיוב בעת שנולד רק דנגמר החיוב לאחר שלשים אבל כל שחי שלשי' יום שוב הוה למפרע חזקת חיוב ובזה נראה לפענ"ד דזה טעם מחלוקת רב ושמואל בבכורות דף מ"ט אי פדה בתוך שלשים על לאחר שלשים ונתעכלו המעות דרב ס"ל דבנו פדוי ושמואל ס"ל דאין בנו פדוי ולפמ"ש יש לומר דרב ס"ל דהולכין בממון אחר הרוב וא"כ באמת הי' חל הפדי' למפרע ורק דהתורה לא רצתה לסמוך על הרוב כל שאפשר לבא לידי בירור אבל כל שחי שלשים יום נפדה מקודם וחל הפדיה אבל לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ מעולם לא חל הפדיה מקודם דהא לא חייב כלל לפדות דלענין ממון בעינן בירור גמור וא"כ לא חל הפדייה אלא שלפ"ז מהראוי לפסוק כשמואל ולדעת רבים מהפוסקים קי"ל כרב כמבואר בש"ע יו"ד סי' ש"ה וגם לא צריך לדמות לקידושין והא בלא"ה לרב חל הפדייה מקודם.

י אמנם נראה דאף לרש"י לא חל הפדייה מקודם דהרי ר"י ור"ל נחלקו לענין חליצה וס"ל לר"ל דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע ובנימוק"י ר"פ החולץ ביאר הדברים דאולי נשתנה אח"כ הדבר ולדבריו לא שייך כאן דכל שהיה נפל בלידתו אי אפשר לחיות אח"כ אך לשיטת התוס' שייך גם בזה תגלי מלתא למפרע ועיין במלמ"ל פ"ו מגירושין ולפ"ז

לר"ל לא חל הפדייה מקודם אף שחי אח"כ והתורה אמרה מבן חדש תפדה. ובאמת שלפענ"ד יש ליישב שיטת רש"י מקושית התוס' דודאי גזירת הכתוב שיהי' מבן חדש אף בידוע שכלו לו חדשיו וגם הא באמת יש רוב דחיים וקיימים רק דגזירת הכתוב היא והטעם דאף דבכל התורה אזלינן בתר רוב היינו כשאנו דנין על אדם פרטי אמרינן דזהו מהרוב אבל כשהתורה אמרה מצות פדי' וזהו כולל כל העולם כלו ובעולם יש פרטיים הרבה שאינם בני קיימא ולא כלו חדשיהם א"כ שוב התורה אמרה דלא יפדה עד שיהיה דבר ברור וכל מה שנוכל לברר ולא נצטרך לסמוך על הרוב בודאי רצתה התורה לעשות ולכך אמרה תורה מבן חדש תפדה ולפ"ז זהו לענין גוף הפדייה אבל כשאנו דנין באחד שעבר ופדה בתוך הזמן בזה שוב יש לומר דאזלינן בתר רוב וחל הפדייה מקודם רק דאין הולכין בממון אחר הרוב וחיישינן שמא נפל הוא ואף לרב דסבירא ליה דהולכין בממון אחר הרוב כל דהוה ממון שאין לו תובעין מודה כמ"ש התוס' בבכורות דף כ' וא"כ שוב אף לרב צריך להחזיר אבל כל שחי אח"כ אי חל הפדיה יש לומר לרב דחל הפדיה שלא יצטרך לתת שנית משא"כ לשמואל. איברא דלפ"ז לא יתכן מה שחלו בקידושין וצ"ע ויש לי להאריך בכ"ז ובזה נ"ל ליישב מה דקשה טובא על ר"ל דס"ל אין אדם פורע בתוך זמנו ולמה לא הביא הש"ס מהך דבכורות ואף דהתוס' כתבו דגם לאביי ורבא ניחא מכל מקום פשטת הענין מורה כר"ל ולפמ"ש לר"ל לשיטתו לא קשה דהוא ס"ל דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע וא"כ לדידיה ל"ש לומר דאין אדם פורע בתוך זמנו דהא שם לא התחיל הזמן כלל ולדידיה לא חל הפדיה כלל.

יא ובזה מדוקדק מה דהקשו התוס' בב"מ דף ק"ב לאביי דוקא ולא לר"ל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין מקום קושיא כלל דהא כאן לא התחיל החיוב וצ"ל דמקשה לר"י דס"ל בפרק החולץ דאמרינן תגלי מלתא למפרע ולפי זה רבא דפסק כר"ל שם א"כ ל"ק כלל ובגד"ת ח"ב שער ט"ז האריך בדברי התוס' אלו ולפמ"ש ל"ק ודוק. והנה לדעת הכסא דהרסנא דהוה כתנאי שכל זמן שלא יחזיר לו שטרו אינו נאמן לומר פרעמיך א"כ צ"ע בהא דמבואר בסי' ק"ל ס"ג לענין ערב דאם כתב לו התקבלתי דנאמן ואם לא כתב לו אפילו יש שטר בידו אינו נאמן וקשה טובא דאמאי לא יהיה נאמן דהיא הוה כתנאי מיהו יש לומר דהא לא התנה כן עם הערב רק נגד המלוה התנה כן אבל לפמ"ש בטעם הדבר דלא יכול לחצוף נגד הבריות בדבר שנראה בעליל ויש לדחות לפמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ג בשם הטור וצ"ע

יב והנה ב"ד החתן השנון כמר יצחק נאטאנזאהן נ"י הקשה אותי תרט"ז בהא דהקשו בתוס' דיהיה נאמן לומר פרוע במיגו דמזויף וע"ז הקשה דהא במזויף גוף השטר הוא

של המלוה לצור עפ"י צליחותו אבל כשטוען פרוע הנייר של הלוה והו"ל מיגו לחצי טענה והנה אף שבאמת זה אינו טוען על הנייר רק על גוף הלואה ומיגו לחצי טענה לא שייך רק בטוען על שתיהן. אמנם בפשיטות יש לומר כיון דזה טוען פרוע ולא חש להניח השטר בידו ע"כ דמחל לו הנייר ושוב א"צ להחזיר לו הנייר ולא הוה מיגו לחצי טענה כלל ודוק. והנה מ"ש בשם הכסא סי' נ' דסברת שטרך בידי מה בעי הוא משום דהוה תנאי בגוף הפרעון דלא יהיה נאמן כ"ז ששטרו בידו וכמ"ש למעלה באורך ולפ"ז יקשה בהא דמבואר בש"ע סי' נ"ט דאם המלוה הוציא שט"ח מקויים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו ואם נימא דהוה כמו תנאי כ"ז שיהיה השטר בידו צריך לשלם לו א"כ מה בכך שאינו זוכר לו יהא שכבר פרע לו הלא מכל מקום הוא תפוס שטרא והוא התנה שכ"ז שהשטר בידו יצטרך לשלם לו ובשלמא אם הפירוש שכל שהשטר בידו הוא ראי' שאינו פרוע א"כ כל שהמלוה בעצמו מסופק והלוה טוען ברי שהוא פרוע פשיטא דא"י לגבות בו אבל אם הוא מצד תנאי למה יצטרך לשבע שלא פרע לו וע"כ דאינו כתנאי גמור רק כתנאי ולא תנאי ממש ולפ"ז גם זה נכון דלכך כל שהוא מסופק אם נפרע שוב אתרע השטר. מיהו יש לומר דמה שצריך לשבע הוא דא"א לומר שזה התנה שאף שיפרע יחזור ויפרענו כל ששטרו בידו רק דזה מודה שלא פרע דאם הי' פורע בודאי הי' לוקח שטרו שהרי התנה שכל שלא יחזיר השטר צריך לשלם לו וא"כ זה בודאי הי' לו להזהר לקחת שטרו ולכך צריך לשבע שלא נפרע אבל כל שאינו זוכר הרי הי' תנאי בזה ולמה לא ישלם לו ויש להמתיק הדברים דהא באמת הי' תנאי בזה הא לא דיבר עמו רק דאומדנא דמוכח הוא מדלא לקח שטרו הוה כהתנה שכ"ז שלא יחזיר שטר צריך לשלם לו וא"כ על אומדנא רצו חז"ל להשביע המלוה לברר הדבר אבל כל שאינו זוכר הרי האומדנא במקומה וזה לא יוכל לשבע כיון שאינו זוכר וא"כ שוב למה לא יטול בלא שבועה. והנה בחו"מ סי' ס"ח מבואר מחלוקת הקדמונים דרבותי' של הרמב"ם ואליהם נלוו כמה גדולי האחרונים דס"ל דכל שא"י לגבות ממשעבדי יכול לטעון פרעתי והרמב"ם ס"ל דא"י לטעון פרעתי והנה לטעמו של הכסא דזה הוה כתנאי דכ"ז שאינו מחזיר לו השטר אינו נאמן לטעון פרעתי א"כ בודאי ל"ש בערכאות דהא בשטרי מתנות ומחילות ל"מ משום דכל שנעשה השעבוד ע"י השטר ל"מ וכאן דאם נימא דהוה כתנאי שוב ל"מ בשטר בעכו"ם כנלפענ"ד ואדרבא לטעם של הפוסקים דלא חש להניח לא ידעתי כל שנעשה בערכאות ובערכי יוציא עי"ז למה לא חש להניח בידו ורק לטעמו של הכסא לא שייך זאת בעכו"ם. וראיתי בתומים שם שהקשה דא"כ היאך אמר רבא האי שטרא פרסאה דמסרי באפי סהדי ישראל מגבי בי' מב"ח וקשה הא יוכל

לטעון פרעתי ולק"מ דרבא אשמעינן היכא דזה לא טען פרעתי דאנן לא טענינן עבורו וגם היכא דטען שמזויף הוא שלענין זה בודאי השטר מעליא הוא וא"כ שוב א"י לומר פרעתי דכל האומר להד"מ ודוק היטב. והנה התומים הביא שם דברי הירושלמי דבית שאן יצא שטר שעדיו גוים ור"י פסל ור"ל הכשיר כדי שלא תנעול דלת וע"כ דמיירי בערכאות דבהדיוט ודאי פסול כמבואר במשנה ואפ"ה פסל ר"י משום דבהלואה יכול לטעון פרעתי והיינו כרבותי' של הרמב"ם ולא זכיתי להבין דשם מיירי שלא הי' עדים מעידים על עדי השטר שהן כשרים וגם על הערכי לא העידו וא"כ בכה"ג פסול להרמב"ם כמבואר ברמב"ם ובטוש"ע ועיין סמ"ע ס"ק ה' ואדרבא משם ראיה להרמב"ם דהרי ר"ל רצה להכשיר גם בזה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וניהו דר"י דס"ל בזה משום שלא הי' העדים מעידים על עידי השטר אבל כל שמעידים ודאי כשר לגבות מב"ח דשייך נעילת דלת דבשלמא באין עדים מעידים לא שייך נעילת דלת כקושית הירושלמי דהא מפסיד לזה בהיפך ובאמת יוכלו העדים לחתום שקר והערכי יקבל שוחד אבל כשיש עדים ע"ז שוב שייך נ"ד דא"כ לא ימצא מי שירצה ללוות וז"ב כשמש. והנה במ"ש בכסא דהרסנא דשטרך בידי מה בעי הוא מתורת תנאי בשטר לפ"ז בשנים שלוו ואחד פרע אי נאמן השני לומר פרעתיך ולא שייך שטרך בידי מה בעי דהתנאי הי' למלוה עם הלוה אבל לא לוה אחד נגד השני ועיין מהרש"ל בתשובה סימן צ"ג ובסמ"ע סי' ע"ז ובט"ז שם ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' ז' ובתניינא סי' י"ב י"ג וצ"ע גם לענין ערב לפ"ז עי' סי' ק"ל:

סימן לד

א לתלמידי החריף המופלג מוה' יוסף ווילער כעת בק' יאבריב.

ב אשר השבתי פא"פ על איזה שאלות מ"ש במה דאמרו גיטין כ"ד דא"ל הוי שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית התם שוי שליח וכתב הר"ן דאינה נאמנת במיגו דאי בעי אמרה ש"ק הוא ע"ש ולא ביאר הטעם דמ"ט לא נימא הכי ועפ"י. וע"ז אמר דכל הטעם דש"ק א"צ לומר בפ"נ דבשלמא להולכה שפיר י"ל דלא גמר הבעל לגרשה עד שיבא התם ולכך יוכל לומר דנתן הגט ע"ת או לפקדון וכדומה אבל כל שנתן לש"ק גמר להקנות בלב שלם ע"ש ולפ"ז מה מועיל מיגו והא מ"מ הוא לא גמר לגרש כעת ולכך צריכה לומר בפ"נ ואם דבר חכמה אמר מ"מ יש לפקפק דכל שנתן לידה והיא תוכל לומר שלקבלה נתן ואין מי שיכחיש אותה וגם היא מוחזקת בגטה שוב אף שניתן להולכה מ"מ גמר לגרש אף שניתן להולכה ול"ד לשליח הולכה שאינו גומר לגרש דהשליח לא ישנה ולמה לו לעשות אבל האשה כל שמוחזקת בגיטה שוב גמר לגרש. אמנם בגוף הדבר

למה לא תהיה נאמנת במיגו נ"ל דהוה כעין מגו להוציא שהיא כ"ז שלא תאמר בפ"נ היא עדיין א"א וברשות בעלה וכ"כ המהרי"ט במגו לענין חליצה לא אמרינן והובא בתומים בכללי המגו וה"ה בזה כנלפענ"ד. ומה שהקשה על הרא"ש שכתב בפ"ק דקידושין דאף דמומר יורש אביו ד"ת מ"מ לא יהבינן לי' רק לב"ד דלא יהבינן לי' דאזיל ואכיל בגיותו כדאמרינן בכתובות דף י"א גבי קנס וע"ז הקשה דמה דמיון לשם דשם מדינא לית לה דנכרית גמורה היא אם תמחה ולכך לא יהבינן לה דתיזל ותיכל בגיותה אבל הכא הא מה"ד יורש אביו ד"ת ולמה נחוש שאזיל ואכיל בגיותו. הנה יפה הקשה אבל אחר העיון ל"ק דשם כעת היא גיורת רק דנחוש שמא תחזור בה ע"ז לולא דמה"ד הי' שלא ליתן לה הי' נותנין לה כמ"ש התוס' שם דמש"ה לא אמר רבא כאביי אבל כאן כעת הוא משומד אינו בדין שיתן לו שיאכל בגיותו והרא"ש למד משם בהדרגה כמו דשם שכעת היא גיורת וחיישינן שמא תמחה ותיזל ותיכל בגיותה מכ"ש כאן שכעת הוא משומד שאין ליתן לו וז"ב. ומה שהקשה על דברת התוס' דלכך לא ס"ל לרבא שלא יהא חוטא נשכר כיון דמה"ד אין לו בנכריותה ולפ"ז בהבא במחתרת דמה"ד יש לו רק משום שלא יהא חוטא נשכר אחמרו רבנן א"כ ל"ש שלא יהא חוטא נשכר וכמ"ש התוס'. והנה מלבד דל"ק דשם גם מה"ד אין לו דהא קם לי' בדרבה מיני' חייב לצי"ש ואי תפס לא מפקינן מיני' וכמ"ש רש"י בב"מ דף צ"א וא"כ מה"ד אין מגיע לו מה גם דלא מוזכר שם מצד שלא יהא חוטא נשכר ורק דרבנן אחמרו עלי' כל שהן בעינא ועיין ברז"ה ורמב"ן ודו"ק.

ג שוב מצאתי בשיטה מקובצת כתובות דף ל"ד שפירש דלכך בהי' בעין מחויב להחזיר כדי שלא יהא חוטא נשכר ע"ש בד"ה הי' גדי גנוב. ומה שחידש ליישב קושית המהרש"א בעירובין דף צ"ו דלהס"ד דנשים סומכות רשות גם שתי זוגי תפילין מותרת להכניס כיון דגם חד זוג ג"כ אינו רק רשות גם שתים מצי להכניס ואינה עוברת על ב"ת. הנה לפענ"ד ז"א דניהו דהוא רשות היינו שגם חד זוג לא חייבה התורה לנשים רק שהוא רשות אבל מה דאיש אינו רשאי להוסיף שכן גזרה התורה שלא יוסיף על המצוה פשיטא דלא עדיפא אשה מאיש וגם באשה אינה רשאית להוסיף דאטו יהי' יציבא בארעא מה שאשה אינה רק רשות תניח שתי זוגות והא בזה אינו מצוה כלל ואדרבא איסור יש גם באיש המחויב מכ"ש במה שהוא רשות ואף כי מעלתו אמר שבישועת יעקב מבואר סברא זו לפענ"ד אינו כן ודו"ק

ד והנה במה שהקשה במ"ש הגהת אשר"י דלרבא בגיורת א"צ לשלם קנס בקטנותה כדי שלא יהא חוטא נשכר אבל כתובה בעי למיתב בקטנותה מטעם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וע"ז הקשה מעלתו דהא ל"ש שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דהא משליש

ביד ב"ד כמ"ש בשיטה מקובצת והש"ס דמקשה הוא רק להס"ד דלא ידענו מכי גדלה לכך לא הקשה מכתובה וכמ"ש בשיטה מקובצת בהדיא לפרש כן אבל לפי האמת דכ' מסיק לכי גדלה שוב ל"ש שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. הנה יפה העיר בזה וכ"כ דו"ז בישוע"י אבל תמהני על הישוע"י שלא הביא דברי השטה שכ"כ וביש"ש שנדפס מחדש דחה באמת דברי הג"א דלפי המסקנא ל"ש שלא תהא קלה בעיניו אף שלא ביאר הדברים ובגוף הקושיא דיהבינן לה כתובה שתיזל ותיכל בגיותה לפענ"ד הקושיא דיוכל לטעון אדעתא דהכי לא שעבדתי עצמי לתת כתובה וא"ל דהדבר תלוי בדעת שניהם דהא כ"ז שהיא קטנה ל"ש דעתא דידה דהיא קטנה ושוב יוכל לטעון אדעתא דהכי לא נתחייבתי וגם חיבת בתולים ל"ש דיכול לומר נפשי חותה מן האיסור וכיון דהוא למפרע נכרית לא שייך חיבת בתולים דנפשו של אדם חותה מן האיסור ועיין בית מאיר ר"ס קט"ז מ"ש כיוצא בזה וע"ז משני לכי גדלה וא"כ גם דעתא דידה איכא ולפ"ז י"ל דעד שגדלה ל"צ לתת לה כתובה אף לא להשליש ושוב שייך שלא תהא קלה בעיניו להוציאה מיהו י"ל דנפשו ש"א חותה ל"ש כיון דעפ"י רוב לא תמחה ושוב שייך חיבת בתולים ועמ"ש הרשב"א הובא בשיטה מקובצת דלכל דבר אזלינן בתר רוב ורק לענין ממון אין הולכין אחר הרוב ונמצא עכ"פ נפשו של אדם חותה מן האיסור ל"ש בזה ודוק. והנה מדי היותי בזה קשה לי לענין קנס הוה עדות שאי"ל דיכולין לטעון אנן לא רצינו לחייב אותך דלמא תמחה ואף לפמ"ש השיטה מקובצת דמשלשין לה הכתובה מ"מ יכולין לומר לא היינו רוצים להפסיד דלמא תמחה ויוחזר לך המעות ומבטל כיסו של חבירו פטור ועיין קצה"ח ר"ס ע"א. מיהו י"ל דדבר שתלוי ביד אחרים העדים לא ידעו שתחזור בה שוב רצו לחייבו ומקרי עדות שאתה יכול להזימה ואף בקנס דבעי עדות שאי"ל כמ"ש הנוב"י מהדו"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב מודה בזה ודוק כי קצרתי. והנה המהר"ם שיף הקשה דלפמ"ש התוס' בדף יו"ד דשלא תהא קלה בעיני' להוציאה ל"ש רק באלמנה ולכך אין לה אלא מנה ולפ"ז מהראוי כאן שלא אית לה רק מנה דסגי כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. והנראה בזה דהנה כ"כ בשם הרשב"א שהקשה דהא לכל הדברים שתאכל בתרומה וכדומה אזלינן בתר הרוב שלא תמחה ולמה ניחוש לענין כתובה וכתב משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ובאמת שכ"כ במק"א דמזה סתירה למ"ש האחרונים דבכ"מ דיש איסור וממון אזלינן בתר הרוב גם לענין ממון. ואפשר לחלק דכאן ענינים נפרדים הממון מהאיסור ולפ"ז כיון דמנה עכ"פ אית לה שוב אתרע חזקת הממון ולענין ממון אזלינן בתר הרוב שוב מגיע לה מאתים וז"ב. ובזה י"ל מה שהקשו דל"ש שתהא קלה ועיניו להוציאה דהא משלישין הכתובה לכי גדלה.

ה ולפמ"ש א"ש דהכי קא קשיא ליה דאמאי צריך להשליש ודלמא תמחה וא"כ אף דשייך שלא תהא קלה בעיניו ופתיך בי' איסור שוב לא יגיע לה רק מנה וא"ל דהא כבר אתרע החזקה עכ"פ לענין מנה דז"א דכבר נודע מ"ש התוס' ריש ב"מ דממון המופקד ביד שליש הוא בחזקת שניהם וא"כ כיון שלא יצאה עדן מרשות הבעל שוב שייך סמוך מיעוטא לחזקת ממון ואין הולכין בממון אחר הרוב ודו"ק היטב כי חריף הוא. עוד הקשה בהא דשיטת הנימוק"י דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ היאך אמרו בסנהדרין דף ט' עדי האב שהזימו לעדי בעל נהרגין ואין משלמין ממון משום דקלב"מ ותיפוק לי' דהו"ל כאשר עשה כל שהפסידו הכתובה. והשבתי בזה דהנה הטעם דכאשר זמם ולא כאשר עשה אף דבממון איתא בחזרה נראה לפענ"ד דבר חדש דהרי אמרו בכריתות כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיו אייאושי מייאש מיני' ולפ"ז לכאורה צ"ב דא"כ בכל ממון יהיה כאשר עשה דהא מייאש מיני' כיון שבאו עדים וחייבו צ"ל דדוקא כל הקודם בו זכה אבל כ"ז שלא זכה בו אדם עדיין הוא שלו ולא מקרי כאשר עשה ולפ"ז זהו בכאשר זמם אבל כל שכבר עשו ושוב הוזמו עדיו שוב אייאושי מייאש מיני' שהרי ראה שכבר עשה ולא באו עדים להזים וז"ב. ולפ"ז כיון שלא עשה בפועל רק שהפסדת הכתובה הו"ל כאשר עשה שוב הו"ל רק כאשר זמם ולא נתייאש עוד. וגם י"ל דבכתובה דל"מ מחילה גם יאוש ל"ש בזה. ולפ"ז י"ל דגם בקרקע דל"ש יאוש ל"ש כאשר עשה. (ובזה מיושב מה דאמרו שם דהזימו עדי הבעל לעדי האב דמשלמין ממון ופירש"י מאה סלע והקשיתי בילדותי למה לא פירש"י הכתובה ומצא אבי מורי הגאון נ' בתומים ס"ס ל"ח שהרגיש בזה והארכתי הרבה בזה. ולפמ"ש א"ש דהכתובה שרצו להפסידו שוב הו"ל כאשר עשה ויש לפקפק. מיהו בלא"ה בכתובה לא מועיל יאוש) ובזה יש ליישב קושית המלמ"ל פכ"א מעדות וכן הקשה התומים מכמה דוכתי דמועיל בממון בעדי שובר אף דהוה כאשר עשה ועיין בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב מ"ש בזה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דל"מ יאוש כגון בקרקע או בשובר דל"ש מחילה בתפיס שטרא וכדומה ל"ש כאשר עשה וחייב והנימוק"י לא הקשה רק עדי הפירות שני חזקה שאכל דזה הוה מטלטלי ולא קרקע ושייך כאשר עשה ודו"ק. ודרך אגב ארשום מה שנתחדש לי ביום ג' פנחס תרל"א בהא דפריך הש"ס בב"ק דף ה' עדים זוממין דיבורא דלית בי' מעשה ומה קושיא הא לפמ"ש הלח"מ פי"ג משכירות דעדים זוממין נמי משכחת לה ע"י מעשה כגון דמעיד בכתב כיון דיכול להעיד בכתב כל דראוי להגיד בע"פ א"כ משכחת לה ע"י מעשה. וכמדומה שכן הקשה המלמ"ל באיזה מקום. ולפענ"ד נראה דהנה לר"י דס"ל דבאתרו בי' כל דאיכא מלקות ותשלומין מלקא לקי ממונא לא משלמי ופריך מעדים

זוממין ומשני בפירוש רבתה תורה עדים זוממין לתשלומין מכדי כתיב ועשיתם לו כאשר זמם יד ביד למה לי וכו' ולפ"ז הי' נראה לי דהי' מקום לומר דע"ז אם כתבו בכתב דעשו מעשה יתחייבו מלקות דהו"ל לאו שיש בו מעשה ואם הי' בע"פ דא"א ללקות דהו"ל לאו שאב"מ בזה ממונא משלם וא"כ שפיר פריך בש"ס דלמה חשוב ע"ז לתשלומין והא בעשו מעשה דהיינו ע"י כתב מלקא לקי ולא משלמי ובלא כתב שוב הו"ל דיבור דלית בי' מעשה וע"ז משני דרחמנא אחשביה מעשה דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו וא"כ אף בע"פ נמי מחשב מעשה וא"כ שוב הי' ראוי ללקות ואפ"ה אמרה תורה יד ביד וא"כ תמיד משלם ואינו לוקה. ובזה נתבאר היטב בהא דאמרו מכדי כתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות באחיו יד ביד למה לי והתוס' האריכו בקושיות ולפמ"ש א"ש דהכי כוונת הש"ס דהי' מקום לחלק בין עשו מעשה בכתב ובין דלא עשו מעשה וע"ז אמר כיון דהתורה קריא מעשה א"כ תמיד הי' ראוי ללקות ואפ"ה כתיב יד ביד ש"מ ממון ודוק. ולפמ"ש בע"ז הוה מעשה כמ"ש התוס' שם דהתורה קריא מעשה ודוק:

סימן לה

א להרב הה"ג וכו' מוה' יצחק האבד"ק בערזאן נ"י.

ב בדבר אשר נשלח גט מק' יאס מאיש אחד אשר הי' מילידי ראהטין ושם הי' נקרא משה זעליג וביאס היה נקרא בשם זעליג לבד ונכתב זעליג לבד ובראהטין נקרא בשם משה זעליג והאריך מעלתו בביאור השיטות. והנה באמת במי שנקרא ראובן שמעון מבואר סי' קכ"ט סעיף י"ד דלכתחלה יש לכתוב דמתקרי שמעון אמנם האחרונים כתבו דלא מיירי במי שנקרא בשעת לידה בשני שמות יעו"ש ובג"פ ס"ק ס"ג. אמנם בדיעבד נלפענ"ד דכשר בשם זעליג לבד והטעם כלפענ"ד דבאמת עדי המסירה יודעין אותו האיש שקבלה האשה גט ממנו ואף דמודה ר"א במזוייף מתוכו כדאמרו בגיטין דף ד' מ"מ דבר זה למדנו מתורת המהר"ם מינץ ז"ל בתשובות דע"כ לא פסול באם מזוייף מתוכו רק בכתב בשינוי אבל אם חיסר לא מקרי מזוייף מתוכו שהרי לא זייף בגט ע"ש והש"ך בחו"מ סי' מ"ג רמז לדבריו ולפ"ז כאן אינו מזוייף מתוכו רק שנחסר שם אחד בזה כשר ע"י ע"מ כנלפענ"ד. ועיין תוס' גיטין דף ל"ד ד"ה והוא שמחלקו בין הוחזק בב' שמות במקום אחד דכשר בדיעבד בכתב שם אחד ולא נודע הטעם דאדרבא כשהוחזק בב' שמות ולא נכתב רק אחד הרי לא יהי' ניכר מי הוא. ולפמ"ש א"ש כיון דאינו מזוייף מתוכו סגי באחד מהם ע"י ע"מ. ובזה ל"ק מ"ש מעלתו במי שהי' שמו יוסף שמעון וקידש בשם אחד דאינה מקודשת ולפמ"ש שם שייך קפידא אבל בגט דע"מ כרתי סגי בשם אחד כנלפענ"ד מיהו כיון דהי' ע"י שליח ולא הי' כאן ע"מ אפשר דיש להחמיר:

סימן לו

הנה בשנת תר"ל הגיעני מכתב מהרב מוהריש"ע מקיטיב באחד שבקיטיב נקרא חנא יהודא ובנייא אראד נקרא שמאי וגירש אשתו באלט אראד ושם נהר וכפר מפסיק בין שתי העיירות וכתבו חנא יהודא והשבתי לפענ"ד כיון דבמקום שהי' באלט אראד נכתב הגט ושם לא הוחזק בשם שמאי ולא בשם האחר א"כ כיון שכתבו שם העריסה אף דלכתחלה הי' להם לכתוב גם שם שמאי מ"מ כיון דהי' ע"י עדי מסירה כשר הגט ואף דאמרו מודה ר"א במזוייף מתוכו מתורתו של מוהר"מ מינץ ז"ל למדנו דזה לא נקרא מזוייף מתוכו דדוקא בכתב בשינוי הוא דנקרא מזוייף מתוכו אבל אם חיסר לא נקרא מזוייף מתוכו כנלפענ"ד. ומ"ש חנא באל"ף גם יהודא באל"ף הנה לכתחלה הי' ראוי לכתוב בה"א ומ"מ בשעת הדחק ובדיעבד כשר:

סימן לז

א לצורבא מרבנן ברק השנון ני'.

ב אשר בקשת מאד למצוא ישוב למה שראית בספר יראים להר"א ממיץ ז"ל מצוה רמ"ג שכתב וז"ל ולא ידעתי מאין שהממון ניתן למי שהעידו עליו מאחר שהוא קנס יתנהו ב"ד למי שירצו כדתנן בחומש דתרומה דנותן קרן לבעלים וחומש למי שירצה וספק בידי עד יורה מורה צדק עכ"ל. הנה הקשית לשאול להביא צוואר במה שהניח הרא"ם בצ"ע וגם להודיע ולגלות מה שהעלימו חכמי הש"ס ולא הודיעו לבני אדם מהיכן למדו זאת ואולי הוא הל"מ. אך כאשר השקפתי ביראים שלי ראיתי שכתבתי בגליון עיין רדב"ז ח"ג סי' תרכ"ד ועיינתי שם ומצאתי שרוצה לתרץ זאת ונדחק דלפמ"ש דעונשין מה"ד ומעתה אם כשעשה הדבר והפסידו ממון מהראוי שישלמו לו כמו בגנב דמשלם הכפל לבעלים ומטעם שזה נצטער על הגניבה מהראוי שיזכה בכפל ה"נ כיון שנצטער זה שפרע מה שלא חייב ה"נ ראוי שישלם לו וכי היכא דבשכבר עשה משלם לבעלים הכפל ה"נ מכאשר זמם דמשלם לבעלים הנה מלבד דלמ"ד אין עונשין מן הדין אף בממון ועיין בב"ק דף ב' בתוס' שם שנסתפקו בזה א"כ יקשה מנ"ל ואף די"ל דבאמת האי לאו ק"ו רק גילוי מלתא בעלמא למי ישלם ומה עונשין מן הדין שייך בזה ועיין ר"פ הנשרפין דבגילוי מלתא עונשין מן הדין ונחלקו אביי ורבא ואף למ"ד דאף בגילוי מלתא אין עונשין מן הדין מכל מקום בכה"ג דהוא צריך לשלם רק למי שיתנו זאת פשיטא דבכה"ג עונשין מן הדין אך בגוף הדבר לא נוח ואטו טעמא דקראי ניקו ונדרוש לפי שנצטער ולא קיי"ל כר"ש דדריש טעמא דקראי ומ"ש בטעם השני דרשינן מהא דכתיב לעשות לאחיו והך לאחיו יתירה וע"כ דעשיה יהי' לאחיו ע"ש הנה מלבד דחלילה לנו לדרוש דרשות מה

שלא מצינו שדרשו חז"ל אף גם תמה אני היאך לא זכר שם דחז"ל דרשו במכות דף ה' ע"ב במשנה דלאחיו משמע שעדיין הוא קיים ולהוציא מלבן של צדוקים שדרשו עד שיהרג ע"ש הרי דלאחיו אינו מיותר וע"כ קושית הרא"מ עדיין במקומה. אך אחר דהרדב"ז פתח לה פתחא בהרמנותי' דמר לפענ"ד נראה בפשיטות דמפשטא דקרא אנו למדין דכיון שחייב כאשר זמם אף שלא עשה מעשה וא"כ דקנסו לעדים על מה שזמם לעשות לאחיו וא"כ מהראוי שישלם לאחיו הקנס דאל"כ לא יהי' הקנס דלפעמים יתנו הקנס למי שהעדים בעצמם ירצו ליתן והיכן נתקיים מצות התורה לקנוס אותו וגם למי יתנוהו ויהי' ממון שאין לו תובעין וע"כ לא אמרינן גבי תרומה דחומש למי שירצה רק שם דהחומש הוא כפרה והכהן א"י למחול כמבואר פ"ו מתרומות וא"כ הכפרה על מה שאכל תרומה וחטא לד' יכול ליתן למי שירצה ולא חיישינן דלמא משהי' דלכפרה הוא ועיין ב"ק דף מ"ם דנסתפקו בזה כיון דלחברי' בעי מיתבי' לא חמור עליו מכל מקום עכ"פ לכהן הוא צריך ליתן וכמו כל מתנות כהונה והוה כגבוה אבל כאן אם נימא דלא בעי למיתן לבעלים מי יבקש מאתו ויכול לומר שיתנו לאיזה שירצה ויהיה נשאר בידו או שיתנהו למי שיתן לו אח"כ בחזרה כנ"ל מצד הסברא. אך לפענ"ד יצא לחז"ל מהא דאמרו בכתובות דף ל"ב בפירוש רבתה תורה עדים זוממין לתשלומין ואי נימא דיכולין ליתן למי שירצו שוב יקשה למה יהי' מקרי מלקות ותשלומין דהרי המלקות בא להם בשביל לא תענה ברעך וא"כ הוה מלקות לזה דהיינו בשביל שהעידו על חברו שקר וכדכתיב לא תענה ברעך והתשלומין לזה ועיין בכתובות דף ל"א דסד"א דלדעת הריב"א בכ"מ מיתה לזה ותשלומין לזה חייב רק ברודף דניתן להציל לכל אדם אף להאדון שנתחייב תשלומין עבור העבד וכאן לא שייך זאת דעכ"פ המלקות לא נתחייב רק רק למי שהעיד עליו שקר והממון נתחייב לכל אדם וגם לשיטת ר"ת בתוס' עכ"פ בעדים זוממין חייבין במיתה לזה ותשלומין לזה דמהראוי שיתקיים הזמה כלפי כל אחד ע"ש ולפ"ז גם כאן המלקות אינו רק לחבירו והתורה חייבו ממון וקנס קנסו שיתן ממון לכל מי שירצו הב"ד וא"כ לא מקרי מלקות ותשלומין לאחד וע"כ שלאותו שחייב מלקות נתחייב ממון ושפיר פטרו חכמים ממלקות ורבתה תורה עדים זוממין לתשלומין וז"ב ור"מ גמר ממוציא ש"ר דלוקה ומשלם וע"כ דמשלם התשלומין לבעל ממון. ובזה ישבתי לנכון קושית התוס' בכתובות דף ל"ב שם ד"ה סברי בהא דקאמר הש"ס מכדי כתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו יד ביד למה לי והקשו דלמה לי יד ביד תיפוק לי' מדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם משמע דכמו שרצה לחייבו ממון ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהו"א דהממון יתנהו למי שירצה ושוב לא יהי' מלקות ותשלומין לאחד וע"כ

צריך קרא דיד ביד להורות על דבר שניתן ביד וע"כ דממונא משלם להבעלים ואינו לוקה ומדברי התוס' שם סתירה גלויה להיראים דהרי תירצו דהו"א דכאשר זמם מיירי דוקא במיתה ומלקות ולא בממון ולדברי היראים הא מדכתיב לאחיו משמע ממון דיעשה לאחיו וע"כ דליתנהו להני מילי שחידש הרדב"ז ודו"ק היטב עכ"פ דברי חז"ל חיים וקיימים ומיושב קושית היראים

ג והנה שמעתי אומרים בשם חכם אחד דבכלל לימוד דהזמה שייך למי שרצו להפסיד דהרי עולא סובר דממון משלם ואי ממונא לקולא הקשו התוס' דא"כ אתגורי אתגור וכתבו דחס רחמנא על ממונו של נחבל ולפ"ז ה"ה בעדים זוממין צ"ל כן וא"כ שוב ע"כ דשייך למי שרצו להפסידו.

ד אבל לא אמר כלום דמלבד דאנן לא קי"ל כעולא וגם זה אי ממונא לקולא ואכתי לר"י מנ"ל אף גם דבעדים זוממין לא שייך קושית התוס' דאתגורי אתגר דבאמת לא עשו מעשה כלל וא"כ כל שמשלמין בדין הוא שלא ילקו וז"ש בעדים זוממים ואי ממונא לקולא שכן לא עשו מעשה והנה מזה ראיה דאף בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דהרי אמרו שכן לא עשו מעשה ואף דיש לדחוק דכיון דכאשר זמם מחייב ג"כ א"כ מהראוי ללכת לקולא אבל אינו במשמע ודו"ק ועיין בספר נצח ישראל ז"ל בכתובות דף ל"ב. ומדי דברי בדברי היראים שמח אכתוב לך מה שכתבתי על הגליון במ"ש שם במצוה הלז שכתב שם וספק בידי אם ילמד עד דהתם מועד דהכא ע"ש והיינו שנסתפק אם שייך נשיאת עון בעד אחד או דלמא דוקא בשנים אמרה תורה והוא עד אם לא יגיד דכל מקום שנאמר עד אינו רק שנים עד שיפרוט לך אחד ע"ש וכתבתי על הגליון שהוא תמוה וז"ל וצע"ג דהדבר מפורש בב"ק דף נ"ו אלא בחד ועיין ברש"י שם ועיין ברמב"ם פ"א מעדות הלכה א' ובכ"מ ופי"ז ה"ז ובכ"מ ובטוש"ע חו"מ סי' כ"ח ס"א עכ"ל בגליון של היראים שלי וכוונתי דהרי הש"ס פריך אילימא בשנים פשיטא דאורייתא היא אם לא יגיד ונשא עונו אלא בחד ומשמע דבחד לא שייך הגדה ונשיאת עון הרי מפורש דלא צוה הקרא על אחד והוא תימה גדולה. ובאמת שגם לענין ק"ש אינו חייב בע"א במקום שאינו יכול לחייב ממון כמו דאמרו בשבועות דף ל"ב זולת במקום שיכול לחייב ממון ובמקום שמחייב ממון גם נשיאת עון איכא והוה כשני עדים דכבשו עדותן כמבואר בשיטה מקובצת בב"ק שם. ומה שנראה לי בזה ליישב דברי הרא"ם שלא יהי' תמוה כ"כ נראה לפענ"ד וטרם יהיה כל שיח אעתיק מ"ש על גליון הרמב"ם שלי בפי"ז מעדות הי"ז במ"ש וכן ע"א שכבש עדותו פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים כתבתי ע"ז מדברי רבינו משמע דבשני עדים אף בדיני אדם חייב שהרי גבי שוכר עדי שקר דייק רבינו

בהלכה הלז לכתוב עדי שקר דהיינו שנים ואילו לענין כובש עדותו כתב רבינו ע"א משמע דשנים חייב אף בדיני אדם וכן נראה מדבריו בפ"א מעדות ה"א ועיין בכ"מ שם ובאמת שכן משמע פשטת הסוגיא דפריך אילימא שנים פשיטא דאורייתא היא אם לא יגיד ומשמע דמהראוי שיתחייב אף בדיני אדם אבל לענין דינא צ"ע דהיאך יתחייבו על מה שכבשו עדותן ולא אמרו ואף דיני דגרמי לא מקרי בכה"ג כמ"ש בשיטה מקובצת בשם המאירי בהדיא וכ"כ הרמב"ן בדיני דגרמי שלו וכ"כ הנימוק"י בשם הרא"ה ואף דטעמו צ"ע שכתב דלא מצינו שיתחייב אדם להעיד לחברו רק מתורת ג"ח וצ"ע דמה בכך כל שנתחייב להעיד מהראוי שיתחייב עכ"פ כתב כן בהדיא והיותר תימה על הב"י שבטור חו"מ ריש סי' כ"ח כתב בהדיא דגם בשני עדים פטור בד"א ולא הרגיש כלל בדברי הרמב"ם שנראה מדבריו שאינו כן וכמ"ש בעצמו בכ"מ ועיין בכנה"ג בחו"מ שם בהגהת הב"י אות א' שהאריך ג"כ דאינו חייב בדיני אדם רק שהביא בשם ריא"ז פרק הכונס שכתב שחייב בדיני אדם ולא מצאתי דבר שם והשה"ג שם לא כתב דבר מזה ובשבועות פ"ד כתב להיפך ולא הזכיר כלל מדברי ריא"ז זקנו שדרכו להביאו תמיד עכ"ל בגליון עם תוספת הרחבת דברים. וכעת נראה דבאמת הדבר יהי' תלוי אם ע"א מחוייב להגיד מן התורה או לא דאם נימא דגם עליו צותה התורה שיגיד והוא בכלל אם לא יגיד פשיטא דגם שנים שכבשו עדותן פטורין מן התורה בדיני אדם דמ"ש דאף דשנים יכולין לחייב ממון בבירור וע"א אינו רק מי יימר דלא משתבע מכל מקום הא באמת מצד הגרמא פשיטא דכבישת עדות לא מקרי גרמא ורק על מה שעבר על מצות התורה שהתורה אמרה שאם לא יגיד ונשא עונו וא"כ מ"ש שנים מע"א אבל אם נימא דע"א אינו מצוה מן התורה להגיד דלא יגיד הוא דוקא על שנים שראוין להגיד ולחייב ממון ומעתה הא דוקא ע"א הוא דפטור מדיני אדם אבל שנים דהתורה הטילה עליהם החיוב שיגידו ואם לא יגיד ונשא עונו א"כ יש לומר דגם בדיני אדם חייב ולא מטעם שגרמו היזק רק על מה שלא עשו מצות התורה וא"כ ראוי שיכופר עונו בממון הקל דבשלמא בד"נ ומלקות יש לומר דלא רצתה התורה שיתכפר עונו מה שלא העיד בעוה"ז וישא עונו לעוה"ב אבל ממון כיון שזה ניזק על ידו מהראוי שישא עונו בממון והתורה חסה על ממונו של זה כעין מ"ש התוס' בכתובות דף ל"ב דאף דממונא לקולא לא שייך אתגורי אתגר דהתורה חסה על ממונו של נחבל וה"ה בזה.

ה ומעתה רבינו הרמב"ם דלא כתב ענין נשיאת עון והחיוב להגיד רק בשנים כמ"ש הכ"מ בפ"א מעדות ה"א א"כ יש לומר דבשנים יש חיוב בדיני אדם לכך לא כתב בפי"ז כ"א בע"א אבל כל הפוסקים ס"ל דגם בע"א מצוה להעיד וא"כ אין חילוק בין ע"א לשנים

ובדיני אדם פטור אף בשנים וכמ"ש ומעתה שפיר נסתפק היראים אם החיוב והוא עד אם לא יגיד קאי על ע"א או לא וכמ"ש. והנה כ"ז כתבתי לפי הבנת הכ"מ אבל לפענ"ד נראה דגם הרמב"ם מחייב גם בעד אחד להגיד כפשטת לשונו בפ"א ה"א דמתחיל העד מצוה להעיד משמע בע"א ומ"ש הכ"מ דכוונתו לשנים הוא דחוק אבל מכל מקום ס"ל לרבינו דגם שנים אינם מחוייבים כל שכבשו עדותן דאינו רק גרמא בעלמא והוא מפרש דמה שאמר הש"ס פשיטא היינו שעכ"פ חייב לצאת ידי שמים כיון שמצוה להגיד מן התורה וכמ"ש השיטה מקובצת וע"ז משני בע"א דה"א דפטור אף לצאת ידי שמים ולכך הביא סוף פי"ז הדין בע"א לאשמעינן דאף בע"א חייב לצאת ידי שמים אף דשייך מי יימר וגם דברי הכ"מ יש להסכים לזה. ובאמת שלפענ"ד יש לתמוה למה בשוכר לא יתחייב גם אם שכר עידי שקר דמי יימר דמשתבע אף באמת וכדאמרו בשבועות דף ל"ב ואם כן מהראוי שיתחייב לצאת ידי שמים ועכ"פ באם אירע שלא רצה לשבע מהראוי שיתחייב לצאת ידי שמים ואפשר דכה"ג פשיטא דפטור כיון דיכול הי' לשבע באמת כנגדו ומקרי גורם דגורם ופטור אף לצאת ידי שמים ודוקא ביודע עדות דמסתמא לא הי' נשבע לשקר נגד העד הוא דחייב לצאת ידי שמים. עכ"פ דברי היראים נכונים מה שנסתפק בזה. ולפענ"ד נראה ברור דבע"א אינו מחוייב להגיד כלל ואינו בכלל דאם לא יגיד מהא דאמרו בירושלמי פ"ק דסנהדרין הלכה יו"ד וכן בשבועות וז"ל אמר לע"א הרי את מקובל עלי כשנים יכול יהיה חייב להעיד ת"ל והוא עד או ראה או ידע את שהוא כשר להעיד והובא בר"ן בשבועות פ"ד הרי מפורש דאינו בכלל אם לא יגיד אף שמקבלו כשנים וכן הוא פשטת לשון הש"ס בב"ק דף נ"ו אלא בע"א ומשמע דאינו מחויב מן התורה להגיד וה"א דלא לחייב אף לצאת ידי שמים וברמב"ם וכן בטוש"ע משמע דגם ע"א מצוה להעיד כמו שנים וצ"ע מהש"ס דילן ומירושלמי וגם בהא דחייב בדיני אדם ג"כ לפענ"ד ברור דגם בשנים אינו חייב וראיה ברורה דאלו בשוכר עדי שקר פריך הש"ס ממונא בעי שלומי ובדיני אדם נמי נחייב ובכובש עדותו לא פריך רק דאורייתא ומשמע דפטור בדיני אדם רק דעכ"פ לצאת ידי שמים חייב וע"כ צ"ע דברי ריא"ז שהביא הרב בכנה"ג שדעתו דחייב אף בדיני אדם וצע"ג. ובדברי היראים שהבאתי למעלה שנתקשה בעדים זוממים דמנ"ל דהוא לבעלים דמאחר שהוא קנס יתנהו למי שירצו אמרתי ליישב דברי הראב"ד פ"ח מעבדים דאין בקנסות דין תפיסה מועלת כ"א במקום שחסרו ממון ולא נודע טעמו ועכ"מ ולח"מ ובתשובה לענין מודה בקנס הארכתי בזה. ולפמ"ש היראים דכל דהוא מודה בקנס והתורה פטרתו שוב אף כשתפס לא נתחייב דיוכל לומר לאחר אני אתן דבאמת קנס ראוי ליתן למי שירצה רק דהתורה גלתה דיתנהו

לו וזה כשיש עדים אבל במודה בקנס דלא גלתה התורה שוב יוכל לומר למה תפסת אתה ואני רוצה ליתן לאחר דאינו רק קנס ולפ"ז זהו בכל קנסות אבל במקום שחסרו ממון שוב מצד היושר הוא שיתנהו לזה שחסרו ממון ומה לו ולאחר שלא חסרו ממון כלל וז"ב ודו"ק. ובזה יש לומר ג"כ מ"ש הרשב"א בשם הראב"ד דפלגא ניזקא דקנסא שאני משאר קנסות ואמרינן לי' זיל שלים אף דלא כפינן לי' לשלם והוא תמוה מאד דמה טעם יש בה וכבר הארכתי בזה בתשובה הנ"ל בכמה וכמה דברים ולפמ"ש יש לומר דכל דחסרו ממון שוב מהראוי לתנו לו דחסרו ואמרינן ליה זיל שלים דעכ"פ נתחייבת ובשלמא בשאר קנסות יכול לומר אני רוצה ליתן לאחר ולא לזה משא"כ בזה דעכ"פ חסרו ממון ולמה לזו יתן לזה שחסרו ודו"ק כי יש להאריך בזה ואכ"מ. והנה במ"ש למעלה בשם הרדב"ז דילפינן דהוא לבעלים מהא דחייבה התורה הכפל לבעלים הנה נפל ברבבוותא שהרמב"ן בשרש השמיני משרשי המצות דעתו דקנסא מקנסא לא ילפינן כמו דלא ילפינן ממונא מקנסא כמו כן קנס מקנס וחולק על הרמב"ם שם שכתב דלא תצא כצאת העבדים היא שלילה דהו"א דיוצאת בראשי האברים כמו עבד כנעני וע"ז קמ"ל דאינה יוצאת ואינו רק שלילה וע"ז כתב הרמב"ן דאי אפשר לומר כן דהרי אינו רק קנס ומקנס לא ילפינן דחידוש היא ובזה שקנסה התורה קנסה משא"כ במה שלא מצינו ע"ש שהאריך בזה וא"כ אי אפשר לומר דילפינן קנס מקנס. מיהו יש לישב דכאן אינו רק גילוי מלתא בעלמא דלמי שחייבתו התורה לשלם הכפל כמו כן לזה יתן הקנס דהזמה וב"כ וב"כ הוא צריך ליתן ובכה"ג לא שייך לומר דקנסא מקנסא לא ילפינן. והנה מדי דברי בדברי הרמב"ם והרמב"ן אלו אעתיק כאן מ"ש בזה לתמוה על הרמב"ן דמ"ש דקנסא מקנסא לא ילפינן דא"כ למה לי קרא דמוכר עצמו אינו נרצע דממעטינן זה בקידושין דף י"ד מדכתבה התורה ורצע אדוניו את אזנו ולא אזן דמוכר עצמו והרי זה ודאי דמה שנרצע הוא קנס שקנסו התורה לפי שהלך וקנה אדון לעצמו וכדאמרו בקידושין דף כ"ב וא"כ מה"ת להתחייב מוכר עצמו בזה כיון דקנסא מקנסא לא ילפינן. עוד אני תמה מהא דאמרו בקידושין דף כ' בגופו נכנס בגופו יצא אמר רבא לומר שאינו יוצא בראשי אברים כעבד ולדברי הרמב"ן למה צריך קרא לזה והא קנסא מקנסא לא ילפינן וא"ל כפירוש הרמב"ן דלא תצא כצאת העבדים היינו דה"א שיוכל האדון לפטור עצמו ממזונות ע"י שהפיל שינה וסימא עינה ולגזול ממנה דמי עינו מנעו הכתוב דז"א שצוה הכתוב שארה כסותה ועונתה לא יגרע ע"ש שהאריך הנה זה שייך באמה העבריה אבל לא בעבד עברי דאם ירצה שלא לזונו יצא לחירות ופשיטא דלא יכול לגזול ממנו דמי שינו ועינו ומשלם לו דמי שינו ועינו כמו בחובל בחבירו וכמ"ש הרמב"ם בפ"ד

מעבדים הלכה ו' ועיין כ"מ שכתב אע"פ שלא מצאתי מפורש אפשר דנפקא לי' מהא דאתקש עברי לעבריה ואני תמה על עצמי דלא זכר שר שהוא מפורש בש"ס דאינו יוצא בראשי אברים כעבד ובאמת שחכם עדיף מנביא דמ"ש דיליף מהקישא לאמה העבריה גם זה נזכר במכילתא והוא דעת ראב"י ועיין במהרש"א שם אבל לדידן ילפינן מקרא דאם בגפו יבא וגם דברי הלח"מ תמוהים דלא נזכר כן בתוס' ע"ש עכ"פ על עבד עברי לא שייך כלל למעט כמ"ש הרמב"ן והרמב"ן בעצמו כתב דלפי שפרט הכתוב בכאן אמה העבריה שמא נאמר א"כ יהא העבריה יוצא בראשי האברי' כדאמרו בקדושין דף י"ד הוקש עברי לעבריה. והנה מ"ש בקדושין דף י"ד באמת לא נמצא שם כלל ההיקש לענין זה וכבר כתבתי שכן דרשו במכילתא הובא ברש"י בחומש פרשת משפטים אבל אני מתפלא על עצמי דמה יענה הרמב"ן (חסר כאן). והנה לכאורה היה קשה לי מה פריך הש"ס האי מלא תצא כצאת העבדים נפקא הא באמת ההפלאה הקשה אם נימא דע"ע אין גופו קונה ורבא חידש דע"ע גופו קנוי וכדאמרו בדף ט"ז שם ואם נימא דאינו קונה א"כ איך שייך למילף מק"ו דע"כ ה"א שאני עבד כנעני דגופו נקנה והרי כל דהוא חציו ב"ח אינו יוצא בראשי האברים כדאמרו בב"ק דף צ' והיינו משום דאין הגוף כלו שלו מכ"ש אם אין גופו קנוי כלל להאדון רק קנין פירות בכה"ג פשיטא דאינו יוצא לחירות ולפ"ז אמה העבריה דודאי גופה קני אם נימא דמעות הראשונות לקידושין נתנו ואם כן קדשה האב לאדון וגופה נקנה לו וא"כ בכה"ג פשיטא דיכולה לצאת בראשי האברים משא"כ בעבד עברי דאין גופו קנוי והרב בעל הפלאה כתב בפשיטות דמכאן יצא לו לרבא דקנוי גופו בעבד עברי ואני תמה דמלבד דהתוס' נסתפקו שם דהתנא דמשנה לא יסבור כן אף גם דשמואל באמת ס"ל להיפך בב"מ דף ק"ג דעבד עברי אין גופו קנוי ע"ש ולדידי' לא אצטריך קרא דאינו יוצא בראשי אברים ולא מסתבר כלל דבאמת נחלקו בזה ת"ק וראב"י אי גופו קנוי והי' מקום ליישב בזה קושית הריטב"א דלראב"י היאך יצא לו שא"י בראשי אברים ולפמ"ש אתי שפיר אבל כבר כתבתי דלא מסתבר כלל לומר כן דא"כ קשה קושיא זאת ואף דאביי מקשה לרבא ורבא ס"ל דעבד עברי גופו קנוי אבל מכל מקום מה קושיא דלמא האי תנא דברייתא ס"ל דאין עבד עברי גופו קנוי (כאן חסר).

[1] והנה לכאורה קשה לי בהא דפריך הש"ס האי מלא תצא כצאת העבדי' נפקא הא הרמב"ם בפ"ה מעבדים הלכה ה' כתב שאין יוצא בראשי אברים אלא עבד שמל וטבל לשם עבד לפי שחייב במצות אבל עבד שהוא בגיותו אינו יוצא בראשי אברים כ"א בשן ועין המפורשים כמ"ש בתשובה אחת לדייק כן מלשון רבינו שכתב אבל העינים והשינים הן מפורשין בתורה ומשמע דבזה יוצאין הכל לחירות כיון שהם מפורשים

בתורה והכ"מ לא הבין כן ע"ש ולפ"ז יקשה לשני דאם לא הי' כתיב רק כצאת העבדים הו"א דדוקא בראשי אברים כמו שיוצא עבד שמל וטבל וכל מצוה שהנשים חייבות עבדים חייבים והו"א דתהי' יוצאת בזה לכך קמ"ל דאינן יוצאין אבל בשן ועין דאף עבדים שלא מלו וטבלו יוצאין לחירות ה"א דיוצאין עבדים ולכך קמ"ל בגפו יבא דאף בזה אינו נפקע דבגופו נכנס בגופו יוצא והיא קושיא גדולה. מיהו יש לומר דכיון דכל הטעם דבראשי איברי' אינם יוצאים הוא משום דלא כתיב מפורש בתורה כמו שסיים הרמב"ם שהשן ועין מפורש בתורה ולפ"ז היאך אפשר לומר דלא תצא כצאת העבדים לא קאי רק אראשי אברים שהעבדים יוצאין בהם הא זה אינו מפורש בתורה ואיך אפשר דלא קאי התורה רק מה שאינו מפורש בתורה ועל שן ועין דכתיב מפורש לא קאי וכעין זה כתב בחידושי הר"ן פ"ק דחולין דף יו"ד גבי ביאה דרך אחוריו שמה ביאה יעו"ש ושפיר פריך הש"ס ודוק ובזה י"ל ראיה לפירוש הרמב"ם דלא תצא כצאת העבדים היא שלילה דהוא דיוצאת בראשי אברים מק"ו דעבד כנעני דהרי חזינן דבגיותן אינם יוצאין בראשי האברים רק בשן ועין ועבד שמל וטבל שהוא מחויב במקצת מצות יוצא בראשי אברים א"כ הו"א דאמה העבריה שהיא יהודית ונתחייבת באותן מצות שתצא לחירות בכל ראשי אברים כמו עבד שמל וטבל ולא שייך לומר דמקנסא לא יליף דעכ"פ חזינן שכל מי שנתחייב במצות רבתה התורה טפי שיצא לחירות ובזה י"ל דקדוק לשון רבינו שבפ"ד ה"ו כתב אין אמה העבריה יוצאה בראשי אברים שנאמר לא תצא כצאת העבדים הנה כתב סתם ראשי אברים ואחר כך כתב וכן עבד עברי אם הפיל לו שינו או סימא את עינו משלם לו כדין החובל בחבירו הנה דקדק לכתוב שן ועין ולמה לא כתב סתם ראשי אברים ואם לאשמועינן דמשלם לו עינו ושינו הנה זהו גם בשאר אברים דמשלם לו דמי חבלה ולפמ"ש יש לומר דהו"א דדוקא ראשי אברים שאינו רק בעבד שמל וטבל הוא דאין ישראל יוצא אבל שן ועין שאף בעבד בגיותו ג"כ יוצא מכ"ש בעברי ולכך קמ"ל מפורש בשן ועין דאף בזה אינו יוצא בעברי וגזירת הכתוב הוא משא"כ באמה העבריה דמרבינן מקרא דלא תצא כצאת העבדים דהוא ודאי קאי על שן ועין כמ"ש דזה מפורש בקרא ולכך אמר סתם ראשי אברים לכלול הכל בזה וז"ב והוא כפתור ופרח בלשון רבינו האמנם גוף הדין שדייקתי מלשון רבינו פ"ה מעבדים ה"ה שעבדים בגיותן אינם יוצאין כ"א בשן ועין אף שכן נראה מלשון רבינו שהרי סיים וכתב אבל העינים והשינים הרי הן מפורשין בתורה ולאיזה צורך כתב זאת ואף שהכ"מ הבין כפשוטו שכתב כלומר וא"צ למנותם הנה לדבריו היה לו לכתוב זאת בה"ד במנותו כ"ד ראשי אברים שיוצא לחירות וגם הא עיקר הכ"ד ראשי אברים נלמד משן ועין המפורשים כמ"ש בה"ד וא"כ לאיזה

צורך העתיקו כאן וע"כ דלהורות בא רבינו לחלק בעבדים שהם בגיותן שאין יוצאין רק בשן ועין המפורשים בתורה משא"כ בשאר ראשי אברים שאינם רק מדרש חכמים וכדאמרו בקידושין דף כ"ד. אבל מה אעשה שלא ראיתי גילוי לזה בטוש"ע יו"ד סי' רס"ז ומפשטות דבריהם נראה שבעבדים בגיותן אף בשן ועין אינן יוצאין וכן נראה מהסמ"ג עשה פ"ז שכתב סתם דבעבדים בגיותן אינם יוצאין בראשי אברים ולא חילק כלל וכעת לא מצאתי מי שידבר בזה ואני הנראה לפענ"ד בדקדוק לשון רבינו כדרכי הטוב כתבתי וצ"ע בזה כי גם גוף החילוק שחלק רבינו בין עבד שמל וטבל לסתם עבד לא כתב הכ"מ מקור לזה ואני תמה על רבינו דהרי במדרש רבה בראשית פרשה ל"ו סי' ח' אמר ר"י בר זבדי מה טעם עבד יוצא בשן ועין מהכא וירא ויגיד והיינו שבשביל שעיקר עבדותו הי' בשביל זה ונלקה באברים האלו כמ"ש היפ"ת שם ולרבינו הא מה שקלל נח לכנען שיהיה עבד היה עבד שלא מל ולא טבל ולא נתחייב במצות ואינו יוצא לחירות כלל וא"כ איך יהי' יציבא בארעא שכל עיקר מה שיוצא בשן ועין הוא מכנען וכנעני גופא שלא מל ולא טבל לא יצא וע"כ כמ"ש בהבנת דברי רבינו דדוקא בשאר ראשי אברים אינו יוצא אבל בשן ועין יוצא ולכך שפיר אמר במדרש דמה שיוצא הוא משום וירא ויגיד ואף דלהקל אין למדין הלכה מפי המדרש היינו אם אומר הדין כיון שלא נעשה לענין הדין אין למדין הלכה מזה אבל כאן שנתן טעם איך אפשר שישתנה הדין ולא שייך הטעם כלל וכעין זה חילק הנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' קס"א ועיין יפ"ת שהקשה דלמה לי קרא דאין אמה העבריה יוצא בראשי אברים הא לא שייך הטעם של המדרש ע"ש אלמא דבכה"ג למדין מאגדות. ובזה מיושב היטב קושית היפ"ת שם שהקשה שם בשלמא שן ועין בשביל וירא ויגיד אבל שאר כ"ד ראשי איברים מפני מה יוצא בהם ולפמ"ש אתי שפיר דעבד בגיותו באמת אינו יוצא רק בשן ועין לבד לא בשאר כ"ד ראשי אברים ורק עבד שמל וטבל שנתחייב במצות הקלה התורה עליו טפי ודו"ק היטב כי ת"ל יפה פירשתי בדברי רבינו כנלפענ"ד

ז והנה דרך אגב אומר במה שנשאלתי בהך דב"ק דף נ"ו שהבאתי למעלה שהתוס' כתבו שם ד"ה פשיטא דחוק לב"ד לא שייך אם לא יגיד שיכול להגיד ולהעיד וע"ז שאל אותי עלם משכיל מפה לבוב ושמו כמר משה וואלף נ' דהא אכתי איכא נ"מ באם הי' מזימים לעדים ושאל אותם שיזימו ואמרו שאין יודעין להגיד ובתוך כך שלם זה הממון ואם נימא כשיטת הפוסקים דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ בשכבר שלם תו א"י להעיד דהא הו"ל כאשר עשה ונתחייבו על אשר לא הגידו אף שלא היה הכפירה בב"ד. והנה בפשיטות השבתי דהרי נתחייבו מצד דיני דגרמי כמבואר בסי'

ל"ח וא"כ אין נ"מ אם נתחייבו מפני שלא הגידו או שגרמו לו היזק ואף אם נימא דמכל מקום מהראוי להתחייב על מה שלא הגידו מכל מקום נראה לפענ"ד כיון דהם ראויים להגיד רק שיהי' עדות שאילה"ז בכה"ג לא מקרי אם לא יגיד דמצד הגדת עדות ראויים הם ובלא"ה נראה לפמ"ש בתשובה דמה דאמרו בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה אף דאיכא ק"ו אם כאשר זמם חייב מכ"ש כאשר עשה וכתבתי עפ"י דברי הרשב"א ריש ב"ק דלכך בבור אין עונשין מן הדין אף דק"ו הוא משום דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו ולפ"ז בהזמה דחידוש היא דמה חזית דציית להני ציית להני א"כ ג"כ אין עונשין מן הדין ולכך כאשר עשה ל"מ והארכתי בזה ולפ"ז כאן לענין שיתחייב משום אם לא יגיד לא שייך לחייבו דממנ"פ הם באמת ראויים להגדה רק דהוה כאשר עשה ואינם נאמנים להגיד דדלמא הראשונים אמרו אמת וכיון שכן שוב לא שייך לחייבם על אשר לא הגידו דכל שמשקרים לא חייבן התורה להגיד רק שיגידו האמת ואמת ראוי להגדה אף בכאשר עשה ודו"ק היטב כי נכון הוא מאד וקצרתי. והנה במה שהבאתי דברי הרמב"ם והרמב"ן שנחלקו בענין לא תצא כצאת העבדים אם היא שלילה או חיוב דהיינו ל"ת. באמת שלולא דמסתפינא להביא צווארי בעול המחלוקת של שרי התורה האלו פן ירוצו גולגלתי בחרבות פיהם אשר כל רז לא אנס להם לכאורה הייתי אומר דבתורה לא שייך ענין שלילה שכל ששללה התורה שלא לעשות כן ניהו דאינו מניעה הא ממילא היא מניעה דכל אזהרות התורה הם שלילות שלא לנקום ולנטור ולא נקבע בלבותינו שנאה וקנאה וכדומה רק אהבת שלום וריעות וא"כ מה נ"מ אם היא אזהרה או שלילה אלא שזה בכללות האזהרה אבל בפרטי חלקי האזהרה לא שייך זאת עד"מ לא תצא כצאת העבדים דאינו יוצא בראשי אברים הנה לא נוכל לומר שזה אכזריות וכדומה או חמלה על האדון שהרי ראינו בעבד כנעני שיוצא בזה וא"כ אם חסה תורה על עבד כנעני מכ"ש על העבד עברי כדבר האמור ברמב"ם ורמב"ן בשורש השמיני הנ"ל וע"כ אין לך לומר רק שכן גזרה חכמת התורה וא"כ היא שלילה גמורה לא אזהרה וכן לא יבקר הכהן לשער הצהוב שזה אי אפשר לומר שהיא אזהרה שאחר שבמקום אחר באותו ענין צריך הכהן לבקר ולא שייך ענין צוואה לאסור שיבקר וע"כ שהיא שלילה שא"צ לבקר שכבר טמא הוא אבל אמרו לא יומתו כי לא חופשה מה שאמרו שניהם הרמב"ם והרמב"ן שזה ענין שלילה הנה אף שהיא שלילה מכל מקום כל שהרגו הוא חייב כאילו שפך דמים שאחר ששללה התורה שלא יומתו ממילא נעשה ממנו אזהרה. אך לפענ"ד כוונת הרמב"ם דכל שהיא שלילה א"כ א"א לחשבו בכלל הלאוין מידי דהוה אלאו הבא מכלל עשה שאינו נמנה בכלל הלאוין כמ"ש הרמב"ן סוף שורש א' וכן הסכים במגלת אסתר שגם הרמב"ם

דעתו כן ונוסף עוד שאינה מונה לא בעשין ולא בלאוין שאינו מצות עשה ואינו ל"ת גמור שלא נצטווה בלשון לאו ואף שכיון שאמרה תורה עשה כך וממילא משמע שלא לעשות כך כמו שהוא לאו הבא מכלל עשה אבל כיון שאינו רק שלילה שלא הזהירה שלא לעשות רק שנעשה כך וממילא נשמע שבא לשלול שלא נעשה כך וזה אינו בכלל הלאוין וא"כ ה"ה בלאו שלא בא בלשון אזהרה רק שלילה בלבד שלא נעשה כך שא"צ לא נוכל לעשותו כלאו גמור ונשאר בשלילה רק שממילא כל ששלל חיוב מיתה ממילא אסור להרגו ככל איש הפטור ממיתה אבל אינו עובר בלאו של לא יומתו וז"ב כשמש.

ח ובזה נראה לפענ"ד שצדקו דברי רבינו במה שאמר ולא יהיה כקרח וכעדתו היא שלילה והרמב"ן טען שזה מניעה שלא נחלוק על הכהונה כדרך שחלק קרח ועדתו ולפמ"ש באמת כל שלילה היא אזהרה שאחר שאמרה תורה שלא יהיה כקרח וכעדתו ממילא נהיה מוזהרים רק שאין לוקה על לאו זה וגם אינו עובר בלאו הזה שזה אינו רק שלילה ובאמת התורה עצמה אמרה שלא יהי' עונש בבליעה ושריפה כקרח וכעדתו רק צרעת בלבד וא"כ אי אפשר לומר שזו אזהרה שא"כ למה לא יהיה העונש וע"כ היא שלילה וממילא לא נעשה כן וכמ"ש. ובזה צדקו דברי הרמב"ן שמביא בקרא דבגדיכם לא תפרומו שדרשו חז"ל דאבל שלא פרם ושלא פרע חייב מיתה ואמר הוא שאינו רק אסמכתא בעלמא והיא שלילה שאתם לא תהי' חייבים ואחרים חייבים והמג"א אמר שמנ"ל שיש לומר דאבל אחר חייב מיתה בידי שמים וזה אינו שלא נמנה בכלל מחוייבי מיתה בידי שמים אבל באמת היא רק שלילה ולא שייך בו לאו ועונש וגם אם נימא שהיא מניעה מ"מ יפטור אחר דלאו הבא מכלל עשה אין עונשין ואינו בכלל לאו ועשה ומכ"ש בזה וז"ב.

ט ובזה מיושב קושית הרמב"ן שלדברי הרמב"ם א"כ לא יומתו אבות על בנים נאמר שהיא שלילה שה"א שעפ"י שני עדים יקום דבר וגם זה עדים קמ"ל דלא יומתו והיא שלילה והרב מנה בכלל המניעות והמג"א לא יפה המליץ בעדו דבאמת כיון דקרובים גזירת הכתוב הוא דלא מהמני ואף משה ואהרן דלא משקרי א"כ שפיר היה סברא דנאמנים ולכך שלל הכתוב דלא יומתו עפ"י קרובים. ובזה הן נסתר מחמתו דברי המג"א ע"ש אבל לפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא שלילה אבל מכל מקום כל ששללה התורה שוב אסור להמית עפ"י קרובים וא"כ כל שהרג הוה כשאר שופכי דמים של כשרים ובאמת אינו לוקה בשביל לאו דלא יומתו ומ"מ הוא נמנה במניעות דכל שנשלל שלא להרוג הדרא לכללא קמא דאסור לשפוך דם נקי וחייב עליו ובזה ממילא גם לנערה לא

תעשה דבר שהיא שלילה לדעת הרמב"ן אין נ"מ דגם אם היא שלילה אבל כל ששלל שלא נעשה דבר ממילא הוא מניעה.

י ובזה ל"ק גם כן מה שאמר מלאו דלא יפדה שהרמב"ם חשבו בכלל השלילה שאין לו פדיון והרמב"ן כתב דלמאן דדריש שלא יתן דמים ויפטור מן המיתה היא מניעה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל ששלל שלא יפדה ממילא היא מניעה שהרי התורה שללה שלא נעשה זאת לפטרו ממילא נשאר בחיובו ול"מ לו הפדיון ככל שאר חייבי מיתות חמורות בידי אדם שלא ניתן לפדיון אבל לענין ערכי עלי לא שייך לומר שהשלילה היא אזהרה דאדרבא בכל אדם אם אמר ערכי עלי חייב לערוך ולשלם ולמה יזהיר כאן וע"כ שהיא שלילה. איברא דלפ"ז צריך ביאור הא דאמרו בזבחים דף ס"ו דלא יבדיל א"צ להבדיל והביאו הרמב"ם שם והיינו שהיא שלולה ולפי מ"ש מה נ"מ סוף סוף כל שגזרה חכמת התורה שתשלול בהן הבדלה א"כ שוב אין להבדיל דהרי כן גזרה חכמת התורה וניהו דאינו עובר בלאו ואינו רק שלילה מכל מקום עכ"פ שינה מעבודת הקרבן שצריך לפי חכמת התורה ושוב פסול הקרבן אך נראה דזה שאמרו שם מכדי כתיב והקריבו חלק הכתוב בין חטאת העוף לעולת העוף לא יבדיל למה לי ש"מ א"צ להבדיל והיינו כפירוש רש"י דאם הכוונה שאסור להבדיל א"כ מנ"ל דבעולה צריך הבדלה דלמא אמרה תורה דיכול להבדיל ולא קשה כלל שכאן גזרה חכמת התורה שאין להבדיל וכאן התירה תורה וע"כ דכאן א"צ להבדיל ושוב אין חילוק בין חטאת לעולה שבשניהם ברצון תליא וע"כ דעולה צריך להבדיל וז"ב ועיין בתוס' שם ד"ה אלא ובזה מיושב מה דקשה לי טובא במה דאמרה תורה כל איש אשר בו מום לא יקרב והן מניעות ולאוין ולוקה עליהן וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מביאת מקדש הא"ב ומהיכן נלמוד זאת ואולי אינו רק שלילה בלבד דה"א שהן כשאר כהנים ומה נ"מ אם יש בהם מום קמ"ל דלא יקרב והיא שלילה אבל לאו מנ"ל (ובאמת לפמ"ש רש"י דבדין הוא שלא יקרב ע"ד הקריבהו נא לפחתיך א"כ שוב היא אזהרה גמורה דגם מצד הסברא אינו ראוי שלא יקרב וזהו שביארה תורה כי כל איש אשר בו מום לא יקרב אבל הוא ע"ד דרש) אבל לפמ"ש אתי שפיר דכל דשללה תורה שאין לקרב אל הקודש ממילא חלל עבודה ולוקה על שחלל עבודה ואדרבא התורה השמיענו דאינו במיתה כשאר מחללי עבודה ממה שאינו בתורת חילול ממש רק שהיא שלילה והמעיין בלשון הרמב"ם ימצא כי הדברים כנים בכוונתו ודוק היטב כי לדעתי כוונתי נקודה נפלאה בכוונת רבינו והוא ענין נחמד ת"ל וזה לדעתי מ"ש הרמב"ם דכל שצותה התורה שננקה נפשותינו מהפעולות ונשלול ממנו הפעולות האלו היא אזהרה גמורה ולא נודע למה ולפמ"ש א"ש כי כל שצותה התורה שננקה נפשותינו ושללנו ממנו

הפעולות האלו א"כ שלא לרצון הבורא הוא וממילא מוזהרים אנחנו שלא נעשה כה ואף שאינו רק שלילה ואי אפשר למנותו בכלל המצוה היינו אם התורה אמרה שהיא שלילה לא תאכל הטמא וכדומה במקום שהי' שלילה אבל במה שצוה שננקה נפשותינו מכלל שלא רצתה התורה בו וא"כ היא מניעה גמורה. ובזה מיושב היטב מה דק"ל לרמב"ן דא"כ יהי' לוקה ע"ז והרמב"ם מודה שאינו לוקה והמג"א חתר להשיב ולא מצא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא יוכל ללקות דאינו רק שלילה בלבד רק שנלמד מזה שלא רצתה התורה בזה ויהי' בכלל הענין אבל מלקות אין לנו בזה דלא עדיף מלאו הבא מכלל עשה ואין לוקין ואף דלאו הבא מכלל עשה אינו נמנה היינו בצווי תורה כל שאינו בא לא עשה בפירוש ולא לאו בפירוש אי אפשר למנותו אבל כאן מדצוה הקב"ה שננקה נפשותינו ולא לעשות זאת והוא אומר שלא עשה כזה וכזה ושלל מנפשו הפעולות האלו מכלל דהוא נצטווה שלא לעשות כזאת שאל"כ למה יצטרך לנקות נפשו והא הוא רשות בעלמא וע"כ שאינו שלילה גמורה ומלקות אי אפשר ללקות דהא לא בא לאו מפורש וז"ב כשמש והודות לד' כי גלה לי רז זה להבין דברי רבינו לאשורו ת"ל ועיין צל"ח פסחים כ"ד מה שהאריך ליישב דברי רבינו הרמב"ם ורבינו הרמב"ן ולפמ"ש הדברים מפורשים ועיין יבמות דף מ"ם ובירושלמי ריש יבמות ה"א דאמר גבי יבמה שנאסרה וחזרה והותרה יכול תחזור להתירה הראשון ת"ל יבמה יבא עליה למצוה וכן אמרו גבי מנחה ולכאורה צ"ב דמ"ט לא יהי' באמת רק שלילה בלבד דמצוה ליכא דהו"א שיהיה אסור קמ"ל דמותר והוא רשות. אך נראה דשאני התם שנאסרה וא"כ כל שאינו מצוה מהראוי שלא יהיה מותר ויתקיים באיסור אשת אח כמו שנאסרה וע"כ דמצוה היא וא"כ התורה התירה ודוק היטב כי זה כלל חדש דכל שהיתה מקודם אסורה לא שייך בזה ענין שלילה ומבואר היטב הלשון יכול תחזור להתירה הראשון דהיינו שיהיה שלילה קמ"ל דהיא מצוה ודוק היטב ועיין מצוה קכ"ט שם מבואר ודוק.

יא אחר שנים רבות אמרתי לפשוט הספק שנסתפק היראים למה יתנו הקנס להניזום ולפענ"ד נראה דהנה במכות אמרו משלשין בממון ואין משלשין במכות ופירשו בש"ס דאביי אמר אתיא רשע רשע ורבא אמר בעינן כאשר זמם וליכא א"ה ממון נמי ממון מצטרף מלקות לא מצטרף ופירש רש"י דהרי קבל מה שרצו להפסידו בין כלם והוא תימה דסוף סוף הרי רצה זה להענישו מלקות שלימה וממון משלם ולמה יתן שליש ועיין בריטב"א. אך לפענ"ד היה נראה דהנה בהא דיליף רשע רשע כתב הריטב"א שם דאף דאין דנין אפשר משאי אפשר ויש מי שתירץ דאי נימא דאף במלקות דינא דמשלשין ואי עבדינן טפי אין זה כאשר זמם א"כ במיתה דא"א למקטל מחצה א"כ הי' לן למפטרינהו

בשלשה דאי עבדינן טפי אין זה כאשר זמם וע"כ דקטלא דכלהו כאשר זמם הוא וה"ה במלקות ותמה הרמב"ן ע"ז וא"כ אין ענינו מה דיליף מג"ש דרשע רשע וע"כ דאין זה רק גילוי מלתא וא"כ יש לומר דבמיתה דאי אפשר קטלינן ומלקות אפשר וע"כ מסיק דאביי ס"ל דיליף אפשר משאי אפשר ע"ש ולפ"ז יש לומר דלרבא דס"ל דאין למדין משאי אפשר וכמ"ש הריטב"א שם ואף בגז"ש ס"ל דאין למדין מאי אפשר א"כ עכ"פ במלקות יש לומר דבעי כאשר זמם והרי רצה לחייבו מלקות שלימה. ובזה מבואר ההבדל שבין ממון למלקות דבממון דמצטרף לגבי הניזום אי נימא דאין משלשין וכל אחד ישלים א"כ יקבל הניזום יותר ואנן בעינן כאשר זמם לעשות לאחיו והרי יקבל יותר מכאשר זמם משא"כ במלקות דאין הנדון מקבל כלום וכן נראה מהריטב"א בעצמו שפירש כן ולפ"ז ע"כ מוכח דצריך ליתן לאחיו זאת דאל"כ יקשה היאך נעשה בממון דאם נימא דאין משלשין ויתנו העדים יותר מכאשר זממו דהם זממו להפסיד מנה והם יתנו עד"מ ק"ן בשלשה ואם נימא דמשלשין ביד מי יצטרף דהא אין נותנים ליד הניזום דבשלמא כל שנותנין ביד הניזום מצטרף בידו ומתקיים כאשר זמם אבל כשנותנין לאחר אינו מתקיים ביד הניתן לו דהא הב"ד יחלקו לכל מי שירצו ולא יגיע לאחד כאשר זמם וגם ביד העדים לא יתקיים כאשר זמם ואם כן היאך יתקיים כאשר זמם וע"כ דנותנין ביד הניזום וזה ברור והיא קילורין לעינים. ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דאמרינן דעדים זוממין גלי קרא דממונא משלם מקרא דיד ביד והרי שם ביד ביד דדרשו ממון היינו למי שחבלו וה"ה בעדים זוממים ומכ"ש לעולא דס"ל דבכ"מ דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם וגמר מחובל ומעדים זוממין וא"כ אי נימא דממונא לקולא קשה וכי אתגורי אתגר והתוס' הקשו כן בחובל ותירצו דחס רחמנא על ממונא דנחבל וא"כ גם בעדים זוממין צ"ל כן ובפרט אם נימא דבממון כאשר עשה ג"כ מחייב אם כן אפסדי' לממונו ומהראוי לחוס על כספו ולפ"ז כל דביד הב"ד לתת לכל מי שירצה א"כ קשה למה ממונא משלמי וכי אתגורי אתגר וע"כ דנותנים להניזום וז"ב ודוק. ובזה נראה לפענ"ד לפרש הא דאמרו בכתובות דף ל"ב מכדי כתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו יד ביד למה לי דבר הניתן מיד ליד והתוס' נתקשו בזה דלמה לי יתורא ת"ל מקרא דיד ביד משמע ממון וגם ועשיתם לו כאשר זמם משמע ג"כ ממון ע"ש שכתבו דה"א דדוקא במיתה ומלקות מיירי קרא ולא בממון ודבריהם דחוקים ויש לכוין דלמ"ד דבממון חייבים כאשר עשה א"כ קרא דכאשר זמם במיתה ומלקות דוקא אבל ע"כ דדבריהם דחוקים דכאשר עשה הוא רק ק"ו ועונשין ממון מן הדין אבל פשטא דקרא קאי כאשר זמם אכלהו ולפמ"ש יש לומר דהנה רבא דיליף דאין משלשין במכות יליף מכאשר זמם לעשות לאחיו וממון

משלשין משום דמצטרף משא"כ מלקות דבעינן שילקה כשיעור שרצה לחייב ולפ"ז ז"ש מכדי כתיב ועשיתם לו כאשר זמם והיינו מלקות שלימה ולכך נקט בלשון יחיד ועשיתם לו כאשר זמם דהיינו לכל אחד מעדים וא"כ אי נימא דגם בממון מלקי לקי א"כ למה לי קרא דיד ביד והא בלא"ה ע"כ לא ישלשו בממון דלא יתקיים כאשר זמם וע"כ דכל אחד יתן כל מה שרצה לחייב וע"כ דיד ביד מורה שינתן לו דמי שנתחייב וא"כ שפיר משלשין בממון וכמ"ש ואם כן שפיר אצטריך יד ביד וגם מכאשר זמם לא נפיק דהא לא יתקיים כלל כאשר זמם ודוק היטב. איברא דלפ"ז יקשה בהא דאמר ר' יוסי במכות דף ו' בד"א בד"נ אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר ואיך מצינו לומר כן דהרי קי"ל דמשלשין בממון וא"כ אם הי' שלשה וארבעה משלשין ומרבעין כמ"ש רש"י בדף ג' שם ולפ"ז כשנמצא אחד מהם קרוב או פסול והוא בודאי אינו משלם כאשר זמם דאינו בגדר עד כלל וא"כ שוב יצטרכו הכשרים לשלם בעדם והוה יותר מכאשר זמם וכעין שהבאתי בשם הריטב"א דאם נימא דמשלשין במכות ממילא במיתה עושין להם יותר מכאשר זמם ואם כן ה"ה בממון כל שעכ"פ נתכוונו ביחד ל"מ אם נימא דאף בלא הכירו בפסולם נמי הוה נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא אף אם נימא דבעי שיכירו בפסולם עכ"פ רצו להצטרף יחד ולא רצו הכשרים לחייב יותר משליש ורביע לפי ערך ומשלמין יותר ונמצא שלא מתקיים כאשר זמם ואף בממון בעינן כאשר זמם וכמ"ש הש"ך בסי' ל"ג בסופו שא"צ דרישה וחקירה אבל כאשר זמם בעי ועיין נוב"י סי' ע"ב ובתשובה הארכתי בזה וא"כ בעי כאשר זמם ובפרט דעכ"פ מן התורה ודאי בעי דו"ח וכאשר זמם לכ"ע בד"מ אם כן היאך אפשר דלא יתבטל כל העדות והיא קושיא נפלאה. אמנם נראה דמזה ראיה ברורה לשיטת הראב"ד דבעדים שהוזמו לא שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול דל"ש שנצטרפו בראיה דהא לא הי' שם ולפ"ז לשיטת הרמב"ם דס"ל דאף בכה"ג נתבטל העדות ומטעם שכתב הב"ח דהעדים שהוזמו אומרים שנצטרפו בשעת ראיה אף דלא נאמנים היינו לענין עונש הזמה אבל לענין שיהיה שייך נמצא אחד מהם קרוב או פסול נאמנים לבטל העדות שוב קשה דלא הוה כאשר זמם ולפ"ז יש לומר דר"י ורבי נחלקו בזה ובלא"ה יש לומר דלרבי דס"ל דגם בד"מ צריך שיתרו בהם ושואלין למחזי קאתיתו או לאסהודי קאתיתו וע"ש בהסוגיא ובתוס' ומהרש"א וא"כ שוב כל שאמרו שהתרו בהם נאמנים עכ"פ לגבי עצמם דנצטרפו ונתבטל העדות כלו ודוק היטב כי הוא ענין נפלא ת"ל. ומן האמור נראה לפענ"ד ליישב הא דמבואר בחו"מ סי' א' דעדים שהעידו עדות שקר והוזמו דמשלמין ממון והקשה בנתיבות שם דהא באמת עדים זוממין מהראוי שילקו רק דגלתה התורה שממון משלמין מדכתיב יד ביד ולפי"ז זהו דוקא ממון דכאשר

זמם אבל ממון דדיני דגרמי דאינו כאשר זמם מהראוי שיתחייב ועיין קצה"ח סי' ל"ח שהרגיש ג"כ בזה ובספר גאון צבי שנדפס מחדש ובמפרשי הים ר"פ הכונס מ"ש בזה ולפענ"ד אין התחלה לקושיא דהשתא ממון דכאשר זמם דלא עשה מעשה ולא הפסיד לחבירו דלא שייך לומר דחסה התורה על ממון של זה שהפסידו דעדן לא נפסד אמרה תורה שישלם ממון ולא מלקות אף דהמלקות חמור מכ"ש בהפסידו ממון ממש דכבר שילם ע"י עדותו דפשיטא דחייבין לשלם ממון ולא מלקות ובפרט דמלקות דלא תענה באמת הוה לאו שאין בו מעשה רק דגלתה התורה דוהי' אם בן הכות הרשע דבמקום דאי אפשר לקיים כאשר זמם לוקין כדאמרו ריש מכות אבל עכ"פ מהראוי לומר דישלמו דהפסידו וגרמו לו נזק ממה שילקה דלא עשו מעשה וז"ב ופשוט. ובזה מיושב היטב הא דהקשו כל הקדמונים ובש"ך סי' ל"ח בהא דפריך הש"ס במכות דף ג' כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והקשו דאדרבא דבאמת אינם נאמנים רק דלגבי נפשייהו כל שהודו הו"ל הודאת בע"ד ורצו להפסיד ממון לכך חייבין ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שהודו ששקר העידו נתחייבו מלקות ושוב אינו לוקה ומשלם וא"ל דממון ישלמו בעדים זוממין דזהו דוקא כשהוזמו באמת אבל כאן דלא הוזמו רק שהודו א"כ אולי לא הפסידו ומהראוי לחייב מלקות יותר וא"ל דאין אדם משים עצמו רשע ופטורי' ממלקות דזה אינו דהא כבר נודע מ"ש הג"א פרק הגוזל קמא במעשה דפרגא דלפטור מממון נאמנים להשים עצמם רשעים א"כ כאן כל דע"י המלקות נפטרו מממון אף דלענין שילקו לא יהיו נאמנים מכל מקום נאמני' עכ"פ לענין ממון והוה עכ"פ חייבי מלקות שוגגין דפטורין ועיין קצה"ח סי' ל"ח מ"ש בזה ובגליון ציינתי דבר"ש פ"ז דתרומות משנה א' מבואר שם היכא ס"ל לרבא בחייבי מלקות שוגגין ולק"מ דכבר כתב הפ"י בב"מ דף ס"ד דכל דהלאו הוא משום הפקעת ממון ודאי ממון משלם וא"כ כאן הלאו הוא בשביל הפקעת ממון שלו דהתורה לא רצתה שיתן הלוה רבית ודוק. ובגוף הספק שנסתפק היראים למה לא יתנו הקנס למי שירצו הב"ד לפענ"ד ש"ס ערוך הוא בב"ק דף ל"ח בהא דאמרו שלא יהא חוטא נשכר ופריך הש"ס וניתבי' לעניים ומשני דהו"ל ממון שאין לו תובעין וקשה אכתי למה לא יגבו הב"ד ויתנו למי שירצו וע"כ דכל שאינו ברור למי יתן חיישינן שגם הב"ד יתרשלו ולא יגבוהו וה"ה בזה חיישינן שיהיה החוטא נשכר וגם הב"ד יתרשלו ולכך שייך להניזם דאז הוא יחוש לעצמו ולא ישקוט וינוח עד שיקבלו ושאני חומש דתרומה דלכפרה קאתי בודאי הוא בעצמו יתנהו ולא יעכבו וכדאמרו לענין חייבי חטאות ואשמות ועיין בתוס' כתובות דף ל' ע"ב ד"ה זר.

יב והנה שאלני אחד מהתלמידים בהא דאמרו בכתובות דף ס"ז דלאחר שבא לידי גיבוי מוכרין כל כלי תשמישו ופירש"י דמשום קנסא הוא אף דהוה ממון שאין לו תובעין מ"מ קנסינן ע"ש ובתוס' וע"ז הקשה דהא בב"ק אמרו דל"ש בממון שאין לו תובעין קנס ולק"מ דשם לענין דנתקן שיתנו לעניים אמרינן דיש לחוש שמא ידחה לעניים דהו"ל ממון שאין לו תובעין ולכך מוטב דיתן לה כדי שלא יהא חוטא נשכר אבל שם שפיר מגבין הב"ד דניהו דהו"ל ממון שאין לו תובעין מכל מקום הב"ד מגבין מיניה כדי שיקנסו אותו ומוטב יותר משלא יקנסהו כלל וז"פ להמעיין. והנה בהא דאמר רבא בכתובות דף י"א ואי אמרת הגדילו יכולין למחות יהבינן לה קנס דאזלה ואכלה בגיותה הביא בשיטה מקובצת שם בשם שיטה ישינה שהקשה דליתבי' לעניים וכתב דכל הקושיא היא רק על שאנו מוציאין ממונו מספק דאיכא למימר שמא תמחה משתגדיל אבל כל שכבר הוציאו ממנו מספיקא לא נגזל ממנה ותמה עליו מוהר"ב בשיטה שם דזה קושית הש"ס בב"ק שם ומשני דהו"ל ממון שאין לו תובעין וד' יודע שבראשית השקפה כאשר ראיתי כן תמהתי כן. ולפענ"ד נראה דהנה רש"י פירש לכי גדלה לא יהבינן לה עד שתגדיל וביאר בשיטה מקובצת שם דהיינו שאנו מוציאין הממון מתחת ידו ונותנין לב"ד עד שתגדיל שמא יאבדו מעותי' וילך לו ע"ש ולפי זה כאן דעיקר הקושיא היא לכי גדלה נמי ממחיא ונפקא דהא קטנה אין לה קנס כדדייקינן בר"פ אלו נערות דנערה אין קטנה לא וכמ"ש בשיטה מקובצת כאן בהדיא דעיקר קושית הש"ס מלכי גדלה ואם כן לא שייך תירוצי הש"ס דהוה ממון שאין לו תובעין דהא היא באמת תשתדל להגבות דבידה שלא למחות ויהי' הקנס מגיע לה וע"ז שפיר הקשה דא"כ מאי מקשה לכי גדלה ממחיא ונפקא דא"כ אז יתנהו לעניים ומה קושיא וע"ז כתב דזה אינו דכל שכבר גבו המעות לא חיישינן לשמא תמחה ונצטרך ליתן לה ודלמא תמחה אח"כ. וביאור הדברים דבאמת יש להעמיד על החזקה שלא תמחה אך חזקת ממונו של זה עדיף וחיישינן שמא תמחה אבל כל שכבר הוציאנו הממון מרשותו שוב אי אפשר לגזול ממנה. אמנם זה אינו דא"כ מה פריך הש"ס לכי גדלה נמי ממחיא גבי כתובה והא גם שם שייך לומר כן. אך העיקר נראה דלפמ"ש בשיטה שם דיש לפרש דעיקר קושית רבא הוא למ"ד דיש קנס במקום מכר והיינו דגם לקטנה מגיע קנס א"כ שוב לא שייך לומר דהו"ל ממון שאין לו תובעין דהא הקטנה גם כן אין לה יכולת לתבע ועיין בטוש"ע חו"מ סי' צ"ו ואם כן גם אם יתנו לה לא יהי' ממון שיש לו תובעין ואם כן שוב שפיר קשה וליתבי' לעניים ודוק היטב. אמנם באמת גוף קושית השיטה דהא קטנה אין לה קנס לא זכיתי להבין דמכל מקום יגיע לה הקנס בנערותה ואכתי יכולה למחות כל שלא גדלה ונתבגרה וצ"ע דאולי לכי

גדלה היינו בהיותה נערה בת י"ב שנה ותביא שתי שערות וכן נראה עיקר ושפיר מקשה השיטה. אמנם קשיא לי על התירוץ שמקשה למאן דס"ל דיש מכר במקום קנס והלא טפי ראוי לומר דרבא לשיטתו דמוקי בסנהדרין דף ע"ג דמיירי המשנה במניחה שלא יהרגנה ור' יהודה היא והוא בר פלוגתא דר"מ וס"ל דגם בקטנה יש לה קנס וכיון דע"כ מוקי כר"י שפיר מקשה הש"ס דגם קטנה מגיע לה קנס. מיהו יש לומר דבקטנה לא שייך דין רודף כלל דאפגמה קפיד רחמנא ובקטנה לא שייך פגמא כ"כ דאין לה פגם כ"כ ודוק כי יש לי אריכות דברים בזה ועיין שיטה מקובצת ר"פ אלו נערות שנסתפק אם בקטנה מפותה שייך דין רודף משום דפתוי קטנה אונס היא ע"ש ודוק. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דבריבית קצוצה דנחלקו ר"י ור"א אי יוצא בדיינים והנה לר"א דדריש מקרא דוחי אחיך עמך אהדר לי' כי היכי דניחי א"כ שפיר מבואר דיתנו להלוה אף שגם הלוה עבר על לאו דלא תשיך ולא תשימון וגם הרי נתן מדעתו מ"מ גזירת הכתוב הוא שמשיב להלוה אבל מצד הסברא היה יכול להיות דאף דהתורה גזרה שיוציא בלעו מפיו מכל מקום יוכלו הב"ד ליתנהו למי שירצו וכדפריך וליתביה לעניים ומשני דהו"ל ממון שאין לו תובעין וכאן לא שייך דהב"ד יתרשלו בדבר דהרי שייך להיפך גם כן שלא יהי' חוטא נשכר דהלוה חטא ועבר ולמה יתנהו לו. ובזה נראה לפענ"ד בהא דפריך בב"מ דף ס"ב מ"ט דר"י ואמרו מקרא ומשמע דמצד הסברא דברי ר"א נכונים ואח"כ שאל מ"ט דר"א ומשמע דמצד הסברא דברי ר"י נכונים דאל"כ הי' לו לפרוך ור"א מה דריש בקראי דר"י כדפריך על ר"י אח"כ ועיין פ"י שם. ולפמ"ש יש לומר דמצד הסברא באמת הדין נותן שיוציאו בלעו מפיו והו"ל כמו גזל אבל אינו דומה ממש לגזל דהרי גזל מהראוי להשיב להנגזל אבל כאן הלוה גם הוא עבר וא"כ מהראוי שיתנה הב"ד למי שירצו ואף דאין לו תובעין מכל מקום שייך הסברא שלא יהיה חוטא נשכר ומוטב יותר לתנהו לאחר ממה שיתנהו להלוה הרשע וכמ"ש ור"י אמר דאינו יוצא בדיינים כלל וע"ז שאל מ"ט דר"י והיינו ניהו דא"צ להחזיר להלוה מכל מקום למה לא יוציאו בלעו מפיו וע"ז משני מקרא דלמיתה ניתן ולא להשבון והיינו שא"צ להשיב כלל וע"ז פריך מ"ט דר"א דאמר שישיב להלוה והיינו דניהו דקראי דר"י לא משמע לי' וס"ל דהוה אסמכתא בעלמא וכמ"ש הפ"י אבל עכ"פ מה ראה שיתנהו להלוה והי' להם להב"ד לתת למי שירצו כדי שלא יהא חוטא נשכר וע"ז משיב מקרא דוחי אחיך עמך אהדר לי' כי היכא דניחי וגזירת הכתוב הוא דיתן להלוה. ובזה נכון היטב מה שכתב הט"ז בסימן קס"א דכל שאינו תובעו אינו חייב ליתן והוציא כן מדברי רש"י וכלם תמהו בזה דמה נשתנה מכל מצות גזילה וכדומה דחייב אף כשלא תבעו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כאן מהראוי

לתנהו למי שירצו וכדפריך וליתבי' לעניים וכל עיקר התירוץ משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין וחיישינן שיתרשלו הב"ד ולפי זה עכ"פ אינו חייב רק עד שיתבענו הלוה דאל"כ גם הוא לוה רשע ולמה יתנהו לו והרי גם הוא אינו תובע. ובזה מיושב היטב קושית הפ"י דהקשה דמה פריך מ"ט דר"י ולימא משום דס"ל לר"י בכ"מ לוקה ואינו משלם וגם כאן לוקה ואינו משלם ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר קושית הש"ס דלמה אינו יוצא בדיינים לגמרי ומהראוי שיתנהו הב"ד למי שירצו וא"כ בכה"ג לוקה ואינו משלם כיון דהוה מלקות לזה ותשלומין לזה ובכה"ג בודאי לא שייך שתי רשעיות ועיין בתוס' כתובות דף ל"א וגם באמת אם ניתן להלוה יש מקום ליישב דכאן אינו משם אחד דהרי המלקות אינו בשביל מה שהלוה לזה דהרי גם הלוה לוקה ואם כן אינו משם אחד ולא שייך לוקה ומשלם דאינו משם אחד כדס"ל לר"מ שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין ומכ"ש אם אמרינן דמשלם למי שירצו הב"ד דבודאי לא שייך לוקה ואינו משלם דאינו משם אחד והו"ל מלקות לזה ותשלומין לאחר. ובזה מבואר מ"ש ע"כ יכין רשע וצדיק ילבש ע"כ רבית קצוצה וכלם תמהו דמה ענין ע"כ יכין רשע לזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל הטעם דנותן להלוה הוא משום דלא שייך שלא יהא חוטא נשכר דחיישינן שמא יתרשלו הב"ד דהו"ל ממון שאין לו תובעין ואף דמחזירין להלוה הוא משום דהמלוה הוא רשע יותר מהלוה שזה אנוס שלא רצה להלוותו בלי ריבית ולפ"ז זהו להרשע עצמו אבל בנו למה יתחייב להחזיר הוא ודאי צדיק ואם כן למה יהנה הלוה הרשע וז"ש רש"י ע"כ יכין רשע ולא יהנה והיינו שעיקר מה שצותה תורה הוא להוציא בלעו מפיו לפי שהוא רשע יותר מהמלוה וגם חשו שיהי' ממון שאין לו תובעין ויתרשלו הב"ד ויהנה המלוה ולכך כשמת בנו שהוא צדיק למה יחזיר וז"ש ע"כ ריבית קצוצה ופירש"י וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תובעו בחייו ומזה הוציא הט"ז שאינו חייב רק כשתבעו והיינו משום דכל עיקר מה שנותן לו הוא בשביל שיתבענו דאל"כ יהיה ממון שאין לו תובעין וא"כ כל שאינו תובעו שוב אינו מחויב להחזיר לזה ודוק היטב ויש להאריך בזה בכל הסוגיא ואין הגליון מספיק. והנה במ"ש לעיל מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בענין לא תצא כצאת העבדים כעת קשה לי לשיטת הבה"ג דהיא מניעה מ"פ האי מלא תצא כצאת העבדים נפקא דלמא בגפו אצטריך שיהי' עשה ולא תצא היא לאו וע"כ דזה אינו רק שלילה לבד ודוק:

סימן לח

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב החריף המופלג מוה' ראובן ראפפורט נ"י.

ב ראיתי מכתבו אשר כתב להרבנים הגדולים בד"צ שלי שערער על מ"ש בדבר שאשה א' מ"ק טרניפאל שמה צפרה שהי' לה כתב מסופר ר' יוסל מפה שנתגרשה פה לבוב בשנת תרי"ב וכשהראתה זאת להרב הגאון אב"ד דשם אמר שאינו מועיל ובאתה לכאן והראתה הכתב והוכר ע"י חתנו של הסופר הנ"ל שהוא חת"י וגם הראה לפנינו הפנקס שכתב בו הסופר הנ"ל כל הגיטין שכתב שמות המגרשין ונרשם שם ביום כ' סיון תרי"ב נתגרשה האשה הנ"ל מבעלה הנ"ל ועוד הראה לפנינו כתב יד הסופר וחתימתו ונדמה ממש לאותו כת"י שביד האשה צפרה הנ"ל ועפי"ז קיימנו חתימת הסופר. וע"ז השיב מעלתו דמלבד שקיום ע"י דימוי אינו קיום גמור אף גם אפילו הסופר אומר כן עתה לפנינו אינו מועיל מחמת שאין דבר שבערוה פחות משנים. והנה מ"ש אין דבר שבערוה פחות משנים זה טעות דע"כ לא אמרינן הכי רק כשמעיד שנתגרשה בפניו אבל כל שמעיד שהאשה נתגרשה בב"ד ובעדים רק שאינם לפנינו בזה מועיל אף ע"א דאין זה רק גילוי מלתא בעלמא והדבר מבואר ברי"ף פ' החולץ וברי"ש ובב"י סי' קנ"ו ובג"פ סי' ק"כ וכבר הארכתי בזה במה שנחלקו הגאונים בשו"ת זקני הגאון מגיני שלמה ח"ב הנדפס מחדש כתב דע"א בעיגונא לא מהימן אע"ג דעבידא לגלויי והנוב"י בתשובותיו האריך כיון דהוא מלתא דעל"ג מהימן. ואני הראיתי ש"ס מפורש בכורות דף ל"ה דאף נוגע נאמן במלתא דעל"ג ושם ג"כ אתחזק איסורא ועיין בב"ש סי' ק"כ סק"ה ואף דשם מיירי לענין נוגע אבל עכ"פ גם לענין דבר שבערוה כל דעביד לגלויי נאמן ע"א. אמנם מה שיש לעיין בזה הוא עפמ"ש הט"ז סי' קמ"ב ס"ק ב' ובב"ש שם ס"ק ז' שכתב דאם הרב נותן כתב לאשה שנתגרשה צריך שיצרף אתו שנים ואינו נאמן הרב יחידי ול"ד לקיום שטרות דסגי בחתימת הרב לחוד משום דשם א"צ לקיים רק מדרבנן דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי אבל כאן דצריך לאפוקי מחזקת א"א צריך שנים ע"ש וכאשר ראיתי כן תמהתי דאיך יפרנס הט"ז ש"ס ערוכה דריש גיטין דאיתא שם דלרבא דאמר לפי שאין עדים מצויין לקיימו אף דאין דבר שבערוה פחות משנים כיון דמה"ת עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצרוך קיום והכא משום עיגונא אקילו בה רבנן הרי דשם ג"כ אתחזיק איסור א"א ואפ"ה א"צ קיום מדאורייתא וגם קשה הרי בכל השטרות מוציאין ממון ע"י קיום הרב יחידי וחזקת ממון ודאי עדיפא דהא גם רוב אינו מועיל להוציא. ולכאורה רציתי לומר עפמ"ש המהרי"ט בשניות בחאה"ע סי' ט' דמגו להוציא ל"ש בשטר דהשטר אינו מוציא תיכף ממון רק שמעיד על השטר וממילא גורם אח"כ הוצאת ממון ואני כתבתי בזה בתשובה דכ"ז מבואר בתוס' חולין צ"ו דלכך מוציאין שטר ע"י סימנים דלע"ע אינו

מוציא וכעין זה מבואר ברמב"ם פט"ז מסנהדרין דאיסור הוחזק עפ"י ע"א. ולפי"ז שאני התם בממון דאינו מעיד רק על קיום החתימות ולבסוף מוציאין עי"ז ממון וכבר הוחזק השטר לכשר עפ"י קיום הרב יחידי וכן בשליח הגט השליח אינו אומר רק בפ"נ אבל מ"מ לא נתגרשה דהא מיירי בשליח להולכה ואח"כ מותר להתירה עפ"י השליח דכבר הוחזק הגט בחותמיו ע"י השליח אבל בעובדא של הט"ז דהרב מעיד שנתגרשה כבר ומוציאה בזה מחזקת א"א אינו נאמן ע"א וז"ב בכוונת הט"ז. אך לפי"ז הי' נ"ל למ"ש רש"י במתני' ריש גיטין דמיירי בשליח להולכה י"ל משום שאינו מוציאה תיכף מחזקת א"א ובזה מהני מה שא"צ קיום מדאורייתא אבל בשליח לקבלה שרוצה להוציאה תיכף מחזקת א"א בעי קיום מדאורייתא ע"כ אין השליח לבד נאמן לומר בפ"נ אבל מה אעשה שבר"ן וכל הפוסקים מבואר להיפוך דבשליח לקבלה שבשעה שהגט יוצא מת"י הבעל לשליח גומר ומגרש ואין לחוש שמא יבא ויערער מותרת להנשא אף שלא נתקיים הגט ע"ש ולפ"ז ה"ה ברב המקיים א"צ קיום כלל דהרי אומר שכבר גירשה. אמנם ביאור הדבר נראה דסברת הר"ן היא דעיקר החשש שחשו שמא יבא הבעל ויערער וכל דליכא חשש ערעור דבעל א"צ קיום כלל וא"כ ה"ה כאן כל דהרב מעיד שנתגרשה כבר והבעל נתן לה הגט לידה וע"ז נאמן הרב לבד דאינו מתירה בעצמה רק שאומר שנתן לה הגט מרצונו וא"כ לא יערער כמו בשליח לקבלה וכל דליכא חשש ערעור דבעל שוב א"צ קיום כלל. איברא דעדיין יש לומר דשאני התם דמראה הגט לפנינו ועדים החתומים כנחקרה עדותן בב"ד א"כ כל דליכא חשש ערעור לא אצרוך רבנן קיום אבל כאן ליכא לפנינו שום גט רק שהרב מעיד שנתגרשה בפניו ול"ש כלל כנחקרה עדותן בב"ד וז"ב בכוונת הט"ז. עוד נ"ל דלכך בשליח לקבלה אצ"ל בפ"נ שנדחק הר"ן בטעם הדבר דהנה לכאורה ק"ל בהא דאמרינן ורבנן הוא דאצרוך קיום ומשום עיגונא אקילו בה רבנן וקשה ל"ל טעמא דמשום עיגונא אקילו רבנן הא כבר נודע דעת הר"ש בפ"ב מקוואות דכל שיצא מחזקת טומאה ד"ת אע"ג שנשאר עדיין טומאה דרבנן מ"מ ל"ש לאוקמא אחזקה דמעיקרא מאחר שיצאה מחזקתה הראשונה א"כ הכא דמה"ת כבר נפקע חזקת א"א רק מדרבנן צריך קיום א"כ ליכא חזקת א"א ואפילו בדבר שבערוה היכא דליכא חזקת א"א שוב גם ע"א נאמן ועי' בר"ן גיטין וקידושין דס"ד והדברים עתיקים.

ג אך ז"א דעדיין לא יצאה כלל מחזקתה דהא בשליח להולכה קיימינן הכא ועדיין לא ניתן לה הגט כלל והויא א"א מדאורייתא עדיין ולפ"ז הדבר מבואר דבשליח לקבלה כבר פקע ממנה חזקת א"א מה"ת ע"כ שליח נאמן ואצ"ל בפ"נ וגם א"צ הטעם דמשום עיגונא אקילו בה רבנן. ועפי"ז אתי שפיר קושית הפנ"י על הר"ן דלדעתו למה צריך בעבד לומר

בפ"נ הא זכות הוא לעבד והוי שליח לקבלה ולפמ"ש לשיטת רש"י באמת צ"ל בפ"נ גם בשליח לקבלה רק שא"צ לומר הטעם דמשום עיגונא הקילו רק דע"א נאמן מדינא היכי דליכא חזקת א"א אבל הפנ"י הקשה כן לדעת הר"ן שכתב דא"צ לומר כלל בפ"נ בשליח לקבלה. אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בטעמא דעבד מקבל גיטו אף דאין לו יד הוא משום דגיטו וידו באין כאחד ולפ"ז נ"ל כל דמדרבנן עדיין לא יצא לחירות שוב אין לו יד ונשאר עבד מה"ת דאין לו יד לזכות בעצמו כלל

ד ומעתה מיושב קושית הפנ"י דכל הטעם דשליח לקבלה אצ"ל בפ"נ נתבאר לעיל משום דנאמן לומר שליח אני וליכא חזקת א"א מה"ת אע"ג דרבנן אצרכוה קיום ובדליכא ע"א נאמן בדבר שבערוה ולפ"ז בעבד כ"ז שמחוסר שחרור מדרבנן עדיין קאי בחזקת עבד גם מה"ת משום שאין לו יד ע"כ צריך לומר בפ"נ אע"ג דהוה שליח לקבלה ועכ"פ דברי הט"ז נכונים דהכא שאין שום גט בידה בעי מה"ת ב' עדים להוציאה מחזקת א"א. אמנם בנ"ד נראה ברור דמה שמצאו כתוב בפנקס שנרשם שם מ"ש בכל הזמן ההוא גיטין אחד לא נעדר ושם כתוב ביום כ' סיון תרי"ב נתגרשה צפרה מבעלה פ'. והנה נודע לנו שהוחזק אותו סופר שדקדק בפנקסו וכמה פעמים סומכין עליו לענין שמות גיטין מחמת שלשם כך נעשה מתחלה והרי אתחזיק לפנינו שאותה האשה נתגרשה מבעלה והוה חזקה גמורה אפילו לעונשין ומה שבק' טארניפאל היתה בחזקת א"א לא חשיבא חזקה שבטעות הי' דנתברר הדבר שנתגרשה. ומ"ש מעלתו שאינו דומה לנמצא כתוב בשטר באמת הכא עדיף שהרי נעשה מתחלה לשם כך לסמוך עליו לעת הצורך ומה"ט מועיל קיום ע"י דימוי. עוד נ"ל דבר חדש דלפמ"ש הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ד דכל דאיכא רגלים לדבר ע"א נאמן אפילו בדבר שבערוה ואיתחזיק איסורא א"כ כאן שהסופר כתב בפנקסו כל הגיטין שכתבו בב"ד על ידו יום יום אין לך רגלים לדבר יותר מזה דלמה יכתוב בפנקסו שקרים ומה לו בזה והפנקס נעשה לכך לזכור השמות מאנשים ונשים שנתגרשו בב"ד על ידו ואין לך רגלים לדבר יותר מזה ובודאי ע"א נאמן ואף לפמ"ש בתשובה ואפס קצהו נדפס בהגהותי על הנוב"י שנדפס פה לבוב דרגלים לדבר ל"מ בדבר שבערוה ואתחזיק איסורא והבאתי ש"ס מפורש בסוטה דף ב' סד"א דסוטה שאני דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה להני ע"א קמ"ל ועוד הרבה ציונים דמבואר דל"מ רגלים לדבר וכן מבואר בשו"ת מיימוני להלכות אישות סי' ג' והובא באהע"ז סי' ל"ה ס"ט ובב"ש שם ס"ק כ"ה מבואר דהיה רגלים לדבר ואפ"ה אינו נאמן היינו דוקא היכא דהיו שניהם ביחד דבר שבערוה ואתחזיק איסורא אבל כאן דדבר שבערוה אין כאן שהרי זה מעיד שנתגרשה בב"ד עם גט כשר בשני עדים וזה לא מקרי דבר שבערוה כמ"ש

למעלה באורך וא"כ כל דאיכא רגלים לדבר ודאי אתרע חזקת א"א ונאמן עליו וזה ברור לדעתי. עוד נ"ל דבר חדש דכיון שעד עכשיו היה דבר שבערוה ואתחזיק איסורא וכעת עפ"י עדות הע"א שכבר נתגרשה אזל לה הך דבר שבערוה כמ"ש ורק שעדן הוה אתחזיק איסורא עכ"פ אתרע לה החזקת א"א דמעיקרא שמעיקרא היה דבר שבערוה ג"כ ועכשיו אזל לה אותו דבר שבערוה שוב אתרע חזקת א"א לענין זה שאינו דבר שבערוה ושוב עד אחד נאמן אף דאתחזיק איסורא וכעין מ"ש הר"ש הבאתי לעיל דכל שהי' מכבר בחזקת טומאה דאורייתא ועכשיו נולד איסור טומאה דרבנן כל דל"ש לאוקמא אחזקתו הראשונה מקרי אתרע החזקה ע"ש וה"ה כאן עכ"פ אתרע לענין דלא הוה דבר שבערוה שוב מקרי אתרע החזקת א"א. ובזה נראה דגם דברי הט"ז יש לדחות דכל דהרב מעיד שכבר נתגרשה א"כ עכ"פ דבר שבערוה לא הוה ושוב אתרע חזקת א"א דמעיקרא. עוד נ"ל דכיון דהרב מעיד שהוא בעצמו סדר הגט שוב הו"ל כבעלים והי' בידו כבר שוב נאמן אף נגד החזקה דהא היה מקודם כבעלים והיה בידו לסדר הגט וע"ז בודאי נאמן הע"א שעכ"פ היה בידו לסדר הגט ושוב נאמן להוציא מחזקת א"א ואף דבשב שמעתא שמעתא וא"ו פ"א חידש דדבר שבערוה אף בידו לא מהני ובעי שנים דוקא ע"ש. הנה פשטת לשון תשובת מיימוני להלכות אישות סי' ג' מבואר דנאמן כל שבידו ובש"ש שם פ"ג נדחק בזה ואף להש"ש כל הטעם דאינו מועיל בידו משום דבידו אינו מכח מיגו ולא מהני בידו רק במגו ממש ומגו למפרע לא אמרינן יעו"ש וכאן לא הוה מגו למפרע דאנן מאמינים לו שסידר הגט וגרשה שהרי הוא רב ואומר שנתנו לו ואמרו לו שיסדר להם גט והיא סדר ונתן להם אם כן מהמנינן ליה שעשה כן ופשיטא דכל שהיה בידו והי' בעלים ע"ז בודאי עשה כמו שנתנו לו לעשות וחזקה שליח עשה שליחותו מכ"ש בעלים וז"ב כשמש ושאני שליח הגט דא"נ רק משום עגונא משום דהוא לא היה בידו לכתוב רק שמסרו לו להוליך הגט אבל הרב שהי' בידו לסדר הגט נאמן אף בדבר שבערוה ואתחזיק איסורא ומכ"ש שלא הוה כעת דבר שבערוה הארכתי בזה משום שלפי דברי הט"ז יולד מבוכה גדולה שמעשים בכל יום שהאשה כשבאה לפני ב"ד הרב נותן לה חתימתו שנתגרשה בפניו ולפי דברי הט"ז צריך שלשה או עכ"פ שנים ולפי מה שכתבתי אתי שפיר ודוק היטב:

סימן לט

א הגעתי בלימודי במס' ב"ק דף ע"א אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו ראיתי בשיטה מקובצת שם שהביא בשם חכמי צרפתים שכתבי דלא גריס ולא אמרינן זיל שלים דבאמת מחויב לשלם וע"כ לא אמרינן דאין אדם מת ומשלם אלא בדבר הבא דרך נזקין

אבל בדבר שקיבל עליו בדרך תנאי ומ"מ כגון אתנן או חוסם פרה שקיבל עליו שלא לחסום וכן מכר בשבת בלקיטת תאנה מכירה היא ומשלם בב"ד ע"ש והיא דבר חדש יוצא מפי רבותינו הצרפתים. והטעם נראה לפענ"ד דכל הטעם דאמרינן קלב"מ הוא דאי אפשר לחייב רק משום רשעה אחת וזה כשאנו מחייבים משום רשעה לא נוכל לחייב רק משום רשעה אחת אבל כאן המיתה היא בשביל רשעה אבל הממון ואתנן הוא משום דחייב עצמו ע"ד תנאי ומו"מ ולא שייך לומר משום רשעה אחת דכאן אין אנו מחייבין משום רשעה רק משום חיוב דיבורו ותנאו וז"ב כשמש. וזה נראה לפענ"ד ג"כ בכוונת הר"ן בחידושיו לסנהדרין בהני דיכרי דלא קבלינהו והקשו התוס' והא לציי"ש מחויב להחזיר וכתב הר"ד כהן דל"ד דהתם גבי אתנן מחויב לעמוד בדיבורו אע"פ שלא יתחייב מן הדין אבל כאן בהני דיכרי שקנו הגנבים הני דיכרי בדמייהו נמצא גניבה זו נקנה להגנבים ואינם מחוייבין בתשלומין והוא סתום. ולפענ"ד הן הן הדברים דבשלמא באתנן ל"ש קלב"מ דמחוייב מצד דיבורו א"כ אינו בתורת רשעה אבל בהני דיכרי דהוא מצד קלב"מ א"כ ל"ש לחייבו ממון דקלב"מ וז"ב כשמש וראיתי בקצה"ח סימן כ"ח ס"ק א' שהקשה מהא דפריך בע"ז דף ס"ג וכי אמר לה בטלה זה הא מחסרא משיכה ולפי דברי הר"ד ז"ל הא שם מחוייב לקיים בדיבורו וראיתי בשו"ת בית אפרים חלק יו"ד סי' ע"ב ע"ג שתפס על הקצה"ח והקצה"ח עשה סניגורין לדבריו והוא דחה אבל כלם לא עמדו לפענ"ד בכוונת הר"ד ולפמ"ש בכוונת הר"ד א"ש דבאמת כיון שמחוייב לעמוד בדיבורו א"כ לא שייך קלב"מ דלא משום רשעה מחייבינן ליה ושפיר כל שנתנו לה הוה אתנן אבל שם דמחסרא משיכה כתב הרא"ש שם דכיון דמחסרא משיכה יכול לתת דמים בעדו אם כן שוב לא חל שם אתנן ע"ז הטלה דיכול ליתן דמים וקיים דיבורו אבל כל שחייב עצמו לתת אתנן כל שמחוייב לקיים דיבורו שם אתנן חל עלה אתנן שנותן לה אבל שם ניהו דמחוייב לקיים דיבורו יתן לה דמים וא"כ כל שלא חל על טלה זה שם אתנן שוב אח"כ שנתן לה הטלה לא חל האתנן דלא הוברר למפרע דזה הי' באתננה דהא כבר בא עליה והיה מתחייב דמים אבל אותו טלה אין שם אתנן עליו וז"ב כשמש

ב ובזה מיושב גם קושית האורים ותומים סי' כ"ח שם דמה פריך והא מחסרא משיכה והא עכ"פ כשתפסה חייב ושוב מעות קונות.

ג ולפמ"ש א"ש דניהו דמועיל תפיסה אבל אם יתן מעות ודאי צריך להחזיר לו גוף הטלה ושוב לא חל שם אתנן ע"ז וז"ב כשמש. והנה בגוף דברי הקדמונים שכתבו דשאני אתנן דמחוייב לקיים דיבורו ול"ש קלב"מ לכאורה רציתי לומר דלפי מה דקי"ל בחו"מ סי' ר"ט ס"ו דבמקח שנעשה באיסור ל"ש מי שפרע ואינו חייב לקיים דיבורו שוב ל"ש לומר

דחייב משום דיבורו דהא באתנן דנעשה באיסור ל"ש דמחוייב לקיים דיבורו. אך אחר העיון ז"א דשם אמרינן דאם רוצה לחזור מהמקח שעשה באיסור ופסק עד שלא יצא השער ל"ש לומר דעושה איסור שאינו מקיים דיבורו דז"א דהא מקח שנעשה באיסור אינו מחוייב לקיים דיבורו ומוטב שלא יקיים דיבורו ויתקיים מצות התורה ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אבל כאן האיסור נעשה וממילא מחוייב לקיים דיבורו שהבטיח לתת לה וז"ב ואמת. ובזה ישבתי דברי התומים שהקשה בסי' כ"ח בהא דפריך הש"ס בע"ז והא קא מחסרא משיכה והקשה כיון דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו והיינו משום דחייב לצאת ידי שמים הוה אתנן וא"כ גם שמחוסר משיכה הא מן התורה מעות קונות והוא עומד במי שפרע הוה אתנן וראיתי בישועת יעקב סוף הלכות פסח שבנו הגאון ז"ל כתב דטעה בזה דהא במקח הנעשה באיסור ל"ש מי שפרע ולפמ"ש יפה הקשה באו"ת דכאן האיסור נעשה וא"כ שוב נגד החיוב שהבטיח לה שפיר קיים במי שפרע ול"ש דמחוסר משיכה וז"ב ופשוט.

ד והנה בים התלמוד הקשה דלמה צריך הש"ס לומר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו ולא אמרו בפשיטות דהרי בכל בא על הפנויה שייך משום לא תהיה קדשה ולשיטת הרמב"ם כל שבא בזנות לוקה ואף להראב"ד כל שהיא זונה ודאי שייך משום לא תהיה קדשה וא"כ שוב שייך אין אדם לוקה ומשלם ואפ"ה אתנן אסרה תורה ועיין במפרשי הים. ולפענ"ד נראה לפי מה דהשריש הפ"י בב"מ דף ס"ב דאף לר"מ דאית לי' אינו לוקה ומשלם ולוקה ואינו משלם היינו כל שהממון אינו משום הפקעת ממון אבל מה שבא משום הפקעת ממון הוה כמו גזל דודאי ממונא משלם דמה לו לזה שילקה ויפקע ממונו ולפ"ז באתנן דהוא שכר הפעולה א"כ בודאי משלם ואינו לוקה לכך מקשה מאתנן דבא על אמו ואפ"ה הוה אתנן אף דשם בודאי אינו משלם ויפטור מהמיתה זה בודאי לא וא"כ ע"כ דמקרי אתנן אפילו בכה"ג וז"ב ודוק. והנה במ"ש בשם חכמי הצרפתים ז"ל דבאתנן אמרינן ליה זיל שלים ע"פ דין ולא משום דחייב לציי"ש ובשיטה שם סיים המאירי שם דאין שיטת הש"ס מורה כן. לפענ"ד ראיה ברורה לדבריהם דבאמת התוס' הקשו דמנ"ל דאתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו וכתבו דעיקר אתנן בח"כ משתעי קרא ע"ש ובאמת תמוה דאכתי מנ"ל חייבי מיתת ב"ד דהא ח"כ לא אמרינן קלב"מ וכתב הכ"מ דהקושיא קאי לרנבה"ק דאמר דח"כ כחייבי מיתות ב"ד.

ה והנה זה רבות בשנים הקשיתי ע"ז דלפי מה שחידש בצל"ח בפסחים כ"ט דלרנבה"ק אף לציי"ש פטור דע"כ לא אמרינן דקלב"מ חייב לציי"ש רק לדידן דהטעם משום רשעה אחת וא"כ דוקא ב"ד לא יוכלו לחייב רק משום רשעה אחת אבל לציי"ש חייב אבל

לרנבה"ק דח"כ פטור אף דשם הב"ד לא מחייבו רק משום רשעה אחת אפ"ה פטור א"כ לדידיה אף לציי"ש פטור ע"ש ודפח"ח ולפי זה שוב גם באתנן ל"ש לציי"ש לרנבה"ק ואם כן אמאי יהיה אתנן לרנבה"ק והיא קושיא גדולה ולפי דברי הקדמונים ל"ש קלב"מ בזה דחייב לעמוד בדיבורו אם כן שפיר מוכיח הש"ס ומדרנבה"ק שמעינן גם לרבנן לענין ח"מ ודוק היטב. ובגוף קושית דו"ז בים התלמוד הנ"ל נ"ל ברור דסתם אתנן בזונה פנויה אין ראיה דמשכחת לה בלא אתרו בי' והו"ל חייבי מלקות שוגגין דחייב בתשלומין כר' יוחנן וער"ש פ"ו מתרומות דרבא ס"ל כר' יוחנן ואם כן אין ראיה לכך מייתי מבא על אמו דח"מ שוגגין ג"כ פטורין מתשלומין ודוק:

סימן מ

א ביוה"ב העבר עלה על דעתי דלהפוסקים דשאר ענויים מלבד אכילה ושתיה אינו רק מדרבנן לא נודע מתי תקנו זאת ולפענ"ד אחר החורבן של בית מקדשינו וכיון שט"ב אסור בכל ענויים מדרבנן תקנו גם יוה"כ שאסור באכילה ושתייה מה"ת תקנו שיאסור בשאר ענויים שיהיה זכר לחורבן בהמ"ק שאם הי' לנו בהמ"ק והכה"ג היה מקריב קרבנות הי' לנו כפרה ע"י הקרבנות ועכשיו יהיה זכרון לחורבן שלא נשאר לנו כפרה ווידוי שפתינו תהי' כפרתינו וכן הרגשתי במ"ש הפייט לאחר שהזכיר מה שהי' הכה"ג עושה בעת עבודתו ביוה"כ מה נהדר הי' הכה"ג ואמר אח"כ אבל עוונות אבותינו החריבו וזכר אח"כ היום שאסור בחמשה ענויים ומשמע דהחמשה ענויים מלבד אכילה ושתייה הוא מדרבנן לאחר החורבן ודו"ק.

ב והנה שיטת הרמב"ם בפ"א משביתת עשור ה"ה דה' ענוים אסור מה"ת והר"ן הקשה עליו. אך לפענ"ד י"ל דגם הרמב"ם מודה דאינו אסור רק מדרבנן מקרא דשבתון והרמב"ם ס"ל דכל איסור דרבנן בכלל לא תסור ועיין בכ"מ דאף שנייה מד"ס בכלל ולו תהי' לאשה לאשה הראויה לו והכ"מ כתב דהוא בכלל לא תסור וא"כ כל ה' ענויים בכלל לא תסור דהא סתם כתיב שבת שבתון וגם זה בכלל שביתה ובזה מיושב הרבה קושיות ודו"ק.

סימן מא

א לכבוד אבי מורי הרב הגאון נ'.

ב בהיותי בביתך וזכיתי לקבל פניך בקיץ שנת תד"ר בתוך אחד השיחים שאלת מה אני בדבר שנהגו ללמד את בנותיהם תורה שבכתב כי מדברי הרמב"ם מבואר דאף דבתורה שבכתב אינו כמלמדה תפלות אבל מ"מ אינו מצוה ללמדה ולא ילמדה אותה לכתחלה ואיך נשתרבב המנהג ללמדה. וגם שאלת מהיכן הוציא רבינו זאת דיש חילוק בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ וגם מכל מקום אסור נלמד לכתחלה והנה אתה הבאת

ראיה מהא דאמרו בסוטה דף כ"א דאינה מצווה ועושה ולא שייך בה זכות תורה וע"כ דאסור ללמדה לכתחלה ובאמת שיש לדחות דאף דיכול ללמדה תורה מכל מקום זכות תורה לא שייך בזה דעכ"פ מצוה בודאי ליכא. והן נסתר מחמתו מה שיש להביא ראיה מהא דאמרו בברכות דף י"ז הני נשי במאי קא זכיין באמטינהו לגברייהו וכו' ולא אמרו בזכות התורה. ולפמ"ש מצוה בודאי ליכא ולא שייך זכות. והנה ת"ל בראשית ההשקפה אמרתי דלפענ"ד ראיה ברורה לדברי רבינו דהרי בפ' הקהל נצטוו אנשים ונשים וע"כ דיכולה ללמד ואינה כתפלות ומכל מקום ראינו דאסור לכתחלה דהרי אמרו בחגיגה דף ג' דאנשים באים ללמוד ונשים באות לשמוע ולמה לא אמר דנשים באות ג"כ ללמוד וע"כ דלכתחלה אסור ללמדם וא"כ כיון דשם אתי דלא כבן עזאי דאמר דחייב ללמד את בתו תורה כמ"ש בירושלמי שם ועיין בתוס' שם ד"ה נשים וא"כ לכך מדוקדק הלשון דאמר דנשים באות לשמוע וזה ראי' ברורה לרבינו. כעת ראיתי בט"ז סי' רמ"ו ס"ק ד' שהרגיש בראיה זו מהקהל וגם במה דקאמר נשים באות לשמוע והוא פירש בדרך אחר ועכ"פ זכיתי לכוין דעתו הגדולה במקצת ונהניתי עד מאד. והנה מה שהבאתי ראיה מהא דאמרו בנדרים דף ל"ה ומלמד את בניו ואת בנותיו מקרא הרי שמותר ללמד לבנותיו מקרא הנה באמת בש"ס שם דף ל"ה ול"ו משמע דלא גריס במשנה רק את בניו לבד וכן הגירסא ברמב"ם ובטור סי' רנ"א וכן מצאתי בתוי"ט שהרגיש בזה ע"ש באופן שלכתחלה אסור ללמד לבתו תורה ועיין בברכות דף כ' שהתוס' פירשו הא דבעי דנשים בבהמ"ז אינו מן התורה משום דאינם בברית ותורה משמע דאסור ללמדם לכתחלה ולפענ"ד קצת סמך להמנהג ממ"ש האגור הובא בב"י או"ח סי' מ"ז שכתב דנשים חייבות בבה"ת אף שאינם חייבות ללמוד תורה ולא עוד אלא שהמלמד את בתו תורה כאילו מלמדה תפלות ה"מ בתורה שבע"פ ולא בתורה שבכתב ע"ש ורמזו הרמ"א ביו"ד סי' רמ"ו שם וא"כ משמע קצת דבתורה שבכתב יכול ללמדה כדי שתבין פירוש הקרבנות והתפלה דמש"ה מברכות ברכת התורה ועיין בש"ס קידושין דף כ"ט ע"ב דאמר שם לענין תורה ומנין שאין אחרים מצוין ללמדה דאמר קרא ולמדתם את בניכם ולא בנותיכם ומשמע דרק שאינו מצווה ללמדה אבל יכול ללמדה וזה כדברי רבינו דאינו כמלמדה תפלות וכיון שלכתחלה אין ללמדה לכך אינה מצווה ללמדה וקצת קשה לבן עזאי דחייב אדם ללמד את בתו תורה מה יענה להא דכתיב ולמדתם את בניכם ודרשינן בקדושין ולא בנותיכם

ג וע"ד הפלפול אמרתי בזה ליישב דברי הלכות ארץ ישראל שכתב דנשים אינן שוחטות לכתחלה והדבר צריך ביאור דמ"ש מאנשים ולפמ"ש יש לומר דהרי ר"ע גאון כתב והובא

בב"י יו"ד סי' א' שכל טבח או שוחט או בודק שא"י בספרי הקודש ובתלמוד בכמה פרקים א"י להיות שוחט ובודק ויש להחרים ולנדות עד שיקבלו עליהם כל זאת ולפ"ז נשים דאינן רשאות ללמוד דעכ"פ תורה שבע"פ ודאי אסור והיאך יהיו בקיאים בתלמוד בכמה פרקים ויודעים שבעים טרפיות שיש כל שלא למדו ולכך אסרו להם לשחוט לכתחלה ובזה יש ליישב דברי הלכות א"י מקושית התוס' שהקשו דבזבחים משמע דמותרות נשים לשחוט קדשים ולפמ"ש אתי שפיר דהרי האגור כתב דמה שמברכין ברכת התורה הוא על קריאת הקרבנות ותפלה כנגד הקרבנות תקנו ונשים חייבות בתפלה ע"ש ולפ"ז משמע דקרבנות רשאות ללמוד שגם הן חייבות בקרבנות וכיון שהן דינים שלהן מותרות ללמוד וא"כ כיון שדיני הקרבנות מותרות ללמוד שוב היו מותרות לשחוט דהיו יכולות ללמוד שבעי' טרפיות מתוך התלמוד דצריכות להן לענין קרבנות וכדומה כל שחיטת קדשים ושפיר מותרות אבל מעת שבטל התמיד בעונינו שוב אין להם ללמוד הלכות שחיטה ואין להם לשחוט ודוק כי הוא ע"ד הפלפול. ובזה מיושב הא דאמרו בסנהדרין דף צ"ד ע"ב דבימי חזקי' בדקו מגבת ועד אנפרס ולא מצאו תינוק ותינוקת איש ואשה שלא היו בקיאין בהלכות טומאה וטהרה והיינו משום דאז הי' נהוג דיני טומאה וטהרה וא"כ היו צריכות ללמוד להיות בקי בהלכות שלא תטמא לכל הנוגע בה ובכליה וכדומה ודוק ועיין בר"ן ביומא גבי אין מצטרפין נשים לדעת אחרת דמשמע קצת דנשים חשידי לעבור על לפני עור ומזה טעם לחוש בנשים שלא ישחטו מפני חשש לפני עור. והנה קצרתי באמרים והמעיין בר"ן שם ימצא הדבר מבואר דהרי כתב לכך אין עושין ע"י כותי דיאמר שאינם רוצים לחלל שבת ומכשירין אותנו משום דכותאי לית להו משום לפני עור וגם נשים דעתן קלות טועות בכך והיינו שגם הם טועות וס"ל דלא שייך לפני עור רק כפשוטו כמו כותאי וא"כ מיושב היטב קושית הב"י שהביא דברי הכלבו שכתב דנשים שוחטות לעצמן אבל לא לאחרים ותמה הב"י דמה נ"מ בין להם ובין לאחרים דצריך הכשר לעצמן כמו לאחרים ולפמ"ש אתי שפיר כיון דחשודות על לפני עור ומפני שדעתן קלות וטועות הן בכך וכמ"ש הר"ן לכך דוקא לעצמן מצי שוחטות ולא לאחרים ודוק היטב וכמדומה שגם האחרונים כתבו דבנשים חיישינן ללפני עור אבל לא כתבו שום טעם ולפמ"ש הדבר מבואר בר"ן ובזה מיושב קושית התוס' על הלכות א"י וכמ"ש האחרונים דבקדשים נוגע הדבר לעצמן דהא מביאין חולין בעזרה וכדומה. והנה בהא דאמרו בכתובות דף כ"ח ושהי' איש פלוני יוצא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה ודלמא עבד כהן הוא מסייעא לי' לריב"ל דאמר אסור לו לאדם שילמוד את עבדו תורה ופריך ולא והתניא לוה המינו רבו וכו' או שקרא שלשה פסוקים בבהכ"נ

הרי זה לא יצא לחירות התם דאקרי עבד מדעתו כי קאמרינן דקא נהג ביה מנהג בנים ובשיטה מקובצת כתב שם וז"ל ובל"ז לא תקשי לריב"ל דהוה יכולנא לשנויי ולחלק בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ וכמו שחילק הרמב"ם ז"ל לגבי בת דהוה כאלו מלמדה תפלות ומיהו ממתניתין דקתני יוצא מבית הספר דמשמע סתמא תורה שבכתב הלכך קשיא וביאור דבריו דהי' מקום לחלק בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ דתורה שבכתב מותר ללמדו וא"כ שם שקרא ג"פ הוה תורה שבכתב ושרי אבל אחר דחידש הש"ס דמה דיוצא מבית הספר מזה ראיה שהוא אינו עבד משום דאסור ללמוד תורה לעבדו היינו אף תורה שבכתב א"כ מוכח דגם תורה שבכתב אסור בעבד ושפיר קשה מהא דקרא ג' פסוקים והנה דבר גדול דיבר בזה ובזה מיושב היטב מה דצריך להבין להס"ד דלא ידע שאסור ללמוד תורה לעבדו וא"כ יקשה למה נקט יוצא מבית הספר.

ד ולפמ"ש יש לומר דהכי מקשה הש"ס דבאמת כיון דעבד הו"ל כאשה א"כ אין ראיה ממה שיצא מבית הספר דהא תורה שבכתב מותר כמו באשה ובאמת גם הס"ד ס"ל דבית הספר אתי להורות דאינו עבד רק דהמקשה לא ידע הראי' דדלמא מכל מקום עבד הוא ומותר כמו אשה וע"ז אמר דמסייע לריב"ל דאסור ללמדו תורה ותורה היינו תורה שבכתב. ובזה מדוקדק לשון חז"ל דריב"ל אמר אסור ללמד עבדו תורה והיינו אף תורה שבכתב דמותר באשה אפ"ה בעבד אסור איברא דעדיין צריך ביאור דמה דכתב השיטה דה"א דתורה שבכתב מותר כמו באשה הדבר צ"ב הא לכתחלה אסור אף תורה שבכתב כמ"ש הרמב"ם פ"א מת"ת ובטוש"ע יו"ד סי' רמ"ו ס"ו דלכתחלה לא ילמוד אף בתורה שבכתב וא"כ יש מזה ראיה דאינו עבד. אמנם באמת הדבר נכון דמדברי הש"ס שם ס"ק ד' מבואר דדוקא להתחכם ולהבין אסור לכתחלה אבל פשטי המקרא כמשמעות פשטותם מותר אף לכתחלה והביא ראיה מפ' הקהל דמצוה גם על הנשים וזה שאמרו האנשים באו ללמוד והנשים באין לשמוע דהנשים רק סתם שמיעה בפשוטי הדברים ע"ש ולפ"ז פשוטי הדברים מותר אף לכתחלה וא"כ יוכל ללמוד פשוטי הדברים וע"כ קמ"ל ריב"ל שאסור ללמוד תורה אף פשוטי הדברים. ובזה הונח לי דברי הרמב"ם שכתב בפ"ג מחגיגה ה"ב דכל הפטור מראיה פטור מהקהל חוץ מנשים וטף וערל והקשה הלח"מ אמאי לא הוציא גם עבדים מהכלל דחייב בהקהל וע"כ כתב דעבדים היו פטורין מהקהל אבל לא ידע טעמו ומהיכן מקורו ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דנשים אינן באות רק לשמוע ואל"כ היו אסורים וכיון דעבדים פטורין אף מפשטי הדברים כמ"ש השיטה מקובצת ולכך פטורים מהקהל ודוק היטב. ובגוף הטעם דאסור ללמד עבדו תורה אף תורה שבכתב נראה לפענ"ד דהנה התוס' הקשו ד"ה ודלמא דאיך חולקין תרומה לעבד

הא יש לחוש שמא ישתחרר וישאל גם אח"כ וכדחיישינן הכא ודלמא עבד כהן הוא ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה בחולין דף ק"ל אמרו דאין נותנין מתנה לכהן ע"ה וכן קי"ל בטוש"ע יו"ד סי' ס"א דלכתחלה בודאי אסור ועיין בתוס' חולין דף ק"ג ע"ב ולפ"ז כל שלכתחלה אסור ליתן לע"ה שוב לא חיישינן שמא יתנם לעבד אחר שנשתחרר דכל דלכתחלה צריך שיהי' חבר והרי אסור ללמד עבדו תורה ואף תורה שבכתב א"כ הוה ע"ה גמור ואסור ליתן לו לכתחלה וכל דלכתחלה אסור שוב לא חיישינן כמ"ש הריטב"א בכתובות דף ס"א ואני הבאתי ראיה מגיטין דף ס"ז גבי אומר אמרו דכל דלכתחלה אסור שוב ל"ח וא"ל דלאחר שנשתחרר שוב מותר ללמוד תורה ויתנו לו דזה אינו דאם יאמר שלמד תורה ע"כ דנשתחרר דאל"כ מה"ת לחוש שעברו על הא דאמר ריב"ל ולכך אסרו ללמוד תורה וז"ש דלמא עבד כהן הוא וע"ז משני דאסור ללמדו תורה וא"כ בודאי לא נתנו לו תרומה דהא אסור ללמוד תורה ומזה ראיה דאף בתרומה בזמן הזה אין נותנין לכהן ע"ה דאל"כ אין חשש כלל

ה ובזה נראה לפענ"ד מה דכתב הרמב"ם בפ"ח מעבדים הלכה ח"י דאסור לאדם ללמד את עבדו תורה ואם למדו לא יצא לחירות והקשה הלח"מ מ"ש מהקרהו ג' פסוקים בבהכ"נ דיצא לחירות ועוד נימא אי לא שחררו לא הוה עביד איסורא ולפמ"ש יש לומר דבאמת מה דאסור ללמדו תורה הוא רק בשביל גזירה ולפ"ז במקום שאין שכיח כלל תרומה כמו בח"ל לא חיישינן כלל לזה וא"כ עכ"פ אין ראיה ממה שלמדו תורה דתורה שבכתב אין איסור והוא כמו אשה דמותר ללמדה פשטי המקראות ולכך אינו יוצא לחירות עי"ז והא דיוצא לחירות במה שקרא ג' פסוקים אף דזה בודאי מותר דהוה תורה שבכתב אך נראה דהרמב"ם נשמר מזה בלשונו שהרי כתב בהלכה י"ז בדברים שאין חייב אלא ב"ח והיינו דמותר ללמוד תורה שבכתב אבל מ"מ אינו חייב בקריאת התורה כ"א ב"ח ממש ולכך ע"כ דשחררי' אבל מלימוד התורה בלבד אינו ראיה. שוב ראיתי במג"א סי' רפ"ב ס"ק וא"ו שהאריך בזה אי הנשים חייבות בלימוד התורה והיינו דאל"כ איך הי' עולות למנין וכתב דאינו ראיה דיש לומר דעולות אף שאינן חייבות. ולפענ"ד דזה אינו דבאמת כל שאינן חייבות בודאי אינן עולות למנין ורק דבאמת חייבות כיון דתורה שבכתב עפ"י פשטות מותר ללמד לנשים שפיר עולות וכמ"ש ראיה מפ' הקהל וכמ"ש הט"ז. ומה שהביא ראיה מדברי התוס' ר"ה וכוונתו לר"ה דף ל"ג ד"ה ה"א במ"ש דלכך מברכות ברכת התורה אף שאינן מצוות והיינו דבה"ת לפי מה שסברו דהוא בשביל קריאת התורה וזה אינן מצוות אבל לשמוע קריאת התורה מצוות כמו בהקהל ובאמת לפמ"ש האגור דמברכות ברכת התורה לפי שחייבות בלימוד דינים שלהם א"כ בלא"ה

אין ראיה ועכ"פ מ"ש שם בש"ע דעבד כנעני דינו כאשה צ"ע דהא עבד אסור ללמוד תורה אף תורה שבכתב ואף דהתוס' כתבו דרשות יכול להוציא אף מי שמחוייב בדרבנן היינו מי שהוא עכ"פ רשות ולא מי שאינו מחוייב כלל וז"ב. ובזה נסתרה ראית המ"א מהתוס' דאם נימא דאשה אסורה בתורה שוב אינה בת רשות כלל ועכ"פ דברי הרמב"ם נכונים דכל שקרא ברשות רבו ג' פסוקים א"כ הרי הוציא בזה הציבור מנין הקרואים וע"כ דנשתחרר וז"ב ופשוט משא"כ ללמוד תורה אין מזה ראיה. ובלא"ה יש לומר דאף דנימא דעביד איסורא מכל מקום אם אומר שעשה איסור במה שלמדו תורה ואפ"ה לא נשתחרר א"י לכופו שישחררו דהרי לפטור מממון יכול אדם לעשות עצמו רשע כמ"ש בהג"א פרק הגוזל במעשה דבני פרגא ע"ש והארכתי בזה בתשובה לענין ריבית אי נאמן במקום דמשים עצמו רשע ע"ש ומה דאמרו בדף מ"ם דאי לאו דשחררי' לא הוה עביד לי' אסורא היינו דוקא שם דבזה שנשא ב"ח רצה להפקיע עבדותו ממנו והרי הוא מוחזק בעצמו וא"כ פשיטא דאינו נאמן לעשות עצמו רשע ולהפקיע חירותו של זה ודוקא כשזה מוחזק בו רק שלמדו תורה דזה אינו הוצאה לחירות ועיקר הראיה ממה דלמדו תורה יכול לומר שהי' רשע ומכל מקום אין להוציא ממון והוא עבדו כמו שהיה אבל כשנשא ב"ח הרי יצא לחירות ורק דיכול לומר דלא ידע אבל כל שידע והשיאו הרי הפקיעו לחירות והעבד מוחזק בעצמו ולא נאמן לעשות עצמו רשע ולהפקיע חירותו וז"ב ולזה אין ראיה ממה שקרא בציבור ששם מורה בזה שכבר יצא לחירות דאל"כ לא היה יכול להוציא הציבור י"ח ואינו נאמן להכניסו לעבדות וז"ב ודו"ק. שוב ראיתי בירושלמי ספ"ב דכתובות ובמגלה פ"ד ה"ג דאמר העבד עולה למנין שבעה והקשה הא אסור ללמד עבדו תורה ומשני בשלמד מאיליו או כטבי עבדו של ר"ג הרי דסבר דעבד עולה למנין שבעה והוא כמו אשה ומזה הוציא הגהמי"י דעבד דינו כאשה אבל באמת אנן לא קיי"ל כן והעבד אסור ללמוד תורה וכמ"ש ואני תמה דע"כ לא קיי"ל כן דהרי ממה שרבו צוה לקרותו ג' פסוקים בציבור מזה ראיה שנשתחרר ואם עבד עולה למנין שבעה אין ראיה כלל וע"כ דלא קיי"ל כהך ירושלמי ועבד אינו עולה כלל וא"כ דברי הרמב"ם מבוארים. וראיתי במהרי"ט אלגזי דף ל"ב ע"ג בחידושיו על הרמב"ן בכורות דפוס פ"ב הנדפס מחדש סביב הרי"ף שהקשה בהא דאמרו דאין נותנין המתנות לכהן ע"ה משום למען יחזקו בתורת ד' וא"כ איך נותנין לכהנת הא אשה לא מצוות בת"ת ולא שייך בהו הטעם ע"ש שהאריך בזה ולפמ"ש למעלה בשם האגור א"כ כל דיני מתנות לכהן דאז היה נהוג והי' צריכות ללמוד כדי לדעת איך תזהר בהן ותשמרם מלאכול בנדות וטומאה א"כ מקרי ג"כ למען יחזקו בתורת ד' שהיו מצוות ללמוד דינים שלהם וגם יש לומר דבשלמא

בזכרים דאיתנהו בת"ת שייך לחלק בין חבר לע"ה אבל נשים דאינן מצוות ואפ"ה הרשה התורה שיכולין לאכול בתרומה א"כ לא שייך בהו הטעם דלמען יחזקו וז"ב ופשוט.

ו ודרך אגב ארשום מה שפלפל שם בדברי הירושלמי רפ"ו דתרומות אי הפרשתו מקדשתו והאריך בזה בשם הגאון מוהר"ש סרליין וגם הוא פירש בהם ועיינתי בפירוש הר"א מפולדא ומדברי כלם נלמד דפירוש הירושלמי דהפרשתו מקדשתו היינו בעת ההפרשה נתקדש בקדושת תרומה וח"א מתנתו מקדשתו דהיינו בשעת נתינה ובאמת שכ"כ הקרבן אהרן בפירושו לת"כ לענין קרן וחומש והובא במלמ"ל פ"ז מתרומות ה"א והמלמ"ל כתב דחס להזכיר זאת והנך רואה דכ"כ כל הגדולים ומהתימה איך המהרי"ט אלגזי לא הזכיר דברי המלמ"ל הנ"ל. ובאמת שלפענ"ד היה נראה דהפלוגתא בירושלמי הי' דהרי באמת הרמב"ן בשרשיו להמצות שורש י"ב כתב דיש שתי מצות בתרומה ומעשרות ההפרשה והנתינה ליד כהן דבהפרשה יצא מידי טבל והנתינה לכהן הוא מצוה אחרת א"כ יש לומר דבזה פליגי דזה ס"ל דמשעת ההפרשה נתקדש בקדושת התרומה וזה ס"ל דאמת דנעשה תרומה דהיינו להפקיע מידי טבל ויש עליו חומר איסור תרומה אבל מ"מ קדושה אין בה רק בעת הנתינה כנלפענ"ד לפום רהיטא ודו"ק

ז שוב מצאתי במהרי"ט אלגזי דף מ"ז גבי גר שנתגייר והי' לו עיסה ספק גלגלה משנתגייר שהביא בשם מהר"ש סורליין שכתב בשם הראב"ד דהפרשתו מקדשתו היינו דהתשלומין נעשין תרומה והמפרש דהפרשתו מקדשתו שאינו חל שם תרומה לחייב עליו קרן וחומש עד שיתננה לכהן טועה הוא ע"ש וזהו כמ"ש המלמ"ל וצ"ע דסותר דברי עצמו שמהריט"א הביא בדף ל"ב דהפרשתו מקדשתו היינו שנתקדש בקדושת תרומה משעת הפרשה או משעת נתינה וצ"ע דהדברים סותרין ודו"ק. והנה במ"ש ליישב הלכות א"י כעת שנת תרי"ד ד' וישב החילותי ללמוד מסכת חולין ואמרתי דבר חדש בישוב דברי הלכות א"י. דהנה טעמו נראה לפענ"ד דהרי קי"ל דבמידי דאיכא טירחא נשים עצלנות הן ועיין פסחים ד' ובש"ע יו"ד סי' קכ"ז ולפ"ז בדיקת הסכין דאיכא טרחא רבא חיישינן שמא תתעצל ולא תבדוק כ"כ וא"ל דחיישא שמא יבדקו אחריה וימצא הסכין פגום דזה אינו דהרי אף במומר אינו חושש ע"ז כמ"ש התוס' בחולין ג' דמחזיק עצמו לישראל גמור ולא יבדקו אחרים ומכ"ש האשה דמחזקת עצמה לכשרה ותתעצל ולא תבדק ולכך לא סמכינן עלה. ובזה יש ליישב קושית התוספות דבמוקדשין שפיר לא חיישינן דהרי אמרו בזבחים דף פ"ח סכין שנפגם אין משחיזין אותו אבא שאול אומר סכין מטרפת הי' במקדש ונמנו עליו כהנים וגנזוה וא"כ שוב אין לחוש במוקדשין דהרי סכין של שחיטה הוה כ"ש ובודאי בדקוה קודם שנתנו לה לשחוט וגם חוששת שמא

יבדקו אותה אח"כ כדי לידע שאם נפגם שוב לא יתקנו אותו וא"כ בודאי לא תתעצל וגם אין לה כ"כ טירחא. ומכאן אני תמה על מה שפלפלו בתוס' חולין דף ג' ד"ה כגון ובזבחים מ"ז ד"ה איזהו אי שחיטה בעי סכין ואם הוא כלי שרת והרי מבואר בזבחים פ"ח דסכין שנפגם אין מתקנין אותו וסכין מטרפת הי' שם וגנזוהו הרי מבואר דהי' לו דין כ"ש דאם לא בעי כ"ש פשיטא דהיו יכולים לתקנם ול"ש בהו אין עניות במקום עשירות ועיין פ"א מכלי מקדש הט"ו ובמלמ"ל שם וצע"ג שלא הזכירו כלל הך דזבחים הנ"ל

ח והנה כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י הקשה ממ"ש בשמואל א' כ"ט ותמהר ותזבחהו משמע דהנשים שוחטות. ולפמ"ש יש לומר דבדקו לה הסכין שאול ואנשיו ובלא"ה נראה לפענ"ד דבר חדש דשם דהי' במלחמה והרי הרמב"ם התיר במלחמה אף לאכול נבילות וטריפות ואף להרמב"ן בכה"ג שלא הי' רק חשש בעלמא שמא נתעצלה פשיטא דלא חיישינן איברא דכתיב גבי שמואל ושחטתם בזה ודרשו חז"ל שבדק להם הסכין. מיהו יש לומר דשם ששחטו שלמים וצריך כלי שרת ולקדש אותו א"כ כיון דב"כ וב"כ היה צריך לקדש להם סכינות א"כ מה בכך אם היה בודק להם אבל במקום שאי אפשר כגון שם שלא הי' מי יודע לשחוט שפיר סמכו על האשה וז"ב ודוק. ובגוף הקושיא למה לא אמר דמשום נשים תני עבדים לפענ"ד אינו קושיא דאם נימא כשיטת הלכות א"י דגם בחולין אסורות לכתחלה לשחוט א"כ יקשה אמאי נקט תנא בקדשים דוקא הא גם בחולין אסור ויש לטעות דוקא במוקדשין אסורות לכתחלה ובחולין שרי ולכך אמר משום טמא במוקדשין דזה דוקא בשביל מוקדשין הוא הפסול וזה נכון. שוב מצאתי בחידושי פ"י בליקוטיו לחולין שכתב ג"כ טעם של הלכות א"י משום הבדיקה אבל לא ביאר לגבי קדשים מ"ט דנאמנין ע"ש ולפענ"ד כמ"ש.

ט והנה במה שהאריכו בתוס' יומא דף מ"ב מה הפירוש דשחיטה לאו עבודה הנה לכאורה לפמ"ש התוס' בחולין דסכין של שחיטה לא בעי כלי יפה ככלי שרת והביאו כן בשם התוספתא א"כ ע"כ דשחיטה לאו עבודה היא דאל"כ תבעי כלי שרת ודוק ועיין בחידושי הר"ן שכתב דלכך לא בעי כלי שרת דהא שחיטה כשרה בזר וכ"א היה מביא סכינו ע"ש וא"כ אפשר דז"ש רש"י דשחיטה לאו עבודה היא משום דכשרה בזר והתוס' דחו פירושו ולפמ"ש יש לומר דבאמת כוונת רש"י משום דלא בעי כלי שרת רק דהוא גופא טעמא בעי הא בעי שיהיה כלי ולמה לא יהיה כלי שרת ולזה כתב כיון דכשרה בזר שוב אי אפשר שתהיה כלי שרת וכמ"ש ודוק:

סימן מב

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המאוה"ג חו"ב המפורסים וכו' מוה' זאב וואלף הלוי נ"י אבד"ק סמארטין בגליל ז"ב.

ב מכתבו הגיעני בדבר שאלתו שאחד ששמו הי' שמואל ומחמת חולי קראו אותו חיים וכעת בא לגרש ויש ספק אי קראו שמו רק חיים או בצירוף שמואל ובעליתו לס"ת וחתימתו נקרא וחותם עצמו שמואל חיים ובפ"כ נקרא שמואל לבד והאריך מעל"כ איך לכתוב בגט והנה כבודו האריך בכל פרט והנה בטעם דשינוי השם מ"ח היא העיקר לפענ"ד תלוי בטעם שינוי שם דהיפ"מ כתב דשינוי שם ושינוי מקום אינו מועיל לשנות הגזירה אם חטא אבל הסמ"ג והר"ן כתבו דשינוי השם הוא שאינו זה האיש שעשה אותו מעשה וע' במהרש"א בח"א בר"ה דף ט"ז שהאריך בזה ולפ"ז אם אינו אותו האיש שעשה אותו המעשה ע"כ צריך לעקור שם הראשון לגמרי דאל"כ מה יועיל לבטל הגזירה אבל להיפ"מ דאינו בא לכפרה על חטא די בשינוי השם אף שלא יעקר שם הראשון לגמרי ובזה יש לומר דבזה מחולק הרא"ש בתשובה עם מ"ש בפסקיו לר"ה והג"פ האריך בזה בס"ק צ"ג ואין להאריך בזה ועכ"פ בזה שחותם עצמו ונקרא לס"ת בשם שמואל חיים א"כ לטעם היפ"מ סגי בזה ויכול לכתוב שם שמואל מקודם כיון דעכ"פ נשתנה קצת במה דהוסיפו לו שם שני וא"כ לפענ"ד אין קפידא אם יכתוב שם שמואל וחיים בלא דמתקרי ולפמ"ש בגט פשוט בשם המבי"ט ג"כ יש להכשיר יעו"ש ומע"כ האריך הרחיב שכשר בזה וע"כ אני מסכים בזה למ"ש כבודו ולפי שענינים אלו אינם בשרשי התלמוד והפוסקים האריכו בזה מסברא דנפשתם וע"כ קצרתי ויפה פסק כבודו דברי הכותב בנחיצה כי רבות טרדותי העמוסות עלי ע"כ דברי מעטים וד' שנותיו יאריך כנפשו ונפש הדו"ש באהבה:

סימן מג

א שלום וכ"ט לכבוד הרב המאה"ג וכו' החריף ובקי ירא השם באמת מ' זאב וואלף הלוי נ"י אבד"ק סעמארטין והגליל יצ"ו בעה"מ ספר חדושי רז"ה על מקוואות.

ב יקרתו הגיעני לנכון וע"ד אשר שאל בהא דהביא הטור והמחבר סעיף יו"ד כתם על בגד צבוע אינו מטמא לפיכך תלבוש בגדי צבעונין והדג"מ האריך שלא לסמוך ע"ז ואני כתבתי בהגהותיי יד שאול דלפי דברי הר"ן דכל דבר שאינו מקבל טומאה אינו מקבל כתמים א"כ כיון דבגד צבוע אינו מקבל טומאה ליכא לטמא האשה. וע"ז האריך מעלת"כ דבגד צבוע אינו מקבל טומאה היינו רק טומאת נגעים אבל שאר טומאות מטמא א"כ מטמא ג"כ משום כתמים הנה ידע מעלת"כ מה שכתבתי בהגהות היא קיצור ממה

שכתבתי בזה בתשובה ושם בארתי זאת דכל שאינו מקבל טומאת נגעים מטעם דבגד צמר או פשתים כתוב אינו מקבל כתמים והארכתי בפלפול רב אך לפי שלא ידעתי כעת מקומו וכעת אני טרוד ליסע לדרך וגם בשבוע הבע"ל אולי אסע לק' קראקא באיזה עסק ע"כ לא חפצתי לעכב תשובתי וגם בדברי שאלתו שאשה אינה יכולה לטהר לבעלה אינה שייך זאת דמ"ש להקל בכתם על בגד צבוע היינו מה שנוגע לדיני כתמים וכתמים דרבנן דהם אמרו והם אמרו אבל בשבעה ימי ספירה דאחר תטהר אמר רחמנא שלא יהי' טומאה מפסקת ביניהם פשיטא דזה מקרי הפסק ואין צריכין שלא יהי' טומאה מפסקת וגם בספירת נקיים עכ"פ לא הוי בדיקה. ובזה יפה כתב מעלת"כ ובזה יש לי מקום להאריך במ"ש הרמב"ם תקנו ללבוש בגדי צבעונין והב"י הקשה דזה נדחה בש"ס ולפמ"ש יש ליישב דבש"ס קאי בימי ספירתה וכדומה דנדחה אבל אם תמצא כתם בימי טהרה בזה תקנו אף דיש לדחות. ועשו"ת תשובה מאהבה ח"א סי' קס"א שם ימצא הרבה ממה שכתב מעכ"ת:

סימן מד

א בענין דבר שיש לו מתירין.

ב ראיתי בכתבי אא"ז הרב הגדול צדיק וישר מוה' דוב בעריש זלה"ה היילפרין שמסר לי כבוד אבי מורי הרב הגאון נ' בעת היותי בבערזאן בקיץ שנת תד"ר במ"ש להקשות במ"ש התה"ד סי' ק"ע וכן קי"ל להלכה בש"ע יו"ד סי' ס"ט סי"ד דבשר ששהה ג' ימים בלא מליחה בטל ברוב ולא חשוב דבר שיש לו מתירין לצלי כיון דלצלי לא נאסר מעולם ועל זה הקשה הרב אא"ז ז"ל מהא דכתב הר"ן בנדרים דף נ"ב דלכך בשאלה מים ומלח הוה כרגלי שתיהן ולא בטל דהוה דבר שיש לו מתירין אף דהוה מין בשאינו מינו משום דשאני כל דבר שיש לו מתירין שאינו מותר רק לאחר זמן אבל כאן גם עכשיו הוא מותר כרגלי שתיהן ושייך דבר שיש לו מתירין אף בשאינו מינו וע"ז הקשה דהא כרגלי שתיהן לא נאסר מעולם ולא שייך דבר שיש לו מתירין דלטעם דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר שפיר כתב התה"ד דכל דלזה לא נאסר מעולם לא שייך לומר דתוכל לאכלו צלי דהא מ"מ בבישול דנאסר לא תוכל לאכלו וא"כ ממנ"פ בטל דאם רוצה לאכלו צלי ל"צ לביטול כלל ואם אוכלו בבישול שוב אין לו בית מנוס לאוכלו בלי ביטול אבל לטעם הר"ן בנדרים שם דיותר נתקרב להההיתר מלאיסור א"כ גם בהך דתה"ד הא מכל מקום כיון שיש לו היתר לצלי א"כ נתקרב טפי להיתר מלאיסור ומהראוי לומר דלא בטל ולכך התה"ד דלא אזיל בשיטת הר"ן ותדע שהרי הקשה על הרי"ף בפת שאפאה עם הצלי

מהך דר"א ביבמות פ"ב דאמר אי לכהן משרי שרי והרי הר"ן ביאר שם דל"ק מזה ע"ש וע"כ דלא ס"ל כסברת הר"ן הנ"ל וא"כ ל"ק מהרי"ף.

ג ומן האמור נראה דמ"ש הרמ"א בסי' ק"ב ס"ד דטעם בטל אף דהוה דבר שיש לו מתירין וכלם תפסו עליו בזה ועיין ט"ז וש"ך שם. ולפענ"ד תלוי בשני הטעמים של דבר שיש לו מתירין דלפי טעמו של הר"ן משום דהו"ל מין במינו א"כ גם בטעם לא בטל אבל לפי הטעם של כל הפוסקים ובפרט הרמ"א דלא הזכיר כלל טעמו של הר"ן בת"ח רק משום דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר א"כ כל שאין בו רק הטעם בלבד א"כ פשיטא דבטל בששים דכל שאין הטעם נרגש שוב לא אכל האיסור כלל וכבר נתבטל במציאות.

ד איברא לפמ"ש האחרונים דבכל דבר שבטל בששים היינו שטעם בטל אבל כמות האיסור צריכין לבא מטעם ביטול ברוב דסוף סוף נתרבה בכמות א"כ לענין כמות האיסור שייך לומר עד שאתה תאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר ולא בטל ברוב ועכ"פ מה שחילק הש"ך בין היכא שגוף האיסור עדן בתערובות ובין היכא שהוציאו האיסור ולא נשאר רק הטעם דבזה לא שייך דבר שיש לו מתירין. הנה לפמ"ש החילוק ברור וצלול דכל שישנו לגוף האיסור שוב צריך לבא מכח ביטול א"כ שייך דבר שיש לו מתירין דעד שאתה תאכלנו אבל בטעמו בלבד לא שייך דבר שיש לו מתירין דכל שנתבטל בששים הרי נתבטל במציאות כלל והש"ך האריך דאף בלא נשאר רק הטעם שייך עד שאתה תאכלנו באיסור ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק. ובזה מיושב מה שהביא הש"ך ראיה מרבינו ירוחם דמי שנודר מבשר ונתבשל עם הבשר בצים דהוה דבר שיש לו מתירין ע"ש ולפמ"ש אין ראיה דכל הטעם דבטעם לא שייך דבר שיש לו מתירין משום דנתבטל במציאות וא"כ זה שייך בכל האיסורין אבל בנדר דעיקר תלוי בלשון בני אדם אף התבשיל בכלל האיסור וא"כ מה בכך שאינו נותן טעם סוף סוף נ"ט בביצים ואסור מידי דהוה אם נדר מן העפר דעכ"פ נ"ט אף שאינו נרגש וז"ב. ובאמת לפמ"ש במק"א דכל שיש ששים א"צ לבא לביטול ברוב כלל דכל דאינו נותן טעם אינו אסור וכל שאינו נותן טעם הוה כעפר ומותר א"כ צדקו דברי הרמ"א אף בלא הוציאו מהאיסור דסוף סוף אינו נותן טעם. ובזה ל"ק קושית הש"ך מנדרים דשאני נדרים דכל דנתן טעם אף שאינו נרגש לא בטל ואסור בנדרים וכמ"ש.

ה אך הש"ך הביא ראיה משכר הנעשה מתבואה חדשה דקרי לי' דבר שיש לו מתירין אף שאינו רק טעם וש"מ דכל שיש לאיסור ג"כ הטעם לא בטל וע"כ דגוף האיסור צריך לבא לביטול ברוב ושייך דבר דיש לו מתירין.

י ובזה מיושב היטב מ"ש הטור באו"ח סי' תקי"ג דלפמ"ש ר"ת דטעמו בטל בששים א"כ אף כאן התבשיל מותר וכתב הד"מ דכיון דלחזותא וטעמא עביד לא בטיל וכן קי"ל בש"ע שם ולפמ"ש א"ש דבאמת בא"מ לא שייך דבר שיש לו מתירין רק דכל דלחזותא ולטעמא עביד הו"ל כמין במינו ועיין מג"א שם.

יא ומעתה באמת הא בטעם לא שייך דבר שיש לו מתירין וא"ל דהו"ל דבר שיש לו מתירין דהא הכמות צריך לבא לביטול ברוב דזה אינו דלענין ביטול גוף הביצה לא הוה דבר שיש לו מתירין דהו"ל מין באינו מינו ולענין הטעם שוב הטעם בטל בששים וז"ב מאד.

יב ובזה מיושב מ"ש הטור ביו"ד דלפמ"ש ר"ת דבא"מ בטל טעמו בששים אין התבשיל נאסר ובאו"ח כתב דטעמו בטל בששים. ולפמ"ש אתי שפיר דדא ודא אחת היא דבאמת בטעם לא שייך דבר שיש לו מתירין רק דכל שלא הוציאו גוף האיסור שוב לא שייך זאת דאף האיסור צריך לבא מטעם ביטול ברוב ולכך הקדים הטור דלענין גוף האיסור שוב הו"ל מבא"מ ולא נשאר רק מחמת הטעם וטעם בטל בששים אף דהוה כמב"מ ודו"ק.

יג שוב ראיתי בכו"פ שדרך ג"כ בכעין זה והמעיין יראה ההבדל שבינו לביני, ובזה מיושב מה שהקשה הכו"פ שם מהך דיבמות פ"א דמוקי לה ר"א משום דהוה דבר שיש לו מתירין ואפ"ה לא בטל. הנה ל"מ אם נימא דכל שלא הוציאו האיסור שייך דבר שיש לו מתירין פשיטא דל"ק אלא אף אם נימא דכל שבטל הטעם אף גוף הדבר מותר ג"כ לק"מ דכבר כתבתי דלטעמו של הר"ן בענין דבר שיש לו מתירין משום דהו"ל מין במינו שייך דבר שיש לו מתירין אף בטעם וא"כ יש לומר דאף דאנן לא קיי"ל כטעמו של הר"ן היינו דוקא בדבר שגם כעת הוא אסור רק שיהי' מותר אח"כ שפיר אמרינן דסוף סוף כמו שהוא כעת אנו דנין והו"ל איסור והיתר ונקרא מב"מ אבל שם בהך דר"א דגם כעת הוא מותר א"כ בזה חידש הר"ן דגם באינו מינו הו"ל כמינו כיון שגם כעת יש לו היתר א"כ בזה כ"ע מודו דהו"ל דבר שיש לו מתירין אף בטעם ובזה י"ל גם מנדרים וע"פ דרך הנ"ל. ובזה יש ליישב הרבה קושיות. ובאמת לולא שאיני כדאי הייתי אומר דאף באיסור בלוע לא יהיה שייך דבר שיש לו מתירין דכיון דכל הטעם הוא משום דעד שאתה תאכלנו באיסור א"כ זה שייך כל שרוצה לאכול האיסור ממש א"כ שייך עד שתאכלנו באיסור אבל כאן שיש איסור נבלע בו א"כ הכי בשביל זה לא יאכל החתיכה שמעורב בו האיסור בשביל האיסור שאינו רק נבלע בו וגוף החתיכה מותרת וגם האיסור בטל והכי יהי' הטפל חמור מן העיקר ואדרבא יש לומר דהעיקר גורר הטפל להיות מותר ובזה יש ליישב הרבה קושיות של האחרונים ואכ"מ להאריך ועיין שעה"מ פט"ו ממאכלות אסורות. והנה לכאורה יש להבין בהא דפריך הש"ס ביבמות דף פ"ב דר"א

בדותא היא דאי לכהן משרי שרי ואי לישראל לעולם אסור והקשה הר"ן לשיטת הרי"ף דפת שאפאה עם הצלי דהוה דבר שיש לו מתירין כיון דמותר בלי בשר וא"כ כיון דלכהן משרי שרי יהיה מקרי דבר שיש לו מתירין וכתב דמה לישראל בהיתירו של כהן סוף סוף לישראל אסור ע"ש. ואכתי צ"ב דכל הטעם דדבר שיש לו מתירין הוא משום דעד שתאכלנו באיסור והיינו דלמה לך הביטול אוכלו בלי ביטול ובהיתר וא"כ כמו דפת שאפאה עם הצלי אמרינן דהוה דבר שיש לו מתירין דאף דבכותח אסור בלי כותח יכול לאכלו מכ"ש בזה כיון דיוכל הכהן לאכלו וחטאת ניתן לאכילת כהן ואין לו הפסד כ"כ למה לא נימא דהו"ל דבר שיש לו מתירין ואין לומר דהו"ל דבר שיש בו הפסד דלכהן אינו שוה כ"כ כמו לישראל והוה כמו הגעלת כלים דכתב הרשב"א דכל שצריך הוצאה ל"מ דבר שיש לו מתירין דא"כ איך קרי לי' ר"א דבר שיש לו מתירין וא"כ מה מקשה וצריך לומר דלשיטת הרי"ף כפי מה שפירש הר"ן בנדרים דף נ"ב שם הוא תלוי במה שנתקרב להיתר טפי ומקרי מב"מ א"כ כל שלישראל אסור לעולם וא"כ לגבי' לא מקרי מב"מ ושפיר בטל ושפיר פריך הש"ס וכמ"ש הר"ן שם.

י ובזה אמרתי ליישב מה דקשה לי טובא בהא דאמר ר"א שם דהו"ל דבר שיש לו מתירין והיינו במה שמותר לכהן וקשה כיון דהכהן עצמו אסור לו לאכלה בעזרה כדין חטאת שנאכל בעזרה דהא נתערב בחולין ועיין תוס' מנחות דף פ' ד"ה וכי דאף דהכנסת חולין לעזרה אינו אסור אלא כעין הקרבה מכל מקום לאכול חולין בעזרה איכא גנאי וכאן שנתערב במאה חולין בודאי יש גנאי לאכלו בעזרה דרובו חולין וכ"ש במאה חולין וא"כ שוב גם הכהן צריך לאכלו חוץ לעזרה וא"כ כיון דחטאת אסור לאכול חוץ לעזרה וע"כ מתורת ביטול אתינן עלה וא"כ איך שייך לומר דמקרי דבר שיש לו מתירין דכל טעם דדבר שיש לו מתירין הוא משום דלא נצרך לבא לידי ביטול ברוב וכאן ע"כ מתורת ביטול אתינן עלה וכמ"ש והיא קושיא נפלאה ועיין מלמ"ל פ"ב משחיטה ה"ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה תלוי בטעם דבר שיל"מ דאם נימא כשיטת הרי"ף לפי פירוש הר"ן א"כ עיקר תלוי בהתקרבות להיתר טפי מקרי מב"מ וא"כ כל שמותר לכהן אף שמתורת ביטול הוא מכל מקום לישראל אסור דהו"ל דשיל"מ וע"ז שפיר פריך ממנ"פ למאן מקרי דבר שיש לו מתירין אי לכהן משרי שרי ולישראל אסור וא"כ לא מקרי מב"מ דלכהן בלא"ה מותר ומה לו לישראל בזה וז"ב ובאמת אם נימא דבנימוחה כל שאינו רק טעם בלבד א"צ לאכלו בעזרה הי' מקום ליישב קושייתי אבל עכ"פ מתורת ביטול מוכרח לבא ע"ז. אמנם בגוף קושית הר"ן על הרי"ף וכן הקשה הראבי"ה במרדכי על הרי"ף נראה לפענ"ד דהנה באמת צריך ביאור ענין דבר שיל"מ דהוא מטעם דעד שתאכלנו

באיסור תאכלנו בהיתר והיינו כמו שפירש"י בביצה דף ג' דאף דמן התורה חד בתרי בטל מכל מקום מדרבנן אחמור דלא לבטול משום דיש לו היתר למחרת למה לי היתר משום ביטול.

יא ולכאורה צריך ביאור דכיון דמן התורה נהפך האיסור להיות היתר כמ"ש הרא"ש וא"כ לא מקרי איסור כלל ועיין כו"פ שנתעורר בזה וכן הקשו האחרונים, אך באמת הדבר נכון דמדרבנן אף במב"מ צריך ששים ולא אמרינן דהאיסור נהפך להיתר מדרבנן ועיין בסי' ק"ט ביו"ד בב"י ובש"ע וא"כ כיון שמדרבנן צריך ששים ל"ש ביטול דכיון דמקרי איסור רק שנתבטל כל שיש לו היתר בלי ביטול לא מתרינן ע"י ביטול וז"ב. ובזה אני אומר דבר נחמד דלכך דבר שיש לו מתירין אינו רק במינו דבשא"מ כיון שהטעם בטל בששים וכבר ביארתי למעלה דכל שבטל בששים ואינו נרגש הטעם א"כ גם הכמות האיסור בטל דהא אין לו טעם והוה כעפרא ולכך כל שבטל בששים לא שייך בי' דבר שיש לו מתירין דלא שייך לגבי' עד שתאכלנו באיסור דאינו איסור כלל משא"כ במב"מ דבאמת מב"מ אינו בטל הטעם דאדרבא מין מחזק מינו רק דאינו נרגש כיון שגם היתר יש לו טעם זה א"כ עכ"פ הכמות צריך להתבטל ברוב דסוף סוף יש בו האיסור ורק דבטל ברוב וא"כ שפיר מקרי דבר שיש לו מתירין דכל שיש לו היתר בלי ביטול אסרו חז"ל לסמוך על הביטול וז"ב בטעם דבר שיל"מ דאינו רק במינו ולא בשא"מ. ובזה מיושב היטב דברי הרי"ף דלכך בפת שאפאה עם הצלי אסור אף בשא"מ משום דהרי השריש לנו הרי"ף דבריחא מלתא מקרי מב"מ אף בא"מ לא בטל דמשהו איכא וכיון שכן שפיר קרי לי' דבר שיל"מ דאף דבא"מ לא שייך דבר שיש לו מתירין הא כל הטעם דבא"מ לא שייך דבר שיל"מ דאינו אסור כלל דכל שאינו נרגש הטעם הוה כעפרא וכיון שבריחא משהו אסור דמכל מקום נרגש הריח וכמ"ש הרי"ף ובתשובה ביארתי דבריו בזה באורך וא"כ כיון שכן שוב אף בא"מ שייך דבר שיש לו מתירין לגבי ריחא ומעתה מיושב היטב כל קושיותיו דלא משום דמותר כעת מקרי דבר שיש לו מתירין רק משום דבריחא אף בא"מ אסור במשהו וא"כ ל"ק מהך דר"א וגם מהך דכרגלי הממלא ודוק היטב כי דבר נפלא הוא ת"ל. ובזה יש ליישב מה דמבואר ביו"ד סוף סימן ק"ב דלא מקרי דבר שיש לו מתירין במבשל בשבת כמו תרומה דבטל דלא מקרי דבר שיש לו מתירין דלמי דאסור אסור ולמאן דשרי שרי ותמה המ"א סי' שי"ח ס"ק ב' דל"ד דבתרומה לא מקרי דבר שיל"מ לשום אדם דלכהן תמיד שרי ולישראל לעולם אסור משא"כ במבשל לאחרים מקרי דבר שיש לו מתירין שיהיה מותר לאחר שבת ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה אין סברא כלל דיהי' מקרי דבר שיל"מ מה שיהיה מותר לאחרים דסוף סוף למי שנאסר

אסור ומה לו בהתרו דאחרים וכמ"ש הר"ן בטעמו של הרי"ף וכן פירש הוא במה דפריך הש"ס על ר"א דלכך לא מקרי דבר שיש לו מתירין דסוף סוף אצלו לא מקרי דבר שיש לו מתירין ולפי טעמו של הר"ן הרי לגבי' לא נקרא מב"מ והו"ל איסור עם היתר ודוק. והנה הרמב"ם כתב בפט"ו ממאכלות אסורות הי"א וכן תרומה נתנו בהן חכמים שיעור שאין בהם דרך היתר לכל אדם וכתב הכ"מ דק"ל דכיון דהוה היתר לכהנים יהיה מקרי דשיל"מ וכתב כיון דלא מותר לכל אדם לא מקרי דשיל"מ ע"ש והרי מבואר דכיון שאין מותר לכל אדם לא מקרי דשיל"מ דאל"כ הי' לו להרמב"ם לבאר דלכך לא מקרי דבר שיל"מ דלכהן משרי שרי ולישראל אסור וע"כ דכל דאסור לאיש אחד לא מקרי דבר שיל"מ והנה הכ"מ כתב עוד טעם דק"ל דהו"ל דשיל"מ ע"י שישאל על התרומה וכתב כיון שאין לו היתר רק לכשישאל ואין דרך בני אדם לשאל על התרומה לא מקרי דבר שיש לן מתירין ודבריו תמוהין דאף דבנדרים דף נ"ט אמרו דלכך לא מקרי תרומה דבר שיל"מ היינו משום דלאו מצוה לאתשולי עלי' אבל לא כמ"ש הרמב"ם דאין לו היתר לכל אדם ואף אם נדחוק דכוונת הכ"מ ג"כ כיון שאסור לתשול עליו אין דרך בני אדם למתשל עלי' מכל מקום קשה דהא באמת לכשישאל יחזור לטבלו והאיך נקרא דבר שיל"מ וע"כ לא פריך הש"ס בנדרים שם דיהיה מקרי דבר שיל"מ רק בתרומה טמאה דכשיעשה טבל יהיה לו היתר לכשיפרוש ממקום אחר ויהיה מותר התרומה טמאה דיהיה חולין טמא ומותר מה שאין כן בתרומה טהורה איך שייך דהוה דבר שיל"מ דיהי' נשאל ע"ז ומה יועיל בזה והא יצטרך להפריש תרומה ממקום אחר ומה נ"מ בין זה לזה וע"כ מחוורתא כפירוש הראשון אבל מאד מאד תמה אני דאם כן איך אמרו על ר"א דבדותא היא דאי לישראל אסור ולכהן משרא שרי דא"כ תרומה נמי ועיין תוס' שם שהקשו דמה ס"ד דר"א דקרי' ליה דבר שיל"מ הא תרומה נמי כן ויהיה מקרי דבר שיש לו מתירין וא"כ יקשה כיון דבאמת כל הטעם דתרומה בטלה ולא מקרי דשיל"מ כיון דלכהן משרא שרי וא"כ מה ס"ד דר"א אבל באמת לפענ"ד כוונת הרמב"ם הוא דבאמת תרומה לא מקרי דבר שיש לו מתירין דאם ישאל יחזור לטבלו ועיין שו"ת אא"ז בעל שער אפרים סי' ל"ח ורק דהרמב"ם חשב שם בפרק ההוא איסורין שהם בנו"ט ומה שהן במשהו ומה שהן יותר מששים עד מאה או מאתים ונתן בכל אחד טעמו ולכך בתרומה דיוצא מגדר הששים עד מאה ואינו במשהו לכך כתב הרמב"ם בצחות לשונו וכן התרומה דהיינו שבזה שוה לערלה וכ"כ וחלב ודם שנתנו חכמים בהן שיעור דהיינו בערלה וכ"כ מאתים וחלב ודם ששים ותרומות במאה עכ"פ יש להם שיעור לא במשהו ולכך כתב לפי שאין בהן היתר לכל אדם והיינו דבשלמא ערלה וכ"כ אינן מותרין לכל אדם לכך שייך בהם

מאתים משא"כ תרומה דמותר לכהנים ולזרים אסור א"כ לגבי זרים מהראוי להשוות לחלב ודם דבטל בששים דממ"נ אם נחשבם כאיסור לא עדיף מחלב ודם ומכ"ש אם מקרי היתר דמהראוי שיתבטל בששים ולזה אמר לפי שאין בהם היתר לכל אדם ולכך הוציאו משיעור ששים והעמידוהו על מאה וז"ב בכוונת רבינו ודוק ועט"ז סי' שכ"ג בהלכות חלה מ"ש שם ולא נזכר מדברי הכ"מ הנ"ל ודוק. אחר זמן רב שכתבתי זאת הגיע לידי לפי שעה ספר תשובה מאהבה ח"א להרב מוהרא"ף מפראג וראיתי בסי' ב' שהביא דברי רבינו אלו ותמה על הכ"מ בתירוצו השני דהא גבי נדרים דיכול לשאול על נדרו מקרי דבר שיל"מ וכתב דשאני נדרים דמצוה לשאל על נדרו ותמהני עליו דכי חדת הוא ליה והן הן דברי הש"ס נדרים דף נ"ט ותמהני עליו וביותר על הגאון בעל נוב"י שם שהשיב לו בדברי רבינו אלו ולא הוכיחו על פניו מדברי הש"ס אלו

יב ודרך אגב אומר מה שהראני הרבני המופלג החריף מוה' מאיר בראם נ"י דברי השטה מקובצת בב"מ דף נ"ג ע"א בהא דאמרו דדבר שיל"מ אפילו באלף לא בטל שהקשה מטבל דהוה דבר שיל"מ ושלא במינו הוא בנו"ט וכתב דכיון דהוה שלא במינו אינו מקרי דבר שיל"מ ואין שמו עליו והביא ראיה מהא דאמרו קונם יין שאני טועם ונתן לתבשיל הרי זה בנו"ט אף דמקרי דבר שיל"מ ואח"כ כתב ומיהו יש לדחות דלמא שאני קונם דאין דעתו של אדם לאסור אלא בנו"ט כדקתני רישא התם הנודר מן היין מותר בתבשיל שיש בו טעם יין והיינו טעמו שלא הי' דעתו אלא על היין שהוא בעין וניהו דכי אמר יין אסור טפי דנו"ט מיהא אסור לפי שדעתו על נתינת טעם אבל בלא טעם אין דעתו כלל עכ"ל והבין הנ"ל דכוונת השיטה דבקונמות לא שייך דבר שיל"מ דלא בטיל אף באלף לפי שהרי לא רצה לאסור רק בנ"ט ובאמת שהדבר תימה דא"כ איך יפרנס דקונמות מקרי דבר שיל"מ כדאמרו בנדרים דף נ"ח וכן קיי"ל כמ"ש הרמב"ם וטוש"ע סי' רט"ז סעיף יו"ד אבל באמת כוונת השיטה שם להוכיח דיש חילוק בין מב"מ ובין מבשא"מ וע"ז הביא ראיה מקונמות דבשא"מ מותר בנו"ט וע"ז כתב דמזה אין ראיה לשאר דבר שיל"מ דבקונמות י"ל דבטל במין בשא"מ משום דעיקר תלוי במה שאסר וזה לא אסר רק מה שיתן טעם וכל שיש ששים בשא"מ דליכא נו"ט שרי אבל במב"מ דכל אחד מחזק חבירו וא"כ גם במשהו נאסר דהרי לא נתבטל במציאות ויש בו אותו טיפת יין שאסר עליו כיון דמב"מ הוא וז"ב ופשוט ואין כאן מחלוקת דבשא"מ גם בדבר שיש לו מתירין קי"ל דבטל. אחר כמה שנים מצאתי בנודע ביהודא מהד"ת חלק יו"ד סי' נ"ג שהקשה לשיטת הראבי"ה הנ"ל דכל דלא הותר למה שנאסר לא שייך דבר שיל"מ וקשה מהא דקאמר בנדרים דף נ"ח אף אני לא אמרתי אלא לביעור אבל

לאכילה בנו"ט ופי' הר"ן כיון דיכול לאכול קודם הביעור חשיב דבר שיל"מ הרי דאף דלא נאסר קודם הביעור ולאחר הביעור לא הותר מכל מקום מקרי דבר שיל"מ ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהר"ן לשיטתו הוא דפירש כן דהא לדידיה דבר שיל"מ משום מב"מ נגעו בו אבל הראבי"ה דס"ל דהוא משום דעד שאתה תאכלנו באיסור פשיטא דל"ח דבר שיל"מ ומפרש כפירוש רש"י והרא"ש שם ע"ש. ומה שהקשה הנוב"י שם דלהר"ן קשה כיון דכעת ג"כ מותר למה לא יהיה חשיב דבר שיל"מ אף בא"מ כמ"ש הר"ן דכל שכעת מותר אף בא"מ נמי חשיב דבר שיל"מ. אני תמה מאד דאטו אפשר לומר דחשיב דבר שיל"מ בשביעית דמותר והלא אמרו שם בנדרים בהדיא דשביעית מקרי אין לו מתירין ובאמת כיון דצריך לאכול בקדושת שביעית מקרי לגבי התערובות כמו איסור בהיתר ורק לענין מב"מ עשאוהו כדבר שיל"מ דמכל מקום יכול לאכול אותו עכ"פ וא"צ לבערו עדן אבל לא שיחשב כהיתר גמור שגם בא"מ יחשב כדבר שיל"מ וז"פ מאד לדעתי. וזה נראה לפענ"ד בכוונת הרמב"ם פט"ו ממאכלות אסורות הלכה ח' שכתב פירות שביעית אעפ"י שאם נתערבו במינו בכל שהוא ובשא"מ בנו"ט אינו בכלל איסורי תורה שאין אותה התערובות אסורה אלא חייב לאכול הכל בקדושת שביעית כמו שביארנו במקומו והכוונה לפענ"ד שבא לתרץ למה לא מנו בכלל טבל גם שביעית דהו"ל דבר שיש לו מתירין במינו ולשיטת הר"ן אדרבא גם בשא"מ הי' ראוי שלא יבטל דמותר כעת לזה כתב שכיון שמחוייב לאכלן בקדושת שביעית לא שייך לומר דיש לו מתירין ולכך בא"מ בטל ובמינו בכ"ש דמכל מקום יש לו היתר מקרי דעכ"פ אוכלן בקדושת שביעית אבל לא שייך למנותו כמו טבל וי"נ דשם יש לו מתירין לגמרי בטבל משא"כ בשביעית וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב דברי הראב"ד שם שכתב דיש ביעור אחר שהוא בשריפה או בקבורה לאחר שיכלה המין ואז בין במינו ובין בשלא במינו בנו"ט והיינו דשם לא מקרי דבר שיל"מ כלל דהא הוא בשריפה וקבורה ולכך הוא בנו"ט ובא הראב"ד ליישב מה דאמרו בפשיטות דשביעית לא מקרי דבר שיל"מ ולזה בא הראב"ד ליישב דקודם הביעור ל"ש מתירין דהא עכ"פ צריך לאכלו בקדושת שביעית ולאחר הביעור שוב בודאי אין לו מתירין ועיין לח"מ מה שהאריך בדברי הראב"ד ולפמ"ש אתי שפיר כמין חומר. ויתכן יותר דבא הראב"ד לשלול פירוש הרמב"ן בתורה פ' בהר שכתב דלאחר הביעור ג"כ אינו בשריפה רק שצריך להפקירן על פתח ביתו ואוכלין כן לעולם ואם חזר וזכה בהם הולך ואוכל ע"ש וא"כ לדידיה שוב הי' מקרי דבר שיל"מ כמו קודם הביעור וא"כ שוב נקרא יש לו מתירין שגם לאחר הביעור מותר באכילה ע"י שיפקירן לזה אמר הראב"ד דהוא מהנשרפין ושוב אינו מקרי דבר שיל"מ כלל דקודם הביעור צריך לאכלן בקדושת

שביעית ולא הוה היתר גמור ולאחר הביעור פשיטא דלא מקרי דבר שיל"מ דאסור לגמרי ודוק היטב. ולשיטת הרמב"ן צ"ל ג"כ דלא מקרי דבר שיל"מ משום שעכ"פ צריך לאכלן קודם שביעית ועכ"פ זה ודאי דלא מקרי דבר שיל"מ כדאמרו בנדרים בהדיא דשביעית אין לו מתירין וא"כ אתי שפיר דברי הר"ן.

יג וראיתי בשעה"מ פט"ו ממ"א ה"ד הקשה ג"כ על הר"ן כקושית הנוב"י ובעיני יפלא מה ראו על ככה דהדברים פשוטים דל"ד לטבל דמותר לגמרי ע"י התיקון ומכ"ש בפת שאפאה עם צלי דמותר לגמרי עם בשר משא"כ כאן דצריך לאכול בקדושת שביעית. והנה הא דטבל מקרי דבר שיל"מ משום שיש לו תקנה צ"ב דהא עכ"פ צריך להפריש תרומה ומעשרות לתקן וכל דאיכא פסידא לא שייך דבר שיל"מ דצריך הוצאות. והנה זה רבות בשנים אשר אמרתי לבאר בזה דברי הש"ס בע"ז דכהיתירו כך איסורו דאמר שמואל חטה אחת פוטרת את הכרי והירושלמי נתן טעם דהו"ל דבר שיל"מ ואמרתי דש"ס רצה ליישב דל"ש הוצאת דחטה אחת פוטרת ומקרי דבר שיל"מ אבל קשה דא"כ מעשר דלא מפטר בחטה אחת איך שייך דבר שיל"מ. אמנם כעת נתיישבתי בזה דהנה באמת יש שני ענינים בתרומה ומעשר דצריך שיפקע מתורת טבל וצריך מלבד זה נתינה לכהן וכמ"ש הרמב"ן בשרשיו למצות שורש י"ב ע"ש ולפ"ז עכ"פ דשיל"מ מקרי דיכול להפריש עכ"פ ויפקע איסור טבל מעל הכרי ואף דלענין נתינה לכהן בחנם לא יצטרך לתת מספק עכ"פ לענין חיוב הפרשה לא נפקע עד שיפריש ומקרי דבר שיל"מ דיכול להפריש ולמכור לכהן וכמו בתרומת מעשר של דמאי וכמבואר בפ"ט ממעשר. ובזה יש לומר דבר נחמד בהא דנתנו בש"ס דילן הטעם משום דחטה אחת פוטרת את הכרי ובירושלמי נתנו טעם דהוה דבר שיל"מ דהרי בתוס' רי"ד כתבו בקידושין דף נ"ח דהא דחטה אחת פוטרת את הכרי אף דבעי נתינה דבר חשוב דהיינו דעכ"פ מידי טבל יצא בחטה אחת ולכהן באמת צריך שיתן דבר חשוב ועיין משנה למלך פ"ק ממתנות עניים שהביא דבריו והאריך ולפ"ז זהו שאמרו כיון דעכ"פ חטה אחת פוטר והיינו דענינים חלוקים הם דמידי טבל עכ"פ יצא ושוב מקרי דבר שיל"מ דא"צ הוצאות דמוכרה לכהן בדמים וז"ב. איברא דלפ"ז צריך ביאור הא דכתב הרמב"ם פ"א ממעשר שני הלכה י"א פירות שנה שניה שנתערבו בפירות שלישית או של שלישית ברביעית הולכין אחר הרוב מחצה למחצה מפריש מעשר שני מן הכל אבל לא מעשר עני שמעשר שני חמור שהרי הוא קדש ומעשר עני חול והראב"ד השיג עליו וז"ל ולמה לא יפריש מעשר עני והלא יש עליהם איסור טבל ואוסר במשהו ומצינו לר"ע שעישר על ספיקו שני עישורים מעשר עני ומעשר שני ואפילו אחר הרוב אין ליל‍ך באיסורי טבל אלא בדמאי ע"ש והדבר

תמוה דע"כ לא מקרי דבר שיל"מ רק בדבר שא"צ הוצאה אבל כאן צריך הוצאה להפריש שני מעשרות וצ"ל דעיקר הקושיא הוא דעכ"פ צריך להפריש מעשר עני ג"כ ואף שלא יתן לעני מספק מכל מקום עכ"פ צריך להפריש כדי להפקיע מצות טבל מעל התבואה. איברא דעדיין הדבר צ"ב דע"כ לא אמרינן דשתי ענינים הם טבל ונתינה לכהן רק בשאר מעשרות אבל מעשר עני דאינו קודש ולכך אין בו מיתה רק לוקה האוכל בטבלו וכמ"ש הרמב"ם פ"י ממ"א ה"כ והראב"ד קלסו ע"ש ואם כן עיקר הטבל הי' עיקרו שינתן לעני וכ"ז שלא נתן לעני הרי לא קיים המצוה כלל ולא נפקע האיסור כלל ולפענ"ד מש"ה מבואר בירושלמי שר"ע הפריש מעשר שני ופדאו וחלקו לעניים והמעות אכל בירושלים כמ"ש התוס' בר"ה דף ט"ו ד"ה ונהג ובהג"ה שם ובמהרש"א והרי דלא סגי לי' בהפרשה בלבד משום דצריך נתינה לעני ולפ"ז שוב לא שייך דבר שיל"מ. אמנם נראה דלכך מקרי דבר שיל"מ כיון דיכול לפדותו ויצא מידי טבלו שוב מקרי דבר שיל"מ ע"י שיכול לפדותו כדאמרו בירושלמי והובא בתוס' ר"ה הנ"ל. אך בגוף הדבר נראה לפענ"ד דאין התחלה לקושיא כלל דבאמת מקור הדין דהיכא דצריך הוצאות לא מקרי דבר שיל"מ מבואר ברשב"א ובטוש"ע לענין כלי שנתערב באחרים דצריך הוצאות להגעילה והיינו דמשום עצמות הכלי לא הי' צריך הוצאות רק משום שקרה מקרה שנאסרה שפיר בטל ול"מ דבר שיל"מ כיון דצריך הוצאות ולפ"ז זהו דוקא מה שבא לו מקרה שצריך הוצאות אבל כאן בטבל שמה שצריך להפריש תרומה ומעשר זה בעצמות הטבל לא שייך בזה שצריך הוצאות דהא מחויב לעשות כן ושפיר מקרי דבר שיל"מ.

יד איברא דלפ"ז יקשה על ראית הרשב"א מהא דפריך בב"מ דף נ"ג על שנכנס לירושלים ויצא וניהדר וניעיילה ולא פריך כן על פחות מש"פ דלמה לא מעיילה לירושלים וע"כ משום דצריך הוצאות לא מקרי דבר שיל"מ אבל שם שכבר הוא בירושלים ויצא רק פסיעה אחת ושפיר מקרי דשיל"מ ע"ש ולפמ"ש קשה דעכ"פ צריך להעלותו ולמה לא יהי' מקרי דבר שיל"מ. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דאין ראי' כלל מהרשב"א דבפחות משו"פ ל"ש כלל שיעלהו לירושלים דהרי הקדש בפרוטה תלה רחמנא כדאמרו בפסחים דף ל"ג לא אמרו שו"פ אלא לענין מעילה בלבד ופירש"י משום דלא כתיב ביה אכילה והנאת הקדש גבוה הוא בפרוטה ועיין ברמב"ם פ"א ממעילה ה"ג שכתב כל המועל בזדון וכו' ואזהרה של מעילה למדוה שנאמר לא תוכל לאכול בשעריך וכו' וכתב הראב"ד ופשוטה מזה הוא שנאמר היא בתרומת הקדשים לא תאכל ולפמ"ש י"ל דכיון דבתרומה אינו חייב בפחות מכזית וכדאמרו בפסחים שם דאין אכילה בפחות מכזית ורבינו רצה לומר דנהנה בשו"פ מעל לכך לא נקט הך קרא רק הך דלא תוכל לאכול

בשעריך שקאי לאוכל מבשר עולה דשם חייב על הנאת הקדש והקדש בפרוטה וכיון שכן שוב אינו חייב בפחות משו"פ להעלות לירושלים כלל דאינו מקרי קדש כל שהוא פחות משו"פ והא דמשני ר"ה בר יהודא חדא קתני מעשר שני שאין בו שו"פ שנכנס לירושלים ויצא היינו לפי דנחלקו שם ר' אמי ור' אסי אי אין בו או אין בחומשו ואנן קיי"ל דאין בחומשו וא"כ יש לומר דבכה"ג דיש בו שו"פ רק בחומשו אין בו ובזה שפיר מקרי קודש וצריך העלאה אבל זה דבר חדש שלא נזכר בפוסקים ולפענ"ד נראה כוונת הרשב"א דבאין בו שו"פ א"כ ההוצאה מרובה על השבח ובכה"ג כל שצריך הוצאה עכ"פ אינו עומד לפדות ובכה"ג לא מקרי דבר שיל"מ וכדאמרו בנדרים דף נ"ח לענין תרומה כיון דאינו עומד לאתשולי לא מקרי דבר שיל"מ וה"ה במה שצריך הוצאה אינו עומד לאתשולי ולפדותו. ובזה י"ל הא דמהרי"ל בתשובה סימן קצ"ד דחה דברי הרשב"א ומחלק בין הוצאה מרובה להוצאה מועטת והביא דברי התוס' בב"מ שם שכתבו בד"ה להדר ולעיילי' דמיירי ברחוק הרבה ולפמ"ש גם הרשב"א כיון כן רק דכל שצריך הוצאות מסתמא אינו עומד לעשות הוצאות ול"מ דבר שיל"מ דממונא ודאי מקרי מחוסר מעשה ובפרט בדבר דהוצאה מרובה.

טו והנה בכו"פ סי' ק"ח הקשה על המהרי"ל דכתב בעצמו דכיון דאינו שו"פ אף פסיעה אחת חשוב טורח א"כ יקשה למה הצריכו התוס' לחלק דלעיל איירי ברחוק מירושלים הרבה ומקרי דבר שאין לו מתירין והרי אף בפסיעה אחת מקרי טורח ונדחק הרבה. ולפענ"ד נראה דהנה כבר כתבתי דנחלקו בזה ר"א ור"א אי הכוונה אין בו שו"פ או אין בחומשו ולפ"ז גם הך ברייתא דאמר אין בו שו"פ ג"כ יש להסתפק איך הכוונה וא"כ אם נימא דהכוונה אין בחומשו שוב לא שייך התירוץ ולכך כתבו דמיירי ברחוק הרבה ונחשב טורח והוצאה מרובה דעכ"פ אין בו שוה ד' פרוטות או חמש וא"ש דברי התוס'. ועכ"פ נראה לפענ"ד דגם הרשב"א מודה דמה שצריך הוצאה לא יוציא מדבר שיל"מ כ"א בדבר שאינו עומד לעשות הוצאה ולכך בטבל שפיר מקרי דבר שיל"מ. ובגוף דברי הראב"ד שכתב דצריך להפריש גם מעשר עני משום דהו"ל טבל ובמשהו לכאורה היה נראה לי דבר חדש דהרי באמת אמרו בירושלמי דר"ע דהפריש שני עישורים לא שני מעשרות ממש דא"כ הי' מעשרותיו מקולקלים דהמרבה במעשרות פירותיו מקולקלים רק שהפריש מעשר שני ופדאו וחלקו לעניים ואכל המעות בירושלים כמ"ש התוס' בר"ה ולפ"ז לפמ"ש בשיטה מקובצת בב"מ דף נ"ג דהא דטבל בא"מ בטל ברוב ולא מקרי דבר שיל"מ הוא משום דכל שאינו מינו וליכא נותן טעם אין שמו עליו כלל ע"ש ולפ"ז כיון דאסור להפריש מעשר עני במזיד רק להפריש מעשר אחד ולפדותו שיצא מקדושת

מעשר שני דבאמת הוא מעשר שני דאזלינן להחמיר ורק דמחלק המעות א"כ כיון דיש לו דין מעשר שני לכל דבר א"כ הפירות שנתערבו אין שם מעשר עני עליו כלל ואבד שמו דהא אסור להפריש מעשר עני דהוה מרבה במעשרות רק לפדות המעשר שני ולחלק המעות לעניים א"כ אין כאן רק שהעניים יש להם חלק מעות כאן אבל מעשר שני אין כאן והוה כמו בא"מ דבטל שמו מכ"ש בזה ודו"ק היטב.

טז אמנם יש לומר דכוונת הראב"ד דכיון דאם נימא דהוה מע"ש לא שייך ביה איסור טבל וכמ"ש הכ"מ בשם הר"י קורקס דעכ"פ הוא הוציא מהכרי כל מה שצריך להוציא רק שהספק אם הוא מעשר שני או מעשר עני ולפ"ז לא שייך כאן מרבה במעשרות דעכ"פ הכרי מתוקן וכל הטעם דמעשרותיו מקולקלין הוא משום דכל שהוציא יותר מהצורך זה השאר טבל ואסור לכל אדם עד שיתקננה כמ"ש רש"י בקדושין דף נ"א וכאן שעכ"פ מידי טבל יצא ורק שלא קיים נתינה לכהן ושוב יכול להרבות במעשרותיו וליתן לעני ולא מקרי מרבה במעשרות ושוב מקרי דבר שיל"מ דלא אבד שמו כלל ובפרט במעשר שני שכתבתי למעלה דגם להרמב"ן מצות נתינה מעכב ושפיר צריך להפריש וז"ב. ובזה יש לומר דגם סברת המחלוקת שבין הרמב"ם להראב"ד דהרמב"ם ס"ל דממ"נ כיון דא"א לומר דמקרי דבר שיל"מ כ"א מכח שלא נקרא טבל רק שחיסר מצות נתינה ושוב בטל ברוב ולמה נצטרך להפריש דהא כבר בטל דאל"כ לא מקרי דבר שיל"מ דהא מקרי מרבה במעשרות וכמ"ש וגם המחצה למחצה כיון דמחזקינן שהוא מעשר שני מספק דהולכין להחמיר שוב ל"צ להפריש מעשר עני דהרי אי אפשר לתפוס החומרא בשני ראשים דהא מע"ש חמור ואתה מחזיקו במעשר שני והוה כסיל בחשך הולך כדאמרו שם בר"ה על ר"ע. ובזה מיושב מה שהקשה הראב"ד מהא דר"ע עישר שני עישורין דהוא כיון שנסתפק מהו המעשר שצריך להפריש אם מעשר עני או מעשר שני א"כ ל"ש לומר דיבטל דבמה יבטל כיון דהספק בעצמותו אבל כאן דמע"ש בודאי יש בו במחצה ואתה דן על זה שהוא מעשר שני להחמיר איך תחמיר ע"ז להפריש מעשר עני הא כבר החמרת שהוא שני וז"ב ויש לך שני צדרים לומר שהוא מעשר שני דהמחצה יש בו מעשר שני וגם קדושתו חמורה והוה כעין שני צדדים דהוא מעשר שני ואין לנו להחמיר לומר שהוא מעשר עני דהחומר בזה כמו מיעוט דמצרף להמחצה ועושהו כרוב לענין זה. ויש להמתיק יותר דר"ע לשיטתו דס"ל דחוששין למיעוט דאף דר"א ור"ע ס"ל דאזלינן בתר רובא דאיתא קמן אבל כאן לא הוה רוב רק דהחומר מצרפו ועושהו לרוב ובכה"ג הוה רובא דליתא קמן דמחמיר ר"מ דחיישינן למיעוטא וכמבואר בהגהמ"ר סוף חולין בהדיא דלר"מ ג"כ אזלינן בתר רובא דאיתא קמן משום דכי לא מודה ר"מ דאיסור

בטל ברוב ועיין בתוס' יבמות דף ס"ז אבל זה הוה רובא דליתא קמן ודוק כי חריף הוא. ובזה מיושב היטב דברי הראב"ד שכתב שיש להחמיד במעשר עני דמקרי דבר שיל"מ א"כ איך יפרנס הא דאמרו בתוספתא דדמאי פ"ד מצרפין פירות חו"ל על מעשר שני כדי שירבו על פירות שלישית לפוטרן ממעשר עני וכו' והובא במלמ"ל פ"א ממעשר שני שם והא הוה דשיל"מ דלא בטל ברוב וכבר הרגיש בזה המלמ"ל פ"ז ממעילה ומ"ש בזה לחלק דבלא ידענו שהוא מעשר עני כלל אמרינן דמרובא פריש. הנה מלבד שהקשה על הר"ן בזה והר"ן חוכך גם בזה דאזלינן לחומרא אף גם דא"כ ביבש ביבש לא נימא דהוה דשיל"מ והרי בחמץ בפסח קי"ל דגם יבש ביבש אמרינן דלא בטל והרי שם לא נרגש הטעם ושייך לומר דמרובא פריש והרי שם מצטרפין פירות ח"ל על פירות שני' כדי שיפטור מן המעשר של שלישית וא"כ מיירי שיש בודאי פירות שלישית ותמהני על המלמ"ל דאיך ניחא לי' בזה אף לשיטתו ולפמ"ש אתי שפיר דכאן לא שייך דבר שיל"מ דהא צריך להרבות במעשרות ובכה"ג אסור וכבר כתב הרמב"ן הובא בשטמ"ק בב"מ דף נ"ג דלענין שיצטרף על פרוטות דכיון דאיכא חשש שמא יביא פרוטות שוב מקרי אינו עומד לכך דהא איכא איסור לחלל דלמא יחלל בפרוטות ולכך מקרי דבר שאין לו מתירין ע"ש ולפ"ז גם כאן איכא איסור להרבות במעשרות וע"כ צריך לפדות במעות ושוב אין שמו עליו וכאן לא שייך דהא שמו עליו דהרי כבר יצא מהטבל דז"א דכאן שמרבה על פירות שניה כדי שיהיה רוב על פירות שלישית נמצא יש בו פירות שלישית שאין שייך בו רק מעשר עני ולא הוציא טבלו ושוב לא הוה דבר שיל"מ דבשלמא כשנתערב פירות שני' עם פירות של שלישית ויש ספק איזה פירות של שלישית ואיזה פירות של שני' שפיר בטל שמו אבל כאן שהולך בכדי להרבות ועדיין לא בטל שמו שוב לא מקרי דבר שיל"מ. איברא דצריך להבין איך מותר לכתחלה לערב כדי לבטל איסור והרי אסור לבטל אף באיסורי דרבנן ואולי כיון דעכ"פ יתן מעשר שני או מעשר עני רק שנפטר ממעשרות. מיהו עדיין קשה דאם כן היאך קתני מצטרפין פירות חו"ל על פירות הארץ כדי לפטרו ממעשרות והרי שם נפטר לגמרי ואולי הכוונה דעכ"פ מצטרף דמיירי שכבר נתערבו ועכ"פ שפיר קתני דמצטרפין לפוטרו ממעשרות דא"צ להפריש דלא שייך דבר שיל"מ דהא אסור להרבות במעשרות דהו"ל מעשרותיו מקולקלים ועדיין לא יצא מידי טבלו דהא לא הפריש כדינו דשמא הי' מפירות ח"ל שנפטרו ממעשרות ודוק היטב כי הוא עצה עמוקה

יז והנה בהא דאמרו מעשר שני שאין בו שו"פ שא"צ פדיון ראיתי בשיטה מקובצת בב"מ דף נ"ג שם בהא דממעט ממעשרו ולא כל מעשרו דהייינו דמה"ת א"צ פדיון וא"צ חומש

אבל מדרבנן צריך פדיון וצריך חומש והוא תימה לפענ"ד דא"כ מה פריך הש"ס אלא אי אמרת אין בו מאי דיו ולישני דעכ"פ מדרבנן צריך פדיון ולכך סגי בשיאמר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות וגם מנ"ל להראב"ד זאת ולפענ"ד נראה דהראב"ד הוציא כן משום דק"ל טובא דמה פריך הש"ס אלא למ"ד אין בו מאי דיו ופירש"י מה לשון דיו דמה רבותא יש בזה לתני אומר הוא וחומשו וקשה למה צריך שיאמר כלל הא א"צ חומש כלל כל שאין בו שו"פ כמ"ש הרמב"ם בהדיא בפ"ה ממעשר שני דמעשר שני שאין בחומשו שו"פ א"צ חומש וגם על הרמב"ם תמוה דבהלכה ה' העתיק הך דינא דדיו שיאמר הוא וחומשו וקשה למה לי כלל שיזכיר חומש הא א"צ חומש כלל וע"כ נראה לפענ"ד דמזה הוציא הראב"ד הדין דמדרבנן צריך פדייה רק דמשמע ליה דהא דסגי שיחלל על מעות הראשונות אף דאינו דבר ברור דלמא אין לו מה שיחלל שלא נשתייר כלל וצריך לומר כיון דמערימין על המעשר א"כ גם זה הערמה עכ"פ איכא דא"א לצמצם ולכך מותר וז"ב. ולפ"ז הא נודע מ"ש הרב התב"ש בבכור שור במס' פסחים דבדאורייתא לא שרי הערמה רק באיסור דרבנן שרי הערמה וכתב בהדיא דבמע"ש לא התירו הערמה רק בדרבנן בעציץ שאינו נקוב ואף דדבריו תמוהין כמ"ש האחרונים הארכתי בתשובה לבאר דבריו. ולפי זה ז"ש דיו שיאמר הוא וחומשו כיון דאינו רק מדרבנן סגי בהערמה כזו.

יח ובזה מיושב היטב דברי הש"ס דבשלמא למ"ד דאין בחומשו שפיר קתני דיו דעכ"פ מדרבנן צריך לפדות וצריך הערמה אבל אם אין בו שו"פ אף דמדרבנן צריך פדיה וגם חומש מ"מ עכ"פ לשון דיו לא נופל בזה דהו"ל תרי דרבנן ופשיטא דמותר בהערמה וז"ב. ובזה מיושב מה דאמרו דלמא אתי לאתויי פרוטות והקשו התוס' והקדמונים בשיטה מקובצת דהא מחללין על פרוטות ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון דזה אינו רק הערמה בלבד רק דבדרבנן שרי הערמה אבל שיהיה מקרי עי"ז דבר שיש לו מתירין א"א דהיאך מותר להערים כל שיש חשש שמא יבא לידי איסור תורה וא"כ לא הוה עכ"פ דבר שיל"מ דהא באמת אינו היתר גמור רק הערמה בעלמא ודוק עכ"פ דברי הראב"ד מיושבים היטב אבל הרמב"ם שהעתיק דאינו מוסיף חומש כל שאין בחומשו שו"פ ואח"כ העתיק דיו שיאמר הוא תימה דכיון שמדבריו משמע דאין צריך להוסיף חומש ובכה"ג אף רבנן לא תיקנו להצריך חומש א"כ למה צריך שיאמר הוא וחומשו מידי דהוה אדמאי דא"צ חומש ולא כתב רבינו דיאמר הוא וחומשו וצ"ע. אחר שכתבתי כ"ז הגיע לידי ספר טורי אבן וראיתי בר"ה גבי נהג בו שני עישורין שהקשה דלא שייך מרבה במעשרות בזה דהרי הוא מתנה אם הוא שנת מעשר שני יהיה מעשר שני על הכל ואם הוא מעשר עני יהי' מעשר עני על הכל ע"ש ובאמת לשיטת הראב"ד דכתב דצריך להפריש גם מעשר עני

דטבל אסור בכ"ש אם כן חזינן דלא יצא י"ח עד שמפריש שתי מעשרות וא"כ בספק הו"ל ג"כ מרבה במעשרות דדלמא צ"ל מ"ע וטבל של מ"ע מעורב בו דהא כל שצריך להפריש מספק שני מעשרות הו"ל טבל לגבי אינך והו"ל מרבה במעשרות ומ"ש הא דפדה מספק ונתנו לעניים קשה הא הו"ל ספק ממון ואף במתנות עניים אמרינן המע"ה כדאמרו בחולין דף קל"ד ג"כ לק"מ לפענ"ד דכל שטובל מספק אף שפתיך ביה ממונא אזלינן לחומרא וכבר נחלקו הרמב"ם והטור יו"ד סי' של"א אי בתרומת מעשר יכול למכור לכהנים או שצריך לתנה בחנם ומכ"ש במ"ע שעיקרו א"י עד שיתן לעניים וכל שחייב להפריש מספק צריך לתנו לעניים דאל"כ א"י ידי הפרשה כמ"ש למעלה ודוק ועיין ב"מ דף נ"ג דמשני דלא פריק ושאלני עלם משכיל דאכתי הו"ל דבר שיל"מ לאיש אחר שפריק מע"ש וכמ"ש המ"א סי' שי"ח בענין ביכורים ולא קשה מידי דדוקא אותו האיש שהמעשר שלו יכול לחלל שנית כדכתיב אם גאל יגאל איש ממעשרו ועיין בשיטה מקובצת שם בב"מ אבל איש אחר אינו יכול לפרוק דכבר חלל מעשרו ותפס קדושה

יט והנה בעש"ק אמור תרח"י שאל אותי הרב מוהר"פ ני' בהא דאמרו שם הדר הו"ל דאורייתא ודרבנן והקשה הא גם זה המעורב אינו רק דרבנן דמדאורייתא ברובא בטיל והשבתי כיון דבא לעולם ע"י תערובות והיתר לא ניכר לא בטיל ועיין כו"פ סי' ק"ב ולפמ"ש בשטה מקובצת שם ל"ק אבל רש"י לא פירש כן ודוק. והנה בגוף דברי הרי"ף דפת שאפאה עם הצלי דאסור למכלה בכותחא משום דהוה דבר שיש לו מתירין דיכול למכלה בלא כותחא הנה אף לפי מה שפירש הר"ן בנדרים שם וגם בהגהת מהר"ם מטיקטין ז"ל אני תמה ולא זכיתי להבין דכיון שעכ"פ באותו הפת שאפאה עם הצלי אין בו ריח כדי שיתן טעם ורק משהו כמ"ש הרי"ף דריחא אינו בכדי נ"ט רק במשהו ואם כן הא אותו הפת לא יוכל לאסרו בבב"ח דהא אימתי נעשה איסור בהתחברו עם כותח והרי הכותח לא קיבל טעם מהצלי שישנו בפת רק משהו ודרך בישול אסרה תורה בכדי שיש בו נו"ט וכאן אין בו כדי נ"ט ואיך מצי הפת לאסור הכותח או להיפך כל שאין בו כדי נו"ט ובשלמא כל שהי' בו כדי נו"ט שפיר יכול לומר דהוה דשיל"מ ואף באלף לא בטיל דכל שכבר קיבל הבשר טעם מהחלב או להיפך אז בדבר שיש לו מתירין לא בטל וכן באיסור שנתן ריח בהיתר שפיר אמרינן דאף דאינו רק במשהו והא במשהו לא בטל לרב דה"ל מב"מ במשהו אבל בב"ח כל שלא קיבל טעם לא הוה בב"ח כלל ונתקשיתי הרבה בזה. אמנם נראה דהכי כוונת הרי"ף דהנה מבואר בסי' צ"ח דאף דמשערין בששים כל שמרגישין הטעם אף ביותר מששים אוסר ולפי זה בריח דאמרינן דאף במבשא"מ כל שיש ריח אף במשהו נרגש עכ"פ הריח דאל"כ אף לרב במבשא"מ בטל בששים וע"כ

צ"ל דריח שאני ועיין בהגהות מהר"ם מטיקטין ואם כן ה"ה בב"ח כל שיהיה נרגש שוב יועיל המשהו לאסור הכותח דהא נרגש בו והוה כדרך בישול כיון שנרגש בו ושוב הוה דשיל"מ דהא יכול לאכלה בלא כותח. אבל עדיין קשה דכיון דבאמת אין בו כדי נו"ט רק שיהיה נרגש בהכותח משהו אם כן ממ"נ אם אתה אומר דזה הוה בנו"ט שוב לא צריך לטעם דשיל"מ דהא הוה בנו"ט וע"כ צ"ל דבאמת אינו נותן טעם דכיון דכל חדא שרי רק בהתחברותם יחד אסור הרי כאן לא נתברר באמת רק משהו נרגש הריח ושוב ל"ש דשיל"מ ועיין בתוס' ע"ז דף ס"ה ובש"ך יו"ד סי' רצ"ט. אמנם נראה דבאמת הרי"ף כתב דאם נתיר לאכול בכותח הו"ל כמאן דשרי לכתחלה וגם לוי לא שרי לכתחלה ועוד דהוה דשיל"מ וצ"ב ל"ל תרי טעמי וצ"ל דבאמת צ"ב דכיון דלוי אסר ג"כ לכתחלה ואם כן ע"כ דלכתחלה חשש שמא יש בו טעם ממש דלוי לא ס"ל דמב"מ במשהו ואם כן לפי זה שוב יהיה אסור אף לאכלו בלי כותח כמו בפת שאפאה עם חלב דחיישינן שמא יבא לאכלו עם בשר וא"ל דלפי זה שוב יהי' דיעבד דהא אין לו תקנה לאותו פת דזה אינו דעכ"פ הוה תרתי דסתרי דכל שאתה אוסרו לאכלו בכותח ע"כ דאתה חושש שמא נתן בו טעם ואם כן שוב יהי' אסור אף בלי כותח וע"ז כתב דבאמת ל"ח לנ"ט גמור רק למשהו ומשום דהוה דשיל"מ והיינו כשיכול לאכלו בלי כותח אבל אם תאסרו לגמרי שוב לא מקרי דשיל"מ וז"ב ועיין בהר"ן פג"ה מה שנדחק בטעמו של הרי"ף וגם הקשה דיאסר לבדו גם כן שמא יבא לאכלן בכותח וכתב דהו"ל גזירה לגזירה ולפמ"ש אתי שפיר דשני טעמים מצרך צריכי וכמ"ש. ומעתה מיושב דברי הרי"ף דלכך הוה דשיל"מ דאם לא כן יקשה למה לא אסרה אף בלי כותח ודוק.

כ ומן האמור עכ"פ נראה דדברי הרי"ף דחוקים מאד בבב"ח וכמ"ש וצריך לטעם דלוי אסר לכתחלה ולפי זה לדידן דקי"ל דאף לכתחלה שרי' לוי אם כן לא שייך טעמו של הרי"ף וגם לפמ"ש הר"ן בטעם הדבר דפת שאפאה עם הצלי אינו רק חומרא בב"ח לבד גם כן מבואר דעכ"פ בהיתירא בלע כגון פת שאפאה עם הצלי דנימא דיאסר בכותח זה אינו רק חששא בעלמא. ועכ"ז הוריתי בעובדא דאתי לקמאי שנאפה פת עם פת שאפאה עם חמאה בתנור קטן שאינו מחזיק י"ב עשרונים והיה סתום מכל צד וזה היה ע"ש סמוך לחשיכה והוריתי כיון דיש ששים בפת נגד החמאה אם כן כאן שכעת עדן התירא היא מותר לאכול הפת עם בשר כיון דיש ששים בפת נגד החמאה וכל מה שבתנור מצטרף לבטל כמבואר בסי' ק"ח סעיף א' בהג"ה בשם או"ה ואף דבאיסור אוסר במשהו כגון חמץ בפסח דעת הפוסקים דאסור בתנור קטן וסתום ואף במקום הפסד כתב המ"א סי' תמ"ז ס"ק ד' דיש לאסור כל שסתום לגמרי מכל מקום זה בחמץ בפסח דאיסורא בלע

אסור אף במשהו וריחא משהו מיהא איכא אבל בב"ח דכ"ז שאין בנ"ט לא שייך לאסור כלל דדרך בישול אסרה תורה וכמה כרכורים כרכרתי ליישב דברי הרי"ף שלא יהי' תמוהין והר"ן נדחק לכתוב טעם בזה ודחה דברי הרי"ף בזה פשיטא דלא קיי"ל כהרי"ף ועיין בחק יעקב שם שחולק על המג"א דלא קי"ל כרי"ף.

כא ובאמת בזה דברי המג"א נכונים אבל כ"ז הוא באיסורא בלע ולא שיהיה נעשה עי"ז בב"ח וכמ"ש ודו"ק כנלפענ"ד ברור. שוב ראיתי כי גם בשעה"מ פי"א ממ"א כתב דסברת הרי"ף דכל שנרגש הריח לא שייך בטל בששים דהוה כמו דבר שנרגש הטעם ביותר מששים ונהניתי. ובזה נראה לפענ"ד דלדידן דמב"מ בטל ודאי ל"ש ריחא מלתא דהא לא נרגש הריח של איסור ודוקא לרב דס"ל דמב"מ במשהו או במבשא"מ דנרגש האיסור הוא דשייך לאסור וכן מצאתי בשעה"מ שם שביאר כן בהדיא ונהניתי. והן נסתר מחמתו מ"ש הכו"פ סי' ק"ח ס"ק ז' ע"ש גם הדרא קושיתו לדוכתא דנאפה שתי הלחם עם שאר פת ואינו אוסר הפת אבל אין תנור מקדש דאל"כ תפסול בלינה וא"כ שוב אינו אוסר ולמה לא ידחה יו"ט ומ"ש בזה דכיון דאינו קדוש רק קדושת דמים יש לו פדיון והו"ל דבשיל"מ ע"י פדיון ז"א דמ"מ מב"מ במשהו לא אסר דאינו נרגש הריח ובגוף קושיתו כבר כתבתי הרבה בכמה תשובות בזה ובחידושי לרמב"ם ואכ"מ להאריך וגם בפת בפת לא שייך ריחא כלל כמ"ש המרדכי ועיין ש"ך ס"ק ט"ו. ודרך אגב ארשום מה שמצאתי בתורת הבית הארוך בבית רביעי סוף שער הרביעי דפוס ווין דף פ"ב שם מביא הרשב"א קושית התוס' דלמה קאמר בע"ז דף ע"ג טעם על טבל משום דכהיתירו כך איסורו ות"ל דהו"ל דבשיל"מ ותירוץ של ר"ת בתוס' שם וכתב הרא"ה דלק"מ דר"א שם הוא דס"ל דהו"ל דבשיל"מ ור"י לא ס"ל כן ע"ש ותמה עליו במשמרת דמי איכא אדם שיחלוק על ברייתא דהובא בנדרים דף נ"ח דר"ש ס"ל דטבל הו"ל דבשיל"מ ואני תמה מאד דהא רבו הרמב"ן ז"ל בחידושיו על ע"ז כתב כן דר"י ס"ל כרבנן דר"ש וכ"כ במלחמות פרק ב' דפסחים דר"י דאמר כל האיסורים שבתורה בין במינן בין שלא במינן בנותן טעם חוץ מטבל וי"נ והא טבל דבשיל"מ הוא ולא להוציא מן הכלל כיוצא בו ותנ"ה. והנה אף שלשונו במלחמות תמוה דמה כוונתו במ"ש ולא להוציא מן הכלל כיוצא בו וכוונתו רצויה דאם נימא דדבשיל"מ גם ר"י אית לי' הך כללא למה נקט טבל ולא אמר דבר אחר כיוצא בו שהוא דבשיל"מ וע"כ דגם טבל אין טעמו משום דבשיל"מ רק משום דכהיתירו כך איסורו כדמפרש שם וא"כ מוכח דר"י לא ס"ל הך ברייתא דר"ש בנדרים וא"כ דברי הרא"ה הן הן דברי רבו ורבינו הרמב"ן ז"ל והרשב"א קרא אותו דברי שבושין ומהתימה שהרשב"א בעצמו הביא דברי הרמב"ן שבחידושיו לע"ז שם ולא הזכיר סוף דברי הרמב"ן

שם וגם רבינו יונה בשטה כת"י הובא בשעה"מ פ"א מחמץ ה"ה כתב כן דר"י לא ס"ל זאת והשעה"מ הפליא עליו דאיך אפשר דר"י פליג על הך כללא דדבשיל"מ ומלבד שלא ראה דברי הרמב"ן במלחמות ועיין בטעם המלך שם אף גם דלא ראה דברי הרמב"ן בחידושיו לע"ז ודברי הרא"ה והרשב"א במשמרת ועיין בצל"ח ביצה דף ד' דגם הוא הפליא על הרמב"ן ונעלם מעיניו כל זאת שוב ראיתי בריטב"א בחידושיו לע"ז שם שהביא בשם הרא"ה בהדיא כמ"ש בבדק הבית דרבנן פליגי על ר"ש וכמ"ש הרמב"ן בע"ז שם ודוק. והנה בירושלמי במס' חלה אמרו שם דר' יוחנן ס"ל טבל אינו בטל ברוב ולדברי הרמב"ן צ"ל דזה לאו משום דבשיל"מ רק משום דכהיתירו כך איסורו. אך אי קשיא הא קשיא הא בירושלמי שם אמרו דרשב"ל משום חזקי' אמר דבטל ברוב ולשיטת הרמב"ן ע"כ משום דהוא ס"ל דלא החמירו בדבשיל"מ וכרבנן דר"ש וגם כהיתירו כך איסורו לא ס"ל וא"כ תימה בהא דפריך בב"מ דף נ"ג ואם איתא לדחזקי' הו"ל דבר שיל"מ ומה קושיא הא חזקי' לשיטתו לא ס"ל דבר שיל"מ וגם ר' יוחנן תלמידו לא ס"ל כלל הך דדבר שיש לו מתירין וכרבנן דר"ש ורב אשי הוא דחידש ענין דבר שיל"מ ועכ"פ על חזקיה ל"ק כלל וצע"ג ועיין ש"ך סי' ק"ב ס"ק ג' שכתב דבדבר שיל"מ אזלינן בתר שמא והביא ראיה ממ"ש התוס' והרא"ש דמ"ש רבא דבמין במינו אזלינן בתר שמא הוא בטבל והרי טבל הו"ל דבר שיל"מ וע"כ דבדבר שיל"מ אזלינן בתר שמא ע"ש. ולכאורה לפ"ז לדידן דאמרו בע"ז דף ע"ג דטעמא דטבל משום דכהיתירו כך איסורו א"כ לא אזלינן בתר שמא ולפ"ז שוב ל"ק קושית התוס' דבירושלמי נתן טעם משום דהו"ל דבר שיל"מ ולפמ"ש נ"מ בדבר שאינו שוה בשמא ודו"ק. ובאמת לפענ"ד נראה דתלוי בטעמו של דבר שיל"מ דלהת"ח דהטעם דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר ובא"מ אינו נקרא ההיתר ע"ש ההיתר א"כ זהו דתלוי בשמא אבל לטעם של הר"ן דמב"מ מחזק אחד את חבירו א"כ זהו שייך בטעם אבל מה יועיל זה השמא ולכך יש לומר דלא כתב הת"ח טעמו של הר"ן משום דס"ל דתלוי בשמא משא"כ אם נימא דתלוי בטעמא שייך סברת הר"ן ודו"ק. אחר שנים רבות מצאתי בספר הישר לר"ת בע"ז סי' תק"א שכתב שם להקשות דאמאי טבל שלב"מ בנ"ט והא הו"ל דבר שיל"מ וכתב דמיירי שאין הבעלים בפנינו אח"כ הקשה מחמץ בפסח בתערובות דהוא בנ"ט והא הו"ל דבר שיל"מ וכתב דדוקא אם יש בתערובות ממש הוא דהוה דבר שיל"מ משא"כ כשאין בו ממש רק טעם בעלמא ע"ש שיש קצת ט"ס והנה מצאנו אשר נעלם עד עתה מ"ש הטור סי' תקי"ג באו"ח דדבר שיל"מ לא שייך באין בו ממש וכ"כ הרמ"א ביו"ד סי' ק"ב והש"ך האריך לתמוה ע"ז והרי מבואר בהדיא בר"ת ואף דר"ת כאן ס"ל אף בא"מ שייך דבר שיל"מ אי אפשר לומר דהחילוק דיש בו ממש

או רק טעם לא קאי רק על א"מ לבד דא"כ אכתי קשה במב"מ בתערובות בחמץ בפסח למה לא הוה דבר שיל"מ ור"ת ס"ל דאף במב"מ בחמץ בששים וכמה מילי מעליותא איכא למשמע מדברי ספר הישר הנ"ל שנעלם מכל הראשונים ואחרונים וגם בחבורי יד שאול הלכות חדש הארכתי בזה ולא ידעתי מדברי הס' הנ"ל. ובזה נראה לפענ"ד דמ"ש ר"ת דגם תרומה במשהו דכעלותו כך איסורו ועיין תוס' זבחים דף ע' גבי והוא בכלל טבל ומחלקו בין יבש ללח ותמה בחידושיו שם דא"כ יבש נמי ולפמ"ש ר"ת בספר הישר הנ"ל יש לומר דר"ת מפרש דמה דאמרו בטבל כעליתו כך היתירו ולא אמרו משום דבר שיל"מ מיירי כשנימוח ואין בו רק טעם ולכך תרומה דומיא דטבל דנימוח ג"כ לא בטל אבל ביבש דבטבל מקרי דבר שיל"מ ולא תקנו משום עליתו כך היתירו ממילא גם בתרומה לא תקנו ודו"ק היטב:

סימן מה

א לחכם א' על חבורו הלכות נדה.

ב אכתוב לו איזה הערות מה שאמר לי כבוד אאמו"ר הרב הגאון ני' לכתוב לו במה שהעיר הנוב"י דסמוך לווסת הוא דאורייתא ווסתות עצמן דרבנן ואמר לשמא מת לא חיישינן לשמא ימות חיישינן וכבר קדמו קצת הרא"ה בבד"ה וע"ז אמר כבוד אאמו"ר ני' דלא צריך הנוב"י לחלק בין שמא מת ובין שמא ימות רק באמת ווסתות עצמן הוה ריעותא מדלא ארגשה ואף דאמרינן ארגשה ולאו אדעתה זה אינו רק לקדשים כמבואר ריש נדה ואך זהו בעת ווסת עצמו לא הוה רק דרבנן מדלא ארגשה אבל סמוך לווסתה יש לחוש שמא תרגיש. ולכאורה דבר גדול דיבר בזה. אמנם אני אמרתי דהרי לפי מה דמבואר בנדה דף ט"ו דלמאן דאמר ווסתות דרבנן מותר לבא עליה כשהיא ישינה וא"צ לשאלה לפ"ז יקשה למה לא ניחוש שמא ארגשה ואיך יבא עליה ואף דאמרו ריש נדה אגב צערא מתערא אבל אכתי באמת דלמא תתערא ולכך הוצרך לחדש דלשמא מת לא חיישינן ודו"ק ויש להאריך בזה בסוגיא שם ובדף ט' ואין הזמן מסכים אתי עכ"ל הטהור ואני השבתי למרן ע"ז מה שמחדש אביו הגאון ני' כבר קדמו בעל סד"ט. והא דכתב הדר"ג ני' דלמא ארגשה ולאו אדעתה אמרינן רק בקדשים לא זכיתי להבין דודאי חששא זו רק דרבנן היא ולכך ווסתות דרבנן היא. ומה שהשיב מסוגיא דף ט"ו והיא שיטת הרמב"ם פ"ד ה"ט דס"ל אפילו ישינה נראה דהבין אפילו בשעת ווסתה מותר לבא עליה ולכך הקשה דלמא תתערה.

ג לפ"ז גם לשיטת הנוב"י יש להקשות זאת דלמא תראה בשעת ווסתה והנוב"י מחדש רק בעבר זמן ווסתה אמרינן מדלא ארגשה לא ראתה אבל בשעת ווסת מודה דאסורה

מדאורייתא וע"כ צ"ל דהפי' דמותר לבוא עליה אחר דעברו ימי ווסתה וימי ספירתה וכן הבין הכ"מ שם כוונת הרמב"ם וא"כ ניחא. אך לפי מה דהבין המ"מ שיטת הרמב"ם דלא ס"ל כר"י אלא אף קודם הספירה מותר לבא עליה סתירה אלימתא הוא

ד הערה ב' באם קבעה לה ווסת ביום א' דר"ח שני חדשים זה אחר זה ובשלישי ראתה בין השמשות של יום דר"ח אי הוה קביעת ווסת לענין שאינה צריכה בדיקה או לא וגם אם חוששת לוסת קבוע וצריכה עקירה ג' פעמים. ולפענ"ד י"ל דדמים נתוספו והתחילה בהשמ"ש והוה קביעת ווסת גמור ועיין ביו"ד סי' קפ"ד ורק אם עברה פעם אחת וראתה ביום ר"ח דוקא אז הסימן שנעקר הקביעות בר"ח כן נראה לפענ"ד עכ"ל.

ה הנה יש להביא ראיה דקבעה ווסת מדף ס"ד דמשני סד"א חדא לחדא תרי לתרי דעדיפא הי' לשנות דה"א אף כעין אתקפתא דלעיל בחדא זימנא מיעקר וזהו כוונת ר"פ דוקא קבעתה תלתא זימני אבל תרי זימני אפילו ראתה פעם השלישי בהש"מ בחדא זימנא מיעקר אלא ע"כ דוסת גמור הוא. ועוד נראה ראיה מהא דהביא המחבר סי' ק"צ סעיף נ"ד אין בכתמים משום ווסת כיצד כו' ואמאי לא כתב המחבר רבותא טפי דראתה ב' פעמים דם ובפעם ג' ראתה כתם אלא ע"כ מספיקא קבעה ווסת וכ"ש הכא דאיכא תוספת דמים כמ"ש הגאון. ונראה דכ"ז לקבוע ווסת חדש אבל לא לעקור מספק ווסת אחרת. והנה בסי' קפ"ד סעיף ד' ובש"ך שם ס"ק י"ג משמע לכאורה דמספק ליכא לאסרה אבל יש לחלק התם הספק אימתי מתחיל ווסתה יש לה חזקת טהרה לומר דמתחיל אח"כ אבל הכא לא מועיל לה חזקת טהרה לומר דלא קבעה ווסת

ו הערה ג' מ"ש הרמב"ם ברואה דם מחמת תשמיש שמגרש אומרים לו תדע שאסור אתה להחזירה וקשה היאך משכחת לה דהרי בשלשה פעמים שוב אסורה לשמש ואיך שייך לעז ואין לומר ע"י בדיקת שפופרת הא י"ל אין כל האצבעות שוות דלקולא אמרינן ולא להחמיר כמ"ש הב"י עכ"ל.

ז ונראה דלק"מ דאם נתרפאית אח"כ שפיר איכא לעז כמ"ש הרמב"ם בהלכות אישות א"נ אם בדקה בשפופרת ומצאה דם בצדדין אף הרמב"ם מודה דמותרת לבעלה א"נ דהוחזקה ברואה דם מ"ת באין לה ווסת ואח"כ קבעה ווסת אפשר דמותרת אף לבעלה בלי בדיקה ואיכא לעז וכן החליט הגאון הנוב"י ז"ל:

סימן מו

א אדונינו רבינו ראש הגולה האמיתי מלאך אלקים צבאות אשר עיני ישראל אליו תלויות להוציא לאור תעלומות ולהשיב מלחמה שערה להגביה קרן התורה כקש"ת מוה' יוסף שאול נ"י אבד"ק לבוב והגלילות

ב עוד לא נחו מימי הנהרים מזעמם. ואני סגרתי פה הכרזה מבי דינא הנקובים בשמות אשר צוו להכריז דהגט בטל מדאורייתא ואני קבלתי טעלעגרם מעיר הערמאנשטאדט מב"ד זה לבוא שמה לגבות עדות בפני.

ג ונתתי לבבי אל דיין האמת זה אשר צריך להיות שותף להקב"ה ובצדקתו הלך עתה לחקור ולדרוש בנדון הגט אחר בי דינא שהי' לפניו אם שם לבבו אל שבעה הדברים אשר מנאם הרמב"ם ז"ל ואם איפוא על מה לא חקר ודרש בטרם צוה להכריז על שמו דהגט פסול ואת גזירת דר"ת השליך ארצה. ואמאי לא שם לבבו אל דברי רבא כתובות דף ק"ב דלא לידון אינש כו' והוא בטרם הלך לחקור ולדרוש זרק רשפי אש גידופים וחרפות עלי בפומבי בעיר וואש ארהעל איך הרהבתי עוד להקל בכבודו והיא קלא דלא פסיק גם היום שם בעיר וואש ערהאל גם הרב דק' אשר בכנפי החסידה מועף ביעף על עגלת הקיטור באהן להיות חד מבי דינא התפאר בדרך לפני כמה אנשים דנסיעתו לפסול את הגט ואת הוראתי. ואם יכחשו דייני הצדק את אלה אני בעצמי אכריז דהגט פסול גם בטרם הלך לאסוף בי דינא שמה בעיר הערמאנשטאדט הזהיר אותו איש הנאמן המפורסם לירא וחרד החריף מוה' נחמי' ראדמאן דיזהיר מאד שמה בגביות העדים. כי זה ידוע ומפורסם דכמעט כלם מחללים שבת בפרהסיא ומגלחים זקנם ופסולי עדים המה. ואת הנעשה שמה לא ידעתי כי בסודם לא באה נפשי ואני לא סמכתי ח"ו על העדים דשם להקל על ידם. רק אף לפי עדותם ליכא חששא לענין יחוד וגט בע"כ. יראה רבינו הדר"ג אשר רוח אלקים בקרבו להוציא לאור תעלומות. הנה הב"ד הזה בטלו את הגט. והעמיקו עצה להסתיר טעמם ולא חשו לכמה חששות דאיכא בין פסול ובטל. הנה אם טעמייהו דנמצא שינוי בשמו או שמה או בשם העיר והנהר. לא אוכל להבין. הלא המה לא ראו את הגט מעולם גם לא ידעו נוסח השמות ואיך מלאו לבבם לבטל הגט ולהשליך דברי אדונינו רבינו הדר"ג לעפר. וגם הגאון דק' גו"ו הסכים עמדי דהגט כשר. ועכ"פ בטרם הכריזו דהגט בטל היה להם לשלוח טעמם ונימוקם אל הדר"ג ולשאלו על מה הכשיר את הגט לבוא מכשול על ידו. ועוד הא אני כתבתי בהכרזה שלי ויש רשות לכל אדם לראות אותם כי המה באמתחתי. האם אמר אחד מהם אלי להראות אותם. ואח"כ הי' להם להכריז דהגט בטל. ואם טעמם מחמת היחוד מה ענין שמיטה אצל הר סיני. ואם טעמם משום גט בע"כ של האשה הלא מדאורייתא מתגרשת אף שלא מדעתה. ועוד דאם נתגרשה ח"ו בע"כ אטו אינה מגורשת היא הלא מבואר במרדכי פרק האומר אם קידש אשה על אשתו שקידושין חלין. ועוד הא אני כתבתי בהכרזה דנתברר דליכא חששא דבע"כ ואיכא תרי להדי תרי ואולי נודע להם עתה דבר חדש דהגט בטל

ע"י זה. כי אין קץ ותכלית לערמימות ושקר. ובפרט שם בעיר הערמאנשטאדט עמדו לפניהם עדים אשר יעידו כל מה שרוצה וא"כ איפוא דנודע להם עתה דבר חדש אמאי לא הרגישו ב"ד צדק זה. אמאי העלים דבר חדש זה עד עתה. האם לא יכירו את העוכר הזה. אשר כל מגמת לבבו הערמה לפסול את הגט. וכל זמן שירגיש פרוטה אחת ביד המתגרשת לא ינוח ולא ישקוט ליקח הכל מידה. ועוד אם נתחדש דבר אחד לבטל הגט אמאי הסתיר דבר חדש זה בעת הייתי בעיר הערמאנשטאדט לגבות עדות על הכל ועל מה לא הזכיר זה דבר החדש בהתנצלות שלו. ואני בשום אופן לא אוכל להבין דרכם בקדש של ב"ד צדק זה. והנה אני שמעתי דגם הידוע העיד בין שאר העדים ונגבה ממנו עדות ואני לא אוכל להבין דרכם של ב"ד צדק זה היאך קבלו אותו להעיד. חוץ ממה שמפורסם דהוא אחד מעושי המלאכה בליל שבת במלאכת הדפוס וביום שבת הוא שולח על הבי דואר לכל צד ופנה מכתבים שלו גם נתגלה קלונו אשר קיבל מהאשה כמה מאות זהובים לפסול הגט. וכל עין רואה דרכי ומעללי האיש המרמה הזה וחוץ מכל אלה הלא הוא הי' השליח להולכה ואחר נתינת הגט הוציא לעז בכמה פסולים וחדא מהם דהי' גט בע"כ. עכ"פ לא ימלט דלא חל עליו גזירת דר"ת כמו שהסכים גם הרב דק' אונגוואהר ומבואר בתשובת הר"ן אם עבר על חדר"ג עבר על איסורא דאורייתא והיאך קבלו עדות מעוכר זה. וניהו דמהני התרה לגזירה דר"ג בבי עשרה כמבואר ביו"ד סי' של"ד בהגה"ה אטו הי' לו התרה ועוד הא גזירת ר"ת היה שיהיה לעולם ולא מהני התרה כמבואר שם. ועתה אדונינו רבינו הדר"ג ישפוט נא על כל אלה. ואני אחזור ואשלש אם יש איזה חשש בגט הזה אפילו חשש כל דהו. ח"ו לחוש על כבודי מוטב שאהי' עלוב בעולם הזה ולא לניצוח כוונתי. אך אני עומד ומשתומם מאד. מה זה דנולד עתה לבטל הגט הלא על שמות העיר הנה גם אני ידעתי ומכיר בשמות אלו הערמאנשטאדט סעבי נאדיסעבען. ושם הנהר הנקרא בפי הישראלים הוא סירבין ושם הנהר בפי וואלכען סעבי נלאי והאותיות לאי לאו משם העצם אלא שימוש. ואם יהי' יסודתם של הב"ד על שינוי השם יפקוד אדונינו רבינו הדר"ג על איזה רב לגבות עדות מעדים נאמנים ע"ז. או לגבות עדות על העדים מהערמנשטאדט אם לא פסולי עדות המה. ואם נולד להם דבר חדש לבטל הגט הלא אני הייתי שמה מתחלה ועד סוף ואני ידעתי את הכל. האם חשוד אני ח"ו להתיר א"א לעלמא. ואני בלב נשבר אתפלל רבש"ע אשר לפניך נגלו תעלומות לבב איש ואיש הושיעה נא שיתגלה האמת ושלא יבא ח"ו מכשול על ידי. ואני על משמרתי אעמוד בעינים מיחלות על דברי קדשו לצוות את אשר לעשות. אלה דברי הנעלב עבדו ותלמידו הקטן שבקטנים זאב וואלף הלוי חונה פה והגליל.

ד תשובה שלום וברכה וכ"ט לכבוד הרב הה"ג המפורסם וכו' מוהר"ר זאב וואלף הלוי אבד"ק מארטאן יצו

ה מכתבו הנוכחי נתעכב הרבה כי לסיבת אשר כבודו שולח בלי פארטע על סמך עקזו"פ נשלח המכתב מהפאסט להשטאט האלטרייע דפה ומשם נמסר לידי ואתמול בא ג"כ מכתב כזה ולא רצו לתנו מהפאסט.

ו וע"כ מהיום ישלם דמי הפארטע אם ירצה לשלוח. והנה אם אמנם נלאיתי נשוא עול מכתבים רבים וכבר הנפתי ידי בעבורו זה כמה. וכעת מה אוכל לעשות בדבר יפנה לרבנים אחרים והמה יעמדו לעזרתו. אמנם לא אוכל להתאפק על כל העמל והתלאה אשר מצאתהו כי ראיתי גם כעת כי בעלילה באים עליו והעמידו את האיש לנגדו ואשר כפי ראיתי בשבת אחים איננו מכת היראים והחסידים והוא נגד כת השלימים באונגרן ואותו העמידו רבניו מתנגדיו לעד ובעל דין ודיין והן הן עדיו והן הן שלוחיו. והנה הרב מ"ק הערמאנשטאדט אולי קנאתו עוד בעבור הגט מזה שני שנים אשר בגבולו נסדר אז בוואסערהעלי כפי זכרוני והדפיסו וכתבו טרם רואם וטרם יודעם.

ז גם כעת השגתי מהב"ד טעלעגראם לבל אשיב לכבודו גם במכתב כתבו לי שישלחו גב"ע ולא שלחו ואני רואה חמס וריב וקנאה ושנאה. וכאשר הדפיסו שאחרי שכבודו אין לו הורמנא גיטיו שסידר בטלים בושני מכם רבנים המערערים וכי ת"ח גדול חובר חבורים מחוכמים יצטרך להורמנא שלכם ואולי קטנו עבה ממתניכם ואיני רואה שום פסול בהגט הזה רק קנאה ושנאה אני רואה בזה. זאת אשר מצאתי לכתוב לו מתוך שיחי וכעסי. ואיני רואה פסול בזה רק מה שלא ראה דברי הח"ס וכי מאן דלא ידע דברי הח"ס לאו גברא רבא הוא ובפרט כפי תרוציו של כבודו. וגם בדבר עידי יחוד ראיתי ואין כאן שום חשש ורואה אני שהרב הגאון אבד"ק גו"ו כתב כמה פעמים וחש לכבוד התורה ויישר כחו וחילו והרב הגאון הצדיק מאונגוואהר ג"כ חשש לכבוד תורתו רק רצה לפשר לצאת ידי שניהם לחוש לעידי יחוד וליתן גט מחדש. אבל חלילה לעשות כן אין כאן עידי יחוד ואין לחוש להם ורק אם הזכירו אותם בשום פעם בשמם הגט כשר אפילו לדברי הח"ס ז"ל.

ח ויוכל לפרסם זאת בשמי. והנני בזה דו"ש באהבה רבה האבד"ק לבוב והגליל:

סימן מז

א שלום וברכה וכ"ט לכבוד הרב הה"ג החריף ובקי מופלג בתורה מוהר"ר זאב וואלף הלוי נ"י אבד"ק מארטאן יצ"ו.

ב יקרתו לנכון הגיעני היום והב"ד הביאה הרבה מכתבים הנחוצים ובכל זאת נתתי לזה משפט הקדימה יען כי הוא ענין חמור איסור כרת ועירוב מקוואות שנו כאן. והנה שאלתו היות בהסביבה של עיר זאלצבורג אין להם מקוה מסביב ועד מהלך ד' וה' פרסאות. וזה מקרוב הקים שר אחד בית מרחצאות לרפואת העם ולתענוגי השרים והוא עד"ז ממעיין נובעת מים מלוחים ומרים וזוחל לחוץ סביב גדותיו במורד ההר והמשיך מימיו על גבי סילונות של חרסי אדמה מעשה קדר חלולים משני ראשים אל תוך חפירה אחת אשר הוא בתחתית ההר ועל החפירה בנו בית מפואר והבדיל את החפירה באמצע וכותל מאבנים מחוצבות משטח האדמה עד תחת קורת הבית ובאמצע הכותל הניח רוח אשר תיבה מרובעת של מתכות ברזל חלול ופתוח משני ראשים נתן ונתחזק שמה כדי שיעברו המים מהחפירה ראשונה אצל המעין אשר מי המעיין תמיד זוחלין לחוצה אל תוך החפירה השנית והוא כשני מקוואות זו אצל זו אך הכותל מבדיל ביניהן והחפירה הראשונה נעשה לרחוץ בה בצונן ובהחפירה השניה רוחצין בתוכה בחמין ע"י מים של יורה גדולה שנתייסד שם להחם את המים ואח"כ יורדין המים מן היורה ע"י מרזב אל תוך המקוה ועל צד המעיין נעשה ב' צירים של ברזל אשר הדלת מטבלא של ברזל מסובבת עליהם לסגור ולעכוב את הזחילה ולפתוח בעת הצורך כי כדי שלא יסריחו המים החמין מחליפין פעם או פעמים בכל שבוע בחפירה ראשונה ומימי החפירה השניה נמוכים המה ממימי החפירה הראשונה כדי להקל להחם ולהחליף ולכך בעת אשר ישוער כשנתמלא כל צרכיה אז נסגר הדלת לעכב הזחילה ובעת שצריך להחליף את המים אז נפתחה הדלת ובכל חפירה וחפירה יש כמה וכמה שיעור מקוואות ולמעלה על כל שפת חפירה וחפירה נקבע שם סילון אחד בהחפירה הראשונה הוא מחמת דמי המעיין זוחלין תמיד לתוכה ונקבע שם בצד סילון אחד אשר מי החפירה זוחלין תמיד לחוץ על גבי הסילון הזה ונגרים במורד וע"ג החפירה השניה נקבע סילון אחד על שפתיה אשר בעת שצריך להחליף את המים נשאבו מי החפירה הזאת בכלים ע"י פועלים של השר ושופכין את המים לחוץ ע"ג סילון זה ולפעמים לא נשאר רק איזה סאה ואחר כך פותחין את הדלת עד שנתמלא ממים נקוים די צרכיה ונסגר כבראשונה והחפירה מרוצפת באבנים על קרקעיתה אבל החפירה הראשונה אצל המעיין אשר רוחצין שמה בצונן מרוצפות בנסרים אשר רק מונחים ומסודרים זו אצל זו על קרקעיתה עד כאן השאלה.

ג והנה מעלת"כ האריך בדבר וכמעט שביאר כל הענינים ואני אקצר בפלס כל שהוא מקור הדברים ממשנה פ"ה דמקוואות מעיין שהעבירו ע"ג בריכה והפסיקו ה"ה כמקוה חזר והמשיכו וכו' ופירש הר"ש שאין מי הבריכה מחוברים למים ה"ה כמקוה ופירש

הב"י שהם פירשו דמיירי בבריכה של מי גשמים ואם לא נפסק יש לו כל דין מעיין דמטהר בזוחלין ובכ"ש ואם היתה ריקנית כתב ב"י דצ"ע דאפשר דאפילו בנפסק יש לו דין מעיין וע"ז האריך מעלתו דמנא ליה להב"י דמיירי בבריכה של מי גשמים. והנה בראשית ההשקפה אמרתי דמזה ראיה למ"ש המהרי"ק שורש קט"ו וקנ"ו דכל דהבריכה היתה ריקנית ונתמלאה מהמעיין אע"פ שהפסיק המעיין דין מעיין עליו ואף שהש"ך סי' ר"א ס"ק ל' חולק על המהרי"ק מ"מ לפענ"ד המעיין בא"ז שנדפס מחדש בזיטאמיר בהלכות נדות אות ט"ו משמע דס"ל כמהרי"ק ודלא כהש"ך וע"ש היטב ואם כן אתי שפיר. אמנם דהרמב"ם מפרש דמיירי בריקנית אך אם יוצא מצד אחר הוה מעיין ואם אינו יוצא הוה לה דין מקוה. והנה בנ"ד בין להרמב"ם ובין לשיטת הר"ש דין מעיין יש לה כיון דמי החפירה זוחל תמיד לחוץ דין מעיין יש לה ואף דנפתח הדלת להחליף המים נפסק הזחילה לחוץ מ"מ בעת שנסגר הדלת וחזר וזוחל לחוץ חזרה לדין מעיין. ומ"ש מעלתו דלשיטת הר"ש כיון דהרחיב החפירה ע"כ דדין מקוה יש לה ונפסל לטבול בה כיון דזוחל לחוץ ומקוה אינה מטהרה אלא באשבורן ומדמי לה למעיין שמשוך כנדל דמקום שנתרחב אינו מטהר אלא באשבורן לא הבינותי דשם המעיין בעצמו נתרחב וכאן המעיין הוא כמות שהוא רק שיורד לחפירה ומה בכך שהחפירה נתרחב. והנה מעלתו הביא דברי ספר של הגאון מוהר"ח אבד"ק צאנז שכתב באות ה' וז"ל אפילו היה זוחל לתוך בור או מערה ועומד בתוכה ואינו יוצא לחוץ מהמערה והבור נקרא זוחל בשעת זחילה לתוכה ומעלתו דחה דבריו והביא ראיות לזה שאינן מוכרעות כ"כ. אמנם לפענ"ד הדבר מבואר בש"ך סי' קי"ב דאם הי' כאן גומא ונתמלא מגשמים אעפ"י שנזחל לתוכה מבין ההרים כיון שעכשיו הם באשבורן ומוכנים ועומדים בהגומא מותר לטבול בתוכה וה"ה כמקוה. הנה מבואר דאף שהיו נזחלים מתחלה כיון שבאו להמקוה והם באשבורן מותר לטבול בתוכה והוא כתב שנקרא זוחל ואין לומר דמיירי בשעת זחילה דוקא אבל לא אח"כ כשנכנס לבור דא"כ זה דברי המהרי"ק שורש קט"ו הנ"ל והש"ך חולק עליו בסי' ל' ואני הבאתי ראיה מהך דר"ש פ"ז דמקוואות דהטבילו בה יורה הר"ז טמאה מפני שהמים מקלחים ופירש הר"ש שנעשו שאובין וקשה למה לא פירש מפני שהמים מקלחין והוה זוחלין וזוחלין פסולין למקוה וע"כ כיון שאחר שבאו למקוה אינם זוחלין רק בעת שבאו למקוה ולמקוה היה מקלח לא אכפת לן וא"כ מבואר הדין דאף שבאו בזחילה מ"מ כיון שבאו למקוה ה"ה כמקוה וזה ברור. ועכ"פ מבואר הדין דדין מעיין יש להם.

ד והנה מ"ש מעלתו אי צריך לסתום פי הסילון בשעת הטבילה כדי לצאת שיטת הר"ש דמורחב בחפירה דין מקוה יש לה הנה כבר כתבתי דאינו פוסל מה שהרחיב החפירה. ומ"ש אי פוסל בסותם פי הסילון משום דמניעת הזחילה יהיה ע"י דבר המקבל טומאה. הנה לפענ"ד זה לא נפסל משום סתימה בדבר המקבל טומאה דע"כ לא פסלו בדבר המקבל טומאה היינו שם כמבואר סעיף נ' היינו דוקא בדבר שסותם ורצונו להיות סותם שם תמיד הסדק בזה פסל בדבר המקבל טומאה אבל כאן שהדלת עשוי לסגור ולפתוח ואינו מקרי סתימה. וראיה ברורה שהרי פוקקין הנביעה גבי נקיון המקוה בדבר המקבל טומאה והיינו משום שאינו צורך לה רק בעת ההיא שלא יתרבו המים ויהיו שאובים. שוב ראיתי שגם הב"ח כתב דלגבי הנקת המקוה כ"ע מודים שפוקקין בדבר המקבל טומאה שלא באה אלא לנגב המקוה שלא יבאו המים שם והט"ז ס"ק ס"א כתב שאינו מכיר חילוק זה דהא גם כאן אינו עושה אלא רק שלא יזובו המים דרך שם. ולפמ"ש יש להדר פני זקני הב"ח דזה כוונתו כיון שאין עשוי אלא לנגב בעת שיבאו המים ואינו צריך לה שיהיה כן לעולם רק באותה שעה זה לא מקרי סתימה אבל בסתימת הסדק שרצונו שיסתום הסדק לעולם זה מקרי סתימה. וז"ב לפענ"ד ועיין במגן גבורים סי' קנ"ט מ"ש שם נגד הנוב"י ולענין סתימת הברזא ע"ש ומה שהקשה מעלתו במ"ש המחבר בסעיף נ' שלא יסתום בדבר המקבל טומאה וע"ז הקשה מעלתו ממ"ש המחבר בסעיף ב' דצריך להקיף במפץ והא מפץ מקבל טומאה. הנה גם אני הקשיתי כן בהגהותיי ליו"ד שם בסעיף נו"ן והקשיתי בהא דאבוה דשמואל דעביד מפצי ביומי דניסן והרי מפץ מקבל טומאת מדרס כמבואר בפ"א מכלים וכן מצאתי בר"ן פרק ב' משבועות שכתב בשם הראב"ד גבי לא תעמוד ע"ג כלי חרס שכתב דהא דעבד אבוה דשמואל מפצי דליכא למימר משום טיט עבדינהו שהרי מקבלות טומאה הנה הרגיש בקושיתי ובאמת הרמב"ם פ"ט ממקוואות הי"א כתב לפרש הא דמפצי שעיכב מקוה מהנהר בנתינת מפצי בכדי שיהיו המים נקווים ולא יהיו זוחלים ועיין בפ"א ה"י שפירש פירוש אחר בהך דמפצי ועיין בכ"מ שם וצ"ע ועכ"פ זכיתי שכוונתי לדעת הראב"ד. ובאמת יש ראי' מזה דמותר לסתום בדבר המקבל טומאה ועיין בר"ש פ"ב משנה ז' מ"ש תוספתא גיסקרא שמשוקעת ודוק ועכ"פ בנדון דידן לפענ"ד זה לא מקרי סתימה אמנם מה דחשש משום דהוייתו ע"י מקבל טומאה דהא בעת שיעבירו המים עוברים ע"ג תיבה של מתכות זה ודאי חששא גדולה ובזה ודאי צריך לסמוך על שיטת הרא"ש בסעיף מ"ט דאם ממשיך ממים למקוה דאינו פוסל. אמנם מ"ש מעלתו כיון דנסגר הדלת שוב חזרו ופסולה כמ"ש הש"ך ס"ק ק"ה בשם הגהות פרישה הנה לפמ"ש דזה לא מקרי

סתימה כיון דעשוי לפתוח ולסגור ומקרי סתימה ונקרא לא הפסיק המעיין וכל שמחובר למעיין כשר כנלפענ"ד. ובזה ג"כ ניחא מ"ש מעלתו בעת אשר הפועלים ישפכו מים על ידי הסילון לחוץ אטו השגיחו שלא יחזרו המים לחפירה ואם כן שוב נעשו שאובים והנה כאן לא מקרי שאובין כיון דדין מקוה יש לה ואף שנסגר הדלת לא חזרה לפסולה וכמ"ש למעלה ומה שחשש לדין גזירה דמרחצאות וכמ"ש בסי' קצ"ח שיטת הראב"ד להלכה לא תעמוד ע"ג נסרים דראוים למדרסות משום גזירה דמרחצאות וכיון דנידון דידן קרקעית של בריכה מרוצפות מנסרים המטלטלין לקבל טומאה הנה בדבר הזה כבר האריכו הראשונים והאחרונים ועיין בט"ז ובש"ע שם מה שהאריכו בזה ע"כ אין להחמיר בפרט דהוא דחק שרחוק משם ד' או ה' פרסאות ויש לחוש לביטול מצות פריה וריביה כנלפענ"ד. ובגוף הענין לא הבינותי אם השר רוצה שיהיה מקוה למה לא ירצה שהיהודים יקחו כלים נקובים וישפכו המים לחוץ וגם כמה ענינים אשר יוכל לעשות תקנה בהכשר ויש לצרף בזה עוד גדול אחד שיסכים לזה כי הוא ענין חמור והנה הדברים שכתבתי מעורבבים כי הפסקוני ענינים רבים ולא נשאר לי העתק אבקש שיסלח לי להעתיק ואסדר הדברים ברצות ה' כאשר אקבעם בדפוס בשו"ת שואל ומשיב. וגם אולי עי"ז יתעורר מעלתו להשיב עוד ומני ומניה יתקלס עלאי:

סימן מח

אשר שאל הרב מוה' יעקב קאלנדא בש"ק העבר והראה לי דברי הרמב"ם בפ"א משבת ה"ח כל המתכוין לעשות מלאכה ונעשה לו מלאכה אחרת שלא נתכוין לה פטור עליה לפי שלא נעשית מחשבתו כיצד זרק אבן או חץ בחבירו או בבהמה כדי להורגו והלך ועקר אילן בהליכתו ולא הרג הרי זה פטור ומשמע הא הרג בהמה אף שהוא נתכוין להרוג אדם הי' חייב והרי בה"ט כתב נתכוין ללקוט תאנים שחורות ולקט לבינות וכו' פטור שלא אסרה תורה אלא מלאכת מחשבת והשתא ק"ו הדברים ששם נתכוין לתאנים רק שרצה השחורים והוא לקט לבנים מכ"ש בנתכוין לזרוק ולהרוג אדם והלך והרג בהמה דהוה שלא בכוונה ע"ש והשבתי דיש לחלק דהיכא שנתכוין ללקוט תאנים שחורות ולקט לבנות א"כ לא רצה באחרות והרי מלאכת מחשבת בעי אבל כאן הרי בשעה שזרק הי' יכול להרוג בבהמה או להיפך באדם א"כ מה בכך שנתכוין על האדם מ"מ הרי בשעה שיצא האבן או החץ מידו היה יכול להיות על בהמה או על אדם וא"כ ע"כ דעתו היה שבכ"מ שיהרוג יהיה כוונתו ע"ז ולכך דוקא שעקר אילן שלא היה כוונתו על ענין אילן לכך פטור כנ"ל לחלק וע"ז השיב שאם שהסברא נכונה אבל דברי הה"מ שכתב על ה"ח שמתבאר פרק ספק אכל ומתבאר מדין נתכוין ללקטו שיתבאר

בסמוך ולפמ"ש אין ענינו לשם ויש לחלק בזה ובאמת דברי הה"מ צ"ע בזה. והנה מ"ש רבינו הרי"ז ק"ו אם נתכוין לאיסור קל ונעשה איסור חמור ועיין הה"מ ולח"מ מ"ש בזה ולפענ"ד לפמ"ש דדבר שיוכל להיות בודאי מהראוי להתחייב וא"כ לכאורה אף בר"ה למה בנתכוין לזרוק ד' וזרק ח' דפטור והא היה יכול להיות שיעבור עד ח' וצ"ל דהזריקה לא היה בכח גדול שיש חילוק בין זריקה ד' שא"צ כ"כ כח ובין זריקה שמנה דצ"ל בכח יותר ולפ"ז לכך באומר בכ"מ שתשב שתנוח בכ"מ שירצה חייב שהרי לא דקדק על כח הזריקה אבל בכרמלית לר"ה שהרי לא רצה כלל רק בכרמלית הרי זה כמו שעקר אילן הן אמת דצ"ב גם בנתכוין לזרוק ד' וזרק שמונה למה לא נדמהו למ"ש הרמב"ם היו לפניו שתי נרות דלוקות ונתכוין לכבות זה וכיבה זה שחייב שהרי עשה מן המלאכה שחשב לעשות וה"ה כאן הרי עשה עכ"פ מן המלאכה שחשב לעשות וצ"ל דז"א דד' שמותר אין כלל שם מלאכה ע"ז ואינו מעין מלאכה ולכך כל שאמר באיזה מקום שתרצה תנוח דחייב שהרי נעשה מן המלאכה שתרצה ולפ"ז מכרמלית לרה"ר דאין שם מלאכה בכרמלית לכך פטור מיהו ז"א דהרי בזרק ד' ועבר בשמונה פטור כשלא אמר כ"מ שתרצה תנוח אף שד"א ג"כ שיעור חיוב וצ"ל דעיקר החיוב בא בעת שתנוח והרי כל שלא חשב על שמנה הרי לא נח במקום שחשב בו וכל שלא חשב על הנחה פטור ולכך בכ"מ שתנוח רוצה חייב דהא הוה מעין מלאכה ולפי זה בכרמלית דפטור על הנחה שוב לא חשב על ההנחה ולפי זה אף שהיה יכול להיות שיהיה שם אבל הוא לא חשב על הנחה וזריקה בלי הנחה לא חייבה התורה ודוק היטב:

סימן מט

א להרב המופלג מוה' ישכר ני' מק"ק סקאהל.

ב מה שהראה לי דברי התוס' בקדושין דף ס"ג בד"ה כגון במ"ש בשם הר"מ וז"ל והר"מ פירש דלהכי נקט מעכשיו גבי שדה ועבד לאשמועינן דסבר כר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע אעפ"י שרוצה שיחול הקנין מעכשיו קנה דאי לא נקט מעכשיו הו"א דאתיא אפילו כרבנן וצריך לעשות קנין אחר השחרור וא"כ כיון שלא חל הקנין אמאי הזהיר הכתוב שלא להסגיר עכד אל אדוניו הא לא שחרר ליה מ"מ כשפודהו או קונהו שליחותי' עבדינן דניחא ליה דליקום בהמנותי' כדאמרינן בפ"ק דב"מ גבי גזל שדה וחזר ולקח מבעלים הראשונים וכו' ומסיק דניחא ליה דליקום בהמנותי' עכ"ל התוס'. וע"ז הקשה מ"ש דצריך לעשות קנין אחר השחרור הא כל דשחרריה כבר עשה הקנין וצ"ל להיפך שהיה צריך שחרור אחר הקנין וגם במ"ש וא"ת כיון שלא חל הקנין צריך לכתוב כיון שלא חל השחרור. ולפענ"ד הדברים כפשטם דהנה זה קנה מנכרי ע"מ לשחררו

או מיד ישראל בח"ל והנה ל"מ מנכרי דנכרי מכי אתי זוזי לידיה נסתלק כדאמרו בב"ב דף נ"ד ואף בישראל שקנה מישראל בח"ל כל דקנה בכסף נסתלק המוכר הראשון ואף דזה לא קנהו דהו"ל דבר שלבל"ע מ"מ זה נסתלק וא"כ נשתחרר מהראשון אבל עדיין מחוסר גט שחרור מזה שקנהו שצריך לכתוב לו גט שחרור כיון שקנה על מנת לשחררו וזה שכתבו דצריך לעשות קנין אחר השיחרור והיינו דאם לא יקנה לא נשתחרר מהשני דהא הוא כתב לו לכשאקחך קנוי לך והרי הוה דבר שלבל"ע ולא קנהו עדן וא"כ לא יצא מרשותו וצריך שיקנהו ויהיה משוחרר מהשני וע"ז כתבו כיון דלא חל הקנין שוב אמאי הזהיר הכתוב שלא להסגיר עבד אל אדוניו הא לא שחרר ליה וכל שלא קנה עדן ולא שחררו ניהו דהנכרי נסתלק מ"מ עדיין לא יצא מרשותו דהא זה לא קנהו עדיין והרי צריך שחרור מהשני וכל שלא שחררו נשאר עדן ברשות מוכר וע"ז כתבו כיון דפודהו או קונהו והיינו שיקנה מיד המוכר ניחא לי' דליקום בהמנותי' במ"ש לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך ונוכל לכוף להשני שישחררו כדי שיקום באמונתו כדאמרו שם ושפיר צריך קרא וז"ש לא תסגיר עבד אל אדוניו אשר ינצל לך מיד אדוניו והיינו שעכ"פ מאדוניו ניצל דמכי לקח מעות הרי נסתלק וא"כ ניצל מיד אדוניו ע"י שתקנה אותו נשתחררו כדי לקיים אמונתו לרבנן כנ"ל פירוש דברי התוס' וראיתי בהמקנה שכתב דלפירוש הר"ם צריך לעשות שטר אחר שקנה והאריך לתמוה ע"ז. ולפענ"ד הכוונה כמ"ש דמהראשון נשתחרר שנסתלק אבל עדן צריך לקנות כדי שיהי' מ"ש לו לכשאקחך קנוי לך שיועיל בזה שטר שחרור וכל שלא קנה מה מועיל לו שטר הלז הא לא כתב לו רק לכשאקחך הרי את קנוי לעצמך ובזה מיושב כל קושיותיו דזה דוקא לענין עבד ולא לענין שדה ודוק. וכה הראני הנ"ל מ"ש בפנים יפות פ' תצא ודקדק ג"כ מאשר ינצל אליך מעם אדוניו וכ"כ בזה ובפנים יפות שם כתב דמיירי שהתנה עם המוכר שקונה ע"מ לשחררו ואם לא ישחררו יתבטל המקח וזה דחוק מאד שלא נזכר כלל ומ"ש דכל שלא התנה בתחלה שע"מ כן קונהו הי' מתנה עמ"ש בתורה דהרי המשחרר עבדו עובר בעשה לפענ"ד כיון שקונהו כדי שלא יעבוד ע"ז וע"ז הזהירה התורה שלא יסגיר עבד אל אדוניו ועיין ברמב"ן בפירושו על התורה שם ואם כן מותר לשחררו כדי שיקיים כל המצות וז"ב ופשוט. ודרך אגב ראיתי בפ"י שהקשה על מה דאמרו דרבי ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע ודלמא לעולם אין אדם מקנה דבר שלבל"ע רק דכ"ז שלא חזר בו ובא ליד אחר קודם שחזר בו שוב א"י לחזור בו וא"כ כל דלא חזר בו ותיכף כשקנהו נגמר השחרור ואז העבד מוחזק בעצמו והוה משוחרר גמור. ולפענ"ד נראה כיון דהיה יכול לחזור בו מקודם א"כ הוה קנין מרופה דאפשר דחזר בו קודם שקנהו שוב אינו מוחזק בעצמו וכעין

דאמרו בב"ב דף קמ"ב דרפויי מרפי בהדדי מיהו י"ל כיון דניחא לי' דליקום בהמנותיה לא רפוי בידי' דעבד דהא מסתמא לא יחזור בו אמנם י"ל כיון דהמשחרר עבדו עובר בעשה ורק כיון דלא חל השחרור עד שקנהו והרי קנהו ע"מ לשחררו שוב לא חל תורת עבדות וכעין מ"ש בפנים יפות ולפ"ז טרם שקנה ואמרינן דמסתמא יחזור בו דהא באמת המשחרר עבדו עובר בעשה ועדיין רפויי מרפיא בהדיא וצ"ע:

סימן נ

ראיתי בש"ע יו"ד סי' קע"ג מי שיש לו שט"ח או מלוה ע"פ מותר למכרם בפחות והש"ך בס"ק ח' מביא בשם הגהת אשר"י דבעינן שיסלק עצמו מן החוב ויזכה בו הקונה במעמד שלשתן ע"ש וכן מצאתי בספר אור זרוע הנדפס מחדש בח"א סי' תש"ע שהביא כן בשם התוספתא דב"ב פ' המוכר פירות וביאר בהדיא דבעינן שיסתלק לגמרי ויזכה להלוקח במעמד"ג ע"ש אמנם הביא התוספתא ספ"ק דע"ז דארבעה אבקין הן אבק ריבית לא ישא אדם ויתן בהלואתו של חבירו מפני אבק ריבית ונדחק מאד בכוונתו. ולפענ"ד דשם הכוונה דהיינו שראובן הלוה לשמעון עד"מ מנה לשלשים יום ע"ד היתר או בלי ריבית ובתוך משך השלשים יום הלוה א"צ לאותו מעות נותן המנה לחבירו דהיינו ללוי ולוי נושא ונותן במעות ונותן לראובן הריבית והרי לוי לא לוה מראובן ולא בא ריבית מיד הלוה למלוה כ"א מיד אחר שלא לוה ממנו כ"א משמעון ואם לא יפרע שמעון חייב לשלם לראובן ואם כן לא בא מיד הלוה למלוה רק מיד אחר ואפילו הכי אסור דנראה כעין ריבית ולזה קראו אבק ריבית וז"ב ופשוט. ולכאורה רציתי לומר כיון דלוי משועבד מדר"נ למלוה ראשון אם כן הוה כאלו לוה מראובן ובא ריבית מיד לוה למלוה אבל זה אינו דבאמת כל שיש לשמעון לשלם לא משתעבד מדר"נ ואם כן שוב אינו רק אבק ריבית ובאמת שבכל הפוסקים לא ראיתי מוזכר הך תוספתא רק תוספתא דפרק המוכר פירות וזה מובא בירושלמי פרק איזהו נשך וממנו לקחו כל הפוסקים ואינו ענין למה שמבואר פ"ק דע"ז בתוספתא הנ"ל ודוק היטב:

סימן נא

הגיעני מכתב מקאלאמייא מהרב הגדול מוה' אשר אנשיל אשכנזי נ"י אבד"ק פאלטשאן והקשה אותי על דברת התוי"ט פ"ה דתענית משנה ד' ד"ה קרבן מוסף שרש"י כתב שלא היה להם פנאי כלל שהכהנים היו טרודים במוסף וישראל היו טרודים לחטוב עצים ולשאוב מים וע"ז כתב התוי"ט אף דהגבעונים היו חוטבי עצים ושואבי מים מ"מ זה היה רק לצורך הכהנים לבשל קרבנותיהם אבל לחטוב עצים למזבח עצמו לא היו מניחים לנתינים לחטוב עצים ע"ש. וע"ז תמה הרב הנ"ל מהא דאמרו ביבמות דף ע"ט דבימי רבי

בקשו להתיר נתינים ואמר רבי חלקינו נתיר חלק מזבח מי מתיר הרי דלא יכלו להתיר חלק מזבח ואם איתא דלא עשו למזבח רק לעבודת הכהנים הי' שייך הפקר ב"ד הפקר ולכאורה היא תמי' גדולה. והנה אחר העיון ל"ק דגם זה חלק מזבח דאם לא חששו לצורך כהנים הי' נותר ואז המזבח מפסיד וגם עכ"פ חלק המזבח מקרי שהרי היו מקריבין קרבנות למזבח ואם לא היו חוטבי עצים היה נותר ולא הותרו הקרבנות והיו מפסידים למזבח שלא היו רוצים להקריב שלא יהיה הזמן לבשל ונעשה נותר. והנה מעלתו כתב דבירושלמי פ"ר דקידושין משמע כרש"י והתוסיו"ט שאמרו שם ניחא לעדה למזבח ומשכשר שמסרו למי שיבנה בהמ"ק ע"ש ומשמע דלא ניתנו למזבח כלל אבל באמת לא ראה אחר כך דמבואר בהדיא חלק המזבח מי יתיר וכתבו שם הש"ק והפ"מ דפליגי אדלעיל וס"ל דניחא גם למזבח ג"כ וא"כ קשה על התוסיו"ט ומחוורתא כמ"ש דגם זה נקרא חלק המזבח דאל"כ היה נעשה נותר ובזה ל"ש הפקר ב"ד דאיסור אי אפשר להתיר אך מ"ש התוס' יו"ט שלא היו מניחים אותם לחטוב עצים ולשאוב מים למזבח עצמו לא נודע טעם הדבר. ולפענ"ד הי' נראה דהרי אמרו אין בודקין מן המזבח ולמעלה וא"כ חשו שאם נראה שיעשו צורך המזבח אז שמא יתחתנו בהם וע"כ לא הניחום לעשות איזה שימוש לצורך המזבח. ובזה נראה דרש"י לשיטתו דס"ל דנתינים מדאורייתא מותרים רק מדרבנן אסורים להתחתן ודוד גזר עליהם שפיר דמי והתויו"ט לשיטתו דלא היו מניחים לעשות שימוש למזבח דהרואה יראה שעשו שימוש למזבח יתחתן בהם ולפ"ז לשיטת ר"ת דמדאורייתא אסורים הנתינים להתחתן בהם דס"ל כדמסיק רבא דבגירותן אית להו איסור חתנות א"כ דוד לא גזר עליהם רק עבדות ולשיטתו היו מותרין להשתמש גם לצורך מזבח דל"ש לגזור דאם יראו שחוטבין עצים יאמרו שהם ישראלים דהרי הכל יודעין שאסורים להתחתן ולא יבאו בקהל ד' ואין שום חשש ולשיטת רש"י דרק דוד גזר עליהם איסור חתנות ועשאום כעבדים שפיר שייך חשש דאין בודקין מן המזבח דהא באמת מותרין מה"ת רק דדוד עשאם כעבדים ושפיר שייך החשש הנ"ל וא"כ בזה מחולקים בירושלמי דחד ס"ל דחלק המזבח מי יתיר והיינו דאם בגירותן אית להו איסור חתנות שייך חלק המזבח מי יתיר אבל לרש"י לשיטתו שפיר כתב התוס' יו"ט ודוק היטב. עוד יש לי לומר לפמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ד ע"ב ד"ה חד אמר דתרומה בכלל מזבח א"כ חשו דלמא כשמתירין להיות ב"ח ישיאו בנותיהם לכהנים ויאכלו בתרומה וא"כ זה חלק המזבח וא"א להתיר אבל זה דוחק דבאמת כשישיאו בנותיהם לכהנים יהיו מותרים באמת לאכול בתרומה ודוק:

סימן נב

א תמול היה אצלי האברך הרב החריף מוה' נתן נטע נ"י מלינסק ושאל אותי בהא דאמרו פסחים דף ל"ח חלת תודה עשאן לעצמו א"י בהם ונחלקו רבה ור"י בטעם הדבר ור"י אמר דהטעם דבעינן שיהיה משתמרת לשבעה ופירש"י דא"נ אי כוון לשם תודה ולשם מצת מצוה לא יצא וע"ז הקשה שתי קושיות דאם נימא דאין עושין מצות חבילות חבילות הוא מה"ת כשיטת קצת פוסקים וא"כ כאן שיש מצות אכילת קדשים קלים שמצוה לאוכלן כמ"ש רש"י בכמה מקומות ומצות מצה הרי יוצא שתי מצות ביחד ואסור ועוד דהיאך משכחת לה הא אסור לאפות חלות תודה בע"פ כדאמרו בפסחים דף י"ב וא"כ ע"כ אפו בי"ג וא"כ שוב נפסל בלינה לאכילת מצה. והשבתי דהנה כבר אמרו בזבחים דף ע"ח דלא ליכול אינש מצה ומרור ביחד דמבטלות זו את זו וכמ"ש בפסחים דף קט"ו רק דמצות אין מבטלות זו את זו ולפ"ז כאן לענין שתהיה חבילות חבילות שוב אדרבא המרור יבטל מצות אכילת קדשים קלים ושוב יהיה יוצא מצות מצה כנלפענ"ד.

ב וקושיא השניה ל"ק דמה דאין מביאין קדשים לבית הפסול הוא רק מדרבנן אבל בקרא שפיר ממעט הקרא בכה"ג שאפה בי"ד ודו"ק:

סימן נג

א נסתפקתי במי שעשה שליח לקדש לו אשה ונתן לו דינר לקדשה והוא הלך ואמר לאשה ששלח לה פרוטה לקדשה ונתרצית למי שייך היתרון אם למשלח או לשליח אי דמי למי ששלח שליח לקנות דבר ונתן לו כסף והלך וקנה בפחות דודאי שייך להמשלח ואף בנתן מעות לתת לעכו"ם וטעה נחלקו בזה הפוסקים ועיין בחו"מ סי' קפ"ד או דלמא ש"ה דהדבר אינו שוה רק סך מועט וממילא לא נתן יותר רק מפני שחשב שלא יוכל לקנות בפחות ואם נתן מעות פחות בודאי היתרון שייך להמשלח אבל כאן הא אין קצבה להקידושין וא"כ כל שנתרצית בפחות מה לו להמשלח בזה וגם אם האשה תאמר אח"כ אילו ידעתי ששלח לי יותר לא הייתי מתרצה בזה אם בטלין הקידושין או לא. והנה לכאורה חשבתי לבאר בזה דברי הירושלמי בקידושין פרק שני דאמר וכן בקידושין א"ר אבין הדא דתימר בשטר אבל בכסף לא א"ר יוסי מכיון שהאמינה תורה אפילו בכסף נמי ע"ש ודברי הירושלמי תמוהים דהתוס' מפרשים דמיירי לאחר התקנה שישבע היסת א"כ קשה דברי ר' יוסי והמרדכי מפרש דמיירי קודם התקנה שוב קשה דברי ר' אבין ועיין אבני מלואים סי' ל"ה ואני כתבתי בזה חבילות חבילות.

ב וכעת נ"ל דמיירי שהעדים אומרים שנתנו לה דינר כמו ששלח והאשה אומרת שלא קבלה רק פרוטה והמשלח תובע היתרון וא"כ ל"ש כל כך מגו דאי בעו אמרי אהדרינהו

היתרון להמשלח דלמה עשו כן ולא נתנו לה כפי אשר שלח וא"כ מגו גרוע הוא ולכך אמר ר' אבין דאינם נאמנים וע"ז אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו תורה היינו לפי שעל גוף הקידושין בודאי נאמנים שהרי האשה מודה שנתקדשה ונתרצית בפרוטה והתורה אמרה עפ"י שנים עדים דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפילו שניהם מודים וע"כ האמינתם התורה לענין גוף הקידושין ממילא נאמנים ג"כ שנתנו לה כל הדינר והרי בזה הענין האמינם התורה כנלפענ"ד דבר חדש ואף לאחר שתקנו שבועת היסת מ"מ אינו מקרי עד הצריך שבועה דהשבועה אינה אלא בד"מ מה שזה תובע היתרון אבל בגוף הקידושין נאמנים שהרי האשה מודה שקבלה קידושין והעדים מודים שנתנו לה קידושין והמשלח אומר ששלחם לתת קידושין וכיון שנאמנים על גוף הקידושין וע"כ דיש להם נאמנות לזה ממילא נאמנים ג"כ לגבי היתרון כנלפענ"ד:

סימן נד

א תמול לעת ערב נשאלתי בהיות שקרה שיש שכ"מ מסוכן ואין לו בן ובת ותהיה צריכה האשה להתעגן עבור חליצה שהאח אומר שלא יתן לה חליצה בשום אופן כי מתיירא מזה והי' מסוכן. ונשאלתי אם יכולין לכתוב הגט בלילה ולתת לה בלילה כי אולי ימות חלילה בבקר והנה הדבר מבואר בש"ע סי' קכ"ג דאין לגרש בלילה ומקורו מדברי התה"ד והא"ז ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת סי' קי"ד בחלק אהע"ז שהאריך בזה. והנה לכאורה אמרתי כיון דמבואר בחו"מ סי' ה' וסי' כ"ח דאם קבלו הבע"ד שידונו בלילה דנין ועיין סמ"ע סימן ה' וברמ"א סי' כ"ח א"כ ה"ה בגט.

