שו״ת · אחרונים

שות מהראל צינץ

רבי אריה לייב צינץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות מהראל צינץ

רבי אריה לייב צינץ

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שות-מהראל-צינץ/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 4
סימן ב ג 6
סימן ד 12
סימן ה 18
סימן ו 22
סימן ז 49
סימן ח 58
סימן ט 65
סימן י 78
סימן יא 94
סימן יב 151
סימן יג 152
סימן יד 154
סימן טו 158
סימן טז 180
סימן יז 191
סימן יח 196
סימן יט 215
סימן כ 238
סימן כא 240
סימן כב 246
סימן כג 249
סימן כד 252
סימן כה 254
סימן כו 257
סימן כז 262
סימן כח 268
סימן כט 283
סימן ל 284
סימן לא 304
סימן לב 318
סימן לג 319
סימן לד 322
סימן לה 326
סימן לו 331
סימן לז 345
סימן לח 351
סימן לט 383
סימן מ 388
סימן מא 403
סימן מב 424

סימן א

בא"ח (סימן יא ס"ו) אם עשאום מצמר גזול פסול דכתיב ועשו להם משלהם והוא מדברי הרמב"ם וכתב רמ"א דדוקא שגזל החוטין אבל אם גזל צמר ועשאן חוטין כשרים דקנאן בשינוי וכתב ב"י ליישב דברי הרמב"ם אפשר דמיירי קודם יאוש או משום דהוה שינוי החוזר לברייתו ובט"ז תמה עליו דקודם יאוש פשיטא דהא אמרינן גבי קרבנו ולא הגזול אי לפני יאוש פשיטא כדאיתא בב"ק (דף סז:) ודבריו תמוהין דשם טעמא משום שא"י להקדישו כדא תא כי יקדיש ביתו מה ביתו ברשותו (וראיתי שכבר תפסו עליו בזה) וזה לא שייך בציצית ועל תירוץ השני של ב"י הקשה ג"כ דהא לאו שינוי חוזר לברייתו הוא לכן תירץ דטעמא של הרמב"ם דס"ל דאע"פ שקנאו בשינוי מ"מ הוה מצוה הב"ע וכמ"ש בתוס' ר"פ לולב הגזול דכל מצוה דאורייתא הוה כקרבן לענין זה וגם תירוץ זה תמוה דא"כ קשה ג"כ ל"ל קרא ועשו להם משלהם פשיטא דמיפסל משום מצוה הב"ע וכמו שהקשה על הב"י ונראה להליץ בעד הט"ז דבלא"ה קשה מה שהקשה באידך קושי' על הב"י שתירץ דהוה שינוי החוזר לברייתו והקשה דלא הוה שינוי חוזר ואמאי לא הקשה א"כ ל"ל קרא וצ"ל די"ל דהא גופא קמ"ל קרא דשינוי חוזר לברייתו לא מהני ועפ"ז נראה ליישב דקושי' הראשונה שהקשיתי על הט"ז הא בציצית שפיר י"ל דצריך קרא אפי' קודם יאוש נראה דודאי אם אין החוטין שלו פשיטא לי' דלא יצא דהא טלית שאולה פטור מציצית דכתיב כסוחך ממעט כסות שאינו שלו א"כ משמע ודאי דגם החוטין צריכין שיהי' שלו דהחוטין גם כן מין כנף וכ"ש למ"ד מין כנף א"כ לא צריך קרא לזה דהחוטין לא עדיפי מכסות עצמו והרי חם החוטים אינם שלו לאו מין כנף הוא ועיין תוס' פ' התכלת (דף לה ד"ה כתוב) דלכ"ע בעינן מין כנף א"כ כמו שהכסות צריך להיות שלו כמו כן הציצית וא"כ יש ליישב תירוץ הט"ז דס"ל להרמב"ם חוטין גזולין פסולין משום מהב"ע ומה שהקשיתי א"כ קרא ל"ל י"ל דקרא אתי היכא דלא שייך מצוה הבאה בעבירה דהא לפי שיטת הט"ז דשייך מצוה הב"ע אפילו כבר קנאו א"כ תיקשי הך דאוונכרי דאמרינן דהוי יאוש ביד הנכרי ושינוי רשות בידי אוונכרי וקשה הא מצוה הב"ע וצ"ל דלגבי אחר ליכא מצוה הב"ע אי קני להו וא"כ יש לומר שפיר דקרא אתי בגזל חוטין וצבען תכלת ומכרן לאחר קודם יאוש דאי קני להו בשינוי א"כ לגבי אחר תו לא מקרי מצוה הב"ע כיון דכבר קנינהו בשינוי מיהו באמת תכלת הוה שינוי החוזר לברייתו דהא תכלת יוכל להעביר רק קלא אילן לא עבר כדאיתא בר"פ הגוזל וא"כ קרא אתי לגזל חוטין וצבען תכלת ומכרן לאחר וקמ"ל דשינוי החוזר לברייתו לא הוה שינוי מיהו הט"ז תירץ שיטת הרמב"ם דמיירי לגזלן עצמו ודאי פסולין משום מצוה הב"ע אבל

בקרא י"ל דקמ"ל דשינוי חוזר לברייתו אינו קונה ונפ"מ במכרו לאחר דתו לא שייך טעמא דמצוה הבאה בעבירה כן י"ל להליץ בעד הט"ז:

ומ"מ בעיקר ישובו לא ידעתי צדיק מה פעל בישוב דברי הרמב"ם דהא מוכח ודאי מהא דאוונכרי דפריך ולקני בשינוי שם ושינוי מעשה משמע דלא הוה מצוה הב"ע אי איכא שינוי וכן בכשורא דמטללתא דעבדי בי' רבנן תקנת מריש משמע היכא דכבר קנאו תו לא חשיב מצוה הבב"ע לכן לר"ת נמי י"ל דוקא היכא שלא נשתנה חשיב מהב"ע אי יאוש קני שהדבר בעינא כמו שהוא לכן אע"פ שקנאו מקרי מהבב"ע משא"כ היכא שנשתנה הדבר מודה ר"ת דתו לא מקרי מצוה הבאה בעבירה ואף דמריש חשיב שינוי החוזר לברייתו מ"מ כיון שעכ"פ נשתנה עכשיו ותיקנו שא"צ לסתור הבנין שפיר דחשיב שינוי ותו לא הוה מצוה הב"ע אם כן לא העלה ארוכה לדברי הרמב"ם דבשינוי לכ"ע לא חשיב מצוה הבב"ע:

לכן לענ"ד אפשר לומר בדעת הרמב"ם דכיון דבעינן טוי' לשמה ובטוי' הוא שנעשה שינוי מאשר היה צמר מעיקרא א"כ י"ל דס"ל כשיטת ר"י דלכך הוא מצוה הבאה בעבירה אע"ג דבהקדש איכא יאוש ושינוי השם מ"מ כיון שע"י ההקדש בא הקנין מקרי מצוה הב"ע א"כ י"ל כיון שהטוי' מצוה וע"י הטוי' קונה הוה מהב"ע (ויש לחלק) ולפ"ז אפשר דאם גזל צמר טווי לשם ציצית וצבעו באופן שאינו חוזר דקני ליה בשינוי כיון שהצביעה אינה מן המצוה י"ל דגם להרמב"ם כשרים:

והנימוק"י כתב ודוקא שגזל חוטין ועשאן ציצית אבל גזל צמר ועשאן חוטין קנאן ביאוש ושינוי הגוף וכתב במג"א דאפשר דס"ל דהוה שינוי החוזר לברייתו לכן הצריך יאוש עם השינוי וקשי' לי אם ס"ל דשינוי החוזר לברייתו קינה עם יאוש א"כ קשה אפי' גזל חוטין ועשאו ציצית נמי יהי' שינוי החוזר לברייתו עכ"פ דהא בסוכה ר"פ לולב הגזול גבי אוונכרי פריך לקנוי' בשינוי מעשה ומשני דס"ל לולב א"צ אגד ואת"ל צריך אגד שינוי החוזר לברייתו הוא א"כ משמע דהאגד נחשב שינוי א"כ קשה אפילו גזל חוטין כיון דקיי"ל קשר עליון דאורייתא נמי הוה יאוש ושינוי החוזר לברייתו:

גם קשה לפי דפת התוס' דרבה ס"ל שינוי החוזר לברייתו קונה מן התורה כמ"ש בב"ק (דף סה: ד"ה הן) ובר"פ הגוזל א"כ קשה איך ממעט קרא ועשו להם ציצית למעוטי גזולה ממנ"פ אם גזל חוטין ועשאן ציצית א"כ הוי האגד והקשירה שינוי החוזר וקני בשינוי ואם גזל כסות עם ציצית בלא"ה פטור מציצית מקרא דכסותך ואפשר לומר לדעת התוס' איירי שאחד קשר ציצית בטליתו של חבירו וגזל הציצית שהיו בטלית שלו דלא נשתנה ע"י הקשירה מיהו למ"ש לעיל בדעת הט"ז דחוטין שאינן שלו נפק מכסותך דגם ציצית

בעינן שיהיה שלו אי אפשר לומר כן מיהו י"ל לדעת התוס' דכיון דלא קנאן רק על ידי הקשירה והקשירה היא מהמצוה מקרי מצוה הבאה בעבירה כמו בלולב הגזול והקדש כדפרישית לעיל בדעת הט"ז אבל הנ"י נראה דלא ס"ל סברא זו דאי ס"ל סברא זו י"ל סברא זו גם בטוי' כמ"ש לדעת הרמב"ם וא"כ קשי' אפילו גזל חוטין וקשרן נמי איכא יאוש ושינוי חזר לברייתו:

אלא דקשה לפ"ז הא דאמרינן בסוכה פ' לולב הגזול קסבר לולב א"צ אגד ואת"ל צריך אגד שינוי החוזר לברייתו וקשה אי צריך אגד א"כ האגד מן המצוה וא"כ הדר ה"ל מצוה הבב"ע ועמ"ש בחידושי סוכה שם:

סימן ב ג

שאלה על ישראל שהיה לו פאבריקין לעשות מעשה אורג סחורות נאיקין וכדומה ויש אומנים עושים מלאכה ע"פ השוואה מכל אמה והישראל ייחד להם מקום והאומנים עושים בשבת ובכל יום אם יש איסור בדבר:

א

תשובה הנה ראיתי למעל' שהאריך בדברי אריכות וקשה עלי לטרוח לעיין בדברי אריכות במקום שאמרו לקצר ע"כ באתי בקצרה הנה מעל' חשב שהוא הדין הנזכר (בסימן רמ"ד סעיף ה') אם שכר עכו"ם לשנה שיכתוב לו או שיארוג לו בגד הרי זה כותב ואורג בשבת כאילו קצץ שיכתוב לו ספר או שיארוג לו בגד שהוא עושה בכל עת שירצה ובלבד שלא יעשה בבית ישראל כו' ויש מי שאוסר וחשב מעל' שהראב"ד אוסר בנידון זה והרמב"ם אפשר שאוסר נמי כיון שהוא בבית ישראל ובזה לא כוון יפה בדברי שניהם גם ראיתי ראשית דבריו לתמוה על הט"ז (ר"ס רמ"ד סק"ב) שהקשה למה אסור בשדה בקבלנות ובאריסות שרי והתוס' כתבו דבבית רגילין לשכור מדי יום יום והרואה אינו אומר קבלנותיו עביד וכתב בט"ז דמשמע דבשדה מותר קבלנות ועל זה כתבו אח"כ לחלק דדוקא במטלטלין מותר קבלנות וכתב בט"ז לפרש דס"ל התוס' דבבית רגילין לשכור שהוא תמוה שהרי עיניו רואות דדרך לבנות בקבלנות ומתרץ דבשדה יש שני דרכים אריסות וקבלנות להיתר ודרך אחד לאיסור שכירות יום בזה אזלינן לקולא דרגילין שעובד לעצמו ג"כ לכן בשדה אפילו עובד בקבלנות אין כאן אלא צד אחד לכן אסור ומעל' תמה על הט"ז דגם בקבלנות איכא נמי צד אריסות והאריך בתימא ובאמת לא ירד לסוף [דעת] הט"ז דודאי אם הוא אריס באמת אף שיש דרך איסור בשכירות אם לא יודע להם יש שני דרכים להיתר אריסות וקבלנות ואם יודע להם האמת הרי אריסות

מותר אבל בקבלנות כיון שיתברר להם שאינו אריס שהרי אינו נוטל חלק בפירות אין כאן רק צד אחד להיתר קבלנות וצד אחד לאיסור היינו שכירות ויש שיתלו בשכירות לכן אסור גם קבלנות שיתלו בשכירות אחר שיתברר שאינו ארים אין כאן רק צד אחד להיתר ובט"ז חסר תיבה אחת במ"ש דודאי אינו צ"ל דודאי אינו אריס וזה פשוט בכוונת הע"ד (בפ"ז ממכירה) והסכים המ"מ לשיטת האחרונים שחלקי על הרמב"ם דמלוה אינו קונה במכר וא"כ בהא גופי' איכא תרי ספיקי שנוא אין הלכה כרמב"ם דס"ל מלוה קונה במכר דפשטא דש"ס פ' האיש מקדש מוכח דמלוה אינו קונה הגם שאמרנו ליישב ולתרוצי לרמב"ם מ"מ פשטא דש"ס משמע דאין חילוק בין מכר לקידושין ואת"ל שהלכה כרמב"ם דמלוה קונה במכר שמא אין הלכה כמותו במה שפוסק דבנכרי מעות קינה ופשיטא שאין להחמיר בחמץ שעבר עליו הפסח לתפוס שני החומרות היוצאים מדעת הרמב"ם:

אמנם צריך לעיין בהא דאינו ענין לנדון דהרמב"ם דניהו דמלוה אינו קונה במכר היינו כשנשארו המטלטלין אצל המוכר אבל כאן שכבר שלח האדון לישראל היי"ש ודאי אם עשה בו משיכה הו"ל חמץ של ישראל כיון שכבר שלחו וקיבלו הישראל רק בנ"ד שלא קיבלו הישראל לרשותו רק העמידו ברשות נכרי אחר וא"כ אפי' היתה העגלה בחצרו של ישראל לא קנה עדיין אם העגלה היתה של נכרי הו"ל כליו של מוכר ברשות ליקח דלא קנה כדאיתא (בסי' ר סעיף ה) וא"כ לא היתה החמץ ברשות הישראל כלל ונשאר ברשות הנכרי הלוה:

ב

עוד יש לדון בזה היתר דידוע דעת הגאונים שסוברין בישראל שהפקיד חמצו אצל נכרי דאינו עובר עליו שאע"פ שהוא שלו אינו ברשותו והרא"ש תמה עליהם דמ"מ עיקר הממון של ישראל וביתו מקרי בין שהשאיל ביתו לשמירת ממונו ביתו מקרי ובאמת כבר ישבנו דברי הגאונים בטוב בספרי מגן אלף (סי' תמ סק"ה) כאשר ידרוש המעיין מספרי המצוי במדינה זו וכ"פ לדברי הגאונים לא עבר הישראל כלל בבל יראה ומ"ש מעל' כיון שהנכרי חייב לו הוה כשכר ממנו הבית בהנאת מלוה ליתא דודאי לדברי הפוסקים בהנאת מלוה מקודשת היינו שצריך שיאמר בשכר שאני מרויח לך זמן מקודשת וכן בהנאת מחילת מלוה צריך שיאמר כן בפירוש דהא מקדש במלוה אע"פ שכל המלוה נמחל בקידושין אפ"ה אינה מקודשת כ"ש בסתמא שהנכרי נותן לו רשות להעמיד שם יי"ש שלו שלא קנה המקום דהא שכירות קרקע נמי כמכירה ואינו נקנה אלא בכסף ושטר וחזקה כדאיתא בח"מ (סימן קצה סעיף ט) בסתמא לאו שכירות הוא ולא אמרינן

מסתמא הוה הרחבת זמן שהרי הישראל יכול לתובעו כיון שהגיעו זמנו ואם מצד עצמו (נמנע) [נתרצה] מתנות טובה שעשה לו אין זה שכירות כלל וכל נפקד נותן רשות למפקיד שיעמיד שם חפצו ולא הוה קנין במקום ושטיחת פרי והעמדת בהמה לא קנה כדאיתא בח"מ (סי' קצב) ומה שנתן לו רשות אינה חזקה גם מעות לא הוה שהרי לא אמר בפירוש שמרויח לו ושיקנה בזה ואם הנכרי רוצה יכול לחזור כיון שלא נתן כסף וגם חזקה ליכא בזה אפי' לדעת הרמב"ם שסובר דבצחוח סלע קנה בהעמדת בהמה הכא שיכול להחזיק בנעילת דלת כדאיתא בגיטין פ' הזורק תחוד ותפתח אבל בלא חזקה לא קנתה הגט א"כ שייך נמי חזקה בשכירות כמו שם בגט שלא קנתה הגט רק לפי שעה ואפ"ה לא סגי בהעמדת החפץ כיון דאפשר בחזקה במקום ההוא וקנין מעות לא הוה כיון שלא הרויח לו זמן בפירוש ויכול לתבוע מעות מן הנכרי א"כ ליכא שום חזקה וקנין במקום שנאמר שהמקום תעשה כרשות ישראל וא"כ להגאונים לא עבר כלל בב"י וכן הסכים הר"ן בשם הרמב"ן והשיג על הרמב"ם ג"כ אלא דהר"ן מסיק דמ"מ החמץ אסור מדרבנן כדמשמע בנכרי שהלוה וכבר ישבנו בספרי מגן אלף:

ג

וע"ז אני אומר עוד לפי הסכמת הפוסקים דביטול הוא מטעם הפקר וקיי"ל דחמץ של ישראל שעבר עליו הפסח אפי' ביטלו אסור כדאיתא בסימן תמ"ח והנה בראש פ' כל שעה הביא פלוגתא בירושלמי בהפקיר חמצו דפליגי ר' יוחנן וריש לקיש ור' יוחנן אוסר ומפרש טעמא דר' יוחנן דחייש להערמה ופירש הרא"ש שלא יפקירנו ויאמר הפקרתיו מעתה י"ל דדוקא כשלא זכה בו אחר ע"פ הפקירו בהא הוא שקנסו אבל אם זכה בו נכרי א"כ כבר וכה בו ומה לנו לקנוס הנכרי שזכה בו קודם זמן איסורו והוה חמץ של נכרי לגמרי י"ל דלא קנסו כה"ג ואם נפשך לומר מ"מ שייך הערמה זו שמא לא יפקירנו ויאמר שהפקירו ע"ז אני אומר דצריך טעמא למה לא יפקירנו כדי לצאת מן האיסור דאפי' בישראל עוברי עבירה אמרין חמצן של עוברי עבירה לאחר הפסח מותר מפני שהם מחליפין דלא שביק התירא ואכל איסורא וצ"ל דכאן ירא פן יזכה בו אחר קודם זמן איסורו והנה בנ"ד שהחמץ מופקד אצל נכרי ושפיר יכול להפקירו קודם זמן איסורא ופקדון יכול להקדיש כשלא כפרו כמ"ש התו' (ב"מ דף ו) א"כ היה יכול להפקירו בשלימות ואין לחוש שיזכה בו אחר שהרי הנכרי לא יתנו לאחר מסתמא שטוב שיזכה הנכרי לעצמו ואם אינו יודע שזוכה בו ממילא לא יניח לאחר לזכות בו רק שהיה לנו לחוש שהנכרי עצמו יזכה בו מן ההפקר והא ליתא דממנ"פ אם הנכרי יודע דין ישראל כשמפקירו יכול לזכות בו א"כ ממילא אפילו לא יפקירנו כלל יוכל הנכרי לזכות בו

לעצמו בפסח ואין לישראל טענה עליו כלל דאין דמים לאיסורי הנאה ואפי' לכתחלה יכול לזכות בו וא"כ בודאי י"ל שישראל הפקירו בלב שלם שאם הנכרי ירצה לקחתו לאחר זמן איסורו אין לישראל שום טענה עליו אפי' לא הפקירו וא"כ כשהוא ביד הנכרי מופקד שפיר יכול להפקירו שאין ישראל אתר יכול לזכות בו מאחר שהוא ברשות נכרי והנכרי יעכב לא יניח לישראל לזכות בו שהרי הוא ברשות נכרי ואם ירא שיזכה בו הנכרי עצמו הרי בלא"ה בפסח הנכרי יוכל לעשות בו כרצונו ואין הישראל יוכל לעכב על ידו וא"כ שפיר יוכל להפקירו ואין לו הפסד מן ההפקר ולא שייך ביה הערמה א"כ י"ל דבזה שהוא מופקד ברשות נכרי לכ"ע מותר בהפקירו קודם זמן איסורו ולא תקשי הא דקיי"ל בנכרי שהלוה ליש אל על חמצו שאסור דאפילו איירי בביטלו י"ל דשם לא שייך הפקר דאין ברשות ישראל להפקירו כיון שחייב עליו לנכרי והרהינהו אצלו ובלא"ה נמי ע"כ הך מיירי בלא הפקירו אי דלא מהני הפקר דאל"כ תקשי לר"ל דס"ל הפקר מהני אמאי אסור בנכרי שהלוה אלא ודאי איירי בלא הפקירו או דאין ברשותו כיון שאין בידו רק ביד נכרי והנכרי הלוה עליו א"כ כשביטלו הרי זכה בו הנכרי דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וגם בנכרי איכא חצר לכ"ע כמ"ש במגן אלף (סימן תמח) וא"כ אינו חמצו של ישראל כלל:

ד

ומה שפקפק מעל' שזה אינו יודע פירוש כל חמירא הגם שהמג"א בסימן תל"ד כתב בפשיטות דאם אינו מבין לשון כל חמירא וסוברים שאומרים איזו תת נה פשיטא דלא יצאו דבהפקר בעינן פיו ולבו שוין הגם שכ"כ (כתב) בפשיטית וכ"כ האחרונים לא כן אנכי עמדי ונראה דאע"פ שאינו מבין כלום מ"מ כיון שזה אמר הלשון ע"ד חכמים ומנהג ישראל וידוע שאין שום בר ישראל המבין מונע לומר כל חמירא בשביל שמבין שהוא ענין הפקר א"כ גם זה אומר הלשין כפי מה שידונו בו חכמים ואם ידונו עליו שהוא הפקר ודאי אין דעתו להוציא עצמו מכלל ישראל ואומר ע"ד חכמים ומה שידונו בלשון זה זה יקבל עליו ואפילו להוציא ממון מצינו בח"מ (סי' מה ס"ג) הודאה בחתם ידו אע"פ שאינו יודע לקרות מ"מ מתחייב במה שכתבו בו וכתב בתשובת רמב"ן הטעם דהואיל ולא ידע לקרות וחתם עצמו גמר בלבו להתחייב בכל מה שיהיה כתוב בשטר כמו בעל אומר לפקדון דגמר בלבו שיהיה כאשר יאמר השליש וצ"ע דבאה"ע (ריי"ס סו) בעם הארץ שטען שלא ידע מה שכתוב בכתובה כי אין יכול לקרות דודאי העדים לא חתמו עד שקראו לפניו משמע אם לא קראו באמת לפניו אינו מתחייב וקשה נימא נמי שכיון שקיבל קנין בסתמא ולא ביקש שיקראו לפניו סמך על העדים ואין לומר דבחתם

בח"י שאני דהא בתשובת רמב"ן מביא ראיה מבעל אומר לפקדון שכל הסומך על אחרים דעתו שיהיה כפי דבריהם אם כן אפילו לא קראו לפניו כלל נימא שסמך על העדים והך תשובת רמב"ן נמי דרשב"א היא כנודע ויש ליישב דשם טוען שכתבו יותר ממה שהתנה בשעת קבלת הקנין וצוה למסור השטר רק שסבר שלא כתבו רק כמו שהתנה ונמסר השטר בטעות אבל כאן שחתם על כתב שלא ידע לקרות אמרי' מסתמא גמר בלבו להתחייב וצ"ע:

עכ"פ נראה שכל האומר כל חמירא דעתו לקיים תיקון חכמים וכפי מנהג ישראל ומה שיתפרש לשון למבין גם דעתו על כך וכיון דאנן מפרשינן לו בלשון הפקר אף שהוא אינו מבין דעתו שיהיה כפי פירוש הלשין למבין שהוא אומר ע"ד המנהג:

וגדולה מזו מצינו בגמרא שבועות (דף כט) כשמשביעין אותו אומרים לו לא על דעתך אנו משביעין אותך כי אם ע"ד ב"ד וקאמר מ"ט לאו משום דאמרי' אסקונדר"י יהיב ליה ואסיק שמייהו זוזי הרי מפורש כשב"ד משביעין א תו אע"פ שלבו על אסקונדר"י ואין פיו ולבו שוין אמרינן כיון דאמרי' ליה שישבע ע"ד ב"ד בטלה מחשבתו לגמרי כ"ש כשדעתו שיהיה בכלל דבריו ע"ד מנהג ישראל שאין מחשבתו נגד דיבור דחל הביטול אע"פ שאינו טבין רק מתכוין לומר כמנהג ישראל מסתמא דעתו שיהיה קיים כפי משמעות הלשין מאחר שבתום לבבו אומר כן שהרי לבו שוה שיהיה כפי מה שמוציא בלשונו אף שאינו מבין וא"כ פיו ולבו שוין שיהיה כמשמעות לשון שהוציא מפיו ושפיר הוה ביטול בכל אדם:

ה

גם מה שעלה בדעתו לומר שהוא באחריות הישראל ליתא דהרי אין הישראל חייב באחריות רק שיפסיד חובו מן העכו"ם ובהא לא מקרי קבלת אחריות שכבר נסתלק מן הנכרי מחובו ובשביל שיהיה חובו נפסד אם יאבד החמץ הא לא מקרי קבלת אחריות וכמו שהשגתי בספרי על ספר מקור חיים (בסימן תמ ססק"ג) דבקבלת אחריות חפץ שיהיה חמץ בעין להחזירו אבל במה שמפסיד חובו אם יאבד החפץ זה לא מיקרי קבלת אחריות ועוד הוה אחריות חמצו של נכרי בבית נכרי וגם מה שנסתפק אם אזלינן בתר דיניהם כבר כתבתי בספרי מגן אלף (סימן תמח) והשגתי על המג"א שנסתפק בזה אך נ"ל דלא שייך למיזל בתר דיניהם כ"א במה שמחוקי המלכות על כללות המדינה כיון שיקנה בכסף או בהכאת כף על כף שזה משפט כולל וחק ונימוס המדינה אבל במשפטים פרטיים התלוים בסברות השופט כאשר בודה מלבו לא שייך למיזל בתר דיניהם וכן משמע ממה שפסקו הפוסקים (בס"ס תמא) בישראל שהלוה לנכרי על חמצו

ולא אמר מעכשיו אינו עובר ולא חילקו שמא בדיניהם יכול למוכרו מיד אם לא פרעו אח"כ למפרע הוא שלו וא"כ עבר כמו לאביי כיון דאם לא פדאו הוה מכירה למפרע אפילו לא הרהינהו הו"ל להפוסקים לחלק אם בדיניהם כשאמר לו מעכשיו אפי' הוא בבית הנכרי הוה שלו למפרע דאז אסור אפי' לא משכן אלא בדינים פרטים לא אזלינן בתר דיניהם מאחר שאינו חוק קבוע גם בנ"ד אינו מוכרח שיהיה דיניהם כשקיבל עליו לשלוח לו יי"ש שלא יוכל לחזור וליתן לו מעות לכן נ"ל שאין לחוש לזה:

וכל זה אם לא טענו היי"ש מן העגלה רק נכרים דלא זכה ישראל דאין שליחות אבל אם שלח הישראל לישראלים שיטענו לו היי"ש לחדר הנכרי א"כ זכה בו הישראל יש לאסור היי"ש ואין לסמוך על שאר סניפין:

ואין לדייק דקני הבית בשכירות ממה שפירשו בתו' פסחים (דף ו) דביחד לו בית א"צ לבתר משום דהוה כחו קבל אחריות חמצו של עכו"ם בבית עכו"ם שיחד לו הנכרי להיי"ש וא"כ הוה ברשות ישראל דליתא ודאי לא קני המקום רק בקנין דשכירות שוה למכר ובהעמדה לא קני המקום כדפרישית לעיל והא דאמר למימרא דבשכירות קונים היינו משום דאיכא שהחזיק בבית כדין שכירות וכדאיתא פ' הזורק תיחוד ותפתח ואפי' אם נימא לפי האמת לפיר"ת יחוד בעלמא נמי סגי לאו משום דשכירות קינה רק משום דלא ימצא ואם יחד לו מקים תו לא מקרי מצוי תחת ידו אף שלא קנה המקום כדין וכ"ש לפמ"ש במגן אלף (סי' תס סק"ד) דבעי' גם התם קנין קנין מעליא בעי (וכן מוכח מדעת הגאונים שסוברים בישראל שהפקיד חמצו אצל העכו"ם מקרי אינו ברשותו אלמא אע"פ שיחד לו הנכרי מקום לחמץ לאו שכירות הוא והרא"ש שחולק עליהם וכתב דכיון שהשאיל ביתו לשמירת ממינו ביתו מקרי אין כונתו שקונה המקום דבהנאה לא קני אלא משום דעיקר הממון של ישראל אבל בהנחה לא קני המקום כמ"ש לעיל דבהעמדת בהמה לא קני) וכן מוכח מדברי הגאונים שכתבו בהפקיד חמצו בביתו של נכרי אין עובר עליו שאינו ברשותו ואם איתא דקני ביחד מקום א"כ איך כתבו שאינו עובר הא (המקום שהניחו) קנה המקום שהניחו שם והוי ברשות ישראל לגמרי ודוחק לומר דהגאונים מיירי בלא יחד לו מקום לפקדון דא"כ מאי קשיא להר"ן מנכרי שהלוה את ישראל על חמצו דהישראל עובר הא י"ל ששם יחד לו מקום לחמץ של ישראל וכיון דנכרי מישראל לא קנה משכון א"כ המקום ג"כ של ישראל אלא פשוט שאינו קונה המקום בלא קנין ואפילו הרא"ש דפליג על הגאונים היינו משום שעיקר הממון של ישראל והשאיל ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה רשותו אבל הרא"ש לא פליג מחמת שיהיה המקום נוי לישראל דהא העמדת בהמה לא קני כדפרישית:

סימן ד

ב"ה יום ב' מ"ג למב"י תקפ"ח פאדעמביץ. מעיין המתגבר, נחל שוטף ועובר, בפלפולו עוקר הרים ומשבר, מישרים דובר, כבוד הרב הגאון הגדול מעוז ומגדל מאור הגולה כבן עזאי בשוקי טבריה בפלפול וסברא נ"י ע"ה פ"ה כקש"ת כמהור"ר ארי' ליב נ"י כאור הבהיר:

ביום אתמול קבלתי יקרת מכתב הגאון נ"י ושמחתי עליו כמוצא שלל רב. ואמרתי הנה רם ונורא פנה ממכון שבתו לאיש כמוני היום כן אשר כבודו מלא עולם יפן ברחמים לפקדו בדבר ישועה ורחמים יאריך ימים ושנים בטוב ובנעימים. וכעת איני בא ח"ו להתווכח עם כבוד הגאון. כי מה יערוף שריקת זבוב באזני ארי' דבי עלאי באמרי פיו מעלה תהומות מעייני החכמה מקצה ארץ רק באתי להתנצל לפני כבודו הרמה ללמד סנגוריא על דברי הראשונים וידעתי ברבינו כי יש בו מדעת קינו החפץ בהצדק פחיתי הערך כמוני ואדוני החכם כמלאך אלקים יבין כוונתי כי כאן חקים שאמרו להחמיר וכו' כי אילו נזכר בעל החמץ אחר הפסח התרשתי ידעתי כי יש להקל בדבר דרבנן אכן באמה נזכר בעל החמץ ביום א' דפסח שהוא לדעתי דאורייתא כמו שאבאר לכן אל יתשימני כבוד הגאון שאחזתי החומרות היוצאים מדברי הרמב"ם כי ודאי לא נעלם מנני דעות החולקים על הרמב"ם בהנך תרתי ר"ל דרך דמלוה קינה ומעות קינות בעכו"ם רק לענין דאורייתא ראוי להחמיר כמו לענין בכור דחש הטור והש"ע בי"ד (סי' שכ) לדעת רש"י ור"ת וכתב שם הש"ך סק"ח דאפילו דיעבד אי עבד חד מהנך או כסף או משיכה לא מהני לאפקועי איסור בכורה ועוד דהרמב"ם לתו יחידאי הוא בהנך דינים הנ"ל רש"י והרשב"ם ב"ב (דף נד.) דעתו דמעות קונות בעכו"ם (ועיין ב"י סי' קצט וסי' רד) ובמלוה דעת הרי"ף ובה"ג ור"ח כדעת הרמב"ם ואין ראיה שאין לתפוס ב' חומרות מתשו' הב"ח הביאו הש"ך י"ד סי' שכ סק"ח) וז"ל ואצ"ל דאם הישראל היה חייב לעכו"ם ואמר לו העכום פרתך תהיה קנויה במעות שאתה חייב לי דאין זה קנין עכ"ל די"ל דע"כ לא קאמר הב"ח אלא לחומרא שלא יפקע קדושת בכורה אמנם אם הישראל קנה בענין זה מן העכו"ם אפשר דחוששין להחמיר וחייבת בבכורה מספק ע"כ בפסח גופי' חשתי לחומרות הללו ומ"ש כבוד הגאון נ"י דידוע דעת הגאונים שסוברים ישראל שהפקיד חמצו אצל עכו"ם אינו עובר וכו' וכתב שם שתירץ דברי הגאונים בספרו האמת אגיד כי ספרים הנחמדים מזהב ומפז ספרי י"ח וג"מ הם חח"י אכן ספרו מג"א בקשתי ולא מצאתי' פה והגאון נ"י יודע כי איש כמוני מחויב לילך ע"פ דרכי הוראה בכללי הפוסקים (כנה"ג סי' מ"ד תשובת הרשב"א ח"א סי' רנ"ג מהר"ם אלשיך סי' א') כ"מ שדברי הראשונים חקוקים

בס' לזכרון וכו' והח"י והרח"ש והטור וש"ע פליגי עליהם וגם הרמב"ם פ"ד מה' חו"מ ואפילו הר"ן החולק מ"מ לענין איסור דרבנן מודה ודאי כוותייהו נקטינן ועוד דע"כ לא קאמרי הגאונים היכא דהנפקד קיבל עליו אחריות כמו שאבאר בע"ה אכן בנידון דידן שלא היה שום אחריות על הנפקד יודו הגאונים דאיסורא רביע על המפקיד דהנה דברי הגאונים המיוסדים על דברי המכילתא ולכאורה הם מן הקצה אל הקצה לדברי הגמרא דהנה מהגמ' משמע דלא ימצא להחמיר דבכל התורה נקטינן דבר הגורם לממון לכ"ד ובחמץ אתי לא ימצא לרבויי דבר הגורם לממון ומדברי המכילתא האי לא ימצא להקל ואין לומר דהמכילתא מיירי בלא קיבל הישראל אחריות א"כ הך בבא בחמצו של ישראל ביד נכרי ג"כ בלא קיבל ע"א א"כ למה נקטו הגאונים בקיבל ע"א ועוד למה לא יעבור הישראל המפקיד בודאי ברשותו קאי וכן הסברא נותנת הא עיקר הלימוד מלא ימצא מי שמצוי בידו בשלמא אי אחריותן על הנכרי הנפקד אין הישראל המפקיד מצוי שם דהא הנכרי הנפקד מחויב לשמרו ולהשגיח עליו אכן אם אין אחריותן על הנפקד ודאי הישראל המפקיד מצוי שם בכל עת להשגיח על פקדונו [וכמדומה שסברא זו ראיתי בס' או"ת גבי המלוה על המשכון יעו"ש] והנכרי ודאי א יעכב על ידו ואין לומר כיון דאין הבית של ישראל אין זה מצוי בידו הא בגמרא מסקינן דשכירות נמי לא קניא והבית של המשכיר ואפ"ה עבר השוכר מחמת לא ימצא ולא חיישינן על מה שכתוב בתורה כל גבולך דלענין חמץ הוי כל גבולך של השוכר דילפינן מלא ימצא מי שמצוי בידו וזה סברת רש"י ור"ת והרא"ש אלא שחולקים בענין אחר כמ"ש בתשו' הקודמת ועוד כד דייקינן בדברי המכילתא יצא חמצו של עכו"ם בבית ישראל כו' ואינו יכול לבערו הל"ל שאינו שלו דהא קרא כתיב ולא יראה לך שלך דוקא וכמו שממעט מגבולך את שאינו ברשותו כן יכול למעט מלך את שאינו שלך. ואין לומר שזה כוונת המכילתא שאינו יכול לבער מחמת שאינו שלו דלפ"ז מצי למנקט רבותא טפי דאפילו חמצו של ישראל ביד חבירו שניהם א"ע זה שאינו שלו וזה שאינו ברשותו אע"כ דגם המכילתא סובר דדבר הגורם לממון כמ"ד ואפ"ה בחמצו של נכרי ביד ישראל וקיבל עליו הישראל אחריות א"צ לבערו אע"ג דהוה כדידי' והא דאמר רבא בעירו חמירא דבני חילא היינו כמ"ש הראב"ד דלא היה אנוס כלל ויכולים להחזירו לעצמם ובמכילתא מיירי שאין המפקיד בביתו לקבלו רק מחמת שאינו יכול לבערו דהנכרי לא יניחנו לבערו ובחמצו של ישראל ביד נכרי וה"ה בחמצו של ישראל ביד חבירו החיוב על הנפקד אע"ג דגוף הדבר של המפקיד הא כיון דמטי זמן איסורו אינו שלו [ולא שאני אומר דהוי כעפרא והפקר ממילא וזכה בו הנכרי דהא הרשב"א בסוכה (דף לה) כתב שכל איסורי הנאה

הוי לכם וכן דעת התוס' קידושין (דף נו פ"ב) ואפילו הר"ן שאוסר שלא כדרך הנאתן היינו מדרבנן כמ"ש בזה המל"מ בפ"ו מה' אישות ויסודי התירה ובאמת יש במקצת מן האחרונים שחמץ אסור שלא כדרך הנאתן מקרא דתשביתו ובאמת מהגמרא משמע שני דברים א"ב של אדם ועשאן וכו' ומדאין חמץ נחשב לכלום משמע שאסור שלכד"ה ויש לי הרבה דברים בזה ואכ"מ אכן המעיין בתוס' פסחים בכמה מקומות יראה היפך זה וכן משמע פשטא דסוגית הש"ס דאיסור הנאה בחמץ הוא מל"י ועוד דגם הנכרי אינו קינה דהא צריך לכוין לקנות כמ"ש התוס' ב"ב (דף נד) והכא הנכרי ודאי אינו מכוין לקנות [ר"ל אינו שלו לגמרי והנפקד ג"כ אינו שלו לגמרי אלא בדבר הגורם לממון וקפיד רחמנא על זה שהחמץ ברשותו וזה אתי המכילתא לאשמועינן היכא שהמפקיד והנפקד שייכים בחמץ עיקר החיוב על אותו שהחמץ ברשותו לכן היכי שהנפקד עכו"ם מותר החמץ ובנפקד ישראל החיוב על הנפקד ואסור אכן אם אחריות על המפקיד ואין על הנפקד שום שייכות אפילו בדבר הגורם לממון ודאי חיוב על המפקיד וגם מצוי הוא בידו כמ"ש לעיל ועוד כה"ג דאין הגוף החמץ של ישראל דהא לדעת החולקים על הרמב"ם גוף החמץ של העכו"ם הראשין ואין על הישראל אלא אחריות א"כ אפילו א"א דחמץ מכי מטי זמן איסורא הוי עפרא אפ"ה אין חצירו של עכו"ם הנ"ל יכול לקנות וזה פשוט ואין ראיה מקונמות דשם הוה כהקדש ואסור אפי' שלכד"ה ולפ"ז גם הגאונים יודו דעבר הישראל ועוד ודאי יודו הגאונים דעכ"פ אסור מדרבנן דא"כ בטלת דין ביעור חמץ וא"ל דזה כעין חמצו של נכרי ביד הישראל דהתם היינו טעמא דאין הישראל יכול לבערו שיאמר העכו"ם איני חפץ בתשלומין דידך אלא בחמצו אכן בנידון דידן יכול לבערו שהרי העכו"ם נתן לו פ"מ להחליט בידו ויכול הישראל לבערו אם ירצה:

ומ"ש בתשובה הראשונה כיון דהנכרי היה חייב לו מן הסתם לא נתן לו המקום אלא דארות לי' זימנא וכתב הגאון נ"י ע"ז דצ"ל בפירוש בשכר שאני מרויח לך זמן דהא המקדש במלוה אע"פ שכל המלוה נמחל אפ"ה אינה מקודשת עכ"ל ע"ז אתנצל לפני כבוד הגאון נ"י דמה שעלה על דעתי בזה דא"צ לפרש דל"ד לקידושין דשם כ"ז שאינו מפרש בהנאת מלוה אמרינן דעתו אמלוה גופיה כמ"ש באע"ז (סי' כח ס"ז) אפילו בהחזיר לה (שם ס"ח) השטר כיון דמקדשה במלוה ולא זכר השטר וכ"כ הפלאה בק"א אכן אם קידשה בשט"ח שמין את הנייר כיון שהזכיר השטר הוי כמלוה ופרוטה ודעתו אפרוטה דהנאה שמקבלת האידנא אמרינן עדיפא לה מהחוב שאינו ממון כמ"ש במודר הנאה אכן אם לא הזכיר אלא מלוה אע"ג דיש בה הנאת פרוטה במחילתה א"מ דאטו אם יקדשנה במלוה ויתן לה מעות בסתם ודאי א"מ כיון שלא אמר שתהא מקודשת בזה

ודאי דעתו אינו אלא על מה שמזכיר וזה נתן לה במתנה אכן בנידון דידן שלא הזכיר כלום אלא אמר לו בסתם תן לי מקום והמלוה שהיה לי על העכו"ם לא מחל לו אמדינן דעת הנכרי ודאי לא עשה לו בחנם רק וכו' אע"ג דדברים שבלב אינם דברים הא כתבו התוס' (קידושין דף מט:) דיש דברים שאפילו גילוי מלתא א"צ ואנן סהדי דאין עושה טובה לישראל בחנם כמ"ש אין מקרבין לאדם וכו' מי לא יבין זאת שר כמוהו יניח לישראל לרמוס חצרותיו בחנם אלא כמ"ש כ"ז שעושה לו טובה אין לו מצח להרים ראש לתבוע ואין לך אומדנא דמוכח כזה והא דכתב מעכת"ה הא הישראל יוכל לתובעו ממנו בכל עת היינו שיקח ממנו היי"ש ואת"כ יתבענו אכן כ"ז שהיי"ש עומד שם לא יוכל לתובעו עכ"פ מושכר לו שלא לזמן ובשעת העמדה היה מושכר לו בכסף וקנהו ויש לי ראיה דא"ל לפרש בפ"ק דגיטין בסוגית מע"ג לפי ס"ד בגמרא ליתן טעם על קנין מע"ג בהאי הנאה דמשתני' ממלוה ישינה למלוה חדשה גמר ומשעבד והא התם לא פירש דסתמא אמר רב מנה לי בידך הנהו לפלוני ואפ"ה קנה אלא ע"כ כמ"ש דחכמים אמדו דעתם. ועוד לו יהיה אלא שאלת קרקע ודינה כשכירות ונקנית בחזקה ולדעת הרמב"ם והעיטור קינה מה שמעמיד שם חפציו וכן דעת הירושלמי בקידושין ובאמת הש"ך (בח"מ סי' רב) פקפק היכי דשני הקנינים באים כאחד אכן הקצה"ח הניחו בצ"ע ובמחלוקת היא שנויה. וכ"כ מהר"ם אלשיך (בת' סי' י) ומשמע שם אפילו כה"ג הוי חזקה טובה וראיתי בס' אחד היכי שב' קנינין באים מב' בנ"א אפילו הש"ך יודה בזה ומ"ש הגאון אפילו לדעת הרמב"ם לא הוי אלא בצחות סלע דאינו יכול לעשות חזקה אחרת אבל הכא יכול לעשות חזקה דתיחוד ותפתח לא יכולתי לעמוד על סוף דעתו דמשמע מדברי מעכת"ה דמשמע מדבריו דלהרמב"ם ל"מ חזקה כזו במקום שיכול לעשות חזקה בגופו של קרקע שהרי הרמב"ם (בפ"א מה' מכירה ה' טו) כתב הך דצחות סלע ובה' ט"ז כתב החוכר שדה וכו' וזרעה או אסף פירות האילן וכו' הרי שם יכול לעשות חזקה טיבה אפ"ה מהני אסף הפירות דלא הוי רק הנאה שלו וכ"כ הה"מ דרבינו סובר דא"צ דבר המועיל לקרקע ע"ש וכ"כ בח"מ והא דנקט הרמב"ם צחיח סלע לאו למעוטי ד"א דה"ה בשדה רק לשון הגמ' נקט כידוע דרכו וזה ברור וכיון דלדעת הרבה פוסקים הוה חזקה טובה וא"כ בפסח הוי ספיקא דאורייתא וא"כ לא נשאר אלא הביטול ובזה נדבר בע"ה [בפרט לדבר הגורם לממון לא מהני ביטול שהוא מטעם הפקר כמ"ש הפ"י בסוכה בם גיא אוונכרי דכמו שאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כך א"י להפקיר ולדעת הפוסקים שלא קני גרע יותר ודוק] ותיחוד חוד ותפתח לא מצי עביד דהא לא הקנה לו כל המדר כ"א זוית אתת. ובענין הערמה שכתב מעכת"ה הנה בתשובת

עבודת הגרשוני שאלה ק"ה בפירוש הא' של הירושלמי וכן בנב"י (סי' יח) כתבו שמא יערים לא שלא יפקירנו ויאמר הפקרתיו ואפילו יש עדים שהפקיר ל"מ שהרי צריך לבער לקיים תקנת חכמים ופרשו שמא פ"א לא יפקיר ויאמר הפקרתיו וכן כוונת הרח"ש בפ"ב דפסחים והפירוש זה מוכרח ובזה תרצתי דברי בעה"ע ואין פה מקום להאריך ואין לומר דכאן לא שייך דלמא אתי למיכל כיון שהוא ברשות אחרים הרי כתבתי למעלה היכא דאין אחריות על הנפקד הוא מצוי אצל פקדונו ובפרט שהאדון שלח אחר ישראל שיבא לשם כמה פעמים לתקן החבית שהיה מטפטף מיי"ש והי' מצוי שם כ"ז שנתקלקל ומ"ש הגאון דהכא אין לו הפסד שיפקיר דאם יודע הנכרי דין ישראל מנ"ל דלא יפקירם בלב שלם דאפילו אם יתוודע להנכרי דין ישראל יהיה ירא לקחתו שיכול המפקיד לעשות קנוניא עם נכרי אחר שמכרו לו בכסף קודם הפסח והנכרי הנ"ל יוציא ממנו בעש"ג אכן אם יהיה עדים שהפקירו יוכל הנכרי לקחת אותו בלי שים חשש ועוד דמעיקר תקנתא דרבנן בביעור חמץ דהנכרים שלנו יודעים שהוא הכל הערמה ומ"ש כבוד הגאון נ"י על אמירת כ"ח ודימה אותו לדין המבואר (בח"מ סי' סא) והוא מתשובת הרשב"א (ת"א סי' תרכט) ובהשקפה ראשונה עמדתי מרעיד ע"ז דל"ד כלל דהתם טעמא אחרינא איכא למעיין בגוף התשובה ואפילו לדברי הרמב"ן והסמ"ע דהטע' דשתיקה בעניני הללו הודאה הם עכ"פ ידע המחויב שבזה מתחייב רק אפשר דא"י כמה אמרינן דסמך עליהם אכן בנידון דידן שהוא ע"ה באופן שא"י כלל ענין הביטול וסובר שאמירת כ"מ כמו יה"ר ותחינה מאין יהי' ההפקר ועיינתי בלשונו הזהב וראיתי שמעכתו"ר נשמר מזה וכתב וז"ל שמבין שהוא ענין הפקר עכ"ל ובזה ודאי דנידון דוחה לראי' אכן לא היה למעכתו"ר להשיג על האחרונים דהא המג"א בסי' תל"ד נשמר ג"כ מזה וכ' המג"א ואותן שאינם מבינים כלל וסוברים שאומרים איזה תחינה וכו' וכ"כ בח"מ שם והם ג"כ לדבר זה נתכוונו הרי שצדקתי דאין הביטול מועיל ועוד יש לחלק בשלמא שם לא תליא ברצונו לחודיה אלא גם בדעתם תלוי והיא לא רצתה להנשא רק על חיוב זה ומדשתק התחייב עצמו כרצונה וכפי אשר יכתבו העדים ודאי לא כתבו העדים דבר אשר לא נדבר כלל שם אלא כפי רצונה. דומה לזה מצאנו מוכר אומר לא אמכור כי אם בד' ולוקח אומר בב'. ולוקח הולך אח"כ בסתם ונוטל החפץ מתחייב כמ"ש מוכר ובכתיבה שרואה שהעדים כותבים ונותנים בידה ודאי יודע שאח"כ יתבעו ממנו ויצטרך לשלם ומה זו שתיקה אלא ע"כ גמר ומשעבד נפשיה וגם בזה יש הרבה לדבר אכן פה אפ"ל דלא הפקיר וביטל ולא סמך על שום אדם כי מי יתבענו וכי הזוכה יעמידנו בדינא ודינא ע"ז בפרט כעת אשר הכל ללעג בעיניהם כידוע וכעין סברא זו מצאתי בנב"י שאלה ק"ח לחא"ע:

ומ"ש הגאון נ"י מהא דשבועות ודאי בשבועות לבטא בשפתים כתיבי ואין דברים שבלב שם כלום וזה שרמזתי בת' ומה שאומרים לו לא על דעתך וכו' אפילו בלא זה הוי שבועה טובה כ"ז שאין השבועה באונס רק זה אומרים לו לרווחא דמלתא שלא יורה היתר לעצמו אפילו שלא כדין דאלת"ה יקשה למה אמרו שבועת הדיינים בלשון שמבין הא אפילו אינו מבין כיון שיודע שהוא שבועה וע"ז נשבע אע"כ כדי לאיים שידע חומר השבועה ואין מזה ראיה כלל:

ומ"ש כבוד הגאון דאין זה אחריות מה שמפסיד חובו שכבר נסתלק הנכרי וכו' לא זכיתי להבין דבריו אם הישראל לא קנה ממילא לא נסתלק הנכרי הלוה וחובו גבי' קאי כמ"ש בח"מ (סי' קכ) ועדיין לא יצא הי"ש מרשות הנכרי רק לזה קאי הי"ש ברשות ישראל שאם יפסיד הי"ש יפסיד חובו כידוע זה הוי אחריות גמור ול"ד לדינו של המק"ת דשם נמכר במכירה גמורה ויצא החמץ מרשות ישראל לגמרי. ול"ד לנכסי מצרי ב"ב (דף נד ע"ב) שהם כהפקר דמצרי כיון ששקיל זוזי מסתלק ע"ש דהתם לקח המעות בעד הקרקע וכל קנית הנכרי לכל הפח ת בקרקע הוי ככסף כמ"ש הרשב"ם והתוס' ויצא מרשות הנכרי לגמרי והא דאין הישראל קינה מחמת שאינו גומר בדעתו לקנות בלי שט"ח ומה איכפת להנכרי בכך אכן כשמסלק לבע"ח בעד חובו או במעות ובאיזה חפץ אינו מסלק הנכרי עד שיזכה בו המלוה או ע"פ דת או ע"פ דינא דמלכותא אכן כ"ז שלא זכה בו המלוה באיזה דבר יצא מרשות הלוה הלא לא הפקירו ואפי' אי הפקירו אלא אדעתא דבע"ח כמ"ש ב"ק (דף קז) ז) בעובדא דר' ספרא ואפילו למ"ש התוס' ד"ה אדעתא א"ש למעיין היטב וכאן קצרה היריעה וחזינן דלא פסק כחו עדיין נמצא אפ' לדעת החולק ם עכ"פ קאי ברשות הלוה ועל ישראל אחריותו והוי דבר הגורם לממון כיון שהעמידו במקום אשר בירר לו הישראל ומצוי בידו כמ"ש למעלה ועבר על ב"י ואם הישראל קנהו ע"פ דת או ע"פ דינא דמלכותא ודאי ע"ע ודו"ק:

ומ"ש הגאון נ"י בדינא דמלכותא דאין זה אלא בדין כללי ולא בדין שהשופט בודה אותו מלבו הן אמת לא מצאתי חילוק זה ובת' אבה"ש (סי' נט) הביא בשם מהרי"ק שורש קפ"ח ושם מיירי בדין שהשופטים עשו זאת ע"פ חקירתם והסכימו עמו כל הגדולים דהוי דד"מ דינא אמנם בנידון דידן הוא דין כללי ע"פ דת המלך אפילו בלא מלוה בין שהלוקח נותן מעות ולא משך או שלוקח החפץ ולא נתן מעות ושוהה איזה זמן ב' או ג' ימים קונה וע"פ דיניהם משיכה מעליותא היא שהעמיד במקום שרצה הוא ואצלם אין נ"מ בין רשותו בעצמו או ששואל לו איזה רשות ובזה השהה אצלו קידם הפסח ג"ח דשוב ודאי אינו יכול לחזור ואפילו אי נימא שאין זה דין כולל לא יגרע ממנהג שנהגו

הדיוטות שקנה כמ"ש רמ"א בתשובה (סי' פז) וזה ודאי יודע מי שמחזיק חפץ בתורת מכירה של חבירו זמן מרובה כמשלש חדשים ודאי אין כ"א יכול לחזור בו ע"פ דיניהם:
מכל הלין אסרתי החמץ בפסח והוא המרה את רוחי והשהה החמץ במזיד כל הפסח וכדי שלא יהיה חוטא נשכר אמרתי אטו חנן תקנתא דפרוצין ניקום ונגמר שפרצו השועלים המתבלים כרמים הרסו יסודי התורה ובפרט כנראת מכתבי הגאון נ"י שהקולות הללו רק בחמץ שעבר עליו הפסח אכן בנידון דידן נודע הדבר ביום א' דפסח מהראוי לכתוב איסור עליו לבלי תפרצו. דברי המצפה לתשובתו הרמתה מחוי קידה מרחוק. הק' משה אבד"ק הנ"ל:
[תשובת הגאון זצוק"ל בזה לא נמצאם בין הכתבים]

סימן ה

א

שאלה ראיתי ונתתי אל לבי בהיות שמתרמי שאלה בחמץ בפסח בחמץ דאורייתא כמו ביי"ש וכדומה וכיון ששהיי' אסורה א"כ כפי הנראה היה צריך לבער החמץ בטרם יתברר לו הספק ואולי ומצא צד התירא וכפי הנראה ספיקא דאורייתא הוא ואם נשאר בספק כל יחי הפסח צ"ע אם מחויב לבערו כי באמצע ימי הפסח אפשר דליכא חששא דמשהה החמץ כדי לבערו כתבו התו' פסחים (דף כט:) דאינו עובר עליו אבל מה יעשה בשביעי של פסח שיעברו עליו כל יחי הפסח ועבר עליו וכמה פעמים שבעיר קטנה אשר השאלה צריכה לגדולי הדור ונשתהה החמץ מחמת ספק וכן לפעמים שמתרמי לבן תורה אך אינו יודע בהכרעות א"כ כפי הנראה שצריך לזרקו מיד דספיקא דאורייתא היא ולא נהגו כן:
תשובה שנ"ל ללמד זכות על זה הוא משום דאיתא בב"ק (דף צא) המקרע על המת יותר מדאי לוקה משום בל תשחית משמע לכאורה מדאורייתא עובר בבל תשחית וא"כ י"ל כל האיסורין שאסרו חכמים וצריך לזורקן או להפסידן לא שייך בל תשחית שאינו עושה להשחתה דכיון שאסרו חכמים שאסור באכילה וליכא בל תשחית א"כ י"ל דבספק שאפשר להתברר שהיה מותר ואסיר להפסידו א"כ אם אח"כ יבורר לו שהוא מותר עבר משום בל תשחית לכן א"צ לחוש משום ספק להשליכו שמא יהיה מותר והפסיד הממון בחנם שאם כן יש לומר כענין ששנו חכמים בזבחים (דף פ') בניתנין במתן ד' שנתערבו במתן אתת אמר ר' יהושע כשנתת עברת על בל תוסיף ועשית מעשה בידך וכשלא נתת

עברת על בל תגרע ולא עשית מעשה בידך הכא נמי כיון דאיכא ספק בל תשחית שב ואל תעשה עדיף ולא גזרו חכמים להפסיד ממון ישראל לעבור בבל תשחית מספיקא דעשה:
אמנם ברמב"ם (בפ"ו) מהלכות מלכים כתב בקוצץ אילן מאכל לוקה ולא במצור בלבד אלא כל הקוצץ אילן דרך השחתה לוקה וכתב בכ"מ מוצאו מפ' החובל דיקלא דטעין קבא אסור לקוצצו ועוד הביא ראיות מדפריך הא עבר משום בל תשחית ותימא גדולה למה הוצרך לראיות שיש להם דחיות שונות הרי מפורש במכות (דף כב) וליחשוב נמי הקוצץ אילנות טובות ואזהרתי' מואותו לא תכרות משמע דלעול' לקי אפי' שלא במצור דאילו במצור הו"ל להביא אזהרתי' לא תשחית את עצה גם דוחק לפרש דוקא במצור ואיך נעלם מן הכ"מ באותה שעה גמרא הלזו דמרך דעובר על בל תשחית לא מוכח צלקות וכמ"ש במשנה למלך שם:
ומ"מ כתב (בדין י') ולא האילנות בלבד אלא כל המשבר כלים וכו' ומאבד מאכלים דרך השחתה לוקה מכת מרדות מדבריהם:
אלא דקשיא לי דמסוגית דהחובל מוכח שהוא מן התורה דהא פריך הש"ס ואין אדם רשאי לחבל בעצמו והתניא יכול נשבע להרע לעצמו ולא הרע יהא פטור ת"ל להרע או להיטיב מה הטבה רשות כו' אביא נשבע להרע לעצמו ולא הרע אמר שמואל באשב בתענית כו' והתניא איזו הרעת אחרים אכה את פלוני כו' אלא תנאי הוא דאיכא למ"ד אין אדם רשאי לחבל בעצמו ואיכא מ"ד אדם רשאי לחבל בעצמו מאן תנא דאמר אין אדם רשאי לחבל בעצמו ובעי למימר האי תנא דאמר ר"א המקרע על המת יותר מדאי לוקה משום בל תשחית וא"כ משמע דלהך מ"ד לא חלה השבועה לחבל בעצמו דמדמי לבל תשחית דממון א"כ משמע דלא חלה השבועה כמו דלא חלה שבועה לחבל בעצמו דאתי מהשחתת ממון וא"א דאינו אלא מדרבנן א"כ חלה השבועה כמו בחצי שיעור דחלה שבועה כדאיתא בי"ד (סי' רלט) אפי' למאי דקיי"ל חצי שיעור אסור מן התורה אפ"ה חלה שבועה עליו וא"כ כיון דלתבול אין שבועה חלה והשחתת גופו נלמד מהשחתת ממון א"כ מוכח דלוקה מן התורה ואף דדחי הש"ס דילמא בגדים שאני דפסידא דלאו הדר הוא מ"מ משמע דעכ"פ מהא לא הדר דאיכא מלקות על השחתת בגדים:

ב

הן אמת כי גם בדין חובל בעצמו פסק (בפ"ה מהל' שבועות) ששבועה הלה עליו ואם לא הרע לעצמו חייב אעפ"י שאינו רשאי ובגמרא הנ"ל משמע דאם אינו רשאי אין שבועה חלה ובזו כבר הרגיש הלח"מ בפ"ג מהלכות דיעות וכתב שדוחק לומר דלמאי דמסיק ר"א הקפר לא צריכנא לתנאי אלא ברייתא אתי' כוותי' ולא תירץ כלום מיהו זה יש לישב

היטב דודאי האמת דלר"א הקפר מוכרח לאמר דאע"ג דאינו רשאי לחבול ולצער נפשו מ"מ חלה השבועה דהא עיקר דברי ר"א נלמד מנזיר שנקרא חוטא בשביל שציער עצמו מן היין והרי ראינו שמ"מ חל הנזירו' אלמא משום דעביד שלא כהוגן מה שציער בעצמו מ"מ הנזירות חלה וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון שהרי לא נלמד רק מנזיר שאסור לחבול בעצמו וא"כ חזינן שהנזירות חל אף בנשבע להרע לעצמו א"כ ממילא צדקו דברי הרמב"ם שהנדר חל עליו שפיר לחבול בעצמו (אע"פ) וא"כ למאי דמסיק ר"א הקפר ע"כ הדר ביה מהך סברא דאם אינו רשאי אין השבועה חלה דהנזירות יוכיח שאעפ' שאיסורו הוא מ"מ חל הנזירות ודברי הרמב"ם מוכרחים כפי פשט הסוגיא ובלח"מ לא ירד לעומק של דברים מ"מ מה שכתבתי קשה דמשמע דלוקה מן התורה על השחתת בגדים ומהך סברא לא מצינו דהדר ביה:

אמנם בתר העיון נ"ל דברי הרמב"ם מוכרחים דליכא מלקות על השחתת ממון דהא במכות (דף כב) דפריך הא איכא הקוצץ אילנות טובות ואם נימא דילקו על ה השחתת ממון מדאורייתא אמאי לא פריך ליחשוב נמי שקרע בגד בהליכתו או שהפסיד מאכל ואיכא תרתי על האילן ועל הבגד דהוו גופין חלוקין אלא ודאי ליכא מלקוח רק אקוצץ אילנות טובות אבל לא על הבגדים לכן ס"ל להרמב"ם דלמסקנא דחזינן דר"א הקפר ס"ל אע"ג דאיכא איסור לחבול מ"מ אין בגדר לאו שלא יחול שבועה עליו וא"כ אפי' בהשחתת גופו אין מלקות א"כ י"ל כ"ש השחתת ממון אף דבגמרא בעי לדחויי דגופו פסידא דלא הדר הוא דיחוי בעלמא ולא מסתבר להחמיר בממונו יותר מגופו וא"כ למסקנא ע"כ לוקה מדרבנן הוא וצדקו דברי הרמב"ם:

ומ"מ י"ל גם לדברי הרמב"ם איכא איסור דאורייתא בהשחתת ממון אלא שאין לוקין עליו כמו על חצי שיעור שאסור מן התורה מ"מ אין מלקות עליו וכמ"ש הלח"מ ג"כ לפי דרכו:

אמנם בעיקר מה שהקשה בלח"מ על הרמב"ם שפסק כר"א הקפר דתקשי לי' קושיות התו' דשמואל גופי' אמר בתענית (דף יא) אמר שמואל כל היושב בתענית נקרא חוטא ואיהו גופי' אמר בהחובל כשהקשו והא תניא אביא נשבע להרע לעצמו שהוא כו' ואמר שמואל באומר אשב בתענית ועוד הקשו דבנזיר טהור אמר בנזיר (דף ג) בלאו חוטא הוא ותירצו דהמצוה גדולה מן העבירה וא"כ קושיות אלו נשארו להרמב"ם שסובר שאסור להתענות ונכנס בדחוקים ובדברים רחוקים ונראה שהרמב"ם בלשונו הזהב תיקן זאת במלה אחת שכתב ז"ל ובכלל הזה אלו שמתענין תמיד אינו דרך טובה הנה הוסיף מלת תמיד ובזו מתרץ קושיית החו' דודאי פעמים שצריך איזו תענית לגדר ופרישות לא יצדק

עליו לומר שהוא חוטא לכן בב"ק פ' החובל אמר שמואל באומר אשב בתענית דבזה לא שייך שלא תהא שבועה חלה שמא הוא לגדר ופרישות ובתענית היושב בתענית לשון הווה שמתענה תמיד מה שלא צריך לגדר התאוה וכדומה וזה נקרא חוטא:

וביאור הדברים כמ"ש בתשובה שלי שודאי אי אפשר לאמר שמה שכתבה התורה למצוה יהי' בו עבירה והתורה [כתבה] מצות נדרים שיהי' בו עבירה אלא הדבר הוא כמ"ש הרמב"ם סוף הלכות נדרים ז"ל מי שנדר נדרים כדי לכוון דעתו ולתקן מעשיו כגון מי שהיה זולל ואסר עליו הבשר או חי שהיה שוגה ביין ואסר עליו היין וכו' וכן חי שהיה מתגאה ביופיו ונדר בנזיר כו' כולם דרך עבודה לשם הוא ובנדרים אלו וכיוצא בהם אמרו נדרים סייג לפרישות וכו' ע"ש הנה הורה בלשונו הזהב ודעת שפתיו ברור מללו דודאי מה שכתוב בתורה נזירות ודאי עיקר ענינו מצוה והיינו כשהוא לצורך פרישות וכענין הרואה סוטה בקלקולה יזיר מן היין וכן בנזיר של שמעון הצדיק אלא שלאו כל אדם זוכה שיהיה נזירות בדרך זה דוקא והנה הנזיר ודאי אם עשה לגדר ופרישות קדוש יאמר לו אבל שלא עלתה בידו ונטמא א"כ אגלאי מילתא שעבירה עשה שפי' מן היין ובא לידי עבירה והיינו דאמרינן דנזיר טהור לאו חוטא הוא שהרי יש בו בחינת מצוה לכוון דעתו א"כ אין הפרישה מן היין עבירה אבל בשלא עלתה בידו לפי הכונה לכוון דעתו אגלאי שגם הפרישה עבירה היא והיינו שלא פירש עצמו אלא מן היין לבד היינו שלא היה בו כונה אחרת לכוון דעתו אך לפרוש מן הין לבדו זה נקרא עבירה נמצא דבמקרה לא שייך לומר שהוא עבירה שפעמים הוא לגדר אבל המתענה תמיד שלא היה צריך לגדר הוה חוטא ומיושבים היטב קושיות התוס' ועל פי זה נראה גם בחובל כיון דלא פסיקא ליה שפעמים הוא למצוה אין לייחד בו לאו מפורש שלא תהא שבועה חלה עליו דפעמי' אפשר שמצער עצמו לגדר מצוה והדבר מסור ללב לכן לענין שבועה שפיר חלה דאין לגזור האיסור בהחלט ואף [דמצער עצמו] ואיכא איסורא דאורייתא וכן בממון כבר הקשו בתוס' בהא שאמרו שמואל קרע עלי' דרב תליסר איצטלא דמילתא והיינו שעשה כן למצוה ולא שייך שלא תחול שבועה עליו וחלה השבועה ומ"מ איכא איסורא דאורייתא גם להרמב"ם אלא שאין שייך מלקות מן התורה ע"ז כמו שהוכחנו דלפעמים הותרה לגדר וכדומה לכן מצינו [רק] בקוצץ אילנות טובות דלא שייך ביה גדר וסרך מצוה כשאינו [מעולה] בדמים והאיסור מבורר ה טב אבל בהשחתת ממון אף שהוא איסור מן התורה וכן חבלת גופו מ"מ אין בו מלקות שאין בו לאו מפורש והותר בנזיר לכוון דעתו כנ"ל ברור לדעת הרמב"ם:

וא"כ י"ל גם להרמב"ם בנדון השאלה יודה שיכול להמתין עד יתברר לו הדין שלא יעבור על בל תשחית בחנם יכול להמתין בשב וא"ח בפרט לדעת הרמב"ם דספיקא מדאורייתא לקולא גם הספק בל יראה אינו אלא דרבנן וכן משמע בסנהדרין (דף ז) דאמר אמור לחכמה אחותי את חם ברור לך כאחיתך שאסורה לך אמרהו אם לאו אל תאמרהו והנה לא יעלה על דעת שדבר שאין האיסור ברור לו שיאכלהו או לא ימחה ביד אחרים לאוסרו חלילה רק במידי שאין עוברין עליו רק בשב וא"ת לא יאסור אלא בדבר ברור כן נ"ל ללמוד זכות והמקום ידון אותנו לזכות.

סימן ו

לכבוד הרב הגדול כמו"ה שמואל נ"י.

א

הנה ראיתי למעכ"ת שטרח ויגע בחיפוש אחר חיפוש ומצא כדי מדתו מדת חכמים ויליף מציאה מחיפוש להכשיר אתרוגים המורכבים אלא שהאריך הרבה והרכיב גם הוא בתשובתו ענינים ופלפולים שונים שאינם למעשה בנידון הנדרש ואני אומר כי בוודאי דבריו דברי תורה וראוי להשיב עליהם ולומר דילידא אימא כוותיה תילד ואע"ג דאית ליה פירכא כי לדינא לא כן אנכי עמדי כאשר יבואר בתשובתי והנה הגיעני מכתבו קודם ר"ה לא פניתי עליהם עד אחר יו"כ העבר והשיב בתשובתו בתורף כחא דהתירא אשר כביר מצאה ידו לדחות דברי האוסרים ואנכי אחריו לפלפל בדבריו הנעימים ומאוד חפצתי להצדיק שיצדק בדבריו למען זכות עם בני ישראל להוציא ספק מלבן אך האמת יורה דרכו אשר לדעתי הם פסולים כל שבעה והנה בדברי הלבוש אשר פלפל מעלתו שחשב לפסלן מטעם שהא"י מצווין על הרכבה ונעבדה בהם עבירה וכן נמאס למצוה כמו כלאים אף דמותר באכילה אסור לקרבן וטרח מעלתו לדחות דברי הלבוש כי מה שהקשו על הלבוש מהנך אוונכרי הא עשה הגזל ונמאס למצוה ומעלתו כתב בזה ובאמת לק"מ דבגזל אין שייך פסיל הגוף שהרי לנגזל מותר ואפשר לסלוקי בזוזי ולא שייך פסול הגף כמו בכלאים שהפסול בגופו ונמאס וזה ברור וקרוב לדברי מעלתו:

ומה שהקשה המ"א עוד א"כ יהיה קרן כלאים אסור לשופר ומעלתו ביקש לומר אין ה"נ אין דעתי נוחה דסתמא דמתני' כל השופרות כשרים חוץ משל פרה ומה שדחה מפלתו שאין למדין מן הכללות מ"מ היכא דלא איתמר לחלק מהיכא תיתי לומר כן ולא אישתמיט שום פוסק לומר כן וא"צ לכך די"ל כיון דאפילו למ"ד גזל פסול משום מצוה הבאה בעבירה מ"מ תקע בשופר גזול יצא והוא מן הירושלמי ג"כ דאין גזל בקול וכן הוא

בירושלמי ר"פ לולב הגזול ז"ל מה בין שופר ללולב אמר ר' יוסי בלולב כתיב ולקחתם לכם משלכם ברם הכא יום תרופה יהיה לכם מ"מ אמר ר' אלעזר תמן בגופו הוא יוצא ברם הכא בקולו הוא יוצא ויש קול אסור בהנאה ע"כ ונראה החילוק בזה דבשלמא בגזילה נטילת הלולב בעצמו לו למזכיר עון ואינו יוצא בו שאינו יוצא כ"א בגופו של דבר עצמו וצריך ליטול הגז לה בידו לצאת אבל בשופר הקול בעצמו אין בו שייכות גזל והאי טעמא אפשר שיספיק גם לכלאים שהקול אינו דבר ממשי לומר עליו עבירה הן אמת כי בשופר י"ל טעם אחר דשופר עביד לאפוקי ביה רבים ידי חובתן ומצוה הבאה בעבירה אינו רק לגזלן עצמו וכיון שכל השומעין יצאו בשמיעה אין לחלק בין הגזלן לאחר וזה כוונת הירושלמי תמן בגופו הוא יוצא ברם הכא בקולו וכיון שאין לפוסלו לאחר גם הגזלן בעצמו יוצא בו (וא"ל) [וא"כ] בשופר אפשר שיפסול לכל כיון שגופו עבירה מ"מ יש לחלק כדפרשתי ומה שהקשה בט"ז ומ"א לדברי הלבוש ל"ל קרא לפסול כלאים לקרבן תיפוק ליה שנעבדה בו עבירה ומעכ"ת דחק בשם פנים מאירות דמהא יליף לאסור כלאים ולכאורה אשתמיט להו הסוגיא דחולין (דף קטו) דפריך כלאים לתסרי מכל שתיעבתי לך ומשני כו' כלאי בהמה גופי' לתסרי דהא תיעבתי לך הוא ומשני מדאסר רחמנא כלאים לגבוה ש"מ להדיוט שרי והשתא מה קושיא להמ"א וט"ז דלא לכתוב כלאים לגבוה דאדרבה אי לא כתיב כלאים לגבוה הוי אסור אף להדיוט ואין מקים להקשות בזה אלא מהכא גופיה יש לדייק ג"כ מדאסר רחמנא כלאים לקרבן יש לדייק דלמצוה שרי וע"כ צ"ל בזה דהלבוש ס"ל דמצוה הוה כקרבן וזה ודאי אינו דהא נעבד (אין) אסור לגבוה ומ"מ חזינן בלולב של עבודת כוכבים אם נטל כשר ובאשירה ועיר הנדחת יהיב טעמא משום כתותי מכתת שיעורי' אבל משום נעבד אין אסור למצוה ועיין בע"ז בפ' כל הצורות (דף מז) באשירה שביטלה מבעיא ליה עכ"פ מהך סוגיין דלולב הגזול משמע דלמצוה יוצא בו עכ"פ וכיון דלענין נעבד מצוה אינו כגבוה וכמו שהביא גם כ"ת מן הירושלמי א"כ ממילא ליתא לטעם הלבוש דמשום הא אין לאוסרן למצוה דמדאצטריך קרא לאסור כלאים ש"מ למצוה שרי ובהדיא מם ק הר"נ בפ' כל הצורות דיצא בנעבד למצוה אפילו בלא ביטול א"כ הרי מפורש דמצוה אינו כהקדש ולא כהלבוש:

מיהו מה שחידש בט"ז לפוסלו למורכב מהא דאיתא בב"ק בפ' מרובה השתא נדמה פסול כלאים מבעיא ובאתרוג נדמה פסול כ"ש כלאים ע"ש דבאתרוג נדמה פסול כדאיתא בסיכה (דף לו) דכושי כשר דומה לכושי פסיל נראה לי דלאו ראיה הוא כל דכיון שהוכחנו דמצוה אינו כקרבן וא"כ כי היכי דדייק מדאיצטריך כלאים ש"מ להדיוט

שרי א"כ יש לומר גם בנדמה מדאיצטריך נדמה לקרבן ש"מ למצוה כשר וא"כ אין טעם לאיסור נדמה וע"כ משום דלאו הדר הוא וא"כ המורכב שהוא מהודר ביתר שאת לא שייך לפוסלו כלל דע"כ נדמה הטעם שאי אפשר שיהא דומה לגמרי לכושי בתולדה ולהכי פסול משום הדר וזה לא שייך במורכב אם כן בהא יפה כוון כ"ת דליתא לטעם הלבוש:

ב

מ"ש כ"ת וז"ל והנה יש לי עיון גדול על הירושלמי דביכורים שלא מצאתי לשום מחבר שירגיש בזה וז"ל הירושלמי עד כדון כשגזל קרקע גזל זמורה ונטעה מהו ולא דמים הוא חייב לו אלא צריכא לרבנן מצות כגבוה או אינו כגבוה ע"כ ופירש המפרש ז"ל היינו דמספקא ליה דקי"ל גבי קרבן גזל בהמה אינה קריבה ולאחר יאוש מוקמינן ליה בב"ק (דף סו:) ומספקא ליה לענין ביכורים שהוא מצוה אי חשבינן המצוה כגבוה אינו מביא ביכורים כמו קרבן והוקשה למעלתו הא רבא אוקמא שם בב"ק דגזל קרבן דחבריה לכן אפילו לאחר יאוש לא קני דקרבן אינה נגזלת אבל בכאן קני ביאוש ושינוי מעשה קודם שהבדילם לביכורים והאריך כ"ת ותמה על דבריו דקשה אפילו בקרבן אם קנה הקרבן קודם ההקדש בלי שום סיוע מצוה אין בו משום מצוה הבאה בעבירה כמ"ש התוס' בפ' מרובה ובגיטין (דף נה בד"ה מ"ט) וא"כ כאן שקנוי לו מקודם מאי מצוה הבאה בעבירה איכא וכיון דאפילו בקרבן כה"ג שרי א"כ אפילו מצוה הוא כקרבן מ"מ יוכל להביא ביכורים ובודאי יפה הקשה בזה אך מה שהאריך עוד להקשות אהא דמייתי הר"נ בשם הירושלמי בגזלו משופה חבל גזל לולב ושיפהו דמים הוא חייב לו כלומר דקנאו בשינוי מעשה וכתב מעלתו וקשה לי מה ראיה מייתי מירושלמי הא בירושלמי לא הוזכר אוקימתא דמצוה הבאה בעבירה וביקש להכריע כפירוש ר"ת ודחק לדת ת ראיות התוס' ואין להאריך ואני תמה על מעכ"ת אחר טרחו ויגעו אשר חיפש ומצא איך לא ראה הירושלמי ר"פ לולב הגזול לכתוב בירושלמי ולקחתם משלכם ולא הגזול גזול למה הוא דומה לאחד שכיבד השילטון תמחוי אחד ונמצא משלו אמרו אוי לזה שנעשה סניגורו קטיגורו והוא ממש טעם מצוה הבאה בעבירה דבשאול לא שייך סניגורו קטיגורו ומ"מ מסיק אבל אם גזלו ושיפהו דמים הוא חייב לו וברא"ש פ' כל שעה סימן י"ט מצה גזולה אסור לברך עליה אמר ר' אושעיא על שם בוצע בירך נוחץ ה' הדא דתימר בתחלה אבל בסיף דמים הוא חייב לו יעו"ש ברא"ש הרי בהדיא דהירושלמי סבירא ליה טעמא דמהבב"ע ואעפ"כ חילק דבסוף דקניא ליה בשינוי דמים חייב ומשמע שאין בו מצוה הבב"ע א"כ לא על הר"ן תלונתו כי אם על הירושלמי עצמו שמבואר בהדיא כדברי

הר"ן אלא דיש לדקדק בדברי הירושלמי איך מפרש לכם להוציא הגזול משום שקטיגורו הוא והיינו טעמא דמצוה הבב"ע הא גם שאול נתמעט משלכם ביום הראשון דלא שייך סניגורו נעשה קטיגורו ואין לומר דהירושלמי לא סבירא ליה לפסול בשאול רק בגזול משום מצוה הבאה בעבירה דהא משנה מפורשת הוא (בדף מא) שאין אדם יוצא ביו"ט ראשון בלולבו של חבירו ושאר ימית החג אדם יוצא י"ח בלולבו של חבירו א"כ תמוה איך יליף הירושלמי מלכם לפסול גזול וצ"ע:

ובעיקר קושיתו על הירושלמי נראה דלק"מ דודאי אתיא כשיטת הר"י דהיכא דההקדש גורם הקנין מקרי מצוה הבב"ע והיינו שהמצוה גורם לקנות הגזילה והוא הדין נמי איפכא כשהגזילה גורמת לו חיוב המצוה דעל ידי קנין הגזילה גרמה לו חיוב המצוה דעל ידי שקנה הגזילה על ידי הנטועה והביכורים באים מן הנטיעה עצמו שקנאה ע"י הנטיעה נמי דומה להההקדש שגורם קנין הגזילה משא"כ כשקונה הגז לה מקודם ביאוש ושינוי רשות או מעשה לא גרם לו הקנין חיוב המצוה שאין מצות ההקדש נמשך מן הקנין ולא גרם לו הקנין חיוב ההקדש וההקדש היה במקרה ולא מקרי מצוה הבב"ע אבל בנטע יחור הקנין באיסור גרם חיוב הביכורים לכן אם מדמה מצוה להקדש אינו מביא דהוי מהבב"ע מיהו קשה לי איפכא הא לענין מהבב"ע מצוה היא כגבוה דהא גזול פסול משום מהבב"ע וכמו שמפרש בירושלמי גופיה שיעשה סניגורו קטיגורו הרי דפסלינן משום מצוה הבב"ע גם למצוה ונראה דס"ל להירושלמי כמ"ש התוספות (סוכה דף ט) דמצוה הבב"ע אינו אלא מדרבנן והיינו מהאי טעמא גופיה דמצוה אינו כגבוה וא"כ לענין לולב שפיר יש לקנסו שלא יצא בו ויהדר אחר אחר אבל לענין ביכורים אם היא חייב בביכורים בע"כ צריך להביא הביכורים ולא מפטר מטעם מצוה הבב"ע אם מצוה אינו כגבוה ובזה יש ליישב קצת ח"ש לעיל איך מוכיח הירושלמי על גזול מלכם די"ל דמן התורה בעי טעם דלכם לפסול גזול ע"ז מפרש הירושלמי שפיר כיון שסניגורו בא מקטיגורו פסול מדרבנן כל שבעה ודו"ק ועוד נראה לחלק דהיכא דהעבירה גרם לו חיוב המצוה שאילו לא עשה העבירה לא היה שייך בו חיוב המצוה מקרי שפיר בא בעבירה משא"כ בלולב שחובת גברא הוא ולא בא לו החיוב מחמת העבירה ולא שייך מצוה הבב"ע היכא דקנאו קודם והוא קרוב למ"ש באופן ראשין וארווח לן בזה מה שהקשו תוספות על הא דאיתא בפרק הגוזל הרי שגזל סאה חיטין שטחנו ולשו כו' והפריש ממנה חלה אין זה מברך אלא מנאץ והקשו תוס' ג"כ הא קנאו ק דם העבירה ולפ"ז ניחא דכיון דחיוב החלה בעיסה זו גרמה לו הגזילה הוי מנאץ מה שאין כן בקרבן דהיכא דקניא ליה מעיקרא לא בא הקרבן ע"י גזילה זו לכן לא חשוב מצוה הבאה בעבירה:

וראיתי למעלתו באות א' שהקשה על הלבוש הלא מפורש בסוטה (דף מו) דקדשים לא פסלה בהו עבודת איסור סור והוא מפירש בת"כ הרי שור שחרש עם החמור יוכיח שנעבד בו עבירה וכשר למזבח ודחק לחלק בסברות מדעתו ובמח"כ שגג בזה שהרי הלבוש אוסר מטעם הלז עצמו דמצוה כגבוה וכיון שפסול להקרבה פסול גם למצוה והשתא לא על הלבוש תלונתו תקשי ליה על הקדשים עצמם דשור שחרש עם החמור כשר לגבוה וכלאים פסול לגבוה וע"כ לחלק ביניהם סוף סוף לא תהא מצוה חמורה מקרבן ואין מקים לפלפל בזה ובדברי הרמב"ם שפסק ג"כ שצמרה פסול לציצית לח ראיתי לפלפל בהם כעת כי בלא"ה דברי הרמב"ם בלולב בזה קשים להולמם מאד וכתבתי בחידושי אבל על הטור ומחבר קשה טובא:

מיהו על הרמב"ם אין להקשות כיון דפסק דהמשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית למה הוצרך ליתן טעם בפ"ב מביכורים אשירה שביטלה אין מביאין ממנה ביכורים שהביכורים כקדשי המקדש הא בלא"ה פוסק דלמצוה פסול די"ל דלמצוה הוי בעיא דלא אפשטא אבל אם כקדשי המקדש הם הוא ודאי אבל על הפוסקים קשה טובא וא"כ יש לדברי הלבוש חקים לפי פסק הטור וש"ע שפסקו במשתחוה לבהמה שצמרה פסול לציצית אלמא מצוה כקרבן דמי ואין להאריך בזה כעת:

ג

אות די ה' בקונטרסו של כ"ת בענין אי מורכב מקרי אתרוג וירד לחלק בסברות וגם באות ה' צדקו דבריו במ"ש ועכ"פ הקבלה היא אתרוג. וניזל בתר עיקרא דמילתא כי רבותא למחשב גברי רק מה שידובר בו מן הש"ס:

הנה מהר"מ אלשיך עיקר ראייתו (בסי' קי) ופשיטא ליה דהרכבת לימון באתרוג ודאי פסול כמו שפי' רש"י בסוטה (דף מג: ד"ה מרכיב) שיחור המורכב יוצא ממנו פירות אילן שנוטל ממנו נמצא ההרכבה מוציאה לימון ובודאי פסול כי קמבעיא ליה באם המורכב מיחור אתרוג שמוציא מין אתרוג וע"ז מביא מהר"מ אלשיך ראיה מהך דאיתא התם ילדה שסיבכה בכה בזקינה בטלה ואן בה דין ערלה הרי בפירוש שנתבטל היחור לגבי האילן הנרכב א"כ המורכב לימון חקרי וכאילו כולו לימון והתורה אמרה אתרוג ולא לימון והנה מעלתו טרח לדחות הראיה דיש חילוק בין מינו לאינו מינו ואח"כ סתר בעצמו דבריו ומסיק באות יו"ד שההיתר הוא משום זוז"ג ואין חילוק בין מינו לאינו מינו ובענף אילן זקן אם הרכיב בילדה חייב בערלה ודחק לומר דע"ז גזירת הכתוב הוא שיהיה כאילו נוטע בארץ ואין בזה טעם ועוד למה לא נלמד דזוז"ג אסור בערלה ולא נימא מילתא בלא טעמא אלא נראה דמהא לא איריא דיש לדחות הראיה של אלשיך מילדה

