שו״ת · אחרונים

שו"ת חידושי הרי"מ

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שו"ת חידושי הרי"מ

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שות-חידושי-הרימ/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

אורח חיים 5
סימן א 5
סימן ב 7
סימן ג 10
סימן ד 17
סימן ה 19
סימן ו 25
סימן ז 28
יורה דעה 32
סימן א 32
סימן ב 38
סימן ג 40
סימן ד 42
סימן ה 44
סימן ו 45
סימן ז 47
סימן ח 56
סימן ט 58
סימן י 64
סימן יא 74
סימן יב 84
סימן יג 91
סימן יד 95
סימן טו 104
סימן טז 115
סימן יז 115
סימן יח 116
סימן יט 123
סימן כ 171
אבן העזר 185
סימן א 185
סימן ב 210
סימן ג 230
סימן ד 238
סימן ה 256
סימן ו 262
סימן ז 264
סימן ח 273
סימן ט 282
סימן י 284
סימן יא 290
סימן יב 294
סימן יג 299
סימן יד 302
סימן טו 304
סימן טז 306
סימן יז 352
סימן יח 360
סימן יט 365
סימן כ 376
סימן כא 379
סימן כב 381
סימן כג 386
סימן כד 389
סימן כה 390
סימן כו 403
סימן כז 404
סימן כח 406
סימן כט 410
סימן ל 412
סימן לא 416
סימן לב 420

סימן לג 424
סימן לד 425
סימן לה 425
סימן לו 432
סימן לז 441
סימן לח 443
סימן לט 444
סימן מ 445
סימן מא 461
סימן מב 466
סימן מג 468
חושן משפט 471
סימן א 471
סימן ב 473
סימן ג 480
סימן ד 486
סימן ה 490
סימן ו 497
סימן ז 510

אורח חיים

סימן א

על דבר טלית בת ה' שכתב בש"ע או"ח סי' י' ס"א דחייבת בציצית וב"ח ומ"א פוטרין ע"ש:

הנה בב"י סי' י' הביא ב' ברייתות דמיעט בעלת ג' ה' ו' כו' ויש פוסקים דסמי חדא מקמי ב' והרא"ש פירש דממעט בבעלת ה' שלא להטיל רק ד' ציצית ע"ש. ודוחק דהא דומיא דבעלת ג' נקט דמשמע דפטור ה' ו' כמו ג'. ונלענ"ד לישב בעזה"י דפלוגתא דת"ק ור"י אי ד' ציצית חדא מצוה ומעכבין ולר"י ד' מצות ואמר בעלת ה' א"ב ופרש"י ז"ל דלת"ק מטיל רק ד' ולר"י מטיל בכל כנף כיון דכל חדא מצוה באפי נפשה ע"ש ולענ"ד די"ל הפירוש דהא אמרה תורה ד' ציצית על ד' כנפות. וממילא בשלמא לת"ק דאין המצוה על כל כנף רק שיטיל ד' על ד' כנפות חדא מצוה ממילא גם בעלת ה' ו' מקיים שמטיל בד' ד' ציצית וכנ"ל אבל לר"י דכל חדא מצוה בפני עצמה שוב לא יהיה סגי בבעלת ה' ד' ציצית רק ה' או ו' ושוב לגמרי פטורה דהא אמרה תורה רק ד' ולא ה' מצות בטלית. דבשלמא אי חד מצוה החילוק בין בעלת שלש דאין כאן מה לקיים דלא למעבד פלגא דמצוה כדאמר הש"ס סוף סוכה על תקיעה תרועה ע"ש אבל בעלת ה' אפשר לקיים כל המצוה משא"כ לר"י גם בעלת ג' אפשר לקיים בכל כנף ואעפ"כ אמרה תורה דוקא ד' מצות ממילא אימעוט ה' כמו ג' כנ"ל:

וא"כ מיושב דספרי ר"י הוא וממעט שפיר ה' כמו ג' משא"כ למה דקי"ל כת"ק כנ"ל ואתי שפיר. ותי' הרא"ש ז"ל תמוה דבש"ס זבחים י"ח מבואר להדיא דפליגי דלחד ברייתא פטור בעלת ה' ולדבריו לא פליגא רק דחייב בד'. ואי פ' כמ"ד דחייבת א"צ לפרש כנ"ל רק דספרי כהך מ"ד דפוטר ע"ש. שוב מצאתי בברכת הזבח שעמד בזה ונשאר בקושיא. וזהו שציין מ"א עיין ברכת הזבח. והוא תימה רבה על הרא"ש ולזאת מסכים מ"א שהוא ספק:

ובמ"ש אפשר לישב דעת הרא"ש ז"ל דשם בזבחים אמר בס"ד תנאי הוא אפלוגתא דרב ושמואל גבי מרושלין כו' אי כמאן דאיתא כו' ובמנחות סוף פ' הקומץ אמר שמואל הלכה כר"י דד' מצות הן וא"כ לר"י ע"כ או דבעלת ה' חייב ה' ציצית כמ"ש רש"י או דפטור לגמרי כבעלת ג' כמ"ש ולכך לשמואל מפרש תרווייהו אליבא דר"י דפסק כותיה וע"כ מפרש הפלוגתא לס"ד או דאותן היותר על ד' כנפות כמה דליתא שהוא ברוחב יותר מהראוי לדרך בגד כמו מרושלין כדאמר התם וממילא אין כאן רק ד' כנפות וחייב או כמאן דאיתא והוי בעלת ה' והוי כבעלת ג' לר"י דפטורה כמ"ש כיון דחשיב כבגד אחר שאינו בת ד' כנ"ל. ומשני ש"ה דכתב אשר תכסה כו' ומרבי לחייב גם לר"י ובאמת

חייב ב"ה ו' בכל כפרש"י לר"י. ואידך ס"ל לכסות סומא וממילא לא איתרבי ושוב פטור לגמרי לר"י כנ"ל. משא"כ לדידן דפסיק הש"ס שם ולית הלכתא כר"י דלא כשמואל רק ד' מצוה א' ממילא איתרבי מאשר תכסה רק להטיל ד' ציצית בבעלת ה' כנ"ל ושוב לא קשיין הברייתות להדדי כמ"ש הרא"ש ז"ל דפי' הברייתא הממעט בעלת ה' הוא רק מן ה' ציצית כנ"ל:

שוב נראה לענ"ד די"ל כפשטי' דתמוה ג"כ שינוי הגרסאות דבזבחים שם אמר ואידך אשר לא דריש ומרבי כסות סומא לא בעלת ה' ובמנחות מ"ג ע"ב אמר להיפוך ע"ש דר"ש דריש מאשר כו' עוד קשה דאמר מרושלין שלא סלקן תנאי הוא כו' והיה קשה דרב ושמואל כתנאי. ומסיק דכמה דאיתא לכ"ע וש"ה דכ' אשר תכסה כו' וא"כ קשה דשמואל דלא כמאן. וע"כ דהש"ס משני רק לרב דקי"ל כותי' דמרושלין כמה דאיתא דליהוי ככ"ע והיה ראוי לפטור בעלת ה' לגמרי רק מאשר תכסה ריבה כנ"ל. ולשמואל נשאר כתנאי וסבר כברייתא המחייבת בעלת ה' דכמאן דליתא כיון דס"ל מרושלין כשרין ע"כ לא ס"ל מאשר תכסה רק דפליגי אי כמאן דאיתא או ליתא כו' דכיון דכמאן דליתא פשוט שחייבת בד' ציצית כמרושלין הנ"ל ע"ש. רק לרב משני כנ"ל. מאשר תכסה. ולכך לס"ד דפליגי אי כאיתא כו' או לא היה הפירוש אי חייבת או פטורה לגמרי אי חשיב בגד שאינו ד' רק כמו ג' או לא ושפיר נקיט דפליגי אי פטורה כו' ועלה משני דכ"ע כמאן דאיתא רק ש"ה דכ' אשר תכסה ורבי קרא לחייב בעלת ה' ושוב יש לומר דלא פליגי הברייתות כלל כדברי הרא"ש ז"ל דברייתא הממעט בעלת ה' הוא מה' דלא הוזכר רק מיעוט לא בג' ולא בה' היינו שיהיה ד' ולא ג' ולא ה' ובריתא המחייבת הוא מאשר תכסה שתהיה חייבת בד'. והא דפריך ואידך היינו לשמואל דמרושלין כשרין וע"כ כתנאי והפוטרת פוטרת לגמרי דא"א לומר כפי' הרא"ש ז"ל דנ"ל תרווייהו מאשר תכסה דא"כ ס"ל כמאן דאיתא וע"כ כנ"ל א"כ ל"ל אשר תכסה ואמר לרבות כסות סומא כו' ואידך היינו לרב כו' ואידך היינו לשמואל אשר לא דריש כו' משא"כ לרב דקי"ל כותיה אמר שפיר במנחות להיפוך דלכ"ע בעלת ה' חייבת בד' ציצית ולא קשה תמיהת תוס' שם במנחות ע"ש ומיושב דברי הרא"ש בעזה"י. עכ"ז כיון דר"א ממיץ פוטר וכן ראיתי ברוקח שכ' קבלתי ממורי מר"א ממיץ כו' דבעלת ה' פטורה ע"ש ונראה שדבריהם נובעים מר"ת רבו שהתוס' מנחות מ"ג ע"ב כ' דר"ת לא גריס דא"כ כולהו מרבי בעלת ה' ופ"ב דזבחים תני' ולא ג' ולא ה' כו' ומוקי לה כר"ש ע"ש וא"כ לדידי' כיון שקי"ל כר"ש פטור בעלת ה'. ומה שתוס' כ' שם על דברי ר"ת ומיהו ע"כ צ"ל דג' תנאי הוי ואליבא דר"ש פליגי התם דהא קי"ל הלכה כר"ש כו' וקי"ל דבעלת ה' חייבת כדאמר לעיל ה"מ דבצרי לגלימי' לא עביד ול"כ דשוי'

בעלת ה' ואנן כמאן כו' אלא ע"כ כו' ע"ש ושפיר גרס כו' וזה כ' שאר בעלי תוס' לדחות ד' ר"ת שחשבו הך דבצרי כפרש"י ז"ל ושפיר הוכיחו כנ"ל אבל ר"ת ז"ל דלא גריס ע"כ לא ס"ל כדבריהם רק הפי' כר"א ממיץ דהך דבצרי אדרבא הפי' לא עביד כלום לחייבו בציצית דשוי' בעלת ה' דפטורה ובאמת קי"ל כר"ש וברור לענ"ד. וכיון דתלתא תקיפי קמאי ס"ל לפטור ר"ת ורא"מ ורוקח ודאי דיש לחוש לדבריהם ז"ל ופשט הלשון מוכח כן ולהכי דייק ר"ת להביא כל הלשון ולא ב"ג ולא ב"ה ולאפוקי מפי' הרא"ש דמשמע דשוה המיעוט ב"ה כמו ב"ג דפטור לגמרי וגם בהא דבצרי כו' לפרש"י קשה מה קמ"ל כיון דהוא ב"ה ודאי חייבת לדידהו כאילו מתחלה הי' ה' ולרא"מ מיירי במרושלין שאינו ראוי ופטור דקי"ל שם בלא סלקן דפסול ע"ש. ובצרי' במה שחתך באלכסון שיהיה ראוי מ"מ פטור דשוי' ב"ה וס"ד דעומד לשוי' בעלת ד' כמו חייטי' קמ"ל דפטור וכ"ש אם נעשה מתחילה בעלת ה' שהבגד כך הוא. ולשאר פ' צ"ל דקמ"ל אף שקלקל הבגד במה דבצרי' מ"מ חייבת דשווי' ב"ה כנ"ל. עכ"פ מ"ש ב"י בשם מהרי"ק דדעת יחיד הוא ואין לחוש ע"ש. הרי מהרי"ק היה סבור שרק ר' שמחה יחיד מדלא הביא כלל הרא"מ וגם כוונתו שם לחומרא ע"ש אבל מאחר דרא"מ ורוקח וגם דעת ר"ת מראין כן ודאי דיש לחוש לחומרא כמ"ש ב"ח ומ"א וממילא אם היה ב"ה ועשה ד' ציצית ואח"כ חתכו ונעשה ב"ד יש לחוש דהוי תעשה ולא מן העשוי וצריך להתיר הציצית ולחזור ולעשותן כמו ב"ג ועשאו ד' כנ"ל:

מ"ש מ"א ב"ה אין לעשות היינו לקיים מצות ציצית דללבוש ממ"נ מותר רק ספק ברכה הוי ואי מברך על טלית אחר י"ל דמותר ללבוש גם ב"ה. ובלא טלית אחר אפשר דאסור אף דלקמן בטומטום כו' מותר ללבוש בלי ברכה י"ל דאל"כ לא יקיים לעולם מצות ציצית. וגם דהוי ספק השקול וס"ד לקולא משא"כ בעלת ה' דלרוב הפוסקים מחויב לברך ומ"מ יש חשש איסור ללבוש בלי ברכה:

סימן ב

על דבר הבהכ"נ שא"י שהחדרים שבמערב מניחים שם בעלי מלאכה חפציהם ושאר דברים שבא לידי זלזול ורוצים טובי העיר במעמד אנשי העיר לעשות מהחדרים עזרת נשים ולפתוח חלונות וסריגים בכותל מערבי של בהכ"נ:

הנה טעם דלא לסתור כו' לא שייך כלל דגם דנוטלין קרשים מכותל עדיין בהכ"נ כמקודם. רק משום נותץ אבן כמ"ש רו"מ. ומ"ש מהמרדכי מגילה פ' בני העיר אין ראיה דמפורש שלא נקרא תשמישי קדושה רק מזיק כו' שלא היה ראוי להעמיד שם ס"ת שיתקלקל. ומשמע דאם הי' תשמיש קדושה היה אסור משא"כ נידן דידן דהכותל כראוי

תשמיש קדושה רק החדרים מזיקים. אולם זה וודאי דקלקול כדי לתקן אינו בלא תעשון דאל"כ לא היה צריך לטעם דפשיעותא לסתור בי' כנישתא כו'. וכן מפורש ברמב"ם ז"ל דגבי שמות כתב סתם המוחק כו' המאבד כו' ובנותץ אבן כתב דרך השחתה דווקא ע"ש פ' י"א ה"ח. וכן מוכח מספרי פ' ראה הובא ברש"י ז"ל וכי תעלה על דעתך שישראל נותצין כו' ואי ע"מ לתקן אסור בלאו. איצטריך וע"כ דאינו אסור מה"ת וכן כתב המרדכי מגילה פ' בני העיר דמייתי ספרי מנין לנותץ אבן ממזבח עזרה כו' ולכך אסור לנתוץ דבר מבהכ"נ שדומה למקדש מעט כו'. ואם נתץ ע"מ לבנות שרי דנתיצה זו בנין מיקרי עיי"ש. אולם כיון דמה"ט הוא דשרי לה דחשיב בנין א"כ י"ל כדמחלק הש"ס שבת ל"א ע"ב דסותר ע"מ לבנות במקומו חייב משא"כ ע"מ לבנות שלא במקומו ע"ש ולר"ש צריך שיהיה הבנין יותר טוב מהראשון כמ"ש התוס' שם ודף ק"ו ד"ה חוץ אע"פ שבשעת הקלקול אינו בא התיקון היינו משום שהקילקול גורם תיקון יותר טוב לבסוף ע"ש וכה"ג אינו נקרא מקלקל וכתב המרדכי שפיר דהאי נתיצה בנין הוא. כיון שיהיה בנין יותר טוב. משא"כ כשלא יהיה יותר טוב חשיב מקלקל. ותיקון קצת מצוה מבחוץ. הא אפילו תיקון מילה פליגי אי חשיב תיקון ובמילה דוקא דחשיב תיקון גברא ע"ש. וכן בע"ז י"ג ע"ב דמשני אביי התם משום בזיון קדשים. ונשחט כו' ונשוי' גיסטרא כו' ונתצתם כו' לא תעשון כו' ע"ש מפורש דהגם שהוא לצורך מצוה. שייך לא תעשון דנועל דלת שייך ג"כ צער בע"ח. והגם דרבא משני שנויא אחרינא שנראה כמטיל מום. זה התירוץ היא שלא יעשה עיקור אבל אהא דלשוי' גיסטרא ע"כ כתירוץ דאביי:

וכן רוב הפוסקים דכללו מוחק אות מהשם עם נותץ כו' ושם לכ"ע אסור כשאין התיקון בשעת הקילקול אף ליפות אח"כ הכתב יותר להב"י יו"ד סי' רע"ו בשם ר"י אלכסנדרי שכ' וליכא למימר דכל מחיקה שהיא לתיקון שרי דהנותץ אבן ממזבח לא מחייב אלא דרך השחתה אבל אם נפגמה שצריך לתיקון אחרת במקומה שרי שכן מצינו בני חשמונאי כו' דהתם שאני דא"א לנו בלא מזבח גם א"א לבנות במקום אחר אבל הכא אפשר לגנוז היריעה עיי"ש. וא"כ בנידן דידן אפשר להסיר החדרים לגמרי וכדומה בלי לסתור הכותל. והגם דקצת ראיה כמ"ש רו"מ מהא דיהיב עצה להורדוס הנה ללישנא קמא דתיוהא חזי וודאי אין ראיה וללישנא בתרא י"ל דבהא פליגי אי בלי תיוהא כדי ליפות ולרומם אי שרי רק ללישנא בתרא ג"כ מ"מ דוקא מזבח ובית המקדש דא"א במקום אחר וע"כ כשרוצים להדר מוכרח לסתרו כחילוק הנ"ל. וא"ל א"כ מאי פריך אבי כנישתא הא י"ל כנ"ל דלא קשה אי משום פשיעותא שלא יבנה אדרבה וודאי החשש

בבית המקדש חמור יותר והוצרך לשנוי' כנ"ל משא"כ על הסתירה אך מהא דלא ליסתור בית הכנסת דלא אמר משום סתירה י"ל ג"כ משום דצריך לבנות במקומו:

אמנם וודאי דיש חלוקים בדבר דשאר תיבות בתורה אף דחשיבא גוף הקדושה מ"מ נמחקין עכ"פ לצורך תיקון או ליפות ונטפל לה' לפניו ודאי דחשיב עכ"פ תשמיש קדושה כבהכ"נ ומי יאמר דנמחק. ולכאורה היה נ"ל למכור הכותל עפ"י זיי"ן טובי העיר במעמד אנשי העיר דמה חילוק בין למכור כולו או כותל אחד וכיון דפקע קדושתי' יכולים אח"כ לסתור ולבנות חלק מהכותל. אך לכאורה ז"א דדווקא כל בהכ"נ דפקע קדושתי' משא"כ כשמוכרים איזה קרשים וכדומה ניהו דמזה פקע מ"מ איסור נותץ אבן לא פקע דעכ"פ נותץ ממקדש מעט כיון דהנשאר עומד בקדושתו אין בידם להפקיע האיסור וכעין מ"ש הר"ן נדרים פ' השותפין דף מ"ז לחלק בין מה שמפקיע מהשיעבוד עי"ש:

אמנם לענ"ד נראה. הנה מהר"מ פדוואה הובא במ"א סוף ס"י קנ"ב כ' הא דאסור לנתוץ דווקא דבר המחובר עיי"ש ותמוה מאוד דהא מפורש בש"ס ע"ז וגם מכות פ"ג שורף עצי הקדש כו' דעובר בלאו עיי"ש ונראה לענ"ד ברור דהיכי דבטל שמו מה שהיה זה מה"ת גם בתלוש דומיא ואבדתם שמם כו' לא תעשון ולכך שורף וכן לשוי' גיסטרא אסור. אבל נותץ אבן וכה"ג שעדיין לא בטל שמו כלל שהיה מקדם וזה נלמד רק ממזבחותם תתוצון ומפורש במשנה כלים פ"ה גבי תנור נותץ דנתיצה דוקא בדבר שמחובר לקרקע ובמס' שבת קכ"ה מדלא כתב ישבר עיי"ש וגם מפורש שם בחלקו לשנים דהגדול טמא והקטן טהור דהגדול שמו עליו ולא מיקרי נותץ והקטן מיקרי נותץ עיי"ש וממילא דברי הגדולים ברורים דכשנשאר שמו רק נותץ אבן האסור רק מקרא דתתוצון דזה שייך בנותץ אבן דמ"מ אבן זה נקרא נתוץ וזה דוקא במחובר לקרקע וכנ"ל. וא"כ לפענ"ד במוכר מקצת כותל עפ"י ז' טובי העיר דפקע ממקצת זה קדושתי' שוב לא שייך האיסור הנ"ל דהא עדיין נשאר שם בהכ"נ כמקודם. רק משום דמה שמכור מהכותל מיקרי נתוץ והא מזה פקע קדושתי' ומותר מה שהוא נתוץ ומה שנשאר בקדושתי' היינו כל בהכ"נ אינו נתוץ כלל כיון דשמו עליו כמקודם כנ"ל. וא"כ למ"ש לסתור מקצת בהכ"נ כשבטל שמו אסור גם ע"י מכירה רק כשמכרו כולו אבל כה"ג ליקח קצת מהכותל לצורך איזה מצוה מהני ע"י מכירה. ולרווחא דמילתא יעשו הסריגים ברזל קודם הסתירה דחשיב בנין טוב מקודם כשתחת העצים יביא ברזל ואח"כ לסתור העצים דאין בו צורך עוד. וכן לסתור ע"י עכו"ם דג"כ ספק גבי חסימה בש"ס ב"מ דף צ' אי יש שליחות דהא גורם אין איסור כמפורש בש"ס כנ"ל לא תעשון הא גרמא שרי. וכמבואר בר"ן פ' בני העיר דבהכ"נ

הוא דרבנן ע"ש: ונידון הגט לענ"ד דכשר כשנכתב דמיתקרי הירש יוסף ואין להאריך הנלע"ד כתבתי:

סימן ג

על דבר מה שנוהגין בכמה מקומות להביא החמין הטמונים לשבת ע"י קטן מבית האופה כשאין מצוי להם נכרי ורב א' כתב אליך שמחויב אתה להזהיר העם להביא דוקא ע"י נכרי:

הנה בש"ס יבמות פ' חרש ד' קי"ד ר"י אירכסו לי' מפתחא דבי' מדרשא כו' דבר טלי וטליא כו' וקאמר אלמא קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווים להפרישו לימא מסייע לי' לא יאמר אדם לתינוק הבא לי מפתח כו' אבל מניחו תולש כו' ודחי תולש בעציץ כו' זורק בכרמלית דרבנן כו' ומבואר פשטא דש"ס לכאורה דאף באיסור דרבנן אין מאכילין לקטן בידי' כיון דברייתא בדרבנן ואעפ"כ תני לא יאמר הבא לי כו' ופירש כן הרמב"ם ז"ל סוף ה' מאכלות אסורות דאף בשבות דרבנן אין מאכילין כו' וכן פסק בש"ע סי' שמ"ג בלי חולק. אולם דעת רשב"א ונ"י שם דדוקא לס"ד דקטן מצווין להפרישו ע"כ ברייתא בדרבנן מניחו תולש וע"כ רישא דלא יאמר הבא לי גם באיסור דרבנן אבל למסקנא ולמאי דקי"ל דגם בדאורייתא אין ב"ד מצווים להפרישו ברייתא כפשטא באיסור תורה הא דלא יאמר הבא כו' אבל באיסור דרבנן מאכילין אותו בידים. והביא רשב"א ז"ל ראיות לדבריו ע"ש:

והנה יש לי מקום עיון איך מדמי בש"ס קטן אוכל נבילות כו' לאיסורי שבת הא קי"ל בשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה ומתעסק אינו איסור כלל. ובש"ס פ"ק דחולין י"ב ע"ב קי"ל קטן אין לו מחשבה אפילו מדרבנן ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו אית ליה מדרבנן ומעשה אית ליה מה"ת. ובקדשים דמתעסק פסול בשחיטה שחיטת חש"ו פסול אף שאומר בפירוש ששחטו לשם קדשים מ"מ בכל דבר שצריך מחשבה הוי מחשבה שלו כמאן דליתא וכמתעסק וכמ"ש תוס' שם ד"ה קטן דאף דסתמא כשר בקדשים. מ"מ בקטן גרע דהוי רק כמתעסק אף שאומר בפירוש שמכוון לזה כו' ע"ש. וכן בחולין אי הוי בעי כוונה לשחיטה אף דגם לרבנן דר' נתן לא צריך רק כוונה לחתיכת סימנין ולא לזביחה כמבואר להדיא בש"ס פ' השוחט אעפ"כ אמר דלרבנן לא הוי מהני שחיטת חרש שוטה וקטן ולא מקרי כוונה וכאלו חתך בלא כוונה וכן לענין הכשר חשבינן כבלא מחשבה. וא"כ ניהו דקטן אוכל נבילות באיסור דאורייתא ב"ד מצווין להפרישו היינו באיסורי אכילה דבגדול כה"ג אף בלא כוונה הוי איסור דאורייתא דקי"ל מתעסק בחלבים ועריות חייב שנהנה כו' ושפיר הקטן עושה איסור דאורייתא וב"ד מצווין

להפרישו אבל גבי איסור שבת הא גם גדול אם היה עושה בלא מחשבה לא היה איסור כלל מה"ת המעשה עצמו וא"כ כיון דקטן אין לו מחשבה. א"כ אינו עושה מעשה איסור כלל מה"ת כיון דמלאכת מחשבת בעינן ולא מיקרי מחשבה ממילא אינו איסור תורה ואין ב"ד מצווין להפרישו ואיך דייק בש"ס אקטן אוכל נבילות משבת כו':

אמנם לכאורה זה אינו דהא מבואר שם דקטן יש לו מעשה כו' גבי אלון ורמון כו'. שחקקום התנוקות למוד בהן כו' ופי' תוס' דהיכא דהמעשה מורה בבירור על הדבר שאין לתלות בדבר אחר נקרא מעשה וחשיב מעשה שיש בו מחשבה ודוקא בקיימא עולה בדרום ואייתוה לצפון דאיכא למיתלי מקום הוא דלא איתרמי להו חשיב רק מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ע"ש. וא"כ בשלמא לענין מחשבה דקדשים אין המעשה מורה בבירור על המחשבה וכן על הכוונה לחתיכת סימנין. אבל על המחשבה של המעשה עצמו כגון באיסור הוצאה דשבת מורה המעשה בבירור על המחשבה של מעשה זו שרואין שמוציא או מכניס מורה על המחשבה של הוצאה כו' וכמו דחשיב בש"ס פ"ב דחולין דף ל"א שחיטת חש"ו כוונה לחתיכה עכ"פ אף דלא חשיב לחתיכת סימנין ע"ש ושפיר חשיב מעשה דאית להו מה"ת. ואף דלכאורה כיון דכ' מלאכת מחשבת בשבת הוי כמו בתרומה שהביאו תוס' מירושלמי את שכתוב בו מחשבה אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו כו' ע"ש. דז"א דדוקא בתרומה דניטל במחשבה לחוד בלא מעשה לא מהני מעשה מוכיח משא"כ בהנך דבעי מעשה עם מחשבה שפיר אית להו מעשה מוכיח דהא בהכשר ושחיטה כתוב ג"כ מחשבה לדעתכם זבוחו כו' וכן בשבת וכנ"ל:

אמנם הא קי"ל פ"ק דשבת דאמר ר"י המפנה חפצים מזוית לזוית ונמלך עליהם והוציאם פטור שלא הי' עקירה משעה ראשונה לכך ע"ש דלא מחייב בהוצאה והכנסה רק שהיה עקירה על דעת שיהיה הנחה אח"כ ברשות הרבים. וא"כ לענין זה שוב בקטן בשעה שנוטל החפץ בידו ברשות היחיד אין כאן מעשה כלל רק מחשבה דהא לא ניכר כלל בבירור שהוא העקירה על דעת להוציאו לר"ה ואף דאמר בפירוש שרוצה להוציאו אין כאן רק מחשבה לחוד דלית להו ולא עדיף מקיימא עולה בדרום ואייתוה לצפון כו' דכיון דשייך מקום הוא דלא איתרמי חשיב רק מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שאינו מחשבה מן התורה רק מדרבנן. וכאן גרע יותר דאין שום הוכחה מצד מעשיו בשעת העקירה וא"כ ממילא אף שמוציא אח"כ ואז חשוב מחשבה מצד המעשה המוכיח מ"מ אין שום איסור תורה כלל כמו במפנה חפצים ונמלך והוציאן כיון דלא חשיב מחשבה כלל של העקירה ראשונה כדי להוציא אף שאמר בפירוש כנ"ל וכן במעביר ד' אמות ברשות הרבים דבעינן ג"כ עקירה על דעת להעביר ד' אמות ולהניח ואל"ה לא מחייב וממילא

אין גבי קטן שום איסור תורה דגם בגדול כה"ג בלא מחשבה ע"ד להניח לא היה חייב כנ"ל וכמו בהעלום חרש שוטה וקטן לגג דאע"פ שנתכוונו ופירשו לא מהני מחשבתם כמ"ש תוס' שם ד"ה ותיבעי כו' ע"ש. ואין לומר דכיון שמוציא אח"כ לרשות הרבים איגלאי מילתא שהי' העקירה על דעת כן וחשוב מעשה המוכיח דז"א דהא אף בגדול פליגי רשב"ג ורבנן אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ע"ש חולין ל"ט ע"ב ואף לרשב"ג דאמר הוכיח סופו כו' היינו במקום שהמחשבה היה מועיל איגלאי מילתא שהיה באמת מחשבתו על דעת כן אבל בקטן דכל זמן שאינו עושה מעשה המורה בבירור לא מהני מחשבתו כלל אף שאומר בפירוש שעושה על דעת כן וא"כ וודאי דלא שייך הוכיח סופו כיון דבשעת העקירה לא היה מעשה כנ"ל. ועוד דגם אח"כ אינו בירור שהי' העקירה על דעת להוציא דשמא נמלך להוציא ועכ"פ לא עדיף ממחשבתו ניכרת כו' כבקיימא עולה בדרום כו' שאינו אלא מדרבנן כנ"ל. וא"כ אין לדמות כלל בקטן הוצאה ומעביר לאוכל נבילות או לשאר איסורי שבת כיון דבזה א"א כלל בקטן שיהיה איסור דאורייתא. וגם אין לדחות דכיון דהא דאין לו מחשבה הוא רק משום שהוא קטן. וא"כ נכלל בכלל קטן אוכל נבילות כיון שאם היה גדול היה מעשה במחשבה. ז"א דאין שום טעם לזה כיון דהוי בלא מחשבה יהיה מאיזה צד שיהיה אין כאן מעשה איסור כלל דלא אסרה התורה מעשה כזה גם בגדול. ודוקא כשהמעשה הוא איסור גמור רק מצד דהקטן לאו בר חיובא שייך לקטן אוכל נבלות כו' משא"כ בהנ"ל. וא"כ הוא תמוה איך דייק בש"ס מהא דדבר טלי וטליא כו' דסבר גם בקטן אוכל נבילות דאין מצווין להפרישו הא לא דמי כלל דשם עושה וודאי איסור משא"כ בהוצאה והעברה והא אי ס"ל דב"ד מצווין להפרישו אין לנו לימוד אחר רק מהא דמייתי הש"ס התם מלא תאכלום כי שקץ להזהיר גדולים על הקטנים ומהא דכל נפש לא תאכל דם כו' וא"א ללמוד רק מה דדמי להו שאסור כה"ג בגדול גם בלא מחשבה משא"כ שבת כנ"ל ע"ש דעביד צריכותא דלא הוי מצי למילף רק איסור השוה בכל כנ"ל ומכ"ש בהנ"ל:

אמנם לבן עזאי דמהלך כעומד דמי ועקירת גופו כעקירת חפץ דמי לא ס"ל דר"י ובמפנה חפצים ונמלך והוציאן חייב כדאמר בש"ס פ"ג דכתובות ד' ל"א והרי"ף ז"ל משמע דפסק כוותי' פ"ק דשבת א"כ שפיר גם בקטן בהוצאה ומעביר יש איסור דאורייתא דאף שנטל החפץ בידו מקודם מ"מ בשעה שמוציאו חשיב מעשה המורה בבירור על המחשבה דאף שלא הי' העקירה על דעת כן חייב וכן בהכנסה וגם במעביר למ"ש תוס' שבת ה' ע"ב דאף בעומד לפוש י"ל דחייב לבן עזאי ע"ש:

והנה יש לדקדק בש"ס למה הזכיר דאירכסי לי' מפתחא דבי מדרשא. הא גם בצורך דבר הרשות הדין כן כמבואר בש"ע וא"ל דנקט לרבותא דאף לדבר מצוה אסור לצוות להביאו בפירוש ז"א כיון דמיירי ברשות הרבים דאורייתא ואסור להאכיל מן התורה פשוט דלא הותר איסור דאורייתא לצורך מצווה:

עוד קשה למה אמר הש"ס אלמא קסבר קטן אוכל נבילות אין ב"ד וכו' הא הוא זה הדין עצמו מה שייך בזה אלמא קסבר והא דאמר לימא מסייע ליה הוא מאיסור שבת ולא היה צריך להקדים קטן אוכל נבילות:

אמנם יתיישב הכל ע"פ מ"ש הט"ז א"ח סי' שמ"ז דמשמע במרדכי שיש היתר להביא המפתח ע"י תינוק כמו ע"י נכרי ואע"ג דבפ' חרש איתא דנאבדו המפתחות כו' ואמר לידבר תינוק כו' משמע דאסור להביא ע"י תינוק כו' דליספו לי' בידים אסור התם מיירי ברשות הרבים שהוא דאורייתא אבל אנו אין לנו אלא כרמלית שהוא דרבנן ע"ש:

והנה אם נפרש כונת הט"ז שפוסק כהרשב"א דאף שלא לדבר מצוה מותר להאכיל איסור דרבנן לתינוק הוא תימה שלא יזכור דברי הרמב"ם והש"ע שסתם כדבריו ולכתוב משמעות ושנראה לו כן מה שמפורש מחלוקת הראשונים ז"ל. וע"כ כוונת הט"ז על מפתחות בהכ"נ שהזכיר מקודם שהוא לדבר מצוה דבזה י"ל לכ"ע דשרי בכרמלית דרבנן וע"ז הקשה מפ' חרש דג"כ היה מפתחות דבי' מדרשא ותירץ דשם מיירי בר"ה גמור כנ"ל.

וא"כ מיושב הכל דהש"ס דייק מדלא הביא בפירוש ע"י תינוק כיון שהוא לדבר מצוה דשרי בדרבנן ובתינוק לעולם האיסור הוצאה דרבנן כנ"ל ועוד דהיה לו לצוות להגביה המפתחות ללכת מעט ואח"כ יצוה להוליכו לבהמ"ד דג"כ רק דרבנן כיון שלא הי' עקירה משעה ראשונה לכך ושרי לדבר מצוה. וע"כ דסבר כבן עזאי ויש איסור דאורייתא בכל גווני ולכך אמר לידבר כו'. ואמר שפיר אלמא קסבר קטן אוכל נבילות כו' דמוכח דסבר אף באיסור דאורייתא אין צריך להפרישו כיוון דמוכח דסבר כבן עזאי ויש איסור תורה. ואמר אח"כ לימא מסייע לי' מהא דמניחו תולש כו' דאל"ה לא היה צריך סיוע כלל דבתולש וזורק שפיר יש מעשה גמור דאית ליה לקטן משא"כ בהוצאה והכנסה. רק על איסור דאורייתא דהוכיח מייתי שפיר כנ"ל. כיון דע"כ סבר שהוא דאורייתא או כבן עזאי או דסבר מחשבתו ניכרת אית להו מה"ת כנ"ל. ומוכח כדברי הט"ז דלצורך מצוה שפיר שרי לדידן בכרמלית דרבנן ואף אם היה רשות הרבים גמור מ"מ לדידן דלא קי"ל כבן עזאי. ומחשבתו ניכרת אית להו רק מדרבנן א"כ לעולם אין אלא דרבנן בתינוק כנ"ל. ובזה יתיישב מה דתמוה מאוד לשון הברייתא לא יאמר אדם לתינוק הבא לי מפתח

כו' אלא מניחו תולש מניחו זורק ותמוה למה נקט בתרי גווני או דהיה לו למיתני לא יאמר תלוש אלא מניחו או תרווייהו בהבא לי אלא מניחו מביא כו' ולמ"ש מיושב היטיב דברישא קמ"ל לא יאמר הביא אף דלעולם אינו בקטן אלא איסור דרבנן כיון דלא קי"ל כבן עזאי וליכא מחשבה אעפ"כ אסור לדבר רשות וכדעת הרמב"ם ז"ל. אבל מניחו תולש כו' בזה הרבותא אף שהוא איסור דאורייתא לגבי קטן ג"כ דבזה חשיב מעשה המוכיח גמור דהוי מחשבה אעפ"כ א"צ להפרישו דקטן אוכל נבילות אין מצווין להפרישו כנ"ל ואף לאביי דמוקי תולש בעציץ שאינו נקוב מ"מ קמ"ל דהא אי הוי נקיט מניחו מביא ה"א דוקא בהך דא"א לעולם בקטן איסור דאורייתא כלל משא"כ בתולש דעכ"פ תולש גמור הוי דאורייתא ולכך קמ"ל מניחו תולש כו':

ובמ"ש מיושב מה שתמהו כל הראשונים ז"ל בש"ס ריש פ' מי שהחשיך בנותן כיסו לנכרי או לחמור ואם אין חמור נותנו לחש"ו ופריך אחמור הא איכא שביתת בהמתו ומשני נותנו עליו כשהוא מהלך כו' ובקטן לא הזכיר כלל בש"ס דג"כ צריך ליתן לו כשהוא מהלך דהא למיספי ליה איסור בידים אסור מה"ת והוכיחו רשב"א ותוס' ור"ן ז"ל דבאמת גם בחש"ו צריך ליתן כשהוא מהלך ע"ש שדחוק מאוד למה לא אמר בש"ס כן וגם הרי"ף ורמב"ם ורא"ש לא הזכירו כלל וע"ש בהרב המגיד. ולמ"ש מיושב שפיר דבחש"ו לענין מעביר והכנסה לעולם אין כאן רק איסור דרבנן והוי כמו נותנו עליו כשהוא מהלך דלא חשיב עקירה משעה ראשונה לכך כנ"ל:

וכן מיושב מה שתמה במרדכי למה קטן הבא לכבות אין שומעין לו הא בכיסו נותנו לקטן והתירו משום פסידא ולמה לא התירו בכיבוי משום הפסד ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דבכיבוי שפיר בקטן יש איסור דאורייתא דהוי מעשה המוכיח שכוונתו לכבות משא"כ בהוצאה ומעביר דא"א כלל שיהיה איסור דאורייתא כנ"ל:

אולם מסתפינא לחלק בדבר חדש שלא מצאתי בראשונים ואחרונים שידברו מזה לחלק בקטן בין איסור הוצאה ומעביר לשאר איסור ובתוס' ור"ן פ' מי שהחשיך הנ"ל מבואר דאין חילוק כנ"ל. עכ"ז יש בזה די לימוד זכות מה שנהגו להקל יותר בהוצאה ומעביר ע"י תינוק משאר איסור שבות דרבנן מאחר שזה לעולם תרי דרבנן כרמלית ומה שאינו חשוב מחשבה ושניהם דרבנן דא"א לבוא לידי איסור דאורייתא כנ"ל:

אמנם יש לדחות דכל זה למאי דמבואר בר"ן ז"ל גבי קטן שבא לכבות ובש"ע ואחרונים דאין האיסור בקטן העושה על דעת אביו או שמצוהו רק משום דלא ליספו ליה איסור בידים מלא תאכילום דאמר בש"ס פ' חרש. וע"ז שייך שפיר כנ"ל כיון דאין לו מחשבה אין הקטן עושה איסור דאורייתא ולא שייך לא תאכילום. אולם תמהני דמכילתא פ'

יתרו לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך כו' בקטנים ע"ש הובא ברש"י בפירוש החומש לא בא אלא להזהיר גדולים על הקטנים וסיים רש"י וזהו ששנינו קטן הבא לכבות אין שומעין לו מפני ששביתתו עליך. וכן הרמב"ן ז"ל שם כתב הזהיר שלא יעשו הבנים קטנים מלאכה לדעתינו וברצונינו ע"ש וכן רא"ה בס' החינוך ובס' יראים לר"א ממיץ כתבו בלשון הזה וא"כ נראה דאין האיסור בקטן העושה לדעת אביו מצד האיסור של הקטן לבד שעושה איסור וכמו שאר איסורין מלא תאכילום רק שהאב עצמו מצווה כשהמלאכה נעשת ע"י שניהם וכמו מחמר בשביתת בהמתו כו'. וא"כ ודאי דלא שייך בזה מ"ש דכיון דע"ז הזהירה תורה דאף שאין לקטן מחשבה אסור להניחו לעשות לדעתו של גדול. דהא גם מחמר אסרה תורה כשהחמור עושה עקירה והנחה כנ"ל בלא דעת רק דשמעה לקלא ואזלא מחמתי' כו' כדאמר פ"ק דע"ז דף ט"ו וכן בקטן כשעושה מחמת דעתו ורצונו או ציוויו. אך י"ל דדוקא מחמר שלעולם אינו מחשבה ע"כ האיסור על מחשבת הבעלים משא"כ קטן דיש לו מעשה מה"ת שוב י"ל דדוקא בהנך מלאכות דחשיב מעשה המחשבה ודוחק:

אך באמת יש לעיין דמדהרמב"ם וטור וש"ע לא הביאו כלל הך איסור שיהיה לאו מיוחד בשבת בקטן על דעת אביו כמו שהביאו שביתת בהמתו ועבד נפקא להו מוינפש בן אמתך ומלמען ינוח עבדך ואמתך כמוך אבל לא מלא תעשה כו' שכתב ג"כ עבדך ובש"ס יבמות מ"ח ע"ב וינפש בן אמתך בעבד ערל או אינו אלא עבד מהול כשהוא אומר למען ינוח עבדך הרי עבד מהול אמור ע"ש והנה מדלא פריך עבד מהול הא כ' לא תעשה מלאכה דהא חייב בכל מצות כאשה. וע"כ דהא איצטריך שהרב מצווה על שביתתו וע"ז אמר הא מוכח האיסור על הרב מלמען ינוח כו'. וא"כ ע"כ סבר הש"ס דלא כמכילתא הנ"ל שהוכיח דאתה ובנך היינו קטנים דגדולים מוזהרין בעצמן דא"כ גם עבדך ע"כ האיסור על הרב דאל"כ הרי מוזהרים לעצמם כאשה רק על הרב כמו בנך ובהמתך. וע"כ הש"ס דס"ל דעבדך מיירי באיסור שעל העבד עצמו ולא איכפת להו מה שמוזהרים בעצמם ממילא גם בנך בגדולים ואזהרה לעצמם.

אך אינו ראיה דהא כמו שמפרשים אתה ובהמתך כשהמלאכה נעשית ע"י שניהם היינו מחמר וכן בנך בקטן שעושה לדעתו. אבל כשעושה מעצמו אין חיוב עליו למנעו וכן בבהמה לא היה חייב למנעה רק מינוח שורך. א"כ שפיר היה צריך קרא דוינפש בן אמתך שמצוה למנעו בעושה מעצמו ופריך רק מלמען ינוח דמוכח דצריך למנעו כמו שביתת בהמתו כנ"ל. אבל קרא דלא תעשה כו' מיירי כולה בנעשית המלאכה מרצונו גם בעבד כנ"ל. וי"ל שפיר דעובר בלאו כשהעבד עושה עפ"י ציווי או שכופהו:

אולם מדברי הרמב"ם ז"ל מבואר פרק כ' מהלכות שבת ה' י"ד כשם שאדם מצווה על שביתת בהמתו כך מצוה על עבדו ואמתו ואע"פ שהן בני דעת ולדעת עצמן עושין כו' שנאמר למען ינוח כו' ואיסורו בעשה. ולא הזכיר כלל שיהיה לאו בעבד מהול שעושה ע"פ הרב וע"ש בהרב המגיד. אך אפשר דלא מיקרי כלל בעבד גדול שעושה ע"פ הרב שהמלאכה נעשית ע"י שניהם. דהא קי"ל אין שליח לדבר עבירה משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ואדעתא דנפשיה עביד והוי כעושה מעצמו ושוב אין כאן רק העשה דלמען ינוח. ודוקא בקטן דלא שייך דברי הרב כו'. ובל"ז היכא שכופהו או שהעבד שוגג י"ל כיון דאיכא לאו דלפני עור. ולענין מלקות אין חילוק דגם אלאו זה אין בו מלקות כמו מחמר כדאמר בש"ס שבת קנ"ד. ולא הצריך להזכיר לאו זה. וגם בקטן לא הוצרכו להזכיר כיון דאיכא לאו במאכיל בידים מלא תאכילום ומלקות אין בו גם בלאו זה כמו מחמר ואין נפק"מ בדבר. מ"מ דוחק גדול אם היה הלאו מפורש על קטן שישמיט הרמב"ם ז"ל מה שאין דרכו כלל. ועוד דברמב"ם ז"ל שם ריש פרק כ' שמצווה על שביתת בהמתו מלמען ינוח כו' והלא לאו מפורש בתורה לא תעשה כו' ובהמתך שלא יחרוש בה ונמצא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ואין לוקין. ופי' הרב המגיד דאם לא היה בבהמה מיתה היו לוקין אף שכתוב אתה כו' ודלא כפירוש רש"י. וא"כ אם היה בקטן הפי' דאתה ובנך שעושה בציוויו וכמו מחמר א"כ היה ראוי ללקות דלעולם אין בזה מיתה כשעושה הקטן בציווי אביו. והוי לאו שיש בו מעשה דקי"ל ב"מ צ' כר"י דחסמה והנהיגה בקול לוקין דעקימת שפתיו הוי מעשה היכא דאיתעבד מעשה בדיבוריה. ואם כן אמאי לא כתב הרמב"ם ז"ל לאו זה דלוקין עליו. אך י"ל כדאמר בש"ס שבת קנ"ד דאפילו למ"ד לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לוקין מודה במחמר דליכתב כו' אתה למה לי הוא ניהו דמחייב בהמתו לא מחייב. כמו כן י"ל אבנך גם כן כנ"ל. ועוד דדוקא בבהמה שייך בדיבוריה איתעביד מעשה שאינו בדעת כלל מה שאין כן בקטן אף דעושה ע"פ ציוויו מכל מקום לא מיקרי לגבי דידיה עביד מעשה כנ"ל:

אך בש"ס פ' חרש דמייתי כל הני דמוזהרין על הקטנים ומשני דלא ליספו בידים ומצריך להו צריכא ולא מייתי הא דשבת דאיירי בה מקודם ולמה לא אמר צריכותא על זה. והיה נראה מזה דאף למכילתא הנ"ל אין הלאו דלא תעשה כו' אתה ובנך רק בבנו ובתו הקטנים כשעושים בציווי אביו אבל שאר קטן שעושה על דעת הגדול אינו בכלל זה כלל. ולכך לא מייתי בהדי הנך דמוזהר הגדול על הקטן על כל קטן דעלמא כנ"ל. והא הרשב"א ז"ל כתב בעבד דמצווה אף על עבד שאינו שלו מדכתיב וינפש בן אמתך והגר מדכייל בהדי גר ע"ש. ואף זה כתב רק מסברא דנפשיה. ואם כן בזה שאין שום לימוד

י"ל דוקא בנך כמשמעו. ומדוקדק מה דנקיט הש"ס בכיבוי בקטן העושה על דעת אביו כו' ולמה לא אמר סתם על דעת גדול ולהנ"ל א"ש דבעי לשנויי הא דשביתתו עליך כמ"ש רש"י בפירוש החומש ולכך נקיט בעושה על דעת אביו דשייך הלאו דאתה ובנך כנ"ל:

סימן ד

להרב ר' וואלף נ"י נכד הרב הגאון אב"ד דק"ק ווארשא. בעה"מ חמדת שלמה על דבר הטילטול בעירנו על סמך מחיצת הווייסיל. איני יודע למה רו"מ מחפש אחר חומרות בדבר שהעיד מהרי"ט שנהגו היתר ע"פ זקנים ואחריו כנה"ג תלמידו. והג' החסיד דבר שמואל סי' ק"נ. ושיבח הרבה המתירין כי באמת הוא להרים מכשול. וח"צ מחזיק הרב דבר שמואל לחסיד והיה חבירו של הגי"ת. וע"ד הט"ז בסי' שס"ג סק"כ שציוה להחמיר כהי"א שהביא רמ"א ז"ל דחייש שמא יעלה הים שרטון. לענ"ד מאחר שרמ"א ז"ל פסק ע"פ מ"ש בדרכי משה לחלוק על ב"י שכ' מאחר שהרי"ף ורמב"ם כו' הכי נקטינן כדרכו. והדרכי משה כתב שאין נראה לו לדחות כל האחרונים מפני הרי"ף והרמב"ם ואף בדעת הרי"ף אין הכרע דס"ל לא חיישינן שהרי השמיט לגמרי ע"ש. משמע דחולק רק מפני דרמב"ם יחידאי וברי"ף ספק. ותמהני שהרי מפורש בהרב המגיד שגם ר"ח גורס כן וגם בערוך גורס כן לא חיישינן כו' ערך אזל ע"ש. א"כ מבואר שגירסת הגאונים כן לא חיישי'. ובהג"א מביא שגי' מיימוני וערוך לא חיישינן. והר"ח לא הביא משמע שלא היו ידועים דברי ר"ח וממילא אפשר דאי הוי שמיע להרא"ש דברי ר"ח שגורס כן לא היה חולק שידוע שדבריו דברי קבלה ובפרט בגירסאות. וכמ"ש רמ"א ח"מ סימן כ"ה. ובוודאי נאמנים דברי הרב המגיד שהר"ח גורס כן. וממילא מסתמא גם הרי"ף כן דעתו כמ"ש ב"י. עוד נראה דע"כ דמאן דאמר לא חיישינן היינו דס"ל כלישנא בתרא דחכמים מתירין ופליג מרימר על ר"נ ופסק הלכה כחכמים. א"כ אפשר דמסופק הרי"ף אי הלכה כר"נ או כמרימר וא"כ עכ"פ הלכה כלישנא בתרא דר"נ אמר אין הלכה כחכמים והיינו מה שמתירין רק כרבי דל"א לא איסור ולא היתר ולכך השמיט כמשמעות לישנא דרבי והיכא דנהוג נהוג. וגם לגירסת רש"י דחיי' גם כן יש לומר דלשון רש"י ז"ל שם ויעלה כו' רוחב פרסה ויותר ל"ל לומר כן וידוע שלשונו כסף צרוף. ונראה דהוי קשיא ליה מנ"ל לש"ס דגם לספק אחד חוששין. דלמא בדרבי דהי' ב' חששות שמא תנטל אשפה. וגם שמא כו' שרטון. ובכל מקום ב' מיעוטים עושין ס' כנ"ל. ולכך פי' דעל דרבנן הוי ס' לקולא ולא היה חושש גם לב' חששות רק לשל תורה כיון שהיה רה"ר ולרש"י ז"ל צריך ס' ריבוא בוקעין. וכפי שכתבו הפוסקים דמחנה ישראל היה ס' ריבוא אנשים וכן נשים וכן טף ג' פרסה ממילא רוחב פרסה הוי מקום שיהיה ס' ריבוא בוקעין

וא"כ לא אמר רבי היתר גם ע"י צורת הפתח בצד הפתוח לרה"ר והיה חושש על שניהם שמא תנטל האשפה והים יעלה שרטון רוחב פרסה וישאר מחיצה א' וצורת הפתח שיהיה רשות הרבים דאורייתא. והוכיח הש"ס שפיר מכח כ"ש אם חשש רחוק שצריך ב' חששות הי' חושש כ"ש תנטל אשפה לחוד. וכן דף צ"ט האריך רש"י ז"ל בלשונו ד"ה במבוי. ונראה ג"כ כנ"ל. דאל"ה מה פריך דלמא דוקא ב' חששות ע"ש. וא"כ כיון דהיכא דתני רה"ר הוא ר"ה דוקא ובמתני' דלא יעמוד דף צ"ט בעי הש"ס כרמלית מאי וקי"ל כרבא. א"כ בכל דוכתא דתני ר"ה אין שום ראיה על כרמלית. ממילא לדידן דאין לנו רה"ר כמ"ש בש"ע סי' ש"ג סי"ח ואנו תופסין כן לעיקר ואנו נוהגין היתר מתכשיטין שמפורש בש"ס. א"כ גם לרש"י ז"ל אדרבה משמע שאין לחוש לשרטון בדרבנן:

וא"כ הגם שאנו מחוייבים לכוף עצמינו לדעת רמ"א ז"ל. מ"מ הרי גם כפי כללי הוראה כשכותב המחבר סתם ורמ"א וי"א ולא כתב וכן עיקר וכדומה עכ"פ בדרבנן לקולא עיין פ"מ בהקדמה וכללים ע"ש. א"כ לענ"ד אין להחמיר רק כשאפשר לתקן בנקל. רק בעת שנקרש ג"כ נראה דהוי כנסר פחות מד' שהרי כשאינו מכוסה בשלג יראים להלוך מחלקת הגליד וכשמכוסה מתיראים אולי תחת השלג נקבים ויש סכנה. וגם מה שמחלקים בין דבר הניטל בשבת אף אם נאמר דאין הכפור מותר לטלטל. לענ"ד דוקא בור שנכנס לחצר שהמקום של ישראל אבל בנהר ווייסיל שרוב א"י מה בכך שאין רשאי מ"מ הם לוקחים מים ומשברים הכפור בשבת. וגם בענין המדרון שכתב הט"ז דפסק בש"ע דוקא מתלקט י' מן ד'. וברמב"ם ז"ל מדרון סתם ולא הזכיר כלל שיהיה מתלקט י' וראב"ד השיג עליו. ונראה דהרמב"ם ס"ל דמ"ש אח"כ תל המתלקט הוא ענין אחר ות"ק נקיט סתם מדרון וא"צ שיהיה מתלקט י' כנ"ל. והטעם נראה כדאמר פ"ק דשבת דף ח' וכן בגומא דיותר מג' הוי כרמלית ע"ש:

ולפי פי' ר' יונתן באית ליה גידודי הוא אבן יוצא כו' דמשמע שסגי רק שמקלקל הילוך הרבים להדיא בהפירצה י' ממילא כשד' טפחים מרה"ר המדרון בשיפוע כפי ערך מתלקט ד' מתוך ג' חשיב גידודי דהא מונע ההילוך והוי כרמלית כנ"ל:

שוב שלחתי אחר ס' כנסת יחזקאל וראיתי שדיברו הרבה מזה ודברי הגאון מהר"ש ברורים גם כשיש כפור וגליד דהרי מבואר בש"ס ב"ב כ' ובמשנה דאהלות דכפור וגליד אין כו' משום שימסו ויהי' מים. וברמב"ם בפ"י כשעשה אוהל מהם אינו כלום. ואף בחורף וע"ג נהר. והרי הרמ"א ז"ל היה במדינתינו שנהרות נקרשים בחורף. אם כן ליש אומרים וחושש לשירטון היה לו להזכיר חשש זה דאפשר שגם מ"ד לא חיישינן לשרטון מודה בכפור דודאי הוא בכל שנה. וכן הפוסקים שכתבו דבנהרות לא חיישינן לשרטון

ולא כתב שום דבר מכפור משמע דס"ל כנ"ל שגם בשעת הכפור מותר כנ"ל. שוב קניתי ס' חתם סופר על א"ח ומאריך בזה הרבה וגם כן דעתו כנ"ל הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר:

סימן ה

החיים והשלום וכל טוב, לכבוד ידיד עליון הרב הגאון המאה"ג פאר הדור תפארת ישראל הנשר הגדול נ"י פ"ה ע"ה. מוהר"ר שלמה זלמן נ"י אבדפ"ק:

תשואות חן ליקרת כבודו על התשורה אשר שלח לי ספרו הנחמד יזכהו ה' להרבות תורה בעולם כחפצו ויתחדש כנשר נעוריו. ולהראות כי ערבים וחביבים עלי דברי מר אמרתי לא אמנע להודיע את אשר פלפלתי בתשובתו סי' א'. וגם כי הוא מהשאלות השכיחים בס' קנינים הן בחמץ והן בבכור ואת אשר יבחר יקרב:

על מ"ש בקנין מעות בחמץ דלא מקרי ספק כלל ממשמעות הש"ס דספק בכור דאי תקפו כהן מוציאין חשיב של הישראל בודאי. וא"כ גם בס' קנין מעות שלא יהיה מהני תפיסת הנכרי הוי של ישראל בודאי ולא הוי ספק דרבנן גם אחר הפסח וכמ"ש בס' קצות החושן בכללי תפיסה לענין קדושין. וכ' רו"מ שיש ג' ספיקות לאיסור כו'. והדברים תמוהים בעיני הרבה. מאחר שרו"מ חושב זה לודאי שלו אף שע"פ הדין אינו שלו מ"מ מאחר שאין זכות להב' בתפיסה כש"ס הנ"ל דדוקא אי תקפו כהן אין מוציאין היה חשיב זכות. א"כ הא קי"ל כהפוסקים דעכ"פ בספק דרבוותא אין מוציאין מהתופס מלבד דיכול לומר קים לי כהרמב"ם והפוסקים דתקפו כהן אין מוציאין רק דגם הרי"ף ושאר פוסקים סוברים בפלוגתא דרבוותא אין מוציאין ובס' בגוף התפיסה ג"כ אין מוציאין. וא"כ עכ"פ אם יתפוס הנכרי לא נוציא ממנו מס' דשמא מעות קונה ואין מוציאין בספק דרבוותא. וא"כ שוב מאי ג' ספיקות יש כאן הא למה שכל הפוסקים תפסו עיקר דלא כהרמב"ם בתקפו כהן וכהש"ס דתלי' בהא דאי תקפו כהן אין מוציאין חשיב של הכהן מספק. וא"כ כאן אי מעות קונה באמת ושפיר אם יתפוס לא נוציא ממנו מאי בכך אף אם הדין כהפוסקים דתקפו מוציאין ומה שלא נוציא לא יהיה כהדין מ"מ לא נוציא ממנו הא כל עיקר החשש של רו"מ הוא דאף אי באמת קני ע"פ הדין מ"מ כיון שלא יועיל תפיסתו אף שמה שנפסוק שאינו מועיל יהיה שלא כדין מ"מ אין לו זכות. ומטעם זה עצמו נדחה דהא מ"מ יועיל תפיסתו מצד קים ליה כהפוסקים דמהני תפיסה בספק דרבוותא וכיון שמועיל תפיסתו והוא שלו באמת על פי הדין ודאי דמותר. ואין צד לאיסור רק אולי בהרמב"ם ע"פ פי' הב"י דאף אי תקפו כהן אין מוציאין מ"מ חשיב של הבעלים קודם תפיסה. ובודאי שאין לחוש לזה באיסור דרבנן נגד פשטא דהש"ס וכל הפוסקים. דלכל

החולקים על הרמב"ם הדין כאן דמותר דלדידהו באותן שאי תפס אין מוציאין הוי של הב' מספק א"כ אף שפוסקים תקפו כהן מוציאין מ"מ כיון דיועיל התפיסה מ"מ חשיב של הנכרי מס' אי קונה והוי אחר הפסח ס' דרבנן ולקולא. ועוד דהא פסק בש"ע סימן ס"ו כדעת ת"ה דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה אף בלי טעם מחילה רק שהיה קנין מדעתו אף שהתפיסה שלא מדעתו. וא"כ בקנין מעות אף שלא משך לא נוציא מידו עכ"פ מטעם שמיט ואכיל אם יתפוס ושוב אף שתפיסה זו אינו מצד שהוא שלו מקודם מ"מ שוב הוי ספק שלו אי מעות קונה. כיון דהזכות של תפיסה יש לו עכ"פ דהא א"י להוציא ממנו כל זמן שאין זה חוזר בו. ואף שהש"ך חולק שם מ"מ אין לדחות דברי הש"ע. ועוד דמלבד דלא בריר הך שכ' המשנה למלך פ"ח מהל' שאר אבות הטומאות דס"ס בדרבנן לחומרא נראה דגם הוא מודה בספק תיקו או פלוגתא דרבוותא דהא כתב הרב המגיד להדיא פרק כ"ז מהל' שבת גבי בעיא דיש תחומין למעלה מי' דבנהרות שמסופק אם למעלה מי' שמותר שהוא ספק דרבנן לקולא והובא בב"י וש"ע ברמ"א סי' ת"ד בלי חולק אף שהוא ס"ס לאיסור ואיך שיהיה דעת המשנה למלך עכ"פ לדידן ברור הדין כן. וכ"ש בפלוגתא דרבוותא שאין להכריע דקי"ל בש"ס היה אחד אוסר וא' מתיר בדרבנן הולכין אחר המיקל הא ודאי דלא מחלקין אם המתיר מתיר מטעם ספק דרבנן לקולא כיון דברור לו להתיר שהדין כן בלי ספק דספיקא דרבוותא לקולא ושפיר סומכין על המתיר באיסור דרבנן וכן ממש בנידן דידן. ועוד מה שמדמי מר ספק פלוגתא דרבוותא לספק בכור דמיקרי שאין זכות ג"כ אינו מוכרח דלדעת הפוסקים דקני הדין ברור ויכול להוציא בב"ד אם הי' יודעין הדין ובשביל שאין לו ב"ד הבקיאין בדין לא נפקע זכותו שיהיה נקרא אינו שלו:

ובגוף הדבר בס' גמור שכתב רו"מ וס' קצה"ח שיהיה נקרא אינו שלו בודאי כיון שאינו מועיל תפיסה. ג"כ לענ"ד אינו כן. דהא מפורש בש"ס להדיא גיטין מ"ב ע"ב איבעיא להו מעוכב גט שחרור אוכל בתרומה או אינו אוכל קנין כספו אמר רחמנא והיא לאו קנין כספו או דלמא כיון דמחוסר כו' ת"ש כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה הרי אלו אוכלין בתרומה כו' ומשני הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר בחד מיני' דעבד קנין כספו הוא הכא לא קנין כספו כלל ע"ש ומוכח דאף דהיכא דפקע זכותו לא מיקרי שלו מ"מ במה שנפקע זכותו מספק אף דלא מהני כלל תפיסה בעבד זה מ"מ אוכל בתרומה וחשיב עבד של הרב דאל"ה לא היה אוכל תרומה דשמא עבד הוא ואעפ"כ אין קנין של הרב דפקע מספק כיון דאינו מועיל תפיסה. וע"כ דלא פקע. ועוד לאמימר דאמר מפקיר עבדו אין לו תקנה דגופיה לא קני כו' איך תני במתני' הגדילו משחררין זא"ז הא אין לו

בו זכות אף אם עבד הוא. וכן לשמואל דאמר מפקיר אין צריך גט שחרור דאין רשות לרבו כו' אינו עבד למה צריך בס' גט שחרור. וע"כ דלא פקע זכות הס' עכ"פ. וכן בהא דאמר בש"ס ב"ב ובכורות מ"ז דבכור ופשוט שנתערבו ולא הוכרו אין כותבין הרשאה זה לזה כיון דמיעטה תורה בכור ולא ספק אין לו שום זכות להקנות. משא"כ הוכרו ואח"כ נתערבו דלא אימעוט מהני הרשאה ואם בכל ספק שאינו מועיל תפיסה לא היה לו שום זכות מאי חילק למה יוכל להרשות כיון שאין לו כלום בודאי. וגם מוכח שם דס"ל לש"ס תקפו מוציאין בספק דאל"ה מאי פריך ב"ב דף קכ"ז אהא דבכור ולא ספק לאפוקי מאי ומשני לבא בהרשאה והא בפשיטות דהיה מועיל תפיסה משא"כ כיון דאימעוט שאין לו כלל בספק וע"כ דסבר בכל ספק דלא מהני תפיסה ואעפ"כ מהני הרשאה. וגם קושיות קצה"ח בס' נכנסין לדיר דהוי ס' לקוח ומ"ש רו"מ דכשמוכר בעצמו וחזר ולקחה חייב במעשר ותמהני על רו"מ והגאון מליסא ז"ל שדחה מסברא. והלא מבואר ברש"י ז"ל להדיא בכורות י"א אי אתה יכול לומר בבא ליד כהן ופי' אם נתנו לכהן כו' שוב אינו נכנס להתעשר כו' ואפילו חזר ישראל ולקחו ממנו כו' ע"ש דלא כרו"מ. וכן איתא בגמ' להדיא בכורות נ"ו גבי אתנן חזר ולקח כו' ע"ש. אמנם לענ"ד נראה ברור במה שנתחבטו בכה"ג ואחרונים הא ספק גזל ספק איסור הוא ותירצו דהתירה התורה ספק גזל. ותמוה מנין להם לחדש זה דאיסור זה קל משאר איסור ואם מקרא דמי בעל דברים דיליף מיני' המוציא מחבירו עליו הראיה א"כ מאי פריך פשיטא מאן דכאיב לי' כאיבא וכו'. הא איצטריך שאין עליו ספק איסור. ולכך פשוט לענ"ד שאינו קל כלל מכל איסור רק דמ"מ כיון דבגזל אף שלא יוכל הנגזל להנות מ"מ אומר לו הרי שלך לפניך. ובאומר לשנים גזלתי קי"ל מניח גזילה ביניהם ומסתלק אי לאו משום קנסא דעביד איסורא ומקיים בזה השבה אף שאין זה יכול ליקח אותו מספק. ואמר בש"ס ב"ק דף ק"ג ע"ב לחלק בין מתני' דלא נשבע א"צ להוליך למדי משום דכיון דאודי ליה כמאן דאמר יהיה לך בידי דמי ונשאר אצלו בפקדון והוי השבה. וכן בא' מכם הפקיד היכא דלא פשע ולא הוי ליה למידק דמניח ביניהם כו' ולא אמרינן דמחויב לתת משלו עוד לא' כדי שיבוא תשלומין א' למי שהוא שלו. דמה לו לזה ואין מחויב להפסיד ממונו. דהא חזינן בהשבת אבידה שלו קודמת ואף בהפסד מועט ולא אמרינן דיפסיד כדי לקיים מצות עשה כמו בשאר מצות דחייב עד חומש ממונו כדאמר פ"ק דב"ק דף ט' ע"ב ע"ש ובתוס' ד"ה אילימא. וע"כ כיון שהוא מצוה של ממון מה חזית דממונא דחברך עדיף. ושלו קודם כמו כן באמר לב' גזלתי כו' שחייבה תורה להשיב מה שגזל אבל להפסיד וודאי ממונו כדי שיגיע ממונו לידו זה לא מחייב. עכ"פ היכא דלא עביד איסורא ולא פשע ודאי הדין כן

ואינו גזלן כלל שאינו רוצה לגזול כלל של אחרים רק שלא ליתן מה שהוא שלו בוודאי. וזה עצמו הטעם בספק ממון דלקולא דממון זה שבידו שהוא ספק אם של האחר אם שלו שפיר לא גרע הוא עצמו מאחר שאין צריך ליתנו לזה. ואין כאן ספק גזל כלל שהוא אינו מחזיק כלל בשלו בתורת גזל ואינו רוצה כלל לגזול ספק זכות שיש לתובע ואם הוא שלו רצונו להחזיר לו רק מחזיק בשל עצמו שגם זכותו שוה לשל זה מספק ומ"מ אינו חייב ליתנו לזה ולהפסיד זכות ספיקו בשביל זכות ספק של התובע דכמו שאינו מחויב להפסיד ודאי ממונו בשביל הצלת ממון אחר כן אינו מחויב להפסיד ספק ממונו בשביל ספק ממון אחר דמאי אולמי' מדידי' כיון שזכות שניהם שוה בחפץ זה. ולכך אינו מחויב להחזיר מספק אף שנשאר זכות ספיקו של זה. ואינו גוזל כלום שאם יתברר שהוא שלו יחזיר לו ומאי גזל איכא. והא מבואר בש"ס בכמה דוכתי' דלא הוי גזלן רק כשמוציא מרשותו בתורת גזילה והכי מחלק הש"ס פ' הגוזל בתוקף ספינתו של חבירו בין נחית אדעתא דגזלנותא וכופר בפקדון דאינו רוצה להחזיר מה שהוא שלו. אבל בהנ"ל בספק אינו רוצה לגזול כלל מה שהוא של התובע וזכות ספק שלו עדיין הוא שלו ומה שאינו מחזיר הוא מצד זכותו דג"כ הוא ספק. וכן מבואר בש"ס בכורות דף מ"ט ע"א אהא דכהן א' דמשני בבא בהרשאה ופריך הא לא כתבינן אורכתא אמטלטלין ומשני ה"מ היכא דכפרי' אבל בלא כפרי' כתבינן. והא התם לא יוכל לגבות כלל מספק. והא גם לא כפרי' הוי ככפרי' וגרע דלא יכול להוציאו בדיינים. וע"כ דז"א רק כמ"ש דבזה לא תפיס כלל שלו בתורת גזילה רק ספק שמא שלו אבל לא בזכותו וממילא בהרשאה שודאי מחויב לו שפיר יכול להרשות דהוי שלו ספק זכותו ולא גזלו הכהן מעולם ולא דמי לכפרי' כו' ומה שמותר להשתמש בו ולהוציאו ג"כ לאו גזל הוא דהא פסק הרמב"ם ז"ל גם בספק הינוח כשאין בו סי' ג"כ הוא שלו אף דלא קני מטעם יאוש דהוי יאוש שלא מדעת וכמ"ש הש"ך ז"ל סי' ר"ס דכל זמן שלא נתברר של מי יכול להשתמש בו ולהוציאו. וכן בסי' ע"ו ורכ"ב בלקח מא' כו' דעת הש"ך דיהיה בידו ואין צריך ליתן לב"ד אף שהוא ודאי של אחרים. וכ"ש כאן בספק דמה שמוציאו אינו בתורת גזל רק כמו שם דמיהן כיון שלא יוכל להתברר הספק הוי זה נהנה וזה לא חסר. ואם יתברר הספק באיזה אופן רחוק שהוא שלו באמת ישלם לו. וא"צ להפסיד זכות שלו שאם הוא שלו לא ישתמש בו כנ"ל. וממשמעות הש"ס דתקפו כהן דפריך נמצא זה פוטר כו' נראה לענ"ד דאין ראי' כלל וכן קושיות בן הש"ך ז"ל אף דתקפו מוציאין מ"מ הא ספק הוא לענין מעשר שמא לא נפטרו. וכן קושית קצה"ח דיהיה ספק לקוח הגם דלא קשה בפשיטות די"ל שפדה

ספק פ"ח קודם ז' למ"ד בכורות נ"ו דלקוח מחוסר זמן אינו פוטר ע"ש אולם קצת דוחק דסתמא קתני:

אמנם לענ"ד אינם קושיות כלל. דהא בש"ס חולין קל"ד ע"א דפליגי אי מתנות כהונה נגזלת כו' ופסק הרמב"ם ז"ל פ"ט מה' בכורים כשמכר מתנות כהונה מהני המכירה ופטור מלשלם כמו מזיק מתנות כהונה או שאכלן ומפרש דנגזלות אף דאיתנהו בעין פקע החיוב והמכירה מועלת ואף דאין אדם מוכר דבר שאינו שלו מ"מ מהני. והיינו אף דט"ה לאו ממון מ"מ לא מיקרי לגמרי של כהן וכמ"ש רש"י ריש פ' הגוזל אהא דלא הספיק ליתנו עד שצבעו כו' דמ"מ לאו גזל גמור הוא. ולענ"ד טעמו של הרמב"ם דכמו דילפינן יאוש משמלה מיוחדת שיש לה תובעין כו' ואף בגזל דבאיסורא אתי לידי' וכבר נתחייב בהשבה מ"מ מהני המכירה אחר יאוש ואף שאין יכולין למכור דבר שאינו שלו מ"מ מהני כמ"ש תוס' דבשינוי מועט יוצא מרשותו אחר יאוש ומהני שינוי רשות. וכן גבי מתנות כהונה דהוי ממון שאין לו תובעין אף דיש עליו חיוב הוי ממש כמו גזילה אחר יאוש ושפיר מהני מכירה כנ"ל. איך שיהיה עכ"פ פסק הרמב"ם ז"ל כן. וא"כ מה שקורא בספק פדיון פטר חמור שם מעשר ומקדישו ודאי מהני דאף בודאי פדיון פטר חמור היה מהני אם הקדישו דכמו דהי' מהני אם מכרו מהני הקדישו דמה לי מכרו להדיוט או לגבוה כדאמר בש"ס פ' מרובה. וכיון דלענין זה לא יצא עדיין מרשות בעלים לעולם שלא יוכל למכרו או להקדישו שפיר מהני כשקורא שם מעשר ואינו ענין ללקוח כלל. וממילא בספק פדיון פטר חמור שנכנס להתעשר אין כאן ספק כלל כשיצא עשירי והוי מעשר ודאי. רק קושית הש"ס הוא להיפוך איך תני נכנס להתעשר לכתחלה הא ודאי דאינו רשאי' למכור או להקדיש מתנות כהונה כיון דנגזלות הוי גזלן עלייהו דמפקיע זכותו של כהן וא"כ בספק מגרע גרע משאר ספק ממון שתופסו מספק דרשאי למכור אף שאינו רוצה לגזול לזה שכנגדו כלל הא אינו גוזל כלל זכות ספיקו שהי' לו מקודם דגם אחר המכירה עדיין זכות ספיקו קיים דאם הוא שלו עדיין שלו. וגם אם אכלו מחויב לשלם לו ואינו מפסיד כלום כנ"ל. משא"כ בספק מתנות כהונה דכשמכרו פטור לגמרי או אם מקדישו דאף אם ודאי של כהן ג"כ פקע זכותו במכירה או בהקדש זה ואין לו שוב שום זכות א"כ שפיר הוי ספק גזל ואינו רשאי לגזול ספק זכותו ככל ספק איסור רק בשלמא אי תקפו כהן מוציאין א"כ לא היה אפשר לו שום זכות ממון הוי זה נהנה וזה לא חסר ומותר שפיר להקדישו או למכרו אבל אי תקפו כהן אין מוציאין א"כ עכ"פ היה לו קצת זכות מספק לתפוס שוב אין זה רשאי לגוזלו במה שמקדישו שפקע לגמרי בתורת ודאי ופריך שפיר איך נכנס להתעשר נמצאו זה פוטר ממונו בממונו של כהן

דבמה שיהיה מעשר מפקיע זכות ספק של הכהן שיש לו בו כנ"ל. ומדוקדק לשון הש"ס פוטר ממונו כו' דאין ענין כלל להזכירו. ולמ"ש מדויק דאף שזכות ספק של תפיסה אפשר דלא הוי שוה פרוטה מ"מ כיון שזה נהנה שפוטר ממונו שוב אף שחסר פחות משוה פרוטה חייב על כל ההנאה כמו שחרירותא דכותלא. וכמ"ש תוס' כתובות פ' א"נ ופ"ק דב"ב. וכיון שיהיה פטור הוי ספק גזל ואיך נכנס לדיר להתעשר כנ"ל. ומיושבים כל הקושיות. ואח"כ בעי אביי למימר דלכא אלא ט' וממ"נ כו' דא"כ לא פקע כלל זכות ספיקו כיון שאינו רוצה לגזול א"כ אם הוא של כהן אין לו אלא ט' ואינו מחויב ויכול שפיר לקרוא שם אם הוא שלו יהיה מעשר ואי לא לא ומ"מ יהי' הט' פטורים ממ"נ ואין צריך לגזול כלל ודחה דא"כ הוי עשירי ספק:

ומיושב מה שתמהו כולם על הרמב"ם ז"ל שפסק תקפו כהן אין מוציאין מש"ס הנ"ל. ולמ"ש י"ל בפשיטות דכל הקושי' רק לס"ד אבל למאי דאמר אח"כ מאי הוי עלה דמסותא ופשיט מר"נ כל ממון שא"י להוציאו בדיינין כו' דבקרקע שאינה נגזלת מ"מ כשא"י להוציאו בב"ד הוי אינו ברשותו כמו מטלטלין הנגזלים. וא"כ ממילא בכל הני שתופס ועומד בספק אף דלא מכווני כלל לגזול של חבירו אם הוא שלו מ"מ כיון שאין שכנגדו יכול להוציא בב"ד מיקרי אינו ברשותו דלא עדיף מקרקע שאינה נגזלת ומ"מ הוי אינו ברשותו. וא"כ שפיר לא מיקרי גזילה מה שמקדיש הספק פטר חמור ומפקיע זכות ספק של זה דכל גזל הוא דוקא שמוציא מרשות זה וכאן גם מקודם לא היה נקרא ברשותו זכות ספק שלו כלל ושפיר נכנס להתעשר אף אי תקפו כהן אין מוציאין. ודוקא לס"ד דהוי אמרינן דקרקע שאינה נגזלת מיקרי ברשותו אף שא"י להוציא א"כ גם במטלטלי שאינו רוצה לגזלם מיקרי ברשותו גם שא"י להוציא מספק עכ"פ זכות ספק שלו ושפיר אי תקפו כהן אין מוציאין לא היה רשאי זה להקדיש ולהפקיע דמוציא מרשותו והוי גזל. ושפיר דייק דתקפו כהן מוציאין דאל"ה זה פוטר ממונו כו' אבל למסקנא דגם קרקע שאינה נגזלת לא מיקרי ברשותו כל שא"י להוציא א"כ גם אי תקפו כהן אין מוציאין ואין זה חפץ לגזול מ"מ לאו ברשותו ולאו גזל הוא כנ"ל ופסק הרמב"ם ז"ל שפיר תקפו כהן אין מוציאין למסקנא כנ"ל ואתי שפיר:

ולכך נראה לענ"ד בכל ספק שביד המוחזק כל שאינו רוצה לגזול אף שאין הלה יכול להוציא וגם תפיסה לא יועיל מ"מ ניהו דהוי אינו ברשותו דא"י להוציא אבל שלו מיקרי מספק. ולדעת הפוסקים דלא כרמב"ם אפשר דהוי ברשותו ג"כ כל דלא כפרי' ואם הוא שלו רוצה להחזירו כדמוכח מש"ס הנ"ל דהרשא' והא דעבד. וא"כ ממילא בחמץ דאינו עובר אלא א"כ הוא שלו וברשותו כמבואר בהתוספתא הובא בר"ן ורא"ש ז"ל. ופשוט

דאין הישראל רוצה לגזול זכות ספקו כלל של הנכרי שפיר הוי של הנכרי מספק והוי ספק דרבנן אחר הפסח. וכן מבואר בש"ס פ' הכותב גבי אית לך סהדי דתבעתינהו מחיים ולא יהבית כו' דאף דתפיס ועומד מ"מ כיון שלא אמר שרצונו להחזיק בתורת תפיסה משל זה לא חשיב תפיסה כנ"ל. וא"כ מה בכך שמונח ברשות ישראל כשנתן הנכרי מעות והוי ספק כל שלא תפסו ישראל שלא ליתנו להנכרי כשתובעו שפיר הוי ספק של הנכרי. ומטעם הואיל ויכול לתופסו שלא עבר וכמ"ש רו"מ בסף התשובה דאיני מבין דבריו כלל דהואיל אי בעי מיתשל אמרינן שיהיה למפרע שלו ועבר עכשיו כיון דאי מיתשל יהיה עתה שלו קודם ההיתר. אבל מה שיכול להחזיק ויהיה שלו מכאן ואילך בשביל זה יעבור קודם שיחזיק פשוט דלא אמרינן וכמו שאינו עובר בחמץ של הפקר בשביל שהיה יכול לזכות בו:

וכן מה שכתב רו"מ דהוי ודאי גורם לממון ג"כ אינו מובן דגורם לממון שלו רבי רחמנא אבל אם הוא של הנכרי ומה שגורם לממון של אחרים אף דלא מפקינן מספק אינו יותר מהממון עצמו:

(שייך לעיל)

וכן מהקושיא שהניח רו"מ בצ"ע לר"א מה מהני בספק פדיון פטר חמור ולמ"ש אתי שפיר דניהו דמת או נאבד שלא יבוא לידי כהן אינו פדוי אבל כשהוא קיים ורוצה ליתנו לכהן רק מספק אינו נותנו י"ל דמהני דאומר הרי שלך לפניך כמו דהיה מהני חילול מעשר על מעות שנפל לים אי לאו משום דבעי מצוי בידו. וכיון שהוא של הכהן מספק עדיין קיים זכותו ופדוי אף שאינו נותן לו כנ"ל:

וכן מ"ש קצה"ח בתופס מספק להפוסקים תקפו כהן מוציאין וקידש אשה אין מוציאין כלל דלא מידי יהיב תמוה בעיני ולענ"ד הוא ספק אשת איש דהא בכל ספק קדושין צריכה להחזיר הכסף קדושין ומ"מ מקודשת מספק וע"כ דכיון דמה שמחזרת הוא שלא כדין אם מקודשת שפיר נתקדשה דהא גם מתנה על מנת להחזיר עכ"מ:

סימן ו

בענייני הביטול ובדיקה הגם שהאריכו הרבה הפוסקים עדיין אינו מבורר כל הצורך ואכתוב בעזה"י הנלע"ד:

הנה רש"י ז"ל פ"ק ד'. אהא דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי פי' מדכתב תשביתו ולא כתב תבערו והשבתה בלב הוי השבתה. ובתוס' תמהו תמיהות עצומות חדא דהאי השבתה ע"כ הבערה הוא דתניא ר"ע אומר אינו צריך הרי הוא אומר תשביתו ומצינו להבערה שהיא אב מלאכה. ועוד דתשביתו ילפינן מאך חלק שהיא מו' שעות ולמעלה

ואחר איסורא לא מהני ביטול כו'. והנה הא דלא הקשו תוס' מר"י דאין ביעור חמץ אלא שריפה. וא"ל דהוי מצינו למימר דבאמת תליא בהך פלוגתא ולרבנן שפיר תשביתו ביטול משא"כ לר"י דיליף שריפה דוקא. ז"א דא"כ מרבי עקיבא לא קשה דהא אמר לקמן דס"ל כר"י ע"ש. אך פשוט דלא קשה מר"י דניהו דאמר אין ביעור חמץ אלא שריפה מ"מ לא קאמר דפי' תשביתו דקרא היינו שריפה דוקא רק דיליף מנותר דבשריפה דוקא משום דחמץ ג"כ בבל תותירו כו' ותוס' עכשיו בקושיא ראשונה דע"כ נימא דעשה דתשביתו קודם זמן איסוריה כיון דמהני ביטול. וילפותא דר"י דבשריפה ע"כ אחר איסורו כמ"ש תוס'. וא"כ אינו שום קושיא על רש"י די"ל שפיר דתשביתו היינו ביטול והיינו קודם איסורו וממילא כשביטלו אינו עובר אח"כ בבל יראה ואינו בבל תותירו ואינו בשריפה דליכא ילפותא מנותר כשביטלו וכשלא ביטלו ילפינן מנותר דבשריפה דהיא ג"כ בבל תותירו ולא מצד עשה דתשביתו רק דא"א לקיים עוד תשביתו בביטול לאחר איסורו. ולכך הקשו תוס' מר"ע דאמר להדיא הרי אומר תשביתו ומצינו להבערה כו' וע"כ מפרש דתשביתו היינו הבערה ולא ביטול ודלא כרש"י ור"ע בעצמו הוצרך לומר דע"כ משום דהפי' תשביתו הוי הבערה דאל"ה מאי דייק דאין יום ראשון הפי' ביו"ט דהוי אב מלאכה ומצותו בשריפה. הא מטעמא דר"י דיליף מנותר א"כ היינו עכשיו שהפי' בערב יו"ט אבל אי הוי הפי' ביו"ט לא מוכח כלל מנותר דגם קדשים אין שורפין ביו"ט. וא"כ כיון דתשביתו לעולם ביו"ט מאי ילפותא איכא הא איכא למפרך משום שהוא ביו"ט לכך אינו בשריפה. וע"כ הוצרך ר"ע לומר דפי' תשביתו היינו שריפה. אך רש"י פי' ג"כ בהא דר"ע ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה כר"י ויליף לה מנותר כו'. וע"כ דאף דאיכא למיפרך כנ"ל דהיא הנותנת שעיקר תשביתו ביו"ט למ"ד כנ"ל. מ"מ הילפותא רק גילוי מילתא דפי' תשביתו היינו שריפה ודוחק. ונראה דהא גם בפשוט מאי דייק ר"ע הא אי נימא יום ראשון היינו יו"ט א"כ בפירוש התירה תורה לשרוף ביו"ט. וע"כ דאי הוי בודאי הפי' ביו"ט באמת לא הוי קשה אבל כיון דמסופקין פירושא דקרא דיום הראשון אי בערב יו"ט או ביו"ט שפיר מכריע מזה דודאי הפי' ערב יו"ט דביו"ט אסור שהוא מלאכה ולמה נימא שהתירה תורה ויותר יש לומר דהפי' ערב יו"ט כדי שלא יהיה נגד הסברא כנ"ל. א"כ ממילא פירש"י ג"כ שפיר דילפינן מנותר אף דיש פירכא כנ"ל משום דאסור לשרוף ביו"ט מ"מ שוב זה מצד האיסור ממילא יש לנו לומר דפי' יום הראשון משום הכי בערב יו"ט. כיון דבאמת יש ק"ו מנותר דחמץ ראוי להיות בשריפה א"כ אם יהיה הפי' בי"ט לא יהיה בשריפה ויהיה נגד הסברא דק"ו ומכריע מזה דפי' דקרא ערב מדאמר בש"ס מדר"ע ש"מ אין ביעור חמץ אלא יו"ט ושפיר בשריפה כנ"ל. וכעין שכתבו

תוס' אהא דלא תשחט על חמץ כו' כיון דאסור כו' י"ל מסברא דאערב יו"ט קאי ע"ש. ובמ"ש מיושב מ"ש הרא"ש פ"ב בשם הרב הברצלוני הוכחה דקי"ל כר"י דאין ביעור חמץ אלא שריפה מדאמר בש"ס מדר"ע ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה כו' ותמוה כמו שתמה בש"א הא כיון דר"ע סבר כר"י ממילא כשאין הלכה כר"י אין הלכה כר"ע מטעם זה עצמו ע"ש. ולמ"ש מיושב דהא דלא קי"ל כר"י היינו משום דהק"ו מופרך דכל דין כו'. וא"כ דייק הרב שפיר דהא ע"כ טעמא דר"ע לאו משום הק"ו הוא דהא אי הפי' ביו"ט לא תהיה ק"ו כלל כנ"ל וע"כ דסבר בל"ז דפי' דתשביתו היינו שריפה כמבואר מלשון ר"ע הרי הוא אומר תשביתו ומצינו להבערה כו'. וזה לא נדחה. אך הפוסקים לא ס"ל הכי דא"כ ר"י וחכמים לא ס"ל דר"ע דהא לא דייקי רק מכח הק"ו כנ"ל:

והנה על תמיהת תוס' הנ"ל נראה פשוט דרש"י ז"ל לא ס"ל מ"ש הרא"ש ז"ל ז' ע"ב אומר אני דהוצאות חמץ קודם זמן איסורי' לא נפיק מתשביתו דהא אמר ר"ע תשביתו היינו שריפה ולא צותה תורה לשורפו אלא אחר שכבר נאסר מידי דהוי אנותר כו' ע"ש והוא שיטת התוס' בהא דשעת ביעורו גבי פלוגתא דר"י ורבנן. אבל מדברי רש"י ז"ל בכמה דוכתי נראה דסבר דתשביתו היינו קודם התחלת האיסור. דהנה קשיא לי לתוס' ושאר פוסקים דליכא בל יראה עד הלילה רק דעובר אעשה דתשביתו בכל רגע שאינו מבערו. וכן דעת רוב הפוסקים ז"ל. וקשה הא התוס' מפרשים דאך חלק היינו דפי' תשביתו היינו אחר חצות חל עליו חיוב השבתה ומ"ש מכל המצות שקבועים בזמן כמו מילה דכתיב וביום השמיני ימול ותנן כל היום כשר למילה אלא זריזין מקדימין למצות ולא אמרינן כיון דמיד בעלות השחר חל המצוה עובר בכל רגע על העשה וע"כ כיון דקבעה התורה שיהיה נעשה המצוה ביום הזה זמנה כל היום וכן בכמה דוכתי וממילא גם בעשה דתשביתו שצותה התורה ביום הראשון ומתחיל הזמן אחר חצות ממילא זמנה כל היום הראשון עד הלילה רק מטעם זריזות כנ"ל. אבל מנ"ל שעובר בכל רגע על העשה. וא"ל כיון דכתב אך חלק הוי כאלו החיוב שקבעה התורה ברגע חצות היום וממילא כשעבר ביטל העשה. ז"א דא"כ לא היה מקיים אח"כ העשה כלל וע"כ דבחצות מתחיל החיוב עליו והוי כמו במילה וכה"ג כנ"ל. אך נראה החילוק פשוט דדוקא במצוה שהקפידא על עשיית מעשה המצוה ובמה שעושה אותה פעם אחת מקיימה אמרינן כיון שאמרה תורה ביום הזה יעשה כמו מילה ושאר מצות שפיר בכל הזמן כשר כשמקיימה רק משום זריזות כנ"ל אבל עשה דתשביתו נראה דגם לתוס' אין זה מעשה שמוטל עליו לשרוף כנ"ל. רק שמוטל שיהיה החמץ מושבת מרשותו מחצות ואילך והשבתה זו ילפינן מנותר שיהיה מושבת על ידי שריפה שלא יהיה בעולם כלל ומצוה זו אינה

מעשה שמקיימה בפעם אחת רק כל המשך הזמן מחצות עד אחר הפסח העשה שיהיה מושבת רק שמתחיל מחצות החיוב שיעשה מעשה השריפה שיהיו מושבת. והוי כמו העשה דשבתון שבות דכתיב ביום השמיני שבתון ולא אמרינן שמקיים במה שישבות פעם אחת ביום. וברגע שאינו שובת עובר על העשה שכל הזמן בכלל העשה וכן בעשור תענו כו':

סימן ז

בעניני בטול ובדיקה האריכו הרבה הפוסקים. ולא אכתוב אשר קדמוני. רק אשר חנני ה':

הנה פ"ק דסוכה כרים וכסתות ובטלה לא מהני דבטלה דעתו אצל כל אדם שאין מבטלין ותבן ועתיד לפנותו צריך ביטול בפירוש וכשאין עתיד לפנותו או עפר סתם ע"ש. ושם נחלקו אי מהני הביטול לז' ימי החג לחוד או לגמרי ע"ש ופסחים מ"ה איכא תרי לישנא בגמ' בבצק שבסדקי עריבה. ובכופת שאור שיחדה לישיבה לרשב"א מהני בטול ולת"ק אמר כל כזית אע"ג דמבטל לא בטיל ע"ש. והנה בטול החמץ כמ"ש הרמב"ם ורש"י שיהיה בטל כעפר וכדבר שאינו. קשה דכשחשוב ושוה הרבה בטלה דעתו אצל כל אדם כמו כרים וכסתות דלא מהני ביטול שיהיה כעפר הקרקע. ואי משום מצוה דתשביתו וב"י. הא גם בסוכה אף שא"א לקיים מצות סוכה בלא"ה מ"מ לא מצינו שיועיל ביטול דכרים וכסתות. ודוחק לחלק:

וע"כ נראה דמשום דאסור בהנאה שפיר עומד ליבטל אצל אדם מישראל שרוצה לקיים כד"ת. וכיון שעומד לכך הוי כתבן למ"ד בטלו בפה צריך דסתמא לא בטל דא"י אם רוצה לקיים ומהני הביטול בפה או בלב כנ"ל. אמנם לר"ש דחמץ שעבר עליו הפסח מותר. ואמר בש"ס דחמץ הקדש חשיב מה"ט גורם לממון דכממון דמי בחמץ כזה שאחר פסח יהיה מותר ע"ש פ' כל שעה וא"כ לענין הביטול לגמרי מתורת דבר הגורם לממון שוב אינו עומד דהא באמת מותר אחר הפסח והוי ככרים וכסתות הנ"ל. דבשלמא לענין סוכה סגי ליש פוסקים ביטול לשבעה. דא"צ יותר ועכ"פ לענין הז' מבטלו. משא"כ בחמץ דיהיה מועיל הביטול רק משום דאסור ועומד כו' אבל כיון דלענין אחר הפסח אינו עומד ושוב לא בטל מתורת גורם לממון כנ"ל. ועדיין עובר כנ"ל. ואף דאי לא בטל ואסור להשהותו אינו גורם לממון מ"מ איך נאמר דיועיל הביטול שיהיה מותר להשהותו הא א"כ אינו ביטול כלל. ומש"ה טעם הרמב"ם ז"ל דחמץ ידוע לא מהני ביטול ולמדו מהש"ס דפ' אלו עוברין לחד לישנא דכזית אע"ג דבטל ליה לא בטל ע"ש מ"ה ע"ב ואמר רב הונא סמי קילתא מקמי תמירתא ולר"י ס"ל לרבנן הכי ע"ש דכזית לא בטל כנ"ל. אמנם

למאי דק"ל כר"ש דקניס לאחר הפסח ואסור בהנאה. א"כ שוב לא הוי גורם לממון כלל וממילא שפיר מהני הביטול דראוי ועומד שיהיה בטל והוי כעפר כנ"ל ושוב מה"ת בטל כנ"ל. ומתיישבים בעזה"י הרבה תמיהות מ"ש הר"ן למה באמת אף שבטלו אסור אחר הפסח הא לא עבר בב"י ע"ש ברא"ש פ' כל שעה סי' ד' מירושלמי משום הערמה. ולמ"ש פשוט דאם יהיה מותר בהנאה כשביטל לא יועיל הביטול כלל ועבר בב"י ושפיר הוצרך קנס לאסור וירושלמי א"צ לטעם הערמה רק בהפקר ממש כמפורש בירושלמי וא"י איך אפשר לפרש ביטול מה היה חסר לירושלמי לומר בטל כבכל מקום ולמ"ש מיושב היטב כנ"ל. ומיושב מה שתמהו כל הפוסקים על הרמב"ם הא מפורש כמה פעמים בגמ' גבי נזכר שיש לו חמץ כו' מבטלו וגבי וכי משכחת ליה. ובכמה דוכתי מדאורייתא בביטול סגי. ולמ"ש לא ק"מ דאחר דאסרו חכמים בהנאה לאחר הפסח משום קנסא שוב שפיר מה"ת בביטול סגי ורק מדרבנן צריך ביעור ושייך כל הקולות דאקילו משום דהוי דרבנן. אבל רמב"ם ז"ל דקאי על התורה אמר שפיר זה שאמרה תורה תשביתו הוא ביעור לחמץ ידוע וביטול לשא"י דמה"ת שמותר בהנאה לאחר הפסח לגמרי אינו מועיל ביטול לחמץ ידוע כלל כנ"ל. ופסק בזה דגורם כזה שרק אסור לזמן הוי כממון וכ"ש לענין הביטול כנ"ל. ובבודק ומבער ויש עוד חמץ שא"י ולא מצא מהני הביטול מה"ת דלא שייך בזה בטלה דעתו כו' דאדרבה לטרוח ולחפש יותר מהבדיקה בשביל שיוי מועט עומד לבטלו כעפר ומהני שפיר כמ"ש רמב"ם ז"ל מה"ת ביעור לחמץ ידוע וביטול לאינו ידוע כנ"ל גם ע"פ דברי הר"ן ז"ל י"ל ג"כ ככל הנ"ל:

ומיושב דברי רש"י ז"ל ר"פ שהקדים לאור הנר בגמ' מפרש כו' בודקין שלא יעבור ב"י ותוס' דחו ע"ש ורש"י בעצמו גבי משכיר בי"ד פי' אי משום ב"י כו' דסגי בביטול דמיסח דעתא כו' ומשוי כעפר ולמ"ש מיושב דשפיר יליף מציאה מחפוש כו' דמה"ת דמותר אחר הפסח לא מהני ביטול כנ"ל בחמץ ידוע וכל שמצוי ע"י בדיקה לאור הנר חשיב מצוי. רק עכשיו דאסור בהנאה מהני הביטול מה"ת לשוי' כעפר כלשון רש"י ז"ל רק חכמים תיקנו שישאר אדאורייתא ושלא להקל ממה שהיה מה"ת ע"י הקנס של ר"ש. ופי' שפיר בודקין שלא יעבור היינו מה"ת כנ"ל וכטעם הר"ן ז"ל שזה תלוי בלב אם האיסור אצלו כראוי שעי"ז מהני ביטולו כעפר. אבל כשממונו חביב עליו מהאיסור א"כ לא מסח דעתיה מיניה כלל ולא הוי ביטול וזה נראה לענ"ד גם בלא הנ"ל דס"ל לרש"י ורמב"ם שענין ביטול זה להיות קרוי השבתה הוא כמו ביטול ע"ז דנכרי מבטל ובכמה דוכתי שמבטל החשיבות שלו וכן כאן דתרגום תשביתו תבטלון היינו מה שעושהו בלבו כעפר ומסולק ממנו הוא מושבת מרשותו אף שבביתו. אבל בלא מסח דעתו אף שיאמר בפיו

לשון הביטול לא שייך בזה דברים שבלב אין דברים דמ"מ אינו מושבת ממנו כשדנין נגד אחר קנין וכה"ג שייך אין דברים שבלב משא"כ לענין זה אי חשיב השבתה או לא תלי' רק בלב. וכשיודע בעצמו שאינו בטל אצלו בלב באמת מחויב לשרפו מה"ת. ומיושב בחולין דף ד' בחמצן של עוברי עבירה כו' שתמהו למה אין העוברי עבירה מבטלין וכו' דליכא הפסד ויהיה ג"כ רק דרבנן ע"ש בראש יוסף. ולהנ"ל א"ש דלא מועיל בטולם כלל כנ"ל. גם מיושב במפרש ויוצא בשיירא שפי' רש"י פ' כ"ש דף כ"ז דהיינו שלא בשעת ביעורו דפליגי רבי ורבנן ותמהו הא עכ"פ ביטול מהני ע"ש. ולהנ"ל אפשר דזמן גדול קודם ביעור לא מהני ביטול כיון שראוי לאכול ולמכור בטלה דעתו והוי ככרים וכסתות הנ"ל. ורק סמוך לזמן ביעורו. ומה"ט מודה ר"י בשעת ביעור דהשבתתו בכל דבר וגם ביטול מהני. ומי שאינו בטל אצלו או אחר איסורו שפיר בשריפה כנ"ל גם לרש"י ז"ל. וא"י קושית תוס' על רש"י דהא אמר ר"ע מצינו להבערה כו' תשביתו כו'. וע"כ תשביתו אחר זמן איסורו ע"ש והא כיון דגם לרש"י ז"ל אחר זמן איסור לא מהני הביטול דאין תלוי בו להסיח דעתו ממנו. רק קודם זמן איסורו. וע"כ לרש"י ולתרגום דתשביתו תבטלון היינו דהחיוב עליו כשיגיע תחלת זמן יהיה החמץ מושבת ממנו היינו או שיהיה בטל אז כעפר ע"י שבטלו קודם שהועיל ביטולו ואם לא בטל ישרפנו לר"י. וא"כ אי נימא דיום הראשון יו"ט והוא אחר זמן איסורו ע"כ אם לא ביטל צריך שריפה לר"י. עוד לענ"ד בלשון רש"י ז"ל שהקדים לאור הנר כו' וכן הר"ן שהקשה דיליף כו'. דאפשר אף אם הבדיקה דרבנן מ"מ לאור הנר מה"ת. ע"פ המשנה פ"ב דכלאים דר"י אומר יבור ופי' בש"ס ב"ב צ"א דכיון דמתחיל לברור ומניח השאר מחזי כמקיים כלאים שרוצה במה שנשאר משא"כ כשאינו מתחיל כלל ע"ש. וא"כ הא הני תרתי שוים דבתוספתא המניח חמץ והמקיים כלאים ע"ש. אף אם כשלא בדק כלל היה מהני הביטול מה"ת מכ"מ כשמתחיל לבדוק ולא יבדוק בחורין כראוי מחזי דרוצה בהנשאר ומורה היפך הביטול וי"ל דבזה מה"ת אסור דשם רק מחזי כו' משא"כ חמץ דעבר עליו רק הביטול יפקיע האיסור וכיון שהמעשה מורה שרוצה בו עובר עליו כנ"ל. ויליף שפיר מחיפוש דגם מה שיוכל ע"י חיפוש קרוי מצוי כנ"ל גם י"ל דעכשיו שתקנו חכמים לבדוק ולבער שוב כשאינו בודק כלל ג"כ מורה היפך הביטול ע"ש ברשב"ם ותוס' ב"ב הנ"ל כיון דדרך בני אדם כו' כמקיים כנ"ל:

וגם נראה דגם לענין זה דמי לכלאים כשאגיע כו' אלקטנו כו' דאינו עובר וכ' תוס' ריש ב"ב ד"ה נתיאש ולא גדרה כו' דהטעם דכ' לא תזרע דניחא ליה ע"ש וי"ל ג"כ דמפ' הירושלמי לא יראה לך כו' בטל בלבך והיינו שלא היה חשוב אצלו דינו ג"כ כנ"ל

דכשברצונו לשרפו אינו עובר בעוד שעוסק וא"ש כדברי תוס' כ"ט במשהה כדי לבערו כו'. וכן ריב"א שהניח לבער ח' חמץ בתחלת ז' שתמה מרדכי רפ"ק איך נכנס בס' תשביתו ע"ש ולהנ"ל מיושב כנ"ל. ומה"ט לקמן דלמא כו' וחס עליו לשורפה מיד פרש"י רגע א' כו' ע"ש היינו שאין בשהייתו זמן שנראה שאינו רוצה לשורפו דא"כ גם הבטול לא מהני רק שאין זמן וילך לשרוף וכשכבר ביטל אין המחשבה חזרה משא"כ משום שיעסוק בלא ביטול עובר ברגע כנ"ל. וכן אם עושה שום מעשה בפסח שרוצה בהחמץ הוי חזרה מהביטול שבלב דמעשה מוציא מידי מחשבה. וכהאי דערובין דמבטל רשות וכשמוציא כליו אח"כ הוי חזרה ע"ש:

וכן מ"ש רש"י במשנה בודקין שלא יעבור ב"י. הוא ג"כ או דבא להורות דאף שתיקנו מטעם דלמא אתי למיכל כדאמר גבי ככר בשמי קורה דוקא שם שאינו מורה מה שאינו מבער דרוצה בו רק שאינו טורח לעלות או לירד כו'. משא"כ כשמונח לפניו ואינו מבער. או דאף אם במה שאינו מחויב לבדוק אין הוכחה נגד הביטול מ"מ בזה שחייבו חכמים לבדוק ולבער משום דלא ליתי למיכל שוב כשאינו בודק ומבער מורה שרוצה בו נגד הביטול. וקמ"ל מפי' שפירש דבודקין כו' עכשיו הוא שלא יעבור ב"י שאם לא יבער יעבור ב"י כנ"ל מה"ת. ומ"מ א"ש כל הקולות שמקיל בש"ס משום דבדיקת חמץ דרבנן. דכיון דדרבנן לקולא וא"צ לחזור ולבדוק שוב מה שאינו בודק אינו נגד תקנות חכמים ומהני הביטול כנ"ל:

א"כ לענ"ד לרש"י ז"ל והרמב"ם ז"ל והעומדים בשיטתייהו. הפקר אינו ביטול כלל רק כשאר קנינים ואינו מקיים תשביתו כלל רק שמפקיע החיוב מצוה ממנו וגם הא צריך ג' ולא ניחא להו בתי' תוס' דף ד' דמה"ת מהני מ"מ כיון דתיקנו כו' א"כ שלו הוא מה"ת ועבר עליו כיון שאין א' יכול לזכות. ומ"ש דאנן סהדי דמפקירו בלב שלם. ג"כ לא ס"ל דזה שייך רק ברגע שמתחיל האיסור ואז לא מהני וקודם לכן שיכול למכור מה אנן סהדי שייך:

גם הא בח"מ סי' רע"ג פסק בש"ע עיקר דא' צריך מה"ת רק ג' מדרבנן ע"ש וא"כ איך אפשר דמבטל בלבו יהיה משום הפקר. וכן מבואר שם ס' ט' דבלא זכה אחר כל ג' ימים יכול לחזור בו ע"ש. א"כ נראה דעדיף מהואיל אי בעי מיתשל עלה להפוסקים דעובר ב"י כיון דאי בעי הדר ביה מההפקר ויהיה למפרע שלו דעובר ב"י אף שאינו חוזר. ולא נשאר רק תי' הר"ן כיון דחמץ אינו ברשותו רק עשאן הכתוב וסגי בגלוי דעת דלא ניחא ליה בהאי זכותא. וקשה מנ"ל הך סברא. הא מסברא כמו דלא מהני הפקר כשאסור בהנאה כן אם יפקיר או ימכור קודם שיחול ברגע האיסור ג"כ לא יועיל. ודוקא שחל

ההפקר קודם זמן איסור וא"כ אותו הגלוי דעת דלא ניחא ליה הוא רק על רגע התחלת האיסור ואז אינו מועיל. וע"כ ס"ל להר"ן מקרא דלא יראה לך בטל בלבך. הפי' שלא יהיה נראה וחשיב אצלו כשחל האיסור. וכשמגלה דעתו קודם דלא ניחא ליה א"כ ברגע שחל כבר אינו חשיב אצלו. אולם זה כפירש"י ז"ל ואינו ענין להפקר:

יורה דעה

סימן א

שאלה במעשה שאירע בעגל שנמצא שהיה חסר כל העיגול והקולשי' של הורדא ולא נשאר רק השורש של הורדא וכל החריץ והיה לשורש ההוא תואר ורד כמו כל השרשים של ורדות. והשורש היה גדול בריוח כטרפא דאסא היינו כפרק אמצעי של אגודל. והחתיכה החסירה הי' נמצאת באונות כמו שכתב ברמ"א ז"ל סי' ל"ה. ורצה מורה א' לאסרו ושכנגדו חולק עליו ומתירו דבריהם יתבאר מתוך התשובה:

תשובה הנה אם נאמר בדין הב' ברמ"א סי' ל"ה ס"ב דיש מכשירין בתואר ורד בשורש כעובי אצבע אף שאין תואר ורד בראשה כו' דממילא די בשורש לחוד כעובי אצבע כמ"ש הש"ך ס"ק כ"א וכמ"ש הרב המתיר א"כ למה בדין הא' בחסר מקצת כו' יש לבדוק כו' אם נמצא כשר כו'. והא גם בלא החתיכה כשר. למה שפירשו כל האחרונים דדוקא ביש כטרפא דאסא ורק החתיכה להשלים התואר. ואין לומר דגרע מה שנמצא חתיכה החסירה דנראה דחסר כמ"ש הרב המתיר בשם תשובות ב"א. א"כ למה כתב יש לבדוק. וגם לשון אם נמצא כו' כשר הא בלא נמצא כ"ש דכשר. וכן בד"מ כתב ס"ק ג' דין הב' ביש תואר ורד בשורש כו' ולא תמה כלל ואח"כ ס"ק י"א הביא מ"כ דין הא' דחסר מקצת כו' וכתב שתמוה ואם קבלה נקבל. ומה התימא כיון שבלא החתיכה כשר. וברמ"א היה אפשר לפרש בדין א' דחסר מקצת כשאין תואר ורד גם בשורש שבמקומו היינו שאין לו תואר של שורש ורד ג"כ רק ע"י ההשלמה יעשה תואר ורד בצירוף. אולם הש"ך ס"ק י"ח כתב ועוד דגם בהנשאר יש תואר ורד וכדכתב הרב וכן י"מ כו' תואר ורד בשורש כו' ומשמע ליה להש"ך מדכתב וכן כו' דגם בדין א' מיירי ביש תואר ורד בנשאר בשורש כו'. היינו כמו שאינו מזיק שינתה מקומה מהחתיכה העודף על השורש כ' וכן שינתה תוארה בעודף כו' וא"כ למאי שהסכים הש"ך ס"ק כ"א להר"ץ דבשורש כעובי אצבע לחוד כשר. א"כ למה ליה לרמ"א הח' הנמצאת הא בל"ז כשר כנ"ל. וכן הר"ץ שכ' דנוהגין כו' בשורש לבד כשר והסכים הש"ך ז"ל. וס"ק י"ט הביא הש"ך הר"ץ לענין דינא כו' אבל אין נוהגין כן אלא כל שינתה מקומה מטריפין כו' וכ"כ מהר"מ דבדברי רמ"א משמע

דלא ברירא ליה להכשיר והסכים הש"ך ע"ש. ואיך סותר כיון שדי בשורש. וצ"ל דסבר שזה גרע ע"י חתיכה הנמצאת שנראה שחסר וחתיכה זו משלים והוא שינתה מקומה. אך א"כ איך כתב הש"ך ונראה לי טעמא כיון שדבק לאומא כו' הוי לי' יתרת בעלמא ואין לעינינותא כלום ע"ש. ומשמע מאחר שאינו חושב חתיכה זו לורדא טריפה. ולמה הא די בשורש. ובר"ן עצמו י"ל שאין תואר ורד בשורש. אולם הש"ך ז"ל ס"ק י"ח מפרש דברי רמ"א ביש תואר ורד בשורש ואיך הביא כל הדברים הסותרים:

והיה נראה לפרש דכיון שנראה שחסר בראשה גרע. ואף בלא החתיכה הנמצאת ניכר בהורדא שחסר בראשה דכן לשון האגור ורמ"א ע"ש אם חסר קצת מהורדא ואינה שלימה כדרכה להיות תחפש כו' ע"ש גם הלשון כפול. ומשמע דיש בזה ב' ריעותות אף שיש כעובי אצבע מ"מ נראה שחסר. וגם ע"י שחסר אין לה ממילא תואר ורד בראשה. ואף דזה וזה אחת הוא מ"מ יש חילוק. דהנה חסרה ורדא דטריפה גם להפוסקים דהג"מ מיירי בב' אבל חדא אית לכולהו מ"מ היכן מצינו שטריפה עכ"פ בכלל מילתא דרבא ליתא. וכן להר"ן בשם הברצלוני דעכשיו נשתנה ויש לכולהו מה בכך מ"מ אין להוסיף לדידן דיתרת מקמא כשר. וכבר תמהו הפוסקים. אולם הפשוט דהא לרמב"ם חסרון קמט וכו' ג"כ טריפה בכלל ריאה שחסרה ולדידן כ' כפופה ולרש"י חסרון אונא ג"כ מטריפות ריאה שחסרה הוא כיון דמקובל צורת הריאה בה' אונות וכשחסר א' הוי ריאה שחסרה. וראיות תוס' מדלא משני הכי כתב הכ"מ דלא חיישי לה. וע"כ גם לרש"י ז"ל כן דלישני בחסרון אונא כמו שפי' רש"י ורמב"ם באמת המשנה כן:

ולכך בורדא דכולהו אית להו הוי ריאה שחסרה ממילא דחסר מצורתה כמו מה' אוני כיון דאית לכולהו אנו רואין שחסרה וגרע מכ' כפופה. וזה לא הדר בריא כיון שחסר מתולדה. ושינתה תוארה ג"כ מה"ט טריפה לדידן דהא רש"י ז"ל כתב גבי חליף דב' קרומי ושט כו' דשניהם נטולים ממקום שראוים להיות וחשבינן שינוי המראה לנטול וחסר מתחלת ברייתה כיון דמקובל שצריך להיות חיצון אדום ופנימי לבן וכשהוא לבן אין זה קרום החיצון רק הפנימי ובשניהם לבנים ג"כ חסר החיצון ולא מצד לקותא דסופו לינקב ע"ש בפוסקים ובתשו' נודע ביהודה הוכיח דלרש"י ז"ל דוקא רוב נשתנה אבל אי חליף מיעוט כשר דכיון דהרוב כדרכו מורה שזה הוא קרום הראוי להיות ונגרר אחר הרוב ע"ש:

וממילא שינתה תוארה כיון דצורת הורדא מקובלת אמרינן בשינוי דהוי חליף שאין זה ורדא רק יתרת אונא כנ"ל (וזה י"ל טעם רש"ל שמחמיר בשינתה תוארה יותר משינתה מקומה ע"ש ביש"ש די"ל דהוי תרתי לריעותא דהורד חסרה ויש יתרת מקמא במקום

זה עצמו דעל כל פנים ריעותא הוי להפוסקים דגם זה חשיב ב' לריעותא וגרע מחסרה ורדא לגמרי. וכ"ש להפוסקים דיתר כנטול עם מקומו עכ"פ מורה על קלקול כנ"ל. אבל שינתה מקומה אין ב' הריעותות במקום אחד דבמקום היתר אינו חסר כלל):

ומהאי טעמא א"ש דעת היש מכשירין ביש בהשורש תואר ורד אף שיש שינוי תואר בראשה מ"מ זה מורה שהוא ורדא כמו שם ברוב כן בורדא בשורש כעובי אצבע. ומה מזיק שינוי שבראשה ע"כ היא ורד כיון שיש לה תואר ורד בשורש כעובי אצבע. ודיעה האוסרת ס"ל דכל תואר הורד א' הוא וכשיש שינוי בראשה אין כל הורדא בצורתה הראוי לה ועדיין חשבינן לה נטולה כולה. וע"ז סמך רמ"א אמכשירין בתואר ורד בשורש כנ"ל דמכריע על כל הורדא שהוא ורדא וממילא אין כאן חסר כלל דאין השינוי תואר לקותא שנאמר דמקצת לקוי רק מטעם חסר כנ"ל:

וא"כ בחסר מקצת העיגול וכה"ג בראשה שנראה שחסר ממילא יש ב' דברים אחד שעי"ז אין לה תואר ורד ומורה שאינה ורד דצורתה מקובלת. וזה תלוי בב' דיעות הנ"ל מאחר שהשורש כעובי אצבע יש לה התואר ע"כ שהוא ורד ודי בכעובי אצבע כנ"ל. אך יש עוד ריעותא מצד החסרון עצמו דאף שאינה כך' כפופה מ"מ כאן שצורתה מקובלת ממילא כמו כשחסרה כל הורדא דמטריפין מצד ריאה שחסרה מאחר דלכל הבהמות יש לריאה שלהם ורד. כן בחסר מקצת מהורד גם כאן מאחר שכל הריאות יש להם ורד שלימה עם העיגול בצורתה המקובלת וזו חסר ממנה הוא ג"כ בכלל ריאה שחסרה ומה חילוק בין חסרה כל הורדא או מקצתה. מאחר שלא הוזכר ורד בפ"ע בגמ' רק משום דכולהו אית להו הוי ריאה שחסרה וכיון דכולהו אית להו שלימה הוי ג"כ חסרה כנ"ל. ועל זה אינו מועיל מה שיש שורש כעובי אצבע דמה בכך אטו זה יכריע שאינו חסר מה שרואין שחסר הלא אנו אומרים שבאמת הוא ורד רק שחסר מקצת ממנה ולכך בלא ההשלמה היו טריפה ורק מצד חתיכה הנמצאת דהכי רביתייהו שחסר כאן ומשלים כאן כו' וזה שכתב האגור הלשון שחסר קצת ואינה שלימה כדרכה להיות כו' ומדוקדק למ"ש דמאחר שדרכה להיות שלימה שוב הוי חסרון והוי ריאה שחסרה כמו כל הורד כנ"ל וכתב שמשלים הח' ובדין זה תמה עליו הרמ"א שישלים בצד אחר ואע"פ כן כתב אם קבלה נקבל כו' ומיושבים כל דברי הש"ך ז"ל שדחה דברי מהר"ל שוחט שדייק מזה דלא בעי תואר ורד דאף שהחתיכה משלים מכל מקום אין לה תואר ורד ודחה דע"י הצירוף יש תואר ורד וכיון דהכי רביתייהו אין כאן ריעותא דשינתה תוארה. ועוד דהא בהנשאר יש תואר ורד וכיון דאין כאן חסרון דמשלים החתיכה אם כן שוב רק משום התואר שוב די בשורש כעובי אצבע כמ"ש הרמ"א וכן כו' וא"כ אף שנאמר דעל ידי

הצירוף עדיין אינו תואר ורד מכל מקום השורש כעובי אצבע בתואר ורד מורה שהוא ורד ואין מזיק השינוי דבעודף כנ"ל:

ומסופק הש"ך בגסה והביא הר"ץ שגם בגדיים וטלאים אין המנהג רק כל שינתה מקומה מטריפין ואף שא"צ תואר ורד מ"מ כיון שחסר וטריפה בלא ההשלמה ממילא מתכשר רק ע"י החתיכה חשיב ליה שינתה מקומה וכן בתורת חיים שהביא הש"ך בשמאל כו' והש"ך דחה כיון דהשורש עומד במקומו כנ"ל. ושפיר כתב הש"ך בשם הר"ץ ס"ק כ' הטעם להטריף דהח' יתרת הוא ואין שייך להורד וטריפה כנ"ל. וס"ק כ"א הש"ך בשם הר"ץ בנתקטנה העינונותא רק השורש ניכר כו' נראה דהיינו שאינו ניכר שום חסרון כלל רק שהיא קטנה ואף שאין לה העיגול רק השורש כעובי אצבע או כטרפא דאסא לדידן כתב הש"ך דכשר כיון שיש שורש הרי כל הורדא קיימת כו'. והיינו כיון דדי בתואר השורש אף שאינה עגולה בראשה ומה דכל הבהמות אית להו ורד היינו כטרפא דאסא דבהכי סגי שוב העודף לא מיקרי חסר כשאינו ורק התואר חסר והא התואר אינו מזיק בראשה דמ"מ ורד הוא ויש כאן כטרפא דאסא וכמו לרמב"ם בקמט טריפה וכשהיה כל הריאה קטנה כשר דאין כאן חסרון ולכך קרי ליה כאן נתקטנה אבל שלימה משא"כ בדינים שלמעלה שגדולה ונראה חסר מקצת:

ולפי פי' הנ"ל בנראה שחסר ונמצא חתיכה כדין הא' אף שיש שורש קשה להקל נגד הש"ך בפרט בגסה ובודאי שקשה לסמוך על סתימת הת"ש בלי ראיה נגד הש"ך שהוראותיו מוסמכים. ובדין שהרמ"א כתב שתמוה רק אם קבלה נקבל ואפשר שגם רמ"א דוקא בגדיים וטלאים קאמר:

אמנם נראה לפרש עוד דהא רמ"א ז"ל מצא כתוב דין הנ"ל דחסר כו' אם נמצא חתיכה כו' סתם ואפשר לפרש ביש תואר ורד בהנשאר ואפשר לפרש באין תואר ורד רק על ידי חתיכה המשלימה. וא"כ זה תלי' אי ס"ל להך מ"כ דין הב' דסגי תואר ורד בשורש לבד אם כן ע"כ דמיירי באין תואר ורד בנשאר דאל"כ גם בלא נמצא החתיכה כשר. וע"כ דגם בזה מכשיר בהשלמה. וע"ז תמה רמ"א. אבל אי לא ס"ל כי"א של דין ב' רק דלא מהני תואר ורד בשורש לבד. שפיר יש לפרש המ"כ הנ"ל ביש תואר ורד בהנשאר שורש ואעפ"כ צריך להשלמה שיהיה תואר ורד גם בראשה ע"י החתיכה כנ"ל. ולכך סתם רמ"א ז"ל דין הא'. אם חסר מקצת כו' וכתב וכן אם יש תואר ורד בשורש כו' להורות דגם דין א' מיירי שיש בהנשאר תואר ורד כמ"ש הש"ך בזה סומך על המ"כ להכשיר דבאין תואר ורד בהנשאר אי אפשר לסמוך להתיר דלמא הך המ"כ אינו סובר כי כי"א של דין הב' ואם כן מיירי רק ביש תואר ורד בהנשאר וא"כ אין שום דיעה להתיר באין תואר ורד

בהנשאר וע"י השלמה כנ"ל. ורק ביש תואר ורד בהנשאר שפיר כשר ממ"נ כמ"כ הנ"ל ע"י ההשלמה בין אי ס"ל כדין הב' או לא. ואח"כ כתב וכן י"מ ביש תואר ורד בשורש כעובי אצבע וזה לא נלמד מדין א'. וכן בדין הב' כתב הש"ך ור"ן דגם בשורש לבד כשר ביש תואר ורד. ומ"מ לא קשה בדין הא' למה ליה אם נמצא הא כשר בלא החתיכה. דהא לדיעה זו באמת ע"כ שם כשר באין תואר ורד בהנשאר. רק דמ"מ לא סמכינן להתיר מספק כנ"ל שמא לא ס"ל למ"כ כי"א אלו. ומיושב מ"ש מהר"מ דלא ברירא ליה לרמ"א להכשיר בהשלמה אף שכתב להדיא יש להקל כו' ועכ"פ קאי אב' דינים האחרונים. ולמ"ש היינו דהא קצת משמע מרמ"א כיון שפוסק כדין הב' דסגי תואר ורד בשורש ממילא דין א' דהשלמה באין תואר ורד בשורש רק על ידי החתיכה. אך מדכתב וכן כו' משמע דמיירי גם בדין הא' ביש תואר ורד כמ"ש הש"ך. מזה דייק מהר"מ דלא פסיקא ליה להקל לסמוך על ההשלמה היינו גם באין תואר ורד בהנשאר וכמ"ש לעיל דילמא לא ס"ל להמ"כ כי"א הנ"ל. ולכך אף שהביא דין ההשלמה סתם ליה ולא פסיקא ליה להקל רק ביש תואר ורד בהנשאר. ולכך ש"ך ס"ק י"ח דחה דברי מהר"ל שוחט שרצה להוכיח מדין השלמה דא"צ תואר ורד גם בשורש דמשמע ליה דאין בנשאר תואר ורד מהוכחה הנ"ל. דא"כ גם בלא החתיכה כשר לדין הב'. ודחה ש"ך מב' טעמים. א' דעל ידי צירוף יש תואר ורד. ואי מיירי באין תואר ורד ג"כ אין ראיה. ועוד דגם בהנשאר יש תואר ורד כו'. היינו שאין רמ"א סמוך על המ"כ רק ביש תואר ורד בנשאר וכדכ' וכן כו' ואיך ילמוד מזה לסמוך על שינתה תוארה בשורש כו'. וס"ק כ' כתב הר"ן דאין נוהגין לסמוך על דין השלמה לחוד שיהיה כשר גם באין תואר ורד בשורש רק כל שינתה מקומה מטריפין. דכיון דאין תואר ורד בשורש רק ע"י החתיכה קרי ליה שינתה מקומה. וכתב הטעם דאין החתיכה שייך לורד ושוב אין לה תואר ורד כנ"ל. וכתב דגם רמ"א לא ברירא ליה להכשיר מצד ההשלמה לחוד באין תואר ורד בשורש כו' רק ביש תואר ורד. ואח"כ ס"ק כ"א כתב ר"ן דנוהגין להכשיר כדין הב' בלא השלמה ג"כ כיון דהשורש יש לו תואר ורד כשאר שורש והסכים הש"ך. ומיושב מה שסתם הת"ש להתיר גם בגסה דכיון שיש תואר ורד בשורש א"צ להשלמה כנ"ל:

אך עדיין אין מדוקדק כל הצורך מאחר דס"ק י"ח משמע דפשוט לש"ך דרמ"א מיירי ביש בנשאר תואר ורד איך הסכים להר"ן אח"כ ס"ק כ' וכתב ארמ"א לכאורה גם בגסה כו' הא מסיק בנתקטנה דכשר ואף בלי החתיכה ודנימא דגרע ע"י החתיכה הוא דוחק דהא כתב שאין החתיכה שייך כו'. וזאת נראה יותר דלא כספר ראש אפרים רק דש"ך מפרש דין א' באין בשורש כטרפא דאסא וצריך ההשלמה להשיעור ג"כ. ואין תימה

כיון דמה דחסרה ורדא טריפה לדידן הוא רק משום דכולהו אית להו וחסר כו' ממילא כיון דהכי רביתייהו שימצא החסרון במקום אחר שפיר כשר. וא"ש שכתב רמ"א שמ"מ תמוה ואם קבלה נקבל וכתב כן בש"ע. וכן משמע ס"ק י"ח שכ' וכ"כ מהר"מ כו' ע"ש. ומ"מ משיג על מהר"ל שוחט. דבהנשאר יש תואר ורד אף שאינו כשיעור מ"מ התואר יש ומורה שהוא ורד ונראה שחסר ומשלים החתיכה ועוד יש כעובי אצבע ואינו טרפא דאסא דלענין השורש מהני כמו במעים וסגי בתואר כעובי אצבע ולענין השיעור עדיין אינו רק פ' ב' של אגודל. ומשלים החסרון. וכן משמע לשון הש"ך בהנשאר ע"ש. וכן ס"ק י"ט דבעי התורת חיים לאסור בשמאל משום שינתה מקומה וכן ס"ק כ' הר"ן אין נוהגין אלא מטריפין כל ששינתה מקומה א"ש מאחר שחסר להשיעור וצריך להח' קרי ליה שינתה מקומה ומסכים הש"ך. ואח"כ בנתקטנה כ' שפיר דכשר היינו בטרפא דאסא לדידן דבזה מודה רמ"א גם בגסה. ונראה דהר"ן מחולק בזה עם הרמ"א כפי מה שהביא בית אפרים לשון ר"ן שכ' דח' הנמצאת חשבינן ליתרת ולא להורד ור' משה איסרלס אמר טעם אחר משום מה שחסר כאן משלים כאן כו' ואם קבלה נקבל ע"ש שכן לשון הר"ן. ונראה שהוא מפרש דאין חושבין הח' הנמצא להשלים רק יתרת בפ"ע ומ"מ כשר ממילא לטעמו ע"כ מיירי המ"כ דוקא ביש טרפא דאסא בשורש הנשאר ומפרש אם נמצא כו' דבלא הח' ג"כ כשר דא"צ תואר ורד בראשה. רק החתיכה המורה שהוא השלמה לורדא יאסור דהוי שינתה מקומה ע"ז אמר דחשבינן ליתרת ואינו כלל להורדא ממילא כשר. וממילא באין טרפא דאסא טריפה. ורמ"א אמר טעם אחר דכך אורחיה להשלים החסרון ולטעמו כשר גם באין טרפא דאסא וע"ז כתב הר"ן דאין נוהגין כן אלא כל שינתה מקומה אסור ואין מתירין כסברת הרמ"א שיהיה כשר גם באין כטרפא דאסא דצריך הח' להשיעור וממילא הוי שינתה מקומה אלא נוהגין לאסור. רק בנשאר כטרפא דאסא שפיר מתירין דאז לא שינתה מקומה וחסר התואר בראש אינו מזיק. והר"ל שוחט היה רוצה להוכיח מרמ"א דמכשיר גם באין תואר ורד כלל דהא רמ"א בתורת השלמה מכשיר וגם באין טרפא דאסא ומה מהני השלמה מ"מ אין תואר. ודחה הש"ך דע"י צירוף יש תואר ועוד דעכ"פ בהנשאר כו' כמ"ש לעיל ובזה הסכים הש"ך לר"ן לאסור. אבל ביש שורש כטרפא דאסא הסכים להר"ן דמיקרי כל הורד קיים וכשר ומיושב שסתם הת"ש ביש כטרפא דאסא להכשיר אף בגסה דגם הש"ך ס"ל כן כנ"ל:

הנה יש לשניהם המתיר והאוסר על מה לסמוך. ומי שחלה הוראתו מקודם אין לסתור הוראתו לענ"ד. את הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר:

סימן ב

ז' אלול תרי"ד לפ"ק.

לכבוד אהו' הרב הגדול החריף ובקי החסיד מוה' חיים דוד נ"י אב"ד דק"ק בענדין:

על דבר השאלה שנמצא על הריאה נקודות אדומות שכ' בשמ"ח שצריך לבדוק אחר נקבים ונמצא לפעמים קטנים מאוד בקרום עליון ומחמת שהנקב קטן א"א לבדוק במראית עין אם לא ניקב גם הב' ובודקין בפושרין ואינו מבצבץ. הנה הגם כי לא היה חפצי להשיב בזה כי ידעתי בזה שיש רבנים אוסרין ויש מכשירין וכבר קרה לי בכיוצא בזה שמביא למחלוקת. עכ"ז לבל יראה שאיני חושש להשיב לרו"מ ובאמת כבוד ת"ח יקר בעיני. אכתוב לא להלכה ולא למעשה רק מה שיש לצדד בקצרה. מ"ש רו"מ שנ"ל ברור להטריף ואינו מועיל שום בדיקה דאף דבכל מראה אדומה תולין בדר"נ שעדיין לא נבלע היינו אם אינו כנגד הנקב אבל אם הוא כנגד הנקב תולין שהוא מחמת מכה שבקרום העליון וכמו בכל ק"ד שנגד הנקב כו' בתב"ש סי' ל"ח ס"ק ט"ז ול"ש ס"ק י"ב שכתבו דאף דבכל מראה אדום לא אמרינן כלל שהוא מחמת שנצרר הדם רק תולין בדר"נ מ"מ ביש מכה בדופן לא תלינן בדר"נ כו' ולפ"ז גם כאן שהמראה כנגד הנקב כו' עכ"ל:

ולענ"ד אינו ענין לזה. דלא דברו במראה אדומה רק בקרום עליון קיים שאינו אדום אבל ביש נקבים בקרום עליון והתחתון קיים ומפורש בש"ס חולין דף מ"ו כאהינא סומקא א"כ במקום שניקב קרום עליון ראוי להיות נקודות אדומות מחמת שנראה קרום התחתון ואין כאן שום ריעותא מחמת המראה. ומה שהאודם נכנס לבשר הריאה קצת אין זה קורט דם. ומ"ש רו"מ בצ"ע הוא פשוט לבעל פ"מ ותשובות חוט השני סי' ס"ט דלית דחש לאדמומית בעלמא ודייק מלשון הרמב"ם ורש"י ומרדכי ושאר פוסקים ע"ש. ונדחה מ"ש רו"מ דהחוש מעיד שהנקודה מחמת הנקב ושלטא הלקותא מתחת לקרומים דאין שום הוכחה דרק מחמת שניקב קרום העליון אדום הנקודה. ומה"ט צריך לראות אחר נקבים שמסתמא הוא מחמת שניקב עור העליון ממילא צריך לראות אם לא ניקב גם התחתון. וממילא סגי בנפיחה ככל ניקב זה בלא זה. ומ"ש לחוש שמא טיפת דם נכנס בקרום ב' מס' ב"א. לענ"ד אין לחוש בדבר המפורש בש"ס וכל הפוסקים ניקב זה בלא זה כשר. וזה זמן רב טרם ראיתי ס' ב"א פירשתי הש"ס האי ריאה דאיגלדא כאהינא סומקא למה ליה הך סימנא. דקמ"ל דאף דאדום לגמרי לא דמי לוושט לפירש"י ול"ח לניקב דבדיקת ריאה בנפיחה מוצא מחשש זה. וי"ל דמזה למד בה"ג והוא דלא מפקא זיקא דאי לא היה צריך בדיקה למה נקט מה שקרום ב' אדום ולא היה רבותא כלל. ובנצרר הדם ממש נגד הנקב

בקרום עליון יש לעיין דהגם דברש"י מפורש דגם נצרר הדם כשר וכן ברי"ף ורשב"א ומה שהקשה בת"ש סי' ל"ח ס"ק ט"ז מדרבא מכשר אדומה מדר"נ מוכח דאם בא האודם מחמת צרירת דם טריפה ע"ש. ולענ"ד לא קשה כלל דמייתי מדר"נ שדרך להאדים ע"י שלא נבלע ואח"כ נבלע ומתפשט הדם באבריו כן צרירת דם שנאסף למקום א' כמ"ש רש"י הדרא בריא וסופו להתפשט ולהבלע בריאה. והרא"ש ז"ל בשם רבינו אפרים הוא שהזכיר החילוק בין מתולדה לא נבלע ע"ש. אבל כל הפוסקים לא ס"ל כן דמ"ש התב"ש דהרא"ש ס"ל דכל הפוסקים ס"ל דכשבא ע"י צרירת דם טריפה. לנידן דידן א"א להעמיס דבריו כלל בלשון רש"י ורשב"א ובפרט ברי"ף ז"ל שהביא שקלא וטריא דש"מ מ"ש מקצתה ומסיק ל"ש וכשרה מדר"נ ודחה פי' ר"ח דטריפה כאלו מפורש בא להוציא מפי' הת"ש דגם ע"י צרירת דם כשר. ומ"ש התב"ש דמצינו כזה בשבת ושבועות לענ"ד לא דמי כלל דשם דחו ל"ש שאין חילוק או פירוש דאי חייב בכל גווני חייב ואי פטור בכל גווני פטור אבל לא כזה שמתחיל לחקור בין מקצתה בין כולה בנצרר ומסיק ל"ש וכשרה ולא בנצרר כלל. עכ"פ גם הרא"ש ור' אפרים שפירשו מחמת מכה בדופן משמע דצרירת דם בבשר הריאה אינו מזיק רק כשמבחוץ. מ"מ בענין דידן שניקב עור העליון דטריפה כמו קורט דם. דהא רמ"א כתב סוף סי' מ' נצרר הדם בעובי הבשר ה"ה בקורט דם ע"ש. מ"מ הוי להו להפוסקים לפרש זה בניקב קרום העליון דמטריף כשנצרר הדם בריאה בבשר וגם למ"ש הרא"ש פי' גיד הנשה בישרא דאסמיק שהוכחה מחיים ונתקבץ הדם שם והאדים הבשר וכ"כ הר"ן אדום ביותר ע"ש. ולמה דחה הרא"ש חילוק א' בין האדומה ביותר. דהא ודאי דלא נבלע מתולדה דלא שכיח. ול"ל לפרש מ"מ בדופן ולא שרואין שבשר הריאה אדום במקום הזה. הגם שיש לדחות מ"מ משמעות פשט דבריהם דאינו מזיק מבפנים ואפשר כמ"ש בש"ס פ' השוחט בחותך בשר מבית השחיטה קודם שתצא נפשה מלחו יפה יפה ע"ש בתוס' דגרע מאומצא דאסמיק שע"י שחותך ועדיין חי' נבלע הדם ע"ש ובש"ע סי' ס"ז ס"ג וא"כ כיון דחיי ריאה תלוין בקנה י"ל שע"י שחיטת הקנה שהוא לענין הריאה כחותך קודם שתצא נפשה יבלע הבו הדם בבשר ואין ריעותא האודם בבשר הריאה כשאינו מגיע לקרומים. אך לא מצינו זה בפוסקים. וכשנצרר ממש אין להקל כלל. גם מ"ש רו"מ שכשמונח בפושרין זמן מועט מתלבן ומבצבץ זה ודאי מחוייבים לעשות ומ"ש רו"מ בענין ניקב קרום עליון על לבושי שרד ובית אפרים שכתבו דאין הבדיקה מעכב דיעבד איני רגיל לעיין בדבריהם. אולם מה קושיא ע"כ מחזיקים דברי תב"ש רק לחומרא וכמבטל איסור כשאפשר לעיין ואינו רואה משא"כ באי אפשר דאם היה החשש מדינא למה לא יבדוק בנפיחה עכ"פ וכן מה שהאריך רו"מ בענין

נשחטה הותרה המלא בספרי הפוסקים ולא יכיל כמה גליונות והי' זה אתו ברכה ושלום כנפש דו"ש הק' יצחק מאיר:

סימן ג

ב"ה יום ג' ויגש תרי"ב ל' ווארשא.

לכבוד אהובי ידיד נפשי הרב המופלג חריף ובקי החסיד מ' לוי יצחק נ"י:

מכתבך קבלתי ולא היה פנאי להשיב מיד. על דבר ריאה סרוכה לשומן הלב ובסירכא שורייקי דדמא היינו שבתוך השורייקי דבר לח אדום כמו דם. ואמר השו"ב שמקובל שמשמשין בה ומניחים וחוזרים לראותה ונמצא הסירכא מתלבנת וקולפין אותה ובודקין בפושרין כשאר סרכות. ומעלתך כתב שכולם הסכימו לט"ז סי' ל"ז ס"ק ג' דודאי טריפה: והנה לשון הט"ז הסירכא הי' מלאה דם כו'. נתמלא כל סביביו כו' ולמה לו אריכות זה משמע קצת דדוקא קאמר. דלכך כתב שמסמפונות בא. וגם בזה מבואר מלשונו דספק הוא. והיינו כמו תרתי לריעותא דא' מורה על השני. כן בעוברת ע"י מיעוך אף שמורה דהפשטת ליחה מדעוברת. מ"מ בקרום הנעשה ע"י הפשטת ליחה דחשיב ריר אינו מצוי שיהיה בו דם. ומורה דמריאה נגד הוכחה דעוברת. ונשאר סירכא שלא כסדרן דטריפה. וא"צ להגיה כלל בט"ז ע"ת א"ל הוא איכא למימר דאינו הפשטת ליחה דדם זה בא וכו' היינו דמסלק הוכחה דעוברת שיהא ודאי הפשטת ליחה כו'. וממילא בתלוי' עוברת ע"י מיעוך שיש ב' הוכחת שהפשטת ליחה מדלא נסרכה למ"א ומדעוברת י"ל דעדיף מהוכחת הדם כמו בתלויה מבועה עוברת ע"י מיעוך דמשמע מט"ז ס"ק ב' להכשיר. לזאת הניח בס' בית אפרים ס"ק קי"ג בצ"ע דעת הת"ש. וכתב משום דט"ז כתב דגרע מתרתי לריעותא א"כ מה שנמצא דם טפי רגלים לדבר מתלויה בבועה ע"ש. ולענ"ד אינו הוכחה דכוונת הט"ז דגרע דתרתי לריעותא אין הבועה מורה שהסירכא אינו הפשטת ליחה רק קלקול בריאה וממילא חושבין לסירכא גמורה נגד הוכחה דתלויה כ"ש בזה דהוכחה דדם נגד הוכחה דעוברת כנ"ל. אבל מ"מ י"ל דלא עדיף רק נגד הוכחה א' כנ"ל. אולם מ"מ דבריהם נכונים דהגם שיהיה הפי' כן בט"ז מ"מ שוב אין ללמוד עכ"פ ממה שמכשיר הט"ז תלוי עוברת מבועה שנכשיר תלויה עוברת עם דם מאחר דגרע כנ"ל. ומ"מ י"ל דדוקא דם ממש כלשון הט"ז אבל אותן שורייקי אפשר שימצאו גם בקרום הנעשה מהפשטת ליחה דניהו דדם הרבה משמע מגמ' דאין דרך להיות בקרום דבריאה שהאדימה ונצרר כו' הספק רק על דם שבפנים לא מהקרום עצמו. מ"מ הא קורט דם מבואר סי' ל"ו דכשאינו נגד המחט כשר עכ"פ מצוי להיות על הריאה. וא"כ כמו שמחלקים התב"ש ובית אפרים במ"ש ט"ז סי' ל"ט ס"ק כ"ג בועה בשיפולי שתלוי

כפתור ומוגלא דא"נ בשיפולי כשר אף דהמוגלא מורה כו' ומחלקים שם בין כפתור קטן ע"ש כן י"ל לענין דם. אולם שוב יש להוכיח מש"ס שם דאין חילוק בין רב למעט דא"כ מה פריך מ"ו ע"ב ארבא בריאה שהאדימה מקצתה כשירה כולה טריפה מ"ש כו' אי ל"ח שרצים כו' נצרר הדם כו' וברש"י שם דא"כ י"ל בכולה דל"ש שיהיה נצרר מדם הקרום עצמו וע"כ מצרירת הדם שבפנים וע"י כן האדים עור החיצון ממילא גם הפנימי ע"כ לקוי וטריפה משא"כ מקצת יכול להיות שנצרר הדם שבקרום עליון עצמו אל מקום א' וא"כ לא לקוי רק החיצון דהפנימי בלא זה אדום ולא מחזקינן ריעותא על הפנימי כמו שכתבו הפוסקים בושט וקורקבן בע"י חולי דלא חיישינן לקרום הב' ואף בלקיתא באין כולו לקוי. מכ"ש כאן דמסופקין על הדם שנצרר שי"ל בתר קורבה שהוא מקרום עליון עצמו לא מבפנים משא"כ בכולו. ומוכח דגם מקצת לא תלינן בדם שבקרום וחשיב רוב ומצוי שמבפנים בא. א"כ נראה דסרכא תלויה עם דם אף מועט שעוברת ע"י מיעוך יש להטריף. אולם בדבוקה ניהו דלסברת הט"ז גרע מתלויה דהוכחה מדם שאינו ליחה נגד מה שעוברת ע"י מיעוך כנ"ל וממילא סרכא שלא כסדרן היא דטריפה. אולם זה במיעוך שהיה נהוג אז דהוי ראיה מה שעובר שהיא כריר וליחה שפיר הדם מורה דאינו הפשטת ליחה. ובדבוקה א"ל משום דעובר שאינו מהריאה דגם אם מצד הב' שדבוק ג"כ לא היה ראוי להיות עובר במיעוך וממילא מדיש דם ע"כ שבא מאיזה מקום פנימי לא ליחה וריר. ושוב דינו כשאר סרכא שאינה עוברת שלא כסדרן דטריפה אף שיש ספק אי מריאה או ממקום הב' כנ"ל. אמנם עכשיו דא"י כלל מיעוך הנ"ל איך היה רק קילוף והוא עפ"י הג' מ' סענדיר והסכימו האחרונים לבושי שרד ובית אפרים ובאמת נכון שהוא קרום כמעשה דריינוס או בשר בלוי וכה"ג א"כ אין הקילוף מורה שהוא הפשטת ליחה רק שאינו מהריאה כיון שנקלף כולו ולא נשאר דלדול א"כ אין הוכחת הדם עומד כלל נגד הוכחת הקילוף שאינו מהריאה. דנשאר הוכחת הקילוף או דמהקרום הפרוס הסירכא והדם. ואי אין דרך דם להיות בקרום הפרוס א"כ ע"כ משומן הלב הסירכא. וככל סירכא שלא כסדרן דמדינא טריפה ואעפ"כ סומכין על הוכחת הקילוף דאינו מהריאה כנ"ל. ובדם הרבה אפשר שזה מורה ודאי דמסמפונות הריאה כמ"ש הט"ז וגם הוכחה הנ"ל מגרע משא"כ בשורייקי י"ל כנ"ל:

עוד נראה דאם נסרך לשומן הלב היינו היורד בין ערוגות הריאה ללב ובזה מבואר ססי' ל"ד דרגילים להיות בו נקבים קטנים והיינו רביתייהו וכתב ב"ח וש"ך ז"ל שהן פיות הסמפונות ע"ש א"כ סברא טובה לומר שמאלו הסמפונות הדם בסירכא כיון שעובר בקילוף מהריאה:

ויש להוסיף טעם להקבלת השו"ב למשמש עד שמתלבנת דתלינן כיון שמלבן ע"כ אם היה דם ממש בסירכא מה שנתלבנה היא בשביל שחזר הדם למקורו למקום שהסירכא יצאה משם. וא"כ שוב אח"כ שקולפין ובודקין מהני שוב הבדיקה דאם חזר הדם לסמפונות הריאה ודאי דהיה מבצבץ דברגע זו לא נסתם. ויש הוכחה דחזר הדם למקורו לשומן הלב או לקרום הפרוס כנ"ל. גם לכאורה מה דחשש בקילוף דידן הוא רק שמא זה קרום העליון שנקלף וא"כ י"ל בשלמא ט"ז לטעמיה דגם בנגלד אין אנו בקיאין בבדיקה אבל הש"ך ז"ל שכתב סי' ל"ו ס"ק ט' דבנגלד בקיאין דכיון שנגלד אם היה נקב בקרום הב' היה מבצבץ הרבה והיה ניכר ע"ש וכן נוהגין א"כ י"ל דשפיר סומכין על הקילוף ממ"נ אם קרום פרוס כשר ואם זה קרום העליון שנקלף שוב מהני הבדיקה גם לדידן דהיה ניכר כיון שנקלף כנ"ל. אך י"ל דכוונת הש"ך ז"ל רק דאם היה הלקותא גדולה כ"כ שמחיים נגלד היה ניכר גם בקרום הב'. אבל לא בקליפה דקולפין. וראיה דא"כ במה דלא מהני הבדיקה שאין בקיאין במחט וכה"ג יקלפו עור החיצון ויבדקו. וע"כ כנ"ל. הגם שיש לדחות קצת דחי' זו מ"מ נראה כן:

וא"כ נראה דאם השו"ב מקובל זה משו"ב נאמנים ובקיאין אפשר דאין לסתור קבלתם בנסרך לשומן הלב כנ"ל בפרט דהרבה פוסקין מקילין בנעניעו ע"ש ואם מסברת הלב אומרים כן נראה דאין לחדש קולות שלא נמצא בפוסקים דהקילוף ג"כ קולא גדולה. ואפשר דסומכין על הקילוף רק בצירוף שמא הפשטת ליחה משא"כ בדם. גם אפשר דיצא להם בטעות ממ"ש הט"ז ססי' ל"ח בריאה שהיה על גבה חוט א' עב כב' חוטין כו' והיה בראש החוט כו' שהיה בו דם כו' וחתכתי עד שיצא הדם לראות אם ישתנה ללובן כו' ע"ש והולידו מזה אם לא חתך והיה משתנה ללובן היה כשר. וזה טעות דשם בתוכו היה תחת הקרום ע"ש בפוסקים. אולם אם ע"י משמוש משתנה ללובן וא"י אם יש בו דם כלל נראה דכשר. הנלע"ד כתבתי וימחול כבודו לשאול עוד לאיזה רב מפורסם כי לא למראה עיני אשפוט רק למשמע אוזן וצריך בקיאות במראית עין כי אולי יש להבחין שאין אלו כסירכא שיש בתוכה דם והיה זה שלום כנפש ידידו דו"ש הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן ד

תשובה שניה על ענין הנ"ל שמצאתי בין הכתבים:

ב"ה יום ג' וירא תרי"ג לפ"ק. לכבוד אהו' ידידי הרב הגדול חריף ובקי החסיד מוה' אברהם דוד נ"י.

אחד"ש הנה מכתבו מזמן רב נתן לי ידידינו ר' משה נ"י שבוע העברה. והגם כי לדעתי הכל מבואר בכתבי הראשון עכ"ז לבל תחשוב שאיני חושש להשיבך הנה אכתוב בקיצור. מה שלפעמים אתה כותב שהשורייקי הולך מאחרי הקרומי הריאה היינו מתחת הקרומים מבואר היטב בדברי שטרפה וגם רחוק שלא יבצבץ. אולם מ"ש שהשורייקי בסירכא ומתאימות לקרום הריאה. והיינו שכשקולפין הסירכא מעל הריאה נקלף עם השורייקי ונשאר הריאה עם ב' הקרומים שלה שלם ויפה בזה כל דברינו כי השו"ב אומרים שניכר להם שהשורייקי הם בקרום עצמו לא מבפנים ע"ז כתבתי. שהט"ז אינו מחשיב לודאי טריפה וא"צ להגיה רק וא"ל היא ואיכא למימר דאינו הפשטת ליחה. או שהיה כ' עוד ל' ואל"ל והפי' ואית לן למימר וחסר המדפיס ל' א' שהיה נראה לו כפול. והגם שפר"ת כ' ודאי. לא היה לפניו מהט"ז רק מה שלפנינו. ואם נרצה להגיה לא נדע שום דין כראוי. ורק סברת הט"ז כן שגם אולי ימצא בקרו' שמהפשטות ליחה ג"כ דם עכ"ז אין נראה כן רק אל"ל שאין הל' רק מהריאה. וגם כ' זה בנתמלא דם הרבה. ומ"ש מעשה שהיה כן היה. לא יתכן כלל בפוסק אחרון להלכה שיתן מכשול ואם אמרו ס' ב"א לענין סירכא תלויה היינו כיון שהמעשה בדבוקה היה כ' המעשה כמו שהיה. אבל במעשה זו עצמו מה היה לו לכתוב נתמלא דם כו' הרבה כו' היה לו ליכתוב רק שהיה דם ואינו שינוי מהמעשה ולא שנוכל לטעות. ומ"ש ת' ב"א דרבותא דלא נימא דהוי כמכה בכיס אינו נראה כלל. ולזאת משמע דלא ברירא ליה להט"ז לסמוך גם ע"ז. מ"מ בשורייקי דאפשר שאינו דם כלל וכמו בקרמי המבוארים בש"ע סי' ס"ה ובתה"ב בית ג' שער ג' דכל ל' אפילו אית בהו שורייקי סומקי שריין דלאו דם הוא אלא שומנא בעלמא וכטחול כו' ע"ש. ואף אי יש בהם מעט דם הדרך בשורייקי כן ואפשר שיכול להיות שורייקי בקרום הנעשה מהפשטת ליחה ג"כ עם מעט דם. ואינו דומה לסירכא שבתוכה דם. והגם אם נאמר שבקרום הנעשה מהפשטת ליחה אין בו ממש כ"כ שיוכל לעשות שורייקי דדמא מ"מ במעשה דריינוס שהיה קרום גמור שהיה נראה לכל שהוא קרום הריאה. וכן בשר בלוי. שפיר אפשר דיש בקרום כזה או בשר בלוי גם שורייקי דדמי. דלא מצינו בפוסקים שיטרפו בבשר בלוי ויש בו דם מעט כדרך להיות בבשר או שורייקי דדמא. וכן במעשה דרינוס דהט"ז אינו מחשיבו לריעותא כלל כיון שקלוף והריאה שלימה. ולזאת כתבתי מאחר דבשלא כסדרן גמור היינו אף מגב לגב או מא' לג' דמפורש בש"ס דטריפה ולש"ך ז"ל ודאי טריפה. עכ"ז נהגו במיעוך הגם שכ' רמ"א ז"ל שלדינא נ"ל שלא יועיל עכ"ז לא מיחה במנהג וזה זמן שנהגו בקילוף והגם שהרעישו

גדולים וכ' שמאכילין טריפות עכ"ז נהוג בכל מדינות אלו זולת יריאים יחידים. ובא הגאון מוה' סענדר ז"ל וישב המנהג בטוב טעם אשר הוטבו דבריו בעיני כל הגדולים:

סימן ה

הנה מחמת עדות הקצבים הפסול רק מחמת נוטל שכר על הוראתו שזה קנס שהוראותיו בטלין אולם אין זה פסול כמבואר בר"ן קדושין וש"ע ח"מ סי' ט' וסי' ל"ד דאף שלא עשה תשובה מ"מ כשר אותו עדות ודין שידוע שלא נטל שכר. א"כ על עופות שאין חשש שכר אף להמחמירין בפסול מחמת עבירה מ"מ בזה אין חשש כנ"ל. וכן פ' אלו טריפות ברש"י שפי' החשד דמיחזי כנוטל שכר על הוראתו וכל כיעור דליקח כו' פי' החשד שיאמרו בשביל כך זכהו לזה שיתן לו בזול ע"ש מ"ד ע"ב והיינו באיסור דע"א נאמן אפילו נוגע אין החשש כלל שפסק שלא כדין משום ממון ורק בממון. א"כ גם בנוטל שכר ממש ג"כ רק משום מה אני בחנם. ואף שמהרש"א פי' שם דמשום שעבר על מה אני כו' יחששו שזוכה כו' מ"מ מלבד שהפשוט ברש"י לענ"ד כמ"ש החילוק בין איסור לממון רק גם לדבריו הוא רק חשד. אבל לא שיהיה ע"י שעבר חשש פסול שקר לדידן. הגם שלשון רמ"א סי' י"ח שלא יבא להקל להכשיר כדי כו' מ"מ ג"כ י"ל שלא יהיה חשד דהוא מדברי הריב"ש סי' ת"ק ומבואר שם כדברי רש"י הנ"ל דנוטל שכר וכן ברמב"ם ז"ל משום חשדא. ובגמרא בכורות כ"ט אמר החשד דתם הוא ושרי ליה משום אגרא. וא"כ אפשר כדברי מהרש"א ז"ל ודוקא אילא ביבנה דחסיד וג"כ היו קוצבין לו השכר כך דלא היה איסור בזה רק משום אתי למחשדא ולנו אין חשש משא"כ בלקוח בעצמו שעובר על איסור דנוטל שכר שוב י"ל דיש חשש גם לדידן שמא מיקל משום שכרו. וכפשט לשון הרמ"א ז"ל וכן משמע לשון רש"י שם במשנה בכורות אין שוחטין דדלמא משום אגרא קשרי ליה והא בגמ' שם אמר להדיא רק דאתי למחשדי' ומשמע החילוק כנ"ל דבזה שבאסור שייך חשש כנ"ל. אך זה דוקא בבכור דקי"ל א"א רואה בכורי עצמו ולכך גם נוגע פסול משא"כ בשאר אסורים ולכך באמת הרמ"א צירף ב' הדינים שם שכ' וכן נהגו בקצת מקומות כו' וע"ש בט"ז. וגם אם חשבו דהטירחא לקלוף הסירכות הוא כשכר הבאה ומילוי ואף שמחויבים בל"ז מ"מ מוסיף להם שכר לא על ההוראה עכ"פ לא נפסלו בזה בעופות שאין חשש שכר נראה דלאו בכלל פסולי עבירה הן כנ"ל. רק העדות מב' וורדות אם הנער פסול גמור ע"פ ד"ת כמבואר בגב"ע אין נשאר רק ע"א מהכפר ולאו כלום בהכחשה אף לבעל נפש ולהחמיר גם בע"א וגם עדותו רק על א' מהשו"ב והב' אין עלי' שום עדות רק מהפסול:

סימן ו

ב"ה ז' שבט תרכ"ב לפ"ק גור.

החיים והשלום וכל טוב לכבוד אהו' הרב המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה ע"ה חכם ושלם אבד"ק פיעטרקוב נ"י:

על דבר מכתבו בצמקה אונא וחוזר ע"י מירוס ומשמוש אם מצטרף לריעותא דסירכא עוברת ע"י מיעוך. אין ספרי האחרונים תחת ידי פה גור. ושלחתי אחר ספר לבושי שרד ומבואר שם דמצטרף. ואינו סובל פי' אחר. מ"ש מתוך בצימוק הוא דהא צמוקה הוא ומה שחוזר עתה אינו מסיר שם צימוק מה שהיה בחיי'. מ"ש רו"מ כיון דהטעם שא"י להניף על הלב וכשחוזרת אזלה חומרת בה"ג א"י הא על זה אנו דנין:

הנה דברי בה"ג פשוטים בטעמם. מאחר שחסרה אונא טריפה גם שהקרומים קיימים ואשר חסרון קמט וכה"ג אינו אוסר. ע"כ שצורתה לעשות פעולתה להניף על הלב הוא עם ה' אונות ושיהיה ג' מימין וב' משמאל וכשחסרה מצורה זו אינה ריאה וכחסרה כולה ממילא חרותא דטריפה שע"כ גם כן מטעם זה דא"י להניף ולעשות פעולתה ומ"ש בשם פ"מ דהוי כניקב הלב וכתבו כמה פעמים. ואין ממש בדברים אלו. שידוע שכל פעולת הריאה הוא זה. וכל הטריפות שבה הוא שמקולקלת ואינה יכולה לעשות מה שנבראת לעשות ממילא הטריפות מצד עצמה ואינו ענין כלל לאותן טריפות שע"ז סוף לינקב וכדומה. וממילא כמו צמקה כולה בידי אדם טריפה מצד עצמה מטעם הנ"ל כן צמקה אונא שלימה ג"כ הוי כחסרה אונא כיון שהאונא א"י לעשות פעולתה להניף:

ומה שלא הביא בש"ע הוא שלא עלה ע"ד בב"י ובד"מ לפרש דברי בה"ג לחלק בין אונא שלימה למקצת כמבואר ב"י וד"מ אבל מאחר שמהרש"ל מפרש כן וט"ז וש"ך הביאו והדברים נראין ודאי י"ל שאלו עלה ע"ד חילוק הנ"ל לא הי' דוחין דברי בה"ג שדבריו דברי קבלה ואין שום חולק מפורש עליו ואיני יודע למה רו"מ קוראה חומרא לענ"ד הוא ככל הטריפות וא"כ כיון דבצמקה כולה פ' הר"ן ורמ"א וש"ך כוותיה דבידי אדם לא מהני הבדיקה ואף שחזרה טריפה רק בספק ע"ש. וכן משמעות הש"ס וש"ע דבחרותא אינו מועיל שיתנה במים וישתנה רק שתחזור מעצמה. רק שמקובל בה"ג דגבי אונא א' מהני מירוס ומישמוש וממילא תולין שהוא בי"ש. כמו בחרותא. או אפשר דמודה הר"ן בזה אף שנראה בי"א כיון דהשאר לא נצטמק מוקמינן אחזקת כשרות. אבל לומר שאינו ריעותא א"י מנ"ל. ומ"ש רו"מ מגבשושית כו' אין מדמין בטריפות שם קים להו דכשחוזר ומכסה אינו בועה. משא"כ כאן דבי"א גם בחוזר טריפה ואם היה צמוק מחיים א"י לפעול והרי הוא כחסרה. וכל קולות שכ' לבושי שרד בענין ב' לריעותא שם לענ"ד

אין מוכרחים כלל ניהו דצימוק ודאי אין הטריפות משום סופו לינקוב דהוי טריפות בפ"ע. רק כיון שרוצה לעשות פעולתה להניף ואין הצימוק מניחה סופו לינקוב או לינטל א"כ כשיש עוד ריעותא המורה שניקב מורה שמקולקלת ע"י הצמוק ולכך ניקבה ובזה נדחים כל דבריו ע"ש שכל ראיותיו הם שאין הטריפות משום סופו לנקוב זה אמת אבל כשהוא טריפה שוב סופה לנקוב וממילא מצטרף ב' לריעותא:

וגם ביתרת שהתחיל ראיתי ג"כ שאין דבריו מוכרחים כלל מ"ש מת' משאת בנימין ב' כיסין דורדא ב' רואין ל"א. ואי סופו ע"ש. ואיני מבין כלל הא ודאי במה שאינו טריפות אין סופו לינטל כלל יתרת בדרי. ובש"ס בכורות דף מ"ה ו' אצבעות כו' כ"ד. מ"ד בשבחי משתעי כו' ואי סופו לינטל אין שבח וכן רואין דיתר אצבע וכה"ג אין סופו לינטל. וכן בגובתי בחולין וכה"ג. וכן לשון הגמ' בכורות מ' חולין מ"ח אבל יתר ברגל טריפה כו' מ"ט כל יתר כנטול. אבל אותו יתרת דמיטרפה בה אף שהטריפות משום סופו לינטל וכה"ג עכ"פ מקולקלת שמעותה לינקוב ג"כ. וכן דרבא מטריף כל יתרת אין עושין פלוגתא רחוקה ודקי"ל דלית הלכתא שאינו ריעותא כלל וי"ל דפעמים שהיא יתרת דמיטרפא רק כיון דהרבה פעמים אורחא הוא וכן בוורדא דחיוי ברייתא הכי אית להו ותולין גם בבית שכן ומ"מ יש שמחמת קלקול הן וסופו לינטל. רק דמוקי אחזקת כשרות אבל מ"מ כשיש עוד ריעותא מורה שגם היתרת הי' המקולקלת והי' סוף לינטל וכנ"ל. וגם לקולא אמרינן חולין דף נ' אינהו אכלי ולדידן מסתם לא סתים. כ"ש לחומרא כיון דרבא מטריף נאמר דלמאן דפליג גם ריעותא לא חשיב. וא"כ מאי מייתי לבושי שרד ממשאת בנימין ב' כיסין שמחזיק מ"ב לחומרא מה שאינו ע"פ דין כלל להטריף חסר כיס ומילא כשאין בו טריפות לא שייך כנטול או סופו לינטל ולינקוב ורק שמחמירין בחסר כיס לומר שסופו לינטל הורדא ונחמיר עוד ביתר לומר כנטול כאלו הי' טריפות גמור אין להוסיף חומר על חומר. ואין ענין כלל להך דמפורש בש"ס ואין להאריך בזה. עכ"פ בנידן דידן צריך ראיה ברורה להכשיר מאחר שדין ב' לריעותא יש לו מקור בש"ס בהעלתה צמחים כו' רק שאין אנו בקיאין לדמות הריעותות א"כ צריך ראיה:

ובפרט עכשיו שאין בקיאין בבדיקה רק הש"ך ורש"ל כתבו מסברא ונראה דגם עכשיו כו' כמו באטום. אבל עכ"פ י"ל דריעותא חשיב ודי לסמוך על בקיאות שלנו בריעותא חדא לא בעוד שיש סירכא עע"י מיעוך כנ"ל. הנלע"ד כתבתי ואין ספרי פוסקים תחת ידי. ואם ימצא רו"מ בדבריהם לדחות דברי הנ"ל איני אומר קבלו דעתי. וכן מ"ש ת' מהגאון מהר"ש נ"י מבראד. הגם שמפורסם לת"ח גדול עכ"ז ראיתי ב' תשובות ממנו א' נשלח לי מלובלין וא' מקאסאוו וראיתי שדבריו מטושטשין אולי הוא מזקנה. לזאת

הלא רו"מ ידיו רב לו אם יראה שהם דברים של טעם יסמוך עליו ואם לא לא ויצרף ג"כ עמו הרב ר"מ נ"י דברי דו"ש או' הק' יצחק מאיר:

סימן ז

הנה בענין דם שמלחו או בשלו תפסו רמ"א וט"ז וש"ך ז"ל בפשיטות שהוא דרבנן ובאמת שיש לעיין הרבה בזה דהנה בש"ס מנחות דף כ"א טעמא דמיעט כו' הא לאו הכי הוה אמינא דם ליבעי מלח הא כיון דמלחי' נפיק ליה מתורת דם דאמר זעירי אמר ר' חנינא דם שבשלו אינו עובר עליו ורב יהודה אמר זעירי דם שמלחו אינו עובר עליו כו' ומשני מהו דתימא משדיא ביה משהו למצוה קמ"ל ופרש"י דם שבשלו בין דחולין בין דקדשים ואכלו אינו עובר עליו דהא לא חייבה תורה אלא אדם הראוי לכפרה ודם קדשים משבשלו לא חזי למלתי' ונפיק לי' מתורת דם ומלוח הרי הוא כרותח כו' ואח"כ איתא גופא אמר זעירי כו' יתיב רבא כו' איתביה אביי הקפה את הדם ואכלו או שהמחה החלב כו' חייב לא קשיא כאן באור כאן בחמה הקפה באור לא הדר בחמה הדר בחמה נמי נימא הואיל ואידחי אדחי דבעי רבי מני מר' יוחנן דם שקרוש ואכלו וא"ל הואיל ואדחי ידחה אשתיק א"ל דלמא ודאי כאן בחטאות החיצוניות כאן בחטאות הפנימיות ופרש"י כאן הא דהקפה את הדם בחמה ואכלו חייב וה"ה לשל חולין הואיל וראוי לכפרה בקדשים כו' והא דזעירי אינו עובר עליו בחטאת הפנימיות כו' וטעמא מפרש לקמן. א"ל אדכרתן מלתא דאמר רב חסדא דם שקרש בחטאות החצוניות ואכלו חייב ולקח ונתן אמר רחמנא והא בר לקיחה ונתינה הוא בחטאות הפנימיות ואכלו פטור וטבל והזה כו' ורבא דידיה אמר אפילו בפנימיות חייב הואיל וכנגדו ראוי בחצוניות אמר רב פפא הלכך דם חמור שקירש ואכלו חייב הואיל וכנגדו ראוי בחטאות החיצוניות ופירש"י דם חמור אע"פ שאינו ראוי לקרבן וא"ל דלא חייבה תורה כרת אלא על דם הראוי לקרבן אלא אפילו חמור דאינו ראוי חייב עכ"ל. וכ' תוס' ישנים ד"ה כאן אפירש"י ז"ל ולא נהירא דא"כ בפנימיות נמי משמע לשיטת רש"י דאם בשלו צלול הואיל וראוי לטבילה והזאה חייב עלה אם אכלו ואין הסוגיא מוכיח כן דאמר לעיל כיון דמלחי' נפיק מתורת דם כו' עוד דרבא דידיה אמר אפי' בפנימיות חייב משמע לפירש"י דרבא לית ליה דזעירי ולעיל קאמר יתיב רבא וקאמר להא שמעתא משמע דס"ל כזעירי לכן נ"ל דבזעירי היינו בבשלו באור כ"ע לא פליגי דאינו עובר עלי' והא דמחלק הכא בין חטאות הפנימיות כו'. קאי אקפאו בחמה עכ"ל:

מבואר מזה דלשיטת רש"י ז"ל למסקנא פליג רבא אזעירי. רק לס"ד דלא ידע החילוק בין חטאות חיצונות כו' וא"כ ע"כ טעמא דדם שבשלו או מלחו שאינו עובר היינו משום

דנפיק מתורת דם דאי לאו הכי למה לא יהיה ראוי לכפרה אף שבשלו וע"כ דאין תורת דם עלי' ולכך ממילא אינו עובר עלי'. ולכך כ' כרש"י בקושית הש"ס משבשלו לא חזי כו' ונפיק מתורת דם ולא כ' טעמא מפרש לקמן כמ"ש אח"כ משום דלס"ד היה הטעם כנ"ל ופריך שפיר והוצרך לשנוי' מ"ד משדי' ביה כו' אבל למסקנא בתר דאמר אדכרתן כו' אין הטעם כלל בהא דזעירי משום שמבושל נפיק מתורת דם רק משום דמסתמא נקרש ולאו בר טבילה והזאה הוא כיון דמיירי בפנימיות. ובאמת שוב לא קשה לזעירי קושית הש"ס דשפיר בעי קרא למעוטי דם ממלח דס"ד שיזרוק קודם שיקרש כמ"ש תוס'. והא דיתיב רבא וקאמר לשמעתתא דזעירי היינו קודם דאמר אדכרתן מלתא דרב חסדא והיה סבור ע"כ הטעם כס"ד הנ"ל דנפיק מתורת דם כיון שבשלו וקפה ולא היה חולק אזעירי אבל בתר דאמר אדכרתן מלתא דרב חסדא דמסיק דע"כ טעמא דזעירי אינו משום דנפיק מתורת דם רק משום דרב חסדא ומיירי בחטאות הפנימיות ואינו עובר משום דלאו בר טבילה כו' ובחיצוניות מודה ושוב בסברא זו פליג רבא עליו ומייתי ורבא דידיה אמר הואיל וכנגדו ראוי ליתא לדזעירי כיון דע"כ טעמא דידיה משום דרב חסדא. וממילא לרבא חייב בכל דם שבשלו בין באור ובין בחמה. ולכך פ' רש"י ז"ל כרבא ורב פפא דבתראי נינהו ופירש בברייתא דחולין ק"כ הקפה את הדם באור ע"ש. וכן פ' כ"ה גבי הלב קורעו כו' דמיירי בלב עוף כו' ע"ש. שוב ראיתי בכו"פ כ' לישב קושית התוס' כעין מ"ש רק שכ' דגרסינן רבה במקום רבא דלא יחלוק דידיה אדידיה. ולמ"ש אין צורך לזה: וכן ראיתי מפורש בסמ"ג סי' קל"ז שנינו פ' כ"ה הלב כו' ופרש"י שענוש כרת אף לאחר שבשלו ור"ל שאינו סובר כאותו אמורא שאומר בהקומץ דם שבשלו אינו עובר שנאמר כי הדם כו' לא חייבה תורה אלא על דם הראוי לכפרה וזה הואיל וקירש ע"י בישול אינו ראוי לכפרה לכל הפחות בחטאות הפנימיות שנא' וטבל והזה אלא סובר רש"י כאותו אמורא שחייב על דם שבשלו הואיל וראוי לכפרה בחטאות החיצוניות שנאמר ולקח כו' ובר לקיחה ונתינה הוא אף שקרוש ע"ש. ומבואר דפי' בדברי רש"י ז"ל כמ"ש דלמסקנא פליג רבא אזעירי דכיון דטעמא דזעירי למסקנא משום דקרוש ואינו ראוי לטבילה וע"ז פליג רבא משום דראוי בחטאת חיצוניות שוב חייב בכל מקום. גם משמע מדברי סמ"ג דלא משכחת כלל צלול בבישול דלעולם נקרש מיד כשנתבטל או נמלח. ולא קשה קושית תוס'. ותוס' לא ניחא להו דלמסקנא יהי' נדחין דברי רבא דאמר משמי' דזעירי. וכן שיהיה קושית הש"ס דנפיק מתורת דם לס"ד כנ"ל:

והנה פשט הסוגיא לכאורה מוכחת כפי' רש"י ז"ל דלתוס' דמבשל באור אין הטעם כלל דנפיק מתורת דם משום שנקפה רק אף צלול לא מיקרי דם וכל פלפול הש"ס בין

בחטאות חיצונות לפנימיות רק אקפאו בחמה כו' וקשה טובא חדא מאי פריך אביי אזעירי מהא דהקפה הדם ואכלו חייב מאי ענין זה לזה הא בדזעירי אינו כלל משום שהקפה דגם צלול נפיק מתורת דם ע"י הבישול. ושם תני הקפה ולא נזכר כלל בישול. והא גם מעצמו אפשר להיות נקרש כדתני במשנה יומא פ"ד ממרס שלא יקרש וא"ל מאי קמ"ל ז"א דקמ"ל אף דלאו בר טבילה והזאה. וצ"ל דלתוס' לשון הקפה משמע שעשה פעולה להקפות או ע"י בישול באור או בחמה דאל"ה הוי ליה למתני דם קפוי או דם שנקרש כו' ולרש"י ז"ל א"ש כפשטיה דגם לס"ד מאי דבישול מוציאו מתורת דם הוא ג"כ רק משום שנקפה ואינו ראוי לזריקה בכל חטאות כנ"ל ופריך שפיר מהקפה משא"כ לתוס' צריך לדחוק כנ"ל. ועוד קשה דכי משני כאן שהקפה בחמה מה פריך הואיל ונדחה ידחה מי אמר לו שנדחה כלל הא דוקא באור דאף שצלול יצא מתורת דם משא"כ מחמה לא יצא מתורת דם כלל מעולם. ואם קושיתו אר' יוחנן דאמר דם שקרש כו' הואיל ונדחה הוי ליה להקשות רק אר' יוחנן לא ארבא וזעירי דלא קשה עלייהו כלל גם עכשיו דמייתי דר' יוחנן דהא אינהו לא מיירי כלל משום שנקפה רק משום בישול אף בצלול ולרש"י א"ש כיון דבבישול רק משום שנקפה ופריך שפיר הא גם בחמה נדחה כיון שנקפה משא"כ לתוס' ועוד למה הוצרך רבא לומר בחמה הדר באור לא הדר. הא באור אין הטעם כלל משום דלא הדר להיות צלול דהא אף שעדיין לא נקרש כלל יצא מתורת דם. ועוד מאי זה דמשני רבא כאן שהקפה באור הא בהא דזעירי לא נזכר כלל קפוי ולא מיירי ביה כלל ולא הוי לרבא לשנויי רק התם בלא בישול רק בחמה דזה עיקר החילוק דבהא דזעירי אין צריך להקפה ולא לטעמא דלא הדר כנ"ל:

ונראה לענ"ד בפי' שיטת התוס' דהא כ' ד"ה דם דלכך דם שבשלו אינו עובר משום דלא חייבה תורה רק אדם הראוי לכפרה כו' ותמוה ג"כ מנ"ל דאינו ראוי לכפרה כיון שהוא צלול ונראה דהנה במנחות פ"ו אמר דיין ושמן מבושל פסול לנסכים. ובבב"ב צ"ז כתבו תוס' והרא"ש בשם רש"י דאשתני לגריעותא והרא"ש כתב דאף דנשתנה למעליותא מ"מ כיון שנשתנה מברייתו פסול לנסכים כדאמר בכורות י"ז גפן שהדלה כו' דיליף מה זבח שלא שנתנה כו' ע"ש ובברכות ל"ח אף ירקות שנשתנו ע"י האור כו' ובכמה דוכתי דעכ"פ בבישול חשיב נשתנה מכמו שהיה. וי"ל למאי דאמר זבחים צ"ג בקיבל פחות מכדי הזאה בכלי זה וגם בכלי אחרת פסול משום דכתי' וטבל בדם שיהיה שיעור טבילה מעיקרו ופירש"י מדם הראשון משמע ע"ש. וא"כ י"ל הטעם בבישול בדם אף שהוא צלול אינו ראוי לכפרה כיון שע"י הבישול חשיב נשתנה א"כ אין זה מדם הראשון. וכמו יין מבושל דפסול מה"ט לנסכים כנ"ל:

והנה בנדה ריש פרק דם הנדה בהני דלא מטמאין אלא לחין ולא יבישין. אמר בש"ס התם בשרץ דיליף מדכתב במותם שיהיה כעין מותם וכשנתיבש ונשתנה מכמו שהיה לא מטמא ואמר התם דאם אפשר לשרות ולחזור כמו שהיה מטמא אף בעודו יבש דלא מיקרי נשתנה כיון שאפשר לחזור כמו שהיה לח כנ"ל ע"ש:

וא"כ מיושב הכל לשיטת התוספ' דדם שבישלו אמר דאין עובר עליו אף בצלול דאינו ראוי לכפרה כיון דנשתנה מחמת הבישול דחשיב נשתנה אף שהוא צלול כנ"ל ואינו דם הראשון ואינו ראוי לכפרה עוד ולכך אינו עובר עליו ופריך מהקפה הדם ואכלו חייב והא ג"כ נשתנה עכ"פ כיון שקפוי וכמו התם בנתייבש עכ"פ ואעפ"כ חייב ומוכח או דראוי לכפרה אף שנשתנה או דחייב אף שאינו ראוי לכפרה וממילא גם מבושל יהיה חייב כנ"ל. ומשני כאן בחמה כאן באור לא הדר ובחמה הדר כו' והיינו דבאור בבישול עכ"פ לא הדר כמקודם ואותו השינוי שע"י הבישול הוי נשתנה שא"א להיות כקודם הבישול ולכך אף צלול אינו ראוי לכפרה אבל בחמה דאין נקרא בישול רק השינוי מחמת שקפוי וממילא כיון דהדר ואפשר לחזור ולהיות צלול לא חשיב נשתנה גם בעודו קפוי כמו התם ושפיר ראוי לכפרה וחייב. ופריך נימא הואיל ואידחי אידחי דאמר ר' יוחנן דם שקרש כו' הואיל ונדחה כו'. דניהו דלא חשיב שינוי כיון דאפשר לחזור לכמו שהיה מ"מ עכ"פ כל זמן שהוא קרוש אינו ראוי לזריקה דא"א להזות בקרוש וממילא אף שיחזור להיות צלול אמרינן הואיל ונדחה ידחה ולא יהיה ראוי עוד לכפרה לעולם וא"כ למה יהיה חייב בהקפה בחמה הא אף שלא נשתנה מ"מ אינו ראוי לכפרה לעולם כיון שנקפה ונדחה ומשני כאן בפנימיות כו' דכ' וטבל והזה וכיון שנקרש אינו ראוי אף דלא חשיב שינוי ונדחה ושוב אינו ראוי לעולם פטור אבל בחיצוניות דכתי' ולקח כו' ובר לקיחה ונתינה הוא ושפיר ראוי לכפרה אף כשהוא קרוש כיון דשינוי לא חשיב בחמה שאפשר לחזור כמו שהיה ולכך חייב. אבל בבישול שנשתנה ושינוי זה לא יחזיר ממילא אינו ראוי לכפרה משום השינוי ולכולי עלמא פטור. ולכך אף לרבא ורב פפא דהואיל שכנגדו ראוי בחיצונות חייב גם בדם חמור דוקא בהקפה בחמה אבל באור דגם בחצונות אינו ראוי לכפרה אף בצלול מחמת השינוי דבישול שפיר לכ"ע פטור ואין עובר עליו ומיושב כנ"ל:

ובאמת תמוה לרש"י ז"ל כיון שע"כ לס"ד היה טעמא דזעירי דבישלו נפיק מתורת דם וע"ז לא היה חולק רבא א"כ אף למסקנא שהוכרח לחלק בזעירי בין חצונות לפנימיות וע"ז חולק רבא הואיל וכנגדו ראוי כו' מ"מ מנ"ל בבישלו באור למיפלג אזעירי הא יכול להיות נשאר סברת זעירי באור דנפיק מתורת דם ורק בחמה הקפה חייב בברייתא הואיל

וכנגדו ראוי. וגם מנ"ל לרש"י לפרש כן בדרבא דלמא הא דמשני כאן בפנימיות כו' קאי על הקושיא מר' יוחנן דאמר דם שקירש הואיל ונדחה כו' מיירי בפנימיות וכאן היינו ברייתא דהקפה חייב בחיצוניות. ורק בחמה. אבל אזעירי באור לא פליג רבא כלל. ורש"י ז"ל בעצמו פי' ד"ה כאן בחטאת חיצוניות הא דקתני הקפה את הדם בחמה ואכלו חייב כו' ע"ש. ולמה לו לפרש בחמה. וכיון שפי' כן א"כ למה פי' אח"כ וכאן על זעירי דאינו עובר בפנימיות. והא י"ל שפיר באור כנ"ל. רק דר' יוחנן דם שקירש היינו בפנימיות שנדחה כנ"ל. וצ"ל דמשמע ליה לרש"י דהתירוץ כאן כו' קאי על מה שהקשה אביי הברייתא על זעירי ולא אדר' יוחנן שהביא רק לדחות התירוץ בין בחמה כו':

אמנם לתוס' ז"ל תמוה ניהו דלענין כרת דבעי דם הראוי לכפרה שייך דגם דם חמור בעי שיהיו שכנגדו ראוי כו' אבל לענין לאו דאתרבי דם התמצית ודם האיברים א"כ מה בכך שבישלו ואינו ראוי לכפרה עכ"פ לא גרע מהני דמעולם אין ראוין לכפרה ומ"מ בלאו הם. וגם אם נאמר דדם הנפש כיון שיש בו לאו וכרת שראוי לכפרה וכיון שנשתנה דאינו ראוי לכפר גם לאו לית ביה. אבל מ"מ דם האברים דיש לאו מיוחד כמ"ש ריש כריתות ה' לאוין כו' ודם התמצית ג"כ ע"ש אף שמעולם אינו ראוי לכפרה א"כ מה יועיל הבישול מה שאין ראוי לכפרה כנ"ל. ולא דמי למ"ש תוס' פסחים דף כ"ח. דכיון דיליף דלאו א' להנאה אמרינן בכולהו ע"ש דהטעם דהוי רק גלוי מלתא דלא תאכל הפי' אכילה וכיון שבכולן לשון אכילה כתיב הפי' שוה אבל לענין זה אין לדמות כיון דהני לאוין נאמרו דאף שאינו ראוי לכפרה מ"מ יעבור באלו. לא שייך לדמות שלא יהיה אסור בבשלו כיון דרק משום שאינו ראוי לכפרה. וזה הוא דאמרה תורה דדם אברים אף שאינו ראוי לכפר בלאו. וצ"ל בדוחק דמ"מ כיון דדם הנפש החמור שבכרת ומ"מ כשנשתנה ע"י בישול פקע איסורו לפי שאינו ראוי לכפרה שוב גם שאר דם דאתרבי בלאו אף שאינו ראוי לכפרה מ"מ ג"כ דוקא בלא נשתנו ושכנגדו בדם הנפש היה ראוי לכפרה דכמו בדם חמור מצריך שיהיה שכנגדו בחטאת ראוי לכפרה כן בדם אברים ותמצית. ומ"מ לא דמי כלל דחמור לענין כרת נכלל בלאו וכרת א' עם הטהורים דכ' לכפר בדם הנפש ובעי שיהיה שכנגדו ראוי מה שאין כן הני דאזהרתן מיוחד אף שאינו ראוי לכפרה מ"מ צ"ל כנ"ל. דלא אתרבי רק שכנגדו בדם הנפש הי' ראוי כנ"ל וכעין זה אמר בש"ס חולין ע"ד ע"ב לר"י דם וכל דם כל היכא דחייב אדם הנפש חייב אדם התמצית והיכא דלא מחייב כשליל כו' ע"ש כן י"ל לדידן כנ"ל:

ולהנ"ל היה נראה דין חדש למאי דאמר חולין פ"ז וזבחים ע"ח בדם שנתערב במים דאמר ר' יוחנן ל"ש אלא מים לדם אבל דם למים ראשון ראשון בטל דהו"ל דחוי ואינו חוזר

ונראה. ואמר עלה רב פפא לענין כסוי אינו כן דאין דחוי אצל מצות. והיינו משום דבידו כמ"ש תוס' סוכה ל"ג זבחים ל"ד. רק לכפרה חשיב דחוי ע"ש. וא"כ מה דקי"ל חוזר וניעור כשנפל מינו דראשון באיסור הוא ג"כ משום דאין דחוי באיסורין ע"ש. וא"כ כיון דאמר כאן במנחות דבעי מר' יוחנן דם שקירש ואכלו אם חייב ואמר ר' יוחנן הואיל ואידחי אידחי ע"ש ולתוס' מיירי בחמה ואעפ"כ אף שנעשה צלול וראוי לכפרה פטור מה"ת כשאכלו לפי שנדחה ולענין כפרה אינו חוזר ונראה שוב גם לאכילה פטור דתלי' בכפרה. וא"כ גם למסקנא ניהו דפליג שבחמה דהדר לא נדחה כלל בחטאת החיצונות דכ' ולקח ונתן מה"ט הוא דחייב אבל אם לא היה ראוי בחטאות חיצונות ג"כ גם למסקנא לא הי' עובר מה"ת לפי שנדחה לכפרה כנ"ל. א"כ ממילא גבי דם שנפל למים דלענין כפרה הוי דיחוי שאינו חוזר ונראה אף שנפל וניתוסף דם עד שיש מראה אדמומית ע"ש א"כ ממילא נדחה גם לענין איסור אף דאין דחוי באיסורין מ"מ כיון דלא חזי' לכפרה משום דחוי שוב ממילא אינו עובר עליו מה"ת כמו דם שבשלו לתוס' כנ"ל דאינו ראוי גם בשכנגדו בחטאת חיצונות כנ"ל כמו דם שקרש כנ"ל לס"ד ולר"י כנ"ל. ושפיר לא אמרינן חוזר וניעור שיהיה אסור מה"ת גבי דם רק מדרבנן אף שניתוסף כנ"ל. וכן אם אין במים מראה אודם אף שיש כדי ליתן טעם אף דטעם כעיקר דאורייתא בכל איסורין מ"מ גבי דם כנ"ל לא אסור מה"ת כיון שאינו ראוי לכפרה שכנגדו הוי כדם שבשלו כנ"ל שמחמת השינוי שאינו ראוי אינו עובר עליו כנ"ל. ולא מצינו זה בפוסקים ודוחק גדול לחלק בין שהשינוי בגוף הדם כבישול וקרוש כו' ובין שהשנוי שאינו ראוי לכפרה אינו מחמת עצמו רק ע"י התערובות מים ודוחק כיון דלשון הגמ' שוה בשתיהן שקורא נדחה כנ"ל ע"ש. והנה גוף הדבר תמוה ניהו דלענין כפרה שייך כיון שבשלו או מלחו או קרש נשתנה ואינו ראוי אבל לענין איסור כיון שהוא ראוי לכפרה ונאסר במה פקע איסורו ע"י שנעשה אינו ראוי והא בש"ס ע"ז כ"ט ע"ב אמר שנינו יין מבושל של נכרים כו' ופריך פשיטא משום דאיבשל פקע ליה איסור כו' ואף דמבושל אין בו משום יין נסך משום שאינו ראוי לנסך ע"ג מזבח מ"מ כיון שכבר נאסר כשהיה ראוי פשיטא ליה לש"ס דלא פקע איסוריה ע"י שנתבשל ע"ש והוא ממש כמו בדם ולמה יהיה פקע איסוריה ע"י בישול שנעשה אינו ראוי לזריקה כיון שהיה ראוי ונאסר ואטו אם נפסל הדם ביוצא ולן או לא נתקבל בכל וכה"ג לא יתחייב:

אך הא עכ"פ זה מפורש בגמ' לענין חיוב גדם שקרש דהיה פטור כשאינו ראוי לזריקה אף דהיה ראוי קודם שנקרש והיה איסור כרת מ"מ פקע איסור כרת כשנשתנה שאינו ראוי וע"כ דיש איזה לימוד לגמ' ע"ז או דמשמע להו דהך כי כו' בנפש יכפר דהאיסור

רק כל שראוי עדיין לכפרה כנ"ל. וממילא גם על שאר דם וי"ל דדוקא אם שכנגדו בדם הנפש ראוי לכפרה בלא שינוי כנ"ל. ולשון סמ"ג ג"כ כנ"ל כי הדם כו' לא חייבה התורה כו' הגם דבגמ' לא אמר זה הלשון רק למעט דם התמצית וכה"ג שמתחלתו אינו ראוי לכפרה דלא חל כלל איסור כרת עליו מ"מ משמע לגמ' דגם על דם הנפש קאי רק כל שראוי כנ"ל. גם נראה די"ל לתוס' אין הטעם כלל בבשלו באור משום שאינו ראוי לזריקה ואדרבא ק' הגמ' להיפוך והא כיון דמלחו נפיק ליה מתורת דם כשבשלו או מלחו ואין שם דם עליו להיות בלאו א"כ פשוט דכ"ש שאינו ראוי לזריקה. והיה אפשר דהטעם כדאמר ברכות ל"ח שלקות כו' בפה"א ור"י אמר שהכל כו' דדברים שנשתנו ע"י בישול לגריעותא לאו במלתייהו קיימי לכל הדברים ומייתי ממצה ומרור במבושל כו' ומר"י דזית מליח פי' תוס' משום דמליח כרותח ע"ש דסברי דדברים שדרכן לאכלן חיין וע"י בישול שינו לגריעותא אף שעדיין ראוי לאכילה ואם היה מתקלקל קצת בלא בישול ודאי דבמלתייהו קאי מ"מ כיון שע"י שינוי הבישול נתקלקל לאו במלתי' קאי. ורא"ה בב"ה בית ג' שער כ' דהדם נפגם במלח דלאו אורחי' כו' דדם שמלחו א"ע ע"ש וכן תוס' כ' שהמלח שורף הדם כו' וא"כ י"ל דמה"ט לאו במלתי' קאי ונפיק לי' מתורת דם ע"י השינוי לגריעותא שע"י בישול ומליחה כנ"ל. וי"ל דתוס' לטעמייהו שפי' שם בתומי וכרתי דלאו במלתייהו כנ"ל ולכן סברי גם כאן דדם שמלחו ובשלו אינו עובר עליו כנ"ל. ורי"ף ורמב"ם פ' שם אף בשינוי לגריעותא בבישול במלתייהו קיימי ע"ש ולכך סוברים גם כאן דאינו עובר עליו. גם אפשר דלגמרי מלח ובשול פוגם הדם עד שאינו ראוי לאכילה כלל. אך לא משמע כן מהפוסקים רק שנתקלקל כנ"ל:

והנה פסחים כ"ד באוכל חלב חי דפטור שהוא שלא כדרך אכילתו ובעי לסייע ממשקין ודחי דזיעה כו' בשלמא א"א פירי גופי' כו' ופירש"י דאי אכיל שלא כדרכו כגון שבישל אגוזין ואכלן וממילא משמע דלדידן דחלב חי פטור גם מה שטוב יותר חי ממבושל פטור במבושל דהוי שלא כדרך אכילה כנ"ל. ואף דלכאורה יש לחלק בין חי דראוי עדיין לבשל ואוכלו חי א"כ הוא שלא כדרך אכילתו וכה"ג בכל מה שעדיין אפשר כדרך אכילה. משא"כ בבשלו דא"א לאכלו חי א"כ עכשיו דרך אכילתו כמו שהוא דעדיין אוכל אדם הוא אף שטוב יותר. וחשיב שאוכל כדרך אכילתו. אך מרש"י ז"ל מוכח שגם זה חשיב שלא כדרך אכילתו מדכתב בישל אגוזים כו'. ואין סברא לחלק בין בישל בעצמו כדי לאכלן ובין שהוא מבושל. וכן משמעות הגמ' שם דמה"ט שאר משקין חוץ זתים וענבים אין כמותן לחייב דחשיב שלא כדרך אכילתו ואף שכבר הן משקין ועכשיו דרך אכילתו

כך מ"מ חשיב שלא כדרך אכילתו שדרך לאכול הפרי לא למשקין. דדחוי דזיעה רק דלא לסייע לר"י:

אמנם כבר הרבו לתמוה מסוגיא דחולין דף ק"כ ע"ש בח"צ סי' כ' ופי' בפסק חדש סובר כלח"מ רק לענין להתיר לגמרי מדרבנן כ' בסוף שאף הראבי' כו' אלא שלא כד"ה לגמרי בחלב חי משא"כ משקין היוצאין מפירות כמו זר נחשב בעיני לומר דאיכא מאן דשרי לכתחלה ע"ש. אבל לענין דאורייתא מסכים ע"ש:

ובאמת תמוה דא"כ למה אמר בש"ס ע"ז ס"ח בכורות כ"ג בנבילה דוקא סרוחה שאינו אוכל אדם אמרינן שאינו ראוי לגר אינו קרוי נבלה הא גם סרוחה קצת יחשב שלא כדרך אכילה דפטור דדרך לאכלו קודם שנסרח וע"כ כנ"ל דעכשיו דרך אכילתו כן וניהו דלענין טומאה שפיר איצטריך דמ"מ לא פקע שם נבלה מיניה כל שלא נפסל מאוכל אדם אף שיחשב שלא כדרך אכילה אך הש"ס מיתי לה גם לענין איסור. אך י"ל דלענין טעם מייתי שפיר דאם עדיין שם נבלה עליה רק משום שלא כד"ה הוא דפטור עכ"פ אסור מדרבנן. משא"כ דלא מיקרי נבלה מותר נותן טעם לפגם גם מדרבנן ע"ש וקרא צריך לטומאה דפקע:

והנה הרמב"ם ז"ל פ' י"ד מה' מאכלות אסורות ה' י"א המחה החלב כו' חי כו' או שעירב דברים מרים כגון ראש כו' יין נסך או נבלה ואכלן כשהן מרים או שאכל אכול איסור אחר שהסריח ובטל מאוכל אדם פטור ע"ש וגבי חי לא כתב שבטל כו' וכן כשהן מרים רק בהסריח כו' משמע דס"ל חילוק הנ"ל דבחי דאפשר לבשלו או עירב דבר מה ואפשר להסירו והוא אוכלן מרים חשיב שלא כדרך אכילתו אף שעדיין אוכל אדם משא"כ הבאיש כו' אם עדיין אוכל אדם אין בו עכשיו דרך אכילה יותר וכיון שעדיין עוכל חייב. וצ"ל דדחוי דאביי דמשקין זיעה היינו דדחי גוף הדין דפירי גופיה כה"ג שאין בו אכילה חשובה יותר לא חשיב שלא כדרך אכילתו כנ"ל והפ"י בפ' חדש הנ"ל האריך בהנ"ל ג"כ א"כ כ"ש במשקין ע"ש היטב ולענ"ד די"ל דאי לא אתרבי משקין כמותן רק מצד שהמחה החלב וגמעו שפיר היה חשוב שלא כדרך אכילתו דלגבי שיהיה נקרא אוכל חלב שהיה יכול לאכלו בלא המחה והמחהו כמ"ש תוס' דבמידי דאכילה אין שתיה בכלל אכילה. אבל כיון דמרבי נפש כו' השותה ולענין השתיה משנעשו משקין אין דרך אכילתו רק לשתות ולגמעו והוי דרך כו' ככל איסור שלא היה טוב מעולם ומ"מ אוכל הוא דחשיב דרך אכילתו כמו שהוא משא"כ בהני דלא אתרבי משקין כמותן ואין לחייבו מצד השתי' רק על האכילה בדרך שתיה חשיב שלא כדרך אכילתו. ולכך ממילא גם בהני דלא אתרבי מ"מ איסור תורה יש אף שבמקומות כ' תוס' דשלא כדרך אכילתו דרבנן מ"מ הא קי"ל

דיוצא מטמא אסור ע"ש בכורות דף ו' חלב בהמה טמאה וכה"ג ומדמי לה בש"ס להא דטמאים כו' צירן ורוטבן כו' והיינו הך דמייתי גם גבי משקין אי כמותן ע"ש ורמב"ם ז"ל פ"ו ממ"א דיוצא מטמא אסור מה"ת ואין לוקין ע"ש ומה"ט במור סבר הרא"ש ברכות פ' כיצד מברכין דלא כר"י ע"ש סי' ל"ה דאף דנשתנה ואינו אותו דבר מ"מ אסור מה"ת היוצא מאיסור. וא"כ בשלמא בשלא כדרך אכילה שחי או עירב מר כו' לתוס' דרבנן דלא שייך ביה איסור יוצא מטמא כו' דמ"מ אוכלו שלא כדרך אכילתו דאסור יוצא ג"כ מה"ת רק כדרך אכילתו. אבל במה שדרך לאכלו חי לבשלו או נעשו משקין ניהו דפקע דרך אכילתו וא"א עוד לאכלו כדרך אכילתו מ"מ עכ"פ איסור יוצא מטמא אית ביה ולענין איסור זה הוי דרך אכילתו שזה כשנשתנה ונעשה משקין ודרך בכך ושפיר אסור מה"ת אף שאין לוקין. ודוקא כשנפסל מאוכל אדם כנ"ל. ואין להאריך כאן בזה:

עכ"פ י"ל בדם שבשלו דניהו דנפיק מתורת דם מ"מ איסור יוצא מטמא שייך ביה דעכ"פ מה"ת אסור אלא שאינו עובר בלאו כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ג מהלכות מאכלות אסורות ה"ל דהוי כחצי שיעור ע"ש וזה הן לטעם דמחמת השינוי יוצא מתורת דם והן לטעם דחשיב שלא כדרך אכילתו מ"מ לא משמע שיהיה נפגם עד שלא יהיה ראוי למאכל אדם. רק שלא כדרך אכילתו. ומ"מ אסור יוצא כמו חלב טמאה יש בו כנ"ל. דלענין זה הוי כדרך אכילתו כנ"ל. ומיושב שפיר הא דאמר שם דחלב חדוש דדם נעכר ונעשה חלב ע"ש בבכורות מ' והא עכ"פ לא עדיף מדם שבשלו דהא אינו ראוי לכפרה עכ"פ כשנעשה חלב כנ"ל ולמ"ש א"ש דלענין אסור יוצא מטמא דלענין זה מיירי שם שפיר גם בבשלו כן דאף שנשתנה מ"מ איסור הנ"ל יש בו והתירה תורה ושפיר דדרך אכילתו דגם חלב טמאה לא יהיה איסור יוצא כו' כנ"ל. וא"כ להנ"ל דאסור מה"ת מטעם יוצא מאיסור עכ"פ י"ל דדוקא דם גמור שבשלו או מלחו דהיה אסור ולכך אחר השינוי אסור מה"ת כנ"ל אבל דם אברים שפירש ע"י בישול או מליחה דבזה קודם הבשול או המליחה לא היה אסור כלל ותחלתו פירש ע"י בישול כו' אינו יוצא מאיסור כלל וי"ל שפיר דמותר מה"ת. וכן לטעם אי נפגם לגמרי יש חלוק ג"כ להפוסקים דדוקא נפסל מאכילת כלב משא"כ סרוחה מעיקרא לכ"ע מותר מה"ת ושייך ג"כ חילוק הנ"ל דכשפירש ע"י בשול ומליח לא חל עליה שם אסור כלל משא"כ בדם ממש שבשלו:

והי' מיושב מה דאמר גבי כבדא עלוי בשרא דם דאורייתא ע"ש חולין דף קי"א. וכן הא דמחמירין בדם בעין שנפל על הצלי או מליחה יותר מדם פליטה דאין טעם לחלק רק שכ' הרא"ש דלא מצינו בדם בעין דשרק ע"ש פ' כ"ה סי' מ"א ובת"ח מביא:

סימן ח

ב"ה יום ג' ער"ח שבט תרכ"ו לפ"ק גור.

לכבוד אהובי יד"נ הרב הגאון המפורסם נ"י פ"ה ע"ה בוצינא קדישא תפארת ישראל, מוהר"ר חיים נ"י אב"ד דק"ק צאנז

אחד"ש שלומו הטוב. יקרת מכתבו הגיעני יום ה' העבר איני יודע למה נתעכב כל כך. אודות התרנגולים החדשים. מתחלה כשנראו במדינתינו היה ג"כ קשה עלי מאוד ששמעתי שאוכלין באיזה מקומות. גם הב"ד אסרו בווארשא. ואח"כ התיר הרב שהעיד שו"ב א' שחיבר ספר על שו"ב ונסע לא"י. שראה במדינה אחת שאוכלין אותם כמו אלו שרואה פה. ורציתי לחקור עוד. והעידו לי שבבית הרב הגאון אבד"ק טשעכנאווי אוכלים וגם הוא בעצמו אוכל ומפורסם לגדול וצדיק. ולא רציתי לחקור יותר. והעידו לי בני הרב הנ"ל שכשכתבו לו מלובלין ושאר עיירות. השיב שסומך על זקן אחד שהעיד שאוכלין במדינה אחת ונסע איש הנ"ל לא"י. ולדעתי שהוא זה שהעיד בווארשא:

והנה עתה ראיתי מכתב קדשו שגם לפני רומ"כ העידו דיינים ובעלי הוראה שאוכלין בא"י אותן על פי מסורת ישנה. א"כ ע"פ דין א"י טעם האוסרין דמשמעות הפוסקים ורש"ל וש"ך סימן פ"ב דבכה"ג שלא היה נמצאים עופות אלו במדינה וכשבאו יכולין לסמוך על מסורת מדינה האוכלין דמעולם לא נמנעו וכמ"ש רו"מ שיחי' אולם להרעיש על האוסרין א"י כי בענין המסורת קצרו הרבה. דף ס"ב פירש רש"י עוף שמסרו לנו אבותינו בטהור. וכן לשון הש"ס עוף טהור מסר לי ודף ס"ג ע"ב פי' רש"י במסורת אם זכור הוא באדם כשר שאכלו או שמסר לו רבו צייד חכם שהוא טהור. וברש"י שברי"ף והר"ן כתב או צייד חכם. וי"ל דפי' לס"ד אבל הרא"ש וטור וש"ע הזכירו רק שמסר לו שהוא טהור נראה שמפרש דברי רמב"ם שפשט היתירו היינו שהוא דבר פשוט באותו מקום שזה עוף טהור ולא הזכירו שיהיה די שראה אדם כשר אוכלו:

והנה מהרי"ל בתשובה כתב או מדינה או עיר שהוא מנהג פשוט שם לאוכלו או שמקובל מפי אדם גדול דכדאי לסמוך על עדותו דודאי דייק שפיר כו' וחזי מאן דאסהיד עלה אבל אינש דעלמא כו' לא סמכינן דלמא לא דייק שפיר. ואכה"ג קאמר תלמודא והוא שיהיה בקי בהן ובשמותיהן וזה אינו נמצא האידנא כלל. וכתב דבריו על עוף נכרי שאין מכירין אותו וכעין נידן דידן:

וש"ך ס"ק א' העתיק אחר שהביא הש"ס רבו צייד כו' דעת רש"ל שכתב וה"ה אם ת"ח מעיד על עוף שמקובל הוא שטהור נאמן ובפרט האידנא שאין לנו צייד אלא מסורת ע"ש. וא"י איך יפרש הש"ס נאמן כו' דבעי רבו ציד או רבו חכם ופשוט דלא מהני רבו

חכם מדאמר בקי בהן ובשמותיהן כו'. ופירש"י אינהו מי ידע בהו כלום מכירין שלא יהא א' דומה לזה והוא טמא ע"ש. דמשמע דהגם שכעין אותו שמראה בלי שינוי ומקובל שטהור עכ"ז חיישינן שמא טמא דומה לזה. ואין ראיה כלל ממה שהתיר זה אם אינו צייד שבקי בהן שהוא מין עצמו שאין בנמצא דומה לו. וברש"ל סי' קט"ו מוסיף בהן לא בקי ולא יכול להתירן מלבו אבל מ"מ אם מעיד ת"ח שמקובל כו'. נראה שרוצה לפרש רבו חכם להתיר מלבו. והוא תמוה עכ"ז שמעיד שהתירו רבו חכם למה לא יהיה נאמן. ואי משום שאין חכם יכול להתיר היה לש"ס לומר אין חכם יכול להתיר מלבו. וכי חשוד החכם לשקר. ואם הצייד ראה שאכל חכם למה לא יהיה נאמן מסתמא מקובל. ואין לע"ד פי' אחר רק דלא מהני אף שדומה למין זה שמא מ"מ טמאים ואין כמו זה שאכל או שהתירו. וכן נראין דברי מהרי"ל בתשובה הנ"ל שפירש הש"ס כן ולכך סיים ואין נמצא כלל שלא נסמוך. מ"מ נראה דמהרי"ל לא קאי על מדינה ועיר שהתחיל. גם נראה לענ"ד שהראשונים הרי"ף והרא"ש וטור לא פירשו כרש"ל. שלא יהיה צייד נאמן שהתיר חכם. דלא הזכירו זה כלל. רק דנאמן שרבו צייד התיר לו. וע"כ מפרשים להיפוך דבעי אי דוקא חכם או סגי בצייד. ופשט מדר"י בקי בהן כו' ע"כ מפרש רבו צייד דחכם מנא ידע להו. אבל חכם פשוט דמהני דמסתמא דייק או מקובל שטהור. אבל רש"ל וש"ך ז"ל שהביא ס"ק א' דהתיר לו חכם לא מהני וע"כ יפרש אינהו מנא ידע דלא מהני דלמא דומה לזה טמא. א"כ איך סיים מעיד שמקובל מהני. ואפשר מפרש שאין הצייד נאמן שהתיר חכם כיון שאין זה מאומנתו רק על רבו צייד. אבל כשת"ח מעיד כו' או עדים כשרים שהתיר חכם ודאי מהני דמסתמא מקובל. והיינו דסיים כ"ש האידנא שאין לנו צייד אלא מסורת. והא על פי' דמסורת קאי דווקא צייד. וע"כ ראייתו דחזינן שאוכלין עופות על סמך מסורת מאבותינו. אך מאי ראיה זה שלא נולד ספק מעולם. משא"כ בספיקות. וי"ל דס"ל הא דא"נ צייד בשם חכם הוא משום דאיכא לברורי יותר ע"י צייד בקי וחכם ועתה שלא נמצא נאמן:

מה שהעידו שבא"י אוכלין ע"פ מסורת ישנה. וכתב רומ"כ שהי' שם גדולים מימות הב"י עד עתה. עכ"ז א"י אם הי' אלו התרנגולים אז אולי הובאו כמו לכאן. גם אין לחשוב מדינה שכל עיר שם לעצמה מובדלת אין דרך כלל מזו לזו רק מדבר. ורק ד' או ה' מקומות שיושבים אחב"י:

גם שכפי הנראה לענ"ד ומסתימת בעלי הש"ע והש"ך בסוף שהביא דעת מהרי"ל הנ"ל שאין דעתם כלל שיסמכו שאר מקומות על מקומות שנהגו לאכול אם לא שיהיה המסורת ברור מאוד שראו הרבה גדולים שאכלו או אמרו בפירוש שיודעין או מקובלין

שהוא טהור ומ"מ אותן מקומות שנוהגין לאכול א"צ לחקור איך נעשה המנהג. כמו נהגו כר"א כו' וכדומה. וכדאמר בש"ס הלכה מנהג נהגו כו' א"כ אין ראי' מהגדולים שבאו מחוצה לארץ לשם. שהניחו אותם כמנהגם אבל אין ראיה שהיה להם איזה קבלה או ידיעה:

ועירות יודעין אנו שיש קלות הרבה. וגם ממדינה שהעיד השו"ב הנ"ל סמוך לטורקיי. מי יודע מה טיבו של המדינה אולם ע"ז בוודאי יש לסמוך על כבוד קדושתו שמסתמא שאל איזה מסורת ישנה. וגם על הרב מטשעכנאווי שאוכל אותם:

עכ"פ מדינא נראה שמותר שהרשב"א בת"ה ושאר פוסקים לא הזכירו רק מקום שאין אוכלין אם יסכימו לשנות לאכול אבל לא מקום שלא הי' המין וכשבאו בא עמה מסורת של מקומות שאוכלין משמע דלכ"ע מותר. אבל מסתימת הפוסקים וש"ך ז"ל שהביא בסוף דבריו תשובות מהרי"ל כתב ועיין כו' משמע שצריך מסורת ברורה עכ"פ שהרבה ת"ח אוכלין או מקובלין שזה עוף טהור:

ועכ"פ מה שכתב רו"מ שיש מינים שאין דומין לאותם שהעידו עליהם פשוט שאסורין כדברי רו"מ אף שיש להם ג' סימנין ומי זה בדורותינו שיחלוק על רמ"א שכתב ואין לשנות ורש"י ורא"ש וטור דבעי מסורת דוקא. ואפשר שגם אותן אסורין משום אותן שאינן דומין כמ"ש רשב"א על מקומות שנמנעים לאכול. הגם שיש לדחות דאין משנים המנהג משום טעם הנ"ל אבל לא לאסור מחדש מ"מ אינו מוכרח. בפרט בשם תרנגולים דמפורש בש"ס ופוסקים יש בהן שהן אסורים עמוני כו' ע"ש חולין ס"ב ע"ב:

הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

סימן ט

הנה הא דאיסורא ברובא בטל מה"ת פירש"י פרק גיד הנשה ורשב"א ורא"ש ז"ל דילפינן מאחרי רבים להטות ע"ש. ויש לתמוה איך נוכל ללמוד מזה דודאי איסור יהיה ניתר. הא כל רוב כט' חנויות וכה"ג שאנו מסופקין מכריע הרוב דע"ז יש סברא דמסתמא פירש מהרוב יותר מהמיעוט דכשר הוא ואין כאן איסור וכחזקה וקורבה וס"ס וכה"ג. וסברא זו ילפינן מאחרי רבים להטות דמכריע שאמת כהרוב דיעות. ובפ"מ ראיתי אח"כ בפתיחה כ' ויש לעיין כו' ולא תי' כלום ע"ש:

והנה אי נימא דלא כהר"ן חולין צ"ה רק דגם בלא ביטול לא חשיב קבוע כשאינו ניכר מה"ת דקבוע חידוש הוא ודוקא בניכר וא"כ מה"ת אף דחד בחד לכ"ע אסור מה"ת דאיקבע איסורא וגם להרמב"ם ספק כזה מה"ת לחומרא. מ"מ חד בתרי מותרת כל ח' מטעם כל דפריש מרובא פריש והוי ככל רוב דעלמא בט' חנויות ונמצא כו' כיון דאין

האיסור ניכר ולא חשיב קבוע. וא"כ אפשר דמותרים כל החתיכות כמ"ש תוס' פ"ק דחולין דף ט' וריש נדה לענין ספק טומאה ברשות הרבים דב' שבילין שהוא דבר שא"א להיות לא ילפינן מסוטה לטהר שניהם. אבל מטעם חזקה שפיר מטהרין שניהם אף דסתרי הדדי מ"מ כל חד מוקמינן אחזקה ולא אכפת לן בדחברי' ואף באו לשאול בבת אחת כ' תוס' פ"ק דפסחים דף י' דמדרבנן הוא דטמאין ומה"ת גם בבת אחת שניהם טהורין ע"ש וא"כ גם בהיתר מטעם רוב כיון דכל א' מותרת דמרובא הוא דכשר שוב כולם מותרין דעל כל א' איכא רוב דמהיתר הוא. אף דסתרי. ואחת ודאי איסורא הוי כב' שבילין בב"א דמה"ת פוסקין דשניהם טהורין כנ"ל. דרוב כחזקה כנ"ל. ואף דבהלך בשניהם זה אחר זה הוי ודאי טמא היינו דהא עכשיו ידוע שטמא. משא"כ באכילה שאוכל זה אחר זה וראשונה מותר לסמוך על הרוב דאין איסור ושוב גם השני' מותר לסמוך על הרוב דהיתר ואף דא"כ כבר אכל איסור מה בכך מ"מ זו החתיכה מותרת ג"כ ומה דהוי הוי ואם ראשונה הי' האסורה אין תוספת איסור במה שאוכל השניה אך א"א לומר כן דהא חזינן כריתות פ' דם שחוט' ס' אכל בב"ח אכל ראשונה ואח"כ השניה חייב חטאת. וכן בשבועות ל"ה עשה מלאכה בשני בין השמשות. והכה את זה וחזר והכה זה חייב מיתה למ"ד התראת ספק שמה התראה ואף להרמב"ם דס"ד מה"ת לקולא וא"כ מותר מה"ת בה"ש ראשון וכן הכה זה כו' ומ"מ לא הותר רק הספק לא לעשות ב' דברים שיהיה ודאי איסור ממ"נ אף שהם בזה אחר זה לא בב"א וחייב אפילו מיתה. וכן בחד בתרי מיד אסור לאכול כולן כיון שיהיה ודאי איסור ממ"נ אף דכל אחד בפני עצמו מותר מטעם רוב כנ"ל:

שוב ראיתי דאין הכרח מכל הנ"ל דבין השמשות חשיב הרמב"ם ז"ל איקבע איסורא דשבת וחול לפניו וא"י כו' ע"ש פ"ה מהל' שבת ה"ד ובמגיד משנה שם וכן הכה את זה כו' דס' בן ט' כו' עכ"פ א' אסור. ושפיר כיון דספק זה אסור מה"ת ובאשם קאי ממילא בעושה שניהם חייב חטאת. דמה שלא היה עלי' עונש ודאי רק מפני שלא היה ודאי אבל בשיש ודאי חייב. וכן למ"ד התראת ספק שמה התראה לענין מיתה. וכשאוכל חצי שיעור דאף שעדיין אין חיוב מ"מ כשאוכל עוד חתיכה שני כדי אכילת פרס נגמר חיובו כיון דשם האיסור על כולו. וכן גבי ב' חתיכות כריתות כ"ג במשנה הוא לר"י דלא בעי חתיכה מב' חתיכות ושפיר ספק הראשון מה"ת אסור וגם הב' ממילא חייב כנ"ל. ולכך בברייתא שם י"ח ע"א למאן דפטר בא א' ואכל ראשונה. והזכיר שם אכל ראשונה במזיד ושניה שוגג חייב היינו אשם תלוי על הראשונה ולהיפוך פטור. ואח"כ תני שניהם במזיד פטור שניהם בשוגג ע"ש ולא הזכיר שניהם בשוגג דחייב חטאת ע"ש.

ולמ"ש א"ש דלמ"ד דלא חשיב איקבע כשנאכל ראשונה פטור אף שניהם בשוגג רק א"ת חייב הראשונה דעל השניה אינו שב מידיעתו דמותרת מה"ת ואף דמדרבנן אסור לא חשיב שב כדאמר יומא בחצי שיעור ע"ש וא"כ אף שעדיין ספק שמא שניה חלב ומ"מ פטור דהיתה מותרת מה"ת והרמב"ם ז"ל דפסק פרק ה' מהלכות שגגות דאכל שתיהן בשוגג חייב חטאת. לטעמיה דסובר דגם בא נכרי ואכל ראשונה חייב א"ת על השניה כיון שהיה איקבע וא"כ שניה מה"ת אסורה ויש חיוב חטאת ממ"נ משא"כ למ"ד איתחזק דוקא:

ואף למ"ד הנ"ל ובלא איקבע מ"מ לא התירה תורה הספק שיהיה חשיב אונס אם יש איסור רק כל שאינו ודאי אין הלאו אבל אונס לא הוי ומה"ט בהזה מחלון של יחיד ונכנס חייב פ' י"ב דפרה. ובסמוך לוסתה חייב קרבן אף אי וסתות דרבנן. משא"כ בהך דאיכא רוב ואמרה תורה לסמוך ארוב דמותר דבזה אף שנודע שהיה אסור פטור דאנוס הוא וכמו שלא בשעת וסת דפטור. וכן נמצא טריפה בסתר כיון דא"צ לחוש מטעם רוב שפיר י"ל דמותר מה"ת לאכול כולן זה אחר זה דאין תוספת איסור בחתיכה ב' כשתולין דכשרה הוא אף דא"כ כבר אכל איסור מ"מ אנוס הוי ומ"מ עכשיו מותרת זאת החתיכה ג"כ כנ"ל. דהא פ"ה דטהרות משנה ד' עשה טהרות ונאכלו טבל כו' טהורות כו' דמשמע דאין חילוק בנאכלו אף שהוא עצמו אכלן רשאי אח"כ לאכול גם השניה רק בקיימת הראשונות בזה וזה תלויות היינו דהוי כבאו לשאול בבת אחת כמ"ש הר"ש שם ע"ש וזה מדרבנן לתוס' הנ"ל:

אך בהא דכריתות י"ח ע"ב ושבועות י"ט בהלך בא' ונכנס למקדש והזה וטבל והלך בב' ונכנס דחייב כו' ופי' תוס' דבר"ה מיירי ע"ש ולמה יהיה חייב הא מה"ת מותר לכנוס למקדש בין בראשונה בין בשניה מטעם חזקה ככל ספק טומאה ברשות הרבים דאף דסותר מוקמינן אחזקה כנ"ל ואף די"ל בשניה ליכא חזקת טהרה דא"כ נטמא בראשונה ויצא מחזקתו אז ואדרבא חזקה שלא נטמא אז רק עתה. רק חזקה שלא נתבררא מיקרי כיון שהיה טהור אז בספק רק עתה נודע כו' אבל גם חזקת טהרה לא חשיב ויש לדחות כיון דהזה וטבל חשיב חזקת טהרה שהיה מוחזק לנו כנ"ל. ועוד גם בלא חזקת טהרה ספק טומאה בר"ה טהור מגזירת הכתוב כמ"ש תוס' חולין וריש נדה היכא שאפשר א"כ בראשונה שבא לשאול רק על עצמו היה טהור גמור. וכן עתה. ובל"ז הקשה המשנה למלך פ' י"א מה' שגגות מחלון של רבים והניח בצ"ע ע"ש וצ"ל דלענין גברא דאפשר להזות ולטבול לא חשיב אונס וכחלון יחיד דמי אף שהתירה תורה הספק כנ"ל. וגם די"ל דלענין החיוב קרבן בנכנס למקדש כיון דהתירה תורה רק הספק ומותר לכנוס גם

בשניה כשטבל והזה מ"מ יש כאן ודאי חיוב קרבן עלי' וככל הספיקות דאף שמותר מ"מ כשנודע חייב קרבן היכא דלא אנוס. וכשחזר ונכנס נודע שחייב קרבן עכ"פ. ומ"מ לענין איסור י"ל דאין איסור מה"ת גם בכניסה שניה דספק טומאה בר"ה טהור ואמרינן לענין הכניסה דעכשיו טהור וכבר מחויב קרבן על כניסה הראשונה רק שלא נודע ואין איסור עלי' בכניסה שניה מה שיהיה נודע עי"ז שודאי עבר כיון דמצד עצמו אינו איסור כנ"ל. וכן בחד בתרי כנ"ל ביבש דמותרת כל א' מטעם רוב בזה אחר זה כנ"ל. רק מדרבנן אסור כבאו לשאול בבת אחת כנ"ל דודאי א' שלא כדין משא"כ מדאורייתא י"ל דמותר כנ"ל. וא"כ להנ"ל בבת אחת לאכול שלשתן אסור מה"ת דודאי איסור לא הותר מעולם. אך א"כ בלח בלח אף במינו ובא"מ בלאו טעם כעיקר ראוי להיות אסור מה"ת כיון שמעורב ונכלל האיסור בכולו. ובכל מה שאוכל מההיתר יש בו ודאי משהו איסור שאסור מה"ת ומה יהיה מותר כיון דלא שייך מרובא פריש דקי"ל יש בילה:

וכן אפילו יבש ביבש להר"ן ז"ל פרק גיד הנשה שכ' דהא דקבוע שאינו ניכר לא חשיב קבוע הוא מטעם דכיון דבטל ברוב אין כאן איסור ולא חשיב קבוע ע"ש. וא"כ אי נימא כנ"ל הא אדרבא כיון שהדין דקבוע כמחצה על מחצה לא יבטל ברוב מה"ט כיון שאינו נהפך להיתר שוב לא שייך להתיר מטעם כל א' מרובא פריש דהוי קבוע כנ"ל. וכבע"ח וכל הני דלא בטלי ועוד דהרא"ש ז"ל מתיר גם לאוכלן כולן בבת אחת. ותוס' בכורות כ"ג כתב גם כן דמסתברא דמה"ת מותר והא דבטומאת משא כמאן דאיתא דמי רק מדרבנן ע"ש. וכן רוב הפוסקים שכתבו דנהפך האיסור להיות היתר וקשה מנ"ל כמ"ש לעיל:

והנה נראה למה שהקשה המרדכי דקי"ל קבוע כמחצה על מחצה והא סנהדרין דילפינן רובא מינייהו קבוע מיעוט כהרוב ולשון של התי' אינו מובן ע"ש:

ונראה לענ"ד דהא רובא ככולו יליף הש"ס מלימוד אחר לא מאחרי רבים כו' דיליף כל רוב ע"ש בנזיר מ"ב ב' שערות כו' אמר ר"א כו' זאת אומרת רובו ככולו מדאורייתא מדגלי כו' בנזיר יגלחנו כו' הכא עד דאיכא כולה הא בעלמא רובו ככולו ע"ש והיינו דזה א"א ללמוד מאחרי רבים להטות דהא המועט קבוע כמו הרוב ואין כאן ספק רק שיהיה חשיב בגילוח הרוב ככולו. ומעין זה הוא בשחיטה דרובו כמוהו כו' ופרוץ כעומד. ובסוכה חמתה מרובה כו' כפירש"י ריש סוכה וכשר מרובה על הפסול כו' ובמשנה כלים רובו מתכות כו' ותנור יותץ ברובו והרבה כה"ג. והיינו שנדון על הדבר כולו אם נקרא הסימן שחוט או קיים אמרינן רובו ככולו שנקרא שחוט. וכן פסיקת קנה וטריפות שנקרא הסימן נפסק ובכל הני כיון דכולו דבר אחד וצריך להקרא או על שם הרוב או על שם המועט חשיב ככולו ע"י הרוב אף שהמיעוט קבוע. וזה אינו ענין לספק. ובט' חניות

בנמצא וקטן וקטנה ושאר רוב א"א ללמוד מקרא הנ"ל דיגלחנו כו' דא"א לומר דבטל המיעוט כאילו אינו נמצא דהם דברים נפרדים שהחנויות שמוכרים נבילה הם בפ"ע וכן האיילונית והטריפות לא יתכשרן על ידי הרוב. וממילא כשדנין על א' אי מהרוב או מהמיעוט א"א ללמוד מהא דרובו ככולו. דמ"מ ע"ז שדנין יש ספק דאורייתא שאם הוא מהמיעוט טריפה. וזה ילפינן מאחרי רבים להטות דסנהדרין שהספק לכל הב"ד אם האמת כהרוב או כהמיעוט המזכין ופוסקין לחייב ואמרה תורה שהספק מוכרע ע"י הרוב שהאמת כן. כן בכל רוב אף דליתא קמן יש רוב סברות ע"ז הנמצא שכשר ומכריע הספק כנ"ל:

ובזה כשדנין על א' שהוא ספק אי מהרוב בזה אמרה תורה קבוע כמחצה על מחצה. ובסנהדרין יש ב' הדברים. דהא כשהרוב מחייבין כו' חשיב שכל הב"ד מחייבין דהא בש"ס סנהדרין דף ו' דא"צ לשלם בטעו חלק אותן שלא טעו משום דאי לאו את לא סליק דינא. ואם היה חשיב רק שהרוב יכולין לחייב הי' משלמים הכל. וע"כ דכולו חשיב שפוסקין הדין כיון דכ' אחרי רבים להטות. והיינו משום דכל הב"ד חשיב ב"ד אחד דכת' לא תעשו אגודות שיהיה פלג מורין כו'. ואו שיפסקו חייב או זכאי עכ"פ כל הב"ד צריך לפסוק הדין. ואם כן ע"כ סתרי אהדדי או שיכריע המיעוט את הרוב או הרוב המיעוט. שוב בזה רובו ככולו כמו בגילוח והסימן שיהיה נקרא כולו שחוט ונפסק. כיון שדנין על הכל ביחד חשיב מה שפוסקין כהרוב שכל הב"ד מחייב והמיעוט כמאן דליתא וכאילו פוסקין כולם כנ"ל. ומה"ט פרק קמא דהוריות קי"ל ק' שישבו להורות אף דהמיעוט חולקין רובו ככולו אף דכ' כל העדה. וכשלא ישבו כולן לא מיקרי כל ע"י הרוב ע"ש למסקנא דאיתותב ר"י. והוא מטעם דבישבו כולן דע"כ יכריעו כ"א וסתרי מכריע הרוב ורובו ככולו וחשיב כולן פסקו. משא"כ כשלא ישבו רק הרוב דאין שייך להם המיעוט א"כ פסקו רק רוב הראוין להורות ולא שייך רובו ככולו דאין דנין כלל על כולם שיהיה נקרא דבר א' כנ"ל. וזה כוונת תוס' ב"ק פרק המניח דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ סנהדרין חשיב המיעוט כמי שאינו דב"ד מפקי' מיניה ע"ש שנתחבטו בפי' דברי תוס' ע"ש. ובאמת כוונתם כנ"ל דשוב רובו ככולו דחשיב שכל הבית דין מחייבין ואין כאן מיעוט כלל כיון שכולם צריכין לפסוק וכל הב"ד כחד כנ"ל וזה אינו ענין לספק רק מטעם רובו ככולו והמיעוט אף שהוא ודאי כמאן דליתא חשיב ככל הני דכ' לעיל וממילא מה"ט לא חשיב קבוע כלל בסנהדרין דהא אם יפסקו כהרוב אין כאן מיעוט כלל אף שניכרין וכמו בסימן וסכך וכל הני אף שהמיעוט ניכר ובמקומו מ"מ כשדנין על כל הספק חשיב נפסק כולו כנ"ל וזה הוא כוונת המרדכי פ"ק דחולין בתי':

ומ"מ יליף הגמרא שפיר גם בספק דאזלינן בתר רובא מאחרי רבים להטות דאי לאו הכי למה יצטרכו הב"ד כולו לפסוק כהרוב לחייב מיתה וממון הא לכל הב"ד ביחד הספק שמא הדין עם המיעוט המזכין. ולא דמי כלל לרוב דגילוח וסימנין והנ"ל שהרוב ג"כ ודאי כהמיעוט שייך שרובו ככולו. משא"כ לענין הספק בדין אם הדין כהמיעוט זה פטור והרוב שלא כדין. וע"כ דגזירת הכתוב שבספק הולכין אחר הרוב שנאמר שהאמת כן. ושוב כשאמרה תורה אחרי רבים להטות דמסתמא האמת כן לסמוך ע"ז שוב ממילא לענין הפסק רובו ככולו וחשיב שכל הב"ד מחייבין כנ"ל ואין כאן קבוע כלל דכמאן דליתא:

וא"ל דא"כ למה ליה קרא דרובו ככולו הא מצינו למילף מאחרי רבים להטות. דאל"כ הוי קבוע. וגם אין הולכין בממון א"ר וגם דבצרי להו ממנין הב"ד. ז"א דהוי מ"ל דגזירת הכתוב שהמיעוט יבטלו דעתם מפני הרוב כיון דסתרי וכמו זקן ממרא דכתי' ע"פ הדברים כו' וג"כ לא קשה כל הנ"ל. דממילא כל הב"ד פוסקין כהרוב. רק עכשיו דילפינן רובו ככולו י"ל גם בסנהדרין כן כנ"ל ומרובו ככולו א"י ללמוד על סנהדרין דשם דבר א' משא"כ בדברים נפרדים שא' מכריע לא הוי ידעינן כלל דחשיב כל הב"ד א' וצריך אחרי רבים להטות כנ"ל. ואם כן מזה נלמד אחרי רבים להטות כנ"ל. ואם כן מזה נלמד שפיר ביבש בחד בתרי דבטל ברוב לגמרי כיון שדנין על כל התערובות ביחד. וע"כ או שיהיה הכל אסור מספק ואז המיעוט יכריע הרוב היתר שיאסור מספק. או שיהיה מותר כולו שפיר כיון דסתרי המיעוט והרוב מכריע הרוב המיעוט שיהיה מותר כולו:

ובזה מובן מה דתמה פ"מ שלא מצינו היתר שנתערב בב' ח' אסור דנימא תהפוך לאסור שילקה על ח' א' ומ"ש מאיסור שנהפוך להיתר ע"ש. ולמ"ש לא קשה מידי דדוקא בהיתר שאם לא נהפוך האיסור להיתר יכריע המיעוט את הרוב היתר להיות אסור כולו מספק לכך מכריע הרוב ונהפך כנ"ל. משא"כ היתר ברוב איסור גם אם לא נהפך מ"מ נשאר כולו אסור מספק ולא יכריע כלל הרוב איסור להיות מותר ממילא לא נהפך כלל ונשאר ההיתר היתר ואיסור אסור והכל אסור מספק שקבוע כנ"ל (מלבד דבל"ז לא קשה דהר"ן נדרים בגדולין ורמב"ן ע"ז גבי קמא קמא בטל כ' דהיתר אין דרכו להתבטל רק להוסיף עלי' וחשיב ככבר ניתוסף ע"ש) מ"מ עיקר כנ"ל. דבאיסור מועט שיכריע ההיתר שיהיה אסור כולו מספק וספק באיקבע מה"ת לחומרא א"כ יהיה על כל התערובות שם אסור מה"ת כהמיעוט וכיון שא"א לחלק ועל כל התערובות צריכין לפסוק בשוה מותר או אסור הוי כסנהדרין שא"א לחלוק וכהאי דפסחים דאין קרבן ציבור חלוק דמבטל המיעוט לגמרי שיהיה דינו כהרוב. ונהפך כנ"ל משא"כ היתר באיסור כנ"ל דגם אם

לא יבטל יהיה כל התערובות שם איסור מן התורה כהרוב. ואף דהא עכ"פ שם ודאי איסור יתבטל מהרוב ע"י המיעוט ולכאורה שייך ג"כ כנ"ל שהמיעוט יכריע שלא היה ודאי רק ספק איסור. ושוב נהפך המיעוט שיהיה הכל ודאי איסור כנ"ל שהרוב מכריע לודאי כנ"ל. דניהו שאין ההיתר מועט מכריע הרוב להיות כמוהו היתר עכ"פ יהיה הרוב מוכרע מהמיעוט שלא יהיה ודאי כמו שהיה דנראה דז"א דהא להרא"ש ופוסקים הנ"ל לא נהפך להיתר רק בנודע התערובות. ונראה דהוא מדאורייתא ואם אכל כל הג' ח' קודם שנודע חייב חטאת דודאי חלב אכל שלא נהפך להיתר. ולענין חטאת אפשר דאינו שב מידיעתו מיקרי דאלו ידע היה נהפך ומותר מה"ת וכל האיסור ע"י שלא נודע. ואינו מוכרח דמ"מ על ח' חלב האסורה היה שב מידיעתו וכיון דעתה לא נהפך להיתר חשיב שב מידיעתו. אבל עכ"פ איסור דאורייתא עביד בלא נודע. והטעם דדוקא בנודע שצריכין לדין על כולו אם מותר או אסור הרוב מכריע דיהיה מותר וכסנהדרין שצריכין לפסוק כנ"ל דמכריע. משא"כ בלא נודע שא"צ לדין על התערובות לא שייך שיכריע את המיעוט כדי שהמיעוט לא יכריע הרוב כיון דא"צ כלל לדין עליו נשאר כל אחד כמו שהוא. ולכך במאי דצריך הרמה למ"ד הרמתו מקדשתן כו' כיון דא"א להרוב להכריע להיתר כל שלא הרים ועדיין שם איסור עליו שוב לא נהפוך כלל כנ"ל:

וא"כ ברוב איסור כיון דאם לא יכריע עכ"פ נשאר אסור מן התורה דס' באיקבע מה"ת ושם איסור על כל התערובות ובין ספק לודאי אין שום נ"מ לכתחילה כיון דמה"ת אסור ורק לענין אם יעבור א' אם ילקה א"כ שוב הוי כלא נודע דא"צ לדין כלל ע"ז אי בטל או לא כיון דבין כך ובין כך אסור מה"ת וא"צ לדין רק אחר שאכל אי חייב או לא א"כ ממילא אכל רק ספק איסור מה שלא נהפך כמו אלו אכל א' בלא נודע תערובתו ברוב אסור דהיה חשיב קבוע כיון דלא נהפך כנ"ל. וממילא גם בנודע כן כיון דקודם שאכל לא נתבטל ההיתר דגם אם לא יכריע יהיה אסור הכל כנ"ל:

סימן י

ב"ה להלכות נדה.

אשה שבימי עיבורה בדקה עצמה ומצאה על העד קרטין אדומים מקצתן נלקטין מהעד ומקצתן נימוחין. ולפרקים מתחיל לכאוב לה בטיבורה בימין או בשמאל או בגבה ונגד מקום הכליות ובכל פעם אחר כאב הנ"ל מוצאת הקרטין אדומים הנ"ל. ונמשך כן עד אחר שילדה זמן רב ועדיין אינה יכולה להטהר כי כשמתחלת לספור ז' נקיים לא יעבור ב' או ג' ימים עד שבא לה כאב הנ"ל ומיד מוצאת קרטין הנ"ל ולא תוכל לספור ז' שלא יבא

כאב בנתיים ותמצא קרטין הנ"ל. ועשו לה מכחול מפשתן ובדקה עצמה כמה פעמים בו ומוצאת בכל פעם קרטין הנ"ל רק על הצדדין ולא על ראש המכחול:
ראשונה נבאר אם יש להתירה כשמוצאת קרטין הנ"ל וזה מב' פנים. א' מטעמים שכתב הט"ז סי' קצ"א. ב' מחמת בדיקת המכחול שהוא ראיה דמן הצדדים הוא ולא מן המקור כמו ברואה דם מחמת תשמיש שסומכין על בדיקה הנ"ל:
הנה מטעם א' פשוט שאין היתר. חדא דכבר דחה הח"צ סי' ע"ג דברי הט"ז וכתב שהוא איסור כרת ע"ש. ועוד גם הט"ז לא קאמר רק בכאב במקום הכליות שדרך הקרטין להולד שם ואף שנפסק הכאב תולה דלא נתרפא ע"ש משא"כ בנידן דידן. ועוד דהא הח"צ תמה איך אפשר לדון כאב כמכה הא משנה שלימה אלו הן הוסתות חוששות בפי כריסה כו' וכל הרואה בכאב הוא רואה ע"ש בח"צ. אמנם טעם הט"ז פשוט כמ"ש הרשב"א בתה"א והר"ן בחידושיו שם וב"י וש"ע סי' קפ"ז דאף דאין אשה קובעת וסת בקפיצות לחודייהו ה"מ בקפיצה וכה"ג שהאונס גורם לוסת שיבא כו' אבל אונס הבא מחמת הוסת כהנהו דמתני' בלא ימים נקבע שאין האונס גורם הוסת אדרבא הוסת גורם להם שיבואו ע"ש. ולכך בעובדא דט"ז שהיה כאב במקום הכליות שידוע שאין וסת גורם לכאב כזה גם דכמה פעמים שהיה לה הכאב ולא ראתה וע"כ דהכאב הוא מצד עצמו והוי כמכה ושוב תולין גם הקרטין בו. וזה החילוק בין הכאב דמתני' דשם יכולין לבוא מחמת הוסת ואיך נתלה הוסת בהם וזה פשוט לענ"ד. ואם כן בנידון דידן מאן לימא לן שאין כאב זה מחמת הוסת הא בכל פעם שבא הכאב מוצאת קרטין הנ"ל והוי ממש כחוששת בפי כריסה. וא"כ גם הט"ז מודה. דכאן אשה זו קבעה לה וסת בכל פעם שכואב לה כנ"ל שתראה קרטין הנ"ל שהוא דם ממש רק כיון שהוא בימי עיבור ויניקה דאין האשה קובעת וסת ולא הוי וסת קבוע אבל כשמוצאת קרטין הנ"ל היא טמאה לכ"ע כנ"ל ומטעם הב' מחמת בדיקת המכחול נסמוך שהוא מהצדדין כמו ברואה מחמת תשמיש. ג"כ אין היתר. דהא קי"ל דם הנמצא בפרוזדור חזקתו מן המקור. ואם כן לכאורה מאי ראיה מבדיקת שפופרת כשנמצא מן הצד ברמ"ת שמא רגע קודם הבדיקה ירד ממקור לפרוזדור ולכך נמצא מן הצד דהא גם בבדיקה זו הוי נמצא בפרוזדור ע"י העד וחזקתו מהמקור. אך ז"א חדא דא"כ לא גרם השפופרת ראיה כלל ושוב מותרת דנתרפאה כמו בלא נמצא דם כלל דעקרה הוסת דראיה מחמת תשמיש. ומותרת ממ"נ אם המכחול גרם ע"כ מהצדדים הוא ואי הוה מקודם א"כ נתרפא. ואף דלשון הש"ס לא נמצא על ראש המכחול בידוע שמן הצדדין. היינו דאם לא נתרפאה ע"כ מהצדדין. ולכך כללו יחד בש"ע לא נמצא כלל או נמצא מהצד. ולכאורה יש חילוק דלא נמצא כלל צריכה נקיים אח"כ כשרואה

מ"ת משא"כ על הצד. וגם בחזרה וראתה אח"כ ג' פעמים דבלא נמצא כלל שהוא מטעם נתרפא חזרה לאיסורה משא"כ במן הצד. אבל למ"ש אין חילוק דגם בנמצא מן הצד יש לחוש שהי' מקודם רק ההיתר מטעם דא"כ נתרפאה ושוב הוי כלא נמצא כלל דצריך אח"כ ז' נקיים. וגם בחזרה לראות ג' פעמים אסורה דלא הועיל ע"ז בדיקה ראשונה כנ"ל. וא"כ בנידן דידן לא מהני הבדיקה דשפיר יש לחוש דראתה קודם הבדיקה ונמצא על צד המכחול שהיה בפרוזדור דחזקתו מהמקור. ועוד דדוקא התם לאוסרה על בעלה שהוא מטעם וסתות דרבנן כמ"ש תוס' ושאר פוסקים מהני הבדיקה ולא חיישינן כנ"ל משא"כ בנידן דידן לענין נקיים:

ועוד גם אם נתיר שם בלי נקיים אח"כ בנמצא מן הצד מ"מ יש ג"כ חלוקים. חדא דהתם בחזקת טהרה עומדת. ועוד דהא אין שום ריעותא על קודם הכנסת המכחול לומר שראתה קודם ולמה נחוש לזה ומוקמינן לה בחזקת טהרה דהא כל לבעלה דיה שעתה וכאן עדיף דלא שייך הרי טמאה לפניך דהא אם לא ראתה קודם רק ברגע זו האחרון שהי' השפופרת שם א"כ ע"כ הוא מצדדין כיון שלא נמצא על ראשו ועדיין טהורה ואלימא חזקת טהרה. משא"כ בנידן דידן שהוחזקה לראות ע"י הכאב וא"כ מה יועיל הבדיקה שאחר הכאב שנמצא מהצד הא חיישינן שפיר שראתה קודם כמו עכשיו דאין הבדיקה גורמת הראיה וכנ"ל:

ועוד דכאן בחזקת טמאה היא שלא נטהרה מלידתה עדיין. ואף דמ"מ יש חזקה דהא הראיה הוי שינוי הגוף ומוקמינן אחזקה שלא ראתה קודם הבדיקה. מ"מ נראה דדמי ממש להא דקי"ל חולין י' הלכתא כוותי' דר"ה בלא שיבר בה עצמות ואף שיש לתלות בעצם המפרקת מ"מ בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ואף דהסכין בחזקת בדוק מ"מ הרי פגום לפניך ואמרינן שמא מקודם נפגם והוי תרתי במקום חדא וכן במקוה שנמדד ונמצא חסר ע"ש בתוס' בד"ה סכין שכתבו לחלק בין שיבר עצמות דיש במה לתלות שנעשה אח"כ. וכן בעצם המפרקת דבתרייתא שאינו נזהר כ"כ משא"כ במקוה שאין לתלות על אח"כ יותר מקודם אמרינן שהי' קודם ע"ש. וכן כאן בשלמא רדמ"ת ורואין שזה גורם הראיה א"כ מהני בדיקת המכחול דתולין שהכנסת המכחול גרם וכמו התם בשיבר כו' ולא קודם וודאי מן הצדדים דקודם לכן לא היה דבר הגורם משא"כ בנידן דידן דאין במה לתלות יותר שראתה עכשיו מקודם דהא הכאב היה קודם הבדיקה וי"ל שראתה קודם ואין ראיה ממה שהוא מן הצד דהא בחזקת טמאה עומדת ואף דנימא החזקה שלא ראתה עד עתה מ"מ הא הרי דם לפניך והוי תרתי במקום חדא וכמו בבהמה בחזקת איסור וכמו במקוה דלא שייכי כל התירוצים שכתבו תוס' שם ע"ש.