ב אמנם אחרי שובי נחמתי דשאני ד"מ דלא איברי סהדי אלא לשקרי וכן כל הדין אם הי' מודים ל"צ לדין כלל ויכולין למחול זה לזה וא"כ כל שקבלו עליהם הרי מחלו אם יחייבו אותם הב"ד מוחלים לבע"ד ושפיר דמי אבל גט דצריך שני עדים ול"מ הודאה דקמחייבי לאחריני וא"כ מה מועיל קבלה.

ג ולפ"ז אמרתי לפמ"ש התוס' בגיטין דף ד' דבגט קמחייבי לאחריני משום דנאסרת לכהן וא"כ בשלמא כל גט שפיר מחייבה לאחריני דאם ימות ממילא היתה מותרת לכהן משא"כ בגט אבל בשכ"מ הזקוקה ליבום דתהיה אסורה מחמת החליצה ויבום שוב ל"ש חב לאחריני וסגי בהודאת עצמם. אך ז"א דגם בגט שכ"מ צריך עדים דכל דהתורה גלתה דדבר שבערוה צריך עדים ממילא כל גט הוה כן וז"ב. והנה לפמ"ש הסמ"ע דאם נרות דולקות הוה כיום א"כ גם בגט יוכל להדליק נירות והוה כיום. אמנם הש"ך השיג ע"ז מהא דאמרו קונין ק"ס בלילה ואין דנין בלילה א"כ מבואר דאף ע"י נרות דקונין ק"ס ע"י נרות כמ"ש הקובץ ואפ"ה אין דנין וכ"כ בתשובה ליישב קושייתו. וכעת נראה דבר חדש

דבאמת למאן דמקיש ריבים לנגעים והרי בנגעים ממעטין מקרא דלי ולא לאורי וכמ"ש במק"ח וא"כ ממילא גם בריבים ל"מ נרות אבל למאן דיליף מקרא דוהי' ביום הנחילו א"כ ע"י נרות מקרי יום. ולפ"ז י"ל דשם קאי למאן דיליף ריבים מנגעים ועיין בסנהדרין דף ל"ה ע"ב וא"כ לפ"ז לדידן דלא קיי"ל כר"מ וכמ"ד מותר בלילה א"כ ילפינן מקרא דוהי' ביום הנחילו מותר בלילה ע"י נרות. עוד נראה לי דבר חדש דהנה כל הטעם דמחשב כדין ביאר הא"ז דהרי גובה כתובתה ובעלה אינו יורשה ע"ש ולפ"ז זהו בשאר גירושין אבל שכ"מ שיש לה יבם וכתובתה עודנה על נכסי בעלה הראשון וכל הדברים הוא שייך ליבם עד שמגרשה אח"כ וא"כ שוב ל"ש דין וזה דבר חדש ועדן צ"ע (שוב ראיתי שזה טעות דכל שמגרשה מגיע לה הכתובה וכל הדברים) והנה אני צויתי שיכתבו בלילה וינתן לה ואם יעזור ד' שיהיה עוד חי יגרש שנית ביום ונסתפקתי אם יוכל לגרשה בגט זה שנית ביום אי נימא דכבר עשו שליחותן או לא וצ"ע בזה ועכ"פ במ"ש דבשכ"מ יש מקום להקל וגם ע"י נרות מועיל מיושב קושית הנוב"י שם ובשעה"מ הלכות גירושין על הא"ז והר"י מינץ דשפיר משכחת לה שיגרש בלילה ע"י נרות או בשקבל עליו או בגט שכ"מ וכן מה שמקיש קידושין לגירושין ג"כ מיושב דמשכחת לה ע"י נרות וכדומה. שוב ראיתי דהרמב"ם פסק דאין דנין בלילה משום דמקיש ריבים לנגעים והכ"מ הקשה דזה לר"מ דוקא וכתב כיון דהך דר"י דשלשה שנכנסו לבקר הדין כוותי' דר"מ ממילא קיי"ל כן ע"ש וא"כ עכ"פ הך דרב יהודה אזל אליבא דר"מ וא"כ מקיש ריבים לנגעים וא"כ ל"מ גם ע"י נרות וכמ"ש אבל לדידן דקיי"ל כך דוביום הנחילו א"כ מותר ע"י נרות וכמ"ש. והנה במ"ש למעלה דבגט ל"מ קבלה שבתי וראיתי די"ל דמהני קבלה דהרי מצד הגט אינו מקרי דין רק בשביל שגובה כתובתה וירושתה של יורשים שלה וכמ"ש האור זרוע והא לענין זה שוב מועיל קבלה שמקבלין עליהם לדון בלילה. אמנם נראה דבימי חז"ל שהיה מותר לגרש בע"כ וגם היה משום ערוה או דבר ובודאי לא הי' בריצוי שלה ולכך ל"ש גירושין בלילה דלא קבלה עלי' בודאי.

ד ולפ"ז בגט שכ"מ דהוא בריצוי שניהם שוב יכול לגרש אף בלילה. ובזה מיושב הרבה קושית של הנוב"י והשעה"מ ודוק היטב. וראיה ברורה להסמ"ע דבקיבל עליו סגי דאל"כ קשה על מה דאמרו בכמה מקומות דקיום שטרות דרבנן דמה"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי וקשה טובא כיון שעדים שחותמין בשטר בודאי מותר להם לחתום אף בלילה ורק לענין לקבל עדות צריך להיות ביום וא"כ קשה דניהו דהוה כמי שנחקרה עדותן בב"ד והא כל שחתמו בלילה אף אם הי' חוקרין אותן בב"ד

הי' פסול ומעולם לא שמענו שקיום שטרות צריכין לחקור אם לא חתמו בלילה וע"כ צ"ל דכל שקבלו כשר והרי בעת שחתמו הי' בידיעתם ובקבלתם וכשר כנלפענ"ד:

סימן נה

אשר שאלת שראיתי בהגהותיי לאהע"ז הנקוב בשם ש"י למורה סי' י"ז סעיף ל"ז שכתבתי בזה"ל ואם אחר שבאו שני עדים ואמרו לא מת והכחישו להעד שאמר מקודם מת ואח"כ בא ע"א ואמר עכשיו מת עיין יבמות דף צ"ג ואם בא הע"א ואמר שמת בשעה שאמר הראשון ע' חידושי רשב"א שם מה שנחלק עי' בר"מ בר"י ודו"ק עכ"ל וכתבת שחפש בדף צ"ג ולא מצא כלל. הנה ט"ס שם וצ"ל צ"ב ע"א בהא דאמר רבא תדע דטעות היא דאילו הורו ב"ד בחלב ובדם להיתירא והדר חזו לאיסורא כי הדרי ואמרו להיתירא לא משגחינן בהו ואילו היכא דאתי ע"א שרינא ואתו תרי ואסרנא ואתי ע"א אחרינא שרינא לה מ"ט לאו משום דטעות הוא ופירש"י דאתי ע"א ואמר עכשיו מת שרינן לה מ"ט דאמרינן עד קמא אטעיין והאי בתראה מהימן דאי קמייתא הוראה דאדעתא דהכי סמכו מכי חזינן טעמא ע"י השנים הללו דלא אורינן שפיר היכא מצי למהדר לדעתא קמייתא וע"ז כתב הרשב"א נראה שהוא מפרש אעפ"י שלא בררו לנו טעם היתר הראשון והדר חזי טעמא לאיסורא ונתברר אלינו טעמא דאיסורא אע"ג דהדר אמרו להיתירא לא שמענו להו אא"כ בררו טעמא דהיתירא וע"א הכא כי אתי ע"א ושרינן לה אעפ"י שלא נתברר לנו טעמא דהיתר שהרי ע"א אינו נאמן אלא שהאמינוהו והדר אתו תרי ונתכחש ונתברר באיסור דכל תרי מהמני וחד לגבי תרי לאו כלום הוא ואפ"ה כי אתי השתא אחרינא ואמר עכשיו מת מהימן ואע"ג דלא אתברר טעמא דבתרא מה קאמר ולא אמרינן הוראה היא וכשם שטעו בראשונה כך טעו באחרונה וכו' והביא בשם הר"מ בר יוסף שפירש דמיירי שהי' מוחזק לאסור כחלב ודם והם טעו והורו להיתירא דאשכחו בהו טעמא ואח"כ אמרו להיתירא לא אמרינן דמותר ואוקמינן אחזקת איסור כמו שהי' וה"נ דאתי ע"א ושרינא אף שהיתה בחזקת איסור א"א ואתו בי תרי אוקמא אחזקתה ואסרוה ואפ"ה כי אתא ע"א ואסהיד כקמא מצטרפין סהדא בתרא לקמא והיכא דנישאת לע"א מעידיה והיא אומרת ברי לא מפקינן מינה וע"ז כתב הרשב"א דהראשון עיקר דהא משמע בש"ס דלא נתברר טעמא אלא בהוראה אמצעית ואילו לפירוש הרב ר"מ בר"י הנ"ל הרי גם הוראה אחרונה נתברר ולמה לא משגחינן בהו ע"ש ולזה כוונתי במ"ש בהגהותיי במ"ש שנחלקו על הר"מ בר"י וט"ס נפל בהגהותיי. אמנם בגוף הדין לפענ"ד נראה כפירוש הרב הר"מ בר"י דאילו לרש"י קשה דלמה לא ישגיחו על האחרון דאמר עכשיו מת דע"ז לא הכחישו העדים הראשונים דבאמת יוכל להיות דאז לא מת וכעת מת

וחזקת חי אתרע כיון דכעת בודאי מת ויש להוסיף דהרי הביאו בשם הרדב"ז שחידש דע"א אינו נאמן על הזמן מתי מת ואף שלא מצאתי כעת דברי הרדב"ז אבל טעמו נראה דכל הטעם דע"א נאמן הוא משום דדייקא ומנסבא או משום דמלתא דעל"ג לא משקרי וכאן על הזמן ל"ש זאת דאינו מלתא דעל"ג כ"כ אם מת קודם או אח"כ כל שכבר מת וגם דדייקא ומנסבא ל"ש בזה דלמה לה לדייק הא עכ"פ מת וא"כ אין ראיה מזה וע"כ דברי הר"מ בר"י נכונים יותר:

סימן נו

הגיד לי הרב החריף מוה' נתן נטע נ"ו מלינסק קושיא בשם הגאון מו' ירמי' ז"ל הובא בעטרת חכמים בהא דאמרו שבועות דף ל"ב ש"מ משביע עידי קרקע חייב ומשני בדתפסה וכתבו התוס' דכן במשביע עדי סוטה מיירי ג"כ בדתפסה וע"ז הקשה לפמ"ש הרמב"ם פ"ג מסוטה הלכה כ"ג דע"א בסוטה שנטמאה אינו נאמן רק שלא תשתה ועיין מלמ"ל שם שהרחיב הדיבור בזה דהתורה לא האמינה ע"א בבירור בסוטה רק שלא תשתה ואינו רק ספק וא"כ כל שתפסה מה הפסיד בשלא העיד הא גם אם הי' מעיד לא הי' נאמן ע"ש והיא קושיא מושכלת. ואמרתי בזה לפמ"ש בחידושי הרשב"א דכל שיכול לתפוס חייב שבועת העדות ותפיסה שכיח וכמ"ש הכ"מ הלכות עדות פכ"א ולפ"ז במשביע ע"א בסוטה יוכל להשביע שמא תתפוס וכל שיעיד הו"ל תפיסה לאחר שנולד הספק דדלמא אמת העיד העד ול"מ תפיסתה וע"ז נתחייב ודו"ק:

סימן נז

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המופלג בתורה מוה' שמעון ני' באב"ד אבד"ק יאניב הסמוך לטארניפאל.

ב מכתבו הגיעני עש"ק העבר סמוך לחשיכה. והנה ע"ד נסיעת בני העיר על השוק השבתי לו. אמנם כעת באתי להשיב על מה שתמה על הפרמ"ג סי' ל"ג במשבצות ס"ק ה' דברחוקים ודאי אינו אלא מדרבנן ובקרובים אינו רק ספק טריפה וע"ז תמה הא הרמב"ם פ"ג משחיטה ה"כ כתב דשניהם נקובים זה שלא כנגד זה נבילה הרי שפתו ברור מללו דהיא נבלה וכן תמה על הישועת יעקב. באמת שלכאורה היא תימה רבה וגם על הישועת יעקב הוא תימה אמנם באמת הכו"פ דעתו ג"כ דאינו רק טריפה ובאמת גם מהרש"ל נראה דאינו רק דרבנן עכ"פ כשאינן קרובים אלמא דבקרובים אינו רק ספק טריפה ונבלה ודאי ודאי לא הוה וגם מדברי הש"ס מבואר דאמר זימנין דמתרמי אהדדי משמע דאינו רק ספק טריפה והרי בתחלה ס"ד דכשר ומסיק דאימר דמתרמי אהדדי עכ"פ נבלה ודאי פשיטא דלא הוה. ולחומר הנושא אמרתי דהרמב"ם לשיטתו דכתב בהלכה י"ט דניקב

הוושט במקום הראוי לשחיטה הר"ז נבלה מחיים ואין השחיטה מועלת בה והנה הש"ך תמה דבחולין ל"ג אמר רבא דנבלה שאינה מחיים קתני וכתב הש"ך דאף דשנויא דרבא לא קיימא למסקנא מ"מ הך דינא אמת ע"ש. ואני אומר דהרמב"ם באמת דחי לה והטעם דהוא ס"ל שאינו מוציאו מידי נבלה אלא שחיטה כשרה וכל ספק בשחוטה הרי"ז ספק נבלה ועיין בכ"מ ולפ"ז כל שאינו יכול לשחוט ולא מועיל שחיטתו שוב הוה נבלה ולכך אף שנקבו זה שלא כנגד זה נבלה היא דעכ"פ שחיטתו אינו מועיל בזה ולפ"ז לדידן דלא קי"ל כן ורק טריפה הוה שפיר אינו רק ספק טריפה והש"ס בדף מ"ג אזל אליבא דרבא דאמר שם דשני עורות יש לו לוושט וע"ז איבעיא להו ניקבו זה שלא כנגד זה מהו וא"כ לדידיה דאמר דאינו נבילה שפיר לא הוה רק ספק טריפה כנ"ל ובזה נראה לפענ"ד מ"ש התב"ש דשיטת הרמב"ם דניהו דהוה נבילה מחיים אבל אינה מטמאה מחיים זה נכון מאד דבאמת אינה נבלה בעצם רק דכל שאינו מועיל לו השחיטה ממילא הוה בכלל נבלה אבל מ"מ מטמא במשא אינה עד שתמות וז"ב ומן האמור מה שהאריך הפרמ"ג בפתיחה לה"ש שורש ב' אי אינו זבוח הוה בכ"ש דלא כתיב ביה אכילה ולפמ"ש כל שאינו זבוח שוב הוה בכלל נבלה ונבלה בכזית וניהו דמחיים היה ראוי לשחיטה ולא הוה רק עשה שאינו זבוח אבל כל שנתנבלה מחזקינן משאינו זבוח זה לשאינו זבוח דנבלה אף אם נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור היינו מאבמה"ח לנבלה אבל אינו זבוח לאינו זבוח מחזקינן וז"ב ודוק היטב.

סימן נח

א לתלמידי החריף מוה' יעקב יוסף ווילער נ"י.

ב על מה שהראני דברי החק יעקב סי' תי"ח ס"ק י"ד שהשיג על המג"א שכתב דאם אמר הריני נותן לך ותחזירהו לי דהוה מתנה גמורה וכתב הח"י דז"א דבאומר ותחזור לי לא הוה מתנה כלל כמבואר ביו"ד סי' ש"ה וע"ז טען מעלתו דל"ד לשם דשם כשאמר ותחזירהו לי תיכף שוב לא הוה למתנה חלות כלל ולכך לא הוה מתנה אבל בחמץ דמה דאמר ותחזירהו לי היינו לאחר הפסח א"כ היה חלות להמתנה כל ימי הפסח והוה מתנה.

ג ולכאורה הי"א תמוה גדולה והשבתי תוכ"ד דז"א דהרי כל ימי הפסח אין החמץ ברשותו רק דהתורה עשתה כאילו הוא ברשותו לעבור עליו אבל אין שם חלות אל המתנה כל ימי הפסח דהא אינו שלו ואינו ברשותו והוא זכה בו מההפקר וא"כ כל שלאחר הפסח צריך להחזיר לו על מה הי' חלות להמתנה וא"כ דמי לסי' ש"ה וז"ב לדעתי ודו"ק שוב ראיתי בדגול מרבבה שהרגיש בקושיא הנ"ל והנלפע"ד כתבתי. ודרך

אגב אומר מה שראיתי בשנת תרכ"ו כ"ה אב בספר חתם סופר חלק חו"מ סי' קל"א הביא קושיא מהגאון מוה' בינם ז"ל שהקשה היאך יוצאין באתרוג במתנה עמ"ל הא לית ליה רק קנין פירות בזה שהרי צריך להחזיר אח"כ ומבואר דא"י לומר האדמה אשר נתת לי כל דהוה שדה מקנה החוזרת ביובל דהו"ל רק ק"פ כדאמרו סוף פ' השולח והאריך בזה. והנה באמת לשיטת רבינו אביגדור הובא בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה דקנין הגוף לשעה כמו במתנה עמ"ל לא מקרי ק"פ רק קנין הגוף ולכך יוצאין באתרוג במעמ"ל ואף דבפרק יש נוחלין מבואר דקנין הגוף לשעה ק"פ מקרי היינו משום שא"י לאכלו אבל לענין שיצא בו י"ח אף שאינו יכול לאכלו מ"מ בשעת לקיחה יש לו בו קנין הגוף ודי בזה ע"ש ולדבריו צ"ל דלענין ביכורים שצ"ל על האדמה אשר נתת לי ובאמת כל שצריך להחזיר ביובל אינו רק ק"פ דהא לא מקרי נתינה לגמרי אבל שם דכתיב ולקחתם ובשעת לקיחה מקרי לכם ועיין קצה"ח סי' רמ"א וסי' רנ"ז שהאריך בדברי רבינו אביגדור ז"ל. אמנם באמת זהו לשיטת רבינו אביגדור אבל מכל הפוסקים נראה דכל שאינו קנין עולמית רק לשעה לא מקרי קה"ג רק קנין פירות וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דהיאך יוצאין באתרוג במעמ"ל. אמנם לפענ"ד נראה לחלק דבאמת כל קנין שאינו עולמית קנין פירות מקרי וכמ"ש הר"ן בסוגיא דבר פדא בנדרים דף כ"ט אמנם זה דוקא היכא שא"צ קנין בשעת החזרה כמו קנין שדה מקנה שחוזרת ביובל ול"צ קנין בהחזרה ליד המוכר אבל במעמ"ל באתרוג דצריך לחזור ולהקנותו בעת שמחזירו כמ"ש הרא"ש והריטב"א פ' לולב הגזול ע"ש וא"כ עד שמקנה לו בחזרה הרי הוא שלו ואף דצריך להחזיר היינו שאל"כ יתבטל המתנה אבל עד שמחזיר לו בקנין הוא שלו לגמרי ואם חוזר ומקנהו לא הוה קנין חדש למוכר ואף שמוכרח להחזיר לו מ"מ עד שמחזיר לו הוה שלו לגמרי והוה קנין גמור וז"ב.

ד איברא דלפ"ז צ"ב בהא דאמרו בב"ב דף קל"ז אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפלוני נטלו ראשון ויצא בו באנו למחלוקת רבי ורשב"ג מתקיף לה רנב"י ע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג רק אי ק"פ כקנין הגוף דמי או לא אלא הכא אי מיפק לא נפיק למאי יהבי נהליה ולפמ"ש י"ל אף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי לא יוכל לצאת דהא כל שאינו רק קנין לשעה לא קרינן בי' לכם והו"ל רק כקנין פירות ושם א"צ לעשות קנין בעת שמת ממילא יצא לאחריך בלי קנין. אמנם נראה דכל הטעם דקנין שאינו עולמית הוה קנין פירות וכיון דס"ל לדידי' דק"פ כקה"ג א"כ קרינן בי' לכם. אמנם אכתי תקשה למאן דס"ל ק"פ לאו כקה"ג מה מועיל מה דאי מיפק לא נפיק ולמה יהבי' ניהליה והא סוף סוף לא הוה רק קנין לשעה והו"ל ק"פ. אמנם נראה דהנה ענין המחלוקת אי ק"פ הוה כקה"ג או לא נראה מרשב"ם בב"ב דף נו"ן דמ"ד דס"ל ק"פ כקה"ג היא משום דכל קנין הגוף הוא רק

להשתמש בו ע"ש ולפ"ז צ"ל דמאן דס"ל ק"פ לאו כקה"ג הוא משום דאמת דקה"ג עומד לפירותיו אבל לא כקה"ג בשאר עד"מ בית ושדה עומד להשתמש בו ולאכול ולדור בו זה הוה קנין פירות אבל יש קה"ג שיכול לחפור ולהרוס ולבנות זה קה"ג וא"כ קנין פירות לא הוה כקנין הגוף אבל כאן הא אמר אחריך לפלוני וא"כ גוף הדבר אסור לאכול וא"כ ע"כ שנתן להראשון כל הק"פ דהיינו לצאת בו דאל"כ מה יהיב ליה וכל שכל הקה"ג היא רק לאותן פירות א"כ הקה"פ הוא קנין הגוף שלו ובזה שייך סברת הרשב"ם הנ"ל וז"ש אי מיפק לא נפיק למאי נתן לו וז"ב כשמש. ולפ"ז באתרוג עמ"ל שוב ל"מ דהו"ל רק ק"פ וצ"ל כמ"ש דכיון דצריך לחזור ולהקנות הו"ל קנין עולמית עד שיחזור ויקנהו לו וז"ב. ובזה נראה מה שאמרו בב"ב שם אח"כ אמר רבא אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו החזירו יצא מה קמ"ל דמעמ"ל שמה מתנה ואינו מובן מה שייכות לזה שם וכבר אמרו בסוכה שם לענין אתרוג ובקידושין אמרו בכלל הרבה דברים אבל בב"ב אינו ענין כלל ולפמ"ש א"ש דק"ל בשלמא באחריך לפלוני הוה הק"פ קה"ג כמ"ש אבל מתנה עמ"ל דיש קה"ג אחר לאכול ולמכרו למה יצא ולזה עכצ"ל כיון דהתנה ע"מ להחזיר א"כ עד שמחזירו הוה קה"ג עולמית כמ"ש וזהו דקמ"ל דמקרי לכם ודו"ק היטב ובתשובה כתבתי דבר חדש דלענין אתרוג ודאי הוה ק"פ מועיל דע"כ לא נחלקו אי ק"פ כקה"ג או לא רק בדבר ששוה לענין גוף יותר מהק"פ אבל גבי אתרוג לענין קה"ג לאכילה וכדומה אינו שוה רק סך פחות ולענין יציאת מצוה הוא שוה הרבה א"כ אדרבא ק"פ דהיינו יציאת המצוה הוא יותר מקנין הגוף ובכה"ג הקה"ג בטל לגבי ק"פ וז"ש אי מיפק לא נפיק למה יהבי' לי' והיינו דאיך שייך לומר דנתן לו רק לענין שיוי הגוף ולא לענין ק"פ הלז הא אם לא מיפק אינו שוה כ"כ כמו לענין לצאת ודו"ק היטב. ובגוף הקושיא למה יועיל מתנה ע"מ להחזיר הא לא הוה רק קנין פירות ולא מקרי לכם לפענ"ד נראה דכל שראוי שיקנה קנין עולמית אף קנין לשעה מקרי קה"ג ושאני שדה מקנה דחוזרת ע"כ ביובל ואף במתנה ע"מ שלא תחזור ביובל ל"מ דהוה מתנה עמ"ש בתורה לכך לא מקרי רק ק"פ וכן באשה קנין דמים לא משכחת לה באשה וא"כ אינו רק ק"פ ולא מועיל כמ"ש הר"ן בנדרים שם אבל באתרוג דיכול להיות קנין עולמית גם זה מקרי קנין גמור אף שמחזיר. ובזה מיושב מ"ש הרא"ש ראיה דמתנה ע"מ להחזירו צריך להחזיר ולהקנותו דאל"כ למה לא נתנו לינוקא במתנה עמ"ל וע"כ משום דצריך לחזור ולהקנות וינוקא לא יוכל להקנות ולפמ"ש א"ש כיון דלא יוכל לתת לקטן קנין עולמית דהא צריך לו ולא יוכל לחזור ולהקנות שוב ל"מ מתנה עמ"ל ודו"ק היטב

ה והנה באבני מילואים סי' כ"ח ס"ק נ"ג שם הרחיב הדיבור בזה אי קנין הגוף לשעה מקרי קנין הגוף והביא אח"כ דברי הר"ן בגיטין דף פ"ג בהא דאיבעיא להו אמר היום אי אשתי ולמחר את אשתי מהו ופשוט להו כיון דפסקה פסקה וע"ז כתב הר"ן בחידושיו בשם הרא"ה דמהא אשמעינן דהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום אחר שזכה חבירו לעולם כיון דפסקה פסקה וע"ז האריך הא"מ דמדברי הר"ן בסוגיא דבר פדא גבי הא דאמרו כיון שנקצצו שוב אין פודן כתב שם דוקא בהקדש אמר הכי משום דקדושה לא פקעה בכדי אבל בד"מ כיון דודאי זכי' דממונא פקעה בכדי וכדאמרינן נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון וממה ששייר ראשון מיהא אית לי' דפקעה זכותו של ראשון בכדי ה"נ כי אמר שדי נתונה לך עד שאעלה לירושלים מכי עלה לירושלים פקע זכותי' ע"ש הרי דבד"מ אמרינן כיון דפקעה פקעה ולפענ"ד נראה דהר"ן בנדרים לשיטתי' שם דס"ל דכל קנין שאינו רק לשעה לא מקרי רק ק"פ וק"פ ודאי פקעה בכדי אבל לשיטת רבינו אביגדור דס"ל דקנין הגוף לשעה מקרי קנין עולם א"כ כ"ז שלא חזר והקנהו נפקע זכותו של ראשון לגמרי וזהו הענין כיון דפסקה פסקה והיינו כל שנתנו להגוף והפירי לזמן הוה כנתנו לעולם והא דאמרו באחריך לפלוני דמה ששייר הוא לשני אף דנפקע זכותו של ראשון היינו משום דפירש בפירוש דאחריך לשני א"כ בהדיא נתן לשני בעת שחל לראשון הזכות באותו זמן חל גם להשני ול"ש לומר לא נפק בכדי דהא בעת דעיילי' לראשון באותו שעה עייל לי' לשני אבל באם לא אמר רק שדי נתונה לך יום אחד אמרינן דנפקע זכותו כיון דפסקה פסקה ואף דלא הקנהו לו רק לשעה אמרינן דקנין הגוף מצאה קן לה וכל דפסקה פסקה אבל באחריך לפלוני כל דבעת דעיילה לא מצאה קן לה רק עד יום מותו שוב מה דשייר נכנס להשני וז"ב. ויש להמתיק הסברא דאם נימא דקנין לזמן לא מקרי רק קנין פירות הוה כשייר בקנינו ולא מועיל ושאני אחריך דלא שייר כלום דהוא לא נתן רק כ"ז חיותו של פלוני בשעה שראוי לקנות קנהו וכשמת פקע הזכות דאין זכייה למת אבל בשייר לעצמו אף שחי המקבל מתנה מקרי שיור בקנין ולא מועיל וע"כ הקנהו לגמרי. ומ"ש הא"מ ראיה דקנין הגוף לשעה מקרי קנין עולמית מהא דאמרו גזל עצים וסיכך בהם ד"ה אין לו אלא דמי עצים משום תקנת מריש ושם אמרו דלאחר שבעה הדר בעיני' וא"כ לא היה לו להגזלן רק קה"ג לשעה ואפ"ה יוצא בו אף לר"א דס"ל גם בסוכה אינו יוצא בשאלה ע"ש. לפענ"ד אין ראיה משם מלבד דיש לומר לר"א באמת גם אחר שבעה א"צ להחזיר דבעינן לכם אף גם דשאני קנין הגוף לשעה שאחד מקנה לחבירו א"כ כיון שזה לא רצה להקנות לו רק לשעה איך יוכל הלה לקנות שיהיה הגוף שלו ואינו רק קנין פירות אבל בגזלן

דהתורה הקנהו להגזלן כל משך ימי הגזילה ונתנה לו תקנת מריש שלא יצטרך להחזיר א"כ זה מקרי קנין הגוף אף שאינו רק לשעה דהא התורה הקנהו לו אף דחבירו הנגזל לא רצה להקנות לו א"כ מקרי קנין הגוף אף דהוא רק לשעה וז"ב כשמש. והנה בא"מ שם ובנתה"מ סי' רמ"א הקשו על הרא"ש דדעתו דמעמ"ל צריך לחזור ולהקנות ואיך אמרו שור זה נתון לך במעמ"ל אי לא אמר שתחזירהו לי הקדישו קדוש ומוחזר והא הקדישו ואיך יכול להחזיר והרי אינו שלו וכן הקשה הנתיבות שם על הנימוק"י דה"ה במכרו או נתנו דיכול להחזירו והא אינו שלו ולא קיים החזרה והיא קושיא גדולה. והנה לפענ"ד יש ליישב דהרי בגזל תרומה ונטמאת וכן חמץ ועבר עליו הפסח יכול לומר לו הרי שלך לפניך וה"ה כאן דיכול לומר לו הרי שלך לפניך ומקיים מצות החזרה וא"ל דשאני התם דעכ"פ אין לאחר חלק בו אבל כאן הא ההקדש ומכ"ש במכרו ששייך לאחר והיאך יכול לומר לו הש"ל והא האחר מעכב דז"א דאי האחר מעכב שוב יתבטל המתנה מכל וכל וא"כ לא חל ההקדש והמכירה כלל ולכך אמרינן דההקדש והמכירה חל והוא יחזיר לזה הדבר ויאמר לו הש"ל והוא א"י לקחתו כיון דחל ההקדש והמכירה וממילא הוא של האחר ומ"מ קיים מצות החזרה דהרי לא גרע מא"ה דאינו שלו ואפ"ה יכול לצאת מצות השבת הגזילה ומכ"ש כשנתנו לו במעמ"ל ולא בא לידו בתורת גזילה וזה דבר חדש ואף דבמכר יש לפקפק אבל לענין הקדש נראה לפענ"ד דבר ברור דהדין אמת. והנה בהא דאמרו בב"ק דף ע"ח פרט לשהקנה לשלשים יום ופירש"י דלא מכר ללוקח רק לשלשים יום דהוה כשכירות בעלמא והוא תימה לשיטת רבינו אביגדור דקנין הגוף לשעה הוה כקנין הגוף ולא קנין פירות א"כ כיון דהלוקח לזמן רשאי להרוס ולבנות בתוך זמנו כמ"ש הרמב"ם פכ"ב ממכירה ע"ש ואינו כקנין פירות וא"כ שוב הו"ל קנין הגוף ממש ולמה לא יהיה מקרי מכירה ועיין קצה"ח סי' שמ"ו סעיף ח"י ס"ק ה' וס"ק וא"ו דכל שלא הי' בדרך תנאי הוה כקנין עולם ומזה ראיה לשיטת הרר"א הנ"ל דקנין הגוף לשעה הוה קנין הגוף ממש וא"כ שוב למה לא יתחייב וצ"ע ומזה ראיה דקנין הגוף לשעה לא הוה רק קנין פירות. ובזה עמדתי על דברי רבינו במ"ש בפ"ב מגניבה הי"א גנב ומכר והקנה למוכר לאחר שלשים יום וה"ה הביא שלפנינו הגירסא והקנה לשלשים יום. ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם לשיטתו דבזה הוה קנין הגוף לשעה והוה קנין הגוף ממש ולזה פירש שהקנה לאחר שלשים וכעת לא קנה כלל ובכה"ג פטור.

סימן נט

א להרב המאוה"ג החריף מוה' יחיאל ני' אבד"ק אנטניע.

ב כשהיה אצלי יום ג' עקב תרכ"ד סיפר לי שישב על ד"ת והי' ענין חלוקת השותפות ואמר הוא שצריך קנין ואם לאו במה נסתלק שהרי החפצים והמטלטלין וכדומה יש לשניהם קנין הגוף בחציין וחציו השני משועבד לכל אחד להשתמשות וכל שיסתלק צריך קנין דבשלמא חיוב ושעבוד הגוף יכול להסתלק בלא קנין אבל החפצים שנקנה לכל אחד במה נסתלק וצריך להקנות לו וע"ז הראה לו אחד מהדיינים דברי הנתיבות שכתב בסי' קע"ו סמ"א ס"ק נ"ה דחלוקת השותפין א"צ קנין כמ"ש הש"ך סי' ק"א וע"ז הראה הרב הנ"ל בשו"ת ב"ח הישנות סי' י"ז שכתב דצריך קנין אבל לא זכר דברי הב"ח וטעמו. והנה שו"ת הב"ח אינו ת"י ואני יושב קרית חוצות ואמרתי לו ניחזי אנן ולכאורה סברתו נכונה דבמה נקנה חציו השני' לזה וצריך להקנותו לו וכעין מ"ש הרא"ש פרק לולב הגזול דהנותן מעמ"ל צריך שיקנהו לו דאל"כ במה יקנה לו. אך לא דמי דשם נתן לזה כל הדבר ונסתלק המקנה ממנו לכך צריך להקנותו לו אבל כאן הרי יש לכל אחד חציו וחצי השנית יש לו שעבוד וא"כ כל שאחד נסתלק הרי חזר השעבוד שהיה לו בחצי' השני' ונעשה שלו וא"צ קנין והשעבוד נתחזק ע"י שזה סלק עצמו.

ג וראיה ברורה נראה לפענ"ד מהא דאמרו בב"מ דף ס"ט הני כותאי דעבדי עיסקא בהדי הדדי אזל חד מינייהו פליג זוזא בלא דעתי' דחברי' אתא לקמי' דר"פ אמר מה נ"מ הכי אמר ר"נ זוזי כמאן דפליגי דמי לשנה זבן חמרא בהדי הדדי קם אידך פליג לי' בלא דעתי' אתא לקמי' דר"פ א"ל מאן פלג לך א"ל הא חזינא דבתר דידי קאזיל מר א"ל ר"פ כה"ג צריך לאודועי זוזי מישקל טבא ושביק חסרא חמרא איכא דבסים ואיכא דלא בסים. הנה מבואר דאף דחלק בלא דעתי' דחברי' ולא הי' שום קנין אפ"ה מועיל חלוקה ודוקא חמרא דאיכא דבסים צריך שומת ב"ד וכמ"ש הש"ך לענין חלוקת שטרות דצריך שומת ב"ד אבל א"צ קנין כמ"ש הש"ך סי' ק"א ס"ק ג' ולזה רמז הנתיבות וכ"כ הש"ך סי' קע"ו ס"ק ל"ז ואני תמה על הנתיבות והש"ך שלא כתבו ראיה זו והב"ח מה יענה לזה ואולי הרגיש בזה ודחה ואנכי לא ידעתי. ובזה נראה מה שאמרו כה"ג צריך לאודועי והתוס' נדחקו למה צריך לאודועי. ולפמ"ש א"ש דהי' מקום לומר דר"פ חזר בו וס"ל דלא מועיל חלוקת השותפות בלי קנין וע"ז אמר דצריך להודיע הטעם כדי שלא נטעה ולומר דצריך קנין כנלפענ"ד וכן מבואר בב"מ ל"א ול"ב דדוקא במה שצריך שומת ב"ד הוא דנחלקו אי סגי בתרי או תלתא בעינן אבל גוף החלוקה א"צ שום קנין וז"ב לפענ"ד ובר"ח ניסן תרכ"ה הגיע לידי שו"ת ב"ח הישנות ובדקתי בו ומצאתי בסי' כ"א שכתב בהדיא דא"צ קנין אבל לא הביא ש"ס זו. עוד אמר לי הרב הנ"ל שנשאל במקוה שהשאלה על הנסרים שמטמאים טומאת מדרס וכמו שהאריכו הפוסקים הובא בש"ע יו"ד סי' קצ"ח

והט"ז והש"ך האריכו הרבה היאך הדין אם יש נקב המטהר כשפופרת הנוד וכדומה אם בטל גם כן טומאת מדרס ואמר הוא דהדבר פשוט דהנקב אינו מבטל טומאת מדרס ואמר שכן מצא בספר חתם סופר אמנם מצא במאמר מרדכי שאמר דכל שבטל טומאה החמורה בטל גם טומאת מדרס והנה כעת אין ת"י כל הספרים האלו. והנה מצד הסברא מה שייך ביטול לטומאת מדרס ע"י הנקב הא סוף סוף דורס עליו והנקב אינו מבטל הדריסה וראיה ברורה לזה מהא דהקשה הלבוש בסי' תרכ"ט לענין נסרים אפילו הן משופין והקשה דהא חזו למדרס והט"ז שם ס"ק כ' האריך בזה ולמה לא אמרו דמיירי שיש נקב כשפורת הנוד ובטל מתורת כלי ושוב אינו ראוי למדרס וע"כ דאין ענין לטומאת מדרס ודוק. שוב ראיתי שהדבר מבואר בתוס' יו"ט כלים פ"ד מ"ד ד"ה והבאה במדה דכל שאירע קלקול ונתבטל שאר טומאות דטמאים מדרס והיא משנה מפורשת ברפ"כ דכלים ע"ש ודו"ק ועיין בפט"ו שם משנה ו' בתוס' יו"ט ד"ה אנקטמין. ולכאורה מצאתי משנה מפורשת להיפך והוא בפי"ט מכלים משפלת שנפחתה מלקבל רמונים ר"מ מטמא וחכמים מטהרים מפני שבטל העיקר בטל הטפילה ועיין ברע"ב שפירש דר"מ מטמא מדרס וחכמים מטהרים הרי בהדיא דכל שבטל העיקר בטל הטפלה ועיין תוס' יו"ט מ"ש שם בשם הרמב"ם אבל לפמ"ש הר"ש שם לפרש אינו מוכח זאת דשאני התם דהכלי נעשית להשתמש בהצד הלז ואח"כ מהפך לה ולשמש בצד אחר א"כ בטל כל עיקר התשמיש וכן נראה מהרמב"ם פכ"ד מכלים הי"א ע"ש ובכ"מ ובמלמ"ל שם וכ"כ הרמב"ם בהדיא פ"כ מכלים משנה א' הובא בתוס' יו"ט שם ודברי הרמב"ם ותוס' יו"ט כאן צע"ג.

ד שוב ראיתי בתוס' חדשים בפי"ט הנ"ל שהרגיש בזה ונהניתי מאד. עכ"פ הדין ברור דכל שהוא נתקלקל וראוי לטומאת מדרס טמא מדרס ועיין פכ"ב מכלים משנה ז':

סימן ס

א שלום וכט"ס לכבוד הרב המאוה"ג המופלג בתורה ויראה כו' מוה' זאב וואלף נ"י האבד"ק סמארטאן.

ב מכתבו הגיעני היום ואם אמנם על יו"ט בא בכל זאת אשיבהו לאלתר ואעתיק השאלה מהות המקוה בקאעלבורג אשר סמוך לנהר קאקעל נעשה חפירה אחת גדולה ואח"כ נתחברו איזה נסרים יחד במסמרות ברזל חדשים ובנסרים ליכא עובי טפח והניחו טבלא זו על קרקעית המקוה שלא תשקע רגלי הטובל בטיט ונעשה גם תיבה אחת דבק טוב שנתחברה מנסרים בלא שולים פתוח משני צדדים והורידו את התיבה בתוך החפירה ומונחת ע"ג הטבלא מהודק היטב ומן התיבה בולטת גם למעלה מהחפירה

לחוץ עד אשר המים נגברו בתוכה המה גבוהים משטח פני החפירה למעלה אבל אינם גבוהים כ"כ שיזחלו למעלה חוץ לתיבה אף בשעת הטבילה ובתיבה זו יש כמה שיעורי מקוואות. והעתקתי השאלה מחמת כי לא הבנתי היטב מהות גבורת המים במקוה זו היאך היא אם הם נובעים מתחת היאך יבואו להתיבה המהודקת יפה אם נמשכו מהנהר ע"י מרזב ע"ג הקרקע למה לא ביאר מעל"כ בהשאלה אמנם לפי שלא ביאר אני הולך על סדר שאלתו. והנה מ"ש מעלתו דמקוה זו אין לה דין מעיין אלא באשבורן משום שנעשה סמוך לנהר כמו שהביא הר"ש התוספתא פ"כ דמקוואות וגם כיון דנפסק המים ע"י התיבה בודאי לא מיטהר אלא באשבורן והרי הטובל בשידה ותיבה בים אף דמתגבר כשפ"ה העלה מעלתו בחבורו דדין מקוה יש לו ולא מטהר בזוחלין וכ"ש בנ"ד. והנה באמת מ"ש בפשיטות דסמוך לנהר הוי אשבורן הנה באמת כן משמע ברמב"ם פ"ט ממקוואות ה"א ואני תמהתי בהגהות יד שאול סי' נ"ב על המרדכי שלא הביא דברי התוס' הלז. אמנם כתבתי שם דבתוס' רי"ד שנדפס מחדש במס' חגיגה דף כ"א הקשה על רש"י שכתב שבא מנהר גדול דהרי מעיין מטהר בכ"ש הרי דדין מעיין יש לו ועכ"פ אינו מוחלט שיהיה לו דין אשבורן. גם מ"ש שהתיבה מפסקת כבר מבואר שאין אנו יודעין פירוש הדברים. אמנם מה שחידש מעלתו דכיון דע"י התיבה מעכב הזחילה ממה שבולט לחוץ וזה הוי הווייתו ע"י דבר המקבל טומאה דמה לי אם הסתימה מקבל הזחילה מהצד או מעכב הזחילה למעלה הנה באמת זה אינו ברור ועשו"ת נוב"י מהדו"ת סימן קל"ז שכתב שכל שאין הנסרים גורמים שום טהרה והכשר רק מניעת הפסול לבא אח"כ זה לא מקרי הווייתו ע"י דבר המקבל טומאה ובזה גם הר"ש מודה ואף שיש לחלק דשם אינו מעכב הזחילה תיכף רק מה שיבא אח"כ וכאן הוא מעכב תיכף מ"מ אין דין זה ברור שיהיה מקרי הווייתו ע"י דבר המקבל טומאה ובפרט שהוא ספק דלמא הוא מעיין. אמנם מ"ש עוד לפקפק דבסי' קצ"ח החליט להלכה שיטת הראב"ד דאין טובלין ע"ג נסרים וכ"כ הש"ך בשם מהר"ם לובלין ואף האחרונים שחפשו היתר היינו דוקא היכא דהנסרים נקבעו בבנין ואח"כ צפו המים עליהם אבל בנ"ד דטבלא זו מונחת ע"ג קרקע יש לחוש לטבול דחזי לטומאת מדרס וכן נראה מדברי הראב"ד בהשגות פ"ו ה"ד.

ג והנה בזה צריך אני להעתיק מ"ש בתשובה זה רבות בשנים במקוה ע"ג נסרים שמטמא טומאת מדרס איך הדין אם יש נקב המטהר כשפה"נ אם בטל ג"כ טומאת מדרס והרב השואל הביא שמצא בס' ח"ס דהנקב אינו מבטל טומאת מדרס אמנם בספר אחר מצא דכל שבטל טומאה חמורה בטל גם טומאת מדרס. והנה מצד הסברא מה שייך ביטול לענין טומאת מדרס סוף סוף דורס עליו והנקב אינו מבטל הדריסה. וראיה ברורה לזה

ממה שהקשה הלבוש באו"ח סי' תרכ"ט לענין נסרים אפילו הן משופין והקשה דהא חזי למדרס והט"ז שם ס"ק כ' האריך בזה והרי י"ל דמירי שיש נקב כשפ"ה ובטל מתורת כלי ושוב אינו ראוי למדרס וע"כ דאינו ענין לטומאת מדרס שוב ראיתי הדבר מבואר בתוס' יו"ט בכלים פכ"ד מ"ד ד"ה והבאה במדה דאם אירע קלקול ונתבטלו שאר טומאות מ"מ טמאה מדרס והוא משנה מפורשת רפ"כ דכלים ע"ש ודוק ועיין פט"ו מ"ו שם בתויו"ט ד"ה אנקטמין אמנם מצאתי לכאורה משנה מפורשת להיפך והוא בפי"ט מכלים משפלת שנפחתה מלקבל רמונים ר"מ מטמא וחכמים מטהרים מפני שבטל העיקר בטל הטפילה ועיין תויו"ט מ"ש שם בשם הרמב"ם ואף דלפמ"ש הר"ש שם לפרש אינו מוכח זאת דשאני התם דהכא נעשית להשתמש בצד הלז ואח"כ מהפך לה להשתמש בצד אחר א"כ בטל כל עיקר התשמיש וכן נראה מהרמב"ם פ"כ מכלים הי"א ובכ"מ ובמלמ"ל שם וכ"כ הרמב"ם בהדיא פ"כ מכלים ה"א הובא בתויו"ט שם ודברי הרמב"ם ותוי"ט כאן צע"ג. ומצאתי בתו"ח פי"ח הנ"ל שהרגיש בזה ונהניתי מאד ועפכ"ב מכלים מ"ד אמנם בכ"ז לא נוכל לדחות משנה מפורשת הנ"ל ולפירוש הרע"ב והרמב"ם שם דכל שבטל העיקר בטל הטפילה ובפרט שטומאת נסרים משום דחזי למדרס אינו מוסכם וכאן מונח גם כן על הקרקע ובטל טומאת מדרס והוה כמו שבנאו בבנין כיון שעיקרו נעשה לשמש עם הקרקע וע"כ אם נוכל לעשות כמ"ש מעלכת"ה שיטלו הטבלא מע"ג הקרקע ויניחו שם אבנים ושאר התיקונים כמ"ש מעכת"ה מה טוב ואם לאו יוכל להניח המקוה כמו שהוא ואולי גם לכתחלה יניחה כמו שהוא בכדי שלא להוציא לעז על שטבלו עד עתה והנני בזה הדו"ש באהבה:

סימן סא

ארשום מה ששלחתי לאחד מארץ הגר ולא החזיר לי התשובה וע"כ ארשום כפי העולה על זכרוני. מה ששאל באחד שנדר מדבר אם אסר על עצמו שלכד"ה. הן אמת הדבר מפורש בעירובין דף ל' הנודר מן הככר מערבין לו בה וכו' ואפילו אמר עלי נעשה כאומר שלא אטעימנה ופירש"י ז"ל דלא אסיק אדעתיה אלא דרך הנאתה וכן מצאתי במחנה אפרים ה' נדרים סי' כ"ז שכתב כן בהדיא ע"ש. והנה בהא דמבואר בנדרים דף נ"ב הנודר מן הענבים מותר ביין מן הזיתים מותר בשמן אמר קונם זיתים וענבים אלו שאיני טועם אסור בהן וביוצא מהן ולכאורה תמוה דהרי אמרו בפסחים דף כ"ד דכל איסורים שבתורה אין לוקין עליהם אלא כדה"נ אר"ז אף אנן נמי תנינא הנודר מן הזיתים ומן הענבים סופגין את הארבעים הא מתאנים ורמונים לא מ"ט לאו משום דלא אכיל כד"ה הרי דמשקין היוצאין מהן מותר משום דשלא כדה"נ וא"כ בנודר דלא נדר רק כד"ה למה

יהיה אסור אמנם לכאורה ז"א דהרי בזיתים וענבים משקין היוצאין מהן כד"ה ושפיר אמרו במשנה דאסור אמנם הרמב"ם כתב בפ"ט דבכל הדברים משקין היוצא מהן בספק וקשה דהא הוה שלכד"ה ובמשנה דקדק דוקא בזיתים וענבים ומזה ראיה ברורה למ"ש זקני הח"ץ ז"ל סי' ח"י דדחי לסוגיא דפסחים הנ"ל והעלה דעיקר כסוגיא דחולין דף ק"כ דכל משקין כיוצא בזיתים וענבים דטעכ"ע דאורייתא והפ"י בפסק חדש האריך לדחות סוגיא דחולין והעלה דעיקר כסוגיא דפסחים והרי מדברי רבינו מוכח דלא כוותיה והרי רבינו שינה מלשון המשנה וע"כ דס"ל דטכ"ע דאורייתא בכל המשקין ועוד שאני כמ"ש אא"ז הח"ץ וכן עיקר ומצאתי במחנה אפרים ה' נדרים סי' ל"ג שהרגיש בדברי הרמב"ם האלו והביא סוגיא דפסחים ולא הרגיש שהסוגיא דחולין כסוגיא דפסחים הנ"ל ודוק היטב:

סימן סב

א בענין ריחא מלתא.

ב הנה שיטת הרי"ף דמה דאמר רב ריחא מלתא היא משום דלשיטתו אזיל דמב"מ במשהו וריחא הוה משהו ע"ש ולכאורה צ"ב דהא גם לדידן דמב"מ בששים הא ריח הוא נרגש והרי כל שמרגיש הטעם היותר מששים ג"כ אסור דחיך אוכל יטעם ועיין ט"ז סי' צ"ח סקי"א וא"כ גם ריח הרי מרגיש הריח ולמה לא יאסור. אמנם אחר העיון נראה דבאמת אטו כתיב ריח בתורה והתורה לא אזהרה רק בלשון אכילה ואכילה היא בטעם ומנ"ל ריחא וזה ענין דס"ל ללוי ריחא לאו מלתא היא כלל אמנם רב ס"ל כיון דמב"מ במשהו אף שאינו טועם שום איסור אפ"ה אסרה התורה במב"מ לפי שאחד מחזק את חבירו וה"ה כאן כל שיש ריח אף שאין בכשיעור טעם מ"מ הרי נרגש ואף משהו אסור וא"ל דמידי ריחא כתיב דז"א דהרי גם במב"מ אין בו טעם ואפ"ה אסור וה"ה בריח וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשו על הרי"ף דהא דוקא מב"מ במשהו ולא בשא"מ וריחא אסור אף בשא"מ ועיין בהגהת הד"ת על הרי"ף ולפמ"ש אתי שפיר דכל דחזינן דאף בליכא טעם אסרה תורה במב"מ שוב בריח דמרגיש הריח אסור אף בא"מ וכמ"ש וז"ב.

ג ובזה מיושב היטב מ"ש הר"ן בנדרים נ"ב דמה דאסר רבא לאכול דגים שצלאו עם בשר לאכול בכותח משום דהוה דשיל"מ וע"ז הקשה החריף מוה' שמחה באב"ד מסקאהל דא"כ למה אמרו שם דאף במלחא אסור משום סכנה והלא ל"ש דבר שיל"מ וריח אינו רק משהו ומזה ראיה להט"ז סי' קט"ז דסכנה ל"מ לששים ולפמ"ש א"ש דבאמת בשאר סכנה כל שאין בו טעם הרי נתבטל הסכנה וכמ"ש בנקה"כ אבל ריח דמרגיש הריח שוב לא נתבטל הסכנה דהרי מריח בו וא"כ שוב אסור וז"ב כשמש. שוב ראיתי בישועת יעקב

יו"ד סי' קט"ז שגם הוא הקשה כעין זה ולפמ"ש א"ש. ומה שהקשה החריף הנ"ל בהא דאמרו בחולין דף צ"ז כלכית באלפס הוה ופירש"י שקץ דגים קטנים והקשה דלהט"ז למה אמר לטעמיה קפילא והא אף משהו אסור ולפמ"ש א"ש דבאמת בנקה"כ חלק וכתב דכל שנתבטל הטעם שוב אזדא ליה הסכנה וצ"ל דסברת הט"ז היא כך דאטו ברור הדבר דבששים אזל הטעם רק דעפ"י רוב בששים אינו נרגש הטעם וגם דיוכל להיות שלא נתפשט הטעם כ"כ ונשאר עוד ורק דממנ"פ מותר אם נתפשט הטעם בטל ואם לא נתפשט הרי בטל ברוב וזה באיסור אבל בסכנה דל"מ ביטול ברוב יש לחוש שלא נתפשט ויש עדן סכנה וכ"כ בגליון הש"ע שם דהכמות צריך להיות בטל ברוב ובסכנה ל"מ רוב והארכתי בזה בתשובה ולפ"ז שם אמר דלטעמי' קפילא ארמאה וקפילא א"צ ששים רק שהוא מבחין שאין בו טעם כלל וכמבואר בטור יו"ד סי' צ"ח ואם כן שוב מועיל אף לענין סכנה וז"ב כשמש ודוק. והנה זה רבות בשנים הקשיתי על הרי"ף מהא דאמרו בשבת דף ס"ב דריחא לית בי' ממשא כלל הרי מבואר דאף משהו לית ביה ואחר כמה שנים ראיתי בבשמים ראש סי' קפ"א שהקשה כן וכעת נראה דלק"מ דש"ה דלענין הוצאה מה שקולט הריח ל"ש ביה הוצאה מידי דהוה מי שהוציא שלא כדרך המוציאין דהרי אינו מוציא כלל דקליטת הריח לית בו ממש ואינו ענין לענין משהו של איסור וז"ב כשמש ודוק שוב ראיתי בשעה"מ פי"א ממ"א שהרגיש גם כן בקושיתי הלא מראש יעו"ש

ד והנה בש"ק תצוה תרכ"ה הגיעני מכתב מהחריף מוה' טובי' יחיאל ווייסבורג מליסקא הביא דברי השעה"מ פי"א ממ"א שחידש דכל דאיתא לריחא בעינא אסור משום דח"ש אסור מן התורה וע"ז הקשה מר"ל דס"ל חצי שיעור מותר מן התורה ואפ"ה אמר בפת חמה כ"ע מודו דריחא מלתא ולפענ"ד לק"מ דשם בריח הנרגש הוה כמו דאמרו בירושלמי פ"ו מתרומות מודה ר"ל באיסורי הנאה והיינו דמ"מ נהנה אף דהוא ח"ש וה"ה בריח מ"מ הוא מרגיש ניהו דהוה ח"ש מ"מ מרגיש האיסור כ"ש ושאני שאר ח"ש דכל שאינו כזית אינו טועם טעם איסור ואינו מרגיש אבל ריח דאוסר בכ"ש שנרגש והרי מרגיש האיסור ואסור אף לר"ל. ובזה מיושב מה שהקשה מהריב"ל סי' רפ"ח דכתב דבטעימה ל"ש חזי לאצטרופי ולפמ"ש שאני ריחא דנרגש האיסור בעיניה וז"ב ופשוט. והנה בשנת תרכ"ז מצאתי בתוס' רי"ד שנדפס מחדש בע"ז ס"ו כתב דבבשמים שריח חזק הוא אף לוי מודה דריחא מלתא היא ע"ש ובשבת ס"ב הנ"ל מבואר דאף בבשמים ריחא ל"מ ולפמ"ש ליישב דברי הרי"ף א"ש ג"ז אבל באמת פשטת לשון הש"ס אינו מורה כן וצ"ע. והנה בדברי הרי"ף נראה לי כעת דבר חדש דהנה הטעם דס"ל לר"י

דמב"מ במשהו נראה לפענ"ד דהנה באמת כל דבר דבטל בששים בא"מ לכאורה צ"ב כיון דמ"מ משהו מיהא איכא והרי ח"ש אסור אך זה אינו דבתערובות ל"ש ח"ש כמ"ש המהרש"א בפסחים דף מ"ד ועיין כו"פ סי' ק"ט ולפי זה במב"מ דלא נקרא תערובות דהרי לא נתבטל דהא הוא מב"מ ואדרבא אחד מחזק את חבירו הו"ל כאלו הוא בעין וח"ש אסור מן התורה וז"ב ולפי זה דברי הרי"ף נכונים דריח ל"ה תערובות דהא היא בפ"ע רק שנותן ריח בזה אבל הא"מ אינו מבטל והו"ל כאילו הוא בעין והו"ל כמו מב"מ לרב דאסור דהוה ח"ש וה"ה בזה ואם כן לכך גם בא"מ אסור לרב דכשם דמב"מ אסור במשהו דהו"ל ח"ש בעין וה"ה בריח דהוה בעין ומיושב כל הקושיות על הרי"ף. והנה מה שהקשיתי ומצאתי בבשמים ראש שהקשה משבת דף ס"ב וכ"כ בזה כעת נ"ל בפשיטות דכלי שיקלט ריח קשה לקלוט וכמו דקי"ל לענין כלי שאינו בלוע מאיסור כמ"ש הט"ז סי' ק"ה סקט"ז וה"ה כאן ועיין סי' ק"ח בש"ך סקי"ב ודוק ובגוף הקושיא הנה לפמ"ש דריחא מתורת משהו הוא וכתבתי דהוה כמו ח"ש בעין הנה לפענ"ד שם אדרבא על ידי דנחשבי' לח"ש והי' כלי טפל להבשר ויהיה פטור על ידי זה זה ודאי לא אמרינן כנ"ל וצ"ע בזה. והנה במ"ש למעלה קושיא על השעה"מ שכתב דאסור ריחא משום דהוה ח"ש והקשה דאם כן לר"ל דאמר דח"ש מותר היאך אוסר ריחא וכתבתי דהוה כאיסור הנאה דאמרו בירושלמי דמודה ר"ל ולכאורה מה זה דמיון דהנאה עכ"פ במשהו נהנה אבל ריחא מנ"ל דיהיה אסור לר"ל. אך נראה דהנה גוף דברי הירושלמי דאמר דמודה ר"ל באיסורי הנאה צ"ב וצ"ל דכיון דכל א"ה דאסור ואינו לוקה מבואר בהה"מ דהוא כח"ש כמ"ש בפ"ח ממאכלות אסורות הט"ז ועיין מלמ"ל פ"ד מיסודי התורה ולפי זה כיון דלא משכחת לה שיעור א"כ לא משכחת לר"ל דיהיה אסור בהנאה דתמיד הוא ח"ש וע"כ מודה ר"ל בא"ה וז"ב ופשוט ולפי זה ריח דלא משכחת לה רק בח"ש לכך ר"ל מודה דאסור וז"ב. איברא דבשו"ת מוהר"ם מינץ סי"ט כתב דכל שאין בדמו כזית ל"ש ח"ש דל"ש חזי לאצטרופי אם כן מבואר להיפך ממ"ש. ולכאורה רציתי לומר דזה לר"י דס"ל ח"ש אסור משום חזי לאצטרופי אם כן כל דל"ש חזי לאצטרופי יהיה מותר אבל לר"ל דס"ל ח"ש מותר רק דבהנאה ע"כ מוכרח לומר שאסור בזה אדרבא כל שא"א בשיעור שלם ע"כ מודה ר"ל ולפי זה יהיה קולא לר"י יותר מר"ל וזה לא שמענו מיהו כבר השגתי על שו"ת ר"מ מינץ בקונטרס תורת משה על ספרו אור מים חיים כלל צ"א דין ב' עכ"פ מ"ש לר"ל ודאי נכון. והנה האחרונים פלפלו לרב דס"ל ריחא מלתא אם הוא מן התורה או מדרבנן ולפענ"ד נראה דאינו רק מדרבנן דהנה במ"ש הרי"ף דמלתא דרב בריחא הוא משום דס"ל מב"מ במשהו והנה הריטב"א בחידושיו לע"ז דף ע"ג הקשה

דלימא דרב ושמואל דס"ל מב"מ במשהו וכר' יהודה אמרו לשמעתי' וכתב דר"י ס"ל דמה"ת מב"מ לא בטל והוא ס"ל מדרבנן מב"מ לא בטל ע"ש ואם כן מבואר דרב דאוסר לשיטת הרי"ף אינו רק דרבנן ודוק. וראיתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל ביו"ד סי' ק"ח שהקשה אם נימא דאינו רק דרבנן מה פריך הש"ס בפסחים לרב דא"ל ריחא מלתא דמאי איריא מפני תערובות גופים ת"ל מפני תערובת טעמים והקשה דנימא דבקדשים אוקמא אדין תורה כדאשכחן בכלי מקדש שכתבו בתוס' חולין דף קי"ב דאוקמא אד"ת ה"ה בזה ע"ש ולפענ"ד נראה דלפמ"ש הרמב"ן בע"ז דף ס"ז והר"ן פגה"נ דלכך פת שאפאה עם הצלי אסור משום ריחא טפי משאר ריחא משום דכל אחד בפני עצמו שרי יש להחמיר ביותר משאר איסורים ולפי זה בפסח דעיקר האיסור משום דנאכל שלא למנויו ואם כן כל אחד בפני עצמה שרי בודאי יש להחמיר יותר משאר איסורים. איברא דקשה לפי זה גם ללוי דמתיר בשאר איסורים ריחא אבל בפסח מהראוי לאסור ואם כן גם לדידיה קשה ל"ל מפני תערובות גופים ת"ל מפני תערובות טעמים ולכאורה רציתי לומר דהכא ל"ש דלא בדילי דכיון דאינו נאכל רק למנויו הרי אדרבא דבר שבמנין הוא ול"ש לא בדילי ושאני בשר בחלב דלא בדילי אינשי שכל אחד בפני עצמו שרי לא בדילי אינשי מיניה אבל כאן אדרבא בדילי בשביל האיסור דנאכל שלא למנויו. אמנם י"ל כיון דלא ניכר איזה של החבורה הזאת ואיזו של חבורה זאת מהראוי להחמיר. אך לפי זה קשה בהא דאמרו אפילו גדי וטלה דניכר הגופין ושוב בדילי אינשי מיניה ושוב ריחא לאו מלתא.

ה אך למה דמסיק דגם בגדי וטלה שייך מפני תערובת גופים שוב לא בדילי אינשי מיניה ול"ש ריחא ולפי זה שפיר מקשה ללוי מסיפא דאפילו גדי וטלה ושם ליכא חשש ריחא דהא בדילי אבל לרב מקשה שפיר דהרי אמר אפילו גדי וטלה וע"כ מפני חשש גופים וכיון דלרב אפילו במקום דבדילי גם כן אסור שפיר מקשה על רב דוקא ודוק היטב. והנה בהא דאמר רבא ראיה מכאן הקשו בתוס' דלמא טעמו של אביי משום דנהנה ושאני תרומה דשריא לישראל בהנאה שאינה של כילוי דמיירי שלא הסיקו ישראל אלא הכהן וכוונתם דמה מייתי רבא ראי' דלמא מיירי שלא הסיקו ישראל ואין כאן הנאה של כילוי ולכך מותר אמנם המהר"ם הקשה דאכתי מנ"ל לרבא דאביי לא אסר משום הנאה ושאני תרומה דהנאה שאינה של כילוי מותר והנראה בזה דהנה התוס' כתבו בד"ה רבא דאביי מצי סבר כלוי ואף דריחא לאו מלתא היא היינו דוקא שם דאינו אוכל רק את ההיתר והריח של איסור נכנס בתוך ההיתר ואביי לא אסר רק בנהנה מן גוף האיסור ומריח היין בעצמו והקשה המהר"ם דאם כן מאי פריך מכיון דאוכל הפת של היתר רק דהריח נכנס לתוכו ומה שתירץ דכאן חשוב גם כן כגופו של איסור הוא דחוק ותמוה דמנ"ל זאת

והנראה בזה דהנה בטעמו של התוס' שכתבו דאביי ס"ל כלוי ומחלק בין מריח באיסור עצמו ונהנה מה שאין כן התם נראה לפענ"ד דהוא כסברת הרי"ף דס"ל דריחא רק משהו ורב לשיטתו דס"ל מב"מ במשהו וריח אסור אף בא"מ מטעם משהו ולפי זה בשלמא י"נ דהוא במשהו ולכך אסור הריח דעכ"פ נהנה מגוף הריח של איסור ועכ"פ משהו יש כאן אבל בהך דלוי דאינו אסור במשהו לא אכפת לן מה שמעורב משהו. ולפי זה אני אומר דבר חדש דהנה בפת שאפאה עם הצלי דעת הרי"ף לאסור משום דהו"ל דשיל"מ דיכול לאכול עם בשר ולכך אסור לאכול בכותח והקשו עליו מהך דאמרו ביבמות והא דרב אשי בדותא היא דאי לישראל אסור ולכהן משרי שרי וכתב הר"ן בנדרים דף נ"ב דש"ה דאינו בדין שלישראל יהיה נאסר בשביל דלכהן מותר ע"ש ולפי זה נראה לי דבכמון יקשה גם כן הא הוה דשיל"מ לכהן וא"ל דלמה יאסר הישראל בשביל הכהן דהרי הכהן הסיק התנור ולמה יהנה הישראל וש"ה בהך דר"א דנתערב ונימוח ואם כן למה יאסר לישראל והא לדידיה לא הוה דשיל"מ אבל כאן דהכהן הסיק ואם כן מהראוי שיהיה הכהן אוכלו ולא הישראל ושפיר מקרי דשיל"מ וכיון דלא מקרי דשיל"מ שוב אסור ריח אף דאינו אוכל גוף האיסור משום דבמשהו גם ריח אסור ושפיר מקשה על אביי ומיושב שני קושיות של המהר"ם וגם קושית התוס' בעצמו ובאמת מהתוס' ד"ה רבא משמע דמפרשי בשביל הנאה כמ"ש בהדיא ולא משום שותה דאם כן לא א"ש חלוקם שחלקו לאביי ולא מצי סבר כלוי ועכ"פ שפיר מביא רבא ראיה דריחא לאו מלתא ואף לרב כמ"ש התוס' לחלק ועיין מהרש"א ומוהר"ם ובזה אני אומר דמה שמשני אביי שאני התם דמקלי איסורא ולכאורה תמוה דמה בכך דמקלא איסורא סוף סוף נהנה מהריח ולענין ריח מה מועיל דמקלי איסורא אך לפמ"ש א"ש דהנה כל הקושיא דהו"ל דשיל"מ וריח הוה משהו וכמ"ש ולפי זה הרי אמרו בביצה דף ד' ולרב אשי דאמר דבר שיל"מ לא בטל הנ"מ היכא דאיתא לאיסורא בעיניה אבל הכא מקלי קלי איסורא ולפי זה כיון דבמקלי ל"ש דשיל"מ ושוב ל"ק מכמון דהנאה שאינה של כילוי מותר בתרומה ודבר שיש לו מתירין לא הוה כיון דמקלי קלי לאיסור ודוק היטב כי הוא חריף ועש"ך סקי"ב ופר"ח ס"ק ח' וסקי"א ולפמ"ש י"ל דמקלי קלי אין מעלה כלל לריח דהריח מ"מ מרגיש אף שמקלי קלי וכשיטת או"ה ואף לרבא אסור ושאני הכא דגוף האיסור לא מקרי דבר שיל"מ כל דמקלי קלי ושוב הנאה שאינה של כילוי שרי ועיין בתוס' ע"ז דף מ"ב ד"ה אלא שכתבו דבת תיהא אף דהוה כעין יי"נ ויש לאסור מ"מ בבת תיהא ליכא הנאה כי אדרבא חוזק היין נכנס בחוטמו ומזיקו וטעם האוסר לאו משום הנאה אלא משום דחשוב לי' כשותה ע"ש והוא כמ"ש בדף ס"ו ד"ה אביי אבל בד"ה רבא לא משמע כן רק

משום דנהנה. והנה הבאתי לעיל דברי התוס' רי"ד שכתב דבבשמים שריח חזק הוא הוה ריחא מלתא ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה אלא אך כבר כתבתי לעיל דבשבת דף ס"ב לא משמע כן אך לפמ"ש למעלה דשאני הוצאה דמ"מ אינו מוציא כדרך המוציאין א"ש ודוק

ו והנה בהך דפת שאפאה עם הצלי דאסור לאכלה בכותח שנדחקו הרי"ף והקדמונים דהא ריחא לאו מלתא היא אמר אלי החריף מהר"מ מיזיש נ"י די"ל לפמ"ש התוס' בע"ז דף י"ב ד"ה אלא בורד והדס שהקשו דהא בבת תיהא אמרינן דריחא לאו מלתא הוא וכתבו דשאני וורד והדס דעיקרא לריחא קיימא ואף אם לאו לריחא קיימא מ"מ בע"ז אף שלכד"ה אסור משום דלא כתיב אכילה וה"ה בב"ח דאף שלכד"ה אסור ולוקה משום דלא כתוב בהו אכילה א"כ גם ריחא מלתא היא עכ"ד. ואני אמרתי בזה דהא דבב"ח אף שלכד"ה אסור דוקא כל שכבר נעשה בב"ח אבל כאן בעת שאפאה עם הצלי לא הי' בב"ח והריח לאו מלתא אז א"כ אח"כ כשרוצה לאכול עם כותח למה יאסר וז"פ וברור. והנה עוד רצה לחדש בהא דאמרו לר"י דח"ש אסור משום דחזי לאצטרופי אין הפירוש שיחזור ויאכל עוד ח"ש רק דלפי מה דאמרו בחולין ק"ג דר"י אמר אכל חצי זית והקיאו וחזר ואכלו חייב דהרי נהנה גרונו בכזית א"כ משכחת לה דיהיה שיעור שיאכל ויקיא ויחזור ויאכל עד שיהנה גרונו בכזית וע"ז רצה לחדש דביוה"כ דבעי ככותבת שתתיישב דעתו א"כ ל"ש חזי לאצטרופי דשם בעינן שיהנו מעיו בככותבת וזה לא אפשר דאף שיחזור ויקיא עכ"פ לא יהיה רק חצי שיעור ובזה רצה ליישב קושית התוס' ביומא דף פ"א שהקשו למה אצטריך קרא דכל חלב הא שייך משום חזי לאצטרופי ולפמ"ש נ"מ לענין יוה"כ. והנה אמרתי לו דהא כל חלב מרבה קרא ח"ש ובחלב די כזית ולמה לי קרא וגם גוף הדברים שיכול לחזור ולאכול אחר שיקיא מה יעשה בח"ש דגזל דגם זה אסור משום ח"ש דחזי לאצטרופי וכמ"ש הסמ"ע סי' שמ"ח בשם הה"מ וגם בהנאה שכתב הה"מ פ"ח מאיסורי מאכלות דהוא מכח ח"ש דשם ל"ש זאת:

סימן סג

א רשמתי לעצמי על מ"ש לי היום הרב החריף מוה' בנימן ארי' הכהן ווייס אבד"ק קנעהניטש במה דאמרו בכריתות דף י"ג יש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ד' חטאות ואשם אחד והקשה הא מעילה היא משעת הגבהה ואיך חשיב לי' בין חיובי אכילה וא"ל דמיירי בתחב לו חבירו ואכלו כדמשני בכתובות דף למ"ד דז"א דהרי ר"מ אמר אם הי' שבת והוציאו בפיו וא"כ ע"כ לא מיירי בתחב לו חבירו דא"כ הי' הנחה בלא עקירה כמו בהטעינו חבירו אוכלין וא"כ שוב לא נתחייב משום שבת וע"כ דמיירי כשהוא

בעצמו הוציאו א"כ שוב כבר נתחייב משעת הגבהה. הנה קושיא מושכלת היא. אמנם מ"ש בפשיטות דמעילה היא משעת הגבהה אמת שכ"כ התוס' בקידושין דף מ"ג אבל להרמב"ם אינו ברור אי ס"ל כן ועיין במקנה שם.

ב וראיתי בחידושי פנ"י בכתובות דף למ"ד בתוס' ד"ה זר שכתב בפשיטות דלענין מעילה מעידנא דקניא נתחייב במעילה כדמוכח במס' מעילה ולא ידעתי היכן מבואר זאת ועיין בהפלאה שם שכתב דלרבי דהזיד במעילה במיתה ודאי אינו חייב על הגבהה כמ"ש התוס' בפסחים דף ל"ג מיהו אף אם נימא דבמעילה חייב משעת הגבהה וע"כ דה"ט דנתכוין לקנות והרי מיירי בשוגג במעילה וא"כ איסורא לא ניחא ליה דלקני ושוב לא קני ע"ז הגבהה רק בשעת אכילה ועיין בפ"י בכתובות שם ובלא"ה משכחת לה דהגזבר אכלו דבזה ל"ש משעת הגבהה דהא גזבר לא יצא מרשותו ע"י הגבהה וא"כ לא נתחייב רק על אכילה ודו"ק. גם מ"ש דהטעינו חבירו אוכלין אינו חייב ז"א דאנן קי"ל דחייב ול"ד לידו ועקירת גופו כעקירת חפץ דמי וע"ש שני פירושים ברש"י ותוס' וא"ל דא"כ הו"ל הגבהה בפיו דז"א דעכ"פ בעת שהיה בפיו כ"ז שלא הניח לה חייב משום שבת וא"כ ל"ח הגבהה לקנות דא"כ גם בכתובות דף למ"ד מה מועיל כשתחבו לו לתוך פיו הא מ"מ מדאגבהה קניא וז"פ וברור. ומ"ש לפלפל בקידושין דף נ"ג בהא דאמרו אשה אינה מתקדשת המעות מהו שיצאו לחולין וע"ז הקשה דהא באמת בכל גזילה יקשה היאך קני ביאוש וש"ר דהא כ"מ דא"ר לא תעביד אי עביד ל"מ ואף בש"ר שייך זאת כמבואר בסוגיא דתמורה וע"כ משום דכל דהוה ש"ר ללוקח בהיתירא אתי לידי' ולפ"ז כאן דאם נימא דהמעות א"י לחולין כ"ז שאשה אינה מתקדשת א"כ שוב שייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד דהא ע"י הקידושין בא המעילה וכל דנימא דא"י לחולין שוב אין האשה מתקדשת ושוב שייך כל מלתא דא"ר ל"ת דהא ל"ש בהיתירא אתי לידה.

ג לא ידעתי מהו שח דא"כ גם בש"ר של מקח נימא ג"כ דכל דנימא דאין ש"ר קונה דכ"מ דא"ר ל"ת א"כ שוב ל"מ יאוש וש"ר ול"ש דבהיתירא אתי לידי' וע"כ דבזה ל"ש כ"מ דא"ר ל"ת דהא ליד האשה בא בהיתירא דאף דאשה אינה מתקדשת היינו משום דלא ניחא לה דלתחל על ידה אבל מ"מ היא לא נתכוונה לאיסור וגם כבר נודע מ"ש האחרונים דבשוגג ל"ש כ"מ דא"ר ל"ת וגם הפנים מאירות בח"א סי' ל' חידש דבדבר מקח וממכר ל"ש כ"מ דא"ר ל"ת דהלוקח מה אכפת לי' וה"ה כאן ובזה יש להאריך דאם נימא דשניהם עוברין שוב שייך כ"מ דא"ר ל"ת. ומה שהקשה בהא דאמרו איהו לא ניחא לה דתתחיל על ידה והא כבר נתחלל ע"י המקדש שבהגבהה מעל וכבר נתחלל לק"מ

דהא מיירי שקדשה בחלקו בקדשים ובקדשי הגוף יש מועל אחר מועל כמ"ש הרמב"ם פ"ו ממעילה ועיין בראב"ד ומלמ"ל שם באורך ובזה נתבטלו כל דבריו:

סימן סד

א ביומא דף פ"ה את זו דרש ראב"ע מכל חטאתיכם לפני ד' תטהרו עבירות שבין אדם למקום יוה"כ מכפר עבירות שבין אדם לחברו אין יוה"כ מכפר עד שירצה את חבירו אמר ר"ע אשריכם ישראל לפני מי אתם מטהרים ומי מטהר אתכם אביכם שבשמים שנאמר וזרקתי עליכם מים טהורים וטהרתם ואומר מקוה ישראל ד' מה מקוה מטהר את הטמאים אף הקב"ה מטהר את ישראל להבין החיבור דרשת ראב"ע ודרשת ר"ע וגם המובן מהמקרא וזרקתי וגם מקוה ישראל שהכוונה הפשוטה מלשון ישראל קאי והוא דריש מלשון מקוה וע' בתוס' יו"ט על כפל הלשון לפני מי אתם מטהרים מי מטהר אתכם. ולפענ"ד נראה דהנה הטעם שבין אדם למקום יוה"כ מכפר ומה שבין אדם לחבירו אינו מכפר. הנה כבר ביארתי בפסוק פ' וישב הן אדוני לא ידע אתי מה בבית ולא חשך ממני מאומה כי אם אותך ואיך אעשה הרעה הגדולה הזאת וחטאתי לאלקים פתח בדרך המוסר ודרך ארץ ואח"כ סיים וחטאתי לאלקים דהנה בבין אדם לחבירו יש שתי עבירות מה שעשה רע לחברו ומה שחוטא לאלקים שעבר על לא תגזול אך לפעמים החטא שעבר להקב"ה נגרר אחר עבירה שעבר להאדם עד"מ בלא תגזול הנה אם חבירו מחל לו שוב ליתא לעבירה של לא תגזול וכן להיפך אם היה עושה תשובה למקום והתוודה על עוונו כ"ז שלא שב והשיב הגזילה לא נמחל לו א"כ עיקר החטא של מקום נגרר אחר החטא שחטא לחבירו וז"ש בדרך המוסר לאחר שאדוני מסר כל אשר לו בידי ולא חשך ממני מאומה כ"א אותך א"כ אחטא נגד אדוני וממילא וחטאתי לאלקים ומזה ראיה למ"ש הפר"ח בשם הר"ש גרמיזאן ז"ל שאין יוה"כ מכפר גם חלקו של מקום עד שירצה את חבירו ודו"ק. ובזה ישבתי קושית הרמ"ע מפאנו ואכ"מ. זהו טעם אחד. אמנם לפענ"ד יש עוד טעם דהנה כבר אמר איוב אם חטאת מה תפעל לו לאיש כמוך רשעך והיינו שכביכול הקב"ה לא נתפעל בזה וחלילה לא נגעת בו כביכול לאיש כמוך רשעך. ובזה פירשו המפרשים מ"ש אני ד' קודם שיחטא האדם ואני ד' לאחר שיחטא האדם והקשה הרא"ש דקודם שחטא מה צריך לזכות ופירש האפיקי יהודה דהכוונה שהקב"ה בכבודו ובעצמו קודם שחטא האדם ולאחר שחטא וא"כ כל שעשה תשובה ויוה"כ הקב"ה מכפר לו לרבי אף בלא תשובה ולרבנן עכ"פ בתשובה אבל אם חטא לרעהו הרי לאיש כמוך רשעך והיינו שלא פגעת אותו בעשותו עול ולכך צריך שירצה את חבירו ולהקב"ה ל"ש ריצוי שענין ריצוי הוא שייך למי שפעל מאומה ונגע ברעהו

אבל להקב"ה מה שייך שעשה לו רעה חלילה חלילה כסא ד' נקי מאלה ול"ש ריצוי רק שצריך להתנחם ולשוב על מה שהרע לנפשו ועוד יש לי להוסיף עפ"מ שפירשתי מ"ש ואם הכהן המשיח יחטא לאשמת העם והך לאשמת העם הוא מיותר ופירשתי עפמ"ש רש"י דבכהן המשיח נאמר וכפר על הקדש ובחטאת הקהל לא נאמר קדש משום דכבר נסתלק הקדש וביארתי עפמ"ש שאול באחת ועלתה לו וכתב אחי זקני המהר"ל מפראג ז"ל בספר החיים ששאול חטא בעסק המלוכה אשר לא נשאר מקיימים דהמלך הי' צריך לעשות כדין וכל שלא עשה נתבטל המצוה מכל וכל אבל דוד שחטא באשת איש ונשאר הרבה מקיימים ודפח"ח. ומעתה כל שכל ישראל חטאו שוב לא נשאר מקיימים כלל וא"כ נסתלק הקדושה לגמרי. ומעתה זהו בחטא שבין אדם למקום שבאם אחד חטא לא נתבטלה המצוה מכל וכל אבל בין אדם לחבירו שאף שנשאר מקיימים שרבים שלא יגזלו אבל במה נתקיים והשיב את הגזילה בזה האיש שגזל ממנו ונתבטלה המצוה ואף שרבים מקיימים לא תגזול אבל השבה לא מקיימים וגם אם רבים השיבו אבל לזה איש שצריך זה להשיב זה נתבטל ולכך אינו מכופר עד שירצה את חבירו. וזה שחפשו בדוד להפך בזכותו ולכאורה מה הועיל כל הדרושים מ"מ הוא נתכוין לדבר עבירה. אמנם באמת חז"ל לא חדשו רק להקל מעליו העונש לאשר הזיק לחבירו ולזה חדשו מקום היתר שלרעהו לא עשה רע אבל להקב"ה חטא ולו מועיל תשובה. וז"ש לך לבדך חטאתי והיינו לא עשיתי רע לאחר רק לך לבד חטאתי. וז"ש לא היה דוד ראוי לאותו מעשה והיינו שיתבטל חלילה כל המצוה הזאת רק להורות תשובה כי באמת הי' לו היתר נגד אוריה כמאמר חז"ל. וזהו לדעתי מ"ש חי ד' כי בן מות האיש העושה זאת וארבעתים ישלם שנתקשו כלם כי לא חייב מיתה בזה. אמנם באמת האיש העובר וגזל והשיב לא נתבטל המצוה אבל כ"ז שלא השיב נתבטל מכל וכל וחייב מיתה והנה דוד כ"ז שלא מצא היתר בנפשו אמר שחייב מיתה ואח"כ כשישלם נמחל לו הרעה הזאת ודו"ק. וזהו לדעתי מה שסמך דרשת ראב"ע כי רצה להביא ראיה למאמר ראב"ע שבין אדם לחבירו צריך ריצוי ולזה אמר שלכל הטעמים צריך ריצוי וז"ש לפני מי אתם מטהרים ומי מטהר אתכם והיינו שאם חטא למקום הקב"ה מטהר אבל בין אדם לחבירו לא מועיל שלגבי בין אדם למקום מה התיחסות יש לאדם לאביו שבשמים ורחוק מאד וחלילה לא פגע בהקב"ה וז"ש לאביכם שבשמים אבל בין אדם לחבירו פגע באדם. וז"ש לפני מי אתם מטהרין והיינו שאדם שחטא בבין אדם לחבירו מבואר בס"ח שצריך שישוב גם למי שציער עד"מ שגזל לרעהו ורעהו יש לו קרובים שמצטערים עי"ז הוא נענש בשביל שציער לקרובים ונמצא צריך לרצות כל מי שנצטער עי"ז אבל להקב"ה א"צ לטהר עצמו

רק לפני המקום ומי מטהר אביכם שבשמים שאין לו התיחסות לאדם כלל וז"ש מקוה ישראל ולדעתי דהנה מה שצריך ריצוי הוא כדי שיהי' שלום בין אדם לרעהו והשלום מכפר על הכל וכבר דרשו חז"ל במדרש פ' פנחס גדול השלום שאף שחטאו בע"ז הנח לו רק שחלק לבם עתה יאשמו ולכך נצטווינו ביוה"כ שירצה כל אחד לחבירו שיהי' שלום בינינו וד' ירחם עלינו וזה המליצה מקוה ישראל והיינו שמקוה הוא מלשון יקוו המים והיינו שנאסף למקום אחד מ"ם סאה שיעור מקוה ועי"ז נטהר הטמא כך ישראל לא נטהרו רק בשעה שיתקבצו כלם והי' לאגודה אחת וז"ש מקוה ישראל מושיעו בעת צרה שע"י השלום נתברכו ולא מצא הקב"ה כלי מחזיק ברכה רק ע"י השלום וזהו באמת מקוה ישראל ולא יצא המקרא מידי פשוטו שהוא מלשון תקוה רק שהתקוה רק ע"י השלום וזה המליצה של מקוה שכמו שהמקוה מקבץ כל המ"ם סאה ביחד כמו כן ישראל המקוה להם תקוה ודו"ק. ובמ"ש יש לבאר מה דאמרו לא היו ישראל ראויין לאותה מעשה אלא כדי להורות תשובה והיינו אם כל ישראל חטאו חלילה נתבטלו המצות כלם וכל התורה חלילה כי המודה בע"ז כאילו כופר בכל התורה ולזה אמר כדי להורות תשובה שאף בכה"ג מועיל תשובה וז"ש ונסלח לכל עדת בני ישראל כי לכל העם בשגגה והיינו שאף שכל ישראל חטאו מכל מקום לא נתבטל המצוה מכל וכל כי לכל העם בשגגה ודו"ק היטב. והנה מ"ש אם הכהן המשיח יחטא לאשמת העם נראה לפענ"ד מה שפירשתי מה דאמרו בפרקי אבות הובא בב"מ דף ל"ג ששגגת תלמוד עולה זדון ומהו לשון עולה זדון הי' לו לומר שגגת תלמוד הוא זדון. אך נראה דבאמת הת"ח חלילה אינו עושה במזיד אבל עי"ז נפרצו העם ויעשו בזדון כי יאמרו שהת"ח עשה בזדון וז"ש עולה זדון והוא מה שאמרו בהוריות דף י' ע"ב אשר נשיא יחטא אשרי הדור שהנשיא שלו מביא קרבן על שגגתו ומה אם נשיא מביא קרבן על שגגתו אצ"ל ההדיוט והיינו שעי"ז לא יעלה זדון ויהי' ההמון נשמרים מלעשות רע והנה אמרו שם אשר נשיא יחטא יכול גזרה ת"ל אם הכהן המשיח יחטא מה להלן לכשיחטא ופריך גזרה וכו' אין אשכחן דכתיב ונתתי נגע צרעת בבית ארץ אחוזתכם בשורה היא לכם שהנגעים באים עליכם וכו' לאו אר"י בשורה ה"נ אימא גזירה היא הלכך כתיב אם.... והמאמר מבהיל וגם מה בשורה היא ואיך שייך לזה שאמר גזירה היא.

ב אמנם נראה דהנה הרמב"ן ס"פ תזריע כתב דענין נגעי בגדים היא סימן באדם גדול שהשכינה מתדבקת בו תמיד וכשהשכינה מסתלקת ממנו מחמת איזה פגם שעשה והוא לא ידע ואשם ובא הנגע בבגדו לסימן סילוק השכינה כדי שיתן אל לבו שישוב ויפשפש במעשיו כדי שיתקן תיכף ע"ש דבריו הנעימים ועיין בבכור שור שבת דף קמ"ה מה

שהאריך בזה. והנה ז"ש בשורה היא לכם שהיינו שכ"כ גדולים ובמעט חטא תיכף בא הסימן כדי שיחזרו בתשובה תיכף. ולפ"ז ז"ש יכול גזרה דהיינו מפני גדולתו ונשיאותו ע"כ במעט קט נכתם עונו כמשפט בגדי משי אשר במעט קט שיפול עליו איזה ענין נתקלקל ולזה השיב כתיב אם והיינו לכשיחטא ויותר מוטב שלא יחטא וז"ש מה"ת ומשני משום דאר"י דבשורה היא וז"ש באיוב כ"ג המיראתך יוכיחך יבא במשפט עמך הלא רעתך רבה והיינו לפי שאיוב אמר צדקתי ואל הסיר משפטי והיינו שע"י צדקתו נחשב שמץ מעט לעון וע"כ נענש וזה אמרו המיראתך יוכיחך היינו בשביל שאתה ירא מאד ע"כ יוכיחך ולזה אמר הלא רעתך רבה ודו"ק. ולכך אמר אם הכהן המשיח יחטא לאשמת העם שעי"ז עולה זדון ויאשם העם ודו"ק. והנה מ"ש לפני ד' תטהרו.

ג לדעתי לפני היא קדומית כמו שפירש הט"ז סי' תקפ"ה לפני ד' והיינו קדימה זמנית ג"כ אין יוה"כ מכפר עד שירצה חבירו ולכך אמר לפני ד' תטהרו והיינו קודם. ודע כי לפנינו כתוב מקוה ישראל ד' והיא פסוק בירמי' סי' מ"ז ובתוסיו"ט הי' לפניו הגירסא מקוה ישראל וציין הפסוק ירמי' מ"ד ושם כתיב מקוה ישראל מושיעו בעת צרה ובירושלמי הגירסא מקוה ישראל ד'. עוד נראה לפענ"ד במ"ש לפני מי אתם מטהרים דהנה פירשתי מ"ש וכי יהי' באיש חטא משפט מות והומת ותלית אותו על עץ לא תלין נבלתו על עץ כי קללת אלקים תלוי וערש"י. ולפענ"ד נראה דהנה הנסקלין היו עושין גבוה שתי אמות ומשם משליכין אותו למטה ואח"כ תולין אותו והענין נראה לפענ"ד דהנה עקביא אמר הסתכל בשלשה דברים ואין אתה בא לידי עברה דע מאין באת ולאן אתה הולך ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון מאין באת מטפה סרוחה ולאן אתה הולך למקום עפר וכו' ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון לפני ממ"ה הקב"ה. ולכאורה הוא כפל לשון וביאר במדרש שמואל וכתב שכן מצא למהר"ם אלמשינונו שיש שתי ענינים אחד שיסתכל הנשמה היקרה מאין באתה שחצובה מתחת כסא הכבוד ולאן אתה הולך שעתידה לשוב למקומה ואח"כ אמר שלשה דברים אחרים כנגד הגוף שבא מטיפה סרוחה ועתיד לשוב לעפר. ולדעתי זה שהורו בהנסקלין שנתלו שמקודם משליכין אותו ממקום גבוה לארץ להורות לו כמה חטא על הנפש שהיא חצובה ממקום גבוה והוא השליכה לארץ ונתלכלך בחטאים ופשעים שהם ענינים שפלים ואח"כ תולין אותו על עץ שידע מה חטא לנגד הנפש שהיא ממקום גבוה. וז"ש לא תלין נבלתו על עץ כי קללת אלקים תלוי היינו שזה בזיון גדול להנשמה שהיא חלק אלקי ממעל וז"ש קללת אלהים שהוא משל על הנשמה והנפש השכלי שהוא צלם אלקית והוא השפילה עד עפר ודוק וז"ש לפני מי אתם מטהרים והיינו שהקב"ה מטהר חלק אלקית ומטהר אתכם אביכם שבשמים

ודוק. ומ"ש לפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון הנה כפל לשון דין וחשבון אמנם באמת מי שעשה רע לחבירו זה עול אבל יותר עול למי שהטיב עמו ועשה לו כל הטובות והוא משלם רע וז"ש דין וחשבון שיחשב כמה הטיב הבורא יתברך עמו והוא חוטא לנגדו וז"ש לפני מי אתם מטהרין היינו לנגד הקב"ה שעשה עמכם כל הטובות וגם נראה דלכך בין אדם לחבירו חמור דלכך ל"מ תשובה לחייבי מיתת ב"ד דהא יכול להערים ולומר שעשה תשובה ולכך בין אדם לחבירו ל"מ תשובה דשמא מערים אבל הקב"ה יודע מחשבות ועיין בחגיגה דאמר ר"י אוי לנו ששקל עלינו קלות כחמורות והיינו שלהצדיק נחשב הקלות כחמורות כדאמרו לפום גמלא שיחנא וז"ש אוי לנו שהיינו לנו דוקא כמ"ש איוב צדקתי ואל הסיר משפטי והיינו שהתרעם שלפי שהוא צדיק ע"כ באה עליו הרעה הזאת:

סימן סה

נשאלתי מהרב החריף מוה' יעקב יוסף ווילער נ' במ"ש ריש החולץ דאפילו לר"ל דס"ל דחליצת מעוברת לא שמה חליצה מ"מ פסלה מן הכהונה לחומרא ובטור ובש"ע סי' קס"ד אינו מבואר דפסלה מכהונה יעו"ש. הנה לא ידעתי מה קשיא לך כיון שאמרו דצריכה חליצה מן האחין ממילא ידענו דמפסלא מן הכהונה דאם לא כן לא היתה צריכה חליצה מן האחין ואחר כך ראיתי דבש"ס אמרו בהדיא כן לל"ב דר"ל איתבי' לר"י בשלמא לדידי היינו דקתני פסלה מן הכהונה לחומרא ולא קתני אינה צריכה חליצה מן האחין וכו' אלמא דבזה מודה שנפסלה מן הכהונה ול"צ למתני וז"פ וברור. שוב ראיתי בלח"מ פ"א מיבום ה"כ שהקשה על רבינו שכתב בפי"ד כ"מ שאמרנו שא"צ חליצה לא נפסלה מן הכהונה והרי כאן אמרו בהדיא דנפסלה מן הכהונה ולמה כתב רבינו שחליצת מעוברת ל"ש חליצה וכתב כאן שרבינו ביאר בהדיא שחוזר וחולץ ולא כתב או חולץ או מיבם ש"מ שיבום אסור וע"כ דהוה חליצה לחומרא ורק מה"ת אינה חליצה ע"ש ועכ"פ מבואר שנפסלה מן הכהונה ועיין בירושלמי ר"פ החולץ במה"פ שם ומה שהקשה בהא שהקשו התוס' יבמות דף ל"ו בהא דקאמר מי קתני יפריש יוציא קתני והקשו דהרי בסוטה כ"ד אמרו חכמים יכול הוא להפרישה ולהחזירה לאחר זמן והרי קתני יפריש אף דצריך להוציא בגט וכתבו בתירוץ השני דשם א"צ להוציא דהא אסורה לו מדאורייתא וחמירה לי' וע"ז הקשה דהרי בסוטה דף ו' אמרו דמוסרין לו שני ת"ח בדרך שמא יבא עלי' אלמא חיישינן אף באיסור תורה והרי הכא והתם הוא ספק סוטה והיא קושיא גדולה. והנני יוסיף להפליא על הרא"ש ביבמות שם שכתב ליישב דלכך א"צ להוציא כיון דקינא לה ונסתרה הרי מאוסה בעיניו ע"ש והוא תימה דאם כן למה חשו שמא יבא עלי' ובאמת הב"ש סי' קי"ז סק"ח כתב דכל דאינו רק ספק לא מאיסה בעיניו

ובגליון הב"ש נקרא בשם שי למורה הארכתי בזה ועכ"פ על הרא"ש תמוה אך נראה די"ל דניהו דחיישינן שמא יבא עליה אבל עכ"פ בהפרשה סגי ול"צ להוציא בגט ושם דבעלה צריך להביאה שפיר חשו שמא יבא עליה אבל כל דמפרישין סגי ול"צ להוציא כיון דאיכא איסור תורה וגם הפרשה בודאי סגי דקצת מאיסה בעיניו ואף דאינו רק ספק מ"מ כל דמפרישין סגי בזה וז"ב. ומה שהקשה דאם כן לאחר שתשתה ותמצא שהיא טהורה שוב אין כאן איסור תורה רק איסור מעוברת חבירו ושוב לא סגי בהפרשה וצריך להוציא בגט ואם כן למה לא יגרש תיכף דממ"נ אם תמצא טמאה בודאי צריך לגרש ואם לא תמצא טמאה שוב צריך להוציא נראה לפענ"ד ליישב דבאמת נראה לפענ"ד כל שמגרשה בלי שתי' שוב בודאי אסור להחזירה דמה יעשה קודם שתי' בודאי אסורה לו וגם השתי' אפשר דלא יועיל כל שכבר גרשה ואינה תחת אישה ופ"ח בא לכאן ועכ"פ איך שייך שמשום חשש רחוק שמא יבא עליה בדרך יצטרך לגרשה ושיאסרה עולמית עליו וע"כ צ"ל דכל דלא שתתה התורה עשתה ספק כודאי ובודאי צריך לגרש דיש איסור תורה ולפ"ז אי נימא דצריך לגרש אחר כך שוב לא יועיל השתיה דלא קרינן ביה תחת אישך כיון דיצטרך להפריש ואם כן השתיה נוכל לומר דלא הועיל וסוטה ודאי מ"מ אין לחושבה דהרי מ"מ שתתה ולא נבדקה וא"כ שוב א"א לומר שיצטרך לגרש ותהיה אסורה עליו עולמית זה לא תקנו חכמים וסגי בהפרשה ודוק.

סימן סו

למדתי בכתובות דף ס"ב אנחה שוברת חצי גופו של אדם ור"י אמר כל גופו שנאמר על השמועה כי באה ונמס כל לב וכו' שאני שמיעת בהמ"ק דתקיפא טובא והקשו התוס' הא בהך קרא דכתיב ואתה בן אדם האנח בשברון מתנים והי' כי יאמרו אליך על מה אתה נאנח ואמרת על שמועה כי באה ונמס כל לב וכ"כ בזה הרבה וכעת נ"ל דהנה מה דאמרו אנחה שוברת חצי גופו של אדם נ"ל שהיא מליצה יקרה דהנה האדם מורכב מחומר וצורה והנה כל ישראל כלו הם כגוף אחד מורכבים מאיברים והנה בכללות שורש צורה וחומר היינו הצדיקים הם צורה כדאמרו ב"א הללו של צורה הם והפשוטים הם החומר שלהם וכבר נודע מ"ש התורת חיים על מאמר כל העולם כלו ניזון בשביל חנינא בני וכו' ותורף דבריו דהקב"ה לוקח לפעמים הצדיק בשביל ההמון ולפעמים ההיפוך נח ניצל וההמון נטבעו והצדיק לעומת ההמון נחשב למחצה וז"ש אנחה שוברת חצי גופו של אדם והיינו שלוקח הצדיק בשביל ההמון אבל בשמיעת בהמ"ק נתפשו כלם כצדיק כרשע וזה הענין שאני שמיעת בהמ"ק דתקיפא טובא שכלם חלילה נטבעו והנה מצינו שהצדיק משתוקק להיות כפרת ישראל וכמ"ש משה רבינו אם תשא חטאתם ואם אין

מחני נא מספרך אשר כתבת והיינו שרצה שיהיה הוא כפרת כל ישראל וז"ש והי' כי יאמרו אליך על מה אתה נאנח והיינו אם רוצה שיהיה הוא כפרתם או שההמון נענשו והצדיקים ינצלו לזה אמר על שמועה כי באה ונמס כל לב והיינו שכלם נענשו והי' כצדיק כרשע והבן בדברים.

סימן סז

למדתי בדף ע"ב תניא הי' ר"מ אומר מה דכתיב טוב ללכת אל בית אבל מלכת אל בית המשתה והחי יתן אל לבו מאי והחי יתן אל לבו דספיד יספדיני' וכו' הכוונה דהנה מי שהולך להציל מהדליקה אם הדליקה אינה קרובה לביתו והוא מרחק רב יש לומר שאינו רק ג"ח שגומל עם זה אבל אם הוא קרוב לביתו אז בודאי הוא עושה למען להציל את את ביתו שלא תצא אש לביתו וכמו כן ענין בית המשתה ובית אבל שבית המשתה יוכל להיות רק ג"ח שהוא אין לו בנים כלל או שכבר השיאם ואינם בעירו בכ"ז הוא עושה א"כ הוא ג"ח אבל בבית אבל הוא צריך לתת אל לבו שהוא סוף כל אדם וא"כ עושה עבורו ולכך טוב ללכת אל בית אבל מלכת אל בית המשתה באשר הוא סוף כל האדם והחי יתן אל לבו והיינו שיזכור שגם הוא עתיד למות וספיד יספדיני' וע"כ לא יכוין בשעת הספדו שמספיד לאחר רק שמספיד לעצמו דספיד יספדיני'. וזה לדעתי מ"ש חסד שעושין עם המתים זה חסד של אמת שאינו מצפה לתשלום גמול ועיין במזרחי ובש"ח מ"ש בזה ולפמ"ש א"ש דל"ש בזה תשלום גמול דהא עושה בשביל עצמו ול"ש תשלום גמול ודוק ועיין בהפלאה. או יאמר עפמ"ש החוה"ל בהמשל שבמדינת הודו לקחו לאיש נכרי שימלוך עליהם רק שנה אחת ואח"כ גרשוהו והמלכים שלא נתנו ללבם היו מכניפין כל אשר להם לשם ואח"כ נשארו עירום מכל אבל מלך משכיל הי' מוציא כל מה שסגל שם למדינתו וכל יום שזכר שהוא קרוב ליציאתו הי' שמח מאד שידע שסופו לבא ברכוש גדול לביתו ע"ש וזה הענין שבבית המשתה בעת המשתה יאכלו וישתו אבל אחר כך כל מה שעשה כבר נשכח אבל בבית אבל או ששם אל לבו שזה יהי' גם סופו הוא מסגל בחייו שישאר לו לעולם הנצחי וז"ש באשר הוא סוף כל אדם והחי יתן אל לבו דברים של מיתה והיינו שיסתכל ויחשוב מה לעשות לביתו האמיתי א"כ בכל יום ידע שיתקרב אל המיתה ויתן אל לבו דברים של מיתה ויתקן זאת ודוק:

סימן סח

תמול היה אצלי הרב החריף המופלג וכו' מוה' ארי' ליבש לנדא נ"י אבד"ק סאדיגערא ושאל בהא דאמרו בפסחים דף ל' חזינא להו דמדייתו וכו' ומשני זה תשמישו בחמין וזה תשמישו בצונן ומשמע דבצונן לא מדייתי והרי בהגהת סמ"ק דעתו דאף בצונן כ"ח

אסורים ול"מ הגעלה והשבתי תיכף בתכ"ד דהסמ"ק מפרש זה תשמישו בחמין והיינו שעל ידי החמין שמבשלים בהם תמיד מתרפים והבלוע מדייתי ואף בצונן נבלע בחוזק ומדייתי בחוץ ע"י הריכוך שיש בהם מה שמשתמשין בהם חמין וזה על ידי צונן ונתקשה ולא נבלע כ"כ שיהי' שוטף מבחוץ ואינו נבלע כ"כ בצונן שיהי' מדייתי בחוץ ואדרבא בזה מדוקדק מ"ש זה תשמישו בחמין וזה תשמישו בצונן ולמה לא אמר זה נבלע בחמין וזה נבלע בצונן וע"כ דהכוונה לפי שתשמישו תדיר בחמין א"כ גם בצונן בלע טובא ונתפשט בחוץ שנתרכך ע"י החמין שמבשלין בו תדיר משא"כ זה תשמישו בצונן ולא נתרכך ואינו שוטף מבחוץ וז"ב. שוב ראיתי במשמרת הבית בשער הרביעי בהכשר כלים והוא בדפי הספר דפוס ווין דף פ"א שגם הוא דעתו דאף בצונן מדייתי והקשה לעצמו מהא דאמרו זה תשמישו בחמין וזה תשמישו בצונן וכתב לפרש דכיון דתשמישו בחמין נסרך החמץ בו הרבה ואינו יוצא מידי דופיו לעולם אבל כל שתשמישו בצונן אינו נסרך כ"כ ע"ש ולפענ"ד מ"ש נכון יותר ואולי כיון גם כן למ"ש ודוק:

סימן סט

הנה התוס' הקשו בר"ה דף י"ג בהא דדרשו קצירך ולא קציר נכרי דהא א"י מוחזקת וכתבו דמ"מ יש לו במה שזרע והדבר תמוה דאם כן היאך דייק הש"ס בע"ז מזה והא יש לו במה שזרע ועיין פר"ד מ"ש בזה ועיין בטורי אבן שם אמנם נראה לפמ"ש הריב"ש סי' שמ"ז לחלק דכל דאיכא מצות ל"ש לצאת בשותפות דבעינן כלו שלו ע"ש ולפ"ז לענין קצירך כיון דיש לגוי במה שזרע עכ"פ הוה ישראל ונכרי שותפין כמ"ש הט"א שם עכ"פ א"א לו לצאת בזה דבעינן קצירך כלו אבל כאן עכ"פ חצי אשרה של ישראל ולא יכול לאסור עכ"פ חציו ודוק. והנה בהא דאמרו מכיון דפלחו לעגל ניחא להן והני שליחותא דידהו קעבדו הוא תמוה דבאמת שליחות ודאי ל"ש דאין שליחות לד"ע וגם אין שליחות לעכו"ם וע"כ מתורת זכייה דניחא להו ובאמת להפוסקים דס"ל דזכייה מטעם שליחות אכתי קשה דל"ש שליחות ואף להפוסקים דס"ל דזכייה מטעם יד ג"כ לא א"ש דל"ש יד כל שהוא נכרי וגם יד לדבר עבירה לא מצינו ועיין קצה"ח סי' ק"ה שהוא העלה בזה בענין זכייה ואף לפי דבריו לא א"ש ע"ש דוק ותשכח. אמנם מה שנראה לי הוא דלפמ"ש הר"ן דהטעם דל"מ סילוק בנחלת אבותיו משום דחשיב כאילו בא בידו והיינו משום דראוי לירש בכל שעה ועיין קצה"ח סי' ער"ח. ולפ"ז זהו במה שראוי לירש בכל שעה דהיינו שבא מיד אביו אבל כאן שגם המורשים לא הו"ל עד שבאו לארץ בזה בודאי מועיל סילוק וא"כ כל שניחא להו סלקו עצמם מזה ויכלו לאסור מיהו ז"א דא"כ שוב הו"ל של הנכרים ומהיכן נלמד שבניחא להו מצי אסרו וגם יקשה לשיטת הסוברים דמש"ה ל"מ

סילוק בנחלת אבותיו לפי שבא ממילא וגם דהוה דאורייתא קשה. אמנם נראה דלפמ"ש התורת חיים דאיסורא לא ניחא להו דליקני א"כ שוב הי' מועיל סילוק של היורשים דאיסורא לא ניחא להו דירשו ויורישו לאחרים ובזה א"ש קושית השעה"מ ודו"ק.

סימן ע

א בסוגיא דשליש.

ב תנן האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שתי כתי עדים ואמאי להמני' לשליש והקשה הפ"י לשיטת הש"ך בסי' נ"ו דאפילו לר"ח לא נאמן השליש רק לענין טענת פקדון אבל כשאמר שנפל ממנו מהימן הבעל וא"כ בעינן עדים שמא יאמר הבעל שנפל ממנו והנה הרבני המופלג מוה' חיים פרידלענדר מקראקא הקשה אותי במכתב שהגיעני תמול והא ר"ח לשיטתו בב"ב דף קע"ג דל"ח אפילו לנפילה דרבים וא"כ למה נחוש והפנ"י בעצמו כתב כן בד"ה תנן וא"כ מה קושיא ויפה תמה ואני הקשיתי יותר דלפמ"ש הה"מ פי"ב מגירושין ה"ב שאין דין האיסורים כד"מ והיינו דבגיטין ל"ח לנפילה כלל וא"כ שוב אין לחוש כלל לנפילה. אמנם לפמ"ש התומים סי' מ"ו ס"ק א' בטעם הה"מ דבאמת עפ"י הרוב אין שכיח לפול רק דבממון אין הולכין אחר הרוב אבל באיסורים אזלינן בתר הרוב ע"ש ולפ"ז כיון דיש חזקת א"א אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ושפיר חיישינן לנפילה וא"כ א"ש דאף לר"ח דל"ח אף לנפילה דרבים היינו משום דהרוב הוא שאין אובדין ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ י"ל כיון דעכ"פ נתחייב לאחד שוב ליכא חזקת ממון דעכ"פ נתחייב לאחד רק דיוכל לדחות לכל אחד אבל כל דזה מוחזק בו שוב ל"ח לנפילה דיש רוב וחזקת ממון ל"ש דעכ"פ נתחייב לאחד מוטב לומר דלזה שמוחזק נתחייב ולפי"ז בגיטין דיש חזקת א"א שפיר חיישינן לנפילה ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקת א"א ועיין בפנ"י ד"ה בעל נאמן מה שהאריך בדברי הרא"ש ומחלק ג"כ בין גיטין דאיסור לד"מ. ולפמ"ש יש לפלפל בדבריו ולא נפניתי כעת וגם לא ראה דברי הה"מ פי"ב הנ"ל שכתב להיפך ואף שכתבתי שיש חזקת א"א מ"מ דברי ה"ה נכונים דשם שהגט תחת ידה וכבר נתגרשה ואח"כ בא הבעל וערער בזה שוב כבר אתרע חזקת א"א ול"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקה כיון שכבר הגט ת"י האשה ונאמנת ולכך ל"מ ערעור הבעל אבל כאן מיירי שלא נתגרשה עדיין שוב חזקת א"א במקומה ושייך סמוך ושפיר הקשה הפ"י. אמנם לפמ"ש הנימוק"י ריש האשה בתרא דהרוב שעומד נגד המיעוט והמיעוט רוצה לעקור הרוב בזה לא חיישינן למיעוט אף שיש כאן חזקת איסור יעו"ש א"כ ל"ק קושית הפ"י ודו"ק.

ג וראיתי בקצה"ח סי' מ"ו שהקשה על הה"מ דא"כ היאך אמר רבא ר"פ כל הגט דש"מ שני יב"ש הדרין בעיר אחת מוציאין שט"ח על אחרים ול"ח לנפילה כמ"ש רש"י והיאך למד מגט לממון דבממון חיישינן טפי לנפילה.

ד ולפענ"ד נ"ל דשם אף בממון ל"ח לנפילה כיון דעכ"פ חייב לאחד מהם ואתרע חזקת ממון וכמ"ש ועיקר מה שלמדו מגט הוא דהו"א כיון דהשטר אינו מוכח א"כ אין כאן שטר כלל דלא מוכח מתוכו מי המלוה וע"ז למדו מגט דהגט גט אף שלא מוכח מתוכו וכמ"ש וגם עכ"פ שני יב"ש ביחד ודאי יכולין להוציא הממון דממנ"פ לאחד מהם נתחייב ומדוקדק לשון מוציאין ורש"י כתב דאחד המוציא ולפמ"ש י"ל דדוקא מוציאין היינו שניהם ביחד וכמ"ש ודו"ק ואביי דמחלק בב"ב דף קע"ג בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים הוא ס"ל כל דיכול לדחות לכל אחד לכך חייש לנפילה משום חזקת ממון כיון דיכול לדחות לכל אחד ורבא ס"ל דכל דעכ"פ נתחייב לאחד מהם שוב ל"ח לנפילה דל"ש חזקת ממון וע"ש במה דאמרו אבא שאול כר"א ס"ל דע"מ כרתי אבל הכא חייש לנפילה והתוס' נתקשו היאך שייך הך דר"א לזה ולפמ"ש י"ל דסברת הש"ס דמה דחיישינן לנפילה הוא משום דכל דלא מוכח מתוך השטר אין השטר נחשב לשטר ולפ"ז זהו דאמר דא"ש ס"ל כר"א ואף דהיום גרשתיה לא מוכח מ"מ לר"א דע"מ כרתי לא אכפת לן במה דלא מוכח מתוך השטר אבל אם אין ע"מ שוב חיישינן לנפילה ועכ"פ לא מוכח מתוך השטר ודו"ק היטב. ובזה נראה לפענ"ד דהא דנאמן הבעל כשטוען לפקדון אף דל"ש ולא אקדים פורענותי' לנפשיה הוא משום כיון דעכ"פ מיעוט יש שנותנין לפקדון שוב שייך סמוך לחזקת א"א ובזה נלפענ"ד ליישב דברי הרא"ש שכתב בריש גיטין דכי היכא דהמני' לשליח על בפנ"כ ובפנ"ח ה"ה דהמני' לגוף השליחות במה שאומר שהוא שליח להולכה ותמה הפ"י בסוגיא דמה ענין זה לזה הא בקיום או חשש דלשמה מה"ת נאמן כדאמרו בריש גיטין דרבנן הוא דאצרוך אבל טענת פקדון הוא טענה טובה ואף מדאורייתא ראוי לחוש ע"ש שהאריך. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דחיישינן לפקדון הוא משום חזקת א"א וכיון דנאמן השליח לענין לשמה ולענין קיום שוב עכ"פ אתרע חזקת א"א והרי כ"ז שלא בא הבעל לערער נאמן השליח ול"ח לטענת פקדון והרי נשאת עפ"י השליח א"כ אף שיבא ויערער שוב טענת פקדון טענה גרוע היא ולא נאמן כשיבא ויערער והנה טעמי' דר"ה דאם איתא דלגירושין יהבי' נהלה לדידה הוה יהיב לה ראיתי בפנ"י ובתומים דהו"ל כאנן סהדי ולפ"ז לר"ח דס"ל דהא המני' היינו דהו"ל מגו במקום עדים וצ"ע דר"ח ס"ל בב"ב דף ל"ד דאמרי' מה לי לשקר במקום עדים. הן אמת דבדף ע' שם משמע דר"ח ס"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים ומצאתי בשיטה מקובצת שם שהרגיש בזה ובתשובה

הארכתי ואכ"מ. והנה בהא דאמר מי קא נפיק גט מתותי' ידי' דלהמני' הקשה בשו"ת רדב"ז ח"ג סי' תס"ד והוא סובב הולך על מ"ש בסי' תס"א דשיטת הרמב"ם דאף שנקרע יכול למסור הקרעים ולגרשה דא"כ מה קאמר מי קא נפיק מתותי ידי' דלהמני' והא יכול למסור הקרעים. ובאמת לק"מ דכל שנקרע בקרע ב"ד לא מועיל כמ"ש הרמב"ם בעצמו. ובזה י"ל פרפרת נאה במה דאמרו הא מני ר"א דאמר ע"מ כרתי ופריך קרע למה לי והיינו דבאמת שיטת הרמב"ם דמכשיר בקרע רק ע"י ע"מ ואם כן שפיר פריך קרע למה לי והיינו מה רבותא דנקרע הא בע"מ כשר אף בקרע ואף דהקרע הי' בב"ד ה"א דהא עדים מעידים שלאחר שנתגרשה קרעוהו ושוב הוה הגט כשר ודוק היטב:

סימן עא

א הרמב"ם פ"ג ממלוה ה"א כתב דאלמנה בין ענייה בין עשירה בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה וכו' וכלם תמהו עליו דמנ"ל גם בשעת הלואה. ולפענ"ד דק"ל קושית התוס' דאמאי לא פריך לשמואל מהמשנה דאין ממשכנין הא אחרים ממשכנין ולשיטת הרמב"ם ל"ק די"ל דמיירי בשעת הלואה ולכך דוקא אלמנה אין ממשכנין אבל אחרים ממשכנין בשעת הלואה וא"כ לא קשה. איברא דלפ"ז מה מקשה ר"י מלא תחבול בגד אלמנה הא של אחרים תחבול דלמא קאי בשעת הלואה. אמנם ז"א דהרי הקרא קאי סתמא ואף שלא בשעת הלואה וא"כ משמע הא אחרים תחבול אף שלא בשעת הלואה וא"כ גם מהמשנה שפיר מקשה דלמה לא פריך מהמשנה וא"כ עדיין קשה קושית התוס' דלמה לא פריך מהמשנה.

ב אמנם נראה דהנה הגד"ת שער א' ח"ד הקשה לשיטת הרמב"ם דמחזיר מיד אם כן מה פריך רב יוסף על שמואל מבגד אלמנה דלמא אתי קרא דמחזיר מיד דבאחרים א"צ להחזיר מיד רק הכר בלילה והכסת ביום והניח בקושיא.

ג אמנם נראה דרב יוסף פריך מר"ש דאמר עניה אין ממשכנין אותה שאתה חייב להחזיר לה ואתה משיאה ש"ר בשכנותיה ופירש"י שאתה יוצא ונכנס אצלה ערבית ושחרית ואם כן לר"ש ע"כ שאינו מחזיר תיכף ושפיר מקשה וז"פ. ולפי זה מיושב היטב קושית התוס' דמהמשנה ל"ק דבמשנה קתני בין עניה בין עשירה ואם כן יש לומר דשם מחזיר מיד ודוק. איברא דלפי זה צריך להבין פירוש המשנה להרמב"ם שכתב על המשנה שאסור למשכן אותה שאז חשד כשתתעכב אצל הממשכן אותה וכו' ולפיכך השוה בדבר העניה והעשירה והרי לשיטתו מחזיר מיד ואם כן ל"ש החשד כלל וצ"ל דזה דוקא לרבא דס"ל אי עביד לא מהני ולכך צריך להחזיר מיד כמ"ש הריב"ש סי' תפ"ח אבל לאביי א"צ להחזיר מיד ואם כן בפירוש המשנה פירש אליבא דאביי. ובזה יש ליישב קושית הגד"ת

דלהרמב"ם הרי י"ל דר' יהודה דריש טעמא דקרא ורק משום לא פלוג אסר. ולפמ"ש א"ש דזה דוקא אליבא דאביי אבל לפי מה דקיי"ל כרבא ל"ש טעם דחשד כלל ואם כן ע"כ דלא דריש טעמא דקרא כלל. איברא דלפי זה מהיכן דייק הש"ס דר"י לא דריש טעמא דקרא ודלמא בעלמא דריש טעמא דקרא רק דהכא ל"ש טעמא דקרא כלל. אמנם הש"ס שפיר מקשה דאם דריש טעמא דקרא מנ"ל באמת לר"י דגם עשירה אין ממשכנין ודלמא דוקא ענייה ומטעמא דר"ש וכאביי דאי עביד מהני וע"כ דר"י לא דריש טעמא דקרא בעלמא ושפיר מקשה.

ד ובזה מיושב היטב דברי רבינו דכתב אלמנה בין שהיא ענייה בין שהיא עשירה ותמה הלח"מ דכאן פסק רבינו כר"י דלא דריש טעמא דקרא ואילו בשאר מקומות פסק דדרשינן טעמא דקרא ולפמ"ש א"ש דלפי האמת דרבינו פסק כרבא אם כן ל"ש כאן טעמא דקרא כלל וכמ"ש ודוק היטב. ומה שהקשה הלח"מ דמנ"ל לרבינו לחלק בין הפרקים דהשב תשיב הוה לאו הניתק לעשה ולא תחבול בגד אלמנה צריך להחזיר מיד והא משמע בב"מ דף ל"א דעל כלהו קאי העשה דהשב תשיב. ולפמ"ש א"ש דרבינו דייק מזה דהרי רבינו פסק דדרשינן טעמא דקרא וא"כ אי נימא דא"צ להחזיר מיד אם כן נדרש טעמא דקרא כר"ש ומנ"ל דבעשירה אין ממשכנין וע"כ דכאן ל"ש טעמא דקרא כלל ובלא"ה נראה כיון דאלמנה חס עלי' קרא משום צערא וכמ"ש הסמ"ע סי' צ"ז ועיין ש"ך וט"ז שם דגם בבתולה הוא כן ואם כן אף שיחזור בלילה וכדומה יש לה צער וע"כ חייבה התורה להחזיר לה מיד ודוק כנלפענ"ד. והנה לפמ"ש הרמ"ה בטור וש"ע סי' צ"ז דכי אמר רב הונא דשליח אסור לכנס לביתו דוקא כי יש לו לאשתלומי באנפא אחרינא אבל כל דליכא לאשתלומי באנפא אחרינא מותר לילך אם כן הי' נראה להיפך דעשירה הוא דאסור למשכנה ללכת לביתה אבל עניה דליכא לאשתלומי מותר ללכת לביתה. אמנם ז"א דלר"י דלא דריש טעמא דקרא אם כן הפסוק כולל סתמא ואם כן בין ענייה ובין עשירה אסור ולר"ש דדריש טעמא דקרא אם כן דוקא ענייה דמשיאה שם רע בשכנותיה ועשירה מותר ועכ"פ קושית התוס' דלמה לא מקשה מהמשנה ל"ק די"ל דהקרא אתי אף שאין לה להשתלם ממקום אחר אפ"ה אסור לשליח ב"ד לכנס לביתה וכמו בעשירה והכתוב לא חילק הא באחר ממשכנין כגון דליכא לאשתלומי אבל לר"ש קשה ולכך מקשה מהברייתא ודוק. והנה התוס' דף קט"ו ד"ה וחייב הקשו דמשמע דבחובל רכב ורחיים לוקה שתים והאמר אביי זיל אהדר והיינו משום דהוה ניתק לעשה דא"ל משום כ"מ דא"ר ל"ת דהא אביי אית לי' דמהני ולכאורה ל"ק דשאני משכון דאלמנה וכל משכון שלא ברשות דשפיר הוה לאו הניתק לעשה דכל שמחזיר הכר בלילה והכסת ביום שפיר

מתקן הלאו דעיקר הלאו הי' בשביל שהוא שמלתו לעורו במה ישכב וכל שמחזיר לו הרי קיים העשה ותיקן הלאו אבל רחיים ורכב דמבטל לי' ממלאכת אוכל נפש ואם כן גם שיחזור אח"כ אם לא יחזור תיכף הרי חבל אוכל נפש שהיה יכול לעשות אוכל נפש ולא תיקן הלאו לגמרי דניהו דמתקן על להבא הרי לא תיקן על מה שעבר וחבל ואם כן שפיר א"ל אביי זיל אהדר כדי שיעשה תיכף אוכל נפש ואפ"ה לקי על מה שביטל כבר. ולכאורה רציתי לומר כיון דאם יחזור אח"כ יהי' מקום דמתקן הלאו על מה שחבל ועל מה שלא החזיר זה הוה לאו שאב"מ דבעת שחבל היה יכול לתקן אם יחזיר תיכף ואם כן על החבלה אינו לוקה ומה שלא החזיר אינו רק לאו שאב"מ ולא לקי.

ה אבל ז"א לפמ"ש המלמ"ל פ"ג מביאת המקדש דכל שהי' תחלתו באיסור אף מה שאינו עושה בידים מ"מ נחשב תחלתו באיסור וגם מה שלא השיב נחשב למעשה ושפיר לקי וז"ב כשמש. אמנם אחר העיון יש לדון ע"ז דאף אם נימא כמ"ש המלמ"ל דכל שהיה המעשה באיסור אף השהי' אח"כ שאין בו מעשה חשוב כמעשה זה דוקא בלבישת כלאים או טמא שנכנס למקדש דאין שום היתר לעשות אבל בחבל באמת הא מגיע לו ממון וחובל כדי להציל ממונו רק שהתורה חסה על הנחבל מצד רחמנות שלא לחבול אוכל נפש אם כן זה לא נחשב כעושה איסור וכל שמחזיר תיכף לא התחיל האיסור ושוב הוה לאו שאב"מ. הן אמת דהמלמ"ל מצדד שם דגם אם עשה בהיתר כל שהי' בתחלתו ע"י מעשה נחשב למעשה אבל זה לא ברור ע"ש. אמנם לפענ"ד מ"מ מיושב קושית התוס' דניהו דהוה לאו שאב"מ אבל מ"מ הב"ד כופין שיחזיר דניהו דאינו לוקה אבל אכתי עובר בלאו מה שאינו מחזיר ומבטל ממלאכת אוכל נפש ושפיר אמר לו אביי זיל אהדר דניהו דהוה לאו הניתק לעשה אבל מ"מ עובר בלאו כל שלא החזיר והב"ד יכולין לכופו שיחזור ולוקה הוא כל שנשרף שא"א לקיים עוד העשה ול"ד למשכן אלמנה או משכנו שלא ברשות דשם אין בידינו לכופו שיחזיר כל שמחזיר בלילה וכל שיכול להחזיר מקרי ניתק לעשה עד שנשרף או נאבד אבל בחובל רחיים ורכב כל שאינו מחזיר נוכל לכופו דאף שיכול לקיים מ"מ זה שביטל אין בידינו שנקיים וז"ב כשמש. ואם כנים אנחנו בזה נוכל לבאר דברי רבינו הרמב"ם ז"ל להציל מהרבה קושיות שעורר עליו בגד"ת חלק ה' שהקשה שהרמב"ם שינה לשונו במ"ש גבי חובל ואם חבל מחזיר בע"כ ואם נאבד או נשרף לוקה ולא כתב כמ"ש לענין משכן דאינו לוקה ואמאי לא כתב כאן דאינו לוקה ומחזיר בע"כ. ועוד הקשה דאמאי מחזיר בע"כ וע"כ משום דאי עביד לא מהני והרי אם ניתק לעשה ע"כ דמהני דאל"כ ל"ש דניתק לעשה. ולפמ"ש א"ש דבאמת שאני ממשכן דשם הוה ניתק לעשה גמור דכל שיכול להחזיר אינו עובר כלל ויכול לתקן הלאו אבל

כאן כל דאינו מחזיר תיכף הרי איכא לאו שאב"מ ועובר על לשעבר ול"ש תיקון וניהו דא"י ללקות דהא הכתוב נתקו לעשה אבל מ"מ עובר על לאו אף שאב"מ ושפיר כתב דמחזיר בע"כ.

ו ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' בדף קט"ו דלא אשכחן דנתקן לעשה כדאשכחן גבי השבת העבוט והקשה הוא דאשתמיטתי' האי דאם חבל תחבול ודרשו אפילו שלא ברשות ולפמ"ש כוונת התוס' דניהו דניתקו לעשה היינו לענין שלא ילקה עד שנאבד או נשרף אבל מ"מ לא דמי להשבת העבוט דשם נתקו הכתוב לעשה וליכא איסורא דלאו כלל וכאן הוה לאו שאב"מ. ומה שהקשה עוד דאם הטעם דמחזיר בע"כ הוא משום דכ"מ דא"ר ל"ת אם כן לא נתקו לעשה כלל והי' לו לעבור מיד כשחבל וילקה תיכף כשחבל. ולפמ"ש א"ש דמה שחבל באמת הוא ניתק לעשה ואינו לוקה כ"ז שיכול להשיב ואיתא בעינא אבל מ"מ צריך להחזיר בע"כ משום דעובר על לאו אף דאין בו מעשה וכמ"ש ונתבארו דברי רבינו כמין חומר בענין חובל. ובזה נוכל ליישב גם בלאו דבגד אלמנה שכתב הרמב"ם כלשון שכתב בחובל ותמה גם כן הגד"ת בזה ולפמ"ש י"ל דגם בגד אלמנה שדעת הרמב"ם דאף בשעת הלואה עובר בלאו משום דהתורה חסה על האלמנה מפני צערה וכדומה אי שמשיאה ש"ר בשכנותיה אם כן ניהו דאינו לוקה עד שנשרף או נאבד אבל בכל רגע הוא עובר אף דאינו עושה המעשה והוה לאו שאב"מ מ"מ איסור איכא וחייב להחזיר בע"כ וכמ"ש ודוק. ובזה יש ליישב מ"ש הרמב"ם בפי"ט מסנהדרין מונה מה שלוקין עליהם אף שאין בהם לא כרת ולא מיתת ב"ד וחשב הממשכן בידו ולא החזיר החובל אלמנה ולא החזיר החובל כלים שעושין בהם אוכל נפש ודקדק הגד"ת דמשמע דבחובל עובר תיכף מדלא כתב ולא החזיר ולפמ"ש י"ל דרבינו דקדק דבאמת בממשכן ובגד אלמנה צריך לכתוב כשלא החזיר דאל"כ לא שייך הלאו דהא ניתק לעשה ואף שכתבתי דבאלמנה עובר אף שאינו לוקה אבל לא ברור הדבר אבל בחובל אוכל נפש זה מבואר הטעם דבשביל שהוא אוכל נפש עושה איסור ועיקר הלאו בשביל שהוא אוכל נפש ואף שהוא דחוק מ"מ דחיק ומוקי אנפשי' ועכ"פ דברי רבינו בפ"ג ממלוה נתבארו היטב וכמ"ש ודוק. והנה התוס' תירצו לקושייתם דמה שצוה אביי להחזיר הוא משום שהי' שוגג והי' טועה ולא הוה זכייה שהי' בטעות ובכה"ג אף אביי דס"ל דאי עביד מהני מ"מ כל שזכה בטעות לא מהני. ולפי זה בתמורה בטעות כגון שהמיר בשוגג מהראוי שלא יהי' חל. ובזה יקשה בהא דאמרו בתמורה דף ה' לאביי למה לי הך ותמורתו יהי' קודש והא שפיר אצטריך לענין שיחול בשוגג דהקדש טעות לא שמי' הקדש. מיהו ז"א דתמורה חל אף בטעות כדאמרו בתמורה דף ט"ז יהיה לרבות שוגג כמזיד שוב

ל"צ כל הקרא והא הוא ותמורתו ל"צ לכתוב רק יהי' קודש ודוק. ובזה יש לבאר דברי רש"י בנזיר דף ל"ב שתמה המלמ"ל פ"א דתמורה עליהם ולפמ"ש אינו מענינו וקצרתי. והנה בגד"ת שם אות ב' הקשה על הטור דשינה מלשון הבעה"ת ע"ש ולפענ"ד בקצרה דגם העליונה כ"ז שמשתמש במלאכת הרחיים הוה כקרקע הדבר דומה למה דמבואר בהלכות מקוואות בסעיף נ' דהדבר המשתמש עם הקרקע ועשאן לשמש בקרקע הו"ל דין מחובר בקרקע ואם כן הרחיים העליונה אם ישתמש ברחיים גם העליונה נעשית כקרקע ואדרבא כל שתלש העליונה וא"א לרחיים התחתונה שתעשה מלאכת אוכל נפש אף שעדיין בקרקע נעשה כמטלטל דהרי כל עיקרו לא נעשה רק להיות טוחן בו וכל שתלש העליונה וא"י לעשות התחתונה מלאכתו מקרי מטלטלין. ובזה מיושב כל דברי הטור ומסכימים למ"ש הבעה"ת דוק ותשכח. והנה צמד פרות שרש"י פירש פרות החורשות הנה לפמ"ש רשב"ם בע"ז דף ט"ו בתוס' שם בשם רש"י דפרה לאו בת מלאכה היא א"כ עכ"פ מלאכת אוכל נפש ודאי לא הוה וצע"ג ועשו"ת בית יעקב סי' ל"ב ובתשובה הארכתי בדברי הבית יעקב והבאתי דברי רשב"א בחידושיו לחולין דף פ"ג שהסכים לפירש"י ורשב"ם דפרה לאו בת מלאכה היא וצ"ע מכאן. והנה בחינוך הקשה בחובל באלמנה שאם נשרף המשכון לוקה הא הבע"ח מנכה מחובו ואם כן הוה לוקה ומשלם ולא הבינותי דהרי לצי"ש חייב רק דהב"ד א"י לחייב שתי רשעיות ואם כן מה שמנכה חובו זה הוה כתפוס ולא שייך שתי רשעיות וצ"ע:

סימן עב

א לחכם אחד חריף ושנון מ"ק בראד.

ב אשר שאל בהא דמבואר באהע"ז סי' כ"ח סכ"א בהג"ה דאשה שנדרה הנאה מאדם אחד או מכל מה שיתנו לה וכו' ועבר אחד וקדשה אינה מקודשת דהוה כאילו קדשה באיסורי הנאה ודוקא שקדשה בתורת כסף אבל אם קדשה בתורת שטר הוה קידושין וע"ז תמהו האחרונים הח"מ והב"ש דבשו"ת הרשב"א סי' תר"ג משמע שם דאף בתורת שטר אינה מקודשת ע"ש וע"ז כתב מעלתו שלפענ"ד יש ראיה להרמ"א מהא דאמרו בגיטין דף ט' בשלשה דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ופרכינן ותו ליכא ואסיקנא דכי קתני מלתא דליתא בקידושין מלתא דאיתא בקידושין לא קתני ואם איתא לתני כתבו על א"ה דבקידושין ליתא ובגיטין ושחרורי עבדים איתא כיון דיכול לגרש בע"כ ל"צ שתהנה מזה וה"ה בשחרורי עבדים עכ"ד. והנה יפה שאל אבל כבר קדמו הרשב"א בתשובה שם שהרגיש בראיה הלז ודחאה ע"ש ואחר שעיינתי בדברי הרשב"א והרמ"א שם אמרתי לכתוב לו מה שנתחדש לי שם למען לא אשיב פניו ריקם. והנה טרם יהיה

כל שיח אומר לו מה שכתבתי שם על הגליון במה שתמהו הח"מ והב"ש מהיכן הוציא הרמ"א דבתורת שטר כשר אחר שבשו"ת הרשב"א שם כתב דאף באיסורי הנאה דרבנן הי' מסתבר לאסור עכ"פ באיסורי הנאה של תורה ודאי אסור וכבר חתרו כל האחרונים ליישב ונדחקו הנה מצאתי מקור מקומו של הרמ"א בשו"ת הר"ן סי' כ"ד וסי' נ"ד הובאו ביתה יוסף יו"ד סי' רכ"ח שם כתב דאף לכתחלה היתה ראוי' להתקדש בשטר שכתבו על איסורי הנאה לולא פי הרשב"א שמחמיר וא"כ עכ"פ בדיעבד יש לסמוך על הר"ן ונעלם מעיני כל האחרונים ואחרי כי זכיתי למצוא מקורו הבא נבא ליישב מה שתמהו הח"מ והב"ש דכאן סתם דבתורת שטר כשר ואלו בסי' ל"ב ס"ד כתב בהג"ה דאם כתבו על א"ה יש פוסלים ויש מכשירים ולא חילק כלל בין איסור תורה לדבריהם ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה באמת לכאורה הי' מקום להכשיר בשטר אף דנדרה הנאה דהרי הרשב"א שם סי' תר"ב נשאל על קידושי כסף אם נימא כיון דמותר לשאר העולם הרי היא מקודשת כמו דמערבין לנזיר ביין אי נמי הואיל ויכולה לשאל על הנדר וע"ז כתב הרשב"א דלא שייך כאן הואיל דלא אמרינן אלא במה שהוא שלה אלא דאריא דאיסורא רביע עלה כמו בנזיר ביין דיין הוא שלו אלא שאסור עליו וכן בדבר שהוא של הפקר אבל לזכות במתנה שנתנו לו אחרים ובאותה שעה א"י לזכות בו דנימא הואיל דאי בעי מתשל זה לא אמרינן דכיון דבשעת מתנה לא זכה שוב א"י לזכות בו וכמו באם אמר אי אפשי בה ואח"כ רוצה לזכות דאמרו בב"ב פרק יש נוחלין דל"מ וה"ה בזה והוה להו הכסף קידושין כפקדון בידה ע"ש שהאריך בדברי טעם. ולפ"ז בשלמא בכסף דבעינן שהיא תזכה בכסף א"י לזכות בשביל הואיל דלע"ע אינה שלה אבל בשטר דלא בעינן שתהנה בו דהרי אף באין בו שו"פ מקודשת דאינו מקדשה בגוף השטר רק בתנאים שבו כדאמרו בירושלמי הובא ברשב"א שם סי' תר"ג ומה"ט אף בכתבו על א"ה מקודשת וא"כ שוב אמרינן הואיל ולא שייך לומר דל"מ לזכות בו דא"צ שתזכה בזה וכל שנתן בידה שוב הוה נתינה דאמרינן הואיל וז"ב מאד. ומעתה זהו בנדרה הנאה דשייך הואיל אבל בסי' ל"ב דמיירי שכתבו על א"ה שפיר אמרינן דאינה מקודשת אף בתורת שטר דהא בעינן שיתן לה דבר והרי לא נתן לה דבר ולכך כתב הרמ"א שני דיעות בזה ועפ"י דברי הרשב"א הנ"ל יבוארו דברי התוס' בפסחים דף מ"ה ע"ב ד"ה הואיל שכתבו דהואיל ואי בעי פריק נמי לא אמרינן דא"כ הי' קונה אותו ואטו נחשוב חמץ של נכרי כשלו הואיל ואי בעי קני ליה והמפרשים כרכרו בזה. ולפמ"ש הרשב"א דלא שייך הואיל כל דאינו שלו באותה שעה אתי שפיר דברי התוס' כמין חומר דלא שייך הואיל ואי בעי פריק דא"כ הי' קונה אותו וכעת לא קנה עדיין וא"כ לא זכה בו כלל כמו חמץ של נכרי ע"ש ודו"ק. והנה לכאורה

הי' נראה לי דבר חדש באם נדרה מנכסי פלוני הי' יכול לקדשה באיסורי הנאה דהרי היא לא נדרה רק מהנאתו והרי א"ה אינו שלו ולא מקרי בעלים לכמה פוסקים ועכ"פ לא שייך שנהנית משלו ושוב יכול לקדשה בזה. אך זה אינו דממנ"פ בא"ה כל שאינו שלו אינו מועיל הקידושין דהמקדש בא"ה אינה מקודשת ולפ"ז בשטר אם נימא דכתבו על א"ה מקודשת היה יכול לקדשה בשטר של א"ה אף שנדרה הנאה ממנו דזה אינו שלו ולא נהנית ממנו:

ג ובזה נפתח לי שערי בינה בדברי הרשב"א סי' תר"ג דאחר שהעלה דכתבו על איסורי הנאה של תורה אינה מקודשת כתב וז"ל כיון שנכתב בדבר שאינו אלא איסור דרבנן איסור נדר חל עליו דנדרים חלין על איסור דרבנן כדאיתא בהדיא וכו' והלכך איסור שאסרה על נפשה חייל עליה והוא תמוה מאד דמה שיאטיה דנדר חל על איסור דרבנן לכאן דהא הרשב"א מיירי שנדרה הנאה מפלוני אי חשוב ככתבו על א"ה ושם חל הנדר מן התורה וראיתי להח"מ סי' כ"ח ס"ק ל"א בהעתיקו דברי הרשב"א כתב דכיון דאף באיסור דרבנן חל הנדר מכ"ש על מה שמותר לגמרי דודאי חל הנדר והוא תמוה מאד דחלילה להרשב"א שיכתוב שפת יתר כאלו דאטו צריך להשמיענו דנדר חל על דבר המותר וצריך להביא ראיה מק"ו דחל על דרבנן וד' יודע כי נתקשיתי בזה מאד ונצטערתי שלא זכיתי להבין כוונתו. ולפמ"ש דבר גדול דיבר הרשב"א דאחר שהעלה דבאיסור הנאה דאורייתא אינה מקודשת חשש אולי ירצה לקדשה באיסורי הנאה דרבנן ואז תהי' מקודשת אף שנדרה הנאה כיון דהוא א"ה דרבנן ולא נהנית משלו וע"ז כתב הרשב"א כיון דבא"ה דאורייתא א"י לכתוב השטר רק בא"ה דרבנן ועל דרבנן חל הנדר א"כ שוב אי אפשר לקדשה כיון דמדאורייתא א"י לכתוב השטר ובדרבנן חל הנדר וממנ"פ אינה מקודשת. ובזה מיושבים דברי הרמ"א דלענין נדרה הנאה שפיר כתב דבתורת שטר מקודשת דהא ל"צ הנאה כלל וא"כ מקודשת כמ"ש הר"ן בתשובה אבל בכתבו על א"ה שפיר כתב שתי דיעות מה דנסתפקו בירושלמי בזה כיון דהוא לא נתן לה כלום וז"ב. שוב ראיתי במקנה בק"א שגם הוא חתר בסימן כ"ח שם ליישב לשון הרשב"א הנ"ל וע"ש שכתב בדרך רחוק ותמהני דהדברים פשוטים כמ"ש

ד והנה הרב מוה' מאיר ני' מווילקאטש הקשה על ראיית הרשב"א מהך דגיטין דאין ראי' דהרי מלתא דאיתא בשטרות לא קתני וכתבו על א"ה אפשר דכשר בשאר שטרות. ובאמת לכאורה אמרתי דיפה השיב דאף בכתבו על אינו שו"פ קנה כדאמרו בקידושין דף כ"א וכן העתיקו הרמב"ם בפ"א ממכירה ועיין בכ"מ ולא נזכר מדברי התוס' בקידושין דף ט' כמ"ש על הגליון הרמב"ם שם ובטוש"ע חו"מ סי' קצ"א נשמט זאת אבל הדין דין

אמת ואם כן כיון דבאין בו שו"פ מקודשת ה"ה בא"ה דהא המקנה נותן השטר וכמ"ש התוס' בקידושין דף ט' דבמכר פשוט דא"צ שו"פ אבל נזכרתי דבש"ס ב"מ דף מ"ז אמרו למעוטי א"ה דאין קונין בהם וכן קי"ל בטוש"ע סי' קצ"ה ואם כן ממילא ה"ה כל הקנינים דאין קונין ע"י א"ה ואם כן אין כותבין על א"ה ומיושבין דברי הרשב"א. ובזה נראה לפענ"ד הטעם דאין כותבין השטר קידושין על א"ה אף דא"צ שתהנה רק בשביל הקנין בעצמו ודוקא בנדרה הנאה מפלוני הוא דיש להסתפק דניהו דהיא אסרה על עצמה אבל גוף הדבר הוא כשר לקנות בו ובזה מיושב פעם שלישית דברי הרמ"א דלכך בנדרה הנאה שפיר כתב דבתורת שטר מקודשת משא"כ בכותב על א"ה דאסור למקני בי' וז"ב. ומה שנראה לי בישוב הקושיא דלפי מה דאמרו שם בגיטין והא חזרה גופא דאיתא בקידושין ומשני בשליחות בע"כ דבגירושין איתא ובקידושין ליתא וא"כ לפירוש התוס' דלא תני רק מה שס"ד כיון דאיתא בע"כ לא יוכל לחזור וא"כ כל מה דכותבין בגט על א"ה הוא משום דאיתא בע"כ וא"צ שתהנה א"כ הוה בכלל מה דא"י לחזור ועיין במהרש"א שם אלא שעדיין קשה לרבנן לתני ד' וכמו שהקשו התוס' דלתני בע"כ ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ק"י. ואגב אומר דלכאורה רציתי לפשוט מה שנסתפק הח"מ סי' ל"א ס"ק ח' אם אינו שו"פ כאן רק במקום אחר ויש לה דרך ללכת שם אם מקודשת ד"ת כמו בפרעון באית לי' דרך ע"ש ולפמ"ש י"ל דשאני פרעון דפרעון בע"כ שמיה פרעון כמבואר בחו"מ סי' ע"ד וק"כ א"כ כל שיש לו דרך לא אכפת לי' בהנאתו ופורעו בע"כ משא"כ בקידושין דבעינן שתהנה מזה אבל באמת זה אינו דגם בפרעון דניהו דאיתא בע"כ אבל מכל מקום בעינן שיפרע לו במקום שהלוהו וע"כ דכל דאית ליה דרך למישן הו"ל כסף גם במקום הזה וה"ה בקידושין כיון דנחשב לכסף

ה ובזה הן נסתר מחמתו מה שאמר מעכ"ת דיש לדחות דשאני בפרעון דכל שזה נהנה וזה אינו חסר כופין על מדת סדום מה שאין כן בקידושין דלא יכול לכפותה שתוליכהו למישן ולהתקדש שם ולפמ"ש גם בפרעון כל דלא חשיב כסף אינו יכול לכופו דהוא צריך לפרוע לו במקום שהלוהו והוא יוליך המעות עמו דמה אכפת לי' אם אינו מקבל אחריות אבל עכ"פ לא נחשב לפרעון וע"כ דשוה כסף מקרי וה"ה לענין קידושין וזה ברור וגם הח"מ נסתפק אם מקודשת עכ"פ שם במקום ששוה פרוטה ובזה לא שייך דברי מעלתו ודוק היטב בכל מ"ש כי הם דברים חריפים ונחמדים ת"ל. והנה בהא דאמרו אלא משום דכתיב ונתן והכא לא יהיב לה מידי דלמא נתינת גט היא תדע דשלחו מתם כתבו על א"ה כשר ושאלני עלם משכיל דאין ראיה מכתבו על א"ה דהא באמת הקשו התוס' בקדושין דף נ"ו דאמאי המקדש בא"ה אינה מקודשת דהא חזי שלא כדרך הנאתו וכתבו דמיירי

שאינו שו"פ או דאינה רוצית לאתקדש רק בכלה ולפ"ז בגט שפיר יש לומר דעכ"פ חזי שלא כדה"נ דכאן לא שייך לומר דאינה רוצית להתגרש דהא גט כשר אפילו בע"כ וא"ל דלא שוה שו"פ דזה אינו דעכ"פ חזי לאצטרופי שיהיה שו"פ שלא כדה"נ והוה כמו עלה של זית דאמרי' דחזי לאצטרופי ויפה שאל. ומצאתי לדו"ז הגאון בישועת יעקב סי' קכ"ד שנתקשה וכמו כן מצאתי ביד אפרים לש"ב הגאון מוהר"ז ז"ל הנספח לספרו טיב גיטין שהקשה כן בסי' כ"ח. והנה תוך כ"ד השבתי להעלם הנ"ל דלפענ"ד כיון דאינו ראוי כד"ה כי שלא כדה"נ א"כ בין הכתיבה לנתינה אי אפשר להנות ממנו דהא כד"ה אינו ראוי להנות ממנו רק שלא כדה"כ ועכ"פ הוה כמו מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה דבשלמא כדה"נ אינו מחוסר שום דבר דכמו שהוא יכול להנות ממנו אבל כל שא"י להנות רק שלא כדה"נ א"כ הו"ל כמו מחוסר מעשה ולא מועיל ואף לשיטת הר"ן דכל דמחוסר דבר מבחוץ לא מקרי מחוסר בין כתיבה לנתינה כאן הוה מחוסר בגופו דגוף הדבר הוה מחוסר שאינו ראוי כמות שהוא וע"כ דלא בעינן הנאה רק נתינה גרידא והרי נתן לה כנלפענ"ד דבר חדש והיא הערה יקרה לפענ"ד. ובחידושי אמרתי בזה דהנה התוס' שם ע"ב כתבו ד"ה בכתובת קעקע דאף דאסור לכתחלה לכתוב דאסור להנות מא"ה ועיין במלמ"ל פ"ה מאישות בהרב המגיה שם מ"ש בזה אמנם הב"ח סימן קכ"ד כתב שמותר לכתחלה כיון דהוה לא קמכוין אף דאפשר ע"ש והח"מ תמה עליו ועיין ג"פ שהאריך ג"כ לדחות דברי הב"ח אמנם לפענ"ד אני בעניי לא באתי לידי מדה זו דאף אם נימא דנהנה בזה שא"צ לנייר אחר לכתוב הגט ונתרפא מצרעתו שצריך לגרש בו אשה אבל כיון דל"צ להיות שו"פ וסגי בנתינה גרידא א"כ לא משתרשי לי' הנאת שו"פ וכל שלא משתרשי לי' שו"פ לא מקרי נהנה בא"ה דפחות משו"פ לא מקרי נהנה וכעין זה כתב המהר"י קורקוס הובא בכ"מ פ"ב ממעילה הלכה ט"ו ואף אם נימא כמ"ש המלמ"ל שם דשייך מעילה בפחות משו"פ והארכתי בזה בתשובה גבי בגדי כהונה נתנו להנות מכל מקום פשיטא דכל דאינו מכוין להנות לא שייך אחשביה וח"ש אינו אסור רק מטעם אחשביה כמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו וגם חזי לאצטרופי לא שייך בזה דהא לא יבא לידי צירוף ואצל מי יצטרף דהא הוא נותן לה וגם היא א"צ לצירוף דהא בנתינה גרידא סגי וע"כ שפיר דייק דל"צ ליתן לה מידי רק הגט לבד ומעתה שפיר דייק מכתבו על א"ה דא"ל דבאמת בעי שיתן לה דבר רק משום דחזי להנות שלא כדה"נ דא"כ שוב הוא נהנה כד"ה במה שנותן לה גט על א"ה דעומד לכתוב עליו ומשתרשי לי' מעות הנייר דזה מקרי כדרך הנאה ושוב אסור והו"ל הנאת פרוטה וע"כ דלא צריך שיהיה שו"פ רק נתינה גרידא ושפיר דייק ודוק היטב.

ובמ"ש למעלה יש ליישב הא דאמרו שם בדף כ' גבי היו מוחזקין בעבד שהוא שלו וגט כתוב על ידו ויוצא מתחת ידה ומסיק שם דל"מ משום הגודרות אין להם חזקה והדבר תמוה דהא כבר כתבו התוס' בב"מ דף ק' ד"ה ולחזי דגם בגודרות כל שיש ספק בדבר בלא טענותיהם מועיל ואין להוציא מיד התופס ע"ש וה"ה כאן דהספק בלי טענותיהם דהא חזינן שהגט כתוב על ידו וכבר נתקשה בזה בספר שערי משפט סי' קל"ו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך להבין איך יהי' מועיל בכתוב על יד העבד דאף דנימא דגודרות יש להם חזקה מ"מ מחוסר הקנאה בין כתיבה למסירה ואנן בעינן וכתב ונתן וצ"ל כמ"ש הר"ן בהא דאשה כותבת את גיטה דלא מקרי מחוסר הקנאה דהא אינו דבר המחוסר בגופו של גט רק ענין מבחוץ וזה לא מקרי מחוסר דבעינן מחוסר בגופו ע"ש וה"ה כאן דגוף הגט הי' כשר וז"ב ולפ"ז נראה לי דשפיר אמרו דגודרות אין להם חזקה דלא שייך לומר דהספק בגוף טענותיהן דהא כ"ז שלא תפסה העבד לא היה נקנה לה עכ"פ א"כ שוב לא הי' ספק בגוף הטענה דעכ"פ מחוסר הקנאה וניהו דאינו מזיק להגט אבל עכ"פ הספק לא התחיל רק לאחר הגיע העבד לידה דגודרות אין להם חזקה א"כ שוב אין לך מחוסר מעשה גדול מזה דהא לא מקרי גט כלל כל דגודרות אין להם חזקה ואין הספק בלי טענותיהם דמה בכך שכתב לה הגט עכ"פ כל שלא הגיע לידה ולא קנאתה להגט אינו מקרי גט כלל דבשלמא כל שאינו ענין לגוף הגט דכל שהגט בעצמותו כשר הוא רק שמחוסר הקנאה זה מקרי וכתב ונתן דכל גט טרם שנתן לידה מחוסר נתינה לידה ומ"ל מחוסר נתינה ומ"ל מחוסר הקנאה אבל כאן כל שמחוסר נתינה לא מקרי גט כלל דהא העבד הוא שלו ומה בכך שהגט כתוב על עבד שלו וצריך להקנות גוף העבד ובנתינת הגט לא נקנה גוף העבד רק שצריך להקנות העבד ולזה אין ראיה דגודרות אין להם חזקה וא"כ לא נפל הספק קודם ודוק היטב ועיין בפ"י שהאריך הרבה בזה וכ' שאינו מחוור בעיניו דברי הר"ן ולא ביאר הטעם וכתב שמבואר בסמוך טעמו ולא זכינו לאורו שנאבד דף אחד ולפמ"ש אתי שפיר ובמ"ש היה נראה לי לפקפק במה דמבואר באהע"ז סי' קכ"ד ס"י דלאחר ג' שנים שיש חזקה לגודרות תהיה מגורשת דהא הוה מחוסר מעשה בתוך השלשה שנים וא"ל דזה ענין מבחוץ ובגוף הגט לא חסר דבר דזה אינו דבאמת דברי הר"ן תמוהים וכבר הבאתי בתשובה אחת מה שהקשה הגאון מוהר"י הורוויטץ ז"ל מריש כיסוי הדם דמבואר שם דאף בכה"ג מקרי מחוסר מעשה ואני הוספתי להקשות מש"ס חולין ר"פ ראשית הגז דאמרו שם דכל דמחוסר פדייה ג"כ מקרי מחוסר מעשה וגם שם מקרי ענין מבחוץ כמ"ש שם באורך והארכתי שם ליישב אך לפמ"ש כעת אתי שפיר דענין הקנאה הוה כמו מחוסר נתינה דכיון דבעינן שיתן

לידה וא"כ צריך להיות הנתינה משלו אף דלא שוה מידי אבל עכ"פ בעינן נתינה משלו וא"כ גם ההקנאה בכלל מחוסר נתינה שאם יתנהו לה ולא יקנה לו שוב לא מקרי נתינה והתורה לא הקפידה רק שלא יהי' מחוסר בין נתינה לכתיבה דבר אחר וכאן אין מחוסר דבר בגוף הגט ומה שמחוסר ההקנאה הוה כמחוסר נתינה ובין אם כוונת הר"ן כן או לא עכ"פ הדברים נכונים בעצמותם ולפ"ז כל שאף לאחר הנתינה מחוסר עדיין החזקה של ג' שנים מקרי מחוסר מעשה. מיהו יש לומר כמ"ש הרמב"ן בב"ב דחזקה היא נקנה תיכף רק דלא יהי' חשוב ריעותא מה דלא יש לו שטר לזה בעי ג' שנים דאז יש לומר דאבד השטר ולפ"ז באמת החזקה נעשית תיכף ואינו מחוסר דבר רק שצריך ג' שנים לגילוי מלתא שלא יהי' ריעותא מה שאין לו שטר ושוב הו"ל רק מחוסר זמן וזמן ממילא קאתי אמנם עדיין קשה כיון דעכ"פ צריך שיהיה לה שטר א"כ אין לך מחוסר מעשה גדול מזה וצריכין לבא לסברת הר"ן דאינו מחוסר מעשה בגופו ולפמ"ש בסברת הר"ן לא שייך זאת וגם יש לומר דמקרי מחוסר בגופו כל שלא נתן שטר וכן נראה מדברי הפ"י שם. והנה בהא דאמרו בפסחים דף ז' ונבטלי' בשית כיון דאיסורא דרבנן עלי' כדאורייתא דמיא ולאו ברשותי' קיימא ול"מ מבטל כדאמר ר"ג אמר רב המקדש משש שעות ולמעלה אפילו חיטי קורדנייתא אין חוששין לקידושין וע"ז שאלני תלמיד אחד דאין ראיה מקדושין לאינו ברשותו דשאני קידושין דבעי שיהי' שווי בקדושין וכל דרבנן אסרוהו בהנאה לא גרע מפסלתו מלכות דאין בו שווי אבל מכל מקום מרשותו לא יצא דעכ"פ מן התורה היא שלו והיכא מוכרח דכל דאסור מדרבנן הו"ל כדאורייתא. ובאמת שיפה שאל וגוף הסברא מבואר בב"ש סי' כ"ח סקנ"ב דלענין קידושין כל שמדרבנן אסור אף שאין לו עיקר בתורה מכל מקום לא נתן לה כלום וראיתי באבני מלואים שם שנתקשה בזה בס"ק נ"ד ולפענ"ד נראה דלפמ"ש הב"ש סי' כ"ח ס"ק נ"ד דא"ה דשלכד"ה מותר להנות בהם יכול לקדש בה כשהיא יודעת שהיא דבר איסור אף דהיא אינה חולה מכל מקום יכולה למכור לחולה ע"ש ובאמת שהריטב"א בפ' האיש מקדש גבי מקדש בא"ה כתב דאף דחולה שאין בו סכנה מותר להנות שלא כד"ה מכל מקום היא לא יהיב מידי דהא אסור למכור דנמצא נהנה באס"ה של תורה תדע דהרי בחולה שיש בו סכנה מותר להנות אפילו כד"ה ואפ"ה א"י לקדש בו כיון דהוא אסור למכור הרי לא יהיב מידי ואפילו הוא חולה שראוי להנות בו מכל מקום הוא לא יהיב מידי אלא א"כ אומר לה התקדשי לי בהאי הנאת דבר שתתרפא בו אז היא מקודשת ובאמת שהדבר תמוה דסוף סוף הוא לא יהיב לה מידי. אמנם לפענ"ד נראה דכוונת הריטב"א דבאמת כשהוא מקדשה בתורת שווי החפץ והרי כל שאסור אין לו שווי אבל כשהוא מקדשה

בהנאה שיש לה באותו החפץ א"כ שפיר מקודשת א"כ כשהיא בריאה אף שיכולה למכור מכל מקום הוא אינו נותן לה דבר והנאה ממילא קאתיא לה ולפ"ז עכ"פ כשיאמר לה שתתקדשי בהנאה היא מקודשת וא"כ שוב ע"כ דמה שמקדש בחיטי קורדנייתא אינה מקודשת ע"כ דאינו שלו דאל"כ למה לא יוכל לקדשה שתמכור לחולה וא"ל דלא יהיב מידי דהא כל דנימא שמקרי שלו א"כ יש לו שווי באותו חפץ שיוכל לקדש אשה כשתהיה חולנית ויאמר לה שתתקדש באותה הנאה וגם בלא"ה כל שתוכל להתרפאות הרי כל אדם יתן לו פרוטה וע"כ דכל שהיא בריאה והדבר אינו שלו א"כ גוף הדבר אין בו שווי ואינו שלו ובמה מקדשה ולפענ"ד יש להמתיק עוד דברים דהדבר דומה למי שיש לו דקל העומד לפירות וא"ל דתתקדש בפירות שיעלו מן הדקל דל"מ דהו"ל דבר שאינו שלו וה"ה בזה אף דאם יזדמן חולה יוכל להיות בו הנאה של פרוטה מ"מ השתא אינו ברשותו ושפיר מוכח דאיסורי דרבנן לאו ברשותו מקרי כנלפענ"ד ברור

ז עוד נראה לפענ"ד דבר חדש דא"ה מקרי דבר שאין מקפיד עליו בעה"ב דהא אסור להנות בו ולמכרו ולכך א"י לקדש בו ולפ"ז לפמ"ש הנוב"י במהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"א דבעינן שלא יקפיד נגד שום אדם אבל כל שמקפיד נגד אחד לא מקרי דבר שאינו מקפיד ולפ"ז מכ"ש ביכול לקדש בהנאה שתתרפאי בו שוב הוה דבר המקפיד עליו אך ז"א דמכל מקום הוא א"י להקפיד דממ"נ אם הוא חולה שיש בו סכנה א"כ כל ישראל מצווים לרפאותו וא"כ מה לי בהקפדתו הא יכולין להוציא ממנו בע"כ ואם הוא חולה שאין בו סכנה שוב א"י להנות ולפ"ז באיסור דרבנן דאף חולה שאין בו סכנה יכול להנות שוב ל"ח דבר שאין מקפיד. ובלא"ה נראה לפענ"ד דדבר שאסור בהנאה והיא חולנית נראה לפענ"ד דא"י לקדשה דאף שהיא נהנית הא כופין על מדת סדום דזה נהנה וזה לא חסר פטור ולפי זה באיסור דרבנן שפיר יכול לקדש דהא היא יכולה להנות אף באין בה סכנה וע"ז לא יוכלו לכפות כ"כ והדבר צריך ביקור ועיין בא"מ שם שהאריך ג"כ בזה הענין והביא דברי הריטב"א הנ"ל ואין הזמן מסכים לעיין בזה.

ח ובגוף הקושיא דמה ראיה מקידושין נראה לפענ"ד דכיון דמיירי בחיטי קורדנייתא שעלה עליו מים וכיון דחטין שרי בלא נתבקעו ממש ואין בו רק איסור דרבנן א"כ בזה לא שייך לומר דאין בו שווי דאלו יבא אליהו ויאמר דלא נתחמץ עדיין הוא שוה ממון רק דרבנן אסרו כיון דקרוב להתבקע גזרו אטו נתבקעו ממש וא"כ שוב ע"כ מוכח דאיסור דרבנן חשוב כא"ב דאל"כ למה לא תתקדש דבעצמותו יש בו שווי ממון דבשלמא כשהיה חמץ נוקשה כל דרבנן אמרו שזה החמץ אסור שוב הוה כפסלתו מלכות אבל כאן באמת

כשלא נתבקע מותר רק כל שהיא קרוב להתבקע גזרו רבנן עליו ועשאוהו כא"ב כיון שהולך לאיבוד א"כ שפיר מוכח מזה ודוק היטב.

סימן עג

א בענין מתנת שכ"מ האומר הלואתי לפלוני.

ב כאשר למדנו אני וגיסי הרב הגאון מ' מרדכי זאב ני' בטוש"ע חו"מ סי' רנ"ג בהגיענו למ"ש הב"י בשם המרדכי שכתב בשם הרא"מ והרמ"א קבעו להלכה בס"כ דהא דהשכ"מ יכול לומר הלואתי לפלוני דוקא הלואתי שיש לי ביד ישראל ולא הלואת גוי משום דלא סמכא דעתי' הקשה גיסי אותי דלמה לי' טעם זה שבאמת היא תמוה כמ"ש הב"י ולמה לא קאמר בפשיטות דהא באמת הש"ס הקשה בב"ב דף קמ"ח דאיך מועיל הלואתי לפלוני הא ליתא בבריא ומשני דאיתא בבריא במעמד שלשתן ולפ"ז לשיטת הפוסקים דבנכרי לא שייך מעמד שלשתן כמבואר סי' קכ"ו א"כ ל"מ במה שאמר הלואתי לפלוני.

ג והנה חפשתי בב"ח שהרגיש בזה ורצה להעמיסו בכוונת הרא"מ ליישב בזה קושית הב"י והמעיין יראה שנדחק מאד שנראה לפענ"ד בזה דבאמת צריך ביאור דמה בכך דליתא בבריא אמאי לא יועיל בשכ"מ דבשלמא בבריא צריך ענין הקנאה והלואה אי אפשר להקנות משא"כ בשכ"מ דעשו דבריו ככתובים וכמסורים א"כ מדוע לא יועיל ואף דגם הקנין ל"מ בבריא מכל מקום ראוי שתועיל וכמו לענין אמירה לגבוה דעדיף ממסירה להדיוט וכמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט בסוגיא דבר פדא דהוה כמעכשיו ע"ש וה"ה בזה. אך נראה דביאור הענין כמ"ש הר"ן והובא בב"י סי' רנ"ג לענין מדור פלוני בבית זה דל"מ בשכ"מ ולא אמרינן דהו"ל כאומר תנו שטר זה לפלוני דהו"ל כאילו כתב ומסר לו וביאר הר"ן דבשלמא התם דהו"ל קנין במה שצוה לתת השטר רק שחסר עוד הכתיבה והמסירה אמרינן דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין משום טירוף הדעת דהו"ל כהשלים הענין שכן דרך השכ"מ לקצר באמרים ובמעשה משא"כ כאן דדירה בבית הו"ל דבר שא"ב וא"כ אין מקום לומר דהו"ל כאילו אמר דבר חדש תנו ביתי לפלוני כדי שידור בו דזה ענין אחר מה שלא אמר וזה לא אמרינן גבי שכ"מ ע"ש ובהה"מ ולפי זה גם אנן בדידן נימא דזהו הכוונה דבשלמא כל מה דאיתא בבריא בקנין א"כ השכ"מ אמר בדרך המועיל רק שחסר הקנין אמרינן דאמירתו הוה כקנין אבל אם ליתא בבריא א"כ מה יועיל מה דדבריו ככתובין הא לא התחיל כלל בדרך שיועיל וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' דהא איתא בבריא ע"י הודאה לפלוני או שמקנה מטלטלי אגב מקרקעי. ולפמ"ש אתי שפיר דלעשות קנין חדש מה שלא אמר הש"ס זה אין מועיל כלל וכמ"ש לענין ידור פלוני ושפיר מקשה הש"ס על ידור פלוני מהלואתי לפלוני. ומעתה אתי שפיר

דזה שמשני הש"ס דהואיל דמועיל ע"י מעמ"ש וא"כ הלואתי לפלוני הוא בדרך קנין רק שחסר האמירה במעמד שלשתן ובשכ"מ סגי בזה.

ד ולפ"ז אתי שפיר דכל הטעם דאין מועיל בעכו"ם הוא משום שעכו"ם ל"מ לזכות בשביל הישראל אבל באמת בדרך קנין הי' רק שחסר הזכייה ולפ"ז בשכ"מ דהו"ל כמסור בידי הישראל שפיר זכי דבשלמא אם לא הי' מקרי קנין כלל ל"מ אמירת שכ"מ אבל כיון דהלואתי לפלוני הו"ל דרך קנין רק שבעכו"ם ניהו דרצה להקנות לו ע"י עכו"ם ל"מ הזכייה בשביל ישראל עכ"פ דרך הקנאה היא וכל דהו"ל כמסור א"צ שהעכו"ם יזכה בשבילו שוב מועיל וז"ב. ובזה יש ליישב קושיית הב"י על הרא"מ במ"ש הטעם דלא סמכה דעת דמקבל ותמה הב"י דל"ל סמיכת דעת המקבל ולפמ"ש א"ש דכל שלא סמך דעתו א"כ אי אפשר לחשבו שיהיה כמסור בידו ממש דהרי לא סמכה דעתו כלל ושוב לא מועיל דהו"ל מלתא דליתא בבריא וז"ב ודו"ק. ובזה מיושב היטב מ"ש הר"מ דיביטין דבשכ"מ מועיל להקנות דבר שאינו קצוב אף לשיטת הרמב"ם משא"כ בבריא ותמה המלמ"ל פ"ח מזכייה הלכה ב' דהא כל מלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ והנני יוסיף להפליא דלא ראה דברי המרדכי הנ"ל דבלא סמכה דעתי' לא מועיל בשכ"מ ואין לך לא סמכא דעתא יותר מדבר שאינו קצוב לשיטת הרמב"ם והיא תימה רבתי ולפמ"ש אתי שפיר דהרי כבר נודע מ"ש הגידולי תרומה דהיכא דמכר דבר שכבר עלתה במצודה רק שלא ידע מה עלה דהו"ל דבר קצוב כיון שכבר נקצב רק שלא ידע ולפ"ז במתנת שכ"מ דהו"ל ככתובין וכמסורין א"כ כבר נקצב מה שנתן לו רק שלא נודע לנו א"כ לא מקרי דבר שאינו קצוב. ומעתה מיושב דלא שייך בזה כל דליתא בבריא דגם בבריא אם הי' כבר קצוב הי' מועיל ודוק היטב כי חריף הוא ועמוק ת"ל. ואגב אומר דלפענ"ד במעמד שלשתן לאחר שנתקן מעמ"ש שוב משועבד לו הנפקד או הלוה מדין מעמד שלשתן דהוא נתחייב להמלוה והמלוה נתחייב להשני ואין חילוק בין שלוה מקודם או אח"כ כמבואר בחו"מ סי' פ"ו והא דמעמד שלשתן היא הלכתא בלא טעמא היינו במה שנתקן דאם לא הי' שייך מעמד שלשתן לא היה קונה כלל ושוב לא הי' שייך מעמד שלשתן וכעין זה כתב הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו סקל"ח ליישב קושית הריטב"א ע"ש. ובזה יש ליישב דברי הרמב"ן שהוכיח דמכירת שטרות דאורייתא דאי דרבנן הא ר"מ וחכמים פליגו בקדושין דף מ"ז אי מקודשת ולשון מקודשת משמע מה"ת ותמה הפ"י דהא פליגי שם במעמד שלשתן ומעמ"ש ודאי לא הוה רק דרבנן ואפ"ה קתני מקודשת ולפמ"ש אתי שפיר דלאחר שנתקן מעמד שלשתן שוב הוה החיוב מן התורה דמשועבד מדר"נ וז"ב ודוק. הדרן לדוכתא דעכ"פ דברי המרדכי נכונים דכאן הוה מלתא דאיתא בבריא

ומטעם שכתבתי. והנה בהא דמבואר בסי' רנ"ג סי"ח דהאומר מנה סתם מנה טבוע דוקא קאמר ואינו מועיל קנין הקשה בקצה"ח מהא דאמרו בב"ב דף קנ"א ע"ב דמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין ופריך הש"ס מהא דתנן תנו מנה לפלוני יתנו לאחר מיתה מאי לאו מנה דומיא דגט בלי קנין ע"ש והקשה דאף אם קנו מידו מאי הוה הא המטבע אינו נקנה בחליפין וע"כ דקנו מיני' מיירי אגב קרקע ואם כן מה קאמר דומיא דגט הא גם גבי גט מועיל אג"ק לשיטת רש"י בריש הזורק והניח בקושיא ובאמת שהיא תימה רבתי. והנה עפ"י האמור אתי שפיר דהרי התוס' הקשו גבי הלואתי לפלוני דאמאי לא נימא דכוון להודאה שזה מועיל בשכ"מ וכתבו דאין לפרש הלואתי לפלוני בלשון הודאה דהוא קנין קאמר והודאה לאו קנין הוא ע"ש ולפ"ז הא בתנו מנה לפלוני יש לומר דחייב לו וצוה לתת לו ועיין מחנה אפרים הלכות זכייה סי' ל"ח שהוכיח דלשון תנו כולל ג"כ חיוב ולפ"ז כל שכיון שחייב לו המנה א"כ היה מקרי הודאה ומועיל בשכ"מ וא"כ אם קנו מיני' הי' מועיל בשכ"מ מתורת הודאה וא"ל דמטבע אינו נקנה בחליפין דזה אינו דכל שהודה שוב נקנה בתורת הודאה והא דצריך קנין דאל"כ לא שייך דברי שכ"מ דמתנה במקצת בעי קנין ודוק. ובזה יש ליישב קושית הקצה"ח בהא דפריך הש"ס בגיטין דף י"ג מאי אריא צבורין כי אין צבורין נמי דהא דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי והקשה דהא אם אינו צבור ומונח יש לומר דכוון למנה דוקא והא לית לי' כמבואר בסעיף י"ט ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון דמטבע אינו נקנה בחליפין א"כ בלא"ה ל"מ דברי שכ"מ דהא ליתא בברי וע"כ צ"ל דמתורת הודאה מועיל וכיון שהודה שחייב לו שוב אף שאין לו המנה חייב לתת לו שווי בעדו דבחוב לא שייך מנה טבוע דוקא ודוק ויש להאריך בזה בסוגיא דגיטין שם אלא שלא נפניתי כעת. והנה בשו"ת מהריב"ל ח"ד סי' כ"ה הקשה על שו"ת המיוחסות להרמב"ן סי' ס"ז שכתב דאם כתב בשטר וקנינא מיניה על כל מה דמפורש לעיל שיהיה מועיל לקנות גופה של קרקע ע"ש וע"ז הקשה דא"כ מה פריך בב"ב דף קמ"ז מלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ והרי איתא בבריא היכא דהקנה בתחלה ובסוף ע"ש שחאריך ונפלאתי עליו דמה זו שאילה על הרמב"ן והרי כל טעמו של הרמב"ן הנ"ל דהו"ל כאלו הקנה הדירה לדור בו א"כ היה לו להקשות דהו"ל מלתא דאיתא בבריא כשיאמר בית לדור בו וע"כ דכמו שאמר לפנינו אין חל הקנין ואין לנו לחדש הקנין וכמ"ש הה"מ והבאתיו למעלה ומכ"ש בזה דנימא דאיתא בברי כשיקנה בתחלה ובסוף וע"כ כוון בקנין זה להקנות גוף הדירה והא זהו קנין חדש ואין לנו לחדש בלשון השכ"מ כמ"ש הה"מ וז"ב ופשוט ועיין בחו"מ סי' רי"ב בהג"ה ודוק ועיין בשו"ת

הרא"ש כלל א' סי' ח' במ"ש דכל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ ובמשנה למלך פכ"ט מהלכות מכירה הלכה ז' ודוק היטב במ"ש פה

ה אחר כמה שנים ראיתי בשו"ת עבוה"ג שכתב דשכ"מ יכול להנחיל מלוה של עכו"ם אף דליתא בבריא ולא כתב שום טעם ולפענ"ד מ"ש למעלה בטעמו אתי שפיר. וראיתי בחידושי הריטב"א לע"ז הנדפס באובן שנספחו שם קצת שו"ת מהגאון מוהר"מ סופר זצללה"ה שם נדפס תשובה בענין זה והביא בשם חותנו הגאון מוהר"ע איגר זלה"ה שהביא ראיה דאין יכול להנחיל מהא דכתב בספר בני אהרן להביא ראיה דא"י להנחיל דבר שלבל"ע דאל"כ מה משני הש"ס בב"ב דף קכ"ז דאיצטריך יכיר לנכסים שנפלו אח"כ והא יכול להנחיל אף דבר שלבל"ע ויכול להנחיל גם פי שנים וסבר הגאון ז"ל דהטעם הוא משום דליתא בברי ליתא בהנחלה וה"ה במלוה של עכו"ם דליתא בבריא ליתא בשכ"מ. והנה לפענ"ד ל"ק דהנה לכאורה דברי הבני אהרן אינם מובנים דמה ק"ל דיכול להנחיל דבר שלבל"ע והא יש לחוש שמא אנסי' מלאך המות ולא יפקוד לביתו וע"כ כוונתו בהנחלה בתורת ירושה גם בבריא וכדאבעיא לה בב"ב דף קל"א בבריא מאי וז"ש בבני אהרן כפי שהעתיקו ותפשוט מינה דבבריא לא אמר ריב"ב ולפ"ז בבריא בתורת ירושה פשיטא דכל דליתא בבריא לא בתורת ירושה ג"כ אבל בשכ"מ דדבריו ככתובים וכמסורים פשיטא דמועיל אף בדבר שלבל"ע ובמלוה של עכו"ם וכמ"ש ולפ"ז אין סתירה מהעבוה"ג דהיא ע"כ בתורת הנחלת שכ"מ מיירי דלדידן קי"ל דבבריא לא אמר ריב"ב כמבואר בטוש"ע סי' רפ"א ס"ה ואם כן בשכ"מ יכול להנחיל וכמ"ש. ובזה הן נסתר מחמתו דברי הגאון שהביא ראיה מתוס' ב"ב דף קמ"א ע"ב ד"ה נכסי שהביאו ראיה דאף קנין ל"מ וע"ז הקשו מהלואתי לפלוני דמועיל בשכ"מ וע"כ הקשה הוא דמה ראיה מהלואתי לפלוני הא שם יכול להנחילו משא"כ בעובר דא"י להנחיל לעובר ולפמ"ש אתי שפיר דהא דיכול להנחיל בהלואתו לפלוני משום דמסיק דאיתא בבריא ע"י מעמד שלשתן והתוס' קאי להך ס"ד דאף בלא זה איתא בשכ"מ ע"ש היטב בב"ב דף קמ"ח ואם כן אין ראיה מזה ודוק. ובחידושי לב"ב כשלמדתי קצת בעיון פי"נ ופרק מי שמת הארכתי בדברת התוס' הלז ואכ"מ להעתיקו. אך בלא"ה נראה דמבני אהרן אין ראיה כלל דשאני דבר שלבל"ע דהחסרון הוא בגוף הקנייה דא"י להקנות דשלבל"ע בזה גם בשכ"מ לא מועיל איברא דלכאורה הי' מקום לומר דבמתנת שכ"מ יועיל אף בדבר שלבל"ע מטעם אחר דהרי אמרו בב"מ מודינא באם שמיט ואכיל דלא מפקנא מיניה וא"כ מכ"ש אם תפיס קודם שבא לעולם דמועיל וגם בכתב לו שטר מבואר בסמ"ע סי' ר"ט דמועיל ולפ"ז מתנת שכ"מ דהו"ל ככתובין וכמסורין למה לא יועיל בדבר שלבל"ע

ולפי זה בבריא בכה"ג בתורת הנחלה לא מועיל וראיתי בשו"ת מוהרמ"ס שם שהביא בשם הגאון בעל נתיבות המשפט סי' רפ"א שהביא ראיה מהא דאמרו בב"ב דף קל"ו שכ"מ שכתב כל נכסיו רואין אם ראוי לטלו משום ירושה נוטלו משום ירושה ואם לאו נוטלו משום מתנה ופלפלו שם מה נ"מ בין מתנה לירושה והרי נ"מ דבתורת שכ"מ לא מועיל בדשלבל"ע משא"כ במשום ירושה ע"ש. ולפמ"ש אין קושיא דפשיטא דבשכ"מ בין בלשון ירושה בין בלשון מתנה מועיל משום דהוה ככתובין וכמסורין בשכ"מ איברא דבש"ס ב"ב דף קמ"ז מבואר להיפך שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום וגם ביאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום והיינו משום דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע ודבר שאין בו ממש לכך א"י להקנות בשכ"מ וקשה הא הוה ככתובין וכמסורין וצ"ל דכיון דכל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ שוב לא תקנו רבנן בזה דלהוה ככתובין וכמסורין ושוב אינו מועיל בשכ"מ דהיה דבר שלבל"ע ובאמת בהא דפריך מהלואתי לפלוני ומשני הואיל ויורש יורשה נדחקו התוס' דבפירות דקל הא דיורש יורשה הוא משום דיורש גם הדקל ולפענ"ד הוא כפשוטה דלמה לא ירש היורש דכל שנפקע זכות של האב כשמת ממילא הוא של היורשים ולא שייך בזה לא סמכה דעתי' דממילא הוא שלהם עכ"פ יהיה איך שיהיה מבואר דלא מועיל מתורת מתנת שכ"מ ממילא אפשר דלא יוכל להנחיל גם כן דאינו גם כן רק מכח דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין ובזה לא תקנו דכל דליתא בבריא לא תקנו שיהיה ככומ"ס ודוק. ולפענ"ד היה נראה דגם להנחיל אין כח ביד אדם בדבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש והדבר דומה לפענ"ד למה דמבואר בש"ע חו"מ ס"ס ער"ו בהג"ה דאין היורשים יורשים דבר שאין בו ממש או ט"ה בעלמא אך זה אם הוא ביד אחרים א"י להוציא ממנו אבל כשהוא ביד היורש אין מוציאין מידו ופשיטא דטובת הנאה היא שלו ע"ש בש"ך ס"ק ד' ואף דהשל"ה חולק בזה לפענ"ד הדבר מבואר כהש"ך דאל"כ אויר שבין אדם לחבירו לא יהיה של היורש ועיין בנתה"מ שם ובתשובה הבאתי דברי המחנה אפרים בזה והארכתי בביאור הענין ועכ"פ נראה דלאו מכח ירושה יורש דביד האדם אין בו כח להנחיל דבר שאין בו ממש או דבר שלבל"ע רק דמצד ירושה דממילא כל זכות שהיה לאב כשמת האב ממילא זוכים הבנים דתחת אבותיך יהיו בניך וזהו סברת הש"ס בב"ב דף קמ"א וקמ"ב ירושה דממילא שאני אבל בדבר שצריכין לזכות מכח הנחלה וכגון שחלק לזה יותר מלזה בזה נראה לי ברור דאין כח ביד אב להנחיל גם כן דבר שאין בו ממש ודבר שלבל"ע ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו בב"ב דף קמ"ח הואיל ויורש יורשה והקשו בתוס' דהא יורש יורש אף דירת הבית ופירות דקל נמי ונדחקו דעד מקום הדקל והבית יורש ולפמ"ש י"ל דבאמת יורש אף

דירת הבית ופירות הדקל בלבד גם כן דאף דא"י להנחיל לא מכח הנחלת האב הבן יורש רק שממילא כל הזכותים של האב נעתקים להבנים דתחת אבותיך יהיו בניך אבל הוא אין לו כח וזהו דמחלק בין הלואתי לפלוני דהלואתי לפלוני יש לו כח באב להוריש לאחד מהאחים יותר מחבירו ויורש יורשה והיינו שהוא יורשה מצד הנחלה של האב אבל ביאור הדבר נראה לפענ"ד דלכך עדיף דבאמת צריך ביאור למה לא יועיל הלואתי לפלוני אף בבריא ניהו דאין המלוה בעין מכל מקום הא יש לו למלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסי על הלוה וזה נשאר לו להקנות לאחר וצ"ל כל דגוף המנה א"א להקנות במה יזכה לו השעבוד והוה כעין דאמרו מנה אין כאן משכון אין כאן דכל דהשעבוד נצמח מכח המנה כל שגוף המנה אין לו כח להקנות גם השיעבוד אין לו כח להקנות וז"ב ולפי זה זהו שאין לו כח להקנות אבל היורש יורשה דהא המלוה יש לו זכות בגוף המנה וגם היורש יורש הזכות של המנה והשיעבוד ובידו כח להנחיל דכל דגוף המנה זכה ממילא שוב יש כח בידו להנחיל השעבוד שיש בו ממש ובפרט לפמ"ש הראב"ד בביאור מנה אין כאן משכון אין כאן דמקרי אגיד גביה וא"כ זה שייך כשמקנה לאחרים אבל לגבי הבנים כל שמת האב נפקע כל הזכות שיש לאב להבנים ולא נשאר אגיד לגבי' שום דבר ושפיר יכול להנחיל להבנים השעבוד נכסי שיש לו על הלוה וז"ב מאד ולכך יכול להקנות במתנת שכ"מ גם כן דהא לא נשאר אגיד גביה וזהו דאמר מתנת שכ"מ כירושה שויה רבנן והיינו דאותו כח שיש לו להנחיל יש לו גם כן לתת משא"כ דבר שאין בו ממש אין בו כח להנחיל רק דממילא זכו בו ועומדים במקום אביהם וממילא קזכו אבל אין בו כח להנחיל וזה ברור כנלפענ"ד ברור ובזה נסתר כמה דברים שכתב הגאון מוהרמ"ס ז"ל שם ואין להאריך ודוק

1 אחר שנים רבות הגיעני תשובה מהרב החריף וכו' מוהר"א אבד"ק מראנפאלי נ"י בענין הלז ואעתיק פה מ"ש לו בשנת תר"ט ארבעים במספר שלום וכ"ט אל כבוד הרב החריף המופלג וכו' מוהר"א אבד"ק מראנפאלי נ"י מכתבו הגיעני היום ונפשו בשאלתו וז"ל ראובן יש לו טו"ת עם שמעון שתובע אותו סך מעות באופן שנתחייב שמעון עפ"י ד"ת לפטור א"ע בשבועה ובתוך התביעות תובע עוד לשמעון היות שהי' לו דו"ד עם לוי אודות שהי' מגיע לו ממנו עץ הנקרא לאוויש מן גאלירש והלאוויש הי' מונחים תחת יד שמעון וא"ל שמעון במע"ג שאם יזכה בדין נגד לוי על הלאוויש ימסור לו הלאוויש וכן הי' שאח"כ קבלו בק"ג לקיים דבר הפשר אשר יצא מג' ב"ב ופסקו שהלאוויש שייכין לראובן ותובע משמעון שיתן לו הלאוויש ושמעון משיב שלא הבטיח לו במעמד שלשתן והלאוויש לא הי' של לוי כ"א הם שלו וגם לוי אומר כן עתה. ומעתה נסתפק מעלתו אם

צריך שמעון לכלל בשבועתו שלא הבטיח ליתן לו הלאוויש במעמ"ג או לא. וע"ז כתב מעלתו והביא דברי הש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' דאף במלוה תוך זמנו לא ראוי שיהיה שייך מעמד שלשתן ואף דשם כתב הש"ך דשייך מע"ג היינו כיון דסופו שיבא לידי גובייגא אבל כאן אינו ברור שיבא לידי גובייגא שלא נודע אם יזכה ראובן בדין ובפרט שהי' פסקי בע"ב וא"כ יכול לחזור בו ולא שייך מע"ג. והנה הדין דין אמת דכל כה"ג לא שייך מעמד שלשתן וז"פ.

ז אך מעלתו כתב להקשות על הש"ך דנסתפק לענין מלוה ת"ז אי שייך מעמד שלשתן דהרי בש"ס ב"ב דף קמ"ח אמרו דליתא בבריא ליתא בשכ"מ ופריך מהלואתי לפלוני ומשני דאיתא בבריא ע"י מעמ"ש ואם איתא אכתי תקשי דבהלואת תו"ז לפלוני דלא שייך מע"ג היאך יזכה בשכ"מ דהא ליתא בבריא וע"כ דאיתא במעמ"ג. ולפענ"ד נראה בזה דבר חדש דהנה בתשובה הקשיתי בהא דאמרו כל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ והדבר תימה דמה ענין זה לזה בשלמא בריא דצריך קנין ובהלואה לא שייך קנין אבל בשכ"מ דדבריו ככתובין וכמסורין א"כ למה לא יועיל דכל דהוה כמסרו לו שוב מועיל ואף באמירה לגבוה דהוה כמסירה להדיוט כתב הר"ן בסוגיא דב"פ בנדרים דף למ"ד דעדיף ממסירה להדיוט וה"ה בזה ניהו דהוה רק ככתובים וכמסורים אבל מכל מקום עדיף מבריא והארכתי בזה. וכעת נראה דהנה באמת צ"ב הא דמשני דהלואה איתא בבריא ובמע"ג והדבר צ"ב דא"כ מטבע למה מועיל בשכ"מ הא אין מטבע נקנה בחליפין ועיין רשב"ם דכתב דמכל מקום מועיל מטעם דהלואתי לפלוני ואינו מובן. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה מע"ג הוא הלכתא בלא טעמא וביאר הרשב"ם דהוא משום תקנת הסוחרים שדבר נהוג בין הסוחרים לפי שאין קנין מועיל בדבר שאינו בעין ע"כ תקנו חז"ל מע"ג וכ"כ הרא"ש פ"ק דגיטין שזה מתקנת הסוחרים ולפ"ז נראה לי כיון דעשו חז"ל תקנה לסוחרים שאין להם לפי שעה לקנות עשו להם תקנה שיוכלו לקנות במעמ"ש אף שאינו קנין בעצם ע"כ מכ"ש בשכ"מ שודאי הזמן בהול ואי אפשר לו להקנות בקנין ומה"ט עשו לו תקנה שיהי' דבריו ככתובין וכמסורין כדי שלא תטרף דעתו עליו מכ"ש שיהי' מועיל באמר הלואתי לפלוני דכל דא"א להקנות בקנין לא גרע מבריא דעשו לו תקנה שיקנה במעמ"ש אף שאינו קנין. ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דאף בת"ז שאינו מועיל מעמ"ש היינו בבריא דוקא דאין דרך לתת במעמ"ש דבר שאין ז"פ היום והסוחרים לא נהגו בכך וכאן שאינו קנין ואינו ענין הנהוג בין הסוחים לכך לא עשו תקנה בבריא אבל בשכ"מ דודאי זמנו בהול א"כ יכול להקנות אף דבר שאינו מועיל מעמד שלשתן. וזהו באמת סברת הש"ך דבת"ז מועיל כיון דעכ"פ סופו לגבות הוה דבר

הנהוג בין הסוחרים וא"כ אף אם נימא דל"מ מכל מקום בשכ"מ ודאי מועיל והא דלא מועיל בשכ"מ שאמר יאכל פלוני פירות דקל זה היינו משום דשם שאמר לשון גרוע והי' יכול להקנות ע"י שאומר דקל זה לפלוני ויאכל פירותי' לא שייך לומר דיעשו לו תקנה לשכ"מ דדוקא כשאי אפשר להקנות באופן המועיל עשו לו תקנה אבל כל שאפשר להקנות באופן המועיל ואמר לשון גרוע אפשר שלא רצה להקנות באמת ובלב שלם ע"כ לא מועיל בשכ"מ כל דליתא בבריא אבל בהלואתי לפלוני כיון דאיתא בבריא ע"י מעמד שלשתן אף שאינו קנין מכ"ש בשכ"מ שהזמן בהול וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב מה שהקשה מעלתי בהך דמבואר בחו"מ סי' רנ"ג ס"כ דשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני שיש לי ביד עכו"ם מועיל אף דלא מועיל בבריא וכמבואר בסי' קכ"ו סכ"ב. וראיתי בב"ח סי' רנ"ג שהקשה כן ע"ש שהעמיס כן בכוונת הרא"מ ליישב קושית הב"י ע"ש וכן הקשה מעלתו בהא דמבואר בסי' ר"י דהמזכה לעובר לא קנה בבריא ובשכ"מ מועיל והא ליתא בבריא וכן הקשה המלמ"ל על מהר"ם דביטין ופמ"א שדעתם דדבר שאינו קצוב מועיל בשכ"מ וע"ז הקשה המלמ"ל פ"ח מזכייה דהא לא מועיל בבריא. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שאי אפשר להקנות בבריא בקנין א"כ שוב מועיל בשכ"מ ודוקא בדבר שיש לו שייכות בקנין רק שצריך לשון אחר א"כ גם בשכ"מ לא מועיל משא"כ בכ"ז מועיל בשכ"מ. ובזה יש ליישב קושית המהרי"ט בראשונות סי' ל"ט ע"ש ודו"ק. ובזה מיושב קושית הב"י סי' רנ"ג דלמה לא יועיל ידור פלוני בבית זה בשכ"מ כאלו הי' אומר תנו שטר זה לפלוני דהו"ל ככתובין וכמסורין ע"ש ולפמ"ש א"ש דשם בשטר כיון שחסר הכתיבה ומסירה והזמן בהול עשו כאילו הי' כותב ומוסר אבל כל שאינו אומר בלשון טוב ל"ש דהוה ככומ"ס דהא כשם שיכול לומר לשון זה הי' יכול לומר לשון טוב וז"ב כשמש לפענ"ד ובתשובה הארכתי בביאור הענין עם דברת הרב"י בענין זה ואכ"מ להאריך כי הזמן בהול כעת ולא עיינתי בשום ספר רק אומר הבא מן החדש כתבתי.

ח שוב ראיתי בתוס' ב"ב דף קמ"א ע"ב ד"ה נכסי שכתבו בהדיא דגם שכ"מ א"י להקנות לעובר משום דליתא בברי ובאמת שאנן לא קי"ל כן. ובלאו הכי דבריהם צ"ב שכתבו דבב"ב דף קמ"ח דהלואתי לפלוני מועיל אף דליתא בבריא והוא תמוה דזה לדברי ר"פ דבשביל דיורש יורשה ואנן לא קי"ל כר"פ בזה רק כר"א והרי"ף והרא"ש לא הביאו כלל הך דר"ח. אמנם נראה דהנה בביאור ענין הא דיורש יורשה הוא משום דמתנת שכיב מרע כירושה שוי' רבנן וכמ"ש הרשב"ם בדף קמ"ח אבל אכתי צריך ביאור דמ"מ היאך מועיל בירושה הא הו"ל דבר שלא בא לעולם וצ"ל דירושה ממילא שאני ולפי זה שפיר הקשו התוס' דהרי בדף קמ"א שם פריך הש"ס ולוקמא כר' יוסי ומשני ירושה הבאה

מאיליה שאני ופירשב"ם דלהקנות לא יבוא להקנות אבל ירושה דממילא שאני שיש לו כח לתפוס אף לדבר שלא בל לעולם ולפי זה כיון דהש"ס שם ע"כ אזלא דירושה מאיליה שאני אם כן מתנת שכ"מ דכירושה שוי' רבנן למה לא יועיל. ובזה הן נסתר מחמתו דברי הגאון מפוזנא ז"ל הנדפס בחידושי ריטב"א בע"ז בק' אובן בשו"ת הגאון מוהרמ"ס ז"ל הנספח שם אבל גוף דברי התוס' צריך ביאור דהא גם אנן קיי"ל דירושת הבאה מאילי' שאני ואפ"ה לא קיי"ל כר"פ. ובגוף קושייתו מהא דהמזכה לעובר לא קנה בבריא ובשכ"מ קנה לק"מ לפענ"ד דהא איתא בבריא ע"י מעמ"ש דהמעיין בגיטין דף י"ג ימצא דמועיל אף לנולדים דדוקא למה דס"ד דהטעם הוא משום דהוה כמאן דאמר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך הוא דל"מ לנולדים ועיין בתוס' שם ד"ה לדבר אבל לפי המסקנא מועיל אף לנולדים ואם כן הרי איתא בבריא ועיין בתוס' שם ד"ה הקנה דמבואר בפשיטות דס"ל להש"ס דקנו בזה ואם כן איתא בבריא ודברי התוס' בב"ב ע"כ קאי לר"פ דאמר הטעם משום דיורש יורשה שפיר הקשו דהכא אמאי לא קנו אבל לר"א בודאי מועיל ודבריהם צ"ע דהא לר"א בודאי מועיל וצ"ל דהתוס' ס"ל דכאן ע"כ לא קאי לר"א דהא באמת לר"א מהראוי שיועיל ורק לר"פ קאי משום דיורש יורשה ואם כן בשלמא הלואתי לפלוני שפיר שייך לומר הואיל ויורש יורשה דיורש בודאי יורש אף מלוה אבל כאן דמחלק בין דבר שבא לעולם לדבר שלא בא לעולם דלא מועיל אף להוריש לדבר שלבל"ע אם כן לא שייך הואיל ויורש יורשה דעובר אינו בר ירושה והש"ס לא קאמר רק דירושה ממילא שאני אם כן לא שייך לומר הואיל ויורש יורשה דירושה הבאה מאליה שאני משא"כ במתנת שכ"מ ועל זה שפיר הקשו דמ"ש מהלואתי לפלוני דמועיל וס"ל שם דיורש יורשה ומתנת שכ"מ שוין ומ"ש דלענין מזכה לעובר ל"ד אבל מכל מקום דבריהם תמוהים דמלבד דלא קי"ל כהך דר"פ אף גם דהתוס' כתבו אף דלא איתא בבריא וזה אינו דהא בהלואתי לפלוני מסיק הש"ס דאיתא בבריא וגם במזכה לעובר איתא בבריא וע"כ דבריהם צע"ג. וגם בגוף דינו דכתב דשמעון אמר במעמ"ש הוא תמוה דמעמ"ש לא שייך רק כשהנפקד במעמ"ש והמפקיד או המלוה אמר אבל מה ענין שהנפקד או הלוה יאמר כן אם לא כשזה מתרצה ובלי ספק כן הי' גם כאן והי' לו לבאר ודוק.

ט והנה מ"ש למעלה די"ל דאיתא בבריא על ידי מעמ"ש דמועיל אף בהקנה לנולדים העירני הרב החריף מוה' מאיר בראם דשם הכוונה שלא היה בשעת מתן מעות אבל כעת בעת שהקנה במעמ"ש המקבל חי אבל כאן שהוא עודנו עובר ל"מ במעמ"ש ואם כן אין מקום למ"ש ובאמת שיפה טען שכן מבואר מרש"י ותוס' אמנם לפענ"ד היה נראה דאף

בכה"ג שגם כעת עודנו עובר ורק שהקנה במעמ"ש עד"מ ראובן הקנה מעות שיש לו ביד שמעון ללוי ע"מ שיזכה בהן ליהודה שעדיין עובר שמועיל דהרי מבואר בסי' קכ"ו ס"כ דאם אמר שיזכה בו בשביל אחר דיכול לחזור בו וכ' הסמ"ע היינו כ"ז דלא נתן ללוי שיזכה בו בשביל יהודה אבל כל שזכה בו לוי אין יכול לחזור ואף שהש"ך השיג על זה באמת כדברי הסמ"ע מבואר בבע"ת כמ"ש התומים ולפי זה נראה לפענ"ד דאף המזכה לעובר דלא קנה מכל מקום על ידי מעמ"ש מהני כיון דעכ"פ זכה בו במעמ"ש. ובזה היה מקום ליישב דברי התוס' בגיטין דף י"ד ד"ה הא שמבואר מדבריהם דבשכ"מ מועיל אף שמזכה לעובר לא קני ומטעם דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין וקשה הא ליתא בברי ועיין ברא"ש ור"ן ובריב"ש סי' שמ"ה ובפ"י ולפמ"ש יש לומר דאיתא בבריא ע"י מעמד שלשתן אמנם בכ"ז צ"ע גוף הדין אם מועיל בכה"ג מעמד שלשתן וצ"ע ועיין מהרי"ט חלק חו"מ סי' כ"ג ובראשונות סי' כ"ב וסי' ל"ט ועיין מהרי"ט חלק חו"מ סי' צ"ה ודוק:

סימן עד

א להרבני המופלג מוה' בעריש לאנדא נ"י סגל נכד הגאון בעהמ"ח בת עיני

ב מכתבו הגיעני ערב שבועות לעתות ערב. והנה מ"ש להקשות על מ"ש הב"י סי' ק"ע ביו"ד דבעל העיטור כתב וז"ל דישראל שלוה מגוי ישראל נעשה לו ערב אפילו לא קיבל עליו לדון בדיני ישראל דמ"מ גוי הוא נוטל הריבית וכו' ולא אמרו כשקבל עליו לדון בדיני ישראל אלא בגוי שלוה מישראל ונכנס ישראל אחר ערב ע"כ וע"ז הקשה מעלתו דא"כ לפי דבריו יהי' הפירוש בסוגיא דב"מ דף ע"א ואי לעכו"ם היינו שהעכו"ם הלוה להישראל נעשה ערב בשביל עכו"ם וע"ז פריך והא דינו דעכו"ם בתר ערבא וידחה להערב ונמצא הישראל מלוה לישראל ומשני כשקיבל עליו לדון בדיני ישראל היינו שהעכו"ם קבל דיני ישראל וא"כ מה קושיא א"ה ריבית נמי לא לשקול אמאי יאסר הישראל ליקח ריבית מגוי ונדחק ליישבו ובקש להעמידו על הפשט. הנה לא ידעתי מה ק"ל על פירוש הבעל עיטור מהפירוש רש"י דהרי גם לפירוש הפשוט דעכו"ם הוא המלוה וקיבל לדון בדיני ישראל יקשה יותר מה פריך א"ה ריבית לא לשקול דאטו בשביל שקבל לדון בדיני ישראל והרי גם בדיני ישראל מותר לעכו"ם לשקול ריבית מישראל וע"כ דהקושיא היא דהמקשה ס"ד דקיבל לדון בדיני ישראל היינו שקיבל עליו שיהיה כמו ישראל שמלוה לישראל וה"ה לפירוש הבעל העיטור הוא להיפך דכיון דקיבל לדון בדיני ישראל הו"ל כלוה לישראל ואסור לשקול רבית וז"פ וברור. והנה הבעל עיטור לא הי' ת"י ושלחתי אחריו ובהחפזי לא ראיתי במה שנדפס לפנינו דבר מזה ויגעתי ומצאתי בבעה"ת שער מ"ו ח"ד שם מובא דברי הבעל עיטור באורך וכתב

שם שאדרבא לדבריו דהמלוה הוא ישראל שפיר מקשינן ריבית לא לשקול אבל אם המלוה עכו"ם ל"ש לאקשויי ריבית לא לשקול אטו משום דקיבל שלא לתבע הערב לא יקבל ריבית ובחידושי אמרתי בזה דשיטת הבעל העיטור דאף באינו ערב שלוף דוץ כמו שהוא בדיני עכו"ם ג"כ אסור לשקול ריבית כל שיכול לתבוע הערב דהרי הוא נראה כריבית שהוא מקבל מיד הערב דעכ"פ יכול לתבעו ומכ"ש כשהי' ע"ק דיכול לתבעו תחלה אף שאינו ערב שלוף דוץ כמבואר בב"י בשם גדולי הפוסקים וא"כ שפיר פריך דהוא מפרש דמיירי שהמלוה הישראל קיבל לדון בדיני ישראל והיינו דהרי בישראל ועכו"ם שבאו לדין קי"ל דאם יכול לזכותו בדינינו מזכין ואם בדיניהם מזכין לו א"כ לכך כשקבל עליו לדון בדיני ישראל לא שיזכה בדיניהם ובדינינו אין הערב שלוף דוץ מותר וע"ז פריך דאדרבא כיון שקיבל עליו לדון בדיני ישראל והרי בדיני ישראל כל שיכול לתבוע הערב אסור לשקול ריבית דבשלמא כשלא קיבל עליו לדון בדיני ישראל מותר ליקח הריבית כל שאינו שלוף דוץ דבדיניהם כל שאינו שלוף דוץ לא אזיל בתר ערב אבל בדינינו ל"מ זאת כנלפענ"ד ע"ד הפלפול

ג והנה המ"ב סי' ס"ז והט"ז הקשו על הר"י קרקוזא שמביא הטור דהיכא דלא קיבל עליו שלא לתבוע לערב תחלה ונעשה לו ערב ופרע בשבילו דצריך לשלם לו כל ההפסד ותמה עליו המ"ב דבש"ס משמע דהוה ריבית תורה דהרי מקרא ממעט לה וע"ז פריך הש"ס איהו ניהו דקא שקיל מיניה ריביתא ע"ש ובש"ך ס"ק ב'. והנראה בזה דהנה הט"ז חידש דכיון שאפשר שהלוה בעצמו נפרע לא הוה רק כצד אחד בריבית ולשיטת הפוסקים דאינו רק דרבנן לא מקרי ריבית מן התורה ע"ש ס"ק ב' שהאריך בזה.

ד ואני אומר דזה דוקא אם נימא דבדיניהם לא הוה שלוף דוץ וא"י לדחותו אצל ערב ואם כן יוכל להיות דהלוה יפרע אבל אם הוה שלוף דוץ ביניהם כמו שהוא דעת הרבה פוסקים כמ"ש הב"י משמם פשיטא דמקרי ריבית משני צדדים דכל דיכול לדחותו אצל ערב העיקר הוא הערב וז"ב מאד בסברא. ולפ"ז בש"ס דקאי דהוה העכו"ם שלוף דוץ אם כן פשיטא דהוה ריבית מן התורה אבל לדידן דדעת הראב"ד דאף בלא קיבל גם בדיני העכו"ם לא אזיל בתר ערבא ניהו דהר"י קרקוזא לא ס"ל סברא זו היינו דעכ"פ הוה כע"ק דיכול לתבוע הערב תחלה אבל שלוף דוץ בודאי לא הוה ואם כן שוב לא הוה רק צד אחד בריבית ומותר. ובזה מדוייק דברי הר"י קרקוזא שכתב דהיכא דלא קיבל שלא לתבוע הערב תחלה והיינו שאף דלא הוה שלוף דוץ עכ"פ יכול לתבוע הערב תחלה ואסור דעכ"פ צד אחד בריבית הוה לכך בדיעבד מותר דצד אחד בריבית מותר וז"ב מאד ודוק. איברא דגוף דברי הט"ז שחידש דזה לא מקרי רק צד אחד בריבית ושרי מן התורה

לפענ"ד תמוה דא"כ למה כתב דערב עובר משום לא תשימון הא אינו רק צד אחד בריבית ודוחק לומר דלא הוה רק בערב שלוף דוץ דהרי סתמא תנן וגם לדבריו פלגא באגר ותלתא בהפסד דלא הוה רק צד אחד בריבית דהא אי אפשר לבא שני הצדדים ביחד והא הריוח לא יהי' הפסד וכן להיפך ומה"ט חידש המהרב"ח הובא במלמ"ל פ"ז ממלוה דהערב אינו עובר בזה ואם כן יהיה מותר מן התורה. מיהו זאת יש לדחות לפמ"ש התוס' בב"מ דף ס"ד דצד אחד בריבית לא שייך בדבר שהוא בידי שמים ואינו ביד הלוה והמלוה אם כן ה"ה בזה אבל מה שהקשיתי מערב קשה וע"כ נראה דזה לא מקרי צד אחד בריבית דלגבי ערב הוה ריבית גמור כעין שכתבו התוס' גם המעיין בב"י סי' קע"ג וסי' קע"ד ימצא דצד אחד בריבית בדרך הלואה ודאי דהוה מן התורה לכ"ע עכ"פ בעת שפרע לו ונתברר הריבית וכמ"ש הד"מ בשם הריב"ש ע"כ דברי הט"ז צ"ע. ובחידושי אמרתי בזה בהא דאמרו בב"מ דף ע"ב שטר שכתוב בו ריבית קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הריבית דברי ר"מ וחכ"א גובה את הקרן וכו' והקשו בתוס' דהא העדים פסולים שעברו על לא תשימון וכתבו דמיירי בריבית דרבנן שאינם נפסלים והקשה בים התלמוד בב"ק דף ל' דהא ריבית דרבנן לא משכחת לה דקאי בריבית מוקדמת ומאוחרת וצד אחד בריבית. והנה ריבית מוקדמת ומאוחרת לא שייך שם דהא אמרו דמשעת כתיבה עביד ליה שומא וצד אחד בריבית גם כן לא שייך דהא ר"מ כר"י ס"ל דצד אחד בריבית שרי והנה במפרשי הים כתבנו דמשכחת לה בסאה בסאה דשייך צד אחד בריבית אף לר"י ע"ש. אבל אכתי קשה דהא מ"מ לא שייך בשעת כתיבה עביד ליה שומא דהא לא הוה רק צד אחד בריבית דדלמא יתיקר אבל אם לא יתיקר לא יעבור ואם כן בשעת כתיבה דעדיין לא נתייקר ל"ש דעביד ליה שומא. ולפמ"ש הט"ז דערב הו"ל צד אחד בריבית אתי שפיר דבכה"ג דהוה ערב שלוף דוץ כיון דיכול לתבע את הערב תחלה א"כ משעת כתיבה עביד ליה שומא ומ"מ לא הוה רק צד אחד בריבית דשמא יפרע הלוה ואם כן בכה"ג מודה ר"י דצד אחד בריבית אסור ודוק. והנה התוס' הקשו שם בב"ק בד"ה דמשעת דתימה לר"י מה שומא יש כאן ומה מזקת עדותן ללוה והלא לא יגבו ב"ד מהן הריבית דהא ניכר הריבית. ואני לא זכיתי להבין דאטו הלאו דלא תשימון הוא בשביל שמזיק הלוה והרי הלוה רוצה ליתן הריבית והלא בכ"מ אם הב"ד ידעו שיש בו ריבית לא יגבו ומוציאין מידו בריבית תורה וע"כ דעיקר לא תשימון קאי על ענין המלוה שלא ישימו על המלוה נשך ומרבית בין יגבה או לא יגבה סוף סוף הוא שם עליו ריבית וא"כ מה בכך שניכר לב"ד מ"מ הוא שם עליו הריבית ולמה לא יעברו על לא תשימון וכל ענין דלקי לרבא אף דאי עביד לא מהני מכל מקום לקי משום דעבר אמימרא דרחמנא וה"ה

בזה סוף סוף הוא שם עליו ריבית ומשעת כתיבה עביד ליה שומא ושייך שפיר קנס דלא יגבה הקרן וא"כ שוב לא שייך דעביד שומא כל דאין כאן ענין מלוה כלל דהא אינו גובה הקרן דלא עביד שומא וז"ב לדעתי דעיקר שימה הוא שלא ישים על הקרן נשך בין יגבה בין לא יגבה. ובזה אמרתי ליישב קושית התוס' בב"ק שם ד"ה שטר דהקשה ריב"א דאם יפסיד החוב לגמרי אם כן מצינו חוטא נשכר הלוה ע"ש ולפמ"ש יש ליישב דאם נימא דיגבה הקרן שוב יהיה איסור דשומא דהא הקרן חייב ומשעת כתיבה עביד ליה שומא וכל הטעם דקנסו הוא משום דמשעת כתיבה עביד ליה שומא ואם כן היאך אפשר לומר דנקנסי' ללוה והרי אדרבא עי"ז יהי' המלוה והעדים עוברין משום לא תשימון אבל אם נימא דאינו גובה הקרן שוב לא עבר משעת שומא ושוב לא שייך למקנסיה להלוה כל דלא עבר משעת שומא ולא שייך חוטא נשכר דהרי עכ"פ לא יעבור על הלאו בזה ומוטב שנתקן זאת ובלא"ה לפמ"ש הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ח דאבק ריבית אינו נפסל הלוה א"כ הכא דמיירי בריבית דרבנן כמ"ש התוס' בב"מ הנ"ל ואם כן שוב לא שייך חוטא נשכר ואף לפמ"ש הרא"ש דבכל אבק ריבית עובר הלוה רק באבק ריבית כי האי וכמ"ש המהרלב"ח הובא במלמ"ל פ"ד ממלוה ה"א ד"ה כתב הרשב"א דדוקא בהך דרב עיליש דהוה פלגא באגר ופלגא בהפסד דהאיסור אינו רק בשעת שימה דבאמת אם הי' פלגא באגר ותלתא בהפסד או להיפוך הי' שרי ורק פלגא באגר ופלגא בהפסד הוא דאסור וא"א שיבא שתי החלוקות ביחד דאם יהי' פלגא באגר לא יהי' פלגא בהפסד וחלוקה אחת לא היה ריבית בשעת נתינה ורק בשימה הוא דעובר ובכה"ג אינו עובר הלוה דהלוה אינו עובר על לא תשימון ע"ש ודפח"ח. ומעתה כיון דשם לא משכחת שיהיה משעת שימה רק בכה"ג שיהיה צד אחד בריבית ובזה אינו עובר הלוה ול"ש לקנסו. ובזה מיושב היטב קושית הים התלמוד דבכה"ג שפיר אסור צד אחד בריבית דהא אינו בידו שיהיה כך ובידי שמים הוא ושתי החלוקות בודאי אי אפשר שיהי' ועיקר האיסור בשעת השימה ולא הוה רק אבק ריבית דרבנן ודוק היטב.

ה הן אמת דתמוה לפענ"ד דברי התוס' בב"ק ד"ה שטר שכתבו דלא תשימון משמע לאינשי במלוה ולוה וערב משמע להו והא לוה אינו עובר בלא תשימון כמבואר בב"מ דף ע"ה ע"ב דלוה אינו עובר רק משום לא תשיך ולפני עור ולא משום לא תשימון ובאמת בב"מ כתבו התוס' דלא תשימון משמע לאינשי במלוה אבל בב"ק קשה. ואולי כוונת התוס' דלאנשי משמע הלשון דלא תשימון שהוא לשון רבים ולכך כתבו דמשמע להו דקאי על המלוה והלוה והערב אבל על העדים לא משמע להו אבל באמת אינו כן. ובזה מיושב מה שהקשו הקדמונים בשיטה מקובצת בב"מ דף ע"ב דאמאי לא פריך הש"ס

גם על חכמים דמכשירין לגבות את הקרן ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דמיירי בצד אחד בריבית כמו פלגא באגר ופלגא בהפסד ואם הי' כתוב פלגא באגר לבד ותלתא בהפסד הי' כשר וכן להיפך א"כ כל אחת ואחת ניתן לכתוב בפ"ע ורק השימה לא שייך בזה דלא ניתן לכתוב ועדיף טפי מהא דאמרו ניתן לכתוב וכו' דבזה ניתן לכתוב כל אחת בפני עצמה כמו שהיא ודו"ק. ובגוף הקושיא דאמאי לא יפסלו העדים דעברו על לא תשימון נראה לפענ"ד דבאמת צ"ב היאך שייך לא תשימון הא לא יגבו ב"ד הריבית כיון שניכר הריבית וכמו שהקשו התוס' והניחו בקושיא וכתבתי לעיל דלפענ"ד ל"ק דעכ"פ הם עברו ושמו ריבית אף דלא יגבו כלום עכ"פ הם עשו שימה כדי לגבות. וכעת ראיתי שכן מבואר להדיא בב"מ דף ס"ב לעולם שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי והא קמ"ל דשומא מלתא היא הרי דאף דלאו כגבוי דמי כל שעשו ריבית חייבין אף דבאמת אינו בדין שיגבו דהוא ריבית של תורה אפ"ה כל דשמו תורה היא שחייבתם על השימה וה"ה כאן ולפ"ז זהו דוקא לענין המלוה אבל העדים באמת הא הש"ס מקשה בב"מ שם העדים מה קעבדי ומשני דמשעת שומא הוא דעברו ולפ"ז זהו כשלא ניכר הריבית אבל בניכר הריבית מה עשו העדים הא לידי גביה באמת לא יבא ולא שייך משעת שומא דהא לא אברי סהדי אלא לשקרי ומה הועילו במה שחתמו לא לגוף ההלואה ולא להגבייה והא דעדים עוברים צ"ל דהוא כשלא ניכר הריבית דיועיל לגביה דהמלוה מכחיש ויאמר שאין בו ריבית כלל והלוה לא יהיה נאמן נגד השטר והעדים אבל בניכר הריבית מה עשו ואגב אזכיר מה דתמה הפ"י שם בסוגיא על הרמב"ם דפסק דגם הלוה והעדים אין לוקין מפני שניתן להשבון והא בש"ס משמע דרק המלוה והערב פטורין משום דיכולין לקרוע השטר או להחזיר הריבית משא"כ הלוה והעדים ע"ש. ובמחכ"ת נעלם ממנו דברי החינוך שכתב בטעם דהעדים פטורין משום דכיון דהמלוה פטור אינו בדין שיתחייבו העדים דאתו מחמתי' וא"כ כיון שלגבי המלוה הו"ל לאו הניתן להשבון לכך פטורין גם העדים והלוה דאתו מחמת המלוה שגורמין שישיך המלוה. הן אמת דבמק"א הקשיתי על החינוך דא"כ מה פריך הש"ס אלא עדים מה עבדו והא מכל מקום עברו בלאו אף דאין בו מעשה ומלקות בלא"ה אין בהעדים וכמו דתני לגבי המלוה דעובר בל"ת אף שאינו לוקה ואולי יש לומר כיון דשם אזלינן אליבא דר"י דאין צריך להחזיר ואם כן לא ניתק לעשה דחזרה כל שניכר הריבית אם כן אם נימא דשומא לאו מלתא אם כן לא מקרי לאו הניתק לעשה כלל דממ"נ כ"ז שלא גבה לא עבר כלל דלא מקרי שומא ולאחר שגבה כבר אינו בהשבה ומתנה בעלמא יהיב ליה וא"כ ילקו המלוה והעדים ושוב מהראוי שילקו גם העדים ושפיר פריך עדים מה קעבדו וע"כ דמשעת שומא הוא

דעבר והוה ניתק לעשה דלקרוע שטרא וכיון דהמלוה אינו לוקה שוב גם העדים אינם לוקים ומטעם שכתב החינוך וא"כ מה דתני עוברין בל"ת היינו ל"ת גרידא לא מלקות ודוק ולפמ"ש הפ"י ברש"י ד"ה פוטרין יש ליישב באנפי אחריני. מיהו בלא"ה לא זכיתי להבין דהיאך הוה ניתק לעשה במה דמהדרא שטרא דהא לר"י דס"ל דגם ריבית קצוצה אינו יוצא בדיינים ועיקר הקפידא היה שלא יקח ריבית אבל להחזיר א"צ וא"כ מה מועיל מה שקורע השטר סוף סוף כבר שם הריבית דבשלמא בגזל הקפידא על שגזל חברו אבל כאן באמת לא גזל וברצונו הוא נותן לו ובאמת אינו יוצא בדיינים ולא חייבו להחזיר ואם כן מה ניתק לעשה שייך בזה וצ"ל כיון דבאמת לא גבה עדיין ורק שעובר על לא תשימון כל שקורע השטר הרי לא שם והרי בע"פ אינו עובר על לא תשימון עכ"פ העדים כמ"ש המהר"א ששון והמלמ"ל שם ואם כן גם המלוה כל שקרע השטר לא אהני מעשיו ודאי דמקרי ניתק לעשה בכה"ג וזה דקאמרו והא קמ"ל דשומא מלתא היא ודוק היטב. והנה שאלני אחד מהמלמדים בהא דמבואר בטוש"ע סי' ק"ע ס"א דשיטת רש"י דישראל שלוה מעכו"ם אסור לישראל אחר להיות ערב אף דיש נכסים להלוה כל שיש לו רשות לתבוע מערב אסור וע"ז שאל דהרי בב"מ דף ע"א כתב רש"י בהא דאמרו דעכו"ם בתר ערבא אזיל פירש"י דאינו תובע רק הערב ומשמע דהא אם היה תובע גם ללוה היה מותר. ולפענ"ד הדבר פשוט דרש"י פירש דקושית הש"ס ע"כ היה בכה"ג דא"י לתבוע רק הערב דאל"כ לא היה יכול להקשות בפשיטות כ"כ דדלמא באמת בכה"ג שיכול לתבוע הלוה גם כן מותר כדעת הרשב"א ודעימי' ולכך פירש"י דא"י לתבוע רק הערב ובכה"ג בודאי אסור אבל לפי האמת גם בכה"ג אסור וז"פ. והנה הט"ז סי' ק"ע בס"ק ג' כתב איזה דינים ולפענ"ד אם כי איני כדאי להבין שיחתו אף כי להשיב עליו ובפרט שכל האחרונים לא ערערו עליו מכל מקום תורה היא ולפענ"ד צ"ע דמ"ש במי שעשה התקשרות עם חבירו באם לא ישלם לו חובו לזמן המוגבל שישלם לו כל היזיקות ובבוא הזמן ולא שלם לו הלך המלוה ולוה אצל אחר בריבית וכתב הט"ז דזה א"צ לשלם לו הריבית אף שהמלוה נתן בהיתר וכמו כאן דערב נותן בהיתר לעכו"ם אפ"ה א"צ ליתן לו הריבית ה"ה בזה ולפענ"ד ל"ד דכאן באמת היא ריבית גמור רק שלעכו"ם מותר ליתן ריבית א"כ אם זה יצטרך לתת לערב שלו הריבית הרי יתן ישראל לישראל רבית והוא אסור אבל כאן שזה חייב לשלם לו היזיקות והנה בלי ספק בשביל חובו שלוה מאתו ודאי עשה היתר עיסקא ונמצא צריך לשלם לו ריוח אף מכאן ולהבא כמ"ש הט"ז בעצמו סי' קע"ז סקל"א ואם כן כל זמן שלא פרעו צריך לתת לו ריבית וכל מה שהתחייב עצמו לשלם כל היזיקות דזה הכל נכלל בכלל שנתחייב לו לשלם הריבית מהחוב ואף שתחלה הלוה

על א' למאה וכעת עם הריבית שנתן להמלוה בעד מה שלוה המלוה לעצמו הוא עולה לב' למאה וכדומה מה בכך ואלו אם מלוה לו על צד היתר עיסקא לשנה א' א' למאה ולשנה הב' ב' למאה אטו יהיה אסור כל שהוא בצד הע"ס וה"ה כאן הא זה קנס עצמו שישלם לו כל היזיקות ובפרט שלהמלוה לא נתרבה שהרי הוא נותן גם כן הריבית ומה גם שלא היה כאן רק צד אחד בריבית דאם הי' משלם לו הי' נפטר מחובו ועיין ט"ז ס"ק ב' וגם לא קצץ עמו בשעת הלואה ע"כ לפענ"ד ברור דמותר וגם בדינו השני דשותף אחד מלוה בריבית מעכו"ם להשותפות מעות ונותן הריבית מהשותפות והם חולקין בהריוח מהמעות שאסור כיון דאין העכו"ם מכיר רק לשותף זה הו"ל כאלו השותף השני לוה מהשותף שלו ונותן לו ריבית ובאמת שלהיות שרבים נכשלו בזה כמדומה לי וע"כ מצוה ללמוד היתר דל"מ אם יש להם שותפות בחנות וכדומה ונכתב באינטבלציא שהחנות שייך לשניהם וזה שלוה מעכו"ם לוה ע"מ זה שיוכל לגבות מהחנות חובו א"כ הו"ל כאלו שניהם לוו והו"ל כאלו הלוו לעצמם על המשכון דעכו"ם בתר משכון אזיל כמבואר בסי' קס"ט וה"ה כאן הוא אזיל בתר החנות אלא אף אם הלוה על גופו של זה השותף שהיא בטוח אפ"ה עכ"פ זה בודאי שזה לא ילוה לעצמו בריבית ויתן להשני בחנם ופ"כ שעשו בעת התחלת השותפות או אח"כ שזה יתן כך וכך לשותפות וזה יתן כך וכדומה וא"כ הרי הוא נותן בעד מה שהתחייב לתת להשותפות ומה לו לשני בזה ואף משום שממונו נתרבה מי יודע דלמא ממונו של חבירו מתרבה ומזלא דבי תרי עדיף וגם אם לא נתחייב לתת לשותפות והוא מדעתא דנפשיה הולך ולוה לעצמו ומחייב נפשו לתת להשותפות סך מעות א"כ מה בכך שמוותר לחבירו ואף שנותן הריבית מהשותפות בזה פשיטא דלא מקרי השני לוה מזה דכל שלא נתחייב לתת והוא הולך ולוה לעצמו באמרו שירוויח הרבה בזה א"כ ממילא נמשך טובה לחבירו אבל מה לו בהיזיקו ואף אם מודיע לחבירו וחבירו נתרצה הו"ל כאלו עשו איזה היתר שהם הם נושאים ונותנין ביחד ואף אם עושקים בהלוואה לישראל וכדומה מכל מקום כיון שהוא על צד היתר א"כ עכ"פ הוה כאילו גם השותף הזה מלוה על צד היתר עיסקא ולא שייך בזה שום רבית כנלפענ"ד ברור. וראיתי בחוות דעת שמחמיר עוד ביותר מהט"ז ולפענ"ד העיקר כמ"ש שאין שום צד איסור בזה וליתר שאת יעשה השותף הראשון עם השני היתר עיסקא ובודאי ש"ד ולא יצטרך לחתום עמו על השטר.

ו והנה בשנת תרי"ד א' חיי למדתי הלכות ריבית והגעתי לסימן ק"ע וארשום מה שראיתי דבר נפלא דבב"ב דף קע"ד אמרו שם בערבא דנכרי דפרע לנכרי מקמי דתבע מיתמי וא"ל ר"מ לר"א אפילו למ"ד חיישינין לצררי ה"מ ישראל אבל נכרי כיון דבתר ערבא אזיל לא

חיישינן לצררי וא"ל אדרבא כיון דנכרי בתר ערבא אזיל אי לאו דאתפסי' צררי מעיקרא לא הוה מקבל מיניה ופירש"י שהרי זה יודע שהנכרי יחזור עליו ולא על הלוה ע"ש ומזה משמע דמה דאמרו נכרי בתר ערבא אזיל היינו שהערב הוא שלוף דוץ דהרי כתב דאינו תובע אלא לערב ולא על הלוה ומדברי רש"י בב"מ הבינו הפוסקים דגם אם יכול לתבוע שניהם רק שתובע להערב תחלה אם ירצה ג"כ אסור וקצת סותר למ"ש שם אבל קושיא אין כאן דגם שם כיון שיוכל לתבוע הערב תחלה שוב מתיירא להיות ערב עד שמתפיסו צררי. עוד תמהתי דכאן הובא בטור וש"ע והוא מהרא"ש שהאידנא הוה סתמא כאילו כתוב שלא לתבוע להערב תחלה וגם בדיניהם כדינינו ומדוע לא כתבו בטוש"ע שם בחו"מ סי' ק"ל ס"ז כן דלדידן חיישינן לצררי ויגעתי ומצאתי ברמב"ם פכ"ז ממלוה ה"ו כתב הה"מ ואין דין זה אלא במקום שדין העכו"ם כן ומהתימה שה"ה פרק ה' ממלוה הלכה ה' לא כתב שדוקא במקום שדין העכו"ם כן. והנה לכאורה תמיה טובא דאיך משכחת לה להך דינא דב"ב הנ"ל דאיך שייך לחוש לצררי כיון דאסור להיות ערב בכה"ג רק בכה"ג שיקבל עליו שלא יתבע את הערב תחלה א"כ שוב לא התפיסו צררי דכל הטעם דחיישינן להתפסת צררי הוא משום דזה לא רצה לקבל דהעכו"ם יתבע אותו ולא הלוה כמ"ש רש"י והרי בכה"ג שוב הי' אסור להיות ערב והיא לכאורה תימה רבה וא"ל דמיירי שלא הי' ההלואה בריבית דזה דחוק דמסתמא לא לוה בלי ריבית ובלא"ה כיון דהרמב"ם מפרש דהך ערבא לנכרי מיירי ביתומים קטנים גם כן כמבואר בדבריו והה"מ כתב דאף בגדולים מיירי וכן נראה מהטור שבערבא מנכרי לא חילק בין קטנים לגדולים והרי בקטנים אין נזקקין רק אם ריבית אוכלת בהן כמבואר סי' ק"מ ס"א וא"כ שוב כל שיש רבית ע"כ שקיבל העכו"ם שלא יתבע הערב תחלה ולדעת הפוסקים בסי' ק"ע צריך שיקבל שיתבע הישראל תחלה ושוב לא חיישינן להתפסת צררי בנכרי דלהס"ד שם והיא קושיא נפלאה. הן אמת דגם זה צ"ב דכל שקיבל עליו שיתבע הישראל תחלה שוב גם בנכרי שייך חשש התפסת צררי דהא לא יוכל הנכרי לתבוע הערב עד שיתבע הלוה והלוה יאמר שהתפיס לו צררי ואף אם נדחוק דהנכרי יעליל עליו שיכחישו הצררי ויתבע הערב כיון שהלוה לא ירצה לפרע לו מ"מ יקשה דעכ"פ זה ודאי דלא שייך לומר שהתפיס צררי להערב וגם להלוה דזה ודאי לא יעשה וא"כ למה נחוש שהתפיס צררי להערב והיא קושיא גדולה לפענ"ד. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דבאמת התוס' בב"ב שם פירשו דלא שייך חשש התפסת צררי רק ללוה ולא לערב רק בנכרי הוכרחו לפרש דאתפסי' צררי לערב דאל"ה לא הוה מקבל לי' אבל לפענ"ד היה נראה דבאמת גם שם אין הפירוש שהתפיס להערב רק שנתן צררי דהיינו משכון להנכרי וסמיכת הנכרי על

המשכון ושוב אין איסור מחמת ערבות כמבואר בסי' ק"ע ס"ב וסי' קס"ח וקס"ט ואם כן ה"פ של הש"ס דבנכרי ודאי שייך חשש התפסת צררי והיינו להנכרי הלוה דאל"ה לא הוה מקבל לי' והיינו מחמת חשש איסור מיהו הרשב"ם והרמב"ם והטור והש"ע פירשו שהחשש הוא שמא נתן להערב צררי והדרא קושיא לדוכתא וליישב צ"ל כיון דלא הודיע להם תחלה אם כן חיישינן שמא עבר ועשה איסור הלוה והערב כיון דיש חשש ריעותא והם יתומים קטנים חיישינן אף לחשש איסור ולכך כשהודיעם מותר דליכא שום ריעותא שוב לא חיישינן דהא מסתמא לא עשה איסור. ובזה מיושב היטב קושית השערי משפט בסי' קל"ו דשם משמע דכל שהודיעם גובה הערב מהם ואלו בסי' ק"י ס"ג מבואר דנזקקין לנכסי ערב אפילו ביתומים קטנים וכתב הסמ"ע שם דדוקא להפרע מן הערב אבל הערב אינו גובה מהיתומים עד שיגדלו והא כשהודיעם מותר ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דשם יכול להיות דמיירי בערב בכתובה ובערב קבלן או בסתם ערב כפי הדיעות המבואר באהע"ז בסי' ק"ב ס"ו ולכתובה ג"כ נזקקין אף ביתומים קטנים משום חינא ונמצא דכשיש ערב שוב נזקקין לנכסי ערב משום חינא ומן היתומים אינו גובה הערב ועדיין צ"ע דהרי הסמ"ע בסימן ק"י מביא שם דלדעת הרמב"ם אף בסתם ערב נזקקין ולהרא"ש צ"ל דוקא קבלן ואילו בערב בכתובה הוא להיפך דלהרמב"ם אין מועיל רק בע"ק ולהרא"ש והטור אף בסתם ערב נזקקין ואולי מיירי בערב לכלתו דמועיל ועכ"פ דברי הש"ס מיושב כמ"ש. והנה השעה"מ שם הקשה על התוס' בגיטין דף נ' דמוקי מה דנזקקין בנכסי יתומים קטנים וצריך שבועה מיירי כשערב מן העכו"ם וקיבל עליו שלא יתבע הערב תחלה וע"ז הקשה דא"כ למה יצטרך לשבע כיון דלשיטת התוס' לא חיישינן להתפסת צררי להערב רק להלוה וכל שהוא בת"ז גובין אף מיתומים קטנים ול"צ שבועה ע"ש. ונפלאתי הא בנכרי חיישינן אף להתפסת צררי להערב וכמ"ש התוס' וא"ל דלפמ"ש כל הטעם דחיישינן לצררי משום דהערב מתייירא שלא יתבענו וכאן שקיבל עליו שוב לא חיישינן אבל זה אינו דע"כ חיישינן כל שלא הודיעם להיתומים שמא מ"מ התפיס צררי דאל"כ למה לא הודיעם או שהתפיס צררי להנכרי דשוב לא סמך על הערב רק על המשכון ובאמת שלפמ"ש לא הי' צריך הירושלמי לאוקמא בקבל עליו רק דחיישינן שמא התפיס צררי ולא אזיל בתר ערבא ועיין בשערי משפט סימן ק"י שמ"ש בס"ק ד' סותר למ"ש בס"ק ב' לפום רהיטא דהו"ל כאשתדיף וגובה העדות על הגדולים. והרב מוה' יעקב יוטעש השיב לי דמצי מיירי בהלוה מישראל בלא רבית ואף דאין נזקקין בלי ריבית הא כל הטעם הוא משום דחיישינן להתפסת צררי וכיון דל"ח להתפסת צררי גבי ערבא נכרי שוב נזקקין וע"ז מסיק דחיישינן לצררי וא"כ שוב אין

נזקקין. אבל זה אינו דמלבד דדוחק לומר דמירי בהלוה בלי ריבית אף גם דאכתי יקשה דא"כ איך קי"ל דנזקקין לערב והא לדידן לא נזקקין כלל בלי ריבית:

סימן עה

א שלום וכ"ט לכבוד הרב המאה"ג וכו' כ"ש מוה' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע.

ב הגיעני מכתבו ע"ד שאלתו בדבר מכירת ס"ת של שלשה אנשים שרוצים למכרו להחבורא תהלים דשם ולשלם להסופר שקנו מאתו את הס"ת שעדיין נשארים לו חוב איזה סך ובהמותר מעות לעשות כרצונם.

ג ומעל' פלפל בחכמה בענין ספרי יחידים שלא נעשו לקרות ברבים והביא דברי הש"ע או"ח סי' קנ"ג סעיף יו"ד ומג"א שם סק"ב כ' דמש"ס ב"ב ומבואר בחו"מ סי' רמ"ח משמע דס"ת אפי' של יחיד לא מזדבני י"ל דכוונת הש"ס לאו משום איסור רק משום דמנהג העולם להקפיד על מכירת ס"ת לכך לא הוי בכלל נכסי והמג"א שם כ' סמך למנהג העולם שמוכרין ס"ת משום דלב ב"ד מתנין ומעל' הביא דברי ס' בית לחם יהודא וס' יד הקטנה שמחלקים בין כותב ס"ת דאפי' יחיד אסור למכור ובקונה ס"ת מותר ובס' ברכי יוסף יו"ד סי' ע"ר חולק על הבל"י ובבאה"ט או"ח סי' קי"ג ס"ק י"ט בשם שו"ת גינת וורדים מיקל במכירת ס"ת בזה"ז ויעוי' ביו"ד סי' רנ"ט ס"ב בהג"ה ובש"ך שם ובסי' ע"ר בש"ך ובטו"ז יו"ד סי' רפ"ב ס"ק י"ב ויעוי' במג"א סי' קנ"ג ס"ק ג' ובפרמ"ג באשל שם ס"ק כ"ב כ"ג ע"כ נראה פשוט דבנ"ד רשאים השלשה אנשים למכור את הס"ת להחבורא הנ"ל ובפרט שנמצא טעותים הרבה ולא שילמו עדיין את דמי' זה ת"ד מעלתו והנה הדברים נכונים ופשוטים שיכולין למכור את הס"ת ויפה כתב מעלתו:

ד וע"ד שאלתו בס"ת שנשתנה כעת מראה של הכתב לאודם והביא דברי המג"א סי' ל"ב ס"ק ל"ח דמשמע שם דדוקא מתחלת הכתיבה פוסל אודם ובנשתנה אח"כ לאודם י"ל דכשר כמו בציצית דקפדינן דוקא אשעת עשי' ובניתק אח"כ דכשר אך מדברי הפרמ"ג שם באשל ס"ק ל"ט משמע דבנקלף השחרות ונשאר האודם פסול ובס' פתחי תשובה בשם ס' חמודי דניאל וכן בשו"ת חתם סופר מחמירין אכן ראיתי לגדול א' מגדולי זמנינו שהיקל בזה זה ת"ד.

ה הנה דעתי נוטה דדיו שנשתנה לאודם פסול. ומ"ש מעלתו לענין שמשנין נוסח הברכה בעת נשיאת כפים שמברכין שאותך לבדך ביראה נעבוד ולא נמצא זה ברמב"ם וטוש"ע וכ' מעל' שמצא ברש"י ברכות דף י"א ע"ב והעתיקו התויו"ט בפ"ה דתמיד שם כ' נוסח זה הנה גם ברוקח הובא נוסחא זה ובחג הסוכות העבר פרשתי שתקנו שאותך לבדך

דהנה כל השמות של קודש מצינו שמשתמשים לחול ג"כ כידוע אלקים קאי לפעמים על דיינים וכדומה גם שאר שמות אבל שם הוי' כמו שהוא נכתב אין לו שום שימוש רק להקב"ה בלבד והנה לעתיד יהי' נקרא השם ככתיבתו.

ו והנה נשיאת כפים הוא בשם המפורש ע"כ אומרים שאותך לבדך ביראה נעבוד דהיינו בשם המפורש ודוק. עוד יש לומר לפי שבעוה"ז עובד ליוצרו ויצרו אבל לעתיד נעבוד את השם לבדו. וע"ד אשר התפלא על המג"א סי' צ' ס"ק ג' שכ' בדרך אפשר שמש"ה אמרי' בכל דוכתא יורד לפני התיבה משום דצריך להתפלל במקום נמוך ובשם הב"י פירש דמשום תפלת מוסף נקט כן יעוי' בס' מחצה"ש שם והוא צע"ג עליהם דהא כן מבואר ברש"י מס' ראש השנה דף ל"ב ע"א ד"ה ירד ריב"ב לפני התיבה כ' רש"י להדיא לפי שמצוה להתפלל במקום נמוך קתני ירד הנה כבר מוזכר זה בספרים ובדבר אשר מפקפק בדברי הס' תפארת למשה שהבאתי בס' מ"ע שורש ב' שמכשיר בפיצול מקמא בחריץ הוורדא ומעל' מפקפק ע"ז מלשון הרמ"א יו"ד סי' ל"ה סעיף ה' והבאים אחריו. ובפרט להמטריפין אפי' במושרשת יפה הנה לדעתי העיקר כדברי הס' תפל"מ שמועיל הגנת החריץ ואין לפקפק.

ז והשי"ת יצליחהו ויברכהו לשבת על התורה והעבודה כנפשו ונפש הדו"ש באהבה:

סימן עו

א שלום וכ"ט לכבוד הרב המאה"ג בנש"ק מוה' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע.

ב הגיעני מכתבו בדבר שאלתו אודות התקנה ששני שלישי נדן מיחשב סילוק בשלימות אם מיחשב סילוק גם לענין זה שהצד השני יתחייב לקיים ההתקשרות או שאינו מיחשב סילוק רק לענין לפטרו לזה מהקנס והביא שבס' יהושיע ובחסד לאברהם נחלקו בזה וכ"ת כ' שבאם שידוע שירד הלה מנכסיו שאז הי' פטור הלה מהקנס והחרם מדינא כמבואר ביו"ד סי' רל"ב סט"ז א"כ שוב מועיל התקנה דיחשב זה סילוק ממש ומחויב השני לקיים ההתקשרות דאל"כ מה מועיל התקנה זה ת"ד והיטב אשר דיבר בזה. ואני כתבתי בזה דהנה בש"ע אהע"ז סי' ב' כ' דלא יתקוטט בשביל ממון ומה שהוא לוקח ממון מיקרי נושא אשה לשם ממון. ולענ"ד הדבר צ"ע דע"כ הוא מתחייב לתת מזונות וכל החיובים א"כ אינו נקרא נושא לשם ממון והלא מצינו בש"ס דכתובות בפשט לו את הרגל אדמון אומר כו' ועכ"פ לא נקרא נושא אשה לשם ממון וא"כ בכה"ג דנותנות לו נדן רק שחסר שליש שוב אין מעצור לד' להושיע וכל שאינו ריקן יוכל להיות הברכה בזה וא"כ כיון שעדיין מקפיד תו הוי נושא אשה לשם ממון והתקנה קיימת ומה שאמרו

שני שלישים היא לענ"ד ע"ד מה שאמרו משלם דמי בשר בזול והיינו שני שלישים וע' בחו"מ סי' שמ"א סעיף ד' ובסמ"ע שם.

ג ועד"ד שאלתו באשה שראתה כתם ונאבד הכתם ולא נודע אם הי' טהור הנה יפה כ' מעלתו שצריכה למנות ז' נקיים ול"ש בזה ספק דרבנן דרוב דמים מן המקור ויעוי' טו"ז יו"ד סי' ק"ץ סק"ב ואף שבספר מנחת יעקב והאחרונים מפקפקים בזה נלפענ"ד דהוי רוב ומצוי ובכה"ג בוודאי אזלינן בתרי' ויעוי' ש"ס נדה דף י"ז. וע"ד שאלתו אודות הבכור וכבר כ' מעלתו בזה ואנכי השבתי שהדין עם מעל' גם כעת השבתי לאיש אחד שהיא מלמד בבית בעה"ב דשם בעל הבכור הנ"ל והוא רצה לפקפק והשבתי לו שהדין אמת כאשר הורה כבודו ול"ש בזה לומר ספק דרבנן כי חשיב לי' חזקת איסור ובפרט שבכאן אינו ספק בכור ממש וראיתי פלפול מעלתו בזה והוטב בעיני:

סימן עז

א לחכם אחד.

ב מה שהקשית על מ"ש ה"ה בפ"ח מגירושין ה"א דר"י לא אמר זמנו של שטר מוכיח רק במזכיר מיתה וידוע שאין שטר לאחר מיתה וע"כ שכוון מזמן הכתוב משא"כ כשהזכיר תנאי או לאחר זמן פלוני לא ס"ל דזמנו של שטר מוכיח ע"ש וע"ז הקשית מהא דאמרו בגיטין דף ע"ו ע"ב באמר הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד זמן פלוני דאמרו שם רבותינו התירוה לנשא והיינו דסברי כר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו וכדמפרש שם בהדיא הרי בהדיא דלא כה"ה. הנה יפה הקשית וכעין זה הקשה הב"ח בחו"מ סי' רנ"ח על שיטת הרמ"ה שמביא בטור דמחלק בד"א דאם כתב הזמן לאחר שלשים יום לא שייך זמנו של שטר מוכיח עליו דהא צריך לכתוב הזמן כדי לידע מתי חל הזמן של התנאי ע"ש וקשה גם כן מהך דגיטין שם. ומ"ש הב"ח ליישב לא שייך על דברת הה"מ דהה"מ כתב בהדיא דגם בממון כל שאינו לאחר מיתה לא שייך זמנו של שטר מוכיח עליו וזה רמז הש"ך ס"ק ב' שם במ"ש אכן בדברי ה"ה לא נוכל לומר תירוצו של הב"ח. אך נראה דהנה באמת המהרש"א בריש כתובות דף ב' ע"ב הקשה דהיאך שייך לומר גבי גיטין זמנו של שטר מוכיח עליו הא צריך לכתוב בלא"ה הזמן דרבנן תיקנו זמן בגיטין משום בת אחותו או משום פירות ולכתחלה צריך לכתוב הזמן בגט ולא שייך לומר דלא לחנם נכתב הזמן וכתב דמכל מקום לא היה צריך לכתוב באם לא באתי הי' לו לכתוב בשנה או שבוע דכשר אף לכתחלה ע"ש ודבריו תמוהין דהרי הב"י הקשה על הרמ"ה כן דאם כוונתו הי' לדעת התחלת הזמן כדי לדעת זמן של הנתינה הי' לו לכתוב רק יום הנתינה בלבד וכתב הסמ"ע דל"ק דכל שכעת הי' צריך לכתוב הזמן אף שכפי מה שהי'

יכול לכתוב לא הי' צריך הזמן ז"א ראי' מדהו"ל למכתב כן ובכה"ג לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו ע"ש וה"ה כאן באמת צריך לכתוב זמן בגט רק שהי' יכול לכתוב חדש או שנה סתם ובכה"ג אין ראיה דאם נימא דלא רצה לגרש מזמן הכתוב בגט א"כ זה הזמן הכתוב בגט ללא תועלת לענין זמן הצריך בגט ואדרבא לענין פירות יוכל להיות מכשול וגם לענין זנות דהיא תוכל לומר שנתגרשה מזמן הכתוב בגט וע"כ דבאמת זמנו של שטר מוכיח עליו דאל"כ לא הי' לו לכתוב רק סתם שנה וחדש וז"ב מאד בכוונת המהרש"א. ומעתה מיושב היטב דברי ה"ה והרמ"ה דע"כ לא כתבו סברות לזמן לא שייך זמנו של שטר רק בממון די"ל דהי' צריך לדעת זמן הנתינה או כפי מ"ש הה"מ דכל דיש חלות לשטר ולא הזכיר מיתה לא דייקין בזה ואף דהי' יכול לכתוב בע"א לא דייקינן בזה אבל בגט דבאמת אדרבא הזמן צריך שלא יהיה חשש דב"א ופירות וניהו דהי' יכול לכתוב שנה וחדש אבל עכ"פ כל שכתב הזמן מה"ת לומר דלא כתבו במכוון דצריך זמן בגט ואדרבא אם לא כוון לגרש בזמן הכתוב בו א"כ בודאי הי' לו לכתוב שנה וחדש וע"כ מזה גופא מוכח דזמנו מכוון דלר"י באמת זמנו של שטר מוכיח עליו ויוכל להיות זמנו של שטר למכשול עוד ולכך בודאי זמנו של שטר מוכיח דבדקדוק כתבו ודוק ועיין בפ"י שהאריך בחידושיו לגיטין דף ע"ג דהיאך שייך בגיטין זמנו של שטר מוכיח הא צריך הזמן לענין גט משום פירות או בת אחותו ולא נזכר שזו קושית המהרש"א ריש כתובות ולפמ"ש אתי שפיר ובחידושי למס' ע"ז דף ל"ז הארכתי ובחידושי אמרתי בזה דבגט ודאי זמנו של שטר מוכיח עליו דבאמת קשה אם נימא כשיטת הרמב"ם דתנאי קודם כתיבת התורף לא מקרי כריתות א"כ קשה כל התנאים הוה תנאי קודם כתיבת התורף וכ' המהרי"ט בתשובה סי' ס"ו בראשונות דשם באמת הוה כריתות דכשיתקיים התנאי יהיה חל הגט למפרע ואם לא יתקיים תהיה אח"כ מגורשת ל"ש ענין ברירה ע"ש ובאמת במה דמבואר דאינו גט קשה הא הו"ל תנאי קודם כתיבת התורף וכתבו הקדמונים דשם לא עשהו שליח רק באופן זה ועיין בחידושי הרמב"ן בגיטין שם ולפ"ז שפיר מהראוי לומר זמנו של שטר מוכיח עליו דאל"כ לא יהיה כריתות גמור ובזה יש לפרש הא דמבעיא לי' בגיטין דף ע"ג אי אמר ר"י אף בע"פ משום זש"ש דענין תנאי קודם כתיבת התורף הוא דוקא בכתב והדבר תלוי במחלוקת הפוסקים ועיין באהע"ז סימן קמ"ז ויש להאריך בזה ויש ליישב בזה קושית התוספת ריש כתובות ד"ה דלמא מה דלא דייק מרישא גם קושית הלח"מ על ה"ה בפ"ח מגירושין שם ואכ"מ להאריך.

ג ובגוף סברת ר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו יש לומר דהכוונה היא דבאמת עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי והו"ל כהעידו שהיום נעשה הדבר

כך וכך זמנו של שטר מוכיח עליו ודו"ק ועיין קצה"ח סי' למ"ד מ"ש כעין זה ויש להאריך בזה ודו"ק ועיין ב"ש סי' קמ"ד ס"ד ולפמ"ש יש ליישב ודו"ק ועיין שעה"מ פ"ח מגירושין ה"א ואין הזמן מסכים לעיין בו. עוד יש לומר דבאמת צ"ב מה בכך שזמנו של שטר מוכיח עליו הא אבעיא לן בכתובות דף כ"ד אם אכולה מלתא קא מסהדי או דלמא אמנה שבשטר קמסהדי וא"כ עכ"פ יש לומר דעל זמן שבשטר לא קא מסהדי וצ"ל כיון דזה גוף הענין של השטר הו"ל כמו בהוחזקו שני יב"ש דאמרינן דמעידין על כל הענין כמ"ש התוס' וה"ה לענין זמן שצריכין לדעת מאיזה זמן נשתעבד ולפ"ז שפיר מחלק הרמ"ה דבמקום שיש לומר דהזמן היה צריך לדעת מאימתי התחלת הזמן התנאי ניהו שהי' לו לכתוב באופן אחר עכ"פ העדים אינם מעידים על זה ול"מ שטר אף שכתוב בו הזמן. ומעתה זהו בשאר שטרות אבל בגיטין דודאי צריך להיות בו זמן בודאי מעידים על זה ושפיר אמרינן בכל ענין זמנו של שטר מוכיח עליו ודו"ק

ד והנה נסתפקתי במהיום ולאחר מיתה דמועיל במתנה ומשום דגופא מהיום ופירי לאחר מיתה וכדאמרו בב"ב דף קל"ו איך הדין אם מת באותו היום דהנה התוס' כתבו בגיטין דף ע"ב דמהיום אם מתי יש להסתפק אם מת באותו היום וכתבו התוס' בשם רבינו אלחנן דמהיום כוון מאותו היום שהרי כתב מפני יראת המיתה וכי לא הי' לו להתירא מפני אותו היום ולפ"ז זהו בגט אבל במתנה לא שייך זאת ואפשר דלא כוון רק לסוף היום וגם זמנו של שטר מוכיח לא שייך בזה דכבר כתב הרמב"ן דהזמן של השטר אינו רק בסוף היום ובאותו היום לא זכו עבורו עדי חתימה כיון דלא כתבינן שעות ועיין בר"ן סוף גיטין גבי עדי מסירה כרתי ובאמת שהתוס' בב"מ דף כ' לא כתבו כן ע"ש אבל לדברי הרמב"ן והר"ן צ"ע ודו"ק. אך אי קשיא הא קשיא בהא דבעי בב"ב דף קל"ד בהקנאה מאי וקשה הא הקנאה ע"כ מעכשיו דאל"כ הדר סודר למרא וע"כ דמהיום מעכשיו הוא דאל"כ היאך מועיל בהקנאה ועיין תוס' בגיטין שם וצ"ע. והנה בשנת תרי"ד כ"ה תשרי בדרך למודי בכתובות בסוגיא דאונס בגיטין ראיתי בשיטה מקובצת דברים חדשים בהא דאמר אי לא אתינא מכאן ועד תלתין יומין להוי גיטא פירש הרשב"א דאמר כן לעדים ולכך ל"מ זמנו של שטר מוכיח עליו דכל דלא נתנו לאשה רק לעדים ולכך יכול לבטלו דכל דלא נתנו לאשה בעצמה רק לעדים זמן הכתוב בשטר לא מועיל ויכול לבטלו ומזה למדו תלמידי הרשב"א שם דאם אחד כתב שטר על עצמו וטרם הגיעו להמלוה השלישו ביד שליש דשייך אסמכתא אי התנה תנאים אף שכתב בשטר מעכשיו אינו מועיל לבטל אסמכתא יעו"ש ולפענ"ד צ"ע דלמה יהיה יוכל לבטל אף שנכתב תנאים והשליש ביד עדים מכל מקום גוף הזמן נקנה כיון שנכתב מעכשיו וגם לענין אסמכתא

המעיין בסי' נ"ה ובסי' ר"ז משמע דאינו כן ולמה יהיה שייך אסמכתא כל דגמר להקנות מעכשיו ואף אם נימא דכל דלא נתנו להמלוה לא זכו עדים עבורו ועיין ב"ח חו"מ סי' ל"ט מכל מקום למה יתבטל השטר כל שנתקיים התנאים וצ"ע בכ"ז

ה והנה בישוב קושית המהרש"א הנ"ל נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה ר"י דאמר משום שמא יחפה הקשו התוס' נוקי אחזקת א"א וכתבו דהרי גרושה לפניך ועיין פ"י ולפ"ז זהו בגט שמגרש תיכף אבל אם מגרש לזמן עד"מ עד י"ב חדש ע"ז לא צריך זמן לכתוב דאם תזנה לא תוכל לומר שנתגרשה משום שלא תדע הזמן של הי"ב חדש מתי התחיל וא"כ תצטרך לברר הזמן שנתגרשה וממילא א"צ לכתוב זמן בגט וא"כ שפיר אמרינן מדכתב זמנו של שטר מוכיח עליו וגם לפמ"ש הפ"י להקשות דהא התרו בה וקיבלה ההתראה היאך תוכל לומר שנתגרשה וכתב דכל שהגט בידה תוכל לומר שחקתי בו וא"כ זה דוקא כשנכתב זמן בגט אבל אם לא נכתב לא תוכל לומר שחקתי שהרי יוכל להיות שעדיין בתוך י"ב חדש בכה"ג שפיר מועיל התראה וא"כ לא צריך להזמן כל שלא נתגרשת מיד וא"כ מדלא נכתב זמן ע"כ זמנו של שטר מוכיח ודו"ק. והנה הא דאמרו בגיטין דף ע"ו כשהתירוה לאלתר שריתוה או דלמא עד אתו י"ב חדש והקשו בתוס' הא ע"כ לא יבא כיון שכבר מת ולא שייך שיקיים תנאו וע"כ לא יוכל לקיים תנאה שהרי כבר מת. ואמרו בירושלמי אמרו שם דחוששין דשמא נעשה לו נס וחיה וראיתי בברכי יוסף אהע"ז סי"ז שהוכיח מזה דאם אחר שמת נעשה לו נס וחי אכתי אגידא אשתו ביה ול"מ מה שמת כיון שלבסוף חי. והנה הוגד לי בשם הגאון החסיד מוה' שלום אבד"ק קמינקע ז"ל שאמר ששגה בזה דבאמת יש לומר דלא אגידא ביה רק דכל שיוכל לקיים התנאי כיון שחיה אח"כ שוב לא נתקיים התנאי של הגירושין ובטל הגט ושוב צריכה להתייבם ושם נתגרשה כדי שלא תצטרך לייבם עכ"ל. ואם כי דבר חכמה אמר אבל אינו נכון דהתנאי היה שיבא בעודו חי בראשונה אבל כל שכבר מת והותר האישות שוב לא מועיל מה שיקיים התנאי לאחר שחי שנית דהתנאי הוה בעודו בחיים חיותו בראשונה ולא כשכבר מת אף שחי אח"כ ושפיר כתב הברכי יוסף. אמנם גוף ראיית הברכי יוסף אני אומר דאין ראיה דשם אין הכוונה שמת ממש רק ע"ד מה שמבואר בסוף יבמות ובש"ע אהע"ז דנפל בבור שיש בו נחשים דחיישינן שמא נעשה לו נס כמו שנעשה לדניאל וגם לפי מה דמבואר בי"ד סי' שצ"ג והוא ממס' שמחות פוגעין על המתים שלשה ימים שמא נתעלף וכו' וא"כ כה"ג לא מת עדיין רק דנתעלף ויוכל להיות שיחיה רק דעפ"י רוב ודאי מת וכבר הארכתי בזה אודות מה שהי' בנימוס הקיר"ה שצריך להמתין מ"ח שעות עיין בחבורי כת"י סי' שצ"ד ובכה"ג מיירי בירושלמי דחוששין שמא נעשה

לו נס אבל כל שמת בבירור לא חיישינן והותרה האשה ואף שחיה אח"כ מכל מקום כבר הותרה הקשר ודו"ק:

סימן עח

א להרב המאוה"ג אבד"ק פיכאוו מו' ארי' ליב נ"י מלבוב.

ב אשר הראה לי בשם רבו הרב הגאון מוה' ברוך פרענקיל ז"ל אבד"ק לייפניק במ"ש הטור חו"מ סי' ל"ד אות ט"ו כתב הרמב"ם אע"ג שהחזירו הגנב והגזלן הממון שגנבו וגזלו וכו' פסולים וע"ז כתב הטור וא"י למה לא יכשרו אחר שהחזירו הממון ואפשר שר"ל אעפ"י ששלמו כיון דבכפיית ב"ד שלמו פסולים עד שישובו מעצמם ובאות מ"ב שם כתב כל מי שנתחייב מלקות כיון שלקה בב"ד חוזר לכשרותו אבל שאר פסולין שהם מחמת ממון שחמסו או שגזלו אעפ"י ששלמו צריכין תשובה והרי הם פסולים עד שיוודע שחזרו בהם מדרכם הרעה ע"כ מהרמב"ם ולא ערער עליו וע"ז אמר הגאון דיש חילוק בין אם החזיר אותו דבר בעצמו שגזל דבזה ודאי מועיל אבל כל ששלמו ממון אחר ל"מ ולכך באות ט"ו שהעתיק אעפ"י שהחזירו הממון שגנבו וגזלו שפיר תמה הטור דלמה יפסלו כיון שהחזירו ולכך כתב דאולי הכוונה אעפ"י ששלמו והיינו שלא החזירו אותו הממון עצמו רק ששלמו ממון אחר שבזה פסולים ולכך באות מ"ב העתיק אעפ"י ששלמו כמ"ש הרמב"ם לא ערער עליו כלום. והנה באמת דפח"ח והחילוק הזה מעולף ספירים. אבל אינו אמת לפענ"ד. דא"כ למה הוסיף הטור כיון דבכפיית ב"ד שלמו והרי אף בשילם מדעתו כל שלא החזיר אותו הדבר בעצמו צריך תשובה ובאמת אם נרצה להחזיק אותו הדיוק שאמר הגאון בין לשון החזיר לשלמו הי' נראה דהדברים כפשטן דהחזיר היינו מרצונו הטוב ושלם ע"י כפיית ב"ד משמע כמ"ש הטור ולכך בהחזיר מעצמו שפיר תמה הטור דלמה לי' תשובה דהא בזה גופא בא האות והמופת שחזר מדרכו הרע שהרי החזיר מעצמו אבל שלם דע"י כפיית ב"ד הוא ל"מ עד שישובו מעצמם ולכך שם שכתב הרמב"ם אעפ"י ששלמו לא ערער הטור. ובכ"מ ראיתי דבר תמיה שעל מ"ש הרמב"ם בפי"ב הל"ד אעפ"י ששלמו העתיק דברי הטור בהשגתו ובאמת שם לא השיג הטור רק בפ"ד ה"ד שם הי' לו להעתיק דברי הטור. עכ"פ דברי הטור נכונים. ובאמת לפענ"ד עוד להמתיק הענין דהנה בגזילה וגניבה שהם מעבירות שבין אדם לחבירו אז שתים רעות בידו לשמים שעבר על לא תגזול ולבריות שגזל את חברו ולכך כל שהחזיר מעצמו בלי כפית ב"ד יש לומר ששב בתשובה לפני המקום ולבריות בודאי יצא אבל כל ששלם ע"י כפיית ב"ד ניהו דתיקן מה שהעווה לבריות דעכ"פ נחזר להם הגזילה אבל לשמים נשאר עונו שהרי לא שלם מדעתו. ומ"ש מעלתו דמה בכך שהחזיר אותו הדבר שגזל

הא מכל מקום אמרו בב"ק דף ס"א חבול ישיב רשע גזילה ישלם אעפ"י שגזילה משלם רשע מקרי. הנה המעיין בטור לקמן סי' שנ"ט ס"ג יראה דל"ק מידי דשם מיירי שאין מה שמשלם בעין ע"ש וע"כ לפענ"ד חילוק שכתבתי נכון וברור ועיין ב"ק דף ז' ישלם מדעתו משמע ויש לחלק בין לשון ישלם ובין שלמו כדאמרו שם מי כתיב ישולם ישלם כתיב ועיין בתוס' שם ובחולין דף ק"ל ודו"ק ולדעת הגאון הי' קשה לכאורה מהא דאמר אעפ"י שחבול ישיב רשע גזילה ישלם ואפ"ה מקרי רשע הא משיב אותו הדבר מיהו לפמ"ש מיושב דמיירי שאינם בעין ודו"ק. והנה הטור חולק על הרמב"ם דאם החזיר ע"י כפייה הוה גזלן וכתב בה"ח דזה דוקא במי שמוחזק לגזלן וגנב דהיינו שגזל או גנב הרבה פעמים אבל אם לא גנב רק פעם אחת אף שכפוהו הב"ד והחזיר חזר לכשרותו וראיתי בקצה"ח סי' ל"ד שתמה ע"ז מהאי רעיא דאתו סהדי דאכל תרי מינייהו ואמר ר"ז אי איתא לדר"ח משתבע ופריך אביי משתבע והא גזלן הוא והרי שם יצטרך להחזיר מה שאכל כיון דאיכא תרי סהדי ואפ"ה חשוד על השבועה דהוה גזלן ע"ש. ולפענ"ד נראה דבאמת הש"ס פריך ות"ל דהו"ל רועה ומשני דה"מ ברועה בהמות דידיה אבל דאחריני לא דאין אדם חוטא ולא לו. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזהו באם אינו גזלן אבל כיון שראינו שגזל תרי מינייהו ואכל א"כ פשיטא דנחשד שרעה בשדות אחרים ועכ"פ אותן תרי דכפר ודאי כיון ששלח בהם יד וחשבם כשלו פשיטא דחשוד שרעה בשדות אחרות ושוב הוה פסול ולא מועיל כפיה של הב"ד והו"ל גזלן של תורה כיון שמוחזק דהרי רועה פסול ודו"ק. ובזה מיושב היטב הא דאמרו ות"ל דהו"ל רועה ופירש"י אדאביי פריך ותמהו כלם דאדרבא גזלן דאורייתא חמיר וא"צ הכרזה ועוד הרבו להקשות עיין במפרשים ובתשובה טיילתי בזה ארוכות וקצרות ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר קושיתו לאביי דס"ל דגזלן הוא ע"כ עיקר סמיכתו בשביל דהוא רועה דאל"כ כל שהב"ד יכפהו לשלם לא הוה גזלן וא"כ שוב כיון דעיקר הפסול בשביל שהוא רועה א"כ למה לי' משום גזלן תיפוק ליה דהו"ל רועה וע"ז משני דה"מ בהמות דידיה ולכך כל שגזל שוב מפסל משום רועה ודו"ק היטב. ולפמ"ש בשנות אליהו מהגאון מוהראו"ו ז"ל בסוף מס' ברכות שכתב דהמעשה הי' שנשבע היסת להד"מ ואח"כ באו סהדי דאכל תרי מינייהו א"כ נשבע לשקר ושוב ליתא בחזרה ושפיר הוה גזלן ודו"ק ועיין קצה"ח שם שהביא דברי התוס' ב"מ דף ה' ד"ה דחשוד ע"ש וגם אני בראשית ההשקפה הרגשתי בתוס' כתובות י"ח ע"ב ד"ה ובכולי:

סימן עט

א למשכיל ושנון.

ב אשר בקשת להודיעך מה שנתחדש בבית מדרשי אמרתי להודיעך אפס קצהו בסוגיא דאשו משום חציו הנה תמהתי על מ"ש רבינו פי"ד מנ"מ הלכה י' המדליק בתוך שדה חבירו ויצאתה אש ונאכל גדיש והיה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש ופירש ה"ה דהיינו טעמא לפי שהוא אינו טמון שכן דרכו וכתב שכן מצא בתוס'. ומאד תמהני דאף האמנם שכן הוא בתוס' ד"ה והי' אבל זה אם נימא דאשו משום חציו כפי הס"ד אבל לפי מה דמסיק הש"ס דמ"ד משום חציו מודה שהוא משום ממונו ג"כ ואף מקום דכלו חציו חייב דאל"כ לא שייך טמון באש וא"כ למה ליה להרמב"ם הטעם שכן דרכו הא אף שיהי' טמון מכל מקום חייב משום ממונו דהי' לו לשמור וכמ"ש הרמב"ם בה"ד דאם היה יכול לגדרה ולא גדרה דחייב. ונוראות נפלאתי מה"ה שכתב בהלכה ט"ו לתמוה על הרמב"ם דאחר שפסק משום חציו למה לא ביאר בטמון שאינו פטור רק כשהיה לו לגדור ולא גדרה ותמהתי דהרי בהלכה ז' כתב בהדיא דבנפל גדר שלא מחמת הדליקה חייב משום שהיה לו לגדור ולא גדרה והיינו דפסק כמסקנא דאשו משום ממונו ומשום חציו ג"כ וכמ"ש בהלכה ט"ו וא"כ טמון אינו פטור רק במקום שלא הי' לו לגדור אף במקום שכלו חציו ומה היה לו לבאר יותר אחר שהעתיק כלשון הש"ס וא"ל דכוונתו דהי' לו לבאר בטמון כן מכל מקום צ"ע על הכ"מ דאינו דרכו של רבינו רק להעתיק כלשון הש"ס ולא יותר וממילא נלמד בטמון וצע"ג. ועכ"פ כיון שרבינו פסק גם משום ממונו א"כ אף שאין דרכו חייב וא"ל דכיון דאין דרכו בודאי פטור דלא שייך היה לו לגדור בלא ידע כל שיש שם גבי טמון וע"כ לא אמרו בהי' לו לגדור רק שם דידע שיש שדה סמוך אבל כאן אדרבא כיון שלא ידע לא שייך לחייב לא משום חציו ולא משום ממונו כיון דהוא טמון דזה אינו דאכתי קשה דאדרבא כיון דלרבינו חייב משום חציו א"כ לא משכחת טמון כקושית הש"ס וצריך לאוקמא כגון שכלו חציו בהשריפה של העבד וזה לא ביאר רבינו כלל ועיין בתוס' שם שפירשו כן בהדיא ועוד קשה דהא בש"ס פריך לר"ל דאמר אשו משום ממונו אמאי פטור הא אלו קטל תורי' עבדי' ה"נ דפטור ומשני דמיירי בהצית גופו של עבד ורבינו שלא כתב כן אמאי פטור מיהו זה יש ליישב דדוקא לר"ל דאשו אין בו משום חציו רק משום ממונו בלבד שפיר לא שייך קלב"מ בממונו שהזיק אבל לר"י דבאמת כל שנוכל לחייבו משום חציו מחייב ואף במקום דלא נוכל לחייבו משום חציו חייב משום ממונו א"כ עכ"פ שייך קלב"מ כל דלא כלו חציו ולכך פטור בעבד כפות אבל לפ"ז יקשה דא"כ שוב לא שייך טמון כ"ז שלא כלו חציו וצ"ע וראיתי להראב"ד שכתב על דברי רבינו א"א זה איני יודע מהו דהכא לאו בממון מיירי ודבריו תמוהין כמ"ש ה"ה שא"י מה כוונתו

דהא פטור משום קלב"מ. אבל באמת ברור שטעות נפל בדברי הראב"ד וצ"ל דהכא לאו בטמון מיירי והיינו דלא פטור משום טמון שהוא ראה שרבינו נתכוין להוציא שאינו טמון מיירי וע"ז תמה דהכא לאו משום טמון קאתי עלה וכמ"ש דלא ס"ל כפירוש ר"ת וגם למ"ד אשו משום חציו כל שלא כלו חציו לא שייך טמון וז"ב וכפי הנראה המגדל עז הבין דברי הראב"ד כמ"ש ע"ש היטב וז"ב

ג והנה בשיטה מקובצת הקשה בהא דאמר הש"ס עבד כפות לו דפטור והא לא שייך קלב"מ דכבר נתחייב בהצתת גדיש קודם שנשרף העבד וכמו בגונב כיס של חבירו או חלבו של חבירו ובשלמא לר"ל דמוקי בהצית בגופו של עבד אתי שפיר אבל לר"י דלא צריך לאוקמא בהצית בגופו של עבד קשה ע"ש. ולפענ"ד נראה דלר"י דאמר אשו משום חציו הו"ל כמו הזורק חץ וקרע שיראין בהליכתו דפטור משום דא"א לאהדורי וכדאמרו בכתובות דף ל"א וה"ה כאן כל שהעבד כפות וא"א לו לברוח וא"כ הו"ל קלב"מ כיון דאשו ג"כ הו"ל כחו לר"י וחייב משום חציו וז"ב כשמש. ובזה מיושב היטב הא דפריך הש"ס לר"ל אלו קטל תורא עבדי' מי לא מחייב ורש"י נדחק ותוס' כתבו דהכי פריך הא בדבר שממונו היזק לא שייך קלב"מ ותמה המהרש"א דאם מכח סברא קפריך אמאי לא פריך למה פטור על הגדי והא בממונו לא שייך קלב"מ ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא כשאשו משום חציו אם כן הו"ל א"א לאהדורי ושייך קלב"מ אבל לר"ל דאשו משום ממונו והיינו דס"ל דאשו לאו כחו וכדאמר לעיל א"כ כבר נתחייב על הגדיש קודם שהצית העבד ולא שייך קלב"מ דהא תורא דקטל עבדא ודאי מחייב דלא שייך קלב"מ וגם כאן הא אפשר שלא ישרף העבד ורק דממונו הזיקו ולא שייך קלב"מ ולכך ל"ק ליה ממה שפטור על הגדי דכיון דהעבד כבר נשרף ונתחייב בקלב"מ א"כ הגדי שסמוך לו שוב פטור משום קלב"מ משום דבגדי אין בו דעת לברוח אבל על הגדיש שכבר נתחייב שפיר פריך ודוק:

ד עוד נראה לי בישוב קושית השיטה הנ"ל דהנה הנימוק"י הקשה למ"ד אשו משום חציו א"כ יהיה אסור להדליק נר מע"ש דהו"ל כמו שהדליק בשבת וכתב דהו"ל כאילו נדלק בעת התחלת הדלקה ותדע דהרי אח"כ אנוס הוא דלא מצי לאהדורי וע"כ דהוה כאלו נדלק כלו בב"א ע"ש ולפ"ז שפיר הו"ל לר"י קלב"מ דא"ל דבתחלה נשרף הגדיש דזה אינו דלמ"ד משום חציו חשבינן כאלו היה נדלק בעת התחלת הדליקה אבל למ"ד משום ממונו הוה כאילו ממונו הזיק א"כ חיוב בא בעת שהתחיל ההיזק לא בתחלת ההדלקה ושפיר פריך לר"ל ומיושב קושית התוס'. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דפריך הש"ס למ"ד אשו משום חציו טמון באש דפטר רחמנא היכי משכחת לה וכתב רש"י

דהא אדם חייב אף באונס כרצון והדבר יפלא דהא כבר כתבו התוס' בב"ק ובב"מ דאונס הקרוב לגניבה פטור אף באדם וכמ"ש התוס' בב"מ דף פ"ב ע"ב ובהיכא דאינו מתכוין להזיק כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' שע"ח ובש"ך ס"ק א' וא"כ כאן דשריפה ודאי מקרי אונס ואינו מתכוין להזיק דהא הוה טמון ולא ידע וא"כ דלמא לכך פטרה התורה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי בהדליק בתוך שלו ויצא והדליק בתוך של חבירו ואם כן גם הגלוי הו"ל טמון דלא ידע כלל בעת הדליקו בתוך שלו אם תצא אש כלל להדליק של חבירו וא"כ לא שייך לומר דהו"ל טמון באש דהא למ"ד משום חציו חשבינן כאלו נשרף הכל בעת התחלת הדליקה ואז היה הכל טמון אף מה שבגלוי ושפיר פריך וע"ז משני דנפל הגדר שלא מחמת דליקה דזה הוה אונס גמור ולא הוה חציו כלל. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם דרבינו דביאר דהדליק בתוך שדה של חבירו א"כ לא שייך כלל להקשות דלמ"ד משום חציו יתחייב טמון באש דזה אינו דמה שהדליק בתוך של חבירו זה היה גלוי ועל הטמון היה אונס גמור דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' כמ"ש התוס' בדף ס"ב דזה מצד הסברא ולכך לא הוצרך הרמב"ם להזכיר דמיירי בנפל הגדר ודוק וז"ב ועיין ב"ק דף מ"ג דאמר דאשו שלא בכוונה פטור מדמים לרבא ויליף לה מהא דאמרו דעבד כפות פטור ופרש"י דאשו משום ממונו והדבר תמוה כמ"ש המפרשים דהא רבא אמר דקרא מסייע לר"י דהוא משום חציו ולפמ"ש י"ל דבאמת לפי המסקנא גם ר"י מודה דהוא משום ממונו ג"כ וס"ל דמיירי בכלו לו חציו דאז החיוב בשביל ממונו וז"ב ודוק. אחר שכתבתי זאת מצאתי ברמב"ם דפוס יעסניץ שהמגיה פי"ד מנ"מ הגיה בדברי הראב"ד טמון כאשר הגהתי ושמחתי מאד. ובזה מדוקדק מה שציין הראב"ד על דברי רבינו במ"ש בשדה חבירו דהמעיין בש"ס ב"ק דף ס"ב ימצא דבשדה חבירו הוא לרבנן באין אורחי' פטור משום טמון באש והבין מדברי הרמב"ם דמטעם טמון קאתי עלה ולכך באורחיה בהכי חייב אף דהוה טמון באש דבשדה שלו אף באורחיה פטור משום טמון ודוק ועיין רמב"ן במלחמות גבי האי גברא דבטש בכספא דחברי' שהאריך בזה ודוק היטב

ה והנה הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י מיום ח"י סיון תד"ר שהקשה לפי פירוש הרמב"ם מ"פ הש"ס למ"ד משום ממונו אמאי פטור אלו קטל תורא עבדי' מי לא מחייב ומאי קושיא הא טעמא דפטור משום טמון הוה וזה היא השגת הראב"ד דכתב לא ידעתי דהכא לאו בטמון מיירי וכוונתו דאל"כ מה פריך הש"ס. אך לדעת הרמב"ם צ"ל דקושית הש"ס אמאי פטור על הגדיש עצמו דזה לאו טמון הוא וע"כ משום קלב"מ ופריך שפיר ומשני שהצית אש בגופו של עבד ושפיר קלב"מ ופריך א"ה מאי למימרא והא ידענו דקלב"מ פטור וא"ל דצריך לאשמועינן דפטור על הגדי משום טמון זה אינו

דבלא"ה פטור משום קלב"מ ומשני ל"צ בגדי דחד ועבד דחד דאז לא מפטר על הגדי משום קלב"מ דהא הו"ל מיתה לזה ותשלומין לזה כמ"ש התוס' ולכך אשמועינן דאעפי"כ פטור על הגדי משום טמון וז"ב.

ובזה נסתלקה קושית התוס' דהא הו"ל מיתה לזה ותשלומין לזה דז"א דאדרבא זה כוונת הש"ס ודוק היטב עכ"ת דבריו היקרים. והנה אם אמנם דפח"ח אבל תמהני מאד דלפענ"ד אין התחלה לקושיתו על הרמב"ם דאטו הרמב"ם פטר בשביל טמון הרמב"ם כתב דחייב משום שכן דרך לעשות בגדיש והיינו דה"א דפטור שלאו אורחיה ופטור וקמ"ל דחייב וא"כ אין מקום לפטור גם בעבד כפות רק משום דקלב"מ לא משום טמון. ולחיבת פה קודש דבריך הנעימים אמרתי לכוונתך דדוקא גדי דרך להיות בגדיש ואף שהוא כפות אורחיה בהכי למען לא יברח משא"כ עבד כפות אין אורחיה בהכי והו"ל טמון ופטור אבל אכתי אין מרפא דשפיר פריך אטו תורא דקטיל עבדא מי לא מחייב דעל הגדי הסמוך דאורחיה מהראוי שיתחייב דלא שייך בזה טמון ומה לי להאריך בזה הא כן מבואר בתוס' ד"ה והוה וכן הוא שיטת ר"ת דברישא קמ"ל דחייב ולא מקרי טמון ובסיפא קמ"ל רבותא דאף דהוא אורחי' לגדי מכל מקום פטור וע"כ לא זכיתי להבין קושייתך וא"ל דעכ"פ קשה מאי מקשה הש"ס דלמא באמת הפטור משום טמון בסיפא ומנ"ל להקשות להש"ס דלמא למ"ד משום ממונו יסבר דזה מקרי טמון ולא הוה אורחיה דא"כ יקשה אמאי ברישא חייב והא הוה טמון. מיהו י"ל דסברתך היא כך דברישא שהגדי כפות ועבד סמוך זה מקרי אורחי' משא"כ בסיפא דעבד כפות וגדי סמוך לא מקרי אורחי' לגבי עבד וממילא גם הגדי אף שסמוך ויכול לברוח מכל מקום לאו אורחי' מקרי דגדי אין בו דעת לברוח אבל כ"ז דחוק דא"כ מכ"ש היכא דהגדי כפות דלאו אורחיה היא ואמאי ברישא חייב. דרך כלל חפשתי בכל עז ליישב דבריך היקרים ולא מצאתי. גם מ"ש לפרש דהקושיא היא דא"ה מאי קמ"ל היינו דל"ל הטעם בגדי דפטור משום טמון ת"ל דפטור משום קלב"מ ג"כ לא הבינותי דהא איכא נ"מ טובא דמשום קלב"מ חייב לצאת ידי שמים ואי תפס לא מפקינן מיניה משא"כ אם פטור משום טמון אף בידי שמים פטור ואף לפמ"ש המהרש"ל דע"כ לא דמחויב לצאת ידי שמים ואי תפס לא מפקינן מיניה רק היכא דלא עבדינן החומרא אבל במקום דעבדינן החומרא פטור אף לצי"ש ועיין קצה"ח סי' כ"ח מ"מ נ"מ טובא דכאן פטור אף לצאת ידי שמים בשביל דהוא טמון. וגם לא הבינותי דאיך שייך למפטרי' משום טמון כל שהצית אש בגופו של עבד והגדי סמוך לו הא ראה שהגדי סמוך לו וע"כ לא שייך הסברא דטמון רק אם לא הצית אש בגופו של עבד והא דלא ראה העבד והגדי כלל משום דלאו אורחיה שיהיה

בגדיש ולא חשיב עליהם דכל דמדליק בגדיש חבירו הא דפטור לאו משום טמון מפטר רק דכל דלאו אורחי' פטור מצד הסברא כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ב וא"כ לא שייך טמון כל שהצית בגופו של עבד. וע"כ לפענ"ד דבריך לא ברורים כ"כ ודוק.

ז והנה בשנת תרי"ד א' יתרו כאשר הגעתי לסוגיא זו ראיתי בשיטה שכתב שם בסופו ד"ה ולענין פסק דהנ"מ באשו משום חציו או משום ממונו בנכסי הקדש דאין ממונו וחייב משום חציו וכן באדם אין ספק שחייב בנכסי הקדש כנכסי הדיוט וי"א שאף משום ממונו נתחייב בנכסי הקדש דלא נתמעט מרעהו אלא נזקי שור וצ"ע הא מזיק בהקדש פטור וצ"ל דס"ל דוקא מחומש פטור ועיין בתוס' ב"ק דף ו' ובב"מ דף צ"ט ודוק:

סימן פ

א שלום וכ"ט לכבוד הרב החריף ושנון זית רענן בנש"ק מ' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע.

ב מכתבו הגיעני היום ע"ד שאלתו שנתעצמו בדין ראובן עם אלמנת ויתמי שמעון אחיו בחזקת האורנדע דכפר א' שמאז ישב בו שמעון והחזיק ככה יותר מעשרה שנים לאחר מות אבי ראובן ושמעון ואח"כ נתן שמעון את החזקה הנ"ל במשכנתא לבע"ח של שמעון ונכתב השטר משכנתא בכ"י הרב המנוח אלימלך ז"ל ונכתב שמה פינקט באם שלא ישלם שמעון את החוב לנכון אז יוחלט החזקה להבע"ח וישב הבע"ח הנ"ל בהחזקה הנ"ל בהשקט שלשה שנים ויותר ואח"כ כשלא הי' שמעון בביתו תבע ראובן את האיש הנ"ל בטענה שהחזקה הנ"ל הוא מחזקת אבותיו ומה לו לראובן להחוב של אחיו ונכתב פס"ד אז מהב"ד בזה"ל שאחר כל ההיפוכים שהי' בין ראובן ובין שמעון נשאר שראובן יקבל בח"ח שהוא לא ידע כלל מהמשכנתא הנ"ל אזי לא יהי' המשכנתא רק על חלק של שמעון לבד ואח"כ נשקט בינם ושמעון בא לביתו אח"כ ולא תבע שום אדם לדין את שמעון והנה אחר מות שמעון תובע ראובן מאתם את החזקה הנ"ל בטענה שזה שלא מיחה בשמעון אחיו מחמת שהמה אחים ואין מחזיקין זע"ז השיבו האלמנה והיתומים הלא לא הי' לראובן שום עסק מו"מ עם שמעון הנ"ל א"כ היתכן מה זו שתיקה ולא תבעו אדם מעולם ובפרט שראובן ראה וידע את האיש הבע"ח של שמעון יושב בהחזקה הי' לכם לתבוע בד"ת ע"כ בודאי החזקה הוא של שמעון לבדו מאז בחיי הזקן אביהם או שמכרו ראובן ושאר יורשים שיש מהזקן לשמעון הנ"ל או נתנו או מחלו את החזקה הנ"ל ע"כ שייך החזקה לאלמנת ויתמי שמעון והנה הביא כ"ת דברי הטוש"ע חו"מ סי' קמ"ט ובסמ"ע וטו"ז שם שאם רואין שזה סומך ע"ז בעסקי נכסיו אין שם חזקה ובנ"ד לא סמכו זע"ז מעולם והמהרי"ט סי' כ"ו והביאו הכנה"ג בהגהת הטור אות ז' והובא עוד

בספרי אחרונים דהיכא שא' מהאחין השכיר וקיבל הוא לבדו את השכירות יש לו לבדו החזקה ויעו"ש היטב בפלוגתת העיטור והרשב"א בדין דהחזקת האחין זע"ז ויעוי' בס' שערי משפט שם זת"ד מע"ה והנה הדבר ברור ששייך לשמעון החזקה ויפה כ' מעל' ואין להאריך וגם הרי ראינו דבעת ששמעון לא הי' בביתו תבע ראובן להבע"ח שלו המחזיק ואח"כ לא תבע לשמעון כלל וע"כ דהי' החזקה לשמעון:

סימן פא

א בסוגיא דשליש בגיטין דף ס"ד.