שם שסיבכה בזקינה דיש לומר למרן האלשיך ר' מטונך וכי תעלה על דעתך דאם הנרכב הוא אתרוג ומוציא לימון שיהיה לו שם אתרוג וכן הנרכב לימון והמורכב אתרוג שמוציא אתרוג יהיה לימון כלפי לייא שהרי כל שהוא מין הפרי ניכר יותר מדמיון לפרי ואיך נימא הצורה של לימון הוא פרי אתרוג וצורתו אתרוג הוא לימון היפך המוחש לכן נראה לענ"ד לדחות הראיה דודאי י"ל דלענין ערלה שלא תליא בפירות שאם עברו שלש שנים ולא יצאו פירות הפירות שבשנה הרביעית מ"מ מותרים וכן מונים ומצרפים גם זמן שלא נשא פירות לשני ערלה ורבעי ולא בפירות תליא מילתא כ"א במצמיח שמה שמצמיח תוך שלש שנים הוי ערלה ולזה נוכל לומר שהוא יתברך שת בטבע הבריאה וצמיחה שיהא עץ עושה פרי למינו ואמנם מי ששם בטבע הבריאה שהאילן של אתרוג יוציא אתרוג מי שאמר לאילן אתרוג מעיקרא שיוציא אתרוג הוא אמר לאילן לימון שיוציא אתרוג אם ירכיבו בו ענף מן האתרוג ומ"מ י"ל דלא נפיק מכלל הרכבה וכחו כן אילן אתרוג מוציא לימון ע"י הרכבה ולימון גמור הוא ואין ראיה כלל לפסול ומ"מ פטור מן הערלה דפרי זקן הוא שמצמיח ומוציא אתרוג ואף דבשני ערלה המוציא מין לימין לא איכפת לן בהא דמה לנו באיזה פרי שמוציא הרי בפירות המין עצמם אין דומין פירות כל השנים בדמיון אחד דתלינן לפי הגשמים ולפי הזבל וכח הצמיחה לא ראי זו כראי זו א"כ אפילו שיוציא אילן לימון אתרוג מ"מ אתרוג הוא ולענין ערלה במצמיח תליא מילתא וא"כ שפיר י"ל דהמורכב אתרוג גמור הוא:

מיהו מה שכתב כ"ת להקשות אמאי לא פריך אמתניתין דאחד המרכיב כו' האי הרכבה היכי דמי אי בילדה תיפוק ליה משום ילדה ראשונה לכן ביקש לחלק בין שלא במינו שבטל נראה דלא קשיא מידי די"ל ודאי במתניתין לא מהני משום נטיעה ראשונה דהא דאמר ר' אבהו ילדה שסיבכה בזקינה בטלה י"ל משום הא גופא כיון דמסתמא איירי בהיתר וא"כ הוי אותו המין י"ל דתליא כיון שחילל כבר אותן פירות תו ליכא שמחת החילול מאחר שהם אותן פירות עצמן מה שאינו כן כשהרכיב ביתור של פרי אחרת כגון אתרוג בלימון הרי החילול היה בלימון ועכשיו גדלו פירות אתרוג י"ל שפיר דנמנה להרכבה אבל השתא דמשני דמיירי בהרכבת ההיתר מין במינו פריך שפיר תיפוק ליה משום ילדה ראשונה משא"כ באינו מינו י"ל אפילו סיבכה בזקינה מונין לילדה ואינו עולה לו מאחר שכבר חילל מין אותו פירות אבל אם הצמיח מין אחר י"ל דבאמת מונין לנטיעה של מין אחר אבל השתא דבהרכבת איסור אינו חוזר רק בהרכבת היתר לא משכחת לה רק במינו גם לפי האמת לא ברור לי אם בהרכבת מין בשאינו מינו כיון שהיתור מוציא מין אחר לגמרי מן הזקינה אפשר שמונין לילדה ומבואר לקמן:

ד

ומה שהוקשה לכ"ת על פי' רש"י שפי' בד"ה בטלה וכי תנן במס' ערלה דמרכיב חייב היינו זקינה בילדה תנן שאף אותו ענף חייב בערלה ואע"פ שקצצו מזקינה נעשה עכשיו ילדה שזו היא נטיעתו אם כן משמע דמונין שני ערלה מזמן הרכבה ותמה על זה כיון דפריך מ"ש ילדה בזקינה דבטלה ילדה בילדה נמי משמע דמונין מנטיעת ילדה ראשונה ומייתי ראיה מירושלמי דאמר לית כאן מרכיב אי אמרינן בהרכיב בערבה מונין מנטיעת ערבה ולי נראה דאדרבה רש"י הוכיח כן מהך ברייתא דר"ה דמונין מזמן נטיעת ההרכבה ולא מאילן ראשון דאל"כ מה נ"ח במנין שלשים יום הא מונין מנטיעה ראשונה ומוקי לה הר"ן בנוטע לסייג כו' וכמו שהביא באות ב' ומה שתמה ע"ז להוכיח בס' טורי אבן דמונין מנטיעה ראשונה נראה דס"ל לרש"י דסוגיין דלא מפיק מרכיב לא ס"ל כהירושלמי לכן יש לחלק בין שהנטיעה ראשונה נתחייבה כבר בערלה מונין לראשונה אבל בנוטע לסייג שלא בטל המורכב מחמת דבת אימלוכי הוא גם על נטיעה של סייג ואי אפשר לפוטרה מן הערלה א"כ נראה דכי סלקא דעתך שתפטור הנטיעה בלא חילול ובלא ערלה שהרי אפשר שלא ימלך לפירות לכן אי אפשר למנות מנטיעה של סייג כיון דאינה פטורה בהחלט ולא נהגו שני ערלה כלל לכן הוי נטיעה של סייג כאילו נטע באילן סרק דלריש לקיש דס"ל בירושלמי דמונין מזמן הנטיעה של אילן מאכל וכאן כיון דאפשר להיות כמוה גם נטיעה של סייג לא בטלה הילדה בנטיעה של סייג וכמ"ש הר"ן בפרק כל הצורות בסוגיא דזה וזה גורם דהיינו טעמא דלא בטלה ילדה של זקינה בילדה של סייג משום דאפשר למבטל להיות כבטל וא"כ כיון שלא בטלה בילדה של סייג לא בטלה גם לענין דמונין משעת נטיעת המורכב משעת ההרכבה וא"כ אפילו לר' יוחנן בירושלמי דמונין מנטיעת הערבה היינו משום דבטלה הנטיעה בערבה שערבה דמיא לזקינה שא"א לערבה שתתחייב בערלה אבל בנוטע אילן מאכל לסייג אפשר להיות כמוהו ואינו בטל בתך נטיעה של סייג וכיון שאינו בטל ממילא מנינן משעת ההרכבה שאין ביטול בהא דלסייג כיון דאפשר להיות כמוהו ושפיר משכחת לה הרכבה במינו אף דהירושלמי לא סבירא ליה הכי ואמר לית כאן מרכיב מ"מ הש"ס דידן שאינו מוחק מרכיב משמע דמשכחת לה שפיר כדפרישית דילדה בילדה של סייג לא בטלה וכיון שלא בטלה ממילא מוכרח פרש"י דמונין משעת הרכבה ובס"ד פריך שפיר מ"ש ילדה בזקינה ומ"ש ילדה בילדה דלא בטלה אבל למאי דמסיק דבת אימלוכי היא ולא בטלה וכיון דלא בטלה ממילא מונין משעת הרכבה וא"צ למחוק מרכיב והכי ס"ל להש"ס דילן

ומוכח ממה שלא הוזכר בש"ס דילן דלית כאן מרכיב ומשמע ודאי דאית כאן מרכיב ודו"ק היטב ועיין באות הסמוך:

ה

ומה שהוקשה למעל' על סברת ר' יוחנן בירושלמי ריש ערלה בהרכיב אילן מאכל על אילן סרק דר"י ס"ל דמונין שני ערלה מנטיעת אילן סרק וקשה ממ"נ אי ס"ל דהנוטע בסרק כאילו נוטע בקרקע לימנו משעת הרכבה כמו דס"ל לריש לקיש ואי ס"ל דלאו כנוטע בקרקע לפטור לגמרי כמו בילדה שסיבכה בזקינה ונדחק לידון בדבר החדש דהרכבה בסרק אינו חייב בערלה רק מדרבנן ומי ישמע לדבר זה ומה שהוקשה למעל' איך ממעט בתורת כהנים מעץ מאכל אילן סרק וקשה אם מרכיב אילן מאכל בסרק הוא חייב כמו בערבה איך ממעט אילן סרק ואם נימא דממעט כשאין הפירות ראוים לאכילה רק ע"י הדחק קשה ממ"נ אם לא חישב למאכל מי גרע מנוטע לסייג ולקורות אפילו אילן מאכל ממש פטור ואם חישב לאכילה נקרא עץ מאכל ולק"מ חדא דנוטע לסייג נמי מעץ מאכל ממעטינן ועוד דאי לא כתיב עץ ה"א אפילו נושא פירות שאין ראוין לאכילה אסורין דהא אפי' קליפי ערלה אסורין אף שאין ראוין לאכילה ומ"ש דהוי זה וזה גורם ערבה דהיתר ויחור שנטע בתוכו אסור נראה דלא מקרי זה וזה גורם רק כשכל אחד ראוי לישא פירות כגון ילדה בזקינה או ששניהם אין ראוין לישא רק ע"י צירוף כמו ולד טריפה שנברא ע"י צירוף זכר ונקבה אבל באילן ערבה שמצד עצמו אינו נושא פירות א"כ כל כח גידול וצמיחה של הפרי בכח האיסור לכן לא מפטר מערלה ואין דנין על הערבה היתר מאחר שכל הכח הוא מן היחור הנושא פרי ועיקר הקושיא שהקשה למה אמר ר' יוחנן דמונין מנטיעת אילן ערבה נראה דהתורה לא מיעטה רק אילן סרק היינו שבאמת אינו נושא פירות אבל כשראוי לעשות פירות ע"י הרכבה משתנה מאילן סרק לאילן מאכל דמ"ל שהוא בטבע אילן מאכל או ע"י פעולות ותחבולות ההרכבה נמצא שע"י הנטיעה של היחור באילן ערבה פעל בו להשתנות מאילן סרק לאילן מאכל ומ"מ מונין שני ערלה מנטיעת ערבה מאחר שכח הגידול בא מן הערבה כמו שמונין שני ערלה אף אם לא נשא פירות בשלש שנים הראשונים דלא קפדה תורה רק על המצמיח שכח הצימח בשלש שני הערלה נתעב לפני הקב"ה ומ"מ ע"י הרכבה משתנה מסרק למאכל ולאו בגוף האילן תליא רק כל זמן שאינו נושא פירות מקרי סרק ואם נושא פירות באיזה תחבולה שתהיה נקרא אילן מאכל:

ו

ועוד דהא גופא לא ברירא לי אם הרכיב מין על שאינו מינו שנתבטל לענין ערלה כיון שנושא פירות ממין האילן שהורכב א"כ אפשר דעיקר הוא זה היחור שנשא פרי למינו וכמ"ש לעיל עכ"פ בערבה לא שייך זה וזה גורם שההיתר לבדו אינו ראוי לשאת פירות וכפי זה אפשר שאם הבריך באילן זקן שפסק מלהוציא פירות לא בטלה הילדה בזקינה אלא דקשה לפי זה בסוטה לוקחה כהאי גוונא שכבר פסק הראשון הזקן מלהוציא פירות ואז לא בטלה הילדה אלא דיש לומר דכה"ג לא יצלח גם להוציא פירות היחור כיון שפסק להצמיח פרי ואינו דומה לערבה שכח האילן שלם ואין המניעה מצר הכח רק מצר המין ובירושלמי בריש ערלה בעי קומי ר' יוחנן נטע צד התחתון לסייג והעליון למאכל צד התחתון למאכל ועליון לסייג אמר ליה הוא הדא (פי' אותו של סייג פטיר ולאוכל חייב) כיצד הוא יודע אמר ר' יונה מביא זמורה ומסיים עד כאן לסייג מכאן ואילך למאכל ר"ז בעי ניחא צד התחתון לסייג וצד העליון למאכל צד התחתון למאכל והעליון לסייג גדל מתוך האיסור ואת אמרת הכין ר"ז כדעתיה דאמר ר"ז כו' בצל של כלאי הכרם שעקרו ושתלו אפי' מוסיף כמה אסור שאין גידולי איסור מעלין את האיסור עכ"ל הירושלמי משמע דס"ל דעיקרא דמילתא תליא בתחתון ואם התחתון למאכל אפי' עליון של סייג אסור כיון שגידל מתוך האיסור ולא קרי העליון זוז"ג לסברת ר"ז דגדל מתך האיסור אבל התחתון לסייג והעליון למאכל לכ"ע התחתון מותר וכסוגיין במס' סוטה:

ז

ועתה נבא לעיקר דינן של המורכבים כי מעלתו מתחזק להכשירן ותורף דבריו דמקרי זוז"ג ומיעוט לימון בטל ברוב אתרוג ולא כן אנכי עמדי כי ביטול לא שייך מאחר שניכר איזה הפרש ובניכר לא שייך ביטול אלא לענין איסור זוז"ג אמרינן דגורם דהיתר מהני להתיר וממילא בטל גורם דאיסור ולא משגחינן במה שניכר ג"כ כח האיסור לכן בנוטע אגוז של ערלה מותר לאחר שני ערלה מאחר שהצמיחה באה מגורם דאיסור וקרקע דהיתר לפי' רש"י (בע"ז דף מט) וכן לפי פירוש התוס' מקרי אילן ההיתר זה וזה גורם לכח האיסור ומותר וההפרש בין זה וזה גורם לביטול הוא דזה וזה גורם לא מקרי רק בדבר דלא שייך איסור רק כח האיסור כמו בולד טריפה אי טריפה יולדת כיון שהזכר אינו טריפה אין איסור על הולד אף שבודאי רוב בנין של הולד מן הבהמה טריפה לכן איכא למאן דאמר אין חוששין לזרע אב כלל לענין פרידות וכמה ענינים שמבואר בחולין (דף עט) והטעם בזה כי לא שייך לדון על ולד טריפה שיהיה בו איסור מגופו שהרי הולד יש בו חיות בפ"ע ככל הולדות שהוא בריה בפ"ע ובא מזרע הזכר והנקיבה והזרע עצמו

לא שייך בה איסור כלל רק שידון עליו כל היוצא מן הטמא טמא ולזה אהני נמי כיון דאיכא גורם דהיתר אזלינן בתר גורם דהיתר ולא מקרי היוצא מן הטמא שהטמא לבד לא היה בו כח להוליד מבלי ההיתר לכן מותר ולא תליא כלל במה שזרע הזכר או הנקבה פועל יותר בהתהוות הוולד שהדבר ידוע שעיקר בנין הולד וריקומו הכל במעי אמו ואין הזכר נותן רק טיפת זרע שאין שייך בו איסור שהוא מאוס ונתעב וכן בנוטע אגוז של ערלה שאין לדון בו מצד התערובות שהרי בטל באלף אלפים רק שגורם הצמיחה ויוצא מן האיסור וע"ז מהני שפיר גורם דהיתר אבל משום ביטול לא מהני כלל לא מבעיא בפירות שניכר בהם הפרש על כל פנים ומה שזכר כ"ת שאין הפרש רק בפנים ויצא לו מתשובת האלשי"ך שהעיד שאין הפרש ביניהם רק שהמיץ רבה בהם ואני אומר וכי משה רבינו גנני היה מסתמא ניכר בו כח ההרכבה בסימנין ידועין למבינים ולא נחית האלשי"ך לדייק רק למה שעיניו רואות ואפשר שגם בטעם יש הפרש עיין אות ח' הזאמיך:

ח

ולא עוד אלא אפילו באם אין שום היכר לא שייך ביטול בגורמים דאם לא כן נימא שמי שיש בו שני שלישי בן חורין וחלק אחד עבדות יתבטל חלק עבדות ברוב חירות ומעכ"ת הרגיש בזה באות כ' ובקש לומר הטעם דחלק ממין לא בטל ואין זה מספיק דא"כ במפקיר שליש שלו נימא שלא יצטרך גט שיחרור מאחר שחלק ממון פקע מיניה וזה ודאי אינו הרי אפילו בדמים ממש לא שייך ביטול:

ט

ובאמת אין אנו צריכין לכל זה דודאי לא שייך ביטול בגורמים ואבאר יותר הנה קיי"ל ביבמות א"י ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ובטל חלק זרע אב לגמרי ואפקרי' לזרעי' וכן בבא על השפחה אין חוששין לזרע אב והולד כמותה ובפסולים הלך אחר הפסול כדאיתא בקידושין (דף סט) דכתיב לו הלך אחר פסולו והנה קיי"ל עמוני ולא יבא עמוני וגו' גם דור עשירי לא יבא להם בקהל וגו' עד עולם והנה קיי"ל עמוני ולא עמינית וא"כ כל ולד חצי מהיתר לקהל וחצי מאיסור מצד אב וא"כ דור השני הוא רובו להיתר ולא. נימא טירת הכתוב אי הוי שייך ביטול דגורמים א"ו לא שייך ביטול כלל דסוף סוף בא הדבר מכח שני גורמים ובזו גילתה התורה שהפסול הוא עיקר לילך אחריו אבל אי הוי בטל הי' לו להיות מיעוט פסול בטל ברוב כשר ובזה אני מבין מה שהפליגה תורה גם דור העשירי לא יבא להם בקהל ה' עד עולם וכיון דכתיב עד עולם למה נקט דור עשירי הגם שאינו מיותר ואתי לדרשה או לדרוש ג"ש לממזר שאסור עד עולם כדאיתא

בספרא מ"מ למה תלתה התורה ההפלגה בדור עשירי אמנם לפמ"ש מובן היטב והוא לפי שהקבלה היתה שהנקיבות מותרות א"כ בכל דור ודור מתמעט חלק האיסור בעמוני שנשא עמונית כיון שהנקבות מותרות ולפי שהביטול המופלג הוא באלף ולא תמצא ביטול חלק הפסול באלף רק בדור עשירי דוק ותשכח עכ"פ חזינן דלא שייך ביטול בגורמים מאחר שהזרע נולד משניהם אחד המרבה ואחד הממעיט שוין לגמרי וכל דבר הוא כפי דינו אם הולכין אחר מי שעשתה התורה עיקר וכן בממזר שנשא ישראלית אפילו אלף דורות לא בטל והוי כולו איסור:

ואולם בבהמות דלא שייך בהו חשובות ופסלות בזה פליגי איכא מ"ד אין חוששין לזרע אב וזה ודאי שעיקר בנין וריקום הולד רק במעי האם ואיכא למ"ד חוששין לזרע אב כיון שא"א שתלד בלי ט פת הזכר הוי כחצי של אב וחצי של אם וכן מוכח גמ' (חולין דף פ') כוי יש אומרים זה הבא מן התיש ומן הצביה ר' יוסי אומר כוי בריה בפ"ע הוא ולא הכריעו בו חכמים כו' משמע שלא נחלקו על תואר הכוי רק מאין הוא והנה הכוי שבא מן היער מסתמא נולד מחיות היער אף דרובא הם חיות ביער א"כ בדורי דורות שמוליד כיוצא בו ואפילו אם הכוי בא על הצביה בפנינו ודורי דורות כולם יש בהם דין כוי ולא יתבטל חלק התישות שבו שאין ביטול בגורמים ותערובות הוא ענין אחר והיינו דבר שהוא אסור מצד עצמו כמו איסור בהיתר. אתה המעיין פקח עיניך וראה כי בתוס' (חולין דף סט) ד"ה תלתא שהקשו והא הוי זה וזה גורם לא הקשו אלא מכח דאמרינן התם כל בהמה מכח חלב ודם קאתי הקשו דה"ל זוז"ג אבל למאי דמסיק מהו לגמוע את חלבו משום דחלב כאבר מן החי דמי לא קשיא דהו"ל זוז"ג דכיון דהאי אבר הוי ממש אבר מן החי והחלב הבא מכחו ג"כ אבר מן החי לא שייך ז ז"ג מאחר שאיסור אמ"ה בעצמו הוא והחלב הוא כאיסור האבר ממש לא שייך זוז"ג רק תערובות כמ"ש האחרונים ולפ"ז אין קושית התוספות קושיא כ"כ מאחר דאינו אלא ס"ד בעלמא ולמסקנא לא קאי ובהכי ניחא לשון הגמ' דקאמר כל מכח לא אמרינן דשרי והוא שפת יתר דהא פשיטא דחלב זה אין בו איסור מכת יותר מחלב דעלמא אלא דהש"ס בעי לאורויי דהך אבעיא אם יהיה לו מציאות לחלק בין תרי איסורי לתלתא איסורי היה צריך לומר זוז"ג אסור ובאמת קי"ל זוז"ג שרי לכן קאמר הש"ס אלא כל מכח בלא"ה קי"ל דשרי כיון דקי"ל זוז"ג מותר רק מהו לגמוע החלב שהוא גוף האיסור לא שייך בו ז ז"ג ובהכי ניחא מה שהקשה בפלתי (סי' יד) דלמה הוצרך הגמרא לומר כל חלב כאמ"ה דמי ושרי הרי נמי ל"ש לימא כדמעיקרא כל ח"ב נוכח חלב ודם קאתי ושרי הה"ד איסור אמ"ה שרי ג"כ (או הכא) (והכא] ליכא תקנתא בשחיטה ולפמ"ש לק"מ דלפי האמת מסיק כל מכח לא אמרינן

דה"ל זוז"ג א"כ לא מבעיא ליה רק מצד שאותו האיסור ממש ישנו ואין זוז"ג שייך רק היכא דליכא אותו איסור ממש מעורב בו וז"ב. וכ"כ הר"ן בע"ז דהיכא דיש שבח עצים בפת לא שייך זוז"ג ודבר מוכרח הוא כמ"ש בספרי מגן אלף (סי' תמה) כ"ש דבתערובות ממש לא שייך זוז"ג מיהו בתערובות שייך ביטול אבל בגורמים לא שייך ביטול כלל:

וכן בהך דינא (דסי' יג סעיף יד) בן ט' חי שנמצא במעי אמו ובא על הבהמה דעלמא והוליד אותו הולד אין לו תקנה דמצד אחד הוי כשחיט אין חילוק אפי' אותו הולד בא על בהמה דעלמא אין לו תקנה עד דורי דורות וראיתי למרן בפלחי (סי' יג סק"ו) שכתב אם בא אותו הולד על הבהמה דלדעת הש"ך דהחלב מבהמה זו טריפה ה"ל זוז"ג ומותר כמ"ש התוס' פ' אלו טריפות (דף נח) ע"ש ואני אומר לא כן אבי והנני מבאר לשון התוס' ד"ה מכאן ואילך אע"ג דפסקינן כר' יהודא בפרידות דמספקא ליה אם חוששין לזרע אב אם לא היינו במלתא דשרי כל חד באנפיה נפשיה ולא שייך זוז"ג אבל הכא דחד חסור וחד שרי הו"ל זוז"ג ומכאן יצא לו לרבינו דאם החלב יש בו איסור מותר משום זוז"ג ודברי תימא הם וכי האיסור יגרום ההיתר אלא הדבר ברור דזוז"ג אין הטעם משום שחשוב גורם זה יותר מזה דלמה נחשוב גורם זה יותר מזה ולא שייך זוז"ג אלא בדבר שאין האיסור גופא שייך בו רק כח האיסור כמו ולד שנולד מן פרה שנטרפה למ"ד טריפה יולדת או ולד נרבעת או נוגחת אם נולד הולד אחר שנטרפה לא נאמר להתיר הולד משום זוז"ג שאין חלק האב חשוב כלל דמ"ש אי חוששין לזרע אב לא נאמר הולד חצי מן האב וחצי מן האם אלא להכי אמרינן זוז"ג משום דאיסור שנאסרה אמו לא שייך בולד שהאם אסורה מחמת טריפות שאינה חיה והולד הוא בריא אולם אלא שהיה לנו לאוסרו משום שיצא מן הטמא ואסור ועל זה אמרינן זוז"ג מותר ואינו בכלל יוצא מן הטמא הוא אבל כשאין אנו באין לדון מצד האיסור רק לבטל ולומר שחלק אב אינו בבהמה זה לא נוכל לומר אי חוששין לזרע אב דהרי יש בו חצי כח אב וחצי כח אם לענין כלאים אלא דלא נאסר מכח שבא מכח איסור ויוצא מן הטמא רק הוא עצמו חצי ממין האב וחצי ממין האם ומ"מ אין לגזור עליו כיון שאין גוף האיסור בטיפת זרע אב רק כח בעלמא וכשכח היתר מעורב בו לא מקרי יוצא מן הטמא מעתה זכינן בענין בן פקועה שבא על בהמה מעליותא אי חוששין לזרע אב הרי הוא כנשחט חציו הרי תולדות ו כיוצא בו שאין אנו דנין בו מצד האיסור שבו רק סימן אחד וכל תולדותיו יש להם דין זה ואין אנו דנין בו מצד איסור רק מצד שזרעו כמותו שיש בהם חלק שחוט וחלק בלתי שחוט ולא מהני סימן שחוטה כמו באביו וגם בז ז"ג לא אמרינן דליתא לחלק אב שהרי הוא שוה כמו אם אלא דאינו מזיק חלק אב שאין כאן יוצא מן הטמא לבדו וכן בנטע

והבריך והרכיב דהוי זוז"ג ומותר אין דנין שאין חלק מענף הילדה דודאי גם הענף פועל בו אלא דלא אסרה התורה הנצמח כ"א כשהוא איסור ערלה לבד אבל הנצמח מערלה ומה שכבר נעשה היתר זה לא אסרה התורה שאין איסור פרי ערלה מתערב בפרי היוצא רק כח וגורם להוציא הפרי וכיון שגם היתר גורם להוציא הפרי והאיסור לא היה מוציא הפרי מבלי כח צמיחות הזקינה זה לא אסרה התורה רק כשכל הצמיחה הוא מן האיסור בתולדה הוא ערלה ודברים אלו ברורים וישרים בצדק נאמרים כמסיני מסורים:

מעתה אמור בנ"ד שהאתרוגים הם מורכבים ממה שמרכיבים יחור אתרוג בלימון היה לנו לדון בו אם אנו חוששין לזרע הנרכב ואם באנו להכשירם היה צריך לומר שאין חוששין כלל לכח הנרכב ומאן ספין ומאן רקיע לומר כן הרי מצינו לענין ערלה עכ"פ ילדה שם בכח בזקינה בטלה הרי שאין כח הנרכב נתבטל והפרי הוא בא משני הכחות מהיכי תיתי לומר שכח הנרכב בטל שהרי אם חוששין לזרע אב חיישינן ודיינינן ליה פלגא ופלגא עם זרע האם כדאיתא בחולין (דף עט) אם חוששין לזרע אב כל מיני פרידות אחד הם שעכ"פ כח הגידול בא משניהם אף דעיקר התהוות הולד מזרע האם ויש לנו לומר דאפי' למאן דאמר אין חוששין לזרע אב היינו משו' שעיק' התהוות וריקים וגידול הולד הוא מן האם כדאמרינן אוכל ממה שאמו אוכלת וכו' אבל בפירות פשיטא שכח הצומת בא משניהם ואף שהמורכב מוציא פרי למינו מ"מ עכ"פ כח הנרכב מעורב בו ויש בו חלק מורכב ונרכב וכבר כתבתי שבגורמים לא שייך ביטול שהרי הפרי אינו הכת הצומח ממש כי הכח הצומח אינו רק כח בעלמא להוציא הפרי ולא הפרי עצמו ואם אין הלימון מצמיח האתרוג מ"מ יש בו חלק לימון ואין חילוק בין רב למעט מאחר שאינו רק גורם בעלמא אחד המרבה ואחד הממעיט:

ו

אמור מעתה אפילו אודה לדברי הב"ח שהביא מעכ"ת באות ד' שעינינו רואות ביחור תפוח הנרכב באילן ערבה שמוציא תפוח ממש הרי יש לנו כיוצא בו בגמ' שאין חוששין לזרע אב אפשר בערבה שאין בו כח להוציא פרי מעצמו אפשר שבטל כח הערבה באילן ולא חיישינן לכח הערבה אפי' למ"ד חוששין לזרע אב מאחר שאין עושה פרי מצד עצמו אבל לא יחויב מזה שאם הרכיב יחור וענף באילן מאכל אחר שלא יהי' בו כח הנרכב שלא לחוש לכחו ומ"ש מעכ"ת שעינינו רואות שהתפוחים המשובחים הם מהנרכבים באילן אחר אדרבה מטוניה זה לאות על שכת הנרכב משתתף בו ומוליד בו טעם משובת דרך משל אם מרכיב תפוחים באגס אם האגס מוליד טעם משובח הרי כח האגס מעורב בו ומקצתו תפוח ומקצתו אגס וגם בערבה בה נוכל לומר שהטעם

המשונה בשאר תפוחים מתפוחי אילן המורכב בערבה הוא לאות שגם כח הערבה פועל בו והוי חצי ערבה וחצי תפוח שע"י סיוע כח המורכב גם הנרכב מוציא פירות וכשיש בו טעם משונה משארי תפוחים ג"כ ראיה שיש בו כח הערבה ג"כ לכן ס"ל לר' יוחנן שמונין מיום נטיעת ערבה ואף שטעמו כמו תפוח היינו משום שרגילין בו ודומה יותר לתפוח הוחזק לקרות בשם תפוח אבל לפי האמת יוכל להיות מקצתו טעם זה ומקצתו אגס והשם תלוי באילן המצמיח ג"כ כמו באילן הצומח וטעם תפוח כזה הוא חצי אגס וחצי תפוח שהרי הטעם ממש אינו במצמיח רק גורם בעלמא ואפילו באתרוג שטעם עצו ופריו שוים רחוק בעיני שיהיה ממש טעם העץ כטעם הפרי ואפי' יהי' בו ממש טעם הפרי מ"מ אנו רואין כל טבע אילנות שאין המצמיח טעמו כצומח וגם אפי' באת וג כח המצמיח אינו רק כח בעלמא וכל שבא מהרכבה י"ל שטעמו בא משניהם והרי לר' יוחנן אפי' בערבה אינו בטל כח הערבה שהרי מינין מנטיעת הערבה ע"כ יש בו כח הערבה ג"כ ובגורם לא שייך לחלק איזה טעם שניט' בו יותר וא"כ ממילא לית' לטעמו של כ"ח דהוי זוז"ג דלא שייך רק לענין איסור והיתר אבל כאן שהתורה אמרה אתרוג א"כ מאי חזית דקרית ליה אתרוג משום גורם דאתרוג תקרא לו לימון משום גורם הלימון והתורה אמרה אתרוג גם ולקחתם לקיחה תמה ובעינן שיהא כולו אתרוג ויותר תימה על טעמו של הש"ך שהביא בשבות יעקב (כעת אין בידי) להכשיר המורכבים משום דאמרינן שה ואפי' מקצת שה דשם הוא לחייב במחנות וכדומה אבל באתרוג דבעינן לקיחה תמה א"כ איך יוצא במקצת אתרוג הרי בעינן אתרוג שלם וכמו שתאמר אתרוג ואפי' מקצת אתרוג תאמר שהוא לימון מאחר שהוא במקצת לימון:

ומה שנראה לו לצדד בזכות המורכבים הוא עפ"י מ"ש לעיל ועפ"י הירושלמי שהביא כ"ת ירושלמי סוטה ולפי שיצא לנו מתוכו איזה לימוד נעתיק כל לשון הירושלמי וז"ל תני ולא חיללו פרט למבריך ומרכיב אמר ר' יוחנן ר"א בן יעקב הוא ואמר רב חסדא ד"ה הוא כשהרכיב פירות עבירה מה אנו קיימין אם שהרכיב אילן מאכל ע"ג אילן מאכל מין בשאינו מינו פירות עבירה הם ואם כשהרכיב אילן מאכל על אילן סרק מין במינו נוטע כבתחילה הוא אלא אנן קיימין כשהרכיב תאנה שתורה ע"ג תאנה לבנה ע"כ:

יא

והנה מעכ"ת באות ט' כתב ואי אפשר להבין פירושו כלל דהמפרש פני משה פי' אילן סרק עדיין לא טען פירות כו' וזה דלא ככל התנאים שבמשנה (כלאים פ"ו משנה ה') ועוד דמסיק בהרכבת תאנה שחורה ע"ג תאנה לבנה חוזר מחמת הרכבה זו אף שכבר עברה שני החילול והוא נגד ש"ס דילן (סוטה דף מג) דבטילה ילדה בזקינה וכן מוכרת

נמי מירושלמי גופיה ריש ערלה דבטלה בזקינה דהא פריך בירושלמי שם על ר"י דס"ל המרכיב באילן ערבה מונין מנטיעת ערבה איך תני במרכיב דמונין שלשים יום מנטיעת ההרכבה ומסיק בירושלמי לית כאן מרכיב אפי' כריש לקיש לית כאן מרכיב לשעבר הא בתחילה לא והניח בצע"ג ושלח ידו להגיה ומי ישמע להגיה וגם נמשך אחר סברתו דמרכיב באילן סרק אין אסור מן התורה וכבר כתבתי לעיל (אות ה) דליתא אבל נראה לי הפירוש בירושלמי כפשוטו דודאי מ"ש אם כשהרכיב באילן סרק מין במינו פירושו כדברי הפני משה שאילן סרק קרי לי' שעדיין לא עשה פירות ולא נתחלל ומה שהוקשה לו המשנה פ"ו דכלאים משנה ה' שנחלקו באילן סרק לאו קושיא הוא כלל דשם מיירי באילן סרק שהוא לחלוטין אילן סרק וכאן נקט אילן סרק היינו לפי שעה שאינו עושה פירות עדיין לפי שעה סרק הוא תדע דהא הירושלמי נקט מין במינו ואיך יתכן שסרק עם מאכל יהיה מין במינו ועוד דבירושלמי דערלה דאמר לית כאן מרכיב לשעבר הא בתחילה לא וא"כ אין כאן פירות דלא בעבירה אלא פשוט כהפני משה:

ומה שהוקשה לו הא תאנה שחורה ע"ג תאנה לבנה נמי בטלה איברא ודאי שכן משמע בש"ם דילן דדחיק לשנויי שנטע הזקינה לסייג ולקורות אבל אין קושיא אם הירושלמי יסבור דדוקא במין אחר לגמרי של הרכבה בזו בטלה ילדה בזקינה אבל שחורה ע"ג לבנה כיון שדרך להוציא שתורה כמין הענף שהוברך בו י"ל דמונין מהרכבה כיון שמוציא כמין הענף:

ומה שהוקשה לו איך אמר בירושלמי לית כאן מרכיב נראה דלא קאמר רק לר' יוחנן לשיטתו בירושלמי דסוטה דמוקי דלא כר' אליעזר בן יעקב ולא מוקי מתניתין בפירות היתר וראב"י בפירות עבירה ס"ל להירושלמי דבאמת ר' יוחנן ס"ל דשתורה ע"ג לבנה נמי בטלה בזקינה וכדס"ל נמי בש"ס דילן דדחוק לאוקמא בנוטע לסייג ולקורות ולא ס"ל לאוקמי' בשתורה ע"ג לבנה ש"מ בכה"ג נמי בטל א"כ לדידיה לית כאן מרכיב והרי הר"ן בפ"ק דר"ה מוקי באמת הך דמונין לנטיעה שלשים יום בנוטע לסייג ולקורות וישבנו דבריו באות ד' לעיל דש"ס דילן אינו מוחק מרכיב ודאי לא ס"ל כהירושלמי ע"ש ואין קושיא כלל והא דאמר בירושלמי אפי' כריש לקיש לית כאן מרכיב היינו אפי' אי ר' יוחנן ס"ל כריש לקיש בהא דמונין משעת הרכבה מ"מ לית כאן מרכיב היינו לשיטתו של ר' יוחנן דס"ל דאפי' שחורה ע"ג לבנה בטלה לכן מתניתין דמרכיב חוזר היינו אפי' בהרכבת איסור והא גופא קמ"ל במתני' דמרכיב אפי' בפירות עבירה הוא חוזר וע"כ הך ברייתא דממעט פרט למרכיב כראב"י דוקא ואפי' נאמר דהך מ"ד חולק על רב חסדא ולהכי אמר לית כאן מרכיב אין קושיא אם הירושלמי מתרץ לרב חסדא ופליגי הסוגי'

דערלה הך מ"ד לית כאן מרכיב ארב חסדא דס"ל בירושלמי דסוטה דשחורה ע"ג לבנה לא בטלה והיינו מהך טעמא גופיה דכיון דאין אותו שהרכיב כמרכיב ממש והיחור מוציא כמין המורכב לא בטל אצל הנרכב ומילי דסברא נינהו:

יב

ומעתה שפיר נוכל לומר אע"ג דסוגיין פליגא על הירוש' וס"ל שחורה בלבנה נמי לא בטלה מ"מ במין בשאינו מינו לגמרי שהיחור מוציא כמין פירותיו כמו בנ"ד אתרוג בלימון כיון שעינינו רואות שמוציא אתרוג אפי' שיהי' בו שינוי הא איכא מ"ד אין חוששין לזרע אב ואם נולד מן חמור וסוס הפרי עם האם מותר אף שזרע האב מוליד בו שינויים כדאיתא בחולין (דף עט:) עבי קליה זוטרא גנובתי' מ"מ אין חוששין לזרע אב נוכל לומר בזה דדוקא לזרע אב שחוששין שהרי אי אפשר שיתהווה הולד בלי הצטרפות זרע האב אבל היחור של אתרוג בלימון שיש בו כח הגידול מעצמו אילו לא נחתך מאביו ומוציא כמין הפרי של המורכב אפי' שיש בו איזה שינוי מחמת מין הנרכב י"ל דלא חיישינן ליה ובטל לגבי המורכב ואין חוששין לסיוע הנרכב כי בשאינו מינו אין הנרכב פועל כ"כ בו כמו במינו ועקרו מכח המורכב מאחר שמוציא כמין הפרי של המורכב ושפיר י"ל דאתרוג גמור הוא אבל לא מטעם כ"ת משם זוז"ג וביטול דזה לא מהני בנ"ד כמו שבררנו לעיל רק היכא דאתמר דאין תופשין ולא תלי' כלל בדמיון של זוז"ג וכן משמע בירו' אחר משנה דאילן שנעקר בפ"ק דערלה ז"ל ר' אלעזר כו' בשם ר"ת בן גמליאל ילדה שסיפקה לזקינה טהרה הילדה אמר ר' חייא בר בא מתניתין אמרה כן סיפוק גפנים סיפוק ע"ג ספוק אעפ"י שהבריכן לארץ מותר ע"כ הרי שהירושלמי טרח להביא ראיה ע"ז מן המשנה וא"כ במינו שמענו די"ל שאין כח הזקינה בטלה בילדה שמוציא פרי למינו אף שהם בשינוי קצת כגון שחורה ע"ג לבנה או גסים ע"ג דקים כפרש"י בסוטה אבל מין אחר י"ל שאין ניתן בו רק סיוע בעלמא כמו אילן ערבה במורכב בו אילן מאכל ובטל לגביה והוי הפרי שמוציא ממש אותו מין של היתור ונוהג בו ערלה ולא שייך בו להתיר משום זוז"ג דכיון שמוציא הפרי של המורכב בטל הנרכב לגמרי לגביה כמו למ"ד אין חוששין לזרע אב ומותר הפרי עם האם אף דודאי יש בו חלק אב אמרינן דבטל הוא ה"נ לענין ערלה דנוהג בו שאין מין הנרכב רק סיוע בעלמא ולא הוי אפי' זוז"ג וכולו איסור והא דאיתא בע"ז (דף מט) שאם נטע והבריך והרכיב מותר י"ל מסתמא בהתירא מיירי ולא באיסורא וכמו כן בהיפך באם הרכיב זקינה בילדה מין בשאינו מינו פטור מן הערלה כיון שמוציא כמין המורכב אלא דבאיסור א לא קמיירי:

יג

אמנם בתר עיון הא ליתא דהא בחולין (דף נח) אמר אמימר דשיתלא קמא אסורה מכאן ואילך הוי ליה זוז"ג ושרי וזה אפי' למ"ד אין חוששין לזרע אב כמ"ש התוס' שם ובסנהדרין (דף פ) א"כ ע"כ אין חלק האב בטל כיון דמקרי זוז"ג עכ"פ א"כ יש לנו לומר איפכא דאפילו אי אין חוששין לזרע אב אעפ"י שיש לפנינו מקצת סימנים לענין כלאים אזלינן בתר העיקר שיש במין הזה ורובו הוא סיבת זרע אם והתהוותו וריקומו במעי אמו מקרי מן האם אבל באתרוג כיון דעכ"פ איתא למין הנרכב להתיר משום זוז"ג אינו אתרוג שלם ובעינן אתרוג שלם והרי יש בו עוד כח הנרכב שא"א דכמאן דליתא דמי כיון שמועיל להתיר לענין זוז"ג ואם היה בטל לגמרי לא הוי שייך בו זוז"ג וע"כ כמאן דאיתא דמי א"כ אין כאן אתרוג שלם ואין דומה לכלאים כלל דלאו משום ביטול כח זרע אב אתי אלא שאין חוששין לענין כלאים דכשרובו חמור דין חמור יש לו וכמו דאיתא בכלאים (פ"ט) צמר גמלים וצמר רחלים שעירבו דאזלינן בתר הרוב אבל כל היכא דאכתי איתא לזרע אב שיועיל להתיר משום זוז"ג אינו מועיל גם לענין שיהיה עליו תורת אתרוג שהרי כת אחר מעורב בו ואינו אתרוג שלם ועיין בבכורות (דף כג) אי טומאה כמאן דאיתא דמי והתוס' הקשו איך יתבטל איסור וחילקו דאכילה דמי לטומאת מגע וא"כ לענין אתרוג לא שייך ביטול כלל דחלק הלימון כמאן דאיתא דמי אלא דהתוס' נסתפקו אם הוא מן התורה מ"מ כיון דאיתא לחלק הנרכב לענין זוז"ג לאו אתרוג שלם הוא שאפי' חסר כל שהוא פסול:

מעתה גם הראיה אשר התפאר בה שמצא והוא באות ט"ו מקונטריסו מן המשנה דכלאים דאיתא (בפ"א משנה ד) השיזפין ורימון כלאים זה בזה ובירושלמי הרכיב זיתים על רמונים נפיק מנהון שיזפין וכיון דיחור הנרכב מוציא כפרי המורכב א"כ שיזפין דומין לזיתים ומשמע דוקא עם רימונים הם כלאים ולא עם זיתים שמין זית הוא שיזפין לפמ"ש אין ראיה מכלאים ללקיחה תמה:

יד

אמנם אתר העיון יפה אפריון נמטי לכבוד תורתו דאנהרינהו לעיינין ממשנה אשר מתמן איגלאי בהתייהו של המורכבים שפסולים לגמרי ודברי כ"ת הגס שהם דברי תורה ולענין גוף הראיה הוה כעורבא דאייתי נורא לקיני' הנה הביא גם הוא הירושלמי במשנה ז' הני אין מרכיבין זיתים ברכב של תמרה ופריך והא אמר ר' לוי בניך כשתילי זיתים מה זיתים אין בהם הרכבה אף בניך אין בהם פסול ומשני הירושלמי דשניא היא שעתיד נמחקה והיא בירושלמי על משנה דאין מביאין אילן באילן והנה אתר שהעיד הירושלמי

דזית אינו מקבל הרכבה ואעפ"כ פעל ההרכבה שינוי טפם ומתוק בזית ואם בזית שאינו מקבל הרכבה ג"כ גורם שינוי הטעם ממילא נלמוד בשאר אילנות שמקבלין הרכבה כמו אתרוג ולימון שיש שינוי בממשו של דבר ואינו אתרוג גמור ממילא פסול הוא שכן מורה הרכבה שמקבל כח הנרכב ומעורב בו ודאי לאו אתרוג גמור הוא אלא דקשה לכאורה מאי פריך בסוטה האי הרכבה דהיתר היכי דמי הא אמר ר' אבוהו ילדה שסיבכה בזקינה בטלה וקשה לוקמא שהאילן שהרכיב זית על זית שאינו מקבל הרכבה לכן לא בטל מיהו הא לאו קושיא דבמינו שפיר מקבל הרכבה אלא דקשה מן הירושלמי דפריך ר' יוחנן ממרכיב דמונין שלשים יום דלריש לקיש מוקים לה בערבה הא גם לר' יוחנן איכא לאוקמי בהרכבת זית שאינו מקבל הרכבה ואם הרכיב זית בתמרה יש לומר דר' יוחנן מודה דמונין מנטיעת הזית שאינו מתבטל בתמרה כיון שאינו מקבל הרכבה וצריך למנות מהרכיבה מיהו בלא"ה מסיק דלית כאן מרכיב שהוא באיסור א"כ יש לומר דגם זית מ"מ כיון דמקבל מיתוק איכא מ"מ איסור הרכבה וצ"ל לית כאן מרכיב ומ"מ אפשר בהרכבת זית בדקל מונין מן הזית וגם אפשר דבזית לא מיקרי זוז"ג כיון שאינו מקבל הרכבה:

טו

ועוד אני אומר לפי שמבואר בירושלמי בהרכיב זיתים על רמון נפיק מינייהו שיזפין חזינן דאפי' בזית שאינו מקבל הרכבה משתנה שמו על כך א"כ יש לפסול' האתרוגים המורכבים ג"כ וכדאיתא בסוכה (דף יג) ואמר ר"ת כו' הני מרירתא דאגמא אדם יוצא ידי חובתו בפסח ופריך מיתיבי אזוב ולא אזוב יון וכו' אמר אביי כל שנשתנה קודם מתן תורה ובאת תורה והקפידה בידוע שיש לו שם לווי ורבא אמר הני מרירתא סתמא שמייהו והא דקרי דאגמא משום דמשתכת באגמא ע"כ והנה באתרוג אף שכתוב פרי עץ הדר באה הקבלה שהוא אתרוג וכמ"ש מכ"ת באות ה' ודבריו אמת ויציב בזה והשתא בהרכבה חזינן דמשתנה לשם אתר אפי' בזית שאין מקבל הרכבה א"כ ודאי המורכב בטל שם אתרוג מיני' דאם זית שאין מקבל הרכבה שמו משתנה כ"ש באתרוג שתגרום לו הרכבה שינוי שם ואין זה אתרוג כלל ואין להשיב מדקרינן לי' אתרוג בזה"ז יקרא בשם אתרוג דהא ליתא דאטו שמא גרים ומה בכך שיקרא לאזוב יון או אזוב מדברי אלא ברור דכשיש לו שם לווי אין בו הכת אשר רצון התורה בו וכיון שהודיענו המשנה דהפרי שבא ע"י הרכבה משתנ' שמה ממילא הוא פסול דהמורכב לא מקרי אתרוג בלא שם לווי וכן בפרדות אפי' למ"ד אין חוששין לזרע מ"מ נבדל בשם פרד אפי' במקר' הרי

שהשם משתנה ע"י הרכבה גם נשתנה שמו קודם מתן תורה ונקרא ימים. אשר מצא הימים ס"פ וישלח:

טז

הן אמת דלא ברור לי אם שיזפין הם מזיתים ממש שהם שבעת המינין כי הרמון אינם רמונים שהם משבעת המינין שהרי ברמון שהוא משבעת המינים לא פירש הרב כלום שידוע שהוא משבעת המינין שבתורה ובברכות איתא רימון כנדי ואינו משבעת המינין שהרי בריש דמאי הקלין שבדמאי השיתין ורימון שאינם פרי תשוב וכיון שהרימון הם מין שאינו תשוב אפשר שגם מה שאמר בירושלמי הרכיב זיתים על רימונים אינם זיתים שמשבעת המינין רק שם פרי אחד נקרא זיתים ואפשר שיקרא בע"א וניתא ממילא מה שדייק כת"ר כו' למה לא קשי' לר' לוי ממתני' דשיזפין הא זית אינו מקבל הרכבה דלאו זית הוא מ"מ הרי מבואר בירושלמי פ"ק דכלאים גמרא אמתני' דבאילן תני' עכו"ם שהרכיב אגוז ע"ג פרסק אע"פ שאין ישראל רשאי לעשות כן נוטל ממנו יתור ונוטע במקום אתר מה נפיק מנהון קדרי' פרסקי' הרכיב תריד ע"ג דרכון אע"פ שאין ישראל רשאי לעשות כן כירבי לבנון וחשיב שם כמה מינים שע"י הרכבה קונה הפרי היוצא שם אתר לגמרי ע"ש והובא בר"ש ג"כ א"כ ממילא כיון שההרכבה משנה שם המין פשיטא שאין יוצאין בו:

יז

וראיתי למעכ"ת באות יו"ד בסופו הביא דברי מהרש"א בסוט' (דף מג) שהקשה על הא דמוקי בש"ס בהרכבה איסור כתב מהרש"א והכא לא מקשינן לימא דלא כר' יוסי הגלילי דאפשר דלא עביד איסורא כגון דאריס דידי' הרכיב וכתב מעל' ולא הבנתי תירוצו דהא אכתי עביד איסור במה שמקיים כלאים וכמבואר בש"ס ובי"ד (סימן רצה) הנה מה שפשוט לו שכן הוא בש"ס לא עיין במשנה למלך ברמב"ם ריש ה' כלאים דמשמע בגמרא דע"ז דלרבנן דר"ע מותר לקיים כלאי זרעים אפי' לכתחילה וכן משמע באמת בגמרא (דף סד) דקאמר דלרבנן אפי' לקיומו שרי אלא שהרמב"ם סמך על הירושלמי פ"ה דכלאים שכתב בהדיא הכל מודים באיסור שהוא איסור כשלא קיים ע"י מעשה וע"י מעשה לוקה והסוגיא דע"ז אפשר ליישב דהש"ס קאמר שישראל יכול לסייע לנכרי לקיומי' כיון דאין בידו לעקרן שהם של נכרי מותר לסייע לקיום שמקיים הנכרי ובאמת י"ל דאפי' להרמב"ם שאסור לקיים כלאי זרעים מ"מ נראה לחלק דכלאי זרעים הכלאים ניכרין וצריך להפרידן לעקור הכלאים אבל כלאי אילן שכבר נתאמו ונעשו אחד אין איסור בקיומן כלל וראיה שלא זכר במשנה רק כלאי זרעים אסור לקיים אבל כלאי

אילן לא הוזכרו במשנה כלל לאסור לקיימן וכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב הלכה ז' המרכיב אילנות כלאים אעפ"י שהוא לוקה מותר באכילה שלא נאסר אלא זריעתן בלבד ומותר ליטע יתור מן האילן שהורכב כלאים לא הוזכר כלל שאסור לקיים האילן דאם הוא אסור לקיים האילן איך יקוים היתור ממנו לנטעה נטיעה אחרת א"ו כלאי אילן מותר לקיים והרא"ש והטור שפסקו שאסור לקיים המורכב צ"ל שמחלקין כי האילן שלם שיוציא הפירות ות אסור לקיים אבל היתור שאינו מוציא פירות לבדו מותר לנטעו ודוחק הוא א"נ כהרמב"ם שלא זכר קיום כלאי אילן כיון דבירושלמי יש שמותר ליטע היתור לכתחילה א"כ מה איסור שייך במקיים האילן בשלימות ואם אסור לקיום המורכב הלא גם הענף מהרכבת עבירה וכן משמע מפרש"י בסוטה שפירש דהרכבת עבירה הוה כמו גזלן ולא פירש בהרכבה דלא הוה כרם דלמיעקר קאי ועוד דאפי' כבר חיללו ישוב לביתו לעקור הכלאים שעובר עליו בכל שעה אלא נראה שאין איסור בקיום אילן מורכב ולדברי הרא"ש וטור אם אחד קנה כרם או אילני מאכל מן הנכרי יצטרך לעקור המורכבים וזה לא שמענו וכן נראה שיטת מהרש"א כנ"ל ואין מקום להשגתו:

יח

ומה שהביא כ"ת קושית האלשיך בגמרא (סוטה דף מג) דלא תירץ אמבריך כלום ומעל' מתרץ די"ל דיש לחלק בין נפסק מאבי' חוזר מעורכי מלחמה ובלא נפסק אינו חוזר הלא גם האלשיך מחלק כן אלא שדבריו אינם מסודרים וקצת מעורבבים וגם מה שמצא כ"ת הברכה בגופו של אילן (בע"ז דף מת) אמרי דבי ר' ינאי והוא שהבריך בגופו של אילן ודאי י"ל כן אלא שמ"מ לשון הגמרא שמניח לשון מבריך הנזכר קודם במשנה ומתרץ מרכיב זה ודאי קשה גם רש"י פירש בהדיא מבריך בארץ לכן נ"ל דהש"ס דמתרץ כאן בהרכבת איסור קאי נמי אמבריך והיינו שהבריך מאילן שהורכב באיסור ולא נפסק היתור מאבי' ולכן אף שהבריך בארץ הרי בא מהרכבת איסור ואפשר לומר שכל יתור שנטע מן ה ורכב מקרי הרכבת איסור מאחר שבא מהרכבת עבירה וא"כ לפמ"ש באות הקדום שמותר לקיים המורכב משכחת לה הרכבה דהשתא בהיתר שנטל יתור מן המורכב והרכיבו במורכב אתר ומיעט קרא שלא יחזור משום ששרשו מהרכבת איסור ומיושב קושית מהרש"א דלא כרבי יוסי הגלילי הא ירא מעבירות שבידו דלא עביד איסורא כלל בהרכבה זו רק שיחורו בא מאיסור:

יט

עד הנה עזרונו רחמיו ית' לבאר דודאי כשהוא מורכב הוא פסול ועדיין צריך לבאר אם פסול כל שבעה כי בתשובת אלשיך אתי עלה מטעם שאם אינו נשאר כביצה ומעכ"ת

פלפל בזה אם בעינן שיעור כביצה ובאמת לענ"ד פשוט שפסול שאם הכשירו חסר בשאר הימים היינו בנפל החסרון במקרה ומצד עצמו הוא אתרוג אבל בזה שנדבק בו שאין כולו אתרוג הוה כאילו הוא מין אתר לגמרי שהרי אין שום חלק אתרוג ברור שכל משהו ממנו הוא מורכב וכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא ואף דכתבו התו' בריש לולב הגזול דמה שהוא עיקר לקיחה תקנו בי"ט שני דרבנן כעין דאורייתא משום הידור מצוה א"כ י"ל במורכב זה שהוא מהודר יוכל לצאת בחלק אתרוג שבו לאו מילתא הוא דכיון שאין חלק אתרוג מבורר לאו אתרוג הוא כלל שהרי כבר כתבנו לעיל שמשתנה שמו לשם אחר והוה כאילו אינו אתרוג והרי לולב של אשירה דפסול משום כתית' מכתת שיעורי' וכתבו התו' דצריך להאי טעמא בי"ט שני דבי"ט ראשון בלא"ה לאו לכם הוא הרי אעפ"י שהוא מהודר ואין חסרון נראה כלל מ"מ פסול הוא דכיון דדנין עליו שאין בו שיעור הוה כאילו מחוסר השיעור לגמרי ובזה אפשר ליתן סעד לדברי הטור שכתב המג"א (בסי' תרמט) שהביא כ"ת באות י"ז שסובר דחסר דכשר בי"ט שני מ"מ צריך שישאר בו שיעור כביצה וקשה מנ"ל ולפ"ז י"ל דמוכח מדפסול אתרוג של אשירה דמיכתת שיעורי' אפי' בי"ט שני אף שהוא שלם בשלימות ומהודר וע"כ בעקר השיעור תקנו כעין דאורייתא א"כ ממילא בעינן השיעור בשלימות לכן הגזורכב נמי כיון שאין בו שום חלק אתרוג ברור פסול:

כ

ומ"ש באות י"ד לראי' ברורה שמיעוט הלימון בטל באתרוג מהא דעושה עיסה מן החטין ומן האורז דאם יש בו טעם דגן יוצא ידי ח בתו והאורז מצטרף לכמה פוסקים כיון שקיבל טעם ממנו נהפך האורז להיות כמו החטים ויוצא בזה הה"ד כאן נהפך חלק הלימון לאתרוג נראה דל"ד כלל דמצה מצוה שיאכל מצה אבל א"צ הכזית להיות מצורף ואפי' פורר הכזית יוצא אבל באתרוג דכתיב פרי עץ הדר ובאה הקבלה שהוא אתרוג ולקיחה תמה א"כ זה המורכב אינו אתרוג בשלימות שהרי מעורב בו מין אחר ואינו אתרוג שלם וכ"ש למ"ש דההרכבה גורם לו שם אחר ועיין במ"ש במגן אלף (סימן תנג) שהקשיתי טובא, על סברא זו כתבתי שעיקר שצריך לאכול כל אכי' פרס ומ"מ אין ענין לכאן דאמרינן התורה קפדה אפרי שיהי' פרי עץ הדר לא מעץ לימין שהקבלה אפשר היתה שיהיה הפרי מעץ הדר וזהו אתרוג אפשר דבעינן הפרי כולו מעץ אתרוג לא מעץ לימון דהדר באה עליו הקבלה שהוא האתרוג הוה כאילו כתוב פרי עץ אתרוג ועץ של המורכב הענף עץ אתרוג והנרכב עץ לימון לכן לא ידעתי שום סמיכה להכשיר גם כי

היכא דאמרו בגמרא פרי אחד ולא שנים ושלשה פירות הה"ד דאמרינן פרי אחד ולא פרי וחצי או משהו פרי אחר ועיין ב"ק (דף מ"ם) כופר שלם אמר רחמנא ובתו' שם:

כא

ולא די לנו הצער הזה שאין יוצאין במורכבין אלא דאפשר דאם נוטל אתרוג מורכב. עובר על בל מוסיף דה"ל חמשה מינים וראיתי לכ"ת (באות י"ח) שדחה זה מטעם שכתב המג"א (בסימן תרנ"א ס"ק כ"ז) דאינו עובר על בל תוסיף כיון דלא מכוין להוסיף מלבד שדברי המג"א עצמם הם אינם ברורים דניהו דפסק הטור מצית צריכות כוונה היינו לחומרא אבל היכא דנפיק מיני' קולא שלא לעבור על בל תוסיף ודאי חיישינן לגדולי פסק ם דס"ל מצות א"צ כוונה וכן משמע לשין הרא"ש בר"ה פ' ראוהו ב"ד שכתב הילכך אזלינן לחומרא ובעינן דעת שומע ומשמיע אבל לקולא לא נסמוך ליכנס לאיסור בל תוסיף ועוד דבסוכה (דף ל"א) דאמרינן טעמא דרבי יהודה דאין אוגדין הלולב אלא במינו משום דס"ל לולב צריך אגד ואי מייתי מינא אחרינא הו"ל חמשה מינים ופרש"י ונמצא עובר על בל תוסיף אם יאגד מין חמישי וכן פירש (בדף ל"ה:) ודוחק לומר דמפרש דס"ל מצות א"צ כונה דרש"י קאמר ועובר על בל תוסיף משמע לאו גמור ובאמת הדבר ברור לחלק דבשלמא בהוסיף מין שא"צ לצאת בו י"ל דבעי כונה להוסיף דהאי לחודי' קאי אבל אם אגד אותו המין במין שרוצה לצאת ע"כ מכוון לצאת בו ואין יכול לחלוק הכוונה שיצא באגד ושלא יהי' כמוסיף וכמו כן אם נוטל אתרוג מורכב הרי אגוד הוא ומצורף מעצמו ולא שייך שבמקצתה מכוון לצאת שהרי הכל מצורף ומ"מ ה"ל חמשה מינים וא"כ אפשר דבל תוסיף נמי איכא דה"ל חמשה מינים ובהכי ניחא מה שדייק בט"ז אי נימא מורכב פסול אמאי אמר בגמרא (דף ל"א) לא מצא אתרוג לא יביא פריש ורימון אמאי לא קאמר מורכב דהוה רבותא טפי ולפמ"ש לקמ"ם דמורכב פשיטא דשייך בי' בל תוסיף דהו"ל חמשה מינים אבל בפריש ורמון לא שייך בל תוסיף שהרי עדיין חסר לו מין שצריך לצאת בו ואין רק שלשה מינים ואי קשה הא עובר בג' מינים על לא תגרע כבר כתבתי בחדושי דלא שייך לא תגרע בג' מינים דחזי לצרופי אם ימצא מין ד' ולא דמי למתן ארבע שנתערב במתן אחד ששייך בל תוסיף ובל תגרע דלא חזי לאצטרופי כמ"ש בחידושי אבל מורכב י"ל דעובר על בל תוסיף ומ"מ בחדושי כתבתי ליישב דברי הטור דאפי' למ"ד מצות אין צריכות כוונה במין חמישי דלחודי' קאי לא עבר על בל תוסיף בלא כוונה דהא רבא גופי' אמר בסוכ' (דף ל"ז) לקיחה ע"י דבר אחר שמה לקיחה ורבא אמר בפ' ראוהו ב"ד התוקע לשיר יצא אלמא דס"ל מצות א"צ כוונה וא"כ קשה בלקיחה ע"י דבר אתר הרי מוסיף אין חמישי אלא נראה לכ"ע במין חמישי דקאי לחודי' בעינן

כוונה וא"כ הכא דמכוין לצאת בפרי זה איכא למיחש לבל תוסיף אלא דאפשר לומר כיון דאינו אתרוג שלם וכתיב לא תוסיפו על הדבר וכיון דהמורכב רק מקצת אתרוג אין כאן דבר שלם כדאמרינן דבר ולא חצי דבר וא"כ לדברי מעל' שהמורכב אתרוג שלם הוא אם אין בטל לגמרי מקצת הלימון לחשבו כמאן דליתא הרי עבר על בל תוסיף ומ"מ לא בריר' לי לדרוש מעצמינו דבר ולא חצי דבר שאין לנו עסק בדרשות חז"ל שנעלם מאתנו דרך הלזה מיום סתימת התלמוד והרי אמרו שה ואתי' מקצת וחמש אפי' חצי חמש ועיין ב"ק (דף מ) ובתו' שם הרבה דמיונות ובשביל שאנו מדמין לא נעשה מעשה וא"כ אפשר דעובר על בל תוסיף גם בהך דזבחים (דף פ) בפרש"י אהא דניתן במתנה א' שנתערבו במתן ד' דינתן במתן ארבע פרש"י ורואה המתנות יתרות הניתנות מדם הבכור כאילו הם מים ואין זה בל תוסיף משמע דבלא"ה הוה בל תוסיף אף שאין מכוין להוסיף ובעירובין (דף ק) פרש"י אע"ג דעובר על בל תוסיף אתי עשה דחטאת ונתן על קרנות ודחי לבל תוסיף דבכור והתו' הקשו שם לר' יהושע לית' עשה ולידתי לאו דבל תוסיף משמע דלאו גמור הוא אעפ"י שאין מכוון להוסיף והטעם הוא שהרי מכוון בהזאה זו לשם מצוה עכ"פ ואיכא בל תוסיף וכ"ש באתרוג שיוצא בו אם יש בו מין חמישי אגוד בי' בתולדה ששייך בל תוסיף אלא דצל"ע קושית התו' דמה מרויח כשיתן מתן ארבע א"כ לא יצא ידי מצוה בבכור שהמצוה שינתן דוקא מתנה א' וכשנותן מתן ארבע לא קיים המצוה כתקנה בבכור חוץ מעבירה בל תוסיף כיון דדינו ליתנו במחצה א' אין המצוה כתקנה ובדיעבד יוצא גם בחטאת במתנה אחת א"כ גם כשנותן מה שדינו במתנה אחת במתן שתים שהן ארבע לא קיים מצות מתנה אחת כדינו שדין ליתן במתנה אחת ונתן שתים ובתו' סוכה (דף ל"א) ד"ה הואיל כתבו דלרבנן האי לחודא שיוצא ידי מצוה ומ"מ עובר אבל תום ף א"כ י"ל דהיינו משום דהאי לחודא קאי יוצא אבל אם נותן מה שדינו במתנה אחת בשתי מתנות לא יצא ידי מצוה במתנה אחת כיון שנתנו בענין אחר גם רש"י פי' בעירובין חטאת והתוס' דחו פי' זה ובזבחים פרש"י גם בכור ומעשר בדם עולה שתי מתנות שהן ארבע והיינו כפי תירוץ התוס' ואין להאריך בזה דלפמ"ש רש"י בעירובין י"ל גם בשינוי מקום דחיית העשה ואין להאריך בזה כאן ואי איכא בל תוסיף גם ידי מצוה לא יצא דהוה מצוה הבאה בעבירה דבשלמא בהוסיף מין חמישי כיון דלחודיה קאי י"ל דמ"מ יוצא שאין המצוה בא מחמת עבירה א"כ במורכב שהכל מחובר כאחד והוי כמו לר' יהודא דצריך אגד ואם הוסיף מין חמישי בתוך האגד גם ידי מצוה לא יצא ושוב ראיתי שגם בטור שכתב (בסי' תרנ"א) שכתב ז"ל ולא יוסיף עליהם מין אחר אפילו לא יאגדנו עמהם אם יאחזנו בידו עמהם לשם מצות לולב איכא בל תוסיף ויש לפרש

אפי' לא נתכוון שיהיה מין החמישי נוסף לשם מצוה כל שנוטלו בידו לשם מצוה א"כ ע"כ מכוין לשם מצוה וכשניטל גם מין החמישי לא כל כמיניה לאפוקי מכלל מצוה ועובר על בל תוסיף ומ"ש לעיל בנטילה ע"י דבר אחר אפשר לחלק בין שנוטל המין כדרך גדילתו וכדרך נטילה:

וכן משמע מדברי מג"א גופיה (בסי' לד ס"ק ג) שכ' כרצועות בעלמא שהרי אחד מהם פסול אבל אם מנית ב' זוגות תפילין כשרים עובר על בל תוסיף משמע אפי' התנה שלא לצאת רק באתר מהם ולא בשניהם מ"מ איכא בל תוסיף מיהו אפשר לחלק שכאן שניהם ראוין למצוה ולא שייך לחודיה קאי מיהו מ"ש המ"א דכן מוכח בעירובין אינו מוכרח דשם אינו מוכח רק במכוין בשניהם לשם מצוה ובזו עובר אבל אם אינו מכוון רק אחד לשם מצוה ואחד יהי' כרצועות לא מוכח שיעבור בבל תוסיף אי מצות צריכות כוונה ועיין מ"א (סי' ש"א) עכ"פ מוכח הא דאיתא בפ' המוצא תפילין דר"ג ס"ל מצות צריכות כוונה ואינו עיבר אבל תוסיף בלא כוונה היינו כשאינו מכוון כלל לצאת ידי תפילין דאפי' שבת זמן תפילין מסתמא אין מכוון לצאת דעכ"פ מדרבנן אין מנהג להניחן בשבת ואפשר משום איזו גזירה דאם היה מנהג להניחן א"כ איך יכניס שני זוגות הא מסתמא בזוג תפילין של עצמו הולך בהן וא"כ ודאי לא מכוון כלל למצוה אבל אם בשעת עשיה מכוון למצוה ומוסיף מין אחר שאין מכיון בהוספה לשם מצוה יש לומר דעובר ג"כ:

כב

ובענין מה שזכר מעל' חשש חציצה לא ראיתי לדבר בזה דממ"נ אם נתבטל חלק הלימון באתרוג אין חציצה ואם לא נתבטל אפי' בלא חציצה אינו אתרוג שלם ומה שנזכר בדברי כ"ת אית י"ז וי"ח דחסרון בפנים לא שמיה חסרון באתרוג ליתא דודאי בעינן שכל אתרוג יהיה בשלימות וראי' מהא דאיתא בסוכה (דף לו) דמבעיא באתרוג שנולדו בו סימני טריפה כו' הכא מאי דילמא התם הוא דלא שליט ביה אוירא הדר בריא אבל הכא דשליט בה אוירא סרוחי מסרחי מוכח דגם בחסרון בפנים אם לא הדר בריא הוי פסול דלא כמ"ש כ"ת (באות י"ז וי"ח) א"כ ממילא ליכא נ"מ לענין חציצה דאי כולו כשר אין חציצה ואם אפי' יהיה מקצת לימון בפנים ג"כ פסול גם מה שחשב זה וזה גורם לתערובות וביקש להביא ראיה נגד המרדכי כבר נתברר לעיל דבזוז"ג לא שייך תערובות שלא נתערב בו דבר שמיוחד עליו איסור והיינו דבזרע אב לא שייך תערובות ובאגוז של ערלה בטל האגוז באלף אלפי אלפים רק כחו גורם בעלמא לענין כל היוצא מן הטמא כמבואר לעיל בארוכה:

כג

וכל אלה הדברים הם במורכבים גמור אבל על הקארסקנער לא דברתי ולא ידעתי מאין הרגלים לחוש למורכבים ובההעתק אשר הועתק במכתבו מרבני פרינצי כתב שר' רפאל פנחס באקי אינו מהגדולים אנשי שם שראוי לסמוך על כתבי הכשר שלו ובהעתקה מאגרת מרבני פרינצי מבואר שהאתרוגים ההם אין להם חזקה וממילא מורכבים הם ע"כ ואנכי לא ידעתי מהו עדותו של ר' פנחס שהעיד שאינם מורכבים וכתבו רבני פרינצי שאין להם חזקה כי איך אפשר להעיד שאינם מורכבים כי אפי' יצאו ממורכבים מאלף שנים קדמוניות אם הם מורכבים תולדותיהם כיוצא בהם וגם דור עשירי לא יבוא להם בקהל ה' עד עולם ומינה נמי מה חזקה יש ליעניעזר שאינם מורכבים אי משום שנהגו אבותינו לצאת בהם אין זו חזקה במקום שרחוק ממקום גידול האתרוגים שידוע שאחב"י שומעים לקרב ולא לרחק ומצות חביבות עליהם לברך עליהם כאשר ימצאו והראיה בהדסים היבשים אשר כמעט פסולים לגמרי הן מצד היבשות וגם הם שוטים וחתרו רבותינו הקדמונים בסברות דחוקות ליתן להם מקום הכשר שלא ימנעו מלברך עליהם:

והנה היעניעזר שהורגלו לצאת רובן אין להם שושנתא וכמ"ש הרמ"א (בסי' תרמ"ח סעי' ז') ובגמ' מצינו ניטלה פיטמתו ופירשו בתו' סוכה (דף לו) שהוא שושנתא וכן הביאו התו' בשם הירושלמי הנה ראינו שאתרוגים שבזמן הש"ס הי' להם שושנתא וביעניעזר אינו כן ואף שהוא חסרון ניכר ופסלות האתרוג תלוי בו לא נגזר עליהם בשביל שינוי זה שיהיו מורכבים. ובענין העוקץ הבולט אפשר שיש רמז בגמ' להמפרשים פטמתו ועוקצו במקום אחד משמע שיש גומא אם ינטל העוקץ לפנים משמע קצת שגידול אתרוגים שבזמן הגמ' היה שקוע העוקץ מיהו גם בבולט ימצא גומא קטנה עכ"פ כשינטל העוקץ אפי' אם הוא בולט וגם הגרעינין אין לעמוד עליו אחר שבררנו שלא ימצא חזקה לשום אתרוג ואפי' אתרוגים שהוחזקו מאבותינו הלא אנו גולים בארבע כנפות הארץ וא"כ במה יודע איזה הם מורכבים ואיך ראוי שיניחו הגרעינין בבלתי מורכבים למען השינוי המתהווה ביניהם ואין שום חזקה לאתרוגים לפענ"ד אם לא שיש מקים שגדלים בעצי יער ביערות ואין משגיח עליהם לזה המקו' מחמת ריבויים והעדר חשיבותן מסתמא לא יטרחו עמהם להרכיבם כאשר שמעתי אומרים כן אך מי יודע אם האמת כן ואם היעניעזר מקורן משם סוף דבר ליכא חזקה לשום אתרוג מאחר שאין הכשר למורכבים כל ימי עולם ובודאי גם משום איזה שינוי אפי' אם יש שינוי נגד אתרוג שיהיו מוחזקים מימות עולם לא נגזר בשינוי תואר שנמצא בהם במקומות אחרים לא נגזור משום זה עליהם שם הרכבה ומין אחר ובפ' שור שנגח (ד' נה) אמר שמואל אווז ואווז הבר כלאים

זה בזה מ"ט אי משום דהאי אריך קועיה והאי זוטר קועיה אלא מעתה גמלא פרסא וגמלא טעיא דהאי אלים קועיה והאי קטין קיעיה ה"נ דהוו כלאים זה בזה ע"כ הרי שבשביל שינוי לא נגזר שהוא מין אתר כ"ש בפירות שאפי' בעיר אחד יש כמה וכמה שינוים במין אחד לכן לא ראיתי להחזיק בשום סימן הגם שרבותינו הקדמונים טרחו בסימנים נגד המוחזקים אבל לפענ"ד גם המוחזקים הוא חזקה שאין עמה טענה דשמא הראשונים היו מורכבים ג"כ ואין להחזיק שום סימן כשרואין שרב המיץ בפנים הוה רגלים לדבר מאחר שאנו יודעים שבלימון המיץ רב בו א"כ אותו שהמיץ מעט מוחזקים יותר לאתרוג ואם המיץ רב יראה שיש בו כח הרכבה מלימון לכן לדעתי אין ממש בעדות ר' רפאל פינחס באקי איך יעיד אם לא ידע אביהן ואין טעם לדברי רבני פרינצי שכתבו שממילא הם מורכבים מאחר שאין להם חזקה כי החזקה ג"כ אינו חזקה כי ליכא לברורי כלל מיהו גם בגרעינין אילו היו משונים בלימון מבאתרוג אם דומין ללימון היו רגלים להרכבה אבל בחנתי כמה פעמים ולא ימצא בירור ושינוי בגרעינין כלל נמצא שאין ראי' וחזקה רק ברבות המיץ הרבה יש לחוש להרכבה וידחו כמוץ אשר חדפנו רוח ובזו יש להבחין באיזו אתרוגים ואם המיץ מעט כמו ביעניעזר אין טעם לפוסלן:

מיהו מ"ש מכ"ת דרוב אתרוגים אינם מורכבים לא ברור לי דשמא נתרבו המורכבים בהמשך זמן על הבלתי מורכבים (וכעין שאמרו חז"ל בחולין סג:) אמנם אחר שמצינו בגמרא הסימן באתרוגים שטעם עצם ופרים שוה אם ימצא שאין טעם עצם ופרים שוה מסתמא מורכבים הם וכבר ביארנו שהמורכבים פסולים א"כ בזאת יבחנו הקרסיקאנער נגד היעניזער ואם גם הקרסקאנער טעם עצם ופרים שוה כמו היעניעזר אין לפוסלן כלל אם אין המיץ שבפנים מרובה כנגד היעניעזר ובחינה אחרת אין לנו:

כד

איברא דגם בהך סימנא שהמיץ רבה לא ברור לי דכפי הנראה מה שבאתרוג הקל פה עבה הוא לפי שעדיין לא גמר בישולו ואם כבר נגמר בישולו שראוי לאכילה מסתמא כל שמוסיף להתבשל יתרבה המיץ דהקליפה לעולם אינו ראוי לאכילה כמו בלימון ומוראנץ וא"כ אפשר שזה קרוב יותר להתבשל מתרבה המיץ יותר מבפנים ור"ח דמטבל ונפיק ביה וידוע דאתרוגים שלנו אינם ראוים לאכילה כלל וא"כ אין זה מופת חותך גם מן המיץ דשמא נחתכו בזמן שיותר קרוב בישולן אמנם למה שאנו רואין שהקארסקאנער ירוקים יותר קרובים למראה כרתי מן היעניעזר משמע שלא יהיו הקארסקאנער קרובים יותר לגמר בישולן מן היעניעזר שהרי הירקות מורה יותר על שלא גמר פריו כדאי' בגמ' ואיך נימא דירוקים קרובים יותר לגמר בישולן ויש לתלות יותר בהרכבה מלימון שדרך

המיץ רבה מיהו מתשובת אלשיך אין ראיה דהוא דיבר על המורכבים ידועים והמיץ רבה בהם והבחינה בטעם עצו ופריו יש להבחין ע"י עוקץ האתרוג שהוא עץ ואינו מן גוף האתרוג וכדומה שלא יהיה בעץ טעם הפרי ממש שיהיה ראוי לאכילה מאחר שאין שום מיץ נמצא בעוקץ וכפי הנראה הלח שהמיץ רבה הוא אשר יכשר לאכילה ור' חנינא תכו אכל קליפתו זרק וא"כ העץ אינו שוה בטעם האוכל רק בטעם הקליפה והקליפה נמי מקרי פרי לענין ברכה כמבואר בפוסקים אבל בעינן שיהא העץ ראוי לאכילה בעינו כמות שהוא א"כ לא מצינו שום רגלים לפוסלו אם לא שהמיץ רבה בהם קרוב ללימון ולא עוד אלא שהיעניעזר יותר קרובים למראה לימון מהקארסקאנער שמראה ועניעזר קרוב לאודם יותר למראה הלימון מהקארסקאנער שמראיהן דיהה הרבה ממראה אתרוג וכל שהוא יותר מתדמה ללימון יש חשש הרכבה יותר וכל שתרחק צורתו מהלימון יתמעט חשש מהרכבה:

כה

ברם צריך אני למודעי בדבר האמור לעיל שהחזקתי פסלות המורכבים בזה שההרכבה גורם שינוי השם וצריך אני לבאר מה שיראה מה שהוכחתי (לעיל אות ט"ו) מן דוגמא דסוכה (דף יג) דשינוי השם פוסל במינים של מצוה וצריך לבאר דבסוכה (דף לג) דמוקי באסא מצראה דקיימא שבעה שבעה בחד קניא דכי נתרי ארבעה אשתייר תלתא אמר אביי ש"מ האי אסא מצראה כשר להושענא פשיטא מהו דתימא הואיל ואית ליה שם לוי לא מתכשר ואימא הכי נמי עץ עבות אמר רחמנא מ"מ וכה"ג (דף לד) בחילפי גילי לערבה וקשה דא"כ מאי פריך (בדף יג) אמרירתא דאגמא דכשר למרור ופריך מאזוב ולא אזוב יון ומאי קושי' לישני מרורים אמר רחמנא מ"מ גם הא גופיה למה אזוב יון פסול לחטאת נימא אזוב אמר רחמנא מ"מ. ולכאורה היה אפשר דלא אמרינן הכי דשם לוי פסול. רק כששם המין מפורש בתורה בלא שם לוי ונקרא בשם לוי הוא שפסול משא"כ בהדס אין המין מפורש בתורה רק עץ עבות וכל שהוא עץ עבות כשר ולפ"ז היה אפשר לומר כיון שאין אתרוג מפורש בתורה רק פרי עץ הדר אמרינן פרי עץ הדר מכל מקום ואפי' מורכב בכלל אמנם נראה דהא ליתא דהא מרור אינו מפורש בתורה ואפ"ה פסול כשנקרא מרירתא דאגמא אלא דהדבר ברור דודאי צדקו דברי הרמב"ם שכתב בסדר זרעים בהקדמה שלא נסתפק להם בדור דור שהוא אתרוג והדס ודבריו ברורים וראויים למי שאמרם. אך ההפרש הוא כך והדבר ברור דאזוב יון ואזוב מצרי משונה באיכותו מסתם אזוב ויעיד ע"ז מרירתא דאגמא שבודאי איכותו משונה שהרי כל מיני מרור אינם דומים באיכות כלל זה לזה וה"ד אזוב יון ואזוב מצרי ולזה אמרינן שאינו בכלל אזוב

סתם כיון שנקרא בשם לוי לא היא זו שרמזה התורה אזוב סתם וזאת בשינוי מאזוב סתם וקונה שם לוי לעצמו אבל כשלא נאמר שהתורה רמזה בשם זה דוקא הדם כפי הקבלה בכלל עץ עבות שהוא הדס שנתמעט מכלל לשון עץ עבות שאין זה בכלל קריאת השם שאדרבה אסא מצראה שעליה מרובין כ"ש שנכלל עץ עבות ואיך נאמר שקפדה תורה על הדס סתם וממעט מעץ עבות מה שהוא יותר עבות זה לא מסתבר כלל שהרי עכ"פ באה הקבלה שבחרה התורה בהדם וכינוהו התורה בשם עץ עבות דכ"ש שיכונה אסא מצראה בשם עץ עבות וכן בערבי נתל לא מסתבר למעט חילפי שאין איכותו המשתנה משאר ערבי נתל שגם חילפי גילי בכלל שם ערבי נתל ולא נוכל למעטו בשביל שינוי שם שקורין העולם חילפי גילי שאין בו שינוי איכות שנוכל לחלק ביניהם אבל באזוב יון ואזוב מצרי שיש בו שינוי איכות שראוי לחלק ביניהם ואם היה נקרא סתם היה כשר דהי מינייהו מפקת אבל כשיש שינוי שם ויש שינוי באיכות נאמר שאין רצון התורה רק באיכות הלזה ובן בפרק אלו טריפות (דף סג:) דאמר רב יהודה הני כופשא ציצינא כשרים לגבי מזבח ופריך עליה ג"כ מאזוב יון יש בהם ג"כ שינוי באיכות משאר תורים לכן אי באמת הי' מכונה בשם כופשי ציצינא לא היו כשרים למזבח די"ל שאין אלו תורים כלל שידוע היה שהם משונים בחיכית מסתם תורים וי"ל שאינם בכלל סתם חורים [לכן] צריך לתרץ כמ"ש בגמ' כן נראה לי ברור ובזה מיושב מה שתמהו התו' תימא מאי ס"ד הא אפי' הירדוף הוה מכשירין והניחו בקושיא ולדברי הרמב"ם לא קשה מידי דודאי הקבלה היתה על הדס וידוע היה רק דלא מסתבר שתסמוך התורה הקבלה דמה שאינו מוכיח מתוך הכתוב על זה המין ולהכי פריך ואימא הירדוף ואין רמז בתורה על הקבלה שהוא הדם אבל לפי האמת הקבלה היתה הדס ושפיר ס"ד הואיל ויש לו שם לוי נוציא מכלל הרמז שבא על הדם קמ"ל דמ"מ אין להוציא כיון שאין למעט מתיבות עץ עבות וכל זה ברור לאמיתה של תורה ברית הן הן הדברים שנאמרו בסיני אמור מעתה אחר שבאת הקבלה על אתרוגים והמורכב קונה שם לעצמו בשביל איכות מין אחר המורכב בו ממילא אינו בכלל אתרוג בפרט די"ל שהקבלה היתה על שם אתרוג ששמו פרי עץ הדר וכה"ג מצינו בריש (פרק ב') דביצה אילן אדרא וי"ל דאתרוג שמו פרי עץ הדר והדברים ברורים ותו לא מידי ארי' ליב צינץ:

סימן ז

חלק יו"ד בענין נפילה.