והא פריך הש"ס ריש נדה מ"ש ממקוה כו' אף להלל דתהיה טמאה ודאי ומשני התם תרתי לריעותא הכא חדא כו' ומבואר להדיא דאם היתה האשה בחזקת טמאה והוי תרתי לריעותא דהרי דם לפניך היתה ודאי טמאה וממילא דאף לחולין היה טמא כנ"ל. וא"כ כאן הוא כנ"ל. אך יש לחלק דשם הרי טמאה לפניך דעכשיו ודאי טמאה משא"כ כאן אם השתא הוא דחזאי א"כ הוא מהצדדין ועדיין טהורה מחמת דם זה כמ"ש לעיל. אך זה אינו מועיל כאן דאית לה חזקת טומאה מחמת הלידה ואמרינן דלא נטהרה כמו במקוה דהספק על הטהרה וכן בהנ"ל דהספק על הנקיים כנ"ל:

אך אפשר דגם כאן יש לתלות יותר על עכשיו בשעת הבדיקה מקודם דהא חזקת דמי המקור שבאין בהרגשה כמבואר ברמב"ם ז"ל בבדיקה אמרינן אימור הרגשת עד הוא. וא"כ אם נאמר שראתה קודם הבדיקה היה לו להיות בהרגשה אם היה מהמקור ותולין שעתה בשעת הבדיקה שאף אם מן המקור אינה מבחנת ושוב כיון שנמצא מהצד ע"כ מצדדין הוא ומהני הבדיקה והוי כמו שיבר עצמות ואף דאינו ודאי מ"מ כמ"ש תוס' חולין שם לענין עצם המפרקת דבתרייתא כיון דיש סברא על אח"כ יותר מקודם ע"ש:

שוב ראיתי בשו"ת נודע ביהודא יור"ד סי' מ"ג כתב ג"כ דאין בדיקה הנ"ל מועלת מטעם הנ"ל דשמא קודם לכן יצא לפרוזדור ולכך נמצא מן הצד ולא דמי לרדמ"ת דמטעם נתרפא כנ"ל וכ' דתלי' במחלוקת שמאי והלל דסבר דכותלי בית הרחם מוקמי דם ואף דלחולין מודה דוקא משום חזקת טהרה ע"ש ולענ"ד יש לדון דאף אי לא אמרינן התם כותלי בית הרחם מוקמי דם מ"מ הכא מיגרע גרע דהא כיון דדם בפרוזדור חזקתו מן המקור וספק צדדין לא מיקרי ספק כלל. וא"כ כאן בבדיקת שפופרת כשנמצא מהצד אם נאמר שלא ראתה קודם ולא העמידו כותלי בית הרחם רק עתה בשעת בדיקה א"כ ע"כ הוא מהצדדין. וא"כ כיון שחזקת דם מהמקור ממילא מורה חזקה זו דודאי לא ראתה עתה רק קודם מעט וכותלי בית הרחם העמידוהו ושפיר היה מהמקור וירד למטה וכיון דחזקה זו הוי כודאי מהמקור אמרינן לזה עצמו דאין הבדיקה מועלת כנ"ל דכותלי בית הרחם העמידוהו. ודוקא בפלוגתא דשמאי והלל דגם אם לא העמידוהו וראתה עכשיו מ"מ הוא מהמקור ולא חיישינן להעמדת כבה"ר משא"כ לענין הבדיקה בנמצא מהצדדים מחמת חזקה הנ"ל שפיר חיישינן. והיה נראה דגם ברואה דם מחמת תשמיש באמת לא סמכינן על הבדיקה לענין נקיים מטעם חזקה הנ"ל דע"ז אין שוב ראיה מכל מ"ש שם בתשובות נו"ב ע"ש. רק לאוסרה לבעלה שהוא דרבנן כנ"ל. אך י"ל דנגד חזקה הנ"ל יש חזקה דדמי המקור באין בהרגשה כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ט מה' איסורי ביאה ואם היה קודם הבדיקה היה לה להרגיש דליכא הרגשת עד ושוב יש להעמידה בחזקת טהרה. אבל עכ"פ בנידן

דידן שהיא בחזקת טמאה שוב כמ"ש לעיל דהוי כמקוה כו' ולא שייך מ"ש לעיל דהוי כשיבר בה עצמות דיש סברא שבא בשעת בדיקה דקודם לכן היתה מרגשת דז"א דנגד זה שוב איכא החזקה דחזקת דם מהמקור וודאי היה קודם הבדיקה והוי חזקה נגד חזקה ואין שוב לתלות על עכשיו יותר מקודם והוי כלא שיבר כו' דהוי תרתי לריעותא כנ"ל. ואף די"ל דדוקא דם הבא בהרגשה חזקתו מהמקור ודם הנמצא בפרוזדור הוא בהרגשת זיבת דבר לח כמ"ש הפוסקים אבל בלא הרגשה אין חזקתו מהמקור כלל ושוב אין כאן רק חזקה זו דבא עכשיו. דז"א דהא הטעם משום דרוב דמים מצוין שם ע"ש והוי רק חזקה נגד חזקה. בפרט די"ל אימר ארגשה ולאו אדעתא. או כסבורה הרגשת מ"ר הוא כדאמר בש"ס ריש נדה ואף דלא חיישינן להכי לחוד אבל עכ"פ היכא דמסייע חזקתו מהמקור שוב חיישינן כנ"ל:

אמנם בס' נודע ביהודה הנ"ל סי' מ"ו הוכיח דאף היכא דליכא חזקת טהרה לא חיישינן דכותלי בית הרחם מוקמי דם. ודחה דברי הרמב"ן ורשב"א ז"ל דהצריכו עכ"פ בדיקת הפסק טהרה בחורין וסדקין ע"ש. אולם כל ראיותיו לענ"ד אינם מוכרחין. מ"ש מיולדת דטבלה אחר ז' דתטמא למפרע שמא יצא הדם אתמול לבית החיצון וכן בהג"ה שם דאל"כ זבה שספרה ז' נקיים וטבלה ולמחרת ראתה ניחוש שיצא אתמול וסתרה ע"ש. ולענ"ד לא קשה מידי דהא ע"כ לרמב"ן ז"ל מאי מהני אף שבדקה בחורין כו' מ"מ שמא אח"כ ראתה וכותלי בית הרחם העמידוהו וע"כ דהא בכל דבר שנשתנה באיזה מעשה מוקמינן אחזקה שלא נשתנה קודם רק אח"כ כמבואר בכמה דוכתי חזקת מעוברת וכה"ג ולכך כשבדקה בחורין והפסיקה בטהרה ונתברר דעכ"פ אז בשעת בדיקה פסקה מלראות שוב מוקמינן אח"כ אחזקה שלא נשתנה ולא ראתה ולכך אף בזבה שטבלה וראתה למחר אין לחוש שמא יצא אתמול כנ"ל משום חזקה הנ"ל דוודאי לא נשתנה עד עתה. משא"כ אם לא בדקה בהפסק טהרה בדיקת חורין כתב הרמב"ן שפיר דחיישינן שכותלי בית הרחם מעמידין ואף בשעת בדיקה לא פסקה כלל מלראות ואין כאן חזקה כלל ואדרבא הא ודאי הוחזקה רואה ואין כוונתו על חזקת טהרה של האשה רק על השינוי. ולא קשה כל מ"ש שם דהוא עכשיו שהפסיקה בבדיקת חורין כנ"ל:

עוד נראה דהא חזקת דם המקור שבא בהרגשה וכדאמר טעמא דשמאי נדה ג' הואיל ומרגשת כו' ואף הלל סבר טעמא דהרגשה לחולין. ע"ש ע"ב בתוס' ד"ה א"ב. וא"כ שפיר בזבה וכה"ג שראתה אחר הטבילה לא חיישינן שמא יצא אתמול לבית החיצון. דא"כ היתה מרגשת וודאי לא יצא עד עתה. אבל בבדיקת טהרה כתבו הראשונים ז"ל דצריך בדיקת חורין דאל"ה לא מהני דשמא היא רואה עדיין בשעת בדיקה ושוב אין ראיה

מהרגשה דהרגשת עד הוא ואין להבחין וא"כ כיון דע"כ צריכה שוב צריך בדיקת חורין דאל"ה חיישינן שהיא רואה עדיין ולא קשה מידי. וכן מה שמקשה שם מהא דקס"ד מבקשת לישב על דם טוהר כו' והקשה דעדיין קשה אכתי תבדוק לידע שפסק כדי שאם תמצא למחר לא תחוש למפרע ולמ"ש לא קשה מידי דאם לא תבדוק לא תחוש כלל למחר שמא ראתה אתמול דא"כ היתה מרגשת כיון שלא בדקה לא שייך הרגשת עד כנ"ל. אך א"כ גם כשראתה אחר שטבלה בלי הרגשה ובדיקה נשאר קושיתו דניחוש שיצא אתמול דא"ל מדלא ארגשה דהא גם עתה לא הרגישה וכמו שהקשו תוס' על רש"י דף ג' ד"ה מרגשת ע"ש. וגם בזה י"ל בפשיטות כמו ספק טריפה דאמרינן השתא דנטרפה לפי שרוב כשירות ואף דחזינן שיצאה מהרוב אמרינן חזקה שלא יצאה מהרוב עד עתה וקודם לכן היתה בכלל הרוב ע"ש בפוסקים. וכן בהנ"ל כיון דרוב רואין בהרגשה א"כ אף שיצאה עתה וראתה בלא הרגשה מ"מ לא יצאה עד עתה ומיושב קושיות תוס' ג"כ. ועוד דכיון דראתה בלא הרגשה א"כ עדיין טהורה מן התורה ולא איתרע כלל החזקת טהרה מדאורייתא רק מדרבנן ושוב לא חיישינן לאתמול והתוס' הקשו שפיר דשם איירי לטהרות דמטמא מן התורה גם בלא הרגשה משא"כ לבעלה י"ל כנ"ל:

אמנם יש לדחות תירוץ הנ"ל דע"כ לא קאמרינן הרגשת עד הוא רק בבדיקה עד מקום שהשמש דש אבל בקינוח י"ל דלא שייך כלל הרגשת עד הוא. וא"כ אי נימא כנ"ל עדיין למה צריך בדיקת חורין בהפסק טהרה תיסגי בקינוח וג"כ אין חשש דהיה לה להרגיש. ואינו מוכרח כדמשמע פשטא דש"ס נ"ז ע"ב מהא דעד שהיה נתון תחת הכר ע"ש. ועוד די"ל דזה פשוט לו לרמב"ן דקינוח ודאי לא מהני בהפסק טהרה דבדיקה קתני רק עכ"פ עד מקום שהשמש דש וכמ"ש ב"י לדעת הראב"ד ע"ש דג' בדיקות הן כו'. ולכך שוב מצריך שפיר בדיקת חורין דאל"ה יש לומר הרגשת עד וליכא חזקה כנ"ל. ובל"ז אין ראיה מדיעבד על לכתחילה שכ' הרמב"ן דבעי בדיקת חורין כנ"ל. ועוד י"ל דלא קשה מהא דזבה שטבלה וראתה אחר הטבילה דנימא שמא ראתה אתמול וסתרה הז"נ דוודאי מיקרי זה חזקת טהרה כיון דהימים שספרה מקודם היו ודאי טהורין וניחוש שראתה אח"כ ונסתר למפרע אף מה שהיה טהור ע"ז שפיר יש החזקה שלא נסתר. ולא דמי כלל למה שהביא ממקוה שנמצא חסר דאף דוודאי טבל לא הוי חזקת טהרה ע"ש דהתם הספק על הטבילה ומה חזקה יש ע"ז הא מעולם לא היה טבילה זו וודאי כדין. משא"כ בהנ"ל דאותן הימים היו ודאי ספורים ומוקמינן אחזקה שעדיין הם טהורים ומכלל הנקיים ולא נסתרו למפרע וכמ"ש תוס' גיטין ל"ג ד"ה ואפקעינהו כו' דמוקמינן אחזקה כו' אף דאז יהיו הקידושין בטלין למפרע וכן בנזיר מוקמינן אחזקה שלא יתיר

כו' ע"ש ואף דעוקר הנדר מעיקרו מ"מ הוי חזקה שלא יתבטל למפרע וכן כאן כנ"ל ואין ראיה:

וא"כ להרמב"ן ז"ל ושאר פוסקים חיישינן דכותלי בית הרחם העמידוהו דלכך בעי בדיקת חורין וא"כ ממילא גם ברואה דם מחמת תשמיש לא מהני בדיקת שפופרת לטהרה בלי ז' נקיים דחיישינן שהי' מקודם מעט כנ"ל. אך י"ל משום חזקת טהרה וגם חזקה שלא נשתנה ולא ראתה עד עתה דלזה שוב מוכח מהוכחת הנודע ביהודה הנ"ל מזבה שאינה סותרת ולתירוץ הא' שכתבנו א"כ גם בזה מהני החזקה שלא נשתנה כמו בזבה הנ"ל עד עכשיו. וגם לתירוץ הב' יש כאן החזקה דאי מקודם ומהמקור היתה מרגשת כנ"ל אך נגד זה יש חזקת דמים מהמקור ומורה זו החזקה שהיה מקודם כיון שעתה אי אפשר רק מהצדדים כמ"ש לעיל. אך י"ל דדם שאינו בא בהרגשה אין חזקתו מהמקור כלל כמ"ש. והיה נראה לענ"ד לפרש בזה ש"ס דרואה דם מחמת תשמיש כו' דקאמר לא נמצא על ראש המכחול בידוע שהוא מן הצדדין ותמהו כל הפוסקים הא בלא נמצא כלל הוא רק מטעם נתרפא ומה ראיה שהוא מהצדדין. ועוד הקשה הרמב"ן ור"ן ז"ל דאמר אח"כ ממלאה ונופצת היא ואין לה תקנה וא"כ מאי מהני הבדיקה ממ"נ אי הפילה חררה א"צ בדיקה ואי לא הפילה א"כ אין לה תקנה ומה מועיל הבדיקה ותירץ הר"ן ז"ל דממלאה ונופצת היא או מהמקור או מהצדדין ולכך אין לה תקנה רק בבדיקה ולא משום שנתרפא ע"ש. וקשיא לי דא"כ אמאי מהני בלא נמצא כלל לא על ראש המכחול ולא על הצד הא כיון שלא הפילה ודאי לא נתרפא ועל מן הצד אין ראיה יותר מהמקור כיון שלא נמצא כלל וי"ל בדוחק. ולפי' הב"ח ז"ל שם א"ש ע"ש:

ולמ"ש י"ל דהנה תוס' נדה ס' ע"ב ד"ה אימא כו' הקשו וא"ת כיון דיכול להיות דאע"ג דנמצא כשיעור וסת שלא היה הדם בשעת ביאה רק אח"כ א"כ אמאי בעלה בחטאת הא ספק הוא ותירצו כיון דרוב פעמים בא מקודם כו' ע"ש. ולענ"ד י"ל בפשיטות אי אמרינן דבקינוח לא שייך הרגשת עד הוא וא"כ כיון שחזקת דמי המקור בהרגשה א"כ ודאי בא בשעת תשמיש ולכך לא ארגשה דסבורה הרגשת שמש הוא. אבל אם בא אח"כ היה לה להרגיש כנ"ל ושפיר חייב חטאת. אבל עכ"פ בין לתירוץ תוס' ובין למ"ש יכול להיות גם בשיעור וסת שבא אח"כ ולא בשעת תשמיש. ומכ"ש באחר זמן דאינו חייב רק אשם תלוי דהוא ספק כמבואר בש"ס שם. והנה מבואר בש"ס גבי קפיצה דאתמול גרמה וברשב"א בת"ה ושאר פוסקים דיכול להיות בוסת דקפיצה וכה"ג שאינו גורם על מיד רק לראות אח"כ עיין בב"ה בדיני וסתות:

וא"כ לכאורה ברואה דם מחמת תשמיש דהיינו שראתה מיד אח"כ כשיעור וסת או בבדיקה דאסורה לבעלה מטעם וסת שקבעה לראות ע"י תשמיש. מ"מ מנא לן שהתשמיש גורם מיד שתראה בשעת ביאה הא כיון שלא מצאה הדם רק אחר הפרישה א"כ שמא התשמיש גורם שתראה תמיד אחר כך היינו אחר הפרישה דע"ז נקבע הוסת ולא על קודם וא"כ תהיה מותרת לעולם לשמש כיון שלא תראה עד אח"כ ומטעם סמוך לוסת אין לאסור בזה. אך הטעם פשוט כיון דחזינן דחייב חטאת או אשם תלוי ומחזיקינן שוודאי היה כבר בשעת תשמיש רק שמש עיכבן א"כ הקביעות וסת ממילא ג"כ לראות בשעת תשמיש ממש ואסורה כנ"ל. אמנם כשבודקת אח"כ בשפופרת ולא נמצא דם על ראשו שפיר י"ל דאין זה עקירת הוסת לגמרי לידע שנתרפאה ולא תראה עוד מחמת תשמיש כלל רק דשוב נתברר שהוסת אינו לראות בשעת ביאה ממש רק על אחר הפרישה כמו שהיה כל הג' פעמים. ולכך לא נמצא גם עתה על ראש המכחול כלל דהא המכחול הוא כמו התשמיש והיא אינה רואה כלל בשעת הביאה רק אחר הפרישה ובאמת גם אחר הוצאת המכחול אולי ראתה דוסת זו כמו שנקבע לראות אחר הפרישה לא נעקר כלל ע"י הבדיקה. רק שמברר שגם דם שע"י התשמיש לא היה בשעת ביאה רק התשמיש גרם לראות אחר הפרישה ושוב מותרת לבעלה דהא לא יעשה איסור כלל לעולם כיון דבאמת יש ספק אם בא אח"כ אף כשיעור וסת רק כשאנו מסופקין תולין בוודאי שהיה בשעת תשמיש משא"כ כשנתברר ע"י הבדיקה שלא היה בשעת תשמיש שוב תולין שהיה אח"כ כנ"ל:

אמנם הא חזקת דם המקור שבא בהרגשה וא"כ כיון שנתברר שבא אחר הפרישה שוב היה לה להרגיש דליכא הרגשת שמש. ולכך שוב מורה חזקה זו עצמה דוודאי מן הצדדין הוא ודם הצדדין אינו בא בהרגשה דכיון שהבדיקה מבררת שבא אח"כ שוב אמרינן מחמת חזקה הנ"ל דודאי מהצדדין ומיושב שפיר לשון הש"ס לא נמצא על ראש כו' בידוע שהוא מן הצדדין והיינו אף שלא נמצא כלל מ"מ ידעינן ע"י הבדיקה שמן הצדדין כנ"ל ומותרת. וגם תירוץ הר"ן ז"ל מיושב דאף דלא הפילה ולא נתרפאה מ"מ מותרת בלא נמצא כלל כנ"ל דאמרינן שמן הצדדין וגם א"ש דלעינן נקיים לא מהני זה דהא אף רואה בלא הרגשה טמאה מדרבנן ולא אמרינן דמן הצדדין הוא מדלא ארגשה וע"כ דלא סמכינן אזה לענין לטהרה בלא נקיים רק ברואה דם מחמת תשמיש שלא תאסור לעולם. והא דנקיט כלל בידוע שמן הצדדין הוא משום דרוצה לכללו עם נמצא בצידי השפופרת דודאי מהצדדין הוא ואף דברואה דם מחמת תשמיש שנמצא הדם על עד שלו לא שייך

הנ"ל דהא ודאי לא היה רק בשעת ביאה וי"ל דבזה באמת הטעם משום נתרפא. ולר"ן ז"ל דוקא בנמצא בצדדין כיון דא"א להתרפאות בלא אפילה כו'. ויש לדחות:

והיה אפשר לומר טעם להרמב"ן ז"ל דבעי בדיקת חורין אף אי נימא דסבר ג"כ דלא אמרינן כותלי בית הרחם העמידוהו. דהא ודאי גם אי לא בעי בדיקת חורין עכ"פ צריכה להשהות העד בבדיקתה כדי שיעור וסת היינו שיוכל הדם לירד מהמקור ולבוא על העד דאל"ה אין שום ראיה שפסק הדם מהמקור דשמא עדיין יורד דע"כ כיון שצריך בדיקת הפסק טהרה צריך לידע עכ"פ שפסקה עתה. ואף דמוכח שאינה שופעת מ"מ אינה ראיה שאינה מנטפת:

והנה כיון דהטעם דהפסק טהרה בבדיקה הוא דמיקרי אח"כ ספורים משום החזקה ע"ש ברשב"א. ולכאורה למאי דמבואר תוס' חולין י"א ושאר פוסקים דחזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה ובבהמה שחיה יותר מי"ב חודש דנתברר עתה שלא היתה טריפה קודם י"ב חודש מ"מ לא הוי חזקה כיון דתמיד היה בספק ועתה שנתברר על קודם י"ב חודש שהיו כשרים שוב הספק שמא נטרף אח"כ וכן אח"כ ולעולם אינו מבורר בשעת מעשה שעתה הוא כן בודאי ע"ש. וא"כ לכאורה להרמב"ן ז"ל ג"כ מה מהני בדיקת חורין להפסיק בטהרה דנוקי אח"כ אחזקת טהרה הא גם בשעה שהעד בחורין ואח"כ כשרואת שאין דם על העד נתברר למפרע שבשעה שהיה העד בחורין לא היה אז דם מהמקור ושוב הספק שמא עתה כבר ירד דם מהמקור והוי חזקה שלא נתבררה דמעולם לא היה מבורר לפנינו שפסקה רק דעכשיו נודע על למפרע ושוב הספק על עתה וכמו בטריפה הנ"ל. אך נראה דלא דמי דבשלמא בטריפה דאז לא היה בירור כלל רק עכשיו על למפרע משא"כ כאן דבשעה שהיה העד בחורין באמת נתברר הספק שאין עליו דם רק שלא היה הבירור לפנינו עד שנוטלתו ורואה אותו אבל גם הבירור של עתה הוא ג"כ מחמת הבירור שהיה אז בשעה שהיה בחורין ושפיר מיקרי חזקה מבוררת כנ"ל. אמנם אם אינה בודקת בחורין רק בקינוח שאין ראיה כלל על שעת הקינוח שאינו יורד עתה מהמקור רק דיש ראיה שתוך שיעור וסת קודם הבדיקה לא ירד מהמקור דא"כ היה כבר עתה על העד ושוב יש ספק שמא עתה ירד רק כששוהה עם העד כשיעור וסת אז אחר השיעור וסת נתברר שקודם שיעור הנ"ל היינו תחלת הבדיקה לא ירד מהמקור ושוב יש ספק על אח"כ והוי שפיר חזקה שלא נתבררה דאין כלל בירור באמת בשעת מעשה אף רגע רק על למפרע ושוב הספק על עכשיו והוי ממש כמו בטריפה דלא הוי חזקה דודאי אין חילוק בין לא נתברר זמן רב או מעט. ולכך שפיר מצריך הרמב"ן ז"ל בדיקת חורין

בהפסק טהרה כי היכא דנוכל לאוקמי אחזקה כיון דשיעור וסת שוהה כמבואר נדה ס' ע"ב. ואף אי לא אמרינן לבעלה כותלי בית הרחם העמידוהו כנ"ל:

נחזור לנידן דידן דנראה אף אי לא אמרינן כותלי בית הרחם מוקי דם מ"מ לא מהני בדיקה הנ"ל לברר שהוא מן הצדדין. דהא כשיעור וסת שוהה הדם לבוא. ואמרינן שם נדה ס' ע"ב דאימר שמש עכבן ולא שייך דאי מעיקרא אתי היה הדם יוצא ע"ש וא"כ בשעה שמכנסת המכחול יש לחוש שאז ירד הדם מהמקור לצדדין ולא יצא לחוץ דהמכחול עיכבו לדם כמו התם בשמש כו' וכיון שאין המכחול ממלא כל החלל שלא יהיה אפשר לדם לירד לצדדין ולא יגע בראש המכחול ודאי חיישינן ולא שייך כלל בזה אי איתא דהוי דם מעיקרא הוי אתי דהמכחול עיכבו כנ"ל. דבשלמא רדמ"ת דהגורם לראיית הדם הוא מה שמגיע המכחול למקום שהשמש דש ואין לחוש על קודם רק על אז שמגיע כנ"ל והיה להדם להיות על ראשו ואף שם לא סמכינן לענין נקיים רק לענין וסתות דרבנן. וכאן דאין המכחול הגורם שפיר יש ספק כנ"ל. דראתה רגע קודם הגעת המכחול למעלה. שוב ראיתי בנודע ביהודה סי' מ"ו כתב ג"כ חשש הזה ע"ש:

והנה לענין חשש הא' שכתבנו שראתה קודם הבדיקה כתב בנ"ב סי' מ"ג אמנם אין ראיה כלל כו' דאם סומכין על בדיקה זו ברמ"ת שהוא וסתות דרבנן ולא חיישינן דאישתהי בפרוזדור ניקל ראש להקל בזו שמוצאת בעד הבדיקה שהוא איסור דאורייתא וגם הרגשה יש כאן והא דאינה יודעת מהרגשה היינו משום דאימור הרגשת עד הוא כו' ע"ש. ודבריו תמוהין הא כל החשש דנימא שאין הבדיקה מועלת לסמוך שמן הצדדין הוא משום דשמא ראתה קודם הכנסת העד הבדיקה וכותלי בית הרחם העמידו וכמ"ש ע"ש. וא"כ שוב איך שייך הרגשת עד הוא הא קודם בדיקה לא היה הרגשת עד כלל. וא"כ כיון שפוסק בנ"ב הנ"ל דבדרבנן סמכינן אבדיקה זו ואמרינן דלא אישתהי בפרוזדור מקודם רק בזה שהוא ספק דאורייתא חיישינן כנ"ל ולמ"ש ליתא דהא החשש דניחוש שראתה קודם הבדיקה א"כ ראתה ודאי בלא הרגשה דלא שייך הרגשת עד וא"כ אין כאן אלא חשש דרבנן דממ"נ אי ראתה עתה בשעת בדיקה ע"כ מן הצד ואי קודם ע"כ בלא הרגשה ושוב בדרבנן סמכינן על הבדיקה ולא חיישינן לאישתהי בפרוזדור ודאי מן הצדדים:

והנה אף שהיה נראה לענ"ד דהני קרטין מיגרע גרע מדם ממש לענין זה דשייך יותר כותלי בית הרחם העמידוהו. דהא אמר בש"ס נדה ג' ע"ב מיא שרקי פירי לא שרקי ע"ש וכן לשון הש"ס ושמאי כבה"ר לא מוקי דם ע"ש והיינו דשרקי כנ"ל אבל קרטין שהוא דבר יבש וכמו פירי דלא שרקי ודאי דיש לחוש שנשארו מונח שם החתיכות שנפלו מהמקור ולא נפלו לחוץ ועתה נדבקין בהעד היינו המכחול. וא"ל דא"כ בכה"ג לא יהיה

דיין שעתן כשמוצאות דם יבש ז"א כמ"ש תוס' ד"ה מרגשת דהא לא אמר שוכבת פרקדן מא"ל רק כיון דרוב נשים אינם כן לא פלוג רבנן ע"ש וכן בקרטין כנ"ל. וא"כ לא היה מועיל הבדיקה כנ"ל. מ"מ הא עכ"פ אין כאן חשש דאורייתא כמ"ש לעיל דאי מקודם הא לא ארגשה. ואין לומר דניחוש דילמא ארגשה ולאו אדעתה או דסברה הרגשת מ"ר הוא. דז"א דהא קי"ל כתמים דרבנן ואפילו ודאי מגופה אתאי משום דלא הרגישה וא"כ מוכח ע"כ דאין חשש דאורייתא הני חששות דלאו אדעתא או הרגשת מ"ר ועיין ברמב"ם פ"ט מה' איסורי ביאה שכ' ואם בדקה ונמצא בפרוזדור חזקה שבא בהרגשה כו' היינו כיון שבדקה הוי ודאי דאמרינן דסברה הרגשת עד כמ"ש כל הפוסקים. משא"כ בכתם לא חיישינן כלל מה"ת לחששות הנ"ל. וא"כ היה נראה ברור בנידן דידן דמוצא מהצד בבדיקה דניחוש רק שבא מקודם הוי ודאי רק כמו כתם דמה חילוק בין מוצאת הכתם בחוץ על בשרה או מן הצד וא"כ אף אי כותלי בית הרחם מוקמי דם ולא שייך מעיקרא הוי אתי מ"מ הוי רק כמוצאות מבחוץ וכיון דלא ארגשה טהורה מה"ת ואם יצא עכשיו מהמקור בשעת בדיקה דאימור הרגשת עד שוב היה לו להיות על ראש המוך כנ"ל. וא"ל דדוקא בכתמים לא חיישינן מה"ת לחששות הנ"ל דלאו אדעתה וכה"ג משום דבחזקת טהורה עומדת משא"כ בנידן דידן דבחזקת טמאה. י"ל דחיישינן מה"ת להנ"ל דז"א דהא בדרכי משה סי' קצ"ו כתב להדיא דאף תוך ימי ספירה כתמים רק דרבנן ולכך תולין במכה ואף שעומדת בחזקת טמאה ע"ש דפשוט בעיניו אליבא דכ"ע. וא"כ היה אפשר להקל כאן כיון שנתברר ע"י הבדיקה עכ"פ שאין כאן רק חשש דרבנן ושוב יש לסמוך מחמת הבירור שהוא מן הצד לגמרי ואף שי"ל דהקרטין נשארו מקודם מ"מ הוי רק ספק. ומצד הכאב ועצם הקרטין שמורה שבא מן הכליות ולסמוך על דברי ט"ז באיסור דרבנן כנ"ל. (עד כאן מצאתי):

סימן יא

שאלה אשה אחת בתולה תיכף אחר בעילת מצוה לא הרגישה שום דבר רק בבוקר מצאה על הכתונת דם בתולים והלכה טבילה. והיה אצלה בליל טבילה. ולא הרגישה שום דבר וגם לא מצאה בבוקר שום דבר על הכתונת ובליל שני אחר הטבילה הנ"ל בשעת תשמיש אמרה לבעלה טמאה אני שיפרוש ממנה שהרגישה זיבת דבר לח ממנה והדליקה נר וראתה שהיא טמאה. ואח"כ טבלה עוד שני פעמים ובכל ליל טבילה הרגישה בשעת תשמיש זיבת דבר לח ממנה והדליקה נר תיכף וראתה שהיא טמאה. ואח"כ הלכה עוד הפעם טבילה ושוב לא הרגישה כלל רק בבוקר מצאה דם הרבה על הכתונת שלה. ובכל השמושים הי' לה יסורים וכאב הרבה. אמנם בזיווג האחרון לא היה כאב גדול רק כאב

קצת. עוד אמרה אחר חקירה ודרישה שביאה ראשונה של ליל טבילה שניה שלא ראתה לפי מבינתה לא היה ביאה גמורה ובפעם ראשון של ביאת בעילת מצוה היה עוד ביאה פחותה מפעם ב' אח"כ אמרה עוד שבפעם הא' אחר בעילת מצוה לא מצאה בבוקר כשיעור גריס:

תשובה הנה נדה דף י"א אמר שמואל גם בלא הגיע זמנה לראות ל"ש אלא שלא פסקה מחמת תשמיש וראתה שלא מחמת תשמיש אבל פסקה מחמת תשמיש וראתה טמאה. ופירש"י ותוס' שמשה פ"א ולא ראתה ואח"כ ראתה בין מחמת תשמיש כו' רגלים לדבר שכלו כו' ע"ש. ותוס' הקשו מהא דר' אסי וכתבו דמודה כיון דבעל פ"א ומצא כו' ע"ש. והנה אפשר לפרש דקאי רק אראתה שלא מחמת תשמיש שהתחיל בזה אמרינן כיון דמחמת תשמיש לא ראתה ודאי מה שרואה ביום אינו מחמת תשמיש. משא"כ ראתה מחמת תשמיש דאין דרך לראות מחמת תשמיש דם נדה דמה"ט אמרינן לא כל אצבעות שוות לקולא לא לחומרא כמ"ש ב"י שפיר פליג ר' אסי. וע"כ דלא ניחא לרש"י ותוס' לפרש כן משום דרישא נקט ראתה שלמ"ת רק לרבותא לא הו"ל למינקט סתמא בסיפא וראתה ומשמע להו דקאי אתרווייהו. אמנם הרי"ף ז"ל גריס בהדיא ל"ש כו' אבל פוסקת מחמת תשמיש וראתה שלמ"ת טמאה ע"ש. משמע להדיא דדוקא שלא מחמת תשמיש אבל מחמת תשמיש לא או דתליא בפלוגתא דר"ח ור"א דלא כתוס' ואף דפ' כר"ח לחומרא מ"מ פסק רק מספיקא. דכן כתב וספק איסורא לחומרא דאין להכריע או הלכה כר"ח או כר"א. ולכך הוצרך לדשמואל דבשלא מחמת תשמיש מודו דטמאה ודאי. משא"כ ביאה ב' לא ראתה וביאה ג' ראתה מחמת תשמיש אמרינן ג"כ שספק הוא דלמא כדשמואל איתרמי. או אפשר דסבר בזה כ"ע מודים דשרי דדוקא כשבביאה א' לא מצא סבר ר"ח דתולין שאין לה כלל דם בתולים. משא"כ כשמצא בביאה א' דודאי מכה לפנינו המוציאה דם וספק אם חיתה מודה ר"ח דתלינן ביאה ב' שלא מצא כדשמואל כיון שבביאה ג' ראתה מחמת תשמיש ואין דרך לראות נדה מחמת תשמיש כנ"ל. וזה לענ"ד נראה יותר בדברי הרי"ף. דאי כפי' א' א"כ הא דלא הכריע הרי"ף בפלוגתא דר"ח ור"א משום דלא איכא כללא כמאן הלכה אבל אי מוכח מדשמואל דנקיט שלא מחמת תשמיש דאי מחמת תשמיש שריא כר"א ממילא הוי ר"ח חד במקום תרי והיה הלכה כר"א כדכתב הרי"ף פרק אלו טריפות ובכמה דוכתי דודאי אין סברא דשמואל גופיה מסופק. אלא ע"כ כפי' הב' הנ"ל דבזה לכ"ע שרי' ולכך לא הכריע וא"כ לגירסת רי"ף ז"ל בראתה ביאה א' וב' לא ראתה וג' ראתה מחמת תשמיש ממ"נ שריא או דמודה ר"ח ואי פליגי גם בזה שוב הלכה כר"א כנ"ל ועכ"פ נראה ברור לענ"ד לרי"ף ז"ל בכה"ג

לענין שתהיה נקראת רואה דם מחמת תשמיש ודאי לא. דממ"נ או דשרי' ודאי. או דספק פלוגתא דר"ח ור"א מ"מ דוקא שתהיה טמאה נדה דספק דאורייתא פסק לחומרא משא"כ לאוסרה לעולם משום וסתות דרבנן ספק דרבנן לקולא כר' אסי ואף שהספק בדאורייתא והחזקנו הדם בטמא מ"מ הרי הרי"ף פסחים פ' כל שעה גבי נתבקעו פסק דהגם לענין לאכלן ספק דאורייתא מ"מ לענין התערובת משהו דרבנן הוי ספק דרבנן כיון דלא איפסק הלכתא ע"ש. וכ"ש לאסור אשה לעולם. וכ"ש שיש לומר דלכ"ע שרי' כנ"ל. וכן מבואר לענ"ד מדברי הרמב"ם ז"ל סוף פ"ה מהלכות איסורי ביאה הלכה כ"ד היתה רואה בשעת תשמיש ה"ז מחמת המכה שמשה ולא ראתה ואח"כ ראתה שלא מחמת תשמיש ה"ז דם נדה והוא כגרסת הרי"ף כנ"ל ואח"כ הלכה כ"ה כתב הבועל בתולה ולא יצא ממנה דם וחזר ובעלה ויצא דם אפילו היתה קטנה ה"ז דם נדה שאלו היה דם בתולים היה בא בתחלה כו' ע"ש וכתב הרב המגיד שפסק כר"ח. וא"כ כיון שלא הזכיר הרמב"ם דספק הוא וכתב בשניהן בשוה למה כתב ראתה שלא מחמת תשמיש הא גם מחמת תשמיש טמאה כדר"ח וע"כ כמ"ש דסבר דבזה גם ר"ח מודה כיון שהמכה הוציאה דם בביאה א'. דאל"ה עכ"פ הול"ל וראתה סתם. או לומר בין שלא מחמת תשמיש ובין מחמת תשמיש ע"כ כנ"ל. וא"כ נראה דלרי"ף ורמב"ם ז"ל אף שמצא בביאה א' ובב' לא ובג' מצא דם מחמת תשמיש דעכ"פ אין נקרא רואה דם מחמת תשמיש לאוסרה לבעלה כנ"ל:

אמנם גם לרש"י ותוס' ז"ל. הא שם ס"ד דאמר על ר"ח ואידך שאני שמואל והקשו דמשמע דלא שכיח דשמואל וכן בחגיגה כו' והא בכתובות אמר רוב בקיאין בהטי'. וי"ל דהטי' דכתובות אינה בעילה גמורה שתתעבר בה עכ"ל. ולכאורה אינו מתורץ רק מחגיגה. וע"כ צ"ל דמיירי כאן שיודע שבעל בעילה גמורה הראויה להתעבר. שוב ראיתי במהרש"א ז"ל שפי' כן ולשון תוס' דחגיגה דודאי תחלת ביאה רוב בקיאין בשעת מעשה אבל גמר כדי שתתעבר א"א כ"א לשמואל ע"ש. וא"כ מיירי בעל שיודע שגמר ביאתו. וא"כ מ"ש תוס' י"א ושם ס"ד דבבעל ביאה א' ומצא ובב' לא מצא דמודה ר"א אף שמצא בג' דלא תלינן היינו ג"כ בבעל ביאה גמורה א' בגווני דפליגי כנ"ל. ולא מיבעיא למה שהיה אפשר לפרש בפשיטות דמודה ר"א. דמה דצריך ר"ח להוכחה א"א דהוי דם כו' הוא רק שלא להוציאה מחזקת בתולה דאלים טובא חזקת הגוף דהא נערה המאורסה נסקלת ומוציאין קנס מחזקת בתולה. ולכך צריך להוכחה ודאי ר"א דלמא אתרמי כשמואל ומוקמי אחזקה משא"כ כשבעל ומצא דבביאה ב' לא מפקינן מחזקת בתולה רק דאמרינן שכלו בביאה א' מודה ר"א דלא תלינן בדשמואל דלא שכיח. וא"כ ודאי יש לחלק דבלא גמר ביאתו דשכיח שפיר תלינן ומוקמינן אחזקה שלא חיתה המכה. רק גם לפי לשון

התוס' דא"א דדם בתולין כו' ולה"ל למפסק מ"ת כיון דמתחל' בעל ומצא דם א"א שנשאר עוד דם בתולים לא היה לו לפסוק כששמשה כו' אבל הכא איירי דבעל ולא מצא להכי איכא למימר דבעל כדשמואל ע"ש ומשמע מלשונם דאין הטעם כנ"ל רק דכשכבר בעל והוציא דם אזי אח"כ בביאה כל דהוא מוציא ע"ש. מ"מ נראה דמאנו תוס' לתרץ כמ"ש דהא פלוגתא דר"ח ור"א סתם דמשמע אף בבוגרות דנותנין לילה א' הרבה ביאות מ"מ סבר ר"א דטהורה והתוס' פי' כתובות ט' לפירוש ר"ח דיש שאין להם דם ומ"מ תלינן לפי שאין דרך לראות מ"ת כמ"ש מהרש"א שם. וא"כ בזה אין מוציאין מחזקת בתולה ולמה סבר ר"א דטהורה וע"כ משום דאין דרך כו' לחוד תלינן דאיתרמי כדשמואל וא"כ קשיא להו שפיר דגם בביאה ב' נתלי כדשמואל מה"ט גופיה דאין דרך כו' והוכרחו לסברתם הנ"ל. וא"כ מ"מ דוקא בביאה גמורה שייך סברתם כיון שגמר ביאתו ודאי דאם היה נשאר דבר היה יוצא בביאה ב' משא"כ בלא גמר דהא כתבו בלשונם דמודה רב אסי והיינו באופן דנחלקו וכן סיום לשונם אבל הכא איירי דבעל ולא מצא ולהכי א"ל דבעל כדשמואל. שכל הלשון מיותר. ונראה דבדיוק כתבו כן דהכא איירי שבעל וגמר וא"ל כשמואל אף דל"ש לאורויי דבלא גמר דא"צ לשמואל י"ל דגם התם שרי'. ולענ"ד ראיה ברורה לזה דהא אמר שמואל פרצה דחוקה מותר לכנוס בה בשבת ואע"פ שמשיר צרורות כו' והא כל ההיתר דלא הוי פסיק רישיה שרוב בקיאין בהטי' וא"כ דוקא ביאה ראשונה מותרת משא"כ ביאה ב' שגם שיבעול בהטי' ג"כ יוצא דם הו"ל פסיק רישיה וכן תוס' ד"ה דשרי למבעל כ' ואע"ג דבכתובות מייתי דשמואל על ביאה שניה מ"מ לפי האמת דשרי למבעל בתחלה נקיט כו' דהוי רבותא טפי ע"ש. ולהנ"ל אדרבה גם לפי אמת רבותא בביאה שניה ולשון רש"י כתובות ו' ע"ב ואע"פ שמשיר צרורות כו' דילמא מחבל פורתא ומספקא לא אסרינן ליה. וא"כ אפשר כיון דספק אם נשאר דם לא הוי פסיק רישיה. אך ז"א דמ"מ אם נשאר ודאי שיוצא והוי פסיק רישיה. ואף שספק אם כבר יצא מ"מ הוי ס"ד יותר מביאה א' דאינו פסיק רישיה כלל כיון שאפשר שלא להוציא. והגם דאפשר לפי' ר"י כתובות ה' ע"ב לדם הוא צריך לראות אם היא בתולה א"כ ביאה ב' א"צ דז"א דרש"י לא פי' כן. ועוד דלס"ד עכשיו גם ביאה ב' צריך להוציא דם שיש שיצא ע"י ביאה ב' כדי שתהיה מותרת אח"כ משום נדה שלא יהיה נקרא פסקה מ"ת. והגם שי"ל דלידע שבתולה הוי צריך לגופה משא"כ בזה א"צ להדם רק שלא יצא אח"כ מ"מ הא שמואל סבר כר"י במלאכה שא"צ לגופה כמפורש שבת מ"ב ובל"ז פשט לשון רש"י דאותו היתר שיש בביאה יש גם בשני' והוא ספיקא לכך קיל מביאה א' וממילא מוכח עכ"פ דבלא בעל ביאה גמורה אין ביאה ב' מוציא דם אף שבעל ויצא דם יותר

מביאה א' וכיון דאף בבוגרות דאינו נגד ח"ב מ"מ דווקא בביאה גמורה פליגי ממילא גם במצא בא' וב' לא. מ"מ שרי' בג' שמצא דתלינן בהטי' כשלא גמר בב' כנ"ל ואף דלשון הרא"ש הוא לשון רשב"א שבת"ה דהטי' לא שכיח כדאמר בעל ולא מצא כו' ולא חילק בין ביאה גמורה. וכן מלשון הש"ע אה"ע סי' ס"ח משמע דרק על טענת פ"פ שיילינן ליה שמא הטה אבל בטענת דמים לא שיילינן מ"מ אין ראיה דכיון שבא ואמר בעלתי סתמא ביאה גמורה. והא מפורש ברש"י ותוס' פרק קמא דכתובות ו' ע"ב דפריך שושבינין למה מפה למה דכשטוענת בתולה אני אמרינן שמא הטה גם לענין דם ע"ש ולתוס' קאי על שבת שאינו מתכוין לביאה גמורה עכ"פ מוכח בלא בעל ביאה גמורה שייך שהטה ואין דם. וגם שם י' ע"א דאיכא ב' לישני שמא הטה א"ד שמא הטית במזיד כו' ופרש"י א"ד בלא מתכוין לא שכיח הטי' ע"ש. מ"מ מדכתב רש"י דל"ש היינו בביאה גמורה כתוס' דהא מסיק רוב בקיאין כו'. ועוד כיון דאיכא תרי לישני שוב רק לענין טמאה נדה אבל להיות רואה מחמת תשמיש דרבנן פסקינן לקולא כנ"ל:

וא"כ נראה לענ"ד מכל הנ"ל דבין לרי"ף ורמב"ם ובין לרש"י ותוס' בבעל ומצא דם ואח"כ בעל ביאה שאינה גמורה או אפשר בסתם ג"כ כל שא"י שבא בג' ואח"כ ביאה ג' מצא דתלינן בהטי' ביאה ב' לענין שלא להחזיקה ברואה מחמת תשמיש ע"כ כנ"ל. רק יש לפקפק כיון שהיא בוגרת וראתה דמדינא אין לה אלא ביאה א' א"כ במצא בביאה אחת י"ל דלא תלינן אח"כ כלל אף בהטי' בשכיח:

אולם דבר הקשה באשה זו ההרגשה שבשעת תשמיש ואמרה נטמאתי כדין האמור בשבועות פ"ב דחשבינן לודאי דחייב כרת וחטאת:

והנה בענין ההרגשה שנחלקו. לענ"ד שבין הרגש' פתח המקור ובין נזדעזע גופה שכתב הרמב"ם ז"ל ובין זיבח לח הכל הרגשה מה"ת רק שיהיה ההרגשה בשעה שיוצא הדם ממקור לבית החיצון שהוא המטמאה שמרגשת אז השינוי. וכן לשון רש"י ותוס' נדה ג' יודעת בעצמה כו' ותוס' שם פי' כשנעקר כו' ולשון רמב"ן ז"ל בהל' נדה שלו פ"ד אין האשה כו' עד שתרגיש בשעה שהדם יוצא בבשרה ע"ש והיינו כיון דהפי' דם כו' בבשרה היא היציאה ממקור לבית החיצון כדאמר במשנה נ"ח ע"ב ממילא פי' דברי שמואל נ"ז ע"ב עד שתרגיש בבשרה היינו בשעה שיוצא בבשרה כו' שהוא שעת הטומאה לא כשכבר בבית החיצון וכן לשון הרמב"ם פ"ט מה' איסורי ביאה ואם לא הרגישה ומצאה בפרוזדור ה"ז בחזקת שבא בהרגשה. ואח"כ כתב ואע"פ שבדקה ע"ש. ונראה מדבריו ז"ל דבלא הרגישה כלל ככתם או בדקה קרקע דשמואל לא אמרינן חזקה שבא בהרגשה דחזינן שלא הרגישה ורק מדרבנן או כרש"י או כתוס' שם דף נ"ח. רק כשהוא בפרוזדור

ומרגשת שם הדם שוב על ההבחנה אם הרגישה בשעת זיבה ממקור לבית החיצון ע"ז אמרינן חזקה דם מקור שבא בהרגשה ודאי היה הרגשה זו בשעה שיצא ולכך כתב ובדקה ולא הכניסה רק עד הפרוזדור אמרינן הרגשת עד וא"א להבחין ממילא דמרגשת עכ"פ ושוב חזקה כנ"ל:

והנה משמעות הגמ' נדה דף נ"ז ע"ב דמשני סתם לעולם דארגשה כו' שאין חילוק בין ההרגשות ואף הרגשת פ"פ המקור ג"כ אין להבחין דאימור הרגשת שמש או עד. וכן הפוסקים לא חלקו בכל הדינים דברייתות דמשני הש"ס באיזו הרגשה מיירי ע"ש. אולם אין ראיה. והרי הרמב"ם ז"ל כתב פרק ה' מהלכות איסורי ביאה הלכה י"ז האשה שהשתינה כו' טהורה ואפילו הרגיש גופה כו' ונזדעזע אינה חוששת שהרגשת מי רגלים הוא. ולמה פי' כאן אופן ההרגשה יותר מכל מקום שכתב סתם שתרגיש כו'. ומשמע דכמו דבתשובות שב יעקב הוכיח דאי נימא דהרגשת זיבת דבר לח הוי הרגשה הא ברואה עם מ"ר מרגשת עכ"פ זיבת דבר לח והוכיח דרק פתח המקור הוי הרגשה ע"ש. ולענ"ד לא מוכח רק דהכל הרגשה כנ"ל ובס"ד דפריך אי דארגיש ודאי דהיה סבור הרגשת פ' המקור שפיר פריך יושבת אמאי טהורה אבל התרצן תירץ לעולם דארגשה ואימור המ"ר. עד שמש כו'. היינו שיש הרגשה דיכולין להסתפק כנ"ל בשמש ועד כו'. ושפיר דייק הרמב"ם ז"ל דא"א דמיירי בהרגשת פתח המקור דע"ז לא פליג התרצן וגם א"א בהרגשת דבר לח דלא שייך לעולם דארגשה דא"א בלא"ה ולכך כתב שנזדעזע גופה דגם זה הרגשה ומ"מ יש להסתפק במי רגלים ויושבת טהורה (שוב ראיתי בשב יעקב סי' ל"ט מהרש"ך כתב על הרמב"ם כנ"ל) ובהרגשה כזו הוא שנחלקו המקשה והמתרץ. וכיון דלס"ד גם הרגשה זו ברור דממקור א"כ מנ"ל דתרצן פליג גם הרגשת פתח המקור מ"מ אין ראיה מגמרא דאדרבה לשון לעולם דארגשה משמע כל הרגשות כנ"ל:

שוב ראיתי שנחלקו גדולים בזה דבס' מנחת יעקב הקשה על המרדכי שפי' תולין בוסתה דשלא בשעת ווסתה תולין בדם טהור ברואה דם מחמת תשמיש מסוגיא דפ"ב דשבועות באין סמוך לוסתה אכניסה אנוס והא לא נטמאה כלל והוכיח דצ"ל ברי לי שטהור ע"ש. וכתב חכם צבי סי' מ"ו בסוף שגגה גדולה הוא דברי המרדכי הם ברואה מ"ת דאפשר שמהצדדין או מהמקור כי האשה אינה מרגשת בש"ת שום שינוי בחדרי בטנה שיורה על שנפתח מקורה. ודברי הש"ס שבועות וא"ל נטמאתי שמרגשת בעצמה שנפתח מקורה ופ"נ ממקור דמי' כו' וע"כ הכי הוה שהרי השמש בפנים כו' ואם כן ברור שאינה רואה ולא ממשמשת בידי' אלא שמרגשת בעצמה בחדרי בטנה שפירסה נדה בוודאי ע"ש. ובעל מנחת יעקב בתשובות שבות יעקב ח"ב סי' ע"ד הביא השגת ח"צ הנ"ל ושכבר

הקשה לו א'. והשיב דלא קשה מידי דבשעת תשמיש אין כאן הרגשה כלל וכדאי' להדיא נדה נ"ז ע"ב ע"ש. ולכאורה דבריו אינם מובנים כלל דע"כ יש חילוק דהא הש"ס מוקי הא דנמצא על עד שלה כו' בארגשה ומ"מ אמרינן הרגשת שמש הוא ע"ש. ואם א"א להבחין כלל מה זה שאמרה נטמאתי בשעת תשמיש שנחשב כוודאי. ומה פריך שבועות דף י"ח בת"ח שלא בשעת וסת אפרישה מזיד כו' מה מזיד הוא הא כל שלא ראה דם רק שהרגישה תולין בהרגשת שמש. גם אשתמיט ליה דברי תוספ' שם ד"ה והא נמצא קתני שכתבו תימא דעדיפא הול"ל מסיפא נמצא על שלה כו' פטורין מקרבן ואמאי פטור כיון דאמרה נטמאתי ע"ש. והא בנדה נ"ז מוקי לה הש"ס להדיא בארגשה ומ"מ א"ז פטורין מקרבן דהרגשת שמש הוא. ואם כן מאי קשיא להו. וע"כ דשאני אמרה נטמאתי מסתם הרגשה כנ"ל. אולם אפשר לישב דבריו קצת דקאי לס"ד כמו דפריך בנדה אי דארגשה א"ז אמאי פטורין דהוי ס"ד שההרגשה בירור כנ"ל ומשני אימר ה"ש כו'. כן בגמ' שבועות הנ"ל דאמר רב אדא לעולם באין סמוך ואפרישה וא"כ ע"כ כס"ד דהתם ס"ל דכשהרגישה היה מחויב לפרוש דאל"ה אנוס גם אפרישה רק דסבר שהוא בירור ולא תלינן בה"ש כנ"ל. ושוב פריך ליה שפיר והא נמצא קתני. ומדויק מה דסיים ואי אפירשה מעיקרא כי פריש ליה מעיקרא הו"ל ידיעה ע"ש שכל הלשון מיותר. ולהנ"ל א"ש דע"כ לדבריך צ"ל דהוי ידיעה מיד שהרגישה א"כ כו' כנ"ל ומוכח דבאמת אינו ידיעה דאימר ה"ש הוא וע"כ בסמוך לוסת ואכניסה כנ"ל. וא"כ שפיר תמהו התוס' דלס"ד הנ"ל אמאי פטורין מקרבן אחר זמן כקושיות הש"ס נדה הנ"ל אי דארגשה אמאי פטורין כו' משא"כ למסקנא. וקצת ראיה לזה מהרמב"ם ז"ל סוף פ"ה מהלכות שגגות הל' ו' דכתב הבא על אשה שלא בשעת וסתה וראתה דם מחמת תשמיש פטורין כו' אלא אנוס כו' לפיכך בין נמצא על עד שלו כו' אבל כו' סמוך לוסתה ודמה כו' וראתה כו' חייבין לפיכך אם נמצא כו'. והלכה ז' כתב מי שעבר ובעל סמוך לוסתה ע"ד שתקדום כו' והרגישה האשה שנטמאת בשעת תשמיש ואמרה ליה נטמאתי חייב ב' ע"ש. ותמוה לענ"ד למה השמיט דין שלא בשעת וסתה והרגישה וא"ל נטמאתי דחייב על הפרישה באין ת"ח לזו. והוי רבותא אף שהיה אנוס אכניסה חייב אפרישה. וגם רבותא דילמא יצר אלבשה כמ"ש תוס' ד"ה אי וא"ל דס"ל באמת כן דהא פ"ד מהלכות איסורי ביאה כתב סתם היה משמש כו' חייב כרת ע"ש ואין דרך הרמב"ם ז"ל להשמיט דין המפורש בגמ' ואי ס"ל כנ"ל מיושב דלמסקנא לא משכחת כלל הא דאמרה נטמאתי שלא בשעת וסת דתולין בהרגשת שמש שא"א להבחין רק בסמוך לוסתה תולין בדם כשמרגשת וכן מוכח מרמב"ם ורמב"ן ז"ל שכתבו דין דגמ' דרואה דם מחמת תשמיש. וכתב הרואה דם

בשעת תשמיש ע"ש. ולמה שינו מלשון הברייתא הא רואה דם מחמת תשמיש משמע כח"צ שנמצא אח"כ דם אבל לשונם ז"ל רואה בשעת תשמיש משמע אף שהרגישה בש"ת כהך דשבועות. ומנ"ל דמהני בזה בדיקת שפופרת אי מהמקור אי מצדדין. ומשמע דס"ל דאין חילוק וכן רז"ה בהשגותיו על ראב"ד ז"ל בספר בעה"נ שכתב דתשמיש א' לא נחשב דלא בדקה מקודם ושמא כבר היה ע"ש. ודחה בעה"מ דברייתא בראיית הרגש' מיירי כאותה ששנינו היה משמש עם הטהורה וא"ל נטמאתי ע"ש ומפורש דגם בזה מהני בדיקת שפופרת ואינו בירור שהוא מהמקור. ומוכח דאף דהרגישה כהאי דא"ל נטמאתי מ"מ אין להבחין אי ממקור או מצדדין. וקושיות המנחת יעקב על המרדכי לענ"ד בפשיטות י"ל דמיירי באין סמוך לוסת רק בוסת המקרים פיהקה נתעטשה וראתה כמו שפירש הרז"ה ז"ל הך דאם יש לה וסת תולה בוסתה כו' כן יש לומר שם דבאין סמוך לוסת רק הוסת היה בשעת תשמיש והרגישה דשפיר ודאי טמאה. ואנוס אכניסה ומזיד אפרישה כנ"ל:

ומדברי ת"ה סימן רמ"ו הובא בש"ע באשה שהרגישה שנפתח מקורה דחוששין וכתב שאם נמצא לובן כו' תולין ההרגשה בהם דאותן מראות ג"כ ממקור אתו. ומשמע דאם היה אותן מראות מצדדין לא הוי תלינן בהו הרגשת פתח המקור. אולם סיום דברי ת"ה הנ"ל שכתב וכיון דנוכל לתלות הרגשה במידי תלינן כדאמר פ' הרואה אימר הרגשת עד שמש כו' כמ"ש דפתיחת המקור גופיה ע"ש ואי דוקא שב בשאר הרגשות שאין פ"פ המקור מה כ"ש הוא דילמא בידוע שנפתח המקור רוב דמים טמאין באשה. ומשמע דגם שם אף בהרגשת פתח המקור תולין בשמש ועד ולכך כ"ש בדמים טהורים הבאין מהמקור כנ"ל:

אך באמת על כל זה אין לסמוך להלכה שהרי תה"ד עצמו בפסקיו סימן מ"ז כתב להדיא דרואה מחמת תשמיש נמי אינה מרגשת דאי מרגשת דנפתח החדר פשיטא דטמא ולא אמרינן הרגשת שמש הוא אע"ג דבכל פעם בלא תשמיש אינה רואה כלום בלא הרגשה וחשיב לה ספק דאורייתא ע"ש ומבואר דמחלק ג"כ כח"צ הנ"ל בין ההרגשות. גם א"א לדחות סתמא דש"ס שם בשבועות י"ח אילימא בת"ח בשאין סמוך לוסת אכניסה אנוס הוא ואפרישה מזיד דפשט הלשון מבואר דכשאמרה נטמאתי בשעת תשמיש מסתמא מרגשת שממקור יצא דם ואין שום ספק לתלות בד"א אף שלא בשעת וסת. דמ"ש לעיל בוסת המקרים אין נראה לאמת דלא הוזכר הגמ' מזה כלל. וכן לשון תוס' אי כפי' שכ' לעיל היה להם להביא הש"ס דנדה ולסיים כדפריך פרק הרואה. ולשונם סתם אמאי פטור כיון דאמרה נטמאתי משמע דגם למסקנא דש"ס נדה דאימר הרגשת שמש. מ"מ

כאן הי' חייבין כנ"ל. וגם הרמב"ם ז"ל פ"ד מהלכות איסורי ביאה כתב סתם היה משמש עם הטהורה וא"ל נטמאתי כו' ואם פירש בקישוי חייב כרת ע"ש ולא כתב בשעת וסתה ואח"כ כתב אסור כו' סמוך לוסת משמע דדין הנ"ל גם שלא בשעת וסת כנ"ל. עכ"פ א"ל נטמאתי יש הרגשה שאין ספק לתלות בד"א כנ"ל ומה שלא הזכיר בהלכות שגגות בשלא בשעת וסתה י"ל דסמך אהך דהלכות אסורי ביאה אף שקצת דוחק. ומ"ש סתם דין הרואה בשעת תשמיש י"ל ג"כ מאחר שכתב בדיקת שפופרת אי ממקור או מצדדין ממילא משתמע דלא מיירי בהרגשה שנפתח מקורה להוציא דם. דכיון דנאמנת אשה להקל לומר מכה י"ל במקור שממנה דם יוצא מכ"ש שנאמנת שהדם מהמקור ומהני הבחנה שלה שלא לתלות בטעות. וכן בהגש"ד הובא סימן קפ"ז ברמ"א וש"ך דמרגשת שמהמקור. ומ"מ למה שבדרכי משה הניח בצ"ע דין התה"ד בהרגישה שנפתח מקורה בלא מצאה דם וגם בש"ע סי' ק"צ הביא רק ליש מי שאומר והרבה חולקים. ושלא בשעת וסתה פסק בש"ע דכאב כמכה ואף במכה שא"י אם מוציא דם להתיר עכ"פ שלא תהיה נקרא רואה דם מחמת תשמיש וכן הסכימו ש"ך וצ"צ ובבתולה נראה דלכ"ע הכאב כמכה כמ"ש הב"י דחשיב ידים מוכיחות שלא היתה המכה וממילא מוציאה דם וגם אין חילוק בין דם הרבה למעט בדם בתולים כמ"ש המשאת בנימין בתשובה וממילא כיון דבטעות דשכיח למיטעי תלינן. שפיר י"ל דאף שאמרה נטמאתי יש לתלות כיון שהרגישה זיבת דם בתולים סברה שנטמאה. ובהגהות מיימוני פ"ד מהלכות איסורי ביאה וספר התרומה ומרדכי הובא בב"י סי' קפ"ה ובש"ך סק"ג באמרה טמאה אני לך וחזרה ואמרה טהורה דבאמתלא נאמנת שאמרה סבורה הייתי להיות נדה אבל עכשיו בדקתי עצמי ומצאתי שמחמת מכה או חבורה בא אלי הדם כו' ע"ש וא"כ כשאומרת עכשיו שמה שאמרה נטמאתי לא שהיה ברי לה שדם מקור היה רק הרגשת זיבת דבר לח נאמנת וממילא תלינן בדם בתולים כנ"ל:

בפרט לפי המבואר בשאלה שבפירוש אמרה שמרגשת זיבת דבר לח. דתולין מה שאמרה טמאה בטעות כנ"ל דהא גם בטענת פ"פ מבואר ברמב"ם וש"ע אהע"ז סי' ס"ח דאמרינן ליה שמא הטה או כו' וכשאומר לא כי אלא ברי פ"פ נאמן ע"ש דכל שלא אמר ברי אף דטען כבר פ"פ מ"מ תולין שטועה אף בנשוי וכן לרי"ף ורא"ש ורמ"א אה"ע סי' ס"ח בבחור אף שאומר ברי תולין דלא קים ליה ע"ש. ממילא כן בהנ"ל עכ"פ לענין רואה מחמת תשמיש שלא להחזיקה כנ"ל:

ואין לומר דלא יועיל אמתלא דחשיב מעשה הפרישה מחמת אמירתה טמאה בשעת תשמיש כמו לבשה בגדי נדות דפסק רמב"ן דלא מהני אמתלא. ול"ד לשאר אומרת טמאה

דרק שלא יבוא עליה משא"כ הנ"ל. דז"א חדא למ"ש הרשב"א הובא ב"י סימן קפ"ה הטעם דמשום בושת או אונס מיקרי ואמרה אבל לעשות מעשה כולי האי כו'. וא"כ באותה אמתלא שכתבו הגה"מ והפוסקים הנ"ל. בסבורה להיות נדה ואח"כ כו' י"ל דגם שלבשה בגדי נדות מהני כיון שבאמת סברה כן. רק אף אם נאמר דגם אמתלא כזו לא מהני בלבשה בגדי נדות כו' כדמשמע קצת מלשון הש"ע שכולל בלשון וכל כיוצא בזה אמתלא הנ"ל כמ"ש הש"ך ומשמע דדינה שוה. מכל מקום ע"כ הטעם דמספק לא היה לה לעשות מעשה עד שתחקור לידע בבירור. משא"כ מעשה זו דפרישה בשעת תשמיש שזמנו בהול וכדין עשתה כשהיה סבורה להיות נדה ודאי דמהני אמתלא הנ"ל וכדמחלק בש"ס לענין טועה בדבר מצוה כשזמנו בהול דלא הוי כשאר שוגג שהיה לו לחקור ע"ש:

ועוד י"ל באשה זו אף אם ניחוש שהיה הרגשת פתח המקור ע"י שאמרה טמאה כו' ועי"ז נאסור אותה משום דרואה דם מחמת תשמיש שיחשב וסת שע"י התשמיש פ"פ המקור ונחשבה למבחנת שההרגשה אינה זיבת דבר לח ולא הרגשת שמש. א"כ שוב בפעם רביעית ששמשה ולא הרגישה כלל נעקר וסתה כעברה ושמשה דעדיף מבדיקת שפופרת. דאף שמצאה בבוקר דם הרבה על הכתונת שלה מ"מ ניהו שנחמיר עלי' ונאמר דהגם שפי' הש"ך ז"ל ריש סימן קפ"ט במצאה בבוקר על כתונת שלה ריבוי דם כמה פעמים אין לחוש כלל לחשבה רואה דם מחמת תשמיש ע"ש דדוקא לענין להחזיקה אבל כשכבר מוחזקת אין זה בדיקה שנתרפאה דתולין שהיה בשעת תשמיש כנ"ל מ"מ היינו שאנו אומרים מה שלא הרגישה בשעת תשמיש דסבורה הרגשת שמש הוא כסתם הרגשות שאין מבחינים כדאמר בגמ' כנ"ל. אבל אשה זו דמצד סתם הרגשה שריא דתולין בדם בתולים כיון שהרגישה כאב ורק שנאמר שמבחנת שאמרה טמאה שלא היה הרגשת שמא רק פתח המקור. ממילא כשלא הרגישה הוי לענין זה כבדיקת שפופרת דממ"נ אי מבחנת גם בפעם הד' מהני הבחנתה שעל ידי התשמיש לא היה פתח המקור כנ"ל ויש לדחות:

ועוד דלדעת רוב הפוסקים אחר שיעור אשם תלוי אין לה כלל דין רואה מחמת תשמיש וחומרא הוא דעת י"א שבהג"ה סימן קפ"ז ומפורש ברז"ה דברייתא מיירי בראיית הרגשה ועכ"פ בסתם הרגשת זיבת דבר לח. וכן מפורש בגמ' דהך דנמצא על שלה אותיום בדארגשה. ומ"מ אחר זמן תולין בה"ש כו' ושהדם בא אח"כ וממילא אין לה דין רואה מחמת תשמיש וכיון שהדליקה נר וראתה שטמאה סתמא יותר משיעור שתרד מהמטה ותדיח כנ"ל:

מכל הנ"ל נראה דאפשר להתירה מ"מ צריכין להזהירם שבאם ח"ו תרגיש עוד בש"ת שמחויב לפרוש באבר מת להמתין כו' דלענין אסור כרת אין לסמוך על קולות הנ"ל. עכ"ז מאחר שבענין היתר אשה זו צריכין לגבב כמה קולות. קולת הב"י סוף סי' קפ"ז וגם בב"י אינו מפורש שכתב רק בהכי סגי למילף כולהו בתולות אף להגיע זמן וראתה לענין כו' ע"ש ולא כתב רבותא טפי אפי' בוגרת וראתה שזו החמורה שבכולם דאפשר מדינא ל"ל אלא בעילת מצוה ע"ש בש"ס ריש פ' תינוקת וכדמשמע מהרא"ש שכולן הושוו לבוגרת וראתה דמשמע דמדינא. וגם הא הרבה גדולים פסקו דבוגרת אין לה טענת דמים כלל א"כ אין מכה ידוע שמוציא דם כלל מ"מ מסתימת לשון הב"י בש"ע משמע דגם בוגרת וראתה בכלל. בפרט בכאב שידים מוכיחות דלא מסתפי ב"י. וגם י"ל שלא הוצרך לכך רק באין לה וסת אבל ביש לה וסת ושלא בשעת וסת דמצרפין דעת המרדכי ובש"ע אה"ע סי' ס"ח הכריע דיש טענת דמים בבוגרת. ולהפוסקים דאין טענת דמים ע"כ לדידהו מ"מ בוגרת נותנין לה לילה ראשונה וכמה ביאות תולין בדם בתולים וע"כ כמ"ש מהרש"א וב"ש סי' ס"ח סק"ג דלא תלינן בדם נדה דלא שכיח כלל שלא בשעת וסתה ע"ש:

והגם שלשונם תמוה דבהדיא אמר שם דרב בלא ראתה מיירי. מ"מ סברתם אמת דשלא בשעת וסתה י"ל ג"כ דל"ש דמה"ט הוא דמקיל המרדכי. ומ"מ הרי פשט המנהג להתיר גם בבוגרת וראתה במרגשת כאב אף הרבה פעמים לתלות בדם בתולים. מ"מ אינו מפורש וגם צריכין לצרף נגד המפורש בש"ס בעל ולא מצא כו' לחלק בלא בעל ביאה גמורה. וכן מה שאמרה נטמאתי שג"כ נגד סתימת הפוסקים. והוא איסור חמור מאוד שגם שכתבו הראשונים ז"ל דרדמ"ת משום וסת. עכ"ז יש מראשונים שכתבו שבשעת וסת ממש אסור מה"ת. וגם הפרישה באבר מת אנו יודעין שגם שנזהירם קשה הדבר מאוד. לזאת איני רוצה כלל שיסמכו עלי עד שתעיינו היטב ושיסכים עוד גדול אחד להתיר אהיה סניף וה' יצילנו שלא נכשל בדבר הלכה:

הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

סימן יב

הנה במרגשת כאב בשעת תשמיש מבואר בש"ע בהג"ה סימן קפ"ז ס"ג דלכ"ע יש לסמוך אבדיקה בבעל הא' אולם לסמוך על הבדיקה בלי שפופרת שהמציא גדול א' הובא באמונת שמואל סי' נ"ז וז"ל שבתחלה בדק שלא בשפופרת ע"י מוך ועץ כעובי ואורך האבר אולי יהיה הדם מן הצד ואז א"צ תו לבדוק בשפופרת ובאם נמצא הדם בראש המוך אז לא תועיל הבדיקה לחומרא וחזר ובדק בשפופרת וישר בעיני והגון כדי שלא

תאסור האשה הנ"ל לעולם ח"ו ע"י הבדיקת שפופרת ופן ואולי תמצא לה עזר ותרופה קודם בדיקת שפופרת ע"ש. וא"כ לכאורה גם בלא נמצא כלל יועיל דמאי חילוק כיון דלשון הש"ס ורמב"ם וש"ע והסכימו האחרונים דגם בלא נמצא כלל מותרת דנתרפאה. גם בבדיקה הנ"ל כן וכן הסכים בס' ס"ט סי' קפ"ז ס"ק ז' רק דכתב דדבר קשה הוא להכניס בעומק כ"כ עד מקום השמש דש דבר רך כו' אבל הסכים להתיר גם בלא נמצא כלל אף במוך לחוד דעכ"פ אפשר להכניס עד מקום שהשמש דש ע"ש:

והנה דברי אמונת שמואל תמוהים דהא לתוס' ופוסקים המתירין בדיקה בבעל ראשון מפרשים דמאי דתני בברייתא תתגרש ולא הוזכר שתבדוק דעצה טובה כדי שלא תתקלקל בבדיקה כשתמצא על ראשו שתאסור לכל העולם שלא הי' ס"ס כמבואר בפוסקים ספר התרומה והר"ן וסמ"ג. ולדברי אמונת שמואל הנ"ל תבדוק בלי שפופרת ויועיל להתיר לבעל ראשון ולא תפסיד כלום כשתמצא על ראשו דניתלי שנתקנח מן הצד והוא על ראשו. ותהיה מותרת לב' וג' משום ס"ס. וע"כ להפוסקים הנ"ל לא מהני בדיקה זו בלי שפופרת. או משום דא"א להכניס דבר רך בעומק כ"כ. וממילא גם בנמצא מן הצד אפשר דאינו מועיל דדם הנמצא בפרוזדור חזקתו מן המקור ורק ברואה מחמת תשמיש הוי בירור כיש בצד משום דעכ"פ הא אין בראשו ולא יצא מן המקור ע"י השפופרת שהוא כתשמיש. והוי כלא נמצא כלל כמבואר בפוסקים וממילא אי לא מהני בדיקה זו בלא נמצא כלל לא מהני גם בנמצא מן הצד כיון שא"א להכניס בעומק אין כאן הוכחה שלא תראה. או דאפשר אין פועל כלל דבר רק שנדע מזה שבאם היה דם שמחמת תשמיש מהמקור היה יוצא גם ע"י בדיקה זו דאולי דוקא דבר קשה כשפופרת פועל כמו התשמיש או איזה טעם אחר. עכ"פ מוכח דלא מהני בדיקה כמו שתועיל ולא תפסיד כנ"ל. ואיך סמך בעל אמונת שמואל להתיר בבעל ראשון ע"י בדיקה זו. הא להפוסקים דמהני בדיקה בראשון ע"כ בדיקה זו לא מהני כנ"ל והוי תרתי דסתרי:

אולם נראה א' מב'. או דכמו דכ"פ ורמ"א בש"ע. דמכאב אף לדעת רש"י מהני הבדיקה אף דלא סמכינן שתהיה הבדיקה כראוי בלי כאב מ"מ ע"י כאב רגלים לדבר ע"ש וכן בדיקה זו בלי שפופרת דלא מבעיא לדעת רש"י דאין לנו הכרח שלא תועיל בדיקה הנ"ל וממילא בכאב מהני. רק בהא אין לסמוך לקולא דאנו תופסין עיקר דעת תוס' לקולא מכ"ש לחומרא. אך דכמו דלרש"י דלא מהני בדיקת שפופרת בבעל ראשון ומ"מ בכאב מהני כן לתוס' אף דמוך לחוד לא מהני מ"מ י"ל דמרגשת כאב מהני הרגלים לדבר לסמוך על מוך לחוד כנ"ל. ולכך פסק שפיר אמונת שמואל בעובדא דידיה שהיתה מרגשת כאב בשעת תשמיש דיש לסמוך אבדיקה הנ"ל בלי שפופרת כנ"ל:

או די"ל דאין זו סברא מוכרחת במוך לחוד בנמצא על ראשו שתהיה מותרת לינשא לאחר דמנ"ל הא אף שיש אפשרות שהיה מן הצד ונתקנח והוא על ראשו מ"מ דבר רחוק הוא כיון שהוא כעובי האבר כו' וי"ל דאין זה ספק השקול להצטרף לס"ס לינשא לאחר. רק שמועיל אח"ז בדיקת שפופרת ג"כ דכשתבדוק אחר בדיקה הנ"ל בשפופרת ויהיה מן הצד איגלאי מילתא שמה שנמצא בהמוך על ראשו היה ג"כ מהצד ונתקנח כנ"ל. ויועיל להתירה אף לבעל ראשון לדידן וכן אם לא תמצא כלל ג"כ תהיה מותרת דהמוך לא גרע מאלו שמשה ד' פעמים ורמ"ת דהיה מועיל אח"כ בדיקת שפופרת כנ"ל. אבל בבדיקת המוך לחוד ונמצא על ראשו שתהיה מותרת לאחר בלי בדיקה אין לנו. דאם אמרו לכתחילה שטוב לבדוק ע"י שפופרת ולא במוך לחוד דאינו בירור גמור דהא אפשר שיתקנח ויהיה על ראשו ובאמת הוא מהצד ולכך תבדוק בשפופרת אבל לסמוך להקל לא. וכתב שפיר אמונת שמואל דמקודם תבדוק כנ"ל כיון שרוצית להיות תחת בעלה ראשון ויהיה תועלת אם לא תמצא כלל או מהצד תהיה מותרת ולא תצטרך בדיקת שפופרת. ואם יהיה על ראשו לא תפסיד ותעשה אח"כ בדיקת שפופרת וג"כ תהיה מותרת לבעל הא'. וכתב שתעסוק ברפואות קודם בדיקת שפופרת כו' היינו דאף שנמצא על ראש המוך ותעסוק ברפואות ואח"כ לא תמצא בבדיקת שפופרת או מן הצד שפיר תהיה מותרת וא"כ נגד זה אין הוכחה וקושיא כלל לשיטת תוס' למה תתגרש תבדוק בלי שפופרת הא עדיין עצה טובה קמ"ל שמותרת לינשא לאחר בלי בדיקה. ואם תבדוק אף בלי שפופרת אצל בעל הראשון ותמצא על ראשו תאסור גם לאחר עד שתבדוק בשפופרת ואם תמצא ג"כ על ראשו תאסור לכל:

אך י"ל עוד דהא מבואר בדברי אמונת שמואל שהתועלת באם ימצא מן הצד ואז א"צ תו לבדוק בשפופרת ע"ש וא"כ י"ל שסובר שבאמת א"א כלל להכניס דבר רך בעומק כמ"ש בס"ט ולכך לענין אם לא נמצא כלל אינו בירור כלל שאין המקור מוצא דם ע"י תשמיש כיון שלא נכנס בעומק כנ"ל. רק אם ימצא מהצד דיש הוכחה שהצדדין מוציאין דם דמהני אף שלא הכניס בעומק כ"כ. וע"ז לא קשה כלל משיטת התוס'. דמזה לא מיירי הברייתא כלל שתוכל לברר שהצדדין מוציאין דם כיון דתני ואם יש לה מכה תולה כו' ונאמנת כו' ומכ"ש כשנתברר שהצדדין מוציאין דם ולא מיירי רק מהבירור בלא נמצא כלל כנ"ל. וא"כ בנידן דידן לסמוך על בדיקת מוך לחוד בלי שפופרת בלא נמצא כלל הוי תרתי דסתרי כנ"ל דע"כ לשיטת תוס' עכ"פ מוכח כנ"ל דאין באפשרי להכניס בעומק כ"כ שיהיה בירור כנ"ל:

אך לפי משמעות הפוסקים והש"ס דלא מצינו כלל בדיקה זו של שפופרת לברר שיש בצדדים דבר המוצא דם לטהרה במכה הידוע שמוציאה דם. ורק ברואה מחמת תשמיש. והיינו משום דמה בכך שנמצא בצדדין ע"י השפופרת הא מ"מ דם הנמצא כו' חזקתו מהמקור וירד מן המקור לצדדין קודם שהכניסה השפופרת. ורק ברואה מחמת תשמיש דעכ"פ הבירור שאין המקור מוצא דם ע"י השפופרת ולא תראה מחמת תשמיש ג"כ. וע"ש בנודע ביהודה ובשאר אחרונים וא"כ אי אפשר לסמוך בלי שפופרת גם בנמצא מהצדדין כיון דבלא נמצא כלל לא יועיל דא"א להכניסו בעומק כנ"ל. שוב לא מהני גם בנמצא מהצד דאמרינן שהיה מקודם והוי כלא נמצא ואין ראיה שלא תראה מחמת תשמיש כיון שלא הכניסה בעומק. וע"כ מה שסמך אמונת שמואל על בדיקה הנ"ל. יכולין לסמוך גם בלא נמצא כלל:

אך י"ל דבעל אמונת שמואל סבר דלדידן כותלי בית הרחם לא מוקמי דם כלל וע"ש בתשו' נודע ביהודה סי' מ"ג שהאריך בזה וא"א דהוי דם הוי אתי מעיקרא ושפיר בנמצא מהצד מהני. או דאי קודם שהכניסה ליכא למיתלי בהרגשת עד והא חזקת דם המקור שבא בהרגשה כמ"ש הרמב"ם. וא"כ ממ"נ מורה שמן הצדדין אי בשעת הבדיקה ע"כ מן הצדדין שאין בראש המוך. ואי קודם שהכניסה היה לה להרגיש אי מן המקור. וע"כ או שבשעת הבדיקה מן הצדדין או קודם ג"כ מהצדדין. והא דדם הנמצא בפרוזדור כו' באמת מיירי ע"י בדיקה ואף דארגשה אימא הרגשת עד וכשכבר הכניסה העד לפרוזדור אז הרגישה ובאמת מהמקור יצא ונמצא על ראש העד. אבל בלא נמצא על ראש המוך רק מהצד דע"כ או בשעה שכבר הכניסה על ראשו איבעי לאשתכוחי. וע"כ אי מקודם היה בלא הרגשה. ותלינן שהמצדדין ומה"ט חשיב ליה בכסף משנה ס"ס בכתמים אי מהצד כיון דבלא הרגשה ע"ש ובפו'. וכן משמע דבנמצא בצד השפופרת דמתירין אותה בבעל ג' אף שרואות אח"כ מ"ת ג"כ. וע"כ מההוכחה דצדדין מוציאין דם כנ"ל וע"כ עדיין י"ל שלא סמך אמונת שמואל רק בנמצא מהצד כנ"ל:

אך עכ"פ אף אי סבר בעל אמונת שמואל כן מ"מ לא ניצול מקושיא הנ"ל לתוס' ורוב הפוסקים תבדוק לבעלה ראשון בלי שפופרת ויועיל ולא יזיק דעכ"פ יועיל כשתמצא מן הצד. דמ"ש לעיל דהברייתא לא מיירי כשתוכל לברר שהצדדין מוציאין דם רק כשלא נמצא כלל זה דוחק גדול דאף דתני נאמנת מכה כו' אבל במה שמוצאת דם בצדדין עכ"פ אינו פשוט והיה ליה להשמיענו דתבדוק ויכולין לסמוך בבעל ראשון ע"ז:

ולפי המבואר בתוס' ס"ו ד"ה ותבדוק לא הזכירו כלל הא דעצה טובה שאם יהיה על ראשו תהיה אסורה לכל כו' רק דמיירי שאינה רוצה לטרוח או א"י לבדוק ע"ש וכן

הרא"ש שהזכיר עצה טובה מ"מ לא הזכיר הטעם שתהיה אסורה לכל. וכן בטור סי' קפ"ז הביא ג"כ דברי תוס' ורא"ש דאם רוצה לבדוק תחת בעלה הראשון רשות בידה שלא אמרו שתתגרש אלא להקל עליה להתירה לב' וג' לכל א' ג"פ בלי בדיקה כו' ע"ש ולמה לא כתב דין זה דכשבודקת תחת הראשון ונמצא על ראשו שאסורה לכל העולם ולא מהני סברא דאין כל האצבעות שוות לחוד בלי ס"ס להתיר. ונראה לענ"ד משמעות תוס' ורא"ש וטור. דגם בנמצא על ראשו אפשר שמותרת מטעם לא כל אצבעות שוות. רק דלא מיירי הברייתא רק בהיתר שמותרת לב' וג' בלי בדיקה. אבל רשות בידה לבדוק אצל הראשון ג"כ. דהא גם הר"ב בס' התרומה לא ברירא ליה כ"כ ע"ש בסוף שכתב דאפשר לפרש דמותרת מטעם אין כל אצבעות שוות לחוד והעצה טובה שתנשא לב' וג' שהוא בהיתר יותר מבורר ופשוט. רק כתב שדוחק לפרש כן. אבל פוסקים הנ"ל נראה שסוברים כנ"ל. ובש"ע כ' ג"כ סתם ולא הזכירו כלל שתהיה אסורה רק הש"ך ז"ל כתב ס"ק י"ג מיהו אם נמצא על ראש המוך אסורה לכל כ"כ הפוסקים עכ"ל. ולענ"ד מסתימת דבריהם משמע להיפוך. וכן הרמב"ן בהל' נדה ורשב"א בתורת הבית כתב סתם דהברייתא להקל שמותרת לב' וג' בלי בדיקה אבל אם תרצה כו'.

אך מי ירים ראש להקל ח"ו בדבר שבפוסקים הנ"ל דבריהם סתומים והר"י בעל התוס' ובספר התרומה והסמ"ג וחי' הר"ן פירשו דבריהם דאסורה בנמצא על ראשו לכל העולם כנ"ל:

והגם די"ל דספר התרומה ותוס' לטעמייהו דאזהרה דוהזרת' כו' דאורייתא כמבואר בספר התרומה סי' צ"ג ולכך בנמצא על ראשו דליכא רק חד ספק דאין כל אצבעות שוות הוי ספק דאורייתא. משא"כ לרוב הפוסקים דלמאי דקי"ל ווסתות דרבנן דוהזרתם הוי אסמכתא י"ל דמהני הך ספק אין כל אצבעות שוות לחוד דהוי ספק דרבנן אי נקבע ווסת לבעל אחר אי לא:

והנה בתשובת נודע ביהודה סי' מ"ג שלא ראה תשובת אמונת שמואל הנ"ל. הוכיח מזה דלא כב"י שמועיל בדיקת שפופרת גם להתירה לבעל ראשון אף בלא נמצא כלל משום דלחומרא לא אמרינן אין כל אצבעות שוות ע"ש ודחה דא"כ תבדוק עצמה בלי שפופרת כנ"ל ויועיל להתירה בלא נמצא כלל וכשתמצא אף על ראשו מ"מ תהיה מותרת לב' מס"ס שמא נתקנח כנ"ל והוכיח מזה דבלא נמצא כלל אסורה לבעל א' דאין כל אצבעות שוות רק בנמצא מן הצד ואם תבדוק במכחול לחוד זה ודאי שאף אם הוא בצדדים יתקנח ראש המכחול ויהיה על ראשו ולכך אין תועלת ע"ש שדחה דברי ב"י:

ואח"כ ישב סברתו דכשבודק בשפופרת שעיקר הבדיקה אולי תמצא מהצד שפיר מותר גם בלא נמצא מטעם ספק דרבנן לקולא אבל בלי שפופרת שהבדיקה רק אם לא תמצא כלל וההיתר משום ספק דרבנן אסור לעשות ספק דרבנן לכתחלה ע"ש והוא דרך פלפול. דאף בספק דרבנן גמור כתב הטור א"ח סי' תמ"ב בשם בעה"ע והרא"ש בב' חצאי זיתים כו' שמבטלו בלבו כו' ונשאר ספק דרבנן ולקולא וכן מסיק הב"י סי' תל"ח ואף דעכשיו ספק דאורייתא רשאי לסלק הדאורייתא שישאר ספק דרבנן לקולא. וכן בה' כלאים סי' ש"ב כתב הטור באבד חוט אחד שמנתקו ותולין שניתן החוט פשתן מטעם ספק דרבנן לקולא ואף דעכשיו ודאי דרבנן מותר לסלק הודאי שישאר ספק דרבנן לקולא. אך הא סי' ק"י בדבר חשוב שנתערב ונפל א' לים דמותר ואסור להפיל ואף דיעבד אסור והט"ז וסי' ש"ב ס"ק א' הקשה זה וחילק דשם אינו הפסד כ"כ שמותר למכרו משא"כ כלאים שאבד שאסור למכרו והוי הפסד מרובה מותר ע"ש. ולדבריו ודאי דלהתגרש מבעלה חשיב כמו שם הפסד מרובה. וא"ל כיון שיש לפנינו ב' בדיקות צריכה לבדוק בשפופרת שיהיה אפשר להיות היתר ברור במן הצד. ז"א דגם שם אפשר לצבוע ויהיה ניכר כמ"ש הרמב"ם פרק י' מהל' כלאים ואף דאפשר שלא היה ניכר ויהיה מותר ג"כ מטעם ספק דרבנן כמ"ש הרמב"ם מ"מ הוי ממש כמו כאן דגם בשפופרת אפשר שלא תמצא כלל ויהיה ההיתר מטעם ספק דרבנן. ואעפ"כ מותר לנתק שם חוט וכן כאן:

אך באמת תירוץ הט"ז דחוק דלא מצינו כלל להתיר בה"מ להפיל א' לים בדבר חשוב וכה"ג. ולענ"ד החילוק פשוט דהא ודאי בנפל א' לים אין מתירין משום דנחזוק באמת שמסתמא האיסור נפל דהא כל דפריש מרובא פריש ואיסורא ברובא איתא רק דחכמים הקילו כיון שיש צד לתלות אף שרחוק שיהיה מותר מאחר דמה"ת נתבטל. וא"כ כיון שאין מבטלין איסור לכתחלה וכן להוסיף ולבטל. וא"כ מה שהוא דבר חשוב שמדרבנן לא בטל והוא מפיל א' לים שבאמת נשאר האיסור דיש רוב רק שיסתלק התקנת חכמים מה שתיקנו דלא בטל וישאר ביטול דאורייתא דלענין הדאורייתא ודאי שמחזיקין שעדיין יש האיסור מטעם רוב. רק שבטל מה"ת וממילא הוי מבטל איסור לכתחלה דמבטל האיסור שיש בתערובות ומתירו מטעם ביטול כנ"ל. משא"כ חוט כלאים בגמ' שמירי שניתקו וא"י אם ניתקו שפיר דההיתר מטעם ספק דרבנן שהוא ספק שקול שמא אין כאן כלאים דרבנן שפיר מותר לכתחלה דאמרינן בדרבנן שלא יהיה שם שום איסור:

אולם הט"ז הקשה שפיר לפי לשון הטור שמנתק חוט א' כו' ומשמע שא"י כלל איזה מנתק ואעפ"כ תולין שזה שניתק היה הפשתן וע"ז קשה כמו בדבר חשוב דגם בזה מחזיקין דפריש מרובא. אבל בש"ס ורא"ש איתא ונתקי' שניתק זה החוט רק שמסופק

אם ניתקו לגמרי שלא נשאר ממנו. וזה ספק כשאר ספיקות. ותמוה איך שינה הטור לשון הגמ' ע"כ נראה כפי' הב"ח. והיינו דהך או ינתק שכ' הטור קאי על כשצבעו כמו שהתחיל באבד בו חוט יצבענו ויהיה ניכר כו' היינו כשיהיה ניכר יסירנו. וכתב או ינתק חוט אחד היינו כשאינו ניכר אחר הצביעה דבזה מדינא מותר כמ"ש הרמב"ם דתולין שנשמט מעצמו דאל"ה היה ניכר ע"י הצביעה. והטור החמיר שינתק אח"כ חוט א' לתלות בו כיון דבמדינא בל"ז מותר והרי זה כחומרא שהחמיר מהר"מ בחד בתרי ביבש להשליך א' ואינו ענין כלל לדבר חשוב ונפל א' לים דמדינא אסור בלא"ה. ויש לתמוה על הט"ז איך כפי פירושו בהטור עירב עם דברי הגמ' דמפורש שניתק החוט ולא אבד כלל כמו שהביא בעצמו ואין לזה דמיון עם דברי הטור בלא טעם דאין מבטלין איסור לכתחלה ע"ש:

וא"כ לפי' הנ"ל אין הוכחה לנידן דידן דמן הצביעה אין ראיה דדומה להבדיקה שכתב הנודע ביהודה שצובעין אולי יהיה ניכר ויסירנו. ואח"כ כשאינו ניכר מותר מטעם ספק דרבנן:

אולם בל"ז אינו דומה כלל לעושה ספק דרבנן לכתחילה דהבדיקה רק בירור רק שאינו בירור גמור ואם הי' וסתות דאורייתא לא הי' סומכין על בדיקה זו ובדרבנן סומכין וכמו בודקין למיאונין שמבואר ברי"ף ורא"ש פ' בא סימן דאף שאינו בדיקה גמורה כשאין שערות דחיישינן שמא נשרו ובדאורייתא לא מהני מ"מ בלא בעל שאינו רק ספק דרבנן מהני בדיקה זו שאין שערות דאפשר שנשרו חשש רחוק הוא ולא חיישינן ליה בדרבנן ע"ש וכן ממש כאן דודאי דהא דאין כל אצבעות שוות לפי' הב"י אינו ספק שקול דא"כ לא הי' מוצא מחזקת איסור שהוחזקה לבעל הראשון ברמ"ת רק דלא שכיח ומ"מ מתרמי שאין שוות. ולבעל אחר שרינן לה דלא הוחזקה רק לזה כיון דרוב נשים אינן רמ"ת. ולכך אף שיצאה מהרוב לגבי בעל זה מ"מ לגבי אצבע אחר לא יצאה מהרוב ותלינן שאצבע של בעל זה גרם ולכ"ע עדיין בכלל רוב נשים היא. ומ"מ מהני הבדיקה לבעל ראשון דתלינן שנתרפאה. ואף דבמועד לשורים או לשבתות כו' לא הוי חזרה לתמות רק בדבר שנתייעד. היינו דהתם הוי חזקה דאורייתא כשנתייעד ג' פעמים כו' משא"כ כאן דחזקה דוסתות דרבנן. ובזה גרע משאר וסת דלא צריך למיעקרה ג' פעמים כמ"ש הפוסקים דהוי כוסת דאונס דאינה קובעת רק למיחש חוששת ונעקרה בפעם א' דתולין שהיה במקרה כל הג' פעמים כן מהני ב"ש אף שאפשר שאין אצבעות שוות:

סימן יג

הנה על דבר שבועה הראשונה שהעידו העדים. ודאי דמהני ההתרה דיעבד ולא מיקרי קיבל טובה מה שהניחו ליסע למקום אביו לקיים מצות כיבוד. דאם לא היה מניחו היה שלא כדין ובמה שאינו עושה עול לא מיקרי עשיית טובה. כמ"ש הש"ך יו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ'. ואף אי נימא דשבועה זו מיקרי לתועלת חמיו ולהנאתו. מ"מ הא פסק הרמ"א שם אף לדעת היש חולקין דלא מהני גם בדיעבד מ"מ דוקא בקיבל טובה בשביל השבועה אבל בלא טובה רק לתועלתו ודאי מהני ההתרה בדיעבד ע"ש כמבואר במהרי"ק שורש נ"ב ג' חילוקים ע"ש:

ונידון הכתב שהעיד ע"א שהיה כתב בו בנדר על דעת רבים שאין לו התרה ובאלה ובשבועה כו' בשביל החזקת טובה ואם חמיו האט מיט עהם גיטאהן איבער דעם ערך ואם יעבור ויסע קיבל עליו באיסור קונם הנאת תשמישה עלי' גם קיבל עליו באלה ובשבועה לגרשה ולצאת נקי מנכסיו כו'. הנה שבועה בכתב גם שכתוב בלשון הנני מקבל עלי גם כן דעת רוב הפוסקים דאינו שבועה כמבואר בתשובות שב יעקב סי' מ"ט ות' נודע ביהודה הגם שבת' סי' ס"ו נסתפק וכתב שתלוי בב' תירוצים תוס' גיטין ע"א שהקשו אהא דשאני עדות דרחמנא אמר מפיהם כו' ומשמע דבשאר דוכתי חשיב אמירה והקשו מחליצה דאלם לאו בני קרי' כו' ותירצו דיש חילוק בין הגדה לאמירה. ועוד דכמו דילפינן מלויים וענו ואמרו דדוקא בלה"ק כמו כן כתב לא מהני ע"ש. וכתב נ"ב הנ"ל דלתירוץ קמא שבועה בכתב ג"כ לא מהני דכתב לבטא בשפתים הוי כאמירה. משא"כ לתירוץ ב' י"ל דמהני שבועה בכתב ע"ש.

ולענ"ד נראה ראיה ברורה מהא דאמר בש"ס סוטה כ"ז ע"ב אמר מר בר רב אשי כשם שאלמת לא היתה שותה דכתב ואמרה האשה אמן כן אם היה אלם לא היה משקה כו' והא אמר להדיא בש"ס במשנה סוטה ל"ב דפרשת סוטה נאמרה בכל לשון וא"כ למה אלמת אינה שותה הא יכולה לומר אמן בכתב ולא שייך תירוץ הב' של תוס' כלל וע"כ כתירוץ הא' דאמירה לא הוי בכתב כלל. ועוד לענ"ד מוכח יותר דשבועה לא מהני בכתב אף אי נימא לחלק בין לבטא או אמירה דהא כתבו תוס' שם סוטה ד"ה דכתיב כו' דאפילו למאן דלא בעי קרא כדכתיב מודה דאלמת אינה שותה משום דלא מצי לקבולי שבועה כו' ע"ש. וא"כ הא כיון דלא בעינן קרא כדכתיב א"כ אף שאי אפשר לקיים ואמרה היתה שותה. רק משום קבולי שבועה ואי שבועה בכתב מהני שפיר מצית לקבולי שבועה בכתב ואמירה לא מעכבא כנ"ל. וע"כ לענין קבולי שבועה פשיטא להו לתוס' דלא מהני בכתב. וגם הסברא פשוטה כיון דכתב לבטא בשפתים ובנדר ככל היוצא מפיו כו' ודוקא

בעדות שאין הדיבור מעשה מצד עצמו רק לגלות מה שראו הוי ס"ד דמהני משא"כ שבועה דהדיבור גופיה הוא האוסר וכן שאר מצות שבדיבור דלא אישתמיט שום פוסק שיהיה מהני בכתב. וסברא הנ"ל מבואר בתשו' שב יעקב שם. וגם בנודע ביהודה סי' ס"ח הסכים עמו. גם מוכח מש"ס סנהדרין מ"ה ע"ב גבי בן סורר ומורה הי' א' מהם גידם או אלם כו' אינו נעשה בן סורר ומורה דכתיב ואמר כו'. ואף דאמרינן התם קרא יתרא דמעכב היינו דאל"ה לא היה מעכב כלל כשא"א באמירה. אבל מה בכך שמעכב אי הוי אמירה בכתב. וע"כ כתירוץ א' של התוס' דאמירה לא חשוב בכתב כנ"ל:

אך יש לדחות קצת דהנך איכא לאוקמי באין יודעין לכתוב. לא קשי' להו להתוס' רק מחליצה דקריאה לא מעכבא רק שיהיה ראוי לקריאה. וא"כ הא כיון שיכולין ללמוד ולכתוב שוב מיקרי בני קריאה אבל בהנך דסוטה וסנהדרין דבעי אמירה ממש י"ל דאיירי באין יכולין לכתוב. ודוחק כיון דנקט סתמא אלם וכו':

גם מש"ס ריש תמורה דאמר לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו ופריך והרי מימר דאין בו מעשה ותנן לא שאדם כו' אלא שאם הימר מימר וסופג ארבעים כו' ומאי קושיא ממתני' הא משכחת מלקות בכתב שכתב זו תמורת זו דעבר הלאו במעשה לרוב הפוסקים דאף היכא דאפשר בלי מעשה לוקה כשעשה מעשה וע"כ כיון דתמורה מטעם הקדש ואין הקדש חל בכתב כנ"ל. וכן להפוסקים דהיכא דאפשר לעבור הלאו במעשה לוקין עליו אף כשעבר בלי מעשה. א"כ כל הני דאמר חוץ מנשבע ומימר ומקלל כו' הא כולהו משכחת להו ע"י מעשה בכתב ושוב לקי אף בלי מעשה ומוכח דלא מהני כנ"ל:

ומה גם שלא אמר העד כלל שהיה כתוב לשון אני מקבל עלי רק דרך הודאה כו'. ומבואר בש"ע דכיון דיודע שלא נשבע אינו אסור כלל. ואף דאינו נאמן נגד אחרים מ"מ כאן שנשרף הכתב פשוט דנאמן נגד הע"א ואף לעדות העד שקרא הכתב עמו ג"כ פשוט דמה שקורא לידע מה כתוב בו כמו שהעיד העד שאמר לו ראה על מה אתה חותם מבואר מלשונו שהיה הקפידא על החתימה. אבל לא היה הקריאה לשם קבלת שבועה. רק לדעת מה כתב. וכיון דמבואר בש"ס היה קורא בתורה כו' אם לא כיון לבו לא יצא וכיון דבשבועה בעינן שיתכוין לשבועה דגמר בלבו להוציא פת חטין כו' לא מהני ממילא קריאה זו אינה קבלת שבועה בפרט שהכתב של אדם אחר. וכי מי שקרא כתב אחר שכתוב בו אני נשבע יהיה קבלת שבועה. בפרט למאי שאומר שנתיישב אח"כ יום א' אם יחתום כו' גם הלשון שהעיד העד שנתן כתב בנדר על דעת רבים שאין לו התרה ובאלה ושבועה אז ער זאל מיין נישט פאהרן כו'. א"כ הנדר הוא בלשון שבועה ואינו חל כלל להרבה פוסקים כמ"ש בש"ע סי' ר"ו. ועל השבועה לא העיד שהי' על דעת רבים. אך

דעת כמה פוסקים דגם נדר בלשון שבועה מהני מטעם יד. אך מבואר דהוי יד דשבועה לא דנדר ע"ש. וא"כ יש לומר דלא חיילי כלל הנך שבועות דעל דעת רבים על שבועה הראשונה שהעידו העדים דאין שבועה חלה על שבועה ואין כאן לא כולל ולא מוסיף רק מה שהוא על דעת רבים ואינו חל כלל. אך הא קי"ל כרבא דכשהותרה הראשונה חלה השניה וא"כ עכשיו דהתירו לו הראשונה חלה הב' שהיה על דעת רבים. אך יש צירוף דעת הרי"ף דלא פסק כרבא עיין ש"ע סי' רל"ט. ואם היה ניתר ע"י חרטה דהשתא י"ל גם לדידן אין שבועה השניה חלה. אך מסתמא ע"י פתח מהחרטה התירו לו כמבואר בש"ע וניתר למפרע כנ"ל. ועוד דהוי לדבר מצוה דאין אדם לומד אלא במקום שלבו חפץ ויש התרה גם בעל דעת רבים. ואין לחלק דדוקא דהרבים לא ידעו אז דלא היה בשעת הנדר דברי מצוה כמו במיקרי דרדקי דהיו סבורים שימצאו דדייק כוותי' וממילא אח"כ שנולד שיש מצוה אמרינן מסתמא דעת הרבים מסכמת כו' משא"כ כשגם בשעת הנדר היה אותו הדבר מצוה חזינן שאין דעתם מסכמת אף שהוא דבר מצוה. ז"א דהא מייתי לה בש"ס מכות פרק ג' דף ט"ז באונס שגירש ואדר' על דעת רבים דלא משכחת לה ביטלו דלדבר מצוה יש לו התרה ע"ש והתם בשעת הנדר היה אותו המצוה ג"כ כמו עכשיו לא תוכל לשלחה ומוכח דגם כה"ג מיקרי לדבר מצוה ומתירין. ועוד דסברא הנ"ל לא שייך רק בעל דעת פלוני ופלוני וידעו בשעת הנדר משא"כ על דעת רבים סתם הא לא ידעו כלל אדרבה דעת שאר פוסקים להיפוך דלא הי' מסכימים כלל. ועוד דכיון שעבר כבר על השבועה יכולין להתיר גם בעל ד"ר דזה מצוה להצילו מעונש האיסור כמבואר ברשב"א הובא במשנה למלך פ"ו מהלכות שבועות. הגם שיש לפקפק קצת כאן כיון דלתועלת חבירו אין מתירין לכתחילה אף בלי טובה רק דיעבד מהני ובזה לא חילקו בין דבר מצוה. א"כ שוב בעל דעת רבים י"ל גם דיעבד לא מהני אף שעבר דלא שייך מסתמא ניחא להו בהתרה כיון דאסור לכתחלה. אך ז"א דהא דיעבד סומכין על הפוסקים דאין איסור כלל בלי טובה:

ועוד לכאורה למה בכבר עבר בלתועלת חבירו למה לא יתירו לו לכתחלה גם לאסור הא גבי תורם שלא מהמוקף אמרינן ניחא ליה לחבר למיעבד איסורא זוטא כי היכא שלא יעבור עם הארץ איסור חמור וכן כדי שלא יהיה עובר אשבועה. אך ז"א כדדחי בש"ס פרק קמא דשבת דבעי למימר התירו לאחר לרדותו כדי שלא יבוא זה לאיסור סקילה ודחי וכי אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירך ע"ש ומחלקים תוס' בין הך דשלא מן המוקף ע"ש. וכיון דס"ד דש"ס דמתירין אף לאחר דדחי דאין אומרין לזה חטא אף חטא קל כו'. והיינו לגבי דידיה אבל לגבי האחרים שאין עושים איסור כלל ודאי ניחא להו

איסור קל של המתירין לכתחלה שלא יהיה זה עושה איסור חמור לעבור אשבועה שהיא מהחמורות ואף שהוא תיקון על מה שכבר עבר. הא גם בלרדות כן כנ"ל. וא"כ שייך שפיר בעד"ר מסתמא ניחא להו בההתרה כנ"ל. ועוד דהוי לדבר מצוה לעשות שלום בין איש לאשתו כמבואר ביו"ד סי' רכ"ח דכיון דחקר שא"א להיות שלום בענין אחר יכולין להתיר נדר עד"ר והוא מתשו' מהר"מ ע"ש. בפרט שכתב עד"ר סתם ולא נפרטו מי דלרוב הפוסקים אית ליה היתר. ומצד החזקת טובה אף שהעיד העד שהיה כתוב שנשבע עבור הטובות שעשה עמו חמיו יותר מיכולתו. מ"מ לא אמר להיפוך שעשה לו טובה בשביל השבועה ומאי בכך שנשבע בשביל הטובה שעבר ובעינן דוקא קיבל טובה עבור השבועה ונדר הנאת תשמיש והשבועה לגרש זה לא העיד כלל שהי' עד"ר. וגם זה לדבר מצוה וכטעמים הנ"ל. ועכ"פ מהני ההתרה דיעבד. עוד יש לצדד כיון שעכ"פ היה סובר שאינו עובר שבועה שהיה אונס ולבטל את המצוה כו'. א"כ הוי שוגג בשעת חלות השבועה דהנאת תשמיש ולגרש כיון שתלאן אם יעבור על האיסור שבועה ליסע. בש"ס נדרים כ"ה ובש"ע סי' רל"ב סי' ו' קונם ככר זה אם אוכל ושכח ואכל אין הככר נאסר כיון שבשעה שהיה לחול הנדר היה שוגג ולא ידע שחל עליו האיסור. וא"כ כיון שסבור שאינו עובר לא היה יודע אז שחל האיסור דהנאת תשמיש והשבועה לגרש כנ"ל. אך הלשון סתום בדברי העד אז ער וועט עובר זיין אין וועט פאריין. י"ל שאין הפי' על האיסור דוקא. וא"כ אף שחשב שאינו איסור ידע דחל איסור תשמיש כנ"ל ועדיין אינו מוכרח:

עכ"פ מהני היתר על אותן הנדרים ושבועות של תשמיש ולגרש. רק נראה דהיה צריך שהתרה יהיה מקודם על שבועה ראשונה שהעידו העדים ואח"כ להתיר שבועה הב' שבכתב שעד"ר דקודם התרה לא חיילא שבועה ב' ואין מתירין עד שיחול. עיין סי' רל"ט סי' י"ג וסי' רכ"ט סעי' ט' ובש"ך שם. אולם מהרל"ח בתשובה פסק דמהני דמיקרי חל ע"ש. ועוד דנראה כיון שכבר התירו א"כ כמו דאמרינן אף דבשעה שנשבע שבועה ב' לא חל מ"מ כשהותרה שבועה א' חל למפרע שבועה הב' ממילא חל למפרע ההתרה ג"כ וכמו בתנאי מעכשיו שהיה מועיל ההתרה כשנתקיים אח"כ התנאי כיון שחל למפרע הנדר איגלאי מילתא דההתרה היה אחר חלות. וברמב"ם פ"ו מהל' שבועות מבואר להדיא דמהני שכ' נשאל על השלישית ראשונה ושניה קיימת. ובלחם משנה כתב שהב"י בשם הרמב"ן חולק ע"ש ועדיין צ"ע והלשון סתום בגב"ע מההתרה רק שהתירו הכל:

ואם היה ההתרה כנ"ל מקודם על הא' ואח"כ הב' נראה לענ"ד דמהני ההתרה בדיעבד ורשאי לדור עם אשתו ואין עליו עונש נדר ושבועה. והנראה לענ"ד כתבתי אם יסכים א' מגדולי המורים:

הק' יצחק מאיר.

סימן יד

שאלה רב אחד שהי' אב"ד בעיר אחת ודרשוהו לעיר אחרת לשום משכנו בתוכם להיות להם לאב"ד והסכים להם ונתן להם כתב בכתב ידו ממש בזה הלשון הבטחתי לאנשי עיר פלונית לשום משכני בתוכם כו' כ"ז אני מקבל עלי בח"ח ובשד"א ובעת נתנו זה הכתב לא זכר שנתן ג"כ כתב לאנשי עירו ובחפשו באמתחת כתביו מצא העתקה מכתב שנתן לאנשי עירו וכתוב בו כל זה אני עלי בת"כ ובפ"מ רק הכתב הראשון לא היה כתב ידו ממש רק שחתם עלי' והשניה הי' כתב ידו:

תשובה ב"ה יום א' ג' דחנוכה תרח"י ווארשא. החיים והשלום לכבוד אהו' הרב הגדול חריף ובקי נ"י פ"ה ע"ה מוה' חיים אליעזר נ"י אבד"ק טארניגראד:

אחד"ש הן הגיעני מכתבו ליל ו' עש"ק ומוכ"ז אמר שיום א' יסע מזה ולא היה לי פנאי להאריך בדברי פלפול רק בדבר הנוגע לדינא. ורו"מ מחודדין שמעתתי' ומרבה לפלפל בדברי האחרונים ולדעתו פשוט שכתב הראשון אינו כלום וכתב השני בתקפו. ולענ"ד אינו כן. והנה חסר במכתבו תיבה א' מן העתק כתב ראשון שכתב כל זה עלי בת"כ ובפ"מ. וחסר קבלתי או מקבל. ואכתוב על שניהם. בענין לשעבר שמוסכם אצל הח"י ונודע ביהודה כפשט דברי סמ"ע שאם לא נשבע אין עליו איסור. לענ"ד ליתא כמ"ש רמ"א סי' ר"ז סעיף י"ט ובת"ה סי' שכ"ו מבואר להדיא דשוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא בהודאתו שנשבע. רק דמהני אמתלא והיינו אמתלא על ההודאה שלא היה כוונתו להודות באמת וכמו נתקדשתי וכה"ג דמהני אמתלא דכן הדין גם בממון אם לא נתכוין להודאה גמורה ויעיין רו"מ בס' נ"ש סי' ח' בדיני תנאים ראשונים ודבריו נכונים. זולת מ"ש ג"כ דרק נגד חבירו אבל לענין איסור אין איסור אם יודע האמת שלא נשבע ע"ש. ולדעתי צ"ע טובא דמשמעות דברי ת"ה הנ"ל דכמו אודיית' בממון דהוי קנין אף שאינו כל לרוב הפוסקים מעובדא דאיסר גיורא כן בכל שוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא לרוב הפוסקים שמטעם הודאה אי נתכוין להודאה ולאסור אף דיודע שאינו כן נאסר בזה. ול"מ לדעת ר"י באסין שמטעם נדר דעשאוהו חכמים כנדר שאין לו התרה דודאי כן. רק אף לרוב הפוסקים דמטעם הודאה ג"כ הדין כנ"ל. דגם בממון מנ"ל לחכמים שיהיה קנין. וע"כ דמסברא כיון שיכול אדם לעשות בשלו מה שירצה וכיון דהודאה מהני מקרא דכי הוא זה כפירש"י קידושין ס"ה ע"ב שוב מתחייב באמת והוי קנין כיון שרוצה ומתכוין להקנות בהודאתו. וכן לענין איסור כיון שביד האדם לאסור במה שירצה מהני הודאתו ג"כ לשויה חתיכא דאיסורא. וכן משמעות הגמ' בכמה דוכתי בקידושין ס"ה באומר

קידשתיך ופ"פ בכתובות ד"ט ואומרת א"א פ"ב דכתובות כו' דסתמא דאסור. ואף שיודע שאינו כן וברמב"ם הל' איסורי ביאה פרק י"ח ה"ט אשת כהן כו' שהרי הודית שהוא כו' ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה. וברמ"א בתשוב' ס"א אף שיודעין שטהורה הותר רק משום אמתלא ע"ש. והן ג"כ דברי ש"ך סי' רל"ב ס"ק כ"ח ומ"ש רמ"א שם ביו"ד סי' הנ"ל וכ"ש אם האמת שלא נשבע שאין עליו איסור שבועה משום הודאתו עכ"ל. וכן העתיקו כולם לשון רמ"א ז"ל. ואיני יודע איך יפרשו לשון וכ"ש וכי מיירי מקודם אם באמת נשבע. וע"כ הפי' דקאי אדלעיל שנותן אמתלא למה אמר שנשבע. רק מקודם מיירי בא"י לנו אם האמת כדבריו רק שהוא אומר כן וכתב דכ"ש אם ידוע גם לנו שהאמת כן. או דהפי' דכ"ש הוא בעצמו שיודע האמת שלא נשבע שאין עליו איסור אבל בין כך ובין כך קאי אם נותן טעם למה אמר שנשבע אבל בלי אמתלא והיה כוונתו באמת להודאה ושיהיה חיוב עליו בשבועה דנאסר אף שלא נשבע ככל שווי' אנפשיה חתיכה דאיסורא ובענין שבינו לבין עצמו אפשר דלא שייך הודאה כיון דקי"ל אדם נאמן על עצמו. אבל במה שבינו לבין חבירו כיון דהדין דנאמן שוב אף שאינו כן אסור כנ"ל. ואף דהיה אפשר לומר דבשבועה דאיסור גברא לא שייך שוי' חתיכה דאיסורא. מ"מ הרי תה"ד כ"כ להדיא. ונראה טעמו דקי"ל שבועות דף ך' אף דמתפיס בשבועה לאו כמוציא שבועה מפיו דמי מ"מ דעת רמב"ם ור"י מיגא"ש דאסור מה"ת רק דאין חייבין עליו ע"ש. וממילא הוי הודאה שנשבע כאיסור מתפיס בשבועה שענין זה אסור עליו באיסור שבועה כנ"ל. וזה לענ"ד טעם ר"י הלוי שמצא רשד"ם בתשוב' סי' פ' הביאו ג"כ ש"י דבנתן כו' שנשבע לחבירו דחייב בד"ש ואסור לעבור ואין ב"ד כופין. ולא ביארו כולם דבריו למה. ולמ"ש כנראה שהוא הר"י הלוי מגא"ש ז"ל דלטעמיה כנ"ל ומשום הודאה אתי עלה דכמתפיס בשבועה כנ"ל. או דס"ל כהרמב"ם ז"ל דבכל שוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא אין ב"ד כופין ע"ש. אבל עכ"פ מאחר דדעת רמ"א ז"ל לקוחין מת"ה סימן שכ"ו ומבואר שם כן להדיא ממילא הדין כנ"ל. ומ"ש תה"ד שם דאף שזה מודה שלא נשבע בפניו אפשר שנשבע שלא בפניו. אין הפי' לענ"ד כמו שחשבו האחרונים רק כדאמר בגמרא גיטין מ' ע"ב כתבתי ונתתי כו' והלה לא נתת לי חיישינן שמא זיכה ע"י אחר ע"ש. וע"כ דאף דאודייתא קנין לתוס' ושאר פוסקים מ"מ ב' הודאות דסתרי היה מהני גם הודאות שכנגדו להיפוך דהקנין הוא רק כמו שהוא מועיל ענין ההודאה לנאמנות. וכיון דבסותרים שפטור גם הקנין אינו יותר. רק כיון דאפשר שזיכה לו ע"י אחר שוב מהני הודאתו וקונה כנ"ל. וכן הפי' בתה"ד הנ"ל אף דזה מודה שלא נשבע בפניו א"כ היה ראוי להועיל להיפוך שאין זה מחויב נגדו לזה כתב כיון דאפשר שנשבע

שלא בפניו וכגמ' הנ"ל. שוב מהני רק הודאתו אלא משום האמתלא כנ"ל. ע"ש דמפורש בדבריו כנ"ל אבל כשנתכוין להודות הודאה גמורה ולקבל עליו מה שמודה אסור אף דלא נשבע כנ"ל:

ואפשר דמ"מ האיסור רק דרבנן כמ"ש בתשוב' רמ"א סי' א' מטעם כל שאסרו כו' אף בחדרי חדרים אסור ע"ש. אבל משמעות הגמ' והפוסקים דאיסור דאורייתא גם לגבי המודה כנ"ל. ואם כן שוב בכתב אף להפוסקים דשבועה בכתב לא מהני מ"מ בתורת הודאה למשוי נפשיה חתיכה דאיסורא לכ"ע מהני להפוסקים שאינו בתורת נדר כנ"ל ככל שטר וכת"י דהוי הודאה גמורה ואפשר דגם אמתלא לא מהני במעשה שנותן כ"י לאחר כהאי דס"א ביור"ד סי' קפ"ה. בראש כבש ולבשה בגדי נדות. אבל עכ"פ רו"מ שנתן כתב הראשון שרצה לקבל עליו מה שכתוב בו שוב הוי ככל כ"י דעלמא דמהני בהודאה אף שהכתב של אחר וח"י. ויפה הנהיגו כל ב"ד לכתוב לשון עבר קיבלו עליהם בח"ח שלא כח"י ונודע ביהודה. רק דאף להמקילים בשבועה בכתב מודים בהודאה דאמרינן שנשבע בפיו וכיון דאפשר בכך שוב אסור בהודאה בכתב משום שוי' חתיכה דאיסורא. ומנהג ישראל תורה. ודברי נודע ביהודה שהרב קורא אינו כלום דאין כוונת הרב להטיל חרם מדעתו רק כמ"ש:

ומ"ש רו"מ דמה שמצוה לאחר לא מהני שליחות. לא ראה רו"מ וגם האחרונים שהביא רו"מ דברי תה"ד בפסקיו סימן רנ"ד שכתב ובלא"ה בטורח יש לנו ראיה מהתלמוד שיוכל השליח להקים איסור בשבועה על המשלח שיתקשר כו' ע"ש דעכ"פ הדין ברור לו שיכול לאסור איסור. וגם מ"ש רו"מ איזה לשון ג"כ לא קשה למעיין בש"ע שיכול לומר שיהיה אסור בשבועה על דבר פלוני. או שמחויב כו' וכהנה רבות. ובל"ז כל זה אי בשפתיו דוקא שייך הספק אי שייך שליחות שאינו בשפתיו כדאימעוט בעדות כתב ותורגמן מע"פ. אבל להמחמירין בכתב ודאי דכתיבת השליח אני מקבל עלי מהני ככתיבתו. דגט לשון הבעל הוא ולהפוסקים דצריך שליחות בכתיבה וכתב השליח לשון הבעל ומהני ככותב בעצמו וכנ"ל. א"כ מה שרוצה רום מעלתו להחמיר בכתב השני יותר מראשון ליתא. דאי כתב מהני ממילא גם כ"י אחר בשליחות מהני. ועוד דעיקר הוא מה שמוסר הכ"י לאחר דהא ודאי גם בכ"י עצמו שמקבל עליו אינו מקבל כלל רק במה שמוסרו לאחר דכשאינו מוסרו אינו כלום. רק בזה יש לומר דדעתו שיחול כשימסרנו ודוחק. ועוד דהא להפוסקים דלא כרמב"ם דעדות בשטר כשר מה"ת. ולא אימעט מעל פי כיון שראוים כו' או נעשה כתיקון שטרות ושאר תי' תוס'. אם כן ניהו דהגדתו מהני מ"מ הא השטר אינו כ"י רק מה שחותמים. ומה מהני הא לא העידו גוף העדות כלל. וע"כ דחתימה הוי

כמעיד בפה על כל הכתוב בו ולהרי"ף ז"ל מה שמוסרים הכתב בח"י לבע"ד. וכן גם בזה אין חילוק בין כת"י או חת"י כלל וכמ"ש רמ"א להדיא בחו"מ סי' ר"ז סעיף ט"ז:

ובענין שבועה ונדר בכתב. ראיית הש"י ורדב"ז שקדמו קלושה מאוד מהא דכותבה ומגיה כו' בפ"ב דמגילה למה ליה להרי"ף דקרי כו' דהא צריך שישמע לאזניו לכתחלה עכ"פ. וניהו דכתב כאמירה לא השמיע עכ"פ. ועוד דבגמרא מגילה ט"ז יליף יאמר בפה מה שכתוב בספר מקרא דאמר כו' ואמירה לא חשיב בכתב כמ"ש תוס' מחליצה דאלם אינו באמר כו'. ועוד דבפ' קמא דברכות י"ג בקורא להגיה חשיב שאינו קורא כתיקונו. ופי' תו' שקריאתו שאינו קורא כהלכתן וכנקודתן אלא ככתיבתן כו' ע"ש. וכ"ש הכתיבה אף אם הוא כקריאה עכ"פ רק ככתיבתן אחשרש וכה"ג. ועוד דחשיב קורא בלי נקודות עד שיגמר כתיבת התיבה נגמר ממילא הקריאה שאז אפשר להבין התיבה ומנ"ל דמהני כה"ג ואם היה כותב בניקוד כל אות היה שייך כנ"ל. ובל"ז אין לדמות כלל מה שתיקנו חכמים לזכירה והלל שנלמוד מזה לשאר דברים:

והנה הבאתי כמה ראיות לתי' א' דתוס' גיטין ע"א דאמירה לא הוי בכתב מסוטה כ"ז ע"ב כשם שאלמת לא היה שותה דכתיב ואמרה כו' והא פרשת סוטה נאמרה בכל לשון ואף על פי כן לא מהני שתכתוב אמן. וכן מתוס' מוכח להדיא דלא מצי לקיבולי שבועה (עיין בסי' שקודם זה) וכן סנהדרין מ"ה גבי בן סורר ומורה היה א' כו' אלם דכתב ואמרו ואף דקרא יתירא דמעכב כו' היינו דאל"ה לא היה מעכב אף שא"א באמירה. אבל מה בכך שמעכב הא הוי אמירה בכתב. ושוב ראיתי בתומים וש"י ראי' א' שכתבנו ומ"מ יש לדחות דמיירי שא"י לכתוב. דהא לרב בגיטין דע"א דחרש שיכול לדבר מתוך הכתב חשיב מדבר ע"כ מיירי כנ"ל. גם מש"ס ריש תמורה דפריך והרי מימר כו' דילמא בכתב דיש בו מעשה. וכן להפוסקים דהיכא דאפשר במעשה לוקה גם בלי מעשה. א"כ נשבע ומימר ומקלל דחשיב התם כולהו משכחת במעשה בכתב וע"כ דלא חשיב אמירה כנ"ל וגם זה יש לדחות:

וכן עיקר ראייתם הרא"מ וש"י מדכתב לבטא בשפתים כו' מ"מ אינו הוכחה כלל דמ"מ כיון דס"ד דגמרא שבועות כ"ו דגמר בלבו ג"כ מהני מדכתב לכל אשר יבטא ואף דכתב בקרא קמא בשפתיו וא"כ נהי דמסיק דממעט בלב לחוד מ"מ לא אימעוט רק דברים שבלב דבכל דוכתי אינן דברים משא"כ כתב דהוא מעשה המוכיח על מחשבתו דעדיף מדיבור דאף קטן חולין י"ב דאין לו מחשבה ודיבור ומעשה אית ליה דמורה יותר ע"ש ובכל דוכתי מהני אומדנא דמוכח על שבלב שפיר י"ל דגם בשבועה מהני גמר בלבו ועשה מעשה המוכיח כנ"ל. וכן משמע מדהוכיחו תוס' שבועות דף כ"ז ד"ה צריך דלאו

מיתורא מדאמר דהוי תרומה כו' ב' כתובים כו' וא"כ למה ליה קרא דלבטא בשפתים ע"ש ואי כנ"ל מאי קושיא הא שם מב' כתובים דנדיב לב לא מוכח כתב ואיצטריך לבטא בשפתים ומשמע דגם אחר דכתב לבטא בשפתים ג"כ לא אימעוט רק בלב כנ"ל. וע"ש בראש"ש בשם רמב"ן בדין שאף מחשבתו תיבטל כיון שלא הוציא בשפתיו מחשבתו אלא דרבינן מקרא דאזלינן בתר מחשבתו לפי שפיו אינו מכחיש ע"ש פ"ג דשבועות סי' י"ז. וא"כ י"ל ג"כ במעשה המוכיח דמהני ולא אימעוט. וכן בהפרה דבלב לא מהני נדרים ע"ט. ואעפ"כ אומר לה טלי ואכלי מהני כיון שמורה על ההפרה שבלבו ע"ש דף ע"ז ע"ב ובר"ן שם אף דלשון זה לא מהני בהפרה ורק משום דמורה על שבלבו הפר כנ"ל. ועוד דלבעה"מ לא אימעוט מקרא הנ"ל רק לקרבן וכן לשאר פוסקים הא מבואר נדרים י"ז בביטול מצוה דמצריך ב' קראי להרע או להטיב למיפטרי' מקרבן כו' ולא יחל למיפטרי' מלאו דשבועה. וא"כ לא מוכח מלבטא בשפתים רק לקרבן רק מאי דלא מהני בלב לחוד ללאו י"ל גם למסקנא מקרא דב' כתובים וכו' אין מלמדין. וא"כ א"א למעט מלאו רק מלב לחוד לא בכתב וא"כ אין ראיה ג"כ מסוטה ושאר דברים ואין להאריך:

וגם בתומים הסכים שספק הוא ועיקר מצד מעשה המוכיח וממילא אין חילוק בין כ"י עצמו או ח"י מ"מ מסירתו מורה על גמר לבו. בפרט שדברי הר"י שהביא רשד"ם מבוארים דרק מחמת מסירתו הכ"י לאחר. וממילא כנ"ל מאחר שלא נמצא בראשונים חולק עליו והאחרונים לא ראו דבריו ודאי דאין להקל. והא במנהג מבואר נדרים ט"ו דאיכא בל יחל דרבנן. והא אין כאן ביטוי בשפתים רק מעשה המוכיח על דעתו. והגמ' מדמי לה נדר שאין בו ממש ופי' תוספות דעכ"פ מוכיח שרוצה באיסור זה. ונלמד עכ"פ איסור מדרבנן ולהקל אין ראיה משם שיהיה רק מדרבנן בכתב דשאני התם שמה שהדיבור מורה על שבלב ג"כ על לשון גרוע שאין בו ממש וכן מנהג אינו מוכיח על תורת נדר משא"כ בכתב. ובירושלמי גיטין פ' מ"ש בודקין אף לעדות כו' אף בנדרים כו' משמע דהרכנה ורמיזה מהני בנדרים. אולם הפוסקים לא הביאוהו. ומ"ש בקה"ע שם דנדרים הם כהקדש וסגי בלב לחוד ע"ש. תמוה דבטור וש"ע סי' ר"י מבואר דגם בנדרים צריך ביטוי כשבועה. ודוקא בקרבן ממש כתב נדיב לב. וי"ל דירושלמי מיירי בנדר דהרי עלי עולה. ודוחק. ועד יש לפרש דקאי על מופלא סמוך לאיש דנדריו נבדקין וכשנדר ונשתתק אח"כ בודקין אותו ע"י הרכנה אם יודע כו' ואין ראיה. שוב ראיתי שגדולי הראשונים סוברים כבעל קה"ע לחלק בין נדרים לשבועה. שיטת ר"ת הובא בתוס' פ"ב דע"ז דף ל"ה והרא"ש פ"ק דתענית ומהרי"ק סימן קס"א ובט"ז א"ח סימן תקס"ב האריך בזה ע"ש דבנדר מהני אף גמר בלבו לחוד וכ"ש דכתב מהני. ולהרב בעל נודע ביהודה סי'

ס"ה שכת' לפשוט דנדר ושבועה שוים אשתמיט ליה דברי הראשונים ז"ל. ות"כ לר"ת שהוא כמו כריתות ברית ואמנה כמ"ש בהגהות מיימוני ותשו' מיימוני ד"ה שבועות אינו מבואר דינו אי כנדר או שבועה שכתב שם דהחמיר בו יותר מנדר ושבועה עי"ש. בפרט לשון אני מקבל עלי בת"כ אפשר דלשון נדר הוא שיהא הדבר עליו באיסור כנותן ת"כ. ובעזרא אנחנו כורתים כו' אמנה כו' ועל החתומים כו' משמע דהיה בכתב. אולם אין לדרוש מעצמינו. וגיטין ע"א פירש"י ולא מפי כתבם יעידו בב"ד כו' ולא דמי לשטר כו' דהאי אורחיה בהכי ע"ש. ואינו מובן ואי כפירוש התוס' כתובות דף נ"ח דנעשה כתיקון שטרות וילפינן מוכתב בספר כו' אין זה במשמע לשון רש"י ז"ל. ולענ"ד פירושו דכל מה שאמרה תורה צריך להיות כדרך אותו דבר ולכך בשבת לא תוציאו דוקא כדרך הוצאה וכן אכילה כדרך כו' ולכך בהגדה דעדות צריך כדרך הגדה. ודיבור ע"י כתיבה אף שהוא כדיבור מכל מקום אינו כדרך הגדה שדרך דיבור והגדה בפה ולא מהני משא"כ שטר שצריך לראיה אותו העדות דמה"ט בעינן ראוי לעמוד ימים רבים שפיר דרך הגדה זו ע"י כתב ומהני ולשון רש"י כפשוטו. ומיושב דצריך למעט אלם מלא יגיד והא כיון דמעל פיהם אימעט בכתב למה ליה מיעוט דלא יגיד הא הוי ככל הפסולין. ולהנ"ל אתי שפיר דבאלם דדרך הגדתו בכתב לא אימעיט מע"פ וצריך לא יגיד למעוטי דכיון שא"ר להגיד בפה ככל עדים פסלי' קרא. וכן משמע סנהדרין מ"ה ע"ב נקטעה יד עדים פטור אי בעי קרא כדכתיב ומ"מ גידמין לא אימעט. ופירש"י דהיינו יד דידהו כו' ובזה מיושבים דברי רמב"ם ז"ל פ"ט מהלכות עדות שפסל אלם וחרש מדבר וא"ש שכתב שצריך שיעיד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו. ותמה הכסף משנה מפ"ג דפוסל מפי כתבם מה"ת גם בשטר והניח בצ"ע. ולהנ"ל א"ש דמי שראוי להעיד בפיו צריך דוקא בפיו דאל"ה אין דרך הגדה וכפי' רש"י הנ"ל ובאלם דלא פסול מה"ט שוב פסול מטעם דצריך שיהיה ראוי להעיד בפיו דפסול הגוף דגלי קרא כנ"ל רק להרמב"ם עכשיו דגלי קרא דאלם פסול אף דכתב הוי דרך הגדתו שוב גם שטר פסול מה"ת אף דדרך הגדה זו לראיה הוא בכתב. ולרש"י ז"ל דוקא אלם דבשאר אינשי לאו אורחייהו בהגדה כזו גם הוא פסול אבל שטר לראיה דכולהו אורחייהו בהכי מה"ת כשר ומה"ט א"ש פ"ב דגיטין בא"ר לעמוד ימים רבים דפסול לאלתר ג"כ ואינו מובן ולהנ"ל א"ש דשוב לאו אורחי' להכי כנ"ל. וממילא לרש"י ז"ל יש לומר דבכל ענין שבין אדם לחבירו דדרך לכתוב לראיה הוי דרך הגדה בכתב ומהני גם בשבועה כנ"ל וגם לרמב"ם דוקא בעדות שכשהב"ד שומעין מפיהם יכולין להבין יותר אם אמת. דהא הרמב"ם ז"ל כתב שם שחרש דאינו שומע ויהיה ראוי לשמוע הדינים והאיום. ותמוה מאוד אטו טעמא דקרא בעי לפרושי. ואי טעמא דידיה

קאמר הרמב"ם מנ"ל הא. ולמ"ש יושב כמ"ש תוס' יבמות ק"ד ע"ב דבכמה דוכתי לא בעי קרא כדכתיב ובכמה מקומות בעינן וכתבו דתלי' במה שיש סברא לומר דבעינן ראוי אז בעי ע"ש. ומה"ט בושמע דכתיב גבי הפרה מיבעיא ליה לש"ס נדרים ע"ג אי חרש מפר ושמע אורחיה דמילתא ולא בעי ראוי לשמוע או לא ע"ש. ולמה בעדות ממעט דוקא ראוי לשמעו ולכך כתב הרמב"ם דיש סברא ושוב בעי ראוי דוקא כמ"ש תוס' הנ"ל דכה"ג בעי קרא כדכתיב כנ"ל. ומה שתמה הכ"מ מאין למד הרמב"ם מדבר ואינו שומע וכתב דאפשר דמשמע ליה ושמע קול אלה כו' ע"ש. תמהני מלבד שמבואר בתוספתא פ"ג דשבועות ושמע פרט לחרש או ראה פרט לסומא לא יגיד פרט לאלם כו'. וע"כ חרש פי' מדבר וא"ש דאינו מדבר ממעט מלא יגיד. רק תמוה יותר דגם בגמ' דידן ב"ב קכ"ח היה יודע בעדות כו' פקח ונתחרש כו' ורשב"ם ז"ל נדחק מאוד. ולרמב"ם ז"ל כפשטיה כיון שנעשה מדבר ואינו שומע פסול ככל הפסולין בתוספתא הנ"ל והוי סופו בפסול כנ"ל. ואם כן גם באלם הפסול לרמב"ם ז"ל דיש סברא שוב בעי קרא כדכתיב שיהיה ראוי להגיד. ואין הוכחה רק לענין עדות ולא בשאר דברים כנ"ל. ובש"ע אורח חיים סי' מ"ז הכריע דבד"ת כתיבה כדיבור וצריך לברך והוא מאגודה ברכות בשם ר"י מווינא גדול הראשונים ז"ל וכתב להדיא דכתיבה כדיבור. ודחיית ט"ז מעדות אינו מובן כלל. וכיון דלרב מהני דיבור בכתב לשוי' חרש כפקח. ולדידן לרוב הפוסקים רק לשויה פקח לא מהני אבל בפיקח מהני הרכנה וכתב כדיבור כמ"ש ברא"ש וש"ע שם אה"ע סי' קכ"א: ועוד דניהו דכתיבה אינו בכלל דיבור דקרא אבל כיון דמעשה עדיף מדיבור בכל מקום י"ל דלא אימעוט בשבועה ונדר כנ"ל. ועוד די"ל בעדות לכאורה למאי דאמר כתובות פ' א"נ דל"ב דמשום דקיל כו' ממונא משלם ולא לקי בעדים זוממין. שכן לא עשו מעשה כו' ופרש"י דבדיבור לחוד כו' א"כ במעידין על ידי מעשה בכתב אפשר דלקו ולא משלמין דדילמא דוקא בדיבור אמרה תורה דמשלמין כו' א"כ שוב לא יועיל כלל מה"ת בכתב דבמה דאפשר לקיים כאשר זמם לא מהני מאי דמקיימין במלקות כו' והוי עדות שאי אתה יכול להזימה אך לא משמע כן מדמצריך למעט בכתב ועוד דאדרבה כיון דמעידין בכתב חשיב מעשה וחמור יותר מדיבור נראה דשוב אין עונשין מן הדין כמו כאשר עשה דאמר פ"ק דמכות דמשום אין עונשין מן הדין פטור אף דהם רק גורמים שהב"ד עשו מעשה מ"מ חמור מכאשר זמם ופטורין דאין עונשין כו' ממילא כ"ש כשהן עצמם עשו מעשה די"ל כנ"ל. וזה אפשר טעם בעה"מ דלא שייך הזמה בכתב בשטר ולדידן עיקר כתי' תוס' ב"ק דף ד' ע"ב דבממון עונשין מן הדין ולכך יש בשטר דין הזמה ולכך בד"נ ומלקות פשיט ליה להרמב"ם ז"ל דלא מהני בכתב אף שראוי כנ"ל:

וא"כ בנידן של רו"מ הג' טעמים שכתב להחמיר בכתב השני יותר מהראשון לענ"ד. טעם א' משם הרדב"ז דדרך להוציא בשפתיו מה שכותב. לענ"ד אז היה עושין כן במכוון שיהיה ביטוי בשפתיו. משא"כ עכשיו ידוע שאין מבטין מה שכותבין ואי שלא בכונה אין כאן קבלת שבועה. ואין לעשות ספק מזה כלל. וטעם ב' שכתב ת"ח וזה מהני בכתב וכתב רו"מ בשם נודע ביהודה כן. אינו נראה לענ"ד דתקנות ב"ד או ציבור שפיר ודאי מהני גם בכתב מטעם תקנה והפקר ב"ד אבל קבלה על עצמו בח"ח. שהדבר תימה איך רשאי ע"ד רשות להחרים את עצמו וע"כ רק קבלה ע"ע החומרות שיש בח"ח שיהיה אסורים עליו וא"א רק מטעם איסור שמקבל על עצמו או שבועה ואי לא מהני קבלה בכתב גם זה לא מהני כנ"ל. גם טעם ג' לחלק בין כת"י ובין כת"י סופר וח"י ג"כ כבר כתבתי דאין חילוק דמה שחותם ומוסר לחבירו הוא מעשה המוכיח על שגמר בלבו כנ"ל. וא"כ ממילא כתב הראשון חמור יותר דבהב' יש קולא שהוא בטעות שאלו היה זכור שיש איסור ת"כ עליו ודאי לא היה מקבל עליו. וגם הוא אונס שלא יניחוהו בני עירו לצאת שהדין עמם מספק עכ"פ אף אם שניהם שקולין אינו רשאי לעשות מעשה ולעבור בקום ועשה. וממילא אונס כעכבו נהר דעל דעת כן לא קיבל. וגם אם עדיין לא השיגו רשות אין כאן עדיין ח"ח ושבועה דאורייתא כלל דעל תנאי היה. והנראה לענ"ד כתבתי גם שהוא קצת נגד דעת אחרונים מדור שלפנינו:

עתה אבא קצת על דבריו הנחמדים להראות שדבריו חביבים. הנה מ"ש רו"מ לראיה ברורה ע"י שקשר נימא בנימא ע"פ דברי הלחם משנה פי"ג מהל' שכירות גבי חסמה בקול כו' שהרב המגיד כתב כמסתפק כיון דאפשר ע"י מעשה ולחם משנה תמה מעדים זוממין ותירץ דאפשר בכתב כו' וא"כ גם נשבע אפשר בכתב. והלחם משנה עצמו לא סמך על דבריו שפ' י"ח מהל' סנהדרין הניח בצ"ע מאחר שכתב רמב"ם להדיא פ"ג מהל' עדות דבמכות וגלות ודיני נפשות אינו מועיל בכתב ולא חילק כלל בין ראוי להעיד. אולם מרמב"ם עצמו יש ראיה שכ' פ"א מה' תמורה שכל ל"ת שאין בו מעשה אין לוקין חוץ נשבע ומימר כו' מפי השמועה למדו כו' ג' לאוין אלו א"א שיהיה בהן מעשה כלל ולוקין עליהן כו' ולשון זה מורה להדיא כהרב המגיד הנ"ל שאלו היה אפשר במעשה היה שפיר לוקין אף בלי מעשה רק בעקימת פיו כנ"ל ואי שבועה בכתב מהני משכחת כולהו ג' במעשה. והנראה לענ"ד דהנה תמוה שם עוד דהא מימר אמר ר"י כיון דבדיבוריה איתעבד מעשה כו' והניח הכסף משנה בצ"ע ובהג"ה שם כתב דר"י חזר בו ע"ש. וליתא דהרי פ"א מהל' איסורי מזבח פסק דמקדיש בע"מ לוקין והוא רק משום דבדבוריה איתעבד מעשה כנ"ל ע"ש. ולענ"ד יש לישב דהא הרמב"ם פ"א מהל' תמורה

כתב טעם הב' דלא הוי ניתק לעשה משום דכולל הלאו יותר ציבור ושותפין דעברין ואינו קדוש. וא"כ אי לאו דמפי השמועה כו' רק משום דבדבוריה איתעבד מעשה א"כ ציבור ושותפין לא לקי דאין בו מעשה. א"כ ממילא גם ביחיד לא לקי דניתק לעשה דלענין מלקות אין הלאו כולל יותר. דעיקר הטעם דכולל יותר ויש בלאו הזה מלקות כשלא ניתק לכך אף דיש העשה לקי א"כ להנ"ל לא היה לוקין כלל דלא היה שייך גם טעם דהרב המגיד בשותפין דנימא הואיל ומשכחת מעשה ביחיד דבדבורי' הקדש שוב לוקין גם בשותפין. דכאן להיפוך ביחיד לא לקי דהוי ניתק לעשה. א"כ הלאו לא נאמר כלל למלקות דביחיד ניתק. ובשותפין אין בו מעשה ולא שייך ב' הטעמים ולכך הוצרך דמפי השמועה למדו דלוקין מימר אף שאין בו מעשה ושוב בשותפין לקי ושוב ביחיד ג"כ לקי דכולל הלאו יותר כנ"ל. ושוב יש בו מעשה ביחיד דבדיבורי' הקדש ושוב כנ"ל. ושפיר אמר ר"י לא תתני מימר בהדי הנך דלא דמי דעכשיו יש בו מעשה ושוב גם שותפין כיון דמשכחת במעשה לקי ולא דמי להנך. ומ"מ הוצרך שפיר לחשוב מימר מפי השמועה דאל"ה לא היה לוקה כלל בין ביחיד ובין בשותפין. ומיושב הכל בעזה"י. וא"כ מיושב ג"כ הך דבכתב:

דהנה כבר כתבנו לעיל דבעדים דפשטא דקרא בדיבור לא תענה ולא יגיד כו' ממילא ברור לענ"ד דבכתב במעשה אף אם היה מהני מן התורה מ"מ אין עונשין מה"ת דאין עונשין מן הדין כמו כאשר עשו דב"ד כו' מכ"ש מעשה שלהם בעצמם כנ"ל. וממילא בדיני נפשות ומכות פשוט דלא מהני עדות בכתב דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה כנ"ל. רק בממון לחד תי' תוס' דעונשין מ"ה כו' צריך למעט מלא יגיד כו' ולתי' א' דתוספות שם ב"ק דף ד' צריך למעט שלא נאמר דעדות דקרא בין ע"פ ובין בכתב. לכך ממעט מע"פ כו' דלאו בהכי איירי קרא. וממילא בכתב אף דעדיף מדיבור שוב לא מהני כנ"ל:

והנה בנשבע ומקלל כו' ג"כ לענ"ד כן כיון דפשטיה דקרא בביטוי שפתים. ולמדו מפי השמועה דלוקין אף שאין בו מעשה. שוב ע"י מעשה בכתב אין לוקין דאין עונשין מן הדין. אולם אי לאו דלמדו מפי השמועה. רק דהיה לוקין משום דאפשר במעשה בכתב ודאי דהיה לוקין גם בכתב ולא היה שייך אין עונשין מן הדין דכל המלקות הן רק משום דאפשר במעשה וילקה. רק עכשיו דלמדו כו' שלוקין אף שא"א בהן מעשה רק מצד עצמו שוב אין לוקין כלל בע"י מעשה. ושפיר הוצרך הקבלה מהלכה. ושפיר מדוקדקים דברי רמב"ם ז"ל דלמדו ג' אלו דלוקין אף דא"א בהם מעשה דבמעשה אין לוקין כלל בשבועה דלשעבר בכתב כו' מימר ומקלל כו'. ואם כן סנהדרין ס"ה פריך שפיר אברייתא דיצאו עדים זוממין שאין בו מעשה. ופריך וקול לאו מעשה והא חסמה בקול כו' היינו

דמנ"ל לברייתא דילמא לא חייבה התורה ע"ז רק משום דעדים אפשר במעשה בכתב ולכך חייבין בדיבור ג"כ כמו בחסימה וכ"ד לח"מ הנ"ל:

וא"כ באמת חייבין בכתב דלא שייך כלל אין עונשין מן הדין כיון דכל חיוב ע"ז משום דאפשר במעשה ויענשו. דהא מה"ט חידוש הוא שלא עשו מעשה. וא"כ אדרבא מנ"ל החידוש דילמא חייבין רק דעקימת פיהם חשיב מעשה כיון דאפשר בכתב כנ"ל. וממילא ילקו כנ"ל ומשני הואיל וישנו ראי' ולפי' רש"י עיקר כיון דאין הדיבור מצד עצמו האיסור דכשאינו מועיל עדותו אינו עובר רק מה שיקובל עדותן בב"ד לא חשיב הדיבור מעשה. א"כ עכ"פ שוב למסקנא ע"כ ע"ז חייבין בלא מעשה. שוב בכתב י"ל דלא מהני דאין עונשין מן הדין רק בממון כנ"ל. ואף דגם הכתב אינו עיקר האיסור לפי רש"י הנ"ל. מ"מ חמור מדיבור לחוד. או דאפשר למסקנא גם במעיד בכתב לא חשיב מעשה דמ"מ רק גורם שהב"ד ידונו ע"פ ואין זה מעשה רק קורם וכמו דיבור דאף דע"פ הוי מעשה מ"מ בעדים לא חשיב מעשה. ודוקא לס"ד דע"ז מצד עצמם דנין אם הוי מעשה היה שייך כנ"ל. משא"כ למסקנא דישנו בראיה כנ"ל שוב גם בכתב לא חשיב מעשה. ושפיר למסקנא לא שייך אין עונשין מן הדין וגם בכתב היה מועיל וצריך עפ"י למעוטי מפי כתבם בכל עדיות. ולרמב"ם גם בממון פסול מה"ת אבל עכ"פ מיושב כל הקושית על הרמב"ם ז"ל כנ"ל:

וא"כ ממילא אין הוכחה גם מריטב"א דאלם אינו יכול לגבות בשבועה דלא האמינה תורה רק בשבועה לשעבר דיש בה חיוב מלקות לא בכתב אף דחמור כיון דאין עונשין מן הדין ואין מלקות לא מהני כנ"ל אבל איסורא איכא מה"ת. ובל"ז י"ל כשאינו יכול לכתוב דהא לרב ע"כ כל חרש ואלם דתני מיירי כשא"י לכתוב דאל"ה מדבר מיקרי. וכן מוקי בירושלמי כשא"י לכתוב ע"כ. מ"ש רו"מ דאם א"א רק בכתב יהיה אינו ראוי להגיד היטב אשר דיבר. הגם כי לא דמי דאלם פסול הגוף כמבואר בראש ב"ב קל"ח. מכל מקום יש מקום לדבריו:

סימן טו

שאלה בחור אחד בא אל הרב דעירו וסיפר לו איך שעדיין לא נימול וביקש מאתו להמולו. והשיב לו שיחקור אחר הדבר הזה על מה לא נימול עד עתה ושלח לקרוא לאביו ובא וסיפר איך שבנו הראשון נימול בזמנו ור"ל מת בו ביום וכשהוליד בן שני לא רצה הרב שהיה אז למולו. ושלח אנשים מבינים לראותו אם לא נשתנה פניו לאדום וירוק. וגם הרב אשר בא לפניו עתה שאל לאנשים ההם. והשיבו אשר היה מראה פניו צהובות כמראה ילדים בריאים עכ"ז היה ירא הרב שהיה אז להמולו וציוה להמתין והמתין נ"ג

שבועות ועכ"ז לא רצה הרב להמולו. ואביו דימה בנפשו אשר מחמת איזה כעס עושה הרב כן לזאת נסע לעיר אחרת ושם הלכו יחד החברה מוהלים ונימול שם ור"ל מת אחר ב' ימים למילתו. וכפי הנראה אשר המשפחה הזאת המה ממשפחה דרפי דמא. כי גם אחי אמו של הבחור הזה מתו מחמת מילה. וגם לאחות אמו מת בן אחד שלה מחמת מילה. והאמת אשר קצת אנשים אמרו שהמוהל היה חייב בדבר הזה שחתך בהכיס וראיה שבן אחד שלה עודנו חי ב"ה ולא הזיק לו המילה כלום. ואמת הדבר אשר גם מזה רואים שהם ממשפחה דרפי דמא. כי אם הוא נוקף באצבעו יש סכנה בדבר עד שעוצרים את דמו. אולם שאל הבחור הנ"ל שכאשר הוא נוקף באצבעו האם קשה לו לעצור את הדם והשיב אשר במהרה ובקלות נעצר הדם ונרפא במהרה זה תורף ענין השאלה:

תשובה הנה ברמב"ם וש"ע סי' רס"ג ג' לא תמול עד שיגדל ויחזק כחו. ותמה בתשו' נודע ביהודה מה' תנינא סי' קס"ה שהרי סתמא אמרו ג' לא תמול וכן ברי"ף ורא"ש ומשמע לעולם ומהא דשבת וחולין דרבי נתן שלישי הביאתו לפניו כו' המתינו עד שיבלע בו דמו כו' המתינה וחיה כו' שמא משום שראה בו שינוי אמרינן מסתמא גם הראשונים היו אדומים. גם דילמא ס"ל כרשב"ג. ותירץ דל"ל א' ומת ב' כו'. והן ד' תוס' חולין מ"ז כמ"ש שם בהג"ה איפכא דמוכח דס"ל כרבי מדאמר המתינו כו' ומהרש"א הביא קושיא מנ"ל דילמא משום שראוהו אדום ותי' ג"כ דא"כ למה נקט כלל א' וב' כו' וכ' ול"ל דאדרבה אם לא היה אדום היה מל אותו מיד כרשב"ג דב' לא הוי חזקה מ"מ כיון דבהך תינוק אין נפקא מינה לא היה לו להזכיר אלא ע"כ דאכתי לא הוי קים ליה שלא למול ינוקא דסומק אלא משום דמתו כבר ב' שהיו ג"כ אדומים א"ל המתינו דב' הוי חזקה ואחר שנבלע הדם אמר למולו דלא הוחזקה אלא באדומים ומשום שלא נבלע עדיין הדם בהם מתו עכ"ל. העתקתי לפי שמשמעות דבריו דדוקא משום שראו הב' שאדומים ואל"ה אין זמן כלל. ובאמת בתוס' ריש חולין כתבו להיפוך ד' ע"ב ד"ה שמתו כו' שנימולו כשהם גדולים ומתו דאי בח' דלמא משום דלא נבלע בהם הדם א"נ אפילו בח'. וכגון שהציצו בהן וראו שנבלע בהן דמן ע"ש. ומלשונם מוכח דבסתם שלא הציצו וא"י אמרינן מסתמא מתו ע"י שלא נבלע דמן דאזלינן בתר רוב ולדות שכשדמן נבלע בהם אינן מתים מחמת מילה. ומחויב הג' למול ואי אינו מל חשוב מומר לערלות. וא"כ אא"ל כדעת מהרש"א ז"ל דכוונתו דראו הב' ראשונים שהיו אדומים. ועוד דהרי לא הוזכר כלל מב' ראשונים מה היה וכמו שדחה בעל ההג"ה דברי מהרש"א. אולם פשוט דכוונתו ג"כ על הסתם דתלינן שהיו אדומים כדעת תוס' הנ"ל. והוצרך לומר דאכתי לא ק"ל כו' דאל"כ עדיין אין נ"מ באותו תינוק דבאדום לחוד לא מהלינן וממתינין כדאמר בש"ס שבת קל"ד. ועוד תמוה

דמאי ראיה מייתי ש"ס דהאי ינוקא דסומק לא מהלינן כו' מהא דרבי נתן הא שם הוחזק כמ"ש תוס' וע"כ להמתין משא"כ בלא הוחזק לדעת תוס' הנ"ל דמוכח דס"ל כרבי. ולכך מפרש מהרש"א דמשום דלא הוי קים ליה עדיין דסומק לא מהלינן א"ל דהוחזקה הי' מלו מיד ורק משום דמתו ב' וראהו אדום דעכ"פ מוכרח להמתין ממ"נ וכשראה אח"כ שנבלע בו דמו היה תולה מספק ג"כ דראשונים מתו מחמת שהיו אדומים משום הרוב כנ"ל. כיון דכל שאין חזקה ברורה אין מוציאין מהרוב ומחויב למול דלרשב"ג בב' החיוב למול ולא מספקינן כלל בפיקוח נפש. כן כיון שיש לתלות שהיו אדומים כמו זה הג' לא הוחזקה כלל כשיהיה נבלע דמן וחייב למולו כשנבלע וכשראה שחי נתברר אצלו סברתו דבודאי האודם גורם. ושפיר הוכיח הש"ס דינוקא דסומק ממתינין אף בלא הוחזק דאין זה מכלל רוב וולדות דאין לנו רוב על אדומים כנ"ל:

ובנודע ביהודה הנ"ל תירץ דמדלא חש רבי נתן שמא לא היו הב' אדומים ע"ש שכתב בעצמו שהוא דוחק. דלתוס' אין לחוש בספק כנ"ל. ואדרבה קשה על תוס' מנ"ל דלמא רבי נתן דאכתי לא הוי קי"ל הך דסומק לא מהלינן שפיר תלי מסתמא היו אדומים דאל"ה לא הוי מייתי ככל ולדות. ואעפ"כ מלו אותם שלא הי' ידוע דסומק אין מלין משא"כ אח"כ דידוע הדין דסומק לא מלין וממתינין א"כ אדרבה מסתמא כדין עשו דאם היו אדומים לא היו מלין וראוי לומר בסתם שלא למול הג' כלל. וצ"ל דתלינן שלא השגיחו לראות אם אדומים או לא. וע"ז אין להם ראיה. ועוד דנראה דבפעם ב' חייב להשגיח אם אדום או לא כדקי"ל בווסתות דלמיחוש חוששת בחדא זימנא. כ"ש בפיקוח נפש כיון דמת אחד מ"מ שוב בשני צריך לראות עכ"פ שמא אדום דזה לכתחלה גמור. אף אי בסתם א"צ להשגיח מ"מ אחר פ"א ודאי החיוב כנ"ל. א"כ שוב בג' נימא דודאי כדין עשו דרוב המצוין אצל המצות מומחין. וראו שלא היה אדום. לכן נראה לענ"ד דס"ל לתוס' שאפי' לא היה השני אדום מ"מ כיון דעל הראשון י"ל דלא השגיחו דאחזוקי ריעותא לא מחזיקינן א"כ אין כאן חזקה ומחיוב השלישי למול והכי דייק לשון התוס' שנימולו כשהן גדולים או בח' והציצו בהן כו' היינו בשניהם כנ"ל. ובפסקי תוס' כ' מפורש דכשלא ראו ושמא לא היה נבלע כו' לאו ישראל הוא ע"ש ריש חולין:

אמנם להנ"ל קשה מאי דאמר בש"ס יבמות ס"ד דבעי הי אחרנייתא ובעי למפשט מדר' יוחנן שמלה א' ב' ג' ד' הביאה וא"ל אל תמולי. ודחי דלמא אי הוי שלישי באה לפניו הוי ג"כ אמר לה ודחי א"כ מאי אסהדותא דר' חייא בר אבא ולמ"ש בשיטת תוס' קשה דהא ודאי ראה עתה שאינו אדום וירוק. א"כ י"ל דס"ל בב' הוי חזקה. ומ"מ אי הוי ג' באה לפניו היה מצוה למולו דלא הוחזק דהוי תלינן שהראשון לא השגיחו ולא היה נבלע ורק

הב' ולא הוחזק וממילא הג' חייבת למולו כדעת תוס' הנ"ל. ורק הד' דשוב ע"כ בשני' השגיחו דחוששין בפעם א' ושוב כשמתו ב' שהשגיחו ממילא אמר אל תמול דסבר דבב' דהוי חזקה אסור גם שנבלע כתוס' הנ"ל. והוצרך שפיר אסהדותי' דר"ח דדוקא רביעי כנ"ל. ודוחק לומר דבימי רשב"ג אכתי לא קים לן הא דרבי נתן דסומק לא מהלינן דמנ"ל הא רבי נתן היה אב"ד בימי רשב"ג. וכיון דהלכה כדבריו דלמא נתקבלו דבריו כבר כיון דמעשה זו בסוף ימי רשב"ג כמ"ש רש"י ומוכרח ע"ש. ועוד דא"כ האיך הוכיחו דהך דג' אחרינייתא וחזר בו. דלמא הך דב' קודם ומשום שהיה קודם עובדא דרבי נתן. ואח"כ בתר עובדא דרבי נתן סבר רשב"ג דג' תמול דתלינן שהיו הראשונים אדומים ולא השגיחו רק ד' לא דב' סתמא השגיחו ולכך פסק גם באחיות כן ברביעי. ואין לומר דהיינו הא דבעי הש"ס הי אחרינייתא דאם הך דג' קודם ע"כ חזר בו רשב"ג ואי הך דב' קודם י"ל דלא חזר מגוף הדין דב' הוי חזקה רק משום עובדא דרבי נתן וכנ"ל. דא"כ בין כך ובין כך ס"ל לרשב"ג דב' זימני הוי חזקה או דחזר בו או כנ"ל. והא בכמה דוכתי אמר סתמא דש"ס דרשב"ג ס"ל דבתלתא זימני הוי חזקה וכן פשיט ר"י נשואין ומלקות כו' ווסתות כו' כרשב"ג וע"כ דלא כנ"ל. גם אין סברא לחלק דבאחיות אפשר שלא ידעו זו מזו ואף בג' יש לתלות שלא השגיחו. ואין חילוק בין ג' לב' דדוחק. ועוד דבש"ס מדמי לה הדדי מדמייתי עובדא דר' יצחק בר"י מלה ראשונה דמשמע היא עצמה. ויותר היה נראה דלתוס' לא אמרינן כלל מסתמא השגיחו אף בג' דהא דרוב מצוין כו' דוקא המצוין בתיקון איסורים שחיטה וניקור בענין זה עצמו. לא שאר ספיקות. וגם כן דוחק. עוד היה אפשר ליישב קושיות מהרש"א גם יש לדקדק שכ' תוס' בחולין פ' אלו טריפות הך דנראה דס"ל כרבי כו' והתם מייתי הש"ס אגב ולא כתב זה בכמה דוכתי דרבי נתן ביבמות ושבת. ולכך י"ל דדיוקם מדמייתי ראיה שאדומה כשרה מכל המעשה דרבי נתן משמע דמספק של רבי נתן לא היה מוכח להכשיר בטריפות רק דאח"כ נתברר לרבי נתן ספיקו כיון דמלה הג' אח"כ וחי כשנבלע בו דמו מוכח דזה בירור קרוב לדודאי ואי כרשב"ג דילמא חי משום דלא הוחזקה כלל. וע"כ דהש"ס דקדק מלישנא דרבי נתן דס"ל כרבי דהוי חזקה וממילא מדחי מבורר שמחמת בליעת הדם כנ"ל. וא"כ לרשב"ג עדיין לא מוכח ספיקו דרבי נתן וי"ל דאליבי' לא אמרינן כלל שלא נבלע דמו. וא"כ שפיר הוכיח הגמ' מעובדא דר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן דברביעי אמר לא תמול. ואמר רק באתה לפניו ולא נקיט הביאותו לפני כמו בעובדא דרבי נתן משמע שלא ראה הילד כלל וא"כ מוכח דבג' הוי חזקה ולא ס"ל הא דרבי נתן כלל. שמא לא נבלע דמו כנ"ל. ופריך דלמא גם ג' כו' וס"ל כרבי והביאה הילד ומשני א"כ מאי סהדותיה כו' דלכאורה תמוה

דמ"מ קשה מנ"ל לר' חייא בר אבא דבג' לא היה אוסר. ולהנ"ל א"ש דבדיוק אמר באה לא הביאותו ומוכח כנ"ל:

וא"כ היה אפשר דע"כ לא כתבו תוס' דבסתם חייב למול דוקא בב' דסתמא כיון דקי"ל כרבי א"כ ערל הו"ל שמתו אחיו היינו ב' ולא מלו אותו שהיה שלישי א"כ שפיר ממ"נ אי כרשב"ג ולא תלינן כלל בלא נבלע דאין ראיה מדרבי נתן א"כ עדיין לא הוחזק וחייב למול. ואי כרבי א"כ ערל שמתו אחיו היינו ב' ולא היה נבלע כו' וחייב. אבל אי איתרמי שמלו ג' ומתו שוב י"ל דמודין התוס' דאין רשאין למולו דשמא כרשב"ג ולא תלינן כלל בדם. ומ"מ אינו נראה לומר דתלי' הך בפלוגתא דרבי ורשב"ג. דא"כ למה אמר אדומה וירוקה כשרה הא אזלינן לחומרא בהך פלוגתא עכ"פ מוכח דגם לרשב"ג אפשר לתלות שלא נבלע ושוב אין מלין לכתחלה ולא שייך הנ"ל. ולכך נראה דהא לתוס' גם זה תימא דא"כ ברייתא דפליגי רבי ורשב"ג בהציצו וראו שנבלע דמן (חסר).

דהנה מה שתמהו על הרמב"ם ז"ל מנ"ל. ומ"ש הג' מהר"ש מבראדי נ"י מהא דפסח (מדאמר ר"א בפסחים ס"ט דערל חייב כרת ע"ש תיפוק ליה דבל"ז חייב כרת מחמת המילה. ע"כ דאיירי במתו אחיו מ"מ כו' ע"ש) וע"י שכתב לפום רהיטא דברי שגגה רוצה אח"כ להחזיק דבריו ולהוכיח נגד כל הפוסקים דבכל יום חייב כרת אף שמל. עכ"פ הרמב"ם אינו מיושב. וכן מ"ש הג' אבדפ"ק אשר הן הדברים הכתובים בשו"ת חתם סופר מהגאון ר' משה סופר זצ"ל סי' רמ"ה מפי' הרשב"א ריש הערל דאמר דערל חשיב אוכל דפומיה הוא דכאיב ליה ומוכח דלעול' יש לו תקנה לימול ע"ש. ולענ"ד ראיה קלישתא הוא שיסמוך הרמב"ם ע"ז הא ודאי דחשיב אוכל שכשיעבור וימול מותר לאכול ומ"ש שבחזקת שימות ע"ש אטו בחזקת שמיד ימות. גם אם היה כן מ"מ כיון שמצד עצמו אוכל רק ערלה גורמת לו וחשיב אונס שלא ימול מ"מ חשיב פומיה דכאיב: והא תני ערל וכל הטמאים א"כ מצורע שאין לו בהן יד דק"ל שאין לו טהרה עולמית למה מאכיל ודוחק לאוקמי מתני' כיחידאי. וא"כ כיון דיש לו תיקון רק מחמת אונס לא מתקן חשיב פומיה דכאיב:

והנה לכאורה נראה שגם הרמב"ם ס"ל כתוס' דהא כתב מקודם אדום כו' ירוק כו'. ואח"כ מלה א' ב' כו' מילה שהכשילה כחו כו' ג' כו' עד שיגדל ויחזק כחו כו' ומשמע דכמו גבי אדום וירוק שהיה נראה שלא נבלע כו' וכן בדין הג' שהיה נראה שהכשילה כחו ע"י המילה. בזה מהני עד שיגדל ויחזק כחו. אבל בא"י הסיבה י"ל דלא מהני למולו בגדלות כפשט הגמ' ג' לא תמול כפשט הגמ' כיון שאינו יודע מה היה בב' ראשונים. אך זה אינו

דא"כ השמיט דין המפורש בגמ' וכתב דין אחר והא ודאי ליתא. גם למה הוסיף הרמב"ם ז"ל אדום ביותר כמו שצבעו ירוק ביותר מה שלא נמצא בגמרא כלל:

לכן נראה דהא קשה דאמר אביי אמרה לי אם האי ינוקא דסומק דאכתי לא איבלע ביה דמא ליתרחו ליה עד דאיבלע ביה דמא ירוק ואכתי לא נפל ביה דמא ליתרחו כו' דתניא אמר רבי נתן פעם אחת הלכתי כו' ובאתה כו' שמלה בנה א' וב' כו' שלישי הביאותו לפני ראיתיו שהיה אדום כו' א"ל המתינו עד שיבלע בו דמו כו' ע"ש. ותמוה מאי ראיה מייתי אביי מהוחזקה ללא הוחזק כמ"ש לעיל. ואדרבא משמע מדרבי נתן דא"ל דמתו ב' לא היה מצוה להמתין אף שהוא אדום כמ"ש תוס' חולין באמת להוכיח דס"ל כרבי וא"ל דקמ"ל דגם בהוחזק מהני להמתין הא עדיין א"י מלשונו דס"ל כרבי וגם בהוחזק אי ס"ל כרשב"ג וקמ"ל דב' לא הוחזק ולכך מפרש הרמב"ם דלשון סומק הוא אדום ביותר כדאמר חולין צ"ג האי אומצא דאסמיק. ורש"י ז"ל פי' שבת ריש פ' ח' שרצים נצרר הדם כו' שנצבע העור בדם הנצרר בו. וכן ירוק ביותר בזה וודאי גם בראשון אין מלין ובהא דרבי נתן היה רק סתם אדום וירוק שיש כמה תינוקות כן. ולכך א' וב' מלו וכדין עשו רק בג' כיון שהוחזק סמך רבי נתן ע"ז כיון שהוא אדום שגם זה שינוי אצל תינוקות אלו שהם חלושי כח. וכמו שפי' שבת שם אהא דלא נפל ביה דמא לא בא בו דם ומתוך כך חלש הוא ואין בו כח וממהר לחלוש ולמות ע"ש וכן באדום אף שאינו ביותר ולא היו מוציאין אותו מכלל רוב תינוקות דבשינוי כזו מלין אותם וחיים מ"מ באלו שהוחזקו תלינן שפיר שמעט דם יש להם ע"י שהם חלושי כח ואותו המועט לא נבלע כנ"ל. ואמר המתיני מחמת החזקה ואח"כ שראה שינוי שלא היה אדום כלל או ירוק מלו אותו כנ"ל שהרי נתחזק כחו. ולענ"ד ברור שמטעם זה פי' הר"ח הובא ברשב"א חולין ורבינו אפרים הובא בהרא"ש ור"ן ושאר פוסקים בריאה שהאדימה דטריפה והא דאדומה כשירה מדרבי נתן מחלקין האדימה הוא ביותר משא"כ אדומה וע"ש דלכאורה אין טעם לחילוק זה. ולמ"ש מיושב דע"כ אדומה דמייתי מדרבי נתן אינו ביותר דאל"כ א"צ להוחזק כנ"ל. משא"כ האדימה דמדמי לח' שרצים נצרר כו'. דחשיב צובע היינו ביותר כנ"ל. ואמר אביי שפיר מדרבי נתן תלי בהוחזק אף שאינו אדום ביותר גם לענין למולו אח"כ שנדע שזה היה הגורם ולא היה הספק אצלו כלל מכ"ש דכשהוא שינוי ביותר דיצא מכלל שאר תינוקות דלא שייך למיזל בתר רוב תינוקות דהא רוב אין אדומים כ"כ ואיתרע ליה רובא כנ"ל. וכן ירוק ביותר כנ"ל ולכך כתבו תוס' חולין פ' אלו טריפות שפיר דס"ל לרבי נתן כרבי דבתרי זימני הוי חזקה דמיירי באינו אדום ביותר כפשטא דלישנא א' וב' דמש"ה הוא דאמר המתיני. והגם דתוס' דחו החילוק בין האדימה לאדומה היינו דלענין להכשיר

בריאה אין חילוק דבאדום ביותר ג"כ אמרינן שלא נבלע דמו מדלא מחלק בש"ס אדומה דכשירה היכא משכחת לה ע"ש משא"כ לענין מילה מודים דהחילוק כנ"ל:
והנה ביבמות ס"ד ע"ב ועוד אימר דפליגי לענין מילה בנשואין מי פליגי ודחי אין והתניא ניסת לא' כו' ופריך בשלמא גבי מילה איכא משפחה דרפי דמא ואיכא משפחה דקמיט דמא אלא נישואין מ"ט. ומשני מעיין גורם או מזל כו'. וקושיות הש"ס אינו על אחיות רק על אותה עצמה שמלה בנה א' ב' דבהא פליגי רבי ורשב"ג ועלה קאמר בשלמא מילה כו' ומבואר בגמ' דאם אין טעם לתלות לא הוי חזקה כלל אף בכמה פעמים תלינן באקראי ומה"ט איש אינו נעשה קטלן ובאגודה שגם באיש מב' נשים רשאי למול שהדם מאשה ע"ש וברמ"א סי' רס"ג. וא"כ במתו מחמת מילה שלא היו יכולין לעצור הדם עד שמת שייך הטעם דרפי דמא. אבל אם מתו סתם למה הוי חזקה וע"כ כמ"ש רש"י קל"ד ד"ה לא נפל כו' לא בו דם ומתוך כך חלש הוא ואין בו כח וממהר לחלוש ולמות כן אף שאין רואין בו שינוי כלל מ"מ תלינן שהוא חלש ומעט כח שא"א להבחין והמילה הכשילה כחו שיש משפחה שהילדים תשושי כח ולכך בהוחזקו לא תמול שג"כ יש טעם כנ"ל.
והיינו שהוסיף הרמב"ם ז"ל לשון זה שמלה א' וב' כו' שהמילה הכשילה כחו לא תמול בזמנו ומה"ט כתב ממילא עד שיגדל ויתחזק כחו דכמו דבאדום ביותר וירוק כו' מהני כשימתין עד שיחזיר מראהו כשאר קטנים. כן בהוחזק ב' דמה דיחשב חזקה הוא רק משום דמחזקינן ליה בחלוש יותר משאר ילדים שא"א להבחין בקטנותו ממילא מהני להמתין עד שיגדל ויחזק כחו שיהיה נראה שהוא בעל כח ככל אנשים הבריאים ולכך לא נתן גבול לדבר רק כפי הנראה חלישתו הוא ההמתנה עד שיגדל ויתחזק כנ"ל דאין הפי' כמ"ש הרב הג' מבראדי שיגדל שיהיה בר מצוה וכחו היינו במצות. שאין לפרש כן ברמב"ם ז"ל. שכלפי שאמר שהמילה הכשילה כחו כתב שיגדל ויתחזק כחו. והכשילה כחו לא יוכל לפרש במצות. וגם אם היה הפי' שיגדל בן י"ג לא היה צ"ל אין מלין אותו בזמנו כו' אלא אין מלין עד שיגדל כו' וע"כ הפשוט כנ"ל דחדא מילתא הוא ע"י שיגדל מתחזק כחו. דכיון שאמר בש"ס הטעם על ג' שלא תמול בסתם משום משפחה דרפי דמא והא מיירי סתמא שלא היו אדומים דאל"ה בלא חזקה לא היו מלין ואעפ"כ אמר דרפי דמא והיינו שחלש עי"ז הגם שאינו אדום משום שאינו נקשר הדם בגופו היטיב וממילא המילה מכשיל כחו:
ובנ"י יבמות פ' הבא כו' כתב ג"כ לשון זה ג' לא תמול ביום הח' עד לאחר זמן שיתחזק הולד דאיכא משפחה דרפי דמא עכ"ל והרי לא הזכיר שיגדל כלל. וגם תלוי הטעם דהמתנה עד שיתחזק משום דאיכא משפחה דרפי ומבואר שמפרש כמ"ש. וההמתנה

עד שיהיה נקשר בו הדם. ואם הי' רואין בילד שכשתחבו מחט וכה"ג בבשרו והיה קשה לעצור הדם בעובדא דנידן דידן ואחר זמן רואין שאינו יוצא דם כשתחבו כנ"ל רק כשאר בני אדם אנו יודעין שהיה רפי דמא ואח"כ נתחזק כחו ורשאין וחייבין למולו כנ"ל:

והנה גם לרמב"ם ז"ל משכחת ערל גדול שמתו אחיו מחמת מילה כשרואין שהוא חלש משאר בני אדם או כענין הנ"ל שקשה לעצור הדם כשתוחבין וכיוצא בזה אסור למול גם שהוא גדול דהא רש"י ז"ל פי' בכל המקומות ערל שמתו אחיו מחמת מילה גבי פסח שאינו בן נכר כו' ומוזהר וע"כ בגדול וכן ריש פרק הערל. ומשחיטה אין ראיה די"ל בקטן ואחרים רואין לס"ד. אך מזבחים פ"ב שקיבלו דמן ערל ופירש"י ותוס' שמתו אחיו מדקרי ליה לבו לשמים. וע"כ בגדול איירי שעובד עבודה. ולר"ת שהובא בתוס' כ"ב ע"ב אין ראיה מכל הני דמיירי במומר לערלות שמחויב ורק מחמת פחד ע"ש. מ"מ שמע ג"כ מדבריו שיש גדול שאינו צריך למול שמתו אחיו:

ולמ"ש י"ל דאין מחלוקת בדבר וא"כ גם מתוס' ריש חולין אין ראיה כ"כ שיסברו נגד כל הפוסקים הנ"ל רק שכתב דבסתם שלא הציצו תולין שמא היה אדום כו' שכתבו דנימולו כשהיו גדולים אז אינו מל לעולם הג' ובזה גם הרמב"ם ז"ל מודה כיון שהיה ב' הראשונים גדולים ובריאים כשאר בני אדם ואעפ"כ מתו ע"כ תלינן בחלישות כח מה שא"א להבחין א"כ אין גבול שנדע שיתחזק כחו. ומה שכתבו אח"כ א"נ שנימולו בח' והציצו וראו שנבלע בהן הדם היינו ג"כ דשוב ע"כ תלינן בחלישת כח מה שאין מועיל המתנה עד שיבלע דמו רק שיתחזק כחו ושוב אם גם בגדלות הוא חלוש מרוב בני אדם הבריאים אין מלין אותו ג"כ ושפיר משכחת בגדול ערל כו'. וזה גם לדעת רמב"ם ז"ל כן.

אבל כשראו בו חלישות או אף בדאי אפשר להבחין שתולין בחלישות י"ל ג"כ דמודי תוס' דמהני כשיגדיל והוא חזק כשאר בריאים תלינן דאף ב' ראשונים הי' רפי דמא שלא נקשר אף שלא נראה שינוי הי' בהם חלישות כח. ועי"כ מתו וזה שהוא גדול כשאר בריאים מסתמא אין מחליש רק כשחלש עדיין כנ"ל. והגם דא"כ הל"ל דמיירי שעדיין בגדלות אדום או ירוק. דע"כ לא שכיח דא"כ למה נקיט מתו אחיו מ"מ לימא שאדום ביותר ואין רשאין למולו וע"כ דל"ש כלל בגדלות:

עוד י"ל דהא לרשב"ג כל שלא שהה ל' ספק נפל הוא. ומסיק בש"ס שבת דף קל"ו דפיהק ומת לד"ה רק בנפל מהגג או אכלו ארי מחלוקת ובחולה נחלקו רז"ה ורמב"ן ע"ש. וא"כ בשלמא בלא יכולים לעצור הדם וכה"ג הוי כנפל מהגג אבל כשלא ראו שינוי אף שמת מיד ותולין במיעוט כח עכ"פ ספק נפל הוא ושמא מת משום שהוא נפל א"כ אחר ל' יום יכולין למול הג' ולרשב"ג דספק גמור הוא אף בנפל מגג שאין ריעותא כלל נגד הרוב

דולד מעליא ילדן. א"כ גם בלא יכלו לעצור הדם וכדומה ג"כ ודאי דאין חזקה מנפל על בן קיימא. אך כזה י"ל כיון דעכ"פ הוחזק דרפי דמא דשאר נפלים אין מחמת הדם שוב הוי חזקה גם על בן קיימא שלא למולו משום דרפי דמא. אך באינו מחמת הדם רק הכשילה כחו ודאי דאין חזקה מנפל על בן קיימא ובהאי מיירי פלוגתא דרשב"ג וא"כ ע"כ לומר או דהפי' באמת לא תמול בשמיני רק אחר ל' כשאינו מחמת דם וכשהוא מחמת דם עד שיבלע כו' וכפוסקים הנ"ל. או דהטעם דעכ"פ ספק הוא דרוב אין נפלים ואף שיש ריעות' דרוב אין מתים מחמת מילה כשהם בני קיימא מ"מ ספק הוא ומהני בפיקוח נפש שלא למולו כנ"ל. וא"כ לתוס' בריש חולין דבספק לא חשיב הוחזק שמא אדום ויפרשו פלוגתא דרשב"ג בהציצו בח' כו'. א"כ קשה ממ"נ כנ"ל כיון שסוברים דלא תמול לעולם למה לא נימא לרשב"ג מספק נפל כמו דתלי' בשמא אדום כנ"ל וי"ל דמיירי בקים לן שכלו חדשיו א"כ אין ראיה מתוס' על סתם ילד. והגם דקי"ל אשת כהן אינה חולצות דבדיעבד מקילינן מ"מ בפיהק וחלה משמעות תוס' חולין י"ב דס"ל דהוי ספק גמור. ובגמ' יומא פ"ב מחלק בין חולה לבריא כבן ט' וי"א שהפי' כחוש ותש כח והתענית יזיק לו. כן נראה הפי' גם בזה דתולין בכחישות ועד שיתחזק כחו שגדול ונראה שבריא ככל הבריאים:

ועיקר לענ"ד מה שיש לסמוך עליו בנידן דידן. סתימת הרמב"ם וטור וש"ע עד שיגדיל ויתחזק כחו ואם היו חוששין לדעת תוס' ריש חולין דבהציצו וראו שנבלע בו דמו אין מלין לעולם והיו מפרשים כן דברי תוס' ודאי שלא היו סותמין בפיקוח נפש ליתן מקום לטעות ומדלא חילקו פשוט או דלא חשו או שמפרשים כמ"ש דגם תוס' מודים כשרואין שברי וחזק שמלין רק בחלוש לא. ועיין ברמב"ם פ"ג מה' רוצח האומד ברי וחלש כו' שאינו דומה בן יומו שנפל מגג לגדול נשמע דיש אומד בענין הכח. וגם הגאון בנודע ביהודה פסק למעשה כן בבן ג' רק שלא ראה דברי תוס' מדלא הביאם. וכן ט"ז וש"ך לא הגיהו כלום בוודאי אין להרהר אחרי דבריהם ורשאין לסמוך עלייהו:

ועוד דלתוס' י"ל דוקא בהציצו בשני הילדים לא באחד כמ"ש לעיל ובנידן דידן בראשון לא ראו כלל רק שמת בו ביום ולתוס' חולין שמא אדום. גם הב' מדהרב לא רצה למולו בזמנו ע"כ שראה בו איזה שינוי הגם שאותן ששלח הרב אומרים שהיה פני הילד צהובין אין מזה ראיה אולי שלח אנשים אחרים או בעצמו וראה שינוי בגופו או שהיה בשר גופו אדום כמו שפירש"י שבת ע"ש. אך מצד המשפחה דיש לדון והדברים שכתב הרב דפה ומקאסוב כתב בספר ברכי יוסף ודעתו להחמיר גם באב ובנו ובן בנו. הגם שאין נראה לחדש דברים מדעתינו מ"מ למיחש מיבעי אך בזה מהני ודאי כיון שרואין שינוי בזה

הב"ח ששאר בני המשפחה כשנוקף אצבעו קשה לעצור הדם וסכנה. והוא בנקל כשאר בני אדם. א"כ היינו נתחלפו סימניו שכ' הרשב"א יבמות ונתחזק כחו. ואדרבא מעליותא הוא דחזינן דמשפחה רפי דמא ומסתמא גם הראשונים מחמת זה מתו. והוא כיון שנעצר הדם בנקל נבלע בו היטיב הדם או שמיד היה כן או שנראה שנתחזק כחו כנ"ל:

ובסי' רס"ג ציין הש"ך ז"ל סק"ג שהכשילה כחו כלומר שנראה שהמילה הכשילה כחו וכו' ומשמע שהוסיף תיבת שנראה דלכאורה הפי' שצריך שיהיה איזה הוכחה או שלא היו יכולין לעצור הדם אף דלא היה אדום או שנשתנה מראיתו ע"י המילה יותר משאר ילדים הנימולים דאל"ה אף שמת אחר יום או ב' א"י אם מחמת המילה. דהא בש"ס ב"ב קנ"ג בשכיב מרע דלא כ' ומגו מרע איתפטיר כו' דסבר רבה הרי מת וקברו מוכיח כו' ואביי דוחה ומה ספינה כו' חולין שרובן לחיים כ"ש דלא תלינן שמת מחמת החולי ואמרינן שנתרפא ומת אח"כ. ואף דוודאי עכ"פ שכיח יותר שמת מחמת החולי מלומר שמת בלי חולי ידוע מ"מ כיון דרוב חולים לחיים מוקמינן ליה בחזקת שהיה מהרוב עד שמת ורי"ף ורמב"ם וש"ע פסקו כאביי וא"כ לכאורה כיון דרוב הנימולים לחיים אף שמת אח"כ נימא דמת מחמת דבר אחר כנ"ל:

אך ז"א דדוקא דשם תלינן שוודאי עמד ונתרפא אבל כשיודעין שעדיין החולי בו מבואר בש"ס גיטין ע"ב באמר אם מתי מחולי זה דכל שלא הלך לא בעי אומדנא וודאי מחמת חולי ראשון מת ואפי' שניתק מחולי לחולי ופירש"י ז"ל דוודאי עדיין יש בו מחולי הראשון ע"ש וקי"ל כן וא"כ כיון דמילה עכ"פ עד יום ג' מסוכן כדקי"ל מרחיצין כו' ביום ג' א"כ יודעין שלא נתרפא עדיין מחולי שע"י המילה ולא בעי אומדנא וסתמא מחמת מילה מת כנ"ל ולכך נראה כוונת הש"ך שנראה היינו דממילא כשמת תוך ג' נראה שהמילה הכשילה כחו וכ' רק לאפוקי מפי' הפרישה ובט"ז שם ס"ק א' סי' רס"ד כתב וערל ישראל שמתו אחיו כו' פי' והוא קטן שא"א לו להיות נימול אבל אם אפשר לו להיות נימול עכשיו אעפ"כ שקטנותו לא היה אפשר וודאי דאינו מל אחרים ע"ש. מדפי' והוא קטן משמע דעכ"פ לא שכיח כלל שבגדול לא יהיה אפשר לו למול:

וביו"ד סי' ב' הביא ט"ז דעת תוס' דבסתם אמרינן שמא לא נבלע ובהלכות מילה לא הביאם ואי בפ"נ אינו רוצה לסמוך על דעת תוס' שגם בסתם לא ימול. א"כ ודאי דלא חשוב מומר כיון שהדין כן וגם לענין שחיטה לא היה לו להביא. וב"י וד"מ הובא בש"ך שפירוש והיינו שגם עכשיו אינו מניח למול מפני יראתו פן ימות גם הוא כאחיו. אבל אם אין שם יראה ואפ"ה אינו מל הוי מומר ע"ש ואינו מובן לשונם ז"ל. והיה נראה דכוונתם לדברי ר"ת ז"ל שהביאו תוס' פ"ב דכ"ב דזבחים והרמב"ן והריטב"א יבמות פ'

הערל דהפי' ערל שמת אחד מאחיו וכה"ג ומפחד מיתה אינו מל חשוב לבו לשמים ע"ש. ולענין להחשיב מומר סמכו על ר"ת דכה"ג לא חשיב מומר כיון שבדיקת סכין אינו אלא חומרא לחוש לדעת הרמב"ם ז"ל במומר לשאר עבירות ע"ש:

עכ"ז תימה על רבותינו בעלי הש"ע מאחר דלרש"י ותוס' ודאי שיש ערל גדול שאינו צריך לימול שהרי פ"ב דזבחים כתבו תוס' שרש"י מפרש בכל מקום ערל שמתו כו' וגם ר"ת ז"ל לא דחה רק דכשמתו אחיו מחמת מילה שא"צ לימול חשיב כשלא בזמנה ע"ש. אבל מודה דיש כהן ערל גדול שמתו אחיו מחמת מילה. וצ"ל בחלושים וכה"ג. והיה להש"ע עכ"פ לבאר דיש שגם בגדלות גמור אין למולם:

וברמב"ם ז"ל לא ראיתי שהזכיר בערל גדול כלל שמתו אחיו מחמת מילה בפסח ובתרומה ובביאת מקדש רק סתם ערל. ואפשר דסבר באמת דלא משכחת בגדול כיון דתלי ש"ס טעמא ברפי דמא וזה לא שייך בגדול וממילא אף שנימולו ראשונים בגדלות ג"כ לא הוי חזקה שאין טעם לתלות ואם היה כן א"כ רש"י ור"ת פליגי עליה והיה קשה לעשות נגדם בפיקוח נפש. אך דוחק לפרש כן ברמב"ם דודאי אם ינקף אצבעו וקשה לעצור הדם אף בגדלות דחזינן שנמצא כן שייך החזקה אף בגדולים וכן ריש חולין דאמר אי שמתו אחיו כו' ישראל מעליא הוא מוכח דאיירי בגדול דהגם שי"ל בקטן ואחרים רואין ז"א דא"כ בקטן אף שלא מתו אחיו מ"מ ישראל מעליא הוא:

וענין שיחזק כחו זה יותר משנה שהיה כאן ושלחו הרב אלי משום ספיקו של הרב מקאסאוו אולי עד שיגדל הוא שיבוא סימני גדלות וזה היה בן י"ד ולא הי' לו סימנים. ודעתי היה נוטה שאין הפי' שיגדל לסימני גדלות וגם הרב בנודע ביהודה בן ג' שנים פסק למולו. ואח"כ נזכרתי דאמר בש"ס דזימנין מחמת כחישותא וא"כ זה עצמו מה שהגיע לכלל שנים ולא הביא סימנים מורה כחישות. ושלחתי להדאקטור ואמר ג"כ כנ"ל ועתה כבר יש לו סימנים ונתחזק כחו מ"מ אפשר דשייך ביה הא דאמר פ"ק דחולין כ"ד ע"ב בחולה וזקן כו' ובבריא כו' כל שעומד על רגלו א' וחולץ מנעלו ונוטל מנעלו וקי"ל הכי דלא כר' שיהיה בן כ':

(פסק הלכה לדינא)

דעתי הקלושה נוטה שיש לסמוך על הש"ע שסתם עד שיגדל ויתחזק כחו מאחר שדברי תוס' פ"ק דחולין וודאי לא נעלם מהם והשמיטו דעתם וודאי ראו ולא ס"ל כמ"ש רמ"א ח"מ סי' ס"ה. או דס"ל דתוס' ג"כ כוונתם רק כיון שנבלע דמו תולין בחלישות כח וכשהוא חלש גם בגדלותו אף שאינו חולה ג"כ אין מלין וכה"ג הוא דמשכחת ערל גדול שמתו אחיו מחמת מילה. ולכך כיון שכתבו שיגדל ויתחזק כחו נכלל זה כדעת

תוס' הנ"ל. או דס"ל דר"ת דעתו כרמב"ם ודעת רש"י ז"ל יחידאי והרי אגודה שדרכו להביא דעת תוס' וכתב ג"כ בסתם מלה א' וב' כו' דוקא אשה שהדם מהאשה ולא הזכיר שהראשונים מתו ע"י דם וע"כ דלעולם תולין בדם. ומ"ש תוס' בגדולים שנימולו שאין מלין הג' דג"כ השמיטו הפוסקים אפשר ג"כ דעתם בחלושים וכחושים. דלא מצינו כששני אחים התענו יה"כ ומתו שהג' לא יתענה וכה"ג. וע"כ רק משום דם תולין במשפחה כדאמר הש"ס ובגדולים אין חזקה כלל. והרי הסמ"ג ג"כ כתב ממש כלשון רמב"ם וש"ע והנ"י וב"י ורמ"א וט"ז וש"ך לא הגיהו כלום וגם הראב"ד ששתק ע"כ ס"ל כהרמב"ם יכולין לסמוך על רבותינו אף דאין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב ודיעות הפוסקים לא הוי כסנהדרין מ"מ מאחר שראו כל הפוסקים דעת תוס' ולא חשו להו ע"כ קים להו שאינו עיקר. ובפרט שלענ"ד גם לתוס' בזה נ"ד מאחר שלא הציצו רק באחד. וגם בזה אפשר שהיה שינוי מאחר שהרב לא מלו בזמנו לכך לענ"ד דחייבים למולו:

סימן טז

הנה בכורות מ"ו פירש"י הלך אחר אפי' דהיינו ראשו כו' והא פ' בתרא דיומא יליף מהך קרא דרוח חיים כו' בחוטמו. ומשמע עכ"פ דראשו היינו כל פדחת עד חוטמו. וכן בש"ס שם דאמר ר"י פדחת כו' אף לנחלה כו' יכיר כו' תני עד החוטם כו' ומשמע להדיא דפדחת היינו כולו דרוב אינו עד חוטמו. מ"מ לאשר בת' דרכי נועם הרעיש שלא ימולו כשנולד ליל ש"ק שמא הוציא ראש מבעוד יום והגדולים דחו דבריו והתשו' אינו תחת ידי כעת. עכ"פ נראה בידוע שהוציא מקצת ראשו חוץ לפרוזדור יש לחוש שמא הוציא רובו היינו כל הפדחת וכי המילדת הי' עיני' מבע"י עד שחשכה שלא הוציא מעט יותר: והגם דבגמ' נדה דף מ"ב אמר האי הוציא כו' והוסיף שאלתות והרי"ף פ' ר"א דמילה דעייק כו' דבפנים פיו סתום כו' ומשמע דא"ל הוכחה היה נימול בשבת י"ל דהיינו משום דלא ראה כלל שהוציא ראשו:

סימן יז

ב"ה א' מטות תרט"ו לפ"ק. לכבוד אהו' ידידי הרב הגדול חריף ובקי החסיד מוה' לוי יצחק נ"י אבד"ק קאסאווי.

מכתבו קבלתי על דבר הבכור. הפ' תפסו לספק גמור גם על סטימותא לא סמכו כמבואר פשטא דש"ס ע"ז ע"א תדע דהני פרסאי כו'. ובכל הני דפריך למ"ש משיכה לא קני לא משני משום סטימותא כיון דנהוג ע"ש ובתוס':

ולענ"ד בעובדא דרו"מ שהיה מדובר מפורש לשלם לזמן פלוני. ואח"כ תבעו בזמנו ולא נתרצה להרחיב רק להחזיר לו. הוי עייל ונפיק אזוזי ביומא דאוקמי לזביני ולכ"ע לא

קני כמבואר סי' ק"צ וא"צ ב' פעמים כיון דעי"ז נתרצה לבטל המקח. וכפי הנראה הך זקוף במלוה אינו כהך דסי' ס"ז גבי שמיטה דהקפה חנות דהא בקבע זמן חשיב ליה בש"ע עייל ונפיק כו'. וע"כ דוקא בלשון שכ' תוס' ב"מ ע"ז ע"ב שבמשיכה זו יקנה וזוזי להוי הלואה גבך ע"ש. וא"כ כיון דחשיב זה כתנאי שאם לא יתן המעות לזמן שקבע לא יהי' מכורה למפרע נראה דלא מהני כלל מה שהיה ביד נכרי ליתן המעות שיהיה חשיב יד נכרי באמצע כבהמת ארנונא דדוקא כשיש לו זכות בבהמה זו לא מצד תנאי. אבל מצד תנאי כשלא נתקיים בטל לגמרי למפרע כמבואר בש"ס בגט החילוק בין חוץ לפלוני ובין ע"מ שלא תנשאי לפלוני דלאו שיורא הוא כלל. וכן ע"מ להחזיר באתרוג דמהני אף דכל שא"י לאכלו לא חשיב שלו ע"ש ואף דבתנאי דבידו כ' הר"ן פ"ב דכתובות דחשיב יצא מרשותו מ"מ גבי מחוסר ממון אף בחמץ מעכשיו לא הועיל ע"ש. ומ"ש מ"א בשם הרדב"ז בתנאי אינו מוכרח כלל. ומ"ש רו"מ דלא היה המכר להפקיע ק' בכור רק לגמרי. זה גריעותא דלהפקיע היה כמוכר מפני רעתה. ותוס' ע"ז שם כ' דאנן סהדי דרוצה להפקיע ע"ש משא"כ בסתם מכירה כנ"ל. ומאפס הפנאי קצרתי:

דברי ידידו דו"ש הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן יח

לכבוד אהו' ידיד נפשי הרבני המופלג החריף החסיד מו' נחום נ"י.

על דבר שאלה בא' שמכר לנכרי בהמה להפקיע מבכורה בכסף בלא משיכה. וכתב רו"מ בשם ס' תשואות חן שמורה א' הורה הלכה למעשה שיטיל בו נכרי מום וטעמו מהא דאיתא בכורות ל"ג ע"ג דכשיש בו מום עובר מותר מה"ת להטיל בו מום קבוע מקרא דתמים יהיה לרצון כו' אז לא יטיל בו מום משא"כ ביש בו מום עובר דלא חזי להקרבה אינו אסור מה"ת להטיל בו מום אלא מדרבנן. ומזה הוליד דגם בכור חוצה לארץ שאינו ראוי להקרבה אף כשהבה"מ קיים דממקום שאתה מביא מעשר אתה מביא בכור וכיון דלא חזי להקרבה האיסור להטלת מום בו רק דרבנן. וכיון שקנין כסף הוי ספיקא הוי ספיקא דרבנן ולקולא ושרי להטיל בו מום. ובס' הנ"ל דחה שאסור לעשות ספיקא דרבנן לכתחלה ועוד כמ"ש הש"ך בספק דרוסה שנתערב דלא אמרינן ביה ספיקא דרבנן כיון שנעשה אח"כ דרבנן וכן בזה כיון דקודם הטלת מום הוי מה"ת. ורו"מ נראה לו להורות כדברי המורה הנ"ל שזה נקרא דיעבד כדי שלא יבא לידי מכשול ליהנות ממנו כמ"ש הב"י דמצוה להשתתף עם נכרי ואף דאסור לשתף עם עכו"ם כמ"ש בח"מ קע"ו וא"ח קנ"ו התירו כאן משום חשש מכשול וכ"ש להתיר לכתחלה לעשות ספק דרבנן. ודחי'

הב' דחה רו"מ דלא דמי לספק דרוסה שנעשה ע"י גלגול דרבנן אבל כאן הוי מיד ספק דרבנן לגבי איסור הטלת מום ובגוף א' הוי האיסור דרבנן וספיקו עכ"ל רו"מ:

תשובה הספר הנ"ל לא ראיתי מעולם ואיני מכיר לא את המורה ולא את המשיב. אולם הדבר פשוט לאיסור ויפלא מאוד על המורה ההוא שהתיר מה שפשוט לאיסור אצל כל רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל דהא מבואר בטור וש"ע כל ה' בכורות סי' שט"ו ושי"ו ושי"ח דספק בכור דינו שימתין עד שיפול בו מום ולא הגיה רמ"א כלום ומבואר עכ"פ דאסור להטיל בו מום בספק גם בחוצה לארץ וברא"ש י"ל בבעי' דבעטו ורדוף שכ' הרמב"ן פוסק כלישנא בתרא ולא ידענא טעמא מהו דבשל תורה הוא ואפשר דה"ט דאע"ג דהטלת מום הוי איסור דאורייתא מ"מ מה שאינו נאכל במומו הוא מדרבנן ע"ש. וכי הרא"ש לבני א"י דיבר ע"ש בכורות ל"ה וברבינו ירוחם הלכות בכורות מבואר להדיא ג"כ בס' בכור דאסור להטיל מום ג"כ בחוצה לארץ. ויעיין רו"מ בפסקי מהרא"י סי' קס"ז וקס"ח וקס"ט דמהר"מ ורא"ש ומהרי"ל וכן הגדולים סברי דאסור להטיל מום בספק בכור גם בחוצה לארץ. וכן בתשובות רמ"א ושארית יוסף ע"ש לא מצאו תקנה בספק בכור:

ובגוף סברתו הנה מה שהביא ממום עובר לבכור חוצה לארץ אין שום ראיה דע"כ לא אימעוט מתמים יהיה רק דוקא כשהוא תמים בלא מום אז אסור להטיל בו מום משא"כ כשאינו ראוי להקרבה מחמת מום עובר שאינו תמים אינו עובר. אבל לא מוכח מזה מה שאינו ראוי להקרבה מצד אחר דלא אימעט מתמים שיהיה מותר להטיל מום בקדשים וכן משמע מלשון הש"ס בכורות ל"ג ע"ב דנחלקו רק במטיל מום בבעל מום וכפירש"י ד"ה ורבנן דדרשי תמים יהיה כו' דמשמע תמים הראוי לרצון אמרתי לך דכל מום לא תטיל בו אבל בעל מום לא ע"ש ולא סיים רש"י אבל שאינו לרצון לא. משמע דדוקא כשאינו ראוי לרצון מחמת שאינו תמים וכן דקדק רש"י מנחות נ"ו ע"ב ד"ה ורבנן אותו שהוא תמים וראוי לרצון כו' אבל בעל מום לא. ואין שום ראיה מזה. ותדע דלדברי הנ"ל שמדמי מה שאינו ראוי למום א"כ מחוסר זמן קודם ח' בבכור דאינו ראוי לרצון דבהדיא כתב קרא מיום השמיני ירצה ואף אי ודאי אינו נפל כדאמר פ"ק דר"ה משעה שנראה להרצאה כו' א"כ גם בא"י יהיה מותר מה"ת להטיל מום בבכור קודם ח' ימים דהא עכשיו אינו ראוי להקרבה ואינו ראוי לרצון ואף שיהיה ראוי אח"כ הא גם במום עובר יהיה ראוי אח"כ להקרבה ואעפ"כ כיון דעכשיו אינו ראוי מותר מה"ת להטיל מום קבוע א"כ גם בהנ"ל יהיה מותר. אלא ע"כ דלא דמי מה שאינו ראוי להקרבה ולא אימעט מתמים לבעל מום וא"כ אין ראיה להנ"ל:

אמנם בש"ס תמורה כ"א בעי המטיל מום בתמורת בכור ומעשר מי אמרינן כיון דלא קרבין לא מחייב או דלמא כיון דקדשו מיחייב וכתבו תוס' דבעיא זו לכ"ע דלמ"ד מטיל מום בבעל מום פטור מ"מ י"ל דהכא חייב דדוקא התם שכבר היה בו מום כו' וכן למ"ד התם דחייב י"ל דכאן פטור שמעולם לא היה ראוי להקרבה כו' ופשט הש"ס דלא מיחייב ע"ש א"כ גם בבכור י"ל לר"ע תמורה כ"א ע"ב בכור בחו"ל אינו קרב חילוק הנ"ל המבואר בתוס' דאין ללמוד מבעל מום. מ"מ יש לדמותו לתמורת בכור ומעשר דכיון דמעולם לא חזי להקרבה פטור כנ"ל:

אמנם גם זה ליתא חדא דמשמע דלא בעי בש"ס רק לענין חיוב מלקות אבל איסור דאורייתא אית ביה וכן פירש"י ז"ל לא מיחייב מלקות ע"ש וכן מבואר ברמב"ם ז"ל פ"א מהל' איסורי מזבח וכמ"ש לקמן. ועוד דיש לדקדק בלשון הש"ס דאמר אביי מ"ש תשיעי של מעשר דלא מבעי לך דמעטי' רחמנא עשירי להוציא את התשיעי ה"נ רחמנא מעטינהו כי קודש הם קרבין ואין תמורתו קריבה וכן להיפוך מתני' רנב"י ע"ש. ואינו מובן מאי קאמר אלא דממעט שאינם קרבין הא גם באיבעי ידע דאין קריבין דזה היה הספק דמספקא ליה אף שאין קריבין כיון דקדשי מ"מ חייב וע"ז לא דחי כלום. ומה דאמר ה"נ מיעט רחמנא זה מיותר לגמרי דידע מזה רק הוי ליה למימר אלא כיון דלא קריבין לא מחייב הכי נמי לא מחייב. ועוד למה לא בעי באמת בבכור ומעשר גופיה בחוצה לארץ אי מיחייב כיון דקדשי או כיון דלא קריבין פטור. ולכך נראה דדוקא הנך דמיעט רחמנא בגוף הקדושה דהם קודש ולא תמורתן לענין הקרבה כו' וכן עשירי יהיה קודש ולא תשיעי לכך פשיט דלא מיחייב כיון שאינם קודש לענין הקרבה משא"כ בכור ומעשר דחוצה לארץ דלענין הקדושה הם בכלל בכור ומעשר דא"י רק לענין הקרבה אימעט מקרא אחריני דוהבאתם שמה דלא יביא מחוצה לארץ להקריב וכדאמר בש"ס בכורות נ"ג ריש פ' מעשר בהמה דמוקי מתני' כר"ע כאן לקרב כאן ליקדש דיקא נמי דקא נסיב לה והבאתם שמה ש"מ ע"ש ודייק הש"ס דר"ע לא ממעטיה רק מהקרבה מדמייתי קרא דוהבאתם שמה שהוא מיעוט אחר שלא ציותה תורה להקריב ע"ש אבל לענין הקדושה נכלל בכלל בכור ומעשר שנאמר בתורה סתם וממילא כיון דאזהר רחמנא להטיל מום בבכור ומעשר. גם בכור ומעשר דחוצה לארץ בכלל ומדוקדק לשון הש"ס דאמר אביי מ"ש תשיעי דמעשר דלא מיבעי דמעטי' רחמנא מעשירי קודש היינו בגוף הקדושה כו' תמורת בכור נמי מעטי' מקודש הם כו' וזה הוא שחידש לו אביי כיון דמעטי' קרא לענין ההקרבה בגוף הקדושה לא מיחייב כנ"ל. וא"כ אין ראיה כלל לבכור ומעשר דחוצה לארץ ואדרבה קצת ראיה להיפוך דבזה דלא מיעטי' כנ"ל אף דלא קריבן כיון

דקדשי מיחייב. גם דאין זה מוסכם כלל שיהיה הלכה כר"ע בהא עיין בראב"ד ה' בכורות פ"א שכתב ואפילו כו' דנראה דמספקא ליה דכמה סתם משנה כר"ש דאם באו תמימים יקרבו ע"ש. וכן אין הכרח כלל גם לר"ע שיהיה פסול בדיעבד אם הקריב בכור חוצה לארץ די"ל דלא אימעט רק שאסור להקריבו ולא לפסול כיון דקדשי מזבח הוא. ובודאי שאין לבדות מסברא דנפשי' לחלק באיסור הטלת מום בין בכור חוצה לארץ לא"י מה שלא מצינו בשום פוסק. והגירסא ברמב"ם הרי הוא כחולין כתב הכסף משנה שהוא טעות ע"ש:

והנה יותר היה צד לסמוך על דעת רש"י ז"ל שנראה מדבריו דבזמן הזה אין איסור הטלת מום אלא דרבנן בע"ז י"ג ע"ב אין מקדישין כו' ואם הקדיש כו' תעקר כו' ואמר רבא נראה כמטיל מום בקדשים ופריך נראה מום מעליא הוא ומשני ה"מ בזמן שבית המקדש קיים דחזי להקרבה אבל בזמן הזה לא ומסיק דגם למ"ד מטיל מום בבעל מום חייב אע"ג דלא חזי להקרבה מ"מ בזמן הזה מודה ע"ש לפירש"י ז"ל דבזמן הזה איסור הטלת מום רק מדרבנן גם בתם וכן כתבו תוס' בכורות ל"ג ע"ב. אמנם הרמב"ם ז"ל פ"א מהלכות איסורי מזבח פסק להדיא דמטיל מום בקדשים בזמן הזה אעפ"י שעבר בלא תעשה אינו לוקה כו' ופסק להדיא דאסור מה"ת. ומ"ש הלחם משנה והקשה מש"ס דע"ז הנ"ל לא קשה מידי דהרמב"ם ז"ל מפרש כתירוץ ב' של התוס' בקדשי בדק הבית ע"ש. וכן מבואר מדברי הרא"ש ז"ל בכורות ל"ה שהבאתי לעיל שכ' דאיסור הטלת מום הוא דאורייתא והוא מיירי בזמן הזה ע"ש ע"כ סבר כהרמב"ם. ועוד יש להביא ראיות ברורות דגם לרש"י בזה"ז אף אם הוא דרבנן מ"מ גם בספק בכור אסור להטיל מום ולא אמרינן ביה ספיקא דרבנן לקולא. דהא אמר בש"ס בכורות ל"ה ע"ב דאמר רב חסדא ספק בכור שנולד בי ישראל צריך שנים מן השוק להעיד עליו שלא הוטל המום בו בכונה והא רב חסדא בזה"ז ובבבל הוי כדאמר ב"ק פרק המניח. ואעפ"כ אסור להטיל מום בספק בכור ולא לבד שאסור רק דמצריך ב' עדים שלא הוטל בכוונה גם בספק כנ"ל. ועוד רב נחמן דדייק דבעליו נאמנים דאל"כ ספק בכור לר"מ מי מעיד עליו וכ"ת ה"נ דלית ליה תקנתא והתנן שהיה ר"מ אומר כל שחליפין ביד כהן כו' ומאי דייקא דילמא בזה"ז או בחוצה לארץ מיירי דנהגי מתנות לתנאי דלא כר"א ומותר להטיל מום בספק בכור וא"צ לנאמנות ומוכח דאין חילוק כנ"ל. ועוד שם במשנה ט"ז ע"א רחל שלא ביכרה אמר ר"ע משמנין ביניהן והשני ירעה עד שיסתאב ופירש"י ז"ל חד פירושא דבזמן הזה איירי ע"ש. וא"כ אמאי ירעה הא לרש"י ז"ל הוא מדרבנן וא"כ בספק יכול להטיל בו מום ולמה

ירעה. ומוכח להדיא דאין שום חילוק וגם בספק בכור בזה"ז אף לרש"י אסור להטיל בו מום כנ"ל:

גם על גוף הדבר קשיא לי איך אפשר דהטלת מום בבכור בזה"ז דרבנן הא אמר בש"ס גיטין מ"ד ומ"ק י"ג דבעי ר"י מר' זירא במוכר עבדו אי קנסו בנו אחריו ואמר אם תימצי לומר צירם אוזן בכור קנסו בנו אחריו דהתם עביד איסורא דאורייתא משא"כ הכא דאיסורא דרבנן כו' ופירש"י דעבר אכל מום כו' וכן ר"י עצמו בעי אותו בעיא. בכורות ל"ד ע"ב. בצירם כו' אי קנסו בנו אחריו ומבואר להדיא דגם בזה"ז איסור דאורייתא עביד בצירם אוזן בכור דכי הלכתא למשיחא. ועוד הוי ליה למיבעי בצירם אוזן בכור גופיה אם תימצי לומר דבזמן שבית המקדש קיים קנסו בנו אחריו דאיסורא דאורייתא עביד בזה"ז מאי. וע"כ דגם בזה"ז אסור מה"ת. ונראה דמש"ס הנ"ל יליף לה הרמב"ם ז"ל שפסק דגם בזה"ז עובר אף שאינו לוקה מ"מ מה"ת אסור כנ"ל:

וגם בש"ס בכורות ריש פרק כיצד מערימין דפריך אר"י דמתיר להטיל מום בזה"ז קודם שיצא לעולם דנגזור אטו יצא כו' ומאי קושיא כיון דבזה"ז דרבנן אף ביצא. וכן במה שהחמירו הרבה בש"ס לידע שלא הוטל בכוונה אף בזה"ז נראה דמה"ת וכן על הרא"ש ז"ל שהביא מקודם הש"ס דע"ז בבכורות ואח"כ כתב דאיסור הטלת מום דאורייתא ע"ש פ' כל פסולי המוקדשין סי' ג' וסי' ד'. לכך היה נראה לענ"ד לחלק דאף דבשאר קדשים סבר רבא שהוא דרבנן בזה"ז מ"מ בבכור י"ל דמודה. והטעם דהנה קשה הפשט שם בסוגיא דנראה כמטיל מום בקדשים כו' מאי משני בזה"ז כו' ולא שייך ע"ז לישנא דנראה רק דאף מטיל מום גמור דרבנן. וכן קשה מאי בכך דבזה"ז לא חזי הא קי"ל כר"י זבחים פרק השוחט והמעלה דמעלה בזה"ז חייב ועיין תוס' זבחים נ"ט ע"ב. ולכך היה אפשר לפרש למאי דאמר בכורות ל"ג ע"ב בכור שאחזו דם חכמים מתירין להקיז לו דם אף במקום שעושין בו מום כדי שלא ימות. ומייתי עלה הש"ס פלוגתא דתרומה אם רשאי לטמאות כו' אי תרד ותטמא אי יניחנה במקום התורפה כו' ומסיק ע"כ לא אמרו רבנן אלא משום אי שביק מיית כו' ואח"כ אמר הכל מודים כו' דטעמא דרבנן דמטיל מום בבעל מום פטור ופירש"י ז"ל דאין לך בעל מום גדול מזה כיון שוודאי ימות וכ"כ תוס' שם ד"ה אילימא דאחיזת הדם אף דאם היה לו רפואה לא חשיב מום מ"מ אם ימות בלא עשיית מום חשיב זה עצמו כמום מה שסופו למות וכן פירש"י מנחות נ"ז ע"ב ד"ה הכל מודים אע"ג דפליגי במטיל מום בבעל מום דאין לך מום גדול מזה שהרי ימות ומשמע דאף אי לא היה אחיזת הדם והיה סופה למות היה ג"כ מותר להטיל בה מום מה"ת. וא"כ התם בע"ז דאמר מקדיש בזה"ז בהמה תיעקר דנועל דלת בפניה והיא מתה דכן

היה התקנת חכמים משום תקלה ופריך עלה דינשר פרסותיה שיטיל בה מום א"כ משני רבא שפיר דנראה כמטיל מום כו' דהא אם לא יהיה מותר להטיל מום ע"כ נועל דלת ולמיתה אזלה שוב מותר להטיל מום כמו באחזו דם דהנ"ל דהא א"א שלא תמות אם לא בהטלת מום ומשני שפיר ה"מ בזמן שבית המקדש קיים דחזי להקרבה משא"כ בזמן הזה דלא חזי ואי לא נתיר להטיל מום ע"כ נועל דלת ומתה שוב לא היה איסור הטלת מום דמאי חילוק בין שסופה למות מחמת דבר אחר או מחמת התק"ח רק דנראה כמטיל מום דהא אין דבר זה דבר הניכר מה שתיקנו חכמים שתיעקר ואסור מדרבנן ולא קשה כל הנ"ל דאין הטעם כלל משוב בזה"ז לחוד רק משום דבזה"ז ע"כ תמות דנועל דלת כנ"ל. ומדוקדק לשון רש"י ז"ל שם שמייתי הא דבכור דאסור להקיז לחד מ"ד אפילו הוא מת ע"ש שהוא מיותר ואינו ענין לכאן. ולמ"ש מדוקדק שזה עיקר הטעם כאן מפני שסופה למות כנ"ל. וכן לכאורה תמוה כיון דרש"י מפרש דמאי דמייתי למ"ד מטיל מום בבעל מום חייב היינו בבכור הנ"ל. ומאי משני לדמי חזי ופירש"י לחללו באחר ולהקריב חילופיו ע"ש. ותמוה דהא בכור לא יפדה וגם תמורתו אינה קריבה ואף על פי כן חייב למ"ד הנ"ל. ולמ"ש אתי שפיר דמייתי רק מבכור דכה"ג חשיב מטיל מום בבעל מום כיון דסופה למות אבל לא היה רוצה לומר כלל להך מ"ד דבבכור אסור רק לחכמים דמתירין משום דסופה למות גרע משאר מטיל מום בבעל מום. רק התם מייתי הפלוגתא דמטיל מום בבעל מום דשאר קדשים וע"ז קאמר דכאן לכ"ע דלא חזי גם לדמי מותר ויש לדחות: וא"כ כיון דהטעם כנ"ל ממילא דוקא בשאר קדשים דהיה הדין והתקנה תעקר וסופה למות משא"כ בכור שלא תיקנו כן כמ"ש תוס' שם וכל הפוסקים א"כ אין סופה למות כלל שפיר י"ל דגם בזה"ז אסור מה"ת להטיל מבו מום ומשום דלא חזי להקרבה בשביל שאין מקדש לא חשיב כלל כבעל מום כנ"ל. ומיושב שפיר מה דמשמע מכמה דוכתי דגם בזה"ז דאורייתא בבכור כנ"ל. ולענ"ד מוכרח זה גם לרש"י ז"ל דבבכור מה"ת גם בזה"ז דאי נימא דלא מיקרי ראוי בשביל שאין מקדש וא"כ שוחט בחוץ פטור דאינו ראוי לפתח אוהל מועד וכמ"ש תוס' זבחים נ"ט ד"ה עד שלא נבנה ע"ש. ובמשנה ביצה כ"ה ע"ב בכור שנפל לבור פירש"י בכור בזמן הזה אין נשחט בלא מום שקדשים הוא דמאליו קדוש והשוחטו כשהוא תם הוי שוחט קדשים בחוץ וענוש כרת ע"ש. ומבואר להדיא דס"ל לרש"י להלכה דגם בזה"ז חייב כרת ומיקרי ראוי כנ"ל. ולא מצינו בהדיא מי שיאמר בבכור בזה"ז שהוא דרבנן זולת הג' מרדכי הובא בדרכי משה סי' שי"ג שכתב ועוד מצאתי בכור בזה"ז אינו אלא מדרבנן לפי שאינו ראוי להקרבה. ודחה ד"מ דבריו ובאמת מבואר להיפוך מכמה פוסקים. ומ"ש בש"ע ס' אם כיון להתיר כו' היינו שזה

הספק דרבנן אבל לא גוף האיסור. אבל עכ"פ איך שיהיה בזה אין לפקפק כלל שאסור להטיל מום בספק בכור בזה"ז ובחוצה לארץ כמבואר בכל הפוסקים:

ומ"ש רו"מ בענין ספק דרבנן דלא דמי לספק דרוסה זה אמת ואעפ"כ ודאי דלא אמרינן כה"ג ספיקא דרבנן לקולא. וראיה ברורה לזה דהא קי"ל דהא דאין מבטלין איסור לכתחלה הוא רק מדרבנן א"כ בספק טריפה יהיה מותר לבטל לכתחלה דהא לענין זה הוי רק ספק דרבנן מיד. וע"כ דהחילוק הוא דבדבר שהדרבנן בפני עצמו אמרינן ביה ספק דרבנן לקולא. משא"כ היכא שהחכמים עשו תקנה על האיסור שלא יעשה זה בהאיסור ממילא אין דנין בהספק כלל על הדרבנן וכיון שע"כ אתה מחשיבו לאיסור מספק תורה וכיון שהוא איסור שוב חל הדרבנן שאסור לבטלו דאין התקנה מפרדת מהאיסור. וכן בהנ"ל שחכמים אסרו להטיל מום בקדשים ולהפקיע. וממילא כיון שהוא קדוש מספק דאיסור דאורייתא שוב יש עליו האיסור דרבנן שלא יטיל בו מום. וכן מהא דאמר בכמה דוכתי כל שהוא משום שבות לא גזרו עליו בין השמשות ולא אמר בכל מקום ספיקו דרבנן לקולא ולא הוצרך לומר שלא גזרו בספק. וע"כ דכיון שאסרו חכמים בשבת השבותים. וכיון דבין השמשות מחזיקין לשבת מספק על המלאכות דאורייתא היה ממילא גם השבותים אסורים כיון שדנין על הזמן ולכך צ"ל שלא גזרו מתחלה על השבותים כנ"ל. וזהו נוגע בכמה מקומות וצריך לאריכות ואין לי פנאי עתה. עוד כתב רו"מ מענין סטימותא דמהני בדרבנן ובקנין כסף שהוא ספק לרמב"ם ז"ל ספק דאורייתא רק מדרבנן לחומרא. הא ליתא דעדיין הספק דאורייתא הוא שמא אין כסף קונה ולא הוי סטימותא קנין להפקיע דאורייתא ועדיין במה יצא מספק דאורייתא שהוא לחומרא מדרבנן עכ"פ וזה פשוט. גם עיין תשובות רמ"א סימן פ"ז דלא מחשיב לספק כלל בכסף לחוד דהעיקר כדעת רוב הפוסקים כר"י דדבר תורה מעות קונות בישראל ועכו"ם במשיכה. ועיין בעבודת הגרשוני סימן ק"ב בכסף ומקנינים הנהוגים. דפוסק שקנין שבדיניהם מהני. רק אם הוא הערמה הנראית י"ל דאין הסוחרים נהוגים כלל בקנין שנראה הערמה שיועיל וכן בדיניהם לזאת יחקור רו"מ על זה אם הקנין היה רק בהערמה אין הדעת נוטה כלל להתיר מטעם קנין שבדיניהם או סטימותא כמ"ש עבודת הגרשוני הנ"ל. ואם היה באמת כוונת קנין היה צד לסמוך שיטיל נכרי מום. כי מה שנראה מהפוסקים שזה הוי גרמא ואסור מה"ת בהטלת מום בבכור. צ"ע כי מצאתי בהרא"ש ז"ל ב"מ פרק הפועלים בשם הראב"ד דבעיא דחסימה לא איפשטא אזלינן לקולא ואע"ג דמסקינן דמטיל מום בקדשים דע"י נכרי נמי אסור ואפילו בזה"ז שאינו אסור אלא מדרבנן התם משום חומרא דקדשים ולא גמרינן מינה. ומה ראיה מבכור הא

התם גרמא אסור מה"ת כדיליף בש"ס בכורות דף ל"ה וע"כ סברי ראב"ד ורא"ש דכיון שרק אומר לעכו"ם גרע מגרמא ואינו אלא מדרבנן. גם במבואר מדבריו דסובר ג"כ בזה"ז דרבנן והוא עמוד גדול לסמוך אולם יש לחלק בין שאר קדשים לבכור כמ"ש לעיל. וגם בהא דאמירה לנכרי אם כי לדבריו גרע מגרמא מ"מ הא קי"ל יש שליחות לעכו"ם לחומרא וא"כ מצד זה גרע הרבה כנ"ל והנראה לענ"ד כתבתי. הק' יצחק מאיר:

סימן יט

קידושין (דף ל"ו ע"ב) סוגיא דחדש בעזה"י.