ב ראיתי בכתבי קודש של אא"ז הרב הגדול הצדיק מוה' דוב בעריש ז"ל היילפרין שהקשה בהא דהקשו התוס' ד"ה בעל דמה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו לומר בפנ"כ ובפנ"ח דאי אתי בעל ומערער לא משגחינן ביה הא אכתי יערער ויאמר לפקדון נתתיו וכתב הרשב"א הובא בפ"י דע"כ לא שייך טעמו דר"ה דהבעל נאמן דאם איתא דיהבי' לגרושין לדידה יהבי' נהלה דוקא לשליח לקבלה כיון דהיא צותה לשליח לקחת לה גט לא מכספה אבל בשליח הולכה י"ל דהא דלא יהיב לדידה משום כיסופא ע"ש בפ"י שהאריך בזה ולפ"ז יקשה בעבד דהצריכו לומר בפנ"כ ובנ"ח בזה יקשה מה הועילו בתקנתם הא יאמר לפקדון נתתיו ושפיר יהיה נאמן דאם איתא דלשחרור יהיב לדידיה הוה יהיב ול"ש לומר משום כיסופא דמה מכסיף מעבדו ושפיר האדון נאמן וא"כ מה הועילו בתקנתם זהו תורף דבריו בקושיתו והאריך. ולפענ"ד נראה עפמ"ש בחידושי לסוגיא זו זה לי שנים רבות דלכאורה יקשה דלמא לכך לא יהיב לה דלא רצה שתתגרש תיכף רק בעת הגיע לידה ולכך נתן לשליח אך זה אינו דהסוגיא מיירי בש"ק ואם כן לא שייך לומר דלא רצה שתתגרש מיד דבש"ק מתגרשת מיד והארכתי בזה ליישב מה שפרש"י ריש גיטין דבפ"נ הוא דוקא בש"ה ותמה הר"ן דמ"ש ש"ק מש"ה ולפמ"ש אתי שפיר דבשליח קבלה שוב יקשה קושית התוס' דמה הועילו חכמים בתקנתם הא יטעון לפקדון נתתיו משא"כ בשליח הולכה דלא שייך לומר לדידה הוה יהיב די"ל דלא רצה לגרשה תיכף כ"א בהגיע לידה. ובזה ישבתי לנכון קושית הפ"י דא"כ עבד דש"ה דידיה הוה כש"ק דזכות הוא לעבד א"כ למה צ"ל בפ"נ לשיטת רש"י ולפמ"ש אתי שפיר דהרי שיטת רש"י והרי"ף קודם חזרה דאף דאומר הילך שטר שחרור זה לעבדי דא"י לחזור בו מ"מ משוחרר לא הוה עד דמטי שחרור לידיה וא"כ שפיר צ"ל בפ"נ ולא שייך לומר לדידיה הוה יהיב דלא רצה שישתחרר עד שיגיע לידו. ומעתה מיושב קושית אא"ז ז"ל ג"כ דכאן אף דלא שייך כיסופא מכל מקום אין האדון נאמן דיש לומר דלכך לא יהיב לדידיה דלא רצה לשחררו עדן וז"ב ודוק

ג ועי"ד הפלפול יש לומר דהרי בש"ס מקשה על ר"ה מהא דתניא והשליש נאמן משניהם ומשני שאני ממון דאתיהיב למחילה ופירשו רש"י ותוס' דכיון דבידו למחול לכך נתרצה בהבטחתו עליו למחול אף שיהיה שקר משא"כ באיסור אין בידו להאמינו. ולפ"ז כיון דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור ואף למה דפליגי עלי' עכ"פ יצא לחירות וא"כ כאן שבידו להפקיר ולמחול שוב יכול להאמין לשליח ושפיר מהימן השליח אף לר"ה ודוק. ומן האמור נראה ראיה ברורה למה שחידש הט"ז סי' קס"ח ביו"ד סקי"ב דקנין אודייתא לא שייך לענין ריבית דבשלמא לענין ממון מועיל קנין אף שהוא שקר משא"כ באיסורין היאך יפקיע האיסור בשביל שהוא שקר ע"ש והקצות החושן סימן קצ"ד חולק דגם באיסורין מועיל אודייתא ולפי מה שכתבתי הדבר מבואר בש"ס דכשם דאין בידו להאמין לשליח במלתא דאיסורא ה"ה דאין מועיל קנין אודייתא באיסור דבשלמא בממון בדבר שבידו למחול א"כ מה בכך שמשקר מכל מקום הוא מקנה לו המעות משא"כ לענין שיפקיע האיסור מאן מחיל ומאן שביק וז"ב מאד. מיהו בגוף דברי הט"ז שם לפענ"ד נראה דודאי אם מודה בשקר שאינו רוצה להקנות לו המשכון רק שירצה להפקיע איסור רבית זהו א"א דל"מ לענין איסור אבל אם באמת רוצה לזכות המשכון לעכו"ם באודייתא דהיינו שכ"ז שיהיה המשכון של עכו"ם כל ימי היותו ממושכן שפיר מועיל הודאתו דאינו שקר דניהו דמתכוין להפקיע האיסור ריבית מה בכך לא הוה רק כמערים להפקיע האיסור וגם מערים גמור לא הוה דבאמת מקנה לו המשכון ומידי דהוה אם מפקיר בהמתו דמותר אף שאינו עושה רק להפקיע האיסור ועיין בט"ז או"ח סי' רמ"ו ס"ק ה' ובאמת יהיה לעכו"ם קנין במשכון כל ימי היותו ממושכן. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה הקצה"ח שם דברי התוס' אהדדי דבב"מ דף מ"ו ד"ה ונקנינהו הקשו דהרי יכול להקנות הממון בקנין אודייתא ומשמע דמועיל קנין אודייתא להפקיע האיסור ובב"ק דף ק"ד ד"ה אגב כתבו התוס' דמדאורייתא בעינן דיהי' לו ארעא דאם אין לו ארעא לא הי' קרויין מעותיו מדאורייתא שיהי' יוכל להפקיע בהן פירות מ"ש ע"ש הרי דל"מ אודייתא באיסור ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהקשו התוס' דיקנה לו הקרקע באודייתא א"כ כיון דבאמת אין לו קרקע מה מועיל [להפקיע] איסור קנין של שקר אבל שם הקשו דיקנו לו המעות באודייתא והמעות באמת יוכל להקנות משום אודייתא ובאמת לא יהיה שקר דיקנה בו עכ"פ למען יפדה בו פירות מ"ש וז"ב כשמש ועיין ברשב"א ור"ן ר"פ השולח לענין ביטול מודעות שהאריכו אם מהני לומר שנותן נאמנות לפסול עדים שיעידו שמסר מודעה והאריכו איך שייך לתת נאמנות לענין איסור והרשב"א הביא ראיה משמא פייס באומר נאמנת עלי שלא פייסתי והר"ן

דחה זאת ע"ש ותמהני מדוע לא הביאו מכאן דמבואר דבאיסור דלא אתיהיב למחילה לא שייך נאמנות לר"ה ולר"ח מועיל אף באיסור וצ"ע. ומהתימה דבסוגיא דשליש מתמה הר"ן בעצמו על פירש"י דבאיסור לא שייך נאמנות דהא גם באיסור מהראוי שיועיל נאמנות ולא הזכיר כלל מסברא זו והוא מדמה שם בעצמו לנאמנת עלי שלא פייסתי גם מ"ש הר"ן בסוגיא דשליש דיש לה מיגו דאי בעי לא הראת גיטה לב"ד וכתב שנמצא כיוצא בה בפז"ב צ"ע דהא באמת אי בעי קלתה לא אמרינן דהוה מיגו למפרע ועיין תוס' כתובות דף פ"ה ודוק

ד והנה שאלני חכם אחד מבראד בהא דאמרו שם בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והאשה אמרה נתן לי ואבד דאמר ר"י הו"ל דבר שבערוה ופריך ולהמניה לשליש מי קא נפיק גיטא מתחת ידי' והקשה דאכתי ליהמן שליש במיגו דאי בעי אמר לפקדון ואז היתה האשה נאמנת מטעם חזקה דאין אשה מעיזה ולא שייך לומר דהכא מסייע לה ומעיזה דהא השליש אומר לפקדון נתתי לה. והשבתי דזה טעות דאכתי מסייע לה הבעל דאומר לגירושין נתתי לו והיאך יכול הוא לתת לפקדון ולשנות חזקת שליח עושה שליחותו וא"ל דא"כ ליהמן הבעל במה שאמר לגירושין ולא שייך לומר דלקולא לא מהימן דהא יש לו מיגו דהיה אומר גם כן לפקדון ואז לא הי' לה מסייע דזה אינו דא"כ הוה מיגו בשנים דהיינו הבעל והשליש ומיגו בשנים לא אמרינן דאין אחד מכוין לדעת חבירו ואינו דבר של ממון וכמ"ש התוס' בכתובות דף י"ח ובלא"ה הא אבדה ונפילה ל"ש וא"כ זה גופא מסייע לה דאם הי' לפקדון היאך נאבד הגט וע"כ דנתן לה ואבדה דמה אכפת לה לאחר שנתן לה וכל דמסייע לה איזה דבר שוב מעיזה ודוק. והנה בהא דאמרו בסוגיא דר"ח אמר שליש נאמן דהא המניה לפענ"ד הסברא דכל שהאמינו בפעם אחת דהיינו בשעה שמסרו לידו דאף דהבעל אומר לפקדון יהיב ליה אבל עכ"פ בדעתו היה שבעת שירצה לגרשה יהי' בידו לגירושין ובשליח לקבלה מיירי דמתגרשת בקבלתו וא"כ עכ"פ הימני' בעת מסירתו ושפיר שייך לומר דהא המניה והו"ל כהא דאמרו דכל שבידו נאמן והיינו משום דהא הימניה ועיין פ"י בגיטין דף נ"ד דכתב דכל שבידו מעיקרא דנאמן היינו כמו דנאמן השליש במה שמסרו בידו והאמינו הרי מבואר דבעינן שיהיה שייך ענין נאמנות מעיקרא והיינו כמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד דלכך בשליח להולכה דהא המניה משום דמה המניה מעיקרא הא לא נתגרשה בקבלתו רק כשיגיע לידה וא"כ כ"ז שהגט ביד שליח הוא כמו שהוא ביד אחר ומה שייך נאמנות והוא אינו רק כקוף בעלמא. איברא דהתוס' לא כתבו כן בד"ה בעל רק דל"ש אם איתא וצ"ל דגם בשליח להולכה שייך דהא הימניה דהרי הימניה במה שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח

דצריך לקיומו של שליח ואחר לא מהימן לומר בפני נכתב רק השליח ושפיר המניה וזה לדעתי כוונת הרא"ש ריש גיטין דכי היכא דהמנוהו חז"ל על הקיום שאומר בפני נכתב האמינוהו ג"כ על השליחות והדבר תמוה דמה שייך שליחות שהיא דאורייתא לקיום דאינו רק דרבנן ולפמ"ש א"ש דעכ"פ כיון דהימני' להשליח על הקיום הו"ל כשנים גם על השליחות. ולפ"ז הי' מקום לומר בא"י דל"צ שיאמר בפ"נ ולא המני' כלל לענין קיום שוב אינו נאמן על השליחות. ובאמת שהב"י בסי' קמ"א גבי מ"ש הר"פ בתיקון שטרות כתב כן לחד תירוצא דלהרא"ש בא"י או כשנתקיים הגט צריך עדים על השליחות אבל דבריו תמוהין ועיין תומים סי' נ"ו ס"ק ד' שהאריך בזה ובתשובה לק' מאהליב הארכנו הרבה בזה דלא כהב"י וצ"ל כיון דאמרינן בגיטין דף וא"ו דלא צריכת ואי עבדת אהנית וכן קי"ל דגם בא"י כל שאמר בפנ"כ מהני ממילא המני' מעיקרא. איברא דלפ"ז בנתקיים גם בח"ל היה צריך שני עדים על השליחות ומכ"ש בסומא דכשר בנתקיים דאין בידו כלל לומר בפנ"כ ואפ"ה ל"צ עדים על השליחות וכמ"ש בתומים שם וצ"ל דבאמת הו"ל מוקדם בשליח להולכה וצ"ל הנהו קלא אית להו וכדאמרו בגיטין דף ח"י והיינו כשאינו מוקדם בזמן הכתיבה רק שנתאחר עד שהגיע לידה ועיין בר"ן שם ועב"ש סי' קכ"ז ס"ק וא"ו עכ"פ המניה כשיאמר בזמן ההוא נכתב וקלא אית ליה ושייך בזה דהא המניה. ובזה נראה לפענ"ד דצדקו דברי הש"ך שכתב סי' נ"ו דאם טוען ממני נפל לא שייך לומר דהא המניה והיינו משום דהוא טוען שלא המניה מעולם כלל ויש להאריך בזה במה שהקשו הפ"י והתומים דהא לנפילה לא חיישינן ולפמ"ש אתי שפיר דלא שייך עכ"פ דהא המניה דכיון דיכול להיות שלא המניה בשום פעם אף דהוא חשש רחוק וכעת הוא טוען שלא המני' ממילא ל"ש להאמין לשליש כשנים דלא נתברר כלל אם המניה בשום פעם ולא אתחזיק שליש כלל ועד אחד בהכחשת בע"ד לא נאמן כלל ורק דהשליש דינו כשנים והיינו אם אתחזיק נאמנותו כשנים בשום פעם משא"כ בזה וז"ב ועיין בה"ה פי"ב מגירושין גבי אם טען הבעל ממני נפל דאינו נאמן וכתב ה"ה דלנפילה לא חיישינן שאין האיסורין כד"מ והיינו דבגט ל"ח לנפילה כלל ועיין תומים סי' מ"ו ס"ק א' שביאר דבגט נזהר טפי ע"ש. ובזה מיושבין דברי הרשב"א בסוגיא דשליש שכתב דלנפילה לא חיישינן כלל ותמה הפ"י דהא לר"ה קיימינן ור"ה חייש לנפילה ושאני ממון מאיסור וכמ"ש ה"ה. ולפמ"ש יש להמתיק הדברים דבשלמא ממון חיישינן לנפילה דאין הולכין בממון אחר הרוב ולכך חיישינן למיעוטא משא"כ בגט דהוא איסור ולא חיישינן לנפילה דעפ"י רוב לא שייך לחוש לנפילה וזה ברור ויש להאריך בכל זה ואין כאן מקומו. והנה בתוספתא פ"ק דגיטין חומר במה"י מבא"י וחומר בא"י שאין במה"י שהמביא גט ממדה"י צריך

שיאמר בפ"נ אם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו והמביא גט בא"י א"י לומר בפ"נ ואם יש עליו עדים יתקיים בחותמיו והדברים תמוהין דהא גם בא"י כ"ז שאין עליו עוררין א"צ לקיים כמבואר בריש גיטין במשנה וגמרא ומצאתי להגאון החסיד מוהר"א ז"ל אבד"ק אמשטרדם שעמד בזה וכתב דיש להגיה להיפך דבא"י אף בעוררין דהיינו ערעור דבעל סגי וצריך להתקיים בחותמיו כיון שאינו אומר בפ"נ אבל בח"ל דוקא כשיש עדים מערערים הוא דצריך לקיים בחותמיו אבל תמה ע"ז דאם יש עדים שוב תרי ותרי נינהו ואוקמא אחזקת א"א והניח בצ"ע. ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה למ"ש הפרח מטה אהרן ח"א סי' פ"ב דאם יש שני עדים המכחישים השליש ושני עדים המסייעים אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי והשליש נאמן ע"ש והתומים סי' נ"ו ס"ק יו"ד תמה עליו וכבר כתבתי בתשובה אחרת לענין תרי ותרי דדברי הפמ"א נכונים דהשליש נאמן ולפ"ז ה"ה בשליח דבח"ל דהאמינוהו כבי תרי על הכתיבה ועל השליחות א"כ שוב אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי השליש בחזקתו משא"כ בא"י דלא האמינוהו וכמו שנראה מהרא"ש ועיין סי' קמ"ב ס"ז ובב"ש ס"ק ז' ובתוספתא משמע כן דאמר דא"י לומר בפ"נ משמע דאינו נאמן והוא הגיה א"צ אבל אינו כן ואם כן שוב לא נאמן כבי תרי ודוק. איברא דלפ"ז יקשה בהא דפריך הש"ס בגיטין דף ט' ערעור דמאי אי דתרי תרי ותרי נינהו ומה קושיא לימא דמערערין התרי בעוד שהגט ביד שליח וא"כ אף דתרי ותרי נינהו מכל מקום השליש נאמן וכמ"ש בפרח מ"א ח"א סי' פ"ב הנ"ל ומטעם דמעמידין השליש בחזקת נאמנותו ועיין בסמ"ע סי' נ"ו סקי"ד ואף דהתוס' כתבו ד"ה סמוך שפוסלין החתימה ולוקמא בחזקת א"א הא חזקת א"א אתרע שהרי השליח מעיד דנתן לה בחזקת גירושין כדי לגרש ועכ"פ יצאה מחזקת א"א וכמ"ש התוספות בכתובות דף כ"ב לענין זרק לה גט ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דבא"י קאי א"כ השליח אינו אומר בפ"נ ולא האמינו כלל וכמ"ש למעלה באורך ובכה"ג שפיר מוקמינן לה בחזקת א"א כמו בכל תרי ותרי ואין להשליש נאמנות כלל ובזה מיושב מה דקשה לי טובא דלוקמא דהערעור אחר שנתן לה השליח גט והותרה להנשא ואזל לה חזקת א"א וכדאמרו לגבי שנים אומרים מת ועיין בתוס' כתובות דף כ"ו בשם רבינו ברוך. ולפמ"ש אתי שפיר דבא"י אין להשליח נאמנות כלל ולא הותרה להנשא רק עפ"י אותן השנים החתומים בגט וכל דאיכא תרי ותרי הרי היא בחזקת א"א כמו שהיתה ולפ"ז בח"ל שפיר מבואר בתוספתא לפי הבנת ספר ארבעה טורי אבן הנ"ל דבתרי ותרי יתקיים בחותמיו. אך לפענ"ד נראה דהדברים כפשטן בתוספתא דבח"ל אף שיש עליו עוררין והיינו עוררין דתרי אפ"ה יתקיים בחותמיו והיינו אם הגט ביד השליח נאמן משום דהוה שליח והאמינוהו והעמידו על

חזקתו ואם כבר נתן לה הגט הרי כבר הותרה להנשא ויצאת מחזקת א"א דכ"ז שלא באו שנים האחרים היה נאמן ונתקיים הגט כהלכתו ע"י השליח ושוב השנים הראשונים נאמנים יותר וכמ"ש אבל בא"י א"י לומר בפני נכתב והיינו דס"ל להתוספתא דבא"י אינו נאמן לומר בפ"נ ולא ס"ל דאי עבדית אהנית וכבר יש פוסקים רבים דהשמיטו להך דאי עבדת אהנית הנאמר בגיטין דף ו' ואם כן שוב צריך עדים על השליח שנעשה שליח ואז נאמן על הגט שאינו מזויף וכמ"ש הב"י בסי' קמ"א לתירוץ השני ובתומים סי' נ"ו הנ"ל הקשה באמת דא"כ בא"י יהיה צריך לקיים ע"י הרשאה שנעשה שליח וזה לא שמענו. ולפמ"ש מבואר בתוספתא כן בהדיא ודוק וזה דנקט לשון אם יש עליו עדים ולא נקט אם יש עליו עוררין כדנקט ברישא והיינו משום דכאן צריך עדים על גוף השליחות וז"ש כיצד מקיימין אותו עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה כשר אבל אין אנו מכירין לא את האיש ולא את האשה כשר והיינו שעיקר העדות שנעשו עדים שזה שליח של זה אבל אינן מכירין לא את האיש ולא את האשה אפ"ה כשר כל שנעשה שליח ודוק. והנה בהא דאמר ר"ח דהשליש נאמן דהא המניה ופירשו התוס' דהיינו שהמניה דאף שיאמר שקר כל שאומר לגירושין ע"ד כן מסר לו שיהיה לגירושין. הנה מריש הוה קשיא לי דעכ"פ היאך תהיה מגורשת בלי ע"מ דהרי באמת הבעל נתנו לו לשם פקדון רק דכל שאומר לגירושין נתנו לי והיה נאמן אבל עכ"פ חסר ע"מ. וישבתי עפ"י דברי הר"ן בפרק המגרש דעדי חתימה במקום עדי מסירה כל שהבעל מסר לה וא"כ גם כאן כיון שהבעל מסר להשליש והמניה כשיאמר לגירושין הם נעשו כע"מ שיהיו עדים בעת שירצה השליש לגרשה וז"ב וכן ראיתי באחרונים שכתבו כן בשם חידושי הרשב"א וחידושי הרשב"א אינו ת"י כעת

ה ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב מה ששאל אותי הרב החריף ושנון מוה' מאיר בראם ני' בהא דאמרו בגיטין דף כ"ד הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח לקבלה והקשו התוס' דהא הוה שליח שלא ניתן לגירושין ול"מ והקשה הוא כיון דמסרו לידה אם כן אם היתה רוצית לשקר ולומר שנתנו לה לגירושין היתה נאמנת דהא המנה וא"כ אף שבאמת לא נתן לה לגירושין עד דמטית להם עכ"פ שליח שניתן לגירושין מקרי ומצית לעשות שליח להולכה. והשבתי לפמ"ש למעלה באמת חסר עידי מסירה רק דעידי חתימה הוו במקום עדי מסירה וכמ"ש הר"ן דכיון שהבעל מסר לה הגט ולפי זה הרי באמת כיון שלא עשה אותה רק שליח להולכה א"כ עדיין היא של הבעל וא"כ לא מקרי מסר לה לשם גירושין וצריכה שתעשה שליח לקבלה לקבל הגט וא"כ עיקר הוא ע"י דחצירה וגיטה באין כאחד דאל"כ ל"מ דשליח לא עדיף מחצרה וא"כ עכ"פ

בעת שמסר לה הגט לא מסרו לשם גירושין ניהו דאשה ידה לא קני לבעל אבל עכ"פ ברשות בעל היא וכל שעדיין לא מסר לשם גירושין היאך יהי' עדי חתימה במקום עידי מסירה דהרי לא מסר לשם גרושין ואף דבשליש אמרינן דנאמן ומסר לו לשם גירושין היינו כיון שבידו לומר לשם גירושין אבל הוא כיון דלא מסר לשם גירושין ואדרבא א"ל שתשוה שליח לקבלה עכ"פ היאך יהיו ע"ח במקום ע"מ והרי עקר השליחות ובשלמא בשליש דעכ"פ נתן הגט מידו ניהו דלא רצה לגרש עדיין אבל עכ"פ לא עקר השליחות מיניה מה שאין כן בזה דעקר השליחות מינה ושפיר הקשו בתוס' דהוה שליח שלא ניתן לגירושין ודוק. והנה התוס' הקשו דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם במה דמצרכו שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח הא עדיין יוכל לערער ולומר לפקדון נתתיו ולפמ"ש למעלה לק"מ דשם בש"ה מיירי ושם לא שייך לומר דאם איתא לגירושין יהיב לדידה הוה יהיב לה דיש לומר דלא רצה שתתגרש רק עד שיבא ליד האשה לכך לא נתן לדידה משא"כ בש"ק דב"כ וב"כ מתגרשת בקבלת השליש ולמה לא יהיב לדידה. שוב הראוני תלמידי שהר"ן כתב כן ושמחתי מאד. והנה בגוף קושית התוס' לכאורה רציתי לומר דלפמ"ש הרא"ש ריש גיטין דכל דאומר השליח בפ"נ ממילא האמינוהו ג"כ שיהיה שליח א"כ אין מקום לקושית התוס' דשם כל שלא הכחישו הבעל בעת נתינתו לאשה ואמר בפנ"ח והאמינוהו על שאינו מזויף ממילא נאמן גם על השליחות משא"כ היכא דלא אמר בפנ"ח דלא האמינוהו להשליח שוב נאמן הבעל לומר לפקדון יהיב נהליה ומצאתי בפ"י שכ"כ ונהניתי. אמנם נראה דהנה באמת הפ"י הקשה על דברת הרא"ש הנ"ל דמה שייכות שליחות למזויף דמזויף שפיר האמינו לשליח משום דמה"ת ל"צ קיום ולרבה ג"כ דרוב בקיאין לשמה משא"כ לענין השליחות למה יהיה נאמן. אמנם נראה דהדבר נכון דבאמת צריך להבין דלמה לא ס"ל לר"ה הך דר"ח דשליש נאמן דהמני' וצ"ל דסברתו דכל דנימא דיוכל לטעון לפקדון שוב לא המניה כלל דמה האמין לו ולפ"ז זהו שם אבל בשליח המביא גט ממדה"י דעכ"פ לענין מזויף האמינוהו כיון דאומר בפנ"כ ובפנ"ח אין הבעל יוכל לומר דמזויף א"כ עכ"פ כבר האמינו לענין זה וא"כ כל דנתן לו נאמנות שוב נאמן גם על השליחות וז"ב כשמש ושאני כאן דלא שייך האמינוהו ועיין בחידושי ריטב"א שכתב דר"ה לא בשביל הסברא דאם איתא דלגירושין יהיב בלחוד פליג על ר"ח רק משום דס"ל דלא המניה כלל ולא ביאר הדבר דלמה לא שייך המני' ולפמ"ש אתי שפיר. אמנם נראה דהתוס' מ"מ הקשו שפיר דכיון דיכול לטעון לפקדון א"כ מה שייך לומר דהא המניה ומה מועיל הנאמנות ניהו דלא יוכל לטעון מזויף יוכל לטעון לפקדון ושוב לא המניה כלל ושפיר הקשו התוס' ועל זה חדשו התוס' דעיקר טעמו של ר"ה היא רק

משום דלדידה יהיב לה וא"כ כל שאין שלשתן בעיר לא שייך האי טעמא ובזה מיושב מה שכתבו התוס' בהך דצריך בפנ"ח אף משכונה לשכונה דאתיא כר"ח דס"ל דשליש נאמן והקשה אחד מהתלמידים דהא לפמ"ש המהרש"א לא שייך המניה כל שהגט ביד האשה ע"ש וא"כ בש"ה ונתן הגט ביד האשה לא שייך המניה ולפמ"ש אתי שפיר דלר"ח כל שאומר בפנ"ח שוב המניה לענין מזויף ממילא הימניה לענין זה ג"כ ואי בשעה שיאמר בפנ"ח טרם שמסר הגט להאשה הרי המניה לענין בפנ"ח ממילא המניה ג"כ לענין שלא יוכל לטעון לפקדון משא"כ כאן דלא אמר בפנ"ח הרי לא המניה ור"ח ודאי ס"ל סברת המניה ודוק היטב.

י והנה התוס' הקשו ד"ה אפילו דמאי אפילו אדרבא הכי עדיף טפי דלא הוה חצי דבר וכתבו דבגט הו"ל למיחש שמא שכרתם כדאשכחן באומר אמרו דחיישינן שמא תשכור עדים ואני תמה ע"ז דהרי אמרו שם דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי ופירשו התוס' שם דדיבור שע"י נגמר המעשה ועי"ז נישאת לשוק לא חיישינן שמא תשכור עדים דזה לא מקרי דיבור וא"כ אדרבא כשהן כת אחת ואמרו בפנינו אמרה ובפנינו קבל אם כן על ידם נגמר המעשה והאשה מותרת להנשא פשיטא דלא חיישינן ואדרבא אם לא היה כת אחת אז שייך לחוש שמא עידי אמירה מקרי ואמרו כיון דעדיין צריכין לעידי קבלה ולא הוה רק דיבור בעלמא אבל בכת אחת ודאי תמוה ודברי התוס' צע"ג

יא והנה לכאורה רציתי לומר דלא שייך המניה בגט דהא אם היה אומר הבעל שממנו נפל היה נאמן רק במה שאומר לפקדון בזה נתן עכ"פ לשם גט וממילא מסרו בידו עכ"פ ושייך המניה כמ"ש רש"י דהרי מסרו בידו ואם כן עיקר השלישות לשם גט נגמר בעת שאומר שמסרו לפקדון וא"כ כל שהיה יכול לומר שממנו נפל הוה הגט עד עכשיו ביד השליש כמו פקדון דהא לא היה יכול לעשות בו מעשה דהא יכול היה לטעון דנפל ממנו וא"כ שוב לא נגמר השליחות אף אם נימא דמסרו לשם גט אבל לא נגמר הדבר רק ע"י הודאת הבעל וא"כ ממילא הוה כפקדון. ובזה מבואר היטב החילוק שבין גט לממון דבממון אין נ"מ אם היה מקודם הדבר כן ולו יהא שעכשיו מחל לו סגי כל שמחל מחל אבל בגט בעינן שבעת המסירה יגמר לשם גירושין וזה לא היה והדברים ברורים כשמש. ובמ"ש לעיל בביאור דברי הרא"ש דכל שנאמן לענין בפני נחתם הוה כהמני' יש להאריך בדברי אביר הרועים המהרי"ט ז"ל בחלק אבן העזר סימן ע' ואין כאן מקומו. והנה בהא דאמרו שם ולימא חזקה שליח עושה שליחותו כדאמר ר"י האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה אסור בכל הנשים שבעולם.

ח והקשה אחד מהתלמידים דהא שאני כאן דיש לה חזקת אשת איש ולכך לא סמכינן על חזקת שליח עושה שליחותו משא"כ שם דלא שייך חזקה כלל דאין אנו דנין על אשה פרטית ואטו מי ליכא מקודשות בעולם שאזל חזקת פנויה. והשבתי בזה דחזקת שליח עושה שליחותו דהוא חזקה דאתיא מכח סברא אלים יותר מחזקת א"א דהוא חזקה הפוסקת וכמ"ש בשו"ת תה"ד סי' ר"ז דחזקה דאתיא מכח סברא הוה כרוב ואלים יותר מחזקת א"א ע"ש דהוה כמו חזקה דאתיא מכח רובא ע"ש וא"כ הא רוב עדיף מחזקה ושפיר פריך. והנה בהא דפריך שם וניהמנה לדידה דהא חזקה אין אשה מעיזה פניה הקשה בטוב גיטין היאך שייך כאן העזה כלל דהא הבעל לא ידע כלל אם משקרת דהוא נתן להוליך לה גט ומה מעיזה במה שאמרה שקבלה הגט וכן שאל אחד מתלמידי. ואמרתי עפ"י דברת הרא"ש סוף נדרים דמה דסמכינן על חזקה אין אשה מעיזה הוא בצירוף הטעם דמסתמא לא תתלקל עצמה לעולם וא"כ שוב הוה חזקה דאין אשה מעיזה פניה אף באם אינו מכחישה דמכל מקום היא מחלקלה עצמה. איברא דלפ"ז צריך ביאור מה מתרץ דשאני הכא דקא מסייע לה הא מכל מקום לא תקלקל עצמה ואולי כיון דהבעל מסייע לה א"כ אולי קנוניא עשו ובאמת יגרשה אח"כ בצנעא שנית ואולי איזה סיבה השיאתם לומר שגרשה כעת וצ"ע. והנה בהא דפריך ונהמנה לשליש הקשה הפ"י דאיך שייך להאמין לשליש הא לא נתן לו נאמנות רק שימסור לידה וכל שנאבד ממנו מה שייך נאמנות.

ט ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דאם נתן לשליש שיהיה הרשות בידו למסור כל זמן שירצה א"כ אף שנאבד יוכל לכתוב גט אחר ולמסרו לה והוה כמו בעדים דאמרינן דלא אמר להו כתבו ואנחו בכסייכו רק כתבו ותנו אף מאה גיטין וגם בכתבו ותנו לשליח הוה אבעיא וע' בגיטין דף ס"ג ובאהע"ז סי' קכ"ג וה"ה בשליש ול"ד לשליח דאף שליח להולכה לא נתן לו רק אותו גט אבל שליש אפשר דהימניה טפי. אבל זה דבר חדש שלא נשמע וע"כ הדבר צע"ג ואין ללמוד מזה כלל. והנה במ"ש למעלה דחזקת שליח עושה שליחותו עדיף מחזקת אשת איש הנה הר"ן כתב בשם הרמב"ן להיפוך דאף חזקת פנויה עדיף מחזקת שליח עושה שליחתו ובאמת לפמ"ש התוס' דלא אלים כ"כ החזקה דשמא לא תתרצה א"כ שוב לא הוה עכ"פ חזקה דאתיא מכח סברא אך הרמב"ן לא ס"ל כן. אמנם נראה עפמ"ש בש"ש ש"ד סכ"ד דהא דרוב עדיף מחזקה הוא רק בחזקה דקמא דכיון דכעת אין חזקה לפנינו רק שהי' חזקה דמעיקרא א"כ רוב שהוא כעת לפנינו עדיף אבל נגד חזקה דהשתא דהיינו חזקת ממון לא עדיף רוב. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר נחמד במ"ש הר"ן בשם הרמב"ן לחלק דחזקת פנויות של הקרובות שאין לפנינו

כעת ל"מ לאותה אשה וכבר האריך הנוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' וא"ו דזה סותר להרבה מקומות דחזקה של זה מועיל לזה ע"ש וכבר הארכתי בזה בכמה מקומות וגם מה נ"מ בין אם הם לפנינו או לא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת חזקת שליח עושה שליחותו הוה חזקה דאתיא מכח רובא אך נגד חזקה דהשתא לא מועיל ולפ"ז בשלמא כשאנו דנין על הקרובות כשהן לפנינו א"כ לא מועיל חזקת שליח עושה שליחותו דהא הוה כחזקה דהשתא דגם כעת עומדות בחזקת פנויות אבל כל שאינם לפנינו א"כ כל שאינם לפנינו א"כ לא הוה רק כחזקה דמעיקרא ולזה מועיל יותר חזקה דשליח עושה שליחותו דהוה כמו רובא

י והנה ברא"ש בסוגיא זו מצאתי דבר חדש דמה דאמר ר"ה דבעל נאמן משום דאם איתא דלגירושין יהיב לדידה הוה יהיב וזה הוה כמו מגו במקום עדים דאף דיש להשליש מיגו מכל מקום הוה מיגו במקום עדים דאנן סהדי דלדידה הוה יהיב ע"ש ובזה אמרתי דלכך ר"ח לא ס"ל כן דהא ר"ח ס"ל בב"ב דף ל"ג דאמרינן מיגו במקום עדים וא"כ ה"ה בזה דאנן סהדי. ולפ"ז לכאורה שוב מהראוי לפסלן כר"ה דהא אנן קיי"ל דלא אמרינן מיגו במקום עדים ועיין ברא"ש ור"ן שנחלקו בזה הקדמונים כמאן קיי"ל.

יא אך לפמ"ש בשיטה מקובצת בב"מ דף פ"א דדוקא היכא שיש לתרץ דבורו הוא דס"ל מיגו במקום עדים משא"כ היכא דליכא לתרץ דיבורו לא א"כ לק"מ. והנה אחר זמן רב עברתי בהעברה בעלמא על הסוגיא הלז והנה במ"ש התוס' ד"ה שליש דאין לומר דנאמן השליש במיגו דאי בעי מסר לידה דא"כ אף לר"ה נאמן ולכאורה צ"ב דהיאך שייך מיגו כלל דהא אף אם ימסור בידה והבעל יערער ויאמר דלפקדון נתנו לשליש והשליש מסרו שלא כדין מהראוי שיהיה נאמן. ולכאורה רציתי לומר דהכוונה שהאשה תוכל לטעון לדידי יהיב לי לשם גירושין וז"ש התוס' דדלמא לא תתרצה האשה אבל באמת זה אינו דלא תוכל להעיז האשה לומר דבעלה גרשה מה שהוא שקר מוחלט ובשלמא כשאמרה קמאי דידי מסרה נהלה לשם גירושין שפיר שייך מיגו דמה נ"מ בין כשטענה קמאי דידי נתן לו לשם גירושין והרי הוה שליח לקבלה דכן מיירי כל הסוגיא וא"כ ב"כ וב"כ נתגרשה אבל כשהוא נתן לשם פקדון ולא נתגרשה עדיין וא"כ מה בכך שהשליח נתן לה לגירושין היא לא תוכל להעיז ולומר נתגרשתי מבעלי מה שהוא שקר מוחלט אמנם צ"ל דמיירי שהבעל טוען לפקדון נתת שתתגרש בו עת פקדי אותו לומר שיהיה לשם גירושין וכמעט שהדבר מוכרח דאל"כ יקשה הא אמרו בגיטין דף י"ח דאותבי' ואנחי' בכיסתי' לא חיישינן דאקדומי פורענותא לא מקדמינן וא"כ למה יהיה נאמן שלשם פקדון נתנו להשליש וע"כ דשאני התם דאותביה ואנחי' בכיסתא דאין דעתו לגרש בו

כלל א"כ למה יכתוב גט להקדים פורעניות אבל כאן שמסרו לשליח רק אמרינן דרצה לצערה שלא יגרשה תיכף רק עד שתתן לו מעות וכדומה וא"כ בכה"ג נראה לפענ"ד דזה דוקא באם הוא עדיין ביד השליח נאמן לומר דלשם פקדון נתנו לו אבל כל שהי' ביד האשה שפיר נאמן השליש דלא שייך הסברא אם איתא דלגירושין יהיב ניהלה דיכול השליש לטעון אמת שנתת לפקדון ואח"כ אמרת לתת לה ונתתי לה ואין ראיה ושפיר יש לי מיגו. ובזה מיושב הא דכתבו התוס' בד"ה בעל דמה הועילו חכמים שתקנו לומר בפ"נ דאכתי יוכל לטעון לפקדון וקשה הא שם הוא נאמן במיגו דהרי מוסרו לידה וא"כ אינו נאמן הבעל אף לר"ה ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא שייך המיגו דהא הבעל יוכל לטעון דלא צוהו למסור לה הגט דהוא מסרו שלא כדת דא"ל דכל דטוען דמסרת לי לפקדון ואח"כ צוית לתת לה דאז נאמן דל"ש דאי הוה יהיב לגירושין לדידה הוה יהיב לה דהא לא רצה שתתגרש רק בהגיע לידה דזה אינו דא"כ בלא"ה אין מקום לקושית התוס' וכמ"ש למעלה דהא שם בש"ה מיירי דבשליח קבלה א"צ שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח כלל כמ"ש הר"ן וע"כ דהתוס' לא נחתו בסברא זו בס"ד וא"כ שוב שפיר מקשים דיכול לטעון לפקדון וע"ז כתבו כיון דאינו בעיר אחת לא שייך הסברא דלדידה הוה יהיב לה והשליש נאמן. ובזה מיושב היטב מה דהקשה הפ"י והתומים סי' נ"ו על הש"ך שדעתו דכל שמכחישו בעיקר השלישות ואומר דלא מסרו לו כלל רק שממנו נפל ומצאו דנאמן הבעל אף לר"ח דלא שייך דהא הימני' א"כ אכתי מה הועילו חכמים בתקנתם דהא יוכל לטעון ממני נפל ומצאו זה ע"ש ולפמ"ש ל"ק דבאמת כל שהגט ביד השליש הוא דכתב הש"ך דיכול לטעון ממני נפל אבל כל שהגט ביד האשה פשיטא דלא יוכל הבעל לטעון שום דבר וחזקה שמיד הבעל נמסר לשליח וזה כל עיקר הנאמנות דטוען בפנ"ח והאמינו ממילא על השליחות וכמ"ש הרא"ש ריש פ"ק דגיטין וא"כ שוב אין לו שום טענה ולא חיישינן לנפילה ולשום דבר ומה"ת נחזוק ריעותא וכל הפלפול הוא רק כשעדיין ביד השליח ולא ביד האשה אז מקום לפלפל אם נאמן דיש ריעותא אם איתא דלגירושין יהיב נהלה לדידה הוה יהיב לה משא"כ כשהוא ביד האשה ותדע שהרי כשטוען הבעל מזויף ודאי אין השליש נאמן וכמ"ש הש"ך בסי' נ"ו ס"ק א' בפשיטות וא"כ שוב כיון דכל החשש הוא שמא יבא הבעל ויערער דזייף החתימות ומה"ט אצרוך רבנן בפ"נ לרבא דקי"ל כוותיה וא"כ לענין חשש מזויף לא שייך כלל ענין שלישות וע"כ דכיון דמה"ת עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמ' ול"ח למזוייף ורבנן הוא דאחמרו וכל שאומר בפנ"ח לא חיישינן א"כ שוב השליש נאמן. ואני תמה על הפ"י והתומים דאין מקום לקושייתם לפענ"ד דהיאך יוכל לטעון ממני נפל דהא כל דטוען

בפנ"ח וחז"ל האמינו וממילא האמינו גם לענין השליחות כמ"ש הרא"ש וא"כ שוב אין מקום לשום חששא דהא האמינוהו שהוא השליח וז"ב ופשוט. הן אמת דדברי הרא"ש צ"ב דהכי בשביל דהאמנוהו לענין מזויף דל"ח לזיוף מה"ת נאמינו גם לענין השליחות וגם דברי התוס' משמע דלא כהרא"ש דא"כ אין מקום לקושייתם דיטעון לפקדון הא כל שאומר בפ"נ שוב אינו נאמן לפקדון ועבפ"י מ"ש בזה. אך לפענ"ד נראה בפשיטות דבאמת לענין מה דניחוש שמא לא עשאו שליח זהו חששא רחוקה דכל דהאמינוהו להשליח שבפנ"ח וא"כ ע"כ דרצה הבעל לגרש דאקדומי פורענותא לא מקדמינן וא"כ אין הספק רק אם עשה זה לשליח או לאחר פשיטא דהשליח נאמן דמה לו לשקר ולמה ישקר לומר דעשאו שליח וגם למה נתנו לו השליח האחר ולמה נחזיק ריעותא ובפרט דאיכא רגלים לדבר דהרי בפנ"ח ולאיזה צורך היה בעת הכתיבה והחתימה וע"כ דצריך להיות שליח ושפיר מתוך שנאמן על בפנ"ח נאמן על השליחות אבל טענת פקדון דאינו מכחיש ענין השליחות רק שהיה שליח לפקדון דהיינו אם יתרצה הבעל לגרש יאמר לו שיתנו לה וא"כ מה"ת לא נאמין להבעל ולפ"ז לענין נפל ומצאתי' זה מכחיש כל ענין השליחות ומה שאומר בפנ"ח זה אינו נאמן הבעל דאקדומי פורענותא לא מקדים אינש לנפשי' וע"כ שעשהו שליח דאל"כ מה לו ולעת כתיבת הגט וחתימתו וז"ב לדעתי ומיושבים כל קושיות הפ"י והתומים כנלפענ"ד בהעברה בעלמא כי לא עיינתי בהסוגיא רק בהשקפה בעלמא

יב והנה אירע בטארניפאל שאחד גירש אשתו ע"י שליח ונתאחר הגט מלתתו ואחר איזה שבועות נתן הגט ע"י השליח וערערו על הגט משני טעמים אחד דלכתחלה יש להחמיר מלתת ע"י שליח כמ"ש סי' קכ"ז ס"ה וגם משום שבאותו עיר שיש המגרש והמתגרשת ל"מ ע"י שליח כמבואר בסי' קמ"א סנ"ה בהג"ה והרב מוה' בצאל גינצבורג הוא היה המסדר וכתב להכשיר. והנה מלתא מני אזדא וזכורני שכתבתי באיזה מקום ולא ידעתי מקומו גם מכתבו ותורף המעשה והטעמים שלו לא ידעתי כעת רק כעת בנו של ר' בצלאל הנ"ל בא אלי ושאל אותי למה הגט פסול ונתתי אל לבי כי לא רציתי להשיב אך בלבי שמרתי. והנה זכורני שכתב דבסי' קמ"א סנ"ה שם מבואר דעתה שכותבין ההרשאה לא מפסל אף בעיר אחת והנה אני כתבתי בגליון הש"ע שם שמקור הדבר בשו"ת זקני מוהר"ם פדואה והגאון מוהר"י ק"פ חלק עליו ואף שהשיב לו הגאון מוהרמ"פ המעיין יראה כי כתב להתנצל ות"ח שאמר דבר לאחר מעשה ול"ד לעדים דודאי אין שום חשש אבל ההרשאה אין לסמוך כ"כ ע"ז והרי אם נאבד ההרשאה אין קפידא ולכך תקנו שלא יגרש בעיר אחת ע"י שליח וגם נראה קצת דלא הוה כריתות ממש כיון דיוכל לומר

לפקדון נתתיו רק ע"י ההרשאה הוה גיטו גט ולא מקרי כריתות אבל כשיש עדים אין לך גט כריתות גדול מזה וגם ע"י שנתן לשליח יש לפסול כמ"ש הר"ן ואף דמבואר בסי' קכ"ז בשעת הדחק יש להכשיר היינו כשנותן לשליח להתגרש אבל בנ"ד זכורני שהבעל עכב הגט בידו ולא רצה לתתו א"כ בודאי אין ליתן ע"י שליח וע"כ יש לפסול הגט והזכרתי ראשי פרקים וכשאמצא מכתב מהרב ארשום יותר בל"נ.

יג והנה בשנת תרי"ד ל"ג בעומר הגעתי בדרך למודי לסי' קמ"ב ס"א בהג"ה דאין לתנו ע"י שליח בעיר אחת ותמהני שלא הזכירו שבארחת חיים שהביא הב"י בסי' קמ"ב כתב שאינו רק זהירות ומשום דבאמת כל הטעם שנאמן לומר לפקדון נתתיו היינו משום דאם איתא דלגירושין יהיב לה לדידה הוה יהיב לה ולפ"ז בבני מחוזא דניידי דמכשר ר"ת ע"י שליח אף כששניהם בעיר א' מכל מקום אנו לא ניידי כ"כ ואף דר"ת מצריך בפ"נ אף משכונה לשכונה דהאידנא כלהו ניידי מכל מקום לא אמרה רק לחומרא ולא לקולא ע"ש א"כ אין כאן רק ספק בעלמא. אבל לפענ"ד דברי הא"ח תמוהים דמ"ש דר"ת מכשיר בבני מחוזא כיון דניידו לתת לשליח אף כשהם בעיר אחת וכמ"ש התוס' פרק התקבל אני בעניי לא מצאתי ועיין בדף ס"ז ד"ה בעל שכתבו דלר"ה באמת ל"מ ובתירוץ השני כתבו דמיירי שהבעל אומר כתבו ותנו והלך לדרכו הרי דבהיו בעיר א' ל"מ בפ"נ ומה שמצריך ר"ת לומר בפ"נ האידנא היינו משום דהאידנא כולנו ניידי ולא יהי' עדים מצויין לקיימו אבל שיהיה מותר לשליח לגרש כשהבעל והאשה בעיר א' לא מצינו ואף בבני מחוזא כל שהם בעיר א' לא הותר ודברי הא"ח צע"ג. ולפענ"ד יש להוסיף בזה עפמ"ש הב"ש סי' קמ"ב ס"ק ב' דלשיטת רבינו אביגדור דכל דטוען מזויף צריך קיום מדאורייתא שוב אינו מהראוי להיות נאמן השליח כשיבא הבעל ויערער וכתב הב"ש דדוקא אם יבא הבעל ויערער תיכף כשאמר השליח בפ"נ הוא דנאמן לא כשבא הבעל אח"כ דהוה כאילו נתקיים בפני עדים ואינו נאמן הבעל. ולפ"ז נראה לפענ"ד לפמ"ש הט"ז סי' ח"י ס"ק יו"ד לחלק בין נאבד הסכין לבין לא נאבד דבנאבד אילו היה בא אז לשאול אז היינו מתירין דאי אפשר לברר וא"כ הרי אתחזיק היתר אבל אם לא נאבד א"כ כל שהיה בא אז לשאול היינו מבררין דאף ברוב אם נוכל לברר מבררינן א"כ לא היה בחזקת היתר ע"ש ולפ"ז גם כאן כשהם בעיר אחת א"כ לא נאמן השליח לומר ששליחו היה דהא נוכל לברר הדבר ובודאי לא סמכינן על החזקה והרוב דאינו מזויף וא"כ לא אתחזיק היתר לכך כשיבא אח"כ לערער נאמן מדאורייתא ולכך שוב אין לגרש בעיר אחת ע"י שליח שהשליח אינו נאמן ואם יבא הבעל ויערער יהיה נאמן אבל כל שאינו בעיר שאז תיכף כשהשליח בא הוא נאמן שוב מחזיקין הדבר בחזקת היתר ואינו נאמן

הבעל לערער וז"ב כשמש ועיין תוס' כתובות דף כ"ו ד"ה אנן מ"ש בשם הר"י בר ברוך ולפמ"ש הט"ז יש לבאר דבריו כן ועיין ב"ש סי' קמ"א ס"ק פ' וסי' קמ"ב ס"ק ו' וס"ק ז' ולפמ"ש הדבר ברור דוקא כשאין הבעל בעיר הוא דנאמן השליח לא כשהוא בעיר אחת וכמו שעלה על דעת הב"ש בעצמו בסי' קמ"א ס"ק פ' שם ודוק היטב

יד ובשנת תרט"ו ג' נח למדתי גיטין דף י"ח ובד"ה המשליש ותמהתי מאד דהרי בדקדוק נקט הברייתא דכששולח ע"י שליח והבעל אינו בעיר אחת עם המתגרשת הוא דכשר אבל אם יהיו הבעל והאשה בעיר אחת פסול ע"י שליש ולכך נקט המשליש וצע"ג על התוס' שלא פירשו כן ומזה קצת ראיה להא"ח שאינו רק זהירות בעלמא ועיין בתוס' גיטין שם ע"ב ד"ה חיישינן ובמהרש"א שם. אחר זמן רב מצאתי מ"ש בזה והוא בחיבור שנת תר"ו שם כתבתי בזה קצת. והנה בשנת תרי"ט למדתי סימן קל"ו והנה בהך גיטא דשכ"מ שפירש הר"ן דהיה ע"י שליח שנתן לשליח הגט בע"ש לתת לאשתו והנה מבואר דאף בעיר אחת נותנין גט ע"י שליח דהא מסתמא בעיר אחת היה שהרי בשבת כד תקיף לי' עלמא אמר רבא לשליח שיקנה הבית להאשה ואם לא היו בעיר אחת היאך באו בשבת ודוחק לומר דתוך התחום היה וגם בזה כל שיכול לבא עכ"פ אין ליתן ע"י שליח מיהו יש לומר כיון דכל עיקר הטעם דיכול הבעל להכחיש ולומר לפקדון נתן לה דאל"כ למה לא נתן הגט בעצמו ולפ"ז אפשר כיון דהיה חולה לא רצה לטרוח בעצמו ונתנו ע"י שליח או דמירי שכתב הרשאה וכדעת מהר"ם פדוואה הובא ברמ"א סי' קמ"א סנ"ה בהג"ה יעו"ש ועיין ב"ש סי' קל"ו ס"ק ז' שהקשה דהו"ל מוקדם וכתב דהיה נכתב הזמן בשבת והוא תמוה דהא בש"ס אמרו דכתב גט בפניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתבא לה אלמא דרצו עוד לגרש בע"ש וא"כ שוב בודאי כתבו זמן מע"ש. ובאמת גוף קושייתו לפענ"ד ל"ק דשם אם גרשה בשבת הכל יודעין שאין כותבין גט בשבת וא"כ שוב לאו מוקדם הוא דידעו שנכתב בע"ש ולא הספיקו ליתן עד שבת והנה מ"ש רש"י דאסור לטלטל הגט דהוא מוקצה ולכאורה כיון דיחדו מע"ש פשיטא דלא הוה מוקצה בפרט לפמ"ש הב"ש דכתבו זמן הגט בשבת מיהו יש לומר כיון דאז לא ידעו אם יוכל לגרש בשבת ורבא הוא דחידש זאת דתיזול ותקני' וכו' וא"כ אין לך מוקצה מחמת איסור גדול מזה ודוק היטב והב"ש הביא שם דברי ע"ש שמיירי שהיה ע"י השליח והוא דחאו ובאמת הר"ן כתב בהדיא דהיה ע"י שליח ודוק:

סימן פב

א למופלג אחד בענין שדכנות.

ב אשר שאל מעלתו בדבר שגמר שידוך אחד ובעת התחיל לדבר הבטיח לו המחותן שכאשר יגמר הדבר יתן לו סך כך וכך יותר מהנהוג לתת בשידוך ועתה חזר בו ואינו רוצה ליתן יותר מהמגיע. הנה ש"ע לפנינו בסי' רס"ד סעיף ז' דבשדכנות אין לו אלא שכרו אעפ"י שהתנה עמו לתת לו הרבה וראיתי בקצה"ח שם שכתב דלפמ"ש בסק"ב דהיכא דחסר מעט מגלגלין עליו את הכל וכיון שעכ"פ נתבטל השדכן עכ"פ פרוטה שהי' יכול להרויח צריך לשלם לו את הכל ע"ש ולפי שלפענ"ד דבריו אינם ברורים ע"כ אמרתי להאריך בזה. הנה בסי' ק"ב על מ"ש בש"ע אם היה צייד דנותן לו כל מה שהתנה עמו ופירש הסמ"ע אף דלפי הראות לא היה מפסיד כ"כ כיון דעכ"פ אפשר שתעלה מצודתו דגים שהיה עולה לפי ערך שהבטיח לתת לו לכך צריך לתת כפי מה שפסק עמו וע"ז כתב הקצה"ח דמדברי הרא"ש נראה דאף שבודאי לא היה עולה כ"כ אפילו הכי צריך ליתן לו כששכרו שהרי כתב פרק א"נ כיון שיש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק עמו וביאר המעד"מ כוונתו כדאמרו פרק כיצד הרגל והיינו מה שאמרו משום שחרורא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל אף דהוה זה נהנה וזה לא חסר כל שחסר קצת מגלגלין עליו את הכל ה"ה כאן דהוה זה נהנה וזה חסר קצת מגלגלין עליו את הכל ע"ש שהאריך. ולפענ"ד ל"ד דשם חסר עכ"פ שחרורא דאשייתא שנתקלקל לו ע"י הנאתו של זה משא"כ כאן אינו רק מניעת הריווח ומבטל כיסו של חבירו אינו רק גרמא בעלמא ופטור ומכ"ש שלא נוסיף עי"ז לומר שמגלגלין עליו את הכל עי"ז וז"ב ועוד י"ל דכל הטעם דשחרורא דאשייתא דמגלגלין עליו את הכל הוא כמ"ש במפה"י בסוגיא שם דבאמת זה נהנה וזה לא חסר כופין על מדת סדום ולפ"ז זהו כשאינו חסר כלום אבל כל שחסר קצת מצאה הקפידא מקום לחול עליו וכופין על מדת סדום דאינו רוצה שיחסר אף קצת וכעין מ"ש בסי' שי"א לענין ספינה שטבעה דא"צ ליתן לו ספינה אחרת דמצאה הקפידא מקום לנוח ונחה ע"ש ומכ"ש בזה דמצאה הקפידא מקום דחסר קצת. ולפ"ז זהו דוקא כשהוא עשה מעצמו איזה חסרון דמי ביקש מידו שיעשה חסרון אבל כאן בצייד מה שייך לומר שמצאה הקפידא מקום וז"ב ונכון. אך לפענ"ד היה נראה דדברי הרא"ש נכונים דכיון שא"צ לבטל ממלאכתו ולעשות לו מלאכתו דחייו קודמין א"כ שפיר כתב דכל דאיכא חסרון קצת ואינו מחויב לבטל ממלאכת הצידה שלו א"כ לא שייך לומר דהוה זה נהנה וזה לא חסר דהא באמת חסר קצת וא"כ עכ"פ לא היה נתחייב לבטל ממלאכתו שוב צריך לשלם לו כל מה שנתחייב לו וכל מה שנהנה על ידו דבשלמא כשלא היה חסר א"כ יכולין לכפות על מדת סדום ומה לך בהנאתו של זה אבל כל שחסר קצת ולא היה מחויב לעשותו וא"כ שוב נתחייב בכל מה שהבטיח וזה שדייק הרא"ש שם כיון דאינו

חייב לבטל ממלאכתו וגם מ"ש בראשונה הטעם דזה הוה רק כמניעת הריווח דל"ש לאקרויי זה חסר מידי דהוה אמבטל כיסו של חבירו ג"כ לא דמי דדוקא נזקי ממונו אינו חייב אבל נזקי גופו דחייב על השבת וכמו באהדקי' באנדרונא א"כ כאן שזה הי' עסוק במלאכת הצידה וזה בטלו ממלאכתו והו"ל כמו אהדקי' באנדרונא שפיר מקרי זה חסר וכל שחסר קצת מגלגלין עליו את הכל וצדקו דברי הרא"ש ולפ"ז זה דוקא שם דבטלו ממלאכתו אבל בשדכן שהוא לא בטלו ממלאכתו והשדכן בעצמו רצה לבטל ממלאכתו בחושבו שיגמר השידוך א"כ אינו חייב רק מה שחסרו וז"ב כשמש ועיין בסי' ת"כ סי"א דאף בסגר הדלת אינו חייב רק כשהכניסו לבית וסגר עליו הדלת אבל באם היה בבית והוא סגר הדלת אינו רק גרמא ופטור ומכ"ש כאן דהשדכן הלך מעצמו וז"ב.

ג ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב מה שהקשה המהרש"ל ובשי למורא סי' א' וכבר קדמם הרשב"א בהא דאמרו בב"ק דף צ"ג בתוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה דשמואל אמר דאינו נוטל אלא פחתא ומוקי בלא נחית לאגרא ומשמע אף בנחית לאגרא וקשה כיון דפחתא וחסר קצת א"כ אף שזה לא חסר מ"מ מגלגלין עליו את הכל ולפמ"ש א"ש דכאן לא שייך לומר שמצאה הקפידא מקום לנוח דגוף הספינה לא נחסר במה שנהנה זה ורק שפחתה אבל עכ"פ הוא לא היה לו במה להקפיד ואין מגלגלין עליו את הכל וכמ"ש ויש להוסיף עוד דדוקא היכא שהנאה באה ע"י החסרון כמו בשחרורא דאשייתא דהנאתו בא לו ע"י החסרון שנתקלקל הבית משא"כ כאן דהוא מקרה מבחוץ וא"כ כל שמשלם לו פחתו סגי ואין מגלגלין עליו את הכל דהרי לא נהנה ע"י פחתו של זה וכעין מ"ש התוס' לענין תחב לו חברו דהנאתו באה לו ע"י חסרונו ע"ש. ובזה אמרתי ליישב דברי הרמ"ה שהביא הנימוק"י בפ"ב דב"ק שכתב דקי"ל כמ"ד משום שאי' ולכך אי בעל הקרקע הי' שם משתמש בתבני וציבי דלא שייך שאיה שוב חייב לשלם זה מה שהפסיד לו משום שחרורית הבית וטפי לא ומשמע דלא ס"ל דכל שחסר קצת מגלגלין עליו את הכל והדבר תמוה דהא בש"ס משני משום שחרורי דביתא ומשמע דבשביל השחרורא מגלגלין עליו את הכל וגם בסי' קנ"ג בטור משמע משם דהרמ"ה סובר דחייב לשלם כל ההקפדא יתירה והיינו משום דמגלגלין עליו את הכל והרי הרמ"ה לא ס"ל דמגלגלין עליו את הכל וכבר האריך בזה השעה"מ בהלכות גזילה פ"ג ה"ט ע"ש שהאריך. ולפמ"ש אתי שפיר דכבר כתבתי דכל הטעם דמגלגלין עליו את הכל משום דכל שחסר קצת מצאה הקפידא מקום לנוח ולא שייך לכפות על מדת סדום. ולפ"ז זהו דוקא כשיש כאן חסרון שנתכוין לחסרו בידים אבל כאן דבאמת ר"י ס"ל דביתא מתבא יתיב לי' וא"כ אין כאן חסרון ורק דאנן לא קי"ל כר"י וכל שמשתמש בתבני וציבי יעיין בעצמו מה שחסר הבית

ויתקנו א"כ ניהו דצריך לשלם לו מה שחסרו אבל במה יחול הקפידא עליו כשיצטרך לשלם לו כל מה שנהנה הא באמת זה נהנה וזה לא חסר פטור וקפידא אין כאן וכמ"ש וז"ב בטעמו של הרמ"ה. ומעתה זהו שם כל שכבר נבנה הבית אבל שם דמיירי שזה בנה בית שפיר ס"ל לר"י דהדר בו צריך לשלם לו מה שחסרו משום שחרורא דאשייתא ומגלגלין עליו את הכל ושם לא שייך לומר דלא חסרו כלל משום שאיה ומשום ביתא מיתבא יתיב דאם לא בנאו כלל בודאי לא הי' לו חסרון כלל וא"כ כל שחסרו משום שחרוריתא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל וז"ב מאד ועיין בים התלמוד ובמפרשי הים בסוגיא שם ודוק. ובזה מיושב מה שהקשה השעה"מ שם דלשיטת הרמ"ה דאין מגלגלין עליו את הכל א"כ מה פריך בב"ק דף צ"ז אלא הכא מי ניחא ליה דנכחיש עבדי' והא אכתי פטור עכ"פ מדמי המלאכה דניהו דחסרו אבל אין מגלגלין עליו את הכל. ולפמ"ש אתי שפיר דגם הרמ"ה מודה שכל שחסרו משלם לו את הכל והנה הב"ח הקשה בסי' שס"ג בהא דאמרו התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה דפטור ודוקא שלא בשעת מלאכה הא בשעת מלאכה חייב וכדאמרו בב"ק שם וכ"כ רבינו ובטוש"ע סי' שס"ג ולמה נקטו דוקא בעשה בו מלאכה הא אף אהדקי' באנדרונא סתם חייב כל שבטלו ממלאכה כמבואר סי' ת"כ סי"א וה"ה כאן הא בטלו ממלאכת רבו ועיין קצה"ח סימן שס"ג שנדחק בזה.

ד ולפענ"ד נראה דהרי באמת הא דחייב באהדקי' באנדרונא הוא משום שבת דחייב באדם אף שלא במקום נזק וא"כ כיון שכן במי עשה השבת בהעבד והעבד לא אכפת ליה במה שישב בטל ואף דגרם לרבו ביטול מלאכה הא בהי' בחדר וסגר הדלת פטור דאינו רק גורם וא"כ באמת ברבו לא עשה שום שבת רק בעבדו ולרבו גרם ביטול מלאכה ובזה פטור דדוקא בעושה שבת באדם עצמו חייב דהוה כמזיק בידים דהתורה חייבו בשבת אבל כאן לא עשה ברבו כלום ולהעבד לא אכפת לי'. ובזה יש ליישב קושית השעה"מ הנ"ל דה"פ הש"ס דכיון דלא ניחא לי' כחוש עבדי' וא"כ עשה לו נזק לרבו במה שעבד בו מלאכה בכה"ג גם הרמ"ה מודה דמגלגלין עליו את הכל דדוקא בכלים ומטלטלין דלא עשה לו נזק במה שנהנה אין מגלגלין וכאן הרי אהדקי' באנדרונא וגרם לעבד דנכחוש וחייב אף בשבת שלא במקום נזק ומכ"ש במה דאזקי' וז"ב. ובזה יש ליישב מה שהקשה הקצה"ח שם דמה פריך הש"ס ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי והאר"י א"ר התוקף בעבדו של חבירו ומשמע דאם הי' כמטלטלין ניחא והא גם אם כמטלטלין דמי ג"כ קשה דלתחייב משום שבת ולפמ"ש א"ש דלמי עשה השבת לעבד לא אכפת ליה ואם מפני שגרם ביטול מלאכה לרב הא זה אינו רק גרמי וע"ז אינו חייב משום שבת אבל

אם עבדא כמקרקעי דמי צריך לשלם כל מה שנהנה ודוק. ובלא"ה יש לומר דבאמת י"ל דמיירי כגון שדמי מלאכתו שווין יותר ממה שבטלו ממלאכת רבו וא"כ קמ"ל דמכל מקום פטור מדמי מלאכה אף שחייב בביטול מלאכתו של רבו. ובזה יש לומר לישב שיטת הרי"ף מה דהקשו עליו דלמה נקט בתוקף בעבדו שלא בשעת מלאכה הא אף בשעת מלאכה פטור דהוא ס"ל עבדא כמטלטלי דמי ולפמ"ש י"ל דעכ"פ היה חייב במה שבטלו ממלאכת רבו ולכך נקט שלא בשעת מלאכה דאז פטור מכלום ודוק היטב. הדרן לדוכתא דעכ"פ נתברר דבכה"ג בנדון דידן דהשדכן עשה מעצמו לכ"ע אין מגלגלין עליו את הכל ובאמת לפמ"ש הרשב"א והמהרש"ל ושי למורא שם דבמטלטלין ודאי אין מגלגלין עליו את הכל שהרי הם נגזלים והריוח של הגזלן א"כ בלא"ה אין מקום לכל דברי הקצה"ח. מיהו מדברי הרא"ש נראה דאף בטלטלין שייך זאת וכמ"ש בשמו ועיין בשעה"מ שם וע' ש"ך סי' שס"ג ס"ק ח' ודוק היטב בכל מ"ש. והנה מה שהקשה הקצה"ח על הרמ"ה דהביא ראיה בזה חסר וזה לא נהנה דחייב בשבת שלא במקום נזק כגון דאהדקי' באנדרונא ותמה הוא דשאני אדם דחייב משום שבת משא"כ בנזקי ממונו דלא חייבה התורה שבת. ולפענ"ד נראה דבאמת לא חייבה התורה בשבת בנזקי ממונו והיינו אותו שבת שלא במקום נזק דחייבה התורה באדם אף דלא חסרו ממון ידוע ולא הזיקו רק שבטלו ממלאכתו זה לא חייבו רק באדם אבל במה שחסרו ממון כגון חצר דקיימא לאגרא ועי"ז שדר בו לא דרו בו אחרים הר"ז חסרו ממש מה בכך שזה לא נהנה סוף כל סוף הרי זה חסרו ממון ולא פטרו רק במניעת ריווח שאינו ברור שיהיה לו ריוח ולא הוה רק גרמי משא"כ היכא שחסרו ממון ממש. ומעתה זה שלמד הרמ"ה כמו דחייבו התורה באדם שבת שלא במקום נזק והיינו שם אף שלא הזיקו וזה גלתה התורה באדם דחייב מכ"ש בנ"מ היכא דחסרו ממון וגזלו בזה פשיטא דחייב על שבתו ממון וז"ב. והנה בקצה"ח סימן של"ב הקשה על מ"ש התוס' ר"פ האומנין דף ע"ו ע"ב וקשה לר"י דלר"מ דדאין דד"ג אמאי לא יתן כפועל בטל כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום והקשה דהא הו"ל מבטל כיסו של חבירו וכתב דבאדם חייב שבת ואח"כ הביא בשם המהר"ם שבאמת תירץ כן קושית התוס' וע"ז תמה דהא באדם חייב בשבת.

ה ולפענ"ד נראה לפמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי שלו דבעדים זוממין לא שייך דיני דגרמי דמה שלא העידו וגרמו לו הנזק בשב וא"ת זה ל"ח גרמי ולפ"ז כאן שגרם להם היזק במה שבטלם ממלאכה לא חשיב דיני דגרמי והתורה שחייבה שבת שלא במקום נזק הוא במה שעשה לו היזק בידים כגון דאהדקיה באנדרונא אף דשבתו ממילא היתה מכל מקום הא עשה לו היזק משא"כ דיני דגרמי לא שייך בזה וכמ"ש הרמב"ן כנלפענ"ד

ועיין קצה"ח שם שכתב גם כן דבדיני דגרמי לא שייך שבת אבל מטעם אחר אתי עלה ומ"ש נראה עיקר לפענ"ד ודו"ק ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' ס"ב מ"ש בענין זה ובים התלמוד בסוגיא דזה נהנה וזה לא חסר ודוק. ודרך אגב אומר מה ששאלני המופלג החריף מוה' מאיר בראם ני' בהא דאמרו בב"מ דף ס"ה האי מאן דמסיק תריסר זוזי דריביתא בחברי' ואגר ליה חצר דמתגרא בעשרה ואוגרי' ניהלי' בתריסר דמפקינן מיניה תריסר וע"ז הקשה דהא באמת כיון דכ"ע לא אגרי רק בעשרה הוה לענין השתי זהובים האלו חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר והרי התוס' שם בדף ס"ד ע"ב ד"ה אבל כתבו דמדעתי' דהלוה מותר אף בריבית בכה"ג כל שלא עביד למיגר וה"ה בזה. ולפענ"ד נראה דל"ק דשם מיירי שלגביה באמת שוה תריסר לפי שיש לו תועלת באותו חצר רק שלגבי דאחריני שצריכים לתת מעות מכיסם אינו שוה כ"כ וזה נתן תריסר לפי שמשתרשי לי' שאינו נותן מעות וכמו שעינינו הרואות שלאיש שמלוה על הבית נותן יותר בעד השכירות וא"כ עכ"פ הוה חצר דקיימא לאגרא בכעין זה שירצה לדור או לעשות המסחר ורק דה"א דיוכל לומר כיון דמוציאין ממנו הריבית שוב לא משתרשי והריני כשאר כל אדם שאינו שוה רק עשרה לכך קמ"ל דחייתא דקטרא קביל וז"ב. ובזה יש להאריך במה שנחלקו הפרישה והט"ז סימן קס"ה אי גם קנה חפץ בתריסר הדין כן או לא ולפמ"ש יש לחלק ועיין מלמ"ל פ"ח ממלוה ודו"ק. והנה בהא דאמרו דהלויני ודור בחצירי דהוה ריבית קצוצה אף בלא קיימא לאגרא וקשה דא"כ הא דאמרו ר"פ איזהו נשך דלא משכחת לה נשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך והקשה המופלג החריף ושנון מוה' מרדכי מיזיש ני' דא"כ הא משכחת לה תרבית בלא נשך כגון חצר דלא קיימא לאגרא וא"כ לא נכית ליה כלום דלא חסריה וממונו נתרבה דהוא גברא דעביד למיגר ונשך בלא תרבית ג"כ משכחת לה כגון דחצר קיימא לאגרא והוא לא עביד למיגר דחסרי' ממונא ולא נהנה. והנה יפה הקשה אבל אמרתי לו כבר קדמך רב רבנן הרמב"ן והוא פירש דהרי"ף מיירי דוקא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר והביא ראיה דהרי אמרו דאין נשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך ואם איתא הא משכחת לה בכה"ג הרי מבואר קושייתך. אמנם באמת הרי"ף ודאי ס"ל דאף בכה"ג הלוני ודור בחצרי הוה ריבית קצוצה כמ"ש ב"י סי' קס"ו והרי הרב אומר כן בפי' הרמב"ם תלמידו וא"כ קשה הקושיא של הרמב"ן. אך לפענ"ד נראה דהנה מבואר בש"ע סי' שס"ג ס"ו דאף דבחצר דלא קיימא לאגרא מקרי זה נהנה וזה לא חסר אבל לכתחלה לא יוכל לכופו שידור בו דמ"מ אינו מחויב להניחו לדור בו בחנם ואני כתבתי בגליון דכן מבואר בתוס' ב"ב דף י"ב ע"ב ד"ה כגון ועיין תוס' ב"ק דף כ' ע"ב ד"ה הא אתהנית. ולפי זה נראה לפענ"ד דהדבר נכון דכיון

דקי"ל שם דאם חסרו אף דבר מעט כגון שחרורא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל ולפי זה נראה לפענ"ד דעכ"פ בכה"ג חשיב חסרו מעט דהרי עכ"פ הי' מגיע לו קצת הנאה אם הי' מפייסו איש שיניחו לדור בו ועכ"פ היה לו בזה טובת הנאה ואף למ"ד טובת הנאה אינה ממון עכ"פ כאן ודאי דמקרי ממון דבשלמא כל ט"ה שאין לו בו רק טובת הנאה כגון תרומות ומעשרות דאינו שלו רק מה שיש לו טובת הנאה לתתו לאיזה כהן זה לא מקרי רק ט"ה אבל כאן באמת אם הי' רוצה הי' יכול להשכיר החצר רק שאינו רוצה ואם כן גוף החצר באמת שלו ומה שרוצה להניחו לדור בו ודאי מקרי ט"ה והוה ממון אליבא דכ"ע ולפ"ז כיון דעכ"פ חסרו ט"ה ושוב מגלגלין עליו את הכל ואף לשיטת הרמ"ה דאף בחסרו שחרוריתא דאשייתא אין מגלגלין עליו את הכל היינו התם דלא חסרו בשעת מעשה שום דבר רק אח"כ אמרינן דא"צ לשלם לו רק מה שחסרו ולא כלו אבל כאן דזה גופא מה שמניחו לדור בעת ההיא חסר ממונא הט"ה שהי' לו בו וא"כ כל שחסרו מעט מגלגלין עליו את הכל שוב הוה ריבית גמור ושפיר יש כאן תרבית ונשך ומ"ש הרמב"ן דל"ש כאן לומר אהדרי' כי היכא דניחי עמך דהא לא לקח כלום דלא חסריה ממונא זה אינו דעכ"פ חסרו הט"ה ומגלגלין עליו את הכל ומה שדימה אותו לכהן שהלוה מעות לישראל ע"מ שכל תרומות ומעשרות יהי' שלו למ"ד טובת הנאה אינה ממון דלא מפקינן מיניה מידי ה"נ מה שדר בחצירו ל"ח מידי לפמ"ש אינו דומה דשם בתרומות ומעשרות אין לו לישראל שום ענין רק טובת הנאה וכל דטובת הנאה אינה ממון אינו שוה כלום ולא מידי חסריה אבל כאן כיון דהט"ה ממון מקרי דהא באמת יש לו ממון ממש דזה החצר הוא שלו ויכול להשכירו רק שאינו רוצה להשכיר עכ"פ טובת הנאה יש לו בו ובכה"ג חסרו ממון של טובת הנאה ומגלגלין עליו את הכל כיון דאם רצה לא הי' מניחו ומה שהניחו הוא רק בשביל שא"ל הלויני ודור בחצירי וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב מה שהקשה הרמב"ן מהא דאמר ר"י בר חמא הדרי בי ומשמע דלא הדר לאדוניהם מאומה לצאת י"ש וע"כ כיון דתוקף בעבדו של חבירו פטור לא מידי קחסרי' ולא שייך ריבית. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דכבר תקף בעבדו של חבירו א"כ לא שייך למחייבו על שהיה תקף מתחלה שאם הי' אדונים מוחים לא הי' יכול לעשות מלאכה דזה שייך אם בתחלה א"ל שיעשה מלאכה בעבדו חסרו קצת אבל כאן זה כבר תקף בעבדו וכעת הוה זה נהנה וזה לא חסר ובכה"ג ודאי לא שייך ריבית אף לצאת ידי שמים ובפרט שר"י בר חמא הי' סבר שמותר וא"כ לא שוה לו ממון כלל א"כ אף שחזר בו אבל כעת שוב הוה זה נהנה וזה לא חסר דפטור ודו"ק

ו והנה דרך אגב ארשום מ"ש בשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' ק"ו להקשות על דברת התוס' בב"ב דף ד' ע"ב ד"ה דמי קנים שהקשו דמ"ש מנטע שלא ברשות דצריך לשלם לו וידו על התחתונה ותמה המהרי"ט דגם שם יכול לומר דלא בעינא וה"ה כאן וע"ז שאל אותי החריף מוה' מרדכי מיזיש דהרי בב"ק דף כ"א מקשה דהוה זה נהנה וזה לא חסר ומשני דא"ל את גרמת לי הקפה יתירה ופירשו בתוס' שמבחוץ עשה ההיקף וא"כ לא יוכל לומר טול עציך ואבניך דהא הקיף מבחוץ שדותיו ושוב הוה ליה זה נהנה וזה לא חסר דחייב. והשבתי דעכ"פ על הקפה יתירה שפיר יכול לומר דלא בעינא וא"כ שוב לא שייך לגלגל עליו דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר דפטור כיון דהקפה יתירה יכול לומר לא בעינא ואיך יכול לגלגל עליו וצ"ע כי לא עיינתי היטב וכתבתי רק למזכרת והנה שאלני החריף מוה' מאיר בראם נ"י בהא דאמרו בב"ב דף כ"ט בסוגיא דשבבי דהני נוגעין בעדותן דאי לא אמרי הכי א"ל זילו פרעו להאי וע"ז הקשה דהא כתבו התוס' בב"ק דף כ' מה דחייב בזה נהנה וזה חסר הוא משום כל שזה דר בו אין אחרים רוצים לשכור וא"כ כאן שהמערער לא השכיר א"כ שוב למה יתחייבו לשלם לו למה לא השכיר את הבית. והנה לכאורה רציתי לומר דהרי בלא"ה יקשה כיון דלא צוה להשכיר הו"ל כגברא דלא עביד למיגר וכבר הקשה כן דו"ז בים התלמוד וכתב דצוהו לזה שישכור ביתו ושליח עשהו וא"כ שוב ל"ק דשפיר חייב מטעם זה נהנה וזה חסר. ומה שהקשה דאם נימא דנוגע מטעם קרוב ולא חשדינן להו למשקר א"כ עכ"פ זה לא עשהו שליח דהא באמת הוא של המחזיק דהרי החזיקו באמת שלש שנים וא"כ שוב הוה גברא דלא עביד למיגר דהרי באמת לא צוה להשכיר וזה לא נעשה שלוחו. גם זה ל"ק דיש לומר דזה צוהו להשכיר ולכך לא מיחה וכמ"ש בים התלמוד ושפיר מחשבי נוגעים וז"ב. והנה בהא דאמרו בערכין דף ל"א דבית ערי חומה גואל מיד וגואל כל שנים עשר חדש הרי זה כמו ריבית ואינו רבית ופירש"י משום שיחזיר לו מעותיו בתוך שנה ואינו מנכה לו כלום נמצא שנשתמש בביתו בשכר המתנת מעותיו וקשה טובא דהא כיון שעכ"פ הוא מכר לו על שנה עכ"פ לא השכיר לו ולא השתדל להשכיר שהרי לא גאלו בתוך שנה והרי מבואר בחו"מ סי' שס"ג ס"ט דאם לא הניח מי שישתדל להשכיר הבית הוה זה נהנה וזה לא חסר ופטור מלשלם וא"כ מה ריבית שייך כאן. אך נראה כיון דעכ"פ הוה כריבית ומכ"ש למה דאמרו שם בברייתא דהוה ריבית גמור והיינו ע"כ דהוה כהלואה גמורה וכן כתבתי בחידושי לטוש"ע יו"ד סי' רל"ב סי"ב דכן מבואר בתוס' ור"ן בכתובות דף מ"ה גבי שימה דהוה הלואה והבאתי שם הרבה פוסקים בזה דבית בבתי ערי חומה מקרי הלואה והארכתי שם דלא כקצה"ח סי' נ"ה וכבר השיגו בזה שארי הגאון בעל נתיבות

ומ"ש במשובב באמת שמרשב"א נראה שהוא כמכר אבל באמת מכר מצד אחד הוא שמכרו והלואה היא שהרי הלוהו אם יפדנו וכ"כ הריטב"א בגיטין דף ע"ד בהדיא ולפ"ז הרי קי"ל דאף שאמרו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר בחצר דלא קיימא לאגרא מכל מקום אם א"ל הלוני ודור בחצרי צריך להעלות לו שכר וכאן הוה כהלויני ודור בחצרי דצריך להעלות לו שכר והוה כריבית וזה ברור ואף דכאן לא אמר לו הלוני ודור בחצרי שהרי באמת יכול להיות שלא יפדה ויהיה מכר גמור ואין כאן ריבית כלל מכל מקום כל שאפשר שיהיה ריבית עכ"פ הלוהו ודר בחצירו ודאי הוה ואף בזה הרי ל"ק בב"מ דף ס"ז ע"ב אוסר מכ"ש בזה דאפשר דהוה כהלויני ודור בחצירי דלמפרע נתגלה שהוה ריבית. איברא דאכתי קשה היאך קאמר שם בברייתא דהוה ריבית גמור אלא שהתורה התירה הא באמת הוה זה נהנה וזה לא חסר שעכ"פ לא השתדל להשכירו וא"כ ניהו דמחזי כריבית אבל ריבית גמור ודאי לא הוה. אמנם יש לומר דלפי מה דמוקי לה דפליגי בצד אחד בריבית וא"כ למ"ד צד אחד בריבית אסור שוב הוה למפרע ריבית כל שפודהו ואסור בכה"ג ואף שעכ"פ לא השכיר מ"מ אם היה לו מעות הי' פודהו מיד דהי' לוקח מעות מהשכירות ורק ע"י שלא הי' לו מעות הי' דר בו הו"ל ריבית שהשתמש בשביל המתנת מעותיו. אמנם העיקר נראה כמ"ש התוס' בערכין שם דמה דאמר ריבית גמורה מדרבנן קאמר ומה שאמר אלא שהתורה התירתו היינו שהתורה גלי דבכה"ג אין כאן ריבית דאורייתא. שוב ראיתי בתוס' ב"מ דף ס"ד ע"ב ד"ה ולא ישכור בשם ר"ת דמותר להלות על בית דאין מפסיד בעל השדה או בעל החצר דבלא"ה לא יוכל להשכירו לאחרים שזה החזיק בו במשכון ואף שהתוס' דחו דאטו בשביל שהוחזק במשכון ירקבו הפירות היינו בפירות שדה אבל בדירת בית פשיטא דהוה זה נהנה וזה לא חסר ופטור וכמ"ש כנלפענ"ד ברור. הן אמת דמדברי התוס' הנ"ל סתירה גמורה למ"ש הט"ז ביו"ד סי' קי"ז דכל שהתירה התורה בפירוש לא הו"מ רבנן למסרי דא"כ היאך יכלו רבנן למיסר ריבית מדבריהם הא התורה התירה בבתי ערי חומה ומכ"ש לשיטת רש"י דבית בבתי ערי חומה הוה ריבית קצוצה ואפ"ה התירה התורה א"כ שוב כל ריבית בטל. מיהו יש לומר כיון דהתורה אסרה באמת ריבית קצוצה ע"כ חידוש היא שחדשה תורה דבית ע"ח מותר אבל אין למדין ממנו בעלמא דהתורה אסרה בהדיא וגזירת הכתוב הוא בבתי ערי חומה אבל עכ"פ ריבית דדבריהם איך אפשר דיהיה אסור ומכ"ש לפי מה דאמר רבא דצד אחד בריבית אסור ופירשו התוס' דהיינו מדרבנן ולכך בבתי ערי חומה מותר וקשה היאך אסרו חז"ל צד אחד בריבית דהרי התורה התירה בפירוש וצע"ג לדעת הט"ז ועיין בספרי הכללים שהאריכו על דברת הט"ז הנ"ל ועיין שו"ת בית יעקב ובספר באר יעקב

וביתר ספרים שהאריכו בזה וצ"ע אם העירו מדברי התוס' אלו ויש לי עוד אריכות דברים בזה ולא נפניתי כעת וברצות ד' אבאר עוד בזה בל"נ. ולולא דמסתפינא הייתי אומר דבר חדש דבבתי ערי חומה לא שייך כלל ענין רבית דהנה זה ודאי דכל ענין הריבית הוא רק בשביל שיש לו רשות לפדותו א"כ כל שפודהו וכבר השתמש בו מחשב כריבית או דהוה רבית גמור והנה מבואר ביו"ד סי' קע"ד ס"ב דמקח שנעשה בשדה סתם ולאחר שנעשה המקח אפילו שעה אחת לאחר המקח נעשה לו שטר שיחזיר לא מקרי מקח שנעשה באיסור דאינו רק חסד שנתחסד עמו הלוה שיחזור לו אבל לא בתורת תנאי והמקח הוא מקח לגמרי ע"ש ולפ"ז נראה לי ברור דבתי ערי חומה באמת מצד הדין מכר גמור הוא והרי לא היה כאן שום תנאי שיחזור לו המקח רק שהתורה ברוב חסדה צותה שיוכל המוכר לגאלו בתוך יב"ח א"כ לא עדיף מאילו עשה עמו שטר ותנאי אחר המקח דלא מקרי תנאי רק חסד ומכ"ש בזה שלא היה שום תנאי רק חסד אלקים בלבד וא"ל דשאני התם שבעת המקח לא היה שום תנאי וכאן נודע בשעת המקח שהיה על תנאי דזה אינו דאטו התורה עשתה מצד הלוה והלוקח אדרבא עשתה זאת לטובת המוכר רק שממילא בא טובה ללוקח אבל ריבית לא שייך בזה וזה דאמרו ריבית גמור הוא והיינו בעלמא אבל כאן התורה התירה והיינו שלא הי' מצד תנאי הלוקח והמוכר רק מצד חסדי הש"י ומצותיו הקדושים ואינו ענין לריבית וזה ברור ראה זה חדש הוא והש"ס לא פריך רק דבמשנה מבואר דהוה כמו ריבית בעלמא באופן זה ובברייתא מבואר דבעלמא הוה ריבית גמור אבל באמת אין כאן שום ריבית. ובזה מיושב היטב מה שהקשיתי דכיון דלא הוה מה"ת ריבית היאך יכלו החכמים לאסור והא מפורש ההיתר. ולפמ"ש אתי שפיר דבבתי ע"ח לא שייך כאן שום ריבית.

ז ובזה מיושב היטב קושית התוס' בב"מ שם דלימא דס"ל דצד אחד בריבית אסור ג"כ א"כ היאך יתפרש הך דבתי ע"ח דהתירה התורה ע"ש ולפמ"ש בבתי ע"ח לא שייך כלל ענין ריבית וכמ"ש ודו"ק היטב. והנה אעתיק כאן מ"ש בתשובה שנת תרי"א ז' אדר להרב המאוה"ג מוה' יעקב אבד"ק קאזליב נ"י על מה ששאל בדבר האיינקאמשטייער שהמלך צוה שכל מי שישכור פסעסיא עם העסקים התלויים בה היינו הראנדע והרחיים מחויב ליתן מהעסק איזה פריצענט ואם השוכר הנ"ל משכיר הרחיים לאחר מחוייב גם האחר לשלם לפי ערך הרחיים פראצענט ולא ינכה לו מה שכבר נתן השוכר הראשון וכעת אירע שבא לפניו שאחד שכר הראנדע עם הרחיים ושלם ישלם להקיר"ה בעד כל העסק אח"כ השכיר הרחיים לאחר ובעת שנתן הנתינה להמלך אמר לבעל הרחיים שיסייע לו בעד הרחיים שלו ואמר כי יתן לו והנה אח"כ בעת שבא הממונה לגבות הנתינה הנ"ל שכח

ולא תבע מבעל הרחיים בעד הרחיים שלו כהיום תובע השוכר הראנדע לבעל הרחיים שישלם לו חלקו אמר בעל הרחיים מה לי ולך אחר שלא תבעו אותי הנה מן השמים רחמו עלי ואתה בלא"ה היית מוכרח לשלם לקיר"ה בעד כל עסק כי כן משפט הקיר"ה ובאו לדון לפניו ומעלתו רוצה לזכות לבעל הראנדע מטעם שעכ"פ מגיע לו הנאה לבעל הרחיים דאם הי' רוצה הבעל הראנדע הי' אומר שלא שכר הרחיים מהפסעסיר ורוצה לדמותו למה דמבואר בחו"מ סי' קכ"ח באם הקיף אותו מד' רוחותי' ואף דשם צריך שיהיה הקפה יתירה גם כאן הי' יכול לפטור עצמו. הנה במחכ"ת לא ידעתי התחלה לדבריו דע"כ לא נחלקו רק בזה נהנה וזה לא חסר וכאן לא נהנה כלל זה השוכר במה ששלם זה בעדו כי אף אם הלה שילם כל הסך גם בעד הרחיים בכ"ז לא נפטר הבעל הרחיים לשלם בעד הרחיים כי כן משפט הקיר"ה וא"כ איפוא לא נהנה מזה ומה שלא שילם היה בעבור ששכח זה ולא מקרי נהנה ומה שהיה יכול הראנדאר להגיד שלא שכר הרחיים לא ידעתי מה עשה לו טובה הא ב"כ וב"כ היה צריך הבעל הרחיים לשלם חלקו ואם מפני שלא הגיד להממונה שזה שכר הרחיים הס שלא להזכיר כי הי' מסור גמור ומה נ"מ לזה אם ישלם זה או לא ב"כ וב"כ היה מוכרח הלה לשלם כל הנתינה וגם לא ידעתי אם היה יכול להערים כלל כי בלי ספק בהקאנטראקט שלו כתוב בפירוש מה שכר מהפסעסיר ואם היה מעלים זה לא היה בעל הרחיים משלם לו בעד הרחיים וגם לא ידעתי שעכ"פ לא הרבה לשלם עבור בעל הרחיים ומ"ש משו"ת נוב"י מהד"ב חלק חו"מ סי' כ"ד המעיין שם ימצא כי הוא לנגדו דכל שלא הרבה בשבילו ואין מגיע לו תועלת לכ"ע פטור דוק ותשכח

ח והנה בגוף קושית הגאון דו"ז בים התלמוד דאמאי יהיו נוגעין בעדותם דלא יצטרכו לשלם כלל כיון דלא הניח איש מי שישתדל להשכיר לפענ"ד נראה דהמערער יוכל לומר כיון שאני מחיתי בהמשכיר ואמרתי לו שאל ישכירו לאחרים דשלו הוא מה אכפת לי בהשוכרים אף אם ישלמו לו יצטרך הוא לשלם לו ומ"ל אם לא השכרתי מכל מקום הוא נחית אדעתא לשלם להמשכיר והמשכיר יצטרך לשלם לו א"כ שוב לא מקרי חצר דלא עביד למיגר דזה דוקא אם היה מניח החצר סתם ולא צוה לאחד שישתדל עבורו אבל כאן הוא מיחה במשכיר שהחצר שלו וכל מה שישכיר הוא הכל שלו וא"צ לעשות עוד וז"ב ול"ד למה דמבואר בסי' שס"ג ס"ט דאף ששכרו מאחד שהיה סבור שהוא שלו ונמצא דהוא של אחר דפטור אף דנחית אדעתא דשכירות לשלם לזה שסבור שהוא שלו היינו בחצר דבאמת לא קיימא לאגרא וא"כ מה בכך שזה רצה ליתן שכירות הא אי הוה ידע שא"ש והחצר לא קיימא לאגרא לא היה נותן שכר והו"ל מחילה בטעות אבל כאן

זה המערער טוען שבאמת רצה שיתנו לו שכר רק דלא היה לו צורך להשכיר או לצוות להשכיר כיון שמיחה בהמשכיר וא"כ הכל שלו וז"ב. איברא דאכתי קשה דאמאי יהיו נוגעין בעדותן והיינו משום דיצטרכו לתת להמערער אף שלא שכרו מאתו מכל מקום כיון שנתברר שזה גזלו צריכין ליתן להמערער המעות כמבואר שם ס"ט הא זהו דוקא שם שהיה המערער משתדל להשכיר והמשכיר לא הניחו וגזל ממנו בחזקה אבל כאן באמת השוכרים לא ידעו שאינו של המשכיר ואם היה באמת של זה המערער מה בכך הא למערער פטורין מלשלם דהא לא היו יודעין כלל שצוה להשכיר וא"כ אף שידעו שהוא של המשכיר כל שלא הניח מי שישתדל להשכירו פטורין ממנו. אמנם אחר העיון הדבר נכון כיון דזה המערער באמת היה רוצה להשכיר ומיחה בהמשכיר א"כ שוב נתחייבו הם לשלם דא"ל דהוה מחילה בטעות וכמ"ש ס"ט הנ"ל דזה אינו דדוקא באם החצר לא היה קיימא לאגרא ביד הבעלים רק דזה שסבר שהוא שלו השכירו א"כ אמרינן דהוה מחילה בטעות דבאמת בודאי לא היה רוצים ליתן שכר אחר שהבעלים אינם רוצים להשכיר והחצר אינו עומד להשכיר אבל כאן מה בכך שהם לא רצו לשכור מיד זה הא אם היו יודעין הבעלים היו שוכרים מהבעלים וזה המשכיר עומד במקומו ושליחותא דידה קעביד ושפיר יצטרכו לשלם ודוק היטב. והנה כבר נודע קושית בעל אהע"ז דמה מועיל דנקיטי אגר ביתא בידייהו דלמא ערומי קמערימו דיראים שמא יצטרכו לשלם שנית ולכך נקטי אגר ביתא בידייהו ויהיו כשרים להעיד ולא יצטרכו לשלם וא"ל דיש להם מיגו דפרענו לך כמ"ש התוס' ותירוץ התוס' לא שייך בזה דהא אומרים שלא פרעו ואינם מתייראים שמא יזכה המשכיר דאכתי קשה דהא השתא דתקינו היסת ל"ש מגו דצריכין לשבע וכ"כ בזה הרבה דברים וכעת נראה דהנה המהריב"ל והמהרי"ט חלק חו"מ סי' פ' האריכו בזה דנוגעים פסולים להעיד אי דוקא בהנאת ממון או אפילו בהנאה בדרך רחוקה ונפלאה לא ידעו ע"ש והארכתי בזה בתשובה אך לפענ"ד היה נראה לפמ"ש הקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ה' לחלק דיש שני מיני נגיעות יש שמעיד לעצמו בזה הנגיעה פסול מן התורה ויש שמעיד לאחר רק שהוא בשביל עצמו בזה בעי שכרו קרוב אבל כל שהוא בדרך רחוקה כשר דהו"ל רק כנוטל שכר להעיד ע"ש שהאריך. ולפ"ז לכאורה צ"ב בהא דפריך הש"ס בפשיטות דהני נוגעין בעדותן דאי לא אמרי הכי אמרי להו זילי הבו אגר ביתא להאי וקשה מה בכך הא יוכלו לקחת מהמשכיר מה שנתנו לו שכירות שגזולה היא בידו וא"כ ניהו שיצטרכו לדון עמו אבל סוף סוף יזכו בדין ואין כאן הנאת ממון רק נגיעה בדרך רחוקה ואין בו הנאת ממון וצ"ל כל דיצטרכו לשלם להמערער וכשמעידין שהוא של המערער הרי הם מעידין לעצמם שוב אף בדרך רחוקה ונפלאה פסולים ולפי

זה זהו כשאינם רוצים לשלם אבל כל דנקיטי אגר ביתא בידייהו רק שאתה חושש שערומי קמערמו א"כ עכ"פ אינם מעידים לעצמם רק שיגיע להם הנאה והוה כמעידים בשביל עצמם בזה כל שלא יגיע להם הנאת ממון כשרים וז"ב כשמש ודוק היטב. ובגוף הקושיא שהקשיתי דמה בכך שיצטרכו לשלם הא יחזרו אחר המעות שפרעו להמשכיר לכאורה רציתי לומר דלפי מה דמבואר בסי' שס"ג דאם שכרו מזה בפחות ונודע שאינו של זה המשכיר יוכל המערער לקחת שכירות משלם כפי שווי הדירה א"כ הו"ל הנאת ממון ממש אבל כ"ז אינו שוה לי דמנ"ל ששכרו בפחות שיהיה חשוב נגיעה ובזה יש ג"כ ליישב ע"ד מ"ש דהו"ל דרך רחוקה ונפלאה. אמנם בגוף הקושיא נראה לפענ"ד דבר נכון דהנה כיון שאין כאן עדים שאינו של המשכיר ואדרבא הוא יש לו חזקה של שלש שנים רק שזה המערער טוען שאולי לא דרו בלילות ובאמת אי לא טעין לא טענינן ליה למר זוטרא ועכ"פ אינו צריך להחזיר השכירות שהוא מוחזק ויאמר שכדין השכרתי שהוא שלי ניהו דגוף הקרקע יצטרך להחזיר דקרקע בחזקת בעלים הראשונים הוא אבל מעות השכירות שתפס קודם שנולד הספק בודאי לא יצטרך להחזיר ושפיר הוו נוגעים גמורים וכאן הוה תפיסה ברשות שהרי נתנו לו שכירות מקודם וגם זה טוען ברי שהוא שלו ומהני ועיין בקונטרס התפיסות לאחי הקצה"ח בכללותיו ותמצא דבזה מועיל לכ"ע ובפרט שנגד השוכרים ודאי מועיל תפיסה שהם מחוייבים לשלם שכירות או לזה או לזה ואינם מוחזקין כלל.

ט איברא דעדיין צ"ע דלכאורה לגבי המערער שקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת וא"כ הוא יכול לתבוע השכירות מהמשכיר שלו מגיע השכירות ונגדו לא הוה תפס ברשות ואחר שנולד הספק גם מבטל כיסו של חברו לא מקרי בקרקע ושכירות קרקע הרי הוא כקרקע וא"כ הוא חייב להמערער והמערער משועבד מדר"נ דגם בשכירות שייך שעבודא דר"נ וא"כ שוב אינם נוגעין דיכולים להוציא מהמשכיר מכח שעבודא דר"נ אך זה אם הם ישלמו להמערער ואם לא ישלמו מה שעבודא דר"נ שייך בזה והמערער טוען שהם ישלמו והרי גזל ובא אחר וגזל ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואם כן יצטרכו הם לשלם. ומעתה שפיר משני הש"ס כגון דנקיטו אגר ביתא בידייהו ואמרו למאן נתבי' דאז שוב לא הוו נוגעים דמה בכך שישלמו להמערער הא שוב יהיה המערער משועבד מדר"נ וא"כ שוב יוכלו לתפוס לעצמם דהרי המערער יוכל לתבוע המשכיר ואז יצטרך להשיב להם מכח שעבודא דר"נ וכמו שכתבתי. ובזה מיושב היטב לשון הש"ס מי לא עסקינן דנקוטי אגר ביתא בידיהו ולכאורה מה פשיטות הוא שלא שלמו בזמנם

השכירות להמשכיר ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דכבר שלמו להמשכיר מ"מ הם יוכלו להשתלם מהמשכיר מדר"נ ודוק היטב כי הוא חריף ועמוק.

י ולפענ"ד נראה עוד להוסיף דכאן שהעדים השוכרים לא יוכלו להוציא מיד המשכיר והמערער יוכל להוציא מהם אז כופין למערער שיוציא ויחזיר להשוכרים דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר ושוב שייך שעבודא דר"נ ודוק ועיין בנימוק"י בב"ב שהרגיש ג"כ בזה דהא המשכיר יצטרך להחזיר וכתב דלא ניחא להו למיקם בדינא ודיינא ות"ל שאני הרגשתי בזה בעצמי ועיין בש"ע סי' ק"מ ס"י באם אין המערער לפנינו דמותר לו להעיד ועיין בב"ח מ"ש דהוא כמו שמא יתעשר דל"מ נוגע בעדות ובט"ז הקשה מלוקח ראשון ולפמ"ש דכל שאינו מעיד לעצמו רק בשביל עצמו ל"ח א"כ כעת אינו מעיד לעצמו רק בשביל עצמו וכשר אלא דגם בלוקח ראשון קשה לפ"ז וצ"ל דבאמת שם הנגיעה קרובה ובכה"ג עכ"פ פסול מדרבנן וכאן שאין לפנינו מערער שוב ל"ח ועיין קצה"ח סי' שס"ג מה שהשיג על שלטי הגבורים ובאמת שגוף סברת הש"ג אינו מובן דהא עכ"פ הוא לא הניח למי שישכיר והא דהדר אצל ראובן ונמצא של שמעון דצריך להעלות שכר היינו בהניח מי שישתדל להשכירו ודוק

יא והנה שנת תרי"ג למדתי הסוגיא דחזקת הבתים הנ"ל ואמרתי לרשום מה שעלתה בדעתי בזה והנה בקושית דו"ז הגאון ז"ל דהיאך יתחייבו לשלם הא לא הניח איש שישכיר והו"ל זה נהנה וזה לא חסר. הנה לכאורה רציתי לומר דכאן מקרי חסר דהרי ע"י שדרו שלש שנים יש לזה חזקה שהבית שלו וא"כ שוב אין לך זה חסר גדולה יותר מזו דהרי המערער חסר עי"ז כל הבית וא"כ שוב צריכין לשלם לו השכירות אמנם זה אינו דאם לא העידו שהיה דר בו ג' שנים שוב לא היה לו חזקה להמשכיר והיה המערער לא חסר כלל ומלבד זאת השוכרים מה עשו לו חסרון והם חשבו שהוא של המשכיר ושכרו מאתו. אך נראה דהנה באמת הנמוק"י כתב בב"ק כ"א בהא דאמרו דחשיב זה נהנה וזה לא חסר דהא חסרו עכ"פ שחרוריתא דאשייתא וא"כ שוב מגלגלין עליו את הכל וכתב דנגד השחרוריתא שוב שייך משום שאיה ועולה הנאת השאיה נגד החסרון שחרוריתא ואם כן שוב הו"ל זה נהנה וזה לא חסר ולפ"ז כיון שהעידו שדרו בו ביממא ובלילא א"כ שוב על מה שהעידו על הלילות שוב חייבים לשלם דא"ל דהו"ל חצר דלא קיימא לאגרא דזה אינו דהרי עכ"פ חסרו מעט משום שחרוריתא דביתא דנשחר בלילה ולא שייך לומר דנגד זה שייך שאייה דזה אינו דהרי כיון דביממא הוו דרו א"כ שוב לא שייך שאייה וא"כ שוב חייבים על הלילות והו"ל נוגעים בעדותם וא"ל דאם לא היו מעידים על הלילות שוב לא חסרו שחרוריתא בלילות וא"כ שוב אינם נוגעין בעדותם

דזה אינו דכל דעכ"פ דרו ביום לא שייך שאייה א"כ מה שדרו שלשה שנים ביום הוו נוגעים דאף אם לא היו דרים רצופים שלשה שנים ביום ג"כ לא היה שייך שאייה וחסרו לו שחרוריתא וא"כ זה לא הוה זה נהנה וזה לא חסר ושוב הוו נוגעים במה שמעידים שדרו בו יום ולילה. ובמה שהקשה באהע"ז בהא דאמרו דנקיטי אגר ביתא ואמרו למאן ניתבי' דדלמא ערומי קא מערמו וכבר פרעו להמשכיר רק שחוששין שלא יהיו נוגעין בעדותם ע"כ אומרים שלא שלמו לפענ"ד נראה דלא שייך ערומי קא מערמו דהא באמת אם לא יאמרו למאן ניתבי' א"כ היו יכולים לטעון על המשכיר אנן אגרינן מינך בטעות שחשבנו שאתה המשכיר באמת ובאמת הוא של המערער ואף שפרענו לך בטעות אינו מועיל כמבואר בסי' שס"ג ס"ט אבל אם לא פרעו ונקיטי בידם ואמרו למאן נתבי' אם כן גלו דעתם שרצונם לתת למי שיהיה השכר שלו ושוב חייבים אף דהוא חצר דלא קיימא לאגרא ודוק היטב. מיהו בפשיטות יש ליישב קושית דו"ז הגאון ז"ל דיש לומר דהעדים טוענים ששלמו כעת לאחר שכבר שמעו שזה מערער וא"כ לא שייך מחילה בטעות שלא היה להם לפרוע כעת להמשכיר כיון שכבר שמעו שזה מערער וא"כ שפיר הוו נוגעים בעדותם דכעת באמת יאמרו הב"ד לשלם להמערער דל"ש מחילה בטעות דלא הי' להם לשלם להמשכיר וע"ז שפיר משני דנקיטי אגר ביתא בידייהו ול"ש ערומי קמערמו דאם רוצים להערים מי ביקש מידם לומר ששלמו כעת והי' אומרים ששלמו כבר ואז הי' מחילה בטעות ודוק. מיהו יש לעיין דניהו אם שלמו כעת לא הוה מחילה בטעות היינו לגבי המשכיר אבל לגבי המערער יש להם טענה דלגבך הוה זה נהנה וזה לא חסר דאתה לא השכרת ולא העמדת שליח להשכיר. אך נראה כיון דהם עכ"פ שלמו להמשכיר לא שייך זה נהנה וזה לא חסר כיון דהם לא נהנו בחנם דבשלמא כשזה שנהנה אינו רוצה לשלם אמרינן זה נהנה וזה לא חסר כופין דמה איכפת לך במה שזה נהנה אבל אם זה שנהנה באמת שלם ולא נהנה בחנם א"כ שפיר טענינן כיון דאתה גלית אדעתך דרצית לשלם ולא להנות בחנם א"כ למה תשלם לאיש זר והלא מוטב שתשלם למי שהבית שלו ותקח מהמשכיר בחזרה הבית כיון דעכ"פ הוא בגזילה ואף דשלמת לו מכל מקום לא רצית לשלם למי שאין הבית שלו רק אם יתברר שהוא שלו ואם לא תחזור ומ"מ מחילה בטעות לא הוה כיון דכבר שמעת מהמערער לא הי' לך לפרוע עד שיתברר הדבר וז"ב ודוק היטב כי הדברים שמחים. והנה בהך דאמרו דנקיטו אגר ביתא קשה דכיון דדר שלשה שנים א"כ הרי שכירות משתלמת בסוף שנה וא"כ עכ"פ השכירות שלשת שנים הראשונים מסתמא פרעו מקודם ואיך נאמנים נגד החזקה דמסתמא פרעו שנה בשנה וצ"ל דהם אומרים שמתחלה שכרו שלא ישלמו רק לאחר שלשה שנים ודוק. והנה

בטעם דזה נהנה וזה לא חסר דפטור וכופין נראה לפענ"ד דהוא כמו בפחות משו"פ אינו גזילה בישראל אף דזה נהנה מכל מקום כל דהוא פחות משו"פ דישראל מחיל מקרי לא חסר דחסרון הוא דוקא בשווי פרוטה ומזה נשמע דזה נהנה וזה לא חסר פטור. וזה לפענ"ד הטעם דמגלגלין עליו את הכל כל שחסר מעט משום דכל שחסר קצת שוב זה צריך לשלם מה שנהנה דהא לא מחל לו ושוב צריך לשלם כל מה שנהנה ממון חבירו. ובזה יש ליישב דברי התוס' בכתובות דף למ"ד ד"ה לא צריכא שכתבו אף דזה נהנה וזה לא חסר פטור מכל מקום כיון דשוין כ"ש חייב והביאו ראיה ממגלגלין עליו את הכל והמהרש"א תמה דשם החסרון פרוטה וכאן אינו שוה פרוטה ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דעכ"פ זה נחסר פרוטה אף שכעת אינו שו"פ מכל מקום ונתחייב בכל הפרוטה ודוק היטב:

סימן פג

א להרבני המופלג וכו' מוה' פישל מק' טורקא.

ב מה ששאל בהא דפריך הש"ס בנדרים דף ס' הא קמ"ל אפילו בדבר שאין זרעו כלה והתנן הטבל מותר גידוליו בדבר שזרעו כלה אבל בדבר שאין זרעו כלה אף גידולי גידוליו אסורין ע"ש ומה קושיא הא שאני טבל דהו"ל דבר שיש לו מתירין ולכך אסור וכדאמרו בדף נ"ח דלכך בנדרים אסור גידולי גידולין משום דהו"ל דשיל"מ. הנה יפה שאל והנראה בזה דהרא"ש כתב בפירושו דכיון דאף בטבל שגידוליו מותרין בדבר שזרעו כלה ואפ"ה כל שאין זרעו כלה אסור אף גידולי גידולין מכ"ש בתרומה דגודוליו אסורים דמהראוי לאסור אף גידולי גידולין וא"כ יש לומר דאף דטבל הו"ל דשיל"מ ולכך אסור בדבר שאין זרעו כלה מכל מקום בתרומה ודאי מהראוי לאסור כיון דגידוליו אסורין ה"ה הגידולי גידולין דמ"ש זה מזה ועיין בהראב"ד פי"א מתרומות הלכה כ"א שהשיג על רבינו בזה וכקושית התוס' לפירוש הרא"ש ואף שדברי הרמב"ם נכונים שהם כפי העולה מהש"ס כאן ועיין בכ"מ שם מכל מקום הסברא נכונה מיהו אכתי יש לעיין דמה קושיא הא כיון דגידולי תרומה אינן אסורין אלא משום גזירה א"כ יש לומר דבגידולי גידולין לא גזרו ושאני טבל דהו"ל דשיל"מ ולכך אסור באין זרעו כלה דעכ"פ יש עוד ממשות לאיסור משא"כ בתרומה וכמו בקונמות ועוד דהו"ל להביא מהמשנה דנדרים דאסור גידולי גידולין משום דהו"ל דשיל"מ ולמה פריך מטבל דוקא אך באמת נראה דבאמת צריך להבין אמאי יהיה בטבל מותר הגידולין בדבר שזרעו כלה הא הו"ל זה וזה גורם ובדשיל"מ אף זוז"ג אסור כדאמרו בפסחים דף כ"ז לענין אבוקה כנגדו בהקדש לא בטל אף באלף ואף דהתוס' הקשו שם דמה חומרא היא זו הא הו"ל דבר שיל"מ

באמת לק"מ דבאמת משום דלא בטל והו"ל דבר שיל"מ לכך לא שייך בזה זוז"ג דמטעם ביטול הוא וכמ"ש הר"ן בע"ז פ"ג באורך ומצאתי להראב"ד פ"ה מנדרים שהקשה לענין נדרים דאמאי יהיה אסור הגידולים בדבר שזרעו כלה הא הו"ל זוז"ג והכ"מ כתב שם דנדרים שאני לפי שקונמות הוו כהקדש ובתרומה משום דהוה דבר שיל"מ הרי בהדיא דכל דהוה דבר שיל"מ לא שייך זוז"ג ואף דדברי הכ"מ תמוהין דאמאי לא תירץ לענין נדרים ג"כ דהו"ל דבר שיל"מ וכדאמרו בנדרים ולפמ"ש הלח"מ שם משמע דגם לענין נדרים תירץ כן הכ"מ אבל בדברי הכ"מ אינו מבואר כן והיא תמוה מאד דאזיל בתר איפכא דבנדרים דהוה דבר שיל"מ נדחק בתירוץ אחר ובתרומה באמת לא הוה דשיל"מ כדאמרו בנדרים שם וכבר תמה הלח"מ שם וגוף הקושיא מתרומה אינה קושיא כלל דשאני תרומה דגזרו שלא ישהה. שוב ראיתי שבהלכה י"ד כתב הכ"מ דברים אלו על נדרים דהו"ל דשיל"מ וכן מבואר בהדיא ביו"ד סי' קמ"ב בשם הרמ"ה דבע"ז אף זוז"ג אסור דל"ש ביטול בע"ז ועמג"א סי' תמ"ה וכבר הארכתי בחידושי ליו"ד סי' רט"ז באורך על דברת הכ"מ אלו ד' יזכני להוציאו לאור עכ"פ קשה על טבל דהו"ל דבר שיל"מ אמאי יהיה מותר וראיתי בתוי"ט בנדרים פ"ז משנה ו' שהביא דברי הכ"מ אלו ומקשה על טבל כמ"ש וכתב כיון דאמרו בירושלמי דטבל רובו חולין ודבר שיל"מ חומרא דרבנן והואיל ומעיקרא קודם שנזרע הרי רובו חולין לא גזרו בו ע"ש. ומעתה מיושב קושיא הלז דשפיר פריך מטבל ולא שייך לומר דהו"ל דשיל"מ דהרי בגידולין לא גזרו ולא מקרי דבר שיל"מ וז"ב ופשוט. שוב ראיתי בתוס' יו"ט פ"ט מתרומות משנה ו' שכתב הטעם בטבל דאסור גידולי גידולין בדבר שאין זרעו כלה משום דהו"ל דבר שיל"מ והוא תמוה דא"כ גם בדבר שזרעו כלה יהיה אסור ול"מ זוז"ג בדבר שיל"מ וכמ"ש התוי"ט בעצמו וע"כ דבגדולין לא החמירו שיהיה דבר שיל"מ. ובלא"ה א"א לומר דמטבל יהיה מקרי דבר שיל"מ שהרי גרן רביעי מותר אף בטבל כמ"ש בירושלמי וכן פסק הרמב"ם פ"י ממעשר הלכה ו' ואם נימא דהו"ל דבר שיל"מ א"כ אף גרן רביעי עכ"פ משהו יש בדבר שאין זרעו כלה וע"כ דלא מקרי דבר שיש לו מתירין רק דבטבל החמירו בשביל תרומה דאית ביה כמ"ש הרמב"ם שם ולכך הקלו בגרן ד' עכ"פ הרי שאסרו עד שם. ובאמת בראשית ההשקפה תמהתי דאמאי לא מוקי בנדרים דף ס' בגורן ד' דמותר אף בדבר שאין זרעו כלה ומצאתי בקרבן עדה בירושלמי שם על המשנה הלז שהרגיש בזה עכ"פ דברי התוי"ט במס' תרומות הנ"ל תמוהין ומצאתי בקרבן עדה פ"ו מנדרים הלכה ו' שהרגיש ג"כ על התוי"ט מדברי הש"ס הנ"ל וכמו שהקשה מעלתו ואני תמה שלא די שדבריו סותרין דברי הש"ס אף גם שסותר דברי עצמו בנדרים הנ"ל וצ"ע ודוק

ג והנה הר"ן כתב דלכך בקונם אסור בחילופיהן ובגידוליהן משום דהו"ל כהקדש וראיתי בפני משה שהקשה הא משנה מפורשת בפ"ט דתרומות משנה ד' דגידולי הקדש ומעשר שני חולין ופודה אותם בזמן זרעם ואף דלא פדה אותם הרי הגידולין חולין כמ"ש הרמב"ם בפ"ב ממעילה הי"א ואף בדבר שאין זרעו כלה וכאן בקונם אסור אף בזרעו כלה ע"ש שהניח בקושיא. ואני אומר דאין מקום לקושייתו דהנה בהקדש ודאי דלא שייך דבר שיל"מ במקום שכבר בא ליד הקדש והן פירות הקדש וליתא בשאלה אבל בקונם דאיתא בשאלה דמי להקדש דאסור כל דאיתא בשאלה אבל ז"א דהא הקדש מקרי דבר שיל"מ דהא יוכל לפדות כמבואר בנדרים דף נ"ח דהקדש מקרי דבר שיל"מ דיכול לפדותו וגם במעשר שני באמת הו"ל דשיל"מ כל שמכניסו במקום שיכול לפדותו. וראיתי בהלכות מעשר שני פ"ו הט"ו דהרמב"ם מחלק באמת במעשר שני דאין הגידולים מותרים אם זרעו לאחר שנכנס לירושלים ועיין בכ"מ שרבינו הוציא כן מדברי הירושלמי ולפ"ז צ"ל דבהקדש לא שייך לאסור הגידולים דניהו דבאו מכח ההקדש דלא עדיפי מולדות קדשים דאיכא פלוגתא אם במעי אמן הן קדושים או בהווייתן הם קדושים ומכ"ש בזה דהזרע שנזרע נפסד בקרקע ומזה נצמח פירות אחרות וההפסד קודם להויה א"כ מה בכך שנצמח מכח ההקדש הא ההקדש כלה ונפסד והפירות אינם באים רק מכח הקדש שכבר נפסד ועיין בחולין דף נ"ח ובתמורה דף ל"א אימת קא גדלה לכי מסרחא וכו' וה"ה בזה והא דפודה בזמן זרעם היינו דקא מפסיד להקדש גוף הפירות אבל הגידולין לא שייך לאסור כלל ואף במקום שאין זרעו כלה עכ"פ נכלה ונפסד בארץ ופקע קדושתו ובשלמא בקונם דאסור במשהו דקונמות הוה כקדושת הגוף ולא שייך דפקע קדושתן והו"ל דשיל"מ דאסור משא"כ בהקדש דפקע קדושתו דכלה ונפסד וז"ב כשמש ובמעשר שני כל שצריך לפדותו מקרי דבר שיל"מ ומה בכך שנפסד בכ"ז לא פקע פדיית מע"ש.

ד אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דמע"ש דמקרי דשיל"מ כשנכנס לירושלים וכמ"ש בשם הרמב"ם פ"ו ממעשר שני הט"ו וקשה לפמ"ש הר"ש פ"ב דמעשר שני דתבלין של מעשר שני שנפלו בחולין לא יאכל בגבולין דל"מ פדיון לדבר שאינו בעין וא"כ כיון שנזרע ונפסד א"כ אף בדבר שאין זרעו כלה עכ"פ אינו בעין ולא שייך פדיון ושוב לא הו"ל דבר שיל"מ והיא קושיא נפלאה.

ה והנראה בזה דבאמת במעשר שני יש שתי עניני דבר שיל"מ אם בפדייה או באכלו בירושלים בטהרה וא"כ עכ"פ לאכלו בטהרה הו"ל דבר שיל"מ ולכך כל שנכנס לירושלים שפיר הו"ל דבר שיש לו מתירין. איברא דלפ"ז כל שלא נכנס לירושלים שוב לא מקרי דבר שיש לו מתירין דא"י לפדותו וגם להכניסו לירושלים לא שייך בדבר שאינו

בעין ורק כל שכבר נכנס שוב אסור להוציאו מירושלים אף שנזרע דלא בטל ברוב. ולזה נראה לי לפרש דברי הירושלמי שהביא הכ"מ שם דמשני דהא דתנן גידוליהן אסורין איסור מחיצה והא דתנן גידוליהן מותרין היתר זרות והכ"מ פירש דהיינו קודם שנכנס ולאחר שנכנס אבל אינו מובן הלשון איסור מחיצה והיתר זרות ולפמ"ש אתי שפיר דמצד שנתערב בחולין יש היתר לאכלם ול"ה דבר שיל"מ דא"צ לפדותם ולא להעלותם אבל כל שנכנסו שוב קלטו המחיצות ואסור וז"ב ודו"ק. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי לבאר מה שראיתי בזה דבר זר בספר שמלת בנימן שנדפס מחדש לחכם אחרון על הלכות נדרים שהביא קושית הפני משה הנ"ל בריש סי' רט"ז שם וכתב כיון דאמרו בירושלמי דפודה אותם בזמן זרעם שוב לא בעי יותר דאף דדבר שיל"מ לא בטל היינו משום שאפשר בתקנה אבל לא שההיתר נהפך להיות איסור וע"כ תמה על הירושלמי דאמר פרק הנודר מן המבושל ה"ד דאמר ודא מתניתין עביד להון כדבר שאל"מ ומה קושיא הא פודה אותן בשעת זרען ע"ש וכל דבריו אינן אלא תימה דמ"ש דבירושלמי מבואר דפודה אותן בשעת זרען היא משנה מפורשת בתרומות שם ודבריו שלא בהשגחה אבל קושית הפ"מ הי' דאף בלא פדה הגידולין חולין וא"כ שוב הוה דבר שיל"מ דאדרבא כל שיכול לפדותן ולא פדה הו"ל דבר שיל"מ ומה"ט חשיב לי' בש"ס דילן בנדרים דף נ"ח להקדש דבר שיל"מ משום שיכול לפדותו. ומה שהקשה מהירושלמי באמת הפ"מ מפרש שם דעיקר הקושיא דהקדש הו"ל דבר שיל"מ דיכול לשאל והירושלמי משמע לי' דמיירי בסתם אף בדבר שלא מסרו ליד הגזבר דלא כמ"ש לעיל וא"כ יפה הקשה הירושלמי ודברי הש"ב שגגה הם. גם מה שנסתפק שם אם בנודר ע"ד הרבים שאין לו התרה אם מקרי דבר שיל"מ כיון דאין לו התרה והביא מדברי הרמב"ם פ"ו ממעשר שני דבנפלו מחיצות לא מקרי דבר שיל"מ וה"ה בזה כל שאין לו התרה הוה דבר שאל"מ ע"ש ול"ד לפענ"ד כי אוכלא לדנא דשם אין לו תקנה בשום אופן לא מקרי דבר שיש ל"מ ועיין ב"מ דף נ"ג אבל כאן באמת אם הרבים מתחרטים הא יש לו תקנה אף לדבר הרשות כמבואר סימן רכ"ח ועכ"פ לדבר מצוה לכ"ע יש לו היתר וא"כ עכ"פ משכחת לה שיש לו היתר. ובלא"ה נראה לפענ"ד דבאמת הא דאין לו התרה בנודר ע"ד רבים הוא משום דרבים אין מתחרטים בשוה וא"כ בודאי דאינו רק מדרבנן ול"מ לשיטת המבי"ט דמה"ת א"צ חרטה ודאי דיש לו התרה ואף אם נימא דלא כמבי"ט עכ"פ זהו ודאי דאינו רק חשש דרבנן א"כ כל דמדאורייתא יש לו היתר לא גרע מחמץ בפסח דאף דקנסא קניס כתב הר"ן בפ"ב דפסחים דבשביל איסור דרבנן לא עקר שם דבר שיל"מ מדאורייתא וה"ה בזה משא"כ שם דנפלו מחיצות דא"י להחזירו לירושלים ואינו נאכל שם בלי מחיצות. ובזה

יש לפרש דברי הסוגיא בב"מ גבי מחיצה לקלוט ואינו כעת לפני ועכ"פ דבריו תמוהין בודאי ועיין פר"ח סי' ק"ב ס"ק ה' ובשעה"מ פט"ו ממאכלות אסורות ה"ד באורך בזה ויש כאן מקום לפלפל ולהאריך ואין הזמן מסכים כעת. והנה אף שטרחתי ליישב קושית הפ"מ על הר"ן וכתבתי דבהקדש לא שייך איסור הגידולים דכבר נפסדו ופקעה קדושתן עדיין צ"ב דמכל מקום יש בו תערובות מהזרע שנזרע וניהו דאח"כ נפסד אבל הרי יש בהצמיחה כח הזריעה והקדש הו"ל דבר שיל"מ דיכול לשאל עליו וצריך לומר דבאמת מיירי כשמסרו ליד הגזבר דא"י לשאול וא"כ לא נשאר רק מה שהיה יכול לפדותו וכל שנפסד שוב א"י לפדותו דבשלמא שאלה יכול לתשול אף דאינו בעין אבל פדיה א"י אח"כ כמ"ש הר"ש וא"כ שוב לא מקרי דבר שיל"מ כעת ובשאלה ליתא דמסרה ליד גזבר. ובזה אתי שפיר הא דכתב הר"ן בהדיא דבהקדש גידוליו וחליפיו אסור והיינו בלא מסר ליד הגזבר דיכול לשאל עליו אבל כל שנמסר ליד גזבר ליתא בשאלה וליתא בפדיה לאחר שנזרע ולא מקרי דבר שיל"מ כנלפענ"ד לחומר הקושיא. שוב ראיתי בר"ן בנדרים דף נ"ט ע"א ד"ה תרומה שכתב דהא דמני הקדש בכלל דבר שיל"מ הוא דוקא בהקדש בדק הבית דע"כ לפדייה קאי וא"כ לפ"ז מצינו דיש חילוק בין הקדש בדק הבית לגוף דבקדושת הגוף לא הוה דבר שיל"מ ואם כן שוב דברי הר"ן והרא"ש נכונים דמ"ש בגידולי הקדש דהן חולין מיירי בהקדש הגוף כמו פירות ביכורים וכדומה דהם קדושת הגוף שוב לא הוה דבר שיל"מ והר"ן דמדמה קונמות להקדש מיירי בהקדש בדק הבית דומיא דקונמות דמשום דמצוה לאתשולי הו"ל דבר שיל"מ וז"ב ופשוט. והנה התוס' בע"ז דף מ"ט כתבו לחלק דלכך בערלה יש לאסור הגידולים וגידולי טבל ומע"ש הן חולין משום דערלה שאסור בהנאה יש לאסור הגידולין דעכ"פ נהנה מהערלה אבל באיסור אכילה אין לאסור הגידולין שאינו אוכל האיסור עצמו. וביאור הדברים נראה לפענ"ד דבאמת גידולים הו"ל זוז"ג וכמ"ש בנדרים שם ולכך לענין הנאה מכל מקום נהנה מהאיסור דזוז"ג אבל באכילה דאינו אסור רק אותו דבר והרי הגידולים אינו אוכל אותו דבר בעצמו והרי אשתני ולא שייך לאסור דבשלמא לענין הנאה הרי עכ"פ נהנה מזה שעי"ז נצמח הדבר הלז אבל באכילה אינו אוכל אותו דבר בעצמו וז"ב בכוונתם. איברא דלפ"ז יקשה הא גם טבל אסור בהנאה של כילוי והרי הגידולין הו"ל איסור הנאה של כילוי שנכלה האיסור בהגידולים. אך נראה דהגידולין כבר נתגדלו והוא אינו נהנה במה שנכלה רק במה שגדל ממנו וכל הנאה שאינה של כילוי מותר בטבל וזו הנאה שבאה ממה שנתגדלה אף דהנאה באה ע"י מה שנכלה האיסור אבל מכל מקום זהו כשהוא נהנה ע"י שמכלהו להטבל אבל כאן זה הטבל כבר נכלה וממה שכלה לא נהנה

רק ממה שצמח מזה זה מותר וז"ב ולפ"ז נראה בדבר שאין זרעו כלה דעדיין יש באותה זרע שצמח ממה שזרע ורבה וגדל בגופו שוב אסור לאכלו שהרי עי"ז נכלה האיסור והנאה של כילוי אסור מן התורה בטבל ועיין מלמ"ל פ"ד מתרומות הח"י. ומן האמור הן נסתר מחמתו מה שראיתי בספר שמלת בנימן על יו"ד סי' רט"ז שהקשה על התויו"ט דק"ל מ"ש טבל דגידולין מותרין והא הו"ל דבר שיל"מ וע"ז כתב הוא דלא ראה דברי התוס' דכיון דטבל מותר בהנאה ל"ש לאסור הגידולין ולפמ"ש דבריו תמוהים דע"כ לא כתבו התוס' רק דהו"ל זוז"ג רק דבאיסור הנאה דעכ"פ גם זה גרם והוא אסור בהנאה והרי נהנה משא"כ בדבר שמותר באכילה לא שייך זה וזה גורם דמכל מקום אינו אוכל אותו דבר שנשתנה אבל לענין דבר שיש לו מתירין דאסרינן בשביל זה דלא בטל והרי זוז"ג אינו רק מטעם ביטול ולא שייך זוז"ג כל דהוה דבר שיל"מ ועיין בר"ן בע"ז פ"ג דהלכה זו העלה דזוז"ג מתורת ביטול קאתינן עלה וא"כ בדבר שיל"מ לא שייך זוז"ג וז"ב. ויפה הקשה התויו"ט ומה שהקשה דמ"פ הש"ס על הא דאמר דגידולי היתר מעלין את האיסור מערלה וכ"כ דלא מעלין הא שאני ערלה וכ"כ דאסור בהנאה יפה הקשה אבל לא יפה השיב דבצל דאין זרעו כלה אף במקום שאסור באכילה לבד אסור דהוה כאוכל האיסור ממש ע"ש ובמח"כ ניהו דאין זרעו כלה אבל מכל מקום כל דהגידולין רבו יש לומר דבטל ומעלין את האיסור ומידי דהוה על כל איסור שנתערב אבל לפמ"ש גם זה ל"ק דניהו דהגידולים אסור היינו במקום שזוז"ג אסור וכאן בע"ז אי לר"י דס"ל זוו"ג אסור אבל לדידן דזוז"ג מותר אין מקום לקושיתו דניהו דאסור בהנאה מכל מקום בטל דזוז"ג הו"ל ביטול ובפרט בזה שרבו גידוליו על היתר ודאי בטל ומעלין את האיסור וז"פ ודבריו שלא בהשגחה. ובגוף קושית התי"ט דטבל הו"ל דבר שיל"מ ואמאי לא יהי' גידולין אסור נראה לפענ"ד דבר נכון דבאמת כל ענין דטבל הו"ל דבר שיש לו מתירין הוא משום דאפשר להפריש ולתרום עליו ולפ"ז נראה דבגידולין לא שייך זאת דהנה בהא דאמרו בנדרים דף נ"ז ע"ב דלמא לחומרא שאני הקשה הר"ן דהא חומרא דאתיא לידי קולא היא דאם יפריש מיניה וביה דלמא מעשר מן העיקר על הגידולים והו"ל מפטור על החיוב ואם מעשר ממקום אחר הו"ל מרבה במעשרות וכתב דאם אין גידולין מעלין את העיקר שוב הו"ל גידולין כעיקר כיון דמיני' קא רבו ולפ"ז כיון דבאמת בגדולין רבו על העיקר מהראוי לומר דגידולין מעלין וכמו דבאמת טבל גידוליו מותרין א"כ שוב לא שייך דבר שיל"מ דהא אין לו מתירין דל"מ להפריש דלמא מפריש מפטור על החיוב וז"ב כשמש ובזה מיושב קושית החכם מק' טורקא דשפיר פריך והתנן הטבל גידוליו מותרין בדבר שזרעו כלה אבל דבר שאין זרעו כלה גידולי גידולים אסורים ולא שייך

לומר דשאני טבל דהו"ל דבר שיל"מ דזה אינו כיון שבדבר שזרעו כלה הגידולין מותרין ומטעם דמעלין ושוב לא שייך דבר שיל"מ דאין לו מתירין. והנה לכאורה קשה לי בהא דפלפל בש"ס אי גידולי היתר מעלין את האיסור והא הגידולין הן כקרקע ולא שייך ביטול וכדתנן בערלה פ"א מ"ו דנטיעה של ערלה ושל כה"כ שנתערבו בנטיעות אחרות הרי זה לא ילקט והובא בגיטין דף נ"ד ע"ב ופירש"י דכ"ז שהוא מחובר לא בטל והבין שארי הגאון בחוות דעת סימן ק"י ס"ק ו' משום דהו"ל קבוע ולא שייך ביטול וא"כ איך הגידולין מעלין את ההיתר וא"ל דאח"כ לכשיתלוש יהי' הגידולין מעלין את ההיתר דזה אינו דאח"כ כל שכבר נאסר הרי בא האיסור לעולם בתערובות ובכה"ג לא שייך ביטול וכמ"ש המרדכי לענין צחצוחי רוק דכל שבא בתערובות לא שייך ביטול ועיין מלמ"ל פ"א ממשכב ומושב וכאן לא שייך אידך דהמרדכי ביין בגיגית שכתב דלא שייך דבר שיל"מ כיון שבא בתערובות כמבואר באו"ח סי' ש"כ ס"ב דז"א דכאן ניכר האיסור לבדו כל עוד שלא היו גידולים וע"כ לא כתב המרדכי רק בניכר ההיתר לבדו והאיסור בא בתערובות ועיין כו"פ סי' ק"ב והיא קושיא נפלאת לפי הבנת בעל חוות דעת ובאמת שאני בתשובה אחת תמהתי עליו אבל לפי הבנתי קשה טובא. אך נראה כיון דהגידולין באו לאחר שנפסד הזריעה והגידולין רבו על העיקר ומעלהו והוה כמהפך האיסור להיתר ובכה"ג מודה המרדכי דאף שבא לעולם בתערובות מותר וכעין זה כתב הנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' נ"ד דכל שבטל בששים לא שייך דברי המרדכי משום דהביטול אינו בתורת רוב רק בתורת שאין עוד בו טעם ובתשובה הארכתי בזה לברר כדבריו כן הוא ודו"ז הגאון רמז לדבריו בספר יו"ד סי' י"ד וכתב שאין לדבריו מקום ואני בררתי דבריו ואכ"מ ולפי זה מכ"ש כאן שנהפך העיקר בגידולין ופשיטא דהגידולים מעלים את העיקר ובזה נראה לפענ"ד להבין דברי חכמים שאח"כ מחלק הש"ס אמר ר"י שניא שביעית הואיל ואיסורא ע"י קרקע בטילתה נמי ע"י קרקע ולכאורה אינו מובן החילוק ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל פלפול הש"ס היה כיון דבעת שהיה מחובר לא שייך ביטול אי אמרינן דבטל אח"כ או לא ולפי זה חידש הש"ס דבשביעית בטל גם בעודו קרקע דכיון דעיקר איסורו על ידי קרקע שפיר בטל ע"י קרקע אבל בערלה וכ"כ שאין איסורו ע"י קרקע לא שייך ביטול בקרקע ואח"כ שוב לא יכול לבטל. ובזה ניחא מה דפריך הש"ס מקונמות והרגיש הרא"ש דהו"ל לשנויי דאין איסור ע"י קרקע ולכך לא בטל ולפמ"ש אתי שפיר דכאן איסורו עכ"פ לא ע"י קרקע ולא שייך ביטול ודמי לערלה וכ"כ דלא בטל וכמ"ש ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד בהא דאמר ר"ח מאן צאית לך ולר"י רבך וכי היתר שבהן להיכן הלך והדבר תמוה דהא כיון דאמרו גידולין מעלין את העיקר א"כ מה קושיא ועיין

ר"ן מ"ש בזה ולפמ"ש אתי שפיר דכבר כתבתי דאין מהראוי שהגידולין יעלו את העיקר דלא שייך ביטול בקרקע ואח"כ לא הוכר ובא לעולם בתערובות וכאן לא שייך שאיסורו בא ע"י קרקע לכך בטל בקרקע דהרי מעשר דיגון הוא דקא גרים ליה וכדאמר לעיל ולפי זה הא כבר הבאתי לעיל דבמרדכי לענין יין שבגיגית מבואר להיפך דכל שלא הוכר האיסור בטל והבאתי מ"ש הכו"פ סי' ק"ב ועיין בנוב"י שם שכתב ג"כ לחלק בין היכא דהמבטל קנה לו הוי' לעצמו קודם שנתערב באיסור אז בטל ולא הוה אף דבר שיל"מ ולפי זה שפריך כאן והיתר שבהן להיכן הלך דכל שההיתר קדם שוב נתבטל האיסור ודוק היטב. אמנם לכאורה היה מקום לחלק דע"כ לא כתב המרדכי דבטל היין היוצא בשבת ביין שבגיגית שזב מע"ש ולא הוה דבר דשיל"מ דלא ניכר האיסור רק בדבר שיש גם בעת שנתערב האיסור מההיתר אלא שאינו ניכר לעצמו בזה שייך לומר קמא קמא בטיל אבל כאן בעת שרבו הגידולין אין כאן מעיקר כלל בדבר שזרעו כלה וא"כ איך שייך לומר דקמא קמא בטל בדבר שאין כאן כעת ההיתר כלל וכעת הוא לפנינו כלו איסור וצ"ל כיון דקושית הש"ס הוא מדבר שאין זרעו כלה כגון בצלים וא"כ בזה עדן יש בו מהעיקר אלא שאינו ניכר העיקר והגידולים וא"כ שייך לומר דקמא קמא בטיל ושפיר פריך והיתר שבה להיכן הלך ובזה נראה לפענ"ד מה דמשני ע"כ לא שמעת ליה לרשב"ג אלא היכא דלא קא טרח אבל היכא דקא טרח בטיל ברובא והוא תימה דמה נ"מ בין טרח ללא טרח ולפמ"ש אתי שפיר דכל עיקר הסברא דהיתר לא בטל הוא משום דכיון דאין זרעו כלה הרי שייך לומר קמא קמא בטיל ולפ"ז זהו בשלא טרח לבטל ההיתר אבל כאן דקא טרח לגדלו שלא יהיה ניכר ההיתר היאך שייך לומר דקמא קמא בטיל והא הוא רוצה להיפך וע"ד שחלקו בע"ז בין צרצור קטן לגדול והיינו דכל שרוצה להחשיב אותו שגדל פשיטא דבטל ברבו גידוליו על עיקרו. ובזה ניחא מה שהקשה הר"ן דלישני לעיל בבצל שנטעו בכרם ונעקר הכרם דשאני הכא דלא טרח ומ"ש דהו"מ לשנות הכי רק דל"מ לשנויי כן גבי ילדה שסבכה בזקנה כמדומה לי שכבר עמדתי בזה בחידושי למס' נדרים וא"כ היאך אמר שבקית תרין ועבדית כחד והא גם שם לא הוה רק חד דהך דבצל איכא לשנויי דלא טרח ולפמ"ש אתי שפיר קושית הר"ן דע"כ לא מחלק הש"ס בין טרח ללא טרח רק לענין דהיתר בטל באיסור משום דבאמת הגידולין רבו ונאסר אבל להתיר עי"ז לא שייך התירוץ דלחומרא ודאי אמרינן דהגידולין לא מבטלי העיקר וכמ"ש. ובזה מובן מה שמחלק הש"ס אח"כ דגבי מעשר שאני דהתורה אמרה עשר תעשר והיתירא זרעי אינשי ולא איסורא והיינו דבכה"ג ודאי לא שייך לומר דרצה לבטל האיסור דהא איסורא לא זרעי אינשי וא"כ בטלה דעתו אצל כל אדם ושפיר שייך לומר

דהיתר שבה להיכן הלך ועיין בר"ן שנדחק בזה ולפמ"ש אתי שפיר ודוק ועיין בש"ב שם שהאריך בסוגיא זו ולפי מה שכתבתי יתיישב כל ההערות. והנה מה שהקשה על הא דאר"י בצל של תרומה שנטעו ורבו גידוליו על עיקרו מותר והקשה לפמ"ש הר"ן גבי הא דקאמר שאני מעשר דאמר קרא עשר תעשר דאיסור באיסור לא בטל הא גם כאן הוה איסור באיסור ע"ש הנה לא ביאר דבריו דלמה קרי ליה איסור באיסור ובלי ספק כוון למ"ש הר"ן דלא הותר בשביל טבל רק משום תרומה בלבד אבל עדיין לא קשה דהא לענין אכילת עראי דמותר בטבל שוב הו"ל איסור בהיתר ובטיל ואולי יש לומר לפמ"ש הר"ן בטעם דהיתר בהיתר לא בטיל משום דגם כעת הם שווים במינם ובאיכות א"כ ה"ה להיפך באיסור באיסור אף דאכילת עראי מותר מכל מקום כיון דלענין קבע הו"ל איסור באיסור לא שייך ביטול דעכ"פ יותר שווים הם בעצם ובאיכות. אך נראה דלפי המסקנא דמוקי הש"ס הך דר' ינאי בגידולי גידולין וא"כ ניהו דאין מבטלין זא"ז אבל עכ"פ לא בטל מיניה שם גידולי תרומה וגידולי טבל דעכ"פ הגידולין של טבל אין להם עדיפות על גידולי תרומה ואם כן הא גידולי תרומה דהוה תרומה אינו רק מדרבנן וא"כ שוב אינו איסור באיסור דגידולי תרומה אינו איסור ממש דהא מדאורייתא חולין הוה וגידולי טבל הם איסור ושוב לא שייך לומר דאיסורין אין מבטלין זה את זה וא"כ לכך שפיר מותר בשביל תרומה. ובזה מיושב היטב הקושיא הנ"ל דפריך הש"ס מטבל וקשה שאני טבל דהו"ל דבר שיש לו מתירין ולפמ"ש אתי שפיר דהכי מקשה כיון דעכ"פ דבר שיל"מ אינו רק דרבנן א"כ שוב מהראוי שלא יבטל הגידולי תרומה דגם הוא מדרבנן ומה אולמא זה מזה ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא בביאור כל הסוגיא עמומה שכל הקדמונים נדחקו בה

ו והנה החריף מוה' יצחק שמעלקיש ני' הקשה דאמאי גידולי הקדש מותרין והא כל דאסור בהנאה גדולין אסורין והרי אסור להנות מהקדש ומועלין בו וא"כ הו"ל כערלה שכתבו התוס' בע"ז דף מ"ט דאסור בהנאה ולכך גידוליו אסורין וה"ה הקדש ולפענד"נ עפמ"ש למעלה דהטעם הוא דלכך כל שאסור בהנאה הגידוליו אסורין משום דלא גרע מזוז"ג דאסור בהנאה דלענין הנאה לא שייך זוז"ג. ולפ"ז נראה לפענ"ד לפמ"ש בחידושי הרמב"ן פרק הספינה דלכך בהקדיש בור ואח"כ נתמלא מים אין מועלין במה שבתוכן דאף דחצר דהקדש קני לה אין מעילה בזכייתה וביאור הדברים דלא מצינו מעילה רק בהקדש שהקדישו אדם אבל לא במה שמאיליו זכה בו ההקדש ולפ"ז גידולי הקדש דלא הקדישו אדם רק שבא ממילא בזה שוב אין מועלין בה ולא אסור בהנאה ולא שייך שם הקדש עלה ולכך גידוליו חולין כנלפענ"ד דבר נחמד ועדן צ"ע

ז והנה במ"ש בשבת דף י"ז דגידולי תרומה שאל אותי הרב מוה' אברהם קאמפף דאדרבא הי' לנו לומר גידולי תרומה חולין ושוב לא יזרע דהא מפסיד התרומה עי"ז שהוא זורע אותה והו"ל גידוליו חולין והרי קיי"ל דאסור לבטל תרומה ולהפסידה וכבר כתב הא"מ ח"ב בתשובה סי' ח"י דאסור לבטל תרומה בחולין בשביל זה דהו"ל מפסיד את התרומה. והשבתי דזה אינו דכיון דחשו שמא יזרע ומה"ט אמרו דיהיה תרומה והיינו דחשו דלמא לא ידע או שידע ויעבור וא"כ כל דנימא דגידולי תרומה חולין והרי אנן מבטלין התרומה ומפסידין אותה דבאמת אם יעבור ויזרע יהיה מותר ולכך עשו חז"ל תקנה שיהיו גידולי תרומה ולא נפסיד אנחנו בידים התרומה וז"ב. והנה שאלני אחד בהא דאמרן הא נמי תנינא גידולין חולין והקשה הר"ן בשם הרשב"א דאדרבא היה לו להקשות להיפך דהיאך שרי בצל של תרומה בגידולי גידולין הא דבר שאין זרעו כלה אסור אף בגידולי גידולי וע"ז שאל עלם משכיל דהא הר"ן כתב הטעם במשנה דגידולי גידולין אסור בדבר שאין זרעו כלה משום דמעורב בתוכו מן האיסור הראשון ונדרים הו"ל דבר שיל"מ וא"כ תרומה דלא מקרי דבר שיל"מ דאינו מצוה לאתשולי כדאמרו דף נ"ח שוב גידולין מותרין. ולכאורה כהוגן שאל. ולק"מ דכשם דגידולי תרומה אסורים משום גזירה דלמא משהי לה ואתו בהו לידי תקלה וא"כ כל שאין זרעו כלה אכתי ישהה לה שיהיה גידולי גידולין ויהי' מותרין כל שאין זרעו כלה אכתי ישהה לה שיהיה גידולי גידולין ויהי' מותרין ויבא לידי תקלה ושפיר מקשה הרשב"א ודו"ק היטב. והנה בהא דאבעיא בפרק העומר במנחות דף ס"ט בשבולת שהביא שליש קודם לעומר ושתלן לאחר העומר והוסיפה מהו בתר עיקר אזלינן ושריא עומר וע"ז הקשה החריף מוה' משה וואלף ני' מזוזה דלהרא"ש בסוגיא דגידולין דכתב דעיקר ודאי אינו מבטל את הגידולים מהו מבעיא לי' הא הגידולין ודאי אסורים ואסור גם העיקר דאי אפשר להבדיל ואף שרש"י כתב דהוסיפה רק משהו מ"מ הא עומר דבר שיל"מ הוא ואף במשהו לא בטל. ואני אומר דגם להר"ן קשה דכיון דעומר הוה דבר שיל"מ למה יתבטל הגידולין בעומר:

ח אמנם אחר העיון ל"ק דשם מבעיא ליה אי חייב מלקות באם אכל כזית דאי נימא דאזיל בתר הגידול ולא שרי עומר חייב מלקות או דלמא דאזיל בתר העיקר ועכ"פ לא שייך חיוב מלקות וכגון דאין בו כזית מהגידולין רק עם העיקר וז"ב ופשוט. והנה הרב מוה' אברהם קאמפף ני' הגיד לי ביום כ' אדר שני טעם דלכך בטבל גידוליו אסור משום דטבל הנאה של כילוי אסור ולכך אף דבר שזרעו כלה אסור דעכ"פ הנאה של כילוי אסור משא"כ בתרומה דלא אסור הנאה של כילוי לכך גידוליו מותר בדבר שזרעו כלה

ואני אמרתי דאף שלכאורה דבר גדול דיבר מכל מקום ז"א דניהו דהנאה של כילוי אסור היינו מאותו דבר עצמו ולא מדבר שזרעו כלה ונפסד ופ"ח בא לכאן וז"ב ודוק.

ט והנה בשנת תרי"ז היה אצלי ש"ב הרב החריף מוה' פנחס בורשטין ני' והקשה אותי בהא דמבואר בפ"ב דמס' מעשר שני משנה ג' דתלתן של מעשר שני תאכל צמחונים ופירש הרע"ב כשהן ירקות לחות ולא יניחם עד שיגדל והקשה בתוס' חדשים שם דהיאך שייך מעשר שני קודם שנגמר ונתלש וע"ז אמר הוא דהיינו תלתן של מעשר שני שנטע וע"ז שפיר חל מע"ש על הגידולים. ואני השבתי דהא גידולי מעשר שני חולין כמבואר בפ"ט מתרומות מיהו יש לומר דמיירי כשנכנסו לירושלים דבכה"ג הן מעשר וכמ"ש הרמב"ם פ"ו ממעשר שני הט"ו וע"ש בכ"מ ומה שהקשה מעלתו על הראב"ד בפ"ב ממעשר שני הי"ד ולא בעי שיטמאו מה כוון הראב"ד ולפענ"ד נראה דהראב"ד מפרש דה"א הא דסגי באכילת צמחונים ולא צריך שיהיה תבשיל בנטמאו דוקא אבל כל שלא נטמאו אסור לאכול צמחונים כ"א ע"י הבישול או עיסה וע"ז קמ"ל הירושלמי דלא בעי שיהיה טמא דוקא כנלפענ"ד ועבר"ש שם:

סימן פד

א לעלם משכיל ני'.

ב אשר שאלת לבאר לך דברי התוס' בב"ק דף כ"ז ר"פ המניח במ"ש להקשות דאמאי לא אזלינן בממון אחר הרוב הא בד"נ דחמור אזלינן בתר רוב ואף ברובא דליתא קמן כדאמרו בסנהדרין דף ס"ט וכתב וז"ל וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשוב מיעוט דידהו כמאן דליתא וליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה דהא ב"ד מפקינן מיניה אבל גבי שאר רובא דאיכא מיעוטא וחזקה לא אזלינן בתר רובא ודבריהם סתומים דלמה חשיב מיעוטא שלהם כמי שאינו וגם אכתי לא תירצו דמ"ש ברובא דליתא קמן דאזלינן בד"נ בתר רובא מכ"ש בד"מ דקילי מד"נ וכבר נתעורר בזה המהר"א ששון סי' ר"ז והניח בקושיא. והנה לא ידעתי אחרי כי דיבור תוס' הלז כבר נתקשו בה גדולי עולם ומהר"י בן חביב בסוף ספר ג"פ האריך ג"כ לבאר ובקונטרס התפיסות כלל ו' האריך לדחות דבריו מה כחי כי איחל לענות עליהם. אך אחרי אשר דפקת דלתי בית מדרשי לא אשיבך ריקם והנה האו"ת בכללי הספיקות כתב בזה דבר נפלא דשאני מיעוט דיינים דכיון שהרוב מזכים או מחייבים א"כ לגבי הרוב לא נשאר מיעוט כלל דהם אומרים שהדין כך בבירור משא"כ בשאר רוב ומיעוט דהרוב לא יכחיש שיש מיעוט בעולם נגדו ובד"מ אין הולכין אחר הרוב מה שאין כן בדיינים דלפי אותן הרוב דיינים לא נשאר מיעוט כנגדם ע"ש. והנה אם כי דברי פח"ח אבל אכתי פליאה ממני דאכתי לא יתורץ

קושית המהר"א ששון דמה יענו לקושייתם מרובא דליתא קמן דאזלינן בד"נ בתר רובא ושם ל"ש דהמיעוט כמאן דליתא. אך לפענ"ד נראה דהנה המעיין בתוס' יראה דעיקר כוונתם דבד"מ יש מיעוט וחזקה ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וכמ"ש אבל גבי רובא דאיכא מיעוטא וחזקה לא אזלינן בתר רובא והיינו דבזה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא והו"ל פלגא ופלגא ואין מוציאין ממון ולפ"ז שוב אין מקום לקושייתם מרובא דליתא קמן דבד"נ לכך אזלינן בתר רובא דלא שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה דהא לא שייך כלל חזקה דמה חזקה יש בד"נ וזכורני שראיתי בשו"ת שיבת ציון הנדפס מחדש שפלפלו על מ"ש הגאון בצל"ח דיש לאוקמא על חזקת שלא נתחייב מיתה דמה חזקה שייך בזה ופלפלו בכמה מקומות בש"ס וכעת אינו לפני אבל אף אם נחזיק דחזקה מעליא עכ"פ מה ענין לסמוך חזקה זו אצל מיעוטא עד"מ דנימא כיון דאיכא מיעוטא וצריך (חסר) קודם לשלשה חדשים והוא יש לו חזקה שלא נתחייב מיתה סמוך מיעוטא אצל חזקה הא אינם מענין אחד וכבר כתבו הקדמונים דלא אמרינן סמוך מיעוטא אצל חזקה רק היכא דשייכי להדדי וא"כ גם בד"נ היכא דאיתא רובן קמן לא שייך לדמויי לזה דבד"מ דחזקת ממון של זה והמיעוט הם מענין אחד דלא נתחייב ממון ועיין בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' ס"ג. והנה באמת גם התוס' בקושייתם היה ס"ד דשאני ד"מ מד"נ אלא שהקשו דבד"מ גופא אזלינן בתר רובא בדיינים מטעם ק"ו מד"נ וכדאמרו בהדיא בסנהדרין דף ג' ע"ב וכיון שכן גם שם יקשה דאמאי ס"ל לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הא חזינן דבד"מ אזלינן בתר הרוב דיליף בק"ו מד"נ דאזלינן בתר רובא וא"כ מ"ש שאר ד"מ ועיין בתוס' בסנהדרין שם שהקשו כן בהדיא וע"ז שפיר תירצו דשאני דיינים דמיעוט דידהו חשוב כמאן דליתא והיינו דלא שייך סמוך דהמיעוט אינו מחלק הרוב רק שעומד נגד הרוב ובכה"ג לא שייך סמוך מיעוטא לחזקה דדוקא באם המיעוט מסולק מן הרוב כמו מיעוט מפילות דמהרוב שמתעברות יש מיעוט המפילות מצרפינן לחזקה אבל המיעוט דשאינן מתעברות הוא נגד הרוב ולא מצרפינן לחזקה וכמ"ש הרשב"א בריש פרק בתרא דיבמות ובריטב"א בקידושין דף פ' באורך וה"ה כאן דהמיעוט דיינים הם נגד הרוב דיינים ואינו מסולק מהרוב א"כ הוה כמאן דליתא וא"כ שוב לא שייך להחזקה דכל דאזלינן בתר רוב הדיינים שוב לא שייך חזקה דהא ב"ד מפקינן מיניה והיינו דכל דהמיעוט כמאן דליתא שוב הרוב אלים מחזקה וא"כ לא נשאר עוד דבר משא"כ בשאר ממון דהמיעוט הוא מסולק מהרוב עד"מ רובא קונין לרדיא ומאותו הרוב הקונים יש מיעוט דהם קונים לנכסתא וא"כ יש מיעוט הקונים לנכסתא וחזקה דממונא ואתרע להרובא דזבני לרדיא וז"ב. ובזה מדוקדק מ"ש התוס' בהמניח

משאר גבי שאר רובא דממון דמשמע דקושייתם הי' מד"מ לד"מ ורק שהביאו ראיה דאזלינן בתר רובא מד"נ דאזלינן בתר רובא וכדאמרו בסנהדרין דף ג' וז"ב. ובזה יש לפרש גם דבריהם בסנהדרין שכתבו דרובא דרדיא לא חשוב רוב ולא ביארו למה. ולפמ"ש אתי שפיר דמהקונים גופא יש מיעוט דקונים לשחיטה וז"ב מאד. ובלא"ה יש לומר דהב"ד דיש להם כח להפקיר ממון והפקר ב"ד הפקר א"כ כל שהרוב דיינים אומרים זכאי או חייב א"כ הפקירו את הממון שוב לא שייך חזקה דממונא ולא ישאר רק מיעוט בלבד ומיעוט כמאן דליתא נגד הרוב. עוד יש לומר דהרי הקשו האחרונים דלמה אין הולכין בממון אחר הרוב והא הוה ספק גם לו כקושית הר"י באסאן ולא שייך לומר דהא לגבי השני הוה ג"כ ספק גזל דלהשני מסייע הרוב.

ג אך באמת לפמ"ש השיטה בב"מ דף ז' דכל רוב הוא ספק רק שהתירה התורה וא"כ בממון דלא התירה התורה שוב גם הרוב הו"ל ספק ולפ"ז זהו בשאר רוב אבל בדיינים א"כ יש לזה רוב דדיינים ושוב הו"ל השני ספק גזל וכפי הרוב של הדיינים ל"ש לספק כלל והו"ל ודאי גזל לגבי המוציא דהא הרוב מסייע לו ודוק. עוד יש לומר בכוונת התוס' בפרק המניח הנ"ל דהנה מצאתי בתה"ר דבר נפלא וחדש בטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב אף דרוב וחזקה רובא עדיף ולמה בממון חזקת ממון עדיף וכתב התה"ד סי' שמ"ט דשאני חזקת ממון דאית ביה טעמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ורובא לא מקרי ראיה ע"ש וכוונתו דהוא יכול לומר אני מן המיעוט ומה ראיה הוא מרובא דעלמא ולפ"ז זהו בכל רובא אבל אם הדיינים הם הרוב שפיר לא שייך לאוקמא בחזקת מרא דהא הרוב עדיף וכאן לא שייך לומר דשאני חזקת ממון דהמוציא מחבירו עליו הראיה ורוב לא מקרי ראיה דזה אינו דכיון דהתורה צותה ללכת אחר רוב הדיינים ונתנה התורה רשות לרוב הדיינים להוציא ממון א"כ איך שייך לומר דהמוציא מחבירו עליו הראיה ורוב לאו ראיה דהא אין לך ראיה גדול מזה דאחרי שהב"ד מוציאין ממון באמרם שהוא חייב והם יכולים להוציא ממון כפי מה שנראה להם עפ"י דין מה צריך ראיה יותר ואף אם יביא ראיה הא הראיה גופא מסור ביד ב"ד לפי ראות עיניהם שזה ראיה טובה או לא והרי כל הממע"ה למדו ברישׁ שור שנגח את הפרה מהקרא דמי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראיה אליהם והיינו להב"ד וכיון שהם בעצמם יודעים שזה חייב וכדומה לא תהא ראיית ב"ד גרוע משמיעת ראיה ולא תהא שמיעה גדולה מראיה וז"ב ודו"ק. ובזה ממילא מיושב קושית מהר"א ששון דאכתי אינו מיושב קושיתם השניה מהא דאזלינן בד"נ בתר רוב אף ברובא דליתא קמן. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שאני ד"נ דיליף לה להש"ס דאזלינן בתר רוב אבל בד"מ כיון דבעינן ראיה דהממע"ה וא"כ כיון שיש מיעוט

עכ"פ כנגדו לא מקרי ראיה ושאני ד"נ דילפינן מקרא דהתורה אזלה בתר רוב ול"צ ראיה משא"כ ד"מ דצריך ראיה ולכך כל שחדשו דבדיינים לא שייך ראיה דהא ראיתם בצידם כיון דיכולין להוציא ממון משא"כ בשאר רובא לא אזלינן בתר רוב כיון דאיכא מיעוט וחזקה והיינו משום דצריך ראיה כמ"ש א"כ שוב ל"ד לד"נ דשם אזלינן בתר רוב וכאן צריך ראיה וז"ב מאד. ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב הא דאמרו בכתובות דף ע"ו כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה והיינו דעל בעל הפרה להביא ראיה כיון שנולד ספק ברשותו והיינו משום דיש לבעל החמור חזקת הגוף ותמה הפ"י דהא בממון אין הולכין אחר הרוב אף דאיכא רובא דעדיף מחזקה מכ"ש דלא אזלינן בתר חזקה והאריך בזה והוליד חדשות ובתשובה הארכתי בזה ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום דהמע"ה ורוב אינו ראיה ולפ"ז כאן דאנן דנין על מי להביא ראיה ועל מי חל החיוב להביא ראיה וחידש רמב"י דעל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה ועל זה כוונה התורה במה שאמרה מי בעל דברים יגש ראיה דהיינו מי שנולד ספק ברשותו וא"כ היאך שייך לומר דבממון לא אזלינן אחר רובא וחזקה דהא כל שצריך להביא ראיה א"כ אף בממון צריך ראיה ובהס"ד דשמואל ס"ל דעל בעל החמור להביא ראיה הוא ג"כ משום דבעל החמור מקרי רשות בעל החמור דיש לומר כאן נמצא כאן הי' וכמו שהוא מת עכשיו כן מקודם הי' וא"כ כיון שהוא נקרא המוציא ועליו להביא ראיה פשיטא דאזלינן בתר חזקה דהשתא.

ד ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' בד"ה על בעל הפרה שכתבו דהטעם דעל בעל החמור כיון דנמצא עכשיו מת כמו כן אית לן למימר דכאן נמצא כאן היה ומת מקודם וכתבו בזה"ל ודוקא גבי מת החמור וגבי מום וגבי מחט אית לן למימר הכי וסתמו הדברים ולא פירשו מ"ש הני משאר דברים וכבר ענו המפרשים דברים רבים ובתשובה שם כתבתי דברים רבים ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום הוא וגם בממון לא שייך כלל חזקה ורובא ואף דכאן אינו בא להוציא מכל מקום הא באיסור אינו מועיל חזקה דהשתא מכ"ש דבממון ל"מ וע"כ צ"ל דעיקר אנו דנין בממון על מי להביא ראיה דבממון לא שייך ענין חזקה ורובא רק ראיה וכל מי שמוציא מחבירו עליו הראיה וכיון שאנו דנין למי שעומד ברשותו ע"ז להביא ראיה וא"כ באותן דברים שפרטו התוס' חמור ומום ומחט בכלהו הספק הוא ברשות זה ועליו להביא הראיה ולכך מועיל חזקה דהשתא גם כן דעכ"פ עליו להביא הראיה ובממון אין נ"מ בין חזקה דהשתא לחזקה דמעיקרא דהא הראיה הוא עיקר רק שאנו דנין על מי להביא ראיה וז"ב מאד ויש להאריך בסוגיא שם ואכ"מ. ובזה אמרתי דבר חדש דלסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק

חולקין ולא ס"ל דהמע"ה א"כ שוב פשיטא דס"ל דאזלינן בתר רובא דלא שייך לומר כיון דהמע"ה ורוב אינו ראיה דהוא לא אזיל בתר ראיה שוב הרוב עדיף מחזקת ממון. ומכאן ראיה ברורה דלא קי"ל כהך דסומכוס דהרי לסומכוס מהראוי דניזיל בתר רובא ואנן קי"ל דלא אזלינן בתר רובא בד"מ. ובזה אני מפרש הא דאמרו בב"ק דף מ"ו למה לי למימר זה כלל גדול בדין איצטריך דאפילו ניזק אומר ברי וכו' א"נ לכי הא דאתמר המוכר שור לחבירו וכו' ולכאורה תמוה למה תלה זה במה דלא קיי"ל כסומכוס הא אף לסומכוס מצי סבר דלא אזלינן בתר רובא דשאני התם דהספק לב"ד איך היה המעשה משא"כ בהך דרדיא דנודע להב"ד המעשה רק שנולד מקרה שנעשה נגחן וכ"כ הרשב"ם בהדיא בב"ב דף צ"ב ד"ה לשחיטה דמה"ט יש לומר דשמואל ס"ל כסומכוס ע"ש ובאמת שהמהרש"א תמה דמהש"ס דב"ק הנ"ל משמע שלא כדבריו והביא דברי התוס' בב"ב דף ל"ה דכתבו בהדיא דשמואל לא ס"ל כסומכוס אבל באמת לכאורה דברי הרשב"ם נכונים. ולפמ"ש אתי שפיר דהכי סבר הש"ס דלסומכוס דהוא לא ס"ל המע"ה א"כ ניהו שכאן אינו ספק ולא שייך ממון המוטל בספק אבל עכ"פ שוב ראוי ללכת בתר רוב דרובא וחזקה רובא עדיף והמע"ה לא ס"ל ולכך קאמר שמואל דזה כלל גדול דהמע"ה ולכך גם בהך דרדיא לא אזלינן בתר רוב. ובזה עמדתי על דברי התוס' בב"ב דף ל"ה שכתבו מהך דב"ק הנ"ל ראיה דלא קיי"ל כסומכוס מדאמרו דזה כלל גדול אתי לאורויי דברובא דרדיא לא אזלינן בתר רובא והדבר יפלא דמה זו ראיה דלא קיי"ל כן דניהו דשמואל ס"ל כן אבל אנן מצינן לחלק ואמאי לא הביא דראיה ממה דאמר בל"ק דאתי לאתויי אף בניזק אומר ברי. ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הראיה הוא דלסומכוס באמת מהראוי ליזל בתר רובא בהך דרדיא וכמ"ש והרי אנן קיי"ל כשמואל בהך ע"כ דלא קיי"ל כסומכוס ודוק. שוב מצאתי במהרש"א שעמד שם על לשון התוס' ונדחק והנראה לפענ"ד כתבתי ודו"ק היטב בכל מ"ש ונפלאתי על בעל תה"ד בסי' שי"ד רצה לחלק דרובא דאיתא קמן גם שמואל מודה דאזלינן בתר רובא והרי לפמ"ש בעצמו בסי' שמ"ט בטעם דבממון בעינן ראיה ולכך ל"מ רוב א"כ מה מועיל רובא דאיתא קמן סוף סוף ליכא ראיה גם צ"ע למה לא הזכיר דברי התוס' בב"ק הנ"ל דהקשו גבי דיינים אמאי אזלינן בתר רובא לשמואל והא שם הוה רובא דאיתא קמן וחלקו בתירוצים וגם בסנהדרין דף ד' כתבו לחלק ממ"ש למעלה בשמם והא מעיקרא אין קושיא דהא דיינים הוה רובא דאיתא קמן וע"כ דאין חילוק בזה ומטעם שכתב התה"ד בסי' שמ"ט ובזה יש לדחות ראיית התה"ד סי' שי"ד שם דהא דאמרו בב"ב דף כ"ג ע"כ לא קאמר ר"א אלא דאזלינן בתר חזקה דהוא גופא מוחזק אבל בתר רובא לא ופירשב"ם דשם עומד בצדו משא"כ רובא דליתא קמן ומשמע הא ברובא

דאיתא קמן אזלינן בתרה וכתב שכ"כ בגליון תוס' שם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בהא דאמרינן חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו כתבו להקשות דהא בממון לא אזלינן בתר רוב ומכ"ש בתר חזקה ומצאתי בשו"ת מהרי"ק סי' ע"א שכתב לחלק בין חזקה הפוסקת כמו חזקת פנויה וכדומה אבל חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו הוא חזקה התלוי בסברא ע"ש וכעין זה כתב בשו"ת תה"ד סי' ר"ז. ובאמת הדבר צריך ביאור דניהו דהוה חזקה דאתיא מכח סברא מכל מקום לא אזלינן בתר רובא בד"מ ולפמ"ש יש לומר דהסברא היא כך דכל הטעם דלא אזלינן בתר רובא בד"מ משום דהמע"ה ורוב אינו ראיה וא"כ זה דוקא אם היא חזקה הפוסקת אבל כל שהיא מצד הסברא זה ראיה מקרי והרי אזלינן בתר אומדנא בד"מ מכ"ש חזקה דאתיא מכח הסברא דזה ראיה מקרי וז"ב מאד. ולפ"ז זהו דאמר כאן דר"א דאזיל בתר אומדנא שפיר מועיל הך חזקה דהוא גופי' מוחזק והיינו משום דעומד בצדו ואומדנא דמוכח הוא שזה הרגו וא"כ אף דרובא ל"מ היינו משום דרוב אינו ראיה ולכך אף רובא דאיתא קמן לא מועיל משא"כ בחזקה דהוא גופא מוחזק ואיכא הוכחה וראיה וז"ב ודו"ק היטב כי מובטחני ת"ל שיש לו פנים בהלכה. ובזה יש ליישב קושית הקצה"ח סי' ר"פ על התה"ד הנ"ל שכתב שם בתשובה דרוב אינו ראיה ואח יבם הוא ודאי ואין כח ברוב להוציא מידי חזקת נחלה כמ"ש הרא"ש גבי ספק ויבם ותמה הקצה"ח דא"כ מי שהוליד בן משפחה דדעת הגאון רב נטרונאי דאם הי' אדם כשר דיורש והא עכ"פ לא עדיף מרוב דאינו מוציא מחזקת נחלה ולפמ"ש אתי שפיר דשם יש לו חזקה דאינו עושה בעילתו בעילת זנות וזהו חזקה מצד הסברא ובזה הוה כמו ראיה דמוציא מידי חזקת נחלה משא"כ ברוב דאינו ראיה רק דהרוב הוא כן אבל יכול להיות שהוא מיעוט אנשים שאינן מתעברות ובפרט לפמ"ש השיטה מקובצת דרוב אינו רק ספק והתורה התירה הספק וא"כ עכ"פ ראיה בודאי אינו וז"ב. ומה שהקשה הקצה"ח שם דכיון דרוב הוא הוה כודאי וודאי וכדאמרו בנדה דף ט"ז כיון דחולדה וברדלס מצויין שם הוה כודאי גררוהו לא ידעתי מה דמות יערוך דשם מצוי ושכיח הדבר שיגררהו והו"ל כודאי וגם שם רוב היה ג"כ מועיל ומצוי הוה כרוב אבל בממון דבעינן ראיה וראיה אינו נקרא וז"ב. אך לפענ"ד היה מקום לדון דגם מה שזה אחיו אינו רק מתורת רוב דאל"כ דלמא לאו אחיו הוא ומאי אולמא דהאי רוב מהאי רוב ואולי שאני רוב שכבר הוחזק שזה אחיו לכל דבר וכבר הוחזק להיות אחיו לכמה דברים.

ה איברא דלפ"ז צריך להבין גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא אמאי חולקין הא היבם הוא ודאי דאחיו הוא בודאי ורוב שכבר הוחזק משא"כ הספק דרוב שלו אתרע לה כדאמרו ביבמות דף ל"ז ע"א כיון דלא ניכר לשליש ימיה ומה"ט הוה ספק ולמה יחלוקו.

ומיהו לפמ"ש הרא"ש שם דמיירי דהסבא קיים ומצד יבום בא לירש וא"כ לענין יבום הוה ספיקות שקולין דאם הספק הוא בנו של ראשון היבם נדחה. ובזה מיושב היטב קושית המהר"י בן לב בהא דבן מהשפחה דדעת הגאון דמספק אינו יורש והקשה אמאי לא נימא יחלוקו ועיין ש"ך סי' רע"ט ס"ק ד' ולפמ"ש אתי שפיר שאני בן השפחה דבנים הכשרים הם ודאי מכח הרוב שכבר הוחזק משא"כ בן השפחה לכל הדברים ספק הוא כמ"ש הגאון וא"כ אין ספק מוציא מידי ודאי מיהו לשיטת הרמב"ם ודעימי' דאף אם הסבא מת מכל מקום יחלוקו שפיר קשה מיהו הרמב"ם לשיטתי' דפסק בבן השפחה דיורש כמבואר סי' ער"ט וראיתי בשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' ס"א דתירץ לקושית מהר"י בן לב הנ"ל דבשלמא היכא שספיקם שוה וחד מספק אחבריה הוא דיחלוקו וכאן אף אם הי' אחד בלבד לא היה ודאי דתמיד הוא בספק וכוונתו דממון המוטל בספק לא מקרי רק כשזה מספק על זה ואם לא היה רק אחד בלבד לא היה ספק כלל ולכך שפיר אמרינן יחלוקו אבל כאן הבן שפחה הוא תמיד ספק וז"ב. ובישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' קס"ג באהע"ז הקשה על זקנינו החי"ץ ז"ל ובמחכ"ת שפת ברור מללו דכל שהספק נופל אף בלי חבירו דבן השפחה הוא תמיד ספק אם הוא בנו לא מקרי ממון המוטל בספק והוה שאר יורשין ודאי לגבי דשאר יורשין אם לא היה הוא הי' ודאין והוא תמיד ספק ודוק. שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ח שכתב לישב קושית המהר"י בן לב וקיצר בדבריו כדרכו ולפענ"ד הוא הדברים אשר דברתי ודו"ק. והנה בשו"ת נודע ביהודא מהד"ת חלק חו"מ סי' ג' נשאל בשלשה שישבו על המשפט אחד והיה המעשה שאחד תבע לחבירו חמשים מלוה וחמשים פקדון וכדומה שתי מיני תביעות ונחלקו הדיינים אחד פטרו מכל התביעות ואחד אמר כי חייב בחמשים של ההלואה ושל פקדון פטור ואחד אמר כי חייב בחמשים פקדון של הלואה פטור וע"ז פלפל הרב השואל והמשיב אם חייב בזה עכ"פ בחמשים כיון דע"ז רבים מהדיינים מסכימים שחייב אף שזה מחייבו משום הלואה וזה מחייבו משום פקדון סוף סוף רבים מסכימים שחייב בחמשים וכמבואר בחו"מ סי' כ"ה ס"ב בהג"ה דאף דאין הרבים מסכימים מטעם אחד ג"כ חייב ואף שהם בשתי תביעות חלוקות דימהו לעדות מיוחדת דחייב עכ"פ חמשים כמבואר סי' ל' יעו"ש באורך. והנה גוף דבריו כתבתי באורך בחבורי כת"י על יו"ד סימן רמ"ב שם באתי באורך בזה וכעת נראה לי לענין גוף הדין ולפענ"ד היה נראה דבכה"ג לא אזלינן בתר רובא בדיינים דהרי באמת לא אזלינן בד"מ בתר רובא וכל הטעם דאזלינן בתר רובא בדיינים הוא משום דהמיעוט כמאן דליתא שהרי לפי מה שאמרו הרוב אין שום מיעוט נגדו וכאן לא שייך זאת דהרי כל אחד מסכים עם המיעוט שהוא מחויב

חמשים הלואה ומודה דהפקדון פטור וא"כ יש נגד חמשים של פקדון רוב דפטור וכן להיפך נגד חמשים של הלואה וכיון שיש רוב נגדו א"כ שוב אי אפשר להוציא ממון מספק דלא אזלינן בתר רובא בממון וכמ"ש התוס' והתומים הנ"ל וכן לפמ"ש לעיל בכוונת התוס' הי' בנ"ד ג"כ מקום לפטרו אך לפענ"ד היה נראה כוונת התוס' במ"ש דגבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמאן דליתא וליכא למימר בהו אוקי ממונא בחזקת מריה דב"ד מפקי' להו דהנה המלמ"ל כתב דבספק פלוגתא דרבבוותא לא שייך לאוקמא אחזקה כיון דודאי עשה פעולה רק שאנן מסופקין אם הדין כן וכי בשביל חזקתו של זה ישתנה הדין ע"ש פ"ו מעדות ה"ז ובתשובה הארכתי בזה ובאמת ביו"ד סימן ח"י הביא כן בשם הש"ג והובא בפרי מגדים בכמה מקומות דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמא אחזקה ולפ"ז לכך לא שייך לומר דבדיינים בד"מ לא ניזיל בתר רובא משום החזקת ממון דאטו נוציא מחבירו ממון מספק שמא לא הלוהו וכדומה כאן הספק אם אותה פעולה מחייבתו או לא וא"כ הב"ד מפקי מיניה ואומרים שנתחייב וא"כ מה מועיל חזקת זה ואטו על אותה מעשה בלבד הם דנים בכל מקום שיארע מעשה כזאת ואם היה מוחזק אטו הדין ישתנה לפי חזקתו של זה או זה וז"ב כשמש וא"כ גם כאן כיון דעכ"פ לפי רוב הדיינים נתחייב זה בחמשים אם מכח מלוה או מכח פקדון אבל עכ"פ חזקת ממון לא שייך בזה דהדין לא ישתנה בשביל זה וגם אם לא היה נ"מ כלל לענין הממון כגון שמחל לו וכדומה פשיטא דהדין הוא עם הרוב וא"כ לא שייך בזה חזקת ממון דבעת הפסק דין אנו דנין על גוף הדין ולא לענין חזקתו של זה וז"ב כשמש ודוק היטב. עוד היה נראה לפענ"ד דבר חדש בטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב דהנה כבר נודע מ"ש התוס' בכתובות דף מ"ז דהיכא דהדבר תלוי בדעת שניהם לא שייך אומדנא דאדעתא דהכי לא לקחה כיון דתלוי בדעת האחר ג"כ וזה לא רצה רק על דעת זה. ולפ"ז נראה לי דזה טעמו של שמואל במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דיוכל לומר לשחיטה מכרתיו אף דרובא לרדיא זבני מכל מקום מה בכך שבדעתו היה לרדיא הא המוכר יוכל לטעון דלשחיטה מכר והדבר תלוי בדעת המוכר ג"כ ואף דיש לדחות דבשלמא התם נולד אח"כ ענין שנוכל לומר מזלא דהאי גרים וכדומה אבל כאן אנו דנין אם היה בשעת המכירה נגחן וא"כ אם המוכר מכר לרדיא היה מקח טעות ורובא לרדיא זבן הו"ל מקח טעות וא"כ בכל מקח טעות נימא דאדעתא דהכי מכר לו אף שיהיה מכח טעות אך זה אינו כיון דעכ"פ איכא מיעוט דזבני לשחיטה ועל שחיטה לא היה מקח טעות שפיר יוכל לומר דלמא זבנית אשחיטה ואני ג"כ מכרתי על שחיטה וא"י להוציא מידו. ובזה נראה לי לפרש מ"ש הב"ש סי' ד' ס"ק ג' וז"ל ואם נגח תורא דידן לתורא דידיה כתבו התוס'

ביומא דמשלם לו נזק שלם אע"ג דבממון אין הולכין אחר הרוב היינו כשבא לידו מדעת בעלים והדבר תמוה דודאי מוחזק מעיקרו עדיף טפי מבא לידו מדעת בעלים ולפמ"ש א"ש דכיון דבא לידו מדעת בעלים שוב הו"ל אומדנא דתלוי בדעת שניהם ויוכל המוכר לומר אדעתא דהכי מכרתי לך ועיין תוס' יומא שם ד"ה להחזיר ושם יש לדחוק דקאי לענין אבידה אבל בתוס' ד"ה ל"צ משמע בהדיא דגם בנזקין הולכין אחר הרוב וע"כ כסברת הב"ש וכמ"ש. הן אמת דמהש"ס ב"ב ר"פ המוכר פירות נראה דשמואל בכל גוני ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ועיין שב שמעתא שמעתא ד' פ"ה פ"ו לא העלה דבר ברור בזה ועכ"פ סברת התוס' היה מקום ליישב לפמ"ש.

ו ובזה היה מיושב מה שהקשו האחרונים דלמה לא ניזיל אחר הרוב דהרי מהר"י באסאן הקשה כל ספק ממון הו"ל ספק איסור גזל וניזל לחומרא וכתב דכמו כן להיפך הו"ל גזל ולפ"ז כאן דיש לחבירו הרוב מסייע א"כ בידו אינו ספק גזל ולפמ"ש א"ש דמה מועיל הרוב הא הוא י"ל דאדעתא דהכי מכרת לו ובאמת לפמ"ש האחרונים בישוב הקושיא דספק גזל התורה התירה א"כ יש לומר דזה דוקא בלא בא לידו בתורת גזילה כמו במכר דבאמת ברשות הבעלים בא לידו ולא החמירה תורה בספק גזל כי האי מה שאין כן בדבר דלא בא לידו ברשות וגם דברשות הו"ל תפיסה ברשות דמקרי תפיסה אבל כ"ז אינו שוה לי דהסוגיא ר"פ המוכר פירות לא משמע כן וכמ"ש בש"ש שם. ובגוף הקושיא דאמאי יצטרך לשלם בנגח תורא דידן לתורא דידיה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב היה נראה לפענ"ד בפשיטות דכל הטעם דפטור דרעהו ולא של עכו"ם וכיון דזה יש לו דין ישראל לשאר דברים פשיטא דמחויב לשלם לו נזק וגם אטו בשביל חזקת ממונו של זה הוא לאו ישראל דהרוב מסייע שהוא ישראל והוא רוב שכבר הוחזק לשאר דברים וז"פ. והנה לכאורה גוף קושית המהר"י באסאן ז"ל שהקשה מדוע אמרינן קים לי בממון ולא אמרינן קים לי באיסורין והא ספק גזל ג"כ שייך איסור גזל ולכאורה צ"ב דמנ"ל דלא אמרינן קים לי באיסורין הא כבר נודע מ"ש הרשב"א דאדם יוכל לטעון ברי אף נגד חזקה ורובא וא"כ למה לא יוכל לטעון קים לי כנגד איסור. אמנם באמת הדבר נכון דשם כשטוען ברי הוא שיוכל לטעון ברי דבר שיודע שבאמת הוא כן שהיה כן ויכול לטעון אני יודע שהיה כן בבירור ולעצמו יוכל האדם לטעון ברי אבל קים לי בדינא אטו באמת יודע שהדין כן והשתא לדידן מסתפק הדבר ודמות חלוקות יש בזה ואיך מפשט ליה ואטו ע"ה לא יוכל לטעון קים לי להסוברים דאמרינן קים לי אך קים לי היינו שאיך תוציא ממני ממון ואני סובר כך וכל שיש דיעה שאומרת כן שוב יוכל לטעון קים ליה ואנן טענינן עבורו בכה"ג קים לי וא"כ זה בממון אבל לגבי איסור לא שייך קים לי דסוף סוף

יש ספק באיסור וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית האחרונים דאמאי אין הולכין בממון אחר הרוב והא הוה ספק איסור גזל ולאחר לא שייך גזל דהא מסייע ליה הרוב ולפמ"ש אתי שפיר דכאן אין התחלה לקושית הכנה"ג דאף דגזל הוה ספק איסור אפ"ה שפיר הממע"ה ויכול לומר קים לי שאתה מן המיעוט והיינו כיון שזה ענין קים לי בבירור ולא קים לי שהדין כן וחילוק גדול בין קים לי מצד הדין לבין קים לי במציאות שזה הקים לי שמצד המציאות שפיר אף באיסור יכול לטעון האדם ברי לי ואף דאינו יכול לטעון רק לגבי עצמו כאן כל דמוחזק במעות הו"ל כטוען קים לי בבירור ולגבי עצמו שמסייע לו החזקת ממון יכול לטעון קים לי בבירור

ז ובזה נראה לפענ"ד סברת התוס' בריש המניח דף כ"ז ד"ה ואיכא שכתבו דאף רב דס"ל דהולכין בממון אחר הרוב גבי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן הכא מודה שיכול המוחזק לומר למוציא אעפ"י שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוט אבל במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן לא יוכל המוכר לומר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דזבנו לנכסתא ויוכל הלוקח לומר אדרבא אנא קים לי בנפשאי שאני מן הרוב דזבני לרדיא ע"ש והוא הדבר אשר דברתי דגם רב לא פליג רק בצריך לומר קים לי על הלוקח שהוא מן המיעוט א"כ באיסור אינו נאמן לומר נגד החזקה רק לגבי עצמו ולא לגבי אחר משא"כ בקים לי שאני מן המיעוט זה יוכל האדם לטעון אף באיסור לגבי עצמו ושמואל ס"ל דכל שהוא מוחזק בממונו אף שטוען קים לי על האחר מ"מ זה מקרי לגבי עצמו דהוא המוחזק. אך כל זה הוא בקים לי שיכול להיות במציאות כך שזה מקרי קים לי בבירור אבל לגבי הדין איך יכול לטעון קים לי בבירור ומה דאנן מספקא לן היאך יכול זה לברר וז"ב מאד. ובזה מבואר דברי התוס' בהמניח הנ"ל גבי דיינים כמין חומר וזה שכתבו דלכך גבי דיינים כמין חומר וזה שכתבו דלכך גבי דיינים שאני דהתם המיעוט דידהו כמאן דליתא וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי' מיני' והיינו כיון דרוב דיינים אומרים שכך הדין והתורה אמרה אחרי רבים להטות א"כ איך יטעון קים לי שהדין כמו המיעוט דזה אי אפשר בשום אופן שאינו כפי המשפט אחרי רבים להטות וא"כ באיסור כה"ג היה עושה איסור ברור אם הרוב אומרים כך והמיעוט אומר כך וא"כ גם גבי ממון הו"ל ספק איסור גזל ולגבי האחר ליכא איסור דהרוב ב"ד מסייע לו וכך הוא הדין באמת משא"כ ברובא לרדיא דהמיעוט הוא במציאות ויוכל לטעון קים לי בבירור דיכול המציאות להסכים ע"ז ובכה"ג יכול לטעון האדם לגבי נפשיה שכן הוא קים לי' ולא אכפת לן בהרוב שהוא כנגדו וז"ב כשמש.

ח ובזה מבואר היטב דלכך גבי אבידה לא שייך אין הולכין בממון אחר הרוב דכל שאין לו חזקת ממון לא יוכל לטעון קים לי. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש התוס' בכתובות דף ט' דבכתובה אזלינן בתר ס"ס ותוציא ממון והקשה הפני יהושיע והא ס"ס הוה כרוב ולא אזלינן בממון בתר הרוב ולפמ"ש אתי שפיר דבהס"ס אינו יכול לטעון קים לי בבירור שהוא כן בשני הספיקות ומכ"ש בפ"פ שאמרינן שאינו בקי וא"כ שוב הס"ס מסייע להו לגבי דידיה הוה ספק גזל שהיא טוענת ברי והוא אינו יודע כמ"ש רבינו יונה ז"ל והרא"ש שם וז"ב ובתשובה הארכתי בביאור ענין ס"ס דמוציאין ממון באופנים שונים ועפמ"ש כאן יש להאריך שיש מקום לחלק בין ס"ס בטוען ברי שכן הוא נגד הש"ס ובין טוען שמא ודו"ק היטב.

ט עוד היה נראה לי דבר חדש בכוונת התוס' דבדיינים חשוב מיעוט דידהו כמאן דליתא דהנה ראיתי במקנה בקידושין דף מ"ה גבי הא דמודה רב שאם מתה אינה יורשה וכתב דאף לשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל ליורשין לא טענינן זאת דהוה מלתא דל"ש וגם שלא בפניו לא טענינן זאת ע"ש ולפ"ז נראה לי ברור דדיינים שנחלקו בדין איך שייך לומר דלא ניזל בתר רוב הא לענין שיהי' טוענין שלא בפניהם מלתא דל"ש זה לא טענינן דבשלמא כשאדם טוען שהוא מן המיעוט אף שהוא ל"ש אנן חיישינן לזה לבלי הוציא ממון אבל כשהב"ד פוסקים ולפי רוב דיינים נתחייב א"כ עכ"פ מיעוט הדיינים הוה טענתם מלתא דל"ש ואיך לא יחייבו הב"ד מצד הרוב הא המיעוט הו"ל מלתא דל"ש ולמה נטעון אנחנו בעדו הא עפ"י טענתו נתחייב מפי רוב הדיינים והוה טענת המיעוט מלתא דל"ש וז"ב. ובזה מ"ש בנוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' ג' שהבאתי למעלה יש לדחות דשם ל"ש למיזל בתר רוב ע"ש ודו"ק כי קצרתי והוא דבר חדש והב"ח סי' רל"ב פירש מ"ש התוס' דרובא דרדיא לא חשיב רוב גמור דהיינו משום שכנגד איש אחד שקונה ק' שוורים לרדיא ושמא הבני אדם שקונין עשרה שוורים לאכילה וכמו בזריעה דנחלקו ת"ק ור"י ואמרו לו אם אזל בתר רובא דאינשי או בתר רובא דזריעה וכמ"ש הב"ח שם בשם הרשב"ם בב"ב דף צ"ג וכוונת הב"ח דלפי המסקנא דמוקי רב ושמואל כתנאי י"ל דגם שמואל מודה ברוב חשוב ודוקא ברדיא נחלקו. וראיתי בקונטרס התפיסות לאחי הקצה"ח כלל וא"ו וכן ראיתי בשו"ת פ"ת שהאריכו להקשות על הב"ח דהא הש"ס פריך על רב מכמה מקומות ושם הוה רוב גמור וזו אינה קושיא כלל דמכח כ"ש פריך על רב מהא דפריך הש"ס על שמואל משני דרוב דרדיא הוא דלא חשוב רוב לפענ"ד זה דוקא לפי המסקנא דמוקי הש"ס לרב ושמואל בתנאי מצינו מחלוקת גם בת"ק ור"י אמרינן דשמואל לא נחלק רק דלא אזיל בתר רוב הבהמות הנלקחין רק בתר

רוב הלוקחין וא"כ אתי שפיר כל דבריו ובחנם הקשו עליו ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ב שם בסוגיא דשמואל מודה ברובא דאיתא קמן והביא כן בשם גליון התוס' ולזה רמז התה"ד סי' שי"ד שראה כן בגליון תוס' וגם כתב דרובא דרדיא לא הוה רוב חשוב ועפ"י דברי המקנה הנ"ל מיושב היטב קושית התוס' בכתובות דף ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר לו אבידה שהקשו דלשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב ולפמ"ש אתי שפיר דכל שאינו טוען ברי לא שייך למיזל בתר רוב ודו"ק ובזה יש ליישב הרבה קושיות ההפלאה:

סימן פה

א שלום לכבוד הרב המאה"ג החסיד בנש"ק מו' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע.

ב מכתבו הגיעני כמו רגע והנה כעת טרידנא טובא כי הוא שבתא דרגלא ורבו השואלים הפתוחות לקודש ולחול אעפ"כ ארשום בקצרה. בדבר שאלתו בתפילין שנמצאו בהם כפי"ן כפיפין שלמעלה עגולים ולמטה מרובעת ודעת הפרמ"ג או"ח ס"ס ל"ב שאין להקל וכ"ת כ' שאם יאמר תינוק דלא חכים ולא טיפש שהיא כ"ף אזי יוכל לתקן ולא להוי שלא כסדרן כיון דצורתה עלי' כמו בכ"ף פשוטה שעשאה למעלה מרובעת דהמג"א סי' ל"ב ס"ק כ"ו פסלו ומ"מ מועיל תיקון כמ"ש הפרמ"ג ס"ס ל"ב מטעם דצורתה עלי' מקרי ותינוק מורגל במרובעת רק בכתב כ"ף דומה לבי"ת לגמרי שם מיחשב שלא כסדרן כמ"ש המג"א ס"ק כ"ד ויעוי' בס' ברכי יוסף שכ' בכ"ף פשוטה שנכתבה למעלה מרובעת קיל טפי מ"מ כיון שנמצא ככה הרבה כפי"ן כפופין מרובעת למטה נראה דיש להקל וכנ"ל זה ת"ד.

ג והנה גם לדעתי נראה דיש להקל אם הרבה מזוזות ותפילין כתובים כן ותינוק דלא חו"ט יקרא כ"ף יוכל לתקן ולא מקרי שלא כסדרן ויפה כ' כ"ת בזה

ד ובדבר שאלתו בס"ת שהי' כתיב שם הקודש על המטלית דהסופרים מקילים בזה הגם דבשו"ת שב"י ח"א סי' פ"א חוכך בזה.

ה ושאל מעלתו באם הוסר הדבק ונפל המטלית אם מותר לדבק כעת את המטלית ולא יוחשב תעשה ולא מן העשוי דהפני יהושיע במס' סוכה כ' דבכל המצות אמרי' תעשה ולא מן העשוי והביא דברי הס' טורי אבן הובא בשערי תשובה או"ח סי' תרכ"ו שכשר בנעשה תחלה בהכשר והאריך בזה.

ו גם לענין אשר נוהגים הסופרים להקל באם פותחין התפילין להגי' אין מוציאין את הרצועות לחוץ וכשתופרין אח"כ את התפילין נתפרין התפילין עם הרצועות בתוכן ולא יוחשב תעשה ולא מן העשוי כמו בציצית והאריך בזה הנה אין באלה חשש תעשה

ולא מן העשוי ויעוי' מג"א סי' י"ט והיטב אשר דיבר כ"ת בזה. והנה בדבר אשר העריך כ"ת שאלות קצרות ביצאה בני מעי' לחוץ ונשחטה כך כשהי' בחוץ דנסתפק בזה וכתב שמצא כעת במעדני מלך על הרא"ש חולין פא"ט אות רע"ד דמכשיר בזה הנה היטב לראות. וע"ד שאלתו בסתימת השמון הבא מחמת פיטום דהבאר עשק כ' שאינו סותם והתב"ש קלסי' והביא דברי הפלתי בסי' מ' ס"ק ב' ומ"ש אנכי בהגהותי ליו"ד סי' מ"ט גם כתב לענין מה שהחמיר בס' פתחי תשובה סי' מ"ט ס"ק ג' בשם שו"ת תולדות יצחק ובשו"ת בית אפרים חיו"ד סי' כ"ג ובספרו יד אפרים מיקל במקום הפסד אף כשהמחט יוצא לחוץ לתוך השומן יעו"ש הנה מה אשיב הלא כ"ת ראה הכל ויאמין כי אין הזמן מספיק עמדי להאריך והיום קצר והמלאכה מרובה כי יטרידני מכל העולם ואין אני בכחי להשיב רפאני ד' וארפא והשי"ת יצליחהו ויברכהו להיות יושב על כס הרבנות במנוחה על התורה והעבודה:

סימן פו

א לחכם אחד מק' בראד.

ב מה ששאל אותי במ"ש הרמב"ם ביומא פ"ח משנה וא"ו במי שנשכו כלב שוטה אין מאכילין אותו מחצר כבד שלו וכתב הרמב"ם בפירוש המשנה הטעם משום דבדברים הסגוליים המרפאין אין עוברין עליהם זולת כשמתרפא עפ"י הטבע וע"ש בתוס' יו"ט וע"ז הקשה דא"כ היאך יוצאין בקמיעות מרה"י לרה"ר הא הם כסגולה ואיך עוברין על המצות בדברים הסגוליים. הנה לפענ"ד ל"ק דש"ה דכיון שעפ"י הסגולה הוא מרפא א"כ עכ"פ דרך לצאת בו דמה נ"מ לחולי אם מתרפא עפ"י הטבע או בדרך סגולה סוף סוף דרך לצאת בו והו"ל כתכשיט דמותר לצאת לרה"ר דנוי לו משא"כ כאן לאכול דבר איסור אסור במה שאינו מרפא עפ"י הטבע. שוב ראיתי בתוס' יוה"כ למהרמב"ח שהקשה כעין זה מהא דיוצאין בביצת החרגול שכתב הרמב"ם שאינו רק עפ"י סגולה ע"ש מ"ש בזה ולפענ"ד נראה כמ"ש. אחר זמן רב מצאתי בשו"ת רדב"ז ח"א בלשונות הרמב"ם סי' ס"ג שכתב כמ"ש. ומדי דברי זכר אזכור מה דקשה לי במ"ש רש"י ביומא דף פ"ו שם ד"ה אין דאין מתירין לו איסור בהמה טמאה דכפי הנראה פסק דכלב מין בהמה הוא וצ"ע למה סתם משנתו שלא אליבא דהלכתא שהרי בפ"ח דכלאים משנה וא"ו אמרו דהכלב מין חיה רמ"א מין בהמה ופסקו הרמב"ם והרע"ב שם דכלב מין חיה דלא כר"מ וראיתי בש"ס עם הגהות הגאון מוהר"י פיק ז"ל שרשם על דברי רש"י מיימוני ספ"ח דכלאים ואני תמה דאדרבא הרמב"ם כתב דמין חיה הוא שהרי פסק דאין הלכה כר"מ ואני תמה דאיך אפשר למפסק דהלכה כר"מ הא בפ"א מכלאים אמרו שם דהזאב והכלב אף שדומין זה

לזה מכל מקום הם כלאים והרי הזאב ודאי חיה הוא א"כ הכלב שדומה לו ג"כ חיה הוא והרי סתם הב"י כת"ק וא"ל דהו"ל סתם ואח"כ מחלוקת דהרי גם בפ"ח סתם לה לת"ק בשם חכמים וא"כ אין הלכה כר"מ בזה ועיין ברמב"ם פ"ט מכלאים ובטוש"ע יו"ד סי' רצ"ז ס"ו וע"כ דברי רש"י צע"ג. אחר זמן רב בשנת תרי"ב למדתי מסכתא בכורות והגעתי לדף ח' ובתוס' שם ד"ה ומאי כתבו למ"ד כלב מין חיה הוא כדאיתא במס' ביצה שלשה עזין הן כלב בחיות והוא תימה גדולה דלמה לא הביאו משנה מפורשת דנחלקו ר"מ וחכמים בפ"ח דכלאים משנה וא"ו וראיתי בבכורות שם ע"ב ד"ה אחד שכתבו למ"ד כלב מין חיה ורשם המרשים (וכפי הנראה הוא הגאון מוהר"י בעז בעל עין המשפט כי לפנים לא הי' הקדמונים מציינים הדף והעמוד וכן הפרקים) כלאים פ"ו וצ"ל פ"ח אבל מאד תמהני מדוע לא הרגיש שהתוס' בדיבור הקודם לא הביאו מזה וצע"ג ועיין פסחים ר"פ כל שעה דאמרו ואי אשמעינן חיה ופירש"י דחייה היינו חולדה ונמיה וחתול וכ"כ הרע"ב ובתוס' יו"ט פירש דהיינו חולדת הסנאים המוזכר בכלאים פ"ח ועל חתול לא הזכיר מהיכן יצא לרש"י ורע"ב דהיא חיה ועיין תוס' יו"ט פ"ח מכלאים שמביא כן בשם הרע"ב דחתול הוא חיה ואני תמה שלא זכר הא דאמרו בבכורות הנ"ל דכשם שנתקללה בהמה מחיה אחת לשבע ומאי ניהו חמור מחתול וע"כ דחתול הוא חיה וצע"ג על התוסי"ט שלא הזכיר כן:

סימן פז

א עוד תשובה לחכם הנ"ל

ב אשר שאל אותי בהא דאמרו בקידושין דף נ"ב דש"מ קידשה בגזל אינה מקודשת אפילו בגזל דידה וממאי מדקתני ושלהם היתה ושל שביעית טעמא דשביעית דהוה הפקר אבל שאר שני שבוע לא וע"ז הקשה דלמא בגזל דידה מקודשת מדקיבלתי' אחילתי' ורק דזה דוקא אותה שקבלה אחילתי' אבל אותם שלא קבלו לא היו מקודשות דהו"ל גזל ולכך הוצרך למנקט שביעית דהוא הפקר. והנה בפשיטות השבתי דבמשנה מבואר דא"ל כלכם מקודשות לי בכלכלה זו וקבלה אחת ע"י כולם וכיון שאמר לכלם שיתקדשו בכלכלה זו היאך מקרי גזל דהא נתרצו לקדש אותן בכלכלה זו. וע"ד פלפול יש לומר בזה דהנה המלמ"ל נסתפק בפ"ז מהלכות אישות הלכה כ' באם אחד עשה שליח לקדש לו לאשה והלך הוא וקדשה קידושי דרבנן אם הוה שינוי בשליחות דיכול לומר לא רציתי רק שיהי' קידושי דאורייתא וכן בקידשה קידושי ספק דיכול לומר בקידושי ודאי הייתי רוצה ולא בקידושי ספק ואם נימא דמכל מקום מקודשת כמו שמסיק שם א"כ כאן כיון דאמרו ש"מ דהאשה נעשית שליח לחברתה ואפילו במקום

שנעשית לה צרה ופירש הרא"ש דמירי שהם עשו את האחת שליח לקבל בשביל כלם והיא שתקה א"כ כיון שעשו עכ"פ שליח לקבל הקידושין וא"כ עכ"פ קידושי ספק הי' דשמא יתרצו וגם דיכול לקדשה עכ"פ בחלק של אותה שמחלה ואף דיש לומר דאינו שוה חמשה פרוטות מכל מקום מקודשת מספק שמא שו"פ במדי ועפ"י שכתב ג"כ סברא הלזו וא"כ מהראוי הי' שיתקדשו כלם וע"כ דאין מקודשות כלם אפילו בגזל דידה וא"כ לכך ע"כ מוכרח להיות של שביעית דבשאר שני שבוע לא היתה מקודשת כלל. ובזה ממילא מיושב קושית הפ"י והפלאה דרב רצה להוכיח אפילו בגזל דידה ומשמע דגם בגזל דאחרים אינן מקודשות והיאך מוכח גזל דאחרים דל"ש לומר דידי שקלי מקודשת ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דאל"כ יקשה דאמאי לא יתקדשו כלם וגם אותה שקבלה הקידושין דאטו נתברר כל חלק למי הוא וא"כ כל אחת מקודשת בחלקה של חברתה וא"ל דהא הוה ספק דאין ברירה ודלמא מגיע לכל אחת שלה דז"א דעכ"פ קידושי ספק הוה ויכולה לעשות שליח לקדש אף קידושי ספק וכמ"ש וא"ל דאכתי מאי אמרו דבשאר שני שבוע לא והא ניהו דמירי קודם יאוש מ"מ אטו בודאי לא נתייאשו וכל קודם יאוש הוה ספק דלא שמענו דנתיאש וא"כ הוה קידושי ספק דדלמא נתייאשו והו"ל יאוש ושינוי רשות ועכ"פ ספק קידושין הוה דזה אינו דהא באמת שלהם היתה והם ידעו היטב בעצמם שלא נתייאשו ולכך אינם מקודשות בשאר שני שבוע ודו"ק.

ג ומה שאמר לתרץ קושית האחרונים בהא דדייק הש"ס דאשה נעשית שליח לחבירתה ודלמא יעשו האחיות א' מהם שליח לקדש והם לא נעשו צרות דשתיהן אינן מקודשות וע"ז אמר דא"כ מהראוי שחברתה תתקדש דהיינו אחותה דלא הוה קידושין שא"מ לביאה דע"כ לא קידש לשתיהן דא"כ לא היתה נעשית שליח דהוה נעשית צרתה וע"כ דלא קידש אותה רק חבירתה דהיינו אחותה. אם כי דבר חכמה אמר אבל זה דוקא למ"ד קידושין שאמ"ל לא הוה קידושין אבל לאביי לא מוכח מידי דאף דאמר הראויה לביאה ולא תהיה ראויה לביאה דלמא קידש אותה ולא אחותה והיא ראויה לביאה ורק דכיון דקידש שתיהן אינן ראויות לביאה א"כ לא מוכח מזה דלא קידש אותה ושפיר הקשו דלמא אחת מהאחיות נעשית שליח דע"כ תתקדש אחותה דזה אינו דמכל מקום אינה ראויה לביאה דלמא קידש אותה וא"ל דא"כ לא הוה קידושין כלל דהא נעשית צרתה דזה אינו דעכ"פ ראויה לביאה הוה אם יתרצו ושפיר קידשה והרי הש"ס לא חשב הך דקידושין שא"מ לביאה משום דמספקא ליה אם כרבא או כאביי ויש לפקפק בזה דאף לאביי מצי לאשכוחי וצ"ע בזה. אמנם בגוף הדבר דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוה קידושין דיליף לה רבא מהא דכי יקח איש אשה ובעלה לכאורה אינו מובן הטעם

דלמה לא יהיה הקידושין קידושין אף שאינו חזי לביאה והרי באמת אביי חולק וקיי"ל כאביי אבל סברת רבא נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה ענין הקידושין הוא שתי ענינים שאוסרה על כל העולם ומקדשה לעצמו שתהיה מותרת לבעלה והנה כבר נודע מ"ש הר"ן בנדרים דף למ"ד דאשה לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות בעלה דהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא שתלקח אשה לאיש ומהא דאמרה הרי אני מאורסת לך אינה מקודשת ורק שהיא מסכמת לקידושי האיש והרי היא מבטלת עצמה ודעתה ורצונה ומשוי נפשה כהפקר והבעל זוכה כזוכה מן ההפקר ע"ש. ולפ"ז נראה לי הדבר ברור דל"מ אם נימא כחד פירוש של רש"י בנדרים דף מ"ו ע"ב דרבא ס"ל אליבא דר"ז דמה"ת אינו הפקר עד שיבא לרשות הזוכה א"כ כאן דהוה קידושין שאין מסורין לביאה וא"כ אינה נכנסת לרשות הבעל דהרי אסורה לו ובמה נכנסה לרשותו ולא הועילו הקידושין כלל רק שנאסרה על העולם כלו וכל שנאסרה גם לו במה זכה בה דהא היא נעשית הפקר והבעל זוכה בה ומה זכה בה כל דלא נכנסה לרשותו שאסור לו לבא עליה ואף אם נימא דלא בעינן דאתי לרשות זוכה היינו דעכ"פ נתברר ההפקר והוא זכה בו אף דלא נכנס לרשות זוכה אבל כאן דאמר אחת משתי אחיות מקודשת לי א"כ לא נתברר מי הפקירה עצמה וא"כ איך אפשר שיזכה בה כמי שזוכה מן ההפקר דהפקר יכול להכניס הדבר לרשותו וכאן כיון דאינה מותרת לו ל"ש שנעשית הפקר ולא זכה בה הבעל וז"ש דכתיב כי יקח איש אשה ובעלה והיינו דהוא צריך שיזכה בה כזוכה מן הפקר וכל שאסורה לביאה הרי לא זכה בה ובמה נכנסה לרשותו וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו דא"כ כל ח"ל דאינן ראויות לביאה ואפ"ה הוה קידושין וכתבו לחלק היכא דהאיסור בא ע"י קידושין הוא דלא מקרי קידושין כל שאמ"ל משא"כ ח"ל דגם בלי הקידושין אסורה לו ודבריהם תמוהין בין לתירוצם דא"כ מחזיר גרושתו דכ"ע מודים דאם בעל ולא קידש דאינו לוקה מאי איכא למימר א"כ עיקר האיסור בא ע"י הקידושין ולשיטת הרמב"ם דכל ח"ל אינו לוקה אלא א"כ קידש בתחלה מא"ל וכבר האריך בזה הרב המקנה בחידושיו שם ע"ש.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך להבין קושית התוס' דלכאורה אין התחלה לקושיא דהא שאני ח"ל דגלי קרא וכי תהיין לאיש וכבר תמה בזה הפ"י ולפמ"ש אתי שפיר דהכי קושית התוס' דאיך אפשר שבח"ל תפסי הקידושין והיאך יזכה בה דהא היא נעשית הפקר ואין בה כח להקנות עצמה לבעל רק דזוכה מן הפקר וכל דאסורה בביאה לא מקרי זוכה מן הפקר דהיאך שייך זכייה בדבר דאסור לו אח"כ להנות ממנה והא אינה ראויה לביאה וא"כ ניהו דהתורה גלי דקידושין תופסין אבל הדבר צריך טעם דהא אינו גזירת

הכתוב דבעינן קידושין המסורין לביאה רק מצד הסברא דכל דל"ח לביאה היאך שייך זכייה בה כל דלאחר הזכייה תאסר עליו לא שייך שזוכה מן ההפקר וע"ז חידשו התוס' דשאני התם דלאו מכח הקידושין בא והיינו דבשלמא בדבר שבא ע"י הקידושין איך שייך לומר דזוכה מן ההפקר והא אחר ההפקר אדרבא אסורה ובמה יזכה בה ואדרבא הקידושין לא הועילו להתיר שום דבר רק לאסרה עליו ועל כל העולם אבל בח"ל ניהו דאסורה לו אבל הקידושין שפיר הועילו דשפיר יש לו זכייה בה וארי' דאיסורא רביע עלי' וזה לא בא מצד הקידושין ובכה"ג שייך זכייה וכבר כתב הר"ן באלפסי בע"ז דף מ"ג בהא דאמרו דלמא מגבה לה והדר מבטל לה והקשה הר"ן הא לא שייך זכייה בא"ה וכתב כיון דקודם שזכה בה מותרת לא מועיל הזכייה להוסיף באיסור וכתב דמכאן נלמוד לחמץ בפסח דיכול לזכות בו שיעבור עליו ע"ש. ומעתה מיושב היטב קושיא הנ"ל דבמחזיר גרושתו או כל איסורי לאוין לשיטת הרמב"ם דאם בעל בלי קידושין אינו לוקה ואם נימא דגם איסור אין בו א"כ קודם הקדושין מותרת לו שפיר מועיל הזכייה על ידי הקידושין להוסיף באיסורו משא"כ בסתם קידושין דקודם היתה מותרת לו וע"י הקידושין שלא בירר למי קידש א"כ לא שייך שזוכה בה דמה יזכה כיון שע"י הקידושין נאסרה דבשלמא בח"ל ובמחזיר גרושתו דע"י הקדושין נתוסף איסור שפיר שייך זכייה להוסיף איסור וכמ"ש הר"ן בע"ז ובחמץ בפסח דיכול לזכות בה וגם לשיטה התוס' בכל ח"ל דאסורה בלא"ה שפיר שייך דיתפסו הקידושין להוסיף איסור בשביל הקדושין משא"כ בזה דעל ידי הקידושין נאסרה ולא מוספת איסור וא"כ מה שייך זכות בזה וז"ב מאד ודוק היטב כי חריף הוא. ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י על הרי"ף והרא"ש שפירשו דקידושין שאין מסורין לביאה היינו כגון שאמר אחת מבנותיך מקודשת לי והקשה הוא דבכה"ג כיון שתלה בדעת האב א"כ בתולה בדעת אב הוה כתולה בדעת אחרים ע"מ שירצה אב ואמרינן ברירה והוה למפרע קידושין ולפמ"ש אתי שפיר דבכה"ג דלא בירר בשעת הקידושין שפיר לא זכה בה עכ"פ בעת הקידושין ולא הוה קידושין כלל דבשעת קידושין לא הפקירה עצמה לו כיון דנאסרה לו ולא שייך קידושין כלל וכמ"ש וע"ש בפ"י בחידושיו לתוס' שם במ"ש בכוונת הרי"ף ע"ש במ"ש לחלק בין אומר אחת מבנותיך מקודשת לי ובין אומר בתך מקודשת לי והביא דברי רבינו סעדי' גאון שהביא הב"י סי' ל"ג דבזה אף רבא מודה דהוה קידושין. ובאמת לפענ"ד בזה לכ"ע אינו קידושין דבאמת כבר נודע מ"ש התוס' רי"ד דל"ש כאן ענין ברירה דהא לא אמר איזה שירצה ועיין בקצה"ח סי' ס"א ובאבני מלואים שביאר דבכה"ג שלא תלה באיזה שירצה או שארצה אף למ"ד יש ברירה לא שייך ברירה דבעת הקידושין לא אמר מה שירצה לברר והוה

קידושי ספק ע"ש וא"כ באומר בתך מקודשת לי ולא תלה הדבר באיזה מהבנות שירצה או שירצה אב מה שייך כאן לומר דהוברר למפרע הא לא תלה כלל במה שיברר ולפמ"ש גם זכייה לא שייך בזה דמה זוכה והא לא נתברר ענין הזכייה ובחידושי אמרתי ראיה לזה מהא דכתב רבינו פ"ח מכלים הט"ו אמר לאומן עשה לי ב' זוגים אחד לדלת ואחד לבהמה וכו' שניהם מקבלין טומאה ומקורו מתוספתא דכלים ובאמת ר"ש פליג ומטהר עד שיפרישם וא"כ מדוע סתם רבינו דטמאין והא בדרבנן אמרינן ברירה ונימא דהוברר למפרע וכבר תמה בזה בקרבן עדה בירושלמי פ"ג דגיטין ה"א שם מובא התוספתא הלז ע"ש כי אינו לפני כעת ולפמ"ש א"ש דשם לא שייך ענין ברירה ואף למ"ד יש ברירה כל דלא תלה במה שיברר אח"כ לא שייך ענין ברירה כמ"ש התוס' רי"ד הנ"ל ובירושלמי לא אמרו רק להיפך דלר"ש דס"ל דגם בזה טהור ואמרינן ברירה מכ"ש בגט אבל לא להיפך דלת"ק באמת לא שייך ענין ברירה בזה ודוק

ה והנה בהא דאמרו ואידך מאי הוא קידושין שאין מסורין לביאה ונחשבה משום דמספקא ליה אי כאביי או כרבא והקשה הפ"י כמה קושיות וכתב דהספק הוא אי טעמא דמתניתין משום קידושין שאין מסורין לביאה וא"כ אף באחת מאחיות נמי אין מקודשת או דלמא טעמא דמתניתין משום דכל שאינו בזה אחר זה אף בב"א אינו ע"ש וע"ז שאל אותי אברך אחד מפה לבוב דמאי מספקא ליה הא באמת הקשו כלם כיון דהוה פירות שביעית הוה עבירה וכתבו דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחריני ובזה אמרינן דיש שליח לדבר עבירה ולפ"ז הא משנתינו סתם איירי בין שאחת מהאחיות קבלה הקדושין או אחת מהאחרות והנה כבר נודע שהתוס' רי"ד הקשה מ"ש איסור חל על איסור דבבת אחת חיילי וכתבו דשאני כאן דממ"נ הי מינייהו מפקת הי מינייהו עיילית ולפ"ז באם אחת מהאחיות קבלה דא"א שיהיו שתיהן וא"ל דהי מינייהו מפקת דבאמת אין שליח לדבר עבירה רק מכח מיגו דזכי לנפשיה וא"כ ע"כ היא מקודשת ושוב ע"כ אחותה אינה מקודשת ושוב לא שייך כל שאינו בזה אחר זה אפילו בב"א אינו דהא כאן ג"כ הוה בב"א וע"כ האחות מפקת דהיא מוכרחה להתקדש וכמ"ש והנראה לי בזה דהנה גוף סברת תוס' רי"ד צ"ב דמה סברא היא זו ומצאתי שהדבר מבואר בתוס' בכורות דף י' דסברת כל שאינו בזה אחר זה גם בבת אחת אינו הוא דוקא כל שתלוי במעשה כמו במקדש אחת משתי אחיות וכדומה אבל בקדושה הבאה מאיליה לא דאע"ג דהי מינייהו עיילית הי מניהו מפקת ע"ש ולפ"ז מבואר סברת התוס' רי"ד דכל שחלו האיסורים בב"א לא במעשה בא רק שממילא חלו שני איסורים ע"י מעשה אחת כמו קדושה הבאה מאיליה דאע"ג דהי מינייהו עיילית הי מינייהו מפקת וז"ב. ומעתה כאן בקידושין דתלוי ע"י

מעשה שצריך לקבל שתיהן א"כ אף דנודע מי ומי המתקדשת כל שלא יוכל להיות בזה אחר זה אף בבת אחת אינו ושניהן בודאי לא יוכלו לחול ואף דיש לומר דתחול לאחת בלבד זה א"א דשאני שני איסורים דשניהם חלו בבת אחת והוה כקדושה הבאה מאיליה אבל כאן דשניהם אי אפשר לחול והוא קידש שתיהן ולא תלו וז"ב מאד (ובזה מיושב מה שהקשו דלמא מיירי שקבלה אחת משתי אחיות הקדושין דזו לא נעשית צרה לחברתה דנאסרת חברתה וגם לשאר הנשים דשניהן אינן מקודשת דממ"נ אם קידש לשתיהן או לא קידש רק אחת לא שייך לומר דלא נעשית צרה לחברתה דכיון דהם לא נתקדשו) והנה בהא דאמרו ש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת כתבו התוס' דאע"ג דאסור לקנות מהם חפץ כדכתיב לאכלה ולא לסחורה ה"מ לכתחלה אבל בדיעבד המקח קיים. ושאלני תלמידי המופלא כמר מענדיל ני' דהא משמע מדברי התוס' דהוא מן התורה כדכתיב לאכלה ולא לסחורה א"כ אין נ"מ בדבר שאסור מן התורה בין לכתחלה בין דיעבד. והנה מ"ש דלאכלה ולא לסחורה הוא מן התורה אמת נכון הדבר שכן חשבו הרמב"ן במ"ע ששכח הרמב"ם ובמצוה ג' חשבו למ"ע ועיין מלמ"ל פ"ו משמיטה ובאמת לאכלה ולא להפסד הוא ג"כ לאו הבא מכלל עשה ועיין שו"ת הריב"ש סי' פ"ז ובמגלת אסתר מ"ע ג' שם ובתוספת יוה"כ למהרמב"ח ביומא דף פ"ז ע"א שם ועיין בתוס' סוכה דף ל"ט ובר"ה סוף פ"ק אמנם כוונת התוס' היא כפשוטו דבדיעבד כל שעבר ומכר בסחורה פירות שביעית המקח קיים כדין כל מקח שנעשה באיסור שהמקח קיים כמ"ש בש"ע חו"מ סי' ר"ח ועיין סמ"ע וש"ך שם ועיין בתוס' ע"ז דף ס"ב ד"ה נמצא דמשמע קצת דאינו רק מדרבנן ודוק. והנה אעתיק כאן מ"ש בתשובה לק"ק נייטרא להרב מוה' עקיבא קליין ני' במעשה שהי' שאחד קידש אשה ואח"כ נתגלה שהמעות קידושין היה גזל ביד המקדש שגזל מאביה של האשה המתקדשת וכבר מת אביה קודם הקידושין והאשה הוא היורשת וכיון דהמקדש בגזל לאחר יאוש הוה קדושי דרבנן כמבואר סי' כ"ח ס"א בהג"ה א"כ שוב יוכל להיות קידושי תורה כמו במעמ"ש לרי"ו והאריך בפלפול ע"ז. והנה באמת הב"ש שם ס"ה וא"ו מחלק בין דברי הרי"ו לגזל אחר היאוש ואני בתשובה הארכתי ג"כ לחלק בין אם חדשו קנין מה שלא מוזכר בתורה כלל כמו מעמ"ש שוב יוכל להיות כל שכבר חדשו הקנין שיהיה נעשה ק"ת ע"י הפקר ב"ד אבל אם בתורה מוזכר שלא יועיל ורבנן תקנו שיועיל שוב לא שייך דנעשה ק"ת דהרי אדרבא מה"ת לא מועיל.

[1] ובזה ישבתי דברי הרמב"ן במכירת שטרות מקושית הפ"י לענין מעמ"ש דקתני מקודשת והארכתי בזה בתשובה לענין הפקר ב"ד הפקר וא"כ עכ"פ כאן לא הוה רק קדושי דרבנן

ז והנה בגוף הדין לכאורה לפמ"ש השאלה שהי' במעות אין מקום לשאלה דאטו באותן מעות קדשה וגם אם קדשה באותן מעות הרי יכול להשיב מעות אחר בעדו ואין כאן שום בית מיחוש ועיין ט"ז סימן תנ"ד ס"ק ד' באו"ח. מיהו יש לומר בגזל כיון דאם איתא בעין צריך להחזיר לו אותן המעות שגזל בעין שוב אינו שלו לקדש בו. מיהו יש לומר כיון דעכ"פ נתייאש וניהו דל"מ יאוש לבדו וכדאמרו בב"ב דף מ"ד ניהו דמגופיה מייאש מדמי מי קא מייאש עכ"פ מאותה מטבע ייאש עצמו שוב מועיל לקדש בו דהא יכול להשיב מעות אחר. אך לפ"ז גם אם קדשה בחפץ גזול עכ"פ מגוף החפץ נתייאש רק מדמי החפץ לא נתייאש ושוב הוה כשלו שיכול לקדשה בזה ועיין ח"מ וב"ש בסי' כ"ח ס"ב דגם במעות שייך דידי שקלת וצ"ע. והנה מ"ש מעלתו דכאן יש לומר דהוה יאוש ושינוי רשות דהרי גזל מאביה אלא דכיון דלא היה לאב יורש כ"א אותה שוב הו"ל כמו גזל דידה לפענ"ד זה אינו דהא כל שגזל בחיי אביה והאב נתייאש הרי לא הי' ברשותו של אב וא"י להוריש לבן כמו שא"י להקדיש בגזל ונתייאשו הבעלים וה"ה דא"י להוריש כמו דמבואר בחו"מ סי' ער"ו דא"י להוריש דבר שאין לו בו רק טובת הנאה ואף לדעת הש"ך שם דבישנו תחת ידו יכול להוריש אבל כל שגזל ממנו פשיטא דא"י להוריש וה"ה כאן וע"ש בקצה"ח ובתשובה הארכתי ומ"ש מעלתו בענין הפקר ב"ד דל"ש כל שיש לו כח לבעלים הראשונים והביא דברי התוס' ביבמות דף פ"ט וה"ה לאחר יאוש דיאוש לא מועיל עד דאתי לרשות זוכה והאריך בזה בפלפול לפענ"ד אינו כן דל"ד למ"ש התוס' דשם גם לאחר שיהיה הפקר חשוב לבעלים הראשונים ולא שייך הפקר ב"ד אבל כאן ניהו דכ"ז שלא יצא לרשות אחר לא מועיל היאוש מ"מ ברשות הבעלים אינו לאחר שנעשה הפקר ב"ד. ובאמת ששמחתי בפלפולו אבל לדינא נראה לפענ"ד דלא הוה קדושין כלל כיון שהיא לא נתייאשה מהמעות א"כ יכולה לומר דידי שקלת מיהו יש לומר כיון דיאוש של"מ הוה יאוש א"כ כל שלא ידעה מזה שגזל לאביה בודאי נתייאשה ואינה יכולה לומר דידי שקלת ואף דכאן לא שייך ענין שדיך דהא לא ידעה כלל מכל מקום בלא"ה הא נתייאשה שלא ידעה וע"כ לפי מה שהעלה הב"ש דהוה ס"ק ה"ה בזה הוה ס"ק דרבנן ועיין בישועת יעקב ריש סימן ל"ו מה שהקשה מהך דקדושין נ"ב על המלמ"ל שהבאתי למעלה ולפענ"ד ל"ק כלל דשם כל דעמדו וראו מה שקבלה בשביל כלם אם כן ל"ש דלא נתרצו על קידושי ספק דהא נתרצו להתקדש בכלכלה זו אף שלא יהיה בו שו"פ לכל אחת ודוק.

ח והנה בשושן פורים תרי"ד הגיעני תשובה מהמופלג מוה' ראובן ראפפורט מק"ק טארניפאל במה שאירע שם מעשה בענין קדושין והוגבה עדות בשלשה ובא ר' הלל

בער והעיד בזה"ל שהבחור אלטר איז גיווועזין ביא מיר אין שטיב ביום א' תרומה איז אהן גיקומין הבתולה ציפא בת ר' יהודא ליב אין זאגט צו איהם וואס לאסט איר מיר אמתנה לאז מיר זיך גיזעגנין האט ער ארויס גינעמין אצוואנציגר אין האט איר גיגעבין אין דער האנד האט ער גיזאגט הרי את מקודשת לי האט זיא זיך זייער דער שראקין אין האט אגישרייא גיגעבין אוי ווייא מיינע יאהר עס האט גירויערט פין דעם געבין ביז אין זאגין הרי את מקודשת לי עטליכע מינוטין אין זיא האט נאך גיהאט דעם צוואנציגר אין דער האנד כ"ז העיד ר' הלל בער ובא עה"ח במסה"ק יום ב' ער"ח אדר תרי"ד. שוב בא לפנינו ר' מרדכי בר' אליעזר ואמר בתו"ע איך בין גיווועזין בעזאממן מיט ר' הלל בער אין הבחור אלטר איז אויך גיווועזין איז אריין גיקימין הבתולה ציפא אין האט גיזאגט להבחור אלטר דיא ווילסט אוועק פארין וואס לאסטי מיר איבער איז ער גיגאנגין אין האט איר גיגעבין איין צוואנציגר כסף האט זיא איהם צו גינעמין דער נאך האט גידוירט זעקס מינוטין האט ער צו איהר גיזאגט הרי את מקודשת לי אין גיזאגט צו אונז אתם עדים האט דיא בתולה אגישרייא גיגעבין אוי ווייא מייני יאהר אין הבחור איז תיכף אוועק גיגאנגין כ"ז העיד בתו"ע ואליו"ע ובא עה"ח במסה"ק יום ה' ב' אדר תרי"ד וע"ז כתב מעלתו שהבתולה מכחשת שלא נתן לה כלום ומה שצעקה היא מפני שסברה דבדיבור בעלמא היא מקודשת. והנה מעלתו כתב שבתחלה העידו עדים שא"ל מה תתן לי מתנה או נידיזנע קודם נסיעתך ולאחר כמה רגעים חזרו ואמרו שא"ל מה תתן לי קודם נסיעתך וע"ז כתב מעלתו שהוה חזרה והנה בגב"ע רואה אני שלא כדברי מעלתו רק שר' הלל בער אמר שא"ל וואס לאסטי מיר אמתנה ור' מרדכי אמר שא"ל וואס לאסטי מיר איבער אמנם לפענ"ד אין בזה סתירה כי גם בסתם שא"ל דיא ווילסט אוועק פאהרין וואס לאסטי מיר איבער ג"כ הכוונה לשם מתנה והיינו נידיזנע דהיינו מתנה וזה רגילות כשנוסע אחד מאוהבים מניח נידיזנע בתורת מתנה ואם כן יפה כתב מעלתו מדברי הש"ע סי' כ"ז ס"ג בהגה"ה דצריך לחזור ולטלו ממנה ולחזור ולקדשה ועיין בח"מ ומ"ש הט"ז והב"ש עיין בלח"מ פרק א' מגירושין הלכה ט' דמחלק דכל שנתן בסתם הכוונה לשם מתנה או משום מלוה והמקדש במלוה אינה מקודשת וא"כ לכך צריך לחזור ולטלו ממנה ודוק וא"כ שוב אף בסתמא אינה מקודשת. ולפענ"ד הדבר ברור דאף בסתם לא לשם פקדון קבלה דכל בסתם הרי לא קבלה עצמה לשמור ולא נתחייב בשמירה כ"א שיקבל עליו תורת שמירה וכאן לא נתכוונה וגם כיון דעכ"פ יש ספק אם בסתם הוא לתורת מתנה א"כ עכ"פ מספק אין להוציא מידה דשמא כוון לשם מתנה וא"כ שוב לא

קבלה תורת שמירה ע"ז וז"ב. ובלא"ה נראה לפענ"ד דאף אם נימא דלשם פקדון יהיב לה יותר מש"ח לא הוה.

ט והנה בהא דאמרו בב"מ צ"ד מתנה ש"ח להיות כשואל ופריך במאי בדברים והקשה בשיטה מקובצת בשם הקדמונים והלא שכירות א"צ קנין וכתב הרשב"א וז"ל דבאמת ש"ח מהראוי שיפטור לגמרי דל"מ אדם שיתחייב בדיבור בעלמא דלא נהנה מן הדבר ורק מפני שזה סמך על שמירתו ע"כ חייבתו התורה ולפי"ז כאן שזה לא סמך על שמירתו שהרי לא פירש לו לשם פקדון ויכול לפטור עצמו ולומר בתורת מתנה היא וא"כ ניהו דאנן מספקא לן אם כוון לשם מתנה או לשם פקדון עכ"פ זה לא סמך דעתו ע"ז דהרי כל דבר שאנן מספקא לן פשיטא דזה לא ידע ומה גם שהוא ע"ה וא"כ שוב לא מתחייבת בדברים בעלמא כמ"ש הרשב"א וע"כ לפענ"ד הדבר ברור דהוה או מתנה או הלואה וא"כ לא חלו הקידושין וז"ב ודוק היטב. ומ"ש מעלתו דכיון דלשיטת הש"ך בסי' ע"ג יכול להוציא המעות כל שהוא מעות מותרים וגם להח"ץ אפשר דבכה"ג כל שלא פירש בהדיא לשם פקדון יכולה לשנות המעות ולתת אחר בעדו וא"כ אף דהוה פקדון מכל מקום להוצאה נתנה והוה הלואה הנה לא נהירא דכל הטעם דהמקדש במלוה אינה מקודשת הוא משום דאותן מעות ניתן להוצאה והנאה כבר עברה ובמה מקדשה וא"כ כאן ניהו שהיתה יכולה להוציא אבל הוא נתן לשם פקדון ואף שרשאית להוציא מכל מקום היתה חייבת לתת מעות אחרת בעד זה וא"כ הוה להוצאה חדשה שא"צ להוציא ולתת מעות אחרות ולא גרע מהנאת מחילת מלוה ומכ"ש כאן דמוחל הפקדון ומה בכך שהיא עשתה מלוה עלי' אבל יש לה הנאה מחודשת. והנה בסי' כ"ח ס"ה בהג"ה אשה שחטפה מעות מאיש אחד והוא ביקש ממנה שתחזיר לו ולא רצתה ואח"כ אמר הרי את מקודשת לי ושתקה ל"מ והאריך הב"ש אם אמרה הן מה דינו אם נימא דמה דאר"י שניהם א"י להקדישו היינו כ"א לבד א"י להקדיש לא שניהם ביחד ע"ש ובא"מ ולכאורה צ"ב דא"כ בגזל דידה אמאי אינה מקודשת לרב והא כיון שנתרצית להתקדש הוה כנותנת לו המעות ושניהם יכולין להקדיש. אך באמת הא מיירי בלא שידך כדמוקי בדף כ"ב שם וא"כ לא נתרצו שניהם דהיא באמת רצתה לקבל מה שגזל ממנה לפרעון גזלה. ובאמת לפענ"ד לשון דר"י שניהם א"י להקדיש משמע דאף שניהם ביחד א"י להקדיש. ובזה יש לי ליישב הא דאמרו בדף כ"ג א"ל מי אמר רב הכי ופריך והוא לא אמר והאמר ר"י גזל ולא נתייאשו וכו' זה לפי שאינו שלו וכו' הכי קאמר מי אמר רב כוותי והוא תמוה ועיין בתוס' שם. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לענין קידושין מסתבר טפי דעכ"פ להגזלן עצמו ודאי מועיל אף שא"ב כמ"ש בא"מ שם ס"ק י"ג וכ"כ בשו"ת שאגת סי' צ"ב דאף דל"מ

הפקר כל שאינו מופקר לכל מכל מקום לזה הגזלן מועיל היאוש ולפ"ז בקידושין יותר מסתבר דמועיל ואפ"ה ס"ל לרב דאינו מועיל רק שיש ספק אם מיירי בשדיך או לא שדיך וא"כ זה שמתמה מי אמר רב כוותי. ובזה יש ליישב קושית התוס' וע"ד שכתבו התוס' דר"י באמת אמר דשניהם ביחד א"י להקדיש וא"כ ממילא דיש לומר דס"ל דבגזל דידה אינו מועיל הקידושין והש"ס נסתפק בכוונת ר"י אי מיירי בכל אחד לבדו או בשניהם ביחד וע"ז משני דמי אמר רב כוותי והיינו דאפשר דרב ס"ל יותר מזה דאף להקדיש יכולין שניהם להקדיש.

י ובזה י"ל הא דפריך מקדשה בגזל בחמס או שחטף סלע מידה דמקודשת ומשני בגזל דידה והדבר תמוה דאכתי קשה לרב דמדייק מהמשנה דאף בגזל דידה אינה מקודשת וכדמקשה בתר הכי וצ"ל דהקושיא קאי על ר"י ועדיין קשה הא רב ס"ל כוותי' ולפמ"ש י"ל דהש"ס מקשה ממנ"פ להס"ד דתרתי מילי הוא א"כ ממנ"פ למה גנב וגזלן מקודשת דהא אינו שלו וא"ל דמיירי בגזל דידה דהרי ר"י ס"ל דשניהם א"י להקדיש אף ביחד וה"ה בקידושין וע"ז משני דמיירי בגזל דידה ויש חילוק בין גזל להקדש וכמ"ש וע"ז מקשה דא"כ לרב דאף בקידושין ס"ל דא"י להתקדש קשה וע"ז משני הא בשידך הא בלא שידך. ובזה יש ליישב מה שהקשו התוס' מה קמ"ל ר"י דא"י להקדיש ולפמ"ש י"ל דקמ"ל דאף שניהם ביחד א"י להקדיש ולכאורה צ"ב דמה מועיל בגזל דידה שידך דניהו דמדקבלתי' אחילתה הא אם נתייאשה כבר שוב א"ב ואינו שלה ואיך יכולה לתת במתנה הא היא כבר נתייאשה והו"ל הפקר ואף דלגזלן בעצמו מועיל מכל מקום לא שייך מדקבלתה אחילתה דהא כבר אינו שלה ומתנה בעלמא הוא דקא יהיב לה אבל באמת לרב דס"ל יאוש כדי קני ע"כ דהכא מיירי בלא יאוש ושפיר מקשה הש"ס. ובזה יש ליישב מה שהקשה אחד מהתלמידים דבדף י"ג פלפל הש"ס מנ"ל דיש חילוק בין שדיך ללא שדיך וקשה הא מוכרח דאל"כ יקשה מתניתין על הברייתא וכדמשני הכא לרב ולפמ"ש יש לומר דדוקא לרב לשיטתי' קשה ולא לדידן ודו"ק.

יא והנה הפ"י חידש דבגזל דידה אף לאחר יאוש ל"מ דניהו דמגופי' דחפץ מייאש אבל מדמי מי קא מייאש ע"ש ולפ"ז נראה לי דזה דוקא היכא שגזל מידה חפץ אבל אם חטף סלע לא שייך דמדמי לא קא מייאש דמה נ"מ בין סלע זה לסלע אחר ולפ"ז יקשה מ"פ מחטף סלע הא חטף סלע בגזל דידה ודאי מקודשת והיא קושיא נפלאה. אך באמת לרב שפיר פריך דלאחר יאוש קני לרב לשיטתו. ובזה ממילא מיושב קושיות האלו וע"ד שכתבתי דבאמת יש לחלק דהיכא שחטף סלע כל דנתייאש לגמרי נתייאש דלא שייך

מדמי לא קא מייאש דמה נ"מ בין זה לזה ורק דלרב לא מיירי אחר יאוש דיאוש כדי קני וא"כ לדידן אין הכרח לחלק בין שדיך ללא שדיך וכמ"ש.

יב ובזה מיושב דלא פריך תיכף על רב דיש לומר דע"כ לא קאמר רב רק בגזל חפץ ופירות דיש לומר מדמי לא קא מייאש אבל בחטף סלע לא רק אח"כ פריך על רב דלשיטתו דס"ל יאוש קני אי אפשר לאוקמא לאחר יאוש וכמ"ש ודוק:

סימן פח

א אשר שאלת באחד שנשא אשה ונשתגעה ר"ל והתירו לו פרושים לישא אשה אחרת עפ"י היתר ממאה רבנים ובתוך אסיפת מאה רבנים מתה האשה ושאלת אם מחוייב להתאבל עליה הואיל שרצה לגרשה וכבר אסף החתימות אף שלא נגמר עדן. הנה מצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל באהע"ז סי' צ' שכתב דאינו חייב להתאבל עליה ולמדו מהא דכתב הרש"ל ביש"ש גיטין פ"ב סי' ד' שכתב באחד שנתן עיניו לגרשה ובתוך כך מתה שאינו מחוייב להתאבל ולמדו ממ"ש הרשב"ם לענין תותרנית דאין יורש ואף שהיא דאורייתא מכ"ש בזה שאבילות אינו רק מדרבנן ע"ש וה"ה בזה.

ב והנה מראש צורים נראה לפענ"ד דברי הרש"ל תמוהין דמה בכך שנתן עיניו לגרשה כל שלא גרשה שארו קרינן לה דכמה פעמים מפשרין ביניהם אף שנתן עיניו לגרשה ובשלמא ירושת הבעל שפיר מפקינן דהוא עכ"פ רצה לגרשה ואולי מחשב כסילק מירושה משא"כ בזה. ולפענ"ד ראיה ברורה לזה מהא דאמרו ביומא דף י"ד וכה"ג מי חיילא עליו אנינות והא מגרשה ופירש"י דהא אוקימנא דאי חזי לה דמתה קדים ועייל לבהכ"נ ומשוי לי' לגיטא דהאי דמתה גט למפרע והרי שם בודאי היה נתן עיניו לגרשה אם תמות אח"כ ביוה"כ ומצד מצות התורה דבית אחד ולא שתים ומתחלה נשאה על דעת לגרשה ואפ"ה אי לאו דנתגרשה באמת חל אנינות אלמא דכל שלא נתגרשה באמת אף שנתן עיניו לגרשה חל אנינות וא"ל דכיון דספק איזה תמות א"כ הוה כל אחת רק ספק הא סוף סוף עכ"פ בשעה שהיא עומדת למות בודאי דעתו לגרשה ולא חל אנינות עליו וע"כ דלתניהו לדברי מהרש"ל.

ג וא"ל דהרש"ל לא אמר רק אבילות דרבנן ושם אנינות הוא מן התורה דמלבד דאין זה מוסכם אי אנינות הוא מן התורה ודעת ר"ת ור"י דאף בזה אינו רק דרבנן וגם דעכ"פ לשיטת רשב"ם דמפקינן ירושת הבעל דהוא מדאורייתא ומכ"ש באנינות וגם לפ"מ דמשני הש"ס ניהו דאנינות לא חיילא עליו אטרודי מי לא מטרד ופירש"י ובקדשים בעינן שמחה וגדולה ובתו"י הקשו ע"ז דא"כ טבעה ספינתו בים ועיין בשו"ת אא"ז החת"ס ז"ל סי' קנ"ג ואמרתי בחידושי עפ"י מה דאמרו בסוכה דף כ"ו דאבל חייב בסוכה ואף דמצטער

פטור התם צערא דממילא אבל הכא איבעי לי' ליתובי דעתי' והיינו דכיון דהמצוה היא שישב בסוכה ואין האנינות פוטרו מזה א"כ אבעי לי' ליתובי דעתא האבל ולפ"ז כאן דכתיב למשחה ולגדולה ובאמת מחוייב שיתאבל וא"כ היא מצוה שיתאבל ולא יהיה בשמחה וא"א לו ליתובי דעתי' א"כ שוב אינו מחוייב ול"ד לטבעה ספינתו דמחוייב ליתובי דעתי' ולפי זה מוכח דאף דמגרשה ולא חל אנינות אפ"ה מצוה להתאבל דהרי באמת היתה אשתו רק שגרשה עפ"י מצות התורה וא"כ מכ"ש במי שנתן עיניו לגרשה ולא גרשה דחייב באבילות ולפענ"ד יש להמתיק הטעם דדוקא אנינות לא חל דאנינות לא חל רק על מי שצריך לקבור אותה וא"כ כל שגרשה ואין החיוב עליו שוב לא שייך אנינות משא"כ אבילות דהוא משום דלבו מר כל שלבו מר חייב באבילות דלא גרשה רק במצות התורה ועיין באהע"ז סימן קמ"ה דאשה שנתגרשה על תנאי ומת הבעל אין איסור בדבר אם רצונה להתאבל ע"ש ומזה קשה לי על מ"ש הלבוש הובא דבריו בשו"ת מהר"ם לובלין דלא מצינו גט על תנאי דבקרא לא כתיב רק אם לא תמצא חן בעיניו אבל כל שאוהבין זא"ז ואין מגרשין רק בשביל סבה שלא תזקק ליבם מנ"ל דהוה גט וצ"ע דלא זכר שכל גיטי כה"ג הי' בלא סיבה רק משום שלא יהי' ב' נשים ויש לחלק. יהיה איך שיהיה הדבר מבואר בש"ס דלא כהרש"ל. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש רבינו דכה"ג מקריב אונן ואינו אוכל והיינו משום דכתיב ואכלתי חטאת היום אף דמקריב אונן וא"כ למה לא יהיה רשאי לאכול ג"כ. ולפמ"ש יש לומר דהרי הרמב"ם בפ"א מאבל הלכה א' כתב דמ"ע להתאבל על הקרובים שנאמר ואכלתי חטאת היום היטב בעיני ד' ובספר המצות מ"ע י"ז ביאר משום שמצוה לטמא כדי שלא יחלל דין אבילות אבל מה שהביא מקרא ואכלתי חטאת היום הוא תמוה ועיין בכ"מ שהניח בקושיא דאטו בשביל שלא יטב בעיני ד' לאכול נצטוה להתאבל ולפמ"ש אתי שפיר דיש לומר דכל הטעם דאסור לאכול הוא בשביל שאטרודי מטרד וכתיב למשחה וכדאיתא בש"ס ומעתה שפיר מוכח דאינו מצוה להתאבל דאל"כ הוה כטבעה ספינתו בים דמחוייב ליתובי דעתי' רק דכיון שמצוה להתאבל שוב אסור לאכול וזה ברור ודו"ק. ומעתה שפיר אמרו דכה"ג מקריב אונן דזה א"צ שמחה אבל מכל מקום אינו אוכל דצריך שיהיה הוא בשמחה ודו"ק. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה יש ליישב מה ששאל במכתב הרב הגאון מוה' יוסף באב"ד ני' אבד"ק זבאריז וסניטין על מ"ש הרמב"ם פ"ז מאבילות הלכה וא"ו דכה"ג חייב בכל דברי אבילות והקשה דהרי בש"ס אמרו במ"ק דף י"ד ע"ב דהצרוע לרבות כה"ג והא כה"ג דכל השנה כלה כרגל לכ"ע דמי דתנן כה"ג מקריב אונן ואפ"ה נוהג צרעת ולפ"ז אמאי ינהוג אבילות הא ברגל אינו נוהג אבילות וכה"ג כל השנה כרגל דמי.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דלכה"ג הוה כל השנה כרגל משום דהתורה אמרה שיקריב אונן ולפ"ז כיון דאינו אוכל ומטעם דכתיב ואכלתי חטאת היום ומזה נלמד מצות אבילות א"כ ממילא שוב נוהג כל דיני אבילות דהרי התורה גלתה בהדיא שינהוג אבלות וכמ"ש באורך וז"ב ודו"ק היטב ועיין ברמב"ם פ"ב מאבל הלכה וא"ו שכתב כמה חמורה מצות אבילות שהרי נדחה לו טומאת קרובים כדי שיתעסק עמהן ויתאבל עליהן. שוב ראיתי בקרית ספר להמבי"ט שכתב דכה"ג חייב באבילות דאינו רק מדרבנן ושלא בשעת עבודה ע"ש ולפענ"ד הוא דין תורה כמ"ש הרמב"ם פ"א מאבילות דילפינן לה מואכלתי חטאת היום וכמ"ש בביאורו וא"כ אף כה"ג נוהג אבילות ושאר הימים הוה מדרבנן כמו בכל אבילות דלשיטת הרמב"ם רק יום ראשון דאורייתא ועיין בפ"ג מביאת המקדש ה"ח שכתב רבינו ג"כ דמה שלא נאכל באנינות הוא משום שכתיב ואכלתי חטאת היום והוא כמ"ש משום דאינו בשמחה ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הוא ענין נפלא ת"ל. ואגב אומר במ"ש המ"א שם בסימן תרי"ב ראיה דאסור ליגע מדברי הירושלמי פ"ד דפסחים דאמר דלכך אין מתחלקות החלות רק לערב כשחל יוה"כ בשבת משום דאסור ליגע ובהגהת דגול מרבבה האריך שם דלולא דברי הירושלמי היה אומר טעם אחר. ולפענ"ד נראה ג"כ טעם אחר בזה דהנה שיטת רבינו בפירוש המשנה פרק שתי הלחם משנה ז' דביום השבת צריך לאכול לחם הפנים ואינו ליום ולילה כמ"ש התוס' דף ק' שם ד"ה שני וכתב הטעם דכתיב ביום השבת יערכנו והקשה התוס' יו"ט הא ביוה"כ מתחלקות החלות לערב ולא נפסלו וגם גוף הטעם מנ"ל לרמב"ם והבה"ז כתב דיצא לו מהא דאמרו ביומא דף ל"ד דמוספין קודמין לבזיכין דכתיב ביום לאחר הבזיכין והוא תמוה דמ"מ מנ"ל דאינו נאכל לערב וכבר האריך בזה בחק נתן הספרדי רפ"ב דמנחות ע"ש. אך לפענ"ד נראה דכוונת רבינו דמצד הלחם באמת אינו נפסל רק דכיון דצריך להקטיר הבזיכין וכל שסדרו האחרות ממילא נפסלו אלו ולפ"ז כיון דביוה"כ מתחלקות לערב וע"כ דגם האחרות נסדרו לאחר השבת ולא נפסל כמבואר בדף ק' דעל השלחן אינו נפסל ולכך מתחלקות לערב וא"כ אין ראיה להירושלמי דאם הי' נלקחות ביום הי' צריכין לסדר אחרים ואז הי' נפסלות כיון שאסור ביום ודו"ק. אחר כמה שנים מצאתי בשעה"מ פ"ג ממעשה הקרבנות שהביא דברי המלמ"ל פ"ג מאבל ה"ט שהאריך בענין טרדא אי אסור לאכול קדשים והביא דברי הש"ס יומא דף י"ד וע"ז כתב השעה"מ דזה דוקא לשיטת רש"י אבל התו"י חלקו ע"ז ע"ש שהאריך הנה אמת נכון הדבר ועיין מלמ"ל פ"ב מביאת המקדש ושם רמז הרב המגיה לתוס' ישנים הנ"ל ועיין בשו"ת אא"ז החז"ק ז"ל סי' קנ"ג ודוק.

ה והנה אחר זמן רב בלמדי עם תלמודי שנת תר"ט בגיטין דף ע"ג ע"ב דימים שבנתיים דבעלה יורשה ומטמא לה ושאל אחד מהתלמידים דמה קמ"ל דיורשה ומטמא לה הא לא חל הגט רק לכשימות הוא קודם אבל כל שמתה היא הרי היא כאשתו לכל הדברים. והשבתי דמזה ראיה להרשב"ם דכל דנתן עיניו לגרשה שוב אין הבעל יורשה ואף החולקים ה"א דכאן מודים כיון דנתן לה הגירושין וא"כ הו"א דאינו יורשה ולא מטמא לה דטומאה ואבילות דין אחד להם ועיין ברמב"ם פ"א מאבילות שלמד אבילות מטומאה וע"ז קמ"ל דכאן לא שייך זאת דע"כ לא אמרינן דכל שנתן עיניו לגרשה רק במגרשה מחמת שאינו רוצה בה וכדומה אבל כאן שמגרשה כדי שלא תפול ליבם א"כ כל שמתה מקודם אין כאן שום גירושין ויורשין ומטמא לה וז"ב לדעתי ודוק. והנה המ"א שם לאחר שדחה דברי הרמ"א והעלה דלא חיישינן לשמא יבא לאכול כתב ועיין ספי"א דמנחות ולכאורה זה סותר למ"ש למעלה דהרי החלות מתחלקות לערב ומשמע דחשו שמא יבא לאכול וכדאמרו בירושלמי שמביא אח"כ. אך נראה דכונת המ"א לפמ"ש למעלה דדוקא בעצמו ומכין הדבר הוא דחיישינן שמא יאכל ואם כן אם היה מחלק החלות כדי שיאכלם לערב הו"ל מתעסק בהן ושפיר חיישינן שמא יאכל וז"ש ועיין בפי"א דמנחות וע"ז הביא דברי המהרי"ל וירושלמי דחשו שמא יאכל והביאו מהך דחלות ובאמת לפמ"ש המ"א אין ראיה מהך דחלות ודוק היטב:

סימן פט

א לחכם אחד.

ב מה שהקשית בהא דבעי ר"י סבא מר"נ בב"ק דף מ"ט המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא דארעא הוא מחזיק ובארעא הא לא אחזיקו שטרא נמי לא קנה דלאו דעתי' אשטרא או דלמא דעתי' נמי אשטרא וע"ז הקשית דאי נמי אין דעתו אשטרא הא ידו של אדם קונה לו אף שלא מדעתו כמו חצרו שקונה לו שלא מדעתו. והנה באמת כבר קדמך המהרי"ט בראשונות סי' ק"נ והש"ך בחו"מ סי' ער"ה ס"ק ג' ע"ש שישבו בזה דברי הרמב"ם דדחה זאת מהלכה אבל כבר כתבתי על גליון הש"ך דבמחכת"ה לא זכר שם שהתוס' בב"ב דף נ"ד ע"א ד"ה אדעתא הקשו כן ומחלק דכל שאין רצונו לקנות ל"מ אף בידו ע"ש ועיין מלמ"ל פי"ז מגזילה ה"ח וזכורני שכבר כתבתי בזה בתשובה ולא ידעתי מקומו. אך כאשר השקפתי בזה כעת אמרתי ליישב דברי הרמב"ם מה שהקשו עליו הלח"מ והש"ך ומהרי"ט שם דהנה לכאורה צ"ב הא דאמרו ובארעא לא אחזיק והיינו משום דבעינן שיעשה מעשה בגוף הקרקע וכמו בבונה פלטרין בנכסי הגר דלא קנה דלא עשה מעשה בגוף הקרקע ולפי זה קשה הא הרשב"א בחידושיו כתב דשטרא

נמי לא קנה דלאו אדעתא דשטרא מחזיק כלומר וכל המחזיק בקרקע יכול להוציא השטר מידו דהמחזיק בשטר קנה הקרקע בכל מקום שהוא דשטרא אפסרא דארעא עכ"ל וביאור הדבר דקנה מתורת אג"ק ואף דבעי צבורין בהפקר א"ל זיל קני צ"ל כיון דשטרא אפסרא דארעא הו"ל כמו קרקע ואצ"ל קני וכ"כ בקצה"ח סי' ער"ה ס"ג בסופו ע"ש. ולפ"ז יקשה כיון דיכול לקנות ע"י הקרקע השטר דאפסרא דארעא הוא והו"ל אג"ק א"כ ניהו דבארעא לא אחזיק הא הוא נהנה מגוף הקרקע דומיא דשכב על המצעות דקנה בנכסי הגר דהואיל ונהנה מגוף הקרקע כמבואר סי' ער"ה סט"ו וא"כ כיון שעי"ז יוכל לקנות השטר שוב נהנה מגוף הקרקע והו"ל כאילו עשה מעשה בגוף הקרקע וא"כ יקנה הקרקע והשטר דהו"ל כגיטה וחצירה באין כאחת דע"י שקונה השטר וקונה ע"י הקרקע נהנה בגוף הקרקע ועשה מעשה בגוף הקרקע ואמאי לא קנה שתיהן והיא קושיא נפלאה.

ג אך באמת אחר העיון הדבר נכון דממנ"פ לא קנה הקרקע דאם אין דעתו על השטר א"כ לא רצה לקנות השטר דמה אכפת ליה בשטר וא"כ מה עשה מעשה בגוף הקרקע דבשלמא בהציע מצעות א"כ השכיבה עצמו היה צריך לו והרי נהנה מגוף הקרקע והו"ל כעושה מעשה בגוף הקרקע אבל כאן כיון דאין לו תועלת בהשטר דלמה צריך לו השטר בעצמותו וא"כ שוב לא נהנה במה שהחזיק בשטר מן הקרקע כלום וא"ל דהרי עי"ז יקנה לו הקרקע הא בארעא לא החזיק ולא עשה מעשה בארעא ובמה יקנה לו ואם דעתו אשטר והיינו לצור עפ"י צליחותו הא זה לא נקנה ע"י הקרקע דבאמת בעי צבורין מאי משום דשטרא אפסרא דארעא היינו לענין אם קנה הקרקע קנה גם השטר והו"ל אפסרא דארעא אבל לענין לצור עפ"י צליחותו שוב אין השטר אפסרא דארעא ול"ק וא"כ ממ"נ לא קנה הקרקע. ובזה מיושב דברי הרמב"ם דכיון שעכ"פ הוה ספק אם לא נתכוין לזכות בשטר שוב הו"ל ספק אם קנה השטר עכ"פ השני להחזיק בקרקע לא קנה השטר דלא שייך לומר דהו"ל אפסרא דארעא דדלמא קנהו הראשון לענין לצור עפ"י צליחותו ובחידושי אמרתי להמתיק הדבר דהנה דברי הרא"ש סותרין דבפ"ק דב"מ כתב גבי גמל וחמור אי בהנהגה או במשיכה דבהפקר הו"ל הראשון מוחזק מספק וקנה ואלו בב"ב פרק חזקת גבי אבעיא דהחזיק באחת לקנות חבירתה כתב הרא"ש דאם בא אחר והחזיק בהם קנה הואיל והראשון לא קנה רק מספק וכתב המהר"ם מינץ בתשובה סי' ע"ז וכ"כ הש"ך בתקפו כהן סימן י"ט דהיכא דהחזיק באותו דבר אף שאין הקנין רק מספק מועיל ומקרי מוחזק אבל כל שהחזיק בזה כדי לקנות חבירתה א"כ בחברתה לא החזיק כלל א"כ לא מקרי לענין חברתה מוחזק והשני שמוחזק בודאי מוציא מידו ע"ש

ולפ"ז כאן דלענין השטר לצור עפ"י צליחותו הראשון מוחזק א"כ ניהו דהו"ל ספק עכ"פ החזיק מספק ומחזיק בגוף השטר וא"ל דאם נימא דאין דעתו אשטר רק אארעא וכיון דלא אחזיק בארעא א"כ ל"מ חזקתו גם לענין השטר דהו"ל כאינו מוחזק בשטר דלא כוון על השטר רק אדעת לקנות השדה דזה אינו דעכ"פ השני לא החזיק רק בהקרקע רק דאפסרא דארעא הוא אבל הוא לא מוחזק בגוף השטר א"כ חזקת הראשון יותר מועיל לענין השטר יותר מהשני. ובזה מדוקדק האבעיות הש"ס אי אמרינן דממאי דמחזיק בשטר אדעתא דארעא והיינו רק אדעתא דארעא ולא כוון לשטר א"כ אף מספק לא מקרי מוחזק או דלמא דדעתא נמי אשטר והיינו דדעתו על שניהם וא"כ עכ"פ השטר קני ועיין לח"מ פ"א מזכייה ובזה מיושב מה שהקשה הלח"מ לשיטת רש"י דמיירי בשט"ח אשר משועבדים להגר קרקעות מה קאמר ובארעא לא אחזיק הא אף באחזיק נמי לא מועיל דמיד שמת פקע שעבודו וכבר קדמו בשיטה מקובצת ולפמ"ש אתי שפיר דאם הי' מחזיק בקרקע א"כ מה שהחזיק בשטר לא היה אדעתא דארעא והיה עכ"פ מוחזק בשטר לענין גוף השטר ולכך קאמר דארעא לא אחזיק א"כ כל חזקת השטר לא היה בשביל עצמות השטר ול"מ חזקתו מספק ודוק היטב ועיין קצה"ח סי' ר"ב סעיף י"ג. איברא דצ"ב בהא דאבעיא ליה לש"ס דוקא בהחזיק בשטר של גר ולמה לא בעי באם החזיק בשטר של מוכר שדה או נותן מתנה איך הדין אם החזיק בשטר ולא בגוף השדה אם נימא דכיון דודאי דעתו אל השדה לא קנה גם השטר או דלמא דעכ"פ קנה גוף השטר לצור עפ"י צליחותו ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה למה שחילק הרמב"ם בפ"ב מזכייה הלכה ג' דיש דברים רבים שאם החזיק בהן הלוקח לא קנה עדיין ואם החזיק אחד מהם בנכסי הגר או בנכסי הפקר קנה ואילו לענין אכילת פירות כתב בהלכה א' ב' שם להיפך דבנכסי חבירו קנה ובגר לא קנה וביאור הדברים נראה לפענ"ד דבאמת יש צד סברא דלקני בגר יותר ממכר ומתנה דשם כיון דצריך לצאת מרשות המוכר או הנותן לרשות הלוקח והמקבל צריך חזקה טובה משא"כ בגר דנכסיו הם הפקר והרי גם הבטה בהפקר איכא למ"ד דקנה מכ"ש בעושה קנין אף שאינו טוב כ"כ ובתשובה אחרת כתבתי דטעם דהמ"ד דהבטה בהפקר קנה משום דא"צ כ"כ קנין שכבר נפקע ואין עליו רשות בעלים סגי בהבטה להכניסו ברשות הלה שזכה בהם ועיין בשיטה מקובצת ריש ב"מ גבי מאי מצאתיה ראיתיה דבראיה בעלמא קנה דמבואר קצת כן ע"ש והארכתי בזה בדברי פלפול לישב קושית התוס' שם ודו"ק עכ"פ בעושה מעשה קצת סגי. מיהו זה דוקא לענין דברים שאין החסרון בקנין רק בשביל שלא עשה הקנין באותו דבר שמחזיק כמו בבונה פלטרין שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע וכדומה משא"כ בדבר שהחסרון

בגוף הקנין דהו"ל קנין גרוע א"כ יש לומר להיפך דבקנין שדעת אחרת מקנה סגי אף בקנין גרוע משא"כ בנכסי הגר הרי לא עשה קנין כראוי. ומעתה בשלמא לענין קנין שקונה ע"י הפירות שהחסרון מצד עצם הקנין יש לומר דבלוקח קנה שיש דעת אחרת מקנה משא"כ בגר אבל בבונה פלטרין שהקנין הוא טוב רק שלא עשה בגוף הקרקע א"כ אדרבא נכסי הגר עדיפי שעכ"פ נתכוין לקנות גם גוף הקרקע בזה משא"כ בקונה דגוף הקרקע לא יצאת מרשות המוכר ונותן ומעתה כאן דהחסרון הוא בשביל דלא נתכוין לקנות השטר רק השדה א"כ זה דוקא בגר אבל במכר ומתנה בודאי ל"מ דהרי לא נתכוין לזכות בהשטר ובארעא לא עביד כלום. ויש להמתיק הדבר מה שמחלק הרמב"ן בין אכילת פירות דקונה טפי בנכסי חבירו מבנכסי הגר משא"כ לענין בונה פלטרין וכדומה דהנה כבר כתבתי דיש לומר דבנכסי הגר הואיל שאין לו רשות אחר עליו ניקל לקנות משא"כ בלוקח דהמוכר יש לו חזקת מ"ק ולא יצא מרשותו עד שיהיה קנין חזק ולפ"ז זהו לענין בונה פלטרין ומציע מצעות שפיר יש לומר דנכסי הגר ניקל לקנות משא"כ נכסי חבירו אבל לענין אכילת פירות שכל תכלית השדה היא אך בשביל הפירות והרי מה שקנין פירות כקנין הגוף לפי שהגוף אינו רק בשביל הפירות א"כ בשלמא בנכסי חבירו שחבירו הקנה לו הפירות וזה החזיק בהם א"כ מה שייך לומר שבזה נפקע חזקת מרא קמא דהא כבר נפקע דכבר יצא עכ"פ לענין הפירות ומה לו יותר בקנין הגוף יותר מהפירות אבל בנכסי הגר דליכא מאן דלקני' לי' וזה החזיק בפירות א"כ כיון שלא עשה מעשה בגוף השדה במה נקנה לו דדלמא לא כוון רק לאכול הפירות ולא נתכוין כלל לקנין גוף השדה ולא התחיל קנין כלל וז"ב מאד. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית המ"ב סוף הספר שכתב בהגהת תוס' שלו לתמוה על הב"י שבסי' קצ"ב הביא דברי הרא"ש דבמציע מצעות בנכסי הגר קנה וכתב ע"ז דמכ"ש במכר ומתנה וא"כ נטה אחר דעת הפוסקים דכל דקני בנכסי הגר מכ"ש דקני בנכסי חבירו ובסי' ער"ה נטה אחר דעת הרמב"ם דיש דברים שקונה דוקא בנכסי הגר ואח"כ נתקשה בגוף דברי הב"י דבש"ע סי' קצ"ב פסק דמציע מצעות קנה ובסי' ער"ה הביאו לענין גר ומשמע דבנכסי חבירו לא קנה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הב"י פוסק כהרמב"ם דנכסי הגר עדיף והיינו מטעם שכתבתי דכיון שאינו עושה בגוף השדה ל"מ קנין לענין לוקח שיצא מחזקת המוכר ולפ"ז זהו בהציע מצעות ולא שכב עלי' אבל בשכב שנהנה גופו מגוף הקרקע מודו כ"ע דקנה וכמבואר בסי' ער"ה סט"ו דאף הי"ח מודין בזה וא"כ המחבר דמיירי בלא שכב עליו שפיר כתב דדוקא בגר קני אבל בסי' קצ"ב שכתב בהדיא ושכב עליו שפיר מועיל אף בנכסי חבירו ולכך גם בב"י שהעתיק דברי הרא"ש דדעתו דבעינן דוקא שכב עליו

שפיר כתב דכ"ש במכר ומתנה והמעיין בהב"י וש"ע היטב ימצא כי ת"ל כוונתי האמת בזה ובמחכ"ת דבר סרה על הב"י ששגגה בידו ונהפוך הוא לפענ"ד. ובזה מיושב מה שהקשה המ"ב שם וכן הקשה הלח"מ דהיאך אפשר דמציע מצעות הוא קנין דוקא בגר ולא בחבירו והא בש"ס למדו מעבד עברי והרי מועיל אף בנכסי חברו. ולפמ"ש אתי שפיר דבש"ס מירי בשכב עליו ונהנה גופו כמ"ש הרשב"ם ורק דהוא דצריך שיעשה מעשה בגוף השדה ול"מ מה שנהנה ע"ז מביא ראיה מעבד דמועיל אף שנהנה אבל מכל מקום כיון דלא עשה מעשה בגוף השדה שפיר ל"מ רק בגר ולא בנכסי חבירו דבמה יצא מחזקת הראשון וז"ב ודו"ק. ומ"ש המ"ב שם דגם הטור טעה דבסי' קצ"ב כתב הפלוגתא שבין הרמב"ם והראב"ד לענין אכילת פירות והכריע כהראב"ד דלא קני בחזקת פירות ואלו בסימן ער"ה כתב ויש שהוא חזקה בלוקח ואינו חזקה בנכסי הגר כגון אכילת פירות דבלוקח הוה חזקה ע"ש לפענ"ד הטור קאי גם לענין חזקת ג' שנים שבגר ל"מ אפילו אכל ג' שנים כמ"ש בהדיא אפילו אכל כמה שנים ע"ש ודו"ק שוב מצאתי במלמ"ל פ"א ממכירה הט"ו שישב כן דברי הטור ושמחתי. ובחידושי אמרתי בטעם שמחלק רבינו לענין אכילת פירות דבלוקח קנה משא"כ בגר דהנה רבינו למד זאת מדין חזקה ג' שנים והכוונה בזה לפענ"ד דהנה הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף ל"ו כתב הטעם דחזקה ג' שנים הוא לפי דכיון דשתק רגלים לדבר רק שבתוך ג' שנים אתרע החזקה דאמרינן ליה אחוי שטרך ולכך לאחר ג' שנים דאמרינן דלא נזהר בשטרו כ"כ שוב ראיה מדשתק מחיל ע"ש ולפ"ז לרמב"ן לא בעינן שיראה שאכל ג' שנים רק דכל שיש עדים שאכל בראש הג' שנים סגי כל שהחזיק ג' שנים דל"ש לאחוי שטרא ובתשובה הארכתי בזה בביאור דברי הרמב"ן ולפ"ז כאן לענין קנין שפיר למדו הרמב"ן מדין חזקה דכמו שאם היה מחזיק ג' שנים הוה חזקה וכל שאיכא עדים שאכל פירות מיד הוה חזקה ומטעם מדשתיק מחיל ולפ"ז היאך אפשר לומר דאם באמת הקנה לו השדה ע"י האסיפת פירות שלא יקנה והרי שם כיון דשתק בודאי מחל לו ולא גרע מאם לא ידענו שהקנה לו רק מדשתיק אמרינן דמסתמא קנה מכ"ש בהקנה לו באמת דהוה קנין דאם לא הוה קנין מה בכך דאכל פירות הא מכל מקום לא הקנה לו וא"ל דז"א דמסתמא הקנה לו בקנין המועיל דזה מנין לו דלמא לכך שתק דידע דלא קנה בזה וע"כ דזה גופא הוה קנין וז"ב בטעמו של הרמב"ם. ומעתה זה דוקא בלוקח אבל בנכסי הגר דהם הפקר דלא שייך חזקה ג' שנים דאין מי שימחה וא"כ שוב לא הוה קנין באכילת פירות כל שלא עשה מעשה בגוף הקרקע. ובזה יש ליישב מ"ש רבינו בפ"א ממכירה דאם נר השדה דמועיל במכירה והרי בפ"ב מזכייה חשבה בין הקניות דנכסי הגר והרי הרמב"ם כתב שם דיש

דברים שנקנה בנכסי הגר ולא בנכסי חבירו ועיין בלח"מ שם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בדף ל"ו נחלקו בנר אם הוה חזקה דאיכא מ"ד דלא עביד אינש לראות דכרבו בארעי' ושתיק וחד אמר דכל שיבא ושיבא דכרבא לעייל בה. ומעתה זה לענין חזקה דלא ידעינן אם רצה להקנותו שפיר לא הוה חזקה אבל לענין קנין שפיר קנה דעכ"פ הוה קנין טוב שהרי קנה אותו ע"י קנין דלא עביד אינש דכרבו בארעיה ושתיק ואם כן גם חזקה הי' אם ידענו דהי' רוצה להקנותו ואם כן ממילא בידעינן שהוא רצה להקנותו דהוה קנין כל דהוה חזקה וא"כ אדרבא בנכסי חבירו דלא שייך חזקת ג' שנים שוב לא הוה קנין גמור ומכל מקום הוה קנין בנכסי הגר דבנכסי הגר סגי בקנין גרוע ולפ"ז מה דחשב הרמב"ם בנכסי הגר ניר הוא משום דבנכסי הגר לא שייך חזקת ג' שנים וה"א דלא הוה קנין לכך חשבו בין הקנינים הגרועים דקנה בנכסי הגר ובנכסי חבירו הוה קנין משום דהוה חזקה ג"כ לולא החשש דכל שיבא ושיבא דכרבא לעייל בה ובקנין דלא שייך זאת שוב קנה ג"כ. ובזה מיושב היטב קושית הלח"מ שהקשה דהיאך אפשר דבניר לא הוה קנין בנכסי חבירו הא כל הטעם דלא הוה חזקה משום כל שיבא ושיבא לעייל בה וזה לא שייך לענין קנין. ולפמ"ש זה באמת טעם של קנין בנכסי חבירו וכמ"ש הרמב"ם בפ"א ממכירה דניר הוה קנין ומשום דחזקה ג"כ הוה רק דבנכסי הגר ג"כ קנה בניר ומטעם דדי בקנין גרוע וכמ"ש והא דאמרו בדף נ"ז דגם בנכסי חבירו לא קנה היינו בחזקה וכמו שפירש הרשב"ם ודוק היטב כי נתיישב בזה כמה דברים. והנה בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' ס"ו סל"ז דגר שהי' לו מלוה בשטר על ישראל ומכר לישראל ומת הגר פקע לי' שעבודי' והש"ך תמה ע"ז והביא בשם הריטב"א שכתב דהו"ל כאלו כתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דאל"כ כשמת המוכר א"י לתבוע הנכסים שא"י לתבוע הערב תחלה וראיתי בקצה"ח ס"ק מ"א שכתב דל"ק קושית הריטב"א דהרי כל שאין הלוה בפנינו גובה מהערב וכאן הוה כאין הלוה בפנינו דהרי הלוה לא נשתעבד להלוקח רק נכסיו והוא הערב וכוונתו כיון דעכ"פ מכר לו שעבוד נכסיו אף דהלוה לא נשתעבד מכל מקום יכול לגבות מנכסיו ול"ד להא דאמרו בבכורות דף מ"ח גבי שני יוסף ב"ש דכל דהלוה לא נשתעבד א"י לגבות מהערב היינו שם דספק שמא לזה הלוה והאחר לא הלוה כלל משא"כ כאן דשעבוד נכסים ודאי איכא דיכול לגבות מהנכסים כשאין הלוה בפנינו וז"פ וברור. אמנם אי קשיא הא קשיא הא א"י לתבוע הערב במקום שהלוה לא נתחייב וכאן הלוה אינו משועבד לו כלל רק הנכסים שהן ערב בעדו וצ"ל דמכאן ראיה ברורה למ"ש הרשב"א והוקבע להלכה בש"ע סי' קכ"ט סעיף ח' בהג"ה במי ששאל חפץ ואמר דאם לא אחזירנו לך החפץ אתן לך כך וכך דמים בעדו אף שלא נתחייב עפ"י הדין

דהוה אסמכתא אפ"ה כל שהעמיד לו הערב חייב וכתב הסמ"ע לחלק מסי' מ"ט דשאני הכא דמעולם לא נתחייב הלוה כלל ואפ"ה נתערב בעדו לכך חייב ואף שהב"ח והש"ך חלקו ע"ז ובשו"ת ב"ח סימן ל"ו דחה הדין לגמרי כבר כתבתי בגליון הש"ע דבמלמ"ל פכ"ה ממלוה חולק בזה דכל שמתחלה נתערב הלוה במקום שאין הלוה חייב נעשה ערב ע"ש ולפ"ז גם כאן שעבוד הגוף רק שעבוד נכסי שוב נעשו ערבים בעד הלוה אף שא"י לגבות מהלוה וז"ב כשמש שוב ראיתי בר"ן פרק הכותב שכתב כדברת ר"ת הנ"ל וז"ל ומיהו כשמת הלוה אעפ"י ששעבוד גופו נפקע שעבוד נכסים לא פקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע ממנו אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים נפקע ובתומים סי' ס"ו תמה ע"ז דא"כ ביורש דנפקע שעבוד גופו למה משלם ע"ש. ולפענ"ד ביאור הדברים כמ"ש המלמ"ל פכ"ה ממלוה דכל הטעם דאינו גובה מהערב תחלה הוא מפני שיוכל לומר אני לא נתערבתי כ"ז שלא תוכל לגבות מן הלוה וכאן עיקר הפרעון מן הלוה הוא מהנכסים ואם כן הוה ערב אף שלא נשתעבד גופו דכל עיקר שעבוד הגוף דכ"ז שלא יצא ידי חובו שיפרע מהנכסים דבאמת מה יועיל שעבוד גופו ואטו יפרע מגופו ועיקר שעבוד הגוף היא על הנכסים ודמי למה דאמרו קנין פירות כקנין הגוף דמי שביאר הרשב"ם בדף קל"ו דכל עיקר הגוף הוא רק על הפירות וה"ה כאן ובפרט אם נימא דא"י לחבשו במאסר כמ"ש רבינו אליהו וא"כ כל עיקר שעבוד גופו הוא רק על הנכסים וז"ב מאד ודברי הר"ן מדוקדקים ועיין קצה"ח ס"ק כ"ו מ"ש בכוונת הר"ן ולפענ"ד מ"ש העיקר בדבריו ודוק. והנה הרא"ש כתב על הך דמשכונו של ישראל ביד הגר בשם מהר"ם ז"ל נכרי שהלוה את ישראל על משכון ונפל המשכון מיד הנכרי ומצאה ישראל אחר חייב להשיבה לבעליו דהא גוף המשכון שלו ולא הי' לנכרי עליו אלא שעבוד וכיון דנפל מהנכרי פקע שעבודו דאסור להחזיר אבידה לנכרי ואם ירצה לקדש השם יקדש בשלו ולא בשל אחר וכן קי"ל בטוש"ע סי' ע"ב סעיף ל"ח. ולכאורה טפי היה להם לומר דהא נכרי לא קנה משכון כמבואר בפסחים דף ל"א וא"כ לא קנה לי' כלל ופשיטא דמחוייב להחזירו דאינו רק הפקעת הלואה בלבד דהא העכו"ם לא ידע כלל והלה יתבענו המשכון ויאמר לו תן לי משכוני ואחזיר לך המעות וכמדומה לי שבדיניהם בודאי כל שאינו מחזיר לו משכונו אבד מעותיו וז"פ. אך יש ללמוד מזה מה שאמר לי הרב המאה"ג מוה' שמואל נחום אבד"ק ליבטשוב ני' שנסתפק במי שאין לו בחפץ כ"א תשמישים בלבד וגוף החפץ אינו שלו ונאבד מידו אי נפקע שעבודו כיון דלא היה לו רק תשמיש בלבד ואינו רק קנין פירות בלבד וכל שנאבד מידו פקע תשמישו והביא ראיה ממה דאמרו בחולין דף קל"ט

גבי תרנגולת שמרדה דהי' נפקע קדושת דמים אי לאו דאמרינן כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ומזה למדו התוס' והר"ן שם באווזין ותרנגולין שמרדו דכל המוצאם זכה בהם וא"כ נראה דכל שאינו רק קנין פירות כל שנאבד פקע תשמישו ובאמת דאי משם משמע דאף בדבר שהוא שלו ממש כל שמרדו וזכה בהן אחר הרי הוא של מוצאן וזה פשיטא דכל שנאבדו זכה הלה והיינו במקום שא"א לבעלים להחזירן וכמבואר בש"ע סימן רנ"ט ס"ז בהג"ה בחו"מ והמ"מ נרשם ר"ן פרק השולח וט"ס וצ"ל פרק שלוח הקן וע"ש בתוס' ור"ן ואם כן אין ענינו לכאן אבל מדברי המהר"מ מבואר להיפך דא"כ גם כשנפל מיד ישראל משכון של חבירו נפקע תשמישו דהא אין לו קנין הגוף רק שעבוד תשמישו ואף תשמישים אין לו ועיין בש"ך סי' ע"ב שנסתפק אם מותר להשתמש אף במשכון שלא בשעת הלוואתו ומכ"ש במשכון בשעת הלוואתו וא"כ כל שנאבד הרי בטל תשמישו ואינו שלו מיהו יש לדחות דהמשכון הו"ל כמו ערב ולא שייך לומר דבטל הערבות כשנאבד ממנו אבל מצד הסברא אינו נראה כלל דלמה יבטל תשמישו כשנאבד וכל שנחזר לו החפץ הרי הוא שלו

ד והנה הרב החריף מוהר"ץ ליב הכהן מראווא נ"י ההוא אמר ג"כ ראיה מהא דאמרו בב"מ דף ל"ה ע"ב פעמים שהבעלים משלמים כמה פרות הרי אף שנאבד מחוייבין הבעלים לתת לו לתשמיש פרה אחרת ואינו ראיה משם לפענ"ד דשם השואל יש לו קנין הגוף בהפרה כל משך ימי שאלתו ושאלה הו"ל כמו מתנה ע"מ להחזיר ועיין ברא"ש פרק לולב הגזול מה החילוק שבין שאלה להמתנה ואף דמתנה ע"מ להחזיר הו"ל רק קנין הגוף לשעה ונקרא קנין פירות כמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט מכל מקום דעת הר"ר אביגדור בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה דקנין הגוף לשעה מקרי לכם וגם עכ"פ יש לו קנין שעבוד כל משך ימי שאילתו אבל מי שאין לו רק תשמישין ולא שאלו אפשר דנפקע שעבודו אבל מצד הסברא אין לחלק דמה נ"מ הא מכל מקום לא יפקע שעבודו במה שנאבד. והנה בהא דמבואר בסי' ע"ב סעיף מ' בהגה"ה דמשכון של כותי ביד ישראל והיה הכותי חייב לישראל אחר ומבואר בסימן פ"ו ס"א דיוכל לפדות המשכון מיד ראובן ונותן לו קרן וריבית שעלה עליו ע"ש והש"ך ס"ק קצ"ב דעתו דאף בריבית שעלה עד הזמן שקבע לו צריך לתת לו והביא שו"ת הרשב"א שכתב שמשעת הלואה חייב עצמו בכל ריבית שיעשו מעותיו וכדאמרו בבת אשתו דניזונית מנכסים משועבדים אף שהמזונות חיובם בכל יום ודבר יום ביומו נתחייב אפ"ה נתחייב תיכף שנשאה וה"ה בזה ע"ש שהאריך ואני מתפלא על דברת קודש של הרשב"א וכהבנת הש"ך בדבריו ולפענ"ד ל"ד לשם כעוכלא לדנא דבשלמא שם אטו החיוב של ה' שנים הוא לפי הענין שנתחייב בעדו

דהרי בשביל שנשא את האשה והתנית עמו שיזונה ה' שנים ואטו הקצבה לימוד הוא והיה יכול להיות שיתחייב רק ג' שנים או פחות או יותר על ה' ורק בשביל שנשאה נתחייב וא"כ אין ערך ואין קצבה לשנים ולימים ולכך נתחייב הכל בעת שנשאה וגם אם יגרש אשתו אטו מנכה לו לפ"ע ורק משעה שגרשה נפטר מחיובו שכך התנה בעודה עמו אבל הריבית הוא אגר נטר בשביל הימים והשנים שיש בידו המשכון ואם מסלקו וחושב לפי ערך הימים והשנים שהיה אצלו וא"כ עיקר החיוב בא דבר יום ביומו וניהו שנתחייב מתחלה היינו בכללות שכל משך שתהיה אצלו המשכון יתחייב בריבית אבל לא נקצב בכללות כ"א לפי ערך הימים וא"כ עיקר החיוב בא אח"כ וכל שמת והלה בא לסלקו או ב"ח מוקדם ומאוחר שפיר יכול לסלקו על הריבית שיעלה עליו ודברי אא"ז הב"ח נכונים לפענ"ד דדוקא הריבית שכבר עלה זה דמי לבת אשתו דנתחייב בתחלה כל משך שהיא אצלו משא"כ בזה שיעלה אח"כ וז"ב כשמש ועיין תומים סימן ס"ו שנדחק בראיות הרשב"א ולפענ"ד מקום הניחו לי להתגדר גם מ"ש בסעיף מ"א בהפקידו ביד שמעון אם זכה שמעון והש"ך כתב דלמה לא יזכה כתבתי בגליון הש"ע דמקום הספק היא דאפשר דרשות הנפקד קנוי להמפקיד כמ"ש הרשב"ם דמקומו קנוי להמפקיד ואפשר שגם המהרי"ט שחולק ע"ז בראשונות סי' ס"ה יודה בזה ודוק היטב ועט"ז סי' קפ"ט ועיין ש"ך שם מ"ש בשם תשובות מהר"ם אלשיך שכתב דבמעות דלהוצאה נתנה הוה ברשותו של ראובן וצריך שמעון להחזיר הנה לפמ"ש הרמ"א סעיף ל"ח דמעות הם של המוצא גם כאן יש לפקפק והש"ך לשיטתו שהסכים שם ס"ק קנ"ג דט"ס ברבינו ירוחם ובמעות ודאי הם של הגוי ולפמ"ש בתומים שם ליישב יש מקום לפלפל כאן בדברי מהר"מ אלשיך ואכ"מ להאריך. והנה שאלני מופלג אחד בהא דאמרו דהמחזיק בשטרותיו של גר דקני לצור דהא הסמ"ע סימן ס"ז כתב דשטר אינו רק משכון והרי במשכון של גר אמר תיכף דכל דמת הגר פקע שעבודו וא"כ אמאי קנה השטר הא השטר הו"ל ג"כ רק משכון. והשבתי דלק"מ דבשלמא במשכון אין בו שום שעבוד הגוף רק שעבוד נכסי דהיינו שאותו משכון ממושכן ביד הגר דאם לא ימצא לגבות גבה מזה וא"כ כל שמת הגר פקע לי' שעבודי' אבל בהשטר נכתב שעבוד הגוף ושעבוד נכסי וניהו דבכ"מ שלא נתחייב כגון בשמטה שנפקע החוב נפקע גם השטר דאינו רק משכון אבל מ"מ לא שייך לומר דבמת הגר נפקע השעבוד דהא מ"מ נשאר שעבוד הגוף וזה כתוב ג"כ בשטר וזה לא נפקע דאף דמת הלוה לא נפקע השיעבוד כמ"ש הר"ן בפרק הכותב על דברת ר"ת דשני שעבודים יש ומכ"ש במת המלוה דנשאר שעבוד הגוף של הלוה קיים ולא נפקע ודו"ק כי ברור הוא ועיין בשו"ת ב"ח הישנות סי' קמ"ט שכתב דשטר

חוב הוה ככסף והמקדש במנה ולא נתן המנה רק שנתן שט"ח הו"ל ככסף משום דיש שעבוד נכסים ול"ד למשכון דמנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש וא"כ לק"מ קושייתו דגם בגר שאני שטר ממשכון דמשכון לא הוה רק שעבוד הגוף משא"כ שטר דהוה שעבוד נכסי. והנה דרך אגב ראיתי בספר שערי משפט סי' ער"ה שנסתפק בישראל וגר שהיו שותפין בבית ומת הגר אי יכול אחר לזכות בחלק הגר כיון שהישראל הראשון הי' בחיי הגר שותף עמו ויכול להשתמש בכלו א"כ אין האחר יכול לזכות בחלק הגר דכיון שבחייו הי' לו חציו לאחר מות הגר זכה בכלו ולפענ"ד נראה דראיה מהא דמשכון של ישראל ביד גר וכשמת הגר בא אחר וזכה במשכונו דמוציאין אותו מישראל כיון דמת הגר פקע שעבודו ולמה לי טעם זה הא מה שהיה המשכון שוה יותר מהחוב בודאי הוה של ישראל א"כ עכ"פ לא גרע הישראל הראשון מאילו היה שותף עם הגר בזה המשכון זה כנגד חובו וזה יותר מחובו וא"כ איך יכול לזכות בו אחר וכן קשה גם במשכון של גר ביד ישראל דזה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השטר ואמאי והא אם נימא דבע"ח קונה משכון הו"ל כשותף נגד מעותיו עכ"פ וע"כ דמכל מקום בהשאר יכול האחר לזכות בו וה"ה בזה וז"ב לפענ"ד. וראייתו מב"ק דף מ"ט דאמר שבוולדות דאית לה זכייה בגווייהו זכתה בכלה הרי דכל שהיה לה פלגא זכתה בכלה לאו ראיה היא לפענ"ד דשם באמת למה לא תזכה בהשבח וולדות מן ההפקר רק לפי מה דאמר אטו וולדות צררי נינהו ע"כ אמר כל דאית לה זכייה בגווייהו שוב הוה כצררי אבל מ"מ לא יועיל הזכייה שהיה לה בחיי הבעל לזכות אח"כ בכלה כל דלא זכה בהו וקדם אחר וז"פ וברור. והנה שנים רבות אח"כ בשנת תרט"ז כ"ב אדר ראשון אמר לי תלמידי החריף מוה' מענדיל בודק ני' דמה שהשיג המלמ"ל פי"ז מגזילה על המהרי"ט בענין זה אי ידו קונה שלא מדעתו והביא המלמ"ל מדברי התוס' בב"ב דף נ"ד שכתב דכל דאינו מתכוין לקנות לא קני הרי דידו אינו קונה לו שלא מדעתו היינו דוקא באופן שגם אם הי' יודע לא היה רוצה לקנות כמו התם בצד הספק דשטר לא רצה לקנות דלא בעי לצור עפ"י צליחותו א"כ אף אם היה יודע לא רצה לקנות השטר לכך כל שא"י לא קנה לו היד מעצמו אבל כל שהיה יודע רצה לקנות א"כ אף שא"י ולא התכוין לקנות לא קנה. ואמר שבזה מדוקדק לשון התוס' במ"ש דאינו רוצה לקנות ע"ש. ולכאורה חשבתי שיפה דבר. אמנם אחר העיון עדן קשה דהרי בתחלת השקפה תמהתי בהא דאמרו בב"ק שם מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק ובארעא לא אחזיק ומשמע אם היה רוצה להחזיק בארעא היה יכול והרי לפמ"ש רש"י דזה השטר לא הי' רק שעבוד על קרקע וא"כ לא קנה כלל הקרקע דממילא חזר הקרקע על אותו ששיעבד לו ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ק שם

שהקשה כן וכתב דבשטר מכר איירי וכוונתו דזה הי' שטר קנין שהגר קנה הקרקע וא"כ אם היה רוצה להחזיק בקרקע היה מועיל ולפ"ז שפיר הקשה המלמ"ל דאם נימא דאם היה רוצה לקנות היה קונה אף שלא ידע ולא נתכוין ממילא קונה לו שלא מדעתו א"כ הדרא קושית התוס' לדוכתא דאין דעתו אשטרא אכתי אמאי לא יקנה לו שלא מדעתו וא"ל דלא רצה בשטר לבד ועיקר כוונתו אקרקע ובקרקע לא אחזיק דז"א דאם היה יודע שלא יועיל להקרקע היה רוצה לזכות בשטר עצמו ושטרא אפסרא דארעא הוא והיה קונה השטר והקרקע דבשלמא כשלא רצה לקנות השטר רק הקרקע אם כן הרי בקרקע לא החזיק והשטר לא רצה לקנות אבל אם הי' יודע שלא קנה השטר וגם הארעא זולת בשיתכוין לקנות השטר על ידו א"כ שוב היה קונה הקרקע על ידו. אמנם אחר העיון זה אינו דאף אם רצה לקנות הקרקע ע"י שטר לא הי' קונה דדוקא להיפך קנה אם החזיק בקרקע קנה השטר על ידו כדאמרו בב"ב דף ע"ז ע"ב אבל לא בקנה השטר לא קנה הקרקע וא"כ שפיר דחה ראיית המלמ"ל דשם שאין רוצה לקנות השטר עצמו רק הקרקע מה מועיל שלא מדעתו יותר מאם היה בדעתו. אמנם אחר העיון הדברים נכונים דכל האבעיא בש"ס אם דעתו לקנות השטר בשביל הקרקע או בשביל עצם השטר וע"ז אמר וכי לצור עפ"י צליחותו ולפ"ז שפיר קשה כיון דעכ"פ זה רצה לקנות השטר יהיה דעתו איך שיהיה ניהו דכוונתו לא היה על עצם השטר רק שיהי' בידו לראיה על הקרקע אבל עכ"פ רצה לזכות בשטר א"כ עכ"פ לא גרע מחצירו שקנה לו שלא מדעתו דעכ"פ דעתו היה שרוצה לזכות בהשטר ואף דאם היה יודע שלא יקנה הקרקע לא היה קונה השטר אבל עכ"פ כיון דטעה בזה א"כ שוב קנה לו שלא מדעתו דלא גרע טעות מאילו לא היה בדעתו כלל. ואני תמה על הש"ך מ"ש בסימן רס"ח דעתו דידו אינו קונה לו שלא מדעתו א"כ מה הקשה כאן בסי' ער"ה דלקני לו שלא מדעתו. ואולי דעתו לחלק בין היכא דאינו רגיל למצוא לא קני כלל שלא מדעתו משא"כ בזה דיכול לקנות רק שלא היה מדעתו אבל באמת לא ראה דברי התוס' בב"ב הנ"ל ואני תמה על המלמ"ל והמחנה אפרים הלכות קנין משיכה סי' ד' שכלם לא הזכירו שהמהרי"ט בעצמו הביא ראיה מדברי הש"ס דכל שלא מדעתו לא קנה הרי דהרגיש בעצמו מדברי הש"ס הנ"ל רק שלא הזכיר דברי התוס' הנ"ל. איברא דאכתי קשה גם לפמ"ש דעכ"פ רצה לזכות בשטר כדי לקנות הקרקע דסוף סוף כיון שהקרקע לא קנה א"כ אגלי מלתא דלא היתה זכייתו בשטר זכייה כיון דלא רצה בשטר רק לזכות הקרקע על ידו והו"ל זכייה בטעות. אמנם נראה דבאמת צריך ביאור מה דמספקא לי' אם בדעתו נמי אשטר או לא וקשה למה לא נישיילי' אם היה דעתו כן או לא וצ"ל דמיירי שאדם בא לזכות בפירוש בשטר כמ"ש רש"י ואנן מספקא

לי' אם כבר זכה ראשון בהשטר וא"כ שוב לא נאמין לו כיון דאחר פירש שרצה לזכות בשטר עצמו. ולפ"ז נראה לי ברור דלפמ"ש לעיל בשם הת"כ שמחלק דכל שמחזיק בדבר דלית לי' חזקת מרא קמא כגון בגר ל"מ תפיסת השני אף שהשני מחזיק בודאי ולפ"ז כיון שעכ"פ הראשון החזיק בודאי בשטר ניהו דיש לומר דרצה לזכות בקרקע ולא בשטר עכ"פ כשיאמר דרצה לזכות בשטר עצמו ודאי מועיל זכייתו מספק וא"כ אף דהיה דעתו באמת ע"מ לזכות בקרקע מכל מקום גוף השטר דהחזיק למה לא יועיל וע"כ דל"מ ידו כל שלא הי' דעתו ע"ז וא"כ שוב לא מועיל אבל אם נימא דכל דהיה דעתו לקנות היה מועיל אף שלא ידע שוב בודאי הו"ל מוחזק עכ"פ מספק. ובלא"ה נראה לפמ"ש הרא"ש בנדרים דף ל"ד דכל דעומד סמוך לאותו דבר ואין אחר שיכול לזכות כל שבידו לזכות יכול להקדישה דהו"ל קנין וכמו שהבין (המלמ"ל) בשמו בסי' ר"ד ובסימן ריי"ב ואף לפמ"ש האחרונים דדוקא כשמטי' לידי' לבסוף והארכתי בזה בתשובה עכ"פ כאן שמטי לידי' והחזיק בה והי' בידו לזכות בשטר עצמו ג"כ א"כ אף שנתכוין לקנות הי' בידו לזכות וע"כ דשל"מ ל"מ וא"כ לא היה בידו כלל דלא רצה לקנות השטר בעצמותו רק הקרקע. והנה בש"ק אמור תרח"י סיפר לי תלמוד אחד מתלמידי נ"י שאירע מעשה בקמארנא שישראל היה לו חוב על אדון אחד עכו"ם ופרע לו האדון ובטעות שחשב שנותן לו עשרה חתיכות של חמשים חמשים והוא נתן לו מאות אבל שניהם לא הרגישו והישראל הנ"ל הלך לישראל אחר וא"ל שיחליף לו המעות חמשה מאות ר"כ לעשרה עשרה וכדומה וזה ראה שטעה והחליף לו בעד חמשה מאות ר"כ ואח"כ נתוודע הדבר ובאו לדין ואמר הרב החסיד ר' אייזיק מקאמארנא שהדין עם השני כמבואר בסי' רל"ב סח"י בהג"ה לענין סרסור שקנה בחזקת בדיל.