מכתבו כוננו ידיו נכתב ביום י"ג כסליו הגיעני סמוך לר"ח אדר והנה הגם שהי' בדעתי שאשיבו מיד אפס גודל הטרדות הן בשו"ת ומילי דמתא ושעורין דרבנן לא נתנני להשיב לו הגם כי שמחתי בהיות כי לא אלמן ישראל ויש כאן צעירים מחזיקים במעוז התורה וגדייס יעשו תישים בעלי קרנים חפץ ד' יצליח בידו להחזיק במעוזו. אך אשיבהו מילין בקצרה:

א

על אשר נתעורר מעל' בענין הכאה במקל על השדרה שלפי דברי הר"ן שצריכה בדיקה אפי' הלכה והפר"ת מסיק דלא כמהר"ם לובלין בתשובה (סימן צד) ונתעורר ידידי שא"כ אין בהמה שלא יהי' צריך בדיקה כי רוב ההכאות אפלגא דגבא ואשיב לידידי בקצרה כי בודאי אשר מקלו יגיד לו לידידי ראי' מזבחים פ' התערובות דניקמה בנתערבה בהמה שהוכתה על השדרה וצריכה בדיקה ולא מהני הילוך. הנה בודאי קושיות כאלה עומדים על שפתי המעיין ובחידושי ליו"ד בילדותי כתבתי ג"כ בענינים האלו. אך אמינא ולטעמי' חי ניחא הא איכא לאוקמא שנתערבה בהמה שהוכתה אפלגא דגבא עם שהוכתה לאורך השדרה דע"כ תרווייהו בחד ענינא מיירי דאי פלגא דגבא באינה יכולה לילך כדרכה ממילא לאורך השדרה גם בהא אין לחוש ושפיר משכחת לה תערובת וע"כ אין ראי' מזה ולייישב כמה קושיות הנופלות כאלה כתבתי בחידושי לי"ד דלדברי הברכת הזבח שמתרץ קושי' הש"ך (בי"ד סימן נ"ד) שרוצה להוכיח שדרוסה יש לה בדיקה בחוץ והבאתי שמה דברי בה"ז דבאינה ניכר בחוץ יש לומר ספק דרוסה מיהו הוה והסוגיא אזלא למ"ד אין חוששין לספק דרוסה וא"כ גם זה לק"מ דבכה"ג שאנו מקשין כגון בפלגא דגבא י"ל דאינה אלא איסור מספיקא ואם אין חוששין לספק דרוסה אין תשש בזה רק לדידן דקיי"ל אין חוששין לספק דרוסה י"ל לחוש לכל אלה ועוד י"ל דודאי להפוסקים דמתירין ספק אחד בגופו וספק אחד בתערובת לא קשיין קושיות כאלה דנוכל לומר שהחששות הם מספק א"כ בתערובות מותר דהוה ספק ספיקא ואמאי ימותו כולן ואפילו למ"ד חוששין לספק דרוסה לא הוה אלא ספיקא ובתערובת ה"ל ספק ספיקא ואפילו אי לא אמרינן ספק בגופו וספק בתערובת יש לומר דקים לי' להש"ס שאין החששא בהנך שחששו לנפילה בשביל ענינים כאלה רק כשהוא בעינא אבל בתערובות אין החששא חזקה כל כך ודי לחוש כשהבהמה בעינא ולא לאסור התערובות כיון דמן התורה בטלה ברובא וב"ת חשיבי לא הוה רק מדרבנן:

ועפ"ז אפשר ליישב מה שתמהו על הרמב"ם שכתב כל מקום שאמרו חוששין לה צריכה בדיקה ומשמע אפי' תוך מע"ל וקשה מנ"ל הא דהא בנפילה לא מהני בדיקה תוך מעת

לעת ולפ"ז י"ל דקשי' לי' להרמב"ם הך דפ' התערובות דלוקמה בנתערבה הך דהכה על השדרה במקל לאורכה עס אותו שהכה לרחבה וכנ"ל וע"כ דלא חששו רק כשהוא בעינא להצריך בדיקה וע"כ לא דמי לנפילה גמורה שתשובה כמו ודאי טריפה ואם שחטה תוך מע"ל לא אהני לה בדיקה אפילו למ"ד אין חוששין לספק דרוסה ומ"מ בשחטה תוך מע"ל אסורה וע"כ חשוב קרוב לודאי שלא תשהה ובפרט להרמב"ם דמיקל בשאר ספיקות רק בדרוסה מחמיר ע"כ בשחטה תוך מע"ל אסורה דמסתמא לא תשהה מע"ל וא"כ אם זו בגדר זה שלא תשהה מע"ל הו"ל לאסור בזו התערובות א"כ קשה נוקמה בכה"ג אע"כ שאין בו חששא גמורה ולא החמירו רק להצריך בדיקה לבהמה זו כשהיא בעינא א"כ אין החששא כ"כ כיון דהתערובות אינו אסור א"כ אין לאסור בשחטה תוך מע"ל כיון שאין החשש גמור א"כ קרוב הדבר שחשהה א"כ מהיכא תיתי לאסור בשחטה תוך מע"ל ודי שצריכה בדיקה כשהיא בעינא דאס נחזיק דמסתמא לא תשהה א"כ ה"ל לאסור גם התערובות בכה"ג אע"כ בכה"ג ליכא רק חששא בעלמא א"כ די לאסור אותה בהמה ולא נימא דמסתמא לא תשהה דא"כ נחזיקה לקרוב לודאי והיה לנו לאסור גם התערובות ותקשי סוגי' דזבחים אלא ודאי ליכא רק חששא והתערובות שרי א"כ אין חששא כ"כ וא"כ אין לומר להחזיק קרוב לודאי שלא תשהה ודוק היטב:

ב

ומ"מ בעיקר הדין אם יצטרך בדיקה גם בעיני יפלא דלא נהגינן לבדוק ומ"ש דבתשובת מהר"ם לובלין מיקל לא ראיתי בזה קולא במהר"ם לובלין רק שכתב שא"צ בדיקה בכולה רק בחוט השדרה אבל לא נזכר שם שלא יצטרך לבדוק בחוט השדרה אם הלכה לאפוקי דעת האיכא מ"ד שכתב הר"ן:

אלא דמ"מ דעת תורה נוטה שבאם הלכה הילוך יפה כדרכה שא"צ בדיקה והוא דלכאורה היה נראה מצד הסברא דכל שנפסק החוט אינה יכולה לילך כדרכה וכדאמרינן באימרתא דמשדרן כרעי בתרייתא דלמא חוט השדרה איפסיק אלמא דדין גרמא שהיא צולעה וכן הדעת נוטה שהרי החוט הוא המחבר הפרקים והחוליות וכשיש פירוד בין הדבוקים אי אפשר שתלך כדרכה אלא שהוקשה לי הסוגיא דתולין (דף יא) דבעי למיפשט דאזלינן בתר רובא מהא דכתיב חלבו האליה תמימה דלמא איפסק חוט השדרה ואם נימא דהילוך יפה מופת חותך על שלימות החוט מאי ראיה דלמא משום שהיתה מהלכת הילוך יפה וליכא למיחש להפסקת החוט וע"כ אין הילוך יפה ראיה שלא לחוש לפסיקת החוט בהחלט ודוקא בנפילה כשהלכה הילוך יפה אזלא לה ריעותא דנפילה ומ"מ אפשר שתלך עם שנפסק החוט הילוך יפה מיהו יש לדחות

דכיון דחיישינן למיעוטא חיישינן לכל חששות כמו במקום נקב שחוט וכדומה לכן יש לחוש שמא בשעת שלקחה לשחוט אז נפסק החוט ובאמת לא היתה מהלכת כדרכה אילו בוחן אז בשעה זו אבל לעולם אי אפשר שתלך הילוך יפה עם פסיקת החוט מטעם האמור למעלה ואי קשיא לפ"ז תקשי קושית התו' נימא דאזלינן בתר חזקה ואי משום דהוה חזקה שאינה מבוררת הא איכא חזקה מבוררת בשעה שהלכה ודאי לא נפסק חוט השדרה י"ל דגם כה"ג לא מקרי מבוררת דבכל רגע י"ל עתה הופסק ותפסיק מלילך כדרכה ודו"ק גם י"ל בפשיטות דכיון דחזינן דהילוך יפה מפיק מידי חשש פסיקות החוט בנפילה ממילא כ"ש בליכא שום ריעותא דהילוך יפה מורה שלא נפסק החוט והיינו משום דרוב פסיקות אין יכולין להלוך כדרכן ולא שכיח כלל שתלך כהוגן עם פסיקת חוטה אבל אי חיישינן למיעוטא איכא למיחש אפילו מהלכת כהוגן:

ועוד אני אומר דודאי צריך ליתן טעם למה בנפילה ההילוך מפיק מכלל חששי דטריפות אף שבשאר טריפות אין ההילוך מורה על כשרותן טעמא בעי ואף שכתב הר"ן דאם היתה נפילה ונטרפה מחמת החבט לא היתה יכולה ללילך אין זה מתוקי פרה אדומה וטעמא מיהא בעי והדבר ברור דודאי הגם שטריפות חיות י"ב חודש ומהלכות יש הפרש בטעם וסברא והוא דמניעת ההליכה כדרכה בא מכאב אברים החיצוני' ומבשרינו נחזה שאפילו יהיה לאדם בועה קטנה ברגל אף שאין בו שום מיחוש סכנה מ"מ קשה לו ללילך כדרכו מפני שמכאיב תנועת ההליכה ע"כ משמר עצמו שלא להתנוסע בתנועה חזקה שלא יגדל הכאב ואפי' אם יקרה הכאב בשאר הגוף ואברים שאינם מכלי ההליכה מונע ממנו ההילוך כדרכו לפי שע"י תנועה גדולה מתפרק קצת מקום הכאב ג"כ ומכאיב ליה וזה דבר חושיי משא"כ בחולי פנימי כמו בועה בריאה וכדומה אפי' יש בה סכנה מ"מ אחר שאין לו כאב באברים חיצונים לא תזיק לו תנועת ההליכה וזה דבר ברור מעתה נאמר בנפילה שבודאי פעולת הנפילה תתפעל יותר באברים חיצונים שנתתבטו על הארץ אלא שקיבלו חז"ל שתוכל לפעול ריעותא וריסוק באברים הפנימיים ג"כ עכ"פ האברים החיצונים הם מוכנים לפורעניות וכאב יותר מאברים הפנימים אלא שאנו אומרים שלא זו בלבד שפעלה ההכאה הכאב באברים החיצונים הקרובים אל החלל אלא אף גם באברים הפנימיים פעל כת ההכאה להוליד ריסוק וטריפות ומזה מבואר שאם ראינו שלא נעשה פעולת החבטה לעשות רושם וכאב באברים החיצונים שימנעו תנועת ההליכה שעיקרה תלוי באברים חיצונים כ"ש שלא תפעול ההכאה והחבטה באברים פנימים שיולידו טריפות פנימי לכן אם חזינן שלא פעלה ההכאה ונתרפא מכאב החיצוני ומהלכת כדרכה פשוט לן שאין לחוש שפעלה ההכאה כו' שיהי' טריפות באברים מ"מ

מזה מבואר החילוק שאפי' נאמר שאפשר לפסיקת החוט לילך י"ל היינו כשאין הפיסוק בא רק מחמת חולי פנימית בחוט אשר לא יתחייב לגרום כאב בחוליות השדרה אבל אם החשש מכת שגדל הכאב כ"כ באברים וחוליות השדרה עד שהתפשט לפסוק החוט אי אפשר לה שתלך בשום אופן בהילוך יפה אילו גרמה ההכאה פיסוק בחוט שהוא בפנימיית החוליא ודאי גדל הכאב מאד באין מרפא שתלך כדרכה וזהו דברים ברורים שהשכל מסכים עליהם:

ג

ועל זאת אני מתפלא על רבותינו הקדמונים הרמב"ן והרשב"א והר"ן שסמכו דברי הרי"ף והרמב"ם שלא פסקו כמ"ד ננערה לעמוד אע"פ שלא עמדה עקרה רגלה לילך אע"פ שלא הלכה ודתו דברי האומר כן בש"ס מהא דמייתי בהך אימרתא דמעדרן כרעא בתרייתא דליכא למימר דנפילה הוה דא"כ היכא קאמר חוט השדרה לא שכיח הא ודאי שכיח וע"כ לאו נפילה הוא אלמא שאין מוציא מחשש פסיקא החוט רק הילוך יפה ובעיני יפלא מה זו סמיכה הא ע"כ צריך לחלק בנפילה שאינה יכולה לילך אע"פ ששאר טריפות מהלכות ע"כ בנפילה ההילוך יהיה לאות שלא נטרפה מחמת הנפילה וא"כ מנ"ל לדחות האומר שעקרה רגלה לילך לא מהני מדחיישינן לפסיקת החוט והך אימרתא לאו נפילה דבהא שכיח פסיקת החוט שהרי זה כמערכה על הדרוש שאם נחליט כדברי האומר דעקירת רגל הוה כהילוך ע"כ נאמר שכיון שלא פעלה הנפילה כ"כ עליה עד שתמנע אפי' עקירת רגל מסתמא לא גרמה טרפות א"כ שפיר י"ל דהך אימרתא נפילה הוה מ"ת חוט השדרה לא שכיח שיבא מחמת הנפילה שאילו פעלה הנפילה טרפות לא היתה יכולה לילך אפילו צולעה אם נפסק החוט ולהכי קאמר מוט השדרה לא שכיח:

עוד אשוב אתפלא בראי' זו שהרמב"ן והרשב"א סמכו עליו מהך אימרתא דממה נפשך אי פשיטא להו בנפלה וצולעה יש לחוש לפסיקת החוט תקשי איך יפרנסו דברי המ"ד בגמרא עקרה רגל להלוך אע"פ שלא הלכה וא"צ עוד בדיקה ואיך אפשר דלא תצטרך בדיקת חוט השדרה כיון דאפילו בהלכה פשיטא להו דחיישינן לחוט אם צולעה ואי י"ל דמשם אין ראיה די"ל דלא מהני עקרה רגליה רק שלא לחוש לשאר טרפות וא"צ בדיקה היינו משאר טרפות אבל בדיקת החוט צריך אם כן מאי ראיה מהך אימרתא לומר שהלכה צריכה בדיקה אם היא צולעה דאכתי בדיקת החוט שמענו ובזו אפילו מ"ד עקרה רגל מהני היינו דוקא לשאר טרפות א"כ אין תירוצם עולה כלל לדחות דברי המ"ד דעקירת רגל מהני אע"פ שלא הלכה וע"ז לא מועיל מ"ש בתשובה ליישב דברי הרמב"ן ורשב"א דמשמע להו חששא דחוט שוה לשאר חששות ריסוק והארכתי בסברא

דלפמ"ש כאן לא יכולתי להעמיד דברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן בזה כלל והאמת יורה דרכו:

הנה עכ"פ צדדנו דאפילו בנפילה גמורה אפשר שיועיל הילוך אפי' צולעה גם העליתי בתשובה שלא כדברי התב"ש בנפלה בפחות מיו"ד כאשר ביארתי שם בארוכה עכ"פ בהלכה הילוך יפה י"ל דלא חיישינן לחוט דלא גרע מנפלה גמורה שהילוך יפה מפיק מידי חששא דפסיקת החוט גם דברי האיכא מ"ד שאפילו הלכה צריכה בדיקה בחוט יש לפרש בהילוך שאינה יפה דלא תימא דדוקא בנפלה איירי ואינה יכולה לילך שבש"ס סתם עלינו את הדרך במאי קמיירי וכמו שגמגם בזה הפר"ח אי מיירי בנפילה מחמת ההכאות מ"מ י"ל דהר"ן לא קאמר הילוך יפה כמ"ש בסיף אלמא נפילה אין מחזיקין אותה בחזקת בריאה אלא בהילוך יפה וכאן לא כתב הילוך יפה וי"ל בהילוך יפה לכ"ע אין חשש ואין לך מופת גדול מן המצאות שהסוסים מלומדי מכות הן בקוטרי ופלגא דגבא ואעפ"כ חיים הרבה שנים זהו לאות דלא שכיח פיסוק בחוט בשביל הכאות כאלה שאילו היה שכיח קיימ"ל טריפה אינה חיה לכן נראה דהילוך יפה ודאי מפיק מחששא דפיסוק החוט ע"י הכאות כאלה ולכאורה י"ל קצח ראי' דאפילו הילוך שאינה יפה מוציאה מחשש ריסוק אברים מהא דאמרינן (דף נא:) בעוף שנחבט ע"פ המים כיון ששט מלא קומתו דיו ופירש"י דה"ל כהליכה והנה לפי דעתו רחוק מאד שעוף שהוא צולע לא יוכל לשוט א"כ משמע שאפי' הילוך שאינה כדרכה מוציא מחשש ריסוק שרחוק לומר בשביל שלא תוכל לילך בהילוך יפה לא תוכל לשוט מלא קומתו בנוים מיהו מי יחלוק על הראשונים עכ"פ בהא דהוכחה ע"פ השדרה ומהלכת יפה נסמוך עכ"פ שאין לחוש כלל וכן בסתם בהמה צולעה לא נתלה בחוט השדרה שבא ע"פ הכאה כל שלא ראינו בפנינו שהוכתה ומשעת הכאה לא הלכה כדרכה כיון דעכ"פ לא שכיח כלל שההכאה תמנע ההילוך כדרכה:

ד

מה שכתב סתירה ברש"י דבזבחים פירש לאחר מע"ל צריך לבדוק כל מיני טריפות ובחולין (דף נא) פירש רש"י דבעמדה א"צ לבדוק בפסיקת החוט ובשבירת רוב צלעות ועקירת חוליא ולזה עלה בדעתו לחלק דבלא עמדה צריך בדיקת ריסוק אפילו שהתה מע"ל ועמדה יצאה לגמרי מחשש ריסוק וכדעת הלבוש ודלא כמע"מ שהשיג על הלבוש כמבואר בדברי ידידי אך אשיבהו כי מה שחשב בדעת רש"י דס"ל ג"כ כהרמב"ם דבדיקת ריסוק הוא בשינוי אבר ובאמת המשגיח בעין יפה יראה דלא זו הדרך בדעת רש"י ולא מחשבותיו מחשבות הרמב"ם שלדעת רש"י אין כאן טרפות בשינוי אבר כלל וכן

מבואר מלשון רש"י (דף נא:) ד"ה אבל בדיקה בעי בחוט השדרה ובשבירות רוב צלעות והיכא דלא עמדה אפילו בדקנוה ונמצאת שלימה טריפה משום החבט שנתפרקו פרקי' וחוליותי' עכ"ל ואין זכר בפרש"י טרפות שינוי אבר וכן בד"ה כנגד בני מעיין פירש"י שמא נקרע כו' או נקבו הדקין וכו' ע"ש בפירש"י דבר ברור דרש"י ס"ל דבעמדה נפקא מחשש ריסוק אברים לגמרי היינו פירוק חוליות שאין זה ניתן לברר ע"פ בדיקה רק צריכה בדיקה מחשש טריפות וכן בשהתה לא בעינן רק בדיקת תשש טרפות ויפה כתב המע"מ שדברי הלבוש אינם דאין חילוק בין עמדה ושהתה לענין הבדיקה שלא מצינו חילוק בין הבדיקות כלל ואדרבה בפרש"י (דף נו:) על דרסה וטרפה בכותל פירש"י צריכה בדיקה אע"פ ששהתה דשמא נשתברה השדרה ונפסק החוט עכ"ל והנה משיחתו של רש"י אפשר ללמוד דבנפילה אין החוט עשוי לפסיק אם לא שנשתברה השדרה וא"כ אם השדרה בשלימות לא חיישינן לפסיקת החוט והיינו כדפרישית דכל שההכאה מחיצונית האבר אם לא שלטה בחיצונית לא תשלוט בפנימיית אלא שמ"מ צריך לעמוד על לשון רש"י למה לא תצטרך בדיקה נגד כל החלל כפירש"י (דף נא:) מכח חשש נקבו המעיים כמו שפיר גופי' או שבירת בצלעות והחוליות ואפשר לחלק בין נפילה לדריסה שאין אברים פנימיים נקרעים וצ"ע עכ"פ אין סתירה ברש"י דמ"ש בזבחים כל סימני טרפות היינו הנך דשייכים עקירת צלעות ורוב החיצונה ודקין שהם רוב טריפות ותדע דהא עיקור סימנים ודאי א"צ בדיקה אף שהוא טריפה דסימנין קשים הם אצל נפילה וע"כ לא קאמר רק הני דשייכי ובאמת פשטן של דברים כפירש"י שלא מצינו טריפות ריסוק לאחר מע"ל ולא בעי רק בדיקה מטרפות וכן משמע בש"ס (דף נו) במשנה דרסה וטרפה בכותל כו' אם שהתה מע"ל כשירה ומסיק דצריכה בדיקה ולדעת הרמב"ם קשה איך נקיט במתני' כשירה הא אכתי איכא חשש ריסוק אברים בשלמא לפירש"י שפיר שייך לשון כשירה שיצאה מחשש ריסוק וצריכה בדיקה משאר טריפות אבל לפירוש הרמב"ם גם בשהתה מע"ל לא פליט מחשש ריסוק וצ"ל כשירה מחשש ריסוק שאינו ניכר ובעינן ריסוק ניכר וזהו אינו מבואר במשנה גם הרמב"ם לשיטתו שפירש בית הרחם אין בו משום ריסוק אברים שהוא אבר הרחם מוכרח דריסוק אברים הוה טריפות אפילו באברים שאינה נטרפת בהם אבל לפשטא דש"ס כפירש"י לא מצינו כלל טריפות ריסוק אברים רק תוך מעת לעת ובלא עמדה וכמבואר בש"ם וכפירש"י והבדיקה הוא מטריפות שיוכל להקרות מכח הנפילה:

ה

מ"מ בלשון הרמב"ם שכתב על כל הני דאיתנייהו בגמרא כאשר העתיקם שם וכתב כל מקום שאמרנו חוששין לה אם שחטה צריך לבדוק כל החלל כולו דלא מסתבר כלל שאם הכה במקל אפלגא דגבא שיצטרך לבדוק כל החלל שלא נולד שם הריעותא כלל וכן מבואר ברמ"א (בסימן נח) בהדיא שאם הוכתה במקום אחד א"צ בדיקה רק נגד המקום שהוכתה בו וגם הפר"ח מסיק כן לכן יש לפרש כנגד כל החלל שכתב הרמב"ם הוא לומר שבכל החלל שהוכתה בו באיזה מקום החלל או שהוכתה כנגד כל החלל צריך בדיקה במקום שהוכתה באיזו מקום מהחלל שתהא ההכאה ועל פי זה נראה לי לבאר דעת הרמב"ם שתמהו עליו הרשב"א והרמב"ן למה לא חילק דבשחטה תוך מע"ל לא מהני בדיקה ובודאי תמוה מה ראה הרב לחלק בין הפרקים דלענין בדיקה יהיב לה דין נפילה ולענין שהי' אין לה דין נפילה:

לכן נראה לפרש ויתיישב ג"כ מה שלא פסק כמ"ד ננערה לעמוד ועקרה רגלה להלוך ולפ"ז נראה דמשמע להרמב"ם דהני דמייתי בש"ס אפילו כשהן מהלכות איירי דהא בזכרים המנגחים קאמר אי נפיל לארעא חיישינן משמע דכולהו איירי אפי' בלא נפיל לארעא אלא נראה דאיירי במהלכות רק שאין הולכין בהילוך יפה דאילו הילוך יפה מפיק מחשש ריסוק לגמרי דלא גרע מנפילה גמורה מפתה נראה דהילוך יפה מפיק מכל חששי. אך בדברים שנזכרו בגמרא ע"כ באינם מהלכים הילוך יפה ועפ"ז מ"ל דודאי הילוך שאינו יפה מפיק ג"כ מכלל שלא נאמר שנתרסקו כל אברים או רובן דלא היתה מהלכת כלל אלא דמ"מ אם יש ריסוק באבר אחד תוכל לילך רק שאינה מהלכת בטוב כמו הבריאה וא"כ ודאי כשאינה מהלכת אם נודע מקום הריעותא כגון בחבטה במקל ושלים חוטרא וכדומה בזה אין חוששין רק למקום שמשם באה הריעותא אבל היכא דלא נודע ממקום שבא הריעותא כגון באלים מנגחים ונפיל לארעא דחיישי' היינו אפילו עמדו ומהלכין רק שאינם הולכין בטוב אף על גב דבודאי בריסוק אברים אינה יכולה להלוך מ"מ היינו דוקא בכולן או רובן אינה יכולה לילך אבל משום אבר אחד ששלט בו הריסוק ושאר אברים בריאים תוכל לילך כמו שאר טריפות אך לפי שבא הריעותא מת צונית הגוף אינה יכולה להליך כדרכה והשתא כשלא נודע באיזו אבר פעלה הריסוק ממילא צריכה בדיקה בכל החלל מאחר שלא נודע באיזו אבר שלט הריסוק ובנודע באיזו אבר שיש לחוש ששלט בו הריסוק ולא בזולת מכל מקים סגי רק כנגד אותו האבר ואם במקומה לא פעל ריסוק כל שכן במקומות אחרים אבל לענין מע"ל שאפילו בעמדה לחוד סגי כ"ש דמהני הילוך אפילו שלא כדרכה מ"מ עדיף מעמידה

מעתה ס"ל להרמב"ם דבכל הני שלא זכר הש"ס סימן הילוך דודאי לא גריען מנפילה גמורה שמועיל הילוך ע"כ לומר שלא צריך בש"ס לפרש זה דאין דרך בריעותות כאלה שתפעול הריעותא שלא תוכל אפי' לעמוד ואין חשש רק שמא במקום אחד שלט הריסוק וכשלא נודע מקומו ממילא צריך לבדוק בכל החלל וכיון דמשמע דאיירי במהלכות ממילא משמע ליה להרמב"ם דכל הריעותות שנזכרו בש"ם לא אלימי לפעול ריסוק בכל הגוף רק באבר פרטי דומיא דחוט השדרה וכן באלים משמע דגם בנפיל לארעא אינה חששא כמו בנפלה מן הגג רק שיש לחוש שמא פעל הריסוק באבר אחד וא"כ כמו שדרך שיכולה לילך רק שלא כדרכה תוכל לשהות גם כן בסתמא לכן א"צ רק בדיקה כן נ"ל בדעת הרמב"ם מעתה מבואר דודאי הילוך כדרכה מפיק מכלל חששא ויש ללמוד לדעת הרמב"ם מק"ו שאם נפלה גמורה שאסורה מבלי שהי' ולא מהני לה בדיקה מותרת ע"פ הילוך כ"ש הכה על חט השדרה וכדומה דבלא שהי' נמי כשיר' כ"ש דאהני לה הילוך יפה ולדעת כל החששו' שהם מדרבא דנפילה פשוט שמועיל בהם הילוך יפה שהם נבדקות ע"פ שראינו בחיצוניות הגוף שאין שום ריעותא וכדפרישית לעיל:

1

ובדבר מה שהוקשה לו על התב"ש שמצריך בדיקה לחוט השדרה בנפילה אפילו בפחות מיוד אמאי פטור בבור פחות מעשרה הנה בזו כבר קדמתי אותו בתשובה שלי כמה שנים אלא שלפמ"ש אין הקושי' כ"כ די"ל דאין בו שיעור מיתה רק שיעור לטריפות והוא בכלל אם הוזקה חייב ע"כ ביארתי בתשובה יותר דא"כ מאי פריך ארב נחמן דבפחות מיוד יש חבטה ממתניתין הא י"ל דלענין טריפות קאמר ונפילה אינה נבילה ג"כ אבל אין שיעור מיתה למות מיד ובניזקין בעינן שיעור מיתה שימות מיד דהא נפילה ג"כ אינה נבילה וע"כ כיון דאיכא שיעור טריפת ת אמרינן מסתמא וא מת מחמת החבטה וחייב וא"כ שפיר הקושיא להתב"ש גם כתוב אצלי ישוב קושית הנ"ב על נכון כי דבריו אין נוחין ולכאורה היה אפשר ליישב דברי התב"ש דלא קאמר רק לחוש מספיקא לפסיקת החוט א"כ במשנה פטור דספק ממונא לקולא מיהו הא ליתא דודאי מתני' פסיק ותני דפטור אפילו באמת נפסק החוט כגון שבדקו בחוט השדרה ונפסק מ"מ פטור כיון שאין בו שיעור להטריף אף אי מתרמי פטור ולא חילק הרמב"ם והפוסקים כלל בזה וע"כ אינו עשוי לבא טריפות ע"י נפילה פחית מיוד:

ועפ"ז עמדנו ליישב דברי הרמב"ם שפסק בהנך דאמרי חוששין דמהני בדיקה תוך מע"ל ותמהו הרמב"ן והרשב"א מנ"ל די"ל דתוך מע"ל לא מהני בדיקה כמו נפילה והא דקאמר חוששין היינו משום דכל מילתא דריסוק חששא בעלמא הוא ולפמ"ש מוכח מן הש"ס

כיון דחשיב הש"ס נפלה יוד טפחים שיעור מיתה משמע דודאי לא תשהה כיון דשיעור מיתה חשיב ליה ופריך בבית הסקילה ליסגי ביוד וע"כ כודאי חשיב ליה והשתא כיון דאמרינן התם חיישינן ע"כ ספיקא הוא אלא דאכתי דלמא מספיקא נמי אסורה בשחטה תוך מע"ל ולא מהני בדיקה ולפ"ז ניחא דשפיר מוכח דמספיקא לעולם סגי בבדיקה אפילו תוך מע"ל דאל"כ מאי פריך ארב נחמן ממתניתן דלמא מספיקא אסר לה אלא ודאי בדיקה מהני שפיר בספק נפילה ודברי הרמב"ם ברורים ודו"ק:

ובדברי הטור יש לתמוה לכאורה ג"כ דפסק (בס"ס ל"ב) בנודע שנפלה צריכה בדיקה בחוט ובסימן (נ"ח) כתב כדעת הרא"ש דבעקרה רגלה לילך א"צ בדיקה ובודאי בעקרה רגלה לחוד לא נפיק מריעותא ואפי' נפרש עקרה רגלה ושחטה מיד מ"מ ודאי מסברא הוה ריעותא טובא טפי מהך אמרתא ודוחק לומר דא"צ בדיקה רק בחוט ולא בדיקת נפילה דה"ל להטור לבאר לכן י"ל דס"ל להטור דהך דשדרן כרעי בתרייתא ניכר יותר פסיקת החוט דבאינה הולכת כדרכה י"ל מחמת כאב אבל בשדרן כרעי בתרייתא נראה שהגוף נחלק ופסוק באמצע ולא ס"ל סברת הרמב"ן והרשב"א דפשטו מהך דלא מהני עקרה רגלה הנה זכינו להפוסקים שפוסקים דעקרה רגלה מהני שאפי' בלא הילוך יפה נפקא מידי נפילה וגוררת רגלי' שאני שניכר הריעותא על החוט אבל צולעה בעלמא לדעת הטור והרא"ש לא בעי בדיקה דאפילו הילוך שאינו יפה מפיק מנפילה:

אלא יש לתמוה דהטור כ"כ בשם הרשב"א והרשב"א ס"ל לשיטתו להוכיח מזה דעקירת רגל לא מהני אבל הטור שפסק עקירת רגל לילך מהני א"כ (אין) י"ל דלעולם מהני אפילו בגוררת לכן צ"ל כמ"ש דמסברא גוררת רגלי' איכא ריעותא טפי שנפרדו רגלי' התחתוני' מן הראשונים עכ"פ נתחזקו דברינו שאין לחוש על כל פנים בהולכת הילוך יפה (סיום הדברים חסר וחבל על דאבדין):

סימן ח

שאלה עור אווז שהופשטה לשומן להחיכה ונשתהה ג' ימים בלא מליחה אם יש לה תיקון שבצלי אי אפשר שיופסד הכל כי השומן יזוב לאיבוד:

א

תשובה כבר נודע כי הרב בעל שבות יעקב התיר השומן מאווזות פטומות וטעמו מפני שהוא רכיך ולא נתקשה הדם בתוכו ובאמת קשה לומר דבר זה ולהתיר והרב בעל נודע ביהודה (בחלק י"ד סימן כ"ד) דחה דבריו בשתי ידים דמ"ש בתשובת שבות יעקב דהשומן אינו מוחזק בדם כתב שדבר זה אין בו ממש שלא אמרו האחרונים אלא שאין

בו דם הרבה כבשר אבל מ"מ דם יש בו וזהו אינה השגה דאטו עלה על דעת בעל שבות יעקב להתיר בלא מליחה דודאי מליחה צריך רק שאינו מוחזק כ"כ בדם ואין לחוש שלא יצא ע"י מליחה כי מפני שרובו שומן הרי הדם מתרכך מחמת שנבלע ברוב שומן ולא נתקשה כמו בשאר בשר וגדולה מזו כתב הר"ן גבי אין מחזיקין דם בבני מעים דאפילו בבני מעים יש דם כאשר נראה לעין וא"צ מליחה מפני שאותו דם המובלע אינו פורש בבישול וכ"ש הכא שלא בא השבות יעקב להתיר בלא מליחה רק מתוך שהדם מועט ורובו שומן אינו מתקשה מחמת שמובלע בשומן ומ"ש עוד בנ"ב שהרי אווז כחוש נמי יש עור והיה בה דם והיכן הלך הדם גם זה אינה תשובה שהדבר ידוע שכל התגרלות הגוף בשר ושומן הכל הוא מן הדם שהמזון מתהפך לדם שבלב ומזין כל הגוף ובגוף הראוי להתפטם מתהפך מן הדם וכח הזן לבשר הניזון וכל הגוף וא"כ אם מתפטמת מתהפך הדם לשומן וכעין דם נעכר ונעשה חלב וכ"ש שלא עלה בדעת בעל שבות יעקב להתיר בלא מליחה כלל ח"ו רק מפני ששהיית ג' ימים הוא חומרת הגאונים ולא נזכר בגמרא סמך להתיר בשומן דרכיך והרי הריב"ש כתב בתשובה והובא בב"י (סימן סט) ז"ל בבר צלונה נהגו לאוסרו אפילו לצלי והוא חומרא יתירא ואפילו לקדירה על ידי מליחה דלא גרע מאומצא דאסמיק וכן בשובר מפרקתה של בהמה אלא שראוי לחוש לדברי הגאונים במקום שנהגו עכ"ל הרי שהאיסור עצמו מרופה בידו ואינו מחמיר רק מצד המנהג ובהגהות ש"ד הובא בב"י שאם שרוהו בפושרין מתעורר דמו ויוצא ע"י המלח וכתב שמעתי כי במקום הגאונים נוהגין לשרותו בפושרין הרי שגוף האיסור אינו ברור א"כ אפשר שהגאונים גופייהו לא החמירו רק באפשר בצלי אבל בשומן שאי אפשר בצלי שיזוב השומן וילך לאיבוד אפשר שלא החמירו אלא דמ"מ כמה פעמים שבא מעשה לידי ולא מלאתי לבי להתיר בשומן:

אך עתה נתעוררתי שאפשר שיצורף לזה היתר בשומן על ידי חליטה דמדינא דגמרא שרי בחליטה א"כ גם זו מחומרת הגאונים דלא בקיאין בחליטה וכמ"ש הטור (בסימן עג) בכבד א"כ אפשר דתרי חומרות לא מחמרינן לאסרו ע"י מליחה מטעם בשר ששהה ג' ימים וגם לאסור החליטה מטעם שאין בקיאין והנה כאשר עמדתי על ענין החליטה ראיתי מבוכה גדולה בזה בין גדולי הפוסקים:

ב

הנה בטור י"ד (סימן סז) כתב בחליטה באומץ לא נתאדם הבשר בידוע שלא נעקר הדם כו' והחומץ מותר וגם הבשר מותר לאוכלו חי וכן הוא בש"ע משמע דלא מהני חליטה בחומץ לבשל בלי מליחה רק לאוכלו חי ויש לתמוה דבסי' (עג) כתב הטור ואם

חלטו בחומץ או ברותחין מדינא דגמרא היה מותר לבשלו אח"כ אפי' עם בשר אחר כו' והגאונים כתבו שאין אנו בקיאין בחליטה הילכך אין להתירו בחליטה אבל אם נעשה בדיעבד מותר ע"כ הרי שכתב בהדיא דהחליטה בחומץ מהני אפי' לבשל עם בשר וא"כ תמוה למה כתב (בסי' סז) דוקא לאוכלו חי מותר ותו קשיא דהא כתב שאין בקיאין בחליטה ואיך התיר (בסי' סו) ע"י חליטה ואפשר דהטור מחלק דמה שהחמירו הגאונים בחליטה היינו לבשל דהדם פורש לקדירה בזו אוסרין הגאונים משום שאין אנו בקיאין משא"כ לאוכלו חי די"ל דבלא"ה הוה דם אברים שלא פירש מתירין הגאונים ג"כ דאף אם לא נצמח היטב מ"מ הוה דם אברים שלא פירש אלא דתמי' מילחא ל"ל החליטה כלל לאוכלו חי דהרמב"ם (בפ"ו) ממאכלות אסורות כתב לאוכלו חי והראב"ד השיג עליו דלאכלו חי א"צ חליטה משום דהוה דם אברים שלא פירש וכן שיטת התוספות בחולין (דף יד) והרא"ש דלאכלו חי מותר דהוה דם אברים שלא פירש וע"כ עיקר תועלת החליטה הוא לבשלו כמו שכתב הטור גופי' (בסי' עג) וכן פירש"י בחולין (דף קיא) והרשב"א בחדושיו והובאו בב"י (סי' עג) דחלטו לי' לבשלו עם בשר הרי בהדיא דהחליטה מועלת אפי' לבשל וא"כ קשיא ממנ"פ אי ס"ל להטור דם אברים שלא פירש אסור א"כ מ"ט להתיר טפי בחי מלבשל ואי ס"ל דמותר לא צריך חליטה כלל והא גופי' תמי' איך יהיה הטור נגד דעת התוס' והרא"ש אביו דלאכלו חי מותר משום דם אברים שלא פירש וא"כ ל"ל החליטה בחומץ דלאכול חי א"צ חליטה ולבשל לא מהני החליטה:

עכ"פ מה שהוקשה להש"ך (בסי' עג) על רמ"א בתו' שסובר לאסור כבד בחליטה אפי' דיעבד ובס"ס (ס"ז) מתיר בדיעבד חליטה בחומץ ולא ידעתי מקום לדבריו דשם הא מיירי לאכול הבשר חי דרוב פוסקים מתירין אפי' בלא חליטה ובזו מתיר בחלט בחומץ דאם אין החליטה כהוגן לא נאסר הבשר למולחו לקדירה דע"ז אין חשש בדיעבד שהרי לא נבלע הדם בתוכו דאם עשה החליטה פעולה בבשר נאמר שפעלה להצמיח הדם כדין חליטה ואם לא עשתה פעולה מה"ת לומר שעשה פעולה להפליט ולהבליע ולא להצמיח כיון שטבע החומץ להצמיח אבל בחליטה ברוחחין הרי אם אין החליטה כהוגן הרי רותח מפליט ומבליע ונאסר ואין תיקון עוד במליחה:

וגם מדברי הטור מוכח לחלק בין חליטה ברותחין לחליטה בחומץ שהרי לא הביא (בסי' סז) חליטת רותחין כלל רק בסימן (עג) מתיר בדיעבד א"כ ודאי לכתחילה אסור ברותחין ובחומץ מחיר לכתחילה ונראה דהיינו שכתב כדי לאוכלו חי דאם אינה כהוגן אין חשש שנבלע הדם ולא יצא ע"י מליחה דחומץ צונן הוא ובהדיא כתב הטור (ריש סי' קד) דבחומץ בעינן מעל"ע א"כ אין חשש שלא יצא הדם ע"י מליחה אבל ברותחין

דהיינו בישול אם לא נחלט כהוגן הוה כבשר שנתבשל בלא מליחה גם יש לתמוה על הרמב"ם שם בדין י') שמצריך ליתן הבשר אחר הדחה במים רותחין וה"ה כתב שאינו מוצא סמך ברור לדברי רבינו ותמוה דודאי יש סתירה גמורה על הרמב"ם בזה דא"כ כל סוגיא דכבדא מה אתין ביה (חולין קיא) אין לה ביאור דהא בחליטה ודאי מותרת ואם בשאר בשר צריך חליטה ג"כ הרי בזמן הש"ס היו בקיאין בחליטה ובגמרא (דף קיא) האי נמי לא תבעי לך דאנא וינאי כו' קריבו לן קניא בקופי' ופריך דילמא פי קנה כו' אי נמי מיחלט חלטי לי' מעיקרא כי הא דרב הונא חלטי ליה בחלא ורב נחמן חלטי לי' ברותחין ומאי ודילמא הא כל בשר צריך חליטה להרמב"ם הרי שע"י חליטה מותר אפי' כבד ומשמע בהדיא דשאר בשר א"צ חליטה:

ג

ומה שהקשו החו' שם תיפשוט לאיסורא מדחזינן דחלטו ליה וכתבו דמספקא להו לענ"ד א"צ לדחוק אלא י"ל שלא עשו כן בשביל האיסור אלא לפי שהכבד יש בו ריבוי דם וכיון דמותר בחליטה ביקשו שיוצמח הדם בתוכו ולא יופלט לחוץ ויאכלנו בדמו הצמוח בתוכו אבל לא בשביל איסור ובזה יובן מה דסיים בש"ס וסבר ר"פ למימר דחלא אסור א"ו אי חלא אסור איהו נמי אסור כי היכי דפליט הדר בלע ולכאורה הלא דבר שהוא למותר דאין נ"מ למאי שהביא הש"ס לדחות הבעי' דכבד אבל לפמ"ש מובן שפיר דהגמרא עצמה ביקשה ליישב דלא תפשוט מדהוצרך לצמוח בחומץ ש"מ דלא מהני בה מליחה וצ"ל כמ"ש דניחא להו לאכלו בדמו הצמוח בתוכו ולפי שלא תאמר מה לו לרב הונא להפסיד החלא טוב לאכול ע"י מליחה ולא יקפיד על פליטת הדם שע"י מליחה כדי שלא לאסור החלא שצומחין בו ולהכי מייתי לרווחא דמילתא שלא היה שום הפסד בחלא וא"כ י"ל דניחא ליה טפי בצמיחה וחליטה ממליחה שלא יפליט ריבוי דם שבו:

עכ"פ מוכח בשאר בשר א"צ חליטה וכן נראה מלשין הרמב"ם גופיה (בדין ז') שכתב הכבד אם חתכה והשליכה לתוך החומץ או לתוך מים רותחין עד שתתלבן ה"ז מותרת לבשל אותה ע"כ משמע דוקא בכבד אבל שאר בשר אפי' לא נתנו במים רותחין מותר לבשל:

לכן נראה דמה שהצריך הרמב"ם (בדין י') בשאר בשר דמשליכו לרותחין היינו לחומרא בעלמא שמא לא נזהר במליחה כראוי לפזר עליו מלת כפי הראוי והוא דבר מסור לנשים וקלי הדעת לכן גדר בה גדר להשליך לרותחין כדי שיהיה חליטה ג"כ ועל חליטה לחוד לא ביקש לסמוך דגזרו עליו הגאונים לכן ירא שמים יצא ידי שניהם שאפילו יהיה

במליחה איזו חסרון יתקין ע"י החליטה אבל מדינא דגמרא שאר בשר א"צ חליטה כלל ואם נחלט בזמן הש"ס שהיו בקיאין בחליטה א"צ מליחה:

אלא דיש לתמוה על הרמב"ם בהא כיון דבפירוש פסק בכבד שע"י החליטה בחומץ מותר לבשל אמאי כתב (בדין יב) בשאר בשר דמותר לאוכלו כשהוא חי משמע דלבשל אסור מיהו נ"ל לתרץ דגם זה כתב הרמב"ם לפי האמת שגזרו הגאונים על החליטה והטעם שמא לא נחלט כראוי ויפלוט ע"י הבישול שבישול פועל יותר להפליט אם החליטה אבל לאכול חי לא גזרו הגאונים שעכ"פ מצמיח הדם ויועיל שלא יופלט עכ"פ כשאוכלו חי בצונן אבל לבשל אסור משום גזירת הגאונים דאם יש חסרון בחליטה ואינו מצמיח אף דסגי שלא להפליט כשאוכלו חי אפשר שיפלוט ע"י בישול שפועל טפי ובזו ניחא לי דברי הטור שלא הזכיר (בסימן סז) חליטה בחומץ לבשל אף שכתב בהדיא (בסי' עג) חליטה לבשל אלא הוא הדבר דודאי ס"ל חומרת הגאונים לכתחילה שאין בקיאין היטב בחליטה שמא לא נצמח יפה מיהו לאכול חי כיון שנצמח כל דהו עכ"פ לא יפליט בצונן אלא שזה עדיין אינו מיושב דלחי לשיטת התו' והרא"ש א"צ לחלוט כלל:

עכ"פ ברור שהטור אינו מתיר חליטה בצלי בשום אופן ולהכי לא הביא חליטה ברותחין דאם אינו נחלט היטב הרי נאסר מכח בלועה מן הפליטה ברותחין שהרותחין מפליט אבל החומץ בצונן אם לא יועיל להצמיח הדם שלא יצא ע"י הבישול עכ"פ אהא אהני ליה שעכ"פ בצונן לא יפליט והנלענ"ד בדעת הטור דודאי אינו נגד דעת התוס' והרא"ש אביו אלא דס"ל דודאי י"ל דדם אברים שלא פירש מותר וכדדייקו התו' והרא"ש מן הם גיות אלא דס"ל בלא חליטה כיון שמבואר במרדכי אם חתך כל נתח לשנים אגב דוחקא דסכינא אפליט שוב דם וכמ"ש המחבר ג"כ (בסי' ס"ט) ואף דהפר"ח השיג ע"ז דבעי' חמימות קצת בהדי דוחקא דסכינא י"ל דדם שאני שאינו מובלע ממש באברים והוה ככנוס קצת ונסחט ע"י דוחקא וא"כ לא סגי כשילעום הבשר דוחקא דשינים יפליטו קצת מן הדם וגם איכא קצת חמימות בפה דפושרין הוה כחמימות הרוק יש לחוש שתפרוש קצת דם וע"ז אין לתו' ורא"ש ראיה מהא דמותר לאכול באומצא די"ל ע"י חליטה בחומץ שרי גם כן לכן החמיר שלא לאכול ח בלא חליטה בתירוץ לכן לא חש למ"ש הגאונים שאין בקיאין שאין חשש כ"כ בחי שהדם שלא יפרוש מותר וסגי בחליטה כל דהו שלא יפלוט על ידי דוחקא דשינים אבל לבשלו אסור משום חומרת הגאונים:

ותו אמינא ולא מסתפינא שהדבר ברור לפענ"ד דהרי"ף והרמב"ם לא שמיע להו ולא ס"ל סברת הגאונים לאסור בשר ששהה ג' ימים בבישול והוא דבר ברור לדעתי דאף שרבינו הגדול אין דרכו רק להעתיק האמור בש"ס מ"מ הרי ביארנו כי הוסיף משה חומרא

מדעתו להשליך הבשר ברותחין שמא לא נמלח כהוגן וכראוי כ"ש במידי שהוא מעשים בכל יום ושכיח ט בא שאם לא היו מחזיקין איסור בבשר ששהה ג' ימים פשיטא שהיה שכיח טובא שהיו מניחן אותו לכתחילה ג' ימים וא"כ איך אפשר שלא יחושו הרי"ף והרמב"ם להרים מכשול מדרך העם להזהירם שלא ישהו הבשר ג"י הלא כל דבריהם להלכה פסיקה להורות לעם המעשה אשר יעשון איך שתקו מדבר שהוא מעשים בכל יום כיצד לנהוג אלא ברור דלא ס"ל חומרא זו כלל שהרי הביאו חומרת הגאונים בחליטה ואיך ישתקו מזה א"ו לא שמיע להו ולא ס"ל הך חומרא דבשר ששהה ג"י וא"כ הדבר ברור להתיר עכ"פ בשומן שאי אפשר בצלי גם הוא רכיך ואין הדם מתקשה בתוכו כאשר כבר הורה הזקן בעל שבות יעקב דניהו דאין להורות להתירה בלא חליטה מ"מ בחליטה שפסק המחבר שמותר בדיעבד ובמג"א (סימן תנ"ד) נסתפק אם חליטה מותר בחמץ בדיעבד שהוא דאורייתא ובהא כיון דלא אפשר בענין אחר הוה כדיעבד ויש להתירו לגרור כל הבשר הדבוק בעור ולמולחו ולהדיחו כדת ואח"כ ישליכו אותו בחומץ או ברותחין ואזי יהיה מותר להתיכו לשומן ואין עוד בית מיחוש:

ד

אך נדבר קצת במהות החליטה שהוא בשני פנים א' בחומץ ב' ברותחין ונדבר תחילה בחליטה בחומץ הנה מרן הב"י (בסי' עג) כתב ובאמת יש לתמוה מה בקיאות יש בחליטה עד שאין אנו בקיאין בשלמא בחליטה ברותחין י"ל שמא לא יהיה רותחין יפה יפה אבל בחומץ מה יש לגזור דאפי' חומץ שאינו חזק מהני לחליטה ונדחק וכתב ושמא י"ל מאחר ששתי החליטות שוות ודוחק הוא ולפענ"ד נראה דמלשון הרמב"ם משמע שצריך שהי' בחומץ עד שתתלבן ובתו' פסחים (דף עד:) ד"ה אסמיק בשם ריב"ח ז"ל דבבשר חי מיירי (מנהג הוא כשניתנין בשר חי לתוך החומץ ואינו שוהה בתוכו לא מפליט מיד ונצמח הדם בתוך הבשר והכל מותר דאכתי לא פירש הדם וכי שוהה בתוכו עד דאסמיק נעקר ממנו הדם ונפלט לתוכו והיינו דקאמר אומצא דאסמיק שנשתהה בחומץ עד דאסמיק הוא וחליי' אסיר וההיא דכל הבשר בלא אשתהי ורבינא ס"ל כי לא אסמיק נמי חליי' אסור אפילו לא אשתהי בגוי' אלא פורתא הוא נפלט מחמת השורייקי מיהו לא כ"כ שיהי' הבשר בפליטה מועטת כזו עכ"ל וכ"כ הר"ש בפג"ה הנה לפ"ז צריך בקיאות שישהה עד שיתלבן ולא ישהה טובא בא עד דאסמיק אלא דיש לעיין בדברי התו' כיין דחליטה בחומץ מהני אפילו לבשל אן הבישול פועל פליטת הדם ואיך תגרום השהי' פליטת הדם דכבר כתבתי דבחומץ בעינן מעל"ע ואפשר שטבע החומץ אם ישהה בתוכו חוזר וממשיך דם הנצמח אבל אם לקחוהו מן החומץ נצמח היטב ולא יצא עוד בבישול

ויותר נראה דאם חזינן דאסמיק חזינן דיש בה דם הרבה ואינו מועיל החליטה שע"כ מרובה בדמים הוא אבל בסתמא לא חיישינן להכי דלא שכיח עד דחזינן דאסמיק וא"כ אם חולטו בחומץ יש להשהותו קצת ובשומן שהוא לבן בטבע אפשר שאין להכיר בו הלובן ומ"מ אין לחוש כיון דכבר הודח כדינו וכשחמצי לומר להחמיר חומרת הגאונים היינו משום שנתקשה הדם בתוכו והנה לא שמענו כלל שאם מלח הבשר והדיח כדינו שיחול עליו איסור באסמיק אם נתנו בחומץ רק שתחוש לזה הבשר שאין מליחה מועלת בו ונתיר בחליטה י"ל דאי חזינן שאסמיק ע"כ לא נתקשה שהרי נתעורר עורר להוציא דם וממילא הוה כשאר בשר מ"מ אין לשהותו הרבה רק קצת שיעלה החומץ על השומן וישהה קצת ויוציאנו:

ה

בענין החליטה ברותחין צריך שיהיה המים מעלין רתיחה כשמשליך העור לתוכו ויעלה הרתיחה על כל צדדין בעור השומן ובפסחים (דף מ) אמר אביי לא ליחלוט אינש תרי חוטי בהדי הדדי דילמא אזלא חדא ויתבא בצירי' דחברתא ולא סליק דיקולא דמיא פרש"י רתיחת המים ע"כ הרי שצריך לעלות הרתיח על כל גדות הנחלט והנה בשומן נראה שאם ינתן ברותחין יותך מן השומן הרבה וא"כ איך אפשר לסמוך שנצמח הדם בתוכו והרי הדם שנבלע בשומן מעורב הוא וא"כ יש לאסור הנפלט וכיון שהנפלט אסור ממילא הדר בלע וכולו אסור כדאמרינן בגמרא אי חלי' אסור כי היכא דפלט הדר בלע אך נראה דלא נחנו חכמים דבריהם לשעורים בהיתר חליטה בין בשר שמן לכחוש והרי בתו' כל הבשר (דף קח:) כתבו ג"כ עינינו רואות בבשר שמן נימוח לתוכה ונראית השמנונית ובגמרא מבואר חליטה בכבד ברותחין אף דאיכא שומן מפטימת הכבד עצמו כמעט כולו שמנונית וכן קופה בקני' פעמים יש שומן עליו א"ו קים להו שהרותחין מצמיחין הדם והנפרש הוא רק שומן בלא דם וא"כ לא נתערב בו דם כלל וכמ"ש התו' (דף קיב) ד"ה תרי גללי מילחא וא"כ השומן שניתך מחמת רתיחה יש להתיר ג"כ ויש לצנן הרוטב עד שיקרוש השומן ויבא למעלה דאם נוכל לומר אפי' שיהיה בו קצת תערובות דם כיון שהשומן צף למעלה יש להתיר השומן והרי הב"ח הביאו האחרונים (בסי' צ"ח סעיף ד) סובר בחלב שנתערב אם נתנו מים צוננים שיציף החלב למעלה אפי' בפחות מששים הגם שאחרונים משיגין פליו מ"מ לפענ"ד שי כמה צדדי היתר יועיל לסניף לאפושי התירא מיהו גבי בי דוגי (דף קיב) משמע דוקא ע"י מלח מותר אבל לא סמכינן שיציף השומן למעלה משמע דלא כב"ח דליכא תקנתא אחריתא רק בגללי דמלחי ואפשר דמלתי מהני אפי' לשפוך השומן כשהוא רותח מ"מ קשה סברת אחרונים דטעמא דאסור

משום שנשאר מ"מ טעם החלב וא"כ קשה למה יותר השומן הא בלע טעם דם וע"כ אהני להפריד אפי' הטעם שלא יהיה בו טעם דם וצ"ל דאהני שלא יהיה בשומן של בי דוגי טעם דם אבל טעם השומן נשאר בדם מיהו אין ללמוד אם נפל שומן היתר לרוטב של איסור להציף השומן למעלה דאין זה היתר דאפשר דדוקא ע"י תחבולת בי דוגי נפרש השומן מן הדם אבל בע"א נשאר טעם הרוטב בשומן ג"כ:

גם בדברי הב"י יש להוכיח דיש חילוק בין אפשר ללא אפשר לפי הטעם שכתב ב"י (בסימן עג) דאסרו חליטה שמא לא יעלו המים רתיחה א"כ קשה אמאי לא גזרו על הגעלת כלים שמא לא יעלו המים רתיחה אלא ע"כ היכא דלא אפשר לא אסרינן הגעלה לגמרי ואין לומר דהגעלה שאתה צריך להפסיד כל הכלים שבלעו איסור וזה א"א לעמוד בו דמ"מ קשה היה להם לתקן שלא יגעלו רק כלי שאינו בן יומא דאין חשש כ"כ כיון דמותר בדיעבד אפילו בלא שום הגעלה ואפ"ה לא גזרו לאסור להגעיל בן יומו ולהשתמש ביומו אלא ודאי בדיעבד לא חיישינן להא דשמא לא יהיה המים רותחין א"כ ה"ה בנ"ד אין להחמיר בשומן כיון דלית לי' תקנתא:

סימן ט

א

ראיתי מבוכה גדולה בין גדולי הפוסקים בענין הבדיקה של הפסק טהרה ואמרתי לברר כיד ה' הטובה עלי ונבאר הדעות מקדמונים ואחר אחרון אני בא שלא להאריך כי כבר האיר רבינו בעל הבית יוסף עינינו יאסף רוח חכמה בחכמתו הגדולה הוא המסביר ומפיו אנו חיים כי חיים הם למוצאיהם (בסי' קצו) שענין בדיקת הפסק טהרה הנה ראשין שבראשון בזמן ובמעלה הוא רבינו הקדוש הרמב"ן וכמו שהביא בב"י מה ששנו חכמים בלשון המשנה על בדקה עצמה שחרית שהביא ב"י לשון הרשב"א שמיקל אפי' בדקה עצמה בראשון שחרית ומצאה טהור אע"פ שלא בדקה עצמה בין השמשות ה"ז בחזקת טהורה וכבר הביא ב"י לשון הרשב"א בת"ה עצמו שפוסק כמ"ד אפי' בראשון ומטו עלי' מכך דאיתא בש"ס (דף סח) נלאיתי להעתיק לשון המשנה כי לא יובן למי שאינו מעיין היטב במשנה וגמרא לכן אחזתי דרך קצרה אהא דאמר ר' יודא במשנה על דברי ת"ק שאמר נדה שבדקה עצמה שחרית ומצאה טהור ובין השמשות לא הפרישה ולאחר ימים בדקה ומצאה טמאה הרי היא בחזקת טהורה וכו' ור"י אומר כל שלא הפרישה בטהרה מן המנחה ולמעלה ה"ז בחזקת טמאה וחכמים אומרים אפי' בשני לנדתה בדקה ומצאה טהורה ובין השמשות לא הפרישה ולאחר זמן בדקה ומצאה טמאה

ה"ז בחזקת טהורה ובגמרא ע"ב ר' יהודה אומר תני' אלמלא ידי' בין עיני' בין השמשות יפה את אומר עכשיו אימר עם סילוק ידי' ראתה מ"ל הפרישה בטהרה בשביעי מן המנחה ומ"ל הפרישה בראשון בראשון מי איכא למ"ד אין והתניא אמר ר' שאלתי את ר' יוסי ואת ר"ש כו' נדה שבדקה כו' אמרו לו הרי זו בחזקת טהורה ששי כו' ה"ז בחזקת טהורה ראשון לא שאלתי וטעיתי שלא שאלתי אטו כולהו לאו בחזקת טומאה קיימי וכיון דפסק פסק ראשון נמי כיון דפסק פסק ומעיקרא מאי קסבר הואיל והוחזק מעין פתוח והנה הרשב"א פסק אפי' בראשון מהני בדיקה והרא"ה בבדק הבית תמה עליו למה פסק נגד המשנה שהרי רבי עצמו סחם המשנה דוקא בשני וכמו שהאריך הרא"ה בספרו בדק הבית (דף קפב) בתחילת שער החמישי ומה שביקש הרשב"א לעשות סנגרין לדבריו במשמרת הבית דשני דמתני' הה"ד לראשון דחד טעמא אית ליה ודברי תימא הם דהא ת"ק בשביעי קאמר שבדקה עצמה שחרית א"כ חכמים שאסרו אפי' בב' לנדתה משמע נמי בבדקה עצמה שחרית וכן פרש"י בהדיא א"כ אפי' הלילה ממעט ליל שני א"כ כ"ש דראשון לא וגם הרשב"א גופי' כתב ויש מחמירין בדבר והנה הרב ב"י כתב ונראה מדבריו שהמחמירי' היינו היכא שבדקה ביום ראשון קודם בין השמשות דאילו בדקה בין השמשות אף בראשון טהורה לדברי הכל וכן משמע דהא אבדקה שחרית קיימו חכמים בשני לנדתה כלו' חבל לא בראשון ודוקא שחרית דיומי' דשני דאיירי בי' מתני' ממעטי' לי' אבל מבין השמשות דלא איירי בי' מתני' לא ממעטי' לי' אבל הרמב"ם בפ"ו מאיסורי ביאה פסק להחמיר כחכמים דסברי דבדיקת ראשון לאו בדיקה היא ולא חילק בין שחרית לבין השמשות ע"כ וכבר העתיקוהו כל האחרונים ונמשכו אחריו דבדיקת בין השמשות דראשון ודאי בדיקה המועלת היא ולא קיהו בדבר כלל ומאד פלא בעיני הפלא ופלא פה קדוש יאמר דבר זה דכי בדיקת בין השמשות המוקדמת וסמוכה לראי' תהא עדיפא מבדיקת ליל שני עד שחרית דכל שהבדיקה רחוקה יותר מן הראי' יצאה מחזקת מעין פתוח והוא דבר המובן בשכל פשוט ומושכל ראשון וא"כ ברישא שהוזכרה נדה שבדקה עצמה שחרית ובין השמשות לא הפרישה היינו בין השמשות של שביעי שנכנס לתחילת ליל שמיני אבל בדיקת בין השמשות של ששי הנכנס לתחילת ליל שביעי פשיטא דלא חהני שהרי הוא סמוך יותר לראי' א"כ ממילא לחכמים דאמרו אפילו בשני לנדתה היינו שבדקה שחרית דשני ובין השמשות דשני שנכנס לתחלת שלישי לא הפרישה בהא הוא דהיא בחזקת טהורה אבל בין השמשות דראשון שנכנס לשני ואפי' כל הלילה לא מהני הבדיקה. דשחרית תנן ולקמן יתבאר בע"ה הטעם בטוב טעם ודברים ברורים הם:

הן אמת כי לא על רבינו ב"י תלונותי אף כי גם על רבינו הגדול הרמב"ן שסובר ג"כ חילוק דבין השמשות וכמו שהביא הרב המגיד בשמו וז"ל ראתה בזמן הזה יום אחד בשחרית ופסקה בו ביום אינה מונה מיום המחרת עד שתחזור לבדוק ויהי' ידי' בין עיני' בין השמשות שחזקת יום הראשון כולו טמא שהוחזק מעין פתוח ודמים חוזרין לה אעפ"י שפסקה בשחרית ויש מיקל בדבר כיין שבדקה ופסק הדם ולאחר זמן מצאה טהור הרי היא בחזקת טהורה עכ"ל הובא בב"י ג"כ וטעמו של הרמב"ן שמצריך ידי' בין עיניה בין השמשות הוא פשיט דאי אפשר שיועיל הבדיקה קודם בין השמשות דהא אחרו לו לר' יהודא אילו ידי' בין עיני' בין השמשות וכו' עכשיו אימור עם סילוק ידי' ראתה א"כ דוקא בהא מקילין רבנן משום דס"ל הבדיקה מועלת לבטל חזקת מעין פתוח לכן סגי להו בבדיקת שחרית אבל לחלק היום לא ס"ל דעד המנחה תהיה מוחזקת אלא להשוות המדות או חזקת מעין כל היום או שבטלה בתחילת היום וא"כ ביום הראשון שהוחזק מעין פתוח כל היום באמת בעונן הבדיקה בין השמשות ושיהי' ידי' בין עיני' שאז יצאה מספק ראי' באותו יום וביום הב' תו לא חשיב מעין פתוח אבל מ"מ יגדל התימא על הרמב"ן מה מועיל הבדיקה בין השמשות כיון שעכ"פ עד שחרית של יום השני מחזקי לה רבנן בחזקת מעין פתוח מדקאמרי חכמים אפי' בשני לנדתה והיינו בשני בשחרית וכמו שפרש"י בהדיא וכן מבואר ברמב"ם בפירוש המשנה דבשני בשחרית קאמר וגם בחיבורו (בפ"ו מאיסורי ביאה דין ב) כתב ז"ל נדה שבדקה עצמה בתוך ימי נדתה ומצאה שפסק הדם ואפי' בשני לנדתה פסק ילמוד סתם מן המפורש בפירוש המשנה וסמך הרב על מה שהתחיל וכתב נדה שבדקה עצמה בימי נדתה היינו הימים וע"ז בא הלשין בשני לנדתה ר"ל יום שני אבל בלילה פשיטא דלא מהני א"כ אפי' ידי' בין עיני' בין השמשות לא מהני דשמא עם סילוק ידי' ראתה והוה עדיין ליל שני ולא מהני עד שחרית א"כ לא תוכל למנות להפסק טהרה מיום השני שחרית והלאה ואינו עולה לשבעה נקיים דיום שפוסקת בו אינה סופרתו וכיון דיש לחוש שראתה בלילה שהוא ג"כ מחזקת מעין פתוח וא"כ לא תוכל למנות הפסק טהרה רק למחר ביום ואותו היום אינו עולה כלל לשבעה נקיים וא"כ לא אהני כלל בדיקת בין השמשות דראשון לענין הפסק טהרה דגם בליל א' השייכא ליום שני לא מחזקינן לה במעין סתום אמנם הרמב"ן נמשך אחר לשון הש"ס דקאמר וראשון מ"ט לאו משום דהוחזק מעין פתוח משום דבלילה השייך לשני תו לא נכלל בראשון ליתא תו לחזקת מעין פתוח אמנם אם כי גדול כבודו של רבינו הגדול הרמב"ן מ"מ נראה דלקושטא הדברים מתמיהים דודאי פשטא דמילתא כדברי רש"י ורמב"ם בפירושו דאפי' בשני קאי אדלעיל אבדיקת שחרית וכמ"ש הב"י ג"כ אלא דמזה

מייתי חובה לנפשי' כדפרישית וחזקת יום פתות ג"כ י"ל דבראשון דוקא קאמר והיינו משום דיום ראשון מחשיב לי' חזקת מעין פתוח אלא דמ"מ הוא נגד השכל שאם ראתה ביום א' תחילת הלילה נחשב מעין פתוח עד תחילת ל' ב' שהוא כ"ד שעות פחות רגע ואם ראתה ביום א' סמיך לליל ב' נאמר שבטל חזקת מעין פתות באיזו רגעים והמשך בין השמשות זה דבר שלא יאבה השכל לקבלו דבודאי בזמן תליא מילתא ולא בימים והאיש לא יכזב א"ו כך שיערו חז"ל בשכלם הזך ובקיאותם בטבעיות שאפי' ראתה סמיך לליל ב' שנחשבה הלילה ליום שני לנדתה מ"מ לא יומשך חזקת מעין פתוח יותר מן ליל שני עד יום השני שחרית ואם ראתה בתחילת ליל (שני) [ראשון] הגם שכל יום (שני) [ראשון] נחשב למנין ראשון לנדתה מ"מ לא נמשך חזקת מעין פתות חלא עד כוף הלילה ומקצת מיום השני כפי מה שנכנסה הראי' בזמן מה מן הלילה אלא שדרך חכמים להשוות מדותיהם שאי אפשר לחלק בין הפרקים ליתן גבול לפי שעות הראיה ומיומי מנינן ולא שעות לכן נתנו לה דין מעין פתוח עד יום השני שחרית שאז אפי' הראיה היתה סמוך ללילה לא יומשך חזקת מעין פתוח יותר משחרית של יום השני נמצא לפ"ז שפיר קאמר יום ראשין הואיל והוחזק מעין פתוח לפי הזמן הידוע להם ואם לפעמים בראתה בתחילת הלילה נפיק מחזקת מעין אפי' ביום ראשון אם נכנס זמן מן השחרית פשיטא שאין לחלק בזה שלא ליתן תורת כל אשה בכל ראיה בידה לכן בעינן דוקא יום שני שחרית שאז ודאי נפיק מחזקת מעין פתוח של יום ראשון:

ב

ובזה נ"ל לפרש מה שאמרו לר' יודא אלמלא ידי' בין עיני' בין השמשות יפה את אומר עכשיו אימור עם סילוק ידי' ראתה מ"ל הפרישה בטהרה בשביעי מן המנחה מ"ל הפרישה בטהרה בראשון וקשה אטו בשביל שנראה להם להחמיר יותר יבואו להקל אפי' בראשון אדרבה לנקטו החומרא שיצטרך להיות באמת ידי' בין עיני' בין השמשות ואין לומר שזו דבר שאי אפשר כלל להיות ידי' בין עיני' דהא בגמרא נדה (דף נג) איתא בהדיא כי קאמרינן שנתנה ידי' בין עיני' הרי שהוא במציאות והיינו כמ"ש הב"י שזהו בדיקת בין השמשות שכתב הרמב"ן אלא נראה שזו תשובה נצחת שהשיבו לר' יודא דבודאי הי' מקום לומר דר' יודא ס"ל דגם כל שביעי בחזקת מעין פתוח או מצד הדין או מצד חומרא והנה אם היה מצריך להיות ידי' בין עיני' לא הי' מקום להקשות עליו שהרי אם ידי' בין עיני' בין השמשות דסוף שביעי פשיטא שאין לחוש עוד דבשמיני ודאי ליכא חזקת מעין פתוח אדרבה בימי זיבה מסולקת דמים היא וכדפרש"י שם ד"ה אמר לך שמואל ולא הי' שום חששא אבל מה שתולה מן המנחה ולמעלה ע"כ אין הטעם

דמן המנחה ולמעלה בטלה חזקת מעין פתוח דהא אין חילוק בין ראתה אתמול בתחילת לילה שביעי אתה מצריך להפריש מן המנחה ולמעלה ואם ראתה ביום השביעי סמוך למנחה הני נמי מן המנחה ולמעלה וזה דבר שאינו כלל וע"כ סמיכתך על הבדיקה שפסקה לראות מעצמה וא"כ אין לך להחמיר כלל כיון שאינה מחזיקה בטהרה מצד שבדקה ולא מצאה ותשובה נצחת היא:

והנה רבי יהודה שלא השיב להם גם לא הודה להם וצריכין אנו לשום לב ליישב סברת ר' יהודה אמנם הדבר ברור בעיני מאד דודאי י"ל דגם ר' יהודה לא מחזיק לה בחזקת דמים כולי האי ולא פליג ר"י אלא דעיקרא דת"ק דסגי לה בבדיקת שחרית והנה קשיא לי' דאימור עם סילוק ידי' ראתה קשה לחלק ג"כ כיון דבעי בדיקת שחרית א"כ לימרו לי' לת"ק ג"כ אימור עם סילוק ידי' ראתה ואם ניחא ליה לת"ק דמשחרית שפיר בטלה חזקת מעין פתוח י"ל גם לר' יודא דס"ל כן מן המנחה ג"כ והוא קושי' עצומה ג"כ לכן נראה דעיקר פלוגתייהו הוא דודאי לפי האחת ת"ק ס"ל דחזקת מעין פתוח אינו אלא יום א' והיינו י"ב שעות וכחכמים דהא אם ראתה סמוך לערב בשחרית אהני הבדיקה דשחרית יום שני אלא דרבנן קמאי ס"ל להשוות המידה בכל יום מימי נדתה כאילו הי' יום ראשון וביום ראשון בעינן מדינא לאפוקי ממעין פתוח שחרית דיום שני מחמרי נמי ביום השביעי להשוות כל הימים שבעת ימי נדתה אבל הך סברא לחלק היום לחצאין לא מסתבר להו וא"כ י"ל ר' יהודא חושב חזקת מעין פתיח אם ראתה סמוך ללילה עד מנתה של שני לנדתה לכן משוה נמי שביעי מדרבנן ליום ראשון של תחילת נדתה שאין בטל חזקת מעין פתוח אלא מזמן המנחה ולמעלה והאמרו לו לא ס"ל סברא זו שיהיה תולה מעין פתוח יותר מיום שהוא י"ב שעות שהוא סתם עונה וכמ"ש בש"ך (סימן קפ"ג סק"ז) בשם אביאסף אף דפוסקים נחלקו היינו משום בוסתות דרבנן לא חיישינן כולי האי ותלו הזמן ביום בינוני ושלם ממ"ש בחדושי נדה אבל מעין פתוח אינו יותר מיום בינוני של י"ב שפות אבל מן המנתה לא ס"ל להחזיק מקצת עונה חזקת מעין פתוח ובסברא פליגי אם לחשבה חצי היום מעין פתוח וחצי יום השני לא יחשוב חזקת מעין פתוח מעתה לא יקשה עוד לדבריהם עצמן די"ל דס"ל דאין חזקת מעין פתוח רק עונה אחת ולכן סגי בשחרית של יום שני:

ג

והנה רבינו המחבר קבע להלכה בשולחנו הטהור ראתה יום אחד ופסקה בו ביום צריכה לבדוק עצמה במוך דחיק ושיהי' שם בין השמשות ונמשך אתר דבריו הב"י וכתב הש"ך בשם מעדני מלך דנ"מ גם לדידן דמתחילין למנות אחר ה' ימים מ"מ נ"מ היכא דחזרה

וראתה בימי הספירה דכיון שלא ראתה רק יום א' בדיקת שחרית לא מהני ומבואר הטעם במע"מ דנשי דידן טועות נינהו ואין יודעות להבחין בין ימי נדה לימי זיבה לכן יש לחוש בראי' אחר הד' ימים שמא תחילת נדות הוא ולי נראה דנ"מ אפי' כשהיא ודאי נדה דהיינו שראתה תחילה כתם ואחר המתנת ה' ימים ראתה נדה דהוה נדה גמורה וחזקת מעין פתוח דהכתם שראתה בתחילה אין בו דררא למעין פתוח לענין שנחשוב שכבר נסתם דלקולא ודאי ל"א דכתמים דרבנן:

והנה התוס' (דף סט: ד"ה אמרו ל) כתבו וא"ת תקשה דר' יוסי דהכא קאמר דסגי לה בהפרשת שחרית אדר' יוסי פ' בא סימן (דף נג) דקאמר ומה אילו נדה שלא הפרישה בטהרה לא תהא בחזקת טומאה אלמא בעי הפרשה מן המנחה ולמעלה וי"ל דהתם מיירי כשהפרישה ביום שראתה בו שחרית והכא מיירי בבדקה שחרית ומצאה טהור ע"כ מבואר מדבריהם דהא דסגי בבדיקת שחרית היינו שלא ראתה עדיין רק בדקה שחרית וקודם שחרית לא היה ראי' ביום והקשה מהרש"א א"כ איך אמר בראשון לא שאלתי וטעות איך אמר שטעה הא בראתה באותו [יום] ודאי לא מהני בדיקת שחרית ותירץ דהיינו בראשון לא שאלתי אם בדקה מן המנחה ולמעלה:

תו כתבו התוס' וקשה דא"כ כי פרכינן לר"י אילו ידי' בין עיני' תקשי לר' יוסי לנפשי' דהא איהו נמי מצריך בפרשה מן המנחה ולמעלה ומה מועיל עיכובא שמא עם סילוק ידי' ראתה וי"ל דלנפשי' לא קשה כיון דהוחזקה רואה שחרית דין הוא להצריכה הפרשה מן המנחה בלא חומרא ואין לספק ולומר שמא עם סילוק ידי' ראתה אבל ר' יהודה שבא להחמיר ולספק אפי' לא ראתה שחרית אלא בבדקה עצמה טהורה מצריך הפרשה (כל שלא בדקה מן המנחה ולמעלה) גם בסיף היום היה לו להחמיר לבדוק שמא עם סילוק ידי' ראתה עכ"ל מבואר מזה היכא דהבדיקה מדינא שעד הזמן הזה הוחזק מעין פתוח י"ל שכך הגבול עד המנחה אבל עד שביעי ודאי ליכא חזקת מעין פתוח ומ"מ מחמיר מטעם חומרא א"כ יש לה להמתין עוד עד בין השמשות שתצא מידי כל ספק ולפ"ז י"ל כפי הבנת ב"י דלא ממעטינן רק בדיקת שחרית ביום ראשון א"כ י"ל חן המנחה ולמעלה לא מצינו חולק על ר' יוסי ועפ"ז הם דברי רמ"א שבדיעבד סגי סמוך לחשיכה דלפי שיטתו שנמשך אחר דברי ב"י כי היכא דלא ממעט יום ראשון רק מבדיקה שלא בין השמשות הה"ד חן המנחה סגי ביום ראשון דלא פרכינן רק על ר' יודא שהי' לו להצריך כל היום מאחר דמחמיר מטעם חומרא אבל כשהבדיקה מדינא לא מצינו חולק על ר' יוסי וליכא מ"ד דבעי בין השמשות לעיכובא רק לכתחילה בעלמא טוב לאחר הבדיקה כן נראה ברור דעת רמ"א שבזה דהבדיקה מדינא לסברת התו' י"ל דסגי מן

המנחה ולמעלה שהוא סמוך לבין השמשות דלא מצינו חולק ע"ז לסברתם ודברי רמ"א ברורים לפי הבנת הראשונים ובספרו סדרי טהרה הניח דברי רמ"א בצ"ע גדול ולא הגיע לפלגות ראובן:

אמנם לפי האמת גם דברי מהרש"א במחילת כבודו אינם מובנים וגם דברי רמ"א שנמשך אתר דברי ב"י ורמב"ן וכבר בררנו שא"א לקיים סברא זו ועוד נבאר אי"ה כי לדברי צ"ל שאמר בראשון לא שאלתי מן המנחה ולמעלה וקודם מנחה פשיטא דלא מהני הואיל וראתה אומר אני לא כן אבי ישראל ולא נהירא כלל אלא פשוט כונת התו' דבהפרישה ביום שראתה בו שחרית דוקא ביום קודם שחרית אבל לא בלילה דבראתה בלילה ובשחרית לא ראתה שפיר י"ל דמהני נמי בראשון רק התוס' ס"ל דכשראתה באותו יום קודם שבדקה שחרית לא מהני בדיקת שחרית רק מן המנחה ולמעלה דכל שראתה באותו יום בבקר הוה כמו מעין פתוח עד המנחה ולמעלה ושפיר היה לו לרבי לשאול בראשון בראתה בלילה רק שבדקה שחרית וביום קידם שחרית לא ראתה וזה ברור בלי ספק אבל דברי מהרש"א שהבין אפי' ראתה מהני הפרישה מן המנחה ולמעלה א"כ תמה ע"ע אם ראתה בבוקר או בלילה לא מהני אלא מן המנחה ולמעלה ואם ראתה רגע קודם מנחה תסגי לה בדיקה בין המנחה ולמעלה זהו דבר שאינו אלא כונת התו' היכא שראתה בבוקר שחרית קודם הבדיקה שחרית ס"ל לר' יוסי דבעינן הפרשה מן המנחה ולמעלה אבל שאלת של ר' הי' בלא ראתה ביום קודם שחרית ובדקה שחרית ונמצאה טהורה שפיר סגי בבדיקת שחרית וע"ז אמר כשלא ראתה בשחרית קודם הבדיקה דבזה לא הוזכר כלל מן המנחה שהרי בשעה מן המנחה ולמעלה כבר עבר כל היום עד המנחה שלא ראתה ותו לא צריך בדיקה טפי:

ד

ועתה פקח עיניך וראה איך נשתבשו האחרונים בעל תפארת למשה ובעל ס"ט שנמשך אחריו לאח"ז בחומרי שניהם דלסברת התו' כל שראתה באותו יום לא מהני בדיקת שחרית והורכבו על זה חומרת הרמב"ן דבעינן בדיקה כל בין השמשות והנה אחזו בחומרי שניהם ובאמת הם תרי חומרי דסתרי אהדדי דהרמב"ן שמחמיר להיות ידי' בין עיני' בין השמשות היינו משום דלא ס"ל חילוק התו' בין שהבדיקה מדינא או מצד חומרא וכשהבדיקה מדינא א"צ כלל ידי' בין עיני' בין השמשות ושפיר סגי מן המנחה ולמעלה:

ולא עוד אלא לפי שבררנו לעיל דאם ניחוש שלא תועיל בדקה ומצאה טהורה ביום ראשין משום חזקת מעין פתוח לא [תועיל] בדיקת בין השמשות של יום ראשון דגם בלילה

שאחר יום ראשון לא יצאה מחזקת מעין פתוח עד למחר שחרית א"כ שוויתינהו לכ"ע בני ספק נדות ח"ו שהרי כל העולם נוהגין כשתפסוק מיום שראתה לא יותר מבדיקת בין השמשית ואם מצאה טהורה ותחלת לספור הנקיים וא"ת בכל יום שראתה בו בבוקר תחזיק למעין פתוח עד שיהי' ידי' בין עיני' בין השמשות וא"כ לשיטת התו' דבכל יום שראתה בו מקרי מעין פתוח כשראתה קודם שחרית ולמהרש"א אפי' בלילה א"כ אי אפשר לה לפסוק בטהרה ביום ראשון שראתה שהרי עד שני לנדתה הוא חזקת מעין פתוח וי"ל עם סילוק ידי' ראתה ולא תחזיקנה בטהרה אלא אם לא ראתה גם ביום השני והוא מצורף לנקיים ובאמת אינו רק מיום שפוסקת בו לראות שהרי השני שבא אחר הראיה בראשון אינה מנוקה מעון שהרי לסברת התו' כל שראתה בו בשחרית הוא כמו ראשון לימי נדה וא"כ לא הוה הפסק טהרה רק ביום ב' שתמצא נקיים דבלילה עדיין נקרא חזקת מעין פתוח ושויתינהו לכ"ע ככותאי ובני ספק נדות חלילה רחמנא ליצלן מהאי דעתא:

הן אמת שגם על הרמב"ן וכל הגדולים שסוברים דבראתה ביום ראשון הוה חזקת מעין פתוח ומ"מ מהני ידי' בין עיני' בין השמשות ודבר ברור הוא למאד שאין חזקת מעין פתיח מתבטל בראתה רגע קודם ב"ה ובדקה בין השמשות ולא ראתה דבשעה קלה ודאי הוה טפי מעין פתוח ממה שיהי' מעין כשעבר לילה או יום חן הראי' וכמו שבררנו מלשון המשנה דדוקא בשחרית של שני לנדתה בטלה חזקת מעין פתוח גם על הרמב"ן תלונותי כשפסקה ביום הראשון והפסיקה בין השמשות והיה ידי' בין עיני' כל בין השמשות לא יספיק אם לא שיהי' ידי' בין עיני' עד למחר שחרית ובודאי ליכא דעבדא הכי וא"כ היה ח"ו לעז על כל הקדושים הדורות אשר בארץ המה ולא ניחא להו למרייהו ח"ו לומר כן והדבר ברור מצד עצמו שלא יתכן שנשתכחה ח"ו תורת בדיקה מבנות ישראל שרגילין בה דור אחר דור ומנהג אבותינו מקדם אילו היה צריך בדין הבדיקה שיהי' ידיה בין עיניה מבין השמשות עד שחרית ואם אין נביאין הן בני נביאים הן:

לכן הדבר ברור דהא דנחלקו במשנה דלת"ק לא חשבינן לחזקת טהרה רק ביום השביעי שחרית ולר' יהודה חן המנחה ולמעלה היינו בבדקה ומצאה טמאה אבל בדקה ומצאה טהורה אפי' בדקה בראשון ומצאה טהורה כיון שתחילתה וסופה בטהרה ודאי מוקמינן לה אחזקתה ושפיר הוה הפסק טהרה אבל במצאה טמאה איכא תרתי לריעותא דחזקת טומאה והרי טמא לפניך כדאיתא בריש נדה דתרתי לריעותא הוה כמו ודאי ואף דבדקה ולא מצאה לא מהני רק ביום שביעי דעכ"פ תחילתה טמאה היתה ואיכא נמי טומאה בהא מחמרי תנאי בבדקה ומצאה טמאה אבל בבדקה ומצאה טהורה ושוב בדקה א"ע

ומצאה טהורה אפי' מצאה טהורה ביום ראשון שפיר הוה חזקת טהרה כיין שלא נמצאת טמאה גם לאחר זמן וכה"ג מפליג בש"ס בנדה שבדקה ביום השביעי שחרית ובין השמשות לא הפרישה ולאחר ימים בדקה ומצאה טמאה ס"ל לרב דהוה זבה ודאי ובמצאה טהורה ה"ל ספק זיבה גם לרב א"כ חזינן דבדיקת הטהרה מועיל להקל מן הודאי על הספק וא"כ אחר שמצינו בגמרא דאיכא מ"ד דאפילו בדקה בראשון ומצאה טהורה ולאחר ימים בדקה ומצאה טמאה דבבדיקה פעם א' אפי' בראשון שנמצאת טהורה מהני אפי' לאחר זמן נמצאת טמאה וכללא בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן א"כ פשיטא דיש לנו לומר שאפי' מאן דס"ל בשני לנדתה ולא בראשון משום שהוחזק מעין פתוח היינו דוקא במצאה טמאה אבל במצאה טהורה לכ"ע מהני אפי' בראשון לכן לענין הפסק טהרה לעולם מהני כיון שאח"כ צריכה לבדוק עכ"פ וכשתמצא טהורה גם אחר זמן הוה שפיר חזקת טהרה ובדיקה דמעיקרא שפיר מחזקינן ששוב לא ראתה אח"כ וליכא מאן דפליג:

מעתה י"ל אפי' נתפוס תירוץ זה של התו' דר' יוסי דאמר נדה שלא הפרישה בטהרה מן המנחה ולמעלה שהיא בחזקת טומאה היינו גם בנמצאת אח"כ טמאה אבל בנמצאת גם אח"כ טהורה גם למפרע היא בחזקת טהרה וליכא מאן דפליג בהא וכבר הוזכרה סברא זו בדברי הרמב"ן שכתב ויש מי שמיקל קל כיון שנמצאת טהורה ולפענ"ד אינו דעת יחיד כ"א דעת תורה ודעת נוטה בגמרא וסברא והלכה ברורה ולא מצאתי דבר מנגד לזה:

ה

אלא שצריך התבוננת בדברי רש"י (דף נג) בד"ה לא תהא בחזקת טומאה ואינה טובלת לערב גרב אעפ"י שהפרישה בטהרה שחרית אלמא יש ראתה כל היום בחזקת חוזרת ורואה עד גמר היום אף זו הואיל ולא בדקה בין השמשות שלם איכא למיחש דילמא בסיף בין השמשות ראתה והוא עולה לשתי ראיות עכ"ל ומשמע מל' רש"י שכ' ואינה טובלת לערב ואמאי אינה טובלת הא יכולה לבדוק קודם טבילה בערב משמע דאפי' מצאה עכשיו טהורה לא אהני לבטל חזקת מ"פ ומפורש שלא הפרישה בטהרה בשביעי:

והנה לרש"י יקשה ג"כ קושית התו' דר' יוסי גופיה מיקל אפי' בדקה בשני לנדתה שחרית וצ"ל ת רוץ התו' (בדף סח) דר' יוסי מיירי שראתה בשחרית של אותו יום וכ"כ מהרש"ל אך לא ידעתי מי הכריחו לרש"י לזה דדבר הלמד מענינו הוא דמיירי ר' יוסי לענין זיבה ג"כ והיינו כשנמצאה טמאה אחר ימים והיא לא הפרישה בטהרה מן המנחה ולמעלה ואחר ימים בדקה ומצאה טמאה הוה חשש זיבה דשמא ראתה ביום א' ובין השמשות

דיש לחוש לזיבה וכהאי דמייתי במצאה כתם בשני גריסין אבל לענין טבילה לא איירי כלל די"ל שפיר כשבדקה ומצאה טהורה שפיר הוה טהורה וכדפרישית:
ובאמת תירוץ זה דחוק למאד דהיכא רמיזא שבדקה שחרית ומקודם בדיקה ראתה באותו יום שאין רמז לזה כלל:
ולמאי דס"ל להש"ס דבראשון לא שאלתי הואיל והוחזק מעין פתיח י"ל דאכתי לא שמיע לי' דר' יוסי ובתר הכי שמיע ליה דר"י מחלק בראשון דעד למעלה מן המנחה היא בחזקת טמאה ובעינן בדיקה דוקא מן המנחה ולמעלה וכן הי' נראה מלשון רש"י שפי' בראשון ס"ד דתועיל בדיקת צהרים והוא תמוה דהא מצי לפרושי דקאי על כל יום ראשון וצ"ל דעל כל יו"ר א"כ מאי פריך בראשון ס"ד הא ר"י אמר דמן המנחה ולמעל' מהני כקושית התו' וע"כ בראשון מיירי דהא בשני לא צריך בדיקה מן המנחה ולמעלה וסגי בבדיקת שחרית ומה זו שבא בדרך תמי' בראשון ס"ד אלא ודאי בראשון חתמה על קודם מנתה היינו בדיקת צהרים לא ס"ד שיועיל כלל ומייתי דר' אמר טעות שלא שאלתי וע"כ אכתי לא ידע דר' יוסי מפלג ג בין מן המנחה ולמעלה לקודם מנחה שהוא בדיקת צהרים כדמשמע ששאל כדרך תלמיד לרב אבל סתמא דש"ס דמפליג בדרך תמי' בראשון ס"ד והרי כבר ידע הש"ס דר' יוסי דמהני מן המנחה ולמעלה וע"כ בראשון הוא דהא בשני ס"ל לרבנן דאפי' בדיקת שחרית סגי לכן פרש"י הפלגת התמי' על בדיקת צהרים ולפ"ז הנך אמרו לו דאמרו לו מה לי בראשון פליגי עם ר' יוסי ושלש פלוגתות בדבר דחכמים דמתני' ס"ל בשני דוקא ואמרו לו ס"ל אפי' בראשון שחרית ור' יוסי מחלק בין מן המנחה ולמעלה לשחרית א"כ דברי רש"י סותרים (לדף נג) דמפרש לדר' יוסי בשביעי וי"ל דרש"י כשבא לסוגיא זו דר' יוסי גופי' פשיטא לי' בשני ע"כ ר' יוסי בראשון קאמר ומפליג בין המנחה ולמעלה לקודם והדר ביה מפירושו (שבדף נג) ובתרא עיקר דא"צ לדחוק בין שראתה בשחרית ללא ראתה וא"כ לפירוש זה של רש"י דאיירי בראשון א"כ לא איירי לטבול לבעלה ע"י בדיקה זו דהא צריכה להמתין שבעה ימי נדתה וי"ל שפיר דבדיקת קידם מנחה לא מהני אם לא שבדקה פעם אחרת בשני ונמצאת טהורה אבל בבדקה ונמצאת טהורה שפיר מהני אפי' בדקה בראשון שחרית דבהא ליכא מאן דפליג לאחזוקי חזקת טומאה כשבדקה את"כ ונמצאת טהורה ובבדקה מן המנחה ולמעלה י"ל אפי' נמצאת טמאה לא"ז לא מחזקינן לה בזבה וא"צ לדת ק כדברי התו' כלל:

1
אלא שצריך אני למודמי דלפ"ז גם לר' יוסי יקשה הא דאמרן לעיל דאיך יתכן שאם ראתה בתחילת לילה תצטרך שתהא הבדיקה מן החנחה ולמעלה ואם ראתה קודם מנתה תסגי

נמי בבדיקה מן המנחה ולמעלה שזה נגד השכל וי"ל דה"ק נדה שבדקה שחרית ולא הפרישה בטהרה מן המנחה ולמעלה וכמו שפירש רש"י (בדף נג) א"כ כבר עבר עלי' משחרית עד המנחה וסגי בהא לצאת מחזקת מ"פ ובשני סגי בבדיקת שחרית ובשני שכבר עבר עלי' עכ"פ יותר מלילה סגי בשחרית והכל על נכון וא"צ לדחוק כלל כדברי התוספות:

עוד ראיתי גמגום בלשון רש"י בלשון אלמא משראתה הויא כל היום בחזקת רואה עד גמר היום והוא מגומגם דהא מן המנחה ולמעלה קאמר וראיתי בספר סדרי טהרה שביקש לומר דהיינו מן המנחה קטנה ולמעלה שהוא סוף ומן מנחה קטנה שהוא עד בין השמשות דר' יוסי והוקשה לו על התו' דאמאי קשיא להו מר' יוסי הא מן המנחה ולמעלה הוא בין השמשות כפרש"י במשנה (דף סח) ולא נהירא כלל לפרש מן המנחה ולמעלה על בין השמושות ומי הכריחו לרש"י להוציא לשין מן המנחה ולמעלה מפשטה וכמו שמצינו בפ' מקים שנהגו לא יעשה אדם מלאכה בע"ש מן המנחה ולמעלה וכן בערבי פסחים לא יאכל מן המנחה ולמעלה ועוד אם תפרש מן המנחה ולמעלה מסוף מנתה ולר' יוסי הוה בין השמשות ואז פשיטא דאינה טובלת לערב חם בדקה בין השמשות שהרי אפשר שהוא ליל שמיני לימי זיבה אלא נראה פשיט דכל מן המנחה ולמעלה נקרא בין השמשות כדמתרגמינן בין הערבים בין שמשיא ובתרגום יונתן בין שמשתא ויראה שהוא ע"פ מה שהביא בתוי"ט דברי הרמב"ן פ' בא כי מנחה הוא מנוחת השמש והשקט אורו הגדול לכן גם בשחרית נקרא מנחה ולזה מתרגם בין שמשיא שאז השתנות השמש ממה שהיתה בתקפה בצהרים וסמוך ללילה הוא השתנות השמש לגמרי שרפה היום לערוב ולא יראה אור השמש נמצא שכמו שמצינו במנחה סתם שיש הפרש בין מנחה גדולה למנחה קטנה כמו כן בין השמשות הגם שכל זמן מן המנחה נקרא בין שמשיא בין השמשות שדיברו בו חז"ל בענין ספיקא בין יום ללילה היא בין השמשות הסמוך לערב אבל ודאי מן המנחה ולמעלה יקרא בין השמשות וקרוב אני לומר דמן המנחה ולמעלה הוא מנתה גדולה שנקרא בין הערבים כתרגומו בין שמשיא שאז נקרא בין השמשות גדול והוא על השתנות השמש ממה שהיתה בתוקפה לכן אמר בין שמשיא שיש בענין אור השמש כאילו היה שנים שמשות וגם שם קרא רש"י גמר היום מן המנחה ולמעלה וזהו שקורא רש"י גמר היום היינו תוקף השמש בצהרים והשקט אורו וזה נקרא ג"כ בין השמשות וכן אמרו בנדה שהפרישה בין השמשות ובודאי בין השמשות ממש אי אפשר לה להפריש שהרי ספק לילה אלא משים דכל הזמן נקרא בין השמשות שפיר שייך בין השמשות מן המנחה ולמעלה עד הלילה אבל לא נתלה בוקי סריקי באשלי

רברבי שיוציא רש"י לשין המשנה מפשטה דמן המנחה ולמעלה קאי על סוף מנחה ולמעלה גם אי אפשר כלל לומר מן המנחה ולמעלה סוף מנתה דא"כ איך [אפשר] שלא הפרישה מן המנחה ולמעלה הא פשיטא דלר' יוסי לא מהני בדיקה לנדה שתטבול בין השמשות שהוא ספק לילה וגם הוא רק כהרף עין וכן איך פרש"י דלר' יודא בעי' בדיקה בין השמשות והא לר' יודא נמי בין השמשות ספיקא הוא כראי' בשבת (דף לה) ואיך תבדוק בספק לילה א"ו כמ"ש וח"כ פשוט דמן המנחה ולמעלה היינו נמי בין השמשות:

עוד תירצו התו' (דף נג) דר' יוסי מיירי שלא בדקה כלל וצריך לפרש דמה שאמר ר' יוסי שלא הפרישה בטהרה מן המנחה ולמעלה וקשה הא אפי' הופרשה בשחרית נמי סגי וצ"ע דאורחא דמילתא קתני שאין דרך נדה להפריש ולבדוק בשחרית שאין מועיל לה הבדיקה שאין הראי' מפסיד לה דכל שבפת ימים היא בנדתה בין רואה ובין אינה רואה לכן דרכה להפריש מן המנחה ולמעלה שחו מסתמא פסק מעינה ואין חוששת לראי' עוד אבל כל שבדקה אין חילוק כלל לר' יוסי דכל שבדקה ונמצאת טהורה היא בחזקת טהורה ולתירוץ זה בלא"ה אין צריך לדחוק כמ"ש התו' דלא ליקשי' לר' יוסי לנפשי' וא"כ ממילא מילתא כפשטה דכל שבדקה שחרית בחזקת טהורה היא:

אלא שאין זה מספיק על יום ראשון שהיא בחזקת מעין פתוח וא"כ אם בדקה מן המנחה ולמעלה י"ל עם סילוק ידי' ראתה וכסברת הרמב"ן אלא דכבר כתבנו שאין דעת התו' כן ושפיר סגי מן המנחה ולמעלה להפסיק בטהרה ומ"מ ביום ראשון לא נוהגי זה דהא מחזקינן לה ברואה עד שני שחרית ולא יספיק תקנת הרמב"ן לזה אלא שכבר בררנו שאין לחוש בנמצאת טהורה אח"כ שפיר מקרי הפסק טהרה וכמו שבררנו בבירור:

ז

שוס האיר ה' עיני וראיתי כי אחרי המחילה מרוממות קדושתו של הרמב"ן ז"ל מעיקרא דדינא פירכא כי נוה שלמד הרמב"ן ממה שאמרו לר' יודא דבעינן ידי' בין עיני' בין השמשות אלמא לא מפלגינן מבדיקה בין המנחה ולמעלה עד שיהי' ידי' בין עיני' בין השמשות ומזה למד הרמב"ן בראתה ביום ראשון שהוחזק מ"פ בעינן ידי' בין עיני' בין השמשות ע"ז אני אומר דאפי' יש להחמיר ביום ראשון להיות ידי' בין עיני' היינו לדינא דש"ס דלא היה חומרא דר' זירא א"כ אין נ"מ לראשון כלל דשבעת ימים תהיה בנדתה וליכא נ"מ רק לענין שאם המתינה עד ימים אחר נדתה ומצאה טמאה לענין שנחזיק ימים שבנתים לזיבות ולפי מה דס"ל לר' יודא דגם בשביעי בעינן הפסקה נון המנחה ולמעלה ואם לא בפסיקה מן המנחה ולמעלה חיישינן שלא פסק מעינה וחייש לזיבה בלילה שמתחיל ימי זיבה א"כ שפיר אמרו לו כיון שחוששת בלא הפסיקה מן המנחה

ולמעלה אימור עם סילוק ידי' ראתה אבל לדידן דמחמרינן משום חומרא דר' זירא שתשב שבעה נקיים א"כ בראתה ביום ראשון דניהו דמוחזק מ"פ ביום ראשון מ"מ סגי בבדיקה ולא ס"ל לחוש אימור עם סילוק ידי' ראתה דהא אפי' ראתה עם סילוק הא סגי בנדה דאורייתא בששה והוא דלימי נדות עולה גם יום ראשין דאפי' רואה כל שבעה ימים אם פסקה קודם בין השמשות טובלת לערב וא"כ ממילא דאין מקום לחומרא זו לדידן דהא איכא למימר דאף דהחמירו בנות ישראל ע"ע לספור שבעה נקיים מ"מ לא מחמרינן תרי חומרי דסתרי אהדדי דאם תחשוב לימי נדה הרי לא צריכה להפסק טהרה כלל מן התורה וע"כ אתה מחמיר עלי' לחושבה שמא בימי זיבה היא וא"כ כיון דחזינן דאפי' בשני לנדתה אהני בדיקת שמצאה טהורה להחזיקה בחזקת טהרה א"כ כ"ש בימי זובה שהיא בחזקת מסולקת דמים יותר כמבואר בגמרא דכל אחד עשר יום בחזקת טהרה היא א"כ פשיטא שאין ליתן עלי' תרי חומרי דסתרי אהדדי ולא משכחת לה מקום לחומרת הרמב"ן אלא כשעברו עלי' אחד עשר יום שבין נדה לנדה ושוב התחילה להיות נדה ביום ראשין ועדיין לא טבלה בראשונה והיתה זבה בראשונה ולא טבלה והמתינה לה עד שבאו לה התחלת ימי נדות דאז צריכה לשבעה נקיים ואינו עולה לה יום ראשון ובהא הוה שיירא חומרת הרמב"ן מאחר שהיום צריך להצטרף לשבעה נקיים ואם ראתה בלילה אינו יום שבדקה בו עולה לנקיים ואם בדקה וחיישינן שמא עם סילוק ידי' ראתה וכפי דברינו היה צריך שיהי' ידי' בין עיני' עד שחרית ובדיקה כזו לא מצינו כלל בגמרא א"ו ליתא:

ועוד אני אומר שכמעט הדבר מוכרח דהא ודאי תמוה איך מקשין שמא עם סילוק ידיה ראתה הא בלילה כבר הם מימי זיבה ובימי זיבה היא מסולקת דמים ומה"ת לחוש אלא דמקשין על ר' יהודא דע"כ חייש לזיבות בנתים כל שלא נודע שפסקה חיישינן שמא גם בליל שמיני ראתה והא גופי' קשיא למה ניחוש לימי זיבה שאז בחזקת מסולקת דמים היא אלא הדבר ברור דבטלה להך דמסולקת דמים בימי זיבה כיון שבדקה ומצאה טומאה בימי זיבה הא קמן דאינה מסולקת דמים א"כ ממילא נתחזקו דברים הנ"ל דבבדקה אח"כ ומצאה טהורה אפי' פסקה ביום ראשין לא חיישינן כלל שראתה אחר בדיקת יום ראשון דלא תלינן שראתה בימי זיבה אם לא דמבורר לפנינו הראי' בימי זיבה:

אבן העזר.