מתניתין כל מצוה שהיא תלויה בארץ אינה נוהגת אלא בארץ ושאינה תלויה בארץ נוהגת בין בארץ ובין בחוצה לארץ חוץ מן הערלה וכלאים כו' וקשה הא הך חוץ מן הערלה קאי אריש והוי ליה למיתני ברישא אכל שהיא תלויה כו' חוץ כו' דאף שתלויה נוהגת כנ"ל. או דהוי ליה למיתני מקודם כל שאינה תלויה ואח"כ כל שתלויה חוץ כנ"ל. ובמשנה שבש"ס ירושלמי באמת הגירסא כן וכן בירושלמי מס' ערלה מייתי ג"כ המשנה כן כל שאינה תלויה ואח"כ כל שתלויה כו' חוץ כו' אולם בש"ס דילן וכן במשניות הגירסא כנ"ל וכן נראה מגמ' דמפרש מאי תלויה ומאי שאינה תלויה שמקדים תלויה ובכל הגמרות כן. וכן ברש"י תלויה ואינה תלויה בגמ' מפרש כו' מקדים ג"כ כנ"ל. וממילא קשה הלשון דמשמעותא חוץ מערלה דאף שאינה תלויה מ"מ אינה נוהגת רק בארץ. מה שבאמת להיפוך:

ונראה לענ"ד לפרש בעזה"י. דהנה בירושלמי אמר דת"ק סבר דכל מושבותיכם דחדש קאי אחדש של ארץ שיצא לחוצה לארץ ע"ש. וש"ס דילן לא ס"ל כן כלל כדאמר דת"ק ר"י הוא דמושבות לאחר ירושה וישיבה אבל מאן דדריש מושבות כל מקום שאתם יושבים סבר דנוהג בחוצה לארץ. וע"כ דלא צריך קרא כלל לחדש דא"י שיצא לחוצה לארץ. והטעם פשוט דבערלה וכלאים וכל שהן חובת קרקע שאין נוהגין בחוצה לארץ מה"ת מ"מ הפירות שנאסרו בארץ שוב אסורין גם בחוצה לארץ דאסור זה שוב הוי חובת הגוף שנוהג גם בחוצה לארץ. דאף דכללא הוא אף שאסרה תורה האיסור סתם לחם וקלי כו' או פן תקדש כו' ואעפ"כ כיון שהאיסור בקרקע או גידוליו אינו נוהג בחוצה לארץ כנ"ל. מ"מ היינו רק לענין חלות האיסור על הגידולי קרקע זה נקרא חובת קרקע שיש חילוק בין גידולי קרקע א"י לגידולי קרקע ח"ל שאין חל עליהם האיסור אבל גידולי א"י שחל כבר האיסור שוב הוי חובת הגוף איסור פירות אלו ואין חילוק בין אנשי ח"ל לא"י. ואף דבחלה אמרינן פ"ב דחלה לר"ע דפירות ארץ שיצאו לח"ל פטורין ע"ש וקי"ל כן היינו משום דכתיב שמה כו' ע"ש משא"כ בכל איסורין התלוין בארץ כנ"ל ודאי דאסור כנ"ל:

וא"כ בכל מצוה שהוא חובת קרקע יש בה ב' דברים א' לענין חלות האיסור. בזה יש חילוק בין ח"ל שאינו חל רק בא"י בגידוליו. והב' לענין חובת הגוף שיש בה היינו בשכבר חל האיסור שגדל בא"י ששוב נוהג גם בח"ל כשיצאו דהוי חובת הגוף האיסור לאכלו כנ"ל. ויש בזה רבותא יותר משאר חובת הגוף שאינו בא כלל מחובת קרקע. דלכאורה כיון דילפינן כל חובת הגוף שנוהג בח"ל מע"ג אבד תאבדון שיהיה חובת הגוף דומיא דע"ג. וא"כ י"ל דוקא חובת הגוף לגמרי שאינו בא כלל מחובת קרקע כמו חלב ודם וע"ג. מה שאין כן חובת הגוף הנ"ל שבא מחובת קרקע לא הוי דומיא דע"ג. אך באמת ז"א דבמה שאין סברא לחלק לא אמרינן שיהיה דומיא דע"ג דא"כ נימא דמצות עשה שהזמן גרמא לא יהיה נוהג בח"ל. וכה"ג אותן דקי"ל מע"ג שאין אסור בהנאה או איסור עשה. וליבעי דומיא דע"ג דוקא. וע"כ שאין למדין רק מה שיש סברא לחלק. דמה שהאיסור על גוף האדם אין סברא לחלק בין אנשי א"י לאנשי ח"ל. רק בחובת קרקע שייך כיון שא"י מקודשת משאר ארצות שייך לחלק שחל המצוה רק בקרקע א"י כנ"ל וא"כ הפירות שבא"י שכבר חל האיסור שוב אין שום סברא לחלק בין א"י לח"ל כמו כל חובת הגוף. ולא שייך דלא הוי דומיא דע"ג כנ"ל אבל עכ"פ יש בהן רבותא משאר חובת הגוף וכן דלא נילף מחלה כנ"ל:

וא"כ מיושב לשון המשנה די"ל דקאי הכל אמצות שהן חובת קרקע. והתחיל כל מצוה שהיא תלויה בארץ כו' אינה נוהגת כו' היינו חובת קרקע כנ"ל. ושאינה תלויה היינו חובת הגוף שיש במצוה זו שתלויה בארץ אעפ"כ נוהגת בח"ל ג"כ היינו גם פירות שיצאו לח"ל כנ"ל. וכ"ש שאר חובת הגוף שלא בא כלל חיובם בקרקע כנ"ל. ולכך תני שפיר מקודם תלויה. ואח"כ אינה תלויה כנ"ל. ואמר שפיר חוץ מערלה וכלאים שנוהגין לגמרי בח"ל גם בגידולי חוץ לארץ. היינו גם במה שתלויה בארץ. ולא שייך למיתני מקודם כיון דגם אסיפא קאי אהך מצוה:

ומיושב בזה מאי דתמוה ג"כ איך תני סתם חוץ מכלאים שכולל כלאי זרעים וכרם. וכלאי זרעים מותר בח"ל כדמסיק הש"ס לקמן ל"ט והול"ל חוץ מכלאי הכרם. ולמ"ש מדוקדק דכלאי זרעים מותר בח"ל כדמסיק הש"ס לקמן ל"ט והול"ל חוץ מכלאי הכרם. ולמ"ש מדוקדק דכלאי זרעים אין אסורין כלל באכילה רק לזרוע כמבואר במשנה כלאים. ואין בהן חובת הגוף כלל רק חובת קרקע שאסור לזרוע ובזה לא מיירי המשנה כלל. רק באותן חובת קרקע שיש בהן ג"כ חובת הגוף כנ"ל ותני שפיר סתם חוץ מכלאים כו' וממילא הפי' כלאי כרם שיש בהן ב' האיסורים שאסור באכילה ויש בהן חובת הגוף ג"כ כנ"ל:

וממילא מיושב ג"כ קושיות הירושלמי דלא פריך בש"ס דילן כלל מ"ט לא תני חלה. דהא חלה באמת פירות א"י שיצאו לח"ל פטורין מדכ' שמה כו' ואין בהם חובת הגוף שינהוג בח"ל כנ"ל:

ואפשר דהירושלמי דתני המשנה להיפוך מקודם אינה תלויה וע"כ הפי' כפשוטו פריך מ"ט לא תני חלה כנ"ל. משא"כ ש"ס דילן דתני תלויה מקודם במשנה ואשמעינן כנ"ל. ולכך לא פריך כלל מחלה ולא צריך כלל לתירוץ הירושלמי שאינה בשל נכרים כנ"ל. וגם שדוחק לומר שיהיה מחולקים בגירסת המשנה. מ"מ גם זה דוחק שטעות נפל בא' מגירסת המשנה. ולא ראיתי מי שעמד בחילוק הנוסחאות כלל. ויש נ"מ הרבה לדינא דשוב אין הוכחה לדין התוס' שיהיה חדש נוהג בשל נכרים כיון דלש"ס דילן א"צ לומר דלא תני מה שאינו בשל נכרים כנ"ל:

גם י"ל דלכך פריך הירושלמי רק אר"א ולא את"ק ועיין ב"ח ותוי"ט שנתחבטו בזה. ולמ"ש י"ל דדוקא אר"א פריך דסבר שם במסכת חלה דפירות א"י שיצאו לח"ל חייבין ומקשה הירושלמי שפיר לדידיה אמאי לא חשיב חלה ג"כ דלר"א יש בו חובת הגוף ג"כ כנ"ל משא"כ את"ק דסבר כר"ע דקי"ל הכי לא קשה כלל כנ"ל. ואף דלכאורה אר"א לא קשה כמ"ש הב"ח. עמ"ש לקמן:

גם י"ל דהירושלמי סבר דבחלה דוקא כשנכנסו לח"ל קודם גלגול פטורין ע"ש ברמב"ם וכסף משנה הלכות תרומות פ"א ולכך גם כשכבר נתחייבו שהיה הגלגול בא"י שוב הוי ג"כ חובת הגוף שנוהגת גם בח"ל כנ"ל:

גם קצת משמעות כמ"ש דבמשנה הקודם גבי מצות עשה שהזמן גרמא תנן כל מצוה כו' ואח"כ גם כן תני וכל מצוה שאין כו' וכאן לא הדר ואמר וכל מצוה שאינה תלויה כו' רק ושאינה תלויה בארץ כו' ולמ"ש אתי שפיר דקאי אהך מצוה שהתחיל שתלויה בארץ אמר אח"כ ושאינה תלויה שיש בה כנ"ל והפי' הפשוט במשנה דתני חוץ בסיפא כו' נראה דמקודם קאמר דכללא הוא דכל שתלויה כו' היינו חובת קרקע אינו נוהג בח"ל ושאינה תלויה היינו חובת הגוף נוהגת בח"ל. חוץ ערלה וכלאים אינם נכללים בכלל הזה ואף שהן חובת קרקע נוהגין בח"ל. וא"ש דנקיט בסיפא דסיים מקודם הכלל ואחר כך תני דאלו אינם בכלל הנ"ל. ולא קאי אסיפא רק אכל הנ"ל:

תוס' ד"ה כל כו' בירושלמי פריך אמאי לא תני חלה ומשני לפי שאינה בשל נכרים כו'. והנה תמוה דמאי תירוץ הוא זה כיון דגם בא"י אינה בשל נכרים למה לא שייך למיתני שאיסור זה שנוהג בא"י נוהג גם בח"ל. ונראה לענ"ד די"ל למ"ש הראשונים ז"ל דחלה ותרומת חוצה לארץ דהקילו בכמה דברים לבטל ברוב וכה"ג משום שאין להם עיקר

בדאורייתא כו' עיין ת"ה לרשב"א בית ד' שער ד' וב"י יו"ד סי' צ"ט. ולכאורה אינו מובן דלהפוסקים דבא"י בזמן הזה מן התורה עכ"פ או חלה או תרומה כמבואר בש"ס פ"ב דכתובות דף כ"ה וא"כ שפיר הגזירה טבל דח"ל אטו שיאכל טבל דארץ. והגם שהפי' הפשוט נראה כדאמר בש"ס חולין ריש פרק כל הבשר דאמר אביי בשלמא חלת ח"ל בארץ דאיכא למיגזר אטו חלת הארץ אבל חלת ח"ל כו' דליכא למיגזר כו' ע"ש. דמשמע דח"ל אטו ארץ לא שייך למיגזר כיון דמקומות חלוקין הן. אך מ"מ לא דמי דשם לענין העלאה החילוק שפיר דכאן א"א לבוא ע"י ההעלאה עם הזר לידי איסור תורה. אבל לענין שאר הקולות לבטל ברוב וכה"ג. מ"מ כיון שאסרו חכמים טבל דח"ל אטו ארץ. יש כאן איסור דרבנן שיש לו עיקר בדאורייתא בארץ. וכמ"ש תוס' ביצה ד' ע"ב דתרומת פירות חשיב יש לו עיקר כיון דשם תרומה מה"ת ע"ש. ובאיסור מוקצה שם שייך שפיר זה הלשון דענין זה האיסור אין לו שייכות כלל מה"ת דאינו ענין מלאכה כלל. וכן בישולי נכרים וכה"ג משא"כ הנ"ל אינו מיושב הלשון לקרותו אין לו עיקר בדאורייתא. ויותר היה שייך לשון דררא דאיסור דאורייתא כדאמר בחגיגה כ"א ע"ש:

והיה נראה לפרש למ"ש תוס' ברכות דף כ' דהגם בתפלה וחנוכה שהוא דרבנן צריך טעם בש"ס לחייב נשים דאל"ה היו פטורות דהוי מ"ע שהזמן גרמא. דאף דתקנת חכמים הוא. ולא תסור הוא לאו שגם נשים חייבות מ"מ כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון כו' ע"ש. ואף דלכאורה מה חילוק כיון שחייבו חכמים לאנשים אף שפטורין מה"ת ליחייבו גם נשים אף שפטורין מה"ת ומה חילוק בין שהפטור מצד מ"ע שהזמן גרמא או הפטור מצד עצמו:

אמנם הטעם פשוט שהתורה נתנה רשות לחכמים לתקן והתקנה שלהם יהיה כמו מצוה של תורה ואם כן בשלמא באותן שהן בני חיובא בכל המצות שייך שפיר אף שדבר זה פטור מה"ת מ"מ תיקון חכמים לחייבו והוי מצוותן כשל תורה וממילא חייב. אבל נשים במ"ע שהזמן גרמא שהתורה אמרה בכלל שאף שהיא מצוה מ"מ הן פטורין מאותן מצות שתלוין בזמן א"כ לא שייך שיתקנו חכמים איזה חיוב מצוה עליהם במה שהזמן גרמא דהא לא עדיף תקנה שלהם מאלו הוא מצוה של תורה והא התורה אמרה דאף שהוא מצוה פטורין כיון שתלויה בזמן כנ"ל דבשלמא באנשים דהפטור שלהם לפי שאינו מצוה ממילא כיון שתיקנו חכמים ועשאם מצוה שפיר חייבין אבל בנשים שפטרה התורה אותן אף שהיא מצוה לא שייך התקנה כלל כנ"ל להיות יותר ממצוה דאורייתא דניהו שהוא מצוה מ"מ פטורין כנ"ל חוץ בדבר שיש טעם מיוחד כמו חנוכה ומגילה שהיו באותו הנס וכה"ג דגם במצוה דאורייתא כשיש טעם חייבין כמו מזוזה

דלא פטירי מהיקש משום דכתיב למען ירבו כו' אטו גברי כו' וכן סומא לר"י לא מחייב מדרבנן ג"כ ע"ש בתוס' לעיל דל"א ומס' עירובין צ"ו היינו ג"כ כנ"ל דכיון שאמרה תורה בכלל דפטור מכל המצות. אף שיטילו חכמים עליו מצות ויהיה כמצוה של תורה הא התורה פטרתו אף ממה שהוא מצוה. ולכך לא תיקנו חיוב עליו כנ"ל:

וא"כ גם במצות התלויות בארץ נראה ג"כ כיון דיליף מקרא דאלה החוקים כו' בארץ דכל מצוה שתלויה בקרקע וגדוליו אין חייבים בח"ל דהמקום לאו בר חיוב דגם חובת הגוף הוי ממעטינן בח"ל רק דגלי קרא כל הימים כו' וא"כ לא שייך חיוב דרבנן באותן מצות שיחייבו חכמים בח"ל הגידולי קרקע בתרומה וחלה וכה"ג הא לא יהיה עדיף מצותן ממצוה של תורה ועדיין הוי מצוה התלויה בארץ ובגידולי קרקע והתורה אמרה בכלל שהגם שהוא מצוה מ"מ כיון שתלויה בגידולי קרקע אין חיוב בח"ל רק בארץ דבאותו מקום בח"ל אין חל חיוב מצות על הגידולי קרקע ואיך יהיה הדרבנן לחייב מצוה מה בכך מ"מ פטרתו התורה והוי ממש כמו מצות עשה שהזמן גרמא בנשים כנ"ל דלא שייך התקנה:

אך הא אעפ"כ חזינן דחייבין מדרבנן בתרומה ומעשרות בח"ל וחלה גם עכשיו כנ"ל. אמנם י"ל דהא תוספות ב"ב ד' פ"א כתבו דביכורים הוי חובת הגוף אף שתלויה בגידולי קרקע. והטעם דטבל נקרא חובת קרקע אף דהא החיוב רק כשנתמרח יש איסור על האדם לאכלו וכן חלה בשעת גלגול. והא איסור חמץ ומצה אף שהוא בגידולי קרקע מ"מ אינו נקרא תלויה בארץ. וע"כ משום שאין להמצוה שייכות בהגידול של התבואה אלא שהוא דוקא באותן המינים אבל הוא חיוב הגוף. וא"כ גם בטבל כנ"ל כיון שהוא רק בשעת מירוח וגלגול כנ"ל. וע"כ הטעם דהא צריך שתיהן דכשגדל בקרקע של חיוב אז נתחייב בשעת מירוח וזה גמר החיוב אבל התחלת החיוב על גידול התבואה רק שכל שלא נגמרה מלאכתו עדיין לא נגמר החיוב אבל מיד הוא החיוב על שעת גידול התבואה שכשתגמר מלאכתו במירוח יהיה החיוב. ולכך אי יש קנין לנכרי בא"י להפקיע פטור אף שימרחו ישראל וכן בחלה מיד החיוב כשיגמור למאכל אדם היינו בגלגול כנ"ל אמנם הא מבואר בש"ס מנחות ס"ז ע"א דמדרבנן חייבין במרחו ישראל אף אי יש קנין לעכו"ם א"כ זה החיוב של מדרבנן אינו כלל חובת קרקע רק חובת הגוף שהטילו חכמים בשעת מירוח אף הגדל בקרקע של פטור כנ"ל. וא"כ שפיר חייבין מדרבנן בתרומה ומעשר אף בח"ל דהא אותו החיוב שמדרבנן הוי חובת הגוף שנוהג גם בח"ל. דניהו דפטור מה"ת בח"ל כיון שגדל בקרקע של פטור אין כאן התחלת החיוב לחייב אח"כ בשעת מירוח אבל החיוב דרבנן שהוא בשעת מירוח לבד זה חובת הגוף ושפיר חייב. דזה שפיר יש

כח ביד חכמים לתקן לחייב הגוף במה שפטור מה"ת ככל תקנות חכמים כיון דאם היה מצוה של תורה היה חיוב הגוף כנ"ל:

ומיושב שפיר מה שכ' שאיסורין אלו נקראים אין להם עיקר בדאורייתא. דענין זה בטבל ותרומה וחלה שיהיה חובת הגוף זה אין לו עיקר כלל מה"ת גם בארץ. דהא החיוב שבארץ מה"ת הוא בתורת חובת קרקע. וזה החיוב אינו כלל בח"ל אף מדרבנן. ואותו החיוב שבח"ל מדרבנן היינו מה שחייבו בתורת חובת הגוף בשעת מירוח זה האיסור והחיוב אין לו עיקר וענין כלל מה"ת שיהיה בתורה חובת הגוף גם בארץ כו' וכמו מוקצה וכה"ג כנ"ל ולכך קרי אין לו עיקר כנ"ל:

וממילא מיושב קושיות הירושלמי דלא תני במשנה חלה טבל ותרומה כו' דאיך ליתני חוץ מהני דאף שהן חובת קרקע ותלויה בארץ מ"מ נוהגין בח"ל מדרבנן. והא ז"א דמה שתלוי' בארץ היינו חובת קרקע אינו נוהג כלל בח"ל אף מדרבנן. רק בתורת חובת הגוף מדרבנן. והא חובת הגוף לעולם נוהג בח"ל כנ"ל. ולא שייך כלל למיתני' וכלאי כרם אף שהוא דרבנן יש לומר דשייך שפיר התקנה דהא איתקוש לכלאי בהמה שהוא חובת הגוף ולכך צריך קרא דשדך למעוטי זרעים שבח"ל וא"כ לא אימעוט מצד חובת קרקע דהא כלאים דהרכבת אילן שג"כ חובת קרקע וחייב דאיתקוש איסור כלאים שיהיה כחובת הגוף רק דמיעטה תורה משדך ושוב הוי כשאר דבר שאינו אסור מה"ת וחכמים אסרוה דהא גם ח"ל בר חיובא לענין איסור כלאים כנ"ל:

דהנה תוס' לקמן דף ל"ט ע"א ד"ה ההוא כתבו דשדך איצטריך רק לזרעים שבכלאי הכרם דהוי ס"ד דאתי ק"ו מחדש אבל על כלאי זרעים לא צריך דחובת קרקע הוא וגם ליכא ק"ו ע"ש. ותמוה ולמ"ד חדש מותר למ"ל שדך כו' הא ליכא ק"ו. וגם פשטא דש"ס משמע דלמעוטי זרעים שבח"ל דקאי גם אכלאי זרעים. אולם הפי' הפשוט בש"ס שם הוא דכיון דהקישה תורה בהמתך לא תרביע כו' ושדך לא תזרע כו' דכולל כלאי זרעים וגם כלאי כרם עם הזרעים. הוי ס"ד מהך היקישא דכולם נוהגין גם בח"ל כמו כלאי בהמה. רק כיון דכתיב שדך למעט זרעים שבח"ל. וא"כ סתרי אהדדי ההיקש וקרא דשדך לכך אמרינן כיון שריבה ומיעט דרק הרכבת אילן שדומה יותר לכלאי בהמה זה יהיה נוהג בח"ל כמו כלאי בהמה ושדך ממעט כלאי זרעים וכלאי כרם שאינו נוהג בח"ל וצריך שפיר קרא דשדך בלא הק"ו וגם למ"ד חדש מותר איצטריך שדך וכדאמר בש"ס אקרא דאלה החוקים כו' דכתב בארץ וכתב כל הימים כו' דסתרי וריבה ומיעט מחלקין בין חובת קרקע כו' וכן בהיקש הנ"ל. אבל אי לאו שדך לא הוי אמרינן כלל מה בהמתך בהרבעה דהא הקישה תורה כל הכלאים אף שלא בהרכבה להרבעת בהמה רק כיון דכתב שדך

כו' אמרינן שזה מיעטה תורה כנ"ל. ונראה דגם תוס' מודים לסברא הנ"ל רק שדקדקו מלשון הש"ס שהקדים מה בהמתך בהרבעה קודם דמייתי קרא דשדך כו' ולהנ"ל היה להם להקדים שדך למעוטי ח"ל כו' ואח"כ מינה דמה בהמתך בהרבעה ולכך פירשו דגם בלא שדך ה"א כנ"ל וצריך שדך לכלאי כרם דלא נילף מק"ו דחדש כנ"ל אבל לת"ק דחדש מותר גם לפי' התוס' ע"כ כמ"ש דלדידיה ההיקש לגמרי לכלאי בהמה ולכך צריך שדך למעוטי כלאי זרעים וכלאי כרם כנ"ל ועיין מה שאכתוב לקמן בעזה"י שפי' זה הוא מוכרח:

ומיושב במה שכתבתי מאי דתמוה הרבה איך אמר דלת"ק חדש אינו אסור כלל בח"ל אף מדרבנן דאל"ה היה לו לומר כמו כלאים. וקשה למה באמת לא אסרו חכמים חדש בח"ל כמו כלאים. דבשלמא כלאי זרעים דאין הפירות אסורין רק הזריעה שייך שפיר החילוק דלא גזרו קרקע ח"ל אטו קרקע ארץ דהא ניכר שיש חילוק אבל איסור הפירות שאין ניכר בין פירות א"י לפירות ח"ל אסרו שפיר כלאי כרם וממילא אסרו גם הזריעה דכלאי כרם כיון שגזרו איסור זה. וזה עיקר החילוק דאמר בש"ס לקמן כלאי כרם דאסור בהנאה גזרו אבל כלאי זרעים כו' לא גזרו כו'. והא דנקיט איסור הנאה לאו דווקא דהא נקיט ג"כ כלאי זרעים דמותר בהנאה והפי' מותר באכילה כמבואר במשנה כלאים פ"ח. רק נקיט עיקר החילוק בין איסור הזריעה לאיסור הפירות דבפירות שייך למיגזר ונקיט איסור הנאה שהאמת כן. אבל באיסור אכילה שייך הגזירה כמו באיסור הנאה דמאי חילוק. וא"כ למה לא אסרו חכמים חדש בח"ל כמו כלאים כיון דהפירות אסורין שייך הגזירה כמו בכלאי כרם כנ"ל. והגם אם נדחוק לחלק דנקיט איסור הנאה דוקא אז גזרו. קשה מ"מ בערלה למ"ד הלכות מדינה וכלאים מודה דאסור מדברי סופרים. ולמה כן ולא גזרו חכמים בערלה כמו בכלאים הא ג"כ אסור בהנאה וודאי דאין סברא דמשום שנהיגי בני המדינה בעצמם לא הוצרכו לאסור. דאין זה טעם כלל ולא מצינו כן דבשביל מנהג לא יאסרו חכמים מה שראוי לאסור. אונס למ"ש מיושב דדוקא בכלאים דח"ל בר חיובא הוא לענין איסור כלאים דהקישה תורה לכלאי בהמה. ורק מקרא דשדך אמיעוט ממילא כשאר דבר המותר מן התורה ושייך התקנת חכמים לאסרן בח"ל ככל איסור דרבנן. משא"כ ערלה וחדש דאימעוטי מטעם חובת קרקע דח"ל לאו בר חיובא לא אסרו דלא שייך התקנה כיון דאף אי מצוותן כשל תורה מ"מ הא פטרה תורה ממצות התלויות בקרקע בח"ל:

ונראה די"ל תירוץ הירושלמי ג"כ כנ"ל דמשני דלא תני חלה לפי שאינה בשל נכרים כו' היינו דכשהוא בשעת גלגול של נכרי פטור אף מדרבנן. ולהיפוך כשבשעת גלגול

של ישראל חייבוהו חכמים א"כ חזינן שהחיוב דרבנן הוא בתורת חובת הגוף שחל רק בשעת גלגול כמ"ש לעיל ולכך שפיר לא תני ליה כנ"ל:

עוד נראה לענ"ד לפרש הירושלמי בפשיטות דהתוס' הקשו עוד אמאי לא פריך מתרומה ומעשרות רק מחלה ונדחקו ע"ש. ונראה דהא הירושלמי פריך מקודם ורבנן הא כתיב מושבות ומשני דצריך לחדש שבו שיצא לח"ל כו'. ואח"כ פריך אמאי לא תני חלה ומשני שאינה בשל נכרים ע"ש. והנה למאי דמשני בחדש של א"י שיוצא לח"ל דאסור גם לת"ק וא"כ למה לא תני ליה וע"כ דזה שוב הוי בכלל חובת הגוף שנוהג גם בח"ל כיון שכבר חל האיסור על גידולי קרקע א"י שוב האיסור חובת הגוף שאסור לאכול גם בח"ל והוי בכלל מצוה שאינה תלויה בארץ במשנ' כנ"ל וא"כ מיושב בפשיטות דפריך אח"כ אמאי לא תני חלה למאי דקי"ל כר"ע פ"ב דחלה דפירות א"י שיצאו לח"ל פטורין מן החלה מה שאינו בכל איסורין שבא"י. משום דכתב שמה רק בארץ חייבין ולא בח"ל אף פירות הארץ:

וא"כ ליתני במשנה להיפוך דחלה אף שהוא חובת הגוף מ"מ אינו נוהג בח"ל היינו פירות א"י שהאיסור חל כבר שזה נכלל ע"כ בחובת הגוף שאינה תלויה בארץ במשנה כדמוכח מחדש כנ"ל. ומ"מ אינו נוהג בח"ל בחלה מקרא דשמה כנ"ל. וכשיצאו ח"ל פטורין והול"ל למיתני חוץ ברישא דחוץ חלה אף במה שאינו תלוי' מ"מ אינו נוהג בח"ל כנ"ל. ושפיר לא קשיא ליה רק מחלה ולא מתרומה ומעשר שנוהגין בפירות א"י גם בח"ל כנ"ל ומשני לפי שאינה בשל נכרים היינו דלא דמי לגמרי לחובת הגוף דהא חזינן דכשהוא בשעת גלגול של נכרים פטורה מן החלה אף שהוא פירות א"י ולכך לא תני ליה בחובת הגוף שאינו נוהג בח"ל כנ"ל. ועוד דסבר דיצאו לח"ל היינו קודם גלגול ע"ש ברמב"ם ובכסף משנה הלכות תרומות' פ"א הלכה כ"ב. וא"כ משני שפיר כיון דאינו בשל נכרי בשעת גלגול א"כ כיון דחלות החיוב אף בפירות א"י רק כשבשעת גלגול של ישראל כמו כן כשבשעת גלגול הוא בח"ל ג"כ לא מיקרי חובת הגוף שכבר חל האיסור כמו חדש דז"א דעדיין לא חל האיסור כלל גם בא"י דאם היה מוכרו לנכרי לא היה חייב ולכך גם כשיצאו לח"ל קודם גלגול לא מיקרי כלל חובת הגוף שנוהג בח"ל כנ"ל ולא דמי לחדש שכבר חל לגמרי ואסור בא"י מיקרי חובת הגוף כנ"ל. ומדוקדק היטב לשון הירושלמי שהקדים מקודם הך שנויא דחדש שבו שיצא לח"ל כו' ואח"כ פריך דליתני חל' כיון דמוכח דחדש של א"י שיצא לח"ל הוא בכלל חובת הגוף א"כ ליתני חלה ומשני שפיר כנ"ל ומתרומה לא קשה כלל כנ"ל ולפי הנ"ל אין הוכחה כלל דחדש יהיה נוהג

בשל נכרים. דשפיר בגוף האיסור תני אף מה שאינו נוהג בשל נכרים. וגם פריך רק על מה שמה"ת כנ"ל:

אמנם לא ניחא להו לתוס' לפרש כן דלשון הירושלמי סוף מס' ערלה למה לא תנינן אף החלה עמהון כו' משמע עם ערלה וכלאים כו'. וע"כ בתורת חובת קרקע קשיא ליה לא דליתני' בהנך דחובת הגוף כנ"ל:

אמנם ג"כ י"ל בפשיטות דהא קי"ל דפירות ח"ל שנכנסו לארץ חייבין מה"ת בחלה ג"כ מדכתב שמה וזה לכ"ע ע"ש במשנה פ"ב דחלה. וא"כ כיון דהפי' כאן במשנה תלויה בארץ היינו חובת קרקע אינו נוהגת אלא בארץ היינו ע"כ בגידולי הארץ אבל לא מיירי כלל בין ביושבי הארץ או ח"ל דכולם אסורין גם בח"ל רק הפשט הוא שאין נוהגין אלא בפירות ארץ. וא"כ מקשה הירושלמי שפיר דליתני' גם חלה אף שהוא חובת קרקע מ"מ נוהגת גם בח"ל היינו גם בפירות ח"ל כשנכנסו לארץ. ומה דפטורין בח"ל אינו גריעותא כלל דהא גם פירות א"י פטורין שם. ושפיר הוי ליה למתני גם חלה דמה"ת נוהגת גם בפירות גידולי ח"ל כנ"ל. ולא קשה כלל מתרומה ומעשר דזה אינו נוהג מה"ת בגידולי ח"ל כנ"ל אך הרמב"ם ז"ל פסק דגם תרומה ומעשר שוים לחלה ע"ש דהפוסקים חלוקים עליו:

עוד נראה לישב תירוץ ירושלמי הנ"ל לפי שאינה בשל נכרים ולא תני אלא מה שנוהג גם בשל נכרים כו' שתמוה הא מ"מ כמו שנוהג בארץ כן נוהג גם בח"ל כנ"ל. דהנה קשיא לי למ"ש תוס' ב"ב פ"א דאמר בש"ס ארצך למעוטי ח"ל דלא מחייב בביכורים והא בל"ז חובת קרקע הוא ותירץ רשב"א דביכורים הוי חובת הגוף דדוקא טבל שחל איסור וחיוב על הפירות משא"כ ביכורים שחל המצוה על הגוף כשביכרו ע"ש ולכך צריך ארצך למעוטי. וכן ראשית הגז קי"ל כר' אילעי ברכות כ"ב שאינו נוהג בח"ל אף שהוא חובת הגוף כו'. וא"כ קשה כמו דתני הכא חוץ מערלה כו' על חובת קרקע. כמו כן למה לא תני חוץ ביכורים וראשית הגז דאף שהן חובת הגוף מ"מ אינו נוהג אלא בארץ. וניהו דמראשית הגז לא קשה כ"כ דהא כמה סתמי משניות דלא כר' אילעי דראשית הגז נוהג גם בח"ל אך מביכורים קשה כנ"ל:

אמנם ע"ז שייך יותר תירוץ הירושלמי דלא תני במשנה רק מה שנוהג גם בשל נכרים בארץ בחובת הגוף כזה היה חידוש אם אינו נוהג בח"ל אבל ביכורים דכ' אדמתך למעוטי אדמת נכרי גם בא"י כמבואר בש"ס שם וכן ראשית הגז כמבואר בחולין. א"כ בחובת הגוף כזה שיש חילוק גם בארץ לא מיירי מתניתין ואין חידוש בזה אם אינו נוהג בח"ל ולכך לא תני ליה כנ"ל. ומיושב שפיר תי' הירושלמי דממילא גם בחובת קרקע דתני

חוץ לא שייך למיתני רק באותן שנוהג גם בשל נכרים דהא צריך למיתני רק הנך שאם היה חובת הגוף היה נוהגין גם בח"ל והחידוש הוא רק משום שהוא חובת קרקע ובאותן שאינו נוהג בשל נכרים הא יש גם חובת הגוף שאינו נוהג בח"ל כמו ביכורים וראשית הגז כנ"ל ולכך לא תני רק ערלה כו' שנוהג בשל נכרים ומ"מ פטורים מטעם חובת קרקע ואעפ"כ חייבו חכמים כנ"ל. ומיושב לשון הירושלמי לא תני במתני' רק מה שנוהג בשל נכרים כו' היינו משום דחובת הגוף ע"כ לא תני אותן שאינו נוהג בשל נכרים כנ"ל:

ובמ"ש מיושב מה שהקשה בעצמות יוסף מה פריך בש"ס הרי תפילין ופטר חמור כו' ולא קאמר לפי שאינה בשל נכרים. והוכיחו מזה דלא ס"ל כהירושלמי כנ"ל. ולמ"ש אתי שפיר דעל הך חוץ דחובת קרקע לא שייך כלל דלא תני לפי שאינה בשל נכרים כמ"ש דמ"מ שוה לא"י רק משום דבחובת הגוף כמו ביכורים ע"כ לא תני משום שאינה נוהג בשל נכרים כנ"ל. וזה שפיר למסקנא דהפי' אינה תלויה חובת הגוף וע"כ לא תני חוץ ביכורים משום שאינה בשל נכרים. אבל לס"ד דלתלוי' דכתיב ביאה. א"כ אדרבה ביכורים ע"כ בכלל תלוי' דכתיב ביה ירושה וישיבה א"כ תני ע"כ אף מה שאינו נוהג בשל נכרים ופריך שפיר ליתני גם תפילין ופטר חמור כנ"ל. וא"כ היה מוכרח גם לדידן לכאורה דלא תני מתני' מה שאינו בשל נכרים מביכורים גם בלא קושי' הירושלמי הנ"ל. אך באמת אינו מוכרח דהתוס' שם ב"ב תירצו עוד תי' די"ל דביכורים חשיב ג"כ חובת קרקע רק משום דכתב ראשית כו' איתקיש לבב"ח שינהגו גם בח"ל צריך ארצך למעוטי ולא קשה מביכורים כנ"ל. ועוד למאי שהקשה בס' עצמות יוסף מאי פריך הרי תפילין הא מסיק לעיל ד' ל"ד דאין למדין מן הכללות אף שנאמר בהן חוץ. ותירצו דכיון דתני חוץ ערלה כו' דרבנן יותר הוי ליה למנקט דאורייתא וע"כ שאין שום דאורייתא עוד או משום דחזינן דפליג ר"א אף חדש מכלל דת"ק דוקא קאמר ע"ש. וא"כ זה שייך רק אהנך דחובת קרקע אבל כל מצוה שאינה תלויה י"ל שפיר שיש שאינם בכלל הזה ואעפ"כ לא תני להו דאין למדין כו' ולא קשה מביכורים וראשית הגז כנ"ל. ומיושב ג"כ מה דלא ניחא להו לתוס' לפרש בירושלמי כמ"ש לעיל הקושיא אחובת הגוף דאזה לא קשה די"ל דשייר כנ"ל. גם למה שאכתוב לקמן בגמ' הפי' בתלוי' ואינה תלוי' ג"כ לא קשה:

תוס' הנ"ל. אמאי לא פריך מתרומה כו' היינו דע"ז לא שייך תירוץ הירושלמי למאי דמסיק בש"ס מנחות דף ס"ז דמירוח נכרי אינו פוטר מדרבנן גזירה משום בעלי כיסון וגלגול נכרי פטור מחלה אף מדרבנן דאיבעי אף פחות מכשיעור כו'. וא"כ על חלה תי' הירושלמי שפיר דגם מדרבנן אינה בשל נכרים בשעת גלגול דנראה כוונת הירושלמי על שעת הגלגול של נכרי לא על התבואה דהא מייתי קרא דראשית עריסותיכם. והקשו

תוס' שפיר דבתרומה ומעשר נשאר הקושיא דמדרבנן נוהג גם בשל נכרים משום גזירה כנ"ל. אך אמנם להנ"ל י"ל בפשיטות דעל תרומה ומעשר לא קשה כלל דבח"ל נראה אף אם נוהג מדרבנן מ"מ מירוח נכרי שפיר פוטר דהוי גזירה לגזירה שנגזור משום בעלי כיסין ואטו ארץ. וא"כ שוב לא תני ליה דבח"ל אינו נוהג בשל נכרים. ואדרבה לא שייך למיתני שנוהג בין בארץ בין בח"ל דאינו שוה דבארץ נוהג גם בשל נכרים דמירוח נכרי חייב מדרבנן ובח"ל אינו נוהג בשל נכרים ולכך לא תני ליה ואדרבה לא פריך הירושלמי רק מחלה דעכ"פ שוה האיסור בין בארץ בין בח"ל שגם בארץ אינו נוהג בשל נכרים והוי ליה למתני. והוצרך לשנויי דמתני' לא מיירי במה שאינו נוהג בשל נכרי אבל מתרומה ומעשר לא פריך כלל כיון דבא"י נוהג בשל נכרים ובח"ל אינו נוהג כנ"ל:

בא"ד ואי"ל לפי שהוא מדרבנן כו' דהא פריך מחלה אף שהוא דרבנן. והא דלא הוכיחו מהמשנה גופיה דהא תני ערלה וכלאים שהוא דרבנן. י"ל משום דאין זה הוכחה דהא קי"ל ערלה הלכה למשה מסיני וכלאים איכא לפרושי הרכבת אילן דקי"ל שלוקין מה"ת דאיתקוש לכלאי בהמה ושפיר תני במתני' רק מה שהוא מה"ת. ולכך הוכיחו מהירושלמי כיון דפריך מחלה ע"כ ס"ל דמשנה תני גם דרבנן כנ"ל. אך א"כ לדידן אין שום הכרח די"ל דהירושלמי פריך לשמואל דערלה הלכות מדינה וא"כ ע"כ תני במשנה ערלה דרבנן ופריך שפיר מחלה ומוכרח לשינוי שאינה בשל נכרים. אבל למאי דקי"ל ערלה בח"ל הלכה למשה מסיני שפיר י"ל דתני רק מה שמדאורייתא. וא"צ לשנוי דלא תני מה שאינה בשל נכרים. וממילא אינו מוכרח דערלה וחדש יהיה נוהגין בשל נכרים לדידן די"ל אף שאינה בשל נכרים תני להו כיון שהן דאורייתא כנ"ל. ועיין מה שאכתוב לקמן. ותוס' לשיטתם יש להם עוד ראיה מדפריך הרי תפילין כו' מרבנן דבכל וכתבו דאין לומר מדרבנן דאכתי ליתנייהו במתני' דהא תני מה שהוא דרבנן ג"כ. ואם היה אפשר לפרש במשנה ערלה וכלאים מדאורייתא לא היה פריך בש"ס מתפילין כנ"ל. ומוכח דסבר הגמ' דא"א לפרושי בכלאי אילן כנ"ל. אך למ"ש לקמן תירוץ אחר אפירכא דתפילין א"כ אין הוכחה כלל כנ"ל:

בא"ד ומהירושלמי שהבאתי יש להוכיח דערלה וכלאים נוהגין בשל נכרים כו'. הנה יש לפרש דקאי גם בא"י אם נוהג בשל נכרים. ומה שכתב בס' המקנה דא"א לפרש בא"י דמשנה מפורשת פ"א דערלה נכרי שנטע כו' דנוהג כו' ע"ש אינו כלום. ונראה שהעתיק לשון הר"ש סוף מס' ערלה שכתב לשון זה בהדיא תנן נכרי שנטע כו' דנוהג ע"ש. אולם במשנה שם אינו מבואר כלל. והרי הרמב"ם והברטנורא שם פ"א כתבו להדיא להיפוך דדוקא נכרי שנטע של ישראל דס"ד ונטעתם דוקא כשישראל נטעו כו' קמ"ל דגם שנטעו

נכרי. אבל נכרי שנטע בשלו אינו נוהג כלל ע"ש. רק הרמב"ם ז"ל בחיבורו נראה שחזר כמ"ש התוי"ט שם שפסק ה' נטע רבעי דנכרי שנטע בין לישראל ובין לנכרי נוהג ע"ש. אבל עכ"פ מהמשנה אין שום ראיה וגם מדברי הרמב"ם בפסקיו שם פ"י מה' רבעי נראה שאין שום הוכחה מהמשנה. שכתב זה לב' דינים הלכה ה' כתב ונכרי שנטע בין לישראל ובין לעצמו כו'. ובהלכה ט' חזר וכתב זה שנטעו נכרי קודם שבאו לארץ פטור אבל משבאו לארץ אף מה שנטעו נכרי חייב כו'. וזה היא המשנה דפ"א דערלה עת שבאו כו' ונכרי שנטע כו'. נראה שמפרש המשנה כמ"ש בפירושיו דמה שנטעו נכרי אינו פוטר. רק שזה כתב לדין בפ"ע דגם לעצמו. אבל אין קושיא על תוס' שהוצרכו לראיה. וכן מבואר מדברי הרא"ש שמפרש כן דברי התוס' על א"י שהרי הביא עוד ראיות מתוספתא דמייתי הש"ס סוף יבמות נכרי כו' של ערלה הן של עזקה כו' דמשמע שנוהג בשל נכרים ע"ש. והא אין ראיה משם רק על א"י ע"ש ברש"י ותוס' דמיירי בא"י דבח"ל אין צריך לרוב דספק ערלה מותר וכן של עזקה ע"ש. וכן הר"ן ע"ש. והחילוק הוא דאף דכתב ונטעתם אל ממעטינן מה שנטע נכרי בשל ישראל. אבל בשלו שפיר י"ל דאימעוט. דהא דגנך דגבי תרומה דממעט דיגונך ולא דיגון נכרי דמירוח נכרי פוטר אף דקאי על הפעולה של הדיגון שהוא המירוח מ"מ מבואר בתוס' מנחות ובכורות י"ב ובתשו' הרא"ש כלל ב' סי' ב' דדוקא כשהוא בשעת מירוח של הנכרי מיקרי דיגון נכרי אבל מירוח של נכרי בשל ישראל אינו פוטר וכן מבואר בש"ס גלגול נכרי דפוטר בחלה ג"כ כשהוא בשעת גלגול של נכרי ע"ש. ובכמה דוכתי וב"מ ק"א. ונראה לענ"ד עיקר הפי' בתוס' דהנה בהקדש מבואר בירושלמי דהקדיש ואח"כ נטע אינו חייב בערלה וכן פסק הרמב"ם פ"י מהל' מעשר שני הלכה ז' ובמשנה למלך פ"א מהל' שמיטה כתב הטעם פשוט דכתיב לכם יצא הקדש שאינו לכם ע"ש. ותמוה לכאורה דא"כ למה יהיה נוהג בשל נכרים הא בכל מקום דממעטינן מלך או לכם של הקדש ממעט ג"כ של נכרים כמ"ש תוס' מנחות ס"ז ופסחים ה' ובכמה דוכתי דכיון דגלי קרא בחד מקום דממעטינן של נכרים ושל גבוה שוב לא צריך תרי קראי ולכך בחמץ מחד לך ממעט אתה רואה של אחרים ושל גבוה וכה"ג. אך הטעם פשוט דהא קי"ל אין קנין לנכרי בא"י להפקיע כו'. ולכך לא דרשינן דגנך ולא דגן נכרי משום דאין קנין. רק דיגון נכרי כו'. וממילא כאן דנטיעת הנכרי אינו פוטר דזה ילפינן מכל עץ כו'. רק דנמעט מלכם כו'. וזה לא ממעט כלל דנקרא לכם כיון דאין קנין כו' ולכך א"ש דשל הקדש פטור דאימעוט מלכם דיש קנין להקדש כו'. משא"כ של נכרים שפיר חייב דאין קנין לנכרי כנ"ל. והנה קי"ל דבכל מה דחייב בא"י מטעם אין קנין. בסוריא ובח"ל פטור דשם יש קנין לנכרי. וכן מבואר בגמ' גיטין סוף פרק השולח

דמוקי הא דפוטר בשל נכרי למ"ד אין קנין כו' בסוריא דשם יש קנין ופטור ממעשר כו' ע"ש וכן פסק הרמב"ם פ"א מהלכות תרומות הלכה י' דאין קנין לנכרי בא"י אבל בסוריא יש לו קנין כו' ע"ש וא"כ ממילא אף דערלה בח"ל הלכה למשה מסיני מ"מ י"ל דאינו נוהג כלל בשל נכרים בח"ל דהא לא עדיף מא"י דג"כ לא היה נוהג בשל נכרים דאימעט מלכם רק משום דאין קנין שם ונקרא לכם אבל בח"ל דיש קנין שוב שפיר אימעוט מלכם ואינו נוהג כלל כנ"ל:

ומדוקדק שפיר הצעת לשון התוס' שמאחר שהקדימו הטעם דתרומה אינו נוהג משום דעתה הקרקעות משועבדים ונקרא של נכרים רק בא"י נוהג משום דאין קנין כו'. ולכך לא שייך התקנה דמ"מ ינהוג גם בח"ל דשייך הגזירה אטו א"י דהא בא"י נוהג גם בשל נכרים משום דאין קנין כו' ולכך לא שייך התקנה דמ"מ ינהוג גם בחוצה לאחרץ דשייך הגזירה אטו א"י דהא בא"י נוהג גם בשל נכרים משום דאין קנין כו'. וע"כ דז"א דכיון דאם היה לנכרי קנין בא"י היה פטור גם בא"י רק משום דאין קנין ממילא בח"ל דיש קנין לא שייך לחייב גם מדרבנן כנ"ל. ולכך כתבו שפיר אח"כ דלכאורה גם בערלה כן דגם בא"י לא היה נוהג אם היה קנין רק דאין קנין וממילא בח"ל אינו נוהג גם מדרבנן ולא מהלכה דבח"ל יש קנין. והוצרכו להוכיח מירושלמי הנ"ל דנוהג בשל נכרים מדתני לה אף דלא תני חלה. ולכך לא הביאו כלל הראיות שהביאו הרא"ש והר"ן ומהמשנה ומהברייתא דנכרי שאמר של ערלה הן כו'. דהא שפיר בא"י דאין קנין נוהג כנ"ל. ואף דלמ"ד יש קנין ע"כ מוכח דמ"מ נוהג בא"י בשל נכרי וממילא גם בח"ל נוהג זה אין הוכחה דלרש"י ז"ל במנחות פליגי תנאי אי יש קנין כו' א"כ הנך מתני' דנוהג בא"י בשל נכרים אתיא כמ"ד אין קנין ואין ראיה דלמא למ"ד יש קנין אינו נוהג באמת גם בא"י בשל נכרים. ועוד דילמא מ"ד יש קנין סבר דגם הקדיש ואח"כ נטע חייב ולא ס"ל כלל מיעוטא דלכם לא להקדש ולא לנכרי דלא מייתר דצריך לנטוע לרבי' כמבואר בפסחים פ' כל שעה ולכך הוצרכו תוס' להוכחות שלהם שגם בח"ל נוהג בשל נכרים כנ"ל. והטעם באמת דלא אימעוט של נכרים. נראה דאין הטעם כלל מלכם כמ"ש המשנה למלך כיון דאינו מיותר ומשמע פ"ק דפסחים דאי לאו דמיותר לך לא הוי ממעטינן של אחרים ושל גבוה כו'. והך לכם דערלה איצטריך לנטוע לרבים. ועוד דמוכח מהש"ס דלא כהמשנה למלך דהא פריך פ"ב דפסחים כ"ב ע"ב השתא כו' לכם למה לי כו' ומשני לנטוע לרבים. ומה פריך הא איצטריך למעט הקדש וע"כ דלא מלכם ממעטינן הקדש. וי"ל למאי דקאמר התם טעמא דת"ק ונטעתם ליחיד משמע לא לרבים ופירש"י דאין דרך רבים לנטוע ולתוס' לצורך רבים אימעוט כתב לכם להביא לרבים כו' וא"כ בהקדש דמקרי לצורך רבים והוא בכלל

המיעוט דנטעתם רק מדכתב לכם. והא הקדש אינו בכלל לכם ושפיר נשאר המיעוט מונטעתם ולכך פטור מערלה. אבל גבי נכרי שהוא ליחיד אף שאינו בכלל לכם מ"מ הא לא אימעוט כלל מונטעתם דגם נכרי בכלל מקרא דכל עץ ושפיר חייב. דלכם לא קאי רק אריבוי דלרבים מזה ממעט הקדש. משא"כ נכרי שהוא ליחיד. ואפשר דנכרי שנטע לצורך רבים באמת פטור לטעם הנ"ל דאימעוט ג"כ מלכם לפי' התוס'. אך מלשון המשנה משמע דלא ממעטינן כלל מלכם דהא כללם במשנה הנוטע בר"ה והנכרי כו' והגזלן כו'. נראה דכולל כל מה דס"ד דאימעוט מלכם. כמו בכל מקום דכתב לכם בחמץ וכה"ג ממעט הפקר ושל נכרי וכן גזל ובאתרוג וכה"ג קמ"ל כל הני ר"ה שהוא הפקר ונכרי וגזלן דמ"מ חייב ולא דריש לכם כנ"ל. והטעם או דמרבינן ג"כ מכל עץ כו'. או דכיון דאיסור הנאה לא מיקרי לכם כדאמר סוכה פרק לולב הגזול אתרוג של ערלה כו' דכ"ע בעי דין ממון כו'. וא"כ כאן דכתב לכם גבי ערלה דאסור בהנאה ע"כ לא ממעט מה שאינו לכם כמו הקדש ונכרי וגזל דהא גם כשהוא שלו אינו לכם. וע"כ דאתי רק לנטוע לרבים. וע"כ טעם הירושלמי דפוטר בהקדם לאו מלכם. ואפשר דלא ס"ל הואיל ואי בעי פריק ולא מיקרי עץ מאכל דהקדש אסור והוי כנוטע לסייג או איזה טעם אחר אבל נכרי לא אימעוט כנ"ל:

בא"ד ונראה דחדש נוהג בזמן הזה ולכך יש לזהר שאם אדם יודע בודאי שהשעורים נזרעו אחר זמן הקרבת העומר דהיינו אחר י"ו בניסן שלא יאכל ומספק אין לאסור כל השעורים כיון דרוב נזרעו קודם. ובירושלמי נמי משמע דחדש נוהג אף בשל נכרים דפריך עלה דמתני' דקתני אף החדש אמאי לא תני חלה ומשני לפי שאינה בשל נכרים משמע דחדש דקתני במתניתין נוהג בשל לנכרים עכ"ל. וכבר האריכו הרבה בדברי תוס' אלו הב"ח ז"ל סי' רצ"ג והתוי"ט ושאר פוסקים. והנה הב"ח ז"ל מפרש דבריהם דלענין שנוהג בשל נכרים כוונתם. וכן הביא ליקוטי מהרי"ל שכתב ואע"ג דיש פוסקים דא"צ ליזהר בזה הואיל ובלאו הכי איסור חדש בח"ל מדרבנן מ"מ אנשי מעשה מחמירין על עצמם כו' וכן בת"ה בשם א"ז וכתב הב"ח ופשיטא דליכא למימר דאיסור חדש אינו אלא דרבנן דהא קי"ל כר"א אלא ודאי דר"ל דבשל נכרים דרבנן דסתם ח"ל בשל נכרים והטעם כיון דמוכח פ"ק דר"ה מקצירכם ולא קציר נכרי דאינו נוהג בשל נכרים. ובירושלמי משמע דנוהג אלמא דאינו אסור אלא מדרבנן כו' והוא ז"ל כתב כיון דאינו אסור מה"ת אין לחדש גזירה ולאסור מדרבנן ע"ש. וראיות הרא"ש בתשובה כלל ב' דחה דאיך ק"ו חדש מערלה הא ערלה אסור בהנאה ע"ש. עוד הביא מהגהת מהרש"ל ז"ל ר' אביגדור כ"ץ כתב בספרו דחדש בח"ל אינו נוהג בשל נכרים וז"ל השיב ריב"א הא דחדש נוהג

בח"ל הני מילי בשל ישראל אבל בשל נכרים אינו נוהג בח"ל ויכול לשתות שכר אפילו בחורף וגם בה"ג משמע דחדש אינו נוהג בח"ל בשל נכרים ושמא משמע להו דהלכה כת"ק דר"א פ"ק דקדושין ע"ש:

והנה לשון התוס' תמוה מ"ש ונ' דחדש נוהג בזמן הזה אם כוונתם לפסוק כר"א כמ"ש האחרונים למה לא כתבו ונראה דהלכה כר"א ואם כוונתם על של נכרים כמ"ש הב"ח היה להם להקדים דנוהג בשל נכרים כמ"ש אח"כ מהירושלמי. ולמה סתמו מקודם וכתבו בזמן הזה. גם מה ענין לחלק בשל נכרים בחדש כמ"ש הרא"ש בתשובה הנ"ל ומ"ש הרא"ש והלא ערלה דאינה נוהגת אלא בארץ ואפ"ה נוהג בנטיעת נכרים כו' חדש שנוהג מה"ת אף בח"ל כ"ש שנוהג אף בשל נכרים כו'. והב"ח דחה דערלה חמור תמוה מאוד כמ"ש התוי"ט בתשובת גאוני בתראי תשובה א' איך ס"ד דהרא"ש כוונתו ללמוד מק"ו חדש מערלה מה שמבואר בגמ' דל"ח להיפוך ק"ו ערלה מחדש ודאי לאו בתורת ק"ו רק מהיכי תיתי לחלק ע"ש וזה אמת אולם לא פי' כלום כוונת הרא"ש בק"ו הזה מה שאינו. גם כל התשובה שם אינו מובן לדבריהם. עוד דחה התוי"ט שם דברי מהר"מ מ"ץ הנ"ל שכ' ושמא סברי כת"ק דר"א דא"כ אף בשל ישראל מותר בח"ל ע"ש שכתב דלאו מהר"מ מ"ץ חתים עלה. והב"ח השיב שמהרש"ל חתים על הך תשובה דמהר"מ מ"ץ אולם לא פי' כלום ע"ש. עוד כתב הרא"ש בתשובה הנ"ל ודברי ר' ברוך מאוד הן תמוהים שכתב ואפילו אם גדלה ברשות ישראל עתה בח"ל שאין אנו סמוכין לא"י נראה להתיר דלא גזרו אפילו מדרבנן דומיא דמעשר דלא גזרו אלא בח"ל הסמוכה לא"י עכ"ל. ודבריו תמוהין אפילו לפי דבריו שאינו נוהג בשל נכרים אם גדלה ברשות ישראל מה שייך כאן גזירה דרבנן בח"ל אסור מה"ת כו' ע"ש כל התשובה שאינו מובן מחלוקתם:

והנראה לענ"ד ברור בעזה"י. דודאי משמעות לשון התו' אינו כלל כמ"ד חדש בח"ל דאורייתא דלא היה להם לכתוב ולכך יש ליזהר כו' במה שאסור מה"ת ולוקין עליו. רק דפשיטא להו דהלכה כת"ק דר"א כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דמנחות ד' ס"ח דמעשה רב דאכלו חדש באורתא דשיתסר כו' משום דחדש בח"ל דרבנן כדאמר התם בש"ס וכמו שנבאר לקמן בעזה"י. ולכך כתב בליקוטי מהרי"ל זה לפשוט הואיל ואיסור חדש בח"ל אינו אלא מדרבנן כו' שתופס תמיד דברי תוס' לעיקר ומפרש דברי תוס' כנ"ל. וכ"כ התוי"ט בפירוש דברי מהרי"ל כנ"ל ולא כהב"ח דהא לא הזכיר כלום של נכרים כנ"ל:

אולם מה שנסתפקו אם נוהג בשל נכרים כו'. נראה דהנה גיטין מ"ז פליגי רבה ור"א מ"ד אע"פ שאין קנין לנכרי בא"י להפקיע מיד מעשר שנאמר כי לי הארץ כו' לי קדושת

הארץ ומ"ד יש קנין כו' אמר ג"כ זה הלשון אע"פ שיש קנין שנאמר דגנך ולא דגן נכרי אבל אין קנין לחפור כו' מלי הארץ כו':

ונראה מדברי רש"י ז"ל דלמ"ד יש קנין כו' הופקעה קדושת הארץ כשהוא של נכרי ודין הקרקע שלו כח"ל וכדיליף בש"ס ע"ז נ"ב ע"ב מבאו בה פריצים וחללוהו דנעשו חולין ע"ש וכן משמע פשטא דלישנא דגמ' דלא דריש לי הארץ קדושת הארץ דיש לו קנין להפקיע קדושת הארץ רק גוף הארץ שלא לחפור. וכן מדאמר אעפ"י שיש קנין שנאמר דגנך כו' מה צורך לו לתלות מה דיש קנין היה לו לומר דפטור ממעשר דכתב דגנך ולא דגן נכרי וע"כ דאין זה רק ילפותא והוכחה דיש קנין להפקיע מדכתיב דגנך ולא דגן נכרי ואי אין קנין איך מיקרי דגן נכרי וע"כ דיש קנין וממילא מוכח דלכל הדברים יש קנין. וא"כ לענ"ד ברור לשיטת רש"י ז"ל דלמ"ד יש קנין ממילא כל שאינו נוהג בח"ל רק בא"י כמו ערלה וכלאים וחדש אין נוהגין ג"כ בקרקע של נכרים גם בא"י כיון דיש קנין אין קרקע של נכרים בכלל א"י דהופקע ממנה קדושת א"י אף בהנך דלא כתב מיעוט למעט של נכרי רק מצד שהיא חובת הקרקע שאינו נוהג אלא בא"י ממילא אינו נוהג בשל נכרי בא"י למ"ד יש קנין כנ"ל. וכן נראה לענ"ד מבואר מלשון הרמב"ם ז"ל פ"א מהלכות תרומות הלכה י' שכתב נכרי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעוה מן המצות אלא הרי הוא בקדושתה לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינו ככיבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומעשרות ומביא ביכורים והכל מה"ת כאלו לא נמכרה כו' ויש קנין לנכרי בסוריא להפקיע מן המעשרות והשביעית כו' עכ"ל מבואר להדיא דרק משום שפוסק אין קנין. אבל אי ה"א יש קנין היה פקע קדושת הארץ לענין המצות התלוים בה וישראל הקונה ממנו היה דינו ככיבוש יחיד דלעולם לא היה לו עוד דין א"י מה"ת רק משום דאין קנין כו' וכן ברש"י חולין קל"ה ע"ב דגנך כו' לאשמעינן דיש קנין כו'. משמע שאין המיעוט לעצמו רק למילף מינה דיש קנין בכל מקום:

וכן מבואר להדיא מדברי תוס' ב"ב ד' פ"א ע"א ד"ה ההוא למעוטי אדמת כותי שתמה הרשב"א אמאי איצטריך הא ר"מ ס"ל יש קנין לנכרי בא"י כו' וכתב ונראה לר"י דדילמא מהכא הוא דגמיר בכל דוכתי דיש קנין כו' ע"ש. וע"כ קושייתם היה כיון דכתב ארצך למעוטי ח"ל כדאמר התם א"כ למה לי אדמתך למעוטי אדמת נכרי כיון דלר"מ יש קנין ממילא אימעוט מקרא הנ"ל כמו ח"ל. דאל"ה מאי קשיא להו מאי בכך שיש קנין מנא הוי ידעינן דשל נכרי אינו חייב בביכורים כיון דר"מ מחייב אפילו לוקח פירות מן השוק. וע"כ דכוונתם כמ"ש דגם בלא הך הוי כח"ל דאימעוט כנ"ל. וגם הר"י שתירץ דמהכא

גמיר ג"כ סבר כנ"ל. דממילא כיון דיליף דיש קנין הוי כח"ל בכל דוכתי אף היכא דליכא קרא מיוחד למעט של נכרי כו':

ולכאורה תי' תוס' תמוה דהא אמר להדיא בש"ס גיטין מ"ז דמ"ד יש קנין יליף מדגנך ולא דגן נכרי. אך לא קשה למאי דמסיק במנחות ס"ז דר"מ סבר תורמין משל נכרי על של ישראל דמירוח נכרי אינו פוטר פי' תוס' שם דאף דר"מ סבר יש קנין ופטור של נכרי וכתבו דמיירי שלקח הנכרי התבואה במוץ שלה ומירחה דגדל בקרקע ישראל כו' ומסיק הש"ס טעמא דר"מ ור"י דתרי דגנך כתב למעט דיגון נכרי ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות ולכך אין מירוח נכרי פוטר. וא"כ לר"מ אין לימוד דיש קנין דתרווייהו דגנך אתי לדיגון נכרי בגדל בקרקע ישראל. ותירץ שפיר דמאדמתך דכתב בביכורים יליף בכל דוכתי דיש קנין כנ"ל. עוד י"ל דסבר דגנך אתי לפטור שותפות נכרי גם חלקו של ישראל כדאמר בש"ס חולין קל"ה ע"ב ע"ש. עוד י"ל דמדגנך הוי ילפינן רק שיש לו קנין בהקרקע לפירות דנקרא דגנך לפוטרו. ויליף מאדמתך דיש לו קנין אף בגוף הקרקע כיון דלוקח חייב ואעפ"כ מיעט אדמתך כו':

עכ"פ נראה מרש"י ורשב"א ור"י והרמב"ם ז"ל דמפרשים הא דיש קנין כמ"ש דאין דינו כא"י כלל כנ"ל וממילא בערלה וכלאים וחדש לא היה נוהג בא"י בשל נכרי רק משום דקי"ל אין קנין כנ"ל:

וא"כ כיון דמבואר שם בש"ס גיטין מ"ט וברמב"ם פ"א מהלכות תרומות דבסוריא יש קנין לנכרי להפקיע כו' וע"כ כמ"ש לעיל דאף דמה בכך שיש לו קנין ופקע קדושתו הא גם שהוא ח"ל חייבו חכמים. וע"כ דלא חייבו רק מה שבא"י חייב מה"ת. א"כ בשל נכרי כיון דאם היה בא"י יש קנין ג"כ היה פטור לכך בח"ל כיון דיש לו קנין ממילא פטור גם מדרבנן וזה הוא שהקדימו תוס' בתרומה ומעשר שאינו נוהג בזמן הזה שמשועבד למלך והוי של נכרי רק בא"י חייב דאין קנין כו'. ובח"ל דיש קנין פטור. ואף דמ"מ שייך הגזירה בח"ל אטו א"י דשם אין קנין מ"מ אמרינן דלא תיקנו כיון דגם בא"י היה פטור אם היה לו קנין. ובפרט כיון דפליגי ביה תנאי בהא דיש קנין כו'. א"כ כיון דלמ"ד יש קנין גם בא"י פטור של נכרי א"כ בוודאי בח"ל פטור של נכרי דהוי גזירה לגזירה כדאמר סוף פ"ק דע"ז. רק דקי"ל כמ"ד אין קנין ולדידיה י"ל דשייך הגזירה בח"ל בשל נכרי אטו א"י. וא"כ הא קי"ל כל המקיל בארץ הלכה כמותו בח"ל אף יחיד נגד רבים ע"ש ברכות פרק כיצד מברכין. וא"כ בח"ל שפיר קי"ל כדברי האומר יש קנין כו' לענין זה שלא יהיה נוהג בשל נכרי. כיון דלמ"ד יש קנין אינו נוהג ממילא הלכה כמותו בח"ל ולא נהיג בשל נכרי דלענין ח"ל סמכינן דגם בא"י מותר. רק בא"י שפיר נוהג דקי"ל אין קנין

כנ"ל וכתבו תוס' שפיר בתרומה ומעשר משום שמשועבדים כנ"ל. ובין לטעם הזה ובין לטעם הנ"ל שפיר נסתפקו אח"כ גם על ערלה וכלאים וחדש דניהו דבא"י אין קנין ונוהג בשל נכרי אבל בח"ל דיש קנין כו'. וגם בא"י אם יש קנין לא היה נוהג בשל נכרי דהיה לו דין ח"ל וממילא בח"ל אינו נוהג בשל נכרי. ואף דערלה הלכה מ"מ י"ל דההלכה אינו אלא ששוה ח"ל לארץ אבל בשל נכרי דגם בא"י לא היה נוהג י"ל דגם בח"ל אינו נוהג דלענין זה שנקרא גם בארץ דין ח"ל י"ל דע"ז לא היה ההלכה. או דכוונת התוס' למ"ד ערלה דרבנן וכן נראה מדכלל התוס' עם כלאים. וכיון דמדרבנן שייך כנ"ל וכל המקיל כו'. והכרייע התוס' דנראה דמ"מ נוהג מהירושלמי הנ"ל. ומהך דגבינות ושאר הראיות כנ"ל. וזה נראה טעם הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה דערלה אינו נוהג בשל נכרי דלטעמיה אזיל דפי' הכסף משנה דבריו בכמה מקומות דסבר דכשהוא ביד נכרי קי"ל יש קנין רק לענין זה אין קנין כשחזר הישראל ולקח ממנו שאין לו דין כיבוש יחיד כו' ע"ש וממילא כשהוא של נכרי אינו נוהג כמו בח"ל שאינו מה"ת רק מהלכה. ובפסקיו שחזר בו י"ל דמרבינן ליה מכל עץ כו' דמרבי מיניה נטיעת נכרי ממילא נוהג לגמרי בשל נכרים כנ"ל: והנה הראיות שהביאו תוס' הן רק על ערלה ולכאורה מנא להו כלאים דבשלמא למ"ד ערלה מנהג שפיר ממילא גם כלאים. אבל למה דקי"ל ערלה הלכה א"כ י"ל דגם בא"י אף אם יש קנין היה נוהג בשל נכרי מהלכה כמו שאר ח"ל וממילא גם בח"ל נוהג מהלכה. אבל כלאים דרבנן שפיר י"ל הלכה כדברי המקיל דיש קנין וגם בא"י לא היה נוהג למ"ד הנ"ל. וממילא בח"ל לא נהיג בשל נכרים. אך מהירושלמי מוכח גם אכלאים כנ"ל. אך על חדש עדיין יש להסתפק דבכלאים דחמיר מערלה כדאמר בש"ס ערלה בשתים כו' שפיר י"ל דגזרו חכמים כמו בערלה כיון דערלה אסור מהלכה וקיל מיניה. ובזה מדוקדק לשון הש"ס לקמן דף ל"ט דאמר כלאי הכרם דאסור בהנאה גזור ביה רבנן כלאי זרעים דמותר בהנאה כו'. ולמה לו להזכיר איסור הנאה בכלאי כרם הא די להזכיר שאסור דאף איסור אכילה ליכא בכלאי זרעים כמבואר במשנה דף ס"ח ע"ב ולמ"ש א"ש דעיקר הטעם שגזרו אטו ערלה משום דחמיר מיניה ושפיר רק משום דאסור בהנאה כערלה. וא"כ בחדש דרק אסור באכילה י"ל דאינו נוהג בשל נכרי מטעם הנ"ל. ולכך לא כללם תוס' ביחד ערלה וכלאים וחדש. דהראיות שהביאו על ערלה הם ג"כ על כלאים למ"ד ערלה דרבנן משא"כ על חדש. ואעפ"כ כתבו תוס' דנראה דחדש נוהג בזה"ז כו' היינו אף בזה"ז שהקרקעות משועבדים למלך וא"כ היה סברא דאינו נוהג כיון דחדש בח"ל דרבנן. וממילא אינו ראוי לנהוג בשל נכרים כיון דגם בא"י אינו נוהג אם יש קנין כנ"ל כמו בתרומה. מ"מ כתבו תוס' דנראה שנוהג ולכך יש ליזהר כו' והביאו אח"כ דבירושלמי

נמי משמע דנוהג בשל נכרים. אף דכבר הביאו ירושלמי הנ"ל ולמה הוצרכו להביא עוד הפעם היה להם לומר בירושלמי מוכח ג"כ כנ"ל פי' דבריהם דמקודם הביאו הירושלמי הפירכא על הת"ק דנקיט ערלה וכלאים למה לא תני חלה כו' ומוכח דערלה וכלאים נוהג בשל נכרים אבל חדש שלא הוזכר בת"ק אין ראיה. ולכך הוצרכו להביא עוד דברי הירושלמי דמשמע דקאי נמי אר"א כמ"ש הב"ח שאינו ראיה גמורה די"ל דר"א אמר אף חדש נוהג בשל ישראל ולא בשל נכרי. רק מדנקט אף החדש משמע דשוה לערלה וכלאים. וכיון דת"ק מיירי במה שנוהג אף בשל נכרים ממילא דגם ר"א עלה קאי דאף חדש כן. ואף דהא מר"א אין ראיה כלל כיון דר"א סבר חדש דאורייתא בח"ל ממילא שפיר נוהג בשל נכרים משא"כ לדידן דחדש בח"ל דרבנן כנ"ל. אך הא ע"כ ראיות תוס' כמו שפירשו התוי"ט והגאון בעל ברכת הזבח לדחות דברי הב"ח דראיות תוס' מדר"א פליג את"ק ואמר אף חדש ומנ"ל דת"ק לא ס"ל בחדש ג"כ דאסור וע"כ מדלא תני' ליה בהדי ערלה וכלאים ואי נימא דאין חדש נוהג בשל נכרים א"כ מנ"ל לר"א דת"ק פליג דלמא גם ת"ק סבר דחדש נוהג בח"ל רק דלא תני ליה משום שאינו נוהג בשל נכרים ע"ש. וממילא גם להנ"ל א"ש הוכחת תוס' דמנ"ל לר"א דת"ק פליג הא לת"ק דסבר חדש בח"ל דרבנן י"ל דסבר שנוהג כמו ערלה וכלאים ולא תני ליה משום שאינו נוהג בשל נכרים. אך באמת ז"א דאדרבה הוי שייך שפיר אף החדש כיון דת"ק נקיט ערלה וכלאים שמדרבנן וחדש לא תני ע"כ אי נימא משום דאינו נוהג בשל נכרים א"כ שפיר פליג ר"א אף החדש הוא כמו ערלה וכלאים שנוהג בח"ל אף בשל נכרים משום שהוא מה"ת וממילא נוהג בשל נכרים:

אך י"ל דהא תוס' כתבו שם במנחות דפלוגתא דתנאי אי חדש בח"ל דרבנן או מה"ת ותמוה מאוד כמ"ש הפ"י הא אין כאן פלוגתא אלא אם דאורייתא כר"א או מותר אף מדרבנן כת"ק דהא תני כלאים שמדרבנן ולא תני חדש ע"כ אף מדרבנן אינו נוהג:

וצ"ל בפשיטות דתוס' סוברים דהא הקשו לקמן דל"ט דילמא קאי אף אכלאים ותירצו דכיון דכלאים דרבנן לא שייך אף החדש כיון דחדש מה"ת לר"א ע"ש. וא"כ כיון דלר"א אינו מפורש דסבר מושבות כל מקום שאתם יושבים דהא איבעיא בש"ס אי לקולא פליג כו' וא"כ מ"ד חדש בח"ל דרבנן שפיר מתני' כפשטי' אף החדש ואינו מוחק למיתני' חדש. ופליגי מדרבנן דת"ק סבר רק ערלה וכלאים מדרבנן אבל חדש אף מדרבנן אינו נוהג דקיל דמותר בהנאה ולא גזור. ור"א פליג אף החדש אסור מדרבנן ככלאים. ובמושבות סבר ג"כ כת"ק ומתני' דערלה ר"ע היא דסבר כל מקום שאתם כו' ושפיר מתני' כפשטי'. ולא הוצרך להגי' רק לאביי דסבר חדש בח"ל מה"ת לר"א או להנך דאמר ואינך

כמאן סברוה כר"י שאמר משום ר"א אין ערלה בח"ל. ומשמע דרק הם סוברים כן דאינו נוהג כלל בח"ל אף מדרבנן. אבל ר"י סבר דר"א לא אמר רק שמן התורה אין ערלה בח"ל אבל מדרבנן שפיר נוהג. ולכך שלח ר"י כל האומר כו' וממילא תני כדתנן אף החדש דאסור מדרבנן כנ"ל. ושפיר סובר רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע במנחות דהלכה כר"א דחדש בח"ל דרבנן דפליגי ת"ק ור"א מדרבנן. ויכולין אמוראי לפסוק כיחידאי. דאל"ה רב פפא ורב הונא דלא כמאן. וא"כ שפיר הוכיחו התוס' דאי חדש בח"ל דרבנן ור"א אמר מדרבנן מוכח דנוהג בשל נכרים ג"כ כיון דתני ליה במתני' ולא תני חלה כירושלמי הנ"ל שאינו נוהג בשל נכרים וע"כ ר"א דפליג חדש את"ק ומנ"ל דילמא לא תני ליה משום שאינו נוהג בשל נכרים. וע"כ דלר"א נוהג בשל נכרים גם שהוא מדרבנן. וממילא לדידן דקי"ל כרב פפא ורב הונא ע"כ שנוהג בשל נכרים. ולא קשה קושית הב"ח על התוס' דהא מסיק תני חדש ולא אף. ופליג רק אערלה ולמ"ש א"ש דע"כ לרב פפא ורב הונא תני אף ומוכח כנ"ל. ולכך דייקי תוס' ר"א אף כו' ע"ש:

אמנם רבינו ברוך סבר דאין ראית התוס' מוכרחת ותוס' ג"כ לא כתבו רק דמשמע כו' משום דהא אי לא נימא כנ"ל רב פפא ורב הונא סברי דר"א מדרבנן רק כדאמר אביי ולא מצינו בש"ס דנימא ר"א אמר מדרבנן. והפי' הפשוט דרב פפא ורב הונא סוברים אליבא דת"ק דרק מדאורייתא קאמר דאינו נוהג ובזה פליג עם ר"א כדאמר אביי. אבל מדרבנן נוהג. וא"כ אדרבה קשה למה לא תני ת"ק גם חדש כיון דתני כלאים דרבנן. וא"כ אדרבה נימא כתי' הירושלמי ע"כ משום דחדש בח"ל רק מדרבנן אינו נוהג בשל נכרים ולכך לא תני' ליה כמו חלה. ור"א פליג אף חדש כמו ערלה וכלאים שנוהג אף בשל נכרים משום דחדש דאורייתא בח"ל שפיר נוהג. וא"כ אדרבה אי קי"ל כרב פפא ורב הונא ע"כ דאינו נוהג בשל נכרים כנ"ל. דאל"ה הם דלא כמתני' דערלה ודלא כמתני' דידן. ומוכח דלדידהו אינו נוהג בשל נכרים ולכך לא תני. עוד י"ל דכיון דבח"ל דרבנן לא גזרו רק במקומות הסמוכים כבבל כו' וכמו במעשר שכתבו התוס' תירוץ ראשון ומיושב ג"כ דרב פפא ורב הונא סברי חדש בח"ל דרבנן היינו במקומות הסמוכים כמעשר. אבל שאר מקומות מותר מדרבנן ג"כ. וא"ש ג"כ דלא תני ליה ת"ק חדש אף דתני כלאים כו' משום שאינו נוהג במקומות הרחוקים כמו דלא תני מעשר לתי' התוס' הנ"ל. ור"א פליג דחדש מה"ת ונוהג כנ"ל. ומיושב שפיר לשון רבינו ברוך ז"ל שכתב ואפילו אם גדלה ברשות ישראל עתה בח"ל שאינם סמוכין כו' נראה להתיר דומיא דמעשר כו' ע"ש היינו לא מיבעי' בשל נכרי במקומות רחוקים ודאי מותר ממ"נ כיון שפוסק כרב פפא ורב הונא דהוא מדרבנן ע"כ ליישב המשנה בא' מב' תירוצים הנ"ל או שאינו נוהג בשל נכרים או שאינו נוהג

במקומות הרחוקים. וא"כ בשל נכרי רחוק ודאי מותר כנ"ל. רק אפי' בשל ישראל כתב ג"כ דנראה להתיר דתופס עיקר תי' הנ"ל דלא תני במשנה חדש משום שאינו נוהג בכל ח"ל כמו מעשר כתי' תוס' הראשון. וממילא מותר גם בשל ישראל במקומות רחוקים מא"י כנ"ל:

והרא"ש ז"ל דחה דבריו. היינו למ"ש מקודם דהלכה כר"א כסתם משנה ור' ישמעאל ור"ע כו'. ומ"ש הט"ז דטעות סופר ר"י דהא ת"ק דפליג היינו ר"י ע"ש תמוה דכוונת הרא"ש פשוטה על אידך תנא דבי ר"י דאמר אביי מוצא מאידך כו' דסבר ביאה לחוד לאחר ירושה וישיבה וממילא מושבות ע"כ אתי לכל מקום שאתם יושבים. ואח"כ כתב ודבר תימה הוא למה לא לנהוג בשל נכרים דמ"ד יש קנין כו' להפקיע מיד מעשר דריש ליה מקרא דגנך ולא דגן נכרי ואי לאו קרא תבואות נכרי בעי עשורי. ובחדש כתב ולחם וקלי כו' ואפילו בח"ל דכתיב מושבותיכם מהיכי תיתי דלא ינהוג בשל נכרי והלא ערלה דאינו נוהג אלא בארץ ואפ"ה נוהגת בנטיעת נכרי כדתנן הנוטע בר"ה והנכרי שנטע כו' וגרסינן עלה בירושלמי כי תבואו ונטעתם פרט לשנטעו נכרי עד שלא באו לארץ יכול שאני מוציא אף מה שנטעו משבאו לארץ ת"ל כל עץ כו' וכ"ש חדש שנוהג מה"ת אף בח"ל שנוהג אף בשל נכרי כו' עכ"ל. ולשונו תמוה כמ"ש הב"ח דמה לו לתלות בערלה אי ק"ו כפשוטו הא חדש קיל מערלה. ואי כוונתו מהיכי תיתי מה הביא מערלה הא אדרבה הא בערלה צריך קרא כל עץ לרבוי וא"כ בחדש דליכא קרא מנ"ל. ואם כוונתו דרק בערלה צריך קרא משום דכתיב ונטעתם ולכך הוי ס"ד למעוטי אחר שבאו כמו קודם עכ"פ ראיה אין כאן ע"ש בב"ח בתשובות גאונים. והפי' הפשוט נראה דמייתי הראיה מלשון הירושלמי דאמר יכול שאני מוציא כו' ת"ל כל עץ דמשמע מאי דס"ד למעוטי של נכרי הוא רק משום דכתיב ונטעתם להוציא נטעו קודם. אבל בלא"ה לא היה שום ה"א להוציא של נכרי מוכח דחדש דליכא מיעוט ממילא נוהג בשל נכרים. אמנם הק"ו שכתב נראה כמ"ש לעיל דהרא"ש ז"ל סבר דלא כמ"ש לעיל רק דהא יש קנין לנכרי הוא רק לענין מעשר דכתב דגנך וכן כל הני דכתב מיעוט אבל שיפקע ממנו קדושת א"י לכל דבר לא אמרינן. ולכך הביא ראיה דהא איצטריך דגנך דיש קנין ואל"ה בעי עשורי ע"כ דלא פקע דאל"ה בלא קרא כיון דיש קנין ה"ל כח"ל וחובת קרקע אינו נוהג בח"ל. וזה לא ס"ל להרא"ש דנימא דגנך אתי דנאמר יש קנין. רק משום המיעוט גופיה והיינו רק למעשר. אבל לשאר דברים התלוים בארץ ערלה וחדש כלאים שפיר גם בשל נכרי נוהג כיון דליכא מיעוט אף אי יש קנין כנ"ל ולכך כתב שפיר למה לא לנהוג כו' הא מ"ד יש קנין כו' רק משום דכתב דגנך אבל אל"ה היה חייב. ממילא בחדש

ליכא מיעוט נוהג בשל נכרי בא"י אף למ"ד יש קנין וכ"ש למאי דקי"ל דחדש נוהג גם בח"ל מכל מושבותיכם מה"ת למה לא יהיה נוהג בשל נכרי הא אף אי נימא דהופקע קדושתה אי יש קנין כמ"ש מ"מ הוי כח"ל דנוהג מה"ת. וע"ז כתב הק"ו מערלה כו' היינו דאין לומר דגרע של נכרי שפקע קדושתה מח"ל גמור וכתב והלא ערלה דאינו נוהג אלא בארץ ואעפ"כ נוהג בשל נכרי דמרבינן מכל עץ. וזה אף למ"ד יש קנין כו'. והא אי נימא דפקע משל נכרי קדושת א"י והוי דין ח"ל א"כ ממ"נ או דלא יהיה נוהג בשל נכרי כמו ח"ל או דכיון דמרבינן של נכרי ממילא מיתרבי ח"ל ג"כ כיון דיש קנין. ואעפ"כ אמרינן דאף שאינו נוהג בח"ל מ"מ בשל נכרי נוהג וע"כ דעדיף מח"ל גמור ואמרינן הריבוי דכל עץ על של נכרי יותר מח"ל גמור ומכ"ש חדש דנוהג בח"ל גמור מכ"ש שנוהג בשל נכרי ג"כ בא"י אף דפקע קדושתו מ"מ לא גרע מח"ל כנ"ל. וממילא כיון שנוהג בא"י גם בשל נכרי ממילא גם בח"ל נוהג כנ"ל. דבשלמא אם היה סברא שאינו נוהג בא"י אם יש קנין כו' בשל נכרי היה אפשר לומר דגם בח"ל כן דבכל מושבות היינו ששוה לא"י. אבל כיון דנוהג בח"ל נוהג ממילא בשל נכרי בארץ ישראל ממילא גם בחוץ לארץ נוהג בשל נכרי כנ"ל. ושפיר מדוקדק לשונו ולא שייך כלל מ"ש הב"ח דחדש קיל לדחות הק"ו כנ"ל:

וזה לשיטתו שפוסק כר"א דחדש בח"ל מה"ת אבל בתוספות ורבינו ברוך דס"ל דרבנן שפיר סבר הר"ב דאינו נוהג בשל נכרים ולא שייך הנ"ל. ומיושב הגהות רש"ל ג"כ לשון ר' אביגדור דחדש בח"ל אינו נוהג בשל נכרים והיינו כנ"ל דבח"ל דרבנן וממילא אי יש קנין גם בא"י לא היה נוהג בשל נכרים דהוי כדין ח"ל וממילא אף דגם אין קנין כו' היינו בא"י ולכך אסור שם אף של נכרי מה"ת אבל בח"ל קי"ל המיקל בארץ הלכה כמותו בח"ל ושפיר פסקינן כמ"ד יש קנין כו' לענין זה שבח"ל אינו נוהג בשל נכרי דלמ"ד יש קנין גם בא"י אינו נוהג מה"ת בשל נכרים וממילא אינו נוהג בח"ל בשל נכרים אף מדרבנן כנ"ל ושפיר קי"ל כהמיקל שאינו נוהג בח"ל בשל נכרים. או כמ"ש לעיל דמוכח דלא גזרו בש"נ למ"ד חדש בח"ל דרבנן. אבל בשל ישראל שפיר נוהג מדרבנן. וכן מה שהשיב ריב"א ג"כ כנ"ל. וכתב עלה דשמא משמע להו דהלכה כת"ק דר"א ולא קשה כלל קושיות תוי"ט דא"כ גם בשל ישראל יהיה מותר ז"א דהא פוסקים כרב פפא ורב הונא דמדרבנן אסור והיינו כת"ק דר"א ומ"מ מדרבנן אסור רק דוקא בשל ישראל כו' אבל לא בשל נכרים דמוכח לדידהו מהמשנה למה לא תני חדש כמו כלאים וע"כ משום שאינו נוהג בשל נכרים כמו חלה לירושלמי הנ"ל ומיושב הכל בעזה"י:

ולמ"ש דמבואר דרש"י לא ס"ל להרא"ש ז"ל דרק מדגנך אימעוט של נכרי כו' רק דדגנך אתי לאשמעינן דיש קנין כו' וממילא פטור כו'. ומיושב בזה מה שתמהו תוס' על רש"י

חולין קל"ה ע"ב ד"ה ואבע"א למאי שפירש"י דדגנך לא ממעט לרבנן שותפות נכרי דדגן כמאן דפליגי דמי. משא"כ צאנך ממעט שותפות נכרי דבכל א' יש לו חלק. והקשו תוס' דא"כ למה לי צאנך כלל הא של נכרי נילף מדגנך דגז פטור וממילא פטור גם שותפות ע"ש. ולמ"ש מיושב דרש"י דקדק שם דדגנך אתי לאשמעינן דיש קנין כו' ע"ש. וא"כ ע"כ הפי' כמו שכתבתי דאי לא הוי כתיב דגנך ה"א דאין קנין כו' ולכך צריך דגנך למעט של נכרי ושמעינן מינה דיש קנין כו'. ושוב ממילא כיון דיש קנין שוב הפטור מטעם דפקע קדושתה ולא הוי א"י ופטור כמו ח"ל כנ"ל. וא"כ א"א למילף כלל גז שיהיה פטור של נכרי דהא זה חובת הגוף ומה בכך שיש לו קנין מ"מ היה חייב דמה"ת לפטור של נכרי וצריך צאנך למעט של נכרי וממילא גם בשותפות פטור כסברת רש"י הנ"ל. אבל מצד ילפותא דדגנך לא הוי אפשר כלל למילף לרבנן ג"ז ממעשר. דבשלמא אם היה המיעוט דגנך ולא של נכרי מצד גזירת הכתוב כדברי הרא"ש הוי שייך למילף דגם מראשית הגז פטור. אבל כיון דהפטור רק מצד דגלי קרא דיש קנין ושוב ממילא פטור שאינו א"י שוב זה רק בתרומה ומעשר. וכמו לרבנן דנוהג גם בח"ל ולא ילפינן מתרומה כן ממילא בשל נכרי דאין טעם לפטור ושפיר צריך צאנך כנ"ל. משא"כ לר' אילעי דפוטר שותפות נכרי בתרומה וא"כ הפטור חלקו של ישראל הוא מצד גזירת הכתוב דמאי בכך שיש קנין כו' מ"מ חלקו של ישראל חייב רק גזירת הכתוב כשיש צד של נכרי לפטור ממילא יליף שפיר ג"ז ג"כ מתרומה לר' אילעי ומיותר צאנך וע"כ אתי לשותפות ישראל ע"ש וא"ש:

גם מיושב בזה מה שתמהו תוספות ריש בכורות א' ד"ה והמשתתף כו' דשם בחולין אמר בקרך וצאנך כו' למעוטי שותפות נכרי והכא ממעט ליה מבישראל וכתבו ואין לפרש משום דגלי קרא בישראל שמעינן מבקרך למעט שותפות נכרי כו' דהא בכולהו דממעט שותפות נכרי תרומה מדכתב דגנך פיאה דכתב שדך מעשר דכתב דגנך בכולהו ממעט אע"ג דלא כתב בישראל כו' ע"ש. ולמ"ש מיושב דבכל הני שהן חובת קרקע כיון דגלי דיש קנין כו' שוב ממילא בכולהו פטר דפקע קדושת הארץ ולא צריך שוב קרא למעט של נכרי וע"כ ממעט שותפות נכרי. משא"כ בכור צריך שפיר קרא למעט של נכרי וקרא למעט שותפות דמה בכך דיש לו קנין ושפיר משום דכתב בישראל למעט של נכרי שוב ממעט מבקרך שותפות כנ"ל. ובזה מיושב מה דתמוה לי דאמר בש"ס בכורות נ"ג דסבר ר"ע דמעשר בהמה יכול יעלה אדם מח"ל ויקריבנו תלמוד לומר והבאתם שמה כו' ומעשרותיכם בשתי מעשרות כו' ממקום שאתה מעלה מעשר דגן אתה מעלה מעשר בהמה כו' ופירש"י מעשר דגן אינו נוהג אלא בארץ דאמרינן פ"ק דקידושין כל מצוה שהיא חובת קרקע כו' וילפינן לה מקראי כו' ע"ש ותמוה הא בכלאים אמר לקמן ל"ט

דשדך כו' בהמתך כו' מקיש הרכבת אילן לכלאי בהמה כו' מה בהמה נוהג בח"ל אף הרכבת אילן נוהג גם בח"ל כו' ע"ש. וחזינן דמקיש להיפך לחייב איסור הרכבת אילן אף שחובת קרקע שיהיה נוהג גם בח"ל משום ההיקש ולא מקשינן לפטור כלאי בהמה בח"ל וע"כ כיון דאיכא לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן. ולמה לא נימא לר"ע גם במעשר ההיקש לחומרא כמו דמעשר בהמה אף בח"ל שאינו חובת קרקע כן מעשר דגן נוהג גם בח"ל. וכן בבכור דסבר ר"ע (תמורה כ"א) ג"כ שאינו בא מח"ל מהיקש הנ"ל קשה ג"כ כנ"ל. ולמ"ש א"ש דאי נימא דמעשר נוהג בח"ל א"כ ע"כ דגנך למעט של נכרי לא מטעם יש קנין דפקע קדושתיה דהא נוהג בח"ל וע"כ גזירת הכתוב לפטור שוב למה ליה בבכור בקרך וצאנך למעט של נכרי הא איתקוש למעשר ושפיר ילפינן כיון דפטור של נכרי מצד גזירת הכתוב ואף שותפות פטור כסברת רש"י חולין הנ"ל וקושיות התוספות בגז. ולכך ע"כ ההיקש להיפך למעשר ובכור שאינו בא מח"ל ושפיר דגנך ממעט של נכרי מצד יש קנין ופקע שאין לו דין של א"י ובח"ל אינו נוהג ושפיר לא הוי ילפינן בכור לפטור של נכרי בארץ ישראל ושפיר איצטריך בקרך וצאנך כנ"ל:

ומיושב דברי תוס' שכתבו בתמורה סבר רבי עקיבא גם לענין בכור כן ההיקש כו'. ואינו מובן למה כתבו תוספות כאן זה ולהנ"ל א"ש כדי שלא יקשה למה מקיש לקולא ולא לחומרא כו' ותירצו בזה דגם בבכור סבר ההיקש וממילא מוכח דמקשינן לקולא כנ"ל:

אך בפשיטות י"ל שם דהתוס' תירצו הנ"ל דכיון דמקיש ב' מעשרות מדכתיב מעשרותיכם וגם בכור מדסמיך ליה בכורות בקרך כו' א"כ שוב א"א להקיש לחומרא לנהוג גם מעשר דגן בח"ל דא"כ די בהיקש א' לבכור כו' והוי מקשינן לחומרא לחייב מעשר דגן ג"כ ולמה ליה מעשרותיכם או להיפך דדי בקרא דמעשרותיכם ולמה סמכינן לבכור כו' וע"כ דלקולא מקשינן לפטור שאינו נוהג בח"ל ושפיר צריך שניהם לפטור מעשר בהמה ובכור כנ"ל. ואין ראיה למ"ש כנ"ל:

עוד מיושב במה שכתבתי תמיהת תוספות מנחות דף ס"ו דתרי דגנך כו' מיעוט אחר מיעוט לרבות ומרבינן דיגון נכרי לחייב. והקשו למ"ד ולא דגן נכרי דיש קנין כו' נימא ג"כ אין מיעוט אחר מעוט אלא לרבות. ע"ש שכתבו דאין סברא לומר לכל מילי מיעוט אחר מיעוט ע"ש דאינו מובן מה חילוק בין אי ממעט דיגון נכרי לענין דדריש אין מיעוט כו'. או אי דגן נכרי. ולמה בזה סברא יותר. ולמ"ש א"ש. דא"א כלל לומר אי דריש ולא דגן נכרי ע"כ דיש קנין כיון דמשכחת דגן נכרי שוב א"א לומר דהמיעוט אחר מיעוט לרבות דגן נכרי הא כיון דיש קנין ממילא פטור דהוי ח"ל ולא אימעט כלל מדגנך ולא שייך כלל מיעוט אחר מיעוט לרבות. כיון דקרא אתי לאשמעינן דיש קנין למה תרי קראי. משא"כ

אי דריש ולא דיגון נכרי על מירוח שהמיעוט מקרא שפיר י"ל אין מיעוט כו' לרבות דיגון נכרי כנ"ל:

הנה לשיטת הרא"ש דגם למ"ד יש קנין אימעוט רק מגופיה דקרא דדגנך אבל בלא"ה היה חייב. תמוה לי א"כ מה זה דמשני גיטין ד' מ"ז מכמה משניות למ"ד אין קנין דהא דיש קנין איירי בסוריא דכיבוש יחיד כו' ורק מדרבנן ולכך פטור של נכרי ע"ש ולהרא"ש ז"ל אין שום טעם לזה כיון דמ"ד אין קנין לא דריש כלל דגנך ולא דגן נכרי דהא אין קנין. וא"כ כיון דקרא לא ממעט של נכרי שוב גם אי ה"א יש קנין כו' ג"כ היה של נכרי חייב. וא"כ גם בסוריא למה יהיה פטור בשל נכרי ניהו דבסוריא יש קנין לנכרי מ"מ מאי בכך דיש קנין בסוריא לנכרי כיון שאין לנו קרא למעט של נכרי ממילא אין חילוק בין שלו לשל ישראל. ואף שהוא דרבנן מ"מ היה להם לחלק. דבשלמא להרמב"ם ז"ל וכמ"ש דאי יש קנין הופקע גם בא"י והיה פטור רק משום דאין קנין ושוב בסוריא דיש קנין לא שייך לחייב כיון דגם בא"י היה פטור גם בלא קרא ממילא אף דאין קנין בא"י ולא דרשינן ולא דגן נכרי הוא רק משום דלא משכחת בא"י דגן נכרי דאין קנין אבל אם הוי משכחת ליה פטור וממילא בסוריא שהוא דגן נכרי שפיר פטור כנ"ל משא"כ להרא"ש ז"ל כיון דאין קנין ולא דריש קרא למעט שוב חייב אף אם היה דגן נכרי ולמה יהיה פטור בסוריא כנ"ל:

וצ"ל להרא"ש ז"ל דמקרא דדגנך באמת כולל שתיהן גידול התבואה וגם המירוח. ולכך למ"ד יש קנין לא מוקי קרא רק לגידול התבואה דסברא יותר ממירוח למעט. אבל למ"ד אין קנין ניהו דמדגנך ממעט גידול התבואה בשל נכרי ג"כ מ"מ לא אפשר לאוקמי קרא לזה דהא לא משכחת לה וע"כ דממעט מירוח נכרי. אבל אם היה משכחת של נכרי הוי ג"כ ממעט שפיר מדגנך אף דאתי למעט מירוח ג"כ מ"מ גם גידולי אימעט דלא מיקרי דגנך ולכך ממילא בסוריא דיש קנין פטור גם מדרבנן כיון דמיעטה תורה מדגנך כנ"ל. אבל אי לא הוי כתיב כלל דגנך שפיר לא הוי ממעטינן כלל של נכרי כנ"ל. ומיושב ג"כ קושיות תוס' מנחות דף ס"ז ע"ב ד"ה כדי שכתבו דקודם גזירה דבעלי כיסין מה סברא היה לחלק בין של נכרי מתחלה או של ישראל ומכרו לנכרי קודם מירוח ע"ש ולהנ"ל א"ש. ויש לדחות:

עוד י"ל מה שכתבו תוס' דנוהג בזמן הזה דהספק הוא למאי שפסק הרמב"ם פ"א מהלכות תרומה דתרומה בזמן הזה דרבנן אף בא"י דסבר קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא ובטלה קדושת הארץ. וכתבו תוספות יבמות פ"א ד"ה מאי דמ"ד כנ"ל בטל גם לענין כלאים שגם בא"י רק דרבנן וכל המצות התלויות בארץ ע"ש. וממילא

לת"ק דחדש בח"ל דרבנן עכשיו בזה"ז גם בא"י רק דרבנן ושוב י"ל דבח"ל מותר גם מדרבנן דלא שייך למגזר אטו ארץ כיון שגם בא"י דרבנן. וא"כ ניהו דהתוס' פוסקים כמ"ד קדשה לעתיד לבוא וקי"ל דבא"י נוהג מה"ת מ"מ כיון דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בח"ל שהוא ספק דרבנן א"כ יש לומר דבח"ל שפיר פסקינן כמ"ד לא קדשה לעתיד לבוא דלדידיה גם בא"י דרבנן ומותר בח"ל לגמרי. ושפיר לענין ח"ל סמכינן כנ"ל ולא נהוג חדש בזה"ז אך משמע להו להתוס' דנוהג דמוכח מרב פפא ורב הונא ורבינא דלא אכלי חדש דבזמן הזה מיירי וע"כ דסבר הש"ס דלא אמרינן לענין זה כנ"ל ועמ"ש לקמן בעזה"י די"ל דלא מיקרי זה מיקל בארץ דהא לכ"ע נוהג בארץ רק פלוגתייהו אם קיים קדושת הארץ או לא כנ"ל. עוד י"ל כמו דאמר לקמן ע"ב בחלב ודם הואיל בעניני דקרבנות כתיב בזמן דאיכא קרבן כו' וצריך קרא לבזמן הזה דליכא קרבן. וכן במצה איצטריך (פסחים כ"ח) ע"ב תרי קראי לבזמן הבית היכא דלא אכיל פסח דחייב במצה ועוד לבזה"ז דליכא פסח. וכן באותו ואת בנו אמר בש"ס חולין קל"ח ע"ב סד"א הואיל גבי קדשים כתיבי בזמן כו' צריך למיתני בפני הבית ושלא בפני הבית ממילא גם חדש דכתיב עד הביאכם את קרבן כו' ניהו דמרבי מעד עצם בזמן דליכא עומר היינו למאן דפליג להו שם במנחות דף ס"ח ע"ש ועיין במ"ש לקמן:

ר"א אומר אף החדש פירש"י מלאוכלו לפני העומר. נראה דפי' כן דהוי מצינן לפרש לקצור לפני העומר דתרווייהו תני במנחות במשנה. רק משום דקי"ל קוצרין בית השלחין ממקום שאי אתה מביא אתה קוצר. וא"כ כיון דעומר אינו בא מח"ל כמבואר במשנה מנחות פ"ג ע"ב. ממילא רשאי לקצור בח"ל קודם לעומר. אך הא התם אמר דמתני' דלא כרבי יוסי בר יהודה דסבר עומר בא מח"ל דסבר חדש בח"ל דאורייתא וכיון דדאורייתא הוא אקרובי נמי מקרבינן. וא"כ לר"א דחדש בח"ל מה"ת שפיר בא מח"ל וממילא גם הקצירה בא מח"ל. ולמה דייק רש"י לאכלו. ומשמע דסבר רש"י כהרמב"ם דאף שפוסק בהל' מאכלות אסורות פ"י כר"א דחדש בח"ל מה"ת מ"מ פסק בפ"ז מהל' תמידין כמשנה דהתם דאין עומר בא מח"ל ע"ש. ופי' זה כאן משום דחזינן דאיבעיא בש"ס אי ר"א לקולא פליג וע"כ דחיק לאפוקי מתני' מפשטי' כדי דלא לפלוג הך סתמא אסתמא דמס' ערלה דחדש אסור מה"ת בכל מקום. ואי כנ"ל ע"כ איכא סתמא פליג הך דאין עומר בא מח"ל. ולכך צ"ל דסבר דלא תליא בהא דאף אי מה"ת מ"מ י"ל דאינו בא מח"ל. וא"כ י"ל דבאמת כן ותליא הא בהא דלס"ד דנימא לקולא פליג כדי דלא לפלוגי סתמא דמתני' אהדדי היינו אומרים באמת דלא תליא בזה דאף דנוהג בח"ל מן התורה מ"מ אין עומר בא כדי שלא יחלוק גם סתמא דמנחות אהך סתמא אבל למאי דמסיק אביי דלחומרא

פליג ושוב ע"כ סתמא דידן פליג אסתם דערלה וסבר דחדש אינו בח"ל ממילא שוב גם סתמא דמנחות אמרינן דסבר כדידן דאינו נוהג בח"ל ולכך אין עומר בא מח"ל ושפיר תליא ליה הגמרא שם דמתני' דלא כרבי יוסי בר יהודה דסבר מה"ת ועומר בא מח"ל. והיינו למאי דמסיק אביי כאן אמרינן מסברא כפשוטיה דתליא הא בהא אי בח"ל מה"ת מקריבין. ובאמת גם הקצירה בכלל. וי"ל דגם רש"י סבר להמסקנא דלא כהרמב"ם רק שפי' שאפשר לפרש כן. ויש נ"מ בזה לדידן דגם הך סתמא דמנחות דחדש בח"ל דרבנן ובפשיטות דלשון חדש משמע האיסור אכילה. דעל הקצירה לא היה להזכיר חדש רק לקצור לפני העומר. ועוד דקאמר דומיא דערלה וכלאים דקאי על איסור הפירות:

ועוד לירושלמי דלא תני מה שאינו בשל נכרים. ולענין קצירה אמר בהדיא בש"ס ר"ה דף י"ג ע"ב אי דעייל ביד נכרי קצירכם אמר רחמנא ולא קציר נכרי א"כ אין עומר בא משל נכרי. ומותר לקצור של נכרי קודם לעומר. ולא תני לה כיון דאינו נוהג בשל נכרים. וע"כ דאאיסור אכילה קאי ועוד משמע דגם בזה"ז קאי:

גמ' מאי תלוי' כו' אילימא דכתב בה ביאה כו' ותמוה כמ"ש התוס' האיך אפשר לפרש כן הא כלאים לא כתב ביה ביאה ע"ש. ולענ"ד יש לומר בפשיטות דכבר כתבינן לעיל דלכאורה אינו מדוקדק לשון המשנה דהך חוץ הוי ליה למיתני' ברישא אכל שהיא תלוי' ותני ליה בסיפא אכל שאינה תלוי'. וע"כ הפי' הפשוט כמ"ש דמקודם תני הכלל חוץ ערלה וכלאים אינם בכלל הזה ע"ש לעיל כ"ב. וא"כ אדרבה עכשיו לס"ד דנימא תלוי' היינו מאי דכתב ביה ביאה. מדוקדק יותר במשנה דתני מקודם הכלל דכל תלויה דכתב ביאה אינה נוהגת אלא בא"י ושאינה תלויה כו' חוץ ערלה וכלאים שאינם בכלל הזה היינו ערלה אף דכתב ביאה מ"מ נוהג אף בח"ל מהלכה כו' וכלאים אף שאינה תלוי' כו' דלא כתב ביה ביאה מ"מ אינו נוהג אלא בארץ משום דכ' שדך למעט שבח"ל כדאמר לקמן דף ל"ט. ושפיר קאי החוץ אתרוויהו אתלוי' ואינה תלוי' על כל הכלל שמקודם ולא קשה כנ"ל. אך תוס' לטעמייהו שהקשו אהא דפריך והרי תפילין כו' דלמא מדרבנן. ותירצו דמ"מ הוי ליה למיתני' במשנה דתני אף דרבנן דתני ערלה כו' ובאמת מערלה אין ראיה דקי"ל הלכה למשה מסיני וזה מה"ת וכוונתם על כלאים דהוא דרבנן כנ"ל. וא"כ אם נפרש כנ"ל יקשה מאי דחי הש"ס הרי תפילין קשה דלמא מדרבנן. ולא קשה דליתני כו' די"ל דלא תני רק מה שהוא מה"ת כיון דהפי' חוץ כנ"ל שפיר חוץ ערלה אף דתלויה אסור מהלכה וכלאים אף דאינה תלויה מותר ומוכח דלא מפרש הש"ס כנ"ל והקשו שפיר:

ונתיישב לי בזה דקדוק קשה בתוס' שהקשו מקודם אהא דהרי תפילין קושייתם דלמא מדרבנן ותירצו כו' ואח"כ הקשו איך ס"ד לפרש תלויה דכתב ביה ביאה והוא כלאים כו' ע"ש והא קושיא זו הוי להם להקשות מקודם אמה דאמר בש"ס תלויה דכתיב ביה ביאה כו' והקושיא הרי תפלין אח"כ כדאי' בש"ס ולמ"ש מיושב דרק קושייתם מחמת שהקדימו הקושיא ותירוצם אתפילין. וממילא למ"ש לקמן תי' אחר אהא דתפילין י"ל שפיר כנ"ל:

והפי' הפשוט נראה לענ"ד דהא הפי' תלויה דכתיב ביאה היינו דמסברא כיון שכתוב ביה כי תבואו כו' שלא ינהוג מקודם אלא כשיבואו לארץ מסברא שתלאו הכתוב בארץ ולכך גם אחר שבאו אינה נוהגת אלא בארץ חוץ מערלה דאף שג"כ תלויה בארץ עדיין מ"מ נוהג מדרבנן או מהלכה. וא"כ כלאים דכתב שדך למעט זרעים שבח"ל א"כ מיקרי יותר תלויה בארץ מערלה דהא בפירוש תלאו הכתוב בארץ שמיעט ח"ל ותלויה בארץ יותר מהנך דכתב בהו ביאה ומ"מ נוהג מדרבנן אף דמה"ת תלויה בארץ והפי' תלויה דכתיב ביה ביאה היינו דגם מה דכתיב ביאה מיקרי ג"כ תלוי בארץ דאנו מפרשין ג"כ שתלויה דוקא בארץ אף שאפשר לפרש זמן ביאה מ"מ מיקרי תלויה אבל מה דמפרש בהדיא למעט ח"ל ודאי מיקרי תלויה בארץ כנ"ל:

והרי תפילין ופטר חמור כו' הקשו תוס' דלמא אמוראי דמנחי מדרבנן ותרצו דהל"ל דהא תני ערלה וכלאים כו' ולכאורה הא קי"ל ערלה הלכה וכלאים י"ל בהרכבת אילן ומיירי רק מה"ת. אך למ"ש לעיל א"ש דהא עכשיו דקיימינן תלויה היינו דכתיב ביה ביאה. וקשה כלאים לא כתיב ביאה וע"כ כמ"ש דהא כתיב שדך דוקא בארץ והוי תלויה וא"כ ע"כ הפי' רק מדרבנן במשנה וקאי אכלאי כרם דהרכבת אילן שמה"ת א"כ אינו תלויה כלל דהא לא כתב ביה ביאה ולא תלאו הכתוב בארץ כיון דשדך לא קאי עלה ושפיר פריך דליתני גם תפילין. וי"ל בזה דמירושלמי משמע דמפרש המשנה כס"ד הנ"ל דתלויה הוא דכתיב ביה ביאה ע"ש ומתפילין לא קשה דמפורש ביה ואבדתם כו' ושמתם כו' ולכך ע"כ תני כלאים דרבנן ופריך מחלה והוצרך לומר שאינו נוהג בשל נכרים. משא"כ למסקנא דתלויה הוי חובת הקרקע י"ל שפיר דתני רק מה שהוא מה"ת וכנ"ל ולא קשה מחלה:

אך באמת י"ל להיפך דגם גמרא דידן סבר כהירושלמי דתפילין מוכח מושמתם דנוהג ופריך הא תפילין דכתיב ביאה ואעפ"כ נוהג מה"ת מקרא דושמתם כו' והוי ליה למיתני תפילין ג"כ כנ"ל. והתוס' לא רצו לפרש כן דא"כ למה יליף בש"ס חובת הגוף דנוהג

בח"ל מקרא דע"ז הוי ליה למילף מתפילין ותלמוד תורה דהוקשה כל התורה לתפילין כדיליף הירושלמי ומוכח דגמ' לא סבירא ליה הך לימוד דושמתם כנ"ל:

ובפשטות נראה לענ"ד דפריך מתפילין דהא בב' פרשיות כתיב ביאה ובשמע והיה אם שמוע לא כתיב ביאה א"כ לכאורה אותן הב' יהיה נוהגין גם בח"ל וקדש והיה לא יהיה אלא בארץ. וא"כ ממ"נ לר' ישמעאל דיליף פרק התכלת דד' פרשיות מעכבין זה את זה דכולן הוי אחד אי נימא דזה דוקא עכשיו דידעינן דחובת הגוף נוהג גם בח"ל אמרינן שפיר דכולן הוי א' אבל אי הוי אמרינן דהנך דכתיב ביאה אינו נוהג אלא בארץ לא הוי אמרינן כלל שיהיה מעכבין אותן הב' לב' דלא כתיב בהו ביאה א"כ קשה האיך מנחי אמוראי דבבל תפילין בד' פרשיות וא"א לומר שאותן הב' באמת מדרבנן זה אי אפשר לומר דא"כ פסול שבית החיצון אינו רואה את האויר מלבד בל תוסיף כדאמר בסנהדרין פ' בן סורר ומורה בתפילין מוסיף גורע ה' פרשיות פסול לגמרי דבעינן שיהיה בית החיצון רואה את האויר כנ"ל. ואי נימא להיפוך כיון דיליף דמעכבין זה את זה הוי אחד או לר"ע דילפינן מטטפת טט ב' כו' שיהיה ד' וזה כתב גם בב' פרשיות הנ"ל ג"כ. וא"כ שוב כיון דבהנך ב' כתיב ביאה נימא דשוב דגם הב' דלא כתיב ביאה פטור כיון דא"א להניח כל הד' א"כ ליתני במתני' תפילין דאף הב' שאין תלוין מ"מ א"נ אלא בארץ. ואי נימא להיפוך כיון דהנך ב' לא כתיב ביאה ונוהג בח"ל ממילא חייב בכולן דהא כתיב בהו טטפת דכל הד' פרשיות מעכבין. א"כ שוב ליתני תפילין דאף דכ' בהנך ב' ביאה מ"מ נוהגין בח"ל כנ"ל:

ועיקר הפי' נראה דפריך איך אפשר דזה כלל דכל דכתיב ביה ביאה אינו נוהג אלא בארץ ושאינו כתיב נוהג גם בחוץ לארץ אם כן סתרו אהדדי בתפילין דהא בב' פרשיות כתיב ביאה ובב' לא כתיב ביאה. ומכל מקום ילפינן דד' פרשיות מעכבין זה את זה א"כ ע"כ לאו כללא הוא כנ"ל. ומיושב לשון רש"י בפטר רחם שכתב בפטר חמור תליא רחמנא ומחקו הגירסא ע"ש. ולמ"ש הוא בפשיטות דג"כ הקושיא כנ"ל. הא כתב מקודם קדש לי כל בכור פטר כל רחם כו' ולא כתיב ביאה מוכח דנוהג גם בח"ל. ואח"כ כתב והיה כי יבאך וכתב עוד הפעם פטר חמור ומוכח דאינו נוהג אלא בארץ וסתרי אהדדי ומוכח דלאו כללא הוא כנ"ל. והא ר"י סבר בבכורות ד' דקדשי בכורות במדבר מהך קרא ע"ש אך תוס' לא פירשו כן דא"כ למה לא פריך מבכור דכתב ג"כ בפ' קדש ואח"כ כתיב ביה ביאה. אך גם לתוס' קשה כנ"ל. ומפדיון הבן. ומצה. ובל יראה. ואף דכתיב לא ימצא בפרשת החודש. הא נימא החילוק בין בתים נהוג מקודם ובגבולין דכתיב ביה ביאה לא ינהוג בח"ל כדבעי למימר בס"ד ריש פסחים ד"ב. אך לתוס' כיון דמקובל הגזירה

שוה דשאור שאור ילפינן ג"כ שנוהג בח"ל. משא"כ אי נפרש משום דסתרי אהדדי הוי ליה למפרך מבל יראה ג"כ דהא איכא ג"ש וע"כ דאף דכתיב ביאה מ"מ נוהג בגבולך גם בח"ל. ולכך הפי' ע"כ כנ"ל:

גמ' אמר ר"י הכי קאמר כל שהוא חובת הגוף כו' נראה מפירש"י ותוס' דשוב לא מחלקינן כלל בין דכתיב ביה ביאה או לא רק הפי' במשנה תלויה בארץ היינו חובת קרקע כנ"ל. ונראה מהפוסקים שפי' זה מוסכם דילפינן לה מאלה המצות כו' בארץ כו' כדאמר בש"ס שכל שהוא חובת קרקע אינו נוהג אלא בארץ ותמוה לי שהרמב"ם ז"ל בכל הנך דחשיב רש"י לקט שכחה פיאה שביעית כלאים כו' כתב בכל חד קרא למעוטי ח"ל. פ"א מהלכות מתנות עניים ה' י"ד כל מתנות כו' אינו נוהג מן התורה אלא בא"י הרי הכתוב אומר ובקצרכם קציר ארצכם וכי תקצור קצירך כו' בשדך כו' וסוף פ"א מהלכות תרומה כתב בתרומה ומעשר מכי תבואו כו' ובביכורים פ"ב מאדמתך כו' ובזה י"ל כמ"ש תוס' ב"ב דף פ"א. ופ"ה מהלכות ביכורים כתב בחלה שאינו נוהג אלא בא"י בלבד שנאמר מלחם הארץ ובשביעית כתב פ"ד מהלכות שמיטה הלכה כ"ה אין שביעית נוהגת אלא בא"י בלבד שנאמר כי תבואו אל הארץ ע"ש. ונראה הכל כס"ד דש"ס הכא והא למאי דמסיק ר"י ממילא כל שהוא חובת קרקע אינו נוהג בחוץ לארץ. וא"צ לכל הני טעמי. ובפי' המשנה סוף ערלה כתב והחדש אסור בכל מקום כו' לאומרו השי"ת ולחם וקלי כו' ולא נתן זה תלוי בארץ אבל ערלה וכלאי הכרם אין אסורין מה"ת אלא בא"י לפי שהן תלויות בארץ אמר הש"י בערלה כי תבואו אל הארץ כו' בכלאי הכרם לא כו' כרמך כו' וזה הכינוי שב על מה שיש לאדם בא"י כו' וכתוב אחר שדך כו' ע"ש. ותמוה דכתב בערלה משום דכתיב ביאה גם כס"ד כאן וכן בכלאים משדך וכרמך כו' וכן חדש כתב לא נתן כו' אינו מובן דהיה לו לכתוב ממושבות כדאמר הש"ס הכא כ"מ כו'. וכן פ"י מהלכות מאכלות אסורות כתב ג"כ בערלה הטעם דכתיב ביאה:

ונראה דהא כפשוטו לתי' הש"ס אינו מדוקדק הלשון במשנה דתלויה בארץ סתם כוונתו ארץ קרקע ומה דתני אח"כ אינו נוהג אלא בארץ ג"כ סתם וכוונתו ארץ ישראל הוי ליה למימר בהדיא א"י או ברישא קרקע בשלמא לס"ד א"ש דתלויה היינו מה שתלאו בארץ דכתיב ביאה ופי' שניהם שוה א"י משא"כ למסקנא הנ"ל. גם קושית תוספות לקמן דל"ט דאמר שדך למעוטי ח"ל למה לי למ"ד חדש מותר ליכא ק"ו ממילא אינו נוהג אלא בארץ ככל חובת קרקע כנ"ל:

ולכך מפרש בש"ס דתלויה בארץ היינו כפשטיה שתלאו הכתוב בארץ היינו א"י רק דבהנך דכתב ביאה דהוי ס"ד דמיקרי תמיד תלויה בארץ והיינו מסברא כיון שאמר שלא

ינהוג עד שיבואו לא"י חזינן שתולה הכתוב חיוב בא"י וממילא אף דאפשר לפרש דמזמן ביאה ואילך יהיה נוהג גם בח"ל מ"מ קמ"ל מתני' דאינו כן רק דמזה ידעינן דאינו נוהג בח"ל. וע"ז דחי הש"ס הרי תפילין ופטר חמור כו'. והנה לקמן אמר דביאה דגבי תפילין ופטר חמור היינו עשה מצוה זו שבשבילה תכנס לארץ ונוהג גם במדבר. וא"כ לכאורה בכל מצוה דכ' ביאה אין הוכחה שתלאו בארץ די"ל הפי' כנ"ל עשה מצוה כו' וכמ"ש תוס' בפסח ג"כ כנ"ל. אך באמת זה דוחק לפרש כן ולאפוקי מפשטא רק עכשיו דידעינן דחובת הגוף נוהג גם בח"ל שוב ממילא מסברא שינהוג גם במדבר דלמה באמת יהיה נתלה בביאת הארץ ולכך מפרשינן ע"כ עשה כו' שבשבילה תכנס כו' אבל לס"ד דלא הוי ידעינן מקרא דחובת הגוף נוהג בח"ל ודאי דמפרשין קרא כפשטיה דתלויה בביאה ובאמת אינו נוהג בח"ל ופריך שפיר הרי תפילין ופטר חמור דכתיב ביאה נימא דאינו נוהג אלא בארץ. והכי דייק לשון הש"ס לקמן השתא דאמרת חובת הגוף כו' ביאה דגבי תפילין כו' עשה כו' היינו דע"כ עכשיו לפרש כן:

וא"כ מיושב דמשני ר"י ה"ק כל מצוה שחובת הגוף נוהגת גם בח"ל דילפינן מקרא דע"ז כו' וא"כ שוב אף דכתב בה ביאה מ"מ מפרשינן עשה מצוה כו' שתכנס לארץ ונוהג גם במדבר וא"כ לא הוי כלל תלויה בארץ שלא תלאו הכתוב כלל בביאת הארץ חיובו כנ"ל והוא בכלל כל שאינם תלוי' במשנה כו'. אבל חובת קרקע שאין הפי' עשה מצוה כו' והפי' ביאה כפשטי' שלא נהיג במדבר עד ביאת הארץ שפיר הוי תלויה בארץ ואינו נוהג בח"ל. והפי' במשנה כפשטי' כמקודם דתלוי' בארץ היינו ג"כ א"י. וכל שאינה תלויה היינו או דלא כתיב ביאה או אף דכתיב והוא חובת הגוף גם כן אינה תלויה דהפי' עשה מצוה כו'. וכל שתלויה היינו חובת קרקע דכתיב ביאה דתלאו הכתוב בארץ. וא"כ ממילא כלאים דלא כתיב ביאה שפיר איצטריך שדך וכרמך למעט ח"ל אף שהן חובת קרקע. ומ"מ שפיר נכלל במשנה דזה ודאי מיקרי תלויה בארץ שהרי מיעטה תורה בהדיא חוצה לארץ וכמ"ש לעיל. ואמר שפיר חוץ מערלה וכלאים אף שתלויה בארץ מ"מ נוהג בח"ל ערלה הלכה וכלאים מדברי סופרים. ומיושב מה שכתב הרמב"ם בכל הנך מיעוט על ח"ל כנ"ל:

ומדוקדק מה דסיים הש"ס דיליף מה ע"ז מיוחדת שחובת הגוף כו' אף כל חובת הגוף נוהג גם בח"ל. ולא מסיים גם ההיפוך אבל חובת קרקע אינו נוהג אלא בארץ. דהא גם ע"ז איצטריך קרא לפטור. ולהנ"ל א"ש דהלימוד רק לחיוב כל חובת הגוף אף דכתיב בהן ביאה כו'. אבל בחובת קרקע איצטריך קרא כנ"ל:

ומה דאמר ר"א אף החדש היינו כמו שפירש"י ז"ל לקמן אהא דאמר רשב"י ג' מצות כו' בכניסתן לארץ כו' שהרי במדבר לא זרעו ולא קצרו כו' ותמוה למה לא פי' שהן חובת קרקע או דכתיב ביאה. וע"כ משום דלרשב"י שנוהגין בח"ל וא"כ נפרש ביאה ג"כ עשה כו' שתכנס לארץ. ולכך פי' דא"א שהפי' בקרא עשה כו' דהא באמת לא היה אפשר להם לעשות שהרי לא קצרו כו' וע"כ שאין נוהגין רק בכניסתן לארץ וביאה זמן ביאה רק דמאז שבאו נוהג גם בח"ל כנ"ל. וכן בחדש לר"א פליג ואמר אף החדש דאף שתלוי' בארץ דהא ביאה דכתב ביה היינו כשיבואו מ"מ כיון דכתב מושבות אמרינן דמזמן ביאה ואילך נוהג גם בח"ל. וכדאמר בש"ס מנחות פ"ד דלמ"ד חדש בח"ל דאורייתא סבר דביאה זמן ביאה כו' וזה שכתב הרמב"ם בפי' המשנה דערלה כו' על חדש ולא נתן זה תלויה בארץ כו' היינו אף שכתב ביאה והפי' אינו עשה מצוה כו' רק כשיבואו מ"מ ידעינן ממושבותיכם שאין הפי' יהיה תלויה בארץ רק מזמן ביאה כנ"ל. אבל ערלה תלויה מדכתב ביאה כיון שהפי' ע"כ מזמן ביאה. וכן כלאים מדכתיב שדך כו' כנ"ל. וכן כתב הרמב"ם פ"י מהל' מאכלות אסורות בערלה שאינו נוהג אלא בארץ משום דכתיב ביאה. והלחם משנה כתב דנקיט דרשה הפשוטה ע"ש. ואין לזה טעם שיאמר היפוך מהגמ' וכן בכל הנך לא הזכיר בשום אחד דחובת קרקע כנ"ל:

גמ' איבעיא להו ר"א לקולא פליג או לחומרא כו'. לכאורה למה קבע הגמ' האיבעיא על ר"א ולא את"ק אי הפי' חוץ כו' וכל שכן חדש או לא. דאין לומר משום דקי"ל כר"א בעי אליביה דז"א דמה דקי"ל כר"א הוא משום דמתני' דערלה כוותיה והיינו אי לחומרא פליג אבל אי נימא דלקולא פליג ודאי דאין הלכה כמותו ויהיה משנה דערלה כרבנן ושפיר בעי' זו עצמו לרבנן אי לקולא כנ"ל. וי"ל משום דת"ק לא הזכיר חדש בדבריו רק ר"א לא שייך למיבעי לת"ק איך סבר בחדש קודם שיביא דברי ר"א ולכך בעי לר"א ודוחק. ונראה דהא הקשו למה דחיק לספוקי דר"א לקולא ולאפוקי מפשטיה וכתב הפ"י כדי דיהיה סתמא דערלה כרבנן ע"ש. אך למ"ש דסתמא דמנחות דאין עומר בא מח"ל ופשטא דש"ס שם דסבר חדש בח"ל לאו דאורייתא וא"כ עדיין למה מפיק מפשטא הא אי ר"א לקולא ויהיה מתני' דערלה כרבנן יהיה ע"כ סתמא דמנחות כר"א ומה חילוק. ונראה דהא עוד תמוה דדחיק אי ר"א לקולא מאי אף אקמייתא כו' הא באמת מסיק לקמן דל"ט תני חדש ולא תני אף א"כ אתי כפשטיה דרק חדש סבר כת"ק דנוהג אבל לא ערלה וכלאים ולא הוצרך להזכיר מאי אף כו'. ונראה לענ"ד דהפי' בש"ס מאי אף אקמייתא כדאמר בש"ס ברכות פ' כיצד דתנן בירך על הפת פטר את הפרפרת כו' ב"ש אומרים אף לא מעשה קדירה ובעי בש"ס אי ב"ש פליג אקמייתא דאמר פטר הפרפרת וכ"ש מעשה

קדירה ואמר ב"ש אף מעשה קדירה לא פטר וכ"ש פרפרת ע"ש דמסיק בתיקו ואיתא ממש לשון האיבעיא דכאן ע"ש מ"ב ע"ב. א"כ כאן הפי' אי ר"א לקולא פליג אין צורך כלל להגיה במתני למיתני' חדש. רק שפיר תני אף חדש והיינו דאמר ת"ק דחוץ מערלה וכלאים וכ"ש חדש כו' ואתי ר"א למימר אף חדש אינו נוהג בח"ל וכ"ש ערלה וכלאים והיינו לא מיבעי ערלה וכלאים שאינו נוהג רק אף חדש אינו נוהג ואמר שפיר מאי אף אקמייתא היינו אכל שתלויה שאינו נוהג אמר אף חדש אינו נוהג וכל שכן ערלה כו'. וממילא א"ש כדסבר ר"א דאין ערלה בח"ל ותני שפיר אף. ומה דמסיק לקמן תני חדש היינו למסקנא דהכא דר"א לחומרא משא"כ אי לקולא שפיר כנ"ל. וא"כ מיושב דמשום האי טעמא גופיה דחיק לאפוקי מפשטיה ונימא דר"א לקולא דאתי מתני' שפיר אף החדש דאמר ר"א. ולכך א"ש דקבע הבעיא על ר"א דבת"ק לחוד ודאי דהוי מפרשינן כפשטי' דרק חוץ מערלה וכלאים אבל חדש בכלל כל התלויה כו' רק משום דר"א אמר אף החדש דקשה הא סבר אין ערלה בח"ל וע"כ להגיה תני חדש משום הכי בעי דילמא ר"א לקולא ושפיר אף החדש כנ"ל כדתנן כנ"ל ולכך עיקר ספיקו של האיבעיא משום ר"א דעי"ז נפרש בת"ק כל שכן חדש כנ"ל. שוב ראיתי בפ"י שכ' ג"כ דמה"ט דחוק כדי שלא יגיה כנ"ל:

ומאי דמייתי גם אי ר"י לחומרא לשון אף חדש. היינו דאדרבה קאמר אי ר"א לחומרא ע"כ נפרש אף חדש דכ"ש ערלה כו' וממילא כיון דמצינו בברייתא דר"א סבר אין ערלה בח"ל ע"כ נגי' חדש כדמסיק אי ר"א לקולא ושפיר הפי' אף כנ"ל וא"צ להגיה:

לכאורה אי ר"א לקולא למל"ל דערלה הלכתא כו' פשוט יותר לאוקמי כר"ש דכולן מה"ת ק"ו מחדש. ור"א אמר אף חדש. א"כ ממילא פשיטא ערלה כו' דאין ק"ו כנ"ל. וצ"ל דאי רק מק"ו דחדש יליף לא שייך דלא (חסר):

תוס' ד"ה אקריב עומר והדר אכול בירושלמי מקשה למה לא אכלו מצה יבא עשה דמצה וידחה לא תעשה דחדש. ותירץ אין עשה דקודם הדיבור דוחה כו' א"נ גזירה כזית ראשון אטו שני כו'. הנה בירושלמי הלשון אין עשה דוחה ל"ת אלא א"כ כתובה בצידה וכן הביאו תוס' ר"ה ד' י"ג ע"ב רק התוס' מפרשים כוונת הירושלמי כן על קודם הדיבור ופשטא דלישנא דחוק לפרש כן. גם מ"ט לחלק בין קודם הדיבור כיון שהעשה ישנה גם עתה. גם הא פ"ק דיבמות ד' ה' ע"ב אמר דיותר סברא דעשה שישנה לפני הדיבור ידחה ל"ת דדחי התם מה לתמיד כו':

ונראה לענ"ד לפרש דהא יש לתמוה מה פריך דהעשה ידחה כו'. הא מבואר פסחים פ' כל שעה דף ל"ה דאין יוצאין במצה של טבל משום שכל שישנו כו' יצא זה שאין איסורו

משום בל תאכל חמץ אלא משום בל תאכל טבל כו'. ומה פריך דידחה ל"ת דחדש הא אין כאן מצות מצה דאם יהיה חמץ יהיה אסור משום בל תאכל חדש ממילא אינו יוצא ידי מצה ולא שייך שידחה. ודוחק לומר דפריך למ"ד איסור חל על איסור. אמנם י"ל דאפשר הא בהא תליא דכיון דאמרינן דעשה דוחה ל"ת ועשה דמצה דחי ל"ת דחדש. שוב שפיר יהיה יוצא ידי מצה דאם יהיה עשה חמץ עכשיו יהיה שפיר עובר משום בל תאכל חמץ ולא יהיה שייך אין איסור חמץ חל על איסור חדש שהיה מקודם. דהא בליל פסח קודם שנתחמצה העיסה היה יכול לאפותה ולאכלה ואין כאן איסור חדש דהא עשה דמצה דוחה ל"ת דחדש וע"י שנתחמץ באו בבת אחת שני האיסורים חדש וחמץ. ובבת אחת שפיר חיילי דהא כיון דקודם שנתחמץ היה מותר לאכלו עכשיו יהיה מאיזה טעם שיהיה שוב חל איסור חמץ א"כ ממילא דחי העשה דמצה את ל"ת דחדש ושפיר מותר ויוצא ידי מצה. ואף דכל שאינו דוחה אין יוצא ידי מצה שיהיה אין איסור חל על איסור. מ"מ אמרינן כיון שבאמת הדין דדוחה ואי דוחה שפיר חל ויש כאן קיום המצוה דיהיה חל שפיר דוחה ומקיים כנ"ל:

אמנם באמת נראה דז"א דבשלמא אם היה העשה דוחה ל"ת לגמרי שלא יהיה איסור כלל כמו כלאים בציצית דאמר לא תלבש כו' גדילים תעשה לך מהם ודרשינן סמוכין שהתירה התורה. ואף דילפינן מינה דעשה דוחה ל"ת היינו דאמרינן מה שהתירה תורה משום דהעשה דוחה ל"ת ולכך התירה תורה לגמרי ואף דאפשר וילפינן לשאר עשה דוחה ג"כ אבל לא שיהיה היתר ובאפשר לקיים שלא ידחה אינו דוחה. וכן כתבו תוס' מנחות מ' ד"ה כיון שאפשר במינן דרבנן הוא דגזר כיון דאפשר לקיים שניהם אבל מה"ת מותר דכלאים ממש מותר בציצית ולא משום דחיה ע"ש. ולכאורה תמוה דהא יליף מכלאים בציצית לכל עשה שדוחה ל"ת. אך הפי' ברור כמ"ש דכאן דאסמכי' קרא גדילים תעשה מהם התירה תורה בפירוש ואף דהטעם משום דדחי מ"מ מטעם דדוחה התירה תורה לגמרי. ואעפ"כ במה שאין העשה סמוך ללאו והלאו בפני עצמו והעשה בפני עצמה לא שייך דהתירה תורה שבמקום העשה לא יהיה הלאו דאין ענין הלאו לזה רק כשמזדמן שא"א לקיים העשה בלי דחי' ללאו אמרינן דהעשה אלים מהל"ת כמו דבכלאים התירה התורה בשביל העשה הלאו. ואמרינן שדוחה אבל רק בתורת דחיה ובאפשר לקיים שניהם לא דחי כלל מן התורה. וכן ביום ימול אפילו בשבת תמיד במועדו כו' אמרינן הותרה וקשה ג"כ איך בעי למילף דדחי ל"ת שיש בו כרת הא שם הותר. רק ג"כ הפי' כנ"ל. דשם בהעשה גופיה התירה התורה להלאו שפיר הותרה רק דאמרינן טעם ההיתר משום דהעשה אלים מהלאו ויליף מינה שדוחה. אבל רק בתורת דחיה

כנ"ל. וא"ש בכמה דוכתי כנ"ל. וא"כ כאן בענין אין איסור חל על איסור אם היה עשה דמצה סמוך ללאו דחדש שהיה התורה אומרת דבמקום מצה אין כאן איסור חדש היה שייך שפיר כמ"ש דאם היה מתחמץ בליל פסח ודאי היה חל איסור חמץ על חדש דהא קודם שנתחמץ לא היה איסור חדש כלל דהיה מותר לאוכלו עתה בלילה זו בלא איסור כלל ושפיר כשנתחמץ חלין ב' האיסורין בבת אחת כנ"ל. אבל כיון שאינן סמוכין והל"ת דחדש בפ"ע והעשה בפ"ע רק כשמזדמן שא"א לקיים בלי דחי' דחי הל"ת כדי לקיים העשה אבל יש כאן האיסור חדש על העיסה גם קודם שנתחמצה. רק דהיה מוטל עליו לקיים המצוה דמצה והיה דוחה הל"ת אף שאסור אבל כל זמן שאינו מקיים המצוה יש כאן האיסור חדש ושפיר כשנתחמץ אינו חל על איסור חדש דלא שייך שבא בבת אחת דהא כיון שאינו מקיים שנתחמץ ויש האיסור חדש מקודם על מה שאין מצוה כנ"ל. וממילא אינו יוצא כלל ידי מצה כמו בטבל כנ"ל:

וממילא מיושב בעזה"י. ומדוקדק לשון הירושלמי דאין העשה דוחה ל"ת אלא א"כ כתובה בצדה. היינו לענין שידחה לגמרי הלאו שלא יהיה איסור כלל זה דווקא כשכתובה בצדה כמו כלאים בציצית דבזה מיקרי היתר דהא אמרה תורה שבאופן זה אין האיסור כלל. אבל כשאינה כתובה בצדה אינו דוחה לגמרי האיסור. ויש כאן איסור רק שדוחה מצד דחי' כדי לקיים ושפיר אין איסור חל על איסור וממילא אינו יוצא כלל ידי מצה כמו בטבל ולא שייך שתהיה דוחה כנ"ל. וא"ש דסובר ג"כ כגמ' דילן דלא מצינו חילוק בין קודם הדיבור כנ"ל:

אמנם י"ל דלא קשה הא דאין איסור חל על איסור דהא קשה התם בטבל למה לא יחול איסור חמץ לענין בל יראה. ניהו דהנאה לא מיקרי מוסיף כמ"ש הרמב"ם ז"ל כיון שהוא בכלל לא יאכל כו' אבל בל יראה שפיר הוי מוסיף. וכשנחמץ אחר שהיה טבל ניתוסף בל יראה וחייל. אך י"ל דהא תוס' הקשו שם (פסחים ל"ח) למה ליה קרא דאינו יוצא בטבל הא מצה של מעשר שני אינו יוצא דבעי מצה שלכם. וטבל לא מיקרי שלו משום חלק הכהן ע"ש שתירצו דאוכל יותר מכזית וקצת דוחק. ובפשיטות י"ל דניהו דטבל כל זמן שהוא בעין יש לכהן חלק בו ולא מיקרי שלכם ונימא דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין לענין זה שאינו שלו. דהוי כחוב אפותיקי מפורש דלא מצי לסלוקי בזוזי דאמרינן למפרע הוא גובה כמ"ש תוס' גיטין פ' השולח וב"ק פ' המניח וכן בטבל שיש חיוב ליתן חלק לכהן ולא מצי מסלק כנ"ל מ"מ היינו כל זמן שבעין ועומד ליתן לכהן אבל כשאכלו הא אף בגזל גמור מדלעסי' קניא כדאמר כתובות פ' א"נ. ומכ"ש בטבל מלבד דקנאו בשינוי כשאר גזל. רק דכאן עדיף יותר כיון דאינו עומד עוד ליתנו לכהן

מיקרי שלו דהא לא יבוא לכהן ובהדיא אמר חולין ק"ל ע"ב מנין לבעה"ב שאכל פירותיו טבלים שפטור מהתשלומין כו' אשר ירימו אין לך בהן אלא משעת הרמה ואילך. ואפילו אחר הרמה אמר התם דהיה פטור דמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור דפקע חיוביה כיון שאינו בעין עוד. ואיך נימא דקודם הרמה לא יהיה נקרא שלו כשאכלן משום חלק כהן הא אף אם היה מרים ואכלן היה ג"כ שלו. וע"כ לחלק דדוקא כשהן בעין מיקרי באתרוג אינו שלו משום חלק הכהן דכיון שבעין וצריך ליתנו כנ"ל משא"כ בשאכלן דבשלמא מעשר שני אי ממון גבוה א"ש דמיקרי אינו שלו אף שאכלן דהא יש לו רשות לאכלו רק משום דמשולחן גבוה זכי ושפיר בשעת אכילה אינו שלו ואינו יוצא במצה משא"כ בטבל כנ"ל ובחולין קל"א מחלק הש"ס בין דאיתנהו בעינייהו ע"ש וקושיות התוס' תמוה כנ"ל וצ"ל דהתוס' סוברים כיון שבא בב"א שנעשה שלו בשעת אכילה י"ל דלא מיקרי שלו לצאת בו ואף דמדלעסי' קניא י"ל דקושיות התוס' לר' אסי חולין קל"ד דסבר מתנות כהונה אינן נגזלות וי"ל דלא קניא בשינוי אך גם זה אינו דלכ"ע קי"ל כמתני' דלא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור דקני בשינוי ואין להאריך כאן:

עכ"פ אי נימא כנ"ל ממילא שפיר קאמר דאין איסור חמץ חל על טבל. היינו אותו כזית שאוכל לצאת ידי מצה הא אם יהיה חמץ לא יהיה חל על איסור טבל דלא שייך דניתוסף כשנתחמץ כזית זה שעובר על בל יראה. דהא קודם שאכלו כל זמן שבעין שפיר יש בו חלק הכהן דאינו שלו כמו באתרוג ואינו עובר כלל אבל יראה דשלך אי אתה רואה כו' ופחות מכזית אינו עובר אבל יראה וממילא לא ניתוסף איסור בכזית זה שנתחמץ בפרט אי נימא דכל הטבל מיקרי אינו שלו כל זמן שבעין. וממילא כשאוכלו אינו חל על טבל. וממילא כשהוא מצה אינו יוצא כנ"ל. וממילא כאן בחדש שפיר אם היה חמץ היה חל משום איסור מוסיף דבל יראה כיון שהוא שלו כנ"ל ומקשה הירושלמי שפיר דיבוא עשה וידחה לא תעשה כנ"ל. ולפ"ז נדחה פי' הנ"ל:

עוד י"ל למאי דאמר כריתות ד' ה' דלחם קלי וכרמל ג' לאוין חלוקין בחדש וכ"פ הרמב"ם פ"י מהל' מאכלות אסורות ואמר התם דלא ילפינן חד מחבריה דקלי איתא בעיניה משא"כ לחם דנטחן ע"ש. ונראה דבעיסה של חדש גם אם היה ראוי לאכילה אפשר דלא היה איסור לאו כיון שנשתנה ואינו בעין וליתא בכלל קלי וכרמל וגם לחם לא הוי. רק כשנעשה לחם שקרמו פניה בתנור אז חל איסורא דלחם כו' וא"כ י"ל דלא שייך כלל אין איסור חל על איסור שאיסור חמץ לא יחול אאיסור חדש דהא איסורא דלחם לא תאכלו אינו אלא כשנעשה לחם ואז כבר איסור חמץ ועכ"פ בבת אחת ושפיר חייל. דבשלמא בחלב וכה"ג אף דג"כ אוכל חלב חי פטור ומ"מ מיקרי שהאיסור מקודם לבשל ולאכול.

וכן נבילה ג"כ חי אינו ראוי כו' ז"א דשם איסורא דחלב עליו כשהוא חי כמו אח"כ רק דהתורה אמרה לא תאכלו ושלא כדרך אכילה לא מיקרי אכילה א"כ כשאכלו חי מיקרי שלא אכל כלל אבל הלאו דלא תאכלו הוא על החלב כשהוא חי רק שא"א לאוכלו אלא ע"י בישול. וכן בכל דבר. משא"כ כאן בחדש שאמרה תורה לחם וקלי כו' ולאו דלחם מתחיל כשנעשה לחם וקודם אין איסור כלל משום לחם לא מצד שלא כדרך כו' דהא אף אם היה קלי היה אסור משום קלי ולא משום לאו דלחם אף שראוי לאכילה. וא"כ ממילא כשנעשה לחם ופקע איסור קלי וכרמל ובא איסור לחם וכבר אסור משום חמץ ושפיר חייל ולא שייך כלל אין איסור חל על איסור כו' ושפיר יוצא ידי מצה כנ"ל:

מ"מ אפשר לדחות דכיון דשלא כדרך אכילה אינו אסור מה"ת. וא"כ כיון דאסרה תורה לאכול לחם מן החדש א"כ איסור זה היה קודם שנחמץ על העיסה שאסור לאפותה ולאכול לחם ממנה וכשנתחמץ לא ניתוסף עליה איסור רק ג"כ שלא יאכל לחם ממנה דקודם הוי שלא כדרך אכילה והאיסור ג"כ שלא יאכל הלחם ממנה משום חמץ וכבר אסור משום חדש איסור זה לאכול הלחם ממנה כנ"ל. ואינו מוכרח. ועוד דהפוסקים כר"א דנוקשה בעיניה בלאו. ופירש"י חמץ שאינו ראוי לאכילה. ונראה משם פ' כל שעה דגם אוכל עיסת חמץ הוי בלאו דנוקשה אף שאינו כדרך אכילה לכל אדם אף דבשאר איסורים פטור ע"ש לפי' אה"ע בהך דמישרף שריף בטלה דעתו אצל כל אדם דפי' דלר"א בלאו כנוקשה ע"ש באבן עוזר סי' תמ"ב א"כ ודאי חל איסור חמץ מקודם דחל הלאו דנוקשה על העיסה מיד כשנתחמצה קודם אפיה וכשנעשה לחם לא פקע עכ"פ איסור חמץ וחל שפיר כו'. אך משאר פוסקים משמע דגם בחמץ אינו אסור שלא כדרך אכילה מה"ת כשאר איסורין וכן משמע בש"ס ריש פ' כל שעה דאמר הכל מודים כו'. ואינו מוכרח די"ל לרבנן קאי ומ"מ נראה עיקר כנ"ל דאיסור לחם מתחיל אח"כ. וכן צ"ל ג"כ דלכאורה קשה הא אמר חולין ד' י"ז גבי בשר נחירה אי בשבע שכבשו הא אפילו כתלי דחזירי אישתרי להו דאמר ואכלת כו' אלא בשבע שחלקו ואי בעית אימא כי אישתרי שלל דכותים דידהו לא וא"כ מה עדיף איסור חדש משאר איסורין הא היו יכולין ליקח מתבואה שלל כותים ולאכול מצה ולא היה אסור משום חדש דשלל כותים אישתרי להו. ולהנ"ל א"ש דע"כ ליקח קודם שנעשה עיסה דצריך שימור לשם מצה וא"כ לאו דלחם לא תאכל מן החדש הוי שלל דידהו דלא הותר דזה האיסור נעשה אחר שכבר לקחו מן הנכרים כשנעשה לחם:

עוד י"ל הירושלמי הנ"ל דהא קשה עוד מה פריך דעשה דמצה ידחה לאו דחדש הא קי"ל בפסחים דף ל"ח ע"ב דאינו יוצא בחלת תודה ורקיקי נזיר משום דבעינן מצה הראוי

לשבעה וכיון שאסור לאכלו אחר יום ולילה משום נותר אינה ראויה לשבעה ואינו יוצא בה ע"ש. וא"כ איך נימא דעשה דמצה דוחה כו'. הא מ"מ אינה ראויה לשבעה דאח"כ רשות ואינה דוחה הלאו. וממילא גם הכזית של חובה אינו יוצא בה כלל ולא שייך שידחה כיון דאף אם ידחה מ"מ אינו ראוי לשבעה ואינו מקיים המצוה ולא דחי ממילא כו'. ואף דגם ממחרת הפסח העומר מתיר מ"מ כיון דאסור כל יום ראשון וגם יום ב' עד הקרבת העומר לא מיקרי ראוי לשבעה דמשמע שיהיה ראוי כל שבעה:

אך נראה דזה מיקרי ראוי לשבעה כיון דאמרינן דעשה דוחה ל"ת דחדש ואם היה המצוה כל שבעה לאכול מצה היה דוחה כל שבעה והיה מותר. רק דאח"כ רשות ואינו דוחה. וא"כ לענין הכזית ראשון של חובה שיש המצוה ודוחה הל"ת שפיר מיקרי ראוי לשבעה דהא אם המצוה תלוי בזה שלא יצא בה עד שיהיה מותר כל שבעה ממילא יהיה מותר כל שבעה מטעם העשה דוחה כיון דבלאו הכי לא יקיים העשה. שפיר הוי ראוי לשבעה ויוצא בה. וממילא אח"כ אסור ומ"מ יוצא בה:

ונראה ראיה לזה דהא ביבמות כ' ע"ב דאמר באלמנה מן האירוסין דעשה לידחי לא תעשה דמשני גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה. והקשו בתוס' דגם ביאה שניה לישתרי דבעינן הקמת שם ואין אשה מתעברת מביאה ראשונה ותירצו דבעינן רק ראוי להקמת שם ע"ש. והא כיון דאסרינן ביאה שניה א"כ אינו ראוי להקמת שם דמחמת איסור מיקרי ג"כ אינו ראוי. וע"כ הטעם כנ"ל. דאי נימא דתלי' בהא דאם תהיה ביאה שניה אסורה לא יתקיים מצוות יבום בביאה ראשונה א"כ גם ביאה שני תהיה מותרת דעשה דוחה כו' ושפיר מיקרי ראוי להקמת שם. וכיון דמיקרי ראוי ומקיים בביאה ראשונה שוב ביאה שניה אסורה כנ"ל והוא ג"כ כמו כאן דמיקרי שפיר ראוי לשבעה כנ"ל ואעפ"כ אסור כזית ב':

ומ"מ אינו מוכרח די"ל ביבום בעינן רק שיהיה ראוי בגופו להקמת שם ומחמת איסור אף שאינו ראוי ומ"מ מקיים דמצינו בפסח להיפוך דאכילה לא מעכבא רק בעינן שיהיה ראוי לאכילה ואעפ"כ קי"ל דכל הבא בטומאה אינו נאכל בטומאה. ואף פסח נאכל בטומאה משום דאם לא יהיה נאכל גם הזריקה תהיה פסולה שאינו ראוי לאכילה ע"ש פסחים ע"ז ע"ב. ומוכח דבאמת מותר לאכול מה"ט. ולא אמרינן דעכשיו שהוא ראוי שוב יהיה אסור כנ"ל. אך שם מצוה האכילה. משא"כ כאן דרשות. וגם שם הותרה לחד מ"ד. וי"ל כן כוונת הירושלמי דאינו כתובה בצידה דאם היה מותר ממילא היה מותר כל שבעה כדי שיקיים לילה ראשונה. משא"כ כיון דאינו היתר רק שדוחה ועל כל ז' א"א לדחות דהוי רשות אף אי דחי ואף אי תלי' בהא אכילת לילה ראשונה דאם לא

יהיה ראוי לכל ז' לא יקיים העשה מ"מ לא יהיה מותר בשביל זה לאכול כל ז' דהא דעשה דחי ל"ת בעינן דבעידנא דמעקר לאו מקיים עשה. ואי לאו לא דחי אף אם א"א לקיים העשה בלי עבירת הלאו מ"מ כיון שאינו בעידנא לא דחי. א"כ איך יהיה מותר אכילת כל ז' בשביל העשה דלילה הראשונה הא כבר אכל כזית ראשון ואינו בעידנא ומה חילוק בין אח"כ או מקודם מ"מ מיקרי רק גורם לקיום העשה. וכיון דמ"מ יהיה אסור אינו ראוי לכל ז' ואינו יוצא ולא דחי כנ"ל דלא מצינו כזה שתדחה הל"ח על אחר קיום המצוה שיהיה מותר לעבור אח"כ כדי שיהיה מקוים למפרע כנ"ל ומשני כנ"ל כיון שאין כתובה בצידה:

עוד י"ל דהנה העולם מקשין מהא דשיעורין נשתכחו בימי אבלו של משה א"כ לא ידעו לאכול כזית או כותבת ולענ"ד קשה בפשיטות למ"ד א"א לצמצם בידי אדם ג"כ א"כ איך ידחה אם יאכל כזית שמא הוא מעט פחות ואינו מקיים המצוה וחצי שיעור אסור מה"ת וגם שמא יותר וג"כ חצי שיעור אסור המותר מן כזית המצוה. ולפי האומד יותר ודאי אין רשאין לאכול. ומצומצם יש ב' צדדין לאיסור אי פחות ואי יותר וזה הוי כמו רוב לאיסור שאסור מן התורה וכמ"ש תוס' חולין דף כ"ח ע"ב ד"ה לפי:

ולכאורה י"ל דהא קי"ל מין במינו בטל ברוב. וא"כ כיון שאוכל ביחד ואמר בזבחים דף ע"ח גבי פיגול ונותר וטמא דבטל כיון שאוכל ביחד כו'. וכאן כיון שעל כזית העשה דוחה ל"ת ומותר. שוב יכול לאכול מעט יותר מכזית שהמותר מעט שאסור בטל ברוב היתר. אך כיון דקי"ל דהיתר בהיתר לא בטיל ע"ש בפוסקים. ומכ"ש במין במינו כמ"ש הר"ן שם בנדרים דף י"ז. כמו כן איסור באיסור לא בטיל. רק בפיגול ונותר דכל אחד איסור אחר ונגד איסור זה שניהם היתר ע"ש. וא"כ כאן מה דעשה דוחה ל"ת אין עושה אותו היתר רק דדחי אף דאסור. והוי לענין ביטול איסור באיסור שהוא איסור זה עצמו דחדש ולא בטל. וי"ל זה הפי' דאין כתובה בצידה ואינו היתר שאינו דוחה האיסור להיות נקרא היתר רק שדוחה שיקיים המצוה אבל לענין ביטול נקרא איסור ולא בטל כנ"ל וממילא א"א לאכול מצד דחי' כנ"ל:

אך באמת נראה דז"א דבל"ז לא בטל דהא כל שאפשר להסיר האיסור ומכירו ודאי לא בטל מדאורייתא וא"כ כאן דעל כזית העשה דוחה ל"ת ומותר אבל כל מה שהוא יותר מכזית אסור שאין עוד העשה וא"כ איך שייך שהמותר מכזית יהיה בטל בהכזית הא אפשר להסיר האיסור והוא מכירו דהא כל מה שיסיר המותר מכזית יהיה מסיר האיסור ולא מיקרי מעורב כלל ושפיר לא בטיל מה"ת. וא"כ א"א שידחה כנ"ל אי אמרינן אי אפשר לצמצם כנ"ל:

אמנם אפשר למאי דפריך בש"ס (בכורות ד') למ"ד א"א לצמצם ממדות כלים שאמרה תורה כך וכך אמות איך אפשר ומשני אמרה תורה עביד כו' ע"ש. והיינו כיון דכך אמרה תורה וא"א לצמצם א"כ הפי' הוא ע"כ שיעשה כפי האומד שהוא כך אמות ובזה מקיים המצוה. וא"כ כיון דאמרה תורה אכול כזית וא"א לצמצם א"כ במה שאוכל כפי האומד כזית מקיים המצוה ושפיר י"ל דדחה הל"ת כנ"ל:

אך ז"א דבשלמא אם היה כתוב בצידה שיאכל כזית מצה מן החדש היה שייך כנ"ל דאף דא"א לצמצם מ"מ הא התירה תורה כשאוכל לפי האומד כזית דא"א בענין אחר כנ"ל אבל כשאינה כתובה בצידה רק דאנו מצרפין העשה דאכילת מצה והא שם בכל מקום מותר לאכול הרבה יותר עד שיהיה ודאי כזית וא"כ אין כאן הוכחה דמה שאמרה תורה כזית היינו מצומצם ואף שיהיה פחות מעט יהיה יוצא בה. או יותר מעט לא יהיה אסור ויהיה ג"כ בכלל המצוה כיון דהתורה מירי בהיתר. א"כ ממילא כשהוא באיסור והוא מטעם דחיה לל"ת שפיר א"א לצמצם ואסור כו' ומיושב לשונו באין כתובה בצידה כנ"ל. היינו כשאינו כתובה בצידה אינו דוחה לגמרי שיהיה כמו אלו מפורש בה כנ"ל. וקצת דוחק לשון אינו דוחה אא"כ כו':

גם י"ל מטעם חזי לאיצטרופי דאם היה כתובה בצידה שדוחה לגמרי שהוא היתר לא היה שייך הספק שמא פחות מכזית והוי חצי שיעור דאסור מה"ת דהא לא חזי לאיצטרופי שאם ישלים הא לא יהיה איסור כל דיקיים המצוה ואינו איסור כלל. ושוב מותר לגמרי אף דיש חשש שמא יותר. שוב יש שני צדדין להיתר אם פחות ואם מצומצם. ורק צד אחד לאיסור שמא יותר ושוב מותר כמ"ש תוס' חולין הנ"ל. רק כיון שאין כתוב בצדה ואינו היתר רק מטעם דחיה א"כ החצי זית שפיר אסור מה"ת דכיון שאינו מקיים המצוה האיסור איסור וחזי לאיצטרופי יהיה אסור. ואף שיהיה דוחה מ"מ איסור הוא ושפיר אסור אף דבצירוף זה יעשה מצוה וידחה מ"מ עכשיו איסור ואסור כנ"ל וא"ש:

אך נראה עיקר דכמו דלענין איסור חצי שיעור אסור מה"ת והיינו שכל האכילה בכלל אכילת האיסור כשיגמר אכילת כזית. כמו כן לענין קיום המצוה עשה דאכילת מצה ג"כ כל אכילת הכזית בכלל המצוה. וממילא היכא דעשה דאכילת מצה דוחה ל"ת אף שאכל חצי זית ג"כ לא עשה איסור מה"ת דכיון דהוא בכלל קיום המצוה אין כאן איסור כיון דרשאי לאכול כל הכזית לקיים העשה. אף שאינו גומר אכילתו ג"כ לא עשה איסור חצי שיעור דכמו דחזי לאיצטרופי לענין האיסור שיהיה אסור כמו כן חזי לאיצטרופי לענין קיום המצוה כנ"ל:

ונראה ראיה ברורה מהא דמס' שבת קל"ג ע"ב בציצין המעכבין את המילה דבעי למימר אומן דלא הילקט ענוש כרת ודחי לימא אנא עבידנא פלגא עבידו אתון פלגא כו' ומסיק כגון דאתא בין השמשות דשבת דאמרי לא מספקת כו' דלא ניתן כלל שבת לדחות אז כמ"ש פירש"י ז"ל ע"ש. מבואר דהיכא שהיה פנאי לגמור שאז ניתן לדחות אף שלא גמר המצוה מ"מ אינו ענוש כרת אף דלא עשה המצוה. מ"מ הא עשה מקצת המצוה מה שהיה רשאי אז. ולא נעשה איסור למפרע במה שלא גמר המצוה. א"כ ממילא גם בעשה דוחה ג"כ כנ"ל החצי זית שאכל שהיה אפשר אז לגמור אכילת כזית וניתן לדחות שוב לא עבר גם כשאינו גומר כנ"ל. ואף שיש לחלק קצת ג"כ בין הותרה לדחוי' די"ל במילה הותרה מביום ואפילו בשבת והיה אז היתר. משא"כ בדחוי' כשאינו מקיים עבר כנ"ל. וגם הא יש אוסרים שני מוהלים בשבת וע"כ מחלקים דדוקא אינו ענוש כרת אבל איסורא איכא. מ"מ נראה דוקא שם דעשה כל האיסור דחילול שבת והמצוה לא עשה כולה. אבל בחצי שיעור שגם האיסור רק מחמת שהוא בכלל אכילת כזית ועשה מקצת האיסור. והא עשה מקצת המילה ג"כ כנ"ל:

עוד נראה לענ"ד למאי דקי"ל דאמרינן הואיל ואי מקלעי אורחים חזי להו ויהיה למפרע הבישול בכלל ההיתר שפיר לא עבר אף דלא מקלעי אח"כ. וכן אמר שם בפסחים פ' אלו עוברין (שם דף מ"ז) הואיל דחזי לדם צפור אף דמחמת דחיה לל"ת ע"ש בתוס'. וכן הקשו תוס' שם דף מ"ו על מלאכת שבת דנימא הואיל אי מזדמן חולה פקוח נפש כו' ותירצו דלא שכיח ע"ש. ובמה שבידו לכ"ע אמרינן הואיל ע"ש ביצה דף כ"א. וא"כ שם בשבת נראה דמה"ת מותר דהא הואיל ואם יגמור וילקט יהיה מותר למפרע מה שעשה שוב אף דאינו גומר כלל ג"כ לא עשה איסור מה"ת כלל מאחר שבידו לגמור. ואמרינן הואיל כנ"ל. וכן בהנ"ל באוכל חצי זית חדש למצה כיון דעשה דוחה ל"ת ואם יגמור אכילת הכזית יהיה למפרע היתר החצי זית שאכל שוב אף שאינו גומר לא עשה איסור מטעם הואיל ואם היה גומר היה בכלל ההיתר אינו איסור מיד כנ"ל. ולכך שם בשבת כשאין פנאי לגמור שהוא בין השמשות דלא שייך הואיל עבר כנ"ל וכן במצה אם סמוך ליום שאין פנאי רק על חצי זית עובר משא"כ כשבידו כנ"ל. ואפשר דגם טעם האיסור בחצי שיעור דחזי לאיצטרופי ג"כ מטעם הואיל. דהואיל אמרינן אף לחומרא ע"ש פסחים ס"ב וממילא מותר לאכול כזית מצומצם דיש ב' צדדים להיתר אי פחות ואי מצומצם כנ"ל:

ומנהגינו מיושב שב' מוהלים בשבת עיין במחלוקת ב"י ורמ"א הלכות מילה דלמ"ד דקי"ל הואיל אין איסור כלל כיון שאם יגמור יהיה למפרע בכלל ההיתר כנ"ל. אך במילה

אמרינן (פסחים ס"ב) דלא אמרינן הואיל דמיקרי מחוסר מעשה טפי מכתישה ע"ש ובתוס'. אך יש לחלק בין גמר המילה לערל לגמרי ע"ש:

גם היכא דאיכא למיעבד בלא הואיל לא עבדינן בהואיל ע"ש בפסחים פ' אלו עוברין. רק כטעם רמ"א כיון שגומר באמת אחר אין איסור. ע"כ לא אמר בש"ס רק היכא שאינו גומר אז מכרת הוא דפטור אבל משמע דאיסור איכא משא"כ כשגומר ע"ש. וממילא אם הירושלמי סבר דלא אמרינן הואיל במה שלא הותר רק מטעם דחיה ע"ש בתוס' ג"כ שפיר החילוק בין כתובה בצידה כו' ואין להאריך:

והתוס' ורש"י פירשו דקודם הדיבור מיקרי אין כתובה בצידה. ובפשיטות לא קשה קושיות מהרי"ט דפ"ק דיבמות דבעי למילף ממילה פסח ותמיד ודחי שכן ישנן לפני הדיבור דמשמע דאדרבה ראוי יותר לדחות עשה דלפני הדיבור כו' ע"ש. וי"ל בפשיטות דחזינן יבמות דף ו' ע"ב תנא דבי ר' ישמעאל וכי יהיה כו' והומת שומע אני בין בשבת בין בחול ומה אני מקיים מחללי' כו' בשאר מלאכות חוץ ממיתת ב"ד כו' או אינו אלא אפי' במב"ד ומה אני מקיים והומת בחול ולא בשבת כו' משמע דהספק גם בשאר עשה ול"ת ג"כ כנ"ל. אי אמרה תורה העשה סתם בכל גווני כיון שלא חילקה התורה ומה אני מקיים הלאו שלא במקום מצוה או להיפוך הלאו בכל גווני אפי' במקום מצוה ומה אני מקיים העשה שלא במקום ל"ת. וע"ז ילפינן מכלאים בציצית או מראשו דלהיפוך דעשה דחי לא תעשה. והתורה אמרה העשה בכל גווני. והלאו שלא במקום העשה. ומ"מ דוקא כשא"א לקיים העשה רק ע"י העברת הלאו. דבלא"ה עדיין כמו בלא העשה שהלאו עומד במקומו כיון שיקוים העשה בלא"ה. רק דהתורה הקפידה שלא תבטל העשה אף במקום שיצטרך עי"כ לעבור הלאו כנ"ל ולא נאמר הלאו במקום שיצטרך עי"כ שלא לקיים העשה. ולכך אמר הירושלמי דזה דוקא בעשה דלאחר הדיבור אבל עשה דלפני הדיבור ממילא אין ראיה ממה שנאמרה העשה סתם שהוא אף במקום עבירת הלאו דהא לא היה הלאו כלל. ואדרבה י"ל יותר שאח"כ שנאמר הלאו סתם שהוא אף במקום קיום העשה ולא דחי כנ"ל. אבל שם במילה ופסח דאמרה תורה להדיא דדחי שבת ונגמר מיניה שאר עשה שפיר אמרינן להיפוך דיש עדיפות בעשה זו שישנה לפני הדיבור וכשאר פירכא ואמרינן רק עשה כזו דאלימא אמרה תורה דדחי שבת ולא שאר עשה. אבל באותן שלא נאמר דדחי רק מכלל כלאים בציצית וכה"ג אמרינן להיפוך כנ"ל. דהא באמת ל"ת חמיר מעשה כדאמר ריש יבמות ומ"מ דחי. וע"כ שנאמר כנ"ל דלא נאמר הלאו כו' ויש חילוק:

בעזה"י סוגיא דחדש לדינא:

הנה הרי"ף ורמב"ם ורא"ש ושאר פוסקים פסקו כר"א. ולשון הרי"ף ז"ל כאן וקי"ל כר"א דסתם לן תנא כוותיה דתנן החדש אסור מה"ת בכל מקום והערלה הלכה כו'. וכ"כ כתב הראש ז"ל כאן. וסוף פסחים הוסיפו עוד ואסור לן למיכל חדש כו'. והביאו הא דרבינא מנחות ד' ס"ח דאמר אמרה לי אם אביך לא הוי אכיל אלא באורתא כו' ע"ש. וכן בתשובות הרא"ש סי' ב' לא הביא סוגיא דמנחות אלא מטעם דהלכה כסתם משנה דערלה וגם ר' ישמעאל ור"ע ס"ל כן ע"ש. ותמוה מאוד כמ"ש התוי"ט ובעל פ"י כיון דאיפלגי בהדיא אמוראי בש"ס מנחות שם רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע סברי חדש בח"ל לאו דאורייתא. ורבנן דבי רב אשי אכל בצפרא דשיבסר קסברי חדש בח"ל דאורייתא וריב"ז מדרבנן קאמר וכי תיקון ליום הנף לספיקא לא תיקון. והדר מייתי הא דרבינא כו' אלא באורתא דשיבסר דסבר לה כר"י וחייש לספיקא א"כ וכי רוצים הרי"ף והרא"ש להכריע מסברת עצמם בפלוגתא דאמוראי הא ע"כ רב פפא ורב הונא לא חיישי לסתם מתני' דערלה. ואי ס"ל הלכה כרבנן דבר"א ורבינא דבתראי. לגבי רב פפא ורב הונא היה להם לומר רק זה דהלכה כרבנן דבר"א והעיקר חסר בדבריהם. ואי סברי דאין ראין ראיה כ"כ משם די"ל דמה דאמרי חדש בח"ל דאורייתא י"ל דחוששין למ"ד דאורייתא ומחמרי שלא לאכול דלישנא דלא הוי אכלי משמע קצת כן. או דאפשר דרבנן דבי ר' אשי לא חשיבי בתראי לפסוק נגד רב פפא ורב הונא כדאמר בכתובות ובסנהדרין דלמא רבנן דבי רב אשי כשמואל ס"ל. משמע דאפשר שיסברו שלא כהלכה. ורבינא לאו משמיה דנפשיה אמרה אלא דאמרה לי אם משמיה דאבוה כו'. לכך לא הוי פסיקא לרי"ף ורא"ש משם להלכה והוצרכו להביא מסתם המשנה. א"כ תמוה להיפוך מאי מהני להו טעמא דסתם משנה כיון דרב פפא ורב הונא ע"כ לא חיישו לה ועבדי עובדא לקולא עיין בתוי"ט ופ"י שהאריכו הרבה בזה. וגם על הט"ז הלכות חדש ומ"א סי' תפ"ט. דכתבו צדדי ההיתר די"ל דסתם ואח"כ מחלוקת ואין הלכה כסתם. ומה תועלת בזה כיון דפלוגתא דאמוראי הוא ע"ש:

וכתב הפ"י לפרש דבריהם דפלוגתייהו דרב פפא ורב הונא הוא משום דסתמא אחריני אשכחו ריש פ' כל קרבנות ציבור מנחות דף פ"ד חוץ מעומר שאינו בא מח"ל ואמר בגמ' מתני' דלא כרבי יוסי בר יהודה דסבר עומר כו' דחדש בח"ל דאורייתא אקרובי נמי מקרבינן כו'. וסברי רב פפא ורב הונא דהך סתמא טפי עיקר דאיתמר בדוכתא דדיני חדש. ורבנן דבר"א ורבינא ס"ל דסתמא דערלה עיקר משום דסברי כאביי דתליא בפלוגתא דר' ישמעאל ור' עקיבא וכיון דהלכה כר"ע ס"ל דהך סתמא כר"ע עיקר טפי. ולכך הביאו הרי"ף והרא"ש הך דסתמא דערלה משום דר"ע סבר הכי דזה עיקר הטעם

שפסקו רבנן דבי רב אשי ורבינא דחדש בח"ל מה"ת ע"ש בקונטרס אחרון. ולענ"ד פירושו בדבריהם רחוק מפשוטו שלא הביאו כלל סוגיא דמנחות הך משנה דעומר אינו בא מח"ל ויסמכו ע"ז. וכן לא הביאו הא דרבנן דבי רב אשי ויאמרו רק הטעם דהלכה כסתם דערלה מאי צורך להם לזה יהיה איזה טעם שיהיה כיון דעכ"פ רבנן דבי רב אשי ורבינא סוברים כן וגם כאן לא הביאו הא דרבינא ג"כ רק דהלכה כר"א דסתם כו':

ונראה לענ"ד פי' הפשוט בדבריהם ז"ל. דודאי מסברא היה לנו לומר כיון דהלכה כרבנן דהכא נגד ר"א וגם אמר פ"ק דנדה דאין הלכה כר"א אלא בד'. א"כ למה פסקו רבנן דבי רב אשי ורבינא דחדש בח"ל מה"ת כנ"ל. רק דהוי אמרינן דפליגי בהא דאיבעיא הכא אי ר"א לקולא פליג או לחומרא וסברי רבנן דבי רב אשי ורבינא דר"א לקולא פליג ושפיר פסקו כת"ק דר"א ורב פפא ורב הונא סוברים דר"א לחומרא פליג ופוסקים ג"כ כת"ק ותרווייהו דלא כר"א רק כרבנן דהכא והיה א"ש כפשוטו. וא"כ אי נימא כן שוב היה ממילא הלכה כרב פפא ורב הונא דהא סתמא דש"ס הכא מסיק דר"א לחומרא פליג. ופשיט ליה מאביי א"כ סבר סתמא דגמ' כרב פפא ורב הונא ממילא דחדש בח"ל לאו דאורייתא וכאלו איפסקא הלכתא כרב פפא ורב הונא הנ"ל. ואף דרבנן דבי רב אשי ורבינא בתראי מ"מ הלכה כסתם גמ' כנ"ל. ולזה כתב הרי"ף ז"ל שאינו כן רק דקי"ל כר"א דסתם לן תנא כוותיה בסתמא דערלה כנ"ל היינו דמה דפשיט הכא הש"ס דר"א לחומרא פליג הוא אליבא דכ"ע גם לרבנן דבי רב אשי ורבינא דטעמייהו אף דר"א לחומרא מ"מ קי"ל כוותיה דסתמא דערלה כוותיה ושפיר פסקו ג"כ כרבים אף דמה אולמא הך סתמא כו' מ"מ שפיר פסקו אמוראי כרבנן כמו רב פפא ורב הונא. ולא תלי' באיבעיא דהכא כלל וממילא נשאר ההלכה כרבנן דבי רב אשי ורבינא דבתראי כנ"ל. ומדוקדק לשונו דלא כתב הרי"ף ז"ל כאן רק זה דקי"ל כר"א דסתם כו' היינו לשלול ההוכחה מפשיטות האיבעיא דנימא דסוגיין רק כרב פפא ורב הונא כנ"ל. הביא דאין הוכחה דאף דר"א לחומרא מ"מ סברי שפיר דקי"ל כר"א משום סתמא דערלה. וכיון שאין הוכחה מש"ס דכאן ממילא באמת קי"ל כר"א משום סתמא דערלה כדסבר רבינא וכן סוף פסחים דמיירי בעיקר ההלכה הוצרך להביא תרווייהו להקדים דתנן החדש אסור כו' סתמא דערלה. ואח"כ מייתי הא דרבינא למימר דטעמא דרבינא לאו משום דסבר כרבנן ור"א לקולא פליג וממילא לא היה הלכה כמותו מש"ס דהכא. רק דכיון דסתמא דערלה כו' אמרינן דטעמא דרבינא אף דר"א לחומרא סבר כר"א ושוב הלכה כמותו. דלא מוכח מש"ס דלא כוותיה כנ"ל. וכן הרא"ש ז"ל בתשובה ג"כ הוצרך לטעם זה דסתמא כו' וכן ר"י ור"ע סברי כן שיהיה טעמא דרבינא כנ"ל. ומש"ה הלכה כוותיה כנ"ל. ופשוט לענ"ד:

וטעם פוסקים המתירין באמת כנ"ל דסברי דתליא בהך בעיא וממילא פסקו כסתמא דש"ס דר"א לחומרא והלכה כרבנן. שוב ראיתי שגם הפ"י ז"ל כתב בטעם המקילין כנ"ל. ולא ידעתי למה נדחק בריי"ף ורא"ש ז"ל הא י"ל פשוט כנ"ל:

עוד כתב הפ"י להוכיח מפשטא דסוגיא דהלכה כת"ק לקולא דאל"כ קשה אביי גופיה למה מוקי ת"ק דלא כהלכתא ולמה לא אמר דר"א לקולא ויהיה מתני' דערלה כת"ק וניהו דאי תני אף החדש י"ל דדחיקא ליה לומר דקאי אף אקמייתא אבל למאי דמסיק תני חדש ולא תני אף א"כ שפיר מצי לאוקמי ת"ק לחומרא בלי דוחק שסבר כ"ש חדש ור"א פליג חדש דוקא ולא ערלה וכלאים. ומוכח מזה דאביי ס"ל באמת חדש בח"ל לאו דאורייתא ומוקי לת"ק כהלכתא. וכיון דסתמא דש"ס תופס דברי אביי עיקר אלמא הכי הלכתא אף לגבי רבנן דבי רב אשי ורבינא ע"ש. וכתב דצ"ע לדעת המחמירין ואח"כ כתב לדחוק די"ל דזה שנאמר דסבר ת"ק כ"ש חדש הוא דוחק לאביי ע"ש:

ולענ"ד אין הוכחה אי תני חדש לא אף א"א כלל לומר דר"א לקולא פליג כיון דגם ת"ק סבר דחדש נוהג דאמר ערלה כו' וכ"ש חדש א"כ מאי אמר חדש. כיון דבזה לא פליג הוי ליה לאפלוגי אערלה וכלאים ומה לו להזכיר חדש ששוה לת"ק ועיקר מאי דפליג לא אמר. בשלמא אי ר"א לחומרא אמר שפיר דת"ק אמר חוץ מערלה כו' אבל לא חדש אמר ר"א חדש היינו להיפוך חדש נוהג ע"ז חוץ אבל ערלה כו' שאינו מזכיר הוא כשאר תלוין שאינו נוהג. דת"ק הזכיר חוץ ערלה כו' וכוונתו דווקא וחדש שאינו מזכיר נשאר בכלל התלויין כו' שאינו נוהג ע"ז שפיר פליג ר"א ואמר חדש הוא החוץ וממילא ערלה וכלאים שאינו מזכיר הוא בכלל התלויין שאינו נוהג. והזכיר שפיר עיקר הפלוגתא כנ"ל. אבל אי נימא דת"ק סבר לחומרא חוץ מערלה כו' וחדש אתיא בכ"ש אף שאינו מזכיר ור"א סבר ג"כ חדש נוהג ופליג רק אערלה וכלאים א"כ מאי קאמר חדש כיון שגם ת"ק סבר דחדש בכלל חוץ והיה לו לומר רק חדש וכה"ג לפרש דפליג אערלה כנ"ל והא דבעי למימר לקולא פליג הוא רק אי תנינן כדתנן אף החדש א"ש דת"ק סבר חוץ מערלה כו' וכ"ש חדש ופליג ר"א ואמר אף החדש כנ"ל. וא"כ אין הוכחת הפ"י הוכחה כלל דלמאי דמסיק תני חדש לא שייך כלל לומר ר"א לקולא פליג כנ"ל. אמנם מ"מ לענ"ד נראה ראיה זו יותר ברורה למ"ש לעיל דאדרבה אי אמרינן דר"א לקולא א"צ להגיה במשנה חדש משום קושיות הש"ס דר"א סבר אין ערלה בח"ל דאדרבה שייך שפיר לישנא דאף כדאמר בש"ס ברכות מ"ב ע"ב אהא דתנן בירך על הפרפרת כו' ב"ש אומרים אף לא מעשה קדירה כו' דבעי בש"ס אי ב"ש כו' ומאי אף אקמייתא דת"ק הזכיר בירך כו' פטר את הפרפרת וכ"ש מעשה קדירה ולא הוצרך להזכיר ופליג ב"ש אף מעשה קדירה אינו

פוטר ולא מיבעיא פרפרת דאינו פוטר. ע"ש ממש כהך דהכא ונשאר שם בתיקו ומשמע דאין שום משמעות יותר לפרש אסיפא מארישא ע"ש:

וממילא כאן כוונת הש"ס אי ר"א לקולא ומאי אף אקמייתא הוא למסקנא דסבר ר"א אין ערלה בח"ל שייך שפיר למיתני' בדר"א אף החדש דת"ק סבר חוץ מערלה כו' וכ"ש חדש. ואמר ר"א לא מיבעי' ערלה שאינו נוהג רק אף החדש דפשיטא לך יותר ג"כ אינו נוהג שג"כ תלויה בארץ. והוי ממש אף אקמייתא דאמר בש"ס ברכות שם ואדרבה עיקר מאי דבעי למימר ר"א לקולא הוא שלא נצטרך להגיה במתני' תני חדש דאי ר"א לקולא שייך שפיר למיתני אף החדש. לר"א דסבר אין ערלה בח"ל כו'. וכל מה שהוצרך בש"ס להגיה תני חדש הוא למסקנא דהכא דפשיט דר"א לחומרא. לא שייך כלל לישנא דאף כיון דסבר ר"א אין ערלה בח"ל צריך להגיה תני חדש. משא"כ אי הוי אמרינן ר"א לקולא א"צ כלל להגיה כנ"ל:

וא"כ ראיה הנ"ל ברורה בעז"ה דקשה אאביי גופיה למה סבר דר"א לחומרא ולמוקים מתני' דערלה כר"א דלא כרבנן. לימא דר"א לקולא ויהיה שפיר תרתי סתמא כרבנן. ויהיה שפיר לשון המשנה כפשטא בדר"א אף החדש ולא נצטרך להגיה דזה פשוט דמאי דמסיק תני חדש אינו שהיה מקובל למיתני חדש. רק דמתוך הדוחק מגי' המשנה. וא"כ נימא דר"א לקולא ולא נגיה כלום כנ"ל. ומוכח ע"כ דאביי סבר באמת דחדש מותר בח"ל מתני' דכל קרבנות כו' דמנחות וכה"ג ולכך מוקי ר"א לחומרא כדי שיהיה ת"ק כהלכתא. אף שנצטרך להגיה בשביל זה כנ"ל. ומוכח שפיר דאביי סבר דחדש אינו בח"ל והש"ס תופס עיקר כוותיה דפשיט דר"א לחומרא מדאביי כנ"ל:

ולמ"ש יש עוד הוכחה ברורה להמקילין. דפריך הש"ס אהא דאמר ר"א אין ערלה בח"ל והתנן אף החדש כו' והוצרך להגי' תני חדש. ולא משני דסברי ר"א לקולא פליג וממילא א"ש לישנא דאף כפשטא כמ"ש וכי מוכרחים ח' דפומבדיתא לסבור כאביי. ואם הפירכא לאביי וסמיך אדלעיל הא משמע דר' יוחנן פליג דלא אמר ר"א כלל אין ערלה בח"ל דהכי משמע לשון הגמ' ואינהו כמאן כו'. גם לא הוי לייט ר"י כל האומר רק מאן דסומך אדר"א וע"כ דסבר ר"י דלא אמר ר"א הכי וא"כ שפיר אביי דסבר לחומרא פליג מצי סבר כר"י. ואינהו ס"ל דלקולא פליג וע"כ דסתם גמ' רוצה יותר להגי' ולאוקמי מלתא דאביי לכ"ע דלחומרא פליג ושיהיה רבנן להיתרא אף שיהיה סתמא דערלה כיחידאי וע"כ משום דהכי ס"ל כנ"ל:

ובענין הסתם שכתב התוי"ט למ"ש הכסף משנה הלכות רוצח דבשני סדרי יש סדר למשנה א"כ הוי כאן סתמא דערלה קודם והלכה כסתם דהכא דבתרא ע"ש ופ"ט דסוטה

שהוכיח דתוס' לא ס"ל כן ע"ש והקשה דברי הרא"ש אהדדי מפסחים פ' כל שעה שפסקו הגאונים כרבנן דר"י דמפרר כו' אף דסתם דתמורה כר"י ובחדש פסק כסתם דיחיד הקודם ע"ש פ"ז דתמורה. והנה דברי הכסף משנה תמוהים לענ"ד דבש"ס סנהדרין ל"ד ע"ב אר"י סתמא אחריני כו' פריך רק מאי אולמא האי סתמא כו' ולמה לא פריך דהא סתמא דנדה בתרא מסנהדרין וכדאמר בשבועות (דף ד' ע"א) להדיא לר"י דבתרא עיקר ע"ש. ומשמע להדיא דגם בשני סדרי אין סדר כנ"ל:

ולענ"ד פשוט דלא קשה לא על הרמב"ם ולא על הרא"ש. דהא בגמ' סנהדרין שם דף ל"ד משני סתמא דרבי עדיף ע"ש אף דלא מצינו חולקים רק דמצינו ברישא היה ר"מ אומר כו' יחידאי וגם ב' סתמי דסותרין אמרינן דהך סתמא יחידאי כר"מ וממילא סתם אחריני כרבים וכן פי' רש"י ז"ל ס' דרבים דהאי ר"מ הוא וכיון דבד"א הדר ר' וסתים כרבנן ע"ש. ותוס' כתבו בכמה דוכתי דהיכא שנזכר המחלוקת בצידו אינו כסתם גמור ע"ש ריש ביצה דף ב' ע"ב שהקשו דהוי סתם ואח"כ מחלוקת שהזכירו בצידו ר"י אומר אם לא כו' ותי' דמ"מ חשוב כאלו סתם ר' שהוא רבים נגד יחיד אבל אינו סתם גמור ולכך הא סתם דמי שהחשיך שבלי מחלוקת עדיף ע"ש וכ"כ כתבו שבת קנ"ו ע"ב ומוכח להדיא בגמ' שם כן. וביבמות פרק החולץ דף מ"ב ע"ב לא חש לקמחי' סתם ואח"כ מחלוקת הוא ע"ש ובתוס'. וכן אמר התם דר"י אמר הלכה כר"י מכלל דיחידאי פליג עליה והתניא כו' דברי ר' מאיר ע"ש אף דבמתני' סתמה רבי מ"מ כיון שכתוב המחלוקת בצידו ר"י אמר כו' לכך אם לא מצינו יחידאי אמרינן מסתמא דהסתם כרבים ואף דמחלוקת בצידו הוי כרבים אצל יחיד אף דלא חשיב סתם גמור. משא"כ כדמצינו יחידאי י"ל דסתמא יחידאי וכשמחלוקת אח"כ גם באותה משנה אין הלכה כסתמא הנ"ל ע"ש. ולכך בזה לא אמרינן סתמא דרבים עדיף דאדרבה ודלא כמ"ש הפ"י. רק כשיש שני סתמות הסותרין ומצינו בברייתא או משנה אחרת דפליגי יחיד ורבים וע"כ אחד יחיד ואחד רבים בזה סתמא דרבים עדיף כדאמר בסנהדרין כנ"ל. וא"כ שפיר פסק הרמב"ם ז"ל בעריפת עגלה דפ"ט דסוטה במשנה סתם ומחלוקת אח"כ בצידו ג' היו יוצאין ר"י אומר ה' ובמשנה פ"ק דסנהדרין פליגי ר"י ור"ש וקי"ל הלכה כר"י. וממילא סתמא דסוטה יחידאי ר"ש ואח"כ מחלוקת ר"י והלכה כמותו אף דאין סדר למשנה. מ"מ אי דסנהדרין קדים צ"ל דהוי מחלוקת ואח"כ סתם ואח"כ מחלוקת ולמה לי מחלוקת הג' הא כבר הוזכר דברי ר"י במחלוקת א' והיה ג"כ הלכה כסתם וכדפריך ב"ב דף קכ"ב. ומוכח דהך דסוטה קדים ומקודם סתם ואח"כ מחלוקת ר"י אומר ה' ואח"כ מחלוקת בסנהדרין להראות דסתמא דסוטה יחידאי ר"ש ושפיר פסק כר"י כנ"ל. והיינו כשהוזכר היחיד אחר דברי

הסתם כמו ב"ב דף קכ"ב רבי יוחנן בן ברוקא אומר ויבמות שם ר"י זה חשיב סתם ואח"כ מחלוקת. וכ"כ רשב"א בתשובה סי' קמ"ד שהשואל רצה לומר דלעולם כה"ג אין הלכה כסתם. והרשב"א ז"ל דחה דאף שאינו סתם גמור מ"מ חשיב כרבים כו' רק אי אשכחן דיחידאי או דמסתבר טעמיה ע"ש. וראיתו כמ"ש תוס' ריש ביצה דאמר בשבת סתם כו' כר"ש מהא דמחתכין כו' אף דאח"כ מחלוקת ר"י אומר אם לא היתה כו' ע"ש. ושם אף דאשכחן ר"ש דיחידאי מ"מ נראה דמוכח דהא מקודם שם סתם להיפוך מטלטלין נר חדש כו' ר"ש אומר כל הנרות כו' כמ"ש תוספות שם ותירצו דהא סתמא דמחתכין בתרא דבמס' אחד יש סדר ע"ש. וא"כ זה הוכחה ממילא דהך סתמא דמותר מוקצה דכר"ש הוא כרבים דאל"ה רק דמחתכין יחידאי כר"ש וחזר ושנה ר"י אומר דהלכה כן צ"ל דמעיקרא סתם כר"י מטלטלין כו' וחזר בו ושנה ר"ש אומר א"כ אם החזרה שיהיה רבים נגד יחיד ועדיין כר"י צ"ל שאח"כ חזר בו וסתם כר"ש מחתכין ושוב חזר בו ר"י אומר לפסוק כמותו. ולכך ע"כ להיפוך דמעיקרא סתם כיחידאי כר"י דמטלטלין כו' וחזר בו ר"ש אומר ולכך סתם אח"כ כר"ש מחתכין לפסוק כמותו וחזר ושנה מחלוקת ר"י אומר שיהיה רבים נגד יחיד להורות דסתם דמטלטלין יחידאי כר"י ומוכח שפיר דסתם כר"ש כנ"ל. וכן מבואר בש"ס נדה ל' ע"ב דת"ק המפלת כו' ר"י אומר כו' וח"א כו' דפריך חכמים היינו ת"ק וכ"ת למיסתמא רישא כרבנן ויחיד ורבים הלכה כרבים פשיטא מ"ד מסתבר טעמי' כו' ע"ש וכתבו תוס' ואע"ג דרישא נמי סתמא מ"מ היה סתם ואח"כ מחלוקת כיון שנזכר אח"כ ר"י אומר. משא"כ שהזכיר בסוף וח"א הוא להיפוך סתם לבסוף ע"ש. וברש"י ז"ל שכתב פשיטא דסתמא דרבים הואיל וסתמא תני' רבי ולא אשכחן יחידאי דאמר הכי דנימא פלוני הוא ע"ש. מבואר כמ"ש לעיל דכה"ג ואשכחן יחידאי אין הוכחה. וכן דוקא שהזכיר סתם מקודם ואח"כ דעת היחיד משום סתם ואח"כ מחלוקת משא"כ להיפוך וחכמים לבסוף הוי סתם גמור דרבים כנ"ל. וממילא מיושב קושית תוי"ט דהרא"ש ז"ל פסחים גבי ביעור חמץ דתנן ר"י אומר כו' וחכ"א מפרר דהוי מחלוקת ואח"כ סתם גמור דרבים הלכה כחכמים אף דסתם דתמורה כר"י מ"מ סתמא דרבים עדיף. דהך דתמורה יחידאי כר"י. משא"כ בחדש במשנה דידן הוי סתם ואח"כ מחלוקת דתני אח"כ בצדו ר"א אומר אף החדש שוב בזה סתמ' דערלה שהוא סתם גמור בלי מחלוקת עדיף כמ"ש תוס' בכמה דוכתי דזה ראיה דרבי חזר בו ושנה דברי ר"א לפסוק כן ולכך סתם לגמרי אח"כ בערלה:

ולכך נראה דבזה עצמו נחלקו האמוראים דלמאי דאמר דסתם דמנחות דעומר בא רק מן הארץ הוא דלא כרבי יוסי בר יהודה רק דחדש בח"ל לאו דאורייתא והא שם ג"כ סתם

בלי מחלוקת וסותר לסתם דערלה ממילא שוב כיון דבמשנתינו פליגי חכמים ור"א כנ"ל שוב סתמא דרבים עדיף והלכ' כסתם דמנחות. דהך דערלה יחידאי כר"א כנ"ל:

סימן כ

בעזה"י שנת תרכ"א סוגיא דהיתר מצטרף לאיסור נזיר ופסחים:

אמר ר"א כו' כל חוץ א' נזיר כו' משרת כו' ופירש"י חצי זית כו' ע"ש. משמע דרוב היתר לא כדאמר בנזיר דנפישא חולין אולם י"ל מטעם ביטול במעורב אבל לרש"י דגם באינו מעורב מ"מ ברוב לא שייך מצטרף דמבואר בש"ס חולין ט"ו ע"ב עור מצטרף לבשר היינו מחצה ע"ש עור משלים הוא מיעוט לרוב ע"ש. א"כ לשון היתר מצטרף ע"כ מחצה כנ"ל. ומנ"ל דילמא לרוב דוקא. והיה משמע קצת דברוב אסור גם בשאר איסורין משלים. ולמה בשלמא לתוס' במעורב י"ל מטעם ביטול להפוסקים דנהפך גם ההיתר להיות אסור ברוב אסור כמו איסור בהיתר. אבל באינו מעורב למה. וי"ל לכאורה כמו בכל הדברים שדנין על דבר אחד אמרינן רובו ככולו אף שהמיעוט קבוע וניכר כמו שחיט' רובו כמוהו ופסוקה. וכלי טמא כו' במס' מכשירין פ"ב ברזל טמא שבללו עם ברזל טהור אם רוב מן הטמא טמא רוב מהטהור טהור. מכבס כסותו ע"ש הרבה כשדנין על כלי א' חשוב כולו ע"ש הרוב. וכן ריש סוכה חמתה מרובה ברש"י ור"ן בטל שמה ע"ש. וא"כ כיון דעל איסור חייבו תורה רק פחות מכזית לא חשיב אכילה א"כ כשאוכל כזית בבת אחת מיעוט היתר ורוב איסור א"כ אכילה זו שהיא כזית שבא ע"י איסור והיתר הולכין אחר הרוב דחשיב אכילת איסור וחייב. וכמו שהיה כל האכילה מאיסור. אולם לכאורה גם במחצה כמו דקי"ל זה א"י וזה אינו יכול חייבין דחשיב כמו כל א' עושה הכל דהא אימעוט ריש שבת בעשותה כולה ולא מקצתה וזה על כל חטאות ל"ד לשבת. ומ"מ בכל א' א"י חשיב עושה כולה גם בשניהם בב"א כמ"ש תוס' שם וכן הכהו י' בני אדם וכל אחד אין כדי להמית פליגי סנהדרין ע"ח:

וכן גבי שור ואדם לר"נ ב"ק נ"ג דהאי כוליה עביד כו' כן י"ל דכיון דבהיתר לחוד אין כדי אכילה רק ע"י איסור והיתר חשיב ככל אכילה ובאין בשאור כדי להחמיץ פסחים כ"ו כו' הוא לענין גורם דמ"מ שניהם גורמים. אבל בהנ"ל ניהו דחשיב גם כן ככולו היתר מ"מ חשיב ג"כ ככולו איסור ויתחייב דהא חצי שיעור מה"ת רק דלא מיקרי אכילה וכנ"ל הא הוי אכילה מהאיסור. ואי שיעורין הלכה למשה מסיני א"ש דההלכה שיהיה כזית איסור כנ"ל:

אך הא מפורש בש"ס דהטעם דאכילה בכזית וכן בשבועה וע"כ דהלכה נאמרה דכל שנאמר אכילה שיעורו כזית ויחשב אוכל. וי"ל ג"כ משום דחשיב איסור חפצא וצריך

להיות כזית איסור אף דלענין האדם העושה חשוב כעושה הכל עי"ז כשלא היה יכול בלא"ה. אך ז"א דגם בשבועה אינו מצטרף. וי"ל משום דענין אכילה הוא ההנאה שע"י אכילה כדבעי חולין סוף פ' גיד הנשה הקיאו כו' הנאת גרונו כו' הרי נהנה בכזית כו' ע"ש. א"כ ניהו דלענין פעולה ומעשה חשוב אינו יכול בלא דבר זה כנעשה הכל עי"ז מ"מ אכילה של הנאה הרי לא נהנה מכזית איסור רק מאיסור עם היתר כנ"ל ומיושב גם על רוב כנ"ל. והיה מיושב שפיר סברת הש"ס בנזיר דליכא למילף מיניה משום דאף חרצן אסור ע"ש ולכאורה אינו ענין חומרא ולהנ"ל א"ש כיון דלא חזי לאכילה כדאמר שבועות כ"ג ואפ"ה אסור אף שאין בו טעם ואינו נהנה א"כ ראוי להיות היתר מצטרף לאיסור דאכילה בלי הנאה הוי כשאר מעשה כיון דלא הוי אכילה רק ע"י האיסור כנ"ל. אך באמת גם ז"א דא"כ גיד הנשה דקי"ל עץ הוא ותורה חייבה עליו יהיה היתר מצטרף מחצה או רוב כנ"ל וע"כ דליתא דכשאמרה תורה לא תאכל חלב הפי' שתהיה כל האכילה מחלב וכה"ג דאל"כ גם זה אחר זה דבכדי אכילת פרס מצטרף א"כ כשאכל קודם חצי זית היתר ואח"כ חצי זית איסור א"כ מה שעושה אכילה הוא רק האיסור ועפ"כ אינו חייב. וכן אכל קודם יוה"כ חצי כותבת ומשחשכה תוך כדי אכילת פרס חצי אף דביטול העינוי היה ביה"כ פטור דצריך שיהיה כל הביטול ביה"כ וכן כל האכילה מהאיסור כמו שאינו חייב על רוב מכזית כנ"ל וכמו באיסורי הנאה באין בזה כדי כו' ונצטרפו כו' דהוי זה וזה גורם ומותר דלא חשיב נהנה מאיסור כיון שגם ההיתר ולא היה כדי בלי ההיתר ג"כ ולהר"ן ז"ל הוא מטעם ביטול א"כ חזינן דמחצה כזה עדיף יותר וגם אין חילוק שם בין מיעוט או רוב וגם דשאור תרומה היה מרובה משאור חולין מ"מ כיון שאין בתרומה לבד כדי לחמץ אין המיעוט בטל לרוב ועדיף ממעמיד דבזה מה"ת לא בטל והוי זה וזה גורם ומותר. כן לענין האכילה ניהו דיהיה נקרא אכילת איסור מ"מ כיון שנקרא אכילת היתר ג"כ אז כיון דבלא"ה לא היה כדי אכילה ממילא מבטל שלא יתחייב באכילה זו משום איסור דלא מיחייב רק היכא דחשוב אכילת איסור לבד כנ"ל: ויתיישב בזה בעזה"י תמיהת תוס' על רש"י דהיתר מצטרף כו' בלא עירוב ועירוב צריך קרא לחוד א"כ לר"א מנ"ל תערובות חמץ מכל דילמא קרא לאינו מעורב ע"ש. ולהנ"ל י"ל דהא לר"א דסבר זה וזה גורם אסור באין בכל א' כו' פ"ב דפסחים א"כ לא שייך סברא הנ"ל וראוי בלא עירב להיות היתר מצטרף כו' כיון דאינו אכילה בלא האיסור כנ"ל. רק ע"כ תי' הב' שכתבנו דבענין אכילה שאני דמ"מ אינו נהנה מכזית איסור כנ"ל וא"כ ר"א לר"נ לעיל דסבר כ"ש נוקשה בעינו בלאו ופירש"י שאינו ראוי לאכילה ע"ש ואעפ"כ חייבו תורה אף דאינו נהנה רק דמיקרי אכילה א"כ ממילא בחמץ לר"א שפיר היתר

מצטרף לאיסור בלאו קרא דכל לר"א וקרא רק לעירוב אתא דלא בטיל כנ"ל. ובהקטרה אף דאין הקטרה בחצי זית מ"מ צריך קרא שיצטרף בלא עירוב דניהו דס"ל לזעירי כר"א דדריש כל אבל מ"מ ס"ל זה וזה גורם מותר כדקי"ל. וצריך עוד קרא לעירוב אבל בחמץ לר"א שפיר לא צריך רק לעירוב כנ"ל. ומיושב ג"כ לעיל דקשה איך דייק מר"א דס"ל נוקשה בלאו ולמ"ש א"ש דאי לא ס"ל נוקשה בלאו איך מוכח דגן ע"י תערובות דילמא בלא עירוב כנ"ל כיון דצריך אכילה בהנאה כנ"ל והוכיח שפיר דס"ל נוקשה בלאו כנ"ל ור"י י"ל דס"ל חילוק אחר בהנ"ל:

עוד י"ל פשוט דלר"א דטעם כעיקר מה"ת בלא"ה שוב אדרבה במעורב סברא יותר דכיון דאסור הכל משום טעם רק לא היה נהפך כו' אמרינן היתר מצטרף לאיסור בחמץ דלקי על כזית משא"כ אינו מעורב דלחודיה קאי אין היתר גמור מצטרף לאיסור. והא בש"ס עביד ק"ו השתא היתר כו' איסור ואיסור כ"ש:

א"כ בהנ"ל כיון דטעם אסור רק לא לקי שוב הוי איסור מצטרף כו' משא"כ באינו מעורב א"כ שפיר בחמץ לר"א אין ללמוד רק היתר מצטרף במעורב לא באינו מעורב אבל גבי הקטרה דל"ש טעם כעיקר שפיר סברא יותר כשהחצי ניכר מכשהוא מעורב:

עוד י"ל דוקא בהקטרה צריך ב' קרא לאינו מעורב ולמעורב. אבל באכילה כיון דהיתר מצטרף דוקא בבת אחת א"כ תמיד מעורב בלעיסה כדאמר בזבחים דף ע"ח פיגול ונותר כו'. ואי בלעו ניהו דקי"ל בלע מצה יצא כו' מ"מ כיון דכרך בסיב לא יצא שאינו נוגע. וא"כ בלע שאינו דרך אכילה וצ"ל דע"י שדחק הוי אכילה וא"כ י"ל כדאמר מנחות נ"ז ע"ב מצד אחד כמאכל בן דרוסאי לאו כלום ע"ש ובהנ"ל כיון דחצי היתר מפסיק א"כ בליעת חצי איסור שלא כדרך ונוגע מצד אחד:

רש"י התחיל חצי זית כו' והיינו צירוף ואח"כ כתב אינו משלים דהיינו מיעוט. וי"ל דבאמת מצטרף וגם חצי כו'. רק כיון דהנ"מ מצרף הוא רק למלקות דחצי שיעור אסור וא"כ הא קי"ל א"א לצמצם וחצי הוי ס' שמא היתר רוב ואינו צירוף אי לא אמרינן כפי' הר"ש פ"ב דחולין דף כ"ח בתוס' ע"ש ולכך התחיל גוף הדין דחצי ג"כ מצטרף מ"מ הנ"מ הוא רק במיעוט אי ישלים כנ"ל:

בנזיר התחיל המפרש בחצי זית ענבים כו' ואח"כ כתב משרת יין ומים. הוא משום דהתחיל באכילה דקי"ל לר"י גם באכילה מצטרף לאפוקי ממ"ד כל רביעית דדוקא משקה כדאמר בסוף הסוגיא. ומ"מ יליף ממשרת משקה דס"ל דאין חילוק:

תוס' ד"ה כמאן כו' שתמהו על רש"י ז"ל א' לפי' חצי זית כו' ואין מעורבין אלא כל א' ניכר לא כאביי וכו' ועוד כרבנן נמי כו' דכי כל כו' ומוקי להיתר מצטרף כו'. ועוד בחמץ

מנ"ל תערובות כו' ועוד דלקמן כו' מעורבין כו'. וי"ל לענ"ד למ"ש הר"ן ריש סוכה ד"ט דהשפיל כו' שמעורב סכך כשר עם פסול והקשה הא קי"ל במחצה סגי ותי' דנראה דה"ט דכל דבר העומד בעצמו ואינו מעורב חשוב יותר ולפיכך אע"ג דאגמריה רחמנא למשה דבפלגא סגי לל"ל הכי אלא כשמחצה המכשיר עומד בעצמו ואינו מעורב אבל מעורב שנתמעט חשיבותו אף שנתמעט ג"כ חשיבות הפסול אינו כלום מאחר שהמחיר נגרע ע"ש:

וא"כ ממש כדבריו לענין מ"ש תורה שחצי המכשיר עיקר כן כאן אי גמרינן דהיתר מצטרף לאיסור בחצי כמ"ש רש"י דהיינו שחצי האיסור הוא עיקר שנקרא האכילה על שמו לחייבו ממילא ג"כ דוקא כשמחצה זית האיסור עומד בעצמו וחשוב שאינו מעורב משא"כ מעורב שבטל חשיבותו ואף דההיתר ג"כ מעורב מ"מ לא מיחייב כנ"ל מאחר דהיכא דהיתר נפיש ל"א לצטרף כדאמר בנזיר אלא מחצה כנ"ל והוא ממש הנ"ל ולכך בעי זעירי כי כל למעורב חצי זית שאור ומצה כנ"ל. וזה שפיר בהקטרה דאינו ענין לטעם כעיקר. אבל באכילה כיון דטעם דאורייתא ולרש"י נהפך כו' רק דבאין כזית לא לקי כמ"ש תוס' נזיר ד"ה וכזית כו'. א"כ עדיין החצי זית אסור בעין וניכר ולא בטל חשיבותו כלל ע"י שמעורב ואין חילוק כלל. ומיושב דמנ"ל לר"א בחמץ עירוב ולמ"ש לא קשה כיון דס"ל טעם כעיקר אין חילוק כלל כנ"ל. ומיושב ג"כ דלרבנן א"ל כנ"ל כיון דס"ל טעם כעיקר ל"ד כמ"ש רש"י בסוף סוגיא מדפליגי בכותח. ומ"מ כזית כדי אכילת פרס דאורייתא. ומנ"ל הא כיון דטעם אינו מה"ת שוב מנ"ל כזית מעורב אף במחצה כיון דבטל חשיבותו וכמ"ש תוס' נזיר ד"ה כזית אף דמתני' כל אוכלין מצטרף היינו בעינו לא מעורב. וע"כ דס"ל דאין חילוק א"כ שובל א נוקי שאור כו' לחצי זית מצטרף רק אדרבא מעורב יש סברא יותר כדאמר בחטאת כנ"ל:

עוד י"ל דהא קשה כמ"ש לעיל דילמא רק ברוב איסור משלים מנ"ל חצי דמצטרף. וצ"ל דאין חילוק כיון שניכר ולא בטל גוף הדבר ורק לענין כל האכילה או הקטרה שהוא בכזית שיהיה בטל לגבי הרוב ושוב שייך כמ"ש בעה"מ על כותח כו' דלא בטל כיון שהוא גוף הדבר שנעשה משלשה המינים פת ומלח כו' לא שייך ביטול מה"ת ועדיף מן דבר המעמיד ע"ש כיון שלא היה זה בלא זה חשיב המיעוט כמו הרוב. וא"כ ברוב זית איסור כנ"ל ומיעוט היתר מ"מ כיון שגוף הדבר לא בטל דניכר. ולענין חיוב שהוא כזית הוא ע"י האיסור וההיתר דע"י שניהם חשיב אכילה והקטרה והוי המיעוט כהרוב כנ"ל ושפיר אין חלוק בין חצי לרוב. וא"כ י"ל גבי מעורב ניהו דשייך ג"כ כנ"ל דלענין השיעור כזית לא בטל מ"מ גוף הדבר בטל שאינו מיסוד הדבר ולכך בעי קרא עירובו מנין

כו'. משא"כ ר"א בכותח שהחמץ מיסוד הדבר כמ"ש בעה"מ ולא בטל גוף הדבר שוב שוה למחצה וא"צ קרא. משא"כ רבנן דפליגי בכותח ולא ס"ל כנ"ל שוב לא ס"ל היתר מצטרף גם בניכר דמ"מ לענין השיעור כזית בטל לגבי רוב איסור ושוב מנ"ל מצטרף מחצה דילמא רק משלים כנ"ל:

רש"י ז"ל דחה גי' וכל משרת כו' דא"כ מה פריך האי מבעיא משרת לטעם כעיקר וא"א לימא ליה טעמא דידי מוכל כו'. ולענ"ד די"ל דפריך א"כ איך יליף טעם לכל התורה מנזיר הא כיון דהיתר מצטרף בנזיר מוכל משא"כ בכל איסורין שוב איכא למיפרך על טעם מה לנזיר דחמיר דהיתר מצטרף לאיסור משא"כ שאר איסור כנ"ל:

תוס' ד"ה לענין כו' הקשו הא ביומא דריש ר"י מכל חלב דחצי שיעור אסור מה"ת ואור"י דלא דריש רק לאיסור לא למלקות ע"ש. ותמוה לי דלא דריש כלל התם מכל חלב רק מסברא דחזי לאיצטרופי אלא דתוס' לטעמייהו שהקשו שם למ"ל הסברא לילף מכל חלב ותי' דע"י הסברא יליף ע"ש ואינו מובן גם תמוה דהתם. דבברייתא מוכח איפכא דצריך לרבות גם שאינו בעונש כו' כגון חצי שיעור דמ"מ ישנו באזהרה. ואי חצי שיעור מותר מה"ת איך יליף מוכל כו' וע"כ דבכל איסורין חצי שיעור אסור מה"ת משום חזי לצירוף כנ"ל רק בחלב ס"ד כיון דתלתה תורה כי כל כו' דוקא כשיש עונש מוזהר אבל כשאין עונש דהיינו חצי שיעור וספק אין אסור כלל ת"ל כל דגם שאינו בעונש הוא מ"מ מכלל האיסור ככל חצי שיעור בכל איסורין וככל ספק שהוא ספק איסור. ממילא מוכח מברייתא זו בחצי שיעור אסור מה"ת דאל"ה מאי קאמר יכול חצי שיעור כו' הא אמת כן שאינו באזהרה וע"כ דאסור מה"ת אבל לא דמוכח מקרא דוכל כנ"ל. רק להשוותו לשאר איסורין. וכה"ג כ"ע דרשי כל כמ"ש תוס' ד"ה מאן כו'. וכן משמע דאי מכל חלב נילף חצי שיעור מנ"ל באיסור קל מחלב. לאו עשה וכה"ג וע"כ מסברא כנ"ל:

ועוד דא"כ נימא כל דחמץ ג"כ לרבות חצי שיעור לאיסור ויהיה ב' כתובין הבאין כא' לענין איסור חצי שיעור ואין מלמדין. ומוכח דמסברא אמר דחצי שיעור אסור מה"ת וא"צ קרא וי"ל מ"ש תוס' ישנים יומא דע"י הסברא ילפינן מקרא דכל חלב. הוא משום דכ' תוס' ד"ה מאן דכ"ע דרשי כל רק דלא דרשי כשהוא נגד הסברא כמו עירוב כו' ע"ש וא"כ שפיר אמר הש"ס טעמא דר"י דחצי שיעור אסור מה"ת משום חזי לאצטרופי. דאל"ה הוי דרשינן גם כל דחמץ לאסור חצי שיעור והיה ב' כתובים ואין מלמדין. ולכך אמר דסברא דחצי שיעור יהיה אסור מה"ת דחזי לצירוף. וא"כ י"ל דלא דרשינן מה"ט כל דחמץ לחצי שיעור ועי"ז יהי' אין מלמדין ויהיה בכל איסורין חצי שיעור מותר. וזה נגד

הסברא ומה"ט לא דרשינן כל לחמץ לחצי שיעור ושפיר יליף מכל דחלב לכל איסורין משום הסברא לצרף:

בתוס' יומא הניחו בקושיא למה יליף ר"י מכל חלב חצי שיעור רק לאיסור ובחמץ למלקות ע"ש דתחילה כתבו דס"ל לר"י כר"ש דכ"ש למלקות ואח"כ דחו ע"ש. ואינו מובן דלא שייך כלל לומר חצי שיעור למלקות דהא כ' כל חלב לא תאכלו דהוא כזית ואיך נימא הריבוי דכל למלקות בין חצי שיעור לשיעור וע"כ דפי' הלאו אכילה כזית ורבי כל דגם חצי שיעור אסור. וכאן להיתר מצטרף לאיסור דחשיב אכילה שייך דמרבי כל מקצת מאכילה זו שלא איסור כדאמר פסחים ס"א ע"ב דבעי למימר מכל ערל כולו ערלה ופריך ר"א ממאי דכל כו' דילמא וכל ערל משמע כל דהו ערלה כו' וע"ש בתוס' דפלוגתא דתנאי כה"ג גבי הכהו כו' ובבכור כו'. וי"ל כוונת תוס' משום דאיכא עונש כרת דמודה ר"ש. וי"ל דמרבי כל חצי שיעור למלקות או כדאמר לעיל גבי חלב א"ל אלא תמימים כו' כל ומרבי להשוותם:

ובפשיטות נראה דר"י יליף מקרא דמשרת דפי' היתר מצטרף ומוכח דלא אתרבי חצי שיעור רק לאיסור לא למלקות דאל"כ ל"ל צירוף כדדייק בש"ס לר"ש שבועות כ"א ע"ב. וא"ל דנזיר קיל ולא ילפינן מכל חלב דהא ע"כ לר"י ילפינן כל איסור מחלב אף דקילי וע"כ לשיטת תוס' גילוי מלתא בעלמא הוא דע"י דחזי לאצטרופי אסור שוב כן בכל איסור וממילא גם בנזיר ומוכח ממשרת דרבי מכל חלב רק לאסור דא"ל דיהיה שניהם למלקות ויהי' ב' כתובים דא"כ לא נדע איסור כלל בשאר והוא נגד הסברא כנ"ל:

א"ל אביי וכל איסורין שבתורה אין היתר כו' המקפה כו' מקום מגעו אמאי פסל כו' וזר לוקה כו'. תוספות הקשו כמה קושיות דהשום בעין מדתני במקצתן ע"ש ועוד או יפסל כולה כו' כמו מדומע ותי' אינו מובן כיון דאינו כביצה מה מהני הואיל ולוקה בכזית. וכן ק' ד"ה לאו הואיל ואי מלקט שתי' דאין דרך אכילה בכך אינו מובן למה אין דרך:

ולענ"ד נראה דהא קשה עוד הא לטעמא עביד ולא בטל כלל דריש חולין גבי תערובות דמאי אמר שאני שום ותבלין דהוי כבעין ע"ש. עוד קשה ברישא דמקפה תרומה ושום חולין למה בנגע בשום נפסל המקפה ובזה ב' חומרות דהא נגע בחולין ואין טבול יום פסול שניכר ומה יבטל. ועוד דאף שהיה תרומה מבואר חגיגה כ"ג הכלי כו' צירוף לקודש ולא לתרומה. ולכך נראה דענין ביטול זה הוא כמבואר לקמן מ"ה בצק בסדקי עריבה דכשעשוי לחזק בטל לעריבה אף דראוי לאכילה כמ"ש תוספות שם כופת שאור יחדו לישיבה דמבטלו מתורת אוכל שבטל שמו ממנו ואיכא ב' לישני התם חד דדוקא פחות מכזית אבל כזית חשיב ולא בטל אף שעשוי לחזק ולחד לישנא כזית ג"כ בטל

בעשוי לחזק ופחות אף שאין עשוי לחזק ע"ש. וכן בית שסיככו בזרעים דבטל מלקבל טומאה וכן שתלי תרומה כו'. א"כ י"ל דשום דעבידא לטעמא של המקפה עדיף משאר מדומע לגבי טומאה כמו עשוי לחזק בעריבה דמבטל שם עצמו ממנו ונעשה כעריבה כן בטל שמו ונקרא ע"ש המקפה והוא חולין. ואף דשם נעשה כלי וכאן גם זה אוכל מ"מ מה בכך הא חזינן דבתרומה וכה"ג חמיר מינו מאינו מינו כמ"ש תוס' חולין צ"ט ושאר דוכתי דדוקא במינו צריך ק"א מקרא דמקדשו ממנו ובאינו מינו סגי בס' וכן דבר שיש לו מתירין דלא בטל במינו כ' הפוסקים הטעם דבמינו נקרא שמו דהא ניתוסף כמ"ש הר"ן נדרים נ"ב משא"כ אינו מינו בטל שם האיסור לגמרי רק בנותן טעם מורגש טעמא ואסור משא"כ כשאין טעם בטל יותר באינו מינו ממינו. וגם קי"ל כרבא דבתר שמא ובאינו שוה בשמא בטל משום דבטל שמו ממנו ונסתלק האיסור כנ"ל. ואביי דאזיל בתר טעמא היינו לאכילה משום טעם כעיקר כנ"ל. אבל לא לשאר דברים כמ"ש הר"ן ע"ז דף ע"ד דלענין אסור הנאה שאינו מטעם לא אסרינן משום טעם כעיקר ע"ש. א"כ לענין הביטול מלקבל טומאה באינו מינו כמו שום במקפה עדיף מה דעביד להטעים המקפה כמו עשוי לחזק הנ"ל דבטל שמו אף שניכר ונק' ע"ש המקפה דחולין ואין טבול יום פוסל. ולכך י"ל אף דבשאר מדומע פליגי אי פוסל הכל היינו משום דמדומע במינו ולא בטל שמו. וכן באינו מינו ואינו עשוי לחזק כנ"ל. משא"כ בשום כנ"ל. ומשני הואיל וזר לוקה בכזית דלאכילה אדרבה משום דלטעמא עביד לא בטל ושוב הוי כזית דחשיב ולא בטל גם שעשוי לחזק כנ"ל. וממילא פוסל כנ"ל. ואמר ה"ד הא אין כזית במקום א' לאו משום דהיתר מצטרף לאיסור והיינו כדאמר לקמן מ"ו בפסח דאיסורו חשיב מצטרף ופרש"י דאיסור כו' הואיל וכזית הוזכר להחשיב לענין איסור חמץ דלא בטל לעריבה כו' לענין טומאה נמי לא בטיל כו' ומצטרף כו' ע"ש כן בהנ"ל כיון דהיתר מצטרף לאיסור ואותו קליפה מהבשר שהשום מפוזר עליו יצרפו לכזית ולא בטל להמקפה כיון דאדרבה ההיתר בטל לאיסור. ועוד דהוי כחוט בצק לקמן וס"ד דהחצי זית היתר שמצטרף וזה לא בטל שהוא מינו כנ"ל. ודחי דלמא משום דאיכא כזית דכדי אכילת פרס דזה חשיב כזית במקום א' לענין אכילה ושוב חשיב ולא בטל גם לענין טומאה כנ"ל. ומיושב ק' תוס' דנימא הואיל אם ילקט כזית שום כו' דזה אינו מועיל כלל מה שאם הי' מצרפין היה כזית מ"מ עכשיו אין כזית במקום א' ובטל כנ"ל. וכן לשון רש"י ז"ל דיש שם תרומה עלה הלכך לגבי טומאה נמי שם תרומה עלה ע"ש. משמע כמ"ש דקושית הש"ס מטעם ביטול שם תרומה כנ"ל. ופי' ר"ת משום פחות מכביצה אינו מובן מה מהני כזית כדי אכילת פרס הא כזית גמור דלקי ומ"מ אינו מקבל טומאה. ובנזיר פי' תוס' הואיל וגורם דליחשב

אכילת השום אכילה על ידי המקפה מצטרף לכביצה וכ' שהוא גמגום. וכן היתר מצטרף ללקות כזית למה יועיל לכביצה וי"ל דהא כיון דע"י המקפה ראוי השום לאכילה הוי יד דקי"ל חולין קט"ו דמצטרף לכביצה. אך שם מיטמא ג"כ ומצטרף. משא"כ הכא דלא מיטמא מ"מ הוי חולין דהמקפה הוי אוכל בפ"ע ועוד דהא לא פסל אלא מקום מגעו וא"כ השיעור שנפסל אינו כביצה. גם י"ל דפריך לרב דס"ל שם אין יד לפחות מכזית ע"ש. ומשני הואיל וזר לוקה כו'. ומשום היתר מצטרף. וא"כ אותו חצי זית היתר וכה"ג דמצטרף ללקות ויש כזית שוב עד כביצה נעשה יד דלכזית יש יד ומשני משום כזית כדי אכילת פרס כנ"ל וחשוב יד וצירוף. ולמאי שפי' תוס' כאן א"ש דפריך מכח תרווייהו דהוי פחות מכביצה ואינו מקבל טומאה מה"ת רק מדרבנן ובדרבנן ראוי לבטל ברוב ולא יפסל גם מדרבנן וע"ז משני הואיל וזר לוקה בכזית והוי צירוף ולא בטל או משום כזית כדי אכילת פרס שוב גם לענין טומאה לא בטל ופסול מדרבנן. אבל שם בנזיר הקשו תוס' דלמא פסול מ' מגעו דרבנן דגם פחות מכביצה. ותירצו דמשמע פסול מה"ת ע"ש וקשה כנ"ל. גם לפי' כאן קשה מנ"ל להקשות מסברא זו דבדרבנן ראוי ליבטל אף שניכר טפי מאלו היה מה"ת:

וי"ל בדהוי גוש א"כ מ"ש כביצה דחשוב הכל א' רק כיון דפסול רק מקום מגעו וזה אינו כביצה וכיון דהשאר טהור אינו צירוף ולכך משני כיון דהיתר מצטרף למילקי זר עלה שוב חשוב צירוף גם לענין כביצה דטומאה דכל חצי זית מהמקפה ראוי להצטרף עם השום למלקות וכן כזית בכדי אכילת פרס דכל הג' בצים מצטרפין ולא קשה קושיות תוס' הואיל ואם היה מלקט כזית שום לוקה דמה יועיל זה לענין כביצה:

וכזית כדי אכילת פרס דאורייתא ותמהו תוס' נזיר הא משנה מפורשת אכל וחזר ואכל אם שהה כדי אכילת פרס כו' ע"ש שתי' ר"מ. גם הקשו הא אביי א"ל טעם כעיקר ע"ש. ונראה לפרש דהא מרש"י ז"ל משמע דטעם כו' נהפך היתר להיות אסור וחנ"נ מה"ת. ולרוב הפוסקים אינו אסור רק הטעם וא"כ למ"ש תוס' דהיתר מצטרף לאיסור הוא דוקא במעורב כדיליף מחטאת שיבלע כו'. יש לפרש דהיינו דקשיא לאביי ובכל איסורין אין היתר מצטרף היינו אף שנבלע טעם ואסור משום טעם כעיקר מ"מ אין היתר מצטרף שיתחייב באוכל כזית מהיתר שיש בו טעם איסור שמעורב יותר משאר תערובות ודייק ליה מדאמר ר"י בכל כו' אין היתר כו' אלא נזיר מוכח דבשום אופן אין מצטרף גם בטעם כנ"ל. והקשה ממקפה כו' דשום נותן טעם במקפה ולכך זר לוקה בכזית עם ההיתר דנהפך כו' וחשיב צירוף גם לביצה כו' ודחי דאיכא כזית כדי אכילת פרס ופריך וכזית כדי אכילת פרס דאורייתא היינו אי לא נימא טעם כעיקר דנהפך כו' לא היה כלל כזית

כדי אכילת פרס מה"ת דהממש בטל ברוב באינו מינו כמו מינו והוי כמו טעמו ולא ממשו דאין לוקין. וע"כ רק משום דנהפך כו' וכה"ג שיש טעם מצטרף היתר ואיתעבד כוליה איסור. רק לס"ד לא הוי אמר משום נהפך רק בכה"ג שמעורב ויש בו הטעם מצטרף היתר לאיסור ולוקה בכזית ולא שייך בטול. ומיושב דלא קשה לאביי ממתני' דגם הוא ס"ל ודאי דכזית כדי אכילת פרס מה"ת גם במעורב אלא היכא דאסר משום טעם כנ"ל א"ל אין כו' ואמר א"כ אמאי פליגי רבנן עלי' דר"א בכותח. היינו בשלמא לדידי א"ש דבכותח אין טעם רק קיוהא כמ"ש הטור תמ"ב וממילא גם שיש כדי אכילת פרס בטל. משא"כ לדידך דאף אי טעם אינו כעיקר מ"מ כזית כדי אכילת פרס אסור פריך אמאי פליגי ומשני דליכא בכותח כזית כו' וכגי' תוס' דלא גרסי אלא מאי ע"ש:

ומיושב דפריך מב' קופות כו' דתמהו תוס' הא במינו בטל ברוב ע"ש. ולמ"ש א"ש דהיינו דקשיא ליה אי כזית כדי אכילת פרס מה"ת אף בלא טעם כעיקר אין חילוק בין מינו לשאינו מינו. וע"כ משום דכשיש טעם היתר מצטרף ולכך במינו בטל כנ"ל. ואח"כ פריך דלמא לטעם כעיקר היינו לא משום מצטרף רק דנהפך ונעשה כולו איסור ומדויק לשון רש"י ע"ש. עוד י"ל דס"ד דאביי משום דהיתר מצטרף כו' מהני לצירוף כביצה ג"כ. וא"כ כזית בכדי אכילת פרס אי לא לקי רק באוכל כל הכזית המעורב אינו ענין שיצטרף עי"ז לכביצה דלא מטעם צירוף לקי. רק הוא דחה כד' ר"ח כהן דכשיש כזית כדי אכילת פרס נהפך כו' ולקי על כזית מתערובות זה ושפיר חשיב להצטרף וע"ז תמה אביי וכי כדי אכילת פרס דאורייתא להתחייב על כזית ממנו. ופריך א"ה אמאי פליגי בכותח דלדידי א"ש דפליגי בכזית מהתערובות לר"א לקי דרבי עירובו כו' אבל לדידך לא קיל חמץ מכל איסור. ושני דה"ט דכזית כדי אכילת פרס לקי בכזית דבחצי שיעור אף שנהפך היתר ה"ל כאיסור דאינו במלקות ואין הנאסר חמור כו' משא"כ כזית כדי אכילת פרס דלקי כשאוכל הכל נהפך היתר כו' לאיסור חיוב מלקות ללקות על כזית. משא"כ כותח כדמשני דבטלה דעתו כו'. ושוב אינו נהפך ללקות כנ"ל. ופריך ג"כ אח"כ שפיר ממינו ג"כ כיון דס"ל טעם כעיקר לא לקי רק כזית כדי אכילת פרס כו' נהפך כנ"ל ולמה הא מה דלא בטל באינו מינו הוא משום כיון דנעשה כולו איסור לא שייך בטול כמ"ש רש"י וכיון דמשום הטעם לא לקי הוי כנתערב איסור שיש מלקות באיסור שאין מלקות דהיה בטל לענין חיוב מלקות וממילא ע"כ בלא טעם מורגש נהפך בכזית כדי אכילת פרס וא"כ גם במינו כנ"ל. לשון רש"י ז"ל משמע דתמה וכזית כדי אכילת פרס כו' אי בכלל שעורין דהלכה למשה מסיני ע"ש. ותמוה הא מפורש במשנה דמצטרף כדי אכילת פרס. וי"ל דוקא שלא אכל דבר אחר רק חצי זית חלב ותוך כדי אכילת פרס ג"כ

חצי וכה"ג שפיר מצטרף דע"י צירוף זה אכל כזית שהוא דרך אכילת אדם. אבל אכל חצי זית חלב ואח"כ חצי זית שומן ואח"כ חצי זית חלב הכל תוך כדי אכילת פרס י"ל דלא מצטרף דהא נצטרף עם החצי זית היתר ונעשית אכילה א'. ודומה לזה בזבחים ל"א חצי זית חוץ לזמנו ח"ז חוץ למקומו ח"ז חוץ לזמנו ע"ש א"כ ממילא במעורב אינו מצטרף דהא אכל כזית קודם שאוכל חצי זית הב' של איסור. וזה י"ל כוונת רש"י אי הלכה למשה מסיני ככל שיעור וממילא מצטרף או הטעם דביותר מכדי אכילת פרס אין דרך אכילה א"כ בהנ"ל י"ל דלא מחייב כנ"ל:

או י"ל כוונת רש"י להיפוך דאי משום אין דרך אכילה א"כ במצורף עם היתר יהיה חייב גם ביותר מכדי אכילת פרס דהא אוכל כדרך אכילה וע"כ לומר דמשום שההיתר גורם שיהיה בדרך אכילה ע"כ פטור. א"כ שוב גם במקפה ושום אף שיש כזית כדי אכילת פרס מ"מ השום לבד אינו דרך אכילה כמ"ש תוס' רק ע"י המקפה ולמה פוסל כנ"ל. ואם הוא משום הל"מ ככל שיעורין לא קשה דשפיר ביותר מכדי אכילת פרס לא מצטרף מצד עצמו לא משום גורם כנ"ל ולא קשה ממשנה הנ"ל דמצטרף כדי אכילת פרס דגם לאביי כן ומדויק ל' רש"י ז"ל:

עוד י"ל לרש"י ז"ל דס"ל דוקא באוכל מתחלה מעט על דעת שיאכל עוד וישלים לכזית בזה מצטרף משא"כ בנמלך שאכל חצי זית שלא יאכל עוד ונמלך והשלים אח"כ תוך אכילת פרס י"ל דלא מצטרף כלל כמו לברכה דחשיב נמלך כאכילה אחרת. דבשבת בעביד עקירה והתרו בו שלא יעשה הנחה פטור ממיתה דצריך להיות מזיד והחיוב בכל האיסור וכן בזורק ע"ש. וכן אוכל חצי זית שוגג ואח"כ השלים מזיד דפטור. כן בהנ"ל חצי זית א' שיהיה ע"ד שלא לאכול עוד אינו בכלל חיוב העונש ושוב הוי רק חצי שיעור אח"כ ודמי להא דשבועות כ"ג הפריש קרבן ע"ש א"כ י"ל במשנה כריתות י"ג סתם דמצטרף היינו לכרת או קרבן כיון שהיה באמת דעתו להשלים אבל למלקות הוי תמיד ספק דא"א להתרות שמא היה מתחלה דעתו שלא לאכול עוד. ואף דאמר שדעתו כו' י"ל דלא מהני כיון דאין אדם משים עצמו רשע דקי"ל ספק א"א הוכיח סופו כו' וממילא י"ל דכה"ג אוכל חצי שיעור על דעת שלא להשלים אינו מה"ת כלל דלא חזי לאיצטרופי כנ"ל שיהיה פטור אף שישלים. רק באוכל חצי שיעור על דעת לאכול כנ"ל. ותמה אביי שפיר על הא דאמר הואיל וזר לוקה הא למלקות לא יצטרף כה"ג גם שהוא כדי אכילת פרס. וא"ש דפריך וכזית כדי אכילת פרס דאורייתא. הא גם בלי צירוף הוי מה"ת דקי"ל כר"י דחצי שיעור מה"ת והוי ליה למימר וכי לוקין על כדי אכילת פרס. ולמ"ש א"ש דאי לא לקי כנ"ל שוב גם איסור דאורייתא ליכא בלא אכלו על דעת להשלים דלא חזי לצרף

כנ"ל והוצרך לומר זה שאינו מה"ת דשייך א"א משים עצמו רשע גם שאמר בשעת אכילה ראשונה דחצי שיעור שדעתו לאכול עוד. דאי כן רשע מה"ת על החצי שיעור. ואי אין דעתו מותר מה"ת כנ"ל עוד י"ל למה דבש"ס כריתות ט"ו דבעי קצר וקצר לר"א כו' משום דא"א לערב כו' מחלק וחשיב שנים משא"כ קצר כגרוגרות וחזר וקצר כו' כיון דאפשר לערב ב' גרוגרות כא' אינו חייב אלא א' כו' ואינו מחולק אף שעשאן זה אחר זה ע"ש. כן י"ל בהנ"ל באינו מעורב ואוכל מעט מעט כזית כדי אכילת פרס שפיר חשיב אכילה א' כיון דהיה אפשר לערב ולאכול כל הכזית בבת אחת כמו התם בקצר כו'. משא"כ אם מעורב הכזית איסור בג' ביצים היתר דאין בית הבליעה מחזיק יותר מכביצה. וכיון דא"א לערב ולאכול הכזית איסור בבת אחת שוב מחולקין האכילות ולא מצטרף כלל.

ומיושב ג"כ דכה"ג אין חצי שיעור מה"ת דלא חזי לצירוף כנ"ל כיון שהוא מעורב:

גם תוס' נזיר פי' דמעורב מספקא ליה ע"ש רק משמעות דבריהם מצד ביטול והקשו מטעם כעיקר ע"ש. ולהנ"ל א"ש. וגם לתוס' י"ל דשוב גם מה"ת אין איסור כיון דלא מצטרף במעורב. די"ל במעורב בטל חשיבותו ול"ד לבעין וניכר כמ"ש הר"ן בסוכה כמ"ש לעיל וי"ל דאין בזה הלכה למשה מסיני להתחייב להצטרף:

ב' קופות כו' תולין תרומה כו'. ותמהו תוס' דגם אי היתר מצטרף קשה אמאי תולין. וי"ל פשוט למ"ש תוס' יבמות פ"ב דנוקי אחזקת היתר שלא נאסר החולין ע"ש. וי"ל דהגם דאיתרע החזקה כיון שנפל לתוכו וא"י מה מ"מ מה"ת מוקי אחזקה אף דאיתרע. רק מדרבנן ושוב הוי כרבו דתולין. אך י"ל דלענין האיסור כזית בכדי אכילת פרס לא שייך החזקה כלל דאין אנו אוסרין כלל החולין ונשארו מותר כחזקתן רק התרומה שנפל באיסורו עומד וע"ז אין חזקה כלל. ונראה דזה כוונת תוס' שם ד"ה שתי קופות שכ' דל"א כולי האי אוקי חולין אחזקייהו דמה שנפל בקופה חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר ע"ש. א"כ דייק אביי שפיר דאי משום היתר מצטרף כנ"ל שפיר אוקי החולין אחזקייהו שלא נאסרו בצירופם עם מה שנפל לתוכו כמו שהיה קודם ומה"ת מותר ובדרבנן תולין משא"כ אין כזית כדי אכילת פרס כנ"ל. עוד י"ל גם דנימא קצת חזקה שייך גם אי נאסר מחמת התערובות איסור. וגם אפשר דמשום היתר מצטרף ג"כ ליכא חזקה דמעולם הי' ראוי' להצטרף לאיסור אף שהוא היתר מכל מקום לפי משמעות לשון תוס' יבמות הנ"ל משמע כמו הדין שנסתפקו בתשו' גאונים בתראי הנ' מו' העשיל ז"ל ובעל ח"מ בנטל מקצת בהמה ופירש וחצי קבוע. אי מאחר שהבהמה א' הוא אסור הכל או מותר הכל דהרוב מכריע או מקצת אסור ומקצת מותר. וכן בהנ"ל שהיה קופה של חצי סאה ונפל לתוכו רביע מהם וספק אי תרומה אי חולין. יש כאן חצי סאה דשייך לאוקמי אחזקה

שנפל לתוכו חולין ולא נאמר לרביע סאה יש דאין לו חזקה א"כ א"א להתיר מחמת החזקה דהא יש כאן חלק שאין חזקה ואינו ניכר איזהו והוא כדמסקי הפוסקים שם דמה שהיה מותר כו' ואין א' מכריע להב' והיכא דרבו עלייהו היתר שם גם בהנ"ל בטל ברוב אותו המיעוט שאין החזקה ברוב שיש חזקה וממילא מותר אף דצריך מאה וא' מדרבנן. י"ל דזה הרוב הוי כמו רוב דסנהדרין דהא הרוב אומר שאין כאן מיעוט איסור כלל כיון דהרוב מוקמינן אחזקה שנפל חולין לתוכו כנ"ל רק המיעוט אומר להיפוך ורוב כזה גם בתרומה מהני. רק בלא רבו י"ל כנ"ל דהא מחצה אין לו חזקה ואינו ניכר ממילא אסור. וא"כ י"ל דעכ"פ לא שייך היתר מצטרף לאיסור כה"ג כיון דלפי מחצה היתר יש חזקה שאין כאן איסור כלל א"כ א"א למחצה היתר זה שיהיה מצטרף לאיסור דהיתר זה הוא היתר בחזק' שאין כאן איסור גם מה שנפל לתוכו רק מטעם כזית כדי אכילת פרס שפיר חייב דבזה שדנין רק על מה שנפל לתוכו וזה אין לו חזקת היתר ואסור מספק כנ"ל:

ואי אמרת כזית בכדי אכילת פרס דאורייתא אמאי א' שאני אומר כו'. תמוה כיון דקי"ל חצי שיעור אסור מה"ת א"כ אין ספק דעכ"פ אסור מה"ת גם אי כזית כדי אכילת פרס לאו דאורייתא שאינו מצטרף כמ"ש רש"י הוא דאין לוקין שאין כאן אכילת כזית אבל חצי שיעור יש כנ"ל. וצ"ל דכיון דלא מצטרף הן לפירש"י גם איסור לחוד ג"כ לא שייך חזי לאצטרופי באוכל פחות מכזית ויהיה ממילא חצי שיעור מותר מה"ת. וגם לפי' תוס' משום דמעורב לא מצטרף ג"כ במעורב אינו אסור כלל מה"ת חצי שיעור איסור שיש בתערובתו שאוכל בבת אחת דהא אכילה זו לא חזי לאיצטרופי דגם שיאכל אח"כ תוך כדי אכילת פרס איסור בעין לא יצטרף עם חצי שיעור שאכל מעורב כיון שהדין דאכילת איסור מעורב אין בו צירוף רק כשאוכל הכזית פעם א'. וא"כ לא חזי לאצטרופי ויהיה מותר מה"ת אכילת חצי שיעור מעורב עם היתר ודייק שפיר אי כזית כדי אכילת פרס דאורייתא כנ"ל:

וא"כ מיושב ג"כ תמיהת תוספות מה חילוק בין היתר מצטרף כו'. גם הא ע"כ ברבו ובטל מה"ת ברוב גם אי בכדי אכילת פרס מה"ת. ולמ"ש הא קי"ל דבר שיש לו מתירין לא בטיל וכ' הר"ן פ"ב דפסחים דלרמב"ם ושאר פוסקים הטעם בחמץ דהוי דבר שיש לו מתירין ואף אם יהיה אסור מדרבנן מ"מ כיון שהאיסור תורה יש לו היתר אחר הפסח חשיב דבר שיש לו מתירין ולא בטיל ע"ש. וא"כ אי נימא דכזית כדי אכילת פרס דאורייתא וכששוהה מעט יותר שאין כזית בכדי אכילת פרס אינו אסור מן התורה כנ"ל א"כ הוי דבר שיש לו מתירין גמור דכששוהה מעט באכילתו שלא יהיה כזית בכדי אכילת פרס לא יהיה אסור מה"ת א"כ לר"ל דחצי שיעור מותר מה"ת וכזית כדי אכילת

פרס דאורייתא ממילא אף במינו ורבו וגם ספק דרבנן מ"מ אסור לאכול כשיהיה ס' כזית בכדי אכילת פרס דבדבר שיש לו מתירין גם ס' דרבנן לחומרא כנ"ל. וא"כ דעכשיו ניהו דבעינו ס"ל לאביי דמצטרף רק בתערובתו כמ"ש תוס' נימא דכל שאינו כזית בכדי אכילת פרס מותר מה"ת וכשיש כזית כדי אכילת פרס אסור מה"ת שוב גם שרבו חולין והוי ס' דרבנן מ"מ למה תנן סתמא שאני אומר כו' ומותר לאכול אף שיהיה כזית כדי אכילת פרס תרומה בחולין הא הוי דבר שיש לו מתירין שישהה באכילתו מעט שלא יהיה כזית כדי אכילת פרס ויהיה מותר מה"ת ואף דמדרבנן יהיה אסור בלי ביטול מ"מ הוי דבר שיש לו מתירין כנ"ל. ומדויק אמאי אמר שאני אומר כו' דהיינו שמותר כמו חולין כנ"ל. ומיושב דאי כזית כדי אכילת פרס ל"ד רק היתר מצטרף אין חילוק בין שוהה או לא דאסור מה"ת ושוב במינו בטל כנ"ל:

אך יש לדחות דהא משהו הראשון מאיסור שאוכל בתערובות לא הוי דבר שיש לו מתירין דאין חילוק בין עכשיו לאח"כ וא"כ שוב רק אכילה דאח"כ שאוכל בלא שהי' הוי דבר שיש לו מתירין והא כבר נתבטל משהו ראשון ושוב לא מצטרף עם אכילה דאח"כ ואף דיש לו מתירין וכמו אם אכל חצי זית בתערובות רוב שאין לו מתירין ואח"כ חצי זית בתערובות שיש לו מתירין כנ"ל ושוב נעשה זה אכילה ראשונה ומותר גם אח"כ תוך כדי אכילת פרס שגם זה לא מצטרף דלא היה כלל דבר שיש לו מתירין כיון דלא מצטרף עם אכילת משהו ראשון גם זה אין חילוק בין עכשיו לאח"כ כנ"ל:

מ"מ נראה די"ל כנ"ל. דהא קשה דפ"ק דר"ה דף י"ג ק"ל אין בילה ביבש ולא מהני במעורב חד וישן צובר גורנו לתוכו דנימא לפי ערך ופירש"י דחיישינן דלמא מה שתורם רוב מחדש והשאר רוב מישן ע"ש. וא"כ קשה למה יהיה מהני ברבו במינו חולין ותרומה בתבואה בקופות כנ"ל הא אין בילה ודלמא מה שנוטל מעט ואוכל יש בו רוב תרומה והשאר רוב חולין. ואי דנימא כרשב"א דכל שנכנס בכלל הספק מצטרף לבטל. א"כ גם שם קשה מה בכך דאין בילה הא הכל בכלל הספק ובין רוב חדש ובין רוב ישן מותר לתרום רק ספק שמא שוה מצומצם וזה אי לחוש כמ"ש תוס' ע"ש. וכן בכל יבש ביבש דקי"ל דבטל ברוב קשה כנ"ל הא אין בילה:

ונראה לענ"ד החילוק דדוקא שם דמה שמונח מעורב לא שייך ביטול ברוב דהא ע"ז עצמו הספק אם רוב חדש או רוב ישן א"כ אין כאן הכרעה שהרוב יכריע למיעוט כדי שהמיעוט לא יכריע הרוב שזה הוא הטעם בכל חד בתרי דבטל ונהפך כו' דאם לא יכריע רוב היתר למיעוט להיות היתר אז יכריע מיעוט האיסור להרוב להיות אסור כמוהו ודמי לסנהדרין דבטל דעת המיעוט כנ"ל וא"כ מה"ט כשא"י אם רוב איסור או רוב היתר דבין

כך ובין כך יהיה ספק איסור ואין הכרעה שוב לא שייך ביטול ברוב להיות נהפך. וזה כוונת רשב"א דתשו' על השאלה בחתיכ' א' מב' חתיכות למה חייב אשם תלוי הא א"א לצמצם והמיעוט בטל והוי ס' אי יש איסור כלל ולא חשיב איקבע והתי' הוא כמ"ש כיון דספק איזה הגדולה ולא יכריע אין ביטול כלל וממילא קבוע אסור. ובחנם נדחק בעל פ"מ ופשוט כמ"ש בעזה"י. וכמו לתוס' חזקה שאינה מבוררת אינו חזקה כמו כן רוב שאינו מבורר. ועוד גרע מחזקה כמ"ש. וא"כ בפול המצרי שצובר גרנו וא"י אם רוב חדש או ישן לא בטל להיות נהפך ועדיין קבוע שהוא כמחצה כיון דלא בטל. ממילא כיון דאין בילה לא מצי תורם שמא זה רוב חדש והשאר רוב ישן דלא שייך כל דפריש מרובא כו' כיון דהוי קבוע כנ"ל. ומה שתורם ונפרש יש ספק שמא רוב ישן או חדש דאין לו עוד צירוף להכריע כנ"ל. משא"כ בכל יבש ביבש אף דומיא דחטין וכה"ג דידוע רוב היתר ממילא בטל המיעוט ושוב אף דאין בילה מ"מ מאחר שבטל אין כאן קבוע ושוב כל דפריש מרובא פריש ואמרינן שזה היתר מה שלקח ושפיר בקופה וקדרות כיון שבטל מה"ת מותר כנ"ל. וא"כ אי כזית בכדי אכילת פרס מה"ת וכששוהה מותר מה"ת א"כ כמו שהוא התערובות הוי דבר שיש לו מתירין כנ"ל ולא בטל להיות היתר לאכול ממנו כזית בכדי אכילת פרס דהא אפשר לאכול בשהיה מועטת שיהיה מותר מה"ת בלא ביטול וא"כ כיון שאינו בטל והוי קבוע שוב אף דכשאוכל ומפריש מה שאוכל אינו שוב דבר שיש לו מתירין כמ"ש דמשהו ראשון שאוכל א"ל היתר ושוב בטל ואין כאן צירוף. מ"מ שוב כיון דל"ש מרובא פריש דהוי קבוע כנ"ל שוב אין בילה ושמא זה הכל תרומה ופריך שפיר. משא"כ אם אין חילוק בין כזית כדי אכילת פרס כו' רק משום היתר מצטרף כו' שפיר בטל ברוב ואמרינן שאני אומר כנ"ל וא"ש. והא דלא אמרינן בכל ס' איסור דרבנן שהי' לחומרא דבר שיש לו מתירין לאכול מעט מעט לר"ל שלא כדי אכילת פרס ז"א דלא הוי אכילה כיון שאין צירוף וכל אכילה כזית ול"ש עד שתאכלנו כו' הא לא יאכל כלל. משא"כ בתערובות כנ"ל דשפיר הוי אכילה עם היתר רק שהאיסור יהיה בתוכו מועט כנ"ל:

עוד נראה לענ"ד גם אי דלא כהר"ן הנ"ל. י"ל דמה"ת אסור לאביי דהא לענין ביטול כ' הר"ן דמינו גרע דהא ניתוסף ולא בטל שמו דמה"ט באמת דבר שיש לו מתירין גרע מינו מן אינו מינו. רק דשם איסור בטל כיון דרוב היתר. וכ' הרא"ש פ' גיד הנשה דאם לא היה נהפך להיתר היה אסור מה"ת דאוכל ודאי איסור רק משום דנהפך כו'. והא דאמרינן נהפך כו' נראה לענ"ד דילפינן מסנהדרין שכ' תוס' דחשיב מיעוט כמו שאינו וחשיב שכולם מחייבין דב' אין ב"ד. משום דסותר ומכריע רוב כנ"ל. וכן יבש ביבש כנ"ל שע"כ

יהיה הכל אסור או מותר ומכריע הרוב שיהיה מותר הכל כנ"ל. וגם קבוע לא חשיב מה"ט לא בסנהדרין לא ביבש כנ"ל. וזה שייך לענין היתר מצטרף לאיסור או לענין טעם כעיקר דנהפך היתר לאיסור וממילא הרוב מכריע ונהפך איסור להיתר כנ"ל. משא"כ (ע"כ מצאתי).

אבן העזר

סימן א

שאלה. לכבוד הרב וכו' מו' יצחק מאיר באתי להעיר לב כו' עבור העגונה מרחוב שילעץ כו' דמעתה מאין הפוגות אין דורש לה זה שלש שנים כו' וזה הגביות עדות:

במותב תלתא כחדא הוינא ואתא לקדמנא הר' צבי בר' דוב והגיד לפנינו בתורת אם לא יגיד איך בין גיווענזין בשעת ווען הר' זאב וואלף בר' שמואל איז נטבע גיוואונען בהווייסל און האב גיזעהן וויא ער איז אריין גיפאלין האב איך אונד נאך מענטשין באלד איהם גיזוכט עס האט גידאהרט ביז ערך ג' שעות און מיר האבין עהם נישט גיזעהן מעהר שוין. אויף דעם אקסיל האט ער גיהאט אן גיבינדין איין זעקלי להגין עליו מכובד המשאוי וואס ער האט גיטראגין ארויס פון גאללער דיא ברעטער עכ"ל. שוב העיד הבחור מיכל בר' ישראל ג"כ בזה הלשון הנ"ל. גם הגיד שהיה מלובש במכנסים בלאה אין דעם זעקלי וואס אויף דעם אקסיל כנ"ל האט הער בעצמו אריין גילייקט הייא און אזוי איז דער נטבע דרינען גיגאנגין להגן כנ"ל כל הנ"ל העידו הב' עדים הנ"ל בתורת עדות כנ"ל ורשמנו בכתב ולראיה באנו עה"ח יום ד' כ' כסליו ת"ר לפ"ק ווארשא רחוב שילעץ הקטן דוב בעריש דוד במוה' נפתלי הירץ זצללה"ה. הק' אריה ליב במו' דוד מצויזמר. הק' יצחק בהרבני מוה' יוסף ממעזריטש:

במותב ג' כו' ואתי לקדמנא הרבני המנוח מ' יהודא ליבוש מלמד מק' צויזמר והעיד לפנינו בתורת עדות באם לא יגיד בזה הלשון אחר טביעת הר' וואלף ז"ל הייתי אחד מהב"צ אשר הזדקקנו לשמוע מן אשת הנטבע הנ"ל הסימנים שהיה בגופו ובגדיו של הנטבע הנ"ל. והגידה סימן א' בגופו שהיה לו להנטבע הנ"ל שומא אחורי אוזן אחד רק לא ידעה אז באיזה אוזן אם ימנית או שמאלית כ"ז העיד לפנינו בתורת עדות. גם הרבני המופלא מוה' זאב וואלף מלמד מטישאוויץ אתא לפנינו ב"ד ח"מ והעיד גם הוא בת"ע אשר גם הוא היה אחד מהבד"צ לשמוע מן אשת הנטבע הנ"ל הסימנים שהיו לו בגופו. והנה העיד כעת המופלא מ' וואלף הנ"ל אשר כמדומה לו ג"כ שהאשה העידה סימן שומא אחורי אוזן אחד כל הנ"ל העידו לפנינו כדין ורשמנו בכתב וחתמנו יום כ"א סיון

תר"א לפ"ק פה ווארשא. הק' דוב הנ"ל מו"צ ברחוב שילעץ. הק' יצחק מנאשעלסק. הק' אברהם כו':

למען לא יוחלף מה שמסר לידי קודם שנמצא הנטבע באתי עה"ח פה שילעץ הק' דוב בעריש מ"צ דשילעץ. איין זעקלי צו גיבינדין אויף דעם אקסיל. איין ווייס ארבע כנפות. וועסטיל סאטין טוהר שווארץ איין קנעפיל פעריל מוטער בלאה פאשעווקע אויף דעם רוקען. איין שפענציר האללי דאמיניקליך. שעלקעס לעדערנע מיט שנאלין שווארצי מאנטינא אין דער פארטשיילע איז איין גרין שלעקיל בארוועס אהן שטיוועל. הויזען בלאה אן פאטשעווקי אצלו היה לו הפידעלע אמעסריל מיט ב' קלינגליך מיט אקרייצער. שווארצע פאות שווארצע בארד:

סימנים אצל איש הנמצא בווייסיל אצל ביליאן יום ה' י"ב אלול צ"ט לפ"ק.

איין שפאנציר בלאה נאנקין אוועסטיל שווארץ סאטען טוהר מיט איין פעריל מוטער קנעפיל הויזען בלאה נאנקין אהן פאטשעווקי לעדערני שעלקיס מיט שנאללין. ארבע כנפות. אשווארצי גארטיל. אזעקיל אויף דעם האלץ די פיס בארוויס אהן שטיוועל הק' אבלי נאמן דח"ק. כל זאת העתקתי אות באות ט"ז טבת תר"ג פה פראגי הק' כו'. בקשתי מאוד מאוד כו'. גם שומא נמצא אחורי אוזן בהנמצא הנ"ל כמבואר סוף התשובה:

תשובה

הנה מחמת סימן השומא אין היתר. דהנה להפוסקים המתירים במים שאין להם סוף יש ב' טעמים א' דגם אי סימנין דרבנן סמכינן עלייהו באיסור דרבנן דע"כ לא מבעיא בש"ס רק לאהדורי גט כו' באיסור תורה ובמים שאין להם סוף בשהו עד שתצא נפשו שהוא דרבנן סמכינן אסימן. טעם ב' אף אי נימא דלא כנ"ל רק דאי סימנין דרבנן גם בדרבנן לא סמכינן מ"מ כיון דלרוב הפוסקים נשאר בעי' דש"ס אי כו' דאורייתא או דרבנן וכפשטא דש"ס ב"מ י"ט דרב אשי מספק' ליה אי סימנים דאורייתא כו'. וא"כ ניהו דאם היה סימנין דרבנן לא סמכינן גם בדרבנן מ"מ כיון דספיקא הוי בדאורייתא אזלינן לחומרא ובדרבנן אזלינן לקולא וסמכינן באיסור דרבנן דסימנין דאורייתא ומהני. והנה טעם הב' ל"ש בסימן שומא דהא פליגי ת"ק ואלעזר בן מהבאי אי מעידין על השומא ומוקי בש"ס אי סימנין דאורייתא פליגי אי שומא עשוי להשתנות או מצוי בבן גילו וגם סי' אמצעי לא חשיב ואי דכ"ע סימנין דרבנן פליגי אי שומא סי' מובהק ע"ש יבמות ק"כ אבל עכ"פ הלכה כת"ק דאין מעידין אשומא. וא"כ ניהו דבשאר סי' יש ס' אי סימנין דאורייתא או דרבנן דלא איפשיט אבל בשומא אין ספק ממ"נ אי סימנין דאורייתא ע"כ לת"ק סי' גרוע הוא ואי סי' דרבנן שוב לא מהני אף שהוא סימן אמצעי עכ"פ אין ספק דשומא לא מהני:

ונשאר רק טעם הא' דנימא גם אי סי' דרבנן סמכינן בדרבנן. אך לכאורה הא אי סימן דאורייתא ע"כ שומא סי' גרוע כנ"ל בש"ס וא"כ אף אי נימא דסמכינן בדרבנן אסימנין היינו על אמצעים אבל שומא יש ספק דאי סי' דאורייתא ע"כ ס"ל סי' גרוע הוי דגם בדרבנן לא מהני. וזה מוכרח דבש"ס בכורות דף מ"ו פריך אפדחת דהוי הכרה מהא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ומשני מדרבנן דאחמירו בתחילת עדות ע"ש ועלה קאי אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו דאעפ"כ אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם וכן מבואר לשון הרמב"ם וש"ע סי' י"ז דאם חסר אחד מאלו אינו מועיל אף אם סימנין כו'. וע"כ דהרמב"ם ז"ל מפרש כן לשון המשנה. וכן מורה פשטא דלישנא. וא"כ מוכח דאף שיש הכרת פדחת דמהני מה"ת ורק מדרבנן לא מהני ומ"מ אינו מועיל סימנין כנ"ל והוא נגד פוסקים הנ"ל. ובעל פני יהושע בחי' לב"מ דחה דבריהם מש"ס הנ"ל וע"כ לדחוק לדבריהם דלהך לישנא דפדחת מהני מה"ת באמת פי' המשנה שיש סימנין דארוך וגוץ וכלי' חוורי וסומקי ואף דאמר בש"ס דאי סי' דרבנן מתני' כפשטי' אף סי' אמצעים ולהנ"ל הא גם אי סי' דרבנן ע"כ לפרש בסי' גרועים דאל"ה מהני בדרבנן מ"מ י"ל דזה להך לישנא בבכורות דיכיר לחוד כו' ולא מהני מה"ת היכר דפדחת. אבל ללישנא דמהני מה"ת מפרשין מתני' בסי' גרועים גם אי סי' דרבנן והגם שדוחק מ"מ לכאורה מוכרח לפרש כן לפוסקים הנ"ל. ועיין מ"ש לקמן וא"כ עכ"פ מוכח דסי' גרועים לא מהני גם בדרבנן דע"כ הפי' במשנה דסימנין גרועים לא מהני עם הכרת פדחת שמועיל מה"ת ובזה לא פליגי הב' לשונות דש"ס. וא"כ אי סי' דאורייתא דע"כ שומא סי' גרוע לת"ק א"כ אינו מועיל גם בדרבנן. ולחלק בין סי' גרועים אין סברא:

אך שוב י"ל להיפך ולצרף ב' הטעמים דכיון דמספקא לן אי סי' דאורייתא או דרבנן א"כ שוב במים שאין להם סוף דרבנן אמרינן לקולא שמא סי' דרבנן ושוב שומא סי' אמצעי עכ"פ גם לת"ק כפשטא דש"ס דכשאין הכרח לא אמר דשומא סי' גרוע לת"ק רק דהוי אמצעי ומ"מ לא מהני לת"ק. וא"כ שוב להפוסקים הנ"ל דבדרבנן מהני סי' אמצעי אף אי סי' דרבנן שוב אזלינן בס' דרבנן לקולא ואמרינן דסי' דרבנן והוי שומא סי' אמצעי ומהני בדרבנן כנ"ל:

והיה נראה כן דהא הרמב"ם וטור וש"ע כ' להדיא ואפילו שומא א"כ סוברים ע"כ דעדיף מסימן אמצעי. וע"כ משום דפוס' סי' דרבנן וממילא פלוגתייהו אי שומא סי' מובהק ועכ"פ לא גרע מן ס"א גם למסקנא. והגם דמהש"ס אין הוכחה די"ל דחוששין למסקנא ולכל הספיקות דשמא שומא סי' גרוע אף אי סי' דרבנן. דאין לומר דאי סי' דרבנן א"א לומר דשומא סי' גרוע דא"כ אדפליגי בשומא לפלוגי בסי' אמצעי דז"א דכחא דהיתרא

עדיף דאלעזר בן מהבאי אף בשומא מתיר. אך הא הרמב"ם וש"ע ע"כ לא ס"ל כן מדכ' סתמא ואפילו שומא דמשמע להו מהש"ס דהא דכיון דלא בעי לאוקמי כתנאי וא"כ אי סי' דרבנן ע"כ סבר אלעזר בן מהבאי דשומא סי' מובהק ולמה נפליג מחלוקותם דנימא דלת"ק אף סי' אמצעי לא הוי הא אין להוכיח מת"ק רק שסובר שאינו מובהק ומ"מ לא מהני כיון דסי' דרבנן ושפיר כ' ואפילו שומא דיש סברא להיות ומבהק מ"מ לא מהני דהוי אמצעי. וממילא במים שאין להם סוף י"ל דמהני סי' שומא אי אזלינן לקולא דסי' דרבנן כנ"ל והוי סי' אמצעי ומהני בדרבנן כנ"ל:

והנה הגם שמדברי הבית שמואל ס"ק ע' כפי פשט לשונו שכתב דשומא סי' אמצעי דמשמע מדבריו להיות הדין לא תצא כמ"ש מקודם ע"ש. וזה תמוה מאוד כמ"ש לעיל דעכ"פ הלכה כת"ק ואין ספק בשומא. ונראה ע"כ כוונת בית שמואל לענין צירוף לשיטת המ"ב דצירוף סי' אמצעים חשיב מובהק. ולענין זה שפיר כשיש שומא ועוד סי' אמצעי מצטרפין ליחשב מובהק דאמרינן להיפך ממ"נ אי סי' דאורייתא ואז שומא סי' גרוע מהני סי' האחר האמצעי לחוד. ואי סי' דרבנן שוב שומא סי' אמצעי כנ"ל ומהני בצירוף ליחשב מובהק דיש ב' סי' אמצעים כנ"ל כן מוכרח לפרש דברי בית שמואל אף שדוחק:

ולהנ"ל יש עוד צד היתר בנידון דידן אם נאמר דמה שהזעקיל קשור על כתיפו חשיב סי' אמצעי עכ"פ. וא"כ הגם שלא נאמר כהפוסקים הנ"ל רק דלא מהני גם במים שאין להם סוף סי' אמצעי מ"מ מהני כאן בצירוף השומא ליחשב מובהק למ"ד הנ"ל דמהני גם בדאורייתא צירוף סי' אמצעים כנ"ל:

והגם דלכאורה דברי בית שמואל תמוהים גם בזה שכ' בהטור דמ"ש דלא הוי סימן מובהק שעשוי להשתנות דכוונתו דמובהק לא הוי אבל אמצעי הוי. והא בש"ס ב"מ דקאמר דכ"ע אינה עשויה להשתנות ובשומ' סי' מובהק קא מיפלגי. ומבואר דלמ"ד אינו סי' מובהק לאו משום דעשוי להשתנות הוא ואיך מפרש דברי הטור דמשום עשוי להשתנות אינו סי' מובהק נגד הגמ' וע"כ כוונת הטור שגם אמצעי אינו מה"ט:

אך י"ל שהבית שמואל מפרש בגמ' אינה עשויה להשתנות היינו שאינו שכיח ומצוי להשתנות ואעפ"כ סבר ת"ק דאינו סימן מובהק משום דלפעמים משתנה דאף מה דלא שכיח מיגרע הסימן שלא יחשב מובהק כמ"ש הב"ש בחשש שאלה דמיגרע הסי' שאינו מובהק ע"ש ומ"מ דוחק בטור:

ולענ"ד אין דברי הטור מתפרשים כמ"ש הבית שמואל דלדבריו היה ליה לטור לכתוב זה אח"כ כשמיירי מדיני סימנים היה לו לומר אפילו שומא. והוא כ' זה על לשון ר"ת דאין מעידין בלא פרצוף פנים עם החוטם כו' אבל אם גופו שלם כו' יכולין להכירו בטביעת

עין כו' או ע"י סי' מובהקין שיש להם בגופו. וכ' ושומא לא הוי סי' מובהק להכיר על ידה לפי שעשוי להשתנות. ואח"כ כתב ואי אין מכירין בטביעת עין אפילו יש להם סימנים בגופו ובכליו אין סומכין. ולפי' ב"ש כאן היה לו לומר אפילו שומא:

ולכך נראה עיקר הפירוש בדברי הטור ע"פ התוס' ורא"ש יבמות ק"כ בשם ר"ת דוקא כשאין שם אלא הפרצוף כו' ניכר היטב ע"י סימני הגוף שנתחבטו האחרונים הרבה בביאור דברי תוס' אלו. וגרם זה שלא היה להם ספר הישר לר"ת ז"ל. והמעיין שם יראה דדבריהם ברורים. שזה קורא סימן כשאין לו בו עיקר טביעת עין שזה הוא רק שנראה לו שזה הפדחת והחוטם כמו פדחת וחוטם של פלוני. וזה אינו מועיל רק בפרצוף פנים עם החוטם ופדחת. וכשגופו קיים ונראה לו שפתו וסנטרו וצוארו וראשו קומתו כמו של פלוני הוי ג"כ הכרה ע"י סימנים אלו דכל גופו. ובמקום אחר ביארתי בעזה"י כל דברי תוס' הנ"ל:

וע"ז כ' הטור דשומא אין להכיר ע"י שיוכלו לומר שהוא השומא שהיה לפלוני בטביעת עין דעשוי להשתנות. וכמו מקיפין בריאה דחשיב כסימן. ויש דברים שא"א להכיר. וא"כ אין ראיה מהטור ששומא יחשב סימן אמצעי. כיון דמיירי שמכיר השומא בטביעת עין. אך מלשון הרמב"ם מבואר דשומא הוי סי' אמצעי כו':

אמנם מלשון רש"י ב"מ כ"ז ע"ב בסי' העשוין להשתנות כו' אם עשויין להשתנות או אין עשויין להשתנות אם בחייו היתה שומא שחורה במותו נעשה לבנה או איפכא ע"ש. מבואר מדבריו דרק המראה הוי סי' אבל השומא עצמה י"ל דאינו סימן כלל וכ"כ רש"י יבמות ג"כ להשתנות ממראה ע"ש. ובתשו' נודע ביהודה סי' נ"א תמה על רש"י הא השומא עצמה סי' ע"ש דמסיק דגוף השומא ודאי מצוי בב"ג רק עם המראה נחלקו ע"ש. וא"כ ללישנא בתרא דכ"ע אין עשוין להשתנות וסי' דרבנן ואי שומא סימן מובהק פליגי ע"כ הפי' עם המראה ואעפ"כ סבר ת"ק דאינו סימן מובהק רק אמצעי. א"כ י"ל דבלא המראה גם אמצעי לא הוי דלמה נחלוק על סברא קמייתא דש"ס דבלא המראה ודאי מצוי והוי סי' גרוע:

ומ"ש רש"י ז"ל שערות שחורות ונעשו לבנות כו' לענ"ד משום דהא בגמ' נדה פרק יוצא דופן מ"ו ובכמה דוכתי בתוך זמן לא מהני ב' שערות דאמרינן שומא נינהו. ורש"י פי' שם שומא וורא"ה בלע"ז ודרכה דגדל בה שער. וביבמות ק"כ פי' רש"י ג"כ שומא הלע"ז כנ"ל. ובערוך פי' שומא מקום גבוה שאת תרגום ירושלמי שומא ע"ש. ולמה נימא על השערות דשומא הן כשרואין שאין שומא ולא גבוה. ומשמע דא"א להכיר אם גבוה מעט או לא. וממילא י"ל שאינו סימן כלל ג"כ רק עם שערות. ובש"ס ב"ב קנ"ד דשאלו את

ר"ע מהו לבודקו והשיב כו' ועוד סי' עשויין להשתנות לאחר זמן וכתבו תוס' בשם ר"ח דבחייו היו שערות לבנות והיה שומא ועתה הושחרו לאח"מ. ולכך פירש"י ז"ל גם כאן עשויין להשתנות לאחר מיתה על השערות כנ"ל. אך סתימות הפוסקים שכ' ואפילו שומא ולא פירשו עם שערות והא גם בלא שערות נקרא שומא כדאמר פרק המדיר משמע דאף שומא בלי שערות נקרא סימן. אך אין ראיה דהא הפוסקים לא נחתו לאשמועינן היתירא דשומא רק לאיסור דאפי' שומא לא מהני וי"ל דכ' סתמא אף עם שערות לא מהני. והא ודאי פשוט דכשאין מעידין באיזה מקום רק סתם שומא בגופו שאינו סימן כלל דהרבה יש להם באיזה מקום ומ"מ כתב סתמא וע"כ כוונתם באיזה מקום. ורש"י כתב להדיא בב"מ שומא באבר פלוני ע"ש. דדוקא במקום מיוחד. וא"כ אפשר כשא"י איזה אוזן כנידן דידן גם סי' אמצעי אינו:

גם י"ל דרש"י מפרש על השערות דלאחר ג' או במים באישתהי דתפח א"א כל לחשוב מקום גבוה לסימן דאינו מתפח הכל בשוה וע"כ רק אשערות שבו כנ"ל:

והנה מצד הזעקיל הקשור על צוארו. ושפאנצער סאטין טוהר עם קנעפיל פערילמוטער דנימא דהוי עכ"פ סי' אמצעי היה מקום להתיר אף להפוסקים דחיישינן לשאלה מאחר שראהו נטבע בבגדו הנ"ל. דהרמ"א פסק כן סי' י"ז ס' ל"ב כ' וי"א דאפילו סימן מובהק בבגדו מהני כאן הואיל וראוהו נטבע בבגדים אלו. רק הב"ש שם ס"ק צ"ו כ' דדוקא מיד אבל כשיש זמן אמרינן שמא הראשון יצא והשאיל בגדו לאחר ואותו אחר נטבע ולא מהני אף לי"א הנ"ל ע"ש. והחלקת מחוקק נסתפק בזה. וא"כ כאן שהיה זמן רב עד שנמצא שייך חשש הנ"ל. ולא היה מהני אף אם היה הכרה גמורה בבגדים מחשש שאלה. ועוד יש טעמים לאסור דדוקא סימן מובהק קאמר רמ"א או הכרה בטביעת עין משא"כ נידן דידן אפשר הוי רק סי' גרועים. ואף אי הוי אמצעים ג"כ לא מהני דהא כתב רמ"א סימן מובהק. דפשיטא דלא עדיף מסי' גופו דאמצעים לא מהני. ואף במים שאין להם סוף דרבנן כמשמעות הפוסקים כולם. מ"מ מבואר להדיא פשט דברי הרמב"ם וש"ע סעיף ל"ב הנ"ל דמ"מ בעי סימן מובהק דוקא. וכ"ש סימן אמצעי בבגדים די"ל כמ"ש הב"ש ס"ק ס"ט דחשש שאלה כמשוי סימן מובהק בבגדים לאמצעים כן י"ל דמשוי אמצעים לגרועים דלא מהני אף בדרבנן כנ"ל:

אולם מגודל המצוה כי עבר ערך ג' שנים שנטבע בעלה וכנראה שאם לא יהא לה היתר בעדות הנ"ל תהיה עגונה כל ימיה והיא עני' וטפלי תלי בה. ונראה לצדד מה דאפשר להתיר וה' יעזור שלא נכשול בדבר הלכה:

הנה לענ"ד דברי ב"ש א"א להעמיס ברמ"א שכ' סתם והרי רמ"א הוציא זה מת' מהר"ם פאדווי סי' ל"ו ושם מבואר להדיא שמצא הגוי אותו תוך ב' ימים והתיר מטעם הנ"ל שראוהו נטבע בבגדים אלו. וב' ימים וודאי אפשר שיצא והשאיל כו' ובוודאי שאין חילוק בין ב' ימים ליותר. רק הב"ש סבר כן סברא דנפשיה ומפרש שרמ"א אפשר לא סמך על מהר"ם פאדווי רק מיד כשאין זמן ולכך דייק רמ"א וי"א כו' מהני כאן כו'. ומ"מ דוחק גדול שיסתום רמ"א דבריו כ"כ. ונראה לענ"ד דאין חשש. דהא ידוע דעת ח"צ בת' סי' קל"ד דלשאלה דיחיד לא חיישינן לכ"ע היינו איש שיש לו סימן כזה שיזדמן שהשאיל למי שיש לו ג"כ סימן כזה. ודוקא שאלה דרבים השאיל למי שהוא. וכחילוק הש"ס ב"ב קע"ב בין נפילה דרבים לדיחיד ע"ש. והאחרונים שמפקפקים עליו הוא מטעם שכ' ח"צ בעצמו דיש לחלק בין נפילה שהיא מעצמו בלא כוונה ובין שאלה שמדעת אולי רצה להשאיל לזה דוקא ע"ש שדחה דגם זה מיקרי שלא בכוונה לענין הסי' ע"ש. עוד יש סברא לדחות דדוקא נפילה דלא שכיח מצד עצמו אמרינן דל"ח נפילה דיחיד כנ"ל משא"כ שאלה דשכיח יותר דהא רבא סבר באותיות כו' א"צ להביא ראיה ואף לנפילה דרבים לא חיישינן. ולשאלה סבר דחיישינן ללישנא דאמר רבא סי' דרבנן. וע"כ שאלה יותר שכיח וממילא י"ל דגם לדיחיד חיישינן כנ"ל:

והנה עיקר החילוק בין נפילה דיחיד דכיון דנפילה לא שכיח עכ"פ אין לחוש להזדמנות שני דברים דלא שכיח שאבד השטר וגם שיזדמן שמצאו יוסף בן שמעון דוקא שג"כ לא שכיח שבין כל האנשים נזדמן שמצאו זה ששמו כשם הכ' בשטר משא"כ דרבים גבי ממך כו' רק חד לא שכיח שאבד השטר ומי שמצאו תובע בו כו'. וזה סברת הח"צ דגם בשאלה הסברא איך נזדמן שהשאיל דוקא למי שיש לו סימן כזה כו'. ולכאורה כיון דזה ודאי דאבידת גופו לא שכיח יותר מאבידת חפץ. ושיפול לנהר וליטבע בר דעת לא שכיח יותר מנפילה דחפץ. וא"כ בנמצא במים בסי' בבגדו למה ניחוש לשאלה שהשאיל בעל אשה זו בגדיו למי שנזדמן שנטבע אח"כ ונפל למים הא זה עצמו מיקרי ג"כ שאלה דיחיד שמה חילוק בין הזדמנות להשאיל למי שיש לו סי' כזה או ההזדמנות שהשאיל למי שנזדמן שנטבע אח"כ. אך זה טעות דהא בין שהוא זה או אחר ע"כ נזדמן שאחד נטבע וזה המילתא דלא שכיח עכ"פ נזדמן בוודאי ושפיר חיישינן שבעל אשה זו לא נטבע כלל רק השאיל בגדיו למי שנזדמן לו והוא נטבע. ולא שייך נזדמן שזה נטבע דגם אם הוא בעלה איך נזדמן כנ"ל. והוי כשאלה דרבים. וא"כ בעובדא דמהר"ם פאדווי ורמ"א שראו שנטבע בעלה בבגדים אלו ואח"כ נמצא במים בבגדים אלו שניחוש לחשש ב"ש שמא יצא זה שנטבע והשאיל בגדיו לאחר ואותו אחר נטבע ומת. שוב ודאי

הוי שאלה דיחיד ועדיף מנפילה דיחיד דל"ח דאיך נזדמן שהשאיל בגדיו למי שנזדמן שנטבע אחר כך דל"ח יותר מנפילה. וע"כ אינו אחר רק זה שיודעין שנטבע ולא השאיל כלל דבעלה יודעין שנטבע. וכשנאמר שיצא ויצטרך לומר שהשאיל למי שנטבע אחר כך דעדיף מלמי שהיה לו סימן כמוהו. למי שיזדמן שנטבע כמוהו אחר כך ודאי דהוי דיחיד ולא חיישינן:

ועוד דכאן נצטרך לומר ג' מילתא דל"ש נזדמן דבעלה שנטבע במים שאין להם סוף יצא חי מה דרוב אין ניצולין דמה"ט מה"ת שריא. ואח"כ השאיל. ולמי שנטבע אח"כ ואח"כ נטבע עוד א' דג"כ לא שכיחי. ובוודאי אמרינן שזה שנטבע בעלה שראינו ולא נעשה כלל יותר מה דלא שכיח כנ"ל. ובתוס' ב"מ י"ח ע"ב דאף לאביי חייש לתרי יצחק מ"מ כיון שזה יודעין שאבד גט ואין מכירין אחר אין לחוש שמאחר נפל כמו כן כאן ע"ש הסברא הנ"ל. רק תוס' דקדקו לכתוב כאן ע"ש. ואם השומא הוי סימן ממילא הוי שאלה דיחיד ממש כעובדא דח"צ דהשאיל למי שיש לו שומא אחורי אוזן:

והנה בתשו' נודע ביהודה סי' נ"א דחה דברי ח"צ שכ' דבגוף הסברא לא פליג רבא אאביי שיש חילוק בין נפילה דיחיד כו' רק סבר דגם לנפילה דרבים ל"ח. ודחה דבריו דא"כ איך מייתי רבה ראיה ב"ב קע"ב דל"ח לנפילה גבי ממך מהא דב' יוסף בן שמעון דהם על אחרים מוציאין. ואי סבר דיש לחלק לא מוכח מידי כדדחי אביי באמת. וע"כ דסבר דאין חילוק. ולענ"ד שאין זה דחיה דהא א"א להכחיש שיש סברא לחלק. אמנם נראה למ"ש תוס' יבמות קי"ו דהקשו בא' מן האחין כו' הא הוי נפילה דחד ותירצו כיון דאחין שמטי מהדדי הוי כנפילה דרבים ע"ש. והיינו כיון שיש טעם וסברא למה בא ליד זה יותר הוי כנפילה דרבים. דדוקא כשאין טעם שייך איך נזדמן זה דוקא כנ"ל. וא"כ י"ל שזה עצמו טעמא דרבה דאי נימא דלנפילה דרבים חיישינן וא"כ הדין דצריך להביא ראיה. ואחר א"י לגבות בשטר שמצא. וא"כ שוב איך יוכל יוסף בן שמעון להוציא שטר על אחרים דנימא משום דהוי נפילה דיחיד דאיך נזדמן שמצא דוקא יוסף בן שמעון הב'. הא ז"א כיון דכל מי שמצאו לא היה יכול לגבות בו דצריך ראיה דהוי נפילה דרבים. ושוב י"ל דנתנו ליוסף בן שמעון זה כדי לגבות בו ומכרו לו או עשה קנוניא עמו. ושוב יש טעם למה נמצא בידו דוקא אף אי מצאו אחר ושוב הוי גם נגדו נפילה דרבי' כמו באחין דשמטי כו'. ושפיר דייק רבה דע"כ גם לנפילה דרבים ל"ח. דאי חיישינן א"כ אחר א"י לגבות כו' ושוב גם יוסף בן שמעון לא יוכל לגבות דחשיב ג"כ נפילה דרבים ומוכח דגם לדרבים לא חיישינן ואותיות א"צ להביא ראי'. ואביי סבר דמ"מ יש חילוק אף דיש טעם למה בידו. אבל גוף הסברא י"ל שפיר דמודה רבה דיש חילוק בין דיחיד

לדרבים כנ"ל. ועוד דהתם רבה הוא דמייתי ראיה לא רבא. והנ"ב כ' שם ואפי' אי גרסינן בגמ' רבה מ"מ מוכח כנ"ל. ועוד דרבא עצמו ג"כ ודאי דלא חייש אף לנפילה דרבים דהרי סבר בגט פשוט דא"צ להביא ראיה ושם הוי דרבים. וכיון דרבה שסובר כן הוצרך להביא ראיה א"כ גם רבא צריך להביא ראיה. וא"כ ג"כ מביא ראיה כמו רבה ואיך מביא ראיה מנפילה דחד. אלא ודאי שאינו מחלק כלל. וא"כ בשאלה דחייש גם לדיחיד חייש ע"ש. ותמיהני על גדול כמוהו מ"ש. ואפילו אי גרסינן רבה כו' לא ידעתי מאין לו ספק הזה. אין שום מפרש שיגרוס שם רבא רק רבה. דהא אמר ליה ר"ח לאורתא בעי רב הונא ממך. וזה בכמה מקומות בש"ס לרבה ע"ש ב"מ כ' לשון זה ומבואר שם להדיא דהוא רבה. ועוד דאמר ליה אביי כו' ומהך לישנא כ' תוס' יבמות קי"ו וריש כל הגט אף דבגמ' איתא רבה דגרסינן רבה משום דאמר ליה אביי ע"ש. ועוד רבא לא ראה את רב הונא כלל כדהוכיחו תוס' מנחות ל"ו מהא דאמר במ"ק גברא רבא כרב יהודה ליכא שע"כ רב הונא נפטר קודם רב יהודה. ויום שמת רב יהודה נולד רבא ע"ש:

גם מ"ש לגבב דברים שע"כ צריך רבא ראי' וע"כ מאותו ראיה שמביא רבה כו'. אתמהא איך לא ראה הש"ס במקומו בגט פשוט דאמר רבא מנא אמינא לה דא"צ להביא ראיה דתנן א' מן האחין כו' אחין הוא דשמטי אבל אחרים לא כו' וכ' תוס' יבמות קי"ו ד"ה למאי כו' דמדמי אחין דשמטי לנפילה דרבים ע"ש. ודבריהם מוכרחים מקושייתם דגם אביי מייתי ראיה ואיהו סבר לחלק בין נפילה דיחיד כו'. עכ"פ מבואר דרבא מייתי ראיה אחרת להך דל"ח לנפילה דרבים. וא"כ אדרבא מוכח להיפך מדלא מייתי באמת ראיה של רבה מב' יוסף בן שמעון כו'. ובפרט לגירסא שלפנינו דרב' דייק פ' כל הגט ממתני' דב' יוסף בן שמעון מוציאין כו' ולמה לא הביא ראיה זו אהא דא"צ להביא ראיה ע"כ דסבר החילוק בין נפילה דחד כו' ולא מוכח כנ"ל. והוצרך להביא ראיה מהא דאחין דהוי כנפילה דרבים כמ"ש תוס'. וא"כ מוכח כהח"צ דאביי ורבא תרווייהו ס"ל החילוק בין נפילה דרבים לדיחיד כנ"ל. וגם אם נחלק בין שאלה דמדעת די"ל שרצה לזה דוקא מ"מ כבר כתבנו דכאן לא שייך זה שיזדמן למי שנטבע אח"כ כנ"ל. דאיך נזדמן דזה שלא מדעת כנ"ל:

אמנם בל"ז למ"ש רשב"א גיטין כ"ז דכיון דטעמא דרבה דמחלק בין שיירות מצויות הוא משום דלנפילה דרבים חיישינן היינו כיון דרבים עוברים שם ודאי יש יוסף בן שמעון הרבה שהשיירות מביאין גיטין של יוסף בן שמעון הרבה משא"כ באין שיירות מצויות הוי נפילה דיחיד. והקשה דא"כ אף בהוחזקו ושיירות מצויות ג"כ נהדר דהא לא הוחזק רק א' ועוד א' והספק רק עליו והוי נפילה דיחיד ותירץ כיון שהוחזק ורואין

שיש עוד א' שמו כשמו חוששין שיש הרבה ע"ש. וא"כ כתב להדיא דגם רבא מחלק בין נפילה דחד דל"ח. והרא"ש ורשב"א פסקו כן מדינא רק הרי"ף מחמיר בגט ובעגונה פסק ביבמות דף קט"ו דלא חיישינן לתרי יצחק כרבא ע"ש. רק דאף דהרשב"א קורא אותו נפילה דחד מ"מ לא דמי להך דב"ב דכאן באין שיירות מצויות לא אמרינן שנזדמן שיוסף בן שמעון הב' עבר עם גט ונפל ממנו שם ובב"ב הוא לענין המציאה דנימא שיוסף בן שמעון הב' עבר עם גט ונפל ממנו שם ובב"ב הוא לענין המציאה דנימא שיוסף בן שמעון הב' מצא שטר שאבד הב'. ויש להקשות לרשב"א ז"ל מאי פריך בב"מ פ' אלו מציאות אחששא דשאלה מהא דמצא קשור בכיס כו' ניחוש לשאלה הא שם החשש של נפילה מזה שהשאיל לו הכיס שוב הוי כאין שיירות מצויות דהוי נפילה דיחיד זה שהשאיל לו הכיס. וניהו דנימא לשאלה דיחיד חיישינן דלא כח"צ מ"מ הנפילה מזה שהשאיל לו הכיס דאין הספק רק עליו שיזדמן שזה שהשאיל לו הכיס עבר שם עם גט ואבד מה בכך דשיירות מצויות כיון שהספק רק עלי' וכקושיית רשב"א הנ"ל דלא שייך תירוצו דשם חוששין שיש הרבה יוסף בן שמעון משא"כ כאן אף שיש יוסף בן שמעון הרבה הוי דיחיד שנזדמן שואל הכיס כנ"ל. ונראה דזה טעמא דרש"י ז"ל יבמות ק"כ ע"ב אהך פרכא מקשור בכיס כו' פי' ליחוש שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט ע"ש. ותמוה למה לא פי' כפשוטו דהב' אבד הכיס עם גט שלו. ולמ"ש א"ש דזה הוי דיחיד דל"ח משא"כ זה החשש הוא שלא אבד האחר כלל רק שכח ורק הוא אבדו כנ"ל וגם רשב"א י"ל דמפרש כן. וא"כ בנידון דמהר"ם פאדווי ורמ"א בנטבע א' בפנינו בבגדים אלו ונמצא אח"כ ויש סימנין או טביעת עין ונטבע השואל. שוב אף אי דלא כח"צ מ"מ אותה הטביעה דאח"כ דנימא שזה ששאל הבגדים נטבע הוי נפילה דיחיד כאין שיירות מצויות כו' כרשב"א דקי"ל ל"ח לתרי יצחק דבשלמא בנטבע לחוד ואח"כ נמצא אחד מת לא שייך לדמות למה דלא חיישינן לתרי יצחק דהא בנהר שיש בוודאי הרבה נטבעים הוי ממש כשיירות מצויות והוחזקו. דבגט שייך איך נזדמן במיעוט העוברים יוסף בן שמעון עם גט. וכן ביצחק הלך ויצחק מת במיעוט העוברים יזדמן יצחק האחר. אבל בנטבע שהרבה נטבעים הספק על הנמצא שמשאר הנטבעים הוא. ולא שייך ג"כ היינו הך שאבד היינו הך שנמצא פ"ק דפסחים. כיון שהוא בחזקת שנאבדו הרבה וכמו שיירות מצויות והוחזקו כנ"ל. והיינו הך דב' ת"ח יבמות קט"ו ועובדא דשומשמי. אבל הנ"ל שיש סימנים מובהקים בבגדים רק לחוש שיצא והשאיל ונטבע שואל הבגדים כיון דהטביעה הוא כמו נפילה והוי כאין שיירות מצויות לחוש שהמיעוט היינו זה השואל עבר ונטבע דהוי נפילה דחד כרשב"א הנ"ל על הוחזק כנ"ל.