ה והנה התלמיד הנ"ל החריף מוה' שמואל בעלף נ"י השיב לו דלא דמי דשם הוא ראה בדיל רק שבתוכו היה כסף וזהב וא"כ הוא לא נתכוון לקנות כלל הכסף אבל כאן גוף המעות הי' בידו ורצה לזכות בהם רק שהוא נתכוין לזכות בתורת חמשה מאות והם היו עשרה מאות אבל מ"מ רצה לזכות בכל אותן המעות ולמה לא יקנה ויפה השיב. ואני מוסיף דלדעת המהרי"ט ח"א סי' ק"נ מבואר דידו קונה לו שלא מדעתו מיהו לפמ"ש בגליון הש"ך חו"מ סי' רס"ח ס"ק ו' דהמלמ"ל פי"ז מגזילה והמחנה אפרים הלכות קנין משיכה סי' ד' חלקו על המהרי"ט ואף המהרי"ט מודה במקום דחצר לא קונה גם ידו לא קנה ולזה רמז הש"ך שם במ"ש וה"ה ידו וכן משמע באהע"ז סימן קל"ט דבגט דמתורת יד אתרבאי אפ"ה ל"מ של"מ מכל מקום נראה דזה דוקא היכא דלא ידע כלל שזה הדבר בידו או בחצירו אבל כאן ידע באותו דבר רק שחשב השווי לפחות ממה שהוא באמת

פשיטא דידו קנה ועוד נראה דאם הי' עשרה מאות והוא חשב שהן עשרה חמשים חמשים א"כ כיון דעכ"פ חמשה מהם ודאי רצה לקנות דהוא רצה לזכות בכלם רק דלא ידע שהן מאות אבל הוא רצה לזכות בחמש מאות עכ"פ א"כ לא תוכל לברר דעד חמש מאות רצה לזכות וגם איזה מהחמש מאות של אלו עשרה רצה לקנות א"כ קנה הכל ע"כ נראה לפענ"ד שהדין עם הראשון וגם נראה דיכול זה לטעון אולי יזכור השר ואהיה מוכרח לשלם לו וכעין המבואר סימן קפ"ב קפ"ג:

סימן צ

א לחכם אחד מק"ק בראדי.

ב על דברת הח"מ סי' ל"ח ס"ק מ"ט שכתב שלכך צריכה גט משניהם לפי שיש חשש שמא על סמך תנאו בעלו וסבור שיתקיים התנאי ולא הוה בעילתו בעילת זנות ולפ"ז אם קודם שבעל נתייחד עמה בפירוש על תנאו הראשון א"צ גט. וע"ז כתב מעלתו דבכתובות דף ע"ב מבואר להיפך דבהריני בועל לך ע"מ שירצה אבא דאמרו בש"ס והא הכא דכטעות אשה אחת דמי ופליגי ופרש"י דפליגי אם אדם עושה בעילתו בעילת זנות הרי דאף בנתייחד בפירוש שהרי אמר הריני בועלך ע"מ שירצה אבא אמרינן דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. והנה באמת לא על הח"מ יקשה כן כ"א על הגהת אשר"י ורמזו הח"מ שם דכתב בהדיא כן דבכה"ג אין צריך גט יקשה מהש"ס אך לפענ"ד נראה דלק"מ דכל הטעם של הח"מ דבכה"ג א"צ גט דהרי חזינן דהתנה כן בפירוש וא"כ אמרינן דאף שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות מכל מקום הוא סבור שיתקיים התנאי ולא יהיה בעילתו בעילת זנות דגם בסתם מספקא לן בזה ולכך צריכה גט משניהם ולכך בהתנה בפירוש בודאי אמרינן דהתנה באמת כן וסבור שיתקיים התנאי אך לפ"ז זהו בתנאי שבידו לקיים או שבידה להתקיים וסבר שתתקיים התנאי ולא הוה בעילת זנות אבל בתנאי שאין בידה כגון ע"מ שלא יהיה עליה נדרים ומומין דאם היה עליה שוב אין ביד איש לבטל התנאי שלא היה עליו א"כ בכה"ג לא שייך לומר דסבר שנתקיים התנאי דלא הוה בידה ולכך ודאי לא עשה בעילתו בעילת זנות ודאי מחל על התנאי ומעתה שם בע"מ שירצה אבא דאין בידה לקיים דדלמא לא ירצה האב ובכה"ג בודאי מחל ושפיר פריך מהריני בועלך ע"מ שירצה אבא. שוב ראיתי בשלטי הגבורים שכתב דאם בעל על תנאי כגון שאמר ע"מ שלא יהיה עלי' נדרים או מומין או ע"מ שירצה אבא דמקודשת לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. והנה זה היפך דברי הגה"ת אשר"י שרמז הח"מ וכ"כ הב"ש בפירוש בס"ק נ"ט ובאמת הח"מ רמז להש"ג ולהג"א וכתב דינו בפשיטות והרי הש"ג כתב להיפך ולפמ"ש אתי שפיר דהשה"ג ביאר בהדיא בע"מ שלא

יהי' עליה נדרים ומומין וע"מ שירצה אבא דכל כה"ג אין בידה להתקיים וא"כ ע"כ לא עשה בעילתו בעילת זנות משא"כ בתנאים שאפשר להתקיים ודוק היטב כי נכון הוא מאד. ומדי דברי זכור אזכור דדברי רש"י שם במ"ש בכולהו גרסינן והא הכא דטעות אשה אחת היא ואח"כ תיכף ציין והא הכא דכי טעות אשה אחת היא דזו שהטעתו היא התנית עמו ולא גרשה בנתים ודבריו צ"ב כעת דהא ע"מ שירצה אבא קאי על אביו של חתן ומרש"י משמע דפירש דהיא התנית עמו ולא ידעתי פתרונו גם לא ידעתי לאיזה צורך כתב רש"י כן וצ"ע כעת. וראיתי בספר ישועות יעקב סי' ל"ח ס"ק ט' שהקשה בזה כיון דאין ברירה א"כ יש לומר דלכך מחל לתנאי ע"ש מ"ש בזה. והנה לכאורה רציתי לומר בזה דלפמ"ש הרשב"א בח"ג המכונה תולדת אדם סי' פ"ב דענין ברירה לא שייך רק אם צריך לגוף הקנין שיהי' למפרע אבל כל שא"צ להקנין שיחול למפרע ל"ש ענין ברירה וא"כ לגוף הקדושין ל"צ שיחול למפרע אמנם זה אינו דזה דוקא בכל הקדושין אבל בקדושי ביאה זה צריך לגוף הקדושין דאל"כ הו"ל בעילת זנות ושפיר שייך אין ברירה וכן אמרו בהדיא בגיטין דף כ"ה ובזה מיושב היטב הא דאמרו בקידושין דף ס"ג ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת ומשמע דמקודשת למפרע והקשה הפ"י ואמאי והא אין ברירה ואף אם נימא דהמשנה ס"ל דיש ברירה מכל מקום קשה טובא דא"כ איך שייך שמלמדין האב לומר שאינו רוצה והא עכ"פ לא שייך הוברר למפרע ע"ש שהאריך וכמעט שהניח בקושיא וראיתי בספר בית מאיר סי' ל"ח שרצה ליישב דכאן לא שייך ענין ברירה דברירה קאי על העושה המעשה ולא על השומע ע"ש ולא זכיתי להבין דהא בגיטין דף כ"ה פריך הש"ס מע"מ שירצה אבא לענין ברירה ע"ש.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא בביאה דצריך שיחול הקנין למפרע הוא דחשוב להו אין ברירה אבל בקדושי כסף דלענין גוף חלות הקידושין ל"צ לענין ברירה דעכ"פ לאחר שירצה האב מצי לחול הקידושין דהא לא למלוה דמי ולא לפקדון דמי מידי דהוה אמקדש לאחר שלשים יום וכדאמרו בקדושין דף נ"ט וא"כ אף שרוצה שיחול למפרע ל"ש ענין ברירה ודוק היטב. ולכאורה רציתי לומר בהך דמלמדין דבאמת ענין ברירה הוה ספק ולכאורה לענין היבם הוה מהראוי לאוקמא בחזקת פנויה דהו"ל ספק בקידושין ורק דעכ"פ היא כבר נתקדשה ואתרע חזקת פנויה ולפ"ז כל דמלמדין לומר איני רוצה א"כ מתחלה היתה עומדת בחזקת פנויה לענין היבם דהא כל שימות המקדש בודאי יאמר האב שאינו רוצה ויש לדחות ועכ"פ מ"ש למעלה הוא נכון ודוק היטב. והנה רש"י פירש בטעות אשה אחת כעין שתי נשים היינו שקדשה על תנאי וגרשה מן האירוסין וחזר וכנסה סתם בהא הוא דאמר רב צריכה גט דכאשה אחרת דמי ולשם קדושין בעל וליכא

למימר אתנאי' קמא קא סמיך ושמואל סבר הא גלי לה דעתה מעיקרא דאם היא נדרנית אי אפשי בה ועל תנאי כן חזר וקדשה וקשה לי בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' של"ג ס"ח בהג"ה ש"ץ שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שנים ולא התנה ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שניה אבל אם עמד בשתיקה לא אמרינן דנשאר על תנאי הראשון והנה כאן דבטעות כעין שתי נשים היינו דחזר ונשאה הוה כהשכיר עצמו פעם אחרת ולא התנה דאמרינן על תנאי הראשון הוא והרי לרב אמרינן דלא על תנאי הראשון סמך ולא עוד דבטעות אשה אחת גרידתא דהיינו שכר סתם אמרינן דלדברי הכל אינה צריכה גט והיינו כעמד בשתיקה ומבואר דאמרינן בזה בודאי על תנאי הראשון נשאר וברמ"א מבואר בהיפך ובאמת שבזה דעמד בשתיקה הש"ך חולק על הרמ"א אבל עכ"פ צ"ע למה לא הביאו מכאן ועיין בטוש"ע אהע"ז סי' קי"ד דאם אמר לה כ"ז שאת עמי דאם גרשה והחזירה בטל וכתב הב"ש דלשון כ"ז שאת עמי משמע דאח"כ יתבטל התנאי ולכך כל שהחזיר אינו על תנאי הראשון ולפ"ז כאן תלוי אם גרשה בשביל זה שלא נתקיים התנאי א"כ שוב יש לומר דנתבטל התנאי אבל אם לא גרשה בשביל זה לא נתבטל התנאי אבל הב"ש כתב דממהרי"ק משמע דאף בסתם נתבטל התנאי וגם בגרשה בשביל זה פשיטא דיש לומר דכל שהחזירה אח"כ בודאי על תנאי הראשון החזירה דהרי חזינן דעשה מעשה וגרשה בשביל הנדרים ובלא"ה יש לומר דע"כ מוכח שלא גרשה בשביל זה דאל"כ היה מקום לאסור שיחזיר לפי שיטת הרמב"ם בטוש"ע אהע"ז סי' י' דאף בלא אמר מפני כך אני מוציאך אסור להחזיר ע"ש ודוק

ד והנה לכאורה היה מקום לומר דאף אם נימא דע"ד תנאים הראשונים החזירה אבל כאן לא אמרינן כן משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לרב ולכך אמרינן דמחל אך לפ"ז א"כ אין חילוק בין טעות אשה אחת כעין שתי נשים או אשה אחת גרידא וגם קשה על שמואל דס"ל דאף כאן ע"ד תנאי הראשון מחזיר מכ"ש שם וצ"ע לשיטת הרי"ף בטעות שתי נשים שהאחת קידש על תנאי והשניה קידש בלי תנאי ואח"כ כנס את הראשונה סתם דאמרינן דמחל גם לראשונה שהרי קידש שניה בלי תנאי או בכה"ג כששכר שתי פועלים והתנה עם אחד תנאי לטובת הבעלים ועם השני לא התנה ואח"כ כבר נסתלק הפועל הראשון וחזר ושכרו בלי תנאי אי שייך לומר דמדלא התנה עם השני גם הראשון בטל התנאי ומחל לו או באם לקח אשה אחרת בלי תנאי ולהראשונה התנה תנאי ואחר כך כנס הראשונה בלי תנאי אי שייך לדמות לזה וגם לכל הפירושים שבר"ן שם יש מקום לעיין בזה. שוב ראיתי בהפלאה בק"א בסי' קי"ד שהעיר קצת מש"ס

דילן אבל במחכת"ה לא ירד לעומקה של הלכה אז ע"ש ותבין. והנה בהא דאמרו והא הכא דכטעות אשה אחת הן נדחק רש"י דהא הוה טעות אחת ממש וגרס באמת כן ועיין בר"ן מה שהפליא עצה בזה ליישב הגירסא דילן ועכ"פ מבואר מזה דכף השימוש אינו שוה ממש דאל"כ מה נ"מ בין דאמר טעות אשה אחת או כטעות אשה אחת ומזה ראיה ברורה למ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' ע"ז דטבע כ"ף השימוש הוא כן וע"ש מ"ש ראיה מהזהר והיא בפרשת משפטים ע"פ אנשי קדש תהיון לי והנה מ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל דאף הפוסקים דס"ל דאם אמר הרי את כממזר הו"ל כאלו אמר הרי אתה ממזר ע"כ דס"ל כן רק דס"ל דכיון דרצונו לפסול אותו ואמר לו שהוא פסול כמו ממזר והא איכא זילותא ובמחכת"ה אשתמיטתיה לפי שעה דהרמ"א בחו"מ סי' ת"כ סל"ח בהג"ה כתב שני דעות בזה וכתב דהזהר פליג באמת על הדעה הזאת וס"ל דהאומר כממזר אינו כלום. אחר זמן רב ראיתי בשו"ת זקני הגאון הח"ץ ז"ל דברים בענין זה אשר לא זכיתי להבינם ואציג הנה והנה בסי' מ"א שם כתב דאף דנשבע דלא יגרשה ולא ישא אשה אחרת עליה כל שמצא בה מום גדול אמרינן דהשבועה בטעות היתה ואף דשהה עמה ימים רבים ואמרינן לגבי כתובה דסבר וקיבל מכל מקום כיון דבשעת שבועה היה בטעות שבועה כמאן דליתא דמי ואף שאח"כ נתרצה הרי אז לא נשבע ודמי להא דאמר בכלן אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אינה מקודשת דהרי בשעת קדושין נתבטלו הקידושין ואח"כ שוב לא קדשה שנית ה"נ אותה שבועה חלף הלך לו וע"ז הקשה דהרי קי"ל בסימן ל"ח המקדש על תנאי וחזר בו אחר כמה ימים ובטלו הרי זו מקודשת ה"נ נימא לא יהא אלא שנשבע בפירוש על תנאי שלא יהיה בה מום זה של אוטם ברחם כיון שאח"כ בטל התנאי שבועתו במקומה עומדת וזו דומה למ"ש ביו"ד סי' רל"ב דגם בתנאי שלא תלך יכול לומר הריני כאלו התקבלתי וכתב דל"ד דקודם שנתבטל התנאי יכול לומר הרי כאלו נתקיים אבל כל שכבר נתבטל התנאי ממילא נתבטלו הקידושין אף דאמר בתר הכי הריני מוחל התנאי אין בכך כלום. וה"ה בזה כיון שנמצאו המומין כבר בטלה אותה השבועה דאדעתא דהכי לא נשבע ואף דאמר בתר הכי לא אכפת לי אין חיוב שבועה עליו ודומה לאילו אמרה בלבי היה להתקדש בהתנה עליו שאני כהן ונמצא לוי דאינה מקודשת דכבר אזדא לה הקדושין וה"ה בזה ה"נ כל שכבר הותרה שבועתו שוב אינו חוזר ונאסר מחמת שבועתו ע"ש שהאריך ואני תמה על עצמי דמ"ש דאחר שנתבטל התנאי אף דמוחל אח"כ ל"מ תמהני דלא זכר שם שהקדמונים נחלקו לענין אי מועיל לבטל התנאי ודעת הרשב"א דלא שייך ביטול התנאי אלא בתנאי של ממון דיכול לומר הריני כאילו התקבלתי אבל בע"מ שאין עליך נדרים והי' עליה נדרים נתבטלו

הקידושין ואיך יחולו אבל הרמב"ם ס"ל דמועיל וכתב הר"ן דכל שלהנאתו התנה לא הי' דעתו שיתבטל הקידושין רק כשיקפיד אבל כל שיתפייס לא יתבטלו הקידושין והא דאמרו דאם אמרה בלבי הי' להתקדש דאינה מקודשת הוא משום דשם בעת שהתנה הי' בלבה להתקדש ולא היה התנאי להנאתה ולכך אינה מקודשת ע"ש וא"כ ממילא מהראוי לומר גם בעת השבועה דכל שנתרצה אח"כ לא נתבטלה השבועה דהתנאי לא היה רק להנאתו וכל שנתרצה ומחל התנאי השבועה במקומה עומדת ולפענ"ד הדברים ק"ו דהשתא שם דהתנה בהדיא ואפ"ה כל שמחל התנאי המעשה קיים כל שהתנאי היה לטובתו מכ"ש בשבועה שבודאי חמור ורצה בודאי לקיים השבועה וגם לא התנה על מנת כן בפירוש רק דאנן אמרינן שמסתמא היה דעתו ע"מ שלא יהיה בה מומין וכל שנתרצה אח"כ השבועה במקומה עומדת. ומ"ש שהרי כבר נתבטל התנאי אני תמה וראיית הרמב"ם והטור היא מקדשה על תנאי וכנסה סתם דאמרינן דמחל על התנאי והרי שם נתבטל התנאי שהרי התנה ע"מ שלא יהי' עליה נדרים והרי נמצא עליה ואפ"ה יכול לבטל התנאי ובשעת כניסה מחל וכ"כ הרא"ש בתשובה ואף דהוא אתי עלה מטעם דאתי דיבור ומבטל דיבור והמעשה במקומה עומדת לפענ"ד גם בשבועה אמרינן דהוה כמעשה והדיבור של המחילה מבטל מה שאמדינן דעתיה דכוון לתנאי שלא יהיה בה מום והשבועה במקומה עומדת ועח"מ וב"ש סל"ח סל"ה ועיין ב"ש שם ס"ק נ"ט שביאר בהדיא דאם ידע דלא נתקיים התנאי וכנס אמרינן דמחל ע"ש ומהתימה על הח"ץ שכל רז לא אנס לי' איך לא הרגיש בזה אף שכתב שהי' בטלטול הדרך כל דברי הראשונים היו אצלו כמאן דמנח בקופסא. ודרך אגב ארשום מה שראיתי במקנה בקידושין דף כ"ז בתוס' בד"ה וניקה האיש מעון דברים תמוהים לפע"ד שהקשה דהיאך אפשר לאוקמא בבא עלי' בשוגג דכיון דקינא לה ונסתרה א"כ קפיד עלי' והרי בכל דבר שמקפיד אף שאינו קפידא הוה קפידא וא"כ לא קרינא תחת אישך וכתב דלעולא דס"ל המקדש ע"ת ובעל צריכה גט דשייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות א"כ גם כאן הוא כן והיא תימה גדולה דזה דוקא במקדש על תנאי שהוא רשות אמרינן דכל שבעל בודאי מחל אבל כאן דקינא לה ונסתרה א"כ מה מועיל מחילתו ואין בידו למחול מה שאסרה התורה ועוד כל הטעם דמוחל לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והרי כאן כל שקונא לה ונסתרה הרי ג"כ עושה בעילתו בעילת זנות ואם נפשך לומר כיון דהיה בשוגג א"כ לא נתכוין לב"ז א"כ שוב לא שייך לומר דמחל כל שבא עליה דהא לא ידע שנסתרה ולכך בעל ודבריו תמוהין מאד וגם מ"ש שם דרב לשיטתו דס"ל דאדם עושה בעילתו בעילת זנות במחכ"ת רב בודאי ס"ל דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כמבואר בכתובות

דף ע"ג וביבמות דף ק"ז וכבר נשאלתי בזה מבחור אחד תלמידי מק' טארני ואף אם נדחוק דלעולא מצי רב סבר דעושה בעילתו בעילת זנות וע"ש בתוס' דף ע"ד אבל מ"ש שם דשמואל לשיטתו דס"ל אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הוא תימה דזה מבואר ההיפך בסוגיא שם וצע"ג ואגב חריפתא שבשתא. והנה בהא דאמרו לא תימא טעמיה דרב משום דאחולי אחלי' לתנאי' אלא טעמי' דרב לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ופירש"י דאם נימא דאחולי אחיל כתובה בעי למיתב והקשו בתוס' דהא במשנה מבואר דכנסה סתם תצא שלא בכתובה. ולפענ"ד נראה דהנה באמת הא דאחולי אחיל לתנאי' אינו דבר ברור רק דעפ"י הרוב כל שכונס סתם ואינו מתנה אחולי אחיל ולפ"ז רב ושמואל לשיטתייהו דרב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וא"כ לכך יש לה כתובה ג"כ ושמואל ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ולכך אין לה כתובה ולפ"ז ל"ק ממשנה דהמשנה אתיא כמ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב ורב תנא הוא ופליג וכדאמרו בכמה מקומות וע"ז בא אביי לאשמועינן דא"צ לומר דרב פליג רק דהטעם משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. אמנם להבין מה דחקו לרש"י לפרש כן ולא פירש כפשוטו כמ"ש ר"י דמיירי רב בכנס ולא בעל ולענין גט אחיל לתנאי' ולא לענין כתובה.

ה נראה לפענ"ד בפשיטות דאם נימא דמיירי בלא בעל ולא ס"ל הטעם דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות א"כ מ"ט דרב דלענין כתובה לא אחיל והא לא בעל ולמה לא אחיל גבי כתובה וע"כ פירש דכתובה בעי למיתב ושייך לומר דאחיל כיון שלא התנה אבל שנחלק בין כתובה לגט למה ימחול לגבי גט ולא לגבי כתובה וע"כ פירש"י דכתובתה בעי למיתב. אמנם להבין שיטת התוס' נראה לפענ"ד דהנה הר"ן הקשה דב"כ וב"כ יהיה ב"ז דהא אסור לאדם שישהה עם אשתו בלא כתובה. אך נראה דרב ושמואל לשיטתייהו דנחלקו ביבמות נ"ז ורב ס"ל יש חופה לפסולות ושמואל ס"ל דאין חופה לפסולות ולפ"ז לרב שפיר בכנסה מחל לענין גט ולא לכתובה ומ"מ חופתו חופה.

ו אמנם הלח"מ מחלק בפ"י מאישות דשאני ח"ל דע"כ ערב עליו המקח דהא לא יהיה מותר בביאה לעולם אבל חופת נדה יוכל להיות דלא רצה באיסור רק שיבעול בהיתר ולפ"ז כאן דיכול למחול גם לענין הכתובה א"כ יוכל להיות דלא רצה בביאת איסור וכשירצה לבעול ימחול גם לענין כתובה ולפ"ז שוב מהראוי שלא יועיל החופה אך אם נימא דלא יועיל החופה שוב לא מקרי פסולות דכל הפסול הוא בשביל שכונס בלי כתובה ומשהה עם אשתו בלי כתובה וא"כ אם נימא דגם לענין גט לא אחיל ושוב לא מקרי חופה לפסולות ולכך לרב יש לומר דמועיל הכניסה אף שלא מחל לענין הכתובה ודו"ק ועיין בתוס' בסופו שדעתם דמתחלת התנאי היה דעתו שאם יכניסנה לבסוף יהא

מחול ומשמע דלא ס"ל דיכול לבטל התנאי אח"כ וכשיטת הרא"ש רק דמתחלה היה דעתו שלאח"כ יהי' מחול ועיין סי' ל"ח בח"מ וב"ש. זה אמרתי בשנת תרט"ו אור ליום ו' חיי בעת שלמדתי עם תלמידיי סי' ל"ט ולמדתי הסוגיות הללו. ועוד ארשום דבר קטן שאמרתי בביאור דברי התוס' ד"ה אבל בדף ע"ה בסוגיא דהי' בה מומין שכתבו לרב דמוקי כלה מתניתין כנסה ונמצא עליה נדרים בקדשה על תנאי מה שייך לחלק בין מומין שבסתר למומין שבגלוי הואיל והתנה ע"מ שאין בה מומין ונראה לרשב"א דכשהתנה לא על מומין שבגלוי נתכוין דזה ראה ונתפייס. ולכאורה תמוה דקארי לה מה קארי לה הכי לא ידע דבמומין שבגלוי ראה ונתפייס. ואמרתי בזה בעת למודי דהנה כל הטעם המחלוקת הוא משום חזקה דאין אדם מתפייס במומין דהא חזינן דראה ונתפייס ומשמע להו להתוס' דאף כשיש לה מומין שבגלוי אמרינן ג"כ דעל מומין שבסתר לא נתפייס. איברא דלפ"ז אין מובן תירוצם של התוס' וצ"ל דכוונתם דעל מומין שבגלוי יש לומר דראה ונתפייס דכיון דראה עד כמה המום וגם ראה שיש בה אותן המומין ולא אחרים סבר וקיבל אבל על מומין שבסתר דיוכל להיות שהן מומין שא"א לסבול אותם הריבויים ואיכותם לא סבר וקיבל. עוד אמרתי כיון דהתנה סתם ע"מ שאין בה מומין ולענין גלוי מחל א"כ נתבטל תנאו במקצת ונימא דבטל כלו וע"ז כתבו דעל מומין שבגלוי לא קאי התנאי כלל וממילא דלא נתבטל התנאי. עוד נראה לי והוא העיקר דהנה אנן קיי"ל דתנאי שאי אפשר לקיימו אינו אלא כמפליג בדברים ולפ"ז אם התנאי הי' גם על מומין שבגלוי וא"כ א"א להתקיים כלל התנאי על מומין שבגלוי דע"כ יש בה מומין שבגלוי וא"כ שוב לא הי' רק כמפליג בדברים וע"ז כתבו התוס' דהתנאי לא קאי כלל על מומין שבגלוי. ובזה מיושב קושית המהרש"א שהקשה דמנ"ל להתוס' בד"ה וחכמים דר"מ לא פליג על מומין שבגלוי דלמא באמת פליג וס"ל כסברת התוס' בקושייתם דהתנה על מומין שבגלוי ג"כ ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בהך דמפליג בדברים נחלקו ריב"ב וחכמים דחכמים ס"ל דהוה תנאי וביארו הקדמונים דמשום דלא בעי כתנאי ב"ג וב"ר אבל לר"מ דבעי שיהיה שוה בשוה לתנאי ב"ג וב"ר ודאי דלא הוה תנאי ולפ"ז לר"מ בודאי א"א לומר דחל התנאי על מומין שבגלוי וז"ב לפענ"ד ותלמודי המופלג מוה' שמואל ג"ב נ"י. אמר בסברת התוס' עפמ"ש הר"ן בפרק המדיר דלכך לא מועיל בלבי היה להתקיים דאדרבא כיון שבלבה הי' שיהי' קידושין אף שלא יתקיים א"כ אדרבא הורע כחה דא"כ למה התנית וע"כ דהוה קפידא ולא מועיל מחילה ולפ"ז גם כאן כיון דראה מומין שבגלוי ואפ"ה התנה א"כ לא שייך דראה ונתפייס דא"כ למה התנה ולזה כתבו דע"ז לא היה תנאי ויפה כוון ודפח"ח. והנה בהא דאמרו המקדש בפחות משו"פ ובעל

דצריכה גט ונחלקו הפוסקים אי צריכה גט מספק או בודאי ולכאורה נתקשיתי דהא בלא"ה צריכה גט מספק דשמא שו"פ במדי ובאמת היה מקום לומר לשיטת הפוסקים דאינו רק מדבריהם איכא כאן נ"מ דהוא מן התורה או שקדשה בדבר שאינו מתקיים דלא הוה קידושין להרמב"ם אבל כ"ז אינו במשמע. ויגעתי ומצאתי בב"ש סי' כ"ח סט"ז ס"ק מ"ג שהרגיש בזה והפשיר כלאחר יד. אך לפענ"ד הי' נראה דבאמת צ"ב היאך חיישינן שמא שו"פ במדי הא מ"מ הוה מקדש בלי עדים. אך צריך לומר דגם להעדים הוה ספק כמ"ש הב"ש סי' ל"א ס"ק וא"ו וצ"ב הא בספק קרוב לה כתב הב"ש סי' למ"ד ס"ק ט' דלא הוה קידושין דהוה מקדש בלי עדים ועיין נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' כ"ח ומהד"ב סי' ע"ז וצ"ל דכאן אין ספק בגוף הקידושין רק אם זה שו"פ ועיין בישוע"י סי' למ"ד שם אבל אכתי אינו מובן דהא סוף סוף מקדש בלי עדים דהא אינו שו"פ. אך באמת כל שחידש שמואל דיש חשש שמא שו"פ במדי והרי הכל יודעין דבפחות משו"פ אין לקדש ע"כ דרצה לקדש משום שיש שווי במקום אחר דאל"כ אין אדם מוציא דבריו לבטלה ואף אם נימא דבשאר דברים לא אמרינן זאת אבל במעשה קידושין דדמיא להקדש ודאי אמרינן דלא רצה לעשות דבר לבטלה ולהכניס עצמו בספק קידושין ועכ"פ קדשה שיהיה ספק קידושין שלא יבא אחר ויקדמנו ולפ"ז כל שבעל ויש ספק שמא כוון לקדשה בביאה ושוב הוה כמקדש בלי עדים. עוד נראה לי דהנה באמת צ"ב הא בעי עדים על הביאה ואיך נימא דכוון לשם קידושין וראיתי בש"ג שסביב הרי"ף שהרגיש בכתובות שם וכתב דמיירי שיש עדי יחוד ואכתי צ"ב דכאן ע"כ מיירי דלא אמר כלום דאם אמר לעדים לשם קידושין פשיטא דלא יחלוק אדם ע"ז דודאי כוון שיהי' לשם קידושין והרי בלא אמר אינו מועיל ועיין בח"מ וב"ש סי' ל"ג וא"ל דמיירי בעוסק בענין קידושין דהב"ש ס"ק ב' כתב דל"מ בזה כיון דאינן רואים גוף הביאה וצ"ל כיון דקידש בפחות משו"פ עכ"פ הי' קידושין קצת וזה עדיף מעוסק בקידושין וז"ב דבכה"ג גם הב"ש מודה ולפ"ז אדרבא אם נימא דהוה ספק קידושין שמא שו"פ במדי שוב גרע טפי דא"כ הוה ספק קידושין בפ"ע ושוב אי אפשר לקדש בביאה דאמירה דקידושין הי' בפ"ע וז"ב כשמש וא"כ ע"כ מיירי באופן דלא שו"פ במדי ודו"ק:

סימן צא

א תשובה לחכם אחד נ"י.

ב מה שהקשית לפמ"ש האו"ה והובא בש"ך יו"ד סי' צ"ו ס"ק מ"ז דכל דבר חריף יבש מותר בהדחה דלפ"ז למה אסור תבלין שנדוכו במדוכה דאסור כמבואר סי' ק"ג ס"ו והא תבלין יבשים הם. הנה משם לק"מ דשם מיירי ששמו בבישול בקדירה ולא שייך דבר

יבש. אבל היה לך להקשות מסי' צ"ו ס"ז בהג"ה דמבואר דתבלין שנדוכו במדוכה של בשר בן יומו אסור לאכלם בחלב וי"א אפילו אינו בן יומו הרי דאף בנדוכו לבד אסור אף שהתבלין יבשים וכבר הרגיש בזה הדגול מרבבה וכבר קדמו המנחת יעקב כלל ס"א ע"ש בס"ק כ"ה. ולפענ"ד הי' מקום לחלק בין בב"ח לשאר איסורין והטעם דהנה כבר נודע מ"ש הר"ן דנ"ט בר נ"ט דהיתירא שרי מטעם דנקלש הטעם משא"כ באיסורא דאף נ"ט בר נ"ט אסור ועיין בש"ך סי' צ"ד ס"ק כ"ב שהאריך בזה. ולפ"ז נראה לי ניהו דבדבר חריף קי"ל דאף נ"ט בר נ"ט אסור ומה"ט אסור לאכול צנון שחתכו בסכין של בשר עם כותח והיינו משום דבדבר חריף ל"ש נ"ט בר נ"ט דהדבר חריף מוציא כל הטעם שבסכין והו"ל כמו הראשון וכשאכלו עם כותח הרי אוכל טעם הראשון של בשר עם חלב אבל זהו דוקא כשהוא בן יומו אבל כשאינו בן יומו באמת הוא נ"ט לפגם רק דחורפא מחלי' לי' לשבח והו"ל לשבח אבל כיון שהוא דבר קשה דא"י להוציא טעם כ"כ א"כ אינו מוציא רק טעם קלוש לשבח ואינו מוציא כלל הטעם שהיה בסכין וא"כ שוב הרי"ז נ"ט בר נ"ט דכל הטעם דבדבר חריף לא שייך נ"ט בר נ"ט דמוציא כל הטעם אבל כשהוא דבר יבש א"י להוציא רק הטעם הקלוש ולא כל הטעם והו"ל נ"ט בר נ"ט דהיתירא דמותר ובשלמא כשהוא איסור כבר קיבל טעם קלוש אף דהוא נ"ט לפגם החורפא מחלי' לי' לשבח ואסור דבטעם קלוש ג"כ אסור משא"כ בבשר בחלב. ובזה אני אומר בטח דנתיישב מה שכתב המחבר בסימן צ"ו ס"ג לענין תבלין דוקא כשהוא ב"י ותמה הט"ז וכן האריך הש"ך דהא בדבר חריף אף כשאב"י מחלי' לי' לשבח וכמ"ש המחבר בעצמו סי' ק"ג ס"ו ולפמ"ש אתי שפיר דל"מ מהש"ע סימן ק"ג אינו ראיה דשם כל שנתנו בהקדירה הו"ל מבושל ואסור אף באינו בן יומו וכאן הוא יבש אלא אף אם הי' שם ג"כ רק נדוך במדוכה ג"כ ל"ד דשם הוה באיסור משא"כ כאן דהיתירא בלע והו"ל נ"ט בר נ"ט וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה הריטב"א בע"ז דף ל"ט בהא דאמר דחורפא מחלי' ליה לשבח דאם נימא דסכין אין שמנונית קרוש ע"פ רק דמחלי' ליה להבלוע לשבח הא כבר הו"ל נבלה מוסרחת ומה מועיל זה לנבלה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הענין דאב"י הוא רק שאין בו טעם ממש לשבח וטעם קלוש יש בו ולכך התירה התורה וכל דהחורפא מחלי' לי' נעשה טעם לשבח ואינו נבלה מסרחת דשם כבר נסרח וכאן לא נסרח רק שאינו טעם לשבח רק טעם קלוש ופגום וכל שיש חורפא ננער הטעם בעצמו ונעשה לשבח ובזה נתיישב ג"כ לפי מה שחידש הגאון בעל אבן העוזר בש"ע יו"ד דפוס אמ"ד הקטנים סי' צ"ו להשיג על המג"א סי' תנ"א ותורף דבריו דחריף אינו עושה פעולה רק שמוציא כל הטעם שבכלי ולא שמכניס כל הטעם להכלי וא"כ מה מהני מה דחורפא

מחלי' לי' לשבח הא אינו מכניס כל חרפותו להכלי והרי בעינן שיהיה חריף ברובו ועיין ט"ז סי' ק"ג ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דעכ"פ המקצת מחלי' לי' לשבח והרי באיסור סגי כשיש מקצת שכבר נאסר ואף טעם קלוש אסור בהם ולו יהא דלא מחלי' לשבח בכלו עכ"פ טעם קלוש מקרי וז"ב ודו"ק. והנה בגוף דברי או"ה שכתב דדבר חריף יבש ל"מ אב"י לכאורה תמוה דהרי רש"י ביומא דף פ"א ע"ב גבי הומלתא דאתיא מבי הנדואי דשריא בו משום בישולי עכו"ם דהו"ל נטל"פ והיינו שנטל"פ בדבש ולכאורה תמוה דל"ל כל זאת הא בלא"ה סתם כלים של עכו"ם אינן ב"י וכבר תמה בזה המהר"ם בן חביב בתוס' יוה"כ שם וכתבתי על הגליון שם דזנגביל הו"ל דבר חריף וא"כ גם אב"י משוי לשבח ולכך הוכרח לפרש דנטל"פ בעצמותו ולפ"ז קשה ניהו דבשעה שהיא מורטב בדבש הו"ל נטל"פ למה לא ניחוש שמא חתך הזנגביל בעודו יבש בעצמותו ולא נרטב על ידי המרקחת ואז לא מועיל מה דסתם כלי של עכו"ם אב"י וע"כ דאינו מוציא דבר חריף יבש ושרי וז"ב. שוב ראיתי שכן פירש המנחת יעקב בכלל ס"א דברי או"ה מה שמביא ראיה דדבר חריף יבש מותר בהדחה ע"ש ומביא דברי הסמ"ג דכתב דזנגביל רטובא שעשה עכו"ם מותר משום דסתם כלי של עכו"ם אב"י ותמה המנ"י דמה ראיה הא הסמ"ג מתיר אף ברטיבא וכתב הוא בס"ק כ"ב דהכוונה היא דאח"כ נטל"פ ובעת שהיה יבש לא אסר דבר חריף ביבש ע"ש והריטב"א שם כרכר בזה ומהתימה שלא זכר דברי רש"י שלכאורה דברי רש"י שלא כהסמ"ג ולפמ"ש דא ודא אחת היא מיהו באמת לולא שאיני כדאי הייתי אומר דדברי המנחת יעקב אינו מוכרח דמ"ש הסמ"ג זנגביל רטיבא אין הפירוש שהוא רטוב כעת רק שהיה רטוב דיש פלפל שמרטיבין אותו ויש פלפל שאינו מרוטב והוא תמיד יבש אבל כעת אינו מרוטב וא"כ שפיר כתבו הסמ"ג דזנגביל רטיבא מותר דכל שכעת הוא יבש אף שנרטב כבר והו"ל דבר חריף דזנגביל רטיבא הו"ל דבר חריף אבל עכ"פ כל שיבש כעת לא אסור משום דבר חריף ביבש ושפיר הביא האו"ה ראיה דדבר יבש חריף מותר ועיין בש"ך שהאריך בס"ק י"ז אם זנגביל מקרי דבר חריף ותמהני דלא זכר דברי רש"י הנ"ל ויש להאריך בזה אך שכבר קדמני המנחת יעקב שם ועיין בב"ח או"ח סי' ס"ג ובמג"א שם ס"ק ד' ולפמ"ש היה מקום להאריך בכ"ז אלא שאכ"מ. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרשב"א בתשובותיו ח"א סי' תצ"ו בשם רבותינו בעלי התוס' דהא דהגעילו כלי מדין הוא משום שמא בישל העכו"ם דבר חריף דאל"כ סתם כלי של עכו"ם אב"י ותמה הרשב"א דא"כ היאך אנו מתירין בדיעבד בכלי של עכו"ם משום ס"ס וניחוש דלמא בשלו בו דבר חריף וגם הא איכא ג' ספיקות ועוד מה אמרו דלא אסרה תורה אלא קדרה ב"י והא אף שאב"י גם כן אסור דהו"ל דבר חריף

ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת דברי רבותינו תמוהין במ"ש דיש חשש שמא בשלו דבר חריף הא כל הטעם דסתם כלי של עכו"ם אב"י הוא משום ס"ס ספק שלא נשתמשו בה היום בדבר איסור ושמא לא נשתמשו בה כלל וא"כ כל שהוא אב"י מה מועיל מה ששמשו בם דבר חריף והא הדר נפגם כל ששהה מעל"ע כמבואר בהדיא באו"ה ובש"ע יו"ד סי' קכ"ב ס"ג בהג"ה וכבר כתבתי בגליון הש"ע שלי דברשב"א מבואר להיפך מדברי האו"ה הנ"ל אבל באמת גם מצד הסברא מסתבר כאו"ה דהא כבר נפגם הטעם וכמ"ש הגאון בעל אבן העוזר שם.

ג אך נראה דכוונת רבותינו בעלי התוס' דשאני סתם כלי של עכו"ם דאנו דנין על כלי אחת שפיר שייך הספק שמא לא נשתמש בה היום אבל כל שאנו דנין על כלי מדין שהיו עמים רבים וכלים מכלים שונים וא"כ פשיטא דמן הסתם נשתמשו בה היום ועכ"פ אין הספק שקול ולא נשאר רק ספק דשמא לא נשתמשו בדבר האיסור ואת"ל שנשתמש בדבר איסור שמא דבר הפוגם וע"ז חידש דיש ס"ס להיפך שמא נשתמש בדבר הנ"ט לשבח ואת"ל בפגם דלמא נשתמשו בדבר חריף דל"מ לפגם ומעתה לא קשה כלל קושית הרשב"א על רבותינו דוק ותשכח. ובזה מיושב היטב מה דאמרו טעם כעיקר מגיעולי עכו"ם והקשו כלם דלמא היה בשביל בב"ח ולפמ"ש אתי שפיר דבשביל בשר בחלב שוב ל"מ דבר חריף דמכל מקום הוה נ"ט בר נ"ט ואף דבדבר חריף ל"מ נ"ט בר נ"ט והיינו משום דדבר החריף מוציא כל הטעם הא זה ודאי אינו רק דרבנן ול"ש גיעולי עכו"ם מן התורה ובחידושי ליו"ד סי' פ"ח כתבתי דזה עכ"פ לא הוה ספק השקול דלמא רק מבב"ח דלמא משאר דברים האסורין ול"ש גיעולי עכו"ם והארכתי בזה ואכ"מ ודוק.

ד אחר זמן רב מצאתי בתדר"י ר"פ כיצד מברכין שכתב במרקחת הבא בכלי נכרים דרצו לאסור דאף דסתם כלי עכו"ם אינו ב"י מכל מקום חורפי' מחלי' לשבח והוא דחה דהמתיקות של דבש מבטל להחריפות והביא ראי' מהומלתא דבי הנדואי ועיין בהגהת מהר"ם מטיקטין שם ועכ"פ התויה"כ הנ"ל לא ראה דברי התדר"י ולפמ"ש למעלה יש לפלפל בדברי התדר"י הנ"ל. ודרך אגב אומר מה שנשאלתי מהמופלג החריף מוה' מענדיל ני' נכד הרב מוה' יחזקאל ז"ל סופר דק' ראהטין בהא דמבואר בש"ע יו"ד סי' פ"ט דאם אכל תבשיל שאין בשר בתוכה מותר לאכול אחריו גבינה והקשה הש"ך בסקי"ט שם מסי' צ"ה דאף לאכלו עם גבינה מותר ואמר הוא די"ל דמיירי בתבשיל חריף דלא שייך נ"ט בר נ"ט והיה אסור לאכול עם גבינה ומזה הוכיח דאם היה תבשיל של בשר חריף שוב לא היה רשאי לאכול אף אחריו גבינה.

ה ולא אמר כלום דמה ענין דבר חריף כל שכבר אכלו דדבר חריף שייך שמחלי' ליה לשבח אף בטעם קלוש נרגש הטעם אבל כל שכבר אכלו פשיטא דלא יתן אח"כ טעם שכבר כלה ואבד אך לפ"ז עכ"פ היה מיושב קושית הש"ך דלאכול עם גבינה אפשר דאסור. אך באמת ג"כ עם גבינה מותר דחורפא מחלי' ליה לשבח אינו רק דרבנן ובפרט בנ"ט בר נ"ט דודאי אינו רק דרבנן ופשיטא דבכה"ג לא גזרו בבשר בחלב שאינו דרך בישול דאינו רק דרבנן וז"ב ופשוט

ו והנה נשאלתי באחד שחתך בסכין חולבת ב"י הערינגס קטנים הנקראים סעהרדלין עם שמן זית על כלי בשר אינו ב"י.

ז ואמרתי דהסעהרדעלין אסור והכלי בשר מותר וטעמא דילי דהרי כתבו בפסקי התוס' בע"ז פ"ב סי' ע"ה דשמן זית מקרי דבר חריף ומפליט אף בצונן ועיין שו"ת שבות יעקב ובספר באר יעקב ביו"ד סימן ק"ג שהאריך בזה ואני הארכתי הרבה בזה ועיין דגול מרבבה או"ח סימן תנ"ג ומ"ש שם על הגליון וא"כ הו"ל חורפא ודוחקא דסכינא ואף באב"י ובנ"ט בר נ"ט לא מועיל כל שיש חורפא ודוחקא דסכינא ומכ"ש שהוא מליח והוה ג"כ חריף ואף דאין מליחה לכלים להפליט מכל מקום אגב חריפות שהוא מפליט אף בצונן אפשר דמוציא גם מהכלי הטעם ואף דהש"ך סימן צ"ו סקי"ז כתב דדבר חריף מותר בהדחה כל שהוא יבש באמת בד"מ מבואר דכל שיש דוחקא דסכינא אסור אף ביבש וכ"ש כאן שאינו יבש לגמרי ומליח וחורפא דשמן ע"כ לא מלאני לבי להתיר הסעהרדליען כיון שנחתכו בהכלי עם שמן זית אבל הכלי שרי דאינו רק נ"ט בר נ"ט ולענין להבליע בכלי ל"ש דוחקא דסכינא כנלפענ"ד. והנה הגאון בעל אבן העוזר כתב והוא נדפס בש"ע הקטנים עם באה"ט ביו"ד סי' צ"ו להשיג על המג"א סי' תנ"א ס"ק ל"א דדבר חריף ל"מ נ"ט בר נ"ט ומה"ט שלא כדין עושין שחותכין זנגביל בסכין של בשר ודכין במדוכה וא"כ המדוכה בלוע מבשר ואח"כ דכין בשמים ושמין בחלב ע"ש וע"ז כתב הגאון הנ"ל דזה אינו דכל יסוד שבדבר חריף ל"ש נ"ט בר נ"ט נובע מסה"ת שכתב דלכך צנון שחתכו בסכין של בשר דאסור לאכלו בכותח אף דהוה נ"ט בר נ"ט וכמ"ש רש"י משום דצנון הוה חריף ובלע טפי מדגים הרותחים וביאר הוא דהענין הוא כך דנ"ט בר נ"ט היינו דנ"ט הראשון נכנס קצת ממנו אל הכלי וחוזר ויוצא קצת מהטעם שבכלי אל המאכל ובדבר חריף בולע כל הטעם שבכלי וליכא רק חד נו"ט דהיינו הטעם הראשון להכלי אינו רק קצת נ"ט ולפ"ז זהו כשהדבר חריף בולע הטעם שנכנס בכלי אבל במה שמבליע בכלי מה מועיל מה שהוא דבר חריף סוף סוף אינו מבליע רק קצת טעם והו"ל נ"ט בר נ"ט דניהו דהבשר החריף בלע כל הטעם מכל מקום להמדוכה לא נתן

רק קצת טעם ע"ש שהאריך בזה. ולפענ"ד לא זכיתי להבין דבריו הקדושים והנה מקודם נבין סברתו דאם הכוונה שאינו רק קצת טעם בכמות דהיינו רק מעט א"כ יהיה בדבר האיסור במשהו לא יהיה שייך נ"ט בר נ"ט וזה לא מצינו אמנם ע"כ כוונתם דבאיכות הטעם אינו רק קצת טעם ואינו רק טעם הקלוש אבל לא הבינותי דמי הגיד לו שהטעם הראשון שנכנס אל הכלי אינו רק טעם קלוש ולפ"ז באוכלין לא שייך נ"ט בר נ"ט ואף שבאמת ששיטת המהריב"ל דבכלי לא שייך טכ"ע מה"ת אבל אינו מוסכם וגם לא ידעתי מי דחקו והדבר מבואר ברשב"א בית רביעי שער רביעי ובר"ן פכ"ה ובכמה מקומות ובש"ך סי' צ"ד ס"ק כ"ב דלכך נ"ט בר נ"ט בשאר איסורים אסור ובב"ח מותר משום דכל שהוא נ"ט בר נ"ט נקלש הטעם ולכך א"א לחול עליו שם איסור חדש ולכך בב"ח לא חל משא"כ בשאר איסורים דאף דנקלש מכל מקום לא נפקע הטעם ומה"ט דעת הפוסקים דבחמץ לא שייך נ"ט בר נ"ט דשמו עליו ועיין או"ח סי' תמ"ז וסי' תנ"ב ובמג"א סי' תמ"ז סקכ"ד וא"כ היינו טעמא דנ"ט בר נ"ט דנקלש הטעם והיינו דהטעם השני כבר אקלש בהיותו היתר ובדבר חריף דלא שייך נ"ט בר נ"ט היינו טעמא דהרי חזינן דאף באינו ב"י בדבר חריף אוסר דמחליא ליה לשבח ועיין בסימן צ"ו ובסי' ק"ג וא"כ מכ"ש בדבר שאינו רק נ"ט בר נ"ט דאקלש הטעם דאמרינן דאף שנקלש חורפי' מחליא ליה לשבח וא"כ נעשה הטעם השני מושבח ומורגש ולפ"ז כל שהיה דבר חריף ועשה להטעם מורגש א"כ החזיר להמדוכה טעם מושבח ולא קלוש ושוב הו"ל נ"ט גמור וגם אף שהוא לא הבליע רק טעם קלוש מכל מקום הבשמים שישנן במדוכה עושים גם כן לאותו טעם לשבח ושוב הו"ל כנ"ט הראשון וז"ב לפענ"ד והאהע"ז במחכת"ה והדר גאונו הלביש בגדים אחרים לנ"ט בר נ"ט והדבר מבואר בכל הפוסקים דנ"ט בר נ"ט היינו שאין כח בהטעם השני לחול עליו שם איסור מחדש ולפ"ז בדבר חריף לא שייך זאת ובזה יש ליישב מ"ש ראיה מדברי הש"ך ר"ס קכ"ב אמנם אף שנימא דהש"ך לא סבר כן בכ"ז עכ"פ אין תמי' על המ"א ודוק. (והנה לכאורה קשה לשיטת הרמב"ם דגם בכ"ח בשאר קדשים מלבד החטאת היה מועיל מריקה ושטיפה וקשה איך משני דכל יום נעשה גיעול לחבירו והיינו משום דמועיל הגעלה ואכתי תקשה הא בכ"ח ל"מ הך דנעשה גיעול לחבירו דהוא מתורת הגעלה והתורה העידה על כ"ח שא"י מידי דופיו וכ"כ הב"י ביו"ד סי' צ"ג בהדיא ועיין בנקה"כ ובכו"פ שם ולפ"ז צ"ל לדידהו הא דמועיל מריקה ושטיפה לדידהו משום דהתירא בלע ולא אכפת לן במה שנשאר טעם קלוש וכמ"ש הצ"ק ליישב קושית הבה"ז או כמ"ש המקום שמואל והובא בשעה"מ ליישב קושית הבה"ז דכיון דהיתירא בלע סגי בהגעלה אף בכ"ח לפ"ז יקשה להס"ד דאיסורא פליט אם כן מה מועיל

מה שנעשה גיעול לחבירו והא הגעלה ל"מ בכ"ח כל דאיסורא בלע. הן אמת דבלא"ה יקשה קושית הרשב"א הנ"ל דמה מועיל הגיעול הא להס"ד ל"מ הגעלה וצריך ליבון ותירוצו לא שייך לשיטת הרמב"ם דהא להרמב"ם אין קפידא דוקא בשביל הנותר רק שיהי' עקב אכילה וא"כ מה משני דנעשה גיעול לחבירו ולפמ"ש לעיל ליישב גם כאן יתיישב. אמנם בגוף קושית הרשב"א הנ"ל דמה מועיל מה שנעשה גיעול לחבירו והא מכל מקום צריך ליבון. ולפענ"ד נראה דמכאן ראיה ברורה לשיטת הרשב"א והוקבע להלכה בש"ע סי' צ"ט ובסי' קכ"ב דאיסור מועט בכלי שדרכו להשתמש בו בשפע וא"א לבא לידי נ"ט שרי לכתחלה להשתמש בו א"כ גם באיסור תורה יש לומר דכיון דהגעלה מוציא ניהו דצריך לבון היינו שנשאר בר מעט מה שלא יכול להוציא בהגעלה אבל כיון שדרכו להשתמש בשפע ונעשה גיעול לחבירו א"כ שוב מותר לכתחלה וא"צ הגעלה כלל וזהו דמשני דנעשה גיעול לחבירו וממילא מיושב גם לדעת הרמב"ם דאף שא"י מידי דפיו היינו דנשאר מעט אבל כל שדרכו להשתמש בשפע שוב מותר.

ח ובזה נראה לפענ"ד ע"ד פלפול ליישב שיטת הרמב"ם דדעתו דדוקא חטאת צריך שבירה ולא שאר קדשים ולא נודע הטעם ולפמ"ש יש לומר דהרמב"ם ס"ל דגם לפי המסקנא עיקר הטעם משום דנעשה גיעול לחבירו והוא פסק כטעמו של רבה והא דצריך הגעלה כיון דמסיק הש"ס בקושיא כבר כתב הרשב"ם בב"ב דף נ"ב דכל קשיא יש ליישב וא"כ באמת לפמ"ש הרי הרא"ה חולק שם על הרשב"א אף באיסור דרבנן ולכך צריך הגעלה דהרי אף בדרבנן לא ס"ל דינו של הרשב"א מכ"ש בדאורייתא למשרי איסור גמור ע"י שישתמש בשפע ולכך צריך הגעלה אבל כל שמגעיל שוב סגי משום דנעשה גיעול ולפ"ז בחטאת דאינו נאכל רק ליום ולילה אמרו שם דצריך לזהר שלא לבשל בה רק שלמים אם כן עכ"פ לא מקרי דרכו להשתמש בשפע דאם יבשל בה דבר שלא יהיה רק ליום ולילה יהיה נותר וכדאמרו שם ושוב א"י מידי דופיו לכך הצריכה תורה שבירה ולפי זה זהו דוקא חטאת ולא שאר קדשים ודוק. ולפי זה מיושב קושית הבה"ז דממילא מוכח דא"י מידי דופיו דאם יוצא מידי דופיו שוב בודאי סגי בהגעלה ולמה צריך שבירה וע"כ דא"י מידי דופיו וצריך לבון ודוק היטב כי הוא חריף מאד מאד והדברים שמחים ת"ל) כל מה שהסגרתי כאן זה שייך למחברת אחרת על דברת הרמב"ם דמריקה ושטיפה ולפום רהיטא שהיה פתוח לפני כתבתי כאן). שוב מצאתי בש"ך סי' צ"ה ס"ק ז' שכתב דבסי' קכ"ב נתבאר דדוקא המאכל עצמו נעשה לשבח ע"י שהוא חריף ולא הקדירה ומזה קצת ראיה להאהע"ז. והנה דרך אגב אזכור מה דהאריכו התוס' בחולין דף ק' דהיאך הגעילו יורה גדולה הא המים נאסרו וחזרו ואסרו להקדירה וכתבו דא"ל דהגעילו כשאינו

ב"י דהא לא אסרה תורה אלא קדירה ב"י והקשה הכו"פ דלפי הס"ד דאסרו אף שאב"י א"כ שוב ע"כ דס"ל דנטל"פ אסור א"כ שוב עדיין יקשה דהמים נאסרים וחוזרים ואסרו הקדירה ע"ש ולפענד"נ דהנה הט"ז ביו"ד סי' קי"ד כתב דאין לחוש במים חמין שהוחמו בכלי עכו"ם לגיעולי עכו"ם דשומן פוגמן מלשתות וכתב הש"ך שם סקי"א דא"כ גם בב"י מותר והרי התוס' והרא"ש כתבו דמים נאסרו ואוסרין הקדירה ע"ש והפר"ח כתב דמים חמין בעצמם שומן פוגמן ולהתבשיל הוא משביח ע"ש ודבריו תמוהין דאכתי יקשה על קושית התוס' דהמים נאסרו הא לשתיה הוא לפגם וצ"ל כיון דללוש בהם הוא משביח לא גרע מפגום ולבסוף השביח דאוסר וה"ה בזה דעכ"פ בקדירה סופו שישבח ולפ"ז שפיר כתבו די"ל דהגעילו שאב"י דא"ל דא"כ המים נאסרים דזה אינו כיון דעכ"פ כעת הוא פגום אף דנטל"פ אסור היינו לפי שכבר נאסרה ומה"ט סרוחה מעיקרא מותר ולפ"ז כאן דהמים בעצמם מותרין דאף ב"י פגום רק דסופו שישבח אבל עכ"פ אב"י בודאי מותר אף דסופו שישבח הא כעת הוה סרוחה מעיקרא. ובאמת שכבוד אמ"ו הגאון ני' כתב דהו"ל כסרוחה מעיקרא מה דהמים נאסרו ואני כתבתי במק"א דיש לדחות דשם הוא סרוח טרם שנעשה איסור אבל כאן הי' לשבח מקודם ונשאר האיסור באיסורו אבל לפמ"ש דהמים עצמם הם לפגם אף שהי' ב"י בכה"ג הוה סרוח מעיקרא. אמנם גוף דברי הפר"ח תמהני דהדבר מבואר ברא"ש סוף ע"ז דשומן בחמין הוה טעם לשבח דלא שרינן חמין של עכו"ם רק משום דסתם קדירה של עכו"ם אב"י ע"ש באות ל"ו א"כ מבואר דלא כפר"ח. אמנם בשערי דורא מצאתי הובא בב"י יו"ד סי' צ"ה דבמחבת או יורה של גוי שיש בו נ"ט של איסור ונכנס טעמו של איסור במים אסור ללוש בהם אף דסתם כלי של עכו"ם אב"י מ"מ נטל"פ לכתחלה אסור ע"ש ומדלא כתב רק ללוש אסור ולא כתב דאסור לשתות ממנו וע"כ דהשומן פוגם המים לשתיה רק ללוש אסור ומזה מבואר כמ"ש העט"ז והפר"ח ודוק.

ט ובזה מבואר מ"ש בהגהות ש"ד שם דאין להתיר נטל"פ לכתחלה שעדיין לא התחילה הנאתן שהרי לא הוחמו לשתיה אלא לאפייה ולענין זה הוה לכתחלה ודבריו תמוהים דמה ס"ד להתיר נטל"פ לכתחלה וא"ל משום שכבר הוחמו דמכל מקום אסור ללוש בהן ולפמ"ש אתי שפיר דהוה ס"ד כיון דלשתיה הוא פוגם בעצמותו אף שהי' ב"י א"כ שוב מותר נטל"פ לכתחלה דדוקא אב"י אסור אטו ב"י וכאן אף בב"י מותר וא"ל דהוה פגום ולבסוף השביח דזה אינו דעכ"פ כעת הוא אב"י וגם אם היה ב"י היה כעת פגום אף שלבסוף לשבח מ"מ לא שייך למגזר אטו ב"י ולזה אמר דזה ל"ח דיעבד דהא לא הוחמו לשתיה רק לאפייה דהא לשתיה יהיה לפגם וא"כ כל עיקר הנאתו אינו רק

לאפייה ולאפייה שוב יהיה לשבח ולא נשאר רק מה שהוא אב"י ובזה גזרו לכתחלה אטו ב"י דא"ל דגם ב"י מותר דבב"י כל שהוחמו לא הוחמו רק לאפייה ובזה סופו שישבח בודאי ואסור ודוק היטב כי הוא ענין נכבד שוב ראיתי בש"ד עצמו והוא בסי' נ"ט מ"ש במבוא שערים שם ובאו"ה שער ל"ג סי' י"ג כתב טעם אחר ועיין בש"ע סי' קכ"ב ס"ו בהג"ה ובת"ח כלל נ"ט ותמצא דמבואר דלא כהעט"ז והפר"ח ולפמ"ש יש לפרש דעת ש"ד כשיטת העט"ז והפר"ח. והנה דברי הפסקי התוס' הנ"ל שכתב דשמן זית חריף ועז ומפליט כמו רותחין ואפילו בצונן לכאורה לא נודע מה בעי בזה ובשנת תרי"ג ד' מנחם אב (בעת צר לנו ד' יעזרינו על דבר כבוד שמו וישיבינו לתורתו ולעבודתו) אמרתי דכוונת הפסקי תוס' ליישב קושית התוס' שם ד"ה בשלמא דהיאך אפשר דר"י נשיאה יחלוק על ב"ש וב"ה שגזרו וס"ל דנטל"פ אסור וגם דא"כ למה התירו במשנה ע"ש משום דהוה נטל"פ והא במשנה ס"ל דנטל"פ אסור והרי אסרו שמן וע"כ כתב הפסקי תוס' דבזה נחלקו דב"ש וב"ה ס"ל דשמן הוה עז וחריף ומפליט אף בצונן והרי בדבר חריף אף באב"י אסור דחורפיה מחליא ליה לשבח ואף באב"י אסור ור"י נשיאה ס"ל דשמן לא מקרי חריף או דס"ל דאף דבר חריף אינו אסור בשאינו ב"י ועיין ביו"ד סי' צ"ו דיש שני דיעות בזה. איברא דגוף הדבר דאמרו דס"ל נוטל"פ מותר צ"ב דהנה באמת שיטת הרשב"א בתה"א והר"ן בסוף ע"ז דמצד עצמו לא הוה קדירה שאב"י כמו נבילה שאינה ראויה לגר דמצד עצמו מקרי מושבח עוד ועדיין חזי לגר רק שיתן טעם בקדירה הוא דמותר דאינו משביח ולפי זה צ"ב הא בדבר שאסרו משום חשש בשולי עכו"ם וכדומה שיטת גדולי הפוסקים דל"מ ששים ואם כן כל דלא הלכו שם בתר נ"ט דכדי להתרחק מן הגוים אסרו ואם כן מה בכך דנטל"פ הא מצד עצמו הוא לשבח רק שבהשמן לא יתן טעם לשבח והרי לא קפדינן בנ"ט בכל דבר שהרחיקו משום בישולי עכו"ם וכמבואר סי' קט"ו. אמנם אחר העיון זה אינו דדוקא בדבר שכבר אסרו מאיזה טעם שפיר אמרו דל"ב אף בששים דלא תלוי בטעם כלל אבל במה שאנו דנין לאיסור מחמת שקיבל טעם נבילה וטריפה א"כ כל שאין בו נ"ט שוב לא התחיל האיסור ושפיר אמרו דנטל"פ מותר. והן נסתר מחמתו מה שיש לי להקשות דבאמת מה דאמרו סתם כלים של עכו"ם אב"י הוא משום דאיכא ס"ס שמא לא נשתמש ושמא נשתמש בדבר המותר ועיין בטוש"ע יו"ד סי' קכ"ב ואם כן הרי כבר נודע מ"ש הכ"מ פי"א ממעשר דבכ"מ שחשו חז"ל למיעוטא אפילו ס"ס אסור ואם כן כאן שחשו חז"ל בשמן לאסור זליפתן של כלים אף לשאב"י אסרו דל"מ ס"ס וגם לפמ"ש דכל שנתקן מתחלתו משום ספק ל"מ ס"ס ועיין בא"ח סי' תל"ח תל"ט וה"ה כאן דתחלתו נאסר משום ספק אבל כ"ז אם כבר נתקן אבל לתקן בשביל זה פשיטא דאין

חשש ואף דכבר נתקן שפיר יכול ר"י נשיאה לבטל דס"ל דבטעות נתקן דהרי נטל"פ מותר. ובזה אתי שפיר מ"ש התוס' דשמואל אמר דב"ש וב"ה גזרו משום חתנות ומשום זליפתן של כלים. ולכאורה הוא דחוק דממנ"פ אם שייך חיתון אם כן א"צ לטעם השני דזליפתן של כלים ואם אינו טעם מה מועיל צירוף דזליפתן של כלים הא באמת נטלפ"ג שרי. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שהיה בשביל חשש הרחקה מעכו"ם לא שייך ס"ס וכמ"ש דמצד עצמו הוא לשבח רק שתתן טעם לפגם ובעכו"ם לא אזלינן בתר טעם רק שע"ז אנו דנין דמה טעם לגזור כל דנטל"פ אבל כיון דגזרו בחיתון אף שאינו מספיק שוב יש חשש בשביל זליפתן של כלים ול"מ נטל"פ ור"י נשיאה כיון שראה שלא קבלו הגזירה ובטל טעם חשש חיתון שוב נטל"פ מותר. ובזה מיושב מה דאמר ר"י נטל"פ מותר ס"ל וקשה הא נשאר הטעם דחיתון ואף דלא קבלו הי' לו לומר דלא קבלו הגזירה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת חיתון לבדו לא שייך כ"כ רק הצירוף דנטל"פ וכל דלא שייך חיתון שוב נטל"פ ולכך לא אמר רק דנטל"פ מותר וממילא נודע דלא שייך חיתון דאל"כ הי' נטל"פ אסור וכמ"ש ובאמת לפמ"ש הב"י סי' קכ"ב בטעמו של הרמב"ם דס"ל דמה דאמרו אי משום גיעולי עכו"ם גיעולי עכו"ם נטל"פ מותר הוא לא משום דסתם כלי של עכו"ם אב"י דהרמב"ם לא ס"ל כן רק בשביל שמעצמו נטל"פ בדבש אם כן ל"ק קושית התוס' כאן דמצד שנטל"פ הכלי להשמן יש לומר דס"ל לב"ש וב"ה דסתם כלים של עכו"ם ב"י כמ"ש הרמב"ם ולכך חשו ובזה נחלק ר"י נשיאה עליהם ודוק. שוב ראיתי שהתוס' בעצמם כתבו כן בדף ל"ח בתוס' ד"ה אי משום ע"ש במשחא שליקא ועיין ש"ך סי' ק"ג שהאריך בזה אבל לא הזכיר שכן מוכרחים לומר אליבא דהרמב"ם כמ"ש הב"י סימן תכ"ד. איברא דלפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה התוס' הקשו בחולין דף ח' ובע"ז דף ס"ח דרב ס"ל דהשוחט בסכין של עכו"ם דאסור והרי נסתפקו בע"ז דף ס"ח אי רב ס"ל נטל"פ מותר או אסור ותפשוט דאסור דאל"כ הא סתם כלי של עכו"ם אב"י. ולפענ"ד היה נראה דלפמ"ש הרא"ה דקדירה שאב"י הוה נבילה שאינה ראויה לגר ומוסרח ונפגם לגמרי בעצמותו א"כ יש לומר דבאמת רב ס"ל נטל"פ מותר והא דס"ל עכברא בשכרא דאסור היינו משום דטעם כעיקר והרי העכבר גופא אף אם היה מקרי נפגם מחמת עצמו התורה אסרתו אם כן גם הטעם שנותן אף דהוה לפגם התורה אסרו וכדאמר שם רב בהדיא דחידוש היא וא"כ בקדירה שאב"י אם נימא דחשיב נבלה שאינה ראויה לגר א"כ הנבלה גופא התורה התירה והיאך יאסר טעמו והא לא עדיף טעם מהעיקר אבל אם נימא דקדירה שאב"י בעצמותו לשבח רק שנו"ט במאכל לפגם א"כ כל שטעם כעיקר אסור אם כן הטעם הוה כעיקר והעיקר גופא הוא לשבח ולכך אף דסתם כלי של עכו"ם

אב"י מכל מקום אסור דהא טעם כעיקר ומה דס"ל נטל"פ מותר היינו כשהנבלה גופא מסרחת והתורה התירה כל שאינו ראוי לגר א"כ פשיטא דהטעם שבו א"י לאסור אבל כל שהנבלה בעצמותה אסור אף שנטל"פ במאכל מכל מקום אסור. ובזה מיושב מה שהקשה הכו"פ סי' ק"ג ס"ק ה' דלרב דמספקא ליה אם נטל"פ מותר א"כ ניהו דאטרח לי' שמואל על רב והוכרח לאכול שמן דלא שייך גזירה דחיתון מכל מקום אכתי אסור משום זליפתן של כלים ואף דנטל"פ הא רב ס"ל דאסור ולפמ"ש יש לומר דאף דכל קדירה שאב"י הוא מצד עצמו לשבח רק דהטעם במאכל הוא לפגם אבל כאן כל שיש שמן בהכלי נעשה הנבלה גופא אינה ראויה לגר ע"י השמן שפוגמו אבל זה דחוק ואין להאריך בזה

י והנה לכאורה יש להבין הא דאמר דר"י נשיאה ס"ל נטל"פ מותר וקשה הא עכ"פ מדרבנן אסור נטל"פ דהיינו לבשל בקדירה שאב"י וא"כ ניהו דהוה ספק דרבנן דלמא לא היה נבילה בקדירה וכלים מכל מקום זה לגזור מתחלה אבל כל שכבר גזרו ב"ש וב"ה ניהו דנטל"פ מותר אבל כל דרבנן אסרו מה כח היה לו להתיר הא מדרבנן אסור נטל"פ ולא שייך ספק דרבנן לקולא כל שכבר אסרו. אך נראה דבאמת בכל היתר שיש ספק אי נפל לתוך איסור יש להקשות דנוקי להההיתר אחזקתי' ונימא דלא נפל בתוך איסור אבל התירוץ מבואר מתוך דברי התוס' ביבמות פ"ב דהרי ההיתר לא נהפך להיות איסור רק שיש ששש שבלע מהאיסור ולא שייך חזקת היתר וא"כ ה"ה כאן אנן חיישינן שמא השמן בלע מזליפתן של כלי והיה בו איסור ואסרתו ולפי זה זהו כשהאיסור עכ"פ אסור אבל כאן דבאמת נטל"פ הוא רק מדרבנן אסור ואם כן ההיתר דהיינו השמן יש לו חזקת היתר והאיסור כבר אתרע דעכ"פ מן התורה נטל"פ ושרי בכה"ג יותר נוטה לחזקת היתר טפי מלאיסור ולכך לא חיישינן. עוד רגע אדבר דאם נימא כמ"ש התוס' משום ששש חיתון וזליפתן של כלים אסרו ב"ש וב"ה והנה נראה דחשש חיתון דהוא משום אקרובי דעתא בודאי בדבר הנטל"פ לא שייך כ"כ אקרובי דעתא ולכך שוב לא חיישינן לחיתון דבאמת לא שייך אקרובי דעתא בדבר שנטל"פ והרי התורה התירה נטל"פ משום דאינו ראוי לאכילה ואיך שייך אקרובי דעתא בזה ודוק היטב ויש להאריך בזה ולא נפניתי כעת שאני כותב מתוך צער ד' יעזרני לכתוב מתוך הרחבה בלב פנוי מפחד ואימה. והנה בהא דאמר שמואל לרב בשלמא לדידי דאמינא זליפתן של כלים אוסרתן היינו וכו' שמן ר"י וב"ד נמנו עליו והתירוהו קסבר נטל"פ מותר אלא לדידך דאמרת דניאל גזר עליו דניאל גזר ואתו ר"י וב"ד ומבטלו והתוס' נתקשו ניהו דשמן יכול להיות שמותר מטעם שלא פשט ואין רוב הציבור יכולין לעמוד מכל מקום היאך באו לחלוק על שמאי והלל

בדין נו"ט לפגם להתירו ע"ש ואני תמה על עצמי דלפענ"ד נראה להיפך דאף דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא אם כן גדול ממנו בחכמה ובמנין היינו מה שהב"ד הראשון גזרו וס"ל דמדאורייתא שרי ורק שהם תקנו תקנה זו אין יכולת ביד הב"ד לבטל אבל מה שנחלקו בדין אם הדין כך או כך בזה הרשות נתונה ביד הב"ד אחרון לפסוק שלא כדבריו והטעם משום דבאמת שיטת הרמב"ם בפ"ב מממרים דאם הב"ד אומרים שכן הוא ד"ת עוברים בב"ת אבל אם אומרים דמד"ת אינו כן רק שהם מתקנים כן אם כן לזה הרשות ביד הב"ד לתקן ע"ש ואם כן זהו שאמרו דכל שהוא מטעם זליפתן של כלים אם כן שפיר ר"י וב"ד יש כח בידם לגזור משום דהרי טעמו של שמאי והלל היה דהדין הוא דנטל"פ אסור והרי נחלקו בזה תנאים ר"ש ור"מ ואם כן ביד הבית דין האחרון לבטל הדין שהרי בזה אין כח ביד בית דין הראשון לומר שהדין דנטל"פ אסור ובזה גם הבית דין האחרון יכולין לומר שהוא מותר ועיין מלמ"ל פ"ו מגירושין הלכה ג' וכ"כ המגיה במשנה למלך פ"ט מאישות ה"ו בסופו דאף אליהו אין לו כח להכריע בספיקא דדינא ואני כתבתי על הגליון עתוס' בכורות דף נ"ח ע"א ד"ה מפי ע"ש ודוק ואם כן זה שאמר שמואל לרב ויתכן יותר דהנה בגבינות עכו"ם דעת או"ה והש"ך בכללי הספיקות שכל שגזרו עליו משום חשש איסור בגופו נעשה איסור תורה וכתבו האחרונים דזה כשעשאו לודאי אסור אבל אם לא אסרו רק מחמת ספק לא ולפי זה בשלמא אם היה הגזירה משום חיתון שפיר אף דחשו לזליפת כלים גם כן אבל לא היה רק ספק בלבד דעיקר הגזירה היה משום חיתון ואם כן שוב א"י לחלוק עליו אף בנטל"פ דהם לא אמרו דנטל"פ אסור ולא נעשה איסור תורה אבל אם רק משום זליפת כלים אסרו שוב יכולים לבטל דעל ידי זה נעשה איסור תורה והרי מן התורה נטל"פ מותר דקימא לן דנטל"פ מותר כר"ש ובזה לא א"ש תירוצו של התוס' דלשמואל גם כן אסרו משום חיתון ומשום זליפת כלים דז"א דאם כן אין מקום שר"י יחלוק על תקנת שמאי והלל ועל כל פנים זה ודאי דבמה שנחלקו בדין בית דין יכול לבטל דברי ב"ד חבירו כנלפענ"ד דבר חדש. והנה צ"ב דמה שייך חשש משום זליפתן של כלים אף דאסרו נטל"פ והא על כל פנים אין לחוש שהעכו"ם יעשה בכלים הבלועים מאיסור נבלה דעל כל פנים לא יקלקל השמן שהרי ירגישו בזה טעם פגום ומה"ת לחוש לזה. אך נראה דבאמת הוא צונן רק דשמן עז וחריף ובולע אף בצונן וכמ"ש בפסקי תוס' ולפי זה נראה לי דבאמת לענין גוף השמן שיתקלקל בודאי אינו מתקלקל כ"כ עד שיפגם השמן ורק שאינו נו"ט בו לשבח וחשוב אינו נהנה מאיסור וכבר כתב הרשב"א וכן קיימא לן בטור סימן ק"ג דאף שראוי לאכילה רק שאינו נהנה ואינו לשבח לענין איסור מקרי נטל"פ והביאו ראיה משמן ודבש דאמרו

נטל"פ והרי ראוי לאכילה ועיין בב"י שמבואר כן להדיא בשם הרשב"א ואם כן אף למאן דסבירא ליה נטל"פ אסור אבל לענין השמן אינו מתקלקל מחמת זה ובזה יש לי ליישב קושית התוס' דמ"ש מדבש דהתירו משום דנטל"פ.

יא ולפמ"ש י"ל דב"ש וב"ה ס"ל דבדבש נטל"פ ומתקלקל קצת הדבש ושוב בודאי אין לחוש שהעכו"ם יבשל בהן דלא יקלקל המאכל ובודאי יבשל בכלים חדשים נקיים אבל השמן דהוא צונן ורק שעז וחריף הוא ויקבל קצת טעם וא"כ העכו"ם באמת לא יחוש לזה שבודאי אינו נרגש כ"כ הפגימה בהשמן ומ"מ לענין איסור אסור וז"ב כשמש. ומיושב קושית התוס' השניה ולכך במשחא שליקא דארמאי שפיר אמרו דנטל"פ דהרי בבישול ושליקה בודאי ירגש הטעם היטב ובודאי העכו"ם לא יעשה זאת. ובזה מדוקדק מה דבשמן אמרו קסבר נטל"פ מותר ואילו במשחא שליקא אמרו בפשיטות דנטל"פ הוא ומותר וכן בדבש. ולפמ"ש אתי שפיר דבשמן שאינו בולע רק מפני עזותו א"כ רק בשביל דהדין כן דנטל"פ מותר אבל אין להתיר בשביל שהעכו"ם לא ירצה לעשות לקלקל דאינו מקלקל אבל במשחא שליקא וכן דבש שמתקלקל טפי שפיר אמרו דכיון דנטל"פ הוא מותר והיינו אף דנטל"פ אסור מכל מקום העכו"ם לא יעשה כן לקלקל. ובזה נראה לפענ"ד דז"ש התוס' בדף ל"ח ד"ה א"י דדבש פוגם אפילו כשהוא בעין לא דמותר עי"ז דבאמת אף דפוגם כשהוא בעין מכל מקום אין הפגם כ"כ גדול שיהיה מותר מחמת נטל"פ רק שעכ"פ העכו"ם לא יעשה בכלים האלו שהרי יודע שהבשר מקלקל הדבש כשהוא בעין ממילא יחוש אף לבלוע שלו אבל בשמן שבעין אינו פוגם העכו"ם לא יחוש לבלוע. ובזה מיושב קושית הש"ך סי' ק"ג על הרמ"א דאין ראיה מהתוס' וכמ"ש ודו"ק. ובזה ממילא מיושב קושית המהרש"א בתוס' שם שהקשו בדף ל"ו מדבש לשמן ולא חילקו כמ"ש בדף ל"ח. ולמ"ש באמת שיטות חלוקות הן דבדף ל"ו אזלו בשיטה אחרת דמצד הדין התירו שהוא נטל"פ ובדף ל"ח אזלו מצד שהעכו"ם לא ירצה לקלקל הדבש. והנה הכו"פ סי' ק"ג הקשה על הא דאמרו בירושלמי דשמואל אטרח על רב והי' מכריחו לאכול שמן כיון דר"י וב"ד התירו ואכתי קשה הא רב מסתפק הש"ס אי נטל"פ מותר לדידיה וא"כ אי נימא דאסור ס"ל א"כ אכתי יש לחוש שמא זליפתן של כלים אוסרתן. ולפמ"ש אתי שפיר דהתוס' הקשו דאיך שייך שר"מ יחלוק על שמאי והלל בענין נטל"פ וכבר כתבתי דל"ק דאדרבא בהדין יכולין לחלוק והב"ד האחרון יש להם כח במה שהוא תלוי בדין כמו הראשונים. ולפ"ז נראה לי דאחר שהתירו ר"י וב"ד שוב רב אין כח בידו לחלוק על רבו דר"י וב"ד שבירושלמי רבי הי' ורבי היה רבו של רב ואף דבדין יכול לחלוק היינו כל שהדבר ברור שמצד זה אסרוהו ונעשה גופו של איסור

אבל כיון שרב ס"ל דמצד חיתון אסרו דניאל ורבי שהתיר לפי שלא פשט שוב אין כח ביד רב לחלוק על רבי שהתיר דאף דהוא ס"ל דנטל"פ אסור מכל מקום כל שרבי לא ס"ל כן והרי התיר שמן ולא חש לזליפתן של כלים שוב אסור לחלוק עליו אף שזה ס"ל דאסור נטל"פ ובפרט שלרב לא ברור לי' ג"כ אי נטל"פ אסור או מותר וכמו דנסתפק הש"ס אליבא דרב כמו כן יש לומר דרב גופא נסתפק וכל שרבי התיר לא הי' כח ביד רב לאסור דהעולם לא ידעו שרב אוסר בשביל זליפתן של כלים דס"ל נטל"פ אסור ורק דס"ל דשייך חיתון והרי ע"ז יש כח ביד רבי להתיר ודו"ק היטב כי נתברר בזה ענין חדש. והנה דרך אגב אזכיר מה דתמי' לי בעת למדתי עם תלמודיי ני' בחורף תרט"ז כ"ב שבט דברי הב"י סי' צ"ו שכתב בד"ה ומ"ש וכן הדין בשומים ובצלים כתב שהרמב"ם מפרש דצונן וסלקא לאו דוקא רק ה"ה לשאר דברים החריפים ודוקא ב"י אבל שאב"י לא ואח"כ כתב בעצמו דהרמב"ם מפרש דטעם של הרמב"ם בסכין שחתך בו צלי וחזר וחתך צנון הוא משום דהחריפות ידבק בו ביותר ומושך השומן שנדבק עליו ונקרש וכ"כ בפ"ט ממ"א הכ"ד בכ"מ והרי סותר דבריו דהרי משום שומן שנקרש על פניו היה מהראוי לאסור אף באב"י דשומן הנקרש כל שהוא בעין אינו פוגם אף כשאינו ב"י וצע"ג. והנה במה דמבואר בסי' ק"ג סעיף ב' בהג"ה דאם ניערו תבשיל בכף ואח"כ תחבו הכף לתבשיל שני לא נאסרה הקדירה ומטעם דהוה נ"ט בר נ"ט והט"ז תמה דלמה צריך שיהיה בכף הראשון לפגם הא אף אם התבשיל הראשון הי' לשבח מ"מ אח"כ בקדירה השניה יהי' לפגם והו"ל נ"ט בר נ"ט. ובראשית ההשקפה רציתי לומר דחיישינן שמא תבלע הקדירה בלי אמצעית התבשיל וכדחיישינן בסי' צ"ה ומצאתי במנח"י שהרגיש בזה ועיין במ"ז סק"ח. אמנם הש"ך כתב דבעי שלשה נו"ט. ואני אמרתי דלפענ"ד דברי הט"ז נכונים דבאמת לכאורה דברי הרמ"א והאחרונים תמוהים דהרי באיסור אף נ"ט בר נ"ט אסור וכמ"ש הר"ן ועיין בסי' צ"ד. אבל זה אינו דכל הטעם הוא דאף שהוא נ"ט בר נ"ט מכל מקום קבל בתחלה טעם מושבח ואף שנקלש אח"כ מכל מקום כבר נאסר ולא פקע האיסור משא"כ בב"ח ואני מוסיף דהרי השביח ולבסוף פוגם אסור כמבואר כאן ואם כן מכ"ש בנ"ט בר נ"ט דאינו רק טעם קלוש מכל מקום הרי בתחלה היה טעם לשבח ואסור ולפי זה זהו בהי' בתחלה טעם לשבח אבל כאן שהי' לפגם ואח"כ הי' נ"ט בר נ"ט והוקלש בודאי טעם אם כן אף שיבשל בקדירה דבר שיהיה לשבח מ"מ מה קבל טעם קלוש ופגום מעיקרא ופשיטא דמותר והוה כמו בב"ח דשרי בכה"ג. ולפי זה צדקו דברי הט"ז דע"כ לא בעינן שלשה נ"ט רק באם הי' לשבח רק דהוה נ"ט בר נ"ט דהיתירא בזה אמרינן דכל שהי' בנ"ט השלישי לאסור שוב נאסר אבל בפגום כיון דהוה נ"ט בר

נ"ט ודאי מותר ושפיר מקשה הט"ז וא"ל דא"כ למה בעי כלל נ"ט בר נ"ט דז"א דאם לא הי' נ"ט בר נ"ט שוב הו"ל כפגום ולבסוף השביח דאסור אבל כל שהי' נ"ט בר נ"ט דאקלש הטעם והי' פגום מעיקרא שוב אף שנשבח אח"כ מותר דלא קיבל רק טעם קלוש ופגום וזה ברור כשמש ובמ"ז ס"ק ו' הרגיש קצת אבל לא הרגיש בזה ולכך הצדיק דברי הנקה"כ ולפמ"ש הדבר ברור:

סימן צב

א בענין העמדת בנין ע"י פועלי עכו"ם בשבת ויו"ט.

ב נשאלתי מאנשים המחזיקים להעמיד בנין להקיר"ה בזמן מוגבל היאך יתנהגו בשבת. והנה כבר נודע מ"ש הטוש"ע או"ח סי' רמ"ד סעיף ז' דבקבולת לזמן נחלקו הרמב"ם והראב"ד והרמ"א הוסיף דבשכרו לכל המלאכות שיצטרך תוך זמן השכירות לכ"ע אסור וכאן ודאי שכרו לכל המלאכות של בנין. והנה לפענ"ד הדרך היותר מחוור הוא לקבל הבעל מלאכה העושה על האבנים שקורין מייסטער להיות שותף ויכתוב בהקאנטראקט להיות עפ"י נימוסם שותף גמור דאז שרי ואף אח"כ יכול לקבלו בשותפות כמבואר סימן רמ"ה ס"א וס"ג. והנה לכאורה הי' נ"ל דל"מ שותפות בזה דבשלמא כל שותפות בשדה או בתנור וכדומה כל ההיתר הוא משום דעכו"ם אדעתי' דנפשי' קעביד וכאן ל"ש זאת דהא אף לטובת הישראל עושה דהוא צריך לזה העסק שיגמר בזמן המוגבל ואם לאו יהיה חייב למלך ויפסיד כל מה שהניח לדראהן וגם כל מה שיש לו משועבד להמלך אם לא יקיים כפי הכתוב בקאנטראקט ואם כן לא שייך עכו"ם אדעתא דנפשיה קעביד. אך באמת הא גם בקיבולת לזמן דמתיר הרמב"ם מטעם דאדעתא דנפשיה קעביד אטו שם אינו מגיע להיהודי הנאה במה שעשה מלאכתו בשבת וע"כ דכל שאדעתא דנפשיה קעביד אף שגם להישראל מגיע הנאה לא אכפת לן ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סימן ל"ח שביאר כן בהדיא ואם כן ה"ה כאן כל שהוא שותף ועושה אדעתא דנפשי' אף שגם לבעה"ב מגיע הנאה לא אכפת לן וזה ברור לדעתי ועיין בשבת דף קכ"א נכרי אדעתה דנפשיה קעביד ופרש"י ואפילו הוא יודע שנוח לו לישראל הוא להנאת עצמו מכוין שיודע שלא יפסיד הרי בהדיא דאף שמגיע להישראל הנאה גדולה כל שהוא מכוין להנאת עצמו שרי ואף דיש לדחות דשאני התם שהוא מעצמו מכבה והישראל אסור לו לומר כבה אבל זה אינו דשם אם יאמר לו כבה פשיטא דאין לך עושה ע"ד הישראל יותר מזה ובכל איסור אמירה לנכרי שבות פשיטא דעכו"ם גם כן יש לו הנאה ובא בשכרו ואפילו הכי אסרה תורה דהרי מה שעושה אינו עושה רק בצווי ישראל ואם כן לא שייך לומר אדעתא דנפשיה קעביד דגם הנאתו אינו עושה רק עפ"י צווי ישראל

אבל כאן שהעכו"ם שותף ואם כן בחלקו עושה להנאת עצמו ומה בכך שגם הישראל נהנה מזה והוה כבא לכבות מעצמו דמותר אף שהישראל נהנה מזה ומהתימה שלא הרגיש הנוב"י בראיה זו שהוא האריך להוכיח כן שם והדבר מבואר ברש"י הנ"ל ועיין בסימן רע"ו לענין אם הדליקו הנר שאם העכו"ם לצרכו הדליק אף שהוא נהנה ממנו מותר אבל אם אמר לעבדו שידליק הנר ללכת עמו אף שגם העבד צריך לנר אסור שזה לצורך הישראל עשהו שאם לא כן לא היה הולך ול"צ להנאת הנר כמבואר ס"ו ולכך כל שהוא שותף שעושה בשביל חלקו לא אכפת לן מה שעושה בשביל ישראל גם כן.

ג והנה אופן השותפות נראה לי אף חלק מאה או אלף בהדבר יכול ורשאי דעכ"פ יש לו שותפות ועושה בשביל חלקו ושרי ולכך מותר להיות שותף כפי ערך שכר המלאכה המגיע לו בבנין הבית. והנה אף דמבואר בטוש"ע סי' רמ"ה שם דצריך להתנות שיהיה שכר שבת לעכו"ם וכנגדו יום אחד להישראל וכאן לא שייך זאת דהא אינו מסויים ומוגבל מלאכה זו שעושה ביום השבת ולמלך אין שוה כלום כל מלאכה כל שיפא ושיפא בפ"ע כ"א בכלות כל הבנין. והנה ל"מ אם העכו"ם האומן הגדול שאינו עושה בעצמו רק עפ"י פועליו העכו"ם בודאי מותר וכמ"ש הרמ"א סימן רמ"ה ס"ק א' וס"ק ח' אבל לפענ"ד אין צורך לכל זה דבשלמא שם דהריוח מגיע ממה שעושה בשדה או בתנור ואם כן כל שלא התנה כיון שהפרי הוא מה שעבד בשדה ואפה בתנור שפיר נהנה ממלאכת שבת אבל כאן זה גופא עיקר הנאה מה שנגמר הבנין והוא מרויח מה שעשה בזול ולוקח יותר בעד המלאכה אם כן מה שייך כאן מלאכת שבת הא כיון שהעכו"ם יש לו שותפות אם כן הוא עושה אדעתא דנפשיה שיהיה לו חלק בריוח ומה הנאה הגיע לו ממה שעשה בשבת הוא אינו נהנה רק במה שנגמר הבנין ואם כן הבנין בעצמו לא נתוסף במה שנעשה בשבת מבחול דבשלמא אם עבד בהשדה או בתנור א"כ אותה העבודה או האפייה נתרבתה באותו יום מה שאין כן בזה כנלפענ"ד. והנה היה מקום אתי ליישב בזה הרבה דברים אך אם אמרתי לבאר בזה השיטות היה צריך לבאר כל הסוגיות סוף פ"ק דע"ז ולהאריך בכל השיטות ואם אמרתי להתחיל אין מספיקין ואין מפסיקין ע"כ כיון דמגמר לא גמרינן אתחולי נמי לא מתחלינן והנראה לפענ"ד כתבתי ועיין שו"ת מהר"י באסאן סי' ג' בלחמי תודה ובפנים מאירות ח"א סי' מ"ח לענין היתוך זכוכית מ"ש בזה ודוק ועיין בש"ע ס"ה לענין אם נתן מעות לעכו"ם להסתחר דמועיל דעכו"ם אדעתא דנפשיה קא עביד אף שמגיע ריוח הרבה לישראל ומבואר כמ"ש למעלה וכאן כיון שנכתב הקאנטראקט בערכאות כפי נימוסי הקיר"ה היתר שלו שיעשה שותף ומותר וכמבואר סי' רמ"ו דמעלה בערכאות לפרסומי מלתא וגם יש היתר משום דסתם

גוי מפעי פעי וכדאמרו בחולין דף קל"ג גבי דגוי יתיב אמסחתא ודוק וכל דהדבר אמת ל"ש מ"ע כמ"ש ה"ה והובא בט"ז סי' רמ"ג דלא שייך מ"ע כל שאילו יחקר יתוודע לו האמת שנעשה שותף ודוק

ד והנה אירע שיהודים שכרו ברענהויז מאדון וצריכין לשרוף בשבת יי"ש או שאר מלאכות ונשאלתי בזה והוריתי גם בזה שהמייסטער מהברענהויז יהיה שותף כתוב וחתום בקאנטראקט מפורש שיש לו חלק ויכול להיות אחת מני אלף והבירה בידו אם לא ירצה לקחת הריווח יתנו לו כפי הסך הנקצב לו ואז הוא עושה אדעתא דנפשיה. והנה היהודים לקחו האדון בעצמו שהוא שכר להם הברענהויז שהוא יהיה שותף עמהם בהעסק אחד ממאה ואם לא ירצה לבא לחשבון שיטול חלק מסוים בעד חלקו. והנה ראיתי שהרב הגאון החסיד אבד"ק צאנז נ"י פקפק על היתר זה וכתב דל"ד למה דמבואר בסי' רמ"ה ע"א בהג"ה דעכו"ם אדעתא דנפשיה קעביד רק בתנור היכא שאינו מחויב לעשות בעצמו שמותר בשותפות עם נכרי שהגוי השותף מעמיד הפועל והפועל עושה בשביל חלק הגוי אבל הכא שהיהודים שכרו פועלים והפועלים כמעט אין מכירין רק להישראל מה בכך דיש להאדון שותפות מ"מ על שם הישראל עבדו והאריך בזה. ולא ידעתי מהו שח דהא כל שיש להנכרי חלק אם כן מצד הנכרי מותר להנכרים לעבוד ומה בכך שהנכרים חושבים שאין כאן שותפות נכרי רק עושין בשביל הישראל מכל מקום לא גרע מהערמה דשרי בדרבנן וכמ"ש התב"ש ראיה משבת דף קל"ט ובתשובה לענין מכירת חמץ ביארתי הדברים באורך והבאתי שו"ת תשב"ץ בזה והר"י באסאן בלחמי תודה שהאריכו בזה וכאן אינו רק מלאכה דרבנן דאמירה לעכו"ם אינו רק שבות. ומ"ש הרב מצאנז דשייך לומר דמחזי כשלוחו מה בכך דמחזי כשלוחו מ"מ אינו רק מדרבנן דאין שליחות לעכו"ם וגם אין שליח לדבר עבירה ועיין בפ"י בתשובותיו חיו"ד סי' ג' ובב"מ סי' ה' והדברים עתיקים ואם כן אינו רק מדרבנן ובדרבנן ודאי שרי הערמה וזה ברור ופשוט. ומ"ש הרב מצאנז דזה החילוק שבין שכירות לקיבולת אף דשכיר מ"מ עושה בשביל שכירתו דמ"מ מחזי כשליחו. לא הבינותי דשכירות ל"ש אדעתא דנפשיה דהא עושה בשביל שהישראל יתן לו שכר אם כן לולא הישראל לא היה עושה דמי ישלם לו משא"כ בקיבולת דבין כך ובין כך הי' מקבל השכר ואם כן אינו מיוחד השכר בשביל יום שבת דוקא מה שאין כן בשכירות על יום השבת דוקא וז"ב ופשוט ולפענ"ד היה נראה דאם מקבלין האדון המשכיר להיות שותף פשיטא דמותר דאם לא יהיה שותף אז לא יוכלו לעשות בשבת ופשיטא דלא יתנו לו כ"כ בעד הברענהויז א"כ פשיטא דמקרי

שותף גמור דהא ניחא ליה והפועלים ודאי עושים אדעתא דהאדון שאל"כ לא יתנו לו כ"כ בעד הברענהויז ואף דאינו רק הערמה הא בדרבנן שרי הערמה כנלפענ"ד.

ה והנה אח"כ בשנת תר"י ערב שבת הגדול נשאלתי בזה שנית אם מותר לעשות בשבת בגראלנע ע"י שלוקחין הבעל מלאכה בעצמו שיהיה לו חלק בהשותפות והפועלים תלויים בהבעל מלאכה וסרים למשמעתו. הנה בזה אין לי להוסיף על מה שכבר כתבתי למעלה והוא היתר גמור כי הוא שותף בין לריוח בין להפסד ואדעתא דנפשיה עושה והערמה בדרבנן בודאי שרי כמ"ש התב"ש לענין מכירת חמץ והדברים עתיקים וע"ד הבהמות שעושין המלאכה בעסק הנ"ל אף שמצווה על שביתת בהמתו נראה לפענ"ד כיון דהבע"מ שותף בבהמה והוא עושה אדעתא דנפשיה שוב הבהמה הכל משועבד להשותפות וכי אם ימות מן הבהמה ההפסד להשותפות וא"כ אין ביד הישראל למחות שלא יעשה מלאכה בשבת ול"ש משום שביתת בהמתו כיון שיש להנכרי חלק בו ועיין מג"א סי' רמ"ג ס"ק י"ג ואף דשם אוסר המג"א משום שכר שבת היינו משום דשם השכר הוא זה עצמו שהבהמה בשותפות הם משכירין אותה שתעשה מלאכה בשבת ונמצא לוקח ישראל שכר שבת אבל כאן הבהמה וכל הכלים הם בשותפות וא"כ אינו נוטל מהבהמה שכר שבת רק מהמלאכה עצמה ובזה כיון דעכו"ם אדעתא דנפשיה קעביד ושרי א"כ מה נ"מ בין בהמה לשאר דברים כיון דיש להעכו"ם שותפות לא שייך משום שביתת בהמתו וז"ב לפענ"ד. ומ"ש אם מותר להושיב נאמן בהגראלנע שישמור החמץ כיון שמוכרין הכל למדידה ואם מותר להושיב נאמן שקורין שאפיר שישים עיניו על הבהמות הנה לכאורה רציתי לומר דאסור דהוה כרוצה בקיומו של חמץ וזה אסור כמבואר בטוש"ע סי' ת"נ והנה באמת הפר"ח סי' ת"נ חולק על דעת הטור והתוס' בע"ז דף ל"ב ודעתו דלא שייך רוצה בקיומו רק בע"ז דמצווה לבטל ולשרפה מן העולם משא"כ בחמץ דאינו מצווה רק על חמצו ולא בחמץ של אחרים ושל גבוה הנה כבר כתבתי בחידושי לע"ז שלמדתי בעיון זה רבות בשנים ליישב דברי התוס' והטור והבאתי דבד"מ יו"ד סי' צ"ד אות ד' רוצה לאסור רוצה בקיומו גם בב"ח. וכעת נראה לפענ"ד ראיה ברורה מהא דאמרו בע"ז דף ס"ד לימא מסייע לי' אין עודרין עם העכו"ם בכלאים אבל עוקרין עמו סברוה הא מני ר"ע דאמר המקיים בכלאים לוקה ע"ש והרי זהו ודאי דאינו מוזהר על כלאי זרעים או כה"כ שזורע חבירו ומקיימו בכרמו של חבירו כל שאין לו רשות לילך שם ולעקרו ועיין בש"ע יו"ד סי' רצ"ו ס"ה ובט"ז ס"ק ג' מכ"ש במה שהגוי זורע בכרמו של הגוי ודאי אינו מצווה ישראל לעקור ואין עליו איסור במה שמקיימו ואינו עוקרו ואפ"ה אי לאו דלמעוטי בתפלה שרי הוה ס"ד דאסור להישראל בזה שמראה

שהיה רוצה בקיומו עד שיעקרו. הרי מבואר דלא כפר"ח וזו ראיה שאין עליה תשובה. אמנם בגוף הדין מצאתי לזקני בשער אפרים סי' וא"ו שנשאל כעין זה באחד שהי' שכיר לשנה על יין שרף שיעמוד בעת שמתעסקים לעשות בשכרו יי"ש אם מותר לעמוד על המשמר וגם בעת ששופכים העכו"ם הי"ש להכלים שלא יגנבו והשיב דמותר אף דרוצה בקיומו אסור בחמץ אמנם זקני שם לא ביאר הדין והטעם של ההיתר והרי"ז ילקט בנו אחריו שם בהג"ה וכתב דע"כ לא אסרו רק בשעושה מעשה כדי לקיים החמץ אבל במה שאינו עושה שום איסור רק שיושב ומשמר שלא יגנבו זה לא מקרי רוצה בקיומו. והנה אף שלא כתב שום ראיה לזה לפענ"ד הוא מפורש בתוס' ע"ז דף ס"ד ד"ה ר"ע ע"ש דמה שאינו עושה מעשה לא חשוב רוצה בקיומו. וראיתי במק"ח לש"ב סי' ת"נ שכתב בס"ק ז' דרוצה בקיומו אינו אסור בחמץ רק משום שנהנה בקיומו של חמץ ע"ש שהאריך דלהשאיל מותר ותמהני דהרי התוס' פירשו הך דע"ז בכלאי זרעים והרי זרעים מותר באכילה ובהנאה וע"כ משום דרוצה בקיומו הוא דאסור ועיין ברמב"ם פ"א מכלאים אסור לזרוע כלאים לעכו"ם ובהשגות הראב"ד שם ובכ"מ בשם הר"י קורקוס ומדברי התוס' בע"ז שם יש מקום לפלפל בזה ואכ"מ כעת עכ"פ לענין דינא ודאי מותר וע"ש בר"י קורקוס שכתב שאסור לזרוע כלאים אף בשדה של עכו"ם דהא בארץ קיימינן ואין קנין לעכו"ם ובתוס' מבואר כן בהדיא דמיירי בארץ ואין קנין לעכו"ם ודו"ק. והנה מ"ש בשם השער אפרים דיושב ומשמר מותר ומטעם שאינו עושה מעשה. הנה לכאורה מצאתי סתירה לזה מדברי הרמב"ן והרשב"א בטוש"ע יו"ד סי' קל"ג שכתב דאסור אפילו לשמור בחנם שמיצר ודואג אם יקרה לו איזה נזק שלא יחזיק לו הגוי טובה וצ"ל דשם מיירי בעושה מעשה בשמירתו ע"י שמניח הדבר במקום המשתמר או ששומרו שלא יתקלקל ומתקן החבית שלא ישפך לחוץ וכדומה ותדע שהוא כן דהא כל שאינו עושה מעשה רק שמשמר שלא יגנוב מה לו אם הפועל העכו"ם ישבור ויפסיד הא הוא לא עשה מעשה כלל כנלפענ"ד ובזה מיושב כל ראיות הפר"ח ודו"ק היטב ומצאתי בספר נדפס מחדש שמו מקמ"ח בסי' קל"ג שהקשה על דברת התוס' ד"ה רע"ק שכתבו להקשות על הערוך שפירש משום מקיים כלאים דהא אינו עושה מעשה והקשה דמה בכך שאינו עושה מעשה באמת לא ילקה אבל מ"מ איסור יש שמקיים כלאים ולא הבין כוונתם דקושית התוס' דכל שאינו עושה מעשה ל"ש רוצה בקיומו כמ"ש השער אפרים הנ"ל ודו"ק היטב וע"ש שהביא ראיה מהר"ן דכתב דבפירות שביעית קנסו דעבד איסורא הרי דרוצה בקיומו אסור גם בשאר איסורים ולפמ"ש היינו כשעושה מעשה בידים ודו"ק ואף אם נימא דגם סתם משמר אסור בייי"נ היינו דוקא בייי"נ דהוא מצווה לבטל ע"ז ושייך

רוצה בקיומו של איסור אבל בחמץ דגוף רוצה בקיומו של איסור הוא חידוש יש לומר דלא אסור רק בעושה מעשה ולא ביושב ומשמר והנה התוס' בע"ז כתבו דאין לפרש דמיירי בכלאי כרם דא"כ מה פריך כי מוקי לה כרבנן א"ה אף לקיים נמי והלא אסור בשביל שמשתכר באיסורי הנאה ועיין מהרש"א מה שהאריך בזה והמעיין ימצא שדבריו דחוקים בתוס'. ולפענ"ד נראה לפמ"ש בשם מקמ"ח דרוצה בקיומו ל"ש רק בע"ז אבל בשאר איסורים אינו רק בשביל שנהנה מא"ה ואני דחיתי הדברים דא"כ בכלאי זרעים דמותר בהנאה לא שייך משתכר בא"ה ומעתה יש לומר דזה שכתבו התוס' דא"ל דמיירי בכלאי הכרם דא"כ אם מקיים מותר אכתי יהיה אסור משום משתכר בא"ה וא"ל דלהכי שרי משום דאין תופסין דמיהן והיינו דאינו נהנה מע"ז וכשיטת הרמב"ן והר"ן דהוה גזל בידו דאין דמים לא"ה דא"כ איך התחיל לדמות כלאים לייי"נ דלמא רוצה בקיומו אין אסור כלל רק משום נהנה בקיומו ולכך בע"ז אסור ובכלאים מותר וע"כ דגם רוצה בקיומו אסור ומייתי מכלאי זרעים דאסור משום דרוצה בקיומו דמשום נהנה ל"ש דהא מותר בהנאה ודו"ק היטב כי הוא נכון מאד. והנה לכאורה הי' נראה לפענ"ד דרוצה בקיומו של איסור לא שייך רק עד"מ באיסור שאף שכבר נעשה האיסור מצווה שלא להתקיים עד"מ ע"ז אסור אף לאחר שנעשה ע"ז מצוה לבטלה ולאבדה וכן כלאי הכרם דאף לקיים אסור אף לאחר שכבר נעשה שייך רוצה בקיומו. ולפ"ז נראה לפענ"ד דחמץ שאסרה תורה בב"י ומצווה להשביתו מן העולם שייך רוצה בקיומו משא"כ בנקברים שאינו רק שלא יכשל באיסור אבל רוצה בקיומו לא שייך בזה אבל חמץ כיון דעכ"פ מצווה לבערו אף אם נימא דהוא מהנקברין מכל מקום אינו מצד שלא יכשל רק שמצותו לקברו בכה"ג אסור ורוצה בקיומו מקרי וז"ב לדעתי. מיהו עדיין צ"ע דבב"ח דהוה מהנקברין והיאך כתבו התוס' דשייך רוצה בקיומו ובאמת בב"ח לא הסכימו הפוסקים דשייך דוצה בקיומו ועיין ד"מ ביו"ד סי' צ"ד ועכ"פ בחמץ ודאי יש לומר כמ"ש ודו"ק. שוב מצאתי בחק יעקב סי' ת"נ ס"ק ט' שהשיג על שער אפרים מהך דיו"ד סי' קל"ג וכבר זכיתי בה מעצמי וישבתי הדברים ולפענ"ד מדברי התוס' בע"ז יש סמך גדול למ"ש השע"א וכמ"ש ודו"ק

[1] והנה בהא דאמר המקיים בכלאים לר"ע נחלקו הערוך עם רש"י דדעת הערוך דר"ע ס"ל לאו שאין בו מעשה לוקין ורש"י פירש דמקיים בכלאים היינו שעשה גדר והו"ל מעשה והתוס' בע"ז שם ובמכות דף ד' ד"ה הא החזיקו בפירוש רש"י. והנה לכאורה היה נראה ראיה דמקיים בכלאים היינו שעשה מעשה דאל"כ איך אמר ר"ל במכות דף כ"א ע"ב אי לאו דקלסך גברא רבא הו"א מתניתין מני ר"ע היא דאמר המקיים בכלאים לוקה ופירש"י

דלכך חייב החופה ולרבנן דהמקיים פטור גם החופה פטור וקשה לשיטת הערוך מה ענין חופה למקיים הא מקיים הוא לאו שאב"מ וחופה היא לאו שיש בו מעשה וגם למה נדחק לאוקמא מתניתין כר"ע הא אנן קיי"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין ולא לקי על מקיים וע"כ כפירש"י.

ז אמנם באמת אין מזה ראיה דר"ל לשיטתי' דס"ל במכות דף ט"ז ובכמה מקומות דלאו שאין בו מעשה לוקין וא"כ שפיר אמר לר' יוחנן דהוה מוקי כר"ע ובאמת ר"י לשיטתי' דס"ל לאו שאין בו מעשה אין לוקין ואינו לוקה על מקיים וא"א לאוקמא סתם משנה כר"ע ובפרט לר"י לשיטתי' דס"ל דהלכה כסתם משנה. אמנם בגוף שיטת הערוך לפענ"ד הדבר מפורש כפירוש הערוך דבתוספתא במכות פ"ד אמרו דהמשייר חמץ בפסח והמקיים בכלאים אינו לוקה דהו"ל לאו שאב"מ הרי מבואר דמטעם לאו שאין בו מעשה אתינן עלה ולפירש"י הי' לו להשמיענו דאם עשה גדר לכרמו יתחייב משום מקיים בכלאים והך תוספתא קיי"ל להלכה דהרי הרמב"ם פסק דהמשייר חמץ אינו לוקה וכתב הה"מ בפ"א הלכה ג' דמקורו מהך תוספתא וצע"ג על רש"י ותוס' וגם בירושלמי ברפ"ז דכלאים הובא בכ"מ פ"א מכלאים ה"ג מבואר דכ"ע ס"ל דלאו שאין בו מעשה לוקין ודברי הכ"מ שם צע"ג ועיין במלמ"ל שם. שוב ראיתי בשעה"מ שם שהרגיש במקצת קושיות והמעיין ימצא דלאחר כל אריכות דבריו שם קושיות חזקות הן והרבה יש לדבר בדבריו שם ואכ"מ ודו"ק ועיין טורי אבן במגילה דף י"ג ע"א גבי ועל הכלאים. ומה שהאריך בדברי ה"ה פי"ג משכירות לענין חסמה בקול עיין בנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' ע"ו. והנה כאשר הצעתי זאת לפני לומדים ערערו קצת ואמרו דל"ש לומר רוצה בקיומו רק לר"ע דס"ל דמקיים בכלאים לוקה וא"כ גם רוצה בקיומו הוה כמקיים משא"כ לרבנן באמת ל"ש רוצה בקיומו רק בע"ז וכמ"ש רש"י. אבל ז"א דניהו דלר"ע אסור לקיים כלאים היינו כשזרע כלאים בשדהו ואינו עוקרו אסור אבל כל שזרע עכו"ם בשדהו פשיטא דאין הישראל מצווה לעקרו ומה איכפת לן ברוצה בקיומו וע"כ דבכל איסורים רוצה בקיומו רק דלרבנן שמקיים כלאים ממש מותר מכ"ש כשרוצה בקיומו בודאי מותר אבל לר"ע י"ל דאף דמקיים כלאים ממש אסור רוצה בקיומו מותר וע"כ דלא כפר"ח ודו"ק. והנה בספר באר יעקב ביו"ד סי' רס"ז הקשה בהא דאמרו בע"ז דף ס"ד מדר"י נשמע לר"ע לאו אמר ר"י אסור ליתן להם מתנת חנם אבל למעוטי תפלה שפיר דמי לר"ע נמי אע"ג דאסור לקיים אבל למעט תפלה שפיר דמי והקשה לשיטת הי"מ שהביאו הרשב"א והר"ן בגיטין דף ל"ח בהא דשחרר ר"א כדי להשלימו לעשרה ול"ש העשה דלעולם בהם תעבודו כיון דעיקר היא משום לא תחנם וזה כשעושה בשביל

חנינה דידהו אבל שם עשה בשביל המצוה ע"ש וא"כ מה ראי' מר"י דבשביל איסור מתנת חנם כל שעושה למעוטי תפלה ואינו בשביל חנינה דידהו שפיר דמי אבל כאן לר"ע דאסור לקיים כלאים יש לומר אף שממעט התיפלה שפיר דמי וכ"כ בזה בספרי יד שאול סי' רפ"ו. וכעת נראה לי דבר חדש דלכאורה צ"ב דעת י"מ הנ"ל דסוף סוף נותן להם חנינה וצ"ל דהוא אינו מתכוין בשבילם ודבר שא"מ שרי ולפ"ז לר"י דס"ל בכל התורה דבר שאינו מתכוין אסור א"כ מה בכך שאינו מתכוין בשבילם מ"מ מגיע להם חנינה ואסור וע"כ דלמעוטי תיפלה שפיר דמי וגם לר"ע אע"ג דמקיים בכלאים אסור מכל מקום למיעוטי תיפלה שפיר דמי ועיין פסחים דף כ"ה דאפשר ולא קמכוין לר"י אסור ובזה מדוקדק הא דנקט הש"ס ר"י דוקא ועיין ע"ז דף כ"ד גם סתם גמרא ס"ל דאסור מתנת חנם ולפמ"ש ר"י דוקא. ובזה מיושב קושית התוס' דלמה לי קרא לר"י מלא תחנם ת"ל מהך דדברים ככתבם ולפמ"ש י"ל דנ"מ דעיקר האיסור בשביל לא תחנם ולכך כל שאינו עושה בשבילם היה מותר באם אי אפשר בענין אחר ודו"ק. ומיהו יש לדחות דאף למ"ד דבר שאינו מתכוין אסור כאן מודה דכל שאינו מחונן לא אסרה תורה אף שאינו מתכוין דוקא למען המצוה מכל מקום עכ"פ אינו עושה בשביל חנינה דידהו. אמנם נראה דלר"י דס"ל דברים ככתבן וגם אית ליה הך דלא תחנם כמ"ש התוס' בע"ז דף כ' הוא בודאי ס"ל דאף שאינו עושה בשביל חנינה דידהו ג"כ אסור ותדע שכן דהרי אף להקדים הגר מצוה ממכירה דנכרי אף שבמכירה ודאי אינו מתכוין לשם חנינה דידהו וא"כ לר"י בודאי אסור אף שאינו עושה בשביל חנינה דידהו וז"ב מאד ודו"ק. והנה בשנת תרט"ז ה' ניסן נשאלתי מהרבני מוה' בצלאל ווישבאח ני' מקאזווע אודות שיש להישראל כעת איזה שדות וצריך לעבוד בשבת ויו"ט וגם בהמות וכלים.

ח ואמרתי ג"כ שיקח פועל אחד גוי שעובד לו והשכירות שנותן לו לשנה יחשוב עד"מ שמגיע לו מאה ריניש וכדומה לשנה ויכתוב בקאנטראקט שיש לאותו פועל לפי ערך העסק אחד מאלף בעסק הלז ויוכל לתת הברירה להפועל אם שירצה לקחת בכל שבוע כפי ערך חלקו המגיע לו יוכל לקחת בכל שבוע חלקו אם שיניח בסוף השנה ואם ירוויח טפי יהי' שלו יותר כפי מה שהגיע לו השכירות של השנה ובידו הברירה לברור איזה שירצה יקח וזה השטר הקאנטראקט יפרסם ויתלה בהבית שעובדין בו למען יתגלה ויתראה אמנם הקאנטראקט יהיה בלשון לועז ובאופן היותר מועיל בדיניהם ואז מותר מהטעמים שכתבתי למעלה:

סימן צג

א שלום וכ"ט לכבוד הרב המאה"ג וכו' כ"ש מוה' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ נ"י האבד"ק ראדמישלע.

ב הגיעני מכתבו בדבר שאלתו במשכיר שפטר להשוכר בתוך ימי השכירות ופטרו ומחלו זה לזה ואח"כ כשראה המשכיר שלא נזדמן לו שוכר אחר חזר המשכיר ממחילתו ומעל' פלפל בחכמה בהך דשו"ת הריב"ש הובא בהג"ה חו"מ סימן קפ"ט וסי' שט"ו ויעוי' קצה"ח סי' שט"ו ס"ג והביא דברי המשנה למלך פ"ה משכירות דין ה' בענין מחלוקות מהרלנ"ח ודרכי נועם ויעוי' בבאה"ט חו"מ סי' שי"ב ובס' שערי משפט הניח בצ"ע הך דשו"ת הריב"ש הנ"ל ע"כ נראה דיכול השוכר לטעון קים לי כהסוברים דמהני המחילה ולא יתן מעות להמשכיר בעד מותר השנים דלענין זה נקרא השוכר מוחזק יעוי' ש"ך חו"מ סי' שי"ז ס"ק ה' ופלפל כ"ת בזה הנה היטב אשר דיבר וגם לדעתי הדין עם השוכר. וע"ד שאלתו ביבמה שאינה רוצית בחליצת היבם עד שיתן לה היבם רצי כסף כי היבם הוא צריך לישא אשה וא"א לו לישא עד שיחלוץ מקודם את יבמתו והביא כ"ת דברי הש"ע והאחרונים מ"ש בזה והביא דברי השו"ת ח"צ ושו"ת חתם סופר והנה העלה כ"ת שלאחר ההתראות שיתרה בהיבמה שתקיים ואם לא תתרצה אזי ישליש היבם כתב איסור הנאה באם שלא יחלוץ אח"כ כשתתרצה היבמה גם בטחון לקיום והאריך קצת בזה והנה יפה כתב בכל מה שכתב ואין הזמן מספיק עמדי להאריך. וע"ד אשר נתעצמו בדין ראובן תובע לשמעון ולוי שישלמו לו ההפסד שעשו לו בעסק חוב שהי' לו לראובן אצל ערל א' ולא פרע הערל בזמנו והעריך ראובן את המשפט בערכאותיהם וטרם שנגמר אצלם המשפט שהערל ישלם במיטב השתדלו שמעון ולוי והערל נתן להם שטר מכירה על נכסיו וא"א לו לראובן כעת להשתלם ושמעון ולוי השיבו שהמה קנו באמת ולהרוויח ממון כוונתם ולא לעשות מברחת כלל להפסיד את ראובן וראובן השיב הלא רגלים לדבר וידים מוכיחות שאין זה כ"א להבריח כי מי שמע כזאת מקח זול כזה הנה לדעתי אחרי שקנו הם ונכתב על שמם מה לו ולהם ואין בטענת ראובן ממש ואין להאריך בדברים פשוטים:

סימן צד

א שלום וכ"ט לכבוד הרב החריף המופלג בתורה בנש"ק כ"ש מ' יעקב יצחק הלוי איש הורוויץ האבד"ק ראדמישלע.

ב מכתבו הגיעני היום. והנה בדבר חזקת חליבת הפרות ידע כ"ת שחזקה על הטאפ הוא חזקה כמו שמחזיק על הפרה וגם חזקת השענק הוא כחזקת אורנדע ומ"ש כ"ת בשם

איזה דיינים שרצו לחלק בזה לענין חזקות אנא לא חילק ולא בילק ידענא ובכל ענין שהחזיק הוי חזקה אף על הטאפ גם בחזקת משקאות הוא כך והדברים פשוטים ואין להאריך בזה. ובדבר השו"ב שקיבל מעלתו הנה כבר כתבתי רבות בזה ולהקהל דשם וגם להצד החולקים כתבתי שהשו"ב שקיבל מעל' הוא כשר וישר ואין כח ביד שום אדם לערער עליו והדין אמת וצדק וכתבתי להקהל דשם שאשרי להם אם יחזיקו ביד כ"ת וימלאו ידם להחזיק נפש כ"ת ואת נפש ביתו יחיו למען יוכל להורות ולדון כראוי ומצוה רבה להחזיק ביד לומדי תורה ובפרט בזה"ז כידוע השי"ת ירחם. וע"ד שאלתו בענין הטחול של בהמה שניקב בסומכי' נקב מפולש במקום הדק שבעב וניכר שהוא מברייתו והטו"ז סי' מ"ג היקל בעגלים והחזיקו בידו האחרונים אך בגסות מחמירין בס' כו"פ ובס' שערי דיעה אכן הביא כ"ת בשם שו"ת אבן השהם שמיקל בהפ"מ וכבר ראה מ"ש בספרי שואל ומשיב קמא ח"א סי' רט"ו הנה מה אשיב הלא כבר ראה כל הדברים ובהפסד מרובה יש להקל. וע"ד שאלתו בנשים שבודקת עצמן אצל מילדות ואצל רופאים לדעת סיבת עצירת הדמים וכדומה והביא בשם שו"ת נו"ב מה"ת סימן ק"כ דהחמיר להצריך ז' נקיים דחיישינן לפתיחת הקבר והרבה גדולים מקילים בזה כמ"ש בס' חכמת אדם בבינת אדם סימן כ"ג ובשו"ת חתם סופר ובס' עטרת חכמים יעו"ש הנה הוטב בעיני דבר פלפולו וכבר ראה דברי הגדולים בזה ומה אשיב עוד.

ג ועל מ"ש לתמוה על חשבון בה"ג במנין המצות הנה יפה תמה וכולם לא כתבו דבר ברור בזה וע"ד שאלתו בראובן שהשיג גבול שמעון בחזקת אורנדע שלו שהוסיף בשכירות להאדון אם ההפסד הוא על ראובן שההוספה חל עליו כדין והביא דברת האחרונים שו"ת חתם סופר ושו"ת נאות דשא הנה כבר ראה ג"כ הכל ואין הזמן מספיק להאריך:

סימן צה

א לחכם אחד

ב מה ששאלת בהא דכתב רש"י בכתובות דף מ"א גבי המית עבדו של פלוני אין משלם עפ"י עצמו ופירש"י קסבר כופרא ממונא וע"ז הקשית דלמה פירש כן ולמה נ"מ דאף אם נימא דכופרא כפרה למה לא יתחייב. הנה לפענ"ד הדבר ברור דאם כופרא כפרה אינו משלם עפ"י עצמו דהו"ל כקנס כיון דאינו מצד שהזיק ממון רק דהתורה קנסו שיהיה לו כפרה.

ג ויש להמתיק דהו"ל יותר מה שהזיק דכיון דאינו נקרא ממון ואינו משלם מה שהזיק ממון רק לכפרה זה אינו נקרא משלם כפי שהזיק. ואם חומה היא נבנה עליה טירת

כסף ליישב דברי רבינו בפ"ה מחובל ומזיק ה"ז שכתב דפטור מנזק וצער במודה מפי עצמו וחייב בשבת וריפוי ובושת והראב"ד תמה והה"מ מילא את ידו דמה ראה על ככה והא גם נזק וצער הם ממון כדאמרו בב"ק דף ד' דאמרו שם דלכך לא תני ר"א הני משום דבממונא קא איירי בקנסא לא קמיירי הרי דחמשה דברים מקרי ממון. וביותר יגדל התימה דהרי פגם באנוסה ומפותה דהוא במקום נזק חייב מפי עצמו כדאמרו בשבועות דף ל"ג ובכתובות דף מ"א וכ"כ הרמב"ם בעצמו פ"ב מנערה ע"ש שהניח בצ"ע ובאמת שדבריו מרפסין אגרי. ולפמ"ש הנה מקום אתי ליישב דברי רבינו דהרי בפ"א מחובל ה"ג למד נזק מקרא דולא תקחו כופר לנפש רוצח דרוצח בלבד הוא שאין לו כופר אבל יש לו כופר לראשי אברים ולחבלות וכן הוא בב"ק פ"ג ע"ב ואם כן כיון דרבינו פסק בפ"י מנזקי ממון הלכה ד' דכופרא כפרה שוב מקרי קנס ואינו משלם עפ"י עצמו וכמ"ש. ובזה מיושב גם מ"ש בצער דאינו משלם עפ"י עצמו דהרי בפ"א מחובל הלכה ז' למדו מדכתיב תחת אשר עינה וה"ה לכל המצער את חבירו בגופו שמשלם צער וכיון שצער כל עיקרו לא למדנו רק מתחת אשר עינה ושם הוה דבר הקצוב חמשים שקלים ועיין כ"מ שתמה באמת על רבינו דלמה למדה מאונס שהוא דבר הקצוב עכ"פ כיון שרבינו למדה משם ואם כן כיון דהוה דבר הקצוב ואינו משלם עפ"י עצמו שוב שפיר פסק דצער אינו משלם עפ"י עצמו וזה ברור. ומעתה מיושב היטב קושית הה"מ דמב"ק דף ד' אין ראיה דיש לומר דר"א ס"ל דכופרא ממונא ואנן קיי"ל דהוה כפרה ומדף פ"ד כבר כתב הה"מ בעצמו דשם על בושת ופגם קאי דהוה ממון ע"ש ובלח"מ וגם מפגם דאנוסה ומפותה לא קשה דשם לא הוה קנס רק ממון גרידא ולא מקרי כופר שוב חייב מפי עצמו ואף דשם חייב בצער באמת כבר נתקשה בזה הכ"מ פ"ב מנערה הי"ב ע"ש מ"ש בשם הנגיד רבינו יהושע נכד הרמב"ם אבל לק"מ דבאונס גופא לא למדו הצער מתחת אשר עינה כ"א מונתן האיש השוכב עמה דהנאת שכיבה לבד חמשים כסף ואם כן הצער הוה דבר שאינו קצוב ושפיר חייב מפי עצמו ועיין כתובות דף מ' ע"ב דנחלקו בזה אביי ורבא ועיין בפ"ב מנערה הלכה א' ובכ"מ שם אבל בצער דחובל דלא למד רבינו רק מתחת אשר ענה והו"ל דבר הקצוב ואינו חייב מפי עצמו וז"ב בישוב דברי רבינו התמוהים מכל צד. ומה שהוצרך רבינו לחדש דבושת אינו מגיע לו רק בפני ב"ד אף דבושת הוה ממון היינו משום דבושת הכל לפי המבייש והמתבייש ואם כן מה שמשלם לפי המבייש שהוא אדם קל או להיפך זה אינו כפי שהזיק ולא חייב מפי עצמו לכך הוצרך רבינו לחדש דאינו מגיע רק בעת בואו לב"ד ואם כן לא מקרי מפי עצמו כנלפענ"ד ליישב

דברי הרמב"ם ורבו ר"י הלוי מהשגת הה"מ וכבר קדמו הרמב"ן בחידושיו לשבועות שם להשיג על ר"י הלוי ואמר שטעה בזה. ולפמ"ש לא טעה בזה.

ד אמנם לא אכחד קושט דברי אמת כי האומנם ישבתי הדבר בהשכל ת"ל אהבת האמת דוחקני לומר שאף שכופרא כפרה בכ"ז לא מקרי קנס וראיה ברורה שאין עליה תשובה מהא דאמרו בב"ק דף מ"א ע"ב עפ"י בעלים מודה בקנס הוא ומשני דסבר כופרא כפרה ופירש"י דהו"א דלחייב כי היכי דתיהוי לי' כפרה הרי דכל דהוה כפרה חייב ולא מקרי מודה בקנס (ועיין בשיטה שם) וכ"כ הרמב"ם בפ"ה מסנהדרין הי"ד דכופר משלם עפ"י עצמו ובכ"מ כתב דמקורו מהמשנה בכתובות דף מ"א לכאורה אין ראיה דדלמא שם אזלינן אליבא דמ"ד כופרא ממונא וכמו שפירש"י משא"כ לדידן דקי"ל כופרא כפרה ולפמ"ש יצא לו לרבינו מב"ק דף מ"א הנ"ל דכופר כפרה לא מקרי קנס ומשלם עפ"י עצמו וז"ב מאד ולפ"ז שוב נשאר דברי רבינו תמוהים וגם דברי רש"י תמוהים דלמה כתב כמ"ד כופרא ממונא. ובינותי בספרים ומצאתי בהפלאה שפירש בדברי רש"י דלכך פירש למ"ד כופרא ממונא דק"ל קושית התוס' דאם נימא דמי פדיון של מזיק א"כ נימא כפי שהזיק וע"ז כתב רש"י דמי פדיון נפשו של ניזק דהרי ס"ל כופרא ממונא וכדמוקי לה לפלוגתא דתנאי בב"ק דף מ' ע"ש וכן מצאתי שקדמו בזה בשיטה מקובצת בכתובות הרב מוהר"ב שם והאיר ד' עיני וראיתי בירושלמי בכתובות פ"ג שם הלכה י' דאמר ואין כמאן דאמר ונתן פדיון נפשו של מזיק כלו קנס הוא ופירש בפ"מ שם דכיון דדמי מזיק כלו קנס דהרי למ"ד דמי נפשו של מזיק הכופר כפרה וע"ש שתמה באמת על הרמב"ם דפסק דכופרא כפרה ופסק דכופר משלם עפ"י עצמו ובאמת כבר כתבתי דיצא לו מב"ק דף מ"א ובאמת גם בירושלמי אין הכרח דס"ל דכופר קנס רק דכיון דמשלם דמי מזיק הרי אינו משלם כפי שהזיק דלפעמים הוה יותר מדמי הנזק ושם דאמר דכל שלשים הוה קנס א"כ גם פדיון נפשו של מזיק הוה כלו קנס אף מה שמשלם כפי ערך ששוה הנזק וע"ש בירושלמי וצ"ע על התוס' שכתבו דאף דמי מזיק לא חשוב יותר מה שהזיק דפדיון נפשו הוא נותן והרי הירושלמי אמר להיפך דכלו קנס הוא וצע"ג ודוק היטב בכל מ"ש.

ה ובגוף דברי הרמב"ם בהלכות חובל הנ"ל התמוהים נראה לפענ"ד דבאמת גם הוא ס"ל דממון הם הנזק והצער כמו שמוכיחים המקומות הנ"ל ורק דלכאורה ק"ל לפי שיטת הרמב"ם דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ל"מ ואף קנין ל"מ א"כ מה יועיל מה שמודה שהוא חבל בו הא כל הדברים שצריכים שומא אינו מועיל הודאת בע"ד דכל טעם דהודאת בע"ד מועיל הוא מתורת חיוב על עצמו וכאן הרי הוה דבר שאינו קצוב. אך נראה דלפמ"ש הגד"ת ליישב הא דהקשה הבעה"ת מאומר מה שתעלה מצודתי היום

דל"מ אבל מה שעלתה מצודתי היום דמועיל והא הו"ל דבר שאינו קצוב דל"מ וכתב דכיון שכבר העלתה המצודה אלא שלא נודע כמה העלתה א"כ כבר נקצב הדבר אלא שמחוסר ידיעה ע"ש וא"כ ה"ה כאן השבת והריפוי של כל יום כבר נקצב כמה הוא צריך באותו יום רק שמחוסר ידיעה כמה הוא היום ובזה שפיר הו"ל דבר הקצוב ואף דמשלם השבת והריפוי מיד זהו לתקנת המזיק אבל אם רצה לתת רפואתו ושבתו של כל יום ויום רשאי וכמבואר בפ"ב מחובל הלכה י"ד ט"ו ט"ז וכיון שכן שוב הדבר נקצב (וגם רפואה יש דבר קצבה כמבואר בכתובות דף נ"ג ובטוש"ע אבן העזר סימן ע"ח) ומעתה זה לענין שבת וריפוי אבל הנזק והצער דל"מ היזק דאינו על מה שכבר ניזק בזה משלם לו השבת והריפוי ועיקר הנזק מה שיבא לו עי"ז שחסר לו היד וכמה ישוה אילו היה נמכר בעבד עם היד כמה יתנו בעדו וכמה יתנו בעדו כשלא יהיה לו יד וא"כ על המלאכות שצריך לעשות כל הימים אשר חיו יחיה זה דבר שאין לו שיעור וקצב וגם הצער מה שאומדין כמה אדם רוצה אם גזר המלך לקטע ידו כמה הי' רוצה אם היו קוטעין בסייף או ע"י סם ואם כן פשיטא דהו"ל דבר שאינו קצוב דברצון המצטער תלוי ואחר שכבר מוכרח לקטע ידו א"כ פשיטא ופשיטא דהו"ל דבר שאינו קצוב ול"מ הודאתו וז"ב. וז"ש הרמב"ם ולמה משלם אדם דברים הללו עפ"י עצמו שהשבת והריפוי ממון הוא שאם לא יתן הרי חסרו ממון שהוא מתרפא בו והיינו שכבר נודע הקצב ולכך גם הבושת אף ששמין אותו כמה שוה והכל לפי המבייש והמתבייש והו"ל דבר שאינו קצוב ולזה קאמר דהבושת אינו רק בשעה שהודה ואז כבר נקצב הדבר רק שמחוסר ידיעה דבשלמא אם הבושת נתחייב על השעה שחבלו ואז לא הי' נקצב דמי יודע כמה נתבייש אבל הבושת הוא בעת שהוא לפני הב"ד וכעת נתבייש לפני רואים וכבר נקצב הדבר וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה הה"מ ממה שמשלם בושת ופגם עפ"י עצמו באנוסה ומפותה דפגם היינו נזק ולפמ"ש אתי שפיר דשם הנזק הוא כמה שוה לפי יופיו וכמה אדם רוצה ליתן שפחה לעבדו הרוצה בטובתו כמה היתה שוה בעולה וכמה היא שוה בתולה וזה כבר נקצב וכן הצער היא לפי קטנותה ובנין גופה כמה אביה רוצה לתת שלא יצטער זו מזה וכמ"ש הרמב"ם בפ"ב מנערה ה"ו וזהו כבר נקצב רק שמחוסר ידיעה וז"ב ונכון ודו"ק היטב כי היא דבר עמוק ת"ל. עוד נראה לי ליישב דברי רבינו דהנה במה שהקשיתי דהיאך יתחייב בהודאת פיו הא הו"ל דבר שאינו קצוב לכאורה היה נראה לי דבר חדש דכל הטעם דדבר שאינו קצוב ל"מ לשיטת הרמב"ם הוא משום דלא גמר ומקנה והוה כאסמכתא דל"ק והנה כאן דהוה לשעבר דלא שייך אסמכתא דבשלמא במי שמתחייב עצמו בדבר שא"ק שפיר שייך ענין אסמכתא דלא גמר להקנות כיון דאינו קצוב אבל

כאן דהוא הודה שחבל בו וכל שחבל בו הרי כבר נתחייב לו מחמת החבלה שחבל בו כבר וזה לא שייך אסמכתא דל"ש דלא גמר להקנותו דהרי כבר נתחייב כל שכבר חל בו. וראיתי בשעה"מ פי"א ממכירה ה"ז שדעתו דבמתנה על תנאי דלשעבר ל"ש אסמכתא כמו אם אמר אם הלך פלוני למקום הלז אתן לך כך וכך וכתב הטעם דכיון דבמעכשיו לא שייך אסמכתא לשיטת הרמב"ם א"כ בתנאי דלשעבר ג"כ כל שהתנה בתנאי דלשעבר לא שייך אסמכתא ע"ש שהשיג על הלחם רב בזה ואני כתבתי בגליון השעה"מ שם דדבריו אינם מוכרחים דכל הטעם דבמעכשיו לא שייך אסמכתא כ' הרמב"ם דאלו לא גמר להקנותו לא היה אומר לו מעכשיו וכאן הא באמת לא אמר מעכשיו רק דתנאי דלשעבר הוה כמעכשיו ואם כן אני אומר דכל שחשב שלא הלל"פ לא גמר להקנותו והוה אסמכתא ע"ש. ומעתה זהו שם אבל כאן דאמר שחבל בו וכל שחבל בו הרי נתחייב מעכשיו בכל החמשה דברים ולא שייך אסמכתא וכאן לא שייך מ"ש לעיל דחשב שלא יהיה כך דזה אינו דכל שחבל בו הרי נתחייב אך זה אינו דכיון דצריך אומד כמה עשה לו נזק ושמין הנזק מה שעשה לו לפי ימי חייו וכפי כחו שיכול להיות שוה בלא היד א"כ זה ענין להבא ושפיר הוה דבר שאינו קצוב אבל לענין שבת וריפוי דזה ענין שכבר חסרו ונותן לו שבתו ורפואתו של כל יום ל"ש אסמכתא שהרי כבר חסרו ממון כל אותן הימים כפי השומא כמה צריך שבת וריפוי וכן בושת שביישו כעת זה יש לו קצבה אבל נזק וצער שאין הנזק בא כעת לבד רק מה שינזק אח"כ בחסרון היד וכן הצער הוה דבר שאין לו קצבה שצריך לקצוב כמה אדם רוצה שיהיה לו צער כזה ע"י סם או על ידי קטיעה פשיטא דהוה דבר שאין לו קצבה וז"ב וגם הראב"ד בעצמו כתב דהיה מקום לחלק דכיון דצריך אומד לא שייך לחייבו אלא שדחה דהא גם שבת וריפוי ובשת הוה דבר דצריך אומד ולפמ"ש אתי שפיר ודוק ועיין קצה"ח סי' מ' מ"ש לענין אודייתא וגם בזה יש מקום ליישב ואכ"מ להאריך ודוק. והנה במ"ש הרמב"ם טעם על בשת דהוה כמביישו עכשיו ומשמע דס"ל דבשת מקרי קנס וכפי הנראה שיצא לו מהא דאמר ר"נ לר"ח בב"ק דף כ"ז ע"ב קנסא קא מגבית בבבל ושם קאי על בשת וכן נראה בריש החובל דפריך גם כן על בשת מהא דשלח לי' קנסא קא מגבית בבבל אלמא דבשת מקרי קנס וכן נראה מפירש"י בב"ק דף כ"ז שם שכתב בהדיא בושת קנס הוא (ועיין בלח"מ פ"ד פ"ז מחובל הלכה ו') אבל באמת מב"ק דף ה' משמע דכל החמשה דברים ממון גמור הוא וראיתי בסמ"ע בסי' א' ס"ק ו' שכתב דכל שאין גובין בזמנינו דלית ביה ח"כ ול"ש קראוהו חז"ל קנס לענין שאין מגבין בבבל ע"ש וכ"כ הישש"ש פרק החובל סי' ו' הובא בש"ך שם וכן מצאתי בנימוק"י ר"פ המניח שכתב ג"כ כן וכתב הרמב"ן בשבועות גבי

נחבל בהשיגו על הר"י הלוי יעו"ש. אחר כמה שנים מצאתי בב"י סי' ת"כ בחו"מ הביא דברי המשרים שכתב בזה"ל ע"ש טעם למה חייב שבת ובשת וריפוי ע"י עצמו ועמדתי משתומם דמשמע שזה דבר חדש והיא משנה מפורשת ועיינתי ברבינו ירוחם שהעתיק דברי רבינו הנ"ל ולשונו בהלכות חובל וצע"ג על הב"י להמעיין שם ברבינו ירוחם. והנה מדי דברי מדברי הירושלמי הנ"ל פ"ג דכתובות אזכיר מה דהקשה כבוד אבי מורי הרב הגאון ני' בהא דשיטת הראב"ד פ"י מנ"מ הי"ד דמפי עצמו משלם בעבד דמים דהיינו שוי' של עבד א"כ יקשה ממשנה שבועות המית שורך את עבדי משביעך אני ואמר אמן פטור וקשה יתחייב קרבן משום דמי שוי' שכפר כמו באנסת את בתי דחייב משום בושת ופגם וכתב שמצא אח"כ בירושלמי שבועות על המשנה הלז דהוכיח מזה דאינו חייב אף דמי שוי והתימה על הראב"ד היאך לא הזכיר הירושלמי הנ"ל. והנה דברי הירושלמי בשבועות הן הן דברי הירושלמי בכתובות הנ"ל דר"י שאל מהו שישלם דמי העבד מפי עצמו מה צריכא ליה כל שלשים קנס או יותר מדמיו קנס וכו' תמן תנינן המית שורך את עבדי וכו' ובאמת שלא ידעתי מהו כל החרדה דהא הירושלמי מוקי להמשנה במוכה שחין דכל השלשים קנס ע"ש וא"כ עכ"פ לא קשה על הראב"ד אך בגוף הדבר לפענ"ד נראה דלא מסתבר דהראב"ד יסבור דרק יותר מדמיו קנס ופשטת הדברים משמע דכלו קנס כמו שהוא מוסכם בפי כל אבל מה דכתב הראב"ד דמשלם עפ"י עצמו נראה לפענ"ד כיון דשלא בכוונה ס"ל להראב"ד דמשלם גם כן דמים א"כ אף דמודה מפי עצמו ובכוונה לא אמרינן דהוה מודה בקנס דפלגינן דיבורי' ומהמנינן ליה במה דאמר דהרג השור אך לא נאמין לו שהרג בכוונה רק שהרג שלא בכוונה ומשלם דמים ובאמת גם מצד הסברא יש לומר כן דאטו מודה בקנס דפטור הוא משום דלא מהמנינן ליה והרי אף בבאו עדים אח"כ ג"כ נאמן וע"כ משום דגזירת הכתוב היא דאשר ירשיעון אלקים א"כ זה כשאנו רוצים לחייבו אותו קנס אבל כשאנו מחייבין אותו ממון מהמנינן ליה שהרג אבל לא בכוונה ואם כן משלם על פי עצמו וזה ברור

ומעתה נראה לפענ"ד דל"ק קושית הירושלמי דע"כ לא שייך לחייבו ק"ש על שכפר רק באם הודה הי' מתחייב עפ"י הודאתו א"כ חייב על הכפירה ממון אבל כאן שאם הודה שהרגו בכוונה באמת מהראוי שכל השלשים הם קנס ורק דאם הודה אנן אמרינן פלגינן דיבורא ולא מהמנינן לי' על מה שאמר שהרגו בכוונה בכה"ג לא שייך לחייבו ק"ש על שכפר דגם הודאתו בעצמותו לא חייבו ממון רק אנן מחייבינן לי' בצירוף הודאתו ובכה"ג לא חייב ק"ש וכעין מ"ש הרמב"ם דלכך משביע עדי קנס פטור דלא חייבו מעצמן רק בצירוף כפירת בע"ד ע"ש ודו"ק. והנה לכאורה קשה לי איך יתחייב שבועה אם

לא המית את עבדו הא אם המית בכוונה שאף אם הודה הי' פטור משום מודה בקנס וע"כ עיקר החיוב באם לא הי' בכוונה ואיך שייך לחייבו שבועה ע"ז שאין משביעין על טענת ספק שמא לא הי' בכוונה וצ"ל כיון דזה כופר שלא המיתו כלל א"כ עכ"פ הודה שלא היה בכוונה וא"כ ממילא חייב שבועה דאם לא היה בכוונה נתחייב דמים ולפ"ז עכ"פ לא שייך לחייבו על כפירת ממון מה שלא נתחייב רק מצד שע"י שבועתו נתחייב ואם לא טען כן לא הי' מקום כלל לשבועה דאולי הרג בכוונה ופטור דהו"ל מודה בקנס וז"ב. ויתכן יותר דבאמת הראב"ד הקשה הובא בשיטה מקובצת ב"ק דף מ"ג דס"ל לרבה דמשלם דמים שלא במקום כופר והא אין דמים למתים וכדאמרו בערכין דאמר דמי עלי לא יתנו לאחר מיתה שאין דמים למתים וכתב שכופרו דמים דנתחייב משעת מיתה שפיר חייב אף שמת אח"כ ועיין ברש"י בערכין שם. ומעתה זה דוקא כשנתחייב מצד עצמו אבל כאן שלא נתחייב רק בשביל שאמר שלא המית כלל א"כ זה לא נתחייב בשעת מיתה ודלמא הרג בכוונה ופטור וא"כ לא בא החיוב רק בשעה שנשבע ואז כבר מת ואין דמים למתים וז"ב. ומן האמור אני תמה במה שראיתי להקצה"ח סי' ת"ה שכתב דכשם דאין כופר אלא לאחר מיתה ה"ה דמים והדבר תמוה דא"כ שוב אין דמים למתים וכמ"ש הראב"ד דהחיוב בא מחיים בעת שהזיקו ובאמת שאני כופר דאף דלא נתחייב רק לאחר מיתה מ"מ כיון דהוא כופר אינו נישום כעבד אלא כערך האמור בתורה וגם לאחר מיתה נתחייב בעבד וכ"כ בשיטה מקובצת בהדיא בדף מ"ג ע"ב גבי כופר שאינו משתלם רק לאחר מיתה עכ"פ בדמים א"א לומר כן ומ"ש הקצה"ח שכ"כ ביש"ש בפדו"ה שם חפשתי ולא מצאתי ואדרבא התוס' הקשו מה בין כופר לדמים וכתבו לענין יורשים וכן הביא היש"ש שם ומשמע שלא כדברי הקצה"ח ודו"ק:

ז והנה ראיתי בתויו"ט שכתב בפ"ה מערכין בהא דאין דמים למתים דהטעם הוא משום דמת אסור בהנאה. ובזה רציתי ליישב לכאורה קושית הראב"ד דכאן חייב על שהרגו והו"ל כעכו"ם המנסך יינו של ישראל דמותר הישראל ליקח דמי יינו דהוא דמי היזיקא קא שקיל כדאמרו בע"ז דף נ"ז ובטוש"ע יו"ד סי' קל"ב וה"ה כאן הם נוטלים דמי היזיקו אך אחר העיון אי אפשר לומר כן דשאני התם דיינו קא פסיד ליה אבל כאן היורשים לא הפסידו משלהם רק שלהמת הזיק והפסיד חיותו וא"כ כשהיורשים יטלו דמי מת הרי נוטלין דמי מת ומת אסור בהנאה וז"ב ולפ"ז נראה לי ברור דעכ"פ בעבד דכתב השבות יעקב בח"א דמותר בהנאה כשמת ולמדו מהתוס' בב"ק דף יו"ד ע"ש היטב ואף אם נימא דלא כהשבות יעקב עכ"פ הבעלים יכולים ליקח דמי היזק ודמי היזיקו קא שקיל וגם כיון דעם הדומה לחמור הוא והרי יש דמים לשור המת וכמבואר בערכין שם וכמ"ש

התויו"ט שם ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש ויש להאריך בזה ואכ"מ. ודרך אגב אבאר במה שנתחדש לי בעת למודי בערכין דף י"ט ע"ב בשנת תרי"ג בר"ח אדר הראשון בהא דאמרו שם היכי שיימינן אמר רבא אומדין אותו אומד של נזקין ופריך אביי מי דמי התם גברא זילא הכא גברא שביח הוא וערש"י ותוס' שם. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דהרי רבא אמר בב"ק דף מ"ז וכן אתה מוצא בקוטע יד עבדו של חבירו והיינו משום דאם ירצה לשום אם ירצה לקטוע ידו זה הוא דמים מרובים אבל שמין עבד זה כמה הוא שוה עכשיו וכמה היה שוה כשהי' שלם ולפ"ז כשרבא אמר כאן כאומד של נזקין א"כ לא היה צריך לשלם רק כאלו הי' כבר קטוע וזה אינו דשם כבר נקטע וזילא משא"כ כאן דלא נקטע וא"כ שוה ידו הרבה יותר אם ירצה לקטע ידו ולכך אמר אביי דשמין אותו בדרך אחר ועיין רא"ש ריש פרק החובל שנחלק על רש"י איך שמין אם כעבד עברי או כעבד כנעני ועיין סמ"ע סי' ת"כ. ולפענ"ד נראה דהרי כאן שמין בעבד וידו מוכתבת לרבו ראשון וע"כ דשמין בעבד כנעני דאל"כ ל"ש שידו מוכתבת לרבו ראשון והא מרבו ראשון ודאי יצא בששה שנים ודו"ק

ח והנה בהא דאמרו בב"ק דף מ"ג הנ"ל דאי אתו עדים דקטל ולא ידעו אי תם הוה או מועד הוה ואמר מריה מועד הוה לא משלם קנס עפ"י עצמו צ"ב דהא עכ"פ עדים ראו המעשה שקטל רק שלא ידעו אי תם או מועד ובכה"ג אינו מודה בקנס גמור ועיין במהרש"א ר"פ הפרה בתוס' ד"ה דאפילו ניזק וצ"ל דל"ד דשם מסתבר כיון דהשור נגח את הפרה מסתמא נגח גם הולד וכן בשור שהיה רודף מסתמא השור נגח ולא בסלע לקה משא"כ כאן דלא נודע אי הי' תם או מועד ולכך לא מתחייב עפ"י שהודה דהו"ל מודה בקנס. איברא דלפ"ז בחרשת שנבעלה מפטר מקנס דדלמא היתה בעולה ואף דמודה שבתולה היתה הו"ל מודה בקנס ומדברי הקדמונים שהובא במלמ"ל פי"א מאישות מבואר דכל שעדים ראו שבא עליה אף שיכול לפטור עצמו לטעון שהיתה בעולה מקרי מודה בקנס וקשה דמ"ש מהך דב"ק וצ"ל דשם חזקת הגוף מסייע לזה אבל כאן דבין כך ובין כך יצא מרוב שוורים שאינם נגחנים ומכ"ש דאינם מועדים ולכך מקרי מודה בקנס ועיין בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' ק"י דמה שאמר שלא החזיר לא מקרי מודה בקנס ע"ש ועיין קצה"ח סי' ש"נ. והנה במ"ש למעלה בשם הרמב"ם פ"ד מחובל ה"ו דהבושת אינו מגיע לו עד שיודה בפני ב"ד שחבל בו הנה הראב"ד תמה עליו. ולכאורה כמו זר נחשב לומר דאינו מתבייש עד שיחבול בו בפני אדם אמנם ברמב"ם נמחק מלת בפני וכפי הנראה כוונתו שהנחבל מעצמו שלא חבל בו אדם מה בושה היא לו רק כשחבלו אדם הוא שעשה לו בושת וא"כ כל שהוא הודה לו שהוא חבלו אין לו בושת שיוכל להיות

שנחבל מעצמו ולא עשה לו אדם החבלה. ולפענ"ד נראה מקורו של רבינו מהא דאבעיא לי' בב"ק דף פ"ה בבייש ישן ומת מהו אי טעמא משום כיסופא והא ליתי ליה או משום זילותא היא ואית לי'. ופירש"י כיסופא חפיית פנים וזילותא היינו מה שמזלזלו ברבים ואינו מובן היטב ההבדל.

ט ולפענ"ד נראה דתלוי בזה דאם נימא משום כיסופא היינו מה שמביישו ופניו נכסף א"כ אף שאין אדם הוא בעצמו מתבייש אבל אם הוא משום זילותא והיינו שמזלזל בו בפני רבים והיינו דכל שאין יודעים בו א"כ לא שייך שעשה לו בושת דאם נחבל בעצמו מה בושה מגיע לו שקרה לו מקרה בידי"ש.

י ומעתה רבינו דפסק פ"ג מחובל ה"ג דבייש ישן ומת פטור א"כ ס"ל דמשום זילותא היא וא"כ כל שלא הי' בפני רבים לא שייך בושת א"כ שפיר כתב דאין הבושת מגיע עד שיודה בפני ב"ד ודו"ק ועיין בשבועות דף ל"ד בתולה בעל בעולה בעל ולדברי הקדמונים הנ"ל לא מקרי מודה בקנס בכה"ג וצע"ג. ודרך אגב אזכיר מה שנשאלתי מהרב מוה' אברהם קאמפף נ' בח' אדר שני תרי"ט במ"ש רש"י בכתובות דף מ"ב בהא דר"ש פוטר מפני שאינו משלם קנס עפ"י עצמו ופירש"י כיון דאילו הודה היה מפטר גם כעת כשכפר אין זה שבועת כפירת ממון וע"ז הקשה הא בלא"ה מהראוי שיפטור דהרי עכשיו כשמודה הו"ל מודה בקנס דפטור מקרן וכל שאין קרן אין חומש ואשם כמ"ש התוס' בפסחים דף כ"ט. והשבתי דל"ד דשם כל שקלב"מ התורה לא חייבה כלל קרן ולא שייך חומש ואשם אבל כאן באמת הוא חייב רק שיכול לפטור עצמו כשמודה ולפ"ז לענין קרבן לא שייך למפטרי' בשביל זה וז"ב והנה הרב הנ"ל רצה ליישב כיון דכבר נשבע שלא אנס שוב הו"ל כאילו קנה הדבר ול"מ מה שהודה אח"כ לפטור מצד מודה בקנס ודימה הדבר למ"ש התוס' בב"ק דף ק"ח ד"ה טען טענת אבד ע"ש והשבתי דל"ד דאדרבה הא כל הטעם דמודה בקנס דפטור משום דכתיב אשר ירשיעון אלקים וכל שמודה בעצמו פטור ולפ"ז מכ"ש כשנשבע מתחלה ודאי לא יכלו הב"ד לחייבו וא"כ עיקר החיוב בא מצד שחייב עצמו והו"ל מודה בקנס יותר ולמה יתחייב ודוק:

סימן צו

הנה תמול הגיעני שאלה מסעליש במדינת הגר בהא דכתב הרמב"ן דשטר שאין בו ש"ק ל"ש שטרא בידי מה בעי דאינו חושש להניחו וע"ז הקשה דא"כ לרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא שוב יקשה קושית הש"ס בשבועות דף מ"ה ש"ש דכתב רחמנא היכא משכחת לה מגו דיכול לומר החזרתי נאמן לטעון נאנסו ול"ש תירוץ הש"ס דאפקיד ליה בשטרא דהא כל ששעבודא ל"ד שוב לא חשש להניחו והשבתי דז"א דדוקא לדידן

דשעבודא דאורייתא ויש שעבוד קרקעות א"כ בשטר דליכא שעבוד קרקעות לא חש להניח אבל לרב ושמואל דליכא ש"ק א"כ כל שטר ליכא ש"ק ובכ"ז כתב שטר וא"כ שייך שטרך בידי מה בעי דאל"כ כל השטר בחנם. אמנם אי קשיא הא קשיא על הרשב"א דהקשה להרמב"ן דא"כ שטר פקדון דל"ש ש"ק דאינו גובה ממשעבדי יהא נאמן לומר פרעתי ולמה לא הקשה טפי דא"כ ש"ש היאך משכחת לה הא יש לו מגו ושטר לא מועיל דלא חשש להניחו. אמנם י"ל דבאמת זה רק פלפול בשבועות שם ולדידן מסקינן דל"ש מגו דהוה מגו לאפטורי משבועה וע"ש ברא"ש וא"כ שוב ל"ק מזה וקושית מעלתו היא רק להס"ד דש"ס אבל על הרמב"ן אין קושיא מזה וכמ"ש וגם הוה מגו דהעזה כמ"ש הרא"ש שם. והנה גוף דברי הרשב"א שכתב דשטר פקדון אינו גובה ממשעבדי הנה לא נודע הטעם. ולכאורה הוא מוכרח דא"כ ש"ש היכא משכחת לה דיש לו מיגו ואף דאפקיד בשטר ל"ש שבועה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וע"כ דבשטר פקדון ל"ש ש"ק כלל וכמ"ש הרשב"א. שוב נזכרתי בדברי הש"ך סי' ס"ט ס"ק י"ד שכתב ליישב קושית הרשב"א על הרמב"ן הנ"ל דלכך אינו גובה ממשעבדי משום דיש לו מגו דהחזרתי ונאמן במגו דנאנסו וכוונתו דהלקוחות יוכלו לטעון שקנוניא עושה עליהם ע"ש ולא זכיתי להבין דהא נאנסו מחויב לשבע שנאנס וכ"ז דאינו נשבע יכול לגבות ואם כן ל"ש קנוניא דכ"ז שאינו טוען החזרתי ולא נשבע שנאנס שפיר יכול לגבות (ועיין באהע"ז סי') ובאמת הש"ך לשיטתו שבסי' ל"ט ובסי' ע"ט ובסימן ק"ו כתב דכל שיכול לטעון פרעתי אף שלא טען א"י לגבות מלקוחות אבל דעת הסמ"ע והרבה פוסקים דלא כוותי' והארכתי בזה בתשובה משבת דף ע"ט וממהר"ם מלובלין שם ואכ"מ אם כן ל"ש דבריו על הרשב"א. איברא דגוף דברי הרמב"ן שכתב דכל שאינו גובה ממשעבדי ל"ש שטרך בידי מה בעי דאינו חושש להניח שטר זה בידו הנה לפמ"ש במק"א דענין דשטרך בידי מה בעי הוא מתורת תנאי שכן היה התנאי שאם אינו מחזיר לו השטר א"צ לפרוע אם כן למה בשטר שאינו גובה ממשעבדי ניהו דלא חש להניח אבל מ"מ הי' תנאי שאם יניח השטר בידו חייב לו עדן וצ"ל דזה דוקא בשטר בעדים אם כן הוה כאילו התנה עמו בפני עדים שכ"ז ששטר בידו לא יהיה נאמן אבל בכת"י שאין עליו עדים אם כן זה התנאי הוה פטומי מילי וי"ל שלא חשש על דבריו ופרע לו והניח כת"י בידו. ובזה י"ל מה דהקשה הרשב"א משטר פקדון ולא הקשה משטר שאין בו אחריות וכמו שהקשה התומים ולפמ"ש י"ל דשאני שטר דהוה תנאי שכ"ז שלא קיבל השטר בחזרה אינו נאמן אבל שטר פקדון דכל שיכול לטעון נאנסו אם כן ל"ש הסברא דמה הי' לו לעשות הרי לא פרע לו רק שנאנס אם כן ל"ש התנאי ואפ"ה אינו נאמן לטעון החזרתי רק במגו דנאנסו

אף דתנאי ל"ש שם ודו"ק. ובזה נסתר מ"ש הש"ך דלכך אינו גובה ממשעבדי משום דיש לו מגו דנאנסו ולפמ"ש הכי מקשה הרשב"א דבאמת החזרתי שייך שטרך בידי מה בעי ורק משום דיכול לטעון נאנסו ולא הוה תנאי אבל על החזרתי ל"ש זאת ואפ"ה אינו נאמן במגו ואי נימא דמש"ה אינו גובה ממשעבדי משום דיכול לטעון החזרתי קשה הא שייך שטרך בידי מה בעי ולמה יהיה נאמן ודו"ק כי יש לפקפק. אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בהגהות הגאון מוהרב"פ בש"ך שם שהקשה קושייתי שהקשיתי איך משכחת לה שבועת ש"ש אבל באמת זה ל"ק כמ"ש דהא באמת לא קי"ל כהך דאמרו שם ועיקר הוא דל"ש מיגו דהעזה לפטור משבועה דלא אמרינן אבל הרשב"א מקשה שפיר דהא להד"מ במיגו דנאנסו שפיר הוה מגו וכמ"ש הסמ"ע סי' ק"ח דנאנסו אינו מעיז ומוטב לו לטעון זאת מלהד"מ דהוה העזה ע"ש ודוק:

סימן צז

א במותב תלתא בי דינא כחדא הוינא ואתי לקדמנא ה"ה פייבל בן ר' ניסן ואמר לנו איך שקידש את הבתולה פיגא בת יצחק מאיר. והמעשה שהיה כך היה בזה"ל אמר לנו דאס מיידיל פירט מיך שוין אנדרהאלבין יאהר אין צום סוף האב איך גיוואר גיווארין אז זיא מאכט מיך צום נער האב איך איהר גיזאגט גידענק איך וועל דיר אפ טוהן אין נעכטין האב איך גינעמין איין בייגיל אין האב ארוף נעריפין ר' משה בן צבי ער זאל דיא פענסטער אויף מאכין אין דארט איז גיוועזין ר' אשר בן מאיר הכהן האב איך גינעמין דעם בייגיל אין האב אהן גיטאהן להבתולה פיגא אוף דער רעכטי האנד אין האב גיזאגט דיא ברכה הרי את מקודשת לי בטבעת משה ובני ישראל. במותב תלתא בי דינא כחדא הווינא ואתו לקדמנא ה"ה משה בן צבי וה"ה אשר בן מאיר הכהן ואמרו לפנינו בתו"ע באליונ"ע אחר האיום כדת בזה"ל ה"ה משה הנ"ל הבחור פייבל הנ"ל האט מיך ארוף גיריפין איך זאל דיא פענסטר אויף מאכין אצל הגביר ר' יצחק בערינשטיין האב איך אויף גימאכט איין פענסטער אין דאס אנדרע פענסטר אין שטיב. דער נאך בין איך גיגאנגין אין אלקער אריין אויף מאכין דאס דריטע פענסטר האב איך גיהערט אז הבחור הנ"ל האט גישריגין להרי את מקודשת לי ביד משה ובני ישראל האט הבתולה פיגא אהן גיהויבין צו שרייען עס איז ליגין עס איז ליגין ר' משה איך האב דעם בייגיל צו בראכען אין וויא איך בין אין שטיב אריין גיקומין האב איך גיזעהין דעם בייגיל ליגען אויף דער ערד אין ער האט גישריגין איך האב זיא יוא מקדש גיוועזין. דעם בייגיל געבין האב איך נישט גיזעהין דען איך בין גיוועזין אין אלקער אין זייא זענין גיוועזין אין שטיב נאר גיהערט האב איך וואס האב אובין גיזאגט וה"ה אשר בן מאיר הכהן אמר בזה"ל איך קים דארט ארויף

להגביר הנ"ל אופט דען מיין ווייב איז דארט אין דינסט. איך בין נעכטין דארט גיווען איך האב מיר גיקויפט איין זיידין טיכל אויף פסח האב עס אפ גיזיימט איז הבתולה פייגא גישטאנין בייא דעם בעט אין האט זיך גיפאריט ביים גינייע אין הבחור פייבל איז צוגיגאנגען אין איז נעבין איהר גישטאנין האט הבתולה הנ"ל גיזאגט האסט שוין גימוזט בייא מיר עפיס צו נעמין האט ער גיזאגט ניין אין איזט צוריק ווערטס אין שטיב אריין גיגאנגין אין הבתולה הנ"ל איז אלץ איהם נאך גיגאנגין אין האט גיזיכט בייא איהם אין דיא הענד אין ער האט גיזאגט איך האב נישט דער נאך האט ער אויף גיהובין דיא האנד אין וואהר שיינליך האט ער גמיזט דעם בייגיל אין ארביל האבין אין זיא האט איהם נאך גישטרעקע דיא האנד אין האט ווייטער בייא איהם גיזיכט האט ער איהר אן גיטוהן דעם בייגיל אויף דער רעכטי האנד אין האט גיזאגט אדער הרי אודער להרי את מקודשת לי בטבעת משה וישראל אדער משה ובני ישראל האט הבתולה הנ"ל אהן גיהובין צו שרייען משוגע ביסטי אין האט דעם בייגיל צו בראכין אין אויף דער ערד גיווארפין אין בשעת זאגין איז הבתולה הנ"ל זייער ברעשת גיווארין. אין הבחור הנ"ל האט גיזאגט איך מיין עס ערינצט אין הבתולה האט גישריגין עס איז ליגין. כל הנ"ל העידו העדים הנ"ל בתו"ע אחר האיום כנ"ל. וכעת אמרה הבתולה פיגא בזה"ל איך בין מיט איהם אנדרהאלבין יאהר צו זאמן האט ער גישריגין ער וועט מיר כישוף טוהן האב איך גיזאגט איך פרעג נישט דער נאך דיא קענסט מיר גאר נישט טוהן איך האב דאפיר קיין מורא אין יעני וואך זיצט ער אין זאגט צו מיר זאל איך דיר טוהן כישוף האב איך גיזאגט איך ווייס נישט זאל איך דיר טוהן וואס איך ויל האב איהם גיזאגט איך ווייס נישט גייא פין מיר אוועק אז ער האט מיר עפיס גיזאגט האב איך איהם גיזאגט איך האב צווייא עלטערע שוועסטר איך קען דיר גאר נישט צו זאגין דען זייא מיזין צום ערשטין חתונה האבין. נעכטין בין איך גיזעסין ביים בעט אין האב גינייט אין בין גיגאנגין אהן גיטאהן אין איין פינגער האטט אין האב גיהאלטן דאס גינייע אין דער האנד אין האב צו גירופין לר' אשר הנ"ל אין האב גיזאגט איך בין אייך שילדיג עטליכע גרייצער נאט אייך אפ. אין הבחור פייבל איז גישטאנין אינטער דיא פלייציס זאגט ער גיב מיר אויך האב איך גיזאגט איך בין דיר ניכט שילדיג שטייט ער ווייטער זאג איך איהם וואס ווילסטי זאגט ער אשטיקיל ציקר זאג איך אז איך האב נישט קיין ציקר דער ווייל קיק איך מיך אים זעה איך ער חאפט ארינטער דיא הענד אונטער דיא פלייצעס זאג איך האסטי עפיס בייא מיר גינעמין זאגט ער ניין גאר נישט טיהע איך מיך ווידער אקיק אים זעה איך ער האלט עפיס אין דיא הענד גייא איך אין ויל ארינטער קיקין אונטער דער פלייצע איך זאל זעהן

וואס ער האט דארט האט ער נישט גילאזט אין האט אהן גיחאפט דיא האנד אין האט ארויף גיווארפין דעם בייגיל אין האט עפיס גיזאגט איך האב נישט פערשטאנין דען איך בין זייער ברעשת גיווארין איך האב אהן גיהובין צו שרייען ביסטי משוגע איך האב תיכף דעם בייגיל צו בראכין איז ער אויף דער ערד אראפ גיפאלין אין האב אהן גיהובין צו שרייען עס איז ליגין. יום ב' י"ב ניסן תרטו"ב פה לבוב. חתימת הרב האב"ד והדיינים

ב (תשובה) הנה לא הי' כאן רק עד אחד שראה נתינת הקדושין דהיינו אשר הנ"ל אבל משה לא ראה נתינת הקדושין אף ששמע לא מועיל כמבואר באהע"ז סי' מ"ב סעיף ד' בהג"ה ואין לומר דעד כאן לא כתב הרשב"א רק בששניהם לא ראו הוא דלא מהני אומדנא אבל כאן שאחד ראה הנתינה והשני שמע אפשר דמועיל (שוב הראוני דסברא זו מבואר בשו"ת תשובה מאהבה ח"א סי' קע"א ונהניתי עד מאד שבהשקפה ראשונה כוונתי לזה) אבל ז"א די"ל דכל שלא ראתה המתקדשת את שני העדים תוכל לומר משחקת הייתי כיון שאין ב' עדים בדבר כמבואר שם בהג"ה ועיין בח"מ סק"ח ובב"ש שם אמנם עדיין הוי ספק קידושין בעד אחד שראה הבייגיל על ידה. אמנם באמת לפי דעת הח"מ סי' כ"ח ס"ק י"ב ובסי' ל' ס"ק א' ובסי' מ"ב ס"ק ב' לא הוי קידושין בודאי כיון שלא נתרצית בתחלה וגם זרקה מידה החפץ אח"כ ואף לדברי הב"ש שמפקפק קצת בזה מ"מ היא אמרה שרצתה לזרקו רק מחמת שתפס ידה בחוזק ולא הניחה לזרוק וכאשר יכלה תיכף השליכה והעד לא הכחישה בזה א"כ אין כאן קידושין כלל. גם כיון שאמר בטבעת ולא נתן לה כלל טבעת הרי פיו סותר להמעשה ואף שהוא ע"ה עכ"פ הלשון הוא לשון עלגים והיא בודאי לא נתכוונה לשם קידושין וגם יש ספק אולי אין הבייגיל שו"פ שהוא משקל חצי שעורה כסף נקי בערך ב' צ"ל שיין ועיין באבני מלואים ר"ס כ"ז ואף די"ל שמא שו"פ במדי מ"מ כיון שהיה ב' ימים קודם פסח הרי יאסר מקודם שיגיע למקום אחר ואף אם שו"פ כאן מ"מ הוא דבר הצריך שומא כיון דיש בייגיל שאינו שו"פ כמבואר בסי' ל"א ס"ב דלא סמכה דעתה וגם יש לדון בזה שהבייגיל לא היה שלו כי לקח משל בעה"ב ואף דבט"ז סימן תנ"ד באו"ח מבואר דבדבר הקצוב שיכול ליתן אחר בעדו לא מקרי שאול ועיין בגמ' ב"ב דף פ"ז דבדבר דאית ביה קיצותא מקרי שלו אף שלא נתן דמים ועיין בנ"י פ' אלו מגלחין גבי ר"ל מנטר פרדיסא ובר"ן פ"ק דע"ז מ"מ מכל הלין טעמי הוי ספיקות הרבה וגם מוסיף בלשון הקידושין לשון עלגים לכן התרנו הדבר שאין כאן שום חשש קידושין והרי היא מותרת לעלמא בלי פקפוק:

סימן צח

א באו לפנינו ה"ה מ' חיים בן יעקב וואלף ואמר לפנינו איך שבחורף העבר היה בבית המאנטשארני של הבתולה אסתר בת יואל והיה שם ג"כ ר' חיים ליב בן ר' דוד ובעת היותו שם בהמאנטשארנע ראה איך שקאפראהל אחד אינו מכירו מי הוא לקח בידו טבעת שלו וגם אצבע של הבתולה אסתר הנ"ל ושמע איך שאמר לה הרי את מקודשת לי ואם הניח הטבעת על אצבעה זאת לא ראה ותיכף הלך מהמאנטשארנע ולא ראה עוד יותר אם השליכה הטבעת מידה רק קודם הליכתו משם תיכף אחר דיבורו של הקאפראהל הרי את שמע שהקאפראהל אמר הנה יש לי שני עדים. ור' חיים ליב בן דוד אמר בפנינו שאינו זוכר אם שמע הרי את מקודשת לי וגם לקיחת האצבע זאת לא ראה רק שמע שאמר הקאפראהל הנה יש לי עדים ויותר אינו זוכר ותיכף הלך מהמאנטשארנע וגם הקאפראהל הלך משם ואמר בזה"ל איך העט מיר גיקענט אגישעפט דארויס מאכען וגם אמר מען וועט דארפין דער אויס אשאלה מאכן. והבתולה אסתר אומרת שתיכף השליכה הטבעת מידה ואינה זוכרת אם אמר לה כלום. והנה לפענ"ד אין בזה בית מיחוש ומראש צורים אראנו בטוש"ע אהע"ז סימן מ"ב מבואר דדעת רוב הפוסקים דהמקדש בעד אחד אינן קידושין ואפילו שניהם מודים בדבר רק שהסמ"ג מחמיר בדבר ומבואר ברמ"א דבמקום דחק ועיגון יש לסמוך על דברי המקילין ובאמת אין כאן רק עד אחד משום דר' חיים ליב בן דוד לא ראה כלל הנתינה ואינו זוכר כלל אם שמע הרי את מקודשת לי והרי מבואר בהג"ה בס"ד דאף ששמע שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ויצא מת"י אינן קידושין עד שיראה נתינה ממש וכאן לא ראה גם אינו זוכר אם שמע כלל רק שאמר הקאפראהל אח"כ יש לי שני עדים זאת שמע ולא נשאר רק עד אחד מ' חיים בן יעקב וואלף ואם כן במקום דחק ועיגון יש לסמוך על דברי המקילין ואין לך מקום דחק ועיגון גדול כמו זה שהרי הקאפראהל הלך לו ואינו יודעין שמו אפילו לחקור עליו והרי באומרת נתקדשתי ואינה יודעת למי אסורה לכל העולם אם כן אין לך דחק גדול יותר מזה דתהיה עגונה כל ימיה מה גם שאיש מלחמה ולא נדע אם חי אם מת הנהו. ובאמת שלא מצינו חבר בדבר מכל הפוסקים הראשונים לשיטת הסמ"ג וכמ"ש התשב"ץ והמהרי"ק בשורש ק"א ואף שהתה"ד מחמיר כתב הב"י דאינו נראה כן והמהר"ם פדוואה סי' ל"ב שחוכך להחמיר כתב הח"מ ס"ק ד' שבסימן ל"ז חזר בו ואף שזקיני הח"ץ בתשובה סי' קט"ו רצה לומר שלא חזר בו כ"כ הנוב"י במהד"ק חאהע"ז סי' סמ"ך שהדבר ברור שחזר בו ובאמת מ"ש הנוב"י שם שבע"א בהכחשה גם רב פפא שאמר שחוששין לקידושיו בכה"ג מודה.

ב לפענ"ד מדברי הרמב"ן והר"ן פ' האשה שנתארמלה גבי תרווייהו בפנויה קמסהדי לא נראה קצת כן ויש לדחות למעיין. עכ"פ במקום חשש עיגון גדול כזה ודאי אין להחמיר. עוד י"ל אף אם ניחוש לשיטת הסמ"ג דאפילו בע"א חוששין לקידושין. כאן אפילו ע"א ליכא דהרי כבר הבאתי דברי הרמ"א שצריכין העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה אף ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח"כ יצא מת"י אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש וכאן אפילו אותו העד ר' חיים בן יעקב וואלף שאמר שראה שלקח הטבעת בידו וגם האצבע שלה אבל לא ראה הנתינה על אצבעה וא"כ לא חיישינן לזה ואף דהח"מ והב"ש מביאין דברי המרדכי שאפילו לא ראו גוף הנתינה אין לבטל הקידושין אם ראו דבר המוכיח הוה כאילו ראו גוף המעשה באמת כל האחרונים דחו זאת כמ"ש האב"מ דאף דנימא דידיעה בלי ראיה מהני בקידושין מ"מ כל שלא ראו הנתינה אפילו ידיעה ליכא דיכול להיות שלא הגיע הנתינה לידה וע' מהרי"ק שורש קכ"ט שהעלה דאף בממון ל"מ עפ"י אומדנא ואף שאני בתשובה דחיתי כל דברי המהרי"ק שם שנעלם ממנו דברי הרמב"ם פכ"ד מסנהדרין היינו דוקא בד"מ ממש אבל בקידושין פשיטא דלא מועיל ידיעה בלי ראייה דגזירת הכתוב הוא דבעינן שני עדים. עוד י"ל כיון שהבתולה אומרת שתיכף כשנתן לה הטבעת ושמעה איזה דברים השליכה הטבעת חוץ לחנותה הרי מבואר בתשובת הרא"ש וטור סי' מ"ב שם בלאה שאמרה לראובן תן לי מנה שאתה חייב לי ונתן לידה ג' פשוטים וכשנתנם לידה אמר הרי את מקודשת לי וכששמעה השליכה המעות ואמרה איני רוצה לקדש ועדים מעידים בזה והשיב שאין כאן בית מיחוש ואינה צריכה גט ואם כן כאן שאומרת שהשליכה תיכף פשיטא שאין כאן בית מיחוש ועיין סי' ל' ס"ק י"ב בב"ש דאפילו לשיטת הב"ח כל שזרקה הקידושין חוץ לחצירה ודאי אינה מקודשת א"כ כאן שזרקה חוץ לחנותה פשיטא דאין כאן בית מיחוש ובאמת אף שלא זרקה כל שלא גלתה דעתה שנתרצית בקידושין לא הוי קידושין רק כשהי' בתחלה ברצון והי' לשם קידושין ובשו"ת מוהרש"ך ח"ב סימן קל"ד וכן בשו"ת מהר"ם פדוואה סי' כ"ד מבואר להדיא דמה שנסתפקו בזאת אי לא ניחא לה לשדינהו הוא דוקא בהך דקדשה בציפתא דאסא שכבר נתרצית להתקדש לו בהאי ציפתא וידענו דניחא לה בהני קידושין אי איתא דהדרא בה הוי לה למשדינהו אבל כשלא הי' שם שום גילוי דעת דמעיקרא מאן נימא לן דניחא לה ולכך שתקה ואף דהמהרי"ט חאהע"ז סי' מ"ב חולק ע"ז והקשה דא"כ מאי מייתי רבא ראיה מהך דכנסי סלע זו לפקדון הא שם לא הי' לשם קידושין מתחלה וכן הקשה בחידושיו לקידושין דף י"ג שם. לפענ"ד המעיין בש"ס שם ימצא בהך מעשה דקא מזבני

וורשכי ור"נ אמר יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי והקשה רבא לר"נ מקדשה בגזל ובחמס ומחלק ר"נ בין שדיך ובין לא שדיך והביא ראיה מהך דכנסי סלע אלמא דרבא לא ס"ל לחלק בין שדיך ללא שדיך וכיון שהמהרש"ך כלל הנך שני דינים ביחד או שדיך תחלה או קידש תחלה ע"כ דרבא לא ס"ל החילוק בין שדיך ללא שדיך דאי ס"ל גם בקדש תחלה ג"כ שתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא וממילא שפיר מביא ראיה מכנסי סלע לציפתא דאסא אבל לדידן קי"ל לחלק בין שידך ללא שידך כר"נ וממילא אין ראיה מכנסי סלע לציפתא דאסא. שוב ראיתי בר"ן שהביא ראיה שאין לחלק בין שידך ללא שידך דההוא ציפתא דאסא הוי כשידך דהוא נתן לשם קידושין ואפ"ה אמרינן דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא. ולפמ"ש אין ראיה דרבא לשיטתי' דלא מחלק בהכי ולפענ"ד מש"ה העתיק הש"ס הך דינא דר"נ ורבא לבתר ציפתא דאסא והלא מסתמא הך מעשה קודם הי' דרבא דן עוד לפני ר"נ כדי להורות שלפי המסקנא לא קיי"ל כהך דרבא ובציפתא דאסא הוא דשייך לשדינהו וכמ"ש וא"כ בנ"ד ודאי אפילו לא זרקה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא שהרי לאחר שנתן כבר על ידה ואמר לה ואז שתקה אפילו בלא זרקה ומכ"ש כאן דזרקה ואין לומר דדוקא ביש עדים שראו הזריקה וכנידון הרא"ש וכאן ליכא עדים ע"ז הרי הנתינה נם כן לא ראו העדים כלל והיא נאמנת על עצמה בזה לומר שזרקה תיכף גם יש לדון מה שאמרו שלא הבינה כלל ענין לשונו ועיין בסי' כ"ז וכאן כפי הנראה העיקר נתן לה לשחוק בעלמא וזה הי' כוונת המקדש שהרי גם העדים לא הבינו כלל ענין הקידושין כמ"ש שסברו שבטבעת גראווירט לא יוכל לקדש ע"כ לפענ"ד מכל הני סניפים אין בית מיחוש כלל והיא בחזקת פנויה כמו שהיתה עד עתה:

סימן צט

א ע"ד האיש הנכאה והנעצב שמו צבי המכונה הירש בן אייזיק דמתקרי יצחק אייזיק אשר פגעה בו מדת הדין כי אשתו יוטא בת יצחק אייזיק משה דמתקרי אייזיק היא חלתה חולי השגעון ר"ל וזה כמה שנים אשר יושבת שוממה ודבר אין לה עם אדם ואינה יודעת בטוב ענינה ועניני צרכי הבית אף לתקן לבעלה צרכיו וכדומה. והנה בא זה כשנה לפנינו.

ב אמנם לא רצינו להזדקק לו כי אמרנו אולי יש תקוה כאשר תשב בבית החפשית (פיאהרין) ל"ע אולי תמצא מזור למחלתה. והנה היתה פה בבית החפשית ויצאתה משם כאשר באתה לשם בלי שום פעולה כי הרופאים דשם אמרו שקשה למצוא תרופה למחלתה. והוא מתהלך ובא ובכל זאת לא רצינו להזדקק לו עד כה. והנה כעת בא

ודמעתו על לחיו בוכה ומבכה על איבוד ימיו ושנותיו וגם ביטול מצוה פו"ר וגם אמר כי קשה עליו להיות בלא אשה והרהורי עבירה קשה מעבירה וגם הוא עובד כל היום למצוא מחייתו ואם לא ימצא בביתו מנוח והי' הכל מתוקן לסעודה לא יוכל לעבוד עבודתו ולא ימצא חייתו ופרנסתו וע"כ אמרנו לצאת בעקבות הראשונים כמו שכתב הב"ח שקבלה הוא מגדולי עולם שיציעו הענין לפני הגדולים שבאותו הדור ויסכימו בהיתר מאה רבנים. ובאמת שבתשובת מהרש"ל סימן ס"ה משמע שדעתו לאסור כמ"ש הח"מ סימן א' ס"ק ט"ז וכאשר עיינתי בתשובת מהרש"ל ראיתי שהעתיק מס' הראבי' שדעתו לאסור ולבסוף סיים הראבי' ולא אדונים אנחנו בדבר זה להתיר אף שיש ביטול פו"ר כי כמה יש חולות ועקרות ויש ביטול מפו"ר ולא שמענו מחלוקת ביניהם והך דפ"ק דנדה דב"ש לא עשו סייג משום ביטול פו"ר התם איכא טעמא אחרינא אם איתא דהוה דם מעיקרא הוה אתי כו' דוק ותשכח ע"כ דבריו ובאמת שנוראות נפלאתי על הראבי' ומהרש"ל שכפי הנראה חשב דביטול פו"ר לבד לא סגי וצריך לטעם דאם איתא דהוה דם מעיקרא הוה אתי והרי בנדה דף ג' מבואר להיפך דאמרו שם רבא אמר טעמא דשמאי משום ביטול פו"ר תנ"ה אמר לו שמאי להלל א"כ בטלת בנות ישראל מפו"ר ופריך הש"ס ע"ז מאן דתני האי לישנא הא תניא כי האיך לישנא דאם איתא דהוה דם מעיקרא הוה אתי התם הלל הוא דקטעי הוא סבר טעמא דשמאי דאם איתא דהוה דם מעיקרא הוה אתי וקא מקשי לי' קופה וא"ל שמאי טעמא דידי משום ביטול פו"ר א"כ מבואר להיפך דרק משום ביטול פו"ר ועכ"פ סגי בטעם דפו"ר וצע"ג. יהיה איך שיהיה אנן לא קיי"ל כמהרש"ל כאשר נתפשט הדבר בכל תפוצות ישראל שאם אירע שנשתטית מתירין עפ"י מאה רבנים. אמנם הב"ח כתב שצריך להשליש הכתובה ונדוניא ותוספת כתובה ביד הב"ד וע"כ עשינו כן כי השליש ונתן ביד חותנו אבי האשה מ' אייזיק ובנו הוא גיסו סך 400 ריניש חוץ התכשיטים שלה והם קבלו על עצמם עפ"י תוקף הכתבים שעשו ביניהם שמחוייבים לזונה ולשמרה ולהחזיקה אצלם עד כי ירחם ד' עליה ואז לא ינכו עבור החזקתם והמזונות שנתנו לה רק מחוייבים לשלם לה הסך הנ"ל משלם, ומה לעשות עוד ולא עשה הבעל וכפי הנראה הוא יותר מכדי נדונייתה וכתובתה ותוספות. ובאמת שאף אם לא היה ידו משגת לתת האמור למעלה, כבר כתב הצ"ץ סי' ס"ז שיוכלו קרוביה למכור כתובתה ותוספת בטובת הנאה לבעלה עפ"י ב"ד בכח ב"ד יפה בסך ממון שיהא נראה להם ברור שתוכל להתפרנס מן הרווחים והיינו שאר כסות וכל צרכיה והקרן ישאר קיים. ואף שמפסידין לה הרבה האריך הצ"ץ כל דאינו הפסד ודאי אלא ספק הפסד בכה"ג יוכלו הב"ד להפסיד ולמכור הכתובה כל

שאינו הפסד ברור ע"ש שהאריך. ולפענ"ד יש להביא ראיה מש"ס ערוך דהרי אמרו בכתובות דף פ"ג ואימא מפירי אמר אביי בוצינא טב מקרי ופירש"י בוצינא דלעת קטנה וקרא דלעת גדולה האומר לחבירו קח לך דלעת קטנה בגינתי או המתן עד שיגדלו וקח גדולה טוב לו ליקח הקטנה מיד כי לא ידע מה יולד יום וע"ש בתוס' מה שפירשו בזה האדם אוהב הכישות יותר שיהנה בו מהרה ממה שימתינו על הדלעת אף שטוב יותר. ולפ"ז ה"ה כאן יותר טוב לפניו שתהי' לה כעת להתפרנס בשעה שאין לאל ידה ממה שתמתין על כתובתה ויש בו כמה ספיקות אולי לא תגבה כמ"ש הצ"ץ ז"ל. הן אמת דבשו"ת מהרי"ק סי' ז' כתב דרב אשי שם דאמר בנכסייך ולא בפירותיהן חולק על סברת אביי ולא ס"ל בוצינא טב מקרא ע"ש. אבל אני תמה דמה יענה המהרי"ק לסתם ש"ס בסוכה דף נ"ו ותמורה דף ט' דאמרו שם בוצינא טב מקרא ואי אפשר לחלוק ע"ז ובגוף קושית המהרי"ק שם הארכתי בתשובה ואכ"מ. ועכ"פ בנ"ד שנתן לה כפי הנראה יותר מזה לית דין צריך בשש שעשה כתיקון חז"ל. ולענין מה שכתבו שיתן הגט ביד שליח להולכה שיהיה הגט בידו עד שתשתפה כבר נודע מה שהאריכו חכמי ליסא בזה. אמנם כבר דחו לה כל הגדולים כמבואר בס' מרכבת המשנה וגיסו הרב תשובת בית אברהם. אך הנוב"י מהד"ק חאהע"ז סי' ג' כתב לחוש לדעת חכמי ליסא ויתן עוד ח"כ ע"ס שיהי' מונח לערבון שאם תחזור האשה לדעתה ותהיה ראויה לקבל גירושין יתן גט מחדש שיהי' כתיבת הגט ומינוי השליחות אחרי שכבר שבה לדעתה ובאם לא יתן ישלם דמי הוועקסיל. ובאמת שלא זכיתי להבין דא"כ הרי מבטל את הגט זה ומה מועיל הגט הלז וא"ל שאם לא ירצה ליתן אז גט וישלם הטראטע יהי' זה גט שהרי הוא מבטלו במה שמתנה ליתן גט חדש. וגם לא הבינותי שאף אם נאמר שיהיה בדרך תנאי שאם ירחיק נדוד יהיה זה הגט טוב ואם לא ירחיק יתן גט חדש עכ"פ הוה תנאי קודם כתיבת התורף וצ"ע ועכ"פ צריך לעשות כמ"ש המהריב"ל במי שרוצה לגרש על תנאי שיתן הגט ביד השליח ולא יזכור דבר מעסק התנאי ואחר הנתינה יזכיר התנאי כנ"ל לדחוק לחבת פה קדוש הנוב"י. ולא רציתי לשנות מדבריו כי חשש חכמי ליסא כבר מחו לה במאה עוכלא בעוכלא וכן הסכים בס' בית מאיר ובישע"י לדו"ז ז"ל ומעתה הנני מן הנמנים להתיר לו חרגמ"ה לישא אשה אחרת ובלבד שיסכימו בהיתר זה מאה רבנים ולאו דוקא רבנים אלא כל רב שבעירו יוכל לצרף עמו הלומדים שבעירו שיחתמו על היתר זה ושני רבנים יהיו משני מדינות אחרות חוץ מדינתינו. ועשינו בדרך זה היינו שנתן הגט ליד השליח בלי שום תנאי רק אח"כ קודם שניתן לו כתב היתר זהו צווינו עליו שישליש ביד הב"ד וועקסיל מסך 300 ריניש לאופן שבכל פעם שנאמר לו שצריך שיתן גט חדש יתן

תיכף או ישלם הסך 300 ריניש ובזה לא מבטל הגט הראשון דיוכל לפרש הכוונה אולי יתקלקל בנתיים הגט הראשון ביד השליח ואז יתן גט אחר וכן עשה הבעל הנ"ל ומעתה יצאנו ידי כל הדיעות:

סימן ק

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המופלג בתורה ויראה מוה' זינדל נ"י האבד"ק עיר ישן.

ב מכתבו הגיעני כמו רגע ע"ד שאלתו בסופר שהגיה ס"ת ומצא שנמחק היו"ד משם הקדוש אם מותר לתקן והובא בס' עצי לבונה ובפתחי תשובה בשם תשובת גינת וורדים דבהשם הקדוש בעינן כסדרן אף בס"ת וגם מתשובת נוב"י חיו"ד סי' ע"ה דאף בשם אלקים בעינן כסדרן ומדברי א"ר בסי' ל"ב הובא בפרמ"ג באשל אברהם ס"ק כ"ח ובמשבצות ס"ק כ' נראה דבשם אלקים לא בעינן כסדרן. הנה אמת נכון הדבר דל"צ כסדרן בס"ת אף בשם כמ"ש כל האחרונים והביאו ראיה מבן קמצר שכתב השם בבת אחת וא"א לצמצם שלא יהי' אחת קדום לחבירו והוה של"כ. אך ראיית מעלתו ממה דתולין השם הנה כפי הנראה מהגינת וורדים כלל ב' סי' ד' דבתלי' לא מפסל של"כ והובא במגן גבורים סי' ל"ב ס"ק י"ט א"כ אין ראיה משם אך הדין דין אמת דא"צ כסדרן אף בשם והדברים פשוטים.

ג דברי הדו"ש באהבה:

סימן קא

א שלום וכ"ט לכבוד תלמידי הרבני המופלג החריף ושנון מוה' יוסף מיזיש נ"י.

ב מכתבו הגיעני ואשר שאל בדבר שהרב פסק איזה דין והבע"ד חשדו שמפני אימת שכנגדו נטה אחריו והוא צווח וטוען מאיזה טעם דנתוני. והנה אם אמנם את הרב איני רב בכ"ז לא אחשוך מלהודיעך בקצרה. הנה להודיעך הפסק והטענות אף שבש"ע סי' י"ב ס"ד מבואר דאם דן שלא עפ"י כפייה א"צ לתת וכ"כ הנוב"י מהד"ת ס"א חחו"מ דכל שלא באו שניהם לפניו והצריך להזמין את אחד מהם הוי כע"י כפייה ואני מצאתי ונכתב בהגליון ש"ע שלי ובשו"ת אבקת רוכל להב"י סי' י"ז והמבי"ט שם סי' ח"י דעתו דבזמן הזה צריך לכתוב מאיזה טעם דנו אף כשדן בלי כפייה וכעת אין אתי ספר אבקת רוכל לעיין בו יעו"ש. אמנם אם צריך לכתוב הפסק מלתא בטעמא נראה מדברי הסמ"ע שאם רוצה לנקות עצמו לפני הבע"ד יעשה כן וע"כ הברירה ביד הרב זה אשר מצאתי להודיעך לפי הנחיצה והטרדות הרבות. פלפולך ראיתי ואין העת אתי לכתוב בדבריך והנני הדו"ש באהבה:

סימן קב

א לחכם אחד

ב בדבר אשר שאל ממני אודות הפלימפ אם מותר להעמיד במקוה לשאוב ע"י מימי המקוה לעת הצורך. הנה תוך שיעור המקוה היינו מ"ם סאה יש לאסור ומטעם שכתב הזכרון יוסף בתשובתו דהפלומפין אסור למלאות מים ע"י שיש להם בית קיבול ממילא שאסור לנקות המקוה ולשאוב ע"י כמבואר בסי' ר"א סעיף מ' ועיין בט"ז ס"ק ס"א ואף דהשוליים אינם קבועין בכלים והרי כשיגבהו השוליים יהיה הכלי מנוקב יותר משפופרת הנוד מ"מ כיון שתחלת עשייתן נעשו באופן שיהי' השוליים עולין וכן הוא דרך תשמישו הדבר דומה למה שמבואר בש"ע או"ח סי' קנ"ט ס"ה בכלי שהוא מלא נקבים כל שנעשה לקבלה בענין זה נקרא כלי ומותר ליטול ידיו מזה וה"ה כאן להיפך נקרא כלי שיש לו בית קיבול לענין זה. אמנם כ"ז בתוך שיעור המקוה אבל לשאוב אותם המים שהם למעלה משיעור המקוה זה לכאורה מותר. אמנם יש לחוש פן בהשתמש הפלימפ לענין זה לשאוב המים שקודם השיעור ישתמש בו ג"כ לשאוב המים בתוך שיעור מקוה כי מאן מפיס והבלנים נחשדו בכך בכדי להקל עבודתם וגם במעיין שאיבה פוסלת ומה שנראה מרמ"א שאינו רק חומרא בעלמא באמת יש גדולי הפוסקים שמחמירין גם במעיין בשאובין כאשר הארכתי בזה ובפרט בחשש חומר כרת ובכה"ג חיישינן אפילו לחששא רחוקה ועיין יבמות פ"ב וקי"ט וע"כ יעשו כפי מה שאמרתי למעלתו לקובעו במסמרים למעלה משיעור מקוה באופן שלא יוכלו לשאוב רק עד שיעור מקוה ולא בתוך השיעור שלא יוכלו לזוז אותן למטה בתוך השיעור. אלה דברי המדבר באמת ובתמים:

סימן קג

א שלום להרב המאוה"ג מוה' שמואל מרגליות נ"י אבד"ק קאריליפקע.

ב מכתבו הגיעני היום וגם הגיעני מכתב מר' אשר הענזיל פייערשטיין והוא העלים וכתב שהרב אינו בביתו ומלמד אחד הורה להתיר והוא רוצה לאסור וב"ה כי לא יחרוך רמיה צידו כי הוא המלמד. וז"ד השאלה השו"ב שגג וחתך רגל אווז קודם שחיטה ועירב בין הרגלים אשר היו מונחים לפניו לרוב הרבה מאד ושאל מה לעשות עם התערובות הגדול ומעלתו סמך למצוא היתר עפמ"ש הפר"ת והפרמ"ג סותר עצמו מסי' ס"ב לסי' ק'. ואני תמה על הפ"ת והפרמ"ג שקושייתם מ"ש אבמה"ח דלא אמרינן כמו בגה"נ היא קושית התוס' בחולין צ"ו ע"ב יעו"ש בד"ה אכילה כתיב ובפתחי הספרים תמהתי ע"ז וראיתי שהכרתי סותר דברי הפ"ת וכתב שכן הקשו התוס' ואני תמה על הפרמ"ג שמזכיר דברי

הכו"פ ובכ"ז כתב תירוצים על הקושיא של הפ"ת ולא זכר שכבר קדמו בתוס' וראיתי בראש יוסף שם האריך גם כן דלא כהפ"ת ואבמה"ח הוה בריה אף בכ"ש יעו"ש וע"כ קשה לסמוך על הפ"ת בזה. והנה בגוף שאלתו מבואר בלבושי שרד בחידושי דינים והוא העלה לאיסור מטעמים אחרים ע"ש ולא הזכיר דברי הפ"ת הנ"ל. אבל לפענ"ד כל שהשליך אחד ודאי יש לסמוך בזה דזה שנפל הוא האיסור ואף דהלב"ש שם כתב דדוקא כשנפלה ולא בהפילה. הנה לפענ"ד כל הטעם דהפילה אסור שלא יעשה כן במזיד הנה זה בשאר איסורים אבל כאן מלתא דל"ש שיחתוך הרגל קודם שחיטה ובודאי לא יעשה כן וכל כי האי לא גזרו בזה כל שהפיל אחד וכיון דאין איסורו רק מדרבנן ומשום גזירה בודאי בכה"ג ל"ש הגזירה דמי פתי יעשה זאת ולהטריף העוף ולעשות אכזריות כזאת להסיר הרגל בעודו חי פשיטא דבכה"ג יש לסמוך על הפ"ת בצירוף דהשליך אחד ומ"ש ר' אשר הנ"ל דשייך משום חהר"ל זה טעות דכ"ז שלא נחרך ל"ש ראוי' להתכבד כמבואר סי' ק"א גם באווזות ואף לאחר שנחרך כבר נתבטל כמ"ש הש"ך שם והכלים בודאי מותרין כל שיש ס' נגד הרגל דאינו רק מדרבנן כל שהשליך אחד בודאי שרי וכמ"ש וע"כ לא ידאג כלל כי ח"ו לא יצא מכשול מתחת ידו ולא כלב"ש שאסר אף הכלים ומטעם שכתבתי. ועוד יש סמוכים להתיר ולא רציתי להאריך כי הגיעני היום הרבה תשובות וד' ישפות שלום וברכה על דייני ישראל דלא ליתו לאנצויי. והנה אחר שגמרתי כל התשובות שהי' לי אז נתתי לבי לעיין במה שחידש הלב"ש במ"ש בחולין דף ק"ג אכל אבמה"ח ואבר מן הטריפה דלר"י דסבר לאו לאברים עומדת הוה איסור בת אחת ולר"ל דלאברים עומדת לא חל איסור טריפה ולפי זה חידש דכל שהתחיל לחתוך אחד מצומת הגידין נטרפה שוב לא חל איסור אבמה"ח על הטריפה ול"ש מתלי תלי וקאי דעכ"פ ברי' לא מקרי דלא נאסר מתחלת ברייתו והרי למ"ד לאו לאברים עומדת לא חל איסור אבמה"ח בעוד שלא נחתך לגמרי דהא לאו לאברים עומדת וע"ז דחי דלא ברור אי בהמה לאו לאברים עומדת ע"ש שהאריך.

ג והנה לפענ"ד אף אם נימא דלאו לאברים עומדת היינו דוקא בבהמה דכמו דאמרו בהמה בחייה לאו לשחיטה עומדת כדאמרו בחולין דף י"ד והיינו דלגדל עומדת ולחרישה ודוקא בבהמה אבל לפמ"ש הדמשק אליעזר הובא בכנה"ג ובכו"פ סימן יו"ד ע"ש דעוף עומדת לשחיטה ה"ה י"ל דעומדת לאברים וז"ש בהמה לאו לאברים עומדת דקדקו דוקא בהמה ולא עוף.

ד ומזה ראיה להדמשק אליעזר כנ"ל. מיהו גוף דברי הלב"ש אינם נכונים דמ"ש דל"ש בריה דלא נאסר מתחלת ברייתו ז"א דניהו דאינה עומדת לאברים אבל מתחלת ברייתו

אם רוצה לנתק אבר אחד ממנו הוה אבמה"ח וז"ב ופשוט. ועוד יש לי כמה הרהורים בדבריו שם. אך מ"ש דכאן אף בהפיל ל"ש לגזור אטו מזיד ז"ב לדעתי דלא כלב"ש שם:

סימן קד

א בענין אי קדים ותפס בדבר שאין הקנין נתפס.

ב במ"ש בהא דאמר ר"נ בב"מ דף ס"ו מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה אם הוא מטעם דמספק לא מוציאין ממנו או שהוא ודאי כן ומתורת מחילה נגעו בו. הנה פשטת הלשון מורה דהוא כן בודאי משום מחילה וכ"כ הסמ"ע סי' ר"ט סקי"ב והש"ך ס"ק ז' הסכים עמו בפשיטות אמנם מצאתי ברמ"ה הובא בנימוק"י בב"ק פ"ב גבי זה נהנה וזה לא חסר דכתב שם דאם לא קיימא לאגרא אף שזה השכיר בטעות א"צ לשלם לו דהו"ל קנין בטעות ול"ד להא דאמר ר"נ מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה דש"ה דניחא ליה דליקו בהמנותי' ואף אם לא קני לוקח ולכך כשתפס אינו יכול להוציא מספק ע"ש הרי שמשום ספק הוא כן ע"ש שהאריך ומן האמור נראה ברור דמכאן ראיה ברורה למ"ש הת"ה סי' שי"ג דבכ"מ שאין הקנין נתפס כגון דבר שלבל"ע או שאין בקנין ממש דמ"מ אי תפס הלוקח לא מפקינן מיניה והיינו משום דאמרינן דאף שידע המוכר שהלוקח לא קנה מדינא אפ"ה מחל לו כי היכי דליקו בהמנותי' וכמ"ש הרמ"ה בהדיא והש"ך סי' ס"ו ס"ק ס"ו חולק עליו וכתב דלא מסתבר כלל דנגד הלוה לא יהא מכירה ונגד הלוקח יהי' מכירה ולפמ"ש הרי הרמ"ה כתב כן בהדיא דאף דהי' יודע דלא קנה מכל מקום מחל לו וגם מ"ש הש"ך דוקא דידע ומחל כמ"ש הרא"ש מדברי הרמ"ה משמע דאף דלא ידע המוכר ששמיט ואכיל דאל"כ היה לו לחלק בין שכירות למכירה משום דשם בעת השכירות לא ידע וחשב שבאמת שייך לו הבית ואולי זה בעצמו חלוקו של הרמ"ה ע"ש היטב. אמנם באמת אחר העיון אדרבא מדברי הרמ"ה תיובתא דהת"ה דכפי הנראה בת"ה הבין ג"כ דנתפס הקנין בבירור כל דתפס ואלו להרמ"ה אינו רק מכח ספק דהרי שם היה המעשה שהרשה ראובן לשמעון שיקח המעות שיש לו ביד גוי ושמעון יתן לו מעות אחר בעדו ואחר כך נתחרט ראובן וכתב דאף דא"מ קנין במטבע מכל מקום כל שתפס שמעון א"י לחזור בו ושם שפיר יקשה במה קנה שמעון הא מטבע אינו נקנה בחליפין ולא שייך לומר דמחל לו דמה שייך מחילה בדבר שהוא בעין וגם הא אין קנין נתפס בו דבשלמא פירות כל שתפס זכה בהם כל דהוא מחל אבל מעות ל"מ מחילה ועיין במחנה אפרים הלכות זכייה מהפקר אי מחילה הוה הקנאה או רק סילוק שיעבוד וא"כ כאן ל"מ דאם נקרא קנין מה מועיל קנין מחילה מכל הקנינים בדבר שאינו נקנה כמו מטבע וע"כ דמתורת סילוק קאתינן עלה וא"כ ניהו דזה נסתלק אבל סוף סוף במה קנה

זה ובשלמא אי אמרי' דמדינא קני להו אם כן כל שזה סילק שעבודו מהגוי והוה מחילה קנה זה מתורת הפקר אבל להרמ"ה דאינו רק מכח ספק במה קנה זה בפשיטות וע"כ דס"ל להת"ה דהוה כודאי מחל לו. והנה מדברי הבעה"ת נראה ראי' להרמ"ה דאינו רק מכח ספק דהרי הבעה"ת כתב דדוקא תפס הפירות עצמן אבל תפס משכון ל"מ וביאר הטעם דמנה אין כאן משכון אין כאן ולכאורה צ"ב דבשלמא אם אמרינן דקנה משום המשכון שפיר שייך לומר דלא קנה כיון דמנה אין כאן משכון אין כאן אבל אם אנו דנין מתורת מחילה אף שלא קנה באמת א"כ לא שייך מנה אין כאן משכון אין כאן דסוף סוף כל שנתן לו משכון בעד המנה הרי מחל לו ולפמ"ש הרמ"ה א"ש דכיון דעיקרו בשביל ספק אם כן כל שלא תפס גוף הדבר לא מהני מה שתפס המשכון דבעינן שיתפוס באותו דבר ועיין מהרי"ט ח"א סימן ע"ב דדעתו דבכל התפיסות כל שלא תפס אותו הדבר עצמו רק בתורת משכון לא מועיל ע"ש וזה ברור. איברא דמדברי בעל העיטור נראה שהוא מתורת ודאי שהרי דעת בעל העיטור דאם כתב שטר ומסר לו שטר הו"ל כמאן דתפס ואם נימא דמטעם ספק אתינן עלה הא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכבר האריך הכנה"ג בסי' כ"ה בכללי הקים לי דאף אם אמרינן דבשטר אמרינן מיגו להוציא מטעם דאינו מקרי מוציא כ"כ אבל זה דוקא לענין מיגו להוציא אבל לענין ספיקא דדינא לא מקרי מוחזק ע"ש באות מ"ז ובכללי המיגו גבי מיגו להוציא בשטר שהאריך בזה ואם כן מה מועיל זאת והא מכל מקום לא הוה כתפס דהא לא מקרי מוחזק בשטר והוא קושיא גדולה ובאמת בדברי הבעל עיטור בעצמו היה מקום לומר דהרי הוא כתב זאת ליישב הא דקשיא ליה לרבוותא בהא דזבין לכתובה דאימי' בט"ה והא הוה מקנה דבר שלא בא לעולם ועל זה כתב דבשטר הוה כמאן דתפס ואם כן שם דמיירי בשטר כתובה ודעת אא"ז הב"ח ז"ל דבכתובה אמרינן דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ואף דהב"ש סי' ט' ס"ק ד' חולק עליו דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כבר כתבתי על הגליון דשאני כתובה דחשיבה מוחזקת טפי כמ"ש הב"ח והביא מהא דיבמות דף ל"ח ועיין בב"ח בחו"מ סי' ס"ז ועיין ש"ג בב"מ פ' המקבל עכ"ל על הגליון שם ואם כן כיון דכתובה חשיבה מוחזקת טפי אפשר דאף מספק מקרי מוחזקת ומכ"ש ללשון אחר שפירש"י דמיירי שיחד לה שדה לכתובתה ומת ואם כן בודאי מקריא מוחזקת ושפיר יכול למוכרו. אבל באמת הרמ"א העתיק סי' ר"ט הך דינא לענין כל שטר דאם נתן שטר מקרי כגבוי ובזה צ"ע דהא מכל מקום הוה ספק ולאו כגבוי דמי וכן קשה על ר"ת והרא"ש שכתבו דהמוכר שט"ח לחבירו אף דלא נקנה רק בכתיבה ומסירה אפילו הכי כל שגבה הלוקח קנה והא שם בשטר ודאי דלא מקרי כגבוי ואם כן מספק ל"מ תפיסה וע"כ דהו"ל כודאי מחל. הן

אמת דגם לטעם דמחילה גם כן קשה דהרי מתורת מחילה לא שייך רק אחר שגבה בזה אמרינן דאף דל"ק מ"מ מחל לו אבל כאן בעת שנתן לו השטר ורצה להקנות לו היה דבר שלבל"ע ולא מחל לו אז. ומה יועיל מחילתו והסמ"ע באמת רצה לפרש דברי הרמ"א דמיירי שנתן שטר לאחר שבא לעולם אבל במקור הדין בבעל העיטור מבואר דאף שנתן השטר בעת שלבל"ע קנה וכמ"ש למעלה בשמו וכן השיג הט"ז על הסמ"ע ע"ש ואם כן קשה במה קנה ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה למ"ש התה"ד דאף בדבר שאין הקנין נתפס אפילו הכי מועיל כל שגבה כבר וכ"כ לעיל שהשיג עליו הש"ך. ולפענ"ד דהעיטור ור"ת והרא"ש ע"כ סבירא להו כן דלכך מועיל שטר דכל שכתב לו שטר דהו"ל כתפס אם כן מועיל הקנין לגבי לוקח דניהו דלא מקרי מוחזק היינו לענין הלוה דא"י להוציא מידו דלא הוה קנין לגבי הלוה אבל מכל מקום לגבי הלוקח כל שכבר הוציא מיד הלוה שוב מקרי מוחזק וכל שגבה אחר כך מועיל הקנין. ובזה י"ל דבאמת ס"ל כהרמ"ה דלא הוה רק ספק רק דזהו דוקא לגבי הלוה ל"מ השטר מוחזק אבל לענין המוכר שפיר נתפס הקנין מספק וזה ברור מאד מאד.

ג ובזה נראה לפענ"ד ליישב לשון העיטור שהביא ראי' לדבריו מדברי האלפס שכתב בהלכות דכי אמרינן אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם היינו היכא דלא תפס אבל אי תפס תפס וה"נ כיון דכתב שטר הו"ל כתפס ומסתייעא ליה מדר"נ דאמר ומודינא דחי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומאד יפלא דמה ראיה הביא מהרי"ף במ"ש דאי תפס תפס לענין שטר וגם מה הביא מדר"נ הא הוא לא מיירי רק בתפס ומה ראיה לשטר וכבר הרגישו האחרונים בזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אם נימא לטעם דמועיל תפיסה הוא מתורת מחילה אם כן לא מועיל בשטר דשם עדן לא בא לעולם ומה מועיל השטר אבל באמת אם תפס תפס משמע לי' להעיטור דאינו מתורת מחילה רק דכל דתפס נתפס הקנין אף בדבר שלא בא לעולם וכמ"ש התה"ד ולכך לא הזכירו כלל מתורת מחילה דבאמת מחילה בטעות לא הוה מחילה והתוס' מחלקו בין זבינא למלוה אבל הרי"ף לא הזכיר מחילוק זה ואם כן ע"כ דהתפיסה בעצמה הוה קנין לגבי הלוקח וכמ"ש התה"ד אם כן שפיר מייתי מדר"נ ומהרי"ף דמשום דתפס אתי' עלה ולא משום מחילה וזה ברור. ובזה אני אומר דאף בלא ידע מועיל משום דהקנין נתפס והש"ך בסי' ס"ו השיג על התה"ד דדוקא בידע דשמיט ומשום מחילה ולפמ"ש אתי שפיר דברי התה"ד דאף בלא ידע מועיל וכמו שמועיל בשטר ואף דהרא"ש כתב גבי שטר עצמו דוקא שידע המוכר שגבה הלוקח כבר כ' התה"ד דזה דוקא לגבי הלואה ולא לגבי מכר ובאמת גם בהלואה גופא נראה דאף בלא ידע מועיל וכמ"ש במים חיים להפר"ח ז"ל דכיון משום

דאנן סהדי אתינן עלה אם כן אין חילוק בין ידע ללא ידע ע"ש. ואני מביא ראיה מדברי הרמ"ה הנ"ל שביאר בהדיא דכל שאם היה יודע היה מוחל ע"ש הרי דאמרינן דאף שלא ידע שגבה אמרינן דאנן סהדי דאלו ידע הוה מחיל ומשום דניחא ליה דליקום בהמנותי'. ותדע דמ"ל שלא ידע שגבה או בלא ידע שאין הקנין מועיל בדבר שלא בא לעולם וכיון דבלא ידע שהקנין אינו מועיל כתב הרמ"ה דאנן סהדי שאלו ידע היה מוחל ה"ה בזה וראיתי להקצה"ח שהשיג על מים חיים הנ"ל דכל דלא ידע שגבה הו"ל כיאוש שלא מדעת ולפענ"ד לא נהירא דהרי גבי ניחותא דמצוה אמרינן דמועיל אף ביאוש שלא מדעת ועיין בב"י יו"ד סי' של"א שכתב ליישב בזה דברי הרמב"ם גבי תורם שלא מדעת ובט"ז שם וא"כ כאן כיון דניחא לי' דליקום בהמנותי' וכמ"ש התוס' והרמ"ה שם אם כן אף בדבר שלא בא לעולם ולא ידע מועיל משום דהוה ניחותא דמצוה ועיין בתה"ד סי' ש"ך ודוק עכ"פ דברי הבעל העיטור נכונים. ובזה מיושב מה שהקשה הבני יעקב בביאורו להעיטור דכיון דהשטר הו"ל כמאן דתפס מכ"ש במשכון דעדיף משטר לענין הילך וכדומה אם כן אמאי כתב הבה"ת דבמשכון ל"מ בדבר שלא בא לעולם.

ד ולפמ"ש א"ש דשאני שטר דמועיל דכל דהו"ל כתפס א"כ נתפס הקנין אף בדבר שלא בא לעולם וכמ"ש התה"ד אבל במשכון דלא שייך קנין דאינו רק משכון ואם כן כל דלא תפס גוף הפירות א"כ ל"ק המשכון דמנה אין כאן משכון אין כאן וכל דלא תפס לשם קנין לא מועיל תפיסתו וזה ברור מאד. שוב מצאתי שגם המהר"ם אלשיך סי' ז' מפרש דמ"ש ר"נ דאם שמיט ואכיל דלא מפקינן מיניה הוא מתורת ספק ולא בודאי ע"ש שכתב כן עפ"י דרכו. שבתי וראיתי דמ"ש לעיל ראיה להתה"ד מהרמ"ה שפיר כתבתי דהיינו דלכך לגבי הלוקח נתפס הקנין דכיון דהוא ספק אם מחל לו אם כן לגבי המוכר שפיר א"י להוציא מיד הלוקח מספק אבל לגבי הלוה הו"ל ודאי הלואה וספק בפרעון דל"מ דהו"ל א"י אם פרעתיך והג"ת והש"ך סי' ס"ו שם האריכו להקשות דהיאך אפשר דלגבי הלוה לא יהיה מכירה ולגבי הלוקח יהי' מקרי מכירה ולפמ"ש א"ש דמהלוקח א"י להוציא מספק ולגבי הלוה יכול להוציא מספק וז"ב. ומה שהקשית דגבי טעות לא שייך מחילה יש ליישב דמכל מקום שייך מחילה דכל שכבר גבה מהלוה מועיל מכח תפיסה דלא גרע מהפקר כל שזה נסתלק מהשיעבוד וע"כ דברי התה"ד נכונים וכן קבע הרמ"א דבריו להלכה בסי' ס"ו ובסי' קכ"ו סעיף כ"ב ע"ש וכן עיקר לפענ"ד. ומדי דברי בדברי הרי"ף ובעל העיטור שכתבו דלכך הוה מצי למכור הכתובה משום דבתפס השטר מועיל אף בדבר שלא בא לעולם וכמו דאמר ר"נ מודינא דאי שמיט ואכיל ע"ש והדבר יפלא מאד כיון דלא תפס רק השטר ולא עצם הממון ל"מ תפיסה והרי מבואר בחו"מ סי' ק"ד ס"ג

בהג"ה דאם תפס שטרות אפילו המוקדם לא הוה כתפס ומטעם דאין זה מקרי קדם וגבה דהא עדן נשאר גוף החוב אצל הלוה וגם אם ירצה המלוה למחול החוב מצי מחיל וא"כ ה"ה כאן אם ירצה למחול מצי מחיל דאף יורש מוחל וא"כ מה מועיל מה דזה מקרי תפס והיא לכאורה קושיא גדולה. ולכאורה רציתי לומר דמקרי עכ"פ קנין דניהו דיכול למחול ולא גבה גוף החוב אבל הלוקח סמך דעתו כיון דתפס השטר ול"מ דבר שלבל"ע דכל הטעם אינו רק משום דלא גמר והקנה וכל שמסר לו גמר והקנה אף שלא מקרי תפיסה לגבי החוב אבל זה דחוק. אמנם לפענ"ד נראה דכיון דהו"ל דבר שלבל"ע ומטעם שמא תמות היא קודם או שמא ימות הבן קודם ואם כן הא גם למחול א"י בדשלבל"ע וכמבואר סימן ר"ט ס"ד וא"כ ממילא כ"ז שלא באו לעולם א"י היורש למחול ואח"כ כשיבא שוב הרי תפס השטר מקודם ול"מ דבר שלבל"ע וז"ב. ובזה יש ליישב דברי הסמ"ע בסי' ר"ט סקי"ג שכתב דמסירת השטר צ"ל אחר שבא לעולם דאם לא כן לא מועיל והקשה הט"ז דהא בהך דבעל העיטור מבואר דאף שכתב השטר מקודם מועיל ולפמ"ש גם שם אינו מועיל השטר מקודם רק לאח"כ ודוק

ה ובזה דחיתי מה שרצה המופלג הדיין מוה' אהרן מסטרעליסק לחדש דענין כתיבה ומסירה הוא דבאמת התוס' הקשו בב"ב דף ע"ג דהא דא"י להקנות שטרות מן התורה היא משום דהוה דבר שא"ב ולפי זה רצה הוא לחדש דבאמת קונה השיעבוד ע"י כסף והכתיבה דאל"כ יוכל לומר לו לאו בע"ד דידי את וכ"כ התומים אליבא דרמב"ם שאדם מקנה דשלבל"ע והמסירה היא כדי שיועיל דיהיה כתפס וכמ"ש הרי"ף גבי כתובה ובזה רצה לומר דזה טעמו של הרמב"ן דדעתו דאין נ"מ בכתב והדר מסר או איפכא והאריך בזה. ולפמ"ש א"א לומר כן דשם כיון דאינו מתפיס רק שטר לבד ל"מ תפס וכמ"ש סי' ק"ד דא"ל שא"י למחול דהו"ל דבר שלבל"ע דזה אינו דחוב מקרי דבר שבא לעולם ויכול למחול וכמ"ש המהרי"ק סי' פ"ט הובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק ע"ה דיכול למחול אף שלא הגיע עדיין זמ"פ ובגליון הש"ע סי' ר"ט הארכתי בזה וכיון שיוכל למחול שוב ל"מ תפס ובשלמא בכתובה שם לענין היורש לא מקרי דבר שלבל"ע דלגבי היורש לא נתחייב כלל להיורש דשמא לא תבא עוד לידי גבייה לא יהיה לו מה לירש אבל גבי המלוה מקרי דשלבל"ע אף שלא הגיע זמנו וז"ב ודוק כי הוא ענין חדש. והנה מהראוי להסתפק בתפס שטרא דמקרי ג"כ תפוס כמבואר בסי' ר"ט ודעת הט"ז דאף שתפס קודם שהיה בעולם מועיל אם צריך שיהיה השטר קיים כשבא לעולם ולפענ"ד תלוי בזה אם הוא בתורת קנין או שאינו רק ספק דאם הוא מתורת קנין דמחל לו וקנה אם כן כל שאינו בעולם בעת שראוי לחול הקנין הו"ל כק"ס דכלתה משיכתו דבתחלה לא הי' ראוי לקנות דהו"ל דבר

שלבל"ע ואף לר"מ כל שלא בא לעולם יכול לחזור ורק דבעת בוא לעולם קנה לה ואז כבר כלתה משיכתו וקנינו משא"כ אם הוא מתורת ספק עכ"פ מוחזק מקרי. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במ"ש המלמ"ל להסתפק במקדש אשה בקטנותו שיחולו לכשיגדיל אי מקרי דשלבל"ע דזמן ממילא קאתי והביא ראיה מהא דיכול לפדות בנו בתוך שלשים לכשיהי' בן שלשים אף דאם פדהו בתוך שלשים אינו פדוי וע"כ דזמן לא מקרי דבר שלבל"ע ותמהו עליו במקנה בק"א סי' מ"ג ובא"מ שם דשאני התם דעכ"פ נתנו לכהן והוא תפוס בפדיונו וא"כ בכל דבר שלבל"ע אי תפס לא מפקינן מיניה ועכ"פ בעת בואו לעולם הוא תפוס והוא תימה רבה על המלמ"ל.

ו ולפמ"ש אתי שפיר דשם נחלקו רב ושמואל אי מועיל גם בלאחר שנתעכלו המעות וא"כ לאחר שנתעכלו אינו תופס גוף הקנין ורק שזה שצריך להחזיר המעות בזה נקרא מוחזק וכל שאינו תפוס גוף הפדיון לא עדיף מאלו נתן לו משכון דל"מ כמ"ש הבעל עיטור הובא בב"י שם סי' ר"ט ועיין בבני יעקב וקצה"ח סי' ר"ט שהאריכו בזה דכל שאינו תופס גוף הדבר לא מקרי תפוס וה"ה בזה הרי אינו תפוס גוף הקנין ועל מה יחול הפדיון דבעת שהגיע לידו א"א לפדותו בתוך הזמן דגזירת הכתוב הוא דמבן חדש תפדה ואח"כ נתעכלו המעות וא"כ ע"כ דל"מ דבר שלבל"ע ומועיל הפדיון למפרע דלא הוה מחוסר זמן כמחוסר מעשה וכמ"ש המלמ"ל. ובזה י"ל מה שנסתפק המלמ"ל לענין עבד ושפחה שקבלו גט שיהיה חל לאחר זמן ובתוך כך קבלו קידושין אי מועיל וכתב במקנה שם כיון דיכול לחזור בו האדון בתוך הזמן בודאי ל"מ ולפמ"ש שם הוו כתפוסים בעצמם ולא שייך בזה דבר שלבל"ע ושם בודאי אף במחוסר מעשה מועיל. אך אחר העיון זה אינו דבאמת בגט שחרור לא מהני רק משום דידו וגיטו באין כאחת ואם כן כל עוד שלא נשתחררו אין להם יד ואינו מוחזק בעצמו דהו"ל כנתן שחרור והניחו בחצירו דלא בא לעבד דפשיטא דלא מקרי העבד תפוס בעצמו וה"ה בזה דהא יד עבד כיד רבו כל עוד שאינו משוחרר וז"ב כשמש ובזה נולד לי ספק חדש במשחרר לאחר זמן אם מועיל כלל ואם אולי צריך אחר כך נתינה חדשה אם נימא דבעבד ג"כ לא מועיל טלי גיטך מע"ג קרקע ועיין במכתב מאליהו ובא"מ סי' קל"ט וא"כ בעת שנתנו לו הרי לא הגיע לידו כלל והרי לא הגיע לידו בתורת גט שחרור ול"ד לנתן פקדון ביד אשה ומקדשה דשם עכ"פ מתחלה בא לידה בתורת נתינה דהיה לה יד לקבל אבל כאן הוה כהניח רבו הגט בידו וחצרו דעבד אין לו יד בפ"ע וצריך לחזור ולשחררו וא"כ פשיטא דל"מ הקידושין דעדן לא הי' כלל ענין גירושין בזה וז"ב ודו"ק ראה זה דבר חדש. ובגוף קושית ההפלאה על המלמ"ל דהו"ל כמו שמיט ואכיל דלא מפקינן מיניה נראה לפענ"ד דבפדיון לא שייך

זאת דבשלמא בכל דבר שלבל"ע דאין החסרון רק מחמת שאין דבר הקנוי בעולם א"כ כל ששמיט ואכיל מועיל אבל כאן דיכול להיות שלא יתחייב כלל כגון שימות קודם וכדומה לא שייך בזה דשמיט ואכיל וגם בשלמא כשנותן לו במתנה או מוכר לו דתלוי בהקנאה וגומר דעת אמרינן דבזה רצה לגמור דעתו ולמחול משא"כ בזה דמגיע לו מתורת גזירת הכתוב שיפדה וכל שאין זמן פדיון מה מועיל מה שרצה לגמור בדעתו שיפדה וז"ב כשמש. ובמ"ש למעלה להסתפק אם יכול לשחרר על אחר זמן דהוה כטלי גיטך מע"ג קרקע מצאתי לאחר זמן רב בהפלאה קידושין דף מ"ג שכתב בהדיא דל"מ דלא קיבל לידו כלל ואני תמהתי עליו מקידושין דף ס"ג ומצאתי בקידושין ס"ג בהפלאה שם שתבר לגזיזה הוא עצמו שם ע"ש גבי קנויה לך מעכשיו ויגעתי ומצאתי בתשובות כת"י שכתבתי ובתשובה בסוגיא דגיטין דף ח' בעבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסי קנויים לך שם ביארתי הדברים בשרשם דמועיל השחרור בכה"ג. והנה במ"ש דמועיל קבלת הגט שחרור לאחר זמן משום דיד עבד כיד רבו דמי ובא מרבו ולפי זה עכ"פ ברור בספיקו של המלמ"ל הנ"ל אם קבלו קידושין בתוך כך דודאי ל"מ דהא אין להם יד וממנ"פ אם מועיל הקידושין ויש להם יד שוב הו"ל טלי גיטך מע"ג קרקע וכמ"ש למעלה. והנה במ"ש למעלה הלא מראש בדברי הרמ"ה שכתב דאי שמיט ואכיל הוא מתורת ספק הנה אחר זמן רב מצאתי בב"י אהע"ז סי' קל"ב שרצה ליישב כן דברי הרא"ש והטור שכתבו דגם לאשה דעלמא הוה גט דאף דהוה דבשלבל"ע מ"מ מועיל דאינו רק ספק ובאיסור אזיל לחומרא והב"י דחה שהוא משום מחילה והרי בדברי הרמ"ה כתוב לאמר דהוא מטעם ספק ובאיסור אזל לחומרא. הן אמת דהדברים תמוהים דא"כ להרמ"ה בהך דמקדש לאחר שתתגייר או לכשתשחרר וכדומה יהי' חל הקידושין מספק וביותר תימה דבטוש"ע אהע"ז סי' מ"ם לא נתבאר כן והדבר צ"ע

ז והנה הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש ני' הקשה בהא דאמר רבי לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו ומזה דייק הש"ס בקידושין דף ס"ב דרבי ס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע וע"ז הקשה דהא מודה ר"נ בשמיט ואכיל דלא מפקינן מיניה וא"כ העבד דמוחזק בעצמו וא"כ למה לא יהיה כמו שמיט ואכיל. והשבתי כיון דאין לו יד רק דגיטו וידו באין כאחד א"כ כל שלא זכה בגט עדן יד עבד כיד רבו ול"ש דמוחזק בעצמו דעדיין לא זכה בעצמו ואף דעכ"פ בעת שבא לעולם הרי הוא מוחזק בשטר ושטר הוה תפס זה כבר הרגיש בהמקנה שם ע"ש שכתב דמיירי בנקבע השטר ולפמ"ש יש לומר דגם השטר לא מקרי מוחזק דאין לו יד והוה יד עבדו כיד רבו וא"כ עדן לא תפס שטרא כלל ולא קנה ומה שרצה מעלתו ליישב עפימ"ש הג"א בב"מ דף ס"ו שם דשמיט ואכיל

מועיל מתורת יאוש והרי רבי ס"ל בגיטין דף ל"ט דנתייאשתי מפלוני עבדי צריך שטר שחרור וא"כ גם כאן ל"מ. לא אמר כלום דאדרבא עכ"פ לרבי אין יכולין לשעבד בו כל שנתייאש ממנו ורק להתירו בב"ח צריך גט שחרור והרי נתן לו גט שחרור לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך וא"כ שוב למה לא יועיל והא לגוף השיעבוד מועיל היאוש וע"כ מחוורתא כמ"ש דכ"ז שלא נשתחרר ידו כיד רבו ולא תפס כלל ואינו מוחזק בעצמו וא"ל דעכ"פ נתייאש דזה אינו דכל שלא מועיל על דבר שלבל"ע ממילא לא הוה יאוש ואף שחשב שמועיל הו"ל יאוש בטעות ודו"ק ובלא"ה אין מקום לדבריו דכעת הוא עבד גמור רק כשיקנהו יהי' משוחרר וזה הקנין הו"ל דבר שלבל"ע וא"כ כל שהוה דבר שלבל"ע שוב לא התחיל החירות שיהיה מקרי מוחזק בעצמו דהרי כ"ז שלא קנהו הוא עבד גמור וז"ב ופשוט:

סימן קה

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המאוה"ג מעוז ומגדול וכו' מוה' זאב וואלף נ"י אבד"ק מארטאן.

ב מכתבו הגיעני בצירוף איזה מכתבים וכעת אני טרוד בכמה טרדות מבית ומבחוץ. ע"ד שאלתו על הראב"ד בהשגותיו פרק י"ב הלכה ב' דכתב הרמב"ם הוציאה גט ואמרה גרשני בעלי נאמנת אעפ"י שאינו מקוים והראב"ד השיגו דצריך שיתקיים בחותמיו ותמה כבודו מפני מה לא השיגו בפ' שביעי על הל' כ"ד והה"מ הביא שם השגות הראב"ד ע"כ דברי כבודו מאד תמהני מלבד שהה"מ הביא שם ג"כ השגת הראב"ד וע' בלח"מ שם אף גם דשם משום דאשה לא תקלקל עצמה משא"כ בשליח כמבואר שם.

ג מ"ש על דברת הנוב"י מהד"ת בסי' קל"ו קושית השואל דהביא סתירה בדברי המחבר בס' קנ"ב בסעיף י"ב כתב אשה שיש בידה מעשה ב"ד אינה יכולה להנשא בו ובסעיף ט' הביא שיטת הרמב"ם להלכה דאם הוציאה גט הרי"ז נאמנת כו' והאריך בדברי הנוב"י ובדברי הטו"ז ז"ל בס' קמ"ב בסופו גם אני כתבתי בגליון הש"ע דמקורו מהתשב"ץ וכעת ראיתי בשו"ת בית אפרים חאהע"ז סי' ק"י שהאריך הרבה אבל אז לא ראה דברי הנוב"י ואולי לא הי' נדפס אז מהד"ת של הנוב"י ויש לי אריכות דברים אבל הכל נכלל בדברי הב"א שם יעו"ש. מ"ש בדברי הטו"ז ס' קכ"ה ס"ק ה' דמדחה דברי הרמ"א שכתב כשהבעל מצוה לתקן דהוה כמחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה וכבודו רצה להמליץ בעד הרב רמ"א ז"ל עפ"י דברי הר"ן על מתניתין דהאשה כותבת את גיטה דל"ה מחוסר הקנאה כיון דלא הוי המעשה בגופו של גט דומיא דקציצה וא"כ כש"כ הכא כיון דגוף

הגרירה שרי ולא חשיב מעשה בגופו של גט גם הציווי של הבעל לא פוסל ע"כ דברי כבודו.

ד הנה מלבד דגוף דברי הר"ן תמוהין וכמ"ש הפ"י בחדושיו ואני הארכתי בזה בחבורי יד שאול סי' רס"ז יעו"ש אף גם ל"ד דכאן מקרי מחוסר גרירה דזהו בגופו של גט ולרב הנחוצה קצרתי כי בחדושי ליומא הבאתי דברי הר"ן וכתבתי שיש משמעות שם כדברי הר"ן ודחיתי זאת ואכ"מ דברי הדו"ש באהבה:

סימן קו

א בענין מקוה המבואר בשו"ת פנים מאירות ח"ג סי' מ"א.

ב הנה מ"ש הרב השואל שם לבאר דברי הרמב"ם בפ"ו דמס' מקוואות שכתב גבי אביק שבמרחץ וז"ל הרמב"ם בנא"י כמו שהביא התוי"ט לפי שהאבק כלי קודם היותו קבוע בארץ ואעפ"י שנתחבר לא יצא מתורת כלי להיותו קבוע לארץ וזהו אמרם עליו בתוספתא שלא נעשה לשמש אלא עם הקרקע וכתב התוי"ט ע"ז וצ"ע במשנה ט' פ"ח דכלים עוד שם פ"כ משנה ד' כתבו הרמב"ם והרע"ב דמשמש עם הקרקע דטהורה ע"ש והנה באמת שתמיה גדולה היא והנני יוסיף להפליא דלא היה צריך אריכות כ"כ דהרי זה ברור דכל דנעשה לשמש עם הקרקע הרי הוא טהור כמבואר פי"א דכלים משנה ב' דהדלת והנגר וכו' שנעשו לקרקע דטהור ע"ש וכ"כ בחבורו פ"ט מכלים ה"א וגם הדבר מבואר בתוספתא שם שלא נעשה לשמש אלא עם הקרקע משמע דאם נעשה לשמש עם הקרקע טהור. ומאד תמוה דאיך חשד למאורן של ישראל הרמב"ם ז"ל שיטעה בזה וגם שיסתור דבריו תכ"ד.

ג אך ביאור הדברים נראה לפענ"ד דבאמת הדבר תמוה דאם נימא דכל המשמש לקרקע הרי היא כקרקע וטהור דא"כ בצנור שקבעו ולבסוף חקקו דפסול הא משמש עם הקרקע וגם בהך דף של נחתומים דנחלקו ר"א ורבנן קשה הא כשקבעו בכותל הרי הוא משמש עם הקרקע וראיתי בתוס' חדשים בגליון התוס' יו"ט שרצה לחלק דניהו דבטל שם כלי מיני' לענין קבלת טומאה היינו משום דכתיב יותץ ומשמע כל ששייך נתיצה וז"א רק בתלוש ממש אבל בשאוב דכל ששם כלי עליו בתלוש לא מבטל תו שם כלי מינה ע"ש והדבר יפלא מאד דאיך אפשר שבטומאה דאורייתא יבטל שם כלי ממנו כל שמשתמש עם הקרקע ולענין שאוב דלדעת כמה פוסקים אינו רק מדרבנן יהי' עליו שם כלי ועיין בב"ב דף ס"ו דאמרו שאני שאיבה דרבנן וא"כ משמע דשאוב קיל. אבל באמת הדבר ברור כשמש דיש חילוק בין אם נעשה מתחלה לשמש עם הקרקע דאז מתחלתו לא חל עליו שם כלי כל שנעשה לשמש עם הקרקע משא"כ היכא שהי' מתחלה כלי בפ"ע רק

שקבעו בקרקע לא פקע שם כלי מינה וכן נראה מבואר בפירוש הרמב"ם פי"א דכלים משנה ב' וז"ל ושרש אצלינו אמרם כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע וזה כאשר יגיע עשיתו להיותו דבוק בארץ הנה לא תקבל ואפילו קבל הרכבה ע"ש הרי דבעינן שיהיה מתחלתו נעשה לשמש עם הקרקע ומעתה ל"ק מצינור דצינור שהי' כלי בפ"ע ואח"כ קבעו פשיטא דלא פקע שם כלי ממנו וכן בדף של נחתומים דהיה מתחלה דף לערוך עליו כלי פשיטא דלא נפקע שם כלי ממנו במה שנעשה אח"כ בקרקע. שוב האיר ד' עיני ומצאתי במס' כלים פ"כ משנה ד' מבואר כדברים האלו בפיהמ"ש שם וז"ל לפי שהכלי אשר יקבל טומאה כפי צורתו כאשר נקבע בכותל או בארץ הנה הוא יקבל טומאה כאשר הוא לפי דעת החכמים כמו שהתבאר מדעתם בפט"ו מזאת המס' גבי דף של נחתומים וכן בסוף חגיגה דף כ"ז והלכה כחכמים ואמנם יהיה המחובר לקרקע כקרקע ולא יקבל טומאה אצל החכמים כאשר נעשה זה הדבר בתחלתו בקרקע או נעשה לשמש עם הקרקע כמו שקדם עכ"ל הזהב. ראו עיני ושמחו שזכיתי לכוין דעת אמת בכוונת רבינו כמ"ש בהדיא. והנה האיר עינינו דכל שנעשה לשמש עם הקרקע אף שקיבל הרכבה כשר וטהור. ובזה מבואר היטב מה שכתב הרא"ש בתשובה וכ"כ הרשב"א וכן קיי"ל סעיף מ"ח דאם הסילון של מתכת מחובר לקרקע אפילו מקלח להדיא לתוך המקוה כשר שהרי אינו מקבל טומאה לפי שהוא בטל אגב קרקע ומקורו מהמשנה פי"א דכלים משנה ג'. ולכאורה יש לתמוה דש"ה שנעשה מתחלתו לשמש עם הקרקע משא"כ כאן דלא נעשה לשמש עם הקרקע. וראיתי בדגול מרבבה שהרגיש בזה וכתב דמפורש ברא"ש דדוקא היכא דנעשה הסילון מתחלתו לשמש עם הקרקע ותמה על הש"ע שלא ביאר כן. ובאמת שדברי הש"ע נכונים דכמו דבנעשה לשמש עם הקרקע כשר ה"ה בנעשה מתחלתו בקרקע דכשר ולכן שם דמיירי דנעשה הסילון מחובר לקרקע ולא נעשה כלי כ"א בקרקע בכה"ג ג"כ טהור אף שלא נעשה לשמש עם הקרקע וכן נראה מדברי רבינו בפ"ה דכלים משנה י"א הנה השרש אצלינו כל המחובר לקרקע הוא כקרקע ע"ש אף שלא נעשה לשמש עם הקרקע וע"כ כיון שלא נעשה התנור רק על הקרקע מחובר לקרקע הרי הוא כמו קרקע וז"ב מאד.

ד ובזה יש לומר הא דאמר הש"ס בב"ב דף ס"ו א"ה אפילו חקקו ולבסוף קבעו נמי ומשני שאני התם דאיכא תורת כלי עליו בתלוש ומשמע דדוקא בשאיבה דרבנן ובש"ע מבואר כמה פעמים דקבעו ולבסוף חקקו אף למ"ד שאיבה דאורייתא וכבר תמהו בזה רבים וכן שלימים הלא המה הנוב"י מהד"ת סי' קמ"ב ובביאורי הגאון מוהראו"ו ס"ז בהג"ה וכבר קדמם בשו"ת מהרח"ש ח"ג ובחידושי להלכות מקוואות הארכתי. ולפמ"ש אתי שפיר

דבאמת לאחר דמסיק הש"ס לחלק דכל דליכא עליו תורת כלי בתלוש לא טמא לרבנן וא"כ שם דקבעו ולבסוף חקקו דמתחלתו לא הי' כלי רק דנקבע בקרקע לכלי בכה"ג כשר דבטל מתורת כלי אף בטומאה דאורייתא כמ"ש באורך.

ה ומעתה מיושב דברי התוספתא הנ"ל ודברי הרמב"ם דבאמת דברי התספתא תמוהין דאמרו המת במרחץ הקמין טמא בקמין המרחץ טמא מפני האביק הנוגע באבק טמא וטהור בעלייתו ר"ש אומר הנוגע באביק טהור שלא נעשה אלא לשמש עם הקרקע ולכאורה תמוה דא"כ מ"ט דת"ק הא כיון שלא נעשה לשמש אלא עם הקרקע טהור כמבואר פי"א דכלים משנה ב' ואין חולק בזה ועיין בר"ש שהרגיש בזה וכתב דטומאה קלה מדרבנן יש בה ותדע דהא ר"ש מטהר לגמרי הנה רצה לרפאות שבר על נקלה והדבר יפלא דהא בנעשה לשמש עם הקרקע טהור לכ"ע אף מדרבנן. ולפמ"ש יש לומר דת"ק ורבנן נחלקו באמת בזה אם הוה נעשה מתחלתו לשמש עם הקרקע דת"ק ס"ל דהאביק הא לא נעשה מתחלתו לשמש עם הקרקע ולכך מטמא אבל ר"ש חידש דזו מתחלתו לא נעשה לשמש רק עם הקרקע וז"ב מאד להמעיין. ומעתה דברי רבינו מבוארים דהרי כתב דאף שנתחבר לא יצא מתורת כלי להיותו ניתן בארץ והיינו שלא נימא כיון שניתן בארץ טהור ע"ז כתב דכיון שהיה כלי ולא נעשה מתחלתו בשביל זה לשמש עם הקרקע אף שנתנו בקרקע טמא וזה שהביא ראיה מדברי ר"ש שאמר שלא נעשה לשמש אלא עם הקרקע ומשמע הא לת"ק כל שלא נעשה לשמש עם הקרקע אף שניתן בקרקע אח"כ טמא ודברי רבינו מבוארים. אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' ק"ט שהקשה השואל שם דא"כ בצינור דיש חילוק בין קבעו ולבסוף חקקו לחקקו ולבסוף קבעו ונפלוג בחקקו ולבסוף קבעו גופא בין חקקו תיכף ע"מ לקבעו ובין נמלך אח"כ ולבסוף קבעו והשיב הגאון ז"ל דיש חילוק בין שאובה דתלוי בשם כלי וכל ששם כלי עליו אף שאינו מקבל טומאה מכל מקום כלי הוא משא"כ לענין קבלת טומאה דאינן מקבלים טומאה כל שעשאם ע"מ לקבעם בקרקע והוא כעין חלוקו של התוס' חדשים וכ"כ לעיל דדבריו תמוהין וגם מה שהקשה מדף של נחתומים דגם דתקינו שהוא המביאו להיות מקבל טומאה הי' אחר שנקבע ומדוע יגרע מאם הי' מתחלתו נעשה לשמש עם הקרקע ע"ש ולפמ"ש יש ליישב ועיין בסדרי טהרה סי' קצ"ח ס"ק ס"ז בסופו שהאריך בזה ועיין בנוב"י מהד"ת סי' קל"ז ודו"ק.

ו והנה בק' נאדבורנא נעשה מקוה מים חמין וכך הי' עשייתה אשר בתוך המקוה הגדולה מי מעיין העמידו בצד אחד תיבה ועשו בה בשולי' שני נקבים קודם שקבעו אותה בארץ ואחרי העמדתה בתוך המקוה הגדולה סתמו נקב אחד בסיד וצרורות ונקב השני הניחו

פתוח שיכנוס דרך שמה המים להתיבה שיעור מקוה ואחרי הכנסו שיעור מקוה סתמו הנקב השני בברזא לא יפתח רק בעת צורך להכניס מים חדשים אחרי נקיון המקוה.

ז והנה בתיבה הנ"ל אחר שנכנס שמה מים בשיעור מקוה מהמקוה הגדולה ישפך בו עוד מים שאובין חמין בכדי להגביה בה המים עד יהי' בה שיעור טבילה המבואר בש"ע ובכל לילה שואבין בה המים קרים בסמוך לשיעור המקוה ושופכין מים חמין אחרים וע"ז חשש המופלג החריף מוה' צבי הירש ליב וואהל מחשש דנטל סאה ונתן סאה אשר הרמב"ם ז"ל חושש בכל המקוואות והש"ך ס"ק ס"ג חשש לדבריו והרי בכמה לילות יוכל המקוה לבא לכלו שאוב ואין לעשות הנקב השני בברזא גדולה להפתחו בעת הטבילה דהרי הנוב"י מהד"ת חושש בזה חשש זוחלין כי בעת נפתח הברזא יזובו המים מן התיבה לתוך מי המקוה עוד חשש לדעתי כיון דקי"ל א"א לצמצם וא"כ הבע"מ בעת עשייתו התיבה והשוליים להתיבה אין בידו לצמצם להעמידו בשוה ובודאי עומד צד אחד נמוך מעט ואולי השני נקבים הנ"ל המה בצד אחד הגבוה מעט ובצד השני נמוך מעט ומקבל מים שם כ"ש שלא במסומך והי' מההכרח לשום ד' נקבים בד' זויותיה ולסתום ג' ע"י סיד ואחד שע"י יכנסו בו המים להתיבה הנ"ל לסותמו בברזא ע"כ דברי השואל הנ"ל.

ח והנה מ"ש דגם אם עושין נקב השני בברזא גדולה יש לחוש לדעת הנוב"י הנה כוון בזה למ"ש במהד"ת חלק יו"ד סי' קמ"ב וכבר מבואר במגן גבורים ח"ב סי' קנ"ט סתירת דבריו דע"י הברזא לא מקרי כלי ע"ש בתשובה לק' בערקסאז. ובאמת מ"ש מעלתו דיש לפקפק על הנוב"י במ"ש דמקרי זוחלין ואמאי הא הוה כעירב מקוואות וכמו מקוה שנחלקה לשתים דכך לי נחלק לרחבו או לגבהו כל שיש מחיצות סביב המים שבחוץ לכלי הוה כמקוה בתוך מקוה ולא נקרא זוחלין רק אם יוצא לחוץ. הנה לא ידעתי מהו שח כי הנוב"י לשיטתו דס"ל דמקרי עי"ז סתימת הברזא כלי גמור שמקבל טומאה ופשיטא דהוה הוייתן ע"י דבר המקבל טומאה ואין ענין מקוה לתוך מקוה לזה דזה כלי הוא ולא מקוה אבל במגן גבורים שם מבואר דלא נקרא כלי כלל ואין לחוש בזה ושוב הוה מקוה בתוך מקוה. ובזה הן נסתר ג"כ החשש דנטל סאה ונתן סאה דבאמת אינו רק חומרא בעלמא כמ"ש התשב"ץ הובא בש"ך ס"ק ס"ג אבל אין זה רק מפני מראית עין שיאמרו שכלו הוא שאוב. וראיתי בדגול מרבבה שכתב דבמקום שהוא מעיין הנובע אין לחוש שידוע שמעיין זה אין דרכו לפסוק עכ"ל. אמנם זה דוקא בהמקוה שהוא על המעיין אבל בתיבה זו שאדרבא עיקר חמימות הבא בשביל השאוב שפיר יש לחוש שמא תהי' כלו שאוב אבל עכ"פ לפתוח הנקב השני בברזא גדולה להפתחו בעת ששופך

בו מים שאובין ולסתמו אח"כ לפענ"ד אין שום חשש. אך מה שחשש שמא הנקבים הנ"ל בצד אחד הגבוה מעט ובצד השני נמוך מעט ומקבל מים כ"ש שלא במסמוך. הנה מ"ש דא"א לצמצם דקי"ל א"א לצמצם הנה בידי אדם נחלקו בזה הפוסקים ועפר"ח יו"ד סי' מ"א ובכו"פ סוף סי' ס"ג אבל החשש הנ"ל הנה אף שבמי מעיין אין לחוש כ"כ כמבואר סעיף מ"ם ע"כ דכיון דאנן מחמרינן גם במי מעיין גם כאן יש חשש שיהיה כלו שאוב ע"כ יעשו נקב בצד השני ג"כ שאז יצא מתורת כלי לגמרי כנלפענ"ד. והנה דרך אגב אזכיר מה שרצה הרב החריף ומפולפל מוה' מענדיל העליר בהגאון החריף מוהר"ץ ז"ל בעהמ"ח ס' טיב גיטין לפרש הענין דלא יטבול בכיפין וגם ענין שאוב דפסול דבאמת צ"ב היאך עלתה טבילה לו להאדם הטמא הא בעלותו למים הוא מטמא המים שנגעו באדם טמא והגיד לי שהרשב"א הרגיש בזה ולא ידעתי כעת מקומו וע"כ רצה לפרש כיון דהמים הם בקרקע וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואינו מטמא ולכך כשהוא בכפין שאז אינו מחובר לקרקע שוב נטמאו המים ולכך גם שאוב שאינו בא מהקרקע הוא טמא ורצה לתלות בתלוש ולבסוף חברו דלכך כשבא השאוב למים הוא טהור. והנה אם כי הוא טוב להשמעת אזנים אבל אינו מכוון דמלבד דא"כ מה יענה לר"א דס"ל שגם המחובר בקרקע אינו כקרקע אף גם דא"כ יקשה דא"כ במקדש לא היה פוסל שאוב דהרי משקה בית מטבחייא הי' דכן ולא נטמאו כלל ואף שיש להמעיין בסוגיא דפסחים דף ט"ז ליישב אבל הדבר א"א לאמרו וע' ביומא דף ל"ה כמה טרחות טרחו לענין החמין שהכניסו להכהנים כמ"ש המרדכי בהלכות מקוואות ועיין בירושלמי ביומא שם ואף שיש לומר דשם דהטבילה הראשונה היתה על בית הפרוה דאינו קדש לא הוה כמשקה בית מטבחייא אבל משאר טבילות קשה וגם גוף הדבר שהקשה דהמים בטל. הנה אף כי הגיד שכ"כ בספר חתם סופר בשם הרשב"א הנה אין הספר חתם סופר בידי לעיין אבל חתם סופר ועד כשר שמעיד כן. אך לפענ"ד נראה דבאמת כל שבא בתוך הארבעים סאה פשיטא דהטהרה קדמה לטומאה ועיקר קושייתו הי' דטרם שבא כלו לתוך המים עוד נטמאו המים שלא נטהר האדם עדן ואח"כ נטמאו המים האחרים אבל גם זה לא קשה שהרי המים שנגעו בשטח הגוף בטלו לגבי המים האחרים מתורת זריעה והשקה כמשפט מים טמאים שבטלו בזריעה והשקה ואיך שייך טומאה ועיין בריטב"א בחידושיו למכות דף ד' גבי הטובל בים הגדול ותמצא סעד לדברי ובב"י סי' ר"א בבדק הבית הובא דברי הריטב"א האלו ע"ש ודו"ק

ט ואגב אומר במה ששאל אותי הרב החריף מוה' פייביל שרייער מבוטשאטש נ"י להקשות על המהרי"ק שכתב דמעיין כשר בכ"ש דכיון דלענין כלים שם מעיין עליו אף

בכ"ש א"כ ממילא שם מעיין עליו אף לאדם וע"ז הקשה דא"כ מקוה שרובו שאוב דפסול לשיטת הפוסקים מן התורה והא מן התורה מקוה שאוב כשר לכלים כל שיש בו מעט שאינו שאוב.

י ולפענ"ד ל"ק דשאני מעיין דעומד במקומו וחשוב ובכה"ג לא שייך דלבטל הכ"ש ברוב שאוב הבא עליו דהא המעיין עומד במקומו והרי לכך כשר בכ"ש לכלים משום שעומד במקומו ולא שייך דלבטל ברובא בדבר שעומד במקומו וחשוב וכה"ג כתב הר"ן פרק בתרא דע"ז גבי המערה מצרצור קטן דלא שייך קמא קמא בטל בדבר שעומד במקומו וחשוב ע"ש משא"כ מקוה דאינו דבר חשוב ועומד במקומו כל שרובו שאוב מבטל ול"ש אינו שאוב דרבה עליו ודו"ק. ומצאתי בתוס' בכורות דף ג' ד"ה אין שתקשו לרב ולאבוה דשמואל ולשמואל דאמרו אין המים מטהרין בזוחלין אלא פרת ביומי תשרי היאך נטהרו מצורעים ובמה מקדשין מי חטאת בערב פסח דאמרו בפסחים דיש טבילה לזב בע"פ והזאה איך הי' מזין על טמאים בפסח שני ועל מישאל ואלצפן ועל כל טמאים של מתי מדבר והלא הי' רחוקים מפרת וכתבו דמן התורה קמא קמא בטיל ורק דגזרו שמא ירבו הנוטפין על הזוחלין ואז בימי משה לא גזרו עדיין וע"ז כתבו דלא יתכן הטעם הזה לפי מה שפירשו בפרק הלוקח בהמה דכל שחוזר ורבה האיסור עד כדי שיש בו שיעור לאסור חוזר וניער ע"ש הרי דכתבו ג"כ דיש לומר דקמא קמא בטל ולפ"ז אם נימא דדבר העומד במקומו חשוב טפי יש ליישב קושית התוס' על ר"ת הנ"ל ודו"ק ובחידושי כתבתי בזה דבר נחמד ליישב דברי הראב"ד פ"ו מק"פ שכתב בהלכה ב' דמעשה כי הוה ששחטו וזרקו עליהם קודם טבילה והזאה וסברו שיעלו ואח"כ עבר זמן שחיטה ונדחו והקשה בהגהת מחנה אפרים וכן הקשה כבוד אבי מורי הגאון נ"י בגליון הרמב"ם שלו טרם שנדפס מח"א מהא דאמרו בסוכה דף כ"ה דיליף דעוסק במצוה פטור מן המצוה מהך דטמאי מת שחל שביעי שלהן להיות ביום השביעי וא"כ ע"כ כדברי הרמב"ם דלראב"ד מנ"ל דהא היו יכולין לעשות הפסח אי לא עבר זמן השחיטה וכבר הרגיש בזה הריטב"א בסוכה שם ע"ש.

יא ואמרתי בזה דהנה כבר אמרו בגיטין דף סמ"ך דפ' פרה נאמרה ביום שהוקם המשכן וע"ש ברש"י דלא הי' יכול להיות מקודם דבעינן והזה נוכח פני אהל מועד והנה ביומי ניסן הי' הגשמים מתרבים ולכך עביד להו מקוואות ביומי ניסן שבחורף השלגים רבים והם נוטפין מרובין על הזוחלין והוצרכו להמתין עד שיכלו מעט מעט ויהיו הזוחלין מרובין וא"כ יש לומר דלא יכלו לעשות אפר הפרה עד יום ז' ניסן וא"כ הי' מגיע יום שביעי של טמאי מת בע"פ ונמצא בשעה שנטמאו לא ידעו באמת דאולי ירבו הנוטפין

על הזוחלין ולא יהיה להם מי חטאת להזות עליהם ואפ"ה נתעסקו במת וע"כ דעוסקי במצוה פטורין מן המצוה. ויתכן יותר לפמ"ש רש"י דפרשת טמאים היינו אותן הטמאים לנפש אדם והקשו בתוס' בגיטין שם ובפסחים דף וא"ו דהא אותן טמאים היו שחל שביעי שלהן להיות בע"פ. ולפמ"ש אתי שפיר דמקודם לא היו להם אפר פרה ולא יכלו להזות עליהם ושפיר יליף מזה דעוסק במצוה פטור מן המצוה ואף דקמא קמא בטיל כל שרבו הנוטפין אף הראב"ד מודה דחוזר וניעור וכמ"ש הפר"ח ביו"ד סי' צ"ט באורך ע"ש ודו"ק היטב

יב ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם שכתב שם דטמא מת שחל שביעי שלו להיות בע"פ דאין שוחטין וזורקין עליו וכתב דאותן האנשים לא יכלו לעשות פסח ביום ההוא משום דחל שביעי שלהן להיות בע"פ והקשה הראב"ד דלמה לא יוכלו לעשות. ולפמ"ש יצא לו לרבינו מהא דאמרו בסוכה דעוסק במצוה פטור מן המצוה ואם איתא לדברי הראב"ד היו יכולים לעשות וא"ל דלא הי' להם מי חטאת דיש לומר דרבינו פוסק כאידך דשמואל דנהרא מכיפיה מבריך וכמ"ש ר"ת וא"כ למה לא יוכלו לעשות הפסח וע"כ דטמא מת שחל שביעי שלו בע"פ נדחה לפסח שני.

יג ובזה יש ליישב ע"ד הפלפול הא דהקשה הראב"ד מהא דאמר רב דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ משום דכתיב איש כי יהיה טמא לנפש ומי לא עסקינן דחל שביעי שלו להיות בע"פ דהיינו טמא שרץ ואפ"ה אמר רחמנא ידחו ודלמא דכל שחל שביעי שלו להיות בע"פ דינו כטומאת שרץ. ולפמ"ש רב לשיטתי' דס"ל דסהדא רבא פרת וא"כ ס"ל דאין מטהרין בזוחלין אלא פרת ביומי תשרי וא"כ לדידיה יש לומר דמה שלא יוכלו לעשות הפסח הי' משום דלא הי' להם מי חטאת אבל לאחר שהי' להם אפר פרה והקב"ה אמר דאיש כי יהיה טמא לנפש דהיינו לדורות וא"כ שפיר הו"ל כטמא שרץ אבל הרמב"ם דלא פסק בזה כרב שפיר מוכח דלא דחי כל שחל שביעי שלו בי"ד ודו"ק היטב כי חריף הוא. והנה במ"ש למעלה ליישב דברי המהרי"ק עיינתי אח"כ במהרי"ק סי' ג' שכתב בפירוש דבטל במעיין לפי שעומד במקומו ע"ש ובזה נראה לפענ"ד דאף לפמ"ש המהרי"ק שם וכן קי"ל סעיף מ"ם דאף במעיין מחמירין לניקב הכלי ששואבין בו מכל מקום נראה לפענ"ד דעכ"פ לענין שינוי מראה דפוסל במקוה בזה בודאי אינו נפסל במעיין דהרי קי"ל דשינוי מראה אינו שייך במעיין כמבואר ברשב"א ובראב"ד וא"כ לפ"ז אם נפל ג' לוגין מים שאובין ונפל לתוכו יין ושינו מראה המקוה אפ"ה לא פסול משום דעכ"פ במעיין לא שייך שינוי מראה ואף דמהראב"ד והרשב"א נראה דשינוי מראה תלוי בשאיבה דכל מקום ששאיבה פוסל גם שינוי מראה פוסל ולפ"ז כיון דמחמרינן גם במים

לניקב הכלי משום דכיון דבעי באדם מ' סאה פסול שאיבה אף במעיין וכמ"ש התה"ד ומהרי"ק שם מכל מקום נראה לפענ"ד דכיון דענין שינוי מראה לא נזכר כלל במעיין א"כ ניהו דלענין שאובין מחמרינן אך במעיין דבעי ארבעים סאה לאדם והשאיבה פסלה אבל לענין שינוי מראה בודאי לא מחמרינן. ותדע דהרי בסעיף מ"ם כתב הרמ"א לניקוב הכלי אף במעיין ואילו לענין שינוי המראה מבואר בסעיף כ"ח דאינו נפסל במעיין ולא הגיה כלום וגדולה מזו כתב שם דאף המקוה שנפסל אם המשיכו עליו ממעיין המעיין מטהר אותו אפילו לא חזרו למראיתן.

יד והטעם נראה לפענ"ד דבמעיין דהמים באים בתולדה במקורו לא שייך שינוי מראה דאי אפשר שישתנו המים בעצמותם וא"כ לזה שוב המעיין מטהר בכ"ש ואף דבאדם בעי מ"ם סאה הא יש במעיין מ' סאה שהוא כשר ולא נשתנה מראיתו ואף דבמקוה שנשתנה למראיתו של חציו אם אין במים שלא נשתנה מ"ם סאה לא יטבול בו כמבואר סעיף כ"ו היינו דוקא במקוה אבל במעיין כיון דנובעים מהמקור וא"כ יש במעיין בעצמותו מ' סאה שלא נשתנו שוב כשרים אף אותם שנשתנו משום דהמעיין בעצמותו א"א להשתנות כנלפענ"ד ברור. ובזה נראה לי מה שהוגד לי בשם הרב הגאון מוה' נתן אבד"ק ראווא ני' שאמר ברוצים להכשיר המקווה וחוששים שלא יחזור שלשה לוגין מים שאובין ונותנים יין בהמקוה שלא יפסלו המים שאובים קודם שיפתח המעיין ורצה הגאון הנ"ל לחדש דגם בדם נוכל להכשיר דכל דהוא גוף המשקה אינו פוסל רק במי צבע הוא דנפסל כמבואר במכות דף ג' ושאל אותי הרב מפאטליש ני' אם נוכל לסמוך ע"ז. והנה מצד הסברא דברו הגאון מראווא נכונים אף שלא נזכר רק יין דמ"ל יין או שאר משקין וכן משמע מהרמב"ם פ"ז ממקוואות שמזכיר גם דם אם שיש לי קצת מקום עיון ברמב"ם שם דבתחלה הזכיר דם ושאר מי פירות ואח"כ אינו מזכיר רק מי פירות ולומר דדם הוא בכלל מי פירות זה דחוק ועכ"פ מצד הסברא ודאי הדברים נכונים אך כ"ז במקוה שאינו מעיין אבל במעיין נראה לפענ"ד דאין חשש כלל וכמ"ש דבזה לא שייך כלל שינוי מראה ודו"ק. והנה במ"ש למעלה דבטל ברוב במעיין לכאורה קשה לי במה דאמר רב מטרא במערבא סהדא רבה פרת שמא ירבו הנוטפין על הזוחלין והו"ל מי גשמים רובא וקשה דלמה הוצרך רב לחוש שמא רבו מי גשמים הא אף שהזוחלין רבו מכל מקום הא רב ס"ל דמב"מ במשהו וא"כ כל שיש משהו מי גשמים שוב פסק תורת מעיין לטהר בזחילה. גם קשה לי דהיאך אמר הש"ס דלשמואל פליג דידיה אדידיה דשמואל ס"ל דנהרא מכיפי' מתברך והרי אמר שמואל בעצמו דאין המים נטהרים בזוחלין אלא פרת ביומי תשרי ומה קושיא דניהו דמכיפי' מבריך אבל מכל מקום כל שיש עכ"פ מי גשמים מועטים הו"ל

מב"מ במשהו והיא קושיא גדולה ונפלאה ולא מצאתי בכל תוס' שבסוגית שבת דף ס"ה ובכורות דף נ"ו שמפלפלים הרבה ולא העירו בזה. (ומצאתי אחר שנים רבות בשו"ת חתם סופר סי' רי"א שהקשה כן) ולכאורה רציתי לומר דלפמ"ש הריטב"א בע"ז דף ע"ג דרב ושמואל דס"ל דמב"מ במשהו לא פליגי אדרבנן דר"י דס"ל דמב"מ ברובא ובששים מדרבנן רק דס"ל דזה מהתורה אבל מדרבנן ס"ל לרב ושמואל דלא בטל במשהו וא"כ מדאורייתא כשר הוא וא"כ לא שייך לחוש שמא בא ממי גשמים דהו"ל ספיקא דרבנן ולכך הוצרך רב לחוש שמא רבו הנוטפין על הזוחלין ושמואל שפיר ע"כ חולק מדידיה אדידיה. אך עדיין קשה דהא עכ"פ הוה דבר שיש לו מתירין כיון דיכול לעשות מקוואות וא"כ בדבר שיל"מ בודאי לא בטל ושפיר עביד אבוה דשמואל מקוואות ומהיכן מוכח דפליג אדשמואל וגם שמואל עצמו דאין מטהר בזחילה אלא ביומי תשרי משום דאז לא הוה כלל מי גשמים משא"כ בשאר השנה דהו"ל דבר שיל"מ ודוחק לומר דלא שוה בשמא דזה נקרא מי מעיין וזה נקרא מי גשמים ולר"י דמב"מ במשהו או בדבר שיל"מ אזלינן בתר שמא. אבל ז"א דכלהו מים מקרי רק דשם לווי יש לזה מי מעיין ולזה מי גשמים אבל כלם מים שמם. אמנם אחר העיון נראה לפענ"ד דבר ברור עפמ"ש התה"ד סי' רנ"ד להקשות דמ"ש שאוב דפסלו המקוה לגמרי ואפ"ה כל שיש בו מקוה כשרה אף שרבו מי גשמים לא פסלו ומ"ש נוטפין דבעצמו כשר למקוה ולמה יפסל כשרבו על הזוחלין אף שמטהר בכ"ש וכתב דשאובין שהפסול בשביל שתלוש כל שיש מקוה כשרה מועיל מתורת זריעה להיות התלוש כמחובר אבל במקוה לא נתכשרו הנוטפין דאין פסולו משום תלוש ומה מועיל הזריעה ועיין ט"ז סי' ר"א ס"ק ג' שהאריך להקשות על זה.

טו ולפענ"ד כוונת התה"ד פשוט דמ"מ הוציא אותו מידי זחילתו דמעיין הוא זוחל בעצמותו משא"כ מי גשמים שאינו זוחל והו"ל כנפסק הזחילה דפסול ועכ"פ אותן המים שנתבטלו במי מעיין המרובים אבל הם בעצמותם ישנם שם ודלמא טובל באותן המים שאינם זוחלין ואינם מטהרים ואטו אפשר שיתבטלו ממציאותן והרי הם הרוב וא"כ מ"מ טובל במי גשמים ולפ"ז כל שרבו הזוחלין א"כ מה בכך דמב"מ לא בטל אטו אפשר לומר דבטל הזחילה מהמעיין והוא באמת טובל במי מעיין דהרי אזלינן בתר הרוב והרוב מים הם זוחלין וא"כ מה בכך שיש בו מי גשמים אטו אפשר לומר שהמים של גשמים המועטים יבטלו המים המרובין של מעיין וניהו דלא בטל דיו שיפקיע את עצמו אבל לא שיוכל להפקיע המי המעיין מתורת זחילה וא"כ הוא טובל במי המעיין המרובין וז"ב כשמש

טז ובזה אפשר לומר דלא יפלוג שמואל דידיה אדידיה דלפמ"ש הב"י בסי' ר"א בשם הראב"ד הובא בט"ז שם דפרת כשמגיע לבבל הוא כלה בקיץ ובימות הגשמים רבים עליו הגשמים וממשיכין אותו והו"ל כאילו המעיין עומד ע"ש וא"כ ניהו דנהרא מכיפיה מבריך אבל מ"מ לא בטל דבאמת הוה מב"מ ובכ"ש וכאן לא שייך לומר דאין המעיין המועטים מפקיעין מידי זחילה דהא כלה בימי הקיץ והגשמים ממשיכין אותו ושפיר אסור לטבול בו ולכך לא טבל אלא בימי תשרי שאז מימיו פרין ורבין.

יז ומה דאמר דפליג דידי' אדידיה והיינו אבוה דשמואל על בנו שמואל כמ"ש רש"י בבכורות דף נ"ז שם לחד פירושא. ועכ"פ הדבר שכתבתי בישוב דברי הש"ס אתי שפיר ונכון. ועמ"ש הב"ח לחלק בין שאובין שפסול מדרבנן בעלמא משא"כ נוטפין שהוא מן התורה והט"ז השיג עליו ותמהני עליו דבתה"ד סי' רנ"ד שם בהג"ה כתב כן בעצמו וא"כ הי' מקום לומר דלדברי הריטב"א דמב"מ במשהו לרב ושמואל הוא מדרבנן ושוב דמי לשאובין ודו"ק היטב. ולכאורה קשה לי דלמה לא נוקי המעיין בחזקתו ולא ניחוש שמא רבו עליו המי גשמים. אך נראה כיון דעכ"פ רואין אנו שהנהר גדול ובודאי ירד רק שהספק הוא שמא רבה הנוטף על הזוחל או לא עכ"פ לא שייך להעמידו בחזקתו שהרי ראינו שירדו לו גשמים ודמי להא דכתבו התוס' בכתובות דף כ"ג דכל דזרק לה קידושין ספק קרוב לה או לו לא אזלינן בתר חזקה וה"ה בזה ובחידושי אמרתי בזה לפמ"ש התוס' ביבמות דף פ"ב דבתערובות לא שייך להעמיד על חזקתו וביאור הדברים כמ"ש האחרונים דאין אנו מוציאין הדבר מחזקתו במה שאמרינן שמה נתערב בו דבר איסור דמכל מקום היתר לא נתהפך לאיסור וה"ה כאן דלפמ"ש אף לרב ושמואל דמב"מ במשהו מ"מ לא יוכלו להוציא הזוחלין מחזקתו א"כ עכ"פ לא שייך להעמידו בחזקתו דעכ"פ עד שרבו הנוטפין הי' הזוחלין בחזקתם וגם כשרבו לא יוכל לטבול דחיישינן שמא טובל ברוב הנוטף אבל לא יוכל לבטל הזוחל ממציאותו וא"כ לא שייך בזה חזקה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הנמוקי יוסף בנדרים על רמב"ן פ"ד שכתב דוקא כשיש נהר גדול אבל באין הנהר גדול כשר לטבול בו דיש ספק שמא לא ירדו ואת"ל ירדו דלמא לא רבו הנוטפין על הזוחלין וקשה לי דהא לא הוה ס"ס המתהפך דאת"ל שרבה הנוטף א"כ שוב לא שייך לספק שמא לא ירדה וא"ל כמ"ש הש"ך בשם הרמ"ע מפאנו דמתחלה צריכין אנו לדון שמא לא הי' כאן ספק דז"א דכאן שראינו שנהרות רבו יותר ממה שהם רק שאין הנהר גדול כ"כ.

יח ולפמ"ש יש לומר דבאמת יש לאוקמא אחזקתו וא"כ טפי יש לספק שמא לא ירדו כלל ולא אתרע החזקה כלל. וראיתי בנימוק"י שם שהביא בשם הרמב"ן לחלק בין כשרבה

בעיקר המעיין ובמקום קביעותא ובין כשרבה במקום המשכתו והריטב"א ז"ל כתב שלא נתברר יפה החילוק ולפמ"ש למעלה בשם הר"ן דכל דבר שעומד במקומו חשוב אף שרבה עליו מ"מ הדבר העומד במקומו חשיב טפי ומבטלו א"כ זהו חלוקו של הרמב"ן בין כשרבה במקור המעיין ממקום קביעתו אז אינו מבטל להמעיין משא"כ במקום המשכתו ודוק היטב. והנה במ"ש למעלה ליישב שיטת הרמב"ם והראב"ד בפ"ז מק"פ אחר זמן רב ושנים רבות נתעוררתי במ"ש רש"י בגיטין דף סמ"ך ד"ה פרשת טמאים ולר' לוי יכולים הי' לטהר עד ט"ו ולא נזקקו לפסח שני אא"כ לא יטהרו ונדחק המהרש"ל בח"ש שלמאי הוצרך לומר להם דין פסח שני הא היו יכולים לטהר קודם פסח שהי' להם שתי שבועות ע"ש שכתב שלא ידעו עדיין מדין טומאת מת וטהרתו באיזה יום יטהר ומ"ש ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא היינו שביום ההוא עדיין לא ידעו מתי תפסוק טומאתן וגם מהרש"א נדחק בזה ולפמ"ש א"ש דבאמת אם הי' להם מי פרת אבל בשאר מימות חששו להפשרת שלגים והי' נוטפין מרובין על הזוחלין וחשוב יומי דניסן אולי לא יכלה קודם פסח או עד יום ח' עכ"פ ולא יהיה להם מים. ובזה י"ל הא דאמר ר' יצחק בסוכה דף כ"ה אם נושאי ארונו של יוסף כבר הי' יכולין לטהר ואם משאל ואלצפן יכולין הי' לטהר ומה קושיא הא י"ל דרבו נוטפין על הזוחלין ולא הי' יכולין למצוא אפר פרה ממים חיים וכמ"ש התוס' בבכורות דף נ"ו שהבאתי למעלה ולפמ"ש אתי שפיר דיש לומר דר' יצחק ס"ל דנהרא מכיפי' מבריך וא"כ יכולין הי' לטהר. ובזה מדוקדק מ"ש בארונו של יוסף כבר הי' יכולין לטהר ובמשאל ואלצפן אמר יכולין הי' לטהר ודקדקו בזה המפרשים. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מ"ד נושאי ארונו של יוסף ע"כ לא ס"ל הא דר' לוי דטמאים נאמרו בר"ח וכמו שהקשו התוס' באמת על רש"י בגיטין שם וא"כ זה שאמר כבר הי' יכולין לטהר ואף דלא הי' להם אפר פרה לא נאמרה רק בו ביום מ"מ אם נטמאו קודם פשיטא שהי' יכולין לטהר ג"כ אף בלי אפר פרה אבל למ"ד משאל ואלצפן היו אמר שיכולין הי' לטהר והיינו דנהרא מכיפי' מבריך. שוב נזכרתי מש"ס נזיר דף נ"ד בקבר אמר ר"ל זהו קבר שלפני הדיבור וע"ש ברש"י שפירש דקודם מתן תורה אינו מטמא והתוס' תמהו דעכ"פ במגע ומשא מטמא וכדאמר רבינא. ובאמת שיש בזה עקולי ופשורי ודעת הרבה פוסקים דאף במגע ומשא לא מטמאו ועיין בב"י סי' שע"ב ביו"ד ובמלמ"ל פ"ג מאבל שהאריך בזה. אמנם עוד כתבו התוס' דקבר שלפני הדיבור היינו קודם שנאמר פ' טומאת מת דסד"א אדם כי ימות באהל מפרשה זו ואילך דוקא ע"ש ולפ"ז נראה לי ברור דאף דמרבינן היינו דלאחר שנאמר פרשת טמאים מטמא אף מה שהי' קבר קודם הדיבור אבל קודם הדיבור דפרשת אדם כי ימות באהל בודאי לא הי'

מטמא ולפ"ז לפמ"ש המהרש"ל דלא הי' נאמר פרשת טומאת מת כלל וא"כ פשיטא דקבר שלפני הדיבור דארונו של יוסף דהי' לפני מתן תורה ממש ומכ"ש קודם הדיבור של טומאה א"כ כבר הי' יכולים לטהר ולכך קאמר לשון כבר אבל במשאל ואלצפן אמר שהי' יכולים לטהר. ובזה יש ליישב מה שהקשו בתוס' גיטין שם מריה"ג דאמר ארונו של יוסף ותמה המהרש"א דזה קושית הש"ס בסוכה ונדחק ולפמ"ש אתי שפיר דהתוס' פירשו דקושית הש"ס היא בפשיטות דהי' להם זמן לטהר וע"ז הקשו התוס' דכיון שהי' קודם הדיבור של פרשת טמאין לא הי' צריכין טהרה כלל וכמ"ש ודו"ק היטב. ומצאתי בספר אורות יקרות פ' אחרי שהביא בשם המהרש"ל בחכמת שלמה שתירץ הקושיא דכבר היו יכולין לטהר דכיון דפרשת פרה לא נאמר עד אותו היום א"כ לא הי' יכולין לטהר בלי אפר פרה.

יט והנה חפשתי במהרש"ל בסוכה שם ולא מצאתי ולדעתי א"א לומר כן דעיקר הקושיא מדלא יכלו לעשות הפסח והיינו בע"פ ואז כבר הי' להם אפר פרה דביום שני לחדש נשרף הפרה ועיין ברש"י סוכה שם שציין כן וכ"כ הריטב"א שם וז"פ. וגם המהרש"ל פה לא הבין כן ונדחק בקרא דביום ההוא ועיין במהרש"א. שוב מצאתי בצל"ח בפסחים דף צ' בדרושו הארוך שם הביא בשם הברית אברהם שהקשה דלמ"ד דנדב ואביהוא מתו בפנים למה לא נטמאו המשכן והכלים וכתב דפרשת טמאי מת לא נאמר עד הזמן הזה וע"ז בנה יסודו דאף אחר שנאמר פרשת טומאת מת לא נטמא למפרע ע"ש שבנה יסוד בחריפות והנה בתשובה אחת הרסתי כל בנינו וכעת אומר שלא הזכיר דברי הש"ס בנזיר דף נ"ד דמשם הי' לו לבנות יסודו וכמ"ש ות"ל מה שאמרתי בזה הוא חריף ועמוק. ויש להמתיק במ"ש ר' יצחק כבר הי' יכולים לטהר דבאמת אף דמרבה קבר שלפני הדיבור היינו כיון דעכ"פ נאמר אח"כ פרשת טומאת מת א"כ הרי הקבר כעת מטמא שהרי ישנו הטומאה בעולם בקבר הזה אבל נושאי ארונו של יוסף כיון שאז לא נטמאו וא"כ הי' יכולים לטהר עד שנאמרה פרשת טומאת מת ואיך שייך שיטמאו למפרע וזה קושית ר' יצחק נושאי ארונו של יוסף כבר הי' יכולין לטהר ואיך נטמאו אח"כ ולפ"ז יש לומר דהתוס' הבינו הקושיא כפשוטו דכבר הי' יכולין עד הפסח וע"ז הקשו התוס' דכל דלא נאמר פרשת טומאת מת כלל איך נטמאו כלל בארונו של יוסף משא"כ במשאל ואלצפן דבאותו יום נאמר וכמ"ש הזית רענן דטומאת מת נאמר קודם ולא טומאת אהל והובא בצל"ח שם ודוק היטב כי הדברים שמחים

כ והנה אחר שנים רבות בשנת תרי"א טו"ב אדר שני בלמדי מס' מקוואות מצאתי דבר נפלא ברמב"ם בפ"ד משנה א' המניח כלים תחת הצינור כתב וז"ל ובתחלה אקדים לך

שדבר המשנה כלה הוא בגולה שלא יפסול את המקוה וזה כמי שהתבאר בתוספתא בזאת ההלכה צינור שחקקו ולבסוף קבעו פוסל את המקוה קבעו ואח"כ חקקו אינו פוסל את המקוה וכבר התבאר בש"ס ב"ב דף ס"ו סבת זה והוא שהעיקר אצלינו שאיבה דרבנן ר"ל שמקוה עשוי ממים שאובים אמנם הוא פוסל מדרבנן ולזה נסתפקו אם הי' עומד העץ בקרקע ובנאה ואח"כ חקק בה גולה ולא יסתפקו בזה אם חקקו ולבסוף קבעו לסבה אשר הביאו הואיל ותורת כלי עליו בתלוש שכל מה שיזול עליו הנה הוא בתלוש ע"ש הנה האיר עינינו במה שנתקשו כלם וכמ"ש למעלה דהיאך פסקו הטוש"ע וכל הפוסקים דבחקקו ולבסוף קבעו הוא דפסול אבל קבעו ולבסוף חקקו אינו פוסל את המקוה והא בב"ק אמרו שאני שאיבה דרבנן וא"כ בכלו שאוב דהוא מן התורה איך הכשירו וכבר הבאתי למעלה קושית הנוב"י מהד"ת סי' קמ"ב והגאון מהרא"וו בביאורו לש"ע וכבר קדמם המהרח"ש שהפליא בזה. וכעת ראיתי שבשו"ת חתם סופר סי' קצ"ח הרחיב הדיבור בקושיא זו כמעט שלא מצא מענה ולפמ"ש הרמב"ם אתי שפיר דהרמב"ם ז"ל מפרש הא דנחלקו ר"א ורבנן בקבעו ולבסוף חקקו היינו לפי שכל שהמקוה כשרה רק שהמים הם שאובין ונמצא שהמקוה עשוי ממים שאובים זהו רק דרבנן אבל בחקקו ולבסוף קבעו שהמקוה גופה תורת כלי עליו בתלוש שכל מה שיזיל עליו הנה הוא שאובין ובזה פסול לכ"ע ולא נסתפקו כלל בזה וזו סברא ברורה לפענ"ד ולדבריו מה דאמרו שאובה דרבנן היינו שהמקוה שעשוי ממים שאובין אינו רק דרבנן ואף דבכלו שאוב הוא מן התורה אבל כאן באמת הוה בנין במחובר לקרקע ועכ"פ אין המקוה בעצמותה שאוב דהיינו תורת כלי ובזה לרבנן אינו פוסל את המקוה אבל אם הי' תורת כלי עליו בתלוש פסול מה"ת וזה דאמרו בב"ב א"ה חקקו ולבסוף קבעו נמי ומשני שאני התם דהוה עליו תורת כלי בתלוש והיינו דבזה הוה גוף המקוה שאוב דהוה פסול תורה ודוק היטב. והנוב"י שם רצה לחלק בין אם הצינור בעצמו הוא המקוה או שהמקוה בפ"ע בקרקע והצינור בא לפסול המקוה ע"ש ובאמת דמלבד דגוף הסברא לא מסתבר אף גם דמה שהביא ראיה מהרשב"ם ד"ה ומתמה גמרא מכלל דשאיבה דאורייתא וכו' ובאמת שם אליבא דר"א קיימינן דאמר אף בחקקו ולבסוף קבעו כשר כל ששאיבה דרבנן ולכך מחלק שפיר בין שהצינור הוא עצמו מקוה או שהמקוה בפ"ע כשרה דכל שהיא כשרה אף שהצינור חקקו ולבסוף קבעו אינו מהראוי לפסול אבל להיפך לומר לרבנן חילוק דאף שקבעו ולבסוף חקקו פסול אפ"ה כל שהצינור בא לפסול המקוה כשר זה לא מסתבר כלל לפענ"ד. שוב ראיתי דהכוונה ברמב"ם פשוטה דהוא ס"ל שאוב מדרבנן אפילו בכלו שאוב כדמשמע מדבריו פ"ד ממקוואות ולכך אמר דמקילין משום דשאוב

מדרבנן וא"כ נהפוך הוא דמבואר ברמב"ם להדיא דאם שאוב פסול מה"ת לא מקילינן בקבעו ולבסוף חקקו וא"כ אדרבא מזה תיובתא על הפוסקים

כא והנה בדברי הרמב"ם פ"ז מק"פ הנ"ל והראב"ד כבר הבאתי למעלה דלשטת הראב"ד קשה טובא היאך יליף הש"ס מזה דעוסק במצוה פטור מן המצוה כיון דבאמת הי' יכולים לטבול ולהזות עליהם רק שעברו זמן השחיטה וכבר נתקשה בזה בהגהת מחנה אפרים ובהרבה ספרים ובאמת הריטב"א בסוכה הרגיש בזה וכ"כ בזה וכעת נראה לי דבר חדש דהנה באמת הכל תמהו במה דשאלו אנחנו טמאים לנפש אדם למה נגרע והא תשובתם בצדם בשביל שנטמאו לנפש אדם לכך א"א להם להקריב בטומאה וגם לשחוט עליהם א"א ועיין בחידושי ריטב"א. והנה לשיטת הרמב"ם יש לומר דבאמת הא גופא שאלו אחרי שהם בי"ד וכבר טבלו והזו ואפ"ה אסור שאלו למה נגרע והא שוחטין וזורקין על טמא שרץ הואיל וראוי לערב וה"ה טמא לנפש אדם כל שראוים לערב למה יגרעו כמו שבאמת הראב"ד חלק עליו מטעם זה. אך לשיטת הראב"ד קשה למה לא טבלו והזו מקודם וא"כ לימרו לנפשייהו שהפסידו על עצמם. אך נראה דבאמת צ"ב אחרי שרואים אנו שהי' בני אדם של צורה ששאלו כהוגן ומשה רבינו הוזקק לשאול פי ד' איך לא זרזו עצמם שיטבלו ויזו עליהם מקודם. אמנם נראה דהכי הי' שאלתם דהם סברו כיון דהם עוסקין במצוה ופטורים מן המצוה מהראוי שישחטו ויזרקו עליהם אף שהם טמאים דבשלמא אם הי' נטמאים במקרה ע"ז אמרה תורה דטמא לא יאכל בקדשים משום דפשע שנטמא אבל הם שטמאו עצמם בידים למצוה הי' נראה להם שהם אינם בכלל טמאים וזהו אמרם אנחנו טמאים לנפש אדם היינו שלא נטמאים במקרה רק טמאים, ובזה מדוקדק בלשון אנחנו טמאים לנפש אדם והיינו שטמאנו עצמינו לשם מצוה למה נגרע ומעתה שפיר למדו מזה דעוסק במצוה פטור מן המצוה.