סימן י

תשובה ע"ד השאלה באשה אחת שהלך בעלה למדינת הים זה כמה שנים לשרת באשר ימצא והאשה היתה משרתת בעיר אחת אצל בעה"ב אחד ועתה נתעברה וילדה בן וקודם לידתה תבעה את הבעה"ב בערכאות באמרה שממנו היא הרה ופסקו שיתן לה סך מסויים ותניק לו את הילד ואחר הלידה שאלו אותה הב"ד מה טיבו של הולד ותשובתה היתה כדברי הראשונים ואחר החקירה נודע שבעלה רחיק משם ערך ארבעים פרסאות ושאל השואל על הולד אם מותר הוא לבא בקהל ד' והנני משיבך על שאלתך כפי מה שיורוני מן השמים:

א

הנה תחלת דברי מעלתך לפלפל בדברי בה"ג שהביאו הרא"ש בפ' עשרה יוחסין ס"ז באשה שהלך בעלה למדינת הים ושהה יותר מיב"ח הולד כשר דתלינן שבא על ידי שם ושימש. והבאתי דברי הפרישה (ס"ד) שסובר דלבה"ג עכ"פ ספק ממזר הוה והב"ש (ס"ד ס"ק ט"ז) כתב בפשיטות דלבה"ג הולד כשר לגמרי. והנה הבאתי ראיה מדברי הרא"ש שהוקשה לו מרבה תוספאה שהכשיר מטעם אשתהי ול"ל טעמא דאשתהי תיפוק ליה דתלינן שבא ע"י שם ואם נימא דהך טעמא לא מהני להכשיר הולד א"כ צרי' הוא לטעמא דאשתהי להכשי' הולד לגמרי ועוד הבאתי ראיה מדברי בה"ג שהביא הרא"ש שפירש על הא דאיתא בגיטין פרק המגרש ממזרות אין חוששין משמע שאין לחוש והולד כשר: **והנה** בודאי פשטן של דברים שהולד כשר לגמרי למי שמעיין ברא"ש ומטעמים שאמרת כי אין ספק שגם הב"ש שכתב ולדיעה זו הולד כשר כמ"ש בהרא"ש:

הנה תפס בפשיטות דהרא"ש סובר דהולד כשר ובודאי שסמך על מה שהבאתי. ועוד יש להוכיח כן ממ"ש הרא"ש ואין מקובל לי זה התירוץ דלאו כולי נשי דיני גמירי ואין דין זה ידוע שיאמינו לה שבא בעלה בצינעה. ואם באמת גם לבה"ג הוה ספק א"כ ע"כ עיקר הקושיא ממאי דמשמע בש"ם דמיעוט שהלכו בעליהן למדינת הים הוה ממזר ודאי וא"כ אין מקים לתירוץ דלא היתה משליכתו כיון דבאמת אין מאמינין לה רק שחוששין והרי הוא אסור לבא בקהל אלא ודאי הרא"ש הבן בפשיטות בדברי בה"ג דהולד כשר ומותר בקהל. והנה הב"ש כתב וז"ל וכתב הרא"ש והטור אנן תלינן שבא על ידי שם היינו אע"ג דהיא אינה אומרת כן והתוס' כתבו לחד תירוצא וצא דדוקא באומרת כן וכתבתי בתשובתך שכדאי המה הפוסקים (האחרים) [האחרונים] שהביאו דברי (הרא"ש וטור) הנ"ל דאנן נמי תלינן (שבח) [ואח"כ בא] להכריע שוב תירוץ אחד של התוס' דבעינן דוקא שאומרת שבא:

הנה נפלאות היא בעיני מאחר שעמדת על מה שהקשה (המ"ל פט"ו מה' אישות) על דברי בה"ג מהא דבמכות (דף ה) לא תלינן בעדים זוממין בגמלא ונהרגין וזהו שהקשה על דברי בה"ג דאפילו בדיני נפשות דחמירי לא חיישינן לגמלא פרחא וכתבתי לדחות דס"ל כתירוץ התוס' בפ' האשה שלים דהי' להם לטעון כך ומדלא טענו לא תלינן בגמלא פרחא וא"כ איפוא ע"כ צ"ל מה שתלה באשה דאמרינן ע"י שם בא היינו ג"כ בטענה וא"כ לדברי הב"ש שסובר דאפילו בלא טענה תלינן בגמלא פרחא ובשם דהוא מציאות רחוק ביותר וא"כ היאך מצינו ידינו ורגלינו בהך דמוכח מן הש"ס דבעדים זוממין לא תלינן בגמלא פרחא:

ובאמת כבר עמד ע"ז הרב מהרי"ט בחלק אה"ע (סי' טו) שטען על דברי [בה"ג הנ"ל] מן הש"ס דמכות וניחא ליה להרב מהרי"ט וז"ל ולכך נ"ל שלא אמרה הגאון אלא באב דמצי למימר דבגמלא פרחי או ע"י שם אתא דלאב הימני' רחמנא דכתיב יכיר יכירנו לאחרים ובעובדא דאבוה דשמואל דאיהו אמר שע"י שם בא וכן אם אביו אינו כאן בעיר והיה אומר שבא עלי' בחשאי מהימן ואין אנו צריכין לחוש לשם ולא לגמלא פרחא דאטו בכיפי תלי לה הילכך אם מת הבעל מחזקינן לי' בחזקת כשרות כל דליכא עדים שאותו זמן הי' עמהם דומיא דעדים זוממין דאז ודאי מחזקינן בחזקת פסיל ולא תלי' בגמלא פרחא עכ"ל מהרי"ט ונכללו בזה רוב דבריך רק מה שכתב מהרי"ט שם דאף דבפ' האשה שלום תלינן בקפיצה הרי כתבו התוס' דעיקר טעמא משום דמילי מסר ע"ש וזהו שלא כדברי התוס' שלפנינו עכ"פ מבואר בפשיטות דס"ל (למהרי"ל) [צ"ל למהרי"ט] בפשיטות דלבה"ג לא תלינן רק באומר שבא ומ"מ סברתו לא ברירא לי דלאב הימני' רחמנא דניהו דהימני' לאב לומר שאינו בנו היינו משום דאי מחזקינן לי' בבן הרי הוא אביו באמת ולכן יש לו נאמנות משא"כ היכא דבלא נאמנות של האב הוא בחזקת ממזר ואינו בחזקת בנו למה יהי' נאמן לומר שהוא בנו ולכאורה יותר הי' לו למהרי"ט לחלק בפשיטות מאחר שסובר דהיינו דוקא באמר האב א"כ יש לו לחלק בפשיט' כתירוץ התו' פ' האשה שלום דהתם מדלא טענו מסתמא שקר ענו. והנה הקשיתי בדברי התוס' דא"כ ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דאם יוזמו יוכלו לומר אנן לא לחייבם מיתה באנו דהא היו יכולין לטעון בגמלא פרחא ובאמת אין זו קושיא דלא מצינו רק בעדי נערה מאורסה שהוזמו בסנהדרין (דמ"א) דיכולין לומר לאסרה על בעלה באנו וא"כ עיקר כונתם על ענין שיצטרך עדותן משא"כ הכא דמעיקרא ע"כ נתכוונו שבאם לא יטענו שבאו בגמלא פרחא יומתו על ידם והם ע"כ באו ע"ד כן כשלא יטענו כן יהרגו על ידן ושפיר מקרי יכול להזימה ועיין בת ס' סנהדרין (דף ט:) ד"ה עדי האב ואע"ג דאין חיוב ברור על עדותן

מ"מ הם ע"כ באו ע"ד שאם לא יטענו יתחייבו מיתה ותדע לך דא"כ בכל ספק קדושין אם נימא כדברי הפוסקים דבעינן עדות שאתה יכול להזימה ח"כ ליהוי כנו מקדש בלא עדים או בספק גירושין נימא דהוה כאילו נעשה בלא עדים דהא עיקר העדות בעינן שתהא ראוי להזמה כמו שכתב בש"ך ובאורים ותומים (סימן ל"ג) וא"כ היאך משכחת לה ספק קדושין הא המקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין אלא ודאי בכה"ג מקרי יכול להזימה שע"ד כאן באו מתחילה ואם יבא אליו ויפשוט הספק או יתברר באיזו אופן שיהא יומתו על ידה דחשיבא אשת איש גמורה וא"כ בכה"ג נמי שפיר מקרי ראוי להזמה שע"ד כן העידו:

ב

אלא דהדבר גופא תמוה שאם תמצי לומר שיוכלו לתרץ דבריהם באמרם שבאו על ידי גמלא פרחא א"כ אנו מחזיקין זאת שהוא באפשרי המציאות עד שהם מצילין מחיוב מיתה בזו הטענה וא"כ יפלא אף באין אומרים כן אך יומתו ע"פ עצמן אטו אם יכולין לילך מצפרא לפניא והם אומרים שישבו במקומן היעלה על הדעת שיומתו בשביל שאין מפרשין ההתנצלות זהו דבר שאינו עולה על הדעת כלל. וזהו נראה שהכריחו להרב מהרי"ט ולא סגי לי' בהך חילוק דהתם אין העדים טוענין כן דאי הוה משכחת לה בשיטענו שלא יהרגו בשביל שאין טוענין לא יהיו נהרגין שאפילו אם כי יבא אדם לב"ד ואומר שהרג הנפש בעדים והתראה וכי יהרג ע"פ עצמו. עכ"פ למדנו דהרב מהרי"ט ס"ל בפשיטות דלא מהני אפי' ברי אם לא האב שנתנה לו התורה נאמנות וכיון שהרב מהרי"ט גופי' הביא דברי הרא"ש חלילה לחשוב לגדול ורב כמוהו ששכח תכ"ד ואיך לא הקשו להרב דברי הרא"ש דאפילו לא טענו אנן תלינן שבא ע"י שם אף מבלעדי אמירתה וא"כ תקשי לי' הך דמסכת מכות כנ"ל. ומזה מבואר דיתכן לפרש בלשון הרא"ש דהיינו כשהבעל והאשה אומרים כן דסתמא דמילתא שיילינן להו ועיקר הטעם משום נאמנות האב כדברי מהרי"ט. ובאמת שאין הכרח מדברי הרא"ש שסובר דאנן תלינן שבא אף בלי אמירתה ומה שהקשה ממיעוט שהלכו בעליהן למדינת הים היינו משום דמשמע דבהלכו בעליהן למדינת הים משמע שמחזיקין לממזר בודאי ואם דעכ"פ כשטוענין שבא ע"י שם הוה טענה א"כ גם באילו משכחת כשרים כשבאמת בא בצנעה דכיון דעכ"פ מהני טענה רק דיראה שלא יאמינו לה השליכתו וא"כ יתכן שיהי' הולד כשר אלא שכבר כתבתי שיש לגמגם בסברתו של מהרי"ט וגם לדבריו דדוקא משום נאמנות האב הוא וא"כ בסתמא מחזקינן לי' לממזר ודאי כמו שהביא מעדים זוממין רק דגזירת הכתוב להאמין לאב כמו שהוא נאמן להוציאו מחזקת כשרות כך יכול להוציאו מחזקת

ממזרות וא"כ כל שאין האב אומר כן בפנינו הרי הוא בחזקת ממזר בודאי וא"כ לא הוה מקשה הרא"ש מידי אבל אם נימא דעכ"פ בעינן שתהא היא טוענת ואם אינה טוענת הוה ממזר אפילו נימא דהוה ממזר בודאי היינו משום דמדלא טענה מסתמא לא בא בצנעה לא קשי' על הרא"ש די"ל שפיר דמשמע לי' מדחזינן דעכ"פ מהני טענתה להכשיר הולד ע"כ צ"ל דמן הסתם עכ"פ יכנס בגדר הספק שמא בא בעלה דאם לא יהי' אפילו ספק ונחזיקו בסתם לממזר ודאי איך תועיל טענתה להכשירו ובגמרא משמע דמיעוט שהלכו הם ודאי ולכן לא ניחא לי' בתירוץ התוס' אבל מודה הרא"ש דעכ"פ בלא טענה ענה שאין הולד כשר וחם היא לפנינו וטענה שלא בא י"ל דהוה ממזר ודאי אף אם אין האב כאן ועפ"ז נ"ל עיקר דברי הפרישה כדעת הטור שכתב שאינו בחזקת ממזר דעכ"פ ספק ממזר הוה ולא תקשי מדברי הרא"ש דהרא"ש מיירי בטענה נאמנת להכשירו כיון דבלא טענתה עכ"פ הוה ספק טענתה מועלת להכשירו שיהי' כשר בודאי:

ודברי [ה"ג] הנ"ל לא נאמרו רק בטענה כן דסתמא דמלתא הכין הוא ואף שבח"מ וב"ש כתבו דברא"ש משמע דבלא טענה נמי דינא דהולד כשר אן דבריהם מוכרחים דהא בלא"ה רך דינא דהנ"ל חידוש הוא והבו דלא ליסיף עלה:

מיהו כפי פשטא דש"ס דמס' מכות משמע דבסתמא לא תלינן כלל בשם או בגמלא פרחא וגם בחדושי רשב"א בשם הראב"ד כתב דהני טעמי דגמלא פרחא וקפיצה אינם אלא סניפין בעלמא דהא בעדים זוממין לא תלינן בגמלא פרחא וכ"כ הנ"י ואולי גם בחדושי הרמב"ן כמדומה שהוא כן וא"כ הרי מצינו להרשב"א וראב"ד ונ"י דחולקין אפיסקא דבה"ג וכן נראה מתירוץ ר"ת שבת ספ' אלא דבה"ג ס"ל כהך תירוצא דאי אזלא בגמלא פרחא הוי טענה וכבר הקשיתי לעיל ע"ז. ונ"ל לפרש בכונת התוס' דאין ר"ל דהוי טענה השתא דמה תועיל להם טענה דהשתא דאי בלא טענו חייבין מיתה ע"כ טענה אן מצילתן ממיתה כנ"ל רק כונתם כיון דהעידו בב"ד סתם שהיו שם באותו ומן ואם איתא דהיו שם באותו זמן (ואם איתא דהי' שם) ע"פ סיבה ע"פ שם או בגמלא פרחא א"כ כשהגידו עדותן בב"ד הרי ידעו שאפשר שיבאו לידי הזמה שהעדים שראו (אותה) [אותם] שמה לא יתלו בגמלא פרחא וא"כ הי' להם להקדים ולהגיד בב"ד שהיו שם ע"פ סיבה משונית שאין לתלות בה ומדלא אמרו כן בשעת הגדה ש"מ בשקר הם מעידין דהוה כאילו פירשו (שהי') [שלא הי'] שם ע"פ סיבה משונית (לא) רק ע"פ טבע ולא ע"י סיבות שונות וא"כ אין מקים למה שהקשיתי מעדות שאי אתה יכול להזימה ואף גם למה שהקשית לעיל והוא מובן ולפ"ז אפשר שאין סתירה לדברי בה"ג שסובר דתלינן שע"י שם בא מעדים זוממין דעדים זוממין שכבר היו בב"ד הי' להם לפרש אז בשעת

הגדה כיון שהוא מציאות רחוק והוה כאילו העידו בפירוש שראו והיו שם ע"פ טבע הפשוטה וא"כ בשקר העידו וע"ז נתחייבו בדין הזמה שלמה היו משקרין משא"כ באשה אין תולין בזנות ותולין אפילו בחשש רחוק כמ"ש בתשובת ריב"ש (סימן תמ"ו):

וכפי זה אפשר לומר שאפילו בסתמא נמי תולין שע"י שם בא והולד כשר לגמרי וא"כ אפילו אמרה בפירוש שלא בא י"ל דאינה נאמנת לפוסלו כיון דבסתמא מחזקינן לי' בכשרות:

ואין להקשות על דברי בה"ג ממ"ש התוס' בגיטין (דף יח) שהקשו למה תיקנו זמן בזמן הזה ותירצו דחיישינן שיחפה על בניו שהם ממזרים ולמה יצטרך ליתיב גט הא בלת"ה מצי לחפית ולומר שבא והוא ממנו די"ל דאינו רוצה שיהי' בחזקת בנו רק לחפות עליו [מפני] שהיא בת אחותו. ועוד דע"כ חששו שם לזנות בעדים שהרי אמרו שמא יחפה על בת אחותו להצילה מחיוב מיתה וע"כ איירי בעדים והתראה ובודאי בזינתה בעדים וילדה ממזר לא יאמר בה"ג שהולד כשר וא"כ יצטרך לחפות על בניו כשיהיו עדים שזינתה:

ועוד עלה בדעתי ליישב דברי בה"ג שלא תקשי מעדים זוממין דלא תלינן בגמלא פרחא די"ל הטעם דתלינן בגמלא פרחא וע"י שם היינו משום דלא מחזקינן (לדבאשת) [לה באיסור דבאשת] איש תלינן בבעל כדי להחזיקה בחזקת כשרות ולכן תלינן אף במידי דלא שכיח משא"כ בעדים זוממין לא שייך לתלות במידי דלא שכיח כדי להחזיקו בחזקת כשרות ואיכא למימר אדרבה אוקי להנידון בחזקת כשרות והעדים הם משקרין:

ג

וכבר כתב הריב"ש בתשובה (סימן תמ"ו) דכל שיש לתלות בהכשר תלינן ולהיות שיש לי' מקום עיון בדבריו ע"כ אעתיק דבריו הריב"ש הביא ראי' מהא דפרק הערל דפליגי רבי ורבנן דאיתא התם איזו בן שמנה כל שלא כלו חדשיו ר' אומר סימנין מוכיחין עליו ופריך אלא הא דעבד רבה תוספאה עובדא באשה שהלך בעלה למד"ה ואשתהי עד תריסר ירחי שתא ואכשרי' כמאן כר' דאמר משתהי כיון דאיכא רשב"ג דאמר משתהי דתני רשב"ג [אומר] כל ששהא שלשים יום באדם אינו נפל כרבים עביד כו' ומכאן ראי' גמורה דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפי' בבן שבעה ואשתהי דהוה מיעוטא דאי לא תימא [לימא] הכי (מנ"ל לר"א) דטעמא דרשב"ג לאו משום דמשתהי חלא משום דתלינן בזנות וכן ראי' לזה רבה תוספאה דתלי טעמא בבעל עד שנים עשר חודש אע"פ שהוא בתכלית הזרות עכ"ל הריב"ש בתשובה והנה ראיתי שכ' דלא תלינן בזנות משום דקשי' לי' מנ"ל לרשב"ג דאמרי' משחהי דילמא לא ס"ל משתהי אלא (דכשרה תלינן)

[דתלינן] בזנות וצריך ביאור לדבריו דאם יהי' מקום לרשב"ג לתלות בזנות א"כ תקשי לפי האמת מנ"ל דרשב"ג ס"ל משתהי דילמא לא ס"ל כלל אשתהי רק כיון דלא תלינן בשהה א"כ אי אפשר לתלות כי אם בזנות כיון דלא ס"ל כלל אשתהי בע"כ מוכרח לתלות בזנות כיון דליכא למתלי בשהי' וצ"ל דהריב"ש ס"ל דטפי איכא כא למתלי בנפל אע"פ ששהה שלשים יום מ"מ אפשר שהוא נפל ומה שאמר כל ששהה שלשים יום אינו נפל היינו שע"פ הרוב אינו נפל אבל מ"מ יתכן שיהי' נפל וכפי זה תהי' ראית הריב"ש דע"כ לימא דתלינן טפי בנפל (משכחת) [משנתלה] בזנות דאא"כ ה"ל למתלי בזנות טפי מבנפל ואפשר דהריב"ש מפרש כפרע"י שפירש דרבי רבוהו דאמר סימני בן ח' אין עושין בהם מעשה עד שיהי' בן עשרים ופרש"י דאתי' כרבי דאמר דסימנין מוכיחין עליו ולא מהני גמרו סימנין ואין יוצא מחזקת נפל עד שיהי' בן עשרים (ופרש"י דאתי' כר' דאמר) דאז בודאי הוא בן קיימא וא"כ י"ל דס"ל להש"ס [ואם] (דאנן) איתא דלא ס"ל אשתהי טפי הל"ל שבע"כ הוא נפל משנאמר שזינתה אלא ודאי לא תלינן בזנות משא"כ לפירוש התוס' שפירשו דר' אבוהו ס"ל כרבנן דבלא כלו חדשיו היה נפל עד בן עשרים שנה שהוא הוכחה יתירה שהתוס' ד"ה והא הניא הקשו על פרש"י דא"כ רבה תוספאה אפילו כר' לא אתיא כיון דלא תלי באשתהי אלא ע"י הוכחה יתירה שהוא עשרים שנה וא"כ לרבנן אע"ג דבשהה עשרים שנה נמי אמרינן אשתהי אפ"ה אמרינן (דליתה כרבה) [דמילתא דרבה] תוספאה דוקא כר' משא"כ לרבנן דבעינן הוכחה יתירא הוה תלינן בזנות ולא הוה מכשירין הולד:

גם קשה לי על הריב"ש למה לא הביא ראייתו מרבי דדייקינן מיני' מדאמר סימנין מוכיחין עליו ומנ"ל דס"ל אשתהי דילמא בגמרו סימנין תלינן בזנות שזינתה קודם והוי בן תשעה או אח"כ והוי בן ז' אלא ודאי יותר הי' לו לתלות בנפל אע"פ שגמרו סימנין משנתלה בזנות וכדברי ריב"ש ואפשר דניחא לי' טפי לאתויי מרשב"ג דלרבי י"ל בגמרו שערו וציפרניו לא הוה ודאי רק ספק נפל ספק בן קיימא וא"כ לא מוכח רק דתלינן טפי בספק נפל מבזנות משא"כ לרשב"ג שאמר כל ששהה ל' יום אינו נפל ומייתי מקר' דפדויו מבן חודש תפדה א"כ עכ"פ מוכח דחייב בפדיון ומוציאין ממון ממנו ואפ"ה משמע לן לתלות טפי בנפל משנתלה בזנות:

ובאמת לפענ"ד אין ראי' כלל מדמייתינן דרשב"ג ס"ל בפשיטות דמשמע לי' דקאמר אינו נפל דלכל מילי מחשב בן קיימא ופוטר מן היבום וגם אבי' חייב בפדיון א"כ ע"כ משמע דלא הוה טעמא דרשב"ג שתלינן בזנות דא"כ ה"ל לפרשו דאי שהה שלשים יום מחזקינן לה בזנות שזינתה ואינו אביו רק שחייב לפדות עצמו דפשטות דברי רשב"ג

מורים שאינו נפל יבהא לא פליג את"ק כלל כי היכא דת"ק מחזיק לי' עכ"פ לבן לענין שהבא אחריו אינו חייב בפדיון שכבר פטר את הרחם ולא פליגי רק דלת"ק הוה נפל ורשב"ג ס"ל דלא הוה נפל ואם איתא דלא מחזיק לי' בבנו כלל ה"ל לפרושי דתלינן בזנות וגם משמע לי' דחייב בפדיון (אפילו כבר) [אם לא] נפטר רחם אמו וא"כ מוכת בהדיא דאמרינן אשתהי דטעמא דרשב"ג ע"כ לא הוה משמע דתלינן בזנות וגם לרבי משמע לי' דקאמר כל שלא גמרו דאם גמרו לא ס"ל לתלות בזנות דאל"כ ה"ל לפרושי בהדיא דאם גמרו אינו בנו כלל כיון דלת"ק מחזיק לי' בבנו משמע ודאי דלא פליג בהא את"ק וזהו ברור וא"כ אין מקום לראית הריב"ש:

וגם הריב"ש גופי' באותה תשובה כתב דלרשב"ג אין שום נפל חי' ל' יום ודברי הריב"ש צ"ע וגם הריב"ש גופי' הביא דברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות רוצח דבפחות מבן ט' אם לא כלו חדשיו אינו נהרג עליו עד שיהי' בן שלשים יום ומשמע דאם הוא בן שלשים נהרג עליו אע"פ שהוא בן ת' א"כ משמע ודאי שהוא בן קיימא בבירור וגם הריב"ש גופי' כתב שם דלרשב"ג אין שום נפל חי' שלשים יום אכן דברי הריב"ש צל"ע:

עכ"פ לפירוש התוס' מוכח דהיכא דבעינן הוכתה יתירא כחו לרבנן דצריך שיהי' בן עשרים הוה תלינן טפי בזנות ולא תלינן בדבר שאינו מצוי. גם העצם הדבר קשה כיין דבאמת הוא דבר שאינו מצוי לבא ע"י שם למה נתלה להכשיר הולד דאיך נימא דזה מצוי יותר מזנות דהא ע"כ זנות חשיב עכ"פ מילתא דשכיחא דהא תיקנו תקנת בתולים משום חששא דזנות והתוס' בריש כתובות כתבו לחד (דתצא) [תירוצה] דאע"ג דאמרינן בגיטין זנות לא שכיח היינו זנות בעדים והתראה אבל זנות בלא עדים שכיח וכיון דזהו נקרא שכיח ולבא בקפיצה ע"כ מלתא דלא שכיחא מדלא תלינן בעדים זוממין וכבר הסכימו האחרונים דכל מידי דלא שכיח אינו נכנס בגדר הספק אפילו לצרף אותו לספק ספיקא. וגם אם הי' דבר בלתי מצוי לגמרי לא מסתבר לעשות תקנה בשביל כך ואם ראוי לעשות תקנה בשביל כך עכ"פ הוא דבר שיפול עליו האפשרות והרגילות לפעמים דעל דבר בלתי מצוי ורגיל כלל ודאי לא הוו עבדי תקנתא וכיון דעכ"פ דבר מצוי הוא לפעמים אף שקראו אותו לא שכיח ואם יהי' אפשרות הזנות כפי גדר אפשרות ומציאות לבא ע"י שם שלא חששו אף לדיני נפשות לא מסתבר לתקן תקנה ע"ז כלל וע"כ שהוא מצוי יותר וא"כ איך נתלה להכשיר הולד שראוי לתלות במצוי יותר במציאות:

1

ובאמת אילו לא אמרה בה"ג בפירוש רק מכללא דפרושא אין חוששין לממזרות הייתי אומר כי דבר הלמד מענינו הוא דשם מיירי בענין הקול וא"כ י"ל דממזרות אין חוששין

היינו ג"כ אף אם יצא הקול שנשתהה בעלה במדינת הים יותר מיב"ח אין חוששין כיון דאף אם שהה בעלה עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא שמא בא ע"י שם וא"כ לא הוה קול ברור והוה כיש שם אמתלא שאין חוששין לקול כדאיתא בש"ע אה"ע (סימן מ"ו ס"ג) ובנתברר באמת שהוא שהה שם יותר מיב"ח עכ"פ איכא למימר דספק ממזר מיהו הוה ומ"ש בחמ"ח (סימן ד' סק"ח) שאם האשה אומרת שבעלה בא בלילה פשיטא דנאמנת אם הבעל מודה לדברי' דהא אבוה דשמואל כשר הי' הנה משמואל אין ראי' כלל חדא דמאן לימא לן (שאמר) [שמא אמר] אבוה דשמואל בפני עדים שעושה כן להסיר לזות שפתים ועוד שמא גילה עצמו לבני עירו וידוע הי' שבא בלילה ואם ימצא איזו הוכחה (שאינו בידו כעת) שלא נודע רק מפי אבוה דשמואל הנה אין ראי' לסתם בני [אדם] מאדם גדול שמוחזק בידיעה זו לבא ע"י שם ולא הי' מניעה מצידו משא"כ בסתם בני אדם לאו כל כמיני' לומר שיהי' הדיוט קופץ ע"י שם שהוא בלתי מצוי ובפרט אם לא אמרה בה"ג רק מהך דאין חוששין לממזרות מלבד מש"ל אין ראי' משם רק כשטוענין כן ואכתי מנ"ל להכשיר כשאין טוענין כן:

ועוד קשה לי מהא דאיתא בחגיגה (דף טו) שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו מי חיישינן לדשמואל דאמר יכולני לבעול כמה בעילות בלא דם או דילמא דשמואל לא שכיחא וחיישינן תמא באמבטי עיברה אמר להו דשמואל לא שכיח וחיישינן שמא באמבטי עיברה ע"כ א"כ משמע אי שכיח דשמואל הוה אמרינן נה והוה תלינן בזנות ובענין שנשארה בתולה שהוא מציאות רחוק ולא הוה תלינן להתירא דבי אמבטי עיברה אלא דיש לדחות ולומר שמציאות שתתעבר באמבטי הוא רחוק למאד אלא דכיון דהיא בתולה ע"כ שנתעברה ע"י מציאות רחוק ואי שכיחא דשמואל לא הוה תלינן במציאות רחוק כמו שתתעבר ע"י מציאות רחוק כזו שבלתי מצוי הוא כלל ולכן הוה תלינן טפי בזנות משא"כ לבא ע"י שם בקפיצה י"ל שאינו רחוק כל כך:

ועפ"ז מיושב מה שתמה הרב משנה למלך (בפט"ו מהלכות אישות) שמקשה אם איתא להאי סברא דבאמבטי עיברה למ"ל טעמא דאשתהי וגם ל"ל טעמא דבה"ג שבא ע"י שם הא בלא"ה מצי הוא למימר דבאמבטי עיברה ולפמ"ש לק"מ דודאי מציאות הנזכר בש"ס שתתעבר באמבטי הוא רחוק למאוד אך מ"מ ישנו במציאות באיזה אופן רחוק שיהיה ולא תלינן בהכי להכשיר הולד דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא ובפרט הך מלתא דלא שכיחא כלל רק דכשנתברר שהיא בתולה וחז"ל שיערו בשכלם הזך דלא ניחוש לדשמואל שהוא ג"כ רחוק למאד ולכן יש להעמידה בחזקת כשרות שבתולה היא עדיין אבל בלי הוכחה ברורה לא תלינן כלל בהא אבל לבא ע"י שם איננו מציאות רחוק כ"כ

שלא נתלה בו להכשיר הולד ואע"ג דלענין תנאי בהתנה ע"מ שתעלי לרקיע מקרי תנאי שאי אפשר לקיימו אף דאפשר ע"י שם י"ל דתנאי ילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ובעינן תנאי שאפשר לקיימו ע"פ טבע. ודברי בעל משנה למלך [ו] (בפי"ד דין י"ג) במ"ש כמה רחוק דברי בן זומא דלדידי' אף בגמר ביאה שרי' לכהן כל שלא הי' שם השרת בתולי' ודברי שגגה הם ואולי תלמיד טועה כתבן שיראה מדבריו דאם נתעברה על ידי ביאה בלי השרת בתולים כשרה לכה"ג והיא תימא דא"כ איך אמר או דילמא שמא באמבטי עיברה דבאמבטי פשיטא שהיא כשירה אלא ברור דאי נבעלה אף בלי השרת בתולים פסולה לכה"ג ואולי לישנא דתוס' אטעיי' שיש בהם טעות בדפוס [דמ"ש] (כמש"ל) ואי שכיחא צ"ל לא שכיח גם בתירוץ התוס' שכתבו ואי לא שכיח צ"ל ואי שכיח לא טרחינן והיינו כמ"ש שהוא מציאות רחוק פ"ש. וגם סותר דבריו שבפט"ו הנ"ל ששם כתב כמ"ש לעיל שהוא האמת בש"ס דבנבעלה בהטי' פשיטא דפסולה לכהונה רק דהכשר הוא מה שתולין באמבטי עיברה והוא פשיט:

ה

ואני בעניותי י"ל ליתן טעם לדברי בה"ג ע"פ מה דקיי"ל דאשה מזנה א"צ להמתין ג' חדשים ימי הבחנה ומפורש טעמא בפ' אלו נערות (דף לז) דאשה מזנה מתהפכת ומזנה שלא תתעבר וא"כ י"ל דמשום הכי ס"ל לבה"ג לתלות בבעל אף שהוא בדרך רחוק כיון דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר וזו שעיברה מסתמא בעלה הוא וא"כ לא קשי' ממה שהקשינו לעיל בדברי בה"ג די"ל דבעדים זוממין ליכא הוכחה משא"כ באשה שיש הוכחה שלא זינתה ומיושב הכל:

ובזה מיושב מה שהקשה הרא"ש על בה"ג מהך דאיכא מיעוט שהלכו בעליהן למדינת הים משמע דהני שהלכו למדינת הים ממזרים ודאין ולא תלינן שבא בעלה ותירץ הרא"ש דאילו היה מבעלה לא היתה משליכתו ודחה הרא"ש דלאו כולי נשי דיני גמירי די"ל דסברה שלא יאמינו לה:

ולפ"ז א"ש כיון דכל התירו של בה"ג היינו משום דאשה מזנה מתהפכת ומזנה שלא תתעבר ומדעיברה ש"מ מבעלה הוא וא"כ אם איתא דבא ע"י שם ע"כ צ"ל שידעה שיאמינו לה דאי לא ידעה א"כ היתה מתהפכת ג"כ מפני שלא יאמינו לה א"כ ע"כ כשנתלה שהוא מבעלה היינו דלהכי לא הקפידה על העיבור וזהו טעם ההכשר של בה"ג א"כ ע"כ צ"ל דכיון דחזינן דנתעברה ולא נתהפכה ש"מ בשביל שידעה שמבעלה הוא וא"כ ע"כ ידעה שיאמינו לה ואף דס"ל שמא בא בעלה ע"י שם וסבורה היתה שאין דעתו לחזור ונמלך וחזר מיד אחר שכבר נקלט הזרע שלא היה אפשר בהיפוך י"ל דכולי האי

לא תלינן דהא בלא"ה להרא"ש צ"ל כיון דלא תלינן להכשיר הולד שפיר קאמר דמיעוט שהלכו בעליהן הוה ממזר ודאי גם בה"ג י"ל דמודה לזה דלא תלינן רק שבא ע"י שם לפי שעה וחזר מיד אבל להוסיף חששא שלא ידעה שדעתו לחזור עד שכבר נקלט הזרע גם בה"ג מודה דלא תלינן להכשיר כולי האי מיהו בלא"ה לפענ"ד אין קושית הרא"ש מוכרחת דמנ"ל א שנתנה שתשליך את בנה אם כשר הוא בשביל לעז הבריות די"ל דלא חיישינן להכי רק אם הבן ממזר באמת אבל בנה הכשר אינה משלכת בשום אופן כיון שבאמת יודעת שהוא כשר ועוד דהא אמרין בגמרא (משלשי) [משלטי] הדמי אין בו משום אסופי ועוד כמה דברים ופרש"י אם לא דכשר הוא לא הוה מתקנה לי' וא"כ אם איתא דלא עבדה כן רק מחמת בושה א"כ הוה מתקנה ליה באופן שלא יהיה בו חשש אסופי וא"כ ע"פ זהו שהשליכתו הוא בשביל פיסולו ולק"מ:

1

הנה כ"ז כתבנו בענין שכתבו שנתלה שבא ע"י שם שהוא מציאות שלא כדרך הטבע אבל אם נוכל לתלות שבא בצנעה בזה כתב הרב מהרי"ט בפשיטות דאם היא אומרת שבא בצנעה מהימנא רק שהוקשה לו דבפ' מי שאחזו (דף עו:) איכא דמתני לה אמתני' מעכשיו אם לא באתי מכאן עד יב"ח ומת תוך יב"ח ה"ז גט ופריך וניחוש שמא פייס כו' ואמר התם מאן דמתני לה אברייתא אבל אמתניתין הא לא אתא ופרש"י וכן פסק הרמב"ם (בפ"ט מהלכות גירושין) דאין חוששין שבא דאין דרך בני אדם לבא בצינעה ע"כ ומהרי"ט דחה דבגט הוה מודיע שקיים תנאו וכמ"ש גם בתשובתך:

ולפענ"ד נהירא דחי' זו מדכתב שאין דרך בני אדם לבא בצנעה משמע דבלא"ה אין דרך לבא בצנעה לא משום תנאו דוקא ובאמת לפענ"ד אין כאן קושיא כלל דדוקא כאן תלינן שבא בצנעה מכח חזקת כשרות דאשה והרי בה"ג תולה אפילו במציאות רחוק שבא ע"י שם אבל התם כיון דבאמת נתן לה גט פטורין למה נתלה בדרך רחוק לבטל הגט דכיון שלא ראינו שבא אין חוששין לזה שלא ראינו לבטל הגט כמו שאין חוששין שביטל הגט ולסברת מהרי"ט תקשי יותר דכאן י"ל אילו בא היה לו לגלות בפני אוהביו כדי שלא יהא לעז על זרעו אלא דאם נימא כפי דברי הרמב"ם דאין דרך לבא בצנעה משמע לכאורה דאין לתלות להכשיר הולד בזה דהא אמרינן בכתובות (דף כג) שנים אומרים ראינו שנתגרשה ושנים אומרי' לא ראינו הרי זו לא תנשא ואם נישאת לא תצא ופריך מאי קמ"ל ומשני מהו דתימא גבי קדושין הוא דעבדי אינשי דמקדשי בצינעה אבל גבי גירושין אם איתא דגירשה קלא הוה לה למלתא קמ"ל דעבידי אינשי דמקדשי ודמגרשי בצנעה ע"כ משמע אי לא עבידי דמגרשי בצנעה הוה אמרינן דתצא וא"כ כיון שאין דרך

לבא בצנעה אין להכשיר הולד ואע"ג דבעדים זוממין אנו רואין אם יכולין לילך שם היינו שהלכו שם לפי שעה אבל במי שכבר הוחזק שהוא במדינת הים אין דרך לבא מבלי שיודע לשכיניס ובני בית וקלא אית לה למילתא ואפשר שלזה אמר בה"ג שתולין ע"י שם דוקא הוא אבל לבא בדרך הטבע בצנעה י"ל דהי' נודע בדרך הילוכו דחברא חברא אית ליה וקלא למילתא משא"כ ע"י שם בקפיצה שלא שזפתו עין רואה ובא שם לפי שעה אבל לבא בדרך בני אדם אפשר גם בה"ג סובר דמסתמא היה נודע:

וגם הרמב"ם בפט"ו מאיסורי ביאה (דין יט) כתב אמר האב אינו בני או שהי' בעל' במדינת הים ה"ז בחזקת ממזר ואם. אמרה מעכו"ם ועבד נתעברתי הרי הולד כשר שאין הבעל יכול להכחישה בדברי' ע"כ משמע מדבריו דכל שהי' במדינת הים אפי' הי' בדרך שהי' באפשרות שיבא הוה בחזקת ממזר דאם מיירי דוקא בהי' מהלך רק באופן שלא הי' בכדי שילך ויבא בצנעה ה"ל לפרושי וכן נראה מדברי הטור שכתב על דברי הרמב"ם ובה"ג כתב שאינו בחזקת ממזר שאנו תולין שבא בצנעה משמע דלהרמב"ם אין תולין שבא בצנעה אף אם אפשר לבא בלי שם והיינו מטעמא דאין דרך בני אדם לבא בצנעה:

וי"ל טעמא כיון דקיי"ל בכל דוכתא דלא מחזקינן איסורא ממקום למקום הכא נמי לא תלינן ממקום למקום וכ"כ הרמב"ן בפ' האשה שלום גבי יצחק ריש גלותא דאמרינן כאן נמצא וכאן הי' א"כ כאן י"ל כיון שנמצא במדינה אחרת ולא נודע שהי' בביתו כלל לא מכשרינן ע"י שנאמר שבצנעה בא לביתו כיון דאין ידוע לנו בשעה שנולד הספק שהי' בביתו לא תלינן שהי' אז בביתו ממקום למקום וגם י"ל דזהו הוה כמו חזקה כיון שכבר הוחזק במדינה אחרת ואשה זו נעשית מוחזקת שאין בעלה אצלה אמרינן דמסתמא לא היה אצלה דהא גבי יבום חשבינן במוחזק לן באתין שהיא בחזקה זקוקה אף שאי אפשר לידע בבירור שאין לו בנים דשמא יש לו במדינה אחרת ומ"מ אנו תושבין חזקק ליבום כיון דלא מוחזק בבני והוא מוחזק אצלינו שאין לו בנים מחמת שלא נודעו לו הוה חזקה ולהכי כיון דאשה זו מוחזקת שאין בעלה עמה כל שאין יודעין שבא קיימא בחזקה קמייתא שעדיין לא היה בעלה אצלה כל שלא נודע שבא ואין תולין שבא בצנעה כן י"ל בטעמו של הרמב"ם שכתב שהוא בחזקת ממזר ומה שבקשת לדחות דהרמב"ם שכתב ה"ז בחזקת היינו מספק [וכמ"ש המ"מ] ומ"מ מחשיב לספיקא שמא בא בעלה (וכמ"ש המ"מ) הא ליתא דהא הרמב"ם מסיק באמרה מעכו"ם ועבד נתעברתי הולד כשר וכתב המ"מ הטעם שכבר נתבאר שבכל ספק היא נאמנת להכשירו וא"כ אילו מחשב הרמב"ם לספיקא שמא מבעלה הוא א"כ ה"ל למימר באמרה שהיא מבעלה ג"כ נאמנת כל שאין הבעל מכחישה או שמת וגם מדכייל לי' כמ"ש אמר האב אינו בני או שהי'

במדינת הים משמע בהי' במדינת הים הוה כאמר בפירוש שאינו בנו והוא ממזר ודאי רק באמרה שמעבד ונכרי נתעברה וכן נראה להוכיח מדברי הרמב"ם שבדין (ט"ז) כתב וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי ע"כ וקשה הא כאן כתב דיכולה לומר מעבד נתעברה וע"כ צ"ל דשם מיירי במקום שאין עבד ונכרי מצויים ואיך יהי' במציאות שמא בא נכרי ועבד מרחוק אלא ודאי כל שכאן במקום הזה אין מוחזק שום נכרי ולא נודע כלל שבא נכרי לכאן מסתמא הוא ממזר כיון שאין דרך נכרי ועבד לעבור שם והמקום מוחזק בישראל ולא הוחזק בנכרי ולא חיישינן שמא בא נכרי ועבד בצנעה וההי"ד בנ"ד כיון שהמקום מוחזק באנשים אחרים ובעלה הוחזק במדינת הים ולא הוחזק כאן לא תלינן בבעל:

מיהו י"ל דמ"ש הרמב"ם בדין (טז) דיהיה ממזר ודאי כגון שראה שנבעלה מישראל ואף דס"ל דאפקרה נפשה לגבי אחרים ומ"מ מנכרי הוא י"ל דלא תלינן בהכי או שאומר שנאנסה מישראל ונתעברה ממנו והוא פירש ממנה א"כ הוה ודאי ממזר:

סוף דבר לענ"ד לדעת הרמב"ם לא תלינן כלל להכשיר שבא בצנעה ואף לפי דברי בה"ג אפשר דהיינו דוקא כשהיא אומרת שבא בצנעה משא"כ באינה אומרת שבא בצנעה גם לבה"ג י"ל דהוה ספק ממזר עכ"פ ועוד יתבאר לקמן דאפשר שהוא ממזר ודאי:

ז

והנה עמ"ש הרמב"ם באמרה שמעכו"ם ועבד נתעברה הרי הוולד כשר כתב המ"מ לא מצאתיו מבואר אבל הטעם הוא. ממה שנזכר למעלה שהיא נאמנת בשתוקי להכשיר אפילו ברוב פסולים וההי"ד שיכולה ודאי לתלות בעכו"ם דהא ולד זה ספק מעכו"ם וכשר כו' ובכל ספק היא נאמנת להכשיר עכ"ל. ולפענ"ד אפשר שהרמב"ם הוציא דבריו מן המשנה קדושין (דף עח:) האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים על עובר שבמעי' ממזר הוא אינן נאמנים ר' יהודה אומר נאמנים ע"כ ויש לדייק בלישנא דרבי יהודה דקאמר נאמנים הא עיקר טעמא דר' יהודה דכתיב יכיר ולאב נתנה תורה נאמנת וא"כ לא תליא בנאמנות שלה כלל וה"ל למימר נאמן דהוה קאי על הבעל שהוא הנאמן ומזה הוציא הרמב"ם דודאי האב אין יכול לומר בבירור רק שאינו בנו וא"כ אמו יכולה לומר שמעבד ונכרי נתעברה וא"כ גם בידה הוא להכשירו רק כשהיא אומרת ג"כ שהוא ממזר הוה ממזר ודאי ואע"ג דלא נתנה התורה נאמנות כי אם לאב היינו כשהוא בחזקת כשרות משא"כ היכא דבאמת רוב פסולין אצלה רק שנאמנת בדברי' להכשירו וא"כ כשהיא מודית שהוא ממזר נאמנת לעשותו ממזר גמור וכמ"ש כן נ"ל לכאורה אלא

דקשה ע"ז דהא ר' יהודה ס"ל נכרי ועבד שבאו על בת ישראל הולד ממזר כמ"ש התוס' פ' החולץ (דף מז):

אלא דמ"מ י"ל לפעמים בזה להכשירו כשתאמר שנתעברה קודם קדושין והיינו שהוא תוך יב"ח שנוכל לומר שזינתה בהיותה פנוי' וא"כ שפיר תליא בנאמנות דידה וכיון דבלא"ה יש ספק תלי' שפיר בנאמנות שלה להכשירו:

ובטור כתב דהוה ממזר ודאי ואם אמרה מעכו"ם נתעברה נאמנת להכשירו והב"ש (ס"ק נב) תמה עליו כיון דהוה ממזר ודאי למה נאמנת להכשירו ונ"ל בדעת הטור דסתמא אזלינן בתר רובא כיון דרוב פסולין אצלה בכל דוכתי אזלינן בתר רובא וכאן נמי רוב השכיחים אצלה הם ישראל אלא כיון דקיי"ל אפילו ברוב פסולין מהני ברי דידה דקיי"ל כר"ג דאלים לי' ברי וא"כ להכי מהני ברי דידה ג"כ משא"כ כשאינה אומרת ברי אזלינן בתר רובא והרוב פסולין אצלה ולכך הוה ממזר ודאי כן נ"ל לדעת הטור:

ובאמת יש לעיין בלשון הרמב"ם (בפט"ו דין יא) במ"ש פנוי' שנתעברה כו' אם אמרה בן כשר כו' ה"ז נאמנת ואע"פ שרוב העיר שזינתה בהם פסולים ואם לא נבדקה או שאמרה לפלוני זה הממזר נבעלתי כו' אפילו אותו פלוני מודה הרי הולד ספק ממזר כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחרים עכ"ל וכתב המ"מ הטעם דדוקא להכשיר נאמנת דמן התורה בלא"ה כשר דספק ממזר מן התורה מותר לבא בקהל אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת כו' ע"ש:

והב"ש תמה עליו דהא גם בזו אין איסור תורה דבספק קהל יבא וכבר כתבתי ליישב זאת בספרי לכתובות (סק"א) אלא דקשה ברוב פסולין למה יהא הולד כשר ומותר מן התורה הא מן התורה אזלינן בתר רובא ובקדושין (דף עג) אמר רבא דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים כו' מאי אמרת דילמא אזלה לגבייהו ה"ל קבוע והתורה אמרה ספק יבא כו' משמע דוקא ברוב כשרים משא"כ ברוב פסולין פסול מן התורה וא"כ למה תהיה נאמנת ברוב פסולים ואע"ג דברוב פסולים נמי איכא למימר דאזלה איהי לגבייהו וה"ל קבוע מ"מ אין זה ספק השקול כיון דאיכא תרי ספיקא לאיסורא דאי אזלי אינהו לגבה ה"ל רוב פסולים ואף אי אזלה לגבייהו ספיקא הוה עכ"פ ודאי מקרי רוב פסולים וכן משמע מדתלי רבא טעמא דרוב כשרים אצלה ה"ל למימר בפשיטות דילמא אזלא איהי לגבייהו אלא ודאי משום הכי לא הוה מכשיר מן התורה וא"כ דברי המ"מ והר"ן שכ"כ בפ' עשרה יוחסין כדברי המ"מ צ"ע:

ואפשר ליישב דס"ל דגם ברוב פסולין כיון דלר"ג משום הכי נאמנת דאשה מזנה בודקת ומזנה אפילו ברוב פסולין ה"ל פלגא ופלגא אלא דרבא נקט להאי טעמא משום דפ"ק

פליג עם אבא שאול דאבא שאול קורא לשתוקי בדוקי דבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי מהימנא ומשמע דת"ק כר' יהושע ור' יהושע לא ס"ל בכתובות (דף י"ג) הך סברא דאשה בודקת ומזנה משא"כ למאי דקיי"ל בודקת ומזנה אפילו ברוב פסולין לא הוה רק ספק ממזר כן י"ל לפי דברי המ"מ והר"ן אך מ"מ פשטא דש"ס משמע ברוב פסולין אינו כשר מן התורה ואפ"ה היא נאמנת להכשיר גם קשה לי מ"ש הרמב"ם ואפילו מודה שהוא בנו הוה ספק די"ל שזינתה עם אחר וקשה לפי דברי המ"מ ל"ל טעמא דזינתה עם אחר הא בלא"ה כי היכי שאין מאמינין לה כיון דמן התורה מותר בקהל מה"ט גופי' לא נאמין לו ג"כ דהא היא אומרת שהוא ממנו אלא דלא מהמנינן לה וא"כ למה יהא לו יותר נאמנות:

גם לפי הטעמים שכתב המ"מ דלכך אינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע שייך נמי בדידי' דאסור לבא בקהל וגם אידך טעמא שהיא קרובה וא"כ גם בדידי' י"ל דלדבריו קרוב הוא כדאמרינן בפ' החולץ (דף מז) לדבריך כותי אתה וי"ל דהיא] אינה נאמנת די"ל דמשקרא דהא לא מפסדא מידי על פמ"ש בי"ד (סימן קנ"ז) דבע"א דאינו נאמן לאסור רק היכא די"ל שתיקה כהודאה אבל אם הוא בענין שמפסיד שכרו אמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ס"ת כדאיתא בגמרא פ' הניזקין וא"כ י"ל בשלמא בדידה י"ל שאין נאמנת לאיסור דס"ל דלא איכפת לה בבנה ואי משום דפסלה נפשה מכהונה אולי בלא"ה אין דעתה להנשא לכהן ולכן אין לה נאמנות כי אם להיתר דבלא"ה כשר מן התורה וגם בהא ע"א נאמן משא"כ לאיסור אין ע"א נאמן ואצלה לא הוה הפסד כ"כ בזה שאומרת שנבעלה ממזר דאין לה הפסד רק שפוסלת עצמה מן הכהונה וזה לא נחשב רק לשכר מועט משא"כ גבי דידי' י"ל מתוך שהוא נא זן ומפסיד לעצמו ליורשו ולזונו נאמן ג"כ עליו כמו שאמרו בפועל שיש לו שכר הרבה וא"כ היה ראוי להאמין ולהכי צריך לטעמא שאינו בבירור שלא זינתה עם אחר כן נ"ל לדעת הרמב"ם:

ואפילו לפמ"ש הש"ך שם דשיטת הרמב"ם דע"א נאמן באיסורין אפילו בלא שתיקה כהודאה י"ל דבפועל כ"ע מודו שאינו נאמן מטעם דמסתמא זהיר ואם כן באשה דמסתמא בודקת ומזנה אין לה להאמינה שזינתה עם פסול משא"כ באומרת שזינתה עם כשר שפיר מהימנא והא דנאמנת אפילו ברוב פסולין אע"ג דבאתחזק איסורא ע"א לא מהימן ורובא עדיף מחזקה י"ל לזה דהא דבאתחזק איסורא לא מהימן ע"א היינו כמו אשה שהלך בעל' למדינת הים שכבר הוחזקה אשת איש אינה נאמנת להפקיע החזקה משא"כ באשה כיון שהיה הדבר בידה ואומרת שזינתה עם כשר שפיר מהימנא כמ"ש

התוס' בריש גיטין גבי שחיטה ואף דטעם זה לא שייך בנאנסה ברוב פסולין בלא"ה צריך לחלק כמ"ש בספרי יין המשמח (בסימן קנ"ז) ואין להאריך כאן בזה:

ולפ"ז ברוב פסולין באינה אומרת שנבעלה לכשר ה"ל ממזר ודאי ומ"ש הרמב"ם דהוה ספק צ"ל דכיון דאשה בודקת ומזנה לא מחשיב לי' רק ספק ולכן באינה אומרת אינו ממזר בודאי וא"כ באשת איש דלא שייך הך סברא י"ל דברוב פסולין באינה אומרת שלכשר נבעלה הוה ממזר ודאי דאזלינן בתר רובא ואפ"ה באומרת שנבעלה לנכרי י"ל דנאמנת באיסורין דהא פשיטא לן בלקח בשר מן המקולין אע"פ שרוב טריפות נאמן לומר שלקח מן הכשרה ובלא נודע אזלינן בתר רובא וגם הטור י"ל הכי אע"ג דבאינה אומרת כן בפירוש מחזקינן ליה בממזר דאזלינן בתר רובא ואפ"ה אמירתה מועלת להכשירו דע"א נאמן באיסורין ואפי' חשוד כן נ"ל לדעת הטור:

ח

והנה לפ"ז אם נימא דבה"ג אינו מכשיר רק באומרת שבא ע"י שם או בצנעה י"ל דגם בה"ג מודה דלא שכיח שיב בצנעה והוי כמו רובא לפסול הולד ומ"מ באומרת כן נאמנת דקיי"ל כר"ג דאלים ליה ברי אפילו באיכא רובא לפסול ואע"ג דכתבנו דדברי רב שייך [במקום דשייך] לומר בודקת ומזנה מ"מ יש להוכיח דברי אלים כמו רובא דהא ברוב כשרין ולא טענה אפילו נישאת תצא ובאמרה ברי לכשר נבעלתי אפי' ברוב פסולין לא תצא כמ"ש בטור (ס"ו) וא"כ י"ל בדברי בה"ג דבלא טענה הוי כמו רובא לפסול והוא ממזר ודאי ומ"מ מועלת טענתה להכשירו ומ"ש הטור בשם בה"ג שאינו בחזקת ממזר שאנו תולין שבא בצנעה היינו כיון שאנו תולין כן אפילו על צד המיעוט מהני טענתה עכ"פ משא"כ שיטת הרמב"ם דלא מהני טענתה כדפרשתי לעיל וכ"ש שיש לומר בנידון דידן דהיא אומרת בבירור שהוא ממזר ואינו מבעלה י"ל בזה שהיא נאמנת ג"כ על הולד כפי מה שהוכחנו מלשון הרמב"ם דהיכא דמגיע לו הפסד נאמן על הולד וא"כ ג"כ בלתי ספק שאם היה מבעלה לא היתה מחזקת עצמה בזונה ולתלות באיש אחר וא"כ מצד נאמנות שלה אפשר להחזיקו בממזר דלמה לה לשקר ולקלקל עצמה ואינה דומה לאומרת שזינתה מממזר כיון דבלא"ה היא בחזקת זונה אף דבממזר איכא לאו י"ל דאין נ"מ כ"כ כיון דבין כך ובין כך עבדא איסורא וכ"ש די"ל דהרמב"ם דוקא לשיטתו אזיל דס"ל בבא על הממזרת בלא קדושין ליכא מלקות וא"כ כמעט שאין הפרש כל כך בענין האיסור אבל שתחזיק עצמה בזונה במקום שיכולה לתלות בבעלה ודאי לא עבדה וא"כ אפשר שע"פ אמירתה לחוד הוא ממזר ואפילו תימא דאינה נאמנת במקום שיש

לו חזקת כשרות דאפילו ערעור חד לא מהני במקום חזקת כשרות מ"מ בכה"ג דבסתמא מחזקינן לי' בספק שפיר י"ל דעכ"פ אמירתה הוא ודאי ממזר כנ"ל:

וכן משמע בקדושין (דף ע"ג) דאמרינן במרוסה שעיברה דרב אמר הולד ממזר ומותר במרירת. וקשה למה יהא מותר בממזרת אפילו אי מתיר ספק בודאין רס"ד מ"מ הא הוה ספק ספיקא שמא מן הארוס הוא ואת"ל מאחר שמא מנכרי הוא והרשב"א בתשובה (סימן ת"א) כתב דס"ס הוה (כתרי רובא) כרובא] ועדיף מיני' אלא ודאי איירי ברוב ישראל והוה רוב פסולין אצלה ולכן לא חשיב רק חד ספיקא. ודוחק לומר דמיירי במקום שאין שום עבד ונכרי שם אלא מיירי ברוב המצוין הם ישראל ולא חיישינן למיעוט ואפילו ספיקא לא הוה וגם ברמב"ם (פט"ו) כתב באם הארוס מכחישה הוה ממזר שיכול לומר אפילו על מי שמוחזק שהוא בנו שאינו בנו ומשמע ג"כ דהוה ממזר [ודאי] ובטור כתב בהדיא דהוה ממזר ודאי אע"ג דיש לתלות בנכרי אלא ודאי כיון דרוב פסולין והיא אומרת שמן הארוס נתעברה אזלינן בתר רוב אלא ודאי דבלא אמרה אזלינן בתר רובא ומ"מ מהני אמירתה להכשיר כדפרישית לעיל:

ונשוב לענינינו שאין ראיה מדברי בה"ג רק כשאומרת שמבעלה משא"כ באינה אומרת אפשר דהוה ודאי ממזר לשיטת בה"ג:

ובהכי ניחא תשובת מהרי"ו שהביא בב"ש (סימן ד' סקמ"ג) באשה שנתגרשה וילדה מכשירים הולד משום ס"ס ספק אחר גירושין ואת"ל קודם גירושין שמא מנכרי ע"ש ופירש בד"מ דאיירי שהי' בעלה במדינת הים באופן שאי אפשר לתלות בבעלה. וקשה הא אכתי מצי לתלות בבעל לדברי בה"ג ובודאי שלא נעלם ממהרי"ו דברי בה"ג אלא ודאי ס"ל למהרי"ו דלא אמרה בה"ג רק כשטוענת כן אבל כשאינה טוענת לא תלינן שבא בצנעה. ומה שהקשיתי על דברי מהרי"ו למה היא נאמנת לפוסלו נראה דס"ל למהרי"ו שאף שכתב הרמב"ם שאינה נאמנת להחזיקו בממזר ודאי היינו שאין סומכין על דבריו להקל ולהתירו בממזרת ולזה כתב הרמב"ם שעכ"פ ספק הוא ונשאר בספיקו אבל חוששין לדברי' להחמיר כמ"ש הרמב"ם באמרה שזה בן פלוני חוששין לדברי' שיהא אסור בקרובות אותו פלוני א"כ גם בזה יש לחוש לדברי' עכ"פ שלא להתירו בבת ישראל וכן משמע מן הש"ס דקדושין (דף ק דבקרא עליו ערעור אפי' ערעור חד נמי הוה כעור כיון דליכא חזקה דכשרות אע"ג דבחי' נאמנת וכ"ש כאן דליכא שום חזקה ואתרע חזקתה אפילו חד נמי מהימן וההי"ד אשה נאמנת עכ"פ לשווי' ספק ממזר. וא"כ בנ"ד נראה שאין להכשירו בקהל ויש לו דין ספק ממזר ובפרט דס"ל לדידן בלא"ה דהא הקשו על בה"ג מרבה תוספאה דל"ל טעמא דאשתהי נימא שבא בחשאי והי' נ"ל דכיון דלרבנן

יולדת לתשעה אינה יולדת למקוטעין ואין משתהה יותר א"כ י"ל שע"פ החשבון היתה אז בימי נדותה כששלמו תשעה חדשים וא"כ ע"כ צ"ל אשתהי דלא תלינן שבא בצנעה רק משום חזקת כשרות ואם (היתה יודע) [היה ידוע] ו הי' בימי נדותה לא תלינן להכשיר. ואין לומר דילמא היתה יולדת לשבעה ויולדת לשבעה יולדת למקוטעין י"ל הוכר עוברה כבר בחודש השלישי וא"כ לפי הנהוג במדינות אלו שאין שום אשה שבעיר טובלת כי אם במקום המיוחדת ובהיותה בעיר יותר משנה ולא נודע שבא בעלה אין לתלות שבא בצנעה דעכ"פ היתה בחזקת נדה ואינו היה בא בעלה והיתה צריכה לטבילה בודאי היה נודע:

סימן יא

שאלה בענין עידי כיעור
העתקה גבית עדות

במותב תלתא כו' ובא לפנינו ר"א והעיד כו' בזה"ל ביום א' בבוקר בא אלי פלוני ואמר שרוצה להגיד לי דבר ברור רק שאתן לו ת"כ בחל"ה כו' ואמר לי שהקול נשמע על האשה פלונית שנחשדה על דבר מכוער והיא דרה בבית של ר"א הנ"ל ע"כ מוטל על ר"א לחקור על זה ובליל ב' בא ר' לעמיל מביהכ"נ ואמר אלי ג"כ כו' ששמע כן ואתו ישבתי בלילה כמה שעות בתוך הבית עד ששמעתי איין מענטש האט גיקלאפט אין דער טיר ל. דיא קראם וואס גייט אין דיא גאס ארוס האט מען גיעפינט אוג מען האט דרינן צוא גריגילט אוג האב גיהערט דאס מען האט זיך מנשק גיווועזין אוג גרעט צו זאמען אוג דער נאך האב איך גיהערט פון איר דס ווארט רוק דיך אוג פריר האב איך באנד אויף גיווועקט ר' לעמיל הנ"ל אוג איך האב גיהייסין שטיין דם דער מענטש ויעט ארויס גיין זאל מען אים חאה איז ר' לעמיל גשטאנן בייא דער טיר אוג איך האב גיוואלט נד מענטשין שאפין האב איך גיקריגין ר' ארון איז ער גישטאנין מיט ל לעמיל ביי דער טיר אוג איך בין אריין גיגאנגין אין דער זל כ"ז העיז לפנינו ר"א כו'. עוד זאת העיד ר"א בת"ע שאייה בא ר' לעמיל מאחורי הבית אוג האט גיקלאפט אין דר טיר אשה פלונית אוג גישריגין דברים רעים האט מען גהערט פאוין האט מען אוף גיפראליט איז אים איינר ארויס גלאפין כ"ז החוד ר"א הנ"ל:

עדות ר' לעמיל

במותב תלתא כו' בשבת בבוקר סיפרה לי אשתי שבלילה היתה יושבת בבית ובאתה האשה פלונית כו' מבית אביה עם משרתת שלה וכמדומה שהמשרתת הלכה מאצלה

והיתה ישינה האשה פלונית בקראם לבדה אך לא ידעה כך בבירור והי' לבה נוקפה לזאת שאלה בשבת את המשרתת כו' האט זיא מיר גיזאגט איך האב גאר ניט גישלאפין רק מיין בעלת הבית האט צו מיר גיזאגט באלד גייא אהיים ובליל ב' האט מיר ר' אברהם אויף גיוועקט איז שון כמה שעות בלילה גיוועזן בהיות איך האב אים תחילת הלילה גיזאגט פון דעם קול פון איין דבר מכוער הנ"ל אונ ער הט דרוף חקירה גיהאט כמבואר בג"ע של ר"א הנ"ל בין איך דער שראקין גיווארין האט ער גיזאגט דיא זאך וואס איר האט מיר גיזאגט עס איז שוין עפיס איין ידיעה דא בין איך אוף גשטאנין אונ ארוס גיגאעגן בארפיס איך בין גשטאנין פאר דיא פאדיר טיר אונ האב גיהערט אין דיא טיר פון פלונית האבין זיך מנשק גיוועזן אונ פמעליך גשמוסט אור גלאכט צו זאמין האב איך גיזעהן ר' אבא אויף דיא גאס האב איך גבעטין איו ער ג"כ מיט גיגאנגין אונ פריר בין איך גשטאנין בזאמין מיט ר' ארון וויא מיר האבין גיהערט דיא דבר מכוער הנ"ל דער נאך האב איך גלאזט פארין שטיין ר' אבא עם ר' ארון אונ איך בין הינטין גיגאנגין אונ גיקלאפט על ר"א אונ דער נאך האב איך גיקלאפט ביי דיא טיר פון אשה פלונית אונ האב גשריגין בקול עפינט מיר ווארוס ווען ניט האק איך דיא טיר אוף האב איך גיהערט פארין האט מען אוף גפראליט דיא טיר אונ דר נאך האב גיקלאפט נאך איין מאהל האט זיא גיזאגט ווס ווילט עטץ כו' האט זיא דאך געפינט האב, איך מיך ארום גזעהן איז ווייטר קיין מענטש ניט גזעהן אונ האב אויך קיין פרעמדי, מלבושים דארט ניט גפונין גם פריר איידר איך בין גגאנגין שלאפין איז ר"א גזעסין אין הויו אונ אשה פלונית איז אליין גיקומן האט זיא גיזאגט ווארום ער הט גברוכט ערשט צו ווארטין דיא טיר פון הוז צו מאכון איך העט זיא אליינט אויך צו גימאכט:

עדות ר' ארון

במותב תלתא כו' והעיד לפנינו כו' בליל ב' איז גיקומן ר"א אונ איך בין גראד ארוס גגאנגין אונ האט גיזאגט ר' ארון קום נאר דא מיט מיר בין איך מיט אים גיגאנגין האט עק מיר גיפירט פאר דיא קראם איז ר' לעמיל דא גישטאנין ביי דיא טיר האט ער גיבראכט ביי דיא טיר פרעג איך אים וואס איז דער מער האט ער גיזאגט עס איז דא א"א איין חשד פלונית עם פלוני האב איך גהערט ביי די טיר האב נאר גהערט שמוסין פמעליך אונ האב גהערט אז פלונית האט גילאכט דער נאך איז ר' אבא ג"כ דא אהער גיקומין איו ר' לעמיל גיגאעין אהינטער אונ האש גיקלאפט אין דיא הינטר טיר פון דיר קראם מען זאל עפינן האט מען נישט גיוואלט עפיק האט לעמיל גיזאגט איך וועל דיא טיר אוף האקין

האב איך גיהערט וויא זיא האט גיזאגט צוא דעם וואס דרינן איז גיוועזין גייא שוין ארוס האט מען געפינט איז איינער ארוס.