והח"צ לא היה יכול להתיר מטעם זה דשם לא שייך איך נחוש שנהרג שואל בגדיו של זה כו'. דאל"כ נהרג זה שבגדיו שלו ומה חילוק ולא מיקרי ההריגה נפילה דיחיד דבין כך ובין כך נהרג אחד. והוצרך לומר מטעם שאלה דיחיד כנ"ל. משא"כ כאן דטביעה דזה ידוע ולחוש שנטבע עוד א' ששאל בגדיו של זה שוב הוי מצד הטביעה האחרת כנפילה דחד שכ' רשב"א כנ"ל באין שיירות מצויות וכתרי יצחק דלא חיישינן כנ"ל:

והיה אפשר לומר דהחלקת מחוקק שנסתפק ובית שמואל החמירו רק על מ"ש רמ"א סתם דמשמע אף בלא שהו שתצא נפשו דס' דאורייתא היא וליכא רוב כו' ומחמרינן בשל תורה לחוש כנ"ל. וגם בציר חד לא שכיח שניצול כיון דלא שהו עד שתצא נפשו. וגם בית שמואל לטעמיה ס"ק ס"ט דמסברא חולק אמהר"ל דאף אי לא חיישינן לשאלה מגרע החשש דלא יחשב סי' מובהק. וממילא כיון דמצריך רמ"א כאן סי' מובהק בבגדיו י"ל דחשש שאלה שיצא והשאיל כו' מגרע שלא יחשב סי' מובהק ולא מהני בדאורייתא כו'. אבל בשהו עד שתצא נפשו דרק מדרבנן י"ל דמודו חלקת מחוקק ובית שמואל דלא חיישינן שיצא וניצול נגד הרוב והשאיל ונטבע השואל. ובל"ז הרבה גדולים מאוד שפסקו דל"ח לשאלה כלל. והיה נראה דיש לסמוך ע"ז להתיר בשהו עד שתצא נפשו ויש סימנים מובהקים או טביעת עין בבגדים שנטבע בהן אף שלא נמצא לאלתר כנ"ל. אמנם בסימן אמצעי צריכין לדון מקודם אף בגופו אי מהני במים שאין להם סוף לענין האיסור דרבנן דמשמעות פשט לשון הרמב"ם וש"ע סעיף ל"ב דלא מהני. ובתשו' נודע ביהודא סי' מ"ג תפס בפשיטות דמהני וראייתו מהרא"ש בת' שתמה על הרמב"ם שפי' פ"ט מה' כלאים דכלאים דאורייתא רק טמאין עם טהורין א"כ מה קאמר ש"ס חולין דף ע"ט דאמר ר"א כי מעיילת כודנייתא בריספק עיין הנך דדמיין להדדי ואמר אלמא סבר חוששין לזרע האב וסימנין דאורייתא ואי בטמאין הוי כלאים דרבנן היה מותר ע"ש. ומזה הוכיח הנ"ב דבדרבנן אף אי סימנין דרבנן סומכין עלייהו וממילא במים שאין להם סוף מהני סי' ע"ש בכמה מקומות סמך על ראיה זו. ולענ"ד מלבד שאין לדמות כלל מה שעיקר האיסור דרבנן כמו כלאים דרבנן לדבר שגוף איסור דאורייתא רק שהדרבנן מצד הספק לחוש שמא חי דאז מה"ת א"א היא:

אך בל"ז תמוה לי שאינו ראיה כלל דהא מבואר בש"ס נדה ס"א בספק כלאים דרבנן דספיקא לקולא אפי' איתחזק איסורא ע"ש. וא"כ אי בטמאין רק כלאים דרבנן בלא סימנים ראוי להיות מותר אף אי חיישינן לזרע האב יהיה ודאי מ"מ הוי רק ספק כלאים דרבנן שמא שניהם שוים בני סוס וחמורה או ליהפך וספיקא לקולא. וע"כ הא דאמר עיין

הנך דדמיין כו' שלא יהיה ניכר להיפוך שאין שוים באזנים וזנב. ומהני הסימן להחמיר ובאיכא לברורי ודבר הנראה מיד ודאי מחויב לראות כנ"ל:

וא"כ שפיר תמה הרא"ש דודאי אף אי סי' דרבנן מותר כיון שרואין ששוין וא"א לידע יותר מותר מטעם ספק דרבנן לקולא בלא הסימנים ולמה לא נסמוך על הסימנין כנ"ל. אך לשון הרא"ש מורה קצת לסמוך בדרבנן על סי' מ"מ אין הכרח כלל שי"ל דספיקו לקולא וסמכינן בדרבנן כנ"ל ע"ש:

ולכאורה מהרמב"ם מוכרח להיפך כיון דסבר דהוי כלאים דרבנן ע"כ דגם בדרבנן לא סמכינן אסי' אי סי' דרבנן ומ"ש נ"ב סי' מ"ג הנ"ל שא"א להרמב"ם לחלוק ע"ז דהא אמר בש"ס נ"מ לאהדורי גט אשה בסי' כו' הרי דדוקא איסור דאורייתא נקטו בלשונם ע"ש. ודבריו תמוהים דלמא נקיט לרבותא דאי סי' דאורייתא סמכינן עלייהו אפי' באיסור דאורייתא וא"א החמור וכן מבואר להדיא בת' מהרי"ק סי' קפ"ד שהרבותא כנ"ל דהוכיח דגט חמור ממיתה מדלא נקיט להתיר אשה שמת בעלה ע"כ דנקיט גט לרבותא וכ"ש מת כו' ע"ש דע"כ מפרש דנקיט רבותא להתירא כנ"ל. ועוד דלאהדורי גט איכא גווני שהוא דרבנן ג"כ בלא הוחזק או אין שיירות מצויות דלרוב הפוסקים דרבנן ושפיר נקיט גט רבותא בשתיהן אי סי' דאורייתא מהני אף בהוחזק ושיירות מצויות שהוא מה"ת. ואי סי' לאו דאורייתא ולא מהדרינן אף בלא הוחזק שהוא דרבנן ואין ראיה כלל מלשון הגמ'. ואדרבה לשון הגמ' ב"מ כ"ז כי עבדי רבנן תקנתא בממונא באיסורא לא עביד כו' משמע להיפך:

אך למ"ש לעיל אף שיסביר הרמב"ם דבאיסור דרבנן לא סמכינן על סי' מ"מ קשה דספיקא דרבנן לקולא כנ"ל. ולכאורה היה אפשר לפרש בש"ס להיפוך כיון דקי"ל חיישינן לזרע אב בספיקא ואי סי' לאו דאורייתא היה ראוי להתיר אף דלא דמיין דיש ס"ס לקולא בדרבנן כיון שאין הספק בירור גמור והוכיח דס' דאורייתא והוי רק ספק א' ומחמיר לכתחלה בדרבנן ג"כ. ומיושב מה שפי' הרמב"ם דבין להרכיב ובין למשוך מותר בסימנין ותמהו הפוסקים הא קי"ל סי' לאו דאורייתא ולהרכיב איסור דאורייתא גם לרמב"ם. ולהנ"ל א"ש דהא פסק דספיקא הוא אם חישינן לזרע האב א"כ מותר מטעם ס"ס כשדומין רק כשאין דומין אסור. אך היה רשאי להיות מותר למשוך גם באין דומין דהוא דרבנן לרמב"ם. אך ז"א דהא ר"א מספקא ליה ב"מ י"ח אי סי' דאורייתא או דרבנן רק לחומרא פסקינן וכשאין דומין שמא סי' דאורייתא. ולכך אי דמיין בסימני' ממ"נ מותר גם להרכיב אי ס"ד שוים ואי לאו דאורייתא עכ"פ ספיקא הוי ויש ס"ס אי חוששין לזרע האב. ואי אין דומין אסור אף למשוך דלמא סי' דאורייתא וודאי אין דומין ואין חוששין כו'

ומשום ספק דחוששין לחוד אין מתירין. ובל"ז לא קשה דהרמב"ם מפרש כהר"ן והרמב"ן בחי' שאינו ענין סימנין אלו לסי' אבידה רק כדאמר סימני בצים דאורייתא סי' קרבי דגים כו' והם בירור גמור ומובהקין ומהני מה"ת ושפיר כשאין דומין אין ס' כלל ומ"מ הש"ס דייק שפיר דאי סי' אלו לאו דאורייתא ואינו בירור גמור ראוי להיות מותר אף דלא דמיין דהוי ס"ס בדרבנן מ"מ קצת דוחק לפרש בש"ס להיפוך הדיוק לחומרא כנ"ל וי"ל בפשיטות כיון שיש בזה הכלאים גם איסור דאורייתא להרכיב ומחמרינן בספק ממילא גם באיסור דרבנן שיש בו היינו למשוך ג"כ אסור. עכ"פ אין ראיה מהרמב"ם לא לאיסור ולא להיתר:

והנה הגאון בעהמ"ח אבן העוזר בשו"ע קטנים ד"א בסופו פסק ג"כ דמהני סימן במים שאין להם סוף דרבנן. וכן בתשו' פ"מ חלק ג' סי' וראייתם מבשר שנתעלם מן העין דמהני סימן. ומש"ס ב"מ כ"ז מצא חבית יין בעיר שרובה נכרים וכו' בא ישראל ונתן בה סימן מותרת בשתי' למוצאה כו' ופסק כן הרמב"ם פ' י"א מה"ג וטור וש"ע י"ד סי' קכ"ט ומוכח דמהני סימן בדרבנן. ועוד הביאו ראיה מלשון רש"י ב"מ כ"ז ע"ב ת"ק סבר סי' דרבנן ופרש"י וגבי א"א דאיסור דאורייתא לא סמכינן עלייהו כו' ודך י"ח ע"ב ד"ה ודוקא וד"ה מספקא דייק ג"כ למשרי א"א דאורייתא כו' ע"ש ובאמת שהן ראיות קלושות. מלשון רש"י י"ח ע"ב אדרבה משמע להיפוך ד"ה ודוקא כ' אפילו סי' דרבנן בסי' מובהק יש לסמוך למשרי א"א דאורייתא ע"ש והיינו לרבות' דסי' מובהק מהני גם בדאורייתא. וכן ד"ה מספקא לי' כ' דאי סימנים דאורייתא סמכינן אף בא"ד כו'. ואדרבה ד"ה סימנין דרבנן מיד אח"כ כ' ודוקא באבידה דהפקר ב"ד הפקר אבל במידי דאיסורא לא סמכינן ע"ש ולא הזכיר מלת דאורייתא. משמע להדיא להיפוך דאל"כ למה שינה ממ"ש קודם. ולמה האריך דהפקר ב"ד כו'. ומהתימה שהביאו לשון רש"י הנ"ל לראי'. ונראה שרש"י דייק בלשונו שמפרש כמ"ש רשב"א דר' אשי דקאמר סתמא קאי אף אהוחזק וש"מ ולכך מפרש בכל גווני דוקא נקב בצד אות פלוני מהני אף ש"מ והוחזק דיש חשש דאורייתא אבל נקב בעלמא לא אף בהוחזק לחוד או ש"מ לחוד כמ"ש תוס' מ"מ לא מהני סי' אמצעי. ומלשון רש"י כ"ז ע"ב יש משמעות דדוקא באיסור דאורייתא. אך י"ל רק כוונתו כשעיקר האיסור דאורייתא מה שאין כן כשגוף דרבנן דמוכח מחביות יין דסומכין אסימנין:

ויותר נראה דיש לדקדק דלמה לא פרש"י בהא דפריך מקודם מאין מעידין אלא כו' פרצוף פנים עם החוטם כו' ש"מ סימנים לאו דאורייתא כו' היה לו לפרש דגבי א"א דא"ד לא סמכינן ולמה המתין על הא דפליגי בשומא. ותמוה. ונראה דרש"י דקדק דשם אמר ש"מ

סימנין לאו דאורייתא ואח"כ אמר ת"ק סבר דרבנן. ולמה שינה גמ' הלשון. ובלשון סי' לאו דאורייתא י"ל דלא מהני כלל כיון דלא ילפינן משמלה ואף בדרבנן לא מהני. אבל כאן דנקיט הש"ס סי' דרבנן. ובשלמא היכא דמיירי מאבידה שייך למינקט סי' דרבנן דעכ"פ באבידה מהני מדרבנן ולכך גבי נ"מ לאהדורי גט אשה בסי' שפיר הלשון סי' דרבנן. אבל גבי מעידין על השומא היה לו לומר סי' לאו דאורייתא ולא לשון סי' דרבנן דהא לא מהני כלל ומה לו להזכיר מה שמועיל באבידה מדרבנן. ומשמע דעל כל פנים מהני גם באיסור מדרבנן. ולכך פירש רש"י דבאיסור אשת איש דאורייתא לא סמכינן. והא דשינה הגמרא באמת הלשון י"ל דמעיקרא דדייק מהא דאין מעידין אלא פרצוף פנים עם החוטם אע"פ שיש סי' כו' ומהתם מוכיח גמ' בבכורות ללישנא קמא דהכרת פדחת מהני מה"ת ורק מדרבנן כו' ועלה קאי אף שיש סי' וכמ"ש הרמב"ם וכמ"ש לעיל דמוכח דגם בדרבנן לא מהני סימן כמ"ש הפ"י ולכך אמר הש"ס לשון סימן לאו דאורייתא שלא נלמד מקרא וי"ל דגם מדרבנן לא מהני באיסור. אבל אחר דדחי הש"ס דהתם בארוך וגוץ כו' ומייתי הא דאין מעידין על השומא כו' שפיר י"ל דגם באיסור מהני מדרבנן דהתם אין הוכחה מת"ק רק דבדאורייתא לא מהני סימן ולמה נפליג מחלוקותם ושפיר נקיט הש"ס סי' דרבנן ופירש"י ז"ל שפיר דבאיסור דאורייתא לא סמכינן. אבל בדרבנן שפיר סמכינן כנ"ל. והגמ' הוצרך לשנות כנ"ל דהא קושיית תוס' ד"ה וניחוש כו' הוא תימה רבה דהא מוכח ממצא קשור כו' דסי' דאורייתא ותירוצם אינו מובן דמצי לאוקמי שמכיר כו' דהא הש"ס לא בעי לאוקמי הכי דהא פריך וניחוש לשאלה כו' ונימא דיודע שלא השאילו ע"ש מהרש"ל ומהרש"א וא"כ איך בעי למידק מהתם דל"ח לשאלה ושוב ממתני' דסי' לאו דאורייתא וא"כ עדיין קשה קשור למה מהני הא סי' לאו דאורייתא. וצריך לדחוק דמוכח שינוי דחוורי וסומקי:

ולמ"ש מיושב דעכשיו דפריך ממצא קשור כו' בעי למידק דסי' דרבנן וכאידך לישנא דבכורות ולכך שם בדאורייתא לא מהני סי' משא"כ מצא קשור דמיירי בלא הוחזק או אין ש"מ שהוא דרבנן מהני שפיר סי' אף אי סי' דרבנן. ולכך פריך ניחוש לשאלה היינו למאי דאמר כלישנא קמא דסי' לאו דאורייתא ואף בפדחת עם סי' כלי' לא מהני מחשש שאלה וע"כ דאף בדרבנן חיישינן לשאלה א"כ גם מצא קשור ניחוש לשאלה אף שהוא דרבנן. וע"כ דל"ח לשאלה בדרבנן ושוב א"י לומר כל"ק דבכורות. רק או כלישנא בתרא דפדחת לא מהני מה"ת או כלישנא קמא רק דלא קאי אע"פ שיש סי' אדלעיל רק באפי נפשיה בלא היכר פדחת. ושוב י"ל דרק בדאורייתא לא מהני סי' ומדרבנן מהני. ולכך אח"כ דאמר כתנאי כו' ורבא אמר דכ"ע סימנים דרבנן נקיט לישנא סי' דרבנן דמדרבנן

מהני כדי שלא יקשה ממצא קשור כו' דעכשיו א"ש בלא הוחזק דרבנן מהני סי'. ופרש"י ג"כ כנ"ל:

ומיושב גם כן יבמות ק"כ דדייק ממתניתין למימרא סי' לאו דאורייתא ורמינהו מצא קשור ומשני תנאי הוא ואח"כ אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן ותמהו תוס' א"כ ברייתא אמאן תרמי' ותירוצם דחוק מאוד דהשתא סבר שבעצמו מצאו כו'. ותמוה לומר תירוץ אחר מהגמ' וכיון דעל פירכא זו אמר תנאי הוא איך אמר מיד אח"כ דכ"ע סי' דרבנן ולא הוזכר כלל תירוץ על הקושיא שהתחיל. ולמ"ש מיושב דמעיקרא נקיט לישנא ש"מ סי' לאו דאורייתא כו' דאין מועילין כלל באיסור ומוקי אביי כתנאי דאביי לטעמיה דחייש לתרי יצחק ואו דסבר שיירות מצויות ולא הוחזק חשש דאורייתא או דסבר כלישנא קמא דבכורות דבתחלת עדות החמירו ולכך שפיר דייק ממתני' דסי' לאו דאורייתא דפדחת עם סי' לא מהני וע"כ גם בדרבנן לא מהני והקשה ממצא קשור כו' ואי דסבר חשש ב' יוסף בן שמעון מה"ת ג"כ דייק שפיר. ורבא לטעמיה דלא חייש לתרי יצחק וחשש ב' יוסף בן שמעון דרבנן וכלישנא ב' דבכורות די"ל דלא החמירו כלל בתקנות עגונות ויכיר לחוד כו'. ולכך אמר דכ"ע סי' דרבנן הלשון כנ"ל דרק בדאורייתא לא מהני סי' ולכך במשנה דפדחת לא מהני מה"ת ללישנא ב' הנ"ל לא מהני עם סי'. וממילא לא קשה ממצא קשור דשם דרבנן ומהני סי' ושפיר במה ששינה הלשון והזכיר סימן דרבנן הזכיר התירוץ על הקושיא כנ"ל. וא"כ כיון דמה דמספקא לרב אשי הוא בהני תרי לישני דרבא דאמר סי' דרבנן ממילא י"ל דמהני סי' באיסור דרבנן כלשון הנ"ל. אבל אין לבנות יסוד על זה כי נמצא שם הרבה שינוים בלשון זה:

והנה ראיות שהביאו להחמיר הוא הפ"י מהא דפדחת דאף דהוי הכרה מה"ת מ"מ אין מועיל הסי' ע"ש בחי' לגיטין כ"ז שכ' דהוא משנה מפורשת רק שכ' זה בגט וכתב הטעם משום גזירה ע"ש:

ולענ"ד דאין ראיה מזה להחמיר במים שאין להם סוף בסימנין. חדא דהתם תרווייהו על חד מלתא שיש הכרה דפדחת דמהני מה"ת וגם ההכרה דסי'. ואיך נאמר דמועיל הא מאחר שהחמירו חכמים שלא תועיל ההכרה דפדחת שהיא הכרה המועלת מה"ת תועיל הכרה דסי' שאינו הכרה כלל מה"ת. ומטעם צירוף הוא ענין אחר. דהא החמירו שמא טועין הן בהכרה דפדחת בטביעת עין. ושוב איך יועיל הסימן הא עדיין חומרא זו במקום שמא טועה בטביעת עין דפדחת ממילא סי' לאו כלום הוא דלאו דאורייתא. משא"כ מים שאין להם סוף דכבר נסתלק הדאורייתא בהטביעה דרוב נטבעין למיתה. רק מדרבנן חוששין למיעוט. ומהני אח"כ סי' להכרה שזה הוא דזה ענין אחר ולא היה

החומרא דרבנן לענין ההכרה שלא תועיל רק לחוש למיעוט הניצולים. ועוד אף אי נימא ללישנא קמא כהפני יהושע. מ"מ הא לשון ב' דיכיר לחוד כו' קאי על הקושיא ומי אחמירו כו' והא הוחזקו כו' וא"כ ה"ק ואב"ע דלא אחמירו כו' וא"כ כיון דפדחת לא מהני מה"ת שוב אין ראיה וי"ל דסי' מהני בדרבנן. וממילא בדרבנן פסקינן כלשון ב' ומהני במים שאין להם סוף סי'. ואף דהרמב"ם וש"ע פסקו בפדחת דלא מהני עם סי' היינו דממ"נ לא מהני סי'. ופסקו שפיר כנ"ל אבל מים שאין להם סוף דרבנן י"ל שפיר פסקינן כלשון ב' כנ"ל. ועוד די"ל דללישנא קמא מפרשינן סי' דארוך וגוץ כמ"ש לעיל דמה דלא מוקי בלישנא קמא יבמות וב"מ הכי הוא משום דא"כ מאי קמ"ל אבל ללישנא קמא בפדחת דמהני מה"ת שוב קמ"ל דלא מהני צירוף דארוך וגוץ עם פדחת ואין הוכחה על סי' אמצעים שלא יועיל בדרבנן. והך לישנא דמוקי בסי' אמצעים סבר כלשון ב' דפדחת אינו מועיל מה"ת. והא מוכרח לומר כן להפוסקים דצירוף סי' אמצעים חשיב מובהק ואף אי סי' לאו דאורייתא מהני והא היכר דפדחת דמהני מה"ת עדיף מסי' אמצעים אי סי' לאו דאורייתא ואם כן למה לא יועיל היכר דפדחת עם סימן אמצעי ליחשב סי' מובהק וקשה כנ"ל ללישנא קמא. וכן לתוס' יבמות שכתב ר"י דמהני על ידי טביעת עין בסימנים דסי' מועילין לסלק חשש בדדמי כיון שמה"ת מהני הטביעת עין. וא"כ התם ג"כ למה לא יועיל הסימנין לסלק החשש טעות בהיכר הפדחת דרבנן. וע"כ דנפרש כלל כלישנא קמא דסימן ארוך וגוץ וסי' אמצעים באמת מהני עם פדחת. ומה שפסקו דלא מהני הוא דחיישינן ללישנא בתרא דפדחת מה"ת לא מהני. וממילא אין הוכחה להחמיר במים שאין להם סוף כנ"ל. ומהא דר"א דאמר לענין גט ודוקא נקב בצד אות פלוני כו' אין ראיה די"ל דקאי אש"מ והוחזק דבזה י"ל מה"ת חיישינן ע"ש בפי' הפ"י גטין הנ"ל שכ' כן בעצמו. וגם דאף דמחמרינן בגט אבל בעגונה לא כמו לענין תרי יצחק כנ"ל:

אמנם מתוס' יבמות קט"ו ד"ה וקאמרי כו' לכאורה מבואר דלא מהני שכתבו דאי סל"ד מיירי בסי' מובהקין כו' א"נ על פי טביעת עין כו' ומבואר דמים שאין להם סוף לא מהני סי' רק מובהקין או צירוף לטביעת עין. ובתשו' פ"מ סי' ב' דחה ראיה זו די"ל תוס' לא כתבו כן רק למה דאמרינן עד אחד במלחמה אינו נאמן וק' נשים כעד אחד ואיכא איסור דאורייתא אבל למאי דקי"ל כהרי"ף דבעיא דעד אחד במלחמה אפשיט מהא דדגלת ושפיר גם בעד אחד שראה הטביעה אינו איסור דאורייתא רק דרבנן שפיר מהני סי' לכ"ע ע"ש:

ולענ"ד תמוה דא"כ למה נדחקו תוס' דלא מיירי בסתם סימן. הא למסקנא משמע שפיר שהטביעה הי' ידוע כפשטי' דברייתא וטבעה כו' והשיא ר' ע"פ נשים משמע דהטביעה

לא הי' ע"פ נשים רק לס"ד הי' מוכרח לפרש דהטביעה ע"פ נשים דהא לא הי' יותר רק הטביעה משא"כ למסקנא. וא"כ שפיר הי' תוס' יכולין לפרש בסתם סי' אמצעים שאמרו הנשים והשיא רבי ע"פ כיון דמים שאין להם סוף דרבנן. ואין לומר דאי כנ"ל הי' מהני טביעת עין לחוד כיון שהוא דרבנן דאף דבהא דדגלת וכרמי קכ"א דייק הש"ס דרבי יהודה בן בבא לקולא פליג כו' ומאי דייק דלמא במים שאין להם סוף דרבנן מהני טביעת עין. זה אינו ראי' די"ל דלענין ההכרה מאחר דחיישינן דתפח גם בדרבנן לא מהני משא"כ לענין חשש משקר ובדדמי כנ"ל כיון דאסקוה לאלתר י"ל דסברי תוס' דלא הי' חוששין זה בדרבנן והי' נאמן. די"ל דעכ"פ לא מיקרי אתחזיק איסורא כיון דמותרת מה"ת בהטביעה דהא החמירו רבנן רק משום סמוך מיעוט ניצולים לחזקת א"א או חזקת חי ע"ש בתוס' ורא"ש. ושוב עכ"פ נגד החזקה יש הרוב ולא חשיב איתחזיק ושוב להפוסקים דדבר שבערוה בלא איתחזיק עד אחד נאמן מדינא ממילא נאמן בלי דייקא דידה לענין לישא לכתחלה ועל העד לא אמרינן בדדמי כמ"ש תוס' ד"ה טעמא כו:

ומ"ש תוס' ד"ה וקאמרו בדדמי גם על העד י"ל דכוונתם ג"כ על האשה ע"ש במפרשים. או דכיון דעד אחד נאמן מדינא בלא אתחזיק שוב י"ל דלא אמרינן בדדמי כמ"ש הרא"ש על ב' עדים ע"ש. ולכך הוכיחו תוס' דהגמ' מיירי שגם הטביעה ע"פ נשים ושוב לא מהני מה"ת. ושוב כ' שפיר דסי' מובהקין דוקא כדברי פ"מ הנ"ל. אך ז"א דא"כ קשה על הגמ' גופיה למה קאמר כלל דאמרי סי'. ולא כפשטיה שהי' הטביעה ידוע והשיא רבי ע"פ נשים שהכירוהו לאלתר ובדרבנן לא אמרינן בדדמי וע"כ דהגמ' סבר דגם בדרבנן ע"א במלחמה לא מהימן ובעי סימנים אף בדרבנן כנ"ל. ושוב קשה על התוס' כנ"ל למה לא פי' בסתם סימנים אמצעים. וע"כ דלא כפ"מ הנ"ל רק דסברי דגם בדרבנן בעי סי' מובהקין דוקא.

ועוד מאי קאמר גמ' ומסתברא מים שאין להם סוף אלא דאסקינהו וקאמרי סימן כו' הא אדרבא שפיר מוכח דעד א' במלחמה נאמן ושוב הוי מים שאין להם סוף דרבנן ומהני סתם סימנין. וע"כ הפי' בש"ס הוא מאחר שצריך להוסיף בברייתא שוב י"ל דהוי סי' מובהקין דמהני לכ"ע וא"כ עיקר חסר מהספר דהיה לו לומר קאמרי סי' מובהקין. דבשלמא לפי' הפשוט קאמר שפיר כיון דבין עד אחד במלחמה נאמן או לא צ"ל דקאמרי סימנין דהא מים שאין להם סוף אסורה ושוב אין הוכחה. ובין שהיה סי' מובהקין או סי' אמצעים מזה לא מיירי עכשיו רק סי' המועילים דבין כך לא מהני רק סי' מובהקים דאינו ענין להבעיא כנ"ל:

אבל אי נימא כנ"ל דבדרבנן מהני סתם סי' ואי עד אחד במלחמה נאמן שפיר מהני סתם סימן וא"כ לפי הותסברא הנ"ל ג"כ מוכח דעד אחד במלחמה נאמן ולכך מהני סי' סתם רק הדחי' הוא די"ל דאמרו סי' מובהקין. וזה לא הזכיר גמרא כלל. ועוד דתוס' כ' אח"כ אהא דנהגו להתיר נשי אנשים שנטבעו בלי סימן בהכרה. ומה קשיא להו הא זה איפשטא עכ"פ מעובדא דחסא דלא תצא והוא דרבנן. וע"כ דס"ל דגם בדרבנן לא מהני ההכרה ואמרינן בדדמי. ושפיר י"ל דמיירי שהי' הטביעה ידוע כנ"ל ומיירי בסי' אמצעים. וע"כ דסברי גם בדרבנן בעי מובהקין דוקא:

אמנם נראה דיש לדחות כל הנ"ל. דשם בסוגיא כמה תמיהות והארכתי במ"א בעזה"י. ונכתוב בקצרה בתוס' ד"ה הא מים כו' דהשתא ס"ד שראו הנשים שטבעו אבל לא ראו שהעלום ולכך אמרו בדדמי. ותמוה למה להו לפרש כן הא כפשוטו שראו שהעלום והכירום ג"כ וכ' מהרש"א דא"כ מה פריך ותסברא כו' ולכך הוכרחו לפרש כן ע"ש. אבל על הגמ' נשאר הקושיא מה פריך ותסברא הא אדרבא פשוט הלשון משמע כן שטבעו כו' והשיא על פי נשים שהכירום דאסקוהו ומוכח באמת דעד אחד נאמן וכדמשני באמת אסקינהו כו' והא דהוסיף וקאמרי סי' זה אינו מוכח מקושיא דותסברא וצריך לדחוק כמ"ש לעיל מאחר דצריך להוסיף על הלשון י"ל בסימנין. ודוחק. ועוד בתוס' ד"ה וקאמרי כו' ובדבר מועט יאמרו כו' והא תוס' בד"ה טעמא מפרשים דהעד אינו אומר בדדמי רק דמשקר והיא לא דייקא ע"ש. וע"כ דאותו בדדמי דמלחמה לא אמרינן על העד משא"כ על ההכרה שבדבר מועט יאמרו כו' שייך גם על העד ולס"ד דהעד רק על הטביעה ובעי לפשוט האיבעיא ע"כ דזה הבדדמי של הטביעה דומה למלחמה דג"כ חשש משקר דאל"ה איך פשיט. וצ"ל דלס"ד ע"כ כיון דבעדות טביעה לחוד התיר. וא"כ איך שייך לא דייקא הא ע"כ צריכה למידק שנטבע ושוב א"צ יותר. וצ"ל דהא ע"כ העידו עכ"פ שטבעו ושהו עד שתצא נפשו דאל"ה מן התורה אסורה. וא"כ שייך בדדמי שדייקא שטבע ולא דייקא אי שהו עד שת"נ או לא. ושפיר י"ל דהעד משקר במה שאומר ששהה עד שתצא נפשו. והוכיח שפיר בס"ד דעד אחד נאמן במלחמה. ואף דלכאורה הא מבואר ברמב"ם ושאר פוסקים דבדדמי היינו שתסמוך על דברים שרובן למיתה ע"ש. וכן לעיל דמחי ליה בגירא כו' ואיכא דעביד סמתרא כ' וא"כ בלא שהה עד שתצא נפשו דהוא ספק גמור על מה סומכת. אך צ"ל דסבר עכשיו דגם בספק גמור שייך בדדמי דהא מעיקר אמר רבא דמלחמה ס"ד בכל הני דאקטיל הוא פליט. וכשיודעת שהיה במלחמה אומרת בדדמי אף דודאי אסורה מה"ת דעיר שכבשוה כרכום וספינה המטורפת כו' ספק גמור כנ"ל:

וא"כ עכשיו דאמר ותסברא כו' דאמרי אסקוה וקאמרי סי' כו' למה לתוספות לחלק דלא מהני טביעת עין דבדבר מועט כו' ושייך זה הבדדמי גם על העד ולמה לא כפשטיה דאינו נאמן בטביעת עין דמשקר והיא לא דיקא ולכך צריך סימנין. וע"כ דתוס' מפרשים דלא כנ"י דמיירי כמו סי' אבידה שאמרו סי' קודם שראוהו שכך סימנין הי' בבעל אשה זו. וסוברים תוס' דאין לפרש כן דלמה הזכיר לאלתר כו' דאינו ענין להתירוץ לומר לרבותא. ועוד דהלשון וקאמרו אסקינהו כו' משמע שכל זה מלשון הנשים ולכך מפרשים דגם הך וקאמרי סי' ג"כ הפירוש שאומרים שהכירוהו בסימנין. וע"כ דעל ההכרה לא אמרינן דמשקר. וא"כ שוב למה לא מהני לאלתר לחוד בלא סימנין. ומזה הוכיחו תוס' דעל הכרח טביעת עין לחוד לכ"ע אמרינן גם בעד בדדמי בלא חשש משקר דבדבר מועט כו'. אך קשה באמת למה יהי' נאמנים הא כיון שתדע שטבע לא דייקא יותר והעד משקר בהכרה וגם באמירתו שע"י סימנין הכירו וכמו לס"ד דש"ס וזה קושית הרב המגיד סוף הל' גירושין והלחם משנה וב"ש ס"ק קי"ו שהניחו בצ"ע ע"ש וגם למה להש"ס להזכיר הך בדדמי שעל ההכרה שאינו ענין להבעיא כלל. ובין שהי' הטביעה ידוע ובין שהי' גם הטביעה ע"פ נשים קשה דלא דייקא יותר רק על הטביעה ועל ההכרה משקר אי עד אחד במלחמה אינו נאמן ואי אמרו סימנין בפנינו א"צ להמציא הך בדדמי דההכרה כנ"ל:

לכך היה נראה לפרש דלס"ד היה מוכרח לפרש דשהו עד שתצא נפשו דאל"כ איך התירה הא אסורה מה"ת. אבל עכשיו דדחו ותסברא מים שאין להם סוף כו' וע"כ דאסקוהו כו' ושוב אמרינן דלא שהו כלל עד שתצא נפשו ומחמת הטביעה מה"ת אסורה ועדיין שייך דייקא כו' וקאמרי סימנין. וכיון דבהכרה בסי' לא שייך בדדמי שפיר מהני אף אי עד אחד במלחמה אינו נאמן דהיינו היכא דמחו ליה כו' שרובן למיתה לא דייקא יותר כמ"ש הרמב"ם אבל בהנ"ל דלא שהו עד שתצא נפשו. ורק ע"י העד מההכרה דסימנין ניתרת שפיר דייקא אם אומר אמת. והוי קשה להו לתוס' א"כ גם לאלתר לחוד יהיה מהני כיון דהוי הכרה לאלתר ודייקא שייך שפיר כיון דלא שהו. והוכיחו שפיר דבהכרה דלאלתר שייך בדדמי כשטבע אף בלא שהו עד שתצא נפשו דבדבר מועט נדמה להן שהן אלו שטבעו ולכך סמכו תוס' אח"כ דהני סימנים כו' ע"כ סי' מובהקין או סי' לאו דאורייתא והיינו כיון דע"כ מוכח דמיירי בלא שהו דאל"ה לא היה מהני מה שאומרים שהכירו בסי' שמא משקר. וע"כ בלא שהו דאסורה מה"ת ושפיר ע"כ בסי' מובהקין ואל"ה אין המשך לשון התוספות מתיישב דזה היה להם לפרש מיד דסי' היינו סי' מובהקין ואינו ענין למה שהתחילו בהך דבדדמי. ולמ"ש א"ש דבל"ז היינו מפרשין

בשהו עד שתצא נפשו דהוא דרבנן והיה מהני סי' אמצעים ורק משום שהקדימו כנ"ל וע"כ בלא שהו ושוב ע"כ סי' מובהקין כנ"ל:
וא"כ אדרבה קצת הוכחה מדברי תוס' הנ"ל דבשהו עד שתצא נפשו שהוא דרבנן מהני סי' אמצעים ג"כ כנ"ל. שוב מצאתי אח"כ קצת מפלפול הנ"ל בדברי תוס' בתשובת הגאון ר"ע איגר:
עוד י"ל דהא לעיל בעי הש"ס החזיקה היא מלחמה בעולם אי המיגו מסלק החשש בדדמי אי לא ולא איפשט וכתבו הפוסקים דעד אחד שהחזיק מלחמה לא גרע וא"כ בטבע דדייק דמים שאין להם סוף כמלחמה ומאי דייק הא הוי החזיק הוא מלחמה. אך זה טעות כיון דלס"ד לא היה העדות יותר רק שטבע מה שייך מיגו שלא היה מחזיק מלחמה הא אין עדות רק המלחמה כנ"ל. אבל למסקנא דאמרו אסקינהו כו' והכירוהו מת רק מחמת הטביעה נימא בדדמי שוב שפיר מיקרי החזיק הוא מלחמה דאי בעי אמרו רק שהכירו מת זה שהוא בעלה ולא היו אומרים כלל שטבע ומיירי דגם הטביעה על פיהם. רק אי שייך בדדמי על ההכרה תליא בבעיא דלעיל דהוי מיגו בדדמי ולא היה מהני לאלתר אי החזיקה מלחמה אינו נאמן. אבל אם אומרים שהכירוהו בסימנין דלא שייך בדדמי רק דנימא שמשקר משום דלא דייקי שוב מהני המיגו דלא אמרו הטביעה.
וא"כ שוב שפיר כ' תוס' דצריך סי' מובהקין. דאי סי' אמצעים דאינו מועיל אי סי' ל"ד רק משום שטבע במים שאין להם סוף דהוי דרבנן. א"כ שוב שייך שמשקר דאין כאן מיגו דלא אמרו הטביעה הא בלא הטביעה לא יועיל כלל סי' אמצעי. ושנאמר שהי' אומרים שהכירו בסי' מובהקין זה לא אמרינן רק שתקו ע"ש לעיל. והוצרכו לומר סי' מובהקין.
וג"כ אין ראיה מתוס' שלא יועיל בדרבנן סימן כנ"ל עכ"ז אינו מוכרח לפרש כנ"ל לפי מ"ש במ"א בעז"ה לפרש דברי תוס' ע"פ הר"י שבמרדכי וע"פ דברי ר"ת בס' הישר ואין להאריך כאן דמ"מ מדברי הטור שכתב אחר דינים הנ"ל הא דניסת ע"י העד שטבע במים שאין להם סוף לא תצא וא"כ מיירי התם הכל בשהה עד שתצא נפשו ולא הזכיר כלל שהה משום דמסתמא כן ואעפ"כ אינו מתיר בסי' לחוד ומוכח דמים שאין להם סוף לא מהני סי' אמצעים אף בשהה עד שתצא נפשו. והגם דבטור הלשון והכירוהו ע"י סימנין אפשר לפרש שההכרה בטביעת עין ע"י הסי' וכמ"ש לעיל מ"מ הב"ח ודו"פ לא פירשו כן:
והנה הגאון בעל מג"ש בתשו' פ"י סי' ז' כתב ולולי דמסתפינא הייתי אומר דבנ"ד אפילו סי' דרבנן מהני כיון דמים שאין להם סוף חומרא דרבנן והביא הראיה מהא דחביות יין ומבשר שנתעלם מן העין כו' וכ' אבל מה אעשה שהתוס' הנ"ל כתבו דאפילו במים

שאין להם סוף סי' מובהקין דוקא ע"ש והניח בצ"ע והתיר רק מטעמים אחרים. ואותו עובדא הוא ג"כ בתשו' ב"ח סי' ק"ד שהשיב להגאון הנ"ל להתיר ג"כ מטעם שהיה קרוש. ואינו מזכיר כלל מטעם הסימנין אף שהיה מים שאין להם סוף ע"ש דמבואר להדיא שאוסר ג"כ במים שאין להם סוף בסי' אמצעים. ובוודאי שנעלמו דבריהם מהאחרונים ז"ל. והתימה על הרב בעל נו"ב שכתב לפשוט בכמה מקומות להתיר ולא הזכיר כלל דברי התוס' והטור שעכ"פ פשוט דבריהם לאיסור. גם הריטב"א ב"מ כ' בבשר שנתעלם מן העין דמשום דחומרא בעלמא הוא סמכינן אף אי סי' ל"ד ע"ש משמע דבשאר איסור דרבנן לא מהני:

והיה נראה לענ"ד דמ"מ פסק הגאון פ"מ אמת ביש עדים על הטביעה במים שאין להם סוף דאפשר להתיר בסי' אמצעים דניהו דזה מוכח מהתוס' והפוסקים דאי סי' דרבנן לא מהני במים שאין להם סוף וכן מוכח מהראיה שהביא פ"י מהכרת פדחת עם סי' כנ"ל. וכן מב' יוסף בן שמעון. דהא חזינן באמת בעובדא דחסא דאף בת"ח שכ' תוס' דאיכא תרי רובא דאי סליק קלא אית ליה כו' ומ"מ לא מהני אף דרוב עדיף מסי' אי סי' ל"ד. מ"מ כל זה שפיר אי סי' דרבנן אבל אנן דקיי"ל כרב אשי דמספקא לן אי ס"ד אי דרבנן. שפיר אזלינן לקולא במים שאין להם סוף דרבנן ואמרינן דילמא סי' דאורייתא ודאי מהני. דע"ז אין סתירה מתוס' שכ' בהדיא למ"ד סי' דרבנן כו'. וגם מהטור אין ראיה דמפורש שם בע"א על הטביעה וממילא כיון דרש"י ז"ל (שבת דף קמ"ה ע"ב) פי' דמהני רק מטעם אפקעינהו כו' ולרוב פוסקים דע"א לא מהני מה"ת א"כ י"ל בע"א על הטביעה ניהו דהקילו חכמים בניסת דלא תצא מ"מ דוקא בניסת הפקיעו. אבל לכתחילה דלא תנשא יש חשש דאורייתא כיון שלא התירו חכמים לינשא ומה"ת ע"א אינו נאמן. וכיון דהוא מחמת ספיקא דדינא אי סי' דאורייתא או לא שפיר א"א להתיר' מחמת העד של הטביעה וע"י הסי' דשמא סי' לאו דאורייתא ועדיין איסור דאורייתא כל שלא נשאת דלא שריא ע"פ ע"א כנ"ל אבל ביש ב' עדים על הטביעה דמה"ת מותרת בוודאי שוב מהני סי' דרבנן שמא סי' דאורייתא ומותרת כנ"ל. וחזקת איסור ליכא דיש רוב נגדו רוב הנטבעין כו' ומטעם החזקה הוא דאחמירו רבנן ושוב ס"ד לקולא כנ"ל:

ועוד י"ל כיון דלתוס' מיירי שהנשים אמרו שהכירוהו ע"י סי' וכן בטביעת עין בע"א. וא"כ י"ל כיון דעיקר הטעם משום מילתא דעבידא לגלויי לא משקר. וא"כ בשלמא אי סי' דאורייתא דאין תולין שנזדמן אחר בסי' כזה. אז שפיר מה שמעיד העד שהכירו בסימן כמו הכירו בטביעת עין דיהיה נתפס שקרן כשיהיה חי אבל אי סי' ל"ד ואינו בירור גמור לא יהיה שקרן כלל במה שאמר שהכירו בסי' אמצעים. וי"ל דלא מהימני וצריך

סי' מובהקים דוקא כנ"ל דהוא כטביעת עין אבל כשהוא לפנינו ואומרים הסימן. או ב' עדים דמהימני שפיר י"ל דמהני סי' אמצעים במים שאין להם סוף:

ואפשר דהסומך על בעל פנים מאירות והג' בעל אבן העוזר להתיר בב' עדים על הטביעה ושהו עד שתצא נפשו ויש סי' להתיר לכתחילה לא הפסיד. דנגד זה אין הוכחה כלל לאסור. גם מהרח"ש מיקל בספק במים שאין להם סוף והא הרבה גדולי הפוסקים דסי' דאורייתא:

אמנם צריך לדון בנידן דידן אם יש כאן אפילו סי' אמצעים ועיקר הסימן מה שהיה הזעקיל קשור על צווארו ועל כתפו אחד הוא. דהא לא בהזעקיל שום טביעת עין ולא סי' שזה הזעקיל שהיה בהנטבע רק שזה עצמו יהיה סי' בהנטבע שהיה הזעקיל על כתפו. ולזאת מה שפלפלו בחשש שאלה הוא ללא תועלת כאן דממ"נ אי לא חשוב סי' דשכיח הלובשים זעקיל כזה א"צ לחשש שאלה מאחר שאין היכר כלל שזה הזעקיל של הנטבע בעלה. ואם אינו שכיח גם חשש שאלה לא שייך דלמה לבשו השואל כמו שאין חשש על שלו כן אין חשש על שאול. רק על סי' של הוועסטיל עם קנעפיל פעריל מוטער שייך הפלפול דחשש שאלה:

והנה מבואר בתוס' גיטין כ"ז ע"ב ד"ה מצא קשור כו' ומעיקרא דהוי בעי למידק דס"ד הוי משמע ליה דאיירי כשמצאו אחר ומהדרינן ליה ע"י סימן זה ע"ש ונראה מדבריהם דזה עצמו הוי סימן מה שהגט קשור בכיס או טבעת. וכ"כ הב"ח סי' קל"ב ס"ק ח' שכ' אין קשירת זה סימן דילמא גט אחר הוא שקשור בכיס כו'. ובתוס' לשם ג"כ כתבו דהכי הוא למסקנא אלא דביבמות קס"ד למידק מיניה דסי' דאורייתא כו' מהדרינן ע"י סימן זה שקשור בכיס כו' ואין זה סימן למסקנא אלא דוקא כשמצאו בעצמו כו' ע"ש משמע דמפרש דברי תוס' כנ"ל. ומ"ש דלמסקנא אין זה סי' היינו דלמסקנא דסי' דרבנן לא מהני דאינו סי' מובהק שיועיל אי סי' דרבנן. אבל זה לא נדחה דחשיב סי' אמצעי מה שקשור בכיס. דהגם אין הכרח למסקנא כיון דמיירי שמצאו בעצמו מ"מ למה נאמר דפליג בסברא על ס"ד דש"ס דחשיב סימן אמצעי הקשירה בכיס. וכן שם כ"ח תוס' ד"ה מצא בחפיסה כו' מה שאומר שאבדו בדלוסקמא אינו סי' דדרך להניח שטרות כו' ואפילו הוי סי'. מובהק לא הוי ע"ש. וכ' ב"ש ס"ק ז' והב"ח דמה שאומר שאבדו בכלי הוי סי' אמצעי. וא"כ ממילא בנידן דידן מה שהיה הזעקיל עם שחת קשור בו דאין דרך ב"א רק מיעוטא דמיעוטא הוי הקשירה עצמה סי' אמצעי. אך דקשיא לי א"כ מה פריך ש"ס יבמות וב"מ אהא דח' לשאלה מצא קשור בכיס כו' ניחוש לשאלה. והא קאי אי סי' דאורייתא וא"כ זה עצמו הוי סי' מה שקשור בכיס ולא שייך חשש שאלה דמ"מ איך

נזדמן שזה קשר כמו כל הסימנין. אך הא בל"ז קשה דילמא מיירי בקשר משונה דודאי הוי סימן בגוף הקשר. וע"כ דהא קשיא לי א"כ למה נקיט כלל קשור בכיס כו' הוי ליה למימר דסי' בגט מהני דמאי חילוק ולכך ס"ד דא"י כלל זה שקשור רק אומר סימן בכיס או עדים וקמ"ל דל"ח לשאלה. ומשני דלא מושלי כנ"ל מ"מ הא תוס' כתבו דהוא סימן וכן בש"ע ח"מ סי' מ"ה דחשיב סימן מה שמונח בכלי דאין דרך להניח ע"ש. וכן בשר בחרוזים דאין דרך. וכן בב"מ בקשר ותכריך כו' ע"ש. וכל סי' אמצעי כך הוא אף דאפשר שנזדמן גם אחרים כן רק שאינו מצוי. וא"כ בנידן דידן שכ' המ"צ מפראגא שהגידו לו שגם בנושאי משא אינו מצוי כלל לקשור זעקיל עם שחת על כתיפו רק זה לחולשת מזגו שפיר חשיב סי' אמצעי. ואף דהא בש"ס למ"ד שומא מצוי בבן גילו אף סי' אמצעי לא חשיב י"ל דאולי שם הרבה ב"ג של אדם. ועוד דשם אין הוכחה יותר שהוא בעלה משהוא בן גילו וכמו הוחזקו ב' בני אדם בשומא ונמצא א' מה ראיה וסימן יש שהוא זה יותר מהשני. משא"כ בסי' אבידה גם שיש בוודאי עוד חפץ כזה שיש בו ג"כ סימן אמצעי כזה מ"מ לחוש שנאבד חפץ כזה לא הוחזק וחשיב סימן אמצעי שזה הוא. וממילא ביודעין שנטבע זה שעם הזעקיל הקשור הגם שאפשר. ומסתמא יש עוד נושאי משא חלושים שנושאים זעקיל כזה כשנושאים משא מ"מ לענין שיהיה נטבע נושא משא כזה הוי כאבידה דחשיב סי' אמצעי אף דמסתמא יש עוד חפץ בסי' כזה כנ"ל:

וגם דשייך ההיתר של הח"צ דחשיב כאין ש"מ דאף שהוחזק מותר בעגונה לדעת הטור סי' קל"ב. דכיון דאין ש"מ ומן מיעוט העוברים שיודעין שזה עבר בוודאי שם שנחוש שנזדמן שגם יוסף בן שמעון הב' עבר לא חיישינן כו' וכן בטביעה שיודעין שזה נטבע והגם שוודאי נטבעו עוד אבל לחוש ממיעוט הנטבעים דעכ"פ כאין שיירות מצויות מיקרי ושניחוש נטבע נושא משא החלש בזעקיל כזה דמי להתם דאף שהוחזק לא חיישינן:

גם בצירוף סי' השומא שאחורי האוזן אף דא"י אחורי איזה אוזן נראה דחשיב סי' אמצעי לענין צירוף כמ"ש לעיל ולהמ"ב וב"ש חשיב צירוף סי' אמצעים למובהק. והגם שיש לפקפק הרבה על דבריהם. גם לענ"ד קשיא טובא מש"ס ב"מ כ"ח ע"א דדייק רבא סי' דאורייתא מהא דמצא תכריך של שטרות כו' יחזיר והא לא שייך ניחא ליה כו' ומה"ט נד רבא ממאי דאמר סי' לאו דאורייתא. ופ"ק כ' ע"ב דאמר תכריך שלשה שטרות קשורין כו' ובעי מאי מכריז מנין ופריך א"ה מה איריא תלתא אפילו תרי נמי אלא שטרי מכריז כו' ופי' רש"י אי מכריז המנין והוא אומר הסימן זה שהי' כרוכים א"כ גם בתרי די סימן כזה. ולכן אמר דשטרי מכריז והוא אומר סי' המנין ע"ש ולהנ"ל קשה אדרבה נימא

דסי' דרבנן כדאמר רבא מעיקרא דניחא ליה ובתכריך של שטרות דלא שייך האי טעמא באמת אינו מועיל סי' אחד רק דמכריז שטרי והוא אומר המנין וסימן הכריכה ושפיר צירוף ב' הסימנים הוי מובהק שמועיל מה"ת ולא קשה אפילו תרי נמי דבתרי שאין סימן רק הכריכה לבד דהוי סי' אחד באמת אינו מועיל בשטרות כיון דסי' דרבנן ולא שייך ניחא ליה ולכך בעי ג' דיש ב' סי' ושפיר מהני גם בשטרות מה"ת ומה פריך רבא. וע"כ דלא כפוסקים הנ"ל רק שצירוף ב' סימנין ג"כ לא מהני אי סי' דרבנן כנ"ל:

ואפשר ליישב דדייק מרישא מצא בחפיסה כו' וכ' תוס' בשלמא בחפיסה הוי סי' שאין דרך כו' אבל דלוסקמא הא דרך להניח וכ' דמיירי שנותן בדלוסקמא סי' שאינו מובהק ע"ש וע"כ הא דנקיט סתם משום דסתם כלי יש בו סימן אמצעי. ואין לומר דג"כ יש בו ב' סימנים דא"כ בחפיסה שזה עצמו סי' ואי שנותן סי' בחפיסה ג"כ למה ליה תרווייהו. אבל עכשיו קמ"ל בחפיסה דזה עצמו דמניח בו הוי סי' ואח"כ דלוסקמא דלא חיישינן לשאלה ויש לדחות ואין להאריך. עכ"פ כיון דהגדולים הנ"ל פסקו דצירוף סי' הוי מובהקין באיסור דאוריתא עכ"פ יש לסמוך עליהם באיסור דרבנן במים שאין להם סוף כנ"ל. וגם בצירוף מסימן הבגדים בהוועסטיל סאטינטוהר עם קנעפיל פעריל מוטער דאפשר ג"כ סימן אמצעי וחשש שאלה לא אמרינן כמ"ש לעיל כנ"ל:

אמנם זאת צריך לחקור עוד לאשר נמצא שינוי במלבוש אחד שאמרה האשה שהיה בעלה לבוש שפאנצער האלליע דאמניקליך. והנמצא היה שפאנצער בלאה נאנקין. ולהיפך גם חיוורי וסומקי הוי סי' מובהק שאינו זה. אולם כ' לי המ"צ מפראגא שחקר אצל הסוחרים על המראה האלליע דאמניקליך מה הוא ואמרו שהפי' שהדאמען הן האללע והוא מב' קלערין ויכול להיות שהגרינט בלא"ה והדאעמן האלליע. ובמים הדרך שנשחת מראה הדאמען ונשאר רק הגרינט בלא"ה. ואם יחקרו שבאמת כן הדרך אינו ריעותא כמבואר בת' הר"ן סי' ל"ו והובא ב"י סי' י"ז שכל שיש עדות מספק להתיר רק מצד סימן שמו שמורה שאינו זה והוא סימן העשוי להשתנות שאמר שישנה שמו אינו מגרע כח ההיתר כו' ומביא ראיה מבני ברק כו' ע"ש. וא"כ כאן דזה השינוי מסימן המראה עשוי להשתנות במים ממילא איני מגרע ההיתר כלל מה שמורה דאינו זה ואמרינן דנשתנה כנ"ל:

ועוד דלא אמרה האשה שראתה אותו בשפאנצער הזה כשנטבע דאינו מבואר בלשון הגב"ע שאשתו היתה כשנטבע רק שאמרה סי' גופו ובגדיו. ואף שכתוב סי' גופו ובגדיו של הנטבע אין הוכחה שהפירוש בשעה שנטבע רק נקטו הנטבע לסימן על מי מדברים והיא אמרה סימן גופו ובגדיו שהיה לבעלה שהוא הנטבע. וכ"מ גיטין מ"ב כל נכסי

לפלוני עבדי דס"ד דאינו שחרור ודחי עבדי שהיה כבר לסימן שלזה נותן הנכסים. אך י"ל משום דסותר דאי עבד איך נתן לו וצריך לתלות בטעות לכך מפרשינן כנ"ל. אך הא גם כאן סותר שאר הסימנים ומפרשים כנ"ל. ויותר ראוי לתלות כנ"ל. וכן פ' חזקת ארעא דבי בר סיסון דמיקרי כו' וממילא י"ל שלא היה לבוש שפאנצער הזה כשנטבע וקנה שפאנצער אחר או שאל. אך זה דוחק והיה מגרע סי' דשאר הבגדים מאחר דע"כ החליף או קנה או שאל ושמא אחר שהשפאנציר היה שלו קנה מזה שאר הבגדים דשוב אם מפרשינן בגדיו שמכבר א"י אם היה לבוש גם שאר הבגדים כשנטבע ולא נשאר רק סי' הזעקיל שבצוארו שזה העידו העדים שהיה קשור עליו כשנטבע אבל צירוף שאר הבגדים שע"י אמירת האשה לא היה צירוף כלל. רק אם עשוי להשתנות במים המראה שפיר מהני דאינו מגרע כלל כתשו' הר"ן כנ"ל:

עוד יש ריעותא שזמן מציאת הנטבע מוקדם הרבה מעדות שנטבע זה ואף דאפשר שנטבע קודם רק הקבלת עדות היה הרבה אח"כ אבל הא לא העידו שום זמן מתי נטבע ואין נאמר שנטבע זמן רב קודם ודאי לא מהני. ולכך צריך הב"ד לברר זה על השילעץ מתי היה הטביעה אם היה עכ"פ קודם שנמצא זה:

שוב מצאתי הגב"ע ישן והחילוק רק מיום אחד שקבלת העדות מטביעתו היה כ' כסליו ת"ר לפ"ק והגב"ע משמש דח"ק על מציאת הנטבע היה י"ט כסליו ת"ר ל'. ומ"מ גם על יום א' קודם א"א לדון בסתם דמוקמינן אחזקה שנטבע ביום זה והגם שמשמעות עדות השמש שכתבו שאמר איך האב גיהערט עס זאל עפיס זיין איין סימן בגופו של הנטבע הנ"ל איין שומא האב איך עהם ערשט גיט בודק גוועזין וראיתי אחורי אוזן השמאלי איין שומא עכ"ל ומשמעות דבריו שכוונתו על הנטבע הנ"ל. ושכבר היה נטבע הנ"ל זה על השילעץ עכ"ז אין לסמוך ע"ז כלל שמא על אחר כוונתו שהיה לו ג"כ שומא ולזאת הב"ד שיתירוה יראו שיתברר הדבר אם היה הטביעה מהנ"ל קודם מציאת זה הנטבע בסימנין הנ"ל ואם לא יתברר אין דעתי כלל להתיר:

ואם יתברר כנ"ל. וגם שיתברר היטב ענין המראה האללי דאמניקליך שאינו שינוי כנ"ל אז אם יסכימו הרב הג' דק"ק פראגי וכבוד הגאון אבד"ק טשעחינאווי ועוד רב א' אחר עיון שלהם הנני סניף להתיר כשישבו אח"כ ב"ד של שלשה ביחד ויתירו אותה. ואם לא יסכימו רבנים הנ"ל. איני נמנה להתיר כי קשה עלי הדבר לאשר הוא נגד סתימת הפוסקים חלקת מחוקק ובית שמואל וסתימת לשון הרמ"א להתיר מים שאין להם סוף ע"י סי' אמצעים. וגם סי' זה שהיה הזעקיל קשור עליו לא ברירא מלתא שיהיה חשיב סי' אמצעי. ובתשו' חוט השני החמיר:

גם בעדות הטביעה עצמה אינו מבואר שהביטו בכל צדדי המים. עכ"ז נראה מדברי הפוסקים דחשיב עדות גמור כה"ג שאמרו איך האב אונד נאך מענטשין געזיכט עהם באלד און עס האט גידוערט ערך ג' שעות משמעות דקאי על הזיכן שחפשו אותו ערך ג' שעות ונכלל בזה שהביטו בכל הצדדין שזהו בכלל החיפוש. ולעולם א"א להביט בכל הצדדין בפעם אחת ואעפ"כ נראה מהפוסקים דחשיב עדות גמור. ולזאת אם יסכימו הרבנים הנ"ל אהיה סניף להתיר באופנים המבוארים לעיל. ואם לאו דברי בטלין והנראה לענ"ד כתבתי פה ווארשא יום א' י"ד אייר תר"ג לפ"ק הק' יצחק מאיר בהרב מו"רי ז"ל:

סימן ב

שאלה (וזה לשון הגב"ע) במותב ג' כחדא הוינא ואתא לקדמנא מ' ליב במ' מרדכי מפה והעיד בת"ע באלי"ע איך בש"ק פ' בלק העבר הייתי אצל נהר ווייסיל אחורי בית ר' אלי' יונה ונמצאת שם האשה ליפשא אשת ר' קאפיל לעדיר מאן מפה וביקשה ממני לנסוע עם הנכרים לכפר זוראן באמרם שמצא שם איש מת שנטבע והלכתי עם הנכרים ועם בני הב"ח בעריל ועוד ב' יהודים. ובאנו אל המת בבוקר יום א' העבר שעה 5 ומצאנוהו בין קאשאקיס במים סביבו. ולאשר המקום היה במקום שהמים הולכים הלוך וחסור בנפול הוויסיל והיה מונח אפרקיד הי' פניו ופני גופו הלב ובטן מחוץ למים ואחוריו ורוב גופו שקוע במים ואמר שמקום ראשו היה מונח במקום מים ורפש תחתיו לח כמו חצי אמה עד קרקעות הנהר והיה מלובש רק ראשו פרוע והי' פניו תפוח קצת גישוואלין קצת החוטם קצת איין גיפלאצט והיה נראה לו קצת בטביעת עין שהוא ר' קאפיל הנ"ל ואמר שם בחייו לא ראוהו רק ב' או ג' פעמים וזה יותר משנה ולא דיבר עמו מעולם. ואמר כשנקבר יום א' הנ"ל לעתותי ערב היה אז תפוח מאוד על פניו עד שלא ניכר כלל מי הוא:

שוב העיד מו' יעקב במו' אלי' מפה בת"ע כנ"ל איך שהוא דר סמוך לבית ר' אלי' יונה על שפת נהר ווייסיל ובאו ב' נכרים בש"ק העבר איך שנמצא סמוך לכפר זוראן איש שנטבע מלובש בקאפיטע של טיך ושפאנציר וגיוועקסטי שטיוול ואמר נכרי אחד שהוא מונח שם במים ושקשרו לבל יציפנו המים להלן. והנכרי הב' אמר זה הנכרי הראשון אינו יודע ואני מצאתיו על היבשה מקום שנפלו המים אב גיטריקענט. רק קצת במים ואנכי דחפתיו למים למען לא יתפח מחום השמש. ושאינו קשור כלל כי עדיין מונח במים אבל בשפת הנהר במקום שלא יציפנו המים כי מונח על קרקעות הנהר. כך אמר נכרי הב'. וביום א' בשעה ה' או ו' בבוקר כשהביאו לפני ביתו וראיתיו הכרתיו תיכף היטיב בטביעת עין שהוא ר' קאפיל לעדר מאן כי הייתי מכירו היטיב ובא לביתו לפרקים.

ואמר שהיה תפוח קצת על מצחו גם חוטמו קצת איין ג'יקנייצט. כ"ז העידו ביום ד' כ"ב תמוז צ"ט לפ"ק. נאום הק' יעקב מאיר ונאום הרב מו' צבי הירש:

שוב אתא לקדמנא מו' גדליה במו' נפתלי מפה והעיד בת"ע כנ"ל איך שראה את הנטבע ביום א' העבר כמו גלאק 7 או 8 בבוקר בהיותו על הספינה שהביאוהו לכאן ולא הכירוהו בטביעת עין רק שראיתי על אצבעו הסמוך לאגודל שבידו השמאלית כמו העפט מן פצע וחתך שנתרפא. אורך ההעפט כמו צאהל וחצי התחיל מפרק שלישי סמוך לכף היד עד סמוך לפרק השני שבאצבע הנ"ל. ההעפט הנ"ל היה מאחורי אצבע נוטה מאמצע אחורי האצבע לצד האגודל והתפר הנ"ל היה הולך בשוה לאורך האצבע עובי ההעפט כמו דוקר פאדים:

העיד ר' ראובן בר' זאב איך בין ג'יגאנגין צוא דער ווייסיל האבין מענטשין ג'יזאגט מען האט ג'יפונין איין דר טרינקנען האבין פיל מענטשין ג'יזאגט אויב עס איז נישט דער איש משילעץ שנטבע ניט לאנג בין איך צוא ג'יגאנגין. והאיש איז ג'יוועזין צוא ג'ידעקט מיט חרויז ולקחתי ממנו דעם חרויז. אמרתי דאס איז ר' קאפיל לעדיר הענדליר דען איך האב גאנץ גוט ג'יקאנט בחייו. לע"ע לויט דעם פנים מיט דיא נאז האב עהם דר קאנט לויט מייני ג'ידאנקין דיא בארט היה שווארץ נאר זיא איז גוועזין מעהר בייא וואקסין וויא בחייו החוטם איז ג'יוועזין אן עק וויא איין זאץ:

במותב ג' וכו' העיד ר' בעריל בר' אברהם בת"ע כנ"ל כששמע שנמצא בכפר בלאן בקאשאקעס איש א' שנטבע מת והלכתי שמה ותיכף כשבאתי שמה הכרתיו בפניו ובמצחו וכמעט בזקנו ובבגדיו שהמת הוא ר' קאפיל לעדיר הענדליר. שוב אתא כו' הב"ח אברהם צבי בר' שלמה והעיד בת"ע כו' שהוא נסע לכפר בלאן ביום א' ובא לשם בבוקר שעה ה' ותיכף כשבא לשם לקשאקיס הכיר בפנים ובמצח וכמעט בזקנו ובבגדיו שהמת הוא ר' קאפיל לעדיר מאן וגם הכיר לו בגד העליונה היינו קאפיטע שלו גם הכיר השטיוויל של רגל ימין שהיה נקב באצבעו הנקרא דער גראבער פינגער וכן אמרה לי אשתו גם הוא הב"ח אברהם צבי בעת שראוהו מונח במים רק ראשו היה חציו במים ופניו היה חוץ למים:

שוב אתא כו' מו' אברהם במו' יהודא סופר סת"ם והעיד בת"ע שהוא כתב הקמיע כמו שנמצא בנטבע בשם יעקב קאפיל בן רחל והוא חתם שמו אברהם בן חי' והוא מכיר שהקמיע כת"י ממש ובעת שכתב לבש לו הקמיע זו ולא כתב קמיע עוד לאיש ששמו יעקב קאפיל. וכעת אינו ניכר שם אמו רחל רק שזה מכיר שהוא כת"י ממש והוא לבש לו וגם השמש מענדיל בר"י:

גם מו' מענדיל העיד שהלביש לר' קאפיל הקמיע עם הסופר וכעת כמדומה לו שזהו הקמיע עצמו:

רשימה בסי' בגדיו של ר' קאפיל ביום שנאבד קודם פסח צ"ט לפ"ק. גידול בינוני. ראשו לבן במקום המוח מעט שיער למטה מהחזה אצל הבטן קרוב לצידו רושם ברוין גדול כמו מטבע ה' גדו' קמיע על הצואר מונח בתוך בלעך ועלי' פשתן. ד' כנפות קטן של וועב שפאנציר של נאנקין מעורב עם משי מראה גישפריצט. מכנסים גישורנעם סאמיט מראה אשגראה קאפיטע של בגד טינקיל גראניט אצל הקנעפליך תחת הסדאהן בכל צד טלאי אחד מרובע גדול כמו דרייער חלוק של וועב מסומן במראה אודם כזה ל"ק עם נומר ג"כ על השקארפעטקיס ג"כ מסומן ל"ק כנ"ל שעלקיס של עור מראה שארע יערכי פרשיילי משי שחור על הצוואר:

סימנים של הנטבע מהמתעסקים בקבורתו. הויזען של קארט געלבליך אין פאסקליך גשנירלט שפאנציר מיט וואטין נמצא בתוך הקעשני 2 דרייערס והיא אמרה שמחויב להיות ט"ז. קמיע. לעדירנע שעלקיס. איין העפט אוף דעם צווייטין פינגער מיד השמאלית אפלעק על הבטן בצד שמאל. הצווייא קלייני פינגער פון ביידי הענד זענין אביסיל קרימלעך דיא הוזען זענין לאנג. השקארפיטקיס זענין גיצייכנט מיט נומר 30 אוף רויט זייד ק"ל אפרטשיילע עם צייכין ק"ל נאו' ונאו'. קאפיטע של בגד שוואַרץ בלאה דימע פאטשעווקע אשגראה הינטין שני לאטקיס אצל הקנעפיל שוואַרץ האלז טיך של משי מיט שוואַרצי שלעקליך איין שפאנצריל וואטין שעלקיס געל לעדיר ד' כנפות קטן של פשתן הויזען לאנגי אין שטרייפליך. גאטקיס נאנקין אסטיניש למטה מסומן ל"ק קמיע אונ בלעך איין גינייט בפשתן איין בענדיל לבן. הגב"ע הנ"ל נשלח אלי מהרב הג' אב"ד נ"י:

נשאלתי לפרש דברי העדים בעדות ר' יעקב בר' אלי' כתוב 5 או 6 כשהביאהו לפני ביתו א"י באיזה מקום. אם כשכבר הביאוהו לכאן מכפר זוראן. גם לבאר כמה אישתהי מלקיחתו מהמים בזוראן עד הביאוהו לכאן. גם בעדות ר' ראובן לא ביאר מתי ראוהו. גם בעדות ר' בעריל בר"א כתוב תיכף כו' הכרתיו בפניו ומצחו וכמעט בזקנו ובבגדיו כו' ואי פי' דבריו אותו וכמעט שאמר. גם בעדות הב"ח אברהם צבי בר"ש כתוב ג"כ אותו לשון וכמעט בזקנו. ימחול לצוות להדיינים לפרש איך אמרו העדים כי מסתמא העידו בלשון המורגל ומי בקש מידם להעתיק ללשון הקודש. גם במכנסים יש ב' שינוים ממה שאמרה האשה גישוירנים סאמוט מראה אשגראה ובהנמצא היה של קארט געלבליך

אין פאסקיליך גישנירלט. גם הסימן של מההעפט. אינו כתוב בהג"ע אם אמרה האשה הסימן בבעלה או לא:

וזאת אשר השיב לי הרב נ"י.

עדות ר' יעקב בר' אלי' אין בו תועלת כלל כי עדותו אחר שמצאו אותו במקום אשר העיד ר' ליב בר' מרדכי והב"ח אברהם צבי בר' שלמה הן היו הראשונים אשר מצאוהו. ואח"ז הוליכו אותו על ספינה לבית ר' יעקב בר' אלי' ולהפיס דעת האשה שמעו שאר דברי העדים הסימן באצבעו אמרה האשה מקודם ושכחו לכתוב בהגב"ע. מה שהעתיקו ללה"ק גם בעיני לא ישר. סימנים במלבושיו שכתב רו"מ שיש שינוים לא דקדקו כ"כ בזה ולדעתי המה רחוקים מתועלת כי סימני כלים החזקים הוא הקמיע כמ"ש מהרי"ט ח"א סי' קל"ט. גם כפי אשר שמעתי מהמתעסקים בהקבורה אמרו כי הבגדים נשתנו מכל וכל וכמעט לא היה ניכר שום מראה זולת הצייכין ק"ל. לזאת ישים עין רק על עדות הראשונים ר' ליב בר' מרדכי ור' אברהם צבי בר' שלמה. ושארי העדים אין להשגיח בדבריהם. ההעפט באצבע והרושם בבטן. האשה לא צמצמה המקום כו' עכ"ל:

תשובה

הנה היתר האשה סובב על ב' דברים. מצד הקמיע וצירוף הסימן ההעפט שבאצבעו. ועל העדות מטביעת עין. והנה למ"ש מהרי"ט סי' קל"ט הוי קמיע מידי דלא מושלי אינשי. וא"כ מותרת גם לדעת הב"ש. זולת לדעת הב"י דגם בטבעת וכיס כו' למסקנא חיישינן. ולדעת מהר"ל גם במאי דמושלי יש היתר. כיון דהצלקת חשיב סי' אמצעי ואמרינן ממ"נ אי ס"ד מהני סימן שבגוף ואי סימנים לאו דאורייתא שוב אין הכרח לשינוי דחיישינן לשאלה וממילא אין חוששין. והב"ש חולק דמסברא אי סימנין לאו דאורייתא ובעי סי' מובהק ומחמת חשש שאלה שוב לא הוי סימנים מובהקים רק סי' אמצעי וממילא לא מהני אף בלי הכרח מש"ס ע"ש. וכבר האריכו המחברים בזה. ונראה דאף לסברת ב"ש. מ"מ למ"ש הב"ש ס"ק ע"ג. דצירוף סי' אמצעים פסק המשאת בנימין בשם רא"מ דחשיב סי' מובהק. והח"מ חולק כיון דלא מצינו סברא זו בש"ס. גם מהר"י ן' לב בתשובה סי'. מסתפק בזה ומה שכתב בק"ע סי' ל"ג אין להקל בצירוף סי' הגוף עם סי' כלים. לא הועתק יפה דזה כתב מהר"י ן' לב על עובדא דידיה שהיה רק סי' חיורי וסומקי כתב כלל העולה שאין לצרף כו' ע"ש אבל קודם לכן כתב ואפילו היינו סומכין על סי' הנ"ל לצרף כו' ויותר נוטה דעתו שמצרפין. והנה הוא סברת ס' מתי"ת ומהרי"ו ובת"ה סי' קס"א דחה דבריו מדפריך בש"ס ממצאו קשור בכיס כו' והא שם יש ראיה ממה ששואל הגט ואבד ואעפ"כ אין מצטרף סי' הכיס אי חיישינן לשאלה. ונראה די"ל בפשיטות

דהא כל מקום דתני במשנה ב"מ סימנים באבידה היינו סי' אמצעים דסתם סי' היינו אמצעים מה שמלה כו' שיש לה סימנין אמר את האבידה ולא אמר סימני' וכמה דוכתי וא"כ קשה למאי דמשני מתני' בארוך וגוץ כו' איך תני סתם אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו ויהיה כוונתו על גרועים והא איכא למיטעי. ולכך זה משני הש"ס לחד תירוצא גופו דארוך וגוץ כלי' דחיישינן לשאלה. והיינו כיון דתני כליו וג"כ סתם סימנים וממילא חשש שאלה עושה האמצעים לגרועים. ושוב תני שפיר גופו דומיא דסימני כליו שהן גרועים בסתם כמו כן לא מהני סימני הגוף והיינו דארוך וגוץ ממילא. וא"כ כיון דמוכח כנ"ל ע"כ דחשש שאלה עושה לסי' גרוע וודאי דאינו מצטרף ג"כ כמו ארוך עם חוורי כו' ופריך שפיר מגט. אבל למסקנא דסימנים דרבנן ובמשנה הפי' כפשטיה סי' בגופו סתם סי' אמצעים א"כ הא דתני ובכליו. ומהר"ל הוכיח באמת מדלא תני טביעת עין. ובל"ז הא פשיטא והב"ש תירץ דכוונתו על כלים דלא מושלי. ודוחק דהא תני סתם ובכליו. ולמ"ש כפשוטו דתני כליו להורות ג"כ דומיא דסי' גופו דסתם דהיינו סי' אמצעים וממילא בכליו ג"כ סי' אמצעים רק דאין סי' אמצעים בכליו אלא או בכלים דלא מושלי או בסתם כלים רק סי' מובהק ושוב מחשש שאלה נעשה סי' אמצעי כסברת ב"ש הנ"ל והוי ממש תרווייהו בחדא גווני אבל לא תני סי' אמצעי דכליו דנעשה סי' גרוע מחשש שאלה וכנ"ל: וא"כ למסקנא דסי' ל"ד אין לנו ראיה כלל דצירוף לא יועיל מסי' אמצעים דממה דסימנים גרועים בצירוף לא נעשה סי' אמצעי אין להוכיח דמצירוף סימנים אמצעים לא נעשה מובהק דהא כל חד עדיף דגרוע לכ"ע לא מהני וסי' אמצעי ס' אי מהני מה"ת. וא"כ א"ש כדברי מהר"ל דסי' אמצעים דגוף וסי' מובהק דכליו מהני ממ"נ אף לסברת ב"ש דמסברא מחשש שאלה נעשה סי' מובהק דכליו לאמצעי מ"מ שוב מהני צירוף סימנים אמצעים להיות סי' מובהק כדברי ספר מתי"ת דאין ראיה מקושית תה"ד רק על צירוף סי' אמצעי דכלים עם שאר סי' אבל לא על צירוף סי' מובהק דכלים אף שנעשה אמצעי מחשש שאלה ללישנא דסי' דרבנן כנ"ל. ומותרת ממ"נ אי סימנין דאורייתא מהני סימנים אמצעים ואי סי' דרבנן שוב לא מוכח דחיישינן לשאלה רק מסברא דנעשה סי' אמצעי כנ"ל ושוב י"ל דמצטרף הב' סימנים אמצעים להיות סימן מובהק כנ"ל. ואין הוכחה כלל מלשון תה"ד סי' קס"א שיחלוק על מהר"ל דאף שנראה שכתב שם גם על טביעת עין דכלים שדחה דברי מתי"ת אלי' שכתב ישאלו אם יש טביעת עין בכתונת וע"ז קאי ג"כ שם דלא מצטרף ע"ש. מ"מ קאי שם רק על צירוף לשאר אומדנות היינו לסי' גרועים דארוך וגוץ ע"ש דבזה שפיר מספקא ליה אולי סי' דאורייתא ושוב מוכח דחשש שאלה חשש גמור ואינו מועיל אף לצרף ואין כאן שום סי' כדמוכח מהא דפריך מגט דאי

הוי חשש גמור לא מהני גם בצירוף כיון דלא הוי אף סי' אמצעי כנ"ל. משא"כ בצירוף לסימני הגוף י"ל דמודה דמהני כמהר"ל מטעם ממ"נ דאי ס"ד מהני סי' הגוף לחוד ואי לאו דאורייתא שוב מחשש שאלה אף שהוא סי' אמצעי מצטרף כנ"ל דאז אין הכרח לתירוץ הש"ס דשאלה רק מסברא כנ"ל. שוב ראיתי שמהר"מ בק"ע ותשובות פ"י כתבו ג"כ שמהרא"י לא קאי אלא אסי' גרועים ומלשון תה"ד סי' רכ"ד גם שבהתחלה כתב אצירוף גרועים כמ"ש סימני קומה ותואר כו' מ"מ הראיה שמביא מלשון הרמב"ם פלוני כך וכך צורתו וכך סימנים היה בו דדייק דמשמע כמה סימנים לא מהני. מזה משמע דלא מהני צירוף סי' אמצעים ג"כ. וכן סוף לשונו כיון דכל חד בפ"ע אינו מועיל ע"ש ועדיין אינו מוכרח:

ומהר"י ן' לב הביא בשם מהר"י ברונא דמצטרף רק שהקשה מהא דאמר רבה (ב"מ י"ט) אי סימנא אית ליה כו' ומספקא ליה אי משום סימנא אהדרוה רבנן אי משום טביעת עין ודוקא צורבא מרבנן כו' למה לא מספקא ליה אולי משום תרוייהו מוכח דלא מהני צירוף ע"ש. אין ראייתו מובנת כלל. דהא על טביעת עין לא היה ספק כלל דמהני רק הספק היה אי סימנין מהני או רק לו משום טביעת עין ודוקא צורבא מרבנן כו'. וא"כ איך יהיה מסופק אם משום תרוייהו כיון דטביעת עין לחוד פשוט דמהני בצורבא מרבנן. וע"כ הרי"ב היה מפרש דגם על טביעת עין היה מסופק אי מהני. ופשטא דש"ס אינו כן. ואפשר כוונתו דהיה לו לספק דגם באחר דלא צורבא מרבנן אף דסי' לאו דאורייתא מ"מ בתרוייהו יחזירנו. גם הדיוק של מהרי"ן לב אע"פ שיש סימנים כו' משמע שיש גם ב' אין הכרח כיון דסתם סי' קרי לאמצעים א"כ אין בכלל צירוף ב' כיון שזה סי' מובהק:

והנה בש"ס בכורות ד' מ"ו ללישנא קמא דהכרת פדחת לחוד מהני מה"ת רק בעדות אשה בתחילתה אחמרו רבנן דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ע"ש. ואם כן מלשון המשנה אין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' אע"פ שיש סי' בגופו ובכליו. מבואר הפירוש הפשוט דאעפ"י שיש סימנין אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ואם חסר א' לא מהני ההכרה עם הסימנין וכן מבואר לשון הרמב"ם פרק י"ג מהלכות גיטין ואם חסר אחד מאלו אע"פ כו' וכן לשון הש"ע סי' י"ז סעיף כ"ד ואם ניטל אחד מאלו אע"פ שיש סי' כו' מבואר דהיכר פדחת אף דמהני מה"ת א"כ עדיף מסי' אמצעי ואעפ"כ לא מהני להצטרף עם עוד סי' אמצעי להיות מובהק כנ"ל. ולכאורה הוא ראיה ברורה. אך מדלא הביא תה"ד ומהרי"ו ראיה זו נראה משום די"ל דהרמב"ם פסק לחומרא כלישנא בתרא שם דיכיר לחוד א"כ לא מהני מה"ת בלא פרצוף פנים וחוטם ושוב אין ראיה דצירוף סי' אמצעים לא יועיל די"ל היכר פדחת גרע. ואף דהא מלישנא קמא דש"ס עכ"פ

מוכח כנ"ל ז"א דלישנא קמא שוב י"ל דאחמירו רבנן שלא יועיל צירוף ואין הוכחה שלא יועיל מה"ת צירוף די"ל מה"ת הוי שפיר סי' מובהק רק מדרבנן כמו דלענין פדחת וכיון דלישנא בתרא לא החמירו שוב בדרבנן פוסקין כלישנא בתרא לקולא ומהני צירוף כנ"ל. ועוד י"ל דהיכר פדחת שהחמירו רבנן שרגילים לטעות בהכרה עשאוהו כלא היכר כלל וגרע מדרבנן מסימן דעכ"פ הסימן אמת:

והיה אפשר לסמוך להתיר על מהר"ל וס' מתי"ת ומהרי"ו ומהרש"ל בים של שלמה יבמות פסק ג"כ כס' מתי"ת דמהני צירוף סימן גוף אמצעי לסי' מובהק דכליו וכמהר"ל. והם עמודים גדולים לסמוך עליהם. ובפרט כמה וכמה פוסקים דלא חיישינן כלל לשאלה. ובפרט למהרי"ט דלא מושלי קמיע כנ"ל. גם דעת הח"צ דהוי שאלה דיחיד למי שיש לו סי' כזה ובס' נב"י סי' נ"א דחה דבריו מה שכתב דגם רבא מודה לסברת אביי דיש חילוק בין נפילה דרבים לדיחיד. ודחה דהא בב"ב קע"ב גבי ממך הביא ראיה דלא חיישינן לנפילה מהא דב' יוסף בן שמעון. שאחד מהם יכול להוציא שט"ח על אחרים. ואם היה סובר החילוק לא מוכח כלל כדדחי אביי דהתם נפילה דחד וע"כ דרבא לא ס"ל החילוק כנ"ל ע"ש. ולענ"ד יש לדחות דהא אין להכחיש שיש סברא לחלק ואיך דייק. ונראה דכיון דהטעם דנפילה דחד כו' דאיך יזדמן שימצא זה דוקא ששמו כן. אבל היכא שיש טעם למה בא ליד זה דוקא לא מיקרי נפילה דיחיד כמ"ש תוס' יבמות קט"ז גבי אחין דשמטי מהדדי. וא"כ כיון דהיכא דאינו כתוב בו שמו מיקרי נפילה דרבים אף דהא אמרינן שזה היחיד התובע עתה מצאו היינו משום דכל מי שמצאו בא לתבוע. רק ביוסף בן שמעון איך נזדמן שיוסף בן שמעון מוציאו. ולהנ"ל כיון דלנפילה דרבים חיישינן ומה"ט אין אחר יכול לגבות בשטר זה שאין שמו כתוב בו ואותיות צריך להביא ראיה אי חיישינן לנפילה דרבים. וא"כ אי נימא דלנפילה דחד לא חיישינן ויוסף בן שמעון יכול לגבות. שוב גם כשיוסף בן שמעון מוציאו הוי ג"כ נפילה דרבים דהא כל מי שמצאו השטר לא היה יכול לגבות בו והוצרך למסרו ליוסף בן שמעון זה שיגבה בו. וסבר רבא דאי נימא דלנפילה דרבים חיישינן שוב גם כשיוסף בן שמעון מוצאו לא חשיב נפילה דחד כיון שיש טעם לתלות למה בא לידו דווקא כמו אחין הנ"ל ולא היה גובה בו. והוכיח דגם לדרבים לא חיישינן. אבל גוף החילוק י"ל דשפיר ס"ל:

אך גוף החילוק של הח"צ מה שמדמה שאלה שהוא בכוונה לנפילה. והקשה בעצמו ממאי דפריך ממצא קשור בכיס כו' ונדחק דשם לכתחילה כו'. ותמוה שלא הביא המבואר בתה"ד שם דמביא ראיה זו בעצמו לדחות דברי ספר מתי"ת ולא ס"ל החילוק של הח"צ דבגט לכתחילה כו'. ומתוס' ורא"ש סוף פ"ק דב"מ גבי מצא בחפיסה כו'

שמחלקין בין ממון דל"ח לשאלה כו' משמע דלא ס"ל החילוק בין שאלה דיחיד דשם משמע דהספק הוא רק בין המלוה להלוה וכמבואר בטור סי' ס"ה ע"ש. ויש לדחות. ולכאורה מלשון הש"ס עצמו דאמר אביי אי לנפילה מזהר זהיר ואי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה. ואיהו סבר דלנפילה לא חיישינן משום דהוי נפילה דיחיד א"כ גם לפקדון מה"ט לא חיישינן דהוי פקדון דיחיד שהפקיד דוקא ליוסף בן שמעון זה ולמה ליה טעמא דשמיה כשמיה כו'. וע"כ דגם לאביי דוקא נפילה דשלא בכוונה לא חיישינן לדחד משא"כ פקדון דבכוונה י"ל שחפץ להפקיד לזה דוקא ודלא כח"צ הנ"ל דגם גבי שאלה כן. וכן מדאמר לנפילה מיזהר זהיר. והא גם אי גוף הנפילה שכיח מ"מ שימצא זה לא חיישינן. אך לא קשה דהא אביי סבר לנפילה דרבים חיישינן ואף דנפילה לא שכיח דמיזהר זהיר מ"מ בחד לא שכיח חיישינן וגבי ממך א"י להוציא ממון כו'. רק ביוסף בן שמעון דהוי ב' דברים דלא שכיחי הנפילה גופיה וגם שיזדמן דיוסף בן שמעון מצאו זה הוי נפילה דחד ולא חיישינן דהוי כמיעוטא דמיעוטא כו'. וא"כ אביי לטעמיה שפיר הוצרך לומר לנפילה כו' מיזהר זהיר והנפילה בעצמה ג"כ לא שכיח. ושיזדמן שימצא זה ג"כ לא שכיח. אבל בפקדון כיון דגוף חשש פקדון שפיר שכיח. שוב אף דזה שיזדמן שהפקיד לזה דוקא לא שכיח. מ"מ הוי רק חד לא שכיח וכמו נפילה דרבים כו' ולא הי' מוציאין ממון, והוצרך לומר משום דשמי' כשמי' כו' אבל לדידן דקי"ל כרבא גבי ממך דגם לנפילה דרבים ל"ח אף בחד לא שכיח. א"כ גם לשאלה מה דחיישינן הוא רק משום דשכיח ולא דמי לנפילה. וא"כ שוב לשאלה דחד לא חיישינן כיון דלא שכיח שיזדמן וכמו נפילה דרבים כנ"ל וי"ל שפיר כח"צ הנ"ל. וללישנא קמא דבכורות מוכח ג"כ דאי חיישינן לשאלה ומוקמינן מתני' כליו משום שאלה וא"כ שיזדמן למי שיש לו פדחת כזה הוי שאלה דיחיד. אך י"ל לאוקמתא דשאלה באמת אמרינן כשינוי' בתרא דהתם דיכיר לחוד או כמ"ש לעיל כיון דלא חשוב הכרה לא מצטרף גם כן:

אמנם מה שיש לחוש באשה זו כיון שבעלה היה חסר דעה אף דלשאלה ל"ח מ"מ שמא איבד בידים והשליכם ומצא אחר דלאבידה מדעת חיישינן. דמאי דלא חיישינן לנפילה משום דמזהר זהיר משא"כ בשוטה דמאבד כו'. ובתשובות נ"ב סי' נ"א כתב ג"כ בשוטה כנ"ל וכתב שקשה לסמוך על הכרת הכלים כו' אלא שבסוף התשובה מסיק דכמו דלא חיישינן לשאלה משום חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו א"כ גם לאבידה מדעת אין לחוש שאם אתה אומר שהשוטה השליך בגדיו ואחר הגביהן ולבשן ואותו אחר הוא הנמצא במים א"כ אתה אומר שהבגדים שלבוש בהן אינן שלו ששוטה שהשליכן אין הפקירו הפקר וג"כ אתה סותר חזקת כל מה שביד אדם הוא שלו או חזקת מרא קמא רק

נגד זה יש חזקת אשת איש וכיון דע"י הסימנים איתרע חזקת א"א ואינו רק ספק ושוב לא חיישינן לשאלה ולא לאבידה מדעת כו' ע"ש. וממילא בנידן דידן יש היתר כנ"ל:

אמנם לענ"ד קשה לסמוך על דבריו בזה מה שכפל ושילש שם בכמה תשובות חזקה הנ"ל דעדיף ממיגו כמ"ש ח"מ סי' צ"ט. דבאמת נראה דהך חזקה לא מהני רק כשאנו דנין על הממון אם הוא שלו או לא אין להוציאו מחזקתו שהמונח ברשותו הוא שלו שלא להוציאו מחזקתו בלי ראיה. וה"ט דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואף רוב לא מהני וכן מיגו להוציא לא אמרינן. אבל אין זה חזקה המברר המעשה שנדון מזה על דבר אחר שאין לו שייכות לענין הממון דנימא דוודאי שלו ושוב מוכח שזה המת דאם אין זה המת היה צ"ל שאינו שלו זה דבר רחוק לענ"ד. שאינו הוכחה כלל רק שאין להוציא ממונו של אדם מרשותו אם לא בראיה ברורה. וכן מבואר לשון בעה"ת להדיא הובא בש"ך שם ס"ק ד' ואם לא יביא ראיה אחר שכל הנמצא תחת יד אדם עומד בחזקתו עד שיברר שאינו שלו כו' ומוכח משם גופיה דהש"ך סי' צ"ט ס"ק ו' הקשה מאמנה דמבואר בתוס' וכל הפוסקים דמהימן מיגו דאי בעי מחיל ואף שחזקה כל מה שתחת ידו שלו שאין השטר אמנה וכתב הש"ך דשם ניהו דהשטר תחת ידו אבל אין הממון ת"י שנאמר בו כל מה שת"י שלו משא"כ מטלטלין ע"ש. וא"כ הא כיון דתלי' הא בהא שאם נייר של השטר שלו שוב ממילא הממון שלו ואינו אמנה. תועיל החזקה ממילא לענין החוב ג"כ. וע"כ כמ"ש דמטלטלין שדנין עלי' הוי חזקה אלימתא שלא להוציא אבל שיהיה מהני הראיה לענין מה שאין באין להוציא לא כנ"ל. וכן מבואר חילוק זה בתוס' יבמות קי"ו דאף דדברים שאין עשויין כו' מ"מ בשטר צריך להביא ראיה ופיר"י דהקלף יכול לעכב שלא יפסיד חזקתו אבל החוב לא יוכל להוציא כיון דיש חשש שמא הפקיד והוא כחילוק של הש"ך הנ"ל וכ"כ הרמב"ם וש"ע סי' ס"ו סעיף י"א דא"צ עדים לענין קנייתו היינו נגד המוכר אין חוששין לנפילה ופקדון או מסר ליה ולא קנה דהוי חזקה מה שביד אדם שלו דמוחזק אבל צריך עדים לענין תביעתו נגד הלוה שיאמר מי יאמר שבע"ד שלי כתב ומסר לך. ולא מהני כיון דבלא כתיבה אף הנייר לא קנה וא"כ מורה החזקה ממילא דגם החוב שלו. אך יש לדחות דשמא הקנה לו בפירוש הנייר לצור כו' ועוד דשם נגד חזקת מרא קמא ואותו הראיה בדבר שאין עשוי להשאיל י"ל דלא מהני רק להחזיק לא להוציא ובב"ב דף קע"ג וברמב"ם פ"ט מהלכות נחלות דבאחין דשמטי מהדדי אינו נאמן אף שהשטר יוצא מתחת יד אחד כיון שהדרך ששומטין זה מזה אינו נאמן אף נגד המוכר דכיון שהדרך לשמוט לא מהני החזקה מה שביד אדם שלו וכן גודרות כו' ומכל שכן במונח במקום הפקר שאין חזקה שזה לא לקח ממקום

הפקר שהיה מונח דא"כ לא היה שלו. כיון דחזינן היכא דיכול לשומטו או גודרת אינו חזקה. ואף דשם יש נגדו חזקת מרא קמא. מ"מ שוב חזינן דגרוע מחזקת מרא קמא ומיגו מהני נגד חזקת מרא קמא. ובכל ספק קידושין בכסף לא מצרפינן זה לחזקה דאם לא הי' קדושין אין הכסף קדושין שלה ושוב מורה החזקה כל מה שבי"א שלו שהיא מקודשת. וכן ספק גירושין שחזקה שהקלף שלה יורה שמגורשת וכן בזה המונח במקום הפקר רשאי ליקח וא"צ לחוש שמא של שוטה הוא כדאמר ב"מ פ' אלו מציאות באגי בארעא דיתמי לא מחזיקינן א"כ גם שבאמת של השוטה לקחו בהיתר עפ"י דין. ועוד דנראה דנמצא בנהר עם המלבושים. המלבושים של מוצאו דהמציל מן הנהר קי"ל דהרי אלו שלו אף ביאוש שלא מדעת דאבודה ממנו ומכל אדם רחמנא שרי' ע"ש פ' אלו מציאות וא"כ עתה ודאי יצא מחזקת היורשים רק דנימא חזקת מרא קמא שהיה שלו קודם שיצא מחזקתו וזה יהיה בירור. והא בש"ס פ"ב דכתובות גבי בר שטיא ולא אמרן כו' אבל לית ליה חזקה דאבהתא כשהוא שוטה זבין וכשהוא שוטה זבן כו' ולא אמרינן כשהיה בידו קודם שמכרה היה החזקה כל מה שבי"א הוא שלו והיה החזקה שקנאו כשהוא חלים ויועיל החזקה גם עתה. וע"כ כיון שאין עתה בחזקתו לא הוי חזקה אלימתא לברר כנ"ל. ועוד דהנ"ב לא כתב זה רק להפוסקים דלא חיישינן לשאלה. משא"כ אי חיישינן לשאלה וקמיע לא מושלי לא שייך בשוטה כנ"ל:

ומ"ש דע"י סי' שאין חשש רק שמא יש עוד א' עם סי' כזה שוב יצאה מחזקת א"א ול"ח לשאלה כו' דבריו תמוהים דא"כ מאי פריך ממצא קשור בכיס כו' הא יוסף בן שמעון עדיף מסי' ואין חשש רק שמא יש עוד יוסף בן שמעון ואין כאן חזקת א"א ולמה ניחוש לשאלה וע"כ דלא כנ"ל. ואם נאמר כדוחק של הח"צ דהתם לכתחילה. שוב י"ל כהח"צ: אמנם לענ"ד יש היתר לסברת מהרי"ט דקמיע הוי מידי דלא מושלי אינשי. וא"כ כל שהוא בדעתו אין לחוש שהשאילו רק שנחוש לאבידה משום שהוא שוטה וא"כ כיון שיש סי' אמצעי הוי ממש נפילה דחד דלא חיישינן וע"כ לא נחלקו על הח"צ רק בשאלה דבכוונה כמ"ש הח"צ בעצמו דיש לחוש שמא רצה להשאיל לזה דוקא. משא"כ כאן דמדעת אין לחוש:

אולם דברי מהרי"ט תמוה שלא הביא כלל דברי תה"ד סי' קס"א שכתב להדיא אבל שאר כלים דלא מפרש בהו תלמודא מסתמא אין לנו לבדות סברא מלבינו ולומר דאף בהו לא חיישינן לשאלה ע"ש. ובאמת למה לא ניחוש בקמיע שמא נתרפא ולא הוצרכה לו. וב"ב ד' קנ"ג בש"מ דלא כתב מיגו מרעי' איתפטר כו' חיישינן שנתרפא. ואף שמת שמא מחולי אחר ע"ש ורבה דפליג רק משום שמת ע"ש. או אולי לא עשתה הקמיע

פעולה והשליכה או השאילה לאחר. גם מ"ש שאינו מועלת לאחר שאין שמו כן. אטו כ"ע האי דינא גמירי אולי סוברים דמועיל לכל מי שיש לו חולי כזו. גם שהוא מכורכת וא"י מה כתוב בו. וקשה לסמוך על סברת עצמו להתיר אשת איש. ונגד התה"ד שהוא מתקיפי קמאי אשר רבותינו נגררים אחריו בכל מקום. ובאמת נראה דמהרי"ט מיקל בחשש שאלה ולכך עשאו לצירוף. ועוד אפשר דבעובדא דמהרי"ט היה ידוע שהקמיע עשתה פעולה וריפאה אותו וכותב הקמיע ציוה לו שלא יסירנה ממנו אף שנתרפא להגן בזה ודאי הסברא ברורה דעדיף מהנך כלים דלא מושלי. משא"כ נידן דידן א"י אופנים של הקמיע ואיך היה קשה לסמוך על כל הנ"ל:

אמנם לדעת מהר"ל והעומדים בשיטתי' נראה דיש היתר. דנראה דלמאן דל"ח לשאלה ודאי דגם לנפילה ופקדון לא חיישינן דאל"ה עדיין החששות במקומם. רק דנימא דניהו דל"ח לנפילה דבר דעת דמיזהר זהיר אבל בשוטה ודאי דיש לחוש שאיבדו ומצא זה. ולענ"ד נראה דאין חשש דהא במצא קשור בכיס כו' אין הספק שמא לא אבד כלל השליח הגט כמבואר שם כיון שהוא שואל הגט כו' ע"ש. וגם דנאמן השליח ע"ז ע"ש רק דהחשש שמא אבד עוד א' גט כזה. וא"כ ע"ז היה קושיות הש"ס דניחוש לשאלה שמא השאיל הכיס לאחר ואותו אחר הניח בו הגט שלו כו'. וא"כ קשה הא אף אי לא חיישינן לשאלה מ"מ הא כיון שאמת שהשליח אבד הגט והכיס שייך שמא מצא אחר הכיס והניח בו גט שלו דלא שייך לנפילה לא חיישינן כיון שיודעין שנאבד ואין כאן רק המציאה לחוד ושפיר ניחוש שמצאו אחר והניח בו גט שלו כנ"ל. ומאי מהני סי' הכיס. וע"כ ודאי דלא חיישינן לשאלה גם היכא שידוע שנאבד חפץ כזה אין לחוש שמא מצאו זה וא"כ מה שזה היה שוטה ניהו דהוי כמונח דבר במקום הפקר לא גרע מודאי נאבד דמ"מ ל"ח שמצאו זה כנ"ל. וכמו דלא חיישינן התם בודאי אבד שמצאו זה כמו כן ל"ח כאן שמצאו זה שמת דבש"ס מדמי לה כו'. ועוד מדפריך ואי חיישינן לשאלה חמור בסימני אוכף האיך מהדרינן אבל אי לא חיישינן לשאלה לא קשה. והא נימא שבאמת אבד הוא האוכף כיון שאומר סימניו ואחר מצאו והניחו על חמורו ומאי ראיה על החמור ומוכח ע"כ דאף שבאמת אבד ל"ח שמצאו זה דכמו דל"ח לשאלה כן לא חיישינן למציאה אף בוודאי אבוד כנ"ל וא"כ בשוטה לא גרע מודאי אבוד כנ"ל ובתוס' ב"מ כ"ב ע"ב כתבו דלעולם אין החשש שלא אבד כלל כיון דמכריז סתם חפץ מצאתי והוא אומר איזה חפץ רק החשש שנאבד עוד חפץ כזה ע"ש. וא"כ מוכח דגם ודאי אבוד ל"ח למציאה כנ"ל. וא"כ שפיר אף דאי חיישינן לשאלה גם למציאה חיישינן מ"מ שוב יש היתר ממ"נ כמ"ש מהר"ל דאי חיישינן לשאלה א"כ סימנים דאורייתא ומותרת משום

סימני הגוף ואי סימנים לאו דאורייתא שוב ל"ח לשאלה א"כ סימנים דאורייתא ומותרת משום סימני הגוף ואי סימנים לאו דאורייתא שוב ל"ח לשאלה וגם למציאה לא חיישינן ומהני טביעת עין וסימנים מובהקים דכלים כנ"ל:

אמנם מה שיש להסתפק עוד כאן לענ"ד דמנין לנו שהקמיע של בעל אשה זו. הלא אין הסופר מכיר בטביעת עין שזו הקמיע של ר' קאפיל רק שיודע שזה כ"י ואומר שמעולם לא כתב עוד קמיע לאיש ששמו ר' קאפיל רק לזה. וממילא נודע לנו שזו הקמיע שלו. והוי כהאי דאמר בש"ס ב"מ דף י"ח דמוקי ר"י דאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוסף בן שמעון זה דלא חיישינן דילמא איתרמי שמא כשמא. וכתבו התוס' דבמכירין החתימות ודאי ל"ח דאיתרמי שיהיה נראה לו שזו חתימתן והוא ממש בנ"ד כנ"ל. אמנם מדנקיט הש"ס דאמרי עדים כו' ולא אמר רבותא דאמר הסופר מעולם לא כתבתי גט אלא ליוסף בן שמעון אחד כו' או ליוסף בן שמעון זה כפי הגירסות שם. וגם בש"ע סי' קל"ב הוי ליה למנקט רבותא ונקיט עדים. והיה נראה לכאורה דדוקא עדים דחתימתן הוי עדות והוי מלתא דרמיא עלייהו כשחותמין על גט כדאמר בש"ס פ"ב דכתובות דאף בתר ס' שנין דלא מידכר מ"מ סהדי דרמי עלייהו דכירי כו' אבל הסופר י"ל דאף שאומר שלא כתב גט אחר לאיש ששמו יוסף בן שמעון אלא זה הוי מילתא דלא רמיא עלי' למי כותב גט שהוא רק מעשה בעלמא שאין נפקותא בדבר בשעת מעשה ויש לחוש שמא כתב ולאו אדעתי'. וכהאי דלא עברתי בצד עמוד פלוני כו' (שבועות ל"ד). וכהודאה לגבי משטה באומר להד"מ דמילי דכדי לא דכירי אינשי ובש"ס נדה אימר עברה ולאו אדעתה. וכמבואר ברשב"א והרא"ש פ"ק דחולין וש"ע י"ד סי' א' בשוחט דלא גמיר אף דאחר שלמד אומר לא שהיתי ולא דרסתי בברי מ"מ כיון דבשעת שעשה לא היה יודע שיש נ"מ בדבר אמרינן שמא עשה ואינו זוכר ונדמה לו שלא עשה אף שאומר עכשיו בבירור לא מהני כנ"ל. ובט"ז הלכות נדה סי' ק"צ ס"ק מ' דאף דאמרה לא נכנסתי למקום הפנימית פסק דאמרינן כיון דלא הוי רמיא עלה אימר נכנסה ולאו אדעתה כש"ס הנ"ל ומסיק הט"ז דבזמן קצר סמוך לשכיבתה לא חיישינן שמא שכחה משא"כ באיזה זמן ע"ש והש"ך בנה"כ חלק עליו דהתם גבי לא עברתי כו' לאו אדעתה ואפשר מ"מ אמת שפרע אבל הכא הא אומרת ברי לי ורמי עלה ואי לאו דקושטא קאמרה איסורא קעבדה כו' ע"ש. ותמוה מהאי דשוחט דלא גמיר דג"כ אומר עכשיו ברי לי שלא שהיתי כו' ושייך ג"כ אי לאו דקושטא קאמר מאכיל טריפות ואיסורא עביד דעתה יודע שיש נ"מ בדבר ורמי עלי' וע"כ מאי מהני מאי דעכשיו רמי עלי' כיון דבשעת מעשה לא הוי רמי עלי' שכח ונדמה לו שלא עשה כיון שלא הי' נ"מ אז לדעתו בדבר כנ"ל.

וכמו מילי דכדי לא דכירי כנ"ל. וא"כ כאן בקמיע דודאי הוי מילתא דלא רמיא עלי' למי כותב קמיע י"ל שמא כתב לעוד אחד ששמו קאפיל. ובעובדא דמהרי"ט סי' קל"ט שהיה כתוב שמו ושם אמו כתב שפיר דהא קי"ל בלא הוחזק כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק וא"כ כיון שיודעין שלזה נכתב קמיע זו שוב אין חשש לעוד אחד ששמו ושם אמו שוין אבל בעובדא דידן שאינו כתוב וניכר בהקמיע רק שמו לבד. וזה ודאי איכא טובא והוחזק. ואין הסופר מכיר בטביעת עין רק שהוא כ"י. ואם ניחוש שכ' עוד קמיע לקאפיל שוב אין לנו שום ראיה שזו הקמיע בעל אשה זו כנ"ל. ולהש"ך בנה"כ ע"כ לחלק בין שחיטה דיש כמה דברים הפוסלים. משא"כ במעשה זו. ומהא דאמרינן במביא גט ואבד דמצאו לאלתר כשר כשראה שלא עבר אדם שם בש"ס פ"ב דגיטין וש"ע סי' קל"ב ולא אמרינן דלא רמי' עלי' ושמא עבר אדם אין ראיה דכיון שאבד הגט רמי' עלי' אם עבר אדם כנ"ל. ואף דמסתימת הפוסקים משמע דהגם שלא יודע לו מיד שאבד רק אחר שעה ויודע שקודם שעה היה הגט בידו ובשעה זו ראה שלא עבר אדם ג"כ מהני ואף דבזה לא היה רמיא עלי' אעפ"כ לא חיישינן שמא עבר. אין ראיה כמו שמחלק הט"ז דבשעה מועטת לא חיישינן ששכח משא"כ באיזה זמן כנ"ל. ובמרדכי פרק כל שעה וא"ח סי' תמ"ז בלא נזהר לשם פסח ואומר ברי כו' דלא מהני. ואף דבב' עדים נראה דאין חוששין כיון שמעידין בתורת עדות מ"מ בעד אחד כמו בסופר בנידן דידן אפשר דלא מהני:

והנה במס' טהרות פ"ז גבי ידים הי' ידיו טהורות והסיע לבו מלאכול אע"פ שאמר יודע אני שלא נטמאו ידיו טמאות שהידים עסקניות כו' דחיישינן שמא נגע ולאו אדעתי' ולפי' תוס' ורא"ש מוכח דבשאר דברים לא חיישינן להכי דאל"ה היה טמא כל גופו. וכן בתוספתא הביאה הר"ש שם היה משתמש מן החביות בחזקת שהוא חולין ואח"כ נמצאת שהוא של תרומה ה"ז טהורה ואסורה באכילה שהוא ספק טבול יום. והיינו משום דלא הוי רמיא עליה ואינו נאמן עכשיו. אך כל הנך דוקא בטהרות ע"ש פרק א"ד בחגיגה דהיסח הדעת פוסל:

אבל בשאר דברים נראה דלא אמרינן כן רק דוקא בדבר שעסוק בה ודרכו לעשות כמו בשחיטה דמאן דלא גמיר דרכו לקלקל וכמו בסכין שכתב מהרש"ל הובא בש"ך יו"ד סי' צ"ד ס"ק כ"ד כיון שמסתמא חותך בכולו לא מהימן אף שאומר ברי שלא חתך רק במקצת משום דלא רמיא עליה כו'. אבל במעשה שעשה והוא אומר ברי שלא עשה מעשה דניחוש שעשה ושכח לגמרי עד שנדמה לו שלא עשה בברי נראה דלא חיישינן ודוקא בלא עברתי בצד עמוד דהוי בשעת מעשה דבר שאין מדקדקין עליו כלל אם עושה המעשה דאין משגיח אם עובר בצד עמוד או לאו. וכן בהודאה דמשטה כיון דהוי מילי

דכדי לא דכירי כו'. אבל מעשה שעושה שיודע בשעה שעושה מה עושה. ונימא דשכח אח"כ אף שנדמה בברי לא אמרינן. והא בש"ס פרק המדיר דף ע"ב גבי עוברת על דת דאמרה פלוני כהן תיקן לי הכרי ושיילי' ואישתכח שיקרא ומאי בירור הוא נימא שמא תיקן כרי ושכח דאטו רמיא על הכהן אם תיקן כרי לאיזה אדם. וכן חכם פלוני טיהר לי את הדם דג"כ לא רמיא ולא מפליג בין זמן מרובה ופלוני גבל תיקן לי את העיסה כו' ומוכח דכשאומר ברי שלא עשה המעשה שבשעת מעשה היה מעשה גמור לא מילי דכדי נאמן כנ"ל. ובפרק י"ג מהלכות אבות הטומאה כתב הרמב"ם ז"ל אהא דהסיח דעתו בידים כו' שאומר ברי לי דכך מדבריהם טעון טבילה כו' ע"ש. אך אפשר דמ"מ רמיא עליה אם נגע בטומאה רק דלענין תרומה וקודש לא סמכינן עלה. ובש"ס פסחים ד' י' ע"ב מייתי הברייתא קרדום שאבד בבית הבית טמא שאני אומר אדם טמא נכנס לשם ונטלו רשב"ג אומר הבית טהור שאני אומר השאילו לאחר ושכח או שנטלו מזוית זו כו' ושכח. ומבואר דלרשב"ג אף במעשה גמור כמו שאלה שהשאיל כליו לאחר חיישינן שמא שכח ונדמה לו עתה שלא השאיל. אך י"ל משום דאבד הקרדום סבר דיש לתלות יותר בשאלה ושכח משאדם נכנס לשם. אבל אפשר בשאר דוכתי לא חיישינן להכי. והא גבי מצא גט קשור בכיס כו' היכא דהשליח עצמו מצאו מבואר בש"ע סי' קל"ב דאף בכלים דמושלי אם השליח יודע שלא השאילו מהני ולא חיישינן שמא השאילו ושכח כדחייש רשב"ג כנ"ל וע"כ לחלק בין הנ"ל:

ובש"ך יו"ד סי' צ"ד ס"ק כ"ח פסק כמחבר והרב דלא כרש"ל בסכין כשאומר ברי עד כמה חתך דמהני אף דהדרך לחתוך בכל הסכין ולא הוי רמי עליה אז ע"ש. ואף לרש"ל הוי שם כמו בשחיטה כיון שעוסק בדבר וגם כמילי דכדי שאין דרך לדקדק כלל עד כמה חותך בהסכין משא"כ מעשה גמור שישכח לגמרי כנ"ל:

וגם במעשה שעושה אחר חזינן דלא אמרינן כנ"ל דהא כל עדות המכחישין שלא לוה או שאר מעשה ואף דלא רמי עלי' אז אם לוה זה או כה"ג מ"מ הוי עדות גמור ולא אמרינן שמא נעשה ושכחו עד שנדמה להם שלא עשה אף שלא הי' מתכוונים לעדות כלל בשעת מעשה כדפסקו הפוסקים שלא כדברי תוס' פ"ג דכריתות בהא דלא נתכוונתי לעדות כו'. ואף בעד אחד הוי עדות גמור כה"ג וע"כ דלא אמרינן הכי במעשה גמור וכשמעיד בתורת עדות כנ"ל וא"כ נראה דשפיר יש לסמוך כאן על עדות הסופר שלא כתב קמיע לאדם ששמו יעקב קאפיל אלא לזה שהיה בעל אשה זו. וכיון שנתברר לנו שהי' הקמיע שלו מותרת לדעת מהר"ל והעומדים בשיטתו כנ"ל:

והנה בהיתר אשה זו מצד טביעת עין. בדברי תוס' יבמות ק"כ נתחבטו הראשונים והאחרונים ולא העלו דבר ברור. והנה עתה שזכינו שנדפס ספר הישר הגם שיש שם כמה טעיות עכ"ז יש לעמוד מתוכם על כוונת התוס' בעזה"י: ר"ת דייק מדלא קתני במשנה אין מעידין על האדם אלא א"כ יש בו פרצוף פנים עם החוטם. רק אין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' מוכח דלא קאי כשמכירין בטביעת עין שזה הוא פלוני דזה ודאי מהני דמעשים בכל יום שמכירין המת אפי' אחר י"ב חודש כו' וכיון שאפשר להכיר ממילא אין להכחיש עדותן של עדים האומרים שניכר להם בטביעת עין שזה הוא. והיינו כשגופו שלם כו' דבזה אפשר להיות בו טביעת עין גמור שהוא פלוני כו'. אלא מתני' מיירי שאין רק החתיכה מהראש שיש בו פדחת ופנים וחוטם ובחתיכה כזו א"א להיות בו טביעת עין גמור שזה הוא פלוני שמאבד טביעת עין גמור רק סימן נקרא שאותו החתיכה נראה להם שהפדחת ופנים וחוטם שבחתיכה זו הוא כמו פדחת ופנים וחוטם של פלוני. ובזה אמרה המשנה דכשיש כל הג' חשיב סימן מובהק דלא שכיח שיזדמן שיהיה לאדם אחר אותן הג' פדחת ופרצוף פנים וחוטם שיהיה נדמה להרואים שהוא של פלוני אבל כשחסר אחד מאלו לא הוי סי' מובהק ואין מעידין כו' אעפ"י שיש סימנין בגופו כו' היינו סימן פרטי כנ"ל ועלה קאי אין מעידין אלא עד ג' כו' היינו על החתיכה מג' אלו שאינו אלא סי' ואחר ג' משתנה ושוב אינו סימן מובהק. אבל הטביעת עין גמור היינו כשגופו שלם שאינו מאבד הטב"ע מזה לא מיירי ודאי מהני גם אחר ג' כיון שמעידין בבירור שזה הוא. א"א שנשתנה שיהיה להעדים טביעת עין בו שזה הוא ואינו הוא. ואם היה משתנה לא היה ניכר להם בטב"ע שהוא זה. וזה פשוט בעיני ר"ת ז"ל. רק בזה מסתפק אם אחר ג' וגופו שלם ואין להם בו טב"ע רק ניכר להם ע"י סימני כל הגוף שהפדחת ופנים וחוטם וראשו ושפתו וסנטרו קומתו עביו ורגליו נראה להם שהכל כמו שהיה לפלוני אפשר דמהני ג"כ. כיון דמתני' לא מיירי רק מחתיכה שיש בו ג' פדחת ופרצוף פנים וחוטם י"ל דוקא בג' אלו לבד אין להכיר אחר ג' אבל ע"י סימנים מכל גופו אף אחר ג' חשיב סימן מובהק כשנראה להם כמו של פלוני אף שאין להם בו טביעת עין להעיד שזה הוא רק בתורת סימנים כנ"ל שטביעת עין הוא הכרה ברורה בלא סימנים. רק בהכרה שע"י הסימנים כנ"ל בזה מסתפק ר"ת דאפשר דכיון דג' הנ"ל דתני במשנה דחשיבי סי' מובהק ואעפ"כ לא מהני אחר ג' ממילא גם סימני כל גופו לא מהני כנ"ל. אבל בטביעת עין גמור שזה פלוני פשיטא ליה דמהני אחר ג' וכן כשגופו שלם אף דהראש אינו שלם ע"ש. ובאמת שחילק זה בכמה דוכתי בקיום שמכירין העדים בטביעת עין שהוא כ"י ובין שמקיימין ע"י דימוי שכ"י יוצא ממקום אחר שדומה לכתב

הנ"ל. בזה מחלק הש"ס ביוצא מתחת יד עצמו דאימר זיופי זייף כו' עד שנדמה כמו זה משא"כ במכירין בטביעת עין א"א שידמה כו' כמבואר בש"ע ופוסקים שם. וכמו מקיפין בריאה וזה יקרא רק סימן שנראה זה כמו זה. ובזה אפשר לטעות. ובזה מיירי המשנה שקרא סימנים שנראה להם כמו של פלוני כנ"ל. משא"כ בטביעת עין שזה הוא כנ"ל:

ובזה מבואר לשון התוספות ואומר ר"ת דהיינו כשאין שם אלא פרצוף כו' אבל כשכל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר היטב ע"י סימני הגוף כו' פי' דאף שאין מעידין בטביעת עין שזה הוא רק סימנים של כל הגוף שניכר להם כמו של פלוני ג"כ י"ל דמהני כיון דמתני' לא מיירי רק מחתיכה שיש בה ג' אלו אם חסר אחד לא הוי סימן מובהק משא"כ כשכל פרטי אברי גופו נראה להם כמו של פלוני י"ל דמהני. ואח"כ כתבו תוס' ועוד דשמא דוקא בסימנים הוא דאמר הכי אבל בטביעת עין ניכר היטיב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו ואפי' אחר כמה ימים. פי' דדוקא בחתיכה שיש בה ג' הנ"ל דכבר אבד הטביעת עין וא"א שיהיה בו טביעת עין גמור משא"כ בגופו שלם שאפשר להיות בו טביעת עין גמור ע"י סימני הכרה דכל גופו דהא מטביעת עין לא מיירי מתני'. ואח"כ כתבו דכשאינו נחבל בפנים דבר פשוט דאפשר להכירו אפילו אחר כמה ימים ודאי מהני כשאומרים דניכר להם בטביעת עין שזה פלוני:

ואח"כ כתבו ואפילו הוא אמת דהיכא שנחבל בפרצוף אין מעידין עליו אלא תוך ג' ימים כיון שנשאר גופו שלם וגם יכול להיות שהוא בתוך ג' כיון שא"י מתי נהרג אין לתלותו אלא בתוך ג' ימים דוקא. פי' לענ"ד שאין זה כלל מדברי ר"ת שהוא אינו מסתפק וכתב להדיא בס' הישר דלא משום עגונה מיקל אלא שהיא אמיתה של תורה וכן כתב שם אח"כ אבל בטביעת עין גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אף אחר זמן מרובה אבל כשסנטרו ופיו ושפתיו ושפמו וצוארו נשחת וגופו ושדרתו נחתך ליכא טביעת עין בפרצוף פנים וחוטם ופדחת אלא כמו סימנים שמעיד שדומה לפדחת ופרצוף פנים וחוטם של פלוני כמו סימן מובהק לכ"ע דאורייתא אבל טביעת עין ליכא אבל אי איכא טביעת עין לית דין ולית דיין דמעידין אפי' אחר כמה ימים ע"ש. וגם לא הוזכר כלל שם בדברי ר"ת בספק תוך ג' ולא דיבר מזה ע"ש. רק נראה דהתוס' כתבו אפי' אם אמת דהיכא שנחבל כו'. היינו אפילו נימא דלא כר"ת בזה רק דנחבל בפניו לא מהני טביעת עין דגופו. מ"מ הדין עכ"פ כיון שכל גופו שלם וגם יכול להיות שהוא תוך ג' אין לתלותו אלא בתוך ג' דוקא. והפי' ג"כ לענ"ד לא כמו שפי' הפוסקים דתלינן לקולא בספק תוך ג' ונימא דכוונתם דיש שני צדדים להקל דאף אם בודאי תוך ג' לא נסמוך אבל בספק אזלינן לקולא כעין ספק ספיקא. דאם היה הפירוש כן היה להו לומר דאזלינן לקולא

ומה זה שכתבו ואין תולין אלא בתוך ג' דוקא. וכן למה שהבינו הפוסקים מדבריהם דלעולם אזלינן לקולא בספק תוך ג' אין הלשון מיושב כלל. ולכך לענ"ד פשוט דכוונתם דאף אי נימא דבגופו שלם ומכירין בטביעת עין אעפ"כ לא מהני אחר ג'. וא"כ ע"כ צ"ל דאף שהעדים מכירין בטביעת עין ואומרים שזה הוא מ"מ אנו אומרים דודאי שקר דא"א להכיר בטביעת עין אחר ג' וא"כ ממילא בספק תוך ג' וגופו שלם ומכירין בטביעת עין שוב אמרינן דודאי הוא תוך ג' כיון שעל זה עצמו מסופקים ואם הוא אחר ג' ע"כ משקרין שא"א להכיר בטביעת עין שוב זה עצמו הוכחה ברורה שהוא תוך ג' וכתבו שפיר דאין לתלות אלא בתוך ג' דוקא כנ"ל. והחילוק פשוט דכשאין גופו שלם דאין בו טביעת עין גמור בחתיכה מהראש כנ"ל רק סימן כמ"ש ר"ת להדיא שנראה כמו של פלוני. ובזה אחר ג' כיון דעשוי להשתנות וכמו בשומא ונדמה שהוא כמו שלא פלוני אף דאינו כן וממילא גם בספק תוך ג' לא מהני כלל דהספק שמא אחר ג' ואין כאן סימן כלל ומודים התוס' דאזלינן לחומרא רק כשגופו שלם ויש להם טביעת עין גמור ובזה לא נסתפקו התוס' שיש טביעת עין גמור וטביעת עין גמור שיודעין שזה הוא ודאי אין עשוי להשתנות שיהיה להעדים טביעת עין גמור ע"י השינוי על אחר שהוא זה. רק אי נימא דלא מהני אחר ג' אף שאומרים שיש להם טביעת עין ע"כ הטעם דאנו אומרים שא"א להיות בו טביעת עין גמור אחר ג' שמתבלבל הצורה עד שא"א להכיר בטביעת עין גמור מי הוא ואף שמעידים שיש בו טביעת עין טועים או משקרים אבל לא שנדמה להם על אחר שזה. וא"כ שפיר בספק תוך ג' ודאי מותרת ממ"נ דאי שיש באמת טביעת עין גם אחר ג' כר"ת ואי אין טביעת עין אחר ג' א"כ העדים שאומרים שיש להם טביעת עין שוב נתברר שהוא תוך ג' דוקא דאל"כ היינו צריכים לומר דטועים או משקרים. ומדוקדק היטיב לשון התוס' ואפי' כו' מ"מ כיון שכל גופו שלם כו' וגם יכול להיות כו' שוב אין לתלות אלא בתוך ג' דוקא וזה ברור לענ"ד בכוונת התוס':

והרשב"א ז"ל כתב שמצא כתוב בשם התוס' ויכול להיות שבנמצא הרוג וא"י אי תוך ג' תולין בתוך ג' כו' וכתבו שהתוס' עצמם מסתפקים בדבר ואחריו נמשך הריב"ש שכתב מאחר שהתוס' כתבו ויכול להיות דמספקא להו ע"ש. ונראה שהיה להם גירסא אחרת דלתוס' שלפנינו הך ויכול להיות לא קאי על הדין רק ויכול להיות שהוא תוך ג'. ואי אפשר לפרש שום פי' אחר ולא מספקא להו כלל גוף הדין רק תולין בודאי בתוך ג'. וכן מבואר בראש"ש וטור ורבינו ירוחם נתיב כ"ג דלא מספקא להו כלל רק כתבו בשם התוס' בפשיטות. וא"כ היה נראה לענ"ד מאחר שמבואר ברשב"א בחידושיו שאינו חולק על התוס' רק משום שגם הם כתבו ואפשר דמספקא להו. ואף הוא נשאר בהדבר צריך

תלמוד. והוא משום שלא ראה רק דברי תוס' שמצא וא"כ מאחר שבתוס' שלפנינו וכל הפוסקים הנ"ל הביאו דפשיטא להו ואי הוי שמעו הרשב"א וריב"ש לא היו חולקים עליהם כנ"ל:

וגם בענין הטביעת עין אחר ג' נראה שלא ראו דברי ר"ת עצמם בספר הישר דהא עיקר ראי' שלהם לדחות דברי ר"ת מהא דכרמי ודגלת ע"ש. ור"ת הביא בעצמו ראיה זו וכתב דאיירי התם שלא היה בו טביעת עין דאכלוה כווריי וזה הוא הרבותא במה דאמר אפומא דשושבינ' כו' דאף שהיה שושבינו והיה מכירו היטיב ואעפ"כ לא היה לו בו טביעת עין גמור וזה ריעותא ואעפ"כ אנסבי' עפ"י ההכרה דפדחת ופרצוף פנים וחוטם שהוא סי' מובהק ע"ש. גם מה שהקשה רשב"א וכל הפוסקים דמתני' סתמא קתני אפילו גופו שלם כו'. ג"כ מבואר להדיא בדברי ר"ת דאדרבה דייק מלשון המשנה דבגופו שלם הוי ליה למיתני אין מעידין על האדם אלא א"כ יש בו פרצוף פנים וחוטם ומדתני אין מעידין אלא על פרצוף פנים כו' היינו מבואר דקאי רק אחתיכה כו' ע"ש. וכן קושיא הב' לא קשה ע"ש. וכן מ"ש עוד מדסיים אע"פ שיש סימנים בגופו כו' ג"כ מיישב שם כיון דברישא מיירי בסימני פדחת וחוטם שא"א טביעת עין בחתיכה כו' אמר אח"כ דאף שיש סימנים בגופו פרטים ג"כ לא מהני משא"כ בגופו שלם דיש טביעת עין ממש לא מיירי מתני' כלל דפשוט דמהני כנ"ל. הארכתי בזה לפי שהוא מקצוע גדול ולא נתבאר בדברי הפוסקים:

וממילא למ"ש נראה דגם בספק אישתהי שעה א' אחר שהועלה מהמים דפסק הר"ן ז"ל דלדברי הכל אזלינן לחומרא דגם ר"ת מודה דזמן מועט לא תלינן שהוא תוך שעה ע"ש והיינו לטעמיה כמו שסוברים בדברי ר"ת דאזלינן לקולא בספק תוך ג' שייך חילוק הנ"ל. אבל למ"ש א"כ כיון שמעידין שיש להם טביעת עין גמור א"כ גם באישתהי ע"כ או דמהני טביעת עין גמור בגופו שלם ואי לא מהני דתפח א"כ ע"כ אנו אומרים שא"א להיות טביעת עין גמור כשנשתהה שעה דתפח. ושוב ספק אישתהי אנו אומרים שודאי לא אישתהי שעה שהרי מעידים שיש להם בו טביעת עין גמור וע"כ דלא אישתהי או דאף באישתהי מהני טביעת עין גמור וכמו בספק תוך ג' דמותרת מטעם הנ"ל כנ"ל:

ועיין בס' נודע ביהודה ושאר אחרונים שתמהו תימה רבה על הפוסקים דספק תוך ג' מותר מהאי דדיגלת דאסקוהו בתר ה' יומי מה בכך אף אם ודאי ניצול אז מותרת דעדיין ספק תוך ג' כיון שאנו מסופקין שאינו הוא דאם הוא ודאי מותרת שא"א שיחיה ה' ימים במים וע"כ אתה חושש שזה שנטבע ניצול. וא"כ זה הנמצא ספק תוך ג' ומותרת ע"ש שהאריכו ולמ"ש אין התחלה לקושיא. שמבואר להדיא בדברי ר"ת דלא מיירי התם בטביעת עין רק שנשחת ואכלוה כווריי שאין רק ספק ובזה אף בספק תוך ג' אסורה דלא

אזלינן כלל לקולא. רק התוס' כתבו ביש טביעת עין גמור בזה מהני ספק תוך ג' מטעם הנ"ל. אעפ"כ וכי מה כחי לדבר דבר נגד גדולי הראשונים ז"ל ומסתמא בקיאי בדברי ר"ת ז"ל טפי מינן. עכ"פ לסניף להתיר יהיה מאחר שנראין הדברים שהאמת כן:

והנה עיקר הריעותא בעדות העדים שמעידים שהיה תפוח קצת. ובתפח מבואר במהרח"ש וק"ע דאף לא אישתהי לא מהני. ואין לדייק מלשון הרמב"ם ונתפח כו'. דכיון דמיירי בודאי נתפח ע"כ בלא אישתהי אף שנתפח מהני. וניהו שדחו הפוסקים דבריו באשתהי מ"מ בלא אשתהי אפשר מודים דאינו נראה כלל דהרמב"ם ז"ל נראה דנקיט אורחא דמלתא דשנשתהה נתפח אבל אין להוכיח מדבריו דנתפח ולא שהה יהיה מועיל. וכן משמע מהפוסקים וסתימת הש"ס דדוקא על סתם קאמר אישתהי מתפח תפח אף שאינו ניכר. אבל כשניכר שתפח הא חזינן דאישתני. אעפ"כ נראה לדעת ר"ת דגופו שלם אף שאין פרצוף פנים וחוטם קיים מהני. שוב מהני גם בתפח קצת כשמכירין בטביעת עין גמור דהא כיון דקאי עובדא דדיגלת רק בליכא טביעת עין א"כ עלה הוא דקאמר וה"מ דחזיוה בשעתיה אבל בטביעת עין גמור יש לומר דמהני אף ודאי אישתהי ותפח:

ויש לדחות דאין זה רק על סתם אישתהי שאינו אלא חשש שמא תפח וע"ז שפיר דוקא בלא טביעת עין אבל כשיש להם בו טביעת עין שוב אמרינן דודאי לא תפח דאם היה תפח ודאי לא היה להם טביעת עין כנ"ל. משא"כ ברואין שנתפח אפשר דאבד הטביעת עין כמו דאינו שלם כנ"ל:

אמנם בל"ז איך אפשר להקל בלי ראיה שאינו מפורש בשום מקום דתפח יהיה מועיל הטביעת עין. דאפשר דלא מיקרי כלל גופו אף לר"ת דכיון שתפח י"ל דגם הגוף תפח ואבד הטביעת עין שלו. ולשון הר"ת בס' הישר אעובדא דדגלת אכלוה כוורי או תפח כו' משמע דאז אין בו טביעת עין. אך י"ל שתפח לגמרי עד שאינו ניכר בטביעת עין ואז באמת א"א להעיד עליו בטביעת עין. משא"כ תפח קצת ומעידים שניכר להם בטביעת עין לא חשדינן למשקרין וחזינן שלא נתפח עד שיאבד טביעת עין שלו. וזה נראה יותר. ומהרח"ש בשם הרשד"ם כתב להתיר בנפוח קצת ובגופו שלם. אולם כתב בלי שום ראיה. והרשד"ם סי' ר"ד כתב דא"א להכחיש המוחש שמי שעומד בים ד' או ה' ימים שלא יתפח מצד המים הנכנסים בו וא"כ איך אפשר להעיד עליו אלא שנראה דניהו דהגוף נתפח מצד המים אבל צורת הפנים עומד ואינו משתנה ע"ש. וניהו דלכאורה לדבריו יש חומרא דכשפניו נפוח קצת ודאי דגם הגוף נתפח ואפשר דלא מיקרי גופו שלם גם לר"ת. אך שוב מוכח מהרא"ש וטור שכתבו סי' י"ז דבלא ראה הטביעה אפי' לא ראה מיד שהועלה מהני בטביעת עין כשכל גופו שלם. ולדברי רשד"ם הא הגוף ודאי

תפח ומוכח דאף שתפח מיקרי כל גופו שלם לענין הטביעת עין וא"כ לדעת ר"ת ז"ל מותרת ע"י עדות ר' יעקב בר' אלי' שהעיד בטביעת עין גמור שזהו ר' קאפיל בעל אשה זו כי שאר העדים לא העידו כלל על טביעת עין מהגוף ופירשו שע"י הפנים הכירוהו וזה לא מהני בתפח:

אך רבו החולקים על ר"ת באין צורתו שלימה. מ"מ אינו מוכרח בתפוח קצת. ובתשובת גנת ורדים כלל ג' סי' י"ח מיקל בתפח משם ר"ת. אולם הוכיח זה מלשון המרדכי על קושיא של ר"י שהעמיד שומרים ג' ימים וי"ל כו' אי נמי אפילו איכא שלפעמים דרכן להתנפח ואין יכולין להכירו מיהו היכא שאנו רואים ומכירין אותו יפה יכול להעיד עליו אפילו אחר ג' כו'. ומזה הוכיח דאפילו תפח מהני כשמכירין ע"ש. ואינו כלום. דאנה מבואר אף בתפח כוונתו פשוטה דהעמיד שומרים דכשנתפחו אין מעידין כו' אבל כמה יש שאינם נתפחים וממילא כשמכירין בטביעת עין אנו אומרים שלא נתפחו. ואין שום ראיה ברואין שנתפח. ובנודע ביהודה מהדורא תנינא סי' מ"ו התיר אף בנפוח בצירוף הפאס כלים דלא מושלי ע"ש ג"כ שאין זז מהיתר שלו. אולם כתב דבריו בלי ראיה. ומ"מ ממ"ש הרא"ש והטור לר"ת דאפי' אח"ז שהועלה מהמים מהני טביעת עין והא אז הדרך שיהיה נפוח כדאמר אישתהי מיתפח תפח בש"ס. וא"כ היה להם להזכיר דדוקא בלא תפח. מזה נראה דאף בתפח מיקל ר"ת. ויש לסמוך על הרשד"ם וגינת ורדים עכ"פ בתפוח קצת ומהני עדות ר' יעקב בר' אלי'. וגם עדות הב"ח אברהם צבי דאז היה מקצת ראשו במים. והעלה בגנת ורדים כלל ג' סי' ה' לפשיטות דמהני אף מקצת במים בשם ס' פ"מ. וגם מקצתו נפוח מיקל הגם דמצרף שם לס"ס. והרבה נשתמשו בס"ס ספק אישתהי וספק הלכה כר"ת. מה שאינו נראה כלל לענ"ד דלא מצאנו ס"ס רק כשיש ב' צדדים להתיר באלו אין הספק רק אם בעלה מת. רק הבירור אם זה הוא אם לא אישתהי ואפשר להכיר או כר"ת. וגרע טובא משם אונס חד. ונראה כוונתם ג"כ לרבות צדדי היתר. מ"מ בזה אפשר לדון כדבריו דבכל הנטבעים שצפים ע"פ המים הרבה פעמים פניהם למעלה מגולים ואעפ"כ לא חשו בתפח פניהם כמו אישתהי חוץ למים. וע"כ שמקצת במים צמתי ג"כ. ובפסחים תפח תלטוש בצונן שהצונן שלמעלה אין מניחין לתפוח. אולם אין דמיונות אלו ראיה דכפי הטבע מהמים שיצוף כך צמתי משא"כ כשמעצמו אינו מונח כולו במים שלא מחמת טבע המים עכ"ז יש צירוף קולא. לזאת אם יודעים ההעפט באיזה אצבע עכ"פ נראה לענ"ד דיש להתירה הגם שלא צמצמה באיזה פרק בצירוף טעמים הנ"ל דעכ"פ הוי ודאי סי' אמצעי אז יש לסמוך על צדדי היתר הנ"ל צירוף הקמיע דעכ"פ לדעת מהר"ל מותרת כנ"ל והטביעת עין של העדים דג"כ כתבו

הרבה פוסקים דלא חיישינן איך נשתנה להיות נדמה הטביעת עין לאיש זה באדם שיש לו סימן כזה. ויש לחקור אח"ז כי הרבה מכירים הי' לו פה. ואם א"י כלל באיזה אצבע עכ"ז יש הרבה צדדים להתיר. עכ"ז קשה עלי המשא להקל נגד הב"י וח"מ שמחמיר אף בכלים דלא מושלי וע"כ מחלק בין גט וחמור ושוב אין הראיות שכ' שלא לחוש לאבידה מדעת ראיות. ואף אם תדע באיזה אצבע דברי בטלים אם לא יסכים כבודו ושני גדולים מפורסמים בהוראה. גם ראוי שלא להתירה עד אחר י"ב חודש כמ"ש הש"י דעכ"פ קצת ראיה ממה שלא נשמע מאחר שהיה חסר דעה ואין אומדנא מה שלא שב לביתו מיד. יהי רצון שלא נכשל בדבר הלכה ושלא תצא תקלה מתחת ידי והנלע"ד כתבתי. הק' יצחק מאיר תקצ"ט לפ"ק:

סימן ג

שאלה: על דבר האשה פייגא ובעלה הי' שמואל בן פאליק שהלך לשתות י"ש תוך התחום ונעלם והלך מהאנשים שהלכו עמו. ובבוקר שאלו עליו ולא בא לביתו ובקשוהו בכל הדרך ולא מצאוהו ואחר ג' שבועות מצאוהו בהנהר הסמוך לאותו הדרך ומחמת הקול הברה שהיה הוא צף על פני המים נתאספו כמה אנשים והוציאוהו מן המים והכירו אותו שזה הוא שמואל בן פאליק הנ"ל תיכף בתוך השעה שהוציאוהו ולא היה בפניו שום פצע וחבורה ולא מכה כ"א נפחה פניו אעפ"כ הכירוהו שזה הוא בעצמו ואסהידו בפני ב"ד תרי סהדי בתורת עדות. והחברה שאלה לאשתו אם יש לה סימנים בגופו ואמרה שיש לה היינו שיש לו רושם כוי' בין כתיפיו סמוך לכתף ימין. גם אמרה שתחת הזרועות השערות משונות זו מזו היינו שתחת זרוע אחת השערות כמו שערותיו שבראש שקורין רודא ותחת זרוע ב' השערות שקורין גרא. עוד אמרה שעל עורף וסביב לבו יש לו רשימות מחמת שהיה חולה פ"א והניחו לו גארציצע לרפואה על אותן מקומות ונשאר רשימתן במקומות הנ"ל. והכל ראו החברה שכן הוא כאשר אמרה עוד אמרה שעל הראש יש איזה קרחת וכן היה:

תשובה

הנה ע"י העדים אף דבשנים לא שייך בדדמי והבית שמואל סי' י"ז ס"ק צ' נסתפק אף בלא חזיוה בשעתי' בב' עדים וכן החלקת מחוקק. אולם בתשובות המיוחסות סי' קכ"ח כתב להדיא אפי' ב' עדים לא מהני בלא ראוהו מיד. וגם הם לא נסתפקו אלא בלא ראו שתפח רק מספק אבל כיון שהעידו שתפח י"ל לכ"ע לא מהני דאף דלשון הרמב"ם ז"ל פרק י"ג מהל' גירושין ואם שהה כו' ונתפח אין מעידין עליו שהרי נשתנה כו' דמשמע דחזיוה לאלתר אף שנתפח מהני וכ"כ הלחם משנה שם. וכן משמע מדברי הרב המגיד

שפי' דבריו כשרואין שלא נתפח מהני גם אח"כ. אך אין לסמוך כלל על זה דהרב המגיד מפרש בדברי הרמב"ם על סתם שא"י אם תפח דלאלתר סתמא לא נתפח ואח"כ סתמא תפח ולכך כתב שהה ונתפח דכששהה מסתמא נתפח. ולדיוקא כשראו שלא תפח מהני אח"כ. אבל לא להתיר בלאלתר כשרואין שתפח. והרשב"א והר"ן דחו דברי הרמב"ם גם בהנ"ל ומחמיר הר"ן ז"ל אפילו בספק אישתהי. והרשד"ם סי' ר"ד מיקל בתפח וכתב דא"א להכחיש המוחש. שמי שעומד בים ד' או ה' ימים שלא יתפח מצד המים הנכנסים בו וא"כ איך אפשר להעיד עליו. אלא שנראה ניהו שהגוף נתפח מצד המים אבל צורת הפנים עומד ואינו משתנה כי המים מעמידין צורתו וכן נראה דקדוק לשון שכתב שהמים מעמידין אותו שלא ישתנה צורתו והיה די שיאמר שלא ישתנה. מה צורתו דקאמר אלא כנ"ל וכן פירש"י בפירוש צומתין צורת הפנים ואין מניחים אותו לתפוח ולהשתנות משמע בפירוש כמ"ש. ואינו מבורר מדבריו אי כוונתו אף שפניו נפוח ג"כ מ"מ מעמיד הצורה שאפשר להכירו בטביעת עין. או כוונתו אף שהגוף נפוח מ"מ צורת הפנים מעמיד שלא יתפח וכן משמע מהוכחה שלו מלשון רש"י שכתב להדיא איך מניחין אותו לתפוח. אך אפשר דתרווייהו חדא הוא לתפוח ולהשתנות היינו שיהיה נפוח כ"כ שישתנה עי"ז. ובין כך ובין כך אין לסמוך עליו שמהרח"ש דחה דבריו והרשד"ם כתב בלי ראיה שמרש"י אין שום משמעות רק כשאין נראה פניו נפוח. ובתשובת גינת ורדים כלל י"ח מיקל בתפח והוכיח מלשון המרדכי על קושיא של ר"י שהעמיד שומרים ג' ימים וי"ל כו' א"נ אפילו איכא שלפעמים דרכן להתנפח וא"י להכירו מיהו היכא שאנו רואין ומכירים אותו יפה יכול להעיד עליו אפי' אחר ג' כו' ומזה הוכיח דאף תפח מהני כשמכירין ע"ש. ואין ראייתו כלום דכוונתו פשוטה אף דסתמא דרך להתנפח אבל יש שאין נתפחין וממילא כשמכירין בטביעת עין אנו אומרים שלא נתפחו. ואין ראיה על שרואין שנתפח אמת שלדעת ר"ת אין ראיה לאסור ג"כ דמפרש עובדא דדגלת וכרמי שלא היה טביעת עין רק חתיכה כו' והשאר אכלוהו כווריו ורק סימנין חשיבי וקמ"ל רבותא אפומא דשושביני אף שהיה מכירו תמיד היטב ואעפ"כ לא היה לו בו טביעת עין רק סימנין שע"י החו' ומ"מ אנסבי'. וא"כ עלה קאי הך דאבל אישתהי מיתפח תפח ולא הוי סימנין הטביעת עין של החתיכה אבל בטביעת עין גמור י"ל דאף וודאי תפח מהני כיון שמעידין שהכירוהו ע"כ שלא תפח כ"כ שלא יהיה ניכר. מ"מ אין הוכחה שיהיה מהני בתפח דדילמא מ"מ בתפח קים להו לחכמים שא"א שיהיה טביעת עין. מ"מ משמעות דברי ר"ת מדכתב סתם דבטביעת עין מעשים בכל יום אפילו אחר י"ב

חודש. והא מסתמא תפח שהדרך לנפוח בזמן רב. א"כ עכ"פ היה לו להתנות כשלא ראינו שנתפח. משמע דאף תפח מהני:

ואף שנחלקו על ר"ת ואין הש"ע סומך עליו באישתהי. מ"מ כבר ביארתי במ"א בעזה"י שמה שנתחבטו הפוסקים הרבה בדברי תוס' יבמות ק"כ ולא העלו דבר ברור הוא לפי שלא ראו דברי ר"ת בעצמם רק מלשון שכתבו בתוס'. ועתה שזכינו לס' הישר לר"ת הגם שיש כמה טעיות שם. יש לעמוד מתוכם על כוונת התוס'. וע"ש ד' פ"ה ר"ת דייק מדלא תני אין מעידין על האדם אלא אם כן יש בו פרצוף פנים עם החוטם רק אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם. מוכח דלא קאי כשמכירין בטביעת עין שזה פלוני דזה ודאי מהני דמעשים בכל יום שמכירין המת אפילו אחר י"ב חודש. וכיון שאפשר להכיר ממילא אין להכחיש עדותן של עדים שאומרים שניכר להם בטביעת עין שזה הוא. והיינו כשגופו שלם אפילו נחתך חוטמו וכה"ג. אלא מתני' מיירי שאין רק מהחתיכה מהראש שיש בו פדחת ופניו וחוטם ובחתיכה כזו א"א להיות בו טביעת עין גמור שזה פלוני שמאבד הטביעת עין גמור. רק סימן נקרא שאותה חתיכה נראה להם שפדחת ופנים וחוטם הוא כמו פדחת ופנים וחוטם של פלוני ובזה אמרה המשנה דכשיש כל הג' חשיב סי' מובהק דל"ש שיזדמן שיהיה לאחר אותן הג' שיהיה נדמה להרואים שהוא זה אבל כשחסר אחד מאלו לא הוי סי' מובהק ואין מעידין אע"פ שיש סי' בגופו כו' היינו סימנין פרטי ועלה קאי אין מעידין היינו על החתיכה כנ"ל שעד ג' ימים אינו משתנה ואחר ג' משתנה ושוב אינו סימן. אבל בטביעת עין גמור היינו כשגופו שלם שאין מאבד הטביעת עין מזה לא מיירי ופשוט דמהני אחר ג' כיון שמעידין בבירור שזה הוא א"א שישתנה שיהיה טביעת עין להעדים שזה הוא ואינו זה וזה פשוט בעיני ר"ת ז"ל רק בזה מסתפק אם אחר ג' וגופו שלם ואין להם בו טביעת עין רק ניכר להם ע"י סימני הגוף שהפדחת וראשו ופניו חוטמו ושפתיו וסנטרו וקומתו ועביו ורגליו נראה להם שהוא כמו של פלוני אפשר דמהני ג"כ כיון דמתני' לא מיירי רק בסי' שע"י חתיכה מפרצוף פנים ופדחת וחוטם בזה דוקא א"א להכיר אחר ג' כשהוא רק סימן בלא טביעת עין אבל ע"י סימני כל גופו אף אחר ג' חשיב סי' מובהק כשנראה להם כמו של פלוני אף שאין להם בו טביעת עין רק כשנראה להם כשל פלוני שהוא רק סימן י"ל דמהני ג"כ בכל גופו בתורת סימנים כנ"ל כנ"ל שטביעת עין הוא הכרה ברורה שזה הוא בלא סימנין. רק בהכרה שע"י סימני כל גופו מסתפק ר"ת אחר ג' ובאמת שחילוק זה בכמה דוכתי בקיום שמכירין בטביעת עין אף ביוצא מחמת ידי עצמו לא חיישינן שזייף עד שידמה בטביעת

עין שזה כ"י וכשמקיימין ע"י דימוי דוקא יוצא מתחת יד אחר ע"ש. וכמו מקיפין בריאה. וכדימוי החתיכות דמס' ע"ז דף מ' ובזה מיירי המשנה. משא"כ בטביעת עין:

ובזה מבואר לשון התוס' ואומר ר"ת דהיינו דוקא כשאין שם אלא פרצוף אבל כשכל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר היטב ע"י סימני הגוף כו' פי' דאף שאין מעידין בטביעת עין שזה הוא רק סימני כל הגוף שנראה להם כשל פלוני שזה רק סימנים ג"כ י"ל דמהני כיון דמתני' מיירי בלא טביעת עין רק סימנים ואעפ"כ דוקא ג' אלו צריך כל הג' משא"כ כשכל פרטי איבריו נראה להם שדומה כנ"ל:

ואח"כ כתבו תוס' ועוד דשמא דוקא בסי' הוא דאמר הכי אבל בטביעת עין ניכר היטב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו ואפילו אחר כמה ימים כו'. פי' דדוקא בחתיכה שיש בה ג' הנ"ל שכבר אבד הטביעת עין וא"א שיהיה טביעת עין גמור משא"כ בגופו שלם שאפשר להיות בו טביעת עין גמור ע"י סי' כל גופו. ואח"כ כתבו דכשאינו נחבל בפניו דבר פשוט דאפשר להכירו אפילו אחר כמה ימים. וודאי מהני שאומרים שניכר להם בטביעת עין שזה הוא. ואח"כ כתבו ואפילו הוא אמת דהיכא שנחבל בפרצוף אין מעידין עליו אלא תוך ג' כיון שנשאר גופו שלם וגם יכול להיות שהוא בתוך ג' כיון שנשאר גופו שלם וגם יכול להיות שהוא בתוך ג' כגון שא"י מתי נהרג אין לתלותו אלא בתוך ג' ימים דוקא. פי' לענ"ד שאין זה כלל מדברי ר"ת שהוא אינו מסופק וכתוב מפורש בספר הישר דלא משום עיגונא מקיל אלא שהוא אמיתה של תורה וכן כתב שם אח"כ אבל בטביעת עין גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אפילו אחר זמן מרובה אבל כשסנטרו ופיו ושפתיו ושפמו וצוארו נשחת מגופו ושדרתו נחתך ליכא טביעת עין בפרצוף פנים וחוטם ופדחת אלא כמו סימנים שמעיד שדומה לשל פלוני כמו סי' מובהק לכ"ע דאורייתא אבל טביעת עין ליכא אבל אי איכא טביעת עין לית דין ולית דיין דמעידין אפילו אחר כמה ימים כו' וכל המחמיר בדבר אינו אלא חוטא כו' ע"ש וגם לא הוזכר כלל בדברי ר"ת בספק תוך ג' ולא דיבר מזה ע"ש. רק נראה דהתוס' כתבו זה אפילו אם אמת דהיכא שנחבל כו' היינו אפילו אם נימא דלא כר"ת בזה רק דבנחבל בפנים לא מהני טביעת עין דגופו אחר ג' מ"מ עכ"פ הדין כיון שכל גופו שלם וגם יכול להיות שהוא תוך ג' אין לתלותו כו'. והפי' ג"כ לענ"ד לא כמו שפירשו הפוסקים דתלינן לקולא בספק תוך ג' ונימא כוונתם דיש שני צדדים לקולא וניהו דבוודאי אחר ג' לא סמכינן אבל בספק מקילין. דאם היה הפירוש כנ"ל היה להם לומר דאזלינן לקולא ומה זה שכתבו אין לתלותו אלא בתוך ג' דוקא. ולכך לענ"ד פשוט כוונתם דאף אי נימא דבגופו שלם ומכירין בטביעת עין אעפ"כ לא מהני אחר ג' א"כ ע"כ צ"ל דאף שהעדים מעידין שמכירין אנו

אומרים דהוא שקר דא"א להכיר בטביעת עין אחר ג' א"כ ממילא בספק תוך ג' וגופו שלם ומכירין בטביעת עין שוב אמרינן דוודאי הוא תוך ג' כיון שע"ז עצמו מסופקין ואם אחר ג' ע"כ משקרין א"כ הוי עדות ברור שוודאי תוך ג' ולכך מכירין בטביעת עין דאי אח"כ לא היה בו טביעת עין. וכתב שפיר דאין לתלותו אלא בתוך ג' דוקא. והחילוק פשוט דכשאין גופו שלם שאין בו טביעת עין רק סימן בחתיכה מראש כנ"ל כמ"ש ר"ת להדיא שנראה כשל פלוני ובזה אחר ג' לא מהני כסימן העשוי להשתנות כמו בשומא ונדמה כשל פלוני אף שאינו כן בזה לא מהני גם בספק תוך ג' דהספק שמא אחר ג' ואין כאן סימן ומודים התוס' דאזלינן לחומרא רק בגופו שלם ויש להם טביעת עין גמור ובזה לא נסתפקו תוס' שטביעת עין אין עשוי להשתנות שע"י השינוי יהיה להם טביעת עין שזה והוא אחר. רק אי נימא דלא כר"ת הטעם הוא שא"א להיות טביעת עין אחר ג' שמתבלבל הצורה שא"א להכיר מי הוא. וא"כ אף שמעידים טועים או משקרים וא"כ שפיר בספק תוך ג' ודאי מותרת ממ"נ דאי שיש טביעת עין גם אחר ג' כר"ת מותרת ואי דלא כר"ת ואין טביעת עין ע"כ מוכח שהוא תוך ג'. ומדוייק לשון התוס' אפילו כו':

והרשב"א ז"ל כתב שמצא כתוב בשם התוס' ויכול להיות שבנמצא הרוג וא"י אם תוך ג' תולין בתוך ג' וכתב שהתוס' עצמם מסתפקים בדבר ואחריו נמשך הריב"ש שכתב מאחר שהתוס' כתבו ויכול להיות דמספקא להו ע"ש. ונראה שהיה להם גירסא אחרת דלתוס' שלפנינו הך ויכול להיות לא קאי על הדין רק יכול להיות שתוך ג' וא"א לפרש בע"א ולא מספקא להו כלל וכן מבואר ברא"ש וטור ור"י דלא מספקא להו. וא"כ היה נראה מאחר שמבואר ברשב"א בחדושיו שאינו חולק על התוס' רק מאחר שגם הם כתבו ואפשר ואף הוא נשאר בו הדבר צריך תלמוד. והוא משום שלא ראה רק דברי תוס' שמצא. ומאחר שבתוס' שלפנינו וכל הפוסקים הביאו שאין ספק להם. ובס' הישר מבואר כן. י"ל דאי הוי שמעו הרשב"א וריב"ש לא היו חולקין. וגם בענין הטביעת עין אחר ג' נראה שלא ראו דברי ר"ת בספר הישר דהא עיקר ראייתם לדחות מהא דכרמי ודגלת ע"ש. ור"ת עצמו הביא זה וכתב דאירי שלא היה בו טביעת עין דאכלוה כווריז וזאת הוא הרבותא אפומא דשושבינין שהיה מכירו ואעפ"כ לא היה בו טביעת עין גמור ומ"מ אנסבי' ע"פ ההכרה דפרצוף פנים ופדחת וחוטם שהוא סימן מובהק. גם מ"ש רשב"א ושאר פוסקים דמתני' סתמא קתני אפילו גופו שלם. ג"כ מבואר להדיא בדברי ר"ת דאדרבה מלשון המשנה דייק מדלא תני על האדם כמ"ש שם מדתני אלא על פרצוף פנים עם החוטם מבואר שאין רק חתיכה מאלו ג'. וכן קושיא הב' לא קשה וכן מ"ש עוד מדסיים אע"פ

שיש סי' בגופו כו' ג"כ מיישב שם כיון דברישא בסימנים שע"י ההכרה תני אח"כ אף שיש סי' פרטים. אבל בטביעת עין לא מיירי כלל דפשיטא מהני:

וממילא למ"ש גם בספק אישתהי שעה א' דפסק הר"ן ז"ל דלד"ה אזלינן לחומרא דגם ר"ת מודה דזמן מועט לא תלינן שהוא תוך שעה ע"ש והיינו לטעמם שסוברים בדברי ר"ת דתלינן לקולא בספק שייך טעם הנ"ל. אבל למ"ש א"כ כיון שמעידים שיש להם טביעת עין גמור ג"כ שייך סברת תוס' או דמהני טביעת עין גמור בגופו שלם או דא"א להיות טביעת עין באישתהי שוב ע"כ היה תוך שעה ומותרת כנ"ל:

וא"כ היה נראה דיש לסמוך על ר"ת ורשב"ם אחיו שהסכים עמו שם. ומ"מ קשה מאוד לדבר דבר נגד הראשונים ז"ל רשב"א ור"ן וריב"ש שסוברים בדעת ר"ת כנ"ל. מ"מ האמת כן כמ"ש בס' הישר:

וא"כ היה נראה כיון דאישתהי עכ"פ סתמא תפח ואעפ"כ התירו תוס' אחר כמה ימים מחמת דברי ר"ת הנ"ל וכן הרא"ש וטור בלא ראו הטביעה ובש"ע הרמ"א ז"ל. א"כ מוכח מדבריהם דאף תפח ג"כ מהני ההכרה בטביעת עין דאל"כ איך כתבו להתיר בלא חזיוה בשעתי' כו' הא אמר בגמרא דתפח והיה להם להתנות בלא תפח עכ"פ. ומצאתי כן בתשובות גאונים בתראי סי' ך' הג' מהר"י הלוי אחי הט"ז ורבו שכתבו ואפשר דהא דאמר בגמרא דדווקא באישתהי מתפח תפח היינו דבשהה ודאי תפח שכן רגילות אבל אה"נ אי תפוח תוך שעה נמי אסור כי נשתנה פניו ואינו ניכר מ"מ אין לחוש לזה דהא הרא"ש וטור ומהרמ"א פסקו דכשלא ראו הטביעה נאמן אפילו באישתהי כמה ימים אף שכבר נתפח והוא מטעם כדפרישית שאף באישתהי ונתפח אפשר להכירו אם מדקדק היטב ותדע דאל"כ הוי ליה לתלמודא לחלק נמי מיניה וביה דאף חזיוה בשעתי' אי מתפח אין מעידין כו'. ואח"כ כתב ואפילו את"ל דלשאר הפוסקים אי ודאי איתפח אפילו תוך שעה אין מעידים הא העדים אחרים כו' ע"ש. עכ"פ סבר שמוכח מהרא"ש וטור דאף נפוח מהני בלא ראו הטביעה. ואף דלמ"ש בדברי ר"ת אין הוכחה די"ל דבסתם מיירי ואף שהדרך לנפוח אחר שעה מ"מ ודאי לא הוי וכשמכירין בטביעת עין שוב כיון דהוי עדות גמור מורה שע"כ לא תפח מדהכירוהו בטביעת עין דאי תפח היה מאבד הטביעת עין וכטעם הנ"ל. אבל ראו שנתפח אין ראיה דאפשר קים להו דודאי אין בו טביעת עין מ"מ נראה דעכ"פ היה להם להתנות דוקא כשלא ראו שתפח כנ"ל מוכח כנ"ל. אך אין לסמוך כלל ע"ז דדבריו תמוהים שלא הוזכר כלל ברא"ש וטור ורמ"א אישתהי אחר שהעלוהו וכ"כ הח"מ ס"ק נ"ה בתשובה דפנחס מארלא ובית שמואל מסתפק דגם תוס' לא כתבו רק נשי בעלים שטבעו כו' ע"י טביעת עין אפילו אחר כמה ימים כו'. ולשון זה

כלשון הגמ' אנסבי' אחר ה' יומי כהא דדגלת וכרמי וכתב רק לענין דלא שייך בדדמי בטביעת עין. ואפילו ספק אישתהי אין הוכחה. רק דאף שהיה במים כמה ימים אבל חזיוה לאלתר דאסקי'. ובאמת הר"ן וריב"ש כתבו דמודה ר"ת בס' אישתהי ע"ש. ואף למ"ש לעיל דבטביעת עין ראוי להיות בספק אשתהי. מ"מ אין הכרח דר"ת לא דיבר רק באחר ג' ימים כמבואר בספר הישר וגם תוס' הביאו כן דברי ר"ת לראיה כמו באחר ג' כן י"ל לענין בדדמי דל"ש בטביעת עין. וא"כ י"ל דוקא אחר ג' מתבלבל צורתו ואין בו טביעת עין ולא ניכר כלל מי הוא כשאין גופו קיים ולתוס' בספק תוך ג' שייך ממ"נ כנ"ל. אבל ספק אישתהי דתפח י"ל שאפשר לטעות דאחר הוא ע"י התפיחה. וניהו דבספק אפשר דדמי לספק תוך ג' אבל אין ללמוד מהם כלל בתפח כנ"ל. ומ"ש הב"ש ס"ק פ"ו ואפילו אישתהי לדעת ר"ת אינו מוכרח כלל כמ"ש הח"מ בתשובה הנ"ל. וכן מה שכתב ס"ק פ"ד דספק אישתהי הוי ס"ס דאף אם אישתהי שמא הלכה כר"ת והרא"ש וטור דגם אישתהי מהני ג"כ אינו מוכרח דלא מצינו באישתהי רק אפשר דסבר דאישתהי רק ספק תפח ושוב מהני טביעת עין כמו ספק אישתהי כנ"ל. וא"כ בודאי תפח י"ל לכ"ע לא מהני:

ומה דאפשר לומר דהא רבי יהודה בן בבא פליג לא כל אדם שוה ולא כל השעות כו' ופירש"י יש אדם שמן שממהר לנפוח כו'. וכן פירש"י בגמ' שם ד"ה לקולא ואתי ר"י למימר יש לך אדם או מקום או שעה שאינו מהיר לנפוח ולהשתנות כו'. מבואר דטעם דאחר ג' ג"כ משום דתפח וא"כ שפיר מוכח מר"ת ורשב"ם ותוס' והרא"ש שמתירין בגופו שלם אחר י"ב חודש וזמן רב שוודאי דרכו לתפוח והתירו סתם. מוכח דאפי' תפח מהני טביעת עין. וכדברי ב"ש דממילא גם ודאי אישתהי מהני לר"ת כנ"ל:

וא"כ בנידן דידן עדיף מספק ספיקא של הב"ש כיון דאיכא סימנין אמצעים עכ"פ וקי"ל כרב אשי דמספקא ליה אי סימנין דאורייתא או דרבנן ויש פוסקים דאורייתא ולדידן ספק גמור הוא וא"כ ס"ס שמא דאורייתא ומהני מצד הסימנים ואת"ל סימנים לאו דאורייתא שמא כר"ת ורא"ש הנ"ל דמהני טביעת עין אף בתפח כנ"ל כמ"ש הב"ש. ואף שאין זה ס"ס גמור שהכל רק בירור אם זה הוא מכל מקום הרי הב"ש מחשיב צדדי היתר לס"ס כנ"ל:

ועוד הא אין סברא שיחלקו רבנן אר' יהודה בן בבא במציאות שגם אדם שמן וחם לא מתפח כלל תוך ג' אי לחומרא פליג. וכן אי לקולא להיפוך. וע"כ טעמייהו דרבנן דמלתא פסיקא הוא שתוך ג' אף שנתפח תפח רק קצת אבל עדיין הצורה עומדת דאפשר להכירו משא"כ אחר ג'. וא"כ עכ"פ מוכח דאף שנפוח קצת אפשר להכיר כשאינו נפוח כ"כ

עד שישתנה הצורה וכמ"ש הרשד"ם שהחוש מעיד כן. וא"כ נידן דידן שהעדים העידו בפירוש שאף שנפחו פניו הכירוהו והם ב' עדים כשרים שלא ראו הטביעה. א"כ ע"כ שהיה נפוח רק קצת שהיה אפשר להכירו עדיין כנ"ל:

ועוד דאפשר כיון שהעידו שהכירוהו ע"כ שהכירו בענין אחר או סימנים מובהקין או טביעת עין דבגדים אם לא היה ניכר מחמת הנפיחה. אך אינו נראה שמסברא באמת לא היה כוונתם כן:

ויש צדדים הרבה להיתר דעת הפוסקים הנ"ל. ועוד הסימנים אף אמצעים לתוס' מהני עם טביעת עין. ועוד דאפשר אותו סימן שהשערות תחת זרוע אחד מראה מיוחד ותחת הב' מראה מיוחד חשיב סימן מובהק. ואף דתוס' ב"ב קנ"ד כתבו דמראה השערות חשיב עשוי להשתנות לאחר מיתה שמחיים הי' לבנות ועתה שחורות ע"ש י"ל דוקא בהשערות של שומא. ועוד כיון שזה מיוחד וזה מראה מיוחד חזינן שלא נשתנו דאיך איתרמי להשתנות באופן זה. ועוד דעת הפוסקים דצירוף סי' אמצעים חשיב מובהק והגם שהרבה דחו זה. גם אני הקשתי מהא דב"מ כ"ח דנ"ד רבא ממאי דאמר מעיקרא סי' לאו דאורייתא מחמת קושיא ממתני' דמצא תכריך של שטרות יחזיר כו' והא לא שייך ניחא ליה ומה"ט אמר דס"ד. ופ"ק דב"מ דף כ' ע"ב דאמר תכריך שלשה שטרות קשורין כו' ובעי מאי מכריז מנין ופריך א"ה מאי איריא ג' אפילו ב' נמי אלא שטרי מכריז כו' ופירש"י אי מכריז המנין והוא אומר הסימן שהי' כרוכים א"כ גם בב' די בסימן כזה ולכך אמר שטרי מכריז והלה אומר סי' המנין כו' ע"ש. ולהנ"ל קשה אדרבא נימא דסי' דרבנן כדאמר רבא מעיקרא דניחא ליה ובשטרות דל"ש האי טעמא באמת אינו מועיל סי' אחד רק דמכריז שטרי והוא אומר המנין וסי' הכריכה ושפיר צירוף ב' הסימנים הוי מובהק ומהני מה"ת לכך מועיל גם בשטרות ולא קשה אי הכי תרי נמי דבתרי שאין רק סימן הכריכה לבד באמת לא מהני כיון דסימנים דרבנן ולכך בעי ג' ומה פריך רבא. וע"כ דלא כפוסקים הנ"ל רק צירוף לא הוי מובהק ועדיין לא מהני. ואפשר ליישב דדייק מרישא מצא בחפיסה כו' וכתבו תוספות בשלמא בחפיסה הוי סימן שאין דרך כו' אבל דלוסקמא דרך להניח וכתבו דמיירי שנותן סימן בדלוסקמא שאינו מובהק ע"ש וע"כ הא דנקיט סתם משום דסתם כלי יש בו סימן אמצעי. וא"ל דג"כ יש בו ב' סימנים דא"כ בחפיסה שזה עצמו סימן ואי שנותן סי' בחפיסה ג"כ למה לי תרווייהו. אבל עכשיו קמ"ל בחפיסה דזה עצמו סימן שמונח בו ואח"כ קמ"ל דלוסקמא דל"ח לשאלה כנ"ל.

ויש לדחות ואין להאריך דמ"מ הרבה גדולים פסקו דצירוף סי' אמצעי הוי מובהק:

מ"מ עדיין אין ברור כיון דאמר סתם שאף שתפח הכירוהו שמא גם לר"ת ז"ל צריך דוקא שיעידו בפירוש שהכירו בטביעת עין. ואף דבכל מקום אין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה מ"מ באישתהי שאין היתר בסתם הכרה שע"י סימני גופו רק כל ההיתר מצד טביעת עין צריך שיעידו דוקא בפירוש בפרט כיון דתפח וריעותא לפנינו. אך הא אפילו בנפשות דאמר בחולין פרק גיד הנשה דאלו אמרו פלניא דהאי סימנא כו' לא קטלינן לי כו' רק בטביעת עין ואעפ"כ אמרינן בסנהדרין החקירות ששואלין מכירין אתם אותו כו' ולא הזכירו שישאלו אם מכירין אותו בטביעת עין דשמא ע"י סימנין וע"כ דסתם הכרה הוא בטביעת עין. ואינו מוכרח די"ל שהוא בכלל מכירין אותו כו' דהיינו הכרה המועלת בד"נ ולא הוצרך להזכיר דלא מיירי מזה. ועוד כמו דאמר שם קרא לפלניא א"ל טביעת עין מכירו כו' ולכך באדם חי סתם הכרה ע"י טביעת עין ואין ללמוד מזה על מת שתפח וכן רמ"א סי' י"ז סעיף נ' כתב הכרתי היטב ובתשו' צ"צ סי' ק"א כתב ג"כ דדוקא כו'. ובנודע ביהודה מהדורא תנינא סי' מ"ז כתב שלר"ת מהני באישתהי סי' עם טביעת עין כמו ביבשה אחר ג' וכן סי' מ"ו כתב להתיר אך נפוח קצת בצירוף הפאס ע"ש:

עכ"ז מיראתי הוראה אני באיסור חמור במה שאין ראיה ברורה. וכמה תמיהות עליכם ששניתם לשון העדים על לה"ק שבקל ישתנה. ועוד לא כתבתם שנקבר וזה אפשר להתברר. וגם לא כתבתם מהבגדים שנמצא בהם שאם היה טביעת עין בבגדיו היה עמודים גדולים לסמוך עליהם מהר"ל ותוי"ט והרבה פוסקים. ולא אוכל כלל להתיר. ותשלחו לאיזה גדול הסומך על דעתו. דלדעת הרי"ף והרבה פוסקים דלא אמרינן בדדמי מיירי הא דדגלת טביעת עין עם סי' אמצעים ואעפ"כ דוקא לאלתר. וגם להרי"ף דוקא ה' ימים כנ"ל. והפוסקים וגם תוספות והרא"ש כתבו רק להתיר נשי אנשים שטבעו שהוא מים שאין להם סוף דרבנן ואפילו לא שהו עד שתצא נפשם עכ"פ יצאה מחזקת ודאי א"א דאיתרע החזקה משא"כ נידן דידן דרק נעלם ולא איתרע כלל והבא עליה בחנק. דמה שצידד המבי"ט דגם הלך לאיזה מקום ולא שב איתרע החזקה כבר חלקו עליו כל הפוסקים:

סימן ד

ב"ה ו' שבט תר"ח. השאלה מהגאון אבד"ק לובלין הלא היא כתובה בספרו נודע בשערים.

החיים והשלום וכ"ט לכבוד אהו' ידידי הרב הגאון המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה ע"ה. מוה' בעריש נ"י אבד"ק לובלין.

אחד"ש כמשפט. הנה פקודתו שמרה רוחי לעיין בדבריו ולכתוב הנלע"ד. ורו"מ לו משפט הבחירה. ואם רו"מ ידחה דברי להוציא לאור היתרה. נוח לי מאוד כי חפץ אני יותר בתקנת העגונא מקיום דברי:

הנה בענין ערכאות אי נאמנים לעדות אשה שכתב רו"מ דכמו דמהני בממון לראיה כן מהני בעד א' כדאמר ש"ס בכורות לענין פדחת כי אחמירו כו'. הנה זה ודאי אם היה מועיל עדות ערכאות לראיה מה"ת היה שפיר מוכח דלא החמירו על הדין תורה לענין נאמנות העדים. דמראיה זו עצמה פסק הרמב"ן דא"צ קיום בכתב כיון דמה"ת א"צ קיום לא החמירו כו'. אבל מאחר שמבואר בתוספות פ"ק דגיטין ובר"ן ומרדכי והג"א דגם נאמנות שלהם לראי' הי' רק תקנת חכמים ולא תקנו אלא בשטר ראיה כו' ודבריהם מוכרחים דאל"כ יועיל גם לקנין. כמו בכת"י דכיון דהודאה כעדים ומהני לראיה שוב מוכיח שמסרו לה וכעדים דמי. ממילא אם היה נאמנות ערכאות מה"ת שפיר מוכיח כנ"ל. וניהו דבגט שפיר פסול לר"מ כיון דחתימתן הוא המוכיח פסול דלאו בני כריתות נינהו. והיה מיושב בזה הגמ' דפריך והא לאו בני כריתות נינהו וכ' תוס' דהוי מצי למימר והא לאו בני עדות. ולהנ"ל א"ש דמצד עדות היה מהני לראיה כיון דילפינן רק דבר מממון דחב לאחריני וכיון דמהני לראיה שוב הי' כשר בגט ג"כ ככת"י לר"מ. אך הא תוס' כ' להדיא דלא כנ"ל. ועוד דא"כ במתנה ליתכשר לר"מ כיון דמוכח מתוכו שוב מהני גם לקנין עכ"ל. וגם לדידן לר"א והרי"ף ור"ן דעידי חתימה גם לר"א מהני שכורתין בשעתן כיון שמוכח שבא ידו לידה א"כ יהיה כשר מה"ת בערכאות גם בגט לר"א בלי עידי מסירה שהרי נודע לנו שבא מידו לידה ורק פסול מדרבנן. והא אמר בש"ס גיטין ט' והרי ערכאות דפ' דאורייתא ומשני בעדי מסירה ור"א ובכל הפ' שפסול מה"ת בלי עדי מסירה. והגם דאפשר לומר דמאי דלא בעי חתימה לשמה מה"ת. לר"א הוא רק ביש עדי מסירה שא"צ לחתימתן מה"ת. אבל בלי עדי מסירה לר"א להרי"ף ושאר פוסקים דמהני רק משום דעידי חתימה משוי הכריתות אז שוב הוי בכלל וכתב ובעי לשמה ובני כריתות מה"ת. ושפיר אמר בגמ' דלמא אתי למיסמך עלייהו בלי עדי מסירה ככל גט דסגי לר"א בעידי חתימה לחוד לרי"ף הנ"ל. ובזה י"ל בטל מה"ת כנ"ל. ולע"ד זה מוכרח ממ"ש רמב"ם וש"ע סי' קל"א בחתמו שלא לשמה אם נתנו בלא עידי מסירה הגט בטל ובע"מ רק פסול. ולא העיר הב"ש ומפרשי הרמב"ם למה בטל הא סבר כהרי"ף ובש"ע סי' קל"ג דיעה א' דכשר בעידי חתימה לחוד' בלא ע"מ. וגם בנתנו בלי עידי מסירה למה לא יהי' כשר מה"ת בכתיבה לשמה לחוד דהא כורתין בשעתן כנ"ל. וע"כ כמ"ש דכיון שיהי' הכריתות ע"י העידי חתימה שוב בעי לשמה מה"ת בחתימה

גם לר"א. והגם דהסברא אינו מוכרח דהעידי חתימה רק גורמים שיהא נודע לנו עי"כ שניתן מידו לידה וידיעה זו כע"מ. א"כ אין עושין רק הפעולה שיהי' כע"מ. וכיון דלא בעי נתינה לשמה גם לר"א כמ"ש גמ' פ"ו ע"ב מנ"ל דליבעי חתימה לשמה. מ"מ צ"ל דמסתברא להו דממילא הוי בכלל תורף הגט ודוקא הנתינה דא"א לומר שהוא בכלל וכתב. משא"כ החתימה כשכורתין שיהיה עי"ז חשיב ע"מ צריך לשמה דהוא בכלל וכתב כנ"ל. והוכחה שלהם י"ל מריש גיטין דחשיב לר"א חתימה שלא לשמה מזויף מתוכו כו' ותמהו תוס' מאי החשש. ולהנ"ל א"ש דלמא אתי למיסמך עלייהו בלא עדי מסירה בכל הגטין ואז בטל מה"ת בחתימה שלא לשמה כנ"ל. מ"מ מאחר שהר"ן ותוס' כ' להדיא דגם לנאמנות לא מהני ערכאות מה"ת רק חכמים תקנו להאמינם. וא"כ אין ראיה כלל מש"ס בכורות. דקושית הגמ' אינו אלא דלא אחמירו על הד"ת שמהני בממון כו' והא הוחזקו כו' דהקילו. וע"ז מחלק בין תחלת כו' אבל א"א ללמוד במה שתקנו חכמים להאמין בממון הקל שיהיה מועיל בעדות אשה (שלא מצינו שתקנו כיון דבממון גופיה לא תקנו שיהיה מהני במתנה אף לראיה) כשיהיה ע"י הראיה מועיל לקנין כמו כת"י כנ"ל. ומ"ש רו"מ להוכיח ע"פ מה שיישב דברי הרמב"ם שכ' טעמא דכשר בלי דו"ח משום דהקילו להאמין כו' ותמהו שלא כ' טעם הגמ' דאיכא כתובה כו' וכ' רו"מ דתליא בפלוגתא דירושלמי מצאו כתוב כו' דר"י דסובר משיאין הוא משום דכיון דהקילו בעד מפי עד דלא מהני בממון כ"ש בכתב דמהני בממון ור' בון סבר דבמה דלא אשכחן דהקילו לא אמרינן כו' והגמ' רוצה לישב דברי ר"ע דאין בודקין בדו"ח גם לר' בון משא"כ הרמב"ם דפסק כר"י דמהני בכתב מהני גם בלי דו"ח עכ"ל רו"מ. ותמיהני לאוקמי סתמא דש"ס דלא כהלכתא ושיהיה אליבא דמ"ד בירושלמי שלא נזכר בגמ' דידן כלל. ושיהיה סוגיא דיבמות סותרת סוגיא דגטין רחוק מאד. וגם מירושלמי עצמו מוכח דלא כנ"ל. דלמה הקדים מתני' מסייע כו' ע"פ עדים לא ע"פ כתבם ולא ע"פ תורגמן ולא עד מפי עד כו' ועכשיו שמשיאין עד מפי עד ודכוותיה ע"פ כתבם כו' למה לו הקדמה זו כל מה דאמעיט מע"פ עדים כו' היה לו לומר רק כיון דמשיאין ע"פ פסול גם ע"פ כתב משיאין: ומבואר דמייתי מתני' דסוף פ"ק דמכות דממעט הנך מע"פ דתורגמן ועד מפי עד אין ב"ד שומעין מפי העד עצמו. וכן בכתב אימעוט ג"כ מהאי קרא גופיה דעל פי כמבואר בש"ס ומה"ט אמר הירושלמי כיון דחכמים הכשירו זה הפסול עצמו כשאין שומעין מפי העד דהא עד מפי עד משיאין ממילא דכותיה ע"פ כתבם. דנכלל במה שהכשירו חכמים שלא נצרך על פי' כו' כן פשוט לענ"ד א"כ מוכח דגם לר"י א"א ללמוד רק במה שמצינו שהכשירו. ולא ידעתי למה נדחק רו"מ בדברי הרמב"ם מלבד שפשוט נראה דלק"מ דהך

דאין בודקין קאי בגמ' קודם שהוחזקו שהי' צריך עדות גמור כמו דמוקי הש"ס משנה הקודמת דברי ר"ע עצמו שסותר כאן קודם כו' משא"כ אח"כ דכשר כל הפסולין גם זה כמוהו ושפיר כתב הטעם משום עיגונא. וכן מורה לשון הגמרא לר"ט דכדיני נפשות דמי דשרינן א"א כו' גם במה שהקילו יותר מכל עדיות אתמהא. והייתי תמה על הלחם משנה שהניח בצ"ע ומצאתי אח"כ בתשובת מזרחי וספר אלי' רבא שפירשו כן. אולם מאחר שקושיא הנ"ל הקשה גם הרשב"א ז"ל בחי' על הרמב"ם. מסתמא היה לו איזה הוכחה ומשמעות דהגמ' אחר שהוחזקו:

אמנם לענ"ד נראה דהא לשון הגמ' תמוה בדר"ט לדמות לנפשות כמ"ש. וגם קו' הרמב"ן איך משום כתובה כו' אדרבה כו' ותירוצו נראה למי דומה כו' ג"כ אינו מובן דמשמע דאי לאו הא דאיכא כתובה הי' הסברא אחר התקנה לדמותו לדיני נפשות ואיך הא קמן שהקילו יותר מד"מ. וגם למה לא הזכיר בגמ' טעם הרמב"ם הפשוט כיון דהכשירו פסולין כו':

אולם הנה דו"ח הוא בירור אם עדותן נכון וכשמכחיש א' לשני או שמכחיש עצמו ימי חודש ושבת אין זה נכון דנראה ששקר וכדאמר סנהדרין פ"א גבי כיפה באיתכחיש בבדיקות לא בחקירות ע"ש. אך דצריך לידע רק אמתות הדבר ע"ש. ובאומרים א"י בחקירות אינו מבואר שם דינו. וזה לענ"ד הטעם בממון דהוכחשו בחקירות בטל שהקשה ש"ך ז"ל מ"ש מאיני יודע. ולמ"ש י"ל דכשהוכחשו שוב הוי דין מרומה דלא תקנו כלל בממון לרוב הפוסקים וממילא בטל כד"נ דהא מסברא מה חילוק בין שהב"ד חושבין לשקר ע"י אומדנא שלהם. וכ"ש במה שהתורה חשבה לשקר כשמכחישין בחקירות דאמרה תורה דאין זה נכון דחשיב דין מרומה כנ"ל:

ואף באומרים א"י בחקירות שכ' הש"ך ז"ל דבטל בממון רק שא"צ דרישה וחקירה. ולכאורה לא ניתן להאמר כלל כמו שדחו כל האחרונים דברי הש"ך ז"ל דכמו דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו באומרים א"י כן בלא חקרו אותם ומה מהני מה דמסתמא יודעין לענין שיחשב יכול להזימם. וע"כ כשהכשירו בלא דו"ח הכשירו גם בא"י. ולמ"ש י"ל לפי מה דמשמע לשון רמב"ם ז"ל בפי' המשנה סנהדרין פ' היו בודקין משנה ב' כל עדות שאי אתה יכול להזימו כו' ואם אמר איני יודע כו' א"א בהם הזמה כו' ונאמר עדות שקר הוא וזה שאומר א"י בחקירות הוא כדי שלא תתקיים עליהם הזמה עכ"ל. נראה מדבריו שזה הוי ריעותא מה שאומר א"י שנראה שמשקר כדי שלא יוזם. וכ"כ רש"י ז"ל ב"ק ע"ה ע"ב היכא דאמרו כו' דא"ל להכי עבדי דמסתפי דלא ליתי סהדי ולזמינהו ועדים שקרני' הן כו'. וא"כ לכאורה דברי ש"ך ז"ל ברורים דבלא דו"ח אין כאן ריעותא ולא הוי

דין מרומה. תקנו דלא בעי דו"ח אף שא"א יכול להזימו משא"כ בחקרו אותן ואמרו א"י הוי זה עצמו ריעותא ומרומה ונשאר הד"ת דבעי עדות שאתה יכול להזימה ובטל שפיר כשאומרים א"י דנראה דמשקרים כנ"ל:

אולם מאחר שמדברי רמב"ם ז"ל בשטר ושאר פוסקים מבואר דלא כהש"ך דגם בא"י באיזה יום כשר בממון ולכך נראה דהא לכאורה למה ליה לרמב"ם סיום זה ונאמר עדות שקר הוא כו' הא אף בעידי טריפה דליכא ריעותא ג"כ בטל וע"כ גזירת הכתוב דבעי עדות שאתה יכול להזימה. ולכך י"ל דמה שאומרים א"י אין הוכחה כלל ששקר די"ל ששכחו או לא דקדקו. רק דגזירת הכתוב דבעי דו"ח היינו שלא יועיל עד שיהיה בירור והוכחה שעדותן אמת. וגם זה מכלל הבירור כשדו"ח ואומרים החקירות ואפשר להזימם ולא מסתפי ראיה שאמת. ולכך הוצרכה תורה דו"ח. וכשאין יודעין ניהו דאין הוכחה דשקר אבל מ"מ חסר הבירור וההוכחה שאמת כיון דלא מסתפי כנ"ל. ולכך בטל בלי דו"ח. ומה"ט גופיה גם בעידי טריפה ושאר עדות שא"א יכול להזימו ג"כ בטל דהא חסר בירור והוכחה זו והוי כלא חקרו אותם כנ"ל. והכי דייק לשון רש"י ז"ל סנהדרין מ"א עדות שאי אתה יכול להזימה לא שמה עדות הואיל וא"א לקיים ודרשת וחקרת ודרשו כו' והנה עד שקר כו' למ"ל אריכות זה. ומשמע כנ"ל דהוי כלא חקרו שחסר הבירור ובטל כנ"ל. ומדויק לשון רש"י ב"ק ג"כ שכ' דאיכא למימר להכי עבדי כו' ע"ש וכיון דאפשר אין כאן הוכחה וזה ג"כ כוונת הרמב"ם ונאמר עדות שקר הוא כו' היינו שי"ל כן וחסר הראיה ומה"ט כל עדות שאי אתה יכול להזימה פסול. וכן פרש"י רישׁ פ' אד"מ אפירכא דשטר שזמנו כ' בא' בניסן בשמיטה כו' מכדי דו"ח לאכחושי סהדי קאתי ואנן ניקום ונתרץ דיבורייהו מספק כו' ותמהו ע"ש. ולמ"ש פשוט דמפרש עיקר הטעם כנ"ל וגם דלא הוי קשה כלל ממה שכשר עדות שאי אתה יכול להזימה שלא יצטרך דרישה וחקירה דמ"מ י"ל דבעי דו"ח אולי יתכחשו כמ"ש הריב"ש בדין מרומה. ולכך פי' הקושיא דאי בעי דו"ח א"כ כשרואין שמוכחש ומוזם לא מתרצין דיבוריה ע"ש. אבל בהכחשה בחקירות שפיר הוכחה דאינו אמת י"ל דלכ"ע בטל דהוי כד"מ. ולכך לא תליא הא בהא דאף אי כשר בממון עדות שאי אתה יכול להזימה וכן כשא"י החקירות מ"מ סבר הריב"ש דבדין מרומה צריך דו"ח אולי יהיו מוכחשים ויתברר. ולענ"ד מוכח כדבריו מש"ס סנהדרין ל"ב דרמי כ' בצדק תשפוט כו' צדק צדק כו' כאן בד"מ כו' ומה לו לקרא אחרינא הא כיון שלא תקנו בד"מ נשאר קרא דודרשת כו' גם למה ליה קרא הנ"ל הא מה"ת כל עדות צריך דו"ח. וע"כ שזה ענין אחר להוציא הדין לאמתו לחקור גם הבע"ד ועדות העדים כשנראה בהם רמאות אולי יתכחשו כנ"ל. ולכך אף שתקנו בממון דא"צ דו"ח וכשאין יודעין ג"כ

כשר דאין הוכחה לשקר וממילא ליכא עשה דודרשת כו' דכשר גם בלא הבירור של החקירות מ"מ בדין מרומה צריך דו"ח מקרא דצדק צדק כו' משום אולי יתכחשו אף דאם יאמרו א"י יהיה כשר כריב"ש ז"ל:

וממילא לענ"ד בעדי נשים ניהו דצריך רק בירור מ"מ כמו שלא הכשירו פסולי עבירה שפסלה תורה מחשש שקר י"ל ממילא דכ"ש כשמוכחשין בחקירות שפסלה תורה עדות זה עצמו מחשש שקר שנראה מדבריהם כשאין מכוונים החקירות דגרע מפסול שאין ריעותא בעדות זה עצמו. וכמו בהכנסה לכיפה דצריך רק בירור. ומ"מ באיתכחיש בחקירות בטל כו' ומה"ט פ' בש"ע סימן י"ז דבעידי נשים בהכחשה בחקירות בטל:

וא"כ שפיר מה דהכשירו בלי דו"ח בע"נ ודאי דמטעם קולא דעגונה הוא כמ"ש הרמב"ם בכל הפסולין דאין ריעותא וחשש שקר. היינו זה הפסול שכשלא חקרו דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ופסול מה"ת מ"מ הוא כשאר פסול שאין בו דין הזמה ואף למלקות יש להסתפק כסתם משנה דשה"ע אינו נוהג בפסולין כו' ואף בעד מיתה כ' הפוסקים דדוקא כשר. דלא קרינן בפסול והוא עד אף שהכשירו חכמים כמו במקבלי עליה כו' וכן באומרים א"י בחקירות ג"כ כשר להחולקים על הש"ך דלא חשיב ריעותא רק פסול דעדות שאי אתה יכול להזימה. וכשר בעידי נשים ככל הפסולין:

ומ"מ פליגי שפיר ר"ט ור"ע אי בודקין ע"נ בדו"ח דניהו דאם יאמרו א"י לא יפסל עדותן מ"מ מאחר דאם יתכחשו יהיה בטל ויתברר ששקר דבזה לא הכשירו חכמים א"כ מחויבים לדרוש ולחקור כדי שיתברר אם עדותן אמת דלא נשרי א"א לעלמא במאי שלא תקנו חכמים דאין הפסד בזה דאם א"י יהיה קיים רק הבירור אם שקר למה לא נברר במה דאיכא לברורי. וניהו דמעשה דודרשת כו' אין ללמוד דהוא משום דבעי דו"ח דבלא"ה פסול משא"כ כשכשר בא"י ליכא עשה כנ"ל ורק משום צדק צדק כו' וזה ודאי בממון כשאינו מרומה לא צריך דכתיב בצדק תשפוט כו' שא"צ לחקור מה"ת כשאין ריעותא. אך בנפשות אמרינן בכמה דוכתי ומה אלו דייקינן בהני סהדי כו' והצילו דצריך בדיקות אולי יתכחשו כו' ואין לו שום הכרע בזה בעדי נשים לענין אם נדרוש כדי להתברר אם שקר כנ"ל ועלה קאי הגמ' דסוף יבמות על ר"ט שבדקו יוחנן בן יונתן כו' מה שאינו מז' חקירות רק כדי לברר לאמתו כו' ועלה מייתי פלוגתא דר"ט ור"ע דר"ט סבר כיון דשרי אשת איש לעלמא כדיני נפשות דמיא כדי שלא נתיר מה שלא הכשירו חכמים ור"ע סבר כיון דבממון תקנו שלא יהיה כלל דו"ח דשייך נעילת דלת שיסבור המלוה שמא יתכחשו כו' ואסור לחקור ממילא כיון שיש צד ממון דאיכא כתובה דשייך חינא ג"כ א"צ דו"ח. וגוף הפסול שבלא דו"ח וכשא"י ודאי דכשר ככל הפסולין וזה לכ"ע ושפיר

כ' הרמב"ם שהלכו בו חכמים להקל דאל"ה לא היה מכשירין פסול משום כתובה כו' וזהו שכ' רמב"ן ז"ל נראה למי דומה כו':

ומטעם זה לענ"ד מ"ש הב"ש וח"מ סי' י"ז סעיף כ"א על הב"ח שמכשיר כשמכחישים זה את זה בחקירות כו' ששגגה הוא ע"ש ולא ראו שגם מרן ב"י בתשו' סי' א' מדיני יבום פסק להלכה ולא למעשה בהכחשה דא' מת במקום זה וזה אומר במקום אחר דאף דהוי הכחשה בחקירות כשר ע"ש. ומ"ש דכיון דכד"מ דמיא ובד"מ בטל אף לשבועה. לענ"ד אינו הוכחה כלל דשם דבעי עד כשר הראוי להצטרף לממון. וכיון דאם יש כמה עדים ומכחישין בחקירות בטל דמקשינן ג' לב' ממילא אינו מחייב שבועה כעד פסול. אבל בעדי נשים לא מדמי בגמ' לממון רק לשלא יצטרך דו"ח ומשום ריעותא כנ"ל אבל כיון דכשאין ריעותא הכשירו כל הפסולין. וא"כ כמו בצרה דלא הוי הכחשה כמבואר במשנה. וכן פסול בעבירה מה"ת דאינו נאמן להכחיש עד כשר ומבואר בגמ' שבועות מ"ח גבי גבוה ב' מרדעות כו' דכשמכחישין בחקירות חד מנייהו פסול ולא מצטרפין לעדות אחרת. וא"כ זה המכחיש בחקירות דחד מינייהו משקר אותו המשקר יהי' מי מהם שיהיה לא מהני הכחשתו להשני כיון דנפסל בעדות זה עצמו מה"ת שמשקר במה שאומר נהרג או במקום פלוני ממילא בטל עדותו לענין ההכחשה שמכחיש שאינו כדברי השני שאומר מת או במקום פלוני דאף להפוסקים בשוחט בשבת שלא נפסל רק מהעבירה ואילך. מ"מ גבי עדות לכ"ע לא מהני כמ"ש תוס' בשטר שיש בו ריבית ובגמ' פ' מרובה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכ"ש בחד דיבורא דלא פלגינן דיבורי' וכיון שכל ההכחשה שלא מת רק ע"י אמירתו נהרג וכיון שזה שקר בטל גם לענין ההכחשה להשני. א"כ ממ"נ מותרת ע"י עד אחד כשר שמוכחש רק מפסול. וכיון דהע"א מצד עדותו לחוד אינו מוכחש בחקירות ואין ריעותא בעדותו רק ע"י הכחשת הב' וא' ממ"נ כשר בלי ריעותא רק מוכחש מפסול שפיר מותרת ולא דמי כלל לא' אומר לא מת דמיגרע עד הכשר שספק מי המשקר משא"כ א' אומר מת ואחד אומר נהרג שפיר ממ"נ כנ"ל. ודוקא מה שצריך ב' עדים בטל הצירוף ע"י הריעותא בשנים המצטרפין ושוב בטל לגמרי דמקשינן ג' לב' משא"כ בעדות נשים דצירוף פסול אינו בטל שוב נשאר עד אחד בלי ריעותא. ואפשר דזה כוונת הב"ש סעיף ט' ס"ק כ"ה שכ' כיון דסגי בע"א. אך א"י למה כ' על הב"ח דשגגה הוא:

ומה שהרעיש הגאון בנודע ביהודה דאישתמיט להרא"ש ז"ל הירושלמי לענ"ד אינו כלום דהוא העתיק הירושלמי דמודו ר"י ור"ש בעדים שלא תנשא כו' וזה הוסיף מדיליה דבירושלמי ליתא רק מודו ר"י ור"ש בעדים. והיינו במה שצריך עדים כשרים מבטל

עדות כולם. וע"ז סובב מ"ש הירושלמי אח"כ ע"ש. רק מ"מ כשמכחישים העדים עצמם בחקירות מיום החודש ליום השבוע וכה"ג שכ' תוס' פסחים פ"ק וסנהדרין דבטל בזה לא מהני גם בעידי נשים דיש ריעותא בעדות כל עד מצד עדותו בלבד והוכחה ששקר י"ל שפיר דבטל. ולכך א"ש דהיה צריך דרישה וחקירה לר"ט אולי יתכחשו בעצמם. וקי"ל כר"ע דא"צ כו'. וזה לענ"ד כוונת הירושלמי אי תימר משום מה בכך אשכח תני כו' היינו אף שאין חיוב מ"מ ראוי לדרוש אולי יתברר אשכח תני כו' אין בודקין כלל כנ"ל:

נחזור לנ"ד דבערכאות דגם לנאמנות אינו מה"ת רק תקנה אין ראיה כלל מממון לעידי נשים שלא מצינו שתיקנו דהא להפוסקים המקילין בעגונה גם בסוף וסמכו על תי' ב' שבגמ' דיכיר לחוד כו' שלא החמירו בסוף כמו בתחלה והא מפורש בגמ' דאי סי' דרבנן מהני בממון ולא בעגונה. וכן חשש שאלה בש"ס ותוס' פ' א"מ ויבמות דאף שתקנו בממון לסמוך ע"ז מ"מ בעגונה לא תקנו כלל לסמוך על האומדנא והראיה שע"י סימנין דלא מהני מה"ת וכן מוכח מש"ס פ' א"מ ויבמות דלא אמרינן סברא דרו"מ דכיון דמהני לענין ממון יהיה מהני לענין איסור א"א כששייך לשניהם כמו דאיכא כתובה כו' לענין דו"ח כו' דהא פריך ממצא קשור בכיס כו' ולא מפליגין כלל שע"י דמהני ראיה של הסימן לגבי הכיס יהיה מהני לענין הגט או לעגונה ביש ס' בכליו אף בסי' שמחזירין ליורשין הכלים. וע"כ כיון דלא מהני מה"ת לא מהני כנ"ל:

והנה מלשון הר"ן ז"ל פ"ק דגיטין בערכאות שכ' ונ"ל דלאו מדינא כו' דכיון דפסול כי לא מרעי כו' אטו משה ואהרן מי לא מהימני ואפ"ה רחמנא פסלינהו אלא ודאי הכי קאמר בשלמא מכר א"ל תקנתא דרבנן כיון דקים לן דקושטא אמרי ע"ש. ומשמע מדבריו דהראיה דקושטא אמרי אפשר דמה"ת רק דמ"מ גזירת הכתוב לפסלן וכמו קרובים דנקיט לישנא דמשה ואהרן דאיתמר בגמ' על קרובים. והיינו דבמה דצריך עדות לא מהני קים לן דלא משקרי כשפסלה תורה ולכך בש"ס ב"ב פ' מ"ש היה יודע בעדות כו' ונעשה חתנו סמכינן שלא זייף אף להוציא ממון וא"כ י"ל דגם תוס' סוברים כן דמה"ט לא מהימני ערכאות מגזירת הכתוב. אבל בעדות אשה שמבואר ברמב"ם דא"צ רק הוכחה שהוא אמת וכיון דקרובים כשרים י"ל דגם ראיה דערכאות מהני. ומ"מ אינו מוכרח דניהו דהר"ן בקושייתו הקשה דאף אי זה ראיה גמורה מה"ת דקושטא אמר מ"מ לא מהני אבל למאי דמסיק דרק מדרבנן שתקנו כו' שוב אין ראיה שהוכחה זו מה"ת דלא מרעי כו' רק אומדנא דקושטא אמרי ומה"ט תיקנו להאמינם. ומ"מ פשט לשון הר"ן ז"ל משמע דגם למסקנתו שדרבנן מ"מ הראיה דקושטא אמרי הוא ראיה גמורה וכן לשון

התוס' דקים לן כו' וברי"ף ורמב"ם אינו מבואר שהוא תקנה אין לעשות מחלוקת וי"ל דהוי ראיה גמורה מה"ת:

אולם תמיהני איך רומ"כ העלים עיניו מתשו' מהרי"ק דעסיק בה בענין מסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו דשם בת' זו סי' קכ"א כ' ועוד דאפשר לומר דעדיף האי ממסיח לפי תומו ויש להתיר אף בלא טעמא דדייקא וגם בלא טעמא דמשום עיגונא אקילו כו' דהא אפילו כו' שצריך עדות גמור להוציא ממון סמכינן אחזקה דלא מרעי נפשיה גבי שטרות כו' בערכאות כו' ואפילו לענין ערוה להתיר אשת איש הוי סמכינן אחזקה זו אי לאו דלאו בני כריתות נינהו כדמוכח שם בהדיא ע"ש. עכ"פ מבואר להדיא בדבריו דסמכינן אערכאות גבי עדות אשה כנ"ל. הגם שתמוה שלא הביא כלל דברי תוס' שכ' היפוך מדבריו אמה דפריך לאו בני כריתות דה"ה דהוי מצי למימר לאו בני עדות. וגם מ"ש תוס' להדיא שתקנת חכמים הוא. מ"מ יש עמוד חזק לסמוך עליו מאחר שלענין הדין אינו מפורש שחולקין עליו:

ומ"מ קשה לסמוך על דברי מהרי"ק הנ"ל דלתוס' ור"ן ומרדכי אף אי ראיה זו דלא מרעי כו' ראיה גמורה ורק מגזירת הכתוב פסולין ג"כ אין הוכחה שהכשירו פסול זה בעגונה. כיון דלתוס' והרבה פוסקים צריך עדות גמור מה"ת וכפשטא דש"ס פ' האשה דאין דבר שבערוה פחות מב'. ורק תקנת חכמים להכשיר עדים פסולין אף במאי דלא משקרי וכדמתמה הש"ס פ' הכותב כגון כו' דקים ליה בגווי' קרענא כו' ס"ד ע"פ ב' עדים אמר רחמנא אלא מרענא כו'. והא בממון אם אמת אינו חייב ומ"מ פשיטא להש"ס דא"א לפסוק ע"פ קים לי דלא משקר במה שפסלה תורה דע"כ צותה תורה שלא להאמין. וממילא גם דבר שבערוה כן ובמאי שלא מצינו שתיקנו לא מצינו:

ומה"ט סבר הרא"ש דתחלתו בפסול עבירה וסופו בכשרות פסול בעדות אשה כיון דלא מצינו שהכשירו נשאר כל הדין שצותה התורה שלא להאמין אף דבשעת הגדה כשר ותמי' לי על יש"ש סוף יבמות שכ' מסברא נגד הרא"ש. ורומ"כ הביא מש"ע סי' קמ"א וא"י הלא הן דברי הרא"ש עצמו סוף פ"ב דגטין דמה"ט כשר לענין בפ"נ תחלתו בפסול כו' מסברא הנ"ל דלא משקר. ומסתמא אינו סותר בפסקיו לתשובתו. וע"כ החילוק פשוט לענין בפ"נ דמה"ת א"צ קיום רק מדרבנן שפיר אמרינן כמו פתח ונסתמא כן בהנ"ל כיון שאומר אמת. משא"כ עדות אשה דמה"ת בעי עדות גמור רק שהקילו חכמים ובמאי דלא מצינו בפסול עבירה לא מצינו ונשאר כל הפסול גם לענין תחלתו וסופו כו' והא יש"ש עצמו הביא א"ז וראבי' דבקטן אף דמסיח לפי תומו מהני מ"מ בנתכוון לעדות אינו נאמן בגדלו מה שראה בקטנו בעדות אשה ע"ש. ומה שמחלק בין בר דעת דדייק

קשה דבגמ' סוף פ"ב דכתובות אמר להדיא דעבד ונשתחרר ונכרי ונתגייר גרע מקטן בגדלו גם לענין לא דייק ע"ש:

אולם מהרמב"ם ז"ל משמע דא"צ עדות בהיתר אשה רק שנדע שהענין אמת ואין בזה הגזירת הכתוב דע"פ עדים כו' דכן לשון הרמב"ם דסבר כפי' הרי"ף בהא דאשתמודענא אפילו ע"פ קרוב כו' ע"ש. מ"מ הא הרי"ף ורמב"ם סוברים בערכאות דדוקא בידוע ע"פ עדים כשרים דלאו מקבלי שוחדא כו' וסתמא לא מהני. ומה שתמה הרא"ש ז"ל לענ"ד שמצאתי בערוך ערך הירמיז שפי' שמות מובהקין כגון אבודינא כו' שהיו ידועים ומפורסמים לנאמנים ושאינם מקבלי שוחד ע"ש. וע"פ זה ברורים דברי רי"ף ורמב"ם בפי' הסוגיא ע"ש:

ובס' אלי' רבא בת' סי' ג' התיר מטעם ערכאות ומבואר שם חילוק של רו"מ בין שמע מקומנטריסין כו' וכן בת' כנסת יחזקאל ע"ש. אולם שם לא שייך מקבלי שוחדא שהאשה אינה חשודה לשחד דבעצמה נאמנת ואדרבא דייקא כו' משא"כ נידן דידן דהיה לתועלת הנושים שיקחו עזבונו ודאי דשייך חשש שוחדא כנ"ל:

והנה עדות הי"ב אנשים היה נראה דחשיבי מסיח לפי תומו מלבד מ"ש רו"מ דלמסקנת הב"ש דאין חילוק בין שאלת השופט לאחר. רק די"ל גם לדעת הר"ן הם מסיח לפי תומו שנראה מלשון העדות שהיה כמו שנהוג כשנמצא הרוג שבאים השופטים לחקור איך היה המיתה כדי לחקור אם לא היה ע"י רוצח וכה"ג ונזכר בהחקירות רק אנה ומתי נהרג ואיך נהרג כיון שהיה מוטל לפניהם. וכך היה העדות של הי"ב אנשים שרק ע"י מרכבת הקיטור נהרגו לא לסיבה אחרת אבל מי היה הנהרג לא שאלו כלל רק הם אמרו שמיתת שמעון מאיר לעווי היה רק ע"י אופן הנ"ל. וא"כ מה שאמרו שהיה הנהרג פלוני היה מסיח לפי תומו בלי שאלה. וכן נראה מלשון השופט והעדים שע"ז לא היה החקירה כלל מי הוא שהיה פשוט להם שהוא מאיר שמעון לעווי אולם הרב מקראטשין כ' שהעידו ששמעון מאיר לעווי היה הנהרג וא"י מאיזה לשון למד זה שכפי ההעתק הוא כמ"ש. ומלשון הערכי. הגם שכ' שנאספו לראות היטב גוונת שמעון מאיר לעווי כאלו נודע לו. מ"מ משמעות הלשון שכותב זה הפראטיקאל אחר העדאת עדים לפניו ולא שהיה יודע בעצמו. וא"כ אם יש חשש שקר על הערכי יש לחוש שהכל שקר ולא נמצא כלל הרוג ולא העידו לפניו. רק שיחדו אותו ליתן כתב שהעידו לפניו. ומ"ש הרב מקראטשין בסיפור המעשה שעשו הפראטיקאל מיד כשאירע המעשה. א"י מהיכן נודע לו זה אם ממה שהשיג אח"כ שליח מהנושים הכו' תעודה מהשופט שכתוב בו כן. הלא הם נוגעין שיקחו עזבונו. ואם יש חשש שוחד. וממילא הא קי"ל ביודע כו'

ונעשה גזלן כו' דדוקא הוחזק כו' בב"ד מקודם דאל"ה חיישינן שהקדים הזמן. ב"ב פ' יש נוחלין וש"ע סי' מ"ב. וממילא גם מ"ש רו"מ מענין לאלתר ג"כ נדחה. אף שמבואר בגמ' יבמות קכ"א חילוק דלאלתר בתינוקת הרי אנו באין כו'. אולם זה באין שומעין לאלתר. משא"כ כאן אף דאומרים עכשיו שעשו פראטיקאל לאלתר. ואנו חושדין שהכל שקר והן כותבין להתפאר שעשו פראטיקאל לאלתר כדרך לעשות כשהוא אמת. א"כ מה הוכחה יש שהוא לאלתר. ואם היה הפנקס נראה לנו שא"א לזייף ע"פ הנומערין שא"א להקדים שיהיה מתברר שנכתב בשעתו בספר היה שייך לדון כנ"ל. משא"כ. וגם מ"ש רו"מ שנכתב כ' תעודה קודם דרישת האשה. א"י מה חילוק בין דרישת האשה לדרישת הנושים אדרבה יש חשש שוחד יותר כנ"ל. גם לא ברירא לי אם יש להנ"ל דין ערכאות דפי' נוטריום הממונים על השטרות. דעדיין אנו רואין שאינם חשודים בענין השטרות לא השופטים שבעיירות וכפרים שמנוים כולל על כל מאורע שנקל להשיג כתב מהם כרצון המבקש. ובפרט שאין כלל עדותן שזה היה שמעון מאיר לעווי רק ממילא נשמע מעדותם וע"ז לא שייך דין ערכאות רק בתורת מסיח לפי תומו. וגם באנו למחלוקת אם שייך בדדמי דלא אמרו כלל שהכירו דהוא פלוני. ואולי ע"י הפאס שנמצא אצלו כתבו הסתמא. אך י"ל דפאס כ' האחרונים דלא מושלי ומהני באמת להכרה וגם על זה קשה לדון במדינה רחוקה אי לא מושלי:

אולם לפי דברי הגאון מהר"ש נ"י שחתימת הי"ב אנשים עם חותם שלהם היה בגוף הכתב. א"כ נראה עדותן לפנינו מסיח לפי תומו בכתב דמהני לב"י. אולם אינו מבורר בלשונם. וגם מהרב מקראטשין נראה שרק הערכי כתב שהעידו בפניו כנ"ל. ושהניחו חותם וצריכין לגבב כל הקולות שיהיה לו דין ערכאות ושנאמן ושיועיל ערכי מפי מסיח לפי תומו ובכתב ושלא נחוש לשוחד ובדדמי. ואחר כל אלה אין שום תועלת בעדותן דוודאי שהוחזק בעולם שמעון מאיר לעווי טובא. וצריכין אנו לדון רק על עדות הערוי ליפמאן שידע שזה שיש לו אשה וקרובים בראוויטס. וע"י צירוף שמועתו מהסוחר עברענס שהגיד לו מיתת הנ"ל כי נראה ממכתבו שהוא בעצמו לא ידע ממיתתו רק מה דשמע ממאורע הנ"ל. והסוחר הנ"ל כתב הרב מקראטשין שג"כ היה מסחרו עם שמעון מאיר לעווי הנ"ל כמו הערויא. וכיון דשייך בגווי' ונוגע לא מהני מסיח לפי תומו. אך מ"מ אינו מבואר שהיה חייב לו אף שהיה מסחרו עמו ואין לנו לחוש אולי נוגע. ובענין מסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו שכ' רו"מ לדחות דברי מהרי"ק ותה"ד שהוכיחו מק"ו מאשה מפי אשה מסוף יבמות דמוכח דמסיח לפי תומו עדיף כו' ותמה רו"מ דהא באיסורין פסול נאמן ולא מסיח לפי תומו. וג"כ תמה על קושיית תוס' דילמא רבנן סברי

דעדות אשה עדיף ממסיח לפי תומו ור"ע השיב דרגלים לדבר מקלו ותרמילו. ואיני מבין תי' רו"מ כלל מה שחילק דאשה פסולה לא תקנו בתורת עדות משא"כ מסיח לפי תומו שהוא ראיה דבקושטא קאמר והוא סוג אחר אף דאשה עדיפא עכ"ל. א"י מה בכך שהוא סוג אחר מ"מ אם היה בירור יותר דאשה אומרת אמת במתכוונת להעיד ממסיח לפי תומו. יותר ראיה להאמין אשה ג"כ מטעם ראיה דקושטא אמרה ממסיח לפי תומו דהא א"צ יותר. והנה מ"ש רו"מ על התוס' לא קשה דמבואר במהרי"ק דסובב הולך על הגירסא א' של רש"י דזה מקלו כו' אינו כלל ראיה נוספת רק עי"ז נראית מסיח לפי תומו. וכן מבואר לשון התוס' זה היה יכולה להראות בתורת עדות. ולא הזכירו כלל מקלו כו' ושפיר הקשו ותירצו דא"א לפרש בענין אחר וזה עיקר הוכחת מהרי"ק מלשון רש"י ומהרי"ף דלא עדיף התם משאר מסיח לפי תומו:

ותמיהה של רו"מ הא חזינן באיסורין כו' שלכאורה תימה גדולה. אמנם לענ"ד פשוט דדברי ת"ה ומהרי"ק ברורים. דהא ודאי דמה שהאמינה תורה בתורת עדות א"א לדון כלל מה דקים לן דקושטא אמרי כדאמר בש"ס דהא משה ואהרן קים לן כו' ופסולין כו' וב' כשרים פשוטים מהימני. שכך גזירת הכתוב וכמ"ש הרמב"ם פ' כ"ד מה' סנהדרין יש לדיין לדון כו' שלבו חזק כו' א"כ למה נאמר ב' עדים שבזמן שיבאו כו' ידין ע"פ עדותן אע"פ שאינו יודע אם אמת כו' ע"ש. וכגון אבא מר דקים לן כו' פריך קרענא ס"ד ע"פ ב' כו' אף דיותר ק"ל שאומר אמת מסתם עדים כנ"ל. ולכך באיסורין דילפינן מוספרה לה דע"א נאמן אפי' אשה. ודאי א"א ללמוד שמסיח לפי תומו יהיה נאמן יותר משום קים לן דאומר אמת שזה רק הוכחה לא מהני משא"כ עדות אשה האמינה תורה באיסור אף שאין ראיה אם אמת או לא כב' עדים בממון. אבל בעדות אשה להתיר דאין דבר שבערוה פחות מב' ובכל עד האמינו חכמים רק משום מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי ולא מתורת עדות וכמ"ש רש"י יבמות קי"ז ע"ב אין תורת עדות כו' והוא רק מצד קים לן דלא משקר. א"כ ודאי הוכחה של מהרי"ק ות"ה ברורה דאם היה ראי' קים לן דלא משקר של מסיח לפי תומו גריעא מאשה המתכוונת להעיד מה דחי ר"ע מסיח לפי תומו היתה. והא כ"ש דאשה קים לן דלא משקרה וע"כ דמסיח לפי תומו יותר ראיה וחכמים לא נחלקו ע"ז רק דאינה מסיח לפי תומו גמורה כמבואר בדבריהם ולא קשה כלל:

ובש"ס פ"ב דגיטין גבי מקרי לב' נכרים במסיח לפי תומו כו' וב"י ח"מ סי' מ"ה מבואר להדיא דעת בעה"ע וגם פי' ב"י לדעת הרי"ף ורמב"ם דמסיח לפי תומו עדיף לענין בירור מעד כשר בתורת מכוין ע"ש:

אולם הרא"ש ז"ל חולק ומבואר שם דמסיח לפי תומו גרע ומה"ט סובר גם בשבויה דלא מהני. ובל"ז לענ"ד לא קשה משבויה שנראה סי' ז' שתופס רמ"א עיקר דאינו נאמן מסיח לפי תומו. דהרי מפורש במשנה מס' ידים פ"ג דאין דנין ד"ס מדברי סופרים אף בק"ו וכמ"ש הרמב"ם בפי' שם אלא מה שתקנו תיקנו אף דיש סברא שראוי יותר. ואיך למד מהרי"ק ות"ה מסיח לפי תומו מאשה מק"ו. אך הטעם פשוט כיון דבמשנה הביאו חכמים ראיה לא תהא כהנת כפונדקית ע"כ דקים להו בתקנה זו בעגונה שהיה כולל להאמין על מה דקים לן דקושטא. ושפיר למדו גם הם מסיח לפי תומו מאשה. ועוד דלמדו רק שהוא מכלל היתר מסיח לפי תומו שתיקנו ושאין חילוק בין מסיח לפי תומו א' להב' ששמע ממנו. כמו אשה מפי אשה. וזה שפיר יש ללמוד מק"ו. משא"כ בשבויה שלא מצינו כלל שתיקנו להאמין נכרי מסיח לפי תומו רק שנלמד ק"ו מאשה וזה א"א ללמוד אף דעדיף דאין דנין ד"ס כו' וממילא גם ערכאות לענ"ד לתוס' שרק דרבנן והוא ענין שלא מצינו י"ל דא"א ללמוד כלל ממה שהאמינו פסולין וכה"ג. ומחכמים שאמרו לא תהא כו' אפשר שמכלל הפסולין עכ"פ מסיח לפי תומו והשיב ענין אחד כנ"ל. והרי גם הר"ן בתשו' סי' ג' פסק כמהרי"ק ות"ה במסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו רק שנדע שהיה הראשון מסיח לפי תומו. אמנם לגירסא ב' שברש"י דלא עלי' סמכו רק על הסימנים ודאי דאין שום הוכחה משם. ואדרבה מוכח להיפך דמסיח לפי תומו גרע מאשה כיון דחכמים סברי דעל מסיח לפי תומו לחוד סמכו ואמרו לא תהא דגרע מאשה. ולענ"ד מוכח גם מהרמב"ם וטור שלא הזכירו הא דהוציאה להם מקלו כו'. ואם היה ספק אי מסיח לפי תומו רק זה הוכחה לא היה להם להשמיט מלשון המשנה. וע"כ סוברים כפי' הב' דחכמים ס"ל משום מסיח לפי תומו לחוד. וכן מהרי"ף משמע כן. וא"כ מוכח ממש להיפוך דהא אמר מאי גריעותא דפונדקית כו'. ואף להמפרשים בדברי הרמב"ם ז"ל דצריך קישור דברים וכמ"ש שמראין הדברים כו' וי"ל שנכלל כעין הך דזה מקלו כו' אך א"כ אין עדיפות שם משאר מסיח לפי תומו ואעפ"כ אמרו לא תהא כהנת כו' ור"ע נחלק משום זה מקלו כו'. וע"כ דסבר ר"ע שהי' סימנין מוכחין כפי' ב' דרש"י. וקי"ל כחכמים דהיתה כשאר מסיח לפי תומו ואמרו לא תהא כו' וע"כ דגרוע מאשה. וכן דייק הרמב"ם ישראל ששמע מעכו"ם מסיח לפי תומו משמע דוקא ישראל. וכן לרש"י להרבה פוסקים דנאמנות ע"א באיסורין רק מסברא וכ"כ רמב"ם שאימת איסור כו' א"כ מוכח ג"כ דגרוע מסיח לפי תומו מאשה:

ומהרי"ק עצמו כ' סי' קט"ו הוכחה זו של רו"מ דמסיח לפי תומו גרע מע"א דעלמא דא"נ באיסור ע"ש. אולם הר"ן בתשו' נראה דלאו מק"ו יליף לה רק כמו שהוחזקו ע"פ עד מפי

עד פסול וע"כ דלא חילקו בין עד הראשון דעבידא לגלויי יותר כשימצא שקרן ובין עד הב' שמעיד רק ששמע מהעד. כן במסיח לפי תומו שהאמינו ג"כ יש בכלל הנאמנות ג"כ שמסיח לפי תומו שכך שמע מהנכרי מסיח לפי תומו כנ"ל כמו הא ואין להכריע במה שהוא ב' דעות בש"ע. אך יש להסתפק במ"ש רמ"א ויש מחמירין בזה דמשמע קצת דקאי רק בא"י איך הגיד הראשון כהר"ן. או אפשר דקאי על כל הדין במסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו כהריב"ש ופי' א' עיקר ומ"ש רו"מ לסמוך על תשו' הרמב"ם שהביאו האחרונים ובס' מאיר נתיבים דאף שאומר לאנשים אמרו לאשתו של פלוני הוי מסיח לפי תומו ומיישבים אליבי' הך דפ"ב דיבמות דאמרו כו' אני הרגתי כו' ב' תירוצים. א' דישראל רשע גרע שיודע דת ישראל כו' ב' משום דהרמב"ם לטעמיה דמצריך קישור דברים ושם לא היה קישור דברים עכ"ל רו"מ:

הנה ספר מאיר נתיבים הנ"ל אין תחת ידי. אולם לענ"ד ב' התירוצים ליתנהו. הא' נדחה כמ"ש מהר"מ בתשו' הובא בהג"מ סי' א' לה' נשים דאם היה שום סברא לחלק מנ"ל לרי"ף ורמב"ם ללמוד רשע מעכו"ם מסיח לפי תומו דילמא משום שיודע כו' ע"ש. וגם תי' הב' ליתא. דגם שם חשוב קישור דברים שמתודה שהרגו בכניסתו ללוד. ועוד דכל הפוסקים הסכימו דא"צ קישור דברים א"כ מוכח דלא כנ"ל ותמיהני על רו"מ שסומך על ד' האחרונים. התשובה ההיא הובא רק בתשו' מהר"ם אלשקר סי' כ"ו ומלבד שמועתק מלשון הגרי כמ"ש שם עוד מוסיפין לשנות שלא כ' שם כלל אמרו לאשתו של פלוני כו' רק אמר מי יודיע לאשת ראובן שהוא טבע כו' ונזכר שם מקודם כשעבר עלינו עכו"ם מלח מכלל הספנים והוא מסיח לפי תומו כראוי ובכלל דבריו והגדתו ע"ד מי הוא הנפקד מיורדי הים אמר ומי יודיע כו' ע"ש. ומאחר שהוזכר מקודם שהיה מסיח לפי תומו כראוי. וכ' אח"כ ומי יודיע כו' והוא ממש כעובדא דחוואי מי איכא כו' וחסא כו' שהיה מתאונן וכדומה. ומה ראיה מזה על אמרו לאשת פלוני שכוונתו להגיד לה באמירה זו. ועוד דמשמע מת' הנ"ל שהטביעה היה ידוע והוא רק דרבנן. ואיני יודע לענ"ד צד קולא באמרו לאשת פלוני שמבואר בגמ' דלא מהני:

שוב נתיישבתי לחפש זכות דאפשר לדחות דמגמרא אין ראיה. דהנה מהרי"ק בת' סי' קכ"א בסוף כת' ועוד אפילו היה סומך על השופט מכל וכל מ"מ למה לו לשוי' נפשיה רוצח נפש בכדי אם כן הוא שלא הרגו הא אין לך מרע נפשי' גדול מזה ע"ש ותמהני מאוד שלא הביא גמ' הנ"ל דיבמות פ' כיצד באומר הרגתיו הרגנוהו כו' מאי פריך אר' מנשיא ור' יוסף דרשע הוא כו' ולמהרי"ק הנ"ל מה קושיא למה לו לומר הרגתיו אם אינו אמת ואומדנא הנ"ל הוי כמסיח לפי תומו וע"כ דלא אמרינן כלל אומדנא הנ"ל לראיה:

ונראה לענ"ד ליישב דבריו דהא חזינן דקי"ל אין אדם משים עצמו רשע ואף במיגו לא מהימן כמבואר פ"ב דכתובות וזה מלבד טעמא דאדם קרוב אצל עצמו כו' דהוי גם בע"ד מהימן במיגו. ורק משום חזקת כשרות דאלים ואינו נאמן להוציא עצמו מחזקת כשרות אף במיגו. וא"כ י"ל דמה"ט גם האומדנא של מהרי"ק לא מהני שם בהרגתיו דלא עדיף הוכחת האומדנא מהמיגו. ופריך שפיר לרב יוסף כיון דלא פלגינן דיבוריה למה תנשא דאין אדם משים עצמו רשע. וכיון דבתורת עדות לא מהני לר"י. ובתורת אומדנא שוב לא מהני כנ"ל דאיך נימא ע"י האומדנא שאומר אמת והוא רוצח אדרבה יש הוכחה יותר דשקר ולא רצח ממה שנאמר דאינו משקר. משא"כ מהרי"ק דמיירי בעכו"ם דליכא חזקה כ' שפיר להאמינו מטעם האומדנא כנ"ל. דשם אף שהיה ליסטים מ"מ על רציחה זו יש חזקה דמשמעות הפוסקים בהך דלא מהימן בע"ד משום אין אדם משים עצמו רשע אף במיגו לא חלקו בין אם כבר עשה איסור כזה מ"מ אמרינן אין אדם משים עצמו רשע על זה שאומר כנ"ל. וא"כ שוב י"ל גם לענין מסיח לפי תומו דגם אמרו לאשתו של פלוני אף דחשוב מסיח לפי תומו מ"מ לא מהימן בישראל הרגתיו בתורת מסיח לפי תומו אי לא פלגינן דיבורא ונצטרך לומר ע"י הראי' דמסיח לפי תומו שאומר אמת שהרגו ואדרבה מסתמא לא רצח ומשקר ולא עדיף הוכחה דמסיח לפי תומו ממיגו כנ"ל דלא מהני למשוי נפשיה רשע ושפיר הקשו רבנן לר"י כיון דלא פלגינן דיבוריה ואין אדם מע"ר לא היה נאמן גם מסיח לפי תומו הרגתיו כנ"ל:

ואדרבה מיושב בזה מה דתמוה שם דפריך אח"כ והא ליסטים קתני כו' והא יוצא ליהרג כו' והא פירכא זו גם לרבנן דר"י דגזלן דאורייתא פסול. והרשב"א ז"ל הקשה זה ותי' בדוחק דבאמת הפירכא לכ"ע ע"ש ומשמעות הגמ' אינו כן. ולמ"ש מיושב שפיר דלרבנן דפלגינן דיבוריה היה נאמן שוב בתורת מסיח לפי תומו. דרק מאמינים שמת לא שהרגו משא"כ לר"י דלא פלגינן דיבוריה ואין אדם משים עצמו רשע ויש לדחות. מ"מ מאחר שהרשב"א וריטב"א ונ"י כ' להדיא שם דאמרו לאשתו כו' חשיב מתכוין. איך אפשר להקל נגדם:

גם מ"ש רו"מ בשם הגאון מליסא ז"ל שהביא מספר ע"נ בכותב נכרי לנכרי דמהני בכתב. ולא ראיתי ס' הנ"ל ובתשו' מהר"ם אלשקר סי' ס"ז מפורש להיפוך. גם כ' שם כשכתב לקחת המעות דהוי מידי דשייך ביה ע"ש ואחשוב שטעם ספר הנ"ל שמפרשים טעם רמב"ם דלא מהני בכתב דדוקא בע"פ אנו רואין שאינו ע"י שאלה משא"כ כתב שמא כתב לו א' מקודם ושאלו והכין כתב זה להשיב לשואל שאינו מסיח לפי תומו ולכך בכותב לנכרי דאף ששאלו חשיב מסיח לפי תומו שפיר מהני כנ"ל. וא"כ עדיין תליא במחלוקת

ב' דעות בש"ע אם שאלת נכרי חשיב מסיח לפי תומו או לא. וגם סתימת הש"ע שיהיה כתב ישראל לא משמע כדבריו ויותר יש לסמוך על מ"ש רו"מ בשם הגאון דמירי בלא קישור דברים מצאו כתוב והוא פי' הב"י בס' בד"ה שאם הכתב מסיח לפי תומו למה לא מועיל. והנה ב' הטעמים שאפשר לפרש דברי הרב המגיד דלא מהני בכתב מסיח לפי תומו או כמ"ש לבוש דהוי תרי קולי. או דא"א להבחין מכתב אי מסיח לפי תומו וא"כ למהרי"ק ות"ה שייך הק"ו גם בזה מאשה בכתב דמהני. וגם טעם הב' מאחר דמתירין מסיח לפי תומו מפי נכרי אף שאינו ידוע אם היה מסיח לפי תומו כראוי א"כ אין סוברין ב' הטעמים. והיינו רק הב' דיעות שבש"ע במסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו. וע"ז הוא שכ' רמ"א ויש מחמירין ואין עכ"פ ב' ריעותות להחמיר והגם דשם הספק על נכרי הראשון שמא לא היה מסיח לפי תומו. וכאן עוד ריעותא הס' על הב' ג"כ שהוא בכתב וספק אי מסיח לפי תומו. מ"מ משמע מש"ע דאין חילוק ואף בג' נכרי מסיח לפי תומו ששמע מנכרי ששמע מנכרי דג"כ לדעה א' מותרת אף דמוסיף ספק. הגם די"ל דמ"מ הב"ד שומעין עכשיו מפיו משא"כ כשהאחרון הוא בכתב. והרי הטור כ' בשם הרא"ש אף בישראל בכתב שלא הכריע. והגמ' ביבמות מחשיב זה לב' ריעותות אף בישראל בכתב מפי עד ע"ש:

אולם מ"מ הא בשאלת נכרי לנכרי מיקל רמ"א כת"ה. והב"ש תמה דהר"ן חולק ורמ"א כתב דספק מל"ת להחמיר ורצה לומר דמודה הר"ן ודחי ומסיק דחולק. ובאמת שאינו קושיא וכתב בעצמו רק לכאורה דאטו הרמ"א ז"ל כו' והכריע מעצמו כת"ה. א"כ יצא לנו קולא שרמ"א ז"ל הכריע להקל ואנו הולכין אחר הכרעתו בכל הדינים. ולכאורה קשה למה סעיף ט"ז במפי מסיח לפי תומו הביא וי"ח דעת הר"ן כנרשם במ"מ. ודלא הר"ן לטעמיה ויש חשש שהנכרי שאלו וכמ"ש ב"ש ס"ק מ' משא"כ להכרעתו דאין מזיק שאלת נכרי וא"ל דרמ"א לא רצה לצרף ב' הקולות מאחר דיש עוד טעם א' דריב"ש סי' שע"ז דמסיח לפי תומו חידוש ודלא לוסיף כו' וגם קולא דשאלת עכו"ם. אף דבחד מינייהו פסק להקל. דזה דוחק שהריב"ש בעצמו כ' שם זה לחד טעמא ומשמעות דבריו מאחר שאין הנכרי בקי להכיר אי מסיח לפי תומו שוב אינו בכלל הנאמנות דמסיח לפי תומו אף דאומר הדברים שכך אמר נכרי הא'. אבל אם היה הדין דבסתם שאומר לנכרי הוי מסיח לפי תומו היה גם זה בכלל נאמנות דמסיח לפי תומו ששמע מנכרי שמת. וא"כ אינו רק קולא א'. וי"ל מאחר שכ' רמ"א סעיף י"ד ויש מחמירין דעת הר"ן דצריך קישור דברים. א"כ ע"כ מה דהקיל בשאלת נכרי הוא שהישראל שומע שמשיב בקישור דברים. ולכך במפי מסיח לפי תומו שפיר הביא המחמירין דשייך שלא אמר קישור

דברים ולכך אף דבדין א' שכך שמע לא חש להריב"ש אבל בסתם חש שלא הי' קישור דברים וא"כ למ"ש ח"מ וב"ש שכל הגדולים הקילו דא"צ קישור דברים שוב לרמ"א אין חשש במסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו:

וא"כ בנידן דידן אם הערויא היה מסיח לפי תומו היה מהני מה דשמע מסוחר עברענס שסיפר לו מיתת שמעון מאיר לעווי בקישור דברים מקרה האייזן באם והי' מדברים על אותו שמעון מאיר לעווי שהיו מכרים:

עוד נראה ע"פ מה שמצאתי חידוש גדול בפסקי מהר"י סי' רל"ז בסופו שמשמעות דבריו במתכוון להעיד לא גרע מים שאין להם סוף דבזה יש מ"ד בגמ' דשרי' ובמים שאין להם סוף ליכא מ"ד להתיר לכתחילה. ולכך גם בזה לא תצא ע"ש. ואף שהדמיון קשה לומר בכל פלוגתא שבגמ' כנ"ל. מ"מ ידוע דרב גובריה דת"ה ושקיל כחד מקאמייא. וצ"ל דסובר דרק מתכוון להתיר הוא הפסול רק בלהעיד חוששין שמא נתכוין להתיר והוא חשש רחוק כמים שאין להם סוף. ולכך אפשר דרמ"א אף דבשאר ספק מחמיר דלפני ישראל יש חשש שנתכוין להתיר משא"כ שאלת נכרי אין חשש להתיר רק להעיד ושוב הוי ס' דרבנן כמים שאין להם סוף כנ"ל ומיקל. וא"כ בנידן דידן שעבערנס לא ידע כלל מאיזה מקום הוא ואם יש לו אשה וקרובים דהוי מסיח לפי תומו אף בשאלת הערויא. והעיקר תליא אם מכתב הערויא היה במסיח לפי תומו. דגם בענין מסיח לפי תומו בכתב לענ"ד משמעות רמב"ם וטור וש"ע בלי מסיח לפי תומו. ומאחר שהרב המגיד כתב רק בדרך אפשר ולמרן הב"י פשיטא ליה דמהני יש לסמוך עליו ובפרט בכותב נכרי לנכרי ובק"ד כמ"ש רו"מ בשם גדולים רק עיקר הריעותא מה שכתב להודיע לאשת המת:

ולכאורה יש עוד לפקפק דניהו דהוכיחו הפוסקים דשמע שמו רק מהמת עצמו דמהני מהא דיוחנן כו' אולם הוא רק מטעם שכ' הרמב"ן דמה"ת לא בעי הוחזק ל' יום דלא חציף אינש לשנות שמו משא"כ כאן דזה שהוא מראוויטש לא החזיק עצמו שם. ואף להערויא לבד הגיד. וכיון דאיכא שמעון מאיר לעווי טובא וא"כ אף דזה אמת דשמו כך אבל זה שהוא מראוויטש שהגיד רק למומר הנ"ל מנ"ל דנאמן שיועיל דלא מיקרי הוחזק כלל וניהו דבשאר דוכתי י"ל דחשיב לפי תומו מה שאמר דשמו כך וממקום פ'. היינו כשלא היה נצרך לכך משא"כ כאן שרצה ליחס עצמו לדודו של הערויא הנ"ל לקרבו מנ"ל שתועיל הך הגדה וא"כ מעולם לא נודע שזה שהיה שם היה בעלה של זו. אולם אם היה שבא איזה פעם איגרת ממנו מפולעדעלפי וכ' בו שהוא אצל הערויא וניכר שזה היה חתימתו הי' יוצאין מחשש זה. ועוד דלענין זה אפשר כיון דלענין השם הוחזק ואין צריך לחוש דאיש אחר ששמו כן שמע מזה שנסע לשם שהוא דודו. והגיד כן להערויא

הנ"ל. זה שוב הוי כלא הוחזק יוסף בן שמעון אחר אף דאיכא טובא מ"מ שיבא לשם ממקום אחר ושיהיה ידוע לו משפחה של זה חשש רחוק כלא הוחזק. דידעינן שזה יודע ועל אחר לא ידעינן ועדיין צ"ע וגם מ"ש הרב מקראטשין שמכתב הערויא לאביו הי' קודם דרישת האשה. סתם דבריו מאין יודע זה דמסתמא לא ראה הרב הנ"ל המכתב עד שדרשו מראוויטש ענין זה. ולענ"ד דהוי כיודע עדות עד שלא נעשה גזלן דב"ב פ' יש נוחלין דדוקא הוחזק כו' קודם ואל"ה חיישינן שהקדים. וכיון שלא נראה המכתב עד אחר דרישת האשה שאינו מסיח לפי תומו וחשיד לשקר אין האמירה בכתב יותר מבפיו שאומר על זמן הקדום. והוי כאומר אחר שאלת האיש ששמע מפי מסיח לפי תומו דכיון דהוא אינו מסיח לפי תומו לא מהני:

גם חזינא תיוהא בענין זה שמכתב הארוך של הערויא המועתק תחלת מכתב רו"מ. מבואר בו כמעט מפורש שהוא תשובה על דרישת האשה וקרוביו מראוויטש. והמכתב שכ' הערויא הנ"ל לאביו שבהמבורג שהיה בלי שאלה. מבליע הרב מקראטשין בקצרה בדבריו שכ' לו והודיע כו' וכ' להודיע לקרובים והיה לו להעתיק מכתב הזה שהוא העיקר. ונראה מהרב הנ"ל שעיקר סמיכתו על כתב תעודת המות וזה הבל. ואף לעשות מזה דרבנן שכ' רו"מ רחוק בעיני שיודעין שודאי הוחזקו טובא בשם זה וגם האומדנא של המבי"ט ז"ל אין כאן שהרי הליכתו למקום שרצה הי' בשלום ומקרה הנ"ל של הנ"ל הי' בשוב האייזנבאם באמצע הדרך ולא נודע כלל אם זה האיש שב כלל בדרך זה ושמא שמעון מאיר לעווי אחר נסע משם או ממקום אחר על האייזנבאם לפעלדעלפי' כיון דשיירות מצויות והוחזק. ועדות הי"ב אנשים רק ששמעון מאיר לעווי. ואף מאיזה מקום הוא לא הוזכר בדבריהם כלל שהוא אותו שנסע מפעלדעלפי' ומ"ש הרב הנ"ל שנראה מדבריהם שהכירו אותו. א"י מה שהכירו ששמו כן מה מועיל זה. מאחר שאינו מבואר שהכירו שזה אותו שנסע מפעלדעלפי' גם מהפאס שכתב רק הנ"ל שנמצא אצלו להגיוועריס שיין ג"כ לא כתב רב הנ"ל מי הגיד זאת ומה הי' כתוב בהפאס. לזאת קשה עלי לצרף כל הקולות באיסור תורה החמור כזה. ואפילו אומדנא וסברת הלב אין כאן כמו בהולך מביתו ולא שב דידוע שהאנשים ההולכים לאמעריקא משתקעים שם ולא נשמע אחד מאלף ששב וגם מה שנסע מפולעדעלפי' למקום אחר ולא שב אין שום אומד כי אין שם ביתו והי' בעל חוב ואל אשר יהיה הרוח ללכת ילך. ואפילו לדינא יש מקום עיון שמבואר בגמרא יבמות קי"ו ע"ב באשה עצמה בית הלל אומרים אלא בבאה מן הקציר ופירש"י שהיה קרוב לנו ומירתתא אבל ממדינת הים אינה נאמנת ובית שמאי אומרים אחת הבאה ממדינה למדינה כו' וחזרו כו' ואמר בגמ' ב"ה כו' באותה

מדינה דשכיחא אינשי מירתתא כו' וב"ש ה"נ שכיחא שיירתא ע"ש דמשמע דוקא עכ"פ ממדינה דשכיח שיירתא. וגם למה דאמרי אח"כ אנא דאמרי כו' ע"כ לא קאמר ב"ש אלא משום דאיהי דייקא ומנסבא מ"ל מקום קרוב מה לי רחוק כו' והיינו באשה עצמה דדייקא לחוד סגי. משא"כ בע"א דמספקא לש"ס ואי משום עבידא לגלויי לא משקרי שפיר יש לחלק בין מדינה אחרת. וכזאת דל"ש שיירתא כלל. אולם אין להוסיף חומרות שלא מצינו בפוסקים שחילקו בכך. אולם קשה עלי המשא. כי א"א לדון מדברי הרב מקראטשין כי כותב כמה דברים שידוע ואינו ידוע איך כי אחשוב כי אמעריקא רחוק מעירו כמו מכאן. והרי רו"מ רב גוברי'. והגאון מהר"ש נ"י אבד"ק פוזנא יותר מבפנים בהענין ויודע מכתבי הערויא היך הי' ידין בדבר ע"פ ידיעתו. והנראה לענ"ד כתבתי והי' זה שלום למר ולתורתו כנפש הדו"ש הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן ה

בעזה"י להרב מזעלחוב תמוז ר"ז לפ"ק.

הנה ע"י העדים קשה מאוד להתיר שלא מצינו בראשונים ז"ל מי שהתיר בתפח אף דחזיו' בשעתי' ועל פי הלחם משנה בדברי רמב"ם ז"ל פ' י"ג מהל' גירושין מ"ש ונתפח כו' אין לסמוך כלל שמדברי הרב המגיד ורשב"א ור"ן מבואר שפי' דברי הרמב"ם דמסתמא נתפח ואתי רק לאפוקי כשרואין שלא נתפח וגם ע"ז נחלקו כולם. אבל לפירושם אין ללמוד מדבריו רק בשעתו סתמא לא נתפח. ואין הפי' ונתפח שרואין שתפח שנוכל ללמוד מזה דבשעתו אף שרואין שתפח יהיה מהני וגם על מהרשד"ם סי' ר"ד הובא בק"ע שכ' שהחוש מעיד בשהה ימים במים שנכנסים בו ונתפח אלא שהמים מעמידים צורת הפנים שלא ישתנה ודייק מלשון רש"י שפי' צומתין צורת הפנים ואין מניחין אותו לנפוח ולהשתנות ע"ש וגם מדבריו אינו מבורר אי כוונתו אף שגם פניו נפוח מ"מ מעמיד הצורה שיהיה אפשר להכירו בטביעת עין. או כוונתו אף שהגוף נתפח מ"מ צורת הפנים מעמיד שלא יתפח. וכן משמע מהוכחה שלו מרש"י כו' והא לשונו אין מניחין לנפוח ולהשתנות אך אפשר דסבר דתרווייהו חדא לתפוח ולהשתנות אך אפשר דסבר דתרווייהו חדא לתפוח ולהשתנות היינו שיתפח כ"כ שישתנה ואף תפח מהני בשעתי' ובין כך ובין כך אין לסמוך עליו שמהרח"ש דחה דבריו. אך ג"כ רק מסברא. ורשד"ם ג"כ כ' ע"צ הדוחק ע"ש:

והנה הרמב"ן ז"ל בחי' ליבמות כ' להדיא דחזיוה בשעתי' לאלתר מיד עד שלא יתחיל לתפוח כלל ע"ש. וכן מבואר ברשב"א וריטב"א שפלפלו הכל בספק אישתהי דשמא נתפח רק חששא כיון שאומרים שהכירוהו. דמבואר דודאי תפח פשוט דלא מהני.