כב ובזה מיושב היטב מה דהקשו המפרשים מהיכא מוכח דעוסק במצוה פטור מן המצוה והא לפי דעתם חשבו שיוכלו לטהר עצמם ועפ"י בסוכה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם הם ידעו דטמא אסור בקדשים רק שסברו בשביל דהם עוסקים במצוה לכך לא הוו בכלל טמאים ושפיר מוכח. והנה בלמדי עם תלמידיי ני' פרק הישן שנתרי"ב בר"ח אלול הקשו אותי דמהיכן מוכח דעוסק במצוה פטור מן המצוה הא שאני מת מצוה דדחי פסח כדיליף מולאחותו כמבואר בברכות דף י"ט ע"ב ואף אם הי' מת מצוה ופסח בבת אחת ג"כ הי' נדחה פסח (אך להמעיין בתוס' ד"ה משום ימצא דשם לא הי' מת מצוה גמור דהי' יכול להיות ע"י טמאים ע"ש היטב) ובאמת שהיא לכאורה תימה רבה. אך נראה דבאמת יש לומר דפסח היא עשה שיש בה כרת ואינו מהראוי שמת

מצוה ידחה וגם כאן אח"כ בצריכותא דה"א דפסח שיש בו כרת לא ידחה אף שעוסק במצוה ורק דבאמת פסח יש לו תשלומין בשני כשהוא טמא וא"כ בכה"ג שפיר מסתבר שהמת מצוה ידחה ובאמת יעשה פסח שני. ולפ"ז זהו לפי האמת אבל אז דלא ידעו שטמא נדחה לפ"ש וא"כ שפיר נלמד דעוסק במצוה פטור מן המצוה ודוק היטב. והנה לכאורה קשה לי לשיטת הראב"ד דהי' שוחטין עליהם קודם טבילה והזאה ואח"כ עבר זמן שחיטה ק"ל טובא דהרי אמרו בסנהדרין מ"ז דאכל חלב והפריש קרבן והמיר וחזר בו הואיל ונדחו ידחו ומפרש הש"ס שם דאפילו שיש בידו לחזור נראה ונדחה הוה דיחוי והתוס' כתבו שם דאף דיחוי מעיקרו ס"ל לר' יוחנן דהוה דיחוי א"כ מכ"ש בנראה ונדחה א"כ כאן הוה נראה ונדחה שהרי בשעת שחיטה היו יכולים לטבול ולהזות ולשחוט אח"כ אם כן אחר שעבר זמן שחיטה הוה נראה ונדחה ובכה"ג הוה דיחוי בודאי ועדיף מכל נראה ונדחה דשם נראה ממש וכאן בעת שנראה לא הי' נראה ממש רק שהי' יכול להיות נראה וא"כ הו"ל נראה ונדחה ואיך ביקשו שיהיו יכולין לשחוט ולזרוק עליהם. ולכאורה רציתי לומר דאדרבא כיון שהי' צריכין למעשה שיטבלו ויזו עליהם א"כ הוה כלא נראה מעיקרא והוה דיחוי מעיקרו אלא דאכתי קשה למ"ד דגם דיחוי מעיקרו מקרי דיחוי. אמנם נראה לפמ"ש דמה שחשבו שמותר בלא הזייה וטבילה הוא משום שהם עוסקים במצוה ואינם בכלל טמאים שוב לא שייך בזה נראה ונדחה דהם גם כעת נראים דהם אמרו שאינם בכלל טמאים כלל וא"כ אתי שפיר ודוק היטב כי הוא ענין נחמד ונעים. והנה בהך דקבעו ולבסוף חקקו שנתקשו כלם דהא בב"ב אמרו דוקא בשאיבה דרבנן מועיל הקביעות ולבסוף בנה כעת נראה לי דבר חדש דהנה דברי הרא"ש בתשובה כלל ל"א סי' ז' הם תמוהים במ"ש דאם נתחברו בבנין עם הקרקע או שמונחים בתוך הקרקע נתבטלו עם הקרקע וטהורים והדבר תמוה דבמה יתבטלו דכל שלא נעשו מתחלה לשמש עם הקרקע במה יתבטל וכבר האריך בזה בשו"ת נוב"י מהד"ת חיו"ד סימן קל"ז. ולפענ"ד נראה דהנה בפ"כ דכלים מבואר במשנה ה' כופה שקבעו בנדבך קבעו ולא בנה עליו בנה עליו ולא קבעו טמא קבעו ובנה עליו טהור ולפ"ז ראינו דאף בנין בלי קביעות וכן להיפך קביעות בלי בנין טמא אבל בנין וקביעות ביחד מועיל ע"ש ובזה ביאר בשו"ת מהר"ם פדוואה סי' ל"א לענין השליבות של עץ כיון שקבעו בבנין והוה מים שצפו עליהם הוה כבנין הוה כקבעו ובנה עליו ובזה מיושב כל תלונת הט"ז סי' קצ"ח עליו והאריך בזה בסדרי טהרה שם ס"ק ס"ג ע"ש. הן הן דברי הרא"ש בתשובה דמה שהגדולים פסלו אותן המקואות שהמים באים להם ע"י הסילונות הוא בשהסילון מונח ע"ג קרקע ולא נתחברו בבנין עם הקרקע אבל אם נתחברו בבנין עם הקרקע או

שמונחים בתוך הקרקע נתבטלו עם הקרקע וטהורים והיינו דקביעות ובנין ביחד לכ"ע מתבטל לגבי הקרקע ולכך כל שמונחים בתוך הקרקע והמים צפין ע"ג קרקע או שנבנה עליו א"כ הוה קביעות ובנין ביחד וזה מותר אליבא דכ"ע וז"ב כשמש לפענ"ד. ומעתה כל הא דפלפלו הש"ס ב"ב הנ"ל בצנור מיירי שמונח על שטח הקרקע ולא נתחברו לא בבנין עם הקרקע וגם לא טמונים בתוך הקרקע כמ"ש הרא"ש בהדיא ובזה צריך לטעם דשאיבה דרבנן אבל הטור שכתב גזית שקבוע בארץ ונתמלא במי גשמים וא"כ המים צפין ע"ג הוה כבנין וקבעו ולכך אם קבעו ולבסוף חקקו הי' מועיל וכן בתשובת הרשב"א המבואר בש"ע ס"ז בהג"ה מיירי בקבעו ובנה עליו דבזה מועיל כל שקבעו ולבסוף חקקו אליבא דכ"ע ולכך כתב המחבר בסעיף מ"ח דאם הסילון של מתכות מחובר לקרקע כשר והנוב"י סי' קל"ז נתקשה בזה דהא בעינן שיהי' נעשה מתחלתו לשמש עם הקרקע וכ"כ בדג"מ שם. ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא כשעומד בקרקע בלי חיבור ואינו טמון בקרקע ובאופן שיהי' כמו בנין וקביעות אבל כל שמחובר עם הקרקע והיינו ע"י בנין בזה סגי אף שאינו טמון בתוך הקרקע וז"ש הרמ"א שם ואין חילוק בין אם טמון תחת הקרקע או לא והיינו שהטמינה אינה מעלה רק דהוה כבנין אבל כל שנבנה עם הקרקע בודאי מועיל כמ"ש הרא"ש אבל צינור שמיירי שלא נתחבר להקרקע באמת אינו כשר רק בשביל דשאיבה דרבנן אבל לטבול בתוכה באמת אסור וז"ב כשמש לפענ"ד וכ"כ הרא"ש בסוף נדה לפרש דשוקת שבסלע דה"ה אם קבע האבן וחברו בקרקע ואח"כ חקקו כדאיתא בב"ב והיינו דבעינן קבעו ולבסוף חקקו אבל כאן צריך שיחברה בקרקע ע"י בנין וז"ב. ומה שהקשה הנוב"י ממה דאמרו בשבת דף נ"ח של בהמה ועשאו לדלת אעפ"י שקבעו במסמרים טמא ולפמ"ש לק"מ דהא שם הוה חקקו ולבסוף קבעו ובודאי טמא אף שקבעו במסמרים ובעינן שיהיה מתחלתו נעשה לשמש עם הקרקע וראיתי בב"ח בסי' קצ"ח שהאריך בזה לחלק בין אם הי' מתחלה שם כלי עליו דאז ל"מ מה שקבעו אח"כ בין אם לא הי' עליו שם כלי והיינו כמו שחלקו בין קבעו ולבסוף חקקו בין חקקו ולבסוף קבעו גבי צינור מכ"ש לענין שיטבול בתוכו או ע"ג דשייך גזירת מרחצאות בודאי ל"מ אף שהי' ע"י בנין רק בקבעו ולבסוף חקקו וז"ב ונכון. גם מ"ש הב"ח לאסור בכ"ח משום גזירת מרחצאות והאריך דלפי המסקנא גם כן דטעם משום גזירת מרחצאות והש"ך חולק עליו בס"ק מ"ג. ולפענ"ד הי' נראה דדברי הב"ח נכונים ולא מטעמי' דכיון דלהס"ד דמשום גזירת מרחצאות אסרו בכ"ח משום זה וכמ"ש התוס' שם אם כן אף למה דמסיק הש"ס משום בעתותא מכל מקום מה שהי' נאסר לפי הס"ד גם לפי המסקנא נשאר וכמ"ש התוס' ביבמות דף מ"ב לענין מינקת דאף דהש"ס נתן טעם אחר מ"מ מה

שיוצא לדינא לפי הטעם ראשון זה לא נתבטל ע"ש וה"ה כאן. ובזה מיושב היטב מה דפסק בש"ע או"ח סי' קנ"ט ס"ז דאין ליטול לידים מאותן אבנים הקבועים לכותל ועשה להם בית קיבול ובט"ז תמה שם דהא בנט"י דרבנן מהראוי לומר דלא מחשב קבוע אף שקבעו ולבסוף חקקו דהרי מה"ת הוה כלי ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דחברו בבנין בכותל פשיטא דחשוב מחובר וכמ"ש ועיין בתוס' בשבת י"א ע"ב ד"ה אלא דאף דאין כרמלית בכלים מ"מ כיון דהגת נתחבר לקרקע לא שמיה כלי ע"ש הרי דכיון דמחובר לקרקע על ידי בנין בטל מתורת כלי הרי דלענין איסורא דרבנן כמו כרמלית הוה כרמלית ועיין שו"ת פמ"א ח"ג סי' מ"א מ"ב יעו"ש. והנה מצאתי כעין זה דכל שטמון בקרקע יש לו דין קרקע לענין שבת ג"כ כדאמרו בשבת דף קכ"ו כי פליגי דחברינהו בארעא ופירש הר"ן וכן קיי"ל בטוש"ע א"ח סי' ש"ח דחביות הקבורים בקרקע לגמרי דמי לכיסוי קרקעות אבל בכסוי הכלים המגולים אעפ"י שמחובר לקרקע דמי לכסוי כלים הרי דטעון בקרקע שאני ואף דהתם במגולים אף שחברו בקרקע ע"י טיט הוה ככלים התם שאני דאינו רק שנראה ככסוי קרקע ולכך כל שהוא מגולה אינו נראה ככסוי קרקע אבל עכ"פ מבואר שם בדף קכ"ה כיון דחברי' בארעא כגופי' דארעא דמי והא דבעי נתיצה הוא משום דמכל מקום שייך ביה יותץ דהתורה ארבי' דבעי נתיצה אבל יש לו דין גופא דארעא ודו"ק. ודרך אגב אזכור מה שתמהתי על שו"ת נטע שעשועים קי' כ"ד שהאריך בענין ניצוק וקטפרס והעלה דבנהר ודאי הוה ניצוק וקטפרס חיבור ע"ש שתמה על הריב"ש שכתב דמעולם לא שמענו שיהיה ניצוק חיבור. והנה בתוס' בכורות דף נ"ו ד"ה אין מבואר בשם ר"ת בזה"ל ונראה שהם בטלים ברוב שהרי כל הנהרות מחוברין לים הגדול ביותר מעירוב מקוואות ותחלת הנהרות אינם קטפרס שזה דרך חיותן ואין הקטפרס מחברן הנה מבואר דאם הי' קטפרס לא הי' נקרא חיבור בשביל דקטפרס אינו חיבור וא"כ סתם נהרות כל שאין בהם מ"מ סאה רק ע"י קטפרס לא הוה חיבור ושאני התם דעיקר הפסולין משום דהוה מי גשמים מעורבין אבל כל שהפסול בשביל שחסר מהשיעור הקטפרס אינו חיבור וז"ב ועט"ז סי' ר"א ס"ק ג' בסופו

כג והנה בשנת תרי"ז י"ד חשון הגיעני תשובה מהרב מוה' נתן ני' אבד"ק קילקיב שעושה מקוה חדשה ושאל אותי שהחמיר כמה חומרות במקוה ובענין קבעו ולבסוף חקקו שהאריך הנוב"י וכ"כ הכל למעלה. אמנם עוד שאל שמי המקוה בא ע"י סילון המושך מהנהר ובכל עת שצריכין מים להמקוה פותחין פה הסילון סמוך להמקוה וכשנתמלאית סותמין פה הסילון בטיט וצרורות ונסתפק אי מה שפותחין ע"י אדם חשוב כבא ע"י מקבל טומאה דהיינו ע"י אדם כמו בנט"י דמה שמסיר הברזא חשוב כבא מכח גברא

וה"ה כאן. והנה הדבר פשוט דלא מקרי בא ע"י אדם דגוף המים אינו בא ע"י אדם רק שמסיר הסתימה ועי"ז באה המים וניהו דלענין נט"י מחשב כבא ע"י גברא היינו במה שהסיר המונע אבל כאן שבעי שגוף הווית המים יבא ע"י דבר המקבל טומאה ובכה"ג שלא בא ע"י האדם ל"ח הווייתו ע"י טומאה והרי לענין סתימה ג"כ יש מתירין ע"י דבר המקבל טומאה ואני כתבתי ראיה מהא דשמואל דעביד מפצי ביומי תשרי ושיטת הרמב"ם פ"ט ממקוואות הי"ג דעשה כדי שיקוו המים ולא יהיו זוחלין והרי מפץ מקבל טומאת מדרס מה"ת כמ"ש הרמב"ם פ"א שם ה"ד וע"כ דמותר לסתום אף בדבר המקבל טומאה והיינו דאינו רק מונע שלא יצא ומכ"ש בזה שאינו בא הווית המים ע"י אדם ודו"ק וכעין זה ברמב"ן הובא בט"ז או"ח סי' תקי"ח ס"ט ודו"ק. שוב ראיתי בר"ן פ"ב דשבועות גבי לא תעמוד אשה ע"ג כלי ותטבול הובא ביתה יוסף סי' קצ"ח שכתב בשם הראב"ד דדבר המקבל טומאה אסור משום גזירת מרחצאות והקשה ממפצי דעביד שמואל וכתב דהיה לצניעותא בעלמא ע"ש ולפ"ז לפירוש הרמב"ם דעשה כדי שיקוו המים על ידו קשה וע"כ דכל שאינו רק סותם בזה לא אכפת לן והיא ראיה נפלאה ת"ל אבל דברי הרמב"ם פ"ט ממקוואות סותרין למ"ש פ"א ממקוואות וצ"ע:

סימן קז

אודות הרבני מו' צבי הירש בן הרבני מו' אברהם מראזדיל שנלכד במצודה רעה וכפי הג"ע שהביא מהרב אבד"ק גלינא וב"ד ומהרב דק' סטרעטין וב"ד ומהב"ד דק' טורקא שאשתו נכפית ר"ל. והנה הדין מבואר בש"ע אהע"ז סי' קי"ז סי"א דאם רוצה לגרש אשתו נכפית כופין אותה לקבל גט ואין בזה משום חדר"ג ואף שהח"מ והב"ש ושו"ת מהר"ם מלובלין האריכו בזה ובשו"ת נוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ק"ד האריך בביאור דברי הרא"ש דלגרש בע"כ אינו רשאי רק לכוף אותה שתקבל גט זה רשאי לעשות אבל אם תעמוד במרדה אינו יכול לגרשה בע"כ וכ"כ בהפלאה בק"א סי' קי"ז. הנה באמת פשטת הענין נראה משו"ת הרא"ש דיכול לגרש בע"כ וכל הרבנים שהסכימו בשו"ת הרא"ש שם מבואר דיכול לגרשה בע"כ כמ"ש הרב מוה' מרדכי בר"י ז"ל שם שאם יזרוק לה גט מי יבא אחר הדבר אשר כבר עשהו ומבואר דיכול לגרשה בע"כ ואין לומר דבדיעבד מועיל אף שיש חרגמ"ה דז"א דגם בדיעבד אינו מועיל הגט וכמו שכתבתי בתשובת מהר"ם מינץ סי' ק"ב דגוף תקנת רגמ"ה היה שלא יהיה גט אף בדיעבד וע"כ דכוונת הרב מוהר"ם בר"י ז"ל דל"ש כאן חרגמ"ה וגם בשו"ת הגאון ר"י בר"מ שם משמע גם כן דיוכל לגרש בע"כ והנוב"י הרגיש בזה ונדחק ליישב ובגוף ביאור דברי הרא"ש כבר הארכתי בזה בתשובה להרב הגאון החסיד מוה' חיים ני' אבד"ק סאנץ וביארתי הדברים

באורך ולא נפניתי כעת להאריך עכ"פ זאת תורת העולה משם דעכ"פ יש להתיר ע"י מאה רבנים לישא אשה על אשתו ולפמ"ש בכוונת הרא"ש הוא בכה"ג ל"ש כלל חרגמ"ה שלא לישא אשה על אשתו וטעם הדבר דכיון דכל הטעם הוא שהחרים שלא לישא שתי נשים שלא יוכל לעמוד בסיפוקייהו וא"כ כל דיכול למנוע מהראשונה שכ"ו שוב ל"ש החרם ומותר לישא אשה אחרת וכן מצאתי סברא זו בשו"ת מהר"ם פדוואה סי' י"ד ואם כן מותר לישא אשה על אשתו אף בלי היתר מאה רבנים. אמנם משום חשש חרם יש להצריך מאה רבנים ואם יסכימו מאה רבנים ע"ז אז יתרה בהאשה אם תרצה לקבל אז גט ממנו מרצונה מה טוב ובאם לאו ישא אשה על אשתו ובדבר הכתובה איני מכניס עצמי בזה כי אז יבררו הדיינים אם מגיע לה כתובה כי יש לו טענות על הכתובה רק שלא רציתי לשמוע כן נראה לפענ"ד וע"ז באתי עה"ח יום ב' חקת תרטו"ב:

סימן קח

א להרבני המופלג מוה' בעריל ר' פאליקס מ"ק הריבשיב.

ב אשר שאל אותי בהא דמבואר בב"ש סי' א' ס"ק א' שנסתפק אם יכולה האשה למחול מצות לערב אל תנח ידיך והקשה על הרמב"ם דמנ"ל הא ודלמא הוא מקיים מצות לערב במקום שהולך אלא היא יכולה למחול עונה שלה וע"ז הקשה מעלתו הא מצות שבת שייך אף באשה כמ"ש הב"ש בעצמו ס"ק ב' בשם התוס' ב"ב וגיטין וא"כ למה תהיה יכולה למחול מצות שבת שלה וכשם שהיא יכולה למחול מצות שבת כמו כן יכולה למחול מצות לערב שלו ולפענד"נ הדבר ברור דבאשה ל"ש מצות שבת כל שכבר נשאת וכל מצות שבת אינו רק שתשא איש ויהי' לשבת יצרה דמסתמא יולידו אבל באם כבר היתה לאיש אף שלא הולידו בנים הא כבר קיימה מצות שבת שלה ולא חשו חז"ל רק בכללות אם נימא שלא תהיה צריכה לישא איש אז יבטל מצות שבת בכמה נשים שלא ירצו לשאת לאנשים שהרי אינם מצווים על פו"ר לכך תקנו חז"ל ועשו מצוה שלא יבטל העולם ולא לתוהו בראה אבל כל שכבר נשאת אין מצוה עלי' עוד שהרי על פו"ר אינה מצווית כלל ומכ"ש לשבת ובפרט כל שכבר הולידה בנים פשיטא דרשאית למחול עונתה. וראיה ברורה לזה דגם באיש אמרו מצות לערב ולמה לא אמרו מצות שבת וגם אמרו באשה דיכולה לטעון בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה ולמה לא טענה דבעית לקיים מצות שבת וע"כ דמצות שבת אינו רק בכללות להנשא אבל כל שנשאת אף שאין לה בנים לא שייך מצות שבת וזה מצות פו"ר והאשה אינה מצווית ע"ז כנלפענ"ד ועיין בתוס' גיטין דף מ"א ע"ב ד"ה לא תהו שכתבו דלכך לא כפינן בחציה שפחה אף דשייך שבת בשפחה משום דכיון דלא מפקדא אפו"ר לא כפינן שמא לאחר שתשחרר ג"כ

לא תקיים והיינו שעליה אין מצוה רק בכללות שתנשא אבל לא לקיים פו"ר וכמ"ש ודו"ק. ובאמת דק"ל בהא דאמרו מצוה שתתקדש בעצמה וכתב הח"מ סי' ל"ז ס"ק ב' דאף דהיא אינה מקיימת מצות פו"ר מכל מקום היא עושית מצוה במה שמסייעת לו וכ"כ הר"ן בקידושין פ"ב ועיין בתשובותיו סי' ל"ב וקשה למה לא כתב דהיא מצווה על שבת (ואם נימא דהר"ן באמת כוון דלכך היא עושית מצוה דמסייעת למצות שבת מיושב קושית הגליון ד"ת שם) ואפשר כיון דשבת בודאי יכול להיות ע"י פלגש וא"צ קידושין בזה הו"ל כמ"ש הרא"ש פ"ק דכתובות אות י"ב דמש"ה אין מברכין על מצות פו"ר דיכול לקיים ע"י פלגש ואף אם נימא דפלגש אסור להדיוט אבל עכ"פ מצד שבת שלה בודאי יכולה לקיים ע"י שתהי' פלגש ומ"ל במה שהוא עושה איסור ולכך לא נקרא הקידושין מצוה ובלא"ה נראה לי בישוב קושייתו דעכ"פ לאחר שהולידה שוב לא שייך מצות שבת וגם באיש אינו רק מצות לערב אל תנח וכבר קיימה שבת. ובזה יש ליישב קושית הב"ש דמה חילוק יש בין קודם שהי' לו בנים דא"י למחול ובין אח"כ הא שייך לערב ולפמ"ש י"ל דעכ"פ מצוה שבת דשייך גבה א"י למחול ולוותר דבשלמא מצות לערב יכול לקיים באחרת ואינה רק לטובתה משא"כ שבת דשייך גבה ולכך בעינן שתלד בנים. והנה הלח"מ הקשה דהיאך מועיל הרשאתה בעונה הא בעונה קי"ל דאין תנאו קיים דהוה צערא דגופא ואמאי מועיל הכא מחילה ע"ש שנדחק. ולפענ"ד נראה דהנה כבר האריך המלמ"ל פ"ו מאישות דאמאי לא יועיל בעונה הא ניהו דהוה צערא דגופא הא בהכני ופצעני ע"מ לפטור מועיל אף דהוה צערא דגופא ע"ש ובגליון המלמ"ל שם הבאתי מ"ש בטוש"ע חו"מ סי' קנ"ה סל"ו דבקוטרא ובה"כ ל"מ מחילה כיון דהוה צערא דגופא וקשה ג"כ מהך דהכני ופצעני. אך לפענ"ד נראה דהנה עינינו הרואות בכל דבר שאדם מוחל לחבירו לפעמים אין המחילה בלב שלם רק משום הפצרת חבירו אך כ"ז בשחבירו ביקש מאתו שימחול לו אבל כשהוא התחיל עם חבירו למחול לו דבר פשיטא דמחל בלב שלם דמי ביקש מידו שימחול לו אם לא כי ברצון נפשו אמר זאת ולפ"ז שם דא"ל הכני ופצעני ע"מ לפטור שפיר פטור אבל במתנה עמה ע"מ שאין לך עלי שכ"ו יש לומר דעונה הוה צערא דגופא ולא מחלה בלב שלם וז"ב. ומעתה כאן דקדק הרמב"ם וכתב האשה שהרשית את בעלה שימנע עונתה שפיר מועיל מחילה דהיא התחילה עמו ובזה ודאי מותר. ובזה י"ל הא דהקשה המלמ"ל פט"ו מאישות דאמאי נקט רבינו שהרשית את בעלה אחר הנישואין הא אף קודם הנשואין היתה יכולה להרשות דהוא מתורת סילוק ע"ש שהאריך. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי מבואר בטוש"ע חו"מ סי' ר"ז

ס"א דאם התנה המוכר טובת הלוקח דלא הוה תנאי דהוה פטומי מילי בעלמא וה"מ שנגמר המקח בסתם אבל אם בתחלת המקח התנה המוכר טובת הלוקח מועיל ע"ש.

ג והנה במ"ש למעלה בשם הר"ן דגם היא עושית מצוה שמסייעת לבעל והקשיתי דאמאי לא אמר משום שבת וכתבתי שם ביני שיטי די"ל דגם הר"ן כוון באמת דעושית מצוה ע"י שמקיימת השבת והיינו דהיא לא נצטווית על שבת בשבילה שהיא אינה מצווית על פו"ר רק כיון שהבעל א"י לקיים המצוה בלעדה א"כ גם היא מקיימת מצות שבת במה שמסייעת להבעל. ובזה מיושב קושית הגליון ד"ת שם שהקשה דאמאי אמרו דטוענת בעינא חוטרא לידא אמאי לא קאמר משום זה שמסייעת המצוה שהבעל הי' יכול לקיים על ידה ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת היא אינה מצווית על פו"ר רק שיהי' שבת ומה לה בזה כל שמקיימה שבת אין עליה דמצות פו"ר אינה מחוייבת ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד הא דמבואר בש"ע אהע"ז סי' ה' סי"ב דאשה מותרת לשתות כוס של עקרין כדי שלא תלד והקשו הח"מ והב"ש דלמה תהי' בהמה חמורה מאשה דבהמה אסור להשקות כוס של עקרין כדי שלא תלד. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת באדם הא דאסרה התורה הסירוס הוא משום קוים המצוה דפו"ר ולפ"ז אשה אינה מצווית על פו"ר ורק שמסייעת להבעל והיא גורמת למצוה שתבא ע"י הבעל ולפ"ז מה ששותית כוס של עקרין כדי לסרסה עד שלא תלד זה הוה רק גרמי דגרמי דהכוס של עיקרין אינה עושית מעשה בידים בכלי הולדה רק שעי"ז גורמת שלא תלד ובזה ל"ש לאסור באשה דהו"ל גורם דגורם דפטור והרי בכפה את האדם ושיסה בו כלב אינו לוקה עד שיסרס בידו וכמבואר סי' ג' ומטעם דאינו רק גורם ולמדו מנזקין המבואר בסנהדרין דף ע"ז וכמ"ש בבאר הגולה וכן הוא בפט"ז מא"ב בשם המגיה שם ע"ש וא"כ לפ"ז הוה גורם דגורם דגם בשאר דבר גורם דגורם פטור ה"ה בזה אבל בבהמה דאין האיסור משום המצוה רק משום קיום המין וא"כ מה נ"מ בין גורם דגורם או רק גורם בחד וכבר כתבתי בתשובה אחת לענין ביטול שבת לא שייך נ"מ בין גורם אחד לגורם דגורם דסוף סוף נתבטל הדבר וא"כ ה"ה בבהמה דעיקר הוא משום לשבת יצרה והוצרך בקיום המין בע"ח לארץ ולדרים עליה וא"כ אין נ"מ בין גורם לגורם דגורם והא דמסרס את הנקיבה אף בבהמה אינו לוקה היינו משום דבנקיבה לא שייך סירוס אבל לא שייך בזה גורם דגורם דסוף סוף בטל קיום המין ולכך מותר ליטול כרבלתו של תרנגול דבזה לא שייך סירוס ולא אסרה תורה רק סירוס וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו בחגיגה דף י"ז שאלו את בן זומא מהו לסרוסי כלבא א"ל כל שבארצכם לא תעשו וכתבו התוס' בשבת דף ק"י ע"ב דבהמה וחיה נפקא לן מבארץ דכל שהוא חובת הגוף מ"ל בארץ או בח"ל ובאדם נפקא לן מבכם ולכאורה

באדם פשיטא דלא גרע מבהמה וחיה ולמה לי קרא. ולפמ"ש אתי שפיר דבהמה וחי' עיקר האיסור בשביל קיום המין והוא צורך לארץ אבל באדם האיסור הוא בשביל קיום המצוה דפו"ר בכם לא תעשו ולכך נפקא לי' מבכם לא תעשו וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד מה דב"נ מצווין על הסירוס אף דב"נ אינם מצווים על פו"ר היינו משום דעכ"פ בבהמה וחיה דהוא משום צורך קיום המין בזה מצווין על הסירוס. ובזה הי' נראה לפענ"ד דלכך מותר ליתן לנכרי לסרס כל שאין מסרס בעצמו רק ע"י אחר וכמבואר סעיף י"ד ועיין בח"מ וב"ש שנתקשו דהא בעכו"ם לעכו"ם יש שליחות.

ד ובאמת המעיין בתה"ד יראה דמשום אין שליח לדבר עבירה אתינן עלה דאם בישראל אשלד"ע מכ"ש בנכרי וכבר הרגיש בזה באבני מלואים. ואני אמרתי ראיה דהא במדרש אמרו בבראשית רבה דהלכות ב"נ דנהרג ע"י שליח אם שלח שליח להרוג הנפש הרי דיש שליחות לב"נ אף לדבר עבירה ועכ"פ מבואר דלא כתה"ד בתרווייהו דבעכו"ם יש שליח לדבר עבירה ועכו"ם לעכו"ם נעשה שליח וצ"ע בזה וגם הקשה באבני מלואים שם דנתבאר בחו"מ סי' שפ"ח דבהוחזק לעבור יש שליח לדבר עבירה ובעכו"ם בודאי הוחזק לעבור. אבל לפענ"ד נראה דבב"נ אין האיסור מצד עצם הסירוס דהרי לעצמם מותרין לסרס דלא מפקדי אפו"ר רק בבהמה בשביל קיום המין ובזה כיון דהוה לפני דלפני הוה גורם ורק במידי דשבת אף גורם דגורם אסור ועכ"פ לא שייך בזה ענין שליחות דהוא מידי דממילא כעין שכתב הרא"ש בנדרים דף ע"ב לענין שמיעה דבמידי דממילא לא שייך שליחות וה"ה בזה דזה הוה מידי דממילא מה שנתבטל קיום המין ובזה לא שייך שליחות ורק גורם דגורם ולפני דלפני לא מפקדו וז"ב ועיין בשו"ת אא"ז בעל מגיני שלמה בתשובותיו פני יהושע חיו"ד סי' ג'. והנה במ"ש למעלה לתמוה על התה"ד והנמשכים אחריו שלא הרגישו דבב"נ נהרג ע"י שליח ומבואר דל"ש שלד"ע בעכו"ם וגם עכו"ם לעכו"ם עושה שליח. הן אמת דהרמב"ם בפ"ט ממלכים ה"ד הביא הלכות דב"נ ולא הביא הך דע"י שליח וכפי הנראה חולק בזה הש"ס דילן בסנהדרין דף י"ז ע"ב עם המדרש רבה פל"ד סימן י"ט דהוא אגדת ירושלמי וש"ס דילן ס"ל דגם בעכו"ם לעכו"ם לא שייך שליחות וגם אשלד"ע בעכו"ם ג"כ ובאמת דמלתא דמסתבר הוא כמ"ש התה"ד דהשתא בישראל אשלד"ע מכ"ש בעכו"ם. ומה דהקשה האבני מלואים דבעכו"ם לא שייך אשלד"ע דהא הוחזק לעבור הנה לפמ"ש בתשובה אחת דטעם אשלד"ע דלא זכתה התורה ענין שליחות אם הוא לעבור עבירה ולא משום דדברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין והסברתי דברי הש"ס בב"מ הנ"ל דאמר משום דברי הרב דהכוונה כמו שאמרו בתמורה דף כ"ה דברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין דהיינו שיותר חל

דברי הרב מדברי התלמוד וא"כ ה"ה בזה לא תוכל לחול השליחות אם הוא נגד דברי הרב וא"כ צדקו דברי התה"ד דהשתא בישראל שיש שליחות ואפ"ה לא חל בדבר עבירה מכל שכן בעכו"ם לעכו"ם דאינו חל אף דידע שלא ישמע לו ודוק. הארכתי בזה לפי שראיתי להתומים סי' ל"ב שהשתמש בהך דמדרש רבה דב"נ נהרג ע"י שליח והוא תימה דפשיטא דאנן לא קי"ל כן וכמ"ש והרמב"ם השמיטו. גם ראיתי שם דבר תימה דהקשה שם דברי המדרש רבה פל"ו סי' י"ט הנ"ל דסתרי אהדדי דבתחלה מרבה מיד איש אחיו זה השוכר את אחרים להרוג את חבירו ואח"כ דרש המדרש דמו ישפך ע"י שליח ע"ש שהוציא מזה דין חדש והוא תימה רבה דטפי הי' לו להקשות דלעיל לא קאמר רק שידרוש והיינו מיתה בידי שמים וכאן אמר דמו ישפך והלכות ב"נ נהרג עליו כמו שחשב שנהרג בדיין אחד ובלי התראה דזה הלכות ב"נ דנהרג עליו. אבל במחכת"ה אגב שיטפיה קא רהיט ואזיל דלעיל קאי לענין ישראל דבאלו שלשה אינו רק בידי שמים וכן הוא ברמב"ם פ"ב מרוצח ה"ג דבאלו השלשה הורג עצמו ומוסרו ביד חיה או שאמר לאחרים להרגו כלם הם בידי שמים ואף שהכ"מ לא ציין מקומו כבר ת"ל זכיתי בה ובגליון הרמב"ם ציינתי מקומו בב"ר הנ"ל אבל דמו ישפך הוא מהלכות ב"נ דנהרג בדייני ישראל ע"י שליח ומ"ש שהיפ"ת והמפרשים נתקשו בזה הנה ביפ"ת חפשתי ולא מצאתי ובשאר המפורשים לא הודיענו בשם והדברים פשוטים כמ"ש ודוק היטב. והנה במ"ש למעלה להקשות על הר"ן דלמה לא תתחייב האשה בנישואי בנה מטעם שבת לפענ"ד נראה כעת כיון דמגוף מצות פ"ו פטורה א"כ מכ"ש משבת דלא הטילה תורה חוב על האשה להשיא בניה בשביל מצות שבת. ובזה מיושב מה דק"ל טובא בהא דאמרו בקדושין דף ל' ע"ב בשלמא בנו בידו אלא בתו בידו ונדחק רש"י בביאור הקושיא ועיין כתובות דף נ"ב ולמה לא קאמר בפשיטות לשיטת הר"ן דלכך האשה פטורה להשיא לפי דלא מפקדה אפו"ר א"כ בשלמא בנו כיון דמצווה על פו"ר מצוה להשיאו אבל בתו דלא מצווית אפ"ו פטור מלהשיא אותה שהרי עיקר מצות נשואין על האב הוא כדי שיוליד בנים ולפי מ"ש יש לומר דעכ"פ שבת חייבת ממילא האב שמצווה על פו"ר מצווה גם בבתו משום שבת משא"כ באשה שפטורה בעצמה מפ"ו ניהו דחייבת בשבת אבל על שבת דזרעה אינה מחויבת ודוק היטב. שוב מצאתי בהפלאה בכתובות דף נ"ב שרצה לפרש עד"ז קושית הש"ס דבתו בידו הוא ע"ש והנראה לפענ"ד כתבתי

ה והנה בשו"ת פ"י הנ"ל ראיתי דברים תמוהים דבמה דהקשה מה קמבעיא לי' אי שייך אמירה לעכו"ם בשאר איסורים ות"ל משום שליחות דל"ש אין שלד"ע דהא גוי לאו בר חיובא הוא ומחייב שולחו ואתמהה שלא הרגיש בדברי התה"ד סי' רצ"ט שמביא שם

שכתב דשייך אין שלד"ע אף בגוי לגוי והרי העכו"ם לאו בר חיובא. מיהו זה אינו דשם בסירוס קאי למ"ד דעכו"ם מצווה על הסירוס אם כן הוה בר חיובא ושייך אין שלד"ע והנה גוף דברי התה"ד צ"ע שכתב דאף שהשליח מסרם אשלד"ע ואפשר לומר גם מכותי לכותי ונוכל לומר דכ"ש הוא דהא אין שליחות לגוי. ולכאורה לא נדע קישור הענינים וגם מה צורך לשליח לדבר עבירה ת"ל דאין שליחות לנכרי ומזה דייק באבני מלואים סי' ה' דס"ל להתה"ד יש שליחות לגוי לגוי אחר רק משום אשלד"ע אתינן עלה ודלא כב"ש ולכאורה לא נודע דא"כ מה קישור לענין שלד"ע בהך דאין שליחות לגוי. והנה הארכתי למעלת בביאור דברי התה"ד וכעת אני מוסיף כמ"ש הרא"ש בטעם התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא זכתה התורה שליחות למי שאינו תופס בשביל עצמו וה"ה לענין ד"ע ודוק. ובזה מיושב קושית הא"מ דהא בהוחזק למסור אמרינן דיש שלד"ע וכן בשוגג וכאן העכו"ם הוחזק לעשות ולסרס והוא שוגג ולמה לא יהיה שייך שלד"ע. ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הכוונה דלא שייך שליחות בעכו"ם דלא זכתה התורה להן תורת שליחות ומכ"ש במקום שיש עבירה וז"ב. והנה לכאורה קשה מהא דכתב הט"ז ביו"ד סימן ק"ס סקי"א דהא דאשלד"ע הוא רק שאינו חייב מלקות ומיתה בדבר אבל מ"מ איסור יש כאן שעכ"פ נתקיים מחשבתו וא"כ קשה מדברי התה"ד שכתב דאשלד"ע והא מכל מקום נתקיים מחשבתו. והנראה בזה דהנה התה"ד כ' דהוה לפני דלפני ולפ"ז הרי חזינן דגם בלפני עור לא קפדה התורה כל דהוא לפני דלפני והיינו כשזה אינו עושה בעצמו וא"כ מה בכך שעושה איסור ונתקיימה מחשבתו זה דוקא כשאותו השליח שצוהו לעשות וכאן הוה לפני דלפני ודוק היטב ועיין ש"ך ביו"ד שם ס"ק כ"ב. והנה הפ"י שם הקשה על התה"ד דחקר בסירוס משום לפני עור וכתב דלפני עור לאחר מ"ת ליכא רק איסור דרבנן. והנה דבריו תמוהין לפענ"ד כמ"ש בתשובה אחת דמה שרמז לדברי רש"י בע"ז דף ו' המעיין יראה להיפך דאף דהתיר להם הקב"ה מענשם וכדאמרו בריש ע"ז וכי אתגורי אתגר ע"ש. וכעת אוסיף דמה שהביא ראי' מע"ז דף י"ב דאמרו דלא חשו חכמים ליום אידו או לפני אידו ואמאי הא הו"ל ספק לפני עור דהוא דאורייתא הוא תימה דשם כל דאינו דבר ברור לא שייך לפני עור ולא גרם הוא המכשול ובשלמא התה"ד חשש ללפני עור דהוה ספק פלוגתא דרבוותא ולמ"ד דעובר על לפני עור הוא בודאי גרם מכשול משא"כ בזה וז"ב. ובלא"ה אני תמה דא"כ היאך יפרנס דברי הש"ס בב"מ דף צ' דאמרו בני מערבא ס"ל כר' חדקא דאמר ב"נ מצווין על הסירוס וקעבר משום לפני עור והיינו דלעולם אמירה לעכו"ם שבות לא שייך בשאר איסורים דאינו רק חשש לאו אבל בעור הוא איסור תורה ומשמע דהוא איסור תורה דאל"כ מה נ"מ בין לפני עור

או אמירה לעכו"ם דלמה יהי' שייך לפני עור בשאר איסורים דאינו רק מדרבנן בעכו"ם ולא מצד אמירה לעכו"ם וע"כ דהוא מן התורה. והנה במ"ש למעל' בכוונת התה"ד הנה לכאורה יש לעיין לפמ"ש הט"ז הנ"ל דאף דאין שלד"ע הוא דוקא לענין מלקות ומיתה אבל איסורא איכא דמכל מקום נתקיים מחשבתו א"כ לפ"ז בעכו"ם לעכו"ם לא שייך אין שלד"ע כיון דעכ"פ איסורא איכא והרי בב"נ אזהרתן זו היא מיתתן דבשלמא בישראל יש חילוק בין האזהרה למיתה דיש איסור ומלקות ומיתה אבל ב"נ כל דהוזהרו נתחייבו מיתה וא"כ כל דהוזהרו אף ע"י שליח לא שייך לחלק באזהרתן שלא יתחייב מיתה אך נראה דמכאן ראיה למ"ש הרמב"ן בפרשת וישלח דלא אמרו רק אזהרתן זו היא מיתתן ולא במה שנצטוו בעשה וא"כ לענין סירוס דהוא מדכתיב שרצו בארץ ורבו בה והוה לאו הבא מכלל עשה א"כ בזה שוב לא שייך אין שלד"ע דזה אינו אזהרה בלשון ל"ת רק בלשון עשה ובזה אני אומר ליישב מה שהקשיתי למעלה דבמדרש אמרו דב"נ נהרג אם שלח שליח להרוג הנפש ולפמ"ש אתי שפיר דשם היא אזהרה ובאזהרה בב"נ זו היא מיתתו א"כ ל"ש אין שלד"ע וכמ"ש ודוק היטב. והנה המ"א הביא בסי' ש"ז ס"ק כ"ט שכ' דבדבר שאין הישראל נהנה ממנו מותר לומר לעכו"ם לעשות והא דאסור לומר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה אפילו הדישה של עכו"ם דהתם נהנה בו שמרבה לו שכר במה שחוסמה אבל חסום פרתך ודוש בה שרי ויש לשאול דתנן שולח אדם ירך לנכרי וגיד הנשה בתוכה אלמא מותר לומר לעכו"ם לאכול גיד הנשה וכן מעשים בכל יום שאנו מאכילין לעכו"ם טריפות וי"ל באכילת העכו"ם שהדבר מוכיח ונראה שהעכו"ם להנאת עצמו קא מכוין חשבינן כאומר לעכו"ם עשה מלאכתך ע"ש. והדברים תמוהים לפענ"ד דמה ק"ל מג"ה דשם כיון דמותר בהנאה כדדייק מינה בפסחים דף כ"ב ואם כן מה איכפת לן במה שנהנה הישראל דהרי גם להישראל לא נאסר בהנאה ואינו אסור רק באכילה ולמה לא יהי' מותר להאכילו לעכו"ם אטו נצטוינו שלא להאכיל לעכו"ם טריפות ול"ש לא לפ"ע ולא איסור הנאה ושאני חסימה דאנן נצטוינו שלא לחסום פרתו בדישו וא"כ גם אומר לעכו"ם אסור שהרי גרם שיחסם פרתו ואדרבא מה שמותר לומר לעכו"ם חסום פרתך ודוש בה צ"ע דהרי הישראל הי' אסור לחסום הפרה של עכו"ם ואף דהדישה של עכו"ם דמ"מ הוא חוסם וצ"ל דכיון דאין מגיע לישראל שום תועלת והנאה בכה"ג לא שייך אמירה לעכו"ם דהישראל לא עביד כאן כיון דשליחות לא שייך בעכו"ם רק משום אמירה לעכו"ם בשאר איסורים וא"כ בכה"ג שאין מגיע לו תועלת והנאה לא אסרו חז"ל ולכך גם בשבת אם אמר בשל לעצמך שרי אבל בטריפות וגה"נ דאין כאן שום גרמת איסור דלב"נ לא שייך איסור טריפות וג"ה א"כ אין מקום לאסור

בשאינו אסור בהנאה והיא תימה גדולה לפענ"ד וביותר יפלא על המג"א שהקשה דמה מקשה הגהמ"ר מג"ה דהא אינו נהנה וכתב כיון שהישראל נותן לו לאכול חשוב הנאה דכל שנותן לו ע"כ ניחא ליה שיאכל והוא תימה גדולה דמה בכך שנהנה הא גה"נ מותר בהנאה ולא מצינו זה נהנה וזה מתחייב וגם מ"ש המג"א שאסור ליתן בשר שיבשל לעצמו הוא תמוה דמה איסור יש כאן והגוי אינו מצווה על שבת ולא שייך לפני עור ולמה יאסר וגם חלוקו של הגהמ"ר אינו מובן כלל ועיין בפרי מגדים בא"א שם שכתב דבב"ח אסור לתת לעכו"ם וזה ניחא שהרי אסור בהנאה אבל במידי דאכילה לא שייך לאסור ועיין בע"ז דף ס"ג דאמרו דאם אמר צאו ואכלו ואני פורע צאו ושתו ואני פורע חושש משום יי"נ ומשום שביעית ומשום מעשר וכן קי"ל ושם היא איסור הנאה דיי"נ ושביעית ומעשר אסור בהנאה אבל באיסורי אכילה ליכא חשש ועכ"פ במידי דאכילה ודאי לא שייך זאת והרי מקרא מלא דמכור לנכרי הרי דמותר למכור לנכרי וליקח דמים והרי דמאכילו טריפות ונבילה וע"כ דכל שאינו אסור בהנאה לא אכפת לן וצ"ע. אח"כ בשנת תרי"ב בעשרה באב בהיות בטריסקאוויטץ נתיישבתי בזה דקושית הגהמ"ר דק"ל כיון דהך דשולח ירך לנכרי וג"ה בתוכו אתי כר' יהודה דס"ל גה"נ מותר בהנאה וכדמוקי לה בפסחים דף כ"ב והרי ר' יהודה בעצמו ס"ל דגה"נ נאסר לב"נ וא"כ היאך שרי ליתן לו והא עבר על לפני עור ואף דנימא דמיירי באופן דהעכו"ם יכול ליטול מעצמו מכל מקום בכה"ג עכ"פ אסור לומר לעכו"ם שיעשה דבשלמא כשהעכו"ם אינו מצווה בזה א"כ מה"ת לומר דבצוואת ישראל נעשה זאת ולא מחזי כשלוחו ואדרבא העכו"ם עושה זאת מדעתא דנפשי' אבל כל שהישראל והעכו"ם מצווין עליו א"כ כיון שמחזי דישראל מצווהו אסור אף שאין מגיע לו שום הנאה לישראל כנ"ל בדוחק. אבל גם זה אינו נראה ועוד דא"כ מה ק"ל ממה שאנו מאכילין לעכו"ם טריפות והא על טריפות אין העכו"ם מצווה ולישראל מותר בהנאה.

סימן קט

א לחכם אחד מבראד.

ב אשר שאל בהא דאמרו בקידושין דף כ"א ע"ב בהא דאבעיא לי' ע"ע כהן מהו שימסור לו רבו שפחה כנענית ואמר שמואל דאסור ופריך הש"ס מהא דתנן וחכ"א אין עבד כהן נרצע מפני שנעשה בע"מ ות"ל משום דבעינן אהבתי את אשתי וע"ז הקשה דמשמע דהש"ס לא פריך רק דל"ל טעם זה והא יש טעם אחר כמו בכ"מ ויותר הי' לו להקשות דהא נ"מ טובא דאם הטעם משום בע"מ הי' מותר לרצעו דהא היה כבר בע"מ ואם הטעם משום דאסור בשפחה אף בזה אסור ואף דנעשה בע"מ לא נתחלל קדושתו והרי מבעיא

לי' לש"ס ביבמות אם נתחלל קדושתו כשנעשה בע"מ. הנה כמה תשובות בדבר ובאמת לא מצאתי לפי מיעוט זכרוני אבעיא בש"ס לענין בע"מ אם נתחלל ואולי כוונתו להא דאמרו ביבמות דף ע"ו לענין פ"ד דנתחלל קדושתו ובאמת שם מסקינן דנתחלל הקדושה כמ"ש הרמב"ם פט"ז מא"ב ה"א ובטוש"ע אה"ע סי' ה' ס"א ע"ש אבל אי מהא לא איריא דמ"מ קושיתו קשה דשאני פ"ד כיון דאסור לבא בקהל מותר בגיורת דאינו מפורש הלאו ועיין בב"ש שם ס"ק א' אבל בגרושה וזונה דמפורש בקרא ל"מ מה שהוא בע"מ להפקיע קדושתו ועח"מ שם דמדמה לשאר בע"מ וכתב ראיה מהרמב"ם דבע"מ בקדושתו קאי ע"ש היטב וא"כ קשה הא אף כשהוא בע"מ יהי' אסור. אך לפענ"ד יש לומר כיון דכל הטעם דשמואל אוסר עבד כהן בשפחה הוא משום דריבה בהם הכתוב מצות יתירות וכל שנעשה בע"מ שוב ליכא בו מצות יתירות שהרי אינם עובדים במקדש. ובלא"ה כאן עיקר קושית הש"ס הוא דלא משכחת כלל להיות נרצע שהרי אסור למסור לו שפחה כנענית וא"כ שוב לא שייך כל הענין של נרצע דבעינן אהבתי את אשתי וא"כ לא שייך להקשות דהא נ"מ בבע"מ דזה דוקא אם הי' הקושיא ככל קושיות הש"ס ות"ל מטעם זה אבל כאן הקושיא דלא משכחת לה שיהיה נרצע וז"ב ופשוט (וגוף דינו אם כהן שכבר בע"מ אם נרצע או לא יש להסתפק ומצאתי במלמ"ל פ"ג מעבדים ה"ח שכתב בסופו דכל שהי' בע"מ דנרצע ע"ש):

ג והנה ההפלאה הקשה לשיטת הרמב"ם דס"ל דשפחה אין איסור מה"ת א"כ מה קאמר הש"ס שפחה כנענית חידוש היא הא אין כאן חידוש כלל דשפחה מותרת מה"ת וכבר קדמו המלמ"ל פ"ג מעבדים ה"ג בד"ה וכופהו ע"ז ובגליון המלמ"ל תמהתי שם על כללות דברי המלמ"ל דלא נזכר מדברי רבינו פי"ב מא"ב ששם מפורש בדברי רבינו דשפחה מותרת מן התורה שהרי העבד מותר בה ע"ש. אך בגוף קושית המלמ"ל נראה לפענ"ד דל"ק דהרי ה"ה פ"א מאישות ה"ד כתב ואל תתמה שהיאך תהיה הישראלית ביאתה בזנות בלאו והעובדת כו"מ מד"ס לפי שהאיסור עריות גזירה ואין לו טעם ע"ש וא"כ ז"ש דחידוש הוא מה שהתירה שפחה ולא נאסרה בשביל שהוא ב"ז כמו ב"ח וא"כ י"ל דבכהן אסור. והנה התוס' שם ד"ה בביאה שניה כתבו דלכך גבי שפחה לא מפליג בין ביאה ראשונה לשניה דשם כיון שהותר לגבי ישראל לאו דלא תהי' קדשה כמו כן גבי כהן ולשיטתם אתי שפיר דהם ס"ל כאונקלוס דשפחה אסורה מלא יהי' קדש אבל להרמב"ם קשה דבישראל לא אסרה התורה כלל שפחה ניהו דהוה גזה"כ בלי טעם עכ"פ ליתא לאיסור משא"כ בכהן דעכ"פ אסור משום זונה. הן אמת דגם להתוס' קשה דניהו דאיסור לא יהי' קדש הותר בכהן כמו בישראל אבל האיסור דזונה במה הותר ואולי

מתוך שהותר איסור דלא יהיה קדש אשתרי ג"כ איסור זונה וכעין שאמרו מתוך שהותר לצרעתו הותר לקריו ועיין ביבמות דף ז' ע"ב אבל להרמב"ם קשה וצ"ע

ד ואגב אכתוב במה שהראה לי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י דברי הרמב"ם בפיהמ"ש בגיטין דף י"א שפירש הא דאמרו מפני שהוא קנינו שכתב דאינו מפסיד לו שום מעלה דהא דמותר בתרומה מפני שהוא קנין כספו של האדון הכהן ולכך מותר בשפחה ג"כ וא"כ מה מפסיד לו זכות בזה ע"ש ודפח"ח. אבל בראותי כן תמהני דהא הש"ס בדף י"ב מפרש בענין אחר ומצאתי בתויו"ט שתמה בזה. ואמרתי דזה תלוי בזה דאם נימא דמוכר עצמו אין רבו יכול לכפותו לשפחה כנענית רק ברצון העבד א"כ אין מקום לדברים אלו דלא מצד קנין רבו מותר דהרי כבר א"י לכפותו אך אם נימא דמוכר עצמו אסור בשפחה א"כ ע"כ מה שמותר בשפחה כנענית הוא מצד שהוא קנינו ולכך הרמב"ם לשיטתו דפוסק בפ"ז מעבדים ה"ג דמוכר עצמו אסור לגמרי בשפחה א"כ א"ש לדידי' אבל לשיטת הריטב"א שהובא במלמ"ל שם וזה תלוי בסוגיות הש"ס כמ"ש המלמ"ל באורך בד"ה וכופהו ע"ז ע"ש בד"ה והמוכר עצמו א"כ סוגיא הש"ס י"ל דאזיל אם מוכר עצמו מותר בשפחה כשירצה ואסור לכפותו משא"כ לרבינו ודו"ק. ויתכן יותר דבאמת המלמ"ל מיירי בעבד כנעני דבעבד עברי לא שייך לומר עשה עמי ואיני זנך ועש"ך יו"ד סי' רס"ז ס"ק ל"ג וא"כ שם שפיר שייך כפירוש הרמב"ם מפני שהוא קנינו דבעבד כנעני ודאי מותר בשפחה ורבו כופהו אבל בעבד עברי באמת ג"כ הוה חוב לו דנאסר בשפחה ונאסר בתרומה ושם ל"ש טעמו של רמב"ם ופירש הש"ס טעמים אחרים

ה והנה החריף ושנון מוה' מרדכי מיזיש נ"י שאל אותי במ"ש התוס' גיטין דף מ"א דלכך א"י למכור עצמו בעבד משום דאינו נמכר בעבד כדאמרו בב"מ דף ע"א דגר אינו נקנה בעבד עברי משום דכתיב ושב אל משפחתו ובב"ב לא תירצו כן וע"ז אמר דבאמת במכרוה ב"ד שייך ושב אל משפחתו דאינו נמכר ליותר משש ואם הגיע היובל באמצע יוצא לחירות אבל מוכר עצמו דנמכר ביותר משש ל"ש ושב אל משפחתו וא"כ שם בחציו עבד יכול להיות במוכר עצמו ול"ש ושב אל משפחתו והי' יכול למכור בעבד ולפ"ז גם כאן אם נימא דמוכר עצמו נרצע שוב הי' יכולין לרצעו אפילו כהן דל"ש ושב אל משפחתו. אבל הדבר א"א דא"כ מה פריך בב"מ שם למימרא דזה קונה עבד עברי והא גמירי דמקני קונה וגם אינו נקנה בעבד עברי והא משכחת לה דנקנה בעבד עברי כגון דימכור עצמו וגם גוף הסברא ליתא דמ"מ אינו שב אל משפחתו דהא גר אין לו משפחה וניהו דנמכר ביותר משש אבל מ"מ בעי' ושב אל משפחתו וזה אינו שב. והנה בהא דאמרו בקידושין הנ"ל חידוש הוא ל"ש כהנים ל"ש ישראלים הקשה המלמ"ל פ"ג

מעבדים ה"ג דמה חידוש הא להרמב"ם מותר לישראל ב"ח ממש מה חידושי' דעבד. ולפענ"ד נראה דהנה גוף האיסור דאסרו שפחה מדרבנן הוא כמ"ש הרמב"ם שם פי"ב מא"ב דאל יהיה איסור זה קל בעיניך שהרי בן מן השפחה הוא עבד וגורם לזרע ישראל שיהי' עבד ויוצא מכלל ישראל ולפ"ז בענין זה אין נ"מ בין ישראל לעבד עברי והרי גם עבד עברי הוא ישראל גמור ובכ"ז בעת עבדותו התורה התירה לו שפחה אף שמסיר זרעו מכלל יהדות אפ"ה מותר וה"ה ישראל ממש דלענין הזרע אין נ"מ בין זרע ישראל לזרע עבד וזה שהרמב"ם למד דין ישראל מעבד והמלמ"ל האריך דמה דמיון הוא זה דנימא דשאני עבד עברי כל שנמכר יצא מכלל ישראל גמור ולפמ"ש אתי שפיר דהתם ניהו דהוא יצא מכלל ישראל אבל זרעו לא יצא מכלל ישראל ובניו מה חטאו וע"כ שהתורה לא חששה לזרע שמרבה עבדים וה"ה בישראל גמור. ומעתה מיושב היטב הא דאמרו חידוש הוא ל"ש ישראל ל"ש כהנים והיינו דבאמת עבד וישראל גמור חידוש הוא ובזה אין הבדל בין ישראל לעבד עברי והרי ראינו דהתורה לא חששה להזרע ה"ה כהנים או דלמא כיון דרבה בהן מצות יתירות א"כ אפשר דכולי האי לא התירה תורה שיחלל זרעו ויוציא אותם מכלל כהונה שרבה בהן מצות יתירות. ובזה מיושב מה דק"ל טובא היאך שייך לומר כיון דחידוש הוא ל"ש ישראלים ל"ש כהנים והרי אדרבא בכ"מ אמרינן דאין לך בו אלא חידושו. ולפמ"ש אתי שפיר דזה דוקא היכא שיש באחד מהם יותר חידוש מבחבירו אמרינן דאין לך בו אלא חידושו הקל ולא החמור אבל לענין השפחה דהאיסור הוא רק שמסיר זרעו ובזה שוה ישראל וכהן לעבד דכלם זרעם כשר ובכלל ישראלים יחשבו ודו"ק ואף דבכהנים יש עוד לאו משום זונה מ"מ לגבי הזרע אין נ"מ בין ישראל לכהן וכיון דאשתרי בשביל הזרע ממילא מותר גם מטעם זונה ובפרט דגם זונה עיקר האיסור רק בשביל הזרע שמחלל ודו"ק ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במה שחידש המהרש"א בגיטין דף מ"א דדוקא שפחה שיש לרבו משרי שרי למסור לעבדו העברי ולא שפחה אחרת שאינו של רבו רק של אחר והקשו בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז וכן השעה"מ דהא בתמורה דף למ"ד פריך בפשיטות שפחה לעבד משרי שרי ושם הוא שפחה של אחר. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת סברת המהרש"א היא לכאורה כך דניהו דמצד שהוא עבדו התורה לא חששה במה שמסיר זרעו מכלל יהדות והיינו שהתורה זכתה לו זאת אבל זהו רק שפחתו בעבדו אבל שפחה של אחר רבה של השפחה במה יזכה למסור עבד של אחר להסיר זרעו מכלל יהדות ולא לו התירה תורה. איברא דלפי מה שחידש בצל"ח דשפחה אינה אסורה בישראל רק הישראל אסור בה א"כ ליכא שום איסור על רבה של השפחה דהשפחה מותרת בישראל רק הישראל אסור בה. אך שם

המהרש"א קאי בחציה שפחה שוב אסור הישראל בה וה"ה העבד אסור ולפ"ז בשפחה גמורה אפשר דמותרת וצ"ע בזה אמנם זה נראה בודאי דלכך דוקא ביש לו אשה ובנים הוא דהתירה התורה משום דשם עכ"פ אינו מסיר כל זרעו מיהדות משא"כ באין לו אשה ובנים ובזה יש לפשוט הרבה ספיקות של המלמ"ל שם ה"ד ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד מה שהאריך המלמ"ל בה"ד להסתפק איך הדין באין לו אשה ובנים אם העבד רוצה ליקח שפחה אי רשאי דאפשר דלא נתמעט רק שאין האדון יכול לכופו אבל אם רוצה רשאי וע"ז הקשה דא"כ מה משני בתמורה בשאין לו אשה ובנים והא אכתי לאו אתנן הוא אם העבד רוצה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת בעבד שאינו שלו שוב הרב של השפחה אסור להשיא שפחתו שאינו שלו שלמה יגרום שיהיה מסיר זרעו של ישראל ואף דהשפחה מותרת אף בישראל גמור אבל כיון דעכ"פ הישראל מוזהר עליה א"כ גם העבד מוזהר עלי' וניהו דכל שרבו יכול לכופו התורה התירה וליכא שום איסור דהשפחה ודאי אינה מוזהרת והעבד מ"מ רשות רבו עליו וכופהו ע"ז והתורה התירה להרב אבל כל שאין לו אשה ובנים דהתורה לא זכתה לו שיכול לכופו שוב העבד מוזהר עלי' ושוב רבה של השפחה גורם איסור ואסור ודו"ק. ובזה מיושב היטב מה דהקשה המלמ"ל שם בה"ג מהא דאמרו בב"ק דף כ"ח בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית דעד האידנא היתירא והשתא איסורא ותמה המלמ"ל דהא שפחה מותרת לישראל ולפמ"ש א"ש דהנה כבר הבאתי בשם הצל"ח דשפחה אינה מוזהרת על ישראל וי"ל דלכך גם הוא אינו מוזהר עלי' לשיטת הרמב"ם דהתורה לא הקפידה גם להיפך כל דאיהי אינה מוזהרת גם הוא אינו נזהר.

[1] ולפ"ז היה נראה כיון דכל הטעם שאינה מוזהרת משום דגמר לה לה מאשה והאשה אינה מוזהרת על ישראל ולפ"ז בעבד דהאשה מוזהרת ממילא גם השפחה מוזהרת אבל ז"א דכל שהוא עבד התורה התירה לרבו לכופו ושוב כל שהוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת וכ"ש הוא ולפ"ז לאחר שכלו ימיו ורוצה לשוב עוד ולהיות עוד שוב הוה איסורא דהרב בודאי אין יכול לכופו והוא מוזהרת עליו ולכך שפיר קאמר עד עכשיו היתירא והשתא איסורא ודו"ק היטב כי הוא נחמד ונעים. והנה בהא דאמרו חידוש הוא ל"ש כהנים ול"ש ישראלים צ"ע דאדרבא כיון דחידוש הוא די לנו שנמעט החידוש דוקא ישראל אבל כהנים דקדושתן חמורה אסורה וכדקאמרו שאני כהנים דאתרבי בהן מצות יתירות ולא עוד אלא שהקדים ל"ש כהנים ול"ש ישראלים והרי כהנים מהראוי לומר דלא התיר וצ"ע. ובהא דאמר ת"ל דבעינן אהבתי את אשתי ולכאורה הרי נחלקו תנאי אי בעינא קרא כדכתיב וא"כ גם שלא משכחת אהבתי מכל מקום יהיה נרצע ואולי זה

דאמרו כי הויתו בי מר שמואל והיינו דשמואל לשיטתו דס"ל בסנהדרין דף מ"ה דבעינן קרא כדכתיב ודו"ק. ובהא דאמר רבא מדמותר הואיל ואשתרי אשתרי ק"ל דהרי בזבחים דף ל"ג נחלקו אי אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי או כיון דאדחי אדחי ולפ"ז כאן דלא דברה תורה אלא כנגד היצה"ר א"כ לא עדיף מדיחוי דרק בשביל יצה"ר דברה תורה ובכה"ג לא שייך הואיל ואשתרי אשתרי דאין כאן היתר גמור וא"כ די לנו להתיר ביאה ראשונה ולא ביאה שניה דכבר בעל אותה ולא תקפו יצרו כ"כ וצע"ג:

סימן קי

א תשובה אל הרב המאוה"ג האבד"ק קאנטשיק סמוך לפשעווארסק.

ב מה ששאל בהיותו אצלינו בהא דמבואר בטוש"ע יו"ד סי' פ"ז דהמבשל בשר במי חלב דפטור ובס"ח נחלקו איזה מקרי מי חלב אם מה שנקרא נסיובי דחלבא או מה שלאחר שעושים הגבינה מבשלים הנסיובי והאוכל צף מלמעלה ולא נשאר אלא מים בעלמא זה הנקרא מי חלב וע"ז הקשה דיהיה איך שיהיה ניהו דהתורה מיעטה מי חלב אבל לא יהי' אותו המי חלב רק סתם מים בעלמא אבל עכ"פ טעם חלב או מגבינה והוא טעם ראשון ואח"כ כשבשלו עם בשר הוה בב"ח ומידי דהוה כל דבר היתר שמקבל טעם איסור דאסור וכמו קדירה שבישל בה בשר דאסור לבשל בה חלב מן התורה שהרי אסרוהו בהנאה כמבואר בסי' צ"ד ואם לא הי' רק מדרבנן לא הי' אסור בהנאה. הנה לא הי' צריך לאריכות דפשיטא דנ"ט הראשון אסור מן התורה. אך מה שנראה לי דהנה מה דמי חלב מותר הוא מקרא דבחלב אמו וזה אינו חלב אמו כמו שיוצא עם האם מעורב עם האוכל ולפ"ז גוף המי חלב התורה מיעטה מקרא ורק דקשיא לי' ניהו דגוף המי חלב מיעטא קרא אבל מכל מקום המי חלב קבל הטעם מהחלב ואסור מן התורה. ובזה נראה לפענ"ד דבר ברור דכיון דמי החלב בין למ"ד נסיובי דחלבא ובין למ"ד אחר שעושים הגבינה עכ"פ טעם חלב יש לו רק דהוה טעם גרוע וקליש עכ"פ א"א להכחיש בחוש דיש לו טעם חלב ולפ"ז שוב א"א לאסור מן התורה דהא דרך בישול אסרה תורה והיינו נ"ט וכאן מה שנרגש בו טעם חלב אינו נרגש בו מטעם החלב דהא גם המי חלב עצמו יש לו טעם חלב וזה התירה התירה וא"כ א"א לאסור מה שקיבל הטעם דזה אינו נאסר מן התורה דבעינן דרך בישול וכאן אין בו בנ"ט וז"ב מאד מאד. ובזה יש ליישב מה שהקשה הכו"פ סי' פ"א ס"ק ז' לשיטת הסוברים דמי חלב היינו לאחר שנפרש מן הגבינה אסורין משום אבמה"ח א"כ מנ"ל להש"ס להוכיח בבכורות דף ו' מחריצי חלב דחלב שרי והא יש לומר דגם החלב עצמו כ"ז שלא נפרש מן המי חלב אסור כדין היתר שנתערב באיסור והא דחריצי חלב הוא מפני שלאחר שעשו הגבינות וכבר נפרש הגבינה מהמי חלב

לכך הותרו הגבינות ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבזה יקשה דא"כ גם לאחר שנפרש היאך מותר הא בעודן ביחד קבלו טעם זה מזה ונאסרו וא"ל דהא לא מרגיש טעם המי חלב רק טעם החלב והמי חלב רק נתערב ואנן בעינן נ"ט שירגש טעם האיסור דזה אינו דשם דהאיסור הוא משום אבמה"ח והרי אבמה"ח אסור במשהו בשר וגידין ועצמות משלימין לכשיעור כדאמרו בחולין דף ק"ב וכ"כ רבינו בפ"ה ממ"א ה"ג ולפ"ז זה ודאי דבשר וגידין ועצמות אין טעמם שוה ואפ"ה אסרה התורה כל ששם אבמה"ח עליו וא"כ כיון שהי' עם המי חלב וזה נקרא אבמה"ח מה בכך שאינו מרגיש הטעם של המי חלב והוא מרגיש הטעם טוב ממנו דהיינו החלב אבל עכ"פ לא גרע ממשהו בשר וגידין ועצמות דחייב כיון ששם אבמה"ח עליו ונפרש מן החי אסור וע"כ דגם החלב בהיותו עם המי חלב שרי וז"ב ודו"ק. והנה מה שרצה מעלתו לומר בישוב הקושיא שלו דמתחלה נתבטל החלב במי החלב שלו דהי' ששים נגדו. הנה מלבד דיש לומר דהיתר בהיתר לא בטל מיהו אף אם נימא דסוף כל סוף א"צ ששים רק נגד החלב שהי' בה דלא נעשה נבלה דהי' עדן היתר מכל מקום לפי שיטת המרדכי דהיכא דבא לעולם בתערובות לא שייך ביטול וכאן הי' מתחלתו בתערובות החלב ולא שייך ביטול וכ"כ הכו"פ סי' פ"א שם לענין אבמה"ח וע"כ מ"ש הוא הנכון ת"ל:

ג אמנם עדיין קשה בהא דאמרו בבכורות שם וחלב בהמה טהורה מנ"ל דשרי אילימא מדאסרה רחמנא בב"ח ודלמא חלב אסור באכילה ומותר בהנאה ובבב"ח אף בהנאה אסור ואמאי לא הוכיח מהא דשריא התורה מי חלב ולא נאסר משום בב"ח אף בהנאה דא"ל דלא נרגש הטעם דהא באכילה בלא"ה אסור משום אבמה"ח ואוסר הבשר ורק בהנאה ואיך שייך לענין איסור הנאה טעם דהא הנאה הוה כמשהו וכמ"ש הה"מ פ"ח ממ"א הט"ז שהנאה הרי היא כחצי שיעור ואולי שבאמת הי' גם מי חלב אסור וחלב אמו אתי להוציא חלב שחוטה וכדומה דאינו מיותר כלל ודו"ק. מיהו בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' ל"ו מצאתי דמה שרצו בש"ס לאסור חלב משום אבמה"ח אינו לא אבמה"ח ממש ולא בשר מן החי שהחלב אינו לא אבר ולא בשר רק כאבר מן החי והיינו דהתורה אסרה מלאכול כל דבר הבא מן החי בלי זביחה והוה החלב כאינו זבוח שהוא כאמה"ח ע"ש והי' מקום לפלפל קצת במ"ש ע"ש ואין רצוני להאריך רק לבאר בזה מה שמצאתי במהרי"ט אלגזי על בכורות שנדפס מחדש שהביא בשם תוס' חצונית שהקשה דאמאי לא הוכיח מאברהם דכתיב ויקח חמאה וחלב וכו' ובודאי לא האכילם דבר שהוא אסור וכתב כיון דהי' סבור שב"נ הם ולא נצטוו ע"ז וע"ז תמה המהריט"א שם דהא אם נימא דהחלב אסור משום אבמה"ח ב"נ נצטוו על אבמה"ח ובשלמא לטעם דדם נעכר לא

נצטוו ב"נ על הדם משא"כ למ"ד משום אמה"ח ולפמ"ש אתי שפיר דב"נ אינו מצווה רק על אבמה"ח או בשר דיש להם שם אבר או בשר משא"כ חלב דאין עליו שם אבר ולא בשר לא נצטווה הב"נ דלא נצטווה על זביחה רק על אבמה"ח ובשר ותדע שהרי דם מן החי לא נצטווה ב"נ דלא קי"ל כרחב"ג בסנהדרין דף נ"ט והכרו"פ סי' פ"א ס"ק ז' האריך בזה דמהראוי לאסור גם לב"נ הנסיובי כיון דאסור להרא"ם משום אבמה"ח א"כ גם עכו"ם אסור ע"ש ובאמת שדבריו תמוהין דמלבד דיקשה לפי דבריו דא"כ מה דחי לסחורה והא אף לעכו"ם אסור משום סחורה וכמו שהקשה בעצמו אף גם דלפ"ז יהי' כל החלב אסור לב"נ משום שקיבל טעם מהמי חלב ולא שייך בב"נ ביטול ברוב דאחרי רבים להטות בישראל נאמר וכמ"ש הפרמ"ג סי' ס"ב להסתפק בזה והארכתי בזה בתשובה אחת דמ"ש הכו"פ שם דגם לישראל ל"ש ביטול משום דנאסר מתחלת ברייתו ותחלת ביאתו לעולם בתערובות כמ"ש המרדכי באמת סותר בזה למ"ש בעצמו בסי' ק"ב לחלק בין היכא דהיתר הי' בפ"ע דבזה מודה המרדכי וא"כ גם כאן הא החלב מותר רק מה שקבלה טעם מהנסיובי שהי' בו בתערובות ובכה"ג מודה המרדכי דמותר וגם מ"ש לעיל נסתר בזה אבל בעכו"ם דלא שייך ביטול בודאי יהי' אסור ורציתי לדחות דא"א לאסור החלב לב"נ דא"כ יקשה מי איכא מידי דהא לישראל החלב עצמו מותר. אבל כ"ז לפלפולא והעיקר כדברי הנוב"י דלב"נ לא נאסר כלל החלב משום אבמה"ח.

ד ולכאורה רציתי להביא ראיה דגם לב"נ אסור משום אבמה"ח דהרי בחידושי הקשיתי הא דאמרו שם ראי' מעשרת חריצי חלב והא שם הי' למלחמה ובמלחמה מותר כל האיסורים כמ"ש הרמב"ם בהלכות מלכים דבעת שירעבו ויצמאו הותר כל איסורים ובחידושי תורה פרשת ואתחנן הארכתי בזה.

ה ולפמ"ש יש לומר דכיון דגם לב"נ אסור אבמה"ח פשיטא דלא הותר להם דבר שאסור לב"נ ומי איכא מידי. אבל כ"ז דחוק דא"כ יקשה מה סחורה שייך בזה וכמ"ש הכו"פ וע"כ העיקר כהנוב"י. שוב מצאתי בבשמים ראש בכסא דהרסנא סי' פ"ה שהאריך גם כן דלב"נ לא שייך משום אבמה"ח וגם מצאתי בו הקושיא והתירוץ הנ"ל בהא דיליף מעשרת חריצי החלב ונהניתי ודוק. איברא דלשון הש"ך סימן פ"א ס"ק י"ב דבהס"ד ה"א דהוא כמו אבמה"ח כמו בשר מהחי אבל לבתר דגלי לן קרא דחלב מותר אם כן ש"מ דדוקא בשר מן החי שהוא גופו של חי אסור אם כן מי חלב מותר.

ו הנה מראש דבריו ניכר דבהש"ס הוה מחשבו לחלב כבשר מהחי ממש וזה שלא כהנוב"י אבל לפענ"ד יש לומר דגם הש"ך כיון דבהס"ד ה"א דאסור כמו בשר מן החי משום דיוצא מהחי והוה אינו זבוח וזה אסור משום אבמה"ח כל שלא נזבח אבל

להמסקנא מסיק דדוקא גופו של בשר דיש לו תקנה בשחיטה הוא דשייך בו איסור אבמה"ח אבל חלב דלית לי' תקנתא בשחיטה דהחלב שכבר נחלב ממנו מה יועיל שחיטה דידיה ולכך לא שייך בזה איסור אבמה"ח. ובאמת שהי' תמוה לי מאד הס"ד דהש"ס דהחלב יהי' אסור משום אבמה"ח והא יהיה חמור מהבשר דהבשר מועיל שחיטה משא"כ החלב שכבר נחלב ממנו ומה יועיל שחיטה אח"כ וצ"ל דמכל מקום ה"א דאסור שעכ"פ יצא מן החי ואסור ולכך מסקינן דלא הוה כבשר וכמ"ש.

ז ובזה מיושב מה שתמה הכו"פ על הש"ך דהרי בחולין כאן אמרינן כל חלב דעלמא לאו כאבמה"ח דמי ושרי ה"ה בזה או דלמא האי אית לי' תקנתא בשחיטה האי ליתא בשחיטה הרי דגם לפי המסקנא חלב הוה כאבמה"ח רק חידוש הוא ולפמ"ש יש לומר דבאמת זה סברת האבעיא אי נימא דבאמת חלב הוה כאבמה"ח דעכ"פ לא נזבח או דלמא כיון דליתא לתקנתא בשחיטה גבי חלב לא אמרינן דהוה כבשר ואף דבאמת קי"ל דהוה ספיקא דאיסורא וכמבואר סי' י"ד הרי דבאמת מספקינן דלמא חלב הוה כאבמה"ח היינו דוקא בבן פקועה דגוף הבשר ליתא לתקנתא בשחיטה א"כ גם החלב מהראוי לאסור דלא שייך לומר דא"כ אין תקנה דהא גם לבשר ליכא תקנה דהוה כשחוטה אבל החלב שלא נזבח הוה עכ"פ אינו זבוח דאינו כגוף הבשר ודוק היטב. וידעתי שיש לפקפק קצת אבל להיות כי גוף הדברים נראים כמ"ש הנוב"י והכסא דהרסנא ע"כ נדחקתי להעמיס גם בדברי הש"ך כן ומסוף דבריו ניכר שראש דבריו אמת וכוונתו הי' כמ"ש ודוק. ובאמת לפענ"ד הי' נראה דמה דס"ד בש"ס לאסור החלב הוא משום דכיון דבאמת יש לחוש שמא הבהמה טריפה ורק דאזלינן בתר רוב והיינו חזקה דאתיא מכח רובא כמ"ש הר"ש דאף חזקה שלא נתבררה הוה חזקה דאתיא מכח רובא ולפי זה כיון דמחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ כאן דהבהמה עכ"פ אסורה משום שאינה זבוחה שוב חיישינן שמא היא טריפה ולכך אסרינן החלב ג"כ דכל שלא נשחטה הרי יש לחוש שמא היא טריפה ולכך ס"ד לאסור החלב ג"כ משום אבמה"ח אף שחלב אינו בכלל בשר כמ"ש הנוב"י שם מכל מקום מחזיקין מאיסור לאיסור ובזה ממילא ל"ש לב"נ איסור אבמה"ח גבי חלב דבאמת חלב לא בכלל בשר ורק משום דמחזיקין מאיסור לאיסור חיישינן לטריפה וא"כ בב"נ לא שייך זאת ומיושב היטב הא דקאמר לסחורה והקשה הכו"פ הא גם לב"נ נאסר ולפמ"ש אתי שפיר דלב"נ לא נאסר כלל. אך לפי זה יקשה הא דאמרו בחולין דף ס"ט בבן פקועה דחלבו מאי חלב דעלמא לאו כאבמה"ח דמי ושרי ה"נ ל"ש או דלמא התם אית ליה תקנתא בשחיטה הכא לית ליה תקנתא בשחיטה וקשה הא בן פקועה אין טריפות פוסל בו ואף בן ט' חי שהפריס ע"ג קרקע אין טריפות פוסל בו וא"כ שוב לא שייך לחוש לחלב

כלל דאין טריפות פוסל בו ואף דטריפות שהן מחמת שחיטה פוסל בו כמבואר סי' י"ג היינו מדרבנן דוקא ומשום דבעי שחיטה כראוי אבל כאן לענין החלב לא שייך להחזיק איסור דהרי הטריפות אינו מבורר אך י"ל דכיון דאותו אבר שיצא כיון דטעון שחיטה א"כ אפשר דגם טריפות פוסל בו דלזה האבר לא הותר בשחיטת אמו ואם כן כשיהיה בו טריפות יהי' אסור דהרי ע"י אותו אבר יוכל כל הבהמה להטריף וא"כ שוב שייך להחזיק מאיסור לאיסור. אך בגוף הדין צ"ע דמה"ת לחוש לטריפות של אותו אבר כיון דאינו רק אבר אחד ורוב הבהמה היא כשר ודמי למה שנסתפק הבעל עיטור וכן קי"ל בש"ע יו"ד סי' ל"ט סעיף כ' דבעינן שיהיה רוב הסרכא בגב אונה דגם בזה אזלינן בתר רוב אף דלא שייך כ"כ רוב בזה כמ"ש הבעל עיטור והובא ברא"ש וטוש"ע שם וצ"ע בזה ודוק. והנה מה שהקשיתי בחידושי והבאתי לעיל שגם הכסא דהרסנא הקשה זאת בהא דיליף מעשרת חריצי החלב והא במלחמה הותר וכתבתי לעיל דאם נימא דלב"נ אסור לא שייך זאת וכוונתי לדעת ש"ב הגאון בכסא שכ"כ. הנה כעת נסתפקתי לפי זה במ"ש הרמב"ן פ' ואתחנן על פסוק ובתים מלאים כל טוב דיי"נ אסור ול"ש שלל עכו"ם בזה דהוא משום תקרובת עכו"ם ואסור וכעת נראה דהרמב"ן אזיל לשיטתי' דס"ל דיי"נ בשביל תקרובת ע"ז א"כ שוב כיון דגם ב"נ אסור בתקרובת ע"ז לא שייך להתיר משום שלל עכו"ם משא"כ להרמב"ם דס"ל דיי"נ הוא לאו בפ"ע מקרא דישתו יין נסיכם ובתשובה אחת הארכתי בביאור השיטות א"כ לדידיה שייך שלל עכו"ם והנה מ"ש האחרונים ליישב הא דלא יליף מאברהם דהאכיל חמאה וחלב וכתבו דיש לומר דב"פ היתה ועיין נוב"י שם וכו"פ וכסא. ולפענ"ד היא תמוה דלפענ"ד דב"פ לא הותר לב"נ דהא בב"נ במיתה תליא והרי זה הב"פ עכ"פ חי ואם כן ניהו דהוה כאלו כבר נשחט אבל עכ"פ אבמה"ח שייך בזה יותר וא"כ כיון דסבר דב"נ היו ובערביים חשד אותם א"כ היאך האכיל להם החלב אם נימא דגם לב"נ אסור החלב משום אבמ"ה. וכאשר השקפתי בזה מצאתי בשפ"ד סקי"ג סק"ג בסופו שנסתפק בזה אי שייך לומר בזה מי איכא מידי או דלמא כיון דהוא חי לגמרי אסור לב"נ וצ"ע כעת.

ח והנה במ"ש למעלה בביאור כוונת הס"ד דחלב אסור משום אבמה"ח דשייך לומר מחזיקין מאיסור לאיסור ולכאורה צ"ב הא לא קי"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור ואף שהמהרי"ט בתשובה סי' פ"ב בראשונות האריך בראיות דמחזיקין מאיסור לאיסור כל האחרונים דחו זאת אבל באמת גם אנכי הארכתי בחידושי לדחות דברי המהרי"ט עפ"י דברי הרשב"א ביבמות דף ל"א דכל שהאיסור מסתלק מאיליו לא שייך מחזיקין מאיסור לאיסור וכתבתי שם דזה דוקא לאחר שחלף הלך לו האיסור הראשון אבל בעוד שאיסורו

הראשון עליו פשיטא דלכ"ע מחזיקין מאיסור לאיסור ולפי זה כאן בעוד שלא נשחטה ויש עלי' חזקת איסור של אינו זבוח פשיטא דמחזיקין מאיסור לאיסור וכעת נראה לי עוד לחלק דכל שבידו להסיר החזקה לא שייך לומר דמחזיקין מאיסור לאיסור דכבר כתבו הפוסקים דחזקה שבידו לשנותה לא אלים החזקה כ"כ ולכך כתבו דחזקת טבל לא אלים כ"כ דבידו להסירה ולפי זה אף אם נימא דכ"ז שלא הסירה מקרי חזקה אלימתא מכל מקום להחזיק מאיסור לאיסור ודאי לא שייך בזה דעכ"פ בידו להסיר החזקה מכל וכל ואיך נוסיף עליו חזקת איסור אחרת שלא הי' עליו ודי שתפקיע עצמה לא שתביא אחרת עלה. ובזה נראה לפענ"ד לדחות כל ראיות המהרי"ט דמה שהביא מירד לטהר מטומאת מת דאמרינן חזקת טומאה טמא וכן מזב שנזקק לזיבה שטמא שרגלים לדבר ש"ה שאין בידו להסיר החזקה הראשונה דכ"ז שלא הגיע זמנו לטהר מטומאת מת לא יש בידו לטהר וכן בזיבה אין בידו להסיר חולי הזיבה ולא סמי' בידו מקריא. ובזה נראה לפענ"ד כוונת הראב"ד פ"ג מק"פ שהבין מדברי הרמב"ם דמחלק בין אם נטמא בטומאת התהום ביום ששי לטומאתו ובין אם נטמא בשביעי והדבר צ"ב דמה חילוק יש ולפמ"ש אתי שפיר דבשביעי דכבר כלה טומאתו ושמשא ממילא ערבא אבל הוא הסיר טומאתו ע"י הטבילה וא"כ לא שייך להחזיק מאיסור לאיסור דמקרי בידו משא"כ בששי לטומאתו דעוד מחוסר זמן ומעשה ולא הוה בידן להסיר הטומאה מאתו וז"ב. ומה שהביא ראיה משחיטה דאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך במה נשחטה וכי מספקא לן אם שהה או החליד וכבר יצאת מחזקת אבמה"ח לב"נ על ידי מיתה ואפ"ה מחתינן להו איסור אבמה"ח עד שישחטה כראוי אף דנבלה אשתרי לב"נ וע"כ דמחזיקין מאיסור לאיסור ל"ק לפענ"ד דשם כיון דעכ"פ לגבי ישראל אין בידו להסיר החזקה עד שישחטנה כראוי א"כ שייך שפיר להחזיק מאיסור לאיסור עד שיוודע לך במה נשחטה שהרי אין בידו להסיר חזקת איסור אבמה"ח עד שיוודע לך שנשחטה כראוי וזה ברור. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בביצה דף כ"ה דלמה לי עד שיוודע לך שנשחטה כראוי כיון דחזינן שמתה אם כן נסתלק איסור אבמה"ח וכפי הנראה כוונו לקושית המהרי"ט הנ"ל דאין מחזיקין מאיסור לאיסור ועיין שב שמעתא שמעתא ה' פרק ב' ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דעל כל פנים כל שאין בידו לסתור החזקה עד שישחט כראוי שפיר מחזיקין מאיסור לאיסור ודוק.

ט ומה שהביא מב"ב דף קל"ה דאמרו אם הקלו בשבויה ניקל באשת איש אלמא משום דמחזיקין מאיסור לאיסור לכך אסרינן. ולפמ"ש אין ראיה דעכ"פ אין בידה להסיר החזקה דהגירושין אינם בידה ואף דבידו לגרשה מכל מקום היא בחזקת א"א ומכ"ש

מיתה דאין בידה ולכך הוה בחזקת א"א. איברא דמכל מקום מהראוי להאמין למה שאמר בשעת מיתה דאין לו אחים דהי' בידו להסיר החזקה ואם נימא דהאי חדא ועוד מצרך צריכי הוה אתי שפיר דעכ"פ טעם הראשון נדחה אבל אם נימא דהאי חדא ועוד הוא שני טעמים ועיין כתובות דף י"ד גבי ארוס וארוסתו ודף פ"ה שם גבי ר' מיאשא שנחלקו בזה א"כ הי' בידו להסיר החזקה וצ"ל דלא מקרי בידו כ"כ שלא רצה לאסרה לכהן ושפיר מחזיקין מאיסור לאיסור. וגם נראה לפענ"ד דשם לא שייך דאין מחזיקין מאיסור לאיסור דזה דוקא בשני חזקות מחולפות אבל כאן החזקת אשת איש עוד לא סר ממנה והרי היא בחזקתה עד שיוודע שנפקע חזקת אישות שלה וז"ב. ובזה הן נסתר מחמתו מה שהאריך בש"ש הנ"ל פ"ד להביא ראיה דמחזיקין מאיסור לאיסור מדברי התוס' בכתובות דף ע"ה גבי ר"י קיהה וטהר שכתבו דטעמא דרבנן דמטמא דמיירי שנזקק לטומאה וקודם שנטהר נולד בו ספק אחר ושפיר טמא הרי דמחזיקין מאיסור לאיסור ולפמ"ש אתי שפיר דאטו בידו להסיר החזקת טומאה הראשון ושפיר מחזיקין מאיסור לאיסור וזה ברור. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הפוסקים הרר"י והרשב"א דבכל ספק השקול טריפה ולא מוקמינן אחזקת שחיטה דלא נודע אי נשחטה כראוי ותמה המהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ו דא"כ אמאי מותר בחלב וגבינות בבהמה שנמצאת טריפה ולא נודע מתי נטרפה ומוקמי בחזקת היתר ואמרינן דהשתא היא דנטרפה והא בספק השקול לא מוקמינן בחזקת היתר. ולפמ"ש י"ל דכל הטעם של הרר"י והרשב"א הוא דס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור והיינו חזקת אבמה"ח הקדום ואף דבידו להסיר החזקה ע"י שחיטה ס"ל דכל שאין בידו להסיר החזקה מכל וכל דעכ"פ אם נמצא טריפה ניהו דאהני השחיטה להוציאה מידי נבלה אבל לא אהני השחיטה לגמרי דעכ"פ אסור באכילה משום טריפות בכה"ג שפיר מחזקינן מאיסור לאיסור דלא הוסר האיסור הראשון מכל וכל דגם אבמה"ח הוא בכלל טריפה ואף דמכל מקום הוסר החיות ועכ"פ אבמה"ח לא שייך מכל מקום ס"ל לאלו הפוסקים דגם בכה"ג כל שאין בידו להסיר החזקה מכל וכל מחזיקין מאיסור לאיסור דע"י שנחזיק בחזקת טריפה נתחזק האיסור הראשון.

י ומעתה בחלב דלא שייך ביה אבמה"ח וכמ"ש הש"ך דלפי המסקנא דוקא בשר אסור באבמה"ח משא"כ חלב ואם כן לא שייך בזה מחזיקין מאיסור לאיסור וזה ברור ועיין בש"ש שם פ"ט שכתב כיוצא בזה. ובזה יש לומר פרפרת נאה בהא דאמר הש"ס כל חלב דעלמא חידוש הוא ושרי ה"נ ל"ש א"ד התם אית לי' תקנתא לאיסורא בשחיטה הכא לית ליה תקנתא לאיסורא בשחיטה והדבר תמוה לפענ"ד דמה מועיל להחלב הך תקנתא דבשחיטה דהא החלב שכבר נחלב בעודה בחיותה לא יצאת מידי אבמה"ח ואף

דאיסור אבמה"ח קיל דיש תקנה לה בשחיטה אבל לאותו החלב דמי שפיר לאיסור יוצא דכשם דביוצא ל"מ שחיטה לאותו אבר כמו כן בחלב ל"מ השחיטה להוציאה כל שכבר נחלב. ולפמ"ש אתי שפיר דלפמ"ש עיקר הטעם משום דמחזיקין מאיסור לאיסור ולפי זה לפמ"ש דכל שבידו להסיר החזקה לא שייך מחזיקין מאיסור לאיסור א"כ שפיר אמר דבשלמא כל חלב דעלמא נפקע האיסור ע"י שחיטה משא"כ בזה דלית ליה תקנתא בשחיטה ושפיר מחזיקין מאיסור לאיסור וז"ב ודו"ק היטב וגם בנדון דמהרי"ט י"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור וז"ב ודו"ק היטב ועפ"י הטעמים שכתבתי לעיל דלא היה בידו להסיר החזקה לגמרי דלא רצה לאסרה על כהן ושפיר מחזיקין מאיסור לאיסור וצדקו דברי המהרי"ט ולא מטעמו ועיין תוס' חולין דף ס"ד ד"ה שאם ריקמה שכתבו בשם בה"ג דסד"א דביצה יהי' אסור משום דיצא מן החי וכמו בחלב ולפמ"ש צ"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור ושמא טריפה היא ואף דולד טריפה כשר דלענין זה יש לו חיותא בפ"ע ועובר לאו ירך אמו כמבואר ביו"ד סי' ע"ט מכל מקום ביצה דגדילה באיסור אסור וכדאמרו בחולין דף נ"ח ועיין ש"ך שם וביצת טריפה אסורה מן התורה ועיין תוס' שם ומצאתי בטורי אבן באבני מלואים בחגיגה דף ד' שכתב ליישב קושית התוס' דלכך בהמה בחייה בחזקת אבמה"ח עומדת משום דמחזיקין מאיסור לאיסור ולפמ"ש למעלה אתי שפיר סברת התוס' דלא שייך מחזיקין מאיסור לאיסור כיון דיכול להסיר החזקה רק דזה באמת כוונת הש"ס עד שיוודע לך שנשחטה כראוי ודו"ק. והנה בגוף דברי הש"ס דיליף מעשרת חריצי חלב ק"ל כעת דהרי בתרגום יונתן וברש"י ורד"ק כתבו דחריצי חלב היינו גיבני דחלבא קשה א"כ לשיטת הרא"ם דנסיובי דחלבא אסור משום אבמה"ח דחלב חידוש הוא ולפי שיטת הרבה פוסקים וגם הטור לפי הבנת הב"י היינו גם מה שעושין הגבינה ממנה זה ג"כ מקרי נסיובא דחלבא ואסור א"כ קשה גם אם נימא דחלב מותר הא חריצי חלב אסור משום אבמה"ח וצע"ג וכמדומה שבכסא הרגיש בזה ואינו ת"י ועיין ב"מ סי' תל"ז ומ"א ס"ק ד' ולפענ"ד ביאור כוונת המ"א דבאמת בחזקת טריפות לא אתחזיק כלל מעולם רק בחזקת אבמה"ח רק דמחזיקין מאיסור לאיסור וכל שכבר נשחטה ואזל חזקת אבמה"ח שוב לא שייך כלל חזקת טריפות דלזה לא אתחזיק כלל מעולם כנלפענ"ד ברור ונכון. ודרך אגב אזכיר בהא דמבואר המעושן והמבושל בחמי טבריא דפטור אבל אסור והיא מהירושלמי בנדרים וכתב הה"מ שספק אם חמי טבריא חשוב בישול וכשלמדתי זאת עם תלמודיי בחורף שנת תרט"ז הקשה אותי ש"ב החריף מוה' אברהם לבוב נ"י דלמה יפטור דבשלמא בשבת יש לומר דשאני חמי טבריא דאינו תולדת אש אבל בב"ח מה נ"מ כל שהוא דרך בישול אסור. והשבתי דהא התורה הוציאה

אכילה בלשון בישול וכל שאינו דרך בישול מותר והיינו כל שאינו חייב אבישול לא חייב על אכילה ג"כ וכעין דאמרו במבשל חלב בחלב כיון דעל אכילה לא לקי גם על הבישול לא לקי וה"ה להיפך וא"כ שוב כיון דחמי טבריא לא מקרי בישול ואינו לוקה משום לא תבשל דעל הבישול הוא דומה לבישול דשבת ולכך גם על אכילה לא לקי. ובזה נראה דמ"ש בטור וש"ע והוציא הכתוב האכילה בלשון בישול לומר לך דאינו חייב רק דרך בישול אין הכוונה בנ"ט כדרך שאמרו בחולין דף ק"ח דרך בישול אסרה תורה רק על ענין הבישול שחייב בבישול שבת וכדומה. ובזה ניחא מ"ש הב"י מקורו מהת"ה ולכאורה הוא ש"ס מפורש ולפמ"ש אתי שפיר. אבל עיינתי ברשב"א בת"ה ולא משמע כן וצ"ע

יא והנה בהך דהמבשל חלב בחלב דאמרו שם דנחלקו באחע"א ואח"כ מסיק דעל אכילה בודאי לא לקי לכאורה קשה דלמה לא נוקי דפליגי במבשל חלב בחלב ח"ש דמצד תרבא הי' שרי דאינו רק ח"ש ושפיר חל איסור בב"ח דעל ח"ש אחע"א כמ"ש התוס' בשבועות כ"ד ובב"ח חייב בחצי זית בשר וחצי זית חלב כדאמר לוי בחולין דף ק"ח וכעין זה הקשה בכו"פ ריש סי' פ"ז. ואמרתי בזה דכל הטעם דחל על ח"ש לחד תירוצא בתוס' בשבועות הוא משום דאינו מפורש בתורה וזה בשאר איסורים אבל בתרבא דמפורש כל אוכל חלב אף בחצי שיעור לא חל דמה"ט חידש הר"ש פ"ב דטבול יום דדיקולא בתרבא חצי שיעור ע"י תערובות אסור וכמ"ש בתשובה ואכ"מ ובלא"ה יש לומר דבב"ח כל שכבר נאסר אינו בגדר בב"ח דשניהם היתר והתורה אסרה החיבור ביחד וכעין שכתב הכו"פ בביאור דברי הנקודה הנפלאה של הרמב"ם ודו"ק היטב. והנה במ"ש למעלה דאינו דרך בישול כיון שגם מי חלב יש לו אותו טעם ואפ"ה כשר וא"כ אינו מרגיש החלב האסורה בשנת תרט"ז ה' בשלח מצאתי בתוס' בחולין ק"ט ע"ב ד"ה ההוא לקדירה במ"ש דהחלב של הכחל עם בשר אחר נשתנה הטעם ואסור אבל בכחל עצמו מותר אף שחזר ונבלע ולא נודע הטעם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אותו חלב שכבר הי' מתחלה חלב מותר ל"ש דרך בישול אבל בבשר אחר אסור דהא ניכר הטעם של החלב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מ"ש הרמ"א סי' צ' סוף ס"ג דכחל קודם צלייתו אף שהניחו יום שלם בחלבו שרי ולא שייך כבוש כמבושל ושאר בשר בחלב שחוטה שייך כבוש כמבושל. והטעם נראה לפענ"ד דהא בעי דרך בישול בנ"ט והרי אותה כחל בחלבה ל"ש נו"ט דטרם שפירש הי' ג"כ אותו טעם ואפ"ה שריא א"כ לא שייך דרך בישול וא"כ מכ"ש דלא שייך כבוש כמבושל בזה משא"כ בשאר בשר דשייך כבוש כמבושל ומה שהקשה הט"ז דגם בשאר בשר בחלב שחוטה הו"ל גזירה לגזירה והקשה בדג"מ מהך דבר גוזלא דנפל לכמכא

דלא שרי' רק משום שנאכל מחמת מלחו אף דהוה גזירה לגזירה. לפענ"ד יש ליישב דשם מירי אם בא לאכלה אח"כ ע"י בישול ואז יאסר הגוזל משום דבלע כומכא ונתבשל בתוכו אבל בשר שחוטה שנכבש בחלב דרצה הט"ז להתיר הוא כשכבר נתבשל ולא יבא לידי בישול עוד. והנה הקשה ע"ז ש"ב החריף מוה' אברהם לבוב נ"י דאכתי יקשה מהא דאמרו שם וה"מ חי אבל צלי בעי קליפה והא בצלי שוב הו"ל גזירה לגזירה. אבל לפענ"ד נראה דלענין קליפה שוב הו"ל כבוש כמבושל מה"ת דדוקא לענין שיתבשל כלו ע"י הכבוש לא נחשב כבוש כמבושל אבל כ"ק מבשל הכבוש ונאסר כנלפענ"ד. אך בגוף הקושיא עיין נקה"כ מ"ש ועיין בט"ז סי' צ"ח ס"ק ה' ולפענ"ד יש לומר בפשיטות דשני גזירות שנגזרו כל אחת בפ"ע רק שנזדמנו יחד בענין אחד לא שייך גזירה לגזירה עד"מ כאן דכבוש כמבושל בשאר איסורים הוא מה"ת לא שייך בזה גזירה לגזירה ודוקא דכל דהשני גזירות הם רק גזירות באותו ענין שייך גזירה לגזירה וזה כלל חדש וצריך ביקור בספרים

יב והנה בשנת תרכ"ד א' ויקרא למדתי מסכתא בכורות ובדף ל"ד ע"ב אמרו אבעיא להו יטהר תנן או ויטהר תנן למאי לחתן וכו' וצ"ל אם נימא דמחזיקין מאיסור לאיסור וכמ"ש התוס' בכתובות דף ע"ה לענין נגע א"כ נ"מ כגון שנולד לו ספק נגע אם נימא דיטהר תנן א"כ תיכף בשעה שנולד לו ספק נגע טהור מן הראשונה א"כ שוב הו"ל רק ספק נגע ולא מחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ אין לו דין נגע רק ספק נגע אבל אם ויטהר תנן שוב מחזיקין מנגע לנגע והו"ל חזקת טומאה בודאי. מיהו יש לומר דאם נימא דיטהר תנן והו"ל רק ספק נגע שוב נעמיד אותו בחזקת טהרה שוב לא נטהר מן הראשונה דהא יטהר תנן וצריך שיולד לו נגע אחרת וכל שספק נגע לא נולד לו נגע דהא מעמידין בחזקת טהרה ודו"ק. והנה בשנת תרכ"ז ג' לך למדתי טור אהע"ז סי' וא"ו ושם מבואר דספק חלוצה מותרת לכהן ולכאורה אם נימא כהמהרי"ט דמחזיקין מאיסור לאיסור א"כ ניהו דחליצה אינו רק דרבנן והו"ל ספק דרבנן הא ספק דרבנן באתחזיק איסור הוא אסור כמבואר ביו"ד סי' ק"י בשם הרשב"א וא"כ כאן ג"כ סד"ר באתחזיק איסור אסור ועיינתי במקור הדין והב"י ציין בפ' כיצד והוא שם דף כ"ד קדמו וכנסו אין מוציאין מידם ואמרו הטעם דחליצה דרבנן ושם הדבר נכון דשם הספק אי שפיר קמייבם וא"כ לצד הספק דשמא מייבם כהוגן ודאי הו"ל ספק דרבנן לקולא כיון דממנ"פ עומדת או לחלוץ או לייבם אבל החזקת א"א הלך לו. ובזה מיושב קושית התוס' שם לענין מת בתוך שלשים יום דאם אשת כהן הוא לא תחלוץ והא הו"ל ספק חליצה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם ספק חלוצה היא ואתחזיק איסור לכך לא תחלוץ ואסורה לכהן דעדיין יש חזקת א"א

עליה ודו"ק והש"ע שסתם הדברים צ"ע. שוב עיינתי ושם כבר נתקדשה לכהן ואפ"ה אמרו דלא תחלוץ ומיהו כל שספק הוא אם נפל הי' שוב היתה אסורה משום חזקת א"א והיאך מותרת לכהן ע"כ אמרינן דלא תחלוץ ואנן מחזיקין אותו שהוא ב"ק ואז נתבטל חזקת א"א שמקודם אבל אם נצריך אותה חליצה שוב תהי' חזקת א"א ומחזיקין מאיסור לאיסור ודו"ק היטב. שוב ראיתי דיש לדייק בהא דאמר הש"ס שם ספק חליצה לא גזרו בה רבנן וקשה למה לא נקטו סד"ר הוא ולקולא כדאמרו בכמה מקומות והעיר בזה בספר ישרש יעקב ולפמ"ש י"ל דסד"ר לחוד לא סגי דהא איתחזיק איסור ומחזיקין מאיסור לאיסור ולכך אמר דחליצה דרבנן ובספק לא גזרו שיהי' מחזיקין מאיסור לאיסור וזה לא גזרו נמצא כבר חלף הלך לו חזקת איסור הקודם ושוב לא נשאר רק סד"ר ולקולא ודו"ק. עוד נראה לי להעמיק בדבר מה שאמר לא גזרו בהו רבנן ולא אמר סד"ר ולקולא דהנה ספק איסור דרבנן לקולא שייך בשיש ספק איסור דרבנן אבל כאן הוא להיפך שיש כאן ספק מצוה דאורייתא אם צריך ליבם ומקיימין מצות יבום דאורייתא רק שיש ספק שמא יש איסור חליצה ובכה"ג לא גזרו רבנן בשביל איסור ספק דרבנן לבטל ספק מצות יבום בכה"ג לא גזרו בהו רבנן. ובזה ממילא מיושב קושית התוס' דאשת כהן לא תחלוץ דשם ספיקא דרבנן ולקולא וא"צ חליצה מן התורה ולמה תחלוץ ולעשות ספק דרבנן בידים וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה שם בישרש יעקב דלמה לא חלקו בין באו בב"א דיאסר כמו כל באו בב"א אף בטומאה דרבנן ולפמ"ש י"ל דכאן כל שיש ספק תורה לא משהינן ספק מצות תורה בשביל ספק איסור דרבנן ודו"ק. והנה לפמ"ש רש"י דלא גזור רבנן להוציא מספק ומשמע דוקא להוציא אבל לכתחלה אסורה וכ"כ הח"מ ס"ז ס"ק א' א"כ ל"ק קושיתי דבאמת סד"ר ל"ש כאן דהא אתחזיק איסור א"א ומחזיקין מאיסור לאיסור רק בעבר ונשא בודאי פקע איסור א"א להחזיק מאיסור לאיסור דכל שכבר נשאת לשני שוב אסורה לראשון ג"כ. ובזה מיושב קושית התוס' דבאמת לכתחלה אסורה להנשא והתוס' שהקשו משמע להו דגם לכתחלה תנשא וע"כ דברי הח"מ צ"ע דמדברי התוס' לא משמע כן והב"ש העתיק דברי התוס' על הש"ע וז"א דלפמ"ש הש"ע אין מקום לקושית התוס' וכמ"ש ודו"ק כי הוא ענין נכון:

סימן קיא

א שלום וכ"ט לכבוד הרב המופלג מוה' אפרים פישל הורוויץ ני' מדובנא.

ב מכתבו נמסר לי תמול ע"י המופלג מוה' שמחה ר"פ נ"י. והנה אמת כי כבר כתב אלי אבל אז לא רציתי להשיב יען כי את הרב איני רב וגם כבר הדפיס בחבורו ועוד טעמים כמוסים. אך עתה שכתב שעשה פשרה אך רוצה להשקיט תלונות המערערין

שסומכין על ספר חסד לאברהם ע"כ אמרתי לכתוב לו חוות דעתי בדבר המעשה שאחד מת ל"ע והי' לו בן יחיד וארבעה בנות וצוה לפני מותו שאשתו תשלוט בנכסים אחרי מותו כל ימי חייה ורשות בידה לעשות עם הנכסים כאדם העושה בשלו ומה שישאר אחר מיתתה הבן יקח ב' חלקים והבנות כ"א תקח כחצי חלק זכר וכתב כן בהצוואה אחרי כן ביני שיטי כתב וכל מה שאני נותן לבנותיי הנני נותן להם ע"מ שאין לבעליהן רשות בהן ושייכין להם ולבניהן ואחרי מותו בעוד אשתו בחייה מתה אחת מבנותיו והניחה בנים ובנות ואחרי מיתת הזקנה בהגיע זמן החלוק מעזבון המנוח הנ"ל מת אחד מבניו של בתו שמתה ולא הניח זרע קיימא וקרבו למשפט בעל האשה אחת שמתה ובניו ובנותיו הבעל טוען שהוא יורש את אשתו והבנים זכרים אומרים שהם יורשים חלק אמם דהא בצוואה כתוב שאין לבעליהן רשות בהן ושייך להן ולבניהן והבנות באו לחלוק עם הבנים שוה בשוה כי אמרו כי גם בנות בכלל בניהן כי כן מבואר בשו"ת חסד לאברהם ומעלתו האריך לחלוק.

ג והנה ס' חסד לאברהם אינו ת"י ואכתוב כפי מה שהעתיק לי מעלתו בקצרה כי הענין רחוב ועמוק ומיוסד על אומדנות ואבקש מאתו שיעיין על כל דבר כי אני כותב כמעט ברמז. והנה זה יצא ראשונה מ"ש מעלתו דעיקר הטעם דאף בחיים ל"ש העברת נחלה ובכל זאת אם ראוי לשניהם הכל הוא לבניו לחוד משום דבנים משמעות יותר זכרים מנקבות והאריך בזה. יפה כתב מעלתו. ומה שהתנצל בעל חס"ל לפי דברי הה"מ הטעם משום דדעתו של אדם קרובה לבנו יותר מבתו ואם כן בנ"ד דבן בתו ובת בתו דקי"ל דלא אמרינן דדעתו קרובה כמבואר בחו"מ סי' ר"י אם כן שוב זכרים ונקיבות שוין. הנה יפה הביא מעלתו שהפרישה דחה דברי הה"מ וכ"נ מהב"ח והמלמ"ל וכלם תפסו שעיקר הטעם משום דבנים יותר משמע זכרים מנקבות ולפענ"ד ראיה ברורה מהא דאמרו בב"ב דף קמ"ג שם האי דאמר נכסי לברא והו"ל ברא ובר ברא קרו אינשי לבר ברא ברא או לא ולפי דברי הה"מ פשיטא דברא יותר קרובה דעתו לו מבר ברא כמבואר בש"ע. ואני אומר עוד יותר דאפילו אם נימא כמ"ש התה"ד סי' ש"נ דדעתו של אדם קרובה אצל בת בנו ג"כ והרמ"א בסי' רנ"ז משמע דס"ל כדברי התה"ד והרגיש הש"ך שם ס"ק ג' בסתירה ועיין בקצה"ח סי' ר"י הקשה ג"כ כן עכ"פ זהו לגבי בן בנו ובת בנו לבד אבל לגבי הבן פשיטא דבנו עדיף לו מבן בנו ועיין בסוטה דף מ"ט דאמר לי' שמחת את לבי והכית את שיני והיינו דאמרו אינשי רחמי דאבא על בני רחמי דבני אבני דהו"ל הרי דלגבי בנו ודאי אין דעתו קרובה אצל בן בנו וא"כ יקשה איך ס"ד דבר ברא יהיה בכלל ברא וע"כ דהטעם הוא משום דבניו משמע זכרים וא"כ ממילא אם בר ברא קרי ברא הוא בכלל

ברא זה לכאורה ראיה ברורה דלא כהה"מ. איברא דלפי' הרשב"ם שהי' בר ברא של בן אחר שמת אין ראיה משם די"ל דשם לא רצה להעביר נחלה לכך הוה בר ברא בכלל וכמו שמחלק הרא"ש בתשובה כלל פ"ה סי' ג' דיש חילוק בין מחיים לאחר מיתה וכן החזיקו הרבה מהקדמונים חילוק זה ועכ"פ יהיה איך שיהיה כיון דיש ספק בין הטעמים והבנות בודאי אינן מוחזקות יותר מהבנים שוב מהראוי לומר דממונא בחזקת יורשים הוא וכן מצאתי בת"ח סברא זו. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הרא"ש בתשובה שם דמתנה הוא נותן ליתמי אחותו ול"ש בו העברת נחלה. ולפענ"ד אעפ"י שאיני כדאי לדבר נגד הרא"ש אפילו לאחד מתלמידי תלמידיו מ"מ תורה היא ולפענ"ד ניהו דל"ש ביה העברת נחלה כל שנותן בתורת מתנה מ"מ כל שיש ספק אם כוון ליורשי דאורייתא או לאו יש לנו לומר דמסתמא כיון לקרב עצמו יותר לד"ת ומידי דהוה אכל ספק בתקנה דקי"ל דמחזירין הדבר לדינא דאורייתא וה"ה כאן יעוין מלמ"ל פכ"א ממלוה בהתשובה שם שהאריך בענין זה גם מ"ש הרא"ש שם כיון שזה הנותן העביר נחלתו מבתו כ"ש שלא יחוש להעברת נחלת אחותו לפענ"ד גם בזה צ"ע דניהו דראינו שעבר על איזה איסור מ"מ כל שי"ל שלא עשה איסור יותר אמרינן. וגדולה מזו מצינו בתמורה דף כ"ז בתחלה אמרו שם כיון דאכתי גברא לא אתחזק באיסורא לא שביק היתירא ואכיל איסורא ואח"כ איבעיא להו אע"ג דאתחזיק איסורא לא שביק אינש היתירא ואכיל איסורא והאי בתרייתא לאכילה הוי ועיין ברמב"ם פ"ב מתמורה שכתב בה"ג שאף על פי שהוחזק זה במלקיות הרבה הואיל ויש שם דרך היתר אין מניח דבר היתר ועושה איסור ואף לפמ"ש המלמ"ל פ"ו מגירושין הי"ח בכה"ג שהן איסורין חלוקין לא אמרינן דכל שכבר עשה איסור יעבור עוד איסור זה לא אמרינן ומכ"ש בזה וצע"ג עכ"פ כבר כתבתי דדבריו נכונים בזה ומידי ספק לא נפקא מ"ש דהבעל אינו יורש משום שכתב שאין לבעליהן רשות בהן לכאורה יפה כתב בזה ומ"ש מעלתו דכל דלא אמר מה שתרצה תעשה דעת הרמב"ם שלא מועיל ואף אם נימא דלשמואל סגי בלשון אחד עכ"פ לענין ירושה ודאי יורש את אשתו כמו שהאריך השעה"מ הלכות נדרים מפי סופרים וספרים אמנם לפענ"ד נראה דלכל הסברות יהיה מועיל לפי שיטת בעל חס"ל שכ' דמ"ש להן ולבניהן הכוונה של בניהן אחריהן כמו שאומר ואחריך לפלוני לפי זה ע"כ לא מבעיא לן אי צריך הני לשונות רק בשלא אמר ואחריך לפלוני אבל בכה"ג שלא הקנה להן רק כל ימי חייהן ואחריהן לבניהם הרי מפורש אמר דאחריהן לקני בעל לא לקני וכדאמרו בכתובות דף צ"ה דכל דאמר כשהוא נשואה אף שבעל לוקח הוי הרי אמר אחריך לקני בעל לא לקני וזה ברור.

ד אך כל זה לשיטתם אבל יפה כתב מעלתו שיוכל להיות שהכוונה שלהן יהי' מחצה אף בחיי הזקנה עכ"פ מידי ספק לא נפקא ובמקום ירושה כבר כתבתי שמהראוי יותר להעדיף כח היורש ומ"ש בעל חס"ל דהוי ראוי ואין הבעל יורש בראוי ומעלתו מצא בספר שערי משפט שהביא דברי הבה"ג דבמתנת שכ"מ דדבריו ככתובין וכמסורין דמי אף הלואה שלא הגיע זמנה לגבות מחיים דאשה בעלה יורש אותה ע"ש הנה באמת קורא אני עליו דולה מים מבורות עמוקים. ובאמת לפענ"ד לא זכיתי להבין דבריו דהרי דברי שכ"מ לא הוו רק ככתובין וכמסורין ומי עדיף משטר גמור דמקרי ראוי כמבואר בב"ב קכ"ד ובחו"מ סי' ער"ח. ואולי שיטת הבה"ג דדברי שכ"מ עדיפין יותר משטר וכעין שהאריך הרשב"א והר"ן בסוגיא דבר פדא לענין אמירה לגבוה שהוא מחלוקת בירושלמי לא עדיף מכתיבה ומסירה ועיין במח"א הלכות צדקה ס"ד ובתשובה הארכתי הרבה בזה וא"כ איפוא בודאי מידי ספק לא נפקא ודברי בה"ג דברי קבלה הם וא"כ הבעל יוכל להיות יורש ובפרט שהבעל מוחזק בכמה אלפים. וע"כ יפה עשה מעלתו שעשה פשר ואין להבנות תרעומת עליו. ויש לי עוד דברים רבים בזה אמנם חסר לי ס' חס"ל כי אולי נמצא שם איזה ענין מה שערערתי בשו"ת פמ"א ח"א סי' ל"ז שהאריך בענין הלז אבל להיות כי לא העמקתי בזה וגם הדבר כבר נעשה ופן יאמר הרב אזילנא בתרא ומה גם שהוא רב וקרוב שלי אבל דברי תורה דכתיב בי' אמת לא אזלינן בתר רוב וקרוב ויסלח לעיין בזה כי כתבתי בקצרה והמ"י:

סימן קיב

א להרב הגדול מוה' חיים צבי נ"י אבד"ק יאניב.

ב ראיתי את השאלה והמעשה שהי' כך הי' שבאה אשה אחת מניקה לקהלתו ונשאת לבחור אחד כבן ארבעים שנה והוא בעל חטוטרות פו"א כהר גבוה ותלול ולא היתה שום אשה נתרצית להנשא לו ובעת הנישואין לא הי' מעלתו בביתו וכאשר נתוודע לו הדבר שיש לה ילדה כבת שמנה חדשים שלח שליח ב"ד להפרישם אולם איזה אנשים דשם קמו למולו ואזרו חיל כגבורים ואנשי מלחמה במלחמתה של תורה ודברו על לב האיש שלא ישמע לקולו באומרם שקודם הנשואין לא נודע להם מהילד והוי דיעבד וגם אם יגרשנה לא ימצא שום אשה שתרצה להנשא לו והילדה היא אצל מניקת וגם גיסה בעל אחותה שהיא אומרת שנתעברה ממנו לזנונים משלם שכר הנקה. הנה כבר הגדתי לו בע"פ שאין מקום להתיר וכאשר ביקש ממני להראות להם מכתבי אמרתי לרשום בקצרה אף שאני פה קרית חוצות בלי שום ספר לא מראשונים ולא מאחרונים כ"א מאשר שמור בזכרוני.

ג הנה מה שייך לדון בזה מצד שהיא זונה הנה הרמ"א כתב שלא להקל כ"א במופקרת וזאת האשה אינה מופקרת וגם בנ"ד ל"ש הטעם דבעלה משמרה דהבעל הוא בעל מום ועני ואביון ואיך יוכל לשמור אותה והלא מהיכן ירק זה חי וכל כוונתם הי' שיחי' נפשו בגללה וגם באמת לפענ"ד גוף הדין ליתא דהנה כל טעמו של אא"ז מוהר"ם מינץ ז"ל ואא"ז הרמ"א ז"ל להקל בזונה הוא משום דאינה משועבדת להניק וכמו שרצה הר"ש הזקן להקל בגרושה ומכ"ש בזונה שאינה בכלל מניקת חבירו ע"ש באורך כי אינו לפני ואני אומר להיפך וטרם יהיה כל שיח נבין דברי התוס' שדחו דעת הר"ש הזקן דכמו דלטעם דחסה לא הי' חילוק בין גרושה לאלמנה כמו כן לטעם דלמניקה קיימא גם כן אין חילוק והדבר תמוה דכל שנשתנה הטעם למה לא ישתנה הדין ועיין בפ"י והפלאה מ"ש בזה והארכתי בזה בכמה תשובות וכעת נראה דבאמת צריך להבין לטעם דדחסה א"כ מ"ט במניקת לאסור וע"כ צ"ל דמניקת נגרר בתר מעוברת והמניקה באה מכח עבורה וכל שכבר נאסרה בעת עבורה אף שמת בעת שכבר ילדה כיון דאסרו מעוברת אסרו נמי מניקה משום ל"פ. ולפ"ז יפה כתבו התוס' דק"ו הדברים דהשתא להס"ד דמעוברת אסור מטעם דחסה א"כ אסרו כל מניקה בשביל מעוברת מכ"ש לטעם דמעוברת למניקה קיימא כל דאסרו מניקה אלמנה פשיטא דגזרו גם במניקה גרושה אף דל"ש הטעם מ"מ לא גרע מהס"ד דגזרו כל מניקות אטו מעוברת אף דל"ש הטעם ומכ"ש במניקה גרושה וז"ב.

ד ולפ"ז צ"ל דטעמו של הר"ש דמ"מ כיון דנשתנה הטעם וטעם דדחסה נדחה ל"ח שוב למאי דס"ד. ולפ"ז אני אומר דכל הטעם דדחי טעם דדחסה משום דמה"ת שלא תחוס על נפש הולד כמ"ש רש"י ולפ"ז זה בכל אלמנה וגרושה אבל זונות דודאי אינם חסים על וולדות שיולדים בזנות ואדרבה בושת וכלימה להם פשיטא דחיישינן לטעם דדחסה ואסור אף שאינה משועבדת וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית הנוב"י וגם זקני הגאון מוהרמ"ז זצ"ל הקשה כן הובא בישועת יעקב לב"ש דס"ל דגם אלמנה אינה משועבדת אם כן אמאי אסרו מניקת לשיטת הר"ש והריב"ש ס"ל י"ח חדש. ולפמ"ש א"ש דכל טעמו של הר"ש דס"ל דלהמסקנא נדחה טעם דדחסה והיינו לדידן דשייך באלמנה טעם דהנקה וא"כ לא ס"ל טעם דדחסה אבל לב"ש דבשום מניקה ל"ש הטעם וע"כ הטעם משום דחסה וא"כ שוב אין נ"מ ובכל מניקת גזרו אטו מעוברת דשייך דחסה. ובזה י"ל דלכך העתיק הרמב"ם טעם דדחסה אף דהש"ס דחי לה משום דלב"ש ע"כ הטעם משום דחסה ממילא העתיק הטעם דדחסה כדי לאסור אף בגרושה דלא כהר"ש ויש להמתיק הדברים ע"פ מ"ש הרא"ש בסוגיא דב"א דאף דלא גזרו תחלה משום הני חששות מ"מ כל

שהי' שייך חשש דחיפוי גם אח"כ דל"ש הטעם המשיכו התקנה ע"ש וה"ה כאן כל דשייך הטעם באלמנה משום דסתם להנקה קיימא גם בגרושה המשיכו הטעם משום דחסה אף דמסתמא חייס ובחידושי אמרתי בזה דבאמת כל הטעם דל"ש דחסה משום דמסתמא אין אדם מכוין להרוג נפש ולפי זה כל דחשו משום סתם מעוברת למניקה קיימא וכשלא יהיה לה מזונות תקטל א"כ אדרבא יש לחוש שתמעכו בעת עבורה ועל העיבור לא נצטוו ישראל ואינו נהרג על עוברין כמבואר בסנהדרין משא"כ אח"כ כשתקטלנו תהיה הורגת נפש וז"ב כשמש ועכ"פ בזונה ודאי שייך הטעם דדחסה ובפרט שצ"ל כן לב"ש כמ"ש וע"ד הפלפול אמרתי בישוב קושית הנוב"י הנ"ל דלב"ש לא שייך לאסור כלל אף באלמנה דאינה משועבדת והוה כמו גרושה לדידן לשיטת הר"ש דהנה באמת צ"ב שיטת הר"ש דניהו דגרושה אינו כופה להניק אבל מ"מ סתם מעוברת למניקה קיימא ומסתמא גם גרושה תרצה להניק בנה ועכ"פ בשכר ואח"כ תתבייש לתבוע וקטלה לי'. אך נראה דכוונת הר"ש דל"ש שם מניקת חבירו כיון דלא יכול לכופה והיא בעצמה הפקיעה השיעבוד שלה דהא האיש בודאי אינו מוציא אלא לרצונו א"כ היא בעצמה הפקיעה השיעבוד ואינה בכלל מיניקת חבירו וז"ב.

ה ולפ"ז לב"ש דס"ל דלא יגרש את אשתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר א"כ הוא מוכרח לגרשה א"כ פשיטא דלא שייך לומר דהוא הפקיע השעבוד דהא מוכרח לגרשה וא"כ שוב היא גרמה ומה"ת לומר שלא תהי' נקראת מניקת חבירו ואדרבא בזה אפשר דיכול לכופה להניק שלא תהא חוטאת נשכרת ועכ"פ הוא בודאי לא פשע וא"כ גם גרושה בכלל מניקת חבירו וממילא לב"ש גם אלמנה נקראת בשם מיניקת חבירו דלא עדיפא מגרושה לדידי' והר"ש כתב לדידן דלא קיי"ל כב"ש ועיין סי' קי"ט דאינו רק מצד המוסר לדידן וא"כ כשגרשה הפקיע הוא השעבוד ואינה בכלל מניקת חבירו ודוק היטב כי היא עצה עמוקה. הדרן לנ"ד דלפענ"ד בנ"ד אין מקום להקל.

ו ולכאורה רציתי לומר לצדד להקל ממה דמבואר בש"ע סי' ס' דאם נשבעת המניקה וכנס לא יוציא ואף דכאן לא נשבעת נימא דתשבע המניקת. אך באמת לפענ"ד בנ"ד דגיסה הוא המשכיר המניקת בשביל שמודה שממנו הוא א"כ לא שייך היתר זה דהא באמת אינו וולד של כשרות ובוש בזה וי"ל שמא לא ירצה ליתן שכר הנקה ועתה תוכל לתבוע אותו בד"י ובדא"ה משא"כ אח"כ מי יחוש על הולד ומי יחמול עליו ואף שהוא ממזר מ"מ עכ"פ נפש מישראל הוא ובמדרש קהלת אמרו על דמעת העשוקים שקאי על הממזרים שהם עשוקים והקב"ה עתיד לטהרם וא"כ פשיטא דצריכין לחוש עליו ושייך גזירת חז"ל. וע"כ לפענ"ד צריך לגרשה עד כלות כ"ד חדש ואח"כ אם ירצו להנשא

זה לזה מי ימחה בידם כנלפענ"ד. וע"כ לפענ"ד כל מי שירצה להקל בזה עתיד ליתן את הדין וכ"כ הריב"ש כי בזה אין לחוש לילדותה ולעקירת הבית כי משום פקוח נפש נגעו בה וכבר כתוב בתפל"מ בסופו מ"ש מעשה ונענשו כמה גדולים שהתירו בזה ואם בלחים תבער אש מה יעשו עצים יבשים שלא למדו ולא שנו ומכניסים עצמם לדבר חמור כזה ואשמם בראשם ואנחנו נקיים. ודרך אגב ראיתי בירושלמי סוטה פ"ד ה"ג שם מבואר דר"ח הורה כ"ד חדש ומר עוקבא הורה כ"ד חדש ואפילו מת התינוק ובש"ס דילן כתובות דף ס' מבואר דמר עוקבא שאל לר"ח והורה ט"ו ח' ובמת קי"ל דמותר ועכ"פ אף שהירושלמי מחולק כ"פ עם ש"ס דילן עכ"פ מ"ש הפ"י להקל לאחר ח"י חדש בירושלמי מבואר דלא הורה כן וצם כל האי יומא יעו"ש וע"כ חלילה להקל בזה ודי להקל במת הולד ולא זולת:

סימן קיג

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המופלג בתורה וביראה חו"ב שושילתא דיחוסא מוה' יהודא אהרן נ"י האבד"ק סאניוואטץ.

ב יקרתו הגיעני כמו רגע והאומנם אני אחוז בסבך הטרדות אך מפני אהבתו אהבה דוחקת להשיבו על אתר ובפרט כי הענינים הם דברים פשוטים. והנה בשאלה הראשונה בהיות כי נודע לו שבעירו נוהגים כל בני העיר בעת אשר נוסעים להבציר לאדיבעשט לעשות היין ויען שהכלים החביות הגדולים המה ביוקר גלל זאת לוקחים חביות ישנים אך לאשר הי' שבורים מתקנים אותן על ידי האומנים ואח"כ אף כאשר האומנים גומרין מלאכתם לאשר שיראים לבל יטיפו וישפוך היין לחוץ ויבאו לידי הפסד ע"כ המנהג בכל המקומות לשפוך מקודם בתוכם מים חמין ומגלגלין החבית וגם עומד המים חמין בתוכם זמן מה ועי"ז נצמדים בטוב השוליים אולם לאשר שהיורה שבהמרחץ היא טריפה יען שהרבה אנשים ונשים אשר דרכם לרחוץ עצמם בבורית ויושבים כך בהאמבטי כנהוג ורוחצין א"ע ואח"כ לוקח הבלן המים חמין מהאמבטאות ושופך שוב להיורה ומהיורה להאמבטאות וגם הנשים בעת החפיפה דרכם של הנשים העומדות עליהן להשגיח עומדים עם נרות דולקות ומטפטפים חלב ולפעמים החלב דבוק בהאמבטי ונופל להמים עכ"ת השאלה. הנה הדבר פשוט על להבא יראה שיכשירו היורה אבל העבר אין כי הבורית אינו חלב גמור ונפגם גם מה שמטיף מהנרות של חלב אינו רב ובטל ובפרט אם אינו ב"י ובודאי הכמות שהוא בעין נתבטל לגמרי והדברים פשוטים כי יש לסמוך בזה על הצ"ץ אף שהזייף שלנו אינו פגום כ"כ מ"מ יש להקל בזה ומה גם חלב ביין הוא לפגם כמ"ש הרמ"א בסימן ק"ג ס"ד בהג"ה והיינו חלב בצירי

דהיינו תרבא כמ"ש במקור הדין כמ"ש בשו"ת נוב"י מהד"ק חיו"ד סי' ל"א ובשו"ת מהר"ם דיסלדארף ובצ"ץ סי' פ' ט"ס כמ"ש בנו בקונטרס אחרון שם ובשפ"ד ס"ק י"ב נמשך אחרי דברי הצ"ץ ולא ראה שבנו הרב תקן זאת ובהגהותי ליו"ד שנדפס פה לבוב אצל היו"ד הארכתי בזה ולא נפניתי כעת. וע"ד השאלה השניה בגרעצקי הינער כבר נדפס פעמים משמי היתר על ההינער הלז ואין לי להאריך כעת כי אני מתירם וכבר נתפשט ההיתר. השאלה הג' איש אחד אשר נקרא בפ"כ אמינע ולס"ת אברהם אם לכתבו בגט היינו אם נקרא לס"ת בשם אברהם לבד אז יכתוב אברהם המכונה אמיניא או אמיניא דמתקרי אברהם עכ"ת שאלתו. הנה לא שמעתי השם הזה וצריך לידע היאך נקרא לס"ת ואיך חותם עצמו ואם הוא שם חול אין קפידא אם בעיי"ן או באל"ף הכל כפי הראות שם והכל אחר חתימה ואם אינו חותם יראה אם הרוב מדגישים הסג"ל או הרוב אינם מדגישים ועכ"פ אין להשמיט זה השם יען כי נקרא בפי כל בזה ואתו החכמה כי בדברים כאילו צר לנו המקום להתהלך ברחבה בהוויות דאביי ורבא והעיקר כפי ראות עיניו עפ"י ספרי אחרונים דברי הכותב בקצרה נאחז בסבך טרדות:

סימן קיד

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב המופלג בתורה מוה' יקותיאל גילערנטער ראב"ד ומ"ץ בק' הריבשיב.

ב מכתבו הגיעני היום ואני יושב קרית חוצות לשאוף רוח צח ומחוסר ספרים ובכ"ז אמרתי להשיב בקצרה וזה דבר השאלה בעירו הי' בהכנ"ס ישינה וחזו בה תיוהא עד שהצריכו לסתרו עפ"י תוקף נימוסי המדינה והתחילו לבנות מחדש במקומו וכפי חוק הפלאן לפי נימוסי המדינה נמשך עתה הבהכנ"ס לצד דרום יותר ממה שהי' מקדם לערך ט"ו אמות ולצד צפון נעשה מקום פנוי לערך שמנה אמות ע"פ כל אורך השטח ונמצא עתה לפי הפלאן הלז הי' במקום שהי' מקדם בהכנ"ס ע"פ כל אורך הבהכנ"ס לערך שמנה אמות רוחב על כל האורך יהי' עתה במקומה עזרת נשים לצד צפון בהכנ"ס וגם לצד מזרח נתרחב הבהכנ"ס לפי הפלאן הלז ערך שבעה אמות ונמצא עתה שיהיה מקום הארון במזרח הכותל החדש באמצע והמקום ארון שהי' מקדם יהיה עתה פנוי ויהי' באמצע בהכנ"ס וגם לענין עצים ואבנים מהבהכנ"ס שסתרו אם מותר להשתמש בהם ע"כ השאלה. הנה מה שרוצים לעשות עזרת נשים על מקום זה יפה כתב מעלתו וא"צ אריכות שמותר לעשות מזה עזרת נשים. ועל מקום הארון שנשתנה הנה מה שהביא מספר עיקרי הד"ט מר' דניאל טירני ס"ט בהלכות בהכנ"ס אינו בידי לעיין אמנם משו"ת מ"ב נראה דאין קפידא דהרי כתב ולרווחא דמלתא שאותו מקום שעמד

עליו בהכ"נ דנשים שהיא עיקר הקדושה ישאר פנוי והמ"א העתיק משמו בס"ק ל"ז שמקום ארון הקודש ישאר פנוי וא"כ כיון שאינו לרווחא דמלתא ושם נמכר לגמרי וכאן נשאר בקדושתו רק שאין הארון במקומו ופשיטא דאינו מעכב כיון שא"א בע"א שרצונם לעשות עזרת נשים.

ג ועל השאלה אם מותר למכור בזט"ה ובמא"ה הנה באמת המ"א חולק על המ"ב מ"מ לפענ"ד דברי המ"ב עיקר דמה נ"מ לאנשים ממקומות אחרות כל שיש להם בהכנ"ס למה יקפידו ע"ז. מיהו לפענ"ד גם המ"א מודה בזה.

ד ויש לדמות למ"ש המהר"מ לובלין סי' נ"ט בבהכנ"ס של ק"ק לוקאבא כיון שנשלח מנימוסי המדינה לסתרו וגם עיין בשו"ת זקני המג"ש בסי' ד' וסי' ז' וימצא הרבה צדדים שמותרים למכרם ע"פ זט"ה במא"ה ובודאי ישתמשו בם כל שימכרו אותו ואפ"ה התיר. ומ"ש המ"א דאין רשות להם למכור דבר שא"ש לפענ"ד עכ"פ לא גרע משותפים דאחד מהשותפים יכול למכור כל שהוא לצורך ומכ"ש כאן דמ"מ בני אותה העיר המה העיקרים והמעות יעשו לצורך בהכנ"ס אחרת ואם כן נשאר השותפות כדמעיקרא כנלפענ"ד דברי הכותב בקצרה הדוש"ת באהבה:

סימן קטו

א שלום וכ"ט אל כבוד החריף המופלג השנון סופר מהיר מוה' מרדכי בר"ם דיין ומ"צ דק' קארטשין.

ב מכתבו הגיעני היום מיום א' בהר ולא ידעתי למה נתאחר כ"כ והנה ראיתי כי הוא חוזר על מ"ש בדבר הד"ת אשר השבתי והנה יאמין לי כי אני אחוז בסבך הטרדות ומלבד טרדות ועול הציבור פה עוד יעמידו עלי ממקומות אחרות קרובות ורחוקות והב"ד הביאה כמה וכמה מכתבים נחוצים ואני צריך לחלק ממני על כמה ענינים והיום עומדות עלי כמה נשים אשר המה צרורים בצרות עגונות אלמנות חיות אשר בעליהן הולכות מפה לחיל קיר"ה ונחוץ לגרש אותם ולא אוכל לדחותם. והנה עברתי על דבריו במרוצה וראיתי כי הוא רוצה לעשות סניגורין לדבריו ובאמת לפענ"ד הדין דין אמת כמ"ש במכתבי הקדום ואין הזמן מסכים לעיין בכל מ"ש כי לפענ"ד בכל הספיקות בחזקה יש להעמיד בחזקת מי ששוכר כעת והטעם דלא עדיף חזקות מבן המצר דחז"ל עשו תקנה משום ועשית הישר והטוב ומ"מ כל שספק אי שייך בן המצר הלוקח נקרא מוחזק ובלא"ה כל ספק בתקנה מוקמינן אדין תורה ועמלמ"ל פט"ו מטוען שהאריך הרחיב הדיבור בזה וא"כ לפענ"ד הדין אמת כמ"ש בראשונה ומ"ש מעלתו שאכתוב לו על איזה דברים שצריך לגבות עדות ויגבה עדותו תמהני מאד כי גם במכתביו הקודמים

כתב לי ג"כ כזאת כי אכתוב לדיקלא שישלחו לי הטענות ואני מתפלא מאד כי מלבד שאני טרוד מאד ודי לי כשעיין במה שהובא לפני ולא שאשלח ואכתוב אחר טענות למקומות אחרות אף גם אין הדין כן ואני אכתוב לו מה שצריך לגבות עדות אולי עי"ז ילמדו הבע"ד לשקר וכבר אמרו מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא ואם יש לו גב"ע על כל מה שיש לו היה לו לגבות עדות ע"ז ולהודיעני ועכ"פ הדין דין אמת לפענ"ד ואבקש אשר אל יטריחני יותר כי אני טרדות רבות סביב שתו עלי ז"ז יהי שלום וברכה כנפשו ונפש הדו"ש באהבה:

סימן קטז

א שלום וכ"ט לכבוד ש"ב הרב המאוה"ג החריף וכו' מוה' יעקב שלמה נ"י האבד"ק פרעמישלאן.

ב מכתבו הגיעני היום לע"ע. ע"ד שאלתו ראובן השתתף עם שמעון לפני ג' שנים שיהי' הוא הנותן מעות למסחר ויתנו בכאן פשתן ושעוה ויוליכו ללאשקיוויץ למכור ואח"כ בשילהי קייטא לבאקאווינא ומשם יקנו עניס להובילו לכאן שיהיה להם על החורף למכור לבתי המוקד והתחלת המו"מ הי' אחר חג הפסח ונמשך עד סוף החורף ובקניית הסחורה בכאן ובסביבות הי' שניהם המתעסקים זולת ההולכה לבאקיוונא וקניית העניס שם הי' ע"י שמעון המקבל המעות ואח"כ בשנה השנית אחר פסח אף שלא הי' אז שלם ההשתתפות ביניהם מקודם כי נמכרה כבר הסחורה שלהם והי' חשבון ביניהם חזרו ועסקו במו"מ על סמך דיבורים הראשונים כן הי' גם בשנה השלישית היא שנה זו ובשנה הזאת כאשר נסע שמעון לבאקיוונא עם פשתן ומסר שם קנה עניס ושלח עגלה א' ע"י עגלן א' עם עניס שקנה עפ"י איש אחד מעיר אחרת שבקש ממנו לקנות שם עבורו עניס על חשבונו ממעות שיש לו אתו והעגלן ברח עם העניס וגם הי' היזק בפשתן שמכר שם ועתה נפלה ביניהם מריבה שראובן לא רצה לסבול ההיזק מן העניס שהעגלן ברח עמו גם מהפשתן בטענה שכן הי' התנאי ביניהם מתחלה עכ"ד השאלה בקיצור. הנה מ"ש מעלתו כי שמעון חייב לפי ששינה והוה מזיק כמ"ש הלח"ח הנה באמת בטור חו"מ סי' קע"ו סמ"ג כתב על מה שטוען ששמעון פשע שהחזיר שט"ח דהוה פשיעה גמורה ונתקשיתי דהא פשיעה בבעלים פטור. אך מצאתי בדרישה שהרגיש בזה וכתב דמיירי דלא הוה שמירה בבעלים ולכאורה מבואר דלא כלח"ח אבל באמת הדרישה הרגיש ג"כ בסברת הלח"ח דבמזיק חייב אף בבעלים יעו"ש וכן מצאתי בשו"ת רדב"ז ח"ב סי' תת"מ והיא התשובה שרמז המלמ"ל פ"ה משותפים ושם מבואר בהדיא דמזיק בבעלים בשותפין חייב ע"ש. אך בשיטה מקובצת ב"מ דף ק"ה גבי הני תרי דעבדי עיסקא בהדדי

מבואר בשם רי"ף דאף שפשע השותף ומכר באשראי מ"מ הו"ל פשיעה בבעלים וכן נראה מתמים דעים להראב"ד סי' נ"ג וא"כ מבואר דלא כהלח"ח והרדב"ז ועיין בספר שו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' פ"ב שהסכים לסברת הלח"ח ועיין בספר בית מאיר על אהע"ז סי' פ' סי"ז ועל שעה חדא א"א לי לעמוד על הדברים ועכ"פ מידי ספיקא לא נפיק ועכ"פ לא יוכל להוציא מיד ראובן ההיזק מבע"ג ושמעון לא הוי מוחזק כמ"ש מעלתו. וגם לפענ"ד מה שקנה עניס לצורך איש אחר לא מקרי שמירה בבעלים כלל ועל הריבית שטוען לפענ"ד כיון דהוי דרך שותפות והוי כאילו הניח מעות יותר לא מקרי ריבית כלל וז"פ לפענ"ד שהדין עם ראובן.

ג ומפני גודל הטירדא דברי מעטים והדין דין אמת:

סימן קיז

א שלום להרב החריף מוה' ישראל חיים דייכעס ני'.

ב מכתבו קבלתי היום והנה לא אוכל להשיבו דבר מלא כי קשה עלי העיון מחמת כאב עיני ל"ע השם ירפאני. לפענ"ד ל"ש מוקצה בחולה שיב"ס לולא דברי הרא"ה ז"ל דהנה התוס' בחולין דף ט"ו ע"ב ד"ה כגון כתבו וא"ת אם יש מוקצה לחצי שבת אמאי שרי לר"מ בשוחט לחולה והבריא וכו' ותירצו כיון שרגילות הוא שיחזור לחליו לא הוה מוקצה וכו' ולפ"ז מכ"ש באם הוא חולה שאב"ס מע"ש די"ל דאולי אח"כ יסתכן ויהיה חולה שיש בו סכנה ולפ"ז הרי התוס' בפסחים דף מ"ו ע"ב ד"ה לרבה הקשו למ"ד הואיל בטלת כל מלאכת שבת דהא חזי לחולה שיב"ס וכתבו דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ע"ש ולפ"ז אם היה חולה שאב"ס מע"ש יוכל להיות שיבא לחולי שיב"ס ושוב לא שייך איסור מוקצה ואולי הרא"ה לא ס"ל כתירוץ הזה של התוס' רק כתירוץ השני שבתוס' שם ולסברת התוס' י"ל דל"ש מוקצה ועכ"פ מוקצה בודאי לא הוה. ובזה אני מיישב דברי הה"מ בפ"ב מיו"ט ה"א והר"ן במס' שבת דחזי לחולה והקשה הלח"מ דאם לחולה שיב"ס גם שאר איסורים מותרים ונדחק ועיין במ"א סי' תצ"ח ס"ק ו' ובמחה"ש שם שנדחק בזה ולפמ"ש א"ש דמיירי אם הי' חולה שאב"ס לא הי' חל עליו איסור מוקצה ביו"ט דיכול להיות שיסתכן ודו"ק. בדבר קושייתו בחולין דף קל"ט מנדרים ל"ד כבר קדמוהו בשו"ת ש"ב הגאון הנוב"י חיו"ד ז"ז אין דבר:

סימן קיח

א שלום וכ"ט אל כבוד הרב הגאון המפורסם וכו' מוה' אליהו ני' האבד"ק דראהביטש ני'.

ב מכתבו נמסר לידי ואני יושב פה קרית חוצות לשאוף רוח צח ולשתות מי מעיין הקשה למעיין. בכ"ז אחר שביקש מאוד להשיבו וגם אני נכמרו רחמי על האשה האומללה

הלזו ע"כ אמרתי לעיין ויאמין לי כי אף ספר ב"י אין אתי רק ש"ס יבמות וש"ע אהע"ז וד' יהיה בעוזרי להתיר האשה מכבלי העגון. והנה ראיתי הגב"ע וארשום בקצרה. ראיתי מה שנסתפק מעלתו אי מועיל עדות מיוחדת כיון דלשיטת הרי"ף בעי אף בשני עדים קברתיו ולרא"ש בעי שני עדים כשרים וא"כ שוב י"ל דלקולא לא מועיל עדות מיוחדת דאפשר דדמי לד"נ והביא דברי הב"ש סי' י"א וסי' קל"ג דלקולא לא מועיל עדות מיוחדת באישות. הנה לכאורה לא הבינותי דמה ענין עדות מיוחדת לכאן אטו יש חשש על גוף העדות החשש הוא שמא אמרו בדדמי וזה אינו ענין לגוף העדות אטו חיישינן דמשקרי שתאמר כל שאינו שני עדים רצופים יש לחוש דמשקרי באמת גם ע"א מהימן בזה רק דחיישינן שמא אמרו בדדמי וא"כ כל שבשני עדים ל"ח לבדדמי א"כ למה לא יועיל עדות מיוחדת. אמנם אחר העיון י"ל כיון דכל עיקר הטעם דבשני עדים ל"ח לבדדמי הוא משום כיון דהתורה האמינם א"כ אין לנו לחוש לבדדמי וכמ"ש הרמב"ן במלחמות כל שהתורה האמינה לשנים אתם מה לכם עליהם ומה"ט מצריך הרא"ש שיהיו כשרים ולפ"ז כל דעדות מיוחדת פסול באישות שוב התורה לא האמינם ושוב יש לחוש לבדדמי ובעי וקברתיו. אמנם באמת גם זה אינו נכון דניהו דעדות מיוחדת לא מהני בד"מ מטעם דמשקר רק דגזירת הכתוב הוא בד"נ דבעי שיהיו שנים המעידים ביחד ונפיק לי' מקרא ע"ש במכות דף וא"ו ע"ב וא"כ כל שבעגונה גם ע"א מהימן שוב ל"ש בזה עדות מיוחדת ועיין בתוס' שם שכתבו דבד"מ אף דכתיב משפט אחד יהיה לכם מ"מ כל דע"א מהימן לשבועה שוב לא בעי עדות מיוחדת. וזכורני שבשו"ת נוב"י מהדו"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב האריך בזה דכל דמשכחת שיהיה ע"א נאמן שוב כשר עדות מיוחדת ע"ש וא"כ מכ"ש כאן דבאמת ע"א מהימן כל של"ש בדדמי וגם באם אמר קברתיו מהימן ל"ש עדות מיוחדת גם לפענ"ד נראה בישוב קושית התוס' ובביאור סברתם דצ"ב מה בכך שמועיל לשבועה מ"מ למה יהי' נאמנים לממון. ולפענ"ד נראה ביאור הדברים דענין עדות מיוחדת נראה כיון דבעינן דבר ולא חצי דבר וא"כ בד"נ כל שהי' עדות מיוחדת א"כ שוב כל אחד בע"פ הי' חצי דבר ולא מועיל. ולפ"ז הרי נודע שיטת הרי"ף לענין חצי דבר דכל שמועיל לאיזה דבר כמו בשלשה שני חזקה דמועיל עכ"פ לפירות שנה זו שוב לא מקרי חצי דבר ע"ש ולפ"ז כל שמועיל לענין שבועה בד"מ שוב לא מקרי חצי דבר ודו"ק היטב כי בזה יש לפלפל בדברי הנוב"י סי' ע"ב הנ"ל ואינו לפני. ועכ"פ בעגונה דודאי לא מקרי חצי דבר בודאי עכ"פ יש איזה תועלת בגופו אם הי' אומר וקברתיו וכדומה שוב ל"ש עדות מיוחדת וגם מבואר באחרונים בסי' י"ז דבעגונה מועיל חצי דבר עיין בישועת יעקב שם ותמצא וא"כ פשיטא דמועיל עדות מיוחדת ועיין בק"ע אות נו"ן

מבואר שם בשו"ת מהריב"ל בהדיא דמועיל עדות מיוחדת דוק ותשכח וא"כ אין בזה ספק. ומ"ש מעלתו דכיון שחבול בפניו יש לחוש שמא אשתהי ג' ימים ובספק אשתהי מחמרינן. הנה יפה צדד מעלתו בזה צדדים להקל. והנני יוסיף דבאמת יש ספק שמא לא אשתהי ואת"ל אשתהי דלמא לא נשתנה ואף דאינו מתהפך מ"מ צריכין לדון תחלה שלא אשתהי ובפרט שיש כאן חזקת חי ואף דהב"ש כתב ס"ק פ"ד דל"ש חזקת חי עכ"פ יש להתחיל מעיקרא בזה שמא לא אשתהי ובכה"ג מועיל כמ"ש הש"ך בכללי ס"ס בשם הרמ"ע מפאנו כנודע ועיין קו"ע אות ש"ס מ"ש בשם מהרש"ך כיוצא בזה דמועיל ס"ס בזה ועיין ב"ש ס"ק ע"ז ואף דבק"ע אות נ"ג הביא בשם מהריב"ל דאין להקל בעגונה משום ס"ס כבר ציין הב"ש שם תשובת הרש"ך בזה. איברא דבאמת הפ"י בק"א לכתובות פ"ק האריך דמהראוי שלא יועיל ס"ס בעגונה ואני מצאתי בשטמ"ק בב"מ בסוגיא דשיירות מצויות שכתב בהדיא דיש להחמיר בס"ס בעגונה ועשעה"מ הלכות מקוואות אבל בתשובה הארכתי בזה דכל הפוסקים החליטו להלכה דמועיל ס"ס בעגונה ועשו"ת שב יעקב שהשיב להפ"י בעצמו באורך בזה דמועיל ס"ס ואף דס"ס במקום חזקה ל"מ באמת גם זה אינו ברור ועיין ביו"ד סי' ק"י ובפרט כאן שעכ"פ אתרע קצת חזקת א"א שהי' במלחמה.

ג ומה שלא הזכיר שם אביו יפה כתב מעלתו דביש הוכחות ואומדנות סגי בשמו ושם עירו לבד. וע"כ לפענ"ד יש להתיר ובאופן שיסכים עוד אחד גדול להתיר דאין אתי שום ספר לא מראשונים ולא מאחרונים ע"כ אין רצוני שיסמכו עלי ויצטרף עוד אחד עמנו ונמטי שיבא. אחר שכתבתי כל זה נתיישבתי דאדרבא בעדות מיוחדת יותר עדיף ואף לשיטת הרי"ף דבעי וקברתיו אף בשני עדים מ"מ בעדות מיוחדת כמו בנ"ד גם להרי"ף כשר דהנה באמת דברי הרי"ף תמוהין כמ"ש הרמב"ן כל דהתורה האמינה לשני עדים אתם מה לכם. אך לפענ"ד נראה דזה דוקא בכל עדות דעלמא דל"ש בדדמי ואינו כשר בע"א רק בשני עדים ואף בד"מ עכ"פ לממון צריך שני עדים אם כן אין אחד סומך על חבירו ובודאי אומרים אמת אבל בעגונה דגם ע"א מהימן וניהו דחיישינן לבדדמי א"כ אמרינן דגם שנים כל אחד סומך על חבירו ואומר בדדמי כיון שהעד השני אומר כן ובעגונה מועיל ע"א רק דיש לחוש בדדמי אבל עכ"פ העד סומך על חבירו ומעיד שנהרג וסומך על עד חבירו כנלפענ"ד. ולפ"ז זהו כשראו בב"א אבל בעדות מיוחדת א"כ לא סמך על חבירו ושפיר הוה שנים ול"ש בדדמי ולא בעי שיאמר וקברתיו כנלפענ"ד דבר חדש. עוד נ"ל כיון דר' יהושיע בר' משה אמר שהכיר הביקס והטשאקע שלו והביקס והטשאקע הוה כלים דלא מושלי דמלבד דל"ש שאלה דלמי ישאיל הא כל אחד יש לו

טשאקע וביקס ובפרט בעת מלחמה שכל אחד צריך לזה והיאך ישאיל וגם לפי דעתי יהיה עונש גדול אם ישאיל לאחר ביקס וטשאקע וממנ"פ אם לא יהיה לו ביקס וטשאקע בודאי כשיהיה ערטילאי בודאי יענש ואם יש לו רק שיחליף למה יחליף ובכה"ג ודאי דאף אם נימא דגם בכלים דלא מושלי עכ"פ סימן מובהק לא הוה כמ"ש הב"ש בשם הריטב"א והב"י מ"מ זה בשאר אינשי ואינם כלי מלחמה אבל כלי מלחמה ובשעת מלחמה פשיטא דאין לחוש לשאלה ובודאי הם של יעקל פריידענהיים הנ"ל וא"כ אין לחוש רק שמא ברח והניח הטשאקע שלו עם הביקס וכל שראה שנהרג אחד בודאי י"ל דזה נהרג והביקס והטשאקע שלו מזה שנהרג הוא ועכ"פ לא שייך לומר דזה הנהרג הוא איש אחר דאם כן מה בעי גבי' הביקס וטשאקע של יעקל פריידענהיים הנ"ל ולשאלה ל"ח וז"ב. עוד נראה לי בישוב דברי הרי"ף דמצריך וקברתיו אף בשני עדים דמה שהקשה הרמב"ן דאחרי דהתורה האמינה אתם מה לכם לפענ"ד עפמ"ש הסמ"ע דלכך אוהב ושונא כשרים להעיד ופסולים לדין משום דהמעשה א"י לשנות אבל המחשבה יכולים לשנות ויהיה הנטיה לכאן ולכאן עפ"י השנאה והאהבה וכ"כ הבעל עקידה בפ' שופטים ע"פ דברי הס' מדות ולפי זה גם כאן ניהו דשני עדים האמינה התורה היינו דלא משקרי והדברים שמעידין אמת אבל כאן יוכל להיות בדמי והדברי' אמתיים רק שנדמה לו שנהרג א"כ באמת מעידים רק שסבורים שהאמת והמחשבה שוב יוכל להשתנות והוא נכון מאד לפענ"ד:

סימן קיט

א שלום וכ"ט לכבוד הרב החריף ושנון מוה' ישראל מאיר קערשינבוים ני'

ב מכתבו הגיעני תמול ואני עודני יושב בקרית חוצות עוסק ברפואות ומחוסר ספרים ומעלתו רוצה להראות חזותו בפלפול ולולא זאת לא הייתי משיבו כי אין להשיב בדיני ממונות לאחד שאינו דיין כמבואר בחו"מ סי' י"ז אמנם לאחר שלפי דעתי אינו דין שאירע ע"כ אני אשיבהו בקצרה. בדבר השאלה שאחד לוה מעות על בית והתנה עמו שיוכל לסלקו בכל עת שירצה וגם המלוה התנה שכ"ז שלא יתן המעות ידור בבית בחנם וכמה שנים היה דר בביתו בחנם ועתה מת המלוה והניח אחריו יורשים וטוען הלוה שרוצה לנכות מדמי ההלואה באומרו שהוא ריבית קצוצה וישלם לו המותר מדמי החוב והיורש טוען שישלם לו כל החוב דאין מוציאין מן היתומים אף שהוא ריבית קצוצה.

ג וע"ז האריך מעלתו לברר אם הוא ריבית קצוצה וכתב שמדברי הראב"ד והרי"ף והרשב"א והר"ן נראה דבאתרא דמסלקי הוה רבית קצוצה לבד דעת רש"י דלא הוה רק אבק ריבית אבל כאן כיון דקצץ בפירוש הוי ריבית קצוצה וכמ"ש המח"א הלכות מלוה

ולוה סי' י"ב ועכ"פ לדעת הפוסקים דלא כרש"י בודאי הוה ר"ק ועש"ך סי' קע"ב ס"ק ז'. והנה החו"ד שם חידש דבבית כיון דאינו יכול להשכיר לאחרים הוה כלא קיימא לאגרא וכמ"ש התוס' בדף ס"ד ע"ב ד"ה לא ישכור ושאני שדה דיכול למכור פירותיו ומעלתו תמה עליו דנעלם ממנו דברי הרמב"ם דבבית הוה טפי ר"ק מבשדה וכן נראה מהרשב"א בתשובה והנימוק"י. ובאמת שעם כל זה דברי התוס' מורין בהדיא כהחו"ד ומ"ש מעלתו דהתוס' לא כתבו רק בדהוה בנכייתא דלא הוי ריבית רק דמחזי כריבית בכה"ג סומכין על הסברא דאינו יכול להשכיר אבל בלא נכייתא דהוה ריבית גמור לא סמכינן ע"ז הוא תמוה דמה נ"מ יש בין נכייתא כל דלא חסר והוה כלא קיימא לאגרא ושרי.

ד אך לפענ"ד הדבר נכון דבאמת גוף סברת התוס' כל דיכול להשכירו הוי ריבית ושאינו יכול להשכירו לא הוה ריבית הוא תמוה והח"ד אסברה דהוה כלא קיימא לאגרא וזה נהנה וזה לא חסר אבל הוא תמוה דניהו דכעת א"י להשכיר היינו מחמת ההלואת שהלוה לו ושיעבד לו הבית עי"ז א"י להשכיר ונמצא שבעת שהלוה הי' לו חסרון ונתרבה הנאתו של זה על ידי חסרונו של זה כמ"ש מעלתו. אמנם ביאור הדבר נראה לפענ"ד דהתוס' הביאו שם בתחלה דברי ר"ת דבית נמי זימנין דלא שקיל מידי שיכול להיות שיפול או ישרף הבית ולפ"ז כיון שבתחלה הלוה על הספק שפיר כתבו דהיכא שהלוה על הבית או על השדה א"י להשכיר לאחרים והיינו דהרי מבואר בחו"מ סי' קי"ז דמשכונא סתם הוה כהלואה סתם ואם פירש הוה כאפותקי מפורש ולפ"ז לר"ת דאמר דבבית ג"כ זימנין דלא שקיל מידי דלמא יפול או ישרף הבית והיינו עכ"פ משכונא מפורש שלא יהא פרעונו אלא מזה ואם כן בכה"ג בודאי הוה כלא קיימא לאגרא שהרי בודאי א"י להשכיר דהא נתן לו שעבוד ע"ז ולא יגבה אלא ממנו ואיך ישכיר לאחרים והם יקלקלו הבית והחצר והשדה ומאין יגבה המעות שהלוה על משכון זה ואם כן לפי מה דמבואר בש"ע שם דאין חילוק בין שדה לבית ואם כן ע"כ מיירי באפותיקי מפורש דהיינו משכון בפירוש בכה"ג שפיר מחלק הח"ד בין בית לשדה דבשדה יוכל לתת לו הפירות בחובו או שימסרם מה שאין כן בבית אבל להרמב"ם ושאר פוסקים דלא ס"ל סברת ר"ת ובבית הוה יותר ריבית דההנאה מצויה תיכף ולא ס"ל סברת ר"ת דזימנין יפול או ישרוף משום דזה אונסא דלא שכיח וא"כ ממילא בשעת ההלואה נחסר לו עי"ז שהלוה וא"כ אף במשכנתא בפירוש לא הוה כלא קיימא לאגרא דהא מ"מ נתרבה הנאתו בשעת הלואה תיכף עי"ז שנחסר לו שא"י להשכירו וכמ"ש מעלתו ובפרט לשיטת הרמב"ם דאף בלא קיימא לאגרא הוה ר"ק אם כן מה בכך שא"י להשכיר הא מ"מ נתרבה הנאתו ע"י חסרונו של זה דבעת שהלוה לו לא שעבד לו הבית והיה יכול להשכיר וז"ב מאד. ובזה מיושב

גם כן מ"ש הרמב"ן במלחמות דבאתרא דמסלקי הוי ר"ק והביא ראיה מבית בבתי ערי חומה ע"ש והרי בבית א"י להשכיר ואפ"ה הוי ר"ק לולי שהתורה התירה ולפמ"ש א"ש דשם בודאי לא שייך סברת ר"ת דבבית בבתי ערי חומה ודאי הוה ריבית כמ"ש התוס' דמשמע מבית בבתי ע"ח דהוה ריבית גמור ול"ש תיוהא ע"ש ודוק. ובזה מיושב ג"כ מ"ש המח"א בשם מוהר"ם דמשכון להשתמש בו הוה כלא קיימא לאגרא ע"ש בסי' כ"א ולפמ"ש מבואר דשם הוה ההנאה תיכף ודוק ועכ"פ לפמ"ש לדידן דקיי"ל כר"ת דאין חילוק בין שדה לבית בודאי צדקו דברי הח"ד דבבית ודאי לא הוה ר"ק וממילא א"י בדיינים. ובלא"ה לכאורה סלוקי בלא זוזי הוי כאפותקי מיניה וכמו באבק ריבית הדין כן כמו כן ביתומים דאין מוציאין אף ר"ק א"כ גם סלוקי בלא זוזי הוה כאפותיקי מיניה ומ"ש מעלתו דלא דמי לאבק ריבית דאינו ריבית רק דחכמים גזרו כל שסילוקו בלא זוזי הוי כאפותיקי אבל בר"ק דמה"ת מוציאין ממנו רק דהיתומים לאו בני אהדורי נינהו אבל עכ"פ סלוקי בלא זוזי דעכ"פ אין מוציאין רק שאין רוצין לתת הוי סלוקי כאפותיקי ואין מוציאין הריבית מהלוה ויכול לנכות והביא בשם שו"ת תפארת צבי ותשובת הגאון מוהר"ע איגר ז"ל שהאריכו בזה. ולפענ"ד בפשיטות כיון דהוה כמכר לו השדה או הבית כמ"ש התוס' שם והוה ודאי אפותקי כיון דהבית היה של המלוה דהוה כמכר וזה בא להוציא ממנו שכירות בודאי א"י להוציא וז"ב לדינא

ה ומה שהקשה בדברי המלמ"ל פ"ב מביאת המקדש שהאריך אם בעי דוקא שהתחיל בעבודה או שלא התחיל בעבודה ע"ש וע"ז תמה דמפורש בירושלמי פ"ב מסנהדרין דשם אמרו כ"ג מקריב אונן ואינו אוכל דברי ר"מ ר' יהודה אומר כל אותו היום ר"ש אומר גומר העבודה שבידו ובא לו ומבואר דר' יהודה ס"ל דלהתחיל נמי מותר ור"ש ס"ל דרק לגמור העבודה שבידו ויעויין ברמב"ן בספר המצות בשורש ה' שהביא ג"כ הירושלמי ומבואר שהרמב"ן פירש ג"כ הירושלמי כן ופוסק כר"ש ואם כן גם הרמב"ם בודאי פוסק כר"ש והמלמ"ל לא ראה זאת וגם על התוס' תמוה שפשיטא להו שמותר להתחיל בעבודה והרי ר"ש סבירא ליה דדוקא גומר ואינו מותר להתחיל ואם כן איכא למימר דר"י ג"כ פירש כר"ש וס"ל כוותיה עכת"ד ובאמת שזה תימא ואין אתי לא ספר המצות וגם הירושלמי אין אתי כעת אמנם בפשיטות נראה דהנה באמת תמוה איך נוכל לפסוק כר"ש הא ר"י ור"ש הלכה כר"י כדאמרו בעירובין מ"ו ע"ב ואולי הירושלמי לשיטתי' דפוסק ר"מ ור"ש הלכה כר"ש אבל מ"מ אינו מוכרע לפסוק גם ר' יהודה ור"ש דהלכה כר"ש דזה בודאי לא מצינו דר"מ ור"ש בש"ס דילן ספק וקאי בתיקו והכריע הירושלמי כר"ש אבל לא כר' יהודה ור"ש וצ"ל כיון דבש"ס דילן מצינו כר' יוסי ס"ל יגמור לכן פסק

כר"ש וס"ל דר"ש ור' יוסי אמרו דבר אחד. ומעתה אם אנו מסופקים אם ר' יהודה ס"ל רק דגומר או אף להתחיל אם כן אין ראיה מהירושלמי ור' יהודה בירושלמי משמע דלא מפרש כבש"ע דילן ע"כ לא הבינותי הירושלמי כנ"ל לפי חומר הנושא ואגב הטרדא דברי מעטים וכאשר יעיין ימצא הדברים נכונים.

סימן קכ

א אשר שאלת אם אוהב ושונא כשר לדון אם חבירו מקבלו שיהי' בורר של זה או להיפך שונא של זה כשר לזה. הנה בשו"ת חוות יאיר סי' ב' כתב דאין חבירו יכול לעכב משום כיון דאין הפיסול רק מצד קירוב וריחוק הדעת כדאמרו בסנהדרין ואם כן כשר לשכנגדו ע"ש. וראיתי בתומים סי' ז' ס"ק ט' שהביא ראיה להח"י מהא דהקשו התוס' בנדה דף נ' בד"ה ור"מ דהקשו למה לא אמרינן לאתויי אוהב ושונא דכשרים להעיד ופסולין לדון ותירצו דלא פסיקא להו שהרי לכל העולם כשרים ודברהם תמוהים דאם כן גם בקרובים שייך זאת דכשרים לכל העולם לאותם שאינם קרובים וע"כ דהכוונה היא דקרובים פסולים בהחלט לקרוביהם משא"כ אוהב ושונא דכשרים לכל העולם דהיינו אם חבירו ירצה להכשירו ע"ש. והנה דבריו דחוקים בכוונת התוס' במ"ש דכשרים לכל העולם כמו שיראה המעיין בלשון התוס' וגם מהרמב"ם בפיהמ"ש שם לא משמע כן מדתירץ דפסול אוהב ושונא אינו פסול קיים דיעבור שנאתו ואהבתו ואם איתא היה לו לשנויי דיכול להכשירו בפסולו ויקבל עליו גם אהבתו גם שנאתו בטל וע"כ דלא ס"ל כן. אמנם מה שנ"ל בכוונת התוס' דהנה במעיד לקרוב ורחוק לדעת הרבה פוסקים אף בעדות בע"פ מתוך שנתבטל לגבי קרוב נתבטל לגבי רחוק ובשטר לדעת כל הפוסקים עדותן בטילה כמבואר בטוש"ע חו"מ סי' נ"א ועיין בתומים שם ס"ק ט' ולפי זה נ"ל ברור דזה דוקא בפסול קורבה אבל בשונא ואוהב דתלוי בקירוב וריחוק דעת וחששה תורה שמא יתקרב לבבו ומטעם זה יטה לבבו אליו ניהו דפסלה התורה לשונא ואוהב מכל וכל אבל כיון דכל עיקר הפיסול הוא בשביל קירוב וריחוק הדעת אם כן בכה"ג לגבי האחר שאינו לא שונאו ולא אוהבו בודאי כשר דל"ש כאן עדות שבטלה מקצתה דלגבי שונא או אוהב לא מקרי עד כלל דהרי חשו שמא משום שנאה או אהבה אינו אומר אמת ונמצא שאינו אומר עדות אמת ואם כן ל"ש לומר לגבי עדות שבטלה מקצתה דע"ז לא נופל שם עדות וכה"ג כתב הראב"ד דעושי דבר לא מקרי עדות שבטלה מקצתה דלגבי דנפשיה אין עליו תורת עד וזה ברור כשמש לדעתי. ולפענ"ד זהו כוונת התוס' דאוהב ושונא כשרים לכל העולם היינו אף לר"י דס"ל דאוהב ושונא פסול מ"מ כשר לאחרים אף באותו עדות גופא שמעיד לקרוב ולרחוק כשר להרחוק אבל בקרובים דגזה"כ הוא שהם

פסולים אף משה ואהרן דודאי לא משקרי ואם כן פסולים באותו העדות לכל העולם וז"ב מאד. אמנם בגוף הדין של החוות יאיר הנ"ל היה נ"ל דבר חדש דלפמ"ש התוס' ישנים בכריתות ד' י"ב דעדים צריכין לכוין לשם עדות דאל"כ אינם כשרים להעיד וא"כ כיון דאוהב ושונא פסולין להעיד וא"כ בשעת ראיית העדות לא נתכוונו להעיד דהא פסולים הם ולא ידעו דהם יכשירו אותם ואם כן כל שלא נתכוונו להעיד שוב עדותן פסול ואף אם נימא דלא כשיטת התוס' היינו בסתם עדים אמרינן דאף שלא כוונו להעיד מ"מ כל שראו יכולים להעיד אבל בפסולים להעיד בודאי אמרינן כיון דראו שפסולים להעיד מלתא דלא רמיא עלי' דאינש שמא יכשיר אותם חבירו ולאו אדעתא להעידו בודאי אינם כשרים אף שיקבלו אותם ועיין בתומים סי' ל"ג ס"ק ח' שכתב כעין סברא זו לענין קרובים. הן אמת שצריך להבין דא"כ היאך מועיל כשהכשירו קרוב או פסול הא לא כיונו לעדות וצ"ע עכ"פ הסברא הזו יש פנים לאמרה. ובזה נ"ל ליישב מה שהקשה בשו"ת גוא"י סי' קט"ז בהא דכתבו התוס' במכות דף ו' אלא מעתה הרוג יציל נרבע יציל דפירשו התוס' שהכוונה הוא בשביל שהם שונאים להההורג והרובע לכך יצילו והקשה כיון דעיקר הפסול בשונא ואוהב בשביל ריחוק וקירוב הדעת אם כן ממנ"פ יהיו כשרים דאם אמת הדבר שרבעו והרגו שוב אמת הדבר ואם שקר הדבר שוב אינו שונאו ולפמ"ש א"ש דניהו דאמת הדבר מ"מ כל שלא כוונו להעיד בשביל ששונאים הם א"כ שוב אינם כשרים להעיד ולר"י דס"ל דאף בלא נתכוין להעיד פסול מ"מ מבטל העדות א"כ שפיר פריך דהרוג ונרבע יציל ומדוקדק שם לשון רש"י דלר"י פריך דס"ל דאף בלא נתכוין להעיד פסול מ"מ מבטל העדות ע"ש ולכאורה יקשה לשיטת הש"ך סי' ל"ו בלא נתכוינו כלם אף לרבי מתבטל העדות דמנ"פ אם נחשוב מי שלא כוון כמי שאינו א"כ גם הכשרים לא נתכוונו א"כ אף לרבי יקשה הרוג ונרבע יצילו כשלא נתכוונו גם הכשרים ולפמ"ש א"ש דדוקא לר"י פריך דלרבי לא יפסלו דאם אמת הדבר הרי אמת הדבר ואף דלא נתכוונו להעיד הא ממנ"פ שוב לא מפסל עי"ז וכמ"ש הש"ך כיון דגם הכשרים לא כוונו להעיד אבל לר"י דס"ל דאף בלא כוונו להעיד מבטלים העדות שפיר פריך ודוק. ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית התוס' במכות שם דאם נימא דנרבע יציל לפי שהוא שונאו א"כ היאך אמרו בסנהדרין דף ט' דפלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להורגו הא שונא פסול להעיד ולפמ"ש י"ל דבאמת מהראוי להכשירו דאם אמת הדבר הרי הוא אמת ואם שקר הוא אינו שונאו ורק דאמרינן דלא כוונו להעיד בשביל ששונאו פסול ולפי זה זהו דוקא כשיש עדים אחרים כשרים א"כ שפיר אמרינן דלא נתכוין להעיד דלמה יעיד אחרי שראו אחרים ויחייבוהו והוא שונאו ושונא פסול

אבל שם דאין כאן רק הוא ואחר שפיר אמרינן דנתכוין להעיד כדי שיהרגוהו ע"ז דאם לא יתכוין לא יהיה רק אחד ולא יהרגוהו לכך נתכוין להעיד כדי שיהרגוהו. ומדי דברי זכור אזכור מה דתמוה לי על מ"ש התומים בסי' ג' ס"ק ח' להקשות דהיאך משכחת לה הא דאמרו דסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דעד נעשה דיין והא שונא פסול לדין וקשה קושית הש"ס הא כתיב לא תשנא את אחיך וע"כ דראו בו דבר עבירה וכיון שאף ברואה דבר עבירה דמצוה לשנאותו מ"מ פסול לדון א"כ הא כיון שראו שהרג את הנפש א"כ שוב הו"ל שונא ופסול לדון וכתב דדוקא בשונא שהרע לו זה פסול לדון אבל מה ששונאו בשביל דבר עבירה זהו חפצי שמים זה מותר לדון דאינו שונא בטבע ע"ש וקשה לפי זה על מה שפירשו התוס' דהרוג ונרבע יציל היינו בשביל שהם שונאים וקשה הא שונא להעיד קיל מלדון דהרי לדון פסול יותר מלהעיד דהרי להעיד לא קי"ל כר"י דפסול וא"כ ברובע לאונסו דאינו שונאו רק בשביל דבר עבירה א"כ אמאי יפסול בשלמא בהורגו עכ"פ עשה לו רעה בגוף ונעשה לו שונא בטבע אבל ברבעו דלא עשה לו רע רק מחמת חפצי שמים שאסור לרבעו אם כן הו"ל רע לשמים וזה מותר להעיד וצע"ג ואם כן הדרא קושית התומים לדוכתיה דאיך כשרים לדון. שוב ראיתי במס' ר"ה דף כ"ו דר"ע ס"ל באמת דסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דכלם נעשו עדים ואין עד נעשה דיין ומפרש הש"ס דע"כ לא קאמר ר"ע התם אלא בד"נ דרחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה וכיון דחזי' דקטל נפשי' לא מצי חזי ליה זכותא ולדעתי כוונת ר"ע באמת לזה דכיון דחזי דקטיל נפשא נעשה שונא שלו וא"י להיות דיין שלו דלא חזי ליה זכותא כלל ויטה לבו לרעה עליו וכמ"ש התומים אבל לפי זה צריך להבין סברת ר"ט דאמר דמקצתן נעשו עדים ומקצתן דיינים ואמאי והא הו"ל שונא. ולכאורה י"ל דהקושיא ל"ק דכיון שהוצרכו לדון אם נתחייב וצריכין לדון אם הי' בשוגג או אונס וכדומה ואם נתחייב מיתה וא"כ כ"ז שלא נגמר דינו למיתה אין כאן שנאה עדיין דשמא הרג בשוגג הקרוב למזיד ואפ"ה פטור וא"כ עיקר השנאה נצמח בעת שנתחייב מיתה דהיינו בעת גמרם את הדין ואז השנאה והדין באין כאחד ושפיר כשר דכ"ז שלא נגמר הדין לא שנאו אותו כ"כ וחפשו עליו זכות אולי פטור הוא ולא נחשב רשע ור"ע ס"ל דכיון דמיירי התם בראו בלילה וכדאיתא בב"ק דף צ' כגון שראו בלילה ורק שלא יכלו לדון בלילה דאין מעידין ואין דנין בלילה אבל בלבם כבר נגמר הדין בלילה שהם ראו בעצמם וא"כ בזה ניהו דצריך שיעידו לפניהם בבקר אבל לא יחפשו זכות כ"כ כיון דחזי דקטל תו לא מצי חזי לי' זכותא דבלבם כבר נגמר הדין שחייב מיתה וז"ב מאד ובזה מיושב היטב קושית התוס' בר"ה שם ובב"ק שם דר"ה מפיק ליה מהאי קרא ובמכות

דף י"ב נפקא ליה מקרא אחרינא דעד עמדו לפני העדה למשפט ולפמ"ש י"ל דבמכות מיירי ביום וא"כ ל"ש הטעם דלא מצי חזי ליה זכותא דעד שמעיינין בדינו וגומרין אותו עוד לא נעשה רשע כ"כ דשמא ימצא לו זכות וא"כ לא מצי אמר האי טעמא ואצטריך לטעם זה אבל במס' ר"ה דמיירי בראוהו בלילה כדמוקי הש"ס דאל"כ ל"ש אין עד נעשה דיין דלא תהא שמיעה גדולה מראייה ואם כן בלא"ה פטור דלא מצי חזי ליה זכותא וז"ב ודוק. ובזה מיושב דלא יחלוק רבא בסנהדרין דף ע"ח במ"ש דטריפה שהרג בפני ב"ד דחייב על ר"ע משום דלא מיירי ביום ודוק. נחזור לענינינו דלא מצינו ראיה להח"י הנ"ל ומצד הסברא י"ל דל"מ להכשיר ודברי התוס' בנדה י"ל פירוש אחר וכמ"ש והנה לכאורה ק"ל במה שהקשו דלימא לאתויי אוהב או שונא דפסולים לדון וכשרים להעיד לרבנן דר"י והרי המהרש"ל בתשובה סי' ל"ג דעתו דאף לרבנן דר"י דס"ל דשונא כשר להעיד אבל בשונא שרודף להרוג נפש אף לרבנן פסול וכ"כ בח"ש בחידושיו למכות דף ו' על מה שהרוג יציל דפירשו התוס' בשביל שהוא שונא ולפי זה כיון דעכ"פ מצינו שם שונא שפסול גם בעדות ל"ש למתני בכלל שיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון כיון דשם שונא פסיל וכעין זה כתב הסמ"ע לענין קטנות דאף דבדין נקרא קטן עד י"ח ובעדות עד י"ג מ"מ שם קטנות פוסל ע"ש בסי' ז' ס"ק ט' וה"ה בזה אף שיש חילוק בין השנאות מ"מ שם שונא פסול ואפשר כיון דבאהבה אין חילוק אכתי שייך למתני לענין אהבה וז"ב ועיין בשו"ת עבודת הגרשוני סי' ל"ג בסיפו שכתב ג"כ לחלק בין אוהב דכשר לדון לבין שונא ע"ש אבל גם הוא חזר בו ע"ש. ובלא"ה אין דברי המהרש"ל מוסכמים ועיין תומים סי' ל"ג. ומדי דברי זכור אזכור מה דק"ל לשיטת רבינו יקיר שהביא הגה"ת אשר"י הובא בב"י חו"מ סי' ל"ד דגוים שמוחזקים לאינם משקרים דכשרין להעיד בד"מ א"כ יקשה למה לא קאמר בנדה דף נו"ן דיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון לאתויי גוי דלדין ודאי אסור אפילו דן כדיני ישראל כמבואר סי' כ"ו דאשר תשים לפניהם כתיב וצ"ע. אחר שכתבתי כ"ז נזכרתי בהא דאמרו בסנהדרין דף י"ז דסנהדרין שראו כלם לחובה פוטרין אותו מיד מ"ט כיון דגמירי הלנת דין למעבד זכותא והני תו לא חזי ליה וכן קי"ל והדבר תמוה דנקל כ"כ ולפמ"ש א"ש מלתא בטעמא דכל דחזו ליה חובה תו נעשו לו שונאים ופסולים לדון דתו לא חזו ליה זכותא וכמ"ש. שוב הגיע לידי ספר טורי אבן וראיתי בחידושיו לר"ה דף כ"ז שהקשה על הא דאמרו שם דכיון דחזי דקטל נפשא תו לא חזי לי' זכותא ואמאי הא כיון דנימא דמקצתן נעשו עדים א"כ יצטרך להשלים מנין הכ"ג באותן שלא ראו דהא מיירי דכל הסנהדרין ראו שהרג וא"כ אותן שלא ראו יחפשו זכות היטב ולפמ"ש א"ש דהם שראו פסולים בשביל שנעשו שונאים וע"ש מ"ש ליישב

קושית התוס' בדרך נכון וגם מדבריו ראי' לדברי דכל שלא נגמר הדין לא נעשו שונאים ע"ש. ומה שהקשה שם בהא דפריך הש"ס למימרא דעד נעשה דיין לימא מתניתין דלא כר"ע והקשה דלמא ע"כ לא קאמר ר"ע רק בד"נ דצריכין כלם להעיד דשמא יתכחשו או יתזמו ויבטל כל העדות וכדאמרו בסנהדרין דף ס' לענין מגדף דסתמא כר"ע ובד"נ צריכין להעיד כל מי שהי' בעת הראייה אבל בקידוש החודש דדי בעדות כת אחת א"כ עד הרואה פשיטא דנעשה דיין.

ב ולפענ"ד אין מקום לקושייתו דכיון דס"ל לר"ע דעד הרואה נעשה דיין א"כ הסנהדרין שראו הם ידעו האמת שראו כלם ולא יתכחשו או יתזמו וא"כ פשיטא דנעשו דיינים ולא יצטרכו כלם להעיד דהא ל"ש הטעם דהם ידעו האמת שלא יתכחשו ויוזמו וז"ב לפענ"ד. והנה בגוף קושית התומים הנ"ל דהיאך אמרו בסנהדרין שראו שהרג את הנפש הא נעשו שונאים להורג ופסול לדין. לכאורה הי' נ"ל בפשיטות דממנ"פ כשר אם נעשה לו שונא ע"כ שהרג וכל שהרג נתחייב מיתה. אך באמת ז"א דהרי דעת הרמב"ם בפ"א מרוצח הלכה ה' רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיביאו לב"ד ע"ש וא"כ ניהו דהדבר אמת שהרג הא בעי שיעמוד בפני ב"ד שידונו והם פסולים להעיד. אך לפ"ז ממילא תירוצו הראשון נכון מאד דכל הטעם דבעי עמידה לפני ב"ד דרק הב"ד יכולים לדון שנתחייב מיתה ואם ניתן רשות לכל הרואה שיהרגו לפעמים יהרגו מי שהוא נקי וצדיק בדינו ושוגג או אונס בא לידו וכדומה ולפ"ז שוב לא נעשו שונאים שלו עד גמר הדין וכמ"ש למעלה ודו"ק. והנה בכל מ"ש למעלה הוא אם הם בעצמם ידונו אבל אם הב"ד שפסולים מחמת אהבה ושנאה יכולים לברר ב"ד אחר בזה מבואר בש"ע סי' ז' ס"ז בהג"ה דיכולים לברר והוא ממהרי"ק ותה"ד בפסקי' סי' רנ"ח. ובאמת שבפסקי מהרא"י שם כתב שיש לחתור אחר המנהג איך שכבר נהגו. והנה לכאורה היה נ"ל דזה דוקא שיברר כל הב"ד ויש מקום לחוש שמא בירר אותו שהוא אוהבו של הב"ד המברר אבל בלא בירר רק אחד והשנים האחרים לא בירר א"כ אין מקום לחוש כלל דהשנים האחרים הם אינם בכלל החשד דהוא אין לו מכיר רק באותו שבירר ולחוש לחשד כזה שאותן אחרים ימשכו אחרי אותו שבירר וזה ימשך אחר אהבתו חלילה לחוש כזאת. ובזה נראה לפענ"ד מה שהביא המהרי"ק ראיה מהא דאמרו בסנהדרין דף ז' באושפזיכניה דרב דהוה אמר פסילנא לך לדינא וא"ל לרב כהנא פיק דייניה הרי דבירר לאחד שידין אף שהיה תלמידו ואוהבו של רב ע"ש בסי' כ"א. אבל לפמ"ש י"ל דמסתמא לא דן רב כהנא יחידי וא"כ השנים האחרים שהי' עמו הם לא נחשדו. ואולי משמע ליה למהרי"ק דשם היה רב כהנא יחיד מדא' פוק דייניה אבל

אין ראיה די"ל דמשום כבודו של רב כהנא אינו מזכירו כדאמרו בעלמא אחר היה עמו ומשום כבודו של רב כהנא אינו מזכירו.

ג ובזה נ"ל לישב מה דאמרו בכתובות דף ק"ה גבי ר"ע דשלחו לי' לפני ר"נ ואמר ש"מ קרוביה והקשה התומים דהיאך חשבו לקרובו הא היה פסול לברר דיינים. ולפמ"ש י"ל דרב נחמן לא היה דן יחידי דאף דאמר ר"נ בסנהדרין דף ה' כגון אנא דן יחידי כבר כתבו התוס' שם דהכוונה שהיה ראוי לדון אבל לא דן וא"כ השנים אחרים לא נחשדו בזה ומה"ת ד"מ בחד סגי ורבנן הוא דאצרכו ופשיטא דשנים לא נחשדו בשביל אחד וז"ב. שוב מצאתי בשו"ת בית יעקב סי' מ"ט שהאריך בראיה זו ולפמ"ש מיושב. ובזה א"ש מה דאמרו בסנהדרין דף כ"ג ב"ד אחר דפסלו להו אזלי וברורו ב"ד אחר. ולפמ"ש אתי שפיר דשם בררו כל הב"ד ובזה יש מקום לחוש אבל גם בזה ס"ל למהרא"י דאין בו רק חשש בעלמא ומסתמא אינם מבררים אבל פסולי' לא הוו. ולפענ"ד הטעם דהא יכול להתנצל שחביריו רבו עליו וכעין מ"ש מהרי"ל בטעם ששנים נקראו ב"ד חצוף דלא יוכלו להתנצל ודו"ק ובלא"ה י"ל דאין ראיה מר"ע דכיון דר"ע לא חש למה שיסתתם טענות הבע"ד ממילא לכך בירר הדיין ואפשר דבאמת לאחר שראינו שאליהו לא בא אליו בשביל זה כדאמרו שם ממילא לכך נכון שלא לברר דאולי עי"ז יסתתם טענותיו של האחר ודו"ק. ומדי דברי זכר אזכור מה שהקשו כלם על הרמב"ם והש"ע חו"מ סי' ט"ו שכתב הי' לפניו דינים הרבה מקדימין דין היתום ואח"כ דין האלמנה ואח"כ דין ת"ח ובש"ס שם גבי ר"נ הקדים דין קרובו של ת"ח קודם היתום וכבר תמה בזה הכ"מ וכבר הארכתי בזה במק"א וכעת נ"ל עפ"י מה שהקשה דו"ז הגאון מוהר"ץ אבד"ק ברלין הובא בכסא דהרסנא בהא דאמרו בשבועות דף למ"ד דאית בי' לכלהו ופריך והא בגמ"ד ד"ה עדים בעמידה ומשני האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף והא בכתובות דף מ"ם אמרו כיון דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל. והנה לכאורה רציתי לומר דהא גם עשה דעדים בעמידה קיל כיון דאמרו שם דהאי סהדותא דצורבא מרבנן דזילא לי' מלתא למיזל לפני ב"ד דזוטר מיני' לא ליזיל וקאמר ה"מ בממונא וא"כ עכ"פ בממון הי' אופן דלא הי' צריך למיזל וגם אם הי' חבירו מוחל לא הי' צריך למיזל ולהעיד א"כ גם אותה עשה קיל ושפיר עשה דכבוד תורה עדיף. ובזה מיושב קושית התוס' ד"ה והאמר אמאי לא הושיבה בשביל עשה דכבוד תורה. ולפמ"ש אתי שפיר שם היתה הבע"ד והיא תבעה לדין כדאמרו שם וא"כ ממילא עשה דכבוד תורה קיל דיכולה למחול ע"ש ותבין.

ד אמנם עדיין קשה כיון דלגבה ליכא עשה רק מפני כבוד בעלה ע"ז ל"ש לומר דעשה קיל דיכולה למחול דמי ימחול הא ר"ה מת והיא א"י למחול כבוד בעלה. אבל בגוף הקושיא

נראה לי עפמ"ש התוס' ישנים בכתובות שם דא"כ למאי אצטריך קרא דאין עשה דכיבוד דוחה שבת הא ליכא עשה כלל דיכול למחול ותירץ הר"ר עזרא דמ"מ כשצוה האב איכא עשה ולפ"ז גם באמימר שם כיון דאותבינהו ורב יימר לא מחל שוב איכא עשה. אבל עדיין קשה למה באמת לא מחל רב יימר. אמנם נראה לי דהנה בהא דאמרו בסוטה דף מ"א דמצוה שאני הקשו בתוס' בכתובות דף י"ז למה משני פרשת דרכים הואי ולא משני מצוה שאני וכתבו דעיקר הכוונה דמצוה שאני דכל המצוה דעמידת העדים לכבוד המצוה אבל שם כבודו חשוב מכבוד הכלה ולפ"ז גם בר"י ל"ש לומר דימחול בשביל המצוה דכל מצוה דעמידת העדים הוא בשביל כבוד הדיינים וכיון דכבודו חשוב לכך לא מחל ולפ"ז לענין עשה דיתום דמצוה לאקדומיה ברישא א"כ בזה ל"ש עשה דכבוד תורה עדיף דהא הת"ח יכול למחול על כבודו בשביל כבוד המצוה ולכך כתב רבינו דמקדימין דין יתום ואלמנה לדין ת"ח אבל גבי ר"נ דשם היה קרובו של ר"ע כדאמר ש"מ קריבי' הוא ולפ"ז אין ביד קרובו למחול כבודו ולכך שפיר אקדמיה ר"נ ודו"ק. אחר שכתבתי מצאתי קצת מזה בתומים סי' ט"ו שכתב כעין זה ע"ש. עוד נ"ל בישוב הדבר דהנה העשה דכבוד תורה הוא על האחר שצריך לכבד את הת"ח וא"כ אין בידו למחול אותו עשה לכך שפיר אותיב אמימר דבידו אין לדחות העשה בשום פנים משא"כ בעשה דולו תהיה לאשה הוא על אותה האשה ובידה לומר לא בעינא וליכא עשה. ובזה מיושב גם קושית התוס' ישנים מעשה דכיבוד דכיון דעל הבן המצוה לכבד שפיר היא דדחי ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דכשיש לפני הדיין העשה דיתום והעשה דת"ח בזה שפיר מקדים היתום דהעשה דת"ח קיל דביד הת"ח למחול ולא שייך לומר דביד הדיין אין למחול דז"א דהא הדיין אינו עושה בשביל שאינו רוצה לכבד רק בשביל העשה דיתום ועשה בעצמותה קיל ושפיר דחי דגוף העשה קיל והדיין אינו עושה איסור דהוא עושה בשביל המצוה ולפ"ז קרובו של ר"נ דאין ביד הקרוב למחול אם כן גוף העשה חמור שפיר אקדמי' ר"נ ודוק. ועדיין יש לפקפק דגם בעשה דולו תהיה לאשה הוא על המאנס ובידו א"י לומר לא בעינא וצ"ל דמ"מ עיקר העשה הוא כדי שתנשא לו אותה האשה ובשבילה החיוב וכל דאמרה לא בעינא אין כאן עשה אמנם העיקר נ"ל לחלק דשם עיקר הכוונה דמלמדין אותה לומר לא בעינא והיינו אף דבאמת מה דתאמר לא בעינא לא יהיה בלב שלם מ"מ כל שתאמר לא בעינא ל"ש העשה אבל בעשה דכבוד תורה ניהו דיכול למחול מ"מ ללמדו שימחול כל שלא יהי' בלב שלם אכתי איכא העשה במקומה. ובזה יש לכוין דברי התוס' ישנים במ"ש דכל שצווה איכא עשה דכיבוד והיינו כמ"ש ולפ"ז באם הדיין עושה בשביל עשה דיתום אז שוב מלמדין אותו דהת"ח בעצמו מהראוי

שימחול כדי לקיים המצוה. ולפ"ז ממילא בקרובו של חכם דאין בידו למחול שוב העשה במקומו ודוק היטב.

ה ועי"ד החידוד י"ל דלפי מה שנתבאר בסי' י"ז ס"י דבעת עמדם בדין יהיו בעיני הדיין כרשעים ומטעם זה כתב הס"ח הובא בש"ך שם ס"ק י"ג דאסור להסתכל בפני הדיין ולפ"ז לכך היתום קודם לת"ח דבעת ההוא נחשב לרשע ובעינן עושה מעשה עמך משא"כ היתום דאקדמי' קרא כדכתיב שפטו יתום וכו' ולפ"ז שם בר"נ דהיה קרובו של ת"ח א"כ הת"ח הי' באמת ת"ח צדיק והוא רק קרובו א"כ שפיר אקדמי' ר"נ לפני היתום ודוק. ולפ"ז הי' מקום לומר דא"צ לעמוד לפני הת"ח בעת עמדו בדין דמחשב כרשע בעת ההוא ובש"ע סי' י"ז ס"ב בהג"ה מבואר להיפך ובאמת במקור הדין מאשת ר"ה אין ראיה דהוא רק אשת ת"ח וא"כ ר"ה הי' ת"ח באמת וצ"ע.

ו והנה דרך אגב אזכיר מה שראיתי בתומים סי' ט' שחקר אם בב"נ כשר לדון קרוב דבשלמא עדות היא רק גזה"כ ובישראל ולא בעכו"ם משא"כ קרוב והביא שבשו"ת הח"ץ סימן נ"ה ובשו"ת ב"ח סי' קי"א כתבו דב"נ נדון בקרוב אבל לא הביאו ראיה. ולפענ"ד הדבר פשוט דבב"נ ל"ש קורבה כלל דמנין אנו יודעין שזה בנו או אחיו כיון דבב"נ לא אזלינן בתר רוב דבישראל גלי קרא וא"כ מנין אנו יודעין שזה קרוב ומספק לא נפסל וגם ל"ש בהו קורבה דהוא מצד אהבת הקרובים ורחמנות ובעכו"ם ל"ש זאת וז"פ. וראיה ברורה דקרוב כשר לדון בב"נ ממ"ש הרמב"ם פ"י ממלכים דלכך נתחייבו בעלי שכם הריגה שב"נ נצטוו על הדינים ולמה לא דנו חמור ושכם למיתה ואם איתא הא הרגו כל אנשי שכם ואיך לא הי' בהם אחים ואבות ובנים וכדומה וע"כ דל"ש בהו קורבה. אמנם מה דמדמה התומים שוחד ממון לקורבה לפענ"ד ל"ד דלממון הוא בב"ע וחשוד להטות דין והרי בישראל חשו שיטה דין ואף דשניהם נותנין בשוה. אמנם בגוף היתר השוחד לפענ"ד פשוט דכבר כתב הרמב"ן בשורש י"ב לספר המצות שב"נ נצטוו בכללות על הדינים ולא בפרטי הדינים ואם כן ל"ש בהם לא תקח שוחד והרי בלא"ה אשר פיהם דבר שוא ורק ערכאות לא מרעי נפשייהו ואם כן אינו מתיירא מן הדין רק מאימת המלך יר"ה ולא יטה הדין ולק"מ ודו"ק. והנה בשאלתות פרשת דברים כתב מה למשקל דיין אגר בטלה ומידן גבי עדים לא תבעי לך דהא תנן דשרי למשקל דתנן אם הי' זקן מרכיבו על החמור כי תבעי לך גבי דיין דהוה יחיד מומחה מבעי לי' דחוקי אנפשי' ובהגהת הגאון מוהרי"פ שם תמה דלמה פשיטא לי' בעד יותר מדיין ע"ש. ולפענ"ד נראה דבאמת כל שאינו נוטל רק שכר בטלה לא הוה חשד בעד כ"כ כמ"ש הסמ"ע לענין אוהב ושונא דבדיין דתלוי במחשבת הלב אם כן יוכל להשתנות משא"כ עד ע"ש ולפי זה בעד כל

שאינו נוטל רק שכר בטלה שפיר מותר להעיד ולמה נחוש שישנה דבר הנראה לו לעיניו אבל בדיין שפיר סד"א כיון דנוטל שכר אפשר דמקרב דעתא ע"ז אמר כיון דאינו רק שכר בטלה לא מקרב דעתי'. מיהו בלא"ה יש לחלק דבעדים אם אחד נוטל שכר ודאי שרי דהאחר לא ישקר בעבורו משא"כ בדיין ביחיד מומחה יש לחוש דישקר וזה שדקדק הגאון כיון דיחיד מומחה מבעי לי' דחוקי אנפשיה והיינו ממנ"פ כיון שהוא יחיד מומחה יש לחוש דישקר ובפרט דת"ח גדול צריך להרחיק עצמו מהכיעור ודוק היטב. ודע דק"ל על מ"ש הרשב"א הובא ביתה יוסף סימן כ"ח ובש"ע סי' ל"ז סעיף ח"י דלילך לראות מותר ליטול שכר דא"כ היאך אמר אם הי' כהן מטמאהו מתרומתו ת"ל שאינו מחויב לילך וצ"ע וכמדומה שבמ"א הרגיש בזה בהלכות שכירות סי' י"ז ע"ש והנה הרש"ל בישו"ש פרק הגוזל בתרא סימן ל"ד הביא ראיה דקרוב מותר לדון כל שבא לפניו עם קרובו דהוה כמו קבלו עליו מהא דרבינא דן לאבימי בר נזאי חמוה כמבואר בב"ק קט"ו והובא בש"ך חו"מ סי' ז' ס"ק ט"ו ולפענ"ד נראה דאין ראיה משם דדוקא במה שתלוי בטענת הבע"ד שייך לומר דהקרוב לקורבתו יחפש במחשבתו לאמת ולחזק טענת בע"ד קרובו כיון שתלוי בסברתו ושקול דעתו וכמ"ש הסמ"ע ריש סי' ל"ז בטעם דכשרים להעיד שונא ואוהב ולא לדון ע"ש וכבר קדמו העקידה פ' שופטים אבל בדבר שאינו תלוי בטענות כמו שם שפלפלו אי שייך תקה"ש בד' זוזי בתראי וא"כ מה נ"מ אם זה קרובו מ"מ הדין לא ישתנה חלילה בשביל שהוא קרובו ותדע שכן הוא דלדברי הישו"ש יקשה הרי לא מוזכר שם שבא הנגנב לדון עם אבימי רק שאבימי לבדו בא לשאול את רבינא אי שייך תקה"ש והרי השיבו שקול זוזך והדר גלימא הרי שהיה מדבר עם חמיו דאל"כ הי' לו לפסוק שהלה יתן לו ד' זוזי וע"כ שזה באמת לא הי' רק ששאל לו אבימי חמיו איך הדין בזה וכדרך ששואלין הוראת איסור והיתר וכן נראה ממה דאמרו מתקיף לה רב כהן ולא אמר שהשיב רב כהן וע"כ שלא הי' בדרך פסק רק שרבינא אמר שהדין כן ורב כהן הקשה לו אבל לא פסק לדינא וז"ש אח"כ אגלגל מלתא ומטי לקמי' דר' אבהו והיינו דהד"ת בא לפני ר' אבהו וא"ל הלכתא כר"כ אבל רבינא לא פסק עדיין רק שזה שאל לו בדרך שאלה כמו ששואלין באו"ה ואולי עדן לא נודע להנגנב שנתן לו לזה בעד חובו. והנה רבא אמר מ"ט דשוחדא כיון דקיבל שוחדא מיני' איקרבא דעתי' לגביה והוה כגופי' ואין אדם רואה חובה לעצמו מאי שוחד שהוא חד. ולכאורה צ"ב למה ביקש טעם והכתוב צווח כי השוחד יעוור עיני חכמים והנראה בזה דמצד הכתוב הוא דאם מטה דין הרי חלילה נראה עוות בדין ודרכי ד' ישרים והוא מבזה משפטי התורה ולפ"ז בדן את הדין באמת ומחייב את החייב הי"א דשרי לזה אמר שמ"מ אסור.

אך לפ"ז צ"ב דמ"ט יש בדבר דמקרבא נפשי' והא דן דין אמת וצ"ל כמ"ש החינוך שמתוך ההרגל ירגיל עצמו להטות הדין ג"כ. אמנם נראה דאף במקבל משניהם אסור וע"ז חידש רבא דהטעם הוא דאסרה תורה אף בזה משום דהדיין צריך לשער בנפשו מי ומי הרשע ומי הצדיק וכשמקבל משניהם נעשה קרוב לשניהם והו"ל שניהם כגופו ואין לו מקום לחקור בדין דהא שניהם צדיקים וז"ש מה שוחד שנעשה חד והיינו דבאמת כ"ז שעומדין לפניו צריכין שיהיו שניהם לפניו בחזקת רשעים כאמור במשנה וכל שמתקרב דעתו לשניהם לא יוכל להבין כלל את מי הדין וז"ב לדעתי. ובזה נראה שלכך אם בא ישראל וא"י לדון לפניו הי' נראה לכאורה שמותר לקחת מיד ישראל שוחד דל"ש לומר שמקרב דעתו להישראל ולו יהא כן הא גזל א"י מותר רק במקום דאיכא חילול השם וכל שלא ניכר החילול השם שרי בזה ואף אם ת"ל שמ"מ הוה חילול השם וחילול התורה שדרכי ד' ישרים וכמ"ש למעלה מ"מ במה שנותנים שכר פס"ד שאינו רשאי לקחת מאחד יותר מהשני בזה שרי ליקח מא"י יותר שהרי באמת כבר פסק הדין אלא שיש לחוש שמא יטה יותר בשעת אמירת הפסק ובזה ודאי ל"ש זאת כנלפענ"ד אלא שמ"מ יש להחמיר שלא יהי' נראה למ"ע שזיכה את הא"י בשביל שקיבל יותר ממנו ויש להחמיר בכל עוז:

סימן קכא

א נסתפקתי בהא דקי"ל חצר השותפין אין קונין זה מזה זולת במודד לתוך קופתו איך הדין אם יש לאחד קנין הגוף ולאחד קנין פירות אם נקראו שותפין לענין שלא יקנו זה מזה. ולפענ"ד נראה דל"מ למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף הוא דאותו שיש לו קה"ג יכול לקנות ואף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף מכל מקום נראה דכל הטעם דחצר השותפין אין קונין זה מזה משום דלא נתברר של מי הוא ואולי של חבירו הוא ולא קני ואף לפמ"ש הר"ן ריש פרק השותפין דכל אחד בשעה שמשתמש בו אמרינן דשלו הוא לבדו היינו באם משתמש כל אחד לבדו אבל כאן שזה רוצה להקנות וזה רוצה לקנות א"כ שניהם משתמשים בו כעת זה הנאת הקנאה וזה הנאת הקנייה ואם כן של שניהם הוא והו"ל חצר השותפין דאי דמר לאו דמר וא"י לקנות אבל כאן דזה יש לו קנין הגוף א"כ ניהו דקנין פירות כקנין הגוף מכל מקום יכול להקנות דמה שהוא שלו אינו של חבירו וכל אחד יש לו בו קנין אחר ולכך יכולין להקנות זה לזה וז"ב כשמש לדעתי. ובזה מיושב היטב קושית הקצה"ח סי' ר"ס על שו"ת הרא"ש דאם שכר חצר מחבירו ומצא בו מציאה דהו"ל של שניהם דחצר השותפין קונין זה מזה ותמה עליו דאדרבא חצר השותפין אין קונין זה מזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה שכר אצלו לזמן וכל שכירות לזמן הו"ל רק קנין פירות מידי דהוה אשדה עד היובל דחשיב ק"פ בס"פ השולח וכ"כ הר"ן בסוגיא

דבר פדא ע"ש דף כ"ט וא"כ המשכיר יש לו קנין הגוף וזה יש לו קנין פירות אם כן שפיר קונין שניהם דמה שזה יש לו אין לחבירו ויש לו קנין אחר בגווה וז"ב מאד. ובזה נראה לפענ"ד דצדקו דברי הש"ך סי' ר"ס שדעתו שהוא רק של משכיר לבד והיינו משום דבאמת קיי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף וא"כ פשיטא דהמשכיר יכול לקנות יותר מן השוכר והרא"ש ס"ל דכיון דעכ"פ שכירות ליומא ממכר הוא א"כ מקרי קנין פירות של השוכר קנין בפ"ע אף דלאו כקנין הגוף דמי אבל לדידן דלא אמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא כ"א לענין אונאה וכדומה כמ"ש הש"ך סי' שי"ג א"כ הקנין הגוף של המשכיר מבטל להקנין של השוכר ודוק וז"ב ויש להאריך בזה ואכ"מ.

ב והנה לכאורה קשה לי לשיטת הרא"ש דחצר של המשכיר מקרי חצר השותפין וכפמ"ש בכוונתו א"כ לר' אלעי בראשית הגז דפוטר בשל שותפין א"כ יהיה בית שהשוכר דר בו פטור ממזוזה וממעקה ואף דאמרו דמודה ר"א במזוזה ובמעקה הא ר' חנינא מסורא אמר ליתא להני כללי ופי' הרא"ם סי' מ"ו והסמ"ג סי' ע"ט דפטור מן המעקה כשהוא של שותפות ע"ש ועיין כ"מ פי"א מרוצח ה"ב וא"כ יהי' פטור ממזוזה וזו לא שמענו. הן אמת דהסמ"ג והגהמ"יי פי"א מרוצח שם כתבו בהדיא דהשוכר בית מחבירו פטור מן התורה ממעקה והא דאמרינן בב"מ דף ק"א השוכר חייב לעשות מעקה הוא מדרבנן וא"כ באמת פטור מן התורה אבל אינו ראיה דזה דוקא לענין על מי חיוב לעשות מעקה אם על השוכר או על המשכיר ושפיר כתבו דהשוכר פטור לפי שאינו ביתו אבל עכ"פ ודאי החיוב על המשכיר דביתו הוא ולפי דברי הרא"ש מהראוי שיפטרו שניהם כמו דפטר של שותפין וכגון דא היא קושיא גדולה.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כבר כתבתי דהא דהם שותפין היינו שזה יש לו קנין הגוף ולזה יש לו קנין פירות וא"כ לענין מזוזה ומעקה דתלוי בביתיך ואם כן עיקר הוא מי שיש לו קנין הגוף מי שהבית שלו ולכך חייב המשכיר מן התורה ומדרבנן חייבו לשוכר לפי שהוא דר בה כדי שלא יבא להתרשל בדבר שמה"ת כל שאינן דרין בבית פטור מן המזוזה ומן המעקה לפי שלא שייך כי יפול הנופל ועיין שיטה מקובצת בב"מ דף ק"ב ולכך חייבו להשוכר וז"ב ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף להדר פני רבותינו הב"י והמבי"ט שהמבי"ט ח"ב סי' ק"י שאל מהב"י מי שיש לו חזקת שימוש שטיחת בגדים וכו' אם חייב במעקה ומי חייב במעקה והשיב לו וז"ל שאילת חכם חצי תשובה כי באמת אין בזה דין מעקה כמבואר ברמב"ם פט"ו מרוצח דכל שאין בית דירה אין חיוב מעקה והאי כיון שאין לו תשמיש בית דירה אינו חייב במעקה ואפילו את"ל כיון דיש שם בית דירה למטה בביתו הגג חייב במעקה המשתמש על הגג צריך לעשותו ולא

בעה"ב כדתניא פרק השואל שהמעקה על השוכר ולא על המשכיר והביאו הרמב"ם פ"ו משכירות וה"ה דאין בעה"ב הזה חייב במזוזה ואפשר דבמכ"ש אתיא והוא תמוה מאד דמה זו סמיכה לומר כיון שאין לו תשמיש בית דירה דלא צריך מעקה דהא עכ"פ למטה יש בית דירה ואם לומר דהב"י ס"ל דצריך שיהיה תשמיש בית דירה למעלה על הגג ואז הוא דחייב במעקה הס מלהזכיר על רבותינו הב"י והמבי"ט שיכתבו כזאת כי כל הפוסקים כתבו ואמרו דכל שיש בית דירה למטה חייב במזוזה וכבר האריך בזה הכנה"ג בחו"מ סימן תכ"ז ע"ש ועיין בספר פאת השלחן שנדפס מחדש בצפת שהאריך גם כן בזה ולא העלה דבר ברור. ולפמ"ש הדבר נכון מאד. דהנה לפמ"ש לשיטת הסמ"ג והרא"ם ודעימי' דס"ל דבית שותפין פטור ממעקה לפ"ז הא דשוכר בית חייב המשכיר מן התורה או השוכר מדרבנן הוא משום דלהמשכיר יש קנין אחר ולהשוכר יש קנין אחר ולפ"ז שפיר נסתפקו המבי"ט והב"י במי שיש לו חזקת שימוש על הגג לשטוח ולכיבוס ולפי זה באותו הגג אין לו להמשכיר יותר מהשוכר שהרי תשמיש בית דירה אין שם דהוא לא יניחנו לבנות והרי יש לו חזקת שימוש לשטוח ולכבס שם ואם כן הוה להאיש שיש לו חזקת שימוש קנין שוה עם מי שיש לו בית דירה ואם כן לא יתחייב בהמעקה ולזה שפיר כתב הב"י דאין לו דין מעקה דכל שאין לו בית דירה אינו חייב במעקה וזה אין לו שימוש בית דירה וא"כ אף שיש לו חזקת שימוש שאינו שוב ביתו דבעינן בית דירה והשני ודאי אין לו דהא הוא אין לו חלק כלל בהגג וע"ז כתב ואת"ל כיון שיש בית דירה עכ"פ למטה בביתו הגג חייב במעקה והיינו דלא מקרי שותפין שכל אחד יש לו קנין אחר זה בבית וזה רק בגג שימוש פירות ומ"מ מעקה שייך כיון שיש דירה עכ"פ למטה וע"ז כתב דעכ"פ המשתמש על הגג חייב שהרי גם בשוכר שאין לו רק קנין פירות עקרו חז"ל החיוב ממי שיש לו קנין הגוף והטילו על השוכר מכ"ש בזה שתשמישו שלו הו"ל כקנין הגוף וז"ב מאד מאד ומובטחני כי כד שכיבנא ישמחו המבי"ט והב"י לקראתי דמתריצנא דבריהם בקושטא ואם לא כוונו לזה הדבר נכון בעצמותו. ובזה ניחא מ"ש הב"י והמבי"ט בפשיטות דהמזוזה על השוכר ולא על המשכיר ובאמת השוכר פטור מן התורה כמ"ש הסמ"ג והגהמ"יי דאינו רק דרבנן ולפמ"ש אתי שפיר דהב"י לא בא רק לומר דאם חז"ל עקרו החיוב מעל המשכיר אף שיש לו קנין הגוף והטילו על השוכר דיש לו רק קנין פירות מכ"ש בזה שזה המשתמש בשטיחה וכיבוס זה קנין הגוף שלו שאינו ראוי לבית דירה כלל ועליו המצוה שהוא משתמש שם. ובזה אתי שפיר ג"כ מ"ש היראים בסי' מ"ו שם דהעומד בבית אחרים פטור העומד דמשמע דפטור לגמרי אף מדרבנן ותמה בספר פאת השלחן דעכ"פ מדרבנן לתחייב כמו השוכר ע"ש שהאריך

ולפמ"ש אתי שפיר דשאני שוכר שבאמת יש לו קנין פירות בכל הבית והוא משתמש שם אף דאין המעקה חובת הדר עכ"פ הי' משתמש שם בקביעות אבל העומד שם אף דשאל לעמידה אבל אין לו שום קנין פירות שם בבית רק בגג א"כ פשיטא שבעל הבית חייב ולא העומד שזה עיקר החיוב על בעה"ב דביתך קרינן ביה וז"ב כשמש. ובאמת המעיין בש"ס ב"מ ק"א ע"ב ימצא בהדיא דמעקה אינו חובת הדר כמו מזוזה שהרי על מזוזה פריך הש"ס מזוזה חובת הדר הוא ועל המעקה לא קאמר דחובת הדר וע"כ דאינו חובה רק שהחכמי' הטילו על השוכר כדי שלא יתרשל בדבר כמ"ש הסמ"ג והגהמ"יי ומזה ראיה לפירש"י דמזוזה חובת הדר מן התורה דאל"כ מה נשתנה מזוזה ממעקה שבזה אמרו שחובת הדר ולא במעקה וע"כ דגם מה"ת החיוב על השוכר אף שאינו רק ק"פ וז"ב. והנה בפסחים דף ד' אבעיא להו המשכיר בית בי"ד על מי לבדוק על המשכיר לבדוק דחמירא דידיה הוא או דלמא על השוכר לבדוק דאיסורא ברשותיה קאי והנה כבר האריכו בזה המפרשים בטעם סברת צדדי האבעיא ועפ"י ולפמ"ש אתי שפיר דהנה כבר כתבתי דהרא"ש כתב דהשוכר והמשכיר שותפין הם אמנם זה בזבל דאתי מעלמא אבל של תורי דמשכיר פשיטא דהוא של משכיר לבד כמ"ש בסי' שי"ג ולפ"ז כאן דהוא חמצו של המשכיר פשיטא דיש מקום לחייב המשכיר דחמץ שלו הוא או דלמא של השוכר דבאמת המשכיר ביטל חמצו ומדרבנן צריך בדיקה אם כן החמץ ברשותו מדרבנן אף דלא ניחא ליה לזכות דבלא"ה חמץ אינו ברשותו ועשה הכתוב כאלו הוא ברשותו וה"ה בדרבנן כל זמן שלא בדק כמצות החכמים. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שכתבו דאין לפרש דחמירא דידיה הוא ואין אחר יכול לבטל אלא הוא דא"כ למה נקט בי"ד דוקא אפילו בי"ג חייב ולפמ"ש אתי שפיר דבי"ג דעדיין יש מקום לבטל בי"ד א"כ לא זכה בו השוכר כלל דהא הוה זבל של המשכיר ופשיטא דכל שהשוכר אינו רוצה לזכות דהמשכיר חייב לבדוק דחמירא דידיה אבל בי"ד דודאי מבטל שלא יעבור על ב"י אם כן הו"א כיון דבטלו א"כ זכה בו השוכר כיון דהוא ברשותו וע"ז פשיט ליה ממזוזה דחובת השוכר הוא אף שהמשכיר יש לו קנין הגוף וע"ז השיב דמזוזה חובת הדר הוא מן התורה. ובזה מיושב היטב מ"ש רש"י אבל הכא דמדרבנן הוא דמן התורה בביטול סגי מבעיא לן טורח זה על מי מוטל ובזה נדחקו המהרש"ל והפ"י דלמה כתב כן דאף שהיה מן התורה מכל מקום שאני מזוזה דחובת הדר הוא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש לומר דשאני מזוזה דהא גם במזוזה גופא מה"ת פטור השוכר לשיטת הסמ"ג כמו לענין מעקה ורק שעשו שלא יתרשל בדבר וא"כ זה במזוזה דכיון דאין המשכיר דר בו חשו שלא יתרשל אבל בחמץ שלא יתרשל שהרי יעבור על ב"י א"כ פשיטא דעל המשכיר

הוא דקנין הגוף שלו וחמירא דידיה הוא וא"כ קשה דקארי ליה מה קארי ליה ומה ס"ד לדמות למזוזה והיא קושיא נפלאה אך באמת לשיטת רש"י דמן התורה מזוזה חובת הדר א"כ חזינן דעיקר מן התורה קנין הגוף של המשכיר והטילו החיוב על השוכר א"כ זה היה סברת הש"ס לדמות גם בחמץ וע"ז דחה הש"ס דשאני התם דחובת הדר הוא לפי שמשמרתו משא"כ כאן וא"כ שוב יש מקום למפשט דהמשכיר חייב דלא שייך שמא יתרשל וע"ז כתב רש"י דגם כאן יש חשש דהרי מה"ת בביטול סגי ומדרבנן הוא חייב לבדוק א"כ שוב יש חשש שמא יתרשל וא"כ שוב יש לספק על מי הטילו החיוב על מי לבדוק אם על המשכיר דחמירא דיליה הוא או על השוכר ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא ת"ל. ומיושב כל קושית הפ"י בסוגיא שם שהקשה דהא שכירות לא קניא ואם נימא דשאני חמץ דמצוי בידו א"כ מה הביא ממזוזה ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דשכירות לא קניא אפ"ה מקרי שותפין להרא"ש וע"ז מביא ממזוזה ודחי ליה וכמ"ש ודוק היטב ועיין ב"ק דף י"ג י"ד גבי חצר השותפין דמסיק הש"ס לא לזה ולא לזה לפירות אלא לחד לזה ולזה ולשוורים והתוס' הקשו שם דכיון דלשוורים הו"ל רשות לשניהם שוב לגבי שן לא היה לחשוב חצר הניזק ע"ש שגרסו לא לזה ולא לזה ובנימוק"י מקיים הגירסא וע"ש בהגהותי בגליון שם ולפמ"ש י"ל דבאמת כבר כתבתי דיש לחלק בין חצר השותפין שיש לשניהם רשות שוה דאז אין קונין זה מזה משא"כ היכא שיש לאחד רשות פירות ולאחד קנין הגוף דאז לא מקרי חצר השותפין שאין קונין כיון שיש לכל אחד קנין אחר ולפ"ז י"ל דהכי משני הש"ס דמיירי שלאחד יש רשות לפירות לבד ולא לקנין הגוף והשני יש לו קנין הגוף ונמצא העמדת השוורים הוא לזה שיש לו קנין פירות ושפיר קרי חצר הניזק דבאמת לזה שיש לו קנין הגוף זה מקרי חצר הניזק אף שזה יש לו קנין פירות דקנין פירות לאו קנין הגוף ואפ"ה מקרי חצר השותפין ודוק ועיין ב"ק דף צ' גבי איש ואשה שמכרו בנכסי מלוג מה שחלקו רש"י ותוס' שם ד"ה איש ולפמ"ש לעיל יש מקום עיון בזה ובב"ש סי' צ' ואכ"מ להאריך

ד אחר כמה שנים מצאתי סברא זו שחידשתי דבכה"ג קונה חצר השותפין כל שיש לזה קנין פירות ולזה קנין הגוף בחדושי מהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות פ"ב דף כ' ע"ג ע"ש שלא ביאר היטב הטעם ונראה שכוון לסברתי ושמחתי מאד ודוק. עוד היה נראה לי דבר חדש בישוב דברי הרא"ש הנ"ל דהנה לפענ"ד נראה הא דחצר השותפין אין קונין זה מזה הוא משום דאין מבורר שזה חלקו דדלמא של חבירו הוא ולפ"ז נראה לי דהנה רש"י ותוס' נחלקו בגיטין דף מ"ז בטבל וחולין מעורבין שרש"י ס"ל דכל חטה וחטה הוה חצי של זה וחצי של זה והתוס' כתבו דאין הפירוש כן רק דמחצה לזה ומחצה לזה

ולא הוברר חלקו של זה ושל זה ולפענ"ד ראי' לפירוש רש"י דאל"כ יקשה אמאי חצר השותפין אין קונין זה מזה הא הר"ן ר"פ השותפין כתב דחצר של שותפין כלו של זה להשתמש וכלו של זה אם כן אמאי לא יקנו זה מזה הא אמרינן ברירה בזה. וכמדומה שדו"ז הגאון בישועת יעקב סי' ל' וסי' קל"ט הרגיש בזה אך אם נימא דכל פורתא ופורתא של חצר הוא משותף לזה ולזה וא"כ לא שייך לומר דבשעה שמשתמש הוה כלו של זה דזה דוקא סברת התוס' דמחצה של זה א"כ המחצה שלו ומחצה השני משועבד לזה ג"כ ובשעה שמשתמש משתמש בשלו כמ"ש הר"ן באורך אבל כשכל פורתא ופורתא הוא בשותפות א"כ אין שום חלק מבורר ושפיר אין קונין זה מזה וז"ב מאד למעיין בעומק הענין. ולפ"ז נראה לי דזה בכל חצר השותפין אבל כאן דזה שכר מזה קרקע או חצר אם כן שכירות ליומא ממכר הוא א"כ לא שייך דאין קונין זה מזה דלא שייך לומר כל פורתא ופורתא הוא של שניהם דממנ"פ או שהוא של זה המשכיר או של זה השוכר רק דכל ששכירות לא קונה לגמרי או שסופו לחזור והו"ל הגוף של המשכיר אבל עכ"פ בעת שמשתמש הוא של השוכר בודאי ולמציאה שבא בחצר הוא של שניהם אבל לא שייך בזה לומר דאין ברירה דכל פורתא ופורתא הוא של שניהם דהא באמת בעת השכירות הוא של השוכר ואח"כ יהיה של המשכיר רק דשניהם יש להם חלק בו דהשוכר יש לו חלק בשביל ההשתמשות והמשכיר בשביל הגוף שיש לו בו ובכה"ג שפיר קונין זה מזה בחצר השותפין וכ"ש מציאה דאתי מעלמא הוברר החלקים וכעין מ"ש למעל' בתירוץ הראשון והרווחנו בזה להבין דברי הירושלמי ס"פ הבית והעליה כותל שבין שתי מחיצות ונפל רב ושמואל חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה וחד אמר כלו לזה וכלו לזה מה נפקא ביניהון מצא מציאה מ"ד מחצה לזה ומחצה לזה מחציו ואילך לזה ומחציו ואילך לזה ומן דמר כלו לזה וכלו לזה המוצא זכה ולא נודע הפלוגתא ועיין קצה"ח סי' ר"ס. ולפמ"ש ימתקו הדברים דמ"ד כלו לזה וכלו לזה הוא ס"ל דכל חטה מחציתו של זה ומחציתו של זה כשיטת רש"י והוה כחצר השותפין שאין קונין זה מזה והוה של המוצא ומ"ד מחצה לזה ומחצה לזה א"כ מחציו ואילך לזה שלו ומחציו ואילך לזה שלו וכמ"ש ודוק

ה עוד היה נראה לי דבר חדש בישוב דברי הרא"ש דהנה בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' קע"ו ס"ב ששכרו מקום בשותפות הקשו המחנה אפרים הלכות קנין חצר סי' ו' והקצה"ח שם דהא הו"ל חצר של שניהם ואין קונין זה מזה ע"ש מ"ש בזה וגם אני הארכתי בזה. וכעת נראה לי בפשיטות דע"כ לא אמרו דחצר השותפין אין קונין זה מזה רק אם החצר כבר הוא בשותפות ועתה רוצים לקנות איזה דבר זה מזה אז אינם קונים דהרשות היא

של שניהם ואין כאן הוצאה מרשות לרשות אבל התם דעיקר מה ששוכרים המקום שיהיו מניחים המעות שיעשו שותפין א"כ אם נימא דלא קנו זה מזה שוב לא נעשו שותפין ולא שייך חצר של שותפין דגוף המקום לא רצו לשכור רק שיקנו להם השותפות ועיקר השכירות היה בשביל זה וא"כ השותפות והקנין באו כאחת וז"ב. ובזה אני אומר דגם כאן עיקר מה דהוה חצר של שניהם הוא לענין מציאה דבאמת הוא השכיר לשוכר החצר ואין לו שום רשות להשתמש בחצר רק מציאה דאתי מעלמא לא השכיר לו וא"כ בעת השכירות נשתתפו לענין זה דהחצר יקנה המציאה לשניהם ואיך שייך לומר דחצר של שותפין אין קונים דאם אינו נקנה המציאה שוב לא מקרי שותפין וע"מ כן נשתתפו בהחצר שיהיה החצר של שניהם דאל"כ כלו של השוכר דשכירות ליומא ממכר הוא לענין תשמיש החצר ורק שלענין מציאה נשאר לו חלק ואיך שייך לומר דחצר השותפין אין קונין זה מזה הא זה עיקר שותפתם וז"ב. ובזה אני אומר דבר נחמד בהא דאמרו ריש ב"ב לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם והקשו התוספת דמשמע דוקא בשביל דכופין לבנות הוא דאם נפל המקום והאבנים של שניהם ת"ל דאף בלא זה כיון דספיקא היא הוה בחזקת שניהם. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה מה דאמרו המקום והאבנים של שניהם הכוונה שהמקום היא חצר השותפין שאין קונין זה מזה ולפ"ז אם לא יוכלו לכוף רק שנתרצו לבנות או לא נעשה חצר שותפין רק ע"מ שבנו יחד שוב היו קונים זה מזה כשירצו דעיקר השותפות נעשה ע"י השכירות אבל כל שהדין שכופין א"כ הוה כאלו הכותל עומד מקודם והם כבר שותפין ושוב אין המציאה או שאר דבר שקונים זה מזה של השותפין כיון דשותפין אין קונין זה מזה ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא. ומן האמור נראה ראיה ברורה למ"ש התה"ד סי' של"ז וכן הוקבע הלכה בש"ע חו"מ סי' קל"ז ס"ו דאם יש כותל המפסיק בין הבתים ובצד אחד יש אבנים יקרות דהוא של שניהם אף דמקרבא טפי לגבי אותו שמשתמש בו בצד שכנגדו והתה"ד טרח להביא ראיה לזה ועיין קצה"ח שם ולפמ"ש הדבר מבואר במשנה דהא דאמרו דהמקום והאבנים של שניהם היינו משום דכיון דכופין לבנות א"כ מסתמא לא יתן אחד יותר מחבירו כיון דהוא שותפות דבשלמא אם ברצו תליא מלתא יש לומר דבאמת זה שהאבנים יקרות בצדו של זה הוא ונתרצה לעשות באבנים יקרות כדי שיהי' שלו אבל כיון דכופין אותם והיינו שהמקום והאבנים של שניהם ע"כ מוכרחים לתקנו כדי שישאר שותפותם קיים וא"כ פשיטא דלא יתן זה יותר מזה רק באופן שיעשה חזית וכדומה לסימן וכל שאין סימן הם של שניהם בשוה וז"ב ודוק. והנה הקצה"ח סי' ר"ס הלכה זו העלה דלפמ"ש המוהר"ם נראה דאם קדם אחד מהשותפין וזכה במציאה דהיא שלו לפי שיש ברירה והיא שלו.

ותמהני דבאמת מהר"ם פסק כשיטת ר"י דיש ברירה אבל אנן קי"ל דאין ברירה ועיין בר"ן ריש פרק השותפין שהביא שיטת ר"י הזקן ז"ל ודחאו וא"כ שוב מהראוי לומר דלא קנה דהו"ל ספק אך לפענ"ד היה נראה כיון דעכ"פ ספק הוה והרי ספק גזל לא אסרה תורה כמ"ש התומים בקונטרס תקפו כהן ומכ"ש במציאה ומספק זכה ואף אם נימא דאין ברירה היא בודאי ולא מספק מכל מקום במציאה ודאי דזכה דאין שום אחד מוחזק. ומ"ש הקצה"ח שם לפרש הירושלמי דבחצר השותפין דכל דהוה כלו לזה או לזה שוב לא קנה שום אחד מהם והו"ל של המוצא והיינו משום דאין ברירה. ולפ"ז לכאורה יכולין לעשות הרשאה זה לזה ויהיה של אחד מהם ואז לא יקנה המוצא דמלבד דעל דבר שאינו שלו לא שייך הרשאה אף גם דהמוצא כבר זכה ויכול לדחות לכל אחד ולומר החצר אינו שלך דלמא דחברך הוא ולא קנה לך ולפ"ז לפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' רנ"ג בשם הריטב"א דבמתנה דהוא כעין שותף בנכסים לא שייך לומר דידחה לכל אחד לפ"ז נראה לי מכ"ש בזה שבעל החצר והשוכר הם באמת שותפים בחצר ובכל מה דאתי מעלמא וא"כ היאך ידחה המוצא לכל אחד מהם הא החצר באמת שלהם וניהו דלא נודע לאיזה משניהם דאין ברירה אבל לגבי אחר פשיטא דלא יכול לדחותם וזה נראה לי בכוונת הרא"ש דכיון דאמרו דחצר השותפין קונה זה מזה ומכ"ש מאינש דעלמא והיינו דניהו דאין קונין זה מזה במודד לתוך קופתו של אחד מהם היינו משום דלא הוברר והו"ל ככל שותפין דעלמא דלא הוברר אבל עכ"פ כל שרוצים למדוד לתוך קופתו קונים וא"כ עכ"פ נגד אינש דעלמא הם קונים ולא יוכל לדחותם וגם אנן סהדי דרוצים השותפין להקנות זה לזה כדי שיקנו עכ"פ בשותפות ולא יתערב זר בתוכם וז"ב מאד מאד ודו"ק ועיין תוס' עירובין דף ע"ג ע"ב ד"ה בני חבורה שכתבו בסוף דבריהם דאין הכניסה והוצאה מועלת אלא א"כ הי' של בעל השותף מאותה שעה ובהגהות הגאון מוהר"ע איגר נדפס קושיא דא"כ מה משני על מה דמקשה הש"ס ממשנה דכיצד משתתפין במבוי וכו' ה"נ דאפקי' ועיילי' דהא מקודם שזוכה לא מועיל דהי' החביות כלה דבעה"ב וע"כ דאחר הזיכוי מפקא ומעיילא א"כ למה צריך לזכות ע"י בנו ובתו והא כיון דעיילא לכל חצר וחצר יקנה חצרו של כל אחד חלקו ביין ומסיים בצע"ג. ולפענ"ד לק"מ כיון דזיכה ע"מ שיהי' שותפין בחצרות והיינו שכל החצירות משותף לבני המבוי א"כ הו"ל כחצר של שותפין שאין קונים זה מזה וז"פ לפענ"ד.

ו וגם בלא"ה לפענ"ד ל"ק כיון דכל החלקים מעורב ביחד אין חצר של כל אחד קונה דאין חלקו מסויים ועיין חו"מ סי' ר' סעיף א' בהג"ה ובש"ך שם. ובלא"ה נראה דבאמת גוף דברי התוס' צריכין ביאור דלמה לא יועיל הכניסה והוצאה אלא א"כ הי' של בעל

השותף מעיקרא והרי כיון שמכניס ומוציא משם שתוף למה לא יועיל והא אינו רק משום היכר. אמנם נראה דהנה באמת המהרי"ט בראשונות סי' ק"נ נסתפק באורחים המסובים אצל בעה"ב אם זכו משעה שהם על השלחן או דלמא עד שיבא לתוך פיהם ע"ש וכבר כתבתי בתשובה ונדפס בחבורי יד שאול סי' רכ"ב שזוכים משעה שמסובין על השלחן והבאתי כן בשם הה"מ. וכעת אני רואה שהדבר מבואר בדברי התוס' שכתבו ואעפ"י שלא זכה סומכין על הפת שעל השלחן דכזכו בו דמי לפ"ז שפיר כתבו דלא מועיל הכניסה והוצאה בשעה שלא הי' דעתו לזכות לשם שיתוף וגם כעת לא זכו רק בשעה שמסובין על השלחן אבל באם רצה להכניס ולהוציא לשם שיתוף אף שלא זכו עדן מועיל ושפיר צריך זיכוי ע"י בנו ובתו וז"ב כשמש ודוק

ז והנה שאל אחד מהתלמידים בשנת תרי"ב בליל ר"ח שבט דמ"ט דשכירות לא קניא וע"כ משום דכל דהוה לזמן הו"ל רק ק"פ וכמ"ש הר"ן בסוגיא דב"פ ומזה ראיה לדבריו דאל"כ הא שכירות קונה כמו מכר ולמה שכירות לא קניא. והשבתי דזה אינו דכיון דיש כח להמשכיר להקדיש את הבית וכדומה הו"ל כשותפין ולכך לא קנה ואין ראיה מזה להר"ן. אחר כמה שנים שכתבתי בענין מעקה מצאתי ביראים מצוה מ"ה דמעקה של שותפין פטור וגם מי שעומד בבית חבירו פטור דלאו חובת הדר הוא וא"כ דברי הב"י והמבי"ט צ"ע אבל דברי היראים תמוהים ומצאתי בפאת השלחן שם שנתעורר עליו ע"כ קצרתי. והנה בהא דאמרו בסלע של שניהם והקשו התוס' והקדמונים דהא חצר השותפין אין קונין זה מזה ולפמ"ש יש לומר דמיירי בסלע של שניהם דהיינו לאחד יש קנין הגוף ולאחד יש לו קנין פירות דבכה"ג מקרי של שניהם וקונין זה מזה ויכול לקדשה בזה. והנה התוס' כתבו דשם לא מיירי מתורת קנין חצר רק אי סמכה דעתה ומזה אני תמה במ"ש הט"ז ר"ס למ"ד והובא בב"ש שם דלכך בעינן בקידושין חצר המשומר לדעתו משום דאל"כ אף דבמתנה קנה מכל מקום בעינן בקידושין סמיכת דעת ולמה לא הביא הט"ז ראיה מסלע דתלוי בסמיכת דעת אף שמקדשה בכסף. שוב ראיתי בט"ז ס"ק ה' שם גבי סלע של שניהם דהרגיש בזה וביאר הדברים דלכך בסלע לא קנתה מתורת חצר אף דהוא שלה לבד משום דלא סמכה דעתה וכמו בחצר ע"ש ועיין בע"ז דף נ"ד דיליף הש"ס דישראל שזקף לבינה וכו' דנאסרה מתחלתה של א"י והקשה התורת חיים דהא בא אח"כ לידי ישראל וחצרם זכתה להם והו"ל ע"ז של גוי שבא ליד ישראל והנך דמעיקרא כשבא ליד ישראל זכה להם חצירם וכתב דאיסורא לא ניחא להו דלקני ואין החצר זוכה שלא מדעתם ודבריו תמוהים כמ"ש השעה"מ פ"ח מלולב ה"א דא"כ היאך אמרו מדפלחו ישראל לעגל ניחא להו והו"ל עכו"ם שלוחותייהו דישראל עבדי ומהיכן

מוכח ודלמא כיון דניחא להו שוב זכה להם חצרם. ולפענ"ד נראה דבאמת צריך ביאור היאך מצי זכי להם חצירם והא הוי חצר השותפין דהא הי' בישראל הרבה שלא פלחו לעגל כדאמרו ביומא דף ס"ו שלשה דבקי מיתה וגם אם הי' ללוים חלק בארץ והרי הלוים לא פלחו לעגל וכדומה שהיו צדיקים הרבה וטף ונשים שהי' להם חלק בארץ דלא ניחא להו וחצר השותפין אין קונים זה מזה וא"כ רק משום דשליחותייהו דהני דפלחו קעבדו ושפיר מצי אסרו דעכ"פ השותפין כל אחד יש לו רשות להשתמש בשלו כמ"ש הר"ן ריש השותפין וא"כ עכ"פ אותן שרצו לזכות שוב העכו"ם שליחותיהו דידהו קעבדי והרי עכ"פ יש להם חלק באותן אשרות ושפיר מצו אסרו ודייק שפיר אבל שיזכה חצירו להם שלא יהי' מועיל ביטול זה אינו דהרי לא מצי לזכות שאין החצר שלהם בכלו ולא מצו קנו זה מזה ודו"ק. עוד יש לי לומר דהנה חצר משום שליחות איתרבאי ומשום יד וגבי גט דחוב משום יד אתרבאי כדאמרו בב"מ דף י"ב ולפ"ז כאן דחוב הוה דע"י שזכו לא סגי בביטול רק צריך שריפה כמ"ש הר"ן דמה דמהני זכיה בא"ה הוא כדי שיהיה צריך לשרפה וזכייתו ואיסורו בא כאחת וא"כ עכ"פ הוה חוב וצ"ע ושיטת הר"ן אף דימשך חוב כל דהוה זכות זכה כבר כתב הש"ך בנקה"כ בסי' קס"ב דדוקא בפרוזבול הקלו ע"ש וא"כ כאן לא שייך משום שליחות רק משום יד וצריך להיות בסמוך לו והם הי' במדבר ול"ש חצר רק לגבי אברהם דהוה בסמוך להחצר והוה משום יד וע"ז שפיר כתב הת"ח דאברהם לא ניחא לי' דלקני. ובגוף דברי הש"ס נראה לפענ"ד דעיקר לימוד הש"ס אף דהישראל לא עבד ממש רק מחשבה בלבד א"כ מהראוי לומר דמחשבה שחוזר בו אח"כ מוציא מידי מחשבה לכך אמרו דמה שעבד הנכרי בשליחותו זה הוה כמעשה דידי' וזה שמביא מישראל שעבדו לעגל ואוו לאלקות הרבה א"כ לא הוה רק מחשבה ואפ"ה חשוב מעשה מה שעבדו עכו"ם בשליחותייהו:

סימן קכב

א להרב הגאון וכו' מוה' מרדכי ראבין ז"ל ראב"ד פה חוץ לעיר.

ב ע"ד אשר הראני קושיא חמורה שנדפס משמו בספר פר"ת סי' מ"ו בהא דפלפלו התוס' בב"ק דף ט"ו ובכמה מקומות אם נשים כשרות לדון ואמאי לא הביאו מהא דאמרו בגיטין דף ה' ע"ב דאמר זימנין דמייתי לה אתתא וסמכו עלה הרי דנשים פסולות אף בקיום שטר דדין הוא. באמת שקושיא גדולה היא. ומה שרצה מעכת"ה ליישב דשם הכוונה שהיא בעצמה תביא ופסול משום נוגע במחכ"ת לא ידעתי הא התוס' במקומו כתבו דהגירסא זימנין דמייתי לה אתתא ועיין במהרש"א ומהר"ם לובלין שכתבו שכוונתם לשלול גירסת האלפס זימנין דמייתי בעצמה והם כתבו דמייתי לה אתתא אחריתא

וא"כ הקושיא במקומה ובמחכ"ת הפר"ת שם שקרא והטה כוונת התוס' לדרכים אחרים דחוקים כאשר יראה המעיין ולא הזכיר דברי המהרש"א ומהר"ם הנ"ל גם בחידושי רשב"א ובר"ן באלפסי מבואר בהדיא דהחשש הוא דהם פסולין לדון כמו כל דין דפסולות וא"כ קושיתו קשה כברזל. וליישב דברי התוס' נראה דהנה באמת צריך להבין בהא דאמר והא בדרבנן עד נעשה דיין והיינו דקיום שטרות דרבנן והדבר תמוה דהא החשש הוא שמא יערער הבעל וכשהבע"ד מערער בעצמו דעת הר"ר אביגדור הובא במהרי"ק דבעי קיום מן התורה וכבר התעורר בזה הפני יהושע שם וכתב דכיון דכ"ז שלא בא ומערער סגי בעדות זה והקיום אינו רק מדרבנן א"כ גם אח"כ כל שנתקיים הוה עדותן עדות אף כשיבא הבעל ויערער וכמ"ש הב"ש סי' קמ"ב ס"ג ג' לענין עדות הע"א דמועיל כאן אף דצריך שנים ע"ש וכן קיימתי מסברא דנפשאי ולפ"ז כיון דגם אח"כ צריך לבא עכ"פ מכח עדותו עד נעשה דיין ולפ"ז שפיר פסלו באשה דאם נסמוך עלי' שוב יפסול דעדות האשה בודאי פסול כשצריך קיום מה"ת ובכה"ג בודאי עד לא נעשה דיין דבשלמא כשלא בא וערער הקלו בעגונה וסגי אף בעדות אשה אבל כשיבא ויערער עכ"פ צריך תורת עדות ואשה פסולה להעיד אבל כשנתקיים בפני שלשה שוב א"צ לעדותה כלל דכבר נתקיים הגט משא"כ כשנסמוך על זה א"כ נבא לעד נעשה דיין וזה לא מועיל באשה וא"כ אין ראיה דאשה פסולה לדון ולכך לא הביאו התוס' מזה. ובגוף קושיית הפ"י הנ"ל הי' נ"ל בפשיטות דכיון דמה"ת סגי בד"מ באחד ורבנן הוא דאצריך שלשה א"כ אף כשיבא ויערער וצריך קיום מן התורה הא מן התורה סגי באחד ואף דרבנן אצרכו שלשה הא בדרבנן עד נעשה דיין וז"ב. ובזה יש ליישב קושית התוס' דאיך לא סלקא דעתיך דקיום שטרות דרבנן ובדרבנן עד נעשה דיין. ולפמ"ש א"ש דהוה ס"ד דמה"ת בעי שלשה וא"כ שפיר חשו ול"מ עד נעשה דיין דס"ד ג"כ החשש שמא יסמכו על אשה וע"ז פריך דמ"מ דרבנן הוא דמה"ת סגי בחד ודו"ק. והנה לכאורה ק"ל דמה פריך והא עד נעשה דיין והרי בהא דאצרכה לומר בפ"נ הקשה הרא"ש דאכתי למה לא ניחוש שמא לא עשאו שליח וכתב דכיון שאצרכה לומר בפ"נ האמינוהו ג"כ שיאמר שעשאו שליח ע"ש ולפ"ז הא לענין השליחות צריך עדות מן התורה ובזה אין עד נעשה דיין והיא לכאורה קושיא גדולה וצ"ל דעל הקיום עד נעשה דיין שפיר סגי בזה דמה שמעיד על השליחות זה אינו מכלל הקיום. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו דפליגי אי עד נעשה דיין וקשה דאף אם נימא דאין עד נעשה דיין הא כל הטעם הוא כמ"ש התוס' או משום דכתיב ועמדו שני האנשים לפני ד' ובעינן שיעידו לפני ב"ד או משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה. ולפ"ז לדעת הרז"ה דבשטר ל"ש תורת הזמה

משום דיכול לומר אחרוהו וכתבוהו א"כ למה לא יעשה העד דיין בגט דהא עמידה בפני ב"ד כיון דבחד סגי והקלו בעגונה וא"כ לא בעינן ועמדו העדים וכעין מ"ש הרז"ה בפ"ב מכתובות דלכך הכשירו בגט עד נעשה דיין דל"צ אמירה כלל ע"ש ועדות שאי"ל ל"צ בשטר וצ"ל דהרז"ה יסבור דגט מאוחר פסול ועיין באהע"ז סי' קכ"ז וא"כ פסול משום שאאי"ל ועדיין צ"ע. וגם צ"ע במ"ש הב"י בחו"מ סי' ז' דעד החתום בשטר פסול להיות דיין קיום וא"כ כאן דהוה כמו חתום בשטר דמעיד על השליחות פסול לקיום. ובלא"ה דברי הרשב"א סותרין זא"ז ע"ש ובכנה"ג שם ודו"ק.

ג ומדי דברי זכר אזכור מה שהקשה בטורי אבן בר"ה דף כ"ו על כלל הענין דאמרינן עד נעשה דיין והיינו דנעשה עד ודיין ביחד כשראה ביום דהיאך אפשר דהא קבלת עדות כגמ"ד דמי כדאמרו בשבועות דף למ"ד ואמרו שם דעדים בעמידה ודיינים בישיבה ואיך אפשר שיהיה עד ודיין ביחד ע"ש.

ד ולפענ"ד מכאן ראייה למ"ש הב"ח סי' י"ז דעמידה ע"י סמיכה מקרי עמידה לגבי עדים וישיבה לגבי דיינים אף בדין זה עצמו ולא כהסמ"ע שכתב דהוה תרתי דסתרי והביא ראיה מהא דאמרו דהוה יתיב כמאן דשרי למסאני' הרי דבאיש אחד מקרי לד"א ישיבה ולדבר אחד עמידה יעו"ש וה"ה בכאן יכול להיות ע"י סמיכה ומשמש עמידה וישיבה ודו"ק. והנה לפמ"ש מע"ל דהפירוש היא שהיא בעצמה תביא ופסולה משום נוגע וכ"כ לעיל בזה.

ה וכעת נ"ל דבר חדש דהנה בשו"ת מהר"ם מינץ סנ"ל סי' י"א כתב דאף דבדרבנן עד נעשה דיין כל שהוא להוציא ממון הוה כמו דאורייתא.

ו ובראשית ההשקפה תמהתי על דבריו דא"כ איך אמרו בכתובות דף כ"א דהנח לקיום שטרות דרבנן והא מוציאין ממון עי"ז וצ"ל דבעת הקיום אין מוציאין עדיין ממון רק שמקיימין השטר וכעין זה כתבו התוס' בחולין דף צ"ו לענין מה דמוציאין השטר בסימנים דלא מקרי מוציא ממון ע"ש ולפ"ז הא דאמר כאן והא בדרבנן עד נעשה דיין היינו דאף דמוציאה עצמה מבעלה וחשוב כמו הוצאת ממון וגם נוטלת הכתובה וכדומה וצ"ל ג"כ דכעת אינן רק מקיים בלבד והיא אינה מתגרשת עדן ולפ"ז כשהיא בעצמה תביא שוב פסול משום דנתגרשה עי"ז והוה כמו הוצאת ממון ולא נעשה עד עדיין ודו"ק. וצ"ע בהא דאמרו בשביעית פ"י מ"ד דהדיינים חותמים או העדים ופירש הרמב"ם והרע"ב דכיון דהוא דרבנן העד נעשה דיין וקשה הא שם בודאי מוציאין ממון עי"ז שאין השביעית משמטתו דלא קרינן ביה לא יגוש דהו"ל כנגוש ועומד וכגבוי דמי וא"כ שוב לא יוכל העד לעשות דיין להוציא ממון וצ"ע. מיהו בלא"ה צ"ע דל"ש בזה

דרבנן דבשלמא קיום שטרות דמה"ת א"צ קיום א"כ כל שנתקיים בדרבנן עד נעשה דיין אבל התם דמדאורייתא משמע וע"כ דחז"ל תקנו פרוזבול לא משמט א"כ באו לעקור ד"ת ועיין גיטין דף ל"ו דהקשו על הלל איך עקר דבר מן התורה ותירץ אביי בשביעית בזה"ז ולרבא משום הפקר ב"ד הפקר וא"כ אדרבא בזה ודאי אין עד נעשה דיין וצ"ל דס"ל שביעית אינו רק מדרבנן וא"כ כל ענין פרוזבול אינו רק מדרבנן ודו"ק ועכ"פ על המהר"ם מינץ קשה ודו"ק

ז והנה שאלני הרב המופלג החריף מוה' מאיר בראם נ"י בהא דאמרו בגיטין כאן דאין עד נעשה דיין והקשה לשיטת התוס' דהטעם הוא משום דלא יקבלו הזמה על עצמם וא"כ בגט דהמני' להשליח דהוא אחד ואיך שייך בזה תורת הזמה בע"א. והראיתי לו בדברי התוס' ב"מ דף ד' ד"ה ע"א שכתבו כי מה שהעד אינו משלם כשהוזם אינו חומרא וכו' משמע הא אם הי' שייך הזמה הי' גם בע"א דין הזמה וכ"כ הקצה"ח סי' ל"ח ס"ק ה' וא"כ שוב שייך אין עד נעשה דיין ואף לפמ"ש הרמב"ן בסנהדרין דף פ"ו בסוגיא דעדי גניבה ועדי מכירה בנפש שהוזמו שביאר דאין עד שקר לוקה כ"א כשהרשיע בממון או במיתה וא"כ ע"א דאינו בא לממון אפשר דל"ש בו הזמה אף דנעשה מחוייב שבועה ואיל"מ ועיין נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב בסתירת היתר הראשון מ"מ כאן דע"א נאמן גם על דבר ערוה דבעי תרי בכה"ג פשיטא דשייך דין הזמה ושפיר אין עד נעשה דיין. ואי קשיא לי הא קשיא לי דלדידן דל"צ עדות שאאילה"ז בד"מ א"כ יהי' כשר בממון עד נעשה דיין. ומכאן לכאורה ראיה להש"ך סי' ל"ג דמ"מ אם שאל ואמרו א"י פסול וא"כ בכה"ג דודאי לא יקבלו הזמה על עצמן אפשר דג"כ פסול. אך נראה דבלא"ה ל"ק כיון דכל עיקר דבטלו עדות שאילה"ז בד"מ הוא משום נעילת דלת דלא בעי דו"ח מה"ט אבל לענין עד נעשה דיין דנוכל לתקן בדיינים אחרים פשיטא דלא נתבטל התקנה דבשביל זה לא יהיה נעילת דלת אם ידונו בדיינים שאינם עדים וז"ב. והנה מה שחידש מעלתו דה"א דכאן יהי' פסול בשביל עד נעשה דיין אף דבדרבנן בודאי עד נעשה דיין וכמו שהקשו בתוספות וע"ז כתב מעלתו דכיון דהא דע"א נאמן דהיינו השליח הוא מתורת שליש דהמניה וכבר כתב הגהמ"ר בב"מ פ"ק דכל דכבר הגיד עדותו שוב כבר נאמן ועיין קצה"ח סי' ג' ס"ק א' שביאר הדברים ולפ"ז כל דמעיד לפני הדיינים בפני שנים או בפני שלשה שוב כבר המניה הבעל ולפ"ז לא שייך כאן לומר דבדרבנן עד נעשה דיין דזה דוקא כל שכבר הגיד עדותו אבל כאן כל עיקר עדותו ונאמנותו הוא לפי שהגיד עדותו בפני שנים והמניה וא"כ כל עיקר עדותו ונאמנותו בא ע"י דיינים וא"כ בזה בודאי אין עד נעשה דיין. הנה דבר זה הוטב בעיני אף שיש לפקפק בזה דכל דחז"ל המני'

לעד ל"צ שיאמינו לו בתורת שליש בכ"ז הדברים נכונים ואכתוב לך מה שאני אמרתי בזה בהא דאמרו זימנין דמייתי בעצמה גיטה וכמו שהיא הגירסא ברי"ף ועיין רשב"א ור"ן מ"ש בזה. ואמרתי בזה דהנה בהא דהקשה הפני יהושע בהא ששוו שחרורי עבדים לגיטי נשים למוליך ומביא ע"ז הקשה דלפמ"ש דשליח לקבלה א"צ שיאמר בפ"נ מטעם שכבר נגמר הענין וא"כ בעבד דזכות הוא לו ולשיטת התוס' והרא"ש נשתחרר תיכף א"כ שליח להולכה הוה כשליח לקבלה ולמה צריך שיאמר בפ"נ וכ"כ בזה ענינים רבים וכעת נראה לי דהנה בדף כ"ג מקשה הש"ס והא לא חזרה השליחות אצל המשלח ועיין רש"י דבעינן שיצטרך השליח לחזור למשלח לומר עשיתי שליחותך ומשני דא"ל הוה שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם אמור בפני הב"ד והב"ד יעשו שליח להולכה ע"ש ולפ"ז אם נימא דא"צ שליח הולכה בשחרור לומר בפ"נ א"כ כל שנתן להשליח השחרור משוחרר תיכף וא"כ שוב ל"צ לחזור שליחות אצל המשלח וא"כ שוב לא מקרי שליח ולכך בעינן שיאמר בפ"נ וא"כ כל שלא אמר בפ"נ לא נגמר ענין השליחות והוה כחזרה שליחות אצל המשלח שהרי צריך שיעשה כפי ענין השליחות שצוהו אבל כל שלא יצטרך לומר ננתק שליחותו משליח הולכה לשליח קבלה והרי לא נתקיימה שליחותו והוה כמו לא חזרה שליחות אצל המשלח וז"ב מאד. ולפ"ז באשה עצמה המביאה גיטה הרי ע"כ נעשית שליח להולכה עד דמטית להתם וא"כ איך אפשר לסמוך עליה זימנין דתצטרך ותעשה דיין ולא חזרה שליחות למשלח אף דנימא דאשה כשרה לדון מ"מ הרי לא חזרה שליחות אצל המשלח ומיושב הקושיא שהבאתי הלא מראש דוק ותשכח. ובגוף קושית מעכת"ה אמאי לא הביאו התוס' ראיה דנשים פסולות לדון מהא דאמרו זימנין דמייתי גיטא.

ח נראה לפענ"ד ע"פ מה שמצאתי בספר בית הלל על יו"ד סי' א' ס"ק ט' שכתב דלכך נשים פסולות לדון ולהעיד מפני שדעתן קלות כמו שאין מניחין אותן לשחוט מפני שדעתן קלות. ותמהני מאד דטעם פסולייהו לדון הוא משום דכתיב אנשים ובעדות בודאי הטעם משום דכתיב ועמדו שני אנשים וכן בדיינים ועיין בתוס' ב"ק דף ט"ו ובתוס' גיטין דף פ"ח ע"ב ד"ה ולא וא"כ בדה טעם מלבו מה שלא נזכר ואם רצה לתת טעם לתורה הא אנן לא דרשינן טעמא דקרא וגם הא באמת מצד הדין יכולות הנשים לשחוט משום דדבר שהוא איסור ברור לא שייך דדעתן קלות רק במקום שיש צדדים להקל לא מהמנינן לאשה ובזה נ"ל דלכך נסתפקו התוס' אם נשים כשרות לדון דכל שהדין ברור ל"ח לדעתן קלות כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ברמ"א בסופו בשם הר"ן ולפ"ז בקיום שטרות

דמה"ת כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצרוך קיום א"כ יש צדדים להקל ומה"ט מאמינין באמת לשלוחו א"כ בזה פשיטא דאשה פסולה בזה ודו"ק

ט והנה אעתיק כאן מ"ש בתשובה בשנת תרי"א להרב המאוה"ג מוה' יעקב ני' אבד"ק קאזליב וז"ל אשר שאל אחד שבנו נדד למרחקים ערך ששים פרסה כי ברח מחמת נפשות ואביו נוסע לשם ורוצה שיגרש את אשתו אשר הניח פה ורוצה להיות שליח להולכה וחושש למ"ש בש"ע סי' קמ"א סל"ג בהג"ה דלכתחלה לא יהא השליח קרוב לאשה ולאיש. והנה לא ידעתי מה זו שאלה כיון שהדרך רחוקה וממדינה למדינה פשיטא דהוה הוצאה מרובה וכשר להיות האב שליח להולכה ובאמת טעם המחמירין לא נזכר בב"י וד"מ דכיון דהאשה עצמה מביאה גיטה ואין לך קרוב גדול יותר מהיא עצמה ומה טעם להחמיר. אך לפענ"ד טעם המחמירין הוא לפי מה דאמרו בגיטין דף ה' דזימנין דמייתי לה אתתא וסמכי עלה ואידך אשה מידע ידעו ולא סמכי עלה ועיין תוס' ד"ה דהומ"ל דמייתי קרוב ועיין בראש"ש אבל בר"ן כתב דדוקא אשה דלאו בת דין כלל היא אבל הקרובים מצטרפים לג' ולפ"ז לאותה שיטה דה"ה קרוב שוב לכך מקפידין שלא יהיה השליח קרוב ולפ"ז יש לומר לפי מה דקיי"ל דסגי בפני שנים א"כ י"ל דדוקא לאשה לא חשו דלא שכיחא אבל קרוב דשכיח שוב חיישינן לכך מקפידין שלא יהי' קרוב ועיין ק"נ שם בראש"ש לפי מה דקיי"ל בסי' קמ"ב ס"ד דיש להחמיר וליתן תמיד בפני שלשה כדין שלא יבא לידי מכשול באם השליח קרוב א"כ שוב ליכא למיחש ולכך אין לחוש לדידן אף לכתחלה כן הי' נראה לפענ"ד ועכ"פ בדיעבד אין קפידא

י והנה בשנת תרי"ז ה' בשלח הגיעני תשובה מהרב מוה' אפרים זלמן מרגליות ני' אבד"ק באזא במדינת וואלאכייא אי כשר בגט שניתן ע"י מסדר הגט בלבד ולא הי' ב"ד והביא דברי הנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' קי"ד והוא הביא דברי הג"פ ס"ס קכ"ג שמיקל בזה. והנה מ"ש הא"ז דגט צריך שלשה דהוא דין באמת שבתוס' גיטין הנ"ל משמע דאינו מקרי דין מיהו שם קאי על קיום הגט ולא על סידורו ונתינתו. אמנם מהך דמשה בן עצרי מבואר דאינו מגרש בב"ד ומה שנדחק הנוב"י דב"ד משמע מומחין ושלשה הדיוטות לא מקרי ב"ד אבל זה דחוק דאף דסתם ב"ד משמע מומחין כמו שמביא ראיה מיבמות ק"ד וב"ה אומרים בפני ב"ד ושלא בפני ב"ד אלו ואלו מודים שצריך שלשה הרי ששלשה הדיוטות לא קרי ב"ד מ"מ נראה לפענ"ד דהדיוטות שלא ידעו המשנה דידיר הנאה בודאי אינם בקיאים בטיב גיטין ואסורים לסדר הגט ובודאי הכוונה שלא ידיר בפני ב"ד מיהו אין ראיה דאף אם יהי' בצנעא עכ"פ צריכין לידע המשנה ומיהו בפשיטות משמע דא"צ ב"ד דאינו דין ועיין כתובות דף כ"ג דמאן דמגרש בצנעא מגרש ועיין תומים סי' ט' ס"ק

ג' ובאמת מה שהשיג שם על המהרי"ט דשודא ל"ש בגט לא ידעתי למה אטו בגט ל"ש איזה ענין שתלוי בשודא וגם אף שידון עפ"י ד"ת מ"מ כיון שדיני' בטלים אינו ראוי שיהי' גט עפ"י מסדרים כאלה אמנם מה שהאריך דמשמע דגט צריך ב"ד דבריו נכונים וע"כ לכתחלה בודאי בעי שלשה ובדיעבד אין לפסול ודו"ק. והנה בשנת תרח"י ג' נח למדתי מס' סנהדרין ובהגיעי לדברי רש"י הלז שע"ז תקע הנוב"י יסודתו במ"ש דרבנן כעין דאורייתא תקון והבין הנוב"י שקאי על גט באמת שקאי על חליצה דבעי ג' ובהגהת בנו הרב ז"ל הרגיש בזה והביא דברי התוס' ביבמות דף ק"א ע"ב ד"ה א"ה ונדחק בזה ובשו"ת שיבת ציון סי' ס"ח האריך עוד לחזק דבריו דמיאון אף דדומה לחליצה אבל בכמה דברים דומה יותר לגט. אמנם באמת אני מצאתי בתוס' גיטין דף ל"ב ד"ה לתרי שכתבו דמיאון דומה לחליצה ובחליצה בעי שלשה ע"ש הרי מבואר דהתוס' מדמים מיאון לחליצה ואם איתא למה לא כתבו התוס' דמיאון דומה לגט ויכול להיות אף למ"ד דחליצה ביחיד וע"כ דמיאון אינו דומה לגט רק לחליצה וגם המהר"ם שי"ף בסנהדרין פירש דרש"י כוון דדומה לחליצה אבל גט צריך עדים ולא ב"ד והובא בשו"ת שיבת ציון שם ונדחק לדחות דבריו. והנה מ"ש הנוב"י שם ראיה דגט א"צ שלשה ממה דאמר ר"א אעפ"י שאין עליו עדים אלא שנותנו לה בפני עדים סגי וקשה כיון דצריך שלשה וא"כ למה צריך ליתן בפני שנים הא ביום הדיינים בעצמם נעשו עדים ואין לך עדי מסירה גדולה מזו ולא זכיתי להבין דהא ר"א ור"מ נחלקו דלר"מ מה"ת פסול בלי ע"ח ולר"א כשר כל שיש ע"מ והרי מה"ת סגי בד"מ ביחיד לר' אחא והכי קי"ל כמ"ש הרמב"ם ועיין סמ"ע וש"ך ר"ס ג' וא"כ ממילא מכ"ש בגט דכשר מה"ת וא"כ נ"מ גדולה לר"א דעכ"פ צריך שני עדים דהא מצד דין סגי ביחיד וא"ל דא"כ לסגי בעד אחד ויצטרף לדיין דז"א דעד ודיין לא מצטרף. אמנם לפענ"ד לכאורה ראיה ברורה דא"צ בגט שלשה דאי נימא דצריך שלשה כמו ד"מ א"כ ע"כ מה שמגרשין בזמה"ז דליכא מומחין דאנן הדיוטות אנן ע"כ דהוה כמו ד"מ דשליחותייהו דקמאי קעבדינן וא"כ בהא דהקשה אביי לרב יוסף בגיטין דף פ"ח דאיך מעשה אגיטי הא אנן הדיוטות אנן וע"ז חידש לו דהוה כמו הודאות והלוואות והא יקשה לנפשיה דאיך מגרשין כלל וע"כ דשליחותייהו דקמאי קעבדינן כמו ד"מ וא"כ ה"ה דיכול לעשות אגיטי וע"כ דא"צ שלשה כלל דלא הוה דין כלל ולכך לא הקשה רק איך קא מעשה אגיטי ודו"ק ואף דיש לדחות דבלי כפי' יכולין לקבל הדיוטות עליהם אף דלא שליחותייהו דקמאי קעבדי ולכך רק על דקא חזי דקא מעשה בדינא ע"ז שאל למה יוכל לכוף אבל באמת גם בכשרים כל שהבעל קיבל בודאי הי' הדיינים כופין ולמה לא הקשה ע"ז וע"כ דא"צ ב"ד של שלשה כלל ודו"ק היטב.

שוב ראיתי שבאמת שיטת הב"ח דרק ע"י כפייה בעי מומחין אבל סתם דין לא בעי מומחין אבל אנן לא קיי"ל כן כמ"ש התוס' בסנהדרין וכמ"ש בתומים סי' א' ס"ק א' וא"כ ראייתי ברורה

יא והנה בשנת תרכ"א בחדש אייר הייתי בק' טארניפאל והקשה אותי הרב הגאון מוה' יוסף נ"י האב"ד שם ע"ד התוס' שנסתפקו אם אשה כשרה לדון והא בב"נ אשה לא דנה כדאמרו בסנהדרין דף נ"ז דכתיב מיד איש ולא מיד אשה ע"ש וכ"כ הרמב"ם וא"כ הרי שייך לומר מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור. והנה בתכ"ד השבתי די"ל דכל הטעם דיש לומר דאשה פסולה לדון לפי שאינה בת דעת שלימה כמו איש כ"כ ולפ"ז י"ל דדוקא בב"נ דדן כפי אומדן דעתו י"ל דאשה אינה כ"כ בת דעת לא תדון אבל בדיני ישראל דדן עפ"י ד"ת הכתובה שוב אין לחוש כ"כ דגם אשה כשרה לדון. אמנם זה דחוק והעיקר נ"ל דלק"מ דבאמת ע"כ ל"ש לומר מי איכא מידי רק בדבר דשייך על כל אדם עד"מ מפרכסת דלישראל שרי ולנכרי יאסור זה לא יתכן אבל לענין דין אטו ב"נ נצטוו לדון שיהי' כל אחד דיין הם מצווים להושיב דיינים כדי שיהיה ישוב העולם וכל שאפשר להתקיים ע"י אנשים דיינים למה תדון האשה ושאני בדייני ישראל דכל אחד מצוה על גוף הדין לדון משפט צדק אבל ב"נ אינם מצווים לדון רק להושיב דיינים כדי שלא יתרבה הגזל אבל כל שאפשר בדיינים אנשים שוב אסורה לדון וז"ב כשמש ותדע שהרי הרמב"ם כתב שאנשי שכם נהרגו על שלא מיחו ביד שכם שעל הגזל נצטוו וקשה א"כ למה הרגו נשים הא אסורין לדון וע"כ שמ"מ נצטוו להושיב דיינים אנשים שידונו וז"ב ודוק היטב

יב והנה בשנת תרכ"ו הגיעני מכתב מהרב המפורסים מוה' משה פריד ראבד"ק מונקאטש דהוא מיוסר ביסורים וחולאים ר"ל ויש שם שני דיינים שהתחתנו ביחד ובנו של זה נשא בתו של זה וכעת נתעורר חכם אחד לפמ"ש הנוב"י מהד"ת סי' קי"ד בחלק אהע"ז דבגט צריך ב"ד שלשה א"כ לפמ"ש בסדר הגט דמחמרינן בעדות כמ"ש המהרי"ל והלא בד"מ מקילין בעדות ובדיינים מחמרינן וכ"ש בגיטין דיש להחמיר בדיינים וע"ז האריך מעלתו דבגט לא בעי ב"ד של שלשה. והנה מ"ש מעלתו מגיטין דף ה' דלחד מ"ד סגי בשנים בזה כבר הרגיש בנוב"י שם. ומ"ש ראיה מהא דאמרו בגיטין דף י"ח דגיטין הבאין ממדינת הים קלא אית להו ואם נימא דצריך ב"ד של שלשה הרי שלשה קלא אית להו כמבואר בב"מ דף ט"ז כשעמד בדין דקלא אית לי' וא"כ כל גט קלא אית לי ואין כאן חשש משום פירי ולמה צריך זמן. והנה תמהתי דעד שמקשה מגיטין הנ"ל טפי יקשה לו בהא דאמרו בכתובות דף כ"ג דאמרו שם דס"ד דגירושין קלא אית לי' קמ"ל

דעבידי אינשי דמגרשי בצנעא והרי גט צריך ב"ד כמ"ש הנוב"י דקלא אית לי' וביותר תמה דהרי התוס' בקידושין דף ט' כתבו דגט צריך ב"ד וא"כ קלא אית לי' וע"כ צ"ל דניהו דקלא אית לי' אבל כל שמקפידין שלא יהי' קול כדי שלא יתבייש מגרשין בצנעא כמ"ש השיטה מקובצת שם כדי שלא תתבזה בב"ד וא"כ שוב ליכא קלא במלתא וגוף דברי הנוב"י שהביא דברי רש"י ברישׁ סנהדרין וע"ז כלהו מודו דרש"י כוונתו דמיאון דומה לגט ובאמת שתמהו עליו דהכוונה שמיאון דומה לחליצה וכמ"ש במהר"ם שי"ף שם ואני תמהתי דהדבר מבואר בתוס' גיטין דף ל"ב שכתבו דמיאון דומה לחליצה ובחליצה בעי שלשה ע"ש ד"ה לתרי והרי מבואר דמיאון דומה לחליצה ולא מדמין לגט והארכתי בזה בתשובה להרב המאוה"ג אבד"ק באזא במדינת מאלדווע ואכ"מ. ובגוף הדין לפענ"ד העיקר כמ"ש בשעה"מ פ"א מגירושין ובטעם המלך שם דבגט ע"י שליח שצריך לומר בפנ"כ ובפנ"ח הוא דצריך שלשה אבל גט מידו לידה ל"צ שלשה ע"ש. ובזה יתיישב הרבה קושיות.

יג שוב ראיתי בשו"ת חתם סופר חלק אהע"ז סי' נ"ד וסי' ס"ה ס"ו שהאריך בדברי הנוב"י הנ"ל וע"ש מ"ש בזה ולא נפניתי כעת להאריך ועכ"פ לפסול מחותנים ע"י החיתון שנתחתנו ודאי אין לפסול דלא דמיא אלא כעוכלא לדנא כדאמרו בסנהדרין וע"כ לפענ"ד אין לערער זולת כששולחין על ידי שליח יש להחמיר בזה. והנה בגוף הקושיא הנ"ל דלמה לא הוכיחו מכאן דנשים פסולים לדון לפענ"ד נראה דכאן שהשליח נעשה עד ואין עד נעשה דיין הנה אם היה סגי בשנים א"כ עיקר סמיכת השנים היה עפ"י אותו השליח שנעשה עד ונעשה דיין וכל שהם רק שנים היה כאילו הם מעידין מפי השליח שנעשה עד ונעשה דיין והוא הוה יכול אח"כ להכחישם כדין עד מפי עד דבשלמא אם הם שלשה ב"ד אין העד יכול להכחישם אף שנעשה דיין דא"צ שיהיה דיין וא"כ הם הם הב"ד אבל אם הם רק שנים ועיקר בא מכח אותו השליח שנעשה עד ונעשה דיין א"כ עיקרו בא מכחו ובכה"ג אף אם נימא דאשה כשרה לדון היינו שתהי' בכלל הדיינים אבל שתהיה היא עקרית והדיינים אינם באים רק מכחה זה ודאי לא אמרינן וזה דאמרו זימנין דמייתי ליה אתתא וסמכו עלה היינו שיהיה עיקר הסמיכות עליה זה ודאי לא אמרינן ודוק:

סימן קכג

א שלום וברכה וכ"ט להרב הה"ג מו' וואלף הלוי נ"י אבד"ק מארטאן.

ב מכתבו הגיעני היום עם הרבה תשובות נחוצות והנה עברתי על דבריו וראיתי שהרבה חדשות וסברות שהיום כיון שקוברין בארונות שלימים ליכא משום בזיון המת וזה חדש לא נשמע עוד גם מה שכתב שהי' דעתו לפנות א"כ לא קנו מקומם זה סברא ישרה ונוכל

לסמוך בזה בצרוף שאר סברות שכתב בזה ואף שבעלי תשובות לא כתבו בזה רואה אנכי שהוא בעל סברא ישרה ומאד הוטב בעיני מה שחידש בזה כי הולך בדרך הישר וד' ינחיני במעגלי צדק למען שמו דברי הכותב ממעמקי הלב וקורא לשלום:

סימן קכד

א תחל שנה וברכותי' אל כבוד הרב הה"ג המפורסים וכו' כש"ת מוה' שרגא פייבל טוביש האבד"ק יאס.

ב מכתבו הגיעני תמול עם כמה מכתבים ואמרתי לתת לזה משפט הקדימה יען כי היא לחלץ האשה ממסגר העיגון וחז"ל שקדו על תקנות עגונה. והנה שאלתו באשה חנה בת דוד ליב אשר בעלה בנימין בגד בה זה שנה ויותר וברח למדינת רוסיא ובכ"ח אייר תרכ"ט באה השמועה כי בעלה שחט עצמו בעיר סקאלען ונגבה עדות שם שאחד בשמו עזריאל יהודא העיד שהלך לראות האיש הנשחט והכירו אותו בטב"ע במצחו וכל הפנים שזה הוא בנימין וקראו בשמו שהי' נקרא לגנאי בנימין בצאתך וגם שיש לו שתי אחיות ביאס וכמה סימנים בגופו רק שהם גרועים. וע"ז כתב מעלתו דכמה סימנים גרועים נעשים סי' אמצעי עכ"פ וכמ"ש בשו"ת בגדי כהונה וגם מ"ש חוטם ארוך אם הי' בהפלגה הוי סימן כמ"ש בשו"ת נ"ב מהד"ת חלק אהע"ז סי' ס' והאריך מעכת"ה בזה. אמנם העיר שכיון שהי' בקטטה שבאה אשתקד לפני מעל"ת ורצתה שיתן לה ג"פ ולא מהני ע"א בקטטה כמבואר בסי' י"ז סעיף מ"ח וע"ז כתב מעכת"ה כיון דהקטטה בא ע"י שלא הי' לו לתת לה מזונות גם כן הוי כארגיל היא קטטה וא"כ לא מיבעי' להטעם דחיישינן לבדדמי כבר כתב הכ"מ פי"ג מגירושין בשם הרא"ם ז"ל דבכה"ג לא חיישינין ואף להטעם דמשקרת כל שלא הוחזקה בשקרנות לא חיישינן כמ"ש הב"ש שם ס"ק קמ"ג אלו תורף דברי מעכת"ה והנה בדבר הזה יש כמה עקולי ופשורי כמבואר בשו"ת האחרונים וגם בנ"ב האריך בזה ואין הזמן מסכים להאריך בזה ולפענ"ד נראה דברים חדשים ואדברה וירוח לי. והנה כולם תמהו על שיטת הרי"ף ז"ל דפסק בע"א במלחמה דאם נשאת לא תצא ובע"א בקטטה פסק דתצא ותמהו דמ"ש כיון דע"א במלחמה מועיל משום דלא משקר ה"ה בע"א בקטטה וגם על הרמב"ם ז"ל תמהו דחידש טעם שמא שכרתו והקשו דמנ"ל זאת לחדש ועיין ברשב"א בחידושו ונימוק"י וראשונים ואחרונים תמהו בזה ולפענ"ד נראה דהנה בש"ס אמרו איבעי' להו ע"א בקטטה מהו מ"ט מהימן משום דמלתא דעל"ג לא משקר וה"ה בזה או טעמא דע"א מהימן משום דדייקא ומנסבא והכא לא דייקא משום דאית לי' קטטה. והנה לעיל מיני' אמרו מ"ט דקטטה ר"ח אמר משום דמשקרא ר"ש בר אשי אמר משום דאמרה בדדמי ופירש"י כל מקום

סכנה שראתה אינה נותנת דעתה לומר שמא לא מת ולא אנשא דהואיל וסניא לי' לא דייקא כולי האי ולפ"ז צ"ב דאף דמילתא דעל"ג לא משקרא מ"מ כל דחשבה בדדמי ל"ש דמשקרא דהיא חשבה שאמת כן וכדאמרו בריש דף קט"ו ועיי"ש בתוס' וא"כ גם למ"ד משום מלתא דעל"ג גם כן מהראוי שלא נאמין לה וצריך לומר דהש"ס קאי למ"ד משום משקרא ולפי זה אם נחוש לטעם בדדמי בודאי אינו נאמן ע"א וא"כ שפיר פסק הרי"ף דבמלחמה אם נשאת לא תצא משום דשם אין ברור שסנא לי' רק דאמרינין זימנין דסנא לי' ולא דייקא ואם כן לכך אם נשאת ל"ת אבל בקטטה דודאי סנא לי' א"כ למ"ד משום דייקא ודאי לא דייקא וגם כן למ"ד משום מלתא דעל"ג כל דיש לומר דאמרי בדדמי וגם העד אומר בדדמי בודאי יש לחוש דלמא אמרה בדדמי ולכך אף אם נשאת תצא וז"ב. ובזה מיושב דברי הרמב"ם שחידש טעם דלמא שכרתו ותמהו כולם דמנ"ל זאת. וראיתי בט"ז סעיף מ"ח שחידש דבגיטין דף מ"ז אמרו דדיבורא מקרי ואמרה מעשה לא עבדה וכתבו התוס' דדיבור דלא נגמר המעשה על ידו זה מקרי דיבור בעלמא ושייך חשש דשכרתו. ולפי זה אם נימא דע"א מהימן משום דדייקא גם כן לא נגמר הדיבור עי"ז והוי כדיבור בעלמא דע"א סמוך שהיא תידוק עיי"ש ובאמת אף שדפח"ח ודבר חכמה אמר אבל כבר השגתי ע"ז בכמה תשובות וגם ממקומו הוא מוכרע דא"כ בקטטה כל דחיישינן דלא דייקא משום דמסני שוב מהראוי מלהאמין לע"א דגם העד יחוש לנפשו דלמא מכח שנאה לא תידוק ונמצא דדיבורו לא בא לידי מעשה ואין לומר דשוב בלא"ה ע"א לא מהימן כל דלא שייך דייקא דז"א דבאמת אנן קיי"ל משום מלתא דעל"ג רק הט"ז חידש דמלתא דעל"ג לא מהני לכתחלה רק בצירוף דייקא עיי"ש ואם כן שוב יחוש הע"א דלמא לא דייקא ושוב יבא מכשול על ידו.

ג ובאמת גוף דברי הט"ז שחידש דמלתא דעל"ג ל"מ לכתחלה רק מכח דייקא זה גופא תמוה דבמלתא דעל"ג מהראוי להאמין טפי דמצינו בכמה מקומות דבמלתא דעל"ג מהימן ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"ר מסי' ע"ז והנמשך שהאריך בזה בכמה מקומות. והארכתי בזה בכמה תשובות אך לפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת לא חיישינין שמא תשכור עדים כל דיכול לבא לידי מעשה כמ"ש התוס' בגיטין שם. אך זה דלחוש שמא ישקר לגמרי זה לא אמרינין דודאי לא ישקר וזה אינו חשוד רק בדיבור גרידא. אמנם כיון דחושש לבדדמי א"נ בכה"ג שנדמה לה שמת וכן לע"א יש לחוש בכה"ג שמא ע"י שכירות ממון נדמה לו דודאי מת ועי"ז יעיד שקר כיון דאינו משקר גמור וזהו שחידש הרמב"ם שמא תשכור עדים וזה ברור כשמש ולפי זה אני אומר דבר חדש דכל שיש סימנים אף שהן גרועים כל דמעיד בט"ע ועם סימנים גרועים שוב ל"ח בדדמי כמ"ש

התוס' ריש האשה שלום עיי"ש בדף קט"ו ד"ה וקאמרו סימנים עיי"ש בתירוץ השני דאף למ"ד סי' דרבנן ע"י טב"ע מועיל ולפי זה ה"ה סימנים גרועים רבים דהמה כמו סי' אמצעי וא"כ שוב בכה"ג לדידן דקיי"ל משום מלתא דעל"ג ולא משקר וא"כ שוב ליכא למיחוש בדדמי וא"כ כאן שהי' סימנים גרועים עם טב"ע שוב לא חיישינין לבדדמי ולמשקר ל"ח דהא מלתא דעל"ג לא משקר ואם כן נאמן הע"א אף בקטטה ויש לי להוסיף דענין בדדמי לא שייך רק במחשבה שע"י שנדמה לו כן יתהפך המחשבה אבל לשקר בדיבור זה לא חיישינין כמ"ש הסמ"ע לענין אוהב ושונא דכשר לעדות ופסול לדיינות דהמחשבה יש לחוש שיתהפך משא"כ המעשה לא ישנה ולכך כל שיש טב"ע עם סימנים תועיל ולפענ"ד כמה מעליותא הא שמעתתא מה שחדשתי בזה. יסלח לעיין בזה ויאמין לי כי לא עיינתי בספרים בזה רק מה שעלה על דעתי כתבתי ועכ"פ צריך להיות ב"ד בהתרה כדין מי שנתרת ע"י ע"א דברי הכותב בנחיצה הדו"ש באהבה:

סימן קכה

א לחכם אחד.

ב ע"ד מה ששאל אם יש להוסיף בר"ה מחול על הקדש כמו בשאר יו"ט הנה לכאורה לא הבינותי מקום ספק שלו דמ"ש ר"ה משאר יו"ט.

ג וכאשר עיינתי בזה מצאתי בשו"ת מהרי"ל סי' ל"ג הובא באחרונים וז"ל וכן ראיתי למהר"ש שמתיר לאכול בערב ר"ה מבעוד יום ומהר"א מווינא כתב בנימוקו ויש שאין אוכלין ביום כדי שלא יוסיפו מחול על הקדש בהאי יו"ט משום דיומא דדינא הוא וכמדומה שכן הורה מהר"ם ממגענצא ועל טעם זה תמהתי דהא כבר קדשהו בתפלה ושמא על הכוס עיקר דהוה דאורייתא עכ"ל מהרי"ל ומשמע דמודה עכ"פ דאין להוסיף מחול על הקדש משום דיומא דדינא הוא רק דקושייתו דהא כבר התפלל וכבר עשאו קודש בתפלה והנה שו"ת מהרי"ל אינו ת"י רק כפי מה שהובא באחרונים ולא ידעתי על מה קאי אם אכילת רשות או לענין סעודת מצוה דהיינו כיון שמתענין בער"ה אם נזדמן לו סעודת מצוה מתפלל ערבית מבע"י ואוכל כיון שיו"ט הוא או כיון שאסור להשלים התענית בערב יו"ט דעת המהר"ש שיאכל מבע"י שלא להשלים ועיין מג"א סי' תקפ"א ס"ק י' מ"ש בשם הלבוש ובאמת בגוף הדין שכתבו הקדמונים דאין אוכלין ביום משום דיומא דדינא הוא באמת שטעם חלוש הוא והרי אנו מכבסין ומסתפרין בר"ה מפני שאנו בטוחים שיוציא לאור דינינו ויצדקנו במשפט כמ"ש הטוש"ע סי' תקפ"א ועיין ט"ז שם ס"ק ח'. אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה הרר"י בפרק תפלת השחר כתב שי"א דיו"ט של ר"ה כיון דתלוי בר"ח אם טעה ולא הזכיר של ר"ה בערבית אין

מחזירין אותו דכר"ח דיינין ליה ונוכל לומר שאעפ"י שתלוי בר"ח כיון שהוא יו"ט ומצות יו"ט אלימא טפי שיש בה איסור מלאכה מה שאין כן בר"ח וכו' יותר יש לנו לדון אותו כמו יו"ט מלדון אותו כמו ר"ח ע"ש ולפ"ז ל"מ להי"א דאין מחזירין אותו דכר"ח דיינין לי' דתלוי בר"ח א"כ הא לא מצינו בר"ח דצריך להוסיף על ר"ח אלא אף לפי מה שחולק עליהם הרר"י וכתב דיו"ט הוא עכ"פ משמע שא"צ להוסיף דאל"כ מה ענינו לר"ח דבר"ח ודאי א"צ להוסיף וביו"ט צריך להוסיף וא"כ ודאי צריך לחזור דע"כ משום קדושת יו"ט קאתינן עלה וע"כ דגם הרר"י ס"ל דא"צ להוסיף בר"ה מחול על הקודש ומכאן יצא להראשונים שכתבו שאין לאכול ביום כדי להוסיף דאין מוסיפין בר"ה. ובזה נ"ל ליישב דברי המהרי"ל התמוהין שהקשה דהא כבר קדשהו בתפלה ושמא על הכוס עיקר דהוה דאורייתא והדבר תמוה דאף דנימא דהמהרי"ל ס"ל דקדוש יו"ט ג"כ הוה דאורייתא וכמ"ש בשטה מקובצת פ"ק דביצה מ"מ על הכוס ודאי דהוה מדרבנן ועיין מג"א סי' ער"א ס"ק א' וכבר תמהו עליו האחרונים בזה ולפמ"ש י"ל דבר חדש דאף דבכ"מ ואף בשבת התפלה הוא עיקר והכוס אינו רק דרבנן מ"מ בר"ה שאני דמתפלה אין ראיה די"ל דמשום ר"ח אתינן עלה והרי מטעם זה היה דעת הי"א בהרר"י דאם לא הזכיר של יו"ט אין מחזירין וא"כ אינו ניכר שהוא יו"ט ולכך העיקר הוא בכוס דבזה ניכר שיו"ט הוא דבר"ח א"צ כוס.