גלאפין נאקיט נאר אין העמד אונ האט עפיס גיהאט אונטער דעם ארם אונ איז אוועק גלאפין כן העיד:

גם העיד לפנינו ר' אבא בת"ע כו' בליל ב' בין איך ארוס גגאנען איז גיקומן איינר פמעליך צוא גיין אין דיא פינסטר בין איך דר שראקין גווארין האט ער גיזאגט קומט איך ברויך אייך צוא עדות האב איך גיזעהן דאס איז ר' לפמיל בין איך מיט אים גיגאנגין איו ר' ארון דארט גישטאנין ג"כ איז ר' לעמיל אהינטר גיגאנגין אונ האט גקלאפט מען זאל עפינן האט מען ניט באלד געפינט הט ר"ל גיקלאפט אין רר הינטר טיר פון פלונית ער הט גיזאגט דוא חצופה איך וועל דיא טיר אוף האקין האט מען די פאדר טיר אוף גפראליט איז איינר נאקיט אין בלוזין העמד ארוס גלאפין אונ פריר האב איך מיך גיבוקט ביי דר פאדער טיר האב איך גהערט פמעליך שמוסין כו':

ושאר השואל אם יש היתר לאשה זו אם ירצה בעלה לקיימה וגם העדיות נגבו שלא בפני הבעל וכמדומה גם שלא בפני האשה:

תשובה אין ספק כי רע המעשה אשר נעשה הכזונה תעשה. אבל לדינא הגם שבודאי מכוער הדבר למאד יותר מרוכל יוצא המבואר בש"ס מ"מ אין כאן עדי טומאה ממש ואף לדברי עד הראשון ששמע שאמרה רו"ק די"ך מ"מ הא כתב הרא"ש ביבמות (דף כה) דדעת בק"ג דלא מפקינן אשה מבעלה עד שראו כמכחול בשפופרת והרא"ש השיג עליו דאפילו לדיני נפשות סגי שיראו כמנאפי' ומשמע דעכ"פ יראו כמנאפים צריך וכ"ש כאן שאינו אלא מפי שמועה וגם לא ידע מי נתיחד עמה ודאי לאו ע"ט ממש הם אך בודאי עידי כיעור הם בלי ספק כמבואר בש"ע (סימן י"א) וצריכין אנו לבאר השיטות שישנם בזה כדי שיבורר הלכה למעשה. וזה החלי בע"ה צורי ומחוללי:

א הנה ראשונה שיטת הרי"ף והרמב"ם דאף באיכא עדי כיעור וקלא דלא פסיק לא מפקינן מן הבעל אלא מן הנחשד והם מפרשים מה שאמר רב ביבמות (דף כד) אמתני' דנטען על אשת איש והוציאוה מתחת ידו אע"פ שכנס יוציא אמר רב ובעדים אמר רב ששת אמינא כי ניים ושכיב רב כו' דתניא הנטען על אשת איש והוציאוה על ידו ונתגרשה ונשאת לאחר וגירשה אם כנס לא יוציא אי דאיכא עדים כי אתא אחר ואפסקי' לקלא מאי הוה אלא לאו דליכא עדים וטעמא דאתא אחר הא לאו הכי מפקינן ומשני הה"ד כו' והכי קאמר אע"ג דאתא אחר ואפסקי' לכתחילה לא יכנוס מיתיבי בד"א שחין לה בנים אבל יש לה בנים לא תצא ואם הי' עדי טומאה אפילו יש לה כמה בנים תצא

ומשני רב מוקי למתני' ביש לה בנים ומאי דוחקי' כו' לוקמה באין לה בנים ומשני הוציאוה בב"ד ב"ד בעדים מפקי ואבע"א רבי היא דתניא רוכל יוצא כו' אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא כו' ומסיק הלכת' כרבי בקלא דלא פסיק וליכא עדים כר' קלא דפסיק ואיכא עדים כרב ע"כ הסוגיא בקצרה ודעת הרי"ף וסייעתו דבעדי כיעור וקלא דלא פסיק וגם אין בנים הוא דמוציאין מן הנטען דוקא וכ"כ הב"ש וצריך לבאר דהא בגמרא אמר קלא דלא פסיק וליכא עדים כר' א"כ משמע דאפילו עדי כיעור אינן ובקלא לחוד אסרינן לה אם הוא קלא דלא פסיק וא"כ למה הצריכו דוקא עדי כיעור וגם קשה הא דאמר דרבי מיירי בקלא דלא פסיק הא ר' לא קאמר אלא רוכל יוצא ולא מיירי כלל מקלא וצ"ל דבאמת ר' מיירי בלא קלא ובלא קלא (היינו) ע"כ הך דרוכל יוצא היינו ע"פ עדים דאל"כ למה תצא וקלא דפסיק אינו מעלה ואינו מוריד ועיקר טעמא דרבי שמוציאין ע"פ עדי הכיעור של הרוכל לחוד וס"ל לר' בעדי כיעור לחוד מוציאין והא דאמר קלא דפסיק אפשר דרבותא קאמר אע"פ שיצא קול אחר לומר ששקר היה מ"מ ס"ל לר' תצא וכיון דרבי לא מיירי בקלא א"כ ממילא מוכח דקלא דלא פסיק הוא ג"כ בצירוף עדים דאל"כ היכא אמר דבקלא דלא פסיק הלכה כרבי כיון דרבי מיירי בעדים א"כ לא חידש בש"ס אלא דבעינן נמי קלא דלא פסיק דלא מצינו למימר דבקלא דלא פסיק לחוד נמי מפקינן דא"כ כ"ש בעדי כיעור בלא קלח דודאי בעדים יש לחוש יותר מנקלא דאפשר שהוא מכח איזה פריצות שראו לה שאינו אפילו דבר מכוער אלא ודאי תרתי בעינן כיעור וקלא דלא פסיק וכן מבואר בהדיא ברי"ף שכתב ובקלא דלא פסיק עבדינן כר' ומפקינן לה בעדי דבר מכוער ע"כ ולבסוף כתב והני מילי מבועל שהוא הנטען כו' ומשמע נמי דהיינו באין לה בנים דהא הרי"ף כתב דמתני' כר' ואמר דדוקא באין לו בנים כמבואר בברייתא:

וראיתי בתשובה להגאון נודע ביהודה (סימן ע"ב) בסופו כתב להכריע דלא כהרי"ף דאי מפקינן מן הבועל גם מן הבעל מפקינן דאל"כ מאי פריך בסנהדרין (דף מא) ארב חנן דאמר עדי נערה מאורסה שהוזמו אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאסרה על בעלה באנו ופריך אלא באשה חבירה דמיקטלא לריב"י היכא משכחת לה כשזינתה וחזרה וזינתה ולימא לאוסרה על בועלה באנו וקשה מאי קושי אם לאוסרה על בועלה לא לימא רק עדות כיעור ותו לא דהוה אסורה נמי על בועלה אלא ודאי ע"כ רב חנן לא ס"ל כר' דאי ס"ל כר' לא היו יכולין לומר לאסרה [על] בעלה באנו דלא היה להם להעיד רק על כיעור לחוד וא"כ מוכת היכא דתצא מבועל גם מבעל תצא ותמיהני איך כתב להכריע בדברים כאלה נגד הראשונים שדברים אלו אינם אלא לחידוד התלמידים ואפילו יהי' זה קושיא הא בלאו הכי כתבו התו' דמצינו לתרוצי שזינתה ולא ידעו עם מי. וגם הא גופי' תקשי

מאי פריך לר' יוסי בר' יהודה כיון דרבנן לא ס"ל כרבי לפי דבריו א"כ מי שני לי' אי ר' יוסי בר"י כר' ס"ל ומפיק לה מבעלה בעדי כיעור לחוד וא"כ לא צריך לאוקמה בזינתה וחזרה וזינתה די"ל דכר' ס"ל וה"ל להם להעיד רק אכיעור לחוד ובאמת כמה תשובות בדבר חדא כיון דבעינן נמי קלא דלא פסיק וא"כ לא היתה נאסרת בכיעור לחוד רק בקלא דלא פסיק דמסייעא וא"כ רב חנן מיירי בליכא קלא כלל ואין לומר שיעידו דבר מכוער וגם שהי' קול י"ל דקול עביד לגלוי' ואיך יאמרו שהי' קול שלא נודע. ועוד ולטעמי' מי ניחא יעידו שקינא לה בעלה ונסתרה שאסורה לבעל ולבועל ואין לומר תשתה מי סוטה יש לומר שיאמרו שהודית בפניהם או ששמעו מעוף הפורח שנטמאת שהיתה אסורה לבעל ולבועל וכ"ש לפי שיטת הרי"ף וסייעתו שסובר דאין מוציאין אותה מבעלה אם יש לו בנים א"כ ע"כ שאין זה אלא מדרבנן א"כ פשיטא דלא קשיא שיעידו על כיעור דס"ל שבאו לאוסרה מן התורה באיסור גמור:

ובהכי ניחא נמי דהא יש לדקדק לפי שיטת הרי"ף בב"ק (דף ע) ס"ל דלהכי בעדי חזקה לא מקרי חצי דבר משום דעדותו מועיל לענין הפירות א"כ איך יועילו עדי כיעור בצירוף קלא דלא פסיק הא עדי כיעור לחוד ה"ל חצי דבר ואיך יועיל עדותו ואפשר לסייע מכאן מ"ש הרמב"ם (בפ' כ"ד מאישות דין טו) כיצד יוצאת משום שם רע והביא הך דעדי כיעור שהדברים מראים שהיתה שם עבירה אע"פ שאין שם עדות ברורה כזאת כו' אם רצה הבעל להוציאה תצא בלא כתובה עכ"ל ומנ"ל דאין ל. כתובה ולפ"ז ניחא דקשי' ליה עדי כיעור הם חצי דבר אלא ודאי שמועיל עדותן עכ"פ לענין הכתובה וא"כ מועיל עדותן שפיר ולא מקרי חצי דבר וא"ש. מיהו לפמ"ש בלאו, הכי ניחא דאין זה אלא מדרבנן דאי מן התורה תצא לא הי' מועיל יש לה בנים דמשום בנים לא שרינן איסורא דאורייתא:

רק שדחוק לפי שיטה זו לפרש מה שאמר רבי ברוכל יוצא ואשה חוגרת כו' הואיל ומכוער הדבר תצא לפרש תצא מרוכל מאחר דעסיק בבעל בשעה שרוכל נכנס היתה תחת בעלה איך אמר רבי תצא מרוכל שעדיין לא כנסה והרי בין גירושי הבעל לזמן שנשאה הרוכל ימי הבחנה לא משמע כלל לפרושי ארוכל שנשאה זמן רב אחר המעשה וגם מה שהקשה ר"ת אהא דקאמר כי אתא אחר ואפסקי' לקלא ואי איכא עדי טומאה היכא קרי לי' קלא. ועוד הקשו מ"ש בברייתא ואם באו עדי טומאה תצא וקשה פשיטא ועוד קשה לי דלכאורה נראה בנטען על השפחה וכותית דלא יכנוס היינו דוקא שלא יחזק הקול וא"כ אם בא עלי' בודאי למה לא יכנוס וכן פרש"י דטעמא שלא יאמרו אמת היה הקול משמע דאם בא עלי' באמת שפיר מצי כניס לה וא"כ קשה לרב דמוקי סיפא בעדים א"כ לא הוה דומיא דרישא דבבא עלי' בודאי אפי' לכתחילה יכנוס ברישא דהא

לא נאסרת עליו בשביל שבא עלי'. וראיתי לנימוקי יוסף כ' בשם הרמב"ן הה"ד בבא עלי' שלא יוציא משמע דלכתחילה לא יכנוס ולא ידעתי טעם לדבר דבשלמא בכותית אפשר ליתן טעם שלא יאמרו בשביל זה נתגיירה ואינו גירות שלם אבל בשפחה שרבה משחררה בע"כ למה לא יכנוס אף לכתחילה היכא דאיכא עדים שבא עלי' וצ"ע:

ב ובאמת מלשון הרמב"ם (פכ"ד מהלכות אישות) נראה דמפרש לי' שתצא מן הבעל ג"כ בעדי כיעור אם רצה להוציא כמ"ש אם רצה הבעל להוציאה תצא בלא כתובה ע"כ ומשמע דמפרש כן דברי ר' שאמר הואיל ומכוער הדבר תצא אם רצה וכ"כ בהגמי"י וכ"כ מהר"ם לובלין בתשובה (סי' פ) שכן מפרש הרמב"ם אלא שיש לתמוה איך יפרש הסוגיא דמוקי הנך מתניתא כר' דאמר הואיל ומכוער הדבר תצא ואי רבי מיירי ברצה היכא מוכח מיני' דמוציאין מן הנטען בעל כרחו ודוחק לומר דמשמע לי' דתצא משום שם רע בלא כתובה וכיון דתצא מן הבעל בלא כתובה לגבי נטען דגרע טפי כופין להוציא חדא דזה דוחק דלסברת הרמב"ם שלא תיקנו כתובה כי אם לבני ישראל הכשירות אין ענין זה לזה דס"ל גם רב מודה שאם רצה להוציא מוציא ומ"מ מן הנטען לא כפינן ג"כ להוציא ועוד דהא אמר בגמרא הלכתא כוותי' דרב בקלא דפסיק וכר' בקלא דלא פסיק וא"כ אם נימא דעיקר הוכחה מרבי שסובר תצא מבעל בנטען כופין להוציא א"כ כיון דבקלא דפסיק אפילו יש עדי כיעור אין כופין להוציא מנטען וכמ"ש הרמב"ם (בפ"ב מהלכות סוטה) בהדיא (בדין י"ג) א"כ גם לגבי בעל לא נימא תצא דהא בקלא דפסיק אמרינן דלית הלכתא כרבי ורבי אמר דבריו לגבי בעל וא"כ תימה למה לא חילק הרמב"ם (בפכ"ד מהלכות אישות בדין ט"ו) וכתב סתם אם רצה להוציא ולא הביא כלל שצריך שיהיה קלא דלא פסיק והרי בקלא דפסיק לית הלכתא כר' וח"כ גם שם הי' לו לחלק דדוקא ביש קלא דלא פסיק הוא דתצא שלא בכתובה ומדלא חילק הרמב"ם (בפכ"ד מאישות) ואין זכר שמה לקול משמע ודאי דאין ענין לקול שני דמ"מ ע"פ עדים לחוד תצא שלא בכתובה ואין לומר שסמך עצמו על מ"ש בהלכות סוטה דמיירי בקלא דלא פסיק דהרי לא קרב זה אל זה דשם מיירי לענין לאסרה על הנטען וכאן מיירי לענין כתובה. ותמהני על מהר"ם לובלין שלא הרגיש בזה וגם על ההגהות יש לתמוה ולכן הדבר ברור שדברי הרמב"ם (פרק כ"ד דאישות) אינם פירוש דברי רבי כלל דרבי דאמר תצא ודאי בע"כ משמע והרמב"ם בשיטת הרי"ף אזיל לגמרי רק שיצא לו כן מן הירושלמי וכמ"ש גם כן הנימוקי יוסף שיכול להוציאה בלא כתובה אם רצה ולהרמב"ם הוה בכלל יוצאת משום שם רע ויתבאר בע"ה לקמן:

על כל פנים הדבר ברור לשיטת הרי"ף והרמב"ם ורוב פוסקין אין מוציאין מן הבעל בע"כ רק בע"ט ממש ומנטען מוציאין בע"כ וקלא דלא פסיק ואין לו בנים ומה שביקש בדרכי משה לפרש דהרי"ף והרמב"ם קרי לעדי כיעור וקלא דלא פסיק עדי טומאה לענ"ד קשה למעיין ברי"ף ורמב"ם (בפ"ב מסוטה) וכמ"ש מדברי הרי"ף וגם ברמב"ם (בפ"ב מסוטה דין י"ג) כתב אם הוציאה בעלה בדבר מ ער כזה כו' מוכח בהדיא דמבעל אין מוציאין בשום אופן אם לא ע"י קינוי וסחירה ע"ש ברמב"ם אלא דיש עוד לדקדק לשיטה זו למה לא נוציא מן הנטען בקלא לחוד כיון דלגבי נטען הוה קלא דמקמי נשואין ובקלא דמקמי נשואין אפילו בדיעבד תצא כמ"ש באה"ע (סימן ו' ס"ג) וי"ל דלענין שם מזנה י"ל פריצות בעלמא חזי לה כמ"ש בגיטין (דף פ"ט) אמר רבא יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה מ"ט פריצותא בעלמא חזי לה עיין באה"ע (סימן ו' ס' ט"ז):

ג ושיטה שני' היא שיטת ר"ת ע"פ דברי השאלתות שכתב ואי איכא דבר מכוער וקלא דלא פסיק מפקינן בין מבעל בין מבועל דתני' רוכל היוצא כו' ופי' הר"מ רוטנבורג דס"ל לשאלתות דע"כ וקלא דלא פסיק הוה כמו קינוי וסתירה יהיה כמו עדי טומאה וזה מה שאמר רב ובעדים היינו ע"כ ועדי כיעור כעדי טומאה דמו. ולפי שהוקשה להר"ם מאי משני הא מני ר' היא כיון דר' נמי איירי בע"כ א"כ מה ר' אומר בדבר זה ולכן הוצרך לחלק עוד דר' אשמועינן דבראיית הבעל עצמו נמי מפיק לה אף בלא עדים וזה אינו דומה לע"ט ומ"מ ס"ל לר' תצא בין מבעל בין מבועל וא"ת הך ברייתא דאפסקי' אחר ובלא אפסקי' מוציא וכן הך דאין לו בנים תצא כר' ובראיית הבעל עצמו דלא הוה כע"ט ולכן באפסקי' אחר או יש לו בנים לא תצא ופסיק הלכתא כר' בקלא דלא פסיק סגי בראיית הבעל לחוד ובקלא (דלא) פסיק הלכתא כרב דאינה נאסרת אלא בעדי כיעור. והנה לפי שיטת הר"ם בפירוש השאלתות בעדי כיעור מוציאין מן הבעל ואפילו יש לה בנים דהא עדי כיעור ע"ט קרי להו וכמ"ש הר"ם בהדיא ובראיית הבעל וקלא דל"פ אין מוציאן אלא באין לה בנים. ולכאורה משמע דבלא ראיית הבעל אפילו מקלא דל"פ לא מפקינן לא מבעל ולא מנטען דאי ס"ל בקלא דל"פ נמי מפקינן אף בלא ראיית הבעל א"כ ה"ל לפרושי הך דרוכל בלא ראיית הבעל רק שיש קול על זה וכמו שנראה מדברי ר"ת שהובאו ברא"ש שכתב פלוגתא דר' ורבנן ברוכל בלא עדים אלא בקול ומיהו בבעל שראה דבר מכוער לא משוינן לי' חתיכה דאיסורא אלא בדבר מכוער [בעדים] דאיכא לעז טפי שיתפרסם ויצא הקול עכ"ל ונראה דמשמע י' דכיון דרבי מיירי בקלא דפסיק לא מסתבר כלל שיאסור ע"י קול זה שתצא מבעלה דהא הוה קלא דבתר נשואין דהא הר"ם נתן טעם דכיון דאיכא עדים בדבר מכוער דומה לפתח פתוח וע"א אחר קינוי וסתירה

א"כ פשיטא לי' דבקלא אפילו קלא דל"פ בלא ראיית הבעל לא מפקינן מבעל וע"כ מיירי בראיית הבעל דעדיף מקלא בעלמא ומ"מ לא דמי לגמרי לעדי כיעור שהם כע"ט לשיטת הר"ם. ולפי"ז נראה דלנטען אפילו בקלא דלא פסיק לחוד נמי מפקינן מנטען דלגבי נטען הוה קלא דמקמי נשואין ובהכי ניחא דקשה מאי מהני ראיית הבעל לגבי נטען דהא אין הבעל נאמן על הנטען אלא ודאי לנטען אפילו בלא ראיית הבעל מפקינן בקלא דל"פ אלא דקשה כיון דע"כ ס"ל למהר"ם דלא מהני ראיית הבעל כעדים אף דמסברא ראיית הבעל לגבי נפשי' כעדים דמי מ"מ ס"ל דלא מהני וברייתא דרוכל יוצא ע"כ מיירי בראיית הבעל וא"כ קשה מנ"ל דרבי פליג אדרב במה שמצריך עדי כיעור לענין להוציאה מן הנטען דילמא גם לרבי אין מוציאין מן הנטען אלא בעדי כיעור וברוכל יוצא דאמר רבי תצא היינו משום דמחשיב ראיית הבעל כעדים שהרי הוא עצמו הוא הרואה ודאי מסברא כעדים דמי ואף דמהר"ש דוחק לחלק ביניהם מ"מ לא מוכח אי ס"ל לר' דתצא מן הבעל ע"פ ראייתו לא מוכח דתצא מן הנטען בלא עדים דהא ראיית הבעל לא מהני לגבי נטען וגם רב אפשר דמודה לר' דבראיית הבעל הדבר הכיעור תצא מן הבעל אבל מנטען לא תצא בלא עדים די"ל ראיית הבעל לגבי' נפשי' כמו ע. כיעור לגבי נטען וגם גוף הסברא אינה נראית כיון דס"ל למהר"ם דע"כ קרי להו עדי טומאה ואפילו יש לה כמה בנים תצא א"כ איך נימא שבראיית הבעל לחוד לא תצא בקלא דפסיק שהרי הבעל נאמן על עצמו ומ"ש ר"מ דבעדים איכא לעז טפי שיתפרסם ויצא הקול לא שייך לפי דברי הר"ם דס"ל דע"כ קרו עדי טומאה ופשיטא לו דתצא אפילו יש לה בנים וא"כ משמע דמדאורייתא אסורה לו וגם מ"ש בתשובת מיימוני (סימן ק"ה) שדברי הרמב"ם הם כהשאלתות וכפי פירושו של הר"ם הוא תמוה דהא הרמב"ם כתב אם ירצה להוציאה אבל הין כופין ותימא גדולה שהוא עצמו הביא לשון הרמב"ם ככתבו וכלשונו ותו חזינא תמי' בדברי תשובת מהר"ם דשם שכתב אם אמר לו שעכו"ם היו מגפפים אותה אי מהימן לי' כבי תרי מחוייב לאפוקה הא בתחילה כתב בקלא דלא פסיק מפקינן בראיית הבעל לחוד וא"כ אפילו ראיית הבעל לא מהני וא"כ מה מהני מה שנאמן לו כבי תרי וצ"ל דגם התם הוה קלא דלא פסיק וס"ל אי מהימן לי' הוה כראיית הבעל עצמו עכ"פ יש להוכיח מדברי מהר"ם שבקלא דלא פסיק לחוד לא מפקינן מבעל בלא ראיית הבעל וכמו שהוכחתי לעיל וכן משמע ג"כ מדברי הטור וזה דלא כנראה מדברי הב"ש ובסימן י"א) דלשיטת הר"ם בפירוש השאלתות כם מן הבעל מוציאין בקלא דל"פ לחוד אף בלא ראיית הבעל הדבר המכיער וליתא. (וראיתי להב"ח שדחק לישב מ"ש מהר"ם שהמיימוני כדברי השאלתות דהרמב"ם מיירי בלאו עדי כיעור ליתא שהרי הרמב"ם התחיל בעדי כיעור

ועלה כתב אח"כ וכן זאת שעשתה דבר מכוער וגם בפ"ב מסוטה שפירש שאפילו בעדי כיעור וקלא דלא פסיק כתב אם הוציאה מבואר דאין כופין והאמת יורה דרכי ששיטת הרמב"ם כשיטת הרי"ף) ולפמ"ש צ"ע מ"ש רמ"א ע"א בכיעור לאו כלום הוא ופירשו אפילו מהימן לי' כבי תרי וכ"כ בד"מ בהדיא בשם תשובת המיימוני הרי מבואר בהדיא דע"א בכיעור אי מהימן לי' כבי תרי צריך להוציא כמ"ש בתשובה שהבאתי מיהו דברי מהר"ם גופו נראין כסותרין בתשובה זו דבתחילת התשובה כתב כמ"ש רמ"א דאפילו מהימן לי' כבי תרי לאו כלום הוא ולבסוף כתב כמ"ש וראיתי בתשובת רמ"א (סימן י"ב) הרגיש בזה ויותר נראה דבתחילת תשובה מיירי בלא קלא דל"פ ובסוף מיירי על עובדא הזה קלא דל"פ ומ"מ כבר בררנו שפירוש הר"ם בשאלתות דחוק למאד וכבר סתר הרא"ש דבריו ולכן לענ"ד כיון דפירוש הרא"ש מרווח יותר בשאלתות נלענ"ד שלהלכה אין לחוש לדברי מהר"ם כלל להוציא בעדי כיעור בלא קלא דלא פסיק:

ד שיטה שלישית הוא פירוש הרא"ש בשאלתות שמפרש דברי השאלתות בענין אחר וסתר פירושו של הר"ם ומפרש דברי השאלתות כפשוטן דרב מיירי בעדי טומאה ממש ורבי דאמר רוכל יוצא מיירי בעדי כיעור וס"ל לרבי דבע"כ לחוד מפקינן אפילו מבעל ואנן לא קיי"ל כוותי' אלא באיכא נמי קלא דלא פסיק ולפירוש זה צ"ל דהכי מייתי דרבי הוא כי היכא דס"ל לר' בעדי כיעור תצא מבעל הה"ד מבועל והנך מתנייתא דס"ל באפסקי' אחר לקלא לא יוציא וכן הך דיוציא באין לה בנים אתי' כר' ובעדי כיעור ופסקינן כוותי' בקלא דל"פ. ולשיטה זו קשה לכאורה מאי דייק רב דמתני' הוציאוה ב"ד ב"ד בעדים הוא דמפקי דילמא אתי' כר' דמפיק בעדי כיעור לחוד וא"כ שפיר מצי לאוקמה מתני' באין לה בנים וצ"ל דבהך שינוי' לא אסיק אדעתי' דרבי ואבע"א ס"ל דאין חילוק בין בעל לנטען בשום ענין ומתני' דמפקא מנטען הה"ד מבעל ורב פליג וס"ל בין מבעל בין מנטען אין מוציאין אלא בעדי טומאה ממש. והנה רמ"א כתב שיטה זו ממש רק שסובר דדוקא באין לו בנים אבל ביש לו בנים לא תצא ובחמ"ח השיג על רמ"א דס"ל בע"כ וקלא דל"פ אפילו יש לו בנים תצא ואני אומר שדברי רמ"א ברורים דכיון דמוקי ברייתא כר' ורבי מיירי בע"כ אלמא לא אמר רבי דתצא אלא באין לה בנים ורב ס"ל עדי טומאה ממש בעינן ואפילו ע"כ וקדל"פ לא מהני לאפוקי לא מבעל ולא מנטען א"כ כי פסקינן בגמרא כר' בקלא דל"פ משמע רלא עדיף עכ"פ מדרבי וס"ל בחמ"ח דעדיפא מר' קאמר דבר זה אין לו שחר כלל דהיכא רמיזא בש"ס דע"כ וקדל"פ נחמיר בו טפי מדרבי כיון דרב עדי טומאה ממש בעי ור' לא פליג עליו רק באין לה בנים איך נמצא מסברא דנפשי' להחמיר אפילו יש לה בנים שהוא דלא כמאן דבשלמא לפירוש

הר"ם בשאלתות דע"כ קרי להו ע"ט שפיר מבואר בש"ס דאפילו יש לה בנים תצא אבל הרא"ש שכתב בהדיא דעדי טומאה משמע ע"ט ממש ולא מפרש בע"כ וקלא דל"פ ורבי לא פליג רק באין לה בנים א"כ ממילא ביש לה בנים לא פליג רבי אדרב כלל ובעינן עדי טומאה ממש וכן משמע כיון דברייתא קאי אמתני' דנטען ונטען מסתמא קלא דלא פסיק ואפ"ה נקט בברייתא עדי טומאה משמע דבע"כ לא תצא ביש לה בנים אפילו איכא קלא דל"פ. ועוד דכיון דברייתא דרוכל מפרש לה בעדי כיעור ומוקמינן להנך ברייתא כרבי וכן הך דנטען משמע דמיירי בכל גווני אפילו איכא קלא בהדי ואפ"ה באפסקי' אחר או יש לה בנים לא תצא ולא מפליג כלל בין איכא קדל"פ אלא ודאי ליתא לדברי החמ"ח ודברי רמ"א ברורים משה אמת ותורתו אמת. ומה שנסתבך בלשון הרא"ש שכתב דעדי כיעור וקלא דל"פ כפתח פתוח או ע"א אחר קינוי וסתירה. ומזה מוכיח בחמ"ח שסובר אפילו יש לה בנים תצא דבר תימא הוא איך ימציא הרא"ש דבר זה בלי שום ראי' ורמז בש"ס דאדרבה מוכח איפכא כדפרישית דבשלמא הר"מ לפי פירושו דעדים דקאמר רב ע"כ הוכרח להמציא דע"כ הם כפתח פתוח לאסרה על בעל ונטען בהחלט אבל הרא"ש שפירש בהדיא דעדים הם ע"ט מנ"ל להמציא דבר זה שגם עדי כיעור וקדל"פ יהיו כע"א אחר קנוי וסתירה לאסרה אפילו יש לה בנים אלא נראה דהרא"ש לא בא אלא ליישב מה שהקשה בתחילה הא אין אשה נאסרת על בעלה אלא ע"י קנוי וסתירה וע"ז בא הרא"ש לבאר דלאו כללא הוא כמבואר בכתובות (דף ט') דמפרש דאין אשה נאסרת על בעלה אלא בשני עדים וע"י קו"ס אפילו בעד אחד ופתח פתוח כעדים דמי ולכן ס"ל להרא"ש דגם בתך דע"כ וקדל"פ החמירו חכמים לגבי אין לו בנים כמו בפתח פתוח וע"א אבל אינו דומה ממש לאסור מדאורייתא אף ביש לו בנים ושיטפא דלשון מהר"ם נקט וא"כ להרא"ש אין מוציאין לא מבעל ולא מנטען אא"כ יש פ"כ וקדל"פ ואין לו בנים ולא מפלגינן כלל בין בעל לנטען לענין להוציא ממנו וכן ג"כ דברי הטור מפורשים:

אלא דעדיין יש לדקדק בלשון הרא"ש שכתב אבל בראיית הבעל לחוד לא מפקינן אפילו בקלא דלא פסיק דמנ"ל שאין ראיית הבעל כעדי' לגבי נפשי' דבשלמא הר"ם הוכרח לדחוק ולחלק בין ראיית הבעל לעדים מאחר דמפרש הך דרוכל יוצא מיירי בראיית הבעל ותלי' בפלוגתא דר' מוכרח לחלק ביניהם אבל הרא"ש שמפרש כולה בעדים י"ל לגבי בעל שראה בעצמו לגבי נפשי' כעדים דמי ורבי מיירי בין בראיית הבעל בין ע"י עדי כיעור דודאי מסברא אין לחלק ביניהם ואפשר דהרא"ש לא מיירי אלא לנטען שאין הבעל נאמן על הנטען אבל לגבי נפשי' שפיר ראייתו כעדים דמי ולא משמע כן מסתימת דברי הרא"ש והטור. ולכן נראה דכיון דמן הנטען פשיטא שאין מוציאין ע"י ראיית הבעל

א"כ כי נקט מתני' והוציאוה מתחת ידו אע"פ שכנס יוציא משמע היכא דאפקוה ב"ד מן הבעל תצא מנטען ואם נימא דראיית הבעל לגבי נפשי' כעדים דמי א"כ משכחת לה שתצא מן הבעל ולא מנטען דאין הבעל נאמן על הנטען אלא ודאי משמע גם מבעל אין מוציאין בראייתו בלא עדים דבעדים איכא לעז טפי. ומזה נמי מוכח דלא דמי ממש לע"א אחר קנוי וסתירה דאם הוא דומה ממש למה לא תצא מאחר שבעצמו יודע דבר שהוא כמו ע"א אחר קו"ס. ולדעת מהר"ם שעדי כיעור הם כעדי טומאה באמת קשה טובא למה לא תאסר ע"י ראיית הבעל כמו ע"י עדים אבל לדברי הרא"ש ניחא דכיון דלא החמירו בזה רק מדרבנן לא החמירו אלא בעדים דאיכא לעז טובא אבל אי אסורה מדאורייתא אין סברא כלל לחלק בין איכא עדים לליכא עדים והבעל עצמו ראה וזה ג"כ מהקושי' שנמצא בפירושו של הר"ם אבל לפירוש הרא"ש אין אנו צריכים לכנוס במשעול הדחוקים:

והנה לפי דברינו נתברר שדעת הר"ם היא דעת יחיד בפירוש השאלתות וכל הפוסקים חולקים והרא"ש הכריח דברי השאלתות שלא כיונו כלל לדברי הר"ם והוא ברור למעיין וגם ר"ת שכתב הר"מ שחזר בו מכת קושי' דנקט כי אתא ואפסקי' לקלא משמע דלא מיירי בעדים והרא"ש דחק ליישב ואני אומר אחר המחילה מרוממת קדושת תורתם שבשביל דקדוק כזה אין לכנוס לפרצה דחוקה ולדחוק כל הדוחקים שבפירושו של הר"מ וקם להו בדרבה מיני' כמ"ש לעיל מה שהקשה ע"ז קושיות עצומות ועיקר הדיוק דאפסקי' לקלא בעניותי אין לו מקום כלל דפשיטא דבעדים דקאמר רב הם עדי טומאה ומתני' מיירי בנטען שיש קול וס"ל לרב דאף שיש קול מ"מ בעינן עדים והנה אם גירשה וכנסה אחר כבר נפסק הקול באמת שהרי זה הטעם שלא תצא מן הנטען משום שהקול נפסק ע"י הפסק אתר שעשוי להשתכח וא"כ שפיר קאמר אף שאפסיק לקלא מ"מ מאי הוה דמ"מ נשארו העדים וא"כ האמת כן הוא שהקול נפסק אך העדים נשארו ואסורה מצד העדים וזה ברור:

ובאמת במ"מ (פכ"ד מהלכות אישות) כתב ג"כ שרבינו יעקב הסכים לדעת הרי"ף ורמב"ם וגם התוס' כתבו בשם ר"ת דתצא מן הרוכל וא"כ אפשר שמ"ש הר"מ שר"ת חזר בו כיון שאינו מבואר בתוס' ושאר מפרשים שחזר בו אפשר דר"מ ראה דברי ר"ת שהיו קדמונים ואח"כ חזר בו וסובר דאין מוציאין מן הבעל ולפי שנראה למהר"ם ליישב דברי השאלתות באופן שכתב הוא ז"ל תלי הך דר"ת שסובר כהשאלתות שהם אחרונים אבל לפי שסתר הרא"ר פירושו בדברי השאלתות אפשר לפרש שדברי ר"ת שבתוס' הם אחר חזרה. וגם מפרש"י נראה ג"כ כפירוש הרא"ש בשאלתות שפירש דרבי מיירי דתצא

מן הבעל מיהו לפרש"י אפשר לפרש דמ"ש מפיק לה מבעל בקול בעלמא אפשר דס"ל לרש"י דתצא אינו שכופין להוציא רק שמשיאין לו עצה שיוציא אם רוצה לצאת ידי שמים וזה לפי מה שאמרו בסוף גיטין דלא יגרש אא"כ מצא בה ערוה או דבר וכה"ג מקרי דבר ששפיר יוכל להוציא ואפילו בזווג ראשן דאמרינן שנוא המשלח ופשיטא לי' להש"ס דכשהבעל מוציא לצאת ידי שמים מפקינן לה מנטען בע"כ דלגבי נטען ה"ל קלא דמקמי נשואין ועוד דאלומי אלמי' לקלא טפי אבל מה שביקש הר"ם לובלין לומר דרש"י רוכל בעל קרי לי' לא נהירא כלל דפשטא דברייתא לא משמע כלל דמיירי בכבר נשאה הרוכל ועל דברי הרי"ף ותוס' אנו מצטערין להעמיד כן בברייתא ואיך מורה סתימת דברי רש"י על הרוכל ומסיק דבקלא דלא פסיק הלכתא כרבי דהבעל מוציא לצאת ידי שמים והרוכל מוציא בדיינין ובקלא דפסיק אין הבעל מוציא אפי' לצאת ידי שמים ואין מוציאין מן הנטען אבל דעת הרמב"ם בפכ"ד מהל' אישות א"א לפרש כן מאחר שלא חילק שם כלל בין קלא דפסיק לקלא דלא פסיק ולכן צ"ל כדפרישית לעיל דיצא להרמב"ם מהירושלמי וראיתי למהרש"ל בביאוריו לסמ"ג (עשין מ"ח) שכתב מ"ש הרמב"ם אם רצה היינו שאין כופין להוציא אבל אסור לקיימה אלא שאין בידינו לכופו לגרשה שלא יהי' גט מעושה ולא נהירא לי דה"ל להרמב"ם לפרושי בהדיא דאסור לקיימה אבל אין ב"ד כופין להוציא וגם (בפ"ב מהלכות סוטה) דמיירי בעדי כיעור וקלא דלא פסיק מ"מ כתב הרב אם הוציאה משמע ודאי דלא אסרינן לה עליו וברצונו תלי' מילתא רק שיכול לגרשה כיון שהיא פרוצה ועיקר דינו של הרמב"ם בענין כתובה יתבאר להלן בס"ד:

ה הנה עד כה הוא לנו לבאר כיד ה' הטובה עלינו שיטת הפוסקים בזה בשלשה שיטות. ועתה אענה אני את חלקי אולי מקום הניחו לי הראשונים לידון בדבר החדש כי בודאי מ"ש רוב פוסקים דבעדים דקאמר רב הם עדי טומאה בודאי דהכי פשטא דמלתא וכמ"ש הרא"ש אלא דכבר הקשו הקדמונים מאי קמ"ל דאם באו עדי טומאה תצא פשיטא ומ"ש בנימוקי יוסף בשם המפורשים דאע"ג דלא ידעו אי באונס אם ברצון מ"מ תצא וקשה מאי רבותא היא זו לגבי בועל דגבי בועל אפילו היא אנוסה מ"מ אצלו הי' רצון ובהוא מזיד והיא אנוסה ס"ל להירושלמי דאסורה לבועל אף שמותרת לבעל ואפילו תימא דסוגיא דש"ס דידן ס"ל דגם לבועל מותרת באונס מ"מ ה"ל לאשמועינן האי רבותא בבעל אע"ג דאונס בודאי שרי לי' לא תלינן באונס ועוד תימא דאי בעדים נטען קרית לי' ועוד קשה כיון דרב דייק ממתני' דנקט והוציאוה דמיירי שהב"ד הוציאו אותה ממנו א"כ מאו קמ"ל במתני' אע"פ שכנס יוציא פשיטא כיון דאפקוה בע"כ מבעל ע"פ עדי טומאה פשיטא דכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל כדאיתא בסוטה פ' כשם ועל זה לא

שייך תירוץ הנימוקי ועוד קשה מסקנת הש"ס קלא דפסיק ואיכא עדים כרב וכי לזו הוצרכה שאם באו עדי טומאה שתצא ואין בזו שום רבותא ואיפכא ה"ל למימר קלא דפסיק וליכא עדים פסקינן כרב דלא יוציא גם קשה קושית ר"ת מ"ש אי אתא אתר ואפסקי' לקלא ואי בעדים לא הוה קרי לי' קלא. ולכן נלענ"ד דהא דאמר רב ובעדים בא לו' דוקא היכא שהוציאוה מן הבעל בעדים תצא גם מנטען והיינו משום דנטען משמע שהוא נחשד אבל אינו בירור שבא עלי' וכדפרישית נמי לעיל וס"ל לרב דאפילו בקול היינו שהיא מוצאת בע"כ והיינו שעדים ראו שזינתה עם א' ולא ידעו עם מי רק שהנטען הוא הנחשד והקול יצא על הנטען שנחשד בעיני העולם שהוא זינה עמה רק שלא ראו בו רק דבר מכוער או בקול בעלמא שיצא עליו ועדים ראו שזינתה באופן שנאסרה לבעלה בודאי ובזו קמ"ל במתני' דכיון דבודאי זינתה אין תולין הזנות באתר שלא נחשד אמרינן מסתמא הזנות היה מן הנחשד ואין תולין באדם שלא נחשד רק תולין אותו בדידי' וכה"ג מצינו ביבמות (דף סט:) בארוסה שעיברה דדיימא מיני' דשדינן בתר דדיימא מיני' וא"כ רב קמ"ל היכא דאיכא עדים שזינתה ואיכא קול שזה זינה עמה בהא ודאי תלינן בדידי' אף שלא ידעו העדים אם הנחשד הוא הבועל ובהכי ניחא הא דאמר רב ששת כי אתא אחר ואפסקי' לקלא מאי הוה דזו מילתא דפשיטא היא כיון דבודאי זינתה תלינן בנחשד ואפילו יש לה כמה בנים תצא בפרט לפירוש רש"י שסובר הטעם שלא להוציא לעז על בני' מבעל הראשון אם כן פשיטא היכא דהיא בודאי זינתה דלא מהני יש לה בנים דהיא בודאי נטמאה:

ועפ"ז אפשר לפרש למאי דשני רבי היא דס"ל בעדי כיעור תצא גם מבעל וכיון דנפקא מבעל כ"ש מנטען והיינו אם אין לו בנים כדאוקמינן להנך מתניתא כרבי ובהכי ניחא מ"ש לעיל מאי דייק רב מדנקט והוציאוה משמע בי דינא וב' דינא בעדים מפקי וקשה דילמא מתני' אתיא כרבי ומנ"ל לאוקמה מתני' בעדים דוקא ולפ"ז ניחא די"ל דקשיא ליה לרב אי כר' אתי' דמפיק לה מבעל בעדי כיעור א"כ כ"ש מנטען א"כ כיון דנקט במתני' הוציאוה בב"ד מבעל פשיטא דלגבי נטען נמי אם כנס יוציא ול"ל דס"ל דאם יש עדי כיעור שנתייחדה עם א' וראו בה דבר מכוער ולא יודע עם מי דבהא נמי תועיל הקלא לאפוקי מנטען דפשיטא ליה דלא מפקינן בהכי מנטען כיון שלא נודע על הנטען שום דבר אפילו דבר מכוער וגם עליה לא נודע רק כיעור לחוד בהא ודא בעל חמור מנטען כיון דידעינן עכ"פ בה דבר מכוער אבל על הנטען אפילו דבר כיעור לא נודע רק קלא בעלמא ובדינ' לא מפקינן בקלא לחוד ופסקינן כרבי בקלא דלא פסיק היינו היכא דאיכא תרתי עדי כיעור על הנטען בהא תצא מבעל וכ"ש מנטען וקלא דפסיק איכא עדים

כרב והיינו קלא דפסיק שהפסיקו מלדבר בענין זה ודלא כפי' רש"י שיצא קול ששקר היה קול בראשון ואיכא עדים שזינתה בבירור מהני אפילו קלא דפסיק להוציאה מנטען דמ"מ דיימא מיניה ותלינן ביה והכל נכון וברור לולי שהראשונים לא פירשו ואולי מקום הניחו הראשונים להתגדר:

העולה מתוך מ"ש שדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורשב"א שהביאו בב"י וכ"כ הנימוקי יוסף בשם הרא"ש והריטב"א וגם דעת רש"י ור"י וכן נראה דעת סמ"ג (עשין מח) שאין כופין להוציא אלא בעדי טומאה עכ"פ בעדי כיעור לתוך כולם שוין שאין מוציאין מן הבעל וגם הר"מ רוטנבורג שתמך יסודתו על השאלתות וכתב מאחר שדברי השאלתות מיושרים אין לחלוק על דבריהם שדבריהם דברי קבלה פיו הקדוש ענת בו שאין לחלוק על השאלתות ומאחר שסתירת הרא"ש ברורה שאין השאלתות סובר להוציא בעדי כיעור או בקלא דל"פ לחוד וגם ת"ל בררנו הקושי והדוחק הנמצא בפירוש דברי הר"מ מה שמפרש בש"ס פשיטא שדעת מהר"ם דעת יחיד היא ואין לחוש לדבריו דאדרבה כיון דדברי השאלתות הם דברי קבלה ופירוש הרא"ש נראה בעליל שהוא מרווח פשיטא שאין להחמיר כלל כפירושו של הר"ם אך אם יש עדי כיעור וקלא דלא פסיק כיון דבהא ודאי השאלתות ס"ל דתצא מבעל וכן משמע דעת רש"י גם הרא"ש הסכים עמו ושמעתא רווחא לפירושו שדוחק לפרש תצא ארוכל שעדיין מחוסר גירושין מבעלה הראשון וכניסת הרוכל פשיטא שיש להחמיר כדברי הרא"ש וטור דבהא הר"מ והרא"ש שוין עם השאלתות בזו ודאי יש להחמיר באין לה בנים כדפרישית ובהכרעת רמ"א וע"י ראיית הבעל עצמו אפי' איכא קלא דל"פ לא מפקינן לא מבעל ולא מנטען כדפרישית לעיל בדברי הרא"ש:

עוד רגע אדבר בענין הקול שכתב הב"ש בשם מהרש"ל דבעינן שיצא הקול מצד אחר שלא מחמת הכיעור שמרננים אחרי' שזינתה זולת אותו דבר מכוער שראו העדים וכן יראה מדברי הרמב"ם (בפ"ק מהלכות סוטה) ע"כ ואני אומר לפ"ז נפל פותא בבירא כי מאן מפיס דודאי הקול נובע מאיו בר מכוער שראו בה ומי יבחן בקול ענות שהוא חוץ מן בר מכוער הנראה בה. והנלענ"ד בזה דנלמד זה מהא דאיתא בפרק אלי מגלחין (דף יח:) דאמרינן התם אין אדם נחשד בדבר אא"נ עשאו כו' הרהר בלבו לעשותו ופריך האמר יהיה חלקי עם מי שחושדין אותו ואין בו ומשני הא בקלא דפסיק הא בקלא דלא פסיק וקלא דלא פסק עד כמה וכו' כדאיתא ביבמות ק"כ ומזה נראה דהקול הוא קול הברה בעלמא שפלונית זינתה לא שתצא הקול שפלונית עשתה דבר מכוער דכיון דבלאו הכי איכא עדים על זה מה לי שידעו מזה שנים או כל העולם רק שהקול נשמע בסתם

פלונית זינתה ולא פלונית עשתה מעשה מכוער ואמרינן כיון דאיכא עדי כיעור והקול יוצא בסתם שזינתה מסתמא החשד הוא אמת שזינתה ממש וכן משמע לשון הרמב"ם (בפ"ב מסוטה דין י"ד) שכתב וז"ל בד"א כשריננו בני העיר עליו ועל הנטען יום ומחצה ואמרו פלוני זינה עם פלונית היינו כדפרישית:

ומ"מ נראה דיכול לגרשה בעל כרחה ואין בה משום תקנת הגאון רבינו גרשון וכ"כ בתשובת מהר"ם לובלין ודלא כמהרש"ל בתשובותיו שכתב מ"ש הרמב"ם אם רצה להוציא מוציא היינו בזמנו ולא נהירא דכבר כתבתי דכוונת הרמב"ם שאפילו בזווג ראשון ראוי לגרשה אף דבעלמא שנוא המשלח ותימא על מהרש"ל דבביאוריו לסמ"ג (מ"ע מ"ח) כתב בהדיא שאסור לקיימה ומותר לגרשה בע"כ וכדפרישית לעיל בשמו ובודאי לא תיקן הגאון היכא דאיכא דררא דאיסורא וכדאמרינן בשלהי גיטין אמנם לענין הכתובה יש לעיין אם תפסיד הכתובה כיון שרשאי לקיימה רק מגרשה מרצונו אם צריך ליתן לה כתובה וכבר כתבתי בהרמב"ם (בפכ"ד מאישות) כתב דאם רצה מוציאה בלא כתובה ואין זו צריכה התראה כמו שאר עוברת על דת וכ"כ הנימוקי בשם הריטב"א דביש עדי כיעור א"צ התראה אם רוצה להוציאה בלא כתובה. אך רבינו המחבר בש"ע (סי' יא סעיף ג) כתב כל מקום שאמרו תצא תצא בלא כתובה ומשמע בזה שכתב (בסעיף א) אם הוציאה בעלה בדבר מכוער וקלא דלא פסיק שאין כופין להוציאה יש לה כתובה ותימא גדולה איך לא הביא דעת הרמב"ם והריטב"א דאפילו בעדי כיעור לחוד מפסדת כתובתה. אך בעיקר דינו של הרמב"ם יש לעיין כי המ"מ כתב שפירש כן מ"ש בס"פ אלמנה נזונית והיוצאת משום שם רע נוטלת מה שלפניו ויוצאת ופירש הרמב"ם דהיינו בעדי כיעור אבל רש"י פירש יוצאת משום שם רע שזינתה וכ"כ הר"ן בפירושו לרי"ף משמע שזינתה באמת ודוחק לפרש בלשון רש"י דכוונתו שיש עליה שם רע שזינתה דה"ל לפרושי דמיירי בעדי כיעור ועוד אם מאמר רש"י שזינתה נסמך לשם רע האמור בש"ס א"כ תאמר שאפילו בקלא בעלמא מאבדת כתובה והא ליכא למ"ד וכמו שנברר לקמן בראי' ברורה אלא נראה דס"ל לרש"י היכא דאינה נאסרת עליו אינה מאבדה כתובתה וכן משמע בש"ס דאמר מסייע ליה לרב הונא דאמר זינתה לא הפסידה בלאותי' הקיימים ואם איתא דיוצאת משום שם רע מיירי בדבר מכוער מנ"ל להוכיח בזינתה בבירור דילמא דוקא בדבר מכוער דמידי ספיקא לא נפקא א"כ נכסי מלוג בחזקתה קיימי דהא במתו עד שלא שתו אע"ג דנאסרה עליו בבירור ס"ל לב"ש דנוטלת כתובת' משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וא"כ כ"ש בדבר מכוער שלא נאסרה דנכסי מלוג לכ"ע בחזקתה קיימי שלא הפסידתן אלא ודאי ס"ל שאינה מפסדת

היכא שאינה נאסרת עליו ומיירי שזינתה בבירור וכפרש"י והר"ן. ועוד דאפילו תימא דיוצאת משום שם רע היינו שיצא עלי' שם רע שזינתה מ"מ אפשר דהוה בכלל עוברת על דת ובסוטה פ' ארוסה מסיק דעוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה ואיך ס"ל להרמב"ם להפסידה כתובתה בלא התראה:

ובתוספות סוטה (דף כה:) ד"ה בית הלל כתבו דלא שייך למימר אליבא דב"ה העמד אשה על חזקתה ואימור לא זינתה שהרי רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה והכתוב הוציאה מאותה חזקה ועשאה ספק ע"כ משמע דוקא התם שהכתיב היציאה מחזקה ואסורה עליו ע"י הסתירה משא"כ היכא דלא נאסרה עליו אף שנמצא בה דבר כיעור הרי התם שבודאי נאנסה ונבעלה מ"מ מוקמינן לה אחזקתה א"כ כ"ש כאן דמתירין אותה לבעלה ומחזקינן שלא נבעלה למה תפסיד כתובתה ובר"פ ארוסה לא שותות כתבו התוס' בשם הירושלמי יודעת היתה שאין ארטסה שותה ולמה הכניסה עצמה לספק הזה המרובה בשביל לפוסלה מכתובתה ע"כ משמע דהוצרכו התוס' ליתן טעם למה תפסול מכתובתה ונתנו טעם שהיא גרמה וגם רש"י פירש שהיא גרמה ואף שכתב בשומרת יבם דלא בעי למינסב אשה זונה י"ל דוקא התם שזינתה בבירור אבל בשביל דבר כיעור אין סברא להפסידה כתובתה ועוד הא בש"ס פ"ק דכתובות איכא מאן דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אינו מקח טעות ויש לה כתובתה מנה אף שזנתה ברצון ובודאי מכוער הדבר כי תחל לזנות אף שהיא פנויה ולא יהא עדיף דבר כיעור באשת איש מזנות גמור בפנויה אף שכאן חושש הוא בזנות שתאסר עליו הא אמרינן בשלהי פ' אלמנה לכה"ג גבי ארוסה שעיברה מדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נפשה לעלמא והרי זנות פנויה ודאי חמור מזנות הארוס ואפ"ה לא מפסדא כתובה ואפילו למ"ר דמקח טעות לגמרי היינו בשביל שכנסה בחזקת בתולה אבל משום זנות דפנויה מאחר שאינה אסורה עליו בשביל כך לא מפסדא כתובה ומ"מ מ"ש התוס' הטעם שהכניסה עצמה לספק הזה המרובה קשה קצת דבירושלמי לא הוצרך לטעם זה אלא אליבא דב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי אבל לב"ה ניחא בלאו הכי דמספיקא נמי לא תטול כתובה כיון דנאסרה עליו בשביל כך:

וגדולה מזו מבואר במשנה ר"פ ארוסה אם אמר בעלה איני משקה ושבעלה בא עלי' בדרך נוטלות כתובה ולא שותות ע"כ אע"ג דאין לך דבר מכוער גדול מזה שנסתרה אחר הקינוי ושהתה כדי ביאה וכ"כ הנימוקי יוסף ביבמות בשם המפרשים שאין לך כיעור גדול מזה ואפ"ה לא מפסדא כתובה:

ו הן אמת כי הרב משנה למלך רפ"ב מסוטה תמה ג"כ למה תיטול הכתובה הא הוה עוברת על דת לאחר התראה שהרי קינא לה ונסתרה אחר הקינוי ויאמר לה אפילו לא נטמאת אני רוצה לגרשך בשביל שעברת על דת ותירץ לתשובת מהר"ם צריך להתרות בפירוש שתפסיד הכתובה וסתם קינוי לא מהני להפסידה כתובה וכן הוא בתשובת מהר"ם בס' נשים (סימן טז) ואם יהיה תירוץ זה אמת מבואר ומוכח דלא מפסדא כתובה בשביל דבר כיעור. אך הרב משנה למלך כתב לתרץ דטעמא דעוברת על דת יוצאה שלא בכתובה אינו משום האיסור עצמו רק דחיישינן שמא זינתה ומשום הכי אם בעלה אינו רוצה להשקותה והיא אומרת שרוצה לברר שטהורה היא לא מפסדא כתובה ואין זה מחוור בעיני דאדרבה אם יש לחוש שזינתה למה יתחייב ליתן לה כתובה כיון שהכניסה עצמה לספק וכי מוטל עליו לברר ספק שלה בפרט לפמ"ש דאם אמר פעם אחד איני רוצה להשקותה שוב אין יכול להשקותה עוד אם כן למה יתחייב בדיבור זה שאמר ליתן לה הכתובה ויותר נראה לי בהיפוך דהא דעוברת ע"ד מש"ה מפסדת הכתובה לא משום שחוששין לזנות כיון שאינה אסורה עליו גם הכתובה אינה מפסדת מדינא אלא דכיון שהיא פרוצה קנסוה חכמים שלא תטול כתובה כדי שיגרשנה בעלה ולא ישהנה אצלו כי אשה רעה מצוה לגרשה ואם יתן כתובה ישהנה אצלו וזהו במילתא דליכא לברורי אבל בסוטה שיוכל הספק להתברר אוקמה אדין תורה ואם הוא חייב בזה שלא יוכל להתברר ע"י שאמר איני רוצה להשקותה כיון שהיה אפשר להתברר לא קנסוה חז"ל כן י"ל. אלא דאכתי קשה מ"ש ממתו עד שלא שתו דלדידן דקיי"ל כב"ה אינן נוטלות כתובה אף שהוא סיבה מן השמים וע"כ לומר משום דאיתרע חזקתה וחיישינן שזינתה עד שאסורה עליו ולכן גם כתובה לא תיטול וא"כ אף שאמר איני רוצה להשקותה בשביל שאינו רוצה לטפל בנבילה להביאה אל הכהן לעשות לה כתורה מ"מ כיון שהיא עכ"פ אסורה עליו למה יתן כתובה וכי היטל עליו לברר זכותה במה שגרמה עצמה והנלע"ד בזה אחר העיון היטב כי בודאי מה שאמרו בסוטה רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה ולכן אסורה מספק אין האיסור מצד הקינוי וסתירה עצמם אלא משום דמסתמא עיקר הקינוי שקינא לה הוא מפני כבר ראה אותה חשודה ולמודה הרע בדרך פריצות:

וכן הוא בריש סוטה (דף ג) ר' אליעזר בן יעקב אומר לפי שנאמר לא תשנא את אחיך וגו' יכול אף זה כן ופירש"י שיראה אשתו עוברת על דת יהודית נסתרת עם שכניו לא יקנא לה עכ"ל הרי מסתמא כשמקנא כבר עברה מעיקרא על דת יהודית מיהו לא נתנה התורה דברי' לשיעורין דלעולם מהני קינוי דבעל להשקותה והיינו משום דמסתמא משום הכי מקנא בשביל שחשודה בעיניו ולכן בקינא לה ונסתרה איכא רגלים לטומאה שאין הבעל

חושדה חנם הוה ידעינן שאין הבעל מקנא לה בשביל חשד אפשר דלא מקרי רגלים לדבר כלל אלא דלא חילק הכתוב בזה ולכן לעולם אסורה אחר קינוי וסתירה דסתמא מקנא לה בשביל חשד נמצא שלפ"ז בזמן שאפשר לברר הספק שהיו מי סוטה מתברר ספק זה פ"י מי סוטה שאם טהורה היא וחשדה בחנם ונקתה כו' נמצא שאם היה הדין כשלא ירצה הבעל להשקותה תפסיד הכתובה לא היה רגלים לדבר כלל מכח הקנוי כלל דמאחר שבידו שלא להשקותה ולהפסידה כתובתה אפשר שלא עשה כן בשביל חשד כלל רק שיפטרנה בלא כתובה נמצא עושה ריעותא בעיקר החשד ע"י זה שאינו רוצה להשקותה ולכן לא מפסדא הכתובה שאילו היתה מפסדה הכתובה לא היה ראי' לחשד שהוא אמת והא דלדידו דליכא מי סוטה אסורה ולא אמרינן דעביד בשביל כתובה ותהיה מותרת לו דהא אם תהיה מותרת לו לא תפסיד הכתובה ואם לא תפסיד הכתובה א"כ יהיה רגלים לדבר שנטמאת ולכן אסורה. וגם כיון דמעיקרא מדינא דאורייתא היתה אסורה לא ראו חז"ל להתירה בשביל כן וממילא מפסדת הכתובה שהיא גרמה. ובהכי ניחא הא דקיי"ל בעל שמחל על קיטיו קינויו מחול קודם סתירה וקשה איך תהי' מותרת לו שהרי מ"מ ראוי שתאסר עליו דהא חשבינן לסוטה ספק טומאה ברה"י דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה וא"כ איך תהיה מותרת לו אחר שקינא לה ונסתרה שהעיד הנימוקי יוסף בשם המפרשים שאין לך כיעור גדול מזה ודוחק לומר דמיירי שידעה שמחל לה ולכן ליכא רגלים לדבר כ"כ דהא הך מילתא בש"ס בסתמא דקודם סתירה קינויו מחול משמם אפילו לא ידעה. ולא עוד אלא דאיכא למ"ד בש"ס פ' ארוסה (דף כה) דאף לאחר סתירה קינויו מחול והדבר תימא איסור שבה היכן הלך שהרי נאסרה מטעם רגלים לדבר שזינתה ואיך תהיה מותרת לו והוא קושי' עצומה אלא ודאי עיקר האיסור הוא מפני שמסתמא הבעל שמקנא לה בקי במעשיה שפרוצה היא ולכן במחל לה נראה שקינויו לא היה מפני החשד הגמור שנחשדה אצלו ולכן שפיר קאי בחזקת היתר וא"ש ולהכי נמי באינו רוצה להשקותה אמרינן דמסתמא אינה חשודה אצלו כ"כ עד שנחזיק הקינוי והסתירה לרגלים לדבר שנטמאת ולכן אינה מפסדת כתובתה דאם נימא דאפסיד כתובתה לא יהי' הוכחה מן קינוי ושר וסתירהה שלו שעושה כן בשביל חשד שיש לו עלי':

ועוד איתא בר"פ מי שקינא לאשתו ונסתרה אפילו שמע מעוף התורת יוציא ויתן כתובה ר' יהושע אומר עד שישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה ופרש"י דמשום סתירה שאין עלי' שני עדים לא נאסרה כו' מיהו כשישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה ופריצותא מכוער הדבר ותצא דהא אפילו מייא תו לא בדקי לה. וכו' הרי מבואר אע"ג דס"ל שאסור לקיימה ומחויב

להוציא מ"מ אינה מפסדת כתובתה אף שצריך לחוש לקלא שיוציא מ"מ אינו פטור מן הכתובה והתוס' פירשו דמיירי בענין שמצוה לגרשה ומ"מ לא הפסידה כתובתה מאחר שלא נאסרה עליו:

והרמב"ם (בפ"א מסוטה דין ח') קינא לה בפני שנים וראה אותה שנסתרה כו' וכן אם שמע העם מרננין אחרי' אחר הקינוי והסתירה עד ששמע מהנשים כו' שזו ראי' שזנתה מזה האיש שקנא לה עמו הרי זה יוציא ויתן כתובה. ובכ"מ תמה דהא כתב הרמב"ם דאחר הקינוי וסתירה תצא בלא כתובה וכאן שהעם מרגנין אחרי' יתן כתובה ולכן פירש דמיירי שיש עד א' שראה שנסתרה לכן אינו מוציאה בלא כתובה. ובפירוש קרבן עדה על הירושלמי תמה עליו אי ס"ל כרש"י סתירה זו למה ואין זה כלום דהרמב"ם מפרש דר' יהושע קאי אר' אליעזר דאמר דסגי בשמע מעוף הפורח שנטמאה יוציא ויתן כתובה ור"א מיירי שנסתרה על פי ע"א דסתירה לא בעי עדים ועלה קאי ר' יהושע דבסתירה בלא עדים א"צ להוציא כי אם כשישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה. וגם דברי הרמב"ם בפירוש המשנה יש לפרשם ג"כ אחר הסתירה שבעד א' ע"ש. ובחנם תמה עליו. ומ"ש הוא שהטעם משום דאינה שותה מדרבנן ולכן צריך ליתן כתובה משמע דס"ל דמדרבנן אינה שותה ומיירי אחר רינוי וסתירה שבשני עדים ולא ידעתי מנ"ל דהך דרשה דדריש בפ"ק (דף ו) ולא שישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה הוא מדרבנן. ועוד אפי' יהי' מדרבנן למה תטול כתובה והרי אפילו בעדי כיעור שמותרת לו ס"ל להרמב"ם דמפסדת כתובתה ותו דמי גרע מעוברת על דת אחר התראה שמפסדת הכתובה אי מיירי אחר קו"ס בשני עדים. וגם תירוצו של הכ"מ דמפרש לה בסתירה פ"י מ"א קשה לי ממה נפשך אי מהימן לי' כב' תרי אפילו אין נושאות ונותנות בה נמי אסורה ליה כמ"ש רב ז"ל בדין ט' ואי לא מהימן ליה ע"א כמאן דליתיה ואי משום רננה לחוד ס"ל דיוציא ויתן כתובה למה אמר וכן אם שמע העם מרננין אחריה אחר הקינוי והסתירה. ועוד דהא לשיטת הרמב"ם אין מוציאין מן הבעל בעדי כיעור אפילו אם קלא דל"פ א"כ ברננה בלא סתירה לא מפקינן לה ולמה אמר אסור לקיימה ובפ"ב מסוטה אמר אם הוציאה יג). והנלענ"ד בישוב דברי הרמב"ם ע"פ מה דאיתא בש"ס גבי קלא באיכא אויבים אין בקול ממש דאמרינן אויבים אפקוה לקלא וא"כ אם היה הדין שיוציאה בלא כתובה לא היה בקול ממש דאפשר שהבעל עצמו הוציא הקול כדי שיפטרנה בלא כתובה ומאחר שהיא צווחת ואומרת טהורה אני ורוצה לשתות אם היה יכול לפוטרה בלא כתובה אפשר לתלות הקול בבעל עצמו ובפרט שכבר קינא לה ומשמע דזהו שנאה שבינו לבינה אבל כשיוציא ויתן כתובה לא תלינן הקול בו דודאי ניחא ליה יותר שתשתה ואם נטמאה תפסיד הכתובה ולכן

אין יכול להשקותה ג"כ מאחר שהדין שיתן הכתובה אין לתלות הקול בבעל ולכן אינה שותה וא"ש:

עכ"פ מכאן ראיה מבוררת שבשביל הקול לא תפסיד הכתובה דודאי כשנושאין ונותנין בה מוזרות בלבנה הוה קלא דלא פסיק וכ"כ בתשובת רמ"א (סימן יב) בפשיטות ואפ"ה אינה מפסדת הכתובה ואף שהוא אחר הסתירה והקינוי ואפילו שלא יהיה עדים ברורים וזהו דלא כהב"ח שסובר דקלא דלא פסיק הוה כמו עדי כיעור ותצא אף מן הבעל בלא כתובה. וגם קשה להפסיד לה הכתובה היכא שא"צ להוציא ע"פ הדין שהרי אפילו במקום שאמרו יוציא וכופין להוציא מ"מ צריך ליתן כתובה כגון שאמר איני משקה או שבא עליה בדרך אף דגרע מעוברת על דת בהתראה כיון שהוא אחר קינוי וסתירה וע"כ צ"ל דאינו אלא קנס וא"כ כ"ש בעדי כיעור בלא התראה ואחר שלא מצינו בש"ס קנס זה מנ"ל להפסידה כתובתה:

הגם שראיתי בנימוקי יוסף בשם הריטב"א שכתב ג"כ בעדי כיעור אם רצה להוציא מוציאה בלא כתובה ואינה צריכה התראה נראה שנמשך אחר דברי הרמב"ם ומה שמביא בשם הירושלמי פ' המדיר עיינתי בירושלמי וראיתי דאדרבה מוכח איפכא וז"ל הירושלמי בתחילה מביא כמה ענינים שאמר כעור הדבר תצא ולשנאת האריכות לא העתקתים ואית' התם בעיין קמוי אפילו ראו אותו נותן פיו על פי שלה אמר כזה באה מעשה באחד שראו נותן פיו על פי שלה אתא עובדא קומוי דרבי יוסי אמר תיפוק בלא פרן והוו קריבי' עררין ואמרין אין שוטה היא תיפוק בלא פרן ואין לית שוטה היא תיסב פרן שלים אמר לון ר' מנא אייתן פרנה נקריני' אייתין פרנה ואשכחון כתוב בגווה אין הדא פלנית תסבי להדין פלוני בעלה ולא תצבי בשיפותי' תהוי נסבה פלגת פרן אמר ר' אבין מכיון שקיבלה עלי' שיתן את פיו על פי' שלא (כן הוא בירושלמי וצ"ל שלה) כמאן דשנאת ולית לה אלא פלגת פרן עכ"ל הירושלמי ובפירוש קרבן עדה ביקש לפרש אין שוטה היא היינו שהיא שוטה ואינה בת דעת והיפך הגירסא וגם נמשך אחר מ"ש כיון שקיבלה עליו לתת פיו לתוך פי' שלה שלא כמאן דשנאת שלא כמאן דשנא אותה ואין לפירושו שום ידים דממה נפשך אם שוטה היא גם זאת בלא דעת עשתה וכי היה התנאי כתובה על זה וגם מ"ש שלא כמאן דשנא אותה אינו נראה כלל. וגם תמה על הרשב"א בתשובה (סימן רל"ד) שכתב דמן הירושלמי משמע דפיו על פי' אינה סוטה ותמה עליו דמפורש בהיפך וגרם לו כל זה לפי שטעה בפירוש הירושלמי ואזיל בתר איפכא וכבר כתבתי בגליון פירוש הירושלמי אי שוטה היא ר"ל סוטה וכלשון המקרא כי תשטה אשתו וזאת כוונת אמרו ממ"נ אם סוטה היא שנאסרה ע"י זה תיפוק בלא פרן ואם לית

סוטה היא היינו שאינה אסורה עליו בשביל כך תיסב פרן שלים ואמר ר' מנא שהדין עמהם רק לפי שכתוב בכתובה אין הדא פלונית כו' ולא תצבי בשיפותי' נ"ל שהוא לשון שופי והיינו שלא תרצה לשבת עמו בהשקט תיסב פלגא פרן וכיון שנתן פיו על פי' שלה כצ"ל וכדאמר מעיקרא נתן פיו על פי' שלה וגם בזו טעה המחבר קרבן ערה כמאן דשנאת ולית לה אלא פלגא. ובזה מבוארים דברי הרשב"א דאינה סוטה ראם סוטה היא ונאסרה עליו לא היתה נוטלת כלום. ולפי שהיה לפני המחבר קרבן עדה שוטה בשי"ן נדמה לו שהוא שי"ן ימנית ואמר על שמאל שהוא ימין ולזאת נדמה לו על ימין שהוא שמאל כי דברי הרשב"א מבוארים ומבוררים. עכ"פ מבורר מן הירושלמי שאינה מפסדת כתובה אם לא שהיא סוטה ותמי' גדולה על הנימוקי יוסף בשם הריטב"א שכתב שכן הוא בירושלמי שהרי מבואר שמסקנת הירושלמי אינה כן דאדרבה כשאינה נאסרה תיטול כתובתה משלם וכבר עלה בדעתי שהרמב"ם (בפכ"ד) נתן טעם שלא תיקנו כתובה כי אם לבנות ישראל הכשירות אפשר דלא קאי רק על עיקר כתובה שהיא תקנת חכמים משא"כ מה שהכניסה אינה מפסדת אם לא שאסורה עליו אבל מדכייל לה הרמב"ם עם עוברת על דת וכתב שזו אינה צריכה התראה משמע שיש לה דין עוברת על דת ובעוברת על דת ביאר הרב (בדין יו"ד) שאין לה עיקר ולא תוספת ואינה נועלת רק הבעין מנדוניתה ע"ש וגם כתב שם היוצאת משום שם רע משמע לדבריו דמיירי בעדי כיעור ולכן צ"ע כיון שבררנו מן הש"ס והירושלמי שאינה מפסדת כתובה רק כשנאסרה עליו ע"י מעשי':

וא"כ נכון פסק הש"ע כשאמרו תצא בלא כתובה משמע דוקא כשהיא אסורה עליו. ונלענ"ד ראיה דעוברת על דת אחר התראה גריעא מאשה שיש עליה עדי כיעור וקלא דלא פסיק דהא כבר הוכחנו שיטת כל הפוסקים דאין מוציאין מן הבעל בעדי כיעור לחוד ולכ"ע אם יש לה בנים אפילו בהדי קלא דלא פסיק אין מוציאין חוץ ממהר"ם לפי פירושו בשאלתות. והנה בסוטה פ' ארוסה מבעי' לן אם עוברת על דת משה אם רצה לקיימה מקיימה או לא ולא אפשטא ואמאי לא פשטינן ליה מעדי כיעור וקלא דלא פסיק דלא תצא מן הבעל לשיטת הרמב"ם גופיה אלא ע"כ דעדי כיעור אפילו עם קלא דלא פסיק פשיטא לן טפי דשרי לקיימה מעוברת על דת אחר התראה א"כ ממילא שאין ללמוד שתפסיד כתובה בעדי כיעור בלא התראה מעוברת על דת אחר התראה דבע"כ עוברת על דת חמירא טפי והטעם כמ"ש לעיל באריכות דמדינא לא מפסדא הכתובה כשמותרת עליו רק מטעם קנס ובלא התראה לא קנסוה ועיין באה"ע (סי' קמ"ו בחמ"ח סקי"ח) וב"ש שם הביאו ג"כ דברי הרמב"ם שזאת שעשתה דבר מכוער תצא בלא כתובה

שהכתובה תקנת חכמים היא ואולי לא הביאו אלא לענין מנה מאתים שהם תקנת חכמים אבל נדונייתא לא תפסיד אלא שכבר כתבתי דמדברי הרמב"ם משמע דמפסדת גם נדונייתא או אפשר דלא ס"ל כדברי הרמב"ם כי אם אחר ההתראה דדמי לעוברת על דת עכ"פ. אבל בלא התראה לא מפסידא כתובתה מאחר שכבר כתבתי שאין המפרשים מפרשין יוצאת משום ש"ר כדברי הרמב"ם בעדי כיעור וגם לשון יוצאת משמע היכא שאסור לקיימה בשביל השם רע ולא כשהוא רשות. וכבר כתבתי דגם מדברי התוס' בסוטה משמע דלא מפסדא כתובה כשאינה אסורה עליו כיון דטוענת ברי ואיכא חזקה דגופא ואפשר מדסתמו הב"ש וחמ"ח ולא הביאו מ"ש הרמב"ם דא"ל התראה משמע כמ"ש ועי' בב"ש (סקכ"א) דנדוניא אינה מפסדת אע"פ שאינה בעין וגם תוספת שליש הוה כנדוניא ואף שאינה בעין צ"ל דדבר הבא מכחה הוה כמו בעין:

והנה לדינא הגם שלענ"ד העיקר שלא הפסידה כתובה כשהיא מותרת עליו וגם בסימן (קט"ו) השמיט הש"ע דברי הרמב"ם במ"ש שא"צ התראה בדבר מכוער מ"מ לא מלאני לבי לעבור על דברי הרמב"ם להוציא מן הבעל מאחר שהרמב"ם וסמ"ג וגם הריטב"א סבורים שמפסדת הכתובה אם רוצה להוציא אך הנדוניא ותוספת שליש אף שדברי הב"ש עדיין יש לדון בהם היכא שאמרו שהפסידה כתובה ותנאי' ואינה נוטלת רק בלאות קיימים מ"מ בכה"ג נראה שאינה מפסדת הנדוניא כשאינה אסורה עליו וצריך ליתן לה הנדוניא ותוספת שליש:

ואחר שבררנו ת"ל מה שיש לדבר בזה הענין נוסיף ידינו לברר בענין קבלת העדות שלא בפניו וגם שלא בפני':

הנה בש"ע (סימן יא בסעיף ד בהגה"ה) ואין לקבל העדות שלא בפניה ושלא בפני בעלה ע"כ והוא מתשובת הרא"ש (כלל מו). והנה בדיני ממונות קיי"ל דאם אין הבע"ד מצוי בעיר מקבלין שלא בפניו דהרמ"א כתב אבל אם לא הודיעו לו לא ומדברי הרשב"א בתשובה בב"י משמע כל שאינו בעיר מקבלין ובנ"ד לא היה הבעל בעיר וא"כ אין נגרע כח העדות מפני שנתקבל שלא בפני הבעל אלא דרמ"א בתשובה (סימן יב) כתב כיון דדמי לדיני נפשות ושם פשיטא דלא מהני עדות שלא בפני בע"ד אפילו בדיעבד:

וראיתי להגאון בס' נודע ביהודה (בסימן עב) דייק מדברי רבינו בעל ב"י בב"ה (סימן קח) שדייק מלשון הרמב"ם (בפ"ג) מעדות שכתב גם בדיני ממונות אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד משמע דגם בדיעבד פסול דומיא דדיני נפשות וא"כ כשם שבדיני נפשות לא מהני הה"ד בדיני ממונות וא"כ גם לענין שלחו לו ולא בא וכדומה דמהני בדיני ממונות הה"ד בדיני נפשות ואין דבריו מוכרחים דכיון דכתב הרמב"ם הך דינא דשלחו לו אח"כ

א"כ י"ל דלא משמע ליה להשוותן אלא לעיקר הדין שגם בדיני ממונות בדיעבד פסול כמו בדיני נפשות אבל במה שפרט אח"כ אם היה בע"ד חולה או שלחו לו ולא בא אינו מוכרח שישוה אותם הרמב"ם ואם באנו לדייק מדלא מפליג הרמב"ם בהא בין דיני ממונות לדיני נפשות נידון כן ממתני' דריש פ' אחד דיני ממונות דלא מפלגינן בינייהו בהך מילתא וחשיב כל החילוקים ואמאי לא חשיב נמי הא דבממונות כשר בשלחו לו ולא בא ובדיני נפשות בעינן בפניו דוקא אלא דמצינו בפ"ק דמכות (דף ו) דעדות מיוחדת כשירה בדיני ממינות ופסלה לדיני נפשות אע"ג דלא חשיב האי חילוקא במתני' ואולי תנא ושייר וצ"ע:

וראיתי בתשובת רמ"א (סימן יב) שעיקר תמיכת יסודותם של הגאונים בפסק ההוא על הך דסנהדרין עובדא דינאי מלכא מדלא ביקשו לגבו' עדות ינאי שלא בפניו אף שבודאי היה אלם וקטל לכולהו רבנן ש"מ דבדיעבד נמי פסול. והגאון בס' נודע ביהודה דחק לדחות מאן יימר שינקום בזה שהרי סופו הוכיח שלא נקם בזה רק הם נענשו בשביל שהחניפוהו. ובתשובת הרשב"א שהביא ב"י (סימן ק"ן כתוב על ענין זה שביקש לומר דבפני שלית מקבלין והוקשה לו אמאי לא קיבלו עדות בפני שליח ותירץ שם לחלק בין היכא דאפשר. ועוד תירץ משום כבוד ב"ד. ולפענ"ד נראה שאין צריך לדחוק כלל דאכתי קשה אמאי עקרו הדין שמלך אין דנין אותו בשביל הך מעשה של ינאי מלכא שהחניפו לו ובא להם עונש אם איתא דסגי לקבל שלא בפניו לא היה להם לעקור דין שלא נדון את המלך וה"ל לדונו ולקבל עדות שלא בפניו אם הוא כשר ויהיה הדין כן במלך לקבל עדותו שלא בפניו. אך נראה כיון דעיקר הטעם מפני שצריך להיות בע"ד בעמידה בשעת קבלת עדות וטעמא דקבלת עדות כגמר דין הוא כמ"ש בפ' כ"ג (דף יט:) א"כ בשעת גמר דין פשיטא שצריך להיות בע"ד בעמידה וא"כ אפילו יוכלו לקבל העדות שלא בפניו מ"מ לא פלטינן מן המכשול שיש לחוש בשעת גמר דין דהא משמע בפ' שור שנגח (דף מה) דפליגי אם גומרין דינו של שור שלא בפניו ואפילו מאן דפליג התם היינו משום דשור לאו בר טענתא הוא וא"כ בהכרח לא היה אפשר לגמור דינו אם לאו בפני ינאי ובהא ודאי בדיני נפשות צריך להיות בפניו וכמו שפירש"י שם דכתיב עד עמדו לפני העדה למשפט. וא"כ אכתי לא פלטי מחשש שכשיגמרו דינו מחוייב להיות בעמידה וא"כ חזר המכשול למקומו ובזה א"צ ג"כ לדברי הרשב"א שהיו להם לקבל ע"י שלית דאפשר לענין גמר דין לא מהני שליח שיוגמר הדין בפניו דטעמא שיכול לטעון דבע"ד בעצמו יודע יותר להפך בזכות עצמו דהרשב"א כתב הטעם שיכול גם אח"כ לפסול העדים ואפשר בגמר דין לא שייך האי טעמא. ומעתה נראה דמה שאמרו דבע"ד

אלים מקבלין שלא בפניו היינו מפני שהעדים יראים ממנו אבל לא הב"ד לגמור הדין אבל בינאי שהיו הב"ד יראים ממנו לא היה שום תועלת בקבלת עדים שלא בפניו דסוף סוף בשעת גמר דין יקצוף אם יצוו עליו שיעמוד כדת ובקבלת עדות נבחן אם יקפיד על כך גם דינו לא יוכל לגמור מאחר שצריך להיות בעמידה והדברים ברורים ואין מקום לראי' זו:

וא"כ אפשר דגם בדיני נפשות יכולין לקבל עדים שלא בפני בע"ד אם הוא בענין דמהני בדיני ממונות וכמ"ש ברשב"א שהביאו הב"י (סימן שפ"ח). ובאמת דעת שפתי הרשב"א שמובא בסימן שפ"ח שהביאו הגאון נודע ביהודה ברור מללו שגם בדיני נפשות אפשר לקבל שלא בפני בע"ד אלא שאפשר לא כתב כן רק לסניף בעלמא ולא בדרך בירור ועיין שם:

וראיתי שבתשובה הנ"ל [בסוף סתירת היתר ד' ד"ה ונ"ל] ביקש להביא ראיה מהך דסנהדרין (דף מא) דאמר ר' חנן עדי נערה מאורסה שהוזמו אין נהרגין שיכולין לומר לאסר' על בעלה באנו ופריך אלא אשה חבירה דמיקטלא היכא משכחת לה הא י"ל לאוסרה על בעלה באנו. וקשה הא משכחת לה שהעידו שלא בפני הבעל ואינה נאסרה עליו ומזה הוכיח דלענין איסורא א"צ בפניו. וגם מזה מוכח דבממון צריך בפניו דאל"כ איך אמר שאין נהרגין שיכולין לומר לאסרה כו' ה"ל להעיד שלא בפני האשה אלא ודאי באשה שיש בה דין ממון צריך בפניו דוקא ועיין בספרי המודפס (בסימן י') דהקושיא היא ממוציא שם רע שהבעל הוא המביא העדים וא"כ י"ל מאחר שהוא מחזר על העדים שיעידו לו והוא מביאם א"כ ממילא הוה בפניו ובלא"ה עיקר ראייתו לא הבנתי דהא הפוסקים דס"ל דבעינן בפני הבעל היינו משום שהוא נקרא בעל דין ולכן לא מהני שלא בפניו א"כ ממילא מאחר שבעדות שזינתה נאסרת על בעלה אין לקבל העדות שלא בפני בעלה דהא אם נחליט עדותן ונחייבה מיתה איך יעלה על הדעת שתהי' מותרת לבעלה וא"כ אדרבה דוק מזה שלא מהני עדות שלא בפני הבעל וא"כ אין דין לקבל שלא בפני הבעל מאחר שנאסרה עליו בעדות זה וזהו ברור:

ועוד שאם נחשוב הבעל לבעל דין מפני שנאסרה עליו א"כ כ"ש בהא גופה שנחייבה מיתה בזמן סנהדרין ויאבד את אשתו לגמרי פשיטא דכ"ש דמשום הא גופא בעינן בפניו דמה לי שנאסרה עליו מכח איסור או שנדון אותה להריגה ואוי לו על אשתו. ואפשר לפום הך סברא אפילו חיללה השבת כשנדון אותה להריגה צריך ג"כ לקבל העדות בפני בעלה מאחר שמוציאין אותה ממנו במיתה שמתחייבת:

ומ"ש בנ"ב בשם המאירי דבדבר איסור מקבלין שלא בפני בע"ד שזכות הוא לו להפרישו מן האיסור וכ"כ בשם הרדב"ז אפשר היינו באיסורין בעלמא שאין בהם דין עדות אבל לא בדבר ערוה שצריך עדות וגם לא הבנתי אם קאי על זכות של בעל דבר אטו בממון אינו זכות לו שנוציא גזילה מתחת ידו ומקרי צדקה לזה כדאיתא בסנהדרין [ו' ע"ב] צדקה לזה שהוציא גזלה מתחת ידו. אלא צ"ל דדוקא באיסור שי"ל שמסתמא רוצה שיבורר האיסור גם שלא בפניו אבל בממון מאחר שעכשיו צווח שאינו חייב וכדומה שאינו רוצה להוציא ממון מתחת ידו צריך בפניו כי אולי יכחיש העדים או יזימם א"כ בדברים שבינו לבינה אפשר ג"כ דלא ניחא ליה שיעידו שלא בפניו ולא ניחא לי' להוציא דיבה על אשתו שלא בפניו ואינו דומה לאיסורין שאין צריכין עדות ברורה רק גילוי מילתא. וכמו כן באשתו אם חפץ לגרשה בלאו הכי יוכל לגרשה ואולי לא ניחא לי' רק שידע ע"פ בירור גמור ולמשמע אזניו יוכיח סוף דבר הדבר מעויין ומוכרע אם נימא דקבלת עדות בפני בעל דין מן התורה הוא י"ל דלא מהני שלא בפני בע"ד אפילו במקום דמועיל בממון מ"מ י"ל דבאיסורא אינו מועיל או אפשר דמהני בכל דוכתי אף באיסור:

והדבר צריך תלמוד ואף שהב"י כתב בח"מ (סימן כח) דקבלת עדות בפני בע"ד דרבנן אינו מוכרח דפשטא דמילתא אי אפילו דיעבד פסול משמע דהוה דאורייתא למאי דפסק בח"מ שם דחוזרין ומגידין ואי מדאורייתא הוה עדות היאך חוזרין ומגידין הא משוו נפשייהו רשעים במה שאמרו דמעיקרא הגידו שקר ומן התורה עדות מעלי' הוא והעידו בשקר ואף די"ל כיון שכבר פסלוהו רבנן לא מקרי עד שקר הא בכה"ג אמרינן בריש שבועת העדות דאיכא מ"ד דהא דתנן במתני' ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד איכא מ"ד לאפוקי מלך ואיכא מ"ד לאפוקי משחק בקוביא ואידך ס"ל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי משמע די"ל אף שאין עדותו מועיל כלום מאחר שפסלוהו חכמים מ"מ מקרי ראוי להעיד וא"כ כ"ש אם שלא בפניו הוה מהני מן הקורה דאם העיד בשקר אף שלא בפניו שהוא רשע ואפילו מאן דפליג התם היינו משום דסוף סוף אין לו תועלת בעדותו ודמי לכפירת דברים אבל כאן אי שלא בפניו הוה עדות איך חוזר ומגיד ומעיד על עצמו שבתחילה שקר העיד אלא ודאי מן התורה אין עדותן עדות וא"כ י"ל הך דשלחו לו ולא בא אינו אלא תקנת חכמים ובעדות איסור אשה לבעלה י"ל אפילו דיעבד לא מהני:

אלא שאני תמה דאכתי מנ"ל שצריך עדות בפני' ובפני בעלה די"ל דסגי כשיקבלו עדות בפני' שהיא עיקר הבע"ד וממילא נאסרת על בעלה כמו שנאסרת על כל הכהנים ולבועל אף שלא נגבה העדות דלא אמרו אין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד משמע דלא אזלינן רק בתר מי שהוא עיקר הבעל דין וכמו כן שמקבלין עדות לפסול עד בגזלנותא או

בהזמה אף שנפסלין כל השטרות שחתם אחר שעשה אותו מעשה א"צ לקבל העדות בפני בעלי השטרות דלא תלי' אלא בעיקר הבע"ד. והכי משמע ליה בפרק ארוסה ואלו שב"ד מקנין להם מי שנתחרש בעלה או נשתטה או חבוש בבית אסורין ולא להשקותה אמרו אלא לפוסלה מכתובתה ר' יוסי אומר אף להשקותה לכשיצא בעלה מבית אסורין ישקנה משמע דמ"מ נאסרה עליו. ודוחק לומר שחוזרין ומקבלין העדות בפני הבעל דפשטא דמילתא לא משמע הכי וגם ר' יוסי אומר כשיצא בעלה משקנה משמע שדי במה שקיבלו העדות מעיקרא אף שלא בפניו וכן מפורש ברמב"ם (פ"א מסוטה דין י') ואלו שב"ד מקנין להם מי שנתחרש בעלה או שהי' במדינה אחרת כו' באו עדים כו' אוסרין אותה על בעלה לעולם כו' וכשיבא בעלה כו' נותן לה גט כו' ע"כ משמע בהדיא דנאסרת שלא בפני בעלה ג"כ. ודוחק לומר דמאחר שהב"ד מקנין להם הוי הב"ד בע"ד דזהו דוחק דניהו דרבי רחמנא שיועיל קינוי הב"ד לאוסרה על בעלה מ"מ אין לב"ד ענין באיסור האשה לבעלה ולמה לא נבעי בפני הבעל לקבל העדות בפניו כמו בכל דוכתי אלא נראה דא"צ כלל לקבל העדות בפני הבעל מאחר שעיקר הדין עלי' ואם מקבלין עדות בפני' שזינתה נאסרה ממילא לבעל ולבועל ולכל כהנים משום זונה:

ועוד מצינו במתני' דנדה (דף מד) בת שלש שנים ויום א' וחייבין עלי' משום אשת איש כו' בא עלי' אחד מכל הפריישׁ מומתין על ידה והיא פטורה משמע דנהרג על ידה מיד רם בהיותה קטנה ותמה על עצמך איך נקבל עדות עליה שזינתה ה בקטן ודאי הוה שלא בפניו כדאיתא בגמרא בב"ק (דף קיב) יבח"ה (סימן קח סעיף ג) ול"ל דאין מקבלין אלא כשנתגדל דהא בהדיא מוכח בפ' בן סורר (דף סט) דנהרג על ידה אף שהיא עדיין קטנה מדפריך שמא תמצא איילונית ודחק לשנוי' בקיבלה עלי' ולא מבעיא לשיטת הרמב"ם דס"ל דגם קטנה שזינתה אסורה לבעלה קשה איך מקבלין העדות שלא בפניו ואפילו להחולקים על הרמב"ם מ"מ מתני' סתמא קתני אפילו באשת כהן דבודאי אסורה ואפ"ה משמע דנהרג על ידה וגם עכ"פ נעשית זונה ואין לך חוב גדול מזה שתעשה זונה ותפסול מן הכהונה ואסורה בתרומה ובודאי כיון דנהרג על ידה פשיטא דנאסרת לבעלה ונעשית זונה ע"י עדות זה שמעידין בקטנותה דכיון דהבועל מומת על ידה איך נאמר שהיא תהא מותרת לכהן שאם כן נאמר על כרחך שדברי העדים מבודים שאם כן הוא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

ומזה נראה דלא קפדינן אלא לקבל העדות בפני בעל דין שהוא נידון בדבר הזה ומה שנמשך מזה חובה לאחרים שאינם בפנינו לא איכפת לן בהא דזהו הנמשך ממילא וא"כ נראה דסגי כשיקבלו העדות בפניה. וכן משמע מהך דנהרג על קדושי קטנה ואיך נקבל

עדי קדושין הא בקטן מקרי שלא בפניו ואיך אפשר לקבל עדי לאוסרה לכל עולם ואפילו יש לה אב וזכי לי' רחמנא לקדשה מ"מ מנ"ל שנוכל לקבל העדות שלא בפני' דילמא בעינן שיקבל העדות כשהיא גדולה בפני' ואהני ליה קדושי קטנות שמתקדשת ע"י אבי' אלא ודאי כיון שדנק על הנואף סגי לקבל גם מדי קדושין בפני הנידון וצ"ע:

ולפ"ז אפשר גם בענין אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אם יורש א' גדול שפיר יכולין לקבל העדית וממילא יגבה גם מחלק הקטן וצ"ע לדינא:

ח ואחרי אשר עזרנו ד' לבאר עד כה הספיקות הנופלים בענין הלזה נשיב ידינו לבאר עוד אם נימא דבעי דרישה וחקירה לאשור אשה לבעלה אם אמרו א"י בחקירות אם יהיה עדותן בטילה. ויען ראיתי להגאון אחרון מהר"ר יחזקאל ז"ל בספר נודע ביהודה בתשובה הנ"ל ביקש לידון בדבר החדש והוא כיון דבריש היו בודקין איתא מה בין מקירות לבדיקות בחקירות אם א' אומר איני יודע עדותן בטילה משא"כ בבדיקות ומפרש הטעם דהוה עדות שאי אתה יכול להזימה ובתוס' ריש מכות הקשו איך אמרינן בבן גרושה שאין העדים נעשין ב"ג וב"ח א"כ הוה עדות שאאי"ל ותירצו תירוץ א' במלקות מתקיים כאשר זמם ועוד תירצו דבעדות בן גרושה לא חיישינן כלל באתה יכול להזימה דמהיכא נפקא לן עדות שאי"ל מכאשר זמם והא מוכח בגמרא דכאשר זמם לא נכתב כלל אעדות ב"ג ולא קאי עליה בשום צד שבעולם אבל התם בנערה המאורסה דאם התרו בה מקטלי אינהו שפיר קאי כאשר זמם עלי'. ולפי תירוץ זה יצא לו להרב ז"ל דגם בעדות איסור אשה לבעלה דלא שייך כאשר זמם שאין העדים נאסרים על נשותיהן א"כ אין חילוק בין חקירות לבדיקות ואפילו אינו יודע בחקירות אינו מזיק כיון דלא שייך כאשר זמם. ולפי דרכו החזיק במעוז תירוץ זה ודחה תירוץ ראשון והוכיח כן מדברי ר"ת בריש מכות ע"ב שרש"י פירש הסוקל אינו נסקל דהרגו אין נהרגין והתוס' הקשו עליו וכתבו וקשה טובא דה"ל למימר הרגו אין נהרגין ועוד קשה שאני הכא דגלי קרא בהדיא דהבא לסקול בההוא קרא גופיה כו' ועוד קשה דהוה ליה לתרץ דא"כ ביטלת תורת עדים זוממין לגמרי ולא משכחת לה כאשר זמם אבל לעיל לא ביטל תורת עדים זוממין לגמרי ומפרש ר"ת הסוקל אדם שסיקל את חברו באבנים ומת דנידון בסייף כו' והשתא לא ביטלת לגמרי דאיכא לאוקמה בשאר מיתות והוקש' להגאון הנ"ל איך אפשר לומר דאין תורת עדים זוממין רק בסייף אם באו להרוג בסייף א"כ איך משכחת לאחיו ולא לאחותו בזוממי בת כהן שאין נידונין בשריפה הא גם אשריפה איכא ק"ו השורף אינו נשרף וע"כ ממעטינן שאין חייבין שום מיתה על עדות בת כהן וא"כ היא היאך מקטלא וכאן לא שייך הזמה במלקות דכתיב נפש בנפש אלא ודאי הך שינוי' עיקר דלא קאי עלי' כאשר זמם וא"כ