אמנם הם הסוברים דצריך לאלתר ממש והיינו כנ"ל קודם שמתחיל לתפוח. ממילא י"ל להפוסקים דתוך שעה מיקרי' חזי' בשעתי' י"ל דסוברים אף שמתחיל לתפוח מ"מ קים להו לחז"ל דתוך שעה אינו תפח כ"כ שישתנה הצורה ע"י התפיחה ולכך אמרו מלתא דפסיקא בשעתי' מהני דאין סברא שיחלקו במציאות. וכן משמע קצת דהא רבי יהודה בן בבא פליג לא כל אדם שוה ופרש"י אדם שמן מהיר לנפוח. ואי לחומרא פליג דאף תוך ג' כו' א"כ אין סברא שחכמים יחלוקו ע"ז במציאות. וע"כ דסברו דמ"מ אינו תפח כ"כ עד שישתנה הצורה תוך ג'. אך אין ראיה דגם זה במציאות אי משתנה:

ושוב י"ל דסוברים דאף אדם שמן לא שכיח שיתפח תוך ג' ואף שמזדמן לא חיישינן להכי. מכל מקום אי אפשר לסמוך כלל ע"ז מאחר שהפוסקים הנ"ל מפורש דבריהם דתפח לא מהני. ולענין לאלתר כ' גם כן מהרח"ש דרוב הפוסקים דדוקא מיד ממש לא תוך שעה. וניהו שחלקו עליו רוב הפוסקים דתוך שעה מהני מ"מ אינו מבואר כלל בדבריהם רק בסתם דל"ח שתפח ולא בחזינן. ונידן דידן ראו תוך שעה לא מיד. ולחלק בין עד אחד לב' עדים כמ"ש הב"ש ג"כ אין חילוק דמבואר להדיא בתשו' המיוחסת סי' קכ"ח דגם ב' עדים לא מהני בלא ראוהו מיד וגם ב"ש אינו מסתפק רק בלא ראו ולא בראו שתפח כנ"ל. והיה אפשר לומר דהרמב"ן ורשב"א ז"ל לטעמם שהן החולקין על ר"ת. אבל לר"ת דטביעת עין מהני אפילו אחר י"ב חודש ע"ש והא מסתמא תפח ואעפ"כ מהני טביעת עין וכן מדכ' הרא"ש וטור כשיטת תוס' ללמוד מדברי ר"ת באישתהי אחר שהעלוהו ע"ש. והא סתמא תפח ואעפ"כ מהני ומצאתי בתשו' גאונים בתראי מהר"י הלוי שנראה שהוא אחיו ורבו של הט"ז שכ' ואפשר דהא דאמר כו' אבל אה"נ אי תפח תוך שעה נמי אסור כי נשתנה אין לחוש דהא הרא"ש וטור ורמ"א פסקו בלא ראו הטביעה מהני אף אישתהי אף שכבר נתפח והוא כדפי' דאף אישתהי ונתפח אפשר להכירו כשמדקדק היטב ותדע דאל"כ הו"ל לתלמודא לחלק מיניה וביה דאף חזי' בשעתי' אי תפח לא מהני כו' ואח"כ ואפילו את"ל דלשאר הפוסקים אי ודאי איתפח אף תוך שעה לא מהני הא עדים כו' ע"ש. וניהו שראייתו מהג"מ אינו כלום דתפח י"ל לא איצטריך ליה לאשמועינן רק בסתם. מ"מ עכ"פ הבין ברא"ש וטור ורמ"א דגם תפח מהני טביעת עין:

ואם היה זה ברור היה צד גדול לסמוך על ר"ת והפוסקים דקיימא בשיטתי' דהגם שלא סמכו עליו הרבה פוסקים נראה שלא היה לפניהם גוף דברי ר"ת רק בקיצור מ"ש תוס' ולזה נתחבטו הרבה בפי' דברי תוס' ק"כ. אולם עתה שזכינו שנדפס ס' הישר לר"ת מבואר שם היטב ד' פ"ה שכל קושיית הרשב"א מיישב אותם בעצמו. מ"ש דמתני' סתמא

תנן כו' אדרבא ר"ת דייק מלשון המשנה שלא אמר אין מעידין על האדם אלא א"כ יש בו פרצוף פנים עם החוטם. מוכח דלא מיירי מאדם הניכר בטביעת עין. אלא תנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם משמע שאין כ"א חתיכה מהראש שיש בה ג' אלו הפרצוף וחוטם כו'. ומבואר שם היטב החילוק דעד המכיר בטביעת עין שזה פלוני א"א לטעות ואפילו אחר זמן רב כשגופו שלם אפשר להכיר בטביעת עין ממילא כשהעד מעיד שמכירו בטביעת עין מהני אחר כמה ימים רק בחתיכה מראש כנ"ל אפשר זה אבד הטביעת עין שיהיה יכולין להכיר שזה פלוני. רק שנראה להם פדחת ופרצוף וחוטם מזו החתיכה כמו פדחת ופרצוף פנים וחוטם שהיה לפלוני. וזה קרוי רק סימן ולא טביעת עין גמור. ובזה מיירי המשנה דאין מעידין בהכרה מחתיכה כנ"ל אלא כשיש כל הג' פדחת ופרצוף פנים וחוטם שנראה כשל פלוני הוי סי' מובהק דמהני מה"ת משא"כ אם חסר א' מג' אלו הוי רק סימן שאינו מובהק דלא מהני. וסיים אח"כ אפילו יש סי' בגופו ובכליו כיון דמיירי ההכרה בתורת סי' אמר אח"כ דאפילו סימנים פרטים ג"כ לא מהני אבל בגופו שלם או רובו כמבואר שם שאפשר להיות בו טביעת עין. ובמעידין ההכרה בתורת טביעת עין שזה פלוני לא מיירי המשנה כלל. דפשוט דמהני אף אחר זמן רב ע"ש:

ואמת שחילוק זה מצאנו בכמה דוכתי לענין קיום במכירין בטביעת עין מהני אף ביוצא מת"י עצמו דא"א לזייף עד שיהיה ניכר להמכירין בטביעת עין שיטעו שהוא חתימתם. משא"כ במקום ע"י דימוי דכתב ידם יוצא ממקום אחר לא מהני ביוצא מתחת יד עצמו דחוששין לזיוף עד שיהא נראה ונדמה ככ"י אלו ויהיה נראה למי שאינו מכיר בטביעת עין שהוא כ"י כנ"ל. וזה נקרא רק סימן וכמו מקיפין בריאה. וכדימוי החתיכות ע"ז מ'. והא דכרמי ודגלת מיישב שם ר"ת דמיירי באכלוה כוורי ולא היה רק חתיכה כנ"ל. והיינו דאשמועינן אפומא דשושביניה לרבותא. אף שהיה מכירו היטב ואעפ"כ לא היה לו בו עתה טביעת עין רק הכרה ע"י סימנים כנ"ל ע"י דימוי כנ"ל ומ"מ התירו ואנסביה כו' וע"ש. ובספק תוך ג' ימים שהתירו תוס' אין הטעם כלל כמ"ש הר"ן דתלינן לקולא ולכך מחלק בין ס' אישתהי די"ל מודה ר"ת בזמן מועט חוששין ע"ש. דהא לשון תוס' יבמות ק"כ אפילו אמת כו' אין תולין אלא תוך ג' דוקא ע"ש. ולפי פי' היה להם לומר דתלינן לקולא. ולכך לענ"ד ברור ע"פ המבואר בדברי ר"ת שם. שכוונת תוס' אפילו אמת כו' היינו שנאמר דלא כר"ת בזה רק בנחבל בפרצוף אין מעידין אלא תוך ג' כו' משום דמתני' סתמא קתני כו'. והיינו ע"כ שנאמר דאף שמעידין שמכירין בטביעת עין הוא שקר דא"א להכיר בטביעת עין אחר ג' א"כ ממילא בספק תוך ג' שוב כשמכירין

בטביעת עין אמרינן שהוא ודאי תוך ג' דאי אחר ג' לא היה להם בו טביעת עין והא מעידין שהכירוהו בטביעת עין ממילא תלינן בתוך ג' דוקא. שזה לא ס"ל לתוס' כלל דאחר ג' נשתנה שיטעו ויהיה להם טביעת עין שזה הוא דלא ס"ל כלל זה שיהיה טעות בטביעת עין כמ"ש ר"ת ז"ל. רק ע"כ או שאבד הטביעת עין שא"א להכירו אחר ג'. או שאם יש הכרה בטביעת עין ע"כ אמת שזה הוא. וא"כ במכירין בטביעת עין וספק אם תוך ג' מהני ממ"נ אי מהני טביעת עין אחר ג' שלא אבד הטביעת עין א"כ מהני ההכרה. ואם לא מהני משום שא"א להיות בו טביעת עין אחר ג' שוב ודאי הוא תוך ג' כיון שיש להם בו טביעת עין כנ"ל:

והחילוק פשוט דבחתיכה שאין גופו קיים דהוי רק סימן חשוב שנראה כשל פלוני בזה לא מהני אחר ג' כסי' העשוי להשתנות ובזה שפיר י"ל גם לתוס' דלא מהני גם בספק תוך ג' דשמא אחר ג' ונדמה כשל פלוני כו' רק כשגופו שלם ויש להם בו טביעת עין. אין עשוי להשתנות שיהיה נדמה בטביעת עין. רק אי כר"ת ואי דלא כר"ת ע"כ שנתבלבל הצורה אחר ג' ואבד הטביעת עין ומשקרים. א"כ שוב בספק תוך ג' מותרת ממ"נ כנ"ל וא"כ ממילא ג"כ לא קשה כלל מה שתמה בשו"ת נב"י מהא דדגלת כו' וקדמו מהרי"ט להפוסקים דס' תוך ג' מותר גם שם ממ"נ אי אינו אותו שנטבע הוי ספק תוך ג' ושרי' דלא קשה כלום דשם בתשו' שלא היה בו טביעת עין רק סימן כנ"ל לכ"ע ספק תוך ג' לא מהני:

וא"כ ממילא בספק אשתהי מהני לר"ת ז"ל בטביעת עין לתוס' הנ"ל ממ"נ ולא שייך טעם ר"ן ז"ל לחלק בין זמן מרובה למיעוט כנ"ל. וא"כ אי ס"ל לתוס' ורא"ש כר"ת דגם אישתהי ודאי מהני בטביעת עין. היה מוכח דאף דמסתמא תפח ואעפ"כ יש בו טביעת עין וכשאומרים שהכירו בטביעת עין מהני. אך ז"א כיון שאינו ודאי תפח רק סתמא תפח א"כ עדיין אין הוכחה כלל מר"ת דאין לבטל עדות העדים אף באישתהי כיון שמעידין בטביעת עין ע"כ לא תפח אבל ראינו שתפח אין ראיה דאפשר דזה ודאי אבד הטביעת עין. ומ"ש סתם אחר זמן ולא התנה כשרואין דתפח לא מהני. י"ל דזה בכלל שאין פרצוף פנים קיים. דאהא דכרמי כו' כ' ר"ת דאכלוה כווריי או תפח ע"ש דמשמע דדמי לאינו קיים. וכן אח"כ חושב שם סנטרו רגליו עביו כו' ע"ש משמע דבלא תפח מיירי וא"כ אין ראיה כלל להתיר בתפח גם לר"ת אף להסוברים דר"ת מתיר באישתהי אחר שהעלו ממים. ומכ"ש שאינו מבואר כלל בתוס' ורא"ש רק בטור כ' לשון זה אפילו אישתהי שלא ראו הטביעה וכמ"ש ח"מ ס"ק נ"ה בתשו' דפנחס מארלא. ואף בס' אישתהי אינו מבואר בתוס' רק נשי אנשים שטבעו כו' אפילו אחר כמה ימים כו' ע"ש. והוא כלשון

הגמרא בהא דדגלת כו' אחר ה' יומי כו' אבל י"ל בחזי' בשעתי' רק אחר הטביעה כמה ימים וזה רבותא בגמ' אף שהיה אחר ה' ימים א"כ לדבריהם שנאמר שזה הוא שנטבע א"כ אין בו הכרה שהוא אחר ג' ויש ספק שמא היה ביבשה זמן וכה"ג. אבל אינו מבורר בספק אישתהי:

ובאמת ר"ן וריב"ש כתבו דמודה ר"ת בס' אישתהי. דאף למ"ש לעיל אין ראיה דר"ת לא הזכיר כלל בדבריו אישתהי דמים. ומיירי רק אחר ג' דיבשה כמ"ש תוס' וגם תוס' הביאו דבריו רק לראיה כמו באחר ג' שכ' ר"ת דטביעת עין מהני כן לענין בדדמי דמים ע"ש. די"ל דוקא אחר ג' מתבלבל צורתו ואין בו טביעת עין. או נשאר הטביעת עין ואפשר להכיר אבל לא שישתנה לטביעת עין דאחר אבל לא חזינן בשעתי' דתפח אפשר דמשתנה גם לטביעת עין דאחר. דגם לשון הרמב"ם ז"ל באחר ג' דיבשה כ' משתנית צורתו. ובלא חזו בשעתיה כ' דתפח משמע דאין שוים. גם אפשר דקים להם לחז"ל דתפח א"א שיהיה בו טביעת עין:

ועוד דע"כ לא למדו תוס' וראש"ש מר"ת דאחר ג' דיבשה על טביעה רק ליישב המנהג שמתירין נשי כו' שטבעו אחר זמן ע"ש דלא פשיטא להו וא"כ אפילו יהיה הפי' גם באישתהי כמ"ש ב"ש ס"ק פ"ו מ"מ לא סמכו ע"ז רק במים שאין להם סוף דרבנן ואפילו אי בלא שהו עד שתצא נפשו מ"מ יצאה מחזקת ודאי אשת איש ואיך נלמוד מזה בעובדא דידן דלא איתרע כלל החזקת א"א והבא עליה בחנק קאי דמה שנעלם אינו מגרע כלל החזקת אשת איש. דמה שצידד מבי"ט דגם כה"ג מיקרי אתרע חלקו עליו כל הפוסקים:

ועוד דמדברי מרדכי משמע דכה"ג צריכין לומר מפורש הכרתיו בטביעת עין יפה יפה כו' ע"ש וכ"כ רמ"א סי' י"ז ס"נ והכרתיו היטב דוקא. ואף שכ' זה רק בע"א משא"כ ב' מ"מ בתפח דאחר שנתפוס כל הקולות צ"ל דע"כ היה להם טביעת עין שלא תפח כ"כ. עכ"פ צ"ל מפורש שהכירו בטביעת עין היטב וכ"כ צ"צ בתשו' סי' ק"א. והגם שאינו מוכרח בב' עדים דהא אף בד"נ שאמר פ' גיד הנשה פלניא דהאי סימנא כו' לא קטלינן ליה רק בטביעת עין. ואעפ"כ בסנהדרין גבי חקירות תני מכירין אתם אותו. ומשמע התם כשמכירין אותו מהני דלא הוזכר לשאול אותם אם בטביעת עין דשמא ע"י סימנים וע"כ דסתם הכרה בטביעת עין. אך אין ראיה די"ל מטעם דאמר בחולין שם אלו אמר לשלוחיה קרא לפלניא אי איתי ליה טביעת עין. ובאדם חי שפיר סתם הכרה הוא בטביעת עין ואין ללמוד מזה על מת שתפח. ועוד דלמא גם שם הפי' מכירין אתם כו' הכרה המועלת בד"נ. דמסתמא צריכין לשאול גם זה דוהצילו כ'. וממילא י"ל כאן אף דאין בודקין עידי נשים בדו"ח מ"מ בריעותא כה"ג דתפח צריך דוקא שיעידו בפירוש כנ"ל:

והגם דיש לצדד גם להיפוך דאף להפוסקים דלא כר"ת מ"מ כאן שהעידו דאף דהיה פניו נפוח עכ"ז הכירו אותו שזה פלוני א"כ נאמר שהכירו אותו בסי' מובהק שהיה להם בו דלכ"ע מהני או טביעת עין דבגדים דמהני למהר"ל ודעמי'. וא"כ יש מקום היתר לכל הפוסקים:

מ"מ אין נראה לי כלל לפרש דברי העדים מה שנראה לנו באמת שלא הי' כוונתם כן. בפרט שאפשר לכם לברר מה הי' כוונתם. ואיך נגבב כל הקולות באיסור חמור כזה. והא להפוסקים דאיפשטא הבעיא דבדמי ע"כ עובדא דדגלת מיירי לאלתר עם סמנין וע"כ בתפח לא מהני הכרה אף עם סי' אמצעים כנ"ל:

והנה מחמת הסימנין אמת שיש הרבה פוסקים דצירוף סי' אמצעים הוי סי' מובהק והרבה חולקים ולכל כת יש קצת הוכחות כמ"ש בתשו' הקודמות. מ"מ סתמא דבגמ' משמע דלא מהני:

גם יש לצדד דעכ"פ ספק הוי אי כרשד"ם ואי כר"י הלוי ותשו' גינת ורדים דעכ"פ לדעת ר"ת מהני דמשמעות דבריו קצת מורה כן מדלא חילק. וכמ"ש הב"ש בס' אישתהי דהוי ס"ס שמא כר"ת דאף אישתהי מהני. וכמו כן נימא כיון דמספקא בגמ' אי ס"ד או דרבנן דקי"ל כרב אשי א"כ ג"כ ס"ס הנ"ל שמא ס"ד ואת"ל לאו דאורייתא שמא כר"ת לפוסקים הנ"ל. או שמא כהפוסקים דצירוף סי' הוי מובהק. אך אין זה אמת דא"כ בכל צירוף היה ראוי להתיר כנ"ל. ובאמת שאינו ס"ס גמורה דהוי רק ס' אם זה פלוני רק יש צדדין להתיר. וסמך ב"ש עלה במים שאין להם סוף דרבנן. אבל לא בדאורייתא כנ"ד. ועוד דהוא נגד חזקת אשת איש דל"מ ספק ספיקא. אך י"ל שאין החזקה מכרעת הדין וכמ"ש הר"ן. מ"מ קשה להתיר מטעמים הנ"ל. ואף דלטעם הפוסקים תפח שנשתנה שדומה לזה דבר רחוק שישתנה למי שיש לו סימנים כאלו דוקא. מ"מ ז"א דלהמפו' אפילו ס' ג"כ ע"כ כנ"ל. ועוד דבתשו' פ"י כתב להיפוך זה לריעותא דע"כ אחר הוא ע"ש אף שאינו נראין דבריו כ"כ. ומ"מ הרי משמעות הפוסקים עיקר דתפח א"א להכיר כלל:

גם יש לצדד דסימן זה שתחת זרוע א' השערות מראה מיוחדת ותחת זרוע הב' מראה מיוחדת כנ"ל דהוי סי' מובהק. הגם שכ' בתוס' ב"ב קנ"ד דמראה השערות עשוי להשתנות לאחר מיתה שמחיים הי' לבנות כו' מ"מ י"ל עכ"פ זה מראה מיוחד וזה מיוחד בשינוי וחזינן שהוא כן י"ל דהוי סימן מובהק קצת. ובתשו' נודע ביהודה מהדורא תנינא סי' מ"ז כ' דלר"ת כמו דמהני צירוף סי' לטביעת עין אחר ג' דיבשה כן באשתהי ע"ש. וכן סי' מ"ו כ' להתיר אף בנפוח בצירוף הפאס א"ש. עכ"ז אף שיש צדדים להתיר מיראי הוראה אני בדבר חמור כזה ואיני מתיר כלל ותשלחו לאיזה גדול הסומך על דעתו. ולא

הייתי כותב כלל בזה אולם לבקשת רו"מ ולהפצרת העגונה וכאמרם ז"ל זכות לעני כו' להקל על המורה הטורח:
וכמה תמיהות עליכם שלא כתבתם לשון העדים שמסתמא העידו בלשון הרגיל ושניתם ללה"ק שבדבר קל משתנה. וגם לא כתבתם שנקבר. וזה יכול להתברר. גם לא כתבתם מהבגדים שנמצא בהם שאם הי' טביעת עין בבגדיו הי' עמודים גדולים לסמוך עליהם מהר"ל ותי"ט והרבה גדולים. אולי יזכרו עוד טביעת עין בבגדים אז בנקל להתירה בצירוף הנ"ל. לא כן עתה שבדבר שאין ראיה ברורה לא אוכל. גם לא כתבתם אם היה עכ"פ שלום ביניהם שיהיה עכ"פ אומדנא שלא עזבה. והיה זה אתו ברכה ושלום כנפשו ונפש ידידו הק' יצחק מאיר:

סימן ו

ב"ה יום ד' ו' תמוז תרי"ו לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב לכבוד אהו' ידיד נפשי הרב המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה החסיד מפורסם מוה' שמואל נ"י אבד"ק לוביטש:
מכתבו קבלתי אודות העגונה לענ"ד שיש להתירה דזה ששמו מאטיל והוא כהן וגרוש ולו בן זכר מאשתו ראשונה ושהוא אצל חמיו ושהוא מסאקלוב וב' פרסאות מוועגראבע הוי טפי משם אביו. דתוס' ריש מגילה גבי לוד ואונו כ' דעל עיר א' שייך תרי הוי משא"כ ב' ואף דשם במדינה א' משא"כ בכל עולם כמ"ש תוס' ערכין ל"ב ע"ב לחלק ע"ש. מ"מ כיון שבמדינה זו אין לחוש. ממילא ממדינות אחרות הוי אין שיירות מצויות ולא הוחזק דלכ"ע לא חיישינן שידוע שזה מאטיל יצא מסאקלוב לסבב במדינתינו וממדינה אחרת אינו מצוי מסבבים במדינתינו שנחוש לעיר סאקלוב ממדינה אחרת וסמוכה ב' פרסאות לעיר וועגראב. והגם דבשוירי ג"כ כ' דעל רכיס נהרא ואעפ"כ לרבה חיישינן. י"ל דנהר הולך למרחקים ולא דמי להנ"ל:
שוב מצאתי מפורש ת' הרמב"ם ז"ל הובא בתשו' מהר"מ אלשקר סי' פ"ז על איש א' שהלך מביתו ועברו עליו כמה שנים ולא ידענו מה היה לו ואח"ז בא עכו"ם אמר מסיח לפי תומו בא אצלינו לדמשק איש א' שמו כלף סימניו בינוני הקומה וזקנו שחור ומת זה האיש היום כג' שנים וחצי וראיתי מיתתו וקבורתו וכבר שמעתי מזה כלף הנזכר שאמר לי שהיה מארץ מצרים ממנית זפתא וכן זכר ג"כ פלוני בן אלמרדי שאיש א' שמו כלף מת בדמשק וקברתיו ושהיה סימנים כו"כ והיה זה כלף אומר שהוא ממנית זפתא והשיב ז"ל הנראה לי שאם באו עדים ממנית זפתא ויעידו שזה כלף בעלה של אשה זו היה בינוני הקומה וזקנו שחור יכולה להנשא בזאת העדות לפי ששמו ושם מקומו עם אלו הסימנים שאינם מובהקים ספיקא בהודאתו לענין התרת עגונה כו' משה

עכ"ל אולם אין הספר תחת ידי העתקתי לשונו ז"ל וה"ז סמנים גרועים כחוורי וסומקי ארוך וגוץ ומ"מ פסק דמהני כ"ש נידן דידן דעדיף הרבה. ואם דשם אמר מארץ מצרים ויכול להיות שהיה ידוע שאין במצרים מקום ששמו כנ"ל רק אותו מקום שבעלה הי' משם מ"מ הרי לא הזכיר כלל שיחפשו באותו העיר להתיר רק שבעלה הי' בו סימנין אלו ורק משום שלא הזכירו אחר מעיר הזו ששמו כן הרי לא הוחזק וסגי ליה עם סי' גרועין כנ"ל דגם אין ש"מ הוי כש"מ דא"י אם בעלה הלך לשם. א"כ כ"ש דמהני בנידן דידן. גם הראיה מהפאשפורט חשיב סי' מובהק דכיון דלא היה אחר שלקח פאס כזה ע"ש בעריל קליצקי רק הוא. ומהר"י שלח לשם שמת זה שודאי אצלו שע"י הפאס כתב הוי כחיפוש דחשש שאלה כבר כ' הפוסקים דפאס הוי לא מושלי ורק משום דלא היה ע"ש האמת י"ל דנתישב שלא להחזיק פאס כזה והשליכו ומצא אחר זה הוי שוב נפילה דיחיד שמצאו מאטיל כהן עם סי' הנ"ל. ובת' הר"ן ל"ג חשיב זה לסימן שאמר שישנה שמו ואח"כ העידו כו' והיה גם אחר דשמו כן חשיב זה להכרה אם לא היה לאחר שם חיים ביהודית לא חיישינן שגם הב' שינה שמו דזה שאמר שישנה כו' תלינן הקלקלה כו'. ונידן דידן עדיף כנ"ל. גם כששאלוהו מאיזה עיר ואמר כו' סתמא על עיר שבמדינה זו הידוע כוונתו כנ"ל. ונראה דאם בעיר סאקלוב ידוע להם מכמה שנים שלא נעלם א' שיהיה שמו כן רק בעלה של זו דיש להתירה כמ"ש רו"מ. ואין לי פנאי להאריך ויצטרף עוד רב מפורסם בהוראה ויושיב אח"כ ב"ד של ג' להתירה הנלע"ד כתבתי דברי ידידו דו"ש הק' יצחק מאיר:

ובח"מ סי' צ"א מבואר דיכול לשבע על פנקסו וכן על מה שאינו כתוב היכא שדרכו לכתוב ע"ש בשם הרא"ש ז"ל. ממילא מה שכ' מהר"י לסאקלוב חשיב עדות גמור שידוע לו שלא הי' כותב אם לא שמצא פאס אצלו שהיה כ' שם בעריל קליצקי כנ"ל:

ומה שהוא כהן אם חשיב כשם אביו. הנה משמע ב"ב קע"ב מרשב"ם דהוי כשם אביו שכ' יכתבו בהן יוסף כהן כו' וגבי סימן כ' יוסף בן שמעון שהוא גוץ ע"ש. אולם לענ"ד מש"ס כתובות כ"ד ע"ב מהו להעלות משטרות ליוחסין כו' שכ' אני פלוני כהן לויתי כו'. ובתוס' שם דהוחזקו ודאי אכולא מלתא קמסהדי ע"ש א"כ כפי לשון הגמרא פלוני ולא כ' פלוני בן פלוני הוי כהוחזקו דע"כ צריכין לידע שזה כהן דשמו לחוד לכ"ע לא מהני. וא"כ ע"כ הפי' בש"ס פלוני בן פלוני שהוזכר שם אביו. וא"כ תימה על הרמב"ם וטור וש"ע שכ' בלשון הש"ס פלוני כו' והיה להם לפרש ולחלק בין פלוני בן פלוני ובין פלוני לחוד. ומוכח מדלא חילקו דגם שנכתב כהן ג"כ ע"כ לכתוב פלוני בן פלוני. ולכך

סתמו כמו שצריך לכתוב אף שכ' כהן כנ"ל. רק מ"מ צירוף סימנין הנ"ל נראה דמהני כמבואר בת' רמב"ם הנ"ל ומצאתי בת' מאיר נתיבים סי' ל"ה פשוט בעיניו להתיר ע"ש: הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

סימן ז

שאלה על דבר המעשה שאירע בפה וולאדווקי. שהלך איש אחד מוולאדווי הנקרא שמו ישראל בן דוב דרך וולאדאווקי לכפר רוטעץ הסמוך לוולאדווקי לערך פרסה לקנות דגים כמנהגו. ונאבד. וההליכה הי' ביום ה' פ' תצא תר"ז ל'. ואחר עשרה ימים מההליכה הנ"ל מביתו נמצא הרוג אחד ביער אשר דרך היער הזה הולכים מוולאדווקי לכפר רוטעץ. וההרוג נמצא בתוך היער סמוך לדרך הרבים כערך מאה אמה. ועל דבר זה ישבנו אנחנו הב"ד הח"מ במותב תלתא כחדא הוינא לחקור את הדבר היטב היטב. ואתא לקדמנא איש אחד ושמו זעליג ואמר לנו בתורת עדות באם לא יגיד ונשא עונו כדתה"ק בזה הלשון. איך בין גיגאנגין פון רוטעץ לביתי היינו לק' וולאדווקי דרך היער הנ"ל ביום ה' פ' תצא הנ"ל האב איך בייגעגנט נכרי אחד מכפר קאשער הסמוך לפ"ק וולאדווקי האט מיך דער נכרי גיפרעגט פון וואניט גייסטו. האב איך איהם גיענפרט איך גייא מכפר ראבעוי הסמוך לפ"ק (וראבעווי הוא רחוק מוולאדווקי ערך שני פרסאות ומכפר רוטעץ הנ"ל הוא רחוק ערך פרסה. והדרך מוולאדווקי לראבעווי הוא על כפר רוטעץ הנ"ל) און איך האב גיפירט איין סוס בתורת שליחות להשיינקר מכפר ראבעווי הנ"ל. האט מיך דער נכרי גיפרעגט האסטו שון אפ גינומין געלט פאר דעם שליחות. האב איך איהם גיענפרט איך האב נישט גינומען אף פ"א אפילו על יי"ש האב איך נישט. בין איך אוועק גיגאנגין מהנכרי הנ"ל לערך שני ווייארסט האב איך בייגעגנט דעם ישראל בן דוב הנ"ל געהין לכפר רוטעץ הנ"ל. וחקרנו היטב היטב אם ראו אותו שום בן אדם בכפר רוטעץ הנ"ל. והנה לא ראו אותו שום ב"א הן יהודים והן נכרים. ומנהגו של ישראל בן דוב הנ"ל היה לנוח ולעמוד תמיד בהקרעצמיס מכפר רוטעץ הנ"ל מחמת שרוטעץ הנ"ל הוא רק קרעצמיס בלא כפר:

ושוב בא לפנינו איש אחד ושמו מוה' דוד ואמר לנו בתורת עדות כדתה"ק שקנה ליום המחרת מההליכה של ישראל בן דוב הנ"ל היינו ביום ו' עש"ק פ' תצא הנ"ל מהנכרי מקאשער הנ"ל זוג שטיבל אונגערשי ומתחת להמקום אשר נקרא קרויא המה קרועים קצת. והשטיבל נתברר לנו שהם של ישראל בן דוב הנ"ל כמבואר למטה בהגב"ע:

ושוב נתברר לנו שבא ישראל בן דוב הנ"ל בחלום הלילה לאנשים כשרים ונאמנים מוולאדווי בליל ש"ק פ' תבוא. ואמר להם בחלום הלילה שנהרג ומוטל ושוכב באם הדרך

הנ"ל ביער על הדרך שמוולאדווקי לכפר רוטעץ הנ"ל. ושלחו ב"ב לחפוש אותו ביער הנ"ל. ובא לפנינו איש אחד ושמו מ' אלי' מק' וולאדווי ואמר לנו בתורת עדות כדתה"ק בזה הלשון. איך האב געהערט מנכרים אז ביער וואס מען גייט מוולאדווקי לרוטעץ איז איין ריח רע סמוך לרוטעץ בין איך געגאנגען זוכען מיט איין נכרי דעם הרוג האב איך דער פילט דעם ריח. האט דער נכרי מורא געהאט צו גיין בין איך אליין געגאנגען. האב איך דערזעהן אין דעם וואלד סמוך לדרך כנ"ל ליגען איין גוף פון איין מענטש מיט דעם ריקען ארויף נאקעט. דיא רעכטע האנט איז געווען מחובר לגוף פון דיא פינגער האט געפעהלט דיא ערשטע גלידער. דיא פיס זענען געווען ביז איבער דיא קנעכעל אפ געהאקט. דאס פלייש איז געווען אפ געגעסען פון דעם לינקען פיס ביז דעם אחור. דער קאפ מיט דער לינקע האטנ האט געפעהלט. בין איך געגענגן ווייטער זוכען האב איך דערזעהן כששה אמות רחוק מהצואר איין גומא הנקרא ראווקיל. צו גידעקט מיט קליפות עצים הנקרא קארע. עס איז געווען איין ריח רע. האב איך מיט איין שטעקעלע אראפ גווארפן די קארע האב איך דערזעהן איין סטאהן פון איין העמד. האב איך דעם סטאהן אויס געלייגט גלייך. האב איך דער זעהן איין ציצי האב איך געוויסט אז ער איז איין יהודי האב איך בעסער אראפ געווארפען די קארע האב איך דער זעהן איין האנט שטעקען אין דעם ארבעל פון דעם סטאהן. האב איך דיא האנט מיט דעם ארבעל אווק געלייגט אין דער זייט. האב איך דער זעהן איין ארבע כנפות מיט ציצית. האב איך אויף געלייגט דאס ארבע כנפות איז דאס געווען פון געלין ציץ מיט קליינע ביימלעך. האב איך דער קענט אז דאס הארבע כנפות איז של ישראל בן דוב הנ"ל. אין דעם ארבע כנפות איז געווען איין קאפ. היינו החצי מהארבע כנפות היה מתחת הראש וחציה השנית הי' על הראש. אויף דעם קאפ לא היה שום בשר רק אוזן אחד השמאלי וקצת בשר סמוך לו. ולא הי' שום שערות על הראש. נאר וויא איך האב אראפ גענומען הארבע כנפות מהראש האט געקלעבט שני חתיכות פיאות בהארבע כנפות ולא היה שום היכר בכל הפנים והראש מחמת שלא הי' שום בשר עליו כנ"ל. רק בהאוזן ובהעצמות האב איך דער קענט אז דאס איז פון איין מענטש. דיא לינקע האנט מיט דעם ארבעל איז געלעגען על הארבע כנפות הנ"ל היינו על עצמות מהמצח של הראש הנ"ל. דאס בענדעל פון דעם העמד בייא דעם קאלנער איז געווען פאר בונדען. און דער קאלנער מיט בענדעל איז געלעגען אונטער דעם ביין היינו דיא בארד פון דעם קאפ שהוא לחי התחתון. האב איך געוואלט ארויס נעמען דיא האנט פון דעם ארבעל האט זיך דיא האנט פאר האלטען אונטער דעם צוויקעל פון דעם העמד מיט איין שטיק ביין פון גליד וואס דיא האנט

זיצט דרינען. דיא האנט איז געוועזען אין גאנצען מיט צפרנים. סמוך לגוף בערך אמה איז געלעגען המכנסים. וויא איך בין צוריק געפאהרען ממקום הנ"ל לוולאדווקי האט מיר געזאגט ר' דוד הנ"ל אז ער האט זיינע שטיוועל של ישראל בן דוד הנ"ל היינו ער האט זייא גיקויפט אצל הנכרי מקאשער הנ"ל. האט ער מיר געוויזען דיא שטיבל האב איך בטביעות עין תיכף דער קאנט אז זייא זענען של ישראל בן דוב הנ"ל מחמת איך האב ארבעה ימים קודם ההליכה של ישראל בן דוב הנ"ל. ע"כ עדות של ר' אלי' הנ"ל:

אח"ז באתה אשת ישראל בן דוב הנ"ל ושאלנו אותה אם יש לה סימנים בבגדיו. ואמרה לנו בזה הלשון. אין דעם העמד האב איך איין סימן היינו אין דער לינקע זייט פון אונטען איז אויס געגייט מיט בלאה פאדעם פאר איין סימן. דער פאדעם איז אויס געגייט אזוי וויא איין מרעז היינו התפירות אינם זה אצל זה רק נראה הפשתן מהכתונת בין התפירות ומקצת הם שתי ומקצתם ערב ונמצא קצת תפירות על שפת אימרא התחתונה. אין דער זייט איז אביסעל צו טרענט דיא נאהט היינו התפירה. המכנסים זענען פון פאסקיוואטי נענקי טיקעלע מיט דרייא שווארצע ביינערנע קנעפלעך מיט שווארצע בענדלעך ארום גיליימוועט צום צו בינדען די זאקען מיט צוויא קעשענס ווייסע ליוועטענע קורצע. דיא הויזען זענען מיט פאלבען און מיט איין ראהספער. בהארבע כנפות הנ"ל האט זיא געזאגט סימנים אז עס איז פון געהלען ציץ מיט שווארצע ביימלעך קליינע און אין די ביימלעך איז דא ווייסע פינטליך. פאהרינט קענען הארץ אפען. מיט דרייא קנעפלעך הילצערני איבער געצויגען מיט ציץ און מיט דרייא לעכלעך כנגדו צי צו קענפלען. אין דער זייט צווייא קנעפליך הילצערנע איבער געצויגען מיט ציץ מיט פעטילקעס פון ציץ צי צו קנעפלען. אונטער דיא כנפות איז ווייסע ציץ צו געגייט. ציצית וועלענע. דער קאלנער איז פאטשווקי גראהע לייווינט אויף דער לייווינט איז אויף געלייגט ווייסער קארטין צו געגייט צום קאלנער און דער קארטין איז אין ביידע זייטען נישט ביז אין עק. היינו שמכסה את כל רוחב הקאלנער ובאורך הקאלנער משני הקצוות אינו מגיע עד סוף הקצוות. דיא שטיוועל זענען אינגערשי אין לעבען קרויא פון אונטער זענען זייא אביסעל צו ריסען. גם אמרה דיא שערות וואס זענען געוועזען מדובק בארבע כנפות דערקענט זיא בטביעות עין שהם מבעלה הנ"ל:

הסימנים אשר אמרה האשה הנ"ל המה מכוונים כאשר ראינו הבגדים הנ"ל. אמנם הסימן בהכתונת אשר אמרה שהתפירות עם פאדעם בלאהע הוא בצד שמאל מהכתונת לא נמצא כדברי' רק שהוא בתחתית החלוק באמצע ואנחנו ראינו כאשר הביאה לפנינו

עוד כמה כתונת הנשאר לה מבעלה הנ"ל הי' בהם תפירות עם פאדעם בלאה כתבנית תפירות הנ"ל ומקצת מהם הי' התפירות באמצע החלוק כמו בהכתונת הנמצא הנ"ל ומקצתם הי' מן הצד:

אח"ז בא לפנינו ר' אליעזר בהר"ר אברהם חייט וואס ער האט געגייט דאס ארבע כנפות הנ"ל האט ער געזאגט אויך סימנים בארבע כנפות הנ"ל היינו מיט דעם קאלנער אז אויף דער פאטשעווקע לייווינט ווייל דיא לייווינט איז געווען גראה האט איהם געגעבען אשת ישראל בן דוב הנ"ל קארטין אויף צו לייגען אויף דעם קאלנער אויף דיא גראהע לייווינט. וג"כ אמר שהקארטין אינו מגיע עד סוף הקצוות כנ"ל גם אמר שתחת הכנפות האט ער אן גינייט ווייסין ציץ. דער ווייסיר ציץ שתחת הכנפות איז במקצת נישט צוגינייט צום ארבע כנפות כדי מען זאל קענין אריין שטעקין דיא ציצית אין דיא כנפות איז מער נישט דא נאר איין נקב אריין צו זיהן דיא ציצית. גם אמר אז פאהרינט אונטער דיא קנעפליך מיט די לעכליך איז אונטער גילעגט דער אייגענער ציץ פון דעם ארבע כנפות. אין דער זייט אונטער די קנעפליך איז איין שמאהל פאסיקל ציץ דער אייגענער וואס אונטער דיא כנפות. גם אמר אז אויף דיא אקסלין איז איין גינייט צווייא צוויקעליך פון דעם אייגענעם ציץ פון ארבע כנפות. דיא אללע סימנים האט ער גיזאגט לפנינו קודם שראה הארבע כנפות הנ"ל ואח"כ האבין מיר איהם גווזיזען דאס ארבע כנפות הנ"ל האט ער פאר אונז גיזאגט בתורת עדות כדתה"ק שהוא מכיר הארבע כנפות בטביעות עין ומכיר מלאכתו און ער האט דאס בעצמו גינייט עבור ישראל בן דוב הנ"ל. ע"כ עדות של כ' ר' אליעזר הנ"ל. ואנחנו ראינו הסימנים בהארבע כנפות והמה מכוונים כפי שהעיד ר' אלעזר הנ"ל רק תחת הכנפות שאמר אז ער העט אהן גינייט ווייסין ציץ לא נמצא רק תחת שני כנפות ותחת שני כנפות הי' ציץ באחת ובאחת קארטין. ומן הצד הי' ציץ לבן כדבריו. ואולי מרוב הימים שכח במקצת:

כל הנ"ל נעשה כדת ונתעכב מאוד הג"ע כי בעת שנמצא ההרוג לא הי' לי שום ידיעה מכל הענין כי נמצא שם בוולאדווקי והוא במדינה אחרת רק הב"ד שם קיבלו העדות והי' מקולקל מכל וכל ולאחר ב' חדשים שלחו אלי ג"ע וטרחתי הרבה לברר העדות ולחקור כד"ת וגם הבגדים הנ"ל נלקחו מיד שנמצאו להמושל ועשיתי התפעלות הרבה להגיע הבגדים למראה עיני והב"ד הי' בשעת מציאת ההרוג ולא דקדקו בשום דבר רק אני בגודל טרחתי בררתי הכל עד מקום שהיה באפשרי לברר ונתעכב מאוד הדבר בהשגת הבגדים וגם העד אליעזר אינו בביתו פה. ולאשר אני משתוקק מאוד למצוא איזה צד היתר בעובדא דא חקרתי היום עוד הפעם העד אליעזר חייט הנ"ל ואמר שהי'

תחת הד' כנפות ציץ ווייס ואמרנו לו היום שלא נמצא כדבריו והי' הדבר רחוק אצלו להאמין ואמר שמ"מ זוכר שהכיר בטביעת עין היטב הארבע כנפות וגם הכיר מלאכתו וגם בהסימן של הקאלנר הכיר היטב שהוא של ישראל הנ"ל ובשעה שהארבע כנפות הי' למראה עינינו לברר הסימנים לא היה אליעזר כאן רק מקודם שני ימים אמר עדותו. והיום כאשר החזיק דבריו הוספתי לשאול אותו קודם הליכתו מאתנו הלא לא נמצא כדבריו תחת הכנפות ונשאר קצת מסופק והשיב אפשר. ואני נבוך מאד בזה אשר היום החזיק דבריו בפירוש שהי' כל תחת הד' כנפות ציץ ווייס ולאחר שמיעתו ממני שלא נמצא כן לא רצה להאמין ונראה בפירוש כי עדותו והכרתו מוכחשת הגם שאמר מ"מ הוא זוכר שהכיר היטב וכו'. ואולי יש לסמוך על סוף דבריו שהשיב אפשר והי' נראה שנשאר קצת מסופק ואמר שנשכח ממנו המעשה מהכנפות מחמת שעדותו העיד ערך ד' חדשים אחר גמר מלאכתו וג' חדשים אחר מציאת הארבע כנפות גם חקרנו העד אלי' הנ"ל היום ע"י מה הכיר הארבע כנפות שהוא ישראל והשיב בזה הלשון איך האב עהם גיזעהן כמה פעמים גיין אין דעם א"כ האב איך דער קענט עס איז זיין ושאלנו אותו אם הי' זה הארבע כנפות מעורב בתוך אחרים שהי' גם כן מציץ כזה אם היה מכירו והשיב לא ונראה שהכרתו הי' על ידי שהי' ציץ געהל מיט קלייני ביימליך. עוד הוסיף העד אלי' היום כי בעת שמצא את הראש מוכרך בהא"כ וגילה הא"כ נדמה לו שזה הוא הראש של ישראל הנ"ל וחקרנו אותו הלא לא הי' על הראש שום בשר ושום שערות רק אוזן השמאלי וקצת בשר סמוך לו והשיב כי בשעה שגילה הא"כ מהראש היו כל העצמות מחוברים יחד גם העצם מהחוטם הי' מחובר והשערות של הפיאות היו דבוקים קצת בהא"כ והעצמות ע"י זה נדמה לו כן ואמר שמיד שהתחיל לזוז קצת העצמות נתפרדו זה מזה. היום יום ב' א' פקודי א' לחודש אדר שני חר"ת ל' וולאדאווי:

נאום הק' יוסף אהרן שיפטר האבד"ק וולאדווי.

תשובה. ב' אב תר"ח ל'. להרב המאה"ג אבד"ק וולאדאווי מוה' יוסף אהרן נ"י.

אחד"ש בדבר העגונה לא איסתייע כי לא הי' לי פנאי עם כל זה לאשר הבטחתי הנני לכתוב בקצרה בעזה"י. וכבר אמרתי לרום מעלתו שאין דעתי כלל להיות אפילו סניף להתיר עכ"ז תלך למורים אולי תמצא מי שיסמוך על דעתו כי יש קצת צדדי היתר. אם הארבע כנפות הי' לבוש והי' טביעת עין גמור או ס"מ דלמבי"ט עדיף ממים שאין להם סוף מה שהלך בדרך הזה ונאבד ונמצא הרוג באותו הדרך. והוא אינו מחלק בין שיירות מצויות או לא דאין טעם לחלק. בב' יוסף בן שמעון שייך שבמיעוט העוברים ל"ש שיזדמן מי ששמו כן משא"כ שיירות מצויות ברוב העוברים כו' אבל בא"י שמו

מעט העוברים כש"מ דמי ולא מיירי במדבר שמם שאין עובר בא שמה וח"צ סי' קל"ד מחלק בזה בסי' אמצעי דשייך בין ש"מ מזדמן בסי' כזה משא"כ מבי"ט דמיירי בלי סי' ודברי מבי"ט הן דברי מהרי"ו סי' ע"ט דדייק מת' הרא"ש כיון שידעינן שאותו יהודי הי' על הדרך כו' תלינן שאותו נהרג כו' דאין ס' מוציא מידי ודאי דמפרש דברי הרא"ש שמעיד שנתלוה עמו ע"ש. שמפרש עובדא דאבא יודן יבמות קכ"ב חבל על יהודי שהי' עמי בדרך כו' כפשטיה שא"י יותר רק שהיה עמו בדרך:

וגם בד"מ סי' י"ז הביא דברי מהרי"ו. וב"ש הניח בצ"ע ודחיות הט"ז אינם מוכרחים כלל דהך דביצה דוקא בהוחלפו ומצא שחורים במקום לבנים. והך דגברא חרוכא הביא בת"ה. והם מפרשים בידוע שאין היד ממנו כו' ובל"ז במבי"ט מבואר עיקר הטעם דאם היה ניצול הי' נשמע והוי זה אצלו כלא הוחזק בהא דיצחק כו' כיון דזה ידוע שנאבד בדרך זה ואחר לא נשמע שנאבד וקלא אית ליה לאבידת אדם. ונצטרך לומר שזה שנאבד הלך לו ולא נשמע ממנו ואחר נהרג בדרך זה ולא נשמע כלל שנאבד אחר כאן ומה"ט לא דמי לגט ואדרבה דאף שזה ודאי אבד חיישינן גם לאחר שאבד. דאבידת גט וחפץ לא נשמע משא"כ אדם. וכן משמע קצת מדמדמי הש"ס סי' אבידה לאשה אף דבאבדה כשאומר סימן ודאי אבד כמ"ש תוס' דאל"כ מנא ידע רק שמא גם אחר אבד משא"כ באשה א"י כלל מי נהרג. ומשמע דמה שנאבד בעלה דמי להנ"ל. ובח"מ מצרף זה לשמו ושם אביו אף דאיכא ודאי בעולם טובא. וטביעת עין דכלים עדיף דלהרבה פוסקים מהני כ"ש דיש לצרף. ובתשובת ש"י כ' מטעם היינו הך שנאבד הך שנמצא ע"ש וא"כ אף שדחו דבריהם דקי"ל כרשב"ג מ"מ הא כתבו תוס' פסחים י' ע"ב ד"ה מי דבעכבר בפיו מודה רשב"ג דרגלים לדבר כיון שהוא עם הככר ע"ש וכן בלבוש בבגדים אף אי חיישינן לשאלה מ"מ רגלים לדבר שהרי לבוש כנ"ל:

והנה אף שהגדולים דחו דברי מהרי"ו ומבי"ט היינו שהם פוסקים דח' לשאלה בודאי. אבל לדידן הרבה מהפוסקים תקיפי בתראי דס"ל דלא חיישינן לשאלה כלל מהר"ל מפראג הובא בת' גאונים בתראי שכ' תוי"ט שהוא עמוד חזק שכל ב"י יסמכו עליו והגאון מהר"י בעל מג"ש. ותשו' אלו לא נודעו להרב בעל נב"י שהי' סבור שרק בצירוף סי' אמצעי בגוף מתיר מהר"ל מטעם ממ"נ ע"ש. וזה דעת מ' הולמן ז"ל הובא ב"ש אבל מהר"ל ומג"ש סוברים דל"ח לשאלה כלל אף אי ס"ד כתי' אבע"א כליו בחווירי כו' ע"ש וכן נוטה דעת הש"ך ז"ל סי' ס"ה ומ"מ הניח בצ"ע. וכן דעת מהרי"ט והביא שכ"כ ריטב"א ונ"י ור"ן שיש כו' ע"ש ובאמת מבואר בריטב"א יבמות כן. אולם לענ"ד דלטעמי' אזיל שפוסק סי' דאורייתא ע"ש ול"ח לשאלה. והוא סובר כדעת ב"ש דאי סי'

דרבנן מסברא חיישינן לשאלה. ומה"ט כ' בשיטה מקובצת בבא מציעא בשם הרשב"א ז"ל כיס וארנקי כו' שמעינן מינה דמעידין עליהם ואפילו למ"ד סי' לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא ול"ח לשאלה כלל כו' וה"ה לעידי מיתה כנ"ל וע"כ בטביעת עין או סימנין מובהקים מיירי וכ' אפילו למ"ד סימנין לאו דאורייתא מוכח דס"ל כב"ש. וא"כ לא מוכח מהריטב"א רק משום דלטעמיה דסי' דאורייתא פסק כאבע"א דגמ' כליו בחוורי כו' משא"כ לרוב הפוסקים דעכ"פ ספיקא אי סי' דאורייתא או דרבנן ממילא ח' לשאלה ג"כ ספק. וכן מוכח מרשב"א ז"ל בשאר כלים. אולם נ"י כ' להדיא דגם אי סי' דרבנן ל"ח לשאלה. מ"מ הב"ח ז"ל בתשו' העיד דנהגו לפסוק דחיישינן לשאלה ולא הודו חכמי הדור למהר"ל ז"ל ונשארה עגונה ע"ש:

מ"מ בצירוף ד' מבי"ט בידוע שהלך בדרך זה לבוש בבגדים אלו אין הכרח דהא ט"ז הקשה על מהרי"ו והרא"ש מחשש שאלה דנימא אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש. ובלא ד' מהרי"ו ג"כ הא בלא הוחזק מתיר הרי"ף בעגונה. וא"כ ניהו שחלקו על ח"צ שכ' שם בתשו' דסי' אמצעי חשיב כלא הוחזק. דא"כ יהיה מותר בסי' אמצעי לחוד. וע"כ דזה חשיב הוחזק דודאי יש הרבה שוים בסי'. אבל חשש שאלה הוי כלא הוחזק. אולם הא אינו מפורש כליו שהיה לבוש בדרך הזה רק שמכירין כלים שלו א"כ הספק שמא השאילם בביתו ולא הי' לבוש כלל בגדים אילו בדרך הזה רק אחר השואל ואין כאן ודאי כלל. וממילא ל"ק קושית ט"ז על מהרי"ו דשם שיודעין דזה נתלוה בדרך הוי כלא הוחזק משא"כ ח' שאלה. וא"כ ביודעין לבוש בדרך הזה בגדים אלו שוב י"ל דהוי כלא הוחזק שזה ודאי וזה ספק אם השאיל:

ומ"מ לא דמי כלל דעכ"פ הספק שקודם שנהרג השאיל ולא דמי להא דיצחק כו' שעכ"פ זה ששמו כן מת והוא שם בעלה משא"כ בשאלה רק דמי להא דרא"ש ומהרי"ו ובאמת לא ח' לשאלה לדידהו ביודעין שהי' לבוש בדרך כנ"ל. ומ"מ משמעות הפוסקים אינו כן וע"ש בש"ע בנטבע בבגדים אלו בהר"מ פאדווי וב"ש שם עכ"פ יש לצרף דעת מהרי"ט דבגד ציצית לא מושלי. ואף דיש חשש אבדה גניבה ומכירה מ"מ הרי הסכימו רוב הפוסקים דלא כמרן הב"י דבכיס וארנקי כו' מתירין ואף דב"י סבר כדברי ב"ש דאי סי' דרבנן גם בהני י"ל דחיישינן מ"מ הרי מפורש ברשב"א דלא כנ"ל ואלו הוי ראה ב"י ז"ל י"ל דהוי מודה כמ"ש ח"מ סי' כ"ה. ואף דבשיטה שם כ' בשם רמב"ן ב' תי' על דלא חיישינן למכירה או דבחזקתו עומדת ע"ש או דבשלמא שאלה שייך שהשאילו והגיד השואל שאבד האוכף ויודע אבל אי מכרו מנין יודע זה שאבד ע"ש. וא"כ לתי' ב' שפיר בעגונה שייך ח' מכירה וה"ה אבדה גניבה דמהגמ' דכיס כו' אין ראיה. מ"מ הרי הרשב"א

תופס עיקר תי' א' ואין לדחות המפורש בדברי ראשונים ז"ל. ומ"ש רו"מ שהי' קטן ואינו ראוי לברך עליו לענ"ד אין לחוש דהא חזינן שזה הי' מחזיקו לטלית של מצוה. וקצת יש להוכיח מהך ראיה גופה דמייתי מהרי"ט דאין בוגרת בכלל משום לא שביק איניש מצוה דרמיא עליו כו' ע"ש והא סתמו הפוסקים הך דינא גם לדידן אף בכמה קטנות ומה מצוה דרמיא עלי' עביד הא הוי קידושין שאין מסורין לביאה ויצטרך לגרש כולן. וכן משמע קצת בגמ' דמאי דמוקי בא' מ"מ אי קידושין שאינן מסורין לביאה הוי קידושין מתוקמי אף בכמה מ"מ מגמ' אין ראיה ומרמב"ם יש לדקדק קצת להיפוך שהזכיר רק בת א' קטנה או נערה ולמה שינה הא קי"ל קידושין שאין מסורין לביאה הוי קדושין. ולמ"ש י"ל דבאמת בב' לא שייך לא שביק כו'. מ"מ מסתימת הש"ע משמע אף בב'. וע"כ דכיון דסבור שעושה מצוה שייך ג"כ לא שביק כו':

אדרבא י"ל דע"כ לא נחלקו רק בבגד הראוי ללבוש בלא"ה דאף דשאול פטור מציצית מ"מ הא נצרך לו בלא המצוה. אבל בגד דאין דרך ללבוש רק למצוה למה ישאילנו כיון דפטור ועל יותר מל' אין כאן חשש. ועל מתנה ע"מ להחזיר י"ל דמוקמינן בחזקתו כמו דל"ח למכירה ומתנה וחליפין. ובפרט זה שקטן גם למצוה רק שרואין דזה טעה והחזיקו למלבוש מצוה למה ניחוש שגם אחר טעה ולקחו למצוה עכ"פ לא גרע משאר ארבע כנפות דלא משיילי למהרי"ט ז"ל. רק קצת יש לחוש שמא נודע לו הדין וקנה אחר גדול וזה מכר. אך מ"מ אין לחדש חומרות דא"כ שייך בכל ארבע כנפות דלמא אתרמי ליה עדיף מיניה. ומ"מ לא חש לה מהרי"ט ז"ל:

גם ארבע כנפות כתונת ומכנסים למהרי"ט אין דרך להשאיל דמה דמדייק רו"מ לשון ערטילאי אינו דיוק. שפי' שם כלים הצריכים לו שא"א זולתם ל"ח שישאיל על הדרך. ומ"ש רו"מ שהשטיוועל שהוכרו שמכרם הנכרי הוי עוד ריעותא להח"צ איני מבין כלל דברי רו"מ כלל שכתב כיון דהשטיוועל וודאי גנבם ומכרם כו'. מנ"ל זאת. בעובדא דח"צ היה מלחמה ששובים ומפשיטים ע"ש אבל נידן דידן שנחוש שהיה ביד גזלנים וניצול או גנבים גנבו קודם מזה ואחר הוא שנהרג אדרבא ודאי זה הנהרג והרוצח לקח השטיוועל ומכרם אף שלא לקח הארבע כנפות וכתונת שאין ראוים כ"כ למכור או מיראה ואדרבה מסייע. עכ"פ אינו מגרע כלל. אולם לא הזכיר כלל שהגידו שבלכתו לדרך זה לא הי' לו כי אם כתונת זה ומכנסים אלו. גם במכנסים לא הוזכר טביעת עין. וס' אף אמצעים לא הוזכר. ואם בכתונת ומכנסים הי' סי' אמצעים שוב הי' לצדד דמהני טביעת עין של הארבע כנפות כיון דלשאלת כל בגדים ל"ח צ"ל שהשאיל הארבע כנפות למי שהי' לו כתונת ומכנסים בסי' כאלו הוי שאלה דיחיד דל"ח להח"צ וקדמו הב"ח. וסברת ח"צ

סברא טובה. והגם שבתשו' נודע ביהודה דחה דבריו לענ"ד אינם דחיות כבר כתוב לעיל בתשובה:

אולם במכנסים לא הזכירו הכרה כלל והסי' גרועים והכתונת ג"כ סי' גרועים. רק טביעת עין דאשה אפשר דמה שלא נמצא הרושם מן הצד חשיב עשוי לטעות:

ובארבע כנפות מה שלא הי' תחת הד' רק תחת ב' נראה שאינו מגרע הטביעת עין וסימנים מובהקים שאין במשמע הלשון אונטר דיא כנפות דוקא כל הד' ונראה בלשון בני אדם שגם תחת ב' יאמרו כן וכהאי דפ' בתרא דכתובות עשה סי' כו' אף דכ' שדה פלונית יכול לומר תלם א' כו' ע"ש ומה שאמר אחר זמן רב שהי' תחת הד' י"ל דאינו חוזר ומגיד כיון שעדות הראשון העיד בפני ב"ד. ואף שאינו חוזר בפי' רק עי"ז מוכחש עדותו הראשונה ג"כ חשוב חוזר ומגיד. וכמ"ש תוס' פסחים וסנהדרין דאי לאו דחקירות גזירת הכתוב כשאומר אח"כ יום החודש שעי"ז מוכחש מה שאמר יום השבת לא הי' חוזר ומגיד ע"ש וכ"כ רמב"ם בפי' המשנ' ראש השנה גבי ראינוהו במזרח כו':

אמנם נגד מה שהעיד על הסימנין פעם הראשון לא חשיב חוזר עכשיו דהא העיד סתם תחת הכנפות ועתה מפרש דבריו תחת הד' ובאמת ע"כ אין זה ארבע כנפות של ישראל דוב. ובשעת הגדת הסי' לא העיד כלל על אותו הארבע כנפות דקודם שראה אותו העיד שכך הי' לארבע כנפות של ישראל דוב. רק נגד מה שהעיד פעם א' שמכיר הארבע כנפות בטביעת עין ע"ז חשיב חזרה מה שאומר עכשיו שהיו תחת ד' כנפות ועי"ז מוכחש הטביעת עין הראשון:

והנה אפשר דמה ששאלו רו"מ אם הי' מונח בין שאר ארבע כנפות בציץ כזה אם הי' מכירו שיפה עשה שצריך לשאלו כן. דהא לעד הראשון פסק הרמב"ם ז"ל דצריך לשאלו כיצד יודע שמת כו'. וא"כ כ"ש בטביעת עין בפרט שכ' ב"ש בסי' י"ז ס"ק ס"ח לחלק בין טביעת עין דגוף לטביעת עין דכלים דדוקא צורבא מרבנן כו' ובפרט כלים שלא שבעתן העין ויצא קול שנהרג דשייך יותר בדדמי שעכ"פ צריך לשאלו על הטביעת עין ובתוספתא מבואר עדים שהעידו כו' לאסור ולהתיר עד שלא נחקרו כו' יכולין לחזור ולהתיר א"צ דו"ח. והפי' הפשוט לענ"ד דו"ח מגוף הדבר כמ"ש במשנה סנהדרין כשאומרין זה חייב לזה שואלין כיצד יודע שחייב או לוה או הודה דדו"ח זו שייך בכל עדות וכן הפי' בטור שהזכיר זה בממון ג"כ ע"ש. וממילא מהני חזרתו גם במה שפי' דבריו שתחת הד' כנפות הי' וסותר הטביעת עין מהגדה הראשונה:

ועל הטביעת עין ג"כ שמפרש דבריו שלא היה מכיר אם היה מונח כנ"ל. וכמ"ש בתשו' ב"ח כששומעין אח"כ מהעד שניכר שמה שהעיד הי' בדדמי בטל העדות ע"ש. אך י"ל

למ"ש תוס' יבמות פט"ז דף ק"כ דע"י סימנין ניכר היטב ע"ש ובפ' שפירשו דבריהם שע"י הסימן מכיר בטביעת עין ע"ש א"כ אין זה מגרע דאף שאם הי' מונח בין שאר א"כ שוים בסי' לא הי' מכיר בטביעת עין מ"מ כשיש סי' מכיר בטביעת עין היטב לא בסי' לחוד. וגם שוב אפשר דגם עדות אלי' יש לפרש כן ויש ב' עדים על הכרת הארבע כנפות דל"ש בדדמי:

אולם הסי' בארבע כנפות לענ"ד אינם מובהקין כלל. ואין רק צירוף סי' אמצעים שלרוב הפוסקים לא חשיב מובהק וכפשטא דש"ס אפילו יש סימנין כו' ומוכח מדיליף מה שמלה כו' שהקשו הראשונים ז"ל דלמא סימנים מובהקים ותי' דסתמא אין בשמלה רק סי' אמצעים. ואי צירוף חשיב ס"מ מה דייק הא יש מדת ארכו רחבו גמי' משקלו כו' וכן מוכח לענ"ד מב"מ כ"ח (כבר כתוב במקום אחר) ומ"מ יש לדחות מהרבה אחרונים דצירוף מהני ומ"מ אין לגבב כל הקולות דגם מהרי"ט לא סמך אהא דציצית כנ"ל רק לצרף סי' גוף ע"ש. ובת"ה מפורש שאין להוסיף על הני דבש"ס וסתימת הש"ע כן ואפשר ע"י חיפוש במקומות הסמוכים שיהי' רוב העוברים שם ממקומות אלו נגד הרחוקים שלא נאבד אחר. עכ"ז אין דעתי כלל להמנות להתיר והנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר:

סימן ח

על דבר העגונה שיש ג' ריעותות מפי כתב ואינו מקויים והכחשה בחקירות:

הנה כתב ואינו מקוים הסכימו ח"מ סי' י"ז סי"א וב"ש במקום עיגון להתיר. והכחשה בחקירות ב' נגד א' כ' ב"י בתשובה סי' י' וי"א דאין דבריו של א' נגד ב' ואינו פוסל כולן כנמצא א' קרוב או פסול. אך מה שיש לדין כאן דמאי דסמכינן להתיר באינו מקוים הוא רק משום דמה"ת א"צ קיום. והנה הש"ך סי' מ"ו ס"ק ט' כתב באינו יוצא מתחת יד בע"ד לא שייך כלל חזקה לא חציף לזייף דיש חשוד בעולם. וכיון שא"י מי זייף לא הוי מלתא דעבידא לגלויי כלל. וכ' שכן פי' הירושלמי דמצאו כתוב בשטר פלוני מת כו'. ולכאורה אינו מובן הלא המתיר בירושלמי הוא משום דעכשיו דמשיאין עד מפי עד משיאין ג"כ ע"פ כתבם ע"ש. מבואר דרק לענין פסול דמפי כתבם. דמקרא דע"פ ב' עדים יליף במשנה פ"ק דמכות תורגמן כו' שאין שומעין מעידי ראיה דהוי עד מפי עד ומפי כתבם. ג"כ אימעט מהך קרא דעל פי. וכשהכשירו עד מפי עד גם מפי כתבם כשר. או כמו כל הפסולין מגזירת הכתוב כן פסול דמפי כתבם כשר. אבל לפרש לענין אינו מקוים שיש חשש זיוף מה מדמי לה. וע"כ הפי' להש"ך ז"ל כיון שידוע עכ"פ שהוא כ' ישראל א"כ עכ"פ א' כתבו והחשש זיוף הוא שאחד זייף חתימת העדים. ועכ"פ יש עד מפי עד דהכותב מעיד שעדים כ' כן. וכיון דהכשירו עד מפי עד ממילא מהני בלא קיום

כנ"ל. וא"כ שוב לא מהני באינו מקוים גם בב' חתומים רק מצד דהוי כעד מפי עד דעכ"פ א' מעיד ושוב לא שייך אין דבריו של א' במקום ב'. אך הוי כעד א' מעיד ששמע מב' וא' מכחיש שנחלקו הב"ח בתשו' והג' בעל מג"ש ע"ש בתשו' פ"י סי' ט"ו בא' שמע מפי ב' שמת וא' מפי א' ולא מפי א' שלא מת דדעת פ"י דמאמינים לשניהם וממילא אין דבריו של א' במקום ב'. ודעת הב"ח דהוי הכחשה כיון דעכשיו א' נגד א' ע"ש תשו' ב"ח סי' ע"ד ונראה שגם הט"ז הסכים להב"ח. וממילא להב"ח וט"ז אין היתר כאן אף שהכותב אומר שב' העידו כן וא' לא כן. וממילא גם בהכחשה בחקירות כן דלא עדיף מהכחשה לגמרי להפוסקים הנ"ל:

אולם לענ"ד י"ל דלכאורה דברי פ"י שם נכונים כיון שהאמינו למה נימא שא' מהם משקר מהשומעים וממילא אין דבריו של א' במקום ב'. ונראה טעם הב"ח שכ' שלא הוחזקו להשיא רק באין הכחשה ע"ש. הוא משום דאיך נימא שהאומר מפי ב' אמת ששמע מב' וע"י זה אין דבריו של א' במקום ב' והב' שאמר לא מת משקר א"כ מורה זה שזה הא' משקר במה שאומר ששמע מפי ב' ולא שמע כלל והוי לענין זה חד נגד חד דאם (הב') [הא'] ששמע מפי (א) [ב] אומר אמת ע"כ א' משקר או השומע או מי ששמע ממנו. שוב י"ל שזה השומע משקר שג"כ א' ולא שמע כלל מב'. ומנ"ל ששמע מב' לדון אין דבריו של א' במקום ב' אדרבא אם העד מפי א' אמת וזה משקר במאי שאומר ששמע ג"כ רק אחד כנ"ל. וא"כ בנידן דידן שזה הכותב או המשלח המכתב אומר ב' העדיות ששמע מב' מת ומא' לא מת. דאית ליה מגו עכ"פ דאמת ששמע מב' דא"כ שתיק ממה שאומר ששמע מא' לא מת. וכיון דנאמן ששמע מב' שוב גם להב"ח אין דבריו של א' במקום ב'. וממ"נ אם אין הוא ח"י. ודאי אין דבריו של א' במקום ב'. ואם הכותב מעיד בשמם ג"כ אין דבריו של א' במקום ב' כיון דנאמן כנ"ל. וע"כ לא כ' הב"ח רק במעידים לפנינו א' מב' וא' מא' משא"כ בהנ"ל:

ובל"ז הרבה פוסקים דהכחשה בחקירות אינו פוסל בעדות אשה גם א' נגד א'. והג' בתשו' נב"י פסק כן סי' מ"א הגם שמ"ש ואמנם כו' שמחלק גם לסמ"ע דאף שבועה א"צ א"כ עדותן בטלה לגמרי וגם בעדות אשה לא יועיל ומחלק בין אומר לא כי כו' דהוי הכחשה מיוחדת משא"כ כשהכחשה ע"י שאומר מת יום אחר שהוא דבר א' ואם א' שקר הב' אמת ואינו מובן כלל איך אומר שע"י שא' אומר על הב' לא כי והב' עליו יבטל עדות שניהם הלא פשוט דעדים המכחישים אין מצטרפין. ואיך יועיל עדות שניהם שלא ישאר ע"א כיון דא' משקר אין המשקר נאמן להכחיש הב'. שוב ראיתי בנב"י הנ"ל סי' מ"ו הסכים לדינא דכשמכחישין בחקירות פסול בע"נ כדברי ב"ש וכ' ג"כ סברא הנ"ל

ע"ש. הגם דמה שפשוט לב"ש והג' הנ"ל דכמ"ש סמ"ע ביין ושמן דגם שבועה לא מחייבי כן באיזה יום לענ"ד אינו מוכרח דלרמב"ם ריש ה"ע דיין ושמן גם א"י בטל. ואף דהש"ס אמר מה בין חקירות כו' עשאי"ל ע"ש. דוקא מה שאינו גוף העדות דאי לאו משום הזמה לא הי' הזמן חשיב גוף העדות כלל. משא"כ גוף העדות כמו יין כו' וא"כ ניהו דלא הוי כע"א היינו בגוף העדות דע"כ דייקי אבל באיזה יום כו' י"ל בה דעכ"פ חשיב ע"א:

אולם באמת החילוק נכון בין חיוב שבועה דצריך עד כשר. אין חיוב אם מכחישים בחקירות משום ההיקש ב' וג' כמו א' קרוב או פסול דבטל כל העדות וכן ב' וא' מהם קרוב או פסול. משא"כ בעדות אשה מבואר בפירוש דנמצא א' קרוב או פסול אינו מבטל העדות דזה ככל הפסולין שלא מחשש שקר רק מגזירת הכתוב עכ"ז אף שכ' ב"ש בעצמו ס"ק כ"ה לחלק. עכ"ז הח"מ שם וב"ש ס"ק ס"ד הסכימו דהכחשה בחקירות פסול בעדות אשה וכן משמעות הש"ע והש"ס דאין בודקין כו' כפי משמעות הראשונים הרשב"א וריטב"א דמתני' בתר התקנה דהוחזקו להשיא עד מפי עד ופסולין ואעפ"כ תני אין בודקין וע"כ אם הוכחשו בטל. וכן הירושלמי דא"א נהרג כו':

וצ"ל דגרע מנמצא א' קרוב ופסול דאמר בש"ס סנהדרין מ"א א' אומר כו' אין זה נכון. וכתב והנה נכון הדבר כו' דהתורה פסלה הכחשה בחקירות דמורה ששקר שניהם ולכך אף שבועה לא מחייב. וכן גבי כונסין לכיפה דתלי ג"כ רק אם הדבר אמת ואעפ"כ אמר בש"ס סנהדרין פ"א ע"ב דאיתכחיש בבדיקות ולא בחקירות ע"ש. ויש לדחות קצת דעכ"פ בעי עדות המועיל בד"מ ע"ש:

וכיון דהפסול דמורה ששניהם אין נכונים. הוי כפסול עבירה מה"ת דלא הכשירו בע"א. וגרוע עוד דמורה שעדיין זה שקר ועוד דשוב הוי כדין מרומה דגם בממון בעי דו"ח. דלא גרע מה שהתורה חשבוהו אינו נכון מאומדנא דב"ד שהעדות מרומה:

מ"מ נראה דדוקא מעידים בבת אחת והכחישו את עצמם בחקירות דנצרפו בהגדה וכה"ג בטל כל העדות דאינו נכון. אבל כשהעיד הב' אחר כדי דיבור ואינו מכוין החקירות עם המעיד קודם אינו מבטל עדותו לענין שבועה. אף להפוסקים דצירוף ראיה פוסל דוקא כשהפסול אז משא"כ תחלתו בכשרות וסופו בפסול. ואף אי נפסל שם דנימא דצירוף ראי' שייך ההיקש ופוסל הפסול דהגדה מ"מ בהכחשה אין סברא כלל באחר כדי דיבור. וא"כ כאן בכתב כמו בשטר שחתומים הרבה ואחד פסול תולין להכשיר דלא חתמו יחד בש"ס גיטין וש"ע סי' מ"ה. א"כ תולין גם כאן שלא כ' יחד וכיון שא' כתב אח"כ לא נצטרפו כלל כיון דהוי כנחקרה בב"ד בשעת חתימה ואינו מבטל הכחשתו כלל כנ"ל. ואף שהיה רק ב' לא היה מבטל עדות הראשון שנאמן וכן הפוסקים דכשנכתב כדי

להעיד חשיב כנחקרה מיד וכתב גרידא לא חשוב כנחקר עד שבא לפני ב"ד אין כאן צירוף דאלו שבתורת עדות כבר העידו ועדות הא' עתה. אך לדעת הפוסקים דהכל לא נחשב כנחקר עד שבא לב"ד. או בנותנים מת"י דלא שייך כבשי'. א"כ עדות כולן בב"א ביחד. וכן הפוסקים דאין תורת שטר לא שייך לתלות להכשיר שלא כ' יחד דזה ג"כ רק מטעם עדים החתומים על השטר כו' או דמלוה דייק וזה לא שייך כאן:

גם היה אפשר בעד אחד מת וא' נהרג או בחקירות דוקא שבאו בב"א אבל בזה אחר זה נאמן הב' במיגו דאי בעי שתיק והי' מותרת ע"פ הא' וא"כ נהי דמתורת עדות בטלה כולן אבל עכ"פ משום מיגו יהיה נאמן אולם י"ל דדוקא לסלק חשש בדדמי מהני מיגו וכה"ג סילוק ריעותא אבל גוף הדבר בלי עדות להתיר משום מיגו לא מהני במקום חזקה דאשת איש. דמגו במקום חזקה לא אפשיטא. ודבר שבערוה הוא כמו להוציא ממון דלא מהני מיגו. אך עכשיו דהאמינו עד מפי עד ומגו עדיף מעד פסול י"ל דמהני ואינו מוכרח דמה שלא תקנו לא תקנו:

אולם מה שיש לחוש הרבה בנידן דידן שהרי הח"מ שמתיר באינו מקוים בשעת הדחק סיים ס"ק כ"א דוקא בכתב ישראל ולא שכיחי כותים שיוכל לכתוב כתב ישראל ע"ש. ובמקום הנ"ל אנ"ח דשכיחי הרבה רשעים ופסולי עדות דאורייתא ואפשר הרוב שיכולין לכתוב כ' ישראל. אין שום מיקל באינו מקוים דליכא כלל חזקה דלא חציף לזייף שא"י מי הכותב והמזייף וכן מוכח בש"ס דפריך דילמא צרה כו' שד כו' ועלה אמר בשעת סכנה כו'. ודייק הריב"ש וש"פ דלא חיישינן שמא נכרי משום דהוי מסיח לפי תומו ע"ש. משא"כ כאן דמכוין להתיר האשה שזה עיקר הכתב להתירה דאי נכרי אינו נאמן כלל. ודאי דחיישינן שמא נכרי וע"ז דשכיח לא מצינו כלל שבשעת הסכנה יהי' מקילין כיון דלס"ד דש"ס גם על צרה כו' דל"ש הוי חיישינן ועלה הוא דאמר דלא חיישינן בשעת הדחק. משא"כ מידי דשכיח. וכ"ש דאפשר שהרוב פסולי עדות דאורייתא ושייך שזייף ושלח המכתב ע"י הפאסט כדי להכשיל ולהתיר האשה כנ"ל. ואפשר דגם במיעוט כיון דוודאי יש שם באנ"ח רשעים ופסולי עדות. ונכתב המכתב במקום קביעותם הוי קבוע דכמחצה על מחצה. אך אנו דנין כשבא לפנינו כאן ולא ראינו שנלקח במקום הקביעות ומסופקים הוי נמצא דכל דפריש כו'. וניהו דעל פ' בעבירה אפשר דכל זמן שלא העידו עליהם רק בחזקת עוברי עבירה אין פסולין אלא מדרבנן כמ"ש הרמב"ם פי"א מהלכות עדות מי שאינו כו' ה"ז בחזקת רשע ופסול לעדות מדבריהם כו' חזקה שהוא עובר כו' וכ"כ ב"ח בתשו' סי' ק"ב וראיה מעבדים ע"ש. ובח"מ ס"ק ט' לא כתב כן ע"ש. מ"מ גם הרמב"ם הנ"ל וב"ח לא כ' רק כשדנין על אדם ידוע מיוחד דאין חזקה זו מוציאה

מחזקת כשרות מה"ת כל שלא הועד בב"ד כנ"ל. משא"כ בכתב שא"י מי כתבו והא ודאי יש בהם פסולי עדות דאורייתא אף שלא העידו עליהם וחיישינן שאותו הפסול כתבו כיון דשכיחי שפסולי דאורייתא אין העדות גורם הפסול. וגם רשעים הרבה דאין ספק דפסולין ויש שם באנ"ח מחצה או רוב אפשר:

ועוד דמה דמיקל הח"מ כ' עוד הטעם דבשלמא בשטר בעי קיום דשמא זייף המלוה אבל כאן אין חשש דאשה עצמה נאמנת רק לצרה כו' ע"ש וא"כ במלחמה דאשה לא מהימנא להרבה פוסקים כמבואר בש"ע סעיף מ"ח שייך שמא זייפה ושלחה ע"י הב"ד. גם על סברת הח"מ יש לדון דאינה רוצה לומר שמת שתתפס בשקר משא"כ בכתב שאינו יוצא מיד האשה:

גם יש להסתפק מאחר דבכתב שא"י מי הכותב לא שייך מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי כיון שלא יודע מי הכותב. והגם דבעד מפי עד שאינו אומר ממי שמע ג"כ לא יתפס בשקר דאולי המגיד כיחש לו. מ"מ כשיבא הבעל לא נתלה בראשון רק בו שלא שמע כלל מאחר. ושייך ג"כ מלתא דעבידא לגלויי לא משקרי. אבל בא"י כלל מי המגיד י"ל דלא שייך כנ"ל. וא"כ י"ל בא"י מי הכותב עיקר טעם ההיתר משום דייקא. וא"כ במלחמה דבעי בש"ס או משום דייקא לא מהני ע"א רק משום מלתא דעבידא לגלויי ע"ש. וא"כ י"ל בכתב וא"י מי הכותב ובמלחמה לא מהני לכ"ע דלא שייכי ב' הטעמים. אך לרי"ף ז"ל ושאר פוסקים דאיפשטא בעי' והטעם משום מילתא דעבידא לגלויי. ואעפ"כ משמע דפוסקים דגם בא"י מי הכותב מהני. ע"כ דהסוברים דגם שא"י מי הכותב שייך מילתא דעבידא לגלויי דאינו משקר אף שלא יתפס בשקרו. ודוחק או דאולי יוכר הכתב של מי ויתפס כנ"ל. ומה"ט ע"כ בשמעו קול איש פלוני מת דמהני. אך שם י"ל דירא שיראוהו כנ"ל. משא"כ הנ"ל. ודאי דאפשר לשנות הכתב שלא יוכר:

ועל החשש דרשע ופסולי עדות. אפשר למ"ש הט"ז דלא חיישינן אף לעכו"ם שעושה מעשה בכוונה להכשיל כמ"ש יו"ד סי' קי"ח. רק דיבור סתם י"ל דמשקר שלא בכוונה להכשיל ע"ש. א"כ גם בכתב לכתוב ולשלוח ע"י בי דואר ולזייף לא אמרינן כדי להכשיל. אך הא מפורש שהרמב"ם סובר דצריך שידעו שהוא כתב ישראל. ואל"ה לא מהני מחשש נכרי וע"כ או דלא מהני נגד חזקת א"א. ול"ד לאיסור והיתר או דגם כתב הוי כדיבור וא"כ עכ"פ לא מהני כנ"ל. ומ"מ י"ל דע"כ לא חיישי בא"י אם כתב ישראל רק בכתב לחוד. דכתב פלוני מת שייך שהכתב רק כדיבור די"ל שמשקר אף שלא בכוונה להכשיל משא"כ בחתומים עשרה עדים כנ"ל. ושמות העדים ידועים שאינם רשעים ואף אם א"י כיון שדנין עליהם שניכרים בשמותם ודאי מוקמינן להו אחזקת כשרות שעדיין יהודים.

והחשש רק דרשע זייף החתימתם שוב זה מעשה גמור כדי להכשיל וזה י"ל דל"ח גם להרמב"ם כמ"ש ט"ז הנ"ל. ובפרט לר"ן ושאר פוסקים דמסיח לפי תומו בעי קשור דברים דדחו ראיית הריב"ש דלמסקנא דבשעת הסכנה כ' אף שאין מכירין כמו דל"ח לשד וצרה כן ל"ח לנכרי ע"ש. רק דגם לשאר פוסקים דנקטינן כותייהו דא"צ קשור דברים מ"מ י"ל דבמעשה מודים כנ"ל. ואף דתנן בנכרי אם מתכוין אינו עדות. ומשמע אף שמטריח א"ע ובא כמה פרסאות וכותב כדי להעיד ג"כ לא מהני כלל היינו משום דע"כ מטריח עצמו לאיזה כוונה או להתיר או להכשיל וכמו שי"ל להתיר כן י"ל להכשיל דאין תולין לשם מצוה משא"כ כשיש ספק אם העושה מעשה ישראל או אינו יהודי שפיר תולין דישראל הוא דנכרי לא היה מטריח א"ע כלל. אך כאן האשה אומרת שאין הרבה מחתומים יכולין לחתום ואחר חתם בשבילם. א"כ י"ל על האחר כיון דע"כ א' הי' י"ל דרשע הי' מ"מ נראה דלא חיישינן כנ"ל דעכ"פ אמרו לישראל לחתום כנ"ל ולא חיישינן דרשע עשה כן כנ"ל. והא משמע שהמחבר תופס עיקר דאף בא"י אם הוא כתב ישראל כלל רק לרמב"ם צריך ע"ש. אך הטעם משום מסיח לפי תומו ע"ש. משא"כ בכותבים כדי להתיר האשה כנ"ל י"ל לכ"ע בעי כתב ישראל. רק לט"ז נראה כנ"ל. מ"מ הרבה חולקים על הט"ז ע"ש:

אמנם בהא דקי"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה מה"ת משמע כשבא לפנינו חתום ב' עדים אף שא"י מי הם כשר מה"ת אף דיש בעולם עכו"ם ופסולין כנ"ל. דהא בגט הבא ממדינת הים א"י כלל מי הם ומה"ת כשר. ועוד פ"ק דגיטין גיטין הבאין כו' ושמותיהן כשמות עכו"ם כו' דמספקינן אם עכו"ם רק משום ריעותא דשמות ע"ש אבל בלא"ה לא מספקינן. ותוס' כ' משום דאין דרך להחתים נכרים על גט ע"ש. והא עכ"פ שמא באמת לא צוה בעל כלל והאשה חתמה נכרים אי הוי בעי קיום מה"ת לא הי' מהני בפ"נ ומשמע שם מכל הפוסקים דלא חיישינן ע"ש:

וא"כ כיון שכ' רמב"ן הטעם בעדות אשה דלא מחמירין יותר מה"ת דא"צ קיום א"כ ממילא גם בשכיחי פסולין א"צ קיום. בנידן דידן שכתבו העדות וחתמו להעיד שיבא לפני ב"ד. דלהרבה פוסקים דין שטר יש לו ורק דשוב מצד הכחשה בחקירות דבאמת מפורש ברמב"ם דגם א' נגד ב' בטל מה"ת. עוד נתחדש גב"ע שהגענראל נאנח כשבאה האשה אליו ואח"כ סיפר מיתת בעלה והוי כעין חזי דבכיא כו'. עוד הי' מכתב מאנ"ח א' לאשתו לייבוש מת ונקבר וגם שלא הזכיר רק שמו. עכ"ז מורה שעל אותו ליבוש מאנ"ח שהוא ידוע לאשתו:

עוד היה מכתב מאנ"ח א' ארוך לאשתו אחרי כתבו הרבה דברים שבינו לבינה וששלוח לה ג' רו"כ ושאר דברים שאין להסתפק שהמכתב מבעלה וכתב אחרי ספרו מהפאלק

והראטי שהוא בו חי' שרה איהר מאן איז ג"כ נהרג גווארין והגידו שאין בפאלק הזה שיהיה לו אשה שמה חי' שרה רק בעלה של זו. ונראה דיש להתירה ע"פ עדות זה לבד שאין לספק ברשע כלל וגם מסיח לפי תומו הוא. ומאחר שכתב לאשתו לווארשא על הידועה לה ואין רק זו הא כמפורש שמו כמבואר בהרבה תשובות והגם שלא אמר קברתי'. להרבה פוסקים מהני ע"א וגם בש"ע פסק דלא תצא. ועכ"פ רק דרבנן ויש להצטרף כל הנ"ל להתירה לזאת לענ"ד אם יסכים עוד רב והבד"צ דפה ישבו ב"ד של ג' ביחד ויתירוה הנראה לענ"ד כתבתי:

הק' יצחק מאיר

ב"ה ג' שמות תרי"ו לפ"ק תשו' שניה בענין תשובה הקודמת

לכבוד אהו' מחו' ידידי הרב המאוה"ג חריף ובקי מהור"ר זאב וואלף נ"י אבד"ק עלקוש:

על דבריו שנית הגם שעלי לטורח כי לא היה לי פנאי להעתיק דברי. עכ"ז לבל יחשוב שאיני חושש להשיבו. הנני לכתוב בקצרה:

מ"ש בענין פסולי עדות וכתב שהוא ס"ס שמא עשה תשובה וכמו בספק מלוה ישנה ושאין חשודין לשקר רק חשוד לאותו דבר. איני מבין כל דבריו בזה. וכי א"י שיש הרבה רשעים עובדי כו"ם מחמת קצת צער וכי זה אונס וודאי דהוי עובר לכל התורה כולה גם פסול עבירה דאורייתא וכדומה לתיאבון דהוי רשע דחמס וכמפורש ב"ב קנ"ט ובש"ע דברשע בעינן הוחזק כו' בב"ד ובקרוב לא בעי:

ולדבריו פ"ב דכתובות לרש"י ורי"ף גבי משחתמו אין מעידין עליו למה משני דאמרי יודעין דעביד תשובה. בל"ז כשר מטעם ס"ס כיון דהוי תרי ותרי ואעפ"כ כן אין מעידין דבטל ועד כו'. ובאה"ע סי' מ"ב דאין חוששין לקדושין כלל בקידש לפני פסולי עדות. ואף המחמירין שמא עביד תשובה כבר כת' ח"מ וב"ש דוקא ביודעין שעשה תשובה אח"כ עכ"פ וגם בזה חומרא בעלמא וכן מפורש בר"י מינץ ורמ"פ ע"ש. וב' כתי עדים המכחישין למה לר"ח פסולין נימא ס"ס ולר"ה רק משום חזקת כשרות כמבואר בכל הפוסקים. וזהו שכתבתי שבידוע מי המעידים אפשר דמוקמינן להו בחזקת כשרות שלא נפסלו כיון שיש כשרים ופסולין כהך דר"ה דק"י זו באה בפני עצמה ומעידה אף דמחצה פסולין. ואף על פי כן גם זה אינו ברור כ"כ דשם מעולם לא היה שם פסול עליהם. אבל בידועים מחללי שבת וכה"ג בפני אנשים ויש בעיר מחצה כשרים ומחצה פסולין שנכשיר עדות מהם. ומ"מ י"ל דדמי להנ"ל ואין להטיל חומרא על העגונות שלא נוכל להשיג עדות אחרים. אבל עכ"פ בכלל ידעינן ודאי שיש בהם רשע גם פסולי עדות דאורייתא. ובי"ד סי' קי"ח וסימן ק"ל במקום שמצויין רשעים כו' אין כ' סימן אלא מי

שמכיר כו'. ומהרי"ט בתשו' סי' י"ב בגבינות ויש לו כתב הכשר כו' אפשר שרשע זייף לו הכתב כו' לא מטעם עדים החתומים על השטר כנחקרו כו' ואין תורת שטר עליו כו' אלא מ"ש לסמוך כיון שהחתומים שם ידועים אצלינו אף שאין החתימות ידועים כו' לא מרעי נפשייהו לכתוב ולזייף בדבר שעשוי להתברר כו' ויאבד אומנתו כיון שמלאכתו בכך כו' ע"ש. דאף באיסור קל דרבנן לא סמך אלא משום אומן לא מרעא כו' וידוע מי המביא הכתב שיהיה נתפס בשקרו ואיך נקל באיסור אשת איש. ולזאת אף שכ' רו"מ שמכירין העדים החתומים שהם בחזקת כשרות. אבל עכ"פ לא משקרי נודע שכתב ישראל כו' כיון דיש רשעים כמו שם דלא חשיב היכר וסימן:

ומ"ש על מ"ש בט"ז לעשות מעשה תמה דגם בדבור אינו חשוד. א"י הלא מיד לפי תומו נאמן וכששואלין אותו אינו נאמן ע"כ דחשדינן ליה לשקר בכוונה ביודע שצריכין לתשובתו או שאין נ"מ אצלו בין שקר לאמת וכמו שעולה על רוחו אומר. וזה כוונת הב"ש ס"ק ל"ח שמחלק בין כל השומע כו' דחשיב ליה כמעשה שינוי לשנות בשם הבעל. ובין מת פלוני. וכ"כ מהרש"ל בישו"ש ביצה הובא א"ח סימן תקי"ג במ"א שם לעשות מעשה כמ"ש ע"ש:

וא"י איך כותב רו"מ שב"ש סובר כט"ז במה שחולק בהדיא דהאי דמת פלוני. וכתב לא חשיב ליה רק כדבור דבאמת אין סברא שדבור לא יועיל וכתב יועיל רק לזייף חתימת עדים י"ל דדמי למעשה כנ"ל ואינו מוכרח:

ומה שהקשה רו"מ על הב"ש כיון שכת' דעדים החתומים כו' מה בכך שהוא כתב נכרי כיון ששמות כשמות עדי ישראל חתומים עליו. איני מבין קושיתו הא ודאי דלהרב המגיד והמפרשים בדברי רמב"ם שגם באינו מקוים וא"כ איך כתב והוא שידעו שישראל כתבו ובמה יודע וע"כ או ידוע שיכתב מקום שרוב ישראל או דלא שכיחי נכרים דידעו לכתוב כתב ישראל כמ"ש בי"ד סימן קי"ח וק"ל. ולכך כיון דכתב ישראל מהני או משום עד מפי עד כמ"ש דהוי כמעיד ישראל שב' חתומים. או דעדים החתומים על השטר כו' מהני מה"ת. אבל בשכיחי נכרים או רשעים דידעו לכתוב כתב ישראל או שכתוב וחתומים כתב נכרי חוששין שהכל כת' נכרי וכ' וזייף חתימת עדים שרצה איזה שמות שרצה. ורו"מ כתב ושינה בשם הב"ש דכתב דנכרים פסולין אף שאומר אמת באינו מסיח לפי תומו. איני יודע אנה מצא זה ורו"מ בעצמו חולם ופותר. גבי ערכאות כתב הר"ן דאף שידוע יש גזירת הכתוב ג"כ אבל בע"א ודאי אם היה ברור שאינו משקר היה נאמן. ורו"מ כותב בנכרי ובפסולי עדות דחמס שאינו מחשש שקר. מה שמבואר בש"ס וכל הפוסקים להיפוך. ואפילו גוף הדין דיו"ד סימן קי"ח שאינו חשוד להחליף ולהכשל ג"כ

רשב"א חולק וגם לתוס' הטעם רק דלמה יחליף מה שאין לו תועלת רק דנימא דתועלת לן להכשיל לא אמרינן. וגם בזה נראה דוקא בכה"ג שלא יודע שהכשיל ואצלו שאין מאמין מה עושה לישראל. מה שאין כן כשיודע ויצערו. ומה"ט נ"ל דנתחבטו במאי דמסיח לפי תומו נאמן בטעימה. ולהרבה פוסקים דוקא קפילא משום לא מרע אומנתו. ולא כתב דבמלתא דעבידא לגלויי מיד שיאכל הישראל יהיה נאמן והוא כמ"ש דבזה רוצה להכשילו שיאכל ולא שייך עבידא לגלויי כיון שזה כוונתו כנ"ל. ולכך כתב הש"ך ז"ל סימן צ"ח סק"ב הטעם רק דאיכא למיקם עלה להטעימו לקפילא ע"ש ולא משום דיטעום הישראל כנ"ל ודלא כפר"ח:

והיה אפשר דכמו דקי"ל אף במה שנהנה בחליפין מ"מ חותם בתוך חותם מהני ופירשו דחד חותם טרח וב' לא טרח ומזייף ע"ש. א"כ י"ל ב' חתימות עדים משונה א' מהב' חשוב כחותם בתוך חותם. אך גם ז"א דמשמע בש"ע שם במקום שמצויין רשעים לא מהני כמה חתימות. גם שמא ב' רשעים כ'. גם אין לדמות ע"א לאיסורין במה שלא מצינו: ומ"ש על מ"ש דאין הוכחה לדעת הר"ן דבעי קישור דברים שלא נחוש לנכרי. דעכ"פ ספק הוא והוי ס"ס. ודחה רו"מ דרוב נכרים לא חשיב ס' ישראל אלא ודאי מוכח דסובר כדעת הט"ז דאינו חשוד להכשיל ודאי ישראל. איני מבין שעושה רו"מ את עצמו כמו שאינו שומע מה שאומר. איך דייק דלא חשיב סימן משום הרוב רק ודאי עכ"פ אינו מוכח דזה הטעם דאינו מכשיל רק דמשוי לספק נגד הרוב נכרים לא לודאי כמ"ש רו"מ דמשום דאינו מכשיל נאמר מסתמא ישראל. ועוד מנ"ל דמיירי ברוב נכרים באותו עיר והמקום וזה נראה הטעם דדייק ריב"ש מקו' הש"ס ולא מהתירוץ וכן הרלב"ח הובא במשנה למלך דחה כנ"ל. משום דלס"ד דחייש לצרה דל"ש הוי ליה למיפרך דלמא נכרי דשכיח טפי אף דרוב ישראל. משא"כ למסקנא כמו דל"ח לצרה דלא שכיח כן לנכרי דמיירי ברוב ישראל. ועוד מנ"ל דלא מיירי שאמר בלה"ק בלשון המשנה פלוני בן פלוני מת והוי סימן כמו כתב. וכדכ' כי פי כו' וכמ"ש תוספות יבמות פרק י"ז דרוב הבאים בחזקת ישראל ישראל הן אף דרובא דעלמא נכרים ע"ש. ובאמת אין להוכיח מדיוקים נגד דברים המפורשים והח"מ כתב בק"ע להלכה דדוקא בלא שכיחי דידעי לכתוב כ' ישראל כנ"ל אז מקיל במקום עגון דוקא ומ"ש על מ"ש בעד מפי עד ג"כ הא מלתא דעבידא לגלויי שבתשו' נב"י תפס במושלם דלא הוי בעד מפי עד עבידא לגלויי אף שהגיד ממי שמע ושכן כוונת הרמב"ם. אתמהא איך אפשר לומר כן ולמה לא פשיט בש"ס הבעיא דנאמנות ע"א אינו משום עבידא לגלויי מדהוחזקו להיות משיאין עד מפי עד. ועיקר ראיה שלו מהא דעמשא כו' שמואל וב"ד קיים ע"ש אינו כלום במחילת

כבוד תורתו. דמשני שפיר על דבעי לאכרוזי עלי' דלזה נאמן עכ"פ להמתין עד שיתברר לשאול לשמואל דגבי שליח ואחוי ע"א נאמן ג"כ ומהני מלתא דעבידא לגלויי להיות נאמן להמתין על הבירור. ובממון גם כה"ג לא מהני ב"ב פ' חזקת הבתים מייתינן אגרתא דלית הילכתא כרשב"א. לכי תיתי מכל מקום באיסור סמכינן ועוד י"ל ובל"ז ג"כ כיון דבתורת ת"ח שאמר אחר מעשה כו' א"כ כיון דשמואל וב"ד קיים וכשיתברר דפסולה יצטרך לגרש ויתבייש יותר אינו נוגע כלל ע"ש. ובפי' דברי הרמב"ם וגם בסברא הנ"ל אישתמיט ליה שכבר קדמו תשב"ץ באריכות הרבה גם חילוק הנ"ל בין עד אחד לעד מפי עד. והריב"ש גדול ממנו ולא ראה דבריו ודחאו בראיות ברורות עי' שם והי' נראה מש"ס דבכורות:

והנה בעיקר הדבר לא מבעיא להפוסקים דהיכא דאין לו דין שטר ול"א ביה עדים החתומים על השטר כנחקרה בעי קיום מה"ת כמ"ש ש"ך סימן מ"ו ורבינו ירוחם הובא ב"י ח"מ סי' ק"י שסובר כן בדעת הרא"ש וטור. א"כ בעדות אשה לרוב הפוסקים זולת ר"ת אין לו דין שטר כלל והרמב"ן במלחמות פ' ד"א מפורש כן ורשב"א בתשו' סי' אלף ר"י ושאר פוסקים הגמ' דיבמות ולענ"ד גם רמ"א פסק כן באה"ע סימן מ"ב שכתב סתם מצאו כתב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כ"ז שאין השטר מקוים אין לחוש לקדושין כלל דמשום שאין לו דין שטר ול"א עדים החתומים כו' בעי קיום מה"ת. והב"ש שפי' דכיון דאם מודים ודאי כו' רק דא' אומר מזויף ומה"ט בעי קיום מה"ת. לענ"ד אין לשון רמ"א סובל פי' זה שלא הזכיר כלל שא' אומר מזויף. וכי לא משכחת בקטנה שא"י כלל ובשטר עדות שקיבל אבי' קדושין ואינו כאן או מת ואעפ"כ סתם דאין לחוש ואיך לא יזכיר רמ"א עיקר הטעם דטענה מזויף. ולכך נראה דסבר כנ"ל כיון דראיה שנתקדשה אינו רק עדות. וא"ל דין שטר להיות שייך עה"ח כו' צריך קיום מה"ת כנ"ל. וכן משמע מהקולות שבקיום שלא בפני בע"ד וכה"ג דאינו מחלק הרמ"א כלל בין טוען מזויף או לא. [עד כאן מצאתי]:

סימן ט

על דבר העגונה שיש ב' ריעותות מפי כתבם ואינו מקויים:

הנלע"ד מ"ש רו"מ דרש"י מודה בב' עדים דיכולין לשלוח כת"י לב"ד בתוס' ב"ב מ' מפורש לא כן וכן טור וש"ע ח"מ ס' כ"ח וכן רש"י גיטין ע"א דל"ד לשטר דאורחי' ע"ש. ומ"מ לענ"ד בשטר גמור רש"י ז"ל מודה דמה"ת וטעם דברי רש"י שאינו מובן מה מהני דאורחי' וי"ל דסבר בכל דבר שבתורה בעי כי אורחי' אכילה כדרך הוצאה דשבת כדרך הוצאה ולכך אם לא יגיד כדרך הגדה ואין דרך הגדה בכתב ופסול משא"כ הגדה דבשטר

לראיה אורחי' בהכי והוי הגדה כנ"ל. ובג"א פי' דחשוב מעשה ע"ש ואין נ"מ כ"כ בזה כי לא נכריע בין הראשונים ז"ל וספיקא הוי. גם לשון תוס' ב"ב שם משמע דלר"ת גם שאינו מוכר מהני ע"ש. ובירושלמי הנ"ל מפורש דמאן דפוסל גם בשטר גמור דב' עדים ג"כ פוסל דיפה כח שטר כו' ממשועבדים כו' ע"ש וצריכין לדחוק ליישב הירושלמי לר"ת ז"ל ומ"ש רו"מ דבזה בעי קיום מה"ת הן דברי הש"ך סי' מ"ו ס"ק ט' במוצא שטר כו' כיון דאינו יוצא מת"י אדם כו' לא שייך לא חציף לזייף והיינו הך דירושלמי מצאו כתוב כו' ע"ש והגם דלכאורה לא מתפרש מאי דאמר טעם המתיר עכשיו דמשיאין עי"א גם ע"פ כתבם כו' כיון דמטעם חשש זיוף פוסל אך הפי' כיון דידוע שהוא כ' ישראל לרמב"ם ז"ל א"כ עכ"פ א' מעיד שב' עדים החתומים מעידין שפלוני מת יהיה הכותב מי שהוא והוי עד מפי עד דכשר כנ"ל וא"כ כיון שהוא רק בתורת עד מפי עד פסול מה"ת. ובאה"ע סי' מ"ב בשטר ק' ולא נתקיים אין לחוש וב"ש כ' שם לחלק מהא דמצא כ' בע' אשה משום דאין טוען מזוייף. ובידוע שהוא כ' ישראל א"צ לכך וע"כ בא"י ומשמע דמיקל גם בזה בלא קיום. ומ"מ הא ח"מ וב"ש הסכימו להתיר במקום עגון בלי קיום והיינו ג"כ כע"א מפי ב' והרי הסכימו לצ"צ בא' מפי ב' כשרים א"צ קברתיו:

אולם מה שיש לחוש לענ"ד שח"מ כ' דוקא בלא שכיחי כותים שידעו לכתוב כ' ישראל ובאנשי חיל יש הרבה רשעים ופסולי עדות כו' כמבואר בתשו' אחרת. ומ"מ נראה דאין לפסול עדות אנ"ח כיון שיש הרבה כשרים כראוי אוקמינן להו אחזקת כשרות כיון שדנין עליהם והיינו בידוע שהוא חתימת ידן משא"כ באינו מקוים כנ"ל. גם אפשר לצרף דלהר"ן דבעי ק"ד ע"כ ליתא הא דשעת הסכנה דל"ח לנכרי אף דשכיח. מ"מ י"ל דספיקא הוי בלי ק"ד גם להר"ן וא"כ ספק ספיקא שמא ישראל ואת"ל נכרי שמא מסיח לפי תומו משא"כ בוודאי מתכוין להתיר כנ"ל:

גם הטעם שכ' ח"מ דמי יזייף לא שייך במלחמה דא"נ בלי קברתיו. אך י"ל כמ"ש הפוסקים במסיח לפי תומו אף דיכול להיות ששכרתו להגיד לפי תומו ומ"מ אין חוששין דכיון דכמו שהעדות לפנינו כשר. גם י"ל כמ"ש בתשובה מיימונית אך להרי"ף כו' וקשה בעיני לגבב הקולות נגד ח"מ וב"ש כיון דשכיחי רשעים יודעים כו' והלשון שהעתיק רו"מ בפנינו כו' י"ל ב"ד ויש לצרף הפוסקים דמעשה ב"ד לא בעי קיום. אך ח' רק ב' גם לשון אשת כו' מרוח וניכר שבור כותבו ואינני מתיר ולא אוסר אם תמצא רבנים מתירים איני מערער וצירוף מכתב הפאלקאוויניק לבארמינשטר נראה שהי' הכוונה להתיר ומה מהני ג' ג' באם מתכוונים ושיהיה לזה דין ערכאות אינו נראה וכשנאבד או ברח במלחמה יכתוב שמת גם אחשוב שאפשר לכתוב לשם. הק' יצחק מאיר:

סימן י

לכבוד אהובי ידיד נפשי הרב המאה"ג חריף ובקי מוה' נתן נ"י אבד"ק לוטרמרסק.
לא היה לי פנאי כלל וכמעט מתי שהתחלתי לעסוק נזדמנו לי מניעות עכ"ז לאשר היה עיכוב הרבה דחקתי ולקחתי מעט פנאי:
על דבר העגונה. הצדדים להתירה א' ע"י אמירתו בפני אנשים שהוא מאזערקאוו. שיועיל חיפוש כמ"ש ש"ע סי' י"ז ס' י"ט שכ' ב"ש דמשמע אפילו אינו מזכיר שמו כלל כו' אא"כ מעידים שיצא א' מתושבי עיר זאת אז מחפשין כו'. וא"כ כיון דאמירתו דרך שיחה ג"כ מהני כמבואר בפוסקים מהא דיוחנן כו' אר"י כו' והלשון שהוא מאזערקאוו ולא שבא משם. משמעותו מאנשי עיר אזערקאוו ומהני חיפוש וכיון שהרב דשם כתב שיודעין שזה זמן יותר משני חיי ר' ישראל הנ"ל לא נחסר אדם משם. והגם דאנו חוששין לאחר ואינו מועיל זמן שני חיי ר' ישראל. מ"מ אחר שמעידין עכ"פ על ל"ה שנים כמ"ש בהפאס שני חיי הנ"ל. ומי שנתלש מעיר ל"ה שנים אין דרך להיות נקרא מאנשי עיר:
והגם שנראה שהרמב"ם והטור הוסיפו תיבת עמנו. דבתוספתא שהביא הרב המגיד הובא ב"י תני אפילו אמרו אחד יצא מעיר פלוני מפשפשין באותה העיר כו'. והם הוסיפו יצא עמנו כו' משמע דמפרשין התוס' כן דידוע הזמן אבל סתם יצא לא מהני חיפוש שא"י הזמן. מ"מ י"ל דהיינו דוקא סתם א' יצא מעיר פלוני ובעינן שיהא משומר כמ"ש ב"ש ושייך שמא יצא זה זמן רב ומאין ידעו כיון דהחשש גם על מי שאינו בן עיר. משא"כ במעיד אחד שהוא מאנשי העיר י"ל דמהני חיפוש. והא ת' מהר"מ הובא ב"י אחר שהנכרי לא העיד כו'. אלא אמר היהודי מעיר פלוני בסתם יבדק שלא יצא מאותו העיר שום יהודי הדר שם שלא חסר כ"א כו' עיי"ש הרי מפורש דגם בסתם מהני חיפוש. והא נראה דהגם שכתב בק"ע שמהריב"ל כתב דתשו' הרא"ם סתרי אהדדי ע"ש. מ"מ מאחר שלא ראו תשו' מהר"ם מאחר שלא הביאו הי' פשוט לפסוק כמותו שהוא עמוד שכל בית ישראל נשען עליו. כמ"ש רמ"א ח"מ סי' כ"ה בספר שאינו מפורסם. ובימי הרא"מ לא הי' נדפסים תשו' מיימוני. שוב ראיתי למהרח"ש שכתב שהגם שמהריב"ל תופס עיקר כאותה תשובת רא"מ דמהני חיפוש מ"מ הגם שירא ואין דעתו מכרעת נגד מהריב"ל עכ"ז קולא יתירה ע"ש. ואח"כ הביא תשו' מהר"ם שבכתביו שמפורש דמהני וכו' אלא שלבי הומה לי דאולי קיצור לשון יש בהך תשובה. ואפשר דגופא דעובדא הוי שהזכיר זמן יציאתו באותו שבוע כנ"ל דאל"כ קשה היך פריך רבא א"א יבדק כל העולם כו' הא כשיבדקו שלא נודע מעולם אנדרולינאי אחר בנהרדעא חוץ מבעלה של זו סגי ע"ש. והנה מ"ש אולי קיצור כו' לענ"ד יש להפליא עליו שהמעתיק תשו' מהר"מ

והב"י שהביא דבריו יתנו מכשול לפני המעיינים. ולחסר דבר שעיקר ההיתר תלוי בו. וקושייתו לפי פי' רוב המפרשים אינו קושיא כלל שמפרשים דא"כ ניחוש לב' נהרדעא ותיבדק כל העולם ומוכח דבלא הוחזק לא חיישינן וממילא למאי דקי"ל כרבא ל"ח לא לב' עירות ולא לאחר שלא נודע כשמחפשין שזה יודעין שנאבד ועל ידי החיפוש הוי כלא הוחזק. וגם בגט פסק רמ"א סי' קל"ב כשהוזכר שם העיר אף דשיירות מצויות לא חיישינן לב' ששמותיהם שוים והגם דב"ש תמה היינו בגט דבעי תרתי משא"כ בעגונה דלרוב הפוסקים סגי בחדא לטיבותא:

אך מפירש"י שם פ"ב דיבמות לכאורה מוכח דלא כב"ש דפי' יבדק כל העולם שמא אנדרולינאי אחר הי' בנהרדעא והלך לו. והא כתב שהוא מנהרדעא ואם אחר שלא מבני העיר אינו נקרא שהוא מנהרדעא רק שמא מבני העיר וסגי בבדיקת נהרדעא לחוד. ומוכח דהגם שאומר שהוא מעיר פלוני יכול להיות שאינו מתושבי העיר. אך י"ל דהיינו לרבא דהוכיח אי חיישינן בלא הוחזק ע"כ החשש שמא יש אחד וא"י לבני העיר שרוצה לדור שם וקורא עצמו מבני העיר ואינו ידוע וכה"ג ממילא יש לחוש ג"כ שלא יועיל הבדיקה מה"ט ומוכח דלא חיישינן בלא הוחזק כנ"ל ואביי באמת מחלק דמהני בדיקה כמ"ש רש"י להדיא שם וא"כ בין לאביי ובין לרבא מהני בדיקה כנ"ל כ"ש בעגונה כנ"ל:

גם בתשו' רא"מ נראה כהריב"ל של מעשה בב' תשובות פ' דמהני חיפוש ותשו' הסותרת הוא פלפול לשואל ע"ש. ולרא"מ ולריב"ל דמהני חיפוש משום שיצא בעלה של זו. א"כ היה כאן זמן מועט אחר שיצא מאזערקאוו עד שנפטר אולם דבריהם תמוהים מאוד מה שייכות זמן יציאת בעלה כיון דחוששין על אחר ואולי זמן רב וכבר תמה מהר"א ששון ושאר פוסקים מ"מ הדבר רחוק שיהיה דבר פשוט נעלם מהם:

והנה ראיתי שוב לגדולי זמנינו ה"ה בתשובת בית אפרים אה"ע סי' ל"ב כתב שאלה הנ"ל. ולא רצה להתיר ע"ש שהביא תי' על קושיא הנ"ל בשם ס' עצי ארזים. דמדינא בלא חיפוש י"ל הך דאבד הך שנמצא דקי"ל כרבי רק מה דאפשר לתקן בחפוש מחמרינן. משא"כ אם נחוש לקודם אין לדבר סוף ולכך סגי מיום שיצא ע"ש. והגם דלכאורה אין טעם לחלוק החפוש מזמן יציאת זה וכיון דאין טעם איך נחוש על מקצת. והוא נגד משנת אין חוששין כו' וריש יומא מ"מ אפשר כיון דפ"ק דפסחים וב"מ פרק אלו מציאות דאזלינן בתר בתרא משמע דהגם דתלי טעמא במה שעשוי להתכבד בכל יום. מ"מ לא הי' לו להזכיר כלל במה שבתר בתרא ומשמע דהך סברא לחוד אף דלא היה מהני מצטרף שוב מה שהוא בתרא. וע"ש ב"מ ברש"י דמסתמא חפשו הראשונים כשיצאו ואף דגם האחרון יצא ג"כ לשיטת רש"י ז"ל ולא מצא בחיפוש מ"מ תלינן בבתרא וא"כ

י"ל דכיון דסתם אדם יש לו קרובים ומחפשים אחריו כשנאבד תלינן ג"כ בבתרא היינו זה שנאבד זמן מועט עד שנמצא משנאמר על אחר שנאבד קודם והזמן רב יותר מאבדתו עד המציאה. וזה שאבד אח"כ עדיין לא נמצא אף שמחפשין אחריו:

ומיושב דברי רא"מ בידוע מתי יצא סגי בחיפוש מיום שיצא דאזלינן בתר בתרא. וכן מיושב התמיהות שעל תשו' מ"ב ושאר גדולים בס' ג' ימים דכ' ג"כ מיום שיצא בעלה דתמהו כו' ולהנ"ל אתי שפיר גם תמיהות נו"ב בהא דדגלת אנסבה בתר ה' יומא דהיינו משנטבע ומה שייך הא הספק על אחר. וכן בש"ס גיטין וב"מ איזהו לאלתר כו' שלא עבר שלא שהה כו' ובמה נסתלק הספק על אחר מקודם במה שהוא לאלתר מזה הא אם הי' מחזיקין שזה בלא"ה היה כשר. ולהנ"ל א"ש דבתר בתרא אזלינן כיון שהספק על קודם לא אח"כ:

אולם הרשב"א גיטין הקשה זה ותי' די"ל אם איתא דמהראשונים נפל הי' מוצאו זה שעבר ע"ש ולענ"ד שזה באמת הטעם דבתר בתרא דהוי ממש כמו שם ב"מ במשכירו לג' בני אדם שכתב רש"י אם אבדו הראשונים היו מוצאים האחרונים. ואף שזה האחרון יצא גם כן וחיפש ולא מצא מ"מ הוי ב' לא שכיח שלא מצא אותו שאבד כשיצא וגם השני האחרון לא מצא כשחיפש כשיצא ותולין יותר בלא שכיח אחד ששל האחרון אבד ורק פ"א לא נמצא בחפוש משנאמר על ב"פ וכן בגט לאלתר שתולין באחרון ולא מצא עד עכשיו משנאמר שהראשון נאבד קודם ונמצא עתה והב' עדיין לא נמצא בחפושו תולין יותר שזה הוא משא"כ אם החשש על אחר אבידת גט זה י"ל שבאמת חפשו ומצאו גט של זה ועתה נמצא גט של האחר. עכ"פ משמע מדבריהם דבלא"ה רק בחד מלתא דלא שכיח שאין חילוק בין נעשה מקודם או אח"כ לא אזלינן בתר בתרא. מ"מ מש"ס אין הכרח די"ל דהוי קורבא דזמן כמו קורבא דמקום או כמו שדנין על דבר מיוחד הוי חזקה מכח רובא שמצא אח"כ מהרוב כן בנעשה מה דלא שכיח אמרינן גם כן שנעשה אח"כ. רק נמצא בהר הבית. או בשוק שאין מתכבד יש רוב הזמן נגדו ותולין בשאר ימות השנה. ועדיף מקורבא וחזקה. רק כשמוכח כנ"ל משא"כ כשאין רוב. י"ל דגם בהנ"ל אזלינן בתר בתרא. ומדברי רש"י ריש נדה ג' משמע קצת ס' בכתמים שפי' פירכא דש"ס על הואיל ומרגשת למה מטמא למפרע. אולם בתוספות מפורש דלא כנ"ל שתמהו כיון דגם עכשיו חזיא בלא הרגשה י"ל מקודם ע"ש וכן בכמה דוכתין משמע דלא אמרינן סברא הנ"ל כשאינו על דבר מיוחד הנ"ל:

ומה שכתב בנו"ב ס' מ"ו דע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג אלא באדם הנכנס אבל לא לטהר השדה. לענ"ד משתמט לר' דאמר פ"ב דכתובות כ' ע"ב עילה מצאו וטיהרו א"י פי' ר"ח

והערוך הובא בתוס' שם צלע מצאו ותלו הטומאה באותה צלע והשאר טהרו ע"ש שהי' מוחזק שיש שם טומאה וע"י שמצאו צלע תלי' שזהו שאבד וטהרו השאר ע"ש בשיטה מקובצת לשון הריטב"א ז"ל ושיטה הישנה הפי' כנ"ל. ומוכח שטיהרו המקום. גם מוכח דסתמא דש"ס ס"ל כרבי דהיינו הך שאבד הך שנמצא כו' לפי' הנ"ל. גם מ"ש בנו"ב שם דרשב"ג פליג רק על הנכנס דא"ל חזקת טהרה אין נראה כלל אם השדה בחזקת טומאה והנכנס יהא טהור כיון שוודאי נכנס והר"ש פרק י"ח דאהלות כתב דמדאורייתא ברה"י טמא באבדה בה קבר ואדרבה י"ל רשב"ג דפליג כיון דנקיט תבדק כל השדה י"ל רק משום דאפשר בבדיקה משא"כ בלא אפשר י"ל דמודה לרבי. וכן בבכורות לישנא דר"י יבוקר כו' משמע משום דאיכא לברורי:

גם מ"ש לדחות דברי ש"י שהרבה הולכים שם ע"ש מה בכך כיון שא"י אחר שנאבד והרי הרמב"ם מצרף מה שאבד זכרו לירד לנחלה ע"ש. גם מה שדחה בס' ש"ש דלא שייך היינו הך שאבד חי והנמצא מת ע"ש. ג"כ אינו דחיה כמו בתינוק שדרכו לפרר לא הוי שינוי ואמרינן היינו כו' כן בנמצא מת שיודעין שהי' בוודאי חי בין שהוא זה בין שהוא אחר וממילא מה שמת הוי כדרכו לפרר דאמרינן הך שאבד כו'. וגם בעובדא דידן שאמר כשהיה חי שהוא מק' אזערקאוו. ואז היה שייך היינו הך שאבד והוחזק שזה הוא ממילא אף שמת אח"כ שייך כנ"ל. אולם טעם ב' שכתבו לחלק הוא אמת דשם היה בחזקת בדוק רק שאבד בה קבר א' א"כ כשנמצא א' שוב על השאר חזקת בדוק כמקודם דנסתלק הריעותא ורשב"ג דפליג הוא משום דניהו דמתחילה לא מחזקינן טומאה מספק אבל כיון דאבד בה והוא בחזקת טומאה שוב צריך בירור לטהרה. והיינו דפריך ומי מחזקינן טומאה מספק כו' והאמר ר"ל עילה מצאו כו' וא"כ בעובדא דמבי"ט כתב שפיר לחלק דהגם דידעינן שבעלה הלך בדרך זה שנמצא אחד הרוג ואחר אין יודעין מ"מ אינו בחזקת שלא הלך אדם אחר לשם כיון ששיירות מצויות כנ"ל. אבל בנידן דידן ועובדא דרא"מ ותשובת מיימוני שיודעין שמעיר פלוני הוא המת וא"י מי שחסר או נאבד מעיר זו כי אם בעלה י"ל שפיר שהוא בחזקת שלא נאבד אדם מהעיר שלא יהי' ידוע דהא בלא הוחזקו ב' יוסף בן שמעון דל"ח בגט וכן תוספות ריש פרק כל הגט הקשו כיון דאין מוציאין לר"מ אין מוכח מתוכו ותי' דבלאו הוחזקו חשוב מוכח כו' ע"ש. וא"כ גט שאין בו זמן דכשר ואמאי ניהו דלא הוחזקו אמרינן מסתמא אם היו יוסף בן שמעון הי' ידוע אבל על זמן רב קודם הי' עוד יוסף בן שמעון שיצא מכאן. ואם כן כל גט שאין בו זמן יפסל שאין מוכח מתוכו מי הוא המגרש ומן התורה בעי מוכח אי עידי חתימה כרתי לשיטת תוס' והרבה פוסקים. גם מה פריך למה תקנו זמן. וכן בשטר קידושין וכה"ג.

וכן שטר חוב דגבי מב"ח באין זמן ניהו דעתה לא הוחזק אחד כשם הלוה אבל שמא השטר זמן רב קודם והי' אז אחד בשם זה שלוה. וכן בהאי גיטא דאשתכח כו' והמביא גט כו' לא חלקו כלל באין ש"מ ולא הוחזקו בין יש בגט זמן או לא לענין דיעבד כו'. וע"כ דגם על זמן הקודם לא חיישינן כיון שזה ידוע לנו עתה ואחר אינו ידוע לנו אין חוששין על זמן הקודם שמא היו וא"י לנו כנ"ל. ובכתובות כ' תלוליות הקרובות כו' חדשות כו' ישנות כו' לפירש"י ז"ל כשקברה נפל סיפרה והי' ידועות וסמכינן על זה כשהוא פחות מששים שנה שהי' זוכרין בני העיר אף שהוא מילתא דלא רמיא עליה כדאמר בש"ס וגם הוא רק סיפור דברים ואמרינן דמסתמא כיון שאין בני עיר שזוכרין לא הי' כלל ע"ש. אם כן מהני החפוש והחקירה והכרזה בעיר גם על זה זמן רב כשא"י להם שאבד א' מסתמא לא נאבד. אך יש שם הרבה פירושים. ולפי' תוספות והרמב"ם בחדשות וישנות שהי' קרוב כו' אין ראיה משם. עכ"פ הרא"מ ומהר"י בן לב ופשוט תי' מהר"מ במיימוני דמהני חפוש. הגם שי"ל דווקא שאומרים מעיר פלוני שיודעין של איזה עיר מעידים כנ"ל מה שאין כן בסתם עיר ששמה כך די"ל לב' עיירות דחיישינן לב' שוירי. דז"א דמבואר ס"ס קל"ב גם בגט דאם הוזכר שם עיר כו' אף דש"מ כו' דאין חוששין לב' עיין שם. ואף דב"ש ס"ק ד' חולק היינו משום דבגט בעי תרתי ולא סגי בלא הוחזקו לחוד משא"כ בעגונה לרוב הפוסקים כהרא"ש דסגי בלא הוחזק לחוד ל"ח לב"ש כיון שלא הוחזק הגם די"ל דמאי דמהני חיפוש הוא ג"כ מטעם דע"י החיפוש הוי כלא הוחזק ואם כן י"ל דווקא עיר פלוני דרק חשש אחד. משא"כ בסתם עיר ששמה כך דיש חשש ב' עיירות גם כן ורק משום לא הוחזקו י"ל דתרי קולא לא מקילינן גם בעגונה. והכי דייק קצת לשון הש"ע מעיר פלוני ולא כתב העיר ששמה כך. אך נראה דז"א דביבמות קט"ו וגם לאביי דחייש לב' יצחק מ"מ מהני בדיקה דמייתי מגט דאמר תבדק נהרדעא כולה כו'. והגם משום דאיכא תרתי דלא הוחזק וגם בדיקה יש בירור יותר. אם כן מאי דחי רבא אם כן יבדק כל העולם כו' ופי' הפוסקים שמא יש עוד נהרדעא דלמא חד חשש לא חיישינן וע"כ דס"ל לרבא דאם בלא הוחזק לא חיישינן גם ב' חששות ל"ח. כיון שזה ידוע אין לחוש למה שא"י כו'. והנה מצד הפאס שנמצא אצלו שכ' שמו וכינויו ושם עירו וזמנו רק ד' שבועות וידוע שלא לקח פאס בזמן זה רק בעלה של זו וניכר חתימת הב"מ דאין ח' ב' עיירות רק ח' שאלה וידוע דעת ח"צ דלשאלה דיחיד לא חיישינן. ובס' נו"ב ס' נ"א דחה דבריו מהא דב"ב קע"ב דמייתי רבא ראיה דל"ח לנפילה גבי ממך כו' מהא דב' יוסף בן שמעון ולא מחלק בין נפילה דיחיד כאביי דדחי כך ע"ש ואף אי גרסינן רבה מכל מקום כמו שצריך רבה ראיה כן רבא וע"כ ג"כ ראיה זו ומוכח דלא ס"ל לחלק ע"ש:

והנה מה שמסופק אי גרסינן רבא או רבה א"י מאין בא לו זה הספק. פשוט דרבה גרסינן דידוע שלשון זה דא"ל ר"ח פוק עיין דלאורתא בעי לה רב הונא ממך שהוא לרבה דרבא לא ראה את רב הונא מעולם כמ"ש התוס' בכמה דוכתין ומ"ש שגם רבא צריך ראיה כו' תמוה שהרי א"א להכחיש שיש סברא לחלק בין נפילה דיחיד וקשה איך מייתי ראיה. ולענ"ד די"ל הטעם דהא כתבו התוספות יבמות קט"ז דכשיש טעם למה בא ליד זה יותר מאחר הוי כנפילה דרבים לכך אחין דשמטו מהדדי הוי כדרבים דדווקא נפילה דחד שייך איך נזדמן דווקא לזה עיי"ש. ואם כן שפיר מייתי מב' יוסף בן שמעון דאי לנפילה דרבים ח' ואחר שמצא א"י לגבות בשטר זה דהוי דרבים וצריך להביא ראיה אם כן שוב גם שמוציאו יוסף בן שמעון הוי גם כן דרבים שכל מי שמצא שטר זה שכתב בו יוסף בן שמעון הוצרך למוכרו לזה שיוכל לגבות בו שיהיה חשיב נפילה דיחיד. מי שרוצה לעשות שלא כדין וכיון שיש טעם חשיב דרבים כנ"ל. ומוכח דל"ח גם לנפילה דרבים כו'. ומיושב קושית תוספות יבמות שם אבל גוף הסברא י"ל לכ"ע וממילא כיון דלחד לישנא לא חיישינן כלל לשאלה אף דרבים אין לעשות פלוגתא רחוקה:

ובנידן דידן מצד התואר המצויר בפאס לא חשיב שאלה דיחיד בעצמו כתב דהטעם אף שהוא בכונה מ"מ אין טעם למה השאיל לזה ע"ש משא"כ בפאס שכשרוצה להשאילו לאחר הוצרך רק למי שתוארו ככתוב בפאס. רק מצד השומא שהי' לו תחת כל עין שאינו כתוב בפאס הוי דיחיד. וי"ל אולי הי' סבור שגם זה כתוב. אך מצד שהפאס הוא מלוטרמרסק ואומר שהוא מאזערקאוו. א"כ גם אי לא מהני חיפוש אבל עכ"פ איך נזדמן שהשאיל הפאס למי שהוא מאזערקאוו ג"כ זה זמן רב ולא נודע ע"י חיפוש וודאי דחשיב שאלה דיחיד. וודאי דמי שהי' צריך להפאס לא הי' משקר לומר שהוא מאזערקאוו כיון שבפאס כתוב שהוא מלוטרמרסק. גם הרבה אחרונים כ' דבפאס הוי מידי דלא מושלי אינשי:

והגם שאין לסמוך כ"כ ע"ז דאפשר שהגם שבביתו היה ירא ליסע בלא פאס כמ"ש הרב דשם. מ"מ אפשר אחר שנסע בכמה מקומות ולא שאלוהו על פאס השאילו לאיש שהיה צריך לפאס או שהוא נתעכב באיזה מקום שאין יראים והשאילו למי שצריך ליסע ממקום למקום. ומהרי"ו כתב דאין להוסיף שום דבר מסברא דלא מושלי. מ"מ הרבה גדולים התירו מהרי"ט כ' דהוי לא מושלי כו' וש"פ. גם הסימן שומא תחת כל עין כפי מכתב הרב הגם שלא נמצא בכ' שתחת ידי וניהו דשומא אין ספק דלא הוי סי' מובהק דממ"נ הלכה כחכמים דאין מעידין על השומא. או דסימנים לאו דאורייתא או שאינו אפי' סי' אמצעי. מ"מ ב' תחת כל עין י"ל אף שאין חשוב צמצום מקום כמו בצד אות

פלוני מ"מ בצרוף להרבה פוסקים חשיב צרוף סי' אמצעים למובהק. וזה עדיף מב' שאין להם שייכות זה על זה:

ואף שעל כל אחד מהיתרים הנ"ל יש לפקפק מ"מ בצרוף כל הנ"ל וודאי דהחשש רחוק מאוד שנאבד עוד אחד שהי' מאזערקאוו ולא נודע בחיפוש ונזדמן שזה בעלה השאיל לו הפאס ושהי' לו ג"כ שומא תחת כל עין. עכ"פ צריך רו"מ שיראו בלוסט מעיירות שבפולין אם אין עוד עיר ששמה אזערקאוו. גם החיפוש צריך שיהיה גם בכפרים השייכים לעיר שנקראים אנשים ע"ש. כמ"ש בתג"ב. גם ענין החיפוש צריך שיהיה במתינות ודרישה וחקירה והכרזה כראוי. ולאשר כתבתי בהיותי מוטרד איני רוצה כלל לסמוך עלי לבד. ובקשתי מאוד לשאול את כבוד הרב הגאון הצדיק אבד"ק טשעכנאווי נ"י והגם ששמעתי שאינו רוצה לכתוב שו"ת עכ"ז די שיסכים בע"פ. ואם לא ירצה להזדקק בשום אופן. אזי יעיין רו"מ היטב במתינות וגם ידידנו הרב הגדול אבד"ק פולטוסק נ"י. וכאשר יהיה מוסכם אצליכם גם אני אהיה סניף להיתר וישבו אח"כ ב"ד של ג' ביחד ויתירוה. יהי רצון שלא נכשל בדבר חמור כזה דברי הק':

סימן יא

הנה על דבר העגונה. הגביית עדות מכבר אין תחת ידי ואיני זוכר. לזאת אם העדות שנתחדש הוא נוסף על הנ"ל הלא כבר השבתי לו להיות סניף לב' גדולים לא זולת. אולם כנראה לי ממכתב רו"מ אפשר שע"י עדות זה נראה לרו"מ ששאר העדיות מסתעפים מעדות זה. שמפלפל רק ע"ז. ואם כן הוא קשה מאוד להתירה כי אין כאן עדות רק שראוהו חולה במטה בשפיטאל ואח"כ הגיד לו א' בערב שאיש א' שהיה מונח על מטה זו מת. והנה בת' הרא"ש רבו הדברים בספרים וקשה לסמוך נגד הש"ע ואחרונים. ומ"ש הב"ש ס"ק נ"ה ד' מ"ב לא הכריע כלל רק הביאו כמו ס"ק מ"ב:

וגם הא ע"כ מוכח מעובדא דכרמי ודגלת דאף שנטבע במים שאין להם סוף ואח"כ נמצא דל"א כיון שזה הוחזק שנטבע ואחר א"י שיהי' מהני. או משום הרי הוא שאבד כו' וכן מב' ת"ח כו' וקאמרי סי' דאל"ה לא מהני לכ"ע. וע"כ דעיקר טעמייהו שזה נאבד בענין דלא שכיח שאלו ניצול הי' נשמע כמבואר להדיא בכ' מהרא"י ומהרי"ו ומבי"ט הנ"ל הובא בק"ע ות' שב יעקב סי' ט"ז כי אין מבי"ט ת"י וז"ל מי שיצא כו' ונאבד זכרו כו' וא' שראה יהודי באותו הדרך נהרג באותו זמן הוא דבר שרובו למיתה שאם היה חי היה שב לביתו ונראה דעדיף זה ממים שאין להם סוף דשם י"ל דבא לאיים רחוקים שא"א לבא לביתו שנים רבים אף שחי משא"כ בישוב וא"כ מה"ת כו' בתר רובא כו' ולבסוף כו' בצירוף סי' אף מדרבנן כיון דחפשו כו' ע"ש. והגם כי דבריו תמוהים דאטו מים שאין

להם סוף דוקא ים הגדול הא כל שא"י לראות מד' רוחות כמפורש בש"ס קכ"א וכן לשון רש"י קט"ו ותסברא מים שאין להם סוף מפרש בפ' בתרא כל שעומד ואינו רואה מד' רוחותיו וע"כ כונתו דאל"ה מנ"ל דמים שאין להם סוף הוי ומפרש כנ"ל וכיון שהיה בספינה ע"כ סתמא מים שאין רואה מד' רוחותיו ועלה משני ה"ד סימנים כו' ונדחקו תוס' מובהקין הא עכ"פ י"ל שהיה רק פרסה וכה"ג דשייך אם עלה היה נודע ואעפ"כ הוכיח דע"א לא מהני דאין חילוק וכן צריך סי' מובהקין דוקא כנ"ל:

אולם אין ראיה דהא גוף סברת המבי"ט כ' גם מהרא"י סי' קל"ט שזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ואלו היה חי כו' היה נודע לנו כו' וכעין סברת הש"ס בגברא רבא דחשיב ליה רוב כמ"ש תוס' קכ"א דרובי' דצורבא מרבנן אי סליק קלא אית ליה מ"מ לא חיישינן כמו גוססין כו' ע"ש ולכאורה מה מדמה לה שם הרוב בדאורייתא וסמוך מיעוט לחזקה כמ"ש תוס' משא"כ במים שאין להם סוף דבל"ז דרבנן משום רוב. וכיון דיש עוד רוב דאי סליק י"ל דמהני הרוב בדרבנן. ואי ס"ל דאין חילוק בין תרי רובא לחד הול"ל מסברא כן. ועוד למה באמת הא מיעוט דלא שכיחא לא אמרינן סמוך דגם לר"מ ל"ח ובתרי רובא הוי מיעוטא דמיעוטא שיהיה ניצול ושלא יהיה קול אי סליק ולכך י"ל הטעם משום לא פלוג דמשמע קצת כן לשון הגמ' ולא הוא לא שנא איניש דעלמא ול"ש צורבא מרבנן כו' דלא מצי לחלק בין צורבא מרבנן שאין גבול כו'. ולכך סוברים דבנמצא הרוג שלא תיקנו שייך רוב הנ"ל. וכן המבי"ט ס"ל משום דיש מים שאין להם סוף דמקום רחוק דשייך דסליק באיים רחוקים לא חלקו. וכ"ז דוחק אבל עכ"פ כל הטעם דמבי"ט ות"ה ומהרי"ו הכל מכח תשו' הרא"ש הנ"ל דסגי בלא הוחזק לחוד ושיהיה נאבד ולא נשמע הוא לא שכיח וכיון שזה יודעין שנאבד במקום זה ואחר א"י לא תלינן שזה נאבד ואחר שלא נשמע נהרג דג"כ לא שכיח דאם הי' אחר נאבד הי' נשמע כמו לתרי יצחק. ולמקום רחוק שלא נשמע ובא לכאן ונהרג אין חוששין המקילין הנ"ל דחשוב להו קצת כקורבא דמוכח. משא"כ בנטבעים שהדרך לבא ממקום רחוק כמו מקרוב אף שיודעין שזה נטבע מ"מ אין הוכחה יותר מזה מעל איזה מקום רחוק. וא"כ עכ"פ בנידן דידן אין שום הוכחה וגרוע הרבה מנטבע דרוב חולים לחיים. ואף בנמצא אח"כ מת זה עצמו פליגי בש"ס ב"ב קנ"ג בדלא כת' מגו מרעי' כו' אף דידעינן שהיה חולה וע"כ לא פליג רבה רק משום דהרי מת וקברו כו' ופסקו גם שם דספיקא הוי ע"ש. מכש"כ באחר דלא אתרע כלל חזקת חי דזה שהיה חולה במטה דרוב לחיים ואין חילוק שם בין יום אחד להרבה וממילא כשהבריא הלך לו וממילא הניחו אחר על מטה זו דכן הדרך בשפיטאל כשיש מטה ריקנית מניחים עליה חולה ויש חולים וגוססין

בשפיטאל והוי הוחזק ושיירות מצויות וכשמת אחר אין שום הוכחה מה שלא נשמע. וגם ע"ז אין שום הוכחה דאי הלך לו ודאי דשינה שמו וא"א להשמע ממנו:

ומ"ש ידידי הרב הג' מהר"א נ"י ולומר אשר יוסל נעשה בריא כו' חולה נוטה למות כו' תמוה עליו שמוסיף מה שלא נזכר כלל אף שהיה מסוכן. רק מוטל על ערש דוי והיה נפוח וידוע שהנפוחים יכולין ללכת ואפי' שהיה נפוח א"י אם ראה זה או שאמר לו כן. וגם מ"ש הרב הנ"ל דברי מבי"ט כבר כתבתי שמפורש בדבריו הובא בש"י דאם נאבד היה נשמע. ובא"ח דלא שייך זה ודאי משום שראו חולה א' לא יצאה אשתו מחזקת אשת איש כלל. להמעיין בס' תשובות אין שום א' שמיקל ח"ו בכיוצא בזה גם בנב"י סי' מ"ב וסי' מ"ו בסופו ע"ש. ונראה דזה היה ס"ד דש"ס דב' ת"ח דהא ידע דאמרי סמנין רק ס"ד דסי' אמצעים ואמר דמה"ת מותרת משום דה"ה שאבדו הני דנמצאו ובדרבנן מהני סי'. ובממון מהני סי' דמדה ודחי דמה"ת לא מהני רק סי"מ כמ"ש תוס' עכ"פ מפורש בש"ס בב' ת"ח דאף דנטבעו ורובן למיתה ונמצא ב' בעי דוקא סימנין עכ"פ:

ומ"ש רו"מ בשם תשו' כ"י סי' נ"א. עיינתי שם ואין לסמוך כלל ע"ז. מ"ש בשם מהרי"ו סי' ע"ט והנה כו' ומעשה של מהרי"ו כו' ע"ש. במח"כ העיד מה שאינו במהרי"ו כפל ושלש דאיכא הוכחת טוב שהי' ר"א נהרג כיון שהיה בודאי על אותו הדרך ואמרו סימני טובא בגופו ובכליו. ונראה דיש לסמוך על כל הני סימנים להתירה כו' עכ"ל וכ"כ לעיל ה"נ נצרף סימני כליו וסימני גופו ושהיה בודאי על אותו הדרך ע"ש ופלא על הרב הנ"ל ליתן מכשול. וכן מ"ש אח"כ קושי' עצומה על הרמב"ם כו' דבביצה י"א במצא בקן שזימן אף שאינו מכיר כו'. וכ' ודוחק לחלק בין מוקצה דרבנן עיין ב"י א"ח סי' תצ"ו. ג"כ יש להפליא עליו להביא ראיה מדרבנן שא"ל עיקר מה"ת לאיסור אשת איש והב"י כתב דקי"ל ס' מוכן אסור דהוי דבר שיש לו מתירין או שרצו חכמים להחמיר. גם מ"ש א"כ מה מקשה גמ' אילימא במפריחין דלמא בדרבנן מקילין. א"צ להשיב ע"ז. גם מה עלה על דעתו לדמות דשם אין שינוי כלל ולמה נחזיק ריעותא משא"כ בהניחו חי ומצאו מת שרוב לחיים. עכ"פ היה לו לדמות למקושרין ונמצאו מותרין שנחלקו הב"ח והט"ז סי' תצ"ו. וכן מ"ש קושיא עצומה על רשב"א והרב המגיד הוא קו' מהרש"ל שהביא בעצמו בא"ח ושם החמיר וכאן מקיל. ובאמת לק"מ ע"ש. ויש לדמות יותר לפ"ק דפסחים בככר ונמצא פרורין בעכבר שאין דרכו לפרר כן י"ל בחולה שרובו לחיים. מ"מ אין הכרח. ובעובדא דהרא"ש ביותר מא' י"ל סי' מנין ובא' י"ל כיון דאסור להתלות יחידי הוי זה עצמו ס' דל"ש שאחד יתלוה יחידי. מ"מ איך שהוא לא סמכו להתיר בכזה נגד חזקת חי וחזקת א"א. וגם מ"ש בתשו' הנ"ל הטעם דדייק' אינו נראה כלל. ויותר יש לומר דבנידן

דציידן ועובדא דהרא"ש דהספק על עדות המעיד מחזקינן שע"ז שידוע לנו מעיד וסומכין בזה על האומדנא דלא חשיב זה נגד החזקת חי וחזקת א"א כמו ואשתמודענא דאחוה כו' שכ' הרי"ף ולפי פסק ש"ע דלא כמהר"י ן' לב דאף בשעה שבאה לחלוץ כבר לא חשיב דבר שבערוה כיון שדנין רק על שהוא אחיו ע"ש. וגם ע"ז יש סתירות וקשה לסמוך:

ונ"ד גם ז"א דאין הס' על העדות דיודעין שמעיד רק שהמונח במטה מת. מ"מ אפשר דדמי דנדין שמעיד על המונח מאז הבוקר. ויש לדחות. ומ"ש רו"מ שיש לכל חולה חדר מיוחד איני מבין כל דבריו. גם מ"ש ששאל לרופא ואמר שמת. הנה בעובדא דפונדקית סוף יבמות שהניחוהו חולה ושאלוה אי' חברינו ואמרה מת וקברתיו וזה מקלו כו' וזה קברו כו'. והוא כנ"ד. ומ"מ הוכיח הרי"ף וכל הפוסקים דכשהתחיל מסיח לפי תומו מהני אף ששאלו אח"כ מדחזינא בכיא כו' והתחילה ע"ש. מבואר להדיא דאי לאו דחשיב מסיח לפי תומו לא היה מהני ע"י שאלה אף שהניחוהו חולה ושאר דברים כנ"ל ע"ש. ובל"ז אינו דומה כלל לתשו' הרא"ש דעכ"פ לא היה עומד להפרד כשנתלוה עמו לילך למקום פלוני. משא"כ חולה העומד להבריא וודאי יקום מהמטה ללכת ואין זה שום שינוי כלל. וקי"ל המביא גט והניחו חולה כו' דאינו מגרע כלל חזקת א"א והבא עלי' בחנק קאי. ואין נראה לענ"ד כלל אף לצירוף. בפרט דלא שייך כלל שאם אבד היה נשמע דגם הרמב"ם ז"ל ה' נחלות פ"ז ה"ג שכ' לא החמירו כו' הזכיר ואבד זכרו. ומבואר ב"ב פ' חזקת הבתים ופ"ב דכתובות בורח מ"מ דאין מחזיקין שמתירא לגלות ע"ש ופרש"י מ' ממון שלא מאימת מלכות ע"ש. גם מ"ש שנסתלק החשש שמא ברח או שיחד לברוח ומש"ה כתב עליו שמת משום דמה יעשו עם השני וכו'. א"י איזה שפיטאל שם בלאצק. אם הוא קבוע בעיר למה לא ניחוש שלקח מת או גוסס אחר שאינו מהרעקרוטין שנמסרו להם רק חולה מעיר או משרת או אינווילטין הנמצאים בשפיטאל ואם היה מעיד שיהודי היה לא היינו חוששין שיהיה בשפיטאל שלהם אם אין מא"ח:

אולם לא הוזכר בעדות רק ששאל איה האיש שהיה מונח על מטה זו. ולא נסתלק כלל חשש הנ"ל. מ"ש ששאל להפעלשער כו' שרבו הפוסקים כשאינו מתכוין להעיד ולהתיר כו'. אתמהא לומר שפוסקים היפוך ממשנה וגמרא דפונדקית. גם לא אמר כלל רק שמו וכנויו:

ומ"מ אפשר דל"ח לשמא שיחד או ברח ובס' בגדי כהונה סי' י' נראה דלא חששו לזה לא הוא ולא הג' ד"ק נ"ש מ"מ אין לסמוך על זה שלא דברו מזה ובגמ' כתובות כ"ז בכבשוה כרכום א"א דלא ערקה חדא ולקולא כמ"ש תוס' ואפשר דדמי למהדר שושילתא וגאזא כו':

ואפשר לצרף קצת לספק מה שאינו זוכר שמא שאל בפירוש על יוסיל את יהודי החולה כדעת הפוסקים סי' י"ז ס' ט"ז בספק אם היה הא' מסיח לפי תומו. גם אפשר דאף בסתם איה האיש כמ"ש ב"ש ס"ק נ"א דדרך יהודי דשואל על ישראל חבירו כו' תולין דיהודי החולה חשב סתמא דשואל על יהודי. מ"מ אינו מוכרח כלל באנשי חיל אולי צריך א' לב' אף אינו יהודי:

ועיקר הקשה בעיני שגם הרמב"ם וכל הפוסקים הזכירו לעיקר אבד זכרו דאומדנא עכ"פ שמת משא"כ אנ"ח כשבורח למקום רחוק שלא ישמע ממנו. גם אפשר דבעינן שידעו שכשר להעיד ואין רצוני להאריך בזה והנלע"ד כתבתי. גם מעובדא דבי גננא לרוב הפוסקים כרחב"א אף שהי' תוך האש ונמצא שרוף לא מהני. וגם לפי' רבינו ירוחם נ' כ"ג בשם הרמ"ה דהיד מאיש א' מ"מ מפורש שם דדוקא שאמרה שבעלה מת ומהני לסלק בדדמי אבל בלי אמירתה אסורה גם לרבא ודברי הב"ח בתשו' תמוהים. שבר"י לא משמע כדבריו וגם לדבריו דרבא תרתי קאמר ועוד כו' מנ"ל דסגי בחד טעמא הא תוס' פ' הכותב פי' ועוד דב' הטעמים צריכי וגם ב"ח ז"ל לא התיר רק כשהיה תוך האש דרובן כו' כמ"ש להדיא כנפל לכ"ה כו' וגם בצירוף סי' המטבע כנ"ל. וקצת הוכחה מגיטין כ"ח קמנטרסן פרש"י ממונה להרוג כו' ומ"מ מסיח לפי תומו מהני אי לאו התפארות ול"ח שיחד וברח ומוכרח לומר שהרגוהו כמו דחיישינן בדיין קודם דחתים פורסי שמנגי. דדוקא להטות הדין חיישינן ולא בממונה כנ"ל. והגם דמגמ' אין ראיה דשמא נכלל במה דאמר במלתא דשייכי ביה חיישינן אולם מהפוסקים דפי' משום התפארות וכן לשון גמ' לאחזוקי כו' מוכח דאל"ה לא חיישינן. מ"מ אין זה ראיה דשמא היו נוהגין להרוג בפרהסיא וסגורים שלא היה אפשר לברוח או שהיה הממונה צריך להביא ההורג וכה"ג. (עד כאן מצאתי):

סימן יב

ב"ה ט"ו כסליו תר"ך לפ"ק. להרב דק"ק ברעסלא

על דבר העגונה הנה מ"ש רו"מ להכריע בין אמוראי דירושלמי והקשה דלמא מתני' דיפה כח עדים קודם שהוחזקו. הגם שבתשו' נוב"י סי' ל"ג כ' זה לענ"ד לק"מ דאי קודם כו' והי' בעי עדים כשרים וע"פ כתב פסול למה נקיט שמת בעלה לימא דיפה עדים כו' ושטר אינו עדות וע"כ אחר שהוחזקו ומצד קולא דעדות אשה ואעפ"כ לא מהני. ועוד דאדרבה למ"ש הרמב"ן במלחמות פרק ד' אחין דמטעם זה לא חשיב עדות בשטר שמת בעלה משום כיון דסגי באמרו לדידה לחוד ותהיה מותרת באמרה שמעתי שמת א"צ לעדות שיקרא שטר ולכך פסול מפי כתבם ע"ש דלדבריו קודם שהוחזקו והיה צריך

עדות גמור שוב היה מהני עדות בשטר בכל שטר רק אחר שהוחזקו אין לו דין שטר והוי מפי כתבם. וכל דבריו בסי' הנ"ל תמוהים מ"ש דרמב"ם ס"ל ע"א בכתב מהני מה"ת מדס"ל דשייך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך ולדבריו א"כ ע"א לשבועה יצטרף דו"ח לרוב הפוסקים. וגם לדידן דהדיוטות אנן ואין דין ב"ד רק מדרבנן איך פוסקין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם הא מה"ת אין כאן עדות בב"ד ומודה במקצת אין זה הודאה בב"ד. וכן עדים דר"ח קמייתא לא יהיה שייך מתוך וע"כ פשוט דדוקא כשהשבועה דרבנן דאף למיחת לנכסים מסופקין כ"ש כשא"י לישבע משא"כ כשהעדות או ההודאה דרבנן מ"מ מה דתיקון כדאורייתא תיקן ושוב על השבועה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם:

גם מ"ש מהספרי דלא יקום כו' אבל קם באשה להשיאה דמה"ת מהני ע"א ורוצה בכח להסב דעת הפוסקים וש"ס דילן לזה. מה שנראה בעליל שאינו כן דהא ס"ד דש"ס דע"א מהימן ודחי הוי דבר שבערוה כו' ומשני מתוך חומר כו' משום עיגונא כו'. עכ"פ היה להם להזכיר דרשא דספרי. ועוד א"כ במשנה דף קכ"ד שאמר נחמיה כו' נזכר ר"ג כו' והוחזקו כו' עד מפי עד כו'. ואיך למדו מדהכשירו עד א' כשר דיליף מקרא דומיא דלשבועה להכשיר עד מפי עד. ואם אמנם אם עד אחד כשר נאמן מה"ת לעדות אשה לדברי הרמב"ם ז"ל כבר כ' בתשב"ץ וריב"ש הביאו ומהרי"ק סי' ל' ורשד"ם ומהרח"ש הביאם ע"ש אולם כולם לא מספרי הנ"ל רק דמילתא דעבידי לגלויי כו' או דייקא מהני מה"ת. ועכ"פ מיושבים דברי גמ' דאמר מתוך חומר כו' ודייקא אך הא דהוחזקו קשה גם לדידהו דבשלמא אי הכל מדרבנן שייך למילף כמו דע"א כו' משום מדע"ל או כו' אף דמה"ת א"נ כן עפמ"ע וכה"ג. משא"כ אם ע"א מה"ת איך יליף ותקנה חדשה אח"כ לא הוזכר. וע"כ משמע דבזה עצמו היה החילוק דמעיקרא הוי סברי דע"א מה"ת. וא"כ הוחזקו היינו דס"ל אח"כ דגם ע"א אינו נאמן מה"ת ואח"כ הא דהאמינו הוא מתוך חומר כו' ושוב גם עמ"ע שפחה כו'. א"כ גם ר"י דספרי י"ל דס"ל כר"ע קודם שהוחזקו דס"ל ע"א כשר נאמן ולא קרובים כו'. וספרי שלנו הוזכר ר' יהושע והא ס"ל גם עד אחד אינו נאמן וע"כ ר' יהושע בן בתירא וכדומ'. ונראה שכ' בספרי ישן ר"י והדפיסו אח"כ ר' יהושע ובעל נוב"י מפרש ר' יהודה ב"פ דר' יוסי והיה לאחר שהוחזקו. אבל אין הכרח כלל דהוא ר"י דילמא ר' יהודה בן בבא שהיה משיא ע"פ עד א' והוא קודם שהוחזקו והוי ס"ל כו' ומה"ט מייתי הגמ' ריש פ' האשה הך דהוחזקו לאפוקי מדרשא דספרי הנ"ל:

אולם אני פירשתי בעזהש"י הספרי ושיהי' דברי חכמים קיימים. דכמו שכתב מהר"ם ורא"ש ריש ב"מ דעד מסייע פוטר משום דאבל קם לשבועה הוא בין לחיוב בין לפטור.

כן בודאי הא דאינו קם לכל עון ולחטאת בין לחיוב ובין לפטור. ומה"ט לענ"ד באתחזיק איסורא דאין ע"א נאמן כיון דבלא עדותו הי' חיוב מלקות או קרבן וע"י עד אחד יפטר א"כ קם לעון וחטאת. משא"כ בספק דלא אתחזיק דאין עונש כלל נאמן ע"א וא"כ עכשיו שהאמינו מתוך חומר כו' ודיקא מרעא לחזקת א"א כמ"ש תוס' כתובות דף כ"ב שוב כשמסולק החזקה ויחשב ספק גרידא שוב עד א' נאמן מה"ת. רק הש"ס ר"פ האשה דייק דמה היה לחז"ל להתירוה להנשא ועי"ז יהיה חזקה דייקא ויהיה נאמן ולא מצינו כזה כיון דעתה אינו נאמן ואסורה נאמינה ונתירה ותידוק ויהיה חזקה. והיינו דפריך לא לחמיר ולא ליקל ומשני משום עיגונא כו'. וא"כ י"ל דר"י דספרי דייק לכל עון כו' הוא דאינו קם אבל קם בעדות אשה להשיאה היינו כשיש רגלים לדבר בספינה שאבד' כו' (גיטין כ"ח ע"ב) וכה"ג שהוא רק ספק בלי חזקה שפיר קם כיון דאינו לעון וחטאת כו' וממילא כשתקנו חכמים מתוך חומר ושייך דייקא וסילוק החזקה או משום עבידי לגלויי וכה"ג שוב נאמן מה"ת דס"ל לר"ל דגם בדבר שבערוה בעי אתחזיק. והגם שלכאורה כל שלא נשאת אין כאן עון וחטאת ויהיה כמו בהוחזק חלב ע"פ ע"א דפסק הרמב"ם דלוקה אח"כ כן תהיה מותרת דהוחזקה ע"פ ע"א קודם שבא לעונש. דז"א דוקא לאיסור דשייך איסור בלא עונש שפיר נאמן ע"א שזה חלב שיהיה אסור ולא יהי' רשאין לאכלו. ושוב כיון שהוחזק לוקה אח"כ דאז לא היה עדותו לעונש וקם. משא"כ שמת בעלה שעדותו רק להתירה לינשא שזה לפטור מעונש ומיד אינו נאמן כיון שאין ענין לעדותו רק לפטור מעונש שהי' בלא עדותו כנ"ל. וזה עצמו הוא הטעם שהתירו כיון דעכשיו אין כאן עונש רק שנאמר דהא עדותו רק שתנשא וכשתנשא יש עונש ופטור והא אז שתנשא חזקה דייקא כו' ואין עונש ומהני כו'. והארכתי ב"ה בפי' דברי הש"ס ר"פ האשה דתמוה מאוד. ולמ"ש הכל מיושב שם דמדמי לוודאי חלב דאין לו פי' כלל. ולמ"ש מדמי לוודאי היינו שהוחזק לחלב. וכעין אותן דהוחזקה נדה וכה"ג דחזקה זו ג"כ לא מהימן ע"א לסתור כו' משום דהוי לפטור מעונש כיון דלוקין על חזקה הנ"ל כן הכא כיון דבלא עדותו בחנק קאי כנ"ל. וכן תמיהת הפוסקים איך ע"א נאמן על שחיטה דאיתחזיק איסורא ע"ש. ולמ"ש א"ש דכל החזקה לתוס' (ביצה דף כ"ה) הוא רק עשה שאינו זבוחה ושוב בעשה דאינו עונש נאמן ע"א גם באתחזיק. ואף דתליא הא בהא דאי אינו זבוח נבילה ולקי מ"מ הוא כהך דלא בדק דאמר (חולין דף ט') למ"ד בחזקת איסור אמרינן חזקת טומאה ל"א ע"ש אף דתליא הא בהא ע"ש:

ומיושב כמה דברים בעזה"י גם מ"ש בסוף דמירושלמי זה עצמו יש לו הוכחה דעד אחד מה"ת מדאמר דכוותה כו' ומה פשיט ליה ע"א יותר ע"ש. ומלבד שבעצמו דחה אח"כ

דהא מפורש במשנה דקודם שהוחזקו הי' משיאין ע"פ עד א' ולא בשאר ע"ש. חוץ מזה א"י איזה גירסא היה לו. הא בירושלמי שלפנינו מפורש מדמשיאין עד מפי עד דכוותה ע"פ כתב ותורגמן ולא הזכיר ע"א. ולגירסת הרי"ף מפורש ועכשיו כו' ע"פ עד א' וע"פ עד מפי עד דכוותיה ע"פ כתב כו'. ובהגמ' פ"ג דיבמות מפורש ג"כ ועכשיו כו' עמפ"א דכוותי' ע"פ כתב והוכיח דאי לא מהני עד מפי עד לא מהני מפי כתבם. והפי' הפשוט לגירסת הרי"ף הוא כמו דהוחזקו כו' וילפי עד מפי עד מע"א כן ילפינן ג"כ ע"פ כתב כו' א"כ אדרבה מוכח מדילפי שגם עד א' מדרבנן כנ"ל. וזה הפי' ועכשיו שמשיאין ע"פ עד א' ודכוותי' עפמ"ע כמו כן ילפינן ע"פ כתב כנ"ל. ועוד מהתימה על נוב"י דבירושלמי אמר דפליגי ורוצה לחלוק דלא פליגי. ומ"ש דחד קודם שהוחזקו כבר כתבתי דלא קשה. ובל"ז מה כוחינו להכריע במה שהרי"ף ורא"ש ותוס' לא הכריעו. אמנם החילוק בין שטר ובין לזכרון מבואר במרדכי והר"ן וח"מ וב"ש. אולם מה נקרא זכרון דברים נחלקו שבמרדכי פד"א ובהגמ"ר שני החילוקים ע"ש כתב לדעת ר"י כיון שאינו מדעת שניהם אין לו דין שטר ובהגמ' כתובות. לעצמו חשוב זכרון דברים ע"ש:

ובנידן דידן הנה רמ"א סי' מ"ב פסק מצא כתוב בשטר פלוני קידש כו' כשלא נתקיים אין לחוש כלל ע"ש וב"ש מחלק בין הך דסי' י"ז דמצא כתוב פלוני מת כו' דהתם טוען מזוייף בעי קיום מה"ת ע"ש ואין לשון רמ"א ז"ל משמע כן דלא הזכיר כלל טענת מזויף. והפי' הפשוט לע"ד כמ"ש רמ"א ח"מ סי' ל"ט כל שטר כו' לרשב"א גם עדות לא הוי דמפי כתבם כו' כשלא נכתב בציווי הלוה וי"א דעדות מיהו הוי כו' וכשנתקיים דנין ע"פ ע"ש והיינו דאין לו דין שטר להחשב נחקרה בב"ד ובעי קיום מה"ת כיון דבכל מקום דאמר הש"ס קיום שטרות דרבנן נקיט משום דר"ל דמה"ת עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה כו'. ובמקום אחר הארכתי בעזה"י מאי שייכות זה לזה עכ"פ כיון שמפורש כן בש"ס ממילא כשאין לו דין שטר בעי מה"ת קיום ולכך במצא כו' קידש כו' ניהו דבנתקיים פ' להחמיר דלא כרשב"א רק דהוי עדות עכ"פ בלא קיום אין לחוש כלל וזה ברור לענ"ד ברמ"א דאי כב"ש ניהו דסתמא מכחשת דאל"ה בל"ז אסורה. אבל איך סתם רמ"א דאין חוששין לקדושין הא נ"מ בקטנה שכ' בשטר שקידשה אביה ומת דהי' קדושין מה"ת כיון שאין כאן טוען מזויף וע"כ כמ"ש. וא"כ לדעת הש"ך ז"ל סי' ל"ט וסי' מ"ו גם עדות לא הוי כלל כשאינו בציווי ע"ש וא"כ בע"א בשטר קדושין או מת בעלה שלא נכתב בציוי מה"ת לא מהני בין לרמ"א בין לש"ך וגם מה"ת בעי קיום. גם מפורש ש"ך ריש סי' מ"ו דדוקא שהשטר יוצא מת"י הבע"ד שייך חזקה לא חציף לזייף מה"ת

משא"כ מצא שטר כשא"י מי כתב לא שייך חזקה הנ"ל כלל ומה"ת צריך קיום כן פי' הש"ך ז"ל הך דמצא כתוב כו' פלוני מת ע"ש:

אך מ"מ הדין עם הח"מ סי' י"ז דמכשיר במקום עיגון כתב שמת פלוני בן פלוני בלי קיום דמ"מ כיון שכתבו ישראל יהיה מי שיהיה נאמן ואיך נחוש לזייף רק לחוש לצרה וכה"ג אין חוששין במקום סכנה כו' אך שאין מכירין כדאמר הש"ס סוף יבמות. ורוב ישראל כשרין כמ"ש ח"מ:

אולם אף למה שהוכיחו הפוסקים דלא בעי קישור דברים במסיח לפי תומו מדלא פריך דלמא עכו"ם הוא ע"ש. א"כ מ"מ בנידן דידן דוודאי הכתב עכו"ם ועשה הפראטיקאל ושר הרעגירונג פשוט דאין לו דין ערכאות והוא כמו בורגמיסטער. ומפורש כוונתו להתיר שאינו מסיח לפי תומו ודאי דיש לחוש שזייף גם החתימה כדי להתיר והגם די"ל דשוב כיון שיש איש ידוע שייך לא חציף לזייף וכמ"ש תוס' כתובות פ' מי שהיה נשוי דאפי' גזלן המוציא שטר א"צ קיום מה"ת ע"ש. מ"מ עכו"ם י"ל דגרע ועוד שם יודע שהלוה יטעון מזוייף ויחקור לברר זיופו משא"כ כעין נידן דידן כיון דע"כ יש לו כוונה להעיד ולהתיר דלמה הי' לו לטרוח ולקבל שבועה ולכתוב ולשלחו צ"ע כה"ג. אך מ"מ קיום ע"א סגי כמ"ש מהר"מ לובלין בת' כיון דעד מפי עד מהני בע"א גם ע"א המקיים הוי כמעיד שעד פלוני העיד כן ומהני. מ"מ גם בזה הדבר מסופק מאוד אם נאמר במקומות אלו היינו הנוסעים לקאלפאני' וישימו זהב כסלם שיהי' רובן כשרים וכפי הנשמע אין א' ממאה שיהיה כשר לעדות. בפרט ששבועה חמורה אצל כל יהודי כשר ומה היה לו לישבע אם היה בו ריח תורה הי' לו לכתוב שזה פלוני בן פלוני מת והיה מצוה לכתוב בצייטונג או לשלחו לנוויארק:

גם להפוסקים דגם ע"א חשיב בשטר היינו כיון שיוכל הדבר לבא לב"ד ותהי' ניתרת ע"י הגדתו חשיב כנחקרה וזה חילוק הגמ' כשכותב למעשה יש לו דין שטר משא"כ באומר לפני עכו"ם שבמתכוין לא תותר ע"י עדות זה י"ל דלכ"ע לא חשיב הגדה מ"מ יש לדחות:

ולא אכחד מכבוד רו"מ שאם היה בחזקת כשרים היה נראה להתיר עגונה זו. אולם כל הגב"ע נראה לענ"ד כמרומה. מלבד שנראה שהב"ד הם ע"ה שכתבו טעם א' שהרעגירונג מעידים עלי' שהם בוודאי אינם מכחישים כו' וא"י חילוק בין מכחישים למשקרים. גם בתחילת כתב נראה שהיה בעל האשה דר בנוויארק ואח"כ כתבו שבא מכתב משר כו' מהעיר אשר בעלה של האשה חנה היה דר שם כו'. והא ע"ז אנו דנין אם היה בעלה עכ"פ היו צריכין לכתוב שבא מעיר פלוני ולשון עדות גם אח"כ העלימו וכתבו שבא

אצלו יהודי א' כו' ופרט שמו של הבעל כו' ושם עיר מולדתו כו' ולא פירשו איזה עיר. גם אח"כ והיה מתעסק כו' להקבר אתו בקבר ישראל ולא כ' לקבור אותו. גם אם הוא שישראל דרים שם כנראה מדבריו יש לברר ולכתוב אל הישראלים משם. וכתבו הכל בהעלם לא כדרך ב"ד גב"ע שמפרשים לשון העדות. לזאת אין דעתי להיות סניף להתיר. ועם רומ"כ החכמה והמדע אם אנשים כשרים הם וכנראה בעיניו יעשה:

סימן יג

בענין אם יחשב שהה עד שתצא נפשו. דנימא מאחר שנטבע אחר חצי רוחב נהר ווייסל ובמשך ב' מינוטין א"י לילך לשפת הנהר ולצאת. ורק החשש ששט לאורך הנהר וזה גם בשהה שייך. דז"א חדא דלרוב הפוסקים בעי ג' או ב' שעות. וכאן גם אח"כ לא היה אלא שעה. וגם למהרי"ט דסגי כפי אומד שא"י לחיות במים. מ"מ כיון דלכאורה הי' די עד כפי ששולט ראות עין אדם בינוני. דעל יותר משיעור זה מה מועיל שהה במים שאין להם סוף וחזינן דמצרכי הפוסקים יותר. וע"כ דכשכיסו המים ראשו בתוך מרחק ראות עין ולא הי' יכול לישא ראש למעלה בשיטה רחוק שיחזק כחו אח"כ לצאת משא"כ בלא שהה יכול להיות שבמקום זה עצמו שנטבע נשא ראשו מהמים בחיים. וא"כ יכול להיות ששט בב' מינוטין אלו בראש למעלה בחיים לאורך הנהר יותר משיכול העין לראות וכשבא אחר הב' מינוטין לא ראהו:

והנה אם הי' ב' שינים החסרים יחד. דסי' מובהק ודאי לא הוי ול"ד לחסר אבר בש"ע סי' י"ז סעיף כ"ד. רק שיחשב סימן אמצעי עכ"פ. היה בנקל להתיר דצירוף ס"א בגופו עם ס"מ בבגדיו יש כמה צדדים הידועים. ממ"נ של ר"ה. ומהר"ל. וס' מתות שמביא רי"ו ות"ה. ושאלה דיחיד שכ' הח"צ. ושאלה דכל בגדיו. ונטבע בבגדים אלו. אולם אפשר דגם סימן אמצעי לא חשיב דהא שכיח שיחסרו ב' שינים יחד. גם עשוי להשתנות שע"י רקבון הבשר נופלים דהצלקת לא נמצא גם צמצום איזה הם לא היה:

ונבא להתיר רק מהס"מ שבבגדים דנראה דהוי ס"מ הפאטשאווקי שלה עם ציץ וואטי ושהי' הנייעכטס גילינקטי (זאט) ומי שאינו בעל מלאכה ושאר דברים המבוארים בגב"ע. גם הט"ע בהשטיוועל שכ' בפו' דגם שראו הטביעה ל"א בבגדים בדדמי ע"ש בנ"ב. ובראו שנטבע בבגדים אלו מבואר ברמ"א סעיף ל"ב. וב"ש כ' דמיירי מיד דאל"ה חיישינן שיצא והשאיל ונטבע השואל. וח"מ מסתפק ע"ש. אולם פשט הרמ"א ומהרמ"פ אינו כלל כדבריהם. דהא מבואר במהרמ"פ תוך ב' ימים. וגם משמע דגם בלא שהה עד שתצא נפשו. ומה שהתחיל מהרמ"פ חזינן כו' עלילות להקל במים שאין להם סוף וא"כ משמע משום שהוא מדרבנן. ז"א דכ' זה רק משום שלא אמר איך הכיר ע"ש. אבל על

חשש שאלה כ' ז"ל ואע"פ דכלים אינו סימן כו' הלא טעם הראשון דבגמ' משום דח' לשאלה אינו שייך הכא שהי' אתו בספינה וראהו שם מלובש בהם קודם הטביעה עכ"ל.
משמע דפשיטא ליה דאינו שייך חשש שאלה כה"ג אף בדאורייתא ע"ש סי' ל"ו:
וחומרת הב"ש תמוה מנ"ל לחוש שזה הנטבע ניצל. נגד הרוב. והשאיל כליו למי שנטבע ג"כ אח"כ. ולענ"ד דזה ג"כ שאלה דיחיד שניחוש שנזדמן שזה הניצול השאיל למי שנזדמן שנטבע אח"כ. יותר מלמי שהי' לו ס'. ונראה דב"ש לטעמיה שהיה סבור שהחליטו הפוסקים דחיישינן לשאלה. והביא ס"ק ס"ט רק הממ"נ בשם מהר"ל מפראג.
ובאמת זה הממ"נ הוא של מו' הולמן. ומהר"ל ס"ל דל"ח לשאלה כלל כמבואר בת' גאוני בתראי גם הג' מג"ש ואחי הט"ז. גם הש"ך ז"ל ח"מ סי' ס"ה כ' דנראה לו עיקר כהפ' דל"ח לשאלה כלל ע"ש רק מ"מ הניח בצ"ע אבל הבו דלא נוסיף עלה בדין הנ"ל בראוהו נטבע בבגדים אלו כנ"ל. וכן פ' הט"ז דל"ח שמא עלה והשאיל ונטבע אותו אחר דכולי האי ל"ח ע"ש:
אמנם צריך עכ"פ שנטבע בבגדים אלו. וראיתי הגב"ע שאמר ר' פרץ רק שראהו כו' עטליכע מאהל עהם גיזעהן אין זייע גיין. רק הפאסיק שהיה חגור וזה אין בו סימנין מובהקין ולא טביעת עין. עכ"פ היה צריך לשאלו על מלבוש אייבערשט שבזה נתנו אח"כ ס"מ:
גם ר' זלמן דוד העיד שבא ר' פרץ ואמר אז זיינבל מיט דער קרופע טרענקט כו' ואין זה כלל לשון שנטבע ואף שהה קצת ליכא:
גם כה"ג כ' בנטבע שאין להתיר בסי' כליו בלא ח' שאלה רק שדרך הנטבע להסיר כל מלבושיו תחת המים מה שיוכל כדי שלא יכבידו עליו להנצל. וי"ל שהסיר והפשיט כולם ומצאם אחר ע"ש. וזה לענ"ד כונת הלבוש שדחה הט"ז ס"ק מ"ו:
אך משמעות פו' שלנו שאין חוששין לזה. מהרמ"פ ורמ"א וב"ש שכ' סתם. ודוחק דמיירי שראהו קשור היטב וכה"ג שאין לחוש שהסיר דהו"ל לפרושי. מ"מ סברתי נראה נכון.
וא"ל דא"כ היה מציל מנהר דהוי של מוצא ושייך חזקת מרא קמא ול"ח כמו מכירה שכ' הפוסקים. די"ל כיון דדרך כן הוי כעשוי למכור וכמטבע דל"ש החזקה. מ"מ י"ל דהא כנפילה דיחיד שמצא זה שנטבע אח"כ. דזה נטבע וניצול והופשט ומצא זה ונטבע. אך זה הכל בנטבע ממש שרובן אין ניצולים. משא"כ זה שאמר שטובע דאין הוכחה כלל:
אולם אפשר לצרף עדות הנכרי שהעיד ר' ישעיה שמואל מפיו שסיפר לו אז ביום אתמול איז דער טרינקין גיוואריין דער אוראנד מפשעוויז יוזעפף כו' שהיה מסיח לפי תומו ואמר שנטבע ממש. גם הוי כשמו ושם אביו שידוע מי. והגם שאח"כ א"ל ששאלו מנין יודע

כו'. מ"מ י"ל דאח"כ ע"י שאלה אינו נאמן לבטל מ"ש מסיח לפי תומו. גם דמסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו ג"כ לרוב הפוסקים מהני:

ואף שהנכרי לא ראה הבגדים. מ"מ כיון שאמר שנטבע עם ב' נכרים ועם קרופע הוא סימן מובהק שהיא אותה הטביעה שראה ר' פרץ. וכפי הנראה פחות מן ב' מינוטין שנופל למים אין בלשון בני אדם שיקרא איז דער טרונקין גיוואריין. והיה מהני צירוף ביאת ר"פ אח"כ שיקרא לדעת מהרי"ט שהה עד שתצא נפשו. ויש לדחות. ועכ"פ מהני מה שראה ר"פ הבגדים שנטבע בהם דהיא אותה טביעה שהעיד הנכרי. אך הפאסיק לבד לא היה בו ס"מ כלל:

ועל ח' שאלה לכאורה הדרך ליקח המעות מבגדים שמשאיל ז"א דדלמא נתן לו המעות לצדקה או הלואה. אך זה כמכירה דשייך חזקת מרא קמא אך מטבע אינו סימן כלל אולי הניחו השואל בהקעשיניס. או אולי שכח המשאיל כדאמר פ"ק דפסחים בקרדום. ועדיף משם:

גם היה אפשר לצרף. שעדות ר' שבתי בשם ר' זיינבל רומארז שקרא בקול להודיע בעיר אשר מצא את ר' זיינבל צף על הווייסל ולא הוציאו כו'. ויכול להיות דאז היה לאלתר והכירו. אף דאח"כ לא היה אפשר להכירו. והיה מהני עכ"פ להמקילין גם בראו הטביעה דאף של"א רק שמו. מ"מ להודיע בעיר כו' על הידוע אמר כמ"ש הפוסקים. אך האמת נראה שאמר רק באומדנא:

לזאת אם יעיד ר' פרץ שעכ"פ ראה מלבוש העליון בשעת טביעה חוץ הפאסיק שבאותו מלבוש יש ס"מ. ויהי' ב' רבנים מפורסמים הראויים להוראה ויסכימו להתיר אהיה סניף להם. ואם לא לא. כי קשה נגד ב"ש וח"מ וכה"ג הנ"ל. ואיני מופנה כלל גם ספרים אין תחת ידי פה רק שלא יכולתי מלט מהפצרת העגונה שאין רצונה לזוז עד שאכתוב:

על חשש הכה"ג נראה כאן דתחת המים א"א להפשיט כל בגדיו והשטיוועל ביחד רק א' א'. והמים הוליכו א' א' קודם. ואיך מצא אחד את כולם ודמי לג' שטרות סוף פ"ק דב"מ ע"ש:

להתיר אם יסכימו כו' ויעיד ר' פרץ או אדם אחר שראהו כשנטבע או קודם כשהיה על הספינה מיד. וגם באופן אם ידוע לרו"מ שהיה לו שלום עם אשתו ולא טעם אחר שניחוש שברח בעל חוב וכדומה. שעכ"פ סברת הלב אחר שנה שאבד זכרו. אהיה סניף ושישבו ב"ד ג' ביחד להתיר כידוע. ואם לאו לא כי קשה נגד ב"ש וח"מ:

שוב בא לידי תשו' הג' רע"א ז"ל שכ' שם מעט השייך לכאן וב"ה כוונתי באיזה דברים עכ"ז דעתי כנ"ל. ואם לא יעיד א' הגם שאיני מתירה עכ"ז איננו אוסרה ג"כ. ואם תמצא גדולים להתירה מה טוב כי אין ספרים תחת ידי ואולי נעלם ממני כי איני מופנה.

סימן יד

על דבר האשה פיגא לאה ושם בעלה הי' דוב יהודא הנקרא בעריל ליב במ' יעקב שבא המכתב ע"י ד' חתומים שנפטר ונקבר שם כמבואר במכתב והגיד להם שמו ושם אביו ועירו זעלחוב ושם ב' בניו ובתו ואשתו. לענ"ד שיש להתירה שכבר העלו החלקת מחוקק ובית שמואל סי' י"ז להתיר במקום עיגון בכתב ממרחקים אפילו אינו מקום וכן דעת רוב הפוסקים ובהג"מ כ' שהמנהג להתיר. בפרט כאן ששלחו כדי להתירה שלדעת ר"ת והרבה פוסקים כשאינו אלם הוי עדות גמור. ואף הרמ"א שהחמיר ח"מ סי' כ"ח דלא כר"ת הרי בסי' מ"ו פסק כהריב"ש דיכולין להעיד עדות קיום מפי כתב לפי שא"צ דעת בע"ד תמיד יש לו דין שטר ע"ש. ממילא בכל מה שא"צ בע"ד יש לו דין שטר ומהני. ועוד יש צד קולא כאן דהא זה מבואר בש"ס גטין דף ע"א דעדות אשה מהני בכתב בנשתתק. וע"כ אותן שתופסין דעת הירושלמי להחמיר שלא הכריעו היינו משום דניהו דכשכותב בפני ב"ד הוי כהעיד בפה בפני ב"ד זה הקילו בעדות אשה אבל מצאו כ' בשטר שהעידו חוץ לב"ד וכיון שאין לו דין שטר י"ל דלא הקילו ב' הקולות חוץ לב"ד ובכתב. ובזה הוא שכתב הטור ולא הכריע אדוני אבי הרא"ש ז"ל ולכאורה לחומרא ע"ש. ובזה מדויק לשון הירושלמי דמדמי לתורגמן ועד מפי עד דהוי כהעידו חוץ לב"ד הראשונים וזה מעיד משמם כן הכתב מעיד על מה שכתב שהיה כמעיד בפה חוץ לב"ד בשעת כתיבתו. וא"כ כאן שחתומים ד' ומסתמא חתמו זה בפני זה כפי הלשון הנכתב אמר לנו ובאנו להודיע כו'. א"כ כל א' חתם בפני ב"ד דלכ"ע מהני דניהו דבג' אין עד נעשה דיין בדאורייתא לקבל עדות עצמו כמבואר פ"ב דכתובות. אבל כיון שיש ד' שפיר הוי כאלו העיד כל אחד בב"ד כהא דליקום חד וליתוב חד דר"ה ובשעת חתימה לכ"ע מהני עדותן בכתב כנ"ל: ועוד דהא מעשה ב"ד להרבה פוסקים א"צ קיום אף שאין עדים חתומים והרמ"א פוסק כן במקום עיגון וב"י סי' קמ"א הביא דברי רשב"ש במעב"ד על קבלת הגט אף שאין עדים חתומים רק הב"ד. וא"כ מאחר שנראה מהמכתב שנפטר ביום שדקדקו לכתוב המליצה אור ליום כו' וג' שראו ביום הן ב"ד כשא"צ דעת בע"ד וי"ל דא"צ קיום. וכל הנ"ל לרוחא דמלתא שכבר הכריעו לסמוך במקום עיגון על כתב בלא קיום. וכ"פ ב"ח בתשו' סי' ק"ה דאין לחוש לנכרי ופסולי עדות כמו איש פלוני כו' (יבמות דף קכ"ב) דבשעת הסכנה אין חוששין לפסולי עדות בפרט כאן שאמר כל שמות בניו ורב העיר

ג' כ' המליצה. ומה היה לו לשנות בכ' המליצה אם כונת הכותב היה להתיר שלא כדין במה שמגרע. וכדאמר בירושלמי הובא ב"י ה"ע כד הוי חמי סהדי הכי והכי הוי מכוין ע"ש. ואם לחוש דדוקא מצאו כ' פלוני מת. שנודע להם משא"כ כאן שאין ידוע להם רק מפי עצמו. גם בזה פשוט להתיר ועובדא דיבמות בסוף קורין אותו יוחנן כו' לימים חלה כו' כמבואר בתשו' הרא"ש כלל נ"א בין שהגיד סתם ובין שהיה כונתו להתיר אשתו כהא שאני איש פלוני כו' ע"ש. ואף דלא הוחזק ל' יום בשמא אין כותבין מ"מ גם זה בכלל בשעת הסכנה כותבין אע"פ שאין מכירין דל"ח לשינוי בפרט דאין אדם חוטא ולא לו ונאמן לברר אף בדבר שבערוה כהא דקדשתי את בתי כו' וכהא דאשתמודענא שכ' הרי"ף יבמות פ' ד' דלא מקרי דבר שבערוה רק גלוי מלתא מי הוא. ומה שאין חולצין אלא א"כ מכירין כבר כ' רשב"א לחלק:

ואף דלכאורה יש קצת חשש מאחר דעל כ' המליצה יש חשש שאלה א"כ יש חשש שאמר ככתוב בכתב המליצה כדי לעזרו. וכשיש טעם למה משנה שמו לא שייך חזקה הנ"ל וליבעי הוחזק ל'. ז"א דשם אשתו ובניו לא הי' מהצורך להגיד להכשיל בחנם. ועוד דלהרבה פוסקים לא חיישינן לשאלה. ויש פוסקים דכ' מליצה לא מושלי. וגם בחשש שאלה י"ל דמהני הסימנין שכ' בצירוף:

ומה שיש ריעותא שכ' בכתב מליצה מלמד ולא היה מלמד וגם שם ראש הקהל אשר פערילמאן בחתימתו וארי' על החתימה וזה לא נמצא בזעלחוב. לענ"ד ג"כ אין לחוש כהא דתשו' הר"ן ס' ל"ג על קריאת שמו חיים שכיון שעזבה והרחיק אותה לבעבור לא נכיר שמו הוי קריאת שמו בענין זה כסימן העשוי להשתנות ואף להחמיר ל"ח ליה והביא ראיה ע"ש. וע"כ לא הוצרך לעזבה והרחיקה כו' דאל"ה לא היה שמו מיקרי עשוי להשתנות דעדיף מסי' מובהק. אבל נידן דידן כ' מליצה ידוע שדרך עוברי אורח עניים לכתוב להם כ' מליצה וליפות ולכך חתם דיין העיר כשמו. וראש הקהל נראה שרק חתימ' שלו הניח והוא לאשר היה באיזה עיר שהשיג חתימה כזו מראש הקהל ששמו אשר פערילמאן הניח חתימה זו על הכ' מליצה להיות לו ראיה שחתום בחותם ראש הקהל שכן הדרך לדקדק אם יש חותם שאין נקל לזייף כמו כתב. ולענ"ד דזה סימן העשוי להשתנות ואיו מגרע שמו ושם אביו ועירו וב' בניו ובתו לזאת לענ"ד דיש להתירה. אולם בפי' אני מתנה שלא לסמוך עלי כלל עד שיסכים א' מגדולים המפורסמים או הרב הג' אבד"ק לובלין או הרב הג' אבד"ק טשעכנאווי. ואם לאו דברי בטלין. וכשיסכים א' מהם ישבו ב"ד של ג' ויתירו אותה כד"ת. ומאפס הפנאי קצרתי: דברי ידידו הק' יצחק מאיר

סימן טו

לאשר ידוע לרו"מ כי הי' ימים של צער ולא הייתי בביתי ועתה כבוא מוכ"ז לקחתי מעט פנאי אודות העגונה אשר במכתב רו"מ. ולכאורה קשה להתירה יעיין רו"מ בתשו' מאיר נתיבים בסוף ח"א סי' פ"ח הגם דמ"ש לחלק בין פלוני רבעני לרצוני דאמרינן כי הכל אמת אף שאינו עדות. קשה דפשטא דש"ס סנהדרין דף ע"ב דזה עיקר הפלוגתא דלרבא אמרינן דאנו אומרין שאינו רשע ואלו הי' מאמינין שהוא רשע הגם שהוא ע"י שאמת כדבריו. מ"מ היה פסול כדאמר ר"י לרצוני רשע הוא א"כ צ"ל שמשקר. וגם דקשה מאי מייתי הש"ס סוף פ"ב דיבמות הרגתיו כו' מהא דר' מנשיא דרשע דאורייתא פסול. מנ"ל הא כיון דהכשירו כל הפסולין כע"א רק רשע דאורייתא חשוד לשקר אבל אותו הפסול שהוא רק אם העדות אמת וממ"נ רק לא הוי עדות כשר כדאמר ר"י פ' החולץ דף מ"ז ע"א לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי הגם דאי משקר הוא ישראל וע"כ שכך גזירת הכתוב בעדות שלפי העדות פסול קרינן ביה אל תשת וכה"ג. אבל בעגונה שהאמינו רק לידע שהוא אמת מנ"ל לש"ס שלא יועיל. ע"כ נראה דהטעם דעכ"פ מה שהאמינו הוא דמסתמא אינו משקר ובחזקת כשרות משא"כ כשאם עדותיו אמת הוא רשע יותר משאם משקר מהיכי תיתי להאמינו אדרבא אמרינן שמשקר ולא הרג רק אי פלגינן דיבוריה א"ע מה שאומר שהרג ואמרינן שלא הרגו ומה שאומר שהרגו משקר ואין עד ע"ז רק על שמת אמרינן שפיר דבחזקת שאינו משקר על מה שיש תורת עד עליו ומ"מ אינו רשע כלל כנ"ל. משא"כ לר"י דלא פלגינן דיבוריה ע"כ או כולו כנ"ל וא"ש. אולם אינו ענין לנ"ד דבכל הני דפ"ד שנאמן מ"ש בתורת עדות אף שמשקר מה שאינו עדות. משא"כ שאין שם עדות כלל רק אמירה לחוד מנ"ל יותר שמשקר בזה שהוא בחור ממ"ש שם העיר:

אולם אפשר לומר כיון דמה מהני אמירתו שלא מתורת עדות מהא דיוחנן כו' הוא בתורת מסיח לפי תומו דכ"ש ישראל דמהני וכשיש לתלות שיש לו תועלת לשקר לא מהני מסיח לפי תומו שאין זה לפי תומו כההיא דקומנטריסין (גיטין כ"ח ע"ב) להתפארות וכה"ג. וכיון דלענין שמו ואביו ועירו חשוב לפי תומו דהגם שכ' הרא"ש גיטין דהבורחים רגילים לשנות שמם ושם עירם מ"מ איך נזדמן שמו ושם אביו ועיר זו דוקא. וחשוב לפי תומו משא"כ אמירתו שהוא בתור שהוא לתועלת להחזיקו ואין זה לתומו וי"ל שפיר פלגינן דיבוריה כנ"ל וכמו נגד מסיח לפי תומו שמכחיש מי שאינו מסיח לפי תומו כמבואר בש"ע וב"ש סי' י"ז סעיף ל"ז ובק"ע סי' קס"ב. ומשמע במהרי"ק סי' קכ"א שכ' ועל השנית טענות העכו"ם כו' כי נוכל לתרץ כו' ועוד דמשמע מת' רשב"א דנאמן להתיר

ולא לאסור ע"ש ע"כ מדמי לה שגם במסיח לפי תומו מת ואח"כ מסיח לפי תומו לא מת ג"כ מותר כמו בב' וכן פי' מהר"ם לובלין בתשו' סי' קל"ג דבריו וא"כ ניהו דבמסיח לפי תומו בשניהם פסקו גם בב' לאסור מ"מ כשבפעם ב' אינו לפי תומו י"ל דאינו מבטל אף דיש שקר בדבריו כנ"ל. וממילא גם בישראל כשאינו בתורת עדות רק דרך שיחה כנ"ל י"ל כן. ומ"מ אינו נ"ל לדמות למסיח לפי תומו דפיהם כו' ובחזקת שקר מה שאינו לתומו. משא"כ בישראל אף שהוא דרך סיפור. וגם שאינו נראה מדיבורו שיש לו איזה נגיעה גם בעכו"ם חשוב לפי תומו. והא באומר בשעת קידושין יש לי בנים כל שלא חזר הוא בחזקת כו' הגם דשייך דאמר כדי שתתרצה לקחתו כמו שכ' רש"י והפוסקים שם (קדושין דף ס"ד). לזאת אין קולא בהנ"ל רק להפוסקים דגם שבחזרה הוי לפי תומו ג"כ לא מהני ובב' ג"כ כן. ולא פסקינן הכי ע"ש כיון שלא הותרה. מ"מ אפשר לצדד דחשיב עשוי להשתנות כהך דתשובת הר"ן. ומ"ש רו"מ דשם אמר שישנה שמו. הגם שכן הוא לשון הר"ן ז"ל בתשובה הנ"ל סי' ל"ג ולעניו הספק כו' שקריאת שמו כו' להשתנות שכבר הועד בפניכם שהוא אמר שירחיק נדוד וישנה שמו כדי שתהא אשתו עגונה ועוד הועד כו' אגרת שעשה לו כו' ע"ש ובשאלה לא הזכיר שאמר שישנה שמו רק כי ילך לארץ מרחקים כו' שתשאר עגונה כו' ומשמע מהר"ן שזה היה די כאלו הי' פי' שישנה שמו שמצד האגרת כ' אח"כ ועוד. וכן בנידן דידן שאמר לה כעין הנ"ל. מ"מ אין לסמוך ע"ז כ"כ דאפשר דסמיך על ועוד. דעכ"פ על ידי זה נודע שכוונתו באמירה הנ"ל לשנות שמו ע"ש:

מ"מ י"ל דהא קי"ל הוחזק ל' יום חשוב חזקה גמורה כעדים לסקול ולהוציא ממון. ואמר בש"ס ב"ב דף קס"ז ע"ב דקרי ליה ועני כו' ובגט כ' הפוסקים דשם שנקרא לתורה חשיב עיקר. א"כ שהיה זמן גדול שם והוחזק שמו ושם אבו. ומה שאמר בפני בעה"ב שעדיין בחור לא הוזכר מתי אמר גם אפשר בזה דלא חשוב הוחזק שאין שום מעשה המורה עליו. אך גם אמר יש לי בנים חשוב הוחזק ולא הוזכר שם דדוקא שאמר דרך עדות שאשתו אינה זקוקה ליבום:

גם יש לצדד מאחר שכ' הרא"ש גיטין ל"ד שכן דרך בני אדם הגולים ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין שמשנים את שמם פן יחקרו אחר מקום חנייתם וירדפו אחריו ע"ש. א"כ כיון דלא חלקו הפוסקים וגם בבורח מ"מ מהני שמו ושם אביו ושם עירו להתיר אשתו אף דדרך לשנות ע"כ הטעם דאם זה הוא מותרת ואחר א"י לנו אם ברח. וגם איך נזדמן לשנות לשמו של זה ואביו ועירו. והגם בש"ס סוף יבמות דילמא קמצא כו' ואסקי' ע"ש ואיך נזדמן לשמו ושם אביו. ע"כ לחלק דשם ידוע לתינוקת זה ושם

אביו ואסקי' על שמי'. משא"כ לחוש דאתרמי לשנות כו' לא חיישינן. אבל עכ"פ בנידן דידן דברח ממורא בע"מ עכ"פ עומד ודרך לשנות דבר א' מכמו שהוא ואפשר ע"י שהוא בחור ג"כ לא ידעו שזה הוא וגם אשתו לא תחפש אחריו כיון שברח גם ממנה. הגם שיותר היה ראוי לו לשנות שמו או שם העיר. מ"מ כיון דעכ"פ עומד לשנות דבר א' ועל שמו ושם אביו ושם עירו מהני דאיך נזדמן לשנות לזה וע"כ שהוא כן ומה שאמר שהוא בחור אינו ראיה שאינו זה דדרך לשנות שוב נשאר הראיה. גם על שמו ושם אביו ודאי דיש טעם דלמה לא שינה דקרי ליה ועני תמיד רק שיהיה הראיה נגד שם אביו לחוד או שם עירו. והא שמו ושם עירו או עם שם אביו עם הסימן דקטיעת אצבע ג"כ מהני לרוב הפוסקים כנ"ל. רק כל זה אם נצרך לומר שדיבור א' ודאי שקר אמרינן שזה דהוא בחור שקר אבל החשש שמא כל דבריו אמת ואחר הוא אולם כשיהיה החיפוש כראוי עם הסביבות. והארכתי במ"א. עיקר כפשטא דתוס' דהחיפוש מהני אף בא"י זמן היציאה כמ"ש מהר"י ן' לב בד' רא"מ וכן בתשו' מהר"מ בהגמ"י. ודחיות מהרח"ש אינו דחיות שהוכיח מההוכחה למסקנא. והגם דכאן גרע דשם החיפוש מהני נגד החשש שמא מ"מ יש בלא הוחזק משא"כ כאן דבריו שהוא בחור מורה דמ"מ יש ששמו כשמו ושם אביו ובחור. מ"מ נראה דאין לחוש כשהחפוש כראוי על זמן י"ב וט"ו שנים שאין זוכרין דבזמן כזה אם היה נתלש והוא בחור לא היה נקרא ע"ש העיר בפרט עתה שכ' כולם בפנקס המדינה ולחוש למי שלא נכתב לא שכיח. ועכ"פ מצטרף עם החפוש וכן אפשר להודע אם יש עוד עיר ששמה בעלזען בפולין. ויש ראיה לענ"ד מתשו' מהרי"ק סי' קע"ה הובא ח"מ ס"ק מ' דאף דיש ריעותא שלא הכירו ונראה כאיש אחר ובלא שם עירו לא הי' תולין בנשיכה רק דיש אחר ששמו כשמו ושם אביו מ"מ כשאומר שם עירו ג"כ תולין השינוי בנשיכה ולא לב' יוסף בן שמעון כיון דלא הוחזק ע"ש דדמי לנ"ד כיון דיש שמו ושם אביו ושם עירו והסימן תולין מ"ש שהוא בחור דרך שיחה בדבר אחר. וכשיש מקום אמתלא לא משגיחין כמו בהודאה משטה שלא להשביע אף שמת ואינו טוען כיון שידוע האמתלא:

לזאת לענ"ד אם יהיה החפוש כראוי וכנ"ל ויסכים רו"מ ועוד ב' רבנים בעלי הוראה אהיה סניף להתיר להם שלא להוציאה מהיתירה שהתירה הג' מהר"ש מבראדי וישבו ב"ד של ג' להתירה. ואם לאו איני רוצה בשום אופן שיסמוך עלי כי אין ברור כ"כ רק תליא בסברא וצריך חפוש בפוסקים ושו"ת מה שאין לי פנאי כלל:

סימן טז

סוגיא דסימנים במסכת ב"מ דף כ"ז ע"א וע"ב:

מתני' אף השמלה בכלל היתה כו' יש לה סימנין ויש לה תובעין. ורש"י (ב"ק דף ס"ו) פי' דיאוש נפקא לן מאשר תאבד כו' יצאה זו שאבודה ממנו ומכל אדם כו' כדיליף בירושלמי וכמ"ש תוס'. ולכך פירש"י ז"ל דממעט כשאין לה תובעין שנתייאש והפקר ותמה תוס' ב"ק (שם) דלמי ישיב ולמה צריך קרא למעוטי ע"ש:

ונראה ליישב דהא ר' יוסי בנדרים סבר גם בהפקר גמור דלא נפיק מרשתוא דמרי' עד דאתי לרשות זוכה ע"ש. ואף דקי"ל כרבנן. מ"מ ביאוש כ' הפוסקים דדינו כמו הפקר לר"י דעד דזכי לא יצא מרשותו ע"ש בב"ק. וא"כ בשלמא בהפקר שהוא מדעתו ורצונו שפיר מותר לכל אדם לזכות בו אבל ביאוש כיון שאינו רוצה להפקירו רק ממילא במה שמיואש אצלו שלא יהיה לו עוד החפץ בזה אמרה תורה שנעשה הפקר ממילא כנ"ל. וא"כ כמו דקי"ל לעיל ברואה אבידה לפני יאוש והמתין לה עד שנתייאש עובר בלא תוכל להתעלם כו'. דמחוייב ליקח אותה מיד לפני יאוש כדי שיחזרוהו לבעליו ושייך השב תשיבם כנ"ל. וממילא גם אחר יאוש שפיר הוי ס"ד כיון דלא יצא מרשותא דמרי' עד דאתי לרשות זוכה כמו לר"י כנ"ל. ממילא אסור לו לזכות לעצמו דהא במה שזוכה בו מוציאו מרשות בעל האבדה והוא בכלל לא תוכל להתעלם והשב תשיבם שיזכה בו עבור בעליו ולא יצא כלל מרשותו ויקויים השבה כמו בקודם יאוש שאינו רשאי להמתין עד שנתייאש ויוכל לזכות לעצמו. וכשהמתין לא מהני כשחוזר ונתנו דמתנה הוא דיהיב ליה ועדיין לא מקיים השבה כנ"ל. משא"כ בהנ"ל שפיר אם יקחנו בשביל בעל אבידה ולא יזכה בו לעצמו יקיים השבה שלא נפיק כלל מרשותי' דמרי' כיון שלא זכה בו. ממילא היא בכלל החיוב השבה ולא תוכל להתעלם כנ"ל. וזה לא מוכח מאשר תאבד כו' דשם מיירי ומצאתה שזכה בה לעצמו שפיר מהני דכבר נפיק מרשותיה דמרי'. ועוד דהתם כשאבודה מכל אדם לכ"ע הוי הפקר מיד דגם ר"י מודה בזה כיון שאינו תלוי בדעתו דאף שמרדף אחריה נעשה כצווח על ביתו שנפל כו' כדאמר בש"ס. ושפיר רשאי לזכות כיון שכבר יצא מרשותו. משא"כ ביאוש שתלוי בדעתו שהוי כהפקר לר"י הוי ס"ד דצריך ליקחו ולזכות בשביל בעל האבידה ויליף משמלה דכשאין לה תובעין היינו כשנתיאש אף דלא נפיק מרשותיה מ"מ לא חייבה התורה בהשבה כלל וממילא אינו מחוייב כלל ליקחו בשביל בעל האבידה דאין חיוב כנ"ל ושוב רשאי לזכות בו לעצמו כנ"ל. וממילא הוא שלו דקניא ביאוש כנ"ל:

עוד נראה עיקר לענ"ד דגם יאוש דאבידה נפיק מיד מרשותיה כמו הפקר דאין סברא בשמעיני' דאתייאש שיועיל כשאח"כ חוזר בו ומרדף אחריה אף קודם שמצאו זה. ומסתימת הפוסקים נראה דכשנתייאש מהני ועדיין צ"ע. אמנם נראה ליישב הנ"ל דהנה

הרמב"ם ז"ל פ"ב מהל' נדרים כ' דהפקר הוא כמו נדר שאינו רשאי לחזור בו ע"ש בכסף משנה שהביא סיוע מהא דנדרים דבעי אי יש יד להפקר כו'. ותמוה מאוד מאי ענין זה וכי אם רוצה לעשות איסור מהני חזרתו הא נפיק מרשותו כדמשמע בכל דוכתי. אמנם נראה הטעם דהא ר"י דסבר דלא נפיק מרשותו עד דאתי לרשות זוכה היינו משום דכמו במתנה אף שאמר הנותן לך משוך וקני מ"מ לא יצא מרשותו עד שזה עושה קנין כן בהפקר הוי כנותן רשות לכל מי שירצה יקנה ומ"מ לא יצא מרשותו בדיבור עד שעושה זה הזוכה קנין בו כנ"ל. ורבנן ס"ל דבשלמא מתנה אף שאומר משוך וקני מ"מ לא נסתלק הנותן כלל עד שיזכה זה דהא אינו רוצה להסתלק מקודם דמהאי טעמא דאינו רוצה שיוכל אחר לזכות בו ואינו מסתלק עד שעושה זה קנין ולכך לא יצא מרשותו מקודם קי"ל דלא כרשב"ם בנותן מתנה לחבירו ואמר א"א בה דלא הוי הפקר משום כי יהיב מתנה אדעתא דליקבל ע"ש ב"ב דף קל"ח בתוס' וברא"ש אבל בהפקר כיון שרוצה שיוכל לזכות מי שירצה ממילא נסתלק מיד. ושוב מהני הסילוק דיצא מרשותו לגמרי וזה מהני מיד כיון שהסילוק מיד דאין קפידא מי שיזכה כנ"ל:

אמנם הא קי"ל ריש הכותב ובכמה דוכתי דאומר דין ודברים כו' ידי מסולקת הימנה לא מהני. דכשאומר על חפץ שלו שבידו שמסלק עצמו דאינו מועיל וע"כ שאינו מסתלק מדבר שהוא שלו בדיבור לחוד וא"כ בהפקר למה יועיל ניהו דהסילוק מיד מ"מ בדיבור לא מהני. אך נראה דהחילוק הוא כמו דמצינו בדבר שאין מקפיד עלי' דקי"ל דיכולין ליקח מי שירצה מ"מ ודאי דיכולין הבעלים לחזור בהם ולהקפיד דלא יצא כלל מרשותו במה שאינו מקפיד. רק כשזכה בו אחר אז כשאינו מקפיד ודאי דאין יכול אח"כ לחזור בו ולהקפיד כיון שכבר זכה יצא בזה מרשותו כיון דאז היה רשאי אבל לחזור בו שפיר רשאי קודם שזכה אחר. ולמה לא אמרינן ג"כ שיצא מרשותו מיד כשאינו מקפיד עלי' אך הטעם משום זה עצמו דבאמת סילוק לגמרי אם היה מסתלק שפיר היה יוצא מרשותו. רק דיבור כיון שיוכל לחזור בו לא מיקרי כלל שנסתלק דעדיין אינו מסלק לגמרי ממנו דהא יכול לחזור בו ולהקפיד והא חזינן דאף בדבר של אחרים מטעם (פסחים מ"ו ע"ב) הואיל אי בעי מיתשיל חשיב דיש לו זכות בו מכ"ש במה שהוא שלו דלא מיקרי שנסתלק ויצא מרשותו במה שאינו מקפיד כיון שבידו לחזור בו. כמו באומר משוך וקני שיכול לחזור אף דכל שלא חזר יכול זה לזכות ולא יוכל עוד לחזור בו מ"מ קודם שזכה זה יכול לחזור מדיבור משוך וקני שלא יועיל עוד דאתי דיבור ומבטל דיבור. כן בהנ"ל דנימא דבזה עצמו יצא מרשותו ע"י שנסתלק בדיבור ידי מסולקת כו' הא אינו מסולק כלל כיון שיכול לחזור בו שהדיבור אינו עושה קנין בהסילוק שלא יוכל לחזור בו וממילא

לא הוי כלל סילוק ולא יצא מרשותו ולא מהני. וא"ש טעם הרמב"ם ז"ל דבהפקר מהני דיבור שאסרה תורה לחזור בו. וממילא כיון שאסור לחזור בו כנ"ל שוב הוי סילוק לגמרי שנסתלק בדיבור זה של הפקר ושוב באמת יצא מרשותו ולא מהני חזרה כלל ושפיר פליגי רבנן אר"י דנפיק מרשותו מיד כנ"ל והוצרך רמב"ם ז"ל לטעם הנ"ל דאל"ה לא היה יוצא כלל מרשותו כנ"ל ולכן בדבר שאינו מקפיד דאין איסור לחזור בו לא יצא כלל מרשותו עד דאתי ליד זוכה כנ"ל:

והנה ביאוש דאמרינן דקני ונדחקו הרבה בטעמו ע"ש בתוס' ב"ק. והטעם ג"כ מטעם סילוק דכיון שנסתלק שוב ממילא הוי הפקר. אך ביאוש שאינו הפקר בדיבור ברצון ודאי דמותר לחזור בו ולהיות מרדף אחריו. וא"כ ממילא י"ל דהוי רק כדבר שאינו מקפיד כנ"ל דלא נפיק מרשותו עד דאתי לרשות זוכה כנ"ל. וממילא הי' מוצא האבידה חייב לזכות בה בשביל בעל האבידה כיון שלא יצא מרשותיה עדיין כמ"ש לעיל ולא היה רשאי לזכות בה לעצמו כיון שבזכיה זו מוציא מרשותיה כנ"ל. ולכך ילפינן משמלה דאין חיוב כשאין לה תובעין והיינו דיאוש קני לגמרי והחילוק הוא דדוקא התם שהסילוק בדיבורי' אבל אינו ראוי מצד עצמו להיות מסולק שפיר לא מיקרי שמסולק. אבל ביאוש שראוי להיות מסולק באמת כיון שנאבד ממנו שפיר מהני הסילוק שמסתלק מיד כנ"ל. אך אמנם זה שפיר בדבר שאין בו סימן אבל בדבר שיש בו סימן שאינו ראוי להתייאש רק דשמעינן דאייאש בזה שפיר שייך כנ"ל דהוי רק כסילק ויכול לחזור בו וממילא לא נסתלק כלל ולא נפיק מרשותיה עד זכיית האחר כנ"ל. אך בזה ילפינן משמלה דמיעט דכשאין לה תובעין נסתלקו הבעלים ממנה שאינו חייב כלל בהשבה דפקע זכיית הבעלים מהאבידה וכמו בפחות מפרוטה שהוקרה דאמרינן לקמן דבעינן אשר תאבד שיהיה שוה פרוטה בשעת אבידה ואף דהא כל זמן שלא מצאה זה לא נפיק מרשות בעלים וברשותיה אייקר כיון דמיירי בלא יאוש א"כ למה יהיה של מוצאו. וע"כ כיון דמיעט רחמנא פחות משוה פרוטה דאין חייב בהשבה אמרה תורה שפקע זכות הבעלים ממנה כשלא היה שוה פרוטה וממילא לא אייקר כלל ברשותו דדוקא אשר תאבד כו' כששוה פרוטה בשעת אבידה לא פקע זכותיה ויש חיוב השבה משא"כ היכא דלא קרינן אשר תאבד כנ"ל:

וא"כ ממילא גם בהא דמיעט כשאין לה תובעין שאין חיוב השבה ממילא מיד שנתייאש ואין לה תובעין פקע זכות בעל האבידה כיון שרשאי אז לזכות מי שירצה ואין חיוב השבה וממילא כיון שנסתלק שוב יצא מרשותו מיד וממילא אף שיחזור בו לא יועיל כלום מאחר שכבר פקע זכותו ואינו שלו כמו פחות משוה פרוטה שהוקרה כנ"ל. ושפיר עכשיו דמיעט קרא משמלה אין לה תובעין שוב נפיק מרשותו מיד כשאר הפקר. אבל

אי לאו קרא דשמלה והיה חיוב השבה לא הוי אמרינן כלל דיצא מרשותו ביאוש זה בדבר שיש בו סימן שתלוי בדעתו כו' עד דאתי לרשות זוכה ושוב לא היה מקרי נסתלק כלל ושפיר היה חיוב השבה לזכות בשבילו כנ"ל. רק עכשיו דמיעט מהשבה ושוב הוי נסתלק ושוב נפיק מרשותיה מיד כנ"ל:

ומיושב ממילא דמקרא דאשר תאבד כו' דממעטין אבידה ששטפה נהר דמותרת דילפינן דיאוש קונה כו'. מ"מ ליכא למילף כלל דשם שפיר שמסולק לגמרי ביאוש דאף שמרדפין אחריו לא מהני כו' כדאמר בש"ס לעיל כצווח על ביתו שנפל דאנן סהדי דמייאש. וא"כ בזה שפיר יאוש קני דהא מהני הסילוק שנסתלק לגמרי מיד דהא אינו יכול לחזור בו כמו בהפקר גמור שלא תועיל כלום חזרתו דידעינן שמייאש ובאמת מסולק ממנה ושפיר כמו בהפקר לרבנן דנפיק מרשותיה מיד ושוב שפיר מותרת ורשאי לזכות בה לעצמה. אבל לא הוי ידעינן מזה כלל באבידה שיש בה סימן כו' דבסתם אינו יאוש רק דשמעינן דאייאש שתלוי בדעתו ורשאי לחזור לא היה כלל נקרא סילוק ושפיר היה חייב בהשבה. ולזה צריך למילף משמלה דיש לה סימנין ויש לה תובעין. דאף שיש סימן צריך דוקא תובעין לאפוקי בשמעינן דמייאש דלא מוכח מהנ"ל ששטפה נהר. וגלי דגם בזה אינו חייב בהשבה ושוב הא ג"כ כהפקר כנ"ל. ומדוקדק לשון רש"י ז"ל שפי' מידי דידעינן ביה דמייאש ע"ש שמיותר. ולמ"ש א"ש דזה עיקר הלימוד אף דבר שיש בו סימן ואינו מייאש מצד עצמו רק דשמעינן דאייאש כו' מ"מ מהני ופטור מהשבה כנ"ל:

ומיושב ג"כ דהיכא דבאסורא כו' דנתחייב כבר בהשבה דאין יאוש קונה שהקשו תוס' ב"ק פרק מרובה אי יאוש כהפקר מה חילוק. ולהנ"ל א"ש דכל מה שהוא כהפקר הוא משום שנסתלק. ומה שנסתלק הוא משום שלא חייבה תורה בהשבה. והיינו דאף דבדבר שהוא ברשותו ובידו לא הוי סילוק כהפקר ואף שנעשה חפץ פחות משוה פרוטה מ"מ לא נסתלק כחו וכשנתייקר דידיה אייקר מ"מ באבידה שאינו בידו וברשותו אי לאו דחייבה תורה בהשבה לא היה בכלל גזל דהא מיעטה תורה אחיך כו' אף דגזל עכו"ם אסור. רק משום דחייבה תורה כנ"ל וממילא הך דפטרה תורה מהשבה נסתלק כחו וזכותו כמו פחות משוה פרוטה כו' וממילא פקע והוי הפקר משא"כ במה שכבר נתחייב בהשבה כמו בלאחר מציאה כשהוזל ונעשה פחות משוה פרוטה דודאי לא פקע וכשהוקר אח"כ ברשותיה דמרי' אייקר דלא אימעט רק מתאבד כו' ומצאתה. כמו כן ביאוש אח"כ שנעשה אין לה תובעין אחר שנתחייב בהשבה דלא מהני שיצא מרשותו. ומ"ד יאוש קני בגזילה הוא דשם שוב אתי לרשות זוכה וניהו דלא נפיק מיד לרשותיה רק כמו הפקר לר"י מ"מ הא זוכה בו הגזלן שברשותו כנ"ל דחצירו קונה כו' וזה הטעם

שבאבידה כ"ע מודים כשנטלה לפני יאוש דאין יאוש קונה שתמהו תוס' ע"ש וברמב"ן ז"ל. ולמ"ש הטעם דבאבידה כיון שאינה רוצה לגזול ולמעבד איסורא ממילא כיון דבסילוק של זה לא פקע זכותו להיות הפקר מיד רק כמו הפקר לר"י. וא"כ שוב בזכיה של זה יוציאו מרשותו של בעל האבידה שוב אינו רשאי לזכות בו דהא כבר מחוייב משא"כ בגזלן שרוצה לזכות באיסור כנ"ל. ואין להאריך כאן:

גם מיושב הטעם ב"ק פ' הגוזל ד' קי"ד דמ"ד בידוע נמי מחלוקת אי סתם גזילה יאוש כו'. ותמוה מה ענין בידוע לסתם גזילה אי מהני יאוש אי לא כיון שידוע שנתייאש ע"ש. ולהנ"ל א"ש דבדבר שסתם יאוש הוא באמת מסולק יצא מרשותו מיד וקני. משא"כ אי סתם לאו יאוש רק תלוי בדעתו אף בידוע לא קני כמו שאר סילוק כיון שלא יליף משמלה להיכא דבאיסורא אתי לידיה כנ"ל:

ומיושב ג"כ דהא חזינן בשטפה נהר דמותר אף יאוש שלא מדעת כדאמר בש"ס לעיל וכן אפילו צווח כנ"ל דמ"מ הוי מטעם יאוש דשם באמת נסתלק ואינו תלוי בדעתו שפיר אף שלא ידע ואפילו צווח כו' מ"מ יצא מרשותו. וזה דילפינן יאוש מאשר תאבד כו' להירושלמי היינו עיקר הדבר דמה שמסולק מגוף האבידה שלא יהיה לו עוד דיצא מרשותו של אדם עי"ז. וממילא בשטפה נהר שבאמת מסולק אינו תלוי בדעתו. משא"כ בשאר אבידה שאבוד רק ממנו והדבר אינו ודאי להתייאש דלפעמים אינו מייאש אף שאין בו סימן שוב הדבר תלוי בדעתו. ולכך כשלא ידע או מרדף אינו מסולק כלל. רק בידע כו' אף ביש בו סימן דמ"מ לפעמים מתייאש. ויאוש אף כזה שתלוי בדעתו ילפינן משמלה לרש"י ג"כ כנ"ל דהוי סילוק היכא שנתייאש כנ"ל. בין יש סימן ובין אין סימן דלא הוי ילפינן משטפה נהר כנ"ל. ושוב הוי גם זה הפקר מיד כמו בשטפה נהר כנ"ל. וקרא דתאבד איצטריך דמשמלה לא הוי ידעינן רק בידע ונתיאש וצריך קרא לשטפה נהר דהואיל ובאמת מייאש אף שלא ידע או מרדף דמ"מ מסולק והוי הפקר כנ"ל:

עוד י"ל דהא קי"ל דלא כר"י בפרוטה שהוזלה וחזרה והוקרה כיון דבשעת אבידה הי' שוה פרוטה וכן בשעת מציאה יש חיוב השבה אף שבנתים היה פחות משוה פרוטה כו' וא"כ גם באין לה תובעין דפטרי' קרא מהשבה הוי אמרינן ג"כ כנ"ל דדוקא בשטפה נהר דאין לה תובעין מיד בשעת אבידה פטור מהשבה. משא"כ ביש בו סימן דבשעת אבידה לא הוי יאוש אף שנתייאש אח"כ. ואח"כ חוזר ומרדף אחריו י"ל דשפיר חייב בהשבה דאף שבנתים לא הי' חיוב השבה הוי כהוזלה וחזרה והוקרה. וי"ל דזה יליף משמלה דוקא דסתמא יש לה תובעין עד שעת מציאה משא"כ בשמעיני' דאייאש פעם א' כבר נפטר מהשבה ולא מהני מה שחוזר ומרדף אח"כ. דהא גם בפרוטה שהוזלה כו'

פטר ר"י רק דרבנן ס"ל כיון דכל המיעוט דממעטינן פחות משוה פרוטה הוא מאשר תאבד או מומצאתה כו'. א"כ לא מיעט רחמנא רק או כשאינו שוה פרוטה בשעת אבידה או שאינו שוה פרוטה בשעת מציאה. אבל כששוה פרוטה אז אין פחות משוה פרוטה בכלל המיעוט כלל. א"כ גם כשהוזל על פחות משוה פרוטה לא פקע כלל כח חיוב השבה. רק אם הי' מוצאו אז היה נפטר מומצאתה אבל כל זמן של מצאו לא נפטר שאינו בכלל המיעוט כנ"ל. אבל באין לה תובעין כיון דאימעוט סתם ממילא אף שהי' בינתים אין לה תובעין שנתיאש ג"כ פקע חיוב השבה ואינו מועיל מה שמרדף אח"כ ליחייב בהשבה. והוי כמו פחות משוה פרוטה לר"י דפטור כן באין לה תובעין גם לרבנן כיון דמיעוט דקרא סתם. ושפיר איצטריך למילף משמלה כנ"ל:

תוס' דע"י הסימנין יוכל למצא עדים ואינו מתייאש. והא דדחי למ"ד סימנין לאו דאורייתא דסימנים כדי נסבי' היינו דאי הוי תני לה יש לה תובעין לחוד ג"כ הוי ידעינן דמשום סימנין הוא כו' ע"ש. וקשה למ"ד סימנין דאורייתא איך הוי בעי לפרושי מתניתין דילפינן משמלה תרווייהו שמחזירין בסימנים. וגם דיאוש קונה דבעינן יש לה תובעין ומנא לן הא דילמא הא דכ' שמלה למידק מינה דומיא דשמלה דוקא שיש סימנין ותובעין היינו משום תובעין לחוד דיאוש קני. וכשאין סימנין מתייאש. ובעי דומיא דשמלה שיש סי' ועל ידי כן יש תובעין שימצא עדים כמו למ"ד סי' לאו דאורייתא. ומנ"ל משמלה דמחזירין בסימנים לחוד. וע"כ לומר דלמ"ד סי' דאורייתא לא אמרינן כלל סברא זו דאף אי לא נהדר בסימנין מ"מ לא מייאש בשביל שימצא עדים כנ"ל רק אמרינן דדוקא אי מחזירין בסימנין אז אינו מייאש משא"כ אי אין מחזירין כו' כקושית התוס' הנ"ל ולכך שפיר מוכח משמלה תרווייהו דמה שמלה שיש סימנין ולכך אינו מייאש דמחזירין בסימנין ויש תובעין כך כל שיש כו' ומוכח דסי' דאורייתא דאל"ה אין תובעין. ומוכח ג"כ דיאוש מהני. דאין לומר דמשום סימנין לחוד דמיעט כשאין סימן לא יחזיר משום דא"י של מי דלמה קרא להכי כיון שא"י למי יחזיר וע"כ למעט דכשאין סימן אף שמביא עדים שהוא שלו לא יחזיר וע"כ משום יאוש דקני. ומוכח שפיר תרווייהו כנ"ל. וא"ל כיון דע"כ אין זה סברא פשוטה כיון דלמ"ד ס"ד לא אמרינן כנ"ל שע"י סימנין יהי' תובעין אי לא מהדרינן כו' א"כ עדיין קשה למה צריך לשנויי למ"ד סי' ל"ד דסימנין כדי נסבה דאל"ה ליתני תובעין לחוד וממילא ידעינן דמשום סימנין הוא הא לא הוי ידעינן כלל דה"א דלא מהני כלל הסימנין לומר דלא מיאש בשביל כן כיון דאינו מועיל סי' מה"ת והי' צריך עדים דלא נתיאש וכמו למ"ד ס"ד דאמרינן כן ושפיר הוצרך התנא לאשמעינן דע"י סימנין יש תובעין אף שאין מחזירין בסימנים כנ"ל. דלא קשה כלל דאי הוי תני במשנה

רק תובעין לחוד והוי יליף מה שמלה שיש לה תובעין כו' ג"כ הוי אמרינן ממילא כנ"ל דאיך נילף משמלה שיש לה תובעין היינו יש עדים דלא נתייאש מה פסקא בשמלה שיהיה לו עדים דלא נתיאש כיון דסי' אינו מועיל. וע"כ הוי מפרשינן מה שמלה דסתמא יש לה סי' ועי"כ ממילא מסתמא יש תובעין כן כל שיש בו סימן כו' ושפיר אי הוי תני תובעין לחוד למילף משמלה ג"כ הי' ידעינן ע"כ סברא הנ"ל דע"י הסי' לא מייאש אף אי סי' לאו דאורייתא כנ"ל:

כן שיש כו' חייב להכריז כו' לכאורה למה נקיט להכריז הא אתי רק לדיוקא דכשאין תובעין לא מחייב והוי ליה למיתני שאינו חייב להחזיר דאף דמביא עדים שהוא שלו א"צ להחזיר. וגם על סימנין לא שייך דכשאין סימן למה יכריז. ונראה דקמ"ל דחיוב ההכרזה דאורייתא שהוא מכלל חיוב השבה כל מה שיכול לעשות שיבא יותר לידי השבה מחויב והיא בכלל לא תוכל להתעלם כו' וע"י ההכרזה יבא יותר להשבה כנ"ל:

גם קמ"ל דבדבר שאין בו סי' אינו חייב להכריז משום שמא יביא עדים ויכריז אבידה פלונית שמי שיביא עדים יקח. ושוב אפשר דלא היה יאוש כלל גם בדבר שאין בו סימן דעיקר הטעם כ' תוס' שלא יראנו כו' וכשהיה הדין שמחוייב להכריז משום עדים ג"כ לא היה מייאש אף שאין בו סימן. וממילא הי' תובעין ג"כ. וקמ"ל משמלה כו' דכשאין סימנין שהוא חשש רחוק שיביא עדים כיון שאינו יכול לחקור אחר עדים שכך וכך סימנין הי' בו כמ"ש תוס' אינו מחויב להכריז בשביל זה וכיון שאינו חייב להכריז ממילא מייאש ואינו חייב להכריז ג"כ אף שמביא עדים דהוא שלו ולכך נקיט חייב להכריז שזה עיקר הטעם כנ"ל. או דהוי ס"ד דצריך להכריז שמא יביא עדים שהוא שלו ויעידו ג"כ שלא נתייאש שהי' מרדפין כו' וכה"ג. קמ"ל דאינו חייב דכיון דכמו שהוא עכשיו הוא בחזקת שלו מסתמא נתייאש אין עליו חיוב כלל להכריז משום חשש הנ"ל:

גם י"ל דהוי ס"ד דאף בלא סימנין יכריז. דהא פליגי לקמן חד מ"ד אבידתא מכריז. וחד מ"ד גלימא מכריז א"כ הוי ס"ד דמכריז אבידה מצאתי וזה יאמר מה האבידה והוי סימן שזה אבדו כמ"ש תוס' לעיל כ"ב ע"ב שבאמת סומכין ע"ז כשאומר מהו האבדה שאמת שאבד אבידה כזו רק דבלא סימן חוששין שמא אבד עוד א' אבידה כזו. והוי ס"ד דלא חיישינן להכי דאין ספק מוציא מידי ודאי והא לרב (פסחים דף י') בשדה שאבד בה קבר ונמצא דאמרינן היינו הך שאבד הך שנמצא כיון שא"י עוד אבידה וגם באבידה נאמר כנ"ל כיון שזה אבד מסתמא זו היא. דהא לנפילה לא חיישינן וסומכין ע"ז אף להוציא ממון כדאמר ב"ב קע"ב ע"ב גבי ממך כו'. וא"כ כיון שזה נודע שאבד שוב לנפילה לא חיישינן שאבד עוד אחר וממילא נחזיר לזה שאומר האבידה כנ"ל. וממילא

לא היה מתייאש אף בלי סימנין דיכריזו ויאמר האבידה ויליף משמלה דאין סומכין על זה וכשאין סימן אין מחזירין אף שאומר האבדה כנ"ל:

בשיטה מקובצת הביא קושית תוס' על רש"י מה שמלה מיוחדת שנעשה בידי אדם ולאו מידי דהפקר כו' אטו משום דעשוי' כו' ליכא למימר שאין לה תובעין דילמא כשאבדה אפקרה ואייאש מינה ואפ"ה אמר קרא דלהדר והיאך ממעט מינה דבר אחר כמו שמלה שעשוי בידי אדם ואייאש לא היה לנו למעט אלא דבר שאינו עשוי בידי אדם דהפקר ודאי ע"ש ובל"ז ג"כ אינו מובן לשון רש"י ז"ל שנעשה בידי אדם:

ולענ"ד י"ל דהא אף דבר שיש בו סימן אינו ודאי שלא נתייאש דמ"ל שיסמוך ע"ז שימצאנו ישראל כשר ושיכריז וגם אפשר דאינו יודע הסי' אף דהיא שלו ובפרט אי סי' ל"ד וצריך עדים. אך אף שהוא ספק אם נתייאש ג"כ חייב להכריז דמוקמינן אחזקת מרא קמא שלא יוציא מרשות בעליו ע"י יאוש והפקר ככל ספק בקנין שאין הלוקח מוחזק דמוקמינן אחזקת מרא קמא ומוצא לא מיקרי מוחזק כמ"ש תוס' סוף פ"ק דכתובות וכ"כ הרא"ש להדיא ב"ב פ' בבעי' דהפקיר דס' אם הוי הפקר מוקמינן אחזקת מרא קמא כנ"ל רק באין בו סי' הוי ודאי יאוש בסתם ולא מיקרי ספק משא"כ ביש בו סימן אף דספק מ"מ חייב להכריז כנ"ל. א"כ מיושב בעז"ה ומדוקדק לשון רש"י ז"ל דילפינן משמלה שיש לה סי' ויש לה תובעין. היינו כיון שעשוי בידי אדם והי' לה בעלים עכ"פ שוב כשיש בה סי' מחזיקין בסתם שיש לה תובעין שלא נתייאש אף שהוא ספק אם נתייאש מ"מ מוקמינן אחזקת מרא קמא שלא נתייאש כמו שהי' של בעליו מתחלה קודם שנאבד כנ"ל. כן כל דבר שיש סימן אמרינן מס' דיש לו תובעין. וכ' רש"י ז"ל לאפוקי מידי דידעינן דנתייאש דמזה ממעטינן הן דבר שאין סי' דקרוב יותר שנתייאש והן אף יש בו סימן רק שיודעין דאייאש כנ"ל. דלא דמי לשמלה דהיא בסתם בחזקת מרא קמא שלא נתייאש כיון שהי' של בעלים ויש בו סימן כנ"ל:

ומלשון הרמב"ם ז"ל נראה דמפרש ג"כ כנ"ל שכ' שמלה שיש בה סי' כו' והוא בחזקת יש תובעין כנ"ל. גם מדוקדק במשנה דתני החיוב אף כל שיש כו' חייב. הא אדרבה הרבותא הוא הפטור והוי ליה למימר דכל שאין כו' פטור. ולמ"ש אדרבה כיון דידעינן יאוש מאשר תאבד כו' ה"א דגם יש סי' מספק אינו חייב להכריז שמא נתייאש ואף דבספק לקוח מוקמינן בחזקת מרא קמא. מ"מ כל שעדיין אין תובע י"ל דלענין החיוב להכריז שפיר הי' פטור מספק דשמא נתייאש וע"י הכרזה יפסיד את שלו וקמ"ל משמלה דחייב כנ"ל:

גמ' ה"א בעדים דגופי' וסימנין דגופי' אבל חמור בעדי אוכף וסימני אוכף לא קמ"ל אפילו חמור בסימני אוכף ופי' תוס' בעדי אוכף אי סי' לאו דאורייתא כו':

הנה למאי דמסקינן דאוכף לא שאילי אינישי כו' אינו מובן למה לי קרא לעדי אוכף או סי' מה חילוק בין עדים דגופיה או עדי אוכף כיון שאבד האוכף אבד גם החמור. ודוחק לומר דקרא קמ"ל שלא נחוש לחשש רחוק דמ"מ שאלו. דזה מסברא כנ"ל:

ונראה לענ"ד דהא בעדים היינו עדים שהי' שלו כדמסיק דף כ"ח עדי אריגה כו' מהני ג"כ אף שאין עדי נפילה. והטעם פשוט דהא קי"ל בדברים העשויין להשאיל דלא מהימן לקוח דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא רק כשאין עשויין להשאיל כו' יש ראיה ממה שהוא בידו שלקוח דאל"כ מאין בידו. אבל אם עשויין להשאיל שאין ראיה מחזקתו שוב מוקמינן בחזקת מרא קמא. וא"כ ממילא במציאה שפיר כשזה מביא עדים שהיה שלו ממילא אין חוששין שמא מכרו לאחר או מתנה כו'. דהא מוקמינן בחזקת מרא קמא שהוא שלו דאין לנו שום ראיה להוציא מחזקת מרא קמא וכדברים עשויין כו' י"ל דלא חיישינן למכירה ומתנה כנ"ל. והנה חזקת מ"ק יש סברא שאינו חזקה המבררת שהוא כן רק כמו מוחזק שכיון שהיה הדבר בחזקתו אין יכולי' להוציא מספק מחזקתו כל שלא נתברר שיצא. דאפילו בחזקת היתר איכא מ"ד פ"ק דכתובות לדברי המכשיר בה פוסל בבתה שלא מהני חזקת אם לגבי הבת. אף דתלי' הא בהא מ"מ כיון שאינו מברר רק שהיתה בחזקת כשרות אין מוציאין מחזקתה כל שלא נתברר משא"כ הבת שלא היתה מעולם בחזקת כשרות. וכן סבר רש"י ז"ל בקידושין גבי ינאי כו' ע"ש:

וא"כ לא היה מהני כלל עדי אוכף מה שמעידין דהאוכף היה שלו שנחזיר לו עי"כ החמור. כיון דשייך חשש מכירה ומתנה שמא מכר האוכף לאחר או נתן כנ"ל דנראה דרק על שאלה שייך סברא דלא משאלי כו' אבל ודאי דפעמים שמוכר אוכף כו'. וא"כ אף שיש חזקת מרא קמא על האוכף מ"מ לגבי החמור אמרינן שגם האוכף אינו שלו. דדוקא על האוכף אף שאינו מברר מ"מ מהני חזקת מ"ק שלא נוציא מחזקתו ואין חוששין למכירה משא"כ לענין שדנין על החמור אם שלו לא מהני להחזיקו שלו מחמת עדי אוכף הא לענין החמור חוששין שמכר האוכף דלא מהני חזקת מרא קמא של האוכף לענין החמור. וכאלו אם הי' מוחזק באוכף שלא הי' ראיה למה שאינו מוחזק כנ"ל:

ושפיר לא הוי ידעינן כלל דהוי ס"ד דוקא בעדים דגופיה אז מהני עדים שהי' שלו אף שאין עדי נפילה ושייך חשש מכירה משום דמהני חזקת מרא קמא כנ"ל. אבל חמור שעדי אוכף לא מהני כנ"ל. וקמ"ל קרא דחמור בעדי אוכף ג"כ מהדרינן ואף שאין חזקת מ"ק מברר ששלו מ"מ ילפינן דכיון שהיא אבידה אחת ותלי' הא בהא דאם האוכף שלו

גם החמור שלו. ועל האוכף מהני חזקת מ"ק להחזיר לו אמרה תורה דממילא מהני גם לענין החמור להחזיר לו כנ"ל. וכמו שנסתפקו הגדולים י"ד סי' ק"י בפי' חצי בהמה וחצי קבוע כו'. כיון דאם החצי כשרה גם חצי הב' כשרה אי כיון דאמרינן גזירת הכתוב על מה שפי' דכל דפריש מרובא פריש שוב מהני להכשיר גם חצי הקבוע ע"ש. עכ"פ שפיר צריך קרא למיהדר חמור בעדי אוכף. ואף אי לא ס"ל כלל חשש שאלה מ"מ מכירה ומתנה הי' שפיר חוששין דהא אמר לעיל סלע כו' אפילו שמו כתוב עליו אמרינן אפוקי אפקה ומאיניש אחרינא נפל כו'. ושם לא מוקמינן אחזקת מרא קמא משום דעומד תמיד להוציאו כנ"ל. משא"כ בהנ"ל שאינו עומד למכור ומהני חזקת מרא קמא על האוכף שוב כיון שמחזיקין שהאוכף של זה שוב גם החמור מחזירין כנ"ל וזה ילפינן מחמור כנ"ל. ויתיישבו בזה בעזה"י כמה קושיות עצומות דבאמת דוחק גדול דקרא אתי דלא נחוש לשאלה שהוא דבר התלוי בסברא ולמ"ש א"ש:

ומיושב מה שכתב הרמב"ם פ' י"ד מה' אבידה חמור כו' בסי' מרדעת שהוא טפל לו ע"ש. ותמוה כמו שהאריך בשו"ת נודע ביהודה סי' ל"ב למה שינה מאוכף למרדעת הא אוכף לא שאילי כו' משא"כ מרדעת כמו שהאריך להוכיח ע"ש. וכיון שהרמב"ם פוסק שם סי' דאורייתא משמלה כו' ומשמע בש"ס דאי ס"ד חיישינן לשאלה א"כ במרדעת אין מחזירין. ולמ"ש א"ש. דודאי קרא לא אתי דלא ניחוש לשאלה רק כמ"ש שיועיל הראיה והחזקה של האוכף גם על החמור כנ"ל. והנה לפי' המפרשים בהא דאוכף לא שאילי י"ל דשייך גם על מכירה ומתנה. שאינו לוקח אוכף ישן שלא נעשה לחמורו במדתו ע"ש. וא"כ למסקנא אדרבה קשה למה ליה חמור לסי' אוכף הא כיון דאוכף לא שאילי וגם מכירה ומתנה לא שייך מה חילוק בין סי' גופו לסי' אוכף. וע"כ דלמסקנא ל"ד אוכף רק שאר דבר הטפל לחמור כמו מרדעת וכה"ג דשייך ביה מכירה ומתנה ומהני רק מצד חזקת מרא קמא גלי בקרא דחמור דמחזירין גם החמור כנ"ל ודוקא לס"ד דאוכף שוה לשאר דברים אמר רבא חמור לעדי אוכף או סי' כנ"ל דלא נחוש למכירה. משא"כ למסקנא דאוכף לא שאילו ע"כ אתי לשאר דבר כמו מרדעת שטפל לחמור כמ"ש הרמב"ם ז"ל. וסבר כפרש"י ז"ל דחמור בסי' אוכף לא ברייתא הוא רק מימרא דרבא הנ"ל. וגם הוכיח מזה הרמב"ם ז"ל דחשש שאלה אינו מדאורייתא כלל רק מדרבנן החמירו לחוש לשאלה. דאי נימא דמה"ת שייך חשש שאלה א"כ למסקנא קשה ממ"נ חמור למאי אתי למרדעת וכה"ג הא יש באמת חשש שאלה דלענין זה ליכא חזקת מרא קמא כמ"ש לקמן. וע"כ לאוכף והא לא צריך קרא דלא שאילי וגם מכירה ומתנה לא שייך כנ"ל וע"כ

דמה"ת אין חוששין לשאלה ושפיר צריך קרא למרדעת וכה"ג. ומה דפריך חמור בסי' אוכף האיך מהדרינן לא פריך אקרא רק באמת לדידן. וכן משמע הלשון האיך מהדרינן: תוס' עידי אוכף כו' אי סימנין לאו דאורייתא. ולא ציינו תוס' על הא דאמר ה"מ שמלה בעדים דגופיה וסימנין דגופה דג"כ ע"כ הפי' כנ"ל אי סי' דאורייתא בסי' דגופיה ואי סי' לאו דאורייתא בעדים דגופי'. ומה שפי' בספר פ"י דשם שייך לא זו אף זו משא"כ באוכף אינו כלום. וי"ל בפשיטות דהא הוי אפשר לפרש דרבא סובר סי' לאו דאורייתא ולא דמספקא ליה רק כיון דסי' לאו דאורייתא ואינו מחזירין אלא בעדים. ואעפ"כ בעי סימנין ג"כ דאל"ה הוי יאוש כמ"ש תוס' לעיל במשנה. וצריך מה"ת סימנין ועדים. דע"י סימנין אינו מתיאש שיוכל למצוא עדים. ולענין לידע של מי צריך עדים. ואמר רבא שפיר ה"מ בעדים דגופי' וסי' דגופי' אבל בעדי אוכף וסי' אוכף לא כו' והפי' שניהם כנ"ל. אך בשלמא אמר שפיר ה"מ בעדים וסי' כו' דצריך שתיהן. אבל לענין הה"א דלא מהני עדי אוכף הוי ליה למימר רבותא טפי דאפילו בעדי אוכף וסימנין דגופי' לא מהדרינן. דכיון דסי' לאו דאורייתא והוי ס"ד דראיה של האוכף אינו מועיל להחמור. א"כ אף שיש סי' דגופי' לא מהני רק שלא נתיאש אבל עדיין א"י אם שלו ולא מהני עדי אוכף לענין החמור והו"ל למינקט רבותא כנ"ל בעדי אוכף וסימנין דגופיה והוכיחו שפיר דכוונת רבא דמספקא ליה ועדים דאוכף אי סימנין לאו דאורייתא וסי' אוכף אי ס"ד אך לכאורה להפוסקים כמהר"ל ולא מטעמי' דעדי ט"ע דבגדים וסי' אמצעים דגופי' עושין סי' מובהק דאף דחשש שאלה מגרע קצת הטביעות אין דבגדים עכ"פ הוי כמו סי' ומצטרף לסי' גופו דהוי סי' מובהק כסברת ס' מתות בת"ה או לח"צ דמיקרי שאלה דיחיד כו' וא"כ בעדים דאוכף וסי' דגופי' היה מהני אף אי סי' לאו דאורייתא אך למ"ש לעיל דלאו מחשש שאלה א"ש:

גם י"ל דתוס' דייקי מדמחלק להו רבא עדים דאוכף וסי' דאוכף. ואי כוונתו דסי' ל"ד וצריך שתיהן היה לו לומר עדים וסי' דאוכף. דבשלמא בדגופיה פליג להו כלשון המשנה דדייק תובעין וסימנין דיליף שניהם משמלה. משא"כ על חמור הי' ליה לכלול שתיהן. וגם למה סיים קמ"ל דאפילו חמור בסי' אוכף הא הסי' אינם רק פעולה שאינו מיאש אבל הלימוד דחמור אתי רק לזה שמחזירין בעדי אוכף. והיה ליה לומר קמ"ל בעדי אוכף. והוכיחו תוס' שפיר דמשום דמספקא ליה נקיט שתיהם ומחלק להו בעדים דאוכף אי סי' לאו דאורייתא ואי ס"ד בסי' דאוכף כנ"ל. אך עדיין קשה קושית מהרש"א ז"ל הא גם למ"ד סימנין דאורייתא דלמא קרא לעדי אוכף אתי ומנ"ל עוד דיועיל סי' אוכף לענין החמור כיון שגם האוכף אינו ברור שלו רק ע"י סימן דלמא לא מהני להחמור. ומהרש"א

ז"ל כתב כיון דא"א לאשכוחי עדים בלא סימנין כמ"ש תוס' לעיל. וע"כ בסימנין ושוב אי ס"ד למה ליה עדים כו' והפ"י דחה דבריו דהא ע"כ משכחת לה דהא איצטריף למילף משמלה כשאין סימנין כו' ע"ש. ולא קשה כלל דכוונת מהרש"א פשוטה דאף דמשכחת לה עדים שהי' שלו בט"ע בלא סימנין. אבל הא א"צ להחזיר דאין לה תובעין שמיאש כשאין סימנין. ושמלה שפיר איצטריך אבל עכשיו שיליף כבר משמלה דיאוש קני כנ"ל א"כ לא משכחת לה שיחזור בעדים לחוד בלי סי' מטעם יאוש. וע"כ עם סימנין כנ"ל:

אך עדיין אינו מועיל תירוצו. דכיון דנימא דקרא אתי רק לעדי אוכף דוקא שעכ"פ האוכף שלו בבירור מהני להחמור אבל סי' אף דס"ד ומהני סי' דגופי' אבל שיועיל סי' דאוכף להחמור לא שמעינן מינה וא"כ עדיין קשה אף דס"ד מ"מ לא אתי רק לעדי אוכף ובאמת יש גם סי' אוכף ג"כ ולא מיאש עי"ז דימצא עדים כנ"ל ושפיר מהדרינן בעדים וסי' דאוכף אבל עדיין אין הוכחה שיהיה מהני סי' אוכף להחמור בתורת בירור בלא עדים כנ"ל דלמא דוקא בעדים דאוכף ובאמת סי' אוכף ג"כ ואעפ"כ צריך עדים דאוכף כנ"ל ונשאר הקושיא כנ"ל. ואי נאמר דאי ס"ד אין עדיפות כלל בעדי אוכף יותר מסי' אוכף נגד החמור כיון שגם סי' מיקרי בירור מה"ת. א"כ לא הוצרך מהרש"א לתי' הנ"ל דבל"ז אמר שפיר סי' אוכף אי ס"ד דאין חילוק בין עדים לסימנין ואי סי' לאו דאורייתא אז ע"כ בעדי אוכף כנ"ל:

אך י"ל דהא תוס' כ' לקמן דפריך מחמור בסימני אוכף כו' דברייתא הוא ומשני אימא בעדי אוכף כו' וזה מגי' מדוחק אבל אי סי' דאורייתא הברייתא כפשטי'. וע"כ הברייתא סברה או דא"צ קרא לעדי אוכף או דסבר דעדים וסימנים כי הדדי נינהו וכיון דאתי קרא לעדי אוכף ממילא ידעינן גם בסי' אוכף כיון דס"ד. דאל"ה מנא ליה לברייתא דמהני בסי' אוכף דלמא דוקא קרא לעדי אוכף וע"כ כנ"ל רק אי סי' ל"ד וע"כ נגי' הברייתא בעדי אוכף כנ"ל א"כ שפיר אמר רבא תרווייהו אבל חמור בעדים דאוכף היינו אי סי' לאו דאורייתא דע"כ הברייתא כנ"ל וקרא דחמור להכי הוא דאתי דסי' לא מהני גם בגופי'. או בסימני אוכף אי ס"ד דהברייתא כפשטיה ויהיה איזה טעם שיהיה עכ"פ הברייתא סבר דמצינו למילף מחמור סי' אוכף כנ"ל. ושפיר נקיט רבא תרווייהו דמספקא ליה כנ"ל. ובת' נב"י סי' ל"ב האריך ובנה יסוד על דברי מהרש"א ז"ל הנ"ל דלא משכחת לה עדים בלי סי' כו' ע"ש ואינו כלום. דלא כ' תוס' רק דלא ימצא בקל עדים כשאין סי' ומתיאש אבל לא שאי אפשר דלא ליצטריך קרא להכי:

וכן מה שדקדק שם וכ' שתמוה מה שהתחיל רבא אי כ' שמלה ה"א בעדים דגופי' כו' הא גם אי לא הוי כ' גם שמלה רק כל אבידת אחיך ג"כ הוי טעינן טעות זה דדוקא בעדים

דגופי' כו' והאריך בזה דשמלה למעוטי אתי כו' ע"ש. ואיני יודע מה קשיא ליה הא רבא קאי על המשנה ואדרבה אי לא כ' שמלה פשיטא דלא הוי ידעינן סי' אוכף וגם סי' דגופיה לא הוי ידעינן. רק להיפוך כיון דכבר תני במשנה דשמלה לסי' אתי אמר דאעפ"כ לא הוי ידעינן עדיין סי' אוכף דה"א דוקא בסי' דגופי' וצריך חמור שמחזירין גם בסי' אוכף. ומ"ש עוד דמשמלה הוי ס"ד דאתי למעוטי חמור בסי' אוכף. דניחוש לשאלה ע"ש. אין לזה טעם כלל דשמלה אתי להורות דומיא כו' שיש לה סימנין. ובסי' אוכף לא נוכל ללמוד מזה אבל שיהיה זה מיעוט. דוחק גדול מה שאין צורך כלל:

והנה בפשיטות נראה לפרש. דתמוה עוד דפתח בתרתי בעדים דאוכף וסי' דאוכף מספקא ליה כמ"ש תוס' וסיים קמ"ל דאפילו בסי' אוכף הא באמת מספקא ליה והוי ליה לסיים ג"כ בתרתי. עוד קשה לקמן דפריך ואי חיישינן לשאלה חמור בסי' אוכף היכא מהדרינן. הא קאי אי סי' ל"ד ואז הגירסא בברייתא בעדי אוכף. אמנם י"ל לפי סברת הב"י וריטב"א ז"ל דאי סי' לאו דאורייתא לא מהני ט"ע או סימן מובהק דכלים דהחשש שאלה אף במה דלא מושלי מ"מ מגרע דלא הוי סי' מובהק לגבי המת רק כמו סימן אמצעי דכיון דסי' לאו דאורייתא וחיישינן גם לחשש רחוק שמזדמן כזה יש לחוש לשאלה ג"כ ע"ש. ומה שקשה על דבריהם עיין מ"ש לקמן בעז"ה ליישב דבריהם. אבל עכ"פ הסברא כך. ונראה דמאי דמשני על הברייתא אי סימנין לאו דאורייתא אימא בעדי אוכף אינו מגי' כלל הברייתא. רק דמשני שהפי' חמור בסי' אוכף הוא עדי אוכף ונגד החמור הוי רק סימן שהוא סימן שהחמור שלו ע"י שיודעין שהאוכף שלו ממילא הוא חשש רחוק שאלה כנ"ל ומיקרי שפיר סימן לענין החמור דאין חוששין שיזדמן ולמאי דמשני כנ"ל אמרי' דלא כסברת הב"י הנ"ל רק באוכף דלא מושלי כו' חשיב סי' מובהק לגבי החמור. דגם סי' מובהק אפשר שיזדמן רק חשש רחוק הוא וכן אוכף דלא מושלי כנ"ל. רק בס"ד סי' אוכף הוי קשיא ליה דמשמע סי' אמצעים ומשני בעדי אוכף דהפי' סי' דהוא סימן על החמור ע"י העדי אוכף כנ"ל. וא"ש דפריך אחשש שאלה בסי' אוכף היכא מהדרינן כיון דשאלה חשש גמור. דהגרסא נשאר בברייתא בסי' אוכף ומשני דלא שאילי אוכף והוי עדי אוכף סי' מובהק לחמור כנ"ל:

וא"כ כאן לס"ד דל"ח לשאלה או דלא שאילי אוכף ממילא אי ס"ד י"ל דלא צריך קרא לעדי אוכף כלל. דמסברא אף דחשש רחוק דשאלה עושה עדי אוכף לסי' אמצעי והא סי' דאורייתא ומהני סי' אמצעי דגופיה ממילא מהני עדי אוכף כיון שהאוכף ברור שלו הוי במה דלא מושלי עכ"פ לגבי החמור סי' אמצעי דמהני כנ"ל. רק צריך קרא לסי' דאוכף דזה הוי ס"ד דלא מהני כיון שאינו רק סימן אמצעי על האוכף עצמו שוב חשש

שאלה עושהו לסי' גרוע נגד החמור כיון שגם האוכף אינו ברור שלו. קמ"ל קרא דסי' אוכף מהני להחמור כמו אם הי' סי' אמצעי על החמור עצמו דלא מגרע חשש שאלה כנ"ל. ומיושב שפיר דאמר רבא תרווייהו דס"ד בעדים דאוכף אי סי' לאו דאורייתא לא מהדרינן דהוי רק סי' אמצעי לחמור. וכן אי ס"ד דמהני עדי אוכף לא הוי ידעינן סימן דאוכף שיועיל קמ"ל אפילו חמור בסי' האוכף ולשון זה כולל תרווייהו אי ס"ד קמ"ל זה דמהני סי' דאוכף. ואי סי' ל"ד קמ"ל דמהני עדי אוכף דנקרא ג"כ סימנין לגבי החמור רק דע"כ חשוב סי' מובהק. דהא בברייתא קורא אותם סי' ומדוקדק הלשון שמקודם אמר סי' דאוכף. ואח"כ סיים סי' האוכף כו' משום דקאי על החמור שסימן שהוא שלו הוא ע"י האוכף כנ"ל. וגם ע"י העדי אוכף חשיב סי' כנ"ל:

תוס' לגיזת זנבו כו' אי אית ביה שוה פרוטה פשיטא ואי לית ביה אימעט לקמן כו' קמ"ל שחייב לגזזה בעתה כו' והפי' נראה דאף דבשעת גיזה אינו שוה פרוטה מ"מ אם לא יגזוז בעתה וגם אח"כ לא יגזוז יהיה שוה פרוטה ההפסד שוב מחויב מיד ואף דמה שמתעלם עכשיו עדיין אין ההפסד שוה פרוטה מ"מ אם יהיה הדין דמותר להתעלם לא יצטרך לגזוז גם אח"כ דגם אז יהיה פחות משוה פרוטה שוב הוי הלאו דלא תוכל להתעלם על שוה פרוטה דע"י שלא יתעלם יהיה לו שוה פרוטה לבעל האבדה כנ"ל. וגזל פחות משוה פרוטה מבואר ג"כ בהרב המגיד ה' גזילה דהוי כחצי שיעור דאסור מה"ת וכ"כ הסמ"ע רק התם ליכא לאו דהא עתה אינו עומד להצטרף. וגם די"ל דלא מיקרי כלל חזי לאצטרופי כיון שלא יהיה למפרע החצי פרוטה בכלל האיסור. רק מאז ואילך ולא דמי לאכילה דמצטרף אכילה ראשונה כנ"ל. אבל כאן שייך שפיר מיד האיסור דלא תוכל להתעלם כיון דאם יהיה רשאי יהיה הפסד פרוטה. ומ"מ צריך ריבוי דקרא על זה כנ"ל: ומיושב בזה מה דקשיא לי מנ"ל הא דמבואר במשנה דמצא שט"ח ואגודה של שטרות דחייב להחזיר. הא למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון חשבינן לשטרות אינו שוה פרוטה כשאין הנייר שוה פרוטה דמה"ט פטור שורף. וממילא כיון דממעטינן פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה מנ"ל דמוצא שט"ח יהיה חייב בהשבה. וסתמא משמע במתני' דיש כל החיובים בשטר ככל אבידה לא תוכל כו' והשב תשיבם כנ"ל. ואף למ"ד שורף שט"ח חייב מ"מ הא כ' תוס' ב"ק דאף דקי"ל דלא כר"ש בדבר הגורם דלאו כממון מ"מ שטר ששוה למכור לכל העולם חשיב כממון וא"כ זה שפיר לגבי בעל האבידה אבל נגד המוצא לא מיקרי ממון א"כ למאי דבעי למימר בהי' שוה פרוטה בשעת אבידה והוזלה דבעינן ומצאתה שבשעת מציאה יהיה שוה פרוטה. וא"כ לגבי המוצא אינו שוה פרוטה כנ"ל. אך זה אינו דהכוונה שיהיה נגד המוצא שוה פרוטה דהא אינו שלו.