ד אמנם לפי זה צ"ע בהא דאמרו בנזיר דף ד' מיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות ועיין רש"י ותוס' שהקשו דעל הכוס ודאי אינו רק דרבנן ולפמ"ש המהרי"ל היה מקום לאוקמא בר"ה דעל הכוס הוה דאורייתא וצ"ע עכ"פ יהיה איך שיהיה דברי הקדמונים במהרי"ל יש להם יסוד חזק בדברי הרר"י. ובאמת שלפענ"ד יצא להם להי"א דעיקר הר"ה תלוי בר"ח מהא דאמרו בר"ה דף י"ט ות"ל דהו"ל יום שלאחר ר"ח ומשני ר"ח דאורייתא וכו' וקשה למה אמר דהו"ל יום שלאחר ר"ח ולא אמר יום שלאחר יו"ט ולהס"ד גם בדאורייתא צריך חיזוק וע"כ דמשום יו"ט לא אכפת לן ועיקר תלוי בר"ח ולדעתי זה דעת הגאונים שאמר יש מצוה להתענות בר"ה ובאמת שדבריהם תמוהים דאנה מצינו שיהיו מתענים וכמ"ש הרא"ש סוף ר"ה. ולפמ"ש י"ל דסברי שעיקר היו"ט תלוי בר"ח וכיון שכן קיל להו האי יו"ט דאינו רק משום ר"ח וסברי כיון דיום הדין הוא מותר להתענות בר"ה. שוב ראיתי בשו"ת שאגת אריה סי' ק"א שהעיר בזה וע"ש בסי' ק"ב אבל לא זכר שם דברי הרר"י דרק מחמת ר"ח הוא ומיושב קושייתו שפיר וכמ"ש עכ"פ דברי הקדמונים נכונים ועיין בר"ה דף ח' ע"ב וקדשתם את שנת החמשים יכול כשם שמתקדשת והולכת מתחלתה כך מתקדשת בסופה ואל תתמה שהרי מוסיפין מחול על

הקדש וכו' ואי נימא דבר"ה אין מוסיפין על הקדש בתחלתו א"כ ממילא מכ"ש דאין להוסיף לאח"כ וע"כ דמוסיפין גם בר"ה והיא לכאורה ראיה נפלאה דמוסיפין ויש לדחות ודוק. והנה דרך אגב אבאר בהא דאמרו בר"ה דף ט' דלר"י נפקא ליה מוסיפין מחול על הקדש מועניתם את נפשותיכם בתשעה לחדש יכול בתשעה ת"ל בערב אי בערב יכול משתחשך ת"ל בתשעה הא כיצד מתחיל ומתענה מבע"י וכו' וקשה לפמ"ש התוס' בזבחים דף ס"ו בהא דאמרו לא יבדיל א"צ להבדיל וכתבו התוס' דדוקא במקום שהי' מסתבר לולא הקרא שלא יהיה כן י"ל דקרא קמ"ל שהרשות בידו ולפי זה מנ"ל דועניתם מורה שמחויב להוסיף מחול על הקדש דלמא הכוונה דרשאי להוסיף על הקדש דה"א דאין רשאי להוסיף דבאמת עיוה"כ מצוה לאכול וע"ז קמ"ל דרשאי. אך ז"א דמהיכן יצא לנו דמצוה לאכול בעיוה"כ הוא משום דדריש חייא בר רב דכתיב ועניתם וכו' בתשיעי מתענים וכו' ואם כן זהו לר"ע דועניתם את נפשותיכם לא דריש להוסיף מחול על הקדש אבל לר"י שוב אין מצוה להתענות וא"כ שוב ועניתם את נפשותיכם מורה על חיוב ועיין ט"ז א"ח סי' תר"ד ס"ק א' שפירש דמה דאמרו וכי בתשיעי מתענים היינו כיון דכתיב מערב עד בקר ממילא משמע ולא יותר והוא תימה דאם כן מנ"ל להוכיח דלמא באמת דרשינן ועניתם שמוסיפין מחול על הקדש ומערב עד ערב מורה באמת שצריך להוסיף גם ביציאתו כדדריש ר"י אך נראה דעיקר קושית הש"ס דכל מה שמוסיפין ע"כ דחשבון זה נוסף על יום העשירי אבל בתשיעי אין מתענים. ובזה מיושב היטב מה שתמהו על הפוסקים דקיימא לן כחייא בר רב וקיי"ל דמוסיפין מחול על הקדש וכבר תמה הב"י בסימן תרי"א ע"ז ועפ"י בר"ה שם ולפמ"ש י"ל דבאמת מועניתם בתשעה למדנו דמוסיפין כר"י רק דמ"מ קשיא ליה שפיר לחייא דאכתי לא א"ש הך דועניתם את נפשותיכם בתשעה לחדש דבתשיעי אין מתענים והך ההספה נחשב לעשירי ומזה דריש להך דנחשב כאלו התענה תשיעי ועשירי והש"ס לא קאמר רק דר"ע דלית ליה תוספת דריש ועניתם את נפשותיכם רק על חייא בר רב והוא פריך וכי בתשיעי מתענים דבאמת לא ס"ל ההוספה אבל מ"מ אנן בדידן מצינן למפסק כר"י וכחייא בר רב וכמ"ש. ובגוף המאמר מה דנחשב כאלו התענה תשיעי נראה לפענ"ד לפמ"ש הריב"ש בתשובה סימן תר"י והביא דברי הכוזר שהאכילה ביום שמצוה לאכול נחשב כ"כ מצוה כמו אם מתענה ביום שצריך להתענות וא"כ זה שאמרו וכי בתשיעי מתענים אלא כל האוכל ושותה בתשיעי אם אוכל ושותה בשביל קיום מצות ד' נחשב כאלו התענה תשיעי ועשירי וגם כשם שמצוה להתענות בעשירי כך מצוה לאכול בתשיעי ואם כן מקיים מצוה בשניהם ודוק היטב. נחזור לענינינו בדברי המהרי"ל הנ"ל והנה למעלה נסתפקתי בכוונתו וכעת

ראיתי שכוונתו פשוטה עפמ"ש בס"ח סי' רס"ט שבליל שבת צריך שיהיה גמר הסעודה בלילה ורש"ל נהג שלא אכל בליל שבת עד שחשיכה והט"ז בסי' רצ"א ס"ק ז' כתב כיון דתוספת מחול על הקדש דאורייתא ע"כ יצא שפיר אפילו גמר קודם הלילה ואני כתבתי על הגליון בזה"ל עיין לקמן סי' תע"ב בט"ז ס"ק א' וצ"ע ועיין תוס' פסחים דף צ"ט ע"ב ד"ה עד שתחשך ודוק ועמ"א סי' רס"ז ס"ק א' ועיין בר"ן פרק ע"פ גבי שבת אינו קובע ודוק. ולפי זה נ"ל דהמהרי"ל סבירא ליה דיכול לקדש ולאכול בכל יו"ט מבע"י דתוספת יו"ט הוא גם כן דאורייתא ועל זה כתב המהרי"ל דמ"מ בר"ה דהוה יומא דדינא אין להוסיף מחול על הקדש ואין לקדש ולאכול מבע"י זה פשטת דברי מהרי"ל. איברא דגוף הט"ז דתוספת מחול על הקדש דאורייתא היא תמוה ועיין בב"י סי' רס"א ומיהו למאן דיליף עצם עצם דעת הלבוש דיליף תוספת שבת מק"ו דיוה"כ ותוספת שבת דאורייתא. ובחידושי אמרתי בזה ראיה נפלאה דבר"ה ל"ש תוספת מחול על הקדש דהנה בהא דאמרו בפסחים דף מ"ז יש חורש תלם אחד וחייב משום שמונה לאוין וחשיב שביעית ויו"ט והקשה בשו"ת שאגת אריה ובשעה"מ פ"ח ממ"א הקשה דאיך חל איסור יו"ט על שביעית הא שביעית חל מקודם וכתבו דמיירי בי"ט של ר"ה ובעשר נטיעות מיירי דמותר לחרוש בשבילו בערב שביעית עד שביעית ואם כן בר"ה בא איסור יו"ט ושביעית בבת אחת ע"ש ולפי זה לכאורה יקשה דאם נימא דתוספת יו"ט דמי לתוספת שבת ומדאורייתא חל אם כן שוב איסור יו"ט קדים והיאך חל איסור שביעית על איסור יו"ט ויו"ט עשה ול"ת ושביעית לא מצי לחול וע"כ דבר"ה לא שייך תוספת מחול על הקדש והיא ראיה נפלאה. הן אמת דהאליהו רבא סי' ס"א ביאר דדוקא בשבת הוה דאורייתא דאיסור מיתה היא ולא יו"ט דהוה איסור לאו ואם כן שפיר מצי חל שביעית על ר"ה דל"ש תוספת יו"ט כלל. מיהו אכתי קשה כיון דעל כל פנים מדרבנן חל קדושת יו"ט בתוספת יו"ט ואם כן היאך מצי חל אחר כך איסור שביעית בר"ה עצמה ואף דמודינא דאיסור תורה יכול לחול על איסור דרבנן היינו כשחל בב"א ורק למ"ד דאף בב"א בעינן מוסיף או כולל שפיר דאורייתא על דרבנן מקרי מוסף דחמיר איסורא אבל בשכבר חל האיסור דרבנן ואסמכיה אקרא דלא תסור ולשיטת הרמב"ן הוא לאו מפורש איך מצי לחול האיסור תורה שבא אחר כך וגם איסור דרבנן יש בו עשה ול"ת של דבריהם כמ"ש הר"ן בפ"ד מר"ה גבי שופר חוץ לתחום וכדומה מהשבותים ע"ש ובמ"א סי' תמ"ו ואם כן פשיטא דלא מצי לחול ול"ד להא דאמרו בתמורה דף כ"ה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין היינו כשכבר חל דברי הרב אבל כאן דברי התלמיד קודם והתורה צותה לעשות סייג ולא תסור וע"כ דבר"ה בודאי לא מצי לחול דל"ש תוספת והיא ראיה נפלאה

לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד הא דמקשה הש"ס בפסחים דף מ"ז שם אחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור והיא תימה דהכי בשביל דאמרינן הואיל לא לתחייב על חרישה בשביל דאם לא הי' לו עפר אחר ונזדמן לו עוף וחיה היה העשה דוחה ל"ת אבל כעת אין כאן עשה וכבר נתקשה בזה בטורי אבן בחגיגה דף י"ח באבני מלואים שם וגם הקשו התוס' דהו"ל עשה ול"ת ולפמ"ש א"ש דהכי מקשה דבאמת קשה היאך מצי איסור יו"ט לחול על שביעית וע"כ דמיירי בר"ה של שביעית דחל בב"א וא"כ כיון דאם הי' מזדמן לו דם צפור הי' חזי לכסוי ניהו דאין עשה דוחה ל"ת עכ"פ קיל האיסור ולשיטת הריב"א עכ"פ כשעבר ודחה אינו לוקה וא"כ עכ"פ קיל איסורי' משביעית ושוב לא מצי לחול דהו"ל קל על חמור. ובזה מיושב היטב הא דפריך וכתישה ביו"ט מי שרי ותמהו בתוס' דאטו חרישה מי שרי רק דדחי א"כ גם הכתישה דחי וכבר הארכתי בזה בהרבה תשובות. ולפמ"ש א"ש דשוב באמת גוף החרישה אסור ומצי חל דל"ש לומר דקיל איסורא דהא באמת החרישה בעצמותה עדן לא מועיל לכיסוי וצריך לכתשה וא"כ עכ"פ החרישה מצי חל על איסור שביעית וז"ב

ה ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד מה שהקשה רש"י דאמאי לא תני שבת ולפמ"ש א"ש דכיון דע"כ מיירי בר"ה דאל"כ לא מצי חל על שביעית דקדים וא"כ ע"כ דהקושיא היא דלתני שבת דהיינו כשחל יו"ט של ר"ה בשבת וכ"כ בשעה"מ. ולפ"ז נראה לפענ"ד דאם היה חל בשבת וא"כ למ"ד דיליף מעצם עצם ותוספת שבת דאורייתא בזה נראה לפענ"ד דגם קדושת יו"ט היה מצי לחול דאף אם נימא דתוספת יו"ט לאו דאורייתא היינו כשאינו רק יום טוב אבל כאן כיון דנוסף עליו קדושת שבת אם כן אטו קדושת שבת לעצמה אהני וליו"ט לא אהני וכדאמרו בזבחים דף צ"א וא"כ שוב חל יו"ט מקודם ולא מצי איסור שביעית לחול וגם עכ"פ מצד שבת קדים וגם אם נימא דבר"ה ל"ש זאת היינו משום דדינא קשיא הוא אבל בשבת שחל ביו"ט של ר"ה דהדינים נמתקים בשביל קדושת שבת פשיטא דצריכין להוסיף מחול על הקדש ולא בשביל ר"ה יהיה מותר התוספת שבת דהיא דאורייתא ואף אם הי' רק מדרבנן פשיטא דגם בר"ה חל שהדינים רפויים וכבר כתב האר"י ז"ל דבשבת השטן הוא בנוקבא דתהומא ואין כאן דין כ"כ ולכך לא מצי למנקט בשבת וז"ב. ובלא"ה נראה בפשיטות דשביעית לא מצי לחול על שבת דהו"ל קל על חמור דשבת היא במיתה ועיין שעה"מ פ"א משמטה ויובל ובטעם המלך שם שבמח"כ לא הרגישו בזה דשביעית על יו"ט לא מצי לחול אלא שגוף הדין דיו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת שנוהג תוספת ר"ה ג"כ נ"ל נכון וכמ"ש. וכבר שמעתי מהגאון החסיד מוה' לוי יצחק זצ"ל בעהמ"ח קדושת לוי שהי' אמר דיו"ט של ר"ה שחל בשבת

דאף שאין תוקעין ובמה מרצים השם והרי דוקא בשופר מרצים וכמ"ש בפייט בשופר אפתנו ורק דהשבת בעצמותו ממתיק הדינים וז"ש יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת דהיינו שהוא יו"ט כשחל בשבת וטוב לנפש ולגוף ודפח"ח. ולכאורה קשה הא דפריך הש"ס בזבחים דף צ"א מהא דמוספי ר"ח קדמו למוספי ר"ה וקשה הא בדין הוא שיקדמו דהא קדושת ר"ח דאקרי מועד הוא אף קודם הלילה מעת המועד והרי ער"ח לאחר חצות אין אומרים תחנה ור"ה ל"ש תוספת מחול על הקדש דהא הם דינים וא"ל דאהני גם לר"ה דזה אינו דהרי בכל ר"ה הוא ר"ח ואפ"ה ל"ש תוספת מחול על הקדש בר"ה.

י אך נראה דלענין הקרבנות של ר"ח ור"ה שפיר ר"ה קדים דלולא ר"ה לא הי' ניכר כ"כ מה היום זה מיומים ומכל ר"ח וגם הא החדש מכוסה כדכתיב בכסא ליום חגינו ועיקר הוא ר"ה וגם עיקר הדבר לומר דגם בר"ח שייך תוספת מחול על הקדש זה לא שמענו דמה שאין אומרים תחנה הוא משום שהוא המולד וגם הוא ער"ח אחר חצות ודו"ק היטב. ובמ"ש יש ליישב הא דהשמיט הרמב"ם מה דמוקי הש"ס הך דיש חורש תלם אחד במתנותא ותמהו ע"ד השמטה. ולפמ"ש א"ש דכבר כתבתי דעיקר הקושיא הוא דאיך מצי לחול יו"ט על שביעית דהא יו"ט קיל ולפ"ז דוקא לר"ח פריך דהוא ס"ל הואיל לגמרי בין לקולא בין לחומרא מדאורייתא ועיין תוס' פסחים דף ס"ב ד"ה כי אבל לדידן יש לומר דרק לענין מלקות ס"ל הואיל אבל לא לגמרי ס"ל הואיל ועיין בב"י סי' תקי"ב דלכתחלה לא שרינן משום הואיל וא"כ שפיר מצי לחול יו"ט על שביעית כנלפענ"ד ודו"ק היטב

יא והנה בהא דפריך בזבחים שם ממוספי שבת ור"ח דלמה שבת קדים והא ר"ח אקרי מועד וקשה לימא דשבת קדים לפי שתוספת שבת דאורייתא או דרבנן עכ"פ ור"ח ל"ש תוספת וכמ"ש. וצ"ל כמ"ש למעלה דהקרבן בא בשביל עצומו של יום ולא בשביל התוספת וז"ב ופשוט. ודרך אגב אומר מה ששמעתי אומרים בשם הגאון בעל נועם מגדים על התורה שכתב דלכך תוספת יוה"כ דאורייתא ותוספת שבת דרבנן משום שיוה"כ קיל וצריך סייג כדי שלא יבא לעבור על גוף יוה"כ משא"כ שבת דקדושתו חמורה וא"צ סייג ולכך חידש בשבת ויוה"כ כשחלו ביום אחד דאז שוב ל"צ לסייג ול"צ תוספת. ולפענ"ד דבר תימה אמר דא"כ יו"ט דקיל משבת ומיוה"כ וכדאמרו בריש ביצה בודאי היה צריך שיהי' תוספת מדאורייתא וההיפוך מבואר דאף אם תוספת שבת דאורייתא תוספת יו"ט מדרבנן.

יב וגם גוף הדבר בטעם תוספת יוה"כ משום סייג לא נהירא. ולפענ"ד הטעם להיפך דכל דקדושתו חמורה חל הקדושה על יום העבר ולהבא וא"כ יוה"כ דנקרא שבת שבתון

לכך תוספת יוה"כ חל הקדושה ותוספת שבת אינו כ"כ חל הקדושה ותוספת יו"ט דקיל מינייהו לכך א"צ תוספת מה"ת ולכך דעת המהרי"ל דבר"ה לא שייך תוספת דאין רצון הקב"ה שיתחיל הדין עוד טרם ר"ה וזה ברור ופשוט לפענ"ד. אך גוף דברי מהרי"ל דיומא קשיא הוא לכאורה ראיה מפורשת דלא שייך בזה יומא קשיא דהרי אנו מברכין שהחיינו עליו והרי מבואר דשהחיינו אין מברכין רק על דבר שמחה ולכך בספירת העומר אין מברכין שהחיינו מטעם דאינו דבר שיש בו הנאה רק עגמת נפש לחורבן בית מאווייננו וכמ"ש הרז"ה והרשב"א בתשובה סי' קכ"ז ועיו"ד סי' כ"ח ובפר"ח שם וא"כ אם נימא דעיגום נפש הוא ודינא קשיא פשיטא דל"ש שהחיינו ועיין ערובין דף מ' ע"ב דהש"ס לא נסתפק כלל בר"ה אם אינו אומר זמן בשביל שהוא יומא קשיא ורק דאינו רגל ור"ה ויוה"כ בחדא מחתא חותינהו והרי יוה"כ הוה יום ריצוי ויום סליחה וכפרה וא"כ גם ר"ה דומה ליוה"כ וחלילה לומר דהוא דינא דקשיא וע"ש דאמרו מה הוה עלה שלחו רבנן לרב ייבא סבא קמי' דר"ח במעלי יומא דריש שתא א"ל וכו' אייתי לי' כסא דחמרא וקדש (ועי' בשאלתות פ' ברכה שינוי גירסא) והרי בכ"מ שאומר מעלי יומא הוא בעוד שהיום הבא לא בא ועיין ב"מ דף פ"ו מעלי יומא דכיפורי והיינו בעיוה"כ וכן הוא בכ"מ ומשמע דקדיש אז במעלי יומא דריש שתא והיינו שעשה תוספת מחול על הקדש וא"כ מבואר דאין לחוש למ"ש המהרי"ל דהוה דינא דקשיא.

ט ולענ"ד נראה עוד ראיה לזה מהא דאמרו בביצה דף ה' התקינו שלא יהיו מקבלין עדות החדש אלא עד המנחה ואם באו מן המנחה ולמעלה נוהגין אותו היום קדש ולמחר קדש והיינו אף דלמחרת הוא ר"ה בכ"ז נוהגין בו קדש שלא לזלזל בקדושת יו"ט ואם איתא היאך התקין תקנה זו להוסיף על הדין ולעשות עוד יום דינא קשיא חלילה וע"כ דאין נקרא דינא קשיא והיא רחום יכפר עון והיום קדוש וכבר נפקדו האמהות באותו יום וכל הטובות ושפעת קדושה נשפעו ביום ההוא והרי עד היום עושין בר"ה שני ימים אף בא"י ועיין באו"ח סי' ת"ר ותר"א ובב"י שם וע"כ דלא מקרי דינא קשיא. עוד נראה לפענ"ד דאדרבא בר"ה ודאי יש להוסיף מחול על הקדש דהרי באמת מן הדין הי' ראוי שכל חדשי של לבנה יהי' כ"ט יום ומחצה תשצ"ג חלקים אך לפי שא"א לומר שיהי' חדש במקצת יום עד שיהי' מקצת יום מחדש שעבר ומקצתו מחדש הבא לכך עושין חדשי הלבנה אחד מלא ואחד חסר כדי שלא לחשב חדש משעות אלא מימים וכמ"ש רבינו בפ"ח מקידוש החדש הלכה א' ב' ע"ש. ואני מוסיף שלא מצינו יום שמקצתו יהי' אסור במלאכה והרי ר"ח אסור במלאכה לנשים וכמבואר בפרקי דר"א ובש"ע סי' תי"ז ועיין בפסחים דף ב' ע"ב. ולפ"ז נ"ל דזה דוקא בשאר חדשים שהם בשנה אחת

אבל ר"ה שהיא התחלת שנה אחרת שוב אין לחשוב משנה העברה לשנה זו ומהראוי שיהי' תוספת מחול על הקדש בשביל שמתחיל השנה וזה דבר חדש שלא נשמע עדן וע"כ עדן צע"ג בזה ועיין תוס' מ"ק דף ד' ד"ה מה ואם נימא דלא שייך תוספת מחול על הקדש בר"ה א"ש קושית התוס' טפי ע"ש ודו"ק. ומ"ש דשהחיינו אין מברכין רק במקום שיש שמחה ומה"ט אין מברכין שהחיינו על ספירת העומר הנה כן כתב גם הר"ן סוף פסחים אבל בסוכה פרק לולב וערבה כתב טעם אחר על ספירת העומר ובאמת שדבריו בלא"ה תמוהין שם ועמד עליהם המהרלב"ח ובתשובה לענין ספירת העומר ביארתי דבריו. והנה הראוני בספר חיי אדם שכתב בשם הגאון מוהר"א פאסוולער זצ"ל ראב"ד ד"ק ווילנא שאמר שאם שכח לומר המלך הקדוש בלילה שאין מחזירין אותו כמו שאם לא אמר יעלה ויבא בלילה דקי"ל דאין מחזירין שאין מקדשין החדש בלילה וה"ה בזה.

י ולפענ"ד הוא טעות דניהו דלא קדשו עדיין החדש אבל מ"מ הדין מתחיל מבלילה שהרי המהרי"ל רצה לומר דלכך אין להוסיף שלא להוסיף על דין וא"כ הרי המלך הקדוש נתקן בשביל שהוא יושב על כסא הדין והרי הוא יושב על כסא הדין וגם בלא"ה זה טעות דניהו דאם לא אמר יעלה ויבא אין מחזירין אבל בשכח לומר המלך הקדוש ודאי מחזירין שהרי עכ"פ אמר האל הקדוש וכבר אמרו בירושלמי לא דמי מאן דמצלי ומיקל למאן דלא מצלי ולא מיקל ועיין באו"ח סי' קי"ד וה"ה כאן אם לא אמר יעלה ויבא לא מצלי ולא מיקל אבל כשאמר האל הקדוש ולא אמר המלך הקדוש שהוא שבח יותר שבימים האלו מראה כבוד מלכותו כמ"ש רש"י בברכות י"ב וא"כ הוה מציל ומיקל וע"כ הדבר ברור דצריך לחזור לראש וז"ב לפענ"ד. והנה במרדכי פ"ב ממס' מגלה סי' תשצ"ח באמצע דבריו הביא בשם ר"ת דתוספת שבת לאחריו מה"ת ולפניו אינו רק דרבנן. ולפענ"ד טעם הדבר עפמ"ש בבראשית רבה פ' בראשית פ' יו"ד על פסוק ויכל אלקים ביום השביעי ארשב"י בשר ודם שא"י עתיו ורגעיו ושעותיו חייב הוא להוסיף מחול על הקדש אבל הקב"ה שיודע עתיו ורגעיו ושעותיו נכנס במלאכתו בו כחוט השערה. הנה מבואר דמה דחייב תוספת שבת אינו רק מספק ולפ"ז לשיטת הרמב"ם דספק אינו רק מדרבנן אסור ולכך תוספת שבת לא אמרינן רק מדרבנן וא"כ הוה רק דרבנן אבל לאחריו דאתחזיק שבת גם הרמב"ם מודה דהוה מה"ת וא"ל דהרי לפ"ז בעיולי שבת אתחזיק היתירא וא"כ לכ"ע מותר ואינו אסור דז"א די"ל דל"ש אתחזיק דהו"ל קצת כאקבע איסורא ועיין לח"מ פ"ח משגגות ה"א וא"כ נגד התחזקות היתר הו"ל איקבע איסורא ואסור מדרבנן עכ"פ. ובזה מיושב מה שהרי"ף והרא"ש ס"ל תוספת שבת מה"ת ועיין ב"י סי' רס"א משום דהם ס"ל דספיקות אסור מה"ת וכל כה"ג דהוקבע איסור אף שנתחזק היתר מקרי ספק

כמאן דאינו לא חזקת היתר ולא איסור והו"ל ספק ואסור מה"ת. איברא דהר"ן כתב בפ"ד דביצה דתוספת שבת הוא יתר על הספק שנסתפקנו אם הוא שבת וא"כ ל"ש זאת וכ"כ התוס' והרא"ש והרמב"ן הובא בב"י סי' רס"א אמנם אפשר דגם התוספת משהו הוא בכלל שאדם א"י עתיו ורגעיו ועכ"פ הדבר ברור שתוספת שבת הוא רק בשביל ספק כדבר האמור במדרש בשם רשב"י ודו"ק

יא והנה שנת כתר ד' ברכה למדתי מס' יומא בדף פ"א וראיתי מה דקאמר הש"ס שם ימים טובים מניין ת"ל תשבתו שבתות מנין ת"ל שבתכם וק"ל טובא דהשתא יו"ט מרבה מכ"ש שבת ומצאתי להרמב"ח בתוספת יוה"כ שהעיר בזה והביא דבר"ה ט' הגירסא להיפך. אך לפענ"ד הי' נראה לחלק דבשלמא דישראל הוא דמקדשו ליו"ט א"כ יכולין להוסיף מחול על הקדש אבל שבת דקביעא וקיימא הוא דא"י להוסיף שהרי הקב"ה יודע עתיו וצמצם כרגע כמ"ש בב"ר לכך אמרו שבת מנין וז"ש ת"ל שבתכם והיינו מה שאתם מוסיפין על השבת האמיתי מפי הקב"ה. ולפ"ז נ"ל מ"ש הלבוש בא"ח סי' רס"א דמאן דיליף עצם עצם אם כן ממילא תוספת שבת דאורייתא דהוה ק"ו מיוה"כ השתא יוה"כ דאינו רק איסור כרת נתחייב בתוספת שבת לא כ"ש. ולפמ"ש י"ל דשאני שבת דקביעא וקיימא ועד רגע האחרונה לא שבת משא"כ יוה"כ דנקבע בשביל דאותו יום הוא יום כפרה נוכל להוסיף עליו שהרי הר"ן כתב דאפשר דמר"ה עד יוה"כ התחיל הקב"ה להתרצות וביוה"כ נתרצה ע"ש בפ"ק דר"ה גבי הא דאמרו בר"ה כל באי עולם עוברים וכו' וא"כ רשאי להוסיף ומצוה להוסיף אבל לא בשבת ומכ"ש דלא נהירא מ"ש הא"ר שם דדוקא שבת דהוא חמור ולא יו"ט ולפמ"ש אפכא מסתברא דיו"ט עדיף דתלוי בקדושת ב"ד

יב והנה בשנת תרכ"ט ער"ח אב למדתי מס' מ"ק ובהגיעי לדף ג' ע"ב בתוס' ד"ה יכול שהקשו דמלקות מנ"ל דבחריש ובקציר תשבות אינו רק עשה וכתבו כיון דצריך תוספת כלומר שהשביעית מתחלת משנה הששית וכל דין שביעית יהיו לששית ואם כן הוה כשביעית יעו"ש ולפ"ז מה נכבד בזה דברי המהרי"ל דלכן בר"ה ל"ש תוספת דהא ע"כ אתה צריך לומר דר"ה מתחיל משעת התוספת וא"כ הוה דינא קשיא מער"ה וזה לא אמרינן. ובזה נראה לפענ"ד מה דלא אמרינן תוספת שבת ותוס' יו"ט דאורייתא אף דביוה"כ יש תוס' לשיטת הרא"ש ודעימי' ועיין ב"י סי' רס"א וסי' תר"ח באו"ח. ולפמ"ש י"ל כיון דהתוספת ע"כ צ"ל שיהיה מתחיל שבת ויו"ט מקודם וזה לא אפשר וע"כ לא אמרינן דתוספת מתחיל מקודם רק בשביעית דהשביעית כל השנה היא שביעית וא"כ גם התוספת היא שביעית אבל בשבת ויו"ט דבשבת גופא יש חילוק ומצות כבוד היום

חמור מכבוד לילה וכדאמרו בפסחים דף ק"ז וא"כ מכ"ש דהתוספת אינו כיום השבת ועי"ל דהוה כהלילה דהא התוספת מתחיל מקודם וגם הא במוצאי שבת הי' התוספת נחשב ככבוד היום וע"ש לא יהי' נחשב רק ככבוד לילה וזה לא אמרינן אבל ביוה"כ הלילה והיום שוים א"כ גם התוספת אפשר להיות כמו העצם היום וזה דבר חדש עכ"פ טעמו של המהרי"ל נכון עפ"י דברי התוס' הנ"ל:

סימן קכו

א על מה ששאלת בהא דאמר בספרי פ' דברים הובא ברש"י בחומש על פסוק איכה אשא לבדי טרחכם מלמד שהיו טרחנים הי' אחד מהם רואה את בע"ד נוצח בדינו אומר יש לי עדים וכו' מוסיף אני עליכם דיינים ושאלת דמהלשון משמע דמיירי שכבר טענו בע"ד דהרי ראה שהיה חבירו נוצח בדין וא"כ שוב לא מועיל הוספת דיינים דהרי א"י לחזור בו וכל שא"י לחזור לא מועיל הוספת דיינים כמבואר בש"ע חו"מ סי' י"ג ס"ג בהג"ה עכ"ד. הנה יפה העיר אבל תמהני דזו שאילת הראשונים הרמב"ן בביאורו על התורה שם נתקשה בזה. אמנם תירוצו אינו מובן שכתב ושמא נלמד מכאן שיכול אדם לומר ב' דיינים אני בורר לי וכן תברור אתה והם יבררו עוד א' ויהי' ה' וכו' דהוה כאומר נלך לבית הוועד ע"ש באורך ודבריו סתומים דמשמעות לשונו הוא שיכולין לברר בתחלה קודם שטענו לפניהם אבל אינו תירוץ על הקושיא שהקשה דמהספרי משמע דאף לאחר שטענו יכול לברר. ואם כוונת הרמב"ן דגם אח"כ אף שא"י לחזור מ"מ יכול להוסיף דיינים א"כ הי' לו לבאר הדין כן וכבר נתקשה בזה הגאון מוהר"ר ברוך אבד"ק פיורדא הובא בשו"ת שב יעקב חלק חו"מ סי' א'.

ב והנה הגאון כתב דבר חריף בזה דכוונת הרמב"ן לחלק בין תובע לנתבע דכמו דגבי בית הוועד דוקא התובע יכול לטעון ולא הנתבע כמ"ש בסי' י"ד וה"ה בהוספת דיינים התובע יכול לברר ולהוסיף אף אח"כ ולא הנתבע ע"ש באורך. ובאמת שלשון הרמב"ן אינו סובל זאת כמ"ש השב יעקב והתומים סי' י"ג באורך. ולכאורה היה מותבינא תיובתא דלפי חלוקו דהתובע יכול לטעון אף לאחר שטען בהוספת דיינים א"כ קשיא הא דפירשו התוס' בסנהדרין דף ח' ד"ה מוציא ש"ר דחוששין ללעז היינו שאם יבאו עדים שזינתה יצטרך להוסיף עד כ"ג ואתי להוציא לעז על הראשונים לומר שלפי שלא ידעו לדון הוסיפו עליהם ולפמ"ש הגאון מה יהי' לעז והא יוכלו לתלות שהתובע רצה להוסיף דיינים והנה אי מהא לא אריא די"ל לפמ"ש בש"ע סי' י"ד דדוקא במלוה ולוה דשייך בי' עבד לוה הוא דהתובע מצי לכוף ולא בשאר דינים שאין בהם לוה ומלוה ולפי זה כאן דלא שייך מלוה ולוה אף התובע א"י להוסיף ושפיר הוה לעז. אבל בלא"ה

יש לומר דאף אם יתלו בהוספת דיינים גם כן שייך לעז דיאמרו בשביל שהתובע ידע שלא דנו כהוגן לכך ביקש הוספת דיינים וכדי בזיון. ובזה ניחא לשיטת הסוברים דבעינן דוקא שכתבו טענותיהם יקשה ג"כ דיש לתלות דלא כתבו עדיין ולכך הוסיפו וע"כ דמ"מ שייך לעז. אמנם כבר כתבתי דגוף חלוקו אין לו הכרח וכמו שכתב בשב יעקב שם. אבל לפענ"ד נראה דהנה באמת צ"ב סברת הפוסקים דלמה לא יוכל להוסיף דיינים ויצא הדין לאור וכבר אמרו מוטב שידונו בי"א מביו"ד דריבוי דיינים הדין יוצא לאור ביותר. אך נראה דהסברא היא דהנה כבר נודע דבדיינים אחרי רבים להטות והמיעוט בטל לגביה אם כן הבע"ד השני יטעון מה לי ולהוספת הדיינים ממנ"פ אם גם הדיינים האחרים יאמרו כראשונים בודאי טוב ואם אולי יאמרו להיפך דשיקול דעתם יהי' להיפך א"כ יכריעו נגד הדיינים הראשונים ואני זכיתי תחלה וכבר קבלתי פסק דינם דהא א"י לחזור וא"כ מה לי ולך בהוספת דיינים דכבר סברת וקבלת וז"ב ונכון לדעתי ולפ"ז זהו שייך בהוספת דיינים אבל באם אומר שיבררו לו עוד דיינים לא שייך זה וא"כ יטעון זה למה לא תרצה בהוספת בוררים דממנ"פ אף אם יאמר הבורר שלי כי הדין עמי מ"מ הבורר שלך דיכול לצדד בזכות בכל מה דאפשר אף לשיטת הרא"ש וכל שכבר הכריעו הדיינים הראשונים לזכותך א"כ עכ"פ הבורר שלך יוכל לעמוד בצד זכותך ויוכל לחפש כל טענות לזכותך א"כ מה אכפת לך בקחתך הבורר ואם גם הבורר שלך יעמוד לימיני ע"כ שטעו הראשונים וא"כ הדין עמי הא טעו דהרי הבורר שלך אומר ג"כ כן ומעתה זה סברת הרמב"ן דלכך כתב הרמב"ן דמשם נלמוד דיכול לברור לו שנים וחבירו יברור שנים דבזה בודאי יוכל להוסיף. ובזה ממילא נכונים דברי הש"ע דבס"א כתב הרמ"א דאם הנתבע אומר שהוא יברור שנים וכו' והוא דברי הרמב"ן הנ"ל והיינו דבזבל"א או זבל"ב ודאי מותר להוסיף אבל בס"ה כתב דא"י להוסיף דיינים והיינו דיינים לא זבל"א וכיון שהם דיינים יוכל חבירו לטעון דלמא יאמרו להיפך משיקול דעתם דהם אינם מצווים לחפש כל זכות רק כפי ראות עיניהם וא"כ כבר זכיתי בה תחלה שקבלת עליך פסק הראשונים אבל בהבוררים שזה השני בורר לו אחד כאוות נפשו והוא יחפש כל צד זכות שימצא ואפ"ה מצדד לחובתו א"כ בכה"ג לא קיבל עליו שניכר שהראשונים טעו בדין וז"ב כשמש לדעתי ועיין בחידושי רמב"ן בב"ב דף קס"ו גבי שטר ברורין ששם הביא ג"כ הך דספרי וכתב דבזבל"א יוכל לומר לפני רבים אני דן מוסיפין שנים שנים והמעיין שם ימצא שכוון לסברא זו וז"ב כשמש לדעתי. אחר שכתבתי זאת מצאתי בשו"ת בית יעקב סי' ט"ו שהקשה ג"כ על הספרי הנ"ל קושית הרמב"ן הנ"ל ותמהני שלא זכר דברי הרמב"ן הנ"ל והרי הרמב"ן הנ"ל הובא בד"מ ובסמ"ע סי' י"ג וגם מ"ש דבתוס' בסנהדרין

הנ"ל משמע דאסור להוסיף בשביל חשש לעז ובמחכ"ה הא החשש לעז אינו רק דרבנן והרי הדין דא"י להוסיף הי' עוד בימי משה רבינו כמו שהקשה הרמב"ן על רש"י וגם החשש לעז אינו רק שם כמ"ש התוס' בעצמו דל"ד להא דאמר יוסיפו דיינים ול"ח ללעז והדבר פשוט דכל שטוען שהדין יתברר יותר אם הי' יכול לחזור לא היינו חוששין ללעז דמוטב שיוציאו לעז משיהיה חשש בדין אבל שם דבאמת יפה פסקו רק שאח"כ כשבאו עדים שזינתה וצריך כ"ג חשו ללעז שבחנם יחשדו אותם וז"ב מאד ודו"ק. והנה הבית יעקב שם מפרש דמה שאמר ראה חבירו נוצח בדין היינו שהבין כן בדעתו שחבירו ינצח אבל לא מיירי לאחר שטענו ותיתי לי דקיימתי כן מסברא דנפשאי. ולפענ"ד לולא דמסתפינא הייתי אומר שהרמב"ן הי' מפרש כן ובזה יישב קושיתו שהקשה דאיך רשאי להוסיף דיינים אח"כ לאחר הטענה בפני ב"ד וע"ז פירש דטרחכם קאי דהיינו קודם שהתחילו לטעון כשהי' מבין שחבירו נוצח בדין דהיינו שינצח בדין והוא מתיירא שלא יכופו אותו לדין דהרי ג' כופין את האדם לדון בע"כ וע"ז אמר הרמב"ן דה"מ שג' כופין דוקא אם אינו רוצה לדון כלל אבל כשאומר שיוסיפו דיינים דהיינו שאינו רוצה להתדיין בפני דיינים הקבועים רק שרוצה לברור שנים והוא יברור שנים והם יבררו החמש שזה רשאי ועי"ז הי' בא לידי השמטה ולא יוכלו לכפות אותו ועל זה אמר משה רבינו איכה אשא לבדי טרחכם שהיו מטריחים בהוספת דיינים. ובזה הי' דברי הש"ע דבר ברור על אופניו דבס"א כתב דהנתבע אומר שהוא יברור שנים וכו' והיינו שקודם טענה בבית דין יוכל לומר שלא ידונו הדיינים הקבועים כי אם שיבררו להם דיינים אבל בס"ב דמיירי לאחר שטענו שפיר כתב הרמ"א דכל שאינו יכול לחזור אינו יכול להוסיף בדיינים. אבל באמת לכל הפירושים קשה לי דאם כן הי' כוונת משה רבינו אכתי מה תיקן במה שמינה עליהם שופטים הא אכתי יוסיפו בדיינים לכל הפירושים. ולולא דמסתפינא הייתי אומר דבאמת הא דשלשה יכולים לכפות היינו בדיינים קבועים כמ"ש הרמ"א בסי' ג' ס"א בהג"ה ואם כן טרם שהמנה עליהם משה רבינו השופטים אף דהיו דנים חור ושבעים זקנים אבל לא הי' להם דין דיינים קבועים דלא נקבעו עליהם לדיינים ולכך הי' יכולים להוסיף ושפיר קרא טרחכם מה שהיו מוסיפים דיינים ולכך תיקן להם דיינים קבועים שיוכלו לכוף ולא יצטרכו להוספה וזה ברור לדעתי

ג וראיתי להגאון מוהר"ב הנ"ל שהקשה על הרמ"א דכתב דבדיינים קבועים לא יוכל לומר לא אדון בפניהם והלא מי לנו גדול ממשה רבינו וב"ד טרם שתיקן שופטים ואפ"ה הוסיפו דיינים והשב יעקב נדחק שם דחור ושבעים זקנים היו גם כן קבועים ויוכלו להוסיף מקבועים על קבועים דכלם הי' נקראים קבועים. ולפענ"ד הדבר תלוי במחלוקת

הסמ"ג והטור בסי' י"ד דאם יש שני ת"ח בעיר והאחד קטן מחבירו דעת הסמ"ג דיכול לומר שידון בפני הקטן ממנו והטור חולק דמקטן לגדול יכול לחזור ולא מגדול לקטן אם כן כאן במשה רבינו שהיה בודאי הגדול מהזקנים וחור ואהרן אם כן לדעת הטור פשיטא דלא הי' יכול לטעון בהוספת דיינים וגם לדעת הסמ"ג כבר כתב הב"י דכוונתו כיון שיכול לדחותו להקטן אם כן יכלו לברור הב"ד השוה לשניהם ואם כן מאי תיקן במה שתקן להם שופטים. אבל לפמ"ש יש לומר דקודם שתיקן שופטים לא הי' מקרי קבועים ולכך יכלו להוסיף וגם משה רבינו אף שהיה יחיד מומחה לפענ"ד כל שלא הי' לו דינים ומשפטים קבועים מפי הבורא יתברך לא הי' נקרא מומחה שידון האדם בע"כ ועיין בסי' ג' ס"ב מה נקרא מומחה ולכך יעץ יתרו שישאל מפי הקב"ה תורה וישים להם דיינים קבועים ולא יוכלו להוסיף ולא לחזור. ומ"ש הרמ"א בסי' י"ג דאם הנתבע אומר שיברר שנים וכו' מיירי בעיר שאין דיינים קבועים דאז יוכל לברר זבל"א וע"ז חידש דיכול להוסיף דיינים גם כן אבל כשכבר טענו א"י לחזור ולא להוסיף ובזה כל פסקי הש"ע קבועים ונכונים. ובגוף ראיית הסמ"ג הנ"ל בסימן י"ד ס"ב שהביא מב"ד דר"ה ורב חסדא לפענ"ד המעיין בש"ס ב"מ דף ל"ב יראה דרב חסדא הי' תלמיד חבר דר"ה ובכה"ג אפשר שלא מקרי קטן הימנו דר"ח אמר שרבו צריך לו ועיין ביו"ד סי' רמ"ב. ובזה נראה לי דלכך כתב הטור על הסמ"ג דל"נ ותמה הב"י למה דחה ראית הסמ"ג ולפי מה שכתבתי אתי שפיר ודוק.

ד ובגוף קושית הרמב"ן על רש"י והספרי דלאחר שטענו א"י לחזור הי' נ"ל בפשיטות דהרי אמר שם בספרי שאמר יש לי ראיה יש לי עדים ובכה"ג מבואר בסי' כ' דאם מביא ראיה דסותר הדין ואם כן בכה"ג דסותר הדין וחזר הדין לתחלתו אם כן בזה הי' יכול להוסיף בדיינים וזה ברור לפענ"ד והתימה שכלם לא העירו בזה ודוק

ה והנה במה שהעלה הבית יעקב שם להסתפק בשלשה שישבו על הדין ושנים מזכין וא' דעתו לחייב אם רשאי לומר א"י כדי שיוסיפו עי"ז דיינים ואם רשאי לעשות תחבולה כזאת והוא העלה דאסור משום דמוציא לעז ולשיטתו אזיל וכ"כ בזה לעיל דבזה ל"ש לעז. אבל בגוף הדין נראה לפענ"ד דל"מ לשיטת הראב"ד בפ"ח מסנהדרין ה"ב ופ"ט ה"ב וכן הסכים הרשב"א דגם בד"מ כל שאמר א"י אינו מן המנין ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה ואם כן יש לחוש דלא יעשה עצמו כא"י דשמא אח"כ יראה טעם להיפך ולא יהיה מהמנין ואף אם אמר טעמא לא שמעינן ליה אלא אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דדוקא בד"נ הדין כן ומטעם דכל שלמד זכות אין לו לחזור לטעון חובה ולא בד"מ ע"ש וכן מצאתי שכן הוא דעת התוס' בסנהדרין דף ל"ג ע"ב ד"ה אחד ואפ"ה נראה לי דא"י לעשות עצמו

כא"י דהרי במוסיפין מותר לעשות ב"ד שקול וכדאמרו בסנהדרין דף י"ז וכל שעושה עצמו כא"י למה יאמר שא"י שיהיה מותר לעשות ב"ד שקול לכתחלה ועיין בסי' י"ח וגם לפמ"ש הרמב"ם דאחר א"י א"צ לתת טעם כלל ועיין לח"מ אם כן אולי אם היה אומר טעם הי' דבריו נשמעים להם והדרי בהו וממנ"פ אם יאמר א"י סתם לא הדרי ואם יאמר הטעם לא מקרי א"י ודוק. שוב ראיתי באורים סי' י"ב ס"ק ג' שהביא בשם שו"ת שבות יעקב סי' קל"ח שיוכל לעשות תחבולה שיאמר א"י ע"ש ולפענ"ד כמ"ש וספר שבות יעקב אינו ת"י לראות טעמו והנלפענ"ד כתבתי. שוב ראיתי בהעברה בעלמא ספר שו"ת אור נעלם סי' ל"ט עד סי' מ"ה שהוא היה בעל המעשה שעליו השיב הגאון מוהר"ב ושם נמצא תשובת הגאון בעל כנ"י ע"ז ולא ראיתי דבר מחודש לפום רהיטא והנראה לפענ"ד כתבתי

1 והנה בשנת תרכ"ה באו לפני שני אנשים ורצו לברור להם בוררים ואחד בחר לו הרב מגלינא וטען השני שהרב מגלינא הוא קרוב של הבע"ד והוא אתו שני בשלישי והדין הי' כבר עם אמו ואמו היתה שני בשני עם הרב מגלינא וא"כ אולי יהי' עוד דבר שיהי' שייך להאם והוא פסול שהוא קרוב שני בשני עם האם והנה בסי' י"ג לא נתבאר כלל אם בזבל"א פסול קרוב אך בסי' ז' כתב הסמ"ע בס"ק כ' שהפסול מה"ת פסול גם בזבל"א כמ"ש המהרי"ק והוא מהמשנה. ולכאורה רציתי לומר דדוקא אם לא בירורו תיכף השליש דיכול להיות שלא יבררו כלל השלישי כמבואר בסי' י"ג שא"צ לברר השלישי כשיכולים להשוות עצמן א"כ אז שפיר פסול קרוב דזה שנעשה בורר צריך לפסוק עפ"י דין תורה רק שמהפך בזכותו כל מה שיוכל לחפש וא"כ כשהוא קרוב באמת פסול אבל כשבררו להם השלישי א"כ שוב העיקר מה שיאמר השלישי וא"כ מותר להיות הקרוב וכמו שמותר להיות אוהבו כל שאינו אוהב ממש ומטעם שכתב המהרי"ק והסמ"ע שם דהעיקר תלוי בשלישי וא"כ מה דאמרו במשנה אימתי כשהם קרובים או פסולים מיירי כשהן רק שני בוררים וכפשטת לשון המשנה שם זה פוסל דיינו של זה וכו' וע"ז אמרו חכמים אימתי כשהן קרובים או פסולים והיינו כשהן בעצמן יבחרו להם שלישי דאז יוכל להיות שהקרוב יסבב שישוו עצמם ויטה לב הבורר השני שלא יצטרכו לקחת להם שליש אבל כשבררו להם שליש אז לא אכפת לן. אמנם אחר העיון ז"א שגם כשבררו להם שליש כל שהשוו עצמם א"צ להשלישי וא"כ שוב פסול קרוב מה"ת והנה בסמ"ע ובמהרי"ק שם מבואר דפסול מה"ת הוא דפסול בזבל"א ומשמע הא פסול מדבריהם כשר בזבל"א. ולכאורה יש לדקדק אפכא דהרי מבואר במהרי"ק שם מה שפסול מצד חסידות וחומרא בעלמא הוא דכשר בזבל"א אבל מה שפסול מצד פסול אף שהוא דרבנן

ג"כ פסול אך לפמ"ש היה מקום לומר דוקא פסול מה"ת הוא דפסול דהרי כל שבררו השלישי ל"ש כ"כ הפסול של הקרוב דהעיקר הוא השלישי ולפ"ז כל שיש ספק אולי לא יצטרכו השלישי א"כ בפסול דרבנן אזלינן לקולא דיצטרכו להשלישי וא"כ שוב לא מפסל אבל בפסול תורה יש לחוש שמא לא יצטרכו להשלישי וגם יש לומר דמלתא דפסיקא נקט דבאמת אם לא בררו השליש גם בפסול דרבנן פסול אבל אם בררו השליש אז בפסול דרבנן כשר ולכך נקט הסמ"ע פסול תורה דוקא כן הי' נראה אמנם יש לומר דבר חדש דאף אם יבררו השלישי ג"כ פסול קרוב ומטעם דל"ש לומר דהעיקר הוא השלישי דהרי גם בדיינים אם נמצא אחד מהם קרוב פסול כל הדיינים והארכתי בזה במק"א א"כ שוב יש לומר כיון דבאמת גם הבוררים צריכין להיות עפ"י דין תורה רק שמחפשים כל הזכותים וכמבואר בסי' י"ג ולפ"ז מה בכך שהעיקר הוא השלישי הא מ"מ נמצא אחד מהם קרוב או פסול ופוסל כל הדיינים ולפ"ז הרי נודע גם בעדות דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דבטל כל העדות דבפסול דרבנן לא אמרינן זאת כמ"ש בכנה"ג חו"מ סי' ל"ו ומכ"ש בדיינים לכך דוקא פסול מה"ת הוא דפסול והנה לפמ"ש הט"ז בסי' י"ג כל שמתחלה בררו השליש א"י להיות בלא שליש אם כן אפשר דכשר בקרוב וגם התומים מפקפק בגוף הדין דמוכרחים לקבל להם השליש אף שלא בררו מתחלה השליש ועכ"פ בנ"ד דכעת הוא שני בשלישי דודאי כשר ואף שיוכל להיות שיגיע גם להאם איזה ענין מ"מ נראה לפענ"ד דגם שני בשני אפשר דאינו פסול רק מדרבנן וע"כ אפשר דכשר להיות בורר כיון דאינו רק ספק וברורו להם תיכף השלישי כנלפענ"ד.

ז ולכאורה רציתי לומר דמה דאמרו דשלישי בשני דכשר היינו דוקא אם העד הוא שלישי ומעיד לשני דבזה כיון שהעד אתפלג דרא שוב אין כ"כ אהבה להשני דהוא כבר שלישי דהקרובות בא מהיסוד אבל שני בשלישי דהעד הוא שני ואהבתו גדולה בזה פסול אף לשלישי דהוא זוכר להקורבה יותר שהרי הוא שני ולכך נוטה יותר להשלישי אבל להיפך הוא נתרחק ובזה היה מיושב מה שאמרו אצ"ל שלישי בשני ולא כתב להיפך וא"צ שני בשלישי אבל לא מצאתי לחלק בזה ויש להאריך בזה ולא נפניתי כעת וגם במ"ש דשני בשני אפשר דאינו אלא מדרבנן הדרנא בי דבש"ס מבואר מקרא דבנים להדדי פסולים מקרא וצ"ע.

סימן קכז

א נשאלתי באחד שספק לו אם סיפר תמול ספירת העומר אם רשאי לספור היום בברכה. והשבתי בפשיטות שמותר לספור בברכה וחכם אחד שאל אותי דבעוד שאינו עוד שלשים יום מהראוי לומר שבודאי לא ספר כמו דקי"ל בכ"מ דעד שלשים יום בחזקת

שלא אמר כמבואר בסי' קי"ד לענין משיב הרוח וכדומה. והשבתי דהדין דין אמת שכן הוא בש"ע סי' תפ"ט ס"ה דבספק מברך אח"כ ובבואי לראות מקור הדבר ראיתי בתה"ד סי' ל"ז שכתב דטעם הדבר דבאמת גם בודאי לא סיפר שדעת הבה"ג לספור אח"כ בלא ברכה חולקין התוס' והרא"ש עליו עכ"פ בספק יש לסמוך על שיטת הראב"י דס"ל ספירת העומר בזה"ז דאורייתא וא"כ מצוה לספור מן הספק ע"ש וא"כ בזה שפיר מיושב דניהו דמחזיקין בחזקת שלא אמר מ"מ כיון דספק דאורייתא מחמירין אף כנגד החזקה וגם כיון דאיכא חזקת חיוב שנתחייב לספור בכל לילה א"כ אוקי חזקה נגד חזקה ומחויב לספור מספק. אבל מ"מ קשה ניהו דלענין גוף הספירה הו"ל ספק תורה וכמ"ש התה"ד מ"מ הא הברכה אינו אלא דרבנן ולמה יברך מספק יספור בלא ברכה.

ב והנ"ל בזה דמכאן ראיה ברורה למ"ש הרשב"א דלכך בספק קרא ק"ש קורא עם ברכותיה אף דהברכות אינו רק מדרבנן משום דכך היתה התקנה שכל שקורא קורא אותה עם ברכותיה וה"ה בזה ואף אם נימא דרק בק"ש היתה התקנה כן ועיין במ"א סי' ס"ז ובפר"ח מ"מ לפמ"ש הכנה"ג דכל דהחיוב על הגברא הוא בודאי רק שהספק אם נפטר חייב לברך דאתחזיק חיובא ועיין בפר"ח שם שהסכים בזה וה"ה כאן כיון דהוה ספיקא דאורייתא חייב לברך. ובחידושי אמרתי ראיה לזה מהא דאמרו בשבת דף ס"ח וההוא יומא במאי מנכר לו בקידושא ואבדלתא וקשה הא אינו רק ספק וקידוש והבדלה על הכוס אינו רק דרבנן כמ"ש ר"ת בפסחים ובנזיר דף ד' ואיך יעשה מספק קידושא ואבדלתא ולפמ"ש א"ש דכל שנתחייב מספק עושה קידוש והבדלה גם על הכוס וז"ב לדעתי ואף דיש לדחות דקידושא היינו בתפלה שזה ודאי מדאורייתא אכתי קשה לדעת הפוסקים דהבדלה בדברים גם כן אינו רק דרבנן למה יעשה הבדלה וע"כ דכל שחייב בשבת מספק מחויב לברך ג"כ מספק ודוק. וא"ל דגם הבדלה מיירי רק בתפלה דז"א דאכתי יקשה דהא הוה הפסק שלא מענין התפלה אם אינו שבת ועיין בסימן ק"ח סי"ב וע"כ דצריך להבדיל וגם פשטת הלשון משמע דמקדש ומבדיל על הכוס וכמ"ש. ומדי דברי זכור אזכור מה דק"ל למה יתחייב לשמור שבת בכל יום ולא אזלינן בתר רוב דרוב ימים הם חול וכל יום ויום נימא דהוא מהרוב שהוא חול ואפשר דכיון דיום אחד הוא שבת והימים קבועים מקרי קבוע אף דבעת שיום זה אין כאן הקביעות האחר הא גם הרוב הם בימים מחולפים ובכה"ג הוה קבוע כנ"ל דבר חדש (וכן הרגיש בזה המ"א במקומו ע"ש) ובזה יש ליישב מה דק"ל טובא דהיאך אשה נאמנת ביום נדותה לומר טהורה אני והא הוא נגד הרוב דרוב ימים טמאים באשה כמבואר בנדה דף נ"ט וע"א אינו נאמן נגד הרוב ובאמת לפמ"ש במק"א דהיכא דמברר המיעוט מן הרוב נאמן וכעין מ"ש

הר"ן בפ"ג דקדושין ועפ"י שם דף ס"ג א"ש אך לפמ"ש כעת מיושב בפשיטות דמקרי קבוע דהימים הם קבועים ודוק כי הוא דבר חדש. והנה ראיתי בשו"ת הרלב"ח סימן ס"ב שנשאל על דברת הר"ן בסוף סוכה שכתב דלכך אין אומרים שהחיינו על ספירת העומר משום דאם לא סיפר בלילה אינו סופר ביום ולכך אינו מברך שהחיינו ודבריו תמוהים דמה ענין זה לזה אדרבא בשביל זה היה לו לברך בכל לילה וגם נטילת לולב יוכיח שהוא רק ביום ואינו בלילה ואפ"ה מברך שהחיינו וכתב ליישב דשאני לולב שכל הימים הם מצוה אחת שצונו ליטול לולב שבעת ימים ובתחלת הזמן מברך משא"כ כאן דכל לילה בפ"ע אינו מצוה רק בהתחבר כל הלילות ביחד וכל שמפסקו ימים מלילות ל"ש לברך זמן על חלק מהזמן יעו"ש באורך והנה גם כל המטעמים שהטעים שם בכ"ז לא נודע שורש לסברא הלז ויותר הי' לו לומר כיון דבאמת מצוה לממני יומי ושבועי וא"כ בלילה הראשונה עוד לא הגיע המצוה דשבוע וכיון דמפסקי לילות מימים דביום אין המצוה א"כ ל"ש לומר לברך שהחיינו על התחלת הזמן דעל השבועי לא התחיל עדיין דבשלמא אם לא מפסקי לילות מימים שייך לומר דזה התחלת הזמן מהמצוה וממילא יגיע השבוע משא"כ אם נפסק החיוב ביום א"כ אינו מברך רק על הלילות בלחוד ולא על השבוע וא"ל דא"כ לברך בהגיע השבוע שז"א דאז כבר הוא באמצע זמן הלילות ושהחיינו לא נתקן רק בהתחלת הזמן והבן. אך לפענ"ד נראה בכוונת הר"ן דהנה בשבת מצינו דכבוד היום עדיף מהלילה בכמה דברים ולפ"ז בשלמא בקדושא דהוא ביום ובלילה שייך לברך שהחיינו בהתחלת הקדושה בלילה ואינו מזלזל בקדושת היום אבל אם המצוה היא רק בלילה א"כ כשמברך שהחיינו עדיף כבוד הלילה מהיום ויהיה זלזול לקדושת היו"ט השני דרבנן וכל שאינו מברך בהתחלה אין מברך שהחיינו. ובזה נתיישב לי מה דהקשו הקדמונים אמאי לא מברכין שהחיינו על הגדה ולפמ"ש א"ש דכיון דמצות הגדה הוא רק בלילה של הפסח ל"ש שהחיינו וכמ"ש ודוק. והנה במ"ש למעלה ליישב דהימים מקרי קבוע מצאתי לאחר כמה שנים שהמ"א הרגיש בזה בסי' שד"מ ס"ק א' ושמחתי שכוונתי לדעתו. אך לפענ"ד קשה מהא דאמרו בשקלים והובא בפסחים דף ז' ובב"מ דמעות שנמצאו בהר הבית חולין ופירש"י אף בשעת הרגל אף שרוב מעות שבעיר מעשר מ"מ לא שבקינן רובא דשתא ואזלינן בתר רגל ואמרינן דמקודם הרגל נפל ע"ש וכ"כ הרע"ב שם והרי גם שם הספק באיזה יום נאבד ואמאי לא נימא דהיום מקרי קבוע ומיהו יש לחלק דשאני התם דהספק הוא על המעות אם נאבד ממעות של כל השנה או ממעות הרגל וזה לא מקרי קבוע משא"כ שם דהספק על היום עצמו ודוק.

ג והנה נשאלתי בשנת תר"ז בשבת ר"ח אייר ששמע אחד מהש"ץ שאמר היום ששה עשר יום שהם שני שבועות ושני ימים לעומר והוא חשב שאמר שבעה עשר יום ואמר בבירור היום שבעה עשר יום רק שהסיום שהם שני שבועות ושני ימים לא נזכר אם אמר ואולי אמר ושלשה ימים ואח"כ במ"ש כששמע שהש"ץ אמר שבעה עשר יום נזכר שהוא סיפר אתמול שבעה עשר אבל אינו זוכר אם סיים שהם שני שבועות ושני ימים לעומר או סיים ושלשה ימים. ועתה שואל כדת מה לעשות אח"כ. הנה חפשתי ולא מצאתי מי שיאיר עיני בזה. ולכאורה הדבר ברור דאין לספור בשאר ימים בברכה דהוה כמו ששכח ולא סיפר יום אחד דסופר בשאר ימים בלא ברכה. אמנם נראה דל"ד דשם לא סיפר כלל אבל כאן הוא סבר ורצה לספור כדינו רק שטעה בדברי הש"ץ שחשב שאמר שבעה עשר ואלו נודע לו מהטעות אז דהוה כמו טעה ופתח אדעתא דלימא ארבעה וסיים בה' דאינו חוזר ומברך ואף דהב"ח חולק שם עמ"א ובח"י ס"ק י"ט שכתבו כיון שפתח אדעתא דד' רק שטעה בחשבון דאינו חוזר ומברך ובפרט אם סיים לבסוף שני שבועות ושני ימים דאז מסוף דיבורו ניכר שראש דברו טעות הי' וא"כ כל שלא הי' צריך לחזור ולברך שוב סופר שאר ימים בברכה אך אחר העיון ז"א דשם עכ"פ חוזר ומתקן מה שסיפר בטעות ואומר ארבעה רק שא"צ לברך שנית דהברכה הי' בדעתו כדין אף שטעה אבל כאן הרי אמר שלא כדין שאמר שבעה עשר ואז לא היה רק ששה עשר ואף אם נימא דסיים כדין עכ"פ פתח ואמר שלא כדין ואפשר דמגרע גרע בזה שהרי ראש דבריו הי' שלא כדין ול"מ מה שאמר בסוף כדין ועסי' ר"ט במ"א.

ד אך נראה דבאמת גוף הדין דשכח ולא ספר לילה ויום דאין לברך אח"כ מקורו מהבה"ג באמת שהתוספות כתבו במנחות דף ס"ו בסופו דלא יתכן וכ"כ הרא"ש פ' ע"פ בסופו בשם ר"י דאינו נראה דהא כל לילה מצוה בפ"ע וצ"ל דסברת הבה"ג והכי קי"ל הוא דכיון שאין אנו עושין רק לזכר כמו שהיו עושין בבהמ"ק א"כ כל שבטל יום אחד עכ"פ אין כאן זכר למקדש דבמקדש ודאי הי' בעי שיספור תמימות ואף דאם שכח בלילה יברך ביום כמ"ש הבה"ג היינו משום דכיון דעכ"פ סופר עכ"פ קיים הזכר למקדש דגם במקדש כל שהספירה לכל אחד ואחד לא ספרו כלם בשעה אחת וא"כ כל היום זמנו משא"כ כשלא סיפר הרי לא עשה כמו שהי' במקדש וא"כ סופר אח"כ בלא ברכה דעכ"פ נתבטל התמימות ולפ"ז כל שבאמת סיפר וקיים הזכר למקדש אף שטעה בלשונו עכ"פ עשה זכר למקדש ניהו דאותו ספירה אין עולה לו מכל מקום מה ענינו לשאר הלילות ושפיר י"ל דסופר השאר הלילות בברכה

ה עוד היה נ"ל דבר חדש דבאמת הא דאמרו במנחות דף ס"ה שתהא ספירה לכל אחד לא נתבאר אם צריך לספור כל אחד ולא סגי במה שמוציא הש"ץ או לא אמרו רק שמצוה שיספור כל אחד אבל בדיעבד יוצא בשמנה הש"ץ ומוציא ועיין מ"א סי' תפ"ט שהעלה בשם הרשב"א דבדיעבד יוצא ע"י ספירת הש"ץ ואף דהח"י חולק ע"ז אבל אינו מוכרח כמו שיראה המעיין ולפ"ז נראה לי דאף אם נימא דמצוה לספור לכל אחד אבל זהו דוקא כשסופר כדין אבל בשסיפר שלא כדין דאז בוודאי הי' ניחא לי' שלא יספור ויסמוך על הש"ץ א"כ הוה כמו בני חבורה שאמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו שמבואר בפסחים דף פ"ח דאם שלו נשחט ראשון דהן אוכלים עמו משלו ושלהם יצא לבית השריפה הרי אף שעשו מעשה ושחטו מ"מ הן נמנין על שלו וה"ה בזה באמת כל שאילו הי' ידע בטעות בלי ספק היה ניחא לי' לסמוך על הש"ץ א"כ נלפע"ד דבזה בודאי עכ"פ לספור בשאר ימים בודאי יכול לספור בברכה וסומך על הש"ץ ואף דשכח ולא בירך לא יברך היינו דשם בודאי לא שמע מהש"ץ דאל"כ לא ספר ואף בשמע מהש"ץ ולא רצה לספור אז שהי' נראה לו עדן שלא הגיע זמן עכ"פ לא רצה לסמוך על הש"ץ בספירתו אבל כאן בודאי ניחא ליה בספירת הש"ץ רק שמה שסופר בעצמו הוא בשביל שמצוה לספור לכל אחד בפ"ע אבל פשיטא דקלקל בספירתו שבודאי ניחא לו בספירת הש"ץ כדי שלא יבטל מהברכה בשאר ימים ובפרט שדעת הר"י והרא"ש דיברך בשאר ימים בברכה אף שאנן קי"ל כה"ג. עוד נ"ל דבר חדש דכל מה שכתב הבה"ג דאם לא סיפר לילה ויום דאינו סופר עוד הוא דוקא לפי מה דקי"ל דאינו רק דרבנן זכר למקדש בעלמא וא"כ כל שבטל התמימות אינו כמו שהי' במקדש ופשיטא דלא יברך שלא תשא הוא דאורייתא לשיטת הרמב"ם ולשיטת התוס' בר"ה עכ"פ במקום שאינו עושה המצוה בודאי איכא איסור תורה כל שאינו בתורת ברכה אבל לשיטת הרמב"ם דספירה בזה"ז גם כן מן התורה כמ"ש בפ"ז מתמידין הכ"ד וכמ"ש הר"ן סוף ע"פ בשמו וכ"כ בכ"מ וגם הראבי' ס"ל דגם בזה"ז הוא מה"ת וכ"כ בתה"ד סי' ל"ד בשם הראבי' אבל לא הזכיר מדברי הרמב"ם ע"ש וא"כ לדידהו פשיטא דכל לילה מצוה בפ"ע היא דמצות התורה אף שתלוי בימים רבים פשיטא דכל יום מצוה בפ"ע והרי נחלקו אי תשלומין דראשון הוא או תשלומין זה לזה ועיין חגיגה דף ס"ו והיינו שם דגלה קרא דעיקר קרבן ביום ראשון אבל כל דבעי מנין ימים הרבה פשיטא דכל חדא וחדא בפ"ע היא וא"כ פשיטא דיש לצרף שיטת הפוסקים דהוה דאורייתא ואין ענין זה לזה ויכול לברך בשאר לילות בברכה. עוד נ"ל דיש לומר דאם נימא דעיקר הספירה בלילה ולא ביום כמו שצדדו התוס' במנחות ובמגילה דף כ' א"כ מפסקי לילות מימים א"כ הוה כל חדא מצוה בפ"ע וכעין דאמרו בסוכה דף מ"ה

ע"ב דלולב דמפסקי לילות מימים כל יומא מצוה בפ"ע סוכה דלא מפסקי לילות מימים כל שבעה כחד יומא אריכתא דמי ולפ"ז ה"ה בזה דאם מפסקי לילות מימים ואין למנות רק בלילה פשיטא דכל חדא מצוה בפ"ע. ומעתה הבה"ג לשיטתו דכתב דאם שכח לברך בלילה יכול לברך ביום וא"כ סבר דלא מפסקי ימים מלילות לכך פסק דאם שכח לברך כל היום ג"כ שוב לא יברך אבל אנן בדידן י"ל דלא כבה"ג אלא כר"ת דקצירת העומר אינו רק בלילה וא"כ שוב כל לילה מצוה בפ"ע. ובזה נראה ביאור דברי התוס' דבמנחות הביאו דברי הבה"ג דאם לא בירך ביום אינו מברך עוד וכתבו ולא יתכן ואילו במגילה דף כ' ד"ה כל כתבו דברי הבה"ג וקבלו אותו באהבה. ולפמ"ש א"ש דהמעיין בתוס' מנחות יראה דכ"ז מדברי ר"ת שדחה דברי הבה"ג שאין ראוי לספור ביום וע"ז כתבו דעוד פסק בבה"ג שאם שכח ולא סיפר ביום שאין לספור עוד וע"ז כתבו דתימה גדולה היא דלא יתכן והיינו שכ"ז מדברי ר"ת שהבה"ג לשיטתו ור"ח לשיטתו תמה עליו אבל במגלה כתבו מתחלה דברי ר"ת ואח"כ כתבו דברי הבה"ג והבה"ג לשיטתו שפיר כתבו כמ"ש. ולפ"ז נ"ל ברור דלדידן דלא ברור דברי הבה"ג ואין לספור ביום אף שבדיעבד סמכינן על הבה"ג וכל שלא סיפר כלל ג"כ סמכינן אבה"ג כיון דאם היה נזכר הי' סופר ביום אם כן אין לברך אח"כ אבל בנ"ד דאם היה זוכר אז לא הי' צריך לדברי הבה"ג ובלא"ה יכול לספור ביום כל דספר בלילה אלא שטעות נזדקר לפניו בכה"ג בודאי מצי לתקן ביום וכמו אם קצר בלילה ונמצא פסול דיכול לקצור ביום וא"כ אינו תרתי דסתרי ושפיר יכול לברך אח"כ בשאר לילות כנלפענ"ד וגם בראי"ש בפסחים נראה דתלי זה בזה דאם אינו סופר ביום יכול לברך אח"כ בשאר לילות ע"ש. עוד נ"ל דיש להעמיק בדבר דהנה כלל זה למדתי מדברי התה"ד דבכ"מ שנזכר לא יספור הוא דוקא בברכה דבלא ברכה מה אכפת לן ופירש כך דברי הבה"ג דבשכח ולא ספר יום אחד אינו סופר היינו בברכה דבלא ברכה מה אכפת לן ע"ש ולפ"ז מה שהביאו התוס' בשם בה"ג דאם שכח ולא ספר בלילה דיספור ביום היינו בודאי בברכה וכן מצאתי בבה"ג בהלכות עצרת לפנינו מבואר כן בהדיא דהיכא ששכח לברך העומר מאורתא דמברך למחר וא"כ כיון שמברך בברכה ע"כ דקצירת העומר כשר כל היום ג"כ וא"כ שפיר כתב הבה"ג לשיטתו דאינו מברך בלילות שאחריו בשכח לספור גם ביום וע"ז שפיר השיגו ר"ת דלא יתכן דבאמת אינו מצוה ביום וכ"כ ברא"ש בע"פ בשם בה"ג שסופר ביום והיינו ע"כ בברכה ולכך הביא דברי ר"י שהשיג על הבה"ג דכל לילה מצוה בפ"ע ולכך אף שהרא"ש פסק דיספור בלא ברכה מ"מ הסכים לר"י דמברך כל לילה דמה שסופר בלא ברכה אינו ענין כלל ונקרא מפסקי לילות מימים. ובזה מיושב היטב דברי התוס' דהרי במגילה כתבו התוס'

בשם בה"ג בעצמו דאם שכח לברך בלילה יספור ביום בלא ברכה וא"כ ס"ל לבה"ג עצמו דמפסקי לילות מימים ואפ"ה דעתו דכל ששכח ולא ספר יום אחד דאינו סופר אח"כ בברכה וא"כ לכך לא השיגו עליו וז"ב. ובאמת שלא זכיתי למצוא בבה"ג שלפנינו מה דמייתי התוס' בשם בה"ג לא בהלכות עצרת ולא בהלכות מנחות דגם בהלכות מנחות יש להסתפק אם כוונתו דמונה ביום בברכה או בלא ברכה ע"ש מ"ש בשם מר יהודאי גאון וגם מ"ש התוס' בשמו במגלה דבלא ברכה הוא לפנינו בהלכות עצרת מבואר להיפך וע"כ נראה לפענ"ד דאף דאנן קי"ל דסופר ביום בלא ברכה ואפ"ה הכריעו בש"ע בשכח ולא סיפר כל היום דאינו סופר עוד בברכה היינו משום דעכ"פ לא סיפר כלל ואינן תמימות ואנן בעינן שיהי' זכר למקדש וכל שאינו כמו שהיה במקדש אינו מברך וכעין דאמרו בשבת דף ס"ד בעינן כמעשה שהי' אבל בנ"ד דבירך ורק שבירך בטעות יש לסמוך על כל הני פוסקים דס"ל ספירה בזה"ז דאורייתא וכל חדא מצוה בפ"ע וגם על הפוסקים דאינו רק בלילה ולא ביום וא"כ מפסקי ימים מלילות ויש לברך בכל הלילות ואין כאן משום חשש ברכה לבטלה כל שעושה כן משום ספק ברכה כמ"ש התוס' ויש כאן ס"ס בפלוגתא דרבוותא כנלפענ"ד ובדידי הוה עובדא כזו ונצטערתי מאד שאפסיד הברכות וד' עזרני והאיר עיני בכ"ז ידעת לסמוך כן להלכה ועיין במאירי על מגלה ספ"ב שכתב דאם שכח ולא סיפר בלילה יספור ביום בברכה וכל שמונה ליל ראשון מבערב לא יצא מכלל תמימות וכפי הנראה פסק כבה"ג בשם מר יהודאי גאון דעיקר תמימות הוא על לילה הראשונה ואח"כ לא אכפת לן בתמימות ועיין בפסקי תוס' במנחות אות קצ"ג דאם התחיל על דעת שהוא עשרה ימים ואח"כ שמע מחבירו שהוא י"א דלא יצא ומברך שנית והמעיין בש"ע סי' תפ"ט ס"ה ובח"י יראה דלא קי"ל כן. ולפענ"ד נראה דטוב תמיד להרהר שאם יטעה הוא מתכוין אדעת הש"ץ כפי שיאמר או כפי שישמע מאחר ואז יוצא בדיעבד בזה ודו"ק.

ו אח"כ ראיתי כי יש למצוא תקנה כיון שעכ"פ השבוע מנה שלא בטעות רק בימים טעה ועט"ז סי' יו"ד בסופו אבל צ"ע אם כוונת הט"ז לספור בברכה

ז והנה בחורף שנת רי"ב ט"ו כסלו למדתי עם תלמודי או"ח סי' ר"ח ובהגיע שם לדברי הש"ס נתן ר"ג רשות לר"ע לברך קפץ ר"ע ובירך ברכה אחת מעין שלש א"ל ר"ג עד מתי אתה מכניס עצמך למחלוקת והוא תימה דמכ"ש אם היה מברך שלש ברכות שהיה מכניס עצמו למחלוקת ולספק ברכה לבטלה ונשאלתי בזה מתלמידי החריף מו"ה אברהם נ"י נד"ז הגאון בעל ים התלמוד ז"ל ואמרתי בזה דברים חדשים לענין ספק ברכה ועוד לא נבחנו בכור הבחינה ואעתיק כאן האחד דהנה לר"ג ודאי דהוא מה"ת שלש

ברכות דלמדו מקרא לקמן דף מ"ד ולרבנן ברכת מעין ג' לרוב הפוסקים אינו רק מדרבנן ועיין חידושי הרשב"א שם ובב"י סי' כ"ט ולפ"ז יש כאן ספק בה"מ וספק ברכה דרבנן וא"כ מהראוי יותר לברך בה"מ שהוה ספק תורה משא"כ מעין ג' דהוה ספק דרבנן וגם אם נימא דברכת מעין ג' הוה מה"ת מ"מ הוה ג"כ ספק אם מברך מה"ת שלשה דוקא או מעין שלש וכשמברך שלשה ודאי יוצא גם מה שהוא מעין שלש דאף דמבואר בסי' ר"ח סי"ז דברכת שלשה אינה פוטרת מעין שלש היינו דוקא אם אכל דבר שחייב שלשה ודבר שחייב עליו מעין ג' אין אחת פוטרת חבירתה וגם בזה נחלקו ע"ש בט"ז ובמג"א אבל דבר אחד שיש ספק אם מברך שלשה או מעין שלש פשיטא דיותר מהראוי לברך שלשה שבכלל שלשה מעין ג' ולא להיפך ושפיר אמר ליה למה אתה מכניס עצמך למחלוקת וע"ז השיב דהלכה כרבים ואין כאן ספק כלל. עוד יש לי מקום ספק דהנה תמרי מיזן זיין ומבואר בסי' ר"ב סי"ז דאם בירך בדיעבד על התמרים בהמ"ז יצא. ולפ"ז נראה לי אם ספק על התמרים מה יברך אי שלשה או מעין שלשה יותר יש לברך שלשה והטעם דהרי אם יברך שלשה אף שהדין מעין שלשה יצא וא"כ אף לכתחלה יכול לברך כן והדבר דומה למה דאמרו גבי בע"ח שקדם וגבה דמה שגבה גבה וכתב הר"ן דמה"ט יש להקרים בע"ח לכתובה דממנ"פ אם הדין שהוא קודם שפיר עבדי ואם אין הדין כן עכ"פ בדיעבד מה שגבה גבה וה"ה כאן דאם הדין כר"ג ודאי יפה בירך ואף אם אין הדין כן עכ"פ בדיעבד בודאי יצא ושפיר הקשה לו למה הכניס עצמו במחלוקת וע"ז השיב דהלכה כן. עוד נ"ל דהנה מריש הוה קשיא לי על ר"ע דסותר עצמו דבדף מ"ד אמר אכל שלק והוא מזונו מברך שלשה וראיתי בתוס' שכתבו דל"ד דשם אקבע מזונו עליו ולפ"ז שם בכותבת דהוה תמרי דמיזן זיין וגם אתכא דבי ר"ג סמך ובפרט אם ר"ג סבר לברך שלשה מסתמא היה כדי שביעה דהא בעי ואכלת ושבעת וא"כ שוב לר"ע בודאי הי' לו לברך שלשה ומדוקדק דברי ר"ג עקיבא עד מתי אתה מכניס ראשך בין המחלוקת והיינו דלדידך מהראוי בודאי לברך שלשה ומה"ט נתן ר"ג רשות לר"ע לברך וע"ז אמר דהלכה כרבים ולא קי"ל לא כר"ג ולא כר"ע ודוק היטב. עוד הי' נ"ל דכיון דמעין ג' צריך לכלול כל השלשה ברכות בקצרה ומה"ט נקרא ברכת מעין ג' אם כן אם חסר אחת מהמעין שלש היה צריך לחזור ולברך ואם כן לא שייך ברכה לבטלה דלא רצה לכלול ביחד ואף אם נימא דז"א דעכ"פ היה יכול לכלול בברכה אחת מ"מ נראה לפענ"ד כיון דשיטת הב"י סי' קצ"א דבבהמ"ז מה"ת די כשכלל כל השלשה בברכת הזן והשאר אינו רק דרבנן ואם כן כיון שכל השאר אינו רק דרבנן אם כן פשיטא דברכת הזן אם בירך במקום מעין שלש דוואי יצא ואף שאומר השאר הא כל שאומר מחמת ספק כל שבירך

ברכה אחה דזהו מה"ת מחויב לברך השאר דאל"כ שייך זלזול לדרבנן כל שהדאורייתא ודרבנן ביחד כמ"ש המ"א סי' קפ"ד לענין ברכת הטוב והמטיב דשייך זלזול וה"ה בזה ודוק. והנה בדרך אגב אכתוב מה דנתחדש לי שנשאלתי מאחד מתלמידי שיושב על השלש סעודות בבית אחד שיושב ודורש ואח"כ מתפללין ערבית ומבדילין וזה התלמוד מתעכב שם אח"כ ומסופק שאם יבא לביתו אולי לא ימצא כוס לברך ורצונו לצאת מן הספק בהבדלתו של זה דאם ימצא כוס אח"כ יבדיל בביתו שנית ואם לא ימצא אז יצא כבר בהבדלתו של זה ושאל אם טוב ונכון הדבר או לא ובתחלה רציתי לתלות בברירה וברכה לבטלה אינו רק דרבנן כל שהוא דרך ברכה כמבואר במ"א סימן רט"ו ואם כן אמרינן ברירה כיון שתלה בדעתו ועיין ערובין דף מ"ם דלר"י אומר החליצנו היום או למחר. אך אכתי לא דמי דכאן כל שיכול לצאת הוא ברכה לבטלה ואח"כ השבתי דזהו הדין המבואר באו"ח סי' תפ"ט ס"ג דמונה עם הצבור בלא ברכה ואם לא ישכח מונה אח"כ בביתו בברכה הרי שמותר ע"י תנאי ואף שהט"ז חולק שם וגם המ"א מפקפק על דין זה מ"מ לבסוף הסכים המג"א דהדין עם הש"ע כל שמתנה תנאי וה"ה כאן ודו"ק. אמנם גוף דברי האבודרהם ליישב מה שהקשו הט"ז והמג"א דממנ"פ אם יצא בספירת הציבור א"כ מה שיברך אח"כ יהיה ברכה לבטלה ואם נתכוין שלא לצאת שוב מה תועלת לו בספירתו נלענ"ד הדבר נכון דהנה הרר"י ס"ל דאף דמצות א"צ כוונה היינו במעשה אבל באמירה שצריך כוונת הלב אם אינו מכוין באמירה ואינו עושה מעשה נמצא כמי שלא עשה מעשה ע"ש ולפ"ז נראה לפענ"ד דבאמירה כגון ספירה לא יצא אף למ"ד א"צ כוונה. אך לכאורה היה נראה לפענ"ד דזה דוקא באמירת ק"ש ותפלה וכדומה שצריך כוונת הלב לצאת ידי אותה מצוה אבל ספירה שהעיקר הוא שידע איזה יום הוא וכל שיודע ואומר בפיו שהיום כך מה שייך כאן כוונת הלב אטו ע"י כוונת הלב ישתנה יותר ממה שיאמר בפיו בלי כוונה וא"כ למ"ד א"צ כוונה ודאי יצא. ולפ"ז זהו שדחה אבודרהם כיון דהרמב"ם כתב דמנה ולא בירך יצא והיינו אף שלא נתכוין לשם מצות ספירה כל שכבר מנה הרי עשה כל מה שהיה המצוה אף שלא כוון לשם מצוה הא מ"מ יודע הדבר באיזה יום בספירה הוא עומד ועיקר הספירה היא רק לזכר שבבהמ"ק היו סופרים כך וכך לעומר ונמצא שיהיה אח"כ ברכה לבטלה.

ח ולפ"ז זהו למ"ד מצות א"צ כוונה אבל למ"ד צריכות כוונה אף שמנה כבר לא יצא ידי מצות ספירה דצריך לספור לשם מצות הספירה. ומעתה שפיר כתב המ"א דהמחבר אזיל לשיטתי' דמצות צריכות כוונה א"כ שפיר מועיל התנאי דכל שאינו רוצה לצאת רק מספק לא הוה ברכה לבטלה דהא הוא מתכוין לשם ברכה. ובזה מיושב מ"ש המ"א

למ"ד צריכות כוונה דוקא והקשו הא אף למ"ד אצ"כ כל שנתכוין שלא לצאת יצא. ולפמ"ש א"ש דדוקא למ"ד מצות צריכות כוונה אבל אם א"צ כוונה רק שמתכוין שלא לצאת א"כ לאיזה צורך מונה עמהם ואדרבא הוא נתכוין לצאת אם ישכח בלילה לספור ורק למ"ד מצות צריכות כוונה כל שלא סיפר בודאי רק מספק לא מקרי כוונה כל שלא נתכוין בהחלט וז"ב כשמש. ולפענ"ד להסביר הדבר דע"י ספק ל"ש ברכה לבטלה דהרי אף למ"ד דלא תשא דאורייתא והיא שיטת הרמב"ם היינו כשנשבע לשוא בודאי אבל כל שהוא מסתפק שמא ישכח א"כ עכ"פ לשוא לא הוה וא"ל דעכ"פ הברכה השניה הוא לבטלה דז"א דהרי התנה בפירוש דאם לא ישכח יברך ואינו רוצה לצאת בזה ואין בכאן משום אפושי ברכות דהרי אינו רוצה לצאת בזה וצריך לברך בפ"ע.

ט וע"ד הפלפול יש לומר דבאמת לפמ"ש הראב"ד והרמב"ן במלחמות דע"כ ל"ש כפילת התנאים רק במה שכבר עושה המעשה אבל מה שאומר ע"ד תנאי ויעשה המעשה אח"כ ל"ש משפטי התנאים ע"ש בפ"ב דביצה גבי הבי ד' מאה זוזי ולנסיב ברתי ולפ"ז באמת לכאורה יקשה מה מועיל תנאי הא כבר מנה והו"ל מעשה קודם לתנאי. אך אם נימא דמצות צריכות כוונה והוא לא נתכוין לצאת א"כ התנאי קודם למעשה וגם בלי דברי הראב"ד כל שמצות צריכות כוונה הוה תנאי קודם למעשה ואם א"צ כוונה רק שמתכוין שלא לצאת עכ"פ המעשה של הספירה קודם לתנאי שהרי אם ישכח נתכוין שיצא ולא מועיל התנאי ודו"ק היטב ועיין סי' ער"ג באו"ח ובמ"א סי' רס"ט סוף ס"ק א'

י והנה עש"ק אחרי כ"ב למב"י שנת רי"ז הגיעני מכתב מהרב מוה' אפרים זלמן טאביר דיין דק' זאבלטוב במה שאחד שכח לספור ספירה בליל אחרון של פסח ונזכר בה"ש של יום אחריו וסיפר בלא ברכה אם מותר לספור אח"כ בברכה והאריך בזה להיות ס"ס שמא הוה יום ואת"ל לילה שמא הלכה כר"י דכל יום מצוה בפ"ע. ולפענ"ד נראה דבר חדש דאף דבה"ש היא ספק לילה מ"מ כיון דבספירה כתיב תמימות בעי שיהיה לילה ודאית ניכרת וכעין שכתבו התוס' בעירובין דף למ"ד ע"ב ד"ה ולפרוש דלענין טבל בעי לילה ניכרת ובה"ש לא הוה לילה מכ"ש הכא דכתיב תמימות ובעי ודאי לילה והרי האחרונים תפסי דכל שכתוב בתורה ההיתר ודאי ל"מ ספק דבעי שיהיה ודאי וה"ה כאן כיון דכתיב תמימות בה"ש שייך עוד ליום והרי מה"ט דעת התוס' במנחות דף ס"ו דביום הראשון יש לספור מקודם כדי שיהי' תמימות ועיין סי' תפ"ט וה"ה להיפך בלילות אחרות יש לספור בודאי לילה ובה"ש עודנו יום לענין זה כנלפענ"ד דבר חדש וא"כ שוב יש לספור בברכה:

סימן קכח

א לחכם אחד.

ב אשר רצית בי להודיעך מה שנתחדש בבית מדרשי גם לזה אשא פניך.

ג והנה בלימודי במס' שבת בדף ע"ב הקשיתי בהא דאמר הש"ס שם מתקיף לה ר"ה אלא מעתה בעל וחזר ובעל והפריש קרבן ואמר המתינו לי עד שאבעול ה"נ דאינו חייב אלא אחת א"ל מעשה דלאחר הפרשה קאמרת מעשה דלאחר הפרשה לא קאמינא. והקשיתי בזה דלכאורה צריך להבין איך משכחת לה להביא קרבן שפחה חרופה דקי"ל דהבא על שפחה חרופה בין בזדון בין בשגגה מביא אשם והיאך מביא קרבן על המזיד והא נעשה מומר ולאותו דבר בפעם אחד שנחשד בו נעשה מומר וכמ"ש המלמ"ל באורך בפ"ג משגגות ה"ז והמומר אין מקבלין ממנו קרבן על אותו חטא וכמ"ש רבינו בפ"ג שם ועיין מלמ"ל וגם לטעם דאינו שב מידיעתו אינו רשאי להביא קרבן וא"כ איך אפשר דהידיעות מחלקות ויתחייב להביא קרבן על כל אחת כדאמרו כאן למ"ד אשם בעי ידיעה והא עכ"פ נעשה מומר ובפרט בכמה פעמים דודאי נעשה מומר ואף אם נאמר דכיון דעשה תשובה יכול להביא קרבן אף על מה שנעשה מומר מקודם כמ"ש המלמ"ל שם להסתפק בזה ומכאן יהיה הוכחה ברורה לדבריו מ"מ יקשה דאם אמר המתינו לי עד שאבעול דודאי לא עשה תשובה א"כ איך אפשר דמביא קרבן כלל והא הוה זבח רשעים תועבה ואף אם נדחוק בלשון הקושיא דמקשה הש"ס ה"נ דאינו מביא אלא אחת היינו דאותו הקרבן באמת נדחה דהא נדחה בעת הפרשתו כדאמרו בסנהדרין דף מ"ז דהפריש קרבן ונשתמד וחזר בו הואיל ונדחה נדחה ולכך באמת אינו חייב אלא אחת דהפרשתו לאו כלום הוא.

ד אבל לפ"ז יקשה מה קאמר מעשה דלאחר הפרשה לא קאמינא והיינו דהפרשה מחלקת דנחשב כאילו הקריב קרבן כמ"ש הרמב"ם בפ"ט משגגות הלכה וא"ו והיאך נחשב כאילו הקריב והא באותו עת אינו ראוי כלל להקריב הקרבן וא"כ פשיטא דאין הפרשה מחלקת. הן אמת שרבינו בפ"ג משגגות הלכה ח' פסק דאכל חלב והפריש קרבן ונשתמד וחזר בו דמביא קרבן ומשום דפוסק דלא כר"י דס"ל בע"ח נדחים והוא ס"ל כרב דבע"ח אינם נדחים אף בנראה ונדחה ועכ"מ ולח"מ שם אבל זה דוקא אחר שחזר ונראה אח"כ אבל כאן דאמר המתינו לי עד שאבעול דאינו ראוי להקריב כעת ועוד דכאן אליבא דעולא קיימינן דעולא אמר למאן דלא בעי שום ידיעה בתחלה וע"ז פריך ר"ה ועולא הרי הוא אמר משמי' דר"י דהפריש קרבן ונשתמד וחזר בו הואיל ונדחה נדחה א"כ לדידי' נדחה הקרבן לגמרי ואיך נחשבו להפרשה כאילו הקריב הקרבן כבר ומחלק

בין ההעלמות והא הקרבן נדחה לגמרי והיא קושיא גדולה ועצומה לדעתי וחזרתי על כל הצדדים ליישב ולא עלתה בידי ואין לי מקום להמלי' כי אם דבאמת צריך להבין גוף הדבר דמפריש קרבן על העלמות חמשה וששה פעמים בב"א והא נעשה מומר דבכמה פעמים לכ"ע נעשה מומר והיאך מביא קרבן. ואף אם נדחוק דמיירי בשעשה תשובה יקשה עכ"פ לר"ש דאמר דהשב מידיעתו מביא קרבן על שגגתו ולדידיה כל שהיה מומר בעת החטא בודאי אינו מביא קרבן אף אח"כ כשחזר בתשובה דאם לא שב פשיטא דהו"ל זבח רשעים תועבה וא"כ אף בשב ממעט ר"ש וכמ"ש התוס' בחולין דף ה' ע"ב א"כ כפי מה שצידד המלמ"ל בפ"ג משגגות שם אף הת"ק יסבור כן וא"כ יקשה דאיך מביא קרבן וא"ל דמיירי במומר לתיאבון ובכה"ג לא מקרי מומר מ"מ יקשה דכאן משני לרב המנונא ולרב המנונא לשיטתי' אף בלתיאבון נעשה מומר כדאמרו בחולין שם ובהוריות ועלח"מ פ"ב משגגות ה"ב ובמלמ"ל שם באורך וא"כ יקשה דהיאך מביא קרבן ובפרט באינו עושה תשובה באומר המתינו לי עד שאבעול דודאי נעשה מומר וע"כ צ"ל כיון דרבי' קרא בשפחה חרופה דמביא על המזיד בשוגג ובמזיד ודאי לא שב מידיעתו ונעשה מומר ואף בפ"א כל שעשה במזיד בודאי נעשה מומר לאותו דבר דאף בשוגג צידד המלמ"ל שם דלאותו דבר נעשה מומר מכ"ש במזיד וגם בבעל הרבה בעילות נתחייב קרבן ובזה בודאי נעשה מומר ואפ"ה נתחייב קרבן א"כ ע"כ דגלי קרא דבשפחה חרופה מביא קרבן אף בנעשה מומר א"כ כיון דחידוש הוא אף בשוגג הפרשות מחלקות והוה כאילו היה מזיד והקריב קרבן כנלפענ"ד לחומר הנושא. ואם חומה היא נתיישב בזה היטב לשון רבינו שכתב בפ"ט משגגות הלכה וא"ו דבעל שפחה חרופה והפריש אשמו וחזר ובעל חייב על כל אחת ואחת שההפרשות מחלקות ונמצא כמי שהקריב וחזר ובעל וכן אם בעל חמש בעילות בהעלם אחד בשפחה אחת ונודע לו על אחת מהן והפריש אשמו ואח"כ נודע לו השניה מפריש אשם אחר ומסיים הרמב"ם שדין השוגג והמזיד בשפחה חרופה אחת היא. והנה במ"ש רבינו דאף אחר כל המעשים אם הפריש בין ידיעה לידיעה ג"כ חייב על כל אחת אף דבש"ס לא מבואר רק בהפריש קודם שחטא שנית היטב אשר דיבר הלח"מ דזה דוקא למאן דלא בעי ידיעה בתחלה אבל למאן דבעי ידיעה בתחלה הידיעות חשובות ומחלקות אף בהפריש אחר כל המעשים בין ידיעה לידיעה ע"ש אבל במה שמסיים הרמב"ם שדין השוגג והמזיד בשפחה אחד הן לא נודע כלל אהיכן קאי ומה צריך רבינו לזה ועלח"מ שנדחק שם.

ה ולפמ"ש א"ש כמין חומר דק"ל לרבינו בשלמא בהפריש קודם שחטא אפשר דלא נקרא מומר בפ"א וגם עשה תשובה א"כ שפיר ההפרשות מחלקות אבל בעשה כל המעשים

והפריש בין ידיעה לידיעה בזה יקשה דהא נעשה מומר ול"מ אף שחזר בתשובה אח"כ לזה כתב שדין שוגג ומזיד אחת היא ובמזיד ודאי נעשה מומר בפ"א וכמ"ש ואפ"ה מביא קרבן על המזיד א"כ חידוש היא שחדשה תורה דגם במומר במזיד אפ"ה מביא קרבן א"כ מכ"ש בשוגג אף בהרבה פעמים וכמ"ש ודו"ק. ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה מתקיף שהקשו דמ"פ ר"ה ממנ"פ אם הפרשה מחלקת במזיד גם בשוגג מחלקת ע"ש. ולפמ"ש א"ש דהיה מקום לומר דלכך ס"ל לעולא דאינו חייב רק אחת ולא מחלק דהא אינו ראוי להקריב באמצע רק אח"כ כשחזר בתשובה דבשפחה חרופה מביא אף שנעשה מומר א"כ ה"ה בשוגג. וע"ז משני דהפרשה באמת מחלקת וכמ"ש ועמ"ש התוס' שם ד"ה כי לחלק בין עולה לחטאת ולפמ"ש המלמ"ל שם לחלק לענין זבח רשעים תועבה בין עולה לחטאת היה מקום להאריך ולא נפניתי כעת וברצות ד' אבאר זאת ואשנה פרק זה בל"נ

ו והנה במה שהקשה המלמ"ל שם על מה דצדד שם דכל שעשה תשובה מקריב גם על מה שחטא בעת שלא שב מידיעתו והקשה מהא דאמרו במס' יומא דף פ' דהאוכל חלב צריך שיכתוב לו שמא יבא ב"ד אחר וירבה בשיעורין והקשו ע"ז דהא בעינן שיהיה שב מידיעתו וכן הקשה הש"ס פ"ק דהוריות הרי דאף בעשה תשובה אח"כ לא מהני כל שבאותה שעה לא שב מידיעתו. לפענ"ד נראה לי דבפשיטות ל"ק דע"כ לא אמרינן דכל ששב מביא רק היכא דבעת החטא הי' חטא בזה שפיר י"ל דאח"כ כשעשה תשובה מביא קרבן על חטאו אבל היכא דבעת חטאו סבור שפטור היה א"כ בעת ההוא ודאי לא חשב כלל שיביא קרבן וסבור שפטור ע"ז דהוה חצי שיעור א"כ איך יביא קרבן ובזה גם הת"ק דר"ש ס"ל דבכה"ג לא מקרי שב מידיעתו דהא בעת שעשה סבור שפטור וע"כ לא נחלקו רק באינו שב מידיעתו מפני שרצה לעשות איסור בזה ס"ל להת"ק דמ"מ מביא אח"כ הקרבן ור"ש לא ס"ל כן משא"כ בסבור שפטור וז"ב וא"ל דהא מ"מ אסור עכ"פ בחצי שיעור ולא סבר שמותר לגמרי ז"א דכבר האריך המלמ"ל פ"ב מהלכות שגגות ה"א ופרק י"ב דכה"ג דהורו הב"ד ונתפשט השיעור בכל ישראל בכה"ג ודאי פטור דתלה עצמו בהוראת הב"ד שכל ישראל הורו כן ע"ש ודבריו נכונים ומוכרחים ועיין בחידושי מהר"ם בן חביב ביומא דף פ' שנתקשה בהמימרא דר"א שם ולפמ"ש המלמ"ל יתיישב הדבר ובלא"ה נראה כוון דעיקר השגגה תלוי שישגוג בלאו וכרת א"כ כל שהוא חצי שיעור ניהו דהוא אסור עכ"פ בלאו וכרת אינו ולא שייך שגגה בזה ודו"ק. והנה במה שאמרו שמא ירבה בשיעורין או שימעט בשיעורין נראה לפענ"ד דהכוונה דהא השיעורים הם כזית וכביצה וכדומה וידוע כי הדורות מתקטנים וגם הגידולי פירות וכדומה מהצמחים ובע"ח מתקטנים ומה"ט דעת הגאון בעל הצל"ח להחמיר בשיעורים

שראה שנתקטנו כמ"ש בצל"ח סוף פסחים ולכך חשו שב"ד אחרון ירבה בשיעורים או להיפך שיגדילו השיעורים דס"ל דלעתיד יתגדלו הדברים ודוק. ובזה יתיישבו קושית המלמ"ל ומהרמב"ח הנ"ל וגם יתיישב מה דק"ל טובא לשיטת רבינו הרמב"ם דהל"מ לא מצינו מחלוקת והא שיעורים הל"מ ואיך יחלקו בזה וצ"ע בשו"ת חות יאיר סי' רצ"ב ולפמ"ש י"ל דנחלקו בזה איך משערין אם לפי הדורות או לא ודוק. והנה במ"ש למעלה בשם המלמ"ל שצדד דזבח רשעים תועבה ל"ש רק מחטאת אבל בעולה דהוא לדורון לא שייך זה אני תמה דהיאך אפשר לומר כן הא אמרו בשבועות דף י"ב ע"ב אי דלא עבד תשובה זבח רשעים תועבה ואי דעביד תשובה כל יומא נמי ושם פריך האי עשה ה"ד והרי בעשה מביא עולה דעולה בא על עשה ול"ת הניתק לעשה כדאמרו ביומא דף ל"ו וכ"פ הרמב"ם פ"ג ממעשה הקרבנות הי"ד וא"כ על עולה ליכא קושיא כלל דל"ש זבח רשעים תועבה בזה והתימה על המלמ"ל שצדד הרבה בזה לדחות ולא זכר שם דברי הש"ס הלז. אך זה טעות דזה דוקא בעולה שאינו בא לכפרה אבל השעיר המשתלח שבא לכפרה על כל ישראל וא"כ איך שייך לומר שאינו בא לכפרה ושפיר פריך הש"ס אי דלא עשה תשובה זבח רשעים תועבה. אמנם אי קשיא הא קשיא דאכתי מה פריך אי דלא עביד תשובה זבח רשעים תועבה הא אמר ר"מ ביומא דף פ"ו ע"ב גדולה תשובה שבשביל יחיד שעשה תשובה מוחלין לכל העולם כלו וא"כ דלמא באמת החוטא לא עשה תשובה רק שכיון שהכה"ג מתודה ועשה תשובה הרי מוחלין לכל העולם וא"כ לא מקרי זבח רשעים תועבה. אך זה אינו כיון דהוא לא עשה תשובה רק שהכה"ג התוודה עליו עכ"פ אינו נמחל לו רק עד שיכפר עליו השעיר המשתלח דדוקא בעשה תשובה הוא דאינו זז משם עד שמוחלין לו וא"צ שום סיוע אבל כל שלא עשה תשובה הוה כמו ל"ת שאף בתשובה היסורין גומרין הכפרה כמ"ש רבינו ה"ד וא"כ ממילא גם בעשה תשובה כל שלא עשה הוא תשובה עכ"פ צריך השעיר לכפר וא"כ כ"ז שלא נקרב השעיר אינו מכופר ושוב הוה זבח רשעים תועבה. ובלא"ה לפמ"ש המהרמב"ח שם אין מוחלין לכל העולם רק כשהם מחצה על מחצה ע"ש א"כ ל"ק.

ז עוד ק"ל דלוקי כשעשה תשובה מיראה שאז זדונות נעשו לו כשגגות וא"כ זבח רשעים תועבה ל"ש דהא מ"מ עשה תשובה ומ"מ צריך כפרה כמו השוגג וצ"ע בזה כי אין משיבין מדברי אגדה. אך הנה לכאורה נסתפקתי בשנים שנתחייבו קרבן בשותפות ואחד אינו רוצה לשוב האם יפסיד חבירו בשביל זה הרשע שאינו שב. אך באמת בחטאת ועולת חובה לא משכחת שותפות דכל אחד מביא לעצמו רק בעולת נדבה ושלמים כמבואר בפ"ג ממעה"ק ה"א ועיין תוס' ב"ק דף מ"ם גבי כופר ע"ש. אך לפ"ז בשעיר

המשתלח שבא לכפר על כל ישראל א"כ אף שיש אחד שאינו שב אמאי יפסידו הם בשביל זה ומ"פ אי דלא עביד תשובה זבח רשעים תועבה הא הזבח בא בשביל אותן שרצו לשוב וכיון דמכפר על זה השב ממילא נתכפר גם זה שלא שב ואף דצריך ווידוי עם הקרבן כמ"ש רבינו בה"א כאן אבל עכ"פ גם כשלא שב מתכפר ע"י הקרבן כיון דהזבח לא בא בשבילו רק על כל ישראל.

ח אמנם באמת צ"ל דעיקר קושית הש"ס דעכ"פ למה לי שהשעיר יכפר בשביל עשה דממנ"פ עכ"פ שאר העוברי' צריכין שישיבו וכל ששבו אינם זזין משם עד שמוחלין להם ואם כן עיקר הקרבן בא בשביל אותן שלא שבו ולזה מועיל הקרבן דהו"ל זבח רשעים. אבל עדיין קשה דעכ"פ אינו זבח רשעים שהרי כפר על חמורות שעשו תשובה וע"כ צ"ל העיקר דעכ"פ על זה שלא שב אינו מכפר ולגבי' מקרי זבח רשעים תועבה ושפיר פריך הא זבח רשעים תועבה ולא משכחת דיהיה השעיר מכפר על הקלות וזה ברור. אמנם עדיין קשה דהנה יש להסביר דברי המלמ"ל דכתב דבעולה לא שייך זבח רשעים תועבה ולכאורה טעמא בעי וצ"ל דבאמת מה דנקרא זבח רשעים תועבה כשלא שב הוא משום דכיון דצריך ווידוי דברים בעת שמביא חטאות ואשמות דאל"כ אין מכפר להם קרבנם כמ"ש הרמב"ם בפ"ה ה"א ואם כן כל שלא שב אם כן לא התודה על קרבנו ואיך מקריבו וכל שאינו מכפר מקרי חולין בעזרה והיא תועבה דהתורה לא רצתה בקרבן כ"א שישיב מחטאו ולפי זה בעולה דלא נזכר ווידוי דברים משום דאינו חטא כ"כ והעולה אינה באה לכפר רק לדורון ואם כן שוב יכול להביא אף שלא שב ולפי זה בעשה שא"צ רק עולה אם כן עכ"פ א"צ ווידוי דברים שוב מהראוי שהשעיר המשתלח יכפר אף כשלא שב והיא קושיא נפלאה וצ"ל דקושית הש"ס היא כיון דמכפר על עשה ול"ת דזה נקרא קלות ואם בל"ת שאינו ניתק לעשה דאין עולה באה עליו ואם כן ע"ז צריך ווידוי דברים ובכה"ג כל דלא עשה תשובה ודאי אינו מכפר וע"כ דמיירי בעשה תשובה וממילא בעשה ל"צ כפרה כלל. ובזה ראיה ברורה למ"ש הכ"מ דר"י דמפרש קלות היינו עשה ול"ת הכוונה גם על ל"ת שאינו ניתק לעשה דלא כמשנה דיומא פ"ו דקלות היינו רק עשה ול"ת שניתק לעשה ור"י בעצמו אמר כן ועיין מהרמב"ח ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת על מה דא"צ רק עולה בזה התשובה מכפר בלא קרבן כיון דאינו צריך כפרה כ"כ אבל השעיר המשתלח דאלים כפרתו שמכפר על חמורות גם כן רק בזה צריך תשובה ואם כן עכ"פ בל"ת שאינו ניתק לעשה ניהו דאינו מן הקלות אבל עכ"פ בכלל החמורות ג"כ אינו ומכפר ובלא"ה כיון דר"י מוקי בשבועות כרבי דעצומו של יום מכפר אף בלא תשובה ואם כן מכ"ש על ל"ת שאינו ניתק לעשה אבל שם ביומא דקאי אליבא דרבנן שפיר בל"ת שאינו ניתק

לעשה עכ"פ בכלל קלות אינו וצריך דבר אחר עם התשובה וכמו יוה"כ עם התשובה כמו כן בשאר השנה תשובה עם יסורין וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי רבינו במ"ש דעל ל"ת השעיר מכפר אף כשלא עשה תשובה ותמהו הכ"מ והלח"מ דבש"ס מוקי לה כרבי הא לרבנן צריך תשובה ולפמ"ש י"ל דרבינו משמע לו כיון דעכ"פ אין הל"ת מהחמורות רק שאינו מהקלות ג"כ דיהיה סגי בתשובה לחוד או ביוה"כ לחוד א"כ ממילא על כל פנים יוה"כ עצמו דמכפר קצת אף בלא עשה תשובה דהרי לרבי מכפר אף על החמורות ועכ"פ על ל"ת שאינו ניתק לעשה דאינו מהחמורות רק צירוף קצת א"כ השעיר המשתלח עם יוה"כ מכפרים אף בלא תשובה ועיין בה"ד כאן דכתב דבעבר על מצות ל"ת שאין בו כרת דתשובה תולה ויוה"כ מכפר והקשה בלח"מ דהא השעיר מכפר ול"ל יוה"כ וכתב דרבינו מיירי בזמן הזה דליכא שעיר המשתלח לפי זה על כל פנים כל דאיכא שעיר סבירא ליה לרבינו דיוה"כ עצמו אף כשלא שב מכפר על כל פנים על ל"ת שאינו ניתק לעשה ולא מקרי זבח רשעים תועבה דעכ"פ אינו בא בחנם דהא בא בשביל השבים ושפיר מתכפר גם הוא. ובזה י"ל הסברא שכתב המלמ"ל דאם עשה תשובה יכול להביא קרבן אף על מה שנעשה מומר מקודם ולא נודע הסברה ולפמ"ש א"ש דכל דשב כעת ל"ש זבח רשעים דעל כל פנים כעת הוא ראוי להביא קרבן ויש לדון בזה דהרי כבר נדחה מקודם ואינו חוזר ונראה ויש לחלוק וצ"ע כעת. איברא דאכתי ק"ל למה פריך הש"ס כך על עשה והא גם על ל"ת הו"מ להקשות דאי בלא עשה תשובה זר"ת ואי בעשה תשובה ל"ל שעיר המשתלח הא תשובה תולה ויוה"כ מכפר אף בלא קרבן דאחד מד' חלוקי הכפרות הוא דעל ל"ת שאין בו כרת תשובה תולה ויוה"כ מכפר ואף בזמן הזה דליכא קרבן וכמ"ש בה"ד ועלח"מ שם שכתב שיצא לו לרבינו דק"ל למה לי בכריתות ומיתת ב"ד יסורין למרק הא השעיר מכפר וע"כ פירש דמיירי בדליכא שעיר (ובלח"מ כתב עוד דק"ל ל"ל תשובה הא יוה"כ מכפר והוא תמוה דהא תשובה צריך דאם לא כן הו"ל זר"ת והלח"מ אזיל לשיטתו שהבין בדברי רבינו כפשטן דעל קלות דהיינו ל"ת אין צריך תשובה כלל ודוק) ולפי זה כיון דבתשובה סגי למה לי שעיר המשתלח ומכאן ראיה ברורה לפירוש הלח"מ בכוונת הש"ס דהש"ס לא פריך אי דלא עביד תשובה רק על החמורות דבקלות ל"ש זר"ת והשעיר מכפר ודוק היטב כי לכאורה ראיה נצחת היא. מיהו באמת יש לדחות דנ"מ בשעיר המשתלח דיוה"כ אינו מכפר אלא מוצאי יוה"כ כמ"ש התוס' בשבועות דף י"ג ע"ב ד"ה דעבד אבל אם נימא דלא כשיטת הי"מ הנ"ל הרי מכאן ראיה ברורה להרמב"ם וכמו שפירש הלח"מ שם ודוק. ובזה נ"ל ליישב מה שהקשיתי זה רבות בשנים לפמ"ש הרא"ש ביומא פ' יוה"כ אות י"ז דהא דאמרו בעבירה

רביעית אין מוחלין לו דהיינו אם הוא מצות עשה אין מוחלין מיד כשעשה תשובה אלא תשובה תולה ויוה"כ מכפר כדין ח"ל ואם כן מה פריך הש"ס אי בעבד תשובה הא תניא לא זז משם עד שמוחלין לו ודלמא מיירי כשעבר פעם רביעית וא"ל דאכתי קשה דל"ל שעיר המשתלח הא תשובה ויוה"כ מכפר דאם כן אמאי לא מקשה הש"ס גם על ל"ת גם כן ולפמ"ש הלח"מ דקושית הש"ס היא על חמורות ואם כן שפיר פריך מעשה דממ"נ דע"כ מיירי כשעשה תשובה ובעשה תשובה א"צ שעיר המשתלח ובאמת פריך מעשה ול"ת והש"ס קיצר בהקושיא וע"כ עיקר הקושיא מל"ת וכמ"ש ודוק היטב בכל מ"ש. שוב ראיתי שזה שהקשיתי אמאי לא פריך גם על ל"ת כבר הקשו בתוס' בשבועות דף י"ב ד"ה ובביאור דברי התוס' כבר האריכו בזה בס' רצוף אהבה ומהרמב"ח ביומא דף פ"ו ע"ש וע"כ הדבר ברור דרבינו יצא לו מכאן דקושית הש"ס היא על החמורות ובאמת על הקלות אין נ"מ בעשה ול"ת וכמ"ש.

ט והנה ראיתי בספר סדר למשנה מהגאון מוה' וואלף באסקוויטץ ז"ל הלכות תשובה שהקשה ג"כ על הש"ס לפמ"ש המלמ"ל דבפעם אחת לא נעשה מומר וגם זר"ת ל"ש בפעם אחת כמו שצדד המלמ"ל א"כ אין מקום לקושית הש"ס כאן דלמא מכפר על עשה שלא נעשה עדן מומר ולכאורה רציתי לחלק דע"כ לא כתב המלמ"ל אלא בל"ת דכל שלא עשה רק פ"א לא נעשה מומר אבל לענין מ"ע דכל יומא מצוה בפ"ע ואין לה תשלומין ביום שלאחריו א"כ כל שביטל בפ"א הרי זה נעשה מומר. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דניהו דלא הוה זר"ת וכל שמקריב קרבן מקבלין ממנו אבל כאן דהוא אינו מקריב כלל רק שהשעיר מכפר וא"כ פשיטא דאינו מכפר על מי שאינו רוצה לשוב והיאך יכפר על מי שאינו רוצה לשוב ולהתכפר ובזה מדוקדק לשון רש"י שכתב הא כתיב זבח רשעים תועבה והיאך מכפר עליו יוה"כ והיינו לא דאינו ראוי להקרבה רק דאינו מכפר על מי שאינו רוצה להתכפר. ובחידושי אמרתי להמתיק הדברים דהנה שמואל ס"ל בערכין דף כ"א לחלק בין עולה ושלמים לבין חטאת דבחטאת בעינן ריצוי בשעת הפרשה ושעת כפרה ובעולה סגי בשעת הפרשה ולא בעי בשעת כפרה ועולא ס"ל דגם בעולה בשעת כפרה ודאי צריך דעת ולפי זה כאן בשעיר המשתלח דמכפר על כל ישראל ול"ש לחלק בשעת הפרשה לשעת כפרה ואם כן לפי זה לעולא דסבירא ליה דבשעת כפרה צריך דעת ואם כן כל שזה אינו תוהה על חטאו ואם כן א"י להתכפר בלי דעתו אף דלא יקרא זר"ת לענין שאין מקבלין הקרבן אבל עכ"פ א"א להתכפר בזה ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם דכתב דעל עשה ול"ת מתכפר בלי תשובה ותמה הכ"מ דבלא תשובה זר"ת ולפמ"ש א"ש דרבינו לשיטתו דפסק בפי"ד ממעה"ק הלכה י' כשמואל דסגי בשעת

הפרשה אף שלא רצה בשעת כפרה ואם כן ניהו דלא רצה לשוב כעת אבל אמדינן דעתו דעתה נתקלקל אבל בשעת הפרשת השעיר כל ישראל רצו לשוב דלא אחזקינן ברשיעי שלא ירצה לשוב ובפרט בלא קרה לו רק פ"א מסתמא רצה לשוב ואם כן שוב ל"צ ריצוי בשעת כפרה ושפיר מתכפר לו אף בלא תשובה כל שלא נעשה מומר ודוק היטב כי הדברים יש להם פנים בהלכה ת"ל. איברא דלפי זה צ"ב דאם כן מאי משני בעומד במרדו ורבי הוא דיוה"כ מכפר הא ניהו דמכפר מ"מ הא צריך דעת בשעת כפרה ובלא דעתו אינו מתכפר וצ"ל דהא באמת כאן לא נודע שאינו רוצה שיתכפר לו דמה איכפת ליה בכפרה של השעיר ורק דלרבנן דצריך תשובה גם כן א"כ כל שלא עשה תשובה ע"כ שאינו רוצה בכפרה דאל"כ היה שב אבל לרבי דא"צ תשובה א"כ אין ראיה שאינו רוצה בכפרה ושפיר מכפר השעיר איברא דלכאורה תמוה לי תירוצא דש"ס דאם רבי הוא למה לי שעיר המשתלח הא עצומו של יום מכפר בעצמו וצ"ל דזה בזמן שאין בהמ"ק אבל כל שיש בהמ"ק היה השעיר מכפר דזה מקרי עצומו של יום והנה במ"ש דקושית הש"ס היא לעולא הנה לפמ"ש התוס' בערכין שם דטעמי' דעולא משום דצריך סמיכה ובעי דעתו הנה לפי זה צ"ע בשעיר המשתלח דבאמת אף דצריך סמיכה מ"מ הא ג' סנהדרין היו סומכין עליו כדאמרו בסנהדרין דף ב' וערמב"ם פ"ג ממעה"ק הלכה יו"ד אבל ל"צ סמיכת כל הקהל ואם כן צ"ע אי שייך כאן זאת דרצה לסמוך דהא בלא"ה אינו סומך ואפשר דסמיכת הב"ד הוה בתורת שליחות כל ישראל וכל שאינו רוצה הרי לא סמכו בשליחותו ודוק היטב בכל מ"ש כי נתבררו ונתלבנו בו הרבה ענינים ת"ל.

י והנה הקושיא שהקשיתי בהא דמוקי כרבי דא"כ ל"ל שעיר המשתלח ומ"ש בזה ת"ל מצאתי בחידושי הרשב"א לשבועות שהקשה כן בסוף הסוגיא וכפי הנראה כוונתו למ"ש ושמחתי שזכיתי לכוין לדעתו הרחבה והמלאה ועיין בחידושי תורת חיים מה שחידש דהתשובה אינו מועיל כ"א ביוה"כ עצמו וכן ביום המיתה ע"ש שהאריך ודבריו צ"ע לדעתי ועיין מהרש"א בפסחים דף כ"ט בתוס' ד"ה רנבה"ק שכתב לפרש דברי התוס' דק"ל כיון דהזיד בחמץ הו"ל לא שב מידיעתו גם לענין הקדש כמו בהזיד בכלי דמקרי לא שב מידיעתו גם לגבי אוכלים והנה דבריו תמוהים דבשלמא בכלי שפיר מקרי לא שב מידיעתו דשניהם איסור אחד של שבת אם כן כל שהזיד באחד מהם ממילא גם על הוצאת האוכלין לא היה שב ובאמת שגם התוס' בשבת דף צ"ג כתבו שם סברא זו ע"ש ד"ה ששגג אבל כאן ששני איסורים חלוקים בשביל חמץ ובשביל הקדש הו"ל כמו שוגג על הדם ואכל חלב דמקרי שב מידיעתו דאותו איסור היה חמור עליו מכ"ש כאן דהקדש כ"ע בדילי מיניה ומה"ט א"צ מחיצה כדאמרו בפסחים דף ו' ואם כן אפשר דאילו ידע

שהיה של הקדש לא היה אוכל דמתיירא מן ההקדש. ובאמת שבלא"ה תמוה דאם כן באמת ל"מ אף דלגבי קרבן חייב קלב"מ דאכתי איך חייב קרבן הא לא שב מידיעתו וכמ"ש התוס' באמת בשבת שם והנה מדברי התוס' שם מוכח דאף בעשה תשובה ל"מ דאם לא כן כל אדם יערים כן ויאמר כי עשה תשובה ועיין נו"ב חלק או"ח סי' ל"ה אבל המהרש"א דאזיל אליבא דרנבה"ק לענין ח"כ שוב שייך ענין תשובה וצ"ל דבאמת ל"מ תשובה כל שלא היה שב מידיעתו ואמרינן דמדעביד הא עביד גם הא ועיין מלמ"ל פרק יו"ד מגירושין הח"י. ומיהו יש לומר דעכ"פ מההקדש מתיירא ול"ש שב מידיעתו וכמ"ש. ובגוף דברי המהרש"א כבר הארכתי בזה בחידושי בסוגיא שם ובתשובה אבל מצאתי בשו"ת ב"א חלק חו"מ סי' ס"ב שהעיר בזה. והנה במה שהאריך המלמ"ל פ"ב משגגות בהך דיומא דאמאי לא מקרי שב מידיעתו דהא אם היה יודע שהב"ד יעשו שיעור גדול הי' שב מידיעתו לפענ"ד תמוה מאד דשב מידיעתו לא מקרי רק אם באמת הוא טעות בדין רק שזה לפי דעתו טעה וסובר שמותר וכן אם הב"ד הורו בטעות שחלב מותר אף שנצטרף עוד שגגה שפיר אמרינן דאילו מתוודע להב"ד שטעו הי' זה שב מידיעתו אף שנצטרף עוד שגגה שפיר חשיב שב מידיעתו אבל כאן אף אם יחדשו הב"ד שבדור אחרון שיעור קטן מ"מ באותו הזמן שזה אכל היה היתר גמור דהיינו לענין קרבן ואין לך אלא שופט שבימיך ואיך אפשר לומר דזה מקרי שב מידיעתו הא אף אם יהיה נודע לו שהב"ד האחרון יורו שיעור קטן מזה יהיה נקרא זקן ממרא אם לא מורה כן כב"ד שבימיו וז"פ וברור והמלמ"ל בעצמו ירד לזה אבל לא דבריו דברי. והנה בשנת תרט"ו י"ג אב למדתי פרק כלל גדול ובהגיעי לכאן הנה תמהתי על מה דפריך אביי הרי חטאת דבעי ידיעה בתחלה ופליגי ר"י ור"ל וק"ל לפמ"ש רש"י בדף ע"א ע"ב ד"ה וחזר גם צ"ע בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קס"ד לפי חלוקו שחלק קשה בסוגיא זו ולפי שלא העמקתי בזה לא אוכל לרשום באורך. והנה במ"ש התוס' בשבת שם ד"ה בעל להסתפק אם שייך בשפחה חרופה אשם תלוי לפענ"ד צ"ע בכריתות דף כ"ב ע"ב אמרו שם שפחה חרופה יליף באיל באיל ומשמע דבשפחה חרופה שייך ג"כ אשם תלוי. והנה דברי הרמב"ם פ"א משגגות ה"ט נאחזים בסבך וזקני הח"ץ ז"ל סי' קס"ד מחלק בטוב טעם בין העלם החפץ להעלם ידיעת התורה. והנה אשתקד שאל אותי תלמידי החריף מוה' שמואל ביק ני' דלדברי הח"ץ וחלוקו יקשה בהא דאמרו בשבת דף צ"ד אלא אמר רב אשי כגון ששגג בזה ובזה ונודע לו וחזר ונודע לו ובפלוגתא דר"י ור"ל ולהח"ץ הא בהעלם ידיעת התורה ל"ש לפלוגתת ר"י ור"ל ובאמת שהיא קושיא גדולה. והשבתי לו תכ"ד ואיני זוכר אם כתבתי על הספר וכעת בהגיעי לזה אני אומר דלא קשה דהנה באמת ש"ה דכל שהעלים

בידיעת התורה מכפר על הכל כמ"ש הח"ץ דאילו היה נודע לו האיסור היה שב גם על זה אבל כאן דיוכל להיות שטעה בזה וסבר דהכלי טפלה להאוכל כדס"ד דמקשה דאמר ש"מ האוכל שני זיתי חלב בהעלם אחד וא"כ בכה"ג גם העלם ידיעת התורה דמי להעלם חפץ ושפיר אמרו דפליגי בפלוגתא דר"י ור"ל. ותדע דאל"כ מה שייטא הכא הך פלוגתא בהעלם אוכל וכלי בכל העלמות הדין כן אלא ע"כ דכאן חידש הש"ס דאף העלם שטעה בדין וסבר שגם אם הכלי צריך לו ג"כ הוה טפל וא"כ הוה דומיא דפלוגתא דר"י ור"ל ובזה יש ליישב גם קושית התוס' ד"ה ובפלוגתא ועיין בח"ץ שם ודוק היטב ובזה מיושב היטב קושית התוס' בשבת דף צ"ד ע"ב ד"ה למימרא שהקשו דלמא רבי מיירי בשנודע לו וחזר ונודע לו ובפלוגתא דר"י ור"ל ומ"ש דא"כ פשיטא הוא תימה דהא זהו מחלוקת ר"י ור"ל וקמ"ל כר"י ולפמ"ש הח"ץ א"ש דכאן ל"ש העלם חפץ דהא החפץ הוא אחת והוליך מרה"ר לרה"ר דרך רה"י וע"כ העלם איסור שבת ולא ידע איסור שבת ההכנסה והוצאה א"כ בכה"ג ודאי פטור מיהו עדיין יש לעיין די"ל דלא הוה העלם אחת דלא ידע שהכנסה אסורה דהא אינו רק תולדה לבד וצ"ע בזה:

סימן קכט

א ששאלת בדיין אחד שנטל שכר כדי לדון דקי"ל שכל דין שדן בטל כמ"ש בש"ע חו"מ סי' ט' ס"ה מהו הדין אם החזיר השכר מה שלקח אם דיניו כשרים. הנה מאוד תמהני אף כי במקומו אינו מבואר אבל בסי' ל"ד סי"ח בהג"ה מבואר דאם החזיר דיניו ועדותיו כשרים ומטעם שאין זה רק קנס בשביל שלקח שכר וכל שהחזיר כשר. איברא דלכאורה צריך להבין לפמ"ש בשו"ת מהרש"ל סימן י"א לענין אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דאף אם יעיד אח"כ בפני בע"ד מ"מ לא מועיל דחיישינן דעביד אינש לאחזוקי דיבורא והט"ז בסי' כ"ח סט"ו הביא כן בשם שו"ת מהר"י בן לב ועיין ש"ך סי' ל"ג ס"ק ט' מ"ש בשם הבעל עיטור לענין קרוב ונתרחק ואם כן אמאי לא נחוש גם כאן דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה ולפמ"ש במפרשי הים בפרק הגוזל בתרא לחלק דדוקא היכא שהיה חשש דמשקר קודם לא מועיל למה שיאמר שנית דחיישינן שמא משקר משא"כ היכא דצריך להעיד פעם שנית אבל אין כאן חשש שקר ע"ש וא"כ י"ל דגם בזה כיון דאין חשש שמא ישקר רק דקנס חז"ל הוא בשביל שנטל שכר כמ"ש הר"ן פ"ב דקידושין בסופו וא"כ לכך כשר כשיעיד שנית אבל בפוסקים לא נתבאר חילוק זה. ובאמת שלכאורה מכאן ראיה להט"ז שם שחולק על המהרש"ל וכתב דמועיל הגדה שנית ול"ש עביד איניש לאחזוקי דיבורא. והטעם נראה לפענ"ד דל"ח בעדות שישנה המעשה בשביל שיחזיק

דיבורו וכל שנתרחק או שיגיד בפני בע"ד או שהחזיר השכר לא חיישינן שישקר בשביל שלא ירצה לחזור מדיבורו ופשיטא דלא יחטא וישנה המעשה.

ב אבל לפ"ז אכתי צריך להבין בדיין אמאי יתכשר הא בדיין שייך חשש דמשום כיסופא יטה לבבו ומחשבתו לחשוב שדינו שדן כבר הוא אמת ומחשבה יותר ניקל שישתנה ממעשה בפועל וכמו באוהב ושונא דבדיין פסול ובעדות כשר ומה"ט כמבואר בש"ע סי' ז' ועיין בעקידה פ' שופטים וא"כ מ"ט יכשר בדיין. והנ"ל בזה דהנה המהרי"ט סי' ס"ט בראשונות כתב דהא דאמרינן שדיין שדן ונטל שכר דדיניו בטלים הוא דוקא במה שדן עפ"י שודא דדייני אבל בדין גמור מה"ת לומר שיתבטל עפ"ז ע"ש. ולפ"ז בשודא דדייני כל שהחזיר ממון שנטל שוב ל"ש חשש שיטה מחשבתו דהא השודא עיקר מסור ללבבו של דיין ואם נטה לזה זהו עיקר הדין כראות עיני הדיין וא"כ ל"ש בכאן חשש כלל דכפי שיטה לבבו כך הדין ואינו רק משום קנס שקנסו חז"ל בשביל שנטל שכר וכל שהחזיר כשר וז"ב לדעתי. וראיתי בשו"ת אא"ז החח"ק ז"ל סי' קל"א שהביא בשם שו"ת מהר"י בן לב סי' צ"ז שנשאל בדין שכתב פסק ואח"כ נתקבל לדיין באותו דבר אם כשר ול"ח דמחמת כיסופא לא יחזור מדעתו והביא ראיה מהא דכתב הר"ן לענין עדות דאם נטל שכר להעיד דכשר בהחזיר וה"ה לדין דא"ל דבדין פסול אף שהחזיר דא"כ למה אמרו בנדה דף נו"ן דלאתויי נטל שכר והחזיר דכשר להעיד ופסול לדין וע"כ דגם לדין כשר והחח"ק שם דחה ראייתו. ולפמ"ש בלא"ה אין ראיה לפמ"ש המהרי"ט דמירי בשודא וא"כ לכך גם בדין כשר דבשודא ל"ש שום חשש וכמ"ש אבל בסתם דין שפיר י"ל דכל שכבר כתב פסק כסיפא ליה מלתא לחזור מדבריו וגדולה מזו מצינו בכתובות דף כ"ג דמשחתמו אין מעידין עליו ופירש"י דגנאי הוא להם ומחמת זה חיישינן שיעידו שקר ואם חשו לעדות שקר מכ"ש בדין דיותר ניקל המחשבה להשתנות מהמעשה וכמ"ש. ובאמת שהש"ך בסי' י"ז ס"ק ט' כתב בשם מהריב"ל ח"ב סי' צ"ז דפסול לדון כל שכבר כתב פסקו ודעתו ע"ש וכ"כ בשם המהרלב"ח וזה סותר למ"ש החח"ק בשם המהריב"ל וגם במ"ש הש"ע בשם המהרלב"ח לפסול תמהני דהלא המהר"י בירב חולק עליו וכמ"ש החח"ק בשמו ותמהני שלא הזכירו הש"ך וגם בכנה"ג בסי' י"ז ראיתי שהשוה דעת המהרלב"ח להמהר"י בירב ע"ש ולא ידעתי להכריע כי ספרי מהריב"ל ומהרלב"ח אין אתי. עכ"פ כפי הראות כל שכבר כתב פסק יש לפסול לאותו דין. ומ"ש החח"ק בשם המהר"י בי רב דכשר והוא כתב ראיה דא"כ יפסלו כל החכמים לדון בדבר שכתבו בחיבוריהם אין ראיה דודאי בדין אחר יכולין לדון ורק באותו דין יש לומר דכסיפא ליה לחזור ועיין בכנה"ג שם בהגהת הטור אות ט"ז י"ז י"ח וצ"ע שהש"ך כתב להיפך בשם

מהריב"ל ומהרלב"ח כמ"ש הח"ץ והכנה"ג שם. שוב דקדקתי בדברי הש"ך וכפי הראות כוון למהרשד"ם ובאמת שהמהרשד"ם פוסל כמ"ש גם הכנה"ג משמו אבל צ"ע מדוע לא כתב שהמהריב"ל חולק גם מ"ש שכ"כ המהרלנ"ח מדוע לא הזכיר שהמהר"י בי רב חולק ואולי כוון הש"ך לחילוק הנ"ל דבאותו דין גם המהר"י בי רב מודה למהרלנ"ח וכמ"ש למעלה וכ"כ בכנה"ג וצ"ע ועיין באורים שם. והנה בגוף הדין לכאורה צריך להבין במ"ש הר"ן בשם הרמב"ן דאם החזיר מה שנטל כשר להעיד ולמה יתכשר ניהו דאינו רק משום קנס וכל שהחזיר כשר אבל אכתי למה קנסו העדים ולא קנסו את הבע"ד דבשביל שנתן שכר לעדות לכך לא יועיל עדותם ואף שהחזיר אדרבא חוטא נשכר שהחזירו לו את השכר ומ"מ העיד לו והיא לכאורה הערה גדולה. וצ"ל דהבע"ד ל"ש שיקנסו דא"כ אם אין לו רק אותו עדות יפסיד ממונו בשביל זה וזה לא רצו לקנוס ולא קנסו רק לכתחלה שלא יקבל שכר וגם להחזיר דאין מגיע לעד שום פסידא ומה שהעיד בחנם כן המצוה דכל מצות ד' בחנם אבל להפסיד את הבע"ד בשביל זה לא רצו חז"ל. ובזה הי' מקום לומר דבדין באמת פסול אף שהחזיר ומטעם דקנסו הבע"ד וכאן ליכא פסידא דהא יש דיינים אחרים וידונו הם. ואולי מטעם זה דקדק הר"ן בשם הרמב"ן ולא כתב דין דאם החזיר רק בעדות ולא בבע"ד אף שלעיל מיניה כתב דין הדיין ועדות ביחד ע"ש. ובזה ממילא מיושב גם קושית מהריב"ל סי' צ"ז דלמא לא תני לי' בכלל יש מי שכשר להעיד ופסול לדין ולפמ"ש א"ש דבאמת כל הפסולים הם מצד העדים וכאן כשהחזיר אין הפסול בשביל עדים רק בשביל קנס הבע"ד וזה לא נכלל בכלל הכשר להעיד ופסול לדון דבעצמותו ליכא פסול כלל ודו"ק

ג אמנם לפמ"ש המהרי"ט דהך דדן את הדין מיירי בשודא דדייני ממילא י"ל דגם בדיין כשר כשהחזיר כיון דהדבר אינו תלוי רק בשודא דדייני וכפי ראות עיניו א"כ יהי' להבע"ד הפסד לאותו שזיכה דדלמא דיין אחר לא יבין כ"כ ויזכה אחר כיון דאין תלוי בסברות ודינים רק על ראות עיני שכלו ולא כל הדעות שווים וכל דאיכא פסידא לא גזרו חז"ל וז"ב מאד. אך בגוף דברי המהרי"ט שחידש זאת הוא משום דק"ל דאם דן את הדין וזיכה את הזכאי וחייב את החייב מאי דיני' בטלים ולכך מוקי לה בשודא דדייני. ולפמ"ש היה מקום ליישב קושייתו דניהו דדן דין אמת מ"מ משום קנס הדיין והבע"ד לכך פסלו כל דיניו אף שדן דין אמת ולא יועילו מעשיו וצ"ל דאכתי יקשה כיון דכתבתי דפסידא לא רצו חז"ל להפסידו בשביל קנס א"כ אם נימא דהדין בטל וצריך לחזור ולדון מגיע פסידא לאותו שזיכה באמת ויצטרך לחזור ולדון וב"כ וב"כ ישמיט שכנגדו וגם ידע להזהר שכבר שמע במה נתחייב וזה אין סברא לפסול משום קנס ולכך קשיא למהרי"ט

דאם זיכה את הזכאי וחייב את החייב מאי דיניו בטלים וע"ז מוקי לה בשודא דדייני דזה אינו תלוי בדין רק בראות עיניו וכל שנטל דין הוא שיהיו דיניו בטלים עד שיחזיר את המעות וידין כפי ראות עיניו ולא יגיע פסידא דהוא בעצמו ידון כפי ראות עיניו באמת.

ד ובזה הנה מקום אתי לדון על תירוץ המהרי"ט השני שכתב דמיירי לענין שהודאתו בפניו לא מחשב הוראת בע"ד וגם הגדת העדים ל"מ בפניו ולפמ"ש בכה"ג שיוכל להגיע פסידא לא גזרו חז"ל ולפ"ז עכ"פ בדין ממש ולא בשודא דדייני היה מקום לפסול הדין שידון אחר ואולי י"ל דגם בזה שייך פסידא וכמ"ש דבזה ישמט הבע"ד עצמו שכבר שמע שנתחייב וידע כמה נתחייב ובזה יש מקום לומר דבגט וחליצה וכדומה דפסלו הברטנורא והרמ"א באהע"ז בשביל דהוה כמו דין דבזה פסול דכאן לא שייך פסידא.

ה ובזה מיושב קושית התומים סי' ט' שהקשה למהרי"ט דמוקי בשודא אבל בסתם דין כשר כשזיכה את הזכאי א"כ בגט וחליצה דפסלו אף בדיעבד מאי איכא למימר. ולפמ"ש א"ש דהיכא דליכא פסידא לא מיירי המהרי"ט ובכה"ג באמת פסול. ובזה מיושב היטב מה דהקשה הכנה"ג בהגהת הטור בסי' ט' אות י"ז על המהרי"ט דלפי דרכו מה הקשה בכתובות דף ק"ה על קרנא דהיכי עביד הכי והא הנוטל שכר לדין דיניו בטלים והא הוא דן דינא ולא שודא דדייני וא"כ לכך נטל שכר ומ"ש דלקח מקודם ולא ידע אם אולי יצטרך לדין בשודא הדבר דחוק דמה קושיא דאם יצטרך לדין בשודא יחזיר להם וגם לפמ"ש בעצמו דקרנא לא היה דן בשודא דלא עדיף מר"ש א"כ לכך נטל שכר ואם יצטרך לדין בשודא בלא"ה לא ידון. ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ לא הקשה המהרי"ט דאם דן את הדין וזיכה את הזכאי דיהיה דינו דין רק משום שיהיה פסידא לבע"ד ולפ"ז זה שייך לאחר שדן אבל לכתחלה יקשה דאיך לקח מעות מקודם שהתחיל לדון כמ"ש הכנה"ג דכן משמע הלשון ועי"ז יגיע פסידא לא יקח מעות ולא יהיה פסידא. ובזה מיושב מה שהקשינו בהגהותינו על הש"ס על המהרי"ט דמ"פ שם על הא דאמר מכוער הדיין שנוטל שכר לדון ודינו דין אילימא בתורת דין דינו דין והתנן הנוטל שכר לדון והקשינו דמ"פ הא שם יכול להיות דדן דין ממש ודינו דין. ולפמ"ש א"ש דשם קתני מכוער הדיין שנוטל שכר לדון ומשמע דנוטל מקודם ובזה מהראוי לומר שאסור לא שמכוער בלבד דלכתחלה בודאי אסור. שוב ראיתי בתומים שם שכתב ג"כ לחלק דלכתחלה אסור אף בדין ממש ולפמ"ש ימתק הדבר בטעמו ודוק. והנה לכאורה י"ל דכוונת המהרי"ט היא דהוא ס"ל דאף בהחזיר פסול בדין וכדמשמע לשון הר"ן שלא כתב הדין רק בעדות ולא בדיינים וכמ"ש לעיל וע"ז מחלק דבהחזיר השכר אינו פסול בדין ממש רק בשודא דדייני דשם יש לחשדו שיעמוד בדיבורו אף שהחזיר כיון שאינו תלוי בפלפול וסברא.

ובזה היה מיושב קושית הכנה"ג והתומים עליו דאם לא החזיר השכר פסול אף בדין גמור אבל לשון המהרי"ט אינו סובל זאת ודוק ועיין בבית יעקב סי' קכ"ח שצדד לומר דעדים שהבטיחו להם שכר ונטלו אח"כ לא מקרי נוטל שכר להעיד ובאמת המעיין יראה שאין דבריו נכונים וראיותיו נדחות ונפרכות ממילא וכבר הושג בהגהת המלמ"ל סוף הלכות עדות ועיין במשאת בנימין סי' צ"ח מה שהאריך שם ותראה שכתב בהדיא להיפך מהבית יעקב גם מכל הפוסקים שהביא משמע כן וגם בגט צווחו הפוסקים על העדים על מה שנוטלים שכר ועיין באהע"ז סי' קל"א והרי הם נוטלים לאחר הגט וכן בחליצה ועכ"פ בדיינים ודאי פסול וכמ"ש הב"י שם וכן נראה ממה שצווח הברטנורא על הדיינים שנוטלים שכר על החליצה ועיין בש"ע סי' קס"ט ודוק

1 שוב מצאתי במהרי"ל בלקוטי מהר"ש בהדיא דגם אחר שהעיד ודן אם נטל שכר בטל הדין והעדות ואף שדן אמת והעיד אמת מ"מ קנס קנסו אותן. אחר כמה שנים זכיתי לספר שאלתות ומצאתי בפרשת דברים שכתב וז"ל ברם צריך למימר מהו למשקל דיין אגר בטילה ומידן גבי עדים לא תבעי לך דהא תנן דשרי למשקל אגר בטילה דתנן אם היה זקן מרכיבו על החמור כי תבעי לך גבי דיין כיון דהו"ל יחיד מומחה ובעי ליה דחוקי נפשא דאפילו אגר בטילה נמי לא לשקול. הנה ממרוצת דבריו ניכר שרצה לחלק דבעדות שרי ליטול אגר בטילה משא"כ בדיין ולא נודע החילוק ועיין בשאילת שלום שם ולפענ"ד נראה דכוונת הגאון דהנה באמת מה דאסור לשקול שכר מצוה היא משום דמה אני בחנם אף אתם בחנם ולפי זה נראה לי ברור דזה דוקא מה שאדם יכול לעשות ביחידי מצוה לעשות בלי שום קבלת שכר אבל מה שא"י לעשות בלי אחר א"כ על אותו אחר א"י לצוות שיעשה בחנם ושוב ממילא הוא ג"כ אינו מצוה בחנם דהא לא יועיל עדותו בלתי האחר ולפי זה זהו החילוק שבין עדות לדיין דבשלמא דיין דיחיד מומחה יכול לדון א"כ עליו בעצמו המצוה והוא מצווה לעשות בחנם אבל על אחר א"י לצוות ולכך בעדות דבעי שנים יכול לקבל שכר וז"ש עדים לא תבעי לך דהא תנן דשרי למשקל אגר בטילה כי תבעי לך גבי דיין כיון דהו"ל יחיד מומחה מבעי' ליה דחוקי אנפשיה והיינו בשביל דהוא יחיד מומחה ולפי זה יצא לנו דע"א לשבועה או במקום שנאמן ביחידי כמו בעדות אשה וכדומה אסור למשקל שכר בטילה ומ"ש הגאון דהא תנן דשרי למשקל אגר בטילה דאם היה זקן מרכיבו על החמור היינו רק לראיה דשרי למשקל שכר בטילה והיינו דשם באמת מבטל ממלאכה ומפסידו אבל בעד ודיין אינו ברור וע"ז אמר דעדים מ"מ יכולים ליקח דאין המצוה עליהם בלבד משא"כ בדיין ודוק. והנה הקצה"ח סי' ל"ד הקשה אם נימא דנוטל שכר כדי להעיד הוא פסול מן התורה אם כן היאך אמרו

במוש"ר דאינו חייב עד שישכור עדים ולפי זה אם אמת היה הדבר וסקלוה אף שנטל שכר כדי להעיד ע"ש ולק"מ לפענ"ד לפמ"ש הרשב"א והובא בהגהת ש"ע סי' ל"ד סח"י דדוקא כל שכבר ראה מחויב להגיד ופסול אם נטל שכר אבל ללכת ולראות כדי להעיד זה מותר א"כ משכחת לה בכה"ג שנתן שכר שילכו לראות הדבר שלא מצא דם ואם כן בכה"ג כשר להעיד. ודאתאן עלה ראיתי בשיטה מקובצת בכתובות שם בהא דאמרו ר"י אומר אינו חייב עד שישכור עדים הקשו דאם כן היאך קרי ליה לאו שאב"מ ותירצו דעיקר המלקות על דיבורו קאתי דאין בו מעשה ע"ש והדבר תמוה דהרי בב"ק דף ד' אמרו דמוש"ר דיבורא דאית ביה מעשה הוא ופירש"י דלראב"י דוקא בבעל ולר' יהודה עד שישכור עדים ומשמע דחשיב דיבורא דאית ביה מעשה. ובאמת שזה מקרוב שאל אותי הרב מטויסט מוהר"י קרא ני' דהא במכות קרי לי' לר' יהודה לאו שאב"מ.

ז והשבתי דכיון דאינו חייב עד שישכור עדים אם כן הוה כשנים שעשאוה דפטורין דכל זה וזה אינו יכול לבדו לא מקרי מעשה והארכתי בזה אבל השיטה מקובצת כתב דלא מקרי מעשה דעל דיבורו קאתי והרי בש"ס אמרו בהדיא דמקרי דיבור דאית ביה מעשה ועיין בתוס' ובשיטה שם בדף מ"ה ע"ב גבי ר' יהודה אומר ללקות לוקה וכתבו כלם דהו"ל לאו שאב"מ ובשטה שם הקשה דלמה לא אחשביה בתמורה גבי הנך דנשבע ומימר דלוקה על לאו שאב"מ. ובאמת לר' יוחנן דאמר לא תתני מימר דבדיבור קעביד מעשה ה"ה במש"ר דבדיבורא קעביד מעשה כדאמרו בב"ק אבל אכתי תמוה דהא משמע שם בכל הסוגיא דמוש"ר מקרי לאו שאב"מ וכדאמרו במכות בהדיא וכלם לא הזכירו הך דב"ק וצע"ג. ודרך אגב אזכיר מה דאמרו שם שכרן בפחות משו"פ מהו. ולכאורה צ"ב הא בכה"ת כולה פחות משו"פ לאו כלום הוא. ואמרתי זה רבות בשנים דלפי מה דיליף שם שימה שימה והרי במנחות דף י"ט משמע דשימה בכ"ד א"כ גם כאן דכתיב ושם לה עלילות דברים הוא בכ"ש. ובזה אמרתי הא דדעת הרמ"ה דבריבית בפחות משו"פ עובר הוא ג"כ משום דכתיב לא תשימון עליו ושימה בכ"ד ובעש"ק תצא תרכ"ו בתוך אחד השיחים שמע הרב מוה' יוקל טשארטקיווער זאת ואמר לפי זה משכחת לה נשך בלא תרבית כגון בפחות משו"פ דבתרבית לא כתיב שימה ואמרתי ז"א דהא באותו קרא דתרבית כתיב גם בנשך לשון לא תתן ודוק שוב ראיתי במהר"ם שיף בכתובות שכתב גם כן דלכך הוה לאו שאב"מ דהדיבור אין בו מעשה ומהתימה שלא הרגיש בהך דב"ק דקרי ליה מעשה וצע"ג:

סימן קל

א בענין חצי שיעור.

ב ע"ד מ"ש בשם הפרמ"ג להסתפק בח"ש דאסור משום דחזי לאצטרופי אם הפירוש הוא שראוי הוא בשעת מעשה להצטרף ויהיה שיעור שלם לכך חשוב גם הח"ש או דלמא דהפירוש הוא דחזי לאצטרופי שיאכל אחר כך בכדי אכילת פרס ויצטרף לשיעור הנה בחידושי פלפלתי בזה. וכעת שדפקת על דלתי בית מדרשי בראשית ההשקפה אמרתי ראיה להפירוש הראשון דהרי בהא דקי"ל בסי' שנ"ט בחו"מ דח"ש אסור לגזול דהיינו כ"ש אף פחות משו"פ כתב הסמ"ע שם בשם הה"מ דהוא כמו שאר איסורין דח"ש אסור והנה ח"ש דאסור הוא משום דחזי לאצטרופי ואם נימא דהפירוש הוא שראוי להצטרף אח"כ ויהיה שיעור שלם יקשה דהרי פחות משו"פ מחלו ישראל כדאמרו בסנהדרין דף נ"ז ודף נ"ט וכ"כ התוס' בעירובין דף ס"ב ובע"ז דף ע"ב וכיון שכן היאך יצטרף הא כל שעבר שעת הגזילה של החצי פרוטה הי' מוחל לו ואיך יצטרף אח"כ וע"כ דהפירוש הוא שראוי בשעת מעשה להצטרף והנה לכאורה היה קשה לי בהא דקאמר בב"ק דף ק"ה גבי מחל לו על הקרן חוץ מפחות משוה פרוטה דאין צריך להוליך אחריו דל"ש אלא שאין הגזילה קיימת אבל הגזילה קיימת לא מאי טעמא חיישינן שמא תתיקר וקשה הא כיון דפחות משוה פרוטה מחיל ישראל אם כן אף כשתתיקר למה ניחוש לה הא מחל לו ואין לאחר המחילה כלום וראיתי בסמ"ע סי' שס"ג שכתב בס"ק ז' דלכך יבא הנגזל ויטול אף דהוא פחות משוה פרוטה מכל מקום בר השבה הוא כיון דהיה מתחלה גזל הרבה ולא החזיר כלה א"נ דגם פחות משו"פ אסור לגזול אלא שאין הב"ד נזקקין והנה לפמ"ש בראשונה היה מקום ליישב דשאני התם שגזלו הרבה רק שמחל לו אבל אכתי יקשה דאם מחל לו כלו רק הפחות משו"פ וא"כ ניהו דבשעת מעשה לא מחל לו מ"מ הא בתר הכי בודאי מחל לו דפחות משו"פ מחלי אינשי ובפרט שכבר מחל לו כלו וא"כ למה יצטרך לחזור ולהשיבו לל"ק וגם לל"ב עכ"פ חייב בהשבה והא ל"ש הטעם דח"ש דל"ח לאצטרופי וכמ"ש.

ג ועכ"פ במ"ש יש ליישב קושית התוס' דף ק"ד שהקשו דלמה תני פחות משו"פ הא מדקתני רישא הגוזל שו"פ משמע הא פחות לא ולפמ"ש אתי שפיר דהיכא דמתחלה לא הוה רק פחות משו"פ פשיטא דל"צ לחזור אחריו דמחל לו אלא אף במחל לו כל הקרן לבד מפחות משו"פ הו"א כיון דלא מחל לו בעת ההוא חזינן דלא רצה למחול לו א"כ יצטרך לחזור אחריו קמ"ל דלא וכעין מ"ש הסמ"ע לחלק לענין מה שצריך השבה. אמנם בגוף הדבר נראה לפענ"ד דבר חדש דאטו מי כתיב בקרא דפחות משו"פ מחיל ישראל רק דמסברא ידעינן לה דישראל רחמנים הם בטבע ונדיבים ומוותרים פחות משו"פ אבל זה כשאינו רק פחות משו"פ בלבד הא אילו ידע שיגזול אח"כ עוד פחות משו"פ ויוכל

להצטרף לחשבון גדול בודאי לא מחל לו גם השו"פ הראשונה דהא בצירוף הוא דבר חשוב והוה פרוטה והוה כמחילה בטעות ונקרא גזל וחייב להחזיר כנלפענ"ד. ובזה מיושב מה שהקשה בשערי משפט סי' וא"ו בהא דמבואר בשבועות דף ל"ח דפרוטה מכלם מצטרפים וכן קי"ל והיאך יוכלו להצטרף הא על פחות משו"פ מחלי ישראל ואיך מצטרף אח"כ ולפמ"ש א"ש דאח"כ מצטרף ונקרא מחילה בטעות.

ד איברא דלפ"ז צריך להבין בהא דאמרו שם גבי גזל שלש אגודות והחזיר שתים דאף שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן ואכתי כיון דפחות משו"פ הוא מחלי. ואולי כיון דתחלה הי' שו"פ ממילא לא מחיל וגם אח"כ כשהחזיר לא מחל דכיון שראה שמחל וידע שמצות השבה אין כאן א"כ למה ימחול הא יחזיר כדי לקיים מצות השבה ועיין בהרא"ש שם מ"ש בשם הרמ"ה דמדמה לה לב"ד שנזקקו לשו"פ שגומרין אף לפחות ועיין בסי' וא"ו שהרא"ש לא פסק כן וצ"ע שכאן הביא בשם הרמ"ה כהרמב"ם שוב מצאתי בב"ח סי' וא"ו שהעיר בזה עכ"פ הדבר נכון כמ"ש. ובלא"ה י"ל דבגזל לא אכפת לן במה שמחל דכבר כתב הח"ץ ז"ל סי' פ"ו דח"ש דאסור הוא משום דאחשביה וא"כ שייך גם בח"ש הטעם דאחשביה מטעם דגזלו ע"כ אחשביה.

ה ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית המהרש"א בב"מ דף ס"א במ"ש התוס' דלכך לא מוקי לה בגזל דהו"ל לאו הניתק לעשה והקשה המהרש"א דגם כובש שכר שכיר הו"ל לאו הניתק לעשה ולפמ"ש אתי שפיר דמשכחת לה בכה"ג דכבש שכר שכיר דהיינו דשכרו היה שלש אגודות ונתן לו שתים ואחת לא נתן לו וא"כ אף שגזילה אין כאן השבה אין כאן וכיון שכן שוב לא הו"ל לאו הניתק לעשה ונמצא שפיר לוקה דבתחלה נתחייב לתת לו שכרו וכשכבש אחת כיון שא"צ להשיב דהוה פחות משו"פ א"כ מחל לו א"כ מה שנותן לו אח"כ מתנה בעלמא הוא דנתן לו משא"כ בגזילה שפיר איתא בהשבה דח"ש אסור משום דאחשבי' ושפיר אחשביה מדגזלו אבל מה שכובש שכר שכיר ולא נתן לו זה לא שייך מעשה וכמ"ש הח"ץ שם לענין ביעור דמה שלא ביער הח"ש זה לא נקרא אחשביה דאדרבא בשביל דלא אחשביה לכך לא ביערו וה"ה כאן לענין כובש שכר שכיר משא"כ בגזילה דמה שגזל השלישית ע"כ דאחשביה וא"כ כיון דשייך אחשביה שוב אסור אף שמחל לו וצריך לקיים השבה והו"ל לאו הניתק לעשה וכעין זה שמעתי מפי אבי מורי הרב הגאון נ"י דבכובש שכר שכיר לא שייך אחשביה ומטעם הנ"ל אבל לא ידעתי על מה אמר זאת כי קטן הייתי באותו פרק ודו"ק.

ו עכ"פ אין הכרע לספיקו של הפרמ"ג. מיהו בלא"ה י"ל ראיה להפירוש הראשון דאל"כ בסוף יוה"כ או סוף יום השביעי בחמץ יהיה מותר ח"ש דל"ש חזי לאצטרופי דאח"כ לא יהיה פסח ויוה"כ וע"כ כיון דבעת ההוא ראוי שיאכל השיעור כלו ודו"ק

ז והנה לכאורה יש להביא ראיה להפירוש הראשון מהא דאמרו בשבת דף ע"ד וכי מותר לאפות פחות מכשיעור ופירש"י משום דח"ש אסור מה"ת וקשה אם נימא דהפירוש הוא דחזי לאצטרופי אח"כ כשיעשה עוד חצי שיעור אח"כ יהיה שיעור שלם יקשה הא קי"ל כרבנן בשבת דף ק"ה דהכותב שתי אותיות בשתי העלמות דחכמים פוטרין ומטעם דיש ידיעה לחצי שיעור וא"כ לא יצטרף אח"כ לכשיעור ול"מ לפירש"י דאף שלא ידע רק שראוי לדעת פטור דודאי קשה דלא חזי לאצטרופי אלא אף לפירוש התוס' דמיירי בנודע לו וכן נראה שפירש הרמב"ם פ"ו משגגות ה"ח עכ"פ יקשה דל"ש חזי לאצטרופי דשמא יודע לו בנתים ומסתמא יודע לו ולמה יהיה אסור ח"ש וע"כ דהפירוש הוא שחזי לאצטרופי בשעת המעשה והיא ראיה נפלאה. מיהו יש לדחות דניהו דאינו חייב חטאת אבל מ"מ מיתה חייב כשכתב במזיד ח"ש שחרית וח"ש ערבית וא"כ שוב ח"ש אסור דאינו תלוי בחיוב חטאת רק בחיוב מיתה ומלקות. ועכ"פ מיושב בזה הא דמקשה וכי מותר לאפות פחות מכשיעור והדבר תמוה דהיאך יעלה על הדעת שיהי' מותר ח"ש ועיין תוס' שנדחקו ובמ"א הארכתי עפמ"ש בשו"ת אא"ז הח"ץ דח"ש מותר במלאכת שבת ובכל דבר שאינו איסור אכילה. אך באמת הקשה עליו המגיה במלמ"ל פח"י משבת מכאן וישבתי דבריו שם. אבל לפמ"ש א"ש דכיון דיש ידיעה לח"ש הי' ס"ד יהיה מותר ח"ש דל"ש חזי לאצטרופי וע"ז חידש לו דחזי לאצטרופי בשעת מעשה או דמקשה לר"ג דס"ל אין ידיעה לח"ש וכדמוקי רב הונא בדף ע"א ברייתא כר"ג אמנם באמת בלא"ה יש ראיה דאל"כ היאך שייך ידיעה בח"ש לרבנן דמה נודע לו כיון דהיתר גמור הוא ולא שייך ידיעה רק שנודע לו שעשה איסור אבל בחצי שיעור לא עשה איסור. ואולי יש לומר להיפך דאדרבא כיון דהיתר הוא לכך ל"ש שיצטרף.

ח ובלא"ה יש לומר כיון דכל ההיתר הוא נצמח ממה שאינו מצטרף ואם הי' מצטרף שוב הי' אסור משום דחצי לאצטרופי וא"כ שייך ידיעה לחצי שיעור דאם לא נימא דידיעה מחלק שוב הי' אסור ודו"ק. ובאמת קשה לי דאמאי צריך לאוקמא בדף ע"א כר"ג דס"ל אין ידיעה לחצי שיעור הא שם אליבא דר"ל קאי ור"ל סבר דחצי שיעור מותר מן התורה בכל האיסורים מכ"ש באיסורי שבת וא"כ ל"ש ח"ש כלל וצ"ע. עכ"פ יהיה איך שיהיה לכאורה מוכח דח"ש הכוונה שבשעת מעשה מצטרף דאח"כ ל"ש ח"ש בשבת וכמ"ש.

ט וראיתי בישועת יעקב או"ח ר"ס ש"א שהאריך בענין ח"ש באיסור שבת והקשה בהא דקאמר הש"ס ביבמות דף ה' יכול א"ל אביו חלל שבת ישמע לו ת"ל את שבתותי תשמורו וכגון שאמר שחוט ובשל לי ואח"כ מוקי בלאו דמחמר והקשה אמאי לא מוקי דצוה לו לעשות פחות משיעור דאין כאן רק איסור בעלמא וה"א דעשה דכיבוד דחי וע"כ דח"ש מותר. ולפענ"ד אין ראיה דכל הטעם דח"ש אסור משום דחזי לאצטרופי ושם ל"ח לאצטרופי לפמ"ש דחזי לאצטרופי בשעת מעשה ושם אם הי' בשעת מעשה לא היה עושה דהיה איסור כרת ובאיסור כרת אסור דאין דוחה עשה שיש בו כרת וא"כ בכה"ג ל"ש חזי לאצטרופי ודו"ק עוד יש לומר דהנה לפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו דח"ש אסור מטעם דאחשביה וא"כ כאן ל"ש אחשביה דהבן ודאי לא אחשביה דעשה משום כיבוד אב אבל לא אחשביה למלאכה וא"כ לכך א"א לאוקמא בח"ש. וע"ד החידוד י"ל דהנה החזקוני הקשה דל"ל קרא דלא ישמע לו בחילול שבת ת"ל דכל היכא דלא חייב השליח מחייב שולחו כיון דהשליח לאו בר חיובא ואם נימא דצריך שישמע לו שוב הבן השליח לא יתחייב ויתחייב האב וא"כ אינו עושה מעשה עמך ושוב א"צ לכבדו ובחידושי ליו"ד הלכות כיבוד אב ואם הארכתי בזה. וכעת נ"ל עפמ"ש הפ"י בתשובה להקשות דלמה לא יהיה אסור שבות גוי מטעם שליחות דלחומרא יש שליחות לעכו"ם וכתבו הבית מאיר סי' ה' ודו"ז בישוע"י ז"ל דשאני מלאכת שבת דעיקר הקפידא שגופו ינוח מלעשות מלאכה וא"כ ל"ש שליחות דסוף סוף גופו שובת ובתשובה הארכתי בזה וא"כ מיושב קושית החזקוני דניהו דהיכא דלאו בר שליחות מחייב שולחו כאן ל"ש זאת דסוף סוף גופו שובת ממלאכה וז"ב. ולפ"ז י"ל דלכך לא אוקמא בח"ש דשם יקשה דהא אינו עושה מעשה עמך דעכ"פ ח"ש אסור מן התורה וא"ל דל"ש כאן שליחות דסוף סוף גופו שובת דז"א דזה לא שייך רק היכא שהשליח עושה מלאכה גמורה אבל כאן בח"ש באמת לאו מלאכה היא כעת רק דחזי לאצטרופי וא"כ ממילא האב אינו עושה מעשה עמך דעושה איסור בצוויו וא"ל דסוף סוף גופו שובת דז"א דהא גם הבן כעת אינו עושה מלאכה רק דחזי לאצטרופי ע"י שישלים המלאכה וא"כ גם באב שייך דחזי לאצטרופי ע"י שהי' משלים האב הח"ש האחר ואז היה חייב ודו"ק כי חריף הוא אף כי יש לפקפק קצת. ומ"ש להקשות בישועת יעקב באו"ח שם מהא דאמר בירושלמי הוציא מצה לרה"ר אינו יוצא ידי מצה אם לא מקרי מצוה הב"ע ואם נימא דח"ש מותר יקשה הא שיעור הוצאה בשבת כגרוגרות ושיעור אכילת מצה בכזית א"כ יכול להוציא בהיתר ומה שהוציא יותר בשביל זה ודאי לא מקרי מהב"ע וע"כ דגם ח"ש אסור מן התורה. הנה לפי מה דאמרו בשבת דף צ"א דמיגו דהוה שיעור לטומאה הוה שיעור לענין שבת ע"ש

וא"כ גם כאן כיון דהוה שיעור לענין אכילה בכזית גם לענין הוצאה מחשב בכזית אלא דלפי מה דאמרו שם דבעינן שיבואו האיסורים ביחד וא"כ גם כאן י"ל כיון דהשיעור כזית אינו רק באכילה א"כ לא מתחייב מקודם על הוצאה רק בשיעוד גרוגרות. אך לפמ"ש הרשב"ם שם והובא בחידושי רשב"א דבתרומה טהורה אף בכזית סגי דאכילת תרומה טהורה דמצוה בכזית אכילתו מחשבתו ע"ש וא"כ ה"ה הכא וצ"ע בשבת שם דאמרו לענין שתי הלחם ולחה"פ מדלענין יוצא בכזית לענין שבת נמי בכזית ולמה לא אמר מדלענין אכילה דשתי הלחם ולחה"פ דהוא בכזית ואולי במצוה יוצא אף בפחות מכזית בכ"ש כפי מה שמגיע לחלק ועדיין צ"ע בזה ודו"ק. שוב ראיתי שהאחרונים נסתפקו בזה אי בעינן באכילת כהנים כזית ובדורש לציון דרוש א' נסתפקו בזה וע"ש בהגהת בנו שהביא מהא דאמר הגיעני כפול ע"ש ולפענ"ד מכאן ראיה ברורה לזה ודו"ק ועיין מלמ"ל פ"ו ממלוה לענין ריבית פחות מפרוטה דכתב דהוא כח"ש בגזל ולפענ"ד עכ"פ לגבי הלוה ל"ש לפמ"ש זקני הח"ץ ז"ל דחצי שיעור מטעם אחשביה וא"כ בשלמא המלוה אחשביה אבל הלוה אדרבא הוא נתן ול"ש דאחשביה ואדרבא הוא מחל וצ"ל מה דפריך בסנהדרין כ"ז מבר בניתוס לדידי אוזיף בריביתא משום דשם ידוע להש"ס דהי' ש"פ ויותר ואף הלוה נפסל ולפענ"ד גם חזי לאצטרופי ל"ש בריבית דעכ"פ בשעת שימה לא היה ריבית מה"ת ול"ש לא תשימון והרמב"ם ס"ל דגם פחות משו"פ הוא מה"ת משום דכתיב כל אשר ישך וכמ"ש המלמ"ל וקשה לי דא"כ מה פריך ריש א"נ נשך בלי תרבית היאך משכחת לה והא משכחת פחות משו"פ דממון לא חשיב ולא נתרבה ממונו ואפ"ה מקרי נשך וצ"ע כעת

י והנה בהא דאבעיא לן בשבועות דף כ"ב ע"ב שבועה שלא אוכל עפר בכמה אי נימא כיון דאמר שלא אוכל דעתי' אכזית או דלמא כיון דלאו מידי דאכלי אינשי בכ"ש וסליק בתיקו ושמעתי מקשים בשם הגאון האמיתי מוהר"ר עקיבא איגר ז"ל אבד"ק פוזנא על הא דבפוסקים פסקו לחומרא וכמבואר בסי' רל"ח ס"ט והקשה הוא דמאי נ"מ בזה דהא ללקות פשיטא דאין לוקין בשביל ספק דאבעיא דלא אפשיטא ולענין איסור בכל שבועה שפירש בהדיא בכזית אסור בכ"ש מטעם דהוה ח"ש וכמ"ש הר"ן וכן קי"ל סי' רל"ח ס"א והיא קושיא גדולה ולפמ"ש א"ש דבאמת כל הטעם דח"ש אסור מה"ת הוא משום דחזי לאצטרופי והיינו בכדי אכילת פרס ולפ"ז נראה לי ברור דע"כ ל"ש לאצטרופי בכדי אכילת פרס רק בדבר דשייך בי' אכילה וכל אכילה בכדי אכילת פרס הוה כדרך אכילה שבכל כדי אכילת פרס נרגש הטעם ואהכי חייביה רחמנא אבל בנשבע על עפר הוא באמת דעתו אכזית ורק הא דאסור בכ"ש כתב הר"ן דכמו שבאיסורי תורה כל מה שאסור

על האדם כ"ש אסור ג"כ משום דחזי לאצטרופי כמו כן בנשבע כל שאסר על עצמו שוב אסרה התורה אף כ"ש ועיין מלמ"ל פ"ד משבועות אבל איך יצטרף בכדי א"פ דאטו חיך אוכל יטעם דיהיה שייך כדי א"פ ואינו חייב רק כמו שנשבע שיאכל כזית בב"א ואיך יאסר בכ"ש וגם אחשביה ל"ש בדבר שיוצא מגדר אנושי דעפר לאו בר אכילה הוא לכל העולם ובטלה דעתו אצל כל אדם והי' מותר בכ"ש רק משום דספק שמא יתכוין אכ"ש וא"כ שפיר איכא נ"מ בזה וז"ב ודו"ק. אחר שנים רבות שכתבתי כל זאת הקרה ד' לפני הרב המאוה"ג מו"ה ליבוש איטינגא אבד"ק לטעוויטץ במדינת רוסיא ומסר לו איזה קונטרסים להשיבו על אתר והשבתי כיד ד' הטובה עלי כאשר ימצא המעיין באיזה מקומות. והנה קונטרס אחד מסר לי בענין ח"ש בגזילה ואבא על סדר קונטריסו באות י"ו. מ"ש על דברת ה"ה דח"ש בגניבה הוה כמו ח"ש בשאר איסורין דחזי לאצטרופי וע"ז תמה מעלתו דלפמ"ש השאגת אריה לענין בל יראה דל"ש ח"ש דאינו חזי לאצטרופי דלא יעבור למפרע דהא לא ראה בתחלתו רק ח"ש וה"ה כאן לא עבר למפרע. במח"כ לא ידעתי מה ענין זה לזה שם לא ראה רק פחות משיעור ואיך יצטרף הראיות שונות דלא ראה בב"א כל השיעור משא"כ באכילה דעכ"פ טעם האיסור בכדי א"פ דמצטרף וה"ה לענין גזילה דעכ"פ נמצא בידו כשיעור פרוטה גזילה ומה בכך שלא גזל בפ"א. ולכאורה רציתי לומר דכוונתו כיון דמחל על פחות משו"פ כדאמרו בסנהדרין דף נ"ז א"כ אינו מצטרף אבל ז"א דא"כ כשיגזול פחות פחות מכשיעור לא יצטרף וההיפוך מבואר בשבועות דף ל"ח ומעלתו בעצמו הביא דברי השערי משפט סי' וא"ו שהביא ש"ס שבועות דף ל"ח דמצטרף והקשה באמת הא כבר מחל ולמה יצטרף. ומ"ש מעלתו בזה דע"ד כן לא מחל לו כיון לדעתי שגם אני כתבתי כן למעלה ומה שהקשה באות ד' דל"ל להמגיד טעם דח"ש אסור בגזילה משום חזי לאצטרופי הא ת"ל דאית לי' צערא אף בפחות משיעור לפענ"ד נראה כיון דבישראל כתיב לא תגזול והשיב א"כ דוקא מידי דבר השבון כתב קרא לא תגזול וכמ"ש רש"י א"כ שוב ל"ש לומר דעכ"פ צער אית לי' דהרי לא קפיד קרא על הצער בלבד דהרי גם בפחות משו"פ יש לו צער בשעתי' וניהו דמחל לו היינו לגבי ממון מועיל מחילה אבל לגבי צערא דגופא ל"ש מחילה כלל כמ"ש רש"י לענין עונה דל"מ מחילה דהו"ל צערא דגופא ועמלמ"ל פ"ו מאישות שהאריך בזה ואף אם נימא כדעת הפוסקים דמועיל מחילה אבל עכ"פ צער בשעתי' אית ליה וע"כ דכל צער שאינו פתיך ביה תורת ממון לא אכפת לן וכמו מי שמצער לחבירו בלי קיחת ממונו אטו עובר בלאו דלא תגזול ועיקר גזל הוא על ממון וא"כ בעי מידי דממונא שיהיה בו

כדי השבה דהיינו פרוטה דנחשב בכ"מ ממון אבל צער גרידא לא אכפת לן ולכך שפיר כתב ה"ה טעם האיסור משום ח"ש.

יא ובזה מיושב מה שהקשה באות ה' מהא דאמרו בב"מ ואשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות מפרוטה וע"ז הקשה דלמה לי קרא הא גם בהדיוט צערא אית ליה רק דמחיל ליה והקדש לאו בר מחילה הוא לק"מ דלענין ממון מ"מ לא מקרי ממון כלל בפחות משו"פ וא"כ אין ב"ד נזקקין בהדיוט דעל צער גרידא לא נזקקין כל שאינו פתיך ביה ממונא ולכך אצטריך קרא והא דבעכו"ם אסור אף דאינו ממון היינו דשם בעכו"ם קפדה תורה על צער ותדע דהרי לא נתנה שיעורים לב"נ כמ"ש הרמב"ם בהלכות מלכים וא"כ גם על צער גרידא קפדה תורה דצער ממון אף שאינו כשיעור ממון הא בב"נ לא שייך שיעור. ובזה יש ליישב היטב הא דאמרו בסנהדרין דף נ"ט והרי פחות משו"פ ומשני התם משום דלאו בני מחילה נינהו ותמה הלח"מ פ"א מגזילה הא גם בישראל אסור בפחות משיעור משום ח"ש ול"ש מי איכא מידי כל שעכ"פ לישראל אסור. ולפמ"ש א"ש דאין הענינים שוים דבישראל פחות משיעור אסור בגזל משום דחזי לאצטרופי משא"כ בנכרי דאסור מתורת צער גרידא אף שאין בו ממון דס"ד דלית לי' צערא כלל בפחות משו"פ בישראל ורק דאסור בשביל דחזי לאצטרופי משא"כ בעכו"ם דאסור מתורת צער גרידא וע"ז משני דלאו בני מחילה נינהו והיינו דגם בישראל יש צער רק דעל צער גרידא כל שנתרוקן הממון דמחיל אח"כ לא הקפידה תורה אבל בעכו"ם לא נתרוקן הממון דלא מחיל ואף דליכא כשיעור ממון מ"מ צערא של ממון יש דלא מחל ולא ניתן שיעורים לב"נ וא"כ האיסור שוה בזה כמו בזה רק של זה באיסור ולזה במיתה ובכה"ג לא שייך מי איכא מידי וכמ"ש התוס' בחולין דף ל"ג ודו"ק. ומצאתי במחנה אפרים הלכות גזילה סי' א' שכתב ג"כ דכל פחות משו"פ אף שלא ידע דמחיל מ"מ אין בו שיעור ממון ופטור בישראל והיינו כמ"ש ודו"ק. ובזה חלף הלך לו מ"ש מעלתו דלמה בעכו"ם אסור פחות משו"פ הא גם בישראל אית ליה צערא רק דאינו ממון והרי גם בעכו"ם אינו ממון מה בכך דלא מחל: ולפמ"ש א"ש דעכו"ם ל"ש שיעורים גבי' א"כ כל צער שיש בו משהו ממון אסור משא"כ בישראל דנתרוקן הממון ולית ביה אף משהו ועל צער גרידא לא קפדה התורה שיעבור בלא תגזול.

יב ומ"ש מעלתו באות וא"ו להקשות על הר"ן בסנהדרין דף נ"ח ע"ב בהא דאמרו שם מי איכא מידי דעכו"ם מחייב וישראל לא מחייב והקשה הר"ן הא איכא פחות משו"פ ואבמה"ח ודינים דעכו"ם חייב וישראל אינו חייב וכעין זה כתב המהרש"א ז"ל דלשון מחייב לא מדוקדק דהא ודאי דאיכא מידי דישראל לא מחייב אלא שאסור לו וגוי חייב

כגון גזל וכיוצא בו וע"ז תמה על המהרש"א דשאני ושאני ב"נ דאזהרתן זו היא מיתתן משא"כ בישראל.

יג ואני תמה לתמיהתו דזה גופא מ"ש המהרש"א דעכ"פ בישראל לא מחייב ועכו"ם מחייב ורק דכל שלישראל אסור אף שאינו חייב לא שייך מי איכא מידי וכמ"ש התוס' בחולין דף ל"ג וז"פ. אך מ"ש לתמוה על הר"ן שכתב גזל פחות משו"פ דהא זהו קושית הש"ס ותירוצו דעכו"ם לאו בני מחילה נינהו וגם למה לו להקשות על גזל פחות משו"פ הא גם בשו"פ היא קושייתו כמו באבמה"ח ומסיים מי שמיישב דברי הר"ן שכר הרבה יטול מן השמים ואני נוטל וקורא הדברים כפשטן דבאמת כל תירוצי של הש"ס דלאו בני מחילה נינהו הנה זהו אם נדון דהוא מתורת גזל שייך לומר דלאו בני מחילה נינהו ובישראל מחל הממון אבל לענין חיוב מיתה מה מועיל מה דישראל מחיל דתורת ממון מצי מחיל אבל החיוב מיתה שנתחייב בשביל הצער דאית ליה בשעתיה איך מצי מחיל וע"כ משום דישראל לא מחייב מיתה רק ממון וממון ניתן למחילה וא"כ זהו קושית הר"ן דא"כ ע"כ דבישראל לא מחייב מיתה ובעכו"ם חייב מיתה ולכך נקט הר"ן פחות משו"פ לאלים הקושיא דגם בזה יש הבדל בין ישראל לעכו"ם. ומ"ש מעלתו לחדש דכל שאין האיסור מפורש בתורה שייך מי איכא מידי דלעכו"ם אסור בפירוש ולישראל לא אסור בתורה בפירוש הנה אמת הדבר דח"ש לא מקרי מפורש בתורה כמ"ש המהרלב"ח הובא בש"ך יו"ד סי' רל"ט ס"ק כ' אבל מ"מ כל דלישראל אסור מה נ"מ בין מפורש בתורה או לא ומה שהקשה בב"מ דף נ"ה ע"א דתני חמש פרוטות וחד מינייהו הגוזל פרוטה ונשבע יוליכנו אחריו והקשה ל"ל נשבע ת"ל אף בלא נשבע גזל היא בפרוטה הנה בראשית ההשקפה תמהתי דעיקר חידושי' היא דיוליכנו אחריו למדי כדאמרו בש"ס ופקחתי עיני וראיתי שגם מעלתו כתב כן. אך מ"ש מעלתו בהא דפריך ומי לא תני גזל וקתני אבידה הא אצטריך אבידה דסד"א דאף בפחות מפרוטה נמי כדאמרו בדף כ"ז דצריך קרא ומצאתה ועיין בתוס' שם ד"ה לכל אבידת אחיך אף פחות מפרוטה משמע הנה לכאורה תימה הוא. והנראה בזה דבאמת מה דתני פרוטה דוקא בגזילה ואבידה אף דבאמת פחות משו"פ נמי אסור וצ"ל דעל כל פנים ב"ד אין נזקקין לפחות משוה פרוטה לפי זה נראה לי דאם לא רצה להחזיר עכ"פ לא עדיף מגזל דבאיסורא אתי לידיה ואפ"ה אין נזקקין לפחות משוה פרוטה דלא כדרב קטינא ואם כן אכתי מה קמ"ל בהך דאבידה הא עכ"פ הב"ד לא יזקקו על פחות משו"פ אף דנימא דחייב להחזיר היינו מצד מצות התורה אבל אין נזקקין על פחות משו"פ. והנה לכאורה צ"ב דהיאך ס"ד דיצטרך להחזיר פחות משו"פ באבידה דהא בישראל מחל בפחות משו"פ אף בגזל מכ"ש באבידה דמחל

ומתייאש והיאך ס"ד דיחזיר וצ"ל דנ"מ שאם לא ידע בשעת אבידה והו"ל יאוש שלא מדעת דלא הוה יאוש וגם לרבא בדבר שיש בו סימן לא מייאש אבל הדבר צ"ב דגם לאביי הא כל הסברא דהשתא לא מייאש ולכשיתוודע הוא מוכרח להתייאש דאין בו סימן אבל בזה דודאי מתייאש לאחר שיודע דלא חשוב ממון פשיטא דגם יאוש שלא מדעת הוה יאוש ועש"ך סי' שנ"ח וגם צ"ע אי מתחייב זה שמוצאו להגביהו ולהשיבו דבאמת העשה דהשב תשיבם לא שייך רק בדבר דאית ביה השבון ואינו בתורת אבידה כלל ואף דצערא בשעתא מי לית ליה ממ"נ בעת שמוצאו זה אם הוא כבר ידע שוב מחל ומתייאש ואינו אבידה היא והפקר היא ואם לא ידע עדיין אם כן לית ליה צערא ואינו מחויב זה בהשבה וז"ב לפענ"ד. וקשה טובא איך ס"ד דלכל אבידת אחיך לרבות אף בפחות משו"פ וצ"ל דנ"מ אם יש חשש שמא שו"פ במדי וכמו בקידושין לשיטת הפוסקים דהו"ל קידושין מה"ת ואף להפוסקים דאינו רק קידושי דרבנן היינו בקידושין דבעי שיהיה שו"פ במקומו דאל"כ הוה כמקדש בלא עדים דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אבל במציאה לענין מצות השבת אבידה ה"א דאף בפחות משו"פ לתחייב דשמא שו"פ במדי וקמ"ל דפטור בזה וז"ב. ובזה מיושב היטב הקושיא הנ"ל דבמשנה דחשיב חמש פרוטות וקחשיב קידושין בשו"פ ולא קחשיב פחות משו"פ משום דשו"פ במדי וע"כ דלא רצה לתני רק שו"פ במקומו ואם כן גם אבידה לא מצי למתני וגם דאם לא רצה לחזור בודאי אינו חייב מספק ובלא"ה יש לומר כיון דהא דאין נזקקין לפחות משו"פ מיירי בדבר שהוא לתשלומין אבל בדבר שהוא בעין אפילו על פחות משו"פ נמי נזקקין כמ"ש בשיטה מקובצת שם בשם הריטב"א וכיון דמיירי בדבר שאינו בעין א"כ לא שייך שמא שו"פ במדי ודוק ומ"ש מעלתו בדברי הרמב"ם ה"ו שכתב דהגוזל פחות משו"פ אעפ"י שעבר אינו בתורת השבה מה הלשון אעפ"י שעבר לפענ"ד עבר היינו שבאמת אסור אף בפחות משוה פרוטה וצערא אית לה בשעתא ואם כן בשעת מעשה עבר רק דאחר כך מחל לו ולכך ליתא בהשבה וכמ"ש רש"י ודוק

יד והנה ראיתי בחידושי הריטב"א לב"מ דף קי"א ע"ב בהא דאמר ר"א אפילו לא שכרו אלא לבצור אשכול אחד שעובר בבל תלין שהקשו התוס' והראב"ד מאי קמ"ל דמה נ"מ וכתב שם דנ"מ דאפילו בפחות משו"פ חייב דשכיר כל דהו משמע ע"ש והוא דבר חדש דבכובש שכר שכיר חייב אף בפחות משו"פ. ובזה אמרתי ליישב דברי התוס' בב"מ דף ס"א שכתבו דלכך לא מוקי בגזל משום דהוה לאו הניתק לעשה ואינו לוקה משא"כ בכובש שכר שכיר והקשה המהרש"א הא גם כובש שכר שכיר ניתק לעשה ולפמ"ש הריטב"א א"ש דנ"מ בפחות משו"פ דאז לא שייך ניתק לעשה דפחות משו"פ לאו בר

השבה הוא רק דמ"מ בשכיר עובר דמ"מ שכיר הוא אבל לענין ניתק לעשה דהוא מתורת השבת גזילה או עושק ופחות משו"פ לאו בר השבה הוא. ומה שהקשה אא"ז הח"ץ ז"ל סי' כ"ו דכובש שכר שכיר הו"ל לאו שאין בו מעשה לפענ"ד היה מקום לומר כיון דעובר על פחות משו"פ דליתא בתורת השבה א"כ הרי עובר על לאו שיש בו מעשה והוא מנתק הל"ת וגם העשה ובכה"ג נראה לפענ"ד דיש לומר דזה מקרי מעשה כיון דשכר שכיר ונתחייב לתת לו שכר והוא מנתק העשה א"כ המעשה של השכירות נצטרף עם הל"ת שעובר וכה"ג כתב הריטב"א גבי פרע שידה תיבה ומגדל דמצרפינן המעשה שעשה כבר להל"ת ע"ש וה"ה בזה דמה ששכרו הוה בודאי מעשה והוא שנתק העשה דמתנה בעלמא היא דמהדר. ובזה יש ליישב ג"כ הא דקאמר בב"מ דף כ"ו דאם החזיר לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא והקשו בתוס' והקדמונים דהא הוה לאו הניתק לעשה ולפמ"ש א"ש דהוא נתק הלאו והעשה וא"כ שפיר לקי כנלפענ"ד לפום רהיטא וצ"ע:

ובגוף ענין דח"ש אסור הוגד לי בשם ספר שיח יצחק הספרדי על מסכת יומא ר"פ יוה"כ שכתב בשם המאירי שח"ש דאסור הוא משום דהוה רק אתחלתא דאיסורא ולכך בנשבע שלא לאכול ל"ש ח"ש דהרי אדרבא הוא לא רצה לאכול ולא רצה לצרף לכזית א"כ לא הוה אתחלתא דאיסורא ע"ש. והנה לא ראיתי בגוף הספר ולפי מה שהוגד לי תמהתי מהירושלמי פ"ו דמס' תרומות דאמר דמודה ר"ל בדעתו להשלים ומשמע דר"י גם באין דעתו להשלים מחייב ול"ש אתחלתא דאיסורא והוה כמו שבועה וצ"ע.

טו אחר שכתבתי כ"ז זמן רב ושנים רבות בשנת תר"ט ח"י תמוז ראיתי בפ"י בקידושין דף מ"ו בד"ה והא מלאה היא שכתב בפשיטות דאם גזל פחות משו"פ עכשיו וחזר וגזל פחות משו"פ לא ניתן להשבון דקמא קמא מחיל ליה כיון שאין עליו שם ממון בשעה שגזלה ע"ש ולפ"ז ע"כ צ"ל דח"ש דאסור בגזל הוא משום דחזי לאצטרופי תיכף דאל"כ ל"ש חזי לאצטרופי דהא אח"כ כבר נמחל לו ודוק היטב. ובגוף קושיית הלח"מ הנ"ל דמ"פ הש"ס והרי פחות משו"פ והא גם בישראל עכ"פ אסור ול"ש מי איכא מידי לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בטעם מי איכא מידי נלפענ"ד עפמ"ש המהרש"ל ביש"ש לתמוה בהא דאסור גזל עכו"ם מה"ת דהא כל התורה לישראל נאמרה ולא לעכו"ם וכתב זקני הח"ץ ז"ל סי' כ"ו דגזל עכו"ם לא אסרה תורה בשביל העכו"ם רק שהישראל יהיה משולל ממדת האכזריות ולא ירגיל עצמו להתאכזר ולגזול ודפח"ח והארכתי בדבריו הקדושים בכמה תשובות ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דזהו ענין מי איכא מידי דאם לישראל שרי לגמרי שוב ל"ש לומר דהתורה אסרה לעכו"ם דא"כ למה נתן לנו זאת והא עיקר התורה היא לישראל וע"כ דגם לישראל אסור ואף דיש הבדל עכ"פ זה גופא תורה דהישראל

מובדל בפרטי הדין ג"כ מהעכו"ם אבל אם לישראל שרי לגמרי ל"ש שיכתוב בתורה וז"ש כל שנאמר ונשנית ע"כ שלזה ולזה נאמר וא"כ לכך נכתבה בתורתינו הקדושה ובזה ג"כ הטעם דדבר שהישראל מצווה להיפך ג"כ ל"ש מי איכא מידי דכ"ז שייך בתורתינו לדעת ההבדל שהבדילנו מבין העמים והארכתי בזה בתשובה אחת. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבאמת גזל פחות משו"פ לכאורה כיון דישראל מחיל למה יאסר וצ"ל דזה אינו מתורת הנגזל שכל שמחל אח"כ אפשר דלא הקפידה תורה על צער שעה כיון דאינו ממון בעצם רק דעכ"פ זה מרגיל עצמו לגזול וא"ל זה הקפידה תורה ולכך אסור ולא נענש דהתורה כל דיניה אך באשר הוא שם דיניה וא"כ כעת אינו רק פחות משו"פ ולפ"ז ממילא הבדל מבואר בין עכו"ם לישראל דבעכו"ם דלא מחיל א"כ האיסור הוא בשביל הנגזל משא"כ בישראל דהאיסור הוא בשביל הגזלן וא"כ שוב שייך מי איכא מידי דהא הישראל אין איסור בשביל הנגזל משא"כ בעכו"ם. ובזה מובן היטב התירוץ משום דלאו בני מחילה נינהו ולכאורה יפלא דסוף סוף בישראל שרי ובעכו"ם אסור ולפמ"ש א"ש דבאמת להישראל אסור ג"כ ומה דאין איסור בשביל הנגזל הוא משום דמחל אבל אי לא היה מוחל היה אסור גם מצד הנגזל וז"ב ודו"ק היטב

טז והנה ראיתי בשו"ת ח"ץ ובשאילת שלום פ' נח אות ט' שהקשה בהא דפריך בב"מ למה לי לכתוב לא תגזול ול"צ ללמוד מריבית ואונאה והקשה דהא אצטריך שיהי' גזל אסור לב"נ דלזה ולזה נאמרה דאל"כ לא יהי' נאמר לב"נ רק לישראל ע"ש ולפענ"ד נראה דלפמ"ש הישו"ש דל"ש לומר שהתורה אתי להורות לב"נ ועיקר התורה לישראל נאמרה ע"ש ועיין בשו"ת ח"ץ ז"ל סי' כ"ו וא"כ שוב ל"ש לומר דעיקר הקרא אתי להורות לעכו"ם דהתורה אינה רק לישראל בלבד ועמ"א סי' ש"מ ס"ק ב' במ"ש אבל באחת איכא איסורא כמו כל ח"ש כנ"ל פשוט דלא כע"ש. והנה לפענ"ד נראה דאף דנאמר דכל ח"ש בשבת אסור וכמ"ש במלמ"ל פח"י משבת והביא מהא דאמרו וכי מותר לאפות פחות מכשיעור מ"מ בשערה אחת ודאי לא מחייב וטעם הדבר דבאמת תולש שערה הוה משאצל"ג כמ"ש התוס' בשבת דף צ"ד ורק בצריך לשערות חייב ועמ"א ריש הסימן ובס"ק א' ולפ"ז כל שלא היה צריך לשתים רק לשערה אחת א"כ ל"ש ח"ש דלענין השערה השניה כל שלא צריך לה אינו חייב דהוה משאצל"ג ול"ש חזי לאצטרופי ודו"ק היטב. ובזה מיושב היטב הא דאמרו בשבת דף ע"ד בורר ואוכל פחות מכשיעור ומקשה ר"י וכי מותר לאפות פחות מכשיעור וקשה ר"ח מה קסברו עיין תוס' שם ולפמ"ש א"ש דהרי שיטת הרז"ה דבורר הוה משאצל"ג וא"כ בבורר ל"ש ח"ש דלא חזי לאצטרופי דהא א"צ יותר כעת ודו"ק היטב:

סימן קלא

א לחכם אחד.

ב ע"ד אשר שאל באחד שהתקשר עצמו נגד חבירו שאם ישלח לידו בר"ח ניסן ק"ס להשיא בתו אליו עפ"י פרטי התנאים שמחוייב הוא לשאנה בחופה וקידושין ואירע אונס לשמעון שלא היה יכול לשלוח בר"ח ניסן מה דינו והארכת בזה באונסא כמאן דעבר או כמאן דלא עבר ברי"ש והבאת דברי הש"ך בחו"מ סי' כ"א הנה תדע כי דינך מפורש בשו"ת צמח צדק סי' ל"ט ע"ש שחילק בין שידוכים לקידושין וכבר חלק עליו בקצה"ח שם דאין שם חילוק בין שידוכין לקידושין כל שלא נתקיים התנאי אין חבירו מחוייב לקיים תנאו אף שאירעו אונס דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן וכמו שהאריך הש"ך אבל בגוף קושית הב"ח על הסמ"ג שמביא ראיה דבאונס פטור מהא דאמרו בירושלמי דאונסא כמאן דלא עבד וקיי"ל כר"י נגד ר"ל והיא תמיה גדולה דאדרבא שם משמע להיפך דאין טענת אונס ולא הוה קידושיו קידושין כלל וע"כ הגיה הב"ח בהסמ"ג אכן במקום וכן וזה דחוק כמ"ש הש"ך וא"כ הדרא קושיא לדוכתא. ולפענ"ד נראה דהכוונה דאונסא כמאן דלא עבד היינו כמאן דלא עשה שום דבר והענין הוא דהנה במה דמבואר בחו"מ שם דאם ארעו אונס דפטור היינו דבאמת הוה אסמכתא רק דמיירי בב"ד חשוב ועיין בסמ"ע שם והנה כל הטעם דמועיל בב"ד חשוב לבטל אסמכתא הוא דאמרינן דודאי גמר בלבו להקנות מדהקנה בב"ד חשוב ולפ"ז בארעו אונס דאמדינן דעתו דעל אונס כזה לא אסיק אדעתי' א"כ מה מועיל קנין בב"ד חשוב מ"מ על אונס כזה לא אסיק אדעתיה והוה אסמכתא. ולפ"ז זהו דוקא כשגוף הדבר כבר היה רק שהתנה וקנס עצמו שבאם לא יבא לזמן פלוני יהי' כך וכך ע"ז שפיר אמרינן דבאונס הוה אסמכתא ונשאר כמו שהיה אבל שם בירושלמי דקדשה ע"מ שיכניסנה ליום פלוני שפיר אמרינן דא"י לטעון טענת אונס דמה תאמר דע"ז לא אסיק אדעתי' וא"כ כיון דבטל דיבורו בטל כלו ולא התחילו הקידושין כלל וזה אמרו אונסא כמאן דלא עבד דהיינו כמו שלא עשה כלל כל ענין הקידושין דממנ"פ אם לא סליק אדעתא זאת א"כ גם ענין הקידושין בטל והוה אסמכתא דהוא סבר שלא יארע לו אונס ור"ל סבר דאונסא כמאן דעבד ויוכל לטעון טענת אונס ומ"מ הקידושין קיימים וע"ז אמרו שם בירושלמי דמודה ר"ל באם הוא התנה ע"מ שאם לא יבא ליום פלוני לא יהיה עליך כלום דבזה ל"ש אסמכתא דהיא בודאי לא רצתה להתקדש כ"א על תנאי זה וז"ב לדעתי. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה מיושב מה שהביא הסמ"ג ראיה מהירושלמי ולא הביא הש"ס דילן מנדרים דף כ"ז דמבואר דפטור באונס וכבר האריך הש"ך דעיקר ראיית הרמב"ם היא מנדרים ולפמ"ש

א"ש דשם אינו מבואר רק דאנוס פטור ואינו חייב במה שהתפיס זכיותיו אבל שיתבטל כל המעשה במה שהתנה ואירע אונס זה לא שמענו והנה כאן הורה רבינו דאם היה אונס באותה שעה הרי זה פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו והיינו שאפילו עבר האונס אינו מחוייב לשבע רק כשירצה כמ"ש הסמ"ע והיינו משום דאונסא כמאן דלא עבד כל המעשה וכל התנאי אינו תנאי כלל וכמ"ש ולכך הוצרך הסמ"ג להביא ראיה מהירושלמי דקי"ל כר"י נגד ר"ל. ובזה מיושב היטב קושית השערי משפט שהקשה מהא דמבואר באהע"ז ס"ס קי"ח דאם נשתמדה או נהרגה דל"ש בזה תקנת נדוניית חתנים והקשה הא אונסא כמאן דלא עבד וא"כ ניהו דהוה אונס מ"מ נימא דמ"מ הוא לא חייב עצמו רק ע"מ שתהנה בתו ובכה"ג ודאי אונס כמאן דלא עבד להתחייב וכמ"ש הש"ך ולפי מה שכתבתי א"ש דכל שכבר נתחייב ואח"כ אירעו אונס בכה"ג כיון דלא אסיק אדעתי' האונס שפיר אמרינן דחייב עצמו וכאן לא שייך ענין אסמכתא כלל כמובן ובכה"ג אפשר דחייב. ובלא"ה ישבתי בחידושי ביו"ד סי' רל"ו קושית השערי משפט הנ"ל ובזה מיושב מה שהקשה התומים על הרמב"ם דלמה כפל להאי דין דבאונס פטור והא כבר כתבו בפי"א ממכירה לענין מתפיס זכוותי' ולפמ"ש א"ש דכאן קמ"ל דבטל כל הדבר וכמ"ש ובזה יש ליישב מ"ש המהרי"ו בסי' רל"ו דבאם אמר שהעביר המועד באונס דאינו נאמן אבל אם מברר שהיה אונס פטור והא אונסא כמאן דלא עבד ועיין בנקה"כ שהאריך בזה. ולפמ"ש א"ש דהא שם כבר נשתדך ובכה"ג לא הוה אונסא כמאן דלא עבד ובאמת פטור מחמת אונס. וראיתי בקצה"ח שהקשה לר"ל דס"ל אונסא כמאן דעביד א"כ בהא דתני ע"מ שתשמשי את אביך וכו' ולר"ל אמאי אינו אונס הא אונס כמאן דעבד ע"ש שהאריך ולפענ"ד נראה דהנה במה דמחלק הירושלמי לר"ל בין אם הוא כותב ע"מ שיכנסה ליום פלוני ובין אם הוא התנה ע"מ שאם לא יבא ליום פלוני לא יהיה עליך כלום נראה דהחילוק הוא כפי מה שמבואר ביו"ד סי' קע"ז בשם הרמ"ה דהחילוק היא באם הוא מתנה שהאגר והפסד תלוי בו או בהנותן ע"ש ולפ"ז גם לענין החילוק באם הוא כותב ע"מ שיכניסה ליום פלוני נמצא תלה התנאי בו וכל שאירע אונס אמרינן דאדעתא דהכי לא התנה אבל כל שהיא התנית אמרינן להיפך דתלתה בה וכל שלא בא שפיר הוה האונס כמאן דלא עבד וז"ב. ומעתה מיושב קושית הקצה"ח דשם כיון שהוא התנה ע"מ שהיא תשמש את אביו וא"כ תלה התנאי בו וכל שאירע אונס הוה כמאן דלא עבד ודו"ק. והנה אם אירע אונס שלא קיים התנאי יש להסתפק לפי דעת הפוסקים שמתנה ע"מ לפטור מאונסין ועיין בהרא"ש בפרק לולב הגזול אות למ"ד א"כ יש לומר דכל שלא קיים התנאי ניהו דאונסא כמאן דלא עבד ולכך פטור אבל מ"מ היא צריך לקיים התנאי

וכל שלא קיים התנאי אף שלא עבר והוא לא נתחייב באונסין אבל מ"מ בטל המתנה בשביל שלא קיים התנאי וא"כ בלולב לא יצא כל שלא קיים התנאי. ולכאורה נ"ל דתלוי במה שנסתפק המלמ"ל פ"ג מזכייה אם חייב להחזיר הפירות דיש לומר דלכך פטור מאונסין משום דלא ירד בתורת שמירה אבל המתנה בטלה או דלמא לכך פטור מאונסין משום דלא הי' התנאי רק כ"ז שיהי' בעין לא כשנאנס ע"ש ולפ"ז גם זה תלוי בהטעם הלז דאם נימא דלא התנה רק כ"ז שהיא בעין א"כ ניהו דלא קיים התנאי הא לא התנה ע"ז אבל אם נימא דלא ירד לתורת שמירה אבל עכ"פ נתבטלה המתנה כל שלא קיים התנאי. אך לפענ"ד נראה דמקום יש בראש לחלק דבאמת כשמתנה כמשפטי התנאים א"כ הברירה בידו או לקיים התנאי או שיתבטל המתנה א"כ גם הנותן לא רצה דוקא שיתקיים התנאי רק שרצה בזה כמו בזה ונתן הברירה ביד המקבל ולפ"ז הא כתבתי לעיל דכל שנתן הברירה ביד המקבל הוה אונסא כמאן דלא עבר דהרי באמת לא עבר על התנאי רק שלא יכול לקיים א"כ ניהו דלא קיים אבל עכ"פ הוא לא פשע במה שלא קיים והוא לא רצה שיתקיים התנאי ונתן הברירה ביד המקבל וכל שלא פשע ולא עבר הוה כאילו נתקיים וז"ב. ולפ"ז נ"ל דבר חדש דבאם התנה ולא כפל התנאי דכבר נודע מ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות דף ק"ו דכפייתו נתפרשה שהרי א"א לבטל מה שכבר עשה א"כ ע"כ צריך לקיים תנאו וכיון שאין הברירה בידו רק שע"כ מוכרח לקיים התנאי כאשר התנה המוכר ורצה דוקא בקיום תנאי שהרי המתנה באמת לא נתבטלה בשביל זה דהרי לא התנה כמשפטי התנאים א"כ שוב אף שבאונס לא נתקיים התנאי ג"כ לא מועיל דמ"מ הא לא קיים התנאי וז"ב מאד. ובזה י"ל הא דכתב הסמ"ג דצריך לזהר במשפטי התנאים ותמה בהגמי"י בהלכות לולב דאדרבא כל שלא התנה כמשפטי התנאים התנאי בטל והמעשה קיים ע"ש וכ"כ בזה במק"א כמה דברים. ולפמ"ש א"ש דהנ"מ הוא אם נאנס דאז כשלא התנה צריך לקיים תנאו ול"מ אף כשיאנס וכל שצריך לקיים התנאי אף באונסין שוב הו"ל כשמחזיר שהוא למפרע שלו דכל דלא מצי לסלוקי בזוזי למפרע גובה ושוב ל"מ שלו וכמ"ש בקצה"ח סי' רמ"א כעין זה ביישוב דברי הגהמי"י ע"ש וז"ב

ג ובזה מיושב היטב מה דהקשה הבני אהרן הובא בשעה"מ פ"ג מזכייה דברי הש"ע אהדדי דבש"ע סי' תרנ"ח כתב דאף בנאנס ולא החזירו לא יצא ומשמע דחייב באונסין ואילו בחו"מ סי' רמ"א בס"ו כתב דאמר שור זה לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי אם מת בתוך הזמן פטור מלשלם הרי דפטור בנאנס. ולפמ"ש א"ש דהנה באתרוג קי"ל דאף בלא כפל לתנאי מחויב להחזיר דאומדנא הוא וכמ"ש הרא"ש והטור סי' תרנ"ח ולפי זה ממילא כל שנאנס לא קיים התנאי דהוה כמאן דלא עבד ולא קיים ולכך כל שלא קיים

שוב בטל המתנה ושפיר חייב באונסין ובטל התנאי אבל בחו"מ דשם צריך משפטי התנאים דאף בד"מ צריך משפטי התנאים כמ"ש הטור חו"מ סי' רמ"א בשם ר"ת ע"ש וא"כ אף שלא קיים התנאי באונס לא נתבטל המתנה ושם מתנה עליו וכל דשם מתנה עליו אינו חייב באונסין דע"ד מתנה ירד ושם מתנה עליו ואינו חייב באונסין משא"כ בלא התנה כמשפטי התנאים דנתבטל המתנה וכל שלא קיים ניהו באונס כמאן דלא עבר אבל לא קיים ובטל שם מתנה עליה וחייב באונסין ודוק. שוב ראיתי אחר כמה שנים במלמ"ל פי"א ממכירה ה"א במה שמחלק בין ביטול התנאי לקיום התנאי לענין אונס וכפי הנראה שהוא כעין החילוק בין אונסא כמאן דלא עבד או כמאן דלא עבר ודוק היטב. והנה בהא דאמרו בכתובות דף ק"ט דאדמון אומר דיכולה לומר או כנוס או פטור והקשו האחרונים דאמאי צריך גט אם נימא כמ"ש התוס' שם לחד שינויא דמיירי באמת דהוה דברים הנקנים באמירה רק שאין יד האב משגת ולפ"ז היה בדרך תנאי כמ"ש הריב"ש וכן קי"ל בש"ע אהע"ז סי' נ"א דשטרי פסיקתא היא כשהיה בדרך התנאי וא"כ ניהו דאין ידו משגת והיא אנוסה היינו כמאן דלא עבר אבל כמאן דעבד לא הוה וכל שלא נתקיים התנאי אף באונס נתבטלו הקדושין ועיין בהפלאה בחידושיו שם שהרגיש גם כן קצת בזה. ולפענ"ד נ"ל דל"ד דע"כ לא אמרינן דאונסא כמאן דלא עבד היינו אם זה התחייב לעשות דבר לחבירו ע"מ שיעשה לו חבירו איזה דבר כנגדו ואירעו אונס שפיר אמרינן דמ"מ הוא לא התחייב עד שיעשה חבירו ומה לו באונסו של חבירו אבל כאן הוא קדש את אשתו והאב התחייב לתת לבתו סך נדן ועתה אין ידו משגת שפיר יכולה לטעון מה לי באנסו של אבי אני לא פסקתי לך נדן ונגדי לא התנית דבר רק לגבי אבי ואני אנוסה גמורה ומ"ל במה שאבא פסק עלי וזה שאמרו יכולה היא שתאמר עכשיו שאבא פסק עלי מה אני יכולה לעשות או כנוס או פטור ומה לי במה שאבי אנוס וא"י לקיים התנאי וזה ברור לדעתי דכל שהתחייב לחבירו סתם רק שאחר אמר אם תעשה זאת אתן לך כך וכך אף שהוא לא נתחייב רק עפ"ז אעפ"כ יכול חבירו לטעון אני אנוס גמור איברא דלפ"ז יקשה לתנא דברייתא כשהיא פסקה על עצמה למה לא יתבטלו הקידושין ומה לו ולאנסה אך באמת הדבר נכון דע"כ לא אמרינן דאונסא כמאן דלא עבד רק במה שקרה אונס אח"כ ואם כן זהו יכול לומר מה לי ולך ולאנסך אני לא התחייבתי רק כשתקיים התנאי אבל כאן היא טוענת כסבורה אני שאבא נותן עלי והיינו כמ"ש הפוסקים דמיירי שהי' בפני אביה וחשבה בדעתה שבודאי אביה יתן בעדה ואם כן עכ"פ הוה כמו טעות בגוף הענין שע"מ כן לא התנית באונס כזה ודאי לא נתבטלו הקדושין שאם כדבריה הרי היא אנוסה גמורה ומה לה במה שאביה אינו

רוצה ואף אם הי' אביה אונס מה לה באנסה של אביה ובכה"ג אמרינן דודאי לא אסיק אדעתיה אונס כזה והתחייב עצמו בזה אף שיתוודע אח"כ אונס הלז ודוק.

ד איברא דלפי זה יקשה מ"פ הש"ס בהא דתניא בד"א בגדולה אבל בקטנה כופין כופין למאן אילימא לאב איפכא מבעיא ליה והרי שם יקשה כיון דהיתה קטנה ואם כן ל"מ אם גם היא עכשיו קטנה אם כן מתגרשת על ידי אביה ואם כן יוכל לומר דאני לא התחייבתי רק כשיקיים התנאי ואף אם נימא דמיירי שעכשיו היא גדולה מ"מ כיון שאז היתה קטנה ותנאה אינו תנאי ועיקר היא אביה ואם כן לגבי האב ל"ש זאת והבעל יכול לומר דחשבתי שהאב יקיים התנאי ומה לי ולאונסו דבשלמא הבת מתנצלת שמתחלה התחייבה עצמה שחשבה שאביה יתן אבל בקטנה לגבי האב שפיר מהראוי שיתבטלו הקידושין ובפרט שהיה במעמדו. אך ז"א דעיקר קושית הש"ס דעל כל פנים כפייה ל"ש בזה ומהראוי שיתבטלו הקידושין לגמרי ועל זה משני דכופין הבעל ליתן גט והיינו דתנאי של הקטנה לא מחשב תנאי כלל וכפטומי מילי בעלמא הוא ואם כן לא יוכל לטעון שאדעתא דהכי לא התחייב כיון דתנאה לא מקרי תנאי כלל ואף די"ל דאם היה זאת במעמד אביה הוה תנאה תנאי עכ"פ לגבי אב מ"מ י"ל דהך בד"א מוקי הש"ס באמת כשלא הי' הפיסוק במעמד האב וזה ברור. ובזה יש ליישב דברי הב"י באהע"ז סימן כ"ב שכתב דהרי"ף והרא"ש שהשמיטו הך בד"א הוא משום דהבד"א קאי לתנא דברייתא והם פסקו כתנא דמשנה ותמה בשו"ת פ"מ ח"א סי' ק' וכבר קדמו הדרישה דמנ"ל זאת להב"י דאדרבא י"ל דפסק כאדמון דתנא דברייתא ואם כן לדידיה ל"ש הך בד"א דאף בגדולה יכולה לומר או כנוס או פטור והבד"א קאי אליבא דרבנן דחולקין על אדמון והיא פליאה גדולה על מאור עינינו הב"י ז"ל ובתשובה אחרת הארכתי בזה ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דגם לאדמון יש מקום לחלק בין גדולה לקטנה דהיינו אם הי' במעמד האב דבגדולה יכולה לומר או כנוס או פטור דמה לה באונס אביה וכמ"ש ובקטנה דעיקר היא האב אם כן נתבטלו הקידושין לגמרי וכמ"ש ואם כן הי' עכ"פ להם לחלק בין גדולה לקטנה וע"כ כתב הב"י דפסקו כתנא דמשנה אבל בפסקה על עצמה אף בגדולה אינה אומרת או כנוס או פטור רק תשב עד שתלבין ראשה ודוק. וקצת צ"ע דאכתי היה להם לחלק על כל פנים בזה דבקטנה נתבטלו הקידושין לגמרי ויש ליישב ואכ"מ להאריך. והנה המרדכי כתב בהא דמבעיא לן בכתובות דף נ"ו אי חיבת חופה קונה או חיבת ביאה ואחר כך מבעיא ליה לר"א אם פירסה נדה מאי וכתב המרדכי דמיירי בשעת ווסתה דאל"כ הוה אונס ותמה הח"מ בסי' ס"א ס"ק א' הרי לענין מזונות אמרו ריש כתובות דכיון דאורחא לשנות ווסתה כשעת ווסתה דמי וגם מסקינן לבסוף דכל אונסא לא אכלה וקונה אח"כ

ומ"ש הח"מ דהמרדכי לשיטתו דפירש דמיירי דפירסה נדה תוך חופתה וכבר היה חיבת חופה סותר דברי עצמו דאם כן כבר קנה תחלת חופה וע"כ צ"ל דס"ל חופה קונה וכמ"ש בעצמו ואם כן אין מקום לדבריו. ולפענ"ד נראה דבאמת לענין מזונות בהגיע זמן ולא נשאת אף דאירע לה אונסא יכול לומר לה מה לי ולאנסך דניהו דאונסא כמאן דלא עבר אבל לא כמאן דעבד ואני לא התחייבתי עצמי ע"ז אבל כאן דכבר נכנסה לחופה ופרסה נדה בתוך חופתה א"כ מאי יטעון דאונסא כמאן דלא עבד הא כיון דהיה שלא בשעת ווסתה עכ"פ אנוסה היא ואף דאיכא נשי דמשנין ווסתייהו זה גם כן נקרא ווסת אונס דכל ווסת הדילוג לא נקרא ווסת עד דתקבע לה לדילוג וא"כ שפיר יכולה לומר נסתחפה שדהו וא"ל דהוה כלא עבד דהא היא עבדא כל מה שיכולה לעשות ונכנסה לחופה ובשלמא שם עכ"פ לא נישאת לו ניהו דהיה באונס מה לו ולאונסה סוף סוף לא נתקיים התנאי משא"כ כאן דמה לה לעשות עוד ולא עשתה ואם היה נכנסה לחופה ביום אחר גם כן הי' קרה לה כזאת כיון דשלא בשעת ווסתה היא וז"ב. ובזה מיושב מה דפירש המרדכי דמיירי דפירסה נדה בתוך חופתה דלא כהרא"ש משום דק"ל למה בעי הש"ס דוקא בפרסה נדה ולא בחלתה ועיין מ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל בסי' קכ"ד שהאריך בזה ולפמ"ש המרדכי א"ש דזה שייך גם בתוך חופתה משא"כ אונס אחר דל"ש שיקרה בתוך החופה בזמן קצר. ויש להמתיק הדבר עפמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב גבי אומדנות דכל דתלוי בדעת שניהם ל"ש אומדנא דאדעתא דהכי לא קנה כיון דיש דעת אחרת המקנה ואם כן בשלמא כשנכנסה לחופה ואירע לה אונס א"כ לא יוכל לומר אדעתא דהכי לא חפצתי בחופה דתוכל לומר היא אדרבא דאדעתא דהכי נכנסה לחופה מה שאין כן התם במזונות דאין כאן דעת אחרת דבאמת לא נשאו רק שהעיכוב היה באונס אבל ל"ש כאן דעת אחרת מקנה דכל שלא נשאו ל"ש כאן דעת אחרת דלא נכנסה עוד בעסק הלז וזה ברור כשמש. ובחידושי אמרתי ליישב דענין אונס כיון שהוא ענין דנתחדש מקרה דל"ש שפיר אמרינן דאדעתא דהכי לא נתחייב ומה לו ולאנסה משא"כ כאן דמיירי דפרסה נדה בתוך חופתה לשיטת המרדכי ואם כן כל האיבעיא היא אם בעינן חופה דחזיא לביאה או לא וא"כ ממ"נ כל דתאמר שהוה אונס דל"ש ונתחדש פה ענין א"כ הוה מתחלה חופה דחזיא לביאה וע"כ צ"ל דנתגלה למפרע שלא היה חופה דחזיא לביאה ושוב יכולה לומר נסתחפה שדהו דאם היה ראוי להיות כן שוב ל"ש אונס דל"ש ודוק כי הוא ענין דק שכלי. ובזה מיושב קושית אא"ז הח"ץ ז"ל שם דהקשה על המרדכי מהא דאבעיא בפרסה נדה ומת דאין לך אונס גדול מזה ולפמ"ש א"ש דשם דמת

י"ל דהוא ענין נתחדש במה שמת ול"ש לומר דנסתחפה שדהו דמה לו ולאונס שנתחדש דאדעתא דהכי לא קנה בחופה מה שאין התם ודוק היטב

ה והנה בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' שד"מ ס"ב בהג"ה דנגנבו השברים או נאבדו השואל חייב וגם אם נאנסו חייב אא"כ אמר למשאיל טול את שלך וע"ש בסמ"ע שהאריך להגיה כן וע"ז תמה הקצה"ח בתרתי דמה שנראה מהסמ"ע דבלא אמר טול את שלך אף באונסין חייב וזה א"א כיון דכלתה שמירתו לא עדיף מאילו היה שואל לזמן דאחר כלות זמנו אינו רק ש"ש ומכ"ש בזה וגם מ"ש בטול את שלך פטור מאונסין משמע הא בגניבה ואבידה חייב והא אף ש"ח לא הוה כשכלתה שמירתו ואמר טול את שלך ע"ש שהאריך ודחה דברי הסמ"ע ולפענ"ד נראה דהדבר נכון דהנה באמת הא דפטור מאונסין כשכלה הזמן הוא משום דבאמת אונס מהראוי לפטור דאונס פטור בכ"מ ורק בשואל דכל הנאה שלו התורה חייבתו באונסין וכל שכלה הזמן ואסור להשתמש בו עוד א"כ כלתה הנאתו וגם אינו רוצה לחייב עצמו עוד באונסין ולכך פטור מאונסין ולפ"ז לפמ"ש הש"ך דאונס רחמנא חייביה לא אמרינן דאונס כמאן דלא עבר אבל לא כמאן דעבד ולפי זה בשלמא בכל שואל דכלתה שמירתו פשיטא דכל שלא עבר פטור אבל כאן הוא באמת שואל וחייב באונסין ורק דהתורה הקילה עליו דשמין השברים ועולה לו בהשלמת החשבון אבל כל שנאנסו ואין בידו להשלים הרי הוא חייב מכח שהוא שואל וחייב באונסין ולא השלים החשבון ואף דהיה באונס אונס כמאן דלא עבד וז"ב כשמש. ומעתה מיושב גם מה שהקשה שנית דאמאי לא יפטור גם מגניבה ואבידה כל שאמר טול שלך דאף ש"ח לא הוה דז"א דבשלמא בשאר שומר דנותן לו שלו כמו שנתן לו לשמור שפיר מפטר כל שאומר טול שלך אבל כאן דהוא משלים לו השברים בחשבונו וא"כ ניהו דפטור מאונסין היינו דכל שאמר לו טול את שלך הרי אמר לו שאינו עוד שומר שלו והו"ל לענין אונסין כמאן דלא עבר דהרי אמר לו שיטול שלו אבל עכ"פ ש"ש נשאר עוד דהרי צריך לו הדבר להשלים חשבונו וא"כ הואיל ונהנה ממנם דהרי מגיע לו הנאה רבה שמשלים בזה חובו והואיל ונהנה ממנם הו"ל ש"ש וכל שואל כל שלא הגיע ליד משאיל הרי הוא עוד ש"ש וה"ה כאן דהרי באמת לא קיבל מה שנתן לו לשמור וז"ב מאד מאד ובחנם נדחק הקצה"ח בדברי הנמק"י דמ"ש נאנסו לאו דוקא והרי גם הרמב"ן בב"מ דף צ"ו שהובא בש"מ שם והובא בקצה"ח שם כתב ג"כ דפטור בנאנסו וכבר נודע שלשונו תמהר לדבר צחות וספרא דווקנא כתבי' אף שמהרה ירוץ דברו אבל כל לשונו מדוקדק ועיין במחנה אפרים הלכות שומרין סי' י"ט וסי' כ' כנלפענ"ד ברור ונכון. עוד נראה לפענ"ד דבר חדש בענין אונסא כמאן דלא עבד ומה דנחלקו ר"ל ור"י

נראה לפענ"ד דהנה במנין המצות סי' רצ"ד מנה הרמב"ם ולנערה לא תעשה דבר דהיינו שהזהירנו מענוש אונס על חטאו והרמב"ן כתב שאינו רק שלילה שאינו חייב אבל לא אזהרה ועיין מג"א שם ובקונטרס דין וחשבון הבאתי ראיה לשיטת רבינו דהוא אזהרה מהא דאמרו בע"ז דף נ"ד מתקיף לה ר"ז אונס רחמנא פטריה והתוס' נדחקו בזה דמה ענינו לנעבד ולשיטת רבינו אתי שפיר דכיון דהוא אזהרה דאסור לענוש אותו משום דאונס לא נחשב מעשה כלל והוה כמאן דלא עשה כלל דאל"כ ניהו דפטור אבל אזהרה לא שמענו וכמ"ש הרמב"ן אונס רחמנא פטרי' ולא אזהרה ולפ"ז אם נימא דהוא אזהרה ע"כ דמעשהו ל"ח מעשה כלל וא"כ לא הוה נעבד כלל ושפיר פריך ר"ז וע"ז חידש רבא דהכל הי' בכלל לא תעבדם וכו' וא"כ ניהו שהוא פטור אבל אזהרה על הב"ד בודאי אינו בזה ושפיר קרי לי' נעבד וז"ב ולפ"ז נראה לפענ"ד כיון דאונס רחמנא פטריה ואזהרה שלא לענשו ע"כ דלא מקרי מעשה כלל וא"כ כשם דלא מחשבו מעשה לחייבו כמו כן אי אתה רשאי לחייב לאחר דכל דלא נתקיים התנאי לא גרע מאילו היה אנוס דלא נחשב למעשה ואיך נחייב להשני במה שלא קיים חבירו התנאי דכמו שהיה הוא אנוס ואין אתה מחשיבו למעשה כמו כן גם חבירו פטור כיון דלא נתקיים התנאי אבל אם נימא דאין אזהרה לב"ד רק דהאונס פטור ואין חייב על שלא קיים התנאי וא"כ ממילא כל שלא קיים התנאי פטור מלקיים התנאי כיון דאנוס היה ולא יכול לקיים התנאי ע"כ לא נתבטל המעשה בשביל תנאו שהרי אנוס היה בקיום התנאי דאי אתה יכול לפטור השני בשביל שלא קיים התנאי דא"כ יתבטל המעשה על ידי שלא קיים התנאי והרי היה אנוס ולא מקרי עבר על תנאי ואף דמה לו ולחבירו באונסו של זה הא מ"מ לא נתקיים הא כל שלא ביטל בידים התנאי המעשה נתקיים וא"א למניעת קיום התנאי לבטל המעשה ובזה נחלקו ר"י ור"ל דלר"י כיון דהוא אזהרה שלא יענשו אותו א"כ כמו שזה פטור ואסור לענשו כמו כן לא יוכל הב"ד לכוף לחבירו לקיים המעשה דהרי גם חבירו אנוס בדבר שלא נתקיים התנאי ואם אסור לב"ד לכופו וזהו אונסא כמאן דלא עבד והיינו דלא נחשב מעשה כלל אבל לר"ל אונסא כמאן דעבד והיינו דס"ל לר"ל דמה שאנוס רחמנא פטריה הוא פטור ולא אזהרה ואם כן ניהו שזה יפטור אבל השני במה נפטר מקיום המעשה ויוכל הב"ד לכוף להשני דכל שזה לא עבר בידים על התנאי הרי הוא כמו שקיים דהתורה פטריה והוה כאילו מחל לו התנאי ושוב המעשה קיים וגם אם נימא הגירסא דאונסא כמאן דלא עבר ברי"ש י"ל דפליגי בזה דאם אזהרה לב"ד הוא הוה כמאן דלא עבר כלל ולא נחשב מעשה ואסור לב"ד לענשו ע"ז וכן לחבירו דחבירו ודאי לא עבר אבל אם אונסא כמאן דעבר רק שעבר באונס ופטור אבל עכ"פ עבר על

התנאי ואין חבירו מחויב לקיים תנאו. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה הש"ך בסי' כ"א דבש"ס דילן מבואר בנדרים דף כ"ז דאונסא רחמנא פטרי' ולפמ"ש א"ש דשם באמת הוה אסמכתא רק דמירי בקנו מידו בב"ד חשוב ואם כן כל שארעו אונס עכ"פ לא קיים תנאו ואין הב"ד יכולין לפסוק שיבטל זכוותי' דהא הב"ד בודאי אסור לענשו והרמב"ם מירי גם בדבר שא"צ ב"ד חשוב כמו לענין שבועה דלא הוה אפקועי ממונא ואם כן כל שא"צ ב"ד ניהו דהתורה פטרה לזה שהיה אנוס אבל עכ"פ לא שייך הדבר לב"ד ושפיר הו"א דחייב ודוק:

סימן קלב

א לאבי מורי הרב הגאון החריף ובקי מו"ה ארי' ליבוש ני' הלוי.

ב מה שהארכת בהא דמבואר באהע"ז סי' מ"ב דהחשוד על העריות פסול בין לאפוקי בין לעיולי ומטעם דמים גנובים ימתקו והמה גורסים בין לאפוקי בין לעיולי ולא כגירסת רש"י וע"ז הקשית דמ"מ היאך שייך מים גנובים ימתקו דממנ"פ אם הוא אומר אמת א"כ אמת הדבר ובעצמו אין פסול רק משום דחשדת לי' למשקר בשביל הנאת עצמו דמים גנובים ימתקו וכל שהוא אמת הוא כשר ואם שקר הדבר שוב אינו מים גנובים דאינה א"א דאינה מקודשת לו. לפענ"ד לא קשה דמים גנובים אינו הטעם משום דביאת איסור חשיב ליה ביותר רק דכל דנתקדשה לאחר שוב ל"ש לי' כ"כ וכשבא עליה חביבא לו ביותר דבפנויה שכיחא ליה ונמאסת עליו ויעיין ברי"ף ובנימוק"י שמשמע כן. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הב"ש סי' מ"ב ס"ק כ"א דשם פסלינן לעיולי משום החשש דמים גנובים ימתקו ובסוף נדרים אמרינן דאתתא שריא דמהו דתימא דניחא ליה דלא לימות דמים גנובים ימתקו קמ"ל הרי דלא אמרינן דמים גנובים ימתקו ועביד איסורא ולפמ"ש אתי שפיר דשם החשש דמים גנובים ימתקו דניטל טעם ביאה וניתנה לעוברי עבירה וכמ"ש התוס' ישנים שם וע"ז שפיר קמ"ל דניחא ליה טפי דלימות ויוכל לשאנה בפרהסיא ממה שיהי' מים גנובים אבל כאן דהוא אמר שנתקדשה שפיר שייך החשש דמים גנובים דעכ"פ כיון שאינו נושאה דהיה יכול לשאנה ומסתמא לא נתרצית לו לשאנה שוב החשש דשמא בשביל מים גנובים ימתקו דל"ש לי' כ"כ ממה שהיא פנויה אבל לענין לשאנה זה עדיף ליה ממים גנובים וז"ב. ובלא"ה אני תמה דשם שפיר מוקמינן אחזקת היתר ומסתמא לא עביד איסורא ולא תלינן בשביל חשש דמים גנובים ימתקו אבל כאן דעיקר העדות היא שיהיו שני עדים על הקידושין עכ"פ החזקת פנויה איתרע ע"י עד אחד ואף דאינו נאמן ע"א לבד הא עכ"פ גם בע"א חוששין לקידושין ואף אם נימא דאין חוששין לקידושין בע"א עכ"פ חזקת פנויה ודאי איתרע דעכ"פ שניהם אומרים

דנתקדשה ולענין זה גם החשוד נאמן וע"ז קמ"ל דפסול להשיאה ומוקמינן אחזקת פנויה ודוק ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ז ראיתי שהוא והגאון השואל מוהר"ץ בעל תפארת צבי נתקשו בהא דקאמר ר"נ החשוד על העריות כשר לעדות ופירשו התוס' שם הטעם דיצרו תקפו וע"ז הקשו הא מ"מ רשע הוא וכל עובר עבירה יצרו תקפו ואף דבעריות יצרו תקפו טפי הרי חזינן דהתורה חייבה בעונש בסקילה שריפה חנק מלקות הכל לפי הערוה ולא אמרינן דיצרו תקפו. ולפענ"ד נראה דבאמת פסול לעדות דחשוד על העריות לענין עדות משום דחשוד לעבור בדבר שיש לו הנאה ה"ה לענין עדות דמשום הנאת ממון ישקר וע"ז שפיר אמרינן דבאמת לעדות לא חשוד לשקר בשביל הנאתו רק דמה שחשוד על עריות הוא משום דיצרא של עריות תקיף ליה טובא והיה מוכרח בדבר ואף דכתבו התוס' דגזירת הכתוב היא דרשע פסול לעדות משום דאל תשת רשע עד א"כ אף דיצרו תקפו מכל מקום רשע הוא. לפענ"ד נראה דשם כיון דעכ"פ עשה להנאתו מחשביה רשע לאביי אף דלא הוה רשע דחמס אבל הכא אמרינן דבשביל דיצרו תקפו עשה כן ולא בשביל הנאתו לבד. ובלא"ה יש לומר דכיון דאמרו ביומא דף ס"ט אם תבטל ליצרא דעריות כליא עלמא דלא משתכחי ביעתא בהנך ג' יומי ופירש"י דפסק כח החימום וא"כ אף מה שמותר כגון באשתו בא ג"כ מפאת היצר והחימום לכך יצרו תקפו טפי ולא מקרי רשע דבשלמא כל עבירות אין בו יצר רק מה שהוא לעבירה אבל כאן גם מה שמותר בא מצד היצר והחימום ומדוקדק לשון יצרו תקפו וכעין מה שפירש ר"י בפרקי אבות על יראת חטאו ועיין בתוי"ט ודו"ק.

ג ובחידושי אמרתי בזה דבר נחמד דהנה בהא דחשוד על עריות נחלקו בזה הפוסקים ודעת הרי"ף והתוס' דהיינו בבא על ערוה ואפ"ה כשר לעדות משום דיצרו תקפו ודעת הרא"ש דמיירי שלבו גס בעריות ומתייחד עמהם ובאמת לכל הפוסקים קשה דמה אמר ר"ש ארבעים בכתפיה וכשר והא כל ענין דהמלקות אינו רק מכות מרדות מקרא דלא טובה השמועה ואטו מי שמכין אותו מכת מרדות כגון מי שמקדש בביאה וכל הני דרב מנגיד עלי' ואטו יהיה פסול עי"ז לעדות. ומצאתי בשו"ת מהר"ם מינץ ז"ל החדש סי' יו"ד שהאריך הרחיב הדיבור בזה. אך לפענ"ד היה נראה דהנה ביאור הענין דיצרו תקפו צ"ב דמה סברא היא זו לפטרו בשביל זה וכמ"ש הנוב"י אבל ביאור הענין עפמ"ש הר"מ פ"כ מסנהדרין במ"ש רבינו גבי תחלתה באונס וסופה ברצון דמקרי אונס שיצרה תקפה וכתב הכ"מ אין להקשות א"כ כל חייבי מיתות יפטרו משום דיצרו תקפו וכתב דשם כיון שבתחלתו באונס אף שסופו ברצון אמרינן דיצרו מתגבר והוה אנוס ע"ש. ובאמת המעיין בפ"א מא"ב ברמב"ם יראה שכוון לזה ע"ש ולפ"ז גם כאן באמת הא יחוד של

פנויה אינו מן התורה וא"כ היה מותר מן התורה להתייחד וא"כ ממילא אמרינן דמה שבא עליה אח"כ היא כיון דנתייחד עמה והיה האש בוער בקרבו ויצרו תקפו ולכך לא מפסל לעדות דבאמת בלא"ה הקשו דמה ענין חשוד על עריות לעדות וכתבו התוס' בסנהדרין דף ט"ו דכיון דחשוד לעבור על מצות ד' בשביל הנאתו כמו כן יעבור על עדות שקר בשביל הנאת ממון ולפ"ז כיון דבמה יצרו תקפו משום שנתייחד עמה וא"כ כיון שתחלת יחודו היה בהיתר ואח"כ יצרו תקפו שוב אין ראיה שיצרו תקפו מלעשות עבירה בשביל הנאת ממון ולזה מקשה ר"ש כיון דארבעים בכתפי' והיינו כיון דמדרבנן עכ"פ אסור להתייחד שוב לא שייך סברא דיצרו תקפו דלמה נתייחד כלל כיון דגם זה אסור מה"ת ור"נ ס"ל דמן התורה מותר עכ"פ אינו חשוד לעבור בלי שהיה מקום לחוטא ואמרינן יצרו תקפו והחשוד על דרבנן אינו חשוד על דבר תורה. והנה ראיתי שם כמה דברים תמוהים במ"ש בשו"ת מהר"ם מינץ שם דהא דמלקין על לא טובה השמועה נלמד מבני עלי ושם היה חשד א"א הנשים ששהו קיניהן והרי בא"א אין לוקין כדי שלא להוציא לעז על בניה והוא תמוה דאטו בשביל דחז"ל תקנו שלא להלקות בא"א בשביל שלא להוציא לעז לא יהיה הש"ס יכול ללמוד מקרא דלא טובה השמועה והא האי קרא בטרם שהיה תקנת חז"ל וגם לשטת הב"ח דוקא היא אין לוקית אבל הוא לוקה אף בא"א וא"כ שפיר אמר עלי לבניו אל בני גם מה שרצה לחדש דבא"א כיון דאין לוקין על לא טובה השמועה שוב לא מקרי חשוד על עריות במחכ"ת דבריו אינם נכונים דניהו דאין לוקין אבל חשוד הוה ולפמ"ש אדרבא כיון דבא"א מה"ת אסור היחוד שוב בודאי אסור היחוד והוה חשוד גמור דלא שייך יצרו תקפו וכמ"ש. וגם מ"ש להקשות על הרשב"א במי שחשוד על הסוטה שכ' הרשב"א דפ"ד והקשה הא כיון שהיה קינוי וסתירה שוב הוה חשוד על עריות והאריך בזה לק"מ דבחשוד על עריות בלא בא עליה רק שלבו גס בה פשיטא דלא בפעם אחד נקרא חשוד וצריך שיהיה חשוד ע"ז פעמים רבות וז"פ. וגם במ"ש להקשות על דברת התוס' בסנהדרין דף ט' במ"ש דעכ"פ חשוד לאותו דבר לא דנו ולא מעידו והקשה דכל דלא הוה נגיעה למה יפסל לעדות. לפענ"ד ל"ק עפ"י דברי מהר"ש הלוי שהביא בעצמו שכתב בסי' י"ג דבעריות שאני הואיל ומלקין על קול בעלמא משום דיצרו תקפו וא"כ אמרינן דמסתמא הוא אמת ושוב פסול לעדות דארבעים בכתפי' וכשר וא"כ ה"ה בזה לכך לא דנו ולא מעידו ויש לי להאריך בכל דבריו כי לא ראה תשובת הראב"ח סי' מ"ב ובאמת גם שם בתשובת מהראב"ח ח"ב סי' מ"ב יש לי עיונים רבים ולא נפניתי כעת וברצות ד' אשימה עיני עליו כשיגמור ד' בעדי

ד והנה מ"ש הרב מהר"י להשיב שם על הרב מוהר"ח פוזארי שכתב שם להוכיח דמלקין על לא טובה השמועה הוא מלקות ממש ולא מכת מרדות שהרי אמרו בסנהדרין ע"ז ארבעים בכתפיה וכשר משמע דאינו מכת מרדות ע"ש הנה לפמ"ש התוס' בנזיר דף כ' ע"ב ד"ה ר"י דעל מה שעבר יש למכת מרדות מלקות ארבעים אם כן אין ראיה אבל באמת לשיטת רש"י והרמב"ם אינו כן ועפר"ח סי' ת"ע באו"ח מ"ש בזה וכבר כתבתי דבזה נסתר כל בנינו של המהר"ם מינץ כי לא היה לפניו גוף דברי הראב"ח שם ע"ש. והנה בש"ש שמעתא ז' פ"ה הקשה על הרא"ש בתשובה דכתב דאותן שהמירו דתן בעת הגזירה כשחזרו בתשובה כשרים וע"ז הקשה ניהו דרשע לא מקרי דלא עבר על ל"ת רק שביטל עשה דונקדשתי אבל מכל מקום כיון שעשה מחמת הנאתו ולתיאבון הו"ל כמו רשע דחמס וכתב כיון דאנוס להריגה הו"ל כמו יצרו תקפו וכשר וכמו בחשוד על העריות ע"ש והנה דבר גדול דיבר בזה והיה לו להביא ראיה מדברי התוס' בסנהדרין הנ"ל דיצרו תקפו חשוב כמו אנוס מכ"ש כשהיה יוצא להריגה דשייך לומר יצרו תוקפו.

ה ובזה מיושב מה שהקשה בהא דאמרו בכתובות דף י"ט עדים שאמרו להם לחתום על שקר יהרגו ואל יעברו הרי דאף דהי' אונס פסולין לעדות ולפמ"ש אתי שפיר דהרי התוס' כתבו בסנהדרין הנ"ל דלאותו עדות ודאי פסול להעיד דהחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו ולפי זה במה שמעיד שמוכרח לחתום שקר מפני אונס לא שייך יצרו תקפו ופסול לעדות. הן אמת דלפמ"ש באבני מלואים סי' נ"א לחדש דכל שהתורה אמרה שיהרגו ואל יעבור שוב ל"ש בזה אונס דהא בזה הוה אונס כרצון א"כ גם כאן מה שייך יצרו תקפו כיון דמוכרח להיות יהרג ואל יעבור מיהו כבר השגתי ע"ז בתשובה אחת דדברי הא"מ שם תמוהין והנה בש"ש שם הביא דברי הקדמונים דניהו דלא נפסל לעדות מכל מקום שייך לומר דאין אדם משים עצמו רשע אף בדבר דלא נפסל לעדות. ולפענ"ד נראה דלכאורה צ"ב דמה בכך דלא משוי נפשיה רשע הא ממנ"פ כיון דע"כ אמת הדבר א"כ הא בד"מ לא איברי סהדי אלא לשקרי וא"כ מה בכך שא"י להשים עצמו רשע מכל מקום הדבר אמת וצ"ל דשם כיון שכבר חתמו על השטר והם באים לקלקל השטר בזה אמרינן דאינם נאמנים לקלקל השטר דל"מ נפשייהו רשעים אף במידי דלא מפסל אבל בדבר דל"צ עדות גמור רק אם האמת כן כמו בעדות אשה מה בכך דל"מ נפשי' רשע מ"מ נאמן דכל שבאמת לא נפסל לעדות שוב די בזה אף דא"י למשוי נפשיה רשע ובזה יש ליישב קושית הש"ש שם ע"ש ודוק. אחר זמן רב מצאתי ברמב"ם פכ"א מא"ב ה"א שכתב שהבא על ערוה מן העריות דרך איברים או שחיבק ונישק דרך תאוה ונהנה בקירוב בשר הרי זה לוקה מה"ת וכו' ובה"ב כתב שהעושה דבר מחקות האלו הרי הוא

חשוד על העריות וכתב הה"מ שרבינו מפרש דמה שאמרו ארבעים בכתפיה וכשר היינו שחיבק ונישק ולכך אמרו החשוד וכו'. והנה דבר גדול דיבר הרב בזה. ולפענ"ד נראה דהרי"ף מפרש ג"כ כהרמב"ם. ובזה מובן היטב טעמו של ר"נ דמכשיר לעדות והיינו אף דלשיטת הרמב"ם במל"ת שנ"ג עובר ולוקה ע"ז מ"מ כיון דבאמת גוף הדבר אינו איסור ועדן אינו גילוי עריות ובאמת הרמב"ן צווח ככרוכיא ודעתו שאינו רק דרבנן והתורה לא אסרה רק ביאה ממש ורק שהדבר מביא לידי ג"ע שמתוך כך יבא לידי ג"ע וע"כ לוקה לשיטת הרמב"ם אבל מ"מ לא מקרי רשע עדיין כל שלא בא לידי ג"ע ממש ולא מקרי רשע רק כשעובר עבירה שבעבירה זו בלבד חייב מלקות אבל מה שהתורה לא אסרה רק בשביל סייג וכדאמרו באדר"נ שהתורה אסרה בשביל סייג והובא ברמב"ן ובמג"א שם וא"כ אינו רשע שפסול לעדות וז"ב. ובזה נראה מה שאמר ר"נ התם יצרו תקפו כמו שגרס הרי"ף וכ"כ למעלה שזה תימה כמ"ש הנוב"י דמה זו סברא לומר דיצרו תקפו וא"כ בכל עבירות יצרו תקפו ולא יהיה פסול לעדות ולפמ"ש א"ש דבשלמא בגוף עבירה לא שייך יצרו תקפו דהיה לו לכבוש יצרו אבל מה שאינו רק לסייג בעלמא שלא יבא לידי ג"ע א"כ יוכל להיות יצרו תקפו ואומר שאף שיחבק וינשק מ"מ לא יבא לידי עבירה ממש וא"כ שוב לא נפסל לעדות.

ו וע"ד שאמרו גבי שלמה ארבה ולא אסיר ולכך לא נפסל לעדות ור"ש אמר דסוף סוף ארבעים בכתפיה וכשר והיינו דאינו רק סייג מכל מקום כל שהוא ארבעים בכתפיה הוא מקרי רשע וז"ב כשמש. ובזה נראה לפענ"ד מה דאמרו ומודה ר"נ לעדות אשה דפסול ואמרו ל"ש אלא לאפוקה אבל לעיולה לית לן בה והיינו דכיון דכל הטעם של ר"נ דמה שחשוד על העריות כשר לעדות היינו אף דבשביל הנאתו עושה היינו מה שחישב שאינו רק משום סייג ומ"מ לא יעבור על עבירה עצמה אבל איך יעיד שקר והוא מכשיל תיכף ולפ"ז בעדות אשה שע"י עדותו שמת בעלה או גירשה עדן לא בא האיסור ויוכל להיות שלא תנשא לאחר א"כ שוב חשוד ולכך לעיולי כשר שעושה תיכף העבירה שכל שמעיד שפלוני קדשה הרי תעבור על האיסור תיכף על ידו ולפ"ז צ"ל דלא גרס מה שסיים בש"ס פשיטא מ"ד וכו' ושוב ראיתי שהרי"ף גורס שפסול בין לאפוקי בין לעיולי וברמב"ם לא מצאתי בהחפזי לשון דחשוד על העריות כלל ואולי משום דכיון דפסק כר"ש כמ"ש הרי"ף וא"כ כל שארבעים בכתפיה בודאי פסול ועיין פי"ט מסנהדרין שכ' ג"כ דחיבוק ונישוק וכל קריבה לוקה וזה הנקרא חשוד לעריות ועיין בכתובות דף י' דמהימן ומסגי לי' כופרי ובש"ע אהע"ז סי' ס"ח ודוק.

ז והנה לכאורה נראה לי דבר חדש דאף להרמב"ם דלוקה בקריבה דג"ע היינו האיש דוקא אבל האשה אינה לוקית ע"ז והטעם בזה דהנה בב"ק דף ל"ב אמרו דהנאה לתרווייהו אית להו אבל מעשה לא עבדי וכתבו התוס' דהא דהאשה לוקית וח"מ וכרת היא משום דהנאה חשיבה מעשה ולפ"ז זהו על גוף הביאה דגלי תורה ונכרתו הנפשות העושות דהנאה חשיבה כמעשה אבל בקריבה דמביא לידי ג"ע שהתורה אסרה וחייבה מלקות שלא יבא לג"ע זהו דוקא על האיש אבל האשה גוף הג"ע ממש אינה עושית מעשה רק שהנאה אחשבה כמעשה אבל על הקריבה שמביא לידי ג"ע זה אינו רק על האיש שטוב מראה עינים באשה יותר מהלך נפש כדאמרו ביומא דף ע"ד ועיין בתוס' ישנים שם אבל האשה אינה נהנית מזה וגם אינה עושית מעשה אף בג"ע ממש ולכך אינה לוקית ע"ז וז"ב כשמש. ובזה עמדתי על הא דאמרו בסנהדרין ע"ה כדי שלא יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות לעמוד בפני האנשים לתת בהם עיניהם וימסרם להם לביאה והיא תימה דלמה נקט שלא יהיו בנות ישראל ולא אמר שלא יהיו בני ישראל פרוצים בעריות והא האיש עושה מעשה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי שם לא היה רק קריבה המביא לידי ג"ע ומזה מביא הש"ך ביו"ד סי' קנ"ז ראיה להרמב"ם דגם זה בכלל ג"ע ולוקה ולפ"ז כיון דהאשה אינה לוקית ע"ז א"כ הם יהיו פרוצות בזה דהם אינם עושית שום איסור ואינה לוקית ולכך גזרו על בנות ישראל. ובזה נראה לפענ"ד דבר חדש דבנדה ל"ש ללקות על חיבוק ונישוק משום לא תקרבו לגלות ערוה דהנה כיון שזה אינו רק סייג לעריות שלא יבא לידי ערוה ובנדה שיש לה היתר לא חיישינן. וראיה ברורה לזה מהא דאמרו בסנהדרין דף ל"ז לענין יחוד דהתורה העידה סוגה בשושנים ובתוס' שם כתבו דאף דיחוד דא"א אסור מ"מ יחוד דנדה שרי משום שיש לה היתר ה"ה בזה. ובזה מיושב היטב תמיהת הרמב"ן בהא דאמרו בשבת דף י"ג מהו שישן איש בבגדו ואשה בבגדה בנדה ומסיק דפליגא על ר"פ דאמר לא אסרה תורה אלא קורבה של ג"ע בלבד ותמה הרמב"ן דהא אסור אף קריבה של ג"ע כמ"ש הרמב"ם ולפמ"ש אתי שפיר דלענין נדה ודאי לא אסור רק ג"ע ממש ולא קריבה של ג"ע ועיין בתוס' סנהדרין שם דבאמת הקשו על מאן דאסר הוא בבגדו והיא בבגדה למה תהי' חמור מיחוד דנדה וע"ש מ"ש בזה ועכ"פ לר"פ דס"ל דלא אסרה תורה רק ג"ע ממש ניהו דבשאר עריות אסרה תורה גם הקריבה שהוא משום סייג זה לא שייך לענין נדה ובזה נראה לי הא דפריך הש"ס ולנסוב לה מנסיב והקשה הש"ך דהא מ"מ אסור עד שתספור שבעה נקיים משום חימוד וא"כ הרי לא סגי ליה וכתב כיון דאינו רק מדרבנן לא נחוש לזה ומזה כתב ראיה לדעת הרמב"ם ולפמ"ש יש לומר דאף להרמב"ן דזה אינו רק מדרבנן אבל עכ"פ הוא משום

סייג וכל שנסבה ויש לה היתר ל"ש לאסור הדיבור או שתעמוד ערומה דהא יש לה היתר וכמו דלא אסור יחוד בנדה. ובזה מיושב מה שהקשה בשו"ת מעיל צדקה סי' י"ט דמ"פ ולנסוב מנסב ודלמא היתה נדה ואסורה להבעל ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ הסייג דדיבור וכל קריבה המביאת לידי ג"ע לא שייך בזה. ובזה נראה לפענ"ד דגם לפירוש הרא"ש ודעימי' דחשוד על העריות היינו שמתייחד עם עריות וגם בהן ג"כ יש לומר דלכך לא פסלו ר"נ לעדות דאף דמלקין על היחוד היינו משום לא טובה השמועה והיינו גם כן דיחוד בעצמו אינו אסור רק דמזה יוכל לבא לידי ביאה ובזה נכון מה דאמרו דמלקין על לא טובה השמועה היינו דאחרים יאמרו שבודאי בא עליה דאש בנעורת שהרי ייחד עמהם ואם כן אם באמת לא בא רק שנתייחד לא מקרי רשע לפסול לעדות דהא לא עשה עדן איסור רק שיכול לבא לידי איסור וזה לא מקרי רשע לר"נ ור"ש ס"ל דס"ס ארבעים בכתפיה ופסול וכמ"ש לשיטת הרמב"ם. ובזה מיושב מה דפריך הש"ס כתובות דף למ"ד ואלו הן הלוקין וכו' וקי"ל דאינו לוקה ומשלם וקשה הא יש לומר דלוקין על נשיקה דאינו חייב משום קריבה אבל מ"מ לוקה משום דברים המביאים לידי ג"ע וא"כ אינו בא כאחת ואף דהחיוב מלקות נמשך גם אחר כך מכל מקום אפשר דמקרי לא בא כאחת ועיין בטור חו"מ סי' שנ"א בבא במחתרת ובתשובה הארכתי בזה ולפמ"ש א"ש דשם תני גם נדה בכלל הלוקין וע"כ דמיירי מחיוב מלקות בג"ע ממש דבנדה אינו חייב משום קריבה המביאה לידי ג"ע ושפיר פריך דאינו לוקה ומשלם ודוק. ובזה יש ליישב קושית התוס' שם דאמאי לא פריך מהבא על המחתרת ולפמ"ש י"ל דבאמת הרמב"ן כתב שם דלדעת הרמב"ם מהראוי שגם בח"ל יתחייב על קריבה המביאה לידי ג"ע ע"ש ואף דהרמב"ם לא ס"ל כן כמ"ש הה"מ ובמג"א שם מ"מ לא הוה מצי להקשות די"ל דחייב בשביל הנשיקה דעוד לא בא חיוב הקנס ולכך פריך מנדה אנדה וה"ה שאר עריות ודוק היטב כי נתברר בזה דבר נפלא ועכ"פ שיטת רבינו דקריבה המביאה לידי ג"ע הוא מה"ת לוקה מבואר לדעתו מדברי הש"ס ואף אם נימא דר"נ ור"ש פליגו בזה ור"נ ס"ל כר"פ על כל פנים אנן קיימא לן כר"ש כמ"ש הרי"ף ומבואר דארבעים בכתפי' וכדברי רבינו וזה סיוע גדולה לפירושו דאם לא כן אינו מבואר טעם דר"נ שלכל הפירושים לא נתבאר טעמו של ר"נ ולפמ"ש הרמב"ם אתי שפיר ודוק היטב כי הוא ענין נכבד. וראיתי בשעה"מ פכ"א מא"ב שהקשה לשיטת הרמב"ם אם כן איך אמרו בריש יבמות דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת והא לא הוה בעידנא דבתחלת ביאה תיכף הוה הל"ת דלא גרע מקריבה המביאה לידי ג"ע והעשה אינו מקיים רק בסוף ביאה או בהראה עכ"פ וע"ש בטעם המלך. ולא ידעתי מה קא קשיא ליה דאם הביאה גופא מותר איך יהי' בכלל

קריבה המביאה לידי ג"ע וע"כ לא אמרינן דלא הוה בעידנא רק בדבר שאפשר לקיים העשה בלתי דחיית הל"ת בזה אמרינן דכל דלא הוה בעידנא לא דחי אבל כאן הביאה גופא מותר והיאך אפשר שהקריבה המביאה לידי ביאה תאסר אתמהה וז"ב ודוק היטב ועיין תוס' יומא דף פ"ב ד"ה מה דכתבו בסוף דלענין מיתת ב"ד אין חילוק בין עביד מעשה ללא עביד מעשה דהא אשה ברצון חייבת אף דהיא קרקע עולם ולפענ"ד כוונתם דבאמת כתיב ונכרתו הנפשות העושות רק דהנאה חשיבא מעשה וא"כ מה נ"מ בין עושית מעשה ללא עושית מעשה ובזה יש ליישב קושית הגאון מוהר"ע איגר ז"ל בגליון הש"ס שם ודוק היטב בזה והמשכיל יבין.

ח ודרך אגב ארשום מה דהאריך הר"ן ביומא בענין ג"ע דאסור אף בהנאת עצמו ולפענ"ד יש לדחות דשאני היכא דגם זה שאנסוהו יש לו גם כן הנאה בזה חייב אף שהעכו"ם עושה להנאת עצמו ולכך בעצי אשירה אסור להתרפאות דהרי נהנה מזה וכן בר"כ שסיכן עצמו משום דאין קישוי אלא לדעת ועל כל פנים א"א בלתי שיהנה והרי אמרו בירושלמי אמשול לך משל לענין אנוסה שסופה ברצון יעו"ש ומכל שכן לענין הבועל ובזה ל"ק מאסתר דהרי אמרו דכיון שהטיל בה זוהמא ומחשב רעה לגבי צדיקים ואם כן לא נהנית בזה ומ"ש ראיה ממרדכי שסיכן עצמו וכל ישראל הנה באמת אמרו במגלה דישראל אמרו שלא יפה עשה שסיכן כל ישראל ע"ש ומפני שהיום ח' תשרי ע"כ דברי מעטים

ט ודרך אגב אזכור מה שכתב לי בשנת כת"ר במה שאירע שאחד פרוץ בחור העמיד לו שני אנשים פרוצים וקדש בפניהם בתולה יתומה והעידו לו כי ברצון הנערה נעשתה התועבה הזאת והנערה מכחישה ואומרת כי שלשתם החזיקו בידיה כי סגרו הדלתות בפניה ותחבו לה בחזקה הטבעת באצבעה צעקה ואין מושיע לה ועתה הוגבה פה בעירי עדות שהעיד ע"א על אחד דעידי קידושין איך שאכל טריפות כ"פ בבית נכרי והעיד עד שם גם על עד דוד הנ"ל שנתן לו בגד לתפור ונתן לו וואטין מצמר גפן והוא גנב הוואטין ועשה את הבגד בקלאטשי של פשתן ושוב הוגבה עדות והעיד עד אחד על עד השני ששמו הירש שגנב בקבוק של י"ש וגם כל הקריה הומה שעדי הקדושין הם שכורים רק שאין ראיה ברורה ואחר כך הוגבה עוד עדות אחד שהעיד על השני ששמו הירש איך שבקרעטשמי אחת אכלו כמה בעלי עגלות ואותו הירש עמהם וננגב סכין אחד והכירו את הסכין אצל הירש הנ"ל ובקשו הבע"ג להחזירו לבעה"ב ולא רצה להחזיר עד שכפוהו.

י והנה מ"ש שגבו עדות שלא בפניו הנה בכה"ג שא"א לגבות בפניהם ודאי מותר ובאלמים כה"ג בודאי מותר ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חאהע"ז סימן ע"ב ועיין מהרי"ט בשניות חאהע"ז סי' ל"ד. אמנם מה שיש לעיין שהעדים אלו העידו אחד שאכל טריפות ואחד שגנב וא"כ אינם מצטרפין כמ"ש בחמר חוורין עתיק בסנהדרין דף כ"ד בשם המאירי דלא כמ"ש מהר"ם פדוואה והובא בסי' ל"ד סעיף כ"ח בהג"ה ועיין בכנה"ג בהגהת הטור אות כ"ג שצדד הרבה בזה וגם יש לעיין אם עדות מיוחדת מצטרף באישות ועיין באהע"ז סי' מ"א ס"א בהג"ה ועיין בסי' קל"ג ס"ק א' בב"ש אך לפענ"ד נראה דעכ"פ כשהיא מכחשת וגם כל הקריה הומה שהם עדים שכורים ועדים מעידים אף אם נימא דאין מצטרפין מ"מ בכה"ג שניכרין הדברים ששקר וכזב הוא יש להתירה בלי גט שבלי ספק שהעדים האלו אינם יודעים טיב קידושין וגם היה במחשך מעשיהם ומה גם שכל שאחד מהם פסול שהירש העידו שני עדים בענין גניבה א"כ הרי נמצא אחד מהם פסול ובכה"ג בודאי יש לסמוך על המקילין בעדות ע"א בקדושין כמבואר בסימן מ"ב ועיין ב"ש ס"ק ח' שם ודוק:

סימן קלג

א להרבני המופלג האברך החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י.

ב אשר שאל בהא דאמרו בב"ק דף ל"ו אנן יד עניים אנן ופירשו התוס' שם והקדמונים דמיירי במעמ"ש ולכך א"י לחזור בו והקשה הוא דאיך שייך כאן מעמ"ש הא הש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' מפלפל די"ל דבחוב שלא הגיע זמנו לא שייך מעמ"ש והוה כמו כתובה דלא הגיע זמנה ע"ש ולפ"ז הא אמרו בב"ק דף צ"א דאף דאין נותנין זמן לחבלות ה"מ היכא דחסרו ממונא אבל בבשת דלא חסרו ממונא יהבינן זמן וכן קי"ל בטוש"ע חו"מ סי' ת"כ ועיין בסמ"ע שם דה"ה בצער ולפ"ז כאן דתקע לו ופירש הנימוק"י דאין מגיע לו הד' דברים רק בשת וצער ע"ש וא"כ מגיע לו זמן וא"כ לא שייך מעמ"ש דלא הגיע זמנו ואף דלא טען יהבינן ליה זמן מ"מ כל דהיה יכול לטעון לא נסתלק מהממחה לגמרי ול"ש מעמ"ש וכעין מ"ש המהר"ם אלשקר הובא בש"ך שם ס"ק וא"ו. הנה יפה שאל ודבר חכמה דיבר.

ג אבל הדבר נכון דכיון דכבר אמר ניתביה לעניים והוא שתק ונתרצה שלא ליתן לו זמן ואח"כ הוא רצה לחזור איזיל ואברי נפשאי בזה שפיר נשתעבד במעמ"ש וכבר סילק עצמו ממנו ונתחייב להצדקה ובפרט דבאמת הנמחה דהיינו הוא שתקע ונתחייב הוא בודאי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דברשותו הוא ויכול לתנו לצדקה והתוס' הקשו גם עליו אמאי צריך ליד עניים וכתב דאינו ברשותו אבל התוקע פשיטא דמועיל מצד

אמירתו לגבוה ואף שלא אמר בהדיא כל ששתק ונתרצה לא יוכל לחזור ועיין ביו"ד סי' רנ"ח דבצדקה אף בלב מועיל ואף להחולקים שם ובחו"מ סי' רמ"ב י"ל דכאן מודו ובלא"ה יש לומר כיון דהוא אמר איזיל ואיברי נפשאי א"כ עכ"פ חסרו איזה ממון שלא היה בריא כ"כ ועיין נמוק"י שם א"כ כל דחסרו ממון לא הוה כסתם בשת ולא יהבינן לו זמן ודו"ק. אמנם אי קשיא הא קשיא דהרי באמת צ"ב היאך דן ר"י דיני קנסות בבבל ורש"י הרגיש בזה וכתב דהיה תפוס וכבר תמה הרשב"א בחידושיו הובא בשטמ"ק דבש"ס לא משמע כן דאמר ניתבי' לעניים וכתב הרשב"א דמיירי דאמר קבעו לי זימנא דאזלינא לא"י ע"ש ואני אמרתי דמזה ראיה לשיטת הרי"ף דאי אמר ישומו לי הנזק כדי לדעת כמה יתפוס דשמין לו וא"כ מיירי בכה"ג. ומה דאמר איזל ואיברי נפשאי היינו דאם אתפוס אתפוס לעצמו. עכ"פ יהיה איך שיהיה ל"ש דיני דגרמי דלא גרע מכתובה בשביל דאין החיוב ברור לא שייך דיני דגרמי וה"ה כאן כיון דאין חיוב ברור דשמא לא יחייבו דייני א"י ומכ"ש לתפוס דל"ש דין מעמ"ש בזה והוא קושיא נפלאה. והנראה לי בזה דבאמת לא היה מועיל האמירה אך הרי אמרו בב"מ דף וא"ו ע"א דהקדישה בלא תקפה הוה כתקפה ועיין בקדמונים בשטמ"ק שם ותמצא דכ"מ דתפיסה מועיל בהדיא והוה שלו ע"י התפיסה ההקדש מועיל בלא תפיסה כיון דהוה כמסירה להדיוט הוה כתפיסה ע"ש היטב. ולפ"ז כיון דאמר ניתביה לעניים הוה כתפיסה ושוב מועיל מעמ"ש והקדש ומעמ"ש באין כאחד דכיון דההקדש מחשב כתפוס שוב הוה חיוב ברור ושייך מעמ"ש ודו"ק היטב כי היא דבר נפלא ראה זה הערה חדשה. ובחידושי אמרתי בישוב קושית הנ"ל דהנה בטעם דברי הש"ך הנ"ל דבחוב שלא הגיע זמנו לא שייך מעמ"ש באמת אינו מובן דהא לא דמי לכתובה דאין החיוב ברור דשמא לא תגיע הזמן משא"כ בחוב והש"ך באמת מסיק דשייך מעמ"ש. אך לפענ"ד היה נראה דבר חדש דלא יהיה מועיל מעמ"ש עפמ"ש הרא"ש פרק הכותב להשיג על הראב"ד דס"ל דאם כתוב בשטר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ל"מ מחילה וכתב הוא דכפי הנראה יצא לו מהא דרצו לומר בגיטין הטעם דמעמ"ש דהוה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך וכתב הוא דל"ד דשם משתעבד רק להשני דכיון דהי' במעמד ג' הרי מחל גם שעבוד הגוף לשני ופקע שעבודו לגמרי ונשאר ביד השני משא"כ בחוב דהשעבוד הגוף לא יוכל להקנות ונשאר ביד הראשון וא"כ אנן סהדי דזה הלוה לא רצה להשתעבד לשני כ"א לזה שעבוד הגוף ולזה ג"כ וא"כ לא נשתעבד לשני רק שעבוד הנכסים בלבד ושוב יכול למחול ע"ש ובפ"ק דגיטין שהאריך בזה. ולפ"ז אני אומר דבר ברור דלכך ל"מ מעמ"ש כל שלא הגיע הזמן א"כ השעבוד הגוף נשאר ביד הראשון דלא שייך לומר דמחל לו דא"כ

כל שמחל באמצע הזמן שעבוד הגוף פשיטא דא"צ לשלם להשני דכל שפקע השעבוד הגוף לגמרי במה יתחייב להשני דכל דפקע שעבוד הגוף גם שעבוד נכסים פקעו דאינם רק ערבים וע"כ דנשאר להראשון שעבוד הגוף וא"כ משתעבד לשנים וזה א"א וא"ל דנתן להשני כל השיעבודים דזה אינו דלהשני כל שלא הגיע הזמן א"א להסתלק ולמחול שעבוד הגוף דכיון דשעבוד הגוף א"י להקנות א"כ ע"כ נשאר ביד הראשון ולכך ל"מ רק כשהגיע זמנו וא"כ הוה כאילו לוה מהשני ופנים חדשות באו לכאן ויצא הראשון ונכנס השני במקומו וז"ב ונכון לדעתי דתלוי במחלוקת הראב"ד והרא"ש הנ"ל. ובזה ישבתי לנכון ראיית התומים סי' קכ"ו שהקשה דאם נימא דלא מועיל מעמ"ש כל שלא הגיע הזמן אם כן בהך דאיסר גיורא דאמרו אי במעמ"ש לא אזילנא דע"כ שם מיירי בלא הגיע הזמן כמו שהאריך שם להוכיח וא"כ איך שייך מעמ"ש ע"ש שהתפאר בראיה זו. ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהי' במתנת שכ"מ וא"כ לא נשתעבד לשנים דכל שמת נפקע שעבודו דהראשון ונכנס השני במקומו ועד גמר מיתה לא קני מתנת שכ"מ א"כ שוב מועיל מעמ"ש אף שלא הגיע הזמן וז"ב. ומעתה מיושב היטב הקושיות הנ"ל דשם דמקנה לצדקה וא"כ כיון דבצדקה הוה אמירה לגבוה רק דבדבר שא"ב לא מועיל מטעם אמירה אבל כל שהוא במעמ"ש מועיל וכמ"ש המפרשים ועיין מהר"ם לובלין שם וא"כ שפיר מועיל אף שלא הגיע הזמן דלא שייך לומר דאינו רוצה להשתעבד לשנים דהא כל שהקדישו לצדקה פקע שעבודו לגמרי ונתרוקן אף שעבוד הגוף לצדקה דבשלמא להדיוט א"י להקנות שעבוד הגוף דאין קנין מועיל בדבר שאין בו ממש אבל להקדש ולצדקה כיון דאמירה בעלמא הוה כמסירה כל דמועיל האמירה משום מעמ"ש שוב נתרוקן רשותו לגמרי להצדקה דבאמירה אין נ"מ בין דבר שיש בו ממש או לא דאמירה חד היא ולכך מועיל אף בלא הגיע הזמן וז"ב ודו"ק כי חריף הוא ועמוק.

ד ואל יתעקש המעיין דהרי הרא"ש פרק הכותב כתב דהוה כאילו מחל המלוה הראשון שעבוד הגוף ללוה ונשתעבד לשני משעה שהלוה וא"כ אף שלא הגיע הזמן נשתעבד רק להשני. אבל באמת אחר העיון הדבר נכון דע"כ לא כתב הרא"ש רק לפי הס"ד דש"ס דטעם מעמ"ש דהוה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך א"כ יש לומר דנשתעבד להשני משעת מתן מעות אבל לפי מה דמסיק דהוה כהלכתא בלא טעמא א"כ לא נשתעבד להשני משעת הלואה רק דבעת שנתנו לו במעמד שני נמחל שעבודו וכמ"ש הרא"ש בהדיא פ"ק דגיטין לפי המסקנא וא"כ כל שלא הגיע הזמן א"כ א"א לומר דנפקע של הראשון לגמרי דא"כ במה יתחייב להשני הא כל שנפקע שעבוד הגוף של הראשון נפקע שעבוד הנכסים ג"כ ולהשני לא נתחייב עדיין דלא נשתעבד לו ולא הגיע הזמן

ולכך בעינן שיגיע זמן הפרעון וא"כ כיון דנתחייב לפרעו נכנס השני במקום הראשון ונסתלק הראשון לגמרי וז"ב כשמש והבן בדברים כי הם מיוסדים בעומק הענין ועכ"פ מ"ש הש"ך סי' קפ"ו ס"ק ד' בפשיטות דיוכל להקנות במעמ"ש והביא מש"ס ב"ק הנ"ל.

ה ולפמ"ש למעלה אינו מוכרח די"ל צדקה שאני וצ"ע בזה. הנה מדברי רש"י שכתב דמיירי בתפס דאל"כ לא מגבינן בבבל נראה מבואר דלא כשיטת ר"ת דבעינן שיתפוס דבר המזיק בעצמו דשם לא שייך זאת כלל. ובטעמו של ר"ת היה מקום לומר עפמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סי' ק"מ לענין מקומות בהכ"נ שתבע שמעון מיורשי ראובן וראובן הוה טוען שהם במשכון בידו וכתב הרשב"א דראובן נקרא מוחזק ואף דאינו טוען על גופו של משכון לא דמי לאילן ובור דספק מי קדם אמרינן כיון דלמקצייה קאי לא יקרא מוחזק דשם כיון דלמקצייה קאי וא"א בלעדי זאת לא מקרי מוחזק אבל שם יכול לטעון לקוח היא בידי ע"ש ולפ"ז אם תפס דבר ויש עדים וראיה דל"מ למטען לקוח לא מועיל תפיסה לשיטת הרשב"א דהא אינו טוען על גופו של דבר ולכך בעינן שיתפוס בגופו של מזיק דזה הוה כגופו של דבר אבל זה אינו דלפ"ז גם כשתופס של מזיק כל שא"י לטעון שהיא שלו רק למשכון ל"מ תפיסתו לפי הנראה מדברי הרשב"א לכאורה.

ו אך באמת אחר העיון אי אפשר לומר כן בכוונת הרשב"א דא"כ כל שיש עדים וראי' שוב ל"מ תפיסתו וא"כ היה לו לרשב"א לחלק בפשיטות דל"ד לאילן דשם יש לו מיגו דלקוח וגם מה מועיל מיגו דלקוח ס"ס השתא לא מקרי מוחזק דאינו טוען על גופו של דבר. אבל ביאור הענין הוא דהרשב"א לא בא לשלול רק דל"ד לאילן דבאילן אינו מוחזק בשום אופן באילן דהוא עומד לקצוץ דהוא מזיק משא"כ שם כיון דעכ"פ תפוס בדבר יכול לטעון עד כדי דמיו דעכ"פ אינו נקרא מוציא כיון דמוחזק בהדבר ועכ"פ מוחזק הוא ומ"ש הרשב"א דיכול לטעון לקוח קושטא דמילתא נקט דשם יכול לטעון לקוח אבל גם שלא יכול לטעון לקוח מוציא עכ"פ לא מקרי וז"ב מאד לדעת. ובזה מיושב מה ששאלני ב"ג הרב החריף השנון וכעת הגאון הגדול מ' יצחק אהרן איטינגא נ"י בהא דמשני בב"ק בסוגיא דשור שהיה רודף דמיירי בתפס והקשה דהיאך מועיל תפיסה הא אינו יכול לטעון לקוח היא בידי דגודרות אין להם חזקה ולפמ"ש אתי שפיר דכל דתפס עכ"פ מוציא לא מקרי וז"ב מאד ודוק היטב. שוב נזכרתי שהמהרש"ל ביש"ש פרק כיצד סימן ה' דעתו דל"מ תפיסה רק היכא שתופס בגוף הדבר ואומר שגוף החפץ הוא שלו ומועיל תפיסתו בספק אבעיא אבל אם תופס עבור דבר אחר ל"מ תפיסתו וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' ע"ב אבל הש"ך בתקפו כהן סי' קי"ב חולק על המהרש"ל בזה ודעתו דמצי לתפוס עבור דבר אחר אבל כלם לא הביאו משו"ת הרשב"א הנ"ל משום

דשם יש לומר דהכוונה כמ"ש. והנה בח"מ סי' ק"ג נחלקו הסמ"ע והט"ז לענין שומא הדרא מי נקרא מוחזק והט"ז רצה לדמות להך דאילן ואא"ז הגאון הח"ץ בהגהותיו כתב דל"ד דשם למקצייה קאי אף טרם שנותן הדמים משא"כ שם ע"ש ואני כתבתי בגליון שם דמדברי הרשב"א שמדמה להך דאילן לא משמע כהח"ץ ז"ל. אבל עכ"פ נראה דלפ"ז יש מקום לחלק דאף דנימא דמועיל תפיסה אף שתופס עבור חפץ אחר היינו דוקא במקום שא"צ להחזיר קודם שיתן הדמים ועיין תומים בקונטרס התפיסה סי' נ"ג נ"ד שכתב ג"כ בסופו לחלק בין היכא שתופס עבור גוף החפץ או שתופס בשביל ד"א ונראה דאף דהש"ך חולק ע"ז בסי' קי"ד מכל מקום כל שא"י להחזיק יותר טרם שניתן הדמים כגון התם שאם המזיק יתן לו הקטן בשביל הגדול והגדול בשביל הקטן אין לו עליו בכה"ג לא מועיל תפיסה.

ז וראיתי בקונטרס הספיקות כלל ב' מאחי הקצה"ח ז"ל שתמה על התומים מדברי הש"ך הנ"ל ולפענ"ד ברור כמ"ש דעכ"פ להוציא כלו א"י בשביל שתופס ד"א ולא מועיל התפיסה רק שיחזיק עכ"פ בגדול בשביל הקטן דבלא התפיסה היה פטור מכלום דהוה כטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור וא"כ עיקר עושה התפיסה ול"מ התפיסה יותר כיון שאינו תופס בשביל חובו כנלפענ"ד לחלק דבמקום שבלא התפיסה היה ספק והמע"ה א"כ בתפס מועיל אף שאינו גוף הדבר אבל אם בלא התפיסה היה פטור רק שמחמת החפיסה מתחייב וא"כ ל"מ כל שתופס בשביל ד"א ודו"ק ועיין תומים אות קי"ב ואין להקשות מהא דמועיל תפיסה בדיני קנסות בבבל אף דבלאו התפיסה אינו נגבה דש"ה דבאמת חייב הוא רק דאין דנין דיני קנסות בבבל אבל מדינא חייב וכעין זה כתב היש"ש שם בפרק כיצד הרגל סי' ה' ודו"ק ועיין בר"ן פרק הכותב גבי שבועה דרבנן אם הוא חשוד וקדם ותפס ולא רצה לשבע לא מפקינן מיניה דדוקא תפס ממון אבל תפס מטלטלין כיון דהגוף אינו שלו לא מועיל תפיסה וכן קיי"ל ועיין חו"מ סי' פ"ז סעיף יו"ד ובסמ"ע ס"ק כ"ב ומזה משמע כהרש"ל. ולפמ"ש לחלק א"ש דשם בלא התפיסה לא מגיע לו בלי השבועה ולכך ל"מ תפיסת מטלטלין ודוק. ואגב אומר מה ששאלני בן גיסי הרב החריף וכעת הגאון הגדול מו' יצחק אהרן איטינגא נ"י בהא דאמרו בכתובות דף צ"ב בראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקף עליו במלוה וכו' דינא הוא דא"ל מטלטלין שביק אבין גבך והקשה הוא לפמ"ש הר"ן דאף דל"מ תפיסה מהיורשים מ"מ מעות מועיל דהוה כנפרע ועיין ב"ש סי' צ"ג ס"ק מ"ג ה"ה כאן כיון דעכ"פ חייב להם מעות להוי במקום תפיסה ובמעות מועיל תפיסה והשבתי דל"ק דמלבד דלא מקרי בכה"ג תפיסה כל דלא בא לידו בתורת תפיסה וכעין זה כתב הר"ן פ"ב דקידושין גבי

ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף דלא מקרי משכון עד דאתי לידיה בתורת משכון דומיא דמלוגא דשטרי ומזה למד הפרח מטה אהרן דל"מ תפיסה בכה"ג ובשבות יעקב חולק ע"ז וכתב שלא ידע מקומו אבל הפמ"א כוון לדברי הר"ן אלו ובמקום אחר הארכתי.

ח מיהו בלא"ה ל"ק כאן דכל שלא פרע לו המעות בעד הקרקע מחוייב להחזיר הקרקע להיורשים ואיך יתפוש המעות הא אם לא יתן המעות לא קנה הקרקע למפרע וז"ב ודוק היטב. אמנם לפענ"ד נראה דאף אם נימא דמועיל תפיסה אף באינו תופס גופו של דבר מ"מ זה דוקא במקום דתפסו לשם קנין אבל בתפיסה שלא לשם קנין ובמקום שלא מועיל תפיסה לקנות עי"ז דבאמת תפיסה בלי קנין לא מקרי תפיסה כמ"ש הריב"ש סי' קס"ד וכן נראה מדברי התוס' והרא"ש בהכותב גבי מלוגא דשטרי וא"כ ל"מ תפיסה כלל ורק שמועיל עכ"פ מתורת מוחזק א"כ זה דוקא בתופס בגוף החפץ בעצמו מקרי מוחזק אבל באינו תפוס בגוף הדבר לא מקרי מוחזק וכ"כ בהדיא הקצה"ח סי' ר"ב דתפיסה בלי קנין בעינן שיתפוס אותו חפץ בעצמו וז"ב מאד

ט ובזה נראה לפענ"ד הא דמשני הש"ס בב"ק דף ל"ה גבי היו הניזקין שנים בדתפס והקשו התוס' דאמאי לא משני גם במציעתא ג"כ בדתפס וכתב הרא"ש דבשנים אחד גדול ואחד קטן כיון שיש לו תביעה על שניהם מהני התפיסה משא"כ באין לו תביעה רק על אחד ולכאורה הדברים צריכין ביאור דמה סברא היא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כיון שתם אינו משתלם אלא מגופו וגם גודרות אין להם חזקה א"כ הוה תפיסה בלי קנין ורק דמוחזק מקרי וא"כ בעינן שיהיה מוחזק באותו דבר בעצמו לא בדבר אחר שיתפוס עבור זה ודו"ק היטב כי יש להאריך שם בסוגיא.

י ובזה נראה לפענ"ד מה שנסתפק הרדב"ז להרמב"ם פי"א מביכורים הי"ט ופי"ב הלכה כ"ג בהא דדעת הרמב"ם דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו איך הדין בבכור בהמה טמאה בבכור אדם ודאי ל"מ תפיסה כיון דאינו תפוס באותו דבר שנולד הספק רק בחמשה סלעים משא"כ בכור בהמה טמאה דתפוס באותו דבר עצמו או דלמא דשאני בכור בהמה טהורה דהוא תפיס באותו דבר שיש בו צד קדושה משא"כ בבכור בהמה טמאה שאין בו צד קדושה מצד עצמו ואף דאסור בהנאה קודם פדייה מ"מ ביד הישראל לפדותו ולהפקיע איסורו ע"ש שהאריך בזה והובא במהרי"ט אלגזי בהלכות בכורות לרמב"ן דף י"א ע"ב ולכאורה לפמ"ש למעלה בשם הש"ך בתקפו כהן סי' קי"ב מבואר דמהני תפיסה בכל דבר וא"כ אין מקום לספיקו של הרדב"ז ולחלק בין ספיקא דפלוגתא דרבוותא לבין ספק במציאות לפענ"ד אין לחלק דסוף סוף יוכל לטעון קים לי שהי' כן וצ"ע בזה אבל עכ"פ אין מוכרח לחלק כן. אך לפמ"ש אתי שפיר ולפענ"ד תלוי בשני תירוצי התוס'

בב"מ דף ז' שהקשו דאמאי תקפו כהן אין מוציאין מידו הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר וכתבו דמיירי במכירי כהונה א"נ דא"י לתבעו רק כפי ט"ה שיש לו בו ע"ש ולפ"ז אם נימא דמיירי במכירי כהונה א"כ באמת הוה תפיסה בלי קנין שהרי מכירי כהונה אין בו קנין רק דמקרי מוחזק וכמ"ש בשו"ת מוהרי"ל סי' ע"ד ועיין קצה"ח סי' ער"ח שהביאו וביאר הדברים באורך וא"כ בתפיסה בלי קנין ל"מ מוחזק רק בתפס אותו הדבר בעצמו אבל לתירוץ השני דא"י לתבעו רק כפי ט"ה שיש בו א"כ גם בפ"ח דבהמה טמאה ניהו דיכול לפדות בשה ומגיע לו מה דביני ביני סוף סוף תפס הדבר וקנהו ותפיסה בקנין א"צ שיתפוס אותו דבר בעצמו. ובזה מיושב קושית המהרי"ט אלגזי שם דלפי דברי הרדב"ז יקשה בהא דפסק הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו וכל חילו של הרמב"ם הוא משום דפסק כרב המנונא דאייתי מתניתא בידיה דאחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורים בין טמאים המע"ה ומשמע ליה דמשמע מי שנקרא מוציא בין הכהן בין הישראל וכמ"ש הרשב"א בתשובה סי"א שי"א וא"כ לפי דברי הרדב"ז קשה דהא שם כייל בין בכור בהמה טהורה ובין בהמה טמאה ובכלהו קתני המע"ה והרי בבהמה טמאה ומכ"ש בכור אדם דמוציאין מהכהן אף לשיטת הרמב"ם והיא תימה גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת התנא שפיר כלילנהו דלא מיירי במכירי כהונה וא"כ ס"ל כתירוץ השני דיש לו זכות בגוף הדבר ואין לו לבעלים לתבוע רק כפי ט"ה שבו א"כ כיון שקנה גוף הדבר שוב מועיל תפיסה בקנין אף שאינו תופס גוף הדבר משא"כ הרדב"ז דעלה ונסתפק לפי תירוץ הראשון של התוס' דהיינו במקום שהיה התפיסה שלא לשם קנין ורק משום דהוה מכירי כהונה ומקרי מוחזק ובכה"ג ל"מ התפיסה כיון שאינו תופס הדבר בעצמותו וגם בפ"ח כיון דהכהנים צריכין ג"כ לפדותו בשה והכהנים חשידי ע"ז וא"כ פשיטא דלא נקראו מוחזקים כל שאינם מוחזקים בגוף הדבר ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד הא דמבואר באהע"ז סי' כ"ט ס"ו דא"ל התקדשי בדינר ונתן לה משכון עד שיעשה הדבר אינה מקודשת אבל אם אמר תזכה בגוף המשכון דמועיל והיינו משום דאם נתן לה משכון א"כ לא קנתה גוף הדבר והוה תפיסה בלי קנין דהמשכון לא נקנה רק למשכון ומשכון אינו קונה וא"ה לכך ל"מ דהוה תפיסה בלי קנין בדבר אחר אבל באם אמר לה תזכה בגוף החפץ שוב הוה תפיסה בקנין בגוף הדבר ובודאי מועיל. ובזה נראה מ"ש הח"מ דאם אמר לה שלא תחזיר המשכון עד שיתן לה מנה דמועיל ג"כ ולפמ"ש בכה"ג כיון דהוה תפיסה בלי קנין ל"מ תפיסה כל שאינו תופס גוף הדבר בעצמו וצדקו דברי הב"ש שם דלא כח"מ ועיין שו"ת פנים מאירות ח"א סי' צ"ו ע"ש. ובמ"ש מיושב ג"כ מה שהקשה המהריט"א שם דאיך פסק הרמב"ם דכל תיקו או אבעיא דלא אפשיטא מועיל תפיסה וכמ"ש בת"כ

סי' ח' והא ל"מ תפיסה בפ"ח ובכור אדם. ולפמ"ש אתי שפיר דשם הוה תפיסה בקנין וכאן כתבתי דמיירי באופן דלא קנה רק משום מכירי כהונה וכמ"ש. ובזה נראה לפענ"ד הא דכתבו הרמב"ן בהלכות בכורות והרא"ש לשיטתם שתקפו כהן מוציאין מידו ה"מ בתקפו אבל אם נתנו להכהן הדר הו"ל הכהן בעלים והו"ל בעלים מוציא והמע"ה ותמה הש"ך בתקפו כהן סי' ס"ב על מ"ש הרמ"א בסי' שט"ו ס"א בהג"ה דאף אם נתנו לו בטעות שהיה סבר שצריך ליתן לו ג"כ מוציאין מידו והרי בהדיא דלא כהרמב"ן והרא"ש ומ"ש הש"ך בזה דהרמב"ן מיירי בנתנו לשם נתינה אף שידע שא"צ ליתן לו המעיין ברמב"ן והרא"ש יראה בהדיא אף בנתנו בטעות וכבר האריך המהרי"ט אלגזי בדף י"ב ע"ד לתמוה עליו ודבריו נכונים וכבר הארכתי בחידושי על הרמב"ם ליישב קושית הת"כ הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת סברת הרמב"ן נראה לפענ"ד דהוא לפמ"ש דמכירי כהונה לא נקרא קנין רק מוחזק ולכך הוה תפיסה בלי קנין ולכך נגד חזקת מרא קמא לא מהני תפיסה בלי קנין לשיטתם דס"ל תקפו כהן מוציאין מידו דתפיסה ל"מ נגד חזקת מ"ק ולפ"ז זהו דווקא בתפיסה אבל בנתנו לו שפיר לא גרע מתפס ברשות דמועיל אף נגד חזקת מרא קמא וכמ"ש התה"ד סי' שכ"א שהבעלים התפיסו לו ע"מ שיהיה שלו ומכ"ש בזה דהבעלים נתנו לו ע"ד שיהיה שלו שוב מקרי מוחזק. אך נראה דכ"ז דוקא בבכור בזמן הבית שהיה ראוי להקריבו א"כ שייך לומר דמקרי הכהן מוחזק בו אבל בבכור בזמן הזה דעד שיפול בו מום הרי הוא אסור בהנאה א"כ שוב לא מקרי מוחזק בו ושפיר ל"מ אף שנתנו לו בטעות כיון דהוה תפיסה בלי קנין. ובזה יש ליישב מה שהקשה המהרי"ט אלגזי שם דהיאך מוכח ר"ה דתקפו כהן אין מוציאין מדקתני סתם המע"ה ודלמא מיירי שנתנו בטעות ובכה"ג לכ"ע אין מוציאין.

יא ולפמ"ש דבאמת אם נימא דמוציאין א"כ זה ודאי דעכ"פ להקריבו לשם בכור אסור מספק שמא חולין הוא דניהו דנתינה בטעות הוה נתינה היינו דיכול למחול על ממונו אבל עכ"פ קדושת בכור א"י לחול מספק כל דאין להכהן זכות אף לאחר שתפסו ושוב לא נקרא מוחזק והי' יכול להוציאו מידו אף בנתנו לו וע"כ דאם תקפו כהן אין מוציאין וא"כ ניהו דל"מ מתורת נתינה עכ"פ תפס בו מספק ומקרי מוחזק דכל שאם הכהן תפסו אין מוציאין מידו ממילא הוא של הכהן לגמרי ויכול להקריבו ג"כ דממונו של כהן מקרי וז"ב לפענ"ד.