ראוי להזמה וא"כ אף דאינהו לא מקטל היא נהרגת. ואני אומר לא כן אבי כי לפענ"ד לא זו הדרך בכוונת התוספות ולזאת אמרתי להרחיב הדיבור קצת כי בודאי דבר רחוק הוא שהתוס' יסתמו כתירוץ שני מבלי זכר דאינו מספיק לפי תירוץ הראשון אלא שהגאון הנ"ל הי' דעתו יפה להכריע מסברא דנפשי' כתירוץ זה לפי היקש שכלו והקושי אשר נמצא לפי דעתו לתירוץ הראשון ע"כ אמרתי לבאר דברי התוס' שבאמת צריכים ביאור טובא כי בודאי מה שהקשו התוס' לפרש"י מאי פריך שאני הכא דגלי קרא הוא משולל הבנה שהרי כל קל וחומר נפרך בדרך זה שאנו באין ללמוד חומרא מדבר שיש בו חומרא זו וקל מזה בצד אחר ובאין ללמוד שחומרא זו שיש בלמד תגרום חומרא אחרת שנמצא במלמד שקל ממנו בצד אחר וע"ז יש תוכיח דבר אחר שנמצא בו חומרא זו שבלמד ומ"מ אין בו החומרא שיש במלמז וא"כ בודאי קשיא ראשונה שעל רש"י אינו קשה כ"כ דנקט הך לישנא דנקט ק"ו ממחלל וקושי' השני' לכאורה אין לה מקום שהרי זה שבא לדון מה אם המחלל אינו מתחלל הבא לחלל אינו דין שאינו מתחלל א"כ ע"כ תאמר שהבא לחלל קל מן המחלל ועל זה אמר ביטלת תורת זוממין דהא חזינן דהבא לסקול חמור מן הסוקל ואף שהוא גזירת הכתוב מ"מ חזינן דהבא לסקול חמור מן הסוקל כמו כן י"ל שהבא לחלל חמור מן המחלל. והנה להקל על המעיין נבאר קושי' זו ואח"כ נבאר האחרת בס"ד כי כונת הקושיא הוא כך דודאי בעלמא שפיר מהך מילתא דע"כ חומרא האחרת אינה גורמת חומרא זו שאנו רוצין ללומדה בלמד מאחר שנמצא דבר חמור מזה שאין בו חומרא זו שאנו רוצין ללומדה אבל בעדים זוממין שהדין הרגו אין נהרגין אי אפשר לומר שיהי' טעמו בשביל שההורג אינו חמור כבא להרוג דזו דבר שאינו עולה על הדעת כלל דפשיטא דההורג חמור מן הבא להרוג ולא הרג ולכן אמרו הרגו אין נהרגין משום אין עונשין מן הדין ולא נעתיק עצמינו ליתן טעם לדבר שאין הכרת בענין זה לבארו וע"כ כן רצון התורה שיענשו על דבר קל ולא על דבר חמור ממנו וע"כ יש דברים בגו מטעם נסתר יהי' מה שיהי' אבל בשביל שראינו פעם א' בתורה שהחמירה התורה בדבר קל והקילה בחמור ממנו לא נדון כן בכל משפטי התורה שיהיו כולם נגד השכל הפשוט אבל פשוט בכל דוכתי מסברא דנפשי' מחמירינן בחמור ומקילין בקילתא וזה דבר פשוט וברור. ועפ"ז קושית התוס' ברורה על פרש"י מאתר שעכ"פ המחלל חמור מן הבא לחלל והיא דבר ברור לפי היקש השכל א"כ לא שייך למיפרך מאחר שמצינו שהתורה החמירה בקילתא והקילה בחמירתא גם אנחנו נשפוט כן משכלינו דהא ליתא דאין בידינו לשפוט כן משקול דעתינו רק היכא שמפורש כן בהכרת צריכין אנו לקבל ככל חוקות התורה שאין בהם טעם שכלי ואין ספק שהדברים ישרים ונכונים מצד עצמן

אלא שהוא נעלם בחוק שכלינו אבל מה שאנו נשפוט למראה עינינו והבנת שכלינו נדון כפי המסור בידינו לכל משפטי התורה להקל בקל ולהחמיר בחמור נמצא שאין פירכא זו סותרת הק"ו כלל דהיכא דגלי גלי וניהו דגילתה התורה כאשר זמם ולא כאשר עשה בענין העדים עצמם שהבא להרוג בעדותו תמור מן ההורג בעדותו א נאמר שהבא להרוג יהיה חמור מן ההורג עצמו בפועל ידיו והיא קושי' ראי' לרבותינו מבעלי התוס' וקושי' השלישית גם היא תתפרש מעין קושי' השני' ור"ל דודאי כיון דכבר גילתה התורה כאשר זמם ולא כאשר עשה ההכרח ליתן עונש על העדים שאם לא כן לא יתכן שום עדות מאחר דע"כ רצון התורה שלא יתקיים העדות כשלא תהא ראוי להזמה וא"כ אם נאמר שלא ינתן על העדים שום עונש לא נוכל לקבל שום עדות להרוג הנידון וא"כ איש את רעהו חיים בלעו ומאחר שעכ"פ ההכרח לבער הרע ע"פ העדים ורצון התורה שאין כת בעדותן כשלא יתכן בהם עונש ההזמה וע"כ ההכרח ליתן להם עונש על ההזמה מאחר שגזר השכל התוריי לעדות זה שלא תתקיים עדותן כשלא תהי' ראויה להזמה אבל בזה הפרטיית שהעידו על ב"ג וב"ח אם נאמר שאין נעשין כמוהו אנו אומרים שמ"מ עדותן מועלת או מטעם הראשון של התו' מתקיימת הזמה במלקות או דלא קאי על זה וא"כ שפיר יש לדרוש הק"ו שלא נעשה להם כאשר זממו ממש:

ועפ"ז נבאר תירוץ ר"ת כי בודאי לקושיא ראשונה ושני' הוא מרווח טובא שאנו באים לידון הק"ו שהמחלל חמור מן הבא לחלל וע"ז דחזינן דגם מן הבעל מעשה עצמו חמור הבא לסקול מן הסוקל עצמו וא"כ מצינו חידוש זה ממש בהזמה וא"כ לא תלמוד מזה קולא במקום אחר שיקל הבא לחלל מן המחלל שהוא הבעל מעשה בעצמו שהרי הזומם עצמו חמור ג"כ מן הבעל מעשה גופי' אף שבעצם הבעל מעשה חמור אלא שרצון התורה להחמיר יותר בבא לעשות אפילו מן הבעל דבר עצמו שעשה הדבר הרע א"כ ממילא שאין ללמוד שום קולא על העדים מכת זה מאחר שאנו רואין בחוש שהחמירה התורה בעדים הקלים יותר מן הבעל מעשה החמור. ולקושי' השלישית שבהכרח ליתן עונש על העדים כי רצון התורה שמבלעדי העונש לא תתקיים עדותן הנה בודאי אף שאין הזוממין מקדימין לאותה מיתה מ"מ כיון דעכ"פ נידונין במיתה מ"מ שפיר נוכל לדון הדין ובת כהן תוכות שהיא בשריפה וזוממי' בחנק נמצא שאין זה גירעון בעדות וע"ז כתבו התוס' שיתכן בהם הזמה לעשות להם כאשר זמם כמו בשאר חייבי מיתות שמקדימין לאותה מיתה ממש ואם באנו לדון מכח ק"ו עכ"פ אם העידו על א' שחייב סקילה או שריפה עכ"פ ידינו בהרג כמו הבא לסקול דנידון בסייף מאחר דראוי לעשות כאשר זמם רק שמקילין במיתתן מכת הק"ו עכ"פ עונש סייף עליהם וא"כ לא קשה לענין מאי ממעט

זוממי בת כהן דהתם אפילו מסייף ממעט להו ונידונין בחנק דקל מיני' ואין מקום לקושיא ואפילו יהי' מקום לקושי' דמדמיעט קרא זוממי בת כהן ש"מ בעלמא מקדמין לאותה מיתה שביקשו להרוג הנידון הנה מהא גופיה מיפרך הק"ו שע"כ גם הבא לסקול תמור מן הסוקל עצמו ומאחר שהיה אפשר להתורה ליתן משפט שלא יהיה הבא לסקול חמור מן הסוקל ובשביל שלא יקדימו לאותה מיתה לא יגרע דבר המשפט כמו שמצינו בבת כהן באמת ע"כ שרצון התורה להחמיר בעדים יותר מן הסוקל וא"כ יתכן שגם הבא לחלל תמור מן המחלל וא"כ אין שום ראיה מן התוס' כאשר עין המעיין תח"ה ולא קרב זה אל זה. ואחר שבררנו דברי התוס' אשר בזה לא מצאו אנשי חיל ידיהם אשובה נא ואראה המראה הגדולה אשר ראה יחזקאל הגאון בדברי התוספות בתירוץ השני שדעתו מאחר דלא קאי עלה כאשר זמם ולכן א"צ דרישה וחקירה רק לכתחילה אבל באמרו אין אנו יודעין גם בחקירות עדותן קיימת מאתר דלא קאי עלי' כאשר זמם, ולפענ"ד המחילה רבה מכת"ר אין כוונת התוס' כן דהא בלאו הכי צריך להבין למה עדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות היא כלל דניהו דכתיב כאשר זמם דילמא לאו לעיכובא הוא אלא דהתורה קמ"ל שיש עונש לעדים היכא דאפשר אבל היכא דלא אפשר מנ"ל לפסול עדותן בשביל כך. ועוד דבסנהדרין (דף מה:) משמע דלא פשיטא לן דבעינן לא כדכתיב ואיכא פלוגתא בהא ובהא דעדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות היא פשיטא לן בכל הש"ס. אלא נראה ברור דהא דבעינן יכול להזימה הוא מכלל חיזוק העדות עצמו דיותר יש לאמת דבריהם כשיראים מהזמה לאותן שאין יראים מהזמה וא"כ זה שאין ראויים להזמה עושה גריעותא בנאמנות העדים וכן מבואר בב"ק (דף עה) הני מילי היכא דלא ידעי באיזה מקום ובאיזה שפה דליכא לעדות כלל ופרש"י די"ל דלהכי עבדי דמסתפו דלא ליתו סהדי ולזמינהו עכ"ל מבואר מזה דטעם יכול להזימה הוא מפני שמכניסין עצמם בעונש ההזמה לכן יש לאמת דבריהם ביותר והנה בודאי אימת מיתה עליהם יותר מאימת המלקות ולכן כיון דכתיב ועשיתם כאשר זמם יש לומר שאין כח בעדותן לחייב הנידון אם לא שיהי' מדותן מאומת יותר מכח שגם הם לא ישקרו מאימת מות כהזמה וכן פרש"י בסנהדרין (דף מא) ד"ה לא שמה עדות הואיל ואי אפשר לקיים ודרשת וחקרת ודרשו השופטים והוא, תמוה למה לא פרש"י דבעינן כאשר זמם אלא הדבר ברור דלא קפדינן על דכתיב כאשר זמם רק משום דבעינן חקירה היטב שלא ישקרו וגם ההזמה מכלל הדברים ההכרחיים לאמת עדותן והוא דבר ברור ועל זה חילקו התוס' דבשלמא בעדי נערה מאורסה דקאי כאשר זמם עלה בדיני נפשות א"כ י"ל שאין הורגין אותה רק כשעדות חזקה ביתר שאת לאמת דבריהם שמכניסין עצמן באותו העונש שבאים

לחייב הנידון ואין לנו ראי' לחייב אותה הריגה כשהעדות אינו מבורר כל כך שאנו רואין שמקבלים עליהם ונכנסין בעונש הנידון כשיזומו מאחר שיתכן לקיים בהם כאשר זמם משא"כ בעדות בן גרושה שאי אפשר שיכנסו בשום פנים בעונש הנידון שאין נעשין בן גרושה כמוהו א"כ ע"כ בעדות כזה יש לה קיום אף שאין נכנסין בעונש הנידון מאחר שגילתה התורה שמחזיקין עדותן לאמת אף שלא יכנסו בעונש הנידון דאל"כ לא תמצא שום עדות לזה ולכן י"ל דזה שמעידין שב"ג וב"ח הוא סגי בי' אף שאין עונש הזמה כעונש הנידון אבל פשיטא שצריך שתהא אימת הזמה עליהם דאל"כ אין כח לחייב בעדותן שום דבר וזהו ברור ואמת נכון בדברי התוס':

ובזה יש לישב מה שהקשה הגאון חכם טינא מהא דפירשו התוס' בב"ק פ' החובל (דף פח) זוממי עבד לא יהרגו וגם הוא לא יהרג דאאי"ל וקשה לי' כתיב לאחיו וממעט עבד לא קאי כאשר זמם עליו כלל ולפ"ז יש ליישב דודאי כיון דמצינו שנהרגין ע"י עבד ולוקין וגולין על ידו הרי חזינן שיקרה נפש העבד להתחייב עליו מיתה וא"כ מסברא ג"כ שאין להמיתו רק בעדות חזקה שיכנסו בספק עונש הנידון כשיזומו שזהו חיזוק עדותן ול"ל, דע"כ לאחיו גלי קרא שאין צריך עדות חוקה א"כ תקשי מאי איריא דקמ"ל בבן גרושה בריש מכות שאין נעשין כמוהו דאינו רבותא כ"כ אמאי לא אשתמיט בשום דוכתא שאפילו בחיוב מיתה אין הזוממין כמוהו לר' יהודה וזהו עיקר קושית הש"ס דלא שמעינן בשום דוכתא חילוק בין עבד לבן תורין וא"כ ממילא שאין להמית העבד בעדות שאינה מוחזקת כ"כ כמו שצריך בדין בן חורין משא"כ בבן גרושה ולא מצינו בשום מקום שתהי' עדות זו חמורה כ"כ עד שלא נקבל ועד שיהי' ראויים לאותו עונש עצמו דוקא. ובאמת לדברי הגאון מהור"ר יחזקאל יש ליישב יותר בפשיטות דהקשי' על מתני' דסתמא קתני בדיני נפשות אם א אמר א"י עדותן בטילה וא"כ דין העבד ג"כ בכלל ואם אין מקיימין כאשר זמם תהא עדותן קיימת אבל לא דרכי דרכו בכונת התוס' ואמת שגם לדברי הרב לא ניחא ליה לפרש כן לפי שיטתו שסובר דבדיני ממונות לא בעינן יכול להזימה א"כ כיון דמתני' סתמא נקט א"י בחקירות עדותן בטילה וכיון דגם דיני ממונות בדרישה וחקירה א"כ גם דיני ממונות יהיה בכלל וזהו היפך דבריו. ומ"מ מ"ש נראה דבודאי בכל עדות בעינן ראוי להזמה מן התורה ולא תליא במאי שאין מקיימין כאשר זמם באותו עונש וכן משמע דהא לדברי הרב נב"י דס"ל היכא דלא קאי כאשר זמם ואין מקיימין א"צ יכול להזימה כלל וא"כ בבת כהן שהיא בשריפה וזוממי' בחנק וממעטינן הזוממין שאין מקדימין לאותה מיתה נימא נמי דלא בעינן יכול להזימה ג"כ א"כ קשה מאי פריך בפ' היו בודקין (דף מא) אשה חבירה דמיקטלא היכא משכחת לה

הא משכחת לה בבת כהן שאין ראוי לקיים כאשר זמם. ואפילו למ"ש בספרי המודפס (סוף סימן ש דקאי אמוציא שם רע ומוציא שם רע בסקילה וא"כ לרבנן דקיי"ל סקילה חמורה מקיימין שפיר כאשר זמם באותה מיתה שאין חילוק בארוסה בין בת כהן לבת ישראל מ"מ דילמא ס"ל כר' שמעון דשריפה חמורה. ועוד מאי פריך התם נשואה נמי נימא דמילתא דפסיקא נקט בארוסה לדידן דקיי"ל כרבנן א"כ אפילו בבת כהן מיירי משא"כ בנשואה בבת כהן היא נהרגת אף שאין ראוי להזמה מיהו זה אינו קושי' דהא ר"ח לא אמר רק על עדים המעידין מ"מ קשה מאי פריך איהי היאך מיקטלא הא י"ל דס"ל שריפה תמורה ולא צריך להיות ראוי להזמה כיון דאין מקיימין כאשר זמם ממש באותה מיתה נימא דלא בעינן ראוי להזמה. ואין לומר דלא ניחא ליה לאוקמה כר"ש דהא מוקי כר' יוסי בר יהודא אף דלית הלכתא כוותי'. גם קשה כיון דעכ"פ הך מתני' דא"י בחקירות עדותן בטילה בדיני נפשות מתני' וכן העתיקה הרמב"ם בסתם ולדברי [הרב נב"י לא קאי על בת כהן] וע"כ שלא הקפידה תורה אלא כשבא הריעותא מצד העדים או מצד הנידון ג"כ אין ללמוד שיועיל מדותן אבל כאן אין הריעותא לא בעדים ולא בנידונין רק שאין לב"ד ליתן עליהם עונש אשר זממו ובהא לא איכפת לן. וא"כ א"ש נמי גם בזמן הזה שלא שייך הזמה בשום אופן שאין לנו סמוכין מ"מ לא נפסול כל עדי גיטין וקדושין ועדות ממון לפי שיטת הש"ך לפי שאין ריעותא בעדות ולא בנידונין רק הריעותא מצד הב"ד ואין לנו לומר דבכה"ג לא יועיל שום עדות דחיובי התורה ע"פ עדים הם דוקא בעדות אלים שראוי לקיים ההזמה בפועל בעונש כאשר זמם ובזמן הזה שאי אפשר להענישן בפועל לא יקובל שום עדות דא"כ לא תמצא כל עדות שבאין מצד אישות דהא המקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין דיליף דבר דבר מממון וא"כ בזמן שאין אנו דנין על העדים ן הזמה יהא עדותן בטילה ולא משכחת לה שום קדושין בזמן הזה אלא ודאי לא הקפידה תורה רק בריעותא שמצד העדים או הנידונין אבל לא בריעותא שבא מצד הב"ד שאין עונשין בדין ההזמה וא"כ אז הזה י"ל דסגי בהא שנענשין בדין הזמה לפוסלן לעדות וא"כ ממילא גם בע"א אין חסרון בעדותו כי אם בשנים כ"א מעיד לבד וכדאיתא בש"ם סנהדרין (דף ל) אטו כי אתו תרוייהו בחד פומא מסהדי:

הכלל העולה מדברינו דבודאי בזו צדקו דברי הש"ך דמן התורה ודאי בעינן שיהי' יכול להזימה בכל מידי שצריך עדות וגם בממון ודרישה וחקירה והזמה הם ענין אחד דדו"ת מדין הזמה נגעו בה שהרי ע"כ בזו שאין צריכין דרישה וחקירה נכלל ג"כ הזמה לפי האמת דתיקנו רבנן שאין צריכין דרישה וחקירה לא בעינן יכול להזימה גם כן א"כ ע"כ

דיכול להזימה הוא בכח הדרישה והחקירה ובכל מידי דבעי דרישה וחקירה באומרים א"י בחקירות ערותן בטילה:

ט גם מ"ש הגאון בתחילת דבריו דאף בגזילות וחבלות דבעי דרישה וחקירה אין דינן כדיני נפשות ממש וכמ"ש הב"י בח"מ (סימן ל) בשם הריב"ש דאף דדין מרומה צריך דרישה וחקירה אין דינו כדיני נפשות לענין שאם אמר א"י שעדותן בטילה וא"כ גם בגזילות וחבלות אין דינן כדיני נפשות ממש לענין שאם אחד אומר א"י שעדותן בטילה ומ"ל דדין זה דוקא בדיני נפשות. ולבסוף דבריו מסיק הטעם דדרישה וחקירה ואאי"ל שני ענינים הם ודברי תימא הם דבריב"ש הוא בסימן (רס"ו) ושם מפורש בקנסות בעי דרישה וחקירה ממש והרגיש בעצמו בדוחק זה דלא נבעי ממש דרישה וחקירה כד"נ ומפרש בודאי עיקר דו"ח בקנסות כד"נ ממש אלא שמוסיף שיש מציאות דו"ח גם בהודאות והלואות בדין מרומה אבל לא כדיני קנסות ממש נמצא שגם הריב"ש מפרש דדרישה וחקירה העקרית שבמשנה הוא לגמרי כדיני נפשות גם לענין שאם אמר א"י עדותן בטילה ולכך הוצרך לדחוק דעיקרו לקנסות אתי ואף שהרב בנב"י לפי שיטתו שהמציא דבקנסות בעינן יכול להזימה א"כ יוכל לומר דהריב"ש דוקא בקנסות אמר דבעי דו"ח כד"נ ממש פשיטא שאין להעמיד חילוק זה הרחוק ואינו מבואר בשום מקום שתהי' זאת כוונת הריב"ש. ועוד אי ס"ל כדברי הרב שדו"ח לא תלי' ביכול להזימה א"כ לא היה צריך הריב"ש לדחוק דרב פפא מוסיף אאוקימתא דרבא דיש לומר לענין דו"ח כולם שוין וענין בחקירות שאומר א"י דתלי' ביכול להזימה הוא מילתא אחריתא אלא ודאי ליתא ובהכי ניחא נמי דקשה לחשוב במתני' חילוק זה בין דיני ממונות לנפשות לענין שאם אמר א"י בחקירות עדותן בטלה דדר ולא בד"מ ולפי דברי הריב"ש ניחא דמ"מ עיקר דינא דמתני' בקנסות שוה לד"נ לגמרי:

ומחקו שלא הצריך הריב"ש דו"ח גמורה בדין מרומה נראה כיון דהודאות והלואות לא צריכה דו"ח רק בדין מרומה והיינו דורו לחקור שתהא עדות נכונה אבל לבטל עדותו כשאומר א"י זו לא רך לקנוס בזה בשביל הדין שמרומה ואף שיש מקום לומר שבדין זריתה מוקמינן אדאורייתא שיהי' צריך דו"ח גמורה לא ס"ל להריב"ש כן מסברא שאין להפליג כ"כ דין מרומה משאר הודאות והלואות ואחר שהרגיש הריב"ש גופי' בחולשת סברתו וסבל הדוחק אין אנו אחראין יותר לדחוק בדבריו. ומצאתי בחדושי הר"ן שכתב ג"כ דברי הריב"ש שא"ל דו"ח ממש כד"נ והקשה דא"כ לא שוו ממש לד"נ ותירץ דבאמת אם הדיין חושש צריך כולה דו"ח כד"נ. וכן נראה שיסבור גם הריב"ש אף דבא"י ס"ל שעדותן קיימת היינו שאם נראה לדיין שאומר א"י בשביל הרמאות באמת עדותן בטילה

והיינו כדפרישית דהיכא דאין הא"י שאומר בשביל הרמאות אין טעם לפסול העדות. גם מפורש בריב"ש שם שחתר ליתן הטעם שלא לפסול העדי קדושין מטעם שקיבלם שלא בדרישה וחקירה וע"ז כתב דגם בעידי גיטין וקדושין לא צריך דו"ח משום נעילת דלת הרי מפורש בדבריו שמן התורה היה העדות פסולה מטעם שלא נחקר בדרישה וחקירה והרי לך דברי הריב"ש מפורשים דדרישה וחקירה מעכבת אפילו בר וזהו היפך דברי הגאון בנב"י ואיך עשה לו עזר מדברי הריב"ש והוא לנגדו. וגם עיקר הסברא שהפליג הרב לחדש דבקנס ילפינן מעדים זוממין דבעינן ג"כ ראוי להזמה לא נהירא ג"כ דהא מפורש במכות (דף ד) דאין ללמוד מעדים זוממין שכן א"צ התראה וא"כ אחר שבע"כ הוכרח להודות בקנס דבעינן ראוי להזמה כמפורש בש"ס אין לו על מה לסמוך עוד ולומר דילפינן מזוממין לכל קנסות והא ליתא דאיכא פירכא דא"צ התראה אלא ודאי אין לנו לחדש חדשות שאין להם רמז בש"ס ופוסקים בשביל קושי' כי שערי תירוצים לא ננעלו בפרט שבררנו ת"ל הדברים היטב. וגם ממקומו הדבר מוכרע דאם איתא דבדיעבד לא צריך דרישה וחקירה וכמו שמסיק הרב בנב"י מאי פריך בריש אד"מ משטר מאוחר דכשר דילמא ודאי בדיעבד כשר כגון שכבר נכתב השטר לא פסלינן ליה כיון דרו"ח לאו לעיכובא בדיני ממונות אלא הדבר ברור אי בעינן דרישה וחקירה גם בדיעבד פסול בלא דו"ח וכמו שהראיתיך לדעת שהוא גם דעת הריב"ש:

וגם השיקול הדעת מכריע ג"כ שכל עיקר מה שחששו לנעילת דלת שלא לדרוש ולחקור אינו בשביל שיש לחוש שיכחישו עצמן בחקירות דכיון דבאמת פסול בע"כ בזה ומהיכא תיתי שתבא הכחשה ביניהם וכי תקנתא לרמאי אלא הדבר ברור דהיכא דצריך דרישה וחקירה אם אמרו א"י בחקירות עדותן בטילה ולכן שפיר שייך נעילת דלת דלפעמים ישכחו העדים לכוון הזמן והמקום וכדומה ויאמרו אין אנו יודעין ולזאת ביטלו דיני דו"ח בממונות מאחר שאי אפשר לדון בהם כדין ולא תיקנו לחקור ולדרוש ושאם אין יודעין תהא עדותן כשירה דזה נראה יותר מפורש שהוא שלא כדין התורה והדברים ברורים ואמתיים בלי ספק:

ועם זה נסתרה ג"כ ראית הש"ך מעדים הקרובים לדייניין שנתנו טפם שלא יקבלו הזמה עליהם ומזה תמך הש"ך יסודתו דבממון בעינן ראוי להזמה אבל הדבר ברור לפמ"ש שטעם יכול להזימה הוא העדות שיראים לשקר ובדיני ממונות משום נעילת דלת ע"כ לא העמידו דבריהם על דין תורה ומקבלין עדותן אף שאין יודעין לכוון המקום והזמן מ"מ עכ"פ צריך שתהא יראת הזמה עליהם אם יהי' באפשר דהיינו אפילו אמרו שאין יודעין באיזה יום יתכן בהם הזמה על כל הזמן שהעידו וגם אפילו לפוסלן בגזלנותא אם

יהי' שכנגדו מחפש לפוסלן לא יקבלו עליהן שום פסול וגם הזמה שייך אם יוזמו על כל הזמן שאומרים אף שאין אומרין הזמן בכיון ולכן פסלו עדים הקרובים לדינים. והרב בעל נודע ביהודה ביקש עצות מרחוק לעשות סניגרון לדבריו והאמת יורה דרכו ויגיד נתיבו לדופקי שעריו לבא:

והנה הרב בנב"י מצא און לו מדברי הרב בצלאל אשכנזי וז"ל שם גם הריטב"א כתב בחידושיו דהרא"ה ז"ל בשם הר"פ אחיו פירש אותה שמועה דיבמות בע"א דלכ"ע בענין שריותא דאשה ובענין גיטין וקדושין לא בעינן דו"ח מן התורה מדין עצמו דלא ילפינן דבר דבר מממון אלא דבעינן ב' ערים בדבר שבערוה וכו' ובכל ממון בעינן דו"ח מדאורייתא ואף ממון של כתובה בכלל ובהא פליגי וכו' ולגם הא מלתא כיון דאית בה ד"נ וכתובה גופה ג"כ בעי דו"ח ואוקמה אדין תורה ומר סבר כיון דבעיקר גיטין וקדושין בעלמא לא בעינן דו"ח וכתובה יש תק"ח וכו' לית לן למיחש למאי דאית בה ד"נ ומוקמינן עדות נשואין בדין תורה ועדות כחובה בתקנתא דרבנן ע"ש. והנה זה ממש כדברי דלא בעינן מן התורה דו"ח בדבר שבערוה והנאני מאד שכוונתי לדעת הגדול. אך ר' בצלאל כתב שם שאנו קיי"ל כרשב"א ורמב"ן דילפינן לכל מילי דעדות דבר דבר מממון עכ"ל הרב בנב"י:

ואני אומר אחרי המחילה כי לא מחשבותיו מחשבות הרא"ה בשם אחיו אלא נ"ל שהיא סברא אחרת לתרץ קושית התו' במכות בבן גרושה דהוה עדות שאאי"ל ומ"ל לזה דלא בעינן ראוי להזמה רק אם ע"י עדותן מחייבין את האדם איזה דבר כמו שמעידין על א' שחייב ממון או מלקות או שעשה דבר שחייב עונש בעבור אותו דבר עצמו שמעידין עליו בזו שייך הזמה שמעידין לענוש העושה כזאת ועל זה בא עיקר מדותן לענוש אדם אבל אלו שמעידין שהוא בן גרושה ודאי פשיטא אילו העידו שבן גרושה וב"ח הוא והתרו בו שלא לאכול תרומה או קדשים שאסורי' לזר וחייבוהו מלקות פשיטא שגם הם היו לוקין מכאשר זמם שהרי באו לחייבו מלקות וצריך תנאי' ההזמה דו"ח אבל בזו שמעידין סתם שבן גרושה הוא לא באו לחת עליו עונש בעדותן שאין עליו שום עונש בשביל שהוא בן גרושה וניהו דצריך שני עדים להוציאו מחזקתו מ"מ לא שייך לומר שיהיה ראוי להזמה והא דאמר בגמרא מנא הני מילי היינו משום דהא גופי' קשיא ליה אמאי לא נימא כאשר זמם בהך מילתא גופי' שבאים לעשותו בן גרושה ומשני מקרא דלא שייך כאשר זמם בזה א"כ דמי לשאר עדות שהעידו שזה אסור על בהמה שהיא טריפה וכיון שאין מעידין עליו לשום עונש לא שייך כאשר זמם וא"כ בעדי קדושין שבאים להעיד שזו מקודשת לא שייך כאשר זמם כלל. וכן אם על אשה שנתגרשה אין מקום לדון כאשר זמם ואף שנהרגת ע"פ עדים הללו על קדושין כשזינתה זו מילתא אחריתא שהרי

העד עצמו נהרג עלי' כשזינה עמה והיינו כמ"ש הרמב"ם (בהלכות שגגות) שהאיסור עצמו מתחזק בע"א וא"כ בעדי קדושין וגירושין שאין מחייבין שום דבר ואין מקום לדון שום הזמה לפסוק עליהם כאשר זממו ממילא שא"צ דו"ח ג"כ דכל דו"ח הוא בשביל כאשר זמם ועל זה לא שייך כאשר זמם גם דו"ח א"צ וא"כ י"ל בעדות אשה שזינתה שעדותן הוא על חיוב מיתה אף שהוא בלא התראה מ"מ אפשר דמאחר שמעידין על דבר שראוי לעונש עבור הדבר עצמו בעינן ראוי להזמה ואינו דומה לעדי קדושין שאין שום עונש בעצם הדבר שמעידין עליו וזהו היפך סברת הגאון נודע ביהודה שבתחילת דבריו שביקש לומר דדרישה וחקירה צריך לכתחילה ויכול להזימה א"צ דהא ודאי ליתא דדו"ח ויכול להזימה הם דבר אחד ממש ולא קשיא דנילף דבר דבר מממון דפשיטא לן היכא דלא שייך הזמה אין מקום לדו"ח אלא דמ"מ אם. העיד באופן שיוכל להזדמם והוזם פשיטא דלקי מלא תענה כמפורש ריש מכות. ואל תשיבני מבדיקות דלא תלי' בה הזמה ואעפ"כ צריך לכתחילה וא"כ תקשי על הריטב"א איך לא מצריך דו"ח אפילו מן התורה לכתחילה עכ"פ דהא ליתא דכיון דמקילין בעדותן אפילו מידי דשייך בי' הזמה א"כ כיון שאין באים לחייב שום דבר א"כ כ"ש בדיקות שא"צ דמה"ט גופי' דכשאין באין לחייב שום דבר א"צ עדות אלימתא כ"כ דדמי לגילוי מלתא בעלמא ולהכי אי לאו דבר דבר מממון לא הוה צריך שני עדים א"כ כ"ש דגם בדיקות לא נלמוד מאחר שאין באין לחייב שום דבר. ואם העידו שיודעין שהוחזק בבן גרושה במקום אחר והוזמו ודאי לוקין אלא דאם העידו שהוחזק לא שייכא חקירות באיזו שעה ומ"מ לקי מלא תענה אם הוזמו על כל זמן שהעידו שנתגרשה אמו בפניהם וכן הוא ברמב"ם (פ"ב דין ג). ומעתה אם באו להעיד על האשה שזנתה כיון שאילו היו מעידין שזינתה והתרו בה שהיתה מחוייבת מיתה והיו אומרים על מה שתולה בחקירות שאין יודעין הי' עדותן בטילה מסברא גם לבעלה לא נאסרה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דהעידו לחייבה עונש בעינן ראוי להזמה א"כ ע"כ בהך עדות צריך עדות אלימתא שיהי' ראוי להזמה א"כ י"ל אפילו העידו על הזנות לבד צריך דרישה וחקירה דבאמת חייבת בעונש מיתה אלא שאין כח לב"ד לשפוט בלי התראה ואף דר' חנן (בדף מא) אמר שיכולין לומר לאוסרה על בעלה אף שאין עדותן מועיל להרגה התם אין ריעותא בעדות עצמה שנחקר כדינו ומ"מ אין ממיתין אותה בעדות שאין העדים נכנסין בעונש מיתה על ההזמה אבל בשביל זה לא ימנע מלאוסרה עליו דהא פשיטא לן דלענין איסור אין צריך שתהא אימת מיתה על ההזמה כמו באשת כהן באונס שנאסרה אף שאין מחייבין אותה מיתה אבל עכ"פ בעינן שתהא פדות ראוי להזמה כיון שבגוף העדות של זנות הוא מידי דשייך ביה הזמה

ואין ההזמה נמנעת אלא מצד חסרון שיש בעדות שלא העידו באופן שתהא ראוי' לעונש אבל עדי קדושין וגירושין שלא יש בהם שום עונש על עצם הקדושין והגירושין בזו ס"ל להרא"ה דלא צריך כלל ראוי להזמה שאין העונש מכח עצם הדבר אלא מכת מילתא אחריתא. ועוד כיון דעכ"פ נפסלת על ידי עדותן לשבועה ולפדות שהאשה כשירה לה כגון פדות סוטה לאחר קינוי וסתירה ועגלה ערופה שעל זה האשה נאמנת מן התורה א"כ פוסלין אותה בזה ושייך כאשר זמם שגם הם נפסלין לעדות ולשבועה א"כ אפשר דצריך ג"כ דו"ח מאחר דיש בה תורת הזמה משא"כ בעדות בן גרושה שבעצם העדות אין שום עונש ואי לאו דגלי קרא דבהא לא עבדינן כאשר זמם הוה אמרינן דגם זו חשיב כעונש שפוסלין אותו מקדושת כהונה אבל כיון דגלי קרא בהא דלא עבדינן להו כאשר זמם אין זה אלא בגדר עדות קדושין שאין בו מציאות אשר זמם:

ועפ"ז יש לישב מה שהקשו התוס' ריש מכות דנימא אם העידו על א' שמצרי שני הוא שזרעו כשר נעביד כאשר זמם. ולפמ"ש לק"מ דכיון דכבר גלי קרא דבהא לא עבדינן כאשר זמם ממילא לא קפדינן על כאשר זמם כי אם בעונש וגלי לן קרא דהך פסול קהל לא דמי דמי לעונש וא"כ ממילא אין מקום שיצטרך כאשר זמם וא"ש מ גם לפי הסברא שכתבתי לעיל דהא דבעינן כאשר זמם הוא חיזוק העדות דהא לא מטעה קרא כדכתיב בעינן כאשר זמם א"ש ג"כ כיון דיכולין לפסול לקהל לגמרי בעדות שלא יתחייבו בו כאשר זמם כ"ש היכא שפוסלין אותו לבדו שאין עדותן צריך חיזוק שיצטרך דוקא כאשר זמם בהכרח והדברים ברורים בס"ד:

ועפ"ז שכתבתי לדעת הריטב"א מיושב היטב הך דב"ק (דף פח) דפריך זוממי עבד לא יהרגו וכתבו התוס' שגם הוא לא יהרג וכבר כתבתי קושית הגאון יצחק בה"ר דוד לדברי התוס' דלא קאי עלה כאשר זמם ולפמ"ש א"ש טובא דודאי פשיטא לן דהיכא דבא ליתן עונש על הנידון אין עונשין הנידון אלא אם יכול להזימה אבל בבן גרושה קרא קמ"ל דלא קפדינן כאשר זמם דלא דמי לעדות שהוא להעניש שיש עונש באותו דבר שמעידין עליו משא"כ התם לחייב העבד מיתה פשיטא לן דבעינן ראוי להזמה. ועיין בתשובה הנ"ל שכתב בשם הרמב"ן והרשב"א שבכל דינים שבעולם בעינן דו"ח דכל מילי דעדות בדבר שבערוה ילפי דבר דבר מממון:

ובתשובת מ' בצלאל מסיק עיקר כהרמב"ן והרשב"א ובאמת שכן נראה ג"כ דעת הריב"ש בתשובה הנ"ל ן התורה בעינן דו"ח רק מדרבנן משום נעילת דלת ס"ל דשייך בכל עדי נשים תקנת חכמים ולולי שאינני כדאי להכריע הי' נ"ל עיקר להכריע כדעת הריטב"א והרא"ה דקשה טובא איך יתקנו חז"ל לקבל עדי קדושין בלי דו"ח אם מן התורה אין

עדותן מועיל דנפיק מינה חורבא שאם אחות ארוסתו נשאת לאחיו א"כ כשימות אחיו בלא בנים תצא בלי חליצה משום אחות אשה והא עדות זה אין מועיל מן התורה כלל כשלא נדרש ונחקר ואיך נתיר יבמה לשוק ולא מצינו בזה דאפקעינהו רבנן לקדושין. ועוד בשילהי קדושין מבואר דסוקלין ושורפין על החזקות והוחזקה נדה בשכינותי' בעלה לוקה עלי' משום נדה. וכן המעשה דמייתי שם באשה שבאה לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו ובא עליה והביאום לב"ד וסקלום ובודאי קיבלו ב"ד העדות שהוחזק בנה ועדות זה שאין לייחד לו מציאות זמן לא שייך בו שבע חקירות באיזו יום ובאיזו שעה ואיך יתכן הבאת עדים על זה וכמו כן עדי הכרה וכן הוא ברמב"ם (בפ"ד מנחלות דין ז) כל היורשים יורשים בחזקתן כיצד עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו אע"פ שאינם עדי יחוס ולא ידעו אמיתת היחוסים הרי אלו יורשים בעדות זה עכ"ל ובפ"א מאסורי ביאה (דין כא) איש ואשה שבאו ממדינת הים הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקו בעיר ל' יום הורגין עלי' משום אשת איש ועל דברים האלו בודאי כשב"ד מקבלין עדות לא שייכין בו החקירות באיזה יום ואיזה שעה שאין קבול לדבר רק שמעידין סתם ידענו שמוחזקין בכך וכן כל פסולי קהל שזה ממזר או שאר פסולים קשה לצייר שיהי' דוקא בעדות ברורה וכן עדות בן גרושה מצטרך לומר שהם ראו שנתגרשה אמו ואח"כ נולד והי' בחזקת בנה וכשמעידין על דברים אלו בב"ד לא לחקור באיזה יום ובאיזה שעה ועיין מהרי"ק (סימן פז) ובאה"ע (סימן יט). ומכל זה נראה דדברים אלו שאינם אלא לאחזוקי בעלמא אין לדון בהם דרישה וחקירה שאין מעידין על דבר להעניש רק לאחזוקי במקודשת או במגורשת אף שהעונש מסתעף מזה לא איכפת לן בהא. וכמ"ש הרמב"ם (בהלכות שגגות) שהאיסור מתחזק ע"פ פ"א שאם א' אומר שהוא חלב מלקין האוכלו. וכן מבואר ברמב"ם (פט"ז בסנהדרין דין ו) וז"ל א"צ שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד א' יוחזק כיצד אמר ע"א חלב הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל אחר שהתרו בו הרי זה לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א בד"א שלא הכחיש העד בעת שקבע האיסור אבל אם אמר כו' וזו אינה גרושה כו' אינו לוקה עד שיקבעו האיסור שני עדים עכ"ל. הרי דס"ל דאפילו ע"א נאמן לומר גרושה או זונה היא אם אינו מכחישו שאינו מעיד אלא להחזיק האיסור והעונש נמשך ממילא ואפילו במכחישי דצריך שני עדים להחזיק האיסור אבל דו"ח לא שייך בזה כלל וצריך לדקדק לדברי הרמב"ם דהא בקדושין (דף סו) מבואר באמרו לו אשתו זינתה ושותק אינו נאמן וכן פסק הרמב"ם גופי' (בפ"ד מאישות דין יז) וע"כ פסק כרבא דדוקא בדעתו סומכת חייב לגרשה וכמ"ש הרב המגיד שם וא"כ

איך כתב באמר לו ע"א גרושה או זונה דנאמן אמאי לא חשיב נמי הא דבר שבערוה שהרי בא"ל אשתו זינתה אומר לו שהיא זונה ואפ"ה ע"א לא מהימן וצ"ל דדוקא באשה היושבת תחת בעלה ס"ל להרמב"ם דדרשינן כי מצא בה ערות דבר דבר מממון בעינן שני עדים אבל בזו שאינו מעיד רק לאסרה על הכהן דמי לאיסורין שע"א נאמן בהם מאחר שעדיין אינה תחתיו ומ"מ משמע בשני עדים סגי אף במכחיש. וכן משמע בר"פ אמרו לו דאמר תרין ואין מכחישין קרא בעי לא מפליג אם מדייקין באיזה יום ובחקירות דפשיעא לן כשאין באין להעניש רק להחזיק האיסור סגי בעדים בלי דרישה וחקירה והא דאמר התם אם הביאוהו שנים לידי מיתה חמורה לא יביאוהו לידי קרבן הקל לא תידוק דקרבן דומיא דמיתה בעינן בדו"ח וכל פרטים דליתא דלא מייתי אלא ששנים כחן יפה לחיוב מיתה כ"ש לקרבן ודו"ח לא שייך כלל לקרבן. וא"כ נראה אף להחזיק האשה במקודשת דבעינן שנים דיליף דבר דבר מממון ומזה קשה על מ"ש בדברי הרמב"ם לחלק בין היכא שהיא תחת בעלה ובין שבא להחזיקה בזונה שלא ישא אותה כהן לכתחילה דהא בקדושין (דף סה) משמע דמהך דדבר דבר מממון נלמד שאין קידושין בלא עדים ומנ"ל הא דהא הא דכתיב בעריות כי מצא בה ערות דבר הוא באשה שיושבת תחת בעלה ואכתי מנ"ל בקדושין להחזיק האיסור בתחילה י"ל שאפילו ע"א נמי נאמן עלי' כמו לומר שהיא זונה ואסורה לכהן יכול לומר שהיא אשת איש ואסורה לכל עולם כי אם להמקדש ואפ"ה צריך שנים וכן מצינו בפ"ב דכתובות (דף כו) ד"ה אין ערעור פחות משנים וגם שם בקדושין (דף ן בעובדא דינאי מלכא דחד לא מהימן שהיא שבוי' לרבא ואיך יה ע"א נאמן שהיא זונה שיוחזק האיסור על ידו כיון דהוא דבר שבערוה והנה הרב משנה למלך (בפ"ג דשגגות) רמז לדין זה הירושלמי פ' שני נזירים. ועיינתי בירושלמי שם ומוכח איפכא וז"ל הירושלמי מה דר' מנא אמר פלונית כהנת וזינתה ובא עלי' בעלה כהן והתרתי בו אינו לוקה נסתרה בפני שנים ואמר אחד מהם אני ראיתי שנטמאת ובא עלי' בעלה והתרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בע"א פ"כ. הנה אינו מבואר רק בעד טומאה שאחר סתירה דנאמן מן התורה ורחמנא הימני' בתרי כמבואר בריש מי שקינא ודין זה כבר העתיקי הרמב"ם (בפ"א מאיסורי ביאה דין קב) אבל לומר על אשה שהיא גרושה או זונה מה שאינה מוחזקת נראה ודאי דפ"א אינו נאמן להוציאה מחזקתה וסבור הייתי לומר דהרמב"ם מיירי בליכא חזקה דכשרות ובקדושין (דף עג:) איתא הא דערעור חד לא הוה ערעור הוא דוקא באיכא חזקה דכשרות אלא שהרמב"ם (פט"ו מאיסורי ביאה דין לב) בערעור חד אינה נאמנת והרי הבן בחזקת כשרות ואין לו יחוס עכ"ל משמע דאינה נאמנת לגמרי ואפשר דהרמב"ם מיירי כהך דבש"ע (סימן

ד) ד' נשים שילדו בבית אחד אשת כהן ולוי וישראל וממזר נאמנת הי' לומר זה ממזר כו' ובכה"ג מיירי גם הרמב"ם שהוחזקו בכאן זונה ואשה אחרת ואומר לו העד שזהו הזונה וצ"ע:

עכ"פ תבנא לדינא שנראה שלהחזיק איזה דבר שאין עונש על גוף הדבר א"צ דו"ח וכן להעיד טל אשה שמת בעלה כיון שאין באין להעיד רק להחזיקה בפנוי' אין צוכין לכוון כלל היום והשעה רק כל שהעידו שמת סגי בעדותן אפילו מן התורה ונראה לי ראיה ברורה לזה ממה שהקשתי בחדושי לכתובות (דף כל) דפליגי רבי מנחם בר יוסי ורבנן בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת ובניסת ואחר כך באו עדים לכולי עלמא לא תצא כגון דתרי ותרי נינהו ונישאת לאחד מעדים וכבר כתבתי בחידושי שהדבר מתמי' למה דקיי"ל אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה והטעם משום דאיכא כתובה ודמי לדיני ממונות ובדיני ממונות מן התורה נמי צריכא דו"ח. וא"כ השנים שאמרו מת מסתמא לא נדרשו ונחקרו אבל השנים שבאו אחר נשואין פשיטא שחוקרין אותן דגרע טובא מדין מרומה וא"כ השנים שאמרו לא מת מועיל עדותן מדין תורה והשנים שאמרו מת מדין תורה אין ממש בעדותן וא"כ איך לא תצא והיא תמיה עצומה לפי דעת הפוסקים דאין בודקין עדי נשים בדו"ח הוא מדרבן וכמעט לית נגר דיפרקינה אלא מכאן מודעא רבא וראי' ברורה לדברי ה' פנחס אחיו של הרא"ה דאף שמעידין להוציאה מחזקת אשת איש מ"מ עדותן קיימת א בלא דו"ח והטעם כדפרישית שאין באין לחייב בעדות זה כי אם להוציאה מחזקת אשת איש ואילולי הכתובה לא היו באין לשום חיוב וא"כ מן התורה עדות מעליא הוא אף בלי דו"ח וא"כ שפיר מקרי תרי ותרי וא"כ נראה בעדות גיטין וקדושין שאינם על עונש כי אם גלוי מילתא להחזיק בפנויה או באשת איש אין צריך דו"ח דדו"ח אינה אלא בשביל הזמה ומ"מ בעדות זנות אפשר דבעינן ראוי להזמה מטעמי דפרשינן לעיל:

וא"ת גם לדידי תקשי איך ילפינן עדות קדושין דבר דבר מממון דילמא התם דבזנות מיירי צריך דוקא עדים ברורים כמו שצריך ג"כ ראוי להזמה אבל עדי קדושין שאין באין ליתן שום עונש י"ל דבחד סגי כמו באיסורין י"ל לפמ"ש אין זו קושיא די"ל ערות דבר משמע אפילו הערוה הוא בשביל שנודע שכבר נתקדשה לאחר בטרם שנתקדשה לזה נמצא שאשת איש היא אצלו ואפילו כבר הועד העדות בב"ד טרם שנשאת לזה מ"מ בעינן שני עדים ואם איתא דקדושין מהני בע"א לפעמים תצא משום ערוה כשהעיד קודם שנשאה זה ומשמע בכל גווני בעינן עדים וא"ש:

ומ"מ אינני מחליט כן בדעת הריטב"א והרא"ה בבירור שיהי' דעתם בזנות דשייך בי' עונש נבעי דו"ח דאפשר דס"ל גם בזנות אם אין באין רק לאסור אשה לבעלה להחזיקה בזונה אפשר דדמי לעדי קדושין ירושין לדידהו כיון דלאו אעונש קמסהדי רק להחזיקה בזונה. ואי קשיא לפ"ז הא דאמר בפ' היו בודקין (דף מא) דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו לימא אחקירות אין אנו יודעין ואפ"ה תאסר מן התורה למאי דפרישית בשיטת הרא"ה והריטב"א י"ל דמ"מ נפקא מינה שמזמן ההוא פטור הוא מן מזונות ותנאי כתובה. ועוד נלענ"ד מ"ש דיני ממונות א"צ דו"ח אין הכונה שאין הדיין שואל כלל באיזה מקום ובאיזה זמן שנעשה הדבר דא"כ לקתה מדת הדין אם הבעל דין צווח ששקר ענו בו פשיטא שהב"ד צריכין לחקור העדים וכבר אמרו הוי מרבה לחקור העדים פשיטא שצריך לחוקרן שמא יכחישם הבע"ד או יזימם. ומה שאמרו דיני ממונות א"צ דו"ח אינו אלא שאין דרישה וחקירה מעכבת בהם לענין שאם אמרו אין אנו יודעין שיופסל העדות או ע"י הכחשה דבדיקות והעדות כשר בלא דו"ח ואף שמסתעף מזה שאין יכול להזימם לא מחזקינן סהדותייהו לשיקרא משום הכי. ומשנה שלימה שנינו בפ' זה בורר (דף כט) דאמרינן לי' איך אתה יודע שזה חייב לו כו' ופשיטא שבודאי לכתחילה שואלין באיזה זמן ויום הלוה ואי' ואיפא ודבר ההוא מסור לדיין להוציא דין לאמתו אלא שזה אינו רק ביש הכחשת בע"ד אבל אם אין הבע"ד מכחיש ואינו מהדר להכחישן כמו בעדות אשה שמת בעלה שאין לחוש לרמות כ"כ אפילו לכתחילה אין להרבות בחקירות דשמא לא יכוון עדותו כ"כ ויהי' לב הדיין נוקפו להתירו והקילו בו טובא משום עיגונא. נמצא לפ"ז כיון דאין דרישה וחקירה מעכבת בדיני ממונות ממילא בעדות אשה אפילו לכתחילה א"צ לחקור כיון שאינו מעכב בדיעבד או אפשר דאפילו בדיני ממונות כשאין הכחשה אפילו לכתחילה א"צ לדרוש ולחקור אבל פשיטא כשיש הכחשת בע"ד שצריך לחקור כפי האפשרי פן יוכיח שקרו ע"י הכחשה או הזמה אלא שאם לא נחקר עדותו בדיעבד עדותו קיים כיון דאפילו אמרו און אנו יודעין נמי כשר א"כ פשיטא אם באים לאסור אשה על בעלה או להוציא אדם מחזקתו שעכ"פ הב"ד חוקרין כפי האפשר לברר ולהוציא הדין לאמתו וא"כ בודאי פשיטא דהב"ד חוקרין לכתחילה עכ"פ שמא תמצא מקום להכחישם וא"כ כיון שחקרום הב"ד אין קושיא שהי' להם לעדים לומר אין אנו יודעין דלא כ"ע דיני גמירי שמא היו סבורים שלא תאסר כשיאמרו א"י אבל באתרו בה פשיטא כיון שצריכה להתיר עצמה למיתה בזו לא יטעה שום אדם שלא תאסר בלא התראה ולק"מ:

ועפ"ז יובן לשון הרא"ש בתשובה וכלל מ"ו סימן א) מ"ש תחילה אני כותב שעשו שלא כהוגן שקיבלו העדות של בפני האשה ושלא בפני בעלה ועוד הי' ראוי שעדות זו תתקבל בפני גדולי ישראל הבקיאים בדרישה שידרשו ויחקרו היטב היטב שלא לאסור אשה על בעלה דתני' כו' והנני כותב על ענין העדות אפי' נתקבל לפני בע"ד ותמה הגאון בתשובה הנ"ל דפתח בתרתי וסיים בחדא שכ' אם נתקבל בפני בע"ד ולא סיים וגם נדרש כדינו והוא ז"ל ביקש לומר לפי שיטתו דדרישה וחקירה אינו אלא לכתחילה מן התורה וכבר כתבתי שאינו נראה כן גם אין להעמיס בדברי הרא"ש דברי הריטב"א דפשטא דלישנא דהרא"ש משמע דס"ל דדמי לדיני נפשות ואפי' דיעבד דו"ח מעכבת אך נראה דפשיטא שאם הי' בע"ד צווח שעדים הם מבודים ודאי שום ב"ד אפילו הדיוטות לא יטעו להרבות בחקירות העדים כדי שיוכל להכחישן אבל בעדות שאין מנגד נגדו אין חוששין לחקור היטב. ועפ"ז מבוארים דברי הרא"ש והא גופי' לא קים לי' להרא"ש שלא הי' בחקירה שהרי אין כתוב בשאלה בענין שלא נחקר העדות נמצא שבשביל זה לא יוכל לפסול העדות בדיעבד דשמא חקרו ודרשו אלא שקרוב לומר כיון שנתקבל בפני הדיוטות יום שלא בפניו מסתמא לא נחקר משא"כ אילו קיבלו בפני בע"ד ודאי כשבע"ד הי' צווח שקר עונים בו שהי' מוסיף דיינין לחקור היטב וגם הם עצמם לא היו טועין בכך שצא לדרוש ולחקור וזה ברור ופשוט בל' הרא"ש ואין להפליג עצות מרחוק בשביל דוחק:

ומה שכ' שם מעודי הייתי תמיה על מה דאמרי' כיון דאיכא כתיבה למישקל כדיני ממונות דמי דאשה זו בחזקת אשת איש מן התורה איך יתירו בשביל דאיכא כתובה למשקל תמהני מחכמתו הגדולה מה הק' לו בדבר הלזה כי אני הייתי תמיה איפכא מה מקים לדרישה וחקירה שהוא משום הזמה לעדות שאשה ועבד ובת קול מועיל ומ"ט דמ"ד בודקין וצ"ל דעיקר פלוגתייהו בעדי גיטין וקדושין אי צריך דו"ח וכיון דבגיטין וקדושין צריך דו"ח גם באשה שמת בעלה משום לא פלוג עבדו רבנן לחקור ולדרוש מיהו היכא דלא אפשר אינו מערב בדיעבד שמשיאין ע"פ בת קול ואפי' שמע מפי התינוקות ואם הוקשה לו על עדות גיטין וקדושין וכבר כתבו הרשב"א והריב"ש בתשובה (סי' קצג וקסו) דגם בהו שייך נעילת דלת ותקנת חכמים רק לפי שהל' זו פסוקה דדיני ממונות לא בעי דו"ח וד"נ צריך דו"ח להכי תלי להו בהך דהך מ"ד ס"ל דבכלל דיני ממונות הוא ואידך ס"ל דבכלל ד"נ הוא וזה ברור:

וראיתי להנימוקי יוסף (פ"א ד"מ) כ' וכן גט דמכשרינן אע"פ שאין בו זמן מהאי תקנתא הוא דלא בעינן דו"ח כיון דשכיח טובא שהודאות והלואות הוא ויש כח ביד חכמים לעשות משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ובהאי גט אפקעינהו רבנן לקידושין

מיני' ולכן למקדש בשטר לא בעינן שיהי' זמן כ' בשטר מהאי טעמא עכ"ל מבואר דס"ל דכיון דבעינן דו"ח א"כ יש לפסול גט שאין בו זמן שהזמן הוא מכלל החקירות כמובאר בר"פ היו בודקין ולכן ע"כ מה שכשר גט שאין בו זמן היא מתק"ח דלהכי פריך מאוחרין אמאי כשירין דאי בעינן דו"ח לא הוו מאוחרין כשרין ורש"י פי' שם אלמא ל"ב דו"ח דאל"כ איך מתרצינן למילתייהו נימא זיופא הוא כו' וכ' נ"י ולכא' צ"ע דלא הוה צריך לזה דבלאו הכי פשיטא דניהו דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי מ"מ לא עדיף מאילו הגידו בב"ד מ"ש בשטר ואילו הגידו בב"ד ולא פי' הזמן באיזה יום אין עדותן עדות וא"כ במאוחר אין כאן עדות על היום בצמצום וגם אין ראוי להזמה מן יום ההלואה שהרי לא נודע מכח השטר כמה ימים נתאחר וכן בהך דשטר שזמנו כ' בא' בניסן בשמיטה דהשטר כשר דאמר' אחרוהו וכתבוהו קשה ג"כ דאיך יכשר שטר שלא נכתב בזמנו מאחר שהעדות אין ראוי להזמה וא"ב דו"ח בעינן ראוי להזמה וכ"כ הנ"י בהדיא בסיום לשון רש"י ומינה דלא בעינן עדית שאי"ל דטעמא דדו"ח משום דבעינן עשאי"ל ואולי ס"ל לרש"י כשי' הרז"ה דל"ש הזמה בשטר וכמ"ש הש"ך (בסי' לח סק"ב) וע"ש שפי' ג"כ כמ"ש בש"ם ואולי בתחילה הרגיש בזה ואיננו בידי אפשר מ"מ רש"י ס"ל בשטר ל"ש הזמה ולא קשי' לי' רק כיון דבעינן דו"ח אין לת' עדותן מספיקא וצ"ע.

עכ"פ דברי הנ"י צ"ע דלא מצינו הפקעת קידושין לענין זה. ועוד ק' דבגיטין (יז) דפריך מפני תיקני זמן בניטין (ובספ"י הק' נימא כדי שיכול להזימה ולק"מ דהא אי הוה בעינן יכול להזימה א"כ הי' צריך כל החקירות שבריש היו בודקין באיזה יום באיזה שעה וגם המקום ג"כ אינו מעכב לרבנן דלא ס"ל דמשנה ממטבע שטבעו חכמים בגיטין הולד ממזר כדאי' (בדף פ) יאם משום הזמה כולהו מעכבי ובעינן שיכתבו ג"כ באיזו שעה ולא כתבינן שעות כלל וגם בשבוע או חודש כשר אף דאין ראוי להזמה מז' חקירות) ופריך כתב בו שבוע או חודש מאי הועילו חכמים בתקנתן ומשני דאהני לשבוע דקמי' או לשבוע דבתרה וק' אם אינו כשר בכתב בו שבוע דהא באמת אין יכול להזימה כמו בגט שאין בו זמן וע"כ אינו כשר רק משום דאפקעינהו רבנן לקדושין א"כ לא אהני אפי' לשבוע דקמי' דכיון דאפקעינהו לקדושין לא תהרג ואדרבה ק' מאי הוח"ב שלא יחפה הא יכול ליתן לה גט שאין בו זמן או שיכתוב בו שבוע ובזה אינו כשר מן התורה דבעי דו"ח באיזה יום ואיזו שעה וע"כ אפקעינהו לקדושין ותנצל אפי' זינתה מקודם וצ"ע לכאורה:

ונלענ"ד ליישב דודאי לא הפקיעו חכמים הקדושין לגמרי דהא באמת עיקר הגט נגמר לשעתו כשמוסרין אותו ליד האשה ואם כבר נתגרשה אז הא לא איברי סהדי אלא לשקרי

אלא שהיא היתה בחוקת א"א אין מאמינין לה בלא עדים ועדות שהגט בידה אינו עדות ברירה כמו אילו העידו בפנינו שזו נתגרשה ולא ידעו באיזה יום דמדין תורה דבעינן דו"ח אף שנר' לב"ד שהדברי' כנים אין רשות לדון ע"פ עדותן כמו בקרוב אף דלא משקר אין כח ביד הב"ד להוציאה מחזקת א"א על ידו. והשתא שעקרו דין דו"ח מגיטין סמכו על הכ' בו שהוא אמת ובא לידה כדת וא"כ הוא באמת פשיטא שכבר נתגרשה כשגיע הגט לידה ואז שנעשה המעשה ל"ש שאינו ראוי להזמה דהא ההזמה אינה אלא בשביל שאנו אומרי' שמסתמא לא נעשה המעשה מאחר כי העדים מזוממין אך שאין ראוי לנו להאמין שנעשה מעשה ע"פ עדים שבאים לפנינו כשאין אומרין שיודעין הזמן בכיון בכדי שיהי' ראוי להזמה ולזה ההכרח להפקינו הקידושין דהיינו שאם ת"ל שהמעשה אינו אמת תהא מותרת לעלמא בכח הפקעת קידושין שאילולי זאת לא הי' כח לב"ד לדון ע"פ עדותן אבל אחר שישכח לב"ד להפקיע קדושין שפיר יכולין לדון ע"פ העדות הזה מאחר שאפילו את"ל שכל העדות מבודה מ"מ אפקעינהו לקדושין אחר שדין התירה אינו אלא שמחוייבין לקבל עדית שתהא ברורה ומאחר שמקבלין עדות על תנאי זה שאם ת"ל שהוא מבודה מחנות שלא נחקר בחקירות יופקעו הקדושין שפיר יכולין לקבלו אבל בסתמא לא ניחוש כלל לשהוא שקר דודאי אין לחוש לב' עדים אף שלא נחקרו שמשקרים ואם אינן משקרים א"צ להפקיע הקדו' נמצא לפ"ז שפיר מועיל לשבוע דקמי' דמחזיקין העדות מסתמא לאמת וא"צ הפקעת קדושין כלל רק אם הי' העדות שקר ודוק היטב:

ובאמת לענ"ד אפשר לומר בפשיטות כמו (שהעידו) [שהאמינו] ע"א במיתה אף שאין הטעם בשביל הפקעת קדושין רק שנראה לחכמים שאין רגילין לשקר בזה וכמ"ש התוס' ר"פ האשה רבה ד"ה מתוך ושם אין הטעם משום הפקעת קדושין וכמ"ש בנימוקי יוסף שם:

יא וראיתי להרב בעל פני יהושע בגיטין (דף לו) שכתב ג"כ דגט כיון שאין כתיב בו בזמנו כתבינהו אינו ראוי להזמה וכתב הטעם דדוקא בעדות נפשות וקנסות וכן בשטרות לענין משועבדים אכל היכא דמהני הודאת פיו וכתב ידו לא גריעי ע"ת מכתב ידו. ולא הבנתי אם סומכין על עדי חתימה אע"פ שכופר למה לא יועיל גם לענין משועבדים מאחר שמחזיקין העדים לאמת ומאי קשיא לי' בפ' אד"מ משטר מאוחר ואם סומכין על העדות להתיר א"א למה לא נסמוך לממון מאחר שמחזיקין העדות לאמת אפי' מן התורה, ובאמת מכל אלה הדעת נוטה להכריע כדברי הריטב"א והר"א בשם הר' פנחס דבעדות גיטין וקדושין א"צ דו"ח כלל ומטעם שכת' שאינו אלא להחזיק הדבר וא"כ

גם בעדי זנות יש להחמיר לאסרה על בעלה אף בלי דו"ח שאין מעידין אלא להחזיקה בזונה אף שיש מקום ספק בזה ואפי' לשי' הרמב"ן והרשב"א שעדות קדושין צריך דו"ח מדאורי' מ"מ מדחזינן שסמכו חז"ל להתיר אשה בעדות שנתגרשה אף שלא נחקר ע"כ מטעם שנראה לחכמים שהענין אמת בלא דו"ח כ"ש לאפרושי מאיסורא שיהי' ג"כ בכלל דאין בודקין עדי נשים בדו"ח ואף שבתוס' (פ"ג) דסנהד' הוכיחו מפיר"ת שאין אשה נאסרת על בעלה בלדו"ח הר"ן הביא בשם התוס' זה לקושיא דכיון שאסורה עליו איך ישלם מאה כסף והביא בשם הרמב"ן לת' דאע"ג דבדיני ממונות לא בעינן דו"ח הכא כיון שעיקר העדות בד"נ כשם שבטל לענין ד"נ כך הוא בטל לענין ד"מ היוצאין ממנו עכ"ל. ואין להק' לשי' הרמב"ן מהך דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ומסיק דהיא נמי לא מקטלא הרי שאף שהעדות בטל לד"נ מ"מ קיים הוא לענין איסור דיש לתרץ דהרמב"ן לשיטתי' דס"ל מן התורה צריך דו"ח רק מדרבנן אין בודקין והכא דאיכא נפשות אוקמה אדאורייתא ואינה נאסרת בלי דו"ח משא"כ בהך דעדי נערה המאורסה (דמ"א) דנאסרת מה"ת שהיה בו דו"ח ונאסרת מדאורי' לבעלה רק שאינה נהרגת וא"ש עכ"פ חזינן דעת הרמב"ן והר"ן ג"כ שנאסרת בלי דו"ח ומ"ש התוס' דלא גרע מגזילות וחבלות לפענ"ד מאחר שמצינו שאפי' בע"א אי מהימן ליה צריך לגרשה א"כ כ"ש דאיכא למימר בתרי דמהימני לכ"ע שאין להתירה לו מפני שלא נדרשו ונחקרו. וכן נראה ג"כ מדברי תשובת הרשב"א שהביא בב"י (סי"א) באה"ע שכ' וכולהו סוגיות משמע ודאי דלא בעי דו"ח בעדי גיטין וקדושין ולפיכך ישנן בב"ד הדיוטות כו' עכ"ל ומתני הטעם דלכך כשרים בב"ד [הדיוטות] בשביל שא"צ דו"ח בע"כ עדות אשה שזינתה נמי כשר בלא דו"ח דהא איתא נמי בב"ד הדיוטות ומזו סייעתא לדברי הג' נוב"י שדחה דברי מהר"א שכון שביקש להוכיח מתשו' הלזו של הרשב"א שסובר דבעדות זנות צריך דו"ח וכבר דחה דבריו הרב נב"י ואנא עדיפא מיני' קאמינא דדעת הרשב"א בהיפך לגמרי וא"כ נר' דלדינא יש להחמיר אף בעדות אשה שזינתה כשלא נחו"נ עדות או שאומרי' אין יודעין בחקירות מאחר שהדעת נוטה לדברי הרא"ה ואחיו ר' פנחס והריטב"א דבעדות שאינה אלא כחזקת ענין כמו קדושין וגירושין א"צ דו"ח וכן י"ל בעדות זנות דנאמנין אפי' מה"ת וכן משמע בקדושין (סה) שם דדחיק לשנויי בעדי הזמה ולא משני בעדות של נחקרה דהיינו שהכחישו בבדיקות או שאמרו א"י בחקירות אלא משמע דלהחזיקה בפסול כהונה נמי ל"צ דו"ח וגם כבר הוכחנו כן מדעת הרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דל"צ דו"ח בעדי זנות וא"כ פשיטא שיש להחמיר ולאסרה לבעלה דרוב פוסקים חולקים על התוס' ואף שגם

בנ"י פ"ק דסנהדרין כתב ג"כ בשם האחרוני' דבעינן דו"ח לכ"ע מי הם האחרוני' כי הר"ן והרא"ה והריטב"א והרמב"ן שרגיל להביאם כבר כתבתי שנארה מדבריהם בהיפוך:

ואולי כיין לתשובת הרא"ש הנ"ל [אות י] מ"מ נראה עיקר להחמיר אבל ודאי לכתחיל' מוטל על הב"ד לחקור ולדרוש כ"ש בקדושין שיש להחמיר אפי' העידו בלא דו"ח אע"פ שבמרדכי פ' אד"מ כ' בשם ר"י וז"ל עדים שבאו לאוסרה צריכין דו"ח כיון שהיא מכחשת אותן הואיל ולא נחקרה עדותן בב"ד דמ"ש מעדות בן גרושה דתניא בתוס' שיכולין לומר מבודין היינו כ"ז שלא נחקרה עדותן בב"ד ע"כ. וכבר כתב הר"ן בתשו' (סל"ד) דמשנחקרה אין הכוונה לענין דו"ח אלא שנגמרה וגם היכא דצריך דו"ח כגון בדין מרומה אבל היכא דא"צ דו"ח מיד שנגמרה עדותן כבר נגמר ואינו חוזר ומגיד וזה נראה ג"כ כוונת רמ"א באה"ע (סמ"ב ס"ד) בהגה"ה ולכן סיים שאם אמרו חוץ לב"ד יכולין לחזים ולכן סיים שאין עדי קדושין צריכין דו"ח. ובחנם תמה הב"ש שם על רמ"א דאין כוונתו כי אם שצריך לגמור העדות שיתקבל בב"ד. ומ"ש הר"ן בדין מרומה צריך דו"פ היינו שהדיין חוקר בטרם שמקבל עדותו אם אין בו רמאות אבל אם כבר נתקבל העדות תו לא מצי לחזור. וגם כבר כ' הריב"ש בתשו' הנ"ל (סרס"ו) שאף דין מרומה אין דינו כד"נ לענין שאם א' אומר א"י בחקירות שתהא עדותן בטילה וכבר כ' [לעיל אות ט] שגם הר"ן סובר כן בשם ה' דוד אם לא שחוששש שא"י שאומר הוא מצד רמאות. ונ' דהר"ן לשי' אזיל דס"ל דגם עדי קדושין מה"ת צריכין דו"ח א"כ י"ל בדין מרומה אפי' בדיעבד אם לא נחקר העדות בדו"ח הוא בטל אבל לפי דעת הרא"ה בשם אחיו הר"פ והריטב"א כיון דבקדושין אפי' מה"ת א"צ דו"ח א"כ אפי' תימא שהדין מרומה אם כבר נתקבל העדות בב"ד אין בידינו לפסול העדות מאחר שנתקבל בב"ד ואפי' לא חקרים היטב כיון דמה"ת לא בעי דו"ח וכבר כ' שכן נלענ"ד עיקר. וא"כ פשיטא שיש להחמיר בקדושין כל שהעיד עדותו בב"ד אפילו בלא חקירה ואפי' נראה שהדין מרומה אין בידינו לבטל הקדושין די"ל בש"ס דבעי בדין מרומה דו"ח היינו משום דדיני ממונות מדאורי' בעי דו"ח משא"כ עדי קדושין דגם מה"ת א"צ דו"ח פשיטא שיש לחוש לקידושין באיסור א"א החמורה:

ובפרט דלדידהו א"ש בעדות גיטין בפשיטות דל"ש דו"ח וכדפרישית לעיל דאינן אלא אחזוקא בעלמא ולענ"ד נר' בלאו הכי הא דעת הרז"ה דבשטר ל"ש הזמה אפי' כתבו בזמנו כתבנוהו ועי' בש"ך (ססל"ח). ונראה לענ"ד דבגיטין בלאו הכי כיון דכותבין גט. לאיש אע"פ שאין אשתו עמו א"כ אין עדותן שחתמו בגט עדות על הגירושין כלל מאחר שנכ' הגט לבעל לבדו ומה שמגורשת כשהגט יוצא מתחת ידה אינו אלא מדין חזקה וידיעה בלא ראי' כמו בעדות ממון דסגי בידיעה בלא ראי' כדאי' פ' שבועת העדות (לג)

וכיון דחתימת הגט אינו כלום כ"ז שלא נמסר ליד האשה מיד הבעל או שלוחו לאו כלום הוא ואינו שום עדות רק שבזה הוא הס' כריתות האמור בתירה וא"כ אפי' נכ' בו בזמנו ובשעה זו נכתב אינו ענין לעדות כלל רק שבכך נגמר הס' כריתות וכמי שמועיל עדותן אף שהוא מפי הכ' שהוא גזירת הכ' שבכך נקרא ס' כ יתות וסומכין על חתימתן שמסתמא נכתב בדין ובכשרות עכ"פ ל"ש הזמה בגט כלל לכ"ע כיון דאין מעידין על הגירושין ואינה מתגרשת אלא מדין חזק: שבא לידה מדעת הבעל וח"י הוה כאילו נחקר עדותן בב"ד וכמ"ש התוס' בכתובות (ב) ד"ה ורבי יוחנן נמצא שחתימתן חשובה כאילו כבר העידו אז בשעת חתימה נמצא לפ"ז בגט דכל כמה דלא אתי לידה לאו כלום הוא אין עדותן אלא שנכ' ונח' כדינו ודמי לאיסור ואין מקום להזמה על זאת. וא"כ בגט ל"ש דין הזמה ואינו אלא כאילו העידו בב"ד שזה הגט נכ' לשמה שאין עדותן מועיל יותר בגט אבל בשטר שיש בו חיוב ממון כיין דהשטר יש בו שיעבוד נכסים שמתחיל השעבוד מזמן השטר א"כ לא מבעיא למ"ד אין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו ויתן המעות בפניהם דא"כ הוה כאילו העידו כן בב"ד מ"ש בשטר בעינן שיהי' השטר נכתב באיזה יום ובאיזה שעה שהרי חתימתן הוה כאילו העידו אז בב"ד ובחתימתן נתחייב הלוה והוה עדות גמורה ואפי' למ"ד עדיו בחתימיו זכין לו כיון דהשעבוד מתחיל מזמן חתימתן הוה כאיל העידו אז בב"ד מ"ש בשטר והחייבין הלוה בכך ומשעבדין נכסיו שפיר שייך ביה הזמה כמו בכל ממון שמעידין עליו. ובאמת לענ"ד הגם שהש"ך (בסל"ח) הבין ג"כ מדעת הרז"ה שאין הזמה לשלם ממון בשטר וכ' הש"ך הטעם דהזמה חידוש הוא ואין משלמין ממון כ"א בהעידו על פה וכן הבין הר"ן מד' הרז"ה מ"מ ק' עלי לומר מאחר דבריש פ' אד"מ פריך בפשיטות משטר על חקירות דמתניתין מדשטר מאוחר כשר ואם איתא דבשטר דין אחר יש לו היכי פריך בפשיטות משטר על עדות בע"פ דהא ע"כ שטר כשר אף שא"ל שהרי אין משלמין ממון ע"פ עדותן בשטר א"כ י"ל דשטר שאני. ועוד דלא מסתבר שיהי' כת השטר יפה מאילו העידו בפה ולא לפני הב"ד שלא הי' עדותן מועיל אם אינו ראוי להזמה ואיך יעלה על הדעת שיהי' כח השטר עדיף יותר והרי אמרו עדי' החתומי' על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד אבל לא יותר ואיך יאמר בעהמ"א בפשיטות דין חדש מבלי שום ראי' וזכר לו ואפי' תהי' סברתו כך הי' לי לכ' שנ"ל כן מסברא וגם הרמב"ן שבודק תמיד אחר דבריו כאן שתיק לי' ולא פקפק בדבר מעולם. וכן נלענ"ד שלא ע"ד המאור מעולם דבר זה רק כוונתו הוא שנתן טעם שעדי קיום לא יהיו קרובים ללוה בשביל שמעידין בב"ד ויתכן בהם הזמה כשיא' ביום פלוני חתם ויוזמו על כך אבל יכולין להיות קרובים לעדי השטר וא"ל שישלמו עדי השטר ע"פ של יתכן בהם

הזמה לפי שי"ל שאחרוהו וכתבוהו ועוד אין הזמה לעולם לשלם ממון אלא בעדות על פה עכ"ל. והנה י"ל לדקדק דמ"מ משכחת לה הזמה אם כ' בשטר בניסן והלוה לא נעשה גדול עד ניסן א"כ יכולין להזימם שיאמרו עמנו הייתם כל היום הכתוב בשטר יאא"ל אחרוהו וההלואה היתה מקדם מאחר שהי' קטן. אך נלענ"ד דכיון דבעינן שבע חקירות באיזה יום ואיזה שעה וכולהו מעכבו אפי' אומר א"י עדותן בטילה א"כ אם אמר באיזה יום ול"א באיזה שעה אף שיכולין לין להזדמם על היום כולו מ"מ עדותן בטילה וצ"ל דוקא באיזו שעה א"כ גם בשטר שכ' בו בזמנו כתבנוהו כיון דאין כותבין שעות מקרי אילה"ז ולא משכחת הזמה בשטר כיון שאין כותבין שעות אם לא שכ' ג"כ באיזה שעה ועפ"ז י"ל דאפי' כ' באיזה שעה ס"ל להמאור הא דאיכא הזמה בע"פ כשאומרי' בפני ב"ד באיזה יום ואיזו שעה היינו משום דכשהב"ד שואלין אותן נזקקין להשיב על דברי הב"ד אבל בשטר שאין חיוב עליהם לכ' הזמן בדיוק שאינו נוגע לגוף העדות גם כשהוזמו על הזמן הכ' בשטר י"ל שלא חתמו על הזמן בדיוק וכן הביא הר"ן (פ"ג) דר"ה בשם הרז"ה דהעדים נאמנין לומר שהוא מוקדם דיכולין לומר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו ואם במקום שעושין שלא כדין י"ל לומר ע"ז לא חתמנו כ"ש בכה"ג שמ"ש בזמנו כתבני הוא ש"ל לגמרי א"כ אין יכול להזדמם על השטר לעולם וזהו דוקא לפי התקנה שא"צ דו"ח ולא איכפת לן ביכול להזימה משא"כ לפי דין תורה צריך לכתוב הזמן בדיוק דאל"כ אין העדות כלום א"כ ע"כ עיקר חתימתן על הזמן ויכיל להזימם ג"כ כן נ"ל בדעת המאור:

יב ועתה נבאר עוד פרט א' הנוגע לשאלה אם עדות מיוחדת מועיל בעדות אשה שזינתה לאוסרה על בעלה וגם זו מתורת יחזקאל למדנו מה שהג' נוב"י הביא דברי הר"א ששון שדעתו דאין אוסרין אשה לבעלה בעדות מיוחד' ואין ספרו בידי ונאמן עלי הדיין הגא' הנ"ל שאין למהר"א ששון כי אם ראי' אחת מדברי הר"ן שמביא בשם הירושלמי פ' מי שאחזו נתיחדו בע"א שחרית וע"א בין הערבים זה הי' מעשה ואמרו אין הצטרפין וכתב הר"ן אע"ג דגבי ממון קיי"ל דמצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת א' דיינין להו והרב בענו"י דחה דבריו כמ"ש הב"י ח"מ (ס"ל) דכיון שלא ראו המקדש והמתקדשת כי אם ע"א לא נתכוונו לשם קדושין:

ובעיקר הדבר הי' נ"ל בלאו הכי למה לא יועיל עדות מיוחדת בקדושין הא עיקר טעמא דקדושין לא מהני בל עדים מפורש בקדושין (נה) דילפינין דבר דבר ממון וכיון דבממון מהני עדות מיוחדת גם קדושין לא יהי' עדיפי מיני' וצ"ל דמהר"א ששון ס"ל כיון דכל הטעם שמועיל בממון הוא כמ"ש התו' בפ"ק דמכות משום דע"א נמי מהני לשבועה א"כ בדבר ערוה שאין פסק שבועה שם לא מהני עדות מיוחדת ואף דאפי' בקרקעות ודברי'

שאין נשבעין עליהם מהני עדות מיוחדת י"ל דמ"מ כיון דחזינן עכ"פ שעדות מיוחדת מהני בממון וסומכין ע"ז להוציא ממון מיד המוחזק א"כ לא מסתבר דבממון שהוא קרקעות וכדומה לא יחזיקו עדותן לעדות ברור דמאי אולמא דהאי ממון מהאי ממון דבשלמא נענין שבועה שאין עיקר השבועה אלא לאמת דבריו י"ל דהני דברי' דאימעטו אין מקום לשבועה בהם אבל [לענין עדות מיוחדת אין סברא לחלק] ולד' הנב"י בבת כהן תהא עדותן קיימת דכאשר זמם לא קאי רק לאחיו ולא לאחותו אלא ודאי דמ"מ בעינן ראוי להזמה אף שאין מקיימין כאשר זמם ממש. והבנ"ב יצטרך לדחוק ולחלק דמ"מ כיון דחייבין מיתה שפיר שייך כאשר זמם אף דכ' לאחיו ולא לאחותו. אבל הדבר ברור כדפר' דלעולם בעינן שיהי' העדות ראו להזמה עכ"פ אך היכא דגילתה התורה שאין העדי' נענשין באותו עונש ע"ז לא קפדינן:

ובהכי א"ש דק' איך יאמרו לאוסרה על בעלה באנו משמע שאסורה לבעלה באמת ע"פ עדותן וק' ממנ"פ אם מחזיקין דבריהם לאמת חייבת מיחה על הדבר הרע הזה וע"כ כיון שאין ראוי להזמה אין מאמינין לעדותן כלל וא"כ גם לאי' איך יקובלו דבריהם הא הוה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואפי' תימא דלאסור אשה לבעלה ל"ב ראוי להזמה כדברי נב"י דל"ש בזה הזמה מ"מ כאן שייך בעיקר עדותן כאשר זמם אם היו מכוונין להורגה ואיך פלגינן עדותן אלא ודאי כדפ' דודאי כיון דלאי' ל"ש כאשר זמם סגי בעדות שאינה חזקה ואם העידו על אשה שאינה חבירה נאסרת בעדותן אף שאין זה ראוי להזמה שאין אוסרין אותן על נשותיהן כד' הבנב"י נמצא שגם באשה זו כיון דסגי לאסור גם בעדות שאינו חזק כ"כ שאין מכניסין עצמן בס' עונש מוח אם יוזמו אבל להרוג על ידן בעינן עדות חזקה טפי שכן דין התורה וא"כ לכך מועיל לזה לענין אי' אבל לא לענין מיתה דלענין חייב מיתה בעינן סהדותא דאלי' טפי. וארווח לך בזה נמי התמיה של הג' נב"י על הל' דנקט ר"ח על העדי' שהוא דבר שלא יצוייר לפי האמת שגם היא אינה נהרגת מטעם עדות שאאי"ל וא"כ אין גומרין הדין כלל ואין עדי' זוממין נהרגין עד שיוגמר הדין וטפי ה"ל למינקט על הנערה מאורסה עצמה שאינה נהרגת מתיך שיכולין העדים לומר לאוסרה על בעלה באנו ובודאי התמ' עצומה וגברא ותיובתא חזינא אבל תי' דחוק למאד מה שא' דהיינו אומרין שאין חוקרין אותן כלל שתולין לומר שלאסרה על בעלה באו ואין חוקרין באיזה יום כו' ול"נ דפשיטא אילו הי' מציאות שתהרג על ידו שעל הב"ד מוטל לחקור ולדרוש כמשפטי התורה ויותר נראה לפמ"ש התוס' בפ"ק (ט) דבידעו שהיא חבירה באמת נהרגת ונהרגין וא"כ י"ל דאילו נקט על הנערה ל"ש שאינה נהרגת שהרי בשעת חיקור העדים אפשר לחוקרן אם ידעי או לא שהמות וחיים

תלוי בזה וע"כ איירי שאירע שלא חקרו וא"כ קמ"ל בעדי' אף שלא נודע בבירור של"י שהיא חבירה ואפשר דמודו שידעו מ"מ כיון שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו א"א להזימן וע"פ עצמן לא יומתו וזהו הרבותא ל"ש בזה. אבל כבר כתבתי בס' יעלת חן (ס"י) שדברי התוס' צריכין תלמוד ע"ש וגם איני מספיק לעיקר הקו' איך יצוייר גמר הדין עד שיתכן עלי' הזמה. אלא נר' לסייע מכאן שי' מהר"א ששון דלעדות אי' אשה לבעלה מדמינן לה לד"נ לגמרי וא"כ אין שום חילוק כשב"ד אוסרין אותה לבעלה ובין שגומרין דינה למיתה רק ההתראה שא"צ לאסור אשה לבעלה דסתמא מזידה וא"כ באשה חבירה דא"צ התראה כשיגמר דינה לאסרה לבעלה ומחזיקין דברי העדים לאמת ממילא יש לה משפט מות וא"כ שפיר יתכן גמר דין שנגמר הדין ונתקבל עדותן בב"ד וגמרו על ידם הדין שאסור' לבעלה ואי ל"ה להם התנצלות שלא באו להורגה שפיר גמר דין של האי' מועיל שיוזמו ע"י הגמר דין של אי' דהא דין האי' הוא ג"כ כדין המיתא ולא מבעיא לד' התוס' שאיל ידעו שהיא חבירה נהרגין א"כ ע"כ איירי שאירע שלא חקרו הב"ד ע"ז דודאי חיוב על ב"ד לחקור ולדרוש בדבר שתלוי בו חיוב המיתה נמצא שגומרין הדין לאסרה וגם למיתה אחר שיחקרו אם ידעו שהיא חבירה ואפי' למ"ש בקונטרס יעלת חן דבסתמא י"ל לאסרה באנו מ"מ נראה אם הב"ד אומרי' לעדי' הוי יודעין שאשה זו חבירה ותהרג על ידכם דבכה"ג נהרגין וע"כ איירי במקרה שלא חקרו הב"ד ע"ז לעדים נמצא שגומרין הדין לאי' ובאם ידעו שחבירה או שיזהירו הב"ד אותן על כך שידעו שתהרג על ידם אם יודו בב"ד שבאו ע"מ כן שפיר מקרי לגמר דין מאחר שבעצם האי' והמיתה משפט א' להם וא"כ ודאי טובא קמ"ל בעדים דשייך בהם גמר דין מאחר שכבר גמרו הדין לאי' ואי' מיתה תלוי בחקירת הב"ד וא"ש הנ"ל והרי זה מסייע לי' לשי' הר"א ששון:

וכן יש להוכיח מהא גופי' דעדות מיוחדת פסולה ג"כ לאסור אשה לבעלה דאם נימא דגם בעדות מיוחדת אוסרין אותה א"כ בודאי כיון דעדות מיוחדת פסולה לדיני נפשות וכשרה לאסור אשה לבעלה א"כ בודאי על הב"ד חיוב לחקור אם ראו שניהם כא' וא"כ איך אפשר שכיונו לאוסרה א"כ הי' להם להעיד בעדות מיוחדת ולמה העידו שראו שניהם כא' אלא ודאי להורגה באו אלא ודאי גם לעדות אשה לבעלה לא מהני עדות מיוחדת:

ומזה סיוע ג"כ דלא מהני באומרים בחקירות איני יודע לאסור אשה לבעלה דאל"כ אם כיונו לאוסרה היה להם לומר על חקירות הב"ד איני יודע ומ"מ הוה אסורה אלא ודאי בכה"ג לא נאסרה:

יג והנה הגאון מהרי"ח האריך מאד להפליג לחלק בחילוקי' שונים לא שערום הקדמונים לחלק בין ממון דלא בעינן יכול להזימה ובקנס בעינן עדות שאי"ל ואני בעניי אתנהלה

לאטי לרגל פשט השמועות וסוגיות הש"ס בהכי רהיטא לפום פשטא. ונבאר בחקירה מה שהרב בנב"י חקר בענין אי בעינן בממון עדות (שאי) שאי"ל ובודאי אף שדעת מסכמת בזה שלא כדברי הש"ך בזה שביקש לומר (סל"ג) דבד"מ אם אמר אינו יודע עדותן בטילה שבודאי אף דמה"ת בעינן יכול להזימה מ"מ זה מכלל הקולא שהקילו בד"מ משום נעילת דלת אבל במה שהפריז בנב"י על המדה לומר ל"ב יכול להזימה בדיני ממונות. לענ"ד ליתא דודאי מה"ת בעינן כמו שמפורש במשנה אחד ד"מ ואחד דיני נפשות בדו"ח ומוקי לה ר' חנינא דמה"ת וא"כ משמע כי היכי דבדיני נפשות הוו לעיכובא ואם אמר אינו יודע עדותן בטלה הה"ד בדיני ממונות רק שה שהלחץ אשר לחצוהו הראיות שהובאו בס' נב"י שעליהם הציב וירה אבן פינת יסודתו עליהם אשיב ידי יד כהה יאיר עיני במאור תורתו. והנה תוקף עוז ראייתו. בשתים ועלתה לו לבנות כותל טירתו. האחת היא מדר' יהושע בן קרחה דס"ל שא"צ שיעידו שניהם כאחד ושומעין דבריו ש"ז היום וכשיבא חבירו למחר שומעין והק' לו איך יתכן שיתחייב הראשון בהזמה שיכול לומר אני לא לחייבו ממון באתי כ"א לחייבו שבועה ופשיטא לי' שזה שבא ראשונה אין מתחייב בהזמה א"כ איך יתחייב ע"י צירופו אלא ודאי ל"ב יכול להזימה ואני תמה בדבריו אחר שמבואר ומפורש במס' מכות ובכמה דוכתי דעכ"פ אם הוזמו משלמין א"כ אם העיד א' היום והשני בא והעיד למחר ומצטרף עדותן והוזמו אח"כ לדבריו הראשין לא ישלם שלא בא לחייבו ממון והשני ודאי ראוי שישלם שהרי הוא חייב כל הממון וזה דבר תימא שע"א יתחייב בהזמה והשני פטר בלא כלום והא תנינן משלשין בממון ולא שמענו בשום מקום שא' יתחי"ב בכל הזמה ובהדיא איתא במשנה במרובה (עב) דאם נמצא א' זומם העדות בטילה ומשמע אפי' לא באו כא' למאן דאמר שומעין דבריו ש"ז היום וכשיבא חבירו למחר שומעין לו וכ כיון דכל החיוב בא מכח השני ראוי שיתחייב השני בכל הזמה שאין לראשון עסק עמו מאחר שלא בא לחייבו ממון כלל. וא"ת גם השני אינו חייב בהזמה בכה"ג הא ליתא דלא מצינו שום חילוק בהזמה באין שהעידו כאחד או בזה אחר זה וכן מפורש ברמב"ם בפ"ק שאן ניזומין עד שיוזמו שניהם ומשמע דכשהוזמו שניהם מתחייבין בהזמה ואין חילוק בין העידו כא' ובין העידו בזה אחר זה ובעיקר הקו' לענ"ד לאו קושיא היא כלל לא מבעיא לדעת התוס' בסנהד' (נו) שכתבו אך דר' חנן דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו היינו בלא ידעו שהיא חבירה אבל בלאו הכי כיון שיודעין שאי אפשר לתשלומין בלי מיתה אין יכולין לומר לתשלומין באנו א"כ ממילא כיון שידוע לכל שאין ע"א קם לממון א"כ מסתמא זה שמביאו אדעתא דהכי מביאו שיצטרף לו עוד א' כישמצא נמצא שע"ד כן בא להצטרף

שיבא אחר למחר ולא דמי להך דב"ק (כד) דמצי אמרי אטו כל דאתו בב"ד לאסהודי אתי דהתם כל אחד יש לו עדות פרטיי שהרי באי לחייבו פלגא נזקא עכ"פ ולמה לנו לומר שבאין ע"ד להצטרף לזולת אדרבה אם הי' רצונם לחייבו היו יכולין להעיד על כל השל נגיחות בשקר. אבל בע"ד שמחפש עדים מסתמא אדעתא דהכי מחפש כדי להוציא דמי טענתו ולא בשביל לחייב שבועה לבד וא"כ מיד נכנס לספק זה אם יבא אחר יצטרף עדותו להוציא הממון ע"פ שניהם וא"כ גם להזמה מסייע ואם תתעקש ותאמר דמ"מ יהי' לו התנצלות זה לומר לחייבו שבועה באתי וכמו שגמגמתי בסברת התוס' בסנהד' (ט) בספרי המודפס (בס"י) אם נחליט דבעינן ראוי להזמה א"כ] הב"ד צריכין להזהירו כשבא להעיד לומר לו הוי יודע שאם יבא אחר למחר יצטרף עמך להוציא ממין וא"כ יתברר בודאי שבא על חיוב ממון ומה שלא פיר הפוסקים כן היינו משום דלפי האמת תקנת חכמים של לחוש להזמה ולא בעינן דו"ח וא"כ שפיר מצרפין אותו בכל אופן:

והראיה השני' שהביאה הרב לראי' ברורה. ובעניותי גם היא אינה ישרה. עפ"י מ"ש ע"פ דברי התוס' במכות (מ:) אהא דאמרינן דעדות מיוחדת כשירה בד"מ והק' בתוס' הא כתיב משפט א' ותירצו דע"כ לא קאי משפט א' על זה דעכ"פ לשבועה א' קם. ועפ"ז כתב הרב דע"א פשיטא דעד המחייבו שבועה אין בו תו' הזמה ואפי' מלקות אינו לוקה דאין ע"ש לוקה כ"א מטעם שהרשיעו הצדיק והרשיעו הרשע ושייך דוקא כשבאו להרשיעי איזה רשע ק בממון בין במלקות משא"כ בע"א שאינו קם אלא לשבועה וכיון דנשבועה מיהו איתא באין יכול להזימה א"כ גם בשנים לא איכפת לן בהזמה כלל ולא נפיק ממשכט א' כלל:

ולפענ"ד מאי דפשיטא לי' למר דע"א אינו לוקה אם הוזם ובעניותי מבעיא לי' טובא דאין סברא לומר שגם לאו דלא תענה ו בע"א דכ"מ שנא' עד הרי כאן שנים דא"כ למה נסמוך על עדותו מאחר שלא הוזהר על כך דלמא אומר מילי דבדואי ועי' בש"ך (סל"א) דגם בעד מכחיש עד חד מינייהו רשע ופסול וע"כ גם ע"א בלא תענה וכיון דכבר ריבי חכמים זוממין בריש מכות למלקות מקרא דוהצדיקו ופריך תיפוק לי' מלא תענה ומשני משום דהוה לי' לאו שאין בו מעשה ובאמת עיקר עשה הלאו מ"מ הוא מלא תענה וכמפ' במכות (ד) דרבנן נפקא לי מהתם אזהרה לעדי' זוממין ועי' בפרש"י ותוס' שם וכיון דכבר גילתה התורה דבזוממין איכא מלקות מולא תענה א"כ מסתברא דע"א שהוזם לוקה. וגם מ"ש דל"ש והרשיעו מאחר שאין באים לחייבו שום דבר מהא לא או דגם בב"ג מאי הרשיעי אותו לפעני' ניחא לי' כדי לישא אשה פסולה לכהונה אלא והרשיעו לא קאי רק כשמחייבין אותו בדבר שאינו חייב יהי' מה שיהי' וא"כ כשמחייבין אותו שבועה שאינו

חייב בה שפיר יתכן דלקי מלא תענה והא דא' בכתובות (לג) עדי' זוממין אפשר לקיימן בבן גרישה ולא קא' בע"א אינו הכרח די"ל דודאי פשטא דקרא מיירי בשני עדים. ואל תשיבני ממשנה דמרובה שם נמצא א' מהם זומם עדותן בטילה ולא נקט דלוקה די"ל דשם שנצטרף לשנים אין להלקותו דאולי יוזם גם השני ויתחייב ממון והתורה ובתה עדים זוממין לתשלומין אבל ע"א שאינו קם רק לשבועה י"ל שאם הוזם הוא לוקה אלא דבריש ב"מ (ד"ד) מפורש דע"א ישנו בהכחשה ובהזמה ופי' התוס' שישנו בהזמה לבטל עדותו ולא פי' שהוא לענין מלקות ושם מפורש ג"כ שאינו בתורת הזמה ועי' באסיפת זקנים בשם ר"ח שפי' שהוא כמו בבן גרושה משמע מרהיטת דבריו דל קי שפיר ואין להק' מזה על תירוצא קמא של התוס' ריש מכות דבמלקות מתקיים כאשר זמם דמ"מ הוה פירכא דלא דמי לעדים דמקיימין כאשר זמם ממש:

ויש להביא ראי' שגם ע"א הניזום חייב מלקות דאי תימא דפטור ממלקות א"כ ק' איך יפסול לעדות הא בלאו שאין בו מלקות לא נפסל לעדות מה"ת וכן, הוא בש"ע (סי' לד ס"ב) ואם איתא דע"א שבא לחייב שבועה אינו חייב מלקות אם הוזם איך יפסל מה"ת והרי כבר הביא בש"ך ח"מ (לא) דאפי' יא אומר נתגרשה וא' אומר לא נתגרשה חד מינייהו רשע אף שאין שום נ"מ בעדות א' לענין זה אלא ודאי כיון שהוא בדבריו בא לחייב כפי דבריו אם נאמת דבריו הוה לי' עד שקר ולקי מלא תענה ואפי' אי יהיבנא למר כולה טענתי דאין ע"א נענש בשום עונש מ"מ כיון שנתבטל עדותו ונפסל עכ"פ לעדות שפיר מקרי ג"כ הזמה:

ותחילה אבאר כי מותיבנא תיובתא כלפי שנאוי דהש"ך דס"ל גם בממון בעינן ראוי להזמה והנה בודאי אין לנו לומר דמה שצריך העדות ראוי להזמה יהי' מכלל החוקים כפרה אדומה ושעטנז כי כבר הראתיך לדעת שאינו דלא תליא כלל אי בעינן קרא כדכ' אבל תועלת ההזמה לחזק העדות שלא ישקרו מיראתם מהזמה ולכן כ' התוס' בכתובות דבב' כיתות שייך דוקא פן יוזמו עדים ומעתה איך משכחת לה שום עדות בזמה"ז כאין לנו סמוכין ואין שום עונש על הזוממין וא"כ לא ופרנס לי שום עדות שאינו קיים שהרי אין יראת הזמה עליהם מאחר שבזה"ז אין דנין דין הזמה שהוא דיני קנסות. וע"ז אני אומר לברר דבריו יותר ויתבררו ויתלבנו הדברים היטב תי' הב' של התוס' במכות דכאשר זמם ל"ק אבן גרושה בשום צד. וי"ל אכתי מנ"ל דמהני עדות לדבר זה כלל דילמא כיון דגילתה התורה דלית בהו כאשר זמם הם פסולין לעדות זה כלל. ולכן אני אומר הנלענ"ד ברור אחר העיון ויש לכוונו בתי' הב' של רבותינו בעלי התוס' כי מה דבעינן יכול להזימה כי בודאי מה שכ' לעיל דבעינן אימת ההזמה עליהם עדיין אינו מספיק לגמרי דכיון

דבעינן אימת העונש עצמו שבא לחייב הנידון דמ"מ ל"נ [תורה] דברי' לשיעורין ואם העד זקן וחולה וקץ בחייו וכדומה שאין העונש שקול אצלי ומ"מ שייך כאשר זמם ולכן נ"ל תריצתא דמילתא דהיכא שהיו יכולין להעיד באופן ראוי להזמה וחסר תנאי א' מעדותן שבשביל חסרון תנאי זה אינו ראוי להזמה בהא עדותן בטילה מה"ת דאיכא ריעותא בעיקר עדותן שאולי לכך נחסר תנאי זה ש"י להזדמם. ומעתה נראה דבבן גרושה אין העדר ההזמה מצד העדות שהעדות מצד עצמו אין בו ריעותא והריעותא הוא מצדנו שאין מענשין בעונש שרצו לחייבו שאין דין התורה כן וכיון דליכא ריעותא בגוף העדות שפיר מקרי עדות ודברים אלו ברורים ונכונים משא"כ בעדי נערה המאורסה החסרון בא מצד העדות שאילו התרו א היו בודאי רוצים לחייבה מיתה וא"ש:

אלא שעדיין אני צריך למודעי דהא בסנהד' (עח) מבואר דעדים שהעידו בטריפה לא מיקטלא ולכן גם בטריפה שהרג שלא בפני ב"ד פטור שאין ראוי להזמה והרי כאן אין חסרון מצד העדים רק מצד הנידון ואין ריעותא בעדותן כלל ולזה י"ל דודאי כיון שעדות שראוי להזמה אלים טפי מעדות שאין ראוי להזמה א"כ ממילא שאין ללמוד עליו חיוב מיתה בעדות שאין ראוי להזמה דלא אלים עדותן כלל וחזינן דקרא דמחייב מיתה בעדות אלים שראוי להזמה משא"כ בעדות בן גרושה כאינו בשום מקום ראוי להזמה וכשת"ל דאינן נעשין בן גרושה רק בעדות ראוי להזמה לא יעשו בן גרושה לעולם אפי' ק' עדים יעידו עליהם וזה נגד השכל ולכן אנו אומרי' שלא הקפידה תורה בהזמה כלל מאחר באין ריעותא לא מכח העדים ולא מכח הנידון רק מצד הב"ד שאין מענשין עונש זממו אבל בטריפה הריעותא מצד הנידון שאינו ראוי להזמה לא שמעינן כה"ג שיתחייבו על ידן. ובהכי א"ש הך סוגיא דפ' החובל דפריך זוממי עבד לא יהרגו ופי' התוס' שגם הוא לא יהרג וכבר כתבתי לעיל [אות ח] בזה. ולפ"ז ניחא דאי אפ"ל דבדברים שאין אנו מקיימין בהם הזמה יתבטל עדותן דא"כ לא משכחת לה עדי קדושין ועדי גירושין וזנות דל"ש בהו כאשר זמם אם העידו על אשה שקידשה או שזינתה והיא ארוסה שאין לה כתובה וגם כתובה אינה אלא מדר' וכמו כן עדי גירושין והרי ילפינן דבר דבר ממון וע"כ אבל בשנים שמוציאין ממון בבירור אין לחלק בין ממון לממון משא"כ קדישין שאינם עסק ממון אי דבר ערוה גופי' י"ל דלד"נ דמי ובזו אזדו להו כל ראיות הנב"י נגד הר"א ששון כי מה שהביא מסוטה דמועיל ע"א אין לו ענין דשם ע"א לחוד גומר כל העדות ונאסרה ע"פ. וגם תמהני מחכמתו במה שהוסיף להביא ראי' (באות ד) מן הירושל' ופשי' לי' דקרא דכי מצא בה ערות דבר מיירי אפי' בערות מיוחדת מאחר דילפינן דבר דבר ממון. ודבריו תמוהי' שא"ת כן מעיקרא דדינא של הר"א ששון מיפרך מעיקרא שהרי ר"א ששון ס"ל

דעדי זנות בעו דו"ח דלדיני ממונות דמיין והא מקרא דדבר דבר מממון נפקא ואיך יהי' עדיפא מממון אלא ברור דס"ל למהר"א ששון דלענין זה יש לחלק ביניהם דאין עדות מיוחדת מועלת רק במקום שיש להועיל א' מהם לאיזה דבר וזה ברור:

ומצאתי בזה און לדברי הר"א ששון מדברי התוס' מכות (דף ו) ד"ה שמואל שכ' דגיטין שוו לדיני נפשות וטעמא דפרישית גבי עדות נפשות שייך נמי בגט. והנה הטעם שפי' לר' יוסי דמחלק בין ד"נ לד"מ מבואר ג"כ משום דע"א קם לשבועה כמ"ש התוס' ד"ה אמר א יוסי ואפ"ה פשיטא להתוס' דדיני גיטין כנפשות דמיין משום דל"ש בהו ערות ע"א ואמאי הא בגיטין הא דידעינן דבעי שני עדים הוא ג"כ דבר דבר מממון והא בממון מהני אע"כ מ"מ לענין זה לנפשות מדמינן להו:

וכבר כתבנו למעלה קצת סיוע לדברי הר"א ששון מהך דסנהדרין (דמ"א) די"ל לאסרה על בעלה באנו ואמאי לא העידו בעדות מיוחדת דהא הב"ד בודאי צריכין לשאלן אם ראו כא' א"כ אם איתא דל באו למה לא אמרו שלא ראו כא' דהוה נאסרת ולא נהרגת מיהו יש לדחות כיון דהן מילתא תלי בפלוגתא דר' יהושע בן קרחה ורבנן אפשר רחך חנן לרבנן קאי או דמ"מ יכולין העדים לסבור שאינם נאמני' אם לא ראו כאחד:

יד והאמת יורה דרכו שיש להוכיח בראיות ברורות דא לדברים שאין ע"א קם בהם לשום דבר מ"מ מהני עדות מיוחדת וליתנייהו לדבר מהר"א ששון כלל יכלל ואפי' לסניף אין לעשותן חדא דהא ודאי גם ר' יהושע בן קרחה לא פליג דאין דנין ד"נ בעדות מיוחדת דנפקא מקרא דלא יומת ע"פ ע"א במס' מכות (ד"ו) וליכא מאן דפליג בהך מילתא וכל הפוס' פסקו כר' יהושע ב"ק ורב גופי' דאמר דעדות מיוחדת פסול פסק בפ' ז"ב (ל) כר' יהושע בן קרחה א"כ כשת"ל דעדות מיוחדת פסולה לעדות נשים ע"כ לד"נ מדמית להו וע"כ מטעם שאין ע"א קם בהם לשום דבר והנה מצינו מפורש בגיטין (לג) דגם עדי כתובה מצטרפי לר' יהושע בן קרחה אף שא זין עסק שבועה בעדותן. ובסנהדרין פ' ז"ב (כז) בה דאתו תרי סהדי דאסהידו בחד חד אמר קמי' דידי גנב קבא דחושלא וחד אמר קמי' דידי גנב קתא דהורטיא ונריפינהו לפסול הרי מפו' דמצטרפין לפסול אדם ולהחזיקו בגנב. וא"כ גם על דברי התוס' י"ל שתלו הטעם מאחר דע"א קם לשבועה לכך אהני נמי עדות מיוחדת ולכן ס"ל שם דגיטין לד"נ דמי. והרי בררנו מפורש בש"ס דאף לענינים שאין להם שום עסק בשבועות ע"א מ"מ פסקינן כר' יהושע בן קרחה ולא בגיטין לבדן שהי' אפשר לומר דנ"ל דבר דבר ממון אלא אף לפסול אדם לה ציאו מחזקתו מהני עדות מיותרת. לכן י"ל הסברא אף אם נחזיק תירוץ התוס' דלא קאי אממון מאחר שע"א קם לשבועה בממון ג"ל דלא ילפינן ממשפט אחד רק בשה שיש השוות גם דיני ממונות

לד"נ אבל במה שגם ד"מ אינם מוקשים לדיני נפשות נקטינן דמאי דכתיב בדיני נפשות דוקא בד"נ הוא ולא בשאר דינים אף שאינם של ממון ולא גמרינן מדיני נפשות כלל ושערי תירונים לא ננעלו. על כל פנים מפורש בש"ס דבשאר דינים נמי איתא לדר' יהושע בן קרחה ולא מצינו שום פלוגתא בזה וא"כ בודאי מאן ספין לחדש ולומר דבהא קי"ל כוותיה ובהא לא ק"ל כוותי' שאין לזה שום שורש רמז וענף כלל בש"ס:

ומה שתמכו יסודותם על דברי הר"ן בפ' מי שאחזו שכתב בנתיחדו לפני ע"א שחרית וא' ערבית זה הי' מעשה ואמרו א מצטרפין שא הר"ן דאף דלענין ממון מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת א' בעינן להו עכ"ל וזה כל תוקף ראי' של הר"א ששון ובעיקר דינו של הירושלמי כבר כ' מרן הב"י בח"מ שטעם הירושלמי כיון שאין רואין רק ע"א אין מתכוונין לשם קדושין ואמת שיש מקים לדברים אלו וכבר קילס הג' בנב"י טעם הלזה לשבח:

אמנם אני תמיה מרבינו ב"י דנהירן לי' שבילי דגמ' וסברא והג' בנ"ב אחרון כי לפענ"ד בלאו הכי אין התחלה ושום ראיה מן הירושלמי דהא בלא"ה איכא מ"ד פ' זה בורר דדוקא בקרקעות הל' כמותו ולא במטלטלין והטעם דבקרקעות כולהו על חד קרקע מעידין משא"כ במטלטלין דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי אלא דקי"ל דמצטרפין ששניהם באו לחובת גברא לחייבו במנה אבל עדות קדושין כיון דביאה בפני ע"א הוה קדושין בע"א ולאו כלום הוא איך תצטרף הביאה של ערבית עם הביאה של שחרית שתהי' לשם קדושין הא פשיטא דליתא דאפי' קידש אלף פעמים כל קדושין בע"א לאו כלום הוא דאכל קידושין ליכא אלא א' ולא הוו קדושין. ולא דמי להודאה אחר הודאה או הלואה אחר הלואה שאין דנין רק על אמיתת הענין ואילו ידענו שבאמת הלוה הי' חייב לשלם אבל בקדושין אם קידש בפני ע"א אפי' שניהם מודים לאו כלום הוא וא"כ אפי' היתה ביאה א' לשם קדושין לפני ע"א וגם השני' פשיטא שאין הביאות מצטרפו' ולכן בסוטה שנסתרה בפני ע"א שחרית ובפני ע"א ערבית תלי לה הירושלמי בפלוגתא דר' יהושע בן קרחה מאחר שהזנות אוסרה ולתרווייהו אסורה מטעם סוטה וכפי גרסתי' לא נסתפק הירושלמי בזה אלא דהרב"י גריס או יבא כהדא משמע שהירושלמי מסופק בזה אפשר א ל כמ"ד בגמרא דלית הלכתא כריב"ק אלא בקרקע ולא בהלוואה אחר הלואה:

ודברי הר"ן מפ' שהרי מפורש בש"ס דגם בעדי כתיבה ס"ל לריב"ק דמצטרפין אע"ג דגיטין נמי שייכי בד"נ ימה שביקש הג' בנב"י לומר שהר"ן ס"ל לחלק בין גיטין שהם להתירה ל"ד לד"נ לא נהירא שהרי מפורש בשלהי יבמות כיון דשרינן א"א לעלמא כד"נ דמין ועוד דאי טעמא דדמי ממש לד"נ של"י עדות מיוחדת א"כ איך אמרו בקדושין

(דס"ה) אהא דא' רב כהנא אין חוששין לקדושין מאי דעתך דילפת דבר דבר ממון אי מה להלן הודאת בע"ד כק' ע עדים דמי כו' ואם אי' דמשום דשייך בד"נ יש לו ד"נ ל"ל למילף דבר דבר כלל פשיטא שאפי' עדות מיוחדת שמועיל בממון אינו מועיל לקדושין אלא ודאי הדבר ברור דעדות קדושין וגיטין ל"ע מעדות ממון לענין עדות מיוחדת ולכן קשיה לי' שתועיל הודאת בע"ד. סוף דבר בהא סליקנא ובהא נחתינא דמילתא דפשיטא דלענין זנות לאסור אשה לבעלה נאסרת ע"פ עדות מיוחדת ואפי' א"א א' אני ראיתי שנבעלה בשחרית וא"א בערבית מצרפין ערותן ועי' בב"ש (סי"א וסקל"ג) נמשכו ג"כ אחר דברי ב"י (ס"ל) בח"מ ומ"ש הוא דבר ברור ויתד הוא שלא תמוט דודאי מצטרפין הן עדי זנות הן עדי כיעור ולדידן דקי"ל כריב"ק והכי נקטינן:

ואח"כ מצאתי עוד ראי' לד' מסנהדרין (פא) בהורג נפש שלב"ע היו כונסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר וכו' ופריך מנא ידעינן ומוקי לה בעדות מיוחדת כו' הרי שסמכו הסנהדרין על עדות מיוחדת לחוב בדמו ש"ז א"כ בודאי מחזיקין אותו לחמת דאל"כ לא היו מפקירין דמו ש"ז וכיון דמחזיקין לעדות אמת איך יעלה על הדעת להתירה לבעלה. ועי' ברמב"ם פ"ד מהל' רוצח שענין שפיכת דמים חמור צא ולמד מאחאב שלא הרג אלא גרם ע"ש. ומזה ודאי ראי' ברורה לאסור אשה על בעלה בעדות מייחדת ולא יחלוק בזה אלא עיקש ופתלתול. ומכאן הוכחה ברורה דאשה נאסרת לבעלה אפי' יש הכחשה בבדיק' דהא רב חסדא מוקי באתכחיש בבדיקות ופרש"י ומיהו עדות אמת הוא ע"ש. ותמי' גדולה על התוס' פ"ק דסנהדר' (ד"ת) לפר"ת דס"ל בהכחשה דבדיקות לא מתסרא לבעלה והוא חמיה בעיני שאם סומכין על עדותן להכניסה לכיפה איך יעלה על הדעת שנתירה לבעלה הא ודאי ליתא וצ"ע:

ודרך אגב אבאר כאן באה"ע (סקע"ת ס"כ) א"א שנטענת על איש א' כו' אבל יגזרו עליו שלא ידבר עמה ושלא ידירו בשכונה כו' ותמי' לי איך נחזיקו ע"י דברי' לחשוד ונגרשו מהסתפת בנחלתו א"כ לא שבקת חיי א"ת לאשה שנאה על אדם או שתרצה שלא ידיר בשכונה לאיזה סיבה ופרנסה וגרשהו משכונה בעלילות שקר והרי מבואר באה"ע (סע"ד) דאפי' על אשתו אין יכול להדירה שלא תלך לבית האבל ולבית המשתה ויוציא ויתן כתובה ואם טוען בשביל בנ"א פרוצים בלא הוחזקו א"נ ויוציא ויתן כתובה כ"ש שאין להאמין על הוצאת דיבה כזאת. ועיינתי בתשו' הרי ב"ש והיא (בסי' רס"ה) ושם משמע שהודה לדברי' שדיבר עמה דברי נבלה ובכה"ג א"ל כן אבל אם כופר ואו' להד"מ פשיטא שאין להחזיק הלעז ואפי' רואה דבר ערוה בחדירו ומעיד בו יחידי אמרינן טוביא

חדא וזיגוד מינגד א"כ פשוט שאין לחוש ללעז שלה לעשות לו שום עונש אם אין רואין רגלים לדבר וכדומה אם לא באופן שכ' בריב"ש כולה האי ואולי:

סימן יב

תשובה מה שהוק' למע"ל איך יועילו עדי כיעור בצירוף קלא דלא פסיק הא העדי' הוה חצי דבר דאין מועילין בלא צירוף הקול הנה כבר כתבתי בתשו' לסייע איזה דעת הרמב"ם (בפ' כ"ד) מאישות שסובר דבעדי כיעור יכול להוציא בלא כת' א"כ מועילין העדים לענין כתובה לד' הרי"ף ומע"ל האריך בזה ובאמת מבואר הוא ברמב"ם ובתשו' הארכתי להוכיח שלא כדבריו מש"ס ופוסקי' אין כאן מקים אריכות:

ומ"מ אין להעמיד יסוד על דברי' כאלה דתק' ליה הך (דסימן מו) בקלא דקידושין דבעינן שיאמרו העדי' שמענו מפלוני או תרי מתרי כפי שי' הפוס' א"כ תקשי הה"ל חצי דבר א"נ כמ"ש בתשו' הנ"ל דהא דמוציאין באין לו בנים בעדי כיעור וקלא דלא פסיק איני רק מדרבנן ותדע דהא ביש לה בנים אין מוציאין ואטו משום בנים נשרי אי' דאורי' א"כ ממילא אין קי' כלל וכמו כן בהך קלא דקדושין נמי רק מדרבנן הוא דהא לקלא דבתר נשואין ל"ח כמבואר בש"ס גיטין (פט:) ובאה"ע (סי' מו ס"ח) א"כ במלתא דרבנן אין לדייק בהך דכל שנראה הענין לאמת החמירו:

מיהו בנ"ד בקלא דל"פ וע"כ ויש לה בנים דברי חכמים א"צ חיזוק וכבר הא כתי בתשובה הנ"ל לדחות ד' הר"מ בפי' השאלתות בראיות ברורות והעלתי עיקר כדברי רמ"א ושלא כד' הח"מ ובאמת י"ל לפי' הרי"ף שאינו סובר כפי' התו' דתליא ביכולין לראות יותר א"כ ק' איך אשה עושה שליח לקבלה בפני עדי' כדאי' בהדיא במשנה פ' התקבל שצריכה ב' כתי עדים א' שיאמרו בפנינו אמרה וא' שיאמרו בפנינו קיבל וקרע הא עדי אמירה לא אהני לכלום ומזה דרו התוס' ב"ק (ע':) דברי הרי"ף באמת וכן ק' לד' הפוס' דשליח קדושין צריך עדי' וא"כ אם עדי קדושין אחרים איך יצרפו עדות השליחות עם ע"ק שתהי' בחזקת מקודשת ע"י צירוף ב' הכיתות לכן הדבר ברור כמ"ש בס' גט מקושר בסדר גט ב' דלא מקרי חצי דבר רק כשהוא חלק מה"ד שהחזקה הוא כל ה דבר ושנה ראשונה חלק מן החזקה כו' אבל עדי אמירה ועדי קבלה אין עדי אמירה חלק מן הקבלה רק ב' דברים פרטיים ע"ש ביאור הסברא וא"כ כמו כן י"ל עדי שליחות ועדי קדושין כ"א עדות בפני עצמו הוא שאין עדות השליחות חלק מן הקדושין רק שצ' עדים שיחול השליחות. ניחא לי נמי במה דקשה לשי' הרי"ף איך איתא בריש סוטה מקנה לה ע"פ שנים ומשקה על פי שנים הא עדי קנוי בלא יחוד אינם כלום וא"כ הוי חצי דבר דתרווייהו צריך קנוי

וסתירה ולפ"ז לק"מ שאין הקנוי חלק מן הסתירה רק שאינו מועיל זה בלא זה אמור מעתה גם בעדי בעדי כיעור אינו אלא לענין שאנו יודעין שזו יצאה מגדר הכשרות לכן מחזיקין הקול לאמת ואין מזה ענין לחצי דבר:

סימן יג

לאה' ידידי הרב הג' המפורסם מ' שלמה זלמן נ"י.

להיות כי האשה הנצבת מסטאוויסק באה הנה שנית והנה ב בהיתר הרה"ג מביאלעסטאק ק' עלה להתיר בשביל הא מילתא דלא מישלי. ובפרט שיש לי מבוכה גדולה בענין חששא דשאלה והוא א הנר' מכת' האשה שנסע מעיר געטען ולא הי' איש עמו אשר ידע מה הי' לו רק אמר החולה דדעתו ליסע להנובר ולא הי' איש עמו רק נודע מפי כתבם שנמצאו באמתחת הנעדר שזה האיש שנפ' הי' לו כת' ומתוך הכתב ראו ששמו אבלי בן יהודה ליב אחרי אשר תקנו מה שעיותי במכ' הא' ושינו שם אביו לשם צבי הירש והנה אם באנו להתיר מכח הכת' לחוד שנמצאו באמתחתו ולאתוי' עליו מחשש שאלה אם מושלו אינשי כת' כאלה קשי' לי טובא דהא מצינו באבד גט אשה ומצאו במקום שיירות מצויות חיישינן שזה הגט אחר הוא אף שידוע לו שזה אבד גט חיישינן דאיתרמי שגם אחר אבד ושמא כשמא ואמרי' שנפל מאחר ג"כ גט אף שהוא ודאי אבד ואחר לא נודע שאבד מ"מ חיישינן שאחר אבד והוא מצאו אלמא חיישי' לאבדה וא"כ איך נתיר ע"פ כת' שנמצאו באמתחתו ולסמוך שהנעדר הוא זה שנמצאו הכת' באמתחתו הא יש לחוש שמא יצא כת' אלו ונשארו באמתחתו ולא זה בעל האשה העגונה ולזה ק' איך אמר מ"ד בגמ' דל"ח לשאלה הא יש לחוש שמא אבד בעל האשה החפץ ומצאו אחר וזה הוא שמת וא"כ איך נתיר עפ"י סימני בגדים ניחוש שבעל העגונה אבדן וזה שמצאן ומת. ולכאו' יש לחלק דבמלבושים שלבוש בהם אין לחוש שאבדן שאין דרך לאבד מלבושיו לפ"ז יצא לנו חומרא גדולה דדוקא במלבו' שיבוש אין לחוש לאבדה אבל במלבוש פרטי וכ"ש בכת' יש לדמות לגט שבעל העגונה אבדן ואחר מצאן ומת מיהו ק' לפ"ז מאי משני כיס וארנקי לא מושלו אינשי הא יש לחוש שמא אבד כיס וארנקי ואחר מצאן וקשר בו גט ואין לו' לאבידת גט חיישי' ולאבידת כיס וארנקי ל"ח שנזהר בשמירתו ביותר דהא כמו שזה אבד כים ש י"ל שאחר קשר גט שצו בכיס וארנקי שמנא זה יתוקשי אפי' ל"ח לשאלה כי היכא שנאבד גט מאחר י"ל שנאבד גם כיס וארנקי מזה שהי' לו הגט ומצאה אחר וקשר בה גט ואין [לומר] שזה שיודע שלא אבד כים וארנקי א"כ ק מאי פריך ניחוש לשאלה נימא שיודע שלא השאיל לאחר וצ"ל

דכולה האי ל"ח ולא חיישי' רק שזה אבד גט וגם השני אבד גט אבל לחוש שזה אבד כיס וארנקי עם גט וגם אחר מצא כיס וארנקי והשליך גט הלזה וקשר גט שלו בכיס וארנקי כולה האי ל"ח אלא דק' אם נחלק בסברות הא ודאי י"ל גם בין שאלה דיחיד ושאלה דרבי שהשאיל ארנקי ליוסף בן שמעון הא ודאי מסברא איכא לפלוגי ביניהן וע"כ לא לא מפליגי בהו וא"כ הדרא קושי' לדוכתא מ"ש דלא מושלי אינשי הא כי היכא דחיישינן שגם אחר אבד גט ושמא כשמא וא"ז הגט שאבדו י"ל שאחר מצא גט בכיס וארנקי והשליך גט הנמצא וקשר בו גט שלו דכמו שיש לחוש לאבידת הגט כך יש לחוש לאבידת הכיס וצ"ל כולה הא לא חיישינן וא"כ כ"ש בכתבים שנמצאו באמתחת אחד שמת אף שבהכתבים כ' שם בעל העגונה מ"מ י"ל שבעל העגונה אבד הכתבים ושזה שמת מצאן וצריך לחלק בין מלבושים שאין דרך לאבדן אבל לחלק בין גט שיש לחוש שאבד אחר גט חיישינן טפי אבל שאר כתבים אין לחוש שאבדן הגם שי"ל דדוקא בגט חיישינן שאבד אחר שלא הי' צריך לו וזרקו לאשפה אבל בדבר שראוי לו להשתמש לא חיישינן דק' א"כ מחי פריך ממצאו קשור בכיס נימא דזהיר בשביל הכיס לכן אני נבוך מאד בזה שנתיר ע"פ כתבים שנמצאו באמתחתו אפילו בלי מושלי דיש לחוש לאבידה כמו בגט:

והנה כפי אשר התבוננתי מן הכתבים שמכתב הראשון מהנובר הב"ד כ' מעצמם לבשר מיתת האיש לסטאוויסק וא"כ הי' האמת נראה שהנעדר אמר להם שמו ושם עירו שהרי בפחת דברי' כ' במוחלט שכתוב מצאתי אני עצמי מחויב בדבר להודיע כי א' מבני עירם כמ"ר אברהם אבליס בה"ר ר' יה דה צבי אשר לפי מכתביו הנמצאים באמתחתו נכר הי' שם בעירו מעונה ומדוכה ביסורים נפל למשכב רח"ל משמע שידוע להם השם שלא מפי כתבים ומה שטעו בראשונה וכ' יהודה צבי תקנו באגרת השני עכ"פ ודאי כוונתם על אותו האיש שכתבו בראשונה ואם יהי' כן ל"ד צריך בשש שהרי מעידין על שמו ושם אביו ושם עירו אמנם אם נודע רק מכח כת' שנמצאו באמתח' צ"ע ומה שנזכר במכתב שכ' אלי. כ' הכותב מסטאוויסק יז"ל ואחרי דרשנו מהרב מהנובר שלח לנו כל כתבי הנעדר בלתי מגרעת אמנם לאחרית דברי הרב התבוננתי שלא שמעו מפי המנוח מה שמו אך מפי כתביו נודעו ואני מסופק אולי כוונ' אחר שכתבו בטעות וחיפשו בכתבים ומצאו שטעות הוא בידם שכ' בן יהודה צבי וצ"ל יהודה ליב ומזה שפטו שלא התבוננו מפי הנעדר. ובאמת מהא לא אירי' דודאי י"ל איגרת הראשונה מורה שהי' מפי הנעדר רק שזאת התבוננו שהי' בעירי מדוכה ומעונה ביסורים זה התבוננו מפי כתביו אבל כפי דרך הטבע כשהי' שוכב על ערש דוי וגילה להם מה שנמצא ממון ת"י מסתמא

לא העלם שמו מאתם אפי' לפי תומו כדרך למשיבין נפש החולה או ברפואות מסתמא נודע להם שמו כמו שנראה מכתב הרב שתפס במוחלט איש מעירכם כאילו נודע כי הוא הידוע ומה שנזכר במכתב הב' שחיפשו במכתב אולי מזה יצא הטעות מן הסופר שלא נודע רק מפי כתביו. ובאמת אין ראי' שכיון שעכ"פ ידעו שהוא איש הנעדר שכתבו עליו בתחלה ולא חיפשו בכתבים שנית רק לברר הטעות עכ"פ קים להו שזה שנמצא הכתבי' באמתחתו הוא הנעדר ונאמנין לומר שטעו בראשונה. ואפי' לא ידעו בהנובר מפיו רק שמו ושם עירו לחוד הי' נ"ל מקום להתיר בצירוף הכתבי' אך על הכתבי' לחוד לא ברירא לי להתיר להיות שהאשה העצובה אצה עלי בדברים לא השארתי פה אצלי העתק לכן ימחול להחזיר לי המכתב אחרי אשר יעתיקנו וגם ראיתי ריעותא במכתב על לשון אשכנז כ' אבלי ליבול מוואַרשא וכאן לי"נ קורא על נכון וכת"ה יפקח עיניו ע"ז דברי ידידו ודורש שלומו ארי' ליב:

ויותר נ"ל דדוקא במצאו בשוק שנאבד זה הגט ונמצא דרך נפילה יש לחוש שזה אחר הוא אבל כאן שלא הוחזק' שבאה הדבר מאבידה י"ל כמ"ש בתשובה בארוכה היכא די"ל כאן נמצא וכאן הי' וא"כ כיון שנמצא ברשותו לא אמרינן שתחלה ה' ברשות אחר לכן אף שאין חוששין כמו שזה אבד גט גם אחר אבד שהרי נמצא בשוק וכדומה שהוא דרך נפילה אף דע"כ חוששין לנפילה שלא הוחזקה שהרי זה בודאי אבד וצריך לחדש שגם אחר אבד והא חיישי' שפיר אבל כשלא הוחזק הדבר מעולם שבא מדרך אבידה אמרינן כאן נמצאו כאן היו מעיקרא אצלו לא שבא לידו מדרך אבידה ועוד כשת"ל שזה מצא הכתבי' א"כ צריך לומר שאבד אורח אחר שלא הי' לו פאספארט ומצא הכתבי' הללו וידוע שאין עובר אורח מארץ מרחק כמו מפולין לארץ רחוקה לא ימלא לבי ליסע בלי פאספורט והנה לא נמצא רק פאס ש"ז האיש לבד וא"כ צ"ל שזה האיש מנא הכתבים ול"ה לו כתבי' אחרים וזה הוא מילתא דלא שכיחא כלל מ"מ א"ז מספיק לעיקר הסברא דמ"מ צריך לתלות באבידה אחרת שלא הוחזקה א"כ יש לתלות באבידה של אותו האיש ג"כ:

סימן יד

שאלה ע"ד האשה קשת רוח אשר בעלה הלך זה כמה שנים. שמה אסתר מלכה בת הר"ר קלונימוס קלמן כ"ץ מק"ק גלאוונא. ולא נשמע ממנו. ואח"כ בא כ' ממדינות אונגרין מעיר פעטשקע מהגריכט דשם איך שהי' שם א"א מבע"ב דשם ושמו ר' דוד. ואנלו הי' איש אחד ונחלה בחילה גדול ר"ל ומת. קודם מותי אמר לר' דוד הנ"ל איך שהוא

מק"ק גלאוונא ושמו יצחק בן יקותיאל, למען לא תתעגן אשתו. וכן עשו הגריכט הנ"ל ושלחו לק"ק גלאוונא ונחתם בחותמם כמנהגם ובגופן שלהם. ול"ה יכולין לסמוך על כתב הנ"ל. לזה כתב הרב מק"ק רוטנא להרב דק"ק מטושדארף שהוא יכתוב להר' דעיר מאקאווי. שיעמוד על מקור הדבר ויגבה עדות כי עיר פטעשקע סמוך לעיר מאקאווי. וגבה עדות הנ"ל כדת. ושלח הגב"ע וגם שאר הכתבים אשר הי' באמתחת האיש אשר מת וגם הפאס שלו והביכל שלו. כל אלה הביא ר' קלמן להרב דק"ק סעריקיב ושאל השואל א"י להתיר העגונה הלזו. וכבר פתח הרב הגדול החריף אב"ד מכטריקוב ושלחו לכאן עם דעתו להתיר. רק שביקש שיסמכו עמו:

א

תשובה ודאי מילתא דפשיטא הוא שיש להתיר העגונה ע"פ גביית עדות ששלח הרב דק"ק מאקאווי עם ב"ד שלו וגם ע"פ חותם יד הקהל וחותם הרב בחותם הנהוג הקוק בעט ברזל על מתכת כנהוג בחתימות אשר הם נכון לאשה להתירה מכבלי העיגון מאחר שמבואר בש"ע (סי' יז סעיף יא) במצאו כתוב בשטר פלונית משיאין את אשתו אפי' אינו מקויים רק להרמב"ם שיהי' ידוע שהוא כ' ישראל וכתב המ"מ שלאפוקי אם היא כתב נכרי שלא הוכשר כיתי אלא מל"ת ולא כתב לפ"ת והב"י השיג עליו. דגם בכתב מהני לפי תומו. ולכאו' דברי המ"מ תמוהים. דמה ראה ברמב"ם כמעט מל"ת בכתב. ואי משום שכ' שידעו שהוא כ' ישראל. י"ל דהרמב"ם לשיטתי' אזיל שצריך שיהי' מסיח לפי תומו ע"י סיבוב דברים וכמ"ש הרמב"ם בדין י"א. וא"כ כשנמצא כתוב בשטר מת איש פלוני סתם אפי' בע"פ אינו מועיל. ואפשר דהמ"מ ס"ל כדברי הריב"ש דלאו דוקא קאמר הרמב"ם קשר דברים. וי"ל עוד דבלא"ה הקשה הריב"ש לשי' הרמב"ם מהא דהקשה בש"ס דילמא צרה היא. ולא פריך דילמא עכו"ם ומל"ת הוא. ולזה י"ל דודאי טעמו של הרמב"ם דבלא קשר דברים מה לו לעכו"ם לספר במיתתו ואמרינן מסתמא נתכוון לאיזה מכוין או להעיד לכן לא מהני. וזה דוקא כשידוע שהעכו"ם הוא האומר ובלא קשר דברי' דאיכא ריעותא בעדותו דמה לו לספר מ"ה. אבל כשאינו ידוע כלל אם הוא עכו"ם כשת"ל שאין דרך העכו"ם לספר לפי תומו בלא קשר דברים. אדרבה משום הוא גופי' נאמר שלא הי' עכו"ם כלל. דמה חזית להחזיק העכו"ם כדי שיהי' ריעותא בסיפורו. אדרבה נימא שלא הי' עכו"ם. ולא החמיר הרמב"ם רק כשידוע שהוא עכו"ם אבל התם דאינו ידוע רק לתלות בעכו"ם כדי למצוא ריעותא בסיפורו. בהא לא תלינן. והשתא דברי המ"מ (יש כאן חסרון) בשם שהוצרך הרמב"ם שיהי' ידוע שהוא כתב

ישראל. א"כ ליש לתלות בעכו"ם לבטל המל"ת משום הא כדמוכח מהא דדילמא צרה היא ול"ח לעכו"ם שדיבר לפ"ת:

והנה לשון הרמבים שהוא כ' ישראל משמע אפי' אינו ידוע שישראל כתבו רק שהוא כ' ישראל הנהוג לא חיישינן שעכו"ם כתבו בכ' ישראל. דאל"כ הי' לו להרמב"ם לומר והוא שידוע שכתבו ישראל. וא"כ בנדון דידן שהוא כתב ישראל בגב"ע מב"ד לכ"ע יש לסמוך:

ב

אמנם הואיל ואתא לידן נימא בי' מלתא דנפקא מינה לדינא להתלמד במקום אחר. דלכאו' יש לתמוה על מה שהסכימו הפוסקי' דל"ב קיום והרב מהר"ם אבי הש"ך פקפק בו. דלכאו' תמוה דלכאו' בירושלמי י"ל דפליגי במקויי' דווקא דהא מאן דס"ל אין משיאין מייתי בירושלמי ברייתא יפה יפה כח העדי' מכח השטר. שעדים שאמרו מת פלוני משיאין את אשתו. מצא כתוב בשטר מת פלוני. נהרג פלוני אין משיאין את אשתו. יפה כח השטר מכח העדים. שהמלוה בעדים גובה מבני חורין ובשטר גובה ממשועבדים, וא"כ משמע למ"ד דאין משיאין אפי' במקויים, היינו שמכירין החתימות. מ"מ אין משיאין דהא דומיא דגביית שטר הוא ובא"מ החתימות לא גבי ממשעבדי דטענינן מזוייף א"כ כיון דמאן דס"ל אין משיאין כו' אפי' מכירין החתימות אין משיאין. א"כ מנ"ל להפוסקי' דמשיאין בכ' אפי' בלא חתימה כלל. וגם בלא הכרח חתימה ומנ"ל דפליג טפי דאפושי פלוגתא לא מפשינן. משמע דדוקא במכירין החתימות פליגי. וכן משמע מדמייתי בירושלמי סייעתא לר' ירמיה מהא מתניתא ע"פ עדים ולא ע"פ כתבן ולא ע"פ עד מפי כד. ועכשיו משיאין עד מפי עד גם ע"פ כתבן וע"פ מתורגמן משיאין ע"כ. והא ע"פ כתבן ודאי במכירין החתימות מיירי. א"כ משמע דבמכירין החתימות פליגי:

איברא דתמוה אם מכירין החתימות מ"ט דמ"ד אין משיאין. מי גרע מע"פ בת קול ומאי ענין מפי כתבו לדבר שאפי' עבד ושפחה נאמני' וגם משיאין ע"פ בת קיל. לכן אפשר לו' לפענ"ד דלא פליג רק אם מקרי עדות גמורה. ונ"מ לענין שתוכל לינשא בלא רשות ב"ד דבשנים א"צ רשות ב"ד כיון שמה"ת מותרת. וגם נ"מ אם ע"א במלחמה וע"א בקטטה אינו נאמן והשתא פליג א"כ בשטר דר' ירמי' ס"ל משיאין כדין נישאת ע"פ שנים. ומייתי סייעתא כיון דודאי מפ"כ ה"ל עדות גמורה. רק גזירת הכ' הוא שאינו מועיל ע"פ כתבן. אף שמצד הענין נראה ודאי שאמת הוא. א"כ לא גרע עדותן רק מצד גזה"כ. והשתא בעדות אשה שהקילו עמפ"ע על פי תקנת חכמים. ל"ש למעט ע"פ כתבן. דממ"מ עדות גמורה היא. ואפי' בל התרת ב"ד תוכל לינשא. ויש לו דין שני עדים. וגם לענין הכחשת

ע"א ס"ל ג"כ דמפי כתבן הוי ב' ואין דבריו של אחד במקום שנים. ויש להוסיף נופך כמו שכת' בחדושי. די"ל בע' שנמנא אחד קרוב שיתבטל העדות. דמ"מ אמת הוא. וכתבנו דעיקר הנאמנות של עדים מצד שהכשירתן התורה ומוזהרין על עדות שקר. ובאם העדות איננו ככתוב בתירה יכולין אפי' לשקר. לכן אין העדות מועיל. ואפי' נמצא קרוב או פסול אח"כ שלא נודע מתחילה. מ"מ יכולין לחזור ול"ש כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. כיון שלא הועיל ע"פ הדין. לכן א"ס על נאמנות שלהם כלל. לכן ס"ל לר' ירמי' חם נמצא בשטר כיון שעכ"פ תורת עדות עליהם מדרבנן שהאמינום כבר הם אי משקרי הוי ערות שקר. לכן אפי' מפי כתבן חשוב עדות של תורה א"כ מתקון חכמים י"ל דכ"ע מודי דא"צ קיום רק שצריכה התרת ב"ד:

ג

ומ"מ בנ"ד מילתא דפשיטא הוא כיון שכ' לב"ד והם השיבו אין לחוש כלל. דהא אפי' לשאלה איכא הרבה פוס' דל"ח. וא"כ אם ת"ל לחוש צריך אתה לומר שא' גנב הכתב מן הפאסט וזייף החתימות. והא ודאי לא חיישינן שהרי הדבר ידוע שיש עונש הגוף ע"ז לשלוח יד במכתב ששייך לאחר וכ"ש לזייף עליו שהוא יותר ל"ש. דלגניבה ודאי לא חיישינן והרי זה גרוע מגניבה וליקח כתב של אחר ולזייף עליו. וע"כ לא כתבו הפוסקים (בס"ס קנב) דמעשה ב"ד צריך קיום. אלא התם די"ל שמא מזייף הוא. ואף גם זה מדאורייתא אין צריך קיום. א"כ בכה"ג ששולחין מכתב לב"ד והם השיבו לב"ד. אין לחוש כלל. ואפי' בכותי סמכינן אסברא דמירתת. אפלו שחיטה דאיתחזק איסורא שרינן ביוצא ונכנס דאמרינן מירתח. ואע"ג דאיכא לברורי בחותך כזית בשר. הרי אפילו בשל תור' סמכינן אסברא דמירתת אע"ג דמסל"ת אינו נאמן בשל תורה כלל. כדאיתא בפ"ק (דף קי"ד). כ"ש בעדות אשה שאפילו מל"ת נאמן:

ועוד דהא רמ"א מקיל אפילו בגט אשה באינו מקויים בשעת הדחק (בס"ס קמב), ונ"ל (דא"כ) [דאפילו] הפוסקים שמצריכים קיום למעשה ב"ד. היינו לענין גט דצריך עדות גמורה ואין דבר שבערוה פחות מב'. משא"כ לענין עדות אשה שמת בעלה דאפי' עד מפי עד סגי. א"כ פשיטא שא"צ קיום. ומה שמגמגם דמקרי חצי דבר. לדעתי שיבוש הוא לומר כן בעדות אשה שמת. דכל ע"א אינו מועיל. רק בצירוף דייקא ומנסבא. וגם בעינן התרת ב"ד. הרי דלא איכפת לן אף שאין ההיתר נגמר ע"פ העד:

וגדולה מזו הי' נראה דאפילו במידי דבעי עד כשר מן התורה לא שייך חצי דבר. וראי' ממ"ש הרבה פוסקים דטענו ספק ע"פ העד אינו חייב שבועה. רק בעינן טענת ברי של לוה. וא"כ איך יתחייב שבועה ע"פ העד. הא אין עדותן מספיק בלי טענת המלוה וה"ל

חצי דבר. אלא ודאי במידי דע"א נאמן עליו לא שייך חצי דבר. גם נכונה הראי' מיצחק ריש גלותא. ומ"ש החכם החשוב דאשה נאמנת לומר שזהו אין זה כלום. דעכ"פ המעידין על יצחק ריש גלותא. לא ידעו מזה בעל האשה. א"כ עדותן מקרי חצי דבר. אלא פשוט בעדות אשה לא שייך חצי דבר:

גם בהגמר"ד [פ"ב דיבמות] שתמה איך מתירין ע"פ כתב חולק בין היכא שמאיליהן כתבו. וכונתו שאם כותב לצורך מקבלין העדות. והיינו משום דיש לו דין שטר כיון שכוונתו לצורך עדות. והירושלמי איירי שמאיליהן כתבו. הגם שיש לגמגם בפירושו לירושלמי דמשמע דאפילו דומיא דעדים לא מהני בשטר. מ"מ נדחק ליישב המנהג ולא ביקש לבטלו, וכוונת המרדכי דכשכתבו לצורך יש לו דין שטר דמהני מפי כתב כמו בכל שטר וכמ"ש בפ"ג דיבמות שם להביא ראי' דאין לו דין שטר כשאינו בחוב כהוגן ואין שום גמגום בדברי הגמ"ר כמו שעלה ע"ד החכם החשוב וא"צ למעב"ד כלל. דאפילו עד מפי עד כשכתב להעיד בכתב מהני להגמ"ר והוא מבואר למשגיח בעין יפה. מיהו ודאי מעשה ב"ד הוה כ"ש. וגם הסברא תמוהה בעצם למה לא יועיל בכתב כמ"ש לעיל וכתבתי לפרש הירושלמי בענין אחר. ונראה שלכך פשוט לפוסקים לפסוק דמהני מפי כתב ולא חשו לסברת ר' בון משום דסברתו תמוהה מי גרע מבת קול. וע"כ צ"ל דר' בון מחלק ודחיק נפשי' וכיון דלא אשתמיט בתלמודא דידן האי חדושא לא חיישינן לי'. לכן פשוט דהאשה אסתר מלכה מותרת ע"פ העדות הנ"ל בלי פקפוק. ותושיב ב"ד של שלשה אצל הרב מסטריקוב שהי' מתחיל במצוה ומותרת לכל גבר:

סימן טו

ב"ה יום ג' י"ט סיון תקס"ח לפ"ק

שאלה להארז אשר בלבנון. חכמתו בחוץ תרונה. מורג חרוץ שנון. ה"ה כ' הרב המאה"ג מעוז ומגדול החריף והבקי. משנתו רב ונקי. שר התורה מסתכל באספקלרי' המאירה. נ"י ע"ה פ"ה כקש"מ מוהר"ר יהודא ליבוש אב"ד ור"מ בק"ק פלאצק:

מי אנכי כי באתי להרים ידי יד כהה לרמוס בחצר קדשו לפני ולפנים. בלשוני המגומגם. אך סמכתי על מידת טובו וענוותו תרבוני ותרשיני כי תורה היא וללמוד אני צריך והן ידעתי מיעוט ערכי וחולשות שכלי וקוצר בינתי ובפרט להורות בדין איסור חמור ודרכי החכמה נעלמו ממני. לכן באתי כתלמיד לרב שואל וימחול נא כתו"ר הרמה להשיב כהוגן עי"מ ואם לא למעני יעש עכ"פ יחוס על האשה עלובה היושבת עגונה זה ימים רבים ואין לה על מי להשען כו' ואעתיק פה הג"ע וגם גוף המעשה אשר סיפרו לי כי זה

הי' מעשה מקודם בואי לכאן ואציעה לפני כתו"ר הרמה במה שנסתפקתי ועל תשובתו הרמה אצפה כ"ד אסקופה נדרסת המוכן לסור למשמעתו הק' יעקב בן מוהר"ר מרדכי זצלה"ה:

במותב תלתא כחדא הוינא ובא לפנינו ר' חיים בן ר' יהודא ליב והעיד לפנינו בת"ע באליו"ע בזה"ל איך האב גוט גיקאנט דעם חיים הבעל של האשה טויבא משעפס האב איך דעם חיים הנ"ל גזעהן בקיץ אין טקטין דער נאך אין ווינטר בין איך גקומן נאך יאנאווי האב איך גהערט דס איין אורח איז גשטארבין אין מרחץ אן דאנרשטאג אבר זיין נאמין האבין זייא ניט גזאגט דער נאך האב איך גיטראפין מאנטאג דעם איימס זיין זון אין דאמבראווי האב איך אים גיפרעגט וויא איו דיין פאטר האט ער גזאגט זיין פאטר איז גישטארבן אין יאנאווי יום ה' העבר ור' חיים הנ"ל לא שאל להבן אם הוא הי' עם אביו ביאנאווי בשעת מיתה רק סתם אמר הבן שאביו מת כא האב איך דעם זון גשטראפט וואורם ער זאגט קיין קדיש האט ער מיר גפאלגט אונ האט דארטין קדיש גזאגט. כ"ז העיד לפנינו ר' חיים בן ר' יהודא ליב מילידי ק"ק לובלין יום א' דחה"מ ש"פ תקס"ח לפ"ק פה ק"ק שעפס ולראי' באנו עהח"מ נאום הק' מאיר סגל תופ"ה ק"ק הנ"ל ונאום הק' יעקב בן מו"ה מרדכי זללה"ה הק' אביגדור בן מ' נפתלי הירץ זצ"ל:

עוד ג"ע

במותב תלתא כחדא הוינא ובא לפנינו ר' יודא ב"ר אברהם עובר אורח ואמר שהוא מילידי ק"ק מאקאווי והעיד בת"ע באליו"ע שפגע באורת א' בפלינצק בשבועות תקס"ו ואמר שלקח אצלו את הנער בנו של ר' חיים משעפס בהיות שאביו ר' חיים איז גשטארבין רק שלא אמר אם הוא הי' בשעת מיתתו של ר' חיים או אם שמע כן מבנו של ר' חיים כ"ז העיד לפנינו האורח ר' יהודה הנ"ל בת"ע. וגם העיד לפנינו ר' צבי ב"ה פרץ מתושבי קהלותינו שהי' בגריצא בחורף העבר ואמר לו ר' מענדל שמש וגם אשתו ששמעו מארחי ופרחי שר' חיים קצב משעפס מת בודאי כ"ז העיד לפנינו ר' צבי הנ"ל ג"כ בת"ע באליו"ע ולראי' באנו עה"ח ששמענו כן משני עדים הנ"ל עש"ק ב' אייר תקס"ח לפ"ק פה ק"ק שעפס נאום הק' יעקב בן מוה' מרדכי זללה"ה ונאום משלם זלמן ב"ה יודא ליב זצ"ל ונאום שרגא פייבל בן מוה' אליעזר זוסל:

ע"ד אשה עגונה אשר הלכה לשוט בארץ לחקור על בעלה ובאם הדרך אמר לה א' מארחי ופרחי שמת בעלה ולא שאלה את האיש אם הוא הי' אצל בעלה וראה שמת או אם שמע כזאת מאחרים רק מיד בשמעה נסעה לביתה וצוותה לבנה קטן לומר קדיש אחר אביו ולא הלכה לב"ד ובני העיר לא שמו על לב למנוע מלספוד כ"ז שאין כאן עדות

שראוי להשיאה כמ"ש בש"ע אה"ע (סי"ז ס"ח) ברמ"א ע"ש, ואחר כמה שבועות בא לכאן א' מארחי ופרחי וראה שזה הקטן אומר קדיש ואמר מה לזה הקטן לומר קדיש אני יודע שאביו חי. ואמרו קצת מבני העיר שזה האורח הוא שכור ואין לסמוך על דבריו. והתינוק אמר קדיש עד סוף י"א חודש וזה הי' מעשה בשנת תקס"ו. הדברים האלה סיפר לי מלמד א' מפה שלא בפני ב"ד. בהיות כי אנכי עדיין לא הייתי פה לכן הוצרך לספר דברים האלה לי לבדי. והן עתה נזדמן פה א' מארחי ופרחי והעיד בפני ב"ד בת"ע כדת ששמע מהנער בנו של ר' חיים שהלך עם אביו שאביו מת אך לא אם בנו ראה כזאת או שמע מפי אחרים כמבואר בג"ע הנכתב (חה"מ ש"פ תקס"ח). וחקרתי פה על אותו הבן שנסע עם אביו ושמעתי שהי' אז יותר מן י"ג שנה כי יראתי אולי הוא קטן ומבואר שם בסעיף (י"ג) דאם שמע מפי שוטה או קטן אינו מעיד. אך לכאורה יש לעיין גם אם הוא בן י"ג שנה אולי לא הביא ב' שערות. ובספר בית מאיר כ' בשם ס' נ"ב להחמיר. אבל מסוף דבריו יראה שדעתו להתיר בבן י"ג שנה. וגם אפשר דהגדת הבן הוי כמסל"ת והב"ש כ' (בס"ק ל"ג) וז"ל מ"ש בסמוך דבעינן מסל"ת משמע בקטן שאמר מת פלוני מהני במסל"ת אפילו בלא אמר כך וכך רבנן כו'. ובג"ע של ר' יודא ב"ר אברהם שהעיד שר' חיים מת רק שלא אמר אם הוא הי' בשעת מיתתו או ששמע כן מהבן וא"כ הוי ס"ס שמא הוא בעצמו ראה שמת וא"ת ששמע מהבן שמא כבר הביא ב' שערות ויותר מזה כ' בק"ע (ס' ל"א) וז"ל והוי כעין ס"ס דילמא העד ראשון נתברר לו ואף אם לא נתברר שמא באמת הוא תוך ג"י והגם דהתם שם אונס חד הוא לשיטת הש"ך בי"ד (סימן קפ"ז ס"ק כ"ב) רק לשיטת המ"מ עולה שפיר. וכאן יותר ניחא למקרי ס"ס. ולכאורה כמו בכמה דברים לזימון ולמנין אנו אומרים כיון שהוא בן י"ג שנה מסתמא הביא ב' שערות כן י"ל הכא בעגונה דהקילו עד מפי עד מפי עבד:

ולכאורה יש לפקפק כיון שאין אנו מכירין את העד אולי הוא רשע הפסול לעדות לערות דפסול גם לעדות אשה כמ"ש (בסעף ג'). אך י"ל מן הסתם כל ישראל בחזקת כשרות הם יקצת ראי' מדכתב בח"מ והוא מהגמרא והובא בח"מ שם (ס"ק ק דלא חיישינן שמא צרה או שמא כו' ולא כ' שמא רשע הפסול לעדות אלא ודאי דלא חיישינן וכן מוכח מרמ"א שכ' (בס"ה) ולא חיישינן שמא הראשון פסול הוא. הגם די"ל התם אין הראשון לפנינו אבל אם בא לפנינו צריך לבודקו מ"מ לא נדע במה נבדוק אותו ודאי סתם תרתי ופרחי מניחים ציצית ותפילין ואדם יראה לעינים כו' וגם חששת שמא האשה שכרתו לאותו אורח שיעיד ועיינתי בדברי רמב"ם (רפי"ג מהלכות גירושין) שכתב דלא חיישינן שמא שכרתו באומרת לבעלה גרשתני בפני פ' ופ' כו' בא ע"א כו' שמא היא שכרתו

ע"ש שהה"מ תמה ע"ז גם שם. והא דהי' מתחילה עד שאומר לא מת והוי כחד לגבי חד דהכחשה. אך י"ל כיון שלא העיד בב"ד כמ"ש בש"ע (סעיף כ'). אך יש לומר התם הטעם כיון שאותו עד בעצמו חזר מדבריו ואמר בב"ד ששמע שמת שפיר נימא דאינו מזיק מה שאמר מתחלה בהיפוך חוץ לב"ד דאזלינן בתר דבריו האחרונים שאמר בפני ב"ד אבל בלא חזר מדבריו י"ל גם חוץ לב"ד מהני העדות לחומרא. מ"מ י"ל כיון שמקודם לזה שמעה האשה מע"א שמת והוי דבריו כשנים והעד האחרון הוי חד ואין דבריו של א' במקום שנים אבל באמת ז"א כמ"ש שם בש"ע (ס' ל"ז) דדוקא בהתירוה לינשא ע"פ עד הראשון אז הוי כשנים. אך י"ל דכאן אין אנו צריכין לכ"ז דהרי באו אח"כ שנים ביום ב' אייר תקס"ח והעידו בב"ד בת"ע שמת ר' חיים קצב משעפס כמבואר בג"ע הגם שלא הזכירו שם אביו מ"מ הזכירו שמו ושם עירו וזה מהני כמ"ש רמ"א שם (בסי"ח) וגם הראשון אמר שהי' מכיר את האיש חיים בעלה של האשה טויבא ושמע מחבירו שלקח אצלו את הנער בנו של ר' חיים הנ"ל בהיות שאביו מת כמבואר בג"ע והעד השני מתושבי העיר פה שאנו יודעין ומכירין בו שהוא בחזקת כשרות רק ששמע מפי ר' מענדיל שמש ומאשתו ששמעו ג"כ מארחי ופרחי כמוזכר בג"ע. הגם בק"ע נסתפק בעד שאומר שמעתי ולא פירש ממי שמע ע"ש, אבל בסימן (קמ"ח) מפשט פשיטא לי' בשמעתי סתם משיאין על פיו ע"ש. ובסימן (רל"ג) מחלק באומר שמעתי מיהודים מהני ובנ"ד נמי אמר כל עד שמעתי מיהודים רק החשש שלא אמר ששמע מיהודים שאמרו שראו שמת רק סתמא אמרו. ובאמת בש"ע משמע דסתמא מהני ע"ש (בס"ה) וע"ז יש לפקפק למ"ש הב"ש (ס"ק קכ"ז) דאם רבים שמעו מאחד הוי כחד ומבואר שם דחיישינן שמא שמעו הרבים מא' כו' וא"כ י"ל בעדות ר"מ שמש ואשתו ועדות ר' צבי שלא אמרו ששמעו מרבים שראו שמת רק סתם ששמעו מרבים ושמא אותן רבים שמעו מא' והוי חד לגבי חד שאמר לא מת. אך אפשר לומר כיון דזה שאמר שר' חיים אביו של תינוק חי זה הי' בשנת תקס"ו ובשנת תקס"ח אמר ר"מ שמש ואשתו ששמעו שמת ר' חיים משעפס לא הוי הכחשה דאפשר דאח"כ מת. רק אם נאמר כשיטת ס' נודע ביהודה דצריך דוקא בדיקה לבן י"ג שנים אם הביא ב' שערות א"כ כיון דידענו שהבן אמר שמת אביו יש לחוש שכל העדים שמעו מאחרים ששמעו מן הבן וכיון דלא ידעינן אם הביא ב' שערות הוי כשמעו מפי קטן הגם בסוף יבמות לא חיישינן שמא צרה הוא משום תק"ע היינו כ"ז דלא ידעינן דצרתה אמרה דמת בעלה אבל אם ידעינן דצרתה אמרה כן אפשר דלא מהני עד מפי עד דדילמא אותו עד ששמע ממנו שמע מצרתה וא"כ בנ"ד י"ל דאותן אחרים שמעו מבנו הנ"ל. אך אם נאמר דהוי הבן מסל"ת א"כ גם אם נאמר בבן י"ג

דבעי ב' שערות היינו בעדות אבל במסל"ת קטן גמור נמי מהני. והנה יש לי קצת ראי' מהא דכתב התויו"ט בכתובות (פ"ב משנה ו') בד"ה הרי אלו וז"ל ומ"ש הרב ואפילו קטן מסל"ת הי' כשר ובעכו"ם מסל"ת בשבוי' יש מחלוקת בין הפוסקים כו' ע"ש. לפי זה כיון דבעגונה מהני וי עכו"ם מסל"ת א"כ ק"ו דמהני קטן מסל"ת. רק ע"ז יש לדון אם הוי כמסל"ת כיון ששאלו אותו על אביו. רק כפי הנשמע שהבן הי' קרוב להעיר פה ולא רצה לבוא לכאן וקצת אומרים שאביו לא רצה להגיד את שמו במקום שמת כי הי' לו קטטה עם אשתו ואמר שיראה לנקום בה והקול נשמע שציווה לבני שלא יסע לבית אביו כדי שלא יהי' לה היתר מב"ד:

ב"ה יום ו' כ"ב סיון תקס"ח לפ"ק פלאצק העתק הביזה עדות.

במותב תלתא כו' ובא לפנינו ר' חיים ב"ר יהודא ליב והעיד לפנינו כו' בה הלשון איך האב גוט גקאנט דעם ר' חיים בעל האישה טוביא משעפס האב איך דעם חיים הנ"ל גיועהן בקיץ אין טקטין אין ווינטר בין איך גקומין נאך יאנאווי האב איך גיהערט דא איין אורח איז גישטארבין אין מרחץ אן דאנדשטלוג אבר זיין נאמן האבין זייא מיר ניט גיזאגט דער נאך האב אך גיטראפין מאגטאג דעם חיים זיין זון אין דאמבראי האב אך אום גיפרעגט וויא איז דיין פאטער האט ער גיזאגט זיין פאסער איז גשטארבין אין יאנאוי יום ה' העבר ור' חיים לא שאל להבן אם הי' עם אביו ביאנאווע בשעת מיתה רק סתם אמר הבן שאביו מת כנ"ל האב איך אים גישטראפט ווארום ער זאגט קיין קדיש האט ער מיך גיפאלגט אונ האט דארטין קדיש גזאגט כ"ז העיד כו' יום א' דתוהמ"פ תקס"ח פ"ק שטפס נאום מאיר סג"ל חופ"ק הנ"ל ונאום הק' יעקב הנ"ל כו' ונאום הק' אביגדור כו' הנ"ל:

עוד ג"ע במותב תלתא כו' ובא לפנינו ר' יהודא ב"ר אברהם עובר אורח כו' והעיד שפגע באורח א' בפלינצק בשבועות שנת תקס"ח ואמר שלקח אצלו את הנער בנו של ר' חיים משעפס בהיות שאביו ר' חיים איז גשטארבין רק שלא אמר אם הי' בשעת מיתתו או ע"פ מה ששמע מבנו של ר' חיים כו' וגם העיד לפנינו ר' צבי ב"ר פרץ שהי' בגריצא בחורף העבר ואמר לו ר' מענדל שמש וגם אשתו ששמעו מארחי פרחי שר' חיים קצב משעפס מת בודאי וכו' ולראי' בעה"ח והשואל שאל בזה"ל פ"ד אשה עגונה שהלכה לשוט בארץ לחקור עג בעלה ובאם הדרך אמר לה א' מארחי פרחי שמת בעלה ולא שאלה את האיש אם הי' אצל בעלה וראה שמת או שמע כזאת ישבה אל ביתה וצותה את בנה הקטן לומר קדיש ולא הלכה לב"ד ובני עיר לא שמו על לב למנוע כ"ז שאין עדות ברורה ואחר כמה שבועות בא לכאן א' מארחי פרחי ואמר מה לזה הנער אומר קדיש אני יודע שאביו חי

ואמרו קצת מבני העיר שזה שיכור והתינוק אמר קדיש והאורח לא בא לב"ד כי אם מלמד א' סיפר בשמו. והשואל נסתפק עוד על הבן הגדול שהוגד לו שהי' יותר מן י"ג שנה אך שלא בדקוהו אם הביא ב' שטרות:

תשובה נ"ל דאיתתא שרי' מכמה טעמים ואשיב לו על ראשון ראשון כפי אשר דבר בתשובתו אלי כתוב. אך הואיל ואתא לידן ושקדו חכמים על תקנות עגונות אשיבהו על כל פרט. הנה בראשון נסתפק על מה שאמר מפי הבן שמת אביו ונסתפק וכו' יען כי הגיע לשנים אבל לא נבדק בסימנים ומבואר בש"ע (סעיף יג) אם שמע מפי שוטה וקטן אינו מעיר:

א הנה תחילה אבאר כי לפענ"ד יש לשדות נרגא בהאי פיסקא שהוא מדברי הרמב"ם ומרן בש"פ מסתם לה סתומי בלי חולק ולענ"ד קשה טובא דהא חזינן בעדות שבוי' החמירו טפי מעדות אשת איש שמת בעלה שהרי היא עצמה נאמנת לומר מת בעלי והיא ובעלה ושפחתה אין נאמנין על השבוי' שנשבית דטהורה היא כמבואר בש"ע וכל הפוסקים. ובכתובות (דף כ"ז) דמוקי להך ברייתא דנקט הכל נאמנים חוץ מבנה ובתה ובעלה מיירי במסיח לפי תומו והך ברייתא דנקט זו פדות איש ואשה תינוק ותינוקת אבי' ואמה כו' אבל לא בנה ובתה ועבדה ושפחתה לא מיירי במסית לפי תומו א"כ מוכח בהדיא דתינוק קטן מהימן אפילו בלא מסיח לפי תומו א"כ מוכח דקטן מהימן לענין שבו' א"כ כ"ש לעדות אשה שמת בעלה דאקילו בה טפי. ובאמת הרמב"ם פסק (בפי"ח מאיסורי ביאה) שגם לענין שבוי' אין קטן נאמן אלא כמסיח לפי תומו דוקא כמ"ש (בדין י"ת). וכבר תמה עליו המגיד משנה שם ומסיק דקטן שאינו בנה נאמן אפילו אין מסיח לפי תומו. ונוראות נפלאות על המגיד משנה (שם פי"ג הגירושין דין ח') כתב על מ"ש הרמב"ם. וכבר אמרו כ' המ"מ מ"ל זה פשוט ומתבאר בסמוך שאין שומע מפי התינוקות מעיד אלא כשאמר דברים הרבה מעסקי מיתתו עכ"ל. ויש לתמוה דבשלמא הרמב"ם לשיטתו ס"ל גם בשבוי' אין קטן נאמן אא"כ מסיח לפי תומו אבל המ"מ שסובר שבשבו' קטן נאמן אפילו אין מסיח לפי תומו והמגיד משנה גופי' ס"ל דעדות שבוי' חמירא מעדות אשת איש שמת בעלה כמ"ש ללמוד מאשה שמת בעלה שעכו"ם ופסול אין נאמנין מכת כ"ש ע"ש וכיון דס"ל בשבוי' קטנים נאמנים איך הסכים בפשיטות לדעת הרמב"ם דשמע מפי קטן לא מהני וכתב שהוא פשוט ומבואר במשנה:

ובש"ע (סימן ז') הביא בשם יש מי שאומר שקטן נאמן לענין שבוי' אפילו אינו מסיח לפי תומו ובחמ"ח כתב שם בשם המ"מ ובתשובת הרא"ש בשם הירושלמי דקטן נאמן גם תשובת הרא"ש (כלל ל"ב סימן ה') מבואר שתמה על הרב שלמד איסור שבוי' מעדות

אשה שמת בעלה וכתב היא עצמה תוכיח דבשבוי' אינה נאמנת אף דבמת בעלי מהימנא ומסיק הרא"ש בתשובה דקטן וקרוב נאמנין ועכו"ם מל"ת אינו נאמן רק לעדות אשה דאיתתא דייקא ומינסבא. ולכן נראה ברור שגם דעת הטור (בסימן ש שכ' אפילו שמעו מן התינוקות שאמרו מת פלוני ב"פ בין כיונו לשם עדות בין כיונו שלא לשם עדות משיאין את אשתו ואם שומעין כו'. ומה שביקש הב"י להגי' אם שומעין נא הבנתי דא"כ למה להטור להזכיר בתינוקות מת איש פלוני מאחר שאינו מבואר בגמרא וגם הלשון לא משמע כן דה"ל למימר בסוף משיאין את אשתו וכך הו"ל למימר אפילו שמע מן התינוקות כו' אם שומעין משיאין את אשתו. ומה שהוקשה לב"י למה לא כייל התנא תינוקות עם נשים י"ל דס"ל להטור דאורחא דמלתא נקט שדרך נשים להזכיר בלשון קינה שזה מת ודרך תינוקות לספר מה שאירע ענינים מן ההספד וקבורה דהא בלאו הכי נשים לאו דוקא דאשה אחת נמי מהימנא אלא שבא להורות כמ"ש רש"י אפילו שמע מן הנשים משיחות לפי תומן והיינו שלא כיוונו להעיד רק בדרך קינה אשה רעותה כן נראה דעת הטור. אלא דיש לתמוה דהא בגמרא פריך אהא (דאמר) דפריך ודילמא לא אזיל ומשני דאמרו הרי אנו באין מלספוד ופריך ודילמא קמצא שכיב ואסיקו על שמי' ומשני דאמר כך וכך ספדני הוו תמן א"כ איך נסמוך על מה שאמרו מת בלי שום סימן אחר הא י"ל קמצא שכיב ואסיקו על שמי' דכיון שמבקשין להספיד הקמצא א"כ בודאי מזכירין עליו שם מיתה ג"כ וא"כ י"ל דילמא קמצא שכיב ואפשר דס"ל להטור דדוקא באמרו מעניני קבורה והספד יש רגלים לדבר שדרך שחוק אומרים אבל באמרו סתם מת אין לתלות בשחוק כן י"ל דעת הטור:

מיהו בפשטא דמתני' הי' נ"ל דשמע מן התינוקות מהני אפילו לא הגיעו לעונות הפעוטות ולכן צ"ל כל הני אמתלא אבל בקטן שהגיע לעונות הפעוטות שלענין מקח מקחו מקח גם בעדות אשה יכול להעיד כמו שהוכחנו משבוי. וזהו דלא כדעת האחרונים ולפי זה י"ל הרמב"ם שסובר שאין קטן נאמן בעדות אשה היינו משום דלשיטתי' אזיל שסובר גם בשבוי' קטן אינו נאמן וא"כ נראה דבקטן מסיח לפי תומו שלשיטת הרמב"ם נאמן לענין שבוי' כ"ש שנאמן לעדות אשה שהקילו בו טפי ולפי זה הך דשמע מן התינוקות ס"ל אפילו אין מסית לפי תומו אבל קטן מסיח לפי תומו שמועיל בשבוי' י"ל גם באשה שמת בעלה מהני וכמו שהוכחנו והך דשמע מן התינוקות י"ל דמיירי באין מל"ת והיינו כגון ששאלו להם מאין באתם או אי' פלוני והם משיבים אלא דקשה אי שמע מן התינוקות מיירי אפילו אין מסית לפי תומו מאי פריך דילמא

קמצא שכיב נימא דמיירי ע"י שאלה שאמרו להם אי' פלוני א"כ לא שייך קמצא שכיב מיהו י"ל דמתני' משמע דאיירי בין במתכוין ובין שאינו מתכוין:

ב ובפסקי מהרא"י (סימן ר"כ) מביא בשם א"ז מסיח לפי תומו לאלתר נאמן לעדות אשה וראב"ן כ' אפילו לאחר זמן סמכינן עלי' אבל לא במתכוין להעיד עכ"ל וב"ש מביאו בקצרה ופירש לאלתר הוא אחר ראייתו שראה הדבר שמעיד עליו אבל לא לאחר זמן וקשה לי דתקשי לי' הך דקאמר בש"ס משיאין ע"פ בת קול ומעשה באיש א' שעמד על ראש ההר ואמר איש פלוני מת וכו' והשיאו את אשתו ופריך וניחוש דילמא צרה היא ודייק הריב"ש מדלא פריך דילמא נכרי הוא ע"כ חשיב מל"ת. ואכתי תקשי ניחוש שמא קטן הוא וקטן אפילו מל"ת אינו נאמן רק סמוך לראייתו אלא ודאי קטן נמי נאמן בסתמא שאמר מת עכ"פ במסית לפי תומו:

וליישב דברי המ"מ י"ל דס"ל כמ"ש החכם בפסקי מהרא"י (סימן ר"כ) שסובר דבקטן עצמו מעיד שפיר מהני גם לשיטת הרמב"ם רק שומע מפי קטן לא מהני, ובאמת י"ל הטעם דודאי בשמע מקטן מת פלוני לא מהני די"ל דילמא קמצא שכיב ולכן לא מהני אבל בבא הקטן עצמו לב"ד (שפיר) כיון דליכא לספוקי בקמצא שפיר יכול להעיד וכן משמע מלשון המ"מ שאין שומע מפי התינוקות מעיד אא"כ אמר דברים הרבה מעניני מיתתו עכ"ל משמע דוקא שומע אבל קטן עצמו שפיר יכול להעיד כשחוקרין אותו באופן שאין לספק. ולפ"ז אפשר שגם הרמב"ם אף שהחמיר בשבוי' מ"מ מודה בקטן המעיד אפילו מתכוין להעיד כשאין לספק שכיון לדברי שתוק. ולכן כתב הרמב"ם הרי זה מעיד ע"פ דברים אלו וכיוצא בהן וכוונתו כשמאמת דבריו שכיון באמת שמת ובאמת שהיא סברא נכונה לחלק ביניהם ומיושב כל דקדוקים שדקדקו מדלא כייל תינוקות עם נשים ולפ"ז א"ש דודאי בתינוקות אין סומכין על השמועה אא"כ יש אמתלא דאל"כ י"ל קמצא שכיב וכה"ג אבל בנשים סגי שיאמרו סתם מת איש פלוני ובהכי ניחא די"ל מה שאמר ע"פ בת קול שאמר איש פלוני בן איש פלוני ממקום פלוני מת עיין (בסעיף י"ח) בהג"ה דלא בעינן המקום ולפ"ז י"ל בכה"ג דוקא בעינן המקום דאל"כ יש לחוש לקטן. מיהו אפשר לפי האמת לא חיישינן לקטן כמו דלא חיישינן לצרה ואין להאריך בזה.