רק הפי' שיהיה בשעת מציאה הפסד של בעל האבידה שוה פרוטה והפי' מהו דתימא אשר תאבד הא בעינן ומצאתה היינו שבשעת מציאה יהיה נקרא אשר תאבד הא בעינן ומצאתה היינו שבשעת מציאה יהיה נקרא אשר תאבד כו' ואף דרש"י פי' שיהיה נקרא מציאה היינו ג"כ כנ"ל שיהיה נקרא שמוצא דבר של חבירו אבל הכוונה שנגד בעל האבידה יהיה נקרא מציאה. אך למ"ד לאו כממון קשה כנ"ל. ועוד דגם למ"ד כממון מ"מ מפשטא דשה ומשמלה נמעט שטרות שאין גופן ממון כדממעטינן בכל דוכתי. ואף דכאן הוי לכל אבידת אחיך כלל מוסיף על הפרט דמרבינן הכל מ"מ הא חזינן לקמן ל"א דאמר רבא לכל אבידת אחיך לרבות אבידת קרקע ואמר תניא דמסייע ודחי כו' ע"ש ופרש"י משום דמטלטלין דמי לפרטא דשה ושמלה כו' ע"ש. וכיון דאיצטריך קרא לרבות קרקע א"כ שטרות נמעט דהא סברא יותר למעט שטרות מקרקע דמאן דדריש ריבוי ומיעוטי ממעט שטרות ולא קרקע כמבואר:

אך למ"ש י"ל כיון דרבי קרא שור לגיזת זנבו אף שאינו שוה פרוטה עתה חייב משום שיכול לבא לידי שוה פרוטה אח"כ. והא זה רק גורם לממון א"כ חייבה תורה בהשבה דבר הגורם לממון ושפיר כ"ש שטרות דחייב בהשבה שהוא מיד דבר הגורם לממון בודאי כנ"ל. ובפשיטות י"ל כיון דהא דממעטינן אבידה שאין בה שוה פרוטה הוא מאשר תאבד ופרש"י ז"ל שיהיה קרוי אבידה כו'. והפי' הוא שחשוב אצלו שקרוי אבוד ממנו. א"כ ממילא שטרות דכיון שהם גורם לממון וחשוב שקרוי אבוד ממנו ממילא הוי בכלל אשר תאבד דחייב אף שאינו שוה פרוטה כנ"ל. והא דצריך לרבות אבידת קרקע נראה משום דומצאתה דאתי לידיה משמע הי' סברא דאבידת קרקע שרואה שנהר שוטף שדהו כו'. אימעוט מומצאתה דהא אינו באה לידו שום דבר. ולכך מרבי ליה דמ"מ בכלל לכל אבידת אחיך. וכיון דכבר איתרבי אבידת קרקע אף שאינו בא לידו שום דבר רק להציל חבירו מהפסד שוב ממילא גם שטרות בכלל דמ"מ מציל מהפסד שוה פרוטה. וכן בגט אשה משמע ג"כ דשייך ביה לא תוכל להתעלם והשבה כשאר אבידה אף שאינו שוה פרוטה כלל וגם גורם לממון אינו. מ"מ כיון שצריך לו וקרוי אבידה אצל בעל האבידה הוי בכלל אשר תאבד אף שאינו שוה פרוטה. ומצאתה ג"כ נקרא דבשעת מציאה יש הפסד למי שהוא שלו כנ"ל:

והש"מ כ' דמרבינן גיזת זנבו אף שאינו שוה פרוטה כיון דעיקר האבידה שוה פרוטה כו' משמע דכמו דפרוטה וחצי הוי ממון גם החצי פרוטה דמחויב להשיב פרוטה וחצי. כן ג"כ באבידה כיון שיש חיוב השבה על האבידה ששוה פרוטה יש החיוב עם הגיזה אף שאינו שוה פרוטה. ואפשר דגם בב' דברים הדין כן חפץ א' השוה פרוטה וא' אינו שוה

פרוטה של אדם א' שייך הלאו על הכל על הפרוטה וחצי אף שמה שמתעלם מהפחות מהפרוטה יהיה אבידה שאינו שוה פרוטה מ"מ חל החיוב על הכל ביחד כנ"ל. עוד נראה כיון דיכולין למכור שה לגזותיו ושור לגיזת זנבו וזה שוה פרוטה. שוב אף שהגזיזה זה אינו שוה פרוטה עתה מ"מ נתחייב בהשבה בכל השור אף הזכות שיש בו לענין הגזה כיון שזכות זה שוה פרוטה ממילא כל הגזה בכלל האבידה מהשור ושה. ומרבינן שפיר שור לגזת זנבו היינו שמתחייב מיד בהשבה של השור אף לענין הגזה כנ"ל:

ומיושב מה שתמה הפ"י דילמא אתי שה לגזותי' שבח גיזה שנעשה אחר יאוש דלמ"ד יאוש לא קני בגזילה דבאסורא אתי לידו א"כ לענין השבח גיזה שאחר יאוש היה שפיר קני דבהיתירא אתי לידיה קמ"ל שה יתירא דחייב ואם הדין באמת דפטור הו"ל לפוסקים להשמיענו והניח בצ"ע:

ולענ"ד לק"מ. דהא ודאי טלה ונעשה איל ושאר שינויים ודאי שהוא של בעל הטלה דהא החפץ של בעלים לכל השינויים שיהיה ממנו. רק בגזלן גלי קרא כאשר גזל דמה שאינו כאשר גזל אינו חייב להחזיר ומה"ט שינוי קונה. ולכך שבח גיזה אין הגזלן משלם דמעולם לא נתחייב בהשבה על מה שהיה אחר הגזילה. ואף דהא היה בה זכות מיד למכור לענין הגיזה א"כ גזל זה ג"כ כנ"ל. מ"מ כיון דשינוי קונה א"כ על זכות זה לכשישתנה אין עליו מיד חיוב השבה כלל. רק כמו שהוא בשעת הגזילה מקרא דאשר גזל כנ"ל. משא"כ במוצא אבידה לא שייך דנימא על השבח גיזה שאח"כ דמיקרי בהיתירא כו' דלא נתחייב בהשבה ויהיה יאוש קונה דז"א כיון דבגוף האבידה אין יאוש קונה שנתחייב בהשבה א"כ הא נתחייב על הכל גם על הזכות שיש בה לענין הגיזה ומה בכך שנשתנה הא כל השינויים הם של בעל השה ונתחייב מיד בהשבה גם לגזותיה כנ"ל וממילא אין היאוש קונה כלל כמו גוף האבידה וכיון דמרבי גיזת זנבו לא צריך שה לגזותיה כנ"ל ופשוט. וכ"ש למ"ש הרמב"ן ז"ל בטעם דלא קני באבידה יאוש שהוא כמו ביד בעלים ע"ש:

גמ' איבעיא להו סי' דאורייתא או דרבנן נפקא מינה לאהדורי גט אשה בסי' אשת איש דאורייתא מהדרינן כו' לא מהדרינן כי עביד רבנן תקנתא כו'. יש לדקדק מה לו להזכיר לאהדורי גט כו' אי מהדרינן כו' הא עיקר הספק אי סמכינן על סימנין באיסור או לא. והוי ליה למימר אי מתירין אותה ע"י הסי' אי לא סמכינן להתירה שזה עיקר האיבעיא ולא לענין להחזיר לה הגט. ונראה דבדיוק הזכיר הגמ' כן. דהנה קשה כיון דלא ידעי' סי' מן התורה לסמוך עליהם רק מאבידה. וא"כ כמו דילפינן חזקה מה"ת ורוב מה"ת ומ"מ לא מהני להוציא ממון. וכן קורבא דאורייתא ואעפ"כ רובא עדיף וחזקת ממון עדיף

כנ"ל. א"כ א"א ללמוד מאבידה רק שהוא כמו חזקה או קורבא דסמכינן מה"ת כשאין חזקה כנגדה. ולכך באבידה דלא מיקרי מוצא אבידה מוחזק כמ"ש תוס' בכמה דוכתי. מהני הסימנין לברורי של מי הוא. אבל מנ"ל שיהיה מועיל נגד חזקת אשת איש:

ובאמת כ' תוס' חולין צ"ו ע"א כשמעידין עדים דפלניא דהאי סימנין והאי סימנין לוה מפלוני מנה אין מוציאין ממון ע"י הסימנין כדאמר בש"ס התם לפשיטות דלא קטלינן ליה פלניא דהאי ס' קטל כו'. וא"כ כיון דקי"ל אין דבר שבערוה פחות מב' דילפינן דבר דבר מממון. א"כ אם יעידו עדים פלניא דהאי סימנא גירש את אשתו לא נתיר אשת זה שיש לו אלו הסימנין. דהוי ממש כהנ"ל דלוה כיון דילפינן דבר מממון כו'. א"כ למה בעי למימר דיועיל בגט להתירה נגד חזקת א"א ודבר שבערוה כנ"ל:

אמנם תוס' הקשו שם משט"ח איך מחזירין בסימנין הא אין מועיל להוציא ממון ותירצו דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא דה"נ לא הוי מפקינן חפץ אי אתי סהדי דהאי חפץ דהאי סימנא דפלניא הוא כו' ע"ש. ואף דבשטר חוב הספק בין המלוה ללוה ממי נפל א"כ מהני הסי' להוציא ממש. ע"כ דס"ל כיון שאין דנין עכשיו אם חייב הלוה או פרע רק שדנין על השטר ממי נפל הוי כשאר אבידה שאין א' מוחזק ומהני הסימנין שמחזיקינן ששל המלוה הוא ומחזירין לו. ואף שאח"כ המלוה גובה בשטר זה ומוציא ממון זה ממילא מאחר שהשטר בידו כנ"ל. דכמו שמוצא בעצמו השטר שאבד יכול להוציא ממון. ממילא הספק על השטר הנמצא למי שהחזיר אין הספק על הוצאת הממון רק על חזרת אבידה וממילא כשמחזיקין שהוא של המלוה מחזירין לו ומוציא הממון בשטרו ולא בהסימנים כמו שהי' מוציא ממון בשטר שבידו כשלא אבדו כנ"ל. וכן מוכח מש"ס פ"ק דב"מ דף ז' ב' אדוקין בשטר כו' דקי"ל יחלוקו כמו שנים אוחזין בטלית כו'. ולמה זה הא לענין הממון המוציא מחברו עליו הראיה ויד בעל השטר על התחתונה בספק ואיך יוציא מספק שמא מלוה ומה מדמי לב' אוחזין בטלית ששניהם מוחזקין משא"כ בשטר שהלוה לבדו מוחזק. וע"כ דלא מיקרי כלל עכשיו שדנין על הוצאות ממון רק חשבינן על השטר כשאר אבידה. והמחצה שמוחזק הוי כאלו לא אבד כלל מאחר שהדין יחלוקו. וממילא מוציא מחצה הממון בשטרו. ואף דתלי' הא בהא מ"מ לא מיקרי שדנין על הממון כנ"ל. וממילא גם בסימנין כ' תוס' שפיר כנ"ל דלא מיקרי זה שמוציאין ממון בסימנין רק דמהני סי' להחזיר השטר למלוה להחזיקו בשלו כשאר אבידה וממילא גובה בשטרו כאלו לא אבדו כנ"ל. וכמו שכ' הרמב"ם ז"ל באיסור שהוחזק ע"פ עד אחד שזה חלב דלוקין עליו ע"ש פט"ז מה' סנהדרין ופ"ג מה' שגגות:

וא"כ ממילא מיושב בגט ג"כ דמהני לאהדורי גט אשה בסי' אי סי' דאורייתא ואף שהוא להוציא מחזקת א"א ודבר שבערוה דילפינ' דבר מממון שהוא כמו להוציא ממון. כיון שאנו דנין רק ממי נפל הגט ולמי להחזיר וזה עדיין אינו להוציא מחזקתו כלל וגם דבר שבערוה לא מיקרי רק של מי הגט. שפיר מהני הסימנין להחזיר ולהחזיקו של אשה. דהא גם בממון כה"ג מהני ודבר שבערוה דבעי עדים רק דילפינן מממון כנ"ל. ואח"כ שפיר ניסת בגט זה מאחר שהגט בידה וכאלו לא אבדה אותו ממש כמו בממון כנ"ל:

ומיושב שפיר לשון הש"ס נ"מ לאהדורי גט כו' ולא אמר נ"מ אי סמכינן להתירה כו' דז"א דזה לא הי' מהני אף אי סימנין דאורייתא להוציא כנ"ל מחזקת אשת איש בדבר שבערוה כו'. רק דמהני להחזיר הגט וממילא מותרת כנ"ל:

ואף דלכאורה הא נייר הגט אינו שוה פרוטה ואימעוט אבידה שאין בה שוה פרוטה מהשבה. רק גט משום שצריך לה להנשא הוי בכלל אבידה. א"כ גוף ההשבה הוי רק משום ההיתר וכיון שאין הסי' מועיל להתירה איך נימא דמהני לענין החיוב השבה ואיך דנין עתה על ההיתר לינשא הא אם לא נדון על ההיתר אין כאן חיוב השבה כלל שאינו שוה פרוטה וע"כ דנין בסי' רק מצד ההיתר כנ"ל. ז"א דגם בשטר שייך כנ"ל דהנייר אינו שוה פרוטה רק לגבות וצריכין לדון על הגוביינא. וע"כ דמ"מ כיון שהוא באמת דבר הגורם לממון חשוב אבידה וכיון שנקרא אבידה דנין כמו על שאר חפץ. ועוד דגם אם לא הי' חיוב מ"מ רשאי להשיב למי שהוא שלו ושפיר מהני הסימנין כנ"ל. ממילא גם בגט מהני כנ"ל:

אמנם א"כ בעדי מיתה דדייק ממתני' דאין מעידין כו' אע"פ שיש סי' בגופו ובכליו דסי' לאו דאורייתא אבל אי סימנין דאורייתא שפיר מתירין מה"ת והא התם ממש מעידין פלניא דהאי סי' והאי סימנא מת להתיר את אשתו דהוא דבר שבערוה ונגד החזקה ולמה יועיל אף אי ס"ד. וכמו פלוני שיש בו סי' אלו גרש אשתו שלא הי' מועיל להתיר אשת זה שמכירין בסי' אלו כנ"ל:

אך למ"ש הרי"ף ז"ל פ' החולץ דקי"ל ואשתמודעינהו דאחוה דמיתנא הוא והלכתא אפילו ע"פ קרוב ע"פ אשה כו' גילוי מילתא בעלמא הוא וכ' הרי"ף הפי' דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי. ולאו אממונא מסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלי דהדין ניהו גברא פלן והדא איתתא פלניתא. וכיון דמודע להו הכי הרי איתחזיק גבי דההוא סהדי מפומי' דהאי קרוב כו' דהאי ניהו פלניא כו' ושרי למיסמך ולמסהד כו' בין למילתא דאיסורא ובין למילתא דממונא כו' ודוקא היכא דליכא חשדא כו' ע"ש:

וא"כ לפי פשטן של דברי הרי"ף ז"ל הוא ממש בסימנין ג"כ כנ"ל דכיון דסימנין דאורייתא ומהני היכא שאינו נגד חזקה ושלא בדבר שבערוה עכ"פ ממילא שפיר יכולין להעיד ע"י סימנין כיון שראו המת והכירו בסימנין שזה פלוני ואין זה לא נגד החזקה ולא בדבר שבערוה רק לידע מי המת דהדין הוא גברא פלן כנ"ל שהוא רק בירור מי הוא ולזה מהני הסימנין כיון דסי' דאורייתא ממילא איתחזיק גבי הנך סהדי דהדין גברא פלן ושוב רשאין למיסמך על זה ולאסהיד אף בדבר שצריך עדות גמור ודבר שבערוה ושפיר מעידין שמת בעלה להתירה ממש כדברי הרי"ף הנ"ל. כיון שהוחזק אצל העדים גוף הבירור שזה הוא. ודייק שפיר דאי ס"ד לענין הבירור ממילא מהני להעיד להתיר כנ"ל:

אמנם פי' דברי הרי"ף ז"ל למ"ש הריב"ש סי' קפ"ב דוקא היכא שהוחזק ע"פ קודם שבא לחלוץ אבל בשעה שבא לחלוץ לא מהימני ומיקרי דבר שבערוה ע"ש. וממילא בסימנין שאנו דנין עליהם להתיר לא היה מהני:

אך מבואר בב"י אה"ע סי' קנ"ז. דאין כן דעת כל הפוסקים וכן קי"ל סתמא בש"ע שם דאף בשעת מעשה נאמנים. אולם לא נתבאר פי' דברי הרי"ף אם כוונתו דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי ומהני לא היה צריך הרי"ף להאריך דלאו אמילתא כו' מסהדי הול"ל מילתא דעבידא לגלויי כנ"ל והא כיון דבא לחלוץ והקרוב מעיד שזה אחיו וראוי לחלוץ מעיד על דבר שבערוה ואתחזיק. ואם נפרש כוונתו משום שהוא קודם החליצה עדיין ממילא גם עדות זה שראוי לחלוץ אינו דבר שבערוה עדיין דע"י עדותו אינה מותרת רק ראוי לחלוץ וגם עדיין אינה מוציאה מחזקתה רק שתועיל החליצה והא לעולם היתה בחזקת שתועיל החליצה כשיבא אחיו ולכך מהני:

והיה נראה דתלי' זה במחלוקת רמב"ם וראב"ד וכמ"ש הרא"ש פ"ב דקדושין דשליחות הולכה א"צ עדים לרמב"ם ז"ל משום דלא הוי גמר הדבר שבערוה עדיין שאינו רק שהוא שליח ראוי לגרש ע"ש וממילא גם באחיו שראוי לחלוץ ג"כ כנ"ל. אולם להנ"ל ממילא אחר החליצה כשחלץ א' ומעיד אח"כ קרוב שזה הוא אחיו ודאי לא היה מהני דכבר הוא דבר שבערוה ואיתחזיק והעדות להוציא מחזקה כנ"ל. וא"כ ממילא בסימנים שזה המת שכבר הוא להתיר הי' נקרא שפיר נגד החזקה ודבר שבערוה כנ"ל. אמנם בשליח קבלה מבואר במשנה להדיא דצריך עדים וכ' הרא"ש ז"ל שם שאין סברא כלל לחלק דהא גם בשליח קבלה ג"כ אינו הגמר דבר שבערוה רק שזה ראוי לקבל הגט. ובעז"ה כתבנו שם טעם וגם בריש גיטין אמר בגמ' דהעדות שהגט נכתב לשמה מיקרי דבר שבערוה ואיתחזיק. והא ג"כ רק עדות שראוי לגרש בגט זה כנ"ל:

והיה נראה החילוק כמ"ש הרמב"ם פ' ט"ז מהל' סנהדרין שהאיסור עצמו בעד א' הוחזק כשמעיד שהוא חלב הוחזק ולוקה אח"כ האוכלו ע"ש הגם שכסף משנה לא כתב מהיכן. הן דברי הירושלמי סוטה פ' מי שקינא. ומ"מ דוקא כשמעיד ומועיל עדותו לענין איסור דע"א נאמן שוב הוחזק ולוקה אח"כ. אבל כשאין עדותו עדות כלל רק לענין זה כשיהיה דבר שבערוה אף קודם המעשה לא מהני. ולכך בגט שאין עדותו כלום במה שנכתב לשמה רק לענין זה שראוי לגרש בו ולהתיר דבר שבערוה. לכך מיד אינו נאמן אף קודם הגט דהוי כמעיד על דבר שבערוה ואיך יהיה נקרא הוחזק מיד אינו נאמן ולא הוחזק כלל. ודוקא בחלב שנאמן לענין שיהיה איסור כנ"ל. מהני אח"כ ללקות כנ"ל. וכן בשליחות קבלה דאינו מועיל כלום רק כשיקבל הגט שתהיה מגורשת לא מהני ע"א כנ"ל. ולכך כ' הרי"ף שפיר גבי חלוצה דעדותו דאחוה דמיתנא הוא מהני ג"כ לענין אסור הקרובות וכה"ג ממילא הוחזק ומהני אח"כ לחלוץ ע"פ עדותו כנ"ל. וא"כ בסימנין או ע"א שזה המת הוא פלוני שאינו מועיל רק או להתיר אשתו או לנחלה במה שהוא דבר שבערוה או ממון דלא מהני כנ"ל:

אמנם באמת אין לשון הרי"ף ז"ל מתפרש כן כלל דהא כ' דלאו אמלתא דאיסורא ולאו אמילתא דממונא מסהדי ולהנ"ל אדרבה רק מהני שמעיד על איסור מהני כנ"ל. ואי כוונתו על איסור דבר שבערוה הוי ליה לפרושי על דבר שבערוה וע"כ אין הפי' כנ"ל:

וכן הרמב"ם ז"ל פ"ד מה' יבום ה' ל"א כ' ומעידין עלי' כו' ואפילו אשה או עבד וקטן כו' אחי פלוני כו' וחולצין על פיהן משא"כ בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כמ"ש בסוף ה' גירושין כנ"ל. ונראה בעליל שהן דברי הרי"ף הנ"ל דלאו אמילתא דאיסורא כו' וא"כ כיון דטעמא משום מילתא דעבידא לגלויי היה לו לרי"ף ז"ל לומר רק מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי ולא היה צריך לכל האריכות:

ואגב נבאר בעזה"י דברי הרמב"ם ז"ל סוף ה' גירושין שנתחבטו בו כל האחרונים ז"ל וגם מן הראשונים ז"ל הריב"ש סי' קפ"ב וסי' קנ"ה ע"ש שכ' אל יקשה כו' שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד ושפחה או עכו"ם מסיח לפי תומו כו' שלא הקפידה תורה על העדאת ב' עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בורי' אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג את זה או שזה הלוה לזה אבל דבר שאפשר לעמוד כו' שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עלי' שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר כו' לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד א' מפי שפחה ומן הכתב כו' עגונות כו'.

ותמוה מאוד שהתחיל בדאורייתא דמשמע מטעם מילתא דעבידא לגלויי נאמן מה"ת ומסיים שהקילו חכמים כו' משום עגונות כו' דהוא מדרבנן וכן מה שתמהו הרב המגיד וכסף משנה איך פשוט ליה משום מילתא דעבידא לגלויי הא איבעיא בש"ס דף קט"ז טעם עד אחד אי משום מילתא דעבידא לגלויי כו' או דדייקא ומינסבא ולא אפשטא והוא עצמו פסק בע"א בקטטה כספיקא דבעיא הנ"ל. ועוד כל אריכות לשון הרמב"ם אינו מובן כלל:

ונראה לענ"ד בעזה"י. דהנה מאחר שכ' הרמב"ם שם בהל' יבום ג"כ כמו שביארנו סוף הל' גירושין נראה ברור דחד טעמא הוא כמו בחליצה ע"פ קרוב כו' וכפי' הרי"ף בהא דאשתמודעינהו כנ"ל וגם שם בש"ס פ' החולץ דאמר והלכתא גלוי מילתא בעלמא הוא ואפילו קרוב כו'. ולפי' המפרשים ז"ל משום מילתא דעבידא לגלויי כו' למה שינה הש"ס לשונו לומר גלוי מלתא כו' הול"ל מלתא דעבידא לגלויי כדאמר בכל דוכתי שזה עיקר הטעם דנאמנין כנ"ל:

והנה בכמה מקומות מצינו דעדים שפסלתן התורה אף דקים לן דלא משקרי גזירת הכתוב דפסולין מ"מ ופ' הכותב דאמר ר"פ כגון אבא מר ברי דקים לי בגוי' קרענא לשטרא אפומא מתמה הש"ס קרענא ס"ד הא כ' ע"פ ב' עדים כו' אלא מרענא כו'. ומאי התימה הא בממון לא בעינן עדים רק לאמתת הדבר ואי פרוע פטור אף שאין עדים וכיון דקים ליה דלא משקר למה לא יקרענו וע"כ דגזירת הכתוב שלא לסמוך על הע"א אף דקים לן כו'. וכן ב"ב סוף פ' מי שמת קנ"ט גבי היה יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דהוא אינו מעיד על כ"י ואחרים מעידין על כ"י ואמר דגזירת הכתוב דלא יעיד לחתנו דהא משה ואהרן דודאי לא משקרי ואעפ"כ פסולין אלא גזירת הכתוב הוא כו' ע"ש וכן פסקו כל הפוסקים שם דלענין גוף העדות להעיד על כ"י פסולין ולענין שנחוש שמא הקדימו עכשיו על קודם שנעשה קרוב לא חיישינן ואף שלא הוחזק כו' מקודם דקרובים לא פסילי מחשש שקר רק מגזירת הכתוב אבל לענין חשש שהקדימו לא חשדינן כלל להו כנ"ל. ולכאורה אינו מובן הא ע"כ הגזירת הכתוב הוא דאף שאצלנו מסברא הן בחזקת שאומרים אמת מ"מ לא נסמוך עליהם ונחשוב אותם לחשש משקרים. דאם אמת למה לא נחייב את זה ע"פ עדותם הא מ"מ חייב גם בלי עדים. וע"כ כנ"ל דגזירת הכתוב שלא להאמין להם. וא"כ ממילא למה נוציא ממון כשלא הוחזק כ"י דאין חוששין שהקדימו הא גם זה בכל הגזירת הכתוב שלא להאמין להם ונחשוב אותם למשקרים ושמא לא העידו כלל קודם שנעשה קרוב כנ"ל. וע"כ צ"ל שעל גוף העדות זה הוא הגזירת הכתוב ע"פ ב' עדים כו' ולא יומתו כו' וכשנדין לחייב ע"פ אלו ע"י דקים לן

דלא משקרי א"כ אנו מחייבין ע"פ עדות אלו שגזירת הכתוב לפסלן ושלא לסמוך עליהן. משא"כ בהספק שמן הצד שאנו מסופקין אם חתמו קודם שנעשו קרובין וכבר העידו או שהקדימו עתה. ע"ז שפיר סומכין בבירור שאינם משקרין ולא הקדימו. ויש כאן ע"פ ב' עדים כיון שכבר העידו וזה אינו כלל בכלל הגזירת הכתוב דגזירת הכתוב הוא רק על גוף העדות לחייב אבל מה שדנין אם יש כאן עדים או לא ולהחזיק השטר בחזקת שלא הקדימו וכבר העידו שפיר מחזקינן ע"פ הבירור שע"י הקרובים שבחזקת שמוחזק לנו שאינם משקרים כנ"ל ושפיר מוציאין ממון אח"כ ע"פ עדים כשרים כנ"ל כיון שכבר העידו קודם כנ"ל. אבל לגוף העדות גזירת הכתוב דלא מהני קים לן דלא משקרי ולכן מתמה שפיר קרענא ס"ד. הא כ' ע"פ ב' עדים כו' דלא מהני קים לי' כנ"ל. וכ"כ הר"ן ז"ל גיטין גבי שטרות העולם בערכאות כו' דתקנות חכמים הוא דמה"ת כיון דפסולין לא מהני מה דקים לן דלא משקרי דהא משה ואהרן כו' פסולין ע"ש:

וא"כ קשה כאן בדבר שבערוה שצריך עדים מה"ת מה מהני דהוי מילתא דעבידא לגלויי דלא משקרי הא אף במאי דקים לן דלא משקרי מ"מ גזירת הכתוב שלא להאמין לעדים פסולין או ע"א אף דקים לן כנ"ל:

אמנם באותן הדברים שזה המת או שזה אחי פלוני היכא שהיו מעידים כשלא היה נוגע כלל לאיסור שלא היה כלל אשה לזה וכה"ג שלא היה עליו כלל שם עדות לדבר ערוה. ודאי דלא היה שייך אין דבר שבערוה פחות מב' ולא ע"פ ב' עדים יקום דבר דאיזה דבר יש כאן על פיהם. וא"כ לכאורה היה נקרא הוחזק שזה מת או שזה אחיו דהיה מועיל לחלוץ ולהתיר. רק דבכל מקום בתורת עדות ודאי דאם אין העדים מעידין על שום דבר המועיל אין עליו שם עדות כלל וא"א לדין ע"פ עדות זה כשנצטרך לסמוך עליו שוב בתורת עדות. והא אמר בסנהדרין דף ל' מאן דפליג אר"נ דאין מצטרפין דע"א כי אתי לשבועה אתי כו' ולכך אינו מועיל לחייב ממון על פיו להצטרף עם העד הב' כו' ומה בכך שאתו רק לשבועה מ"מ יש כאן ב' עדים. וע"כ בעד שמעיד במה שאינו מועיל כלום אינו עדות שנחייב על ידו אח"כ דלא נקרא עליו שם עדות רק כשמתכוון להעיד לאיזה דבר ואף ר"נ אמר התם דמיד לממון אתי ע"ש דמבואר דסבר ג"כ כנ"ל. וכן בחצי דבר הטעם כנ"ל שלא הועיל כלום. וכן דילפינן מוהוא עד לענין קרבן שבועה דאם לא יגיד במקום שמגיד מתחייב דוקא חשוב עדות. וזה פשוט שעדים שאמרו אף לפני ב"ד דרך שיחה איזה דבר שלא היה נוגע אז לעדות ולא נתכוונו לעדות שאינו מועיל כלל בתורת עדות. וא"כ באותן דברים כגון שמעיד ע"א שמת פלוני דאם לא היה נוגע כלל שום עדות שלא ידע אם יש לו אשה וכה"ג אז אם ע"פ הדין לא היה נקרא עדות כלל לדין ע"פ זה

ולהתיר אשתו של פלוני כיון דדבר שבערוה הוא ואין כאן עדות. כיון שלא נתכוון זה לשם עדות כלל. ועכשיו שנצטרך הדבר בתורת עדות לא מהני לדין ע"פ כלל והיה צריך שיתכוונו לעדות להתיר אשתו וכה"ג:

והנה בע"א שמת פלוני לכאורה גם מן התורה דאמרינן דלא מהני משום דהוי דבר שבערוה ואיתחזיק כו' או בחליצה שזה אחי פלוני כנ"ל. אך כל זה אם נדין על עדותו מצד שבא להעיד שזה ראוי לחלוץ ולהתיר דבר שבערוה מיקרי גם קודם מעיד על דבר שבערוה כנ"ל. אך כיון דאפשר לדין על עדותו רק ע"ז שזה אחיו של פלוני כמו אם לא ידע העד כלל שיש צורך לחלוץ דהיה מהני עדותו להיות הוחזק שזה אחיו דזה אינו דבר שבערוה. והיו רשאין לחלוץ אח"כ ממילא גם שיודע מאי בכך הא נדין ע"י עדותו רק שזה אחיו להחזיקו וממילא נתירו לחלוץ. אך ז"א כמ"ש לעיל דכיון דהדין דאינו מועיל עדות עדים בתורת עדות רק כשמתכונים להעיד איזה עדות שיועיל איזה דבר. וא"כ איך אפשר לדין ע"פ עדותו שזה אחיו מצד שאינו נוגע לשום דבר להתיר כנ"ל הא זה אינו עדות כלל ואינו מועיל להתיר עי"ז וע"כ נסמוך רק בשביל שמעיד שזה אחיו כו' שרשאין לחלוץ עי"ז חשיב עדות ושוב הוי דבר שבערוה ואיתחזיק שאינו מועיל. וממילא ממ"נ לא מהני כיון דמה שנחשב עדות הוא רק משום שהוא עדות להתיר דבר שבערוה כנ"ל:

אמנם כיון דקי"ל מלתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי וזה הוא כשאין מתכוון לעדות כלל דהא עכו"ם מסיח לפי תומו האמינו מה"ט דוקא כשאינו מכוין לעדות רק דרך שיחה כנ"ל. ואין זה בתורת עדות רק גם בדבר שמספרין דרך שיחה לא משקרי במלתא דעבידא לגלויי כנ"ל. וא"כ הא ודאי דבעד כשר שאינו חשוד לשקר לא גרע כשמכוין לעדות מעכו"ם מסיח לפי תומו לענין מה שאינו מכוין לעדות דדוקא בעכו"ם כשמכוין לעדות אנו חושבין שמשקר בכוונה ולא מהני מלתא דעבידא לגלויי וגרע ממסיח לפי תומו. אבל בעד כשר שאין חשש מסברא שמשקר שוב גם שמכוין לעדות אפשר להאמינו גם בתורת מלתא דעבידא לגלויי אף במה שאינו מכוין לעדות דהא אינו מגרע כלל מה שמכוין בתורת עדות דאין אנו חושדין למשקר. רק מצד גזירת הכתוב לפסלו בתורת עדות אבל מצד מסיח לפי תומו שאם היה מועיל דמלתא דעבידא לגלויי לא משקר ואין ע"ז הגזירת הכתוב לפסלו כיון שאינו בתורת עדות כנ"ל. וא"כ שוב אף שמתכוין לעדות לענין שנחשוד למשקר שיהיה גרע מלפי תומי' שוב ע"ז מהני מה שנאמן מסברא דאינו מחשש שקר כלל כמו ביודע עדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דסומכין ע"ז להוציא ממון דודאי לא הקדימו דאינו חשוד לשקר דלענין שיהיה

הוחזק אין הגזירת הכתוב לפסלו שהוא רק בירור שאין חשד ואין גזירת הכתוב כלל. וגם בזה ממש כנ"ל שאין הסברא שאינו משקר רק בירור שנשאר הנאמנות שלו מצד לפי תומו שאינו בתורת עדות כמו עכו"ם שאין ע"ז הגזירת הכתוב כלל וכאן מהני זה שאינו משקר דלא גרע מה שמכוין לעדות כלל:

וא"כ שפיר לא מיקרי כלל דבר שבערוה ואיתחזיק כשמעיד הע"א או קרוב שזה אחיו וראוי לחלוץ כנ"ל דבשלמא אם לא היה מילתא דעבידא לגלויי ואם היה בתורת שיחה שאינו עדות לא היה נאמן כלל רק בתורת עדות וא"כ א"א לדין מצד דיבורו שלא בתורת עדות. רק מצד שמעיד בתורת עדות להתיר יהיה נאמן והא ע"ז גזירת הכתוב לפסלו דהוי דבר שבערוה ואיתחזיק ולא היה מהני גם טעמא דמילתא דעבידא לגלויי לסמוך להתיר דבר שבערוה דהא גזירת הכתוב אף דקים לן דלא משקרי לא יועיל בתורת עדות כלל כנ"ל. אך כיון שהוא מלתא דעבידא לגלויי והדין הוא דגם מסיח לפי תומו נאמן וגם במה שאמר שלא בדרך עדות נאמן ג"כ שזה אחיו דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי אף מה שאינו בתורת עדות וע"ז אין גזירת הכתוב כלל כיון שאינו כלל בתורת עדות. א"כ שוב גם כשמעיד בתורת עדות שזה אחיו וראוי לחלוץ שוב אנו דנין ג"כ ע"פ אמירתו שזה אחיו להחזיקו באחיו כמו כשלא היה אומר בתורת עדות רק לתומו דגם ע"פ זה מהני דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי. ואין חשש שיגרע מה שמעיד בתורת עדות דהא אין חושדין למשקר כלל בקרובים וע"א ולענין לגרע מלפי תומי' הוי רק גלוי מלתא שמחזיקין דאינו משקר ונשאר מה שאמר שלא בת"ע דאין גזירת הכתוב כלל כמו שאין חושדין שהקדים הזמן כנ"ל ושפיר גם כשמעיד הע"א או הקרוב שזה אחיו וראוי לחלוץ אנו דנין מצד אמירתו שזה אחיו שלא בתורת עדות וכמו שהעיד לתומתו כמו שלא הי' נוגע כלל לאיסור דהי' נאמן דמלתא דעבידא לגלויי לא משקר כן גם עכשיו מאמינים לו מצד אמירתו לבד שלא בתורת עדות ואין כוונתו להעיד מגרע כלל כיון שאין חשד שמשקר מסברא כנ"ל. ושפיר סומכין על פיו וחולץ אף שהיא דבר שבערוה ואיתחזיק כנ"ל כיון שדנין רק מצד אמירתו שלא בתורת עדות דג"כ מהני אם לא היה עליו כלל שם עדות. ולענין זה אין גזירת הכתוב כלל לפסלו ושפיר מהני:

וממילא דברי הרי"ף ז"ל מדוקדקים וברורים דמהני ע"פ קרוב ואשה דלאו אמלתא דאיסורא ולאו אמלתא דממונא מסהדי רק מגלים דהאי גברא פלן כו' היינו דמהני עדותם מצד כמו שלא היה ענין נוגע כלל לאיסור ולממון רק דרך שיחה שזה איש פלוני שלא בתורת עדות דהיה ג"כ נאמן דהוי מלתא דעבידא לגלויי דלא משקרי אף כשאינו בתורת עדות. כן עכשיו ג"כ אנו דנין מצד אמירתו שזה גברא פלן שאינו נוגע לאיסור

וממון שיהיה הגזירת הכתוב לפסלן כנ"ל. ואין כוונתו להעיד מגרע כלל דהא אין חשש כלל שמשקר באמת וכנ"ל. שוב הוחזק ומהני להתירו לחלוץ אף שהיא דבר שבערוה ואיתחזיק כנ"ל כיון שיש כאן עדות המועיל מצד האמירה שזהו פלוני בלי שנדון על דבר שבערוה כנ"ל ולכך סיים הרי"ף ז"ל ודוקא דליכא חשדא כו' דהיכא דאיכא חשדא שמשקר בכוונתו להעיד שוב א"א להאמינו בתורת דרך שיחה שלא בתורת עדות דמגרע גרע במה שמכוין לעדות דיש חשד שמשקר בכונה וכמו עכו"ם דאינו נאמן במכוין להעיד רק לפי תומו כנ"ל. ושוב א"א לדין מצד אמירתו שלא בתורת עדות רק בתורת עדות שמכוין להתיר דהחשד אינו פוסלו בתורת עדות. ושוב אינו מועיל דהוי דבר שבערוה כיון שע"כ נדין רק מצד העדות בתורת עדות גזירת הכתוב לפוסלו לעדות כנ"ל. ולכך אמר בש"ס הלשון גילוי מלתא בעלמא היינו שאין דנין בתורת עדות רק מצד מלתא דעבידא לגלויי שאין זה בתורת עדות ואין כלל הגזירת הכתוב לפסלו כנ"ל. ובעזה"י ברור בדברי הרי"ף ז"ל ואמת. וכן הרמב"ם ז"ל הל' יבום מפרש ממש כנ"ל והוסיף הטעם דעבידא לגלויי ג"כ ולכך אינו בתורת עדות כלל כנ"ל משא"כ בשאר עדות של תורה כו' וסיים שזה דבר העשוי להגלות כו' היינו דבשאר עדיות כשאינו מלתא דעבידא לגלויי שא"א להאמין אם אינו עדות רק בתורת עדות וע"ז גזירת הכתוב לפסלן כנ"ל וגם קים ליה לא מהני. רק כאן שיש ב' דברים לדין מצד אמירתו שלא בתורת עדות ומ"מ נאמן דהוי מלתא דעבידא לגלויי שפיר מהני ממש כנ"ל:

וממילא יתבארו גם דברי הרמב"ם ז"ל סוף ה' גירושין הנ"ל. דהנה בהא דמלתא דעבידא לגלויי לא משקר אינו ברור בכל מקום שיועיל דהא בבכורות ל"ו פליגי בה ב' לישני ואף דקי"ל כלישנא קמא התם מ"מ נגד חזקה י"ל דלא מהני ע"ש בתוס' ד"ה והלכתא כו'. וא"כ בהא דאחוה דמיתנא שכ' הרי"ף ז"ל י"ל שפיר דמהני דשם מצד עצמו אינו נגד חזקה כלל דהא כ' הר"ן גבי קדשתי את בתי וא"י למי ובא א' ואמר אני קדשתי' דלא מיקרי נגד חזקה דהא א' קדשה ומתברר שזה הוא ע"ש פ' האומר וכן ממש גבי אחוה דמת דידוע שא' אחיו ואומר שזה הוא ואף דכשדנין שתועיל מה שחולץ י"ל דהוי נגד החזקת זקוקה להתירה מ"מ ע"ז שייך שפיר סברא הנ"ל דכיון דשלא בתורת עדות מהני עדותן שזה אחיו דהוי מלתא דעבידא לגלויי לא משקר דמצד עצמו אינו נגד חזקה כלל כל שאין דנין להתירה. ושפיר הוחזק ע"פ עדותן ומהני לחלוץ כיון שהוחזק דזה אחיו. ולענין שיהי' הוחזק הי' מהני מלתא דעבידא לגלויי לא משקר כנ"ל שזה אינו נגד החזקה כנ"ל:

אך לענין התרת עגונה בעדות שמת בעלה. ניהו דאם רואין א' מת ומעיד שזה יוסף בן שמעון. ויודעין שזה בעלה של האשה י"ל ג"כ דשייך כנ"ל שבעדותן כשלא נדין להתירה מהני אמירתן שזה יוסף בן שמעון דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי וג"כ אינו נגד חזקה. דחזקת אשת איש לא שייך רק כשדנין להתירה אבל כשדנין על המת מצד עצמו אינו נגד חזקת א"א לענין הבירור מי הוא המת. וכן נגד חזקת חי ג"כ אינו דהא עכ"פ א' מת ואין חילוק מי הוא ולכך שפיר י"ל דמהני מטעם מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי לענין להאמינם שלא בתורת עדות שזה המת יוסף בן שמעון וכיון שהוחזק שזה יוסף בן שמעון ממילא יכולין להתיר אשתו ממש כנ"ל. אף דלענין התרת האשה היא נגד החזקה ודבר שבערוה מ"מ כבר הוחזק שלא בתורת עדות. דמה שמעיד בתורת עדות אינו מגרע מאם הי' לפי תומי' בישראל כנ"ל:

אך כשמעיד שמת בעלה של אשה זו שאין מת לפנינו כלל. דבזה אף שלא בתורת עדות הוא נגד החזקת חי של זה שדנין עליו אם מת או לא מת. ואינו מועיל מילתא דעבידא לגלויי לא משקר נגד החזקה. וממילא לא הוחזק כלל שמת שנוכל להתירה כנ"ל. רק אם נאמר דדייקא מרעא לחזק' אבל זה לא שייך לענין הוחזק רק לענין ההיתר לינשא ושוב צריך עדות כנ"ל. ולכך הוסיף הרמב"ם ז"ל טעם לפרש הא דאמר גילוי מלתא בעלמא הוא דהנה סוף פ"א מה' איסורי ביאה פ' דסוקלין ושורפין על החזקות אף שאין ראיה ברורה רק שהוחזק שזו אחותו וכן בבא ממדינת הים ואמר זו אשתו שחייבין עליה מיתה בזו צריך ל' יום אף שאין ראיה אחרת רק מאמירתם. וכן הוחזקה נדה בשכנות' לוקה עלי' כו' שהוחזק כו' ואף דאח"כ לחיוב מיתה וכה"ג לא הי' נקרא זה ראי' ברורה מ"מ כיון שהוחזק כו' נסקל אח"כ ע"ש ואף דניהו דזה שפיר כשהב"ד יודעין זה שהוחזק אבל כשהעדים מעידין אח"כ על החיוב וגם על זה שהוחזקה אחותו וכה"ג דג"כ מחייבין מיתה ע"פ. ואף דע"ז שהוחזקה אין כלל תורת עדות דהא בכלל עדיות שבתורה לא מהני כשהעדים מעידים על ידיעה לחוד שמעידין שיודעין שחייב זה מיתה ודאי דלא מהני עד שיעידו על המעשה שראו שע"י מעשה זו נתחייב. ואף בממון כן כשמעידים שזה חייב לא מהני עד שיעידו שלוה או הודה ולא מצד דו"ח רק שאינו עדות רק על מעשה שראו וראי' לזה דהא כשהיה פסול בשעת ראיה פסול אף דכשר בשעת עדות. והא יודע ידיעה ברורה בכשרות שזה חייב לזה. וע"כ דאינו עד רק על ראיות מעשה החיוב. ולכך ממעטינן ליה מאו ראה או ידע כו' והוא עד דצריך להיות כשר בעת ראי'. וכן ממעט בשבועות פ' שבועת העדות דף ל"ג ע"ב דלא משכחת ידיעה בלי ראי' ע"ש. ובממון דמשכחת הוא רק מנה הודית לי שהידיעה ג"כ על מעשה. אבל לא הידיעה בסתם שחייב

אינו עדות כנ"ל. וא"כ ע"ז שהוחזקה קרובה או א"א שאין יודעין כלל מעשה דמסתעף ממנו הידיעה איך יהיה חשיב עדות וגם דו"ח ועדות שאי אתה יכול להזימה ליכא:

אמנם הטעם פשוט דזה עצמו דבעי דיני עדות הוא ג"כ מוהוא עד או ראה כו' היינו בדבר שבא החיוב רק מצד ראיות המעשה ובלא המעשה שראה אין כאן בירור כלל בזה לא מהני וצריך משפטי העדות. אבל במה שהוחזק ואמרה תורה דיכולין לדין ולחייב ע"פ חזקה זו שהוחזק אצל רבים כן אף שלא נודע מעשה שבא ממנה החזקה שוב גם לענין העדאת העדים ג"כ א"צ למשפטי העדות רק היכא דקים לן דלא משקרי מהני ואין גזירת הכתוב לפסלן דג"כ סגי בבירור שהוא כן שהוחזק. כיון דאמרה תורה דלענין שיהיה נקרא הוחזק סגי אף שאין ראיה ברורה רק במוחזק שהוא כן. ממילא גם לענין העדות ג"כ די כשקים לן שבאמת הוחזק כנ"ל ומהרי"ק סי' פ"ז כ' דלמלקות סגי חזקה כל דהו ולמיתה צריך יותר הוחזק במעשה ע"ש. וילפינן לה או כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' איסורי ביאה דהא מכה אביו דחייב מיתה מחזקה והא העדים שמעידין שהוחזק ג"כ לא שייך בהו דו"ח והזמה לעדות זה שהוחזק ומ"מ מהני וע"כ דלענין זה שגילוי הוי רק גילוי מילתא שא"צ למשפטי העדות. רק כדקים לן שהוא כן ע"י עדות שאין חשש שקר שוב נקרא הוחזק כנ"ל. וכן מוכח מהא דיליף ביבמות מ"ז בגר יכול יקבלנו כו' אתך במוחזק לך כו' בא ועדיו עמו מנין ת"ל וכי יגור כו' ופריך עדיו עמו קרא למה ומשני ר"א דאמרי שמענו שנתגייר בב"ד פלוני כו' ומוכח מקרא דאף עד מפי עד מהני במילתא דעבידא לגלויי וע"כ מפני שאינו צריך דיני עדות רק בירור שהאמת כן שיהיה מוחזק כיון דסגי במוחזק לך כנ"ל:

וכ"כ הרמב"ן ז"ל פ"ב דכתובות גבי בני זה וכהן הוא הובא בא"ז דלא מהני מיגו במה שהוא מתורת עדות דהא אף דקים לן דלא משקרי גזירת הכתוב שפסול משא"כ כשאינו בתורת עדות מהני המיגו ע"ש:

אולם לא ביאר החילוק בין מה שצריך דוקא בתורת עדות ולא מהני מה דקים לן דלא משקרי משום גזירת הכתוב ובין מאי דמהני קים לן שהאמת כן. וע"ז שפיר מ"ש הרמב"ם ז"ל דדבר שא"א לעמוד על הדבר רק מצד עדותו כמו שזה לוה וכה"ג לא שייך שיהיה נקרא הוחזק שזה לוה כיון שאינו דבר הנודע רק מעשה שהיה אז בפני עדים אלו ע"ז צריך דיני העדות שאמרה תורה ולא מהני אפילו משה ואהרן בקרובים ואף דקים לן כנ"ל. אבל בדבר שאפשר להתברר שלא על פיהם שהוחזק אצל רבים שהוא כן כמו שזה אחיו או שזה פלוני וכה"ג רק שאין אנו יודעין הבירור בזה א"צ למשפטי העדות רק לידע שהוא כן סגי כנ"ל. וכן מפרש הרמב"ם ז"ל הא דאמר גבי ואשתמודעינהו כו'

גילוי מילתא בעלמא הוא. היינו דבדבר שאפשר לידע שלא מפיהם ועשוי ליגלות רק שאין יודעין היך א"צ לעדות ושוב מהני הא דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי דאם היה צריך לדיני עדות לא היה מהני כלל הא דקים לן דלא משקר כנ"ל:

ומדוקדק כל לשון הרמב"ם ז"ל אל יקשה שהתירו חכמים כו' היינו שלא היה מועיל מילתא דעבידא לגלויי ודייקא כיון שצריך עדות ע"ז כ' שלא הקפידה תורה כו' אלא בדבר שא"א לעמוד אלא מפיהם כו' וזה פי' של גלוי מילתא לא של מילתא דעבידא לגלויי כו' היינו שבזה שאפשר לידע שלא מפיהם אם מוחזק חי או מת פלוני א"צ למשפטי העדות וסגי בהוחזק וקים לן דלא משקרי ושוב נאמן וסיים לא הקפידה כו' ושוב מהני מה שרחוק שיעיד בו שקר שעשוי ליגלות וצריך ב' הטעמים כנ"ל. ומה שסיים הקילו חכמים היינו דהא הרמב"ם ז"ל ה' סנהדרין פ' כ"ד כ' דבד"מ יש לדיין לדון ע"פ הדברים שדעתו נוטה והדבר חזק בלבו שהוא אמת אע"פ שאין שם ראיה ברורה וכלל שם הרבה דברים היכא דקים ליה דלא משקר לענין להפוך שבועה הא דאבא מר דפ' הכותב והוא דלא אמיד ויהיב סימנא כו' ובכולן כ' כשהדבר חזק בלבו של דיין ויראה לו שהוא כן וסיים א"כ למה כו' ב' עדים שבזמן שיבאו לפני הדיין ב' עדים ידון ע"פ אע"פ שא"י אם אמת העידו או שקר כו' ע"ש והיינו דאותן הדברים שאינו בתורת עדות רק מצד קים ליה לא שייך כללא שלעולם יהיה כן רק תלוי בשעת מעשה איך שהוא בלבו של דיין א"כ הוא ע"פ אומדנות אלו. ולכך כשעדים מעידין על אומדנות לא מהני דניהו דאם היה האומדנות אמת היה הדיין סומך עליהם מ"מ כיון שמצד עדות לא מהני ומצד שבלבו של דיין כן ג"כ אינו שהוא אינו מכיר העדים אם אמת מעידים או שקר ומצד זה אינו סומך שהוא כן. ולכך כ' פ' י"ז מהל' עדות מי שהעידו לו גדולים בחכמה כו' אע"פ שמאמין בלבו כאלו ראה לא יעיד כו' ועדות שקר הוא כו' ולא מהני כשמעיד כן מצד קים ליה כו' כיון שבתורת עדות פסול עד מפי עד ובתורת קים ליה הא הדיין אינו קים ליה על אותן העדים שמעידים ששמעו מפי אותן דקים להו כנ"ל. וכן לענין להוציא ממון או לענוש לא מהני ע"פ האומדנות כמ"ש פ' כ' מה' סנהדרין כנ"ל. רק באותן דברים שאפשר ליגלות בלי העדים וא"צ לדיני העדות מה"ת בזה מהני שפיר קים ליה לדיין לגמרי להיות נקרא הוחזק כנ"ל. שיועיל אף להוציא אח"כ או להתיר דבר שבערוה כנ"ל:

אך הא ודאי גם לענין זה שיהיה ברור לנו שהוא אמת ג"כ לא מחזיקינן ע"פ עד א' או עבד וכה"ג בכל מקום דגבי גר דמהני שמענו כו' צריך ב' עכ"פ. ופ"ב דגיטין אמימר מיקרי שטרא פרסאי לב' עכו"ם מסיח לפי תומו זה שלא בפני זה. ואל"ה אינו מועיל. וכן לענין שזה כהן פ"ב דכתובות. וכן בסימנין בנדה פ' בא סימן אף דנבדוק ע"פ נשים

ר"י מוסר לאמו כו' וכה"ג דקים ליה דלא משקרי. ותוך זמן כ' הרי"ף יבמות פ' החולץ דלא מהני אף דהוא עבידא לגלויי וגם א"צ לעדות רק לבירור שהוא כן מ"מ אינו בירור בסתם פסולין שהוא כן ולכך נאמנין להחמיר ולא להקל שאינו בירור גמור. והרמב"ן ז"ל שם בנדה מדמה לה להא דאשתמודענא לפי' הרי"ף ז"ל ע"ש. והחילוק להרי"ף ז"ל דשם אינו נגד חזקה כמ"ש לעיל חשיב בירור שהוא כן מטעם עבידא לגלויי משא"כ בס' להוציא מחזקת קטנות כנ"ל:

ולכך בעדות עד א' להתיר אשה שמת בעלה אף שא"צ דיני עדות רק בתורת בירור מ"מ בעי הש"ס אי חשיב בירור מטעם מילתא דעבידא לגלויי כו' וזה מהני עם דיוקא זוטא כמ"ש תוס' או דלא היה מועיל טעם דמילתא דעבידא לגלויי לחוד להיות בירור נגד החזקת חי רק מטעם דייקא ומינסבא כנ"ל. ונשאר בבעיא דלא איפשיטא במלחמה ובקטטה כנ"ל. וזה הספק גם לענין הבירור אף אם אין צריך לעדות מצד גזירת הכתוב כיון דהוא גילוי מילתא כנ"ל:

אך עדיין לא היה אפשר להתיר מטעם זה תמיד רק היה תלוי בשעת מעשה בלבו של דיין אם סומך על זה שאמת כן כיון שאינו מצד עדות רק מצד קים לן שהוא כן כמו בשאר אומדנות ואם האשה אינו אצלו בחזקת שתידוק וכה"ג לא היה מהני. ע"ז הוצרכו חכמים לתקן שיהיה מהני בתורת עדות ושוב מהני לעולם וא"צ לחקור בשעת מעשה אם אמת כן או לא כמו שאמרה תורה בכל עדות דיכול לדון בסתם. וזה היה שפיר ביד חכמים לתקן דמאחר שלעולם הוא מילתא דעבידא לגלויי ואשה דייקא כו' ויכול הדיין להתירה מדאורייתא ע"פ אומדנות אלו דסגי בזה בקים לן שהוא כן שאין גזירת הכתוב דליבעי עדות כיון שהוא גלוי מילתא כנ"ל. רק שמה"ת היה צריך לחקור בשעת מעשה אם סומך בלבו על אומדנות אלו. ע"ז שפיר תקנו חכמים שיהיה מהני בתורת עדות וא"צ לחקור כנ"ל. ובאמת מותרת מה"ת כנ"ל:

ומיושב כל לשון הרמב"ם ז"ל שכ' אל יקשה כו' שלא הקפידה תורה כו' בדבר כו' וא"צ לעדות רק לבירור וזה מה"ת ורחוק שיעיד שקר כו' וממילא לעולם יכול לסמוך ולהתיר כו' וסיים לפיכך הקילו חכמים להאמין כו' מפני עגונות כו'. היינו שתקנו שלעולם יהי' נאמנים וככל עדיות שא"צ לחקור כנ"ל כיון שמה"ת א"צ עדות ויכול לסמוך ולהתיר. שוב א"צ לחקור בשעת מעשה כלל ויכול להתיר בתורת עדות כנ"ל:

ומיושב מ"ש פ"ה מהל' עדות בב' מקומות האמינה תורה עד אחד כו' וכן מדבריהם בעדות אשה שיעיד שמת בעלה כו' שמה שיהיה נאמן בתורת עדות זה מדבריהם כנ"ל:

וכן מיושב מה דצריך רשות ב"ד דוקא בנישאת בע"א כו' משום דמה"ת מה דמהני הוא שיכול הב"ד לסמוך עלי' וכשבלבו כן יכול להתיר ומטעם זה סמכו חכמים להתיר תמיד ממילא צריך בב"ד דוקא ההתרה כנ"ל:

וכן מיושב הש"ס ריש פרק האשה רבה דתמוה שם דבעי למימר אלמא ע"א מהימן מה"ת כו' ומייתי מאו הודע כו' שיודיעוהו אחרים כו' ואח"כ אמר סברא מידי דהוי אחתיכה ספק חלב כו' דע"א נאמן ודחי דהכא אתחזיק איסורא ואין דבר שבערוה פחות מב' כו' ומסיק מתוך חומר כו'. ותמהו תוס' דלס"ד דע"א נאמן מה"ת למה ליה רשות ב"ד ומה חילוק בין ב'. וכן תמה רמב"ן ורשב"א מה ס"ד וכי לא ידע דאין דבר שבערוה פחות מב'. ועוד למה צריך ב' הטעמים איתחזיק ודבר שבערוה כו' ולמ"ש שפיר דבעי למימר דע"א נאמן מה"ת היינו כשאינו צריך לעדות בתורת עדות רק שנסמוך שאינו משקר כנ"ל. ולכך צריך רשות ב"ד להתיר משא"כ בב' שבתורת עדות. ומייתי מהא דע"פ ע"א מיקרי שיודיעוהו אחרים דהתם לא בעינן תורת עדות רק להיות נודע לו דכן הוא ומהני מה"ת. ודחי דילמא מטעם שתיקה כו' ואח"כ אמר מידי דהוה ח' ספק חלב כו'. דנאמן שא"צ עדות דגם נוגע ובע"ד נאמן. ודחי דהכא איתחזיק ואין דבר שבערוה כו'. היינו דנגד חזקה לא מהימן גם על המעשה שכן הוא ואין כאן בירור רק שנסמוך בתורת עדות ושוב אין דבר שבערוה כו'. ומשני מתוך חומר כו' היינו דהוי מילתא דעבידא לגלויי. ודייקא נגד החזקה כנ"ל. ותיקנו שיועיל גם בתורת עדות כנ"ל:

ומיושב ג"כ מה דמייתי ותנן נמי הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד כו'. ותמוה דהא מיירי מע"א ורישא הוי ליה לאתויי דמשיאין ע"פ עד א' ע"ש. ולמ"ש א"ש דהא דהוחזקו כו' והיכא למדו באמת מע"א על עד מפי עד וקרוב כו'. רק דפשיטא להו דלאו בתורת עדות דא"כ אין דבר שבערוה פחות מב'. וע"כ דא"צ רק להיות קים לן שכן ולכך גם עד מפי עד וקרוב כשר ולכך הוחזקו להיות משיאין כו'. ומייתי הש"ס שפיר ראיה דמטעם בירור מהני ע"א וי"ל דמדאורייתא מהני לבירור. והוצרך להביא הא דהוחזקו כו':

וכן פירש"י סוף פ"ב דכתובות גילוי מילתא בעלמא כלומר אין הדבר צריך עדות אלא לפרסם שיצא הדין לאור בלי גמגום כו'. נראה דסבר ג"כ כדברי רמב"ם הנ"ל. וכן פ"ב דכתובות גבי ערעור דפגם משפחה גילוי מילתא כו' כ"ב ע"א פירש"י צריכין לברר כו' ודבר העשוי להגלות הוא שיבדקו אחריו עד שיבורר ואין עדותן של אלו תלוי בהגדתן אלא מגלי דבר בעלמא ע"ש משמע ג"כ כנ"ל שאין בזה כדין משפטי העדות וסמכינן עליהם גם קודם הבירור. ולא קשה מ"ש תוס' שם דתרי כמאה ואיך יתברר כיון שב' מעידין שהוא עבד ע"ש. דכיון שאינו בתורת עדות לענין איך הוחזק רק בתורת קים לן

איך הוא בזה לא אמרינן תרי כמאה כמו בפסולי עדות שהולכין אחר רוב דעות. ואף דבזה אפשר רוב לא מהני. מ"מ כשנתברר ע"פ אומד הב"ד שראוי יותר להאמין לרבים המכחישים מאמינים להם ולא שייך הגזירת הכתוב דב' כמאה רק בדין עדות כנ"ל:

ומיושב ג"כ ביבמות פ"ח ע"א דמחכו עלה כו' אתי גברא וקאי ואת אמרת לא תצא והקשו תוס' הא תרי כמאה ותירצו דלגבי דבר הנראה וידוע לכל לא היה אומר רב לא תצא כו' ע"ש. ואין לשונם מובן הא מ"מ כשהב"ד אינם יודעין בעצמם אף שמעידין ק' דזה הוא שייך מ"מ תרי כמאה כנ"ל. ולהנ"ל א"ש דבדבר הגלוי לרבים אין בתורת עדות רק נאמנות כמ"ש הרמב"ם כנ"ל. ולא שייך תרי כמאה רק כשהב"ד רואין שהאמת מסתמא כרבים יכולים לפסוק כהרבים ומחוייבין כן כנ"ל:

ולמ"ש לעיל בפי' דברי הרי"ף ז"ל בהא דאשתמודענא כו' מיושב מה שפסק בע"א במלחמה דנפשוט הבעיא משום מילתא דעבידא לגלויי ונאמן מעובדא דדיגלת דף קכ"א. ובע"א בקטטה פ' דלא איפשט ע"ש. דכיון דכשאינו נגד חזקה קי"ל דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי בבכורות ל"ו ויבמות. ולא בתורת עדות כנ"ל. ולכך במלחמה דהחשש מן בדדמי דמחו ליה בגירא או שאר דברים שרובן למיתה כמ"ש הרמב"ם ז"ל. ושוב יצא מחזקת חי ודאי דהא גם בספינה כו' נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים כו' וא"כ שוב כיון שאינו נגד חזקה מהני טעמא דלא משקרי במילתא דעבידא לגלויי לחוד. ואף דבתורת עדות לא מהני מ"מ דנין עליו שלא בתורת עדות רק בתורת לפי תומי' כמ"ש לעיל דסבר בזה דלא כהרמב"ם רק שמצד לפי תומו מהני מאחר שאין חשדא לא גרע בעד כשר מה שמתכוין להעיד מלפי תומו כנ"ל. אבל בע"א בקטטה דיש חשש ששכרתו כמ"ש הרמב"ם ז"ל וכיון דאיכא חשדא שוב גרע כשמתכוין להעיד ולהתירה מלפי תומו וא"א לדין בתורת לפי תומו כשמתכוין רק בתורת עדות. ובזה לא איפשוט הבעיא אם האמינו חכמים משום מילתא דעבידא לגלויי לחוד או משום דייקא. וגם מיושב מה שהוסיף הרמב"ם טעמא דשמא שכרתו שלא הוזכר בש"ס. דהיינו דחשיב חשדא דהא מצינו במה שאינו בתורת עדות הך חששא שמא תשכור עדים באומר אמרו גיטין סוף פ' התקבל. וכן מצינו ג"כ כתובות פ"ב כ"ו ע"א. דגם בקרוב וכה"ג עדיף לפי תומו ממתכוין להעיד לענין להעלות לתרומה ע"פ אחיו ע"ש. וא"כ כאן שלא בתורת עדות לכאורה גרע מתכוין להעיד מלפי תומו אף בישראל דשמא שכרתו וכנ"ל. רק בזה סגי דייקא כו' וגם דיוקא זוטא דשייך גם במלחמה דלא חיישינן עכ"פ לשמא שכרתו כיון שאין רצונה להפקיע מבעלה. ולכך סבר שפיר הרי"ף ז"ל דלא גרע מתכוין מלפי תומו ויכולין לדין שפיר שלא בתורת עדות כנ"ל. משא"כ בקטטה שרוצית להפקיע שוב גרע כשמתכוין

להעיד דשייך שמא שכרתו אם לא נדון בתורת עדות ובתורת עדות שפיר לא מהני כנ"ל ומיושב הכל בעזה"י:

ונראה ראיה ברורה לדברי הרי"ף ז"ל הנ"ל מהא דסוף יבמות במשנה דאמרו לו מעשה בפונדקית כו'. אמרו ולא תהא כהנת כפונדקית כו' אמר להם לכשתהא כו' ומסיק בש"ס דפונדקית עכו"ם ומסיח לפי תומו היתה כו' ותמהו תוס' א"כ מה ראיה הביאו ע"ש ולהנ"ל א"ש דזה עיקר הטעם דבישראל שאינו חשוד לשקר רק גזירת הכתוב לפסלו לעדות מהני אף שמכוין לעדות בתורת לפי תומו כמו אם לא היה מכוין דמה גריעותא במה שהוא מכוין כיון דלא חיישינן לשכרתו. ובזה פליגי וא"ש כנ"ל:

הנה י"ל דהחילוק בין הא דחולין צ"ו פלניא דהאי סימנא קטל נפשא כו'. דהנה בס' כשא' מת בפנינו ואין יודעין מי הוא רק ע"י הסימנין נברר מי הוא שפיר לא היה נקרא נגד החזקה כנ"ל לא נגד חזקת חי כיון שא' מת. וגם לא שייך לאוקמי אחזקת אשת איש כל זמן שאין דנין על האשה כמ"ש לעיל. רק כשאין מת לפנינו ועדים מעידים שמת בעל אשה זו וההכרה ע"י סימנים בזה שייך שיש ב' החזקות חזקת חי כיון שדנין על זה אם מת או לא וגם חזקת אשת איש. אך י"ל ג"כ דאנו דנין כאלו הי' ב' דברים אם הי' עדים מעידים שמת א' דהיו נאמנים. ושוב הבירור מי הוא אינו נגד החזקה וממילא מותרת כנ"ל. דהא בקדשתי את בתי ואיני יודע למי כ' הר"ן ושאר פוסקים דלא מיקרי נגד חזקה כשבא א' ואמר אני קדשתיה אף דנאמן ליתן גט ותהיה מותרת עי"ז כיון שזה רק בירור מי קידש וא' עכ"פ קידשה כנ"ל ע"ש והמקדש כשנותן גט היא מותרת וע"ש דלא שייך ע"ז לאוקמי אחזקת אשת איש שאין זה המקדש וממילא גט שנתן אינו כלום ועדיין א"א. וע"כ כיון דהבירור מצד עצמו כשדנין מי המקדש לא שייך לאוקמי אחזקת אשת איש שאין חילוק בין זה לאחר. וכיון שנאמן שזה המקדש ממילא מהני הגט שלו ומותרת כנ"ל. וכן בהנ"ל כיון דעכ"פ על זה נאמנים שא' מת ושוב הוי כאלו היה א' מת בפנינו. וממילא נאמנים על הבירור מי הוא ע"י סימנין דאין חזקה שאחר מת יותר מזה ושוב כיון דמהני הס' לברר שזה הוא יוסף בן שמעון וכה"ג שוב מותרת אשתו ואף שבא בב"א כשזה הוא יוסף בן שמעון ממילא אשתו מותרת ולא דמי לגמרי לקדשתי כו' שהוא קודם שנותן הגט כנ"ל. משא"כ הכא שהוא מיד נגד החזקת אשת איש אותה ההכרה שזה הוא יוסף בן שמעון דממילא אשתו מותרת. ונימא שהחזקת אשת איש נגד הסימנין שלא יועיל כנ"ל:

מ"מ נראה לענ"ד ברור שאינו כן דמה שאמרה תורה להעמיד על חזקה דמעיקרא אינו מצד בירור גמור שהוא כמו שהיה רק דמספק לא נוציא הדבר ממה שמוחזק עד עתה.

כדאמרינן בכמה דוכתי אשה זו בחזקת היתר כו' ומס' אתה בא כו' אל תאסרנה מספק. אך יש ג"כ כמה פעמים דמוקמינן אחזקה בתורת בירור שמחזיקין שלא נעשה דבר חדש. וכמו בנגע חולין דף י' דמסופק אי בציר ליה שיעורא שפיר החזקה בתורת בירור ג"כ דלמה נחזיק שינוי. וע"ז עצמו החזקה כמו שהיה מקודם וממילא מורה החזקה שלא נשתנה הנגע. אבל בזרק גט ספק קרוב לה כו'. ודאי לא שייך שיהיה החזקה בירור שקרוב לו יותר מקרוב לה. והא ודאי יכול להיות צד ספק זה כצד ספק זה. רק טעם ראשון הנ"ל שייך שאשה זו בחזקת איסור אשת איש כו' ומספק אשת איש להוציאה ממה שמוחזקת עד עתה אבל לא מצד בירור כנ"ל ולכך אמר הש"ס ביבמות ל"א לשון זה מס' אתה בא כו' אל תאסרנה מספק ולא אמר בקיצור אוקי אחזקה כנ"ל. דזה לאו מצד בירור כנ"ל. ובכמה דוכתי ע"ש:

ובזה ישבתי בעזה"י דעת רש"י פ"ב דכתובות וקדושין פ' האומר גבי ינאי ויבוקש הדבר כו' תרי ותרי שפירש"י ז"ל דאינו מועיל נגד חזקת אמו לגבי ינאי והוי ספק פסול ותמהו התוס' הא קי"ל לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה דמועיל חזקת אם להבת ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דהנה אם החזקה מצד בירור שפיר המכשיר בה מכשיר בבתה ג"כ כיון שיש בירור דהא כשרה מחמת החזקה ממילא גם בתה כשרה כיון שתלויין זה בזה כנ"ל. אך אם החזקה אינו מצד בירור רק שאין להוציא הדבר מספק ממה שהיה מוחזק עד עתה בזה ודאי לא היה מהני נגד הבת דדוקא אם שהיתה בחזקת כשרות עד שנולד הספק אין להוציאה מספק מחזקתה כל זמן שאין בירור לאסור אבל הבת שמעולם לא היתה בחזקת היתר ממילא הוי משעה שנולדה בספק איסור ומה יועיל מה דאין יכולין להוציא האם מחזקתה נגד הבת. וכמו חזקת ממון דאין מוציאין מספק ודאי שאינו מועיל נגד מי שאינו מוחזק דאינו בירור שהדין הוא עם המוחזק רק שא"א להוציא ממנו מספק אבל אינו ענין להיות בירור לסייע למי שאינו מוחזק וכן בחזקה דמעיקרא הנ"ל כשאינו מטעם בירור רק מצד שאין להוצא מספק ממה שהיה בחזקת עד עתה. רק המכשיר בבתה היא מטעם בירור כנ"ל:

והנה בתרי ותרי כ' תוס' בכמה דוכתי הא דלא מהימני בתראי במיגו דפסלו לקמאי בגזלנותא וכ' תוס' דמיגו לא עדיף מעדים והא תרי כמאה ואין ראיה של המיגו כלום להכריע בתרי ותרי ע"ש. ולכאורה תמוה דא"כ איך אמר בש"ס יבמות הנ"ל וכמה דוכתי והתוס' בעצמם פסקו כן דתרי ותרי מוקמינן אחזקה מה"ת והא בחזקה שייך ג"כ סברא הנ"ל דלא עדיף מעוד עדים ותרי כמאה ואיך שייך מה"ת למוקמי אחזק' בתרי ותרי כנ"ל. אמנם הטעם פשוט דמיגו שהוא רק ראיה שאומר אמת שפיר לא עדיף ראיה זו

מעדים ואינו כלום בראיה זו להכריע בין העדים. אבל חזקה מלבד הבירור יש עוד טעם שאמרה תורה מספק לא נוציא הדבר מחזקתו כל זמן שאינו בירור כנ"ל. וזה שפיר מהני גם בתרי ותרי דהא מ"מ היא ספק שהוא תרי ותרי. וממילא אין מוציאין הדבר מחזקתו מספק. וזה שפיר מהני בתרי ותרי כיון שאינו מצד ראיה כנ"ל:

ושפיר מיושבים דברי רש"י ז"ל דשוב בס' דתרי ותרי אינו מועיל כלום חזקת אם לינאי או להבת דהא מצד ראיה לא מהני להכריע בתרי ותרי דלא עדיף מעדים כנ"ל. רק מצד שמספק אין להוציא אבל הבן שלא היה מעולם חזקה דכשרות נשאר בספק כנ"ל. משא"כ לדברי המכשיר כו' בשאר ספק דהוי החזקה מצד בירור מהני להבת כנ"ל וברור ואמת בעזה"י:

והנה בנמצא א' מת וא"י מי הוא ודנין ע"י סימנין או עד א' אם הוא יוסף בן שמעון זה להתיר אשתו דבזה ודאי כשדנין רק על הנמצא מי הוא אין כאן חזקת חי דמה חילוק. וגם חזקת אשת איש של האשה לא שייך מצד בירור. דאטו החזקת אשת איש של האשה מכריע יותר שאחר הוא מזה הא ודאי ליתא רק כשדנין עליה להתירה שייך החזקת אשת איש מטעם דמספק לא נוציא הדבר מחזקתו כנ"ל אבל כשדנין על האדם מי הוא אינו מועיל כלל החזקת אשת איש. ושפיר מחזיקינן ע"י הסימנים שזה הוא יוסף בן שמעון וממילא מותרת אשתו ג"כ. דאין מוציאין אותה מחזקת אשת איש מספק רק ע"י ודאי ע"י שהוחזק שזה יוסף בן שמעון מת כיון שהס' אי העד הועילו להחזיק שזה יב"ש. וממש כמו בב' כיתי עדים המכחישים כו' דקי"ל זו באה בפ"ע ומעידה אף להוציא ממון ואף דהחזקת כשרות אינו מועיל להוציא ממון כמ"ש הרי"ף ורש"י בפ"ב דכתובות ב' אומרים גזל כו' נשאר ספק פסול ע"ש דף כ"ב. מ"מ כשדנין על הכת הבאה להעיד ומוקמינן להו אחזקת כשרות שהן הכשרים ושוב מוציאין ממון ע"פ עדים לא ע"פ החזקה כיון שמחזיקין אלו לכשרים ע"פ החזקה ואף שבא בב"א דקודם שבאו להעיד לא היה שייך להעמידו בחזקת כשרות דגם לכת הב' יש חזקת כשרות רק כשבאין להעיד ודנין עליהם לבד ושוב הוא להוציא ממון כנ"ל מ"מ חשבינן זה לב' דברים נפרדים. ודנין על העדים לבד ומהני החזקת כשרים וכיון שמחזיקין להו בכשרים שוב מהני עדותן להוציא דמיקרי שמוציאין ע"פ עדים כנ"ל וע"ש בר"ן ז"ל:

וכן בהנ"ל. כיון דמהני לענין להחזיק שזה המת יוסף בן שמעון ממילא מתירין אשתו אף שהוא בבת אחת מ"מ יכולין לדין על הבירור מי הוא מצד עצמו בלא ההיתר של האשה וכיון דחשיב ברור שפיר מתירין ע"י הבירור שהוחזק כנ"ל. וכמו דקי"ל המכשיר בה מכשיר בבתה כיון שתלויין זה בזה וע"ז אמרה תורה להעמיד בחזקתו ומהני כנ"ל

ולשיטת תוספות והפוסקים מהני גם בתרי ותרי מה"ת וע"כ דאף שאינו מטעם בירור כנ"ל רק מטעם שאין מוציאין מס' מחזקתה ומ"מ מהני לגבי הבת כיון שדנין מקודם על האם והוחזקה כשרה ממילא גם הבת מותרת וכנ"ל. וגם בהנ"ל כיון דמחזיקין שזה המת יוסף בן שמעון מותרת כיון דתליא הך בהך:

אך בע"א שמת בעלה אמר בש"ס שפיר דאינו נאמן מה"ת דאיתחזיק איסורא כו' כמ"ש לעיל. דגם על מת לא היה נאמן נגד החזקת חי דאמרינן שלא מת כלל. ורק מטעם עבידא לגלויי כו'. וכל זמן שלא יאמר מי הוא לא שייך עבידא לגלויי וממילא רק ע"י שיאמר מי והוי נגד החזקה כנ"ל:

אך לכאורה שם בב' עדים דפליגי דהאי סי' קטל נפשא ג"כ נאמר כנ"ל דעכ"פ נאמנים שא' הרג וכאלו הרג בפנינו וא"י מי הוא וע"י הסי' יהיה חשוב בירור שזה הוא וממילא קטלינן ליה וכן פליגי דהאי סימנא לוה כו'. לא יהיה נקרא להוציא רק בירור מי הוא אותו שלוה דהא א' לוה עכ"פ כנ"ל:

אמנם באמת ז"א דהא כל עדיות מה"ת צריכין דו"ח וכשאין יודעין החקירות בטל העדות ואינם נאמנים כלל על גוף המעשה וכשא"י אם בסייף או באירין להרמב"ם ז"ל או חביות יין ושמן כו' אף דבין כך ובין כך חייב מ"מ כשאין יודעין החקירות בטל לגמרי ואמרינן שלא הרג כלל. ואף להחולקין על הרמב"ם מ"מ בחקירות שכל העדות תלוי בו לכ"ע הדין כן ומכירין אתם בו מבואר להדיא פ' היו בודקין דמעיקר החקירות הוא. וממילא כשהי' מעידין שא' הרג את הנפש וא"י מי הוא אינו עדות כלל ואין נאמנים כלל שהרג דא"י החקירות וכן בלוה מה"ת ואף מדרבנן בחקירות אלו נשאר הד"ת דאינו עדות כלל כשא"י מי לוה אינו מועיל כלום אף להאמין שא' לוה כנ"ל:

וממילא רק ע"י הסימנים שמכירין שמי שיש לו סימנין אלו הרג עי"ז יהיה חשוב עדות. ושוב כיון דלהוציא מחזקה לא מהני הכרה שע"י סימנין רק אם היינו יודעין שלוה או הרג א' לא היה נקרא נגד החזקה. ושוב הא אין כאן עדות שהרג כלל דא"א לדון על עדותם שהרג לבד בלי לחייב אותו שהרג ובלי ההכרה דאין עדות כלל שהרג כל שלא תהיה ההכרה שע"י סימנין חשיב בירור. וכיון דליחייב מיתה אין הסימנין בירור א"כ אין מעידין כלל שמכירין את האדם המחוייב מיתה. דהא מה שמעידין פליגי כו' שאיש שיש לו סימנין כך וכך הרג כו' אין כאן עדיין עדות כלל דא"י מי ואינו עדות שהרג כלל כיון שא"י החקירות כנ"ל. רק כשיש לפנינו איש כזה שיש לו סימנין אלו שאומרים העדים. ויהיה הדין שחייב מיתה ע"י הסימנין כנ"ל אזי יהיה חשוב שיודעין העדים מי הוא ואזי נאמין להם שהרג. והא כיון דאין הסי' מועילין לחייב אין יודעין כלל כנ"ל:

אבל בעדות שמת בעלה גם ע"י הסימנין. דניהו דמה"ת אי צריך דו"ח ג"כ שייך כנ"ל דאין כאן עדות גם על שמת א' כל שא"י מי דא"י חקירות רק ע"י הסימנין והיה חשוב יודעין החקירות ולא מהני הסימנין נגד החזקת חי וחזקת אשת איש דכיון שאין הסי' מועילין נגד החזקה שוב אין כאן בירור כלל שמת א' ג"כ מתורת עדות כנ"ל. אבל כיון דבאמת לא צריך דו"ח בעדות אשה. שפיר הוי עדות מיוחד שמת א' באלו סימנים שזה עדות גמור דאף שא"י מי היה מהני. וממילא מהני הסימנין לברר שזה המת הוא יוסף בן שמעון שהיה לו אלו הסימני'. שזה אינו נגד החזקה הבירור לבד כנ"ל ושוב אשתו ממילא מותרת כנ"ל:

ולהנ"ל במעידים פלניא דהאי סימנא גירש אשתו ג"כ לא מהני להתיר דכל שאין הסימנין מועילין להוציא מחזקת אשת איש א"י כלל מי גירש ואינו עדות גם ע"ז שגרש כלל ושוב לא מהני הסי' כנ"ל. ואף דגם בגט א"צ דו"ח מ"מ כיון דזה שוב צריך עדים כשרים רק כמו ממון ומשום דאיכא כתובה כו' ובחקירות הנ"ל י"ל דגם בממון פסול כשא"י ע"ש ש"ע אה"ע סי' ל'. וגם הא בזה שגירש ל' כשא"י מי ליכא כתובה למשקל בעדות זה ושוב צריך דו"ח ולא מהני שגירש ושוב לא מועילים הסי'. משא"כ בעדי מיתה דמהני גם פסולין וכשא"י החקירות מהני. דלא הוצרך סוף יבמות לטעם דאיכא כתובה רק שלא לחקור לכתחילה אולי יתברר שקר עיין ים של שלמה שם:

הנה לר"ת סוף פ"ק דמכות ובכורות כ' דכששואלין אם טריפה הרג או שלם בטל עדותן אף דבסתם כשר דאזלינן בתר רובא מ"מ כששואלין אותן ואין יודעין מיקרי שא"י החקירות ובטל כמו סייף וארירן ע"ש. ולא מהני הרוב לעשותו ידיעה ברורה נגד העדים ע"ש. א"כ יש לפרש פלניא דהאי סימנא קטל כו' לא מהני כיון דע"כ צריכין לומר שאין מכירין בבירור שזה הרג רק ע"י סימנין. ושוב אף דהסימנין חשיב בירור כמו רוב ויועיל אף להוציא מ"מ לא מהני כשאין יודעין בבירור העדים דהוי כא"י החקירות שאינו נכון וכמו טריפה ושלם כנ"ל. וממילא י"ל דנקיט דוקא דיני נפשות. דבטל בא"י כנ"ל משא"כ פלניא דהאי סימנא לוה אפשר דמהני אף להוציא דגוף הסימן ע"פ דין מהני להוציא. ודוקא בנפשות שיהיה חשוב ידיעה ברורה נגד העדים וכדברי ר"ת ז"ל הנ"ל ואין הוכחה על להוציא דלא יועיל סימנין כנ"ל:

גם מ"ש תוס' סנהדרין דף ע"ט ע"ב גבי רוצח שנתערב כו' דלא אזלינן בתר רובא לחייב מי שאינו חייב מיתה וע"כ דדוקא בכל מקום שהרג ומסופקין אי טריפה או אם אביו וכה"ג דעכ"פ העבירה עשה וזה המחוייב ומהני הרוב שהוא עבירה החייבין עלי'. אבל לא לחייב את מי שלא עבר כלל ואין לו שייכות להאיסור להרגו ע"פ הרוב כנ"ל. וא"כ

בסימנין פלניא דהאי סי' כו' דאנו מסופקין שמא אין זה האיש כלל שהרג י"ל דאף דסי' כמו רוב מ"מ לא מהני לחייב מיתה ע"פ הרוב זה שספק אם עבר כלל שמא אינו זה ונקי לגמרי כנ"ל וממילא דוקא בנפשות כן ושפיר נקט קטיל נפשא דבממון י"ל דשפיר מהני כנ"ל:

אך מתוס' הנ"ל אין ראיה די"ל דוקא נקטו במי שוודאי אינו חייב המעורב ברוב חייבין א"א לחייב מיתה למי שבאמת פטור בוודאי. אבל לא ברוב ומיעוט ע"ז האדם אף שהמיעוט הוא שלא עבר כלל מ"מ י"ל דמהני הרוב שעבר וחייב כנ"ל. ואף דהא רובא דאיתא קמן עדיף מרובא דליתא קמן מ"מ לא לענין הנ"ל. דהא קיי"ל אין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב ואף דהמיעוט דוחי בהם דחי שבת וכה"ג. וא"כ לכאורה למה הולכין אחר הרוב לחייב מיתה. אך החילוק דלענין פיקוח נפש אף דהרוב מורה שאין חיוב להצילו מ"מ גם החשש רחוק של המיעוט להציל ג"כ דוחה שבת ושאר איסורין אבל הרוב שמורה שחייב מיתה דאמרה תורה בזה החייב מיתה שאין להצילו רק לחייבו ובערת הרע מקרבך. ואף שיש חשש רחוק של המיעוט שאינו חייב איך ידחה חשש רחוק הזה של המיעוט מצוה דובערת שהרוב מורה שחייבין להרגו ולא להצילו ואין כאן פיקוח נפש כלל. דמצות שבת ושאר מצות נדחים מפני המיעוט חשש דפיקוח נפש. דהא מצד עצמם אין דוחין במקום נפש. משא"כ חיוב מיתה שהחיוב חייבה תורה במקום נפש לבערו ואין נפשו כלום. שוב אין המיעוט דוחה הרוב כיון שהרוב מורה שחייבין להרגו כנ"ל. וא"כ שפיר סברת תוס' דכשיש א' המעורב שבוודאי אינו חייב מיתה שוב א"א לחייב כולן משום הרוב דהא אין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב. וכאן להציל זה הא' הוא פיקוח נפש גמור דאינו חייב בוודאי. ושוב דוחה העשה דוחי בהם של זה הנקי המצוה דובערת הרע של החייבין מיתה כמו שדוחה פיקוח נפש לכל המצות דמה חילוק כנ"ל. וממילא בסימנין או רוב אם זה הוא החייב ל"ש הנ"ל דהרוב מורה שזה החייב ואין כאן פ"נ והמיעוט של אדם זה עצמו אין דוחה הרוב של זה שמורה שאין להצילו שחייבתו תורה כנ"ל. (גם להפוסקים דר"א בגמל האוחר בין הגמלים דבדיני נפשות לא מהני ובממון מהני)

חסר .

והריטב"א ב"מ כתב גם כן דלא מצינו שיועילין סימנין להוציא ממש ודוקא באבידה וכה"ג שאינו מוחזק ממש. והנ"י ב"מ פ' א"נ גבי דהבא פריכא כ' על משקל דהוי סימן רק באבידה משא"כ להוציא ממש לא חשוב משקל סי' מובהק. ואין הכרע בדבריו על שאר סימנין ע"ש:

והיה אפשר לומר דבאבידה שכתבו תוס' דלא מיקרי מוחזק היינו נגד מוצא האבידה. אבל נגד אחר הא כ' תוס' ריש ב"מ במנה שלישית דחשיב כשניהם מוחזקין בו מאחר שהנפקד תופס בחזקת שניהם ע"ש שאותן שהן בכלל הספק והנפקד תופס בעבורם חשוב כאלו מוחזקין ע"ש. וא"כ באבידה כולם בכלל הספק של מי הוא וממילא מוצא האבידה תופס בשבילם והוי כמוחזקים וממילא כשאמרה תורה דמהני סמנין שפיר מוכח דמהני גם להוציא כיון שנותנין להנותן סימנין לבד כנ"ל. אך בת"ה סי' שי"ד כתב דלא מהני הך טעמא שיהיה נקרא מוחזק גמור רק לדחות דין דכל דאלים גבר וכן בשנים אוחזין לענין מיגו כו' אבל לעולם לענין שתעמוד החזקה של ממון כנגד הרוב לדחותו בענין החזקה גמורה שהוא עצמו מוחזק בממון וכ' ראיה ע"ז דהא תוספות סוף פ"ק דכתובות פירשו באבידה לא מהני החזקת ממון נגד הרוב בעיר שרוב ישראל תינוק הנמצא כו' משום דלאו מדעת בעלים באה האבידה לידו ולענין שנים אוחזין בטלית כו' חשבינן להו מוחזקים לענין שלא נאמר כל דאלים גבר וגם לענין דהוי מיגו להוציא אלא ע"כ דנגד הרוב בעינן חזקה גמורה ואלימת' ע"ש. וא"כ למה שנראה מדבריו עכ"פ הך חזקה שתופס בשבילם מספק עדיף משאר חזק' דמעיקרא וכה"ג דהא מיגו במקום חזקה בעיא דלא אפשטא בש"ס. וכיון דחזקה זו עדיפא ממיגו ע"כ דעדיפא משאר חזקה רק נגד רוב לא מהני. וא"כ מוכח שפיר כיון דסימנין עדיפא מהך חזקה שתופס בשביל כולם ממילא מוכח דסימנים מהני נגד שאר חזקה ג"כ ושפיר נגד חזקת אשת איש שהוא רק חזקה דמעיקרא שפיר מהני. ודוקא פלניא דהאי סי' קטל כו' או לוה להוציא ממש ע"פ סי' שפיר לא מהני דהא גם רוב לא מהני שאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא והא סימנין אין לנו ראיה שהוא עדיף מרוב דבאבידה מהני רוב נגד חזקה זו שתופס בשבילם כ"ד ת"ה הנ"ל. אבל לענין דעדיף משאר חזקה שפיר מוכח מאבידה וממילא מהני להתיר עגונה או בגט נגד חזקת אשת איש כנ"ל. ואין לומר דכיון דילפינן דבר דבר מממון לא יועיל להוציא מחזקת אשת איש כמו שאינו מועיל להוציא ממון ז"א דהא מבואר בכמה דוכתי בש"ס דרוב מהני להוציא מחזקת אשת איש ולכך מים שאין להם סוף ניסת לא תצא ובכמה דוכתי ולא אמרינן כנ"ל כיון דילפינן דבר שבערוה מממון כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב כן לא יועיל בדבר שבערוה רוב נגד חזקת אשת איש וע"כ דלענין זה לא דמי דמ"מ אינו להוציא ממש ממי שהוא מוחזק רק חזקה דמעיקרא ובזה גם בממון מהני רוב נגד חזקת מרא קמא כשאינו מוחזק כנ"ל. וממילא שפיר גם סמנין מהני כנ"ל:

וכ"כ בת"ה סי' שמ"ט דהא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב אף דרובא וחזקה רובא עדיף שאני חזקת ממון דאית ביה טעמא דמוציא מחבירו עליו הראיה כו' והיינו שמוחזק ממש כו' ע"ש. וממילא לא שייך לענין זה למילף דבר שבערוה מממון שלא יועיל רוב וכה"ג דלא מיקרי להוציא ממוחזק כנ"ל. וממילא שפיר גם בסמנין מהני באיסור אשת איש משא"כ להוציא ממש כנ"ל:

אמנם לכאורה אינם מובנים דברי הת"ה מאי פסקא הנך גבולים דלענין מיגו שידחה נקרא מוחזק מה שתופס בשבילם. ולא נגד רוב. וגם דברי תוס' לכאורה אין מובן ברוב ישראל דלא מיקרי מוחזק כיון דלא מדעת בעלים בא לידו כו'. היכן מצינו חילוק כזה אטו מה שזוכה מהפקר לא מיקרי ממונו ומוחזק ככל ממון. והא אפילו בגזילה חשיב מוחזק:

אמנם לענ"ד הטעם פשוט דהא אמר בש"ס ב"ק פ' הגוזל דף ק"ד כיון דאודי ליה כמאן דאמר יהיה לי בידך וכמו פקדון אצלו ע"ש. וכן בכל פקדון אף שהוא ביד הנפקד מ"מ נקרא המפקיד בעליו מוחזק דכל היכא דאיתא ברשותא דמרי' הוא. רק בגזל מיקרי אינו ברשותו כיון שאינו רוצה להחזירו וגזל הוי קנין לענין גזילה כשאר קנינים כמבואר בש"ס גבי מגרר ויוצא איסור שבת איכא גניבה ליכא כשאינו קנין ככל הקנינים ע"ש. והנה במוצא אבידה שאינו גזלן ומגביהו בשביל מי שהוא שלו ואינו רוצה לזכות בו לעצמו דעבר משום לא תוכל כו' והשב כו' כמבואר לעיל בש"ס. וא"כ ממילא מי שהוא שלו באמת נקרא מוחזק אף שהוא ביד המוצא דכל היכא דאיתא ברשותי' הוא. וכמ"ש הרמב"ן ז"ל דמה"ט לא קני יאוש באבידה בתר דאתי לידיה דמוצא משום דנעשה שומר של בעלי' וברשותיה דלא מהני יאוש ע"ש:

וממילא כתבו תוס' שפיר בתינוק כו' ברוב ישראל לא שייך כלל אין הולכין בממון אחר הרוב שיהיה נקרא מוצא אבידה מוחזק. דהא ניהו דאם הוא של עובדי כוכבים מותר לזכות בו. אבל ע"ז דנין הא אם של ישראל לא זכה מעולם בו ואדרבה זכה בו בשביל הישראל בעל האבידה וברשותו הוא כשאר פקדון דאינו גזלן. א"כ אדרבה הרוב הוא שאינו מוחזק כלל רק בעל האבידה ואף דהמיעוט מורה שמוחזק מהני הרוב ע"ז עצמו שאינו מוחזק כלל רק בעל האבידה מוחזק והא לב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי נקרא מוחזק כמבואר בש"ס סוטה וב"ב פ' מ"ש דף קנ"ד גבי נפל הבית דיחלוקו כיון שהספק אם חייב לו ממילא הספק מי המוחזק ע"ש. רק דקי"ל כב"ה דלאו כגבוי כו' אבל בהנ"ל שלפי הרוב בעל האבידה מוחזק שפיר מהני הרוב כנ"ל. וא"ל דיזכה בו ושוב לא יוכל להוציא ממנו דז"א דהא אינו רשאי לזכות בו כיון דקודם שזוכה בו מהני הרוב

שהוא של ישראל ועובר כמו כל אבידה של ישראל כשנטלה שלא להחזיר כנ"ל. וממילא לא קשה מ"ש ת"ה משנים אוחזין בטלית דחשיבי מוחזקין אף שהוא מציאה. דהתם כיון שכל א' אומר שלי הוא דנגד אחרים הא זכה בו דמיירי ברוב עובדי כוכבים כמ"ש הרא"ש. רק דכל ראייתו דנימא ג"כ בחציו שלי שהספק הוא מי המוחזק דשמא של האחר ממילא תקף בו שלא מדעת בעליו ואינו נקרא מוחזק כלל ותועיל המיגו לראיה שאינו מוחזק כלל ולא יהיה חשוב להוציא כנ"ל. ולמ"ש שם בגזלה מגרע גרע דכיון שרוצה לגזלו ולזכות לעצמו אף שבאמת של השני מ"מ הוא ברשותו ככל גזלן דמיקרי אינו ברשותו של הנגזל כיון שאינו רוצה להחזיר והגזלן מיקרי מוחזק וזה שטוען גזלתני ודאי דמיקרי מוציא. ושפיר על המחצה שטעונין עלי' ושניהם מוחזקין מיקרי מוחזק על הרביע ולא מהני מיגו של זה להוציא מרשותו כבכל דוכתי כנ"ל. משא"כ במוצא אבידה שאינו גזלן כלל שפיר כתבו תוספות דמהני הרוב כנ"ל. וא"כ אין ראיה לדברי ת"ה:

אמנם דבריו אמת דנגד רוב לא מהני. דנראה שכ' תוספות דמה שהנפקד תופס בחזקת שניהם חשוב שניהם מוחזקין דלא אמרינן כל דאלים גבר היינו דהא הנפקד תופס עבור מי שהוא שלו ונקרא ברשותו של המפקיד. א"כ כיון שהספק רק בין שני אלו שפיר תפיסה שלו בשבילם ואם הדין יחלוקו שפיר שניהם מוחזקין בו ולכך הדין יחלוקו וממילא הוי ברשות שניהם וכאלו שניהם מוחזקין. ואף דאם יהיה הדין כל דאלים גבר לא יהיה חשוב כלל שניהם מוחזקין. מ"מ הא החילוק הוא דכשאין שום א' מוחזק בוודאי אי כל דאלים גבר והיינו במה שאף לטענות כל א' ג"כ אינו מוחזק דאף שהוא שלו מ"מ אינו מוחזק בו. אבל בשניהם מוחזקין לא שייך לפסוק שיוציא מרשות הא' בע"כ ולכך יחלוקו כנ"ל. א"כ אף במה שהוא ספק אם זה מוחזק או זה ג"כ ודאי הדין יחלוקו דלא שייך כל דאלים גבר דשמא זה מוחזק ומוציא מרשותו בעל כרחו. וכמו לב"ש בשטר העומד לגבות. וגם לב"ה בנפל הבית כו' אלו ואלו מודים שיחלוקו כו' כיון שהספק מי מוחזק ע"ש. ולכך כיון דמי שהמנה שלישית שלו זה תופס הנפקד בשבילו וברשותו והוי מוחזק שוב הס' מי מוחזק והדין יחלוקו וממילא חשוב כשניהם מוחזקין וכ' תוספות שפיר כנ"ל:

אבל היכא שרוב מסייע לא' דאם אין שום אחד מוחזק הולכין אחר הרוב וזוכה זה שהרוב מסייעו שוב לא שייך שתופס בשביל שניהם ונקראו מוחזקין ולא יוכל להוציא בהרוב ז"א דהא אינו תופס רק עבור מי שהוא שלו וע"ז עצמו מהני הרוב שרק הוא מוחזק שהוא שלו וממילא הוא ברשותו ג"כ ולא שייך כלל אין הולכין בממון אחר הרוב שהרוב אינו כלל להוציא:

וא"כ ממילא גם בסימנין שפיר לא מיקרי כלל נגד חזקה כיון דהסימנין מורין באין שום א' מוחזק שהוא שלו שוב תופס בשבילו ולא מיקרי כלל להוציא. וא"כ לא מוכח גם נגד חזקה שיהיה מהני. ונגד מיגו אפשר דשפיר כסברת ת"ה דמיגו חוץ לב"ד קי"ל דלא מהני. ואם כן לא מיקרי בירור כלל על למפרע רק בשעה שטוען בב"ד והוי נגד חזקה דקודם שטען היה בחזקת כולם שתופס בשבילם ועתה יועיל המיגו להוציא משא"כ בדבר שהוא בירור למפרע כמו רוב סימנין אגלאי מלתא שלא היה תופס רק בשבילו כנ"ל:

וראיה לזה דהא מצא שט"ח קי"ל לא יחזיר לא לזה ולא לזה. וכן במשנה מצא שטר וא"י כו' יהא מונח כו' ולמה לא יהא הדין חולקין. הא קי"ל בשניהם אדוקין בשטר יחלוקו. וכ' תוס' ריש ב"מ דבשטר חשוב החלוקה יכולה להיות אמת שפרע מחצה ורק במנה המופקד אין דרך להקנות מה שביד אחרים כו' ע"ש ולכך בשנים אדוקין יחלוקו. וא"כ כיון דמנה שלישית כ' תוס' דחשוב שניהם מוחזקין מה שהנפקד תופס בשבילם כנ"ל. ורק משום דאין החלוקה אמת אמרינן יהא מונח כו'. ואם כן במצא שט"ח או א"י מה טיבו כו' דחשוב כאלו שניהם מוחזקין המלוה ולוה דהא תופס בשבילם מספק כנ"ל. וממילא יהיה הדין יחלוקו כמו ב' אדוקין בשטר דהא החלוקה יכולה להיות אמת שפרע מחצה כנ"ל ולמה יהא מונח כנ"ל:

ולמ"ש אתי שפיר דכיון שאם אין שום א' מוחזק לא היה יכול לגבות כלום מהלוה שוב לא מיקרי כלל שתופס הוא בשביל המלוה כדי שיהיה נקרא מוחזק. דדוקא במנה ג' אמרינן שתופס בשביל הספק של שניהם ובספק ראוי להיות הדין יחלוקו כיון שהספק מי מוחזק. ושוב הוי כשניהם מוחזקין כנ"ל. משא"כ בשטר דבספק מי אבד השטר מ"מ הלוה מוחזק וא"י לגבות מספק. ורק בשניהם אדוקין בשטר דבזה שפיר מ"מ דנין על המחצה כאלו לא אבד כמ"ש לעיל דהא עדיין בידו. משא"כ שיהיה תפיסת הנפקד והמוציא כאלו מוחזקין שזה הוא מחמת הספק והא בספק ממי אבד אינו יכול לגבות מלוה ואין חשיב כלל כשניהם מוחזקין כדי שיהיה המלוה נקרא מוחזק ג"כ ויגבה הא מצד הספק לחוד אינו גובה כלום וממילא אינו מוחזק כלל כנ"ל. וממילא גם ברוב וסימנין כן כיון דמצד הספק היה זה שמסייעו שוב התפיסה בשבילו כנ"ל:

אך י"ל בהך דמצא שט"ח בלא הנ"ל ג"כ. דהא כשאין החזקה דשטרא בידי מה בעי אינו יכול לגבות כלל אף אם הי' השטר בידו. כמו כת"י וכה"ג. רק משום החזקה ראיה דלא פרע. וא"כ כיון שהוא ספק מי אבדו עכ"פ ליכא חזקה כלל דאם פרע ולקח השטר ממילא אבדו הלוה ואין שום ראיה במה לגבות וא"כ איך נאמר שהמוצא וא"י מה טיבו יהיה נקרא שתופס בשביל שניהם וכאלו מוחזק גם המלוה ותפוס בו מה בכך. מ"מ לענין

הספק שמא פרע אין כאן חזקה והוא ספק השקול דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואיך יגבה הא אף אם יהיה ביד המלוה ולא הי' חזקה הנ"ל לא הי' גובה. ובשניהם אדוקין בשטר נראה הטעם דמיקרי שתפוס גם בהראיה של החזקה דשטרא בידיה מה בעי דהא מקצת השטר בידו. ואף שמקצתו ג"כ ביד הלוה מ"מ על המחצה שביד המלוה הוא לגמרי בידו עם החזקה דשטרך בידי' מאי בעי ושפיר יחלוקו כנ"ל. משא"כ במוצא אף שיהיה נקרא לגבי גוף השטר שתפוס בשביל המלוה ג"כ מ"מ בחזקה דשטרא בידי מה בעי אינו תפוס כלום בשביל המלוה דאין כאן חזקה כלל דאם פרע לקח השטר ונאמן פרעתי ושפיר אינו גובה כלום כנ"ל וממילא יהיה מונח כנ"ל. ולא קשה כנ"ל:

עוד י"ל כיון דקי"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קני וכן מגביה מציאה כו' וכ' הרא"ש ז"ל הטעם דלא איתרבי זכי' היכא שהוא חוב לאחר ע"ש. וא"כ בשלמא לענין שלא יהיה הדין כל דאלים גבר חשבינן שפיר שזוכה הנפקד בתפיסתו בשביל שניהם וכאלו בעצמם מוחזקין דזכין לאדם שלא בפניו. ואין כאן חוב לשום א' במה שיהיה הדין יחלוקו ולא כל דאלים גבר דהא אינו ידוע מי יגבר אבל כשיש רוב או סימנין לאחד ואי אין שום א' מוחזק זוכה מי שהרוב מסייע או הסימנין כנ"ל רק מחמת שיזכה המוצא עבורם שיהיו מוחזקים לא יועיל הרוב או הסי'. ושוב לא מהני כלל תפיסתו בשבילם דבחב לאחרים לא מהני זכיה שלו בשבילם. ושפיר מהני עדיין הרוב וסי' ולא מיקרי כלל להוציא כנ"ל דלא נעשו מוחזקים כלל כנ"ל. וכמו מגביה מציאה לחבירו דלא קני דאין חילוק בין קנין גמור לקנין של תפיסה שיהיה נקרא מוחזק כמבואר בש"ס ריש ב"מ גבי רכוב ומנהיג ע"ש:

ואף דלכאורה לענין חב לאחרים יש לחלק דבשלמא מגביה מציאה באמת היה יכול לגבות מי שירצה וע"י זכיה שלו מגרע זכות האחרים מה שהיה באמת כדין וכן תופס לבע"ח כיון שגם הם בע"ח היה להם זכות כדין והוא חב להם בתפיסתו. משא"כ כאן דמי שאינו שלו לא שייך שחב לו וא"כ דכשמוחזקין לא מהני הרוב או סימנין ואמרינן שאינו שלהם כלל א"כ גם חב לאחרים לא מיקרי דהא איגלאי מילתא שאינו שלהם. ושפיר יהיה מהני תפיסתו בשבילם שיהיו מוחזקין:

אך באמת ז"א דהא רוב או סימן כשאינו להוציא הוא בירור גמור ע"פ דין שהוא שלהם רק כשא' מוחזק לא מהני בירור זה אבל חזקת ממון אינו מטעם ראיה להיפוך דאין חזקת ממון ראיה רק שאין יכולין להוציא כמ"ש ת"ה כנ"ל. וא"כ שפיר נקרא חב לאחרים כיון שכל שאינו תופס בשביל האחרים הדין ברור שהוא שלהם. רק אם יהיו מוחזקים לא יוכל להוציא מהמוחזק אבל לא מטעם שיש ראיה להיפוך. וממילא חב בתפיסתו למי

שהוא שלו בלא התפיסה בשבילם והוי שפיר חב לאחרים שאינם חשובים מוחזקין כלל כיון דגם אחר שיהיו מוחזקין נשאר ראיה שלהם כמו קודם רק שאין יכולין להוציא ושפיר כנ"ל:

ובזה מיושב קושית הפ"י פ"ק דכתובות למ"ד ברי ושמא ברי עדיף אף בשמא טוב. ואביי הכי ס"ל ב"ב פרק יש נוחלין גבי זה אחי כו'. א"כ באבידה למה לא יחזיר באין סי' כשטוען ברי שהוא שלו ע"ש והקשה גם לדידן דרק משום חזקת ממון לא מהני ברי ושמא והא באבידה אינו חשוב מוחזק כמ"ש תוס' ושפיר יהיה מהני ברי ושמא ע"ש. ולמ"ש מיושב דהא לכאורה לא קשה כלל קושייתו דהא קי"ל אנן טוענין למי שגובין שלא בפניו ומבואר בראש"ש ריש פ"ב דכתובות דחשיב ברי וברי מה שטוענין הב"ד בשביל היורשים ע"ש שמוכרח בש"ס דאשה שנתארמלה חשיב ליה ברי וברי לפי שטוענין כנ"ל. וא"כ נגד האחרים שמסופקין שמא אינו של זה רק של אחר אנו טוענין בשבילו שמא גם אחר היה טוען ברי שהוא שלו ואיך יגבה זה בברי שלו הא הוי שלא בפניהם נגד האחרים וטוענין הב"ד וחשיב ג"כ ברי כנ"ל ושפיר אין מחזירין אבידה כנ"ל:

אך י"ל דמ"מ קשה למ"ש הפוסקים וקי"ל בש"ע דאין טוענין בשביל היתומים רק להחזיק כשבאין להוציא מהם אבל לא כשאין מוחזקין ע"ש סי' קל"ג ס"ה. וא"כ עדיין קשה באבידה דאותן האחרים הא אין מוחזקין כנ"ל ואין טוענין בשבילם והוי שפיר ברי ושמא ונחזור לזה הטוען ברי כנ"ל:

אמנם למ"ש א"כ שפיר לענין זה מהני מה שתופס המוצא בשביל כולם שנקראין מוחזקין וחשיב להוציא ושפיר טוענין בשבילם והוי ברי וברי כנ"ל. דבזה לא שייך כמ"ש שיהי' נקרא חב לאחרים ולא יועיל תפיסתו בשבילם דז"א דכאן שאין לו ראיה כלל שהוא שלו רק מצד ברי. וכיון שיהיה מועיל תפיסתו בשביל האחרים טוענין הב"ד והוי גם טענתם ברי ואין לו שוב שום ראיה שהוא שלו לא מיקרי כלל חב לאחרים דהא לא יהיה ראיה כלל ששלו ומה בכך שחב לו כשאינו שלו אם לא יזכה בשבילם יהיה חב להם כמו שעכשיו חב לו כיון שאחר התפיסה אין לו ראיה כלל למפרע שוב מהני תפיסתו בשבילם ולא הוי כלל ברי ושמא ואין מחזירין כנ"ל:

אך באמת בלא זה לא קשה קושית הפ"י דהא הוי זה כמו באומר לשנים גזלתי שכ' תוס' דף ל"ז דלא שייך ברי ושמא ברי עדיף שזה ידוע שאינו חייב בבירור רק לא' וע"ז טוען ברי. ואף דשם תובעין שניהם מ"מ הא אינו מובן לכאורה דבריהם מה לו לא' לטענת חבירו הא כל א' תובעו גזלתני והוא אומר א"י. ואף שאומר א"י אם לך או לפלוני מה לו לזה הא מ"מ נגדו אומר א"י אם גזלתיך או לא וכיון דברי עדיף למה לא יהיה חייב לשלם

לו. וכשתובעין שניהם בב"א היה אפשר הטעם דדמי לשני שבילין כו' דבבת אחת כיון שודאי א' שלא כדין א"א לפסוק ששניהם טהורין. וכן בהנ"ל דא' ודאי יגבה שלא כדין. אך בזה אחר זה לא שייך כלל וכשכל אחד תובעו בפני עצמו יהיה חייב לשלם לו. וגם בבת אחת לא שייך כלל. דהא אמר בשבועות פרק כל הנשבעים ב' מלוין ולוה א' ושני שטרות כו' אף דא' פסול ואינו ראוי לגבות ע"ש:

אמנם נראה הטעם פשוט דהא דברי ושמא ברי עדיף הוא כמו לדידן דחייב לצאת ידי שמים דשמא גוזל את זה ואף שהוא ספק שמא הממון שלו מ"מ מחויב הוא לוותר ולמחול ס' ממון שלו כדי לקיים השבה מספק והיינו טעמא דמ"ד ברי עדיף לגמרי ג"כ כנ"ל שהב"ד מחייבין אותו לקיים מספק חיוב השבה כנ"ל כיון שבעצמו מסופק כנ"ל. וא"כ זה שפיר במסופק אם חייב כנ"ל. אבל בגזל דקי"ל גם באיסורי הנאה שאין הנגזל יכול להנות כלל אומר הרי שלך לפניך ומקיים השבה. וכן מבואר ב"ק פ' הגוזל וכאן ב"מ פ"ה דלר"ט במה שמניח גזילה ביניהם ומסתלק מקיים השבה למי שהוא שלו דהא מנח קמי' בב"ד ואף שאין הב"ד מניחין אותו ליטלו מספק שמא הוא של האחר מ"מ לא גרע מאיסורי הנאה דמ"מ מהני הרי שלך לפניך שהיזק שאינו ניכר הוא במונח קמי' כנ"ל. וכן ממש בהנ"ל ולגבי הגזלן חשיב השבה ונפטר בכך כנ"ל:

וממילא לא שייך ברי עדיף אף כשהא' לבד תובעו. דהא זה טוען ברי שלא גזל רק מא' וא"י מי משניהם אם לזה או לאחר וא"כ לר"ט דהוי השבה ממילא טוען ע"ז עצמו ברי שבמה שיניח ביד ב"ד הגזילה מקיים השבה בודאי אף שלא יוכל ליטלו זה התובע מחמת ספק של האחר מ"מ הוא קיים השבה ואין עליו חיוב יותר. ואין כאן שמא כלל דדוקא בשמא אם חייב אם לא ישלם מסופק בעצמו אם מקיים השבה וחייב מספק דברי עדיף. משא"כ בהנ"ל אינו מסופק אם חייב עוד שע"ז טוען ברי דבמה שמניח הגזילה מקיים השבה ואין עליו חיוב יותר כנ"ל ולא שייך כלל לברי עדיף. וכן להיפוך לר"ע דלא מקיים השבה כשא"י ליטלו שוב אף אי לאו ברי עדיף היינו דהוי ספק אם חייב ואין יכולין לחייבו מספק. משא"כ בהנ"ל דודאי אינו מקיים השבה למי שודאי מחויב דהא לא ודאי חייב ואינו משיב לו ולכך חייב לשלם לשניהם כדי שיקיים השבה לזה שהוא שלו כנ"ל ולכך לא שייך לפלוגתא דברי ושמא כנ"ל. וזה ברור בפי' דברי תוס' שם. וממילא באבידה זה המוצא אינו מחויב בהשבה רק לא' שהוא שלו. וגם ר"ע מודה בהא אף שיטענו שניהם ברי כל א' שאבידה שלו ואפילו סימנים וסימנים מ"מ מודה דיניח וא"צ לשלם לכל א' כמו באמר לב' גזלתי כנ"ל. והטעם פשוט דבגזילה דחייב הגזלן באונסין א"כ מה שתוקף האחר בו שלא כדין וטוען שאותו גזל הוי כגזלן שגזל

ממנו החפץ מהגזלן זה דהיה חייב לשלם להנגזל. וא"כ גם בזה ניהו דהוא אונס מה שאינו משיב לזה שהוא שלו מ"מ חייב לשלם לזה שהוא שלו כיון דבמה שמניח לא מקיים השבה כנ"ל וממילא צריך לשלם לשניהם כנ"ל. ואפילו בפקדון א' מכם הפקיד כו' דאינו חייב באונסין מ"מ כיון דהוי ליה למידק וע"י פשיעותא ששכח מי הפקיד אין זה יכול ליקח פקדון שלו חייב בפשיעה וכמו לא ידענא היכא אותבינהו דהוי פשיעה ושפיר מחויב לשלם הפקדון לבעל הפקדון וממילא חייב לשניהם וזה הוא החילוק בין כרך אחד דאמר בש"ס שם ע"ש:

אבל באבידה דאין כאן פשיעה כלל במה שא"י אינו חייב כלל רק לא' דמה לו מה שאין בעל האבידה יכול ליקח אותו בשביל האחר דטוען שלו הוא מ"מ הא מקיים השבה במה שמניח ביניהם ולכך לכ"ע הדין יניח כנ"ל. וא"כ ממילא לא שייך כלל ברי ושמא ברי עדיף. דהוא בודאי אינו חייב לו והחפץ מונח בידו דמי שיברר שהוא שלו יקחנו וכמו אם מונח ביד ב"ד שאינו מועיל ברי שלו דאין כאן שמא חייב כלל דאין שום אדם חייב רק שא"י ליטלו כל שאינו מברר שהוא שלו והברי שלו אינו בירור. ולא שייך שיתן לו האבידה מטעם שאין אחר עומד כנגדו לטעון ברי ויהיה נקרא ברי ושמא לגבי האחרים שמסופקין עליהם שמא שלהם ויהיה ברי עדיף דז"א דלא מיקרי שמא כלל מי שאינו לפנינו הא ע"ז מסופקין שיבא אחר לברר שהוא שלו או עכ"פ יהיה טוען ברי כנ"ל. ועוד דבשלמא ע"ז האדם שהוא שלו שייך שברי עדיף ואף שהוא מסופק שלו מ"מ מחמת ספק שמא עושה איסור ואינו משלם למי שחייב מחויב למחול ולוותר ס' ממון שלו שהוא בידו למחול וליתן ממון שלו מספק כדי שלא יגזול מספק כנ"ל. משא"כ ממון של אחרים שאין בידו למחול איך נימא מחמת שמסופק שמא של אחרים הוא יתן לו האבידה הא כמו שמסופק שמא שלו ואינו מקיים השבה כן מסופק שמא של אחרים ואינו מקיים השבה במה שיתן לזה ואיך יהיה שייך ברי ושמא ברי עדיף. ואם יתן לזה לא ישלם להאחר דאין עליו חיוב יותר רק להשיב לא'. דהא בהשבת אבידה קי"ל דשלו קודמת ואם יפסיד אינו מחויב כלל בהשבה וממילא אין עליו חיוב כלל ליתן לזה ואין לו שייכות כלל לברי ושמא ולא קשה כלל וזה ברור בעזה"י:

ובל"ז הא כ' עד דרוש אחיך כו' דיליף שידרוש אותו אם הוא רמאי וא"כ בפירוש אמרה תורה שלא להאמינו בברי שלו לבד ומה קושיא. רק דהיה קשה דלגמור מזה דלאו ברי עדיף בכל מקום וע"ז י"ל שפיר כנ"ל. והפ"י תירץ דהוא נגד רוב דיש רוב העולם דנימא דהאבידה הוא מרוב העולם ולא מזה הטוען ברי ע"ש ואי הוי אמרינן כסברתו א"כ היה מוכח דסימנין מהני נגד רוב וכ"ש נגד חזקה. אך תמוה דמשמע בכמה דוכתי דלא חשיב

זה רוב גבי קדשתי את בתי וא"י למי ובא א' ואמר אני קדשתי' שכ' הר"ן דלא הוי נגד חזקה והא הוי נגד רוב. אך בנאמנות ע"א כ' הרשב"א ורמב"ן יבמות פ' האשה דיותר נאמן נגד רוב מנגד חזקה ע"ש. וכן לא מחלק בש"ס בין אמר לב' גזלתי. ובין גזל א' מחמשה ע"ש ב"מ פ' המפקיד דלא אמרינן דשם יש רוב בכל א' שאינו שלו. וכן א' מבנותיך בקדושין. ובעגונה הכרה על מת א' שזה בעלה של אשה זו דהיה נקרא ג"כ נגד הרוב לסברת הפ"י דנימא דהמת מהרוב עולם שאינם בעלה. וכן ב"ב פ' יש נוחלין גבי זה אחי אינו נאמן דבעי למידק דברי ושמא לאו ברי עדיף כו' ודלמא משום דהוי נגד הרוב שאינם אחי' וכמ"ש הפ"י באבידה דלאו ברי עדיף מה"ט וע"כ דאין חילוק. והרשב"א ז"ל יבמות פ' האשה כ' ג"כ דע"א ודאי נאמן כשיש טריפות וכשרות ומעיד שזה כשרה כו' ודאי דגם ברוב איסור נאמן עד א' שזה ההיתר נגד הרוב אף דרוב עדיף מחזקה ובאיתחזיק לא מהימן כו'. ולענ"ד נראה הטעם דהא קבוע כמחצה על מחצה ובכל ביטול ברוב הוי קבוע שיש א' היתר או איסור רק כמ"ש תוס' ור"ן פ' גיד הנשה דכשאינו ניכר לא שייך קבוע ע"ש וא"כ העד שמעיד שניכר לו שזה ההיתר אינו מעיד כלל נגד הרוב דכיון שניכר לו ממילא הוי קבוע דהוי כמחצה ואין כאן רוב כלל נגדו. ודוקא נגד חזקה דאף לדברי העד מעיד נגד החזקה שהיה מוחזק מקודם. משא"כ ברוב כנ"ל לברר שגם קודם יש א' בודאי רק כשאינו ניכר לא היה חשיב קבוע אבל לדברי העד אין כאן רוב כלל כנ"ל. וממילא גם באבידה שא' אבד עכ"פ והוי קבוע. וכן בהכרה של המת שא' יש שהוא בעלה וסמכינן ע"י הכרה שזה הוא ושוב הוי קבוע ואינו נגד הרוב. דהא הר"ן ז"ל כ' עיקר הטעם באינו ניכר דלא הוי קבוע דכיון דבטל וכמאן דליתא שוב אין כאן קבוע ודוקא בניכר דלא בטיל ע"ש פ' גיד הנשה ולכך בעלי חיים דלא בטלי חשיב קבוע אף שאינו ניכר כדאמר בזבחים פ' כל"ה ע"ש. וא"כ העד המעיד בהיתר המעורב ברוב איסור או להיפוך שזה הוא ההיתר א"כ לא בטיל שניכר ושוב הוי קבוע דהא לענין זה שלא בטל מהני עדותו שניכר ודאי צריך להסיר האיסור על פיו שזה אינו נגד הרוב דהא אומר שלא בטל ואינו נגד הרוב וממילא הוי קבוע וכן בהיתר כנ"ל. וכן באבידה סימנין דמהני לברר שזה שהוא בעל האבידה ואינו נגד הרוב דכשניכר אין כאן רוב:

סימן יז

הלכות קידושין.

[השאלה לא מצאתי.]

הנה דעת מהרמ"פ בתשו' סי' כ"ד דגם הרי"ף שהחמיר בשתיקה לאחר מתן מעות בלא אתי' לידה בתורת פקדון דוקא בהיה ביניהם שידוכין כעין ציפתא (קידושין דף י"ב ע"ב) שקיבלה לקדושין. דתרתי בעינן שדיך וגם מדלא השליכה וכדמחלק בגזל דידה ע"ש (דף י"ג). ודייק ג"כ מלשון הטור שכ' בד"א בתורת פקדון אבל בא לידה בתורת קידושין כגון שאמר לה התקדשי לי בחפץ זה וא"ל הרי אינו שוה פרוטה כו' הוי ספק קידושין. ומדלא קיצר ואמר אבל בא לידה שלא בתורת פקדון שאינה חייבת בשמירה מוכח דדוקא כשגם בתחלה דיבר עמה כו' שהוא כמו שדיך אבל אי לא שדיך לא. והגם שהיה אפשר לו לומר דוקא שדיך בא להורות שא"צ שידוכין ממש רק דברים אלו שהשיבה והלא אין בה שוה פרוטה וספיק' עכ"ל ומ"מ כ' מהרמ"פ הנ"ל רק בדרך אפשר דכ"ע מודים ע"ש: וגם מהרש"ך הובא בתשו' מהרי"ט סי' קל"ח כ' ג"כ כנ"ל דדוקא בציפתא דנתרצית ויודעין דניחא לה ל"ח שנשתנה רצונה וא"א דהדרא בה לישדינהו משא"כ כשלא הי' גילוי דעת מעיקרא כו' אפילו הרי"ף ורא"ש יודו בזה ע"ש ומהרי"ט ז"ל כ' עליו מאן דילדא אימי' כו' אע"ג דא"ל פירכא דא"כ מאי מייתי רבא ראיה דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום מפקדון כו' מי דמי הכא גליא דעתה מעיקרא דנתרצית להתקדש משא"כ בפיקדון. ועוד ר"ה ברי' דר"י אמאי לא מפליג בהכי אפי' תימא דליכא טעמא דתישדינהו ואיתא לפירכא דר"א דאטו כולהו נשי דינא גמירי אלמא משמע דאי שייך גבי פקדון טעמא דתישדינהו הוי חיישינן לה אע"ג דלא גלי דעתה כו' וכ"ת אתלמודא גופא קשה אמאי לא מחלק בכך כו' ליתא דאין לחלק בכך דכי חיישינן הכא לאו משום דשתקה ולא מחתה הוא דהא ודאי דשתיקה לאו כהודאה כדמוכח בכולא תלמודא כו' אבל אהא הוא דפקדון דא"א דלא ניחא לה אין לה לעכב ממון שלו ת"י בהעביר על דעת בעלים והו"ל למשדינהו והוא יעשה בשלו מה שירצה ואהא לא מהני לן מה שלא גילתה דעתה מעיקרא דניחא לה לקדושי. דאין לך גלוי דעת גדולה מזו לעכב הממון בידה וע"כ לחלק כדמחלק ר"ה דלא אפשר למשדינהו דסברה כו'. וכ' עוד ראיה מהרא"ש שסיים אבל אם בא לידה שלא בתורת פקדון ע"ש. וכן סי' מ' ח"ג כ' שאין הדבר יוצא מידי ספק כו' להרי"ף ורא"ש וכבוד הח' במקומו שאין לחלק בין באו לידה בתורת קדושין כהאי דציפתא ובין באו לידה סתם כו' וסי' מ"ג כ' ג"כ מחמת ראיה הנ"ל מדרבא ע"ש:

והנה גם מרן הב"י כ' בתשו' בדיני קדושין סי' ב' ועוד יש לבטלם כו' דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום כו' ואע"פ שהרי"ף והרא"ש כ' כו' ה"מ בהאי דציפתא דמעיקרא קבלה לשם קדושין אבל היכא דלא קיבלה מעיקרא לשם קדושין כמו בנידן דידן גם להרי"ף והרא"ש אינם מקודשת דהא האי דציפתא כו' קשו בה כו' הכא בתורת קדושין כו'. הא

קמן דלא קאמר ר"ה כו' אלא משום דמעיקרא בתורת קדושין וכן מבואר בדברי הרי"ף ורא"ש עצמם נמצא דבנ"ד לד"ה שתיקה דלאחר מ"מ לאו כלום הוא עכ"ל. ומהרי"ט ז"ל ודאי שלא ראה דבריו וראיותיו אינם מוכרחים כלל דמבואר בהר"מ פאדווי וב"י דמפרשים כן פירכא דר"ה ברי' דר"י רק משום דהכא בתורת קדושין כו'. אז מהני הסברא דאי לא ניחא לה תישדינהו כשאין חייבת באחריות א"כ מה זה שמקשה מהרי"ט מרבא הא ודאי דלא ס"ל החילוק דרב הונא שמקשה עליו. גם מ"ש דר"ה בריה דר"י אמאי לא מפליג בהכי כו'. הא הם מפרשים דבריו כן. ובאמת משמע כן דלמה ליה מה דאמר הכא בתורת קידושין ואי איתא. ובגמ' כ' בוי"ו ואי איתא כו' דמשמע דתרתי בעי כפי' מהרמ"פ. ובל"ז לא קשה כלל קושית מהרי"ט. דודאי כיון דסתמא קתני מיירי בין שדיך בין לא שדיך דהא ברייתא דקדשה בגזל דידה תני סתם מקודשת ומוקי לה בשדיך. ואידך ברייתא דכנסי מתוך הקושיא דסתרי אהדדי מוקי לה ר"נ בלא שדיך. אבל ברייתא דכנסי בפקדון דתני סתמא מיירי ודאי בכל גווני אף בשדיך וא"כ דייק רבא שפיר דלא אמרה הן רק שתקה אף בדשדיך לא מהני וממילא גם בציפתא כן. ולכך הוצרך ר"ה בריה דר"י בפירכא למינקט תרווייהו מי דמי התם בפקדון סברה אי שדינא כו' מיחייבנא כו' ולכך לא מהני אפילו שדיך. אבל הכא דאיכא תרתי שבתורת קדושין כו' והוי כשדיך ואי לא ניחא לה תשדינהו דא"ח באחריות שפיר חיישינן דניחא לה. ואין שום הוכחה שיסבור ר"ה בלא שדיך שיהיה סגי בהך א"ל ניחא לה תישדינהו כנ"ל. ומהרי"ט ז"ל שלא הביא רק דברי רש"ך שלא הזכיר שדיך רק מה דגלי' דעתא עכשיו לקבל לשם קדושין. וע"ז כתב מהרי"ט שפיר דלא שייך בברייתא דכנסי פקדון כנ"ל שנאמר סתמא בגילוי דעתה. אבל למ"ש מהרמ"פ שפיר סתמא בשדיך דרב מנגיד אמאן דמקדש בלא שידוכין. וזה א"א להכחיש החילוק בין שדיך ללא שדיך דמפורש בגמ' לענין הקבלה בגזל בלא אמרה אין דג"כ רק מצד שהקבלה מורה על ריצוי בגזל דידה אינה מורה דדידי שקלי. ואעפ"כ בשדיך מורה יותר על ריצוי לקידושין ואחילתה מלתלות בדידי שקלי. כמבואר בג' וממילא גם בשתיקה לאחר מתן מעות דיש לתלות בב' דברים או דלא איכפת לה למשדינהו או דניחא לה ודאי דיש לחלק בין שדיך דמורה יותר על רצוי לקדושין מדלא שדיתינהו משא"כ בלא שדיך תלינן יותר דלא איכפת לה. והסברא שכ' לחלק דאין לך גליא דעתא יותר מזו כו' אינו מובן כלל דהא ע"ז אנו דנין ומסופקין אי חשיב גילוי דעת או לא. ושפיר תלי' אי חזינן מעיקרא דנתרצית או לא. וע"כ כוונת מהרי"ט דר"ה בריה דר"י סובר שאין זה ספק רק מדלא שדיתינהו הוי ודאי גילוי דעת שמרוצית ולכך אף בלא שדיך מהני אבל תמוה כיון דרבא סבר גם בגילוי דעת ושדיך ואינו חייבת באחריות

ג"כ אין הוכחה כלל לאחר מתן מעות מהריצוי למה נפליג מחלקותם מהיפוך להיפוך דר"ה פליג אף בלא גילוי דעת ולטעמיה אזיל מהרי"ט דלא הזכיר ר"ה החילוק לכך ע"כ ס"ל כנ"ל. אבל למאי שפי' הם דברי ר"ה אין שום הוכחה. ועוד אפילו יהבנא למהרי"ט ז"ל שר"ה סובר כן דחשיב ודאי גילוי דעת. מ"מ אחר דפריך ר' אחא אטו כו' דינא גמירי ושייך גם בזה טעם דלא שדיתינהו ושלחוה לרבינא ואמר חושו לה דע"כ גם להמחמירין רק ספיקא הוי. א"כ מנ"ל דאמר חושו לה אף בלא שדיך ולא גליא דעתה רק כיון דיש לתלות דסברה שתתחייב שוב לא עדיף מגזל דידה וקבלה דדוקא בשדיך תולין שמורה על ריצוי משא"כ לא שדיך כנ"ל. דהא שלחו ליה כה"ג מאי והיינו כהך דציפתא ועלה אמר חושו לה א"כ אין הוכחה רק על כעין עובדא הנ"ל:

ואף אם נחשוב זה לספק. הא מהרמ"פ רוצה להחשיב זה עצמו לס"ס כיון דלדברי רבינא רק חושו לה מספק. ואנו מסופקין אם הלכה כדברי הרמב"ם והרשב"א ורמב"ן דודאי אינה מקודשת או כרי"ף ורא"ש דספק הוי ע"ש א"כ אף אי לא נאמר כנ"ל. עכ"פ כיון שיש עוד ספק שמא לכ"ע בלא שדיך לא מהני י"ל ודאי כנ"ל. דמטעם זה עצמו כתב רמ"פ דאפשר שכ"ע יודו בזה. ומה"ט ראוי לסמוך להתיר כנ"ל. ועוד דהא נראה מאחר דחזינן דע"כ בקבלה בגזל דידה מורה יותר על ריצוי משתיקה לאחר מתן מעות. דהא בגזל דידה בשדיך לכ"ע מקודשת והוא ודאי אף די"ל דידי שקלי. ובשתיקה לאחר מתן מעות לרבא א"מ כלל ולהמחמירים ג"כ רק ספק וחשש כנ"ל. ואף שדיך כמבואר בכל הפוסקים בפקדון שתיקה לאחר מתן מעות שלא חילקו בין שדיך או לא. וכ"כ ב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ג וא"כ בלא שדיך דגם בקבלה בגזל דידה דאינה מקודשת כלל דתולין בדידי שקלי כנ"ל. מכש"כ דבשתיקה לאחר מתן מעות שאינו מועיל כלום בלא שדיך דאין תולין יותר ריצוי אף דשייך תשדינהו. דמ"מ זה משוי רק ספק והוי הוכחה גרועה יותר מהקבלה דגזל דידה דהוי ודאי בשדיך. וא"כ כ"ש דלא שדיך לא מהני כלל אף להיות ספק. וזה לע"ד הוכחה ברורה. דאין שום טעם לומר דבשדיך עדיף קבלה בגזל משתיקה אחר מתן מעות ובלא שדיך להיפך. מ"מ יש לדחות דכיון דמספקא לרבינא י"ל דהספק שמא עדיף מקבלה דגזל דידה דהוי לה למשדיה ואף לא שדיך מהני. או גרוע אי ל"ד גמירי ואף שדיך לא מהני. ועוד דריטב"א בשם תוס' כתב דאפילו בפקדון דוקא בלא שדיך מהא דהתקדשי בפקדון אם נשתייר ש"פ כו' וניהו שסתמו הפוסקים ולא הביאו דעת תוס' הנ"ל בפקדון. והר"ן כ' בפירוש אף שדיך מ"מ הרב המגיד הביא זה ויש אומרים אפילו שדיך ע"ש. ע"ש שבאמת לגי' הרא"ש אמרה ליה והא לית ביה שוה פרוטה אין לדמותו לשדיך דאדרבה נראה שלא רצתה להתקדש משום שהוא פחות

משוה פרוטה ומה"ט ס"ל דא"מ מדשמואל וגם מהרמ"פ כ' דלא מיקרי שדיך ממש ובגזל דידה בעינן שדיך ממש. וע"כ לחלק כנ"ל:

ואין להוכיח ממה שפסק בש"ע עיקר כהרמ"ה בזרק לה אי לא גלי דעתה מעיקרה אינה מקודשת בשתיקה א"כ ע"כ סוברים בלא גלי דעתה דלא אמרינן תישדינהו כנ"ל דאין ראיה דהב"ש באמת כ' כן אבל הח"מ והב"ח חולקים. וגם דמשמע כהב"ש. ג"כ אין ראיה דשם כשזרק לה אין שום מעשה ממנה המורה על ריצוי ושפיר לא איכפת לה במעשה שלו דכה"ג אמרינן ריש ב"מ דף ו' בתקפה כו' דבעי הקדישה אי כיון דאמירה לגבוה כמסירה כו' מהני או דילמא איש כי יקדיש כו' ע"ש. ולכאורה תמוה דהספק אי אודויי אודי ע"י שתיקתו לא שייך דאינו ברשותו כמ"ש תוס'. רק הספק אי חשיב הודאה א"כ העיקר חסר ולמה ליה הא דכי יקדיש כו'. אולם לענ"ד הפירוש דהחילוק הוא דשם שתקפה עכ"פ המעשה בשלו הוי ליה לצווח. משא"כ הכא בהקדיש הס' אי משום דכמסירה ג"כ היה לו לצווח או דכיון דדבר שאינו ברשותו לא מצי מקדיש ורק ע"י ההודאה יהיה חשיב ברשותו א"כ כל כמה דלא חשיב הודאה הוי רק דיבור דמצד עצמו אינו מועיל ההקדש. א"כ שוב אין השתיקה כלל הודאה דלא איבעי ליה למצווח. דלא איכפת ליה כיון שבלא הודאתו עדיין אין מעשה כלל. וכן כאן בזרק לה שאין שום מעשה מצידה לא איכפת לה ולא מהני הראיה מדלא שדיתינהו. דאינה מחזקת כלל בשלו רק כמו שהי' מונח ע"י זריקה שלו. משא"כ בשתיקה לאחר מתן מעות דמה שמחזקת עדיין בשלו חשוב מעשה כמ"ש מהרי"ט ז"ל דאחר שאמר הרי את מקודשת לא היה לה להחזיק בשלו וחשיב מעשה מה שעדיין מחזקת בשלו ואפשר גם הרמ"ה מודה ואין ראיה ממה שהכריע בש"ע כרמ"ה כנ"ל. והא כיוצא בו מכות כ"א ע"ב ורמב"ם הל' כלאים בלבוש כלאים והתרו בו ואינו פושט הוי לאו שיש בו מעשה דלוקין על כל התראה והתראה ע"ש דחשיב מעשה מה שאינו פושט. ושבועות י"ז כ' תוס' החילוק בין שהיה כו' כיון דע"י מעשה שעשה בתחילה שלבש אף דאז היה שוגג חשיב אח"כ מעשה מה שאינו פושט. משא"כ כשלא היה מעשה בתחילה ע"ש. כן יש לחלק בזרק לה דלא עשתה שום מעשה. ובין כשקיבלה. חשיב אח"כ מעשה מה שמחזקת החפץ ולא החזירתו כנ"ל:

גם דמ"ש הב"י דמלשון הרי"ף ורא"ש מבואר ג"כ דדוקא בקיבלה מתחילה לשם קדושין ע"ש תמוה ניהו דברי"ף משמע כנ"ל דנקיט לשון הגמרא אבל הרא"ש ז"ל כתב להדיא בסוף הסוגיא כללא דמילתא כו' וה"מ שבא לידה בתורת פקדון אבל אם לא באו לידה בתורת פקדון מקודשת מספק ע"ש. מבואר להדיא כמהרי"ט. ומהרמ"פ דייק מהטור.

אבל ברא"ש מבואר להיפוך. וכן ברבינו ירוחם מבואר ג"כ כלשון הרא"ש ז"ל וכ' להדיא דרק בפקדון משום חיוב אחריות משא"כ שלא בתורת פקדון ע"ש וכן נראה מדברי ריב"ש סי' ק"ע דלא חילק כלל לדעת הרי"ף אם גלי מעיקרא או לא ומבואר כמהרי"ט ז"ל וכן בעצמות יוסף פ"ק דקדושין הביא דעת ב"י בתשובה הנ"ל וחולק עליה גם מהרש"ק בתשו' אמונת שמואל דחה דברי רש"ך כמהרי"ט. גם מהר"מ ז"ל אביו של הש"ך בס' ג"א כ' ג"כ כנ"ל. גם מהר"י ן' לב בכמה תשו' כ' כן. גם תמיהני שחשבו קצת פוסקים להכריע כרמב"ם ורשב"א ורמב"ן וריב"ש נגד הרי"ף והרא"ש וטור ור"י. ואישתמיט להו דברי הגאון בה"ג ה' קדושין כ' להדיא כהרי"ף והרא"ש דמקודשת בספק בהא דציפתא ע"ש. שכל דבריו דברי קבלה כידוע כ"כ בעל העיטור וראב"ן ג"כ מה גם שהפי' שפי' הרב המגיד בהא דאתון דשמיע לכו הא דר"ה חושו לה משום כבוד רבם הוא תמוה. דלא היה לו למיתלי אנן דלא שמיע לן כו' אתון דשמיע לכו. רק אנן לא צריכין לחוש. גם לפירש"י ז"ל קשה לא הוא אמר לנו ולא אחר משמו ע"ש. והא שמיע להו עכשיו. והיה לו לומר דלא ס"ל ולענ"ד היה נראה לפרש. דכשאין שום ספק וחשש קדושין בדבר שייך סברא הנ"ל דלא רצתה להשליכו מחשש שמא יאבד. אבל כשיש ספק קידושין בדבר וחשש שוב ודאי היה לה להשליכו אף שמסופקת שמא תתחייב הי' להיות מסופקת שמא היא מקודשת ולהשליכה. דהא הר"ן ז"ל כתב באמרה היא דשתיקתו לאו כהודאה דאין הוא נאסר ולא איכפת ליה משא"כ איהי דנאסרת בקדושין שתיקתה הודאה וראיה ע"ש. א"כ שייך שפיר אנן דלא שמיע לן ואין מי שמפקפק בדבר שיהיה קדושין שפיר א"צ לחוש דאין הוכחה מדלא שדיתינהו דמסופקת שמא תתחייב. וכיון דידוע דאין חשש קדושין א"צ להשליכה כנ"ל משא"כ אתון דשמיע לכו הא דר"ה דיש מי שחושש לקדושין שוב באמת הוכחה דהוי לה למישדינהו משום חשש קדושין יותר מחשש חיוב אחריות וממילא מה"ט חושו לה והיה בזה חומרא. עכשיו שיש מחלוקת הפוסקים שפיר הוי חשש קדושין י"ל לכ"ע מדלא שדיתינהו ולא מהני אטו נשי דינא גמירי. דגם זה אינו פשוט שלא תהיה מקודשת. ואז אפשר שהיה ידוע. מ"מ אין נראה לחדש פירושים מדעתינו נגד הראשונים ז"ל אף להחמיר מ"מ קשה להקל מאוד נגד פוסקים הנ"ל. וגם מהרמ"א סי' כ"ח ס' ה' שהעתיק תשו' מהרמ"פ על אשה שחטפה מעות ואמר אח"כ כו' ושתקה דא"מ משום שתיקה דלאחר מתן מעות כו' ע"ש. ולא העתיק תחילת התשובה דרבותא יותר שלא בתורת גזל נראה דאינו פוסק כדבריו רק בבא לידה בתורת גזל דחייבת באחריות כמבואר שם במהרמ"פ. ולא בסתם בא לידה שלא בתורת פקדון כנ"ל:

גם אין לומר שיהיה חשוב כאן כשאלה לראות דפ' השואל אף דשם לראות עשיר מ"מ גם שואל חפץ להשתעשע בו ג"כ בכלל בעיא הנ"ל אי חשיב שואל להתחייב באונסין. וממילא יהיה דינו כמו בא לידה בתורת פקדון. ז"א דלשונה אינה מורה כן. ששאל מקודם להנערה אם הוא טוב כו' ואמרו דעתם. ואח"כ בקשה להראות לה ג"כ שתראה אם הוא טוב אין זה לצרכה רק לצרכו שתגיד לו אם הוא טוב. והיה לה למישדינהו דלא קיבלה שמירה. וכיון שהנער לא נסתלק והיה שם הוי מצית למישדה:

ומ"מ אפשר לומר דחייבת באחריות כפקדון כיון שקיבלתו בידה לראות. ואף דרמב"ן ז"ל כ' דאמר תפוס לי כלי זה וכיוצא בו פטור שאין שומר מתחייב עד שיאמר שמור לי כו' ע"ש. מ"מ הא קי"ל הנח לפני הוי ש"ח. ומכש"כ כשהגביהו בידו הוי כקיבל שמירה כמשכו סתם דאפילו כנוס לבית חשיב קיבל ע"ש חו"מ סי' רצ"א. ומראה דינר לשולחני אם טוב הוא כו' משמע דחשיב השולחני שומר עכ"פ ע"ש. ואף דבאומן העושה מלאכה אצל בעה"ב מספקא ליה ע"ש היינו כשהחפץ בביתו. אבל זה לראות אם הוא טוב שהמלאכה נעשית בידו. וידו חשוב רשותו בכל מקום והוי כעושה בביתו ועכ"פ ש"ח הוי כפקדון. מ"מ סתימת לשון הפוסקים כל שלא קיבלתו בתורת פקדון משמע קצת דכל שלא פירש לפקדון לא מהני ואינו מוכרח די"ל בסתם ואף אי אינו מתנה מ"מ גם קבלת שמירה ליכא בסתם גם לכאורה למ"ש הח"צ בתשו' סי' קט"ו לענ"ד דבנ"ד כ"ע מודו דמקודשת דא"ל סברה אי שדינא כו' דהא חזינן דבתחילה לא קפדה שהרי השליכתם כו' וכהא דכ' ל"א ולא חתמה כו' דלוקמא איבעי לה למעבד כו' ע"ש. וגם כאן כיון דלבסוף אף שלא רצה לקבל הניחתו על השולחן. א"כ כיון דהא דהוכיח סופו על תחילתו ספיקא בגמ' פ"ק דגיטין וחולין. א"כ חזינן דלא קפדה דתתחייב כנ"ל והיה לה להניח מקודם על השולחן כשאמר לה הרי את מקודשת לי. אך י"ל כיון שכבר ניסתה אותה אח"כ בקרקע ואמרה שאינו טוב. כלה הזמן שקבלה שמירתו וכדין מצית אח"כ למישדינה משא"כ קודם:

ומצד מה שאומרת שלא הבינה שכ' הב"ש סי' כ"ז ס"ק ה' דאפילו אמר הרי את מקודשת לי שייך לאו כל נשי מבינים לשון הקודש וכ' דהכל לפי הענין אם ידוע דאשה זו מבינה ע"ש. ונראה בנערה כזו בת י"ג שנים וכפי הנראה לדיינים שבאמת לא הבינה כלל. ועכ"פ ספיקא הוי והוי ס"ס גמורה דלכל המחמירים הא דחשו לה אינו אלא ספק ונראה ודאי דלכ"ע דרבנן אף להחולקין על הר"ן בנתנה כו' דאמר ספיקא וחיישינן מדרבנן דכל ס' קדושין מה"ת אוקמינן אחזקת פנויה. טעמא דידהו משום דאיתרע או דס' דדינא לא מהני חזקה ע"ש במהרי"ט. אבל בהא דשתיקה לאחר מתן מעות י"ל דלא מיקרי איתרע

כלל להפוסקים דמפרשים פ"ק דחולין סכין כו' בהמה לא איתרעי דלא נולד בגוף הדבר שדנין עלי' ריעותא. וכן כאן אי שתיקה אינו כריצוי לא נולד בה שום ריעותא וס' דדינא הוא רק ספק אם נתרצית גם לר"ה בריה דר"י. ואינו מגרע מה שאנו מסופקין אם חוששין כלל אבל עכ"פ יותר מספק אינו גם לר"ה. ושייך לאוקמי אחזקה גם לר"ה ורק מדרבנן הס' שמא נתרצית והוי ריעותא או לא וספיקא דדינא גם ע"ז אי כהרמב"ם כמ"ש רמ"פ וממילא כשיש ס' אם הבינה היו ס"ס גמורה כנ"ל:

ועוד אפשר דנאמנת לגמרי דהא ע"א נאמן באיסורין בלא איתחזיק ולרוב הפוסקים אף בדבר שבערוה למאי דילפינן מוספרה לה דנדה דשב"ע כמ"ש תוס' ומשום דלא איתחזיק מהימנא דנגד הספירה אינו בידה כמ"ש תוס' ריש גיטין. א"כ לכאורה למה א"נ בהני לישנא דוודאי קדושין דבזה לא שייך דברים שבלב כו' ואף דרוב מבינים הא ע"א נאמן גם נגד רוב. וע"כ דזה חשיב איתחזיק כמ"ש ט"ז לענין מטבע מזוייפת כיון שהוחזק מתחילה אצלינו בסתם דהיה פרעון חשיב שרוצה עתה להוציא מחזקה. וכן בכל חזקה דמכח רובא חשוב איתחזיק. וכן בלשונות דסתמא מבינה מכח רוב א"כ קודם שאמרה שאינה מבינה הוחזקה למקודשת מטעם רוב. שוב אינה נאמנת להוציא מחזקה ככל איתחזיק בדבר שבערוה דלכ"ע לא מהימן ע"א כנ"ל:

וא"כ בהנ"ל דמעולם לא הוחזקה רק לקידושי ספק אי נתרצית כנ"ל שוב י"ל דנאמנת לגמרי שלא הבינה דאף לענין זה איתחזיק מטעם רוב שמבינה מ"מ לא"א לא איתחזיק רק משום ספק. וכהאי דפ"ק דפסחים ט' דפריך דאין ס' מוציא מידי ודאי ובחבר כו' למה בחזקת מתוקנים הא ודאי טבל כו'. ומשני דספק וספק הוא דילמא כדר"א דהכניסה כו'. ונראה משם דאין זה מטעם ס"ס רק דלא חשוב הוחזק כיון דרק ספק טבל הוחזק שפיר ספק זה דתיקנו מוציא מיד ספק. כן לענין ע"א דא"נ באיתחזיק היינו בהוחזק לודאי כנ"ל. משא"כ בספק אף שאינו במה שמעיד הע"א מ"מ לא מיקרי איתחזיק כנ"ל. ומ"מ מיראי הוראה אני בענין חמור כזה. עכ"ז מאחר שהוא במקום עיגון גדול לדברי השואל שהב"ח הלך לו אם יסכים גדול הדור מפורסם להתירה וארא דבריו אקוה שאהיה ג"כ סניף להתירה וכל שלא ארא דעת איזה גדול בזה איני מתיר כלל דנאמנות ע"א אף להפוסקים דבלא איתחזיק נאמן י"ל דבע"ד אינו נאמן ודוקא נדה דיש לה היתר משא"כ כשאין לה היתר דהא אף בשבויה הקל אמרינן אין אדם נאמן ע"י עצמו ובכמה דוכתי:

דברי הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל

מ"ש לעיל דהוי ס"ס אף דלכאורה אינה מתהפך דאי נתרצית לקדושין א"א לומר שמא לא הבינה. אך הספק הוא בדין אי השתיקה מורה ריצוי או לא ואי אינו מורה ריצוי אף דבאמת נתרצית לא מהני. ושפיר מתהפך אי מהני שתיקה שמא לא הבינה:

גם הב"ח בתשו' סי' צ"ו כתב ג"כ באומרת שלא הבינה דהוי רק ס"ק ובריטב"א פ"ק דקדושין דמחלק בין נשי דידן שאין מבינות לשון הקודש כו'. מ"מ הרי את מקודשת לי דכולהו ידעינן חזקה שיודעת וחוששין לה שידעה והוי מקודשת ע"ש. אינו מבואר מדבריו אי ודאי אי ספק. עכ"פ נראה כהב"ש דהכל לפי האשה ונערה כנ"ל הוי ספק לכ"ע (ע"כ מצאתי):

סימן יח

ע"ד ענין הקדושין שז"ל הגב"ע מב"ד דק"ק פולטוסק:

בפנינו הח"מ העידו העדים בזה הלשון. איך שאור ליום ה' הלכו העדים באקראי על הרחוב והמקדש הלך עמהם. ואמר להם המקדש עמדו ותשמעו ותראו איך שאדבר עם הנערה הידוע. עוד הם מדברים והנערה באה וכדה עם שכר בידה ואמר המקדש להנערה תן לי השכר לשתות והשיבה בזה"ל בייא מיר איז גאנץ טייער ביר ואמר לה המקדש אתן לך בעד השכר עשרה גדו' והשיבה איך וויל נישט ואמר לה עוד המקדש אתן לך ב' זהו' והושיט לה הב' זהו'. וקיבל מידה הכד עם השכר וזרק לארץ ונשבר ובשעת שנתן לה הב' זהו' אמר לה בזה הלשון הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת משה וישראל. ואמר המקדש הריני מייחד עדות. וצעקו העדים בקול רם מז"ט. וכשמעה הנערה כן צעקה בקול רם אז עס איז אזוי וויל איך נישט וזרקה המטבע לארץ והי' ג' עדים בזה וב' מהם העידו שראו שקיבלה בידה המטבע והלכה לערך ד' אמות או יותר ואח"כ זרקה לארץ. רק א' מהג' הנ"ל העיד שתיכף ומיד זרקה המטבע לארץ רק בשעת האמירה אחז המקדש בידה עד גמר אמירת הקדושין. אח"כ בא איש אחד ושמו ר' חיים חייט והעיד בתורת עדות באם לא יגיד ונשא עונו אשר המקדש הנ"ל שאלהו איזה ימים קודם מעשה הנ"ל באיזה לשון אומרים כשמקדשין במטבע ולמדוהו שצ"ל במטבע זו והר"ח הנ"ל העיד ג"כ בת"ע שביום ד' העבר איזה שעות קודם הלילה הי' הר"ח אצל הנערה בביתה לקחה חלב ונתנה לו בלי מעות ודיבר עמה כמה דברים בטלים ותוכן דבר הי' שאמרה לו הנערה הנ"ל שברצונה לראות עם המקדש לדבר עמו איזה דברים והר"ח הנ"ל הי' תיכף אצל החתן לאמר לו שברצונה לדבר עמו ותיכף בלילה ההוא הי' המעשה הנ"ל כל הנ"ל העידו בפנינו ח"מ בתורת עדות באם לא יגיד ונשא עונו ואנחנו ח"מ אמרנו להם דעו אם שקר העדות הנ"ל אזי הוא עון גדול. ואמרו כולם בפה אחד מה לנו למכור הנשמה

בחנם. והמקדש אמר לנו ג"כ אשר איזה ימים קודם המעשה הנ"ל דיבר עמה שתנשא לו ונתרצית לזה רק שאחי' ואמה לא רצו להסכים לזה בשידוך ונתנה לו עצה ליסע לעיר נאוידוואהר אל קרוביו לעשות שמה נישואין. רק שהמקדש בעצמו לא רצה ליסע עם חפצו מחמת פחד אחיה ואמה לבל יעלילו עליו ויהי' נתפס כגנב. והנערה הכחישתו על הכל ואת העדים בפנינו ח"מ. ובדעתינו הי' לשמוע עוד הפעם את כל העדות מהעדים הנ"ל ולכתוב כל פרטי הדברים אות באות. רק כבאה אם הנערה צעקה בקול רם שאין רצונה להיות הגב"ע פה לכן הלכנו לבתינו ולא רצינו להזדקק לזה. ויותר לא שמענו מפיהם של העדים הנ"ל וכל אשר שמענו מפיה' כתבנו למכת"ה ולבדה"צ פה"ק נאום אהרן כו' ונאום כו' ונאום כו' עכ"ל. הוכרחתי להעתיק אות באות כי בקל ישתנה הדין ולא יפה עשו הב"ד דפולטוסק שתרגמו לשון העדים על לה"ק ומסתמא העידו בלשון הרגיל וכן הי' להם להעתיק:

והנה אם הנערה צעקה לפני רו"מ שהב"ח הוציא קול של שקר רק מחמת שהיתה משודכת לו ואח"ז מאנה אותו לאשר אינו הולך בדרך הישר ויתפרד הקשר וציוה רו"מ אשר יבאו לאתרי' דמר. וכאשר נחקרו העדים בבהכ"נ העידו שאין ממש כלל בקדושין כי לא ראו שום קבלה שקיבלה הבתולה אף לא שמעו שום דבר קדושין. רק החתן הגיד לפניהם שקדשה בלשון זה וקבלה המטבע וזרקה אבל העדים לא ראו ולא שמעו מה ואחר כמה איומים וחומרות ורצו לשבע שאמרו האמת שלא ראו ולא שמעו והעדות שאמרו פה הוא אמת. ונתנו ת"כ וגם הבתולה עומדת בדיבורה אחר האיום שאינה יודעת משום קדושין ולא שמעה ולא קיבלה שום דבר לקדושין רק ראתה את המקדש ורצה מאתה שכר ולא רצתה לדבר אתו. ושאלו אותה אם ראתה עוד אנשים עם המקדש והשיבה כי לא ראתה מחמת היות זאת בלילה. והמקדש אחרי שהעדים חזרו מעדותם שאלתם אותו. ועומד בדיבורו שקדשה. שוב שאלתם את הב"ד דפולטוסק אם העידו העדים איזה יום ה' היה הדבר וז"ל אנו ישבנו לזה יום א' ה' תמוז והעידו לפנינו על יום ה' משבוע העבר הסמוך ליום א' אשר עמדנו בו וכמה בחודש לא שאלנו אותם גם לא דקדקנו בעדותם אם יודעים להעיד אם המתקדשת ראתה אותם בשעת מעשה מחמת כי המתקדשת הכחישה מכל וכל ולא טענה לשחוק נתכוונתי לא דקדקנו בזה. או כי צדקו דברי הרה"ג נ"י אשר בדין מרומה כזו היה נצרך לדו"ח היטב כבר הודענו למעלה אשר בדעתינו הי' עוד לחקור ולדרוש רק אם המתקדשת העיזה ולא רצינו להזדקק עוד בזה באע"ח יום ב' כו':

והנה דעת רו"מ להתירה בלא גט. א' לאשר לא העידו באיזה שעה והמקום. והרבה לפלפל בזה ויישב קושית הנ"י על הפוסקים דצריך דו"ח בעדי קדושין מהא דמכשירין שטר קדושין שאין בו זמן. וכתב רו"מ דלק"מ דהקדושין ודאי מועילים כיון שהעידי חתימה כורתין בשעת המסירה כמ"ש הר"ן פרק המגרש ואז בשעת מעשה לא שייך דו"ח. ולענין כשבא לפנינו שטר קדושין באמת לא מצאנו מקום בש"ס להחזיקה כמקודשת גמורה ע"י שטר קדושין שאין בו זמן:

גם כתב רו"מ שכל הפוסקים מודים לדברי המרדכי פ' אד"מ בשם ר"י דכשהיא מכחשת צריך דו"ח בעידי קדושין כיון דמה"ת כל העדות בעי דו"ח לזאת ניהו דתקנו חכמים בעדי נשים דלא ליבעי היינו רק מה שנוגע לדבר שבערוה לבד אבל כשהיא מכחשת דלבד הדבר שבערוה אנו באין להפסידה שלא תוכל להנשא לעולם וע"ז לא תקנו. דתקנו רק בממון ובמיתה משום עגונא ובגיטין משום דשכיח ולכך לא חלקו בקידושין מגיטין ודוקא כשאינה מכחשת מהני העדות ג"כ שלא יועיל אמתלא וכה"ג אבל לא במכחשת דכיון שבאין לאסרה לא גרע מגזילות וחבלות דצריך דו"ח. דלאסור אדם לא גרע מהוצאות ממון וגם משום דין מרומה כ' רו"מ לסמוך נגד הריב"ש על דברי הר"ן בחדושיו וכהש"ך סי' ל' דבד"מ בעי דו"ח כדיני נפשות ממש דאם אומרים אין יודעין עדותן בטלה. כיון דהוי מחלוקת בדרבנן דגם לדעת הריב"ש מה"ת בטל העדות בלי דו"ח. רק מדרבנן ובגט החזיק רו"מ מטעם אפקעינהו כמ"ש הנ"י בגט שאין בו זמן דכשר מטעם כל דמקדש כו'. והא דלא הוזכר בש"ס שהפקיעו היינו משום דלא הפקיעו רק הקדושי תורה אבל נשארה מקודשת מדרבנן ושריא בגט דרבנן. וכמ"ש רש"י ז"ל שבת קמ"ה בעד מפי עד מטעם אפקעינהו. עוד כ' דבעדי גטין ומיתה מהני עדותן בתורת חזקה כיון שסמכו חכמים והכשירו עדותם חזקה דלא משקרי משא"כ עדי קדושין דיש חזקה דודאי אינו רוצה להיות באיסור אשת איש כל ימי' ולכך לא מהני עדות העדים משום חזקה רק בתורת עדים ולא מהני מה"ת בלי דרישה וחקירה. ואפשר גם ריב"ש מודה אם הכחישתו בפניו דיש חזקה א"א מעיזה. וזה דהכחשת האשה עושה דין מרומה בקידושין מבואר בב"ש סי' מ"ב ואין שום חולק. וכאן אף בלא הכחשה נראה בעליל לכל העיר כפי שהגידו שהדין ד"מ. ויש לסמוך בדרבנן על הר"ן והש"ך ז"ל דמיקל. ואי אמרו השעה רק מקבלי העדות שכחו לכתוב דעתי להחמיר עכ"ל דמר:

הנה מצד היתר הזה לענ"ד איני מוצא מקום כלל להתירה בלי גט. דהגם אם היה דברי רו"מ מוכרחין ג"כ לא נסמוך להקל באיסור אשת איש נגד הריב"ש שפי' להדיא דברי הראשונים דאף במכחשת לא בעי דו"ח. ומרן הב"י ח"מ סי' ל' כתב להדיא שלא כדברי

רו"מ שכתב על דברי מרדכי בשם ר"י הנ"ל דמ"ש הואיל והיא מכחשת לאו דהכחשה מעלה ומוריד כלל רק דאם היתה מודה הוי שוי' אנפשה חתיכה דאיסורא. וטעם הר"י דסבר כר"ת דעדי קדושין לאוסרה צריך דו"ח ע"ש וכ"כ סי' כ"ט. ובדו"פ סי' ל' ומבואר לדעתו ז"ל דהפוסקים דע"ק א"צ דו"ח חולקין על ר"י וכן מוכח מתוס' פ"ק דסנהדרין ד"ח ע"ב שכ' שיש ללמוד מדברי ר"ת דעדי זנות לאסרה על בעלה צריך דו"ח וסברא הוא דהוי כגזילות וחבלות ע"ש דבלא הוכחה לא הי' אומרים כן ועל עדי קדושין אין שום ראיה. דהא זנות דא"א לא שכיח בפרט דשם בעדים והתראה ודאי סברא דע"ז לא תקנו בלא שכיח כמו גזילות וחבלות משא"כ עדי קדושין. וכן מבואר דעת הש"ע שבסי' י"א הביא המחבר י"א דע"ז לאסרה על בעלה צריך דו"ח והיא דעת ר"ת הנ"ל. ובס' מ"ב בקדושין לא הביא כלל שום דיעה דליבעי דו"ח ולא הביא דעת ר"י שבמרדכי כלל. וע"כ שמחלק בין עדי זנות ובין עדי קדושין או מטעם לא שכיח. או דבע"ז אנו רוצין להוציאה מבעלה ואיך נלמוד לסמוך להתיר לינשא לכתחלה. ועכ"פ כבכל ס' דלא תנשא ואם נשאת לא תצא. וכן מבואר דעת רמ"א ז"ל שכ' סי' מ"ב סתם רק דיעה זו עדי קדושין א"צ דו"ח אם לא בד"מ. ונראה להדיא דהרמ"א מפרש דברי המרדכי בשם ר"י דסבר ג"כ דעדי קדושין לא בעי דו"ח רק כוונתו שלא נחקר בב"ד היינו שלא העידו כלל בב"ד רק חוץ לב"ד שכ' סעיף ד' כל עדות שלא נחקר בב"ד לא מיקרי עדות לענין קדושין כך משמע ממרדכי פ' אד"מ. וכן דברי מרדכי הנ"ל ואח"כ ע"ז כ' ולכן אפי' אמרו עדים חוץ לב"ד שנתקדשה יכולין לחזור בהם בב"ד לומר לא נתקדשה ע"ש. שבאמת אין מבואר כלל בדברי המרדכי שהעידו בב"ד והא דנקיט הר"י לשון עד שלא נחקרה עדותן יכולין לחזור נקיט לשון התוספתא עדים שהעידו לטמא ולטהר לאסור ולהתיר כו' עד שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולין לחזור ואף דלא צריך דו"ח כלל והכוונה כמו שפי' הר"ן ז"ל בתשובה דהפי' עד שלא העידו. והרבותא הוא דאף דע"א נאמן באיסורין ואף חוץ לב"ד ושייך ג"כ אין אדם משים עצמו רשע מ"מ יכול לחזור בב"ד. וכן בקדושין שלכאורה דברי רמ"א תמוהים מה הוצרך להשמיענו שאם העידו עדים חוץ לב"ד שנתקדשה שיכולין לחזור בב"ד הא מה צורך לחזרתם. בלא החזרה לאו כלום הוא מה שאמרו חוץ לב"ד דאין כאן ע"ק כיון שלא העידו בב"ד. אמנם נראה כוונתו פשוטה דהא מבואר סי' מ"ו דבקול ששמעו משנים נתקדשה בעי' גט וכ' רמ"א שם סעיף ד' נתברר ששקר היה הקול כגון שבאו העדים שתלו בהן הקדושין ושנתקדשה בפניהם ואמרו להד"מ מבטלין קלא כו' ע"ש. וא"כ כל זמן שלא חזרו הי' צריכה גט בשביל הגדתם חוץ לב"ד. והוי ס"ד דוקא כשחזרו ואמרו להד"ם שלא אמרו מעולם שנתקדשה בפניהם משא"כ במודים שאמרו חוץ לב"ד רק שחוזרים

עכשיו לא מהימני וצריכה גט כיון שהגדתם הראשונה חוץ לב"ד אמת. וממילא כיון שע"י הגדה חוץ לב"ד היתה צריכה גט ולא יוכלו לחזור דשוי נפשייהו רשיעא וקמ"ל הרמ"א דיכולין לחזור דמחוץ לב"ד יכולין לחזור אף שהועיל הגדה שחוץ לב"ד כדמוכח מירושלמי ותוס' הנ"ל בעדים באיסורין דמהני ג"כ חוץ לב"ד ומ"מ יכולין לחזור כנ"ל. וכן מפרש רמ"א דברי המרדכי ג"כ ולזאת כתב מקודם הדין של המרדכי וכ' ולכן כו' ואח"כ כ' סתם הדין דעדי קדושין א"צ דו"ח. עוד יש לפרש המרדכי דשלא נחקר בב"ד היינו שאמרו סתם נתקדשה ולא חקרו האיך יודעים שנתקדשה אם קדשה בפניהם אם נתן לה כסף וכה"ג דחקירות אלו בדיני ממון ג"כ כמבואר בטור וש"ע ח"מ סי' כ"ח. ובמשנה סנהדרין היך אתם יודעים שזה חייב לזה דבאומרים סתם חייב צריך לשאלם אולי הודה בפניהם וכדומה שאולי טועים בדין וסוברים שזה חייב מה שאינו חייב דעדים לא ב"ד נינהו לפסוק שזה חייב וצריכין לומר ע"י איזה מעשה החיוב. וכן בקידושין שאומרים שנתקדשה צריך לחקרם מה היה המעשה שאומרים עי"ז שנתקדשה דאולי סוברים על איזה דבר שע"י זה מקודשת ואינו כן וע"ז קאי עד שלא נחקרה. וראיה דבטור סי' כ"ט ח"מ כ' ג"כ הלשון אחר שנחקרה עדותן בב"ד א"י לחזור והא לא צריך בממון דו"ח. ע"כ כוונתו על א' מב' כמ"ש או דקרי ליה נחקר העדות לחוד או דנחקר ענין המעשה. וכן הכוונה גם בע"ק אבל לא שיהיה צריך דו"ח ז' חקירות דיום ושעה כנ"ל. כן נראה לענ"ד פשוט דעת הרמ"א ובחנם הניח ב"ש ס"ק י"ד בצ"ע. עכ"פ כ' הב"ש ג"כ שדוחק לפרש הרמ"א כל עד שלא נחקר בהיא מכחשת ע"ש וממילא אין הרמ"א מחלק כלל בין מכחשת וח"ו להקל באיסור א"א נגד הב"י והרמ"א. גם דברי ב"ש ס"ק הנ"ל אינם מובנים כלל שכ' אע"ג דלאסור אשה על בעלה בעי דו"ח שם הטעם משום עיגון או משום דין מרומה שהרי האשה מכחשת וכן בעדי קדושין היכא דהיא מכחשת בענין דו"ח עכ"ל וכל דבריו תמוהים שנראה קושיתו הי' מסי' י"א שפ' בש"ע דעדי זנות בעי דו"ח ולא הגיה רמ"א כלום. ואין פי' למה שתירץ הב"ש משום עיגון מאי עיגון יש במאי דלא לבעי דו"ח וע"כ כוונתו בדוחק כמ"ש לעיל בין להוציא אשה מבעלה או לכתחלה. גם חילוק הב' דמשום ד"מ שמכחשת. מנין לו זה דשם דוקא במכחשת ולדבריו שוים הם בעדי זנות ובעדי קדושין בהכחשה צריך דו"ח ובלא הכחשה בשניהם לא בעינן. ולמה סתם הרמ"א דע"ז בעי דו"ח ובע"ק סתם דלא בעי מאחר שבשניהם הדין שוה. וא"א לומר כן כלל בדעת הש"ע. ואדרבה הא סתמא דמלתא בקדושין מיירי באינו מודה דאל"ה שווי' אנפשיה חתיכה דאיסורא ובל"ז אסורה משא"כ בעדי זנות דאף אומרת טמאה

אני לך מותרת באינו מאמין. דהיה לו לש"ע לפרש שם בעדי זנות דדוקא במכחשת [ע"כ מצאתי]:

סימן יט

ב"ה תשובה לק"ק חענטשין

לשון הגב"ע. איך האב גהאט אן ניטאהן איין פינגעריל אוף דעם פינגער האט זיא גיזאגט צו מיר ווייז עס מיר איך וועל עס מיר אן מעסטין האב איך עס איהר גיגעבין האט זיא עס זיך אן גימאסטין דער נאך האט צו איהר גיזאגט דער ב"ח לייבוש ווייז עס מיר נור. האט זיא עס איהם גיגעבין האט עהר גיזאגט צו איהר ווייז נור דעם פינגער האט זיא גיזאגט לאז מיך גיין האט ער גיזאגט איך וועל דיר גאר נישט טוהן אזו האט ער גינומען דעם פינגער מידה הימנית און האט דאס פינגעריל איהר אן געטוהן און האט גיזאגט הרי את מקודשת לי און עטץ זאלט זיין עדים דער נאך האב איך אן געהובין צו לאכין און האב צום עהם גיזאגט וואס האסטו דא גיטאהן איך מיין דאס דוא זיא מקדש גוועזין אזוי האט זיא אראפ גינומען דאס פינגעריל און האט עס אוועק גיווארפין און האט גיזאגט דאס איז ווערט עס זאל לוגין אונטר דער באנק עכ"ל העד הבחור כמ' ליזר בפני הב"ד בתורת עדות בעונש אם לא יגיד ביום א' ערב שבועות תקפ"ח לפ"ק והמעשה היה ביום ש"ק ב' דהגבלה. גם הב"ח שלמה העיד ג"כ בלשון הנ"ל בפני המקדש והמתקדשת. והבתולה המתקדשת אמרה בפני הב"ד בשעת עהר האט איהר דאס פינגריל אן גיטוהן האט זיא ניט פאר שטאנין וואס עהר האט צו איהר גיזאגט. דער נאך וויא דיא עדים הנ"ל האבין אן גיהובין צו לאכין האט זיא עס אוועק גיווארפין וזה היה בבית אבי הבתולה הנ"ל. עכ"ל הגב"ע:

הנה מה שיש לצדד בהיתר אשה הזאת הם ב'. א' מצד שהטבעת לא הי' של המקדש ב' שהיא אומרת שלא הבינה לשון הקידושין שמקדשה בזה ואולי נאמנת ונבארם בעזה"י אחת לאחת:

א הנה הרא"ש ז"ל פ"ק דקדושין כ' על כי ראיתי באשכנז שרגילין לקדש בטבעת שאולה כו' ואני אומר אם השאילו לו הטבעת לזמן ידוע ונתנו לו רשות להשאילו לאחר לקדש בו את האשה והודיע שהיא שאולה בידו עד זמן פלוני כו' דמקודשת בהנאת שימוש וקישוט כו' אם יש שוה פרוטה בהנאת כו' אבל בענין אחר אינה מקודשת כלל כו' אמנם נראה לי אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהוי מקודשת דאנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לענין קדושין כו' ואם לא יועיל בלשון שאלה יהי' בלשון מתנה לכל הפחות במתנה ע"מ להחזיר כו' וכן בנידן זה המשאיל

טבעת לאוהבו כו' דכ"ע לאו דינא גמירי והי' סבורין שיועיל לשון שאלה ולעולם אמדינן דעתו דכיון דמסרו לידו לקדש בו כו' שדעתו שאם לא יועיל לשון שאלה שיתנהו לו בלשון אחר המועיל לענין קידושין ולכל הפחות מתנה ע"מ להחזיר כו' ואפילו במתנה גמורה הי' לנו לומר שבדעתו ליתנו לו אם לא יועיל לשון אחר כדחזינן בגזל דידה כו' ועוד ראי' כו' מאתרוג זה כו' ועוד ראי' מפ"ב דמ"ק השאילני חלוקך כו' ע"ש שהאריך הרבה ובתשובה כלל ל"ה ס"ב. והובאו דבריו להלכה בטור וש"ע אה"ע סי' כ"ח בלי חולק. ולכאורה יש לעיין במ"ש דלאו כ"ע דיני גמירי והי' סבור דמהני שאלה כו' ומשמע דהטעם דאם הי' יודע הדין דלא מהני שאלה רק מתנה אמדינן דעתו שהי' נותן לו במתנה רק דטעה בדין ונתן לו בלשון שאלה ולכך מהני כנ"ל. וקשה דמאי מהני הא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף דאלו ידע הוי מיאש מ"מ השתא לא ידע ע"ש. וגם בזה אף שאם הי' יודע הי' מקנה לו מ"מ עתה לא הקנה לו כלום רק בשאלה וע"ש בסי' הקודם בסעיף י"ז בקידש בדבר שאינו מקפיד כו' בח"מ וב"ש שאינה מקודשת רק משעה שנודע לא למפרע מטעם יאוש שלא מדעת. ובתוס' פ' אלו מציאות דף כ"ב והג"א ומרדכי שם דאם נותן לאכול דבר שאינו שלו אף שבעה"ב בודאי יתרצה אסור לאכלו כיון דהשתא לא ידע הוי יאוש שלא מדעת ע"ש ולמ"ש ש"ך ז"ל ח"מ סי' שנ"ח דבכה"ג לא חשיב יאוש שלא מדעת כיון שבאמת אינו מקפיד ע"ש א"כ גם בזה כנ"ל. אך כ' בעצמו שם שפוסקים הנ"ל חולקין. ועוד הא קי"ל העודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו לא קנה דבעינן כוונה לזכות וע"ש ח"מ ער"ה. ואף דאם היה יודע היה מכוין לזכות מ"מ עתה שלא נתכוין לא קנה. וגם הכא הא לא נתכוין לזכות כלל בחפץ זה שיהיה שלו רק בשאלה ומה בכך דאלו ידע כו'. ואף להפוסקים שם דבדעת אחרת מקנה לא בעי כוונה היינו כשמתכוין המקנה משא"כ כאן דגם המקנה לא נתכוין להקנות כלל. ובזה י"ל כיון דקי"ל תיקנו משיכה בשומרין כו' וגם בשאלה הקנין הוא במה שמושך וא"כ עכ"פ נתכוין במשיכה לשם קנין שאלה והוי כעודר כו' וסבור שהן של גר אחר דקנה כיון שנתכוין לקנין עכ"פ ע"ש וגם בזה שוב קונה לגמרי דחשיב כוונה. ויש לדחות דהתם אין חילוק ונתכוין לקנין זה עצמו משא"כ בהנ"ל דמתכוין לקנין שאלה ולא להיות שלו. וי"ל בזה כמ"ש מהרי"ט ז"ל דידו קונה מטעם חצירו דקונה שלא מדעתו ודוקא התם בקנין חזקה כו' ע"ש וממילא לא בעי כאן כוונה לזכות. אך הנ"ל קשה כיון שאין המשאיל מכוין כלל להקנות לו במה יצא הדבר מרשותו ומה מועיל מה שאם היה יודע הדין היה מקנה לו כיון שעתה לא הקנה לו. ונראה טעם הרא"ש ז"ל דדוקא יאוש שלא מדעת וכה"ג לא מהני מה דאלו הוי ידע כו' כיון דעכשיו אינו יודע איך יזכה זה בשל חבירו שלא מדעתו. אבל כאן שנותן לו

מדעת לקדש בו אמרינן שבאמת נותנו לו בכל אופן שיועיל לקדש בו ומתכוין להקנות באיזה קנין שיועיל רק מה שאמר לשון שאלה שמשאילו זה היה בטעות שהיה סבר שגם זה מועיל ודי בכך אבל מ"מ אין כוונתו דוקא בשאלה רק בכל מיני הקנאה המועיל לקדש ומשום האומדנא דמוכח הוי כאלו פירש שנותנו לו נתינה המועלת לקדש באיזה אופן שיועיל ורק האמירה שאלה הי' בטעות אבל לא ההקנאה ומהני ולא דמי ליאוש שלא מדעת כנ"ל:

אמנם עדיין קשה לי דאמר בש"ס גטין כ' ע"ב בעי רמי בר חמא היו מוחזקין בטבלא שהוא שלה וגט כתוב עליו כו' או דילמא איתתא לא ידעה לאקנויי ופירש"י ותוס' ז"ל דלא גמרה ומקני' בדבר שיודעת שיחזיר לה ואינה נותנת לו רק בתורת שאלה ולא מהני ע"ש. והנה התם ע"כ איירי שמקנית לו הטבלא כדי לגרשה בו דאל"ה אינה יודעת כלל שסופו להחזירו לה ולא שייך הבעיא כלל. ועוד דהא פשיט לה מהא דאשה כותבת גיטה דמקנית ליה אחר הכתיבה כדי לגרשה בו ע"ש וע"כ כנ"ל. וא"כ מה קאמר דלא ידעה לאקנויי כו' והא לדברי הרא"ש ז"ל אף אם היתה אומרת בפירוש שנותנת לו בתורת שאלה לגרשה בו ג"כ היה מהני דהכוונה בכל אופן שיועיל וא"כ מה בכך דלא ידעה אטו גרע מה שמקנית בפירוש כיון שחפצה להתגרש כנ"ל:

ואין לומר דזה דוקא לס"ד דלא ידעה לאקנויי ואינה מקנית כלל בלב שלם שפיר לא שייך לומר שכוונתה בכל אופן שיועיל ושייך למיבעי כנ"ל. אבל למסקנא דידעה אשה לאקנויי ממילא גם באומרת לשון שאלה מהני דודאי מקנית בכל אופן שיועיל כנ"ל. דזה אינו דא"כ לא תלי' כלל בידעה או לא ידעה דאף דלא ידעה כלל מהני כיון שרוצית שיהיה נתינה כדי לגרשה בו ומקנית ליה בקנין גמור מהני. אבל כשאומרת לשון שאלה הדבר פשוט דלא מהני כיון דחזינן דלא ידעה לאקנויי. ומשמע דדוקא משום דידעה לאקנויי. והר"ן ז"ל כ' שם להדיא אף דבשאר קנינים ודאי דאשה ידעה לאקנויי מ"מ כאן דלמא לא ידעה דבעי שטר מקנה כו' ע"ש ומבואר דהחשש דלמא היא טועה בדין דסגי בשאלה ופשוט דידעה ומהני בקנין גמור אבל אי לא ידעה לא היה מהני. ולרא"ש ז"ל מה בכך שטועה בדין מ"מ אלו היתה יודעת היתה מקנה שוב מהני גם עתה וע"כ דאינו מועיל כה"ג. וזה ממש דלא כרא"ש ז"ל וכן בטור וש"ע שם בעינן שתקנה לו להבעל ע"ש סי' קכ"ג ואל"ה לא מהני. ואין לחלק בין גט דלא ניחא לאשה כ"כ דהא כיון שרצונה להתגרש הוי כמו שאר דברים דהא גם המשאיל אין לו שייכות להקידושין ואעפ"כ כיון שרוצה שיקדש אמרינן כנ"ל. ולמ"ש לעיל הטעם דלא הוי כעודר בנכסי הגר כו' משום דעכ"פ מתכוין שיהיה נעשה שלו. וא"כ י"ל התם דבל"ז יש להבעל קנין פירות בטבלא

שלה אמר שפיר איתתא לא ידעה לאקנויי וממילא לא קנה שהוא ג"כ לא ידע ואינו מתכוין רק לשאלה רק דאם היא הוי ידעה לאקנויי הי' דעת אחרת מקנה דלא בעי כוונה רק כיון דלא ידעה כו' שוב בעי כוונה לזכות ולא קני שאינו מתכוין והוי כעודר כו'. וכאן לא שייך שמתכוין לקנין דשאלה דהא קנין דשאלה שהוא רק קנין פירות זה יש לו מקודם בנכסי אשתו בלא המשיכה וממילא כיון שגם הוא סובר שרק כשאלה הוא כמ"ש רמב"ן ז"ל שם שגם הקונה טועה ע"ש. וממילא סבור שהוא שלו דהקנין פירות שלו מכבר ואינו מתכוין כלל לקנות במשיכה זו. ולכך לא מהני שפיר אי לא ידעה משא"כ בקדושין כנ"ל. אך כבר כ' דיש לדחות הנ"ל. ועוד דכמו דלא חשיב בטעות כוונה לזכות כמו כן לא מיקרי כוונה להקנות ולמה יהיה מהני כאן בקידושין ואי מהני משום דמתכוין להקנות בכל אופן ממילא מתכוין לקנות ג"כ בכל אופן שיועיל. ואפשר לומר דמה שמשאילו מיקרי מתכוין להקנות בתורת שאלה עכ"פ ומהני שוב בכל אופן משא"כ התם אינה מתכוונת כלל להקנות אף בתורת שאלה דלפירות בל"ז שלו כנ"ל. ודוחק:

עוד קשיא לי לדברי הרא"ש ז"ל שכ' דאם לא היה מועיל במתנה ע"מ להחזיר אמרינן שדעתו שיהיה מתנה גמורה כיון שמשאילו לקדש וא"א בענין אחר. וא"כ למה במקדשה ע"מ שתחזיר אינה מקודשת משום דדמיא לחליפין נימא ג"כ כיון שרצונו לקדשה ודאי נותן בכל אופן שיועיל ואי אינו מועיל ע"מ להחזיר יהיה במתנה גמורה ומה שאומר ע"מ להחזיר הוא שטועה בדין וסבור דדי בכך דמקודשת בזה וכיון שבאמת לא די ובעי מתנה גמורה והוא רוצה לקדשה דעתו שיהיה במתנה גמורה. ואטו גרע המקדש מאיש אחר המשאיל דבאיש אחר נימא אף שפירש בשאלה הוא מחמת טעות וכוונתו אף למתנה גמורה אם א"א בענין אחר ובמקדש לא נימא כן. ואפשר לחלק כיון שאומר בדרך תנאי והיינו שאם לא תחזיר לא תתקדש א"כ אנו רואין שחביב בעיני' החזרה יותר מהקדושין שאם לא תחזיר לא יהיה הקדושין. וא"כ איך נאמר שכוונתו שכדי שתתקדש יהיה אף במתנה גמורה אם א"א בענין אחר הא רואין שאינו רוצה ורוצה יותר שיתבטלו הקדושין משלא תחזיר לו. משא"כ במשאיל דאף שאמר שאלה מ"מ לא פירש להפוך שאינו רוצה במתנה גמורה אם א"א בענין אחר לקיים הקדושין כנ"ל. אמנם עדיין קשה מגטין ע"ה ה"ז גיטך והנייר שלי אינה מגורשת כו' הא לא התנה ונימא כיון שרוצה הוא לגרשה כוונתו בכל אופן רק שטועה דמגורשת אף שהנייר שלו. ואפשר משום דהתם אינו מתכוון כלל ליתן לה משא"כ כאן דעכ"פ בתורת שאלה יתנו לו. ודוחק דמאי חילוק והא גם שם כיון דאמר ה"ז גיטך ע"כ נותנו בתורת שאלה עכ"פ. ונימא ג"כ דכונתו כדי לגרשה בכל אופן שיועיל רק דטועה כנ"ל. ועוד בהלוה לה ולא ארוח זימנא יהי' מועיל

דדעתו למתנה כנ"ל. או שמשאיל לה חפץ ומקדשה יהיה מהני כנ"ל. עוד קשה מהא דנדרים מ"ח ע"ב דבעי למימר קני ע"מ להקנות לא קני ופריך מסודר דקני ע"מ כו' הוא שאינו מזכהו לו לשום דבר אלא שיהא לו בו קנין כדי שיקנה קרקע שלו ואפ"ה חשבינן לי' קנין וקנה לוקח השדה כו' בר"ן ז"ל ע"ש ולדברי הרא"ש ז"ל הנ"ל הא כיון שרוצה לקנות השדה ומקנה לו הסודר בשביל כן א"כ אם הדין דע"מ להקנות לא קנה ממילא כונתו למתנה גמורה שיקנה הסודר לגמרי כיון שלא יקנה השדה באופן אחר דלא גרע משאלה להרא"ש ז"ל. אך י"ל דהיינו דדחי לה ר"א התם ומאן לימא לן דסודרא אי תפיס לי' לא מיתפס כו' והיינו כנ"ל כיון דקני ע"מ לקנות לא קני ממילא כיון שרוצה לקנות השדה כונתו שיהי' קנין גמור בסודר כיון שא"א בענין אחר ושפיר אי תפיס לי' מיתפס דאם הי' הוא יודע הדין שא"א רק בקנין גמור הי' מקנה לו כנ"ל ובמ"ש מיושב קושית הר"ן ז"ל שם דלא קי"ל בהא כר"א דסודר אי תפיס מיתפס וכ' הטעם דדיחוי בעלמא הוא ע"ש ולכאורה הא כיון דאיהו גופי' לא סבר הכי כמ"ש הר"ן למה דחה דברי ר"ן:

ולמ"ש א"ש דלא דחי ר"א רק דאין ראי' מסודר דקני ע"מ להקנות קנה דשפיר י"ל דלא קנה רק בסודר אי תפיס לי' מתפס דכיון דנימא הדין דקני ע"מ להקנות לא קנה וא"א בענין אחר שוב מקנה לו לגמרי הסודר כדברי רא"ש ז"ל הנ"ל. אבל לדידן דקני ע"מ להקנות שפיר קונה ממילא מודה ר"א דאי תפיס ליה לא מיתפס דהא גם אם לא יקנה לו לחלוטין מ"מ יקנה השדה ושפיר לא הקנה הסודר רק ע"מ להקנות והא בהא תליא ודחה שפיר אף דלא ס"ל כן. אף דלכאורה קשה עדיין ראיות הר"ן ז"ל דשם לא קני באשה ע"מ להחזיר דדמי לחליפין ואי תפיס מיתפס ליכא גזירה ע"ש. ולמ"ש קשה דהא בקדושין אם יקדשה בקנין סודר שפיר יהיה הדין גם לדידן דאי תפיס מיתפס דהא לא תהיה מקודשת בענין אחר וכיון שרוצה לקדשה מקנה באופן שיועיל כמו בשאלה להרא"ש ז"ל. אך לא קשה דהגזירה הוא שיאמר בפירוש שאינה רוצה שתקנה הסודר לחלוטין רק כדי לקנות אותה בקנין חליפין. והר"ן ז"ל דייק שפיר דאי ר"א סבר בכל חליפין דוקא אי תפיס מיתפס מהני ואל"ה לא מהני א"כ לא שייך למטעי באשה דלא גרע משאר קנין וממילא תהיה מקודשת בתורת כסף. ומוכח דבכל חליפין קני אף אי לא מתפס ושייך הגזירה בקדושין שיפרש כנ"ל דמהני בשאר קנין:

ומיושב ג"כ הא דפריך התם ממתנה דבית חורון דקני ע"מ להקנות ולא קני ומשני משום דסעודתו מוכחת עליו. והקשה הר"ן ז"ל הא לא גרע מאומר בפירוש ע"ש. ולמ"ש י"ל דשם אינו מוכח שאם לא יוכל להקנות לבר בריה באופן זה כשלא יקנה הוא לגמרי שאינו רוצה להקנות לו לגמרי ואמרינן דסבר דגם כשאינו מקנה לגמרי קני אבל אם א"א

בענין אחר יקנה לגמרי משא"כ במתניתין סעודתו מוכחת שאינו רוצה ליתנו לאחרים לחלוטין ואף אם א"א בענין אחר מ"מ אינו רוצה שיהיה שלו שיוכל להקדישה ולא הוי מתנה כנ"ל. ויש לדחות. ועכ"פ אין ראיה מש"ס הנ"ל שנאמר כדברי הרא"ש ז"ל ממאי דאמר סודרא אי תפיס מיתפס. דהכא אמר סתם קני וסבר ר"א דהכונה באמת לחלוטין. משא"כ באומר בפירוש שמשאילו:

גם קשה לכאורה מגטין ריש פרק הזורק דאמר רבא ליקני' להאי דוכתי דיתבי גיטא ותיזיל ותיחוד כו' ופריך מה שקנתה אשה קנה בעלה וכו' והקשו תוס' הא קי"ל במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות ותירצו דכאן לא נתן לה במתנה רק בשאלה כדי להתגרש ובשאלה לא אמרינן כנ"ל. ואי כהרא"ש ז"ל עדיין קשה הא כיון שמשאיל המקום כדי להתגרש ורוצה בכל אופן שיועיל ואי לא מהני בתורת שאלה משום מה שקנתה כו' ממילא דעתו שיהיה במתנה כדי שתתגרש וממילא שפיר מהני דאינו אוכל פירות ולא שייך מה שקנתה אשה קנה בעלה כנ"ל. אך י"ל דע"כ לתוס' הך דשאלו לרבא מה שקנתה כו' ידעו דרבא ציוה רק שישאול לה המקום אף דאמר למיקני' דאל"ה מה הקשו דלמא כוונת רבא מתנה גמורה וע"כ דידעו כנ"ל. והיה עדיין קודם המעשה ושפיר הקשו לרבא למה ציוה שישאל לה הא זה לא מהני דמה שקנתה כו' ואף דכשאומר כן מהני דאומדין דעתו שיהיה למתנה גמורה אם צריך מה לו לצוות שיאמר שאלה ויהיה הכונה למתנה. לימא ליה שיתן בתורת מתנה כיון דשאלה באמת לא מהני דמה שקנתה כו' דבשלמא אם היה מועיל שאלה א"צ יותר אבל כיון דלא מהני הקשו כנ"ל:

והנה סברת הרא"ש ז"ל ג"כ תמוה מ"ש שאף אם היה צריך מתנה גמורה הי' אמרינן אומדנא דהיה נותן כו' ודבר תימה הוא שאם השאילו אחר חפץ השוה מאה מנה כדי לקדש בו מחמת שהיה סבור דיכול לקדש בשאול ונימא דאיכא אומדנא שאם היה יודע שצריך מתנה היה נותנו במתנה. מאן לימא לן כן אדרבה בשביל שהיה סבור דדי בשאלה ואין לו הפסד לכך השאילו לקדש אבל ודאי אם היה יודע שצריך דוקא מתנה ודאי דלא היה נותן לו דמה לו לזה לתת שלו במתנה בשביל קידושי האחר. ובכל מקום מתנה טענה גרוע בשביל זה שאין אדם עשוי לתת שלו במתנה. ומה אומדנא יש בזה כשרוצה בשאלה שאין לו הפסד שירצה במתנה ג"כ להפסיד שלו השוה כמה. ובשלמא לענין מתנה ע"מ להחזיר שייך שפיר כיון דגם בזה אין לו הפסד יותר מבשאלה שצריך להחזיר לו אמרינן אומדנא כנ"ל דמה מזיק לו שיתן. ודוחק לומר דכוונת הרא"ש ז"ל ואף במתנה גמורה כו' היינו דבר מועט כידוע שלא יקפיד כמ"ש שואל מאוהבו כו' הוי אמרינן שנותנו במתנה וממילא מהני אף בדבר גדול שאינו מקפיד שיהיה מתנה על מנת

להחזיר עכ"פ ולכך כתב ולכל הפחות במתנה על מנת להחזיר דבזה ודאי אינו מקפיד כנ"ל. דדוחק דאיזה שיעור לדבר שנאמר דוודאי אינו מקפיד. ועיין ברמב"ם ז"ל שכתב קידש במה שאין בעה"ב מקפיד ופירשו הפרישה ושאר פוסקים דוקא דבר שאינו שוה פרוטה ע"ש:

ועוד דהיה נראה דגם במתנה על מנת להחזיר יש קפידא דהא מבואר ח"מ סי' רמ"א דפטור מאונסין ובשאלה חייב באונסין וא"כ י"ל דדוקא בשאלה רוצה ליתן לו שיהיה חייב באונסין ולא במתנה על מנת להחזיר כנ"ל. והיה אפשר דהרא"ש לטעמיה אזיל שפ' פ"ב דסוכה דגם מתנה על מנת להחזיר חייב באונסין ע"ש א"כ אין שום קפידא וחילוק למשאיל בין שמשאילו או נותן לו במתנה על מנת להחזיר. אבל לדידן דבמתנה ע"מ להחזיר פטור מאונסין שפיר יש קפידא ולא מהני. ואף דנימא דוקא לענין ממון פטרינן ליה אבל בקדושין חוששין לדעת הרא"ש ז"ל דגם מתנה ע"מ להחזיר חייב באונסין ומקודשת. דא"כ אינו אלא ספק. ועוד דכיון דלענין ממון אין יכולין להוציא ממנו מספק אם נאנס במתנה ע"מ להחזיר א"כ שוב ודאי הוי קפידא דאף אי כדעת הרא"ש דחייב מ"מ לא יוכל להוציא ממנו כנ"ל. ושוב מקפיד דוקא בשאלה כנ"ל. ואפשר כיון דאונס לא שכיח לא חשיב קפידא. והראיות שהביא רא"ש ז"ל לכאורה אינם מובנים ג"כ דבגזל דידה דאמרינן מדקבלתי' אחלתי' כו' ע"ש היינו דאמרינן דמסתמא יודעת שאין מקדשין בגזל וכיון שקבלה ורוצה להתקדש מסתמא נתנה במתנה כדי להתקדש דאל"ה לא היתה מקבלת לשם קדושין ויש אומדנא ע"ז כדאמרינן בגט דאיתתא ידעה לאקנויי ע"ש. דאין כאן שום דיבור המורה להיפך שלא הי' כוונתה למתנה והאומדנא הוי כאלו פירשה כנ"ל. משא"כ בהנ"ל שאומר בפירוש לשון שאלה וע"כ שטועה בדין וסבור דא"צ למתנה י"ל שפיר כיון שאינו מתכוין להקנות לו לא קנה ואינו מועיל מה דאם היה יודע וע"ז אין שום ראיה מגזל דידה דשם האומדנא שבאמת נתכוונה להקנות כנ"ל. וא"ל דראייתו הוא דאל"כ הוי לן למיחוש גם בגזל דידה שמא סבורה היא שיכולין לקדש בגזל וא"י הדין ולמה תהיה מקודשת הא לא נתכוונה להקנות וע"כ משום דאמרינן עכ"פ אם היתה יודעת הדין היתה מוחלת מהני גם עכשיו ויש ראיה להנ"ל. ז"א דהא מסיק התם בגיטין דאשה ידעה לאקנויי וכל זמן שאין הוכחה לא תלינן בטעות. ואמרינן שם לפי' הר"ן דודאי ידעה דבעי ספר מקנה ע"ש וכן בפחות משוה פרוטה אמרינן מסתמא ידעה ע"ש. וכן בגזל. ואף דבש"ס י"ג בשתיקה לאחר מתן מעות פריך ר"א אטו כולהו נשי דינא גמירי כו' מ"מ לאו בכל דוכתי אמרינן כן. ועוד דדוקא התם דנדון הראיה רק מדלא שדיתינהו ע"ז דחי דאין ראיה שמא לא ידעה הדין כנ"ל אבל בגזל דידה ושדיך וקדש'

וקבלתו. א"כ כיון שקבלתו לקדושין א"כ הוי כאמרה שאינה מקבלתו בתורת חזרה רק לקדושין ואינו רוצה בחזרה והיינו שמוחלת משא"כ כאן שפירש להדיא שאין נותן רק בתורת שאלה שהיא סותר להאומדנא כנ"ל. וראיה הב' שהביא מאתרוג כנ"ל י"ל ג"כ דהתם כיון שאמר אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפלוני. ואפשר לפרש ב' פי' או דכוונתו רק על קנין פירות. או קנין הגוף לשעה דזה מהני באתרוג. ולכך באתרוג דאי לאו למיפוק למאי יהיב ליה וע"כ כוונתו היה נתון לך במתנה קנין הגוף לשעה ואין זה סותר כלל לדיבורו. ואין ראיה לכאן שפירש לשון שאלה וסותר כנ"ל. ולכאורה מדברי רשב"ם ז"ל משמע שם להיפוך שפי' שם ע"כ לא פליגי כו' רק אי קנין פירות כקנין הגוף כו' ואם מכר הגוף לא עשה כלום אבל בפירות הכל מודים דאית ליה הלכך גבי אתרוג נמי יציאת ידי חובתו ליטלו היינו פירותיו דאף לרבי יצא ע"ש ומבואר שאין הטעם כהרא"ש ז"ל שנותנו במתנה כו' רק דזה הוי הקנין פירות ע"ש. אך לכאורה אינו מובן כלל דכיון דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והתורה אמרה שאינו יוצא בו עד שיהיה שלו א"כ מה קנין פירות הוי זה שיוכל לצאת בו הא באמת אינו יוצא בו שאינו שלו דבשלמא שאר פירות שייך דאף דלאו כקנין הגוף דמי עכ"פ הפירות שלו כנ"ל. אבל באתרוג פירות אילו לצאת בו כיון דלאו כקנין הגוף ואינו שלו אין כאן פירות כלל כנ"ל: ונראה לפרש דזה עצמו כוונת רשב"ם ז"ל דבשלמא שאר פירות אמרינן שפיר שלא הקנה הגוף כלל רק הקנין פירות דאפשר בלא הגוף ויש לו בפירות ואין לו קנין הגוף כלל. אבל באתרוג שאין פירות אחרים רק לצאת בו כמ"ש רשב"ם שם א"כ כיון דפירות מיהו איתּ ליה לכ"ע דלהכי יהבי וא"כ אי אפשר שלא נתן לו קנין הגוף כלל דא"כ גם פירי לית ליה דלא יוכל לצאת בו שאינו שלו. והא הפירות נתן לו עכ"פ ולכך ע"כ לענין זה כאן שתלויים הפירות בגוף ע"כ הקנה לו קנין הגוף לשעה כדי שיהיה הפירות כנ"ל. ואף דרשב"ם מפרש ואח"כ מכרה או אכלה כו' דס"ד דאפי' רבי מודה דלגופי' יהיב ליה כו' קמ"ל דרק ליטלו ולצאת בו דהיינו פירות כו' ע"ש ולמ"ש א"כ גם לרבי יהיה מכור כיון דא"א שיהיה לו הפירות רק שיש לו קנין הגוף כנ"ל. ז"א דרשב"ם ז"ל סובר דסגי בקנין הגוף לשעה לענין לצאת בו כמ"ש בתשו' הרא"ש ז"ל דולקחתם לכם היינו שיהיה בשעת לקיחה לכם ע"ש. ולכך יש לו אותו הקנין הגוף המועיל לפירות לצאת בו היינו לשעה אבל מכרו לא מהני דלענין זה מיקרי גם קנין הגוף לשעה רק קנין פירות כמ"ש ר"ן ז"ל נדרים גבי היום את אשתי כו' ע"ש. דלענין הקנין הגוף להפקיע מאחריך לגמרי זה אין לו רק נגד הפירות לצאת בו כנ"ל. אבל עכ"פ אין ראיה לדינא דהרא"ש ז"ל כלל לפירוש רשב"ם ז"ל דהתם אין פירות אחרים והא יהבי' לפירות כנ"ל. ולכאורה לרא"ש

ז"ל למה מכרה לרבי משלם הא ע"כ נתן לו קנין הגוף דאל"ה לא יצא כנ"ל. אך הרא"ש ז"ל מפרש שם דהוי כמתנה ע"מ ליתנו לאחריך ולכך מפרש דמכרו לא יצא לרבי שלא נתקיים התנאי ומה שכ' שם דלרשב"ג יצא דאין ל"ב אלא מה ששייר א' כו' והא כיון דלא נתקיים התנאי בטל המתנה. גם לרשב"ג ז"א דמה דהוי תנאי הוא רק לרבי דבלאו הכי ליכא פירות אבל לרשב"ג אינו תנאי כלל רק כמו בכל אחריך ואף על פי כן יוצא בו דאין ל"ב רק מה ששייר כו':

והראיה שהביא מהשאילו חלוקו לבקר את אביו כו' ג"כ אינו מובן דוודאי התם כיון שיודע שיצטרך לקרוע והוא השאילו א"כ נתן לו רשות וכאומר קרע כסותי דמותר ואינו סותר כלל לשום דבר משא"כ כאן:

ונראה טעם הרא"ש ז"ל דכיון שמשאילו הטבעת לקדש בו כו' ואי אפשר לקיים הדיבור כמו שהוא דהא א"א לקדש בו כשהוא שאול ולמה משאילו. ולכך מפרשין שמשאילו וגם נותן לו רשות שכשירצה יוכל לקדש בו והיינו דמקנה לו שיהיה אז נעשה שלו בשעה שירצה לקדש בו ועד אותה שעה יהי' באמת רק בתורת שאלה לענין אונסין ושאר דברים רק ברגע קודם הקדושין יהיה נעשה שלו שיוכל לקדש בו. ואם סגי במתנה ע"מ להחזיר יהיה נעשה שלו במתנה ע"מ להחזיר ואם צריך מתנה גמורה יהיה במתנה גמורה. וכמו דאמר במפקיד נעשה כאומר לכשתגנב ותרצה כו' יהיה סמוך לגניבותה קנוי' לך כיון שרוצה להקנות לו הכפל אמרינן כוונתו בפקדון שעד אותו שעה יהיה פקדון ורגע סמוך לגניבה יהיה קנוי לו כדי שיהיה הכפל שלו ע"ש ב"מ ל"ד. וכן כאן כיון שא"א לקיים דיבורו בענין אחר דא"א לקדש כנ"ל. ומשאילו עד אותו שעה ואז יהיה נעשה שלו לגמרי ושפיר מתקיים כל דיבורו שלכך נותנו לו בשאלה כדי שיהיה בידו ואם ירצה יוכל לקדש בו שיהיה שלו אז כנ"ל ואינו סותר כלל לדיבורו. או דאף שאינו מקנה לו כלל מהני דכיון שנותן לו רשות לקדש בזה וליתנו לאשה בתורת קדושין וא"כ כיון דקי"ל הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני. קדושין ז'. וא"כ אם עושה שליח ונותן לו חפץ שלו לומר לאשה הילך חפץ זה והתקדשי לפלוני מהני ג"כ דשלוחו כמותו. וא"כ אם נותן למקדש עצמו להקנות לאשה חפץ שלו שתתקדש לאותו פלוני מהני ג"כ כאלו אמר בעצמו להאשה הילך והתקדשי לפלוני וא"כ שפיר מהני אף שאינו מקנה כלל להמקדש רק שאומר לו להקנות להאשה. ולכך כאן אף שמשאילו בתורת שאלה מ"מ כיון שנותן לו רשות לקדשה בו אומר לו תן לה חפץ שלי כדי שתתקדש לך וכעושהו שליח לומר לה הילך מנה והתקדשי לזה דשפיר מהני כנ"ל ואין זה סותר כלל לדיבור של שאלה. ומקנה לו איך שיהיה הדין. וא"ל להיפוך שמא טועה וסובר שיכולין

לקדש בשאלה לחוד ולא ליתן לגמרי דז"א מהיכי תיתי לתלות בטעות ולבטל דיבורו אדרבה מקיימי' דיבורו כנ"ל. ואנו דנין בכל מקום ע"פ דיבורו לפי הדין ועיין בר"ן ז"ל ריש המגרש לענין ע"מ שתנשאי כו' דבאותו שעה חייב כיון שא"א בענין אחר מפרשינן כמו דשייך לפי הדין. ואף אם הוא לא ידע מ"מ כיון שהדיבור מורה כן לפי הדין הוי דברים שבלב. ולכך שפיר מהני כאן כנ"ל. וע"ז שפיר מביא הרא"ש ז"ל ראיות הנ"ל מגזל דיד' ואתרוג וחלוק דאמרינן שהשאילו ונתן לו רשות ונעשה אז שלו לזה שיוכל לקרוע וכן באתרוג דנין בדיבורו לפי הדין שיוכל לצאת בו וכן כאן דנין דיבורו שיוכל לקדש ע"פ הדין כנ"ל. אבל אם הי' צריכין לפרש דברי הסותר לדיבורו ודאי מודה הרא"ש ז"ל דלא אמרינן אלו היה יודע הדין כו' בשביל זה נימא מה דסותר זה לא אמרינן כלל דהא לא קי"ל כר"מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה גבי ערך כלי עלי בערכין וכמה דוכתי וגבי יקדשו ידיך לעושיהן ע"ש בתוס' ריש המדיר דכשצריכין לשנות מכמה שאמר לא אמרינן ע"ש. וכן בש"ס פ' המדיר ע"ד במלוה ופחות משוה פרוטה ובעיל כו' בהנך טעי מבואר דכיון שטועה לא מהני ואף דאם היה יודע הי' בועל לקדושין ע"ש וכן מקדש במלוה אינה מקודשת ולא אמרינן דכוונתו על הנאת מחילת מלוה כנ"ל דכיון שסותר ואינו כמו שאמר שפיר לא מהני רק כאן מפרשינן לקיים דיבורו כנ"ל. ומיושב בזה כל הקושיות דלעיל. מהא דגיטין דאיתתא לא ידעה לאקנויי דשם אם אמרינן דלא ידעה שפיר לא היה מהני דלא הי' מוכיח דיבורה כלל שיהיה ע"פ הדין משא"כ עכשיו דידעה לאקנויי. וכן מקדש ע"מ להחזיר וקני ע"מ להקנות כו' כיון שמפרש להיפוך לא מהני מה שאם היה יודע כנ"ל:

אך א"כ קשה מ"ש הרא"ש ז"ל דלא כ"ע דיני גמירי וסבורין דמהני שאלה כו' ע"ש ולמ"ש אין צורך כלל לזה ואדרבה מגרע גרע. ואנו מקיימין דיבורו באמת כפי הדין. וי"ל בדוחק. וצ"ע ואין להאריך יותר:

ועתה נבא לנידן דידן. דלכאורה כמו דמבואר בש"ע ח"מ סי' רצ"א בשומר שמסר לשומר בפני המפקיד ולא מיחה דהוי כנתן לו רשות כו' וכן כאן כיון שקידשה בפני המשאיל ונתן לה הטבעת לקדושין דהיינו בתורת מתנה והמשאיל לא מיחה הוי כנתן לו רשות ליתנו לה ואפשר עדיף מדין הרא"ש ז"ל דכאן לא אמר אח"כ לשון שאלה וי"ל כיון דראה שנותן לו להאשה במתנה לקדושין ושתק נתרצה והקנה לו כנ"ל וניהו דמצד א' גרע מדין הרא"ש ז"ל דלא שייך האומדנא הנ"ל כיון שלא פירש שמשאילו לקדושין. מ"מ מחמת השתיקה נימא כנ"ל דהא אמר בש"ס ב"ב קל"ב במחלק לפני' והיא שותקת דהוי מחילה כיון שחולק לאחרים בפני' ושתקה ע"ש. אך ז"א דהא אמר להדיא התם מקולי כתובה

שנו ובבע"ח אף דשתק לא הוי מחילה ע"ש ובש"ע וטור סי' ק"ו ואעפ"כ אין מזה ראיה להיפוך ג"כ דבב"ח אין המכירה סותרת להשיעבוד שלו דאף שמשועבד לו מ"מ יכול הלוה למכור נכסיו כל זמן שאין הבע"ח גובה משא"כ בנותן שלו לאחר במתנה שפיר י"ל אם לא היה מרוצה לא היה שותק דאין רשות להשואל ליתן של המשאיל במתנה לאחרים וע"כ שמרוצה והקנה לו. וחילוק זה מבואר בבעה"ת שער נ"ט ובגי"ת שם גבי חתם בע"ח בעד ע"ש:

אך לכאורה מוכח מש"ס ב"ב ל' ע"ב אית לי סהדי דאימליכי בך ואמרת לי זיל זבין כו' דאמר אפילו תימא רבנן התם עביד מעשה אבל דיבורא מיקרי ואמר ומבואר דבנתן אחר קרקע שלו לאחרים דוקא בחתום עלי' לעד אינו יכול לערער דעביד מעשה אבל בלא"ה אף שידע ושתיק לא הוי מחילה או מתנה ואף דנימא דלא שייך הכא השני נוח לי ראשון קשה כו' כיון שהשאיל לראשון. מ"מ התם דוקא לענין ראיה דנימא דנאמן שמכרה לו שייך כיון דחתם או דיבר מוכח שהוא שלו. אבל כשמודה שלא הי' שלו רק שהשתיקה עצמה יהי' מתנה פשוט דלא מהני דהא קי"ל חזקה שאין עמה טענה לא הוי חזקה. ואפילו החזיק בפניו כמבואר במשנה וש"ס מ"א ע"א דלא קי"ל כר"י. ובעובדא דרב ענן שם אמר והא אחיל משום דסייע בגודא בהדי' אבל בלא"ה אף שהיה בפניו לא ס"ד דליהני ע"ש וד' נ"ט ע"ב דא' שפתח חלון לחצר השותפין דאמר ר"ח יגע וסתום דלא הוי מחילה במה ששתק ע"ש ובנ"י שם מ"א כ' ושמעינן מינה דכל היכא דמסייע ליה לחבריה כו' כא"ל זיל חזוק וקני דמי ודוקא בכה"ג כו' שאין אדם משחק בחבירו ומפסיד שלו אבל בע"א לא מהני מידי דאמר בירושלמי הפותח חלון בחצר חבירו במעמד חבירו ר' אומר פותח בשמאל וסותם בימין הגע עצמך שהיה עומד שם יכול לומר כו' מחוך הוינא בך כו' ע"ש ואף דהתם איירי בהיזק ראי' דלכך לא הוי חזקה אבל בשאר דברים אמרינן התם ל"ה ע"ב אי דלי ליה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה ע"ש. מ"מ היינו דוקא כשסייע לו אבל בשתיקה לחוד לא הוי מתנה כנ"ל והיה נראה לכאורה דתליא במחלוקת הרמב"ן ור"ת ז"ל בפתיחת חלונות ושאר חזקת ניזקין דדעת רמב"ם ז"ל פ"ז מה' שכנים דבשתיקה לחוד הוי מחילה ומתנה מדלא מיחה דכלל שם שידע הניזק ולא עירער דהוי כמו סייע עמו ע"ש ובטור ח"מ סי' קי"ג בשם הגאונים דאפילו הוצאת זיזין כו' א"צ ג"ש שהטעם הוא משום מחילה וכיון שרואה אותו משתמש בשלו ושותק לאלתר הוי חזקה וא"כ גם בנידן דידן כיון שנותן שלו לאחר בפניו במתנה ושותק מחל ונתרצה וכאלו נתן לו רשות. ולר"ת ורא"ש ז"ל החולקים שם דבשתיקה לא הוי מחילה ובעי חזקת ג' שנים ע"ש גם בנידן דידן לא מהני כנ"ל. אמנם לא מצינו זה רק לענין ניזקין שמחל על היזיקו

בשתיקה אבל לא בגוף החפץ שיצא מרשותו בשתיקה וע"ש בטור וב"י בשם הריב"ש ז"ל שכ' חזקת החלונות והזיזין כו' שאינו גזל גוף הקרקע אלא נזק לבד אין חזקת ג' כו' ע"ש. ובב"י ריש סי' קנ"ד כתב בשם רשב"א ז"ל אם נתן לו רשות מותר ולפי גמרתינו כל שהכיר וידע הרי הוא כנותן רשות ע"ש. והב"י הקשה עליו שכ' מקודם דוקא סייע הוי מחילה ע"ש ובדרישה ופרישה תירץ לחלק בין בגוף הקרקע בעי סייע ע"ש. וא"כ לא אמרינן בגוף הדבר שיהיה השתיקה מחילה או מתנה:

ולכך בקרקע אף שהחזיק בפני הבעה"ב לא הוי חזקה בלא טענה אף שידע ושתיק כמבואר בש"ס פ' חזקת. וא"ל דדוקא בקרקע שלא שינה גוף הקרקע רק שאוכל הפירות ולכך אין השתיקה מחילה על גוף הקרקע דהא הקרקע כמו שהיתה דז"א דא"כ חפר בה בורות שיחין ומערות יהיה מהני. ועוד דא"כ למה הדרי ארעא והדרי פרי הא על הפירי הוי מחילה כיון ששתק וע"כ דלא הוי מחילה. ודוקא התם ל"ה אי דלי ליה צנא דפירי שסייע אבל בשתיקה לחוד לא מהני כנ"ל. אמנם יש לחלק דניהו דהשתיקה הוי כמו נתן לו רשות לעשות אותו דבר וכמ"ש רשב"א ז"ל הנ"ל. מ"מ הא לדעת הרבה פוסקים באומר לחבירו דור בחצירי סתם או אכול עמי חייב לשלם לו דאמרינן דהי' כוונתו שישלם לו וכן פ' ש"ע סי' רמ"ו סכ"א בהג"ה וכן קרע כסותו ולא אמר ע"מ לפטור דחייב. וא"כ שפיר הדרי פירי דניהו דהחזיק ואכל בפניו ושתק מ"מ ניהו דמחמת השתיקה אמרינן דנתרצה שיאכל הפירות מ"מ לא עדיף מאמר אכול בפירוש דמ"מ חייב לשלם לו דע"ז אין ראיה מהשתיקה שיפטר מלשלם כנ"ל (אך א"כ גם בהיזק נימא כן):

וא"כ בנותן מתנה לאחר או בקדושין כנ"ד שפיר בשתיקה ע"כ נתרצה על קנין גוף החפץ וכנותן לו רשות לקדש בחפץ זה דמהני כנ"ל דע"ז שפיר הוי השתיקה ראיה כנ"ל והא (נאבד השאר מהתשובה וחבל על דאבדין):

סימן כ

ב"ה להרב הג' אבד"ק לאדזי מוה' משה נ"י

על דבר קטנה שנתקדשה שלא ע"פ אמה ואחי' וכשקבלו הב"ד עדות לא מיאנה רק הכחישה שהי' הטבעת שלה אם הכחשה זו יחשב כמיאון:

בש"ס ריש פ' השולח בטל הוא אי אפשי בו דבריו קיימין פסול הוא אינו גט לא אמר כלום ופירש"י פסול הוא לא משמע דאיהו מבטל ליה רק מוציא עליו שם פסול והא ליכא ולא אמר כלום כו' וכ' וכל הלשונות שם דלשעבר. ומוכח דאף דעכ"פ אינו רוצה שתתגרש בגט זה מ"מ לא מהני. וא"ל דהוא משום דגילוי דעתא בגיטא לא מהני דז"א דברייתא זו לכ"ע גם לרבא דגילוי דעת בגט מהני וע"כ דגם גלוי דעת לא חשיב. ועוד

דשם ל"ד דמייתי אביי מהא דאי לא אתינא כו' א"ל חזו דאתאי כו' ודחי רבא אטו התם לבטולי גיטא בעי התם לקיומא תנאה קבעי והא לא אקיים תנאי' ע"ש ופירש"י ז"ל דאף דעכ"פ מוכח שאינו רוצה בגירושין אלו מ"מ מה שאינו רוצה בתורת שסובר שע"פ דין לא מהני אין חשיב חזרה וביטול כנ"ל. אמנם לכאורה כיון דקי"ל כאביי י"ל דגם בזה ממילא כוותי' דמשום דג"ד בגט לא מהני. אבל ג"ד חשוב. ולכאורה ראיה לזה מדאמר אח"כ בתרי עובדא סתמא דגמ' למאי ניחוש כו' אין אונס כו' אי משום גילוי דעתא בגיטא פלוגתא דאביי ורבא ותמוה דהא לתרווייהו לא מהני. וכ' תוס' היינו לפי סברת אביי כו' ולא פליג רבא הכא ע"ש. ולא יישבו לשון הגמ' פלוגתא כו' והיה נראה דסתם גמ' הכריעו בזה כאביי דחשיב גלוי דעתא רק משום דקי"ל כאביי דג"ד לא מהני בגט וממילא בשאר דברים חשוב גלוי דעת כנ"ל ולכך אמר דתליא בפלוגתא דאביי ורבא כנ"ל. וגם כוונת תוס' י"ל כן דהיינו לפי סברת אביי וקמ"ל כוותי'. אך א"כ הוי טפי מיע"ל קג"ם דאין זה תלוי בפלוגתא דגלוי דעת בגט רק הראיה דמייתי אביי אם נדחה או לא אבל הוי פלוגתא אחריתי אי כה"ג חשיב ג"ד ויהיה הלכה כאביי. ומ"מ אינו הכרח כ"כ די"ל בג' דגלוי דעת נכלל תרווייהו כמו שמסופקין תוס' בל' אי לחי כו' ע"ש קדושין פ' האיש מקדש דף נ"ב או דבתראי פוסק ע"ש. או דכיון דבגוף הדין שנחלקו אין נ"מ כיון דקי"ל בגט ג"ד לאו מלתא רק דנ"מ לענין שאר דברים י"ל דלא חשיב ליה. והגם שיש לפרש בגמ' אי משום ג"ד פלוגתא דאביי ורבא הפי' בתרווייהו ולענין אי חשיב ג"ד הלכה כרבא דלא הוי ג"ד. וגם אי הוי ג"ד שוב פלוגתא כו' והלכה כאביי והיה מיושב דהו"ל לסיים והלכה כאביי דעדיין לא הוזכר הלכה עד אח"כ וסתמא הלכה כרבא ולהנ"ל א"ש אולם מלשון התוס' מוכח דאין הפי' כן רק לשון אי משום ג"ד הוא דהוי ג"ד רק פלוגתא אי מהני בגט. א"כ משמע דסתמא דש"ס ס"ל הכי. ומיושב ג"כ דהו"ל לש"ס למפסק הלכה כנחמני קודם ב' עובדי דמייתי ולהנ"ל א"ש דבעי לפסוק הלכה כאביי בכולא גם בזה דחשיב ג"ד כנ"ל כדאמר בהני ב' עובדי כנ"ל:

ולשון הרמב"ם ז"ל פ"ט מה' גירושין הלכה ח' אפילו כו' שאין אונס כו' ואע"פ שגילה דעתו שאין רצונו לגרש ע"ש משמעות לשונו שפוסק דחשיב ג"ד רק משום דג"ד בגט לא מהני כמ"ש פ"ז ע"ש דהא לרבא לא מיקרי גלוי דעת כלל. גם בש"ע כן ע"ש. ומרי"ף ורא"ש יש ג"כ קצת הוכחה דהביאו הני עובדא רק דרך אגב סוף פ"ב לאכוחי דאין אונס בגטין והי' לו לרי"ף להביא שקלי' וטרי' דאביי ורבא בראיה זו אי חשיב ג"ד. ומדלא הביאו ע"כ סמכו על שהביאו לשון הגמ' אי משום ג"ד פלוגתא כו' דחשיב ג"ד כנ"ל:

אולם קשה דלא מייתי אביי מברייתא דבטל הוא כו' דלא מהני אף שגילוי דעת שאינה רוצה לגרש דלאו מלתא לסברתו שזה הוי ג"ד. א"כ מוכח לכאורה דבכה"ג שאומר אלשעבר מה שאינו כן אינו ג"ד גם לאביי ודוקא בירך הטוב ומטיב דבדיבור זה מגלה דעתו שאינו רוצה עתה בגירושין וכן חזו דאתאי שכוונתו שבמה שבא למברא בטל הגט ואף שטועה בטעם עכ"פ ג"ד שעכשיו מבטל מחמת קיום תנאו. ואף שאינו בטל מטעם זה מהני משום בטול. ואף דבעובדא ב' דאמר אנא ריש ירחא דניסן אמרי מ"מ דעתו שיש עוד זמן ויבטל כשישאנה שחשוב ג"כ להבא. מ"מ דוחק לחלק. ואפשר דשם ברייתא דפסול הוא לא"כ דהקשה רשב"א נאמינו שבאמת פסול שכ' שלא לשמה וכה"ג במיגו דא"ב מבטל ליה ותי' מדלא אמר איזה פסול ע"ש. וקשה דהא גם בלוה ומלוה כשאינו מברר דבריו אינו מפסיד לרוב הפוסקים. כ"ש בזה שבידו ובגט ועכ"פ נאמר שיברר ואיך תני לא"כ. ופשוט נראה דמודה שאין בו שום פסול רק אם הוא לשון בטל ע"ז תני לא"כ גם י"ל דמיירי שלא בפני שליח לרבי דמהני ומ"מ מיגו ליכא דא"ר לעבור. ולרש"י קדושין י"ב גם בפני שליח רב מנגיד כו' א"כ גם גלוי דעת אין כאן דהא אינו רוצה לבטל בתורת בטול. משא"כ כשאין חילוק י"ל דחשיב גלוי דעת. ועוד אף בפני שליח י"ל דלאו גלוי דעת הוא דיש ראיה מדאינו מבטל באמת להבא. וכן שם בתנאי דאמר חזו דאתאי כו' ולמה אינו מבטלו וע"כ שיש לו טעם שאינו רוצה לבטלו בתורת בטול רק מתחלה או בתורת קיום תנאי כמ"ש הראשונים באומר שאונס במתנה וגט דע"כ אמת דאל"ה למה נותן וכן בהנ"ל ולכך לרבא אינו גלוי דעת על בטול כלל. ומדויק לשון רבא אטו לבטולי גיטא מכוין כו' משום דא"כ מה חסר לו לבטלו ויש הוכחה להיפוך כנ"ל. משא"כ בקטנה שאינה בת דיעה רק למיאון משום דגם קידושי' הי' בדעה זו וא"כ הוי שפיר ג"ד בהכחשתה שאינה רוצית בקידושין. דלהיפוך מדאינה ממאנת כשאר מיאון אין להוכיח בקטנה כנ"ל וי"ל לכ"ע הוי ג"ד:

והנה גם בהיתר חכם בנדר והפרת בעל אמר ג"כ בנדרים דף ע"ג וב"ב פ' יש נוחלין. דבעל שאמר מותר לא מהני לב"ה מסברא בלאו קרא דזה הדבר רק דלא שייך מותר כשאינו עוקר מעיקרו ע"ש והא עכ"פ יהיה גלוי דעת שאינו רוצה בנדרה. וע"כ דמה שרוצה שיבטל מעיקרו אינו ג"ד שיהיה בטל מכאן ולהבא. אך מ"מ לא דמי דשם באמת נשאר הנדר רק גייז מכאן ולהבא וכשאומר מותר ורוצה שיעקר מעיקרו אין בכלל זה כשלא נעקר כשלא יבטל מכאן ולהבא. משא"כ מיאון דבאמת עוקר הקידושין מעיקרו י"ל שפיר דכמכחשת שלא הי' קדושין מעולם הוי כאומרת שאין רצונה בקידושין אלו כנ"ל:

ובש"ס ב"מ י"ט הא אמר תנו כו' בשכיב מרע דבר מהדר הוא כו' אי במתנת ש"מ נמי לית בה פסידא דבתרייתא זכי כו' דע"פ דין יהיה של מי שזמנו אחרון. והא אמר תנו מיהו חשיב חזרה וע"פ דין של זה אף דזמנו קדים. וניהו דהחשש אינו מ"מ מלשון הגמ' משמע שהלה זוכה וע"כ דמה שנותנו לזה בתורת שזמנו ראשון לא חשיב חזרה כשבאמת אחרון כנ"ל. אך י"ל כיון דהדין הוא בש"מ דבתרא זכי ממילא אם באמת נתן לאחר מתנת שכיב מרע אחר הזמן שכתוב לזה. א"כ מה שאמר תנו לא חשיב חזרה כלל דהא מצוה ליתן לו מה שלא יזכה כלל שהרי יש אחרון מזמן זה. ואדרבא מדויק יותר לשון הש"ס דהאריך בברי לחוד ובש"מ לחוד וכפל דהדר ביה מקמייתא והא הול"ל בין בריא ובין ש"מ בתרא זכי. ולמ"ש אין דומים כלל דבש"מ קמ"ל כיון דכתב ונתן לאחר אחר כתיבה של זה בטל השטר דהדר ביה מקמייתא שכתב ורצה ליתן. וזכה זה שנתן וממילא אף שמצוה ליתן לזה אותו השטר מש"מ שזמנו קדום אין בזה חזרה כלל דמצוה ליתן חספא כנ"ל:

גם יש כאן דעת הגהת אלפסי הובאו ב' הדיעות ברמ"א שא"צ מיאון בנשאת שלא לדעת אחיה ואמה:

סימן כא

ב"ה יום ה' ר"ח כסליו תדי"ר לפ"ק ווארשא:

לכבוד אהו' הרב הגדול חריף ובקי נ"י פ"ה מו' משה נ"י אבד"ק חמעלניק:

אד"ש המכתב שע"י ידידי מחו' המופל' החסיד ר' אייזיק הירש נ"י קבלתי. ומה שפשוט לרו"מ לקדש ע"ת וחופה וביאה ראשונה ע"ת אם לא תתרפא באיזה זמן. אני לענ"ד מבעיא לי טובא. שבב"ח ובנב"י מפורש דמה דלא חששו לבעילת זנות הוא רק משום דכל ימי חייה אגידא ביה. או משום דלא ימצא מי שתנשא לו באח מומר או אלם טוב שיעבור על חשש ב"ז משום מצות פ"ו. וגם דרוב מתעברות ויולדת ולא יהיה ב"ז. וגם ע"ז מפקפק הג' ה' א"ב ז"ל בתשו' מעיל צדקה. ובעל מ"צ כ' שם דלא מצא בפ' אסור ב"ז רק חזקה א"א עושה כן. ואשתמיט לי דברי הרב המגיד פ"א מה"א שהביא ראיה לרמב"ם דאיסור תורה בבעילת זנות ממה שאמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו זנות ואם הי' דרבנן לא היה חזקה כולא האי ע"ש אבל פשוט ליה עכ"פ שאיסור יש דאורייתא או דרבנן. וכיון שמפורש בש"ס כתובות ע"ג בתנאי דשייך חזקה א"א כו' מבואר שגם בתנאי אסור שמא יהיה ב"ז ואין לחלק בין תנאי להבא ובין ע"מ דנדרים כו' שמתברר אח"כ שכבר הי' ז"א דכל הפוסקים סתמו מקדש ע"ת ובעל גם בלהבא וכן הש"ס מייתי עלה הא דהריני בועלך ע"מ שירצה אבא כו'. וכן לתוס' ע"מ דנדרים כו' אם יקפיד כשיודע לו.

וא"כ אדרבא הברירה אז בידו כשישמע ולמה יבעול עכשיו לשם קדושין מחשש ב"ז הא יהיה בידו אז. וע"כ דאף שבידו חושש שמא יקפיד ואינו רוצה בספק ב"ז. וכן מפורש בתוס' בכמה דוכתי דאיסורא הוא ובקטן ג"כ היה תקנה דלא להוי ב"ז ע"ש יבמות ס"א ע"ב וצ"ו. ומ"ש רו"מ בשם תשו' ר"ע שישבע שלא יקדש כו' לענ"ד אינו כלום דעדיין החזקה שנשאל על שבועתו אח"כ ובעל לשם קדושין ואף על דעת רבים מתירין לדבר מצוה שלא יהיה ב"ז כנ"ל. דאל"כ מה פריך מהריני בועלך כו' ומר' ישמעאל לאפוקי כו' בנה מורכב כו' דלמא כשנשבע שלא יקדש בביאה ולתוס' פשיטא להו ריש יבמות א"א בחמותו כו' שכבר ילדה ע"ש דא"א שנינו וגמרו לאפוקי מדר"י דבבעל מודה. הא בנשבע ל"ח ומ"מ סבר ר"י אין ממאנת להוצרכו לפסוק כו'. וכן בקטנה שהגדילה וע"ת ובעל לא מצינו שום חילוק בנשבע. והיינו מטעם כמ"ש כיון דחזקה אין אדם עושה בעילתו זנות ודאי נשאל. ואפשר גם הג' הנ"ל דוקא בתנאי שלטובתה דאין מתירין בלי דעתה. משא"כ דלטובתו. וגם שייך שמא פייסה וביטל התנאי כעין לגריעותא דידה. גם אם לא תקבל גט ולא יוכל לגרשה בע"כ תצא בלי גט אשה הנשואה לבעלה כמה שנים וגם אם היה הדין כן היה דבר זר ותמוה מכ"ש דיש חששות הנ"ל. ובקטנה ריש פ' ב"ש אמרו אין תנאי בנשואין וגם לפי' תוס' עי"ז יאמרו א"א יוצאה בלי גט. וע"כ לא פליגי ב"ה רק דקטנה מודע כו' אבל גדולה נשואה י"ל דמודה. ומ"ש רד"ך דמה דלא מצינו שגזרו אין ללמוד ע"ש אינו ברור דהיינו הך וגם שם לא הזכיר גזירה ע"ש וי"ל דלענין בלי חליצה אין ללמוד דבדרבנן מחלקין בין איסור לאו לכרת משא"כ לענין בחיי'. ועוד דעיקר מה שהקילו נגד הפוסקים להתנות בכל ביאה כמ"ש הב"ח בשם תשו'. היינו משום דכשאגודא כל ימי חיי' אינו ב"ז וממילא לא שייך החזקה כיון דאינו ב"ז. משא"כ בתנאי דבחיי' אי הוי ב"ז צריך להתנות בכל ביאה. והנה הרב ב"י סי' קנ"ז כ' נשתקע הדבר כו' ומעולם לא נשמע להתנות כן. ואף דקאי על זיקת יבום מ"מ החילוק בלשון התנאי אם תפול כו' היינו אם ימות בלא בנים כו' שכ' מהר"י ברי"ן שמביא ד"מ שם ודאי דלא נעלם מב"י ות"ה שהוא דבר פשוט ומ"מ לא ניחא להו כלל. ובתשו' שהביא הב"ח כ' ג"כ שע"י הגזירות מדוחק גדול עשו כן ואם כי ודאי הסומך על רמ"א ז"ל רשות בידו מ"מ הוא לא כ' רק באח רשע. והב"ח מוסיף בנאבד האח ע"ש דשייכי טעמים הנ"ל שכל ימי חייה אגודא ביה. וכדי לקיים פ"ו. ורוב שלא יהיה ב"ז וכמ"ש תוס' ריש יבמות באיילונית דלא שכיח לא כו' לבעול לש"ק. וישבתי בזה תמיהת תוס' שם למה לר"מ קטן וקטנה אין מיבמין שמא תמצא איילונית הא בטל ואינו אשת אח. ולענ"ד דהא אין חזקה דאין אדם עושה ב"ז מחשש איילונית הוא משום דאין חיישינן למיעוטא וא"צ לחוש

לאסור ב"ז במיעוט. משא"כ לר"מ דח' למיעוט גם בזה שייך החזקה כנ"ל. עכ"פ בתנאי בנידן דידן שכשלא תתרפא כו' דאדרבה בדבר התלוי במעשה בחזרה שלא נתקיים ולא שייכי ב' טעמים ודאי דאסור לעשות כן לענ"ד ומעולם לא נשמע במדינתינו לעשות כן אף במקום אח רשע או נאבד כ"ש באופן הנ"ל. ולדעתי אם בעל נפש הוא החתן יקדש וישא סתם ככל ב"י ודי שתשבע לקבל גט אם כו' וכמ"ש רו"מ ובזכות שאינו מבייש בת גדולים יעזור לו ה' שישלח לה רפואה. דברי הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן כב

הנה בשוטה גמור מבואר בש"ס ריש פ' חרש דלא הוי קידושיו קידושין אף מדרבנן ע"ש קי"ב דלא תקנו להו רבנן קדושין ובברייתא שם שוטה וקטן שנשאו נשים ומתו נשותיהן פטורות מחליצה ויבום ומבואר ברמב"ם וש"ע. והטעם דלא הוי קדושין מה"ת כ' רש"י שם אחרש משום דלאו בני דיעה ומה"ת אין קניינו קנין וכן שם ס"ט ע"ב שאמר תנינא להא דת"ר שוטה וקטן כו' פירש"י אלמא אין קנין לשוטה ע"ש:

ולכאורה יש להקשות לדעת תוס' ושאר פוסקים דדעת אחרת מקנה אית ליה זכיה לקטן מה"ת ע"ש גטין ס"ד כ"כ הרב המגיד פ' כ"ט מה' מכירה בדעת הרמב"ם. והטעם או כמ"ש הנ"י ורשב"א גטין כ' דבדעת אחרת מקנה לא בעי כוונה לזכות. ולכך קטן אף שאין לו כוונה קני ביש דעת מקנה. וכ"כ מהרי"ט ז"ל טעם הרמב"ם משום דעת אחרת מקנה קני קטן מה"ת או כמ"ש הרב המגיד פ' כ"ט מה' מכירה דמשמע מדבריו דמטעם זכיה הוא כמ"ש הרמב"ם שם שהקטן שקנה קרקע כו' שהקטן כשלא בפניו וזכין לאדם שלא בפניו דמשמע דמהני דעת אחרת מטעם זכיה דאף דאין אדם זוכה בשלו לאחרים מ"מ לענין הכוונה לזכות מהני שפיר כוונת המקנה ע"ש. וא"כ נראה דגם בשוטה מהני דעת אחרת מקנה מה"ת. כיון שפ' הטור וש"ע סי' רמ"ג דמזכין לו ע"י אחר ואית ליה זכיה. א"כ ממילא מהני ביה דעת מקנה ג"כ וכ"כ הע"ש. ובסמ"ע ס"ק כ"ט השיג עליו דבשוטה לא מהני דעת אחרת מקנה ע"ש. ובאמת מבואר כן ברמב"ם וטור. אמנם נראה לענ"ד דהא טעמא בעי מאי חילוק בין חרש וקטן לשוטה דבשלמא מדרבנן שייך לחלק משא"כ לפוסקים הנ"ל דמה"ת. אולם הטעם פשוט דברמב"ם ז"ל כלל שוטה בהדי קטן שלא הגיע לצרור וזרקו אגוז ונטלו ע"ש פ"ד מה' זכיה ה"ז. ובקטן זה מבואר בש"ס פ' התקבל דלא מהני ביה דעת אחרת מקנה אף לתוס' מה"ת וממילא גם שוטה כן. והטעם נראה לי או משום דאין לו יד כלל לקנות כדאמר פ' חרש יצתה זו שאין לה יד כו' או משום דכל קנין צריך שיהיה הקנין בעצמו מורה שנעשה הדבר שלו כמבואר בש"ס בכמה דוכתי.

וגבי שטרות מה"ט לא יקנה במסירה דדלמא לצור כו' שאין משיכת השטר מורה על קנין השיעבוד. ועיין ברא"ש ובב"י:

וממילא בקטן שאינו מבחין בין צרור כו' אין משיכתו מורה כלל שנעשה הדבר שלו ולא מהני דעת אחרת דעכ"פ אין כאן קנין כלל וזה החילוק מה"ת בין הגיעו לצרור וזרקו כו' וא"כ נראה ברור דבשוטה ג"כ יש זה החילוק דצרור וזרקו דהא מבואר בש"ס פ' חרש גבי שוטה מתגרשת מה"ת ופריך מהאי ונתן בידה יצתה זו שאין לה יד כו' ומסיק ביודעת לשמור גיטה ולא לשמור עצמה דשפיר מתגרשת מה"ת דאית לה יד וא"כ ממילא גם גבי קנין בדעת אחרת מקנה מהני מה"ת כמו קטן שהגיע כנ"ל דבדעת אחרת מקנה דלא צריך דעתו הוי ממש כמו בגט דלא בעי דעתה ואין שום חילוק מה"ת ושפיר קנה כנ"ל. ומה שדייק הרמב"ם ז"ל וכלל שוטה בהדי קטן שאינו מבחין כו' דוקא בשוטה כנ"ל. דאין לומר דבשוטה אמרינן שגם הבחנתו אינה שלימה דכיון דאיתחזיק שוטה אמרינן דאף אותן הדברים שיודע אינה שלימה. דז"א דא"כ למה מתגרשת מה"ת הא איירי בשוטה גמורה. וע"כ דלענין מה דלא בעי דעת וריצוי רק שידע לשמור או להיות משלחת ואינה חוזרת מה בכך שאין הדיעה שלימה מ"מ הוא כן ושפיר מתגרשת מה"ת וממילא גם בקנין בדעת אחרת מקנה קני ביודע להבחין כנ"ל. ומיושבים דברי הע"ש דמודה ג"כ בשוטה שא"י דלא מהני בגט מה"ת גם בקנין לא מהני דעת א' משא"כ ביודע להבחין כנ"ל:

עוד נראה לי למאי דאמר גיטין כ"ב הכל כשרים לכתוב כו' חש"ו. ומשני בגדול עומד על גביו דכה"ג יש לו כוונה וא"כ ע"כ הא דלענין קנין לא מהני גדול עומד על גביו ומלמדו שיהיה לו כונה לקנות. ע"כ משום דלקנין בעי דעת ורצוי ורצונו לא חשיב רצון כמו דאמרינן פיתוי קטנה אונס הוא ודוקא במידי דלא בעי ריצוי רק המעשה בכוונה כמו כתיבה דגט מהני גדול עומד על גביו משא"כ בקנין כנ"ל. אמנם בדעת אחרת מקנה דלא בעי דעתו ורצונו כלל רק שיהיה הקנין מורה על קנין ואף אי נימא דבעי כוונה ג"כ מ"מ שוב מהני גדול עומד על גביו דבזה אית ליה כוונה כנ"ל. אך בזה יש לחלק כמ"ש תוס' חולין י"ב ע"ב דדוקא בגט מוכחא מילתא טפי מחליצה ע"ש. וממילא בקנין י"ל דלא עדיף מחליצה כנ"ל:

והנה למ"ש קשה למה שוטה שקידש לא הוי קדושין הא הוי דעת אחרת מקנה שהאשה מתכוונת להקנות עצמה לו ואית ליה זכיה וקנין מה"ת ולמה לא יקנה אותה. והנה בקטן לכאורה ג"כ קשה כנ"ל. אמנם מבואר ברש"י כתובות ע"ג ע"ב ז"ל קטן אין קידושיו כלום דלאו בר קיחה הוא כי יקח איש כתיב ע"ש. והיינו דמיעט קרא להדיא דקדושי קטן אינו

כלום. שוב ראיתי בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא ח' אה"ע סי' נ"ד הקשה בקטן כנ"ל שיועיל דהוי דעת אחרת מקנה ותירץ מקרא דכי יקח ע"ש ולא ראה שהן דברי רש"י ז"ל. והנה לכאורה למה לא פי' רש"י משום דלאו בני דיעה וכמו בכל מקום וע"כ דאי לאו דאימעט מקרא היה מהני משום דעת אחרת מקנה כנ"ל. או דעכ"פ היה מהני בגדול עומד על גביו:

וא"כ בשוטה וחרש דלא אימעוט מאיש כדאמר יבמות ק"ד קטן איש כתיב בפרשה חרש דלאו בני קרי' ע"ש. וממילא ליהני הקדושין כנ"ל. כיון דדעת אחרת מקנה ועכ"פ גדול עומד על גביו יועיל. ואפשר דקדושין דמי לגט כיון שהמסדר מלמדו לומר לשון הקדושין ושאר דברים המוכחין. ועוד דהא מסיק בש"ס חולין י"ב וי"ג דחרש שוטה וקטן יש להם מעשה ואין להם מחשבה והעלום חש"ו ל"ש שלא היפך בהן כו' ופשוט דמעשה אית להו מדאורייתא ומחשבתו נכרת מתוך מעשיו אית להו מדרבנן ע"ש ופירש"י ז"ל מעשה היינו היכא שיש מעשה ודיבור ע"ש וא"כ בקדושין הא יש מעשה הנתינה ודיבור של קדושין ואית להו מה"ת וגם לפי' התוספ' היכא שא"א לתלות בענין אחר חשיב מעשה מה"ת ע"ש וממילא ג"כ גבי קדושין הוי מעשה מה"ת וחשיב כוונה. רק ריצוי אין לו ושוב יועיל דעת אחרת מקנה וע"ש בתוספ' מירושלמי דיוכיח מעשה שלהן על מחשבתן כו' דמשמע דבכל קנין מהני מעשה דחש"ו היכא דמוכח ע"ש. עכ"פ קשה כנ"ל. ונראה ב' טעמים לזה חדא כמ"ש הרב המגיד ה' מכירה פ' כ"ט שלא אמרו דעת אחרת מקנה אלא במתנה אבל במקח כיון שלא זכה הלה בדמים שנתן הקטן שאינו יכול להקנות המעות מה"ת ממילא אין מעשיו כלום במקח הזה מה"ת ע"ש. וממילא גם בקדושין שייך טעם הזה וכ"כ בס' נ"ב שם טעם זה בקטן דכיון שא"י להקנות לה הכסף קדושין או השטר מה"ת לא הוי קדושין אך בס' הנ"ל דחה בעצמו טעם זה בקטן דאם כן בביאה יהיה קדושי תורה ע"ש וגם בשוטה קשה כנ"ל. ועוד דא"כ אם אחר נתן לה הכסף הילך והתקדשי לפלוני תהיה מקודשת מה"ת. אך בשוטה י"ל דכה"ג שוב אינו רק דיבור ומחשבה לית להו ע"ש בחולין. אך גם בזה יש לדון לפי הרגילות שאחר נותן לו טבעת לקדש. שכ' הרא"ש פ"ק דקדושין דהטעם בכל אופן שיועיל י"ל כמ"ש רמ"ה הובא בטור ה' גיטין ק"ס כשהנייר של השליח ונותן לה זוכה היא בשביל הבעל והוי נתינה בב"א ע"ש וכן בזה הוי כאלו אחר מצוה להשוטה ליתנו לה וזוכה בשבילו ושוב זוכית ממנו ויהיה קדושין מה"ת וע"כ דאין הטעם כנ"ל:

ונראה הטעם כמ"ש הר"ן ז"ל נדרים ל' כיון שהתורה אמרה כי יקח ולא כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל כו' אלא מכיון שהיא מסכמת

לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה לגבי הבעל כדבר של הפקר כו' ולכך כפדאוה אחרים דמי ע"ש. וממילא לא הוי כלל דעת אחרת מקנה בקדושין רק כהפקר ושפיר אין להו זכיה לחש"ו בדבר הפקר מה"ת וכן בקדושין כנ"ל וגם הרשב"א ז"ל ומהרי"ט פ"ק דקדושין גבי חציך מקודשת שהקשו דכיון דמרצית לפשטי קדושין בכוליה ומה משני הכא דעת אחרת ותירצו דכיון דהדיבור מצד עצמו אינו מועיל רק מחמת שהיא מרוצית שוב מיקרי כי תלקח אשה לאיש ע"ש. וע"כ החילוק כדברי ר"ן הנ"ל דבכל קדושין מועיל דיבורו של המקדש מצד עצמו רק דלא מהני בע"כ וכיון שמתרצית מהני ואין הסיוע שלה להמעשה של המקדש. משא"כ גבי חציך דדיבורו של המקדש לא יועיל רק משום ריצוי שלה וזה הוי כי תלקח כו'. וא"כ גם בחש"ו דאין להם קנין רק שיועיל מטעם דעת שלה שמקנית עצמה שוב הוי כי תלקח אשה לאיש וגרע מהריני מאורסת לך כנ"ל ואף שנראה מתוס' שם דלא ס"ל כתירוץ הנ"ל י"ל דדוקא התם דכיון שמבטלת דעתה שוב שייך ג"כ פשטה בכולי' כמו בהמה ע"ש משא"כ כאן שאינו מועיל כלל קנינו רק ע"י שמקנית עצמה לו לכ"ע לא מהני דהוי כי תלקח כנ"ל:

שוב ראיתי בספר אבני מלואים סי' מ"ד שהקש' ג"כ בקטן קושית נ"ב הנ"ל ותירץ כמ"ש ר"ן הנ"ל דהוי כדבר של הפקר אך הקשה ע"ז לשיטת רש"י ב"מ י"ב דגם הפקר מיקרי דעת אחרת מקנה נשאר קושיא הנ"ל ע"ש. אמנם למ"ש לא קשה דניהו דחשיב דעת אחרת מ"מ כיון שאין הקיחה מצד המקדש מועיל בעצמו דלאו בר קנין ויהיה מהני רק מצד דעת אחרת היינו האשה הוי כי תלקח ואינו מועיל כלל. אך לכאורה לדעת הג' דגם נתנה היא ואמר הוא ספיקא הוי ע"ש ובש"ע סי' כ"ז. וכן בגט דכתוב ונתן ולא שתטול ואעפ"כ בעייק לה חרצי' ושלפתי' שסייע בנטילתה חשיב נתינה כיון שבא גם מכוחו ע"ש בש"ס פ' הזורק וש"ע סי' קל"ח. וא"כ גם בהנ"ל אפשר אף דצריך למה שמקנית עצמה לו מ"מ כיון שע"י אמירתו ונתינתו הוא וצריך ג"כ למעשה שלו קרינן ביה כי יקח וכמו נתנה היא ואמר הוא. אך גם בזה כל הפוסקים דלא כה"ג דבנתנה היא ואמרה היא לא הוי ספק באינו אדם חשוב ואף לדבריו מ"מ נראה דדוקא לענין הנתינה ואמירה שהן אופני הקנין אבל היכא דאין גוף הקיחה מועיל כלל מצדו דלאו בר קנין רק מצד שמקנית עצמה לו ודאי דהוי כי תלקח כנ"ל:

עוד נראה פשוט כיון דהא דדעת אחרת מקנה לא מהני רק בדבר שהוא זכות לו דאין חבין לאדם אלא מדעתו. וכיון דזה פשוט פ"ב דקדושין ובכל הפוסקים דבלא גילוי דעת שחפץ לקדש פלונית לא מהני אם אחר קידש לו. וע"כ דאין קדושין נחשבין זכות בלא ריצוי שלו מקודם ולא שייך ביה זכין לאדם כו'. וא"כ ממילא כיון דריצוי של חש"ו לא

חשיב כלל ריצוי דיכול להתרצות על חוב ג"כ ממילא לא מהני כלל דעת אחרת מקנה. ודוקא במתנה או במכר להפוסקים דחשיב זכות דאמרינן דודאי ניחא ליה אם היה בר דעת רק דעכ"פ בעי כונה לקנות ובזה מהני דעת אחרת מקנה משא"כ בקדושין דאין יודעין כלל שהיה מרוצה אם הי' בו דעת כנ"ל ולא קשה בין בשוטה ובין בקטן כנ"ל דזה ב' דברים דצריך לקנות וגם שיהיה ברצון דבאונס אף שמתכוון לא מהני תלויה ויהיב וכיון דפיתוי קטנה אונס דאין הרצון נחשב רצון כנ"ל. ממילא לא מהני אף שמתכוון וכמו להקנות דאינו יכול. ודוקא בדבר שהוא זכות דחשבינן שלא מדעתו ג"כ לרצון ואינו חסר רק הכונה ומועיל דעת אחרת משא"כ בהנ"ל:

ולא קשה ג"כ מ"ש לעיל מה דמעשה יש להן דהיינו דוקא במידי דלא בעי רק כוונה כמו שחיטת קדשים דלא תלי ברצון ושפיר המעשה מורה דמתכוין בזה משא"כ בקנין דאף שמעשה מורה שמתכוין מ"מ אין רצונו רצון. וכן גדול עומד על גביו אינו מועיל רק לענין הכונה ולא על הרצון. אולם עדיין יש לפקפק מהירושלמי שהביאו תוספ' חולין שם דממעט בתרומה מאשר ידבנו לבו פרט לשוטה כו' ואח"כ פריך ויוכיח מעשה שלהם על מחשבתן ע"ש והא בעינן ג"כ רצון ואעפ"כ פריך כנ"ל וע"כ דכמו דלא אמרינן לענין מה דבעי כונה אף שהמעשה מוכיח על כוונתו מ"מ אף שמכוין לא חשיבא כוונתו כוונה וע"כ כיון שהמעשה מוכיח חשיב כונה כמו לענין הריצוי אמרינן ג"כ כיון שהמעשה מוכיח שמרוצה חשיב רצונו רצון. והא גם בפיתוי קטנה נחלק הרמב"ם ז"ל דלאו אונס הוא וא"כ עדיין קשה כנ"ל דגם בקדושין יוכיח המעשה על מחשבתו. דלא שייך תירוץ הירושלמי בתרומה דתלי רק במחשבה ע"ש וכן מכתיבת הגט ע"ש. והיה נראה למ"ש הר"ן ז"ל פ"ק דקדושין דבקידושין גזירת הכתוב דבעי דוקא אמירה עם הנתינה ומדבר על עסקי קדושין היינו אמירה ע"ש וא"כ כיון דמחשבה דהיינו דיבור לית להו ע"ש רק מעשה וא"כ בשלמא התם דצריך רק המעשה בכונה וע"ז מוכיח המעשה שהוא בכונה כנ"ל. משא"כ בקדושין דהדיבור אינו מוכיח כלל דלית להו ושוב אין כאן אמירה ולא מהני אף שהמעשה בכונה דרש"י ז"ל דפי' שם מעשה היינו מעשה ודיבור. היינו כיון שהדיבור מורה גם על המעשה חשיב המעשה בכוונה אבל הדיבור אינו מועיל כלל ע"ש וא"כ נגד הדיבור שצריך אין כאן מוכיח ולא מהני. ודמי לתי' הירושלמי בתרומה כנ"ל. גם י"ל דאין נתינת הכסף קדושין מעשה המוכיח כלל בלא אמירה דדלמא מתנה וא"כ אין כאן רק מחשבה דלית להו כנ"ל. אמנם תי' הראשון נראה עיקר דאם כן יוכל לגרש גם כן כשכותב בעצמו הגט בגדול עומד על גביו דבני כונה לשמה נינהו ובני כריתות דהכל כשרין כו' וכשמזמין עדים וכה"ג דדמי לקיימא עולה בדרום דאיכא מעשה המוכיח

על מחשבתו שמגרשה יהיה מועיל לירושלמי הנ"ל. ומשנה שלימה פ' חרש דנשתטה ונתחרש לא יוציא עולמית. וע"כ כנ"ל דאין הרצון שלו רצון אף דהוי כונה ובזה מדויק לשון המשנה שם מפני מה כו' שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו ע"ש. ולכאורה פשיטא ולהנ"ל קמ"ל דזה הטעם אף דהוי כונה מ"מ אין כאן לרצונו כנ"ל:

אמנם עדיין יש לעיין לדעת ח"צ בתשובה סי' דגם בחליצה מאי דבעי כונה מה"ת הוא דכוונת קנין ככל הקנינים ע"ש וכן משמע בש"ס יבמות דמדמי חליצה מעושה לגט מעושה. וא"כ כיון דאעפ"כ לא ממעט הש"ס חלוצת חרש וקטן רק משום דלאו בני קרי' ואיש כתיב הא לא"ה מהני ומוכיח דאית ליה מעשה קנין ג"כ בגדול עומד על גביו להיות ריצוי שלו נחשב רצון וממילא בכל הקנינים כן דמאי חילוק ובשוטה דלא מהני בחליצה היינו כמ"ש תוספ' חולין שם דחליצה לא חשיב מעשה המורה על כונתו אף בגדול עומד על גביו דלא דמי לכתיבת הגט לשמו כו' ע"ש. וכן בהכשר דכתיב ג"כ כי יתן כו' דבעינן ניחא ליה והיינו רצון דמדמי לה בב"מ פ' אלו מציאות ליאוש שלא מדעת ע"ש ואעפ"כ העלום חש"ו אית ליה מעשה ומוכשר וקרינן בהו כי יתן וחשיב רצון דגם במשנה פרק מכשירין קרי' ביה לרצונו מכשיר כו' דבעי רצון. ומה חילוק בין דכתיב כי יקח איש כו' או כי יתן כו' וע"כ דמעשה המוכיח מורה על ריצוי ג"כ. ועוד דבשחיטת קדשים דילפינן דכונה מעכבת בדיעבד אמר בש"ס חולין לעכב מנ"ל לרצונכם תזבחוהו לדעתם זבוחו כו' והא בזה כתיב בהדיא לרצונכם ואעפ"כ מהני קיימי עולה בדרום אי יש להן מעשה וע"כ דאין חילוק בין ריצוי לשאר כונה וקשה כנ"ל. (עד כאן מצאתי)

סימן כג

ב"ה תר"ט לפ"ק. לבקשת הרב הצדיק אב"ד מאגילניצא:

הנה כבר נהגו בנשתטית להתיר ע"י ק' רבנים עיין ב"ש סי' א' ס"ק כ"ג שהב"ח כ' קבלה כו' וגם ישליש כו' ע"ש. וח"מ סי' קי"ט תמה תרתי למה ע"ש וטעם ההשלשה או שהי' תקנה כמ"ש פ' הנ"ל דכשתשפה יהיה מוכן כשתקבל הגט. דיש לחוש שתעכב מלקבל. ואף דרמ"א סי' קי"ט פסק כהריב"ש והרא"ש דא"י לעכב משום הכתובה מ"מ זמן פרעון הכתובה בשעת הגט כמ"ש ב"ש סי' ק' ס"ק כ"ד. וא"כ כשתרצה לקבל הגט והכתובה ביחד עכ"פ א"י לגרשה בע"כ בלי הכתובה כיון שמבקשת כדין ביש לו. רבוע עלי' חרם רבינו גרשום שלא לגרש בע"כ כיון שמרוצית בכדין עם נתינת הכתובה. וגם בנכפית כן וכ' בש"ע סי' קי"ז רק באין ידו משגת. וממילא י"ל גם בנשתטית כן שיהיה מוכן כנ"ל. ודוקא ביש לו. או די"ל כיון דאחר חרם רבינו גרשום לכ"ע בנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתוב' כר' אמי וגם רבא מודה כיון דלאו על דעת כן נשאת ע"ש במרדכי.