יב ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו שם תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן ותמה הרשב"א בסימן שי"א דמה מדמה בכור בהמה טהורה דשם יש לו זכייה בגוף הדבר

אבל פ"ח הרי אין לו זכייה בגוף הדבר וא"כ לא מקרי ממונו של כהן ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כבר כתבתי טעמו של הרמב"ן דס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו משום דתפיסה בלי קנין ל"מ לשיטתם נגד חזקת מרא קמא ולפ"ז גם בכור בהמה טהורה הא הוה תפיסה בלי קנין דמכירי כהונה לא מקרי מוחזקים וכמ"ש וא"כ שוב מהראוי שיהי' מוציאין וא"כ אם נימא דאין מוציאין וע"כ דאף תפיסה בלי קנין מועיל כל שנקרא מוחזק א"כ גם בפ"ח כן דמכירי כהונה הוא ואדרבא בפ"ח יוכל לפדות פ"ח בשה בפני עדים והרי היא שלו עכ"פ יש לו זכות טפי מטהורה ושפיר פריך. ובזה יש לומר הא דאמרי תניא דמסייע לך והקשו כלם מה הלשון אומרת דמסייע לך. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוה מצי למדחי כתירוץ שני של התוס' דכיון דאין לו לתבוע רק ט"ה שבו שפיר מקרי מוחזק וא"כ לא הי' ראיה לפ"ח דשם אין לו זכות בגוף הפ"ח וכמ"ש הרדב"ז רק דא"כ הי' יכול רבה למדחי ראיית רב המנונא מהך מתניתא דע"כ המע"ה לא מיירי ביד כהן דא"כ הא קתני שם פ"ח וע"כ דפירש במכירי כהונה ולא ס"ל תירוץ השני א"כ תניא דמסייע לך ובזה יש ליישב גם דברי הרמב"ם שדחה הך סייעתא ותמה הרשב"א שם. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין התחלה לסייעתא רק דרבה לשיטתו ולכך דחה הרמב"ם זאת אבל מצד הסברא נ"ל דמועיל תפיסה וכמ"ש הלח"מ שם בפ"ב מבכורות ודו"ק. איברא דכל מה שהארכתי בזה אכתי צ"ע לפמ"ש הקצה"ח דבתפס ברשות צריך שיהיה עם קנין א"כ יקשה כאן דל"מ תפס ברשות ולמה מועיל לשיטת הרמב"ן בנתנו לו ואפשר דנתנו לו שאני דהוא עצמו נתן לו ושפיר מועיל אף אם ת"ל דתפס ברשות ל"א כל דהוה תפיסה בלי קנין ודו"ק ומעתה מיושב היטב דברי הרמ"א דבבכור בזמן הזה אף בנתנו בטעות ל"מ דלא מקרי מוחזק כלל כ"ז שחי דאסור בהנאה וא"י להיות מוחזק בו ולכך אף כשנותנו בעצמו ל"מ ודו"ק. ומן האמור נראה לפענ"ד לדחות דברי הבית יעקב סי' ס' שכתב בא"י אם נתחייבתי ופרעו הלוה בסתם ואח"כ טען הלוה שהיה סבור שחייב מן הדין ואם ידע שאינו חייב רק לצי"ש לא היה משלם והעלה דהוה מחילה בטעות ע"ש והרי לפנינו דברי הרמב"ן והרא"ש שכתבו בהדיא דאם נתנו לו הבעלים מועיל אף דתפיסה ל"מ וא"כ ה"ה שם אף דלצי"ש ל"מ תפיסה כמ"ש הריב"ש והובא בש"ך חו"מ סי' ע"ה מ"מ אם נתן לו בעצמו לא מקרי נתינה בטעות ומ"ש הבית יעקב ראיה מהא דאמרו בסנהדרין דף ע"ב דאיגנבו ליה דיכרי לרבא ואמרו דאהדרי' והקשו התוס' הא חייב לצי"ש וכתבו דהם לא הי' מחזירין אלא שכסברו שחייבים בדיני אדם והרי דאף דנתנו בטעות מ"מ ל"מ. הנה בלא"ה יקשה הא בקלב"מ מועיל תפיסה והרי עכ"פ תפסם רבא וכבר נתעוררו בזה בתומים וקצה"ח סי' כ"ח וצ"ל דשאני התם דאף שנודע

שבאמת של חבירו הוא ורק שהתורה אמרה דבדיני אדם קלב"מ והוה כאלו שילם לו בדיני אדם וא"כ לא שייך לומר דכל שנתנו לו מועיל תפיסה והוה מחילה הא סוף סוף כבר נפרע בדיני אדם דהתורה פטרה ול"ק קושית הב"מ ואף דתפיסה מועיל אבל כל שרבא לא רצה לתפוס רק מה שהם נתנו לו יהיה כתפיסה וזה לא מועיל דהם לא נתנו רק באופן שנתחייבו בדיני אדם וז"ב לדעתי. ובאמת לפמ"ש הש"ך בתקפו כהן סי' ס"ב הנ"ל דרמב"ן מיירי בנתנו לו בידיעה שאינו חייב א"כ ראיה להב"י מדברי הרמ"א סימן שט"ו הנ"ל. אך לפענ"ד נראה בגוף הקושיא של הש"ך דבאמת צ"ב הא הוה נתינה בטעות ותקפו כהן מוציאין מידו וצ"ל דע"כ לא כתב הרמב"ן רק שם דהוה ספק בדין אי פודין בנדמה וא"כ כל שנתנו לו לא שייך לומר דהוה נתינה בטעות דזה גופא עדיין ספק אם הוה נתינה בטעות ואם כן כל שתפס ברשות דהוא נתן לו והוא רוצה לחזור בו מספק א"י לחזור בו מספק דהא לא נתברר הספק והו"ל ספק בפרעון וה"ה כאן הספק בחזרה וכן כל הראיות מכור בשלשים וגם מספינה שטבעה דהו"ל ספק בדין אבל בהך דסי' שט"ו דשם הספק במציאות אם זה חייב בבכורה וא"כ כל דקי"ל דהמע"ה ואינו חייב מה בכך שנתן הא הו"ל נתינה בטעות ול"ה לומר דנתן הא לא היה צריך ליתן כלל דספק ממון המע"ה וז"ב כשמש ועיין ט"ז סימן שכ"א ס"ק ב' ולפי זה גם דברי הב"י נכונים דשם גם כן הוה ספק במציאות אם חייב כלל וז"ב ודוק. איברא דלפי זה שם בהראיה שמביא הב"י צ"ע דשם הוה כספק בדין וצ"ע

יג והנה במ"ש למעלה בשם התוס' ב"מ דף ז' דהקשו דאמאי אין מוציאין דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר וכתבו דא"י לתבעו רק כפי ט"ה שיש לו בה לכאורה תמוה דהא מסקי בבכורות דף כ"ז דדוקא בקדושת הגוף דלא אתי למטעי הני כיון דקדושת דמים נינהו אתי למטעי בהו וסבר דמתחיל קדושתייהו אארבע זוזי ואתי למנהג בהו מנהג חולין ע"ש ולפי זה גם בכור בכלל ואם כן ל"ש בו ט"ה. מיהו יש לומר דהברייתא מיירי בבכור תם שנקרב ע"ג המזבח דאז לא מתחיל קדושתו וראיתי להתוס' שם שכתבו ומפרק הזרוע דאמר בן לוי דחטף מתנתא פריצותא היא משמע דאינו חייב לשלם אין ראיה ודבריהם תמוהין דאטו יש לבן לוי צד זכות והפר"ח סי' ס"א סקל"ג הגיה בתוס' דקאי הקושיא מכהן החוטף מתנות דאין מוציאין והא שייך ט"ה עכ"פ ע"ש ובאמת ששם הדבר תמוה דמתנות כהונה אין בהם ט"ה כמבואר בבכורות שם אמנם גם זה אתי שפיר דניהו דאסור ליקח דינר אבל מ"מ יש לו ט"ה ליתן לאיזה כהן שירצה בלי מחיר דמים וא"כ שפיר הקשו דעכ"פ אמאי אם תפס אין מוציאין מידו הא יכול לתנם לכהן אחר ול"ש במכירי כהונה דהא באמת לא היה ממכירי כהונה דהרי חטף וחילוק זה מוכרח שהרי בש"ע

העתיק כן סכ"ח שם בהג"ה דט"ה לבעלים ויכול לתנם לכל כהן שירצה ואסור לבעלים ליקח דינר מכהן וכו' הרי בהדיא שע"י מחיר אסור ובלא מחיר מותר וכן ביאר הפר"ח סקל"ד החילוק בהדיא ע"ש וראיתי דבר תימה בפר"ח שם ס"ק מ"ג שכתב ליישב קושית הטור והב"י סימן של"א שהשיגו על דברי הרמב"ם וכתב שרבינו סמך על הירושלמי פ"ו דדמאי ובמחכ"ת מי לא ידע בכל זאת שרבינו סמך על זה והרי כתב כפי חלוקו של הירושלמי והב"י בעצמו בסי' של"א כתב כן המקור וכ"כ בכ"מ פי"ב מתרומות רק שהטור הקשה דלמה סתם כהירושלמי נגד ש"ס דילן וע"ש בב"י ותמצא. ובאמת שגוף החילוק בין ט"ה שיכול ליתן לאיזה כהן שירצה ובין ט"ה בעד מחיר אינו נראה מבכורות שם דאל"כ אמאי נדחק רש"י ובכלן יש בהם ט"ה לבעלים לא קאי על בכורות ומתנות כהונה ומאי דוחקא לימא דבאמת גם זה ט"ה לבעלים שיכול ליתנם לאיזה כהן שירצה רק דבתרומה יכול ליקח גם דינר בעד זה והפר"ח נרגש קצת שם והבליע בנעימות דבריו אבל באמת לפמ"ש אין מקום לדבריו ע"ש ותבין. ובאמת לפענ"ד דברי הב"י והרמ"א תמוהין שהרכיב שיטת הר"ן עם שיטת הרי"ו ובאמת לפענ"ד הם מחולקים דלהרי"ו פשיטא דאין בו ט"ה במתנות כהונה לא בדמים ולא בחנם והר"ן שכתב דבמתנות כהונה יש בו ט"ה אזיל בשיטת הרמב"ם דס"ל דבכור ג"כ מותר לומר הילך דינר וגם בשאר מתנות כהונה ס"ל כן כמ"ש המהרי"ט אלגזי באורך ריש פרק ד' דבכורות והביא בשם הרגמ"ה דלא גריס בבכורות שם כלל החילוק שבין תרומה לבכור ולמתנות כהונה וא"כ יש ט"ה אף במתנות כהונה ואף בדמים גמורים וכן נראה שהיתה שיטת התוס' בב"מ דף ז' הנ"ל כפי פשטיות הדברים ומ"ש הפר"ח ס"ק ל"ד דכוונת הר"ן היא רק דיש בו ט"ה ליתן לכל כהן הדבר תימה ולפענ"ד דפשיטא דאם אין לו ט"ה שיתן לו איזה מחיר זה לא נקרא זכייה עד שאם יתפוס האחר מוציאין מידו ובשלמא אם יש בו איזה דררא דממונא יכול להוציא מידו אף שתפס למ"ד ט"ה ממון משא"כ באם אסור ליקח ממון מה זכות שייך בזה וע"כ נראה דהר"ן סובר דיש לו ט"ה כשיטת הרמב"ם והתוס' וא"כ דברי הרמ"א שהעתיק שתי הדינים דברי הר"ן ודברי הרי"ו ביחד בסעיף כ"ח צ"ע לפענ"ד דאין להם ישיבה אחת לפענ"ד.

יד והנה במה שהארכתי למעלה אם תפיסה בלי קנין מועיל והבאתי דברי הקצה"ח סי' ר"ב דתפיסה בלי קנין צריך שיתפוס בגוף החפץ אחר שנים רבות ער"ח כסליו שנת תרי"ג אמרתי בזה דבר נחמד בדברי הטור חו"מ סי' פ"ה בשם הרמב"ן דאם אחד מת והניח יתומים קטנים ולא הניח קרקע מדינא דגמרא היתומים גובין מטלטלין והוא יפסיד ואם הוא פיקח מגבה להם קרקע וחוזר וגובה מן היתומים ומתקנת הגאונים כל אחד עומד

בשלו והרמב"ן כתב שאפילו היתומים קטנים אין אומרים דהם יזכו תיכף והוא לא יגבה עד שיגדלו משום דהוה כתפס בחיי אביהן ותמה הט"ז שם דא"כ גם לדינא דש"ס אמאי שייך מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי והא הוה כתפס בחיי אביהן והח"ן ז"ל נדחק יעו"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צ"ב דאמאי הוה כתפס בחיי אביהם הא בעת שלוה מאביהם לא היה לשם תפיסה בתורת קנין כ"א בתורת הלוואה וא"כ איך מקנה אח"כ והרי הר"ן בפרק האיש מקדש גבי אומן קונה בשבח כלי דלא מיקרי משכון וכו' וצ"ל דכיון דתפס גוף הדבר מועיל אף דלא הוה לשם קנין כיון דכעת עכ"פ תופס לשם קנין ולפ"ז מדינא דש"ס דמטלטלי לא משתעבדי שוב לא היה מועיל תפיסה כיון שלא היה קנין ובפשיטות יש לומר דשם עכ"פ אף שלא מקרי קנין אבל עכ"פ לא שייך לומר אין נזקקין לנכסי יתומים דהרי הוא תפוס ועומד וז"פ וברור ועיין בח"מ סי' ק"ח ובש"ך ס"ק ה' ובראשית ההשקפה תמהתי מדברי הרמב"ן הנ"ל דמבואר דלאחר מיתה ל"מ תפיסה והרי הב"ח כתב דאף בעדים וראה מועיל התפיסה ע"כ כהש"ך דוקא בלא עדים וראה שייך תפיסה ובהך דרמב"ן יש עדים וראה שהרי יש שטר אך מה דמשמע שם דמחיים מועיל תפיסה אף בעדים וראה הנה כן משמע מדברי הרמב"ן הנ"ל ורציתי לומר דשאני כאן דתפס מעות ובמעות ודאי מועיל וכמ"ש רבינו ירוחם שם. ומצאתי שאהבה נפשי בתומים שם ס"ק ד' בסופו ושמחתי שבראשית השקפה הרגשתי בזה ת"ל ועכ"פ זה ודאי דאף שלא הוה תפיסה לשם קנין מכל מקום מועיל ולא שייך בכה"ג אין נזקקין לנכסי יתומים אבל לענין מטלטלי דיתמי דלבע"ח לא משתעבדי לא מקרי תפיסה כיון דהוה תפיסה שלא ברשות ודו"ק היטב:

סימן קלד

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת במעשה באחד שתקע כפו לחבירו כדרך ת"כ הנהוג בין הסוחרים למכור לו חפץ פלוני וביני לביני נגנב או נאבד החפץ וא"י אם היה קודם גמר המקח או אח"כ ופסקת דצריך הלוקח לשלם דמים משום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה לפענ"ד לא שייך כאן זאת דע"כ לא נחלקו הרי"ף והרא"ש בסי' רכ"ד בטוש"ע חו"מ מי נקרא נולד ספק ברשותו רק שם שודאי היה קצת קנין שהרי זה משך הפרה וזכה זה בחליפיו אבל כאן הספק על גוף הקנין דאם נאבד קודם לא שייך שנולד הספק ברשותו ול"ד למה דמבואר סי' ר"ל וסי' רל"ב סט"ז שהקשה הסמ"ע שם דנימא כל שנולד הספק ברשותו דש"ה דהקנין כבר נעשה ואח"כ נמצא הקלקול וחיישינן שמא הי' הקלקול מכבר עכ"פ היה הקנין מקודם בודאי אבל כאן אם נימא דנגנב קודם לא נולד הספק

כלל ברשותו. שוב ראיתי בקצה"ח סי' רכ"ד שנסתפק בזה ורצה לומר דמקרי נולד ספק ברשותו ודחה שם מטעמא אוחרי דל"ש בגניבה ואבידה חזקת הגוף. ולפענ"ד הדבר פשוט כמ"ש וראיה ברורה לפענ"ד מהא דאמרו בקידושין דף מ"ג האומר לאשה הרי את מקודשת לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאתה שנגנב או נאבד אם נשתייר שו"פ מקודשת וכו' ולא נתבאר כלל שנודע לה שנגנב קודם וע"כ דאף בספק לא שייך לומר דכל מי שנולד הספק עליו להביא ראיה בכה"ג שהספק על גוף הקניה ולפענ"ד ראיה נכונה היא (ועיין בחיבורי יד שאול הלכות נדרים סי' רל"ד שהבאתי שם בשם התה"ד קושיא זו וזכיתי לכוין לדעתו יע"ש מ"ש בזה). והנה עכ"פ מבואר שם בסי' רכ"ח ובסי' ר"ל ורל"ב דאמרינן כנכ"ה ועיין באהע"ז סי' קי"ז נראה ג"כ דקיי"ל כנכ"ה וע"כ תמהתי בראשית ההשקפה על הנימוק"י פרק האשה שהלכה דהקשה על הרמב"ן דכתב דטעמו דרבא משום כנכ"ה דהא לא קיי"ל כרבא אלא כר"א דחולק על כנכ"ה. ובאמת שאנכי הרואה שקי"ל כרבא בכנכ"ה. שוב ראיתי שגם הרשב"א בחידושיו ליבמות שם תמה כן על הרמב"ן ובאמת שבחידושיו לכתובות כתב דר"א חולק על רבא והובא בשיטה מקובצת שם אבל אפשר דהרמב"ן לא ס"ל כן ומפרש דנ"מ בין ר"א לרבא הוא רק בבוגרת ועיין ברא"ש בכתובות שם מ"ש בשם הרמ"ה. ובגוף קושית הנימוק"י על הרמב"ן נראה לפענ"ד דאף אם נימא דר"א חולק על רבא היינו דוקא במה שאומר רבא כנכ"ה לאחזוקי ריעותא דבא מעלמא כמו מומין שהוא מקרה הבא מחוץ לאחזוק שהמומים כמו שהם עכשיו הם מקדם ג"כ בזה פשיטא דאין סברא לתלות מקדם ענין ריעותא שנתחדש דבשעה שנולדה היתה בחזקת שלימה מסולקת מכל מום אבל כאן דתלינן שאותו שהיה בקורטבא זהו שבא לכאן א"כ פשיטא דמוטב יותר לתלות שזה האיש הנודע לנו בקורטבא משנתלה באיש שלא נודע לנו ולומר שהוא יצחק ר"ג אחר והלך לקורטבא ובא לכאן דמה"ת לתלות בזה שלא נודע לנו וכן בשומשמי דמה"ת לומר דהו"ל שומשמין אחרים וז"ב ודו"ק. ובלא"ה יש לומר דבאמת ענין כנכ"ה לתלות כשעת מציאתן ודאי דאין סברא דהא חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו חזקה מקריא וא"כ בשלמא לענין מומין דהיה לה חזקת הגוף מה"ת לתלות מקודם בשביל דהשתא יש לה מומין אדרבא חזקה דמעיקרא עדיף ולא תלינן כשעת מציאתן רק לחומרא בקדשים כמ"ש התוס' בנדה דף ד' אבל שם ביצחק ר"ג דאדרבא אמרינן דזה האיש הנודע לנו בקורטבא ויצא לאספמיא זה מת א"כ אין סותרין חזקה דמעיקרא ושפיר אמרינן כנכ"ה וא"ל דכיון דאמרינן שזה מת א"כ סותר חזקת חי דמעיקרא דזה אינו דאטו אנו דנין על המיתה אם זה שהוחזק לנו בקורטבא בשם יצחק ר"ג זה שהלך לאספמיא ניהו דעכשיו נתחדש

המקרה שמת אבל עיקרו אנו דנין על זה האיש שהוחזק בקורטבא שבא לאספמיא א"כ שפיר אמרינן כנכ"ה וז"ב מאד וכן בשומשמי שפיר אמרינן דאותו השומשמי שהוחזק לנו מכבר זה הוא שנמצא ושפיר שייך כנכ"ה וז"ב לדעתי. וראיתי בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ל"ו שפירש דברי הנימוק"י דס"ל דבממון לא אמרינן כנכ"ה להוציא אבל כל שאינו בא להוציא אף בממון אמרינן כנכ"ה ובאמת שבש"ס כתובות משמע דר"א חולק אף כשבא להוציא לא אמרינן כנכ"ה וכבר תמה בזה השב שמעתא שמעתא ז' ע"ש. אבל לפענ"ד יש לומר דהנימוק"י הכריע כן דלהחזיק מועיל סברת כנכ"ה ובאמת שמצאתי לו חבר ורב בדברי התוס' בנדה דף נ"ח בד"ה ולענין דהקשו דאמאי לא אמרינן דהשני' תרחיב כדאמר בהמדיר כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וי"ל כיון דאינה לשני' רק בתורת שאלה אינו ממש ברשותה ועוד י"ל דהתם קאמר שאם ירצה להוציא יביא ראיה אבל הכא וכו' ע"ש בתוס' ודבריהם תמוהים בתירוץ השני דאף להחזיק אמרינן כנכ"ה ועיין בסדרי טהרה שעמד בזה וכבר קדמו בשו"ת אא"ז שער אפרים סי' קמ"א ובחידושי לנדה שם נדחקתי ליישב ולפמ"ש הנימוק"י אתי שפיר דס"ל גם להתוס' דלהוציא לא אמרינן כן אבל באמת משיטת הפוסקים וגם מדברי התוס' בחולין דף נ"א משמע דגם להחזיק אמרינן כנכ"ה. והנה במ"ש התוס' בתירוצם הראשון דבשאלה ל"ש כנכ"ה ראיתי כי בחידושי למס' נדה פירשתי כוונת דבריהם ע"ד מ"ש התוס' בב"מ דף ס"א דבשואל לא שייך לומר דהוא ברשותו כיון דסופו להחזיר לו ע"ש. אבל כעת נראה דאף אם נימא כמ"ש התוס' בב"מ דף ק"ג דאף בשואל שייך רשות ועיין מלמ"ל וקצה"ח סי' מ"ב מ"מ כל הטעם דאמרינן כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה משום דאמרינן מזלו גרם ונסתחפה שדהו אבל בשואל כל דסופו לחזור להמשאיל ל"ש שמזלו גרם כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ק ל"ט דאף במכר כל שיכול לחזור ל"ש מזלו גרם מכ"ש כאן דודאי סופו לחזור ולא שייך מזלו גרם וזה ברור מאד ודו"ק ומצאתי בשו"ת חינוך ב"י סי' קכ"ד שאלה בענין זה ואין הזמן מסכים לעיין בזה.

ג איברא דלפי שיטת הרי"ף ודעימיה בחו"מ סי' רכ"ד דעל בעל החמור להביא ראיה מטעם שהוא ברשותו אף שבאמת משמשך הפרה הוא ברשות בעל הפרה מ"מ כיון דעדיין עמד בבית בעל החמור על בעל החמור להביא ראיה א"כ מכ"ש בשואל דבאמת הוא ברשותו כל ימי שאלתו דעל השואל להביא ראיה אבל לשיטת הרא"ש ודעימיה דעל בעל הפרה להביא ראיה דכל שקנה החמור בכ"מ שהוא ברשות בעל הפרה א"כ גם בזה ברשות המשאיל הוא דבאמת סופו לחזור וגם עתה הוא לכמה דברים ברשותו והוה דומיא דנערה משנתארסה דעל האב להביא ראיה אף דנתארסה כיון שעדיין עומד

ברשות האב לכמה דברים מקרי האב בעל רשות וכמ"ש הרא"ש שם וה"ה כאן וז"ב דכל דל"ש רשות שוב מחזיקין מזמן לזמן וכמ"ש המג"א סי' תס"ז דדוקא ממקום למקום לא מחזיקין אבל מזמן לזמן מחזיקין. ובקושית התוס' בנדה שם נראה לפע"ד לפמ"ש הסמ"ע סי' רל"ב ס"ק ל"ה לענין גבינות דל"ש כנכ"ה דדוקא ביש לו חזקת הגוף שייך כנכ"ה ואמרינן דעד השתא לא נתהוה המום אבל בגבינות דלא שייך חזקת הגוף דרוב גבינות מתליעין לכשנתיבשו א"כ לא שייך כנכ"ה וא"כ ה"ה כאן דבבגד ל"ש חזקה דעיקר תלוי מי שלובש בו ובפרט דלענין טומאה היא טמאה ורק לענין דינא תנן א"כ ל"ש כנכ"ה בזה. אבל צ"ע לפענ"ד גוף סברת הסמ"ע דא"כ כלה בביה אביה אמאי אמרינן כנכ"ה דשם לא שייך דמעמידין אותה על חזקתה דאדרבא החזקה להיפך דעד השתא לא אתרע ואפ"ה אמרינן כנכ"ה וצ"ע. והנה לכאורה יש ליישב קושית הנימוק"י והרשב"א הנ"ל וי"ל דבאמת ר"א ל"פ על הא דחידש רבא כנכ"ה וס"ל דבכ"מ דשייך כנכ"ה אזלינן בתרה רק דק"ל בהא דעל האב להביא ראיה אף די"ל חזקת הגוף דשם לא שייך לומר כנכ"ה דבאמת הרי הרא"ש הרגיש דאיך שייך כנכ"ה הא משנתארסה היא ברשות הבעל וכתב דעדיין היא ברשות האב לכמה דברים ע"ש ובאמת שזה דחוק. אמנם לכאורה היה מקום לומר דזה תלוי במחלוקת הרי"ף והרא"ש בהא דמסיק רמי בר יחזקאל דהרי אמר שמואל כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה ונחלקו הרי"ף והרא"ש ושיטת הרי"ף דרשות קרוי אצל מי עומדת הפרה אף שבאמת הרשות האמיתי הוא ברשות בעל הפרה כיון שהחמור עומד עדן אצל בעל החמור בעל החמור צריך להביא ראיה והרא"ש ס"ל דלא תלוי זה בזה ורק אחר הרשות האמיתי אזל דכיון דזה משך הפרה עומד החמור ברשות בעל הפרה וכמבואר באורך בטוש"ע חו"מ סי' רכ"ד ולפי זה גם כאן אחר שנתארסה ניהו דברשות הבעל הוא אבל מ"מ היא בבית אביה ושפיר אמרינן כנכ"ה אבל לשיטת הרא"ש דאזלינן בתר רשות האמיתי לכך הוצרך הרא"ש לחדש דגם אחר שנתארסה עומדת ברשות אביה לכמה דברים ולכך הוה רשות האב רשות אמיתי. ולפ"ז י"ל דבאמת בזה נחלקו ר"א ורבא דרבא ס"ל דלכך בנתארסה אמרינן כנכ"ה דאזלינן אחר רשות העומדת אצלו אף שאינו רשות האמיתי אבל ר"א דס"ל דאזלינן בתר רשות האמיתי ולכך הוכרח לחדש דרישא מנה לאבא בידך אבל היכא ששייך באמת כנכ"ה גם ר"א מודה. ובזה מיושב היטב דברי הרמ"א שכתב דבבוגרת לר"א היא נאמנת ולרבא אינה נאמנת והרא"ש כתב דבבוגרת גם רבא מודה דאף שהיא בבית אביה מ"מ ברשות הבעל היא ולפמ"ש י"ל דס"ל להרמ"ה כשיטת הרי"ף דאזלינן בתר רשות העומדת אצלו אף שאינו רשות האמיתי וא"כ שפיר אמרינן כנכ"ה לרבא

דעכ"פ עומדת ברשותו והרא"ש לשיטתו דס"ל דאזלינן בתר רשות האמיתי וז"ב מאד. ולפמ"ש מיושבין דברי הרי"ף שהביא טעמו של רבא וטעמו של ר"א וכתב הרא"ש משום דס"ל דל"פ ואין נ"מ ביניהם והדבר תמוה דהא איכא נ"מ טובא כמ"ש הב"ש סי' קי"ז באורך ולפמ"ש י"ל דבאמת אדרבא בשביל דאיכא נ"מ טובא לכך הביא שניהם והוא ס"ל דל"פ לענין דינא רק דבזה נחלקו מי קרוי כנכ"ה אם אותו שעומד אצלו או רשות האמיתי וכיון שהביא דברי רמב"י דמסיק לפי שיטת הרי"ף דאזלינן בתר רשות העומד אצלו לכך הביא דברי רבא דרמב"י משמי' דשמואל קאי כוותיה לכך קי"ל כרבא וגם דברי ר"א הביא דבאמת לענין דינא כל מה דנ"מ מטעמו של ר"א קיי"ל כוותי' ודו"ק היטב.

ד ובזה אמרתי דבר נחמד במה שפסק הרמ"א באהע"ז סי' קי"ז סעיף ח' דאם הגיע זמן לכנס אף שלא נישאת הרי היא ברשות הבעל ותמהו הח"מ והב"ש דמה מעליותא דהגיע זמן ולא נשאו לפי המשנה האחרונה לא הוה כנכנסה לרשות הבעל והרי לענין תרומה אינה אוכלת דחיישינן לסמפון וגם ברי"ו לא מוזכר כלל ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לכאורה דין זה תלוי במחלוקת הרי"ף והרא"ש דאם נימא דאזלינן בתר רשות העומד אצלו א"כ אף שהגיע זמן מ"מ עומדת בבית אביה ולשיטת הרא"ש י"ל דאזלינן בתר רשות האמיתי. אך לאחר העיון איפכא מסתברא דלשיטת הרא"ש י"ל דמ"מ הבעל אינו רשות האמיתי דהא למשנה אחרונה אינה אוכלת בתרומה עדן לא מקרי רשות הבעל. אך לשיטת הרי"ף ודעימיה י"ל דכאן מודו דלא אזלינן בתר רשות האב וחילי דילי דהרי הטור בסי' רכ"ד כתב דלשיטת הרי"ף כל דהחמור עומד באגם או בסימטא שאינו ברשות בעל החמור לא אזלינן בתר רשות בעל החמור ועל בעל הפרה להביא ראיה וע"ש בסמ"ע ובט"ז ועיין בשו"ת אא"ז בעל שער אפרים סי' קמ"א ולפ"ז כיון דבהגיע זמן ולא נשאו אמרו בכתובות דף נ"ז ע"ב דדוכתא מייחד לה ולכך לא שייך שמא תשקה ע"ש ולפ"ז לא גרע מאילו עומדת בסימטא ובאגם כל שאינו ברשות האב שוב לא שייך לומר כנכ"ה לשיטת הרי"ף. ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א דבכה"ג על הבעל להביא ראיה דל"ש כנכ"ה ובאמת צ"ל דהא דאינה אוכלת בתרומה וחיישינן לסמפון היינו שמא תמצא מום שע"כ היה ברשות אב כגון יתרת אבל בכל מום שיש להסתפק שמא נולד אח"כ על הבעל להביא ראיה והדבר ק"ו מבוגרת דבוגרת היא ברשות האב בודאי רק שכל שאינו ברשות האב לא אזלינן בתריה וכמ"ש הרא"ש לחלוק על הרמ"ה והיינו לשיטתו דאזיל בתר רשות האמיתי א"כ מכ"ש לשיטת הרי"ף במקום דמייחד לה דוכתא פשיטא דלא שייך כנכ"ה ודברי הרמ"א ברורים ודו"ק היטב כי הוא דבר חריף ונחמד להדר פני זקיני הרמ"א ז"ל וכל מ"ש יש לו פנים בהלכה ואם שגיתי ד' יודע כי בר בי רב אני כעת

בסוגיא זו ודו"ק ועיין בחו"מ סי' רט"ז ס"ח בהג"ה דאם הלוקח אומר שלא הגדילו על הלוקח להביא ראיה והרשב"א הובא בב"י שם חולק על הרמב"ן וכתב דיש לומר כאן נמצא וכאן הי' וכ"כ הריטב"א לולא שבטלו דעתם נגד הרמב"ן ע"ש וצ"ע דהא בממון לא קי"ל כרבא דלא אמרינן כנכ"ה כמ"ש הנימוק"י וגם הרשב"א כתב כן וכמ"ש למעלה וצ"ע ואולי מפני זה לא קי"ל כרשב"א שם וצ"ע ועיין ט"ז שם. ודרך אגב אזכיר אשר ראיתי בהעברה בעלמא בשו"ת מהרי"ק סי' ק"ה שכתב ראיה לדברי הרמב"ם דאם כבר נשאה דא"י לטעון דחזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו וע"ז כתב ראיה מהא דאמרו ותנא תונא כלה ולא נקט כלשון המשנה בבית אביה או בבית בעלה וכמ"ש ותנא תונא שנים אוחזין בטלית ובכמה מקומות וע"כ משום דדוקא בכלה הדין כן ע"ש שהאריך בחריפות ובקיאות ונדחק ברישא דאמרו ותנא תונא כלה ושם הראיה מכלה בבית אביה. ולפענ"ד לולא דמסתפינא הייתי אומר דע"כ לא נקטי בראי' שמביא בלשון המשנה רק דכל דהראיה ברורה מלשון המשנה אבל כאן באמת מי שהביא הראיה שמואל גופא הביא ראיה מלשון המשנה אבל הש"ס דרצה לפלפל מהיכן מקום ראייתו אם מהרישא או מסיפא א"כ לכך נקיט סתם ותנא תונא כלה וגם אולי ר"י דאמר הראיה לא זכר רק שהביא ראיה מהמשנה אבל לא ידע מקום ראייתו ולכך נחלק עם אחיו בהדין המסתעף מיניה ולכך לא נקט רק ותנא תונא כלה. ודוגמא לזה בב"מ דף ט' שמעת מיניה דמר שמואל תרתי ברכוב ומנהיג וע"ז מפלפל הש"ס היאך שמע ממנו וז"ב ופשוט לפענ"ד לולא פה קדוש המהרי"ק ז"ל. אמנם בגוף דברי הרמב"ם ומהרי"ק הנ"ל שהוכיח מהרמב"ם דכל שנשאה ובא עליה א"י לטעון מהמומין אני תמה דלפענ"ד ש"ס ערוך הוא דלא כוותיהו מהא דאמרו בב"ב דף קמ"ו בעובדא דתותרנית שנכנס לבודקה ופירש רשב"ם דהיה לאחר נשואין ורצה לגרשה מחמת שמצא בה מום הרי דלא אמרינן ידע ונתפייס ואף התוס' והפוסקים שנחלקו מטעם זה רק דלא אמרינן בנשואה כיון שנתן עיניו לגרשה אין לה פירות אבל מודים לדין הלז דכל שמצא בה מום דיכול לגרשה וביותר יגדל התימה לפמ"ש הר"י מג"ש לפרש שם ג"כ כהרשב"ם דלכך אינו יורשה דכל דאיגלאי מלתא דתותרנית היא הוה מקח טעות ואף דאין תנאי בנשואין ה"מ לאצרוכה כתובה אבל לחיובה כתובה יש תנאי בנשואין וה"ה דהמום מבטל המקח ולכך אם מתה אינו יורשה וכ"כ בחידושי הרמב"ן ע"ש והר"י מגאש ז"ל וא"כ הרי הוא רבו של רבינו ז"ל ואיך כתב רבינו דאם בא עליה א"י לטעון ודוחק לומר דמיירי בנכנס לחופה ולא בא עליה דזה היה לש"ס ולר"י מגאש ולרשב"ם לפרש וגם אין תנאי בנשואין לא משמע הכי וע"כ הדבר צ"ע. וביותר תימה שעכ"פ הי' להם להזכיר הך דתותרנית ולבאר הדבר וצע"ג

ועב"ש שכתב בשם השלטי הגבורים שדעתו דאף אם בא עליה ושהה טענתו טענה דאין אדם מתפייס במומין. ובראשית ההשקפה תמהתי דהרי העתיק דינו של הרמב"ם הנ"ל ומנ"ל להב"ש זאת ומצאתי שם לעיל מיניה דמביא בשם ריא"ז דאף בנכנסה לחופה אין אדם מתפייס במומין וכפי הנראה מחלק בין שנכנסה לחופה דאז יכול לטעון ובין בא עליה ושהה ועכ"פ על כלם קשה דלא הזכירו הך דתותרנית וכבר כתבתי שדוחק לפרש דמיירי בנכנסה לחופה לבד שהיה להם לפרש זאת שהיא נ"מ לדינא ועיין ביבמות דף ק"ז גבי תנאי בנשואין מ"ש התוס' בשם רבינו חיים ז"ל. אך לפענ"ד היה נראה דבמום זה תותרנית שא"א להתברר רק מבחוץ דאל"כ מאין ידע שאינה מריחה אפשר דיכול לטעון אבל זה דוחק דגם שכיניו וקרוביו הי' יכולין לבודקה ע"י כותבת וצ"ע. ולפענ"ד היה נראה דזה ודאי עכ"פ דאם היה לה מום כמו חרום בחוטם וכדומה שיוכל להיות במקרה שבא מבחוץ כמו פצע וחבורה או שבא מבפנים שהדמים מקולקלים ועובר ע"פ חוץ כנודע לרופאים וגם הרופאים בעצמם צריכים לעמוד על המחקר ובכה"ג אף לאחר שנשאה יכול לטעון שפתוני ואמרו לי שהוא פצע מבחוץ ולא יכולתי לבדוק ודבר שהרופאים נסתפקו בו הוה כמו דאמרו מי איכא מידי דאנן לא בקיאין וסופרים בקיאין בו וה"ה בזה ומה שאם רופא אליל אמר לו כי אין לחוש ונתברר ששקר הגיד לו שיכול לחזור וז"ב ופשוט

ה והנה אחר זמן רב בשנת תר"ט נשאלתי מאחד ושמו מוה' פייביל הלוי לנדא שכתב להסתפק באחד ששכר כלי מחבירו ונתן מעות ולא משך ונאבד הכלי וטוען השוכר שעדיין לא משך ולא קנה אותו והמשכיר משיב שהלא נתן לו המעות הדין עם מי. והנה הוא פלפל הרבה שלא בדרא דדינא ובאמת נעלם ממנו דין מפורש בסי' קצ"ח דבשכירות כסף לא שייך הגזירה דטרח ומציל כיון שהגוף שלו ע"ש בס"ו. הן אמת דאני כתבתי על הגליון דצ"ע מדוע לא הזכיר הב"י והרמ"א דברי הנימוק"י פרק השואל גבי שכירות קרקע שהרשב"א כתב דגם בזה צריך משיכה. וכעת מצאתי בספר שערי משפט ח"ב סי' קצ"ח שם שהעיר בזה אבל לדינא הסכים דא"י לחזור בו משום דכיון דמדינא קנה במעות רק דחז"ל עשו תקנה כל דהוה ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא ועיין מלמ"ל פכ"א ממלוה שהאריך בזה ודבריו נכונים. ובלא"ה נראה כיון דעכ"פ יש ספק ומדאורייתא ודאי קנה רק דמדרבנן יש ספק אם קנה שוב עכ"פ נולד ספק ברשותו מקרי דלא שייך לאוקמא אחזקת מרא קמא דהא עכ"פ מה"ת יצא מחזקת מרא קמא וכל שאינו מה"ת בחזקת מ"ק ל"ש חזקת מ"ק וכעין שכתב הר"ש בפ"ב דמקוואות דהיכא דמדאורייתא טהור אף שמדרבנן טמא ל"ש להעמידו בחזקת טמא דעכ"פ יצא מחזקת מ"ק. איברא

דיש לומר דניהו דיצא מחזקתו הא עכ"פ שכירות לחזרה קאי ושוב הוה בחזקת בעלים הראשונים כמ"ש התוס' בב"ב דף ס"א ע"ב ד"ה ארעתא ואף דהתוס' בב"מ דף ק"ב כתבו להיפך מ"מ עכ"פ התוס' מחולקים בזה ועיין מלמ"ל פט"ו מטוען וקצה"ח סי' מ"ב.

1 אמנם לפענ"ד נראה דזה דוקא כשהספק למי שייך שפיר כתבו התוס' בב"ב דף ס"א דכל שסופו לחזרה הוה בחזקת מ"ק אבל כאן דנאבד ואנו דנין אם יצא מרשות המשכיר להשוכר או לא א"כ עכ"פ בחזקת השוכר הי' בעת שכירתו ושכירות ליומא ממכר הוא עכ"פ לפירות ועיין בש"ך חו"מ סי' שי"ג וא"כ בודאי הוה נולד ספק ברשות השוכר והדבר תלוי במחלוקת הקדמונים בסי' רכ"ד מי נקרא נולד ספק ברשותו ולפענ"ד כאן כ"ע מודים דברשות השוכר היא דלא שייך כנכ"ה דגם כשהוא ברשות המשכיר נקנה להשוכר. אך לפענ"ד נראה דאף אם נימא דנקנה במעות ולא יוכל המוכר לחזור מ"מ לענין להתחייב באחריות פשיטא דאינו ברשותו של השוכר עד שימשוך כמבואר סי' ש"ז ס"ב ואף לדעת הי"א שמסלק הבעל שמירתו מעליו מדעת השומר נתחייב השומר היינו כשסילק שמירתו מדעת השומר אבל כאן כ"ז שהוא ברשות הבעלים פשיטא דל"מ השומר לשמור ובעלים לא סלקו שמירתו ולא היה מדעת השומר א"כ עדיין פטור. ובלא"ה היה נראה לי כיון דכל עיקר דשכירות קונה היא משום דטרח ומציל בשביל דהגוף שלו וא"כ שוב הוה כמו שמירה בבעלים דגם הבעלים שאולים במלאכתו. מיהו זה אינו דאינו שאול במלאכתו אף שהוא בביתו ומה שטרח ומציל הוא לא בשביל השוכר רק בשבילו ועיין בסי' שמ"ו ס"ב בהג"ה בתפס השטענגרב דהוא לתקנת בהמתו ולא מקרי שמירה בבעלים וה"ה בזה. אך בגוף הדין נראה לפענ"ד דהדבר ברור דלא נתחייב באחריות עד שימשך. והנה במ"ש המהרי"ק ראיה מהך דתנא תונא כלה ומשמע דוקא בכלה ולא בנשאת וכתבתי לעיל לתמוה בזה וכעת אני תמה דהדבר מורגל בלשון חז"ל דהרי בכתובות דף ע"א אמרו אז הייתי בעיניו כמוצאת שלום ואר"י ככלה שנמצאת שלימה בבית חמיה ורדופה לילך להגיד שבחה בבית בעלה הרי דשם מיירי שנשאת ונמצאת שלימה ואפ"ה קרי לה כלה וכן אמרו שם וכן אמר ר"י שם על פסוק והיה ביום ההוא נאום ד' תקראו אישי וכו' ככלה בבית חמיה ולא ככלה בבית אביה ופירש"י שכבר נשאת וגס לבה בבעלה ועיין מהרי"ט בחבורו על התורה פרשת שמיני שדייק מזה דלא השרה עוד הקב"ה שכינתו על ישראל כ"א כדמות אירוסין ולעתיד יהי' נשואין והפר"ד השיג עליו דגם כעת השרה הקב"ה שכינתו בתורת נשואין ע"ש אבל עכ"פ לשון כלה משמע דאף בבית חמיה הוה לשון כלה ודו"ק ועיין ביומא דף נ"ד ע"א דאמר ג"כ ככלה בבית חמיה וגם שם משמע דהוה לשון נשואין ובחידושי על התורה ועין יעקב

הארכתי בזה בחידושי ליומא שם ואכ"מ ועיין סוטה יו"ד ככלה שהיא צנועה בבית חמיה משמע שכבר נשאת. והנה דרך אגב אזכור מה דנשאלתי בע"פ מהרב מו"ה אליהו נ"י אבד"ק ברעזיב בהרב מו"ה שמחה אבד"ק פראחניק במה שאירע שהיו לשותפין שוורים על הברייא ומכרו כמה שוורים הטובים ונשארו הגרועים ומפני שהיה נשמע שהדבר בבהמות ח"ו וכבר נתראה שם אותות שמורה על הדבר ר"ל ע"כ רצה אחד מהשותפין להחזיק לעצמו בחצי שוין ולא רצה השני ואמרו שיעשו ליצטאציע ביניהם ע"ד גוד או אגוד והעלו בדמים ונשאר ביד אחד מהם ועשו האנד שלאג אבל נהוג שם דאין קונה בהאנד שלאג זולת כשיהיה קנין מהרי"ט שהנהיגו והנה זה שקנה הבהמות כעת היה לו מעות מהשותפות ביד השני שקיבל המעות מהשוורים הטובים וא"ל שא"צ להחזיר לו המעות שקבל ויהי' בעד הקנין הלז אך נשאר לו חייב עוד מעות בעד הבהמות שקנה כעת כי מחצית המעות הלז לא הספיק בעד שווי הבהמות הלז. והנה אחר שקנה בהאנדשלאג הנ"ל מת אחד מהשוורים ורצה זה לחזור בו. וע"ז אמר הרב הנ"ל שיש לדון כיון דלא קנה במעות לבד והאנדשלאג לא נהוג להיות קנין שוב ל"ח. ואני אמרתי דזה אינו דכאן ודאי מעות קונה כיון דהיה מגיע להם הברייא עוד על איזה ימים א"כ בודאי יטרח להציל כיון שעוד נשאר לו הרבה דברים ששייך להשותפות בהברייא הלז וכמבואר בסי' קצ"ח לענין חצירו של המוכר מושכר להלוקח דטרח ומציל ע"ש וה"ה בזה וגם קנין האנדשלאג אף בלי מעות ולא מהריטש לא ידעתי מדוע לא יחשב לקנין מיהו זה תלוי במנהג המקום מ"מ בשותפין דאינו קנין חדש נראה לפענ"ד דודאי מועיל. והנה מצד דהוה מעות מלוה ומלוה לא קני לא שייך כאן דהי' מעות שותפות ביד השני ולא נעשה מלוה ובודאי קנה. ומה שרצה לומר כיון דהיה דבר הוה מום במקח והוה כמו בהגלידּ פי המכה דנעשה מחיים. ולפענ"ד לא דמי דכאן אדרבא כיון שכבר נשמע הקול שיש חשש דבר א"כ ע"ז סברי וקבילו דבודאי נכנסו לבית הספק בשביל זה ולכך עשו ליצטאציע. גם מה שרצה לחדש דכיון דעשו ליצטאציע ודרך ליצטאציע שזה מוסיף ע"ז א"כ אם מעות לא קנה ל"ש גם מי שפרע דיכול לומר אתן לך מה שהוספתי ומה שאתה רצית לתת בעד הבהמות החזק לך ורצה לדמותו לערכין פ"ז דאם זה מוסיף צריך לתת מה שהוסיף ונשאר ביד האחרון לא דמי דכאן כל מי שקונה בליצטאציע מי שנשאר בידו המקח הוא הקונה והראשונים א"צ לתת כלום ופוק חזי מה עמא דבר ול"ד לשם דשם בהקדש הוה אמירה לגבוה משא"כ כאן ועיין מ"א סוף סי' קנ"ד ומ"ש על הגליון שם:

סימן קלה

א להרב המאוה"ג החריף וכו' מוה' יונה נ"י אבד"ק גראביוויטץ.

ב ע"ד אשר שאלני דבר תמוה לפי מה שנראה מדברי רש"י בב"ק דף ל"ה ע"א במה דמשני רבא אמר מתניתין בשוגג ופירש רש"י דמיירי בא"צ לאפרו ואף דאינו חייב בא"צ לאפרו כיון דאם היה צריך לאפרו הי' חייב עליה השתא נמי הוה כח"מ שוגגין דפטורין מתשלומין וה"ה בזה וע"ש בתוס' ד"ה מתניתין דהקשו עליו דכאן אין שם מלאכה עליו ועכ"פ רש"י ס"ל דאף בכה"ג נקרא ח"מ שוגגין וע"ז הקשה מהא דאמרו בכתובות דף ל"א הזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה ומשמע הא אם אין עקירה צורך הנחה היה חייב ואמאי לא מפטר משום עקירה גופא ואף דעקירה הוה מקלקל מ"מ אם היה קורע ע"מ לתפור היה חייב עכשיו הוה כח"מ שוגגין דפטור מתשלומין. (אח"כ הוגד לי שכן הקשה הגאון מוה' עזריאל אבד"ק לובלין והיא נדפסה בשו"ת ת"ק לגיסו הגאון ז"ל) והנה בראשית ההשקפה השבתי לו דכיון שזרק חץ והחץ הוא שקרע בכה"ג אינו חייב מיתה דניהו דעיקר זריקת החץ בא מכחו ועל ידה נתחייב המיתה ותשלומין היינו מה שבא בשביל הזריקה דזה בא מכחו אבל איך נרצה לחייבו בשביל הקריעת שיראין הא גוף הקריעה לא מידו בא ובכה"ג הו"ל כח כחו דפטור וכעין דמחלק בחולין דף ט"ז לענין שחיטה ובסנהדרין דף ע"ז לענין מיתה ומה דמחייב ממון על השיראין היינו שעכ"פ בגרמתו בא והוה גורם בנזקין. אבל זה דחוק וגם הקשיתי ע"ז דא"כ אכתי קשה ללישנא דאמרינן אי בעי לאהדורי ואמרינן מ"ב א"ב המעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין בהליכתו דחייב בשביל דאי בעי לאהדורי מצי למהדר ושם יקשה דאמאי פטור הא יתחייב משום הקריעה ושם קרע בידו ממש. אך בגוף הקושיא נראה לי עפ"י מה דאמרו בריש האורג דף ק"ה והקורע ע"מ לפטור היכא משכחת לה דעבדא כי כסתא והיינו דאל"כ אינו חייב דהו"ל מקלקל ועיין בתוס' שבת דף ע"ה ד"ה שכן שמבואר דלא משכחת לה רק בכה"ג או ביריעה שנפל בה דרנא ולפ"ז כאן שקרע שיראין ומחייבת ליה תשלומין על מה שהזיק וא"כ ע"כ לא היה באופן שהוה ע"מ לתפור באופן שיכול לתקן מה ששיחת והוא מקלקל ע"מ לתקן דאל"כ לא שייך חיוב תשלומין על ההיזק וא"כ הוה מקלקל ממש ופטור וז"ב מאד ולכאורה רציתי לומר דמיירי באינו מתכוין לקרוע רק דעל התשלומין חייב בין בשוגג בין אינו מתכוין דאדם מועד לעולם וא"כ ל"מ במעביר סכין דאי בעי לאהדורי מצי מהדר א"כ פשיטא דבא"מ לקרוע רק שבדרך הליכתו קרע השיראין שלא במתכוין פשיטא דפטור בשביל שבת ואף בחץ דא"א לאהדורי והו"ל פסיק רישא הא נודע דעת הערוך והובא בתוס' שבת דף ק"ג דבעביד בארעא דחבריה שאינו אוהבו הו"ל פסיק רישא דלא ניחא ליה וא"כ כאן שקרע שיראין של חבירו היה פטור אף דהוה פ"ר כיון דהוה של חבירו דלא

ניחא ליה וגם לפמ"ש התוס' שם לפרש דארעא דחבריה הוה מלאכה שאצל"ג וא"כ גם אם היה קורע ע"מ לתפור הוה מלאכה שאצל"ג ופטור לשיטת הפוסקים דקיי"ל כר"ש במשאצל"ג משא"כ חובל בצריך לדם הוה מלאכה הצריכה לגופו כמ"ש התוס' בב"ק שם בהדיא דצריך הוא לגוף נטילת נשמה שיהיה לו דם ע"ש ובתוס' שבת דף ק"ו ע"א ועיין בשבת דף ל"א גבי סותר ע"מ לבנות במקומו מ"ש רש"י בשם רבותינו ומה שדחה וכאן לא שייך הדחייה דאפשר דא"צ לתפור וסתם קריעה אינו עומד לתפור ופטור ועכ"פ הו"ל התראת ספק דפטור ול"ד לחובל וצריך לכלבו דהמלאכה בעצמותה כל שצריך לכלבו הו"ל מלאכה גמורה משא"כ כאן דהקלקול באמת הוא קלקול וכל שספק אם צריך לתפור שוב הו"ל התראת ספק. ובימי חורפי אמרתי דכוונת רש"י דלפמ"ש התוס' דלהמותרה לא הוה ספק ובכה"ג ל"מ התראת ספק כמ"ש התוס' בגיטין דף ל"ג ובפסחים דף ס"ג וה"ה כאן המותרה עכ"פ מתכוין על מנת לבנות במקומו או בשביל הפתילה. אך לכל הדברות ולכל האמירות אכתי קשה דהרי מבואר בדברי רבינו בפרק יו"ד משבת הלכה יו"ד דהקורע בחמתו חייב מפני שמיישב דעתו בקריעה זו וא"כ שוב הו"ל ח"מ שוגגין דאם היה עושה זאת בחמתו הי' ח"מ. אך לפמ"ש היש"ש בב"ק פ"ח והובא במ"א סי' ער"ח דהחובל דרך מריבה ודעתו שיצא דם הוה מלאכה הצריכה לגופה כיון שא"א שישבע על כך ע"ש וא"כ מנא ידעינן וא"ל דמודה דהא אין אדם משים עצמו רשע וא"ל כמ"ש היש"ש שם דכבר נעשה רשע ע"י הנאה כאן לא שייך זאת דכל עוד שלא נגמר הזריקה לא חילל עוד שבת וא"כ על גוף הקריעה לא מהימן שדעתו היה לשכך חמתו דאין אדם מע"ר ושפיר חייב בתשלומין כנלפענ"ד נכון מאד ולפי מה שנראה מתוס' שבת דף ק"ו דמקלקל ע"מ לתקן בעינן שנעשה התיקון וכל עוד שלא עשה התיקון פטור א"כ כ"ז שלא תפר פטור ושוב בא החיוב של תשלומין מקודם ועיין במגן אבות להגאון מוהר"ם בנעט זלה"ה שהאריך בזה בקורע ע"מ לתפור וא"ש ודוק.

ג מיהו בגוף הענין י"ל דרש"י ס"ל כמו דחזקי' פוטר באינו מתכוין וא"כ שם אין איסור אף במזיד דלזה לא נתכוין כלל ואפ"ה פוטר כיון דאילו היה מתכוין פטור כמו כן בא"צ לאפרו דפטור דאם היה צריך לאפרו היה מקרי מתכוין למלאכה ובאמת שבזה החלק דהיינו באינו מתכוין לא קי"ל כדתנא דבי חזקי' ועיין ברמב"ם פ"ד מחובל ה"ה ובראב"ד וההה"מ שם ובטוש"ע חו"מ סי' תכ"ג ואם כן י"ל דהש"ס כאן אזיל אליבא דתנא דבי חזקי' ושפיר פוטר אף בא"צ לאפרו דתנא דבי חזקי' פוטר אף באינו מתכוין משא"כ לדידן לא קיי"ל כהך דתנא דבי חזקיה בזה וכמ"ש ה"ה ודוק היטב והתוס' י"ל דמחלקין בין אינו

מתכוין לא"צ לאפרו דאינו מתכוין לזה עכ"פ כוון לאיש אחר משא"כ בזה דא"צ לאפרו כלל לא מקרי מלאכה אבל רש"י ס"ל דאין חילוק וז"ב ודוק היטב

ד ומדי דברי במשאצל"ג אמרתי לבאר ענין משאצל"ג ופסיק רישא דלא ניחא ליה לפי שיש בזה מבוכה רבה הנה בכריתות דף י"ט אמרו דהנח לתינוקות הואיל ומקלקל בחבורה חייב. ולכאורה צ"ב דניהו דמקלקל בחבורה חייב אבל מנ"ל לענין מתעסק וראיתי בתוס' בשבת דף ע"ה ד"ה מתעסק שעמדו בזה וכתבו דכיון דמקלקל דעלמא לא מפטר רק משום דלא מקרי מלאכת מחשבת כדמשמע בחגיגה דף יו"ד ומ"מ מקלקל בחבורה חייב כדאמרו בשבת דף ק"ו דיליף ממילה ממילא ה"ה מתעסק וע"ז תמהו בעצמם דא"כ משאצל"ג דפטור גם כן מטעם דמלאכת מחשבת בעינן כדאמרו בחגיגה שם. ולפי זה בחבורה דלא בעי מלאכת מחשבת ממילא יתחייב אף במשאצל"ג והרי אמרו שם דגם לר"ש פטור בחבורה שאצל"ג כדאמרו שם דטפי ניחא ליה דניצול צבעא וכן אמרו בסנהדרין דף פ"ד דבמשאל"ג פטור בחבורה אף לר"ש ובאמת שזה תימה רבה והם הניחו בקושיא.

ה והנני יוסיף להפליא דלדבריהם דמקלקל בחבורה מה שחייב הוא חידוש ולכך חייב אף במתעסק זה תימה דאדרבא בכ"מ אמרינן דאין לך בו אלא חידושו ומהראוי לומר מקלקל חייב אבל מתעסק דגרע ממקלקל פטור גם בחבורה.

ו והנראה בזה דבר חדש דהנה מה דכתבו התוס' דמקלקל ומשאצל"ג פטור מטעם מלאכת מחשבת כדאמרו בחגיגה כוונו למה דאמרו שם מלאכת מחשבת אסרה תורה ומלאכת מחשבת לא כתיבא ופירש"י בשבת לא כתיבא רק במשכן הוא דכתיב ולכך מקרי הררים התלוים בשערה. ומעתה נראה לפענ"ד דבר נחמד דלכך אמרו כל המקלקלין פטורין חוץ מחובל ומבעיר הוא כיון דאמרו בשבת דף ק"ו דחובל יליף ממילה מדאיצטריך למשרי מילה מכלל דחובל חייב וכן הבערה יליף משריפת בת כהן ולפ"ז כל ענין מלאכת מחשבת לא כתיב בשבת רק דיליף ממשכן וא"כ בעינן דומיא דמשכן שהיה צ"ל מ"מ ומתקן וא"כ זהו בכל המלאכות אבל חבלה דל"צ לילף ממשכן וכן הבערה וילפינן ממילה ומשריפת בת כהן שוב ל"צ שתהיה מלאכת מחשבת כלל דהא ל"צ למילף ממשכן כלל ולכך אמר כל המקלקלין פטורין חוץ מחובל ומבעיר וז"ב כשמש. ולפ"ז זהו לענין מקלקל אבל לענין משאצ"ל דגם במילה והבערה מקרי צריך לגופה וכמ"ש התוס' בשבת שם ד"ה בחובל וא"כ שוב פשיטא דגם חובל ומבעיר לא יצא מכלל כל מלאכת שבת דפטור משאצל"ג דכל כמה דנוכל לומר שלא יצא מכלל שאר מלאכות ולא נתחדש בו ענין אמרינן וז"ב כשמש. ונתיישב קושית התוס' הדק

היטב. ובזה נתיישב היטב מ"ש התוס' בשבת דף ע"ה דמה דקרי לי' שם מתעסק אצל נטילת נשמה היינו לא ככל מתעסק בעלמא רק דמיירי באינו מתכוין דאף דלא בעי מלאכת מחשבת בחבורה אבל א"מ דפטור בכל איסורים פטור גם כאן והדבר תימה דהרי מתעסק גרע משוגג כמ"ש רש"י בכריתות דף י"ט דשוגג היינו שנתכוין לחתיכה זו אבל סבור שהוא שומן משא"כ במתעסק דלא נתכוין כלל לזה ולפ"ז בחבורה דחייב מתעסק אף שלא נתכוין לענין זה כלל מכ"ש דמהראוי לחייב באינו מתכוין לאיסור כלל וכפי הנראה כוונתם דלא מתכוין לענין פציעה כלל וגם אינו מתכוין לאיסור שניהם גם יחד לא אכפת לן אבל גם זה דחוק ומנ"ל זאת. ולפמ"ש י"ל דבשלמא מתעסק בחבורה והבערה דהיינו שלא נתכוין לזה החתיכה י"ל כיון דלא בעי מלאכת מחשבת וא"כ כל דיליף ממילה ומשריפת בת כהן ושם היה מקלקל ולא הוה מלאכת מחשבת מה לנו בזה שלא נתכוין לזה הענין מיד מלאכת מחשבת נפקא ב"כ וב"כ והרי לא בעי בזה אבל כל שאינו מתכוין לאיסור דהתורה פטרה בכל איסורין שלא נתכוין לעשות הרע וזה כל ענין שוגג דקרא דפטור א"כ אין ענינו למילה והבערה דשם נתכוין לעשות איסור דלחתוך מהמחובר או לשרוף יודע הוא שאסור ורק דהוה מקלקל ולא הוה מלאכת מחשבת אבל מנ"ל לחייב בא"מ ולכך באמת פטור בזה וז"ב מאד כשמש ודו"ק היטב ועיין תוס' סנהדרין דף פ"ד ור"ש דכתבו דר"ש פוטר בכריתות דף י"ט גבי נתכוין לכבות את העליונות והובערו התחתונות משום דהוה משאצל"ג ולא בעי מלאכת מחשבת דהא ר"ש מחייב מקלקל בהבערה ומקלקל דמפטר בשאר מלאכות היינו משום דלא הוה מלאכת מחשבת כדאמרו בחגיגה דף יו"ד מכלל דבהבערה לא חיישינן. הנה הרגישו בזה דמ"ש משאצל"ג דפטור בחבורה והבערה ומקלקל חייב אבל לא ביארו הדברים. ולפמ"ש הדברים מבוארים ומן האמור אני תמה על מ"ש דו"ז הגאון ז"ל בישוע"י סי' ה' ס"ק ד' לחדש דבחבורה דלא בעי מלאכת מחשבת ומה"ט מקלקל חייב גם פסיק רישא דלא ניחא ליה חייב וכ"כ באו"ח סי' ש"כ באורך והיא תימה גדולה דהרי במלאכה שאצל"ג פטור אף בחבורה לר"ש כדאמרו בהדיא בסנהדרין דף פ"ט מאן שמעת ליה דאמר מקלקל בחבורה חייב ר"ש הא ר"ש ס"ל משאצל"ג פטור והרי פסיק רישא דלא ניחא ליה הוה מלאכה שאצל"ג כמ"ש רש"י ותוס' בהדיא בשבת דף ע"ה גבי מתעסק הוא אצל נטילת נשמה דלא ניחא ליה בזה ואדרבא ניחא ליה דליצול צבעא וע"ש בתוס' ד"ה טפי וא"כ הוה סתירה גמורה לדבריו ומהתימה שאחר שהיה לפניו כל הענין ודברי התוס' הנ"ל איך לא הרגיש בזה שההיפך מבואר מדבריו. ולפמ"ש יש טעם לדבריו דבחובל ומבעיר גופא דיליף ממילה והבערה הי' פ"ר דניחא ליה דהי' צורך למצוה.

והנה שיטת רש"י בשבת שם דלר"י דס"ל משאצל"ג חייב א"כ אף דמקלקל הוא אצל אותו הדבר כל דהוה תיקון אצל דבר אחד הוה תיקון ולר"ש דמשאצל"ג פטור א"כ ע"כ דמקלקל בחובל והבערה חייב אף שאינו תיקון כלל דמה שהוא תיקון אצל אחד לא חשיב תיקון. וביאור דבריו נראה לפענ"ד דבאמת כל מלאכת המשכן היה צריך לגופה ממש וגם תיקון לאותו דבר ולכך גם בשאר איסורים בעי שיהיה תיקון ומלאכה הצל"ג רק במקלקל והבערה דגלי קרא במילה והבערה ול"צ ללמדו ממש כן יש לצדד ולומר דיליף משם דאף בשאר איסורים לא בעי תיקון וצריך לגופה ויש מקום לומר דשאר איסורים לא יליף ממילה והבערה דגבי שבת ואדרבא מדמי לה לשאר מלאכת שבת דצריך תיקון וצל"ג וה"ה גם חבלה והבערה גבי שאר איסורין מדמינן להו לשאר מלאכות של שבת ומה דחייב לענין שבת חבלה והבערה אף דאינו תיקון ואצל"ג זה באמת חידוש הוא דחדשה תורה ואין למדין ממנה.

ז אמנם יש לומר להיפך דשאני כל איסורי שבת דממשכן יליף להו ובעי מלאכת מחשבת ובאמת לולא דיליף ממשכן היה גם בשבת חייב אף שאינו תיקון וא"צ לגופה כדאמרו בחגיגה דמש"ה נקרא הררים התלוים בשערה ולפ"ז שאר איסורים עכ"פ באותן איסורים דגם בשבת לא בעי משצל"ג ותיקון כגון חבלה והבערה מכ"ש דבשבת חייב ולכך הכריעו בש"ס דלענין קלקול דודאי בחבלה והבערה בשבת איכא קלקול א"כ יש לומר דבשאר איסורים דלא בעי מלאכת מחשבת חייב בהן כיון דזה מצינו בפירוש דבשבת חייב א"כ גם שאר איסורים למדין ממנו משא"כ לענין משאצל"ג די"ל דגם בשבת מקרי צל"ג ואף דא"צ לגוף הדבר מ"מ חייב כר"י ניהו דר"ש פליג וס"ל דבשבת חייב אף דהוא מקלקל גמור ואצל"ג ויליף מחבלה והבערה אף די"ל דשם מקרי צריך לגופה קצת בשביל תיקון מצוה זה לא חשיב לר"ש צל"ג וא"כ י"ל דזה לענין שבת אבל בשאר איסורים כל דהוה משאצל"ג משוינן חבלה והבערה לשאר איסורי שבת דפטור ושפיר אמרו בסנהדרין לענין שאר איסורים דאף דמקלקל בהבערה חייב אף בשאר איסורים היינו דוקא מקלקל דעכ"פ בשבת מפורש הדבר דחייב אף דהוה מקלקל אבל משאצל"ג די"ל דבשבת היה צל"ג משום תיקון מצוה לכך בשאר איסורים פטור בזה. ומיושב בזה קושית התוס' בסנהדרין על שיטת רש"י דהא לר"ש פטור במשאצל"ג אף בחבלה והבערה ולפמ"ש יש ליישב דשאני שאר איסורים משבת. ויש להמתיק הדבר דבשלמא לענין איסור שבת שפיר נקרא מלאכה שאצל"ג אף דהוה תיקון מצוה משום דבעי מלאכת מחשבת ובעינן שיחשוב על גוף המלאכה משא"כ בשאר איסורים הוה חבלה והבערה דמילה והבערה מלאכה הצל"ג משום תיקון מצוה ואם כן בשאר איסורים כל דהוה משאצל"ג לגמרי

פטור ואף דשיטת רש"י דלא מקרי מקלקל לר"י כל דהוה צורך לאחרים מ"מ עכ"פ זה מפורש דחייב בחבלה והבערה לכך גם בשאר איסורים מדמי לשבת אף די"ל דלא מקרי מקלקל כ"כ ולכך חייבה תורה בשבת מ"מ הא בשאר איסורים י"ל דמחייב אף בקלקול גמור דלא שייך מלאכת מחשבת לכך חייב אבל מלאכה שאצל"ג דעכ"פ אינו מפורש בחבלה והבערה דשבת די"ל דתיקון מצוה חשוב מצוה ניהו דלר"ש לא מחשב בזה תיקון היינו בשבת דבעי מלאכת מחשבת משא"כ בשאר איסורים כל דהוה משאצל"ג ממש אף בחבלה והבערה פטור ודוק היטב. אמנם עדיין יקשה מכריתות דף כ' דאמרו שם לענין הבערה דמלאכה שאצל"ג פטור והרי לר"ש חייב אף במלאכה שאצל"ג בחובל ומבעיר וכן קשה משבת דף ע"ה גבי ניחא לי' דליצול צבעא הרי בחבורה ס"ל לר"ש דפטור משאצל"ג כמ"ש רש"י ותוס' שם. נראה לפענ"ד דבאמת גם רש"י ס"ל דתיקון מצוה חשוב תיקון רק דלא הוה תיקון באותו דבר והוא בכלל מלאכה שאצל"ג ולפי זה ס"ל לרש"י דלר"ש דגלי קרא בחובל ומבעיר דחייב א"כ באמת נשתנה מכל איסורים דבעי תיקון בגוף הדבר ויהי' מלאכה הצל"ג ולכך כל מה דאפשר למעט בחידוש ממעטין ואמרינן דדוקא בשיש צורך קצת כמו תיקון מצוה אף שגם כן אצל"ג מקרי דאין מתקן גוף הדבר הוא דגלתה התורה דחייב בשבת משא"כ בחבורה והבערה דהוא מקלקל גמור וגם א"צ לגמרי פטור אף בחבורה והבערה ואם כן בכל אלו המקומות דהוה מקלקל ואצל"ג לגמרי גם בחובל והבערה ניהו דמצד מקלקל הי' חייב בחבורה והבערה דגלה קרא דחייב אבל שם היה צל"ג קצת עכ"פ משא"כ באצל"ג לגמרי ודוק היטב כי הוא נעים ונחמד. ובזה מיושב היטב דברי התוס' בשבת דף ק"ו ד"ה בחובל דר"א דמחייב אפילו בא"צ לכלבו הוה מלאכה שאצל"ג וגם לר"ש פטור במלאכה שאצל"ג והקשה המהרש"א דבסברא זו היה להם להקשות לשיטת רש"י דסבירא ליה דלר"ש חייב אף במלאכה שאצל"ג ומקלקל בהבערה וחבלה וכמ"ש בסנהדרין שם ונדחק מאד ולא עמדתי על דבריו על בורין. ולפמ"ש י"ל דלשיטת רש"י ידעו התוס' סברא זו דתיקון מצוה חשיב צל"ג ורק דמ"מ הו"ל מלאכה שאצל"ג ולכך במלאכה שאצל"ג לגמרי גם ר"ש מודה אבל לשיטת התוס' דמה שצריך לכלבו ל"ח תיקון שאין דרך לעשות כן ואפ"ה לר"ש חייב אליבא דר' אבהו א"כ ע"כ דסבירא לי' דמלאכה שאצל"ג כלל ג"כ חייב לר"ש ושפיר מקשו וע"ז חידשו דמ"מ צל"ג מקרי ודוק היטב

ח ובזה מיושב כל קושית התוס' בסנהדרין שם על רש"י דבאמת גם לר"י לא חשיב תיקון לגמרי רק דמ"מ אינו חידוש כ"כ דיהיה חייב דחשוב תיקון אצל אחרים וא"כ שפיר א"ל פוק תני לברא דלר"י לא מסתבר כלל דתיקון מצוה יהיה מקרי תיקון רק דצריך לאפרו

חשוב תיקון לגמרי ודוק ובזה מיושב גם הקושיא השניה ע"ש ודוק. והנה מ"ש למעלה לחלק בין מתעסק ובין אם מתכוין דמותר אף בחבלה והבערה מצאתי בתוספת כתובות דף ה' ד"ה את"ל שכתבו כן בהדיא וכ"כ בשיטה מקובצת שם ונהניתי עד מאד. והנה מצאתי בשיטה שם מרגניתא טבא בשם הרשב"א גבי הא דאמרו לפתח הוא צריך שכתב דבשבת כיון דמלאכת מחשבת אסרה תורה כל שיש בו תיקון קצת חייב כמו דאמרו תיקן להוציאו מידי אבמה"ח אף שיש בו קלקול הרבה כדאמרו פ"ק דחולין גבי בהמה מ"מ אצל שבת חשוב תיקון קצת תיקון ומטעם דמלאכת מחשבת אסרה תורה ע"ש וקצת מרומז כן בתוס' שבת דף ק"ו ותוס' חולין דף ח' ולפי זה יש לומר להיפך דבחבלה והבערה דחייב בשבת הוא דוקא בשבת דגם תיקון קצת חשוב תיקון ובשאר איסורים לא ויש להאריך בזה בסנהדרין שם ולא נפניתי כעת. והנה לכאורה קשה בהא דאמר ר"א דבחובל ומבעיר חייב אף במקלקל לגמרי וקשה דאם כן למ"ד דהבערה לחלק יצאת א"כ אם הבערה בא ללמד על כל האבות מלאכות להתחייב א"כ יתחייבו כל המקלקלין וכבר הקשה בירושלמי פרק ב' דשבת הלכה ה' ולפמ"ש יש ליישב דשאני מקלקל בהבערה דלא נפיק ממלאכת מחשבת וכמ"ש ודוק

ט והנה ביום ד' וישלח תרי"ד הגיעני מכתב מתלמידי החריף ומופלג מוה' סענדר שורשטיין נ"י ואמרתי להעתיק פה הנה הביא קושית ההפלאה וישוע"י בהא דחייב שוחט בשבת משום נ"נ והקשו דהא שייך מפרק ואף דהרמב"ם כתב דל"ש מפרק דהו"ל מלאכה שאצל"ג והיינו דהוה מקלקל הא כאן הוה מתקן וע"ז כתב הוא דכמו דאמרו בשבת דף ע"ה גבי חלזון דהוה מתעסק אצל נטילת נשמה ה"ה כאן לגבי מפרק הוה מתעסק ואין מקום לדבריו דשם הוה מתעסק משום דא"צ לנטילת נשמה כלל ואדרבא כל כמה דאית ביה נשמה ניחא ליה טפי דליצול דמי אבל כאן עכ"פ פסיק רישא מקרי דאם יש דם ע"כ תתפרק ולא מקרי מתעסק וכמו דרצה ליטול נשמה כמו כן רצה שיפרק הדם ועכ"פ מידי פ"ר לא נפיק ואף דהשוחט ולא יצא דם כשרה מ"מ עכ"פ דם יוצא בודאי ועיין ט"ז סי' ס"ט סקי"ז ביו"ד וז"פ. מ"ש לחדש דבמסוכנת ודאי שייך מפרק ומטעם דאף אם נימא דמתעסק בחבורה חייב לפמ"ש הישוע"י דמתעסק בחבורה אף למ"ד דחייב היינו כשמתקן אבל לא במקלקל ומעלתו כתב שכ"כ בשיטה מקובצת בכתובות בסוגיא דדם מפקד פקיד שהקשו בקונטרסים לפמ"ש רש"י משום מתעסק והא מתעסק בחבורה חייב ותירצו דלא שייך מתעסק רק כשנהנה וכאן לא נהנה דמקלקל הוא דטפי ניחא לי דניחי כי היכי דליצול צבעי' ע"ש.

י והנה לפי מה שביאר הישוע"י כיון דמתעסק במקלקל אף בלא מלאכת מחשבת פטור דאף בחלב פטור כל דלא נהנה א"כ גם בשבת פטור ולפ"ז הרי כל שוחט בשבת הוה מקלקל רק דבשבת הוה מלאכת מחשבת וכל שיש תיקון קצת חייב א"כ כל שוחט בשבת שייך משום מלאכת מחשבת ולכך בפריק דם כיון דלא נהנה שוב ל"צ מלאכת מחשבת ולפ"ז במסוכנת דיש כאן הנאה שוב מתעסק בחבורה חייב ובזה האריך ליישב דברי הטור במסוכנת וגם הסוגיא דכתובות דף ז' עפ"י מ"ש הישוע"י דהואיל הוא משום דמתוך הותר וכל דיש צורך קצת זה מקרי הואיל. ובאמת שכל דבריו המה משוחים בששר הפלפול אבל אינם נכונים כלל דהא באמת אין התחלה לקושית ההפלאה דהא מפרק הו"ל מקלקל דמלאכה שאצל"ג וע"כ צ"ל דמקרי מתקן לענין השחיטה מקרי גם לענין מפרק תיקון ולפ"ז מה בכך שלא נהנה הא מ"מ מקרי תיקון כיון דעכ"פ בעי לשחוט ומקרי נהנה עי"ז אף דקלקולו מרובה מתיקונו א"כ שוב מתעסק בחבורה חייב דאף שהקלקול מרובה על התיקון מ"מ מקרי נהנה כיון דצורך השחיטה היא א"כ מקרי נהנה ועיין בט"ז סי' רכ"א ס"ק מ"ב ביו"ד שלדבריו גם בשבת מקרי הנאה רק שבעכו"ם גלי קרא ולדבריו מקרי בשבת נהנה שצריך לשחיטה ולפמ"ש הנקה"כ שם יש מקום לדבריך אבל אינו מוכרח כ"כ וגוף קושית ההפלאה לא הבינותי דניהו דהוה מתקן לגבי השחיטה אבל לענין מפרק דהו"ל משאצל"ג והוה מקלקל מה תיקן בזה וז"פ:

סימן קלו

א לצורבא מרבנן ני'.

ב מה ששאלת במה שאירע מעשה שאחד בא לסחור לק"ק יאס וביקש מאחד שילוה לו סך מעות והלוה לו וזה האיש הוא ג"כ בן עירו ובא לסחור שם ונתעכב שם זמן רב ועתה בא המלוה לגבות מנכסי הלוה שיש לו במדינה זו אם מגבין שלא בפניו וע"ז כתבת דאף דאמרו בכתובות דף פ"ח דמגבין שלא בפניו משום שלא יהא כל אחד הולך למדה"י כאן שהלואה הי' במדה"י לא שייך סברא זו ושאלת כי לא נזכר הדין. הנה לא חפשת היטב כי באמת סברתך מבואר בריטב"א בחידושיו לכתובות שם והריב"ש סימן שנ"ג הביא דברי הריטב"א האלו והסכים כן אבל הב"י בחו"מ סי' ק"ו כתב שמסתימת הפוסקים לא נראה כן וע"כ השמיטו בש"ע ולפענ"ד נראה ראיה לזה מהא דמבואר בב"מ דף קט"ז הבית והעלייה של שנים שנפלו וכו' הרי בעל העלייה בונה את הבית ויושב בתוכו וכו' והקשה הנימוק"י למה צריך לבנות יכפוהו לבנות והביא בשם הירושלמי שהקשה כן ומוקי באינו לפנינו דהוא במדה"י ולזה הסכים הרמב"ן והרשב"א כתב דזה אינו דאף כשהוא במדה"י נפרעין שלא בפניו כמו בבע"ח וכתב הוא דאין משועבד לבנות ולא

הי' לו שעבוד רק על הבית ע"ש ואם איתא לדברי הריטב"א מה קושיא הא אף דנימא דנשתעבד עכ"פ לא התחיל החיוב לבנות רק בעת שנפל דבעת שהי' בריא לא נתחייב לבנות וא"כ אז היה במדה"י ולא נתחייב לפרע שלא בפניו כמ"ש הריטב"א וכעין זה כתב האבני מלואים סי' ס"ט לענין מזונות ע"ש וע"כ דלא קי"ל כסברת הריטב"א. ובאמת שמדברי הרמב"ם משמע כהריטב"א דהרי הוא פסק כהרי"ף דנפרעין שלא בפניו ובפ"ד משכנים פסק דאין כופין לבעה"ב משום דאין נפרעין שלא בפניו וכמ"ש הה"מ שם וכבר תמה בזה הגידולי תרומה בשער ט"ו ונדחק ולפמ"ש י"ל דלא נתחייב רק כשהוא במדה"י ובכה"ג אין נפרעין שלא בפניו אבל באמת אין ראיה דיש לומר דהרמב"ם ס"ל כשיטת הרשב"א דלא נתחייב כלל לבנות ועיין תומים שם מ"ש בזה גם מ"ש על הריב"ש דיש לו על מי שיסמוך על הריטב"א הנ"ל ותמה על הב"י שם במחכ"ת לא נזכר שהריב"ש בעצמו הביא לדברי הריטב"א הנ"ל ובכ"ז דחאו הב"י ועיין בתוס' בב"מ שם שכתבו דאם נשרף אינו פורע לו יציאותיו ובראשית ההשקפה תמהתי דלשיטת הרמב"ן ודעימיה הרי נתחייב לבנות רק שאין נפרעין שלא בפניו וא"כ שוב צריך ליתן לו יציאותיו ומצאתי בקצה"ח סי' קס"ד שהעיר בזה. אך לפענ"ד נראה דבאמת אף שנתחייב לבנות היינו שנשתעבד מאז שאם יפול יתחייב לחזור ולבנותו אבל מ"מ החיוב מתחיל אח"כ וכל שאינו בביתו ואין נפרעין ממנו לא התחיל החיוב דלא נשתעבד נכסיו דכיון דלא נוכל לפרוע מנכסיו שלא בפניו שוב לא שייך שעבוד הגוף דשיעבוד הגוף בלי שעבוד נכסים אינו כלום ועיין בקצה"ח סי' ר"ג שהאריך בזה וכיון שכן כל שנשרף אינו פורע לו יציאותיו כל שהי' שלא בפניו. ובזה מיושב קושית הקצה"ח שם מהא דמגלגלין עליו את הכל בשביל שחרורא דאשייתא משום דכל שבאמת פורע לו אח"כ השיעבוד היה למפרע דמתחלה נשתעבד לבנות רק כל שאינו בפניו לא שייך שעבוד.

ג ובזה יש ליישב דברי רש"י במ"ש בטעמו דר"י משום דהוה זה נהנה וזה לא חסר דחייב ואם אינו נותן לו מחזי כריבית והתוס' השיגו עליו דלא שייך ריבית שאם נשרף אינו חייב לו ולפמ"ש יש לומר דבאמת הא דאינו חייב הוא משום דכל שלא בפניו שלא נשתעבדו הנכסים לא שייך שעבוד הגוף ולפ"ז כל שמחייבין אותו משום שחרורא דאשייתא וא"כ ע"כ דכל שפורע לו שוב התחיל השעבוד למפרע א"כ שוב שייך ריבית. ובזה מיושב מ"ש רש"י משום זה נהנה וזה לא חסר חייב ובש"ס אסקינן דטעמא משום שחרורא דאשייתא ולפמ"ש גם כוונת רש"י כן. ובזה יש לומר מ"ש הריב"ש דלא שייך ריבית כיון שהוא בונה בע"כ ועקצה"ח שם ולפמ"ש י"ל דכיון שבאמת נשתעבד לבנות ל"ש לומר דהוא בע"כ דהא יוכל לכפותו בשביל שנתחייב כנלפענ"ד וצ"ע בכ"ז כי כתבתי בהחפזי

ולא עיינתי כל הצורך. והנה בהא דמבואר בש"ע יו"ד סי' רמ"ח דמי שנותן צדקה פחות ממה שראוי לו ליתן דב"ד יורדין לנכסיו בפניו וכתב הש"ך דדוקא בפניו הא שלא בפניו אין יורדין לנכסיו עד דמודעינן ליה אם אפשר דלא גרע מחוב ע"ש לכאורה יש לומר דגרע מחוב דאף כשא"א לאודועיה אין גובין שלא בפניו ומטעם דהא כל הטעם דגובין בחוב שלא בפניו הוא כדי שלא יהא כל אחד הולך למדה"י וכאן מה בכך שיהא הולך למדה"י יתחייב ליתן שם והרי מי שהלך למדה"י אין כופין אותו על דבר אחר כדאמרו בכתובות דף מ"ח והיינו שהוא עושה צדקה שם כמ"ש הכ"מ פ"א מנחלות וא"כ הו"ל כמו דינו של הריטב"א דהרי לא נתחייב רק שם וזה לפענ"ד החילוק שבין מי שנשתטה דב"ד יורדין לנכסיו משום דממונו נתחייב והוא כאן וא"כ יורדין לנכסיו אבל כל שהלך למדה"י והוא נתחייב בצדקה אף שממילא יש שעבוד נכסי מ"מ נתחייב שם ואין כופין אותו שלא בפניו. וגם נראה דהרי באמת צדקה הוה מ"ע שמתן שכרה בצדה ואין כופין ורק משום דאית ביה תרי לאווי לא תקפוץ ולא תאמץ וכמ"ש התוס' בכתובות דף מ"ט ולזה הסכימו הפוסקים ועיין ש"ך ס"ק ג' א"כ נראה ברור דזה כשהוא כאן עובר על לא תקפוץ ולא תאמץ אבל כשהוא במדה"י או עכ"פ אינו כאן דלא ידע מזה איך יעבור על לאו דאינו במתכוין ואינו יודע כלל ועיקר תלוי בכוונת הלב וזה א"י כלל ואין בו רק משום מצות צדקה שמבטל ולזה אין כופין כלל דהוה מ"ע שמתן שכרה בצדה וז"ב. שוב ראיתי בר"ן פרק נערה שנתפתתה דגם דעתו דכל שלא בפניו אין כופין ביורד למדה"י ע"ש ובקצה"ח סי' ר"ץ תמה דהא ממ"נ אם יש בצדקה שעבוד נכסי אף שלא בפניו נמי ואי ליכא שעבוד נכסי גם בפניו נמי אמאי יודדין לנכסיו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דשלא בפניו לא שייך שלא יהא כל אחד הולך דהא עיקר החיוב הוא במדה"י דנכסיו לא אשתעבדו רק היכא שיש שעבוד הגוף והרי הוא במקום אחר ונתחייב שם וגם הלאוין דלא תקפוץ ולא תאמץ הוא שם ולא בעירו שא"י מזה וכמ"ש ולכך א"י לכפות וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה מהגהמ"י וכן קי"ל בסי' רמ"ה דכייפינן ליה לשכור מלמדים לבנו ויורדין לנכסיו שלא בפניו משום דזה נתחייב כאן גם לא שייך בזה מ"ע שמתן שכרה בצדה וא"כ שפיר כופין וז"ב ודוק ויש להאריך בזה ואכ"מ. והנה ביתומים כיון דהם אינם מחוייבים בעצמם רק דנכסי דאינש אינון ערבין ביה נראה דלא מצי לפרע שלא בפניהם דלא שייך הטעם דאינו בדין שיטול מעותיו וילך למדה"י דהא הם לא נטלו כלל אבל מהש"ע סי' ק"ו לא נראה כן וצ"ל דהשיעבוד נמשך והולך גם על היורשים והיינו באותן נכסים דוקא ועיין בסמ"ע ס"ק ח' שם ודוק. ועכ"פ מיושב קושית הקצה"ח שם ס"ק א' דבאמת י"ל דמכרן חייב משום מזיק כיון דמשתרשי ליה אך זה דוקא בפניהם

דשלא בפניהם לא נשתעבדו כיון דאין הנכסים שהניח אביהם בעין ודוק ועיין ב"ב דף קכ"ה ובשיטה מקובצת שם שהקשה ג"כ דאין נפרעין שלא בפניו ע"ש ודוק:

סימן קלז

א נשאלתי מהרב הגדול מוה' אהרן פרענקיל נ"י מק"ק טארניפאל בדבר מעשה שחברה אחת נפרדו קצתם מקצתם ורצו לחלק עצמם בס"ת וספרים שהיה להם בביהכ"נ שלהם היאך יכולים לחלק. הנה הדבר מבואר בשו"ת מבי"ט הובא במ"א סי' קנ"ד ס"ק כ"ג דאם ידע מי הקדישו יכול הוא או בניו להוליכם לבהכ"נ אשר הוא בתוכו ע"ש ובאמת שמה דפשיטא ליה להמבי"ט מבעיא לי' להמהרי"ט בנו זלה"ה אם יכול בנו להוליך הס"ת אם נשאר זכות ליורשיו או לא. והנה האריך שם הרבה אם בתנאי דע"מ אמרינן לי' וליורשי או דלמא לי דוקא והביא שם מגיטין ע"מ שתתני לי מאתים זוז ודחה דשאני גיטין דלצעורא קמכוין אבל בעלמא אפשר דלי דוקא ולא ליורשים וע"ש שמחלק דל"ד מתנה לשיור דבשיור י"ל דאף לבניו שייר משא"כ במתנה. ותמהני דלא זכר שר שכן מבואר בהדיא ברשב"א וברי"ו וכן קי"ל בש"ע חו"מ סי' רמ"א ס"ז בהג"ה דבמתנה לי ולא ליורשי ועיין בסמ"ע ס"ק י"ח שם ולפ"ז אם היה באופן שהקדישם רק שהתנה שיהי' לו רשות להוליכם עמו א"כ פשיטא דלא זכו בו יורשיו וכמ"ש מהרי"ט ולפמ"ש בתורת חיים פ"ב דסנהדרין שאין ראוי להקדיש ס"ת דא"כ לא קיים המצוה דכתבו לכם דבעינן שיהי' לכם אח"כ א"כ אפשר דלא הקדיש לגמרי ושייר לעצמו כח ובשיור בדבר מסויים שיטת הרמב"ן דאף ליורשין שייר וכמבואר בחו"מ סי' ר"ט ובמהרי"ט שם. אך בגוף הדין כבר האריך המהרי"ט שם דאין לבנים שום זכות להקנות לאחרים משום דלא היה לאביו רק ט"ה וט"ה אינה ממון להקנות לאחרים ובאמת שלפי דבריו מהראוי היה שגם הבנים לא יזכו דט"ה אינה ממון להורישו לבניו כמבואר בחו"מ סי' רע"ז בהג"ה ואף דהש"ך כתב שם דזה דוקא באם אינו ת"י הא השל"ה חולק אף כשיש ת"י ובתשובה הארכתי לבאר דין זה לארכו ולרחבו וניהו די"ל דס"ת כיון דלא הקדישו לגמרי שייר לעצמו זכות אפשר דיכול להורישו כבנים. אמנם בגוף הדבר תמוה לי דהא כיון שהקדישות וקונמות מפקיעין מידי שעבוד ואף דאינו רק קדושת דמים הא דעת המהרי"ט חלק יו"ד סי' נ"ד דבמטלטלין ודאי מפקיע מידי שעבוד ועיין מלמ"ל ובחידושי הארכתי בזה הרבה והמהרי"ט מפלפל אם בע"ח יכול לטלה בחובו ותמהני איך לא הרגיש בזה ואף לפמ"ש המהרי"ט דס"ת ל"ש הקדש רק שהקצה למצותו מ"מ נראה לפענ"ד דלא גרע מקדושת דמים דמפקיע מידי שעבוד וצ"ע ועכ"פ מ"ש המג"א דגם לטף ונשים יש חלק בכל הדברים שירשו זכות אבותיהם צ"ע דהא ט"ה אינה ממון להורישו לבניו כל שהקדישו

והוא לכל הקהל אבל לא זכו בו הטף בשביל ירושת אביהם. ומ"ש ראיה מהר"ן אינו ראי' דשם קאי בהקדיש לעניים כתב דגם טף ונשים של עניים זכו אבל לא בשביל ירושה וצ"ע בכל מ"ש כי כתבתי בחיפזון ומ"ש הר"ן דבבהכ"נ יש לכלם חלק היינו משום דבתחלת הבנין נעשה לשם כלם שיהיה לכלם חלק אבל כאן דידוע מי הקדישו רק שנשתקע שם בעליו פשיטא דאין להטף חלק וגם בני' הגדולים לא זכו בו והוא לכלם שוה ויפה כתב המבי"ט דדוקא בני י"ג שאדעתא דידהו אקדיש אבל לא הטף והנשים שאין להם כח לזכות בזה ומ"ש המהרי"ט שם דאפטרופוס הוה כשליח מהא דאפטרופסין תורמין אף דבעינן שליחות בזה עיין בחידושי הרשב"א בגיטין דף נ"ב מ"ש בזה ועיין בש"ך יו"ד סי' של"א ס"ק ס"ח שכתב דלהניח ל"מ דבעינן שליחות ולא נעשה שלוחם אלא לפרנסה וכתבתי בגליון הש"ך שבנקה"כ סי' ש"ה חזר בו והביא דברי הרשב"א שם יעו"ש וצ"ע בכל מ"ש כי לא סדרים למו כי כתבתי בהשקפה ראשונה

ב ודרך אגב אזכור במה שנשאלתי שנת תרי"ב ר"ח שבט מהרב מוה' גדליה נ"י אבד"ק ביליקאמין במעשה שבא לפניו כ"פ בעזבון שעושים ליצטאציע וכל מי שנותן יותר הוא שלו ואירע כ"פ שאחד בא תיכף בכדי שיעור אונאה וטוען שנתאנה אי מועיל וכתב שלא מצא גלוי לדין זה.

ג ואמרתי בזה תיכף בהשקפה ראשונה לפי מה דאמרו בב"מ דף נ"ח ע"ב דר"י אמר בהמה ומרגליות אין להם אונאה לפי שאדם רוצה לזווגן וחכ"א הכל אדם רוצה לזווגן א"כ אף דקיי"ל כרבנן היינו שם אבל כאן דדרך ליצטאציע שמוכרים הרבה דברים ובהרבה דברים יודע בשעת מעשה שאין ריווח כ"כ ובקצת יש בו הרבה ריווח והוא שם הפסד של זה בשכר הריווח של זה וא"כ ל"ש אונאה דאף שהוא יודע שהיה מתאנה באחר א"כ לא מבעיא כשקנה הרבה דברים יוכל הלה לומר דמחלת דאיידי דבעי למקני שאר דברים גמרת וקנית גם זאת ואף אם לא קנה רק דבר אחד מ"מ חשב לקנות הדבר הלז עם דברים אחרים וגמר והקנה ועוד דכיון דהוה בפרסום רב הו"ל כהדין שמבואר באו"ח סימן קנ"ג ס"ד בהג"ה דנמכר בלי הכרזה ואין בו אונאה והט"ז ס"ק ח' כתב דאף במטלטלין אין בו אונאה ואף דהמג"א שם ס"ק י"ט כתב דבמטלטלין יש להם אונאה אבל הט"ז חולק בזה ומה גם דהוה ע"י שומת ב"ד או האנשים בקיאים בשומא ועוד נראה דהו"ל כנושא ונותן באמונה דאין בו משום אונאה ועיין בשו"ת מהרי"ט חלק חו"מ סי' י"ט ענין גדול בדיני אונאה שחקר חקירות רבות בזה ואין הזמן מסכים עמדי לעיין כעת בכל התשובה אבל מכללות דבריו למדתי דכיון שהוא ליצטאציע והאנשים אין דעתם על השווי הנ"ל כנושא ונותן באמונה שאין לו דין אונאה ע"ש שהאריך הרבה בזה

כנלפענ"ד ברור ובפרט דאיידי דחשב שע"י ליצטאציע שזה רוצה להסתלק מהחפצים או שצריכין לחלק במעות העזבון ודאי אין מעמידין המקח כ"כ וא"כ איידי דבעי לקנות שחשב שיקנה בזול גמר להקנות כנלפענ"ד ברור

ד והנה דרך אגב ארשום כאן מה שנשאלתי ב' להגבלה שנת תרי"ג מ"ק קאנטשינא מהרב האב"ד מוה' יוסף יוסקי נ' אודות שאנשי העיר קבלו את הרב הנ"ל ונתנו לו לצורך פרנסתו מעסק המלח דהיינו ששום אחד לא ישלח עבור מלח להזו"פ רק הרב נ' והסוחרי המלח מכבר וקנו מיד הרב אב"ד הנ"ל ויתנו לו ריוח א' צוואנציגר לכל מאה קלעטצליך והם ימכרו לאחדים בשוק ומלפנים הי' כל אחד מביא המלח מהזא"פ כל סוחר בפ"ע והיה מתקלקל המלח כשעמד איזה מלח וגם כל אחד מהסוחרים זלזל במקח למכור בפחות וע"כ הסכימו גם סוחרי המלח שלא ישלח שום אחד להזא"פ רק הרב והם יקחו ממנו ולא יתקלקל המקח וגם ימכרו כל אחד במקח שוה והסכימו ע"ז בח' וגם נתנו להרב כתב וחתמו עצמם כל אנשי ק' ומבואר בכתב שכל מי שיעבור ע"ז יהי' נידון כאילו עובר על הח' וזה ארבעה שנים שהוחזק הרב בזה וכעת קם אחד מסוחרי המלח ואמר שחתם עצמו בטעות שהיה סבור שהרשות ביד הרבים לכוף את המיעוט וכעת נתוודע לו מאיזה רב שאין רשות ביד רבים לכוף את המיעוט ע"כ רוצה לחזור בו וע"ז שאלו הפו"מ משם מה משפט הדין הלז. והנה היום הוא ע"ש ועיו"ט גם לבי בל עמי מעסק ביש אשר קרה לי שאחד קפץ ידו לשלם חובותיו ואני נלכדתי בתוכם בסך רב ועוד מתעולל עליולות ברשע א"כ אני צריך לרחמי שמים וד' יעזריני להוציא מרשת רגלי. והנה בכ"ז אמרתי להשיב בקצרה כי א"צ לאריכות. הנה פשוט הדבר שהתקנה והסכמה היא תקנה טובה ויש כח ביד רבים לכוף את המיעוט דמלבד דאף בדבר דאיכא רווחא להאי יכולין לשנות כמ"ש הרמ"א סי' ב'. בהג"ה ובשו"ת מהר"ם אלשיך סי' נ"ט האריך הרחיב הדיבור בזה והשיג על המהרי"ק הרבה בזה ואין מקום פה להאריך בזה אף גם דכאן לא שייך כלל רווחא להאי ופסידא להאי כיון דכל סוחרי מלח הסכימו לזה א"כ איכא ריווח כולם בזה שמקודם הי' מזלזלים במקח והי' מפסידים זה לזה וגם היה מתקלקל המלח וכעת נעשה תיקון ע"ז וגם תמהני דכיון שקבעו פרנסת הרב מזה א"כ הרי מדינא בכל צורבא מרבנן נקיטי ליה שוקא כמבואר בב"ב דף כ"ב וכן קי"ל להלכה בטוש"ע חו"מ סי' קנ"ו ס"ה בהג"ה דאם בני העיר צריכין לתורתו אין להם למחות אף שיש ת"ח אחר בעיר ע"ש ומכ"ש ברב העיר שעי"ז מורה להם הוראות ומשפטים אין לך בני העיר צריכים לתורתו יותר מזה ואם לא היו נותנין לו זאת הי' צריכין לתת לו פרנסה אחרת וכבר היה המנהג כן בקהלות קדושות שלכל צורבא מרבנן נתנו לו זאת בדרך

כבוד אף שלא הי' רב העיר ומיום שזלזלו בזה בעוה"ר נשתלחה מארה במסחר ובכל דבר ומכ"ש ברב העיר שאליו נושא נפשו פשיטא ופשיטא שא"א להפסיד חיותו ומה גם שכלם קבלו עליהם כן וא"כ אסורים לחזור בהם. דרך כלל כל דברי הרב נכונים בזה הן במ"ש דבהסכמות ותקנות אזלינן בתר רוב אמת הדבר שכ"כ בשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' ס"ח ס"ט ובשו"ת צ"ץ סי' א' ובכמה מקומות גם מ"ש דכל בעלי אומניות יכולין לתקן עליהם כמ"ש המהרי"ק שורש קפ"א בשם הרשב"א ג"כ אמת ומכל הני טעמי ההסכמה אמת ונכון ומפני הטירדא אקצר

ה והנה בשנת תרט"ז ט' אדר שני נשאלתי מק' חאלייב משו"ב שמו ר' ירמיה הלוי שיש בהכ"נ אשר עומד שם יותר ממאה שנים ולא היה בגובה עזרת נשים רק למטה יש עזרת נשים וכעת עמדו קצת מבני העיר והתחילו לבנות עזרת נשים בגובה על הפאליש לצד מערב נגד החלונות של בהכה"נ רק שיש בכותל של עזרת נשים שהוא נגד חלונות של בהכ"נ ג"כ חלונות ממש נגד החלונות של בהכ"נ ומתחלה לא שמו על לבם אם יש קצת היזק בזה לביהכ"נ ואח"כ ראו שיש בזה גודל היזק לבהכ"נ כי נתמעט האור מאד מבהכ"נ עי"ז כי מתחלה שלט האור נגד חלונות של בהכה"נ בלי שום מסך מבדיל וכעת הגג מאפיל וכותל שבצדדים וכותל שבין חלון לחלון מאפיל ומבואר בש"ע שבהכ"נ צריך אור גדול דאסור לבנות כנגדה ובפרט בכאן שזה יותר ממאה שנים שכבר נתחזק לבהכ"נ אור גדול בלי צמצום וכעת ע"י עזרת נשים נתמצמצם האור במאד בודאי יש איסור גדול וראיה מחו"מ סי' קנ"ד סכ"ג שמבואר שם היכא שבנה כתלים משני צידי החלון וסיכך ע"ג צריך להרחיק ד' אמות הן הכתלים זה מזה וגם הסיכוך צריך להרחיק מהכותל שיש בו חלון ד' אמות כדי שלא יאפיל הרי ראינו דאף שכנגדו אינו בנוי שום בנין רק בנין הגג מקרי האפלה וא"כ אם זה הוה בין אדם לחבירו מכ"ש לבהכ"נ שהרי מבואר בא"ר שכל שבין איש לחבירו צריך ד' אמות בבהכ"נ צריך ח' אמות ואם כן גם בכאן לו יהא שהכותל שכנגד החלונות אינו מאפיל כ"כ מחמת שגם בה יש חלונות מכוין ממש נגד החלונות של בהכ"נ אמנם כותלי הצדדים וגם הגג מאפיל כי הגג מונח ממש סמוך לחלונות של בהכ"נ ובפרט שחוש הראות יעיד ע"ז שנתמעט האור מבהכ"נ אשר נתחזק זה מזמן רב ועוד יש בזה מכשול גדול שהחלונות של בהמ"ד של צד מזרח הוא סמוך ומכוון ממש נגד החלונות של עזרת נשים הנ"ל א"כ אותן האנשים שמתפללין בבהמ"ד וגם אותן שמתפללין בבהכ"נ יסתכלו בהנשים שהן נגדם ואסור להסתכל אף בבגדי צבעונים ואם כן אפשר דיש להרוס העזרת נשים זהו שאלתו. והנה גוף הדין דבהכ"נ צריך יותר אור זהו מדברי אגודה והובא בב"י או"ח סי' ק"ו ועיין בשו"ת מהר"א

ששון סי' קנ"ב אך יותר משמנה אמות א"צ להרחיק כמ"ש בכנה"ג חו"מ סי' קצ"ה בהגהת הטור סי' ע"ח בשם מהר"ם אגוזי ומהר"א קנפינו והביא שם דאם יש להבהכ"נ אור גדול אף לאחר שנסתם החלון סגי בד' אמות ע"ש ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' ע"ז. אמנם בגוף הדבר בנ"ד אני תמה דמה ענינו לכאן שם הרחקה למי שרוצה לבנות נגד הבהכ"נ שייך חזקת בהכ"נ אבל כאן ממ"נ כיון שבנו מסתמא הי' עפ"י טובי העיר דאל"כ למה שתקו עד הנה וא"כ לא שייך חזקה הא טובי העיר יכולין לשנות כל מה שירצו ואם באמת לא עשו עפ"י טו"ה עד האידנא למה שתקו ואם באמת חשבו שטוב הדבר רק שעתה רואים שנתקלקל הנה על מה יתלוננו ובאמת בלי ספק עשו עפ"י המבינים בבנין ומדוע לא שמו על לב שיסתמו האור ואם טעו הנה מה להם כי נזעקו וגם המכשול מהסתכלות יוכל לתקן ע"י שיכסו במפה ולא יתראה החוצה ועל דעתי שאסור להרוס שמלבד שיהיה מחלוקת אף גם כבר נתקדש העזרת נשים ואסור לקלקל. והנה מ"ש הנוב"י דהאגודה למד מפירוש ר"י הנה מצאתי שגם הגאון מוהרא"וו באו"ח סי' ר"נ הביא דברי התוס' והר"י הנ"ל ומזה למד האגודה לבהכ"נ הנה הבין ג"כ דברי האגורה שעפ"י דברי ר"י יסודתו. ובגוף דברי התוס' במ"ש לפירוש הר"י במ"ש והא דאמרו ומכנגדן מרחיק ד"א שלא יאפיל היינו שלא יאפיל לגמרי עד שלא יהא ראוי להשתמש בו יפה הנה ראיתי שבביאור זה נחלקו הנוב"י והגאון מוהרא"וו ז"ל דהנוב"י מפרש דק"ל להתוס' דהרי הרחקה אינה פחות מד"א וא"כ גם לבית צריך ד' אמות וע"ז קאמר שלא יאפיל משמע דבהך ד' אמות הרחקה אינו מאפיל כלל וע"ז פירשו התוס' דבאמת אין הכוונה שלא יאפיל כלל אלא שלא יאפיל לגמרי ובאמת שזה דחוק דכוונת התוס' שלא יאפיל לגמרי היינו שאף אורה גדולה כל שמאפיל קצת ג"כ מאפיל קרינא ביה וגם א"כ למה נקט ד"א וגם תמוה דהא הך דאמר מכנגדן ד' אמות כדי שלא יאפיל לאו בהדדי מתניא רק דבמשנה תני בדף כ"ב בין מלמעלן ובין מלמטן בין מן הצדדים ד"א ובברייתא מפרש מלמעלה כדי שלא יציץ ויראה מלמטן כדי שלא יעמוד ויראה ומכנגדן כדי שלא יאפיל ופריך וכמה ופירש"י וכמה שלא יאפיל לתנא דברייתא דלא יהיב שיעורא ואמרו שיעור כמלא רוחב חלון ואח"כ פריך והתנן ד"א ולדברי התוס' באמת אין השיעור כדי שלא יאפיל ד"א דהא אף שיש בו אור כל שאין האור כ"כ הוא צריך להרחיק ואדרבא על המשנה קשה למתניתין שיעור ד"א וגם פירוש הגאון מווילנא שפירש דמה דאמרו ומכנגדן מרחיק ד"א שלא יאפיל היינו באחים דאין להם חזקה ואפ"ה אין סברא להאפיל לגמרי וסגי בד"א ורק בהרחקה שצריך לאכסדרה היא הרחקה יתירה וכ"ז דחוק ורחוק וגם קשה א"כ היה לו להש"ס לשנויי דמה דאמרו בד"א היינו

באחים ומה דאמר שלא יאפיל היינו יותר מד"א וכשיעור הרחקה שצריך לאכסדרה שצריך אורה יתירה. אמנם לפענ"ד באמת בלא"ה קשיא כיון דמלמעלן אמר שיעור שלא יציץ וכן מלמטה ומן הצד אמרו כדי שלא יאפיל ע"כ דמן הצד אינו רק כדי שלא יאפיל וא"כ מבואר דשלא יאפיל כיון דהש"ס אמר דד"א ושלא יאפיל אחת היא א"כ משמע דאין שיעור האפלה רק ד"א בלבד. ולפענ"ד דזה קשיא להתוס' ג"כ וע"ז כתבו דבאמת מן הצד אין הקפדה רק שלא יאפיל לגמרי וע"כ תמיד סגי בד"א אף באכסדרה אבל במלמעלה ולמטה באכסדרה צריך יותר וא"כ מבואר דמלמעלה ומלמטה לא סגי בד' אמות כנלפענ"ד. והנה בזה נסתר מ"ש הנוב"י דלהתוס' אף מן הצד לא סגי באכסדרה ד"א ולפמ"ש נהפוך הוא דמן הצד ודאי סגי בד"א אף באכסדרה.

ו והנה מ"ש הנוב"י דלהרא"ש כפי מ"ש בכוונת הר"י אין ראיה לאגודה, לפענ"ד הרא"ש לא פירש פירוש אחר כפי מה שהוא בתוס' רק שפירושו הוא שמ"ש שיש אור רק שאין אור כמו שצריך לאכסדרה אינו מובן וע"כ פירש דאכסדרה יש לה אורה מכל הצדדים ור"י אזיל לשיטתיה שפירש דאספלידא הוא אכסדרה שיש לה אורה גדולה והיינו מן הצדדים ועיין פסחים ח' אכסדרה לאורה נבדקת והיינו שיש לה אור גדול וע"ז אמר דרצה לסתום מצד אחד האור אבל דא ודא אחת היא ולמד מזה לבהכ"נ שג"כ צריך אור גדול ועכ"פ פירוש התוס' ברור לפענ"ד דהוא כמו שפירשתי. שוב ראיתי בשיטה מקובצת בב"ב דף כ"ב דיש הרבה פירושים בזה ומדברי כלם נלמד דמכנגדן שלא יאפיל הוא פחות מהך דמלמעלן ומלמטן ועיין בראש"ש שם ובטוש"ע חו"מ סי' קכ"ד סכ"ב ועכ"פ מבואר שלא כהבנת הנוב"י מדבריהם ודוק.

ז אמנם מה שאני תמה דאף לפירש ר"י אין ראיה לאגודה דהרי לפי המסקנא מסקינן דדינא קא"ל דבדידי קא בנינא וכפי הנראה כוונת האגודה דזה דוקא החזיק ג' שנים וכמ"ש רש"י אבל באמת אין זה מוכרח דאולי לאורה יתירה אף חזקה ג' שנים לא מהני וכ"כ בנוב"י. והנני יוסיף דמלשון הרא"ש מבואר בהדיא שכתב לענין דאם יש שם אורה יתירה כמו אכסדרה יכול למעט האורה ובלבד שישאר בו אור שם שיהא ראוי לדירה. ולפענ"ד ע"ז סמך הר"א קופינו שכתב דאם יש לבהכ"נ אור אף לאחר שיסתום אז סגי בד"א והיינו כדברי הרא"ש הנ"ל שכ"כ וכ"כ בפסקי הרא"ש. איברא דיש לומר דזה דוקא באחים דס"ל לנהרדעי דאין להם דרך וחלונות זה על זה אבל לא באחר ועיין בטוש"ע סי' קנ"ד סכ"ז דלא העתיקו רק בשני אחין משום דכלם הוה כמוכרין זה לזה ולא שייך מוכר בעין יפה מוכר אבל לגבי בהכ"נ אפשר דיש לו חזקה לבהכ"נ באור גדול אבל אינו מוכרח ודברי הר"א קופינו צ"ע ודברי המהר"ם מלובלין שרמז הגאון מוהרא"וו ז"ל הם

עד"ז דאחים שאני. אמנם יהיה איך שיהיה בנ"ד דבני הבהכ"נ עצמן ודאי הוו כאחין ולא שייך לגבייהו חזקת אורה כל שיש לו אורה אף לאחר סתימת החלונות של עזרת נשים ודוק

ח והנה בשנת תרט"ז בהיותי בטריסקאוויץ הגיעני תשובה מהרב החריף מוה' מענדיל כהנא נ"י אבד"ק טאסט וכעת מ"צ בק' זבאריז שסתרו כותל אבנים מבהכ"נ שהיתה רעוע והסכימו האומנים לבנות תחת הכותל לבנים ושאל אם מותר למכור האבנים לצורך רשות כי לא הוצרכו לבהכ"נ.

ט והנה אם כי אין לי שום ספר אף הש"ע או"ח אין לי מ"מ אמרתי לעיין בזה והנה לענין דינא אין נ"מ דזבאריז אין דינה ככרך דלא הוה מקום שמתקבצים רבים וא"כ אין נ"מ בזה דודאי יכולים זט"ה במא"ה למכור. אמנם מה שהאריך בשל כרכים היאך דינו. והנה מ"ש מעלתו דלפי מה שנראה מדברי הרי"ף והרמב"ם והש"ס גופא דרשב"נ לא קאי אזט"ה במא"ה ולכך אוסר בכרכים אבל ע"י זט"ה בא"ה י"ל דמותר אף בשל כרכים ועוד דכל הטעם דבשל כרכים אסור הוא או כפירש"י דאין בני העיר לבדם בעלים או משום דרבים מסייעים בבנינו וע"ז הקשה דא"כ בכפרים למה יוכלו למכור זט"ה לבד ולא נימא דאין זט"ה לבדם בעלים וגם כל בני הכפר סייעו לזה וע"כ דכיון שהם זט"ה אדעתא דידהו נדרו והוה הם בעלים וה"ה בכרך עכ"פ זט"ה במא"ה יש להם כח לשנות אבל מהרא"ש נראה דאף בזט"ה במא"ה אינו מועיל ומטעם דבכרכים הקדישו ע"ד שהי' לרבים דעלמא ג"כ חלק בזה והנה מה שהקשה מ"ש כפרים ל"ק כיון דהמעות נשאר בקדושתו שוב א"י לעכב כלל דהמעות לא הוציאו כלל מקדושתו והבנין ודאי בנו זט"ה ולכך יכולין למכרו גם מ"ש דלהרא"ש אסור אפילו זט"ה במא"ה ג"כ אינו מוכרח דניהו דהקדישו ע"ד מ"מ גם לרש"י הקדישו על דעתם ואפ"ה יכולים לשנותו כמו שהבין מעלתו ומ"ש בשם התוס' בפירוש הראשון משום דחמירא קדושתו הנה אין לפני דברי התוס' אבל הב"י לא העתיק כן רק פירש"י והתוס' הנ"ל ומ"ש בשם הריא"ז דזקנו פסק דאף של כרכים יכולים לשנות זט"ה במא"ה הנה הוא בעצמו כתב דאין הש"ס מסכים לזה ומי יכול לדון. אמנם מה דנסתפק אי הוה מטעם שכל העולם שותפים בזה או שהוה כבורא של הפקר וכתב דהנ"מ אם נפל הבה"כ וצריכים לתקנו דאם הוא הפקר א"י לשנות אבל אם הם שותפים שוב יכולים לתקן דכ"ע ניחא להו. הנה בורא דהפקרא ל"ש כאן דמי ומי הפקיר רק שהקנו רשותם לכל העולם וגם הא הפקר הוא צריך להיות אף לגוים וכאן רק לישראל הקנו ולא לגוים ולא שייך הפקר רק הקנאה משא"כ בורא דשייך הפקר שהפקירו לכל אף לגוים ומה שהאריך במ"ש הרמ"א בחו"מ סי' שס"ט ס"ב דאחרים

מותרים להנות ממנו דהיה יאוש עם שינוי רשות וע"ז הקשה כיון דהוא ג"כ יש לו חלק שוב ל"ש ש"ר ובאמת ז"א דכבר הוכחתי בתשובה אחת דש"ר אף בחלק אחד מהבגד שייך ש"ר ובזה ל"ק מה שהקשה מעלתו ממכרה חוץ מאחד ממאה שבו דל"ש ש"ר ולפמ"ש אתי שפיר דרך כלל הדבר פשוט דמותר לשנות. ובלא"ה נראה לפענ"ד כיון דגוף הבהכ"נ נשאר עומד פשיטא דמותר לשנות לכ"ע דמה אכפת להו לאחרים בלבנים או באבנים ודוק. ומ"ש מהנו"ב והמ"א הנה באמת י"ל דמיירי בכפרים אבל המ"א כתב דרבים הוא וא"כ מבואר דמיירי בשל כרכים. והנה מ"ש למעלה דש"ר סגי אף במקצתו וכתבתי שכן הארכתי בתשובה ומצאתי התשובה בספר כת"י אבל שם הוא לענין שינוי מעשה מיהו גם בש"ר יש לומר כן וק"ו הוא דהרי עכ"פ יצא מרשותו דמתחלה היה שלו לבדו וכעת הוא יצא מרשותו לאחרים ג"כ. והנה בשנת תרי"ז ש"ק נח הייתי סנדק בבית שקנו חסידים אנשי סטרעליסק לבית תפלה ושאלוני שלהיות שמקצת חסידים נשארו עוד בבית תפלה אשר היה להם מקודם ואחד נתן לייכטער להקלויז הישינה וכהיום רוצה לקחתו לבית התפלה החדשה והשבתי דאם נתן מקודם לחלוטין להבית הישנה א"א לקחתו ומ"ש המבי"ט דיכולין לחלוק לפענ"ד דוקא אם הקדישו ע"ד המבואר ביו"ד סימן רנ"ט שאין מחליטין להקדש אבל אם מחליטין להקדש שוב א"א לקחתו שכבר זכה בו הבית הלז ואנשיה ומי יודע איך להעריך לחלקה כנלפענ"ד

י והנה בשנת תבר"ך בש"ק לך הגיעני תשובה מהחריף מוה' שלום מרדכי הכהן נ"י מזלאטשיב במעשה שנשלח לו מקהלה אחת שנתייסד חבורה אחה שיהיו לומדים בכל יום פרק משניות ולהיות נותנים ב' צ"ל לקופה בכל שבוע ורוב אנשי החבורה התפללו בבהמ"ד ומעט בקלויז והחבורה כתבו ס"ת ונתנו לבהמ"ד בשנת תר"ו ועלה לערך מאה ר"כ והקלויז הי' אז תחת גג בהמ"ד וכ"ז שהיו צריכים ללמוד הלכו לבהמ"ד והקלויז היה לתפלה בלבד וקנו להם תנ"ך ש"ס וכדומה הכל נתנו לבהמ"ד ואח"כ בשנת תר"ט קנו להם קלוז חדשה סמוך מביהמ"ד קצת ואז הלכו מאנשי בהמ"ד ג"כ עמדם להקלוז וברבות הימים נספחו עוד אנשים הרבה להקלוז וכשהיו צריכין ללמוד נטלו ספרים מבהמ"ד ללמוד ובשנת תרט"ו עשו חלוקה אנשי קלויז ולקחו חלק מהספרים וש"ס ותנ"ך חלקם כפי שהשוו ביניהם ועתה טוענים אנשי קלוז שיתנו להם חלק מהס"ת היינו שהם הי' להם הס"ת ט"ו שנים כמו כן ינתן להם ג"כ על ט"ו שנים ואנשי בהמ"ד טוענים שהס"ת שייך להם והביאו ראיה מהפנקס שלהם וגם מדוע לא תבעו אז חלקם בהס"ת והקלויז משיבים כי מה שלא הקפידו עד עתה הוא משום שהי' להם שני ס"ת ועתה כי נלקח מאתם הס"ת אחת ע"כ תובעים חלקם וארכו הדברים בינותם והנה באחד

כתב דהדין עם אנשי הקלויז דאף דמבואר בש"ע סי' קנ"ג ס"כ הרי הט"ז שם חולק ע"ז שנשאר ביד בעליו וכ"כ המג"א ס"ק י"ג וכ"פ הש"ך ביו"ד סי' רנ"ט ס"ק ו' ובמבי"ט בתשובה הובא במ"א סי' קנ"ד ס"ק כ"ג ובפרט לפמ"ש בשם התורת חיים דאסור לתת לחלוטין וא"י המצוה בזה א"כ בודאי הוה מחילה בטעות דא"י המצוה בזה ואף דבשו"ת ב"א מצדד דגם בשותפין א"י ה"מ מה שביכלתם לעשות עשו והוה מחילה בטעות וגם מבואר בחו"מ סי' צ"ג דבטענו אתה עדיין שותף ל"ש לומר דמחל ע"ש ועיין סי' צ"ח ובש"ך ס"ק ב' ומה שטענו אנשי קלוז שיהי' להם הס"ת כל כך שנים כמו שהיה לבהמ"ד בזה לא צדקו כמבואר בחו"מ סי' קע"א ס"ח בהג"ה שלישית ואם אנשי בהמ"ד ירצו להחזיר להם חלקם כפי שהיה שוה אז הדין עם אנשי הקלויז וא"י לכוף אותם כמ"ש הט"ז באו"ח סי' קנ"ז סקי"ב ובחו"מ סי' קע"ו סמ"ח ע"ש ומעלתו האריך הרבה אם יוצאין בשל שותפות והנה כבר כתבתי בחבורי יד שאול סי' ע"ר דיוצא אף בנותן הס"ת לחלוטין וא"כ אין ראיה מכל הדברים שכתב דמחילה בטעות ואומדנא דהא יכול ליתן לבהמ"ד אמנם בגוף הסברא דמדשתיק מחיל ליה יפה כתב מעלתו דהדבר תלוי במה דנחלקו הקדמונים בטעם דטענו חטים והודה לו בשעורים וגם מסי' קמ"ט דברבים ל"ש מחילה ג"כ יפה כתב ודוק. והנה במ"ש ביד שאול דכתבו לכם כתב הרמב"ן דהמצוה היא שיהי' נכתב לשמו כעת נראה לפענ"ד לפרש הא דאמרו בסוטה דף מ"א כל אדם מביא ס"ת שלו כדי להראות חזותו לרבים והיינו שכתבו לשמו וזה חזותו ומשם משמע קצת שלא הקדישו לבהכ"נ אבל כפי הנראה רצו להראות חזותם ולכך לא נתנו לבהכ"נ ובגוף הדין כבר הארכתי למעלה בזה:

סימן קלח

א נשאלתי מהרב המאוה"ג אבד"ק טאפריוו סמוך לבראד במעשה שקרה לפניו שניקב חצר הכבד במקום שהכבד סותמו והכשיר ושאל אם יפה הורה כיון שלא נזכר בפוסקים. והנה השבתי לו בראשית ההשקפה כיון דחצר הכבד אינו טריפה מצד עצמו רק דבשביל שניקב סוף לנטל הכבד וכיון שניטלה הכבד ונשתייר שני זיתים במקום מרה ובמקום חיותא כשר אם כן כל טריפות הכבד אינו מצד עצמו רק בשביל המרה ואם כן צריך לומר תרי רואין רואין כאלו נטל הכבד וכאילו נטלו הזיתים והו"ל כתרי רואין דלא אמרינן כמ"ש המ"ב בס"א לענין שני כיסין. והנה בחידושי הקשיתי דא"כ אמאי ניקב טרפש הכבד טריפה הא הו"ל תרי רואין כאילו ניטל הכבד וניטל הכבד טריפה בשבל המרה וכתבתי דמזה ראיה דהכבד אינו נטרף בשביל המרה רק בשביל עצמו וכיון שכן שוב גם בניקב בחצר הכבד מהראוי לטרוף דלא הוה תרי רואין ואמרינן שסופו להנטל כל

הכבד עם הזיתים ויהיה טריפת מצד עצמו של הכבד וא"ל דהו"ל תרי רואין דהכבד אינו טריפה רק בשביל הזיתים דא"כ אמאי ניקב טרפש הכבד טריפה וע"כ דהכבד כלה עם הזיתים כחד חשוב וה"ה בזה. והאבד"ק טאפריוו אמר טעמו שהכשיר משום דכיון דכאן לא בעינן סתימה מעיקרא וא"כ כל שסותם הנקב שבחצר הכבד די אבל לפענ"ד כיון דניקב חצר הכבד יש לחוש דיתקלקל הכבד ולא יהיה נסתם וינטל כלו וע"כ לא אמרינן דמועיל סתימה רק כל שנסרכה דאין אנו רואין נקב לפנינו ולא אמרינן אין סירכא בלא נקב רק בריאה וכמ"ש הט"ז שם וא"כ כל שנסתם ונסרך ואין הטריפות רק מצד הכבד כשר אבל כל שרואין אנו שניקב פשיטא דיש לחוש שיתקלקל ומנקב הכבד וינטל כלו וכן נראה מהלבוש ס"ט דע"כ לא הכשיר רק במחט דאמר שאין הקלקול מצד עצמו אבל ע"י חולי הוה טריפה דחיישינן שינקב להכבד וגם במחט חלקו עליו ועיין במשבצות ס"ק ח' כנלפענ"ד. ודרך אגב אכתוב מה שנשאלתי מהרב המאוה"ג מוה' שמואל נחום נ"י אבד"ק ליבטשוב במה שאירע לפניו שהשוחט ובודק בעת הכניס ידו בבדיקת פנים מצא סירכא שנסרך לשומן הלב וכשהוציא הריאה לחוץ לא מצא שום סירכא ולא שום רושם ושאל השוחטים דשם ושבשאר עיירות ואמרו שנהגו להקל בזה אחרי כי לא נמצא מבחוץ מסתמא לא היתה סירכא גמורה וחלפה ואזלא והוא נתקשה בזה ואמר שראה לו להכשיר מצד שבאמת דעת הגאון מר יעקב הובא ברא"ש וטור סי' ל"ט דיכול לנענע הריאה וכל סרכא שהולכת אחר הנענוע אינו סרכא ואף דאנן לא סמכינן על נענוע רק על מיעוך ומשמוש אמר הוא דבאמת הד"מ באות כ' האריך דלפעמים נמצא בפוסקים שנענוע קיל ממיעוך ולפעמים מצינו להיפך וע"כ אמר הרב הנ"ל דהמעיין בלשונות הפוסקים שמביא הד"מ יראה דיש שני מיני מיעוך אחד שע"י מיעוך ומשמוש יהיה כמין ליחה וריר בעלמא זה מיעוך קל מנענוע אבל מיעוך ומשמוש שע"י מתפרקת הסירכא ומתנתקת זה קשה יותר מנענוע וע"ז אמר דעכ"פ כאן יש לסמוך על נענוע וע"י נענוע הלכה לה הסירכא דג"כ לא מקרי סירכא. הנה גוף דבריו במיעוך שעי"ז הוה כריר הוא קיל הרבה מנענוע ולפי זה צ"ל דהמהרי"ו דס"ל דנענוע קיל ממיעוך הוא במיעוך שמתפרק והמעיין במהרי"ו הלכות בדיקה סי' ט' ימצא באות ד' שמזכיר מיעוך שנימוחים במשמוש היד ונקראין רירין ואפ"ה ס"ל דנענוע קיל כמ"ש באות ג' נהגו לנענע הריאה אך י"ל דכיון דסירכות המטריפות היינו מה שהם קשים ואינו הולך ע"י מיעוך ומשמוש ביד אז בזה נהגו לנענע שמיעוך ע"י פירוק חמור מנענוע אבל בגוף דבריו לא נהירא דסוף סוף אנו אין בקיאין בנענוע כמ"ש הט"ז ס"ק ט"ו וא"כ שוב לא

שייך לסמוך על נענוע ובפרט כאן שלא היה נענוע רק לתלות שהיה ע"י נענוע ולכך לא ניכר זה א"א דאולי נתפרק בחוזק ולא ניכר וספק סרכות דאורייתא כמ"ש התשב"ץ.

ב ומה שנראה לפענ"ד למצוא היתר הוא דבאמת בנאבדה הריאה בלי בדיקה דעת הרבה גאונים להכשיר א"כ אף דאנו מחמירין אם אינו הפסד גדול היינו כשלא נבדק כלל אבל כל שנבדק ויש ספק כגון שתי כתי עדים המכחישים זא"ז כשר וכמ"ש הש"ך ס"ק מ"ב באורך כיון שקיים הבדיקה ולפ"ז כאן דבדק מבחוץ ולא מצא שום תמונה ורושם מהסירכא וא"א לו לעשות יותר דגם אם יבדק שנית לא ימצא וכעין שכתבו התוס' בפסחים דף יו"ד בבדק ולא אשכח דמה יעשה גם כשיבדקנו שנית לא ימצא וא"כ שוב הוה כנאבדה בלי בדיקה דכשרה ועיין ש"ך ס"ק ח' כנלפענ"ד למצוא קולא אבל לדינא מ"מ קשה לסמוך ע"ז דשם לא מיירי רק שנאבדה ולא ראינו שום ריעותא דא"צ בדיקה מדינא רק מחשש מיעוט המצוי אבל כאן דהרגיש בפנים סירכא א"כ יש ריעותא וצריך הבדיקה לברר הספק וא"כ שוב לא כשר בלי בדיקה ובירור. אמנם יש לומר דהרי גם בתרי ותרי יש עכ"פ ריעותא דתרי ותרי עכ"פ ספיקא דרבנן היא ואפ"ה מכשיר הש"ך בס"ק מ"ב מכ"ש בזה דאין כאן ריעותא גמורה דשמא נדמה לו כסירכא ואינו רק ריר בעלמא כנלפענ"ד.

ג ודרך אגב אעתיק כאן מ"ש לי כבוד אבי מורי הרב הגאון מוה' ארי' ליבש נ"י על דברת מאירת עינים שורש רביעי ענף ד' ס"ק ו' ליישב קושית הש"י עפ"י דברי התב"ש לא ידעתי אם נתתם טעם אחר לסברת התב"ש וכתבתם דע"כ ל"ח התוס' והחזיקו ריעותא רק בנמצא בקופא וכו' דאז ע"כ דרך הקנה נכנס ולא הבינותי כלל דברמב"ם והתב"ש לא כן כתב אלא דוקא אם החוד סמוך לקרומים דאז חיישינן דלמא מעצמה יצאה מעט וחזרה ולפי זה אין מקום ליישב הקושיא ההיא. והנה מדי עיוני אמרתי טעם אחר לסברת התב"ש הלז לפמ"ש הט"ז בסי' מ' דאם יש חזקה רעה למחט אז חיישינן שמא כבר ניקבה דהא סופה לנקוב ודפח"ח. ולפ"ז א"ש דבקופא לצד סמפון וחודא לבר אז סופה לנקוב וחיישינן שמא כבר נקבה משא"כ כשקיפא לבר אז אין סופה לנקוב ולכך ל"ח שמא כבר ניקבה רק שמא דרך הוושט נכנסה דדרך קופא א"י לנקוב וז"ב. ובזה א"ש קושית הש"י דל"ח שמא ניקבה הסמפון לחבירו דניהו דסופה לנקוב וחיישינן שמא כבר ניקבה הסמפון מ"מ הרי אין סופה לנקוב הסמפון לחבירו דוקא ומה"ת נחוש שמא ניקבה הסמפון לחבירו ודו"ק היטב כי ברור הוא לפענ"ד. ומדי עיוני בזה אמרתי לבאר פי' הש"ס דאמר שם הם הכשירו דיודעים מאיזה טעם הכשירו אנן מאיזה טעם נכשיר ועיין רש"י מ"ש בזה והרמב"ן כתב דזה דחוק דלא על מעשה נחלקו רק על הלכה נחלקו

וכתב הוא שהם ידעו טעם שלהם מפני מה הכשירו אבל אנן לא ירדנו לסוף דעתם וכתב הרשב"א שאינו מחוור ולפענ"ד נראה לפמ"ש הפרמ"ג דחסרון מבפנים מקרא ריעותא עכ"פ וא"כ כיון דמחט שנמצא בריעותא נחלקו בו ר"י וחביריו עם רשב"ל וחביריו והוה ג"כ ריעותא הוה תר"ל ואמנם ר"י בעצמו לא חש לדעת החולקים עמו במחט א"כ לא הוה ריעותא כלל אבל אנן דכבר ראינו דעת רשב"ל דמטריף במחט אם כן ניהו דקי"ל כרבנן דמכשר מ"מ ריעותא מקרי ומצטרף לריעותא דחסרון בפנים והוה תר"ל ודוק. ובזה א"ש קושית הש"י הנ"ל דזה שייך לחשש שמא ניקבה המחט את הקרום וחזרה ושם נמי יש חשש שמא נחסר בשר הריאה בפנים במקום שהמחט שם והוה שפיר תר"ל אבל בסמפון דהחשש שמא נקבה הסמפון לחבירו וחשש החסרון אינו שם אלא בבשר הריאה ובבשר הריאה אין חשש ניקב הסמפון דניקב הסמפון לבשר הריאה כשר וא"כ לא הוה במקום אחד ולא הוה תר"ל ודוק עכ"ד היקרים. והנה מ"ש על דברת המאירת עינים באמת שזה ל"ש להתב"ש רק שהסברא היא כך דכל דחיישינן שמא בא דרך הקנה חיישינן שמא ניקבו קרומי הריאה אבל כל שאין ברור שבא דרך הקנה מה"ת לאחזוק ריעותא דזה חששא רחוקה מצד עצמה וכמ"ש התב"ש. אמנם מ"ש כבוד אבי מורי הגאון נ"י בישוב הקושיא עפ"י דברי הט"ז נכונה מאד. ולפענ"ד להמתיק קצת דברי הט"ז דבאמת כל שסופה לנקוב ועכ"פ סופה שיוצא מחזקת כשרות א"כ לא שייך להעמיד על חזקת כשרות דע"כ תצא מחזקת כשרות ולכך גם כעת חיישינן שכבר יצאת מחזקת כשרותה ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הש"ס הן ידעו מאיזה טעם הכשירו והיינו כפרש"י שהיה הריאה שלימה אנן לא ידעינן מאיזה טעם נכשיר דלמא אי הוה ריאה קמן דלמא הוה מנקבה ומ"ש הרמב"ן דהא על הלכה נחלקו לפענ"ד נראה עפ"י דברי הט"ז דלכך בריאה לא חיישינן אף שסופה לנקוב כיון דיוכל להתברר ע"י בדיקה ולפי זה כל שנאבדה הריאה או שנחתכה שוב חיישינן דהא בודאי סופה לנקוב וא"א להתברר וז"ש הן שהכשירו ידעו מאיזה טעם הכשירו והיינו שנחלקו באם בא ריאה שלימה לפנינו א"כ כל שיוכל להתברר שוב לא מחזקינן ריעותא אבל כאן דלמא אי הוה ריאה קמן מנקבה והיינו דכיון דכל עיקר ההיתר הוא בשביל שיוכל להתברר אבל כל שלא יוכל להתברר שוב אין מקום להכשיר ודוק היטב

ד והנה מ"ש כבוד א"מ הגאון נ"י לפרש דברי הש"ס עפ"י תר"ל לפענ"ד לא מצינו בש"ס שיהיה דנין עפ"י תר"ל ואף שהב"ח מצא קצת סמך בדברי הש"ס ריש נדה אבל לא מצינו שישתמשו בזה. אך לפענ"ד נראה העיקר דהנה הקשו לר' אמי מהמשנה דאו שחסרה ובאמת שהתוס' ורש"י כתבו דלעיל משני דלר"ש איצטריך אמנם לפ"ז כיון דר"ש אמר

דכל נקב שיש בו חסרון מגרע גרע ולא בעי ניקב לבית הסמפונות א"כ ממנ"פ טריפה כאן אם משום חסרון או מפני נקב דעכ"פ המשנה יתפרש כחד מנהון או מפני נקב והיינו דכל שיש חסרון חיישינן טפי שמא ניקב דהא חזינן דלא בעי שתנקב לבית הסמפונות ומכ"ש לפמ"ש הט"ז דעכ"פ יש חזקה רעה להנקב ולפ"ז שפיר אמר דהם ידעו מאיזה טעם הכשירו אם משום דסברי דחסרון מבפנים ל"ש חסרון או דל"ח לנקב כלל ושפיר הכשירו אבל אנן יש לפנינו קושיא מהמשנה וצריכין אנו לישבה עפ"י אחד משני דרכים וא"כ ממנ"פ יש להטריף כל שנמצא מחט בפנים כמו בריאה דטריפה או משום חסר או משום נקב והם הי' יכולת בידם שלא לחוש להמשנה. עוד יש לומר דבאמת ר"י וחביריו הכשירו ור"ל וחביריו טרפו וא"כ הוה ספק השקול ומ"ש רש"י דקי"ל כר"י נגד ר"ל אמת הוא אבל כאן יש חביריו שמסכימים לזה והנה כבר נודע מ"ש המהרי"ק דרבים מקרי אף שמסכימים משני טעמים ולפ"ז המשנה שלפנינו יש שני פירושים או שמטרפת משום חסרון או משום נקב ולר"ש וא"כ אם נימא דר"י מכשיר משום דס"ל דחסרון מבפנים ל"ש חסרון א"כ שוב לא הוה המשנה דלא כוותי' די"ל דהמשנה מטרפת אם ניקבה אבל אם נימא דמכשיר בשביל נקב עכ"פ המשנה מטרפת אף דלא מטעמי' רק לר"ש אתיא עכ"פ רבים המסכימים לזה ולפ"ז זה שאמר הם ידעו מאיזה טעם הכשירו וא"כ לא הוה רבים לענין חסרון מבפנים אבל אנן מסופקין מאיזה טעם הכשירו ואם הכשירו בשביל דל"ח לנקב עכ"פ המשנה מטרפת וקי"ל כר"ל וחביריו ודו"ק כי קצרתי והכוונה מפולשה דאם נימא דהמשנה מטרפת בשביל חסרון בפנים אז ממנ"פ יש רבים המסכימים להטריף ואף אם רשב"ל וחביריו הטריפו בשביל חשש נקב עכ"פ המשנה מטרפת ומכ"ש אם גם ר"ל מטריף בשביל חסרון מבפנים אבל אם נימא דכ"ע ס"ל דחסרון מבפנים ל"ש חסרון רק דאתיא כר"ש והיינו דוקא באם ניקבה בודאי לא בעי שתגיע לבית הסמפונות א"כ שוב אין ענין המשנה להך דר"ל דר"ל מטריף או משום חסרון או משום חשש נקב ולהמשנה ל"ח לניקב ושוב מהראוי לפסוק כר"י נגד ר"ל וא"כ לכך לא יכול להכשיר דלא נודע מאיזה טעם הטריף ודו"ק היטב. עוד י"ל דבאמת הוה ספק בחסרון ידיעה ול"ש ספק ככל ספק חסרון ידיעה והנה הפרמ"ג חידש דבספק חסרון ידיעה שנאבד אז הוה הספק לכל העולם ול"ש ספק חסרון ידיעה והנה הט"ז חידש בסי' צ"ח דאף בספק חסרון ידיעה לכל העולם אם הספק הוא אם מותר או אסור אז מתירין משא"כ כשהספק באיזה שיעור נשער ע"ש ולפ"ז נצרף פירוש הרמב"ן עם פירש"י והי' לאחדים דהנה אנן מסופקים אם כשר או טריפה והוה ספק בחסרון ידיעה ולפ"ז כשנחתכה הכבד וא"א לדעת לכל העולם הי' כשר אבל באמת זה כשידענו טעמן של הראשונים א"כ ידענו

שהספק הוא לכל העולם אבל אנן לא ידענו מאיזה טעם הכשיר אם מכח חסרון בפנים או מטעם דחשו שמא ניקב ואתאי והנה עד"מ אם ידענו שהוא בשביל חסרון בפנים ואנן קי"ל עד"מ דחסרון בפנים שמיה חסרון א"כ שוב אין כאן ספק לכל העולם אבל אם הוא עד"מ בשביל דחיישינן שמא ניקב וזה הספק הוא לכל העולם א"כ כל שנחתכה הי' מותר דהספק כולל לכל אדם וא"כ לכך א"א להכשיר דדלמא הטעם משום חסרון בפנים וזה לא הוה ספק לכל עולם דאותן המטריפין ס"ל דחסרון בפנים שמי' חסרון והוה טריפות ברור דא"כ אין לנו על מה לסמוך ודו"ק היטב

ה והנה אמרתי להעתיק פה מה שהשבתי להרב המאוה"ג מוה' בעריש אבד"ק וואהנילייב במה שאירע לפניו שנמצא בריאה בשר בלו ונגלד תחתיו ואחר שקלפוהו להבשר הבלוי ונתגלה הנגלד עדיין חוטין נמשכין אילך ואילך כמין שתי וערב העשויה כמו שבכה והשוחטים קורין אותה שפיגלע וגם הי' שבר בהצלע שחצר הכבד דבוק עליו ורצה השו"ב ר' בצלאל זאב להכשיר והרב האב"ד הנ"ל הטריף וע"ז הלך השו"ב הנ"ל לק' קאליש והשיג שם היתר מדיינים שם ואח"כ חזרו בהם. הנה מאד תמהני ואלמלא ראיתי לא האמנתי שיאמר אחד שנתמנה להוראה שיכשיר בזה. והנה באמת בשר בלוי עם נגלד יש כדי לאסור כמ"ש התב"ש סי' ל"ט ס"ע דכל דיש ריעותא עם בשר בלוי מקרי תר"ל. הן אמת דהט"ז כתב בס"ק כ"ד בסי' ל"ט דבשר בלוי לא הוה ריעותא כלל אבל לפענ"ד אין ראיה מהט"ז דבאמת צ"ב למה לא יהיה בשר בלוי חשיב כמו בשר רע דמקרי ריעותא כמבואר בב"י סי' נו"ן ובש"ע שם ס"ג דכל שנשתנה מראית הבשר לריעותא הוה כניקב ועיין בסי' מ"ג ס"ב. אבל באמת זה אינו דשם הבשר בעצמו רע אבל כאן הבשר בעצמותו יפה רק שהבשר בלוי הוא על קרומי הריאה והוה כמו מעשה דריינוס דהיה עור פרוס על כל הריאה וכמ"ש הט"ז בהדיא וא"כ גוף בשר הריאה יפה ושלם. ובזה מיושב קושית התב"ש על הט"ז מריאה דקיימא גילדי וגם הקשה דברי הפר"ח אהדדי דבסי' נו"ן פסק דבשר בלוי הוה ריעותא ובסי' ל"ט הסכים להט"ז ולפמ"ש א"ש דכל שיש בשר בלוי בעצם הריאה בודאי טריפה משא"כ הט"ז מיירי דגוף הריאה שלם וז"ב ולפ"ז בנגלד הריאה במקומה דיש ריעותא בגוף הריאה שפיר אמרינן דבשר הבלוי הוא מגוף הריאה דשם א"א לומר דבשר בלוי אינו מגוף הריאה רק עור למעלה דהא אינו פרוס על פני כלה רק באיזה מקום א"כ ע"כ דבא מחמת שיש בו נקב ולכך בא בשר בלוי ונגלד וז"ב כשמש. וגם תמהני כיון דחזינן שלאחר הקליפה ג"כ החוטין נמשכין אילך ואילך והיא כמין שבכה וזה נקרא שפיגלע וא"כ באמת אין לך ריעותא גדולה מזו והעד העיד בנו הרב המאה"ג הנ"ל בשם השוחטים דק' סטריא שאמרו שמקובל בידם ששפיגלע

היא טריפה ואף דת"ח שאמר דבר הלכה לאחר מעשה אין שומעין לו הא במלתא דעל"ג נאמן וכדאמרו ביבמות דף ע"ז הא שמואל וב"ד קיים ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' כ"ז דאף נוגע במלתא דעל"ג לא משקר ובפרט היכא דלא בעי עדות גמור ומה גם דאף אם נימא דלא הוה טריפה עכ"פ בשר יפה ושלם בודאי לא מקרי והיאך אפשר להכשיר והט"ז בעצמו מודה בזה דטריפה ומה גם שנמצא עוד שבירה בהצלע בהחצר הכבד שדבוק עליה והיה מקום לומר שהקצה פוגע בהריעותות האלו איה איפוא צד היתר בזה וכל המיקל בזה עתיד ליתן את הדין ועיין בזבח שמואל בדיני נקובה ואף באין עוקץ כמ"ש הפר"ת סי' ג' וכן הוא בספר מאירת עינים שורש רביעי ענף ראשון ס"ד ועיין בשורש שלישי ענף רביעי ס"ו ובס"ק י"ג שם ועכ"פ בצירוף כל הני ריעותות ודאי דהיא טריפה גמורה. ואחרי כל אלה הבא כאן בואו ונצווח על השוחט הבליעל הזה שאחרי ששמע מהרב האב"ד שהוא טריפה היאך החציף פני' ללכת לק' קאליש לשאול הדין ולא עוד אלא שעשה במסתר פנים על בלי הגיד שכבר חלה בה הוראת הרב האב"ד ובאמת גם על הדיינים דשם אני תמה אם כי לא ידעתי ערכם אבל ערך הרב הנ"ל ידעתי כי הוא מופלג בתורה וידיו רב לו בתלמוד ופוסקים וגם בענין הוראה כביר מצאה ידו ואיך מלא לבבם להורות במקום שיש רב גדול ומומחה ואף לאחר כל התנצלות שהתנצלו במכתבם והלב יודע אם לעקל וכו' אבל עכ"פ גוף הוראה תמוה דהיאך מלא לבבם להקל ומ"ש שמצאו באחרונים להקל בפ"מ תמה אני אם ימצא כן בצירוף כל הריעותות האלו ואף אם המצא ימצא פשיטא שלא מפיו אנו חיים במקום שכל הגדולים תפסו לאיסור ומה גם לפמ"ש דגם הט"ז מודה בזה. אמנם יהיה איך שיהיה גם הם תברו לגזיזייהו וכתבו שיש להחמיר ומה גם לאחר שכבר חלה הוראת הרב האב"ד לאסור א"כ בודאי הוא אסור כמבואר ביו"ד סי' רמ"ב סל"א בהג"ה ובחבורי יד שאול הארכתי שם בענינים האלו אבל כאן הדבר ברור כשמש שהוא אסור ועיין בשו"ת חוט השני סי' כ"ז שהיטב חרה לו על כי פסקו במקומות אחרות אשר אינו בגבולם ע"ש. והנה אחר כל אלה ראה ראיתי את אשר כתב הרב הגאון מוהר"ע האבד"ק סטריא מרורות על אנשי עיר ואהנילוב על אשר העיזו פניהם נגד הרב האב"ד ולאכול משחיטת הבליעל הלז אשר החציף פניו נגד הרב האבד"ק ונוסף לזה כי האכיל טריפות בשאט בנפש.

ו והנה הרב האב"ד נסע במכוון אלי לשאול את פי מה משפט הבליעל הלז וגם משפט אנשי העיר. והנה ד' יודע כי מאד מאד קשה עלי הדבר להביא צווארי בעול המחלוקת ומה גם בזמן הזה אשר אין מחלוקת לש"ש וגם לא ניכר גדול לפני קטן וירהבו הנער בזקן וכל איש שורר בביתו והוא סורר ומורה אמנם הרב האב"ד אמר אלי כי אם אחריש

לא יאבה הרב הגאון האבד"ק סטריא לענות עוד בזה וכן צווהו לנסוע ללבוב לשאול את פי וע"כ אמרתי אחרי כי על ידי יהי' עלבון להרב הנ"ל ויהיה הקולר תלוי בי לא אחריש כי עתה ילחכו השו"ב וכל איש בליעל את הרב היושב כסא למשפט וחלילה לי לשתוק בזילותא דת"ח גדול וע"כ אליכם אישים אקרא הסירו רוע מחשבתכם מהרב אשר הוא מפאת קנאה ושנאה והשטן מרקד ביניכם שמעו בקול חכמים וחיו והעבירו אה השו"ב הבליעל מאומנותו כי הוא מקלי הדעת ולא אמון בו אחרי כי נקל בעיניו להתיר האיסורים ואסור לשחוט וע"ז נאמר זבח רשעים תועבה ואשר לא ישמע לדברינו יהי' אונן מימינו ומחוסר כיפורים משמאלו לא יאבה ד' סלוח לו והשומע לדברינו יתברך

ז ודרך אגב ארשום מה שנשאלתי מהרב הגדול מוה' יוסף אבד"ק בורשטין נ"י בשנת תרי"ב במה שאירע שם שנמצא נקידות אדומות וחברבורות בריאה ונראה בהם נקבים ולאחר הבדיקות נפיחה ופושרים אז היה מבצבץ והטריפו וז"פ אמנם כמה פעמים אירע שבאו נקבים אלו בדמותן בתוארן ויש על הריאה הרבה מורנא ולפעמים יש הרבה יותר מורנא מהנקבים והנקבים הם קטנים מאד ודעת השו"ב להטריף ממ"ש התב"ש סי' ל"ח אם יש מראות אדומות צריך לבדוק אחר נקבים ואם לא בדק טריפה וע"כ מה דלא תלינן במורנא לפי שנקבי מורנא הם רחבים והנקבים אלו הם קטנים מאד וע"ז האריך דדברים בדויים הם וכתב דאם איתא לדבריהם אין מקום לתלות כלל בנקבים של מורנא דכל דהבדיקה מעכב אין לתלות בשום דבר אך גם גוף דבריהם שהנקבים הם קטנים מאד אין לתלות במורנא הוא טעם תפל כי משים חוק וקצב לנקבי המורנא וע"כ חילק מעלתו דהתב"ש בשם הר"ץ מיירי באופן שאין ניכר כלל בהנקודות שום נקב והוא סתום רק שתחת הנקודות נמצא נקב אז היא טריפה אבל בעובדא דידיה היה נראה הנקב בחברבורות אדומות ונקבים בתוכם פשיטא דיש לתלות במורנא וכתב שכעין זה מצא בבית אפרים סי' ל"ו ס"ק ס"ט ושאל חוות דעתי.

ח הנה מה שדחה דברי השו"ב דבריו נכונים דאין חילוק בין נקב לנקב אמנם בגוף הדין נראה לפענ"ד דיש להחמיר דהנה באמת גוף הדבר לתלות במורנא אף שעמוק מן החור או רחוק מן החור באמת שהתב"ש ס"ק כ"ז מפקפק בזה אלא שלא סתר מנהג המקומות שמקילין בזה אבל כ"ז אם אין בו רק ריעותא דנקב אז כשיש מקום לתלות שע"י המורנא בא א"כ למה לא יכשר דהא לאחר שחיטה תלינן דלאחר שחיטה פריש אבל כל שנמצא נקודות אדומות והרי דעת המ"כ דאם הנקב אדום סביבותיו ודאי קודם שחיטת ניקבה וטריפה והב"י והד"מ סימן ל"ו הסכימו לזה וכן הוא בש"ע סי' ל"ו סעיף ה' ועש"ך ס"ק י' וכאן שהנקודות אדומות וחברבורות מה מועיל שהם נקובות

וניכר הנקב בנקודות סוף סוף מה מועיל הנקב לתלות במורנא ואכתי קשה מהיכן בא האדמימות וכל שהוא אדום ע"כ שקודם השחיטה היה הנקב וא"כ גם במורנא טריפה דכל הטעם דתולין דלאחר שחיטה פריש וכאן שהאדמימות מורה שהי' מקודם השחיטה דאל"כ מאין בא האדמימות וא"כ גם במורנא טריפה ובאמת מה שהביא בבית אפרים ס"ק ס"ט בשם הגאון מהר"י מליסא להכשיר בנמצאו תולעים והובא בחבורינו מאירת עינים שורש רביעי ענף שלישי ס"ק י"ג אפשר דלא הי' שם אודם סביב וקשה רק אדום קצת במקום הנקב ורך ויוצא ממנו וכמ"ש התב"ש סי' ל"ו ס"ק יו"ד לחלק. וגם בזה נראה לפענ"ד דזה דוקא לתלות בידא דטבחא די"ל דיצא האודם מהריאה אבל לתלות שהתולע עושה זאת זה קשה מאד דהתולע יוכל להוציא דם אדום ולא מצינו זאת וע"כ נראה לי להחמיר דגם באדום רך שיוצא ממנו החמיר התב"ש שצריך דוקא קבלה מרבו במראית עין וע"כ בכאן יש להחמיר ובענין התולעים הנקראים מאטליציע אם תולין גם באלו דלאחר שחיטה פריש וכתב מעלתו שזה הוא הנקרא בש"ס קוקיאנו ואמרו בש"ס דמעלמא אתו א"כ טריפה וע"ז הקשה דא"כ בהא דאמרו דבמורנא פליגו בה אי לאחר שחיטה פריש לימא דמר א"ח ומר א"ח ומורנא הוא שם הכולל לכל מיני התולעים כמ"ש התב"ש סי' ל"ו ס"ק כ"ז ומר מיירי בשאר תולעים שאינם קוקיאני ואמרינן דמינה קא גדלו ומר מיירי בקוקיאני דמעלמא קאתו. לא זכיתי להבין דבש"ס אמרו מורנא פליגי בה וא"כ ידוע לחז"ל דהי' פליגי בסתם תולעים הנקראים מורנא וא"כ ליכא קושיא. אמנם באמת תמוה דא"כ מורנא היכא תלינן דנימא דאתו מעלמא מחיים אבל באמת גם כשבא מחיים אמרינן דאינו נוקב הריאה מחיים כיון דהריאה מרחפת וכ"כ התב"ש בהדיא ס"ק כ"ו וכנלפענ"ד דמה"ת להחמיר כל דלאחר שחיטה הוא יש לתלות ולהקל דכבר נשחטה בחזקת היתר עומדת ועיין בתב"ש ס"ק ל"ב דיש מחלוקת הפוסקים אי מחמת ספק תולין דלאחר שחיטה או דמחזקינן בודאי כן ולפ"ז גם בקיקיאני עכ"פ ספק הוא ותלינן להקל ועיין במאירת עינים שם ס"ק ב' ודו"ק וביום א' במדבר שנת תרי"ב היה אצלי שו"ב המופלג מוה' איצטשיא שו"ב דפה לבוב והמופלג מוה' זעליג שו"ב מוויניק העידו אלי שהתולעים מטליציע הנ"ל היא טריפה והם מטריפים כי מוצאים תמיד ליחה סרוחה תחתיה והריאה ניקב קצת וא"כ אין ספק שטריפה היא וע"כ בל"נ אודיע לק' בורשטין ברצות כי העידו שהוא טריפה

ט והנה ארשום מה שנשאלתי שנת תרי"ב בטריסקוויטץ ואז נכון הייתי לשוב לביתי והספרים כבר נסגרו ונשאלתי מהרב מוה' משה נתן נ"י אבד"ק פשווערסק בטילא היוצאת מאונא לאונא בין למטה מחציין בין למעלה מחציין ועולית בנפיחה כשנופחין

הריאה ונעשית עבה בנפיחתה כמו אצבע וחתכתי לדעתי וראיתי כי בחתכי הטילא בצבצה הריאה והטילא הוא בלי שום פילוש וכשחותכין אותה אין תחתיה עוד שום קרום בלעדה והרב מוה' משה באב"ד ז"ל האב"ד מקודם שמה התיר ומעלתו כתב לאסור והנה לא ידעתי אריכות דברים בזה הענין למה והדבר ברור שהוא טריפה. ומה שהביא הרב המנוח מוהר"מ באב"ד ראיה ממ"ש התב"ש דסירכא היוצאת מהטילא בעוברת ע"י מיעוך ומשמוש כשר וע"כ דטילא עוברת בהנפיחה דאל"כ איך תבדק בפושרין ומעלתו האריך לישב וכתב שכעין זה הקשה בפרמ"ג לענין סירכא היוצאת מטנרי ואני לא האמנתי לדברים דקארי לה מה קארי לה והא באמת הטילא לא תעלה בנפיחה והריאה תעלה בנפיחה וכל שתעלה הטינא בנפיחה בודאי טריפה ובעברי דרך סטריא הי' אצלי השו"ב מומחה מוה' ארון נ"י ודברתי עמו והסכים עמי שכן הדין גם תמה על הראיה הנ"ל מטעם שכתבתי וע"כ הדברים פשוטים ומ"ש בשם הפרמ"ג כעת לא ראיתי כלל ולא הבינותי הקושיא והדבר פשוט כמ"ש ודוק

י ודרך אגב ארשום מה שנשאלתי ער"ח תמוז תרי"ג מהרב מו"ה בצלאל אבד"ק נגרעשט בוואלחייא בטחול של שור שהי' נפיחה באמצעיתה הרבה והיה ניכר הרבה בחוץ במקום העב במקום שדבוק לכרס וכשפתחו הי' יוצא מים רבים וכמעשה דראבי' שהי' רק ששם היה במקום הדק וכאן הי' במקום עב וגדר הבשר הרע היינו הרקבון שסביבת המכה ולא נשאר משני הצדדים של טחול שום בשר מהטחול אפילו כמלא נימא רק עור הדק מאד מהטחול נשאר משני הצדדים כי המרה הי' מחלחלת מעבר לעבר בכל עובי הטחול ואותו האיש שפתח הנפוח אמר שהנפוח הי' ניכר מאד מבחוץ גבוה מאד רק שלא ניכר שינוי מראה וע"ז כתב דטריפה לכ"ע ואף שהט"ז סי' מ"ג ס"ק ט' רצה להכשיר והתב"ש והפר"ח נחלקו בזה והפ"מ אינו מכריע היינו אם מבחוץ לא ניכר שום לקותא אבל אם ניכר מבחוץ לקותא כ"ע מודים דטריפה ותדע דאל"כ דברי הט"ז ס"ק וא"ו שם במעשה דראבי' סותרים למ"ש בס"ק ט' וע"כ דשם מיירי בלא ניכר מבחוץ שום ריעותא זה תו"ד. והנה יפה הורה וביום ועש"ק חקת תרי"ג נשאלתי מק' מיקאלייב סמוך ללבוב ששחטו יאליפקע ומצאו בטחול בראש העב בחלק הדק שבו היה נקב והי' ניקב מעל"ע והראו לפני וראיתי כי הנקב מפולש מעל"ע ולא היה כח בידי להתיר אף שהזה הפ"מ שהבשר כבר נתחלק להכפרים ולהב"ב אשר בעיר וגם היה עש"ק ואף דכפי הראות הנקב הי' נברא כך לא רציתי לסמוך על הט"ז שמכשיר בנברא כך דכלם חלקו על הט"ז ועיין נה"כ ופר"ח ונוב"י מהדו"ק סי' ט"ז י"ז ומה גם כי הט"ז לא התיר רק בעגלים אבל לא בשור ופרה והיאליפקע כבר נתגדלה יותר.

יא אמנם לפענ"ד היה נראה דבשור ופרה שעכ"פ יש להם שנה שנולדו יש להכשיר יותר דכל שהי' כן בעת הבריאה הרי חי יב"ח ואף דטריפה ודאית לא מהני יב"ח מ"מ כאן כיון דהט"ז מכשיר בעגלים דהיינו רביתייהו א"כ אף שלא ראינו כן בפרה ושור ע"כ שנתרפא אח"כ עפ"י טבע ועכ"פ טריפה ודאית לא הוה כיון דהט"ז והצ"ץ מכשירים וא"כ בספק טריפה סמכינן על יב"ח וא"ל דדלמא באמת אינו בתולדה רק אח"כ מחמת חולי ונתרפא עד שנעשה עור מקיף כמ"ש בנה"כ ופר"ח עכ"פ מידי ספק טריפה לא יצא וספק טריפה מועיל יב"ח מיהו י"ל דלמא באמת נעשה אח"כ ואין כאן עוד יב"ח ועכ"פ כיון דנראה שנעשה בתולדה עכ"פ לענין הכלים יש לסמוך שנשהה אותם מעל"ע והם כשרים כמ"ש הכו"פ והתב"ש סי' א' לענין שוחט ואף דאני פקפקתי ע"ז דהו"ל ספק דרבנן בהתגלגל שכתב מהריב"ל דלא מקרי ספק דרבנן מ"מ כיון דהט"ז והצ"ץ מכשירים לגמרי יש לסמוך בהפ"מ דהכלים כשרים לאחר מעל"ע אותם שאין להם תקנה בהגעלה כנלפענ"ד ועיין שו"ת צ"ץ סי' ע"א

יב והנה בשנת תרי"ד ד' וארא הגיעני תשובה מהרב מו"ה יהושע אבד"ק קראטשין נ"י במה שאירע בשו"ב שבדק הריאה ובדק צד אחד בריאה ולא מצא נקב ואח"כ כשבדק צד השני ונמצא נקב ממורנא וחפש למצוא תולעים ולא מצא ואח"כ חזר ובדק הצד הראשון שבדק כבר ומצא נקב מנקבי מורנא וע"ז דן הרב הנ"ל כיון שהנקב שמצא בצד הראשון שבא כבר ודאי הי' מהתולע דאל"כ מהיכן בא הנקב דהא בדק כבר ולא מצא נקב וע"כ שמנקבי התולע הוא בא שיכול לנקוב ברגע אחת וא"כ אף שלא מצא תולעת בנקב שבצד אחת מהריאה תלינן במורנא דהרי התב"ש כתב בשם ג"ת דאף שנמצא תולעת רחוק מהנקב מורנא אפ"ה תלינן הנקב בהמורנא שמצא וה"ה כאן הא בצד הראשון ודאי בא מהמורנא דאל"כ נקב זה מהיכן בא והביא עוד ראיה מבית אפרים שכתב בריאה שהיתה מכוסה כולה בקרום והסירו הקרום והיתה שלימה ויפה ואח"כ מצא שהתחיל לצאת דם מהריאה וקנחו והי' יוצא הדם מעצמו והכשיר הואיל שיצא בהיתר וה"ה כאן הצד הראשון יצא בהיתר. ולפענ"ד נראה דליתא והנה מ"ש שכבר יצא בהיתר ל"ד להך דבית אפרים דשם יצא בהיתר כל הריאה וכאן לא יצא רק אותו צד בהיתר ודלמא ימצא במק"א ריעותא וטריפה וגם מ"ש מהתב"ש הנה מ"ש בשם הז"ט כוונתו לס"ק כ"ו בתב"ש ואינו ענין לכאן דשם מצאו תולע אבל המהר"ם לובלין רצה להכשיר ברחוק. אך לפענ"ד אין ענין לכאן דכאן מה שבדק מקודם ולא מצא נקב ואח"כ מלא נקב בודאי לא תלינן במורנא דע"כ לא תלינן במורנא רק במצא נקב תיכף ותלינן במורנא או מטעם שהרגישה שאפס חום הטבעי והלכה לבקש חמימות או שבחיים לא היתה יכולה לצאת

משום שהריאה מרחף אבל כאן כיון שראינו שאף לאחר שחיטה ואפס החמימות אפ"ה לא יצאה מנלן לתלות אח"כ שהרגישה בקרירות מקודם ודמי למ"ש במטה יוסף דאם חזרו אח"כ התולעים אמרינן דלא מפני הקרירות יצאו דהרי ראינו שחזרו למקומן כמ"ש במאירת עינים שורש ד' ענף שלישי ס"ק ז' ע"ש. ובאמת שלפענ"ד מ"ש רגמ"ה להוציא הריאה נגד השמש הוא לנסות דאם ראינו שיוצאים עוד כעת לחוץ א"כ יש לתלות שגם מקודם יצאו לבקש חמימות וכ"ז כשרואים שפירשו אח"כ אבל כל שלא פירשו שוב חיישינן ואין ראיה ממה שמצאו נקב אח"כ דמנ"ל לתלות שיצאו כעת ולא מקודם ואף די"ל דלא בדק היטב מקודם ואולי הנקב בא מקודם לפענ"ד בשו"ב הבודק היטב בודאי בדק יפה ואף אם נתלה שלא בדק יפה מ"מ שוב אין ראיה דנעשה ע"י המורנא דהרי לא הי' נקב מקודם דז"א דהרי חזינן שלא בדק יפה ודו"ק. ועכרו"פ ופרי תואר שגם הם מחמירים אם נמצא רחוק מהנקב ואף דקשה לומר שלא בדק יפה ע"כ לומר כן דאל"כ הא דרך למצוא מורנא בנקב והם הולכים לבקש חמימות ולמה לא הלכו עד עתה ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"א במפתחות סי' כ"ד שמביא ראיה דתלינן שלא נבדק יפה ועיין פ"ק דביצה ות"ל שגם אני זכיתי בראיה זו לענין לב וה"ה כאן דתלינן שלא בדק יפה וחידוש הוא שתלינן במורנא והבו דלא לוסיף עלה ודו"ק:

סימן קלט

א נשאלתי מהרב המאוה"ג מו"ה שמואל נחום נ"י אבד"ק ליבטשוב במעשה שבא לפניו שאחד תבע לחבירו בפני ב"ד חפץ זה שבידך שלי הוא ותבע החפץ בעצמו והלה משיב להד"מ ופסק שישבע היסת והפך על חבירו וע"ז נסתפק דהיאך שייך בזה היפוך דאף אי חבירו ישבע שזה החפץ שלו והוא טען להד"מ ויצטרך לתת מעות בעד שווי החפץ וא"כ אינו בכלל היפוך דזה טוענו חפץ דוקא וזה נתחייב דמים.

ב והנה בראשית ההשקפה תמהתי דבאמת כל טעמו של היסת הוא משום אשתמוטי וא"כ כשטוענו על גוף החפץ דל"ש אשתמוטי ל"ש להשביעו דהו"ל מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כשהחפץ בעין ועיין בסי' ע"ה ס"ד ובסמ"ע וש"ך שם ס"ק ט"ו וע"כ שעיקר התביעה הוא המעות ובמעות שוב שייך שפיר ההיפוך דעכצ"ל דאשתמוטי הוא דקא משתמיט דהיינו דבאמת החפץ אינו בעין כעת ושוב שפיר ההיפוך. אך באמת הא קי"ל דספק מלוה ישינה כתירוצו של אביי ועיין בחו"מ סי' צ"ב וכתב הרז"ה דא"כ לטעון הכי בהדיא וכתב די"ל דחפץ בחפץ הלז הרי דאף שזה טען שישיב לו החפץ דוקא אפ"ה ע"ז לא נעשה חשוד כל שיש לו ספק מלוה ישינה וא"כ גם כאן שייך לומר כן. אך באמת בלא"ה כבר אמרו בשבועות דתקנת ר"נ הי' משום אשתמוטי דאל"כ הא

יש לו חזקה דאין אדם מעיז וכיון דע"כ משום אשתמוטי הוא א"כ בטוענו החפץ ל"ש שבועה. אך באמת הש"ס בב"מ דף ה' הקשו דנימא דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ולא משני דאשתמוטי וע"ש בתוס' שבועות דכתבו דהומ"ל הכי אבל בתוס' ב"מ דף וא"ו ד"ה אלא כתבו דלכך לא משני דאשתמוטי דר"נ מחייב היסת אף היכא שטוענו החפץ דוקא דל"ש אשתמוטי ע"ש וא"כ בזה דל"ש אשתמוטי יקשה איך יכול להפך והן נסתר מחמתו מה שרציתי לחדש דגם חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו דמה"ט מחייב ר"נ שבועת היסת ג"כ לא שייך על החפץ בעין דכיון דעכ"פ מגיע לו מעות י"ל דבאמת זה החפץ אינו שלו ואפ"ה תובעו אותו החפץ משום דחושב שהוא שלו וטעה בדמיונו וגם כיון דעכ"פ מגיע לו איזה דבר לא שייך החזקה דאין אדם תובע וכמ"ש האחרונים דגבי מודה במקצת לא שייך החזקה דאין אדם תובע משום דעכ"פ מחצה מגיע לו ע"ש ומכ"ש בזה דמגיע לו כלו אבל הרי התוס' כתבו בהדיא דשייך שבועת היסת בזה ומשום לא פלוג וא"כ הדרא קושייתו לדוכתא אבל בגוף הדבר לא ידעתי דלפענ"ד נראה דאה"נ דמאמינים לו כשישבע שאותו החפץ הוא שלו דמכירו בטביעת עין או ע"י סימנים מובהקים ויצטרך להחזיר לו אותו החפץ וא"כ שפיר שייך ההיפוך וכן נראה מדברי התוס' דאל"כ גם כשהחפץ בעין היה שייך אשתמוטי די"ל דבאמת זה החפץ אינו שלו והחפץ שלקח מאתו נאבד ואשתמוטי הוא דקא משתמיט וע"כ דמאמינים לו שאותו החפץ שלו. ובגוף דברי התוס' שכתבו דמשביעין היסת אף בקרקעות עיין ש"ך סי' צ"ה שכתב דיותר מסתבר דשבועת המשנה יתחייב בש"ק יותר משבועת היסת. ולכאורה תמוה דשבועת היסת מסתבר יותר דשבועת המשנה דמי טפי לשבועת התורה ואין נשבעין על הקרקעות ועכ"פ למה מסתבר טפי שבועת המשנה יותר מהיסת.

ג ובלא"ה נראה דשאני שבועת היסת דמה"ת פטור לגמרי וליכא ש"ק כלל דאף אם לא ירצה לשבע לא נחתינן לנכסי אבל שבועת המשנה דזה יש לו שטר וחייב לשלם ויש ש"ק בבירור ורק חז"ל תקנו דאי טעין אשתבע לי דלא פרעתיך דמשתבע אבל איך ישתבע והא איכא ש"ק דהוא מחוייב עכ"פ לשלם. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במ"ש המרדכי פ"ו דשבועות דמ"ש בהכותב דנשבעין מדרבנן אין ראיה דיש לומר דבשביל דפרע דייק לכך תקנו לשבע אף באיכא ש"ק והדבר תמוה דסוף סוף הו"ל ש"ק וניהו דמצד דפרע דייק שייך שבועה מה שמה"ת לא מצינו שבועה בזה כלל אבל סוף סוף היאך נשבע בש"ק. והנראה בזה עפמ"ש בחידושי ליישב קושית התוס' שהקשו בע"א איך חייב שבועה והא הו"ל ש"ק למ"ד שעבודא דאורייתא וכתבתי דלפמ"ש התוס' דהיכא דמחל השעבוד לא מקרי ש"ק א"כ כשזה טוען שלא נתחייב וע"א מחייבו שבועה

א"כ לפי טענתו ליכא כאן ש"ק ניהו דלא מהמנינן ליה והו"ל כאומר לא לויתי דהוה כאומר לא פרעתי ונאמן נגד עדים שאומרים שפרע ה"ה בזה לגבי דידיה הו"ל כאילו אמר לו שמחל לו ש"ק דהא אומר שלא הי' כאן ש"ק ורק במודה במקצת דעכ"פ הו"ל הודאת ש"ק דאינו מתחייב שבועה שפיר שייך קושית התוס' והארכתי בזה בחידושי ולפ"ז כיון דהיא פוגמת ואמרינן דפרע דייק וא"כ מהראוי להאמינו ביותר דפרע ושפיר מגיע לה שבועה מדרבנן דל"ש כאן ש"ק דהא כל עיקר השבועה הוא בשביל דפרע דייק וא"כ ליכא כאן ש"ק וע"ז רמו רבנן שבועה עלי' כי היכא דתידוק וא"כ ל"ש כאן ש"ק דהא עיקר השבועה על טענתו דכבר פרע וליכא כאן ש"ק דעכ"פ לענין זה נאמן בטענתו דמש"ה רמו שבועה כי היכא דתידוק. וביותר י"ל כיון דעיקר השבועה אינו על גוף הפרעון רק כי היכא דתידוק ובכה"ג ל"ש ש"ק דזה שייך אם השבועה היא על ענין הפרעון רק כי היכא דתידוק או כדי להפיס דעת. ובזה מיושב מ"ש הגאון מוהר"ע איגר ז"ל בתשובותיו סי' קנ"ג להקשות דא"כ מה פריך הש"ס בשבועות דף מ"א וכי מה בין זה לפוגם שטרו והא שני ושני דבפוגם אף בלא מחל שעבודא משבעינן משום דפרע דייק משא"כ בסתם שבועה דלא פרעתיך ונדחק והלך בדרך למרחוק באורחא חריפתא ואני תמה דהכי חשב דזה יהיה יותרת מעלה דבשביל כך נשבעת אף בש"ק ורק דסברא היא דאינה נשבעת על הענין הכפירה רק כי היכא דתידוק או להפסת דעת. ולפ"ז בשבועה דלא פרעתיך דודאי אינו על הפרעון דכל דשטרו בידו בודאי אינו נאמן ואינו רק להפסת דעת בודאי יקשה מה בין זה לפוגם שטרו וע"ז משני דאי לא טעין אנן לא טענינן ליה דבזה א"צ הפסת דעת כ"כ כמו בפוגם דשם אתרע בשביל שפגם וז"פ וברור ומה שהקשה שם השואל על הגהת אשרי פ"ק דב"מ שכתב דאין נשבעין היסת על ש"ק דהא בהכותב מבואר דשבועה דרבנן משביעין בקרקעות ונדחק ולפמ"ש הש"ך דיותר מסתבר להשביע שבועת המשנה מהיסת לק"מ ודוק. והנה בגוף הדבר שפלפלו בתוס' אם שייך שבועת היסת בטענו חפץ זה שלי הוא דל"ש אשתמוטי תמהני דכפי הנראה לא ברירא להו הדבר אי משביעין בזה וע"ש בתוס' דלפי תירוצם השני משמע דלא משביעין ותמהני דהא עדיפא מיניה שמענו דאף שבועה דרבנן משביעין אותו דהיינו שבועה שאינו ברשותו דאר"ה דמשביעין אותו אף דמשלם החפץ ואפ"ה חיישינן שמא עיניו נתן בו ורצה גוף החפץ דוקא ואיך שייך שבועה וע"כ דאף בגוף החפץ שייך שבועה. אבל באמת זה אינו דכיון דל"ש חשוד אממונא חשוד אשבועתא דמורה היתירא ואמר דמי קא יהיבנא כדאמרו בדף ה' וא"כ אף דלא שייך אשתמוטי ג"כ משתבע ואין ראיה מזה וז"פ וברור ובזה נראה לפענ"ד הטעם במ"ש הרמב"ם דאם היה מינו מצוי בשוק דאין

משביעין אותו שבועה שא"ב ועיין שו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' כ"ט דבאמת ל"ש אשתמוטי בזה דהא אנו דנין על גוף החפץ ורק דל"ש מיגו דחשוד דהוא מורה היתירא ואמר דמי קא יהיבנא. ולפ"ז אם היה מינו מצוי בשוק א"כ הוא כשרוצה החפץ וע"כ דחפץ שלו חביב בעיניו וכן השומר חשדינן אותו שחפץ באותו חפץ דוקא וא"כ איך שייך לומר דמורה היתירא דהא עיקר השבועה שנשבע הוא רק ע"ז דהא באמת משלם ואם אינו חפץ בדמים יוכל לקחת כמותו וא"כ ע"כ עיקר תביעת המפקיד הוא גוף החפץ ואיך ישבע והא הוה חשוד. ויתכן יותר דבאמת כתבו התוס' דהא דאמרו דלא תחמוד בלא דמי משמע היינו לאינשי משמע כך אבל באמת אסור אף בדמי וא"כ כל שתקנו שבועה ע"ז איך שייך לומר דמשמע להו דאינו עושה איסור כלל דא"כ היאך שייך שבועה ע"ז ולכך תקנו שבועה רק באין מצוי בשוק דאז י"ל כל דמשלם ס"ל שאינו עושה איסור כ"כ ומ"מ איסור הוא שזה רוצה חפץ ולא מעות וע"ז נשבע אבל כל שאינם מחולקים רק על גוף החפץ דוקא ל"ש שבועה כלל וז"ב לדעתי. וגם י"ל בטעמו של דבר כיון דאין בו שום דררא דממונא דהא ישלם לו בעד חפצו וגם מצוי למכור בשוק וא"כ עכ"פ לא שייך שום דררא דממונא וכל כה"ג שאין בו רק שזה חפץ דוקא הו"ל כמו ט"ה דלא משבעינן היסת כמבואר סי' פ"ז וה"ה בזה ומה נ"מ לזה בזה החפץ או בזה וא"כ לא תקנו שבועה ובפרט שטענו בספק ואין בו דררא דממונא ועיין סי' פ"ז סל"ה וגם הטענה גרועה דלמה יעכבנו והא מינו מצוי בשוק וכל שהטענה גרועה אין משביעין היסת במקום דליכא דררא דממונא כמ"ש הרמ"א שם סל"ח בהג"ה ובלא"ה נראה כיון דבאמת ע"כ הא דלא חשוד אממונא הוא משום דמורה היתירא ואמר דמי קא יהיבנא ולא תחמוד בלא דמי משמע לאינשי וכמ"ש וא"כ אף דנימא דבאמת עובר על לא תחמוד אבל עכ"פ עיקר תביעתו היה על מה שעבר על לא תחמוד דהא לממון אין נ"מ כ"כ דיכול לקנות חפץ אחר ולפ"ז לפי מה דמבואר בסי' פ"ז סכ"ה דדוקא אם עיקר התביעה משום ממון אבל אם עיקר התביעה משום איסור אין משביעין ע"ש בהג"ה ולפ"ז כאן עיקר התביעה ע"כ משום איסור דלא תחמוד דלממון אין נ"מ ולכך לא משביעין אותו וז"ב בטעמו של הרמב"ם. ובזה אמרתי דבר נפלא ליישב קושית הגאון מוהרש"ק ז"ל בתפארת שמואל דמ"פ הש"ס בב"מ דף ל"ד על ר"ה מסיפא דרישא דהמלוה אומר שקל היה שוה והלוה אומר שלשה דינרין דשבועה גבי לוה הוא ואמרו רבנן לשתבע מלוה שמא יוציא הלה את הפקדון ואם איתא לדר"ה כיון דמשתבע מלוה שא"ב היכי מצי מפיק ליה והא משכחת לה במינו מצוי בשוק דלא משבעינן ליה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי הר"ן בפרק שבועת הדיינים הביא בשם הרמב"ן דכ"ז שיש המשכון תחת ידו בעין א"צ לשלם לו כלום כ"ז

שאינו מחזיר לו החפץ וא"כ שוב יש בו דררא דממונא דהרי זה צריך לשלם לו עכ"פ דינר אחת לדברי שניהם וא"כ שוב שייך להשביע אותו אף במינו מצוי בשוק דהא הוה דררא דממונא וגם לא שייך לומר דעיקר משום איסור שהרי בגזלתי או גנבתי אף שיש בו איסור אמרינן דמסתמא משביע אותו בשביל הממון וכמ"ש המהרא"י והש"ך סי' פ"ז שם ס"ק נ"ג וכאן שמחולקין בשווי המשכון אבל עכ"פ דררא דממונא יש בו משביעין אותו לכ"ע ואף להר"ן שחולק על הרמב"ן שם נראה לפענ"ד דכאן יודה דעכ"פ דררא דממונא מקרי ויכולין להשביע אותו וז"ב וגם בהא דמקשה אח"כ מרישא דסיפא שפיר קא מותיב דבכה"ג שהלוה תובע המותר מה שהמשכון שוה יותר פשיטא דיש בו דררא דממון ולשתבע שבועה שא"ב איברא דצ"ב היאך מקשה דמיגו דמשתבע שבועה שא"ב לשתבע נמי כמה הי' שוה וקשה הא הוה מיגו דחשוד וכאן לא שייך אשתמוטי וגם לא שייך דמורה היתירא דדמי קא יהיב דהא אינו נותן כל שויו וגם לאביי קשה דאמר משום ספק מלוה ישינה דהא הבעה"מ מקשה דלטעון הכי שספק מלוה ישינה יש לו בידי ויהיה נאמן במיגו וכתב דאינו נאמן במיגו וגם כתבו די"ל דכל דלא תחמוד בלי דמי משמע א"כ כל שמגיע לו רוצה בגוף החפץ ולא יכול לטעון שהחפץ אינו שלו דאז יסלקו אותו ממנו וא"כ כאן שכבר נשבע שא"ב היאך נוכל לגלגל עליו שבועה דכמה היה שוה דהא הוה מיגו דחשוד והרי נשבע שא"ב ולא שייך אשתמוטי ולא ספק מלוה ישינה והיא קושיא גדולה וצ"ל דל"ש מיגו דחשוד כלל דהא י"ל דלא קים ליה המשכון ואינו רוצה לגזלו ועל גוף החפץ מורה היתר דדמי קא יהיב וצ"ל דגם הלוה מאמינו בזה דאל"כ עכ"פ ל"ש שישביעו דאנו אומרים לו מה דעתך דאם אתה חושדו בממון אתה חושדו על השבועה ג"כ ולמה ישבע וע"כ צ"ל דזה אינו חושדו כלל ורק שחושב שטועה בשווי החפץ הממושכן וז"ב. ובזה י"ל דהא דמשני תהא במאמינו והקשו התוס' דא"כ ברישא נמי לוקי במאמינו וגם הלשון תהא במאמינו הוא תמוה דלימא הבמ"ע במאמינו ולפמ"ש אתי שפיר דכאן ע"כ צ"ל דמאמינו ואינו חושדו שרוצה ליקח המשכון ולגזלו דאל"כ לא שייך להשביעו וכיון שמחזיקו לנאמן שוב יש לומר דמאמינו גם שא"ב רק במשכון לא קים ליה בגוויה וכדאמרו ונהמניה לוה למלוה נמי בהא כמה היה שוה ומשני דלא קים ליה בגוויה והיינו דע"כ צ"ל כן דאל"כ לא שייך להשביעו ודו"ק כי הוא ענין נחמד.

ד אמנם אי קשיא לי הא קשיא דמ"פ הש"ס מיגו דמשתבע מלוה שא"ב לשתבע נמי אגלגול שבועה כמה הי' שוה והא מבואר בש"ע סי' צ"ד ס"ב דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע רק היכא שיש רגלים לדבר וכאן לענין שבועה שא"ב דר"ה הוא דחידש לה

דבאמת מה"ת לחוש שמא עיניו נתן בה וא"כ ניהו דתקנו חז"ל דישביעו אותו אבל עכ"פ גלגול שבועה לא שייך בכה"ג ומיהו יש לדחות דזה מקרי רגלים לדבר דעכ"פ הפקיד אצלו והוה כמו טענת שותפין אך לפי"ז שוב יקשה לוקי במינו מצוי בשוק וכאן לא שייך מ"ש למעלה דכל שיש דררא דממונא מגלגלין דעכ"פ כיון שמינו מצוי בשוק א"כ עכ"פ לא שייך לחשדו שירצה דוקא בזה ושוב לא שייך גלגול וא"ל כיון דיש בו דררא דממונא שוב רוצה לכפור הממון דז"א דהא ע"ז תובעו הלוה ולא יניחו. אך ז"א דהא יהיה כופר בכל ופטור רק ע"י גלגול משתבע א"כ שוב שייך רגלים לדבר. אך ז"א דכל עיקר כופר הכל דפטור הוא בשביל דאינו מעיז וא"כ שוב לא יוכל להעיז אך י"ל כיון דלא קים לי' בגוויה יוכל להעיז והוה דררא דממונא ובזה ממילא י"ל תהא במאמינו כמ"ש למעלה ומיהו בלא"ה ל"ק דכל ששייך דררא דממונא שוב בודאי מגלגלין עליו וכמ"ש ודו"ק. ובזה מיושב מה שהקשה בקקיון דיונה דמה פריך אי במאמינו נהמני' גם בהא כמה שוה דמה קושיא דבזה שא"י אם הוא ברשותו מאמינו משא"כ כמה שוה יודע הלוה שמשקר ולכך אין מאמינו ולפמ"ש אתי שפיר דאם אינו מאמינו בזה שוב א"צ לשבע כלל דהא הוה חשוד אממונא וכמ"ש ודו"ק. והנה לכאורה צריך להבין הא דפריך בדף ה' על ר"ה דאמר משביעין אותו שבועה שא"ב נימא מיגו דחשוד והא לעיל אמר שם דגם כופר בפקדון שייך אשתמוטי עד דקא בחישנא רק בנקיט בידיה או דהוה בביתי' וקאים עלי' וא"כ לכך משביעין אותו שא"ב דיכול להיות דמשתמיט עד דקא בחיש ליה. אמנם ז"א דכל שמשלם וכעת אינו בידו וניהו דכל לא ידענא פשיעותא היא היינו שמחוייב לשלם עי"ז דלא שמרו ולא ידע היכן הוא אבל עכ"פ כל שמשלם והוא משתמיט עד דקא בחיש ליה וא"כ למה נטיל עליו שבועה דכעת הוא משלם ואם ימצא באמת יחזיר לו ואף אם לא יחזיר לו אח"כ עכ"פ כבר שלם לו הממון ולמה יצטרך לחזור לו וע"כ דאתה חושדו שמשקר ויודע שהוא אצלו וא"כ הוה מיגו דחשוד ובפרט שאין כאן דררא דממונא כלל דהרי משלם ומשני דבאמת עבר על לא תחמוד דבאמת זה חפץ בקב שלו יותר מתשע קבין של חבירו והו"ל דררא דממונא ומשתבע ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו.

ה איברא דלפ"ז באמר הריני משלם חייב לשבע שא"ב בפשיטות דבאמת אנן חשדינן לי' דיחזור בו אח"כ וכעת אומר שמשלם כדי שישתמיט מיניה עד דקא בחיש ליה ואם לא ימצא יחזור בו וישבע שלא פשע כדין שבועת השומרים ולכך תקנו דישבע שא"ב דאז לא יוכל להשתמט וא"ל דסוף סוף מה קא מפסיד זה דז"א די"ל דזה א"י אם הוא בביתו או שנגנב וא"כ דלמא ימצא הגנב ויקנה הכפל ואם ימצא בביתו יחזיר לו ואם לא ימצא כלל אז באמת יחזור בו ולמה יקנה לו זה הכפל ועיין ברי"ף שהעתיק דאם

אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שא"ב וכתב הרא"ש דאינו ממעט אם כבר שלם רק דלא נימא דכל כה"ג לא סמכה דעתו שמא יחזור בו ע"ש ולפמ"ש א"ש בגוף הדין דבכה"ג כל שלא שלם לא שייך מיגו דחשוד כלל וא"צ לבא לתירוצא דמורה היתרא דאמר אנא דמי קא יהיבנא. ויתכן יותר אי נימא דהא דאמרו דלא תחמוד בלא דמי משמע היינו כשאומר שכבר נתן לו דמים אז בעיני אנשים אינו מחזי כרשעות אבל כל שאינו משלם דמים הוה רשע דניהו דאומר דישלם אבל עכ"פ למה מחזיק כעת בפקדונו של חבירו והוה שלוח יד בפקדון טרם שנתן מעות אבל בזה שוב שייך אשתמוטי וממנ"פ א"ש מה שמשביעין אותו ודו"ק. והנה שאלני אחד על דברת הרא"ש דכ"ז שלא נשבע אינו סומך דעת שהוא כדבריו אלא אומר עיניו נתן בה וקודם שישבע או משלם יחזור בו והא הוה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשיו וא"כ היה מקנה לו למפרע. ולכאורה רציתי לומר דהא הוא קאמר לכשתגנב ואינו מקנה לו הכפל רק לכשתגנב בבירור אבל אינו הכרע דהא זה טוען שנגנב והוא אמר לכשתגנב ותרצה לשלמני והרי טרם שחידש ר"ה הוה כל שאמר שנגנב ורוצה לשלם מקנה לו אף דיוכל להיות שיחזור בו וא"כ גם על ר"ה קשה למה לא סמך דעתו. אך נראה דבאמת הב"ח הקשה על הרא"ש דאיך שייך לומר שלא סמכה דעתו דלמא יחזור בו והא א"י לחזור בו כלל כיון שקיבל בב"ד לשלם ועיין בש"ך שם ס"ק א' שנדחק בזה וצ"ל דכל שחידש ר"ה דצריך לשבע א"כ עוד מחוסר מעשה שבועה ובודאי יכול לחזור בו ולפ"ז הש"ע דקאי על המשנה טרם שחידש ר"ה שפיר הקנה לו מעכשיו דסמך דעתו אבל לאחר שחידש ר"ה דמחוסר שבועה בודאי לא הקנה לו כיון דזה יוכל לחזור בו דלענין השבועה בודאי מצי לחזור וא"כ ממילא חוזר מכל הענין וז"ב כשמש. ובחידושי רציתי לומר דהרא"ש פסק כל"ב ומקנה לו סמוך לגניבה. אך ז"א דעכ"פ משעת גניבה הקנה לו טרם שישלם ולפירש"י הקנה לו בשעת משיכה שיהיה קונה סמוך לגניבה ובמק"א כתבתי בזה טעמו של רש"י דהמהרש"א הקשה באמת דלמה לא פירש דהקנה לו סמוך לגניבה דוקא וכתבתי דבאמת זה הוה לכאורה כתנאי שצריך הלוקח להתנות והתנה המוכר דכל ששילם הרי המפקיד ודאי ניחא ליה והנפקד הוא שמכניס עצמו בספק וא"כ למה יועיל מה דהוה כאילו אמר לו הרי פרתי קנויה לך מעכשיו הא סוף סוף השומר לא התנה כן והוה כפטומי מילי וצ"ל כיון דבתחלת המקח אף שהתנה המוכר לטובת הלוקח מועיל כמבואר סי' ר"ג ס"א וא"כ לכך צריך שיקנה לו בשעה משיכה דבשעה הסמוך לגניבה אינו תחלת המקח ודו"ק עכ"פ יקשה דהא הקנה לו מתחלה. אך נראה דמזה יצא לו להראב"ד דס"ל דאינו קונה רק השבח שבא אחר ששלם או שאמר הריני משלם וא"כ

כל שאינו קונה רק אז שוב לא סמך דעתו דשמא יחזור בו. ובזה יש ליישב קושית הרב המגיד דהא בש"ס אמרו דעכ"פ סמוך לגניבה מקנה הכפל ועיין ש"ך סי' רצ"ה שם ס"ק ז' ולפמ"ש י"ל דכ"ז שלא חידש ר"ה דנשבע שא"ב א"כ אינו מחוסר שבועה ושום דבר שוב בודאי מקנה לו תיכף או עכ"פ סמוך לגניבה אבל לאחר שחידש ר"ה דמשביעין אותו שא"ב א"כ בודאי יכול לחזור בו ושוב לא סמכה דעתי' דהמפקיד ואינו מקנה לו רק לאחר ששילם ודו"ק היטב כי הוא פלפול נחמד ועמוק:

סימן קמ

א להרב החריף מו"ה מאיר נ"י מווילקאטש.

ב אשר שאל בהא דאמרו בעירובין דף מ"ז ע"ב חרם שבין שני תחומי שבת צריך מחיצה של ברזל להפסיקו ואסיק דא"צ רק מחיצה קלה וכן קי"ל בש"ע או"ח סי' ת"ב וע"ז הקשה דהא כיון דהוא דרבנן דתחומין דרבנן ננהו נימא ברירה דכל אחד מה שממלא משלו הוא ממלא וכמו דקי"ל בחבית של שותפין דכל אחד חלקו כרגליו כדאמרו בביצה דף ל"ח. והנה לכאורה רציתי לומר דבדבר לח בלח לא שייך ברירה דהכל נבלל אבל הך דחביות של יין הוה תיובתא דשם מבואר דאמרינן ברירה אף בלח ועיין מג"א סי' שצ"ז ס"ק ח' וכן בהך דשני לוגין דאם היינו אומרים ברירה אף בשני לוגין אמרינן ברירה אף בלח שהוא נבלל ועיין במקו"ח לשארי הגאון מליסא ז"ל סי' תמ"ח ס"ק א' שרצה לחלק דלא שייך ברירה בדבר לח ואף תנאי לא מהני והך דחביות ושני לוגין הוה תיובתא.

ג ולכאורה רציתי לומר דלכך ל"ש כאן ברירה דהא יש לו היתר ע"י מחיצה והו"ל דבר שיל"מ דל"א ברירה אף בדרבנן. אך זה דחוק (וגם בעירוב הקלו אף בדבר שיש לו מתירין כמ"ש התוס' בדף מ"ה ע"ב ד"ה אבא) אך לפענ"ד נראה דכיון דעיקר החשש הוא משום דהוה כחפצי הפקר וע' בתוס' שם וא"כ איך שייך ברירה דבהפקר לא שייך ברירה ובאמת שהאחרונים הביאו בשם הראב"ד דאיך הוה כרגלי מי שנתמלא בבירא דהפקר הא בהפקר ל"ש ברירה ע"ש מ"ש בזה (והובא בריטב"א עירובין גבי חפצי הפקר) ועיין ישועות יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' שצ"ז מ"ש בזה וא"כ לכך ל"ש ברירה ואכתי צ"ע כעת ועיין בפרישה סי' ת"ב וכפי מה שהובא באחרונים דמחלק באם המילוי היה בהיתר אמרינן ברירה ואם המילוי באיסור לא אמרינן ברירה יש ליישב קושיא זו ואין לפני הפרישה לעיין בזה וע' ברי"ף פרק כיצד משתתפין במשנה דבור שבין שתי חצירות וכו' שהקשה הרר"י מהמים שתחת הקורה בעצמו וכתב דאמרינן בדרבנן יש ברירה ע"ש ודוק.

ד והנה בהא דאמרו בביצה דף יו"ד פלוגתא דב"ש וב"ה דב"ש ס"ל והוא שחשב עליו קודם שימות וקאמר דב"ש ס"ל אין ברירה וב"ה ס"ל ברירה והקשו בתוס' דלב"ה דס"ל ברירה א"כ היכא משכחת כשמת בבית ולו פתחים הרבה דכלם טמאים הא איכא למימר לבסוף כשמוציאין בהאי פתח הוברר הדבר מתחלה שסופו לצאת דרך שם וכתבו דמיירי כשפתחו פתח חדש והוציאו המת דל"ש ברירה. והנה דברי התוס' בקושייתם אין מובן דאכתי נ"מ לענין הכלים שמונחים בחלל הפתח טרם שהוציאו המת אם מותרים להשתמש בהם קודם שהוציאו המת דאכתי לא אתבריר באיזה פתח יוציאו המת וכבר נתקשה בזה הפ"י ולא מצא מענה. ולכאורה כיון דהך דסוף הטומאה לצאת אינו רק מדרבנן כמ"ש רש"י בביצה שם וא"כ הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא ואף אם נימא דהל"מ הוא וכמ"ש רש"י בביצה דף ל"ח ובעירובין דף ס"ח מ"מ לשיטת הרמב"ם דהל"מ ספיקא לקולא כמ"ש בב"י יו"ד סי' רצ"ד לענין ספק ערלה וא"כ שוב אף שספק באיזה פתח יוציאו אין לחוש דניהו דסוף טומאה לצאת מ"מ אין סופו לצאת רק בפתח אחד ועל כל אחת יש ספק ואזלינן לקולא. אך ז"א דאכתי הו"ל תרתי ספיקי לקולא דסתרי אהדדי ודעת התוס' בביצה דף י"ד דגם בדרבנן כל דיש שני ספיקות דסתרי אהדדי מחמרינן וה"ה כאן אם אתה מקיל בפתח זה שמא יוציאו בפתח אחר כמו כן נוכל להקל בפתח אחרת ונימא להיפך וא"כ לא שייך להקל בספיקו. אך אכתי יש לעיין דהא יש כאן פתחים הרבה ואין עתיד לצאת רק בפתח אחד וא"כ שוב יש להלך בתר רוב פתחים דלא יצא מהם וא"כ שוב מותר וצ"ל כיון דעכ"פ באחת מהם תצא בודאי א"כ אקבע כאן פתח אחד שטמא משום שסופו לצאת דרך שם ואקבע אחת שבודאי טמא והו"ל קבוע דרבנן עכ"פ דהקבוע אינו ניכר ואף קבוע שאינו ניכר אסור מדרבנן ועיין ב"ח יו"ד סי' ק"י ובש"ך שם וא"כ שוב אסור. ובזה יש לומר דזה שהקשו התוס' דנימא ברירה וא"ל דנ"מ קודם שהוברר וכקושיית הפ"י דז"א דהכי מקשו התוס' דכיון דשייך ברירה אח"כ למפרע א"כ שוב לא שייך כאן דאקבע איסורא דאדרבא אם יהיה נקבע האיסור שוב יהיו מותרין כל הפתחים האחרים וא"כ אדרבא כל שיבורר הקביעות בודאי יטהרו כל הפתחים ואין מקום לאסור הפתחים רק בעוד שלא נודע עדיין הקביעות ובזה כ"ע מודים דלא שייך הקביעות ועיין ש"ך יו"ד סי' ק"י מה שהביא מחלוקת הרא"ה והר"ן באם יש איסור במקולין ולא נודע באיזה חנות ואח"כ נודע החנות אם שייך קבוע. ול"מ לדעת הר"ן דל"ש קבוע בכה"ג ואף לדעת הרא"ה היינו דוקא התם דעכ"פ אף קודם שנודע אבל מ"מ יש כאן קביעות איסור באחת מהחניות אבל כאן כל שלא נודע באיזה פתח עתיד לצאת לא שייך כאן איסור ועיקר האיסור הוא בשביל שבודאי סוף טומאה לצאת וכל

שיצא שוב אמרינן ברירה ואם כן נטהרו כל האחרים ואם כן לא שייך לאסור מחמת ספק האחרים דכל שנקבע שוב יהיו מותרין אחרים ועיקר האיסור קודם שנקבע הוא בשביל שעתיד לקבע והרי כל שיצא בודאי הותרו האחרים משא"כ התם דגם קודם שנודע עכ"פ כלם בספק שמא זו האיסור משא"כ כאן דכל שלא יצא אין כאן שום איסור רק משום דיכול לצאת דרך שם והרי כל שיצא יתברר הטומאה בזה וכלם יטהרו ומה"ת לא ניזיל בתר רוב וז"ב כשמש ומיושב היטב קושית הפ"י

ה ובזה ישבתי היטב קושית החריף ושנון מוה' מאיר בראם נ"י שהקשה אותי לפמ"ש התוס' בתירוצם דמיירי שפתחו פתח חדש דלא שייך כאן ברירה וכל הפתחים טמאים וע"ז הקשה דהיאך יפרנסו התוס' סוף המשנה דאהלות פ"ז משנה ג' שם דמסיים ומודים בפותח בתחלה שנפתח ארבעה טפחים והיינו דמציל על שאר הפתחים ועיין בר"ש וברע"ב שם וקשה דהיאך יטהרו דהא בפתח חדש לא שייך ברירה ונטמאו כלם משום דסוף הטומאה לצאת ואם הוציאו ע"י פתחים הישנים פשיטא דנטהר גוף הפתח החדש וא"כ למה נ"מ צריך להיות הפתח ארבעה טפחים דהא אמרינן ברירה וכקושית התוספות והוא תימה רבה. ולפמ"ש יש לומר דהנ"מ הוא קודם שהוציאו המת דל"ש כאן שאקבע איסור דלענין הפתח החדש כל שלא הי' ארבעה טפחים אין עתיד לצאת דרך שם ולא אקבע איסור בפתח החדש עד שתהיה ארבעה טפחים ובאמת הוציא דרך הפתח הישן ולא שייך כאן ברירה דהא אנו דנין על קודם שהוציאו המת דכ"ז שאין שם ארבעה טפחים אינו מקרי פתח ובלא"ה יש לומר דבאמת הוציאו דרך הפתח הישן ואעפ"כ לא שייך ברירה דהא כל שפתח פתח חדש לא שייך ברירה למפרע דהא חזינן שבאמת רצה לפתוח פתח חדש ואף שאח"כ נמלך והוציאו דרך הפתח הישן אבל עכ"פ חזינן שחזר בו ממה שפתח תחלה ושוב לא שייך ברירה על למפרע דהא חזינן ששינה ממה שחשב שהרי ע"כ פתח בתחלה פתח אחר וא"כ שוב מהראוי שיטמאו כלם דל"ש ברירה כלל דהרי לא אגלי מלתא למפרע דהא נמלך אח"כ וא"כ זהו שאמרו דדוקא שפתח בארבעה טפחים דאז ע"כ הכוונה של הפתיחה היה בודאי כדי להוציא דרך שם אבל כל שהי' הפתיחה בפחות מארבעה טפחים א"כ יש לומר דלא עשאו בשביל להוציא דלהוציא צריך שיהיה ד' טפחים וא"כ שוב כל שהוציא דרך פתח אחרת שפיר יש לומר ברירה למפרע ונטהרו כל הפתחים ודוק היטב כי נכון הוא מאד ועיין צל"ח מה שנסתפק שם בעשה פתח ונמלך לעשות פתח אחר אם נטהרו הפתחים האחרים ולכאורה הדבר מפורש בתוספתא שהביא הר"ש פ"ז דאהלות משנה ג' אבל המעיין היטב יש לחלק דשם מיירי שהי' שני פתחים מקודם ובתחלה חשב להוציא בפתח זה ואח"כ

הוציאו דרך פתח אחר לכך בטל הדרומי הצפוני אבל כאן שפתח פתחים חדשים בזה אח"ז י"ל דל"ש ברירה למפרע ועכ"פ מ"ש אני בודאי נכון וכעין זה כתב הנימוק"י ר"פ החולץ לענין אגלי מלתא למפרע דל"ש כל שי"ל שקרה ההפלה מחמת סבה אחרת ע"ש וה"ה בזה אגלי מלתא למפרע ודוק. ובלא"ה י"ל דהנ"מ כגון שיש שני פתחים חדשים דלא שייך ברירה בפתח חדש ועיקר אנו דנין אם הפתח החדש שלא הוציאו הוא טמא ואמרינן דכל שלא פתח בארבעה טפחים לא מקרי פתח ולא מקרי עתיד להוציאו ע"י פתח זה וטהור אותו פתח החדש שלא הוציאו ממנו ודוק היטב אבל מ"ש בראשונה נכון מאד לפענ"ד ובגוף הקושיא שהקשיתי דניזיל בתר רובא נראה לפענ"ד דכאן כיון דכל אחת מהפתחים הוא בספק שמא יוציאו דרך שם א"כ שוב לא שייך רוב דאף אם הי' רק זה בלבד היה הספק עליו וכמ"ש שארי בעל חוות דעת סי' ק"א וכעין זה כתב בכנה"ג יו"ד סי' ק"ט לענין איסור שנתערב בשני ספיקי היתר דלא שייך ביטול דכל אחד הוא ספק איסור וה"ה בזה ודוק היטב.

1 ובזה מיושב היטב קושית הפ"י דהכי הקשו התוס' דאם נימא ברירה א"כ שוב נתברר למפרע שכל הפתחים נטהרו ושוב הוה כאן רוב ברור שהן טהורים למפרע וא"כ שוב מהראוי ליזל בתר רוב וע"ז תירצו דמיירי בפתח חדש ושוב לא שייך ברירה למפרע וא"כ נ"מ לענין זה בין קודם שיוציאו המת ובין אח"כ ובזה מיושב המשנה דשפיר נ"מ בפותח תחלה לענין קודם שיוציאו המת דאם פתח בארבעה טפחים מציל על כל הפתחים ממנ"פ אם עתיד להוציא בפתח חדש ושייך ברירה אף בפתח חדש שוב מהראוי שיטהרו כל הפתחים דהו"ל רוב ואם עתיד להוציאו בפתחים הישנים שוב הוה ברירה דבפתחים הישנים בודאי שייך ברירה וא"כ שוב הוה כאן רוב ברור ממנ"פ לענין הפתחים הישנים ודוק היטב. עוד י"ל דלכך לא אזלינן בתר רוב דאם נימא דלא טהר רק מכאן ולהבא וא"כ שוב הו"ל דבר שיל"מ דלאח"כ עתידין לטהר ולכך כ"ז שלא הוציא לא שייך רוב דהו"ל דבר שיל"מ וכבר נודע מ"ש הר"ן דגם ברובא דאיתא קמן כל שהוא דבר שיל"מ לא אזלינן בתר רוב וגם לפמ"ש המלמ"ל פ"ז ממעילה דבאתחזיק איסורא ל"א ב"ר וכאן הו"ל אקבע איסורא וכמ"ש ושוב לא אזלינן בתר רוב וז"ב ולפי זה שפיר הקשו התוס' דאם אמרינן ברירה שוב לא שייך דבר שיל"מ דממ"נ או שמותר גם כעת או שיהיה אסור גם אח"כ וכעין שהקשה הצ"צ סי' ס"ט בשם עבודת הגרשוני לענין טריפה דלא מקרי דבר שיל"מ וע"ז תירצו התוס' דהו"ל דבר שיל"מ להוציאו דרך פתח חדש וא"כ לא נתברר למפרע והו"ל דשיל"מ וז"ב ויש ליישב בזה הקושיא הנ"ל ואכ"מ לקבל ארוך. והנה בגוף ענין ברירה דנחלקו ב"ש וב"ה לכאורה בחשב להוציא לא שייך כלל ברירה

דע"כ לא אמרינן ברירה למאן דס"ל ברירה דוקא בדבר שיטהר למפרע וכמ"ש בתוס' רי"ד הובא בקצה"ח סי' ס"א ובאבני מלואים סי' מ"א דאם אמר שאחת משתי אחיות שארצה אח"כ לברר תהיה מקודשת לי לא שייך ברירה דלא אתברר למפרע דגם הוא לא רצה שיתברר למפרע רק מה שירצה לברר אח"כ וה"ה כאן בחשב לפתוח אחר שהי' המת וא"כ איך שייך בירור למפרע אך יש לומר דניהו דלא חשב למפרע אבל במה שחשב אח"כ אמרינן דהו"ל כאילו חשב למפרע עכ"פ בזה מיושב מ"ש התוס' דנקט חשב לרבותא דב"ה דאף במחשבה מעליא פליגי דמועיל להציל כל הפתחים דעלמא ועיין מהרש"א ופ"י שהאריכו בזה ולפמ"ש אתי שפיר דזה רבותא גדולה דהא דל"ש בזה ברירה ודוק היטב בכל מ"ש. עוד נראה לי דבר חדש במה שהקשיתי דניזיל בתר רוב וגם במ"ש דהו"ל ספק דרבנן דהנה כבר נודע מ"ש הרא"ה והמגיד דבבדיקה כיון דנתקנה בתחלתו על הספק ע"כ החמירו בו וכ"כ הכ"מ לענין כתמים ועכ"מ פי"א ממעשר דכל דתחלתו החמירו על הספק אף ס"ס לא מועיל בו ולפי זה כיון שהחמירו חז"ל דקודם שיצא המת כל הפתחים אסורים ומטעם שסופו לצאת הטומאה אף שלא נודע שמא לא יצא כלל וישרף במקומו וכדומה ואפ"ה אמרינן דסופו לצאת הטומאה טמא ואם כן ממילא לא מועיל גם רוב וכל הפתחים טמאים מספק. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי רש"י הסותרים זא"ז שבביצה דף י' פרש"י שגזרו חכמים טומאה על מקום שהוא דרך יציאת הטומאה שסופו לצאת דרך שם וכיון שאין אנו יודעין באיזה יוציאנו הלכך כלן טמאים ומשמע דאינו רק גזירה דרבנן ובדף ל"ח פירש"י בהדיא דהוה הל"מ וכ"כ בעירובין דף ס"ח ועיין שיטה מקובצת שתמה בזה על רש"י ועפ"י שם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת באותו פתח שמוציא דרך שם היא הל"מ והיינו באין לו רק פתח אחד שבודאי סופו לצאת דרך שם אבל כיון שהחמירו חכמים שאף בשני פתחים שניהם טמאים מספק שמא יצא דרך אחד מהם ואם כן עשו הטומאה על הספק גם כשיש רוב לא מועיל וז"ש רש"י שגזרו חכמים טומאה על מקום שהוא דרך יציאת הטומאה שסופו לצאת דרך שם והיינו בכל מקום שפתחו ארבעה שסופו לצאת דרך שם אף שיוכל לצאת דרך פתח אחרת אפילו הכי גזרו ולכך גזרו אף ביש פתחים הרבה ואין אנו יודעין באיזה יוציאנו ומעתה רש"י בדף ל"ח דמיירי בדרך יציאתה בודאי והיינו אם ליכא אלא פתח אחד שאז בודאי תצא טומאה עי"ז הפתח עפ"י רוב עכ"פ וזהו הל"מ שטמא אם כן גם כשלא נודע החמירו החכמים וגם בעירובין קאי על דרך יציאתה בודאי שאין פתח אחר וגזירת חכמים היה על ספק שמא בפתח זה או בפתח אחר ולכך אף רוב לא מהני. ובזה מיושב היטב קושית הפ"י שהקשה על התוס' דהא נ"מ מקודם שהוציא ולפמ"ש א"ש

דע"כ ל"ש דנתקן על הספק היינו דוקא אם נימא מכאן ולהבא אבל למפרע טמא אף שלבסוף הוציא רק באחד מהם והוברר למפרע שכזה הי' עתיד להוציאו ואפילו הכי טמאו למפרע בשני פתחים אם כן נתקנה רק על הספק אבל אם באמת אמרינן ברירה אם כן מתחלה לא טמאו רק בשביל שיש ספק או בזה או בזה ואם כן ל"ש שתקנו על הספק דאם כן אמאי אמרינן ברירה שהוברר על תחלתו שעתיד לצאת דרך שם הא אף שהוברר למפרע מ"מ תחלתו הי' בספק ואם כן ע"כ דלא נתקנה על הספק שיהיה כודאי דאל"כ לא שייך ברירה וכיון שכן שוב מהראוי ליזל בתר הרוב וע"ז כתבו התוס' דבכה"ג באמת לא אמרינן דנתקנה על הספק כל שהוברר למפרע שהי' טהור ולא הי' כאן באמת ספק כלל ורק בפתח חדש דל"ש כאן ברירה בזה החמירו בתחלתו על הספק ולא אזלינן בתר רוב. ובזה מיושב גם המשנה הנ"ל דלכך בפותח תחלה בעי ארבעה טפחים ומשכחת לה במוציא באמת דרך הפתח הישן ומטמא עכ"פ מספק טרם שנודע דלא שייך לומר ברירה דהא עכ"פ קודם שהוציא המת היה כלם בספק ונתקנה על הספק ורק כשאין ד' טפחים ל"ש ספק כלל דבודאי לא יוציא פחות מד' טפחים ושפיר אינו מטמא גם קודם שיוציא דלא נכנס לבית הספק ודוק היטב. והנה בהא דאמרי בעירובין הריני מערב לשבתות של כל השנה וכו' ר"ש אומר הרי זה עירוב והא שמעינן ליה לר"ש דלית ליה ברירה וא"ר יוסף מאי קושיא דלמא בדרבנן יש ברירה ולכאורה תמוה כיון דס"ל לר"ש ור' יוסי ספק עירוב כשר ואם כן מה קושיא הא דס"ל אין ברירה היא מפני ספק כמ"ש הב"ש סימן קל"א והרי ר"י ור"ש ס"ל בעירובין דף ל"ה דספק עירוב כשר ואם כן בספק עירוב כשר ל"ש אין ברירה והיא קושיא גדולה לפענ"ד ולכאורה רציתי לומר לפי מה דמפרש הש"ס בדף ל"ו דלא אמר ר"י ספק עירוב כשר רק ביש לו חזקת כשרות והיינו משום דיש כנגדו חזקת ביתו ואוקי חזקה כנגד חזקה ואם כן במקום דליכא חזקה דכשרות דהספק היא על עיקר עירוב אם יתירהו בזה שוב שייך חזקת ביתו כנגדו ול"מ ספק עירוב ואם כן ל"ק והן נסתר מחמתו דברי האבן עוזר בחידושיו לשבת דף ל"ד ובעירובין דף ל"ח מילא דבריו דדוקא ר' יוסי הוא דס"ל כן אבל לר"ש וכן קי"ל אף באין לו חזקת כשרות כשר אף דיש לו חזקה לחומרא בדרבנן ספיקו להקל ע"ש שקבע מסמרות בזה. ומן האמור דבריו מופרכים דא"כ מאי מקשה הש"ס על ר"ש הא ספק עירוב כשר אף ביש לו חזקת ביתו. אמנם אחר העיון יש לומר באמת כוונת הש"ס כי לית ליה לר"ש ברירה בדאורייתא אבל בדרבנן יש ברירה והיינו לא דיש לחלק בין דאורייתא לדרבנן רק דלפי שיטת האהעו"ז לר"ש בדרבנן ספק עירוב כשר אף שיש לו חזקת ביתו ורק לר' יוסי הוא דפסול ולפ"ז כל בדרבנן לא שייך ברירה בעירוב דספק עירוב כשר ובזה

מיושב היטב קושית המהרש"א דאמאי לא אמר הש"ס גם על רב דאמר ליתא למתניתין מקמי דאיו ולחלק בין דרבנן לדאורייתא. ולפמ"ש אתי שפיר דשם קאי לר' יהודה דהוא ס"ל דספק עירוב הרי זה חמר גמל וס"ל להש"ס דגם בדרבנן מחמרינן וכן לר' יוסי ורק לר"ש הוא דיש לחלק כן והא דאמרי קסבר ר"י מאן דאית ליה ברירה ל"ש בדרבנן ל"ש בדאורייתא ומאן דלית ליה ברירה ל"ש דאורייתא ל"ש דרבנן וקשה ניהו לו יהא כן הא ספק עירוב כשר היינו משום דס"ל לר"י כמ"ש הישׁ"ש דאין ברירה לאו משום ספק הוא ועיין ב"ש סי' קל"א ס"ק ד' ובמ"ש בגליון שם ראיותי להישׁ"ש וא"כ לכך אינו מחלק דגם דספק עירוב כשר כאן לאו ספק הוא. ויש להמתיק הדברים דזה תלוי בזה דאם נימא דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן ע"כ דלאו משום ספק הוא דאל"כ יש לומר דבדרבנן ספיקו להקל וא"כ ע"כ לאו משום ספק הוא ושפיר קשה על ר"ש. ולפ"ז נראה לי ראיה דאין ברירה לאו מטעם ספק דאל"כ לדידן דקיי"ל ספק עירוב כשר שוב ל"ש ענין ברירה כלל בעירוב דספק עירוב כשר. מיהו זה אינו דהרי בדאורייתא ס"ל לר"ש ג"כ דספק ערוב פסול ולכך הוצרכו הפוסקים בסי' תי"ג לבא משום דתחומין דרבנן. ובזה מיושב היטב קושית התוס' שם ד"ה אלא איפוך שהקשו דבלא איפוך שפיר אשכחן תנא דלית ליה בדרבנן והיינו רבנן דר"ש ונדחקו מאד דרצה לידע שם התנא. ולפמ"ש אתי שפיר. ובאמת לכאורה אין ראיה דלמא לעולם בדרבנן ס"ל דיש ברירה רק דכאן דיש חזקת ביתו ובחזקת ביתו אף ספק דרבנן להחמיר כמבואר בסי' ק"י ולכך הוצרך להפוך ולומר ר"ש היא ולר"ש בספק עירוב כשר ולא אזלינן בתר חזקת ביתו כלל וע"כ דר"ש לית ליה ברירה כלל אף בדרבנן והיינו משום דאינו ספק כלל וכמ"ש ודוק היטב כי הוא נעים ונחמד ת"ל. והנה לכאורה יש סתירה לזה מהא דאמרו שם ולימא ליה תנא דבי איו הוא ומשני דלא שמיע ליה וקשה לפמ"ש אין כאן ראיה דהא תנא דבי איו משום ר' יהודה הוא דתני ליה והרי ר' יהודה ס"ל דהרי זה חמר גמל והו"ל חזקת ביתו ולכך מחמיר מספק ולא אמרינן ברירה. אך נראה דהדבר נכון דהרי תנא דבי איו הוא דאין אדם מתנה על שני דברים כאחד דהיינו לכאן ולכאן ולפ"ז כיון דאין הספק רק אם ילך לכאן או לכאן אבל חזקת ביתו כבר אבד חלף הלך לו א"כ שוב לא שייך חזקה ביתו ושפיר מוכח דס"ל דאף בדרבנן גרידא אין ברירה ודוק. והנה הי' נראה לפענ"ד בענין ברירה דבר חדש דאם יש בענין אחד שני איסורים אחד איסור תורה ואחד איסור דרבנן ויש לנו להסתפק אם נימא ברירה דלא היה כאן אותו איסור כיון דלענין האיסור תורה לא אמרינן ברירה ממילא גם לענין איסור דרבנן לא אמרינן ברירה.

ז והטעם נראה לפענ"ד ברור דכיון דברירה היא ספק וא"כ כיון דלגבי איסור תורה אזלינן בספיקו להחמיר וחוששין אנו שמא איכא כאן האיסור וא"כ ממילא הוה זלזול לדרבנן וכבר נודע מ"ש המהר"ש חיון הובא במג"א סי' קפ"ד דכל שיש כאן ספק תורה ודבריהם כמו ספק בירך בהמ"ז דהשלשה ברכות הן מן התורה צריך לברך גם הרביעית כדי דלא ליתו לזלזולי והארכתי בזה הרבה בחיבורים הנדפסים ואשר בכת"י. ובזה אמר אני ליישב היטב דברי רש"י בע"ז דף מ"ז הי' שלו ושל ע"ז נדון מחצה על מחצה אבניו ועציו ועפריו מטמאין כשרץ ופירש"י אפילו חלקו לפי שאין ברירה ותמה התוס' יו"ט דהא טומאת ע"ז אינו רק דרבנן ובדרבנן אמרינן יש ברירה וכתב דבע"ז החמירו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהא לענין איסור הנאה מאבנים ועצים ועפר אסור מה"ת דמיירי בבית של ע"ז ממש ולא משמשי ע"ז וכמ"ש הריטב"א שם שאם נתערבו הכל אסור בהנאה דהא בדאורייתא אין ברירה ועמ"ש שם דביתו של נכרי ע"ז ממש הוא ע"ש וא"כ כיון דלגבי איסור הנאה היא דאורייתא ואמרינן דלא הוברר איזה שלו א"כ גם לענין הטומאה דרבנן ג"כ אין ברירה ואסור וגם הוה תרתי דסתרי וא"ל רק דלענין דאורייתא חוששין ולא לדרבנן וכדי בזיון לדרבנן ולכך מחמירין וז"ב.

ח אחר שנים רבות שאלני הרב מוה' אברהם קאמפף נ"י מראווא ג"כ דברי רש"י הלז ולא ראה דברי התוס' יו"ט הנ"ל שכבר קדמו בהקושיא והוא רצה לומר לפי מה דאמרו בע"ז דף נ"ב בתקרובת לע"ז של אוכלין כיון דאיסורא לא בטיל טומאה נמי לא בטלי או דלמא איסור דאורייתא לא בטיל טומאה דרבנן בטיל ומזה רצה לומר כיון דלענין איסור ע"ז לא בטיל וכדמוקי בירושלמי באופן דאין לו ביטול ה"ה לענין איסור טומאה. אבל לא קרב זא"ז דשם כיון דיש כאן בבירור איסור ע"ז וטומאה יש מקום לומר דכל דלא בטיל לענין ע"ז לא בטיל מיניה שם טומאה דכיון דעודנה שם תקרובות ע"ז עליו ממילא שייך טומאה דרבנן כמו בכל תקרובות ע"ז.

ט ויש מקום לומר דלענין הטומאה דרבנן מבטלין אבל לענין ברירה דאינו רק ספק א"כ בדאורייתא ספיקו להחמיר ובדרבנן לקולא אבל מ"ש כיון דהוה ביחד הוה זלזול א"ש ובחידושי מצאתי שכתבתי בזה דבר נפלא דהנה התה"ד סי' של"ז הביא מדברי רש"י אלו ראיה דכל אבנים של שותפות הן משותפים אף מה שעומד בצד חבירו דאי נימא דכל צד שכנגדו הוא חלקו א"כ נימא ברירה וא"ת דמיירי שנתערבו א"כ לא הו"ל לומר דאין ברירה אלא משום דלא ידעינן ומכירין בהם מטמאין כלן ול"ש לומר משום דאין ברירה ע"ש וכן מבואר בש"ע חו"מ סי' קנ"ז ולפ"ז הרי כבר נודע מ"ש רש"י בגיטין דף מ"ז גבי טבל וחולין מעורבין זה בזה דהיינו שכל חטה וחטה חציה של טבל חציה של

חולין א"כ לפ"ז כל אבן ואבן מעורב חצי של ע"ז וחציו של ישראל וא"כ כל אבן ואבן הוא חציו טמא וממילא נטמא כל האבן לפי שחציו טמא וכבר הארכתי שם באמת דברי התה"ד מבוארים בריטב"א דכל האבנים משותפות לשניהם ועיין קצה"ח סי' קנ"ז שהביא דברי הר"ן שכתב ג"כ כהתה"ד. והנה מ"ש התה"ד דאי מיירי בשנתערבו לא הי"ל לומר דאין ברירה אלא דלא ידעינן בהם דבריו צ"ע דהא באמת זהו הכוונה דאין ברירה שלא הוברר איזה אבנים שהן היתר או של איסור ולא מצי לומר אקח איזה אבנים ואניח אבנים אחרות דאין ברירה ובאמת שבחידושי הריטב"א והר"ן מפרשים באמת דמיירי בשאינו מכיר האבנים וז"פ. אמנם גוף דברי המשנה תמוהין דבתחלה תני שלו ושל ע"ז נידון מחצה למחצה ומשמע דחולקין ומחצה שלו מותר ואח"כ נקט אבניו ועציו ועפרו אסור וא"כ דאין ברירה למה לא יהיה כלו אסור ואמאי נדון מחצה למחצה ורש"י נדחק בזה והריטב"א והר"ן הביאו בשם הירושלמי דאיירי שניכר האבנים של מי הם רק דהן משותפות אמנם כיון דלכל אחד ניכר שלא יהיה משותף דהגוי רוצה שהע"ז יהיה בחלקו והישראל רוצה שלא יאסרו לכך במכיר מותר ע"ש ואכתי דחוק דא"כ עציו ואבניו אמאי אסור וכתבו דזה מיירי באין מכיר וזה דחוק. ולפענ"ד הדברים כפשטם דהנה קרקע עולם אינו נאסר רק בחפר בה שיחין ומערות ולפ"ז כאן דמיירי שקדם הכותל לע"ז לא נאסר המקום וכיון שכן שפיר נדון מחצה למחצה דהיינו שגוף המקום שהיתה עלי' הכותל לא נאסר ומצוה לחלק מחצה למחצה כדי שלא ירחיב מקום לע"ז ולכך נדון מחצה על מחצה אבל אבני' ועציו ועפרו של הכותל שהיה תלוש ולבסוף חברו והשתחוה לבית אסרו וא"כ כיון שכאן מיירי שעשה אח"כ הגוי הבית לע"ז וא"כ נאסר אותו כותל כלו משום דאין ברירה וז"ב ופשוט. ובא וראה שכן הוא שהרי הרב אומר כן בפ"ח מע"ז ה"ה היה הכותל שלו ושל ע"ז נדון מחצה למחצה שלו מותר בהנאה ושל עכו"ם הכל אסור בהנאה אבני' עציו ועפרו הכל אסור בהנאה והר"ן תמה ע"ז ואמר שזה דלא כירושלמי ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם מיירי כשרוצה לסתור אותו כותל ולהעמיד כותל אחרת על אותו מקום וא"כ אותו מקום הי' שותפות ומחצה למחצה וא"כ מחצה שלו לא נאסר הקרקע דקרקע עולם לא נאסר ולכך של עכו"ם אסור בהנאה דאם יעמיד עלי' כעת יחפור בו יסודות להעמיד הכותל ואז יאסר הכל ולכך אבני' ועצי' ועפרו של אותו הכותל שכבר היה ע"ז אסור הכל אפילו חלקו של ישראל ואין ברירה ודברי רבינו מדוקדקים ונכונים וכלשון ששנו חכמים במשנתינו ודו"ק היטב כי לפענ"ד כוונתי כוונה נפלאה בהמשנה ורמב"ם ועלח"מ שם ועיין בטוש"ע סי' קמ"ז ס"א וכלם לא העירו בזה ועיין ש"ך שם

ס"ק א' מה שנחלק עם הב"ח והמעיין בריטב"א ימצא כי דברי הב"ח נכונים דכאן מיירי דהכותל עצמה נעשית ע"ז ע"ש

י ודרך אגב ארשום בדברי התוס' בעירובין דף ע"א ד"ה ר' אלעזר בן תדאי אומר אין ברירה שכתבו בזה אין זה כעין ברירה בכל דוכתין כדפירש בקונטרס דהוה כנשתתפו במעות שלא הוברר יין לכל אחד ואחד וסברתם צ"ב ועיין במהרש"א שם. ולפענ"ד כוונתם למ"ש התוס' רי"ד בקידושין דף נ"א להקשות למה לא אמר ברירה באומר כל היכא דמקדשי ארבעים מתוך שמונים ומה שתירץ בזה דבריו תמוהין. אמנם ביאור הענין הוא בקצה"ח סי' ס"א ובאבני מלואים סי' מ"א דכל היכא שהוא אומר מה שיברר אח"כ יהיה קדוש שייך ענין ברירה שנתברר למפרע שזה היה רצונו אבל מה דאמר סתם יקדשו ארבעים מתוך שמנים והרי לא בירר ולא תלה במה שיברר אח"כ ולא שייך ענין ברירה בזה ולפ"ז כאן ג"כ כל שלקחו יין בשותפות ולא ביררו חלק של כל אחד א"כ לא שייך לומר שנתברר אח"כ שזה חלקו והא לא אמרו כלל שכל שיטול כל אחד יהיה שלו למפרע ואפילו למ"ד יש ברירה ל"ש בזה ברירה והוה כאילו נשתתפו במעות דלא שייך ברירה בהיין אח"כ שהרי לא הוברר יין לכל אחד וז"ב לפענ"ד והיא ראיה ברורה למה שחידש הקצה"ח ובא"מ שם ודו"ק. שוב ראיתי בחידושי ריטב"א לעירובין ולפענ"ד הוא הדבר אשר דברתי ודו"ק היטב ושמחתי כי בראשית ההשקפה זכיתי לכוין לסברת הריטב"א הנ"ל ואני כותב בלי עיון בקצה"ח וא"מ כי אני כותב בכפר טריסקאוויטץ בשנת תרי"א ז' תמוז ועיין בשו"ת הריב"ש סי' רכ"ח מ"ש בענין ברירת הנבררים שלפענ"ד כוון למ"ש דכל שאומר על מה שיבררו אח"כ ל"ש ברירה והביא דברי התוס' בב"ק דף ס"ט דמחלקו בין כל הנלקט למה שיתלקט ע"ש שביאר הדברים כעין מ"ש הר"ש והתורת חיים לא עמד על הכוונה וגם נעלם מעיניו דברי הריב"ם ע"ש.

יא והנה דרך אגב אבאר מה שהאריך בשו"ת עבוה"ג במה שנוהגים הסופרים להתנות בשעת העבוד שמתנים על סת"ם וגיטין דהא אין ברירה יעו"ש ובשו"ת נט"ש מ"ש בזה והנה הרב מוה' שמעון ני' אבד"ק חירוב אמר אלי בהיותי עמי בצוותא חדא בטריסקאוויטץ תרט"ז ב' חקת דלדעתו בלא"ה לא שייך הזמנה לקדושה דהרי מזמין לקדש ולחול דגט הוא חול ואיך יתכן הזמנה שיזמין לקדש ולחול והרי הוא כבראשונה שג"כ היה עומד לכך והשבתי כיון דכל דצריכין עיבוד זה הזמנה לקדושה וזה הזמנה למצוה שצותה התורה שגט צריך עיבוד לשמה א"כ בענין זה נקרא הזמנה וגם נראה דהזמנה דקדושה הוא שכל דבר קדש צריך מחשבה להכינו וכעין דאמר הכנה דרבה ששבת ויו"ט צריך הכנה וא"כ כל שמחשב להזמינו לשם קדושה מה בכך דמזמין לגט

ג"כ מ"מ עכ"פ חשבו לשם קדושה וסגי בזה אף שלא רצה להקדישו כלו וקודם הזמנה היה עומד דוקא לחול וע"י הוא מכינו לקדש ודו"ק וז"ב

יב והנה בש"ק בא תרח"י ח' שבט הגיעני מכתב מהרב מוה' מענדיל נ"י ראבד"ק זבאריז ובשולי המכתב הביא מה שנשאל מלבוב מחכם אחד במ"ש התוס' בביצה ל"ד ע"ב ד"ה ואומר שהביאו בשם הירושלמי שהקשה מחלפא שיטתי' דב"ש דר"א שמותי הוא וע"ז הקשה דהא בדף יו"ד גבי מת ב"ש ל"ל ברירה ואילו ר"א ס"ל בביצה דף ד' גבי ביצה תאכל היא ואמה דיש ברירה כפי המבואר בחולין י"ד. והנה אף שקושיא זו יש ליישב עיין עירובין דף ס"ח ובתוס' ד"ה תניא אבל קושית מעלתו הן קושיות גדולות דמצינו בכמה מקומות דר"א לא ס"ל כב"ש בריש ברכות ר"א דריש בשכבך וב"ש בדף י"א גבי לימא קרא בבקר ובערב ס"ל כר"י כמ"ש התוס' ברכות דף ב' ע"ב גם בריש נדה אמרו ב"ש כל הנשים דיין שעתן ור"א ס"ל התם דרק ד' נשים דיין שעתן ובעירובין דף ע"ז פריך מהא דרבי עבד כר"א ומה קושיא דהא לא קיי"ל כב"ש גם בפ"ק דסוכה מצינו ב"ש ור"א כלהו ס"ל סוכה דירת קבע בעינן וכעין זה פ"ק דחגיגה אלמא דלאו חדא נינהו ב"ש ור"א ובגיטין פ"ב הקשו התוס' בשם הירושלמי לר"א לתני ט"ז נשים שפוטרות צרותיהן ומה קושיא דהא ב"ש מתירין הצרות לאחין בפ"ג דיבמות ועוד ב"ק יצאה דהלכה כב"ה והלכה כר"א ויהי' הקולות סתרי אהדדי והתוס' הקשו בכמה מקומות למה לא קיי"ל כר"א בשביל הב"ק זהו תורף דבריו ובאמת שהן קושיות עצומות. אמנם באמת לפענ"ד זה ודאי דר"א לא סבר תמיד כב"ש דהרי באמת ר"א לא אמר מעולם שלא שמע מפי רבו והרי רבו ר"ע כב"ה ס"ל ועיין תוס' ב"מ דף ל"ז ע"ב דר"ע לא היה מתלמידי ב"ש וא"כ אף דר"א הי' גם מתלמידי ב"ש מ"מ לא ס"ל תמיד כב"ש דהרי ר"ע ודאי היה רבו ולא אמר מעולם דבר שלא שמע מפי רבו. אמנם כאן מה דפריך הירושלמי מחלפא שיטתי' דב"ש ור"א שמותי הוא היינו משום דחכמים דר"א היינו ב"ה כדפריך הירושלמי תיכף אח"כ מחלפי שיטתי' דב"ה וא"כ שוב ר"א כב"ה ודאי לא ס"ל וא"כ ע"כ דס"ל כב"ש שהרי היה מתלמידי שמאי וא"כ שוב שפיר מחלפא שיטתי' דב"ש אבל בעלמא כל שאפשר דס"ל כב"ה אין קושיא על ר"א דר"א שמע מפי ר"ע ור"ע הלך כשיטתי' דב"ה וז"ב כשמש והוא כלל חדש

יג והנה במ"ש הירושלמי דמחלפא שיטתי' דב"ה והתירוץ אינו מובן והק"ע נדחק בזה ועיין תוס' שם דכתבו תירוץ אבל בירושלמי אדרבא מגדיל הקושיא ביותר ומצאתי בשיטה מקובצת שם מגיה בירושלמי וא"ש ע"ש ודו"ק ועיין תוס' נדה דף זיי"ן שכתבו דר"א שמותי הוא והוא מירושלמי דתרומות פ"ה ובסוכה פ"ב הלכה ח' לאחר שהודו

ר"א אומר תירום ותשרף ור"א לאו שמותי הוא ושם א"ש דאם נימא דב"ה אית להו ג"כ כב"ש וא"כ בודאי יקשה דר"א דלא כמאן דהא גם ב"ה חזרו והודו לב"ש וע"כ דב"ש מודו לב"ה וא"כ פסק כב"ה ודו"ק היטב כי הוא כלל חדש. שוב ראיתי שטעיתי במ"ש דרבו של ר"א ר"ע ואדרבא ר"ע תלמידו של ר"א אמנם רבו של ר"א ר"י בן זכאי והוא היה מתלמידיו של הלל ועיין בע"ח על משניות ובסדר הדורות אות אל"ף גבי ר"א מ"ש בזה. והנה בהא דאמרו בביצה כאן ברועה אחד כאן בשני רועים ושיטת הר"ן הובא במג"א סי' שצ"ז ס"ק ה' דאף שמעי"ט מסר לשניהם וביו"ט ביאור דבריו שאסור לאחד מהם אפ"ה הוה כרגלי הבעלים לפי שלא בירר דבריו מעיו"ט. ולכאורה תימה דהא בדרבנן יש ברירה ותחומין אינו רק דרבנן ועיין מג"א שם ס"ק ח' דלכך חביות מותרת לפי שאינו רק דרבנן ע"ש וה"ה כאן. וצ"ל דמכאן ראיה למ"ש התוס' רי"ד דבקידש לאחת מאחיות כיון שלא בירר דבריו לא שייך ברירה ואף למאן דאית ליה ברירה ובאבני מלואים סי' מ"א ס"ק ב' תמה בזה שם וכ"כ במק"א דכל שהי' יכול לבררו ולא בירר בודאי לא שייך ברירה וא"כ ה"ה כאן דכל דהיה יכול לברר ולא בירר ל"ש ברירה אף למאן דאית ליה ברירה ודו"ק. והנה ביום ג' במדבר תרכ"ה היה אצלי הרב מוה' ארי' ליבוש הכהן ני' אבד"ק זאריב והקשה בהא דפריך בביצה דף ל"ט וסבר רב נחמן יש ברירה והתנן האחין השותפין ולפמ"ש הר"ן ל"ק דהא מחלק בר"פ השותפין דהך ברירה מתברר מתחלתה ע"ש ומכ"ש בזה. והשבתי דהר"ן לא אמר רק בשותפין שקנו דמתחלת הקנין קנו ע"מ זה אבל כאן לא קנו הבור רק דממילא כל ישראל שותפין ואולי בעת שנעשה עשה אחד הבור והקנהו לכלם וא"כ השותפות מתחיל בשעה שממלא וז"ב ופשוט.

סימן קמא

א נשאלתי מאחד מהמלמדים בהא דאמרו בקידושין דף וא"ו ע"ב ת"ש המוכר עבדו לנכרי יצא לחירות ופירש"י ואף דקי"ל קונסים אותו לפדותו מן הנכרי וכו'. ושאל דדברי רש"י הם חסרים מלח דלא ביאר מה ק"ל. והנה השבתי בתכ"ד דלכאורה ק"ל טובא דמה הביא הש"ס ראיה דאין לי עסק משמע מכל מילי מהא דאמר ר"ש דכתב ליה כשתברח ממנו אין לי עסק בך ומה ראיה דשם אי אפשר לומר ממלאכה דהא באמת כבר יצא לחירות רק דצריך גט שחרור להתירו בב"ח ולכך כל שכתב לי' אונו דהיינו לכשתברח ממנו אין לי עסק בך הרי כבר הוא משוחרר ואינו משועבד לו למלאכה וע"כ דהכוונה לענין כל מילי דהיינו להתירו בב"ח אבל בעלמא לשון אין לי עסק לא משמע מכל מילי כ"א ממלאכה לבד והיא קושיא גדולה ולא ראיתי להמפרשים שהעירו בזה (ואחר זמן רב מצאתי בר"ן פרק המגרש שהקשה כן) אך באמת כיון דקי"ל דקונסין אותו לפדותו מן

הנכרי עד עשרה בדמיו וא"כ ה"א דמה שכתב לו אין לי עסק הוא מלאכה ויצא לחירות דא"צ להשתעבד וא"כ למה א"צ גט שחרור וע"כ דאין לי עסק מכל מילי במשמע. אך בגוף הקושיא הנ"ל דהיאך פשיט ליה משם נראה דהנה באמת צריך להבין הא דמיבעיא לי' דאין לי עסק היינו ממלאכה דהיאך אפשר דרק ממלאכה דא"כ למה לי' לכתוב זאת הי' לו למפטרי' בע"פ ולכאורה י"ל דבע"פ לא מהני כיון דגופו קנוי וכדאמרו בקידושין דף ט"ז לימא ליה באפי תרי זיל ומשני דעבד עברי גופו קנוי ורב שמחל על גרעונו אינו מחול וא"כ מכ"ש דעבד כנעני דגופו קנוי. ובזה יש לפרש הא דאמרו לעיל מינה השתא ומה עבד כנעני דקנוי לי' לגופיה כי א"ל הרי את לעצמך לגמרי קא"ל אשה לא כ"ש והיינו כיון דבעבד ל"מ בע"פ כיון דגופו קנוי לי' א"כ היה מקום לומר דלא משמע רק ממלאכה והא דלא אמר בע"פ דלא היה מועיל כיון דגופו קנוי אשה דלא קנוי גופה לא כ"ש והיינו דאם הי' רק ממלאכה דהיינו שיהי' מעשה ידיה שלה היה יכול לומר בע"פ דהרי יכול לפוטרה ממע"י. ובזה יש ליישב קושית התוס' שם ד"ה אשה דבאמת לא הוה ק"ו אשה מעבד די"ל אשה קנוי טפי מעבד דהרי בעבד מהני קנין לזמן ואשה לא פקעה קדושיה וגם הפקר לא מהני באשה ועיקר סברת הש"ס היא כמ"ש וזה ל"ש לענין לשון בת חורין. אמנם אכתי קשה גוף הסברה דאם ממלאכה היה כוונתו הי' לו לומר צאי מעשה ידיך במזונותיך או עשה עמי ואיני זנך דמועיל בעבד. אך לפענ"ד סברת הש"ס והאבעיא דבאמת בגט בעינן שלא יהי' שיור בגט דבעינן כרות גיטא ושיור לא הוה כרות גיטא ועיין בגיטין דף ח' ולפ"ז נראה לי דכל שיש לפרש הלשון של השחרור לענין המלאכה לבד אף דבאמת הוא כוון לכל מילי ל"מ משום כרות גיטא דהלשון בעצמו הוה שיור ולא הוה כרות. ומעתה שפיר פשיט ליה הש"ס מלכשתברח אין לי עסק דניהו דשם ודאי לא כוון רק על ב"ח דכבר יצא לחירות אבל כל שהלשון יש לפרש בתורת שיור ולא הוה כרות גיטא לא היה מועיל להתירו בב"ח ועיין בגיטין דף ט' ובתוס' שם דרב אשי ס"ל משום כרות גיטא וכאן הוא ג"כ ר"א ודוק היטב. ובגוף כוונת רש"י י"ל דק"ל מה אשמעינן בזה דיצא לחירות פשיטא דכל שמכרו הרי הוא הוציאו מרשותו וכיון דהנכרי לא קנה רק למעשה ידיו הרי כבר יצא לחירות וגם למה לי גט שחרור להתירו בב"ח הא בדין תורתינו הרי הוא בן חורין גמור דהנכרי לא קני ליה רק למעשה ידיו וע"ז כתב רש"י דהרי קנסו לפדותו וה"א דיחזור וישתעבד לרבו ישראל וע"ז קמ"ל דיצא לחירות אף שצריך לפדותו אבל לא ישתעבד וז"פ ועיין בר"ן ר"פ הכותב שכתב דאף דלשון אין לי עסק הוה לשון גרוע מ"מ מועיל בעבד שזוכה בעצמו אם הוא גדול וקטן זכה בו שמים מועיל אף לשון גרוע ע"ש.

ב ולכאורה צ"ב דהיאך פשיט ליה להש"ס לענין הרי את לעצמך דמועיל באשה מכ"ש מעבד ולא נימא דעבד זכה בעצמו משא"כ אשה. מיהו י"ל דאשה פשיטא דזכה בעצמה. ובזה י"ל קושית התוס' מהרי את ב"ח וכמ"ש התוס' בעצמם ע"ש ודוק. אמנם ק"ל לפי שיטת הר"ן דלכך מועיל לשון אין לי עסק בך דעבד זכה בעצמו א"כ היאך מועיל כשמכרו לנכרי הא כיון דמכרו לנכרי א"כ כבר נשתעבד להנכרי ולא זכה בעצמו ואיך מועיל לשון אין לי עסק. אמנם נראה כיון דנכרי לא קנה לגופי' רק למע"י א"כ זכה בגופו וגם כיון דקנסינן לי' לרבו לפדותו בעשרה בדמיו וא"כ ממילא שוב י"ל דזכה בו בעצמו ואף דל"מ בזה זכה בו שמים דהא הפקיעו ממצות מ"מ עכ"פ הוא בעצמו מחוייב לפדותו ולא היה לו רשות למכרו ולכך מועיל הלשון גרוע ובזה מיושבים דברי רש"י עפמ"ש ודוק:

סימן קמב

א לחכם אחד בדברי השאג"א הלכות ציצית.

ב מ"ש לתמוה על השאג"א שהביא דברי הרמב"ם והראב"ד אם הותרה כלאים שלא בשעת עבודה וכתב לחלק דבגכ"ך מהני לב ב"ד מתנין להוציא לחולין משום דהוא איסור הבאה ע"י אדם מהני לב ב"ד מתנה אבל איסור כלאים שהוא איסור הבא מאליו לא מהני לב ב"ד מתנה וע"ז הקשה מעלתו מהא דפריך הש"ס ביבמות דף פ"ט ע"ב וכי ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת ומה קושיא הא גם כאן הוה איסור הנאת הבאה ע"י אדם דתרומה קדוש ע"י אדם ולב ב"ד מתנה ודומה ממש לבגכ"ך. הנה לפענ"ד ל"ק דלב ב"ד לא שייך רק בדבר שהוא של ציבור אבל בדבר שהוא של יחיד לא שייך לב ב"ד מתנה כמ"ש המגיה במלמ"ל פ"ד משקלים יעו"ש ובגליון שם הארכתי בזה וא"כ לק"מ דתרומה לא שייך לב ב"ד מתנה כיון דאינו בכללות ציבור ומ"ש על דברת השאג"א מנזיר דף כ"ט דמקשינן נקיבה לזכר וע"ז הקשה דאכתי קשה לשיטת הרמב"ם מה מקשינן נקיבה לזכר הא שאני זכר דשפיר בא על הספק משום דאשם תלוי בא על הספק כמ"ש הט"ז והמג"א סי' א' ולכך יכול להביא דאף שהוא ספק מ"מ יכול להביא מתורת נדבה משא"כ בחטאת העוף דנקיבה דאינה באה בנדבה.

ג הנה אם דהקושיא קשה גכ"ך על הש"ס גופא דמקיש נקיבה לזכר וקשה הרי זכר יוכל להביא על ספק בתורת נדבה והיאך מקיש נקיבה לזכר וע"כ דהש"ס מקיש מדמביא על הספק אף שאינו מתנה בנדבה וא"כ לא קשה ותדע שכן הוא דאל"כ יקשה איך אמר לא אם אמרת בזכר שכן אינו רק איסור אחד ולמה יהיה איסור כלל הא הוא יכול להתנות בתורת נדבה וע"כ דאינו מתנה כלל רק שמביא על הספק וא"כ שפיר מקיש נקיבה לזכר.

ד ומה שהקשה עוד בהא דאמר שאוכל נבלה הא יכול לאכול שלא כד"א וא"ל דלא גרע מח"ש הא ר"ל ס"ל ח"ש מותר מן התורה. הנה כמדומה שהכו"פ סי' ק"י הרגיש בזה אמנם לדעתי ל"ק דאף אם נימא דבכל אכילות מצות יכול לאכול אף שלא כד"א בקדשים ודאי לא יוכל לאכול דבעינן למשחה ולגדולה ועיין זבחים צ' ודף ע"ו ובתוס' דף ע"ה ע"ב שם ד"ה לשביעית ודו"ק:

סימן קמג

א להרב הגאון המפורסים מוהר"ר שמחה נתן עלינבערג נ"י אב"ד פה לבוב.

ב בדבר המעשה שאירע לו שהשלישו בידו אנשים סך מעות על אופנים ונתן לו שכר שלישות ואח"כ בשלשה וד' ימים אירע שהתחיל שריפה ר"ל במרתף שבבית שדר בתוכו ונבהל ואשתו ואיזה אנשים הצילו מעות ושאר דברים והסך הלז טענו שא"י אם נגנב או נאבד מה דינו.

ג הנה בלי ספק לא נעלם ממנו מ"ש הב"י וכן הוקבע בש"ע סי' ש"ג ס"ג בהג"ה דאם נפלה דליקה בעיר דדוקא ביודע שנשרפו ולא היה יכול להציל לא בעצמו ולא ע"י אחרים אבל כשא"י בבירור הו"ל מחושואיל"מ וא"כ גם בנ"ד כל שהי' שם אחרים כמבואר סי' רצ"א סעיף כ"א בהג"ה דאם הניח אחרים לכנס במקום שהפקדון מונח אף שאינם בחזקת גנבים אם נגנב חייב לשלם דהוה פשיעה ע"ש ואם זאת בש"ח מכ"ש בש"ש. ומה שמעלת"כ אמר כיון דהמפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ואם אין להם לשלם פטור הבעה"ב לשלם. הנה באמת כן הוא שיטת הרמב"ם אבל הרא"ש נחלק עליו בזה כמבואר שני הדיעות בסי' רצ"א סעיף כ"ד בהג"ה.

ד והנה לא נעלם מעיני מעלת"כ דברי המהרש"ך שהובא בש"ך ס"ק כ"ז שם דהיינו דוקא בש"ח הוא דאמרינן דע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ולא בש"ש וכאן מעלת"כ בא בשכרו ואף דהר"י לבית לוי חולק עליו אבל גם הב"י בבדק הבית הביא כן בשם הריטב"א ואף דדבריו תמוהים ועיין בקצה"ח שם כבר הארכתי בזה בתשובה עכ"פ יש ספק בזה וא"כ אין הספק שיש בדברי הרמב"ם אם פוטר בש"ש כדאי לחלוק על הרא"ש שהוא בתרא וחלק על הרמב"ם. אמנם מפני כי אמרו תיתי לי כי אתי צורבא מרבנן וכו' עד דמהפיכנא בזכותיה אף כי לת"ח גדול כמותו אמרתי דכוונתו עפמ"ש בסעיף פ"ב שם דמי שהוא ידוע שאינו רגיל לשמור הפקדון בעצמו הוה כמוסר לב"ב וכתב הש"ך דבזה אם פשע האחרון ואין לו לשלם פטור לכ"ע ע"ש וא"כ גם כאן כיון שמעכת"ה בעבידתיה טריד בגירסא וידוע שנתנו לב"ב לשמור וכיון שאין להם לשלם פטור. אך באמת אחר העיון אין מקום לזה דהנה הש"ך ס"ק ל"ח כתב דאם הי' ש"ש שמסר לש"ח עיין בתשובת

דברי ריבות ורשד"ם ורמ"א. והנה ממרוצת דבריו משמע דאף להרמב"ם דפוטר באם אין להם לשלם היינו דוקא באם הוא ש"ח אבל כשהוא ש"ש שמסר לש"ח פלפלו התשובות בזה ותשובת דברי ריבות ומהרשד"ם אינם ת"י. ובאמת מדברי תלמודי הרשב"א שהביא הב"י והש"ך ס"ק מ"ז שם לענין אם אין השני רוצה לשבע משמע דאף בש"ש שמסר לש"ח ג"כ הדין דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד וגם משמע דאף בש"ש שייך כל המפקיד דלא כמהרש"ך ע"ש. והנה נחזי אנן הנה הרמ"א בתשובה סי' כ"ז האריך להוכיח דבב' שומרין לא אמרינן שנעשה ערב בעד חבירו והביא ראיה מהא דכתבו התוס' והרא"ש דאם אין לאחר לשלם חייב הראשון דאל"כ כל פקדון המופקד ביד אדם תאכל אשתו וחדי והוא יפטר והרי כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ועכ"פ על דעתו בודאי הוא מפקיד ועכ"פ נעשה ערב בעדו ולמה יפטר וע"כ דבשומרין שלא קבלו טובה מזה לא נעשה ערבים. ובאמת צ"ל דהא דכתב הרמ"א דלא קבלו טובה היינו בש"ח וגם באפטרופסים דמיירי שם הרמ"א הוא כיון שמנהו אבי יתומים הוה דינם כש"ח כמבואר סי' ר"ץ ס"כ ועבש"ך שם שפקפק בזה ועכ"פ המחבר והרמ"א פסקו כן וא"כ הוה ש"ח והנני יוסיף להמתיק הדבר בטעמו עפמ"ש בשיטה מקובצת ב"מ דף צ"ד בהא דאמרו מתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים ומשני בהאי הנאה דקא מהימן לי' והקשה הרשב"א שם דהא כל שכירות א"צ קנין וכתב הרשב"א דל"מ שישתעבד האדם כ"א כשקיבל איזה דבר אבל בש"ח אדרבא ק"ל במה יתחייב וצ"ל כיון שזה נשען על שמירתו.

ה אבל להתחייב כשואל אין לנו ע"ש דבריו הנעימים ולפ"ז כיון דזה באמת ש"ח ומהראוי שיפטור רק שסמך על שמירתו אבל להיות ערב בעד חבירו אין לנו דאדרבא הא חזינן דזה לא סמך עליו בלבד רק גם על חבירו א"כ למה נעשה ערב בעד חבירו וז"ב. ובזה ל"ק מה שרמז הש"ך בסי' ע"ז ס"ק א' לתמוה על הרמ"א בתשובה מדברי הרמב"ן שבבעה"ת וכוונתו שהבעה"ת פלפל משותפין ששאלו דלא נתחייבו רק במחצית ולא נעשו ערבים ואם איתא לדברי הרמ"א לימא דמיירי כגון דלא קבלו בהדיא ערבות ולא נתחייבו ולפמ"ש א"ש דהרמ"א לא מיירי רק מש"ח אבל בש"ש נעשו ערבים אף בסתם ולפ"ז עכ"פ בש"ש בודאי נעשה ערב וחייב לשלם ואפשר שמפני כך נסתרו הראיות מדברי התשובות שרמז דבש"ש שמסר לש"ח מהראוי שיתחייב. וראיתי בתומים סי' ע"ז שביקש לדחות דברי הרמ"א דשאני כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו דיכול לומר הנה לך גברא בחריקאי כמ"ש בא"ז בטעם דשומר שמסר לשומר אבל בשני שומרים מתחלה י"ל דקבלו ערבות בעד חבירו ותיתי לי דכן עלתה על דעתי בראשית ההשקפה אבל באמת

אחר העיון כמו זר נחשב לומר דמה שמפקיד ע"ד אשתו ובניו נסתלק הוא משמירה לגמרי ומהכ"ת לומר כן דהא הוא נתן לו להיות שומר וניהו דהוא ידע דב"ב ג"כ שומרים אבל במה נסתלק הוא דא"כ היה לו ליתן לב"ב בעצמם ולפ"ז עכ"פ במי שדרכו לתת לב"ב אפשר לפטרו וכמ"ש הש"ך ס"ק ל"ב וס"ק ל"ג ואחר העיון נראה דבר חדש דהנה באמת מ"ש למעלה דבש"ח לא שייך להתחייב כלל רק מפני שזה נשען על שמירתו וישבתי בזה דברי הרמ"א. אמת שזה אם נימא כשיטת התוס' דהאי הנאה דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא הוא דוקא בש"ח שקיבל להיות כשואל אבל בקיבל להיות כש"ש ל"ש האי הנאה א"כ שפיר יקשה דש"ח במה מחייב דל"ש הנאה כלל אבל לדעת הקדמונים דשייך הנאה אף בקיבל להיות כש"ש משום דהוה הנאה דגברא מהימנא הוא א"כ בש"ח שייך הנאה דעכ"פ נאמן הוא בעיניו. ובאמת שצריך להבין לפ"ז למה לא יהיה ש"ח חייב בגניבה ואבידה דהאי הנאה משוה לי' כש"ש כמו פרוטה דרב יוסף וצ"ל כיון דבש"ש בעינן שיהא שכרו ש"פ כמ"ש הש"ך סי' ש"ג ס"ק א' וסי' שמ"ו ס"ק וא"ו ובגליון הש"ך הארכתי בזה וא"כ זה הנאה לא נחשב לפרוטה וכמו לרבה דלא נחשב לפרוטה בשומר אבידה ה"ה זה אליבא דכ"ע. ובזה מיושב היטב קושית האבני מלואים סי' כ"ט דלשיטת הרמב"ן דערב ל"ש רק כשנתנו לאיש דבזכות של זה נתחייב זה אבל כל שלא נהנה אינו מתחייב א"כ בשנים שקבלו פקדון אמאי נעשו ערבים הא ל"ש הנאה ולא נהנה בן דעת ממנו דא"ל דחשוב הנאה מאי דהימניה דא"כ יהיה ש"ש בשביל זה ולפמ"ש א"ש דניהו דל"מ הנאת שו"פ שיהיה ש"ש בשביל זה אבל הנאה מקרי ושייך ערב בזה ולפ"ז ל"ק קושית הרמ"א דבהמפקיד ע"ד אשתו ובניו כיון דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דלא סגי בלא"ה א"כ לא הוה הנאה מה דמהימן לאשתו ולבניו דהא מוכרח להאמינם וא"כ שוב לא נעשה ערב בעבורם וז"ב ודו"ק. ולפ"ז עכ"פ בש"ש ודאי הוה ערב וחייב ובלא"ה כיון שיכול להציל שהרי הציל שאר דברים הא הש"ך סי' ש"ג כתב דבכה"ג הוה פשיעה וחייב אף בש"ח ואף שבשו"ת נוב"י חולק ע"ז במהד"ק חלק חו"מ סי' כ"ז ודבריו נכונים והנני יוסיף דכיון דכל החיוב הוא שזה נשען על שמירתו פשיטא דלא עלה על דעתו שלא יציל חפצים שלו ויציל חפץ הפקדון. ובזה י"ל טעם של המהרש"ך דדוקא בש"ח אמרינן דע"ד בניו הוא מפקיד משום דכל החיוב הוא שנשען על שמירתו ופשיטא דעל דעת אשתו ובניו ג"כ נשען דהם ג"כ בבית וגם אטו בכיפא תלי' לי' דישב בביתו כל היום וישמרנו משא"כ בש"ש דבשכרו הוא בא יוכל לומר לך נתתי שכר כדי שתשמרנו בעצמך ועכ"פ בש"ש פשיטא דחייב בכה"ג וגם

לא שייך לומר דאין לה לשלם דהא יש לה נ"מ וגם כל השייך לגופה היא שלה וע"כ נראה לפענ"ד דחייב לשלם ויבצעו תמימים

ו והנה במ"ש דנ"מ הן שלה הן אמת דכ"פ הרא"ש והטוש"ע סי' תכ"ד דנ"מ ונצ"ב מחייבין אותה למכור ועיין בסמ"ע ס"ק י"ח שכתב דבנ"מ ונצ"ב לא שייך מחילה אבל באמת בהג"א מביא דנ"מ ונצ"ב אין מחייבין למכור וכתב הש"ג הטעם דלפי מה דמסקו בש"ס דבכתובה הטעם משום דשמואל גם בנ"מ שייך זאת דיכולה למחול גם בזה ועיין בשו"ת בית יעקב סי' ה' שהאריך בזה להקשות דניהו דיכולה למחול הא אכתי יקשה קושית הקדמונים כיון דמשועבד מדר"נ א"י למחול ולא שייך תירוצם דאכתי לא מטי זמן דהא בנ"מ ובנצ"ב לא שייך זאת דודאי תבא לידי גוביינא וגם החיוב ברור ואם כי לא ביאר היטב עכ"פ הקושי' קשה כן.

ז ולפענ"ד נראה דלק"מ דבאמת תמוה הא דפריך הש"ס ולטעמיך תזבין נ"מ ותתן ליה והא אם תזבין להנחבל גופא שוב שומא הדרא דגבי בע"ח שומא הדרא וא"כ מה ירוויח הנחבל דממ"נ לאחר שימות הבעל יגבה וע"כ דעיקר הפסידא הוא מה שאינו גובה כעת וא"כ גם כשתמכור כעת לו שוב השומא הדרא וכבר תמה בזה בקצה"ח סי' תפ"ד והעלה דבאמת הכוונה שתמכור לאחרים ולא להנחבל וא"כ שוב לא שייך שיעבודא דר"נ ודו"ק. ועכ"פ בנ"ד ודאי מחוייבת למכור נ"מ ונצ"ב דלא שייך שכל לגבי בעלה ודאי מחלה דבאמת גם הבעל מחויב לשלם וניהו דהוא מסר לה וכל שאין לה לשלם נפטר אבל עכ"פ למחול לו ודאי ל"מ דבזה ודאי צדקו דברי הרא"ש דימסור ליד אשתו ויאכל הלה וחדי ובכה"ג גם הרמב"ם מודה ודו"ק ועיין בש"ע חו"מ סי' ר"ז הובא שו"ת הרא"ש באחד שמכר פרה לחבירו קודם שחיטה שהי' מתייירא לשוחטה והוא קנה על אופן שאם תטרף יתן לו כך וכך וחזר בו והקשה הב"י דאמאי לא נתחייב מדין ערב וכתב הגאון בעל אהע"ז והקצה"ח שם דל"ש ערבות כיון שאינו מגיע הנאה לבן דעת דומיא דזרוק מעות לים ע"ש ולפענ"ד צ"ע דכיון דבעת שקנה מיד על אופנים שחושב הלוקח שהמקח טוב לפניו ואח"כ אירע שהיה הפסד גדול וא"כ עכ"פ בשעת מעשה הי' לו הנאה ול"ד לזרוק מעות לים דמה הנאה יש בזה וגם בתנהו לכלב יש לפקפק דעכ"פ מגיע לה הנאה קצת במה שנותן לכלבה וצ"ע בזה בר"ן פ"ק דקידושין ובש"ע אהע"ז סי' למ"ד ובב"י שם. ובלא"ה נראה לפענ"ד דכל שקיבל אחריות פשיטא דחייב אף ע"מ לאבדה ועיין ש"ך סי' צ"ז ס"ק א'. והנה במ"ש לעיל בשם הנוב"י סי' כ"ז שהשיג על הש"ך סי' ש"ג וכתבתי שדבריו נכונים והנה כעת עיינתי בזה וראיתי שהביא ראיה לזה דאל"כ היאך אמרינן בב"מ דף מ"ב נימא לי' לאמי' זיל שלים וכו' נימא לי' אמאי לא אמרת לה כ"ש

דכי לא אמינא לה דכי אמינא לה דדידי הוא מזדהרת טפי ואם נימא דש"ח חייב להציל אף אם יפסיד שלו קשה דהי' לו לומר דאל"כ לא תדע להציל זאת מקודם וע"כ דאינו מחוייב בזה ע"ש. ולפענ"ד דיש ליישב ראיה זו. דהנה כבר כתבתי בשם הרשב"א דכל עיקר חיובו של הש"ח הוא בשביל שזה נשען על שמירתו והרי זה קרוב למזיק. ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דלכך עדים שכבשו עדותם פטורים מדיני דגרמי שמה שגרמו היזק במה שלא עשו מעשה ולא דברו דבר זה אינו חייב מדיני דגרמי ולפ"ז כיון שש"ח כל עיקר חיובו הוא משום דקרוב למזיק ולפ"ז בשלמא אם לא שמר כראוי הרי זה קרוב למזיק שזה גופא היזק שזה נשען שישמרהו השומר והוא לא שמרו ונתנו במקום מופקר אבל מה שלא אמר לאמו זה אינו רק שלילה דגוף השמירה כ"ש דנזהרת טפי שסברה שהוא של בן רק שהיא לא תדע להציל הקודם וא"כ כל חיובו של הבן אינו רק מדיני דגרמי במה שכבש דיבורו ולא הודיעה בזה פשיטא דפטור וז"ב. ובזה הבינותי מ"ש הנימוק"י בשם הר"ן והובא בש"ך סי' רצ"א ס"ק ל"ג דדוקא ש"ח פטור במה שלא הודיע לה אבל אם היה ש"ש חייב במה שלא הודיע לה והדבר צ"ב דממנ"פ כיון שזה התנצלות לש"ח דסבר דכ"ש דמזדהרא בי' טפי א"כ גם בש"ש יפטור בשביל זה וע"ש בנ"ב שנדחק ג"כ לחלק בזה אבל לפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם בש"ח מהראוי שיתחייב דבחפץ השמור צריך להציל מקודם וכמ"ש הרמ"א ומכ"ש בש"ש דצריך לקדם ברועים ומקלות כמבואר סי' ש"ג ורק דש"ח פטור דזה לא נקרא רק דיני דגרמי ועל מה שכבש הדיבור שלו לא שייך לחייב בשביל דיני דגרמי אבל בש"ש דבא בשכרו וחייב מתורת שומר פשיטא דהוה פשיעה במה שלא הודיעה שהוא פקדון ונעשה ש"ש עליו וז"ב. ובזה אמרתי ליישב דברת התוס' בב"מ דף מ"ב ד"ה כל שכתבו בשם ר"ת דאם אין לה לשלם חייב הוא לשלם דאל"כ כל מי שהופקד אצלו יאכלו אשתו ובני ויפטור וע"ז סיימו ולכך נמי הכא משתבעא אמיה דאותבא בקרטליתא ותמה הגאון מהר"ד אופנהיים הובא בשו"ת עבודת הגרשוני סי' קי"ט דמה שייכות זה לזה דאף אם נימא דפטור לשלם נמי היתה צריכה לשתבע דאותן זוזי אותבה בקרטליתא ועיין בפני יהושע בחידושיו שכתב קרוב לדברי עבוה"ג שם. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת צריך להבין היאך שייך לומר דנימא לה לאימי' זיל שלים הא בזה יקשה קושית הרשב"א דלמה יתחייב ש"ח הא לא קיבל דבר בעדו ול"מ שיתחייב האדם אם לא קיבל איזה דבר בעדו וכאן לא שייך תירוצו שזה נשען על שמירתו דמי נשען על שמירתו המפקיד לא נשען על שמירתה דניהו דאמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד היינו דלא מחשב פשיעה במה שמסרו לאשתו דאנן סהדי שלא היה נמנע מלהפקיד בשביל זה וכפירש"י שם אבל הוא

עיקר סמיכתו על השומר שלו וא"כ עכ"פ לא סמך על שמירתה וגם היא ש"ח ולמה תשלם ומכ"ש שלא שייך שבועה כל שאין בכפירה חיוב ממון וכמבואר בסי' ע"ה ואם להבן גופא צריכה לשלם ולשבע הא גם הבן לא סמך על שמירתה דל"ש שהיא קרובה למזיק דהא לא הזיקה אותה דבר דהא הוא פטור לשלם כשאין לה וע"כ הוכיח ר"ת דהוא חייב לשלם וא"כ שפיר סיים דלכך משתבע אמי' דאותבה הנך זוזי בקרטליתא וז"ב

ח ובזה מיושב ג"כ מ"ש הרא"ש דלא משתבעת שלא א"ל בנה שהוא פקדון דאין נשבעין על טענת ספק דהמפקיד א"י בבירור זאת וגם בנה מודה לזה ותמה העבודת הגרשוני שם דמה שייך שבנה מודה לה הא מה נ"מ בהודאתו דהעיקר תלוי במה שהיא א"י בבירור וא"י להשביע.

ט ולפמ"ש אתי שפיר דכיון שד"ת מחויב לשלם א"כ הי' יכול הבן להשביע אותה אם לא הי' הבן מודה דכל שהבן תובעה הוא יכול לתבעה בברי וצריכה לשבע וע"ז כתב שהבן מודה וא"כ הוא א"י להשביעה והמפקיד א"י ועיין בש"ך סי' רצ"א ס"ק ל"ד שם. וע"ד הפלפול יש ליישב דברי התוס' הנ"ל דהנה מבואר ביו"ד סי' רמ"א ס"ו בהג"ה דמי שנתחייב שבועה לבנו בב"ד אינו משביעו בשבועה שיש בה אלה דהרי זה מקלל את אביו אלא בשבועה שאין בה אלה והט"ז כתב שם בשם תשובת הגאונים דרגילים לומר להבן הקנה תביעתך לאחר כי היכי דלא תיתי לידי מקלל אביו ע"ש.

י ולפ"ז אם נימא דהבן פטור מלשלם וא"כ עיקר השבועה של האם היא לגבי בנה בעצמו שלא תחייב בפשיעתה לגבי בנה כשיהיה לה לשלם וא"כ כיון דלגבי בנה לא תמחול לאחר ותוכל למכור נ"מ שלה וא"כ א"א להקנות התביעה לאחר דאז שוב תוכל למחול וא"כ לא שייך שבועה לגבי בן אבל אם הבן חייב לשלם א"כ השבועה בא מכח הבן להמפקיד וא"כ נשבעת לגבי המפקיד שבא מכח בנו וא"כ שפיר צריכה לשבע אבל אם הבן פטור וא"כ אין השבועה להמפקיד רק לגבי בנה בעצמו לא שייך להשביעו ודו"ק.

יא ובזה מיושב מה שקשה על הש"ך בחו"מ סי' רצ"א ס"ק ל"ד שכתב שאם הבן טוען ברי שא"ל שהוא של פקדון צריכה לשבע היסת נגדו ע"ש וכתבתי על הגליון דלא נתחייבת בשבועה שיש בה אלה לגבי בנה כמבואר ביו"ד סי' רמ"א ולפמ"ש אתי שפיר כיון דעיקר השבועה היא להמפקיד רק שבא מכח הבן שטוען ברי שפיר יכול להשביע באלה למ"ד דהיסת צריך אלה כיון שעיקר האלה היא נשבעת להמפקיד ודו"ק. והנה אם האמין המפקיד להנפקד על עצמו ופטרו מן השבועה אם האמין גם לבני בית כיון דכל המפקיד על דעת אשתו וב"ב הוא מפקיד וא"כ כל שהאמינו מסתמא האמין גם לב"ב על השבועה או דלמא לא האמין רק אליו על השבועה אבל ב"ב צריכין לשבע דהוה כמו שהפקיד

אצלם ולא פטרם משבועה ולא מצאתי גילוי דעת בזה וחפשתי בספרים ומצאתי בהרא"ש פרק הכותב אות כ"ט שכתב בשם הירושלמי דאם פטר השומרין מן השבועה מ"מ לא פטר את האחרים שנתנו השומרים להם לשמור אף שנתנו להם השמירה ברשותו הרי מבואר דלא מפטרי ב"ב דלא עדיפי מנתן להם ברשותו ועיינתי בירושלמי פרק הכותב הלכה ה' ושם מבואר כן בזה"ל ביקש להשביע את השואל נשמיענה מן הדא כתב לה נדר ושבועה וכו' א"י להשביעו אבל משביע את יורשיה והבאים ברשותה הדא אמרה שאם ביקש להשביע את השואל משביעו ופירש דקאי הירושלמי על המשנה דהשוכר את הפרה והשאילה לאחר וע"ז אמר בירושלמי דמשביע את השואל אף שהשאילו ברשות כדמוקי התם שהשאילו ברשות. אך לפענ"ד נראה פירוש אחר בירושלמי דקאי על מה שסיים דהשואל חייב אף שהשאילו ברשות והיינו בכה"ג דפטר להשואל משבועה וממון אפ"ה כשהשאיל לאחר חייב וע"ז אמר דגם להשואל עצמו יכול להשביע כל שהשאיל לאחר דלא פטרו רק כשיהי' בביתו ולא כשהשאילו לאחר ועיין בהרא"ש פרק הכותב שם אות י"ח שכתב דכל שהיא קיימת אף שמכרה כתובתה ובאין הלקוחות לגבות והוא פטר אותה משבועה אפ"ה יכול להשביעה הרי שכל שמכרה לאחרים יכול להשביע האשה בעצמה ומטעם דלא פטרה רק כשהיא בעצמה באתה לגבות ולא כשמכרה לאחרים וה"ה בזה. ולזה נראה שכיון בירושלמי שאמר שאם ביקש להשביע את האשה שמשביעה כצ"ל וכמו שהיה הגירסא מלפנים והק"ע הגיה שלא משביעה. ולפמ"ש קמ"ל הך דינא דהרא"ש הן אמת שהח"מ והב"ש סי' צ"ח תמהו על הרא"ש דמאחר שפטרה למה תצטרך להשביע ע"ש ולפענ"ד נראה דבר חדש עפמ"ש התומים סי' ע"ה ס"ק כ"ד לחלוק על המהרש"ל שדעתו דהמורשה יכול לשבע במקום הנתבע וע"ז כתב דשבועת הנשבע הוה בגדר שבועת ביטוי אבל המורשה אין לו חלק בו רק שנשבע שחבירו לוקח כדין וזה בגדר שבועת פקדון ושבועת פקדון חמור יותר ע"ש ולפ"ז אני אומר דשבועת האשה היא שבועת הפקדון דאם תפסה צררי שוב אין מגיע לה הכתובה אבל שבועת הלקוחות הם באמת נתנו מעות וא"כ הם כשנשבעו שבועת שלא פקדנו אין בו שבועת הפקדון שלהם מגיע באמת ואף אם היא תפסה צררי היא מכרה להם שלא כדין ומכ"ש אם תפסה צררי אחר המכירה ולפ"ז י"ל דכי הימנה דוקא כשלא מכרה דאז היא שבועה חמורה יש לומר דבטוח בה שלא תשבע שבועת הפקדון לשוא אבל כל שמכרה והלוקחים נשבעים שבועה קלה שלא פקדתנו א"כ ע"ז לא האמין שמ"ל בשבועת הלוקחים ולכך כ"ז שקיימת היא תצטרך לשבע ולא הם אבל כל שמתה ואזיל השבועה בזה שפיר כל שבאו מכחה ולה בעצמה האמין על השבועה לכך נשבעים

שבועת הלוקחים שלא פקדנו ונוטלים. ובזה י"ל דלכך ל"מ פטור לגבי הלקוחות כל שפטר אותה אמרינן דלא פטר הבאים ברשותה משום דהשבועה קלה ולכך ל"מ פטור שפטר אותה לגבי הבאים ברשותה ויש להאריך בזה וא"כ ראה זה דבר חדש והירושלמי הלז היא עוד בפ"ק דקידושין הלכה ד' ורמזו הש"ך סי' ש"ז ס"ק ב'. ומן האמור למעלה יש ליישב מ"ש הרא"ש בב"מ דף צ"ו גבי בעל בנכסי אשתו לוקח הוה וכתבו התוס' דמ"מ ש"ח הוא וכתב הרא"ש דאין נ"מ בזה לגבי בעל דעכ"פ מטעם שמירה בבעלים פטור ותמה הש"ך סי' שמ"ו ס"ק י"ב דהא שם לא שייך שמירה בבעלים דנתחייב לבעליו הראשונים וכדאמרו בש"ס שם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ש"ח כל חיובו משום שזה נשען על שמירתו ובטח בו ולפ"ז כאן דהאשה לא הודיעה משל אחרים וא"כ לגבה לא שייך חיובא דש"ח דבאמת למה יתחייב הא לא נחית בתורת שמירה ובחנם אינו ראוי שיתחייב ורק שזה סמך על שמירתו אבל כל דלגבי אשה פטור א"כ היא לא סמכה על שמירתו ולבעלים הראשונים לא נתחייב שלא ידע כלל שהוא שלהם ובלא"ה הקשה הלח"מ דאמאי יתחייב כלל הא לא קיבל שמירה. אך אם נימא דש"ש הוה או שואל לא שייך בכה"ג דעכ"פ שמירה קיבל רק דלא יתחייב אם יגנב או יאבד או יאנס אבל כל דלא הוה רק ש"ח א"צ צריך שישען זה על שמירתו ובכה"ג לא שייך זאת ודו"ק. ובמ"ש י"ל הא דהקשה המהרי"ט חיו"ד סי' ל"ט מה שפוטר ר"י האי גברא דאפקיד גביה ארנקא אף דהוה ממון שיש לו תובעין כיון דר"י אפקיד גביה מ"מ כיון דר"י פטור גם האי גברא שבא מכח ר"י פטור והוא תמוה לכאורה דא"כ כל שומר שמסר לשומר דעדיף מיניה יפטר השומר השני דבא מכח שומר דפטור ולת"ק דס"ל דאין דינו עם הבעלים ועיין ב"מ דף ל"ה ע"ב ובדף ל"ו. אך נראה דבאמת ש"ח מהראוי לפטור רק דכיון דזה נשען על שמירתו מחוייב זה מטעם ערב דהו"ל כמזיק וכמ"ש הרשב"א ולפ"ז כשזה גופא פטור למה יתחייב השני זה נ"ל סברת המהרי"ט ובמחנה אפרים הלכות שומרין סי' י"ד ט"ו הבין דברי המהרי"ט כפשטם ולפענ"ד אין סברת המהרי"ט ברורה כ"כ ובמ"ש יש להאריך הרבה. איברא דעדיין קשה דהא אם נתנם ר' יוסף לאותו האיש לשמרם ולחלקם לעניים א"כ היה ש"ש משום פרוטה דרב יוסף דעושה מצוה שמחלקם לעניים והוה ש"ש משום פרוטה דרב יוסף ובש"ש מהראוי שיתחייב אף שהשומר הראשון פטור דמ"מ הוא קיבל תורת שמירה ובש"ש לא שייך הסברא שכתבתי. אך ז"א דאם נותנים לו לחלק שוב פטור מחמת לשמור ולא לחלק ולשמרם בלבד שוב לא הוה רק ש"ח ופטור דלא עדיף ממי שבא מחמתו וז"ב. ובזה מיושב מ"ש הרמב"ם פ"ה משאלה דאם הפקידו אצלו מעות עניים פטור שנאמר לשמור והרי הוא מעות שאין לו תובעין והדבר יפלא

דשני טעמים למה לי ואם הוה אין לו תובעין למה לי קרא דלשמור. ולפמ"ש אתי שפיר דהרמב"ם אמר שפטור בכל ענין דאם נתנו לשמור לבד פטור דש"ח לא חייב כל שפטור השומר הראשון וכמ"ש המהרי"ט וכמ"ש בטעמו ואם נתנו לחלק ג"כ דאז הוה ש"ש שוב פטור משום דהוה מעות שאין לו תובעין ודו"ק היטב ועיין מח"א שם ועיין אבני מלואים סי' כ"ט ס"ק וא"ו. ובגוף דברי הרמ"א הנה לכאורה היה נראה דברי אא"ז הרמ"א נכונים מצד הסברא דבאמת ערב הוה אסמכתא רק דבהאי הנאה דהימניה נתחייב ולפ"ז כאן דבלא"ה הימניה דהא נתן לו לשמרו וא"ל דלא המניה רק על מחצה ובערבותו הימנה על כולו דז"א דהא גם להשני הימנה על כלו וא"כ ל"ש הנאה חדשה ושוב הו"ל אסמכתא ול"ד לשנים שלוו דאמרי' דמתחלה קבלו כל המנה כל אחד ואחד בפ"ע שישלמו לזה אם לא יהי' יד חבירו משגת אבל שומרים חנם דקבלו שמירה ולא הגיע להם שום טובה א"כ במה נעשו ערבים הא הו"ל כאסמכתא זה נלפענ"ד בסברת הרמ"א ושיטת הש"ך נלפענ"ד דכאן ל"ש אסמכתא דהא שניהם נעשו ערבים וכשם שזה נכנס ערב בעד זה כמו כן השני דכל אחד חושב שהשני יהי' ערב בעדו וכמו בשנים שהמרו זא"ז המבואר סי' ר"ו ובזה יש ליישב ראית הרמ"א מהך דכל המפקיד ע"ד אשתו וב"ב הוא מפקיד דשם דהם לא נתחייבו עבורו לשלם מתורת ערבות דהם לא קבלו השמירה כלל וגם אשה פגיעתה רעה ורק אנו דנין על הבעל שנתחייב עבורם ובזה שוב ל"ש ערב דהו"ל אסמכתא וכאן ל"ש הסברא שכתבתי דהם לא נעשו ערבים בעדו ודוק. ודרך אגב אזכור מה דאירע מעשה שאחד שכר בגד מחבירו ולא יכול לבא לעמק השוה והלך מעמו וכאשר יצא מעמו פגע זה שרצה לקנות באוהבו ואמר לו אתה הולך לשוק קנה לי שם מאיש הלז הבגד ותבא עמו לעמק השוה ונתן לו מעות וזה קיבל ובדרך הלוכו נאבד ממנו המעות הלז ותבע זה מעותיו ואמר הלה שש"ח הוא והלכו להמורה ואמר שחייב לשלם לו כל המעות והי' לתימה ושאלו אותי ואמרתי דכוון המורה למ"ש בסי' רצ"ב דשולחני שהפקיד בידו מעות מותרין דמותר להשתמש בהם ונעשה ש"ש אף שלא השתמש בהם וכתב הש"ך שם בשם המרדכי דאנו דין שולחני יש לנו בזה"ז וא"כ אילו היה לו איזה עסק הי' מותר להשתמש בו ונעשה ש"ש. אך אמרתי דאם כוון לזה טעה דע"כ לא אמרו רק בהפקיד המעות בידו דאז גילה דעתו שא"צ להמעות וכל שנתן בידו בלי צרור וחתום יכול הלה להשתמש בו ולא מקרי שולח יד ולכך נעשה ש"ש אבל כאן זה שלחו לקנות לו אותו הבגד וא"כ לא הי' יכול להשתמש באותן המעות דהו"ל כשולח יד דזה עשאו שליח לקנות ובפרט אם לא הי' לו מעות אחר שיוכל לקנות הבגד והרי זה נתן לו בתורת שליחות שיקנה לו במעותיו וא"כ ל"ש כאן היתר הנאת השימוש וז"ב ועיין סי' קפ"ג

סק"ט בש"ך מ"ש בשם המבי"ט דאם לא הי' לו שום ריווח להשליח דפטור ואף למ"ש המלמ"ל שם דחייב היינו כיון ששינה בשליחות אבל כל שלא שינה פשיטא דפטור וז"ב ופשוט ועיין סמ"ע סי' קפ"ג סקי"ב ועיין באהע"ז סי' ל"ה ס"ט דאם קדשה במעות המשלח לא הוה קידושין ועב"ש ס"ק צ"א דכל שיש קפידא אם יחליף הוה גזל ע"ש וא"כ אף במקום דליכא קפידא עכ"פ ש"ש ל"ש בזה דבאמת אינו ראוי שישתמש וא"כ ממ"נ אם יש לו מעות אחר שוב לא נהנה בזה המעות ואם מיירי באופן דא"א לו כעת להשתמש במעותיו כגון שהולך לשוק שוב הוה קפידא שזה רצה שיקנה לו ואולי אם ישתמש במעותיו של זה ואח"כ יתן לו מעות אחר א"כ אדהכי והכי אולי יתיקר או לא ירצה הלה למכור לו וזה נפסד ופשיטא דלא נעשה ש"ש ופטור כנלפענ"ד ברור שטעה בזה ובגליון הש"ע סי' ל"ה שם ראיתי שכתבתי להקשות דלמה לו להב"ש מטעם גזל הא אף במקום שאין קפידא כל שקדשה במעות המשלח הקנתה עצמה למשלח דלא קי"ל כבני מערבא דס"ל דמי הודיע לבעל החיטים וכו' וכמבואר בב"ק דף ק"א וברא"ש וטוש"ע סי' קפ"ג ומצאתי בא"מ שהרגיש בזה. אמנם נראה כיון דאשה אינה מקנית עצמה לבעל דכתיב כי יקח ולא כי תלקח רק שנעשית כמו הפקר אם כן השליח קדם וזכה בה שהיא כמו הפקר והבעל זוכה כמי שזוכה בהפקר וכמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט וא"כ שוב כבר זכה השליח בה לעצמו כיון דאינה מקנית עצמה רק דזוכה כזוכה מן הפקר ודוק היטב. ומצאתי בש"ך חו"מ סי' קכ"א סקל"ה דכתב דה"ה בטוען השליח נגנב או נאבד והוא שליח בחנם ואינו חנוני או שולחני כדלקמן סי' רצ"ב ובראותי זאת נחרדתי דמשמע מדבריו דאם הי' שולחני וחנווני הי' השליח ש"ש אף שהי' בחנם דיכול להשתמש בהם. ובאמת לא כן אבי דהשליח א"י לשמש וחפשתי בתומים וקצה"ח ואין איש מתעורר להחזיק בזה עד שמצאתי את שאהבה נפשי בנתיבות המשפט לשארי הגאון ז"ל שהקשה עליו והביא דברי הב"י ביו"ד סי' קס"ט בד"ה ולא דמי למעות (ויגעתי ומצאתי דכוון להדין דמלוה שעושה שליח לישראל חבירו לקבל משכונו מיד גוי והלוה השליח עליו לגוי בריבית דמותר המשלח לקבל הריבית שכתב הרמ"ה ולא דמי למעות) וביאר הב"י דאפילו הוא שולחני והם מותרים אין לו רשות להוציאם כיון שלא מסרם כדי שישהו בידו שום זמן אלא כדי שימסרם מיד ללוה וכן בחזירתם שימסר מיד למלוה ע"ש הרי בהדיא דאסור להשתמש בהם ע"ש ונהניתי עד מאד

יב והנה בשנת תרי"ג פ' חיי כאשר למדתי חו"מ והגעתי לסי' ע"ז הוספתי דברים דבמ"ש למעלה בטעם שו"ת הרמ"א דל"ש ערבות דהא ליכא הנאה ומאי המניה והו"ל אסמכתא בזה היה נלפענ"ד ליישב דברי המהרי"ק שורש ק"כ שכתב דהא דשניהם ערבים זה לזה

הוא דוקא כשחולקין המעות זה לוקח לו מחצה וזה מחצה אבל כשהן שותפין ולוו לצורך השותפות ל"ש ערבות דמה אולמא האי מהאי והב"י תמה דל"ש בזה מה אולמא דא"צ שיהיה עדיף על חבירו רק דשניהם נעשו ערבין ועש"ך ס"ק ג' שם שנדחק ולפמ"ש י"ל דבאמת צ"ב מה מועיל שנעשו ערבים והא הו"ל אסמכתא וא"ל דנהנים במה שהמניה דהא לשניהם לוה מנה וא"כ כל שבא בשותפות לא הימנם רק למחצה לכל אחד דהא לזה האמין למחצה ולזה למחצה דבשלמא כשהלוה לכל אחד נטל חלקו בפ"ע א"כ האמין לזה על המנה דהא יש לחוש שיפסד ביד זה או ביד זה ולא רצה ליתן עד שיהיה לו ערבות משניהם על כל המנה אבל כשקבלו לשותפות אם כן לא האמין לכל אחד רק על מחציתו דהא השותפין מחויבין לפרע כל אחד מה שחייב ויקבל המנה ומה נ"מ בערבותם ול"ש בהאי הנאה דבשלמא כשכל אחד ערב בעד חבירו והרי האמין לו על המחצה האחרת וזה נעשה ערב בעד השני שאולי לא יהי' לו לשלם ישלם זה בעדו אבל כל שהלוה לשותפות מה נ"מ בערבותם הלא כל אחד ישלם בעדו ולא שייך ערבות ול"ש נאמנות וז"ב כשמש אבל לענין דינא נראה לפענ"ד כהב"י עפ"י מה דמבואר בסימן קכ"ט ס"ג דאם הי' לערב מעות של הלוה בידו שהיה ערב נשתעבד אפילו שלא בשעת מתן מעות ועש"ך שם דכל שהי' להערב אותן מעות עצמן שהלוה בידו משתעבד בודאי א"כ כאן כל שקבלו לשותפות א"כ הי' לכל אחד מהערבים המעות בידו בשעה שנעשה ערב ובזה ל"ש דין אסמכתא כלל דהרי חזינן דערב שלא בשעת מתן מעות שייך אסמכתא ולא נשתעבד ואפ"ה כשהי' המעות בידו נשתעבד מכ"ש בזה שלכל אחד הי' לו המעות בידו ודאי ל"ש דין ערב ואדרבא כשנטל כ"א מחצית המעות צריך לדין ערבות ומטעם בהאי הנאה משא"כ בשותפין ולפי זה לכאורה גם בשומרין שוב שייך ערבות. ומ"ש למעלה דהוה אסמכתא לפמ"ש כיון דהיה החפץ ביד כל אחד הוה כשותפין שקבלו בשותפות ובודאי שייך אסמכתא. אך אחר העיון ז"א דכל הטעם דאם היה לו לערב המעות ל"ש אסמכתא דהא סמך שיש לו המעות בידו ויוכל לפרוע בעדו ולפי זה זהו לענין הלואה אבל שומרין הוה גוף השמירה אסמכתא דאם לא יאבד החפץ ולא יפשע בו יחזיר לו גוף החפץ רק דהאסמכתא הוא שלא ידע שסבר שלא יאבד ויגנוב וכדומה וא"כ מה מועיל שהחפץ תחת ידו הא עיקר השמירה היא שישאר כמו שהוא וישמרנו שלא יגנב ויאבד וא"כ שוב הוה אסמכתא ועיין ש"ך סי' מ' ס"ק ד' ודוק. והנה במ"ש למעלה דשליח אסור להוציא המעות שקבל אף שהם מותרין כמ"ש הב"י הנה מצאתי בבעה"ת ח"ב שער חמשים אות ו' שכתב לפרש דהא דאין משלחין מעות בדיוקני ומה דחששו שם דלמא מיית ונפל זוזי קמי יתמי היינו משום דאין סי' למטבע ושמא יאמרו היתומים

דזה השליח החליף מעות הפקדון בזוזי דגריעי מינה וקשה הא אסור לעשות כן ואפילו במעות מותרין אסור לשנות המעות ומה"ת ניחוש לגזלן ולשלוח יד בפקדון של חבירו. הן אמת דבנתיבות סי' קכ"א ס"ק יו"ד הנ"ל כתב דאם עשאו המלוה שליח לקבל המעות מיד הלוה להשתמש בהם דהוה כאילו הפקיד בידו מעות מותרין וכתב שכ"כ התומים סי' קכ"ה בשם הרשב"א ולא כתב הס"ק ויגעתי ומצאתי בתומים ס"ק ג' שם ובאמת כ"כ שם כלאחר יד בכה"ג דהוא שליח לקבל ודאי מותר להשתמש בו כמ"ש הרשב"א והר"ן לעיל גבי תבעו בהרשאה ולפי זה בבמה"ת שם דמיירי בעשהו המפקיד שליח לקבל הפקדון מותר להשתמש בו ולפי זה יהיה דין חדש דאם לא עשאו שליח המלוה יהיה מותר לשלח דל"ש חשש החלפה ובגד"ת שם משמע להיפך וגם גוף דברי התומים צ"ע דלא ביאר מהיכן משמע ליה זאת מרשב"א ור"ן ואיה מקומם וגם התומים שם בעצמו כתב דאם הוא שלוחו הלוה מותר ג"כ להשתמש ונעשה שומר. ובאמת ז"א כמ"ש הב"י בהדיא ובאמת שבסי' קכ"א וקכ"ב משמע ג"כ דאסור שהרי ל"ש חשש כ"כ דהא השליח יהיה חייב בגניבה ואבידה עכ"פ וע"כ דשליח אין עליו דין שומר וכן משמע בגיטין דף י"ד ובאמת שזה מעשים בכל יום ששולחים הסוחרים מעות לבע"ח שלהם וזה המובילם משתמש בהמעות עד שנותנו להבע"ח ולכאורה יהי' כל העולם חלילה בחשש שולח יד ואולי כיון דדרך הסוחרים כך אינו מקרי שולח יד וצ"ע

יג והנה בשנת תרי"ג אירע מעשה שבא אחד להסוחרים שישלחו סחורות להסוחרים בעיירות קטנות ואמרו הסוחרים שהסוחרים קטנים יתנו להם שט"ח על הסחורה והאיש לא הי' לו שט"ח מהם ואמרו לו שיתן הוא וועקסיל ואמר שלא רצה שהרי הוא שולח להם רק שנתן געגינשיין שקבל הסחורות ועד שיגיע להסוחרים הקטנים הוא קבלם. והנה זה מסר לבעה"ג סחורות ובעה"ג נסע לאיזה כפר והיה שריפה ר"ל ונשרפו כל הסחורות ונשאלתי אם חייב זה שנתן הגעגינשיין והשבתי דלכאורה כיון דזה אינו רק ש"ש שהוא מקבל שכר עבור ששולח הסחורות א"כ הרי שריפה קי"ל דהוא אונס כמבואר בחו"מ סי' ש"ג ואף שזה הבע"ג פשע שדרכן של הבעה"ג שעומדין מחוץ לכפר ואינם עומדים בתוך הכפר מ"מ זה האיש הוא אונס גמור שמה היה לו לעשות והוא מסר להבעה"ג בטוח ובעוה"ר הוא ג"כ נשרף עם הסחורות אך נראה כיון דזה נתן געגינשיין וא"כ הוה כקיבל אחריות הדרך עד שיגיע להסוחרים א"כ הוה כקיבל אחריות של אונסין גם כן והו"ל כאלו זה הקיף לעצמו הסחורות ואח"כ הוא שולח השטרות להסוחרים ואם היה מגיע לידם הו"ל כאילו קיבל הסוחר הכללי שט"ח של הסוחרים הקטנים ופטר לזה שהקיף ממנו כנלפענ"ד. והנה בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' קע"ו דאינו רק כש"ח והש"ך

כתב שם דאפילו ש"ח לא הוה וכמו בנזקין ע"ש ולפענ"ד היה נראה דהנה לכאורה קשה לפמ"ש בשיטה מקובצת הנ"ל דש"ח אינו ראוי שיתחייב כיון שלא נהנה רק בשביל שזה נשען על שמירתו היה קרוב למזיק א"כ כאן שהתנדב לשמור אבל זה לא נשען על שמירתו א"כ ל"ש לחייבו כלל מיהו ז"א דכאן כיון שהוא שותף הרי כל מה שטרח בעסק גם הוא ירוויח בזה ובודאי הוה ש"ח עכ"פ ולפ"ז שם בנזקין דכל שתפסו נעשה ש"ח א"כ ל"ש זה נשען על שמירתו שהרי לא קיבל עליו שמירה כלל ולא יגיע לו ריווח דאינו גובה רק מגיפו ח"נ א"כ לכך לא נעשה ש"ח. והנה מ"ש הש"ך שם בשם מהר"ם אלשקר דהוה שמירה בבעלים ופטור אף כשפשע כבר הארכתי בזה בתשובה להוכיח דלא כדעת לחם רב ורדב"ז ח"ב סי' תת"מ שדעתם דכל דפשע והפסיד לעצמו נסתלק משמירה ולא מקרי שמירה בבעלים והארכתי שם וכעת אני מוסיף דהדבר מבואר בסי' סט"ו דאף דשינה או פשע א"י לחלוק אלא משלם לו הפסדו הרי דלא נתבטל השותפות וא"כ הו"ל שמירה בבעלים מיהו י"ל דשם הוה בתוך הזמן ע"ש ועסמ"ע שם ס"ק מ"ז דל"מ פועלים זל"ז ואני תמה דהדבר מבואר במהרי"ק סי' קפ"א ולא הביא ראיה מדברי הרמב"ם אלו ע"ש. והנה הסמ"ע ס"ק כ"ו כ' דאינו חייב רק הרביעית מהסך והט"ז תמה בזה ועש"ך מ"ש בזה ואני תמה דהא שומרים נעשו ערבים וא"כ נתחייב בכל האחריות דלא כהסמ"ע:

יד והנה בהא דאמרו בב"ק דף צ"ח במשנה נתן לאומנין לתקן וקלקלו דחייבין לשלם לכאורה משמע דנעשו ערבים זה לזה אף דכל אחד לא קלקל לגמרי וזה קשה אף להש"ך דס"ל דמתורת מזיק אינו חייב בעד חבירו אך אם נימא דאומן קונה בשבח כלי א"כ י"ל דקנו שניהם ונעשו שותפים וש"ש וחייבים לשלם אחד בעד חבירו דשניהם הוו ש"ש לבעה"ב. ובזה יש ליישב הא דפריך הש"ס לר"א מהמשנה דחייבים לשלם מאי לאו דיהיב להו דמי עצים והקשה אותי ביום ג' בראשית תרח"י הדיין הרב מ' חיים יוסף עלינבערג נ"י דמה קושיא הא אף דאין אומן קונה בשבח כלי עכ"פ דמי עצים חייבים לשלם כמ"ש הש"ך סי' ש"ו וא"כ לוקי הרישא דחייבין לשלם היינו דמי עצים והסיפא בשידה תיבה ומגדל היינו כדי לנעוץ בהם מסמר דחייב והיא קושיא גדולה להמעיין שם ולפמ"ש א"ש דא"כ יקשה למה יתחייבו שניהם הא אינם ערבים זה בעד זה כיון דאומן אין קונה בשבח כלי וע"כ דאומן קונה בשבח כלי ואפ"ה חייבין לשלם ובזה יש להאריך בסוגיא ואכ"מ ודו"ק ובפשיטות י"ל דמשמע ליה דחייבין לשלם היינו בעד כל השבח.