והרא"ש פ"ק דב"ק כתב דמדינא יכולין לעכב נכסי לוה תוך זמנו כשנראה שיוכל לבא להפסד בזמן פרעון דאדהכי והכי אכיל לזוזי ע"ש. ובח"מ סי' ע"ג מ"ש הש"ך לחלק בין מלוה ליה שנים דאדעתא דהכי אוזפיה ע"ש. וא"כ אחר חרם רבינו גרשום דלאו ע"ד כן שישא אחרת היה זמן פרעון של הכתובה. ויכולה להפסיד ע"י מזונות וכסות דשני' דאכיל כו' וגם במטלטלין א"י להוציא משני'. וגם צריכה שבועה לשני'. ושפיר יכולין תוך זמן פרעון של הכתובה לכופו להשליש כנ"ל. והיינו ג"כ ביש לו עתה דשייך שיופסד משא"כ בלית ליה או דמיירי כשרוצה להפטר מהחיובים ע"ש דבזה ראיית רשב"א שפיר מהרי גיטך וכתובתך ורפאי עצמך כו'. דרשב"א לטעמא דנפטר ממזונות וחיובים אף שלא נתן כתובה רק הגט כמ"ש שם בתשובה זו סוף הסי' א"כ מוכח ממשנה הנ"ל דלמה נקיט כתובה. וגם מה"ט גופא תיקנו שלא יוכל לגרש בלי כתובה בע"כ. משא"כ הרא"ש דס"ל כהירושלמי אין ראיה ממשנה הנ"ל. עכ"פ שניהם י"ל דהוי תרתי דסתרי לגרש בלי כתובה ושיפטור מחיובים. ומה"ט י"ל כיון דאחר הגט יוכל לטעון קי"ל לפטור מחיובים ושוב צריך עתה להשליש כנ"ל:

עכ"פ מאחר שבש"ע סי' קי"ז מפורש באין ידו משגת נותן הנמצא והשאר חוב. רק שכ' דלא תיקן ר"ג ע"ש. והב"ח שהחמיר כ' ג"כ דמדינא דלא תיקן ר"ג בנשתטית רק לחומרא. וא"כ לענין השלשת כתובה מספק לקולא מדינא רק ביש לו מחמיר הב"ח שפיר דהא חייב לה. משא"כ באין לו לעכב הגט מש"ה. עדיף מהאי דפ"ב דב"ב דבס' אילן קדם כו' כיון דבין כך ובין כך כו' רק הספק בדמי כו' אייתי ראיה. והב"ח בתשו' סי' צ"ג פ' לדינא דלא תיקן ר"ג כו' רק שמחמירין ע"ש. וזה אף למה שהיה סובר שהרב בהג"ה ודאי דמצריך ג"כ ק' רבנים ע"ש. ולא היה לפניו הד"מ שפ' דא"צ ק' רבנים אחר אלף ה'. וסמכינן דלא תיקן ע"ש. והגם שבתשו' ש"י כ' שב"ח ראה ד"מ רק סבר שרמ"א חזר בו בש"ע ע"ש אין נראה כלל כיון שלא הזכיר רמ"א בשום מקום ק' רבנים וכ"כ ב"ש דלא כש"י. ובעובדא דהב"ח הי' לו ב' בנים. כ"ש נידן דידן שלא קיים כלל פ"ו ושבת. דמ"ש הצ"צ בתשו' סי' ס"ז לחוש דאע"ג דהרא"ש כו' דילמא כך היה מקובל הכלבו ע"ש ולענ"ד אין שום משמעות בכלבו אדרבה מדלא כלל עד שיראו טעם מבורר והכתובה כו' רק הפסיק לחלק בין חרם רבינו גרשום ובין תש"י וכ' ובכולן כו' עד שיראו כו' ובהני אין ענין לכתובה ואח"כ כ' ותהא הכתובה צרורה כו' ע"ש משמע דלא שייך להההיתר. בתשו' מהר"מ ג"כ כנ"ל. רק במקום א' כ' ובאותו ענין שתהא הכתובה כו' מ"מ נראה שחסר שם שורה א' וצ"ל ובאותו ענין שיהיה מבורר כמ"ש הכלבו. וגם הד"מ העתיק דברי הכלבו עד טעם מבורר ולא הסיום דהשלשת כתובה משמע דאין שייך להיתר:

וגם אם היה ספק פסק רמ"א הובא ב"ש ס"ק כ"א דלקולא. גם מנ"ל דלא סגי בעיקר כתובה דמ"ש הצ"צ דמוכח מגמ' הממאנת כו' א"ל כתובה כו' ואמר שמואל לא שנו אלא כו' אבל תוס' כתובה יש להן ש"מ כו' דאלת"ה לא היה צריך שמואל כו' ע"ש. תמוה הא ודאי מסברא ממאנת ואיילונית גם תוס' אין להם וקמ"ל גוף הדין. ומפורש ברי"ף פ' הבא על יבמתו דתני יוציא ויתן כתובה דא"ד דוקא עיקר ולא תוס' ע"ש. ופ"ק דכתובות נאמן להפסידה כתובה דוקא עיקר ולא תוס'. ורבו המקומות ואין הכרע כלל מלשון כתובה שכ' צ"ל כמבואר בהא דפ"פ כו' ג"כ להפסידה כתוב'. ומ"מ להפוסקים לא קאי אתוס'. ומ"מ ביש לו אמת כמ"ש ב"ח משא"כ באין לו ושיבטל מפ"ו דבל"ז עיקר דבמקום פ"ו לא גזר שלא ראו אז תשו' ב"י שדחה דברי הר"י מינץ. וכל מעיין רואה שדבריו ברורים והלכה כבתראי בפרט מרן ב"י שכל בית ישראל נשען עליו. ורמ"א ז"ל נראה ג"כ שתופס עיקר כן. ע"כ לענ"ד שיכולין להתיר למוכ"ז הרבני המופל' מוה' לוי יצחק שזה זמן רב שנשתטית אשתו שא"א לדור עמה כפי הגב"ע שבידו ולא קיים פריה ורביה ושבת. לישא אשה אחרת באופן דמה דאפשר לקיים חומרת הגדולים היינו שהב"ד יפשרו עמו בעד הכתובה שיתן כל מה שיש לו מיד אצל הב"ד או אצל אבי' ברשות ב"ד והפירות יהיה שלה ועל המותר לתשלום התוס' יתן וועקסיל לשלם לכשתשתפה כשיהיה לו ותרצה לקבל גט. ויוצאין בזה גם חומרת צ"צ די"ל עוד הטעם כמבואר משנה כתובות סוף פ' האשה שנפלו דמקודם היה מייחד הכתובה והי' קלה בעיניו להוציאה ותיקן שמעון בן שטח שיהיה באחריותו כו' ע"ש. וי"ל דממילא אחר חרם רבינו גרשום כשמתירין לו לישא על אשתו חוששין להיפוך שע"י חיוב הכתובה יבטל השליחות כשתשתפה כשיהיה לו ולזה תקנו להשליש כדי שיהא קל להוציאה שלא יהיה לו אז ב' נשים כו'. או דטוענין עבורה א"א בתקנת חכמים השניה רק שיהיה מושלש דלטובתה כו' ובזה באין לו עתה לא שייך. ולטעם א' ג"כ באין לו עתה שמא יהיה לו אז ולא ירצה משום חיוב הכתובה. ובהנ"ל מתוקן דמה שיש לו משליש והמותר יהיה חייב ג"כ כשתרצה והוא לא ירצה. ומ"מ לעשות גם מ"ש נב"י סי' ג' ליתן וועקסיל ע"ס רב עוד בלי תנאי שיהיה לו רק שיהיה מושלש על כשתשתפה וירצה ליתן הגט יהיה פטור מהוועקסיל. וא"ל יתנו לה הוועקסיל. היינו גם על גט החדש שיתן אז מאחר שמחמירים האחרונים לגרש בגט המושלש ומ"מ ישליש גט כנהוג. וישבו ב"ד של ג' ויתירו לו ביחד ואח"כ ישיג חתימת יד ק' רבנים הנני נמנה לצירוף להתיר לו ובאופן שיסכים לזה כבוד הרב ד"ק מאגלנצי ועוד רב אחד:

דברי הק' יצחק מאיר.

סימן כד

[השאלה לא מצאתי וניכרת מתוך התשובה.]

לענ"ד מצד האומדנא קשה לפוטרו. מאחר שלא נולד גריעות במדינת קירה רק שנתהוה הרווחה וטובה במדינה זו. הוא כאילו נתעשר. והא ב' דינים אלו בש"ע יו"ד סי' רכ"ח בע"ד חבירו כו' ואיש ואשה שקיבלו כו' מש"ס דנדרים דיליף מויואל משה כו' במדין התר כו'. ושם נולד ג"כ הרווחה במצרים כי מתו כו' כמו שאמר לו הקב"ה ואעפ"כ הוצרך להתרה רק פתח חשוב ע"ש ס"ד וס"ה בר"ן ורא"ש ז"ל שמשה רבינו ע"ה לא נדר רק משום שהיה סכנה במצרים ואעפ"כ כשנסתלק הסכנה הוצרך להיתר שהוא כנידן דידן. וכן כל נולד דהתם שייך אומדנא ומ"מ צריך התרה. ובוודאי שאין הרא"ש כתובות דף מ"ז ע"ב חולק על סברת התוס' בנעשה טריפה וכה"ג רק החילוק פשוט באומדנא ברורה כנעשה מומר וכה"ג שאם הי' עולה ע"ד ספק זה היה מתנה ואף שחבירו לא היה מרוצה רק שיכנס בספק זה מ"מ לא היה רוצה לקנות ולהשתדך אף שיהיה מומר דמי להאי דלא כ' אלא ע"מ לכונסה. רק בדבר שהדרך לכנוס להספק ככל לוקח בהמה שאם היה הלוקח מתנה והמוכר לא היה מרוצה עד שיכניס ויקבל ספק זה לא היה נמנע מליקח אין כאן אומדנא ובזה יש חילוק בתלוי רק בדעתו אף בדבר כזה אם היה עולה ע"ד היה מתנה דלמה לא יהיה מתנה וכן מפורש בתוס' כתובות מ"ז ע"ב ובנ"ד אין הוכחה שאם לא הי' רוצים לשדך אלא א"כ יכניס להספק שאף שתיבטל הגזירה פה ישאר השידוך שלא הי' מרוצה כנ"ל:

ולענ"ד שיתן הקנס שכל הנדן הוא עשרים ר"ט ויתן י' ר"ט וממילא הא מפורש בסמ"ע ח"מ סי' רמ"ה שהגם שכתוב והקנס לא יפטור כו' אין שום חרם כשנותן הקנס וכ' דהמנהג כן וא"כ הגם שהט"ז יו"ד סי' רל"ו הניח בצ"ע מ"מ הרי לא ראה דברי הסמ"ע שאל"כ היה מביאו ואין ספיקו מוציא מוודאי של הסמ"ע. גם אם היה רואה דבריו. ומ"ש בנו"ב שהט"ז מיירי שהרב קורא התנאים אינו נראה לענ"ד שידוע שאין כוונת הרב בקריאתו להטיל חרם חדש רק קורא מ"ש הצדדין לפרסם הדבר ואם נרצה להשוות בין סמ"ע לט"ז י"ל דברוצה לבטל השידוך בלי טענה באופן שגם לדבריו יש בושת להכלה לא סגי בנתינת הקנס דאדרבה יש ביוש יותר שהפגם כל כך עד שנותן קנס ליפטר משא"כ רוב פעמים שיש טענה לצד העובר שלדבריו אין בושת סגי בנתינת הקנס שזה הוכחה שהאמת כדבריו כמו בסופר לא עבדתי לשמה כו' מתוך שנאמן להפסיד שכרו דנאמן לגבי ס"ת ג"כ וכה"ג וז"ש סמ"ע שנהגו שלא להחרים כו' ועכ"פ הרי גם הט"ז כתב רק שיתירו לו ע"כ דס"ל דאף שאין הצד הב' מרוצה בהתרה מ"מ יכולין להתיר כשנותן

הקנס וכ"כ הב"ש סימן נ"א דאין לבע"ד עליו כלום כשנותן הקנס רק שהב"ד יכולין לכופו בשביל הח' בשם הר"ם מינץ עי"ש. ובאמת מבואר במהר"ם מינץ ג"כ שיכולין להתיר בלא דעתו אף בשבועה ממש כשנותן הקנס כיון שאין לבע"ד עליו כלום עי"ש גם מ"ש ב"ש שמהר"ם מינץ פ' דלא כמהרי"ו אינו מפורש כלל בדבריו. רק שכתב סי' י"ו הנה כו' אך מה שיש חרם דר"ג ותקנות הק' לבייש חבירו מי שיעשה תשומת יד והנחת קנס והחמירו מאוד על זה לא באתי למידן מכמה טעמים ע"ש ולא כתב כלל דבר ברור ואיך נבטל בזה דברי מהרי"ו שהשיב לבעל תה"ד שכ' דאותה התקנה לא נתפשטה דחזינן כמה זימנין החוזרין ונותנין הקנס בלא התרה וליכא מאן דפליג ולהיות פוצה פה שנוגע הדבר בחרם קדמונים ועי"ש ומהר"ם שואל מהרי"ו כתלמיד לרב. וע"כ או דלא ראה דבריו או דהפירוש במהר"ם מינץ הוא בלא התרה ומהרי"ו כתב מלהתיר לו ע"ש. וכן מ"ש ב"ש בשם ב"ה מעולם ג"כ אין בדבריו כדי לחלוק על הסמ"ע רבן של ישראל. ובנידן דידן כיון שאין לבע"ד עליו רק הב"ד שוב נאמן שמוטעה היה במום. ועכ"פ אני מסכים לרו"מ כשנותן הקנס עשרה ר"ט יתירו לו ב"ד של ג' ויוכל רו"מ ליתן לו פטורים: הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

סימן כה

ב"ה יום א' ט' אייר כ"ד למב"י תר"י ל' ווארשא.

יצו ה' את הברכה לכבוד אהובי ידידי הרב המאה"ג חריף ובקי הצדיק חכם ושלם מוה' אשר לעמיל נ"י ד"צ דעה"ק ירושלים תוב"ב:

אד"ש דברות קדשו הגיעני עם פלפול נחמד והגם כי הוא בענין שדשו בו רבים ראשונים ואחרונים וצריך לאריכות רב מה שאין לי פנאי כלל. עכ"ז לחיבת רו"מ ולכבוד המקום קדוש אשר הוא יושב בה פניתי מעט להשיב לרו"מ:

בענין האב שקידש בת אחיו הקטנה לבנו הקטן ואביו קיבל כו' כד"ת והגדילו עד שהן בני ט"ו. ועכשיו אינה רוצית בו שהאריך רו"מ וכבר דיברו בו מרן ב"י בתשוב' וראנ"ח ומהרי"ט ותשו' ר' בצלאל אשכנזי ונב"י. ורו"מ עזב ראייתם ובנה לו ראיה ופלפל בה. מהא דיבמות נ"ח ואי כר"י בר ברזילי לוקמי בקטן שהשיא לו אביו ויותר מבן ט' דאף שבא עלי' חשוב מנוקה מעון כיון שאינו ב"ע כמ"ש רמב"ם פ"ב מה' סוטה ומשקה כשהגדיל וקינוי דקטן מהני מדכ' רמב"ם גדולה אשת הקטן בהדי הני שאסורין כנ"ל. ודברי רו"מ תמוהים אטו אי לא כהרמב"ם. וגם לא הדיוק מקינוי קטן שכ' רו"מ. למה לא הקשה מפקח שקינא ונתחרש או נשתטה ובא עלי' וחזר ונתפקח דג"כ חשיב מנוקה כקטן. אולם פשוט דלק"מ דהא כל דיוקא דר"ש הוא כיון דאין חופה לפסולות ואיך

משקה אזנות דקודם נשואין א"כ עדיין ארוסה רק דנימא דביאה משוי נשואין אף בפסולות ע"ז פריך דא"כ אינו משקה. וא"כ איך יקנה חרש ושוטה או קטן בביאתו להיות נשואה. הא בעצמו לד"ה אינו קונה. ומה שפלפל רו"מ דהנשואין חוב או דליתא ע"י שליח א"י מה ענינו לכאן הא כיון דס"ד דאין חופה לפסולות איך יועיל ע"י אב. והביאה לא קני כנ"ל אם לא משום דעת אחרת מקנה. זה אינו ענין לריב"ב. ועוד דע"כ מה שיועיל ביאה יותר מחופה ע"כ כמ"ש הרי"ף פ' הבא על יבמתו והר"ן פ"ק דקדושין בק"ו מיבמה שאין כסף קונה בה ביאה גומר כו' וא"כ להפוסקים דקטן ביבמה לא קני מה"ת ודאי לא מהני רק גם להפוסקים דקני מ"מ שייך דיו אסוף דינא דלא קני בכסף ע"י עצמו. אך י"ל הק"ו שעכ"פ כסף קני ע"י אב. וי"ל דלרי"ף דיליף ביאה דנשואין מקיחה קיחה שנכלל בכי יקח ובעלה ע"ש ממילא אימעט מאיש קטן גם בנשואין:

ומ"ש רו"מ ראיה דקינוי קטן מהני מהרמב"ם וכ' דגם להכסף משנה בגירסתו אין נ"מ כו' תמיהני שהעלים עין מדברי הכסף משנה שמפרש אינו שומע כו' במשנה ואלו שב"ד מקנאין כו' ע"ש דמפרש דברי רמב"ם בקינוי ב"ד דג"כ נאסרה כמ"ש פ"א מה"ס. הגם כי לענ"ד דברי כסף משנה תמוהים דאי כוונת הרמב"ם אינו שומע חרש א"צ קרא דואמר. וגם מדלא הזכיר שוטה שהניח הכסף משנה בקשיא. ולענ"ד פי' אינו שומע ומדבר דכפקח. ואימעט מואמר אל האשה והגם דבגמרא סוף פ' ארוסה הזכירו רק גידם אילם כו' מ"מ ברבה פ' נשא מפורש לימוד הנ"ל ואמר אל כו' פרט לחרשת. וכן בגמ' סוטה ל"ב כו' דפ' סוטה בכל לשון ואמר אל כו' ת"ר בכל לשון שהיא שומעת ופרש"י אל האשה משמע דברים הנכנסין בלבה ע"ש וכן בספרי פ' נשא י"ב ואמר כו' בכל לשון שהיא שומעת דברי ר"י כו' ר"י אומר א"צ ואמרה אמן אם אינה שומעת כיצד אמרה אמן ע"ש. וממילא אימעוט גם הוא אינו שומע כדאמר בגמ' סוף פ"א כ"ז. וכן אף שהיה פיקח בשעת קינוי וסתירה וחרש בשעת השקאה כו'. וממילא לא מיירי בקינוי ב"ד והיה מוכח כרו"מ. ונראה שהכסף משנה דייק מזה דא"כ היה לו להזכיר קינוי ב"ד ג"כ דנאסרת ואינ' שותה. ולכך מפרש בקנוי ב"ד. אולם יקשה עדיין למה לא הזכיר בפיקח במדינת הים דב"ד מקנאין. וע"כ דמיירי רק בקנוי דידי':

ומ"ש רו"מ מהתוספתא דסוטה דר"י אמר ישקנה שמא הגדיל הקטן ושמא נשתפה כו' ומוכח כר"י ב"ב דיש אישות לקטן לאסור בקו"ס והדרא קושיא לדוכתי' מהך דשלא שטית ארוסה כו'. כבר כ' דלק"מ משם. ומ"ש רו"מ כיון דקנוי וסתירה אוסרה אינו זכות ומיישב קושית מהרי"ט. א"י איך פשוט לרו"מ בנולד אח"כ דבר חוב שיבטל למפרע מה שהיה אז זכות. הלא מפורש ההיפוך חולין פ"ג ד' פרקים כו' דזכות הוא כו' לפיכך מת

ללוקח ע"ש והרא"ש ור"י ס"ל דלא פליג ר"א ארשב"י ע"ש ב"י סי' קצ"ט. והרמב"ם ושאר פוסקים דסברי דפליג מ"מ אינו מפורש אם פליג משום שנולד חוב כו'. ונראה טעמם דהא קי"ל הגדילו יכולין למחות בכל זכות. וטעם מ"ד הנ"ל דהא גם בשתק ולבסוף צווח ספק אי הוכיח סופו על תחילתו חולין ל"ט. וגם מ"ד ל"א הוכיח דוקא משום דשתק משא"כ בכל זכות כשמוחה מיד שנודע לו לכ"ע הוכיח סופו על תחילתו שאינו זכות לו ולכך דוקא בלא נולד אח"כ דבר חובה דומיא דגר פ"ק דכתובות. משא"כ בנולד אח"כ דאין הוכחה על אז שזיכה שלא הי' זכות שפיר נשאר שלו ומה"ט מת ללוקח כו'. והרמב"ם ושאר פוסקים ס"ל דגם כה"ג מהני מחאתו והכי מוכח מסוף פ"ק דגיטין דלענין שיהיה באחריותו ליכא למ"ד. ולכך ס"ל דגם רשב"י לא מוקי הא דד' פרקים רק משום שנתן מעות בעצמו ואח"כ זיכה לו על ידי אחר לקנין משיכה ובהא ס"ל דאינו יכול להוציא מספק ולבטל הקנין דאורייתא ע"י שמוחה כיון דל"ש הוכיח. וא"כ שפיר השמיטו הך אוקימתא כיון דר"י משני דהעמידו על דין תורה דמעות קונה אין נ"מ כנ"ל ואין להאריך ובפרוזבול דמזכין לו קרקע אף שמיד נעשה חוב אח"כ ע"ש בר"ן וריטב"א. וצ"ל דמקולי פרוזבול הוא. ומה שתי' רו"מ אמה שקשה אר"י ב"ב מסוגיא דקדושין י"ט דבלא יעוד מצינו אישות לקטן והאיך קאמר תפשוט מינה דמייעד הא שפיר י"ל דאינו מייעד. והא דממעט ליה קרא היינו בקידושין ממש ע"י אביה וכ' רו"מ דע"ז לא צריך קרא דהא יכולין למחות וכיון שזינתה אין לך מחאה גדולה מזו דגילתה דעתה דלא ניחא לה ביה אינו כלום דמ"מ אטו לא צריך למעוטי בהיא אנוסה או שוגג. ומ"ש רו"מ דקרא דאיש כו' מיירי ברצון. תמוה וכי מש"ה לא מצי לאוקמי המיעוט איש כי ינאף א"א פרט לאשת קטן שהוא מזיד והיא שוגגת דפטור. ומשום הגדילו יכולין למחות זה נכון וכבר מבואר תי' זה במהרי"ט וס' נב"י בפרט דהתם לר"ל דסבר התראת ס' לא שמו התראה ושמא ימחה בפרט כשזינתה. ותמיהת מהרי"ט על הרמב"ם דממעט אשת קטן לענ"ד הא רמב"ם ז"ל כ' ביחד קטן ואנדרוגנוס מהאי קרא דתחת אישך והא אנדרוגינוס ספק קידושין ומ"מ איצטריך למעוטי מתחת אישך כמ"ש הכסף משנה ודאי איש לא ספק ע"ש ממילא גם ספק קטן בי"ג ולא הביא ב' שערות או שהשנים א"י ושפיר הקדושין והקינוי וסתירה הכל בספק ואימעוט דדוקא ודאי איש כנ"ל:

ומה שהקשה רו"מ על הפוסקים מהתוספתא תמוה כאלו היה נודע לרו"מ הפי' בתוס' הנ"ל הא לא הוזכר שם המשנה כלל רק עם הכל האשה מטמאה חוץ מהקטן ועלה אמר ר"י ישקנה שמא כו' ואין לו שום פי'. ורו"מ העתיק משנה דפ"ד ואלו שב"ד מקנאין כו' נתחרש כו' וכ' ועלה אמר ר"י בתוס' כו' מה שאינו. ומבואר שם שהוא בבא ב' דמשנתינו

ע"י כל העריות מקנאין חוץ מהקטן וממי שאינו איש ועלה אמר ר"י ישקנה שמא הגדיל כו' ונראה דס"ל להך תנא דכמו דאימעט קטן מאיש ואף בן ט' וי"א כמ"ש תוס' דא"נ ע"י קו"ס כן אימעוטי חרש ושוטה שאינם בני דיעה. וכדמשמע גמ' סוטה כ"ט דצריך דר"ג לטהר ד' שאין בו דעת לישאל דאי מסוטה ה"א עד דאיכא דעת נוגע ומגיע ע"ש ולא אמר קמ"ל דגם בסוטה לא בעי ע"ש רק לשאר טומאה יליף מדר"ג א"כ י"ל בקו"ס סבר דאין נאסרת ע"י חרש ושוטה כמו קטן לתוס' הנ"ל. או דאף דנאסרת אינה שותה. וכן רש"י גיטין כ"ג חרש שוטה וקטן דלאו בני דיעה כו' ובשליחות איש כ' ולא קטן דמשמע דבמה דאימעוט קטן משום לאו ב"ד מאיש אימעוט ג"כ חו"ש. הגם דלאו בכל דוכתי כן. וא"כ גם ספק קטן וח"ש עתים חלים ג"כ אימעוט ור"י פליג דמשקין מספק שמא הגדיל ונתפקח בשעת סתירה וגם ע"ז יבדקו המים אם נאסרה. ואח"כ בבא אחרת או הלך למדינת הים כו' ישקנה דהא תני עוד הפעם ישקנה ע"ש. גם י"ל דר"י דתוס' היינו רמב"י דנדה דקטן מן ט' ועד י"ג שהביא ב' שערות כשעודן בו אחר י"ג הוי גדול למפרע והפי' הפשוט בקטן הבא על יבמתו. ואין להאריך בזה כי אין להביא שום ראיה מלשון כזה בתוס' שלא הובא בפוסקים ואינו מובן:

ובגוף הדין של הריב"ב. הנה מה שהקיל מרן ב"י בתשו' עיקר משום שהיה נראה לו רק מ"ש מהרי"ק מצא כתוב וכ' דלאו ריב"ב חתום עלה. אבל לא היה לפניו ס' הראב"ן שנדפס אח"כ. שמבואר שם דף קמ"ט ע"ב שהשיב על קטן שקידש לו אביו דתנן וכן קטן שקידש כו' וכ"ת ה"מ בעצמו כו' אבל אביו שהוא שליח ומקדש ה"א אין שליחות לקטן ואפילו הוי שליח בד"א כיון דאיהו למ"מ שלוחיה נמי ל"מ כדאמרינן הני כהני שלוחי דרחמנא כו' דאיהו לא מצי כו' ששלוחו של אדם כמותו ולא יותר מכמותו הלכך בקדושי עצמו וכו' איש אשה כ' ולא קטן. ומצאתי ששאל ר' נתן המכירי את רבינו ר"י בר משה כו' בן י"א שנים שקידש לו אביו כו' אם ימאנו צריכה גט או א"צ. והשיב צריכה גט כו' זכין לאדם שלא בפניו וזה גלוי הוא שזכות לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת. ועוד מצינו בכ"מ שהחמירו חכמים בס' אשת איש. ועוד רובה זה שלא מיחה בקידושי אביו עד י"ג שנים וחצי דילמא ארצויי ארצי קמי' אחר שגדל ושתק וסבר לקבל. וא"ת נתרצה אב אמרינן נתרצה הבן לא אמרינן י"ל האי בגדול שקידש אביו ושלא מדעת מדפריך דילמא שליח שוי' ואי בקטן הא אין שליחות לקטן. ועוד דזה אחד מהדברים המוטלין על האב לעשות לבנו להשיאו אשה ואא"ל דבגדול דדומיא דלמולו ולפדותו כו'. וכתב עלה ראב"ן אע"פ שאין משיבין את הארי לאחר מיתה א"א דצריך להשיב דלא כו' ויסמכו ולא יצריכו לחזור ולקדש כו' האי דקאמר הגאון דמשום דזכין לאדם כו' אי משום זכות

כו' גם הוא עצמו שקידש יועיל דהא קטן זוכה לעצמו בצרור וזרק בו כו' והא תנן דא"ח לקידושין. ועוד האיש מקדש בתו קטנה כו' דכתיב בתי נתתי כו' ואפ"ה אמר ר"י אסור לקדש כו' ואע"ג דאשה בכל דהו ניחא לה וכ"ש בן שאין לאביו רשות בו למכרו כו'. והא דתנן להשיאו בזמנו קאמר דומיא דלמולו כו' שיתן לו ממון כדכ' קחו כו'. והא דאמר דלמא ארצי כו' גדולה מזו אמרו דאע"פ ששלח סבלונות דוודאי ארצי אין חוששין דמחמת קידושין הראשונים שלח ועוד נתרצה בן ל"א והא דקאמר בגדול מיירי לאו כ"ש השתא גדול דאיכא למימר שליח שוי' ונתרצה אמרינן דלא נתרצה קטן דלא שויה שליח דלא מצי לא כ"ש דל"א נתרצה משהגדיל עכ"ל ראב"ן ז"ל העתקתי ד' אולי אינו נמצא שם. עכ"פ נודע שהן דברי גאון קדמון שכ' עלי אין משיבין הארי וראב"ן ז"ל לא נחלק עליו רק משום דסבירא ליה זכיה מטעם שליחות כהרבה פוסקים ואין שליחות לקטן. וא"ש ראייתו דאי נימא דתיקנו ליה זכי' דקדושין כשאר מקח א"כ בעצמו ג"כ בהגיע לצרור וזרקו כו' אבל להרבה פוסקים דזכיה לאו מ"ש ואית ליה זכיה מה"ת לקטן כמ"ש תוס' כתובות י"א והרב המגיד וריטב"א והכריע ש"ך ז"ל כדבריהם י"ד סי' ש"ה בנה"כ ופשטא דש"ס כוותייהו בכמה דוכתי ממילא דברי הגאון ברורים למה לא יועיל מטעם זכיה. ולא קשה כלל ממה דלא מהני קידושיו בהגיע לצרור כו' דאף להפוסקים דבדעת אחרת מקנה זוכה מה"ת. מ"מ בקידושין כיון שאין לו כוונה רק שיועיל מצד שמקנית עצמה לו הוי תלקח אשה לאיש ועדיף ממ"ש מהרי"ט ריש קדושין גבי חציך התם בהמה כו' וכ"כ הר"ן נדרים:

ואף שיש צד חוב ג"כ שנאסר בקרובותי' וכה"ג מ"מ כיון שהזכות רבה על הצד חוב חשיב זכות כדבעי מזכה גט במקום יבם כו' וקטטה כו' ושחרור דעבד אף דנאסר בשפחה כדאמר בגמרא וכן פ"ב דקדושין לחוב ע"י לזכות כו' דאיכא דניחא ליה בהר ומ"מ חשיב זכות ולהפוסקים הנ"ל עיקר זכיה לקטן מה"ת מינה ילפינן אף דלאו בר שליחות כמ"ש הר"ן שם. ומ"ש הראב"ן מהא דאסור לקדש בתו קטנה כו' תמוה דמה ענין קטנה שבע"כ תהיה מקודשת גם אי לא יהיה ניחא לה לכך אסור משא"כ קטן ומטעם זכות דאב לא יהיה ניחא ליה יוכל למחות ויבטל למפרע כדקי"ל הגדילו יכולין למחות מה"ט דאי יועיל שלא יוכל למחות לא יהיה זכות. א"כ שפיר זכות הוא. אך ראב"ן למאי דס"ל זכיה מטעם שליחות א"ש דרש"י ז"ל כ' הטעם דאנן סהדי דהי' עושהו שליח אם היה לו דעת וא"כ בזה שיש חוב רק שיחשב זכות מחמת דהוא שלא מדעתו ויוכל למחות מ"מ שוב לא שייך דאלו ידע אנן סהדי שהיה עושהו שליח דכשהיה עושהו שליח לא היה יכול למחות אח"כ וליכא אנן סהדי ולא מהני שוב כלל אף שרוצה אח"כ אבל

להפוסקים דזכיה לאו מטעם שליחות ע"כ עיקר ענין הזכיה כן הוא דזכין לאדם ומ"מ יוכל למחות אח"כ דאין חבין שיועיל בע"כ א"כ שוב הוי זכות גמור הקדושין דאי לא יהיה ניחא ליה יוכל למחות. ואי קשיא א"כ בכל דבר יחשב זכות שחרור לר"מ וגט וכה"ג כיון ששני הברירות בידה שוב הוי זכות. ז"א דלא איתרבי שיהיה מועיל שלא מדעתו רק בענין שגוף הדבר זכות ועומד מסתמא שמרוצה בזה ילפינן דזכין שלא בפניו ואף דיש קצת חוב אפשר דלא ניחא ליה בזה אמרינן דהא יוכל למחות. אבל בדבר שגוף הדבר חוב דמסתמא אינו רוצה לא מהני שיהיה זכות בשביל שהברירה בידו ע"י שהוא שלא מדעתו דכיון שאינו זכות מצד עצמו לא איתרבי שיועיל שלא מדעתו. דיאוש שלא מדעת ג"כ לא הוי יאוש רק בדבר שזכות. ומה"ט בקדושין פסק הרא"ש פ' האיש מקדש ובש"ע דמהני גילה דעתו שרוצה לקדשה ומהני מטעם זכיה. ובגט קי"ל מהירושלמי דאף שצווחה להתגרש אני רוצה אמרינן שמא חזרה כמ"ש תוס' פ"ק דגיטין ובכל חוב כן. וכ"כ הר"ן ורשב"א פ"ב דק' להפ' דנתרצה אב מהני למפרע משום שהדבר מסופק אי הוי זכות או לא וכשנתרצה אח"כ הוברר למפרע שהיה זכות משא"כ כשצד חוב יותר לא מהני כלל ריצוי דאח"כ שיהיה איגלאי למפרע שהיה זכות וכדאמר פ"ק דחולין בהמה כו' אם עומדת לשתיהן אז נשחטה הוברר כו' משא"כ אי עומדת רק כו' ע"ש. וכן פ"ב דב"מ בדבר שיש בו סי' אף למ"ד יאוש שלא מדעת מהני מ"מ כשאינו עומד לייאש אף דשמעיני' אח"כ דאייאש לא מהני למפרע כנ"ל:

וכן לענין שליחות גופיה בתרומה שם דמדמי כלך אצל יפות כו' בתוס' ד"ה אם וי"ל דשאני הכא כיון דחזינן דניחא ליה השתא כו' גם מעיקרא משום מצוה כו' ועדיף מדבר שיש בו סימן ע"ש. ובגמ' דחי דתרומה בעי לדעת כו' שלוחכם. והיינו בשל בעל הכרי שאינו זכות כמ"ש רשב"א וש"פ נדרים ל"ו אבל משל תורם איבעיא לש"ס ע"ב כיון דזכות הוא ואף דיש סברא דמצוה דיליה כו' מ"מ כיון שתורם משלו זכות הוא ומהני אף בתרומה דמפורש הלימוד דלדעתכם כו' ותוס' כתבו שם דמהכא דזכיה מטעם שליחות והיינו דאף דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מ"מ דוקא במה שאינו זכות לא מהני אלו הוי ידע אבל בזכות ילפינן מקרא דמהני משום אלו ידע היה עושהו שליח וכחצר כו' ולהפוסקים דזכיה לאו מטעם שליחות מ"מ החילוק כנ"ל דמשל בעל הכרי אינו מזכה לו כלום אינו זכות ובעי לדעת ולא מהני כלך כו' משא"כ משל תורם דמזכה משלו וכשהוא זכות חשיב כמדעת ולא מיעט בזה מלדעתכם כנ"ל. עכ"פ צריך שיהיה הדבר מצד עצמו הזכות יתר ע"צ חוב שיהיה סתמא מרוצה וכמדעת לא במה שחוב ויחשב זכות ע"י שיכול לבטל משום שלא מדעת ולא מהני לב' הטעמים כנ"ל. ולהרמב"ם ז"ל

איפשטא הך בעיא דתורם משלו מהני ע"ש. וא"כ בקדושין ל"ד כלל לקטנה שמקנה אותה לבעלה ודאי דהוי כתורם משל בעל הכרי דלא מהני שיוכל לקבל קידושיו בתורת זכיה וגם אגידא משא"כ קטן והאב מקדשה בכסף שלו ונדוניא שלו דמתחייב דהוי כתורם משל בעל הכרי דלא מהני דמסברא חשיב זכות ככל קנין רק בגדול שיכול לקדש בעצמו ואין לאב שייכות אמדו חכמים דעת אדם דלא ניחא ליה שיקדשו לו בלא ידיעתו ומה"ט אמר דלנתרצה בן לא חיישינן. וממילא כיון שאינו עומד להתרצות לא הוי זכות אף שהברירה בידו כנ"ל. משא"כ קטן כמ"ש הגאון דהא אמר להדיא פ"ק דכתובות דאף אי גירות לא חשיב זכות מ"מ בגר שנתגיירו בניו עמו חשיב זכות דניחא ליה במה דעביד אבוהו כו'. ועל הסברא אין חילוק במסקנא (ואף דבנדרים ל"ו מדמי אב לאחר שלא מדעת שכן כו' היינו בדבר דלשעה אין חילוק משא"כ גירות וקידושין) וא"כ כ"ש בקדושין דעכ"פ זכות חשיב לכל הפוסקים רש"י והרא"ש ושאר פוסקים גבי דילמא ארצויי ארצי קמי' דכ' רש"י דזכין לאדם שלא בפניו כו' רק דאינו זכות גמור מ"מ אין שום ראיה על קטן שא"י לקדש שלא יחשב זכות בקידושי אביו עבורו משלו דניחא ליה והוי זכות גמור כיון דעכ"פ מוטל על האב קחו נשים כו' בפרט שגוף הסברא נראית דא' מאלף שמוחה בשידוך אביו. ורשב"א בחידושי קדושין ז' הילך מנה שפירש"י שעשאו שליח כו' דילמא לא נתרצה מעיקרא כו' ומיהו תמי' לי למ"ל לארצויי מעיקרא והלא זכין לאדם שלא בפניו וזכות הוא שתהא אשה קנויה ליה ואפשר דהכא הוי חובתו שמא ניחא ליה באחרת וכל דאגיד בהא כנ"ל. וא"כ מגרש לה בע"כ כו' שכר הסופר כו' ומשיא שם רע. ועוד שאתה אוסרו בקרובותי' כו' ע"ש עכ"פ הסברא מבוארת שתימה אצלו לא יועיל מטעם זכות ונדחק למצוא צד חוב דל"ד כלל לקטנה דאי לא ניחא ליה יגרש. ומ"ש שיאסר בקרובותי' והא עומד לישא ולאסר בק' אחת ודמי לאפוטרופוס לחלוק רק שהוא חד תירוצא דילמא לא ניחא ליה. ואי דיגרש וישא אחרת א"כ יאסור בקרובות זו נוסף על שישא. וא"כ בקטן דשייך ניחא ליה במה דעביד אבוהו אין שום ראיה לדחות דברי הגאון כלל דעכ"פ יותר זכות מגירו' למ"ד חוב' אי דלא כר"ה שם:

(לכאן שייך ההעתק שנמצא בסוף התשובה).

ולשון הרמב"ם ז"ל פ"ד מהל' זכיה המזכה ע"י אחר כו' זכה חבירו כו' ואין הנותן יכול לחזור בו כו' אבל המקבל ידו על העליונה אם רצה כו' שזכין לאדם כו' ואין חבין כו' וזכות הוא שתנתן לו מתנה אם ירצה כו' ע"ש דמשמע שענין זכיה כך הוא. וא"כ למה לא יועיל משום הצד חובה כנ"ל. וכן נראה כוונת הרי"ף פ"ק דגיטין כו' גבי עבד ואשכחן זכיה כה"ג כו' באחריות כו' שתמה הר"ן ז"ל ופשוט לענ"ד כוונתו אף דסתרי דבשלמא

כשלא נולד דבר ומוחה איגלאי שלא היה זכות משא"כ אחריות שנאבד דלא שייך הוכיח סופו כו'. א"כ ממ"נ אם הועיל זכות יפטר זה ואי אינו כבא לידו לא יועיל כלל וע"כ דמתלי תלי שענין זכיה כן אף שלא נגמר עד שרוצה אז מהני למפרע ומהני לענין מה שהוא זכות. וכ"פ הרמב"ם ורש"י דמתחיל כו' ויגמר אח"כ א"כ באופן זה אם היה מקדש בפירוש כן למה לא יחשב זכות לכ"ע. וזה קשה גם לשאר הפוסקים וכ"ד רשב"א ז"ל דלא חשיב קידושיו זכות שמא לא ניחא שאגידא כו' וכה"ג מ"מ אם מקדש עבורו בתנאי ע"מ שירצה המקדש כשיוודע לו או אחר ל' וכן בקטן על תנאי שיתרצה כשיגדיל דאופן קדושין אלו אין בהם צד חובה דאי לא יהיה ניחא ליה לא יועיל כלל. דכה"ג מבואר פרק האומר דתנאי הוי ומהני אם לא אחזור עד אחר ל' וכה"ג. א"כ למה לא יועיל מטעם זכיה דניהו דמצד דיכול למחות י"ל כמ"ש דהקידושין אינם זכות רק ע"י שהוא שלא מדעת לא מהני. אבל בתנאי מפורש יהיה מועיל כנ"ל. ואפשר לומר דלא שייך תנאי רק בדבר שהמעשה מועלת מצ"ע בלא התנאי יכולין להטיל בו תנאי דמה"ט חשיב מלתא אחריתי ולא שיור דחשיב שחל מיד לגמרי ולא חוץ כו'. וממילא י"ל גם להיפוך כשהמעשה אין לו חלות כלל בלא התנאי לא שייך שיועיל ע"י התנאי דכיון שאין המעשה חל אין שייכות לתנאי כנ"ל. או אפשר דכה"ג לכ"ע אין ברירה כיון דא"א שיחול עכשיו רק אם ירצה יועיל למפרע עיין בפוסקים. ודוקא בשאר תנאי אם ירצה דהיה אפשר לחול גם עכשיו. ודוקא בנתרצה האב דחשיב זכות מספק שפיר חשיב חל מיד כיון דהוכיח סופו כו' אבל בשאר קידושין שיהיה זכות רק ע"י התנאי דע"מ שירצה לא מהני דאין ברירה. ומ"מ מלבד שזה צריך ראיות. אך עדיין לא יתיישב במקדש שיתחיל מעכשיו ויגמור כשירצה וכן עכ"פ לאחר שיתרצה דהוי כלאחר ל' עכ"פ כיון דזכות הוא לגמרי קדושין אלו למה לא יועיל אף בלא עשאו שליח ומקדש משלו. וע"כ הטעם רק דאדם מקפיד שיקדש לו אדם בלי דעתו ואף שאין בו צד חוב. וא"כ באם דלהפוסקים הנ"ל דנתרצה איגלאי מלתא שהי זכות וכן בקטן דמוטל על האב וסתמא ניחא ליה במה דעביד אבוה שפיר אף דנאמר דקדושי סתם מעכשיו לא יועילו אבל על כל פנים מקדש מעכשיו לאחר שיגדל ויתרצה דהוי זכות גמור פשוט שיהיה מועיל כיון דסתמא ניחא ליה. וא"כ לשיטת הרשב"א ונ"י יבמות ק"ו בהא דקדושי קטנה תלוין דסתמא כפירש אחר שתגדל ע"ש. והרי"ף והרמב"ם וכבר האריכו מאד בתשו' נב"י מהדורא קמא ומהדו' תנינא סי' נ"ד. ועיקר כהחילוק שבין קטנה לקטן משום דבגדול שייך אדם יודע. משא"כ בקטן אינו בסתם כאומר על עצמו אחר שיגדל והגם שבנב"י דחה זה מאחר שהוא קטן בן דעת אינו דחיה כלל למעיין. וא"כ בגדול שקידש עבור קטן ודאי דשייך כנ"ל דגם בסתם כוונתו

לאחר שיגדל כיון דידע דקטן כו'. וכיון דבאופן זה זכות ממילא כשגדלו ולא מיחו חלו כיון דגם בעצמו היה מהני כנ"ל בפירוש ע"ש. וא"כ ניהו דבאחר סתמא לא ניחא ליה אף באופן זה שאין כלל חוב דע"כ ההיכר לומר כן הטעם. מ"מ באב דודאי ניחא ליה עכ"פ במה שאין צד חוב על הקדושין דלאחר שיגדל דבזה לא שייך גם חילוק הב"ש בין קטנה שיש קדושין דרבנן ע"ש שדחוק מאד. עכ"פ דהא להשיאו מוטל על אב עכ"פ כשיגדל ושוב אמרינן דניחא ליה. ובזה גם בסתם שקידש לו אביו אמרינן דכוונתו לאחר שיגדל בנו. כיון דכן הסתם והוא בן דעת והוי זכות כה"ג שפיר מועיל. ואין קושיא כלל מהא דנתרצה בן לא' דבגדול מלבד החילוק של הגאון בעצמו. גם י"ל כנ"ל דבגדול שלא בפניו לא מצינו זה שיחשב מקדש סתם שיחול כשיודע רק בקטן וקטנה שידוע לכל. ולכך שם בסתם דהוי שיחול מיד ובזה אמרינן דלא הוי זכות כנ"ל משא"כ קטן דסתמא כנ"ל:

ולענין שיחול עכ"פ אחר שיגדלו ולא מיחו ע"י אב אין שום קושיא מכל המקומות שהביאו האחרונים ז"ל ובל"ז ג"כ אין בכל הראיות כדי לזוז כ"ש דברי גאון קדמון דעיקר מה שדחה ב"י בתשו' סי' ז'. והוכיח דלכל הפוסקים ריצוי דבתר קדושין לא מהני אפילו גדול ואפילו בפירוש ע"ש והוא לפי שלא ראה דבריו שמחלק להדיא דשם דוקא בגדול משא"כ בן קטן דניחא ליה במה דעביד אבוה. וא"כ לק"מ ואדרבה לשאר פוסקים תמוה הלשון כיון דנתרצה בפירוש לא מהני מה ענין דנקיט בפלוגתייהו אי חיישינן שמא נתרצה ע"ש כמ"ש הרא"ש ושאר פוסקים. אך נראה דתלי' הא בהא אי הוי חיישינן שנתרצה בסתם ממילא היה הדבר עומד סתם שיתרצה והוי חשוב או זכות לגמרי דזכין שלא בפניו או עכ"פ ספק זכות כמ"ש רש"י ז"ל וממילא כשנתרצה בפי' איגלאי מילתא שהיה זכות. משא"כ לרבינא דלא חיישינן שנתרצה שוב סתמא אינו עומד להתרצות ולא חשיב זכות כלל ולא הועיל ושוב אינו מועיל גם שנתרצה אח"כ בפי'. וכן בבנו גדול אמר שפיר אף לרו"ש לא אמרינן חיישינן שנתרצה וממילא אינו מועיל גם ריצוי בפי' אח"כ. אבל בבנו קטן דסתמא ניחא ליה שוב הוי זכות ומהני כל שלא מיחה. או עכ"פ ספק ושייך איגלאי כו' ואין שום ראיה מהרי"ף והרמב"ם וכל הפוסקים שיחלקו ושאר הדברים שכ' ב"י שם מובן ממילא דלא קשה כלל כנ"ל. וכן דחיות מהרי"ט סי' מ"א מ"ש והוי זהיר בדברי רש"י ז"ל ע"ש מה מועיל הזהירות עכ"פ מבואר ברש"י והרא"ש וכל הפוסקים דשייך בקדושין זכין לאדם כו' רק שאינו ודאי וכשגילה דעתו הוי זכות מה שאינו מועיל במה שודאי הצד חוב יותר על הזכות כמבואר בירושלמי בגט וש"ע והפוסקים א"כ ניהו דבגדול אמדו חכמים שמקפיד על שלא מדעת אבל בקטן שפיר זכות. ואי לא יהיה ניחא ליה ימחה או יגרש. דמ"ש מהרי"ט מהא דסוף פ' המדיר באשה

חשובה דוקא דלא ניחא ליה ליתסר בקרובות כו' ע"ש שכ' לאו דוקא כו' אלא התם דקידשה לזו ברצונו כו' ע"ש ודבריו אין מובנים לענ"ד דאדרבה שם קידש בפי' על תנאי שאין עלי' נדרים רק דאמרינן כשהתיר דחשיב אין עליה נדרים ואף דקפידא באשה נדרנית שמא תחזור ותידור אמרינן כיון דיכול ליתן גט אין קפידא ואין נכלל בע"מ שאין עלי' נדרים בהיתר חכם משא"כ חשובה גם בזה קפידא ונכלל בהתנאי גם בזה. א"כ לא מיבעיא להרמב"ן דפסיק לחלק בין חשובה כו' ודאי מוכח להיפוך דאפילו מפרש אינו קפידא כיון שיוכל לגרש לא איכפת ליה בקרובות באינה חשובה מכ"ש במה שהוא זכות וא"י כלל שיהיה איכפת ליה רק חשש רחוק דלמא לא יהיה ניחא ליה ואז בידו לגרש א"כ ודאי אינו מבטל הזכות. רק אף להפוסקים דלא מחלקים שם הוא דאמרינן גם בשאר נשים קפידא ואף שיכול לגרש מ"מ אטו רוצה לישא ולגרש וממילא נכלל בתנאי כמו התירה אחר שנודע עיי"ש. אבל לבטל דבר שזכות מחשש הנ"ל שפיר גם לפוסקים הנ"ל אין שום הוכחה אדרבא על החילוק בין חשובה אין סברא שיחלוקו על רבה כלל. וכ"ש למ"ש לעיל דיכול לימחות ויבטל לגמרי ולא יאסר כלל בקרובות כנ"ל והראיה מיעוד כבר דחו דהוי התראות ספק והא אפילו קנס וכתובה פריך יהבין כו' ואכלה בגיות מחשש מחאה כ"ש דהוי התראות ספק. ובל"ז ג"כ הוא ראיה קלושה דעל ס"ד דש"ס דפריך מיעוד דליפרוך מצינו ע"י זכות לק"מ דאטו מפורש. והיה באמת מוכח דל"ח. ועוד דאיכא מ"ד אין זכין לקטן פלוגתא דתנאי ב"ב ודלמא ברייתא כותי' וגם פלוגתא דר"י זכיה לקטן או מה"ת וכן למסקנא דמוקי ביבם קטן וכן דפריך תפשוט דמייעד. נראה ג"כ דלא מסתבר לש"ס כלל שהתורה מיעטה ממיתה א"א דקטן שע"י זכות גדול כיון דמהני זכיה מה"ת בכל דבר אין טעם לחלק שתהיה א"א ולפטרה ממיתה ביעוד שחלוק משאר ק' שבע"כ דידה ודאביה כמ"ש תוספ' פ"ק י"ל דאינו א"א גמורה שמסתעף רק מהמכירה ופטרה תורה ממיתה. וכן יבם קטן שבעצמו אין לו קנין כלל רק זו הואיל וזקוקה לו והזיקה בלאו וג"כ בעל כרחה. שייך לפטרה ממיתה אף שמה"ת. משא"כ בקדושין בתורת זכיה שהוא ככל קידושין רק בגדול אינו זכות ובקטן זכות מ"ט שתפטור ממיתה. ומצד ספק מחאה הוי כשאר ספק וכנ"ל. והראיה מהא דבודקין לק' ולגירושין שהביא גם ראנ"ח ז"ל. באמת מלשון הגמ' שתמוה כמ"ש תוספ' דפריך וכי מאחר דבדקיני' לק' למה לי לאבדוקי לגירושין ולא פריך פשוט למ"ל בדיקה לגט ממ"נ משמע דזה לא הוי קשה רק דהוי ס"ד דעל חד גברא קאי פריך כנ"ל. ומה דמשני ביבם ולא משני כנ"ל. זה רק דקדוק:

עוד י"ל למ"ש הפוסקים גבי מקדש בלא עדים כו' דחב לאחריני דאף דבהודאה מהני מה שאינו חב מ"מ אין קדושין לחצאין כיון דמיד א"א לחול בלא עדים שיועיל לחוב. וגרע משיור בק' דבעי בש"ס גטין. ואם כן בשלא בפניו זכיה שהוא ספק אם ירצה אף להחולקים על המרדכי בספק קרוב לה שהעדים מסופקים דחשיב מקדש בעדים כיון שהספק להעדים. מ"מ י"ל דוקא לפי שהיה אפשר להתברר עכ"פ מיד שראו בשעת הקדושין ואף שהלכו ולא בדקו מ"מ חלו הקדושין אי באמת קרוב לה. אבל כה"ג שלא בפניו כיון שא"א להתברר עד שיודע לו א"כ אין חלין רק בספק בשעת קדושין שא"א להיות חיוב מינה י"ל דאין קדושין לחצאין והוי שיור חוץ מחיוב מיתה וכדבעי בחוץ מזונות ע"ש. רק למסקנא דיש ענין קדושין שלא יהיה חיוב מיתה ביבם קטן כו' שוב גם בזה מהני ולא שייך אין קדושין לחצאין כמ"ש תוספ' כתובות פרק אע"פ כיון שיש כמה מיני שומרים לא חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה ע"ש. א"כ שפיר לס"ד דלא ידע מיבם קטן א"א לאוקמי כנ"ל. משא"כ למסקנא. וכן מהא דבודקין א"ש כנ"ל קצת דרך פלפול:

ומהא דפ"ק דקדושין ב' בנותיך לב' בני בפרוטה דתמוה מאוד ע"ש ולריב"ב ניחא דעבור בניו קטנים. כיון שאינו בתורת שליחות רק זכיה שייך בתר נותן כו'. מ"מ ודאי לתוס' ורוב הפוסקים דמפרשי גם ביבם קטן דמדרבנן דאימעט פרט לאשת קטן שלא מצינו ודאי דגם ע"י זכיה אימעוט דדומיא דאשת רעהו כו' דבסנהדרין נקיט לתרווייהו נ"ב ע"ב. מ"מ גם שם בא"א כתבו תוס' דאיסור כו' מה"ת משמע ע"ש. וכן להפוסקים דגורסים זכיה מדרבנן א"ל לקטן משמע דלא תקנו בקדושין כלל ענין זכיה לקטן. והסומך יש לו לסמוך על סתימת הפוסקים. מ"מ אני מיראי הוראה ולא הייתי מיקל באיסור אשת איש במחלוקות ראשונים. דלא מיחו עד שהגדיל כעובדא דידיה וסברת רו"מ בין סמוך או לא אין כדאי כלל בענין כזה. והנלע"ד כתבתי וה' יתן לו ולכל היושבים בעה"ק חיים ברכה ושלום וכל טוב והתפללו גם עבורינו. ירחם ה' עלינו להשיב נדחינו למקום קדשינו ותפארתינו:

דברי הדו"ש בלו"נ. הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל.

שוב עיינתי בדבריו בסוף כתב מקצת דברים כמ"ש על הא דקנוי קטן ולא היה לי פנאי לעיין בדברי הפלפול שאינו נוגע לדין רק דרך העברה. מ"ש ע"ד מהרי"ק שקטנה א"צ להחזיר הס"ק זה כבר כתוב בראשונים ואחרונים אולם אין דברי הר"ן ז"ל הלכה למשה מסיני שהטעם משום דצריכה להחזיר. מהרבה פוסקים נראה שהטעם פשוט כלשון הגמרא כיון שנתנו לקדושין יכולין לחול ולרמב"ם ושאר פוסקים דמחילת מלוה לא מהני

ע"כ לומר כן וכמו דמהני בגט מה שבא לידה בנתינה אף דצריך נתינה מיד ליד. ומ"ש על קטן שהטעם דנאנס תהיה פטורה. הן דברי פלפול דתלי' תניא כו' ודאי שאין הקנאת הקטן מהני מה"ת. גם כמו דכ' כי יתן איש למעט כו' כן כי יקח איש ומה צורך בזה שמוסכם דק' קטן אינו כלום. אבל אינו ענין לכשקידש אביו בשלו בשבילו דאם מקדש על תנאי שיגדל ויתרצה שיחול למפרע דהוי זכות כנ"ל. וכן לאחר שיגדל גם כן וכוונת ריב"ב בטעם ב' ג"כ דאף אי אינו ודאי זכות רק ספק מ"מ אי ארצי אח"כ איגלאי שהיה זכות כהפוסקים דריצוי בפירוש מהני. זולת מ"ש רו"מ כיון שבגרה קודם שהגדיל לזה יש מקום דאפשר כוונת ריב"ב לאחר לא למפרע. אולם גם זה יש לפקפק מנ"ל שהביאה שערות קודם שהגדיל דבדאורייתא לא סמכינן אחזקה דרבא דברי הדו"ש הנ"ל:

[שייך לעיל] ולהירושלמי בהילוך מנה משום שזכות לו וחוזרת וזוכה שפיר דוקא בעשהו שליח הוי כצוה לחזור ולזכות משא"כ שלא בפניו כשזוכית בשבילו. מי מזכה לה שלא מדעתו הא זה כתורם משל בעל הכרי ואף שזה נותן ע"מ להקנות מ"מ בטל דלא נתקיים התנאי כדאמר בסוכה במקנה לקטן על מנת להחזיר ע"ש. רק לגמ' דידן ולהפוסקים דהילך מנה חשיב נתינה עבורו כמו נתן הוא שייך כנ"ל:

[בהעתק מצאתי בכאן אחר בזה"ל].

בהא דגר קטן דמשמע מרי"ף ורמב"ם דמהני מה"ת וטור וש"ע דלכל דבר דינו כישראל והא קי"ל דאין כח בי"ח בקום ועשה ע"ש בתוס'. אם לא דנאמר דבדבר גדול כו'. ובשיטה מקובצת כתובות הביא בשם הרא"ש וגם יש להביא ראיה דמהני מה"ת מדור המדבר כו' והיה בהם כמה יתומים קטנים כו' ע"ש. וברא"ש שלפנינו ביבמות מ"ח איתא ג"כ לשון זה אבל קטן זכות הוא כו' וכ"מ באבותינו שהיה בהם כמה יונקי שדים ע"ש. עכ"פ מוכח דע"י אביו מהני מה"ת. ובריטב"א כתובות והובא ג"כ בשיטה שם. ויש סוברין להביא ראיה דגיורת קטנה מה"ת מואם כו' גואל כו' קטן כו' אלמא משכחת מה"ת גר קטן או ע"י ב"ד או אביו כו' ועוד אנשי מדין דכתיב הטף בנשי' החיו לכם כו' ואמר התם דגיורת פחותה מבת ג' כשרה לכהונה וכ"ת מסתמא ניחא להו כדי שלא יהרגום הא ליתא דבלא"ה יכולין לעבדים ושפחות כו' ותו דסתמא כי הגדילו כו'. ולא נהירא דא"כ היכא לא מסייע מינה לר"ה אע"ג דקמייתא א"ל בגר שנתגיירו בניו עמו הא דנ' מדין ל"ל בהכי דנהרגו כולם חוץ מן הטף והנכון דמהא ליכא ראיה כלל דקמייתא א"ל במעוברת שנתגיירה כו' ואידך דמדין מיירי שהביאום ממדין פחותים מבת ג' והגדילום בישראל וגיירום והני הוא דכשירות לכהונה והיינו דלא מסייעין מינה לר"ה ומ"מ עיקר הדין נראה אמת שהוא מה"ת גר גמור וכן דברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל. והנה קמייתא דגזל הגר

במעוברת כתבו תוספ' ג"כ סנהדרין. אמנם ראיה ב' לענ"ד ראיה ברורה. ודחיית ריטב"א ז"ל תמוה מאוד דהא מבואר שם יבמות ס' וקידושין ע"ח דמה"ת אסורה לכהן דחשיבא זונה זרע כותים. ור"ש יליף מבתולות מזרע ב"י דכשנזרעו בתולי' בישראל מותרת והיינו גיורת פחותה מג' ומקרא דהחיו לכם והלא פנחס היה עמהם כו' א"כ איך אפשר דלא מהני הגיורת מה"ת רק שהביאום פחות מג' והגדילום וגיירום א"כ הוי גיורת דאחר ג' ונזרעו בתולי' בעודה כותי' אטו בשביל שגדלה בבית ישראל ניתרת אתמהא. ומדר"ש נשמע לרבנן דלא פליגי בהא. ועוד דביבמות שם אי מכללא כו' דלמא שאני הכא הואיל ואינסוב אינסוב כו' דהא בוגרת כו' ע"ש והא מה"ת זונה גמורה גם לר"ש דלא חל הגיורת עד שגדלה א"כ ניהו דלר"ש שמותר לכתחלה י"ל דיש כח ביד חכמים לעקור כו' ומהני עכשיו מדרבנן. אבל אי סבר כרבנן א"כ אסורה מה"ת לכתחילה אף שחל הגיורת קודם ג' שוב ודאי דמפקינן לה דמה"ת הוי גיורת דיותר מג' דלא שייך שיעקרו חכמים במה שגם אחר התקנה אסורה מה"ת. ואף בקנין דרבנן ד' אמות כ' רמ"א דלא תקנו כשהוא באיסור ע"ש. כ"ש להפקיע בקום ועשה כנ"ל. ומוכח דמהני מה"ת. ומה שדחו הריטב"א דא"כ למה לא מסייע מינה לר"ה. ולענ"ד פשוט דהא עיקר רבותא ד"ה ה"מ גדול כו' וכ' תוס' ד"ה מ"ד אע"ג דרבנן פליגי אר"י כו' היינו גבי עבד שאינו חושש ובהפקירא שמפקיע מעבדות כו' משא"כ נכרי שאינו משועבד כו' ע"ש. וא"כ במדין שכ' ריטב"א ז"ל בעצמו דאף דודאי זכות שלא יהרגום ורק משום דהחיו לעבדים ושפחות כו' וא"כ שוב לרבנן ודאי דהגירות זכות להם דכדי להנצל מעבדות אינו חושש להפקירא. וא"כ אין שום סייעתא לר"ה מהך לרבנן דקי"ל כוותי'. אבל מוכח שפיר דמהני גירותם מה"ת עכ"פ כשהוא זכות כנ"ל. ובדוחק אפשר ליישב דברי ריטב"א דכוונתו דלא מוכח ממדין די"ל שהגדילום וגיירום אח"כ וכשנתרצה לבסוף י"ל דלכ"ע הוכיח סופו על תחילתו שהיה זכות ומהני מה"ת למפרע הגירות דקודם ג'. ולא מוכח מזה דמהני מיד הזכיה מה"ת כל דלא ידעינן אם יהיה אתי לכלל זכיה ואם ירצה אח"כ כנ"ל גם שהוא דוחק גדול. וא"כ אי הפי' כנ"ל עכ"פ ראיה ברורה דעכ"פ בזכיה לקטן והגדיל ונתרצה דמהני מה"ת למפרע דזה מוכח ממדין כנ"ל. ואין לדחות רק אי נימא כחד תי' שבתוס' סנהדרין ס"ב ע"ב דזכיה דגיורת ל"ד לשאר זכות דמה שב"ד מטבילין אותו א"ט בעבורו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו שנעשה גר וכ' ג"כ מהא דאבותינו ומהא דנשי מדין לרש"י ע"ש. אולם תמוה מאי דפריך קמ"ל וצ"ל דזה סברא פשוטה אצל הש"ס דמהני המעשה בגופו אי זכות שרשאין ב"ד להכניס עצמם. והרבותא רק דהוי זכות ופריך תנינא שרשאי אחר להכניס בדבר שהוא זכות כן בגר שרשאין. ודוחק גדול כיון דאיצטריך לאשמועינן גוף

הדין דהא בשאר גר קבלת מצות לעכב. ובע"כ לא מהני מילה וטבילה. וי"ל דגוף הדין פשוט לגמ' מאבותינו דמ"ת שהי' כמה קטנים וכדיליף ר"א ור"י מל ולא טבל כו' שכן מצינו כו' ע"ש. ורק רבותא דב"ד יכניסו עצמם וע"ז פריך תנינא כו' וא"כ י"ל הרא"ש יבמות שסיי' וגם מצינו באבותינו כו' ג"כ כוונתו כנ"ל דמה"ט מהני הגירות מה"ת אף דל"ל זכיה בשבילו מה"ת כנ"ל. כיון שהמעשה בגופם וילפינן מאבותינו כנ"ל ולא מעכב קבלת מצות כיון דא"א. ע"כ מצאתי:

סימן כו

אודות החרשית בא מכתבו בעת שלא היה לי פנאי כלל ונאבד ממני עד שמצאתי זה זמן והנני להשיב הנלע"ד הנה עכ"פ שיהיה מבורר שהי' גדולה בשעת קדושין מאחר שיש לה אב שמסתמא היה בשעת חופה וקדושין ולהרבה פוסקים הוי כאומר תן לה ותתקדש כשדיבר ועושה מעשה ריצוי. ועל השנים אין לסמוך בדאורייתא. הגם שבלא"ה לכאורה ג"כ חשש דאורייתא דהרי לב' לישני דש"ס יבמות קי"ג אמר ר' חייא בר אשי שמואל כר"א דאשת חרש ספק תורה וללישנא בתרא חייבין אשם תלוי וללישנא קמא אמר הש"ס ג"כ דסבר כר"א רק דבעי חתיכה מב' חתיכות ורב אשי בעי אליביה ולמה נפסוק דלא כותיה. ואף דלעיל אמר מ"ש חרש כו' דתקינו רבנן כו' מ"מ אינו לשון סתמא דש"ס רק רב"ח אמרה אך כל הפוסקים השמיטו הך דר' חייא בר אשי. והכסף משנה וב"י הביא הש"ס וכתב ואינו הלכה ולא כתב שום טעם למה. שוב ראיתי לקרבן העדה על הירושלמי עמד בזה ותמה על הרמב"ם שפ' תמיד כלישנא בתרא בפרט בדאורייתא וגם רב אשי בעי אליביה כו' ותירוצו שסמכו כו' אינו מובן ע"ש. וגם לענ"ד גם ללישנא קמא ע"כ משמע להו לש"ס דמדקאמר אין חייבין אשם תלוי דס"ל כר"א דספק דאורייתא דאל"כ למה דחי הסיוע הוא דאמר כר"א מה שלא מצינו כן כמו שתמ' הריטב"א. וע"כ או דמשמע לישנא דשמואל כנ"ל. ולכך אמר לימא מסייע ליה היינו דס"ל שאינו מה"ת כלל. ודחי דאינו כן רק דס"ל כר"א רק דבעי חתיכה משתי חתיכות. או דמוכח דס"ל לש"ס להלכה כר"א ובעי למימר לימא כו' ויהיה מוכח דהלכה כרבנן ודחי דאמר כר"א וכנ"ל. אולם שבת קנ"ג כת' תוס' דהכא משמע דהלכה כרבנן ופ' חרש משמע דהלכה כר"א ע"ש ולא הכריעו עכ"פ גם שם פ' רי"ף ורמב"ם וכל הפוסקים דאי הכי עביד ע"כ שאין חוששין כלל שמא הלכה כר"א. וריא"ז הובא בש"ג כ' לקטן ע"ש וי"ל מטעם הנ"ל. אבל כל הפוסקים לא חשו וע"כ דמשמע להו מדבכל הש"ס נקיט חרש שוטה וקטן ולא מחלק ע"כ שוים כנ"ל:

וא"כ פקח בחרשת י"ל גם קידש בכסף ובעל אח"כ דשייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לקדושין כדאמרינן בקטנה והגדילה אף דמקודשת מדרבנן דז"א חדא דל"ד לקטנה דמשום דממאנת שייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות משא"כ חרשת. ועוד הא מפורש בש"ס גבי ביאת חרשת כו' דמדרבנן. וע"כ הא מפורש בש"ס גבי ביאת חרשת כו' דמדרבנן. וע"כ או דלא קי"ל כירושלמי או דגם ירושלמי אמר רק מדרבנן רק דלא שייך כשם שכנס ע"ש עכ"פ לכל הפוסקים דרבנן:

והנה ע"ד הרב הגאון הקדוש שיחי'. מה שרצה לומר דאף נשתטה הפיקח י"ל דמהני בחרשת אינו נ"ל דהרי מפורש ב"י קכ"א דדעת ר"י דגם חרש בעי בדיקה כנשתתק ומפרשו הב"י דהיינו אם שפוי ע"ש ובב"ש א"כ ע"כ ס"ל דאף קדושי חרש דרבנן מ"מ נשתטה אינו מוציא. והחולקים רק משום דא"צ בדיקה דהא לא נולד ריעותא ממה שהי' ומוקמינן אחזקה אבל לא בידוע שנשתטה. וגם בל"ז דחרש וחרשת דתקנו רבנן קדושין וגט משא"כ שוטה דלא תיקן לא קדושין ולא גט איך יהיה בתורת גירושין: [עד כאן מצאתי]:

סימן כז

ב"ה יום א' ג' אלול תדי"ר לפ"ק. לכבוד אהובי ידידי הרב המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה מ' לייזר נ"י אבד"ק שעדליץ.

אד"ש הנה קבלתי היום מכתבו ולאשר ביקש רו"מ למהר להשיבו אכתוב בקיצור. אם אמנם כי מצוה רבה שלא תעשינה ידי הפוחזים תושיה אולם הענין חמור מאוד:

מ"ש רו"מ מעדות האיש כשר שעמד אצל המפתן כו' אתמה מאוד על רו"מ מאחר שלא העידו על שום יום מנ"ל להיות הכחשה שמא לקח עוד הפעם בחנות בעד ג"ג ואז לא אמר כלום. ולזאת מה שהאריך רו"מ באות ד' לענ"ד ללא יועיל. גם מ"ש רו"מ אות ב'. הנה אם הי' כן שלא הבינה רק מה שאמרו אחר הליכתה מחנות מז"ט גם למאן דחש בשתיקה אחר מתן מעות היינו בשעת אמירת הרי את מקודשת לי אבל לא על אמירתו שקדשה כבר. אולם איני רואה באמירתה וואס איז דאס שיהיה משמעו שאלה מה פי' הדיבור רק כדרך תימה מה הוא זה שאתה עושה אעפ"כ א"א לשפוט שיהיה כאומרת לאו. ומ"ש רו"מ אות ב' דכיון שקיבל דבר מאכל אשר סתם לשלם תכף אף שלא אמר כנסי כו' שאני חייב כו' לא מהני גם שתיקה בשעת מ"מ הנה סי' כ"ח ס"ג בהגה בקש ממנה שתלוה לו מעות על משכון כו' בלא ייחד משכון זה דעת ח"מ וב"ש נוטה דהוי ודאי קדושין אף שהיה צריך ליתן מיד שכן דרך. וקשה לסמוך על סברת הנ"ל:

ועיקר ההיתר משום הכחשה בחקירות דרוב הפוסקים דגם בד"מ בטל אף שא"צ דו"ח וכן פסק בש"ע סי"ל סע"ב. אולם עדיין יש לדין כיון שהעידו קודם סתם ואח"כ שאלם רו"מ והכחישו א"ע ונראה דהיה אחר כ"ד. ובזה אינו מוכרח דכיון שא"צ דו"ח י"ל דנגמר עדותן ולא מהני הכחשה דאחר כ"ד לבטל דכיון שהגיד כו' כמ"ש תוס' על באיזה יום בחודש ובשבוע דלכך לא חשיבי חוזר ומגיד דז' חקירות גזה"כ כו' וכל שאין מכוונים כו' ע"ש פסחים י"ב. וא"כ במידי דלא בעי דו"ח כמ"ש ב"י סי' כ"ט בשם הר"ן ושאר פוסקים דהא דקודם שנחקרה בב"ד יכולין לחזור דוקא במה דבעי דו"ח אבל בממון דלא בעי מיד אחר כ"ד שהעידו א"י לחזור ע"ש. כן הכחשה בחקירות ג"כ כיון דחשיב חוזר ומגיד וכבר נגמר עדותן בלי דו"ח כנ"ל והיינו דכ' הרמב"ם וש"ע עדים שהכחישו בחקירות בד"מ בטל כיצד א' אומר בניסן הלוה כו' וא' אומר באייר כו' ומה כיצד הא כבר פי' החקירות מקודם. ולהנ"ל א"ש דמפרש דוקא כשמיד מכחישים א"ע בשעת עדות זה א' בניסן הלוה כו' לא כמו בד"נ שהעידו מקודם ואח"כ כשחוקרין מכחישין דשם כיון דבעי דו"ח בטל משא"כ בממון כנ"ל. וא"כ גם בקדושין כן לרוב הפוסקים דא"צ דו"ח כנ"ל. שוב ראיתי בס' נה"מ פסק אף שנגמר עדותן ואחר זמן הכחישו א"ע בחקירות בטל. ורא"ייתו משטר שהעידו בזמנו כתבנהו. ולענ"ד אין לסמוך על זה ובט"ז סי' מ"ג מפורש להיפך שתי' על קו' הנ"ל דמסתמא כן דלמה ישקרו קודם שהוזמו ע"ש וע"כ כט"ז דל"ד נה"מ הנ"ל. בשלמא לרמב"ם בזוכרים ההלואה ועל מנה שבשטר מעידים שייך לחקירות כנ"ל. אבל למ"ש רמ"א סי' מ"ו כהחולקים דגם שאין זוכרין כלל מהני ועל כ"י מעידים מה שייך אמירתם בזמנו כתבנהו לחקירות דהלואה הא אין מעידים כלל רק באותו יום העדנו עדות זה. ולמה סתם רמ"א דאמרו בזמנו כתבנהו לחקירות דהלואה הא אין מעידים כלל רק באותו יום העדנו עדות זה. ולמה סתם רמ"א דאמרו בזמנו כתבנוהו דפסולין מזמן השטר וכן בשאר פוסקים. וע"כ כטעם הט"ז דכיון דהזמן כתוב רק חשש שמא אחרוהו וכשאמרו בזמנו אין חוששין כנ"ל:

ולדברי נה"מ הנ"ל הוי להו למינקט רבותא באין כתוב שום זמן בשטר ואמרו ביום פלוני כתבנו דג"כ פסולין מיום הנ"ל. ועוד דא"כ בכ"י יוצא ממקום אחר יהי' עדי שטר יכולין לבטל השטר ע"י שיכחישו א"ע בחקירות. וגם אם א' אומר בזמנו כתבנו ואחד אומר איחרוהו יבטל השטר. וכן אם א' אומר שכ' בזמנו יהיה הב' נאמן אנוסים וכה"ג לבטל השטר גם שכ"י יוצא ממקום אחר במיגו דהיה אומר איחרוהו כו' וכל זה משמעות הפוסקים אינו כן. אמנם מדברי הש"ך ז"ל סי' ל"ג מבואר דגם בד"מ שחקרו אותם אחר שהעידו והכחישו א"ע בחקירות ג"כ בטל. וניהו שחולקים עליו בא"י אבל לענין

הכחשה לא נחלקו. וא"ל דתלי' הך בהך כיון דגם ש"ך ז"ל מודה שא"צ דו"ח ומ"מ ס"ל דכשחקרו אח"כ וא"י או מכחישים בטל ע"ש. וכן משמע מהרבה תשו' דאף שהעידו ואח"כ הכחישו א"ע בחקירות בטל. והגם שהיה לנו לחוש באסור א"א לדברי בעה"ת וראב"ן דעדות מוכחשת בחקירות בד"מ כשר מ"מ הרי ב"ש סי' מ"ב כתב דבמכחשת הוי מרומה ובעי דו"ח. ואף דבד"מ ודאי דהכחשת בע"ד לא משוי מרומה ע"כ דס"ל בקדושין דאין חשודה להיות באיסור כל ימיה חשוב ד"מ. ובשאר פוסקים כת' שתתקדש אשה חשובה בלי קרובים ובלי חופה הוי ד"מ. וע"כ ס"ל דל"ד כולהו. ובאמת גם עובדא דידן נראה ד"מ. ואף לדברי הריב"ש מודה דבד"מ ומכחישין בחקירות בטל עדותן. והוא ממש כתשו' הריב"ש סי' רס"ו שביטל עדותן משום הכחשה בחקירות וחשיב ליה ד"מ ע"ש אף דס"ל דבא"י אף ד"מ לא בטל מ"מ בהכחשה בטל ע"ש רק שם היה צירוף עוד טעמים קצת. והתחילו מיד להעיד באיזה שנה ע"ש. גם יש לצרף כאן מה שדיבורו בלחש כמ"ש רו"מ שא"י לדבר רק בלחש ונשתנה משאר בני אדם דאין בכלל עדותם שאמר לה הרי את מקודשת לי ששמעה אם הם עמדו סמוכים לה יותר ממנה. וזה לפי ראות עיני רו"מ. ואם אפשר לקבל העדות שהכה אביו די כי שאר הדברים אינם פוסלין מה"ת. וכ"ש אם אמרו בפירוש שא"י אם אמירתו היה אחר שנתן לה המטבע או בשעת נתינה דצד גדול להתיר. ומ"ש רו"מ שלא יוכל להודע מהם א"י הפירוש אם אמרו א"י כנ"ל. ולזאת אם יסכימו ב' רבנים עם רו"מ להתירה. ואם הוא מרומה לפי ראות עיני רו"מ. גם אני מסכים דיש לצרף ג"כ מ"ש בש"ע סי' ל"ד סי' י"ז באנשים אלו והנראה לענ"ד כתבתי:

הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל.

ומט"ז סי' מ"ג אין ראיה שלא יסבור כנ"ל די"ל דס"ל דאין אמירת בזמנו כת' מחקירות רק עדות באותו יום העדנו כנ"ל. וכן רמב"ם וטור שכת' עד שלא נחקרה יכולין לחזור ע"ש ח"מ סי' כ"ט וב"י דחה דבריהם ובאמת י"ל דכשחזרו בהם משוי מרומה ובעי דו"ח ומהני חזרתם וממילא גם הוכחשו בחקירות י"ל כנ"ל. אולם הב"י לא ס"ל כן רק דגם זה חשוב חוזר ומגיד כנ"ל. ובאמת שי"ל בטור עד שלא נחקר היינו החקירות השייך לגוף העדות גם בממון כמבואר במשנה היך אתם מעידים שזה חייב ע"ש:

סימן כח

לכבוד אמו"ו ה"ה הרב המאה"ג חריף ובקי כו' פ"ה ע"ה מו' ישראל:

אודיעהו משלומינו הטוב ב"ה אתנו כולנו החיים והשלום יתן ה' לראות אתכם מהרה בשמחה וששון כו':

הנה בדבר הידוע לא היה לי פנאי לעיין עד היום בבוקר עיינתי מעט והנה כתוב כאן מה שהיה נראה לי במהירות כי בא אחד מק"ק גור אשר רוצה לנסוע מיד ועדיין הוא קודם תפלת שחרית והנני שולחו ע"י והיה לי עוד הרבה אריכות דברים בעיוני אלו אולם לא רציתי להאריך יותר מדאי ויסיים רו"מ במכתבו כאשר סיימתי אני כי באמת הדבר פשוט בגוף הדין. ויותר אין להגיד וה' יתן לכם חיים טובים ושלום וכל טוב:

הנה נראה פשוט דאין בידים לאסור אשה זו על בעלה בשום פנים. דאף להפוסקים דבעידי כיעור וקלא דלא פסיק מוציאין גם מבעלה מ"מ זה פשוט דבעינן עידי כיעור כשרים ולא נשים ופסולין שאינו מועיל גם כשמעידין על טומאה בפירוש ולא עדיפי ע"כ מטומאה ולא נשאר כ"א עדות הבועל והוא ע"א דלא מהני. ועוד שהעיד חוץ לב"ד רק בפני ב' ואף אי הודאה מהני בפני ב' היינו מה שהוא לחובתו אבל נגד האשה לאוסרה שצריך עדות וקבלת עדות בשביל זה דהא כל העדי כיעור הוא עם זה האיש וכל הטעם שהוא חשוב עד הוא מטעם פלגינן דיבורי' ועדותו מועיל שזינתה עם אחר והא על אחר אין כאן ע"כ כלל. ואף אם הי' עדים כשרים כיון שאינם יודעים איזה יום בטלה עדותו דבעידי זנות בעי דו"ח להרבה פוסקים ואף שבס' שו"ת נודע ביהודא אה"ע סי' ע"ב האריך מאוד להוכיח דכשאמרו א"י לא נתבטל עדותן אך רוב דבריו שם אינם נראין לענ"ד דוודאי פשוט דילפינן עדות שאי אתה יכול להזימה ממשפט א'. ומ"ש שם והא דלא ילפינן גם עדות שאי אתה יכול להזימה ממשפט א' היינו מדהכשירה תורה בפירוש לשמוע דבריו של זה היום כו' ואין דבריו מובנים דהיכן מצא שהכשירה התורה כו' הא לא אמר התם בש"ס רק דמ"ס מקשינן הגדה לראיה ומ"ס לא מקשינן וממילא כשר וא"כ עדיין קשה לפסול משום עדות שאי אתה יכול להזימה דאינו שום ילפותא להכשיר רק דלא סבר ההיקש לפסול כנ"ל. ואין לומר דעכשיו דקי"ל כריב"ק שוב מקשינן הגדה לראיה להיפוך להכשיר ז"א חדא איך נאמר היקש מעצמינו מאי דלא מצינו בש"ס ההיקש להכשיר רק לפסול ועוד דאף דנימא דמקשינן להכשיר ג"כ מ"מ לא נילף רק דכמו דכשר בראיה זה אחר זה כמו כן בהגדה אבל לענין עדות שאי אתה יכול להזימה לא מוכח כלל די"ל כמו דאף דבראיה כשר בזה אחר זה מ"מ בעינן שיהי' ראוים להזמה כמו כן בהגדה אף דכשר שומעין דבריו כו' מ"מ בעינן באופן שיכול להזימו והיינו בשטרות וקרקעות דלא שייך לחייב שבועה באתי והוי יכול להזימו אבל זה שיהיה כשר גם היכא דאי אתה יכול להזימו זה אינו מוכח כלל מההיקש הנ"ל. ועיקר ראייתו מהא דשומעין דבריו כו' אינו ראיה כלל די"ל פי' הש"ס כך הוא מ"ס מקשינן הגד' לראיה ופסול מטעם ההיקש וממילא פסול גם מדרבנן אף שתיקנו דלא בעי עשאי"ל מ"מ זה הפסול נשאר

ומ"ס לא מקשינן וכשר מצד עצמו רק שפסול מטעם עדות שאי אתה יכול להזימה ושוב כשר עכשיו מדרבנן דתיקנו דלא ליבעי דו"ח דאין לומר דקושייתו איך קבלו ההיקש הא מדאורייתא אין נ"מ ז"א דנ"מ בגוונו דליכא שבועה וראוי להזמה כנ"ל ואדרבא מש"ס שם גופי' נראה מוכח להיפוך דאמר התם לזו הוצרכנו ומה עיקר ראי' בהדי הדדי לא בעינן הגדה לא כ"ש ע"ש. ולדבריו קשה מאי ק"ו הוא בשלמא ראי' אף שלא הי' בב"א מ"מ כיון שהגידו בבת אחת הוי י"ל. אבל כשלא הגידו בב"א פסול משום עדות שאי אתה יכול להזימה והוצרך להשמיענו דאעפ"כ כשר וע"כ כמ"ש דלא אמר רק לענין גוף הדין וממילא כשר עכשיו מדרבנן ועל גוף הדין אמר שפיר לזו הוצרכנו ועוד אפי' אי יהיבנא ליה סברתו דלא בעינן בממון עדות שאי"ל מ"מ כיון שכתב בעצמו שם דעדים הקרובים לדיינים פסולים כיון דילפינן ממשפט אחד וכיון דבד"נ פסול משום עדות שאי אתה יכול להזימה ממילא גם בממון פסול משום משפט א' אף דלא בעינן י"ל. וא"כ למה פסק בא"י בחקירות כשר משום דלא בעינן בממון עדות שאי אתה יכול להזימה מ"מ כיון דבנפשות פסול כשאמרו א"י בחקירות משום הזמה ממילא בממון פסול עכ"פ מטעם משפט א' אף דלא בעינן י"ל ואף דהכשירה תורה שומעין דבריו כו' דלא לבעי י"ל מ"מ זה לא מצינו שהכשיר בא"י החקירות וממילא פסול כמו עדים קרובים כו' ואין טעם לחלק:

עוד כתב שם מחבר הנ"ל ובעודו כו' נתעורר לי תימה רבתי דהא ודאי מה דילפינן משפט א' כו' אין הכוונה ע"ש עד סופו. ותמהני איך נעלם ממנו דברי תוס' כמ"ש סנהדרין ב' ע"ב שהקשו קושיא הנ"ל וכ' שלא כדבריו עי"ש. ובל"ז עיין בשיטה מקובצת ב"ק מבואר שם להדיא בשם הרמ"ה פ' מרובה דמדאורייתא פסול גם בממון עדות שאי אתה יכול להזימה ע"ש. ואין להאריך יותר כיון שאין כל כך ענין לנידן דידן שבל"ז אין עדים כשרים: ועוד כאן הוי כאומר אני זניתי עם אשתך שכ' הרשב"א דלא שייך פלגינן דיבורי' בכה"ג ואף שרב הנ"ל בס' נודע ביהודה סי' הנ"ל האריך לדחות דברי הרשב"א מהלכה ודח' ראיות הרשב"א שהוכיח מדלא נקט אני רבעתי את פלוני ודחה דהא ר"י מחלק בין לאונסו ובאני רבעתי לא משכחת לאונסו דאין קישוי כו'. ואין דבריו נכונים דהרשב"א ז"ל בעצמו כתב שם אכתי לפלוג ולימא לא לרצונו ולא לאונסו וכגון שנתקשה לאשתו והדביקוה עלי' לא היא דבדבר רחוק כזה לא פלגינן דיבורי' עי"ש. וע"כ באמת משכחת לה לאונסו רק דלא פלגינן בכה"ג אבל ר"י הוי מצי למינקט שפיר לאונסו בכה"ג דאמר בפירוש רבעתי בכה"ג כנ"ל וראיות הרשב"א נכונה כנ"ל:

שוב מצאתי בנודע ביהודה מהדו' תנינא אה"ע סי' ע"ז דף ס"ח שגדולים הקשו עליו הנ"ל והשיב ששגג שגיאה גדולה דהא עיקר מילתא דר"י הוא לאשמועינן דלא כרבא דלא פלגינן דיבורי' ואם היה נקיט רבעתי לא היה רבותא כלל דהא גם רבא מודה דבכה"ג לא פלגינן דיבוריה דלא שכיח עכ"ד עי"ש. ולענ"ד במחילת כבוד תורתו בהתאמצו להעמיד דבריו נגד הרשב"א טעה טעות גדול בפשיטות דהא ראיות הרשב"א הוא אי נימא דגם באומר אני זניתי כו' פלגינן כו' והיינו שזינתה עם אחר א"כ קשה שפיר ליתני אני רבעתי ולר"י לאונסו נאמן והיינו לאונסו כמ"ש הרשב"א שנתקשה כו' ולרצונו אינו נאמן ושפיר רבותא דלא כרבא דלרבא כה"ג שפיר נאמן דניהו דלא פלגינן דיבורי' דל"ש שנתקשה כו' אבל מ"מ פלגינן דיבוריה שהוא לא רבעו רק אחר כיון דנימא דגם באני זניתי פלגינן כו' והוכיח הרשב"א שפיר דבכה"ג לא פלגינן כו' ושוב לא קשה דלינקוט אני רבעתי דהא בכה"ג לא פלגינן כו' רק דליפלוג שהיה לאונסו שנתקשה לאשתו וזה לא אמרינן דלא שכיח אבל אי נימא דגם באני זניתי פלגינן שפיר מצי למיתני כנ"ל. והוא הרכיב דברי הרשב"א מה שכתב לסברתו אליבא דאמת עם דבריו לפי הס"ד דנימא פלגינן כו' גם באני זניתי כו' ע"ש כי ראיות הרשב"א ז"ל נכונה כנ"ל:

אך מ"ש שם בהג"ה דיבר נכונה דדברי הרשב"א אינם רק בלשון הקודש שאומר זניתי ושוב אי אפשר למיפלג דיבורי' אבל בלשון אשכנז שאומר איך האב מזנה גוועזין עם האשה שייך שפיר למיפלג דאף שמסלקין איך האב נשאר מזנה גוועזין כו' וסגי כנ"ל:

ועוד דנתקבל שלא בפני בע"ד ואף להפוסקים דמהני בעידי זנות שלא בפני בע"ד משום דהיא לאפרושי מאיסורא מ"מ נראה די"ל כאן דלא מהני דהא לא ידעו החקירות רק הפוסקים דמהני הוא משום דאיכא הפסד כתובה וכד"מ דמיא וכאן כיון דלענין הפסד כתובה אינו מועיל עדותן דהא היה שלא בפניו ולענין ממון לא מהני רק שיועיל לענין איסור לחוד ושוב לענין זה בעינן דו"ח וממ"נ אינו מועיל כנ"ל:

מכל הני טעמי נראה פשוט דאין לאוסרה חדא אף אם היה עידי כיעור כשרים ג"כ יש פוסקים דבעידי כיעור וקלא דלא פסיק גם כן אין מוציאין ואין להוציא אשה מבעלה נגד רבוותא. ועוד דלא ידעו החקירות ולהרבה פוסקים בטל. ועוד שנתקבל שלא בפניהם. ומכ"ש כאן שאין צריכין לכל זה שעידי כיעור הם נשים ופסולים והאשה מכחשת וע"א בהכחשה ודאי לאו כלום והבעל אינו מאמין כלל. ואף שרוב הדברים הם לפילפולא כי הדבר פשוט שלא לאוסרה מ"מ בקשתי למחול ויקח פנאי להשיבני דבר. וה' יתן לכם חיים טובים ושלום וכל טוב כנפשו ונפש בנו המצפה לטובתכם.

הק' יצחק מאיר בהרב מור"י יצ"ו:

הלכות גטין

סימן כט

הלכות גטין.

[השאלה לא מצאתי.]

הנה נראה דהוא הדין שבפ' השולח ב"א הבאים משם לכאן יוסף ק"ל יוחנן כו' ופי' הרא"ש שכן דרך ב"א הגולים ממקומם מ"מ או מרדין שמשנים שמם כו'. ואעפ"כ דוקא באיתחזיק ב' שמות כו' אבל היכא דלא איתחזיק כשר בדיעבד כמ"ש תוס' והר"ן ושאר פוסקים ובש"ע קכ"ט סי' י"ב אם לא כ' אלא שם שיש לו במקום כו' כשר. אולם י"ל דדוקא שהוחזק ל' יום במקום הזה בשם א' דלשון רש"י ז"ל והוא דאיתחזיק כו' ואפילו נודע כו' שאין לנו אלא שם שקרא הוא לעצמו בפנינו והוחזק בו ע"ש וכן לשון הרא"ש ז"ל דמשמע דוקא הוחזק. אולם ז"א דודאי ליחשב שם הב' ג"כ קבוע צריך הוחזק. אבל כשכבר הוחזק ל' יום בשם הב' חשיב שיש לו ב' שמות וכשיצא למקום א' וגירש כשר באיזה שם שמחזיק עצמו בפני הב"ד. דלישנא דברייתא יצא למקום א' משמע קצת אף שלא הוחזק ל' יום בשם א' וכן מלשון רש"י ז"ל דלעיל על לא איתחזיק ב' שמות פי' שקרא כו' והוחזק בו. וכאן על יצא למקום א' פי' משום דבאותו מקום לא הי' מוחזקין שיהיה לו ב' שמות ולא פי' שהיה מוחזק שיש לו רק שם א' מ"מ אין זה דיוק כ"כ. ולשון הש"ע והוא ואשתו במקום שאין מכירין בו אלא בשם א' משמע שבשם א' ניכר שדר שם והוחזק ל' יום בשם זה כשר כיון דשם הב' א"י אבל כשהולך למקום אחר לגרש כיון דלא חשיב נשתקע שם הראשון כדמוכח בש"ס שם דאל"ה ביוסי וקרי ליה יוחנן סגי ביוחנן לרוב הפוסקים דנשתקע כ' רק שם הב' וע"כ כיון דבעיר האחרת לא נשתקע כלל רק שאינו שם לא חשיב נשתקע ודוקא באותו מקום עצמו שנשתקע כנ"ל. וא"כ כיון דלא הוחזק כאן בשום שם י"ל דלא מהני גם דיעבד מה שרוצה לגרש בשם זה לחוד די"ל שם הלידה יותר עיקר מן השם שהוחזק בעיר א' כיון שגם זה לא חשיב נשתקע במקומו. והוי כ"כ שם טפל לחוד. והגם שמסתימת הפוסקים משמע דאין חילוק דא"כ למה כ' תוס' ושאר פוסקים מן התוספתא דמשמע מקום כ' עיקר למשנתינו והגמ' דמ"נ עיקר. והא מ"ל במשנה דמפ' יוסף כו' דשם מקום הנתינה שם הלידה שהיה לו תמיד לכך חשיב עיקר משא"כ בתוס' שיש לו ב"ש ושניהם מלידה י"ל מ"כ עיקר. וע"כ דאין חילוק וכן בתשו' צ"צ סי' ק"ח. כ' אברהם דמתקרי כו' אותו שם ששינה א"ע במקום נתינה אף שחזר להקרא בשם הלידה ע"ש בהסכמת הג' מו' העשיל זצ"ל ואיך למדו מגמ' הנ"ל על ששם מ"כ שם הלידה לכתוב שם מ"נ לעיקר. וע"כ דלא מחלק בהכי. רק מ"מ ניהו

דתרווייהו שוים שם זה במקום זה ושם אחר במקום אחר. מ"מ אינו מבואר בהלך לגרש למקום ג' עם אשתו לגרש שיהיה מהני אם גירש בשם א' שבעיר א' כיון שלא הוחזק כאן בשום שם מנ"ל שיועיל מה שאומר או מעידים ששמו כן בעיר א' מאחר שבעיר אחרת יש לו שם אחר ואפשר דגרע מכ' שם טפל דעכ"פ ניכר במקום הנתינה בשם זה ג"כ משא"כ בהנ"ל. ולשון הגמ' יצא למקום אחר גם אם משמע בלא הוחזק מ"ל דלבדו יצא ושולח לאשתו שביהודה בשם דשם דשפיר מהני כיון דכ' שם מ"נ ובמ"כ לא איתחזיק שם אחר משא"כ כשמקום כ' ונתינה במקום דלא הוחזק בשום שם. והמפ' הוא ואשתו יצאו י"ל בהוחזק ל' יום ולשון ירושלמי אם היה שרוי עם אשתו במקום אחר ע"ש:

וגם י"ל דוקא בימיהם שהיו כותבין מקום הדירה שפיר מבורר שהוא מיהודא וכנ"ל ושם נקרא בשם זה. משא"כ עכשיו מנ"ל שיועיל מה שהיה ניכר בעיר שהוחזק שאינו מ"כ ומ"נ יותר מעיר אחרת שניכר להיפוך. אולם מלשון הר"ן בחי' גטין משמע במקום שלא הוחזק כלל ג"כ מהני. ומ"מ י"ל שם בשולח ליהודא ע"ש. מ"מ נראה אם דירת האשה במקום שהוחזק בשם שגרש חשיב מקום נתינה. ובלשון תשו' מהר"מ לובלין סי' ל"ט שמוחזק שם האשה במכו"נ מירוש ומלידתה הי' מירל כ' לכתוב מירוש לבד שהוא השם המוחזק במקום כו"נ ובמקום דירתה שמכירין אותה מן הדין. מ"מ הסכים לכתוב מירוש דמיתקרי מירל ע"ש. וכיון דכפי משמעות השאלה משנשא אשה זו עד שגרשה היה מוחזק בשם זה שגירש א"כ חשיב לא איתחזיק בב' שמות דכמו שהוחזקה לא"א זה מבורר שמגורשת בלי לעז. ועוד די"ל כיון ששינה שמו במדינה זו מצד שהוא מדינה אחרת בשביל הפאס. א"כ מה שהוחזק באיזה עיירות בשם ששינה חשיב הוחזק במדינה זו בשם זה ולגבי מדינה זו חשיב א' כשנשתקע דלא רצה עוד ליקרא במדינה זו בשם זה ושוב אף שגרש בעיר שלא הוחזק חשיב שיש לו במקום זה שם זה לחוד כיון שהוא בזו המדינה והוא מכו"נ. והכי דייק לשון הגמ' היה לו כו' ביהודא וגליל למה נקיט שינוי מדינות כיהודא וגליל כשעת חירום ולא ב' עיירות וי"ל דנקיט כנ"ל שהשינוי מצד המדינה חשיב שבכל המדינה איתחזיק כנ"ל ובעי דוקא יצא למקום אחר שאינו ביהודא כמ"ש רש"י ולא מהני בעיר אחרת. אך ז"א דשם מיירי לגרש בשמו שביהודה ובזה ודאי עיר אחרת באותה מדינה שלא הוחזק שמו שבמדינה אחרת. אך מ"מ שפיר י"ל דיצא למקום א' ביהודה ולפי שהוא באותה מדינה לא בעי הוחזק ל' ומהני גרש בשם שביהודה משא"כ אם היה יוצא למקום א' שאינו במדינות יהודה וגליל ולא הוחזק ל' אפשר דהיה פסול ואינו רשאי לברור לו שם שרוצה מ"מ נראה כנ"ל דחשיב הוחזק במדינה זו לכל העיירות כיון ששינו שמו מצד המדינה כו' ועוד די"ל. דמה דלא חשיב

נשתקע דליסגי ביוחנן לחוד. הוא משום שאשתו בא"י וא"כ לגבי דידה לא נשתקע שם בעלה כלל דנקרא אשת פלוני יוסף. משא"כ כשהוא ואשתו יצאו לח"ל וקורין יוחנן י"ל דחשיב נשתקע שם יוסף דלא נקרא בא"י בשם כלל כיון שאינו שם לא הוא ולא אשתו דהא הר"ן ז"ל פי' ב"א ההולכים כו' שאשתו חזרה לא"י דמשמע דאם היתה שם לא הוי מבעיא להו דסגי ביוחנן. ובל"ז מדסתמו הפוסקים ולא הזכירו בש"ע שבעי הוחזק ל' יום במקום שגירש משמע דאין חילוק. ובפרט שנשאת דלא תצא. ובקשתי מאוד שלא לסמוך עלי רק לעיין בדבר וכשיסכים רו"מ יסכים עוד רב אחד:

דברי ידידו הק' יצחק מאיר:

סימן ל

שאלה. איש א' שדר עם אשתו והיה לו עמה שלשה בנים ונסע לארץ אחרת ושהה שם זמן הרבה ובתוך כך מתו הבנים ושב לביתו ודר עמה איזה שנים בקטטה כי חפץ לגרשה וכאשר נודע לאשתו שרצה לגרשה בע"כ היתה סגורה ומסוגרת ובא בלילה [עם] אנשי בליעל ושיברו הדלת ותפסוה בחזקה ונתן לה גט ע"כ. והעדים אשר הזמין על הגט הרבה להם הבעל מוהר ומתן לא' נתן חמשים זהו' ולשני חמשה רו"כ:

ב"ה יום ה' ואתחנן תרי"ב לפ"ק. להרב הג' אבד"ק טארנגראד נ"י:

תשובה הנה א"י למה כבודו נכנס בזה אם הגט יש בו ממש. וכי קטן זה לבד מה שעבר על חרם דרבינו גרשום ונקרא עבריין כל שאינו מתקן או להחזירה אם אפשר או לפייסה במאי דתפייס:

ובגוף הדין הגם שמה שהקשה רו"מ דברי ב"ש אהדדי (דבסי' קל"ט סקי"ב כ' דלא מהני גט בע"כ ובנשא ב' נשים ק"ל דמהני) לא קשה דהרי מפורש בתשו' מהר"מ דהגם שקידש אחרת ועבר מהני דזה הוא מה דמייתי הד"מ רק דאין ראיה כלל דלהפוסקים דלארוס אין חרם דרבינו גרשום רק נשואין א"כ אין שייכות לבטל הקדושין מש"ה ואין ראיה על גט בע"כ רק דהרי רמ"א מסופק אם גזר בארוסה וזה שוה לישא על הארוסה או לארוס על הנשואה כמפורש במהר"מ פאדווי סי' י"ד א"כ סי' מ"ד שפיר כ' ב"ש במקדש על אשתו ממ"נ או דמוכח מהר"מ דגם שעבר מהני או דבקדושין לא עבר ומקודשת ודאי משא"כ גט בע"כ שמא בקדושין אין אסור ואין ראיה בעבר ולכך מסופק. אך בתשו' מהר"מ הובא במרדכי ריש האומר דגם שעבר מהני. מ"מ אין ראיה דכ' שם ואין שייך כו' כיון שעבר על תקנת חרם רבינו גרשום מאור הגולה כל דמקדש כו' ואפקעינהו כו' דהא חייבי לאוין ושניות וכמה עברות כו' ותפסי קדושין ע"ש היינו דמזה עצמו הוכיח דלא נימא שהיה להפקיע כיון דלנשואין קיימא וע"ז כ' דהא חל כו' הקדושין ככל קדושין

אף דאסור לישא דאין שייכות הקדושין לנשואין א"כ ממילא אמרינן דלא תיקן כלל על הקדושין רק על הנשואין:

אמנם באמת אינו כן דמפורש אח"כ בדברי מהר"מ דכשנתכוין מיד לעבור על התקנה לא שייך כל דמקדש ע"ש ומוכח דס"ל שעבר ואעפ"כ דיעבד מהני. דאין סברא כלל שר"ג יאלם תקנתו מד"ת ומאחר דחייבי לאוין ושניות וכה"ג גילתה תורה דקדושין קדושין. אין שום סברא דתקנתו שלא משום צד איסור יהיה יותר משל תורה. הגם דמצינו דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה מ"מ היכא דמצינו מצינו לא שנאמר כן מעצמינו. גם בגט לענ"ד גם דעת ב"ש אינו כלל שלא יהיה גט ותהיה אסורה משום א"א דהרי רמ"א מפורש אינו סובר כן שכ' דכשנשאת אינו עבריין. ואיך יהיה גט למפרע ולמה לא כ' ב"ש דבריו על גוף הדין דעבר וגירש וציין עצמו על דין שוטה וע"כ כוונתו כמו שכתב רמ"ה הובא בטור שכ' ומדברי רמ"ה יראה שחייב במזונותיה שכ' שאפי' גרשה חייב במזונותיה וכל ת"כ לבד מתה"מ שאסור דא"א פטור מה הועילו חכמים בתקנתם ועוד כיון דאמור רבנן לא יוציא לא מצי מפיק לה ולא גרעא ממגורשת ואינה מגורשת ע"ש מבואר דאף שכ' לא מצי מפיק לה כונתו רק על חיובי ממון כן דברי רמ"ה אם גרשה אינה מגורשת גם כן רק לענין החיובים דהוא מדברי מהרי"ו ולא הזכיר ג"כ רק אסור כשעבר וגירש:

וי"ל דכופין להחזירה שלא יהא עבריין. והא סי' קע"ז באונס שגירש פ' דעבר וגירש כופין להחזירה ובכהן אינו מחזיר ולא הגיה הב"ש כלום דאחר חרם דרבינו גרשום אין הגט גט כלל ופשיטא דאין סברא שאינו חל חרם רבינו גרשום באונס על איסור תורה כיון שהוא ח' כולל. וכן לא מצא בה כו' לב"ש דמה"ת אסור אעפ"כ לא עלה כלל ע"ד הש"ס למבעי' אם הוי גט רק אי כופין להחזירה וע"כ כתי' תוס' תמורה ה' דאיתקש למיתה או טעם אחר. וגם ע"ז פשוט מאונס דאין כופין. ובודאי שלא יחמיר ר"ג בחרם שלו מאיסור תורה דאונס שא"י לגרשה ע"כ ואעפ"כ מהני רק צריך להחזירה:

וגם לעיל סי' ס"ו כתב רמ"א דכמו באונס כו' א"ל כתובה א"כ בזמן הזה במדינות אלו שאין מגרשין בע"כ משום חרם דרבינו גרשום היה אפשר להקל בכתיבת הכתובה אבל לא נהגו כן וא"ל. וכ' ח"מ טעם החלוק בין איסור תורה למה שהוא תקנה וכן ב"ש כ' עח"מ ע"ש. ואי הגט לא מהני כלל עדיף יותר וע"כ דמהני רק שהוא עבריין ובזה חשוד יותר לעבור על איסור דרבנן אך אין ראיה די"ל טעם החלוק לא משום קלות האיסור רק דבאונס שהוא מה"ת מיד כשתקנו כתובה לא תקנו באונס משא"כ שאר נשים אף שתיקן ר"ג אח"כ הא גם כשבטל לטעם התקנה אין ב"ד יכול לבטל כו' ונשאר הדין דאסור לשהו' בלי כתובה. ואדרבא יש להוכיח מדברי רמ"א ז"ל דעכ"פ כופין להחזירה.

דהנה בני הרב המנוח מו' אברהם מרדכי ז"ל הקשה לי על דברי רמ"א אלו איך לב"ש דלא יגרש אא"כ מצא ערות דבר. למה תיקן שמעון בן שטח כתובה לאשה הא לעולם אסור לגרש ובע"ד אין לה כתובה. ומוכח דבשביל האיסור לא מגרע חיוב הכתובה. והשבתי לו דשם אין כופין להחזירה בעבר וגירש כדאמר בש"ס. ומשום האיסור לחוד חיישינן שיעבור משא"כ באונס דכופין להחזירה ובכהן באונס י"ל דלא פליג. וא"כ מוכח דגם בחרם דרבינו גרשום כופין להחזירה דאל"כ לא הוי מדמי רמ"א ז"ל אהדדי דמוכח דמשום האיסור לחוד לא מהני כנ"ל. אך יש לדחות דלמא ס"ל לב"ש כתובה דאורייתא או כריב"י דגם באונס תקנו כתובה דמצער לה ע"ד ע"ש. כתובות ל"ט ע"ב. עוד קצת ראיה מסדר הגט דכ' שם השאלות לאשה אם מסרה מודעא וכדומה כמו לאיש והוא תמוה אטו בדידה קיימא כו' ומשמע דשייך להגט אם בע"כ לא יועיל. אולם י"ל רק לענין האיסור חרם רבינו גרשום לחוד או דשוב יש קפידא דבעל אלו ידע שאינה מרצונה לא היה מגרש שיהיה עליו חשש חרם רבינו גרשום:

אולם לשון כל הפוסקים נראה דמהני הגט מהר"מ והג"מ ורשב"א ורא"ש שכתבו מסברא בפרוצה וכה"ג סובר אני דלא תיקן ר"ג ובאיסור א"א לא היה סומך אסברא לחוד והיה לו להזכיר עכ"פ אי מותרת לינשא ע"כ דפשיטא להו דמותרת ומהר"מ פאדאווי בכמה תשובות ע"ש ואין לנו לחוש נגד המפורש בש"ע ורמ"א. גם לשון הב"ש הוא ג' ספיקות ואם תקנות ר"ג דמיא לתקנת חז"ל הרי דמסופק. י"ל דבזמן הזה אפי' כו' גם מסופק וכ"ז לדיעה הנ"ל דבשוטה גם דיעבד אינה מגורשת ג"כ מסופק דבשוטה מפורש לשון הש"ס מ"ט אמרו אינה מגורשת ע"ש. ודיעה הנ"ל ג"כ נגד רוב הפוסקים ע"ש:

ומ"ש רו"מ בענין אי עביד לא מהני סתירת תוס' ריש תמורה (דבדף ה' ד"ה מיתיבי כ' דבגט ל"א אי עביד לא מהני. ובדף ו' כתבו בנשבע שלא לגרש דלא מהני ע"ש) לענ"ד הפי' אתקש גרושין למיתה הוא כמו דאמר פ"ק דקדושין מה גט שריא וגומר כו' כן ההיקש להיפוך ג"כ במה שהגט כשר לגמרי אם תתרצה בשעת נתינת הגט שוב גומר גם בלא דעתה והיינו באונס ומש"ר משא"כ נשבע שלא לגרש אי שייך אי עביד לא מהני אינו גט ככל הפסולין ומה שייך להקיש למיתה. וכ' תוספות רק משום שבידה. וממילא לענין חרם דרבינו גרשום לגרש בע"כ הוא כמו אונס כנ"ל. ולדמות בשביל דמצינו דאמרי רבנן כתובות פ"א לא לזבין לא מהני. וכי בשביל דמצינו פעם א' שהי' התקנה כך נימא כן בכל מקום. הרי גם שם דחי אביי מכמה דוכתי גם שאמרו לא ימכור וקיים ואין סברא לומר דאביי לטעמא דא"ע מהני. ויתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים ובאחריך וטובא דכותי'. ובגט כמה פסולין ג' כו' ואם ניסת הולד כשר אף דעבר על תקנת חכמים. ואמר

גיטין י"ז אהני דלכתחלה לא תנשא. ויש כשר ולא תעשה כן וכה"ג ובאותן שלא מצינו מאחר דקי"ל בטלו מבוטל ממילא בסתם בכל תקנה כן. ומ"ש רו"מ לחלק שהביטול רק גילוי מה שבלבו ולא שייך ביה אי עביד לא מהני הוא נגד הגמ' גיטין ל"ד דמדמי לה לשום הדיינים ודחי רק דלא דמי איסורא לממונא. והא קי"ל גילוי דעתא בגט לא מהני רק ביטול בפירוש ושייך ביה אי עביד לא מהני. ומ"מ י"ל כסברת רו"מ רק שם מצד מה כח ב"ד יפה ואפקעינהו כו':

וסוף ביצה אין דנין אין מגרשין כו' הביא הרי"ף ירושלמי וכולן שעשו בין מזידין כו' מה שעשו עשוי ומכר בשבת ויה"כ אך שם חילקו הפוסקים דאסור שבת חשוב מצד אחר כמ"ש סמ"ע וש"ך ח"מ סי' ר"ח:

גם נראה דבדבר דמצינו בדאורייתא ודאי דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תקנו. וכאן מאחר דבאונס ומוציא שם רע אמרה תורה דאסור לגרש בע"כ ודיעבד מגורשת ודאי דכעין זה תיקון ר"ג בכל הנשים. רק הב"ש קורא זה אינו גט דמחויב להחזירה כמו באונס דקרי לה לא מהני כנ"ל:

והגם שכ' מהר"מ מינץ בתקנת ר"ג ואינו גט נראה דרמ"א ז"ל תופס עיקר הכתוב בכל בו שלא הוזכר לשון זה רק זה הלשון דכשנשאת אינו שוב עבריין שזה אינו כ' במהר"מ מינץ. או דמפרש אינו גט דחייב להחזירה כנ"ל ולא הוצרך לכתבו דהא כ' דהוא עבריין וממילא כן כנ"ל:

ומ"ש רו"מ דמאחר שכ' הסופר ועדים יהיו בנדוי הם פסולין גם כ' שראוי להעבירו ממלמדות. תמהני על רו"מ אם על רבית שהוא מפורש במשנה דעדים עוברין אמרינן דלא משמע לאינשי איסור וכה"ג כ"ש בזה שגם לענ"ד אין לחוש במה שלא הובא בש"ע ואחרונים שלנו כלל. והרמ"א ידע טפי מינן ע"כ תופס דברי הכל בו עיקר שלא הובא זה דסופר ועדים. והגם אם היה כתוב בתקנה ע"כ לא נתפשטה וכמה וכמה שהובא שם ולא חשו לה כלל כפותח מכתב וכדומה והגם שעל המגרש תקנתו נתפשטה וקבוע בישראל כתקנת חכמי הש"ס אבל על סופר ועדים לא נתפשטה. ועכ"פ גם אם האמת כדברי ר"מ מינץ עכ"פ לא משמע להו איסורא שיהי' נפסלין בכך:

וביו"ד סי' של"ד סעי' כ"ב מי שעבר על גזירת ר"ג ע"ה אם עבר בשוגג א"צ התרה ואם התרו בו ועבר במזיד כל ישראל שלוחי ר"ג הם להתיר כו' ע"ש משמע דלא חשבינן ליה מזיד אא"כ התרו בו. וכמ"ש ח"מ סי' ל"ד בדבר שאינו פשוט לא נפסל. ובסמ"ע ס"ק י' דמועיל בח' תקנ' הקהלות אינו נפסל ע"ש. והעדים והסופר אינו מלשון ר"ג מדלא הועתק בכלבו ושאר פוסקים בפרט דיש סברא דחשיב שהה י' שנים עכ"פ סברי מצוה

עבדי ועוד מסתמא אין אחרים שגרשה בע"כ רק אותן עדים ואיך יפסלו ע"פ עצמם ופ"ד שהי' ברצונה. וכן באותו דבר שנפסל כמ"ש מהרי"ט ובעדי גיטין וקדושין דצריך עדים י"ל דל"א פ"ד דעכ"פ הי' בלא עדים לדבריהם אך שוב לא מיפסל באותו דבר עצמו שנעשה פסול ע"י כדמייתי מהרי"ט סברת הר"ן. ואף דברשע דחמס י"ל דפסול היינו כשיש חשש שקר משא"כ כאן דאם משקר אינו פסול כלל ואיך נפסלנו בשביל שאמת כדבריו א"כ לא נפסל כלל. וכן כיון דאם יהיה הדין דפסול לא עבר ולא נפסל. אך לשון הגמ' לרצונו רשע כו' אל תשת כו' משמע אל"ה היה נאמן אף דבין כך ובין כך רשע כנ"ל. ובאמת מוכח מש"ס ב"ק ע"ג דאינו נפסל אלא אחר שעבר מדמשני והלכתא שהעידו תוך כדי דיבור והא עכ"פ לא עדיף מבב"א וע"כ דנפסל אח"כ רק בהזמה מטעם עדות שבטלה מקצתה. ומ"מ מדברי תוספ' גבי שטר שיש בו ריבית שהקשו דעדים פסולין וכן ב"ב גבי ב' כתי עדים לא נחלקו אלא בכת א' שהקשו נימא נמצא א' קא"פ משמע דאף על אותו דבר שנפסל יקרא שם פסול. אך תוספ' חולין י"ד גם גבי שחיטה בשבת לא כ' כהר"ן רק דפעם א' ל"ח מומר אבל גם אותו דבר בכלל וממילא לעדות פסול. אך י"ל דס"ל כהרמב"ם שם בפי' המשנה דמיד שהתחיל ע"ש. אולם רמב"ם נראה דס"ל כר"ן דגם אי בפעם א' נעשה מומר מ"מ אותו דבר לא ע"ש. מ"מ אינו מוכרח לענין עדות. וי"ל דהתורה העמידה לעדים בחזקת כשרות אבל כשאם העדות אמת רשע ג"כ שוב מאי חזית להאמינו ועבר אלאו דריבית שמא משקר ועבר רק על עדות שקר. וכן בח' שלא להיות עד וענינים אלו צריך אריכות הרבה. ועיקר לענ"ד שגם בגט וקדושין שייך פ"ד שכשמסלקין הדיבור דמשים עצמו רשע כאלו לא אמרו הוי כמעיד ונתגרשה סתם וכמהרי"ט ז"ל:

סימן לא

על דבר האשה מפיעטערקאב שקבלה גט מבעלה מ' בווארשי ונכתב שמה אידל בת מ' יוסף הכהן ואינו כהן לענ"ד אינו מוצא מקום להתירה בגט הזה אף במקום עגון:

על מ"ש רו"מ אתמה שהם דברי חדוד בעלמא ואין ראוי בענין חמור כזה מ"ש דהא דבעי ר"מ מוכיח מתוכו דהוי כשלא לשמה כמ"ש התוס' גבי לאיזה שארצה כו' א"י מה. לא נעלם ממנו כמה מקומות שענין מוכח מתוכו לר"מ בכל השטרות. ובל"ז אינו ענין כלל זה לזה. וכן הא דלאו מיניה לא מחריב ביה. לאו מיניה היא. גם מקום הלידה ג"כ סימן על המגרש כמו שם אביו ואין להאריך. גם מ"ש לחלק דבס' תורת גיטין מיירי בלא שם אביו דאז הוחזק כמ"ש אהע"ז סי' י"ז סי"ח. ובהוחזק צריך כהן לסימן משא"כ בכתב שם אביו דא"צ כהן דהוי לא הוחזק. מה שמדמה לסי' י"ז לא דמי דבגט שכתוב שזו אשתו

זה עצמו סימן ובלי שם אביו או אבי' הוי סימן משא"כ סי' י"ז. וגם עם שם אביו בלא כ' מקום הדירה יש הרבה חולקים. וגם דבר שאין לו שחר לפרש דברי תורת גיטין ממחברי זמנינו דמיירי שלא כתב שם האבות:

ובגוף הדין מבואר בתשובת הגאון מ' עקיבא אייגר סי' קט"ז באורך על מה שנכתב באבי המתגרשת לוי ולא היה לוי שלא רצה להתיר גט במקום עגון גדול. ויעיין רו"מ וא"צ לכפול המבואר שם. אמנם לענ"ד הדבר תמוה. הנה לא כתבינן מקום דירה. ומבואר להדיא במשנה שינה שם עירו כו' דתצא כו' ואנו שסומכין לכתחילה שלא לכתוב ע"כ סומכין על הפוסקים דאף מה שאין צריך לכתוב אם שינה פסול. ור"ת שסובר דמה שא"צ לכתוב גם שינה כשר ע"כ דסבר דאם לא כתב מקום דירה פסול. וא"כ ע"כ לא הכשירו במקום לידה שינוי רק שסמכו בדיעבד על ר"ת כשא"צ לכתוב אינו פסול בשינוי. והיינו דהיה נכתב מקום דירה דכן היה המנהג בימי התוס' כמבואר בכל הפוסקים. אבל לדידן שאינו נכתב מקום דירה ושינה מקום לידה. א"א להכשיר דהוי תרי קולי דסתרי אהדדי דממ"נ מוכח מהמשנה או דפסול לא כתב מקום דירה ואם כשר א"כ ע"כ בשינה מה שאינו צריך פסול. ותמהני איך העלימו עין מזה. והנה ממ"ש הרמ"א ז"ל סי' קכ"ח ואם שינה כו' כמו מקום הלידה כו' דבשעת הדחק יש להקל. י"ל דמיירי בכתב מקום הדירה דהא ציין בב"י ב' דיעות ע"ש מהראשונים ז"ל שהי' כותבין מקום הדירה. וגם דברי המחבר כותבין שם עי' כו' ואין כ' ש"מ הלידה אע"פ שאם שינה לא פסול. י"ל ג"כ דקאי אם הי' כותבין מקום דירה לא היה פסול בשינה מקום לידה. מ"מ פשט לשנייהו לא משמע כן. וצ"ל א' מב' או דס"ל לרמ"א ז"ל די"ל דוקא מה שצריך לכתחילה עכ"פ בזה פסול בשנוי כיון דעכ"פ צריכין לדקדק לכתחילה. משא"כ במה שלכתחילה ג"כ אין כותבין. וא"כ סומכין בשינה מקום לידה על ר"ת די"ל גם מקום דירה לא כתב כשר דיעבד גם בימי המשנה. ומ"מ כיון דהיה צריך לכתחילה שפיר שינה פסול משא"כ מקום לידה דאין כותבין כלל. ואף דא"כ מנ"ל לרמ"א גם בשינה מקום דירה לפסול לדידן כיון דחשבינן ליה עכשיו שמרופה כו' כמקום סכנה ואין נוהגין לכתוב שוב אין ראיה מהמשנה לפסול בשינה. מ"מ י"ל דלא סמכו על סברא הנ"ל במה שמפורש במשנה לפסול:

או דהא סוברים עיקר החילוק כמ"ש הרא"ש ז"ל גיטין דאדם נקרא ע"ש מקום דירתו משא"כ מקום לידה אינו ידוע ואינו נקרא עליו עיין שם. ולכך אף דבמקום דירה אף דכשר בלא כתב מ"מ פסול שינה משא"כ מקום לידה כמ"ש הרא"ש להדיא. וא"כ בשם אביו כיון שכתב ב"ש סי' קכ"ט ס"ק י"ז דאף אי לא כתב שם אבות כשר מ"מ שינוי

פוסל דל"ד למ"ע ולידה דאין נקרא ע"ש כו'. א"כ כיון שהמנהג לכתוב כהן לכתחילה ולדקדק. ומקום דירה אין כתוב בגט נראה דפסול ודאי בשינה לכתוב כהן כנ"ל ואין שום ראיה מר"ת ז"ל דמייתי משטרות דאינו צריך לכתחילה לכתוב כהן על מקום לידה דג"כ א"צ לכתחילה כמו שדקדקו תוספ' גיטין פ' אבל עיר שנולד כו' אפילו שינה כשר כיון שא"צ לכתבו כלל וכפלו בר"ת ג"כ דבר שא"צ ושלשו בסוף ג"כ. דלר"ת שלא הזכיר סברת הרא"ש רק דאינו פסול בדבר שא"צ דוקא בדבר שא"צ גם לכתחילה כנ"ל. וכן מבואר בתוספ' גיטין דף כ' דס"ל דמה דתני שינה ע"כ בלא כתב כשר. גם י"ל דכל דברי התוס' קאי על פירושה ד"ה שינה כו' שכתב וכן שם עירו ועירה לא שינה ממש רק שיש לאותה עיר ב' שמות בב' מקומות. דפשיט להו דבלא"ה היה פסול דאורייתא דהא ר"ת דמייתי ראיה ממ"ד אין מעלין והא לא איפסקא הלכתא שם. ומשמע משום דמיירי בפסול דרבנן הביא ראיה כנ"ל. דא"ל דלא מסתבר ליה שנחלקו אמוראי בזה דמנ"ל הא אדרבא משמע דבהא פליגי דאכולא מסהדי. וכן מורה לשון התוס' מדאמר אין מעלין כו' ע"ש:

והנה גם בכהן ולא כתב כהן ג"כ דעת מהרא"י שפסול ומהר"א ששון סי' כ"ב הביאו ב"ש ס"ק ט"ו פסק שפסול אף בדיעבד במקומות שנוהגין לכתוב כהן ע"ש. ובאמת מה שדחה ב"י ראייתו מהא דאין מעלין משטרות וגם מהרא"ש נדחק לענ"ד הפי' הפשוט מדאמר סתמא אין מעלין ואף שטר היוצא שנכתב זה זמן רב וא"י עתה אם היו אז מוחזקין ב' יוסף בן שמעון או לא אעפ"כ אין מעלין ולמה. אם היה כמו בימי המשנה שלא היה כתוב כהן אלא בהוחזק ב' יב"ש. א"כ מדחזינן דכתבו כהן בשטר ע"כ שהי' אז הוחזקו ב' יוסף בן שמעון שאל"כ לא הי' להם לכתוב כלל כהן וכיון דמסתמא הי' ב' יוסף בן שמעון א"כ אכולא מסהדי כמו שכתבו תוספ'. ומוכח שהיו רגילים בימי האמוראים לכתוב כהן בשטרות אף בלא הוחזק ולכך אין מעלין. וממילא בגט כיון שכ' לכתחילה פסול אף דבשטרות כשר. דדלמא הלכה כמ"ד מעלין כנ"ל ופשוט. עכ"פ מסיק מהרא"ש להלכה דפסול. ואף שמכשיר הטור בשטרות היינו משום דאין כת' גם לכתחילה כהן. וכן הב"י שבא"י אין כותבין אינו מזיק כו' משא"כ לדידן דכותבין כנ"ל ע"ש אבל להיפוך כת' כהן כנידן דידן ליכא למ"ד דכשר. דהא להרמב"ם ז"ל הגט בטל מה"ת בשינוי ולא מהני ע"מ כלל שצריך להיות מפורש בגט שגירש אשה זו ע"ש. ואם זה חשיב שינוי מפורש בגט שאינה אשה זו רק בת כהן. וסי' קל"ז פסק רמ"א בב' יוסף בן שמעון שכ' כהן ומשמע דגם בלי ע"מ בפנינו מהני וסומך ע"ז לקולא. אך שם בהוחזק דייקא ותלינן דמסתמא ידעו העדים שהוחזק. אך מתוס' מבואר דאין מדקדקים אם הוחזק ב' יוסף בן שמעון

ובמשנה שלא הי' כותבין כהן א"כ יודעין שידעו שהוחזק משא"כ לדידן. שוב מצאתי בתומים סי' מ"ט כת' כנ"ל ע"ש דמסיק ג"כ בכתוב כהן דמהני גם להוציא. אמנם מרמ"א הנ"ל משמע גם כת' סתם מהני לס' אף דבשעת הדחק כשר בלא כתוב כהן. ולמה יוכשר בא' אינו כהן שכ' סתם ובח"מ סי' מ"ט מחלק רמ"א בין שהוא לשון הבע"ד ע"ש ובגט הוא לשון הבעל ולכך משמע מאחר דאין מכשירין אלא דיעבד ובדחק סמכינן דודאי דקדקו. ובש"ך סי' מ"ט פסק דמהני להוציא ממון מ"ש כהן ע"ש. וכ"כ גט פשוט מאחר שכתב ב"י רק בלא כ' כהן דכשר מוכח דכ' כהן למי שאינו כהן דפסול ע"ש. דמצינו פ"ב דכתובות ופ"ב דר"ה החילוק בין שלא עשו כראוי דאיכא למיתלי בטעות וכה"ג משא"כ עושה להיפוך:

וכ"כ הגט פשוט סי' קכ"ח ס"ק מ' להדיא באבי המתגרשת וכ' משא"כ הגט שכ' בו כהן אם אינו כהן הגט בטל לכ"ע ע"ש וכ"כ בת' ב"ח סי' צ"ב דמה"ת בטל אותו שיכתב אבי האשה כהן ואינו כהן ע"ש דבאמת גם במקום לידה אין לנו ראיה כלל להתיר בלא כ' מקום דירה. דבשלמא בכתוב מקום דירה ויודעין שאין שם ששמותיהן כן. א"כ כמו דמבואר לעיל סי' קכ"ו בטור כש"כ בד' כ' כו' כיון שע"כ א' טעות שאם רביעי הוא כ"א לחודש וכיון דבימי השבוע לא שכיח דטעי תלינן הטעות בחודש ע"ש. כן בהנ"ל כיון שאין במקום דירה שלהם שמות אלו רק אלו. ואף שלא נולד במקום האמור מ"מ עכ"פ א' טעות ונאמר מחמת שינוי מקום הלידה שאחרים הם והטעות במקום דירה. וכיון שמקום דירה מדקדקים יותר כמ"ש הרא"ש ותוס' ממילא תלינן הטעות במקום לידה שבזה לא דקדקו כיון דמבורר זה מתוך הגט. אבל כשלא נכתב מקום דירה אף דסמכינן סתם שאותן הם שלא הוחזקו אחרים אבל בשינה מקום לידה מורה שאינם אותן רק אחרים שנולדו במקום הכתוב בגט. כיון שאין דבר המורה להיפוך. וא"כ י"ל דג"כ לא מכשרי רק דבמקום לידה הכתוב בגט ג"כ אין כשמותם הנ"ל וא"כ ג"כ עכ"פ טעות. ותלינן במקום לידה אבל באין כתוב שום מקום כדידן שנתגרשה במקום אחר וכתוב שינוי המורה שאינה זו ואין שום דבר המורה להיפוך רק מה שלא הוחזק שיהיה לו אשה אחרת והא כתוב בגט שמגרש אחרת שהוא בת כהן:

עוד לענ"ד דיש חומרא יותר במתגרשת משינוי במגרש. דהא מה שהסופר כותב לשמה הוא ע"פ מה שאומר לו הבעל כתוב לשם אשתי פלונית בת פ' ואינו מורה באצבע עליה רק ע"פ השם יודע הסופר שכותב לשם האשה ששמה כך וכשיש שינוי וכותב לשם בת כהן ואינה זו א"כ לא כ' לשם המגורשת כלל דקודם הנתינה אין שום בירור. שמא יש לו אשה אחרת ששמה כן והיא בת כהן. בפרט במומר שאינו בחזקת שלא עבר על חרם

דרבינו גרשום. ורק מצד לא הוחזק באשה אחרת. אבל כיון שהשינוי ניכרת שזו אינה בת כהן ממילא מורה יותר על אחרת ממה שלא הוחזק. וחשש זה שייך במגרש ושינוי שם קצת דעכ"פ שומע הסופר ממנו וכותב לשמו משא"כ במתגרשת. ואם היה הבעל אומר לסופר כתוב לשם אשתי זאת ששמה כן היה שפיר רק טעות משא"כ כפי הנהוג שאומר כתוב לשם אשתי פלונית בת פ' כנ"ל:

שוב ראיתי באחרונים ז"ל והנה מבואר בתשו' נוב"י קמא סי' פ"ט ותנינא סי' ק"ט דין הנ"ל בנכתב על אבי' כהן ואינו כהן דמוחלט בעיניו דפסול ובת' הג' מהרע"א אינו רוצה להתיר כלל גם במקום עגון. ומה שמצדד שם הג' ב"מ להקל בסברות קלושות שאינם כדי להתיר איסור קל אף כי איסור אשת איש ועיקר הוכחתו שכתב וירא לי דמכ"ש דבר הצריך שלא לפסול שטרא אם כתבוהו פשיטא דחתימי אשיקרא. וא"י למה ודאי מה שגורם לגבות שלא כדין וכה"ג צריכין להזהר אבל כיון דכ' שטר ללוה כו' מה להם לעדים שא"י אם הלוה כהן או לא כיון שיודעין שאין בעיר ששמו כשם זה הלוה לא כהן ולא ישראל לא יוכל מלוה לגבות מאחר. ואם אינו כהן ומשקר יחוש המלוה לעצמו ולא יקח שטר פסול. וממילא אין לחוש שהלוה משנה ופשוט וגם הג' הנ"ל ביטל דעתו אם לא יסכים הג' מהרע"א ולא הסכים. ובפרט שלא הזכיר כלל החילוקים דשני ושני לדידן שאין כ' מקום דירה. ודאי דבשטר שלא נכתב מקום דירת הלוה וכ' כהן לא יוכל לגבות ממי ששמו כן ואינו כהן:

הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

סימן לב

ב"ה יום ב' מקץ תרה"ל פה ווארשא. לכבוד אהובי ידידי הרב החריף ובקי פ"ה ע"ה חכם ושלם מו' מנחם זאב נ"י אבד"ק קאצק:

על דבר הגט שנכתב שמה פיגו כמ"ש בב"ש הגם כי לא רציתי להכניס א"ע בזה. אולם להפצרת רו"מ עיינתי וראיתי דברי גיסו ידידי הרב הגאון אבד"ק טשעכנאווי נ"י ואם כי דבריו חביבים לי מאוד לא יכולתי להולמם. מה שרוצה לתקוע עצמו לדבר הלכה לכתוב לכתחילה פיגו וזה לא לבד נגד הג' מהר"ז בספר טוב גיטין. רק גם נגד הג' בעל מאיר נתיבים ונגד הג' אב"ד דלבוב בס' ישועות יעקב שכולם כתבו שהוא הוראה של טעות. וגם הוא נגד החוש מ"ש שם זה מכל השמות של לע"ז שמבואר בש"ע ורמ"א סי' קכ"ט שהן באלף בסוף בילא פריידא וכדומה ואם שם פיגא נגזר מלשון תאנה כמ"ש רו"מ ג"כ הוא באל"ף בסוף כמו פרידא מן שמחה כמבואר בפסקי מהרא"י סי' קמ"ב דבלשון אשכנז צח בכל כיוצא באלו בא אלף בסוף כמו הויז בית נכתב הויזא אינא אולמא ע"ש. ומה

שהביא משם הירש הירץ שכותבין ביה אף שנקרא כמו סגול אינו דמיון כלל שם מאחר שכל הנקראים הירש חותמין ביו"ד. וגם עתה בכמה מדינות בליטא וכה"ג דוחקים היוד וקוראים הירש בחיריק ומזה בא שחותמין ביו"ד. ממילא ניכר לכל שמי שכתוב הירש ביו"ד הוא אותו שנקרא הירש בסגול. וכן בשם פיגא שכולן נקראין כן וחותמין כן באלף ובשביל שנמצא בב"ש שם פיגו. ידע הקורא שזו הוא אין לו שחר הלא יותר הם ידועים דברי הש"ע ששמות נשים כאלו הן באלף בסוף וכמו שנוהגין ויאמר הקורא שבודאי אינה זו וב"ש בעצמו אות ג' גיצלא מסתמא באלף אם לא שדוחקין החירק כ' ביו"ד בסוף וכבר כתב רמ"א סי' קכ"ט סי' ל"ד שאין להקפיד בזה איך נמצאו השמות כתובין כי כל אחד כתב לפי מדינתו. ואין זה נגד הב"ש כלל דאפשר אז היו מדגישין וקורין בחולם או שורק וכמו שהביא בט"ג מהר"מ חריף על שם גאלדא שנגזר מזהב שבדורות הקודמים הי' נקרא זהב גולד הי' כותבין גולדא ועתה שנקרא גאלד כותבין גאלדא. ופסק דאם כתב גולדא אם ניסת תצא ע"ש וכ"כ הב"ש לכתוב בפולין גאלדא ע"ש. או שהב"ש העתיק שמות ספרדים ששם נקראין כן ואפשר הפ' בדגש. ובעהמ"ח ג"ת הי' שמו ר' עזרי' פיגו. ויגיד עליו ריעו שאר השמות שם פיגו פירגו פראנקי כו' שכולם שמות ספרדי ומה שלא הזכיר שם פיגא שבמדינתינו אולי לא הי' נקראים אז בשם זה. והלא בס"ג של רש"ל ולבוש ונ"ש לא נזכר ג"כ. וגם שם פיגו ופירגו וכו' לא הזכירו כלל. והם היו במדינתינו. גם מזה ראיה שהן שמות ספרדים. וכי אין חסרים כמה שמות בב"ש הרגילים עתה. שם פסח הרגיל לא הוזכר וכדומה הרבה וכי יש לבנות יסוד על זה להכחיש המורגש בפי כל ולומר שעיקר הנחתו בויו"ו. ואף אם הי' נודע לנו כן שעיקר הנחתו בויו"ו. ג"כ יש לכתוב באלף מאחר שנשתקע והוא שם לעז ואין קוראין ולא חותמין כן כמו בשם גאלדא הנ"ל. וכמו שהוכיח מהרי"ט מהא דתלת דאישתני בבל בורסיף נ"מ לגיטי נשים ע"ש ובודאי שכל מסדר גיטין כותבין באלף בסוף וכן ראוי:

אך לענין דיעבד שכ' הג' מהר"ז שפסול וגיסו הרב שיחי' כ' לא מיבעיא לשיטת מהריב"ל אין פסול כלל בשינוי היכא דליכא ב' שמות כמו בגרשון גרשם עכ"ל ולא ידעתי למה פשיטא ליה הא מבואר במהריב"ל ח"א סי' כ"א בשם מתתיא שכ' באלף בסוף והביא דברי ת"ה הנ"ל דכ' דגרשון גרשם ל"ד ליצחק חקין דלא שייך לעשות גרשון כינוי לגרשום כיון דהאי שם כתוב והאי שם כתוב. ודייק מהריב"ל הא קמן כי אלו לא נמצא בתורה רק שם גרשום לבד והי' כתוב בגט גרשון היינו אומרים כי גרשון כינוי לגרשום אף שיש שינוי המורגש וכ"ש בנידן דידן שאות ה' וא' הם מאותיות הנח והנעלם ואין היכירא במבטא מתתי' בה' ובין מתתי' בא' דפשיטא כיון שלא נכתבו בתורה ב' השמות דאין

לפסול זה הגט בדיעבד ואף לכתחילה אם יהיה שעת הדחק שהבעל בארץ רחוקה עכ"ל. וכוונתו פשוטה כמ"ש ת"ה דחשבינן שם הכתוב בתורה לשם הקודש ושם גרשון אלו לא היה כתוב הוי חשבינן ליה כינוי ורק מטעם דשניהם כתובין לא חשיב כינוי א"כ גם בשם מתתי' דמצינו כ' רק בה' ובאלף אינו כ' בשום מקום חשיב כינוי לשם מתתי' בה' שהוא שם הקודש כנ"ל:

אבל בשניהם שמות לע"ז כמו פיגא ופיגו איך שייך שזה כינוי לזה כמו בשניהם כתובים שאין א' כינוי לשני כן בשניהם אינם כתובין. ומ"ש הב"ש היכא דליכא שתי שמות היינו שאין שניהם כתובים רק א' ממילא הוי השני כינוי. אבל לא בשניהם אינם כתובין. וזה פשוט למעיין במהריב"ל וב"ש בשם מתתי' ע"ש. והרי מהריב"ל עצמו ח"א סי' כ"ט בשם גוויא בלא י' וכתב גיווי' בי' כתב קרוב אני לומר דאפילו ניסת תצא ולא ס"ל שיהיה גיווי' כינוי לגווי' כמ"ש הרב נ"י. וכן ח"ג סי' ט' פאלומבא שחיסר הא' אחר הפ' שהוא במקום נקודת הפתח ורצה ג"כ להחמיר ומסיק להכשיר משום דגם בלי ניקוד ע"כ לקרותו בא' מה' נקודות והביא הרשד"ם שאם כ' טנס במקום טונס פסול ומחלקים דהא' שבמקום פתח דרך לחסר לפעמים משא"כ ו' שבמקום נקודה אין דרך לחסר:

והגם שהגט פשוט היה סבור ג"כ במהריב"ל דליכא ב' שמות היינו שאין כאן ב' שמות והקשה עליו מהא דנפאתא ותפאתא שהוכיח ראיה דאף שינוי בטעות פסול ע"ש אבל באמת פשוט במהריב"ל כמ"ש שמוכח כן בכמה דוכתי בדבריו:

ומ"ש עוד הרב נ"י ואפילו לב"ש דמחמיר היינו דוקא היכא שיש שינוי ידוע שלא נכתב בגט כפי חתימתו אבל כ"ז שאינו מבורר השינוי כשר עכ"פ בדיעבד אפילו השינוי ניכר קצת במבטא כמו בשם יהודא שכ' אלף באמצע התיבה אף שרחוק לתלות חתימתו בטעות עכ"ל. ולא ידעתי מה הלא דברי ב"ש סובבים רק ע"ז בשביל דשם יהודא כ' בתורה ויאודה אינו כתוב הוי יאודה כינוי לשם יהודא הכתוב ואף שהוא שינוי קצת הוי כיצחק חקין. וגם בזה הא באות ו' כ' מיהו אם חתם באלף אחר הי' וכ' בגט בלא אלף י"ל דהוי שינוי השם שיש שינוי במבטא ע"ש גם שאינו ניכר כ"כ:

גם מ"ש שהברה שבסוף התיבה אינו ניכר כ"כ אם נוטה לקמץ או חוריק או סגול ומלאפום כו' ואותיות אהו"י הם מאותיות המתחלפים עכ"ל. ג"כ אינו מובן כלל. וכי דנין על חילוף האות ו' שבמקום א' הלא דנין על הגימול שנקראת בחולם או מלאפום ואין ענין אותיות מתחלפות לכאן. שזה שינוי המורגש. ומ"ש שאינו ניכר אינו כן שודאי ניכר שאין בחולם או מלאפום. ומהרח"ש בתשובה סי' ג' בא' שהיה שמו וכינויו שלמה טראנטו וכתב שלמה טראנטה כיון שכינוי נקרא בחולם וחסר כ' אפילו ניסת תצא.

ומהרי"ט שמכשיר כתב הטעם שהשינוי בא מחמת לשון ערב שכל מלה שהוא בחולם כותבין ה' בסוף במקום ו' כמו בכ' לגפן עירה כו' סותה. הובא בס' ג"פ סי' קכ"ה ס"ק פ"ב. וגם בכה"ג שניכר ממקום הכתיבה כ' הג"פ דע"כ לא הכשיר מהרי"ט רק בכינוי שם אב אבל לא בשמם כמבואר בשם ארינ'. וכן מסיק בס' ג"פ סי' קכ"ח ס"ק ג' דחסרון אל"ף במקום פתח לא קפדי אבל ו' י' בלשון לעז קפדי ביה והוא ג"כ ממהריב"ל עיין שם: וכן במרדכי פ' המגרש בשם ריצב"א בורייש ובאורייש שמכשיר רק משום שבא מארץ הגר וידוע ששם כותבין כן והביאו ר"מ בתשובה על ליפאנטו וכ' ליפאנט נחסר הו' לניקוד שפסול ע"ש. ודייק ממרדכי הנ"ל שא' אין הברתה ניכרת כלל ואינו שינוי המורגש גם לא היתה עיר אחרת נקראת בשם בורייש ואעפ"כ היה פוסלו משום שינה שם עירו כו' ואפילו שבא מארץ הגר לא סמך על דעתו עד יבאו דברי רשב"א כו' ק"ו בנידן דידן כו' ע"ש וכן תאנים במקום טנם פסל רא"מ בשביל תוספות ו' שיקרא בחוריק ע"ש במקום פתח כו':

וכן משמע להדיא מלשון הרמ"א בש"ע סי' קכ"ט סי' ל"ד על שמות הנשים שבלשה"ק בה' לבסוף ובלעז באלף בסוף כ' מיהו אם שינה וכ' ה' במקום א' כשר ע"ש מוכח דוקא ה' במקום א' שאין שום חילוק והרגש בין א' בסוף ובין ה'. דהא הוצרכו לראיה מרב אדא בר אהבה וע"כ שא"א להבחין. משא"כ ו' או י' בסוף שניכר הוי שינוי ממש אפילו דיעבד. ומהתימה שלא הזכיר הרב נ"י דברי רמ"א כלל וגם ע"ז ה' במקום א' כ' הב"ש ס"ק נ' וכ"ז איירי אם א"י איך היה חותם אבל אם שינה ממה שהיה חותם י"ל דהוי שינוי שם ע"ש וקאי אדיעבד וכ"ש בשינוי זה שהוא שינוי ממה שחותמין ומה שנקראת בפי כל. ומה שהביא הרב נ"י משם ליבקא כו' ג"כ א"י הלא כ' הב"ש שם דוקא כשא"י שמה אבל בידוע פסול אפילו בדיעבד. ולא נמצא מקום מדברי ב"ש להכשיר כה"ג. רק אם יאמר שאין זה שינוי ממה שקורין וזה רחוק מן הדעת. שחולם או מלאפום דרך להדגיש שניכר לכל. ורק מ"ש שבמדינתינו שהוא מקום הכתיבה ונתינה לא נמצא ב' שמות מובדלות בשם פיגא בין קמץ ומלאפום מילתא דפשיטא דאזלינן בזה רק בתר מקום כתיבה ונתינה ומה בכך שנמצא במקום אחר כו'. דבריו הן דברי מהרשד"ם שסובר דאין שינוי פוסל רק ביש שם אחר כזה אבל לא בטעות שאין נמצא שם כזה וניכר שהוא טעות ע"ש. וקשה לסמוך ע"ז דמבואר ברא"מ להיפוך מדברי רש"י גיטין ס"ג בהא דנפאתה שפי' כך שמה ועל תפאת טעו ע"ש. וכן בשאר הפוסקים לא סמכו עלי' בזה כלל ואין לומר דבר כזה בלי ראיה. דהא אף למ"ד אין חוששין לשני שוירי כיון דזה ידוע אין לספק בשוירי אחרת שמא יש היינו שאין שינוי. אבל כשיש שינוי ואשה זו מוחזקת פיגא בא'

וכשיכתב בו' מוכיח שודאי אחרת היא אף שלא נודע לו ולמה יתלה בטעות. ובפרט לדידן שאין כותבין מקום הדירה אפשר גם רשד"ם מודה דזה ראיה דאשה ממקום אחר נתגרשה כאן וכ' שמה כמו שנקראת שם:

וימחול רו"מ לשלוח הדברים אל כבוד גיסו ידידי הרב הגאון נ"י אם יעמוד על דעתו ויכתוב דברים של טעם הנני מוכן להודות על האמת כי חפצתי צדקו. הנראה לענ"ד כתבתי הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

מהרח"ש ומהריב"ל ג"כ לא ס"ל הא דמהרשד"ם דהא אפילו בזמן כשדילג פרט האמצעי ג' מאות פסק בש"ע סי' קכ"ז דפסול אף שניכר לכל שהוא טעות ולא שייכי החששות מכש"כ בשמם דמכ"מ ניכר להקורא שאין שם זה אשה זו וכי ידקדק אם נקראת אחרת כן או לא. והרי אפילו בשטר ב"ב קס"ו ילמוד תחתון מעליון כגון חנן וחנני וכתב הש"ך סי' מ"ב ליישב תמיהת הת"ח הרי חנן בנון פשוטה וחנני בנון כפופ' וכ' דמיירי שכ' חנן ואעפ"כ ס"ד דהוי כב' אותיות ואין למדין וקמ"ל דלמדין כו' ומוכח דאפילו שכ' חנן בנון כפופה בסוף שודאי אינו שם אחר מ"מ כשר רק משום דילמוד מעליון אבל אם גם בעליון כתוב כן לא הוי חנני גובה בו:

והגם שיש לדחות קצת. מ"מ לענ"ד אין פשוט להכשיר דיעבד ואין לדחות דברי הג' מהר"ז כלאחר יד. ואם אפשר להשיג גט אחר ראוי לעשות:

סימן לג

ב"ה יום א' תשא תר"ה לפ"ק. לכבוד אהו' הרב החריף ובקי המופל' מוה' מנחם זאב הכהן נ"י:

הגיעני מכתב ארוך דברים של הבל. על מה שכתב מכל השמות כאלו. השמיט מלשונו כאלו ומקשה שאינו כלל מ"ש בש"ע על כל השמות ומביא שם וואבי ללא ענין. וכי יכחיש שקריאת שם פיגא בסוף כקריאת שם בילא ופרידא. גם על מ"ש ששם ספרדי הוא מקשה שגם שם כלל הזה וכי אינו יודע שכשמדגישין בסוף בחולם או מלאפום ודאי שכותבין בו' בסוף. וזה הי' הכוונה אולי שם ספרדי שמדגישין שם שם זה ורו"מ עושה עצמו כמסתפק ונבוך שהברת שם פיגא נוטה בסוף למלאפום ומתעקש להעמיד דבריו נגד הידוע לתינוקות. ואיך אפשר לכתוב אליו דברי טעם וסברא התלוי בבינת הלב למודה על האמת. והנה הרבנים בעל מאיר נתיבים והג' מהר"ז ז"ל והג' אב"ד לבוב הי' במדינתינו בעיירות הגדולות שבמדינה ומסדרי גיטין. ורו"מ רוצה להכחיש כולם בדבר הידוע. ומביא משם יוסל הושקי שאינו ענין כלל שנגזרים משם יוסף הושע שכתובים בו'. אבל שם פיגא שידוע לכל קריאת שם זה ככל השמות הנכתבים באלף

בסוף. ובשביל שנמצא בב"ש שם פיגו בו' נולד מזה שכוונת הב"ש על הנשים שנקראים פיגא בזמנינו ולהוכיח שהנחת השם הי' בו' ולשנות ממה שנקרא זה אינו עולה על שכל בר דעת:

ומה שכופל ומשלש שרק משום לעז ועתה קורין הגט. כמה לא חלי ולא מרגיש לכתוב בשינוי שמה רק משום לעז. ואין מהצורך להאריך בזה כבר כתבתי לו שעל דיעבד איני לא מסכים כשאינו שעת הדחק גמור ולא מערער כשימצא גדולים המתירין. ועיקר כוונתי הי' שיכתוב לגיסו הגאון נ"י שכ' משמו לכתוב לכתחלה פיגו נגד הגדולים הנ"ל והוא גדול וצדיק ואו"נ והוא ענין חמור מאוד מצאתי א"ע מחויב בדבר להודיעו ואם יעמוד על דעתו יעשה כמו שירצה:

דברי ידידו הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן לד

שאלה שם המגרש וואלף וכן נקרא בפי כל. רק שאומר ששמו מנלי וואלף וכן כתוב בהמענטריקעס אולם כל העולם אין יודעים מזה ולקריאת התורה נקרא לפעמים מנחם זאב ולפעמים שאין השמש יודע קורהו בשם זאב בלבד:

תשובה אודות הגט הנה גם בנשתקע שם א' כ' ב"י לספק והב"ש ס"ק ל"ז הכריע לכתוב רק שם הב'. הגם דעיקר ראייתם מרש"י סוף פרק במה מדליקין בבל בורסיף כו' וצריך לכתוב שם הב'. תמוה לענ"ד מוכח להיפוך דאטו קמ"ל שם דעכשיו הא זה ידוע א"כ מה נ"מ שם הקדום בין כך ובין כך יכתוב שם דעכשיו. ומוכח דצריך לכתוב שם הקדום דמתקרי ושפיר קמ"ל דזה דעכשיו עיקר ודמתקרי בכל כו'. ומדויק לשון רש"י וצריך דהוי ליה למימר דצריך. ולהנ"ל א"ש וצריך כו' ולכך נ"מ לכתוב דמיתקרי על הקדום. מ"מ י"ל בדוחק. ואין לחלוק על הפוסקים דנשתקע אין כותבין. אבל כאן דספק אם חשיב נשתקע ע"י זכרון הפאסין וכו' ואם מנלי הכינוי לא נשתקע גם מנחם לא הוי נשתקע. א"כ נראה לכתחילה ליתן ב' גיטין א' זאב המכונה וואלף לחוד שמא נשתקע כו'. וב' זאב המכונה וואלף דמתקרי מנחם זאב המכונה מנלי וואלף. וזה תלוי במנהג המקומות בשם משה ליב. ומסתמא עושין בב' גיטין כמ"ש תשו' נוב"י שלא להגיד כלל משום ס' עד שיוגמר נתינה ראשונה שבאופן זה אין מיחוש. ורו"מ יברר בעיונו כי אין לי פנאי שזה אתמול באתי מדרך. דברי.

סימן לה

שאלה ת"ח אחד נשא אשה ודר עמה באהבה כדרך ת"ח עשרים שנה ועדיין לא סר מחבתה אך לא זכה להבנות ממנה ולא הי' לו שום ולד ולכן נפשו חשקה לקיים מצות

פ"ו ולהעמיד בנים ת"ח כי הוא ממשפחה גדולה בן גדול הדור ז"ל ולכן ביקש ממני למצוא היתר לאחר שתשיג גט פטורין ע"י הממשלה כי זוגתו אינה רוצה להפרד ממנו בשום אופן:

תשובה החיים והשלום וכל טוב לכבוד אהובי וידיד נפשי ה"ה הרב הגאון הגדול המפורסם בוצינא קדישא חסידא ופרישא נ"י פ"ה מו' חיים נ"י אבד"ק צאנז:

אחד"ש הטוב קבלתי מכתבו היקר והגם כי אין לי פה ספרים הנצרכים עכ"ז אכתוב הנראה לענ"ד:

על דבר אשר נסתפק רומ"כ אי חרם דרבינו גרשום הוא דאורייתא לחוש מספק ע"פ שו"ת ספרדים שהביא בספר בעי חיי מכנה"ג לענ"ד אין לחוש כלל שמפורש בתשובת מהרי"ל סי' כ"א אם יסכים להתיר לו נישואין אסכים כו' בדרבנן עבדינן עובדא והדר שיילינן וכ"ש בתקנת הגאון רגמ"ה דקיל טפי אבל האשה לא שרינן כו' ורבותיו מ' שלום שכתב מהרי"ל עליו נגד הטור גברא אגברא וכו' ומהר"א ששתקו לי' ודאי שהסכימו כמ"ש החכם צבי על תשובה זו עצמה לענין ארוסה ע"ש בסי' קכ"ד והגם דבעל תשו' שב יעקב עשה סנגורין לדבריו החכם צבי בר סמכא יותר. גם י"ל דבכה"ג גם השב יעקב מודה וגם התם דהחמיר מהרי"ל בארוסה שתקו ליה משא"כ הכא ודאי לא הי' שותקין וליתן מכשול והי' כותבין למה מיקל בחרם דרבינו גרשום שהוא מה"ת ולכן ודאי שהסכימו כנ"ל וכיון דמהרי"ל ורבותיו ס"ל כן הגם שהי' תשובת הספרדים נגדם אין לחוש כלל שכל בני אשכנז נסמכים על דבריו בפרט דע"כ צ"ל דאישתמיט ליה לבעל כנה"ג ולתשובות הנ"ל דברי מהרי"ל ורבותיו דאל"ה הי' מביאים עכ"פ דבריו אולם לענ"ד בחרם דרבינו גרשום מב' נשים כ"ע מודים דהוא מדרבנן והפי' מ"ש שלא משום דררא דאיסורא תיקון אלא משום קטטה לענ"ד פשוט דבשלמא בדבר איסור שייך לתיקון אבל בדבר הרשות הרי מספקא להו אפילו קיבל על עצמו נידוי ע"ש בב"י יו"ד סי' של"ד בשם קונדרסים כ"ש ב"ד וגדולי הדור איך שייך שהתקינו על דבר המותר לעשות והא על מי שפרע פריך הש"ס ב"מ מ"ח האיך לייטינן ומשני דבעי עושה מעשה עמך וכ' הרי"ף ש"מ דלאו עושה מעשה עמך הוא מדכ' שארית ישראל כו' ע"ש ולכך ודאי שמקודם תיקן בתורת תקנה משום קטטה ואח"כ התקין על העובר על גזירתו דהוי אפקרותא ומשום חוצפא רשאין וממילא כיון דס' תקנה לקולא אין כאן חרם כלל:

והנה בס' חרם פסק ביו"ד סי' של"ד לקולא והש"ך בסי' ר"ח ס"ק י"ד כתב דס"ל שגוף הנדוי מה"ת רק דברים שמחויב המנודה לנהוג הם דרבנן ע"ש. אולם לשון הש"ע שנידוי דרבנן לא משמע כהש"ך וכן מלשון הרמ"א בד"מ סי' של"ד שכתב בשם מהר"ם פדוואה

בין נידוי ובין חרם דרבנן דלא כדמשמע בתשובת הרשב"א סי' תקצ"א ע"ש משמע ג"כ דלא כהש"ך הנ"ל וכל התשו' שמביא בס' בעי חיי הנ"ל סומכים רק על תשובת הרשב"א הנ"ל ולענ"ד בדברי הרשב"א אין הכרח כ"כ לפרש כדבריהם. וזה ל' רשב"א שם דע כי זו ספיקא דאורייתא דאסור לעבור על התיקון ד"ת כמו בכל המקומות הרגילו לומר משביעין אנו ויש כאן שבועה גם כי יש ארור בו עם שבועה כו' ע"ש ומשמע דרק כשכותבין כן בהתקנה אז יש בו שבועה והוי ד"ת וז"ש כי בכל וכו' אבל סתם לא והכנה"ג בה' נידוי העתיק דבריו וכתב דפירושו דלא מיבעיא במקומות שכותבין כן דודאי הוי ד"ת רק אפילו בסתם הוי ד"ת כי ארור יש בו שבועה כו' ע"ש והוא לא העתיק תיבה עם שבועה לכן פירש דקאי אסתם אבל לפי מ"ש בכל ספרי רשב"א עם שבועה ודאי דלא קאי אסתם רק על מ"ש מקודם שמשביעין כו' גם לשון כי לא משמע כפירושו כמ"ש הבעי חיי בעצמו עיין שם ולהנ"ל אין צריכין להגיה בדברי הרשב"א המובאים בב"י סי' רכ"ח דכתב בתרי ותרי כו' דהוי ספיקא דרבנן עיין שם וכ' הכנה"ג שם דט"ס הוא וצ"ל ספיקא דאורייתא כמ"ש בסי' ת"ש ותקצ"א ולמ"ש גם בסי' תקצ"א אינו סובר כלל דהוא דאורייתא גם מ"ש מסי' ת"ש שם לא כתב כלל דהיא דאורייתא רק דמחמירין גם שם רק הפסד ממון אבל לא דיהיה ספק דאורייתא ומיושבין ג"כ דברי מהר"מ פאדווי שכתב דהרמב"ן בתשו' סי' רס"ג סובר דהוא דרבנן ודחה הכנה"ג דבריו דהרי תשובת הרמב"ן הם מהרשב"א והרשב"א עצמו כתב בסי' תקצ"א דהוא דאורייתא ולמ"ש מיושב דאדרבה משם מוכח דהפי' כמ"ש כנ"ל. אמנם קשה להקל נגד הש"ך ז"ל בחרם אבל בחרם דרבינו גרשום ע"פ לענ"ד כנ"ל והרי גם הרמ"א ז"ל בד"מ אה"ע סי' א' הביא ג"כ לשון הנ"ל הכתוב במהרי"ל דהמיקל לא הפסיד כו' שלא גזר משום חשש איסור דאורייתא אלא תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחרי המיקל וכ"ש בתקנה בעלמא ע"ש ומורה ממש כנ"ל:

ויעיין רו"מ בתשובת שער אפרים סי' קי"ג מ"ש שאין לחוש לתשובת הספרדים נגד הכרעת רמ"א לענין החרם של מיאון ע"ש בפרט בזה שאותן הת' עצמם מבי"ט ורשד"ם כ' להתיר דבמקום מצוה לא תיקן רגמ"ה והנה רשד"ם הוכיח דלא פשטה תקנת ר"ג ומנהגו לכתוב שבועה בכתובה שלא ישא ע"א ע"ש ודחה דצורך השבועה על שהה י' שנים דלא תיקן רבינו גרשום וא"כ ממ"נ או דלא תיקן בשהה י' שנים או דלא נתפשטה התקנה ויכולין להתיר כמ"ש תוספ' גיטין והובא במ"א סי' תר"צ ולומר שלא תיקן רק לבני אשכנז לא משמע כן כלל:

והנה בשהה י' שנים ואין לו כלל דעת רוב הפוסקים וכמעט כולם דלא גזר ר"ג דדברי מהר"י מינץ בתשוב' שהכוונה במקום פ"ו ויבום ושהיא גדולה ושאר דבריו שם הי' תמוהים מאוד תמיד בעיני עד שראיתי ב"י בתשו' סי' י"ד שדחה כל דבריו ומאחר שמפורש בתשו' מזרחי הי' מודה גם הר"י מינץ ע"ש. וגם אם ב"י הי' שקול ג"כ הלכה כבתראי כ"ש מרן ב"י שכל ישראל נשענים על הוראותיו כ"ש שדבריו ברורים בעיני כל מעיין והרי הר"מ פאדווי שמחזיק ר"י מינץ כרבו והתנצל שהדפיס גם דבריו ע"ש והרמ"פ כ' בכמה תשו' בשהה י' שנים דלא גזר ר"ג ולא הזכיר כלל דברי ר"י מינץ והוא פלא וודאי שדבריו דחוים בעיניו שלא לעשות אף ספק שהרי הדפיס תשו' ר"י מינץ וידעם רק מה שהדפיס תשו' זו משום כבודו כדאמר ב"ב ק"ל כי מטי פסקא דדינא לא תקרעיני כו' שמא יהיה מי שמיישב דבריו. או לחוש לפייסה. אבל להלכה לא הביא דבריו ולדחותם מפני הכבוד ולכך כאן שהרמ"א הביא דברי ר"י מינץ ודברי ר"מ פאדווי ס"ל כרמ"פ הנ"ל דמ"ש הח"מ שסיים הרמ"פ מוטב כו' המעיין שם יראה שרק זה שלא היה חפץ במצוה כלל ע"ש אבל נידן הדין כ' בכמה מקומות ח' י"ג י"ד דהגם דס"ל דנ"י יבמות ס"ד חולק על הריטב"א כ' שבטלה דעתו נגד הריטב"א ורבני צרפת והסוברים כר"י מינץ דמצות יבום עדיף מפ"ו החמירו ע"י שמצינו שחשו הפו' גם במקום יבום אבל למה שהכריע ב"י בתשו' הנ"ל דמצות פ"ו עדיף אין שום ראיה לא' מהפוסקים לחוש בשהה י' שנים ובדברי הנ"י לענ"ד האמת כרו"מ (דמ"ש הנ"י דבמקום שנוהגין חדר"ג אסור להוציא קאי אמה שהביא מקודם פלוגתא בין הרשב"א וי"מ היכא שלא ילדה זכר ונקבה אי כופין ע"ש ואהא כ' דמצד חדר"ג בכה"ג אסור להוציא אבל באין לו שום ולד גם הנ"י מודה) וגם אני פירשתי כן וטעם החילוק בין לא היה לו כלל ובין יש לו א' דע"כ מה שאמרה תורה פ"ו הוא על הס' או משום דרוב מתעברות ויולדות ולא שייך תלי' במעשה דע"ז ציותה תורה ובלא ילדה י' שנים יצתה מהרוב וצריך לישא אחרת מטעם הרוב ואף שיכול להיות שלא יקיים שתלד רק זכרים או נקבות דלענין זה ליכא רוב מ"מ הא על זה הספק ציותה התורה פ"ו ואבל כשיש לו זכר או נקבה שוב הספק אם יולד מאחרת ז' או נ' ספק שקול והא יש מיעוט שיולד גם מזו ולכך אין חיוב ואין כופין א"כ כ' נ"י שפיר דכה"ג אין כופין דכיון דס"ל בלא ילדה כלל כופין ע"כ הא דאין כופין ביש לו א' מטעם שאין חיוב עליו ממילא אחר חדר"ג א"י לגרשה ע"כ. אבל בלא ילדה כלל מודה הנ"י דאל"ה איך יסתור דבריו תוך כ"ד:

שוב ראיתי תשובה ארוכה בספר ושב הכהן מהגאון החסיד מ' צבי הירש ז"ל אב"ד דק' פיורדא כ' ג"כ כנ"ל בפ"י ד' נ"ו כמ"ש רו"מ ומתיר בשהה י' שנים רק עכ"ז כ' שירא

למעשה מתשו' רש"ל ז"ל. ולענ"ד גם בתשובת רש"ל לא הוזכר כלל שהיה י' שנים ושלא הי' לו ולד כלל. וביש"ש יבמות כ' בשהה י' שנים ע"ש והביא תשו' רגמ"ה בעצמו על שהה י' שנים לגרש בע"כ ע"כ דס"ל גם עתה כנ"ל. ומ"מ יש"ש דצריך מנין אחר ואף אי גזר לזמן בפי' חולק עליו רמ"א בד"מ וכ' בתוספות ביצה דא"צ ע"ש:

עוד נראה לענ"ד מאחר דכ' שגדולי צרפת הסכימו לגזירת רבינו גרשום והריטב"א העיד בשם רבני צרפת דבשהה י' שנים ובמקום מצוה לא גזר א"כ אף האמת כשאר פ' שגזר עכ"פ וודאי דלא פשטה תקנתו על במקום מצוה מאחר שלא ידעו כנ"ל וא"כ עכ"פ יש להתיר אף בשאר ב"ד ונראה שזה טעם הס"ח להתיר ליבם הנשוי חרם דרבינו גרשום לענין שיהיה חליצה כשירה כנ"ל. ובלשון רמ"א לענ"ד מאחר שכ' בד"מ אחר ר"י מינץ דברי רמ"פ וכ' בהכי דאחר אלף ה' אינו אלא מנהג ולהקל בי' א"כ למה נאמר בש"ע פי' אחר אדרבא נראה בעליל מדלא כ' הך. אמנם יש חולקין אחר ד' ש"ע שכ' ולא החרים אלא ע"ס אלף ה' רק קודם מבואר שדעתו להקל במקום מצוה עכשיו שרק מנהג ותקנה רק סתם דברים שלא יקילו כמ"ש ב"י בתשו' הנ"ל. גם כ' דיחוי מצוה סתם ולא הזכיר שהה דמ"ש רש"ל דא"י טעם חילוק בין אלף ה' לאח"כ אין כדי בסברא לחלוק על רשב"א גם י"ל אם ימשוך הגאולה זמן ארוך ג"כ רצה להרבות זרע ישראל שלא יבטלו מפ"ו ומ"ש הראשונים ז"ל על הא דאין כופין הטעם בדין הוא שנגזור ע"ע כו' שהוא תמוה מאוד (מאחר שלא גזרו) וגם אם הי' גוזרין הי' על זמן שהי' גזירות שמד ר"ל כמ"ש רש"י שהי' מבטלין ממילה אבל לא הי' גוזרין על זמן שאין גזירות ומניחים לקיים המצות כמו לענין הצומות דאל"ה יקשה מה שאמרה מרים לעמרם ולכך נראה דכוונתם מאחר דמה שמעשין וכופין הוא מטעם דשליחותי' עבדינן דהדיוטות אנן א"כ כיון שהי' אז גזירת שמד ר"ל שהי' בדין שנגזור ע"ע א"כ לא נתנו לנו רשות לכוף ואח"כ שביטלו הגזירות אין כאן סמוכין שיתנו לנו רשות וממילא לא שייך זה רק לענין לכוף אותו ורוב הפוסקים כמעט כולם בשהה י' שנים להתיר אף זה ע"פ דין. אבל מ"מ כתבו שלא נשמע ע"ע מי שהתיר גם בשהה ע"ש בשב יעקב. וליתן גט בע"כ ע"ת שכ' רו"מ. [שאם יסכימו גדולי הדור שמותר גט בע"כ במקום מצוה יהי' גט וממילא מותר לישא אשה אחרת מטעם ס"ס שמא מותר לישא ב' נשים במקום מצוה] קשה להסכים עמו כי א"א להדר פני גדול ויצא פסק זה לכל השוהה י' שנים שיגרש בע"כ על אופן זה. ומפורש בתשו' הר"ן שזה האיסור לגרש בע"כ פשט איסורו בכל ישראל וכל אחד יעשה כדברי רו"מ שיגרש בע"כ ע"ת שיבחר לו איזה מ"צ וישא אשה אחרת. גם נ"ל אם נחוש ללשון התקנות שגם בדיעבד אינו גט ע"ש בתשו' הר"ן ז"ל א"כ אפשר לומר דדבר שאינו יכול לעשות בלא

תנאי רק שהתנאי יהיה גורם שיהיה ביכולת לעשות המעשה אין באפשרי להתנות תנאי וגרע ממעשה שאא"ל עיי"ש. ועוד יכול להיות דתלוי בברירה כי אין שייך כאן תנאי מלתא אחריתא ויש לי ע"ז הרבה ראיות (עי' בסי' ל"ז ד"ה והנה קי"ל ע"ש) ואין כאן מקום להאריך. אמנם בכאן יש להוכיח מתקנת ר"ג הזקן פ' השולח שלא יבטל שלא בפני השליח ופליגי דיעבד ג"כ והא למ"ד משום ח' ממזרות יכול לבטל ע"ת באם לא יודע לה קודם שתנשא שלא יהיה ביטול ואין כאן ח' ממזרות:

ואין לומר דבאמת רשאי לבטל על תנאי כנ"ל דהוא נגד משמעות הש"ס וכל הפו' ומוכח עכ"פ דהיכא שתיקנו חכמים ואסרו לא רצו שיועיל תנאי או משום לא פלוג או יהיה מאיזה טעם שיהיה עכ"פ כאן בנידן דידן ג"כ אין להתיר ע"י תנאי. גם אם דעת רו"מ להתיר ע"י ס"ס בל"ז יש ס"ס שמא הלכה כר' תחליפא דב"ד כופין גם אותו בשהה י' שנים ודאי דלא שייך חר"ג כנ"ל ורגמ"ה בעצמו פ' כן הובא בהג"מ כ' וישהה י' שנים ואח"כ אם לא ירצה לגרש כפינן ליה משום ביטול פ"ו דכ"כ דאגיד בה לא ישיג אחריתא ע"ש אמר ר' תחליפא כו' וניהו דנימא דכ' תשובה זו קודם שתיקן אף שהוא דוחק מ"מ הרי פ' דגם בח"ל כופין ומסתמא דלא תיקן בזה דדוחק גדול לומר אף דהב"ד כופין אותו הוא דוקא כשהיא רוצה אבל ע"כ כיון דלא מיפקדא אין לכופה בשביל שיקיים הוא וממילא אנוס הוא בהתקנתא דר"ג ואין כופין דניהו דמצינו כזה בתקנת חכמי הש"ס כמ"ש תוס' פ"ק דשבת גבי התירו לרדותה דיהיה אנוס כו' ולא יהיה חייב כנ"ל וכן כל שב ואל תעשה. אבל אחר הש"ס לא מצינו כה"ג שיתקנו לבטל מצוה ויחשב אונס והגם שבהג"מ שם מקודם כ' שצ"ע אחר תקנת ר"ג אם יש לגרש בע"כ הרי סיים ג"כ והאשר"י פ' לגרש ועיין אלפסי משמע דמסכים גם י"ל דמיירי ביש לו ולד. עכ"פ ספק הוי ואת"ל שאין כופין שמא לא גזר במקום מצוה. ואת"ל גזר שמא כלה הזמן כב"י ורמ"א מחשיבו לעיקר ולא שם חד הוא דס' א' שמא הדין דב"ד כופין יש נ"מ ולענ"ד אם יסכים רו"מ ועוד מחכמי הדור בשהה עשר שנים ורוצה לקיים פ"ו שאין לו כלל בנים להתיר ע"י ק' רבנים והשלשת גט וכתובה לישא אחרת הייתי מסכים ג"כ כי עפ"י דין רוב הפוסקים וכמעט כולם מתירים בשהה כנ"ל. ובל"ז אין לחוש נגד הכרעת ב"י ורמ"א כמ"ש ש"א ושל"ה שהיה ב' דורות אחריהם והיה ביניהם כאלו יצא ב"ק לפסוק כרמ"א על אחת כמה וכמה מאז ועד עכשיו ופשט לשונם בסי' א' וסי' קנ"ד דמדינא ב"ד כופין גם אותו בשהה י' שנים ודאי פשוט דכופין גם אותה כמ"ש הרא"ש דלא יפה כוחה מכוחו ואף דהביא רמ"א דלא נהגו לכוף בזמן הזה היינו לכוף אותו אבל כשרוצה משמע דהדרינן לדין הש"ס דזה דוחק גדול לומר דאף שהיה הדין דכופין אותו משום דמיפקד אפ"ו אבל אם

היא אינה רוצית אנוס הוא בתקנ"ח והיא לא מיפקדה דדוחק לומר דר"ג תיקן ויחשוב אונס הגם דבתקנת חז"ל מצינו כן וה"ט דבשב ואל תעשה יש להם כח ופ"ק דשבת גבי התירו לו לרדותו כ' תוס' כן אבל אחר הש"ס אינו ומ"ש דיעה ב' דגם במקום מצוה הוא היינו רק דראוי לחוש וכשאפשר לפייסה בממון מחויב אבל כשא"א מודה כנ"ל:

גם הט"ז סי' קי"ט חולק על רש"ל אך לא מצאתי ג"כ במהרש"ל על שהה י' שנים ולא ילדה כלל אדרבא מייתי ת' ר"ג על שהה י' שנים דכופין אותו וא"כ עכ"פ להתיר ע"י ק' רבנים כנ"ל לענ"ד כולם מודים כי לענ"ד מה שהחמירו הוא מחמת שחוששין אולי נכלל בתקנתו שצריך ק' רבנים גם בשהה י' שנים דהא ב"י בת' הנ"ל הקשה על הוראת רא"מ שא"צ היתר כי לא גזר במקום מצוה א"כ הא דכ' בתקנת הח' ששם ר"ג שלא לישא ב' נשים אין להתיר רק בק' רבנים ובג' ארצות כו' הא גם הם לא יתירו עד שיראו טעם מבורר להתיר ובשלמא אי גזר סתם היינו דצריך לשייר כח להתיר במקום מצוה בק' רבנים כנ"ל ויישב להוכיח שיטתו דעכשיו כלה הזמן ע"כ אין צריך היתר ע"ש וא"כ להחולקין בזה על הב"י דלא כלה הזמן ממילא מוכח דגם במקום מצוה צריך היתר ק' רבנים כנ"ל. וכן נראה מת' מהר"ם כו' דלשון זה דק' רבנים קאי על מקום מצוה. כנ"ל והלשון שיהיה טעם מבורר היינו שיראו אם אין המניעה מצדו שלא לשם מצוה כלל. עוד נראה דודאי לא ביטל ר"ג מצוה רבה כזו רק עכ"פ שיהיה ע"י ק' רבנים ולכן ע"י ק' רבנים ודאי מותר. ועוד יש לצרף להקל דמה שהחמירו הוא רק משום דסוברים כר"י מינץ דיבום עדיף מפ"ו ומדראו דחשו במקום יבום כ"ש למצות פ"ו אבל לפי מה שהכריע הרב ב"י בת' דאדרבא יבום קל מפ"ו שוב אין הוכחה כלל ואולי כשתראה אשתו שישיג היתר לישא אחרת קרוב הדבר שתתרצה לקבל גט ולא נצטרך לחדש דבר וזאת נראה לי עפ"י דין ויותר טוב אם הוא ב"ב יסע עמה לא"י אולי יפקוד י"י אותם שמה לצאת ידי הכל דישיבת ח"ל גורם כי קשה עלי מאוד לחדש דבר מה שלא נשמע ולא חזינן לרבנן קשישאי דעבדי הכי ולא שמעתי כ"א איש אחד ת"ח שאחר ששהה י' שנים גירש בע"כ ואמר שהיה עפ"י ב"ד והיה אח"כ בקאזיניץ אצל איש אלקים קדוש הרב המגיד זצ"ל ולא רחקו כלל אולם קטן הייתי אז ואולי היה עוד דברים אבל שיתירו ב"ד מפורסמים לכתחילה לא שמעתי. גם יכול להיות לענ"ד מה שהסכימו בנשתטית להתיר ע"י ק' רבנים אף שלא שהה י' שנים ובשהה ולא קיים פ"ו נתיראו אף שזה פשוט יותר ע"פ דין אולי הוא מעובדא במדרש שיר השירים על פסוק נגילה ונשמחה שמפורש ששהה י' שנים ולא ילדה ומתרצית מתחילה אעפ"כ אחר שלא היתה חפצה להפרד ממנו נתפלל עליהם רשב"י ולא ציוהו לישא אחרת עליה או לגרשה בע"כ שהיה מותר אז דנראה

כשחפצה בו כ"כ יכולה שתבא ע"י צערה לסכנה ומ"ה בשוטה התירו ולא בשהה י' שנים בפיקחת גם הא בזיווג א' יש איסור לגרש בע"כ:

וגם נתיישבתי דאפשר דהא הראשונים ז"ל שהביאו הא דבדין הוא שנגזור מפרשים דע"י שגדולי הדור יגזרו כנ"ל שע"י הביטול ממצות לא ישאו ונמצא זרעו של אברהם אבינו כו' והרי הש"י נשבע לאברהם אבינו להרבות זרעו ממילא היה הקב"ה מבטל הגזירות מישראל והיה בטל גם הגזירה דרבנן הנ"ל שבאמת לא היה רק בעוד הגזירות קיימים ר"ל על ישראל אך איך הי' רשאים לבטל מצות עשה בידים אף שהכוונה להנ"ל ע"כ שיחשבו בי' אנוסים מחמת התקנה דבשב ואל תעשה יש כח כמ"ש תוס' פ"ק דשבת דחשוב אונס מה שאינו רודה הפת כיון דחז"ל אסרו עליו והביא ראיה דהיה רשאי ר"ג לגזור אף ששהה י' שנים שלא ישא אחרת ולא יגרש בע"כ ושוב יהיה אונס ועי"ז יפקוד אותם הש"י די"ל דוקא קודם גזירתו יש עונש עליו למה אינו נושא אחרת עלי' לקיים פ"ו אף דאגיד בה ומעונש זה לא זכה להבנות ממנה אבל כשגזר י"ל דלא שייך כנ"ל דאנוס והיה בכח רבינו גרשום מאור הגולה לעשות האונס שעי"ז יבטל העונש ממנו כשאינה רוצית ויפקדו ואם לא יפקדו הוא סימן שגם מאחרת לא יהיה לו. וקצת משמעות לשון הפוסקים ז"ל דדיברו בשהה י' שנים רק ממנו אם כופין אותו או לא ולא ממנה גם בענין המצוה אפשר דברי ר"י מינץ דיבום עכ"פ ודאי מקיים בביאתו ובעידנא. משא"כ פ"ו שע"צ הספק הוא וגם שהה י' שנים אינו ודאי ורו"מ אצל לדידי וכדעתו הרחבה יעשה ויותר טוב שיפעול בתפילתו שיפקוד ד' אותם כעובדא דרשב"י במדרש הנ"ל והיה זה שלום לרומ"כ ולכל המסתופפים כחפצו וחפץ או"נ מחו' דו"ש באהבה: הק'.

סימן לו

ב"ה טוב אדר ב' תרי"ג לפ"ק. להרב דק' סקערנוויטץ.

על דבר המזכה גט במקום יבום כו' לא היה לי פנאי. ואין דעתי נוחה לפלפל בזה נגד המפורש במשנה וגמרא וכל הפוסקים לאיסור ואף אם היה מפורש ברש"ל להתיר ג"כ לא היה לי לסמוך מאחר שלא הובא בש"ע אך באמת לא העתיק כראוי שגם בישש"ש מפורש ביבם קטן במקום קרוב שמכרת אותו ספיקא הוי גם דיעבד ממילא אפשר שצריכין העדים לידע בבירור בשעת זכיה שאינה מכרת דאל"ה הוי מגרש בלא עדים. גם מ"ש מהרש"ל רפי' בידי' לכתחלה. מדברי מהרי"ל ות"ה משמע דספק גמור הוא. גם החשש מדעת הרי"ף ז"ל דגם בזכות אינה מגורשת עד דמטי לידה כמבואר בפ"ט גם דברי הגאון מלבוב נכונים שאין ללמוד מהש"ס עכ"פ כיון שאז היה גט ע"ת ועכשיו גט סתם ומ"ש רו"מ דאם עמד חוזר ח"ו יעיין רו"מ בתשובת מ"ב ובט"ז סי' קמ"ה שכל

הגדולים הרעישו על מהר"מ ז"ל שרצה לפסוק חזרה מחמת אומדנא. וגם שיהיה ערמה בדבר ע"ש. ומ"ש דמשום הזכיה ממילא אם עמד יהיה חוב. הבל הוא דבל"ז כיון דמס' חולצת שוב וודאי זכות דלא תתיבם ולמה הוי ספק וע"כ כיון דבלא הגט טוב יותר גוף הגט חוב. ומ"ש בשם הט"ז. הנה כתב לולי דמסתפינא מחבראי ורו"מ לא מיסתפי גם כתב שם א"ל כו' דהאידנא דאין נוהגין ביבום כלל כדאיתא בסי' א' בהג"ה והב"ד כופין ומוחין בזה אם בא ליבם האידנא כו' א"כ זכות כו' ע"ש. והיכן מצא הט"ז זה בהג"ה אדרבא מפורש סי' קס"ה להיפוך בהג"ה דאם מתכוין למצוה כו'. וע"כ כוונת הט"ז ביש ליבם אשה דבזה מבואר בהג"ה סימן א' דחר"ג נוהג גם במקום יבום ע"ש. הרי אין שום א' מהאחרונים שמיקל ביבם קטן ומכירה אותו ואין צריך להאריך כי לענ"ד אין שום קולא בזה.

הק' יצחק מאיר:

ב"ה ח"י אב תרי"ג לפ"ק. שנית להרב דק' סקערנאוויץ נ"י:

על דבר האשה שזיכו לה גט שכתבתי לרו"מ ולא הנחתי לי העתק כי לא חשבתי שיהיה מי מרבני זמנינו שיתיר נגד סתימת הגמ' ורי"ף ורמב"ם וטור וש"ע. ועתה כי שלח לי משני רבנים מפורסמים. ולאשר כ' רו"מ או שאסכים לדבריהם או שאבטל דעתי מבלי להגיד או"ה ג"כ יתירה. לזאת מוכרח אני להשיב. הגם דאפשר שאגרום עוד יותר ניצוח. כאשר ראיתי בתשו' כבוד אחיו ידידי הרב נ"י שכ' על מ"ש לחוש לדברי הרי"ף ורש"י דבזכי לא שרי' עד דמטי לידה וכ' תמה אקרא ושדברי שגגה הן דלא כ' הרי"ף רק בתן. ויש להפליא על שכותב בענין חמור כזה ואינו מעיין במפרשי הרי"ף הסמוכים שהר"ן ובעה"מ ורמב"ן מפרשים דברי רי"ף בזכי ומי לא ידע שהרמב"ם מפרש דבריו בתן ואעפ"כ הר"ן ומהרי"ק סי' קמ"א ות"ה סי' רל"ז בשם גדול א' הובא ב"י סי' ק"מ וב"ש ס"ק ה' חוששים בזכי ואם ראה וכותב שדברי שגגה הם זו קשה מהראשונה. עכ"ז מחויב אני לכתוב דעתי:

הנה עשו את הטפל עיקר מ"ש לסניף דברי הג' מלבוב ולחוש לדברי הרי"ף ע"ז בנו יסודתם. ועל גוף הדין כ' הרב מקוטנא כבר העלו שיש לסמוך במקום עיגון על דברי יש"ש וט"ז דהאידנא שאין מיבמין כו' שגם בזמן התלמוד רובן שונאות יבמיהן רק זימנין דרחמא ליה וכ' וכן מבואר להדיא ברמב"ם פ"ט מה' ג' כו' א"י מה רוצה בדברים אלו. הלא מ"מ מפורש בגמ' דספיקא הוא והרמב"ם דייק וכ' הרי זה ספק מגורשת שרוב הנשים זכות הוא להן שלא יפלו לפני יבם ולפיכך תהיה ס' מגורשת. ומפורש בדבריו פ"י מה"ג וכ"מ שאמרנו ספק מגורשת כו' תצא והוא ס' ערוה כו' ולענ"ד שהרמב"ם מפרש

דברי הגמ' דאמר כיון דסניא ליה א"ד כיון דזימנין דמרחמא ליה. ואם היה הפי' רוב ומיעוט הול"ל או חיישינן למעוטי. גם תוס' ד' צ"ד כ' רק דמשמע דשכיח טפי דסגיא ליה מדרחמא ליה. וכן משמע שם בתוס' דרבא דאמר ק"ו לאיסור כרת כו' לא ס"ל לחלק ע"ש. ולכך היה אפשר לפרש כיון דסניא ליה דהא חזינן כשנודע לה מהזכיה מתרצית דאלו מחתה היה בטל הזכוי כדקי"ל הגדילו י"ל כו' איגלאי דזכות הוא לה וכמ"ש הר"ן פ"ב דקדושין גבי שמא נתרצה האב בדבר שעומד לכך ולכך מהני שנתרצה דאיגלאי שזכות הוא א"ד כיון דזימנין דרחמא ליה חוב הוא בשעת זכיה ולא מהני למפרע. וממילא למה דפשוט דספיקא הוא המ"ל שאינו ספק כלל דקי"ל דלא כרו"ש דדבר שאינו ודאי זכות בשעת מעשה לא מהני הריצוי בסוף דנימא איגלאי שהיה זכות. ולכך כ' הרמב"ם ז"ל דאינו כן דהא רבא גופיה לא ס"ל דרו"ש לשמא נתרצה האב ולרי"ף ורמב"ם גם ריצוי בפירוש לא מהני אף להיות ספק כמ"ש פ"ג מה"א. ולכך פי' דרוב נשים זכות להן שלא תהיה זקוקה ואסורה לכל עולם בשביל היבם או דכיון דדנין על זו האשה ויכול להיות דמרחמא ליה חוב הוא ולא מהני הרוב להוציאה מחזקתה בשעת זכוי שמסופקין ולכך סיים הרמב"ם עוד הפעם אחר שכ' שרוב כו' לפיכך תהיה ספק מגורשת דאי לאו הרוב גם ספק לא הי' כנ"ל. מ"מ איך שיהיה מפורש בכל הפוסקים דספק גמור הוא. ובש"ע שסתמו הדברים ובד"מ סי' ק"מ הביא הספק ביבם קטן דג"כ אין מזכין מבואר מסתימת דבריהם דאין חלוק גם לדידן:

ומ"ש הרב הנ"ל שהגם שמהרש"ל אינו מיקל ביבם קטן ומכרת אותו מודה כאן שאביו אכזר כו' מי שמע דברים כאלה להתיר ס' יבמה לשוק בדברי הבל כשיגדל לא ישמע לאביו וא"צ להשיב. גם כתב בפרט דעיקר טעמא דמהרש"ל שכששניהם רוצים ביבום ונראה דמתכוונים לשם מצוה גם האידנא מיבמין. והאידנא דלא נהגינן ביבום כלל אין להחמיר גם לדעתי וכ"כ אחיו נ"י. וא"י אנה מצאו מנהגים חדשים אחר רש"ל ורמ"א שכ' ג"כ לשון זה סי' קס"ה וכ"כ ב"ש דבשניהם רוצים אין כופין כלל:

ומה שהביא הרב הנ"ל ראיה שגם בזמן התלמוד כו' מהר"ן שהקשה על הרי"ף דבעי מטי לידיה גבי עבד ממתני' דתרומות וכן העבד כו' וקשיא ליה דהא ברישא תנן אשה וע"כ בשליח וא"כ גם בעבד כן וא"ל דקושית הר"ן לתי' א' דירושלמי דדילמא פליגי בדרב ושמואל ולכך הוכיח דגם רישא באשה מיירי היכא דזכות לה כגון שמזכה לה במקום יבום ובאותן נשים שחולצות ולא מתיבמות כגון שנדרה הנאה מיבמה וכ' דמוכח להדיא דבזיכה לחוד ג"כ מהני אף בלי תנאי כו' ע"ש. ישפוט המעיין אם יש בקורי עכביש כאלו להתיר ס' איסור ורוצה להוכיח מהר"ן היפוך המפורש בדבריו בתשו' הובא ב"י

סי' ק"מ דסתמא אמר מזכה לא מהני ובחי' גיטין אהא דשליח מתנה כגט דהולך לאו כזכי שנדחק מאוד ריש התקבל דבעשתה שליח קבלה הוי כפקדון והולך כזכה ולמה לא מפרש בלא שליח קבלה ובאופן דזכות. ומה דקשיא ליה ומגדיל התימה על הר"ן יש לתמוה עליו שלא ראה סוף דברי ירושלמי הנ"ל אמר ר"ח נעשה כו' ובהיתר אכלה ע"ש פי' מהרא"פ דדחי תי' ב' ונשאר רק תי' א' בארוסה. וא"כ בעבר ע"כ בזכוי. ובל"ז ג"כ לק"מ דדיוק הר"ן מדפריך ירושלמי ותי' בארוסה ע"כ דניחא ליה בעבד ע"י זכיה ולמה נאמר דתי' ב' פליג בדין זכוי. דאי פליג למה שני אפילו כמשנה אחרונה הול"ל ע"כ לאו בהכי מוקמי דתינח אשה עבד מא"ל. או דכוונתו לרשב"א קדושין פ"ק דדוקא ע"י אחרים ולא ע"י עצמו דל"ל גיטו וידו כו' ומיבעיא לש"ס מהו שיעשה שליח לקבל גיטו לפי' א' דתוס' דמגרע גרע ולמה לא פשטא ממתני' דתרומות הנ"ל דא"א אינו עושה שליח קבלה שחרחר היכא משכחת לה אי כרי"ף דזכוי לא מהני עד דמטי לידיה. הגם דאפשר לרשב"א לא שייך דמטי לידו מ"מ הא מודה הרי"ף דמהני למפרע או כשנודע והסכים ע"ש. והיה מיושב לי מה שתמוה דא"א לפרש לר"א משום זכיה דסתם משנה פ' מי שמת כר"י דר"א סבר זכין לקטן ולא לגדול ע"ש. ולהנ"ל א"ש דכיון דדוקא ע"י אחרים מהני כקטן. ובל"ז קש' ג"כ על הר"ן דבכסף ע"י אחרים ודאי דמהני אף שמטעם זכות לרי"ף ז"ל מ"מ הא אינו מחוסר עוד שום מעשה. וצ"ל דס"ל לר"ן ולרי"ף ז"ל דטעמו דלא מגרש ומשחרר עד דמטי לידיה משום דכל שיכול למחות בזכיה מתלי תלי ולכך ל"ד עד שיגיע לידו רק שיודע לו ויתרצה וזה שייך גם בכסף כנ"ל. עכ"פ אין בדברים הנ"ל שום ממשות ראיה:

גם מ"ש על דברי הגאון מלבוב לדחות ג"כ מראיה הנ"ל אין צורך להשיב. ובאמת הגם שראייתו אינה ראיה אבל הסברא נכונה וכן אני זוכר שכתבתי לרו"מ שסברת הג' הנ"ל נכונה. שמה שמזכיר גוסס בדבריו אינו אמת כי לא הוזכר בשאלה רק שהיה חולה בחולי הידוע ל"ע שג"כ רובן לחיים ככל חולה ודאי מגרש סתם ומעכשיו חוב הוא לה ומסתימת הרמב"ם ז"ל אין ראיה שהולך ומדבר מש"מ שבהלכה הקודמת כ' שמגרש ע"ת וכן בש"ע. וגם אם נאמר שהלשון בדוקא נאמר עכ"פ מנין לנו להקל יותר מהמפורש בדבריהם שאמר בפירוש זכה כדי שלא תפול לפני יבם דהא מפורש בש"ס ב"מ ס"ו דא"ל דפטומי מילי היה מהני בלי תנאי כפול בגט שכיב מרע והגם דתוס' גיטין ע"ה כ' דנקיט לרבנן דר"מ מ"מ הרי הרי"ף ורמב"ם ס"ל דבמעכשיו לא בעי תנאי כפול וכן דיעה א' בש"ע סי' ל"ח. וכ"ש באומר זכה דלתוס' ב"מ פ' א"נ הוי כמו שליח שניהם ואפשר דא"צ כלל ד"ת כמו בשליח ולכך כ' הרמב"ם וש"ע לשון זה כדי שלא תפול כו'.

אבל במגרש מעכשיו בפי' ואינו אומר כלום בשעת נתינה כיון דהדין עמד אינו חוזר חוב הוא לה כיון שרובן לחיים ככל גט. וכן מוכח מש"ס גיטין י"ג שכ' תוס' דאי גרסינן זה אתי מתני' כר"מ ע"ש הא לרב פפא דמוקי בשכיב מרע א"כ ניהו דשחרור חוב אבל בגט הוי זכות וספיקא הוא דהא אפשט ממתני' דספק הוי. והא דומיא דעבד קתני דלא מהני כלל לאחר מיתה ובריית לעיל כר"מ בארבעה דשוים. ועוד דהוצרכו תוס' ד"ה האומר לדחוק דא"נ דדייק דהול"ל כ' גט לאשתי ותנו ש"ש זה כו' הא בגט ודאי הוי רבותא דתני זה דקמ"ל בשכיב מרע דלאו זכות במקום יבם. וע"כ דבלא תנאי פשוט שהוא כשאר גט. וראיתי להרב הנ"ל שכ' שמהר"י ן' לב ח"א סי' כ"ז כ' להדיא דלא כהג' מלבוב מדכ' וקשיא ליה טובא אמאי לא פשטינן בעיא דמזכה גט כו' ממשנתינו ותי' דס"ל תן לאו כזכי ולרמב"ם גרסינן תנו כו' ע"ש. הנה גם אם היה משמעות ברור ג"כ לא היה לנו לסמוך על מה שמביא קושי' אגב גררא ומשמעות הגמ' ותוס' להיפוך. וכן הרי"ף ז"ל דגריס זה. ודמיירי בשכיב מרע. וניהו דסבר דלא משתרי' עד דמטי לידה אבל עכ"פ דין מחודש הוא ומה פריך דלתני כתבו בגט ורב אשי דחיק לאוקמי מתני' דלא כהלכתא. ולמה לא כפשוטו דצריך זה לאשמעינן דאף שזכות בגט שכיב מרע מ"מ לא יתנו. דמשחרור לא שמעינן לה דדלמא כר"מ דחוב כנ"ל וע"כ כנ"ל:

אולם באמת גם מהר"י ן' לב אין ראיה כלל די"ל דס"ל אי בשכיב מרע איירי מסתמא נותן הגט ככל גט שכיב מרע בתנאי א"מ. ועוד דע"כ הא מה מקשה איך יפשוט הבעיא ממתני' דילמא סברי כרב זביד. וע"כ קושיתו דהו"ל למפשט מרב דקי"ל כר"ה בין במלוה כו' ואמר והוא שצבורין כו' וא"כ שפיר מקשה למיפשט מר"ה דסבר גיטו כמתנתו דעמד חוזר לרש"י ורוב הפוסקים דבסתם שכיב מרע א"כ ודאי דחשיב מזכה במקום יבם בלי תנאי א"כ מוכח מרב הונא אליבא דרב דמזכה לא מהני משא"כ לדידן דעמד אינו חוזר ודאי דחוב הוא לה ככל גיטין. ומ"ש הרב הנ"ל. ומאריך לחלק בין מעצמו בלי הפצרה נותן גט שכיב מרע זכות הוא שבוטחת באהבתו שיחזור וישאנה. אתמהה על מי שירצה בדורינו זה להתיר א"א מסברת הכרס שלא נמצא בשום פוסק לחלק דלדבריו שכיב מרע שזיכה גט לאשתו ועמד ולא בא לידה מותרת לעלמא ח"ו לומר כן ומה פריך ט' ע"ב והאיכא תנו גט זה כו'. לא יתנו. הא אין שוים כלל דשחרור חוב לר"מ וגט שנותן הוי זכות ואין צורך ליתנו לה כלל כשהוא בלא הפצרה ופשטא דש"ס יבמות ג"כ משמע כהג' מלבוב דמיבעיא רק אי סניא ליבם או רחמא ועכ"פ היה להזכיר האיבעיא דמשום דסניא ליבם מרוצית להתגרש מבעלה. דע"ז אין שום הוכחה ממתני' דחולצת כו' וא"א לומר שיהיה הסברא פשוטה כ"כ שלא יהיה צריך להזכיר. כיון דכל גט חוב הוא ופשוט

וברור דאי נימא בלי תנאי דלא כהגאון מלבוב ע"כ שאמירתו זכה כדי שלא תפול לפני יבם הוי כתנאי כמ"ש לעיל. אבל לא כמו שעלה על דעת הרב הנ"ל. ועל מה שכ' לחוש לדעת הרי"ף האריך להמליץ עבור הרי"ף ממחתרת מה שאינו ענין ושדוקא בשחרור לא בגט היפך מסברת חכמי הש"ס ומה יוסיף תת כח אם יושב דעת הרי"ף ז"ל אם לא הרי רבינו פרץ והר"ן בתשו' הובא ב"י סי' ק"מ כ' להדיא בגט ומהרי"ק ות"ה אין צורך להשיב על דבריו:

והנה כבוד ידידי הרב אחיו נ"י ג"כ האריך בענין גלוי דעת דבריו המבוארים בתוס' ורא"ש במקומם ועיקר דבריו שכשאומר זכה וכל אדם יודע שא"י לעשות ש"ק וע"כ היינו שימות ותפול קמי יבם. הנה דברי הרב מקוטנא הם סתירה לדבריו שהוא כותב שכל אדם יודע וה"ה רב גדול דעתו שזכות הוא לגמרי שתתגרש מעכשיו כדי שתנצל מספק שתפול לפני יבם. וגם זכה קאי על גוף נייר הגט כמ"ש תוס' ב"ב קנ"א והא אתקין שמואל כו' ובאמר א"מ לחוד בלא כפילא לא מהני להיות גלוי דעת להוציא מגזירה דאין גט לאחר מיתה וזכי עכ"פ אינו יותר מצד א' שכוונתו כשימות תהיה מגורשת אבל הלאו לא אמר אם לא כמ"ש לעיל. רק שזיכה יהיה כתנאי אם הוא זכות ובגמ' ופוסקים פ' התקבל מבואר דזכה כמו התקבל וגם כהולך. וע"ש ב"ש סי' ק"מ ס"ק י"ב שהפוסקים כ' דזכי' הפי' כל שהוא זכותה וב"ש כ' שדוחק שאין חילוק. וגם לדבריהם הפי' אם הוא זכות בשעת קבלה גם בסתם וכ"ש כשאומר בפירוש שמעכשיו מגרשה שתהיה מותרת כו' דהפי' זכה אם הוא זכות אבל לפרש כשאומר מעכשיו שיהיה עמד חוזר בש"ס אין לו שחר דוודאי שייך ביה שו' יש גט לא"מ וגם בזה אין הפי' רק אפקעינהו שיהיה נ"מ בקידש אחותה וכה"ג רק כמ"ש הפוסקים דכיון דהפקיע כשמזדמן שוב אין כאן אומדנא כלל ואמרינן דגומר בלבו לגרש מיד גם שיעמוד כנ"ל וממילא ככל הדברים שכל שאינו מתנה כראוי לא חשיב תנאי. והנה רואה רו"מ שתוס' גיטין ע"ה כ' דהא דאי קיימת כו' לרבנן דר"מ וכ' מיד דג' עניני אומדנא כו'. אבל לר"מ לא מהני אומדנא דש"מ בגלוי דעת ע"ש. ולהפוסקים דמעכשיו א"צ ד"ת באמת אפשר דסגי באמירתו כדי שלא תפול כו' כמ"ש לעיל דלרו"מ למה הוסיפו רמב"ם וש"ע לשון זה וא"ל דכוונתם לא שאמר זה הלשון רק שהיה הכוונה כן למה כ' הלשון באופן זה דאיכא למיטעי. וע"כ או בדוקא נקטי או שסמכו אדלעיל שמיירי בגט שכ"מ על תנאי והרי הרמב"ם לא הזכיר כלל שהיה שכיב מרע רק בעל שאמר לאדם א' זכה כו' והיה כוונתו שלא תפול בלי תנאי שיועיל. וע"כ או דסמך על הלכות הקודמות או שאמר בפירוש בלשון הזה וממילא גם בש"מ כן. וכן מפורש בחי' רמב"ן גיטין בלשון כדי שיעלה לא"י דהוי כפירש:

ולא אכחד שאם היה רק חשש זה של הג' מלבוב היה מקום ספק ולפלפל בו כי בלשון הר"ן ז"ל פ"ק דגיטין אהך בעיא מזכה גט במקום יבם פי' שיש לו אח ונתכוין לפטרה הימנו. וכן לשון רש"י ז"ל יבמות קי"ח זיכה כו' שתתגרש מעכשיו במקום יבם שיש לו אח ונתכוין לפוטרה הימנו דשלא במקום יבם והוא בא לגרשה כו' פשיטא לן כו' אלא הכא מי אמרינן. משמעות לשונם בלי תנאי מ"מ אין זה הוכחה גמורה דוודאי לא סגי בכוונה לחוד דדברים שבלב אין דברים. אך אפשר הפי' כיון דאמר זכה ויש לו אח אמרינן דמוכח דנתכוין לפטרה הימנו. אמנם כיון שלא הזכירו כלל שבש"מ מיירי הדבר קשה מאוד לאמרו שבריא שאמר זכה בגט זה לאשתי ובשביל שיש לו אח נימא דמוכח לפטרה אם ימות:

והנה קשיא לי בכל הדברים דיש בהו זכות וחוב כשחרור וכה"ג שכתב הרמב"ן במלחמות פ"ק דגיטין דאף דלעולם רק זכות שאם לא תתרצה כשתשמע יהיה בטל הזכיה מ"מ כיון שהדבר מצד עצמו אינו זכות לא מהני ע"ש דפשיט כיון דמשום דאנן סהדי דהיה עושה שליח ובהנ"ל אין כאן אנן סהדי דאם היה עושה שליח לא היה יכול למחות כו' אולם למה לא יועיל תנאי ע"מ שתרצה כמו מעכשיו ולאחר ל' שלא אחזור בי ע"ש. או ע"מ שירצה אבא כו' כן יועיל כשמזכה ע"מ שיתרצה הלה דעל תנאי זה שפיר הוי זכות גמור וגם כן אנן סהדי דהיה עושה שליח שיתן עלה על תנאי שיהיה הברירה בידה. ולא מצינו זה כלל וע"כ צ"ל דלא מהני תנאי רק בדבר שיכול המעשה לחול בלא התנאי משא"כ הנ"ל דבלא התנאי לא יחול כלל דאינו זכות לא מהני להתנות שע"י התנאי יועיל דתנאי מילתא אחריתי הוא או דשוב שייך ברירה כיון דגוף המעשה א"א לחול אלא א"כ יתרצה כנ"ל או איזה טעם שיהיה א"כ א"א לומר כדברי הג' מלבוב כנ"ל. שאם בלי תנאי דא"מ לא היה מהני הזכוי גם ע"י התנאי לא יועיל להחשב זכוי כנ"ל. מ"מ מאחר שלא מצאתי מפורש סברות הנ"ל. א"א לנו להקל באיסור דאורייתא החמור. וגם י"ל לפי' מהרש"ל גיטין י"ג די"ל גם למסקנא אי בעי זריק ליה גיטא שכ' דהגם דבגט שייך ג"כ אי בעי זריק לה רק דבחוב לחוד לא שייך זה רק בעבד דיש זכות וחובה בזה כיון דיכול לעשות חוב זה בלאו הכי נשאר זכות ע"ש. וא"כ י"ל במזכה במקום יבם דלענין היבום זכות שוב גם שחוב להתגרש ממנו שייך בל"ז יכול לעשות חוב זה דזריק לה גט. ולא שייך שבקא ליה באשת ישראל לענין מזונות וא"כ אין ראיה על עכשיו דחרם דרבינו גרשום שלא לגרש בעל כרחה י"ל לכ"ע דחוב לה כנ"ל:

ומ"ש על דברי שכתבתי לראיה לדברי המלחמות דא"כ כיון שהדין חולצת יחשב זכות. וכ' דאטו נשי דינא גמירי שתדע דין המשנה וש"ד שגגה הם דמי ההוא מרבנן כו' בדברי

הבל וריק שכותב ככל העולה על רוחו. ואם יודעת הדין יועיל. והלא כל זכות הוא שלא מדעת ואמרינן כיון דאלו ידע היה מרוצה מהני וכ' מקצת דברי ומשיב עליהם וכי כתבתי זה לדין או קושיא או תירוץ אדרבה כתבתי לראיה שדנין רק על שעת הזכוי. ומה שחוזר וכותב עתה שנתייסד המנהג שלא לייבם ומנהג מנהג תפסו הלא כבר בימי מהרש"ל ורמ"א ג"כ היה המנהג להרחיק מיבום ומ"מ כשרוצים וניכר שמכוונים למצווה אין מוחין בידם. ויותר היה לו לומר למאי שפי' הר"ת ניכר שמכוונים למצוה היינו שבאים לחלוץ ע"ש וא"כ לא שייך מרחמא ליבם דאם יבאו להתיבם לא יהיה ניכר שמתכוונים למצוה וימנעוהו מליבם כנ"ל. אולם גם ז"א באמת דכ' בש"ע וכה"ג שיש עוד אופנים שניכר. וגם יכולין להערים או להתיבם בלי ב"ד. או לילך למקום שמיבמין. ומ"ש הרב הנ"ל דתקשה למה תיקן ר"ג במקום מצוה כו' כאבא שאול ולהכי נתפשט המנהג. וכותב בלי עיון בש"ע מה שנתחבטו כל הראשונים ואעפ"כ פסק רמ"א סי' קס"ה שהמנהג כו' כמהר"מ פאדווי סי' י"ח וכן בסדר חליצה ששואלין אם תרצה לייבם תיבמה. וכי שקר ח"ו ומאחר שאין שום משענת רק על דברי ט"ז והוא כ' לולי דמסתפינא. ומ"ש רו"מ דלא מסתפי כמה רב גובריה להתיר נגד סתם גמ' ורי"ף ורמב"ם וש"ע בלי שום סמך ומפורש בש"ס ב"ב ק"ל ע"ב אין למדין הלכה כו' ע"ש הלכה למעשה כו'. רק הפי' שלנו היא הלכה למעשה משא"כ לשון לולי דמסתפינא ששגור בפוסקים לשון זה שאינו סומך ע"ד להלכה. ואיך אפשר לסמוך על זה באיסור חמור שכל ימיו. וס' אי תפסי קדושין וכמה מכשולות. וגם שע"כ ט"ז לא ראה דברי רש"ל שכ' לכאורה היה נראה כו' ואינו סומך על זה כיון דכששניהם מכונין למצוה אין מוחין כו' ודאי דאלו ראה ט"ז לא היה כותב כמ"ש רמ"א ח"מ סי' כ"ה וגם שט"ז כתב רק שכופין כו כמ"ש שיש איזה חסר בדבריו כיון שעכ"פ הול"ל הרמ"א ומסתברא דמיירי שיש לו אשה. ומ"ש מצ"צ ועה"ג וכ' שמתירין ע"א ביבמה אף במקום גזירה כ"ש במקום שלא גזרו רק ספק ע"ש כמה רחקה דעתו מהאמת אם אמרו בע"א ביבמה שדעת רוב הפוסקים דנאמן ובמקום עיגון סומכין עליהם ובש"ע סי' קנ"ו סתם כן רק רמ"א הביא וי"א לזה צרפו הנ"ל מה שא"נ ביבום ולמה הביא ממרחק מס' שו"ת מה שמבואר ב"ש במקומו וח"מ סי' י"ז עושה ק"ו להקל בספק דאורייתא המפורש בגמרא בלי שום חולק להמציא סברא ע"י המנהג להתיר נגד כל הפוסקים. והא מבואר בכ"י סי' ס"ז שלא נתחדש מנהג ביבום אחר הרמ"א. ומחבר ורמ"א סתמו הדין עכשיו וב"ש לא העיר כלום וסי' ק"מ כ' רמ"א לזכות במקום יבם מומר ובלא"ה לא. ורש"ל ג"כ אינו מיקל גם דיעבד ביבם קטן ומכרת אותו גם על הפי' רפי' בידי לכתחילה לענ"ד רמ"א בד"מ אינו מפרש כן שכ' סי' ק"מ אפי' כו' יבם קטן משמע

דאין חילוק. והרי ר"ת שסובר דמצות חליצה קודמת אעפ"כ לא הקל כלל דמסתמא לא תתיבם. ונוסף על זה דברי הג' מלבוב דג"כ אין ראיה ברורה נגדו וגם דעת הרי"ף דחשש מהרי"ק ות"ה לזאת אין דעתי מסכמת כלל להתיר גם מ"ש בענין תנאי קודם התורף לחלק בין אומדנא לתנאי אינו כלום ומ"ש רו"מ ק"ו ממים שאין להם סוף דאורייתא.
למה כותב שלא בהשגחה ואבקש לשלוח לי העתק ממכתב הראשון:
והנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר.
הנה נשתהה המכתב. והנני להוסיף ע"ד הנ"ל שסיים אחיו נ"י אף דט"ז מסתפי כו' אבל אנן לא מסתפקין כו' מחמת הפוסקים הנ"ל וכ"ז פשוט וברור עכ"ל א"י למה מטעה השומעים איזה פוסקים הביא בגוף הדבר להתיר רק שסומכין על הלולי דמסתפינא של הט"ז במה שברור שלא ראה דברי רש"ל שכ' אמינא מלתא חדתא. ורש"ל כ' להדיא בדינים שיוצאים להלכה ודין המזכה כו' הוי ספק גט וחולצת ולא מיבמת ואפילו האידנא שא"נ ביבום כו' ובמקום כו' חדר"ג כו' דוקא בדיעבד כו' וכן אם היבם רחוק וקטן נמי בדיעבד אכן אם הוא קרוב ומכרת אותו אפילו הוא קטן אינה מגורשת בודאי וחולצת ולא מתיבמת כו' ע"ש מפורש גם דיעבד דספק מגורשת הוא בקטן ומכרת:
ולענ"ד דגם באותן שהדין חולצת ולא מתיבמת ג"כ לא מהני זכוי בגט. וראיה דא"כ הי' עצה פשוטה בש"מ ואינה כאן לזכות לה גט ואח"כ לכתוב עוד גט ולזכות לה דכיון דאפשט דספיקא וחולצת ולא מיבמת מן הדין שוב גט שני זכות גמור הוא לה ומהני לגמרי להתירה. והרי מבואר במרדכי פרק האשה הך מעשה דאביאסף שהיה שכ"מ ויבם קטן ושאלוהו אם זכות כו' והשיב דל"ש דהתלמוד לא חילק וגם בקטן ספק. ולמה לא עשו כנ"ל וכן שם דשאלו לרש"י ז"ל שרצה לזכות לארוסתו ולא רצה ולמה לא צוה כנ"ל לזכות ב' פעמים ב' גטין. גם לא אשתמיט שום פוסק לכתוב כן. וא"צ לדחות ד' אחיו דמשום דנשי לאו דינא גמירי אינו זכות. וע"כ דגם היכא שהדין חולצת ול"מ אינו מועיל זכוי. וכן לא אשתמיט שום פוסק לומר דבאותן דחולצין ולא מיבמין יהיו ודאי גט דא"כ הול"ל שליח מתנה כגט כה"ג. וכן לענין חצר באעג"ח סי' קל"ט. ולענ"ד הטעם דהא לא מצינו בש"ס רק משום דסניא ליה והא הגט חוב שנאסרת לכהנים ובלא הגט שמא ימות היבם ותהיה מותרת דהא מבואר יבמות י"ח ובתוס' דלזמן מרובה חיישינן שמא ימות וכן יבמות קי"ז גבי צרה וחמותה הבאה לא"מ דחוששת למיתה אף לשקר מש"ה כ"ש שלא יחשב זכות רק ביבום הטעם כיון דסני' ליה וע"כ ייבם אותה אם לא ימות הוי זכות שלא תנשא לשנוי לה יותר מהחוב לכהן כשימות וכמ"ש תוס' צ"ד משא"כ באותן שהדין חולצת ולא מתיבמת דלמא לא ניחא לה בגט שתאסר לכהן ויותר ניחא לה

להמתין שאם ימות תהיה מותרת לכהונה ואם יחי' יצטרך לחלוץ לה. וגם בקטן אולי נח לה להמתין שאם כו' כנ"ל. אולם עדיין לא נתישב הא דכ' פעמים לזכות דהא כבר נאסרה לכהן מספק בזכוי ראשון. ולכך צ"ל כיון דקי"ל הגדילו יכולין למחות וכן כל זכוי כשנודע. א"כ עדיין גם בזכוי ב' שייך דלמא מרחמא ליבם ובאמת תמחה כשיודע לה ויהיה בטל גם זכוי הראשון שלא יהיה ספק וממילא גם זכוי ב' לא מהני דחוב הוא לה כנ"ל. וא"כ נדחה ראיה דלעיל די"ל בשאר דינים דחולצת ולא מתיבמת חשיב שפיר זכות מ"מ הדבר צ"ע מסתימת הפוסקים וש"ע. דגם י"ל משום אי בעי זריק לה גיטא ופסל לכהן משא"כ עכשיו. והרי הח"ץ סי' צ"ו כ' גם על מומרת שזיכוי לה גט אינו סומך למעשה מאחר שהגמ' סתמה ע"ש גם שמבואר בת"ה וש"ע. ואנן אזובי קיר נסמוך נגד הגמ' וכל הפוסקים בלי שום סמך. ונוסף עוד חששות כנ"ל. שבכל אריכת הדברים אינו מוציא מידי ספק דודאי או דשכיב מרע צריך להיות גומר ומגרש לגמרי מעכשיו או שיהיה תנאי מפורש ואי לאו דמיא למתנת ב"ח נדרים מ"ח הן לפניך כדי כו' אם הפי' זכי כנ"ל וגבי פדיון לא גמרת כו' ועוד מגרע כח הגט לפי דברי אחיו נ"י וגם רשב"א ושאר פוסקים כ' דבאמר אם מת ואינו כופל גרע מאומדנא גרידא ע"ש. ונוסף גם חשש דברי הרי"ף כנ"ל. ולדעתי רמות רוחא להתיר למעשה. והכרח הענין מביאני לדבר קשות ונגד רצוני כי רואה אני שקל הדבר בעיני רו"מ. ואיני אומר קבלו דעתי אולם זה אני מזהיר את רו"מ שישלח כל דברי כהוייתן בלי מגרעת להרבנים המתירים ואחר העיון מה שירצו יעשו ואיני מחויב יותר ואל יטרידיני רו"מ עוד בדבר הזה. זולת אם יראה איזה דבר חדש בדבריהם וכמדומה לי שרו"מ לא שלח להם גם מכתבי הראשון כהוייתו וכן לא יעשה. גם לא שלח גב"ע מב"ד דק' ע"ח:

הנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר.

סימן לז

על דבר השאלה. יש לתמוה על ב"ד שהתירו מה שאינו ענין לת' הח"צ שחלב ארסי מיקרי שאין לה חלב כצימוק ואפילו ביש סכנה להאשה לא נשמע משם דבת' סי' ס"ג שם בסוף שכ' ותיקשי לך דבי ר"ג. תמוה שלא הביא דברי הרא"ש ור"ן דקלא א"ל כו' וזה היה עיקר טעם הג' ר' אב"ד ז"ל החולק דכשיש לה חלב שוב שייך הגזירה. אולם בתשוב' סי' ס"ו שם תיקן דכתב מילתא דל"ש כהאי כו' וחלב כו' אטו מחי' כו' ע"ש מה דלא שייך כלל כשחלב טוב לילד רק סכנה דידה דשייך ל"פ. אולם לא הוצרך ח"צ זה רק לר"ת דכ' שם לא מיבעיא לר"ש דכל היכא דלא משעבדא דמותרת כו' שהרי כו' אין מניחין אותה אלא אפילו לר"ת כו' באינה ראויה להניק כו' ע"ש. וא"כ למשמעות הש"ע

סוף סי' י"ג וכ"כ בנב"י להקל בגרושה שלא התחילה להניק. א"כ גם בסכנת האשה כיון שאין מניחין אפשר להקל. אולם ז"א דמ"ש הח"צ לא מיבעיא להר"ש היינו כפי דחיית ר"ת שלדברי הר"ש גם באלמנה כשלא משעבדא ראוי שתהיה מותרת מאחר שהח"צ סובר לגמרי כר"ת ע"ש:

אבל אנו כשרוצין לתפוס דעת הר"ש א"א עם דחיות התוס' רק דע"כ מודה ר"ש באלמנה דלא פליג גם בלא משעבדא רק גרושה דלעולם אינה משועבדת ודבי ר"ג משום קלא או דסובר כדברי ר"מ הובא תשובת הרא"ש כלל י"ג דאף בהכניסה ג"ש וכה"ג דלא משעבדא להניק בעצמה אבל מחויבת להשתדל לשכור מניקה ובנשאת לא שביק לה בעל ע"ש ובגרושה לא משעבדא כלל עיין תשובת הגאון בעל מג"ש בס' גבורת אנשים. א"כ צימוק וסכנה א"א ללמוד להתיר באלמנה דהפי' מניקה לר"ש או משועבדת בעצמה או להשתדל ונדחה קו' של הח"צ. ומ"ש הרא"ש וש"ע להתיר צימוק משום דפוסקין כר"ת והפי' מניקה ראוי להניק והגם שנאמר שהר"ש מסתמא אינו חולק על הגאון שהביא הרא"ש וסבר דתרתי בעי שם מניקה עלי' ומשעבדא ע"ש בדברי בעל מג"ש מ"מ שוב ההיתר דוקא בצימוק. משא"כ אלמנה אף דסכנה לאשה דנקרא שם מניקה. שוב או דל"פ. או דמשעבדא להשתדל ואסורה להר"ש ג"כ ולד"ה אסורה. זולת דברי בעל תשובת אמונת שמואל המתיר באלמנה ג"כ בג"ש ודבריו דחוים מכל הפוסקים שכולם געגו על הסומכים על תשו' א"ש הנ"ל. עכ"ז מצאתי להג' מוהר' יונתן ז"ל סוף ספר בני אהובה שהתיר גם בסכנה לאשה. וסובר שגם זה אינה נקרא מניקה כיון שאין ב"ד מניחין וכהפו' דל"א ל"פ וטעם הב' ע"ש. אולם זה בסכנה מבוררת ע"ש שאין דוחין ואף שלא יהיה מניקה אחרת אינה רשאי לסכן עצמה. משא"כ בחשש שתסתמא דל"מ להחולקין על ר"ת דסכנת אבר לא חשיב כס"ג אף בדרבנן רק אף לשאר פוסקים בדאורייתא לא חשיב סכנות נפשות כמ"ש ש"ע א"ח סי' שכ"ח. ונ"ד לא דמי כלל לעין שמרדה. כיון שהסמיכה על הרופא ולא אמר כלל שהוא סכנה רק שיחשך הראות. ודאי דכשלא ימצא מניקה שמחויבת להניק שלא יסתכן הולד ונקרא מניקה לאסור כנ"ל. ועוד דלסמוך על הרופא מבואר ש"ע סי' קפ"ז מחלוקת. ובא"י כ' דפיהם כו' שאין לסמוך כלל. אך בזה י"ל דעכ"פ מסיח לפי תומו הוי רק שם דשייך התפארות שריפא הוי כהאי דקונטרמיסין. משא"כ כאן אמירתו אז שכשתנשא לא תניק שתסתמא דל"ש כנ"ל הוי מסיח לפי תומו דנאמן בדרבנן בלא איתחזיק אז כנ"ל. ואבי' שאומר שהרופא אמר כן י"ל דנאמן ג"כ עד כשר מפי מסיח לפי תומו כמו בעדי נשים ובכור להרבה פוסקים. אולם בשבוי' ב' דיעות בש"ע אי מסיח לפי תומו נאמן אה"ע סי' ז'. ובזה משמע ג"כ דהיא א"נ לכ"ע

וכ"ש עד מפי מסיח לפי תומו דגרע וצריכין לגבב כל הקולות. ואעפ"כ אין מקום להתיר דע"כ לא כ' להתיר רק כשא"א להתחיל להניק כלל שיהיה סכנה. אבל אם אפשר לה להניק זמן מה רק אורך זמן ההנקה יביאה לסכנה דכשתראה שמזיק לה תשמיט דד מפיו לכ"ע כשאר מניקה הוא דחל עלי' האיסור ואף ביש מעט חלב מסתפק ש"י בתשו' ע"ש. ובהנ"ל לכ"ע אסורה דרוב נשים בזמן הזה א"א להם להניק כ"ד חדש ולא בשביל זה נשתנה ח"ו דין חז"ל. דעכ"פ טובה לתינוק שתניקהו עד שתמצא אחרת וחל איסור חז"ל וזה לא אמרו כלל בשם הרופא שמיד שתניק יום א' תסתמא וגם א"א שיאמר כזה. גם איך ישפוט הרופא על אחר ד' שנים שמא תהיה בריאה לגמרי. וצריכין לידע שבשעת מיתת בעלה הי' סכנה כשתניק. וא"י שום היתר לענ"ד דברי הדו"ש. הק' יצחק מאיר.

וח"ו להתיר בכאב עינים. רק במכתב הרב מוואדיסלוב נוסף דברים חשש אב צעהרונג שאמר הרופא שאפשר חשש סכנה. בזה אם אמר שלא תתחיל להניק כלל מחשש הנ"ל. וגם עכשיו יאמר רופא יהודי שא"א לה להניק כלל מחשש סכנה נראה דאין חוששין שמא היתה בריאה בינתים בשעת מיתת בעלה כהאי יבמות פ'. כיון דתחלתו וסופו לקוי כו' בכחישות דכל הגוף ע"ש אבל אם עכשיו בריאה לא מהני חזקה דמעיקרא לומר השתא כו' כיון דכ"ע בחזקת בריאין כו' כדאמר קדושין ע"ט ע"ש דר' יעקב משום חזקת ממון וביבמות ס"ה דאמר השתא דבריא משום שהוחזקה ג"כ וע"כ נשתנה כנ"ל לא על זמן שבינתים כנ"ל:

ומ"מ כשהרופאים אומרים אז שלא תניק לעולם י"ל דל"ח בדרבנן שמא נשתנה אח"כ כל שלא נתברר להיפוך כיון שעתה פסק חלבה ודנין רק על האיסור דרבנן ומסיח לפי תומו בדרבנן הרבה פוסקים דנאמן. ודבר שיש לו מתירין הדעת נוטה דלא חשיב מלבד סברת הצל"ח בטלטול כיון שיפרוד שידוך זה כמובן. ואפשר דלא מהדרינן עובדא בפרט ע"י שבועת המניקה עד"ר שדעת זקינו בס' א"מ להתיר בשעת הדחק. הנלע"ד כתבתי:

סימן לח

ב"ה ט' ניסן תרי"ג לפ"ק.

תשובה שניה בענין הנ"ל. להרב ר' הערצקי מפיעטערקוב.

אד"ש הגם כי אני טרוד וקודם החג. עכ"ז לכבודו פניתי מעט. ומ"ש רו"מ ע"ד הח"צ בחלבה ארסי לילדיה מבעלה ולאחרים לא מזיק דל"ד לצמקו דדי' דהוי כחמור זה דעור כשמת משועבד לשכור חמור אחר כן דדי' לחלב משעבדי' להשכיר א"ע כדי לשלם דמי מניקה. ולענ"ד גם אם היה דומה הוי כספינה ויין זה דביש קפידא מצי לומר הבא היין וא"י ליתן יין אחר. כן לא נשתעבדה מעולם רק להניק בני' מבעלה והא קאימנא. ואם

ארסי לילדים שלה ממנו אינה חייבת דודאי קפידא בין בני' לאחרים. וגם נסתחפה שדהו כחלה הבן במלמד בפרט דעכ"פ כדאמר קדושין י"ז בעושה מעשה מחט דעושה מקצת מלאכה לכ"ע אינו צריך להשלים בחלה. ואין האשה כחמור שנשאת רק להניק הבנים עוד יש כמה חילוקים. ומ"ש ראיה מנדרה שלא להניק שכ' תוס' דחייבת להשכיר מניקה והקשה דהוי כמנסך ולא שייך שלא יהא כו'. לענ"ד אין הפי' כלל מטעם מזיק רק כיון דהנקה בכלל המלאכות הוי מורדת ממלאכה ושאר מורדת כופין וכן בפשיעותא א"א לכופה להניק לכן או שתשכור כו' או תצא בלא כתובה כמו שסיימו תוס' כתובות נ"ט. ומה שתמה רו"מ על האחרונים כשבעל מחל השיעבוד מהא דח"מ סי' של"ג במלמד כו' שאי"ל שיעבוד הנער החילוק פשוט דשם הנער בעולם משא"כ בשעת נשואין הוי דבר שלא בא לעולם רק החיוב לו בכלל מעשה ידיה. ואישתמיט ליה למר שבאה"ע סימן קי"ד ג"כ זה הדין בנתחייב לזון ב"א דפטור האם לא מהני והוא מירושלמי. ובסימן קי"ב מבואר דמהני מחילתה על מזון הבנות וכ' שם ח"מ וב"ש ב' טעמים א' כנ"ל לדבר שלא בא לעולם וב' דנגרר אחר שאר מעשה ידיה. ובל"ז כיון דהחיוב עליו לזון קטני קטנים החיוב שלה רק לפרוע חוב שלי ומהני מחילתה על מזון הבנות וכ' שם ח"מ וב"ש ב' והרבה גדולים שעשו מעשה דרב גובריהו. הסומך עליהם אין לערער כלל. וה' ישלח לו רפואה שלימה.

הק' יצחק מאיר.

סימן לט

על דבר השאלה במינקת שעברו עלי' כ"ד חודש ע"י שנחשוב חודש העיבור אי מותר לבעל אחותה לישא אותה מאחר שכתב הב"ש דביש סניף מצרפין חודש העיבור ונחשב הסניף שיש לו בנים קטנים ואין מי שישמשנו:

תשובה שלום להרב הנ"ל. מ"ש סניף להתיר אין הפירוש רק במה שיש פוסקים להתיר במניקה כמו עשירה וכה"ג לא בבנים קטנים וכה"ג שאין שייכות ולא דיעה להתיר ע"י זה תוך זמן הנקה רק זה היה יכול לומר דחשיב צורך גדול. ובתשו' נודע ביהודה קמא סי' כ' כתב להתיר בגמלתו כבר שי"ל דמודה מהר"ם. אבל לא עלה על לבו להרים ראש להקל נגד מהר"ם ורמ"א ובגמלתו יש סמך לדברי הנו"ב בהגה"ה סביב המרדכי בקידושין שכתב ג"כ די"ל דמודה בגמלתו. ומ"מ פשט דברי אחרונים שלנו ט"ז וב"ש שלא להקל גם בגמלתו ונראה שלא ראה דברי הט"ז שגם הוא ס"ל להלכה דלא כמהר"ם ואעפ"כ אינו רוצה להקל כלל נגדם וכפי הנראה איזה למדן למד להאיש שיאמר כן כי

המתין שנה וחצי וחודש א' קשה לו להמתין לקיים דברי חכמים וידבר על לב איש כנ"ל שטוב לו להמתין שיהיה בהיתר גמור. דברי הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל:

סימן מ

על דבר היבם שהגיע לכלל שנים ולא הביא ב' שערות שנשתדך ורוצה לכנוס אם אסור כהי"א שמביא רמ"א אה"ע סי' קנ"ט:

הנה ח"צ בתשובה סי' קט"ז דחה דברי הרמ"א מאחר שארוסה נקראת אשתו טפי מזקוקה ואעפ"כ פסק הרמ"א ס"א דליכא חדר"ג בארוסה א"כ מכש"כ בזקוקה ע"ש שהאריך. ולענ"ד שאין לדחות בזה דברי רמ"א דיש לחלק בפשיטות דבאמת עכשיו ליכא חר"ג משום הזיקה. רק דהתם בארוסה כשנושא אחרת א"כ ודאי לא ישא הארוסה דתהיה אסורה לו משום חר"ג וא"כ לא יהיה לו רק אחת ולא יעבור דכל זמן שהיא ארוסה אינו עובר. אבל ביבום כיון דפסק שם דבמקום יבום לא גזר ר"ג ואין דוחין מצות יבום ורשאי ליבמה על אשתו. וא"כ עכשיו כשנושא ואח"כ ירצה לייבם ויהיה רשאי ליבמה וא"כ יהי' לו ב' נשים ויתבטל החר"ג. דכשכבר יש לו אשה אנו אומרים דמותר לייבם לקיים המצוה אבל מה שנושא עכשיו יגרום לבטל ובזה ליכא מצוה שלא ישא ויהי' לו היבמה לחוד ולא דמי כלל לארוסה כנ"ל ואף למ"ש ריב"ש סי' י"ז דמותר לצאת בשיירא אף שיהיה אח"כ פיקוח נפש דדחי שבת ולמדה מהא דמפלגינן בספינה קודם ג' ימים כו' לפי' הרז"ה דעכשיו אינו עושה איסור ואח"כ כשבא שבת הותר מפני פיקוח נפש. ולדבר מצוה אף תוך ג' שרי ע"ש. ואף דאין פ"נ דוחה אלא היכא דא"א בלא חילול ועתה בידו שלא להפליג ולא יצטרך לחלל מ"מ מותר וא"צ למנוע עכשיו מלגרום הדחיה אח"כ ע"ש. וא"כ גם בהנ"ל כיון דעכשיו מותר לישא דאין חר"ג בזקוקה ואח"כ אם ירצה יהיה באמת מותר לייבם משום מצות יבום דדחי לחר"ג ואף דעכשיו בידו שלא לישא ולא יצטרך הדחיה מ"מ א"צ למנוע כמו התם כיון דיהיה מותר אח"כ ע"פ דין. וגם החולקים על הריב"ש כשיצטרך בודאי לחלל מ"מ מודים בספק וכאן אפשר שיחלוץ והיא לדבר מצוה כיון שהגיע לכלל שנים וגם אי דמי לתוך ג' שרי כנ"ל. ומ"מ י"ל דאסור כאן. דא"כ יהיה מותר ג"כ כשבדעתו ליבם באמת ויערים לבטל חר"ג לישא אשה ואח"כ יהיה מותר ליבם וזה משמע דגם הח"צ מודה דאסור כיון דדעתו ליבם וכן בתוס' סוף נדרים וש"ע סי' קע"ח באומר שמאמינה דמנדין שגורם לבטל תקנות ר"ג וע"כ דהיה התקנה כן שלא יגרום לבטל חר"ג. אך מ"מ אינו מוכרח דזה שפיר כשבדעתו ליבם ונושא אשה א"כ בדעתו עכשיו לגרום בטול חר"ג וע"ז הי' התקנה כנ"ל וכמו התם באומר שמאמינה משא"כ ברוצה באמת לחלוץ ואינו מערים כלל לבטל רק לישא אשה

ולחלוץ אח"כ ליבמה כשיגדל. ורק דניחוש דלמא מימלך אח"כ וירצה ליבם מה בכך כיון שתהיה מותרת כנ"ל. ודמי שפיר להך דריב"ש ועדיף מיניה דמבואר מדברי הפוסקים דאין הטעם דהמצות יבום דוחה לחר"ג רק דבמקום מצות יבום לא גזר כלל וא"כ לא יגרום שום איסור:

אך מ"מ אין קושיא על הרמ"א כלל די"ל שפיר דגם בארוסה כשעומדת להנשא היה אסור מיד לישא אשה אחרת והיה שייך תקנת ר"ג גם בעודה ארוסה דכשעומדת לכנוס ככנוסה דמיא רק דכיון שנושא אחרת ממילא לא יוכל לישא הארוסה וא"כ בשעת נשואין דזו כבר הארוסה אינה עומדת לינשא משא"כ ביבמה שאף שנושא זו עדיין עומדת היבמה להתיבם שפיר י"ל דגם עכשיו בעודה זקוקה יש האיסור לישא עליו:

והנה מה שהחליט הח"צ בדעת רמ"א דבארוסה ליכא חרם רבינו גרשום ומתוך כך נחלק עליו בסי' קכ"ד וכ' שנתעלם מרמ"א ז"ל תשו' מיימוני סי' ל"ד ותשו' מהרי"ל דגם בארוסה יש חר"ג ע"ש. ותמיהני על הג' ח"צ מלבד שלא ראה דברי רמ"א בד"מ סי' א' שהראה מקום לסי' קנ"ד ושם הביא הך תשו' מיימוני דגם בארוסה יש חר"ג וגם תשו' מהרי"ל הביא ואם לא ראה דברי הד"מ אבל איך לא ראה דברי הרמ"א בש"ע סי' ע"ז סעיף ב' שכ' ודוקא נשואה אבל ארוסה המורדת ואינה רצונה להכנס לו ונתגרשה בע"כ או ישא אחרת ומתירין לו ע"ש ומבואר דבארוסה שייך חר"ג כשאינה מורדת והיה לו להקשות דברי רמ"א אהדדי עכ"פ מבואר שלא נעלם מרמ"א ז"ל דעת האוסרין:

והנה מה שנתחבטו בפי' דברי רמ"א סי' א' הב"ש וח"צ. לענ"ד נראה פשוט כוונתו שלא כדבריהם ז"ל. רק דהא בתשו' מיימוני סי' ל"ד מה' אישות מסיים בארוסה במורדת דאין כופין אותו לגרש מיהו נראה בעיני הואיל ואיכא השתא תקנות ר"ג ז"ל שא"י לישא אחרת והוא לא קיים פ"ו נראה בעיני שכופין אותו להוציא כדי לקיים פ"ו שיוכל לישא אחרת כו' כנ"ל מד"ת אך שקשה הדבר שא"כ עשינו תקנה לפרוצות ולכופה ולהנשא לו אינה תקנה טובה דאין אדם דר עם כו' הלכך יעשו ב"ד כפי ראות עיניהם ע"ש:

וע"כ טעמו דטוב יותר לכוף אותו לגרש משום מצות פ"ו ואין מתירין לו לישא אחרת ע"כ משום דלטעמיה אזיל דגם במקום מצות פ"ו גזר ר"ג וגם בשהה י' שנים אין מתירין ולכך כ' שראוי יותר לכוף אותו לגרש כדי לקיים כו' וא"כ להפוסקים דבמקום יבום או פ"ו לא גזר ר"ג וא"כ זה הדין עצמו שכ' התשו' מיימוני הנ"ל שייך כשהוא אינו רוצה לכנוס הארוסה דכדי לקיים פ"ו מתירין או לגרש בע"כ או לישא אחרת כיון דבמקום מצות פ"ו לא גזר ואין לכופו לכונסה דאין אדם דר עם כו' ולא ישא אדם כו' כמו שכ' התשו' מיימוני הנ"ל לגבי דידה דאין לכופה להנשא לו מה"ט וכיון דהדין הוא בארוסה

דאין לכוף אותו לישאנה כמ"ש מהרי"ק סי' ק"א ממילא משום מצות פ"ו מתירין לו לישא אחרת כמו בשהה י' שנים דלא גזר. אך זה לדעת הפוסקים דמקום מצוה לא גזר ר"ג אבל להפוסקים דגם במקום מצות פ"ו אין מתירין חר"ג ממילא גם גבי ארוסה אין מתירין לו לישא אחרת דאף שאין הדין נותן לכופו לישאנה מ"מ אף דאיכא מצות פ"ו אין מתירין לו לישא אחרת או לגרשה בע"כ:

ובזה מדוקדקים דברי הרמ"א ז"ל סי' א' ס"י דעל מה שכ' המחבר אבל ביבמה לא החרים וכן בארוסה הוסיף הוא אם אינו רוצה לכנוס אלא לפטור מהרי"ק סי' ק"א כו' דכיון דמבואר שם דאין הדין נותן לכופו לכונסה א"כ ממילא הוי כמו תשו' מיימוני הנ"ל דמשום פ"ו מתירין לו וע"ז כ' אח"כ וה"ה בכל מקום שיש דיחוי מצוה כו' אמנם יש חולקין כו' דחרם רבינו גרשום נוהג אף במקום מצוה. וקאי היש חולקין שפיר על כל הנ"ל דגם בארוסה אין מתירין כנ"ל וכ' אח"כ ובנשתטית כו' או שמן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט כו' וסיים וכ"ש אם היא ארוסה ואינה רוצה להנשא או להפטר כו' דבזה גם לדיעה הב' מותר לו לישא אחרת וזה עצמו היא מ"ש סי' ע"ז דארוסה המורדת כו' יכול לגרש בע"כ או לישא אחרת והיא כדיעה השניה שבס"א דבארוסה אין מתירין רק כשאינה רוצה לא להנשא ולא להפטר כנ"ל. ומיושב מה דכללו הרמ"א בארוסה עם במקום יבום שאין לו שום פי' להב"ש וח"צ. וגם הסיום סותר להרישא וגם לא סתרי אהדדי ת' מהרי"ק שבסי' ק"א לשבסי' ס"ג שתמה הח"צ. וגם מה שתמה הב"ש דלא מוכח כלל במהרי"ק ולמ"ש מיושב הכל דלא הביא ממהרי"ק רק דאין הדין לכופו לכונסה וממילא מתירין לו משום מצות פ"ו דלא שייך חר"ג במקום מצוה לדיעה הא'. ולכך שפיר כ' הרמ"א גם בסי' קנ"ט וי"א ביבמה דאין רשאי לישא אשה עליה כיון דיכול ליבם או לחלוץ דדינה כארוסה אסור לו לישא אחרת דגם בארוסה לא התיר אף לדיעה א' רק בהוא רוצה לפטרה ואינה רוצית לקבל גט רק לכנוס דבזה איכא ביטול מצוה. אבל לא משום דבארוסה לא גזר דע"ז לחוד לא היה סומך הרמ"א כלל שגם מהר"מ פאדאווי לא כ' זה רק לסניף בעלמא. ורק זה כ' בבירור דבמקום ביטול מצוה לא גזר ע"ש סי' י"ד. ומזה למד הרמ"א בארוסה לדברי מהרי"ק סי' ק"א דדוקא בנשואה דמחויב לדור עמה ואף דאמרה תורה כי שנא שלח ע"ז הי' תקנות הגאון ר"ג שלא יגרשנה בע"כ ומחויב לדור עמה וליכא ביטול מצוה משא"כ בארוסה שאין כאן גזירת ר"ג לכונסה כמ"ש מהרי"ק וממילא לא ישא אשה בע"כ ואיכא ביטול מצוה ומותר ליקח אחרת כיון שאין רצונה לקבל גט ממנו אבל כשהיא מרוצית להנשא או לקבל גט הדבר פשוט מאחר שאין כאן ביטול מצוה דאסור לישא אחרת גם על הארוסה עד שיגרש הארוסה

גם לדיעה א' שברמ"א סי' א'. וממילא ביבמה אסור לו לישא אחרת מקודם עד שייבם או יחלוץ דמה ביטול מצוה איכא ממ"נ אם ייבם אין כאן ביטול מצוה ואם יחלוץ ישא אח"כ. ואם לא תתרצה לא להתייבם ולא לחלוץ נתיר לו אז לישא אחרת כמו בארוסה משום ביטול מצוה כנ"ל. ודברי רמ"א ברורים ובזה נתבטלו כל השגת הח"צ בסי' קי"ו וסי' קכ"ד הן בארוסה והן ביבמה. ולענ"ד האמת יורה דרכו שכוונת הרמ"א כמ"ש גם שלא פי' כן הגדולים הנ"ל:

ומ"ש הח"צ עוד בתשו' הנ"ל דכיון דזיקה דרבנן לא שייך תקנת ר"ג דהוי תקנתא לתקנתא ולא עבדינן כמו בהאי רעיא כו' ע"ש. ואין מהצורך להשיב ע"ז כי לא על הרמ"א נחלק רק על גדולי הראשונים רבינו אביגדור ורבינו חזקיה בהגה' מרדכי דכתובות שכתבו סברא זו ולא סמכו עלי'. ולא התירו רק משום שהשידוכין הי' בהיתר וחל מקודם חרם השידוכין ע"ש. אבל כיון דזיקה ככנוסה מדרבנן אם הי' השידוכין אח"כ הי' אוסרין. והן הן דברי רמ"א שבסי' קנ"ט. גם מוכח שם מדבריהם דסוברים דבמקום מצוה לא גזר ר"ג שכ' דלא אסרינן לא באשתו ולא ביבמתו אם הוא נשוי כו' ואעפ"כ רוצה לאסור בזקוקה בלא השידוכין. וע"כ משום דאין כאן מצוה כנ"ל:

וגם מוכח שם דשאר צדדי היתר שכ' רבינו אביגדור הוא משום דסבר דקי"ל מצות חליצה קודמת בבירור ודאי לא קיימא ליבום ואי רצה ליבם לא שבקינן ליה ע"ש כן להדיא. וא"כ למה שפ' לקמן סי' קס"ה דאין כופין כלל ואף ביש לו אשה אחרת בפרט היכא דאומר דמתכוין למצוה כמבואר בב"ש שם ס"ק ג' א"כ שפיר פ' הרמ"א דאסור לו לישא אחרת כדברי הג"מ הנ"ל:

ובודאי שאין כדאי בסברת ח"צ לחלוק על גדולי הראשונים מסברא בעלמא. וגם מסברא ליתא דהא חזינן דגזרו שניות בחלוצה כמבואר בש"ס מ' אף שהוא ב' גזירות. וכן פ' הרמ"א סי' קנ"ט דס' אחות זקוקה אסורה מהטור והג"מ ע"ש שחמור משאר אסור דרבנן וכן מבואר בתוס' יבמות כ"ח דהוי אסרינן לחלוץ ברישא והדר יבומי משום דלמא מיבם ברישא ופגע באחות זקוקה כו' אי לאו משום דפשוט לעולם וליכא למגזר ע"ש ד"ה ולימא כו' ומבואר דאף דזיקה דרבנן עבדינן ב' תקנתא כנ"ל. העולה מזה שהדין עם הרמ"א בכל פסקיו דארוסה שהיא מרוצית בין להכנס בין להפטר ודאי אסור ליה לישא אחרת דאין כאן בטול מצוה דיכנוס או יפטור. וכשאין רצונה להפטר והוא אינו רוצה לכנסה תלוי בב' הדיעות שבסי' א' וכמ"ש משום דאיכא מצוה כיון דאין הדין לכופו ובזה כ' בד"מ סי' א' דהמיקל לא הפסיד כיון שהוא ספק. וכשאינה רוצה לא לכנוס ולא להפטר לכ"ע מתירין לו והוא הדין שבסי' ע"ו כנ"ל. ובנפלה לו יבמה והוא גדול שיכול ליבם או

לחלוץ אסור לו לישא אחרת עד שייבם או יחלוץ וכמ"ש בסי' קנ"ט וזה ג"כ לכ"ע דאין כאן ביטול מצוה כנ"ל:

ואך דלכאורה כיון דתלי הטעם בהגמ"ר דכתובות משום דעומדת להתיבם לכך אסור לו עכשיו לישא אחרת ודחי משום דסבר מצות חליצה קודמת ואינה עומדת ליבום ע"ש. וא"כ אף לדידן דקי"ל דרשאי ליבמה אף כשנשוי אשה מ"מ היינו כשהיה נשוי מקודם. אבל כאן לכאורה רשאי לישא אשה עכשיו על הזקוקה ושוב לא יהיה רשאי ליבמה דכיון דתלי' בהא אי עומדת להתיבם אסור לישא אחרת עליה וכשאינה עומדת להתיבם אינה ככנוסה ומותר לישא עליה. וא"כ הא אומר פ"ק דחולין בהמה בחיי' עומדת לב' הדברים כו' נשחטה הוברר הדבר כו' אי יש ברירה ע"ש. וא"כ כאן אי עומדת לייבם ולחלוץ וא"כ כשנתיבמה אח"כ הוברר הדבר דהי' עומדת להתיבם וא"כ הי' נשואי הראשונה באיסור חר"ג על השומרת יבם העומדת להתיבם וא"כ לא יהיה רשאי ליבמה כדי שלא יהיה נעשה איסור בראשונה. דאף דאמרינן דביבום ליכא חרם רבינו גרשום משום מצוה וא"כ לכאורה אף דע"י היבום יהיה נעשה האיסור מ"מ יהי' מותר ליבם דז"א דאין הטעם דמצות יבום דחי לחר"ג רק דלא גזר רבינו גרשום במקום מצות יבום ע"ש בפוסקים אבל אם הי' הגזירה גם בזה היה אסור. וא"כ לענין הראשונה שנאמר שיש בה חר"ג כשהשומרת יבם עומדת ליבום ועליה הי' האיסור א"כ שפיר אינו רשאי ליבם כדי שלא יהיה עליו חר"ג מחמת הראשונה דכיון שיש החרם לא דחי מצות יבום וכאן יהיה למפרע איסור מחמת הנשואה אם ייבם דהוברר הדבר שהיה חר"ג על הנשואה. וא"כ כיון שלא יהיה רשאי ליבם מטעם הנ"ל שוב יהיה מותר לו עכשיו לישא על השומרת יבם דשוב כשנושא זו לא תהיה השומרת יבם עומדת להתיבם עוד מטעם הנ"ל. אך באמת ז"א מכמה טעמים חדא דאי נימא כנ"ל שוב אסור לו עכשיו לישא מחשש שמא באמת ייבם ויהיה איסור למפרע בנשואין של זו כיון דהוברר כו' ועובר על חר"ג. וכאותו דקי"ל שבועה שלא אישן היום אם אישן למחר דלא יישן היום שמא יישן למחר דבתנאי לא מזדהר איניש כיון דבדבר זה עצמו אין איסור רק שיהיה נעשה איסור למפרע. חיישינן דלא יחוש ויישן למחר ויהיה איסור למפרע ואסור מטעם זה מיד עכשיו כו' וא"כ גם כאן כיון דבמה שייבם לא יהיה איסור מצד עצמו דבמקום מצות יבום לא גזר ר"ג. רק דיהיה למפרע איסור משום הראשונה כיון דהוברר דעמדה ליבום. והוי כתנאה דלא מיזדהר איניש ושוב אסור עכשיו לישא מחשש שמא ייבם ויהיה הוברר דעמדה ליבום ויש בנשואי זו חרם רבינו גרשום כנ"ל. אך יש לחלק דדוקא באיסור דאורייתא חיישינן שמא יישן למחר. משא"כ בחר"ג דאזלינן בספיקו לקולא לא אסרינן עכשיו מספק שמא

יעבור ויהיה אסור למפרע כיון שלא יהיה רק איסור דרבנן ולא גרע משאר ס' דרבנן כנ"ל. אך באמת יהיה מותר ליבם גם כה"ג דלרוב הפוסקים בדרבנן היכא דלקולא אם נאמר אין ברירה פסקינן דאין ברירה דספקא הוי. וא"כ אי מתירין עכשיו לישא מספק שוב יהיה מותר לו ליבם אח"כ דלא נאמר ברירה לחומרא דעבר למפרע אדרבנן דאין ברירה כנ"ל. וא"כ ממילא אסור עכשיו לישא דעדיין ליבומי קיימא וכיון דעומדת ליבום הוי ככנוסה ואסור לישא עליה לא מטעם שמא ייבם רק כיון דעומדת ליבום חשיב כב' נשים גם עכשיו כדברי הגה' מרדכי הנ"ל:

ועוד דלא אמרינן כלל ביבמה שעומדת לשתיהן ליבום וחליצה. רק חשבינן לה ליבום עומדת לחוד וכמ"ש תוס' החולץ דיבמה קרובה לביאה טפי מארוסה. ומה"ט פ' הח"צ סי' א' דלכך בעי כוונה בפירוש לחליצה ולא מסתמא משום דמסתמא ליבום עומדת ולא לחליצה. ואפילו למ"ד מצות חליצה קודמת פ' שם דחשיבא עומדת ליבום לחוד ע"ש. וא"כ אף כשחולצת אח"כ לא אמרינן הוברר דהי' עומדת לחליצה. דבמה שעומד רק לדבר א' לא אמרינן הוברר להיפוך כמבואר בש"ס פ"ק דחולין דאי סתמא לגדל אף דנשחטה לא אמרינן הוברר דלשחיטה כו':

והנה מ"ש הח"צ להוכיח דשומרת יבם לא מיקרי אשה כמו ארוסה מהא דיבמות ס"א אירס אלמנה ונתמנה להיות כ"ג יכנוס וש"י לא יכנוס כו' וילפינן מדכ' יקח אשה כו' וא"ל דגלי קרא תיקשי מאי ראית לרבות ארוסה ולהוציא יבמה כו' ותמיהני שהוא גמרא ערוכה סוטה כ"ד דפליגי ר' יאשי' ור' יונתן בהך תחת אישך פרט לארוסה יכול שאני מוציא אף שומרת יבם ת"ל איש איש דברי ר"י. ר"י אומר פרט לשומרת יבם אוציא שומרת יבם ולא ארוסה ת"ל אשה תח' אישה פרט לארוסה מר אלימא ליה ארוסה דקדושי דידי' וסוקלין ע"י ומר אלימא ליה שומרת יבם דלא מיחסרא מסירה לחופה ע"ש. ואף דלמסקנא מיירי בבא עליה יבם בבית חמי' ע"ש הוא מטעם דבעי קדמה כו' אבל בגוף הסברא פליגי כנ"ל. אך מ"מ כיון דמוקי התם מתני' כר"י משמע דלדידן ארוסה טפי מיקרי' אשה משומרת יבם ע"ש:

ומ"ש הח"צ דאין שומרת יבם בכלל אשה דקרא וכתב דפשוט הוא נראה שאין זה בכל מקום דהא מבואר במשנה סוטה מ"ג מי האיש כו' אירס אשה א' מארס את הבתולה כו' אפילו שומרת יבם ואפילו שמע שמת אחיה במלחמה חוזר כו' וכ"פ הרמב"ם ז"ל באין חילוק. ומבואר דשומרת יבם בכלל אירס אשה הוא. וכן בה' סוטה כתב הרמב"ם דאימעוט ש"י רק מתחת ע"ש. אבל בלא"ה היה בכלל אשה כו':

והנה עוד היה נראה דהא לכאורה דברי מהר"ם פאדווי נכונים כיון דלשון חר"ג שלא ישא ב' נשים כו' מנ"ל דיהיה שייך גם בארוסה. והנה אף דזה פשוט דבכלל נשים גם ארוסה בכלל. ואף דאמר פ"ק דיומא כמה דלא כניס לה לאו ביתו הוא היינו דוקא משום דכ' בית. אבל בלא"ה ודאי ארוסה בכלל. ולענ"ד זה כוונת התוס' יבמות י"ג ע"ב ד"ה לרבות את הארוסה אור"י דאצטריך לרבויי ארוסה משום דכ' בית אחיו כו' ופ"ק דיומא משמע דבית נשואה משמע. ותמה הג' מהר"י ברעסלא בהגהות הש"ס הא מפורש פ"ק דיומא ארוסה לא תתייבם כו' ע"ש ולענ"ד כוונת תוס' פשוטה שלא נטעה דבכל מקום דכ' אשה צריך קרא לרבויי ארוסה ע"ז כ' תוס' דאיצטריך קרא דההחוצה רק משום דכ' בית דמשמע נשואה אבל בלא"ה ודאי ארוסה בכלל אשה דקרא וזה פשוט. דהא בכל העריות דנאסרו מחמת אישות נאסרו בקדושין לחוד כמבואר ברמב"ם ה"א וכל הפוסקים אף דמשמע קצת מתוס' ריש יבמות ד"ה בתו דוקא בנכנסה לחופה נאסרה בת אשתו עליו. וכ"כ בס' שער המלך בק' חופת חתנים ובס' בית מאיר סי' ט"ו דכן דעת התוס' מ"מ היינו דוקא משום דכ' שאר וארוסה לא מיקרי שארו. ובל"ז אין הדעת נוחה כלל בדבריהם. והא משנה שלימה שנו המקדש אשה ובתה אשה ואחותה וכל הש"ס מלאה מזה. ואם בקדושין לחוד אין בתה ערוה עליו כמו באנוסה למה לא יתפסו קדושי בתה אח"כ הא אינה ערוה כלל. ולענ"ד מוטב לדחוק במשמעות דברי תוס' ולא ללמוד דין חדש מדבריהם נגד כל הפוסקים. ואף דלכאורה היה אפשר ללמוד דין הנ"ל אי שייך חר"ג באירוסין דהא לא עדיף מדין תורה גבי מלך בלאו דלא ירבה לו נשים יותר מי"ח כו' ומבואר ברמב"ם ה' מלכים דאינו עובר רק בביאה. ובקדושין ליכא איסור ע"ש. אך להרמב"ם גם בנשואין ליכא איסור ובאמת הכ"מ תמה עליו והניח בצ"ע דילקה בקדושין לחוד ע"ש וי"ל דלטעמיה אזיל דחופה שאינה ראויה לביאה לא מהני כלל וא"כ לא משכחת לה נישואין כלל. ושוב בקדושין לחוד ליכא איסור כנ"ל. ומוכח עכ"פ דאין איסור בקדושין. אך אפשר דגם הקדושין לא מהני דקיי"ל כרבא דמה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ופריך הש"ס ריש תמורה מלא יקח דאיסור כהונה ומשני דכ' לא יחלל כו' אבל בלא"ה לא היה מהני הקידושין. וא"כ במלך דנימא דהאיסור על הקדושין לחוד שוב לא יהיו מועילים כלל הקדושין. ושוב אף דאפשר דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא מ"מ אמרינן מסברא דהאיסור על הביאה כדאמר ביבמות צ"ו הראוי לקיחה כו' הראוי לשכיבה כו' כיון דלא תפסי קדושין מוקמינן לה אביאה ויש לדחות ואין להאריך. דע"כ יש איזה לימוד שם דלא עבר בקדושין לחוד. אבל בכל מקום בש"ס ארוסה אשתו מיקריא. אמנם כיון דלשון חר"ג שלא ישא ב' נשים מבואר נשואין דוקא

דגם בלשון בני אדם אין קדושין בכלל נשואין והא מבואר בתשו' הרשב"א ובש"ע סי' כ"ז דאם אמר הרי את נשואתי אינה מקודשת ע"ש דאין אירוסין נקרא נשואין. ואף להב"ש שם דספיקא היא ג"כ אזלינן לקולא בלשון התקנ' בספק כמ"ש בד"מ:

אמנם נראה לענ"ד דהטעם דאוסרין בארוסה לישא אחרת הוא פשוט דהא לענין החר"ג שלא לגרש בע"כ אין חילוק בין ארוסה לנשואה דאין לשון מורה על נשואה יותר מארוסה וא"כ כיון דמבואר בתוס' נדרים וש"ע סי' קע"ח במאמין לדברי אשתו שטמאה היא מנדין אותו דגורם הוא שתאסור עליו ותצטרך לקבל גט הוי כמגרש בע"כ ומבטל חר"ג ע"ש. וא"כ ניהו דבארוסה אין החרם שלא ישא עלי' רק בנשואי שתיהם. מ"מ הא במה שנושא אחרת גורם שתאסור הארוסה עליו דלא יוכל לישאנה עוד משום החר"ג דבנשואין איכא החרם. וא"כ ממילא עובר עכשיו בנישואין אלו החר"ג שגורם שתיאסר עליו ותצרך לקבל גט וכמו מגרש בע"כ דהתם שמאמינה וחרם זה שייך גם בארוסה כמו בנשואה. ושפיר אסור לישא על הארוסה כנ"ל:

ומיושב שפיר דברי הרמ"א ז"ל סי' א' שהוציא מדברי מהרי"ק שאין חרם רבינו גרשום בארוסה. ותמה הב"ש דלא מוכח כלל ממהרי"ק שיוכל לישא אחרת ע"ש ולהנ"ל א"ש דכיון דכתב שם דאין החר"ג בארוסה שיכנוס אות' כשאינו רוצה. וא"כ ממילא בגורם שתיאסר עליו שלא ישאנה וודאי דליכא חר"ג מאחר דאינו מחוייב כנ"ל. וא"כ שוב ממילא מותר לישא אחרת עליה דהא מצד הנשואין עצמם אין כאן איסור כיון דהראשונה רק ארוסה. ורק משום הגרם שגורם שלא יוכל לישא עוד הארוסה. וזה מוכח ממהרי"ק דבארוסה ליכא חרם בזה:

וא"כ להנ"ל ממילא בשומרת יבם אף דנימא שהוא כארוסה מ"מ לא שייך חר"ג לישא עלי' דעכשיו אין איסור. ומשום גורם שתיאסר לא שייך דהא מותרת אח"כ ליבם להפוסקים דבייבום לא גזר ר"ג. וממילא אין כאן איסור כלל והגמ"ר דאוסר הוא משום דסבר דגם בארוסה מצד עצמו שייך החר"ג ולא דייק הלשון לישא ב' נשים. או דבעי להתיר אף אי זיקה עדיף מארוסה וככנוסה דמי ע"ש דבזה האיסור מצד הנשואין עצמם דהוי כנושא ב' ע"ש אבל לדידן שפ' בד"מ דאזלינן בספיקו לקולא אי בכלל שלא ישא הוא ארוסה וא"כ אף דבסי' ע"ו פ' לאיסור היינו מטעם הנ"ל משום הגורם שתיאסר הארוסה וכמו מגרש בע"כ דזה שייך גם בארוסה. וממילא בשומרת יבם כיון דעכ"פ לאו ככנוסה. אף אי היא כארוסה מותרת כנ"ל:

ועוד דאף דנאמר דזיקה עדיפא מארוסה כמ"ש הג"מ הנ"ל או למ"ש לעיל דנימא כיון דעומדת לייבם עדיפא ואסורה גם עכשיו. מ"מ אפשר לומר דע"כ לא אסר הרמ"א לישא

על השומרת יבם בסי' קנ"ט הנ"ל. רק ביבם א' ולא בב' יבמין ואף דבהגהות מרדכי הנ"ל מבואר דגם בב' אסור משום דקי"ל יש זיקה אפילו בתרי מ"מ היינו משום דגם בארוסה סבר דאסור אבל אי נימא דארוסה אין חרם רבינו גרשום רק משום דשומרת יבם עדיפא שעומדת לכנוס עדיין וקצת ככנוסה היא. לענין זה שוב יש חילוק בין יבם א' לב'. דהא בש"ס יבמות י"ט לר' אושעי' דסבר זיקה ככנוסה דמיא משני אביי דילמא כי אמר ר"ש ככנוסה ביבם א' אבל בב' לא. ואף דדחי לר' אושעיא מ"מ סברא זו לא דחי. וכן בנדרים ע"ד פריך לר"א אי יש זיקה אין ברירה כו'. וא"כ כמו דאמרינן התם לחומרא כיון דאין ברירה ואינו מבורר למי תכנוס א"י להפר ואף לגבי גדול לא מיקרי ככנוסה כיון דאם בא קטן קנאה כו' ע"ש. וא"כ לדידן לרוב הפוסקים דבספיקא דברירה אזלינן בדרבנן לקולא. א"כ ממילא לענין תקנת ר"ג דנחשוב השומרת יבם ככנוסה ממילא בב' יבמין כיון דאין ברירה מותר לא' לישא אחרת דבזה אמרינן לקולא דלא חשיבא גביה ככנוסה משום דאין ברירה. ואף דאם נתיר לזה נתיר גם להב' לישא אחרת מטעם ספיקא דרבנן ושוב א' עושה איסור ממ"נ. ז"א דהא גם בב' שבילין כשנשאל זה בפני עצמו וזה בפני עצמו שניהם טהורין. וממילא כיון דכל א' מותר בפני עצמו לא איכפת לן מה שיהיה מותר גם להב' כיון דאין נשאלין בבת אחת ואצלו הדין דס' דרבנן לקולא כנ"ל:

ובזה מדוקדק לשון הרמ"א סי' קנ"ט ס"ה וי"א דעכשיו דאיכא חרם רבינו גרשום כו' אם נפלה לאחד שומרת יבם אסור לישא אחרת כו' ע"ש. ולאיזה צורך כתב נפלה לאחד כו'. ולמ"ש מדוייק דכ' המחבר מקודם דאף בב' יבמין יש זיקה ולכך כ' אח"כ דלענין איסור זה דחר"ג דוקא בנפלה לאחד אסור משא"כ בב' יבמין דלענין שתהיה עדיפא מארוסה ודאי יש חילוק בין א' לב' כנ"ל. וא"כ היה אפשר להתיר כשיש ב' יבמין לישא על השומרת יבם כנ"ל. ואח"כ כשירצה אפשר לייבם ג"כ להפוסקים דבמקום מצוה לא גזר. ולא אמרינן הוברר הדבר דהי' השומרת יבם ככנוסה כיון דאין ברירה בדרבנן לחומרא כנ"ל:

ומ"מ כשעכשיו שנושא זו בדעתו לייבם אח"כ יש לאסור כמ"ש לעיל דאף דבראשונה ליכא איסור ואח"כ ג"כ אין איסור מ"מ דמי לתוך ג' קודם לשבת דאין מפליגין דהוי כמתנה לחלל אף שיהיה מותר. ולא הוי לדבר מצוה דהא יכול לייבם עכשיו ויקיים המצוה. אבל כשאינו רוצה לייבם או שאינו יכול עתה ליבם אינו צריך למנוע מלישא דמשום מצוה שרי כמו בהא דאין מפליגין כדברי ריב"ש ז"ל והכי קי"ל בש"ע א"ח סי' רמ"ח. ואח"כ כשנמלך ורוצה לייבם להפוסקים דשרי שפיר מותר ליבם כיון דבמקום

יבום לא גזר כנ"ל. או דאנוס הוא במצות התורה כנ"ל. עכ"פ בב' יבמין כמ"ש כיון דעכשיו אין שום איסור כנ"ל:

והנה עוד יש לכאורה טעם לאסור לישא על שומרת יבם להפוסקים דאסור ליבם כשיש לו אשה דשייך חרם רבינו גרשום גם ביבום. וא"כ עתה בנישואין אלו מבטל מצות יבום דלא יהיה רשאי לייבם. ואף בב' יבמין יש לחוש דילמא מיית אידך ובטל כו' כמבואר בש"ס יבמות י"ח. והיה נראה קצת ראיה ממה שפסק הרמ"א י"ד סי' רט"ז סעיף ז' מי שנשבע לאשה המשודכת לו שלא ישא עליה וקודם שכנסה נפלה לו יבמה מותר ליבמה דעלי' אינו במשמע רק אם נשאה תחילה. ולא יכנוס המשודכת אלא א"כ יתירו לו שבועתו ע"ש והדברים תמוהים מאוד כמ"ש הש"ך שהב"י מוחק זה דלמה יהיה אסור לישא ע"ש. גם קשה לכאורה מה דסיים רמ"א אלא א"כ יתירו לו שבועתו למה לא הזכיר כלל מחר"ג דלדידן ודאי דאסור לו לישאנה אחר שכנס יבמתו. ואף די"ל דסמך כיון דנשבע שלא ישא עליה משמע דמיירי במקום שלא נתפשט חר"ג דמקום חר"ג אין צורך לשבועה זו דבל"ז אסור. מ"מ לא היה לו לרמ"א לסתום להתיר מה שאסור לדידן. ולמ"ש היה נראה לפרש דבריו שפיר לדידן במקום חר"ג והשבועה חל לרוב הפוסקים אף דיש חרם כיון שחר"ג דרבנן וגם כולל מקום שלא נתפשט רק להפוסקים דבמקום מצות יבום לא גזר. ופסק שפיר דרשאי ליבם קודם שנושא המשודכת ובאמת לא ישאנה אח"כ משום חר"ג. ואח"כ כ' ויזהר שלא לכנוס המשודכת היינו אם רוצה לכנסה עכשיו קודם שמיבם לא יכנוס עד שיתירו לו השבועה דהא מבטל מצות יבום שלא יהיה רשאי לייבם אח"כ מחמת השבועה שלא ישא עליה. ולכך לא יכנוס אא"כ מתירין לו דאז יהיה מותר אח"כ לייבם דלא גזר ר"ג במקום יבום כנ"ל ומיושב שפיר. וא"כ היה מוכרח דכה"ג כשנשבע אסור לו לישא זו ולגרום שלא יוכל ליבם וא"כ ממילא גם בלא שבועה להפוסקים דשייך חרם דרבינו גרשום במקום יבום הוי כמו בשבועה להנ"ל. ואסור לו לכנוס כדי שלא יבטל אח"כ שלא יוכל ליבם משום חרם דרבינו גרשום כנ"ל:

ואף דיש לדחות דגם אם נפרש כנ"ל מ"מ ע"כ הא דאסור הוא רק אי אמרינן כהפוסקים דמצות יבום קודמת למצות חליצה לכך אסור לישא ולגרום בטול היבום כנ"ל. אבל אי מצות חליצה קודמת ודאי דאין איסור. וא"כ י"ל דגם הפוסקים דבמקום יבום ג"כ שייך חר"ג היינו משום דחוששין להפוסקים דמצות חליצה קודמת ולכך חוששין לחר"ג שלא לייבם דאינו במקום מצוה כנ"ל. וא"כ בשלמא בשבועה שפיר אסור דשמא מצות יבום קודם ואעפ"כ לא יוכל ליבם מחמת השבועה כנ"ל אבל בלא שבועה רק משום חר"ג מותר לישא ממ"נ אי מצות יבום קודמת אינו מבטל כלל דגם אח"כ רשאי לייבם משום

מצוה לא שייך חר"ג ואי מצות חליצה קודמת ג"כ מותר לישא דלא איכפת לן מה שמבטל וגורם שלא ייבם דהא מצות חליצה קודמת ואין ראיה מרמ"א הנ"ל. אך ז"א דמ"מ אסור עכשיו שמא מצות יבום קודם ואעפ"כ מבטל דגורם שלא יוכל ליבם דאז ניחוש שמא מצות חליצה קודם וכיון דעכ"פ יהיה אסור ליבם מספק שפיר אסור לו עכשיו לבטל אי מצות יבום קודם כנ"ל. ודמי לשבועה הנ"ל. ועוד דמשמע מהפוסקים דשייך חר"ג במקום יבום הוא אף מצות יבום קודם מ"מ גזר ר"ג אף שהוא במקום מצוה ע"ש. וא"כ לא שייך הממ"נ כנ"ל. אמנם באמת נראה דאין איסור כלל בזה משום שגורם שלא ייבם רק לחלוץ דע"כ לא אמרינן בש"ס איסור דביטול מצות יבמין רק היכא דמפקיע הזיקה שתצא בלי חליצה כשמקדש אמה או אחותה כמבואר בש"ס שם. אבל כה"ג שגורם לחלוץ ודאי לא מיקרי ביטול מצות יבמין וכמ"ש תוס' להדיא יבמות כ"ו ע"ב ד"ה חליצה גבי צרת לאה כו'. אך אין ראיה משם דאנו דנין אם ייבם את לאה כו' ודאי דלא שייך שיהיה אסור לייבם את זו מחשש שיבטל מצות יבום מצרת רחל שיצטרך לחלוץ. ואיך נימא בשביל חשש זה לבטל מיד המצות יבום מזו שלא ייבם רק יחלוץ ולכך היה מותר לייבם כנ"ל. אבל בנידן דהנ"ל אפשר דגם כה"ג מיקרי ביטול מצות יבום. אך בל"ז אנן קי"ל כר"י דיש זיקה ולא חיישינן כלל למיתה כנ"ל:

ובל"ז אף ביבם אחד ודאי דלא שייך למנעו מלישא כדי שלא יאסור ליבם דהא בדידיה תלי רחמנא אם לא יחפוץ וכיון שנושא אחרת ואינו חפץ לייבם מאי חשש איסור בזה. ומה"ט מבואר בי"ד סי' ל"ט הנשבע לחלוץ לא הוי לבטל את המצות דבדידיה תלי רחמנא כו' ע"ש. וכן מדלא פירשו הט"ז וש"ך סי' רי"ו כמ"ש משמע דס"ל בנשבע כו' שמותר לו לישא המשודכת מקודם אף שלא יוכל ליבם. כיון דאינה רוצה כנ"ל. ואין לומר דמ"מ הוי איסורא מה שגורם שאף אם ירצה אח"כ ליבם לא יהיה יכול וכשרוצה שוב מצוה עלי' ואין ראיה מנשבע לחלוץ דעכשיו אינו ביטול מצוה ומ"מ י"ל דאיסורא מיהו איכא. זה אינו דהא אפילו לגבי דידה ביבמות ק"ו דלא רצתה להתייבם משום אמתלא דממונא הוא דחזי לה ואמרה שאין דעתו ליבם למצוה דהטעו ר' חייא בר אבא אותו חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואח"כ אמר מינך איפסילא חלוץ חליצה מעלי' כו'. ואיך גרם שתיאסר עליו שמא יהיה בדעתו לשם מצוה ויתרצו שניהם אח"כ ויבטל המצוה דיבום אף שירצו לא יהיו יכולין משום החליצה פסולה ואיך עשה ר' חייא בר אבא כן. וע"כ דאין שום איסור בזה כיון דעכשיו אין רצונה ביבום ונותנת אמתלא רשאין לעשות שתיאסר כו'. ומכש"כ גבי דידיה דתלי ביה רחמנא דאין איסור עליו לישא כיון שאינו רוצה עתה ליבם כנ"ל. ויש לדחות קצת דשם כיון דמאמינין לה על האמתלא

וחוששין שיבם משום ממונא כנ"ל א"כ א"א בענין אחר והי' צריך להטעותו ולאסר' משא"כ גבי דידיה דבידו או ליבם ליבמתו או לחלוץ אפשר דאינו רשאי לאסרה עליו ולגרום שיצטרך לחלוץ:

אך יש ראיה מהא דקי"ל מצוה בגדול ליבם וזה מה"ת מוהי' הבכור כו' ואעפ"כ אמר בש"ס ל"ט תלה בגדול עד שיבא ממדינת הים אין שומעין לו אלא או חלוץ או יבם ופריך בש"ס נינטר דלמא אתי ומיבם כו' אלא כל שיהוי מצוה לא משהינן כו'. וא"כ כמו שאין משהין מצוה זו עצמה ואין ממתינין אף שיכול להיות שייבם כמו כן אין מונעין אותו מלישא אשה ולעשות מצוה כיון שאינו יכול עכשיו ליבם או לחלוץ שאינה כאן וכה"ג כדי שיוכל לייבם אח"כ כיון שיוכל לחלוץ דהא שיהוי מצוה לא משהינן לענין זה שיהיה יבום במקום חליצה כנ"ל:

ואף שיש לחלק קצת בין אותה מצוה עצמה דחליצה ויבום דלא משהינן ובין מצוה אחרת כמו נשואין. מ"מ דומה לאותו שכ' רדב"ז בתשו' סי' י"ג מי שהבטיחוהו לצאת מבית אסורין פ"א בשנה דאיזה מצוה שאיתרמי ליה יעשנה אף שלא יוכל לעשות אחרת ולא ימתין לעשות מצוה הגדולה ממנה כיון דקי"ל אין מעבירין על המצות והסכים עמו הח"צ בתשו' סי' ק"ו. וכן בהנ"ל כיון שהגיע זמן הנשואין א"צ למנוע ממצות נשואין כדי שיוכל לקיים מצות יבום אח"כ אף שיהיה מצוה יותר גדולה כנ"ל:

והנה עוד יש מקום עיון אף להפוסקים דגם ליבם על אשתו אסור משום חר"ג הא ודאי דלא מצינו בפי' שגזר על זה רק ממילא כיון דאסור לישא על אשתו לא מתירין במקום יבום ג"כ. וא"כ לכאורה י"ל דדוקא כשהיה נשוי אשה בשעה שמת אחיו דהא אמרינן מצורע שחל ח' שלו בע"פ וראה קרי בו ביום וטבל כו' ואמר עולא הואיל והותר לצרעתו הותר לקריו ודייק מינה הש"ס פ"ק דביבמות דגם באחות אשה ביבום נימא הואיל ואישתרי אישתרי ודחי תינח היכא דנשא מת ומת ואח"כ נשא חי כו' כמו התם שיצא בשעה שראוי להביא קרבן ומשני דאיצטריך באמת קרא רק בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי כו' ע"ש. ומבואר דכיון שבל"ז יש עלי' איסור אשת אח והתורה התירתו ממילא כשנולד אח"כ עליו עוד איסור כיון שכבר הי' שעה שהיתה מותרת אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי. רק באחות ושאר עריות ילפינן מעליה דלא הותרה כנ"ל. ואם כן לא עדיף חר"ג משאר איסור. וא"כ בשלמא בהיה נשוי בשעה שמת אחיו א"כ היתה מיד בשעת נפילה אסורה עליו משום חר"ג ולא הותרה מעולם וכמו נשא חי כו' וראה בליל ח' כו'. אבל בהנ"ל כשאז בשעת מיתה הי' פנוי ואח"כ נשא א"כ ניהו דיש עכשיו איסור ליבמה משום חר"ג כשאר אשה מ"מ כיון שהיה איסור אשת אח והותרה ליבם הואיל

ואישתרי אישתרי כמו נשא מת ומת ואח"כ נשא חי אי לאו קרא דעלי'. ולתירוץ הב' שבתוספות שם שהקשו ארבא דאמר ערוה גופה ל"צ קרא והקשו הא איצטריך על נשא מת כו' ותירצו דדוקא שם טומאה חד הוא ע"ש א"כ גם בהנ"ל אסור. אבל לתירוץ הא' דרבא סבר דביאה במקצת לא שמה ביאה כו'. וא"כ היה תלוי במחלוקת רמב"ם וראב"ד ז"ל. דלהפוסקים דשמה ביאה אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי כו' א"כ היה אפשר להתיר כנ"ל:

אך א"א לומר כן והא משנה שלימה שנינו יבמות ס"א נפלה לו שומרת יבם ונתמנה להיות כהן גדול לא יכנוס כו' והא ג"כ כבר היתה מותרת בשעת נפילה וא"כ אף שנעשה עכשיו כהן גדול ונאסרה משום אלמנה מ"מ נימא הואיל ואישתרי אישתרי והותר גם איסור אלמנה לכהן גדול כיון שהותר איסור אשת אח כנ"ל ועכ"פ קשה לעולא דסבר הואיל ואשתרי כו'. ומוכח כתירוץ ב' אליבא דרבא אבל עכ"פ לעולא קשה. ואפשר דהא דיליף הש"ס מאשה ולא יבמה מיעוטא הוא כדאמר שם נ"ט אחת ולא שתים. אך מלשון רש"י ז"ל מבואר שאינו מיעוט דלאו יתירא הוא רק דאין לנו לרבות אלא א' ע"ש. וממילא אסורה וקשה כנ"ל:

גם י"ל דגלי קרא באחות אשה דלא אמרינן הואיל ואישתרי כו' בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי מקרא דעלי' שוב לא אמרינן בשום איסור ביבום הואיל ואשתרי כו' אף באיסור לאו דאלמנה ושאר איסור כנ"ל. עוד נראה לישב דלא שייך בזה הואיל ואישתרי כו' דהא דהתירה תורה איסור אשת אח לקיים מצות יבום הוא כדי שלא תבטל המצוה דאם ישאר האיסור לא תצטרך חליצה ג"כ והתירה התורה. וא"כ אין ללמוד מזה הואיל ואשתרי כו' רק על איסור אחות אשה ושאר עריות שנעשה אח"כ דאי נימא דיש איסור ערוה תצא בלא חליצה ותבטל מצות יבום אמרינן שפיר הואיל ואשתרי כו' שהתירה התורה איסור ערוה כדי לקיים מצות יבום וממילא גם כשיש עוד איסור הותר' כדי לקיים כו' דאל"ה יתבטל המצוה דכל שאינו עולה ליבום כו'. אבל בחייבי לאוין דמרבינן מיבמתו דף כ' דאף שאינו עולה ליבום עולה לחליצה וא"כ שוב לא שייך הואיל ואשתרי דאין ללמוד ממה שהתירה תורה כדי לקיים המצוה כנ"ל. שיהיה מותר האיסור לאו במה שלא יתבטל המצוה אף שתהיה אסורה באיסור לאו דשפיר תחלוץ מיבמתו כנ"ל. ולא הותר כלל איסור זה כיון שיהיה אפשר בחליצה. דלא אישתרי האיסור אשת אח רק משום מצות יבום אבל בלא"ה לא הי' מותר וממילא לענין הלאו לא שייך כנ"ל דאישתרי דבדליכא ביטול מצוה לא אישתרי כלל כנ"ל:

ומיושב שם הרבה דברים. והא באמת גם בנדרה הנאה מיבמה אחר מיתת בעלה ונשבע כו'. ונימא ג"כ דמותרת ליבם משום הואיל ואישתרי כו' כיון שהאיסור נולד אח"כ שכבר הי' שעת היתר. וע"כ כמ"ש. וממילא גם בחר"ג להפוסקים דשייך גם במקום יבום ממילא גם בנשא אחר מיתה אסור ליבם ולא שייך הואיל כו' כיון דג"כ צריך חליצה עכ"פ כנ"ל כמ"ש. עוד יש לעיין הא לא עדיף חרם רבינו גרשום מלאו דאורייתא דהי' עשה דיבום דוחה הל"ת רק משום גזירה אטו ביאה שניה. ובחר"ג ליכא איסור בביאה שניה כיון שכבר נשא כמבואר בפוסקים. וא"כ למה לא דחה העשה דיבום האיסור דחר"ג דאין סברא לומר דבפירוש גזר ר"ג גם במקום יבום ויש כח כו' בשב ואל תעשה. דהא לא מצינו כן רק בסתם שלא ישא ב' נשים רק דאמרינן ממילא אסור גם ביבום. ולמה לא ידחה כנ"ל. אך לא קשה כיון דנכלל בחר"ג גם במקום יבום שהוא בכלל לא ישא כו' סתם א"כ כיון שכבר ידוע מצות יבום הוי כאילו הי' התקנה וחר"ג בפי' דאף במקום יבום לא ישא וכיון דיש כח בשב ואל תעשה ממילא אסור כנ"ל. ועוד י"ל דהא בנשתטית הביא ב"ש סי' א' דכשתתרפא מחייב לגרשה מיד כדי שלא יהי' לו ב' נשים ע"ש ומשמע דחר"ג שייך גם על אח"כ. והנה עוד יש קצת חשש לישא על שומרת יבם משום דגורם שיהיה חליצה פסולה להפוסקים דכל שאסור ליבם הוי חליצה פסולה. וא"כ להפוסקים דגם ביבום איכא חר"ג יהיה חליצה פסולה דמה"ט כ' בס"ח ובמרדכי בשם הרא"מ דיתירו לו חר"ג אם הוא נשוי כדי שלא יהיה חליצה פסולה. וא"כ ניהו דמתירין משום דא"א בענין אחר אבל עכשיו דאפשר שלא יצטרך שפיר י"ל דאינו רשאי לגרום חליצה פסולה:

אך גם ז"א דהא הרא"מ כתב דמתירין לו קודם החליצה חר"ג כדי שלא יהיה חליצה פסולה שיוכל ליבם כו'. ובאמת משמע מדבריו דאעפ"כ אם ירצה ליבם אף אחר ההתרה אסור משום חר"ג וא"כ מה תועלת בהתרה. וע"כ דמספקא ליה ג"כ אי מיקרי זה חליצה פסולה משום חר"ג או לא. וזה פשיטא ליה דאם היה הדין דזה הוי חליצה פסולה ודאי הי' יכולין להתיר חר"ג דהוי ביטול מצוה כיון שגם החליצה לא יהיה כתיקונה שהוא חליצה פסולה והי' רשאין להתיר חר"ג אף ליבם והיה מותר ליבם. רק דמ"מ אסור ליבם שמא לא מיקרי זה חליצה פסולה ואם כן הוי החליצה כתיקנה אף שלא יהא מותר ליבם ושוב א"צ להתיר ואינו היתר כלל. דרק לצורך מצוה נתן רשות להתיר משא"כ בל"ז אין ב"ד כו'. ולכך לענין החליצה שפיר מהני מה שמתירין לו חר"ג ממ"נ אי לא מיקרי חליצה פסולה א"כ ודאי כשר בלא ההיתר. ואי מיקרי חליצה פסולה משום חר"ג שוב מהני ההיתר וליכא חר"ג וכשרה החליצה משא"כ ליבם עדיין אסור מספק שמא לא הוי ח"פ ואין ההיתר מועיל כיון שא"צ להההיתר כנ"ל. ואף דמ"מ לא יוכל ליבם מספק הדין

מ"מ זה לא הוי חליצה פסולה לכ"ע כיון דממ"נ ואם יבא אליהו כו' כמבואר בפוסקים. וא"כ אף לדעת הרא"מ אין חשש כיון דמתירין לו וגם אינו אלא ספק אי הוי ח"פ. ובאמת רוב הפוסקים לא ס"ל הא דרא"מ רק דלא הוי ח"פ וכמבואר בס"ח סי' מ"ח ואין חוששין להתיר אפילו לכתחילה. וגם כשיש את שאינו נשוי אין חוששין שיחלוץ זה דאין עליו חר"ג שלא יהיה ח"פ וע"כ דלא חיישינן לה וממילא אין טעם לאסרו עתה מלישא בשביל זה כנ"ל. וגם הא באמת קי"ל דכשמתכוין למצוה יכול ליבם ואין בו משום חר"ג וא"כ אין כאן שום חשש כנ"ל:

והנה לכאורה למ"ש הב"ש סי' א' בנשתטית דכשנושא אחרת משום דלא גזרו כו' מ"מ מיד כשנתרפאת צריך ליתן לה גט כשר כדי שלא יהי' לו ב' נשים ע"ש. וכן בעבר ונשא כופין אותו לגרש השני' ע"ש. והנה בנשבע שלא לישא עד ג' שנים ועבר ונשא מבואר בי"ד סי' ר"ח דא"צ לגרש דאיסורא דעביד עביד וכיון שכבר עבר אין עוד איסור במה שידור עמה כיון שהשבועה הוא רק שלא לישא כו' ע"ש. וא"כ למה בעבר ונשא כופין לגרש הא אין החר"ג רק שלא ישא ב' נשים וכיון שכבר ישא עבר כנ"ל. ובזה י"ל משום קנס דעבר על חר"ג כנ"ל. אך בנשתטית שהיה בהיתר מה שנשא למה יצטרך ליתן גט כשנתרפא הא אין כאן איסור. וע"כ דחוששין שמא הי' חר"ג שלא יהיה לו ב' נשים נשואות ולא שלא ישא לבד וכמ"ש שם בי"ד סי' ר"ח וסי' רי"ו בט"ז ס"ק י"א ע"ש. דאי משמעות הלשון שלא יהיה לו ב' אסור לישאנה אח"כ. וכן בחר"ג אנו חוששין שמא כך הי' התקנה ולכך מחויב לתת גט כשנתרפאה כנ"ל. ואם כן קשה למה מותר ביבמה ניהו דביאה ראשונה בהיתר משום מצות יבום מ"מ אח"כ יהיה אסור שלא יהיה לו ב' נשים. וכמו בחייבי לאוין אף אי דחי דמ"מ אסור אח"כ. וע"כ צ"ל דר"ג לא גזר כלל במקום יבום להפוסקים הנ"ל שאם יצטרך לגרש לא ירצה ליבם ולכך לא גזר כלל. ולא משום דהמצוה דוחה וכנ"ל. או י"ל דכיון שכנסה בהיתר שוב חל החר"ג שלא לגרש בע"כ וא"כ אינו רשאי לגרש היבמה בע"כ ושוב אינו עובר החר"ג במה שיש לו ב' נשים דהא כיון דמאי אולמא האי חר"ג מהאי ואינו רשאי לעבור בקום ועשה לגרש בע"כ ושוב אנוס ובמקום אונס ליכא חר"ג כמו בנשתטית כנ"ל. ולכך סובר הר"י מפריש ורמ"א ז"ל דלכתחילה שפיר אינו רשאי לישא על הזקוקה ולהביא עצמו שיהיה אונס ולהיות לו ב' נשים כשייבם וכמ"ש לעיל בהא דאין מפליגין תוך ג' כמתנה לבטל כו' כיון שבידו ליבם או לחלוץ. ואם כן ממילא כשא"א לו לחלוץ כיון שלא הביא ב' שערות שפיר משום מצוה רשאי כמו התם לדבר מצוה והח"צ כ' ג"כ דמודה רמ"א בהא דהוי כמו נשתטית ע"ש. ואף דלא דמי דהתם אינו יכול לדור עמה דאין אדם דר כו' אבל כאן הא יכול לייבם

מ"מ סבר הח"צ כיון דבדידיה תלי רחמנא וכיון שאינו רוצה ליבם רק לחלוץ ואינו יכול חשיב אונס כנ"ל. ועוד מאחר שהמנהג שלא ליבם כלל הוי מלתא דלא שכיח כלל לחוש שמא ייבם. והא בח"מ סי' י"ז סמך על זה לענין ה' נשים שאין מעידות שהוא דין גמור מאחר שהמנהג שלא ליבם:

שוב ראיתי בב"ח סי' קס"ה הביא שמ"כ בהגהות כו' ועוד מאחר שכבר שידך קודם נפילתה כו' איך תיאסר עליו משום חר"ג כו' וכתב הרי התיר מהרי"ח בשידך כבר ונראין דבריו ודוקא לכתחילה הוא דאסור לשדך משום דמכוער הדבר מפני מראית העין תשובת מהר"מ מ"צ כו' וכן מהרש"ל בישש"ש פ"ב דיבמות כתב אותו הלשון בעצמו בשם מהר"מ מ"צ. ומבואר מדבריהם שאין איסור מדינא רק משום מראית העין וגם נראה מדבריהם שרק לכתחילה אסור לשדך אחר שנפלה לו השומרת יבם אבל עבר ושידך אף אח"כ מותר לכנוס דאל"כ למה כ' ודוקא לכתחילה הוא דאסור לשדך הי' לו לומר ודוקא בלא שידך קודם אסור לישא לכתחילה מזה נראה דכוונתו דוקא בלא שידך בהיתר אסור לשדך לכתחילה אבל כשעבר ושידך רשאי לכנוס כנ"ל. וא"ל דכוונתו דאפילו לשדך אסור ז"א חדא דאין זה סברא כלל להחמיר בשידוכין ועוד דהי' לו לומר ואפילו לשדך אסור וע"כ נראה כנ"ל. ומדהעתיקו כן מהרש"ל וב"ח נראה דהכי ס"ל. וכן יש לדקדק מלשון מהרש"ל בישש"ש פ"ב סי' י"ז שסיים ואסור ליבם לשדך ולישא אשה עד שיחלוץ משום חרם ר"ג אבל אם שידך כבר מותר לכנוס עכ"ל. משמע דהאיסור לשדך לכתחילה ולישא כו' דאין לומר דאו או קאמר ואף לשדך לחוד דא"כ למה כ' משום חרם רבינו גרשום הא בשדוכין לחוד ודאי דליכא חר"ג והיה ל"ל מפני מ"ע ואף שכ' אם שידך כבר מ"מ כוונתו אם שידך כבר בין קודם בהיתר ובין אח"כ באיסור מותר לכנוס דהוי קצת דיעבד ואף דאפשר לדחוק בכוונתם כפי' הב' מ"מ פשט לשונם לא משמע רק כנ"ל. בפרט באיסור קל כזה דאין להחמיר. ואפשר דגם כוונת רמ"א סי' קנ"ט כן הוא שכ' ג"כ לשון זה כששדיך כבר מותר לכנוס ויש לפרש ג"כ כנ"ל:

סיומא דהך פסקא ביבם גדול שבידו לחלוץ אסור לישא אחרת דלא כח"צ שנעלם ממנו כל הפוסקים הנ"ל והי' סבור שמהר"י מינץ לבדו כתב כן. וכדעת רמ"א ז"ל וגם בארוסה אסור כשבידו לגרשה ואין ביטול מצוה. אבל בבן י"ג שלא הביא ב' שערות ושידך כנ"ל ויש ב' יבמין הדבר פשוט דמותר לכנוס המשודכת מאחר שגם בארוסה בביטול מצוה פסק רמ"א להקל ואף אי עדיף מארוסה מ"מ בב' יבמין יש צד להקל ומאחר שכבר שידך כנ"ל והוא אנוס כנ"ל:

הק' יצחק מאיר.

סימן מא

הנה טעם הא' שכתב רו"מ שלא רצה לסמוך על האב דאמר שבנו הוא והביאו שיחלוץ. שמהר"ן לב כתב בשם הריב"ש בפי' הרי"ף דאשתמודענא ע"פ קרוב כו' דוקא קודם אבל לא בשעת מעשה כנ"ל. תמיהני למה הביא ממרחק הלא דברי ריב"ש אלו הובאו ב"י סי' קנ"ז ודחה דבריו שאינו נראה כן משאר פוסקים וסתם בש"ע סי' קס"ז ס"ח בלי חולק ורמ"א לא הגיה וכן מבואר מלשון הרמב"ם ז"ל. והרמב"ן וריטב"א שהביאו אהא דפ' בא סימן דנבדקת ע"פ נשים מהא דאשתמודענא מבואר להדיא דגם בשעה שבא לחלוץ נאמן. וגם בריב"ש שכנגדו חלוק עליו הוא התשב"ץ וגם בדבריו סי' קפ"ב אינו מבואר שסובר כן רק בפי' הרי"ף אבל אפשר שסובר גם כן דנאמן דלא דחה רק שאין ע"א נאמן במלתא דעבידי לגלויי מה"ת ע"ש. אבל בהך דאחיו לחלוץ שבל"ז ראוי להיות נאמן דמאי חילוק בין נתקדשת וא"י למי דנאמן ליתן גט בש"ס קדושין ס"ג אף דלא שייך מירתת משום חזקה אין אדם חוטא ולא לו ומה חילוק בין יודעין שמקודשת לא' שנאמן שהוא הוא ובין שזקוקה לא' שיהיה נאמן אף בעצמו שאחיו הוא לחלוץ. וע"כ רק הטעם משום חששא כמ"ש הרשב"א יבמות ק"ו אהא דאין חולצין אלא אם כן מכירין ע"ש שנראה שאינו רק חשש דרבנן וכמ"ש תוס' שם ע"ש וגם בגט הא דאין כותבין אלא א"כ מכירין הוא דרבנן דקי"ל במקום סכנה כותבין אף שאין מכירין. ושפיר י"ל דע"א קרוב נאמן. דעכ"פ זה לא מיקרי איתחזיק איסורא כמ"ש הר"ן אהא דקדשתי וא"י למי כיון שיודעין שלא' מקודשת והוא רק מברר למי אינו מעיד נגד החזקה כלל. ויש בזה אריכות דברים. אבל עכ"פ אין ראיה לפסוק אף להחמיר נגד סתימת הש"ע בשביל הנמצא באיזה תשובה. אולם לענ"ד יש קצת חומר באשה זו הבאה בשאלה. די"ל דלא סמכו הפוסקים על עדות ע"א וקרוב רק משום דפסקו רוב הפוסקים דע"א ביבמה נאמן אף במת להוציא מחזקה. ומשום דייקא וכמ"ש תוס' שם צ"ד דלא אמרינן משום דסני' ליה לא דייקא והוא משום מתוך חומר כו' וא"כ באשה זו שנשאת במזיד לזר קודם חליצה ולא שייך בה מתוך חומר כלל וחזינן דלא דייקא ואיך יהיה ע"א נאמן בה וגרע טובא מע"א בקטטה דסלקו בתיקו ביבמות קי"ו כיון שרואין שאמרה גרשתני ורצתה להפקיע בשקר ע"ש. ואין להאריך בפרט הזה דהא באמת עביד לגלויי ואפשר להתברר אם זה אחיו. והטעם הב' שכ' רו"מ והוא עיקר בעיניו שמאחר שכ' הב"י סי' קס"ט אם יש להם ריבוי שערות או ארוכות כמו שרגילות לאיש גדול כו' כ' רו"מ שזה שכ' כמו שרגילות לגדול כו' קאי גם על הריבוי כו' ומזה חידש רו"מ דלא סגי בריבוי שערות במקום א' רק צריך שיהיה בכל המקומות על בית הערוה ועל איברי הזרע למעלה ולמטה כמו שיש לאיש גדול מאחר

שאין עדות על השנים רק ע"פ האב ומבואר שם דלא מהני רק ריבוי שערות ובשביל זה רוצה רו"מ לפסול אף דיעבד החליצה והביא מלשון התוס' קדושין ס"ג שכ' ג"כ כלשון הנ"ל. זה תורף דברי רו"מ ולענ"ד אינו נראה כן דאם כהבנת רו"מ א"כ הסמ"ג והטור שהעתיקו דברי סה"ת ולא כתבו כלל לשון זה כמו שיש לאיש גדול רק אם יש ריבוי שערות או אריכות כו' וכן סה"ת עצמו בסדר חליצה לא הזכירו ואי כרו"מ איך השמיטו מה שעיקר הדין תלוי בו שצריך להיות הריבוי שערות דוקא בכל המקומות כמו שיש לאיש גדול. לכך נראה פשוט דמפרשים בתוס' דהך כמו שיש לאיש גדול אינו תנאי על הריבוי רק הן דברי תוס' וסה"ת דאם יש ריבוי או אריכות היינו דזה כמו שיש לגדול דבאיש גדול דרך להיות ריבוי שערות ואריכות וזה רק טעם דסמכינן ע"ז משום דריבוי ואריכות אין דרך בקטנות אבל סגי במקום א' ריבוי שערות. דזה הוי כמו שיש לאיש גדול ואין נ"מ בלשון זה לדינא ולכך השמיטו הסמ"ג והטור כנ"ל. דנראה לענ"ד דתוס' לאו מסברא דנפשייהו אמרו זה אף שלא כ' הפוסקים מהיכן למדו נראה דהיינו מפ' בא סימן דפליג ר"י לענין מיאון עד שירבה השחור כו' ופירש"י בכל המקומות שיהיה שם שערות הרבה ולחד מ"ד שערות שוכבת ונראה כמו שירבה השחור דהיינו ארוכות כו' וכ' תוס' יבמות י"ב ע"ב ד"ה דאפילו דטעמא דר"י. אף דאינו חילוק דמה"ת גדולה בב' שערות אלא דגזרו לענין מיאון רק בריבוי שחור ממש שיהא נראית גדולה לכל ע"י כך כו' ע"ש ומבואר מזה דבריבוי שערות או ארוכות נראה לכל שגדולה היא ובזה לא פליגי חכמים אר"י. ולמדו מזה תוס' ז"ל גם לדידן דאף דאין השנים ידועות מהני ריבוי שערות או ארוכות כשני הפירושים אליבא דר"י דלא נחלקו בסברא לדידן עכ"פ שזו נראה גדולה לכל אף שא"י השנים דאל"ה לא היה סגי לר"י דעדיין אין נראית גדולה לכל שאין יודעין השנים. וכן בדיקות גומות לא בעינן מה"ט דמשמע שנראית גדולה בלי בדיקה כנ"ל. כן נראה לענ"ד וא"כ כמו בהא דר"י לא הוזכר כלל שיהיה הריבוי בכל המקומות דהא שיקיף הבצים ודאי לא בעי דמבואר במשנה סנהדרין דאין נעשה בן סורר ומורה עד שיקיף כו' ולא הקפת בצים ע"ש. וכן לבן שלקות נדה נ"ב עד שתכלכל דהיינו ריבוי שער:

הן אמת שהב"ח בפי' א' שפי' נראה מפרש ג"כ הך כמו לאיש גדול כמ"ש רו"מ שיהי' ארוכים כמו לגדול אולם מבואר בדבריו שלא קאי הך כמו לגדול רק לארוכות כו'. שהעתיק מהסמ"ג וסמ"ק. ובאמת לא נמצא כלל בסמ"ג הך כמו לאיש גדול. וע"כ דדייק מלשון ארוכות הרבה ולא פי' שיעור. כיון דעכ"פ לא מהני כדי לכוף היה לו לפרש כמה ולכך מפרש כמו לגדול ולא הוצרך לפרש. אבל בריבוי שערות אם לא היה סגי במקום א'

רק בכמה מקומות הוי ליה לפרש. וכן ברא"ש פ' בא סימן כ' לשון הרבה כו' דלא שכיח שיבאו כולן לפני הפרק. וכן סה"ת עצמו כשקיצר וכ' סדר החליצה השמיט ג"כ הך דכמו לגדול רק כלשון סמ"ג ריבוי שערות או ארוכות הרבה. והטעם נראה ג"כ דכיון דר"י אמר שירבה השחור דפי' שערות הרבה ולא אמר שיעור כלל. ואמר בש"ס לא שירבה ממש רק ב' שוכבת ונראה כמו שריבה כו' ולחד מ"ד שיהי' הב' שערות מקיפות משפה כו' ע"ש דפליגי הך אמוראי בשיעור ארוכות וזה הוא קודם ריבוי שערות דהא אמרו לא שצריך שירבה כו' אלא אף ב' ארוכות כו'. ומאחר דלא ברירן לן שיעורא דהנך אמוראי בארוכות כ' שפיר דבעינן ארוכות הרבה כמו לגדול כו' ולהקונטרסים שכ' הב"ח היה מקובל השיעור כרוחב אצבע. אבל ריבוי שערות דמבואר לר"י סתם ולא פי' שיעור כלל והוא ודאי מאוחר מב' השיעורים דארוכות שפליגי אמוראי כיון דאמרי לא שירבה ממש כו'. א"כ כיון דבשיעור דשירבה השחור נראה לכל כגדול כמ"ש. ממילא סמכינן אריבוי שערות בלא הוחזק השנים רק ע"פ אב ואף דלא בקיאין בגומות כנ"ל. והיינו שנראה לכל רואה הרבה שערות. וזה נראה לענ"ד ברור במוצא הדין דאל"ה הי' דבריהם רק סברות הלב. וגם בפי' כמו שהוא גדול ג"כ פשוט לענ"ד כמ"ש דאין בלשון זה נ"מ כלל לדינא: והנה הדין שלפנינו מבואר בתשו' נודע ביהודא סי' צ"ג ומסיק דסגי כשיש הרבה שערות כדי לכוף מצרפין לנאמנות האב ע"ש. ואתמה על רו"מ שכ' בשם תשו' הנ"ל לאיסור. הגם אמנם שכל דבריו שם לענ"ד לא ברירין. מה שרצה לדחות דברי גדולי הראשונים במרדכי לענין נאמנות האב על השנים וכ' לדחות הקו' ממעיד שאחיו של מת הוא דהתם איכא רוב שהרוב אינם אחיו וכאן רק חזקה דקטנות ורובא עדיף מחזקה ע"ש. אינו כלום דודאי ע"א נאמן לברר נגד הרוב וכי עלה על לב שכשיודעין שיש ב"ח איסור וא' היתר שאין ע"א נאמן שזה היתר. משא"כ באיתחזיק איסורא דמבואר בש"ס דא"נ. והא בקדשתי וא"י למי דנאמן מי שבא ואמר קדשתיה. והא נגד הרוב שלא קדשוה. ובאב שאמר את בתי כו' ואחר כדי דיבור אמר הזה דמבואר בתוס' פ"ב דכתובות דנאמן בלא הפה שאסר כו'. וע"כ מטעם הר"ן דלא מיקרי איתחזיק דבר שבערוה כיון שרק מברר ע"ש והא נגד הרוב. וכן בהא דדייק בב"ב פ' יש נוחלין מהא דזה אחי אינו נאמן זאת אומרת ברי ושמא לאו ברי עדיף מה ראיה הא רוב מסייע למחזיק שאינו אחיו. וכן פ"ב דכתובות חבירי כהן כו' דנאמן ע"א לתרומה רק ביוחסין משום מעלה כו'. והא רוב אינם כהנים. וע"כ דפשוט כיון שיודעין דיש המיעוט ג"כ ורק בתערובתו ומה שלא נודע אמרה תורה לילך אחר הרוב אבל מה שלא נתערב ועומד בפ"ע מה ענינו להרוב וכיון שהעיד העד בברי שזה אינו מעורב כלל ואינו נכנס בספק ממילא אינו מעיד נגד הרוב

כלל. משא"כ בחזקה דמ"מ איתחזיק להיפוך. ומ"ש בתשו' הנ"ל לענין הגומות דבקיאין כשיש גומות ולא כ' שאין בקיאין רק להיפוך. ומה שכ' בתשו' הנ"ל לענין הגומות ומלבד דאישתמיט ליה שקדמו הב"ש סי' קס"ט ס"ק י' שכ' לכאורה י"ל כן כדברי הנ"ל ע"ש. אולם נעלם ממנו דברי סה"ת וסמ"ג ומרדכי במקום שכ' להדיא דצריך ריבוי שערות משום שאין אנו בקיאין בגומות והיינו אף שרואין גומות אין אנו בקיאין ע"ש. ומ"ש מה בקיאות לראות גומות ע"ש. ולענ"ד קשה בהיפוך. דהנה תמי' לי טובא הא דקי"ל כר"ה דשערות צריך שיהיה בעיקרן גומות. וא"כ הא ודאי דלכולהו תנאי דפליגי באורך השערות או שיקרוץ בציפורן או נטילת הזוג או לכוף בעי לכולהו גומות דקי"ל ככולהו להחמיר ע"ש. ור"ה לא אמר למלתי' כתנאי. וא"כ הא דקי"ל כמ"ד התם גומות אע"פ שאין שערות. וקשה במה פליגי תנאי הא ע"כ אית בהו גומות וסגי בגומות לחוד. וצ"ל כיון דאית בהו שערות וקטנות גרע כמ"ש בתשו' הנ"ל. או דפליגי ביוצאין מגומא א'. וא"כ לדידן דקי"ל דסגי בגומות וכ' הרמב"ם וסמ"ג הטעם דחזקה היה בהם שערות ונשרו ע"ש. ותמוה מאי בכך שודאי היה בהם שערות מ"מ מנא לן שהיה בהם שערות כדי לכוף דלמא הי' כנטילה בזוג או נקרצות שגם להם יש גומות כמו כדי לכוף ומה חזקה יש שהי' כדי לכוף. וע"כ צ"ל בדוחק שיש להבחין בגומות עצמם אם הם בכדי לכוף. ודוחק גדול ונראה דע"כ הטעם משום ס"ס כיון דהלכה כדברי כולן להחמיר מספק א"כ כשיש גומות יש ס' שמא הי' בשערות כדי לכוף ואת"ל היה רק נקרצות או נטילת הזוג שמא סגי בכך. אך לרשב"א דלא מהני ס"ס נגד חזקה כמבואר בדיני ס"ס וכיון דחזקה דקטנות הוי חזקה להפוסקים הנ"ל אין מועיל. וצ"ל משום חזקה דרבא דהגיע לשנים הגיע לכלל סימנים וניהו דלא סמכינן בדאורייתא הוא משום דיש נגדו חזקה דקטנות אבל שוב הוי ס' השקול והוי ס"ס. וא"כ בלא נודע שנותיו שוב ליכא למסמך כלל אריבוי גומות כיון דליכא חזקה כנ"ל. ובל"ז צ"ע אי חשיב ס"ס דשם קטנות חד הוא. ובחידושי הר"ן כ' דגם השערות קטנות מהני בב' גומות ולא פליגי תנאי בשיעור אורך כו' רק ביוצאין מגומא א' ע"ש. ונראה דסובר דגומות לחוד הוי סימן. משא"כ לרמב"ם וסמ"ג דהטעם משום דנשרו:

עוד חומרא א' נראה לענ"ד דהנה בתוס' ב"ב קנ"ד כ' ר"ת דבעינן שיהי' השערות שחורות דוקא ע"ש. ובמשנה למלך פ"ב מה"א הביא דברי ר"ת ותמה וכ' חפשתי בראשונים ואחרונים ולא מצאתי מי שהביא דברי ר"ת שיצטרך שחורות ע"ש ואני תמה על גדול כמוהו איך נעלם ממנו דברי טור וש"ע סי' קמ"א בענין שליח לקבלה שכ' ואם אין השנים ידועות כ"א ע"פ האב צריך ריבוי שערות שחורות וגדולות כדי לכוף כו' וכן בש"ע והן

דברי ה"ר פרץ בסמ"ק ומסיים בה כמו לענין לחיצה ומבואר להדיא דצריך לחליצה שחורות כדברי ר"ת הנ"ל. ותמיהני מאוד שלא הזכירו הפוסקים בה' חליצה כלום מהא דסי' קמ"א דבעי שחורות כנ"ל. ולענ"ד הדברים ברורים ומוכרחים דהנה תמוה לי מ"ש הפוסקים דבריבוי שערות לא בעי בדיקת גומות והא בש"ס ב"ב קנ"ד מעשה בבני ברק בא' שמת כו' וערערו לומר קטן היה מהו לבודקו כו' ועוד סימנין עשוין להשתנות לאחר מיתה. והקשו תוס' איך אפשר שנראה קטן בחייו ולאחר מיתה כגדול ופי' ר"ת שהי' בחייו לבנות ואחר מיתה הושחרו וכ' תוס' ואינו נראה דלא אשכחן בשום מקום בשערות שיהי' דוקא שחורות כו' ואומר ר"י דשמא בחייו לא הי' גומות ועכשיו מ"מ יש גומות כו'. ומה שסיימו שם בתוס' כדאמר פ' בא סימן גומות אף שאין שערות תמוה וע"כ כוונתם להא דשערות צריך שיהי' בעיקרן גומות וכ' הרמב"ן בחי' ב' תירוצים אלו:

והנה להפוסקים הנ"ל דריבוי שערות לא בעי בדיקה דגומות א"כ נשאר קושית תוס' תימה עדיין יבדקו הלקוחות שמא יהי' ריבוי שערות והוי גדול דאף שא"א להתברר אם יש גומות דזה עשוי להשתנות אחר מיתה מ"מ מה בכך הוי כבלא בדיקת גומות דמהני ריבוי שערות דלענין השערות אינו משתנה. וע"כ צ"ל כתי' א' שתירץ ר"ת דבעינן שחורות ושמא הושחרו אחר מיתה. וא"כ שוב מוכח דבעי שחורות. וא"כ כשאנו סומכין על ריבוי שערות שלא להצטרך בדיקת גומות שוב ע"כ צריך שיהי' שחורות דאל"כ הוי תרתי דסתרי שלא יצטרך בדיקת גומות ולא נצטרך שחורות הוא נגד הש"ס בקושית תוס' כנ"ל. ושפיר מדויק דברי הר"פ וטור וש"ע דבריבוי שערות בעינן שחורות דוקא כנ"ל. וגם בתוס' עצמם נראה לענ"ד דהא איך דחה דברי ר"ת שלא נמצא חילוק בין שחורות והא בתוס' כתובות ל"ו הביאו פי' ר"ח אר"י שירבה השחור כנ"ל. שסמוך לבשר שחורות ודבריו דברי קבלה וכ"כ רמב"ן שמזה למד ר"ת דבעינן שחורות. ואיך דחה דברי ר"ת. אך פשוט דזה פי' ר"ח רק אר"י דאמר שירבה השחור אבל רבנן דהוזכרו ב' שערות סתם בזה לא נמצא דליבעי שחורות. ולכך תירץ ר"י דשמא נעשה גומות. וממילא לא קשה מ"ש דעדיין נבדוק שמא יהי' ריבוי שערות ומהני בלי בדיקות גומות. דלא קשה דהא מאי דמהני ריבוי שערות כבר כתבנו דלמדו מדברי ר"י שאמר כשירבה השחור נראית גדולה לכל כו'. וא"כ כיון שאין לנו ללמוד זה רק מדברי ר"י דשירבה השחור שוב א"א לנו ללמוד רק בריבוי שערות שחורות. כפי' הר"ת לר"י דא"א ללמוד יותר. ושוב שייך תירוץ הראשון שמא הושחרו אחר מיתה ונשתנו. ותירץ הר"י ז"ל שפיר דלענין ב' שערות לדידן דקי"ל כרבנן אף דלא מצינו דליבעי שחורות מ"מ הא בעי גומות ושמא נשתנו. ואי לסמוך אריבוי שערות שוב ע"כ משום דר"י. ושוב צריך שחורות ושייך תי' ר"ת כנ"ל. ושפיר

כ' הטור וש"ע דלסמוך אריבוי שערות בעי שחורות וכדי לכוף לכן נראה לענ"ד דאם הי' הרבה שערות שחורות וגדולות כדי לכוף אף במקום א' בבית הערוה יש להכשיר החליצה ואם לא הי' שחורות אין בידינו להקל נגד הטור וש"ע סי' קמ"א הגם שלא הביאו הפוסקים לענין חליצה ואין סברא דהטור לא חשש רק באיסור אשת איש. מאחר דהר"פ מסיים בהדיא כמו לחליצה כנ"ל. ולענין אי הוי חליצה פסולה הצריכה חיזור נראה לכאורה הדין עם רו"מ. אולם שבענין חליצה פסולה הדברים עמוקים ורחבים ואין לי פנאי עתה קצרתי.

הנלע"ד כתבתי. הק' יצחק מאיר.

סימן מב

הנה אם יש לסמוך על הכרת העובר לידע מזה שכלו לו חדשיו מאחר שיש ו' חדשים מזמן שהוכר עוברה ואמר בש"ס יבמות פ' החולץ ל"ז דרוב נשים עוברה ניכר לשליש ימיו כו' ואף שמת תוך ל' ודאי דכלו לו חדשיו ונחזיקו בבן קיימא לפטור את אמו בלי חליצה. הנה עמדו בזה גדולי דורינו ז"ל הג' אב"ד ליסא ז"ל והג' מור"ע אייגר ז"ל בשו"ת סי' פ"ט והוכיח מדקדוק לשון רש"י ז"ל שכתב וזו הואיל ולא הוכר עוברה כו' דאי הוכר לא הוי מספקא לן. ע"כ משמע דלא משום הרוב לט' ילדן דזו הי' הקושיא. רק משום זה בלבד לא היה מספקא לן כיון שהוכר עוברה מסתמא מראשון. ומוכח דעכ"פ רוב הוא דאין עוברה ניכר קודם שליש ימיו ע"ש שהאריך. ואין הכרח דע"כ רש"י ז"ל לא פי' זה לישב מאי דמשני בפשיטות וזו הואיל ולא הוכר עוברה. מאי פסקא והוי לו למימר הב"ע בלא הוכר. ולכך פי' כנ"ל דממילא ודאי בלא הוכר דאל"ה לא היה ספק. וא"כ עדיין יקשה מאי פסקא דהשגיחו ולא הוכר עוברה דלמא בסתם שא"י עכשיו אם הי' עוברה ניכר לשליש ימיו או לא. וזה שפיר נכלל בלשון סתם ספק דאין כאן הוכחה מצד עצמו דמראשון ואעפ"כ קשה קושית ש"ס דניזול בתר רובא דלט' ילדן. ועדיין למה משני סתם וזו הואיל ולא הוכר דהיינו דהשגיחו וראו שלא הוכר מאי פסקא הא י"ל שלא ראו. ועדיין הוי ליה לשנויי הב"ע בראו שלא הוכר עוברה. אלא ע"כ נראה דכוונת רש"י ז"ל ליישב דלא תקשה על המשנה גופיה למה סתם דס' כו' היה לפרש דוקא בלא הוכר עוברה דאל"ה בתר רובא אזלינן ודקמא הוא. ומאי פסקא ליה למתני' למיתני סתמא וכי לעולם בסתם לא הוכר עוברה וע"ז פירש"י דאי הוכר לא הוי מספקא לן כו' והיינו כיון דתני במתני' ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון יוציא כו' א"כ נכלל בלשון המשנה דאיירי בלא הוכר עוברה וכאילו פירש במשנה בלא הוכר דאי הוכר אינו ספק. והא מפרש הדין דהיכא שהוא ספק בן ז' כו' אז יוציא כו' ולא קשה כלל כנ"ל דשפיר כיון

דמשני עכשיו דלכך איתרע רוב דלט' ילדן משום שראו שלא הוכר ואל"ה מחזיקין משום הרוב דלקמא שוב הוי כמפורש במשנה דמיירי בראו שלא הוכר דמה"ט הוי ספק דאל"ה לא היה ספק כנ"ל. וא"כ כיון דמוכח דכוונת רש"י כנ"ל אין שום הוכחה דיש רוב שאינו ניכר קודם. דהא גם אם אין רוב. רק כיון דליכא הוכחה להיפוך ממילא מחזיקינן בדקמא משום רוב דלט' ילדן. ולכן כיון דתנן ספק הוי כמפורש בראו שלא הוכר כו' ופירש"י שפיר. וגם הש"ס מה"ט משני סתם הואיל ולא הוכר היינו דנכלל בלשון המשנה כנ"ל. וממילא אין הוכחה שיהיה רוב מצד עצמו שאינו ניכר קודם שליש ימיו בלא רוב דלט' ילדן. אך מש"ס לקמן דף מ"ב ותמתין משהו ותבדוק שפיר מוכח דעכ"פ רוב שאינו ניכר מקודם:

אולם לא הי' צריכים הגדולים הנ"ל להוכיח זה מדיוקא דמפורש בש"ס סנהדרין פ' בן סורר דר' כרוספדאי אמר ר"ש דג' חדשים אחר הבאת ב' שערות אינו נעשה בן סורר ומורה דבן ולא ראוי להיות אב דהיה ניכר עוברה. ופריך דש"מ יולדת לז' אינו ניכר לשליש ימים דא"כ בתרי ותילתא סגי למפטריה דהיה ראוי להיות אב ומשני דאזלינן בתר רוב נשים דלט' ילדן ופריך מי אזלינן בד"נ בתר רובא כו' ע"ש. ומוכח דאינו ניכר מקודם כלל ולכאורה מוכח דאף מיעוט אינו שיהיה ניכר דהא פריך מי אזלינן בתר רובא בד"נ וא"כ לס"ד דלא קטלינן אי היה מיעוט דיולדות לז' ניכר וא"כ לדידיה מי ניחא איך משכחת בן סורר ומורה אף בב' חדשים הא יש מיעוט שניכר קודם. וע"כ דגם מיעוט ליכא שיהיה ניכר קודם. אך אינו מוכרח דלס"ד ע"כ היה צריך לומר כן באמת דאי לא אזלינן בתר רובא בד"נ ע"כ שגם מיעוט ליכא משא"כ לדידן דמסיק דאזלינן בתר רובא שפיר י"ל דמיעוט ניכר קודם. אבל זה עכ"פ מפורש דרוב אין עובר ניכר קודם לג' דאל"ה לא הוי קטלינן ליה דראוי לקרותו אב ומפורש כנ"ל. וכ"פ הרמב"ם ז"ל דג' חדשים אינו נעשה בן סורר ומורה משום דראוי להיות אב כנ"ל. ומוכח דקודם אינו ניכר וסמכינן על רוב זה אף בדיני נפשות כנ"ל. וע"ש ברש"י ז"ל לענין הבחנה כו'. והיה לכאורה ההיתר ברור:

אמנם לענ"ד אין דבריהם נראין כלל ויש לתמוה מאוד איך לא הביאו הגדולים הנ"ל דברי הטור אה"ע סי' קנ"ו שכ' להדיא ודוקא כו' ויהיה בר קיימא כגון שידוע שנולד לט' חדשים ולא משכחת לה אלא כשפירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אליה אחר כן כו'. וכ"כ הראב"ן דף ק"כ ג"כ לשון זה אבל קים לן שכלו לו חדשיו כגון שלא בא עליה אלא בשעת טבילתה ושוב לא בא עליה וילדה לט' חדשים שלמים אחר טבילתה כו' ע"ש. ומבואר להדיא דבאופן אחר א"א לידע כלל שכלו חדשיו. דהא הכרת עובר

הוא בכל הנשים ולמה להו לדחוקי כנ"ל. וע"כ דלא מהני וכן מבואר בהג"מ ה' אבל בשם ת' רש"ל וז"ל כ' רש"י דלא קים לן כלל בדבר זה אלא היכא שלא שימשה עם בעלה כל ימי עבורה ע"ש והובא ב"י יו"ד סי' שע"ד ג"כ ובטור ג"כ שם כן. ומאחר שמבואר להדיא בטור וראב"ן ורש"י והג"מ דא"א לידע כלל רק בבעל ופירש כנ"ל ממילא דברי גדולי זמנינו בטלין. ונראה דאישתמיט להו דברי כל הפוסקים הנ"ל דאל"ה היה להם להביאן עכ"פ ולפלפל בדבריהם. והטעם פשוט כיון דחזינן דאין תלוי בג' חדשים הכרת העובר רק בשליש ימיו כמבואר בש"ס סנהדרין הנ"ל דמה"ט מספקא ליה בנולד לז' ולמסקנא בתרי חדשים ותילתי ניכר. וא"כ מלבד דמה שמבואר בדברי הגדולים הנ"ל דבהוכר עוברה ואחר הכרת עובר היה ה' חדשים ואיזה ימים דמהני ג"כ דנודע שכלו חדשיו ע"ש. דזה טעות ברור לענ"ד דכיון שספק אי נולד לח' ואי לח' היה שליש ימי' ב' ח' ותרי תילתי וא"כ ע"ד י' ימים כגון שיש ה' חדשים וח' ימים מה בכך שמא הוכר לב"ח וב' שליש כיון שהוא בן ח' ועדיין הוא בתוך ח' חדשים עם הח' או ט' ימים כנ"ל ואין שום הוכחה שאינו בן ח' מן הכרת העובר. רק דאפילו בד' חדשים שלמים אחר הכרת עובר ג"כ אין לסמוך כלל כדמשמע מכל הפוסקים הנ"ל חדא דאין לדמות כלל הכרת העובר מבר קיימא לנפל דאם אמרו בבר קיימא שאינו ניכר קודם לשליש ימי' שאז מכביד עליה וניכר כדאמר בש"ס ריש נדה דמשהוכר עוברה דייה שעתה משום דאז מכביד הולד עלי' ע"ש ובר"ן אבל מנין להם שגם בנפל כן ואולי מכביד מקודם כיון שאינו בן קיימא. ולכך אין שום ראיה מהכרת עובר רק במה דאמר בש"ס בבן קיימא בס' בן ט' או בן ז' אבל לא לידע אם נפל או בן קיימא משום דאם היה נפל אין ראיה כלל מהכרת עובר כנ"ל. והבא לחדש דין פשוט כזה במאי דשכיח נגד כל הראשונים והש"ע צריך להביא ראיה ברורה לדבריו:

סימן מג

הנה אם יש לסמוך על הכרת העובר לידע מזה שכלו לו חדשיו מאחר שיש ו' חדשים מזמן שהוכר עוברה ואמר בש"ס יבמות פ' החולץ ל"ז דרוב נשים עוברה ניכר לשליש ימיו כו' ואף שמת תוך ל' ודאי דכלו לו חדשיו ונחזיקו בבן קיימא לפטור את אמו בלי חליצה. הנה עמדו בזה גדולי דורינו ז"ל הג' אב"ד ליסא ז"ל והג' מור"ע אייגר ז"ל בשו"ת סי' פ"ט והוכיח מדקדוק לשון רש"י ז"ל שכתב וזו הואיל ולא הוכר עוברה כו' דאי הוכר לא הוי מספקא לן. ע"כ משמע דלא משום הרוב לט' ילדן דזו הי' הקושיא. רק משום זה בלבד לא היה מספקא לן כיון שהוכר עוברה מסתמא מראשון. ומוכח דעכ"פ רוב הוא דאין עוברה ניכר קודם שליש ימיו ע"ש שהאריך. ואין הכרח דע"כ רש"י ז"ל לא פי'

זה לישב מאי דמשני בפשיטות וזו הואיל ולא הוכר עוברה. מאי פסקא והוי לו למימר הב"ע בלא הוכר. ולכך פי' כנ"ל דממילא ודאי בלא הוכר דאל"ה לא היה ספק. וא"כ עדיין יקשה מאי פסקא דהשגיחו ולא הוכר עוברה דלמא בסתם שא"י עכשיו אם הי' עוברה ניכר לשליש ימיו או לא. וזה שפיר נכלל בלשון סתם ספק דאין כאן הוכחה מצד עצמו דמראשון ואעפ"כ קשה קושית ש"ס דניזול בתר רובא דלט' ילדן. ועדיין למה משני סתם וזו הואיל ולא הוכר דהיינו דהשגיחו וראו שלא הוכר מאי פסקא הא י"ל שלא ראו. ועדיין הוי ליה לשנויי הב"ע בראו שלא הוכר עוברה. אלא ע"כ נראה דכוונת רש"י ז"ל ליישב דלא תקשה על המשנה גופיה למה סתם דס' כו' היה לפרש דוקא בלא הוכר עוברה דאל"ה בתר רובא אזלינן ודקמא הוא. ומאי פסקא ליה למתני' למיתני סתמא וכי לעולם בסתם לא הוכר עוברה וע"ז פירש"י דאי הוכר לא הוי מספקא לן כו' והיינו כיון דתני במתני' ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון יוציא כו' א"כ נכלל בלשון המשנה דאיירי בלא הוכר עוברה וכאילו פירש במשנה בלא הוכר דאי הוכר אינו ספק. והא מפרש הדין דהיכא שהוא ספק בן ז' כו' אז יוציא כו' ולא קשה כלל כנ"ל דשפיר כיון דמשני עכשיו דלכך איתרע רוב דלט' ילדן משום שראו שלא הוכר ואל"ה מחזיקין משום הרוב דלקמא שוב הוי כמפורש במשנה דמיירי בראו שלא הוכר דמה"ט הוי ספק דאל"ה לא היה ספק כנ"ל. וא"כ כיון דמוכח דכוונת רש"י כנ"ל אין שום הוכחה דיש רוב שאינו ניכר קודם. דהא גם אם אין רוב. רק כיון דליכא הוכחה להיפוך ממילא מחזיקינן בדקמא משום רוב דלט' ילדן. ולכן כיון דתנן ספק הוי כמפורש בראו שלא הוכר כו' ופירש"י שפיר. וגם הש"ס מה"ט משני סתם הואיל ולא הוכר היינו דנכלל בלשון המשנה כנ"ל. וממילא אין הוכחה שיהיה רוב מצד עצמו שאינו ניכר קודם שליש ימיו בלא רוב דלט' ילדן. אך מש"ס לקמן דף מ"ב ותמתין משהו ותבדוק שפיר מוכח דעכ"פ רוב שאינו ניכר מקודם:

אולם לא הי' צריכים הגדולים הנ"ל להוכיח זה מדיוקא דמפורש בש"ס סנהדרין פ' בן סורר דר' כרוספדאי אמר ר"ש דג' חדשים אחר הבאת ב' שערות אינו נעשה בן סורר ומורה דבן ולא ראוי להיות אב דהיה ניכר עוברה. ופריך דש"מ יולדת לז' אינו ניכר לשליש ימים דא"כ בתרי ותילתא סגי למפטריה דהיה ראוי להיות אב ומשני דאזלינן בתר רוב נשים דלט' ילדן ופריך מי אזלינן בד"נ בתר רובא כו' ע"ש. ומוכח דאינו ניכר מקודם כלל ולכאורה מוכח דאף מיעוט אינו שיהיה ניכר דהא פריך מי אזלינן בתר רובא בד"נ וא"כ לס"ד דלא קטלינן אי היה מיעוט דיולדות לז' ניכר וא"כ לדידיה מי ניחא איך משכחת בן סורר ומורה אף בב' חדשים הא יש מיעוט שניכר קודם. וע"כ דגם

מיעוט ליכא שיהיה ניכר קודם. אך אינו מוכרח דלס"ד ע"כ היה צריך לומר כן באמת דאי לא אזלינן בתר רובא בד"נ ע"כ שגם מיעוט ליכא משא"כ לדידן דמסיק דאזלינן בתר רובא שפיר י"ל דמיעוט ניכר קודם. אבל זה עכ"פ מפורש דרוב אין עובר ניכר קודם לג' דאל"ה לא הוי קטלינן ליה דראוי לקרותו אב ומפורש כנ"ל. וכ"פ הרמב"ם ז"ל דג' חדשים אינו נעשה בן סורר ומורה משום דראוי להיות אב כנ"ל. ומוכח דקודם אינו ניכר וסמכינן על רוב זה אף בדיני נפשות כנ"ל. וע"ש ברש"י ז"ל לענין הבחנה כו'. והיה לכאורה ההיתר ברור:

אמנם לענ"ד אין דבריהם נראין כלל ויש לתמוה מאוד איך לא הביאו הגדולים הנ"ל דברי הטור אה"ע סי' קנ"ו שכ' להדיא ודוקא כו' ויהיה בר קיימא כגון שידוע שנולד לט' חדשים ולא משכחת לה אלא כשפירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אליה אחר כן כו'. וכ"כ הראב"ן דף ק"כ ג"כ לשון זה אבל קים לן שכלו לו חדשיו כגון שלא בא עליה אלא בשעת טבילתה ושוב לא בא עליה וילדה לט' חדשים שלמים אחר טבילתה כו' ע"ש. ומבואר להדיא דבאופן אחר א"א לידע כלל שכלו חדשיו. דהא הכרת עובר הוא בכל הנשים ולמה להו לדחוקי כנ"ל. וע"כ דלא מהני וכן מבואר בהג"מ ה' אבל בשם ת' רש"ל וז"ל כ' רש"י דלא קים לן כלל בדבר זה אלא היכא שלא שימשה עם בעלה כל ימי עבורה ע"ש והובא ב"י יו"ד סי' שע"ד ג"כ ובטור ג"כ שם כן. ומאחר שמבואר להדיא בטור וראב"ן ורש"י והג"מ דא"א לידע כלל רק בבעל ופירש כנ"ל ממילא דברי גדולי זמנינו בטלין. ונראה דאישתמיט להו דברי כל הפוסקים הנ"ל דאל"ה היה להם להביאן עכ"פ ולפלפל בדבריהם. והטעם פשוט כיון דחזינן דאין תלוי בג' חדשים הכרת העובר רק בשליש ימיו כמבואר בש"ס סנהדרין הנ"ל דמה"ט מספקא ליה בנולד לז' ולמסקנא בתרי חדשים ותילתי ניכר. וא"כ מלבד דמה שמבואר בדברי הגדולים הנ"ל דבהוכר עוברה ואחר הכרת עובר היה ה' חדשים ואיזה ימים דמהני ג"כ דנודע שכלו חדשיו ע"ש. דזה טעות ברור לענ"ד דכיון שספק אי נולד לח' ואי לח' היה שליש ימי' ב' ח' ותרי תילתי וא"כ ע"ד י' ימים כגון שיש ה' חדשים וח' ימים מה בכך שמא הוכר לב"ח וב' שליש כיון שהוא בן ח' ועדיין הוא בתוך ח' חדשים עם הח' או ט' ימים כנ"ל ואין שום הוכחה שאינו בן ח' מן הכרת העובר. רק דאפילו בד' חדשים שלמים אחר הכרת עובר ג"כ אין לסמוך כלל כדמשמע מכל הפוסקים הנ"ל חדא דאין לדמות כלל הכרת העובר מבר קיימא לנפל דאם אמרו בבר קיימא שאינו ניכר קודם לשליש ימי' שאז מכביד עליה וניכר כדאמר בש"ס ריש נדה דמשהוכר עוברה דייה שעתה משום דאז מכביד הולד עלי' ע"ש ובר"ן אבל מנין להם שגם בנפל כן ואולי מכביד מקודם כיון

שאינו בן קיימא. ולכך אין שום ראיה מהכרת עובר רק במה דאמר בש"ס בבן קיימא בס' בן ט' או בן ז' אבל לא לידע אם נפל או בן קיימא משום דאם היה נפל אין ראיה כלל מהכרת עובר כנ"ל. והבא לחדש דין פשוט כזה במאי דשכיח נגד כל הראשונים והש"ע צריך להביא ראיה ברורה לדבריו:

חושן משפט

סימן א

אל כבוד הרב הגאון המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה ע"ה החסיד מפורסם מהו' משה אפרים נ"י אב"ד דק"ק קאליש:

על קושייתו דמר שבועות ל"ג דלמה לא בעי גם לר' אלעזר בר' שמעון דג"כ שייך דילמא הוי מודה ואמר בפני פלוני ופלוני דלא היה מועיל העדות מטעם עדות שאי אתה יכול להזימה כדאמר בש"ס ב"ק ע"ה ע"ב. אשר גם לי הוקשה זה ימים. הנה הטעם דאינו מועיל הזמה כשהודה מקודם בפני פלוני ופלוני נראה לענ"ד פשוט משום דבממון מהני הודאת בעל דין יותר מק' עדים. ולכך כיון שהודה שהעדים אומרים אמת שביום פלוני גנב וכה"ג ועדי ההזמה אומרים שקר א"כ ממילא הודה שהעדים פטורים מלשלם לו מדין הזמה ומועיל הודאתו לחובתו יותר מהעדי הזמה ויהיו פטורים כנ"ל ולכך הוי עדות שאי אתה יכול להזימה. וזה פשוט עד שאני תמה על הרב בעל פ"י ח"ד שכתב ריש מכות ה' שפרש"י אהא דאמר רבא בעידנא דאסהדי גברא לאו בר קטלא כו' ופירש"י דאלו מודה מיפטר ותמהו בתוס' דאיך מצינו שפטור ממיתה בהודאתו וכ' הפ"י דהוא גמרא ערוכה שהיה יכול להודות ולומר בפני פלוני ופלוני הרג ולא היה מועיל עדותם אח"כ שהיה עדות שאי אתה יכול להזימה כנ"ל ותמה על תוס' מאוד ע"ש. ולענ"ד אין דבריו נכונים דהטעם בממון כמ"ש מטעם הודאה עי' בשיטה מקובצת שם בב"ק ע"ה בשם תוס' הרא"ש ג"כ סברא זו ע"ש וממילא במיתה כיון דלא מהני הודאתו לפטור את העדים ממיתה אף שהודה שהעדים אומרים אמת מ"מ מה יועיל זה לפטרם הא אין זה לחובתו ולדידן העדי הזמה נאמנים שהראשונים העידו שקר ודאי חייבים מיתה. וממילא הוי ודאי עדות שיכול להזימו אף שאמר בפני פלוני ופלוני כנ"ל. והנה תוס' סנהדרין פ"א גבי מי שנתחייב ב' מיתות ד"ה ונגמר הקשו הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דלא מיקטלי דבלאו סהדותי' בר קטלא הוי ותירצו דכיון דאי מיתזמי קמאי או מכחשי מהני סהדותא דבתראי מיקרי יכול להזימו כיון דמשכחת הזמה באיזה אופן ע"ש:

והנה קי"ל דבהודאה היכא שהוא מפטור לפטור יכול לחזור בו עיין בח"מ סי' ע"ט באומר לא לויתי וחזר ואמר פרעתי אף שבאו עדים אח"כ שלוה ואיגלאי מילתא שהיה מחוייב מ"מ כיון דבשעת הודאה לא היה לחיוב יכול לחזור בו ע"ש. וא"כ לכאורה קשה למה הוי עדות שאי אתה יכול להזימה אף שהודה בפניכם גנבתי הא כיון דמודה בקנס פטור א"כ היה ההודאה לפטור ויכול לחזור בו ולומר לא טבחתי כו' וכשיחזור בו יתחייב מחמת העדים המעידים שטבח ושוב יהיה מהני הזמה לחייבם כיון שחזר בו קודם שבאו עדי הזמה. בפרט להמבואר ח"מ סי' מ"ז בשטר אמנה דיכול לגבות אח"כ דלא הודה רק לדחות בע"ח וכן כאן והוי ממש כמו בנתחייב ב' מיתות לתוס' הנ"ל כיון דאי מתכחשי כו' וגם כאן כיון שאפשר שיהיה שייך הזמה שוב הוי יכול להזימו כנ"ל כיון דאם יחזור בו יועיל הזמה שוב אף כשאינו חוזר מהני כנ"ל. וא"ל כיון דבשעה שהעידו לא היה יכול להזימו אף שיחזור בו אחר שיעידו לא יועיל הזמה דז"א דא"כ גם התם בב' מיתות לא יועיל אף שהוכחשו הראשונים כיון דבשעה שהעידו הי' עדות ראשונים קיימים כנ"ל. אולם י"ל דזה תלוי בבעיא זו עצמו דמשביע עדי קנס כו' דאי חייב ולא אמרינן כיון דאלו אודי כו' משום דהשתא מיהו לא אודי כו' ממילא לא אמרינן סברת תוס' הנ"ל כיון דאלו אתכחשי קמאי כו' ומיקרי שפיר אי אתה יכול להזימו כיון דהשתא מיהו לא איתכחשי וכן כאן גבי בפניכם גנבתי הוי שפיר עדות שאי אתה יכול להזימה אף דיכול לחזור בו מ"מ השתא מיהו לא הדר ביה ור' אחי בר איקא סבר באמת דמשביע עדי קנס חייב כנ"ל. וממילא מיושב קושי' הנ"ל דהוי ליה למיבעיא גם לר' אלעזר בן שמעון במשביע עידי קנס דנימא אלו אודי ואמר בפני פלוני ופלוני דלמ"ש מיושב דאי אמרינן סברת אלו אודי שוב ממילא לא יועיל כלל כשיאמר בפניכם דהוי יכול להזימו כסברת תוס' הנ"ל:

ובזה מיושב דלכאורה למה השמיט הרמב"ם דין זה המפורש בש"ס באומר בפני פלוני ופלוני כו' דכשבאו אח"כ דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ואף שפסק דמודה בקנס ואחר כך באו עדים פטור מ"מ הא פסק דבעי מחייב עצמו בקרן והיה לו לפסוק דאף כשאינו מחייב עצמו מ"מ כשאמר בפני פלוני ופלוני הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דפליגי ביה סומכוס ורבנן וקי"ל כרבנן. ולמ"ש א"ש דכיון שפסק משביע עדי קנס פטור ממילא הוי יכול להזימו כנ"ל:

וכן בתוס' משמע בכמה דוכתי דלא אמרינן סברא הנ"ל בבא מציעא ריש המפקיד ד"ה דילמא מודה ומיפטר שכתבו דהיינו דוקא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ע"ש וקשה דגם למ"ד חייב מ"מ דילמא מודה ואמר בפני פלוני ופלוני גנבתי דלא יועיל כנ"ל

ומוכח כמ"ש. וכן ב"ק ע"ד תוס' ד"ה דאכתי גברא לא מחייב שכ' אין הטעם משום דאי בעי הוי מודה דאפילו לשמואל במודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב כו'. ומאי קושיא הא מצי להודות בפני פלוני ופלוני וע"כ כנ"ל:

סימן ב

ה"ה הגביר ר' ישכר בעת נסעו מכאן ציוה שכל החובות מוועקסלען אשר יגבה ר' זושא בזמן ההוא ישלח המעות ליד ר' יעקלי. ואח"כ סרסר ר' ישראל אשר הוא מאנשי ר' ישכר לעסוק בגביות החובות לר' זושא שילוה לנכרי אחד ק"ד אדומים על פ"צ ולר' ישכר היה חוב וועקסעל של נכרי הנ"ל סך צ' אדומים ור' זושא הלוה לו הק"ד אדומים ומנה לו המעות בביתו על שולחנו. ומחמת כי ר' זושא ור' ישראל תבעוהו מקודם הצ' אדומים מר' ישכר לא רצה הנכרי ליקח כ"א י"ד אדומים המותר מצ' גם היה סבור שהחוב שייך לר' זושא ג"כ באשר הי' שותפים בהרבה חובות. אולם ר' זושא לא רצה שלא ליתן לו רק י"ד אדומים שאז יש טענה בדיניהם שלא קיבל הפאליטא במזומנים. ולכך מנה לו ר' זושא כל המעות ק"ד אדומים על השולחן. וקיבל הנכרי י"ד אדומים. והצ' לקח ר' זושא מעות עצמו מעל השולחן ונתנם בביתו בין שאר מעות מגביות חובות ר' ישכר ור' ישראל אמר כי הוא לקח הצ' אדומים ונתנם בין מעות החובות הנ"ל. ואח"כ אחר עבור איזה ימים נודע כי הנכרי הנ"ל הוא בעל חוב גדול אשר כבר הי' הרבה דעקרעטין עליו אשר ר' זושא לא יוכל לגבות כלום מחוב שלו. וטוען ר' זושא כי חזר בו ותפס המעות בשביל עצמו. ואף ששלח אח"כ כל המעות לר' יעקלי היה על סמך שבודאי ר' ישכר יעשה כפי שיהיה הדין תורה אם מועיל חזרתו אם לא. ועתה רוצה ר' ישכר באמת לקיים כפי הד"ת. אולם אינו מאמינו שחזר בו אז:

והעיד ר' ישראל בתורת עדות שהנכרי לא קיבל כלל המעות לידו רק היו מונחים על השולחן. ועל זה מסופק אם הוא לקחם ונתנם בתוך מעות החובות של ר' ישכר או גם הוא לא לקחם רק הניחם ג"כ שר' זושא בעצמם יקחם:

עוד העיד שהוועקסיל היה אז בידו והוא החזירו להנכרי כשקיבל הצ' אדומים. וזאת מסופק אם גם מקודם היה הוועקסיל מצ' אדומים בידו. או אז כשרצה הנכרי לשלם לקח הוועקסיל ממקום אשר היו מונחים כל הוועקסלין של ר' ישכר ונתנו להנכרי בעצמו. עוד העיד שכאשר נודע לר' זושא שהנכרי בעל חוב גדול אמר ר' זושא לר' ישראל שרוצה להחזיר הדבר כמקודם לפעול אצל הנכרי שיחזיר ויתן וועקסיל על שם ר' ישכר ויהיה חייב לו כמקדם ור' זושא הוא יחזיק מעותיו כמקדם ואמר ר' ישראל כי לא נאה הדבר

לפני ר' ישכר רק שיודע בוודאי כין אין מן הסתם לא יבקש ר' ישכר עולה של ר' זושא ויתפשר עמו בטוב:
המעות צ' אדומים שקיבלו מעל השולחן אינו זוכר אם הניחום בתיבה אשר נקנה ממעות שותפות של ר' ישכר ור' זושא אשר היה עומד בבית ר' זושא או הניחום בתיבת ר' זושא עצמו:
ועתה ר' זושא מוחזק במעות ר' ישכר שחייב לו בהלוואה על וועקסלין ורוצה לזכות לו מעות הנ"ל. עוד הבטיח ר' ישכר לר' זושא שאם יהיה הד"ת שהמעות שייך לכל הב"ח לא יוכל ר"י לדחותו באשר יש עוד שאר ב"ח רק יתחלק ביניהם לפי ערך:
נבאר מקודם אם האמת כדברי ר' זושא שחזר בו אי מועיל חזרתו או לא. הנה אם הנכרי לא קיבל המעות כלל רק שמנה לו ר' זושא על שולחנו א"כ לא קנה הנכרי כלל המעות שלוה רק הי"ד אדומים שקיבל. דהא צריך שיעשה הלוה איזה קנין במעות ההלוואה משיכה או הגבהה וזה פשוט כמבואר פ"ב דקדושין. וכאן שלא עשה שום קנין לא קנאם. ואף שנתן וועקסיל על כל הק"ד אדו'. מ"מ לא מיבעיא לדעת הרשב"א ורוב הפוסקים בח"מ ססי' ל"ט דאף שנתן הלוה שט"ח לא יוכל לכפות המלוה להלוותו ודאי לא קנה. רק אף להרמב"ן ז"ל שם שיכול לכופו מ"מ להרבה פוסקים שם דוקא בשטר הקנאה ע"ש ולשאר פוסקים מ"מ לא קנה גוף המעות דאין מטבע נקנה בחליפין רק היה מחוייב להלוותו כמ"ש הש"ך ז"ל שם וא"כ לא קנה כאן גוף המעות ומכל שכן לדעת הפוסקים דלא מהני כלל קנין חליפין בנכרי עיין תוס' קדושין ג' ע"א. ואם היה המעשה בישראל הלוה היה מהני מטעם זכיה כיון שקבלם ר' ישראל בציויו מהני מטעם שליחות כאלו הגביהו הלוה וזכה הלוה ואח"כ היה זוכה עבור ר' ישכר והיה נקנה לו לפירעון ולא היה מלוה זה יכול לחזור בו. ואם ר' זושא עצמו קיבל המעות לא היה מהני גם אם היה הלוה ישראל דהא אין אדם זוכה בשלו לאחרים וא"י לזכות לא בעבור הלוה ולא בעבור מלוה האחר רק אם אחר היה המקבל היה מהני. אבל בכאן בנכרי הלוה דקי"ל אין שליחות לכותים ולא קנה הנכרי כלל בהגבהת השליח וממילא לא זכה המלוה האחר לפירעון חובו ויכול ר' זושא לחזור בו וליקח המעות לעצמו. ואף אם קיבל הנכרי לידו ממש ואח"כ נתנם לר' זושא או לר"י עבור חוב ר"י מ"מ נראה דלא קנה ר' ישכר לפירעון אף שקיבלו בשבילו דזכיה לא מהני בנכרי. ורק שהם שלוחים של המלוה שהוא ישראל ולא של הנכרי מ"מ לא מהני למ"ש תוס' ב"מ פרק איזהו נשך ע"א ע"ב ד"ה בשלמא. דכיון שאין הנכרי מפקירו רק מצוה לזכות צריך להיות שלוחו של הנכרי ג"כ וכיון דאין שליחות לעכו"ם לא מהני כלל ואינו זוכה ממנו בשביל הישראל דעובדא דידן ממש

כמו התם בהעמידו אצל ישראל דהישראל מצוהו לגבות חובו מן הנכרי ע"ש וא"כ כיון שלא זכה בו ר' ישכר לפירעון ועדיין המעות של הנכרי ממילא יכול ר' זושא לתפסו בחובו ולחזור בו כיון שחייב גם לו וכיון שחזר בו הם שלו כנ"ל. אך לכאורה יש לעיין גם שם בדברי תוספ' ניהו דלא מהני מטעם ציוי הנכרי הא גם בע"כ מהני מטעם תפיסה דתופס לבע"ח קנה במקום שאינו חב לאחרים וצ"ל דשם איירי בגווני דלא מהני מטעם תפיסה אבל כאן לכאורה יהיה מועיל תפיסה כיון שלקח ר' ישראל עבור ר' ישכר זכה בו אף בע"כ של הנכרי. אך גם ז"א למאי דמבואר בסמ"ע סי' ק"ה ס"ק ב' בשם הרי"ו ראובן שלח שליח לגבות לו יין מן הנכרי בחובו ואחר שלקח נתן השליח לשמעון שהיה ג"כ בע"ח של הנכרי ופסק דזכה בו בע"ח השני ע"ש ובתומים ואף שדחה ע"ש בקצות החושן ונתיבות המשפט שפסקו כדבריו מחמת דברי תוס' הנ"ל. והיינו דלא זכה משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ושליחות העכו"ם לא מהני ע"ש. וגם כאן הוא כנ"ל כיון דמטעם שליחות העכו"ם לא מהני רק מטעם תפיסה והוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כיון שכבר קיבל המעות והיה חייב לר' זושא ג"כ. ואף דהיה מדעת ר' זושא שנתרצה מ"מ יש להסתפק בתופס לבע"ח במקום שחב לאחר ואותו האחר נתרצה שלא ידע שהוא חוב לו שהיה סבור דאיכא לאשתלומי מיניה ואח"כ נודע דלית ליה והיה חוב לו נראה ג"כ דלא הועיל תפיסתו כיון שכתב הרא"ש ז"ל ריש בבא מציעא הטעם דלא איתרבי זכיה ושליח רק כשאין חוב לאדם משא"כ כשהוא חוב לא איתרבי ע"ש וממילא כיון שנודע שבאמת היה חוב לאחר לא הועיל שליחותו כלום ומאי בכך שלא היה ידוע אז וכמ"ש בח"מ סי' מ"ז גבי הודאה דכשנודע אח"כ שהיה חב לאחרים נתבטלה הודאתו למפרע אף שלא היה אז ידוע ע"ש. וא"כ בנידן דידן לא מהני מטעם תפיסה כנ"ל:

אך לכאורה למ"ש בתומים שם סי' ק"ה דהא נכסי עובד כוכבים כמדבר ומשעה דאיסתלק הוי הפקר וזוכה התופס מההפקר עבור מלוה הראשון דקי"ל בהפקר מגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ע"ש שרצה לדחות דברי הרי"ו ותירץ דשם היה הישראל צריך להחזיר לו השט"ח וכל זמן שלא החזיר לו לא נסתלק הנכרי ע"ש סק"ד. וא"כ בנידן דידן כיון שכבר החזיר הוועקסיל להנכרי א"כ שפיר נסתלק ממעות הנ"ל והוי הפקר וזוכה ר' ישראל מההפקר עבור ר' ישכר דקי"ל מגביה מציאה לחבירו קנה חבירו. ואף שבס' קצה"ח דחה דברי תומים הנ"ל דהא קי"ל דבע"ח גובה ממה שהפקיר הלוה וא"כ זכה שמעון בחובו אף שנסתלק העכו"ם והוי הפקר וכ' וזה ברור ע"ש. ולענ"ד אין דבריו ברורים כלל דהא שם היה חייב לראובן גם כן ושלחו ליקח לו הדבר בחובו וא"כ ניהו

דבע"ח גובה מההפקר מ"מ הא כאן זכה השליח מההפקר מיד בשביל מלוה הראשון וא"כ שוב הוי של ראובן מטעם בע"ח כאילו גבאו בעצמו וממילא אח"כ אין שמעון בע"ח הב' יכול לתפסו ממנו כמו שאין יכול לתפוס אלו כבר היה ביד ראובן שהוא גם כן בע"ח וא"ל כיון דהטעם בהפקר דקני מגביה מציאה הוא משום מיגו דאי בעי זכי לנפשיה כו' וכאן אם היה השליח זוכה בעצמו היה שמעון גובה ממנו שגובה מהפקר וגם עתה שזיכה בשביל ראובן גובה ממנו. ז"א דאטו לא היה יכול השליח לזכות בו הא היה מהני הזכיה שלו רק הבע"ח היה גובה ממנו ומבואר שם סי' רע"ה דמה שהב"ח גובה מהזוכה מן ההפקר הוא כמו שגובה מיורשים ומלקוחות ע"ש וא"כ כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה. וא"כ היה מהני זכיית השליח רק שהבע"ח היה גובה וא"כ שייך שפיר מיגו דאי בעי זכי לנפשי' ומיד זוכה בשביל ראובן בשליחותו והוי שוב כאלו היה ביד ראובן בעצמו וממילא הוא שלו מטעם בע"ח לא מן ההפקר ושוב אין לשמעון יכול לתפסו כנ"ל. ויש לישב דבריו קצת למ"ש תוס' ב"מ דף י' לחד תירוצא דלכך הוי כרגלי הממלא משום דלא קני רק מטעם מיגו דאי בעי זכי לנפשיה ואז היה כרגליו ולא עדיף גם עתה כשקונה הוא הוי ג"כ רק כרגליו ע"ש י"ל גם כאן כיון דלענין זה לא היה מועיל זכיה שלו שלא יגבה הבע"ח ממילא גם עתה לא עדיף ומהני תפיסת שמעון כנ"ל ודוחק ויש לחלק בין עירוב לשאר דברים:

אך כאן בל"ז לא שייך הנ"ל דאם נסתלק והוי הפקר זכה לו חצירו לר' זושא כיון שמונח על שולחנו ולא שייך על ר' ישראל אי בעי זכי לנפשיה. ועוד דלא היה כלל כוונת ר"י לקנות כלל בשביל ר' ישכר במה שלקחו ומכש"כ לדעת הסמ"ע ריש סי' רס"ט דצריך שיאמר בפירוש שמתכוין לקנות בשבילו ולא קני מטעם תפיסה וכעודר בנכסי הגר כו' ואם ר' זושא עצמו לקחו מנכרי בשביל ר' ישכר י"ל דהיה מהני מטעם תפיסה. אף די"ל כיון שהוי חוב לעצמו ומה שנתרצה היה בטעות ולא מהני כמו חב לאחרים כיון שנודע שחוב לו. מ"מ נראה דמהני כיון שהוא עצמו העושה החוב לו דוקא באחר שייך לאו כל כמיניה לחוב לאחרים משא"כ בהוא עצמו. ועוד דניהו דהוי כמו חב לאחרים מ"מ מהני תפיסתו ניהו דחוב לא מ"מ כיון שחייב לו שייך מיגו דאי בעי זכי לנפשיה וגם אם היה חב לאחר ג"כ היה מהני תפיסתו משום מיגו דאי בעי כו' ומאי בכך יותר שחב לו כיון דשייך מיגו כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש באו"ת סי' ק"ה ס"ק ו' דדוקא באומר זכה לי או שלא מדעתו אבל אמר לך והבא לי או טול לי גלי דעתיה דלא ניחא לי דליקני' בתפיסתו ע"ש. וגם כאן י"ל כיון שציוהו ליתנו לר' יעקלי גלי דעתי' כו'. ויש לדחות. אך באמת אין אנו צריכין לכל זה

כיון שלא קבלם הנכרי לידו כלל ולא קנה אותם כלל. ולכאורה היה אפשר לומר למאי דאמר בכריתות כ"ד אמר ר"ל הנותן מתנה לחבירו ואמר אי אפשי בה כל המחזיק בה זכה וכן פסק הרשב"ם ב"ב קל"ח דאף דהמקבל לא קנה מ"מ הנותן נסתלק והוי הפקר ואף להפוסקים דלא כר"ל הוא משום דלא יהיב רק אדעתא דלקבל מיניה ע"ש וא"כ כאן לא שייך אדעתא דליקבליה דהא לגבי הנכרי נקרא קיבל מיניה דנתחייב לו במה שמנה המעות ונתן לו וועקסיל וא"כ נסתלק ר' זושא וניהו דלא קנאו הנכרי שוב הוי הפקר וזכה ר' ישראל עבור ר' ישכר כנ"ל. אך ז"א חדא דתוס' ב"ב שם דחה דלא הוי הפקר דאדעתא דארי' אפקריה וגם לר"ל לא הוי הפקר כשאמר א"א קודם שבאת המתנה לידו ע"ש. ועוד דנראה כיון דקי"ל אין הפקר מועיל עד שיפקירנו לכל דומיא דשמיטה וא"כ בשלמא לר"ל דלא סבר אדעתא דליקבל מיניה רק שמיד נסתלק לגמרי בין כך ובין כך אם כן שפיר הוי הפקר לכל כנ"ל. אבל לדידן דלא כר"ל ולא נסתלק רק אדעתא דליקבל מיניה ואם כן ממילא אף בכה"ג דלא שייך אדעתא דליקבל דנקרא קיבל מ"מ הא שוב לא הוי הפקר לכל דהא לא נסתלק רק נגדו ולא מהני כנ"ל. ועוד בל"ז לא שייך הכא טעם הנ"ל:

עוד יש לדון מטעם קנין בטעות כיון שנודע עתה שכבר היה הרבה דעקרעטין עלי' קודם שהלוהו ר' זושא ולא ידע ואלו ידע ודאי לא היה מלוהו א"כ מה שהקנהו מעות ההלואה היה בטעות ולא קנאו הנכרי וכשהמעות בעין עדיין הוא שלו לגמרי ואף שכבר הוא ביד אחרים מחויבים להחזירו מכש"כ כשחזר בו כנ"ל. ואף דפ"ב דקדושין גבי עשיר ונמצא עני לא הוי טעות כשלא התנה היינו משום דמה ענין זה לקדושין דאין אומדנא שלא היתה מתקדשת אלו ידעה שהוא עני וממילא הוי דברים שבלב משא"כ לענין הלואה דחזקה לא שדי איניש זוזי בכדי וכמו דאחריות טעות סופר מטעם הנ"ל. ועיין ש"ך ססי' ל"ט שכתב דכשנודע שיגיע לו הפסד שלא יהיה בטוח ממעותיו אף להרמב"ן א"צ להלוות דמסתמא אדעתא דהכי לא הלוהו. אך י"ל דשם הוא מטעם דניהו דכבר הלוהו יכול לגבות מיד אף תוך זמנו כיון שלא יהיה לו מה לגבות כשיגיע הזמן וכמבואר סי' ע"ג רק דהוצרך לטעמא דאדעתא דהכי לא הלוהו דאל"ה אינו גובה תוך זמנו כיון שידע כמ"ש ש"ך סי' ע"ג ס"ק ל"ד גבי מלוה ליה שנים לענין שמיטה ע"ש. ולכך כשלא הלוהו גובה מטעם גביה אבל אינו מוכרח דהוי טעות כנ"ל. ויש נפקא מיניה גם היכא שיש בע"ח מוקדם ששיעבד לו מטלטלין אגב קרקע ואח"כ לוה מאחר ונודע אח"כ שהיה עני והוא בטעות ואם לא היה טעות רק מטעם גביה א"כ גובה גם בע"ח המוקדם דהוי לוה ולוה וקנה דיחלוקו. אבל אי אמרינן דהוי טעות כנ"ל א"כ הוי של השני לגמרי דהוי

רק כמו פקדון שלו עדיין כנ"ל כיון שהמעות עדיין בעין. ועיין ש"ך וט"ז ריש סי' ע"ג שפסקו גם בהלוהו סתם ואינו רוצה ליתן לו שטר אח"כ יכול לכופו שיחזיר לו מעותיו דהוי אומדנא דמוכח משום לא שדי איניש זוזי בכדי. שלא הלוהו רק שיתן לו שטר. ואף להחולקים שם הוא משום דעביד איניש דמאמין לחבירו ע"ש משא"כ בהנ"ל שהוא אומדנא דמוכח שלא היה מלוהו כנ"ל והוי כאלו התנה כמבואר בח"מ סי' ר"ז. ובח"מ סי' קכ"ו וסי' י' וי"א בהמחהו אצל א' ונמצא שהוא עני הוי מקח טעות והוא מהסכמת כל הפוסקים ע"ש ובש"ך ס"ק מ"ד שם דמ"ש בש"ע ואם ידע שהוא עני כו' היינו דוקא בידוע שידע שהיה עני אבל מן הסתם אמרינן שבודאי לא ידע שהוא עני דחזקה לא שדי איניש זוזי בכדי והוי מקח טעות ע"ש ובש"ך ס"ק מ"ט בשם הג"ת דהוי כמו במקום עדים שנאמר דידע שהוא עני וקיבל עליו ואף שהש"ך ז"ל דחה היינו דהוי כטוען מחלת לי לענין שבועה ע"ש אבל בסתם אמרינן דהוא טעות ע"ש. רק לדעת הרמב"ן ז"ל שכתב דלא הוי טעות שהיה לו לשאול עליו ע"ש. א"כ גם בנידן דידן שייך דהיה לו לשאול עליו אולם ע"ש בש"ך שמסופק אי יכול לומר אפילו קים לי כרמב"ן ע"ש שרוב הפוסקים חולקים עליו. וא"כ בנידן דידן ג"כ הוי בטעות. ואף דלדעת הרבה פוסקים גם היכא דהוי מקח טעות הוי המעות הלואה אצל המוכר ולא פקדון ע"ש אף שהיה בטעות. אך ז"א דשם הטעות הוא רק לענין המכר אבל אין הטעות לענין להקנות לו בתורת הלואה המעות דאף שטעה בענין המכר מ"מ אין ראיה שלא היה נותן לו רשות להשתמש בהמעות ולכך לענין זה קיים שהמעות הלואה כיון שהיה ברשותו ע"ש. אבל בכה"ג שהוא עני והוי על זה עצמו הטעות על מה שהקנהו המעות בתורת הלואה וממילא לא הוי הלואה רק פקדון כמו בכל הקנינים שבטלים בטעות כנ"ל. ואף דיש לחלק לכאורה דשם בהמחהו ונמצא עני י"ל הטעם דהא ביותר מכדי חצי' קי"ל דיש אונאה לשטרות והוי ביטול מקח וא"כ כיון שהמחהו אצלו שהוא עני א"כ נתן לו חוב זה לגוביינא בעד פירעון חובו ואינה זו דכיון שהי' עני אין חובו שוה חצי' ובטל מטעם אונאה והוי ביטול מקח דשייך בשטרות כנ"ל. אבל טעות לא מיקרי. וא"כ בנידן דידן דלא שייך מטעם אונאה לא הוי מקח טעות. אך ז"א דכל הפוסקים נקטי שם מטעם מקח טעות ולא משום אונאה. ועוד דא"כ להפוסקים דגם ביותר מחציו אין אונאה לשטרות הי' קיים שם וז"א דהא הרי"ף והרמב"ם והמחבר סס"י ס"ו פסקו דאפילו שוה אלף בדינר אין אונאה לשטרות ואעפ"כ כתבו האי דינא בהמחה ונודע שהוא עני וע"כ דאינו מטעם אונאה רק משום מקח טעות כנ"ל. וא"כ גם בנידן דידן הוי בטעות כנ"ל והמעות פקדון. ואף שיש לחלק קצת דבשלמא התם שהי' לו חוב טוב ע"ז יש אומדנא ברורה דלמה יפטר את זה ויקח לו חוב אחר

על עני. משא"כ כאן במלווהו לזמן על רווחים אפשר דאף אם הי' יודע שהוא ב"ח הי' מלווהו דאפשר לזמן שקבע יהיה לו לשלם ואף דעתה אין לו מ"מ זה דבר שנולד אח"כ ואז לא הי' בטעות. או אפשר בטוח עליו שאף שלא ישלם לשאר ב"ח לו ישלם או דאפשר שבמעות זה עצמו שמלוהו ירויח עד שישלם לו. וכיון שאינו אומדנא ברורה שוב אף שבאמת לא הי' מלוהו הוי דברים שבלב כנ"ל. אך זה דוחק דודאי אנן סהדי שלא הי' מלוהו מטעמים הנ"ל:

ועוד די"ל דאף בדבר שנולד אח"כ שייך אומדנא הנ"ל דהא התוס' כתובות מ"ז ע"ב אמאי דאמר בש"ס שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה וכן ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דאמרינן אדעתא דהכי לא קדשה נפשה והקשו דאם כן בכל מום שנולד אח"כ במקח נימא יש אומדנא אדעתא דהכי לא קנה ותירצו דבמקח אין תלוי בדעת הקונה לבדו רק בדעת המוכר ג"כ והוא לא הי' מרוצה לזה התנאי ע"ש. וא"כ בהלוא' דתלוי רק בדעת המלוה לבדו י"ל דשייך אומדנא גם על דבר שנולד אח"כ דאלו אסיק אדעתא ודאי הי' מתנה ואף שהלוהו על רווחים וי"ל גם כן שהלוה לא הי' מרוצה כיון שהוא לטובת המלוה ג"כ מ"מ בדבר כזה שאין פסידא לו ודאי הי' מרוצה הוי כמו שם לענין קדושין גבי נפלה לפני מוכה שחין כמ"ש תוס' ע"ש. ושייך כאן אומדנא כנ"ל. ואין להקשות דא"כ גם שם בהיה עשיר בשעת המחאה והעני בח"מ סי' קכ"ו למה מהני נימא ג"כ אומדנא כנ"ל ז"א דאף אם היה יודע שיעני מ"מ הא היה יכול לגבות ממנו כשהיה עשיר ולא היה צריך להמתין ולא שייך הנ"ל:

ועיין בכה"ג ח"מ סי' ק"ד דין י"א לוה שאין לו לשלם כל הב"ח אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתי מחמתיה קיים אין לאחרים חלק בהם ומשמע דהטעם כנ"ל אף דמה שמביא הכה"ג שם מרמב"ם פ"ו משלוחין והרי"ף ז"ל פ' המקבל ע"ש אין ראיה כלל דשם בעסקא ודאי כיון דלא יהיב ליה להוציאם שלא בעסקא ואינם נעשים מטלטלין אצל בעלי' ודאי פסק הרמב"ם ז"ל שפיר דכשנתנם במתנה מוציאין מן המקבל. ואין מזה שום ראיה להיכא שלוה או מכר לו סתם כנ"ל. אמנם יש ראיה ממ"ש הרמב"ם ז"ל פ' כ"ו מה' מלוה ה' י"ב האשה שלותה בשטר או ערבה בשטר ונשאת חייבת לשלם אחר שנשאת ואם הי' מלוה ע"פ אינה משלמת עד שתגרש שרשות בעל כרשות לוקח ואם הי' אותן מעות ההלואה עצמן קיימין יחזירו אותן למלוה ע"ש והוא מדברי הגאונים ז"ל כמ"ש הרב המגיד שם והה"מ ז"ל ה"ט תמה עליהם בשלמא בפקדון וגזל דינם שפיר דכל היכא דאיתא ברשותא דמרי' הוא אבל בהלואה כיון שמלוה להוצאה כו' זכתה בהם תיכף כשלותה זכה בהם הבעל לאכילת פירות והניח בצ"ע:

ולמ"ש הטעם שפיר משום אומדנא הנ"ל דכיון שעתה לא יוכל לגבות כלום ממנה אם יהיה דין מלוה ואיכא אומדנא שאדעתא דהכי לא הלוה לה והוא רק פקדון למפרע כאלו התנה. ושפיר גובה ממנה כמו פקדון ולא זכה בו הבעל כלל דאי נימא שזוכה בו יהיה פקדון כנ"ל. ובאמת נראה מבואר דהרב המגיד לא הקשה על הגאונים ז"ל רק כשלוותה אחר שנשאת דמשמע ג"כ מדבריהם דכשהמעות בעין גובה כמ"ש הרב המגיד ה' י"ב להדיא ועל זה הקשה הרב המגיד שפיר כיון שידע שהיא נשואה א"כ אדעתי' דהכי הלוה לה ולא שייך אומדנא הנ"ל וממילא זכה בהם הבעל. אבל בדין הרמב"ם ז"ל בלוות' כשהיתה פנויה ונשאת אח"כ מודה גם הרב המגיד דאמרינן אומדנא הנ"ל וגובה הב"ח והא ראיה שלא הקשה הרב המגיד כלום על הרמב"ם בהלכה י"ב שכ' דין הנ"ל רק בהלכה ט' שהביא הרב המגיד דברי הגאונים הנ"ל הקשה עליהם ע"ש ומבואר כמ"ש: וכן בש"ע אה"ע סי' צ"א פ' כדברי הרמב"ם הנ"ל דכשהמעות בעין גובה אף דבעל לוקח הוי ומהתימה על הכה"ג שלא הביא דברי הרמב"ם וש"ע הנ"ל. ואח"כ ראיתי בגי"ת שער ל"ו ה"א שכ' להדיא בדברי הרמב"ם הנ"ל כמ"ש די"ל דמודה בלוותה אחר שנשאת כיון דהלוה על דעת כן משא"כ בלוותה קודם ונשאת ונגרע כח המלוה אמרינן דבלי ספק לאו אדעתא דהכי גמר והלוה להוצאה כו' דהוי כאלו הם עדיין ברשות המלוה ולא נכנסו מעולם לרשותו והוי כפקדון כו' שלא נתנם להוצאה אלא ע"ד שלא יגרע כוחו מכמו שהיה בשעת הלואה ע"ש ומבואר להדיא כנ"ל מטעם אומדנא. וממילא בהלוה ואח"כ העני שאין רק המעות בעין אין לשום בע"ח כלום דהא מה שנשאת הוי ממש כהעני שעתה אין לה אף שיכול להיות שתתגרש או תתאלמן ויהיה לה ושייך ג"כ אומדנא הנ"ל. ונראה דאף הגבה מדעתו המעות לבע"ח אחר או נתנם במתנה מוציאין ממנו דהוי למפרע פקדון ונתן דבר שאינו שלו דהא גם התם בעל לוקח הוא על מעות זה ואעפ"כ גובה ומאי חילוק בין בעל ללוקח אחר ומוציאין ממנו כנ"ל. ועוד נראה דאף אם הבע"ח או המקבל הוציאו אח"כ המעות בעין שנתן להם לוה זה ג"כ חייבים לשלם למלוה הא' דמאי בכך שהוציאו פקדונו של חבירו חייבים לשלם משלהם כנ"ל כיון שאינו מלוה למפרע:

סימן ג

לכבוד אהו' דודי הרבני המופלא ומופלג חריף ובקי חכם ושלם מוה' חיים נ"י:

על דבר השאלה. הרב שהפציר בבני הקהלה וחתמו א"ע לעשותו חפשי מנתינת בשר כשר. ואח"כ שכר א' מהחתומים הפאכט ואינו רוצה לזכות לו רק חלקו כשאר נתינת הקהל:

הגם כי לא חפצתי לחוות דעתי בזה להלכה וליכנס במחלוקת. עכ"ז לעשות רצונו אכתוב דרך משא ומתן לפום רהיטא כי לא עיינתי כל הצורך מרוב הטירדה:

מ"ש רו"מ שהדיינים דימוהו לב' שערבו ורו"מ אמר שהוא רק כב' שלוו. הדבר פשוט שהוא רק כב' שלוו כיון שחתום עמהם ונתחייבו יחד לא נעשה רק לוה על חלקו ועל השאר רק ערב שלא יפרע ממנו תחלה וכמבואר ח"מ סי' ע"ז ולא שייך כלל טעם הפוסקים בב' שערבו ע"ש:

והיה מקום אתי לומר דהא זה הוי דבר שאינו קצוב כמה שיעלה הפאכט וא"כ להרמב"ם ז"ל לא נתחייבו כלל. ואף שהשנים קצובים בכתב הרבנות מ"מ הוי דבר שאינו קצוב כמו לזון ה' שנים כמבואר ברמב"ן ורשב"א ז"ל לדעת הרמב"ם ובב"י סי' ס' ע"ש בש"ע. וא"כ לדעת רו"מ שכ' דהפאכטיר נקרא מוחזק א"כ להפוסקים דיכולין לומר קים לי כהרמב"ם ע"ש א"כ אף חלקו א"צ ליתן להרב ואף לדעת שהביא המשנה למלך דדוקא במתחייב במתנה פ' הרמב"ם כן. מ"מ כאן שכבר היה הרב אצלם הוי רק מתנה ויכול לומר קים לי'. אמנם לדעת הדיינים שהרב נקרא מוחזק בהמעות נגד הפאכטיר י"ל להיפוך שאף אם כמ"ש דהוי רק כב' שלוו מ"מ יכול הרב לתפסו בעד כל בני הקהל והוא דהא קי"ל בערב שמודה והלוה כופר דגובה מהערב דהוי כלית ליה נכסי כיון שא"י לגבות ממנו וא"כ בזה ניהו דעל חלק הקהל הוא ערב מ"מ הא מהקהל לא יוכל לגבות שיכולין לומר קים לן כהרמב"ם ז"ל דדבר שאינו קצוב לא מהני. וא"כ כיון שהרב מוחזק יכול לומר קים לי באמת כהש"ע דחייבין בדבר שאינו קצוב וכיון שלא יוכל לגבות מהן דיאמרו להיפוך שנגדם לא יהי' מוחזק וא"כ ממילא יכול לגבות מהפאכטיר גם חלק הערבות כמו בלית להו נכסי כנ"ל. וא"כ כמו בש"ע סי' מ"ט ביוסף בן שמעון שערב בעד יוסף בן שמעון שאינו גובה ממנו ממ"נ משום שלא יוכל לגבות מן הלוה אינו גובה מערב ג"כ ע"ש וגם כאן לימא כנ"ל כיון שאינו יכול לגבות מהקהל גם ממנו אינו גובה. ז"א כמבואר באחרונים שם החילוק בין הא דהלו' כופר והערב מודה ע"ש דלא שייך בזה. גם לענ"ד נראה החילוק שם דביוסף בן שמעון שערב בעד יוסף בן שמעון איך נימא שגובה ממנו ממ"נ הא כיון דהיכא דיכולין לגבות מהלוה אינו גובה מן הערב. רק דנימא דהוי כהלוה כופר כו'. וא"כ אם נימא שיגבה משום ממ"נ א"כ שוב יכול לומר באמת אני הערב ואעפ"כ לא תוכל לגבות ממני דהא יוכל לגבות מיוסף בן שמעון הב' הלוה ג"כ בתורת ממ"נ וכיון שיכול לגבות מהלוה אינו גובה מהערב. ואיך נפסוק הדין דגובה משום ממ"נ הא א"כ גם מהב' יכול לגבות ממ"נ ושוב אינו גובה משום אחד דאם הוא הערב אינו גובה ממנו דיכול לתבוע הלוה כנ"ל וגם לטעם זה לא שייך כאן כמובן. אך

באמת הש"ך ז"ל פ' דאינו יכול לומר קים לי כהרמב"ם בדבר שאינו קצוב ולא שייך הנ"ל. ולקמן סי' קל"א פ' הסמ"ע דבערב בדבר שאינו קצוב מודים הפוסקים דלא מיחייב. וא"כ אף אם הי' כאן כב' שערבו לא הי' מחויב לדעת הסמ"ע ז"ל. וגם אם הוא כב' שלוו אינו חייב על המותר מחלקו מצד הערבות לסמ"ע הנ"ל ולא שייך ג"כ מ"ש דהא מהלוין בעצמם יכול לגבות חלקם דבלוה אינו יכול לומר קים לי' כהרמב"ם רק בערב כנ"ל. אך הש"ך ז"ל חולק גם בערב ופ' כמו בש"ע ע"ש. וא"כ גם מטעם ערב חייב. אמנם אף דזה פשוט דהוי כאן כב' שלוו וכמבואר ח"מ סי' ס' ב' שנתחייבו לזון לא' דינם כב' שלוו ובב"י שם בשם הריטב"א דהוי כב' שלוו ע"ש ולא כב' שערבו כו' מ"מ מ"ש רו"מ דבב' שלוו כ"ע מודים דאינו רק ערב על השאר. ולענ"ד פשוט דיכול המוחזק לומר בזה ג"כ קים לי כהרא"ש פ' שבועות הפקדון וטור סי' ע"ז ובעה"ת וטור לדעת הרמב"ם ז"ל דגם בב' שלוו יכול לגבות ממי שירצה אף דאית לי' נכסי להב' דהוי כל א' לוה על הכל ע"ש ועיין תשובת רמ"א סי' כ"ז שכ' דאין להוציא מיד המוחזק כיון שהרבה חולקים על הרא"ש ע"ש שמבואר להדיא כמ"ש דלהיפוך ודאי אין להוציא כנ"ל. ואף שלא הובא בש"ע. ומ"ש הב"י דטור ורא"ש כחד חשיבי אינו מוכרח דכמה פעמים שהטור חולק על הרא"ש ז"ל. גם אזיל לטעמי' שנוסחא מוטעת הי' לטור ברמב"ם ז"ל ועיין בדו"פ ובגי"ת שער מ"ד דלא כותי' בזה:

והיה נראה לענ"ד ראיה לדברי הרא"ש ז"ל מהא דאמר בש"ס ב"ק ק"ח בעי רבינא חומש וכפילא בתרי גברא מהו כגון מסר שורו לב' בני אדם וטענו בו טענת גנב חד נשבע והודה וחד נשבע ובאו עדים מי אמרינן בחד הוא דקפיד רחמנא דלא לישלם חומשא וכפילא אבל הא האי משלם חומש והאי כפל א"ד על חד ממונא קפיד כו' ע"ש. והנה אם נימא דאינם רק ערבין זה בזה א"כ לא הוי כל א' נפקד רק על חצי דב' שקבלו פקדון הוו כב' שלוו כמבואר בש"ע. וא"כ איך אמרינן על חד ממונא קפיד כו' הא אינו משלם כפל רק על מחצה. דזה הוי כתובע לכל א' מחצה שהפקיד אצלו ועל מחצה מטעם ערבות. והנה בשלמא לענין חומש דחייב גם בתשומת יד שפיר צריך השותף שהודה לשלם על הכל דהא כיון דאמר נגנב כפר בחיוב ערבות ג"כ וזה הוי כפירת ממון דלא גרע מחמץ דמבואר דחייב ובש"ח אני עלי' ק"ה ע"ב ומכש"כ בזה שהב' כופר ומחויב הערב. ושפיר כשהודה חייב חומש על כל. אבל הב' שבאו עדים לענין חיוב כפל הא אינו חייב רק על טוען טענת גנב בפקדון ועל חיוב הערבות אינו חייב על כפירתו כפל כמו במלוה. וא"כ אינו משלם כפל רק על המחצה שהוא נפקד וא"כ ניהו דעל חד ממונא קפיד רחמנא שאינו משלם שתיהן מ"מ היך יפטור הכפל ממקצת זה את חבירו מהחומש על מקצת

הב' כיון שהוא ב' תביעות. ומוכח דהם קבלנים וכל א' הוי נפקד על כולו כהרא"ש ז"ל. ונראה בזה דלטעמייהו אזלי דהרמב"ם ז"ל פ"ד מה' גניבה מפרש להאי בעיא לענין הכפל והא' ודאי חייב חומש רק הספק על הב' אי פטור מכפל והטור דחה דבריו סי' שנ"ב ומפרש להיפוך דכפל ודאי חייב רק אי פטור מחומש ע"ש מה שתמהו על הרמב"ם ולמ"ש א"ש דהרמב"ם לטעמי' לדעת שאר הפוסקים בדעתו שאינם רק ערבים ב' שלוו וא"כ לא מצינן לפרש בעיא דש"ס לפטור מחומש כמ"ש דהא אינו משלם כפל רק על המחצה כנ"ל. ולכך מפרש להיפוך כיון דחומש משלם על הכל מטעם ערבות ג"כ שוב מיבעיא ליה אם נפטר זה מכפל כנ"ל. אבל הטור לטעמיה דכל א' נפקד על הכל שפיר מצי לפרש שיפטור הכפל את החומש כיון דזה משלם כפל ג"כ בעד כולו. אולם הב"י הוכיח שם כפי' הטור ע"ש א"כ מוכרח כהרא"ש ז"ל דהוי נפקד על כולו כמ"ש. אך י"ל דלא מיבעיא ליה באמת רק על המחצה שמשלם זה כפל אי משלם הא' חומש על זה המחצה ג"כ או אינו משלם חומש רק ממחצה. ודוחק. ומזה תימה ג"כ על הרמ"א ז"ל שפוסק דב' שקבלו פקדון אינם כלל ערבין ע"ש ובש"ך סי' ע"ז. דא"כ לא שייך כלל בעיא דש"ס הנ"ל. וי"ל דסובר דאיירי בהתנ' בפירוש שיכול לגבות מכל א' הכל וכמו שפי' הירושלמי ע"ש או דלא כ' הרמ"א רק לענין שאינו קבלן ע"ש. ומה שדחה הרמב"ן ז"ל והביא ראיה מהא דשותפין ששאלו ונשאל לא' מהן אי כולא שואל בעינן כו' אי מיהו לפלגא דידיה מיפטר כו' ואי נימא דכל א' חייב הכל הא הוי כולא שואל. ואי נימא כיון דאיכא שואל אחר לאו שואל הוא בפלגא דשיילי' נמי לאו כולא שואל ומ"ש ואף שאין כל הנאה שלו אלא מחצה שוין הם כו' ע"ש בבעה"ת שער מ"ד ובנ"י פ' השואל. ולכאורה זה תימה לדעת הרא"ש. והוא ז"ל לא ראה דברי הרמב"ם. אך נראה לענ"ד לישב. דהא הטעם להרא"ש ז"ל הוא משום דכל א' נעשה לוה על כולו היינו שמחצית לוה עבור עצמו ומחצה הלוה להב' וכן אצל הב' כנ"ל ואף שהמלוה יודע שיקחו שניהם המעות ולא יוכל א' ליקח כולו מ"מ הוי כאלו הלוה מחצה הב' כדי להלוותו לשיתוף הב'. וכן בשאלה אף שאינו יכול להשתמש רק במחצה כמ"ש הרמב"ן ז"ל מ"מ הוי כאלו שאל מחצה עבור עצמו ומחצה כדי להשאילו להשני כנ"ל. והנה מבואר שם פ' השואל שאלה לעשות בה פחות מפרוטה לא הוי שואל ע"ש. וכן ודאי אם שואל ב' דברים א' לעשות בה פרוטה וא' על פחות מפרוטה תלוי ג"כ בבעיא דהתם שאל ב' פרות לעשות פרוטה ע"ש וממילא על דבר שהוא פחות מפרוטה אינו שואל כנ"ל. וא"כ בעי שפיר אח"כ בשותפין ששאלו דכיון ששואל מחצה לתשמישו ומחצה הב' כדי להשאילו להשותף השני א"כ על מחצה הב' הוי שאלו לעשות בה פחות מפרוטה דהא אינו יכול ליקח מחצה הב'

לצורך עצמו כלל רק זה הוא השאלה מיד כדי להשאילו להב' וא"כ לנגד דידיה הוי רק על פחות מפרוטה וכמו לראות בה כנ"ל וכן הב' וממילא לא נעשה שואל רק על מחצה שלו ועל השאר אינו אלא ערב ובעי שפיר דכולה שואל וזה אינו אלא חצי שואל כמו שפירש הנ"י ע"ש. דעל מחצה הב' אינו שואל כנ"ל. א"ד אפלגא דידיה מיהו פטור כנ"ל. אבל בהלואה וכה"ג לענין חיוב תשלומין מגוף החפץ שפיר חייב כל א' הכל כיון שלוה כדי להלוות להב' כנ"ל. ולא קשה. ויש לדחות קצת:

עוד י"ל דהא הטעם כיון שהלוה לשניהם הוי כאילו פירש המלוה ממי שארצה אפרע. וכן בפקדון לענין אחריות הוי כאלו פירש שיתחייב כל א' בכל האחריות והיינו מפני שהוא לטובתו אבל בשותפין ששאלו ונשאל לא' דכבר היה נשאל לו דצריך להיות עמו בשעת שאלה וא"כ איך נימא דהי' דעתו שיהיה שואל על כולו ויתחייב באחריות הא אדרבא אם יהיה שואל על כולו יפטור לגמרי מטעם שמירה בבעלים ולא יהיה קבלת אחריות כלל. ולכך לא הוי שואל רק על מחצה שלו כנ"ל. ובל"ז י"ל לרא"ש ז"ל ניהו דהוי כחייב עצמו בפירוש עבור חלק הב' מ"מ שואל לא מיקרי רק על מחצה. ואדרבה לדעת הרמב"ן ז"ל שאינם רק ערבים לבד לכאורה קשה לדעת הרמב"ם ז"ל ושאר פוסקים סי' קל"א דבערב על תנאי אם יהיה כך כו' לא משתעבד אפילו בקנין ע"ש. וא"כ לענין הקבלת אחריות שאם יאנס יתחייב והוא ערב על מחצה הב' אם יאנס א"כ לא משתעבד כלל מטעם ערב כיון שאינו בודאי ויש לדחות. גם כיון דהטעם משום אסמכתא ע"ש א"כ בשותפין אמרינן איידי דבעי למיקני גמר ומקנה כמו משחק בקובי' סנהדרין בש"ס שם ע"ש. ולכך שפיר משתעבד מטעם ערב כנ"ל:

ועכ"פ נראה דיכול המוחזק לומר קים לי כנ"ל וגם הרא"ש בתשובה בשם רבותיו כתב כן גם הבעה"ת הביא בשם איכא מ"ד כנ"ל. אמנם יש לדון בב' שהתחייבו א"ע בדבר שאינו חייב בשטר לא' מנה אם יוכל לגבות מכל אחד הכל. וכמ"ש רמ"א ז"ל בתשובה דהטעם בהלואה כיון שתלוי בדעת המלוה לא היה רוצה להלוות רק שיהי' שניהם ערבים ע"ש. וא"כ מחייב במה שאינו חייב י"ל דלא שייך זה ולא נתחייב כל א' רק חצי. ומש"ע סי' ס' בהתחייבו לזון אין ראיה די"ל שהתחייבו בשביל איזה דבר. אך באמת כיון דקי"ל גם בב' שקבלו פקדון דהם ערבים אף דלא שייך טעם הנ"ל. אמנם י"ל למ"ש הרמב"ן ורא"ש פ' שה"פ דהיכא דמפורש בשטר כמה לוה כל אחד אינם ערבין ע"ש וע"כ דדוקא בלוו בסתם ביחד אינו מבורר כמה לוה כל א' וכדאמר בש"ס בהפקידו בכרך א' שאינו ידוע כמה של כל א' וכן בהנ"ל ב' שלוו דיכול להיות שא' לוה יותר מחבירו ואינו מבורר לכך ערבים משא"כ במפורש כמה לוה כל א'. וא"כ במחייבים א"ע במה שאין חייבים רק

בשטר זה הם מתחייבים וא"כ כיון שמצד השטר אין כל אחד מתחייב רק מחצה א"כ שוב אינו ערב על השאר ג"כ דהא מבורר כמה נתחייב על אחד דבשלמא בהלואה אף דמצד השטר אין יכולין לחייב כל א' רק מחצה מחיוב לוה מ"מ אם באמת לוה יותר חייב יותר זה מזה ואינו מבורר והם ערבים. משא"כ בחיוב דאי אפשר שיהי' חיוב יותר ממה שמשמע מתוך השטר דבזה נתחייב וא"כ כיון שאינו לוה רק על מחצה ממילא מבואר כמה על כל א' ושוב אינו ערב כלל על השאר. וכמו במפורש כמה לוה כנ"ל:

והיה נראה ראיה לזה שאין חזן או רב יכול לתפוס מא' מבני העיר כל השכירות מטעם ערבות מדברי תשב"ץ קל"ח באחד שהדיר הנאה להמקבל פרס מהקהל שכ' שאינו מחויב ליתן ע"ש והא מחוייבים ליתן לו מצד ערבות וממילא יכולין להפרע אח"כ ממנו. ואף שהוא נדר ג"כ מ"מ הוא פוטרו מצד נדר שמעון לחוד ע"ש והא אינו יכול לגבות ממנו וגובה מהערב. אך יש לדחות ע"ש. ומסי' קכ"ח אין ראיה ע"ש:

וא"כ בנידן דידן שהתחייבו עצמם במה שאין חייבים שכבר היה אצלם י"ל דאינם ערבים כנ"ל. ואף לטעם הרשב"א ז"ל דלמה הלוו בשטר א' ודאי דנעשו ערבים. מ"מ שייך רק לענין ערבות אבל לענין להיות קבלן להפרע ממי שירצה י"ל דגם הרא"ש ז"ל מודה במתחייבים כנ"ל כיון שמבורר אינו קבלן דע"ז אין ראיה ממה שנכתבים בשטר אחד. גם אפשר דלא שייך כלל בכתב רבנות טעם הרשב"א ז"ל דלמה נתחייבו בשטר אחד כו' כיון שהוא דבר של רבים. גם היכא שלא הי' קנין רק מחמת שהוא דבר של רבים דנתקיים בלא קנין כמבואר בש"ע והטעם דהוי מתנה מועטת. וא"כ י"ל דלענין הערבות שיהי' א' ערב בעד כולם זה שוב אינו דבר של רבים וקנין בעי. ולענין מי נקרא מוחזק כאן. הנה זה פשוט שכיון שהפאכטיר יש לו כח למחות בקצב שלא ימכור עד שישלם לו כל הנתינה ממילא גם בזה ודאי יכול למחות ומה מהני מה שהרב מוחזק הלא אין לו דין כלל עם הרב. אולם כשאינו מוחה והרב כבר קנה הבשר ושילם להקצב רק שהפאכטיר לא יניחנו ליקח הבשר עד שישלם הנתינה בזה נראה דהרב מיקרי מוחזק כיון שהבשר שלו ואינו עליו רק חייב נתינת מעות. ומ"ש רו"מ מבהמת ארנונא דפטור מבכורה אפי' מצי לסלק ליה בזוזא דהוי יד נכרי באמצע כו' לא ראה רו"מ דברי תוס' ב"מ ע' ע"ב ד"ה אין מקבלין צאן ברזל כו' שכ' כיון דיצא מרשות בעלים לגמרי אמאי פטורין ומשני רבא דאף דיצא לגמרי מרשותו מ"מ לענין בכורה בכל דהו יד עכו"ם באמצע פטור דבעי מכל מקנך שיהיה מכל וכל כו' ע"ש. ועוד דשם בבהמת ארנונא אי לא יהיב זוזא שקיל הבהמה וכדאמר בש"ס ב"מ גבי צאן ברזל משא"כ בזה דאף שאינו נוטל המעות לא שקיל הבשר רק שאינו מניח ליקח עד שיתן הנתינה וכיון שקנה הקונה מבעל הבשר הוא שלו.

ומה שהביא רו"מ מסי' שס"ט שגבאי השדות שמכרו בעד המס למלך ממכרן ממכר כו' אינו ענין לזה דהא חוב המס המגיע למלך הוא כשאר חוב ויכול לגבות השדה בתורת גובייגא ולכך ממכרו ממכר. אבל כל זמן שלא גבה ויש ספק אם חייב או לא ודאי דבעל השדה הוי מוחזק ואין יכולין להוציא ממנו כמו כל בע"ח דיד בעה"ש על התחתונה:

אמנם נראה מטעם אחר דהוי מוחזק. ולמה דמבואר ח"מ סי' ע"ב ס' כ' ובכמה דוכתי במלוה על המשכון שהמלוה נקרא מוחזק במשכון לענין זה שלא יוכל להוציא ממנו המשכון עד שישלם לו ובס' א"י להוציא ע"ש. וא"כ גם כאן יש להפאכטיר זה הזכות מהמלך שמונח הבשר בתורת משכון עד שישלם הנתינה והוי מוחזק לענין זה ואף שמונח אצל הקצב ולא ברשות הפאכטיר מ"מ לענין זה דינא דמלכותא דינא שא"י להוציא ממקום ההוא בלי נתינה וכל היכא דאיתא ברשותי' קאי לענין זה. ויש לעיין עוד בזה:

ומה שהאריך רו"מ בענין לפטרו משום שת"ח פטור ממס ורו"מ כ' כיון דבא מכח נכרים דינם כנכרים אינו מוכרח דהא כתב הב"י קס"ג לדעת רמב"ם ושאר פוסקים דאף מס שגובה המלך מכל א' וא' חייבין הקהל לשלם עבור הת"ח ואף שהרמב"ן ור"ח חולקין יכול לומר קים לי אם הוא מוחזק וא"כ לא שייך זה שבא מכח נכרים דהא הוא עצמו צריך לשלם עבורו להמלך. ויכול לתפסו בעד כולם. והדר למ"ש לעיל. אך כאן לא שייך כלל לפטור הת"ח כמ"ש רו"מ כיון שאינו דבר הכרחי ואם לא יקנה בשר לא ישלם. ודאי דאין ת"ח פטור מזה. ובל"ז לא שייך כלל בזה. דהפאכטיר דינו על הקצב שאינו ת"ח שצריך לשלם לו בעד כל הבהמה. וכשהקצב מוכר אח"כ להת"ח מוכר לו ביוקר וכאלו דמי הבהמה הם יותר כנ"ל. וכל זה אם היה כתוב שמחייבים א"ע לשלם עבורו הנתינה. אבל כנראה מלשון רו"מ כ' רק לעשות חפשי מהפאכט אפשר דהכוונה הוא שכל מי מהם שיהיה בידו לעשותו חפשי היינו שישכור הפאכט יעשנו חפשי ולא יקח ממנו. ואין החיוב רק על השוכר הפאכט. גם אפשר דאם הרב עני יש חיוב מטעם נדר כמו בצדקה כמבואר בש"ע סי' קכ"ה באמירה לעני ע"ש. וקצרתי מרוב הטרדה ולא הי' לי פנאי אף לעיין שנית בדברי ומוכ"ז נחפז מאוד דברי בן אחיו יצחק מאיר:

סימן ד

[השאלה לא מצאתי]

הנה לשון הגמרא ב"ב כ"ב הנהו דקולאי דאייתי כו' א"ל מעלמא אתו ולעלמא ליזבני וה"מ ביומא דשוקא אבל בלא יומא דשוקא לא וביומא דשוקא נמי לא אמרינן אלא לזבוני בשוקא אבל לאהדורי לא כו'. וי"ל בזה ג' פירושים א' ע"פ מ"ש תוס' ד"ה מעלמא

כו' מכאן משמע דביומא דשוקא היה מותר להלוות לב"א הבאים ממקומות שם לשוק לנכרים דאתו מעלמא אבל לבני המקום לא ודוקא בשוקא אבל לאהדורי לא עכ"ל. נראה דמפרשים הגמ' דלעלמא לזבני דוקא וביומא דשוקא ובשוקא. וכשחזר אחד מג' התנאים מצי מעכבי והטעם כיון דעבדו רבנן תקנתא לבני מתא דלא לפסק חיותי' כמ"ש הר"ן מג"ש. לא חילקו והתירו רק כשנראה שמוכרים לעלמא בשוק וביומא דשוקא. משא"כ בלא שוק אף לעלמא כיון שאינו ניכר לא פלוג. ועוד דכיון דהיזיקא דרבים חמור מדיחיד ע"ש כ"ד ע"ב וגם קדירא דבי שותפי כו' ולכך קוצץ כו' כן בהנ"ל אין צריך לשלוח שומר אם מוכר לעלמא או לבני עיר ולכך יכולין לעכב לגמרי שלא יבאו בלי שוק או לאהדורי. וכן מפורש בהר"ן מג"ש דגם לעלמא א"י למכור בלי יומא דשוקא. פי' ב' י"ל דבסתם קאי דביומא דשוק ובשוק שרוב מעלמא רשאי למכור סתם אף שא"י אם הקונים מבני העיר או מעלמא דהולכין אחר הרוב משא"כ בלי שוק דהוי קבועים בני העיר אסור סתם למכור שמא מבני העיר וכדמחלק בש"ס כתובות ט"ו בין אזיל איהו לגבה כו' ולכך אסור לאהדורי. וכן משמעות לשון רש"י ז"ל ד"ה יומא דשוקא והרבה באין ממקום אחר לקנות מהשוק לפיכך אין בני העיר כו' להביא כו' ולמכור לנקבצים לשוק ע"ש משמע בסתם. וא"כ אפשר דעל הידועים מעיר אחרת מותר גם בלי שוק ולאהדורי ג"כ. פי' ג' שכ' הנ"י דהרוב מבטל המיעוט לגמרי ובשוק ויום השוק שהרוב מעלמא מותר אף לידועים מבני העיר דחשוב כמכירה לעלמא. אבל בלא יומא דשוקא שהרוב בני העיר או דחשב קבוע או לאהדורי שאינו נקרא ע"ש השוק לא חילקו ומעכבין אף למכור לעלמא דלשון הנ"י משום דבשוק כו' והוו כאלו לא מכרו לבני העיר הזאת כלל. וכן פי' הב"י סי' קנ"ו דבריו. וכן מוכח מהרמב"ם ז"ל שלא הזכיר דלעלמא ליזבני כמפורש בגמ'. וע"כ דמפרש דזה רק טעם דמה"ט מותר בשוק וביומא דשוקא משום דמעלמא כו' ולעלמא ליזבני נקרא שמוכר לעלמא ומה"ט מותר גם לבני העיר בשוק משא"כ בלי יום השוק או לאהדורי כמ"ש ב"י אף לחזור על פתח בני עיירות אחרות וזה לכל הפי'. כמ"ש הב"י רק החילוק דלתוס' גם ביום השוק ובשוק אסור למכור לבני העיר רק לעלמא. ולהרמב"ם מותר דלא הזכיר דלזבוני לעלמא כו' וע"ז כ' ודוחק לחלק בין הלוואה למכר שיסברו במכר כהרמב"ם דמותר לבני העיר בשוק אבל לענין לאהדורי פשוט לב"י וכל הפוסקים דמעכבין. דברמב"ם כיון שלא הזכיר החילוק לזבני לעלמא וע"כ ההיתר בכל בשוק ויום השוק. ממילא שהזכיר אבל לחזור על הפתחים לא ג"כ בין לעלמא בין לבני העיר. ובתוס' מפורש ג"כ דאסור לאהדורי אף בשוק ואף לעלמא רק הפרישה שכ' וז"ל הג"מ כו' ומשמע דלבני העיר אסור למכור אף בשוק כו' אבל מהרמב"ם ז"ל משמע שמותר

וכן משמע לי מלשון רבינו שכ' וביום השוק א"י לעכב עליהן כלל כו' וגם ממ"ש הג"מ והפוסקים אבל לאהדורי לסבב בעיר לא משמע דבשוק אפילו לבני העיר מותר דאי דוקא לעלמא מ"ט אסור לאהדורי ולמכור לעלמא גם טעם נכון לחלק בין מכירה להלוואה כו' במכירה א"צ לדרוש כו' וגם התוס' לא פירשו דבריהן במכר כי אם בהלוואה כו' ע"ש. ובדרישה הביא כל דברי הב"י וסיים ובפרישה כ' הנלע"ד דרבינו ס"ל דיש חילוק בין מכר להלואה ע"ש. ולענ"ד למה הזכיר הפרישה רק שחולק על הב"י בלמכור בשוק לבני העיר ולא כ' גם על לאהדורי על פ' בני עיירות אחרות שמפורש בב"י לאיסור. ועוד שכ' לראיה דאי דוקא לעלמא מ"ט אסור לאהדורי כו'. והא לב"י פשוט דאסור ומוכח מהרמב"ם כן ואיך מביא זה לראיה בלי שום טעם לסתור דבריהם. אולם לענ"ד פשוט וברור כוונת הדרישה ופרישה דגם הוא מודה דלאהדורי אסור ככל הפוסקים הנ"ל. והיינו דלא פלוג חכמים או שלא יצטרכו להושיב שומרים שלא ימכרו לבני העיר. ולכך קבעו חכמים דוקא בשוק כנ"ל. רק הוכיח שפיר דזה שייך אי אמרינן דבשוק לגמרי מותר שייך הטעם כנ"ל. אבל אי גם בשוק דוקא לעלמא א"כ ע"כ דלא אמרינן שלא חילקו חכמים. וגם בזה יצטרכו לשמור שלא למכור בני העיר ואעפ"כ מותר למכור לעלמא א"כ מ"ט יהיה אסור לאהדורי ולמכור לעלמא מה חילוק. ומוכח מזה דבשוק מותר אף לבני העיר דלא חילקו. ולאהדורי שפיר אסור ג"כ מה"ט שלא חילקו כשאינו שוה וכ' רק לראיה כנ"ל. וזה ברור לענ"ד. ואח"כ כ' דגם תוס' מחלקים בין מכר כו' היינו דסוברים ג"כ דלא חילקו ובשוק רשאי למכור סתם דאין דרך לדרוש מי הקונה שייך לא חילקו. ומ"ש תוס' ודוקא להלוות לנכרים דמשמע שצריך לידע אף בשוק שאינם בני העיר זה דוקא בהלוואה שבל"ז הדרך לדרוש מי הלוה בזה שייך לחלק שצריך שידע דוקא כנ"ל. אבל בענין לאהדורי לא נחלק כלל דמעכבין לכל הפוסקים. והגם דאם נפרש הגמרא בסתם אין לנו הוכחה על בידוע שאין בני העיר לעכב בלאהדורי. מ"מ מאחר שבתוס' מפורש והנ"י והרמב"ם דלא אסר אף בידוע בשוק בני העיר ע"כ דלא פלוג. ממילא לא מצאנו מי שחילוק על הב"י בלאהדורי על פ' עיירות אחרות דא"צ להושיב שומרים כנ"ל. וכן מבואר בש"ע שכ' סתם ביום השוק מותר והוא שימכרו בשוק אבל לא יחזרו כו' וציין הסמ"ע על שימכרו בשוק שכ' בפירוש דברי הטור דמותר למכור בשוק אף לבני העיר דלא חלקו בזה כו' היינו שגם תוס' וטור מודים לסתימת הש"ע שלא חילקו ומותר אף לבני העיר. ומ"ש סמ"ע ובלבד שלא יהדרו ע"פ ביתם. לאו לדיוקא אתי להתיר פ' בני עיירות אחרות רק דלכאורה כיון שמותר ביום השוק אף לבני עיר בוודאי מ"ט יהיה אסור לאהדורי. ע"כ כתב דמ"מ בלבד שלא יהדר דזה לאו בכלל יום

השוק וככל השנה ואסור אבל אם הי' כונתו להתיר לאהדורי היה לו לסמ"ע לציין על בלבד שלא יחזרו ולהתיר על פ' ב"ע אחרות לחלוק על הב"י. וע"כ פשוט כמ"ש. ומלבד זה נראה מדרישה שכ' שבפ' כ' דהטור סובר כן. וכן הלשון בסמ"ע ע"פ כתבתי בפי' דברי הטור ע"ש אבל לדינא לא יחלוק על ב"י והמפור' בר"ן מג"ש ומשמעות הרמב"ם וכל הפוסקים דבאמת מ"ש דדוקא בהלואה כ' תוס'. ובהג"מ פ"ו מה"ש הביא דברי תוס' ומפורש להלוות ולעשות סחורה ע"ש ובתוס' שמפורש לאהדורי אסור על בני עלמא ולענין לאהדורי לא שייכי ב' הטעמים של דרישה ופרישה וממילא מפורש דגם במכר כן. גם אי מ"ש הסמ"ע שלא יהדרו ע"פ ביתם הוא בדוקא מ"מ אין כוונתו רק שזה ודאי אסור גם להטור אבל ע"פ בני עלמא אין הכרח לדעתי. אבל להלכה ודאי אין חולק רק בענין מכירה בשוק לבני העיר דבל"ז דעת הרמב"ם וש"ע דמותר כ' להסכים גם דעת הטור. משא"כ לענין לאהדורי כנ"ל. ומעתה כדין פסקתם ולא ירך לבבו מה שמלגלג ידידינו גיסו הרב נ"י על הפסק ב"ד מבלי עיון הראוי:

גם מה דפשיטא לכו דשם בלאדזי חשיב כל יומא יום השוק לדידי מספקא לי טובא דהא ר"ה סבר דאף בעיר א' אסור פסקי' לחיותא. דגרע ממהפך בחררה בהפקר מאחר שזה אומנתו ומחייתו כמ"ש תוס' במצודה. ובה"ג פסק כר"ה ע"ש ובמהרי"ק. רק אנן קי"ל כר"ה בדר"י דבר מתא אב"מ לא מעכב ואב"מ אחריתי מעכב ובר מבוי מספקא ליה. וע"כ נראה הטעם דבני עיר א' שהם כשותפים וכל א' צריך למחי' וא"א שיהיה לכל א' אומנות מיוחד שאין לאחר והוי ככולם פרנסתם קבוע איזה אומנות שיהיה. או שכולם מרוצים דהן שותפין וכל א' צריך מחיה. אבל בר מתא אחריתי חשיב באקראי יורד למחי' בני העיר הקבוע ועיין בשיטה מקובצת. רק שוק דמעלמא אין זה מחי' הקבוע להם חשוב גם נגד בני העיר באקראי וכהיפך דבר הפקר לר"ת דשניהם באקראי כו' אבל עיר שעיקר מחיותם מה שבאים ממ"א לקנות מהם וזה פרנסתם וחשיבי ב"ע אחרת באים לקפח מחייתם הקבוע כיון שתמיד כן. ואין ראיה על כשתמיד כיום השוק שא"י לעכב כנ"ל:

ובענין המכירה בב"א הוא מחלוקת במציאות וא"י להבין. והנלע"ד כתבתי הק' יצחק מאיר

ב"ה יום ד' נח תרי"א לפ"ק ווארשא עוד בענין הנ"ל:

לכבוד אהו' ידיד נפשי הרב הגדול חריף ובקי נ"י פ"ה החסיד מ' העניך נ"י:

מכתבו הגיעני ביו"ט העבר ולא היה לי פנאי כלל עד עתה פניתי מעט לכבודו. והנה רו"מ נצב לריב עם הב"י מסברא. הא לא נעלם מכולם דלימכר לעלמא קיל מלבני

העיר ודמיונות אלו דג כו' מבואר במקומו. ועכ"ז פשוט הג"מ והפוסקים דדוקא ביומא דשוקא ובשוק מותר לעלמא. ולדעתי כל מעיין ישר ישפוט בצדק שהוא דבר שא"א שהסמ"ע ממפרשי דברי הב"י ז"ל יכחיד דעתו תחת לשונו בשביל שדבריו תמוהים אצלו ולא יביאם להקשות או לסתור רק לכתוב להיפוך ויביא לראיה כאלו פשוט שלא כב"י ומ"ש שנראה בעליל שאין דעת דו"פ נוחה בטעמא דלא פלוג א"י מה הא ע"ז דנין כמ"ש בראשונה שהוכחה שלו הוא אי לא נימא לא פלוג בשוק א"כ גם לאהדורי כו' וע"כ דגם תוס' סוברים לא פלוג וממילא מותר בשוק ובני העיר. ולאהדורי אסור וא"צ לכפול הדברים ואם הסמ"ע דעתו לפסוק לענין בשוק לבני העיר הוא מסתימת הרמב"ם והפוסקים דשוק מותר לא כן לענין לאהדורי שסתימת הפוסקים דאסור וגם אם שדו"פ נדחק שתוס' מחלקים בין הלוואה למכר הרי מפורש במרדכי דברי ריב"א ובהג"מ ה' שכנים הביא דברי תוס' להלוות ולעשות סחורה ע"ש. גם מה שדחה ענין ק' דבי שותפי דשם מן הדין קוצץ כו' א"י מה וכי לא ראה דברי המרדכי וכל הפוסקים שלמדו משם דין יחיד עם רבים שצריך לסלק קודם מה שע"פ דין המוציא מחבירו עליו הראיה לענ"ד פשוט דלאהדורי אסור לעלמא כהב"י אעפ"כ איני אומר קבלו דעתי ויכולין לשאול לרבנים אחרים. גם מענין יום השוק לא ראיתי מי שיאמר שכשכל השנה יום השוק וזה מחיות בני העיר שיהיה תמיד דין יום השוק. ובענין ב"א כ' גיסו הרב נ"י שמוכרי הטוכעל מוכרים טיכל א' או ב' וג'. וא"י מה נקרא לאחדים אם זה אינו נקרא ומוכר הארט חתיכה או כעין טיכעל על הטיץ אפשר שהוא כדברי רו"מ שאינו נקרא על יד ומ"מ אינו ברור דמלשון כדרך חנונים אינו דיוק דמסיפא בב"א משמע להיפוך. ומאחר שמקורו רק לשון הרא"ש ז"ל מסברא א"א לעמוד עליו די"ל דנקיט חנוני כדרך העולם וכלשון הגמרא חנות בצד חנות של חבירו אבל כשדרך סוחרי העיר שהם הארטאוויניקעס למכור על החתיכה ועל טיץ שנקראים במדה גסה סוטן כו' יכולין ג"כ לעכב על בני עיר אחרת ואין הכרח בזה לסתור פסק ב"ד לשווי' טועים. והנלע"ד כתבתי דברי או"נ דו"ש הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל

עכ"ז לענין ב"א י"ל מאחר שעל הארט אין בני העיר קונים רק מעלמא הוי שוב כיום השוק כיון דסתם ענין מכירה זו הוא מלבני עלמא:

סימן ה

להרב דק"ק גור מו' ליביש נ"י

הנה מטעם יתומים שסמכו אצל בעה"ב דדינו כאפוטרופוס גמור כמ"ש בש"ס וטור וש"ע סי' ר"ץ. וה"ט תועיל קניות קונה הבית מר"ד אחר שהי' ב' יתומים אוכלים ע"ש

והיה משתדל בשל היתומים יש לעיין הרבה אף שבש"ע סתם הדברים בדין אפוטרופוס דסמכו כאפוטרופוס שמינהו ב"ד או אביהם. מ"מ הא דעת הרמ"ה הובא בראש פ' הנזקין ובטור דאין רשות לאפוטרופוס דסמכו יותר כח מהקטנים. ודוקא בפעוטות ובמטלטלין ולא למכור קרקע. והנה הרא"ש ז"ל כ' ולא מסתבר לחלק מאחר שיש לו כח לתרום הוי כאפוטרופוס גמור להתעסק בכל תועלת היתומים כו' ע"ש. ונראה פי' ראייתו דלהרמ"ה הטעם רק משום כח היתומים כמו שיכולין למכור מטלטלין בפעוטות כן יכולין להשליט את זה על מטלטלין שלהן לעשות מה שירצה משא"כ קרקע ופחות מט'. א"כ גם תרומה שאין יכולין לתרום דה' שתרמו כו' ריש מס' תרומות א"כ גם אפטרופוס דסמכו לא יוכל לתרום. ומדחזינן דתורת כו' מוכח דחכמים תקנו מאחר שסמכו אצלו יהיה דינו כאפוטרופוס גמור אף במה שהן אין יכולין לעשות ולא משום כח שלהם. וממילא גם בפחות מבן ט' וגם קרקע מועיל מכירתו כנ"ל:

ונראה דרק מסברא חלק עליו הרא"ש ז"ל דאין הכרח מצד קושיא הנ"ל דהא ודאי גם לרמ"ה אין הטעם משום שליחות דנימא ביה דוקא מאי דמצי עבדי בעצמם מהני שליחות אפוטרופוס דסמכו משא"כ במידי דלא מצי למעבד בעצמם. דהא קטן לאו בר שליחות אף במאי דמצי עביד בעצמו וא"כ גם במטלטלין ופעוטות לא היה מהני. ואף דממשנה פרק התקבל קטנה שאמרה התקבל כו' אין ראיה כ"כ די"ל דוקא שם אף דמקבלת גיטה הוא משום דלא בעי דעתה משא"כ לעשיית שליח בעינן דעת ולית לה. וכן לשון הרמב"ם פ"ב מה' שלוחין וכדמשמע לשון הש"ס גיטין כ"ג דפריך חש"ו משום דלאו בני דיעה ופרש"י דאיש כתיב ומשמע דאינו נעשה שליח משום שאינו ב"ד וכן לעשות שליח משא"כ פעוטות דחשבינן דיעה שלו דיעה מדרבנן לענין למכור מטלטלין י"ל דגם לעשות שליח למכור מטלטלין הוי כגדול. אך מש"ס פ"ב דקדושין פריך ותסברא כו'. ופ"ק דב"מ דקטן לית ליה חצר אי איתרבי בתורת שליחות ואף דנעשה שליח ממילא אעפ"כ אימעוט בקטן אף שא"צ דעתו. וממילא גם פעוטות לא משוי שליח. ועדיין אינו מוכרח עיין רמב"ם פ' כ"ט מה' מכירה ובל"ז א"א לומר באפוטרופוס רק כמו שליחות דעלמא דהא מינוהו אביהם דמת ופקע שליחותיה כמבואר פ"ק דגיטין האומר תן גט כו'. ואף דקי"ל כר"מ דמצוה לקיים דברי המת. ומנוי אפטרופוס חשוב כהשליש לכך וכ"כ רש"י ז"ל כתובות סוף פרק מציאת האשה ורא"ה וריב"ש שם. מ"מ איך מהני מכירתו לאחרים כיון שאין לו זכות בנכסים וכן לתרום ולעשר. וכן להוציא עבדים לחירות הא לא עדיף מציוה בפירוש תן שחרור לעבדי זה ומת דבטל כו'. וצ"ל ע"כ או דמינוי אפטרופוס ומשליטו בנכסים הוא כמו קצת קנין כמו דמצינו קני ע"מ להקנות וכמתנה

ע"מ להחזיר וכן בהנ"ל מקנ' לו לענין הדברים שלטובת היתומים. אך אינו נראה כן ממשמעות הפוסקים וע"כ כמ"ש תוס' ורא"ש פ' השולח. דמה שאפטרופוס תורם ומעשר אף שאינו שלו הוא דהפקר ב"ד הפקר והפקיעו ממון היתומים להיות של האפטרופוס במה שצריך להיות שלו שיוכל לתרום וכה"ג ע"ש. והוא ג"כ כמו קני ע"מ להקנות ונראה דגם לדבריהם אין הטעם משום דמינוהו ב"ד הב"ד מפקירין ומקנים לו דא"כ עדיין קשה במינוהו אבי יתומים כמ"ש. וכן באפטרופוס דסמכו כנ"ל וע"כ הפי' הוא דהיה תקנת חכמים כוללת למי שהוא אפטרופוס הפקיעו חכמים והקנו לאפטרופוס נכסי היתומים מה שצריך להיות שלו לתועלת יתומים ומהני התקנות חכמים מה"ת משום הפקר ב"ד כו'. ולכך תורם ומשחרר כנ"ל ואף שנחלקו הפוסקים בקנין דרבנן אי מהני מה"ת היינו בסתם קנין שתקנו חכמים נחלקו אם הי' התקנה שיפקיע לגמרי ויועיל מה"ת או לא אבל ודאי דבמה שהפקירו בפירוש לגמרי שמועיל מה"ת דהא ילפינן מקרא בש"ס פ' השולח. וממילא אותה תקנה הוא בכל אפטרופוס בין מינוי ב"ד ובין אביהם ובין סמכו וזה גם לרמ"ה רק דסובר דלא תקנו חכמים ביתומים שסמכו שיהיה דינו כאפטרופוס רק באותן הדברים דחשבו חכמים דעתם לדעת בזה מהני סמיכת שלהם דהיינו שבאו אליו להשתדל בנכסיהם כמ"ש רש"י והר"ן וכמו שיכולין להקנות פעוטות ובמטלטלין והוי בני דיעה לענין זה מהני דעתם ג"כ מה שסומכים על זה ודינו כאפטרופוס לענין מטלטלין וממילא שייך עליו התקנת חכמים דתורם ומעשר דכיון שהפקיעו והקנו לו גוף התבואה לתועלת היתומים ממילא יכול לתרום דשלו כנ"ל. משא"כ פחות מט' וקרקע דאין דעתם חשיב דיעה אין בסמיכת שלהם ממש להיות חשיב מעשה בן דיעה וממילא אינו כאפטרופוס לענין זה:

וכן למ"ש רמב"ן ז"ל בחידושיו כאן דהא דתורמין משום דזכות הוא ומהני מה"ת דכל מה שיש רשות לאפטרופוס לעשות חשיב זכות ומהני מה"ת ע"ש גם כאן אין ראיה כלל ממה דתורם ומעשר. וגם בתוס' כתובות י"א בהא דגר קטן כו' כ' ג"כ דמאי דהוא זכות גמור מהני מה"ת זכיה לקטן. רק בתורם דלא חשיב זכות גמור דצריך אומד בין עין יפה לבינוני ושמא דעתם לפחות כו' ע"ש וא"כ בפעוטות דלענין הממון מהני קנינים לדעתם וסמיכתם שיהיה רשות להאפטרופוס. ממילא לענין התרומה מהני דהוי זכות. ועוד דלענין תרומה י"ל דהוי רק כמו חלוקה וכמו דמסיק פ"ב דקדושין ותסברא כו' אלא מנין ליתומים שבאו לחלוק כו' ופי' הר"ן להפוסקים דלית ליה זכיה לקטן מה"ת מאי משני ופי' דמשום דיש לכל א' חלק ורק לברר בזה מהני שפיר מה"ת ע"ש וא"כ כיון דחשבינן בטבל דלא מיקרי לכם משום חלקו של כהן כמבואר בש"ס סוכה וכן

בשאר מתנות שלא הורמו. וא"כ מה שתורם אינו רק לברר דמהני מה"ת. רק להניח לא חשיב זכות דיוכלו בעצמם כשיגדילו משא"כ להאכיל וכמ"ש בש"ס נדרים ל"ו ואף דרשב"א מחלק שם בין תורם משלו לענין זכות. מ"מ להרבה פוסקים אינו כן. וכן פ' בש"ע ה' חלה סי' שכ"ח דבידוע דזכות הוא שיתקלקל העיסה מפריש שלא מדעתו מת"ה ע"ש. וכן בלהאכיל כנ"ל. וא"כ אין קושיא על הרמ"ה דאף שאין יכול לתרום בעצמם מ"מ יכול בעה"ב שסמכו אצלו לתרום כיון דחשיב זכות כנ"ל. וזה נראה דעת רש"י ז"ל ג"כ לעיל פרק השולח דפי' וכ' ליה שטרא בשמיה בשם הקטן ובפעוטות ע"ש ותמהו בתוס'. ולהנ"ל א"ש כיון דלענין הממון מהני דעת הקטן בפעוטות במטלטלין ממילא גוף השיחרור מהני מטעם זכות ויכול האפטרופוס לשחררו מה"ת דחשיב זכות דהוי כמכירה וממילא צריך לכתוב בשם הקטן כיון שהוא מטעם זכות:

ולכך נראה דרק מסברא חלק הרא"ש ז"ל דמסתברא ליה כיון דעשאוהו חכמים כאפטרופוס גמור לכל הדברים כשרואין סמיכת דעתם אליו שוב אין אנו משגיחין על דעתם כלל ואין חילוק בין פעוטות וקרקע כו'. ולשון הרא"ש כן ולא מסתבר כו' ובש"ס כתובות סוף פ' מה"א אהא דפעוטות ל"ש כו' אבל ביש אפטרופוס לא מהני ופירש"י ז"ל אפטרופוס שמינוהו ב"ד או אבי יתומים כו'. נראה משמעות לשונו לאפוקי אפטרופוס מצד יתומים שסתמו מהני מכירתם אף במקום אפטרופוס כיון שבא רק מכוחם. וכסברת הרמ"ה ז"ל ועיין בריטב"א שהניח בצ"ע אי מהני מכירתם. ומהפוסקים דלא מהני אין ראיה דלא כהרמ"ה דהיינו משום דלא שייך כדי חיי' ולמה יועיל פרטי הקנינים שלהם כיון דמהני מינוי אפוטרופוס מכחם במטלטלין שוב זכות יותר שלא יועיל מעשה שלהם דהא יכול האפטרופוס למכור ואף שבא מכחם מה בכך כנ"ל. אבל להיפוך יש ראיה קצת מהפוסקים דמהני מכירתם נגד האפטרופוס דסמכו דלהרא"ש נראה דודאי לא מהני כנ"ל:

והנה הריב"ש בת' ס' תצ"ה הסכים לרמ"ה וכ' אע"פ שיש מי שלא חילק בזה דברים אלו נכונים בטעמם ורואה אני אותם. ונראה שראה דברי הרא"ש ז"ל ועליו כוונתו כמ"ש בח"מ סי' כ"ה היכא שדברי הראשון מפורסמים כו' והריב"ש מביא כמה פעמים דברי הטור ג"כ ובפרט כאן שכתב להדיא שיש מי שלא חילק כו' והטור הביא ב' הדיעות רק שכ' דעת הרא"ש באחרונה וברבינו ירוחם נתיב כ' הביא רק דעת הרמ"ה ורק לענין קטן פחות מבן ט' וצ"ל דסבר דהרא"ש לא נחלק רק על קרקע. דרחוק הוא שהר"י ישמוט דעת הרא"ש לגמרי. אבל בפחות מט' פוסק להדיא כהרמ"ה. ולזאת לענ"ד יש לתמוה על הש"ע שסתם לגמרי בסי' ר"צ סי' כ"ד ביתומים שסמכו דיש לו דין אפטרופוס לכל דבר.

ולמה השמיט דעת רמ"ה וריב"ש דבתרא הוא נגד דעת הרא"ש ז"ל שנחלק מסברא ולא מצינו בשאר פוסקים הכרעה. והיה נראה לכאורה דהוי ס"ד ומוקמינן לארעא בחזקת מרא קמא דהיינו יתמי. שהגם אם נודה לכללא דכיילי האחרונים ז"ל שלא לומר קים לי נגד הכרעת הש"ע. היינו במיעוט נגד רוב או במה שהכריע ב"י ורמ"א בפירוש. או במה שנדחים דברי הפוסקים בראיות משא"כ בהנ"ל דבב"י לא הכריע כלל ובש"ע מסתים ליה סתומי ואם היה ברירא לה כדעת הרא"ש היה להם לבאר שאין חילוק בין פחות מט' ובין קרקע. אמנם נראה לענ"ד דאין לעשות מעשה כלל וכלל נגד סתימת הש"ע ורמ"א והסמ"ע והש"ך לא העירו כלל להוציא מהלוקח המוחזק עתה נגד דעתם הרחבה מדעתינו בפרט דדעת תוס' ב"ב ל"ב לחד תירוצא דהיכא דקיימא ארעא תיקום דבס' דדינא לא מפקינן ממוחזק לאוקמי בחזקת מרא קמא ולא דמי לתרי ותרי בהא דבר שטיא. דכל שאין הדין ברור לנו אין לעשות מעשה:

ועוד מצאתי לרשב"א בת' ח"ב סי' מ"ט שסבר ג"כ כהרא"ש דמהני בסמכו ג"כ למכור קרקע. שוב ראיתי שגם המשנה למלך פ' י"א מה' נחלות הביא רשב"א הנ"ל אולם מה שסיים שגם הרמב"ן כתב כן אינו רק בת' המיוחסת שהן דברי רשב"א הנ"ל אעפ"כ בקטן פחות מפעוטות לענ"ד צ"ע כיון דרבינו ירוחם סובר ג"כ כהרמ"ה ונראה שסובר כן גם בדעת הרא"ש. דסבר דאין ראייתו ראיה כלל ע"ז דניהו דמוכח ממאי דתורם דחכמים תיקנו שיהיה דין כאפטרופוס היינו בסמכו היכא שיש להם דיעה. ונראה דהטור דלא ס"ל הכי היינו משום דהרא"ש לטעמי' דפ' בתשובה דאף נשתדל מעצמו בנכסי היתומים נעשה אפטרופוס וממילא אינו מחמת סמיכתם כלל ואין חילוק בין קטן כו'. אבל כפי משמעות דברי רש"י ור"ן ושאר פוסקים דסמכו דוקא שבאו אצלו לעשות על פיו כמ"ש רש"י ז"ל או להשתדל בנכסיהם כמ"ש הר"ן וכן משמעות הש"ע. א"כ ודאי אין סברא דקטן לגמרי יהיה מועיל סמיכתו. דהא כל שאינו צרור וזרקו כו' כשוטה חשבינן ליה בש"ס גיטין דף ס"ד:

והנה גם אם נפסוק כמשמעות הש"ע דמהני מכירתו גם בקרקע. מ"מ עדיין כיון שאינו ידוע אם להאכיל או להניח י"ל דארעא בחזקת יתמי עד שיברר שמכר להאכיל ובזה נסתפק מהרי"ן לב סי' ע"ח כלל י"ג והביא ראיה דמוקמינן לאפטרופוס בחזקת נאמן שמכר כדין מדברי הר"י ברצולוני הובא בטור סי' קמ"ט אם יש חזקה בנכסי יתומים כשיש אפטרופוס מדלא מיחה ומסיק כיון דאי מפסיד מסלקינן ליה וכיון שלא מיחה הרי הפסיד עיין שם. ומוכח דאל"ה מהני מה שקנה מהאפטרופוס אף שאין לו ראיה היך מכר אם להאכיל כו'. ואעפ"כ לא רצה מהרי"ן לב לסמוך למעשה על ראיה הנ"ל

ע"ש ולכאורה היה נראה דאין ראיה משם ואדרבה מוכח להיפוך דהא טעמו כיון דאי מפסיד כו' וע"כ הפירוש דיתומים טוענים שלא קנה כלל מהאפטרופוס ואף שלא מיחה באמת עשה שלא כדין וראוי לסלקו. ומאי טענה זו ניהו דאי ידעינן דמפסיד מסלקינן ליה מ"מ כיון שבזה עצמו אנו מסופקין מוקמינן ליה בחזקת נאמן שודאי אינו פושע ומפסיד ואם לא קנה ממנו היה מוחה ומסתמא קנאו. וע"כ דכיון דארעא בחזקת יתמי רק חזקה ראי' מדלא מיחה וכאן י"ל דמפסיד ופשע לא מהני חזקת נאמנות שלו להוציא מחזקת מרא קמא והא דהוצרך לטעם הנ"ל ולא אמר משום דלמא מכר להניח ולא מהני. היינו משום דלאיכא מ"ד דלא אמרינן טעם הנ"ל ומהני החזקה מדלא מיחה האפטרופוס ולא חיישינן דעשה שלא כדין ומהני חזקת נאמנות נגד חזקת מרא קמא א"כ שוב גם ס' זה לא היה ספק שמא מכר להניח דמסתמא לא עשה שלא כדין כנ"ל אבל לדעתו דחיישינן שעשה שלא כדין ולא מיחה י"ל שפיר דחיישינן ג"כ שמכר להניח:

אמנם הא עכ"פ מדיעה א' מוכח כן דסוברים דמהני החזקה ביש אפטרופוס וע"כ דלא חיישינן שמא מכר להניח וב' הדיעות הובאו בש"ע. וגם מדיעה ב' שהן דברי ר"י ברצולוני הנ"ל נראה ג"כ ראיית מהרי"ן לב נכונה כיון דדייק משום דאי לא מיחה מפסיד ובמפסיד מסלקינן ליה. ולמה ליה הך לישנא היה לו לומר בפשיטות דחיישינן שעשה שלא כדין אלא ע"כ דבעודו אפטרופוס לא חיישינן שעשה שלא כדין רק סברתו הוא כיון דכל ענין החזקה תלוי' במדלא מיחה כמבואר בש"ס ותוספות בכמה דוכתי. ובנ"י ריש פ' חזקת דהיה תקנת חכמים משום דטפי מג' לא מזדהר בשטרי' תיקנו שאם לא ימחה יפסיד וכ"כ הרמב"ם פ' י"א מה"ט הואיל ולא מחית אתה הפסדת על עצמך ע"ש וא"כ גבי שלו שייך כנ"ל משא"כ באפטרופוס דאי באמת לא מכר לא שייך שיפסידו היתומים מחמת התקנה דאיהו דאפסיד אנפשי' דהא א"כ אינו אפטרופוס כלל דמסלקינן ליה ואין מעשיו קיימים במה שלא מיחה שיפסידו ע"י זה וממילא אין כאן תורת חזקה כלל ואין צורך למחות ואין כאן ראיה כלל. והכי דייק לשון הר"י ברצולוני שפיר וממילא מוכח שפיר דלא חיישינן שמכר להניח שלא כדין כנ"ל:

והנה ברמב"ם ה"ש וש"ע סי' קפ"ה סי' ה' כשמשלח טוען בק' אמרתי לך למוכרו והשליח טוען בנ' וכן מכרתי כו' אם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן יחזיר החפץ לבעלים כו' ע"ש. דכיון שידע הלוקח בשעה שקנה שזה רק שליח צריך לברר שהיה שליח על מכירה זו ואל"ה מוקמינן החפץ בחזקת מרא קמא. ולכאורה אפטרופוס דג"כ רק שליח וכיון שיש ספק אי מכר להניח דע"ז אינו שליח כלל והלוקח ידע שזה רק אפטרופוס. א"כ צריך לברר שהמכירה הי' באופן שהיה שליח דהיינו להאכיל ואל"ה בחזקת מרא קמא

קיימא. דגם שם שייך החזקה שלא עשה כדין ואעפ"כ לא מהני. ואף דבסי' קפ"ב פסק המוציא מחבירו עליו הראיה כבר חולק סמ"ע ס"ק ח' וש"ך ס"ק ד' וב' החילוקים לא שייך כאן ע"ש. ודוחק לחלק דדוקא התם שטוען המשלח ברי דהא טענינן ליתמי וחשיב כטענת ברי כמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות. ודוחק לומר דהוי מלתא דלא שכיח דלא טענינן. דלא מצינו זה. ולכמה פוסקים טענינן מלתא דלא שכיח:

ואפשר לומר דהא קשה התם בשליח נהי דמטעם חזקה שליח עושה שליחותו אין לחשוב לודאי שעשה כמו שצוה משלח. דז"א דקי"ל דוקא בדרבנן סמכינן אחזקת שליח עושה שליחותו ולא בדאורייתא כמבואר בש"ס עירובין ל"א. אך למה לא יועיל מטעם שליש דהא הימני' ונתן לו החפץ למכרו. אך הא מבואר סי' נ"ו דדוקא כשאין השליש נוגע דשייך ביה חזקה אין אדם חוטא ולא לו וא"כ בסרסור שם סי' קפ"ה דנוטל שכר כשיגמר המקח הוי נוגע בה שאומר שציוה בנ' ולא מהני מטעם שליש. וא"כ באפטרופוס דאמר בש"ס כתובות סוף פ' מציאות האשה דדמי לשליש. י"ל שפיר דנאמן כיון דהימנוהו או אבי יתומים או הב"ד. ואינו נוגע. וא"כ ביתומים שסמכו שנשתדל בעצמו שכ' הריטב"א דאין מוסרין לו יותר ממה שכבר יש תחת ידו הובא במהרי"ט סי' ל"ז. וא"כ לענין זה שיהיה לו דין שליש מטעם הימני'. שמצד עצמו אין לו זה י"ל דאף שעשאוהו חכמים כאפטרופוס מ"מ כח זה שהוא תוספת על מה שיש לו שפיר אין נותנין לו וממילא צריך בירור שמכר להאכיל. ובפרט בנידן דידן שידוע שהיה נוגע במכירה זו לטובת עצמו נראה דלא מהני החזקה שלא עשה שלא כדין. ובפרט לענין מכירה להניח דאיכא למטעי ולאו כ"ע דינא גמירי ועוד דנראה דהלוקח מודה שהמכירה היתה כדי לעשות שידוך עם הקטן. וזה לא מהני דאין זה להאכיל מי בקש מידו. כשיגדל יעשה שידוך. ועוד. דהא ב' יתומים לא הי' סמוכים אצלו ומה שנשתדל לחוד לרוב הפוסקים לא מיקרי סמכו. וא"כ הא חזינן דעשה שלא כדין ולא שייך החזקה. ועוד כיון שבטל המכירה על חלקם בטל לגמרי להרבה פוסקים כיון שהוא בשטר א'. ומחמת הפטורים שנתנו היתומים לאפטרופוס ג"כ נראה דאינו שייך על הבית. דגם בשותפים כשמחל לא' אף להפוסקים דהוי מחילה גם להב' היינו משום דתלי זה בזה שאם לא יהיה המחילה רק על חלקו ויהיה חייב מחצה שותף הב' גם הוא יהיה חייב וממילא המחילה על הכל. משא"כ אף שמחל להאפטרופוס התביעות מחיובים שיש עליו היינו אם היה פשיעה דלא מצי למיהדר וכה"ג. אבל מכירת הבית אם אינו מכירה עדיין שלהם הוא ומה ענין זה למה שמחלו ופטרוהו הא אין זה תביעה עליו רק שהבית שלהם. לזאת נראה לע"ד שהבית בחזקת יתמי קאי. ויתר הדברים אין לי פנאי להאריך כי מטרדת

חג הפסח הבע"ל לא היה הזמן מסכים עמדי לעיין עיון גמור גם במ"ש. לזאת לא יסמוך עלי עד שיעיין רו"מ בדברים הנ"ל:
דברי ידידו הק' יצחק מאיר

סימן ו

נידון השאלה שהעתיק רו"מ דברי הגאון מור"ז ז"ל בשו"ת שלו במה הרגיל בין הסוחרים כשרוצים לשלוח סחורה למדינה אחרת והדרכים בחזקת סכנה עושין מעמד עם מי שרגיל בדרך הזה להוליך הסחורה ונותנים לו כך וכך למאה והוא מקבל על עצמו אחריות הסחורה והולכתה אל ארץ חפץ הסוחרים ובכדי להבטיח להם על אחריות הוא נותן להם שט"ח על סך כך וכך מעות כפי שווי הסחורה ואם מביאה בשלום אל מקום ההוא מחזיר לו שט"ח ואם אירעו אונס שהסחורה אבודה משלם לו הסך שהתחייב בשט"ח. וגם יש דרך אחר שאין המוליך מקבל האחריות רק איש אחר מקבל עליו אחריות הסחורה ונותן שטר חוב והוא נוטל עבור זה סך כך וכך למאה עבור קבלת האחריות והמוליך המתעסק בהולכת הסחורה הוא נוטל ג"כ שכר טרחתו והולכתו כמו שמתפשרים ביניהם ואם הצליח דרכו נוטלים שכרם ומחזיר להם השטר חוב להמקבל האחריות. ואם נאבדה או נגנבה הסחורה השכר אבד וזה שקיבל אחריות משלם את אשר נתחייב בשט"ח בלי טענה והוא מנהג שנתפשט בין הסוחרים מקדם במדינה ואין איש שם על לב לדעת אי דינא אי מנהגא שמצד הדין י"ל שקבלת אחריות זה אסמכתא הוא וכיון שלא נעשה קנין בב"ד חשוב לא מהני:

תשובה מהרב הנ"ל שכשהמוליך עצמו מקבל האחריות אין ספק שמחויב מדינא כיון שהוא המוליכה למקום סכנה ועל ידו נאבדה ולולי שלקחה על אחריות שלו לא הבעלים שולחים סחורתם למקום ההוא ואף בלא קבלת אחריות הי' מתחייב כדאמרינן ב"מ נ"ו הרי הולכין למקום גדודי חיות ולסטים כו' וכ"ש במקבל עליו בפירוש דאפילו באירעו אונס קי"ל דמתנה ש"ח כו' כשואל ואין להאריך בדבר פשוט. אך כשאין המוליך מקבל האחריות רק איש אחר לכאורה י"ל דהוי אסמכתא ומסיק דהוי ערב בשעת מ"מ או קבלן כו' עכ"ל. העתקתי לשונו כי אין הס' בידי רק מ"ש רו"מ בשמו. ורו"מ מסתפק דהא דהוליכן לא ע"ד כן מסרו משא"כ כאן שמסרו ע"ד שיוליך בדרך ההוא ובמה נשתעבד שאם יאנוס ישלים. ואי משום מתנה כו' כשואל. בקצה"ח מסתפק אי מהני תנאי בשואל להתחייב במתה מ"מ וצריך קנין כמו בעבדים כיון דאינו זה בדין השומרים ובש"ע ש"מ מבואר בשואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע ובאו לסטים באותו דרך הוי מתה מחמת מלאכה כנ"ל עכ"ל רו"מ:

הנה יש לתמוה על הרב הנ"ל שהיה מנהג חדש בעיניו. הלא הדבר מפורש בש"ע י"ד סי' קע"ג ס' י"ט לתת כ' לטרין למי שיבטיח ק' שיש לו בספינה מותר ובט"ז וש"ך שם והוא מריב"ש סי' ש"ח וז"ל מה שאמרת כו' ונאמר שהוא בדרך אסמכתא כו' אבל כאן שתולה בדבר שהוא מקרה אם תהיה רוח סערה כו' או חברת שודדים ואין בידו להיות נכון לבו ובטוח. מכל אלה כשהתנה מתחלה גמר ומקנה ואין כאן אסמכתא ע"ש. והוא ממש כדין הב' הנ"ל שאחר מקבל האחריות ובעד קבלת האחריות נותנין כו"כ. דג"כ פשוט שאין בידו להיות נמלט ממקרים הנ"ל שילקחו ממנו. ושגם בזמן ריב"ש היה מנהג פשוט אצל הסוחרים כמבואר ע"ש:

אמנם לאשר לדינא יש לפקפק עדיין דרבו הדיעות מאד בדיני אסמכתא סי' ר"ז בח"מ. ואין ראיה מהריב"ש דסובר שם דאינו בידו לא הוי אסמכתא משא"כ לדידן שהביא בש"ע סי' ר"ז דיעה א' דאינו בידו כלל הוי אסמכתא כו' אם יהיו כו' וממ"ש הש"ע ביו"ד אין ראיה דהעתיק דברי ריב"ש רק לענין איסור ריבית שאין איסור בזה אבל לא מיירי אם מהני או לא ובאמת בעי קנין בבד"ח לדידן וכה"ג המסלק אסמכתא. כיון דלא מיירי ביו"ד מענין החיוב. ובח"מ בדיני האסמכתא לא הביא דין הנ"ל וי"ל דלדידן לא מהני:

וראשונה יש לבאר במקבל בעצמו אחריות דבספר הנ"ל מדמי לה להרי הוליכן למקום גדודי חיות כו' וגם בלא קיבל אחריות הי' חייב מטעם פשיעה. ובזה פשוט דליתא דאם הי' שומר חינם שציוה להוליך סחורה במקום סכנה בחנם. איך יעלה על הדעת שיתחייב כשלא שינה משליחות המשלח והא אפילו היה מזיק ממש בהולכה זו קי"ל דהאומר קרע כסותי פטור היכא דאתי לידיה מתחלה לכך כמבואר בש"ס סוף החובל ובפוסקים ופשוט בכל דוכתי דאף מה שהיה פשיעה אם היה עושה בעצמו מ"מ אם עשאו מדעת המשלח ולא שינה שיהיה שייך לתקוני שדרתיך פטור כמו חנוני כו' לא אמרת לי הב ליה בסהדי כו' וכה"ג וא"כ כיון דההולכה למקום מסוכן היה מדעתו ומה שנלקחה היה אז באונס ודאי דפטור וכמבואר אהך משנה עצמה דהוליכה למקום גדודי כו' והעלתה לראשי צוקין כו' ריש פ' המפקיד דהעלה למרעה טוב שהיה ברשות ולא היה יכול לתקפה כשנפלה פטור:

וכן גם אם היה שומר שכר וציוהו להוליכו בדרך המסוכן ונלקחה באונס ג"כ פטור דאף דאמר סוף האומנין במעביר חביות ממקום למקום ונשברה דאף במקום מדרון שקרוב לאונס מ"מ חייב שומר שכר ומבואר שם בתוס' דהניח חפץ במקום שיוכל ליפול ברוח שאינה מצויה הוי כמו גניבה ואבידה דחייב שומר שכר וה"ז דומה לנידן דידן. וכן ב"ק צ"ט טבח אומן שקלקלו דבשכר חייב אף שנתנו ע"ד כן דאפשר שיארע קלקול ומראה

דינר וכה"ג שם. אך מבואר שם בכל הנך דחייב רק משום דהיה לו להזהר שלא לטעות אף דבשומר חינם לאו פשיעה הוא מ"מ שומר שכר בעי למינטר נטירתא יתירתא חשיב כפשיעה דגניבה ואבידה ומראה דינר אם עין יפה לא היה טועה וכן טבח ומעביר חביות אף דנתקל לאו פושע מ"מ אם היה מעיין יפה לא היה נתקל ובדחפה א' לחברתה בנהר מבואר בש"ס ב"מ צ"ג דחייב ש"ש משום איבעי לך לעבורי חדא חדא. אבל אל"ה היה פטור כיון שבשעת מעשה לא היה אפשר להנצל ומאי דמשמע מטור סי' ש"ו בטבח שבדק הסכין ונפגם בעור דהיה חייב הטעם כמ"ש סמ"ע ס"ק קט"ו. דאם היה סכין טוב לא היה נפגם מעור הבהמה ע"ש. וגם בנידן דידן אם מה שנלקחה הסחורה היה בשביל חסרון בקיאתו בהולכה זו או לא עשה תחבולות הנצרכים היה חייב כמו כל אומנים כיון דש"ש הוא. משא"כ באונס שלא היה אפשר להנצל אף שעשה כל האפשר פטור כיון דההולכה ברשות ולקיחה באונס וכן מבואר ברמב"ם פ"ג מה' שכירות ה"ט העלה כו' אע"פ שתקפתו כו' שכל שתחלתו בפשיעה כו' שהיה לו להעבירן א' א' שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והואיל ופשע כו'. אע"פ שנאנס בעת הנפילה חייב כו' מבואר דכשהוליכן לשם מדעת המשלח דלא פשע בהולכה זו שוב פטור על האונס שבשעת מעשה:

אך בנידן דידן שנותנו להוליכה על אחריות שלו דרך שם נראה פשוט דמתחייב בלא קנין. דהא אם לא היה נותן לו רשות כלל ודאי דהיה חייב כשהוליכה למקום המסוכן ונלקח. וכמבואר ברמב"ם פ"ה מה' שלוחין. ובש"ע סי' קע"ו עבר ומכר בהקפה או פירש בים כו' כל פתח שיבא מחמת שנוי חייב לשלם לבדו והשכר לאמצע. וכן בש"ס פ' הגוזל שליח ששינה כו' הפסד לו ושכר למשלח ובב"י סי' קפ"ג בשם הגאונים המפקיד סחורה כו' ושינה והוליכה למקום אחר חייב באחריות כו' ונעשית מלוה כו'. וא"כ כל מה שנפטר אותו כאן הוא רק מחמת נתינת הרשות להוליכו לשם. והוא לא נתן לו רשות כלל להוליכו על אחריות הפסד שלו רק על אחריותו ולא גרע מה שפירש שישלם לו כשיאנוס כשיוליכה למקום פלוני מאם לא היה מפרש כלל שהיה חייב משום שאין המפקיד רוצה שיהיה ממונו בספק הפסד והיה חייב כשנפסד עי"ז באונס וא"כ איך נפטור אותו במה שפירש שאינו רוצה שיניתנה בס' הפסד שלו על אחריותו. והוי כאומר קרע כסותי ותשלם לי דחייב. אך עדיין יש להסתפק דבמזיק שייך שפיר כנ"ל דחייב מצד עצמו כ"ז שאין זה פוטרו אבל בנידן דידן ודינא דרמב"ם וש"ע הנ"ל נראה דאין זה חשיב מזיק כמ"ש תוס' בכמה דוכתי וסוף האומנין ופ' המניח דחפץ של חבירו שהניח במקום שא"י ליפול ברוח שאינו מצויה או נתקל. וכן כל מי שעוסק בדבר של חבירו

ולא נתכוין להזיק דמטעם אדם המזיק אינו חייב ע"ש ובש"ס פ' הכונס דכופף קומתו כו' בפני דליקה שיכולה לבא ברוח שאינה מצויה דפטור מדיני אדם וע"ש בתוס' שאין חילוק בין הביא חפץ למקום שיוכל לבא ההיזק ע"ש דכיון דלא ברי היזקא אז פטור וכן בטבח אומן דלא חייב משום מזיק ע"ש ונידן דידן ודאי דחשיב כיכול ליזוק ברוח שאינה מצויה דהא רוב פעמים באים בשלום. וכן בדין הרמב"ם וגאונים הנ"ל וע"כ לחייבו רק מטעם פשיעה דשומר וזה בשינה אבל בעושה בדעת דמזיק לא הוי ופשיעה אין כאן ושוב אפשר דלא מהני תנאי לחייבו בלא קנין דכיון שנותנו ע"ד ולא שייך שלא היה לו לעשות כן:

שוב עיינתי בנתיבות שכ' ג"כ לדחות דברי הקצה"ח בשואל שהתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה כעין מ"ש וכ' כיון דאדם אחר היה חייב מטעם מזיק והוי כאלו התנה שאם יאבד מחמת מלאכה לא יהיה שואל וחייב מטעם מזיק ע"ש ולדבריו יש להסתפק בנאבד מחמת מלאכה באופן שכ' בת"ה שכ' רמ"א סי' ש"ז בלקחו לסטים בדרך דודאי לא חשיב מזיק מה שהלך בדרך ונחייבו רק מטעם שואל ופטור. וכן מתה מחמת מלאכה ממש ג"כ נראה דלא מחויב מטעם מזיק כיון שעשה מלאכה כדרך בני אדם לעשות לא מבעיא ליה לאסוקי דעתיה שתמות כדאמר בש"ס במעביר חביות ונתקל ובתוס' שם ופ' המניח כנ"ל דלא חשיב מזיק דהוי אונס כשעוסק במלאכה הראויה ונאבד עי"ז:

אמנם דברי הרמב"ם פ"ה מה' שותפין וש"ע סי' קע"ו דכ' להדיא במשנה ופירש לים כו' דחייב בפחת שבא מחמת השינוי וא"א לומר מטעם פשיעה דהא בבעלים הוא. וכן תמה במשנה למלך ומסיק דחייב מטעם מזיק ובש"ך ס' קע"ו ס"ק מ"ו כ' ג"כ חד תירוצא דאפשר דמכר באשראי הוא כמזיק בידים. ובאמת הדבר תמוה לומר בפי' בספינה כדרך כל העולם דיהיה חשיב מזיק בידים. וצ"ל דדוקא בגרמי מחלקין בין ברי היזקא בשעת מעשה או לא אבל מזיק בידים היינו שעשה מעשה בגוף החפץ אף שלא היה ראוי ליזוק אז מ"מ כשנפסיד אח"כ עי"ז חייב ודוחק. ועיין ברמב"ם ז"ל פ"א משכירות גבי גרוע גרעי' לשמירתו דמחייבי אף בבעלים ע"ש שכ' הרב המגיד ג"כ דחשיב מזיק והניח בצ"ע. ומדברי תוס' נראה בכמה דוכתי דכיון דלא היה עומד אז להפסיד לא חשיב מזיק. אמנם מ"מ נראה דגם תוס' סברי דחייב כה"ג דכיון שעושה שלא ברשות חייב מטעם גזלן ולענ"ד גם בדברי הרמב"ם ז"ל הטעם כן דמבואר בש"ס ופוסקים בשליח ושותף ששינה דפחתתו לו ומחויב לתקן העיוות והריוח למשלח או לשותפות. וכן מבואר במרדכי ונ"י פ' הגוזל דרשאי להתנות שלא יעסוק רק בדבר הזה ואם ישנה יהיה ההפסד עליו לבדו וזה מותר לו לשנות דלא חשיב גזלן במה ששינה דהא עדיין שלוחו דהותירו לאמצע

ע"ש וכן פסק בש"ע יו"ד סי' קע"ז. ולכאורה הם ב' הפכים כיון דמותר לו לשנות וע"כ דגם בזה הוי שלוחו ואיך ההפסד עליו משום דאינו שלוחו וע"כ הטעם כמ"ש רש"י ז"ל ק"ב ע"ב לסחורה בכל מדי דאיכא רוחא ניחא ליה וכי הותירו לאו שינוי הוא אך הא צריכין לדון על שעת השינוי שהיה אז ספק ריוח והפסד אי בסתמא לא ניחא ליה ממילא הוי גזלן והריוח לו וכמו בכל מידי דלאו זכות בשעת מעשה דלא מהני מה שרוצה אח"כ ואף שנולד אח"כ שעשה מעשה זכות ואם ניחא ליה אז למה ההפסד שלו לבדו. אמנם נראה דהא מבואר בש"ס ב"ק דף צ"ו התוקף ספינתו של חבירו כו' רצה פחתה נוטל כו' ובש"ע סי' שס"ג. ומבואר בש"ס שם דאף דקיימא לאגרא ונחת בתורת אגרא מ"מ חייב הפחת שמחמת מלאכה כיון ששכרו שלא מדעתו ובש"ע סי' ש"ט בשם ת"ה דשוכר שלא מדעתו הוי גזלן ובקיימא לאגרא לא הוי גזלן להתחייב בשאר אונסין אבל ודאי דחייב מתה מחמת מלאכה וכן מבואר בש"ס פרק האומנין השוכר חמור להוליכו בהר ושינה דחייב בכל האונסים שבאו מחמת השינוי:

ונראה דהטעם דאף דקיימי לאגרא מ"מ לא דמי לקייצי דמי' במכר דשם אין המוכר נכנס בס' הפסד משא"כ משכיר דנכנס בס' הפסד שמחמת מלאכה ודאי דאין זה יכול לשכור שלא מדעתו ולהכניסו לס' הפסד. וזה הטעם בשואל שלא מדעת ג"כ דהוי גזלן. אך אם זה מקבל עליו החיוב ההפסד שמחמת מלאכה שיהיה חייב לשלם לו כיון שאין לזה שוב ס' הפסד ואין כאן קפידא אין זה גזלן. וא"כ גם בלא קבלה שוב מחייבין אותו בכל הפסד שמחמת מלאכה כיון דאם לא ישלם ולא יהיה חיוב עליו שוב הוי גזלן וממילא חייב בכל האונסין וא"א לפטרו. ושוב כיון שמחויב די בחיוב ההפסד שע"י מלאכה דכיון שמשלם ויש חיוב עליו שוב אינו גזלן דליכא קפידא כיון דקיימא לאגרא ואינו בס' הפסד כלל ושוב פטור על שאר אונסים שאינם מחמת מלאכה:

וזה הטעם ג"כ בהא דהשוכר חמור כו' בבקעה כו' הוחמה חייב כו' ב"מ ע"ח ושאר אונסין פטור כיון דלא קיי"ל ומעביר ע"ד של בע"ה לא חשיב גזלן במאי דליכא קפידא ואעפ"כ שוכר ושואל שלא מדעת הוי גזלן וכיון דבהשכירו סתם רשאי להוליכה בהר ובקעה דסתמא אין מקפידין רק דחזינן שהקפיד זה שלא רצה להשכירו על הולכת הר וא"כ אין הוכחה רק שלא רצה ליכנוס להספק הפסד של מלאכת הר דאם היה משכירו להר הרי זה פטור בהפסד דמחמת מלאכה וזה לא רצה אבל עכשיו דשינה זה ואם לא היה מחויב בהפסד דמלאכת הר היה שוכר שלא מדעת וגזלן וממילא חייב ושוב די בחיוב זה בהפסד דמחמת מלאכה דאין זה מקפיד ולא הוי גזלן כיון דקיימא לאגרא וממילא אינו חייב בשאר אונסין שאינם מחמת מלאכה כנ"ל דהא אין המשכיר נכנס בס' הפסד

כלל דמחמת מלאכת הר כיון שיתחייב השוכר כנ"ל. וזה ג"כ הטעם בשליח שהתנה שלא ישנה ואם ישנה ההפסד עליו לבדו היינו דאינו רוצה ליכנוס לס' הפסד וממילא אם לא יהיה חיוב ההפסד על השליח יהיה גזלן וממילא כשחייב על ההפסד שוב אינו גזלן דכשאינו ספק הפסד למשלח מרוצה ושפיר הוי שלוחו דהותירו לו. ודומה למ"ש הרא"ש פ' לולב הגזול במתנה ע"מ להחזיר ומתה מחמת מלאכה דחייב כיון דלא החזירו המתנה בטלה וניהו דשואל לא הוי מיהו נפקד ושולח יד הוי גזלן ואע"פ שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות ועושה עצמו גזלן למפרע ע"ש וא"כ כשנתן רשות לשותף או לשליח לשנות ע"ת זה שיהיה ההפסד עליו אם יאנוס ממילא מחויב לשלם דאף דשאר תנאי אין כופין לקיימו מ"מ בזה אם אינו משלם בטל רשות והוי גזלן למפרע וממילא חייב דגזלן חייב בכל האונסין וכיון שמחייבין אותו ומשלם שוב אינו גזלן דהוי ברשות כמו התם:

וזה ג"כ טעם של רמב"ם ז"ל בשותף ששינה ופירש לים דהפסד שמחמת זה עליו לבדו וריוח לאמצע אף דהוי בבעלים מ"מ לענין זה דשלא ברשות הוי גזלן כשולח יד ושואל שלא מדעת והיה חייב בכל אונסין רק כיון דכל הקפידא של ים יותר מיבשה הוא ס' הפסד שיש יותר מבים דאל"ה לא היה שינוי כלל ושוב די באותו הפסד שמחמת ים כיון שחייב שוב לא הוי גזלן ואף דבפקדון הוי שולח יד אע"פ שרוצה לשלם היינו דוקא פקדון שאינו חפץ שיגע בו משא"כ שותף ושליח דאם לא יהיה חשש הפסד רוצה במה שעוסק דלארווחי קאי כמ"ש בש"ס:

עוד נראה לי יותר בפשיטות דנהי דלא קי"ל כר"מ דמעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן היינו לענין שיתחייב באונסין מה שאינו ענין למה שהעביר על דעתו דמה לי הכא כו' לענין זה לא הוי גזלן דדוקא שואל שלא מדעת כו' דכל הנאות שלו כו' אבל לענין ההפסד שמחמת העברתו ע"ד בעה"ב לזה שפיר גם לדידן מחוייב מטעם גזלן דהא נטל של חבירו ומכניסו לס' הפסד לצורך עצמו ולא גרע מהניח מקלו ותרמילו עלי' והכחישה דעכ"פ על ההכחשה חייב מטעם גזלן. וגם בהנ"ל פירש לים וכה"ג שנותנו למקום שאינו משתמר כמקדם לצורך עצמו כדי להרויח הרי הכחישה והכניס לס' הפסד לצרכו וחייב באחריות זה ההפסד מטעם גזלן ואף למ"ש רמב"ן ז"ל שם דלא חשיב שואל שלא מדעת כיון שהבהמה רועה כדרכה והוי כמו לצורכה ולצורכו ואין כל הנאה שלו ע"ש היינו לענין להתחייב בכל האונסין מטעם שש"מ. וגם דהתם מה שהוא לצורכה הוא ברצון המפקיד משא"כ בשותף אף שרצונו להרויח לצורך השותפות מ"מ הא אין הבעלים רוצים בזה להניחו בס' הפסד שלא כמנהג ועושה הכל לצורך עצמו וחלקו ולא גרע

ממאי דניחא ליה דתהיה כולא בסיס כו' בחביות ע"ש ס"פ המפקיד עכ"פ יהיה איך שיהיה או מטעם מזיק או גזלן מוכח דאף בבעלים דפטור מתורת שומרין מ"מ חייב בהפסד שמחמת מלאכה וא"כ בשואל שהתנה חייב כנ"ל דאם אינו משלם בטל הרשות וחייב כנ"ל:

אמנם עדיין יש להסתפק חדא דנראה ברשב"ם פ' י"נ והרב המגיד פ"ג מהל' זכיה חולקין על הרא"ש שכתב להדיא במתנה ע"מ להחזיר דפטור כשלא נאבד בפשיעה ואף דמת ולא קיים תנאו כו' מ"מ לא אמרינן דבטל מה שנתן לו רשות ויהיה למפרע כשלא ברשות דאין לומר דטעמיה משום דאונס הוא מה שלא קיים התנאי דהא קי"ל כר"י בירושלמי דתנאי שהוא לטובת המתנה ע"מ שתתן לי כו' וכה"ג לא מהני מה שזה נאנס ולא קיים כו' דמ"מ זה אינו רוצה רק כשיתקיים התנאי לטובתו. וא"כ למה פטור הא הוי שש"מ למפרע וע"כ דס"ל דכיון שהיה אז ברשות א"א לעשותו גזלן ומזיק למפרע אך אפשר דהתם איירי רק בלא נשתמש רק שנתנו עמ"ל ונאבד דאין לחייבו מטעם גזלן. ולכאורה למה באמת כ' הרא"ש סתמא אף דשואל לא הוי מ"מ בנפקד ושולח יד כו' מאי פסיקא ליה דנשתמש בה וצ"ל דהרא"ש תרתי קאמר דמתה מחמת מלאכה חייב כיון שנשתמש ונעשה גזלן למפרע ובאונסין גרידא חייב בלא האי טעמא. ואף בלא נשתמש. דכיון שנתבטלה המתנה כיון שלא קיים תנאו ואעפ"כ כיון שהיה לו רשות להשתמש ולקנות במתנה זו שיקיים התנאי שוב הוי כלוקח כלים ע"מ לבקרו כו' דזבינא חריפא הוא שואל וחייב באונסין כמבואר בש"ס פ' האומנין ונדרים ל"א ולרוב הפוסקים מטעם שואל מחייבין לו ע"ש דחשיב כל הנאה שלו מה שבידו לקנותו וא"כ במתנה עמ"ל כיון שלא קיים התנאי לא היה שלו ואעפ"כ היה כל הנאה שלו דהיה בידו לקנותו שיקיים התנאי. ויהיה שלו במתנה ולא גרע מזבינא חריפא. רק במתה מחמת מלאכה היה פטור דלא עדיף משואל וע"ז כ' הרא"ש דבזה שוב חייב מטעם גזלן למפרע וה"ר ישעיה שהביא הרא"ש שם ס"ל דלא מחייב באונסין דדוקא שם בלוקח כלים כו' דקיבל מיד בתורת שמירה ואעפ"כ כל הנאה שלו שבידו לקנות מתי שירצה והוי בהנאה זו שואל על של חבירו אבל מתנה עמ"ל שקבלו מיד בתורת שלו שקנאו ועל מה שקנה פטור ואין לו הנאה כלל משל הנותן דא"א לו לקנות בלא קיום התנאי ובקיום התנאי כבר הוא שלו וההנאה הוא משלו ודמי לבעל בנכסי אשתו דאמר בש"ס דלוקח הוי ולא חשיב שואל וגם בזה אין כל הנאה שלו משל המשאיל דא"א לו ליהנות משל המשאיל. היינו כשלא יקיים התנאי רק לגרום שיהיה שלו למפרע. ודוקא בלוקח כלים שאינן שלו עדיין ואעפ"כ יש לו הנאה שבידו להיות שלו. וי"ל דרק בסברא זו פליגי רשב"ם והרב המגיד

על הרא"ש אבל במתה מ"מ ונשתמש אפשר דמודים דמאחר שנתבטל המתנה חייב מטעם גזלן דלא נזכר בדבריהם מחמת מלאכה אך בדברי הרא"ש ז"ל נראה דחשיב ליה רבותא טפי החיוב דמחמת מלאכה דאונסין גרידא ע"ש וממילא החולקין כ"ש במתה מחמת מלאכה:

עוד אפשר לומר דטעם רשב"ם והרב המגיד דכיון דקי"ל בע"מ להחזיר דגם בחזרת דמים מקיים לבד באתרוג ע"ש ובש"ס פ' השואל אמר דבעל לוקח כו' ופטור מגניבה ואבידה ואונסין רק בפשיעה וכ' תוס' ושאר פוסקים דגם לוקח בהמה לל' יום פטור ע"ש וא"כ איך נימא במתנה על מנת להחזיר ונאנס או נאבד דמשום דנתבטלה המתנה הוי גזלן או שש"מ וחייב לשלם הא אם נחייב אותו לשלם שוב יהיה פטור דהא נתקיים התנאי שהחזיר דמיו והיה שלו למפרע ופטור מאונסין וגניבה ואבידה והוי התשלומין שלא כדין ונהי דכשאינו משלם בטל המתנה ויש חיוב עליו מ"מ איך נפסוק הדין שמשלם הא א"כ יהיה שלא כדין ופטור דאף היכא שמשלם ע"י כפיית ב"ד י"ל דחשיב קיום התנאי ואין ראיה מהא דהמפקיד דאטריחו לב"ד דהתם מטעם אומדנא אתינן והאומדנא רק כשלא יטריחנו. ואדרבה מדצריך לפרושי לכשתגנב ותרצה ותשלימני כו' משמע דכשתשלימני לחוד היה אף בלי ריצוי ומ"ש תוס' ריש ב"מ דף ה' ע"ב דמה שמשלם ע"י כפיה לא מיקרי השבה מעליא היינו להכשירו לעדות ולשבועה כיון דלא שב מרשעו משא"כ לענין קיום תנאי. ואף דלענין הקדש אמרינן פ' יש נוחלין קל"ז ע"ב להיפך באמר לי דאינו קדוש ואף דאי אינו קדוש הוי חזרה והיה שלו וקדש למפרע שאני התם דא"י להקדיש דשא"ש או אינו ברשותו וכיון דאם יחול ההקדש אינו שלו א"א להקדש לחול עליו כיון דא"א להיות שלו אם יחול ההקדש רק כשלא יחול משא"כ לענין חיוב תשלומין. ויש לדחות דמ"מ מחייבין אותו לקיים התנאי ולשלם כיון דאם לא יקיים הוי גזל וחייב כמו בכל מתנה ע"מ להחזיר דכופין לקיים תנאו משום דאם לא יקיים יהיה גזל ועוד דהא מה דמקיים בחזרת דמי' הוא משום דלהרווחה מכוין מה לי הן או דמיהן כמ"ש בש"ס גיטין ע"ד ע"ב באיצטלית כו'. וכאן דאם יהיה קיום תנאי בהחזרת דמיו נימא דפטור שוב הכוונה דוקא החפץ ולא גרע מהא דלצעורי' ולא מקיים כלל בחזרת דמיו ושוב חייב לשלם משום גזלן. ואין להאריך דבל"ז מוכח דהרב המגיד לא ס"ל כנ"ל דהא פוטרו בפשיעה אי הוי חשיב קיום התנאי במת ע"ש ואעפ"כ מחייבו אי לא חשיב קיום התנאי וע"כ דההתשלומין לא הוי קיום כנ"ל וע"כ טעמא דידהו כיון שלא ביטל התנאי בפשיעה לא בטל הרשות למפרע שיהיה גזלן. וי"ל דניהו דאונס לא חשוב קיום נגד המתנה דאינו רוצה באופן אחר רק שיתקיים ומה לו באונסו של זה וגם בזה פליגי

בירושלמי אבל מ"מ לגבי המקבל שיהיה עליו חיוב גזלן למפרע שוב לגבי דידיה הוי אונסא כמאן דעביד ונגדו אמרינן אונסא רחמנא פטרי' עיין ש"ך סי' כ"א. דוודאי לא קיבל עליו באופן זה דהא צריך שיתרצה להיות שואל ולהפוסקים דגזלן לא איתרבי שוגג כמזיד. וע"כ צ"ל במה שהרא"ש ז"ל מחשיבו גזלן אף שלא נתכוין היינו משום דהא קבלו בתנאי זה ומשתמש בו א"כ דעתו כן אם יקיים התנאי משתמש בתורת שלו וכשלא יקיים יהיה שואל או גזלן דהא יודע שתלוי בקיום התנאי וא"כ לגבי דידיה ודאי כיון שנאנס במה שלא יוכל לקיים התנאי ע"ז לא היה דעתו להתחייב כלל. כהא דאם לא באתי כו' וכל אונסין דקי"ל יש אונס ואף שגם הנותן לא היה דעתו כו' מ"מ הוא לא יעשה שואל וגזלן משא"כ כשלא קיים התנאי בפשיעה שפיר נעשה גזלן. וא"ש החילוק בין פשיעה לאונס שם דלכאורה אינו מובן ע"ש וגם בגניבה ואבידה הוי אונס על קיום התנאי וא"כ להנ"ל אם מתנה בפירוש גם על אונס י"ל דמודים להרא"ש ז"ל כשלא נתקיים התנאי חייב למפרע מטעם גזלן ושלא מדעת:

גם י"ל דהם סוברים דלא מקיים חזרה בדמים. ולכך כיון שלא נתקיים התנאי באונס לא שייך דעשה עצמו גזלן למפרע. והרא"ש ז"ל כתב רק משום דגם בחזרת דמים מקיים התנאי וא"כ אף שנאנס מ"מ עדיין בידו לקיים התנאי ולשלם וא"כ במה שאינו מקיים התנאי במזיד עושה עצמו גזלן למפרע ושולח יד ובש"ע לא הביאו דעת הרא"ש כלל ע"ש סי' רמ"א וסתם כהרשב"ם ולא חילק כלום בין נשתמש או לא ואין להאריך:

והנה מ"ש בנתיבות דהוי תנאי אם יאבד לא יהיה שואל יש לדחות דאם היה אומר בפירוש אני משאילך על תנאי שאם מתה מחמת מלאכה תשלם היה שייך כנ"ל. וג"כ לדעת התוס' והרבה פוסקים היה צריך כל דיני תנאי לכפול וכדין אף במעכשיו דאל"ה תנאו בטל ומעשה קיים שקנאו לשאלה אף דאינו משלם אח"כ כיון שמצד קבלת חיובו לא מהני רק בתורת תנאי המבטל המעשה דל"ד למתנה על מנת להחזיר דהוי אומדנא שא"ר ליתן שלו במתנה משא"כ לענין שיהיה שואל דאדרבה כל שואל פטור מתה מחמת מלאכה ובש"ע ב' דעות במעכשיו אי צריך דיני תנאי. ובפרט בגווני דאיירי ביה שזה משאיל ומפרש שיתחייב השואל במתה מחמת מלאכה ולא אמר כלל שעל תנאי זה משאילו י"ל דלא הוי תנאי כלל דאין כאן אומדנא דמוכח שתלה זה בזה כלל. וכהאי דפ"ב דביצה ד'. מאה זוזי ולינסוב ברתי כו' אי בעי נסיב כנ"ל. וכמו זכי בשדה כו' וכתבו השטר כו' (ב"ב ק"נ ע"ב) ואף דהלוקח יכול לחזור כשאין כותבין היינו משום דלגבי דידיה אומדנא דמוכח משא"כ במה שאינו אומדנא ברורה והא בכל מקח טעות פ' רמ"א סי' רמ"ב דהמעות הוי הלוואה ולא פקדון ובש"ס ב"מ ע"ב בעובדא דפרדיסא כו' מלוה

הוי כו'. והא דכמו דהיה בטעות מה שנתן בתורת מקח דבטל. והוי כהתנה שנותן המעות רק שיהיה המקח קיים א"כ יהיה פקדון וע"כ דניהו דזה ודאי שלא נתן שיהיה המעות שלו רק כשיהיה המקח קיים אבל ע"ז אין הוכחה שלא רצה שיוכל להוציא ושיהיה מלו' וכן באסמכתא שהלוה ואמר אם א"א נותן לי מכאן ועד ג' שנים השדה שלי כו' למ"ד אסמכתא לא קניא ומ"מ הוי הלוואה ולא אמרינן כיון שלא נתנו לו רק כשיהיה התנאי שלו בשדה קיים ממילא בטלה ההלוואה והוי פקדון כשהדין דהוי אסמכתא דא"כ אמאי אמר התם דלכך הדרי פרי שהניחו לאכול אף דמחילה בטעות מהני משום דהוי רבית קצוצה לפרש"י ע"ש והא כיון דבטל תנאי שלו דהוי אסמכתא ואינו הלואה רק פקדון ומחייב להחזיר אותן מעות עצמן כשהן בעין דלא היה לו רשות כלל להוציאן מיד. וא"כ לא הוי רבית כלל מה"ת ושוב מחילת הפירות שהניחו לאכול אח"כ הוי כמו שאר מחילה בטעות דמהני ומוכח דלא חשיב תנאי לענין שלא יהיה מלוה אף שאמר בשעת הלואה אם א"א נותן לי כו' ובטל זה משום אסמכתא כנ"ל. אך יש לדחות דעכשיו דקיימינן דמחילה בטעות הוי מחילה שוב לענין ההלואה ג"כ מהני והיה מלוה שהרי הניחו. ואף שהיה סובר דתנאי קיים משא"כ לדידן דקיי"ל דמחילה בטעות לא מהני י"ל דגם על ההלואה בטעות לא מהני. עוד יש לדחות גם הנ"ל. מהא דמקח טעות דשפיר ליכא אומדנא בכל הנך שיהיה פקדון דאם אנס קודם שנשתמש בו דיהיה פטור. ולכך אף כשנותנו למקח אינו הוכחה שאינו רוצה שיהיה מלוה אף אם אין המקח קיים כי במלוה חייב באחריות משא"כ בפקדון. כ"ז שלא נשתמש פטור באונסין משא"כ בתנאי הנ"ל שישלם במתה מחמת מלאכה שפיר הוי אומדנא שלא יהיה שואל דממ"נ אם יאנוס קודם שנשתמש שפיר יהא שואל כיון שלא נתבטל התנאי ויתחייב ואם תמות מ"מ טוב לו יותר שלא יהיה שואל ויהיה פקדון ושולח יד וחייב וטוב לו יותר שיהיה תלוי תנאי השאלה בחוב דמתה מחמת מלאכה כנ"ל. ובזה מיושב מה דקשה בדברי הרא"ש ז"ל במתנה ע"מ להחזיר דמחייב מתה מחמת מלאכה משום דנתבטל המתנה והוי שולח יד ע"ש והא חזינן בכל מקח טעות דהוי הלואה משום דיהיב ליה ע"מ להוציאן וכמ"ש רי"ף ורא"ש פ' המפקיד דלא גרע ממעות מותרין בשולחני כיון שיודע שישתמש בהן ע"ש וא"כ במתנה עמ"ל ניהו דהמתנה על תנאי מ"מ הרשות להשתמש מנ"ל שהוא על תנאי הא לא גרע כשלא נתקיים התנאי ממקח טעות מיד וגם במתנה ע"מ להחזיר דעתו כשלא יקיים התנאי עכ"פ יהיה לו רשות להשתמש בהן דהא יודע שישתמש בשעת המתנה והוי כמו מקח טעות דיהיב להכי דא"ל כשהוא על תנאי באמת אין לו רשות מיד להשתמש מחשש שמא יאנס ויתבטל התנאי והוי שליחות יד ז"א דלמאי דמסיק בש"ס

סוכה כ"ד וגם לרבנן דר"מ לא חיישינן לשמא יבקע הנוד או שמא ימות ע"ש וקשה כנ"ל דיהיה לו דין שואל ברשות גם שלא נתקיים תנאו ויפטור במתה מחמת מלאכה:
ולמ"ש מיושב דדוקא מקח טעות אין הנתינה רשות על תנאי דניחא ליה יותר שיהיה ברשותו לענין אחריות אונס קודם שנשתמש. משא"כ במתנה ע"מ להחזיר דאף אם יהיה השאלה ג"כ על תנאי דכשלא יחזיר יתבטל הרשות אעפ"כ יהיה חייב באונסין כנראה מהרא"ש דנקיט זה לב' טעמים וכמש"ל דהוי כלוקח כלים כו' דבידו לקנות. ושוב טוב לו יותר מה שיתבטל הרשות ויהיה חייב במתה מחמת מלאכה. ואעפ"כ יתחייב באונסין קודם מלאכה. ולהנ"ל י"ל דלהחולקין בחיוב אונסין שוב ממילא גם מתה מחמת מלאכה ממילא פטור דהוי כמו במקח טעות דלא בטל הרשות כנ"ל. אך בהא דאם אני חוזר בי אמחול לך דכ' רמב"ם וש"ע סי' ר"ז דנגד המוחל לא הוי אסמכתא אף דנגד הכופל הוי אסמכתא כו' ואעפ"כ לא אמרינן דבטל נגד זה ממילא שלא רצה למחול רק כשיהיה מועיל תנאי של זה לכפול ג"כ ותוס' סוברים באמת כן פ' א"נ ס"ו ע"ש:
עוד נראה דהא ודאי בשוכר שהשכירו ע"מ שיהיה כשואל להתחייב באונסין דהתנאי לחייב דמהני דמתנה שומר חינם כו' ודאי דנעשה כשאר חוב ואף דאינו משלם אח"כ כשנאנס מ"מ לא נתבטל ההשכרה למפרע דאין התנאי על מעשה התשלומין רק על החיוב שמשכירו באופן שיהיה עליו חיוב והא יש עליו חיוב ומה שאינו משלם הוי כמו שאר חוב. וא"כ בשואל שהתנה שיתחייב במתה מחמת מלאכה ודאי ג"כ כנ"ל אם הי' החיוב מועיל נגמר מיד השאלה אף שלא ישלם אח"כ כיון שחלה בחיוב ולא במעשה התשלומין רק דנימא כיון שאינו מועיל קבלת חיובו של זה מיד בטל השאלה דלא השאילו רק שיהיה חיוב דמתה מחמת מלאכה ע"ז וכיון שאין עליו חיוב הוי שלא ברשות ואפשר דזה עדיף דגם החולקין על הרא"ש דלא בטל למפרע הרשות מ"מ כאן י"ל דמודים דבטל השאלה מיד כיון שתלה בחיוב ואין עליו חיוב. ודמי להא דע"מ שאין לך עלי שאר כסות אם הי' תנאי קיים ע"ש בתוס' פ' אע"פ דאי כפלי' היה המעשה בטל רק משום דהוי א"א לקיימו. משא"כ כאן דאפשר בקנין ועוד דכאן כשמועיל התנאי שפיר יתקיים שיהיה עליו חיוב דמתה מחמת מלאכה מטעם גזלן ושואל של"מ. אך אמנם להפוסקים דבגזילה וש"י לא איתרבי שוגג ע"ש בש"ס פ' מרובה בהא דנתנו לבכורות בנו וכשהיה סבור שהוא שלו לא חשוב גזלן. וכן מבואר להדיא בש"ס כתובות פ"ג כסבורין של אביהן טבחוהו ואכלוהו כו'. דמשלמין בזול ולא מחייבין להו מטעם גזלן כמו ששוה:
וא"כ כיון דאמרינן בש"ס ב"מ דף ס"ו גבי אסמכתא ומוכר פירות דקל דחשיב מחילה בטעות דהניחו לאכול שהיה סבור דהדין הוא דמהני מכירתו ועתה שנודע לו שיוכל

לחזור חוזר דהוי בטעות ע"ש. וא"כ ע"כ הא דהרא"ש ז"ל מחשיבו לגזלן בלא נתקיים התנאי אף שלא ידע אז היינו כמש"ל דהא ידע שתלוי בקיום התנאי וכשלא יקיים יהיה גזל למפרע כנ"ל אבל כאן בשואל ע"מ שיתחייב במתה מחמת מלאכה וזה מקבל עליו החיוב ואם הדין דמהני החיוב נגמר מיד השאלה בלי תנאי עוד בין ישלם אח"כ או לא. א"כ כיון דזה חשוב בטעות ממילא כיון שהתנה וסבר שהדין דמהני החיוב שמקבל עליו ויש לו רשות להשתמש בו בלי שום תנאי. ושוב ממילא עתה דנודע לו דלא מהני החיוב וחוזר בו מ"מ לא מחייב כלל מטעם גזלן למפרע דהא לא אתרבי שוגג והא היה סבור שהוא שלו הרשות להשתמש כיון דמהני החיוב כנ"ל. אך יש לדחות די"ל דאין הטעם גבי כסבורין של אביהם משום דלא אתרבי שוגג בגזילה רק הטעם דהא בגזלן צריך קנין המועיל במקח וממכר כמ"ש כל הפוסקים ואם כן כיון דעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו לא קנה גם בגזלן לא הוי קנין לענין גזילה כנ"ל וא"כ למאי דקי"ל בסבור של גר אחר דקני כשמתכוין במשיכה זו לאיזה קנין שיהיה ואם כן בשואל שמתכוין לקנין שאלה הוי גזלן שוב בשוגג ג"כ וזה נוגע בכמה מקומות ויש לפלפל הרבה ואין להאריך:

אמנם באמת דאין צורך כלל לטעמים האלו בשוכר או בשואל דע"כ לא אמר בש"ס (ב"מ צ"ד) בטעמא דמתנה שומר חינם ושומר שכר להיות כשואל משום בהאי הנאה או קנין כו' רק בשומר חינם ושומר שכר אבל שוכר ושואל דשכירות נתחייב בדיבור בלבד כמבואר בכל הפוסקים ובש"ס בכמה דוכתי וביבמות דף ק"ו חלוץ ע"מ שתתן ר' זוז כו' דחייב באמירתו לחוד. וא"כ אם שכר חפץ או פרה ונתחייב לו בעד השכירות איזה חיוב בודאי דנתחייב מיד כשמושך החפץ דזה דמי השכירות כשאר מקח דמחויב במשיכת החפץ ואם הי' הרוב בתנאי שמתנה ומתחייב בתנאי ודאי דמועיל חיובו וא"כ בשוכר ושואל דקונה במשיכה שיהיה שכור או שאול לו וא"כ כשזה מתחייב לו בעד זה שאם תמות מ"מ ישלם לו לא גרע משאר חיוב בעד ההשכרה ומיד כשמושך החפץ נתחייב השכירות ומה צורך לקנין אחר. ואיך חשיב זה דברים וזה עצמו הוי כקנו מידו דודאי לא חשיב זה אונאה וגם משטה לא שייך כיון דראוי לזה. וזה פשוט לענ"ד ואיני מבין מה נתחבטו קצה"ח ונ"מ:

וזה יש להסתפק בשואל כשהתנה להתחייב מתה מחמת מלאכה שוב אפשר דזה הוי שכירות ושוב פטור משאר אונס שאינו מחמת מלאכה אך זה כשלא התנה אבל כשהתנה בפירוש בכל אונסין שוב חייב דמתנה להיות כשואל. ועוד דמשום שכירות כנ"ל. ודוקא שומר שכר ושומר חינם אף דתקנו משיכה בשומרין. מ"מ אין משיכה וקנין בגוף החפץ כמ"ש תוס' ב"ק משא"כ שוכר ושואל כנ"ל:

אמנם לענ"ד בנידן דידן והן בנידן דידהו בשואל שהתנה שאם תמות ישלם הוא מפורש בש"ס דזה דין צאן ברזל דאמר ב"מ ס"ט ע"ב דתני' אע"פ שאמרו אין מקבלין צאן ברזל כו' אבל אמרו השם פרה לחבירו ואמר הרי פרתך עשוי עלי בל' דינר כו' לפי שלא עשאה דמים אלא לאחר מיתה. וכן בספינה אגרא ופגרא שנותן שכירות ושאם תשבר ישלם לו וא"א לומר דשם איירי בקנין בב"ד חשוב דהא א"א שיהיה קנין מעכשיו אם תשבר או תמות דא"כ הוי ליה מלוה למפרע ושוב הוי רבית כשנוטל השכר ואף אם יחזור השכר הא סבר רבא דרבית ע"מ להחזיר אסור ב"מ ס"ג וא"ל דמיירי בנכייתא וכמ"ש תוס' שם דא"כ מה תמה רב ששת ארב דשתיק בהא דפרכוה ר"כ ור"א. אי אגרא לא פגרא הא משמע שלא בנכייתא כלל דהא אמר שתיהן ומנ"ל לר"ש לתמוה לא שמע לי' לרב כו' וע"כ דאין הקנין מעכשיו רק קודם שתמות וכדאמר ריש המפקיד שעה אחת סמוך לאבידה ושבורה קנאו. וא"כ קנין לא מהני דהדר סודרי' למרי' בחיוב דלאחר ל' כנ"ל ונידן דידן ממש כנ"ל ששם דמיהן ונותן שט"ח על שיווי הסחורה והשומא על אחר מיתה אם תמות או ישבר שתלקח הסחורה כנ"ל. וגם רבית אינו כיון שהשומא על אח"כ ולענין זולא ברשות הנותן קאי וכההוא דב"מ ס"ד אי תקפה ברשותך יוקרא וזולא ברשותי דפירשו התוס' גם במשך ע"ש אך י"ל מטעם מתנה שומר חינם כשואל. אך בספינה ופרה הלא חיוב דמתה מחמת מלאכה וחולקין השכר וגם כאן נוטלין שניהם השכר כשמוליך הסחורה ובאה בשלום למקום חפצו ששוה יותר וכטרשא דר"ח והא דהחמרים מעלים במקום היוקר כמקום הזול ע"ש דף ע"ג ולא נזכר קנין כלל:

עוד נראה דבשואל שהתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה דהא ודאי דמתה מחמת מלאכה ראוי להתחייב יותר משאר אונס שלא מחמת מלאכה כמו שהקשה רמב"ן ותירץ משום פשיעה דבעלים הוא פטור ע"ש ומטעם זה השיג ש"ך על ת"ה ורמ"א בלסטים ששאל כלי זיין להלחם ונלקחו דכיון שלא פשע המשאיל חייב ע"ש בש"ך סי' ש"מ סק"ו ולענ"ד דברי רמ"ה ות"ה נכונים דאין טעמיה דרמב"ן משום פשיעה ממש רק כמ"ש הנ"י פ"ק דסנהדרין וכ' הפוסקים שם ובש"ך סי' כ"ה בהדיוטות גמורים שקבלו עלי' דדינם דין אף שטעו ופטורין לשלם דכיון שידע שיכולין לטעות ולא אתני וצוה אותו לדין ע"ש דפטורין דהוי כאומר קרע את כסותי דפטור וכן בטעה בד"מ שם דמבואר בעה"מ ושאר פוסקים דמשום פשיעותא דבע"ד דאיבעי ליה לגלוי' טענתיה ע"ש וכן במשאיל כיון שיודע שאפשר שתמות מחמת מלאכה וציוהו לעשות הוי לענין זה כאומר קרע את כסותי כנ"ל רק דהוי אמרינן דמבעי ליה לשואל להתנות כיון דמחייב באונסין וע"ז אמר דפשיעותא דמשאיל דיודע יותר דמה שתוכל הבהמה לעשות מלאכה וממש כדין

הש"ס בפועל ובעה"ב דבמה שיודע יותר בעה"ב שדה שלו איבעיא ליה לאתנוי' ע"ש ב"מ ע"ו וממילא בהשאילו להלחם שיודע שאפשר שינצח זה או זה וציוהו לכנוס לספק זה הוי כקרע את כסותי דלא גרע הספק מודאי וכמו בהדיוטות הנ"ל ושפיר פסקו דפטור וממילא בהתנה באמת שישלם ודאי דלא גרע משאר אונס ששואל חייב וכמו קרע כסותי ותשלם לי:

עוד י"ל דהא פשט לשון הש"ס לאו לאוקמי בכילתא שאלה משמע דהא שאלה לעשות מלאכה וכיון שאינה ראוי לזה לא נעשה שואל כלל והוי כמוכר זרעוני גינה ולא צמחה וכמו המוכר בהמה לרדיא ונמצא נגחן כיון שאינה ראוי למלאכה או שאר מום דמה חילוק בין קנין דשאלה או שאר קנינים וזה פשוט אך רמב"ן ז"ל קשיא ליה דהוי כטרפות דסרכא דשכיח דאיבעי ליה ללוקח להתנות ע"ש בר"ן חולין פ' אלו טריפות ובש"ע ח"מ סי' רל"ב וע"ז תירץ כיון דפשיעותא דמשאיל שיודע עליה דידיה רמי לאתנוי'. וממילא כל הפטור שאינו שואל ושוב מהני התנאי דהא מתנה שומר חינם להיות כשואל ואין כאן חיוב נוסף כלל על שואל רק שגם שאינו שואל הרי הוא כשואל וחייב ממילא מתה מחמת מלאכה כנ"ל. ומיושב לי בזה קושיית תוס' אמתניתין דשואל משלם הכל והקשו הא מתה מחמת מלאכה פטור. ולמ"ש א"ש דמה דפטור משום שאינו שואל אבל כשהוא שואל חייב בכל ויש לכוין זה בתירוצם ע"ש ב"מ צ"ד. עוד י"ל דהא לוקח לל' יום פטור ובעל בנכסי אשתו כמ"ש בש"ס וא"כ שואל דהתשמיש בגוף החפץ נותן לו במתנה כמבואר ברמב"ם ז"ל (פ"א משאלה) להדיא דהוי קנין פירות במתנה וא"כ א"א לחייבו במתה מחמת מלאכה דלענין זה הוא שלו וכל מה שחייבתו באונסין הוא בשביל שכל הנאה שלו ויש לו רשות לעשות בזה מלאכה ואם תחייבו במתה מחמת מלאכה אין הנאה כלל דהוא ספק הפסד על המלאכה כנ"ל. וג"כ כנ"ל:

ובאדם אחר המקבל האחריות יש להסתפק דהא בזרוק מנה לים ואתחייב לך מחלוקת הפוסקים אי מחייב מדין ערב. ואף דכאן קונה זה הסחורה להשתכר בו שכירת הולכתו ואם היה חשיב קנין א"כ מוציא זה הסחורה מרשותו לרשות אחר על פיו ומתחייב מדין ערב. מ"מ אם קנין של זה רק כשתאבד הוי כערב ע"ת דג"כ ליש פוסקים שייך דין אסמכתא כמבואר בהל' ערב ויש לעיין בזה אבל המקבל עצמו נראה דחייב כמ"ש והנראה לענ"ד כתבתי ולאהבתך פניתי מעט להתהלך ברחבה קצת דברי ידידך ד"ש.

הק' יצחק מאיר בהרב מור"י ז"ל.

סימן ז

ב"ה יום ב' כ"ז אדר ראשון ת"ר לפ"ק פה ווארשא.

החיים והשלום וכל טוב לכבוד אהובי ידיד נפשי הרב המאה"ג חריף ובקי נ"י פ"ה החסיד מוה' אליעזר הכהן נ"י:

מכתבו קבלתי לעת ערב ש"ק. מה שתמה רו"מ על התוס' שסוברים דלר' נחוניא בן הקנה חכ"ש פטורי' [והלא כל הילפותא מלא יהיה אסון או ממכה בהמה ע"ש ומנלן דשורף גדישו בשבת פטור בשלמא ברציחת אדם פסקינן דרוצח שגלה והרגו גואל הדם פטור א"כ הוי כמו ניתן להציל בנפשו או כמו מחתרת דהאי שעתא בר קטלא אבל בשורף גדישו דלאו בר קטלא בלא התראה מנ"ל דפטור לשיטת תוס' כתובות ל"א דמיתה לזה ותשלומין לזה חייב חוץ מרודף הואיל וניתן להצילו בנפשו ע"ש וכמו כן כרת לשמים] אינו מובן כלל מה עלה על דעת רו"מ שחייבי מיתות שוגגין אין פטור רק או ברציחה דחייב גלות או בלא התרו בו בשאר ח"מ והוא מזיד ויש עונש מיתה. והוא מבואר להיפוך בכמה דוכתי בש"ס במקומו ב"ק ל"ה שור שהדליק הגדיש בשבת חייב והוא שהדליק פטור כו' ודייק דומיא דשורו כו' דמקלקל כו' ומסיק רבא מתני' בשוגג וכתנא דבי חזקיה כו' ופי' רש"י ז"ל דכיון דהא דמקלקל פטור מטעם שנקרא אינו מתכוין מיפטר מתנא דבי חזקיה דלא חלקת כן בהנ"ל כיון דאם היה צריך לאפרו היה חייב לא חלקת לפטור עיי"ש ומבואר דאף שאין איסור כלל מה"ת במקלקל מ"מ פטרינן ליה מתשלומין משום לא חלקת. ותוס' שם שנחלקו על רש"י היינו משום דאין איסור כלל אבל עכ"פ מפרשים דמשני דומיא דשורו דאף בשוגג פטור ע"ש עכ"פ הנך רואה היפוך מדבריך דשוגג גמור דומיא דשורו ושוגג דשבת דאיכא קרבן ואעפ"כ פטור מתנא דבי חזקיה כו' גם גוף ההיקש שייך גם כן דתנא דבי חזקיה מה מכה בהמה כו' בין מתכוין לאינו מתכוין לחייבו כו' ומבואר בש"ס ב"ק כ"ו ע"ב הי' אבן כו' ולא הכיר בה ועמד ונפלה לענין ניזקין חייב לענין גלות פטור כו' ואותן הפטורין מגלות משום דקרוב לאונס מבואר ברמב"ם דגואל הדם אסור ונהרג עלי' וא"כ ההיקש שפיר מה מכה בהמה לא חילק כו' אינו מתכוון כנ"ל ומ"מ חייב כמו כן מכה אדם פטור גם אינו מתכוון כנ"ל דליכא גלות ולא עונש מיתה דקיל מחייבי גלות ומוכח דגם כה"ג פטור ח"מ שוגגין. וממילא מוכח דאין שום ה"א וסברא לומר כמ"ש רו"מ דהא בסנהדרין ע"ט פריך מאי אינו מתכוון אי שאינו מתכוון כלל היינו שוגג כו' ומה פריך הא צריך לפטור אינו מתכוון דליכא חיוב גלות דקרוב לאונס ולא נלמד משוגג. וע"כ דאין סברא כלל לחלק. ומ"ש רו"מ דמה שרשות לגואל הדם להרגו הוי כניתן להצילו בנפשו. אינו דמיון כלל שזה מחויב מיתה בשעה שרודף ואלו נהפך והרגו נהרג. ובגואל הדם רק רשות ואלו נהפך והרגו פטור כמו קנאין וע"כ שאין זה חייב מיתה ואף שהמשנה למלך נסתפק בשתיהם בגואל הדם וברודף ובנהפך

והרגו ע"ש (ולדבריו יש לך ללמוד משם ג"כ דאמר רבה סנהדרין ע"ד וב"ק קי"ז רודף שהיה רודף אחר רודף ושיבר כלים בין של רודף ובין של כל אדם פטור ולא מהדין כו' והא בשיבר של רודף מן הדין פטור דיכול להרגו אך בודאי אסור ואין ראיה):

לא ראה דברי הר"ן ז"ל בחידושיו לסנהדרין פ"א ע"ב גבי קנאין כו' שכ' ואינו דומה לרודף דאם נהפך הנרדף כו' ודאי נהרג עליו כו' אבל קנאין שעשה העבירה רק לעשות נקמה והבא להרגך השכם להרגו כל שאינו מחויב מיתות ב"ד ע"ש מבואר להדיא דגם בגואל הדם אם נהפך והרגו פטור משא"כ ברודף. ויש לתמוה מאד על בעל משנה למלך איך עלה על דעתו ברודף דנהפך והרגו יהיה פטור הא ביכול להציל בא' באבריו והרגו חייב ובזה הרודף שיכול להציל במה שלא יעשה העבירה יניח מלרדוף אחר העבירה ויציל עצמו ולא יהרגנו ועל ידי שרוצה לעשות העבירה ולהרוג את זה יהיה פטור יותר. אתמהא להעלות סברא כזו על ספר. עכ"פ אין לדמותו לניתן להצילו בנפשו כו':

ועוד דהיקישא דתנא דבי חזקיה מכה אדם כו' היינו גם מכה אביו כמבואר סנהדרין פ"ד ע"ב וגם ע"ז דרשינן לא תחלוק בין שוגג כו' דפטור על החבורה אף דליכא גלות ושוגג גמור ותוס' (ע"ט ב') כ' דשניהם ילפינן רוצח ומכה אביו ע"ש. ועוד דהא חייבי מלקות שוגגין (כתובות ל"ה) פוטר ג"כ ר"ל מהיקישא דאיתקש לחייבי מיתות. ואי ח"מ באין גלות ג"כ לא פטור שוגג א"א ללמוד חייבי מלקות שוגגין שיהיה חמור מח"מ באין גלות. וע"כ דאין שום חילוק כיון דמזיד פטור דאיתקוש ממילא פטור שוגג מהיקשא דתנא דבי חזקיה ועוד דלרבא דרך עליה קיל מדרך ירידה דקרוב לאונס כמ"ש תוס' מכות ט' ע"א ד"ה אמר ליה וא"כ היקישא דתנא דבי חזקיה דבין דרך עליה כו' בכל גווני דפטור כנ"ל: וממילא כיון דילפינן אסון לר' נחוניא בן הקנה או כרת כמיתה שלכם ממילא שייך ההיקש כמו במיתה לא חלקת בין שוגג כו' כמו כן כרת כנ"ל. וסברא שכתב רו"מ שמתכפר בקרבן מה בכך גם מזיד מתכפר בתשובה וסברא זו איתא להדיא בש"ס מכות י"ד כיון דאי עביד תשובה כו' מוחלין לו לא פסיקא מלתא לכרת ואף על פי כן פוטר לר' נחוניא בן הקנה ממילא גם שוגג פטור. וה' יתן לך ברכה ושלום כחפץ ידידו ד"ש באהבה: הק' יצחק מאיר.