סימן קמד

א לחכם אחד.

ב אשר נסתפקת בהא דחד בתרי בטיל איך הדין אם נתערב בתרי ספק טריפות אם בטיל. הנה לכאורה לא ידעתי מקום הספק דהא גם ספק טריפות הוה טריפה וצ"ל דהספק הוא שמא יבטל ויהיה ג"כ רק ספק טריפה ונ"מ טובא לבין ספק לודאי. והנה יגעתי ומצאתי שהכנה"ג על יו"ד סי' ק"ט בהגהת הטור אות ג' כתב שכתב בתשובה דחד בתרי דבטיל הוא דוקא בודאי היתר ולא בספק איסור והשפ"ד ס"ק ו' שם כתב על זה דא"י מה בא ללמדינו דפשיטא דכלן ספק הן ע"ש ולדעתי נראה ראי' לזה מהא דאמרו בסנהדרין דהנסקלין בנשרפין וכו' נדונין בשריפה והקשו התוס' שם דף פ' ע"ב אמאי לא ניזל בתר רובא לר"ש ולהחמיר שהרי הנשרפין רובא ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דהרי קי"ל דמוסרין לו זוגא דרבנן ואם יש ממש בדבריו מחזירין אותו אפילו דו"ה פעמים וא"כ לא היה רוב נשרפין ודאי רק בספק ול"ש דלבטול ברוב דהם ג"כ ספק וכמ"ש הכנה"ג דבכה"ג ל"ש ביטול ברוב והא דפריך הש"ס מאי איריא דשריפה חמורה ת"ל דרובא נסקלין היינו דבזה שהנסקלין רוב והולכין בתר הנסקלין להקל פשיטא דלא גרע מה שהם רובא מספק עכ"פ וכעין מ"ש התוס' אבל להיפך עדיין ספק הם ומה"ט נ"ל ברור דאם הרג אחד למי שנגמר דינו למיתה או שהב"ד הרגו אותו במיתה החמורה שנהרגין עליו דאולי הי' מקום לפטור אותו ואף דעל פי הרוב סופו להרג מ"מ עדן לא נהרג ולא מקרי גברא קטילא והרי לכל הדברים דין חי יש לו כמבואר בערכין דף ז' ודף ח' דאם נודר ומעריך והזיק חייב ומזין עליו מדם חטאת ע"ש וא"כ דין חי יש לו עליו. אך י"ל דהוה עכ"פ התראת ספק כיון דעפ"י הרוב יהרג זה והב"ד פשיטא דפטורים דהוי טעו בדבר מצוה אבל עכ"פ זה נ"ל ברור דאף דנפטר גם להרוצח שהרג לזה הוא משום דהוה ספק שמא יצא להרג עכ"פ ולא ימצא זכות אבל עכ"פ ביטול ברוב ל"ש בזה. הן אמת דאני מסתפק היאך הדין דאם נמצאו זוממין אותן העדים שהעידו על שריפה בעודו חי קודם שיצאו להסקל והעדים אינם יודעים כעת להכיר את מי חייבו שריפה ולדעתי הוה דינו כמו רוצח שנתערב באחרים כשרים דכלם פטורים וה"נ כאן כיון דהנשרפין רובא וא"כ עכ"פ לא שייך רוב בזה ולהיפך אני מסתפק היאך הדין אם הוזמו אותן העדים שאמרו שחייבין סקילה ובזה כיון דהם רוב שנשרפו יש לחייב שריפה דניזיל בתר רוב וגם לפמ"ש התוס' בחולין דף י"א ליישב דלכך לא אזלינן בתר רובא כיון דעכ"פ ממ"נ חייב מיתה לענין איזה מיתה שנהרג לא אזלינן בתר רוב וא"כ כאן דלא יהרגו א"כ שוב אזלינן בתר רוב שנתחייבו שריפה כנלפענ"ד וצ"ע. ומדי דברי זכר אזכור מה שאמרתי בביאור תירוצם דכיון דממ"נ חייב מיתה לענין באיזה מיתה נהרג לא אזלינן בתר רובא והדברים סתומים ולפענ"ד נראה דכוונתם דבאמת בסנהדרין דף ס"ט הוה בעי למימר

דבד"נ לא אזלינן בתר רובא דכתיב ושפטו העדה ומסיק דאזלינן בתר רובא וצ"ל הטעם הוא ע"ד שאמרו במכות דף ז' דר"ט ור"ע אמרו אילו היינו בסנהדרין לא הי' נהרג אדם מעולם והיינו משום דהוו חשו למיעוטא ומטעם דכתיב ושפטו העדה ואנן לא קיי"ל כן כדאמר רשב"ג אף הן מרבין שופכי דמים בישראל אף דרשב"ג ג"כ חייש למיעוטא ועיין בתוס' חולין שם ד"ה לר"מ שנסתפקו בזה אי רשב"ג חייש למיעוטא וצ"ל דעכ"פ כיון דהם מרבין ש"ד בישראל אין סברא להניח הרוב בשביל זה ולפ"ז זהו כוונת התוס' שהרי התוס' בקושייתם הביאו מהך דסנהדרין דאזלינן בתר רובא והיינו משום דאל"כ מרבין ש"ד בישראל ועל זה הקשו דא"כ למה לא אזלינן בתר רובא וע"ז תירצו כיון דממ"נ חייב מיתה וא"כ שוב ל"ש החשש דמרבין ש"ד דהיינו שלא יראו מהב"ד כפירש"י דהרי נהרגין עכ"פ בקלה א"כ שוב לענין איזה מיתה נהרג לא אזלינן בתר רובא דהא כתיב ושפטו העדה וז"ב מאד

ג ובזה מיושב היטב מה דהקשה דו"ז הגאון מוהר"ץ אבד"ק הלברשטאד והקושיא מפורסמת דא"כ נערה המאורסה ב"כ בשריפה היכי משכחת לה דשמא לאו אביה היא ובת ישראל היא וא"ח שריפה ולענין איזה מיתה שתהרג לא אזלינן בתר רובא ובחידושי כתבתי הרבה בזה ולפמ"ש אתי שפיר דהרי עכ"פ כל הטעם הוא משום ושפטו העדה וזה שייך היכא שהספק אם נתחייב אותה מיתה כגון נסקלין בנשרפין שהספק שמא לא עשה אותו חטא כלל אבל כאן החטא שוה בב"כ כמו בבת ישראל רק שהמיתה היא ספק ל"ש ושפטו העדה כיון דאין כאן מקום לזכות בשביל ספק בגוף החטא רק שהספק אם ב"כ היא וזה אינו מענין וז"ב ודוק היטב. ובזה מיושב היטב מה דהקשו האחרונים בהא דאמרו שם דאם נתערב רוצח שלא נגמר דינו עם שנגמרו דינם דפטורים והא שם מהראוי ללכת בתר רוב דל"ש תירוץ התוס' ולפמ"ש אתי שפיר דשם שוב ל"ש למיזל בתר רוב בד"נ דכתיב ושפטו העדה ושם ל"ש לומר דמרבה ש"ד בישראל דאטו ידע שיתערב ולא יהיה ניכר וא"כ כל שלא נגמר דינו ולא נתחייב מיתה אסור ללכת בתר רוב בד"נ ודוק. ובגוף הדין שנסתפק הכנה"ג נראה לפענ"ד דזה תלוי במחלוקת הרשב"א והרא"ש בענין יבש ביבש דבטל ברוב דלשיטת הרא"ש היא דהאיסור נהפך להיתר מגזירת הכתוב ולכך התיר שיאכלם אדם אחד אבל לשיטת הרשב"א דאסור לאדם אחד ומטעם דבכל אחת תולין לומר דזה הוא ההיתר אבל כלם ביחד ודאי אסור כמבואר בב"י וש"ע סי' ק"ט ולפי זה לשיטת הרא"ש דבעינן שיהי' האיסור נהפך להיות היתר א"כ יש לומר דזה דוקא כשההיתר הוא היתר גמור ושייך לומר האיסור נהפך להיתר ובספק לא התירה תורה ועכ"פ מדרבנן אסור אבל לשיטת הרשב"א דלא התירה

תורה רק מטעם ספק ותלינן בכל אחת דמהרוב הוא א"כ גם בהיה ספק טריפה תלינן דכל אחת הוא מן הרוב של ספק טריפה ולא ודאי וז"ב. ובזה אני אומר מה שנסתפק הפרמ"ג בפתיחה לתערובות בשער הא' אם הוא דחד בתרי בטיל אף כשאין ההיתר ברור עד"מ ג' כזיתים כבד משלשה בהמות מהשלשה זיתים שנסתפקו בהם בסי' מ"א וא"כ יש שלשה ספיקות ושנים ודאי כשרים ואחת טריפה אבל אינו מבורר ההיתר אם בכה"ג הוה רוב להיתר ע"ש ולפמ"ש א"כ הדבר תלוי בשני השיטות האלו דאם בעינן שיהיה נהפך האיסור להיתר וכאן בודאי לא שייך זאת דאחת בודאי אסור ואף דבטל ברוב שהם היתר מ"מ אין ההיתר ברור רק מכח הספק ובכה"ג לא אזלינן בתר הרוב. וכעין זה כתב שארי בעל חוות דעת בסי' ק"א לענין חמשה שנתערבו עורות פסחיהן דאם בכל אחת לא הי' הספק בפ"ע רק שע"י התערובות נולד הספק בכה"ג שייך ביטול ברוב אבל במקום שגם אם הי' בפ"ע היה כאן הספק א"כ ל"ש ביטול ברוב דבכל אחד אסור מן התורה משום ספק שנולד עליו ול"ש רוב ע"ש בס"ק ה' ולפ"ז גם כאן כל כזית בפ"ע יש ספק אם זה מקרי כזית במקום חיותא וא"כ בכה"ג לא שייך ביטול ברוב אבל לשיטת הרשב"א אפשר דאף בכה"ג אזלינן בתר רוב ובאמת לא נהפך להיתר אבל עכ"פ יש רוב. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרשב"א ח"א בתשובותיו סי' ער"ג על מה שהקשה החכם השואל דאיך משכחת אשם תלוי בחתיכה משתי חתיכות נימא דנתבטל האיסור ברוב ההיתר ולא משכחת אלא בחתיכות שוות והשיב הרשב"א דשמא הגדולה היא של איסור ובכה"ג שייך אשם תלוי בין כשאכל הגדולה ובין שאכל הקטנה ודבריו תמוהין דע"כ קושית השואל דכל דיש לומר דהקטנה של איסור ובטל ברוב הגדולה וא"כ לא מקרי אקבע איסורא דאפשר אין כאן איסור כלל וא"כ מה השיב לו הרשב"א דחיישינן שמא הגדולה היא של איסור הא יש לומר דהקטנה של איסור ואין כאן איסור כלל וגם מ"ש הרשב"א דאף כשאכל הקטנה חייב הדבר תמוה דממנ"פ אם הגדולה היא של איסור א"כ כשאכל הקטנה של היתר אכל וע"כ דחיישת שמא הקטנה של איסור וא"כ בטל ברוב וכבר התעורר בזה הפרמ"ג בשער התערובות שם ומ"ש שם ליישב דס"ל להרשב"א דאף בקטנה ההיתר מ"מ כיון שהרוב איסור אמרינן ההיתר נהפך לאיסור ונעשה כלו איסור במחכ"ת לא נזכר דברי המלמ"ל בפ"ז ממעילה שכתב דע"כ לא שמענו רק לבטל האיסור אבל לחייב קרבן או מלקות על רוב של איסור ביבש ביבש זו לא שמענו ובגליון הרמב"ם הארכתי בראיות בזה וכ"כ מהר"א אפימנטול הובא בפרמ"ג שם סברא זו ע"ש וא"כ דברי הרשב"א תמוהין.

ד ולפמ"ש אתי שפיר דהרשב"א לשיטתי' דס"ל דאין אומרים האיסור נהפך להיות היתר וכל אחת היא בפ"ע רק דתלינן שהוא מהרוב ולפ"ז דברי הרשב"א מבוארים דלענין אשם תלוי א"כ ממנ"פ אקבע איסורא דאף דהגדולה היתר אטו נתבטל האיסור ברוב זה לא אמרינן רק דבכל אחת יש לתלות דזו מן הרוב אבל בשני חתיכות דעכ"פ יש כאן חתיכה אחת של איסור א"כ אקבע איסורא וא"כ כל מה שאכל בין גדולה ובין קטנה חייב דאם אכל הגדולה חיישינן דשמא הגדולה של איסור ואם אכל הקטנה חיישינן דשמא הקטנה של איסור ועכ"פ אקבע איסורא בכאן ורוב לא שייך בזה דלא נתבטל רק כל שיש רוב אמרינן על כל אחת בפ"ע שמא זו היא מהרוב והיינו כל שיש רוב בבירור אבל כאן דעל כל אחת יש ספק שמא זו היא האיסור חייב אשם תלוי דהרי אקבע איסור כאן וז"ב כשמש. ובאמת לשיטת הרא"ש דס"ל דאמרינן נהפך האיסור להיות היתר א"כ צ"ל דעכ"פ כשאיסור הוא רוב לא נהפך ההיתר להיות איסור דאל"כ לא שייך אשם תלוי ונעשה ודאי איסור וזה קשה ג"כ על הפרמ"ג שרצה להעמיס כן בדברי הרשב"א וזה א"א דא"כ לא שייך אשם תלוי והוה ודאי איסור ואף דזה גופא ספק שמא הרוב היתר מ"מ ממנ"פ חייב אם אכל הקטנה דאם הוא איסור הרי הוא איסור ואם הוא היתר נעשה איסור וע"כ דליתא לדברים אלו ומחוורתא כמ"ש. ובגוף קושית השואל י"ל דלשיטת התוס' דאף בס"ס שייך אשם תלוי וא"כ גם בזה שייך אשם תלוי ועלח"מ פ"ט משגגות ועכ"פ מ"ש נכון איברא דלפמ"ש צריך להבין הא דאמרו בזבחים דף ע"ח הפיגול והנותר והטמא שבללן זה בזה דפטור דא"א שלא ירבה מין א' על חבירו ויבטלנו ולפירש"י שם קשה דאיך שייך ספק דהא כל אחת בפ"ע היא איסור והספק רק על שעת העירוב ואיך שייך ביטול ברוב דעל כל פנים לא שייך איסור נהפך להיתר דבאמת גם המבטל אינו היתר ממש ואולי כיון דלענין לאו של פיגול נחשב נותר להיתר מקרי לענין זה ביטול ועיין במעילה דף י"ג גבי פיגול ונותר מצטרפין שפירש"י דאם הרוב ניתר הכל נעשה נותר וכן להיפך וזה ג"כ כשיטתו שם בזבחים וצ"ע בזה ועכ"פ מ"ש בראשונה לפשוט הספיקות ובישוב דברי הרשב"א הדברים ברורים כשמש ודו"ק. אחר זמן רב עיינתי בזה ולכאורה משמע דאף להרשב"א מן התורה ס"ל דאיסור נהפך להיות היתר רק דמדרבנן החמירו דהוה כאוכל איסור ולכך לא התיר הרשב"א רק לאכלם בזאח"ז אבל באמת המעיין ברשב"א לא ימצא כלל הלשון דהאיסור נהפך להיות היתר רק דס"ל דמה"ת ומדרבנן תלינן דכל שאוכל אף שאוכל בבת אחת מ"מ הא אינו אוכל כלו ביחד ואמרינן דכל פרוסה ופרוסה זה מההיתר ולכך אסרו מדרבנן לאוכלן אדם אחד ולא מצאתי מי שיאמר דאיסור נהפך להיתר רק שבטל ברוב רק בלשון הרא"ש וצ"ע בזה. אחר זמן רב

מצאתי בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' ק"ה שגם הוא הבין מדברי הרשב"א דל"ש האיסור נהפך להיתר רק דמתירין שמא אינו זהו ע"ש שהאריך בזה ועיין בר"מ סי' ק"ט דמשמע דגם הוא הבין כן ובאמת שלא נזכר בדברי הרשב"א כלל דהאיסור נהפך להיתר רק שבטל ברוב ואחרי רבים להטות והוא משום דעל כל אחד אמרינן דמהרוב הוא ודו"ק. ולכאורה רציתי לומר כיון דיש כאן שתי חתיכות ונקבע כאן איסור והיתר ל"ש רוב דקבוע כמחצה על מחצה דמי דבשלמא בלח בלח שייך לומר דכל שנתערב לא אקבע האיסור דנתבטל במציאות אבל ביבש ביבש דאקבע איסורא וזה כל ענין דחייב אשם תלוי וא"כ בין שאכל הגדולה או הקטנה חייב אשם תלוי דעכ"פ כל שלא אכלם הרי אקבע איסורא ועיין בתוס' מנחות דף כ"ג שכתבו בהדיא דנבלה אינה בטלה בשחיטה והו"ל קבוע מכ"ש כאן דאין כאן רוב ברור דשמא הקביעות איסור תורה וכל תורף אשם תלוי אף אם נימא דקבוע שאינו ניכר ל"מ כשיטת הב"ח מ"מ כאן דיש ספק שמא זה הקבוע היא גדולה בכה"ג ודאי מביא אשם תלוי. ובזה יש ליישב דברי התוס' בנדה דף ט"ו ע"א ד"ה לא במ"ש דמיירי כשראשון לא אכל כל החתיכה והדבר תמוה דא"כ מ"ט דפליגו עלי' וכ"כ בזה במק"א בשם שו"ת מ"ב. ולפמ"ש אתי שפיר די"ל דפליגי בטעם אי אשם תלוי חייב משום דאקבע איסורא או דאפשר לברר האיסור ודו"ק כי קצרתי. והנה במ"ש למעלה לישב הקושיא של דו"ז הגאון מוהר"ץ אבד"ק הלברשטאט בענין בת כהן שזינתה דהיא בשריפה דהא ממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא.

ה נראה לפענ"ד כעת בדרך אחר דהנה כל הטעם דלא אזלינן בתר רובא ממיתה למיתה נראה לפענ"ד דכבר כתבתי למעלה דבאמת הש"ס נסתפק בסנהדרין דף ס"ט אי אזלינן בתר רובא בד"נ ומשום ושפטו העדה והצילו העדה וא"כ ניהו דמסקינן דאזלינן בתר רובא היינו משום דצריך לעשות משפט בעוברי עבירה וכדאמרו אף הם מרבין שופכי דמים בישראל ולפ"ז כיון דעכ"פ הרשעים כשיווסרו אף במיתה הקלה עכ"פ לא יוסיפו לעשות עוד ודי ברשעה קלה דלענין זה שייך שפיר ושפטו העדה והצילו העדה דעכ"פ יתקיים מצות התורה ועונשה אם לא יפול מקרה התערובות ולפ"ז בבת כהן שזינתה דהתורה אפקה מכלל בת ישראל ארוסה שתהיה בשריפה אלמא דהתורה רצתה שבת כהן יהיה העונש בחומר מיתה בשריפה שלא יוסיפו עוד וכן גזרה חכמת התורה ולפ"ז אם כל בת כהן תהיה בה הספק שמא בת ישראל א"כ לא יתקיים מצות התורה כלל ובכה"ג אזלינן בתר רובא וז"ב. ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב לשון ששנו חכמים במשנה בסנהדרין דף ע"ט הנסקלין בנשרפין ר"ש אומר נידונים בסקילה שהשריפה חמורה א"ל ר"ש אילו לא היתה שריפה חמורה לא ניתנה לבת כהן שזינתה והכוונה לפענ"ד שבאמת

שם נתערב נסקלין בנשרפין והקשו בתוס' דניזיל בתר רובא וע"ז כתבו דממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא ולפ"ז שפיר נתן ר"ש טעם דאם השריפה היתה קלה מסקילה א"כ שפיר היה קשה דאמאי ניזיל בתר רובא ולא נימא דבת ישראל היא דהרי ממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא דשייך ושפטו העדה ולא שייך לומר דא"כ לא תתקיים עונש של התורה דהרי אדרבא סקילה חמורה ותתקיים מצות התורה ביתר שאת וע"כ דשריפה חמורה וא"כ לא יתקיים עונש התורה וגדרה. ובזה מיושב היטב קושית קול הרמ"ז שהקשה דלמה לקמן גבי הנחנקין לא אמר ר"ש טעמו שהסייף חמיר לשיטתו וגם הגאון מהרי"פ הובא בהגהות מהר"ם שיף במשניות דפוס פראג הקשה דאמאי בריש ארבע מיתות לא פירש ר"ש טעמו שלא יקשה קושית הגאון מהר"ץ האלברשטאט ז"ל ודו"ק היטב

י ובזה ישבתי לנכון הא דאמרו בסנהדרין דף נ' ע"ב מרגלא בפומי' דר"י וכו' טעמא מאי משום דלרבנן סקילה חמורה ולר"ש שריפה חמורה נ"מ דמי שנתחייב שתי מיתות נדון בחמורה. והנה בראשית ההשקפה תמהתי מאד דאכתי מה קמ"ל ר"י הא משנה היא בסנהדרין דף פ"א מי שנתחייב שתי מיתות נדון בחמורה וראיתי במהרש"א מ"ש בזה ואכתי לא מיתרץ קושיא זו כמו שיראה המעיין ומצאתי בחמרא וחיי להכנה"ג בסנהדרין שהרגיש בזה ונדחק בתירוצו. ולפמ"ש אתי שפיר דקמ"ל טובא דה"א דממיתה למיתה לא ניזיל בתר רובא וניחוש דלמא לאו אביה הוא והיא אינה בת כהנת וע"ז קמ"ל דאזלינן בתר רובא וזה לא קמ"ל מהמשנה דשם ל"ש זאת ודו"ק.

יא ובגוף קושית הגאון מהלברשטאט כמדומה לי שכתבתי דהטעם דלא אזלינן בתר רובא ממיתה למיתה משום דלענין זה ל"מ התראה דכבר כתב הפ"י דהא דצריך התראה הוא משום דהרי הרשב"א כתב דלגבי עצמו אדם נאמן על עצמו יותר מעדים והרוב והחזקה וא"כ לא משכחת שיהרג אדם אם לא ניזיל בתר רוב ולכך כל שהתרו בו וקיבל התראה שוב לא יוכל לטעון בתר רוב ע"ש בפ"י בכתובות דף כ"ב ובק"א ולפ"ז כאן דממיתה למיתה ל"ש קבלת התראה דע"ז לא קיבל התראה ויוכל לטעון דהוא מהמיעוט ולפ"ז בבת כהן דע"ז קבלה התראה ואמרה דבת כהנת היא וחייבת שריפה א"כ אף ממיתה למיתה אזלינן בתר רובא א"כ אתי שפיר קושית הגאון הנ"ל ובזה מיושב גם כאן ע"פ הדרך הנ"ל. שוב ראיתי בספר בני אהובה להגאון בעל או"ת בתשובה האחרונה שם שכתב סברא זו מעצמו דיכול האדם לטעון שאני מן המיעוט והאריך בזה ובאמת לפמ"ש הפ"י א"ש דבודאי באיסורין יכול לטעון ברי כמ"ש הרשב"א רק דשם כיון שקבל התראה א"י לטעון נגד החזקה והרוב. ובזה נסתר כל דבריו גם מ"ש שם להקשות בסנהדרין

דף ס"ט דיליף דבד"נ אזלינן בתר רוב ולמה לא יליף מהא דלמדו חז"ל בחולין דף י"א גם תירוצו נעלם ממנו שכבר הקדימו בחידושי הר"ן בסנהדרין בקושיא ופירוקא ע"ש. ובזה אמרתי ע"ד הפלפול ליישב דברי רבינו בפ"א מא"ב הלכה כ' שכתב מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו עפ"י החזקה וכו' ראיה לדבר מה שאמרה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו אלא בחזקה כך שאר קרובים בחזקה ותמה הב"ש סי' י"ט דהא בש"ס דילן בחולין דף י"א למדו מזה דאזלינן בתר רובא ולמה שבק ש"ס דילן והביא הירושלמי פרק עשרה יוחסין שלמד מזה דאזלינן בתר חזקה גם הבני אהובה שם נדחק בזה. ולפענ"ד נראה דהנה באמת בירושלמי לא הביא הדין רק מכה אביו ואמו כמו בש"ס דילן והרמב"ם הוסיף מקלל אביו ואין דרכו בזה. אך נראה דהרמב"ם באמת סמך על הש"ס דילן דאזלינן בתר רוב רק דרבינו רוח אחרת אתו דהנה אם קלל והכה אה אביו והנה קללה בסקילה ומכה הוא בחנק ולפ"ז נתחייב שתי מיתות ונדון בחמורה כמ"ש רבינו בפי"ד מסנהדרין הלכה ד' וא"כ מי שקלל והכה נדון בסקילה ואף לר"מ דס"ל נדון בזיקה ראשונה עכ"פ באם קלל בתחלה בודאי בסקילה ובזה יקשה דלמא לאו אביו הוא ועכ"פ מהראוי להיות נדון בחנק דלענין ממיתה למיתה לא אזלינן בתר רובא וע"כ כתב דעכ"פ הוחזק לאביו ואזלינן בתר רובא וא"ל דשאני הכא דאם לא אזלינן בתר רובא שוב לא נתחייב כלל דז"א דלענין החנק שנתחייב מחמת מכה באמת אזלינן בתר רובא ועל כל פנים נהרוג אותו ומה לנו למיזל בתר רובא לענין זה לסקלו וע"כ דאזלינן בתר רובא שהוא אביו ובפרט לפמ"ש למעלה בטעם הדבר דלא אזלינן בתר רובא דכל שנתקיים כוונת התורה סגי ולא יהי' עוברי עבירה בישראל ודוק כי הוא ע"ד הפלפול. והנה בתה"א הובא בטור וב"י ביו"ד סי' פ"א כתב לענין גבינות שגבנו אותה מבהמה ידועה ואח"כ נשחטה הבהמה ואפילו גבן מששים בהמות ונמצאת אחת טריפה שאין חלב אותה בהמה בטלה בתוך השאר אם ידוע שהיתה טריפה ביום שחלבו ממנה וע"ז נשאל הרשב"א דלמה לא מועיל ששים כמו בכל האיסורים ונדחק ע"ש בב"י ולפענ"ד הי' נראה דבר חדש עפ"י מה שאמרתי זה רבות בשנים בטעם דהיתר בהיתר לא בטל כגון צמר ופשתים בדבר דל"ש טעם ואמרתי בזה דהנה באמת דעת המרדכי דכל שבא לעולם בתערובות ל"ש ביטול ואף דלענין יין שזב בגיגית בשבת דעת המרדכי דבטיל כתבו האחרונים ובראשם הכו"פ סי' ק"ב דכל שההיתר ניכר בפ"ע קודם האיסור שייך ביטול ולפ"ז בהיתר בהיתר כמו צמר ופשתים דל"ש דהיתר ניכר בפ"ע דגם זה היתר כמוהו ואימתי נאסר כשנתחבר ביחד מקרי בא לעולם בתערובות ולא בטל ולפ"ז נראה לפענ"ד בהך בהמה שנמצאת טריפה דקודם שחיטה לא שייך ביטול דהא כל

הבהמות הם ספק טריפה רק שאזלינן בתר חזקה דאתיא מכח רובא וגם זו הבהמה טרם שנתגלה בהתי' דטריפה היא הי' לה חזקה דאתיא מכח רובא רק שעכשיו בעת השחיטה נתגלה שהיא טריפה א"כ אז שכבר נתערב החלב א"כ מקרי בא לעולם בתערובות דא"ל דניכר ההיתר קודם דז"א דהא אותו היתר שהי' לכל הבהמות הי' גם לאותה בהמה וא"כ ל"ש ביטול דביטול בספק טריפה ל"ש וכמ"ש השכנה"ג והח"ד וביארתי לעיל וכל אחת היתה מותרת ואימתי נאסרה בעת שהיתה כבר בתערובות וע"ז ל"ש ביטול. הן אמת דלפמ"ש הנוב"י במהד"ת דלענין ששים לא אמר המרדכי דדוקא ברוב שייך לומר דכל שבא בתערובות לא הוה דומיא דסנהדרין אבל בששים דהביטול הוא משום דליתא לאיסורא במציאות גם בבא לעולם בתערובות בטל ואם כן גם כאן עכ"פ בששים בטל. אמנם כבר הבאתי בתשובה שדו"ז הגאון ביו"ד סי' י"ד כתב דגם בישול בששים לענין הכמות של איסור צריך לבא מכח רוב ע"ש ולפ"ז י"ל דברי הטור שכתב דל"מ ששים והרשב"א כתב דמועיל ותמה הב"י דאיך אפשר שלא יועיל ששים ולפמ"ש א"ש דנחלקו בזה אם בבא לעולם בתערובות אי שייך ביטול בששים וכמ"ש ודוק

ח והנה הרא"ש כתב בפ"ק דחולין והובא בב"י שם לענין חזקה שלא נתבררה דלפי מה דמסקינן דאזלינן בתר רובא כל הבהמות בחזקת כשרות הן ורובא עדיף מחזקה וצ"ב דאכתי מה תירץ על קושית התוס' מפרה דלמא משום דהיא חזקה וצ"ל דחזקה שלא נתבררה לא הוה חזקה א"כ מנ"ל לומר דחזקה דאתיא מכח רובא עדיף ואזלינן בתרה אף שלא נתבררה והנראה דבאמת צ"ב קושית התוס' דמה קושיא דניזיל בתר חזקה והא להס"ד דלא אזלינן בתר רובא אף כי בתר חזקה וצ"ל דרובא וחזקה ביחד ודאי אזלינן וכ"כ האחרונים ולפי זה שפיר כתב הרא"ש כיון דהוה חזקה שלא נתבררה א"כ מצד חזקה ל"ש בזה רק מכח חזקה דאתיא מכח רובא והרי להס"ד לא אזלינן בתר רוב אבל לפי המסקנא מועיל מכח חזקה דאתיא מכח רובא ועד"מ מה שמחלק בין רוב מצויין אצל שחיטה דלא אזלינן בתר חזקה וכתב דשם יש כנגדו רוב בני אדם שאינם מומחין ולפענ"ד הסברא כיון דהוה חזקה שלא נתבררה רק דאתיא מכח רובא וכל שיש רוב אחר שאינם מומחין א"כ אוקי רובא להדי רובא והחזקה שוב לא נתבררה ודוק והנה לפמ"ש למעלה במחלוקת הרא"ש והרשב"א בטעם דיבש ביבש בטל ברוב הבא נבא לתמוה על הש"ך ביו"ד סי' צ"ט ס"ק כ"א במ"ש דיבש ביבש מהראוי להיות בטל כל שנודע והיא מב"מ ע"ש והיא תימה גדולה דל"מ לשיטת הרשב"א דההיתר היא דכל אחת תלינן שהוא מהרוב של היתר א"כ כל שנתוסף איסור א"כ כל דל"ש לתלות שהוא מהרוב של היתר מה מועיל הביטול אלא אף לדעת הרא"ש דהאיסור נהפך להיות היתר

מ"מ כאן כל שנוסף איסור הו"ל כהוכר האיסור דלא נתבטל ומהתימה על הש"ך שהביא דברי הרא"ש פג"ה ולא הרגיש בסוף דבריו שכתב בהדיא טעם זה דאף שנתבטל כל שנתערב וניתוסף איסור הו"ל כניכר האיסור ולא בטל וז"ב ופשוט ועיין בשו"ת פ"י ס"ח באו"ח. והנה אחר כמה שנים כשלמדתי עם תלמידיי הלכות תערובות והגעתי לסי' ק"ט כה הראני אחד מהתלמידים דבפרמ"ג בשפ"ד ריש סימן ק"ט כתב דגם להרשב"א מה"ת בטל ברוב ומותר לאכול בב"א רק מדרבנן החמירו וכפי הנראה משום דגם הרשב"א ס"ל דמה"ת אמרינן נהפך האיסור להיות היתר רק מדרבנן החמירו בזה וכן אמר שלשון הרשב"א מורה ע"ז שכתב כיון שנתבטל ברוב ד"ת ואין כאן איסור של תורה כשאוכל אחד אני אומר זהו של היתר ומשמע דמה"ת א"צ לתלות דזה של היתר רק דנהפך להיות היתר ולפענ"ד אין מדברי הרשב"א ראיה דבאמת מה שתולין על כל אחד שהיא היתר לכאורה צ"ב דהא ספק היא שמא היא איסור וספיקא דאורייתא מה"ת להחמיר וע"כ כיון דאמרה התורה אחרי רבים להטות אם כן התירה התורה אותו ספק ואזלינן בתר רובא לכך צריך שיתבטל ברוב והיינו דכל שיש רוב שפיר תלינן להקל דזהו היתר ואם לא הי' נתערב ברוב לא היו מקילין בזה ודוק. ובזה נראה לפענ"ד דצדקו דברי הב"ח סימן ק"ט שם והש"ך סקי"ד שם דחה דבריו ולפמ"ש להרשב"א לא אמרינן דחוזר ונאסר רק דכל ההיתר הוא דתלינן בהרוב וכל שמבשלם ונו"ט א"כ ממילא האיסור במקומו כמו שהי' ולפי זה שוב אין נ"מ דאף בלא נודע תלינן דבאותה קדירה שרוצה לאכול כעת הוא מהרוב של היתר בא לכאן וז"ב לפענ"ד ובאמת שלפענ"ד הרשב"א והרא"ש מחולקין אם רוב הוה ודאי או ספק רק שאותו ספק התורה התירה כנלפענ"ד אבל בכ"ז צ"ע הדברים דפשטת הלשון משמע דהרשב"א גם הוא ס"ל דמה"ת נהפך האיסור להיות היתר רק מדרבנן אסור וצ"ע. ומצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל באו"ח סי' תנ"ג שגם הוא הבין דהרשב"א מחולק עם הרא"ש כמ"ש ודוק. ומן האמור למעלה יש לדון במה שהאריך המהרי"ק דרוב משני טעמים מקרי רוב ובספרי יד שאול הארכתי ולפמ"ש י"ל דבר חדש דל"ש כלל רוב דבעינן אחרי רבים להטות וכל שהסנהדרין לא אמרו מטעם אחד לא מקרי רוב ואף דהש"ך בחו"מ סי' כ"ה סקי"ט לא כ"כ באמת לפמ"ש הכנה"ג דבעינן רוב ברור וכאן כל אחד מהרוב מכחיש חבירו ולא מטעמי' ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' ג' וביד שאול סי' רמ"ב בפסק אי"ה.

סימן קמה

א לחכם אחד.

ב מה שהארכת בענין מיגו נגד עדים פסולים אי אמרינן הנה כבר דשו בזה האחרונים ולמען כבודך ולמען למודך אמרתי להעתיק לך מ"ש בזה לפענ"ד להביא ראיה דלא אמרינן מיגו במקום עדים פסולים וכמ"ש הרא"ש דהנה התוס' ביבמות דף קי"ט ע"א הקשו בד"ה אמאי דלמה לא תהא נאמנת באומרת ניתן לי בן במדה"י ומת בעלי ואח"כ מת בני במגו שהיתה אומרת שעדיין בנה קיים ואז היה הרוב דמתעברות ויולדות וכתבו דמיירי דאיכא עדים שמתו שניהם דהשתא א"י לומר דעדיין בני קיים ודבריהם תמוהים דאם כן אי חזקה שהי' לה בן ואין כאן פה שאסר פה שהתיר ואמאי נאמנת באומרת מת בני טפי מאומרת מת בעלי ואח"כ בני וכבר התעורר בזה המהרש"א והניח בקושיא והאחרונים תמהו דאדרבא הדין ראוי להיות להיפך דביש עדים שמתו שניהם א"כ באומרת מת בעלי ואח"כ בני מהראוי להאמינה שהרי העדים ידעו עכ"פ שהי' לה בן משא"כ להיפך במת בני ולפמ"ש א"ש דבאמת אין כאן עדים כשרים רק פסולים וא"כ לא נתחזקה עפ"י עדים רק שהתוס' כתבו דמיגו אין לה דעכ"פ יש כאן עדים פסולים ול"ש מיגו וא"כ מכאן ראיה ברורה דלא אמרינן מיגו במקום עדים פסולים.

ג איברא דגוף קושית התוס' צ"ב דאיך שייך לומר דנאמנת במיגו הא כיון דיצאתה בחזקת שעתידה להתייבם ובאה ואמרה ניתן לי בן ומת בעלי ואח"כ בנה היאך שייך להאמינה במיגו הא הו"ל מיגו להוציא עצמה מחזקת יבום שהיתה עומדת להתייבם ואולי כיון דהרוב מסייע דמתעברות ויולדות שוב אמרינן מיגו להוציא. ובלא"ה הא בברי ושמא אמרינן מיגו להוציא כמ"ש הר"ש מקינון והובא בש"ך בכללי המיגו אות ט"ו ועיין מרדכי פ' שלישי דב"מ סי' רפ"ב וא"כ הא הוא וחבריא ואנן מסופקין פשיטא דאמרינן מיגו להוציא ועיין בכתובות דף י"ג ע"ב בתוס' ד"ה השבתנו שכתבו דיראה לומר לא נבעלתי לפי שאין אפטרופוס לעריות ולכך לא חשוב מיגו ע"ש ובשיטה מקובצת בשם כמה קדמונים דלא נחשב למיגו כל דאין אפטרופוס לעריות א"כ לא חשוב מיגו הרי דאף דשם אין כאן עדים כשרים שיעידו שנבעלה בכ"ז לא חשוב מיגו דאין אדם חציף להכחיש דבר אף שאין כאן עדים כשרים ודו"ק.

ד ובזה נראה לפענ"ד הא דכתב התומים בכללי מיגו להביא ראיה מהא דתנן בעדיות פ"ח גבי תינוקת שמצאוה באשקלון ורחקוה בני משפחתה ואמרו חכמים אם אתם מאמינים לעדים שהורהנה תאמינו שלא נטמאה ע"ש ופירש הראב"ד ז"ל דאיירי בעדים פסולים וע"ז הקשה דאיך ס"ד דנאמין לפסולים וע"כ משום דיש לה מיגו שלא הורהנה והו"ל מיגו להכחיש פסולים דאל"כ למה רחקוה בני משפחתה. ולפמ"ש לא שייך כאן מיגו דכל שמודית שהורהנה ויש עדים שהורהנה שוב אין אפטרופוס לעריות ולכך האמינו לעדים

דעכ"פ הורהנה ושוב אין אפטרופוס לעריות ועיין בכתובות דף כ"ז ע"א שהובא המשנה דעדיות הלז ומ"ש הקדמונים שם ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד דגם מיגו במקום ע"א לא אמרינן אף במקום דע"א לא מהימן כגון במקום חזקה וכדומה דהרי עדים פסולים מאה כחד חשיבי ואפ"ה אינם נאמנים במיגו דמ"מ יש עדים להיפך אינו רוצה לטעון וה"ה נגד ע"א ולא גרע ממיגו נגד קול דדעת הפוסקים דל"מ וה"ה בזה. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה יש ליישב ולהדר פני זקיני גאון הגאונים מוה' העשיל זצ"ל במעשה שהביא הט"ז אהע"ז סי' קנ"ו באשה שבאתה ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני רק שהיה שם ע"א בבית ההוא וע"ז כתב הגאון מוהר"ה דאינה נאמנת האשה במיגו דאי בעיא שתקה ממיתת הבן כדאמרו ביבמות דף צ"ד משום דיראה שמא העד יאמר להיפך שמת הבן תחלה וע"ז כתב הט"ז שם דנאמנת במיגו דאינה יראה מע"א דהא העד אינו נאמן להעיד כיון שכבר אתחזקה בעוד בעלה חי בבן וא"כ היתה בחזקת היתר ואין העד נאמן להוציא הדבר מחזקתו והאריך בזה ע"ש. והנה לפי שיטתו הי' לו להקשות דאפילו שלא במקום חזקה ע"א בהכחשה לאו כלום הוא כמבואר בקידושין דף ס"ה ובהכחשת בעל דבר אינו נאמן וא"כ איך שייך שיראה מע"א ועיין ביו"ד סי' קכ"ז ובש"ך שם שהאריך בזה. ולפמ"ש א"ש דברי זקני הגאון מוהר"ה ז"ל דניהו דלא היה נאמן מכל מקום מיגו לא שייך בזה דיראה לשתוק דאז לא הי' עד בהכחשה דהיא לא הגידה דבר מבנה וא"כ אח"כ כשתכחיש שמת בנה אח"כ תחצוף נגד העד ולא תהיה נאמנות דהרי בתחלה לא אמרה כלל ממיתת הבן וכפי הנראה היתה רצונה להתיר בשביל בנה החי ואח"כ תאמר שמת וא"כ ע"כ שמוכרחת להגיד שמת בנה אח"כ ובזה ל"ש מיגו משום דיראה מהעד דאף דע"א אינו נאמן להוציא מחזקה היינו באמת אינו נאמן אבל מיגו לא שייך בזה דמ"מ לא תחציף נגד העד ולכך מוכרחת לומר כן. אמנם אחר העיון נראה דבלא"ה ל"ש דע"א אינו נאמן להוציא מחזקת היתר דזה ל"ש בנ"ד דאם נימא דהאשה אינה נאמנת שוב כשמעיד העד שמת הבן בעת ההוא לא הוציאה מחזקתה דהא עודנה בחזקת אשת איש דעדיין לא העיד על מיתת בעלה ול"מ לדעת הסוברים דמחזיקין מאיסור לאיסור דודאי כאן עודנה בחזקת א"א אלא אף להסוברים דלא מחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ זה להחזיקה בחזקת איסור השני אמרינן כל דנפקע הראשון לא מחזיקין באיסור השני אבל כאן אדרבא עודנה בחזקת א"א שבא עליה ראשונה א"כ פשיטא דנאמן להעיד שמת בנה ואח"כ אף שמעיד שמת בעלה אח"כ והוציאה מחזקת אשת איש לא בשביל זה נפקע עדותו הראשונה שמת בנה דבעת ההיא שפיר מחזיקין מאיסור לאיסור מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק דאז לא הי' נפקע האיסור א"א וא"כ שפיר נאמן העד להעיד שמת

בנה וכל שכבר האמינוהו לא נפקע אח"כ עדותו דכל שהאמינה תורה לע"א הרי הוא כשנים וא"ל דכיון דהאשה העידה שמת בעלה ואח"כ מת בנה ניהו דעל מיתת בנה אינה נאמנת דאין לה מיגו מ"מ כבר נפקע חזקת א"א וא"כ אין ע"א יכול להוציא מחזקת היתר שלה דעכ"פ חזקת א"א נפקע דז"א דכיון דעכ"פ אינה נאמנת להוציא עצמה מחזקת היבם וחיישינן שמא מת בנה קודם שוב העד נאמן וגם כשם דע"א בהכחשה לא מהימן ה"ה דבע"ד אינו נאמן נגד העד שיהיה העד מקרי כמוציא מחזקת היתר ועיין בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד דבתחלה רצה לפרש דע"א נאמן ואף לפי מה שהאריך אח"כ דע"א בהכחשה לאו כלום הוא היינו שהעד אינו נאמן אבל מ"מ אין העד כמוציא דבר מחזקתו וא"כ פשיטא שהעד עכ"פ נאמן בעדותו לומר שמת הבן תחלה וא"כ שוב כבר נאמן העד בעדותו ותו לא נפקע. ובלא"ה נראה כיון שהי' הרג רב ונודע שנהרגו האב והבן רק שלא נודע מי קודם אבל עכ"פ איתרע חזקת היתירא והוה כעין מ"ש התוס' דספק קרוב לה אתרע החזקה וה"ה בזה דעכ"פ איתרע חזקת היתר לשוק ואף דגם חזקת א"א אתרע אבל עכ"פ בחזקת יבם תוכל להיות מספק ועיין בחידושי רשב"א ביבמות דף ל"א דדוקא אם לא צריך לשום מעשה אז לא מחזיקין מאיסור לאיסור ואמרינן דהאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ממילא כשימות בעלה והרי מת וקברו עמו משא"כ כשצריך לעשות מעשה עליך להביא ראיה שנתחדש כאן מעשה המתירו והנה כאן שלא הי' מת כדרך כל הארץ ואין כאן מת וקברו עמו א"כ כל שאתה רוצה להוציאו מחזקתו אתה צריך לומר שנתחדש מעשה שהרגו אותו וא"כ שוב תוכל לומר שהבן נהרג תחלה ועליך להביא ראיה שההיתר נתהווה דאפשר להיפך שהאיסור נתהווה תחלה ואף שיש לפקפק בזה אבל הדברים נראין כן וע"כ דברי זקני הגאון מוהר"ה נכונים. אבל אחר העיון נראה לפענ"ד דגוף דברי אא"ז מהר"ה ז"ל שחידש דיראה לומר נגד העד לא נהירא ואף לפי מה שהטעמתי דהוה מיגו במקום ע"א וכמו בעדים פסולים דכיון דעיקר הטעם דלא מחציף נגד העד א"כ זה דוקא כל שכעת אינה מחצפת נגד העד אבל כאן אדרבא כעת ממנ"פ אם אמת כדבריה שמת בעלה תחלה ואח"כ מת בנה א"כ פשיטא דיש לה מיגו דמן הסתם לא יכחישה העד וגם אם יכחישה תכחישו כיון דהאמת אתה ואם האמת כדברי העד הרי מעיזה כעת יותר שאמרה שמת בנה אח"כ וא"כ שפיר יש לה מיגו שלא תאמר כלל במיתת בנה דאז אם יבא העד עכ"פ לא תתכחש במאמרה שהרי גם העד מעיד ממיתת בעלה רק שלפי דבריה היה נשמע שבנה חי ואינו כן אבל עכ"פ לא העיזה פניה לדבר שקר מוחלט כזה וא"כ שוב יש לה מיגו ונאמנת. שוב ראיתי בט"ז שם שיש שרצו להביא ראיה מהא דע"א נאמן לומר מת בנך ואח"כ מת בעלך להתירה ליבם וע"ז כתב דלא דמי

דשם אין כאן שום אדם זולת העד ושפיר מהימן העד משא"כ כאן. ובאמת שלכאורה היה מקום לראייתם דעכ"פ העד נאמן להביאה לרשות היבם אף שע"א אינו נאמן במקום חזקה והרי היתה בחזקת היתר לשוק בתחלה אבל לפמ"ש אתי שפיר דאין ראיה דכיון דבעת שהעיד על הבן היתה עודנה בחזקת א"א ואין איש זולתו שוב לא הוציאה עוד מחזקת היתירה משא"כ כאן שפיר יש לומר דכל שהיא כבר אמרה שמת בעלה וכבר הותרה א"כ שוב אין העד נאמן להוציאה מחזקתה וכבר כתבתי שמ"מ דברי זקני נכונים דכל דהיא אין לה מיגו שוב העד נאמן כמו שנאמן להוציא מחזקת היתר לשוק במעיד שמת בנה ואח"כ מת בעלה ועיין בב"ש סי' ק"ג שכתב דיש ראיה להגאון מהר"ה מזה וכ"כ בסי' קנ"ח ס"ק ב' והשיג הרב המגיה בט"ז דהט"ז בעצמו דחה ראיה זו ולפמ"ש שכוון הד"ש למ"ש אין דחיית הט"ז דחויה וחוזר ונראה וגם מ"ש הט"ז שיש רוצים לחלק דכאן סוף האדם למות והוה חזקה העשויה להשתנות וע"ז האריך הט"ז דל"ח שמא מת ע"ש הנה סותר דברי עצמו שכתב ביו"ד סי' שצ"ז דכל שכבר מת שוב ל"ש לאוקמא על חזקת חי שהיה חי עד השתא דכל דכבר מת שוב אין לו חזקת חי דסופו למות ע"ש וא"כ גם כאן אין מגרע החזקה במה שאומר שבנו מת מקודם דכל שכבר מת עכ"פ גם לפי דבריה א"כ ל"ש חזקת חי. ולבר הארכתי בזה בתשובה בדברת הט"ז הלז ושמה ביארתי זאת באורך. אבל לפ"ז נראה לפענ"ד דשוב י"ל דצדקו דברי הט"ז דא"כ מהראוי להאמינה במיגו דלא היתה מזכיר כלל ממיתת בעלה ולא שייך לומר דיראה מהגדת העד שלא יאמר שמת בנה דז"א דשוב לא יהיה נאמן דמחזיקין אותו בחזקת קיים דכל שלא נודע שמת אינו נאמן כלל דבשלמא כשהיא אומרת ג"כ שמת א"כ כעת יצא מחזקה ב"כ וב"כ ושוב נאמן העד להוציאו מחזקת קיים מקודם משא"כ בזה וא"כ שוב יש לה מיגו דאי בעי שתקה ונאמנת ודוק היטב. ובלא"ה לפענ"ד נראה דכאן לא שייך זאת דסוף האדם למות דא"כ גם להיפך גם להבעל אין לו חזקה וגם זה דוקא במיתה טבעית א"כ סוף האדם למות אבל כאן שנפלו בחרב ל"ש שסוף האדם למות ויש כאן חזקת חיים טובה ובריאה ודו"ק ובזה יש לומר דמה דנאמן העד במת בנך ואח"כ בעלך הוא משום שכעת היא ג"כ עוד בחזקת א"א ונאמן ולפ"ז י"ל דבמת יבמך אינו נאמן העד להוציאה מחזקת יבם דבזה אדרבא מחזיקין מאיסור לאיסור שהיתה מתחלה בחזקת א"א ועמדה בחזקת שאח"כ תהיה בחזקת יבם וז"ב ודו"ק ויש להאריך בזה בדברי התוספות והרא"ש ביבמות דף צ"ד במה שהאריך הגאון מוהר"ה והגאון הט"ז ולא נפניתי כעת. והנה עוד אחת אזכור מה דנ"ל במה שהאריכו בט"ז שם בהא דאמרו ותחלוץ ממנ"פ ומשני א"כ נמצא אתה מצריך כרוז לכהונה ובאמת צ"ב הכי בשביל זה נעגנה. ולפענ"ד הכוונה ע"ד

שאמרו בב"מ דף ק"י דאף דקרקע בחזקת בעליה קיימא ה"מ במלתא דלא עביד לאגלויי אבל במלתא דעביד לגלויי אטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן ולפ"ז גם כאן כיון דעביד לאגלויי א"כ כל שתתגלה שא"צ חליצה אמרינן דנשבוק הדבר כאשר הוא ולא נטריח בי דינא תרי זימני. ובזה נראה מה שנסתפק רבינו ירוחם והובא בב"י סי' ק"ג אם מועיל אם תדיר שלא תנשא לכהונה. ולפמ"ש משום זילותא דבי דינא קאתינן עלה דיהי' לעז עליהם כעין שאמרו בכתובות דף כ"ו אנן אחתינן ואנן אסקינן ליה ועיין בחו"מ סי' שי"ז ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד מה שנחלקו בט"ז שם בהך עובדא אם תחלוץ אם נחוש לשמא יתוודע דתפסל לכהונה ולפמ"ש הרי הרא"ש כתב בסי' שי"ז שם דאם מתו העדים באופן דלא תוכל להגלות בודאי ל"ש לחוש לטירחא דב"ד והנה גם שם שלא הי' רק האשה והעד ולא יתברר לעולם מי מת ראשון פשיטא דתוכל לחלוץ ולא שייך החשש ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד לתמוה על מ"ש באור זרוע דאם היבם צריך לילך למדה"י ואין כאן עדים המכירים אותו יחלצו אעפ"י שאין מכירין ואח"כ תחזור אחר עדים המכירין והב"ש בס"ק ל"ה בפירוש סדר חליצה סכ"א שם בהג"ה הביאו והקשה דא"כ לא הי' לנו לכתוב שטר חליצה עד שמכירין וכתב דשעת הדחק שאני ע"ש אבל באמת יש לתמוה דניחוש שמא לא יתברר שזה הוא היבם או שיתברר להיפך ואתה מצריכה כרוז לכהונה ולפמ"ש בפירושו היינו דחיישינן ללעז הב"ד שילעיזו עליהם שעשו שלא כדין וע"כ נלפענ"ד כיון דמלתא דעבידי לגלויי היא ובודאי לא ישקר אותו שאינו יבמה לחלוץ לה ומה"ט סמכינן על זה אף ברוב או אשה וקטן וא"כ מסתמא אמרינן שבודאי יתגלה הדבר ולכך מותר לחלוץ

ה ובזה יש ליישב קושית הב"ש דלכך מותר לכתוב שטר חליצה כל מי שיראה אף שאין מכירין אותה דאמרינן מסתמא הכירו אותה כיון דדבר ניקל הוא להכירו אף על ידי אשה וקטן ואף אם אולי לא הכירהו ונתנו לה חליצה מסתמא יכירוהו אחרים דלכך מותרין לחלוץ קודם שיכירו ודוק היטב. ומן האמור נראה לי במעשה שאירע בק"ק טארניפאל שבא גט ממקום רחוק מאושטאנטינא שבא הגט והי' שם כמה ספיקות בגט ורק מפני שהי' הגט זמן נושן וחשו שלא יתקרע ברבות הימים וכתב הרב הגאון מוהרש"ק נ"י שיתנו הגט ואח"כ יעיינו בספיקות. ולפמ"ש י"ל אולי יתברר שהגט אינו כשר ויהי' כמה מכשולות עי"ז שמי יחפש אחר האשה הזאת ולהגיד לה שאסורה ואח"כ תשמע כל שכבר התירו אותה ע"י גט וגם אתה מצריכה כרוז לכהונה דשמא אין הגט גט דאם לא ימות הבעל ששלח לה הגט א"כ אתה מצריכה כרוז לכהונה וא"ל דריח הגט הוה דז"א דהא לא נתנו לה רק באופן שיתברר שהגט כשר וגם אם הוה ריח הגט למה יפסלוה

לכהונה מוטב שיחקרו מיד אם הגט כשר ועוד הארכתי בהך דאמרו נתקע ואח"כ נדון והבאתי דברי הרדב"ז בתשובה סי' י"ט והרמב"ח בר"ה שם ובנוב"י מהד"ת ואכ"מ כעת. ודרך אגב אומר דכיון דמיגו במקום עדים לא אמרינן בין אם הטענה שטוען כעת הוא נגד עדים או הטענה שהי' יכול לטעון הוא נגד העדים ועיין בכנה"ג סי' פ"ב בכללי המיגו ובתומים שם אות י"ט ולפ"ז ממילא מיגו נגד הקול ודאי לא אמרינן. ולא ידעתי למה הוצרכו לחפש כ"כ והביאו מהך דרבה ב"ש לקוחה לא מצית אמרת דנפיק עלי' קלא ומכ"ש באם הטענה שטוען הוא נגד הקול דודאי אינו טענה והתומים ס"ק ל"ו מפקפק ע"ז ולפענ"ד הוא ש"ס ערוך דהרי אמרו ר"פ האשה שנתארמלה אי כל הנישאת בתולה יש לה קול הני סהדי שקרי נינהו הרי דעדים אינם נאמנים נגד הקול כ"ש דמיגו נגד הקול לא אמרינן וצ"ע ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' בעובדא דידיה הי' נגד קול וכתב הרב הגאון בעהמ"ח זכרון יוסף דמיגו במקום קול לא אמרינן וכתב הנוב"י דאין מקום לזה והנה מלבד דבחו"מ סי' ק"נ מבואר הדין אף גם לפענ"ד ראיה ברורה מהך דכתובות וצע"ג אמנם בשיטה מקובצת בכתובות שם כתב דאף דעדים עדיפי מקלא ויכולים לבטל קלא כדאמרו סוף גיטין ובכמה דוכתי היינו קלא דיש לומר אויבים אפקיה לקלא וכדומה אבל כאן קול דמצד הדין מהראוי שיהי' קול עדיף מעדים וגם דזה הקול מסייע לעדים וא"כ הי' לו להיות קול ע"ש ולפ"ז במקום דעדים נגד הקול ודאי דעדים עדיפי ולפ"ז גם מיגו במקום קיל י"ל דמיגו עדיפא דמיגו הוה כמו עדים ודוק היטב. והנה בשנת תרי"א בקיץ פ' אמור זכיתי לחזור עוד על ענינים אלו והוספתי דברים במ"ש למעלה לדחות דברי הט"ז שכתב דע"א אינו נאמן נגד חזקה וכעת אוסיף דהנה כבר נודע מ"ש בשו"ת מיימוני הלכות אישות סי' ג' דהא דע"א אינו נאמן נגד החזקה היא כשגם לפי דברי העד הי' החזקה הראשונה אבל אם לפי דברי העד לא התחיל כאן החזקה נאמן הע"א ע"ש ומעתה נראה לפענ"ד דכל הענין דהיתה בחזקת היתר לשוק הוא רק כשימות בעלה ובאמת מהראוי לומר דמחזיקין מאיסור לאיסור ועיין בתוס' ובח"ר ביבמות ל"א דבכאן לא אמרינן מחזיקין מאיסור לאיסור ובחידושי הוספתי בזה דברים דדוקא כל שכבר חלף ועבר החזקה הראשונה אבל בעוד שלא חלף החזקה ראשונה עדן מחזיקין מאיסור לאיסור והבאתי דברי הראב"ד בפ"ו מק"פ שכתב דדוקא בירד ביום השלישי הוא דטמא אבל בירד ביום השביעי לא דשמשא ממילא ערבא ועיין שו"ת מהרי"ט סי' פ"ב ובתשובה הארכתי בסתירת דבריו ולפ"ז הדבר נכון כיון דהעד מעיד שמת בנה ואח"כ בעלה א"כ לפי דבריו טרם שנסתלק חזקת א"א שלה מבעלה כבר מת בנה וא"כ לפי דבריו לא הי' כאן עוד חזקת היתר לשוק דחזקת היתר הוא רק לאחר שימות בעלה

וז"ב. ובלא"ה נראה דאף דהעד לא יהי' נאמן מ"מ כשיטעון שמת בנה ואח"כ בעלה שוב לא תהיה נאמנת לומר מת בעלה דכל הטעם דנאמנת הוא משום דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת בסופה א"כ כאן שבאמת מת בעלה כי גם העד מעיד כן ושוב ל"ש דייקא דאמרינן דבאמת מת בעלה רק שגם הבן מת והאמת כדברי העד וא"כ באמת לא נחמיר בסופה והרי היא יודעת שלא הי' שם רק היא והעד וא"כ לא יתגלה הדבר ואדרבא אם לא תטעון שמת בנה רק מת בעלה בלבד א"כ דלמא היא חשבה שבנה חי ושוב בודאי לא שייך שוב דייקא דהא היא חושבת שבנה חי וא"כ דלמא העד אומר אמת דבנה מת תחלה ושוב לא שייך דייקא וניהו דגם העד לא מהימן אבל עכ"פ היא בודאי לא נאמנת ועיין בתוס' ביבמות דף צ"ג ד"ה עד דבאמת ל"ש כלל דייקא ביבמה שמותרת לחזור רק שחושבת שמא תחלוץ ותנשא לשוק וכאן ל"ש זאת שהיא חושבת שהבן חי או שמת אחר בעלה וכל דל"ש דייקא אינה נאמנת

ו והנה בגוף האיבעיא דע"א ביבמה אם נאמן נראה לפענ"ד דסברת הש"ס היא כך דהנה הט"ז באהע"ז סי' י"ז חידש דלכך חשו בע"א בקטטה שמא שכרה העד וכ' הט"ז דגם למ"ד משום מלתא דעל"ג צריך גם לטעם דדייקא ומינסבא ולפ"ז הא בגיטין דף ס"ז אמרו דכל שאינו רק דיבורא בלבד שייך החשש שמא תשכור עדים דדיבורא מקרי ואמרי וכיון דדיבור שלא נעשה מעשה על ידו מקרי דיבור בעלמא א"כ כאן דע"י עדותו לא תנשא עד דדייקא ומנסבא א"כ אינו רק דיבור בלבד שוב חיישינן שמא תשכור עד ודפח"ח ע"ש.

ז ולפ"ז צ"ב היאך שייך להאמין לכל עד משום מלתא דעל"ג והיינו בצירוף דייקא ומנסבא וכמ"ש הט"ז הא אדרבא ע"י דייקא שוב הוה רק דיבורא בלבד ומקרי ואמר. והנראה בזה דע"כ לא שייך דיבורא מקרי ואמר רק היכא דלא הוה מלתא דעל"ג אבל מלתא דעל"ג ירא שמא יאחז ויתבדה וא"כ שוב לא מקרי ואמר דיבור זה ושוב נאמן בצירוף דדייקא ומנסבא וכל שתחקור אח"ז יתגלה שקרו וזה שחידש הרמב"ם בע"א בקטטה שמא תשכרנו ושוב לא תחקור ולא תגיד ולא חייש למלתא דעל"ג כי כשלא תדע שמת לא תגלה הדבר וכשיתוודע לה שמת שוב לא על פיו תנשא. ומעתה זה שמבעיא ליה אי טעמא דע"א משום מלתא דעל"ג והיינו שירא העד לומר אף דיבור לבד שמא יאחז ויתבדה כי האשה דייקא ומנסבא או דלמא טעמא דע"א משום דייקא ומנסבא וא"כ אף שע"א יש לחוש שמא שקר הוא דובר מ"מ היא בעצמה דייקא ומנסבא ובודאי לא תנשא כל שמשקר העד ובאמת חי הוא וא"כ ביבמה דשייך שמא רחמא לי' שוב חיישינן דהעד משקר דלא ידע דרחמא לי' וסומך על דייקא שלה והיא לא תדוק ומיושב קושית התוס' שהקשו דהא מוכח שם דע"א הוא רק מתורת דייקא ומנסבא ולפמ"ש באמת הנאמנות

מכח דייקא רק דהספק אם אנחנו מאמינים לעד או דלמא דבאמת אין העד נאמן דדיבורא מקרי ואמר ורק על דיוק שלה אנו סומכין ולא על העד. שוב ראיתי בחידושי רשב"א ביבמות דף צ"ד שהקשה ג"כ קושיית התוס' דמה בעי לי' ביבמה דעלמא היא גופה מהימנא לומר שמת בעלה ואח"כ מת בנה וכתב דשם לא נתברר לן דמת בנה וא"כ יש לה מיגו דאי בעיא שתקה מבן והוה נאמנת דמוקמינן הבן בחזקת שהוא קיים אבל באם ע"א מעיד שמת הבן ואח"כ הבעל איכא למימר דלא דייקא דכל שמתו שניהם שוב רחמא לי' ליבם ולא דייקא אי מת הבן תחלה ע"ש והוא הדבר אשר דברתי דבין מת הבן תחלה או הבעל לא סמכינן אדיוקא שלה כיון דחושבת שלא תבא לידי חומר בסוף עכ"פ ודו"ק. ולענין מיגו במקום עדים פסולים שכתבתי למעלה הלא מראש עיין מח"א הלכות א"ב פח"י הי"ז בתשובתו להרב מו"ה משה כהן ז"ל מה שהאריך בדברי הרא"ש אלו וצ"ע

ח והנה בשנת תרי"ז הקשה אותי המופלג מו"ה יוסף שורשטיין בהא דאמרו כתובות דף כ"ג דהניחו לשבויהון בברא והקשו הקדמונים דלמה הניחו אותם בחוץ והא יש להם מיגו והקשה הוא דהא הוה מיגו במקום עדים פסולים דלא אמרינן ולכך הניחו מבחוץ. ואמרתי בזה דאכתי קשה דשם הוה הפה שאסר ולכך הניחו מבחוץ וגם דבהפה שאסר דעדיף ממיגו אפשר דאף נגד עדים פסולים שייך הפה שאסר אמנם נראה דכל הטעם דמיגו במקום עדים פסולים הוא מפני דהוה כמו מיגו במקום קול ולפ"ז זהו בעדים פסולים ישראלים שהם בגדר עדות אבל עכו"ם שאינם בגדר עדות כלל אמרינן מיגו דאינם עדים כלל ודו"ק. והנה בשנת תרח"י א' חיי למדתי הלכות עדות ובסי' כ"ח הביא הב"י בשם הרא"ש והמרדכי דהחרם אינו חל על קרובים ורק שעל ידם מחמיצין את הדין ולכך יש לומר דהחרם חל עליהם ונתקשיתי בזה דהא אם נימא דמיגו במקום עדים פסולים לא אמרינן א"כ יש תועלת גדול בעדותם לענין שלא יהיו לזה מגו וגם ק"ל דא"כ למה אינו חל שבועת עדות על קרובים הא יש תועלת בעדות לחייב ממון היכא דלא יהיה לו מיגו ויגעתי ומצאתי בתומים בכללי המיגו אות חי ומצאתי שהקשה כן ומכח זה נדחק בכוונת הרא"ש יעו"ש ולפענ"ד רציתי לומר דבר חדש דלענין שבועת העדות לפמ"ש הרמב"ם לענין משביע עדי קנס דפטורים משום דאינם מחוייבים רק בצירוף זה שלא הודה שאילו הודה הי' מודה ומפטר וא"כ ה"ה כאן ניהו דמיגו ל"ל די"ל דלא ניחא לי' לטעון אבל אם היה טוען ודאי היה מפטר וא"כ לא חייבוהו ממון במה שכבשו עדותם שלא בא מחמת עדותם רק בצירוף שלא טען כן. אך בפשיטות יש לומר לפמ"ש בתוס' ישנים בכריתות דצריך העד לכוין להיות עד ע"ש בדף י"ב ואף שהפוסקים נראה דלא ס"ל כן ובתשובה ביארתי הדברים אמנם זה במי שכשר להעיד אבל קרובים ופסולים שאינם

כשרים להעיד אף שהכשירום מ"מ לא שייך קרבן עדות כדאמרו בירושלמי סנהדרין פ"ק הלכה יו"ד ובשבועות וכ"כ הרמב"ן והר"ן הובא בתומים סי' כ"ח ס"ק ב' והיינו דהם עכ"פ לא נתכוונו להעיד ולפ"ז ניהו דלא אמרינן מיגו דהוא מתיירא לשקר במקום עדים אבל הם אינם בגדר עדות שלא נתכוונו להעיד ול"ש ק"ש ואין תועלת בעדותם וגם אין החרם חל עליהם. והנה דרך אגב ארשום מ"ש בתשובה ביום ב' בשלח תרכ"א לתלמידי החריף מו"ה יעקב יוסף ווילער במה שהקשה על דברת התוס' שהבאתי הלא מראש במה שהקשו דלמה במת בעלה ואח"כ מת בנה לא תהיה נאמנת במיגו שהיתה יכולה לומר בני עודני קיים והרוב מסייע וע"ז הקשה דלמה לא הקשו מרישא דלמה במת בנה ואח"כ בעלה נאמנת במיגו והא היה נגד הרוב דרוב מתעברות ויולדות. והנה לכאורה רציתי לומר דשם בהפה שאסר הוא הפה שהתיר וזה נאמנת יותר דהפה שאסר עדיף ממיגו ואף במקום עדים נאמנת כמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ב ועיין ש"ך סי' ק"ח בחו"מ וא"כ מכ"ש דנאמנת נגד הרוב וז"ב. ובזה מיושב קושית הרשב"א ביבמות קי"ח דלמה תהיה נאמנת במת בנה ואח"כ מת בעלה והא בהלכה היא וצרתה למדה"י חיישינן שמא ילדה צרתה מטעם דיש רוב דמתעברות וגם כאן ניחוש שמא נתעברה וגם הב"ש סי' קמ"ו ס"ק י"ז הקשה כן. ולפמ"ש י"ל דהפה שאסר עדיף טפי מרוב מיהו גם בצרתה יש לומר כן. אך העיקר נראה לי דלפמ"ש התוס' ביבמות דף ל"ז דבשהתה כמה שנים ולא ילדה ל"ש לומר דרוב מתעברות ודוקא בצרתה חיישינן להכי ע"ש א"כ במת בנה לא שייך כלל הרוב ומיושב קושית הרשב"א והב"ש הנ"ל ובזה מיושב גם קושייתו בהא דאמרו דף קי"ח דחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת ופירש"י דמרישא וסיפא דייק הש"ס וע"ז הקשה דמסיפא אין לדייק דכל דיצאת בחזקת היתר ליבם דהוא נגד הרוב א"כ אף בלא דבריה היא ספק ושפיר חיישינן. ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא שייך כלל הרוב וכמ"ש התוס' ודו"ק. איברא דגוף דברי התוס' ביבמות דף ל"ז ד"ה וזו שכתבו דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא נתעברו דנימא דרוב מתעברות ויולדות דבהלכה היא וצרתה הוא דאמרינן כן והדבר צ"ב דהרי סוף סוף אמרו כן ומ"ש התם מהכא ובספר ערוך לנר נדחק בזה. אך לפענ"ד נראה דהנה באמת יש ריעותא מה דלא ילדה ואתרע לה רובא. אך זה כשאנו דנין על אותה אשה אמרינן כיון דאיתרע רובה לא שייך הרוב וחיישינן אבל כשאנו דנין נגד אשה אחרת כמו התם דאנו דנין נגד האשה הלז שמא ילדה צרתה ולגבי אחרת ל"ש דאתרע לה רובא ואמרינן כיון דרוב נשים מתעברות וזו הגם שיש ריעותא שלא ילדה מ"מ יוכל להיות דתלד א"כ שפיר חוששין לגבי אחרת והרי גדולה מזו מצינו דחזקתה של זו לא מועיל לגבי אחרת וכמ"ש הרמב"ן

ועב"ש סי' ל"ה ועיין ח"ץ סי' מ"ד א"כ מכ"ש כאן וז"ש דשם לגבי צרתה היא דאמרינן הכי ובזה כל דבריו מקויימים ודו"ק היטב.

ט והנה במ"ש דלכך לא הקשו מרישא משום דלגבי דידה ל"ש הרוב דכבר אתרע ולפ"ז צ"ב מה הקשו מסיפא אך ז"א דבסיפא שהיא מחזקת עצמה מן הרוב אף שאתרע יכולה לומר שהוא מן הרוב וגדולה מזו כתבו התוס' דף כ"ז בב"ק דאף לרב דס"ל דהולכין בממון אחר הרוב מ"מ נאמן לטעון שהוא מן המיעוט מכ"ש כשטוענת שהיא מן הרוב דודאי נאמנת ודו"ק:

סימן קמו

א בענין קידושין ע"י שליח ועשה שליח אחר.

ב במ"ש הב"ש סי' ל"ז ס"ק י"ג דמעשה שלו בעצמו בודאי ניחא ליה ובאמת שהוא נראה מצד הסברא דמעשה שלו ניחא ליה יותר ממעשה השליח וכן נראה מהמשנה דאם שלו קדמו אבל קשיא לי טובא מהא דאמרו בפסחים דף צ"ח ע"ב חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והלך ומצא ושחט והם לקחו ושחטו אם שלו נשחט ראשון אף שלקיחתן הי' קודם שחיטתו של ראשון אפ"ה אוכלין עמו וכן דייק המרדכי בהדיא ר"פ השולח סי' שס"ז בשם תשובת רש"י ע"ש ואמאי לא נימא דמעשה שלו בעצמו בודאי ניחא ליה ועיין בחידושי מהרי"ט על הרי"ף בקידושין ריש פ' האומר שדייק ג"כ מהמשנה דפסחים דכ"ז שאפשר לחול השליחות אין מעשה מבטל השליחות כ"ז שאפשר לחול.

ג ולפמ"ש שם דמעשה הקידושין חשוב מעשה טפי אפשר ליישב אבל לא דמי דשם אתתא לבי תרי לא חזיא וא"כ אם קבלה קידושין א"א לקידושי השליח לחול אבל כאן דיכול להיות שיקדש שנים כמ"ש הב"ש שם וא"כ אין ראיה ממשנה דקידושין דשם מיירי מקידש בתו ואפשר דגם בב"ש מיירי בקידושי בתו אבל אכתי צ"ע דהב"ש סתם לה וכתב דמעשה שלו בעצמו ודאי ניחא ליה וזה בודאי ליתא וגם בקידושין דף ע"ט דאמרו דצריכא דסד"א דהוא לא אכפת ליה ופירש"י דהא דלא בטלי' לשליחות והא דקדים וקדשה דסבר דלמא לא משכחי קמ"ל דאפ"ה בטלה הרי דעכ"פ אין סברא לומר להיפך דמעשה שלו בעצמו בודאי ניחא ליה טפי (ובפירוש מבואר דאם של שלוחה קדמו קידושיו קידושין) ומצאתי בשו"ת מהרי"ק סי' ע"ו שהאריך שם בענין מוהל שכבדו ע"י שליח לשני בני אדם אם בטל השני לקמא ע"ש שאינו מחלק כלל דהוא בעצמו בודאי מינח ניחא ליה וביטל השליחות השני את הראשון ע"ש ובאמת לפי חילוקו של הרב מוהררי"ט שם והחילוק השני שחילק הרב השואל מו"ה מתתי' שם הי'

מקום לחלק גם כאן וליישב קושית הב"ש כאן דשאני גירושין דא"א שתקבל שני גיטין משא"כ בקידושין דיכול לקדש שתים אבל כבר דחה המהרי"ק שם שני החלוקים היטב מהמרדכי הנ"ל דמביא ראיה מפסח לגט וע"כ דליתא לחלוקים הנ"ל וא"כ גם דברי הב"ש תמוהים וכמ"ש. ולכאורה רציתי ליישב דשאני התם בהך דפסח דלכך לא מבטל לקיחתן לשחיטתו משום דשם א"א למנות רק על פסח אחד והו"ל כמקדש אשה ידועה שכתב הב"ש דבכה"ג לא בטל השליחות וה"ה שם דא"ל לבקש האבוד אבל לפ"ז יקשה בסיפא דא"ל אם אחרת שחטו עלי דשם לא עשה שלוחים על דבר ידוע וע"כ נראה לפענ"ד דהעיקר כחילוק המהרי"ט דס"ל שא"א לחול המעשה של השליח הראשון אז אמרינן דבטלו ולכך הלקיחה לא מבטל דיכולין לחזור ולמנות עד שישחוט וא"כ דברי הב"ש צ"ע ובחידושי לפסחים דף צ"ח ע"ב הארכתי ליישב קושית המהרי"ט הנ"ל וביארתי שם ליישב קושית המהרש"א ואכ"מ ועיין בחו"מ סי' קכ"ג ס"ג באם הרשה לאחד וחזר והרשה לאחר דאין להשיב רק לשני וע"ש בסמ"ע וש"ך ולפמ"ש כאן יש לפלפל שם וצ"ע כי לא נפניתי כעת. ודרך אגב אזכור מה שהראני אחד מהמשכילים דברי הפ"י בריש פרק האומר בקידושין גבי מ"ש לא קדשה את עצמה וחזרה בה ופירש"י בין בפני שליח או שלא בפניו וזה דלא כשיטת התוס' שם וכתב הפ"י דמיירי שחזרה בו מהשליחות לא מגוף הקידושין וע"כ סבר ר"ל דמקודשת כיון דגלית דעתה שרצונה להתקדש הו"ל כארצויי ארצי קמי' דאמרו בדף מ"ה דהוה קידושין ע"ש וע"ז תמה דש"ה שכל שגלי דעתיה אף שאין עושה אותו שליח בפירוש אמרינן דמועיל מטעם זכייה דהוה כשליחות אבל כאן שאין רצונה כלל בהשליחות שלו איך יועיל בזה. ובאמת שיפה תמה אבל לפענ"ד נראה לפי מה שחידש הקצה"ח סי' ק"ה דזכייה לאו מתורת שליחות ולא מתורת אנן סהדי אלא דגזירת הכתוב שיהא הזוכה לאחר מהני כדיליף מאיש זוכה ע"ש א"כ אפשר שכל שגלתה דעתה שרצונה באותו ענין אף שאין רצונה בשליחותו כל שהלך וקדשה ונגמר ענין זה יכול לזכות אף בלי שליחות כלל אף שמחתה בהשליחות ודו"ק היטב. והנה מדי שוטטו עיני בהסוגיא שם ראיתי בפ"י שם שהקשה בהא דאמרו שם בסוגיא איתבי' ר"י לר"ל דאם ביטל עד שלא תרם אין תרומתו תרומה וע"ז כתב הפ"י דמשמע דלר"י דמדמה תרומה לקידושין א"כ אם אומר תרומה זו לאחר שלשים יום יכול לחזור בו תוך שלשים דאין שם תרומה עליו עד לאחר שלשים ואכתי לא מקרי מעשה אלא דיבור בעלמא וע"ז הקשה דהא בנדרים דף כ"ט אמרינן דאף לר"י דאמר הכא דחוזרת אפ"ה באמר הר"ז עולה לאחר שלשים יום א"י לחזור בו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומשמע דה"ה לתרומה וכמ"ש הרא"ש דילפינן מקרא דמוצא שפתיך

תשמור והאי קרא בתרומה נמי מיירי כמבואר בפ"ק דר"ה וכ"כ התוס' ביבמות דף צ"ג בהדיא דבתרומה שייך ג"כ אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ולכך לא בעי מעכשיו ולפ"ז מדלא אמרינן אמירה לגבוה לענין דיבור של השליחות ויכול לבטל ע"כ דלא דמי לאומר תרומה לאחר שלשים יום וא"כ מה מקשה ר"י לר"ל וע"ש דמחלק בין מברר חלק גבוה אף דאמר שיהיה לאחר שלשים יום שייך אמירה לגבוה אבל באומר לשליח צא תרום עד ל' לא בירר חלק גבוה ע"ש וזה דחוק.

ד ואני אומר דבאמת לפענ"ד אין התחלה לדבריו דהרי הר"ן בנדרים כתב דכל מה שאמרו שם בסוגיא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוא דוקא לבר פדא דס"ל דקדושת דמים לא פקע בכדי אבל אם נימא דקדושת דמים פקע בכדי וכדס"ל לרבא ואביי א"כ אפשר לומר דהברייתא כפשטא וא"כ ממילא יש לומר דאמירה לגבוה לא הוה כמסירה להדיוט דהיינו כמעכשיו רק כמסירה גרידא בלא מעכשיו ולא חל הקדושה מעכשיו והאומר עולה לאחר שלשים יכול לחזור בו תוך שלשים ובזה נחלקו בירושלמי ע"ש שכתב כן בשם הרשב"א ועיינתי ברשב"א שם ומצאתי שהאריך הרבה בזה ע"ש ולפ"ז א"כ מכ"ש בתרומה לאחר שלשים דל"ש אמירה לגבוה למ"ד דקדושת דמים פקע בכדי וכ"כ הרמב"ם פט"ו ממעה"ק דקדושת דמים פקע בכדי ע"ש אמנם לפ"ז עדיין יקשה דמה פריך ר"י לר"ל ולא פריך על נפשיה דהא גם לר"י קשה למה יוכל לבטל השליחות בתרומה והא שייך אמירה לגבוה בזה ולפ"ז עדיין יקשה דהא במעכשיו ודאי חל וא"כ באומר לשליחו צא ותרום אפשר דעדיף ושייך אמירה לגבוה וצ"ל דהש"ס דילן לשיטתו דשם אמרו דבעולה לאחר שלשים יום דחייל וא"כ ס"ל אמירה לגבוה אף בלאחר שלשים ה"ה באומר לשליחו צא ותרום וע"כ דס"ל לש"ס לחלק בין עושה שליח לתרום לאומר צא ותרום לאחר שלשים יום כמ"ש הפ"י ושפיר פריך ר"י לר"ל דוקא דלדידיה דבכ"מ לא אתי דיבור ומבטל דיבור מכ"ש בתרומה וכמ"ש הפ"י. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם בפ"ד מתרומות שהעתיק הדין דהמשנה והביא אוקימתא דירושלמי כגון שאומר צא ותרום מן הדרום והוא תרם מן הצפון ותמה הראב"ד דשייך זה לר"ל אבל לר"י בלא"ה אתי דיבור ומבטל דיבור ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש לחלק בין תרומה דשייך אמירה לגבוה לקידושין רק דבש"ס דילן לא אזלינן כן וכנ"ל אבל הרמב"ם דפסק דקדושת דמים פקע בכדי א"כ שוב אין קושית הש"ס דוקא על ר"ל דגם על ר"י קשה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דהש"ס משני כגון שקדם בעה"ב ותרם והרמב"ם העתיק האוקימתא דירושלמי ונדחק המהר"י קורקוס הובא בכ"מ שם ועפ"י שם מ"ש בזה.

ה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הש"ס דמקשה על ר"ל שפיר משני דאם קדם בעה"ב ותרם דאם עשה מעשה ומוציא בודאי מידי דיבור אבל אם נימא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט א"כ אף שבעה"ב תרם אין מעשה מוציא מידי מעשה דאמירה לגבוה הוה כמסירה ממש והרי אף שאלה אינו מועיל וע"כ דאמירה לגבוה אלים ממסירה להדיוט וא"כ גם מעשה אינו מוציא ואף דמעשה מוציא מיד מעשה היינו בהדיוט אבל קדושת גבוה אלים טפי והרי לכך אינו מועיל שאלה ואף דבאמירה לגבוה מועיל שאלה כבר כתב הש"ך סי' רנ"ה בטעם הדבר שכן אמרה תורה לא יחל דברו הוא אינו מיחל אבל אחרים מוחלין לו משא"כ כל שלא שאל ל"מ חזרה עד שעושה מעשה שא"י להוציא מידי אמירתו לגבוה ולכך הוצרך לאוקמא כששינה בהשליחות שאז אמירתו לגבוה בטל שלא כך אמר ודו"ק היטב

ו שוב ראיתי ברמב"ם פ"ו מערכין ה"ט שכתב באומר שור זה הקדש לאחר שלשים ושחטו בתוך שלשים הר"ז מותר בהנאה הקדישו למזבח קדוש אבל אם אמר הרי זה הקדש לאחר שלשים יום מעכשיו אם שחטו בתוך שלשים אסור בהנאה ואף דהכ"מ לא כתב מקורו המעיין בירושלמי פ"ק דקידושין וריש האומר ובחידושי הרשב"א בנדרים שם ימצא מקורו ועכ"פ מבואר בהדיא דהוא ס"ל דהקדש לאחר שלשים יום יכול לחזור בו תוך שלשים. ומצאתי במחנה אפרים הלכות צדקה סי' ד' שהאריך בדין הלז אם מקדיש לאחר שלשים יום אם יכול לחזור בו והביא דברי הרשב"א והר"ן הלז והביא שמדברי הרמב"ם פכ"ב ממכירה משמע דמחוייב לקיים מצד נדרו ע"ש. ובאמת נעלם מעיניו דברי הרמב"ם פ"ו מערכין הנ"ל ובאמת שאין ראיה דאף שמחוייב לקיים מצד נדרו מ"מ אם עבר ושחטו מותר דלא חל קדושה על השור אך נראה לפענ"ד דלענין אם אמר לשלוחו לתרום אם רוצה לחזור בו ל"ש לומר דמחוייב לקיים מצד נדרו דהא אינו חוזר מגוף הקדישו רק משליחותו וא"כ ע"ז ל"ש תורת נדר וז"ב לפענ"ד ודו"ק. ועיין בחידושי רשב"א שכתב דגם באומר סלע זו לצדקה אחר שלשים אם נימא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט א"י לחזור בו ע"ש ועיין ביו"ד סי' רנ"ח. והנה בגוף הדבר אי שייך אמירה לגבוה בתרומה לכאורה היה נראה דל"ש דבאמת כל ענין דהוה כמסירה הוא משום דכיון דשייך לגבוה הו"ל כמו דאיתא בבי גזא דרחמנא א"כ זה שייך בהקדש דלגבוה סלקי אבל בתרומה דשייך לכהנים ניהו דהתרומה קדושת תרומה עליה אבל לא שייך דכל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא הוא דהא ממון כהן הוא ואוכלה הוא וב"ב ויליד ביתו ומצאתי בשיטה מקובצת בכתובות דף ל' שכתב סברא זו גבי מדאגבהה קניה דל"ש לומר כל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא הוא דהכהנים הם בעליו וכל

שהגביהה לגזלה יצא מרשות הכהנים ושייך קנין הגבהה ע"ש והרי גדולה מזו לענין קדושת בדק הבית נחלקו בחולין דף קל"ט אי שייך כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ע"ש מכ"ש בכהנים לענין תרומה ועיין בשו"ת הרמ"ע מפאנו סימן ס"ב ובכוונת התוס' שכתבו ביבמות שם דשייך אמירה לגבוה גבי תרומה היה נראה לפענ"ד דשם לראב"י קיימינן דיכול להקנות דבר שלבל"ע ורק שכל שלא הקנה מעכשיו כלתה קנינו א"כ שפיר כתבו דלענין תרומה דאם נימא דהכהן לא קנה עדן התרומה ורק שקדושת תרומה תופסת עלי' שיהי' חלות קדושה על זה שפיר חל אף דלא אמר מעכשיו דלענין זה שתחול הקדושה ע"ז שיהיה תרומה שפיר שייך אמירה לגבוה ולא שתהיה תרומת הכהן רק שקדושת תרומה חל עליו וגם נראה דבאמירה ל"ש לומר דכלתה קנינו דכל דאמר א"כ עכ"פ גלה דעתו שרצונו שתהיה תרומה שפיר מועיל אף דלא אמר מעכשיו דבשלמא כשצריך קנין שפיר שייך לומר דכלתה קניינו משא"כ היכא שסגי באמירה בעלמא ל"ש דכלתה אמירתו וז"ב לפענ"ד. ולפ"ז זהו שם אבל כאן דאמר לשלוחו צא ותרום א"כ מה שייך כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא דקדושת התרומה עדן לא חלה ורק השליחות גופא לתרום ול"ש לומר ע"ז דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וגם ל"ש לומר דעכ"פ גלה דעתו דהרי בתרומה לא מועיל ניחותא דבעה"ב רק שיהיה שלוחו ממש ואף באמר לשלוחו צא ותרום והלך אחר ותרם לא מועיל כמבואר בחולין דף י"ב ורק שליחות בעינן ול"ש בזה אמירה לגבוה ודו"ק היטב כי לפענ"ד ברור הוא וגם לא ידעתי מה רווחא להקדש אם הוא בעצמו יתרום או שלוחו וכל שמבטל השליחות ורוצה הוא לתרום בעצמו ל"ש אמירה לגבוה דאין רווחא להקדש ובכה"ג ל"ש אמירה לגבוה וכמבואר בתוס' קידושין דף כ"ט ובש"ע יו"ד סי' רנ"ח ודברי התוס' ביבמות דכתבו דשייך אמירה לגבוה היינו לענין זה דיהיה כמעכשיו ול"ש דכלתה קנינו וכמ"ש ודוק היטב. אחר זמן רב מצאתי בסי' רכ"ח ביו"ד שכתב בבדק הבית בסוף הסימן ממש הביא בשם הרשב"א שנסתפק בבריא המקדיש לאחר שלשים יום אם יכול לחזור בו תוך שלשים והנה חפשתי ברשב"א ולא מצאתי ואני תמה דהדבר מבואר ברמב"ם פ"ו מערכין ה"ט וגם בחידושי רשב"א בסוגיא דבר פדא הנ"ל מבואר דיכול לחזור וצ"ע ואחר כמה שנים בשנת תרט"ו ב' חיי יגעתי ומצאתי תשובה זו להרשב"א שמביא הב"י היא בח"ג סי' קמ"ב אשר חסר יביאנו המעתיק בראשיתה שם מבואר כל דברי הב"י שמביא משמו ובאריכות וטעות שם בציון וצ"ל קכ"ב וכפי הנראה ע"ז התשובה רמז בח"א סי' תש"ד שמביא הב"י שם:

סימן קמז

א בהיותינו לומדים יחד אני וגיסי הרב הגאון וכו' מוהרמ"ז נ"י שיעורין תמידין כסדרן בהגיענו בטור אהע"ז סי' ל"ח שם כתב הב"י בריש הסימן וז"ל והרא"ש בפרק מי שאחזו כתב שצריך שיהיה תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר ואין כן דעת הרמב"ם שכתב בפ"ח מגירושין הרי"ז גיטך ע"מ שהנייר שלי הרי"ז גט ותתן עכ"ל וע"ז שאלני גיסי הרב נ"י דמה ראיה משם דשם הוה בע"מ ובע"מ לא בעי משפטי התנאים לשיטת הרמב"ם ולכך לא אכפת לן במה דהוה תנאי ומעשה בדבר אחד. והנה הראיתי לו דהגאון ש"ב בעל דג"מ הרגיש בזה כמ"ש הב"ש בס"ק ד' דמהרא"ש והר"ן משמע דלהני פוסקים דס"ל דבע"מ לא בעי משפטי התנאים ה"ה תנאי ומעשה בד"א לא בעי. הרי מבואר בהדיא דלא כב"י ע"ש שנדחק ליישב ובאמת שכדברי הב"ש משמע בהדיא ברא"ש פרק מי שאחזו שהרי כתב דלשיטת הגאונים דס"ל דע"מ לא בעי משפטי התנאים הם מפרשים דלפי מה דמסיק ר"א בגיטין שם דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי היינו לא דהתנאי בטל רק דהתנאי קיים משום דכל האומר ע"מ והרי שם הוה תנאי ומעשה בד"א ואפ"ה התנאי קיים הרי מבואר כדברי הב"ש ויגדל התימה על הב"י אבל באמת הדבר צ"ב דלפי מה דמסיק ר"א דע"מ כאומר מעכשיו שוב לא הוה תנאי ומעשה בד"א דהרי התנאי אינו סותר למעשה כמ"ש התוס' שם לענין אתרוג וא"כ שוב אין מקום להוכחת הב"ש דס"ל להרא"ש דלהרמב"ם לא בעי תנאי ומעשה בד"א בע"מ. אבל באמת הדבר נכון דהרי הרא"ש ס"ל דאף דאינו סותר להמעשה אפ"ה צריך שיהיה התנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר וכמ"ש פרק יש נוחלין לענין אתרוג ובפרק מי שאחזו שם ועיין ב"ש ס"ק ג' שהאריך בזה ולפ"ז שוב מוכח דלהרמב"ם לא בעי בע"מ שום דבר מהתנאי ולפ"ז צדקו דברי הב"י דבאמת כל הטעם דבע"מ לא בעי משפטי התנאים כתב הרא"ש שם בשם הראב"ד כיון דהמעשה חל מיד על תנאי זה ואין בא לעקור המעשה לכך לא בעי משפטי התנאים לפ"ז זה דוקא אם נימא דבעי שלא יסתור המעשה שפיר י"ל דכל שהוא מעכשיו לא אכפת לן אף שיסתור המעשה כיון דחל תיכף עם התנאי אבל אם נימא דאף דאינו סותר אפ"ה צריך שלא יהיה תנאי ומעשה בד"א וע"כ משום דלא הוה כתנאי ב"ג וב"ר שהי' התנאי בד"א ומעשה בד"א וא"כ מה בכך שאמר ע"מ וחל תיכף סוף סוף ל"ד לתנאי ב"ג וב"ר וכעין זה כתב הח"מ ס"ק ג' לענין תנאי קודם למעשה כשהתנה שיהיה כתנאי ב"ג וב"ר ע"ש וע"כ דלא בעי הרמב"ם תנאי בד"א ומעשה בד"א והב"ש שפיר כתב דמשמע מהרא"ש דלהרמב"ם א"צ בע"מ תנאי ומעשה בד"א היינו שלא יסתור המעשה כמו שהאריך בס"ק ז' ששיטת הפוסקים דתנאי ומעשה בד"א היינו שאינו סותר המעשה

א"כ אף דנימא דבעי תנאי ומעשה בד"א אפ"ה בע"מ לא בעי כיון דחל מעכשיו וכמו שהקדים הב"ש אבל הב"י כתב שפיר על דברי הרא"ש דאין כן דעת הרמב"ם דלהרא"ש דאף דאינו סותר המעשה אפ"ה צריך שיהי' המעשה והתנאי מחולקים ע"ז שפיר כתב דמהרמב"ם לא נראה כן וז"ב כשמש לדעתי. אחר זמן רב מצאתי בלח"מ סברא זו בפ"ו מאישות ה"א דכל דמחמת גריעות התנאי לא מועיל בתנאי ומעשה בדבר אחד אף מעכשיו ל"מ ע"ש והן הן הדברים אשר כתבתי. והנה התוס' בגיטין דף ע"ה הוכיחו דרבא ס"ל דע"מ כאומר מעכשיו דמי דאל"כ היאך אמר דהילך אתרוג ע"מ שתחזירהו דיצא אם החזירו דהא הו"ל תנאי ומעשה בד"א ואינו שלו רק בשעה שמחזירו ואז אינו בידו והנה כלם הקשו דלפמ"ש התוס' בגיטין דף ע"ד דאף למאן דס"ל דע"מ לאו כמעכשיו לאו ודאי הוא רק ספק וא"כ כל שהחזירו יצא ממ"נ אבל אם לא החזירו לא יצא דדלמא ע"מ כאומר מעכשיו ולא הוה תנאי ומעשה בד"א וצריך לקיים תנאו ומנ"ל דס"ל לרבא דע"מ כאומר מעכשיו. וראיתי בספרי אחרונים שכתבו ליישב עפ"י דברי הרשב"א הובא ביתה יוסף בחו"מ סי' כ"ט וסי' מ"ז דראובן שמכר לשמעון קרקע ושני עדים אומרים שהי' תנאי ושני עדים אומרים שלא הי' תנאי דמוקמינן קרקע בחזקת לוקח דהוא נקרא מ"ק כיון דמכר בודאי רק שספק בתנאי מוקמינן בחזקת לוקח ע"ש וה"ה בזה דעכ"פ נתן לו והספק בתנאי אם צריך להחזיר ולא היה תנאי ומעשה בד"א או לא הוה הוא מוחזק בדבר ואף שלא החזירו היה יוצא. ולפענ"ד הי' נראה דבר חדש דהנה התוס' כתבו בב"ב דף ס"א דהשואל לא מקרי מוחזק כיון דעומד לחזור לא מקרי בעליו ומוקמינן בחזקת המשאיל ע"ש וכ"כ בשו"ת הראנ"ח בשניות סי' מ"ו הובא במלמ"ל פט"ו מטוען ואף שהמלמ"ל השיג עליו מדברי התוספת פרק השואל ע"ש כתבתי בגליון דבדברי התוס' בב"ב מבואר כהראנ"ח ועיין בקצה"ח סי' מ"ב. ואני אומר דהדבר תלוי במה שנחלקו הפוסקים אם יכול להקדיש דבר השאול וברש"ל ביש"ש ב"ק פ"ה סי' ל"ג ל"ד כתב דא"י להקדיש כל זמן שאלתו אם כן מקרי בחזקת המשאיל אבל מדברי התוספת מבואר דיכול להקדיש ועיין קצה"ח סי' רי"א ומ"ש בגליון דכן מבואר בשיטה מקובצת ב"מ דף מ"א דיכול להקדיש דבר השאול ואם כן פשיטא דל"מ שאול וגם לפמ"ש הרמ"ה בב"ק דף ל"ג דיכול להקדיש דבר דיבא לו לאחר זמן ע"ש ואם כן פשיטא דיכול להקדיש דבר השאול דבודאי סופו לחזור ועל כל פנים כל שסופו לחזור מבואר במלמ"ל שם דבודאי לא מקרי הלוקח מ"ק ואם כן גם במשפטי התנאים דאף שאינו על פי משפטי התנאים דא"י לבטל התנאי להמעשה מ"מ כופין אותו לקיים תנאי מתורת שכר פעולה כמ"ש הקדמונים הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ביבמות דף ק"י והאריך בזה בקצה"ח סי'

רמ"א והדברים עתיקים וא"כ עכ"פ סופו לחזרה ולא מקרי מ"ק והדרא קושיא לדוכתא דמנ"ל דסבירא ליה לרבא דע"מ כאומר מעכשיו דמי דלמא מספקא ליה וצריך להחזיר מספק דלא מקרי המקלקל מוחזק דהא סופו לחזרה וכגון דא קושיא היא וגם לדינא צ"ע. אמנם אחר העיון הדבר נכון דהנה כל הטעם דאף דהתנאי בטל ומעשה קיים אפ"ה כופין אותו לקיים התנאי הוא דכיון שא"א לבטל המעשה שכבר יצא מצות האתרוג והוא נתחייב בעבור זה להחזיר האתרוג הרי הוה שכר פעולה א"כ זה הוה כשהתנאי מתחיל מקודם אבל אם נימא דתו"מ בד"א ל"מ והיינו משום דלא חל המתנה רק לאחר שהחזירו אם כן כל כמה דלא קנה האתרוג אינו מחויב להחזיר ואימתי נקנה לו האתרוג בשעה שמחזירו אם כן כ"ז שלא החזירו ל"ש דמתחייב לקיים בשביל שכר פעולה דכל שלא קנה האתרוג לא עשה עדיין פעולתו דכל תכלית האתרוג שיצא בו ולא נתחייב עדן לקיים שכר פעולתו שהבטיח לו ואם כן שפיר הוה המקבל מוחזק דא"ל דסופו לחזרה דכל דיש להסתפק דלמא הוה תו"מ בד"א ובטל התנאי והמעשה קיים אין סופו לחזרה דלא נוכל לכפותו וזה ברור מאד להמעיין בעומק הדבר ושפיר דייקו התוס' דע"כ ע"מ כמעכשיו דמי ס"ל לרבא ודוק. איברא דעדיין יש מקום לומר דעכ"פ מצד אומדנא ודאי דצריך להחזיר וכמ"ש הבעל עיטור דא"צ משפטי התנאים באתרוג דאומדנא דמוכח הוא דודאי כוון ע"מ שיחזירו דהא צריך הוא גם כן לקיים המצוה ואם כן שוב סופו לחזרה ואם כן שוב לא נקרא מוחזק אך ז"א דא"כ ל"צ למשפטי התנאים כלל וע"כ דהתוס' מוקי דברי רבא ביש לו אתרוג אחר או ביו"ט שני דיוצא בשאול באופן דל"ש האומדנא וכמ"ש האחרונים ואם כן שפיר דייקי דע"מ כאומר מעכשיו דמי עוד יש לומר דל"מ סופו לחזור דהרי שיטת הרא"ש דמתנה עמ"ל צריך לחזור ולהקנותו אם כן כ"ז שלא חזר והקנה הרי הוא של המקבל לגמרי ול"מ סופו לחזרה ודוקא שאול דממילא עומד לחזרה ולא כשנתן מעמ"ל. אך לפמ"ש במק"א דכל שלא התנה כמשפטי התנאים דכופין לקיים תנאו אין צריך לחזור ולהקנותו דמצד המתנה קיים המתנה רק שצריך לקיים מצד שכר פעולה ושכר פעולה א"צ להקנות וא"כ שוב סופו לחזרה. איברא דלפי זה קשה איך דייק הש"ס בסוכה דף מ"א דר"ג ס"ל דמתנה עמ"ל שמא מתנה דמהיכן מוכח דלמא סבירא ליה ע"מ לאו כמעכשיו דאם כן הוה תו"מ בד"א והתנאי בטל והמעשה קיים וכבר נתקשו בזה האחרונים אך באמת אם נימא דעל כל פנים ספק הוה א"כ צריך להחזיר מספק משום דסופו לחזרה אף שלא הי' במשפטי התנאים ואדרבא כל שלא הי' במשפטי התנאים בודאי צריך להחזיר דאין צריך לחזור ולהקנות שוב לא הוה מוחזק. אך לפמ"ש קשה דעדיין הוה מוחזק דהא אין לכפותו דלא עשה הפעולה ולא נגמר פעולתו כל שלא החזיר

ואומדנא ל"ש דהא שם ר"ג כבר נטלו ויצא בו ואם כן לא צריך רק ליום שני וביום שני יצא בשאול ול"ש האומדנא ואם כן מנ"ל דמעמ"ל שמה מתנה והיא קושיא נפלאה והנראה בזה דהנה בלא"ה הקשו האחרונים דלמא מיירי דלא התנה כמשפטי התנאים וכתבתי בחידושי דאם כן אמאי קתני דנתנו לר"י ור"י נתנו לראב"ע וראב"ע לר"ע ור"ע החזירו לר"ג דהא כל שלא הי' במשפטי התנאים ואם כן החיוב משום שכר פעולה א"כ הי' מחויב כ"א לחזור לחבירו וחבירו יחזירו לראשון דבשלמא כשהוא בתורת תנאי א"כ כל שנתקיים התנאי שוב יצא בו כל אחד אבל כל שהי' מתנה והמעשה קיים אף בלי קיום ואין עליו רק חיוב משום שכר פעולה א"כ כל שהחזיר לראשון לא יצא ר"י דהוא היה צריך להחזיר וז"ב וא"כ מיושב גם קושיא זו ודוק.

ב והנה התוס' בקדושין דף ו' כתבו דבאתרוג ל"צ משפטי התנאים דהו"ל אומדנא וע"ז כתבו דהא הו"ל תו"מ בד"א ומזה הוכיחו האחרונים דלענין תו"מ בד"א ל"מ אומדנא ותמהו דמ"ש משאר משפטי התנאים דמועיל אומדנא. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דהנה בשו"ת מהרי"ק סימן קכ"ט כתב דבר חדש דאף בד"מ ל"מ אומדנא דקי"ל כר"א דגמל האוחר בין הגמלים דל"מ אומדנא ורק דהא דאזלינן בתר אומדנא בכמה מקומות היא היכא שהמעשה גלוי לפנינו רק שאנן מסופקים מה כוון במעשהו וסמכינן על אומדנא כדאמרו דלא כתב לה רק ע"מ לכנסה אבל כשאנו מסופקים על המעשה עצמה אם נעשה ל"מ אומדנא ע"ש וכבר הארכתי בזה בתשובה מיוחדת על ענין זה ולפי זה אף אנו נאמר דבשלמא בשאר משפטי תנאים דהמעשה גלוי לכל רק שנתן או מכר וקידש על התנאי זה רק שלא ביאר היטב כמשפטי תנאים והקדים לאו להן או המעשה קודם לתנאי וכדומה אבל גלוי לכל שע"ז האופן נתן או מכר וקידש שפיר מועיל אומדנא דודאי רצה שיחזיר לו דהא צריך לאתרוג שיצא בו והוא אמר בפירוש שע"ת נתן רק דהספק שמא לא קפיד כ"כ בזה מועיל האומדנא אף שלא התנה בדקדוקי התנאים כמשפטן אבל בתו"מ בד"א דכל דאמרינן דל"מ והיינו שלא חל המעשה כלל קודם שהחזירו ואחר שהחזירו הרי אינו בידו אם כן גוף המעשה אינו ברור לנו דדלמא לא רצה להקנות רק לאחר שהחזיר אם כן ל"ש אומדנא דל"מ אומדנא בממון והרי גוף המעשה לא מבורר כלל וז"ב ובזה מיושב היטב דברי הרא"ש שכתב בב"ב דף קל"ו דרבא ע"כ לא סבירא ליה תו"מ בד"א דאל"כ היאך יצא והקשו כלם דהא הרא"ש בפרק לולב הגזול כתב דבאתרוג לא בעינן משפטי התנאים דאיכא אומדנא ולפמ"ש אתי שפיר דלענין תו"מ בד"א ל"ש אומדנא בממון וז"ב. עוד קשה לי טובא בהא דאתרוג דהוה איסורא דאית ביה ממונא ובכה"ג היכא שממון שלו הוא לגמרי לכאורה ל"ש משפטי התנאים לשיטת הגאונים

דס"ל דבממון לא בעי משפטי התנאים ועיין בלח"מ שביאר בפ"ד מזכייה ה"ח הסוגיא לדעתם דל"צ משפטי התנאים באיסורא דאית ביה ממונא וא"כ אתרוג הוה איסורא דאית ביה ממונא וא"כ מה הקשו מרבא גבי אתרוג דלא הי' במשפטי התנאים ואולי טעם של הגאונים והראב"ד משום דבד"מ מועיל אומדנא ואם כן שוב הוה בכלל דברי התוס' דבאתרוג שייך אומדנא ואכתי צ"ע ודוק היטב כי נתבארו כאן כמה דברים חדשים. והנה בהא דמבואר בטוש"ע אהע"ז סימן כ"ט במקדש את האשה ע"מ שתחזיר לי את הטבעת דאינה מקודשת משום חליפין והקשה הב"ח ת"ל דהו"ל תו"מ בד"א וכתב הב"ח כיון דמועיל חזרת דמים לא הוה תו"מ. וראיתי בספר מנחת אהרן על סנהדרין בתשובה שם בדף ה' לענין תנאי במכר שהביא דברי הב"ח האלו והקשה דמדברי הרא"ש נראה דאף חזרת דמים ל"מ שהרי הקשה על רבא דאמר באתרוג על מנת שתחזירהו דיצא כשהחזיר דהוה תו"מ בד"א וכתב הב"ח כיון דמועיל חזרת דמים לא הוה תו"מ וקשה הא עכ"פ חזרת דמים מועיל דא"ל דשם ל"מ חזרת דמים דאומדנא דמוכח דצריך לאתרוג דאם כן ממנ"פ אין התחלה לקושית הרא"ש דכל דאיכא אומדנא לא בעי באתרוג שום תנאי וכמ"ש הרא"ש פרק לולב הגזול וע"כ דמיירי באופן שא"צ לאתרוג זה שיש לו אחר וכדומה ושוב מועיל חזרת דמים ע"ש שהאריך ובאמת שלק"מ דדוקא כל שלא התנה כלל כתב הרא"ש בשם בעל העיטור דסגי באומדנא דודאי כוון ע"מ להחזיר דצריך לו אבל כל שהתנה ולא התנה כהלכתו דעת הרשב"א בגיטין דף ע"ה דגרע כיון דהתנה ולא התנה כהלכתו ואף את"ל דגם בזה סגי באומדנא כבר הבאתי בשם התוס' קדושין דלענין תו"מ בד"א ל"מ אומדנא וא"כ אין מדברי הרא"ש סתירה להב"ח. ובחידושי אמרתי בכוונת אא"ז הב"ח ז"ל דבאמת ע"מ אם הוה כמעכשיו לא הוה תנאי סותר למעשה דכבר נקנה לו וצ"ל כיון דאנן מסופקים אי ע"מ כמעכשיו דמי הוה תו"מ בד"א ולפי זה כיון שספק הוה האשה מוחזקת וא"צ להחזיר מספק רק דסופו לחזרה דאף בלא הי' כמשפטי תנאים כופין לקיים תנאו מתורת שכר פעולה כיון דכבר נתקדשה ולפי זה הא שכר פעולה קי"ל בחו"מ סי' של"ב דאף שהבטיח לתת לו חפץ יכול לשנותו לד"א ומכ"ש בדמים וא"כ שפיר חזרת דמים הוה חזרה וכל שיכול לסלק בדמים שוב הוה גוף החפץ מוחזק בידה וכעין דאמרו בב"ב כ"ה לענין אילן ושפיר לא הוה תו"מ בד"א וזה ברור.

ג ובזה נראה לפענ"ד הקושיא הנ"ל דבאתרוג ודאי דמחוייב לתת לו אתרוג דהרי ייחד לו חפץ ידוע והרי כתב הנימוק"י דמי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטין בשכרו דחייב ליתן לו כמה שפסק ובבני יעקב הקשה מהך דפועל שיכול ליתן לו מעות ועיין

קצה"ח סי' ר"ג מ"ש בזה. אך לפענ"ד אתי שפיר בפשיטות דבשכירות דבאמת נקנה בדיבור בעלמא משום שאליו נושא את נפשו זה נשתעבד לתת שכר פעולתו לפ"ז זה לא קנה בעצם הדבר רק מצד שעבודו של זה שחייב לתת לו שכר פעולתו ולכך כל שמחסרא משיכה יכול לסלקו במעות דעכ"פ יש שכר לפעולתו אבל שם שזה נתן לו חפץ וזה נתחייב בעדו כור חטים פשיטא דנתחייב במשיכתו של זה לתת לו דוקא מה שהתנה עמו וז"ב ופשוט. ולפ"ז ה"ה בקידושין כל דלא הוה כמשפטי התנאים רק שכופין מתורת שכר פעולה שהרי עשה פעולתו נתחייב לתת לו מה שפסק בזה שפיר יש לומר דשכר פעולה אינו רק דמים ולא עצם הדבר אבל באתרוג דאיכא אומדנא רצה דוקא באתרוג כדי שיצא בו ניהו דאין אומדנא כ"כ גדולה דיש לו אחר אבל עכ"פ כל שלענין דמים אינו מוחזק וצריך לתת לו דמים אנן סהדי דרצונו דוקא באתרוג שלו והרי נתן לו אתרוג כדי שיצא בו וא"כ גם הוא ברצונו לצאת בו ושפיר צריך להחזיר לו האתרוג אף שאין אומדנא כ"כ דחזקתו ג"כ אתרע כיון דעכ"פ דמים צריך להחזירו כופין אותו וגם שווי המצוה אין לו שיעור ויכול לומר לדידי שוה לי אתרוג זה כמה וכמה וע"כ פשיטא דצריך להחזיר לו האתרוג ושפיר הקשה הרא"ש ואין סתירה להב"ח.

ד ובפשיטות יש לומר בישוב דברי הב"ח דבאמת מה שחידש דמועיל חזרת דמים הוא דוקא אם הטעם דתו"מ לא מהני מצד שא"י לקנות דהמתנה בא לאחר החזרה בזה יש לומר דכל שמועיל חזרת דמים עכ"פ גוף החפץ קנה אבל אם החסרון הוא משום דאינו דומה לתנאי ב"ג וב"ר כדאמר רב אדא בגיטין דף ע"ה א"כ ניהו דמועיל חזרת דמים מ"מ ל"מ תנאי וא"י לסתור המעשה דכל תנאי מתנאי ב"ג וב"ר ילפינן וכל דלא דמי לתנאי ב"ג וב"ר אין בכח לבטל המעשה ועיין תוס' כתובות דף נ"ו לענין תנאי על דבר שבתורה וכעין זה כתבתי למעלה לענין ע"מ כמעכשיו וכמ"ש למעלה שמצאתי בלח"מ פ"ו מאישות סברא זו ולפ"ז הרא"ש בב"ב שכתב דרבא לא ס"ל כרב אדא והיינו דלרב אדא אף חזרת דמים לא הוה חזרה ושפיר כתב אבל הב"ח אזיל אליבא דידן דלא משום דדמי לתנאי ב"ג וב"ר רק דאין לו מה להקנות בזה שפיר כתב דחזרת דמים הוה חזרה וז"ב ודו"ק. ובזה נפתחו לי שערי בינה בדברי התוס' בב"ב דף קל"ו שכתבו דרבא ס"ל דע"מ כאומר מעכשיו דמי ופליג בזה על רב אדא ותמה המהרש"א דע"כ רבא בגיטין שם קאי דע"מ לאו כאומר מעכשיו דאל"כ אף במעשה קודם לתנאי נמי מועיל וכמ"ש התוס' בגיטין שם דקאי אליבא מאן דס"ל דלאו כע"מ. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת רבא קאי למאן דלא ס"ל כמעכשיו דמי רק דבזה מחולקים ר"א ורבא דלר"א כל דלא דמי לתנאי ב"ג וב"ר ל"מ וא"כ אף אם היה ע"מ כמעכשיו לא היה מועיל כמ"ש למעלה

וא"כ שוב ל"מ חזרת דמים ושום דבר דל"ד לתנאי ב"ג וב"ר אבל רבא ס"ל דאם היה ע"מ כמעכשיו היה מועיל רק דע"מ לאו כמעכשיו ולכך מעשה קודם לתנאי ל"מ ותו"מ בד"א לא הוה דמועיל חזרת דמים ודו"ק. ובזה יש ליישב גם דברי התוס' בגיטין דף כ' ע"ב גבי ע"מ שתחזיר לי את הנייר להצילם מקושית המהרש"א שם וגם דברי התוס' בגיטין דף ע"ה ועיין מהרש"א שם ואכ"מ להאריך והמשכיל יבין במה שכתבתי ותן לחכם. ודרך אגב אזכור מה שמצאתי דבר נפלא בשו"ת מהריב"ל ח"א סי' כ"ה שמה שהקשה הט"ז בהקדמתו ליו"ד על דברת התוס' בקידושין דף ס"ב דמה שאנו רוצין חשיב הן מגיטין דף ע"ה ומה שתירץ זקיני הח"ץ ז"ל סי' קל"ו כתוב שם הקושיא ופירוקא גם ראיתי שם שהביא בשם שו"ת מזרחי שכתב בשלח גט ע"י שליח והקדים המעשה לתנאי וכתב המזרחי דאין לחוש בזה דדוקא אם נותן להאשה אבל כשנותן לשליח א"צ לא כפלא ולא הן קודם ללאו ותמה ע"ז המהריב"ל דלמה לא צריך אם בשביל שאמר פי כפיך וידי כידך והרי גדולה מזאת נסתפקו התוס' אם אמר שיהי' כתנאי ב"ג וב"ר אם מועיל ע"ש שמסיים שהוא היה מחמיר בדבר אם הי' בא לידו. ובמחכת"ה שלא הבין דברי המזרחי דהוא מטעם אוחרא אתי עלה משום דס"ל דע"י שליח לא בעי משפטי התנאים דהשליח א"י לשנות מדעת בעלים וכמ"ש הרמב"ן והר"ן בחידושיהם בגיטין דף ע"ה ע"ש וז"ב ופשוט. והנה התוס' בגיטין דף ע"ה ד"ה לאפוקי כתבו דתנאי שאפשר לקיים ע"י שליח ילפינן מכל המצות דרובם הם יכולין להיות ע"י שליח ותמה הפ"י דהא תנאי שאפשר לקיים ע"י שליח היינו שהמעשה אפשר לקיים ע"י שליח וכאן המצות הם התנאי והמעשה הוא יעוד הברכות דאם תאבו ושמעתם וא"כ מה בכך שהמצות דהיינו התנאי אפשר ע"י שליח הא המעשה בעי שיהי' ע"י שליח והניח בקושיא. ולפענ"ד נראה דבאמת קיום הברכות יכול ג"כ להיות ע"י שליח האמצעי אמנם כבר אמרו דהמצות שעשה בעצמו הקב"ה פורע לו בעצמו ומה שעשה ע"י שליח פורע לו הקב"ה ע"י שליח ולפ"ז אם המצות לא יכול לעשות ע"י שליח גם הברכות לא יוכל להיות ע"י שליח לכך כתבו דרוב המצות יוכל להיות ע"י שליח וממילא גם הברכות יוכל להיות ע"י שליח ודו"ק

ה ודרך אגב אזכור מה דנשאלתי בש"ק תולדות תרי"ז מאחד מהתלמידים שסדר קידושין לאחד בעש"ק הנ"ל. והנה לא הי' לו טבעת לקידושין ושאל תלמידי טבעת קידושין שלו שקדש אשתו וברשותה נתן להמקדש האשה הזאת ונתן לו במתנה עמ"ל והבעל אמר לאשתו הרי את מקודשת לי כדמו"י וא"ל בלה"ק במתנה עמ"ל והמקודשת לא הבין לה"ק ובבקר חשבה שנתן לה במתנה גמורה כדת מה לעשות והנה בסי' כ"ט ס"א מבואר דהמקדש את האשה בדינר ע"מ להחזיר אינה מקודשת והטעם משום דדמיא

לחליפין ועיין ח"מ שם ואף דהב"ש שכתב דלהרא"ש צריך שיהי' בת"כ דאל"כ התנאי בטל והמעשה קיים עכ"פ לדעת הרמב"ם אינו כן כמ"ש הב"ש וגם אם נימא דע"מ כאומר מעכשיו וא"צ משפטי התנאים כמבואר סי' ל"ח ס"ב א"כ כאן שאמר מתנה ע"מ להחזיר שוב שייך גזירה משום חליפין אמנם באמת מבואר בסי' כ"ח סי"ט דהשואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקדש בו אשה מקודשת וביאר הרא"ש הטעם דמסתמא רצה להשאיל לו באופן המועיל ולכל הפחות יהי' במתנה ע"מ להחזיר הרי דמועיל מעמ"ל ול"ש גזרה משום חליפין. אך באמת הדבר נכון דשם מיירי כשזה השאיל לו אבל אותו שקידש לא קידש במעמ"ל א"כ אמרינן דרצה לתת לה במתנה גמורה ולא הוה גזל דיקנהו אח"כ ממנה או שיחזיר הדמים וא"כ זהו כשהיא לא ידעה שנותן לה במעמ"ל אז באמת אמרינן דרצה לתת לה מתנה גמורה וגזל לא יהיה דהא יכול לחזור ולקנות ממנה או שיחזיר לזה דמיו אבל כאן כיון שהיא אמר לה במעמ"ל א"כ לא רצה לתת לה במתנה גמורה שוב שייך גזירה משום חליפין וא"ל כיון דהיא לא הבינה א"כ סברה דנותן לה במתנה גמורה שוב היא מקודשת אבל ז"א דהא עכ"פ ל"ש דיחזור ויקנה ממנה כיון דהוא לא קדש אדעתא דהכי שיחזור ויקנה ממנה א"כ הוה חליפין וא"ל דאכתי יוכל להחזיר דמים להנותן לו ט"ק ז"א דבאמת צ"ב לפענ"ד הך חזרת דמים היכא מועיל הא כ"ז שאצלה בעין ל"מ חזרת דמים וכתבו האחרונים דכל שקדש בו אשה העד כמו שאינו בעין כמ"ש התה"ד סי' שי"א ולפ"ז בקדש אשה הא לאחר שקדשה שוב כל מה שקנתה אשה קנה בעלה והוה כמו בעין וצ"ל דט"ק הוה כנ"מ שלה ואין לבעלה רשות בזה. ולפ"ז כאן שהוא נתן במתנה עמ"ל א"כ היא לא קנתה ולא נעשה נ"מ שלה ושוב הוה כמו שהוא בעין ול"מ חזרת דמים. ובלא"ה נראה לפענ"ד דל"מ שיקנה מידה דהא שוב צריך לתת לה כל דמי שויו ושוב לא סמכה דעתה ואף דבאין אבן בטבעת מבואר בסי' ל"א דמועיל היינו כשנתן לה במתנה גמורה משא"כ בזה דנתן לה ע"מ להחזיר ואף שהי' נותן לה במתנה גמורה מ"מ כיון דאינו שלו שוב צריך לקנות ממנה וא"כ שוב לא סמכה דעתה דצריך שומא כמה הוא שוה והטבעות אינן שוות יש ששוה מעט ויש הרבה וגם חזרת דמים ל"מ דשאלתי את תלמידי הנ"ל ואמר דבשום אופן לא רצה שיתן לו ע"מ לקבל דמים כי הוא רוצה בטבעת שלו ומה גם שאשתו מקפדת ורוצית ט"ק שקדשה וכן דרך הנשים להקפיד בכמו זה. והנה לשיטת רש"י דחליפין לא מועיל משום דגנאי לה להתקדש לפ"ז צ"ב למה ל"מ מתנה ע"מ להחזיר דהא מתנה ע"מ להחזיר ל"ש בפחות משו"פ דא"צ להחזיר אף בגזל דישראל מחל וא"כ ל"ש כלל הגזירה דחליפין וצ"ל כיון דהתנה ע"מ להחזיר א"כ לא מחל ע"ז ושוב מגניא לה להתקדש בזה. ועכ"פ בנ"ד לפענ"ד ל"מ

וע"כ הוריתי שיחזור ויקדש אותה בפני שני עדים. עוד נ"ל כיון דעדים מעידים שקדשה במעמ"ל א"כ אף שהיא לא ידעה עכ"פ קדשה בלי עדים כיון דלפי ראיית העדים עקרו רבנן לקידושין דשייך גזירה משום חליפין וא"כ לא קידש בפני עדים ודו"ק היטב.

[1] והנה בשנת תרי"ז ה' תצוה הגיעני תשובה מהרב מוה' מיכל היבנר אבד"ק ניזנוב ושאל במה שאירע שסידר קידושין זה יותר מד' שבועות והלך השמש ולקח מבעה"ב טבעת קידושין ואמר בפירוש שנותן לו במתנה עמ"ל ואחר החופה נאבד הטבעת קידושין מידה ומי שנתן הטבעת קידושין שואל או הט"ק או דמיו וזה משמיט עצמו גם יש להם הכחשה שמי שהשאיל הט"ק אומר ששוה שתי כסף והמקדש אומר שא"י אם שוה אף המחצה וע"ז שאל שתים אחת דיש לחוש להקידושין עצמן שאם אינו מחזיר לו הט"ק או דמיו הרי נתבטל המתנה דהרי ע"מ יש שני דיעות אם צריך משפטי התנאים וא"כ יש חשש על הקידושין עצמם וגם לגוף הדין לפמ"ש הקצה"ח דאף בלא משפטי התנאים כיון שהמעשה קיים א"כ שוב צריך לשלם לו מטעם שכירות. והנה מ"ש מעלתו דל"ש להעמידו בחזקת מ"ק דמוקמינן בחזקת המוחזק כמ"ש התוס' בכתובות דף כ' גבי נכסי דבר שטיא. הנה לא היה צריך לזה ויעויין מלמ"ל פט"ו מהלכות מתנה דכל דהי' מכר או מתנה בודאי רק שהספק אם צריך להחזיר הוה הלוקח או המקבל מוחזק וכמ"ש הרשב"א יעו"ש וה"ה כאן ובזה היה נראה לפענ"ד דמ"ש מעלתו דצריך להחזיר מתורת שכירות הנה זהו כשודאי לא נתבטל המעשה אבל כאן דהוה ספק שמא אין כאן קידושין וא"כ נתבטל המעשה ושוב כיון שלא נתקיים המעשה א"כ א"צ להחזיר ויתבטל הקידושין. ואולי כיון דעכ"פ ספק קידושין הוה מקרי קצת נתקיים המעשה. אמנם מצד אחר יש לומר לפטור אותו מטעם שכתב הרשב"ם דאף בגניבה ואבידה פטור דלא נעשה שומר עליו א"כ שוב פטור רק שצריך לשבע שנאבד מידו ויפה כתב בזה דהרי עכ"פ ספק הוה אי קי"ל כרשב"ם בזה וא"כ א"י להוציא מספק. ומ"ש מעלתו לפקפק דהיה צריך להחזיר מיד בשעת צאתו מהחופה וכל שלא החזיר נתבטלה מתנתו ושוב חייב בגניבה ואבידה. ז"א דכל שמתחלה לא בא לידו בתורת שמירה שוב לא נתחייב לשמור דהרי לא קיבל שמירה אח"כ. וגם לפענ"ד המנהג שהולכת בו האשה ג' ימים וא"כ יש ספק שמא נאבד בתוך משך הזמן. אמנם לענין הקידושין לכאורה תלוי בספיקו של המלמ"ל בפ"ג ממתנה אי נתבטלה המתנה כשנאנס ואפ"ה פטור דלא הוה רק בנפקד או דלא יתבטל ממתנה כלל. אך נראה דלא נתבטלו מקידושין כלל דהא באמת המקדש אינו יכול לקדש אותה במתנה עמ"ל כדקיי"ל סי' כ"ט דהו"ל דומה לחליפין וע"כ שהוא לא הודיע לה והיה דעתו שיקנהו לה או הטבעת ויחזיר לו דמיו או שיקנהו ממנה וכמ"ש

הרא"ש ועב"ש סי' כ"ח ס"ק מ"ה וא"כ היא בודאי מקודשת והספק אינו רק אם יחזיר להנותן ט"ק או הדמים ומספק נפטר ושוב האשה מקודשת כנלפענ"ד ודו"ק היטב כי הדין דין אמת. והנה בגוף ההכחשה לכאורה היה נראה לפענ"ד בלא"ה אף אם פשע דיכול לומר שלא קבלתי שמירה רק כפי שווי שחשבתי ששוה ועיין בש"ך סי' ע"ב גבי סייף ודו"ק:

סימן קמח

א להרב מוה' חיים צבי נ"י מיאניב.

ב אשר שאלני אמאי המקדש בא"ה דרבנן אינה מקודשת והרי שיטת הרשב"א ודעימיה דאיסור דרבנן מותר לספות בידים לקטן וא"כ הא שוה ממון לתתו לקטן והרשב"א בעצמו ס"ל דהמקדש בא"ה דרבנן אינה מקודשת.

ג והשבתי בתכ"ד ת"ל דכיון שאסור בהנאה מדרבנן אסור לספות בידים דהא יש לו מזה גופא הנאה מה שמאכיל לקטן וע"כ לא שרי לספות בידים רק איסור אכילה ולא א"ה. וזכורני שזה כמה שנים שהארכתי בסברא זו ליישב קושית השעה"מ בהלכות שביתת עשור על טבל דרבנן כיון דאסור הנאה של כילוי וזה הוה הנאת כלוי וכתבתי זאת באיזה מקום וכעת לא מצאתי אבל הדין דין אמת ודו"ק. והנה לכאורה רציתי להביא ראיה לזה דבא"ה לא שרי לספות בידים מהא דאמרו בכתובות דף נ"ח דד"ת ארוסה אוכלת בתרומה ומ"ט אמרו שלא תאכל שמא תמזוג כוס ותשקה לאחיה ואחותה ור"י אמר משום סמפון ואמרינן התם דא"ב קיבל מסר והלך וכן אמרו בקידושין דף י"א והקשה בתוס' רי"ד בקידושין דמאי נ"מ בהלך הא אכתי איכא משום סמפון ומשום דעולא וכתב כיון דליכא אחיה ואחותה עמה ליכא למיחש שמא תשקה דשמא תשקה לאביה ליכא למיחש מפני שהוא בן דעת ע"ש הרי דע"כ הא דחיישינן שמא תשקה היא לאחיה ולאחותה הקטנים שאינם בני דעת והדבר תמוה דא"כ בתרומה דרבנן או בזה"ז דכלה דרבנן ליכא חשש דעולא ורבינו בפ"ו מתרומות שהביא החשש דעולא וגם עולא גופא אמרה בזה"ז וכבר הרגיש בזה באבני מלואים ח"ב בתשובותיו סי' ט"ז אלא שלא ביאר היטב. אך לפמ"ש הי' מקום ליישב כיון דתרומה אסור בהנאה של כילוי א"כ שוב אסור לספות בידים. אך באמת ז"א דארוסה בעצמה מותרת לאכול ומכ"ש להנות ואין החשש רק בשביל אחיה ואחותה הקטנים וע"ז אין ב"ד מצווים להפרישם לשיטת הרשב"א דבאיסור דרבנן מותר לספות מכ"ש שלא לגזור ע"ז. אבל באמת במחכ"ת לפענ"ד אין כוונת התוס' רי"ד לזה דא"כ היה לו לבאר דדוקא בשביל אחיה ואחותה הקטנים הי' החשש וגם למה לא ניחוש לאביה ג"כ שלא ידע שהוא תרומה וישתה. אבל באמת כוונת

התוס' רי"ד דבאמת כ"ז שהיא ארוסה והיא בבית אביה ואינו מצוי תרומה א"כ אם נימא דמותרת לאכול בתרומה שפיר איכא למיחש שמא לא ידע כלל שהיא תרומה ויאכל אבל כל שהוא הולך עם שלוחי הבעל שוב יודע דכל שהיא כבר אינה בביתו והבעל הוא כהן א"כ יחוש לנפשו שמא היא תרומה לכך ליכא למיחש לאב רק בשביל אחיה ואחותה הקטנים.

ד ובזה נ"ל ליישב הא דאמרו בדף נ"ז שם אלא מעתה לקיט כהן לישראל לא ליכול בתרומה והקשו התוס' אמאי לא פריך לקיט ישראל בבית כהן. אך הוא הדבר אשר דברתי דלקיט כהן בבית ישראל שפיר איכא למיחש דהישראל יחשוב שהוא חולין לפי שהוא בביתו של ישראל אבל להיפך בלקיט ישראל בבית כהן שפיר אין חשש דהישראל נזהר כיון שהוא בבית כהן מסתמא יש כאן תרומה וז"ב מאוד. איברא דלפ"ז קשה הא דכתבו התוס' בדף מ"ח דא"ב מסר הפירוש להיפך דלמ"ד שמא תשקה יש חשש שמא תשקה לשלוחי הבעל וקשה לפי דברי התוס' רי"ד דאיך נחוש כיון שהם בני דעת דשלוחים בודאי בני דעת נינהו דאל"כ לא שייך שליחות והיאך יאכלו ולא יחושו לנפשם דאולי תרומה הוא. אך באמת הדבר נכון כיון דהיא הולכת מבית אביה לבית בעלה ולא אכלה עדן תרומה דקאי למשנה ראשונה ובלא הגיע הזמן וא"כ יחשבו דמסתמא הוא חולין דמאין לקחה תרומה ויש לחוש שמא יאכלו אבל בהלך האב הוא יודע שלא לקח חולין מביתו ויחוש לנפשו דבודאי של בעלה היא ששלח עם השלוחים וז"ב. ובזה מיושב קושית הפנ"י דלפי סברת התוס' דיש חשש שמא תשקה לשלוחי הבעל א"כ למה למשנה ראשונה בהגיע זמנה מותרת ולא ניחוש דלמא ישלחנה האב וימסרנה לשלוחי הבעל דאז יש חשש שמא תשקה לשלוחי הבעל ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דכבר הגיע זמנה א"כ מגיע לה מזונות א"כ שפיר יחושו שלוחי הבעל לנפשם דתרומה אוכלת כיון שכבר הגיע זמנה ואוכלת משל הבעל אבל הנ"מ הוא בלא הגיע הזמן דאז שפיר חיישינן שמא תשקה לשלוחי הבעל וז"ב. ובזה מיושב הרבה קושיות ואכ"מ והנה בהא דאמר הש"ס בדף מ"ח דמסירתה לכל חוץ מתרומה ור"ל אמר אף לתרומה ופירש"י משום שמא תשקה ליכא והקשו בתוס' דהא למשנה אחרונה בודאי משום סמפון איכא אף לעולא ע"ש. והנראה בזה דהנה לכאורה קשה טובא בהא דאמר א"ב מסר ופירש רש"י משום סמפון איכא ושמא תשקה ליכא.

ה ולכאורה הי' תמוה לי טובא היאך שייך משום סמפון הא תוכל לטעון דברשותו נולד ועליו להביא ראיה דלא נסתחפה שדהו דהרי כיון שמסרה לשלוחי הבעל הרי ברשות הבעל עומדת. אך באמת ז"א דהרי אנן קי"ל דמסירתה אינו רק לירושה אבל לכל מילי

היא ברשות האב וא"כ הוה עדן ברשות האב ושפיר שייך משום סמפון. איברא דלפ"ז צריך להבין דא"כ לרב דס"ל דמסירתה לכל דבר א"כ אמאי אמר חוץ מתרומה ומשום חשש סמפון וכפירש"י והא ל"ש כלל חשש סמפון והיא קושיא נפלאה ומכ"ש דקשה טפי לשיטת רבינו ירוחם הובא בש"ע אהע"ז סי' קי"ז ס"ח דאף בהגיע הזמן לכנוס הוה ברשות הבעל וא"כ רב דקאי על המשנה דאמר לעולם והיינו בהגיע הזמן וא"כ הוה ברשות הבעל (חסר כאן) ובגוף הקושיא שהקשיתי לרב אמאי אמר חוץ מתרומה דהא היא ברשות הבעל היה נראה לפענ"ד דהנה כל הטעם היא דברשות הבעל על הבעל להביא ראיה משום דיש לה שתי חזקות חזקת הגוף שנולדה בלי מומין וחזקה דאין אדם שותה בכוס ולפ"ז לענין תרומה דעד שנשאת להבעל בודאי אסורה בתרומה א"כ לא שייך חזקת הגוף לענין תרומה. ובזה מיושב היטב מה דהקשה המג"ש והפלאה דאמאי ל"ח גם לענין ירושה וטומאה משום סמפון וגם להפנ"י ניחוש משום סמפון.

ו ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא שייך סמפון דהא ברשות הבעל היא ושם שייך חזקת הגוף אבל לתרומה אין חזקת הגוף מסייעא הא עד הנה לא היה לה חזקת הגוף לענין תרומה וז"ב מאד. וגם יש לומר כיון דבדיקת חוץ ל"ש בדיקה א"כ לא שייך החזקה דאין אדם שותה בכוס כיון דלמשנה אחרונה בדיקת חוץ ל"ש בדיקה. עוד יש לומר כיון דאם נמצא הסמפון שוב נתבטלו הקידושין א"כ לא שייך דמסירתה הוה ברשות בעלה דע"ז אנו דנין שמא לא התחיל רשות בעלה כלל אבל לפ"ז יקשה גם שם דאמאי אם היא ברשות בעלה תלינן אח"כ הא הספק על גוף הרשות ומחורתא כמ"ש למעלה תירוצים שונים ודו"ק

ז והנה הא"מ הקשה שם דהיאך שייך חשש סמפון הא התוס' בכתובות דף ע"ב הקשו דאיך שייך סמפון הא קדשה וכנסה סתם וכתבו דאף בסתם צריכה גט מדבריהם או מדאורייתא מספק ולפ"ז הא ס"ל לריש לקיש דאנדרוגינוס שהוא ספק מאכיל בתרומה בזה"ז וא"כ כאן שהוא ג"כ ספק שמא לא יקפיד א"כ איך חיישינן לסמפון ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה בקידושין דף יו"ד ע"ב הביא הש"ס פלוגתא דבן בג בג וריב"ב אי ארוסה אוכלת מן התורה בתרומה ודרש בן בג בג ק"ו משפחה דשפחה לא שייר בקנינו אבל הכא שייר בקנינו ופירש"י דעדיין מחוסר קנין דמחסר המסירה לחופה לענין ליורשה ולטמא לה ולפ"ז צ"ל לדידן דקיי"ל באמת דמן התורה אכלה ארוסה בתרומה ורק מדרבנן משום סמפון וסמפון בעבדים ליכא צ"ל דל"ש לדחות דהכא שייר בקנינו דכל הקנין שהי' יכול להיות בכסף קידושין הי' בה וכעין דאמרו בגיטין דף מ"ג הכא שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו והיינו משום דכל דעשה כל הקנין שהי' יכול להיות בו לא

שייך שייר בקנינו ערש"י שם וה"ה בזה. אך לפ"ז יש לומר סברא נכונה דזה החשש של סמפון דבאמת מה"ת לחוש לסמפון דל"ש ורק דכל שאפשר שיקפיד ויתבטלו הקידושין והנשואין שוב שייך שייר בקנינו וא"ל דעשה כל הקנין רק שצריך עוד קנין דזה דוקא היכא שזה הקנין א"א להתבטל ורק שחסר עוד קנין אחר המשלים ל"מ שייר בקנינו אבל כל שיש חשש שיתבטל הקנין בזה ודאי לא מועיל הקנין הגרוע והוה כשייר בקנינו שבקנין הלז יש חשש שמא ימצא סמפון אבל בחופה שודאי יבדקנה מקודם ליכא חשש סמפון. ומעתה מיושב היטב קושית הא"מ דכל דאיכא חשש סמפון שוב לא הוה קנין כספו דשאני עבד דלא שייר בקנינו דסמפון בעבדים ליכא משא"כ כאן דשייר בקנינו משום חשש סמפון וז"ב. איברא דלפ"ז יקשה בהא דאמר רב מסירתה לכל חוץ מתרומה ומחשש סמפון והא שם כיון דהוה מסירתה לכל שוב הוה לא שייר בקנינו וא"כ אמאי לא תאכל בתרומה דליכא חשש סמפון דהא אינו רק ספק וצ"ל דהא באמת כבר הקשה המג"ש והפ"י דאמאי הוה מסירתה לכל הא שייך חשש סמפון גם לענין ירושה וטומאה וכתבו כיון דכבר מתה לא חיישינן לסמפון וסמכינן ארובא. ולפ"ז כיון דאם חיישינן לסמפון שוב איכא חשש גם לענין גוף הקנין של המסירה א"כ הוה שייר בקנין וז"ב.

ח ולפ"ז י"ל דלכך ר"א ס"ל דאף לתרומה דהוא ס"ל דבאמת לענין ירושה ל"ח לסמפון דל"ש ורק לתרומה דהוא עון מיתה ועפ"י. ולפ"ז כיון דהוה מסירה גמורה שוב ל"ש חשש סמפון וכמ"ש דלא שייר בקנינו. ובזה מיושב היטב קושית התוס' דהא למשנה אחרונה איכא חשש סמפון. ולפמ"ש אתי שפיר דלדידן דקיי"ל כשמואל דמסירתה רק לירושה ומטעם מחילה וכפירש"י אבל לכל דבר הוה כארוסה שוב הוה שייר בקנינו ושייך חשש סמפון אבל לר"א דס"ל דמסירתה לכל שוב הוה לא שייר בקנינו ול"ש סמפון. ובזה מיושב הקושיא השניה דלר"א חיישינן בהגעת זמן לסמפון טפי ממסירה לרשות הבעל ובדף נ"ח אמר טעם אחר ולפמ"ש אתי שפיר דלר"א דוקא מסר עדיף דל"ש חשש סמפון משא"כ לדידן דלא קי"ל דהוה מסירתה לכל דבר הוה שייר בקנינו וז"ב ודוק היטב כי נעים ונחמד הוא. ודע דק"ל טובא דמחלפא שיטתי' דרב ור"א כאן ממה דאמרו בקדושין דף מ"ה ע"ב גבי נתקדשה לדעת אביה והלך למדה"י דרב ס"ל דתאכל בתרומה כל שעמדה ונשאת ור"א ס"ל דחיישינן שמא יבא אביה וימחה וכתבו התוס' דאף דל"ש חשש סמפון כל שיוכל אביה למחות לא חלקו בין ארוסה לארוסה אף שכבר הי' לה חופה וכאן ר"א ס"ל דל"ח לסמפון אף שלא הי' רק מסירה לבד ועכ"פ לא עדיפא מחופה ורב ס"ל שם דל"ח לסמפון וכאן חייש לסמפון וביותר תימה דכאן ס"ל דלירושה הוה מסירה כחופה ושם אמרו דמודה רב דלענין ירושה אוקמא אחזקתי' וכאן ג"כ יש

חשש סמפון ול"ח לענין ירושה והיא קושיא גדולה וצ"ע וצ"ל דכאן באמת הוה בדיקת חוץ ול"ש כ"כ חשש סמפון ורק לתרומה חשו טפי אבל בירושה ל"ח דסמפון דל"ש וגם הי' בדיקה אבל שם דיש לחוש שמא יבא האב וימחה תו הוה כארוסה ולא חלקו בין ארוסה לארוסה וגם לר"א מיושב בדרך זה והא שם דיש לחוש שיתבטל החופה שמא יבא וימחה הוא דחייש משא"כ כאן דל"ש סמפון ודוק. ובזה מיושב מה שתמה המשנה למלך פ"ג מהלכות אישות על דברי התוס' שכאן כתבו של"פ ובכל ארוסות גזרו ובתוס' ביבמות דף נ"ז כתבו הטעם דקטנה דחיישינן לסמפון ות"ל דכיון דחופתה אינה חופה תו לא חלקו בין ארוסות ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת עיקר סברת התוס' בקידושין הוא כיון דיש לחוש שמא ימחה האב שוב הוה כשייר בקנינו ולפי זה שם בקטנה דהחסרון הוא בשביל שהיא קטנה אבל לא שייר בקנין וכל מה שיכול לעשות עשה. ובזה מיושב מה שהקשה הא"מ שם דברי הרשב"א אהדדי ע"ש ודוק כי קצרתי ובגוף הקושיא שהקשיתי דרב אדרב יש לומר דשאני הכא דחשש סמפון תלוי בבעל ובידו שלא להקפיד ולכך זוכה בירושה ולא שייך לומר דאוקי אחזקתי' דכל שבידו להסיר החזקה הו"ל כחזקה העשויה להשתנות וכמ"ש האחרונים משא"כ שם דתלוי באב דהאב יכול למחות ולו מסייע החזקה ודוק ועיין ברא"ש בסוגיא דהי' בה מומין במ"ש להשיב על הרמ"ה דבגרה אינה ברשות אביה כלל ולפמ"ש הפלאה בכתובות דף מ"ג ע"ב דהא דאמרו מגבא מאימת גביא דכל שכתב לה בעת אירוסין ובגרה וגרשה דגם רבנן מודו דהוה לאב יש ליישב דברי הרמ"ה ע"ש. והחריף מוה' יצחק שמעלקיש אמר דדברי ההפלאה תמוהים והפלאה זו א"י מהו דודאי כל שכתב לה באירוסין אף שאח"כ בגרה הוא של אב אף דלשאר דברים יצאה מרשותו ובהרא"ש לא נזכר לענין הכתובה רק דיצאת מרשותו כשבגרה אבל הכתובה אה"נ דשל אב הוא. והנה בהא דאמר שמואל לירושתה כתב הב"ש סי' נ"ז דהא דמועיל מסירה לענין ירושתה משום דהאב מחל זכותו משעה שמסר ונסתייע מלשון רש"י ז"ל ובאמת שכן נראה מרש"י אבל הא גופה תמוה דניהו דנימא דמועיל מחילתו אף דהוה דבר שלבל"ע מתורת חילוק דמועיל אף בדבר שלבל"ע כמבואר בחו"מ סי' ר"ט אבל עכ"פ במה יזכה החתן בירושתה והפ"י הרגיש בזה וכתב דהכוונה לנדוניתה שהגיע לידו ויפה תמה הבית מאיר שם בסי' נ"ז דאף בהנדוניא בבית אב הרי הוא של הבעל ועיין בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל מ"ש שם בזה ולפענ"ד נראה לפמ"ש הר"ן בנדרים דף נ"ט דהאשה אינה מקנית עצמה לבעל דכי יקח כתיב ולא כי תלקח רק שכל שנתרצית בקידושין הוה כאלו מבטלת עצמה ורצונה ונעשית הפקר והוא זוכה בה כזוכה מן הפקר ולפי זה כיון דזכה בה כזוכה מן ההפקר

זכה בכל מה שיש לה ושייך לה כמשפט מי שזוכה מן ההפקר ואם יש כמה דברים ביחד שזוכה בכלם ומכ"ש כאן כל שזוכה בה זכה בכל הדברים שמגיע לה ולפי זה שפיר כתב רש"י דכל שמסרה ונסתלק זכותו של האב א"כ יוכל לזכות הבעל מתורת הפקר דבשלמא כל שיד אב באמצע לא נעשית הפקר עדיין דעודנה ברשות האב אבל כיון דלירושתה הוה כמחילה ואם כן שוב נעשית הפקר וקנה אותה וכל אשר לה. ובזה יש ליישב דברי הר"ן לענין הפרת נדריה שהאריך הבית מאיר שם שדברי הר"ן סותרים וכעת לא נפניתי להעמיק בזה וברצות ד' יבואר

ט והנה בהא דאמרו בדף מ"ח מאי לעולם לאפוקי ממשנה ראשונה דתנן הגיע זמן ולא נשאו אוכלת משלו ואוכלת בתרומה קמ"ל לעולם ופירש"י כגון שעיכב החתן או אונס שלו ונשאלתי בזה מההופלג מוה' בצלאל בעריש נ"י מקאזווע דהא הש"ס ריש כתובות מסיק דבאונס לא אוכלת וכדמסיק ר"א כל אונסא לא אכלה ובדין הוא דאבעי' ליה למתני לא נשאו וכן אסיק רבא ולמה כתב רש"י נגד הדין עכ"ד. ובאמת שהיא תימה רבה דמלבד שהוא נגד הדין יפלא מה קשה לו לרש"י ולאיזה צורך כתב כן וגם כפי הנראה מרש"י גרס נשאו בלא יו"ד וא"כ הוא ודאי ברצון.

י ולפענ"ד נראה דק"ל לרש"י דהנה לפי משנה ראשונה כל שהגיע זמן ולא נשאו אוכלת משלו ואוכלת בתרומה ולפ"ז ל"מ למ"ד משום סמפון ובדיקת חוץ שמה בדיקה וא"כ הוא לא ידע שתגיע לו אונס ובלי ספק כבר בדקה בהגיע הזמן א"כ מה בכך שארעו אונס הא מ"מ לא שייך סמפון ואם כן פשיטא דאוכלת בתרומה אף שאירעו אונס וא"כ איך אפשר לפרש נשאו ברצון דוקא אבל באונס אין אוכלת משלו דא"כ איך קתני ואוכלת בתרומה הא ודאי בחדא מחתינהו וגם לטעם שמא ימזגו עכ"פ דוכתא מייחד לה ואף שכל הטעם דדוכתא מייחד לה הוא בשביל דחייב לזונה וכאן לא שייך זאת מ"מ הוא עכ"פ לא ידע שיארע אונס ועכ"פ שוב מייחד לה דוכתא ולא שייך שמא תשקה וגם כיון דעכ"פ בסתמא לא גזרו בהגיע זמן אף שהגיע אונס לא גזרו דל"ש וא"כ שוב היא מותרת לאכול בתרומה בהגיע הזמן אף שאנוס ע"כ הוכרח רש"י לפרש דנשאו בין שעכב או באירע אונס. וזה לדעתי מה דפשיט ר"א דנשאו קתני ביו"ד ועיין תוס' שהיו מקובלים כן ולפמ"ש י"ל דק"ל איך נקטו לה בחדא ומה דפשיט רב אשי דקא מעכבי אינהו ולא ק"ל דא"כ איך קתני אוכלת בתרומה משום דבאמת ס"ל דבאוכלת בתרומה הוא לאו דוקא וגם י"ל כיון דבאמת למשנה אחרונה אינה אוכלת בתרומה א"כ שוב לא נ"מ במה דקתני אוכלת בתרומה דהא באמת לדידן לא אכלה עד שתכנס לחופה וא"כ מה איכפת לן אם נטעה דלא אוכלת בתרומה כל שהגיע אונס כיון דבלא"ה לא קי"ל כן. ולפ"ז זהו לפי

מה דקי"ל כמשנה אחרונה אבל למשנה ראשונה היינו מוכרחין לומר דאף באונס לא אכלה ושפיר פירש"י בדף מ"ח שם. ובזה מיושב הא דהקשו בתוס' הא דקאמר לאפוקי ממשנה ראשונה והא קתני בהדיא בדף נ"ז גם משנה ראשונה.

יא ולפמ"ש אתי שפיר דקמ"ל בזה דלעולם היא ברשות אב אף שאירע אונס דכל שפטור ממזונות שוב אסורה לאכול בתרומה דשייך סמפון ושמא ישקה ודוק הן אמת דלכאורה הוה ק"ל למה לא תאכל בתרומה מידי דהוה אשכר פרה מכהן דמאכילה כרשיני תרומה ואף דשייך גזירה משום שמא ישקה וסמפון כל דאוכלת משלו הוה קנין כספו והישראל לא נהנה כלל דהא אוכלת משלו וא"כ מותרת לאכול בתרומה וזה היתה שיטת משנה ראשונה וב"ד של אחריהן אמרו דמ"מ שייך סמפון ושמא ישקה ודוק. והנה בהא דאמרו בכתובות דף כ"ז זכורני כשאני תינוק וכו' והאכילוני בתרומה שאל אותי תלמידי המופלג כמר סענדיר ני' שורשטיין דהא בב"ק דף קי"ד מוקי לה בתרומה דרבנן והרי קטן מותר לספות לו בידים איסור דרבנן. והנה אם נימא דהנאה של כילוי אסור בתרומה א"כ כאן אפשר דמקרי הנאה של כילוי ואסור להאב לעשות כן דהוא נהנה ואף אם נימא דמה שהאב נהנה אינו הנאה של כילוי ומותר מ"מ נראה לפענ"ד דכיון שאמר שהטבילוהו לאכול בתרומה לערב והי' חביריו בדילין הימנו ש"מ דהי' כהן דאם עשה איסור רק שמותר לספות לקטן למה טבל אותו וחבירו בדילין ממנו ושפיר דייק דכהן הוא וז"פ ועיין בט"ז אהע"ז סי' ג' שכתב דמה שהזכיר שהטבילוני הוא משום דבעי כוונה לתרומה וקטן אין לו כוונה ודוקא ע"י אב מועיל הטבילה ודפח"ח ע"ש וא"כ מזה מוכח שהיה לצורך תרומה שהוא כהן דאם לא כן סגי בסתם טבילה ומזה נסתר מה שאמר העלם הנ"ל דלמא היה הטבילה כדי שלא יטמא התרומה ואסור להפסיד תרומה בידים. ולפמ"ש א"כ לא היה צריך להטבילו דוקא ע"י אביו ודוק. והנה בהא דאמר שמואל לירושתה הקשה הפ"י דמה מועיל מחילה בדבר שממילא והנה לכאורה הי' נ"ל שהוא מתורת סילוק ובזה א"ש דהא קשה היאך שייך מחילה בדשלבל"ע וע"כ דהוא מתורת סילוק ומועיל אף בדבר שלא בא לעולם וכמ"ש הסמ"ע סימן ר"ט ס"ד.

יב והנה הרב החריף מו"ה יצחק שמעלקיש נ"י אמר עפ"י מה דאמרו בב"מ דף ס"ז דאילונית אחולי מחיל ומטעם דמחילה בטעות שמה מחילה דניחא לה דליפוק עלה שמא דאישות וה"ה כאן היא מחלה אף דלא יהיו קידושין כשימצא סמפון דניחא לה דליפוק עלה שמא דאישות.

יג ובזה יישב מה דקשה דאיך מועיל לירושתה והא יש לחוש שמא ימצא סמפון ויהי' הקידושין בטעות ואמת הוא דמ"מ מחלה בשביל שניחא לה. והנה השבתי דכיון דאתי

מתורת סילוק ולא עדיף מיאוש והפקר ממש וא"כ שוב בעינן עד דאתי לרשות זוכה ובלא"ה ל"ד דשם נשאה ולא הכיר בה ושייך מחילה דניחא לה דליפוק שמא דאישות אבל כאן הרי כבר נתארסה ועכשיו מסרה לרשות הבעל והוא יבדקה קודם החופה וא"כ מה תצא עליה שמא דאישות יותר ממה שהי' וז"פ. והנה הרב מו"ה אברהם קאמפף עוררני דאם נימא כשיטת הרשב"א דאיסור דרבנן מותר לספות בידים א"כ למה לא יוכל לצוות לקטן לכבות דכל שהקטן אינו מכוין דאין לו כוונה שוב אינו אסור בשום מלאכה אף במלאכה גמורה רק מדרבנן ומדרבנן מותר לספות בידים דהא מלאכת מחשבת אסרה תורה ולק"מ דאין הכוונה שיתכוין לעשות איסור והכוונה היא רק שיתכוין לשם אותה מעשה והרי קטן יש לו מחשבה ניכרת מתוך מעשיו וכמבואר בחולין דף י"ב וע"ש ברש"י ותוס' ושוב אסור לצוות לו וז"ב ופשוט והנה הקשה אותי מופלג אחד במ"ש דאם החזירו לתינוק הפורש כיונק שקץ והא לא הוה רק איסור דרבנן ומותר לספות בידים להרשב"א והשבתי דש"ה דנתפטם באיסור וזה יועיל לו בגדלותו ג"כ וזה אסור ודו"ק. ודרך אגב אכתוב בהא דאמרו שם בדף נ"ז ע"ב אין פוסקין על הקטנה להשיאה כשהיא קטנה ונחלקו בזה הפוסקים הובא בר"ן שם ברי"ף די"א דבעל חייב במזונותי' כיון דמשום תקנתא דידי' נמי כי היכא דלא תמרו דעליו יתפקי ודחה הר"ן דא"כ מכ"ש כשהוא תקנתא דידיה בלחוד בודאי צריך להעלות לה מזונות א"כ כי נותנין לאיש לפרנס את עצמו לחייב במזונות וע"כ דכל שא"י להנשא ואין ראוי לישא אותה אינו חייב במזונותיה ע"ש. והנה הראה לי החריף מו"ה מאיר ברא"ם ני' דבר פלא במהרש"א ריש כתובות בתוס' ד"ה ותנשא דכל שהעיכוב הוא משום ט"ב הוא משום תקנתא דידי' ומחייב במזונותיה ולכך איצטריך לטעמא דשקדו דמשום תקנתא דידה היא ואינו חייב במזונותה והפ"י חולק עליו ע"ש. והרי מבואר כאן דאף שהוא משום תקנתא דידי' אינו חייב במזונותה ואף להפוסקים דס"ל דחייב היינו משום תקנתא דידיה הוא והוא רצה לנשאה ובאמת שדבר תימה הוא. אבל לפענ"ד יש לדחות דשאני התם דתקנו חכמים שלא תנשא ואינה ראויה להנשא מצד עצמה אבל כאן שמשום ט"ב תקנו חז"ל שתנשא וא"כ היה יכולה להנשא במק"א שיש ב"ד ביום ב' וא"כ זה אינו מצדה והיא ראויה להנשא והמניעה מצידו אינו מקרי עיכוב מצד הכלל ואז יתגלה למפרע שהי' לה בתולים היתה היא ראויה אמנם עדיין קשה ממ"ש הה"מ פ"ו מאישות הלכה י"ט שאם אין יושבין ב"ד אלא ביום בו"ה אינו חייב במזונותיה עד יום רביעי שהרי אינו זמן כניסה ע"ש הרי דאף דהעיכוב מצידו מ"מ אינו חייב במזונותיה וגם לזה עוררני החריף הנ"ל ואף דגם זה יש לדחות שהרי שייך שקדו וא"כ העיכוב לתקנתא דידה. אבל העיקר נראה לפענ"ד

דבאמת לפי מה דמסקי בש"ס דכל אונסא לא אכלה אף שמעכבו הבעלים וכן קי"ל בטוש"ע סי' נ"ו ואף בחלה הוא וכדומה א"כ שוב אין נ"מ כל שיש אונס שא"י לכנסה פטור ממזונות ואין נ"מ בין אם העיכוב מצדו או מצדה וכן מצאתי בשיטה מקובצת שכתב בהא דאמרו ועכשיו ששנינו שקדו וכו' לפיכך חלה הוא וכתב הוא לפרש מ"ש רש"י ר"י מסברא דנפשיה קאמר דהיינו משום דבאמת יש לומר דדוקא בשקדו דתקנתא דידה הוא ולא בתקנתא דידיה לכך חידש ר"י מסברא דנפשיה דאף בחלה הוא ולפ"ז שוב אין נ"מ בזה וכמ"ש ודו"ק.

יד והנה בהא דאמרו כל אונסא לא אכלה ודקא מעכבי אינהו ובדין הוא דאבעיא לי' למתני לא נשאו דהיינו בקמץ ושוא ותני סיפא בדידהו איידי דרישא והיינו נשאו בחירק והוא תימה דהיאך אפשר דלתני טעות בשביל איידי ועיין תוס' וקדמונים. ולפענ"ד נראה דהנה משנה ראשונה תני אוכלות משלו ואוכלות בתרומה ולפ"ז בשלמא לענין אוכלות משלו שפיר מסתבר לומר דכל שהיה אונס בין מצדו בין מצדה אינה אוכלת דיש טענת אונס בממון אבל לענין תרומה באמת לא מסתבר להו למשנה ראשונה דבהגיע לו אונס למה לא תאכל בתרומה ולכך לא נקט לא נשאו בקמץ דמשמע דהבעל מעכב מצד אונס ורצון רק שהיא מעכבת והיינו באתניס דאוכלת משלו ואוכלת בתרומה ולכך הי' קורין בחירק ולפ"ז באמת לפי המסקנא דאמרו דאין אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה באמת לענין אוכלת משלו קרינא בי' לא נשאו בקמץ ומה שלא שינו הקריאה הוא משום דכבר הורגלו לפי משנה ראשונה לקרות כן ולא יכלו לשנות אבל לענין דינא לא נחלקו וגם למשנה ראשונה לענין מזונות ידעו דאף בכה"ג לא אכלה. ובזה מיושב היטב מה דפירש בכתובות דף מ"ח לא נשאו דהיינו שהעיכוב משלו או אונס שלו והדבר תמוה דהא מסקינן דאף באונס לא אכלה וכבר נשאלתי בזה זה שנים רבות וכעת ראיתי בספר יעלת חן על כתובות סי' ב' שהקשה כן ולפמ"ש א"ש דבמשנה ראשונה באמת אם היה העיכוב משלו או אונס עכ"פ אוכלת בתרומה אף דלא אכלה משלו ולכך פירש כן. וראיתי דבר תימה בנימוק"י שנדפס מחדש על כתובות שבדף ג' וז"ל מדלא קתני אוכלות משלהן נראה שלא הי' גורס נשאו בשוא רק בקמץ דמשמע העכבה מהנשים וז"א דקי"ל בריש מכילתין דכל דהעכבה משלה כגון שחלתה אינה אוכלת משלו לפיכך נראה דה"נ צ"ל דהעכבה משל בעלים והא דנקט נשאו בדידה אגב רישא ואולי לא היה הגירסא כן לפניו משום דאולי פשיט רב אחאי הוא ר"א גאון ולא גרס ר"א דר"א לא השיב על ר"א גאון ועיין תוס' שם גם ראיתי לפנינו ההבדל שבין נשאו לנישאו הוא ביו"ד אחר הנו"ן וזהו חילוק ונשאו בלא יו"ד משמע שהבעלים מעכבים ודו"ק אחר שנים רבות מצאתי קושית

המופלג מו"ה בצלאל מקאזווע בדברי רש"י בדף מ"ח הנ"ל בספר מי נפתוח בהקדמתו וגם הוא הניח בקושיא. ולפמ"ש אתי שפיר ועיין בב"י סי' נ"ה מ"ש בשם הר"ן גבי ארוסה יש לה מזונות וכו':

סימן קמט

א נסתפקתי בשני עדים שהזימו שני עדים שלא בפניהם אם יכולים אח"כ להזימם בפניהם ויהי' נאמנים לפסלם אם נימא דכל שהעידו שלא בפניו יכולין לחזור ולהעיד בפניו כמבואר בחו"מ סי' כ"ח. והנה לפענ"ד תלוי במחלוקת הריב"ש והמהרלב"ח אם הזמה שלא בפניו מועיל לפסול העדים או דהוה רק כהכחשה גרידא דאם נימא דלא הוה רק כהכחשה גרידא א"כ כבר נפסלו שניהם עכ"פ בעדות זה רק דכל אחת באה בפ"ע ומעידה אבל בעדות הלז פסולים לכ"ע וא"כ כל שכבר נכחשו לא מועיל אף שיזימו אותם אח"כ בפניהם אבל לשיטת הריב"ש דעכ"פ נפסלו הראשונים וא"כ יכולים אח"כ להזימם בפניהם שיתחייבו עונש הגוף וממון ג"כ וז"ב לפענ"ד. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הריב"ש להצילו מתפיסת המהרלב"ח סי' קל"ז שהקשה מדברי רבינו פי"ח מעדות הלכה ה' שכתב דעדים שהוזמו שלא בפניהם הרי הוכחשו לפיכך אם מתו העדים שהזימום קודם שיזומו אותם בפניהם אין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז ע"ש הרי דמבואר דל"מ רק הכחשה ועיין בנוב"י באהע"ז סי' ע"ב בהיתר החמישי שכתב ג"כ ראיה זו והתפאר בזה וכבר קדמו המהרלב"ח והמהרי"ט חלק אהע"ז סי' ל"ז האריך לדחות ראיה זו בדברים דחוקים כמ"ש הגאון מוהרח"י בקונטרסו על שיקול הדעת בסופו ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הוה הכחשה רק שיכולין להזים אח"כ בפניהם דכבר נפסלו הראשונים ואדרבא משם ראיה ברורה להריב"ש שהרי כתב שמתו העדים שהזימום קודם שיזומו אותם בפניהם ומשמע דיכולין להזים אח"כ בפניהם ואם איתא לדברי המהרלב"ח הרי נפסלו שהכחישו זא"ז ופשיטא שא"י להזים אח"כ וגם לאיזה צורך כתב רבינו זאת וע"כ דבא להורות דמ"ש דהוה הכחשה היינו שהראשונים כבר נכחשו ולכך אם לא הי' מתים הי' יכולים להזימם עוד אבל כיון שכבר מתו אין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז וניהו דהראשונים נפסלו אבל האחרונים ג"כ אינם נאמנים וז"ב מאד ודו"ק. ובזה מיושב מ"ש הנוב"י ראיה מתוס' סנהדרין דף ח' ע"ב ד"ה והביא האב עדים שכתבו דמיירי קודם גמ"ד דהשתא ליכא מיתה ולדברי הריב"ש גם לאחר גמ"ד משכחת לה וכשהזימום שלא בפניהם ולפמ"ש אתי שפיר דשם כתבו התוס' דלא משכחת עוד ד"נ ע"ש ואם הוזמו שלא בפניהם עוד משכחת לה ד"נ כשיזימו בפניהם ולכך ע"כ מיירי קודם גמ"ד. ומה שהקשה עוד מדברי התוס' דף ט' ע"ב ד"ה עידי האב

נהרגין שהקשו דיכולין לומר לחייב הבעל ממון באנו ולהריב"ש הי' להם להזים שלא בפניהם והנה תיתי לי דגם אני הרגשתי בזה בראשית ההשקפה אבל באמת אין ראיה מזה דהעדים יכולים להתנצל באמת רצונו להזים שלא בפניהם אבל לא יכולנו שהעדים הי' שם ואטו הי' יכולין לומר לב"ד אין רצונינו להזים רק דוקא שלא בפניהם וגם כיון דלכתחלה צריך שיהיה בפניהם א"כ הב"ד לא רצו לקבל רק בפניהם ומה יכלו לעשות ומ"מ לא רצו רק לחייב הבעל ממון. ובזה נסתר כמה קושיות שהקשה כעין זה באותה תשובה בסנהדרין דף מ"א יעו"ש ודו"ק. ומ"ש המהרלב"ח שם לחלק דאף דיכול לפסלן בגזלנותא מ"מ להזים א"י שלא בפניהם דהזמה חידוש היא ומהרי"ט השיב דהפיסול לאו חידוש דאגופן של עדות מסהדי ומהראוי להאמין לשנים רק מה שמחייבין ממון זהו החידוש ע"ש והגאון מוהרח"י האריך בקונטרסו דדברי שגגה הן דכי אתמר דחידוש הוא הוא על גוף פסול העדות דמה חזית דציית להני ציית להני הרי דעל גוף פסול העדים הוה החידוש ע"ש שהאריך בזה. ובאמת שלפענ"ד יש לומר דזה תלוי בשתי הלשונות בב"ק שם דלישנא דפסידא לא ס"ל לרבא דחידוש הוא ואפשר דקיי"ל כאותו לשון. ובזה יתיישב דברי הטור שכתב בסי' ל"ח הטעם דעדים אחרונים נאמנים דלא על גוף העדות מסהדי ומקורו מדברי הרמב"ן על התורה וכ"כ בספר החינוך והלח"מ תמה דהא הזמה חידוש. ולפמ"ש אתי שפיר דלל"ב משום פסידא לא ס"ל לרבא כלל דחידוש הוא אך לפ"ז יקשה דא"כ כי פריך הש"ס מ"ב לימא לענין לפסול העדים שלא בפניהם דאם חידוש הוא ליכא למפסלה ומשום פסידא יוכלו למפסלה וע"כ צ"ל דאף דחידוש הוא אפ"ה נפסלו שלא בפניהם ומ"ש המהרלב"ח ראיה מהנ"י פרק שני דכתובות דכתב דלכך אין נאמנים השנים לפסול לאחר מיתה משום דבעי שיזומו בפניהם והמהרי"ט כתב כי אין לפניו הנימוק"י ממס' כתובות באמת שכעת זכינו לספר הנימוק"י על כתובות וכתוב ככל הדברים ההם. אבל יפה כתב המהרי"ט שיחיד הוא נגד כל הני רבבותא התוס' והרמב"ן ודעימי' ומ"ש המהרי"ט להקשות על הנימוק"י דא"כ מ"פ הש"ס תרי ותרי נינהו הא כיון שאין נאמנים לפסלם שוב השטר בחזקתו. לפענ"ד כיון דכל הטעם דא"י לפסלם הוא משום דהעידו שלא בפניהם וזה גופא אינו רק מדבריהם כמו שלא בפני בע"ד וכמ"ש הגאון מוהרח"י בקונטרסו בהדיא וא"כ מה"ת נאמנים ולכך פריך תרי ותרי נינהו הן אמת שלפענ"ד אין דברי מוהרח"י ברורים בזה דע"כ לא הוה רק דרבנן רק מה שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ולחייבו ממון וזה אסמכתא דיבא בעל השור ויעמוד על שורו כמ"ש הב"י סי' כ"ח אבל לפסול אדם נראה לפענ"ד דכמו דאין גומרין דינו שלא בפניו כדאמרו בסנהדרין דף פ' וה"ה שא"י לפסלן שלא בפניהם ומ"ש הגאון מוהרח"י

לסייע למהרלב"ח מהא דאמר ר"א אין מזימין שלא בפניהם והזמה שלא בפניהם ניהו דהזמה לא הוה הכחשה מיהו הוה ולאיזה צורך האריך כ"כ ע"ש. לפענ"ד מכאן ראיה למ"ש דיכולין להזים אח"כ אותם בפניהם וכמו שהבאתי ראיה מדברי רבינו הרמב"ם (ומכאן ראיה דל"ש בזה עביד לאחזוקי דיבוריהו וכמ"ש המהרי"ט שם בשם מהר"י בן לב דאם נימא דעביד לאחזוקי דיבורייהו היאך יכולים להעיד אח"כ) ולפ"ז כיון דעכ"פ יכולין להעיד אח"כ צ"ל דהוה הכחשה עכ"פ לראשונים דאל"כ הרי הוכחשו שניהם ושוב אינם נאמנים באותו עדות לכ"ע וכמ"ש ודו"ק. שוב מצאתי במהרי"ט סי' מ"ג שם שכתב שם לדבר פשוט דנאמנים לפסלה עכ"פ שלא בפניהם והביא ראיה מהגהת אשר"י ועיין תומים סי' ל"ח שהאריך ג"כ בראיה זו מהג"א וכבר קדמו המהרי"ט שם. ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ק דף קי"ב שכתב בשם הרמ"ה דלכך הזמה שלא בפניהם הכחשה מיהא הוה דהא אין עדים נפסלים כלל ורק לגבי בע"ד מועיל ובזה מקבלין שלא בפניהם הרי מבואר דאין נפסלים כלל ודו"ק ועיין בשו"ת משאת בנימן סי' ק"ו ועיין פ"מ ח"ב סי' ק"פ ואין הזמן מסכים לעיין בדבריו. ומדי דברי זכור אזכור מה ששאל אותי בע"פ הרב החריף אבד"ק טאפריוו נ"י בהיותו פה במעשה שאירע לפניו בהיותו מברר למשפט אחד הי' שם שני כיתי עדים המכחישים זא"ז והכת אחת מהם העידה באופן שהי' יכולים להזימם והכת אחת העידה באופן שלא הי' יכול להזימם שלא העידו היום והמקום וכדומה וע"ז נסתפק איך נדייני להאי דינא דהא מן התורה בעי דו"ח ועדות שאתה יכול להזימה אף בד"מ וא"כ מהראוי הי' להאמין לאותם העדים הראוי להזימם יותר מאותן עדים שהעידו עדות שאילה"ז ואף דמדרבנן בטלו דו"ח בד"מ עכ"פ להכחיש אותם עדים שהעידו עדות שאתה יכול להזימם אפשר דגם מדרבנן נאמנים יותר הכת הלזו וע"ז השבתי בראשית ההשקפה דעכ"פ דין מרומה מקרי כיון דעדים מכחישים זא"ז ושוב צריך דרישה וחקירה וא"כ מהראוי שנאמין יותר אותן העדים שאומרים עדות שאתה יכול להזימם. אך אחר העיון יש לדחות כיון דכל מה שנקרא דין מרומה הוא בשביל שיש לפנינו עדות הכת השניה שמכחישים אותם וכל שאתה אומר שצריך דו"ח שוב לא הוה דין מרומה ושוב באמת א"צ דו"ח מדרבנן ואף שי"ל שעכ"פ הכת השניה לגבייהו מקרי דין מרומה ואינם נאמנים ז"א דעכ"פ אתה צריך לומר דהם מכחישים זא"ז ושוב אינם נאמנים הראשונים דהא השנים האחרים מכחישין אותם וע"כ צריך אתה לדון מכח עדות המכחשת דאל"כ לא מקרי דין מרומה.

ב אך אמרתי לו שיש לפשוט הדבר ממ"ש הריב"ש דהזמה שלא בפניהם פסולים מיהא הוה הראשונים והם השיגו דמקרי הכחשה גמורה ושתיהם כשרים. ולפ"ז יקשה הא

הראשונים העידו עדות שאתה יכול להזימה דהא יכלו להזימם בפניהם והשנים העידו שלא בפניהם וא"כ עדותן הוה עדות שאי אתה יכול להזימה דהא אף כשיזימום לא יענשו בגוף וממון כל שהעידו שלא בפניהם וכל עיקר עדות שאתה יכול להזימה היינו באופן שיוכל לקיים דין הזמה וא"כ שוב מהראוי להאמין לראשונים שהעידו עדות שאתה יכול להזימה טפי מהשנים וע"כ דכל שא"צ עדות שאתה יכול להזימה בממון נאמנים השנים כמו הראשונים וזו ראיה נפלאה לפענ"ד ודו"ק היטב. והנה בחידושי כתבתי בהא דהקשה התומים בשם הגאון מוהרח"י גבי פלוני רבעני דלשיטת הרמב"ם פח"י מעדות ה"ב דהכחשה עם הזמה ל"מ ובעינן שיהיה הזמה בלבד מבלי הכחשה הא בפלוני רבעני הוה הכחשה עם הזמה ביחד. ואמרתי בזה בחידושי לטוש"ע סי' ל"ח דבר חדש דהנה רבא אמר בב"ק דף ע"ג ע"ב עדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו נהרגין דהכחשה תחלת הזמה היא והיינו דה"א כיון דהוכחשו מקודם שוב בטל כל העדות ואין כאן מקום להזמה לזה קמ"ל דהכחשה תחלת הזמה היא וא"כ הוה כאילו הוכחשו ולבסוף הוזמו וכן קי"ל כמ"ש הרמב"ם פח"י מעדות הלכה ד'. ובזה אני אומר דבר נחמד דלכך צ"ל דהוה הכחשה עם הזמה ל"מ דהרי העדים המזימים הוה עדות שאילה"ז דהרי המזימים אינם נאמנים רק על מה שהוזמו אותם שלא הי' עמהם דעל גופן של עדים מעידין אבל מה שמכחישין את הענין הלוואה או הרציחה וכדומה ע"ז הוה תרי ותרי וכמ"ש הטור סי' ל"ה והרמב"ן בפירושו לתורה ועלח"מ פח"י ה"ב ולפ"ז אם יזימו אותם המזימים אז לא יהי' בגדר הזמה דהרי באמת כבר הוכחשו השנים הראשונים ושוב ל"ש הזמה וכאן לא שייך דהכחשה תחלת הזמה דע"כ לא שייך זאת רק היכא שבשעת הכחשה לא הי' נאמנים עכ"פ מספק א"כ הוה אתחלתא דהזמה אלא שלא נגמרה ונפסלו מספק ואח"כ נפסלו לגמרי אבל כאן בעת שהוכחשו מהראשונים הי' הם נאמנים דהרי הי' הכחשה עם הזמה והרי אם נימא דאף שיש הכחשה עם הזמה ג"כ מקרי הזמה ונאמנים האחרונים א"כ אז בעת ההכחשה לא הותחלה ההזמה בשום פנים דאדרבא הם הי' נאמנים רק אח"כ כשהוזמו אז נתגלה למפרע דהמזימים נתכחשו ושוב אין כאן מקום להזמה דהרי כבר נתכחשו ולענין ההכחשה באמת גם אז נתכחשו ורק שלא האמננו להם אז וא"כ לא שייך הזמה דהתורה רצתה שיהי' מוסר גופן של עדות כדדרשינן במכות והרי כבר הוסר גופן של עדות בעת הלז וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב הקושיא מפלוני רבעני דשם לא נתכחשו מתרי וא"כ ניהו דממילא היה הכחשה עם הזמה מה בכך מ"מ לא הוה הכחשה דתרי ותרי ושפיר הוה עדות שאילה"ז ובזה מיושב קושית המהריב"ל ממיפך והזמה דגם שם הוה הכחשה עם הזמה. ולפמ"ש אתי שפיר דשם לא הוה עדות שאילה"ז

דשם מיירי כשעמד בדין וכדמוקי לה התם דאל"כ לא הוה גברא בר חיובא וכל שהזימו להמזימים שוב נשארו הראשונים נאמנים בעדותם כמו שהעידו העדים בפני הב"ד הראשון שכבר נתחייבו בב"ד ול"ש כאן דהוה עדות שאתה יכול להזימה ודו"ק. והנה הר"ן בפ"ב דכתובות גבי הא דאמרו בשני עדים שחתומים בשטר ומתו דשנים מן השוק העידו דכתב ידם הוא זה אבל פסולים הי' דאינם נאמנים כשכת"י יוצא ממקום אחר והקשה הר"ן דנהמני לעדים במיגו דאי בעי פסלו להעדים הראשונים וקשה היאך יועיל הא אינם נאמנים לפסול הראשונים שלא בפניהם דהם כבר מתו ומזה ראיה להריב"ש דכל שאין נ"מ לענין עונש וכדומה נפסלו אף שלא בפניהם וצ"ע.

ג עוד נראה לפענ"ד בישוב קושית הגאון מוהרח"י ז"ל דהנה נ"ל בטעם הרמב"ם דהנה לכאורה יש לי מקום ספק בהא דהזימו עדים אם נימא דהזמה והכחשה ג"כ מקרי הזמה איך הדין אם באו עדים אחרים והזימו לאותן עדים מה הדין לענין מה שהכחישו גוף העסק ולכאורה י"ל דניהו דלענין הזמה האמינה התורה להמזימים אבל במה שהכחישו גם גוף ההלואה או בדיני נפשות לענין זה לא האמינה התורה להמזימים ולפ"ז שוב לא מועיל גם לענין הזמה דהא בעינן שיוסר גוף העדות מכל וכל והרי לענין גוף העדות אין נאמנים המזימין השניים וא"כ לא הוסר גופן של עדות לגמרי ושוב אינם נאמנים גם לענין הזמה ולכך הצריכה תורה שלא יהיה רק הזמה בלבד דאז הוסר גופן של עדות לגמרי וישנו בזוממי זוממין ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה כשהן שכל ענינם חלוקים ההזמה על גופן של עדים והכחשה בעצמות העדות דאז מה דאתזם אתזם ועל ההכחשה אינם נאמנים אבל בפלוני רבעני ובמיפך והזמה דע"י ההזמה הוסר גופן של עדות ג"כ ואינו ענין מחולק וא"כ בכה"ג ישנו בזוממי זוממין דכל שהאמינה תורה להמזימין שוב נאמנים בגוף העדות וכיוצא בזה חלקו התוס' בב"ק דף ע"ב לענין מה דאמרו בב"ב במה דאתכחיש אתכחיש ומחלקו בין עדות אחת לשנים ודו"ק

ד והנה מעשה אירע פה לבוב שאחד גרש את אשתו ומסר מודעא על הגט אבל לא עלתה בידו ואח"כ הביא עדים שקידשה שנית ובאו עדים והכחישו לעדי הקדושין אבל עידי הקידושין נתקבלו שלא בפניה ואח"כ נתקבלו בפניה ושייך חשש דעביד אינש לאחזוקי דיבורא. ואמרתי דבעידי קדושין דלהרבה פוסקים כד"נ דמי וא"כ אותם עדים שהגידו תחלה שלא בפניה יש חשש עליהו בזה בודאי עדים האחרים נאמנים יותר ולא הי' רק סניף דבלא"ה היו גמגומים רבים בעידי קידושין. והנה בשו"ת הר"י בן לב ח"ב סי' ח' הקשה על מ"ש הריב"א דהכחשת העדים שלא בפניהם לא מקרי חוב לגבי עדים ולכך מקבלין שלא בפניהם דהא יש חוב להעדים דאחד מכת זה ואחד מכת זה אין מצטרפין

וכתב כיון דאינו רק מכח ספק לא מקרי חוב להם ושאל אותי הרב המופלג מוה' יעקב יוטש נ"י דאם כן בהזמה שלא בפניהם דהוה הכחשה והא שם ודאי החוב דהוא הפסול דלענין זה אמרינן דהוא הפסול. ולפענ"ד נראה דשאני הכחשה דבאמת אין שום נאמנות לזו יותר מלזו לכך מסתבר דכל שלא בפניהם כל שיש קצת חוב לא מקבלין אבל בהזמה דהתורה האמינה לאחרונים רק דכל שלא בפניהם א"א להזים א"כ עכ"פ הכחשה מקרי דלענין שיהיו נקראים מוכחשים אף שמגיע להם חוב בפרט לפמ"ש המהרד"ך בית כ"ו דאינו רק דרבנן מה שבעי לקבל בפניו א"כ בדין הוא שיקבלו עכ"פ שיהיו מוכחשים ודוק היטב. והנה אחר זמן רב האיר ד' עיני ומצאתי ישוב הגון למ"ש לעיל שהקשו על הריב"ש ממה שכתב רבינו פח"י מעדות עדים שהוזמו שלא בפניהם הרי הוכחשו לפיכך אם מתו העדים שהוזמו קודם שהזימו אותו בפניהם אין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז וכבר כתבתי מ"ש הנוב"י דמשמע מזה שאין כאן עדות כלל ואף לא נפסל וכ"כ בזה וכעת נ"ל דהנה בהא דאמרו בכתובות דף י"ט ע"ב ומגבינן בי' ואמאי תרי ותרי נינהו והקשה בשיטה מקובצת בשם הרמב"ן דנימא שאמרו דפסולים הם בגזלנותא ואז האחרונים נאמנים דפסלו גוף העדים וע"ז האמינם התורה וכתב כיון שמתו הראשונים ולא באו לפסול גוף העדים רק נגד השטר מעידים ומכחישים עדות הראשונים בזה הוה כתרי ותרי ע"ש ולפי זה אני אומר דבר נחמד דבאמת עדים שהוזמו שלא בפניהם אבל עודנם חיים אין כאן רק הכחשה ונפסלו הראשונים דכל שאין עונש הגוף או ממון רק לפסול האדם א"כ נאמנים האחרונים לפסול הראשונים אף שלא בפניהם וכמ"ש רבינו אבל כשמתו הראשונים קודם שהוזמו בפניהם א"כ לא באו האחרונים לפסול נפשם על הראשונים רק לפסול השטר ועל השטר הו"ל כתרי ותרי ואין כאן עדות שהרי הכחישו זא"ז וז"ש רבינו לפיכך אם מתו העדים קודם שהוזמו אין כאן עדות והיינו שבטל לגמרי והו"ל כתרי ותרי ואם כן נסתייעו דברי הרמב"ם משם וז"ב כשמש ומדוקדק לשון רבינו והנוב"י נדחק בלשון לפיכך ולא העלה דבר ברור ומ"ש נראה נכון ודוק היטב כי הוא דבר נחמד ונעים ת"ל. והנה בהא דאמרו בסנהדרין דף מ"ג ר"י אומר אם הי' יודע שהוא מזומם אומר תהא מיתתי כפרה על כל עוונותי חוץ מעון זה א"ל א"כ יהי' כל אדם אומר כן כדי לנקות את עצמו ופירש"י שהעדים שקרים ובמחשבתם הרעה הרגוהו ובאמת לשון שהוא מגומגם לא א"ש ועתוי"ט שכתב על דברת הרע"ב שפירש שעדיו הן זוממים ומשמע דוקא כשיודע שיש עדים שהם זוממים רק שלא באו הוא דאומר כן ואם אין עדים שהוא מזומם אף שבאמת שקר העידו אטו בזה ל"ש לומר חוץ מעון זה ע"ש שנדחק דלישנא דקרא נקיט ולפענ"ד נראה דהדבר נכון עפ"י שיטת רבינו דהזמה אינו רק על

גוף העדות אבל המעשה יכול להיות אמת והנה במ"ש הת"ק שאומרים לו אמור תהא מיתתי כפרה על כל עונותי היינו לפי שהתודה ועשה תשובה נתכפר לו ע"י מיתת ב"ד כל עונותיו אף שמגיע על כל אחד מעבירות עונש אחר וכמ"ש רבינו בפיהמ"ש פרק ו' דנזיר מ"ד ולפי זה זהו כשעכ"פ נתחייב מיתה ע"ז אבל כשהעדים לא הי' אז והם מזומם רק שלא באו עדים להזים א"כ באמת עשה העון הזה ואין לו כפרה במיתה זו שבאמת כל שלא הי' עדים לא מגיע לו מיתה ולכך אומר תהא מיתתי כפרה על כל עונותי דהא עכ"פ במת דלאו כי אורחיה יש לו כפרה ועיין בסנהדרין דף מ"ז דנהרג מתוך רשעו הו"ל כפרה ומת מתוך רשעו כיון דכאורחי' מת לא הו"ל כפרה וא"כ על כל עונותיו שעשה הו"ל עכ"פ נהרג מתוך רשעו והו"ל כפרה דבאמת ההריגה אינו במשפט שלא היה עדים ולכך על אותו עון אין לו כפרה דהעון עשה רק שלא נתחייב מיתה בלי עדים או שהיו עדים אחרים רק שאותן עדים לא היו אז ואם כן הו"ל עכ"פ כמת מתוך רשעו לגבי אותה עבירה שבאמת מגיע לו מיתה רק שלא עפ"י אותן עדים ואין לו כפרה דהא לא נתחייב מיתה זו שתהיה המיתה מכפרת מצד התשובה כמ"ש הרמב"ם פ"ו דנזיר הנ"ל ועל זה אמרו חכמים דאפ"ה לא יאמר כן דא"כ יאמר כל אדם כן כדי לנקות עצמו והיינו דר"י מיירי בדבר שבאמת עשה רק שהעדים מזומם אבל כל אדם יאמר כן שגוף הדבר שקר כדי לנקות עצמו מהעון וא"כ יהיה לעז על הב"ד והעדים שלא כדין אבל בהך דר"י עכ"פ הב"ד המיתו כדין שבאמת נתחייב הוא מיתה מצד אחר. ויתכן יותר לפמ"ש הרמב"ן בטעם דכאשר זמם ולא כאשר עשה דמסתמא נתחייב זה מיתה ממקום אחר דהא אלקים נצב בעדת אל ולא היה מניח שהב"ד יהרגו צדיק וא"כ כל שהעדים זוממין ואפ"ה יובא להרג ע"כ שהמיתה נתחייב רק לא על אותו עון ולכך אמר תהא מיתתי כפרה על כל עונותי חוץ מעון זה וע"ז אמרו שא"כ כל אדם יאמר כן כדי לנקות עצמו ויאמר שהב"ד הרגו שלא כדין ולא נתחייב מיתה בשום פנים וכדי בזיון להב"ד שהקב"ה לא הצילם מבוא בדמים ודוק היטב. ובגוף דברי הרמב"ם בהכחשה עם הזמה היה נלענ"ד כעין מ"ש למעלה אבל בפשיטות יותר וכעין חדתא קאמינא דהנה כבר הבאתי שנחלקו אביי ורבא בהוכחשו ולבסוף הוזמו דאביי ס"ל דהכחשה לאו תחלת הזמה ורבא ס"ל דהכחשה תחלת הזמה והנה ענין הכחשה תחלת הזמה פירש"י שנים העידו שהרג הנפש ובאו שנים והכחישו הראשונים ולבסוף באו כת שלישית שהזימו אם כן מבואר נגלה דכל המחלוקת דוקא כשהכת המזמת לא היתה מכחשת בזה ס"ל לאביי דמ"מ כבר נתכחשו הראשונים ולא יפול עליו שם הזמה ורבא ס"ל דמה בכך שהוכחשו כבר גם זה צירוף להזמה שאחריה דכיון שבאמת לא הי' שם שפיר נתכחשו אבל הזמתן של זו

היה כמשפט ולפ"ז זהו דוקא בשני כתות אבל כשהכת המזמת בעצמה הכחישה נראה לפענ"ד ברור דכ"ע מודים דל"מ הזמתם דהא כבר נתכחשו ואף דאמרו תחלה לעדים עמנו הייתם גם המלוה והלוה וכדומה מ"מ כיון דבב"א הוא שפיר הוכחשו ולא הוה הזמה גמורה דכבר הוסר עדותם ע"י ההכחשה או שעכ"פ הוכחשו והוזמו בבת אחת ואנן בעינן שתוסר גופן של עדות על ידי הזמה בלי צירוף שום דבר והרי הוכחשו ג"כ ובזה לפענ"ד מיושבים דברי הרמב"ם כמין חומר שכתב בפי"ח הלכה ב' בציור הכחשה והזמה ביחד דהיינו שאמרו ביום זה ובמקום זה היינו עמכם ועם אלו כל היום ולהד"מ לא הרג זה את זה ולא זה הלוה את זה הרי"ז הכחשה וכן אם אמרו להם היאך אתם מעידים כך וההורג או הנהרג וכו' היה עמנו ביום זה במדינה אחרת ודקדק המהרי"ט חלק אהע"ז סי' ל"ז למה לא נקט הרמב"ם בזה הציור שאומר שהורג או נהרג היה עמנו גם זה שאומר שגם העדים הי' עמנו ואפ"ה לא נעשו רק להכחשה וגם דקדקו בציור הראשון למה הוסיף רבינו להד"מ. ולפמ"ש אתי שפיר דבחלוקה הראשונה שתחלה הזימו לעדים א"כ באמת היה תחלת הזמה והא דמה בכך דהוסיפו הזמה גם להורג ולהמלוה הא כבר הוזמו לזה הוסיף רבינו שכיון שאמרו להד"מ לא זה הרג את זה וכו' וא"כ לא היה הזמה כלל שהרי נתכחש כל המעשה אבל כל שהתחילו בהזמת הבע"ד שכבר הוכחשו אם כן פשיטא של"מ ואין שום רבותא אף שצרפו הזמה או לא צרפו דהרי כבר הוכחשו וז"ב. ובזה מיושב גם סיום דברי הרמב"ם שסיים הואיל והעדים שהזימו לא השגיחו על עצמם של עדות כלל אם אמת היה או שקר ודקדק המהרי"ט דלא יתכן כלל הלשון דכיון שלא הזימו רק שהעדים לא היו שם ואם לא כן לא הוה הזמה א"כ לא היו יכולים להשגיח כלל על גוף המעשה ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת אף שהיה שזה לוה או ההורג וכדומה כל שלא העידו ע"ז ולא הכחישו הראשונים רק הוזמו בלבד אף שבא בודאי הכחשה מזה לגוף המעשה לא איכפת לן. ובזה מיושב היטב הקושיא מפלוני רבעני ומשליח נעשה עד וכן הקשו האחרונים ממכות דף ה' דבאו והעידו שהיה עמהם באותו היום אבל ביום שלפניו הרג דא"כ הוא הכחשה עם הזמה (הן אמת די"ל שלא העידו שהרג אותו נפש רק אחר ביום שלפניו אבל הלשון לא מורה כן והרמב"ם פי"ט מעדות ה"ב ביאר כן בהדיא ע"ש) ולפמ"ש א"ש דכל שלא היה רק הזמה אף שבודאי אתכחש הדבר מ"מ מועיל ומ"ש הרמב"ם דהכחשה הוה שהוכחשו בעדות עצמה שלא היה הדבר או שיצא מכלל דברי' שלא הי' היינו כמו שמצייר שאמרו שהמלוה או ההורג וכדומה הי' עמהם דממילא נשמע שהעדים הראשונים העידו שקר אבל הי' בתורת הכחשה אז לא מועיל אבל אם היה הזמה גרידא כיון שיאמרו אין אנו יודעין בגוף העדות אם הי' או לא

היה רק אתם הייתם עמנו א"כ זהו תורת הזמה שאינן מכחישין גוף הדבר זה מועיל אף שממילא נשמע הכחשה ובזה מיושב גם מיפך והזמה שנתקשה מהר"י בן לב ועלח"מ פח"י שם ולפענ"ד הוא ענין נכבד שלא עמדו בזה הראשונים ואחרונים ובזה גם מה שהקשו מהך דמכות ג"כ א"ש דשם לאותו העדים הזימו הזמה גרידא רק שממילא נשמע ששקר הי' דהא כבר הרגו אבל כל שאינו רק הזמה היה מועיל ודוק היטב כי לפענ"ד מקום הניחו לי ת"ל. עוד נראה לפענ"ד בכוונת הרמב"ם דבאמת ענין הזמה חידוש היא דמה חזית דסמכת אהני סמוך אהני אך כל מה דנוכל לקרב להשכל יש לקרב דבאמת מה שאמרו עמנו הייתם אינו בגדר עדות וכל ענין עדות היינו כשיעיד על דבר שאנו צריכין לדעת מה שהי' שם וכאן עיקר העדות שלא היו במקום שהעידו הראשונים ואם כן זה אינו ענין עדות דיפול בו ענין הכחשה דבשלמא כשמכחישין עצמן שכת הראשונה אמרה שכך הי' העדות והכת השני' אמרה שלא כך הי' אם כן נופל גדר עדות והוה עדות המוכחשת משא"כ כאן כשאומרים האחרונים שהי' עמהם זה אינו גדר עדות כלל ולא נצרך לדעת כלל מה עשו שם וכדומה ועיקר הוא לשלול שלא הי' במקום שהיו הבעלי דברים וא"כ איפוא לא יפול ענין תרי ותרי ואף דממילא כל שלא היו במקום שהיו הבע"ד שוב מוכחש עדותן של הראשונים מ"מ ל"ש בזה לומר מה חזית דסמכת אהני סמוך אהני דהאחרים אינם מעידין שום עדות ואין נ"מ במה שהעידו שהי' עמהם רק שלא היו במקום שהי' הבע"ד בזה מהראוי להאמין להאחרוני' יותר דפשיטא דע"ז נאמנים אף בלי דו"ח כלל רק שעיקר הדו"ח היא בשביל שיזימו הראשונים אבל לא שיתברר היאך הי' שם כי בזה אין נ"מ כלל ולכך האחרונים נאמנים כנלפענ"ד לקרב הדבר שלא יהי' זר כ"כ ומ"מ מקרי חידוש דהא הראשונים מכחישים אותם והם באמת עדות ומהראוי להאמינם אבל מה שנוכל לקרב אל השכל פשיטא דמסתבר דהאחרוני' נאמנים ולפי זה שוב מבואר דברי רבינו דלכך צריך שלא יהי' הכחשה והזמה ביחד דאז שוב האחרונים בגדר עדות ושוב הוה תרי ותרי ולכך צריך שיהי' הזמה לבד.

ה ומעתה מיושב קושית הגאון מוהרח"י ז"ל דבפלוני רבעני שם באמת גוף הזמה אינו תורת עדות כלל רק שממילא נתכחש גוף העדות ובזה לא אכפת לן ודוק היטב כי לפענ"ד הוא ענין ברור ונחמד. והנה במשאת בנימן סי' ק"ו כתב דלפסול אדם לכ"ע ל"מ שלא בפני בע"ד ואף אם עבר וקבל ל"מ ע"ש שהאריך וכבר הבאתי מחלוקת הפוסקי' בזה ועיין ש"ך סי' ל"ח. אך מ"ש שם לדחות דברי המרדכי שכתב דעדים זוממין חידוש הוא וע"ז כתב המ"ב דאף דחידוש הוא דוקא לענין החומרא דעדים זוממין אבל הקולא ילפינן שאם בעדים זוממין הקילו ק"ו בדבר אחר לא זכיתי להבין דהרי לכך אין מקבלין

בעדים זוממין שלא בפניהם הוא משום דחידוש הוא מה דיכולין להזים אף בפניהם דמה חזית דציית להם ולכך שלא בפניהם אין מקבלין אבל לענין שאר דברי' מקבלין אף שלא בפניהם והך חידושא אינו מכח קולא וחומרא רק דהחידוש הוא דמה חזית דסמכת אהני סמוך אהני וא"כ לכך יש לומר דע"כ לא מהני הזמה רק בפניהם משא"כ שלא בפניהם וגם בלא"ה דברי המ"ב תמוהין דמ"ש דניהו דעדים זוממין חידוש הוא אין למדין רק החומרא אין למדין אבל לא הקולא דהרי התוס' במ"ק דף ח' ד"ה נפקא כתבו וקשה קצת אליבא דר"י שמה שיש בחומרא חידוש אין ללמוד המינו קולא דקאמר משום דחידוש הוא דעצים ואבנים לא מטמאי אין ללמוד הימנה אלא דכוותיה אמרינן פכ"ה בב"ח חידוש הוא ופירש ר"י דאי תרו לי' כולי יומא בחלבא שרי וכי מבשל לי' אסור והחידוש אינו מן האיסור דבהדי הדדי אסור והאי לחודי' והאי לחודי' שרי דהא כלאים נמי כל חדא שרי ובהצטרפות אסירי כדמסיק פ' א"ע משמע כשהאיסור חידוש אין ללמוד ממנו קולא מה"ט הי' מיישב ריב"א האי דעדים זוממין דחידוש הוא עכ"ל הנה ביארו דכל דחידוש אין ללמוד ממנו קולא ג"כ וא"כ ממילא אין ללמוד מעדים זוממין. הן אמת דדברי התוס' תמוהים במ"ש דכל שהוא חידוש אין ללמוד ממנו אף קולא דהא בחולין דף צ"ח אמר אי חידוש הוא אפילו למאה וששים נמי לא לגמר ומשני אטו אנן לקולא גמרינן לחומרא גמרינן הרי דאף דחידוש הוא אפ"ה לחומרא גמרינן וה"ה בזה להיפך וכבר התעורר בזה בשו"ת נוב"י מהד"ת חיו"ד סי' ל"ז בהשמטות שם שבסוף הספר לבנו הרב ז"ל ובאמת שגוף דברי הש"ס במ"ק סותרים דברי הש"ס חולין. אך לפענ"ד הי' נראה דאינם סותרים דחילוק יש בין כשהאיסור בעצמו מצינו דוגמתו אך שיש איזה פרט בזה דיש בו חידוש עד"מ זרוע בשלה דמצינו בכל איסורים דבטל בששים או במאה ורק דכאן מצינו שיוכל לבטל איסורי' שפיר אמרינן כיון דעכ"פ גוף האיסור שיתבטל זה אינו חידוש רק מה שמותר לבטל א"כ שפיר ילפינן מיניה ועכ"פ חומרא בק"ו דמה התם דהתורה הקלה בדבר דיכול לבטל לכתחלה ואפ"ה בעי ששים א"כ מכ"ש בשאר איסורים אבל בהך דמ"ק דגוף טומאת הבית הוא חידוש דהא עצים ואבנים לא מטמאי בעלמא ולמה יתטמא הבית וכן רצה המלמ"ל לפרש בפי"ד מט"ץ ואף שהוא דחה הדברים אבל בהשמטות הנוב"י שם מחזיק פירוש זה וא"כ י"ל שגם התוס' ס"ל כן ואף דלא פירשו כן בד"ה דהא עכ"פ זה ודאי דגוף הטומאה הוא חידוש וא"כ כל דהוא חידוש גוף הענין של הטומאה שוב אין למדין ממנו לא קולא ולא חומרא וז"ש התוס' ראי' מבב"ח דשם כל הענין שיהי' אסור בב"ח הוא חידוש דכל חדא שרי בפ"ע ואף שמצינו דוגמתו בכלאים הא שם ל"ש טעם והתחברות אסרה תורה משא"כ

כאן דתלוי בטעם והרי מצינו דדרך בישול אסרה תורה ולא בתרו לי' אלמא דהוא חידוש לגמרי וכן עדים זוממין חידוש הוא דמה חזית דציית להני ציית להני וא"כ לכך לא גמרינן שום דבר מזה ועיין תוס' סנהדרין דף כ"ז ד"ה אין שכתבו ג"כ כעין זה ע"ש ותבין הכוונה לענין עדים זוממין דחידוש הוא ובזה מדוקדק לשון התוס' שכתבו כשהאיסור חידוש אין ללמוד ממנו קולא ובהשמטות שם כתב להגיה כשהיתר חידוש אין ללמוד ממנו איסורא ותמה על המהרש"א ולפמ"ש בדקדוק נקטו כשהאיסור חידוש היינו שכל עצמות האיסור חידוש אין ללמוד ממנו ומ"ש דאין ללמוד קולא לא קאי על בב"ח דשם חומרא רצה למילף וכקושית המהרש"א ותירוצו דחוק אבל הכוונה שזה קאי למעלה שרצו להוכיח מבב"ח דכמו דשם אין למדין חומרא כיון דגוף האיסור הוא חידוש כמו כן בעלמא כל דהאיסור חידוש אין ללמוד קולא וז"ב ודוק.

י ובזה מיושב הרבה תלונות של ההשמטות שם ואכ"מ להאריך. שוב מצאתי בנדרים דף ד' האי חידוש לחומרא היא ופירש"י והר"ן והרא"ש דהיאך שייך לומר דלא נילף קולא מיניה ומבואר שלא כדברי התוס' במ"ק הנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר

יא והנה בהא דאמרו בכתובות דף כ' דר"ש סבר דכשם שאין מזימין אלא בפניהם גם הכחשה אינו רק בפניהם ור"נ סבר דיכולין להכחיש שלא בפניהם ור"א ס"ל דאף הזמה שלא בפניהם הכחשה מיהא הוה. לפענ"ד הי' נראה דבאמת באיסורא דעת המאירי דיכולין לקבל אף שלא בפניו דזכות היא לו לאפרושי מאיסורא ורק היכא דפתיך בי' ממונא אין מקבלין ולפ"ז בשלמא הזמה דשייך עונש גוף או ממון לכך אין מקבלין אבל הכחשה דאין שום עונש וגם פסול ל"ש בו כמ"ש למעל' שכן דעת הרבה פוסקים וא"כ הוה לאפרושי מאיסורא גרידא וזכות היא לו שלא יפסד אחד על ידו ושפיר מקבלין. ובזה מובן לשון ר"נ דלכאורה לא נודע מה זו שאלה והלא בהזמה ג"כ אם הוא בפניהם מקבלין ושלא בפניהם אין מקבלין וה"ה בהכחשה ואף די"ל דהזמה חידוש טפי אבל מ"מ מה קושיא כ"כ ולפמ"ש א"ש דכאן דמתו הראשונים ל"ש שום עונש ולא פסול על הראשונים למה לא יקבלו שלא בפניהם דשמא היו מודים להם ובזה מיושב מה דק"ל טובא דהרי בהיו עדים חולים מקבלים שלא בפניהם וא"כ מכ"ש באם מתו הראשונים ולמה לא יקבלו שלא בפניהם ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת זה טענת ר"נ דבהכחשה שאין שום נגיעה לראשונים למה לא יקבלו וגם אם לא מתו רק שאינם לפנינו מקבלים וניהו דהזמה לא הוה הכחשה מיהא הוה עכ"פ כמ"ש ר"א ודוק:

סימן קנ

א לרעי כנפשי חריף ושנון נ'.

ב מ"ש על מה שראית בהיות במחיצתי מ"ש בתשובה קונטרס מיוחד על ענין קונמות קדושת הגוף והארכתי על דברת הקצה"ח סי' קי"ז במ"ש דקונם כללי כיון שיש לו פדיון אין לו דין קדושת הגוף אלא קדושת דמים ואני כתבתי דדבריו מבוארין בכתובות דף נ"ט ובנדרים דף פ"ו ברש"י והר"ן והרא"ש דמש"ה קונמות הוה כקדושת הגוף לפי שאין לו פדיון ולפ"ז ע"כ קונם פרטי הוא דאי כללי כיון דיש לו פדיון לא הוה כקדושת הגוף וע"ז הקשית דא"כ הא דאמר בר פדא דקונמות לא פקע בכדי ע"כ בקונם כללי דקונם פרטי כתב הרר"י והובא בר"ן שם דגם בר פדא מודה בזה.

ג ולפ"ז בקונם כללי שוב אית ליה פדיון וקדושת דמים הוא ושם מודה ב"פ דקדושת דמים פקע בכדי. הנה יפה שאלת וכבר קדמך בקושיא זו הקצה"ח בעצמו בסי' קע"א והניח בקושיא. וראיתי באמת שכתב ליישב בסי' ע"ב קושיא זו דלב"פ אף קדושת דמים לא פקע בכדי. אך לפענ"ד לא הועיל בזה דאכתי קשה לרבא דס"ל שם דקדושת דמים פקע בכדי היכי מפרש המשנה בקונמות דאי בקונם פרטי פקעה בכדי ואי בכללי הא יש לו פדיון וזהו אין קושיא דהא רבא מפרש אליבא דעולא דסובר דאינו קדוש רק עד שיקצצו ול"ק כלל ובזה ל"ק גם מה שהאריך להקשות מהא דאמר קונמות מפקיע מידי שעבוד דהא התם הוה קונם פרטי ופקע בכדי וכל הטעם דקונם מפקיע מידי שעבוד כתבו התוס' בגיטין דף מ' משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וחל הקדושה שעה אחת ותו לא פקע וא"כ בקונם פרטי דפקע בכדי אמאי יפקע משעבוד ולא זכיתי להבין דניהו דפקע בכדי היינו לאחר זמן שאסר בקונם אבל כאן דאסרה המע"י על בעלה ולא פרטה זמן א"כ אימת יפקע ואף בקונם פרטי חל הקונם וז"פ וברור. ובזה נראה לפענ"ד מה שהאריך באבני מלואים בסי' ע"ב שם דל"מ לה שיאסר בקונם על בע"ח דממנ"פ בקונם פרטי על הבע"ח דוקא פקע בכדי ובכללית על כל העולם שוב אינו מפקיע מידי שעבוד לפמ"ש ליתא דאף בפרטי וכיון דעכ"פ חל הקונם אימתי יפקע. ואולי ס"ל להגאון דכל דהיה קונם פרטי לכשיבא זמן הפרעון זה מקרי כמו קונם עד שיקצצו דעד אותו זמן הוא שיכול לאסור לפי דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואח"כ כיון דמשעבדא א"י לאסור ופקע בכדי אבל ז"א כיון דעד אותו זמן ברשות הלוה א"כ בעת ההוא יכול לאסרם וכל דאסרם עליו שוב לא נפקע בכדי דהרי אסרם עליו ולא פרט הזמן וז"ב לפענ"ד. שוב ראיתי בר"ן ר"פ השותפין דביאר בהדיא דקונמות מפקיע מידי שעבוד ולכך השותפין שנדרו הנאה אסורין והרי שם הוה קונם פרטי וכן ביאר הר"ן שם בהדיא דף מ"ו ע"ש גבי משכיר ושוכר דאף בקונם פרטי חל הקונמות והרי כתב בעצמו לעיל דקונם פרטי נפקע בכדי וע"כ צ"ל דעכ"פ הקונם חל עד אותו זמן שקצב וא"כ כל שאסר סתם אף בקונם פרטי לא

נפקע בכדי וז"ב ופשוט ודברי הקצה"ח תמוהין. ואמת אגיד ששמעתי בבירור שהגאון בעל הקצה"ח היה אומר דשמעתא דבר פדא לא סלקא ליה כהוגן אבל לא ידעתי על מה ולמה ואולי נרגש הגאון אח"כ במ"ש ומ"ש הקצה"ח בסי' קע"א בהא דאמרו בגיטין דף מ"ב אלא מעתה ביום רבו ישא שפחה וביום של עצמו ישא ב"ח ומשני באיסורא לא קא מיירי וע"ז הקשה דהא בשותפין שנדרו אמרינן ברירה אף דהוא לענין איסור ואמרינן דבשעה שמשתמש לעצמו יש לו קנין הגוף בכלה וה"ה כאן נימא ביום של עצמו יהיה לגמרי ב"ח ויש לו קנין הגוף בעצמו בכלו וע"ז כתב כיון דנעשה ב"ח ול"מ משוחרר חוזר ואשתעבד דהו"ל קדושת הגוף ולא פקע בכדי וכדאמרו בירושלמי הובא בתוס' גיטין דף מ"ם ע"ש והאריך בזה ובסי' רמ"ט ע"ש אבל באמת לפענ"ד אין התחלה לקושייתו דשאני ח"ע וחציו ב"ח דעכ"פ כיון דלמחר הוא עבד א"כ עכ"פ יש בו צד עבדות וצד חירות ולא אתי צד עבדות ומשתמש בצד ב"ח וא"כ מה מועיל שבזמן הזה הוא ב"ח אבל עכ"פ בגופו יש צד עבדות ואסור לישא ב"ח וש"ה גבי שותפין דעיקר הקפידא לפי שמשתמש בחצר חבירו וכל שכעת הוא שלו לגמרי אף שלמחר יהי' של חבירו עיקר הקפידא על עת השתמשותן ובעת השתמשותו הוא שלו משא"כ בח"ע וחב"ח דעכ"פ יש בו צד עבדות וז"ב מאד. איברא דלפ"ז לכאורה הי' ראוי שישא שפחה חציה ב"ח ול"ש דאתי צד עבדות ומשתמש בב"ח כיון דהיא בת מינו אבל באמת כבר כתבו התוס' בגיטין דף מ"א ובחגיגה דף ב' ובחולין דף ע"ט דמ"מ הרי צד עבדות משתמש בב"ח ול"ד לפרידה דאין מרכיבין עליה אלא מינה משום דשם אכלאים קפיד קרא והרי כאן ליכא כלאים דהיא בת מינה משא"כ כאן דעכ"פ צד עבדות משתמש בצד ב"ח ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' ד' ודו"ק. ובזה נראה לי ליישב דברי הירושלמי פרק השולח שם דאמר דקודש ביום של רבו אין חוששין לקידושין קידש ביום של עצמו חוששין לקידושין ותמה הקצה"ח שם דהא באיסורא לא קא מיירי והקצה"ח כתב דהירושלמי ס"ל דגם קדושת הגוף פקע בכדי ע"ש והדבר תמוה דסותר דברי עצמו ודברי הירושלמי שהרי בירושלמי מפרש דלכך שחרור מפקיע מידי שעבוד משום דל"מ עבד משוחרר חוזר ומשתעבד וא"כ ע"כ דס"ל דקדושת הגוף לא פקע בכדי ואיך מותר לקדש ביום של עצמו ובאמת לאביי ס"ל קדושת הגוף פקע בכדי בנדרים דף כ"ט אבל באמת מדברי התוס' בגיטין לא משמע כן שהרי הקשו דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה היאך מפרש המשנה דלדידיה לא מפקיע מידי שעבוד דלמפרע הוא גובה ולא כתבו סתם דס"ל קדושת הגוף פקע בכדי. וע"כ נראה דבאמת גם בזה במחכ"ת הקצה"ח שזה אינו דהוא חשב דקדושת הגוף לאביי דפקע בכדי נפקע אף שלא פרט הזמן וכמו בקונם כללי אבל ז"א דאביי לא

ס"ל רק כשפרט הזמן אבל כששחרר סתם לא פקע בכדי וע"כ אין לדבריו מקום בזה. אך לפמ"ש יש ליישב דברי הירושלמי דיש לומר דהירושלמי ס"ל דכמו בפרידה מרכיבין עליה בת מינה ה"ה בחצי' עבד מותר לישא חצי' ב"ח דצד עבדות משתמש בצד עבדות וב"ח משתמש ב"ח כיון דכל שני צדדים ישנו שוה בתרוייהו וא"כ שוב אף כשנושא ב"ח חוששין לקידושין כמבואר בתוס' גיטין דף מ"ג ע"א ד"ה ואי דכל דמשכחת להצד קידושין עכ"פ בנו מתייחס אחריו והא דקאמר למשנה ראשונה לישא ב"ח אינו יכול היינו שישא אותה ממש זה א"א דרק חציו ב"ח הוא יכול לישא וחצי' ב"ח אינו שכיח כ"כ דהא כופין את רבה משום שלא ינהגו בה מנהג הפקר וכדאמרו בגיטין דף ל"ח. ובזה יש ליישב דברי הירושלמי בפסחים דאמר חציו עבד שגירש דחוששין לגירושין ותמה המלמ"ל פ"ב מק"פ דהיאך משכחת לה כיון דאין חוששין לקידושין גירושין היאך משכחת לה וכתב דיכול לקדש בת מינו ותמה הקצה"ח מש"ס גיטין דף מ"ג דאמרו יורשין היאך משכחת לה ואם איתא הא משכחת לה בבת מינו ולפמ"ש באמת בזה מחולקין הירושלמי וש"ס דילן דלש"ס דילן אף במקדש ביום של עצמו אין חוששין לקידושיו ולהירושלמי ביום של עצמו עכ"פ חוששין לקידושיו ודו"ק היטב. ובזה נראה לי לפרש דברי הירושלמי דאמר אתיא דשמואל כר"מ דמחייב בגנב חציו עבד ותמה המלמ"ל דא"כ אמאי אין חוששין לקידושיו. ולפמ"ש י"ל דע"כ לא חששו לקידושין רק ביום של רבו דהוא עבד גמור אבל ביום של עצמו הרי הוא ב"ח וא"כ גם בגנב חייב עכ"פ דעכ"פ מקצת אחיו קרינא ביה דהרי ביום של עצמו יש ברירה דהוא ב"ח וקונה עצמו להיות ב"ח וז"ב ודו"ק. ובזה יש ליישב כוונת הרשב"א שכתב בחידושיו לשבת דף ד' דבחציו עבד לא שייך העשה דלעולם בהם תעבדו והדבר יפלא דלמה לא הא ביום של רבו הרי הוא של רבו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת יש בו צד עבדות וצד חירות וא"כ יש לומר דכשם דאסור לישא ב"ח דלא אתי צד עבדות משתמש בצד חירות וה"ה על הרב לא שייך העשה דלעולם בהם תעבודו דעל צד חירות אסור לעבוד ואיך ישתמש בצד ב"ח הא אתי צד ב"ח בעבדות וז"ב ודו"ק היטב. עוד יש מקום לומר מה דנחלקו הש"ס דילן עם הירושלמי בפלוגתת רש"י ותוס' בגיטין דף מ"ז בהא דטבל וחולין מעורבין זא"ז דרש"י פירש דבכל חטה וחטה מקצתו חולין ומקצתו מעשר והתוס' פירשו דעל כל חלק וחלק יש לומר דאולי זה חלקו של אחר ע"ש.

ד ולפ"ז אם נימא דהעבד מקצתו עבד ומקצתו ב"ח פשיטא דאסור לישא ב"ח דלא אתי צד עבדות ומשתמש בצד ב"ח אבל אם נימא דביום זה הוא עבד וביום זה ב"ח א"כ כל שהוא יום של עצמו ואמרינן ברירה כמו גבי שותפין הרי הוא באותו יום ב"ח גמור ויכול

לקדש אשה ביום זה ויש להאריך בזה ואכ"מ. ומדי דברי זכור אזכור במ"ש שם בקונטרס ליישב שיטת רש"י דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד והתוס' הקשו דממנ"פ אם ברשות הלוה מה נ"מ בין קדושת הגוף לקדושת דמים. הנה כעת נראה לי דבר חדש עפ"י מה שמצאתי בחידושי רשב"א בחולין דף קל"ט בהא דקאמר בקדושת דמים כיון דמרדו פקעו קדושתן והקשה הרשב"א וקדושה שבהן להיכן אזלא וכתב דקדושת דמים הו"ל כשיעבוד ומיד שמרדו ונתיאש הגזבר הו"ל כהפקר דנפקע השעבוד שיש להקדש עליו ע"ש שהאריך. והנה האיר הרשב"א עינינו דקדושת דמים אינו רק שעבוד בלבד ולפ"ז מה אולמא האי שעבוד מהאי שעבוד ולכך א"י להפקיע השיעבוד משא"כ קדושת הגוף דהו"ל כקנין הגוף ואלים משעבוד ומפקיע ולכך ניחא אף לאביי דס"ל למפרע הוא גובה מ"מ קדושת דמים אינו רק שעבוד בלבד וז"ב ולפ"ז גם במטלטלין שהאריך בזה המלמ"ל יש לעיין בזה לפמ"ש וליישב בזה כמה ענינים ולא נפניתי כעת.

ה איברא דהדבר צ"ב גוף דברי הרשב"א איך אפשר להגזבר להפקיר ממון הקדש דבשלמא אדם בשלו יכול להפקיר אבל הגזבר אינו רק יד ההקדש לטובתו ולא שיוכל להפקירו אבל באמת דברי הרשב"א נובעים מדברי הש"ס שם ובתוס' שם למדו מזה דאווזין שמרדו אינו ברשותו של אדם עוד והו"ל הפקר ועיין במהרש"א שם וצ"ע כי לא ראיתי כעת להפוסקים שיביאו דברי התוס' הנ"ל לדינא וצ"ע ומצאתי בחו"מ סי' רי"ט ס"ז בהג"ה השני' בסופה שם מוזכר הדין הלז בשם הר"ן בסוף חולין שם. והנה במה שהאריך המלמ"ל אם במטלטלי שהקדיש קדושת דמים אי הוה כמכר דאין הב"ח גובה וה"ה בהקדש או לאו והעלה דאין ב"ח גובה דהוה כמכר. ובאמת לפמ"ש בשם הרשב"א דהקדש דמים אינו רק שעבוד בלבד מהראוי שיגבה הב"ח דשיעבודו קודם והנה הקצה"ח סי' קי"ז כתב דנעלם מעיני המלמ"ל דברת התוס' בערכין דף כ"ג שכתבו להיפך דא"י להפקיע השיעבוד דב"ח וכבר כתבתי בגליון הקצה"ח דבמחכ"ת ראה ראייה אחת בדברי התוס' אבל המלמ"ל רמז לדברי המהרי"ט בשניות חלק יו"ד סי' נ"ד שהוא ז"ל הביא דברי התוס' הנ"ל ואפ"ה העלה דאינו מפקיע. ובאמת שמצד הסברא היה נראה להיפך דאדרבא במטלטלין יותר ראוי שתקדש דבקרקע שייך שעבודא דב"ח דסמך על הקרקע הלז ואף אם ימכר גובה מהמשועבדים דאית ליה קלא ממילא ה"ה ההקדש א"י להפקיע אבל במטלטלין דיכול למכור א"כ גם ההקדש יכול להפקיע שעבודו דהרי לא סמך על זה והרי גדולה מזו מצינו לשיטת ר"ת דס"ל דכל קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד וכפי הנראה דוקא במטלטלין כמ"ש התוס' בב"ק דף ל"ג ד"ה משום לפי מה שפירש ר"ת דקדושת דמים מפקיע במטלטלין מידי שעבוד אלמא משום דמטלטלין

יותר נוחים להפקיע שעובודן וא"כ יש לומר דגם לשיטת רש"י דס"ל דקדושת דמים אינו מפקיע היינו בקרקע משא"כ במטלטלין דנוח להפקיע קדושת דמים וכן מצאתי בספר הישר לר"ת סי' צ"ה שביאר שיטתו דדוקא במטלטלין דאינו עומד לגבות ממנו הם בחזקת הלוה ויוכל להקדישו אבל קרקעות דהם בחזקת המלוה לגבות מהם א"י הלוה להקדישם דלאו ברשותו הם ע"ש באורך ואם כן גם לשיטת רש"י י"ל דבמטלטלין מועיל אף בקדושת דמים דמנ"ל להפליג במחלוקת דרש"י יחלוק עם ר"ת מהיפך אל היפך איברא דלפ"ז צריך להבין דברי התוס' בב"ק שם במ"ש דבלא ר"א לא קדיש משום דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד והא במטלטלי מפקיע מידי שעבוד והתוס' הקשו כן לשיטת ר"ת ולא הקשו כן על רש"י א"כ משמע דלרש"י באמת גם במטלטלי אינו מפקיע מידי שעבוד אך נראה דהדבר נכון דטעמא מאי יוכל הקדש להפקיע במטלטלין אף דקדושת דמים אינו מפקיע משום דעל מטלטלי לא סמך דהרי יוכל למוכרן וכיון דאם מכרו אינו מכור אף לר"י דמשעבדא לי' לניזק א"כ בדין הוא שלא יפקיע ההקדש דהא קדושת דמים א"י להפקיע מידי שעבוד ומטלטלי הוה כמקרקעי בזה. ובזה מיושב היטב קושית המהרש"א דלמה ניחא לפי הס"ד דהקדישו מוקדש דלמה יהי' מוקדש הא הקדש דמי' אינו מפקיע מידי שעבוד ואף לר"י עכ"פ שעבוד יש לו לניזק והוה ב"ח ואמאי הקדישו מוקדש ולא זכיתי להבין תירוצו של המהרש"א שכתב דלפי הס"ד י"ל באמת דלר"י קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד ורק לר"ע הוצרך לטעם דר"א משום גזירה והיא פליאה דהרי לשיטת רש"י הוא מצד הסברא דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד וא"כ היאך אפשר לומר דהקדישו מוקדש אתאן לר"י והא קדושת דמים א"י להפקיע מידי שעבוד והיאך אפשר דר"י חולק ע"ז ולא מצינו פלוגתא בזה ותדע דלמה לא אמר לעיל הקדישו מזיק א"ב וע"כ דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד וא"י להקדישו וגם לשיטת ר"ת משום דאלמוהו לשיעבודא דניזק וגם לפי המסקנא מ"ש המהרש"א דלר"י הוצרך לזה הוא תמוה דהא הש"ס מפרש אפילו לר"ע משום גזירה ומשמע הא בלא דר"ע אף לר"ע קדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד.

ו ולכאורה רציתי לומר דלר"י לפי הס"ד שפיר יכול להקדישו לרדיא וכמו דמכרו מכור לר"י לרדיא עכ"פ ולכך יכול להקדישו ג"כ אבל ז"א דאם כן נפלנו ברבוותא אי קדושת דמים פקעה בכדי והדברים עתיקים ועיין נדרים דף כ"ט פלוגתא דב"פ באופן שדברי המהרש"א בתירוצו תמוה אבל לפמ"ש אתי שפיר דלר"י שפיר מפקיע במטלטלי דהא יכול למכרו עכ"פ לרדיא ואינו של הניזק לגמרי ושפיר יכול להפקיע הקדושת דמים וכיון דהפקיע הפקיע מה שאין כן לפי המסקנא דאתאן לר"ע והא דהקשו התוס' לשיטת

ר"ת אף דגם לר"ת יש לומר דבכה"ג דמכרו אינו מכור אף לרדיא א"י להפקיע ונראה דלפי שיטת ר"ת דגם קדושת דמים יכול להפקיע משום דקדושה אלים ורק דבמקרקע כיון דעומד לגבות הוה כשלו א"כ דוקא מקרקעי דלא ניידי אבל שור דיכול להבריחו לאגם אינו ברשות הניזק ויכול להפקיע גם קדושת דמים וז"ב. ובאמת לפמ"ש הרשב"א דקדושת דמים אינו רק שעבוד ומה אולמא האי שעבוד מהאי שעבוד וכמ"ש יש ליישב ג"כ קושית המהרש"א הנ"ל דלר"י דס"ל דשמין א"כ אינו רק שעבוד אפשר דקדושת דמים יכול להפקיע מידי שעבוד כיון דיכול לסלוקי בזוזי משא"כ לר"ע דס"ל דיוחלט השור א"כ גם דברי המהרש"א י"ל עד"ז וז"ב. ובגוף הדין נראה לפענ"ד דהדבר תלוי במה שנחלקו התוס' והרשב"א אם מתנה שוה למכר דיכול להפקיע השעבוד דהתוס' בכתובות דף מ"ט ד"ה הוא ואשתו כתבו דדוקא מכר ולא מתנה (והמלמ"ל פח"י ממלוה רמז לזה אבל כתבו בשיבוש בפ' בתרא וצ"ל כתובות דף מ"ט) והרשב"א סי' תרח"י דעתו דה"ה מתנה ולפי זה לשיטת הרשב"א דגם במתנה ה"ה הקדש דמ"ש אבל אם בעינן מכר דוקא וכמ"ש התוספת וע"כ דהטעם משום דיש לו פסידא משא"כ במתנה א"כ גם הקדש אין לו פסידא להקדש כמו מתנה ועיין קצה"ח סי' קי"ז ס"ק א' שלא הרגיש בדברי התוס' בכתובות הנ"ל ובדברי המלמ"ל הנ"ל ויש להאריך בזה ודוק ועיין מהרי"ט חלק יו"ד סי' נ"ד הנ"ל שכתב בלשונו דהקדש לא גרע ממכר או רק מטלטלי לאחד הרי דפשיטא לי' דמתנה שוה למכר ומש"ה דימה הקדש למכר או נתן אבל לשיטת התוס' צ"ע בזה ודוק. שוב ראיתי שקושית המהרש"א הוא שהבין דדברי התוס' לא קאי על הא דתני ר"ת בר מערבא קמי' דר"א דמכרו אינו מכור והקדישו מוקדש רק על מה דת"ר דמכרו מכור והקדישו מוקדש דמפרש הש"ס כדר"א וע"ז כתבו התוס' דבלא דר"א לא קדיש וע"ז כתב המהרש"א דלעיל לא הוה קשיא להו דיש לומר דבאמת אליבא דר"ע אף בלא זה קדוש רק לר"י אינו קדוש דהו"ל קדושת דמים אבל כאן אזלינן אליבא דר"י ועשטמ"ק דנראה שהבין ג"כ דברי התוס' כן אבל אכתי קשה מה שהקשיתי לעיל דאיך אפשר דלר"י יהי' קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד וצריך לומר כמ"ש ודוק

ז והנה חכם אחד מפה הראני דברי התוס' בגיטין דף מ"א ד"ה הקדש שכתבו דלאביי כיון דמשתמשין באצטלא לעשות כל חפצם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזוזי אמרינן מכאן ולהבא הוא גובה וע"ז תמה דבאצטלא שלה המכר בטל דיכולה לומר שבח בית אבי אני נוטל ואף הבעל יכול להוציא כמ"ש התוס' שם ד"ה אשה. ובאמת שלכאורה יפה שאל. אבל נראה דס"ל להתוס' דבחיי בעלה אף שהמכירה אינה מכירה מ"מ כל שמכרוה יכולין לסלקי לה בזוזי כל שלא מחתה ועכ"פ לא גביא למפרע

רק מכאן ולהבא ודוק. והנה בהא דאמרו בשבועות דף י' ע"ב דפריך ר"ח וכי קדושה שבהן להיכן אזלא וע"ז פריך לי' מקטורת ומשני דקטורת שאני דקדושת דמים היא ולכאורא מבואר דיש חילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים דקדושת דמים פקעה מיהו אין ראיה דשם לא פקע בכדי רק שחללו על מעות האומנין ואדרבא משם ראיה דגם קדושת דמים לא פקעה בכדי ועיין פט"ו ממעה"ק ברמב"ם וראב"ד מה שנחלקו בזה אך בגוף הדבר שתפש שם הש"ס לדבר פשוט דקטורת מקרי קדושת דמים הוא לכאורה תימה דלמה לא תהי' קדושה קדושת הגוף כמו קרבנות ומ"ש רש"י דאין בה קדושת הגוף רק קדושת דמים שלקחה מתרומת הלשכה אתמהה דאדרבא לפי שלקחה מתרומת הלשכה מהראוי שיתקדש קדושת הגוף. והנה הרשב"א בתשובותיו ח"א סי' ל"א נשאל בזה דמ"ש מתמידין דנקרב ע"ג המזבח דקרי להו קדושת הגוף וגם קטרת נמי נקרב ע"ג המזבח והרשב"א כתב דזו כ"ע היא דקטורת אינו רק קדושת דמים כדאמרו בשבועות שם ונתן שם הטעם דהוה כמו מנחות ונסכים דעד שלא קדשו בכלי דיש להם פדיון כדאמרו במנחות דף ק"א וכתב שם טעם דבעי מנחות ונסכים כלי וקטרת נמי אפשר משום דכתיב כף אחת עשרה זהב מלאה קטרת ודבריו תמוהין דניהו דבכל אלה מצינו דבעי כלי אבל מנ"ל דלא מתקדש בקדושת הגוף עד שיהי' בכלי ומכ"ש בקטרת דניהו דכתיב כף אחת דאין ראי' כמ"ש הרדב"ז בתשובותיו ח"ב סי' תרצ"ז לתמוה על הרשב"א הנ"ל די"ל דלא היו יכולין לקחת ביד והביאו בכף ועוד הקשה דשאני התם דהי' קטרת של יחיד ולכך צריך כלי אבל קטרת של ציבור דבא מתרומת הלשכה ונתקדש קדושת הגוף קודם שהגיע לכלי כמו קרבנות ע"ש שכתב ליישב ע"פ קבלה ואנו אין לנו עסק בנסתרות ועפ"י הנגלה מבואר דקטרת אתי לכפרה. אך לפענ"ד נראה דבר חדש דשאני קרבנות שהוא כלו ביחד שייך לומר דהוא קדוש קדושת הגוף אבל קטרת שהוא מחובר מחלקים רבים וממינים רבים וא"כ כ"א בפ"ע כשנקח מתרומת הלשכה לא חל עליו קדושת הגוף דלא שם קטרת מלי' עד שיתחברו כל המינים ביחד וא"כ לא הי' בו רק קדושת דמים שנקח מתרומת הלשכה וא"כ אף שיעשה אח"כ ביחד כל עוד שלא יצרפם הכלי לעשותם יחד לא מקרי צירוף ולא נתקדש קדושת הגוף ומעתה ז"ש הרשב"א דנפקא לי' מכף אחת דדרשו בחגיגה דף כ"א דהכתוב עשה כל מה שבכף אחת ועיין בתוס' שם מ"ש בשם רבינו ניסים גאון ז"ל דהכלי מצרפם לעשות אותם אחת לקדשם וא"כ כל עוד שלא הי' בכלי לא נתקדש קדושת הגוף וז"ב מאד מאד לדעתי וה"ה מנחות ונסכים שיכול להיות כל אחת בפ"ע רק שהוא חברם יחד וכל עוד שלא נתקדש בכלי מי עשה אותן אחת ודוק שוב נזכרתי שש"ס ערוך הוא מנחות דף ט' בחביתי כה"ג אי

נתקדשה לחצאין אף בכלי ואנן קי"ל דלא נתקדש לחצאין וא"כ הדברים ק"ו דאף למ"ד דנתקדש לחצאין היינו בכלי דשייך עכ"פ צירוף רק שהם שני כלים וגם אותו חצאין נקרב בפ"ע אבל כל עוד שלא נתקדש בכלי לא חל קדושה לחצאין ולא שייך קדושת הגוף ות"ל כוונתי אמת לאמיתו ועיין בתוס' שם בשבועות דף י"א ד"ה מכל מקום מה שחלקו בין אמר יהא לקטרת לא חל קדושת הגוף משא"כ אם אמר יהא קטרת דחל והדברים סתומים. ולפמ"ש יש לומר דלאחר שנכתשו במכתשת ונתחבר ואמר אח"כ יהא קטרת אפשר דנתקדש דאף אם נימא דמכתשת לא מקרי כלי ואינו מצרף מ"מ דיבורו אח"כ מצרף כל שכבר נכתש ונתערב ביחד ודוק ועיין מלמ"ל פ"ב מהלכות כלי המקדש הלכה ח' שכתב שהי' צריך לעשות כל המנה ביחד כמו חביתי כ"ג שאינה קדושה לחצאין ע"ש וא"כ מכ"ש בעוד שלא נעשה בכלי דלא נתקדש ודוק היטב כי הוא נחמד ונעים ת"ל. ובזה נראה לפענ"ד הא דנסתפקו בש"ס אי מכתשת קדוש קדושת הגוף או לא תלוי במ"ש התוס' בחגיגה בשם רבינו ניסים גאון שהקשה הא דתנן נתפזרו הגחלים מכבדן לאמה והא קדשי וכתבו לתרץ או דכלי אינו מצרף רק מה שצריך לו או שהכלי של כסף שלא היו מכניסין על המזבח והי' מערה ממנה של זה בזה לא היה מקדש ע"ש ובמהרש"א ולפ"ז ל"מ לפי תירוץ הי"מ דכסף לא הי' מקדש לפי שלא הי' מכניסין א"כ ראוי שלא יקדש המכתשת דבזה לא היו מכניסין למזבח כלל אך גם לתירוצם דכלי אינו מצרף רק הצריך לו א"כ כיון דבהמכתשת היו מפטמין בכל שנה יותר משלשה מנים יתרים א"כ זה לא נתקדש ולא הוברר מי היתר ומי הצריך ול"ש שיתקדש במכתשת

ח ובזה נראה לפע"ד הא דחלקו התוס' ד"ה מכל מקום בין שאמר יהא זה קטורת וכתבתי דאין לדברים האלו ביאור ולפמ"ש יש לומר דדוקא כשאומר יהא לקטרת דאז כל הקטורת נתקדש והרי נותרו שלשה מנים והכלי א"י לקדשו אבל כשאמר יהא קטורת והרי דין קטורת יש על המותר כדתנן מותר הקטורת שהי' צריך להפריש על שכר אומנין אבל כשאמר לקטורת משמע לקטורת הראוי להתקטר על המזבח וזה לא יכול לקדש ודו"ק ועיין בירושלמי חגיגה שהעתיקו התוס' בחגיגה שם מפני מה אומרים שירי מנחות מחברים את עצמן מפני שנזקקו לכלים והיינו כל שכבר נזקקו לכלים והכלים חברן א"כ שוב מחבר את עצמן וע"ז אמר שכלי השרת פשיטא דמחבר ע"ש והיא ראיה ברורה למ"ש וע"ש בירושלמי דהק"ע גרס גירסא אחריתי דהקטרת אינו מתקדש בשני כלים ע"ש ודו"ק והוא הנכון מידי דהוה אחביתי כה"ג וכמ"ש למעלה בשם המלמ"ל ועיין כתובות דף נ"ג תמצא כעין חלוקו של התוס' בין שאמר לנדוניייתה ובין שאמר בנדוניייתה ועיין ש"ע אהע"ז סי' צ"ג ובשו"ת בית יעקב סי' למ"ד לענין לעומר או בעומר

ודו"ק. וברמב"ם לא מצאתי כלל הדין של קטורת אי נתקדש ונפסל בלינה ועיין מעילה דף יו"ד וברמב"ם פ"ב ממעילה ה"ג השמיט שם קטורת אף דנשנה במשנה וכן במה דאמרו הוסיף ר"ע הקטורת ולבונה השמיט הרמב"ם קטורת ועיין תוס' יומא דף נ"ח. והנה במה שהארכתי למעלה בענין קדושת הגוף בזה נראה לי להבין מ"ש הרא"ש פרק השותפין וכ"כ התוס' בערכין דף כ"א לחלק בין קונמות להקדש דבהקדש ממש הוא דיכול להקדיש משא"כ בקונם והדבר תמוה דהא קונם הוה כהקדש הגוף. ולפמ"ש י"ל דבאמת כיון שגם בהקדש דמים א"י להקדיש רק מה ששוה יותר מהשכירות שהשכיר להשוכר וכמ"ש הש"ך בסי' רכ"א ס"ק מ"ג וא"כ לפי מה דאמרו דבקדושת הגוף אמרינן מיגו דפשטה קדושה במקצתה פשטה בכולה משא"כ בקדושת דמים ומה דנראה מערכין דף ה' להיפך ועיין תמורה דף יו"ד כבר ביארתי בזה בקונטרס ההוא על ענין קונם כללי או פרטי שם ביארתי על נכון וא"כ לפ"ז לכך במקדיש יכול להקדיש על מה ששוה יותר ולא אמרינן כיון דלא חל הקדושה במה שהשכירו לא חל ההקדש דזה אינו דבהקדש לא אמרינן מתוך שבטל במקצת בטל בכלו דז"א דהקדש א"צ שום קנין ורק באמירה לגבוה ובאמירה ל"ש לומר כן וכמ"ש הראב"ש בתשובה סי' שמ"ה דבדברים הנקנים באמירה לא שייך לומר קני את וחמור דאמירה לא כלל אותם ביחד וכל מה דמצי למתפס תפיס ע"ש ובשו"ת נוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' כ"ו ע"ש שהאריכו בזה וה"ה בזה אבל קונמות דהוא נדר ובנדר גלי קרא דנדר שבטל מקצתו בטל כלו דבעינן ככל היוצא מפיו יעשה וכיון דזה א"א לומר דיחול בכלו מתוך שחל על מקצתו דז"א דאף דהוה כקדושת הגוף היינו לענין שיתפוס הקונם אבל לא שייך לומר בזה דפשטה קונם בכלו דבמה נתפס והא אינה קדושה בעצם והרי בקדושת הגוף בעצמו בעי רבא בעוף מאי וא"כ לא עדיף מקדושת הגוף דעוף דזה אינו רק גזירת הכתוב בבהמה דחל קדושה בכולה וא"כ שוב אמרינן להיפך דלא חל הקונם וז"ב והיא הערה חדשה. הן אמת דגוף דברי הש"ך מה שרצה להעמיס בדברי הרא"ש בחילוקו השני שמחלק בין קונם להקדש דמ"מ ס"ל לרא"ש דא"י להקדיש מה שהשכיר רק המותר לפענ"ד המעיין ברא"ש יראה דבחילוק הלז לא הזכיר כלל מזה ורק בחילוק הראשון מחלק בין יותר מה שהשכיר ובין כדי שכרו. אך גוף החילוק לפענ"ד לפמ"ש הכ"מ פ"ה מערכין הי"ד ובלח"מ שם דבהקדיש אבר אחד קדושת דמים יותר מסתבר לומר דאף לר"מ דס"ל דדבר שאין הנשמה תלויה בה לא הקדיש כלה היינו קדושת הגוף דל"ש באבר אחד אבל קדושת דמים דעכ"פ חל על אותו אבר ומה נ"מ דהנשמה תלויה בו או לא לענין קדושת דמים שוב שייך לומר דפשטה קדושה בכולה ולפ"ז י"ל דבשלמא הקדש דמים כיון

דעכ"פ על יותר מכדי שכירתו מצי חל ההקדש א"כ ממילא נתפס קדושה בכלה אבל בקונם דלא מצי חל בכלה דאלמי אלמוהו לשעבודו של שוכר ושוב בטל דנדר שבטל מקצתו בטל כלו ובהקדש אף דהיא קדושת דמים א"י להפקיע מידי שעבוד עכ"פ שייך לומר שפשטה קדושה בכולה מיגו דחל על מה ששוה יותר ואף דזה שהשכיר איכא דעת אחרת המעכב וכבר אמרו בקידושין דף זיי"ן דאף בקדושת הגוף דכל שפשטה קדושה במקצתה פשטה בכולה ה"מ בהמה דליכא דעת אחרת מעכב משא"כ בזה דאיכא דעת אחרת מעכב וה"ה בזה איכא דעת השוכר המעכב. נראה לפענ"ד דכאן כיון דסופו לחזור אליו בסוף השכירות שוב הוה כאילו אין דעת אחרת מעכב דהא כולו שלו הוא לאחר זמן השכירות משא"כ בב"ח דכ"ז שלא מסלקו חובו לא יחזור אליו לא שייך פשטה קדושה בכלה דאיכא דעת אחרת המעכב והוה כמחוסר מעשה דמחוסר ממונא הוה כמו מחוסר מעשה כמ"ש הר"ן פ' כל שעה בענין הואיל משא"כ בשכירות דאינו מחוסר רק זמן וזמן ממילא קאתי וז"ב בסברא ומובן היטב סברת הרא"ש. ובזה נראה לפענ"ד להבין דברי הירושלמי שמחלק בין הקדים לו שכרו דלא מצי אסר ליה ובין לא הקדים לו שכרו דמצי אסר עליה ותמה הרא"ש פרק השותפין דמה נ"מ בין הקדים לו שכרו ללא הקדים לו שכרו דשכירות קרקע נקנה בשטר וחזקה וזוזי הוא דמסיק ביה ובישש"ש פ"ה דב"ק סי' ל"ג ביאר קושית הרא"ש דמסתמא ע"כ מיירי שקנה הקרקע לשכירות בשטר וחזקה באופן המועיל דאל"כ פשיטא דיכול להקדיש כיון דיוכל לחזור בו וע"כ דמיירי באופן שקנה וא"כ מה נ"מ בין הקדים לו שכרו או לא סוף סוף כבר קנה ואין קנין על קנין ע"ש. ולפמ"ש י"ל דכבר כתבתי דהא דבהקדש דמים חל על כל מה שהשכיר ג"כ משום דפשטה קדושה בכולה וא"ל דאיכא דעת אחרת המעכב דזה אינו דהא אח"כ סופו שיחזור לו ואינו רק מחוסר זמן. ולפ"ז נראה לפענ"ד דבר נחמד דהנה המלמ"ל פ"א ממכירה כתב דנסתפקו חכמי הדור אי בתוך משך זמן השכירות השכירו לאחר אם מועיל קנין חזקה דנעל גדר ופרץ כיון דאינו שלו כל משך זמן השכירות ובשו"ת מהר"ם מינץ סי' ל"ט מבואר דל"מ חזקה דנעל וגדר ופרץ ועיין קצה"ח סי' רט"ז שכתב כן בשמו ואני הארכתי בתשובה דגם בשטר י"ל דל"מ דכעת אין לו מקום חלות אבל בכסף ודאי מועיל והארכתי בזה שם (ד' יזכני להוציאו לאור) וא"כ זה שאמרו בירושלמי דבאמת הקדש לא עדיף מקנין בהדיוט ולפ"ז כל שלא נתן שכרו וקנה בחזקה א"כ כל שהקדישו א"כ אף דנימא דהקדש לא מפקיע משיעבוד כל שיש דעת אחרת מעכב עכ"פ בזה יפה כחו של הקדש דהוה הוא כהבעלים וזה עשה חזקה לאחר שהשכיר להקדש דלא מועיל דעכ"פ לזה יוכל להפקיע השעבוד שיהיה הוא כשוכר ראשון אבל כל שנתן

כסף פשיטא דקנין שפיר מועיל וא"י להקדיש דאיכא דעת אחרת המעכב ודוק היטב. וראיתי בספר בית הלל ביו"ד סי' רכ"א שהקשה דברי הרא"ש אהדדי דבפרק השותפין תמה על הירושלמי ואילו בפרק השואל הביא דברי הירושלמי הנ"ל וכן הקשה דהש"ע סותר אהדדי דבסי' רכ"א לא חילק כחילוקו של הירושלמי ואילו בסי' שי"ב בחו"מ כתב דכל שהקדים לו שכרו א"י לסלקו ע"ש. ולא ידעתי קושיתו דודאי זה נכון דכל שהקדים לו שכרו א"י לסלקו עד כלות הזמן דהא זה נתן לו מעותיו אבל לענין הקדש דיכול להפקיע השעבוד שפיר הקשה הרא"ש מה נ"מ בין הקדים לו שכרו או לא הקדים לו שכרו וז"ב ופשוט. ואגב אורחא אמרתי לרשום מה דקשה לי טובא בהא דאמרו במנחות דף מ"ז א"ב למתפס פדיונו לאביי לא תפיס פדיונו ולרבא תפיס פדיונו ועיין רש"י שתי גרסות ופירושו ובתוס' שם וקשה טובא דמשמע דלאביי באם היה קדושת הגוף ממש לא הי' לו פדיון והרי אביי ס"ל בנדרים דף כ"ט דגם קדושת הגוף יש לו פדיון ויש לדחות דניהו דס"ל דפקעה בכדי זהו בהקדישו עד לזמן אבל בהקדש סתם שחל עולמית שוב אין לו פדיון אף לאביי. אבל לפענ"ד נראה דאדרבא בזה מיושב היטב ענין תפיס פדיונו דבאמת בקדושת בהכ"נ אף דיכולין לשנותו ע"י זט"ה והמעות נעשו קדש אף דיכולין לשנות המעות מ"מ צריך לחול מתחלה הקדושה על המעות ואח"כ להוציא המעות וע"ש במג"א סי' קנ"ג ס"ק כ"ח ולפ"ז לאביי דיש לו פדיון תפיס משא"כ לרבא ודוק

ט והנה בקצה"ח סי' קי"ז ובאבני מלואים סי' י"ב כתב דכל השבעה מלאכות שהאשה משועבדת לבעל א"י לסלק בזוזי ודבריו תמוהים דהא כל שהכניסה לו ד' שפחות יושבת בקתדרא וע"ש בהגהת אבני מלואים שהעיר בזה דדוקא בג' מלאכות שהוא מזיגת כוס והצעת המטה וכו' בזה מחוייבת אף בהכניסה לו וע"ש שכתב דלשיטת רש"י גם באותן ג' מלאכות כל שהכניסה לו לא כפינן לה רק בדרך עצה טובה תקנו חז"ל כדי לחבבה על בעלה וכמ"ש רש"י בכתובות דף ס"א וע"ז הקשה הא אמרו בנדרים דף פ"א דאם אמרה קונם שאיני מצעת המטה א"צ להפר דמשעבדא לי' והניח בצע"ג ודבריו תמוהים דלמא שם מיירי בלא הכניסה לו שפחות דאז גם אותן מלאכות חייבת אף לרש"י ורש"י לא כתב רק בהכניסה לו ד' שפחות ונשאלתי בזה מהחריף מוה' מאיר בראם נ"י אבל באמת יפה כיון דשם מיירי ע"כ בהכניסה לו ד' שפחות כמ"ש הר"ן בנדרים שם וברי"ף בפרק אעפ"י דאל"כ גם בנותן תבן לפני בקרו למה א"י להפר וא"כ ע"כ מיירי בהכניסה לו וא"כ למה בלא אמזוג את הכיס והצעת המטה א"צ להפר הא לא משעבדא ויפה תמה בהגהת א"מ. ובאמת נשאלתי בזה גם מהרב מוה' אברהם קאמפף נ"י על דברת הר"ן ברי"ף שם שכתב דמיירי בהכניסה לו ד' שפחות דא"כ למה א"צ להפר בהצעת המטה הא אינה

משועבדת לשיטת רש"י ועיין בב"ש סי' פ' ס"ק ז'. וראיתי בהפלאה בק"א שרצה לפרש דגם לרש"י כופין רק שלא מקרי מורדת ממלאכה ע"ש באמת שאין זה משמעות לשון רש"י ומ"ש ראיה דאל"כ למה הוצרך לחלק בין מצעת המטה דמשנה להך דברייתא לא זכיתי להבין דבריו דאדרבא כוונת רש"י מבוארת דבמשנה דלא הכניסה לו ד' שפחות מצעת המטה בכפייה אבל בהכניסה לו א"י לכפותה רק דרך עצה טובה. דרך כלל דברי רש"י לכאורה תמוהין מהך דנדרים.

י ולכאורה רציתי לומר דכמו דאמרו ר"פ המדיר במספקת לדברים גדולים ואינה מספקת לדברים קטנים דיכולה לומר עד האידנא מצי לגלגולי בהדך טפי א"י לגלגולי בהדך ע"ש ה"ה כאן להיפך דכל שלא נדרה א"י לכפותה והוא רק עצה טובה אבל כל שנדרה לא יכול לגלגל בזה ושוב יכול לכפותה אבל זה דחוק דשאני התם דמשועבד לה אף לדברים קטנים וכל שאינה יכולה להתגלגל כל שהדירה מוכרח לתת לה כיון שמשועבד לה אבל כאן כל שלא תקנו חכמים שתהיה משועבדת לו בדברים אלו למה יגרע בנדרה. אך העיקר לפענ"ד דבאמת גוף דברי רש"י צ"ב מנ"ל זאת דז"א יכול לכופה רק בדרך עצה טובה שכל זה היה צריך איזה גילוי דעת לזה וגם מהו עצה טובה. אך נראה דבאמת כיון דהשלשה דברים הם מענין קירוב דעת שבין האיש לאשתו ורצו שתתחבב על בעלה וא"כ אם היתה משועבדת והיה יכול לכפותה שוב לא היתה מתחבבת על בעלה וכל פועל שעושה מה שמחוייב ונשכר לזה אינו מתקרב אל הבעה"ב כי הוא בא בשכרו ופעולתו לפניו ולכן תקנו חז"ל שלא יוכל לכפותה וא"כ כל שעושית זאת מעצמה שוב הוה חיבוב לגבי בעלה שעושית מה שאינה מצווית וא"כ בזה שפיר פירש"י שעשו כן דרך עצה טובה וז"ב בביאור כוונת רש"י. ולפ"ז כיון שכל הכוונה שלא תקנו שתהיה משועבדת היא משום שתהיה בדרך רצון ותתחבב אבל אם נדרה שלא תמזוג פשיטא שא"צ להפר דזה אינה בידה שבאמת כל כוונת חז"ל היה שתעשה זאת ולא שתדור להיפך ודו"ק כי אמת ונכון הוא ת"ל ועין מהרש"א ופ"י מ"ש בכוונת רש"י אבל לא ביארו שורש כוונת רש"י והנראה לפענ"ד כתבתי. והנה בהא דנחלקו רב ושמואל עם ר"י ור"ל בנדרים דף מ"ב אם אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו ומסיק הש"ס דבנכסי אלו יכול לאסור אף לאחר שיצאו מרשותו ובנכסי לבד דא"י לאסור לאחר שיצא מרשותו. ולכאורה צ"ב כיון דקונמות הוה קדושת הגוף וקדושת הגוף לא פקע בכדי וא"כ אף בנכסי סתם יאסרו לעולם. ולכאורה רציתי לומר דכאן שאני דאינו אלא קונם פרטי שאסרם על אותו איש בלבד וכבר השריש לנו הר"ן בסוגיא דב"פ דף כ"ט ד"ה וכי בשם רבינו יונה ז"ל דבקונם פרטי דקליש איסורי' נפקע בכדי א"כ לכך נפקע

לכשיצא מרשותו. אמנם לפענ"ד היה נראה דע"כ לא אמרינן דבקונם פרטי נפקע בכדי היינו בהגביל לזמן אבל כאן שאסר באמת לעולם רק דאח"כ יצא הדבר מרשותו א"כ שייך לומר כיון דהוה קדושת הגוף א"כ פשטה ממילא אף לאחר שיצא מרשותו כיון דבעת שאסר היה מקום לאסור ואז לא היה דעת אחרת המעכב ממילא נתפשט הקדושה עולמית ובשלמא בהגביל הזמן א"כ שפיר אמרינן כיון דאינו קדושה גמורה דהא אינו רק קונם פרטי והוא לא רצה לאסור רק עד אותו הזמן שפיר נפקע בכדי כיון דאינו קדוש רק לאותו האיש א"כ עד אותו זמן שאסרו נאסר ואין לו להתפשט יותר אבל כאן דכ"ז שהיה ברשותו היה בכח להקדישו ניהו דלא הוה רק קונם פרטי מ"מ חלה קדושת הגוף ולא פקע בכדי וצ"ל כיון דלא אמר נכסי אלו א"כ לא סיים הקונמות וחל בכלל על כל הנכסים בכה"ג אמרינן דלא רצה לאסור רק לכשיהיו ברשותו דאח"כ מה אכפת לי' כמ"ש הר"ן בהסוגיא דף מ"ב שם וא"כ הוה כאלו הגביל הזמן ובכה"ג פקע בכדי. ובזה מובן היטב החילוק בין נכסי אלו לבין נכסי סתם דבסתם לא סיים הקונמות על אותו דבר רק בסתם וא"כ אמרינן דמסתמא כ"ז שהם נכסיו אמר אבל נכסים אלו חל על אותו דבר ביחוד יש לומר דיכול לאסור לעולם דהקדושה לא נפקע בכדי ודוק. ובזה מיושב היטב הא דאמרו שם דמי איכא למ"ד דאין אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו והתנן קונם שאתה נהנה לי בחיי ובמותי מת לא יירשנו והדבר תמוה לפמ"ש התוס' בגיטין דף י"ג לחלק דבגר לא שייך מלקדה"מ דהא מי שבא לזכות בנכסים אינו בא מכח היורש דגר נעשו נכסיו הפקר משא"כ בשאר אנשים דמי שיורש בא לירש מכח המוריש ע"ש ולפ"ז שאני ירושה דבא לירש מכח המוריש ולכך כל שאסרם עליו שפיר א"י לירש אבל בשמטה דהפקר היא וא"צ לבא מכחו שפיר א"י לאסור. ונשאלתי בזה מהחריף מוה' מאיר בראם נ"י ולפמ"ש אתי שפיר דלהס"ד הוה ס"ל דלכך יכול לאסור אף לאחר שיצא מרשותו משום דהוה קונמות קדושת הגוף ואף דהוה קונם פרטי מ"מ כל דהוא אסרן בסתם ובעת שהיה ברשותו והוא לא רצה להגביל זמן נאסרו לעולם א"כ שפיר מקשה דאיך אפשר לומר דלא יאסר אח"כ ול"ש לחלק בין ירושה לשמיטה דסוף סוף קונמות קדושת הגוף הוא ולא פקע בכדי וז"ב. איברא דעדיין קשה לפמ"ש בקונטרס הנ"ל דאף בקונמות כללי או קדושת הגוף כל שאין לו כח להקדיש רק לזמן נפקע ממילא א"כ מה מדמה שמיטה לירושה הא בירושה שפיר בידו לאסרו גם לאחר מותו דהא יכול להפקיע הירושה ולמכרו וכדומה ולומר שתהיה מתנה לאחד מהיורשים וכדומה ושפיר י"ל דכל שאסרה בחייו שוב לא נפקע בכדי משא"כ שמטה דאפקעתא דמלכא היא א"כ אף שהי' קדושת הגוף גמור א"י לאסרו על זמן שמטה דהא אפקעתא דמלכא היא וזמן ממילא

קאתי א"כ פשיטא דיכול לאסרו רק לזמן ושפיר ל"ש קדושת הגוף לא פקע בכדי והיא קושיא נפלאה. אמנם באמת הדבר נכון דבאמת קושיתי היא מהא דנחלקו רב ושמואל עם ר"י ור"ל בכל דבר אם אדם אוסר דבר שלו לאחר שיצא מרשותו וא"כ הוה המחלוקת בכל דבר שברשותו לאחר שיצא מרשותו וא"כ בזה שוב לא שייך לומר דשאני שמטה ושפיר מקשה דבשאר דבר שוב שייך לומר דקדושת הגוף לא פקע בכדי וז"ב ודו"ק.

יא והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דלפמ"ש הב"י בתשובתו בהצותו על המבי"ט הובא במהרי"ט בראשונות סי' ס"ד דטעם פטור השמטה מתרומות ומעשרות הוא בשביל שהוא הפקר וכל שסייגו ונעל כרמו לא נפטר והמהרי"ט חולק בזה ובחבורי כת"י על יו"ד בהלכות תרומות ומעשרות סי' של"א ביארתי הדברים על נכון א"כ אם נימא דיכול לאסור פירות שלו אף לאחר שיצא מרשותו א"כ לכאורה משכחת לה דלא ישמיטנו שביעית כשיאסור קונם כללי על כל העולם בששית א"כ כשבא שביעית לא נאסר משום פירות שביעית דאינם הפקר לכל ואף אם רחמנא אפקרא מ"מ אסורין על כל העולם משום הקונם ואז יהי' כל פירותיו שביעית לו לבדו ויתבטל מצות התורה ואף לפי המסקנא עכ"פ בנכסי אלו אסורין וא"כ יתבטל מצות התורה כעין מ"ש התוס' להקשות א"כ כל בע"ח יאסר כל נכסיו על כל העולם וכאן לא שייך תירוצם דאף בקונם פרטי יוכל לאסור על כל מי שירצה. אמנם נראה דבאמת אין בכחו לאסור ואף דנדרים חלים עד"מ מ"מ אין בידו להפקיע זכות אחרים כיון שהתורה הפקיע ועשתה יד כולם שוה והוה כמו שמשועבד לאחרים והוה כמו פרו של כה"ג דכל הכהנים שותפים בו ומזה נראה ברור דאינו מטעם הפקר רק דאדרבא כלם משותפים בו וא"י לאסור חלקו של אחר והתורה אמרה דשנת השביעית יד כלם שוה בו וז"ב ודוק היטב:

סימן קנא

א למשכיל ודורש וחוקר בתורת ד' נ"ל.

ב מ"ש בענין המעשה במקולין שנלקח צלע אחת מחציתה קודם שנודע הטריפות ומחציתה לאחר שנודע הטריפות שנחלקו בזה הגאונים הח"מ ואא"ז הגאון מוה' העשיל ז"ל להתיר שניהם דאיך אפשר דחצי צלע מותרת וחציה אסורה ומהרש"ק והב"ה אסרו והבאת דברי הכו"פ שאמר עפ"מ שבב"מ דף ז' כ' השיטה מקובצת בקפץ אחד מן המנוין לתוכה דפטור והקשו בתוס' ונכבשינהו דניידי ונימא כל דפריש מרובא פריש וכתב בשיטה מקובצת דרוב ספק הוא רק שהתורה התירה זה הספק ולכך שם דודאי מעשר אסור אף הספק אסור ולפי זה ליתא לדברי הא"ז הגאון מוה' העשיל ז"ל דניהו דמתירין חצי הצלע משום דמרובא קפריש הא באמת גם שם מידי ספק לא יצא והתורה התירה

אותו ספק וא"כ החצי הצלע שנשאר אחר שנולד הספק נשאר בספיקו ואותו הספק לא התירה התורה. ולפענ"ד אם כי דבר חכמה אמר ודפח"ח. אך באמת דברי השיטה מקובצת לכאורה אינו מובן דמנ"ל זאת דרוב הוא ספק ואם מצד הסברא דהא עכ"פ יש מיעוט איסור ויש ספק א"כ למה באמת התירה התורה אותו ספק. אך לפענ"ד יש לומר דהנה באמת אנן קי"ל דספק אינו רק ספק השקול שנוטה לכאן ולכאן אבל כל שנוטה יותר לצד זה מלזה לא מקרי ספק ועיין ש"ך בכללי הס"ס בסי' ק"י. ולפי זה ברוב כיון דעכ"פ נוטה יותר לצד הספק של הרוב יותר מהמיעוט א"כ יותר מסתבר לתלותו בצד הספק הלז. ומעתה סברת השיטה מקובצת נכונה דעכ"פ כיון דרוב הוא ולכך ניהו דעדן יש ספק וממילא לא מקרי ספק השקול דנוטה יותר להרוב מלהמיעוט וזהו מ"ש דרוב ספק הוא והתורה התירה דצוותה לילך בתר רוב וזה ברור ולפי זה שפיר אמרו הגאונים ז"ל דאיך אפשר לומר דאותו חצי צלע הי' מן ההיתר משום דמרובא קא פריש וא"כ תלינן שבודאי הי' מרוב הכשרות ואיך תאסר חצי הצלע השניה הא הוה תרתי דסתרי ולא שייך לומר דאותו ספק לא התירה התורה דגם זה הספק יש להתיר דיותר מסתבר לתלותו ברוב וזה ברור מאד. ובזה י"ל הטעם דלכך אין הולכין בממון אחר הרוב דניהו שיש יותר לתלות שמן הרוב מכל מקום ניהו דלא מקרי ספק השקול מ"מ היאך נוציא ממון מספק דמ"מ ספק הוא אף דאינו ספק השקול ועיין ברא"ש ס"פ גיד הנשה שהאריך שם אם לאחר שנתבטל ברוב יבש ביבש ואח"כ נתבשל אם יכול לאסור וגם אם נתרבה אח"כ באיסור אם יכול לאסור אח"כ. ולפמ"ש הכו"פ אין מקום לפלפול דהא אחרי רבים להטות אינו רק ספק והתורה התירה ואח"כ כשנתרבה האיסור שוב לא הוה רק ספק ואסור.

ג ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דכבר נוטה להיתר שוב כבר הותר לגמרי. מיהו יש לדחות דש"ה שכבר האיסור נהפך להיות היתר כמ"ש הרא"ש שם מיהו באמת תמוה לדברי הכו"פ דלמה נהפך האיסור להיות היתר הא אינו רק מפני שהספק התורה התירה אבל לא שהאיסור נעשה היתר ולפמ"ש אתי שפיר ודוק. ובמ"ש י"ל מ"ש הרשב"א וכן קבע להלכה בש"ע ס"ד דרוב חניות מוכרות בשר שחיטה ואחת נבילה ולקח מאחת מהן וא"י מאיזה לקח ונתערבה באחרות דבטל ברוב משום ס"ס ותמהו הט"ז והש"ך דהא בקבוע דאורייתא ל"ש ס"ס דהספק הראשון נאסר מן התורה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת ענין קבוע מה דהוה כמחצה על מחצה הוא משום דבאמת הא דאזלינן בתר רובא הוא דהתורה התירה אותו ספק והיינו דכיון דאינו ספק השקול אזלינן בתר רוב ולא מקרי ספק ולפי זה כל שהוא קבוע אם כן המיעוט חשוב כמו הרוב כיון שנקבע המיעוט כאן

כמו הרוב לכך לא אזלינן בתר רובא דכיון דהוה ספק השקול דקביעתו מחשבו לספק השקול ושוב אסור מטעם ספק (ומזה ראיה דספק אסור מן התורה דקבוע נחשב רק לספק וקשה לדעת הרמב"ם וכמדומה שהעירו בזה האחרונים ואכ"מ) ולפי זה שפיר התירו משום ס"ס דל"ש לומר דכל שהספק הראשון הוא מן התורה לא נחשב לס"ס דז"א דכל הטעם דהספק הראשון נעשה כודאי איסור וזה ל"ש בקבוע דבאמת יש רוב כנגדו דניהו דהקבוע מחשבו לספק אבל עכ"פ יותר מספק א"א לחשבו ואם כן כל שיש עוד ספק מצטרף לספק ספיקא וזה ברור כשמש ובזה נסתר מחמתו מה שנסתפק הכו"פ בקבוע והוא קרוב לחנות מוכרת בשר שחיטה אם אזלינן בתר קורבא דהרי גם קורבא מן התורה רק דרוב עדיף מקורבא וכל דלא אזלינן בתר רוב שוב הקורבא עדיף. ולפמ"ש יש לומר דניהו דלא אזלינן בתר רוב הוא משום דהקבוע מחשבו לספק אם כן מה מועיל מה שיש קורבא סוף סוף יש כאן ספק השקול ואף רוב וקרוב לא יזיזו המיעוט של נבלה הקבוע מלהיות יוצא מגדר הספק ומ"ש הכו"פ ראיה משליח שקידש דאסור בכל הנשים ולמה לא ניזיל בתר קורבא דמקום השליח קרוב יותר לפענ"ד אין ראיה דאטו הקורבא מורה שקידש אשה דהכי בשביל שהשליח מאותו העיר יקדש מעיר הזאת דלמא לא נזדמן לו אשה ההוגנת בעיר הזאת וכל ענין קורבא הוא דוקא היכא דענין קורבא יש לו התייחסות להעסק כמו בעגלה ערופה די"ל בשביל שסמוך לעיר הלז נמצא ההרוג מסתמא מאותו העיר היה אבל כאן אטו מקדש דוקא מאותו העיר שהשליח משם וזה ברור ופשוט ועכ"פ מ"ש אתי שפיר. ולפמ"ש יש לומר דברי אא"ז הב"ח שכתב לחלק בענין קבוע דאם נמצא יו"ד בהמות נשחטות וריאה אחת טריפה ולא נודע מאיזה בהמה דאז לא אמרינן קבוע ובטל מד"ת אבל באם נודע שבאחת מהחניות נמצא טריפה רק שלא נודע באיזה חנות שייך קבוע אף שלא ניכר הקביעות והפר"ח האריך לדחות דכל שלא ניכר איפוא נקבע האיסור לא שייך קבוע וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת ליישב דברי אא"ז הב"ח ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דבשלמא כשנודע שנקבע באחת החניות הטריפות רק שלא נודע באיזה מהחניות אם כן אף שלא ניכר איזה מקום החנות ומ"מ הו"ל ספק השקול ועכ"פ נקבע כאן המיעוט דנבלה באחת מהחניות אבל כל שלא נודע מאיזה בהמה אם כן על כל בהמה י"ל דזו מהרוב שלא הי' כאן איסור כלל ואם כן אינו ספק השקול דכל בהמה יש בה רוב שהיא מהכשרות ואין כאן ספק השקול כיון דאנו דנין על הבהמה משא"כ שם שאנו דנין על החניות מאיזה חני' היא ובחני' אחת עכ"פ הי' כאן מיעוט דנבלה בודאי וזה ברור.

ד ובזה הן נסתר מחמתו ראיית הפר"ח מנחל איתן דשם על כל מקום יש לומר דכאן לא הי' כלל עגלה ערופה ולא הוה ספק השקול. ובזה נסתר גם כן קושית הכו"פ מהאומר לשליח צא וקדש דלשיטת הרמב"ן הוה קבוע אף שאינו ניכר ולפמ"ש כיון דעכ"פ אשה אחת קידש אם כן נקבע האיסור בודאי והוה ספק השקול ובזה יש ליישב הרבה קושיות של הכו"פ ואכ"מ.

ה והנה לכאורה הי' קשה לי בהא דכתב השטה הנ"ל דבעינין עשירי ודאי ולא ספק ואם כן גם רוב לא מועיל וקשה לפי זה הא טריפה אינו עובר לענין המנין כדדרשו בבכורות מקרא דפרט לטריפה ואם כן דלמא טריפה היא ואי דאזלינן בתר רובא הא אף רוב ל"מ דבעינן עשירי ודאי וצ"ל דניהו דבעינן עשירי ודאי שיהי' מהמחוייבים בודאי לעשר אבל לענין זה דניחוש דלמא טריפה ולא יתחייב במעשר כלל לזה לא הקפידה תורה שיהיה ודאי דע"ז לא כתיב העשירי ודאי והרי לא משכחת לדעת רק עפ"י רוב ובפרט דהוה רוב שכבר הוחזק דלענין כל דבר מחזיקין הבהמה בחזקת כשרות ואכלנו מחלבה וכדומה וז"פ והארכתי בזה לפי ששמעתי מקשים בשם הגאון מוהר"ר שלמה קלוגר נ"י ראבד"ק בראד בהא דהקשו בתוס' בב"מ שם בד"ה קפץ דלבטל ברובא ולתחייבו כלם במעשר והקשה דהא הוה ס"ס ספק דלמא טריפה היא ואת"ל כשרה דלמא זו היא שכבר עבר וס"ס עדיף מרוב.

ו ולפמ"ש אין התחלה לקושיא דלענין הספק טריפה הרוב מנגדו ולא מקרי ספק כלל ובפרט דכבר הוחזק דכשר דאתמול אכלנו מחלבה וא"כ לא נשאר רק ספק אחד ושפיר מועיל ביטול ברוב וזה ברור. וגדולה מזו כתבו האחרונים לענין ס"ס במקום החזקה דאם החזקה נגד ספק אחד דלא מצטרף הספק השני דלענין הספק הראשון החזקה מנגדו ולא הוה ספק ומכ"ש באם הרוב מנגד להספק דרוב עדיף מספק ובפרט ברוב שכבר הוחזק וזה ברור מאד. ובגוף קושית התוס' אני תמה דלא שייך בזה רוב דלחייב לעשר מספק לא מצינו ביטול ברוב ועיין מלמ"ל פ"ז ממעילה בסופו דלחייב מלקות או קרבן לא שמענו שיתבטל ברוב ומכ"ש להוציא ממון מספק דא"צ לעשר בשביל ביטול ברוב דחזקה דממונא עדיף דהרי בד"נ אזלינן בתר רוב ובממון לא אזלינן בתר רוב. ובלא"ה קשה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ול"מ ביטול ברוב להתחייב לעשר. ואולי כיון דספק מצוה אזלינן בתר רובא.

ז והנה ענין קבוע הניכר ושאינו ניכר נראה לפענ"ד דהנה ביטול ברוב יש לנו שני טעמים אם דאזלינן בתר רוב ואמרינן דזה שאנו דנין הוא מהרוב או מטעם דאחרי רבים להטות ואמרינן דנהפך איסור להיות היתר ועיין בסי' ק"ט בב"י שם יש שני טעמים בזה ולפענ"ד

ברובא דאיתא קמן יותר מסתבר דהאיסור נהפך נהיות היתר דכל שניכר האיסור הו"ל קבוע וא"א לומר שנהפך להיתר דהא נקבע כאן איסור ומכ"ש דל"ש כאן לומר דאמרינן על כל אחד שזה מן הרוב שזה א"א דהרי אקבע כאן בודאי איסור אבל כל שאינו ניכר שוב שייך לומר דנהפך להיות היתר אף דודאי אקבע כאן איסור ול"ש לומר דהוא מן הרוב שא"כ אתה עוקר המיעוט מכל וכל והרי יש בודאי כאן ורק דכיון דנהפך להיתר שוב ליכא שום מיעוט אבל כל דהוה קבוע ניכר ואם כן א"א לומר דנהפך להיתר דהרי לפניך איסור בבירור והיא נבלה גמורה שוב ל"ש נהפך להיות היתר. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש התוס' בחולין י"א דלענין באיזה מיתה נהרג ל"ש לומר דאזלינן בתר רובא והקושיא מפורסמת בשם דו"ז הגאון מוהר"ץ ז"ל האלברשטאט מב"כ דהיא בשריפה ודלמא לאו אביה היא ולפמ"ש אתי שפיר דשם נתערב נסקלים בנשרפים ונשרפים הוה רובא והקשו בתוס' דניזל בתר רובא ובאמת לחד תירוצא כתבו דהו"ל קבוע. אך צ"ל דבתירוץ הלז ס"ל דל"ש קבוע דהו"ל קבוע שאינו ניכר ולפי זה שפיר כתבו התוס' דשם באמת נקבע וא"א לומר דכל אחד הוא מן הרוב דאתה עוקר המיעוט לגמרי דהרי ידענו שנקבע כאן מיעוט ושאני רובא דליתא קמן דיש לך לומר דזה הפרטי אינו מן המיעוט שבעולם והמיעוט נשאר בעולם רק דזה אינו מן המיעוט רק מהרוב אבל ברובא דאיתא קמן הרי כמו שיש רוב כאן כן גם המיעוט יש כאן ומה יש לך לדון דנהפך להיתר דז"א דאדרבא אתה רוצה לדון דעשו איסור יותר חמור וחייבין שריפה והיתר נהפך לאיסור לא אמרינן וא"כ שוב לא אזלינן בתר רובא ולפ"ז בב"כ דאזלינן בתר רובא דעלמא בזה אפילו ממיתה למיתה אזלינן בתר רובא ואדרבא רובא דליתא קמן עדיף בזה וזה ברור והיא דבר חדש ודו"ק.

ודרך אגב אזכור מה שנתחדש לי בשנת תרכ"ד ב' אדר שני במה דאמרו בבכורות דף י"ט אפ"ת רבנן כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דאיתא קמן כגון תשע חניות וסנהדרין ופירש"י סנהדרין כגון י"ב מזכין וי"א מחייבין והיא תמוה דמה צריך לפרש היכא דשייך רוב והא בד"מ סגי בשלשה ויש אחד מחייב ושנים מזכין וכדומה וכ"כ רש"י ביבמות קי"ט ובחולין כמ"ש כאן והיא תמוה וגם קושית התוס' דאטו ר"מ פליג ברובא דאיתא קמן והא כתיב אחרי רבים להטות ועיין במרדכי סוף יבמות. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה נחלקו הפוסקים אי בעי רוב כפל ממש או סגי כל שיש רוב משהו ועיין פר"ח סי' ק"ט ובשו"ת חינוך בית יהודא ובתשובה כתבתי באורך ולפי זה נראה לי דבזה נחלקו ר"מ ורבנן דלרבנן סגי ברוב משהו ולר"מ בעי דוקא כפל ובאחרי רבים להטות מודה ר"מ דהיינו כשיש כפל אבל ברובא דליכא כפל לא סגי לר"מ והטעם דלר"מ דחייש למיעוטא כל שאינו כפל לא הוה רוב חשוב אבל כל שיש כפל שוב הו"ל מיעוטא דמיעוטא וגם

ר"מ מודה כנ"ל. ומעתה בסנהדרין כל שהי' שנים נגד אחד שפיר הוה רוב גמור אבל כשיש י"א מחייבין וי"ב מזכין ואין כאן כפל שוב ס"ל לר"מ דל"מ ולרבנן מועיל. איברא דלפ"ז בחניות דיש ט' כשרות ואחת טריפה ואפ"ה ס"ל לר"מ דלא מועיל רוב. אמנם נראה דהדבר נכון דהנה כבר כתבתי בתשובה ואפס קצה הזכרתי בחיבורי יד שאול סי' רמ"ב דכל הטעם דסגי ברוב כל שהוא הוא משום דכל שהי' מע"מ הי' ספק וא"כ כל שיש כל שהוא שפיר מכריע הספק ולפי זה כתבתי דבדבר דהיתר מצטרף לאיסור כגון בנזיר ואז לא סגי ברוב כל שהוא ובעי כפל. ובזה ישבתי דברי המהרש"א התמוהין בפסחים דף מ"ד ולפי זה גם כאן בחניות דאיכא קבוע א"כ הוה תמיד כמע"מ ושוב אף כשפירש לא סגי לר"מ דבעי כפל וכאן תמיד הוה רק בכ"ש דכל כמה דלא פירש הו"ל קבוע אף שהיה כפל הרבה הוה תמיד מע"מ וא"כ ל"ש שיכריע כל שפירש דלר"מ בעינן רוב כפל ובשלמא לרבנן דלא בעי כפל רק כ"ש מכריע א"כ כל שפירש אף שעד כה הוה מע"מ כשפירש יכריע הרוב אבל לר"מ לא מועיל דליכא כאן כפל ורוב כ"ש אינו מכריע לדידיה ודוק היטב כי הוא ענין חדש:

סימן קנב

א להרבני המופלג החריף מוה' יונה נצח ני' נכד הגאון בעהמ"ח ס' נצח ישראל.

ב מה שהקשה אותי בהא דאמרו בסנהדרין דף מ"א רב חסדא אמר אבימי כגון דאתכחוש בבדיקות ולא אתכחוש בחקירות כדתנן מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאינים וע"ז הקשה דלמה אוקמא רב חסדא המשנה כבן זכאי והא בדף מ"א ס"ל לר"ח דאחד אומר כליו שחורין ואחד אומר כליו לבנים הר"ז נכון ופריך מהא דבן זכאי ומשני רב יוסף מבן זכאי ליתב איניש שאני בן זכאי דבדיקות כחקירות משוי לי' הרי דס"ל דלא כבן זכאי והיאך מוקי המשנה כבן זכאי. והיא קושיא גדולה. והנראה בזה דהנה מה דאמר ר"ח אחד אומר בסייף ואחד אומר באירין אין זה נכון אחד אומר כליו שחורין וכו' הר"ז נכון. ולכאורה מה הלשון אומר נכון או אין זה נכון דהנה יש חקירות ויש בדיקות וחקירות עדיף מבדיקות והנה כיון דבחקירות כתיב והנה אמת נכון הדבר א"כ לכך אמר לשון נכון או אינו נכון. ולפ"ז ז"ש ר"ח דהר"ז נכון שאין זה בכלל חקירות אבל הוא מכלל הבדיקות ובזה מקרי נכון אבל מ"מ אינו בר קטלא ומכניסין אותו לכיפה וכדאמר בדף פ"א ולבן זכאי דבדיקות כחקירות משוה לי' הר"ז בטל העדות ואף לכיפה אין מכניסין אבל לר"ח אף דהוא נכון מ"מ לאו בר קטלא הוא רק שהוא בכלל מכניסין לכיפה ולכך נקט לישנא דהר"ז נכון דאל"כ הי' לו לומר עדותן בטלה או שאינה בטילה. ובזה מדוקדק מה דאמרו

דבן זכאי בדיקות כחקירות משוי לי' והיינו שהוא משוה בזה בדיקות לחקירות ואין עדותן קיימת כלל אבל ר"ח לא ס"ל כן ורק שזה נכון אבל לעולם אינו בר קטלא כנ"ל.

ג איברא דדברי רש"י בדף פ"א שכתב ניהו דבן זכאי פטר לי' מקטלא ומיהו עדות אמת הוא ועייל לכיפה זה אינו מדוקדק דלבן זכאי באמת בדיקות כחקירות משוי לי' והו"ל כחקירות דאף לכיפה אין מכניסין אבל המשנה ס"ל דמכניסין לכיפה. שוב ראיתי ברש"י בסנהדרין דף ל' דפירש"י אין זה נכון לישנא דקרא נקט דכתיב בחקירות והנה אמת נכון הדבר ולפמ"ש דוקא נכון דהיינו דהוא חקירות אמת אבל בדיקות הוא דאתכחוש. איברא דהי' לו לשנויי דבן זכאי מיירי לענין קטלא אבל מכניסין לכיפה ולא פליג על ר"ח כלל. וצ"ל דמשמע ליה להש"ס דבן זכאי בדק כדי לפטור לגמרי ודוק ובמ"ש מיושב דלא נחלקו כ"כ ר"ח עם בן זכאי דלבן זכאי פטור לגמרי ולר"ח יתחייב מיתה דזה פלוגתא רחוקה מאד ולפמ"ש א"ש ודו"ק היטב אח"כ חפשתי בשו"ת בית אפרים חלק אהע"ז סי' כ"ד מצאתי שהעיר בזה ואין הזמן מסכים לעיין מ"ש בזה.

סימן קנג

א בכתובות דף ל"ב פריך הש"ס אי דאתרו בי' טעמא דלית בי' שו"פ הא אית בי' שו"פ ממונא משלם מלקא לא לקי הקשה אותי תלמידי החריף מוה' ניסן זיס נ"י דלפמ"ש רש"י במכות דף ה' דכל דמודה אף דאח"כ באו עדים פטור אף ממלקות ולפ"ז י"ל דמיירי באתרו רק שמודה שחבל בחבירו ואח"כ באו עדים וא"כ כל שהי' בחבלה שו"פ אז חייב עצמו במידי דעכ"פ דמי החבלה צריך לשלם שפיר הוה מודה בקנס ופטור אבל כל שאין בו שו"פ לא הוה מודה בקנס ולכך לקי דלא הודה בכלום. והנה השבתי דל"ק דהא ע"כ דלא שמו אז החבלה בשעה שהודה דאל"כ ע"כ שבאו עדים וא"כ הי' יכול להיות החבלה שו"פ וא"כ עכ"פ ניהו דאח"כ נתברר שלא חבל בו שו"פ עכ"פ הוא נתכוין לשו"פ ושוב הוה מודה בקנס ולמה יתחייב ושפיר מקשה ודו"ק

ב תם ונשלם וסליק שו"ת שואל ומשיב מהדורא רביעאה שלב"ע