וכן משמע באמת דודאי אם אין שם נאמנת לקטן לא מסתבר שיועיל בשביל נתינת האמתלא באמרו שכך וכך אנשים היו שם בשביל זה יהי' נאמן אלא ודאי לא בעינן רק שיהי' ידוע לנו שכיון הקטן שמת איש פלוני באמת ולא בדברי שחוק:

עכ"פ הוכחנו מדברי הרא"ש בתשובה והמ"מ וגם דעת הר"ן שהשיג ג"כ על הרמב"ם וס"ל דקטן נאמן אפילו אינו מסיח לפי תומו בשבוי' משמע דס"ל גם בעדות אשה

נאמן דק"ו הוא מהיא עצמה שאינה נאמנת בשבוי' ונאמנת לומר מת בעלי כ"ש כאן כדפרישית. וגם דעת הרמב"ם כמו שהוכחתי שהוא דעת המ"מ דבעצמו קטן נאמן כשאין לספק שכיון לדבר שחוק א"כ בנדון דידן שאמר לו שמת אביו והוא הוכיחו שיאמר קדיש באמת שפיר י"ל דמהימן לכ"ע אף דהרא"ש בתשובה כתב דבנה אינו נאמן בשבוי' אלא במסית לפי תומו מ"מ לענין אשה שמת בעלה לא מסתבר לחלק בין בנה לקרוב אחר דבשלמא התם אפשר לו' שמשקר כדי להתירה אל אביו אבל כאן לא מסתבר שבנה ישקר שתקה אמו איש אחר בעוד אביו חי לא מסתבר כלל לפסול בנו יותר מקרוב אחר. הנה הארכנו קצת הגם שאינני תוקע עצמי לדבר הלכה לחלק על רבותינו פסקי מהרא"י בשם א"ז וראב"ן ואביאסף וגם הב"י והאחרונים החמירו. עכ"פ בנדון דידן שכבר הגיע לכלל שנים ורובא מביאין שערות לא חיישינן לי' אע"פ שלא נבדק כיון דאיכא רובא דמביאין סימנין לא גרע מעבד ושפחה:

ובהכי ניחא לישב תמיהת הר"ן והמ"מ על הרמב"ם (בפי"ח מאיסורי ביאה) שסובר בשבוי' דבעינן קטן מסיח לפי תומו הא בברייתא תני איש ואשה תינוק ותינוקת ולפ"ז י"ל דתינוק ותינוקת היינו שכבר הגיעו לשנים רק שלא נבדקו ובהני לא בעינן מל"ת דלא גריעי מעבד והרמב"ם מיירי בקטן כפשוטו. ואל יקשה בעינך לשון תינוק על בן י"ג שאפי' בלשון האמוראים איתא ביומא (דף פ"ב) בן י"ב משלימין מדאורייתא בתינוקת ובן י"ג בתינוק ואם כן דברי הרמב"ם נכונים ומסייעין לדברינו אלה עוד עלה בדעתי לפרש דברי הרמב"ם דס"ל דתינוק הנאמר בברייתא היינו שהוא גדול עכשיו כשבא לפנינו רק שמעיד על השמירה ואז הי' קטן אלא שאין דעתי נוחה בכך דא"כ ליתני' נמי בהדי הנך דנאמנין בגודלן מה שראו בקוטנן ואין להאריך בזה יותר:

ועוד נ"ל קצת ראי' ממה שאמרו ששפחה נאמנת ומנא נדע שהיא גדולה דהא לחד תירוצא בנדה (דף מ"ה) אמרינן איבעית אימא אבת"ב א"כ אפילו לידה אין סימן גדלות. וברישׁ יבמות אמרינן בנים הרי הן כסימנין א"כ בכותי שאין בנים סימן כ"ש סימנין וא"כ איך משכחת לה שפתה שמא קטנה היא דגם בשפחות שייך הך אבת"ב דעם הד"ל הוא דאין בנים סימן וגרע ספי בענין זה דאין לו חייס כדאיתא ביבמות (דף ס"ב) אלא ודאי סמכינן אשנים לחוד וא"ש מ"ש הרמב"ם שפחה בשבוי' ממילא תינוק שהגיע לכלל שנים נמי במשמע וכדפרישית.

ג וראיתי לרש"י בפ' הגוזל בירא אמתני' דנאמנת אשה וקטן לומר מכאן יצא נחיל זה אמימרא דרב (דף קי"ד:) אין מל"ת נאמן אלא לעדות אשה בלבד פרש"י שמע מן התינוקות שהיו אומרים הרי אנו הולכין לספוד כו' ולכאורה משמע מזה דרש"י ס"ל

דהמשנה דוקא במל"ת נאמנים אבל בלאו הכי קטן אינו נאמן ולפמ"ש לעיל אפשר לומר דמיירי בלא הגיעו לעונות הפעוטות אך נראה ברור דהא בלאו הכי יש לתמוה לכאורה על המ"מ (בפרי"ח מאיסורי ביאה) שהבאתי לעיל דמסיק דבנה גדול נמי אינו נאמן אא"כ מל"ת וכתב דהכי משמע מעשה באדם אחד גדול במשמע וקשה הא בפ' הגוזל בתרא שם פריך מהך ושם נאמר מעשה בתינוק אחד וזה צ"ל שלא הי' בגרסתו או ס"ל דגרסא דכתובות עיקר אלא דקשה מאי פריך ארב נימא דרב מיירי בקטן אין מל"ת נאמן אבל שם בגדול שפיר נאמן בשאר עדות נמי. ולכן נראה ברור דרב לאו דוקא אקטן קאי רק דאין שום מל"ת נאמן אלא בעדות אשה. ונבאר דרש"י פירש שם ביבמות אפילו שמע מן הנשים שהם מסיחות לפי תומן משמע דס"ל דאינו מל"ת נאמן יותר ממל"ת. ולכאורה תמוה דעכו"ם אינו נאמן באינו מל"ת ובמל"ת נאמן אך הדבר ברור דלאו כללא הוא דודאי מי שהוא נאמן בעדותו טפי עדיף אינו מסיח לפי תומו ומכוין להעיד עדיף טפי שאין לספק שאומר כן מפי האומד או קול בעלמא שאינו כדאי להתירה אבל במסיח לפי תומו אפשר דלא אמר כן בהחלט אלא שקולא הוא שהקילו בעדות אשה ובמי שאינו נאמן יש סברא בהיפך דאינו מסיח לפי תומו יש לחוש שמכוין לשקר אבל לפי תומו אין לחוש כ"כ שמשקר ולכן פרש"י דהא דנקט שמע מן הנשים אף דגדולה מזו דעד מפי עד ואשה שהמה נאמנים ולכן מפרש לי' הרבותא אף שאין מתכוין לעדות רק מל"ת נאמנים ג"כ אבל אשה שאינה מסיחה לפי תומה ומכוונת להעיד ודאי עדיפא טפי מאחר שנאמנת בדברי' ובנחיל של דבורים באין מל"ת אין להם נאמנות דיש לחוש שמשקרין ובמסיח לפי תומו שאין לחוש לשקר כ"כ האמינוה חז"ל בצירוף בעלים מרדפין וא"כ הך דשמע מן התינוקות נמי איכא הך רבותא דאף מסיח לפי תומו נאמן אבל ודאי באין מל"ת נאמנים ג"כ וכן משמע מדברי רש"י דכיון דבנשים פירש מל"ת לרבותא א"כ מה שאמרו בנשים אפילו שמע מן הנשים עיקר רבותא שמע מן הנשים אפילו מסיח לפי תומו וכ"ש אינן מסיחות לפי תומן רק במתכוין א"כ גם דשמע מן התינוקות נמי תרתי משמע אפילו אין מסיחות דאין מסיחות כ"ש (במסיחות) [ממסיחות] והיינו משום דקטן נאמן בעדות אשה כמו שאר פסולין וא"כ משמע איפכא מדברי רש"י דקטן מתכוין להעיד עדיף טפי וטעמא דרב נמי דאין מסיח לפי תומו נאמן אלא בעדות אשה בלבד שאין לסמוך אדברים שאמר בלא מתכוין אפילו בגדול דהיכא דהוא נאמן עדיף מתכוין להתיר מאינו מתכוין, ואומר במקרה שיש לחוש כמה חששות ולכן ס"ל להמ"מ דאפילו בנה גדול אינו נאמן רק במל"ת ומ"מ פריך שפיר דרב ס"ל שאין מל"ת נאמן שום עדות רק באשה לבד. ובזו נסתרה ראית התה"ד לסימן רל"ט) ומהרי"ק (שורש קכא) שהביאו ראי' דנכרי מל"ת

עדיף מאשה דמל"ת לכ"ע מהימן ולפמ"ש אינו הוכחה דודאי אם אין מאמינין וחשדינן לה במשקרא ודאי עדיף מל"ת אבל לפי האמת דמהימנינן לה ודאי עדיף מתכונת להעיד:

ומהך סוגיא משמע לי נמי דמ"ש הרמב"ם אהך דתינוקות עכשיו אנו באין מלספוד ודייקו דהרמב"ם דוקא עכשיו נקט וחכם א' בפסק מהרא"י שם (סימן ר"ב) סובר דעכשיו הוא לאו דוקא ומהרא"י השיג עליו. ולפי דעתי הדין עם אותו החכם ושפיר מייתי ראי' מהך דנחיל דלא מצינו בז עכשיו ומהרא"י בעצמו דחה שתי דחיות א' דבאמת מיירי במעכשיו והי' לו לומר הכא במאי עסקינן במעכשיו ואין זה נראה. וגם הרמב"ם אמאי לא הזכיר מעכשיו שם בנחיל וגם הטור לא הזכירו א"כ משמע [דלא] בעי עכשיו וגם הדיוק מקטן דומיא דאשה ובאשה לא בעינן עכשיו ג"כ דיוק נכון הוא ומה שדחה שם דדוקא באשה שמת בעלה אבל בשאר מילי לא בעינן לאלתר לפענ"ד לא נהירא כלל דאדרבה חזינן דבעדות אשה הקילו טפי שהרי בנחיל הבעלים עצמן אין נאמנין ובלא מרדפין גם קטן ואשה אין נאמנין ואיך נימא דלענין זה יחמירו בעדות אשה דנבעי לאלתר אלא ודאי כ"ש בעדות אשה דלא בעי עכשיו ומה שאמר הרמב"ם עכשיו היינו שדרכו להעתיק לשון הש"ס ובש"ס נראה דרבותא קמ"ל דודאי הך דשמע מן התינוקות מיירי שבא להעיד במקום אחר שבמקום ההוא שמע מן התינוקות ובא להתיר אשה במקום רחוק דבמקום ההוא מסתמא נודע בלאו הכי אלא דמיירי ששמע מן התינוקות והלך לדרכו ומעיד בביתו על העגונה והוה ס"ד כיון דהספידא כי הך דחשיב התם איך אפשר שלא ישמע מן גדולים (פירש) יום ההספד ומיתת אותו האיש שהיתה בזו השעה שהתינוקות באים והוה ס"ד דאיתרע אמירת התינוקות ושמא דברים בדויים הם וקמ"ל דמ"מ מהני א"כ אין לבדות חילוקי דינים מכח יתור לשון בעלמא וי"ל כ"ש אם אמרו בזמן פלוני באנו אף שלא היה סמוך לראי':

ואדרבה מתוך הסברא נ"ל גם בתינוק שאינו מסיח לפי תומו עדיף עדותו ממסיח לפי תומו ועיקר רבותא דמתני' דגם מסיח לפי תומו בתינוק נאמנין והטעם דמסיח לפי תומו בתינוקות צריך חקירה שאם אמרו מת פלוני שמא אמרו דברים בדויים ודברי שחוק והיתול בעלמא ולכן צריך שיאמרו על איזה מעשה שאין דרכן להמציא דברים בדויים שלא עשו וישתבחו בעיר שכן עשו והיינו הך דאנו באין מלספוד וכך וכך ספדוהו כנזכר בגמרא וסימנין לזה מדפריך בש"ס דילמא לא אזלי. ולכאורה תמוה מאי קושי' הרי כיון שאמרו הרי אנו הולכין לספוד הרי אמרו בבירור שמת פלוני שלא יספידוהו ויקברוהו בחיים ומאי מקשי' אלא נראה דמשמע לי' בפשיטות דתינוקות שאמרו מת איש פלוני אין בעדותן ממש וזהו עיקר דיוקו של בעל תה"ד בפסקיו (סימן ר"כ) הנ"ל מדלא כייל

נשים עם תינוקות. אך נראה ברור דתינוקות יש לחוש באמרו מת פלוני לפי תומו אין לסמוך עליהם שמא דברים בדויים ושחוק בעלמא אמרו וכעין שאמרו קמצא שכיב ולכן צריך אמתלאות וידים מוכיחות שאין אומרים דברים בדו"ה ולכן פריך בפשיטות דילמא לא אזלו שמסיחתן של תינוקות לא נלמוד כלל שכיונו לאמת הדברים ולכן צ"ל הך אמתלא שנאמר בש"ס ולכן גם הרמב"ם דווקא בשמע מפי שוטה וקטן אינו מעיד אא"כ יש אמתלאות ולכן אין להאמין קטן מל"ת רק באופן אין לספק שכיון לדברים שאמר באמת. אבל אם בא לפנינו וחוקרין אותו ואומר באמת מת פלוני גם קטן נאמן וגס מהך סוגיא דהגוזל איכא ראי' ברורה דמי שנאמן בשבוי' כ"ש שנאמן לעדות אשה מדפריך משבוי' על עדות אשה וא"כ ס"ד דאף דנאמן בעדות אשה ס"ד דממעט נמי עדות שבוי' אלא דמשני בשבוי' הקילו עכ"פ ודאי מאי דהקילו בשבוי' כ"ש בעדות אשה כדס"ל להש"ס לסברא פשוטה וכיון דס"ל להרמב"ם מל"ת נאמן בשבוי' ולא הצריך עכשיו א"כ כ"ש בעדות אשה דלא צריך מעכשיו אפילו בקטן וגם לדעת רוב פוסקים שאינו מל"ת נאמן בשבוי' ג"כ כ"ש בעדות אשה כדפרישית לעיל:

ועוד נראה להביא ראי' דבב"ב פ' מי שמת (דף קנה:) אמרינן ולמטלטלין עדותו עדות ופריך אלא הא דתנן הפעוטות מקחן מקח הכי נמי דעדותן עדות ומשני התם בעינן ועמדו שני האנשים וליכא ע"כ א"כ משמע דלא ממעטינן קטן מעדות רק מגזירת הכתוב ועמדו שני האנשים א"כ לענין אשה שמת בעלה דשאר פסולין וקרובין ועד מפי עד ואשה נאמנין י"ל גם קטן נאמן ואף דאין קטן נאמן על תחומין רק להעיד בגודלו דוקא י"ל דתחומין מילתא דלא שייך בי' שאינו נזהר בתחומין דרבנן ולא רמי' עלי' למידק מידת התחום ועיין בתה"א להרשב"א (דף ח' ע"ב) חולק ג"כ בין תחומין שצריך דקדוק ובס"פ לולב הגזול דבעינן לענין שחיטה גדול עומד ע"ג י"ל דשחיטה חמירא טפי דאיתחזק איסורא ולא מצינו בה קילא כמו בעדות אשה ודעת הרשב"א בזה שם (דף ח') דבאמת נאמן ביודע הלכות שחיטה ודייק כן מדברי רש"י והפר"ח בי"ד (סימן א' ס"ק כ"ס) שהשיג על הטור בפשיטות דמכשיר בדיעבד מריש פסחים דדוקא בדרבנן מהימני כבר השגתי עליו בספרי יין המשמח (בסימן קכ"ו ס"ק כ"ב) דלא דק בהא כלל שהרי גם נשים אין נאמנין שם אף דנאמנין לענין שחיטה כמ"ש הפר"ח גופי' וא"כ ע"כ הטעם הוא משום דאיכא טירחא יתירא וא"כ הפר"ח מדייל דיו משתלים שכתב על דברי הטור שהם טעות והוא טעה בעצמו ומסוגיא דב"ב הנ"ל יש ראי' דקטן בר עדות הוא לענין איסורין עכ"פ אלא שאין לסמוך עליו בדבר שהוא טורח וזהירות יתירה וכן מ"ש שם וכן מבואר בהגוזל בתרא שאין קטן נאמן אפילו מל"ת אלא דוקא באיסורין דרבנן לא דק ג"כ

דנחיל הוה הפקעת ממון דרבנן ובעדות אשה באמת נאמן אף שהוא דאורייתא ומשבוי' דלא הוה מהימן אי לאו דהקילו אין ראי' ג"כ לאיסור שהרי היא ובעלה אין נאמנין עלי' א"כ אין דוחה לאיסור שהבע"ד בעצמו נאמן וי"ל גם קטן הוא נאמן. ומ"ש בסימן (ק"כ) שאין קטן נאמן על טבילת כלים הוא מתה"ד ג"כ ולשיטתי' אזיל דס"ל דקטן לא מהימן בשום ענין דאורייתא ואינו מוכרח. וגס הרשב"א בתשובתו (סימן קי"ח וקצ"ז) הביאו הפר"ח שאין עכו"ם מל"ת נאמן בין לאיסור ובין להיתר וכתב הפר"ח (סימן ס"ט סק"ט) דמשמע מדבריו אפילו באיסורין דרבנן לא מהימן וא"כ כיון דחזינן לענין אשה שמת בעלה אפילו נכרי מל"ת מהימן כ"ש קטן:

גם במשמרת הבית (דף ט') כתב אבל הקטנים החרפין שלוקחין על ידיהם בשר ויין שפיר דמי שאין עשויין לקלקל ע"כ. הנה הארכנו להראות פנים בכחא דהתירא להאמין לקטן שהגיע לעונות הפעוטות לעדות אשה אם הוא מעיד באופן שאין לספק בעדותו אף בלא מסיח לפי תומו ואדרבה מעיד עדיף כדפרישית ואף שחלילה להקל נגד המבואר מפורש בש"ע מ"מ ביש סניפים אחרים יש לצרף גם מה שכתבנו. עכ"פ אין צריך בדיקה בהגיע לכלל שנים וא"כ בנ"ד הבן שאמר קדיש ודאי עדות מעלי' הוא אף שלא נבדק לענין עדות אשה שמת בעלה ואף שאינו מסיח לפי תומו שהרי שאל על אביו והוה כהך דשלהי יבמות שאמרו להפונדקית אי' חברינו:

ד ואולם מה שמספק עלינו בנ"ד הוא האורח שאמר למה זה העלם אומר קדיש אני יודע שאביו חי ואילו לא הי' רק עדות של הבן הי' לכאורה כמו עד א' אומר מת וע"א אומר לא מת ואף דהאורח לא הגיד עדותו בב"ד רק המלמד הוא שמעיד מפיו ואינו אלא עד מפי עו מ"מ הלא גם עד הראשון שהוא הבן לא בא לב"ד ואפילו הי' בא לב"ד הרי הוא פסול לעדות מן התורה כמו עד מפי עד והוה כמו עדים בהכחשה ולא התירוה על פיו של הראשון דאפילו ניסת תצא ואף דאין עדות השני מן התורה גם הראשון אינו כשר מן התורה ובוודאי אילו לא היו כאן יתר העדים כמו שאבאר בודאי היה ספק גדול ומ"מ לא אמנע ידי מלכתוב מה שיש לצדד בזכות בכחא דהתירא בענין הלזה:

ותחלה נבאר מה שיש להסתפק באם אמר לאשה שמת בעלה ולא הגיד עדותו בב"ד כיון דחוץ לב"ד בכל עדיות חוזר ומגיד אם יכול לחזור מעדותו ולומר מבודה הייתי והנה זאת מצאנו להר"ן בתשובותיו (סימן מ"ז) כתב תחלה אני דן על מה שאמר העד בתחילה חוץ לב"ד שהיתה זקוקה אם יש לסמוך עליו במה שהעיד בב"ד ששמע זה זמן רב מי אמרינן כיון דבעדות אשה א"צ שיעיד העד בב"ד הרי עדותו חוץ לב"ד כאילו נתקבל בב"ד כו' ושוב אינו מגיד אפילו בב"ד או דילמא כל שלא העיד בב"ד חוזר ומגיד בב"ד

אע"פ שמכחיש דבריו הראשונים לפי שאין אדם מדקדק בדבריו מה שאומר חוץ לב"ד כו' ויש ראי' מאותה ששנינו העדים שהעידו בין לטמא ובין לטהר כו' הרי ששנינו בין לאיסור ובין להיתר ואפ"ה אמרינן כל שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבדין אנו עכ"ל הר"ן בתשובה ומשמע מדבריו דגם לענין היתר אם אמר חוץ לב"ד שמת בעלה יכול לחזור אח"כ בב"ד לומר שמבוד' הי'. ובאמת שדבר קשה עלי מאד שאם העיד לאשה שמת בעלה והתירוה לינשא וניסת אנ' אח"כ יבא לב"ד ויאמר מבודה הייתי שיהי' נאמן ותצא אשה מבעלה זה רחוק למאד. ובשבועת העדות (דף ל"ב:) אמר הכל מודים בעדות אשה באמר לה לדידה ולא אמר לב"ד והיינו משום דהאשה שאמרה מת בעלי נאמנת ולכן פטור. ואם איתא שיכול לומר מבודה הייתי בודאי בחכמה עשתה שתבעתו לב"ד פן יאמר מבודה הייתי והרי כל סמיכות חכמים כך הוא שדייקא ומנסבא א"כ עלה דידה מילתא רמיא לחקור היטב וא"כ כיון שחוזר ומגיד בפני ב"ד שאינו יידע הרי חין ממש בדבריו שאמר לה שהרי ממש אמר מבודה הייתי ואמאי לא יתחייב הרי הפסידה ואף דהר"ן גופי' כתב שם לשיטת הרמב"ן שיכול להכחיש לומר שלא הגיד לה כלום מ"מ לא היתה צריכה לתובעו לב"ד היינו משום דשם מהיכא תיתי יעלה על דעתה שיכחיש דברי' שלא באמת ויכחש בה שלא אמר לה אבל אם נימא אף אם מודה שאמר לה יכול לחזור בבאו לב"ד א"כ אמאי יהי' פטור כשכיחש בב"ד הא ודאי עלה דידה מילתא רמיא לחקור ממנו בב"ד וא"כ כשאמר בב"ד איני יודע ומבודה הייתי הי' לו להתחייב אלא ודאי לא מהימן לומר מבודה הייתי ויכולה לסמוך על דבריו הראשונים וכ"ש לפמ"ש בחמ"ח (סקי"ח) בהעד בעיר צריך לשאול אותו:

ומצאתי להר"ן גופי' בתשובה (ל"ד) שעמד החכם השואל בחקירה זו במקצת והפליג להתמי' על זה והר"ן כ' בזה"ל והקשיתי על זה א"כ הוא שיכולין לסחור דבריהם בלי שום אמתלא כל זמן שלא נחקר עדותן גם אחר שיצאו מב"ד א"כ אם נפסק הדין כו' או נשאת האשה ויחזרו העדים ויאמרו מבדין היינו ההשב ישיב הממון ותצא האשה מבעלה וזה מן התימא וע"ז באה תשובתו של הר"ן דכל שנגמרה עדותו שייך כיון שהגיד ונחקרה לאו דוקא. והנה לא זכינו לשיחתו של רבינו הר"ן רק בתשובתו שהגיד בב"ד ועדיין צד תמיהותי במקומה בעדות אשה דלא צריך לומר לב"ד כי אם לה כמבואר בסוגיא דשבועות כנ"ל ואחר שהודה הר"ן לתמיהת השואל מה יענה באמר העד לאשה לבדה והיא הולכת לב"ד האם תצא האשה מבעלה באמרו אח"כ מבודה הייתי הרי חזרה תמיהת השואל למקומה. ואין לומר דאיהי אפסדה אנפשה שהיה לה לחקור העד בב"ד חדא דהא הוכחנו מהך דשבועות (דף לב) שלא הי' לו להעד לבא לב"ד כלל משמע דאין

להעד לבא לב"ד כלל. ועוד דמה תאמר באם האשה שומעת עד מפי עד ששמע מהראשון חוץ לב"ד והעד איננו פה עמנו היום שהאשה ניתרת ע"פ עד שני שהעיד מפי הראשון ואחר נשואין יחזור עד הראשון ויאמר מבודה הייתי וכי תצא האשה מבעלה. ולכן היה נ"ל כעין מ"ש הר"ן בשלהי נדרים דבכל התורה תוך כ"ד כדיבור דמי חוץ ממקדש ומגרש ומגדף ופירש הר"ן הטעם שמתוך חומר ענינים אינו עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ולכן לא מהני בי' חזרה וא"כ י"ל גם בנ"ד שכל מי שאומר על האשה שמת בעלה מאחר שידוע לכל שתלוי באיסור אשת איש כשאומר אותו מסתמא בהסכמה גמורה אומר ולא מצי לחזור דהוי כנחקרה עדותו וזה אפי' בלא ב"ד מצינו בעדים החתומים על השטר כמו שנתקרה עדותן בב"ד אף שלא באו לב"ד כלל. וכמו כן י"ל בעדות אשה שמת בעלה מסתמא אינו אומר אותו כי אם באמת גמור ולא מילי דבדיאי ולכן הוה כנחקרה עדותו בב"ד ואין יכול לחזור כלל. וכן מצינו בעדים שאומרים אמנה היו דברינו אין נאמנין אף באין כתב ידן יוצא ממקום אחר משום דעבדי עולה ועולה לא חתמי א"כ כ"ש בנדון זה שמעיד על אשה שמת בעלה ודאי לא חשיד אדם לומר מילי דבדיאי כאלו שמרבין ממזרים בישראל ובודאי כיון דסמכו חכמים להתיר איסור אשת איש על זה ודאי לא משמע להו דלא חיישינן להכי כלל משום דלא מועיל כלל חזרתו והוה כנחקר עדותו בב"ר ולפ"ז יש לדון דהעד השני שיודע שכבר הועד עליו שמת ובא להכחיש להראשון י"ל שצריך לבא לב"ד בהכרח חדת דהוה כדין מרומה מאחר שאומר על הראשון שהוא מבודה צריך לבא לב"ד להכחישו וגם אין להחליט עדותו חוץ לב"ד משום דעביד עולה מה שהעיד לאיסור דאין לדונו לזכות שהיה לו לבא לב"ד ולא חוץ לב"ד. וגם אין לדמות זה שאומר לאוסרה למי שבא להתירה היתר אשת איש לעלמא א"כ י"ל שהשני ודאי יכול לחזור מהגדתו חוץ לב"ד דהא לא חמיר איסורו כ"כ כמו שהבאתי מתוך כדי דיבור שדוקא חומר איסור אשת איש הוא גורם לומר ההסכמה בלב שלם וא"כ קרוב לומר שאין עדות השני מועיל חוץ לב"ד והדבר צריך תלמוד:

אמנם כן בנ"ד הרי בלאו הכי כיון דהעד שאומר אני יודע שהוא (אתי) [חי] אינו בפנינו א"כ המלמד הוה עד מפי עד ויש לנגדו עדות הבן ועדות ר' יהודא בר' אברהם שאמר לו האורח שלקח אצלו בנו של ר' חיים משעפס בהיות שאביו ר' חיים איז גישטארבין. וגם ר' צבי ששמע מר' מענדיל שמש ואשתו ששמעו מארחי פרחי אז ר' חיים קצב משעפס מת בודאי הנה לפנינו כמה עדים מכחישים את הנאמר מפי אורח ובפסולין אזלינן בתר רובא על זה נסתפק מע"ל לפמ"ש הב"ש (ס"ק קכ"ז) דאם שמעו רבים מא' הוה חד לגבי חד וא"כ מאחר שהעידו העדים ששמעו מרבים שמת ושמא אותן רבים שמעו מא' והוה

חד לגבי חד שאמר לא מת מאחר שלא אמרו (ששמעו) שראו שמת עכ"ד. אך לענ"ד נראה דאין לחוש לכך דכיון דבפסולין הלך אחר רוב ואם שני עדים כל אחד מעיד שמעתי שמת וא' אומר שמעתי שלא מת י"ל שאין לתלות השנים ששמעו מא' רק ל (דפסולין הכשרים) [דבפסולין הלך אחר רוב] הרי אין דבריו של א' במקום שנים:

ה והכי משמע לי מס"פ (ה) דעדיות דאמר עקביא לבנו חזור בך בארבעה דברים שהייתי אומר אמר לו' ולמה לא חזרת בך אמר לו אני שמעתי מפי המרובים והם שמעו מפי מרובים אני עמדתי בשמועתי והם עמדו בשמועתן אבל אתה שמעת מפי היחיד ומפי המרובין מוטב להניח דברי יחיד ולתפוס דברי מרובים. ע"כ נראה מבואר מכוונה זו דכיון ששמע מפי יחיד ומפי מרובים מחוייב לתפוס דברי המרובים ואמאי נסמוך על זה להקל כמו שהקיל לתפוס דברי חכמים בדם ירוק שהוא איסור כרת מפני ששמע ממרובים הא יש לחוש שהמרובים שמעו מפי יחיד ויחיד שמע מרבים וא"כ נהפוך הוא אלא ודאי כיון דכתיב אחרי רבים להטות אזלינן בתר רובא דמאחר שעכ"פ רבים אומרים כן אין לתלות דברי רבים ביחיד ויחיד ברבים וכן נמי לענין עדות אף ששני פסולין מעידין ששמעו שמת וא' מכחיש ששמע שלא מת לא נתלה דברי היחיד ברבים ודברי רבים ביחיד:

והרמב"ם וברטנורה כתבו שם משום דאיהו נמי מרבים קיבל ולכן אמר מוטב דאי לא קיבל מרבים מאי מוטב הלא רובא דאורייתא הוא רק משום דאיהו נמי מרבים קיבל משמע בהדיא שאילו לא קיבל מרבים היו החכמים שכנגדו רובא דאורייתא ולא ניחוש שרבים שקיבל מהם שמעו ג"כ מיחיד וכן לפי הנראה מן המשנה שם שזהו הכלל יחיד ורבים הלכה כרבים אף בדברים שהם מפי שמועה אחרי רבים להטות ולא נתלה בהפניות. אלא שאני תמיה על הרמב"ם והר"ב שבאו ליישב לשון מוטב שסבורים שלא היה מן הדין מאחר שגם הוא מרבים קיבל והדבר תימה איך יעצו מוטב להקל באיסור כרת כמו דם ירוק מטעם עצה טובה ומוטב בעלמא. ובאמת לענ"ד אינו תמי' כלל למה אמר מוטב שהרי מצינו במקומות שהחזיק בדברי יחיד המורה צדק לעדתו כמו שמצינו (יבמות דף יד) במקומו של ר' אליעזר היו כורתין עצים לעשות פחמין להקל באיסור סקילה וחילול שבת וא"כ אם במקומו של עקבי' היו נוהגין כמותו אף להקל אין עליהם אשם וא"כ א"ש לשון מוטב בפשיטות שלא יחזיק כדברי אביו שהורה במקומו ובמקום הגדול פוסקין כמותו ולכן יעצו למוטב בעלמא גם בדוכתי טובא פסק כיחיד במקום רבים עיין פ"א מעדיות לזה נשנו דברי היחיד ולכן אמר לו מוטב:

עכ"פ נראה דבכל מילי אזלינן בתר רובא וכיון דאיכא רובא לפנינו לא נתלה הרוב במיעוט וכן מצינו בכמה דוכתי בפשיטות יחיד ורבים הלכה כרבים ואין לנו לחקור מאין בא הרוב כיון דרובא דאיתא קמן הוא לא תלינן הרוב ביחיד. ובתשובת הר"ן אינו מבואר כלל לחוש לכך למעיין היטב כי מ"ש אולי אותו אחר ששמע מפיו הוא אותו ששמע כמו כן מפי העד השלישי וכל כיוצא בו הדבר ברור שאין כאן רובא עדיות שאם בא אחד ששמע מפי ראובן שהיום מת ובאו מאה ששמעו מפי שמעון שהיה חי הדבר ברור דהוה כעד אומר מת וע"א אומר לא מת ע"כ ויש לפרש כוונת הרב כפי הלשון שם שהשיב לשואל שלא ביאר דבריו אולי ברור היה לשואל שהיה כך אבל בלאו הכי מהיכי תיתי לתלות בכך אדרבה איכא למימר מרובא דעלמא שמע ולא מיחיד. וגם מהר"ם לובלין בתשובה (סימן קלג) שממנו העתיק הב"ש חומרא זו י"ל שגם הוא לא חשש רק בנדון דידי' וי"ל שהרי פשוט שיהודים לא ראו המעשה רק ששמעו מפי עכו"ם ויהודים לא פירשו בדבריהם ממי שמעו ואפשר שכולם שמעו שמועה מפי עכו"ם אחד וא"כ לא נחשבו כולם. כי אם כאחד עכ"ל. והביא מתשובת הר"ן וכבר כתבתי שאינו מוכרח מדברי הר"ץ וגם מהר"ם לא אמר רק בשמעו יהודים רבים ואמרו כולם במעמד א' שמענו ודאי אין להוכיח אם שמעו מכבים או מיחיד שהרי הרבים אפשר שכולם מפה א' שמעו אבל אם היום בא א' ואמר שמעתי ולאחר זמן [א'] ואומר שמעתי אפשר שלא נתלה כולם במשמיע א' דאל"כ היה לו לומר שמענו ומדלא הזכיר צירוף חבירו משמע ששמע לבדו וכיון שכל אחד שמע לבדו לא נתלה האחרון בראשון שכולם מפה אחד שמעו אך בנידון דידן אין צריך לכל זה דמהר"ם לובלין לא קאמר [רק] באמרו ששמעו שמת די"ל ששמעו מאחד אבל בנ"ד שאמרו ארחי ופרחי שר' חיים משעפס מת בודאי אין מפרשין כלל שאמרו כן מפי השמועה רק מסתמא על פי ידיעה ברורה ובדיני נפשות מצינו בסנהדרין (דף לז) שצריכין [לבודקן] שמא מאומד או משמועה עד מפי עד ומפי אדם נאמן אבל בדיני ממונות לא צריך לכל זה ואמרו פלוני לוה מפלוני אין חוששין שמא מסי השמועה או עד מפי עד רק מסתמא עפ"י ראיה א"כ כ"ש שאין לחוש בזה לזה שאומר מת בודאי שהיה מפי השמועה ושהיה מפי אותו עד הראשון ותדע דאם כן אם פסול אחד העיד בב"ד שמת פלוני ולא נתקבל עדותו או נכרי שאינו מסל"ת וכי נפסול כל עדים שאמרו ששמעו שמת וניחוש שכולם שמעו מן הפסול זהו ודאי לא מסתבר וכן משמע בלשון מהר"ם לובלין גופיה שכתב שהרי פשוט שיהודים לא ראו המעשה רק ששמעו והיינו עיקר עדותן מפי השמועה אבל באמרו סתם מת וכ"ש מת בודאי אין לחוש כלל ששמעו דוקא מזה העד:

וראיה לזה ממה שנסתפקו הקדמוני' הר"ן בתשובה אם מסיח לפי תומו מפי מסיח לפי תומו מהני ועיין במהרי"ק שורש (קכ"א) ותה"ד (סימן רל"ט) שחתרו למצא ראיה לזה מן הש"ס ויש אומרים דבעינן שיאמר שגם הראשון היה מסיח לפי תומו ולפ"ז תקשי איך מהימן נכרי מסיח לפי תומו שמת ניחוש שמא אמר כן ע"פ שמועה מפי אחר ומסיח לפי תומו אפילו מפי מסל"ת לא מהני. ואין לומר שבאמת מיירי שאמר שמת וקברתיו דהא כל הפוסקים חולקים על הרמב"ם בזה ובגמרא מבואר מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חסא שכיב חיואי וטבע חסא וזהו מסל"ת ואמאי יועיל שמא אמר כן מפי השמועה מכותי אחר שנאמר אפ"ד שוא אלא ודאי כל שאינו אומר ששמע לא חיישינן ע"פ השמועה אמר ואין לומר דילמא דוקא באין ידוע לנו שאחד אמר כן אבל בנודע לנו שאחד אמר כן ועד אחד מכחישו תולין כל השומעין בעד ראשון נ"ל שזה אינו דודאי עדיף ע"א בהכחשה מאילו אין כאן עדות כלל שהיא בחזקת אשת איש ובעד ועד עכ"פ לדעת הרמב"ם אם ניסת לעד ואמרו ברי לי לא תצא הגם שהרמב"ם השיג עליו כבר ביארתי בחידושי כמה דרכים ליישב דבר הרמב"ם וע"פ פשוטו בודאי כיון דחזינן בהתירה לינשא הראשון חשיב כשנים ותנשא אפילו לכתחילה א"כ אינו מובן כלל בלא התירוה למה' תאסר הא עיקר סמיכת פ"א משום דייקא ומנסבא ובשביל שהתירוה מקודם אטו נימא דמשום הכי טפי אדרבה כשלא התירוה דייקא טפי דבשלמא בסוטה ועגלה ערופה דתלי' בגזירת הכתוב לבד ס"ל דבעינן יעשה מעשה אבל באשה שמת בעלה דתלי' בדיוקא דידה א"כ לא מסתבר כלל שיתלה בהיתר ב"ד אלא דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא לכן בלא התירוה חששו לחששא בעלמא שלא לסמוך אדיוקא דידה עכ"פ בניסת לעד לא תצא דקיל טובא מתרי ותרי והארכתי בחדושי בדרכים שונים וע"פ חריפות וחידוד לישב קושית הרמב"ן רק הסברא שכתבתי היא ברורה דאשה שיש לה עד א' וע"א מכחישו קיל טובא מאשה שאין לה שום עד ואם נימא דלשון מת פלוני יצדק מפי השמועה א"כ איך נסמוך על גוי מסל"ת מת פלוני [שמע] שמא מפי השמועה אומר כשאין שום עדות להתירה ועיין בסעיף (יא) בהגה"ה ובב"ש שם מביא פלוגתא אם יצא קול שנהרג וא' אומר שנהרג חיישינן שמא שמע הקול שנהרג וב"י חולק דדוקא בטבע במים שאל"ס דע"פ רוב עת אבל אם יצא קול שנהרג וא' אומר שנהרג לא אמרי' שסמך על הקול וי"ל שגם הם לא אמרו רק באם יצא קול וקול מסתמא לכל נשמע אבל כאן כ"ע מודו שאין תולין עד שאומר מת באחר שקדמו דלמה נתלה שנשמע השקר למרחוק דשקר אין לו רגלים וזהו ודאי לא מסתבר כלל שאם עד א' לא נתקבל בב"ד מפני רשעותו וכדומה שלא יהיה שום היתר לעגונה ע"פ שמועה שמת שנתלה ששמע מאותו העד

שלא נתקבל וכמו שהוכחתי לעיל שהרי כל הפוסקים לא דיברו מזה כלל אהך דשכיב חסא ווי לפרשא וריוא לחוש שאומר מת מפי השמועה:

ו ובתשובת מיימוני להלכות אישות ש"ג הסיחו לפי תומן שנהרג פלוני ונקבר עם בגדיו וע"א מכחיש וכתב דאזלינן בתר רוב דיעות אף אם הוא עד כשר גמור ללישנא קמא דהפסולין מכחישין כשרים ואמאי לא ניחוש שמא מה שהסיתו לפי תומן לא הי' רק א' ואחרים שמעו מהנשארים פ"כ אמרו כולם בהסכמה אחת שנהרג דמסתמא האמינו חד לחבריה בפרט בהגדה לפי תומו:

גם בתה"ד (סימן ר"מ) הביא תשובת מהר"ם אם העיד העד לאחר שלשה ימים שנהרג לא אמרינן שלא יועיל עדותו שמא נסרג מזמן רב ואין מעידין אלא תוך ג' ימים אלא כיון דמעיד בסתם אמרינן שידע שנהרג כגון שראוהו מיד והכירו או שהיה עם ההורגים וראה (דבריו) שהרגוהו עכ"ל א"כ מוכח דאין הדבר יוצא מפשוטו ולא תלינן להחמיר בהך דתשובת מיימוני דשמע חד מחבריה וכן מהך דמהר"ם דאמר נהרג אמרינן מסתמא ידע א"כ ב"ש דאם אמר מת בודאי לא נתלה שאומר מפי השמועה והקול בא מכח עד שקרי:

ומצאתי עוד און לדברי מתשובת ב"ח (סימן ע"ד) ובתשובת גאוני בתראי מבואר מה שנחלק עם הגאון מהו' יהושע באם ע"א בא והעיד כי שמע מרבים שמת בעלה של זו ובא שמעון והעיד ששמע מא' שלא מת שדעת הגאון מ' יהושע שאין תולין הכחשה בעדים די"ל שכ"א אמר מה ששמע ותולין הכחשה במי ששמע מהם והוה כאילו רבים העידו מת וא' העיד לא מת וכיון שאין עדות גמורה ה רוב דיעות. והגאון הב"ח השיג עליו ובתשובת גאונים בתראי נמצא תשובת הגאון מ' יושע שישב דבריו בדברים נכונים וגם משנה דעדיות שהבאתי לעיל מסייע להגאון מ' יושע אלא שיש להסתפק בזה מטעם אחר ואין כאן מקום להאריך כי לא על זה אט דנין. אך מדלא חששו הגאונים על שהעיד מפי רבים מנ"ל דהיו רבים דילמא כל חד שמע מחבריה עיקר השמועה באה מכת ע"א ומדחזינן דלא דיברו הגאונים מזה כלל משמע דאין לחוש לזה בלל ואף שיש לדחוק ולומר דמיירי ששמע מרבים שכל א' אמר לו אני יודע בודאי שמת וראיתי בעיני דודאי האחרונים היו מבארים דברים אלו בפרט בדבר שהוא מפי שמועה אלא פשוט אם שמע מכבים שמת לא תלינן כלל ששמע כל א' מחבירו והב"ח שחתר להשיג על הגאון מ' יושע ואילו הי' מקום השגה אחר אשר חרה אפו בהגאון מ' יושע ודאי הי' מבאר גם זו להשגה אלא ודאי לית מאן רחש להך מילתא:

גם אפשר לצדד לפמ"ש הר"ן בתשובה (סימן מז) דבניסת אפילו לא התירוה כיון שנעשה מעשה ע"פ עד ראשון חשיב כשנים וא"כ אפשר לומר כיון שהאשה הלכה ואמר לה

א' מארתי ופרחי שמת ונסעה לביתה וציותה לבנה לומר קדיש אחר אביו והנה באמת בעת ההיא הי' עדות הלזה מספיק להתירה מאחר שלא היה הכחשה וא"כ שתיקת הב"ד שבאותה העיר שעליהם הדבר מוטל למחות הוה כהתרה דאף שלא באה לב"ד מ"מ כיון שנודע בעיר שבנה אומר קדיש עפ"י דברי' כבר נעשה מעשה שהוחזק בעיר מת והרי נעשה מעשה על יד העד הראשון שהוחזק למת ע"פ דבריו והרי לפי דעת בעל חלקת מחוקק אין צריך ב"ד כלל להתירה רק כמו הוראת איסור והיתר בעלמא ושתיקת הב"ד כהוראה דמיא להתירה אף שאין לסמוך על זה עכ"פ סניף כל דהו אפשר דהוה. העולה מתוך מ"ש שיש להתיר האשה ע"פ עד הראשון שהעיד מפי הבן וגם ע"פ האורח ר' יהודא בר' אברהם ששמע מן האורח שלקח אצלו בנו של. ר' חיים משעפס בהיות שאביו ר' חיים איז גשטארבין אלא שלפי עד זה צריך חקירה אם לא הוחזק עוד שם ר' חיים משעפס שאיננו שם ואף שבעד זה אפשר לשמוע ששמע כן מבנו מ"מ מאחר שלא אמר שמעתי משמע שידע בסתם. וגם אין הכרת כ"כ לתלות בכן דאם נחוש שהיה משקר פעם אחד לא ניחוש שלעולם החזיק בשיקרו כי שקר אין לו רגלים אם איפא דשקורי משקר. ולכן לא כתבו לחוש אלא ביצא קול שידוע שבאמת הוא קול שמת וי"ל שאמר ע"פ הקול הרי כולם אומרים לשון מת ע"פ הקול אבל לתלות בא' שכבר אמר שמת שנתלה כל השומעים להחשיבו הכחשה הוא דבר שאינו דאיך נימא שהחזיק כ"כ בשקרו עד שעל ידו הוציא הקול של שקר עד אשר נשמע לכל או שהות הגיד שקרו בפני כל כיון דבאמת מילתא דעבידא לאגלוי' לא משקרי לא ניחוש שהחזיק כ"כ בשקר אף אם פעם א' אמר שקר לא חיישינן שנתכון לשקר בפני כל עד שנתלה גולם בו וכ"ש שכבר ביארתי דבאמר שמת מסתמא ע"פ ידיעה אומר וגם עדות ר' צבי ששמע בגריצא מר' מענדיל שמש ואשתו ששמעו מארחי ופרחי שר' חיים קצב משפעס (בני חי) [מת] ועדות זה ששמע מתרי (מתרי) לדברי הגאון מ' יושע הוה ג"כ רבים לגבי יחיד וא"כ יש להתיר האשה הלזו להנשא לכל גבר דתצביין ולסיבת חומר הענין יצרפו שני רבים ג"כ מפורסמים בדור הלזה שיסכימו להיתרא אפילו מטעמי אחריני גם אני אהיה סניף להתרה זו ונמטיי שיבא מכשורה:

ז אחר כתבי כל הנ"ל מצאתי ראיה ברורה לדברי דס"ל להרמב"ם דקטן נאמן לעדות אשה ממ"ש הרמב"ם (בפ"ד מהלכות יבום דין ל"א) ח"ל ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זה פלוני אחי פלוני וזהו יבמתו וחולצין על פיהן משא"כ בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהן כמו שביארנו כסוף הלכות גירושין עכ"ל. ובסוף הלכות

גירושין נתן טוב טעם מה שהתירו חכמים ערוה החמורה בעדות אשה או עבד או עכו"ם מסל"ת ועד מפי עד ומפי הכתב כו' ומדסמך על הביאור בסוף הלכות גירושין משמע ודאי דגם באשה שמת בעלה קטן שהוא מכיר ונבון נאמן ואין לומר דס"ל לחלק דדוקא לו' זה אחי פלוני נאמן אבל לא על אשה שמת בעלה דא"כ מנ"ל להקל גם בהא בקטן הא אינו מבואר בגמרא רק דאפילו קרוב ואשה נאמנין ומנ"ל להקל בקטן אלא ודאי ס"ל בפשיטות כיון דהאמינו קרוב. ואשה מטעם גילוי מלתא ממילא גם קטן נאמן ואדרבה ע"כ צ"ל דפשיטא ליה להרמב"ם דבעדות אשה שמת בעלה קטן נאמן ולכן ס"ל הה"ד באשתמודעינהו ואם איתא דבעדות אשה שמת בעלה אין קטן נאמן איך סמך על הביאור בסוף הלכות גירושין אלא הדבר ברור דפשיטא, גם באשה שמת בעלה קטן נאמן ומה שלא ביאר בפירוש שקטן נאמן לעדות אשה י"ל שסמך א"ע על מ"ש שמע מתינוקות שאמרו הרי אנו הולכין מלספוד כי' וי"ל בפשיטות דלאו דוקא בעינן מסל"ת דתינוקות (דל"מ דנשים אלא) דמסיח לפי תומו במי (שמתכוין) [שכשר] להעיד הוא רבותא טפי כמו שביארתי לעיל או דפשיטא ליה דחם נכרי מסל"ת נאמן כ"ש קטן שמכיר ונבון בעדות אשה שמת בעלה אלא דלפ"ז לא מוכח באשתמודעינהו עכ"פ י"ל ברור דס"ל להרמב"ם גופי' דקטן שמכיר ונבון נאמן לעדות אשה שמת בעלה (אלא דלפ"ז לא מוכח באשתמודעינהו) אפילו מתכוין להעיד דבעדות אשה הקילו טפי מעדות שבויה כמו שהוכחתי בתחילת התשובה:

ומצאתי להריב"ש בתשובה (סימן קנה) שהיה לפני השואל נוסחא מוטעת בלשון הרמב"ם שהבאתי והיה לפניו נוסחא במקום מה שאין כן שהעתקתי לעיל מנוסח אשר לפנינו היה לפני השואל וכן בשאר עדיות של תורה בין לערות ממון בין לעדות איסור וכו' ועל זה סמך השואל לדייק מדברי הרמב"ם דע"א נאמן לענין ממון בדבר העשוי להגלות והריב"ש השיב ע"ז וז"ל ואני אומר שהחולק הזה לוקח הכל בגדר אחד כל מקום שנאמר בו מילתא דעבידא לאגלוי' ולדבריו אפילו אשה ושפחה וקטן נאמנין אפילו לענין ממין לומר מת פלוני כמו שנאמנין לומר זה אחיו של פלוני וזה טעות מפורסם כו' עכ"ל ודחק לחלק בין מילתא למילתא דאין כל מילתא דעבידא לאגלוי' שוין ונרא' שנוסחת מוטעת של השואל גרם להריב"ש ליכנס בדוחק ונוסחא שבידינו הוא עיקר מה שאין כן אדרבה מורה באצבע שאין להם נאמנות לענין עדות ממון ועדות שאר אסורין שצריכים עדות. וכן נראה מדברי המ"מ שהיה לו נוסח זה שלנו שהרי כתב שמבואר כן ברי"ף וברי"ף מבואר בהדיא הטעם כיון דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי אלא מילתא בעלמא קמסהדי עכ"ל. ותמהני מחכמתו של הריב"ש שהרי הרי"ף רבו של הרמב"ם

מעיד על תלמידו הרמב"ם שאין ספק שכיון גם הוא להעתיק דברי הרי"ף ואדרבה לענין ממון ועדות אשה אינו נאמן. עכ"פ גם מדברי הריב"ש משמע דמודה דקטן נאמן לעדות אשה שמח בעלה אם הוא מכיר ונבון שהרי לפי חילוקו שחילק דבעדות אשה שמת בעלה אינו עבידא לאגלוי' כ"כ אינו נאמן אלא מדרבנן ומשמע לענין עדות אשה להתירה ודאי נאמן. וגם מה שכתב הריב"ש ומה שאמר כמו שביארנו בהלכות גירושין הוא ר"ל שביאר שם שע"א נאמן (כי בזה) [ביבמה] שדבר העשוי להגלות הוא עכ"ל. גם בזו אגב שיטפא לא השגיח בדברי הרמב"ם אי' מקומן כי אם כיון להך דנאמן ביבמה הרי גם (בפ"ג מהלכות יבום) מבואר ג"כ זה רק פשוט שכיון למ"ש סוף הלכות גירושין שהרחיב טעם הדברים. ותמהני על הש"ע באה"ע שבסימן י"ז) כ' (שכתב) שקטן אינו נאמן לעדות אשה ובהלכות חליצה (סימן קסט סעיף ח) העתיק דברי הרמב"ם שקטן נאמן לענין הכרה (שאני) [ומה] בהך דאשתמודעתה שלא נזכר בגמרא רק אשה יקרוב האמין לקטן כ"ש לעדות אשה שנזכר בגמרא קולא יותר עד מפי עד מפי עבד מפי שפחה נאמנין וכ"ש קטן לעדות אשה וגם איתא דקטן גרע לעדות אשה מעבד ושפחה מנ"ל להקל באשתמודעינהו טפי אלא הדבר ברור לשיטת הרמב"ם קטן מכיר ונבון נאמן א נ"ל ברור. וא"כ נראה עיקר להלכה דקטן מכיר ונבון נאמן לעדות אשה ולכן צ"ע על הש"ע דבסימן (י"ז) פסק בפשיטות דאין קטן נאמן:

עוד מצאתי לי און וראיה בתשובת גאוני בתראי (סימן ב) שהיתה השאלה ששמע העד נכרים מסיחים לפי תומן וקצת נכרים הגידו לו אחר ששאל אותן וכ' להתיר ע"י מה שאמרו שנהרג ולא חשש כלל שאותן מסיחין לפי תומן אמרו כן ע"פ השמועה מהנכרים מסיחין לפי תומן ותשובה זו חתום עלי' הגאון מ' יושע ולא נחית כלל לחוש ששמעו מהאינן מסיחין דהא ע"כ אינן מסיחין לפי תומן חשדינן להו במשקר. בתחילת התשובה פתח להתיר חדא ע"פ שקצים שחזרו והגידו לפי תומם משמע דבתחילה לא הגידו לפי תומן ולכן הוצרך עוד טעם אחר להתיר דשמא לא נחשב שוב הגדתן אחר שבתחילה לא העידו לפי תומן:

ובעיקר הדין שכתבו הגאונים הגאון מ' יהושע והגאון בעל ב"ח אם א' מעיד ששמע מפי רבים שמת וא' מעיך ששמע מא' שלא מת שהמציא הגאון מ' יושע דדיינין להו כאילו א' מכחיש רבים בפנינו ויש לפקפק בזה טובא לסמוך עליו באיסור אשת איש ולא מטעם שהשיג עליו הב"ח מהא דבסוף גיטין ביצא שמה בעיר מקודשת דכתב הרא"ם דמיירי דתרי שמעו מתרי כו' אבל חד מחד וחד מפרי לא ע"כ וכתב אלמא דחד מתרי לא עדיף מחד ולא חשיב אף למיהוי קול ע"ש בתשובת ב"ח (סימן עד) ובתשובת גאוני

בתראי דאין זה ראיה לענ"ד דמה ענין קדושין דבעי עדות גמורה וגם בהלא בעינן קרוב לעדות גמורה עדות אשה שעד מפי עד נאמן בה ולא קרב זה אל זה. אלא דתמי' לי איך יעלה על הדעת להתיר בזה דהא מה שרבים נאמנים נגד יחיד ע"כ לאו שמא דרבים גרים אלא שמחזיקין דברי הרבים לאמת יותר דיותר יש לנו לומר שהיחיד משקר משנאמר שרבי' משקרים משא"כ בחד נגד חד מאי חזית דהאי משקר דילמא הך משקר. והנה באחד שמעיד ששמע מפי רבים שמת וא מעיד מפי אחד שלא מת איך נאמר דשני עדים אלו שניהם אומרים אמת ותלינן הקלקלה בזה שאמר לזה שלא מת שהיה משקר אכתי מנ"ל דהך משקר דילמא זה שאמר לא מת הגיד אמת וזה שאמר ששמע מפי רבים שמת שזה הוא המשקר א"כ אין כאן רק הכחשת עד לנגד עד וה"ל חד לגבי חד:

סימן טז

עוד תשובה בענין הנ"ל

א ראיתי בדברי מעלתו ידידי שיחי' שהוגד לו מן החכם השואל שגם אותו האורח שמנע לומר קדיש חזר ואמר לפני אחד שלא הגיד זה מעולם שיודע שאביו הוא חי לפ"ז מצאנו פתח התירא ג"כ כיון שחזר מדבריו. ולפי דברי הר"ן בתשובה (סימן מז) באם הגיד חוץ לב"ד יכול לחזור מדבריו ולומר מבודה הייתי אלא שראיתי בדברי מע"ל שכתב דוקא שקר אמרתי יכול לומר אבל אם אמר שלא אמר כן מעולם נעשה [מוכחש מן] העדים שאמרו שאמר כן אמת שכן נראה מדברי הרב בעל חמ"ח (ס"ק יז) ובב"ש נמשך אחריו וכתב כן בפשיטות ובעיני יפלא למאד איך סמכו על זה להקל בפשיטות ואם א' אמר בפני שנים חוץ לב"ד מת פלוני ואח"כ בא לב"ד ואמר שלא אמר דבר זה מעולם ועדים מכחישין אותו שאמר כן נתיר את אשתו וזה תמיה בעיני דמאחר דלדברי הר"ן יוכל לחזור כשהגיד חוץ לב"ד א"כ כשאומר שלא אמר כן מעולם הרי העיד על עצמו שאינו יודע כלל ממיתתו ואין לך חזרה גדולה מזו וכעין שאמרו כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי גם לפי הטעם שנתן הרמב"ם בסוף הלכות גירושין נאמנות ע"א מטעם עבידא לאגלוי' מסתמא לא משקר וכאן שחזינן שהוא בודאי איך נחליט דבריו הראשונים לאמת מוחלט ולסמוך עליהם להתיר האשה שהרי הר"ן בתשובה שם בתחילה כשנסתפק כ' או דילמא כל שלא העיד בב"ד חוזר ומגיד כו' לפי שאין אדם מדקדק בדבריו שאומר חוץ לב"ד ומסיק כן מן התוספתא וצ"ל אע"ג דסמכינן אהגדתו חוץ לב"ד להתיר האשה היינו מקולא דטוונא סמכינן דבסתמא לא דיבר דברים בדוים רק דברים אמיתיים אבל בחזר ואמר שקר העדתי מהמנינן ליה שלא דקדק בדבריו לומר האמת וכאן נמי כיון

שאמר שלא אמר כן מעולם ואינו יודע כלל ממיאת בעל העגונה פשיטא שנראה בעליל שלא דקדק בדבריו הראשונים והי נינהו מילי דבדיאי. ועוד דהא בכריתות פ' אמרו לו אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי פליגי ר"מ ורבנן בהא ורבנן ס"ל דפטור שיכול לומר מזיד הייתי גם העדים אין מחויבין אותו וא"כ כאן שיכול לומר שקר דברתי מאחר שאינו מדייק חוץ לב"ד א"כ גם נגד שנים יהיה נאמן מתוך שיכול לומר לא דקדקתי חוץ לב"ד ואפילו לר"מ דס"ל דהעדים נאמנים טפי היינו משום דלדברי העדים ודאי זה חייב חטאת ואנן אעדים סמכינן אבל כאן אף לדברי העדים שאמר כן מ"מ לא נודע אם אמת אמר ומאחר שהוא מכחיש דבריו הראשונים ואומר שאינו יודע כלל ממיתת האיש איך נחליט דבריו הראשונים לאמת מאחר שיכול לחזור מדבריו הראשונים לגמרי זהו ודאי מן התימא וגם לפמ"ש שם בגמרא דלא נטמאתי דקאמר לא עמדתי בטומאתי וכאן נמי י"ל לא עמדתי בדיבורי שחזרתי בו מיד עיין תוס' שבועות (דף מא:) וכ"ש כאן שאין לסמוך על אמירתו כשחוזר ואומר לא אמרתי. וגם מה שהביא הב"ש וחמ"ח שנסתפקו אם שמע מפי עבד אם יכול להכחישו שלא אמר כן מעולם תליא ג"כ בזה אם עבד ושפחה יכולין לחזור כ"ז שלא הגידו בב"ד דאפשר דגם אינהו לא עדיפי מכשרים לענין זה שיכולין לחזור לפי הכלל שנתן הר"ן דחוץ לב"ד אינו מדייק כל כך א"כ צ"ע ג"כ ובנידון דידן שהוא לקולא אם חזר ואמר שלא אמר כלל שאבי הנער חי הרי מעיד על עצמו שאינו יודע כלל שהאיש חי ואתי דיבור האחרון ומבטל דיבור הראשון מאחר שיכול לחזור בו ואף אם נאמין לעדים שבודאי אמר כן הרי הוא חוזר עכשיו ואף שמשקר עכשיו בזה שאומר שלא אמר אין לנו לומר שמשקר גם בזה שאומר שאינו יודע אם הוא חי כדי שנחשוב עדות הראשון למוכחשת דודאי כל שיש ליישב ולומר שאין כאן הכחשה בגוף הדבר י"ל שאין כאן הכחשה רק שאמר מילי דבדיאי כאשר למד לשונו דבר שקר בדבר הלזה ממש ואפילו לפי מה שצדדתי לומר דכשאמר מת הוה כנחקרה עדותו מ"מ זה שאומר לא מת ודאי לא הוה כנחקרה עדותו א"כ כשחוזר ביטל דבריו הראשונים הגם שעדיין צריך להתיישב בזה למעשה מ"מ הוה צידוד וסניף גדול להתרה:

ב ומה שנסתפק למעלתו בשביל שאמר דבריו בבית הכנסת שיהיה כאילו הגיד בב"ד לא מסתבר כלל שמה שיאמר אדם בפני שלשה שיהיה חשוב הגדה בב"ד שהרי שנינו אפילו מאה אם נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטילה ואם יחשבו לדיינין בלי כוונת מכוון נימא דבראו המעשה ידינו ע"פ ראייתן דלא תהא שמיעה גדולה מראי' ובדיינים לא אשכחן דפסול נמצא א' מהם קרוב או פסול ואף דבאורים ותומים קצת מסופק בזה בחידושי לכתובות הוכחתי דאין פסול בדיינים נמצא אחד קרוב ופסול. ועוד דאי תימא

גם בדיינים פסול א"כ גם בכאן מסתמא היו קרובים ופסולים גם כן בבית הכנסת. גם בתשובת הר"ן (סימן מז) נזכר שאמר העד כן בפומבי ואפ"ה חשיב ליה הר"ן הגדה חוץ לב"ד ולא סיפק הר"ן בזה שמא אמר כן במותב תלתא אלא ודאי כל שלא ישבו ע"ד ב"ד לא חשיב ב"ד וכן למ"ד מן התורה חד נמי כשר אטו נימא אם אמר דבריו בפני א' שיוחשב הגדה הא לא מסתבר כלל. גם בס"פ האומר אמר לשלשה ה"ז יכתבו מפני שעשאן ב"ד ולא נקט שהן ב"ד אלא שעשאן בכוונת מכוון שלכך מוסר דבריו לשלשה. ועיין ר"פ השולח (דף לב:) בתוספות:

וכן משמע ממה שנחלקו הפוסקים אם ניסת בלא התרה אם הוה כמו התירוה ב"ד לינשא ולא אמרינן דנשואין שהם בפומבי ובפירסום ובברכת חתנים בעשרה א"כ יהיה כמו התרה שהרי אין לך הודאה גדולה מזו ופשיטא אם אמרו לה הב"ד קבל קדושין מפלוני שאין לך התרה גדולה מזו ואם כן היה להם להתירה דהוה הותרה בב"ד אלא ודאי ליתא לסברא זו ולא מקרי התרה רק כשהב"ד מתוועדין על התירה וכן משמע בפרק זה בורר (דף כט:) גבי אודיתא דאמרינן כנפי ויתבי לא כתבינן ופרש"י שלשה שהיו יושבין ובאתה והודה בפניהם הואיל ולא זימנום וקיבצום לכך לא נעשו ב"ד אלא עדים דדילמא אי הוי תרי נמי הוה מודה קמייהו עכ"ל. ואפילו מאן דס"ל התם בהודה בפני שלשה כותבין היינו כיון שזה בא להודות ולחייב עצמו ויודע דשלשה תורת ב"ד עלייהו אמרינן שנתכוין להודות הודאה בב"ד ועשאן ב"ד וכמו שפרש"י ד"ה שלשה וע"כ אמר דבריו להודאה גמורה ולא נוכל לחושבן מילי דכדי ואפי' אמר אתם עדי מ"מ חשיבי דיינין דלשון אתם עדי אינם (אלא) שיהיו יודעין ומעידין על זה שמודה בהודאה גמורה א"כ שפיר י"ל כיון שהודה בפני שלשה דייק לעשותן ב"ד משא"כ אי מירי באופן כשלא יהיה ב"ד לא יהיה בדבריו כלום רק דוקא בב"ד גם בפני שלשה אין בדבריו כלום דכיון דשלא בב"ד אמרינן שאמר דבריו בלי דקדוק א"כ אפילו מאה אינם אלא עדים כל שאינו יודע שנקבעו לשם ב"ד. (ועפ"ז י"ל דאפילו להחמ"ת וב"ש דס"ל שאין יכול להכחיש דבריו הראשונים שאומר לא אמרתי מעולם שמת ועדים מעידין שאמר מת י"ל דוקא בכה"ג שאין לחשוב מה שאומר מת למילי דכדי כיון שיודע שעקימת שפתיו הוה מעשה להתיר האשה אף שיכול לומר מבודה הייתי כל שלא אמר כן (מי תבין על) מתירין ע"פ] דבריו הראשונים אבל כשאומר חוץ לב"ד לא מת בדרך שיחה כמו בנידן דידן שאומר למה העלם אומר קדיש לא מסיק אדעתי' בדבריו מאחר שהדין כשאומר קדיש מסתמא כבר הותרה להנשא ואין יכול להכחיש אם כבר הותרה א"כ כשחזינן בסוף שמכחיש ואומר לא אמרתי דבר זה מעולם יש לדמותו למילי דכדי דלא דכירי אינשי ואפילו הודה

בפני שנים היכא דיכול לומר משטה ואמר אח"כ לא היו דברים מעולם אמרינן בפ' זה בורר שם דהוה מילי דכדי ולא דכירי אינשי ואם בדברים שנוגעין לעצמו חשבינן להו מילי דכדי כ"ש בדבר זה שאינו נוגע לעצמו כלל כשחזינן שמכחיש דבריו ואומר שלא אמר כן מעולם מסתמא הראשונים מילי דכדי וניכרין הדברים מצד עצמן למילי דבדיאי דאין אני יודע בודאי שאביו חי אטו בכיפי תלי ליה אם ראהו קודם זמן שמא זה מקרוב מת אם לא ששאל כמה זמן אמר קדיש וזה לא נזכר בדברי העדים ואפילו שאל על הזמן מ"מ י"ל כיון שחזר ואמר לא אמרתי יש לחושבן מילי דכדי ואמת שגם על הב"ש וח"מ יש לתפוס מכח זה דאפילו אמר מת כל שהכחיש אח"כ יש לחושבן למילי דכדי כיון שיכול לחזור ואף שצדדנו סברא בזה אין כדאי לסמוך עלי' ומה גם באיסור אשת איש החמור אלא דבנ"ד י"ל כ"ע מודו מטעם דפרישית) ובנימוקי יוסף (כתב) הובא בש"ך (סימן לט ס"ק יח) היינו משום דבמודה בעצמו בלא תביעת בע"ד הילכך אין שם דיינין עליהם כו' ע"ש. ובפ"ק (דף עד:) אמרינן והא ר' יהושע אב"ד הוה שלא בב"ד הוה קאי ופרש"י לא היו ב"ד יושבין ולא במקום ישיבת ב"ד אלא בשוק הודה לו ע"כ משמע דבעי' במקום קביעת ב"ד דוקא ואף דרש"י פירש בשוק הודה לו אין כוונתו דבבית אף שלא היה קביעת ב"ד מקרי ב"ד אלא דרש"י הוכיח מדפריך והא ר' יהושע אב"ד היה ומאי קשיא דילמא היה לבדו ובדיני קנסות בעינן שלשה וע"כ משמע להש"ס דבכל מקום ישיבת ר' יהושע היה מסתמא ב"ד עמו ולזה פירש דבשוק הודה לו וכן נראה מדברי (הכ"מ) [המ"מ] שמפרש [כן] וכן מבואר ברמב"ם (פ"ג מגניבה) דבעינן הודה בפני ב"ד ובב"ד הן אמת שיש לדקדק מנ"ל להרמב"ם בהודאה בפני שלשה דלא הוה הודאה חוץ לב"ד דכיון דס"ל דבעי שלשה ע"כ הקושיא דרבי יהושע אב"ד מסתמא היו גם שלשה וא"כ י"ל כי משני חוץ לב"ד אודי י"ל שאז אינו מוכח שהיו שם שלשה אבל לעולם הודה בפני שלשה אפילו חוץ לב"ד הוה הודאה ולכן צ"ל דסמך הרמב"ם עצמו על פ' זה בורר דאפילו בהודאת ממון בעינן קביעותא סוף דבר דאף אמר דבריו ברבים לא חשבינן להגדה בב"ד וכן נהיגין לכתוב והעיד בתורת עדות משמע בדרך שיחה לא מקרי הגיד בב"ד:

עוד מצאתי לי און וראי' לסתור דברי החמ"ח וב"ש מהך דמכות (דף טו) דאמר רבה בב"ח כל לא תעשה שקדמו עשה לוקין עליו אמרו לו אמרת אמר להו לא אמר רבה האלקים אמרה וכתיבא כו' אלא מאי טעמא קהדר ביה כו' הרי בהדיא דמה שאמר לא שלא אמר דבריו מעולם חשבינן לחזרה. הר' אפילו האמוראים שבודאי רחקו מדברי שקר שהיו קדושי עליון אעפ"כ בשביל שחזר בו אמר לא בשביל שלא היה מתשיב דבריו הראשונים

ואמירתו כלא היה כ"ש בזה הפרא אדם שהוא מוחזק לשיכור וחזר מדבריו ואמר שלא אמרם אין זה אלא מגדר חזרה. (וגם דברי הב"ש וחמ"ח תמוהים אחר שבררנו שזהו בגדר חזרה). גם במגילה (דף י) איתא נמי כה"ג:

ובענין נאמנות הקטן שהגיע לכלל שנים ולא נבדק כבר בררנו ת"ל בתשו' שהיא ת"י מעלתו שקרוב לומר שאפי' קטן מכיר ונבון שיש להאמינו שכן דעת הרמב"ם והרא"ש והר"ן והמ"מ והריב"ש ורבינו בעל נב"י לא נחית לדייק כ"כ שיהיה מוכרח כן מדברי הרמב"ם ובש"ע גופי' בהלכות חליצה פסק דקטן נאמן ואף שבש"ע לא פסק כן הבו דלא לוסיף עלי' ואם בא מעשה לידי הייתי סומך בפשיטות על עדות קטן שהגיע לכלל שנים אף שלא נבדק אם לא היה ריעותא אחרת בעדותו:

ומה שהביא מעלתו בשם ספר בית מאיר ראי' דסמכינן אשנים לחוד מן התורה מהא דיבמות (דף פ) באכל חלב מבן שתים עשרה ויום א' ואח"כ נולדו בו סימני סריס נעשה סריס למפרע ולא מספקינן שמא אם לא היה סריס לא היה מביא סימנים אפשר לדחות דכיון דמצינו בתוך הזמן לא מהני שערות רק כשיגיע לי"ב. וכן מי שלא נולדו בו סימני סריס הוא קטן עד רוב שנותיו אף שהוא בן דעת יותר משאר שמביאין סימנין מ"מ הלכה למשה מסיני א"כ אין ראי' דאימור כך נאמרה הלכה מי שמביא בעינן שנים ושערות ובמי שאינו מביא סגי בשנים בלחוד:

ג ועל ענין ההכחשה הנמצאת בין דברי האשה ששמעה שמת באייר ועדות ר' חיים בר"י מלובלין שמת בחורף והוה הכחשה בחקירות. הנה ע"פ סברא פשוטה ודעת נוטה דאף הכחשה דחקירות לא ימנע מהיות ע"א עכ"פ וסגי בעדות אשה וכמ"ש הכ"פ ג"כ ומע"ל הביא בשם נודע ביהודה שתמה על זה דבירושלמי מפורש דביש הכחשה עדות שניהם בטילה ויבואר לקמן ולכאורה היה נ"ל דגם בש"ס פ' חזקת (דף לא:) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמרינן אוקי אכילה להדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא הרי אף דלדברי העדים שזה אכל שני חזקה גם העדים שכנגדן מעידין שקר ואעפ"כ אמרינן כיון דלא איתכחש באבהתא מקבלין עדותן א"כ גם בנ"ד י"ל ניהו דאיתכחש בזמן בגוף עדות המיתה לא אתכחש ואף דהסמ"ע כתב (בסימן ל' סק"ט). דביש הכחשה אפילו שבועה א"צ נגד העד אפשר דגם הסמ"ע לא קאמר רק בא' אומר של יין וא' אומר של שמן אפילו שבועה א"צ י"ל דדוקא בכה"ג דלא שייך למימר בהא דאתכחיש אתכחיש ובהא דלא אתכחיש לא אתכחיש משא"כ כשאין הכחשה כי אם בזמן י"ל דמ"מ גוף העדות מעלי' הוא אלא דבדיני ממונות בכה"ג כשא' אומר בניסן וא' אומר בתשרי אפשר

דכולו בטל משום דאין יכול להזימה והוה כמו נמצא א' מהם קרוב או פסול דאף דלא בעינן בדיני ממונות יכול להזימה מ"מ גוף העדות בעינן מצד עצמו שהי' ראוי להזמה משא"כ בעדות אשה דסגי אפילו בפסולין וא"צ ראוי להזמה כלל ובלאו הכי נמי השיג מרן באורים ותומים על הסמ"ע גם שם. ומה שהביא בשם ידידנו הגאון מו"ה עקיבא איגר יחי' שהקשה מדברי הר"ן גבי עבד שהביא גיטו שכתוב בו עצמך ונכסי קנויין לך שהקשה הר"ן דנימא בי' עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אף דבהבאת הגט סגי בפסולים (רק) משום דגלוי מלתא הוא. ואני בעניותי איני רואה מקום לקושי' דשם קושית הר"ן על אותו דבר עצמו כיון דאין מאמינין אותו לומר שהגט אינו מזויף לענין הנכסים איך נאמין לו לענין השחרור דהוה שני הפכים משא"כ לענין שאר הכחשה אף שא' משקר נוקים לן שא' אומר אמת וסגי בחד ואף שיופסל מכח השני לא גרע מקרוב ובפרט שגם השני מעיד שמת אלא שמכחיש בחקירות וזה פשוט:

ועוד נ"ל דהכחשה דחקירות לא שייכא כלל בהגדה שחוץ לב"ד דטעמא דחקירו' משום ראוי להזמה והא לא שייך בחקירות חוץ לב"ד ועדות דהאמינו חכמים אמירתו שחוץ לב"ד לענין שיהא נאמן לומר שמת שהוא מקולי עגונות אבל בזמן שאין נפקא מינה לענין עיקר העדות שאנו דנין להתיר האשה לא נדון אותן כמוכחשין די"ל דחוץ לב"ד לא דייקי כ"כ לכוון הזמן כל זמן שלא הכחישו את עצמן בב"ד בפרט כיון שאין להוציא העדים מחזקתן בלי ראיה ברורה א"כ כיון ששניהם נחזיק בכשרות ע"כ צ"ל דכשיבאו בב"ד לא יהיה שום א' מהם מעיד שקר א"כ בודאי יודו זה לזה על הזמן ג"כ ואין לנו לומר שיחזרו בב"ד גם מגוף העדות דמהיכי תיתי לומר כן שאין לנו שום ריעותא לזה שנאמר כן שהרי חז"ל סמכו על מי שאומר חוץ לב"ד להתיר האשה:

ד וגם בעיקר הדין לפסול עדות המכחשת זה את זה בחקירות הנה בודאי מצד הסברא אין פסול כלל עדות שניהם דעכ"פ א' מהם כשר והיא מותרת ע"פ א' ומצד שיקול הדעת אין צריך שום ראיה לזה שהוא דבר שהשכל מסכים עליו אלא שבהמ"ח כתב כיון דבגמרא משמע דלדיני ממונות מדמינן לה וגם בדיני ממונות במכחישין זה את זה בחקירות עדותן בטילה א"כ גם בעדות אשה בטל העדות ובאמת אין זה מוכרח כלל דגם בדיני ממונות לא מיפסלא הכחשה דחקירות רק משום דחד מינייהו פסול ואין מוצאין ממון ע"פ ע"א משא"כ בעדות אשה ניהו דחד מינייהו פסול מ"מ ניתרת ע"פ ע"א דעכ"פ א' יש שאינו מוכחש וכן מפורש ברא"ש בפ' ז' בשם הרמ"ה אם שני עדים כ"א מעיד שזה מעיד שלוה לו מנה בניסן וא' מעיד באייר והמלו' אינו תובע אלא מנה א' שלדברי המלוה חד מינייהו פסול מ"מ משתבע שבועה דאורייתא להכחיש והסכים הרא"ש עמו דכיון

שהאחד אומר אמת מתחייב שבועה וזה דומה ממש לא' אומר מת בניסן וא' אומר מת באייר. אלא שמעלתו הביא בשם ס' נודע ביהודה שתמה בזה שהרי בירושלמי מפורש דבהכחשה אין מתירין אותה ועיינתי בירושלמי ונ"ל דאדרבה מוכח איפכא בירושלמי דרב ור' יוחנן פליגי בהכחיש עדות בתוך עדות דרב ס"ל עדותן קיימת ור' יוחנן ס"ל דעדותן בטילה ומפרש בירושלמי דהיינו זה אומר מן הכיס מונה וזה אומר מן הצרור מונה ובזו ס"ל לירושלמי דהוה הכחשה ומפרש שם בכת א' גם לרב בטלה העדות כי פליגי בשתי כיתות דלרב עדותן קיימת ולר' יוחנן עדותן בטילה ואמר בירושלמי חילי' דרב ממתני' הואיל וזו וזו מודות שאין קיים הרי אלו ינשאו וכתב שם הרב בס' קרבן עדה הא רב מודה בע"א וע"א ומתרץ דכיון דאשה א' נאמנת הוה כשתי כיתות והוא פשוט וברור ומעתה נחזי אנן בשתי כיתות לפום תלמודא דידן בפ' זה בורר (דף לא) לא מבעיא לרשב"א דאמר בכת א' פליגי אבל בשתי כיתות מודו ב"ש דבכלל (חי שתים) [מנה מאתים] ופשוט אינה למנה שחור ומנה לבן א"כ נראה אע"ג דב"ש ס"ל בכת אחת הוה הכחשה (כמו מכחישין זה את זה ולכן אין כאן נזירות דהוה הכחשה גמורה) מ"מ בשתי כיתות תופסין הפחות עכ"פ דאע"ג דמכחישין זה את זה כת א' כשרה היא וכן לת"ק דרשב"א וסתמא דמתני' דנזיר (דף כ) דס"ל דבשתי כיתות פליגי מחמע דבבת אחת אפי' לבית היל אין כאן נזירות ודנין אותו להכחשה דאי ס"ל בבת [אחת] נמי יש בכלל חמש שתים ה"ל לאשמועינן כחא דב"ה או למפלגי בתרווייהו כדאמרינן בריש ביצה עכ"פ סוגיא דתלמודא מוכחת אפילו היכא דבתרי הוה הכחשה מ"מ בשני כיתות עדות כת האומרים (נאות) [הפחות] עדותן קיימת וכן ברמב"ם וט"ו וש"ע ח"מ (סימן ל) לא חילקו כלל בין דרישות לבדיקות כי אם בכת א' אבל בשתי כיתות לא חילקו כלל דאפילו יהיה הכחשה גמורה ביניהם מ"מ עכ"פ כת א' כשרה ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם (בפ"ג מנזירות דין ט) שהעתיק הדין בשתי כיתות ותמה בלח"מ דלדידן דקיי"ל כרשב"א היה לו לפסוק כן אפילו בכת אחד שא' אומר שתים וא' אומר שלש ולפמ"ש ניחא דידוע שדרכו של הרמב"ם להעתיק המשנה כאשר היא כשנוכל להסכימה לפי ההלכה וא"כ בכיון כתב הרמב"ם המשנה כלשונה משום דמפרש לה בהכחשה גמורה היינו שא' אומר חמשה ולא שתים דבחד וחד הוה הכחשה גמורה כדאמרי' התם בנזיר ולכן לא חילק הרמב"ם בזה שכבר סמך על מ"ש בהלכות עדות היכא דהוה הכחשה בדרישה והן כת א' עדותן בטילה והך דא' אומר מנה וא' מאתים דבכלל מאתים ק' עכ"פ מוכח דהיכא דאיכא שתי כיתות עכ"פ נשארה עדות הכת הא' וכן קי"ל במלוה א' ולוה א' ושני שטרות לכ"ע נוטל הפחות כדאיתא בסימן (לא) בח"מ ור' יוחנן בירושלמי נראה דס"ל דלא פליגי ב"ש

וב"ה רק אי חשיב הכחשה ואי חשיב הכחשה אפילו בשתי כיתות עדותן בטילה ואי לא חשיב הכחשה אפילו בכת א' זה אומר כך וזה אומר כך עדותן קיימת וכדמפרש שם דבפרט נחלקו ובכלל לכ"ע עדותן בטילה ע"ש לפי הסוגיא דירושלמי ביבמות ס"ל לר' יוחנן אי הוה הכחשה אפילו בשתי כיתות עדותן בטילה וכיון דבירושלמי גופיה מדמה עדות אשה לשתי כיתות מכחישות א"כ ממילא לדידן אפילו הכחישו זא"ז בחקירות עכ"פ עדות אחד נשאר וסגי לענין אשה שמת בעלה וכן משמע מן הירושלמי גופי' ופריך ארב מברייתא דאחד חקירות וא' בדיקות בזמן שמכחישין זה את זה עדותן בטילה א"ר מנא פתר לה בעד ועד משמע דבשני כיתות גם בחקירות עדותן קיימת:

ובאמת צריך טעם לדברי ב"ש לפי האמור במתני' דגם בשתי כיתי עדים ס"ל דעדותן בטילה אע"ג דעכ"פ כת א' כשרה ולמה לא יהיה כאן נזירות כלל וכן לדברי ר' יוחנן בירושלמי דס"ל בהכחשה עדותן בטילה אף בשתי כיתות דמ"מ איבא כת כשרה שמעידין עכ"פ על הפחות ואפשר ס"ל הטעם דהוה נמצא א' מהם קרוב ופסול דאע"ג דמכחשי אהדדי מ"מ מצרפין עכ"פ לענין הפחות וב"ה ס"ל דכיון דמכחשי אהדדי לא מקרי נמצא א' קרוב ופסול עדותן בטילה כיון דמכחשי אהדדי וכמ"ש התוס' או י"ל הטעם דהוה עדות שאי אתה יכול להזימה דאם מזימין אותן אי אפשר להענישן מאחר דלא קים לן ע"י מי גמר הדין ואין מצטרפין להזמה וב"ה ס"ל דמ"מ כיון דעכ"פ מצטרפין לענין שדנין הפחות שבהם נצטרפו גם להזמה. מיהו צ"ע באיכא הכחשה בחקירות בשתי כיתות כגון שנים אומרים בניסן לוה ושנים מכחישין לא כי אלא באייר דאם הוזמו הכת שאומרים בניסן לוה לא שייך לצרף אותן שאמרו באייר לוה שהרי לא ניזומו כלל ואם נחייב אותן שאמרו בניסן לוה הרי לא נגמר הדין על פיהם מיהו אפשר לומר דמ"מ אם מזימין אותן שאמרו בניסן לוה מ"מ נענשין דה"ל כאילו אמרו בחד בשבא הרג פלוני ואתו תרי ואמרו לא כי אלא בתרי בשבא הרג דמ"מ הם רצו בשקר לחייבו כדאיתא במכות (דף ה) ואפילו הוזמו אותן (שבתשרי) [שבתרי] כיון דעדיין לא נגמר דינו כדאיתא שם ואף דלא נגמר הדין ע"פ אלו לבדן דלא גמרו הדין רק בשביל שאנו תופסין כת א' לאמת וכת א' שקר רק בשביל שכת א' אמת הוא שגמרו דינו מ"מ ה"ל כשתי כיתי עדיות שלא נצטרפו כגון שנים רואין אותו מחלון זה ושנים מחלון זה והוזמו כת א' הוא והן נהרגין כדאיתא במכות (דף ו) אף שנגמר הדין ע"פ שני הכיתות מ"מ הכת הניזומת מתחייבת מיהו בדיני נפשות אפילו בכה"ג פסול דלא גרע מהכחשה דבדיקות אבל בדיני ממונות שפיר כשר לרב וכן מוכח מדברי הרא"ש הנ"ל שכתב שמתחייב שבועה דאורייתא ע"פ הא' ואם בשני כיתות בהכחשה כה"ג עדותן בטילה לא עדיף ע"א

משנים כשיש הכחשה כנגדו אלא ודאי גם בשני כיתות בכה"ג משלם הפחות וגם בטור ח"מ (סימן לו) בש"ע שם (סעיף ג) מוכח דאפילו בהכחשה בשתי כיתות מכל מקום משלם הפחות וצ"ע:

עכ"פ לענין עדות אשה שאפילו אחד נאמן לא שייך הכחשה דחקירות כלל דמ"מ נשאר עדות האחד. ומה שהביא בחמ"ח ראי' וכתב שם שכ"כ הר"ן בתשובה להדיא המעיין בדברי הר"ן יראה דליתא דלא הוצרך הר"ן לכתוב דבבדיקות כשר אלא משום דהא' הי' מוכחש מהשנים שע"א אמר שהי' שמו אברהם ושנים אומרים שהי' שמו שמואל ומדמי לה הר"ן לבדיקות משום שלא דקדק בזה אבל ודאי היכא דשני עדים מכחישין בחקירות אף דא' אומר בניסן מת והשני אומר בתשרי מת מ"מ חד עד איכא כמו שהוכחנו וברנו. וגם מ"ש בש"ע (סימן י"ז סכ"א) דאפילו הוכחשו בבדיקות כשרה לא תידוק מיני' דבחקירות עדותן בטילה כמ"ש בח"מ דודאי מ"מ הפרש גדול בין בדיקות לחקירות אפילו לענין עגונה והוא דאילו הוכחשו בבדיקות עדות שניהם קיימת ואפילו בא"א והכחיש ואמר לא מת אין דבריו של א' במקום שנים משא"כ בחקירות שאין דנין רק ע"פ ע"א סגי תרי א"כ אם א' אמר מת בניסן וא' אומר מת באייר וא' מכחיש ואומר לא מת כלל הוה הכחשה דחד וחד ואילו בבדיקות אין דבריו של א' במקום שנים ולכן כתב דאפילו הוכחשו בבדיקות עדות שניהם קיימת והכי דייק לישנא דרבינו המחבר ש"ע שכתב ואפילו הוכחשו בבדיקה כשרים דווקא דשניהם כשרים וצריך ישוב קצת דבתשובת הרא"ש (כלל נ"א סימן ד') שטרח לדחות העד שאמר שחי הוא מפני שכבר התירוה הרי שם הי' מוכחש משנים. אך נראה דעדות הראשונים הי' מפי השמועה נמלא שדינם בעד פסול ועדות שאמר שהוא חי הוא עצמו העיד והוה כשר וכשר נגד פסולים כפלגא ופלגא דמי ולכן אתי עלה מטעם התירוה וס"ל דאפילו בכשר נגד פסולים לא תצא מהתירה הראשון עיין בש"ע (סעיף ל"ח) פלוגתא בזה ואפשר דלא אמר הרא"ש דבריו רק כשיש עכ"פ רוב דעות מן הפסולים ואין להוכיח מן הרא"ש דס"ל כהרמב"ן ורשב"א ובהכי ניחא דלפי עובדא דמייתי בתשובת הרא"ש היו שלשה עדים א' העיד ששמע שמת והוא ובנו קברוהו ובעדות האחרת א' העיד ששמע מספרים שמת והשני העיד שבאו כתבים לבנו שמת וטרח הרא"ש ליישב עדותן דלא חיישינן אם יש הכחשה בדברים אחרים ולמה לו כולה האי אפילו נסלק שני עדים המכחישים הרי יש להתירה ע"פ השלישי שאמר ששמע מספרים שמת. ולפ"ז ניחא שאילו ע"פ השלישי אין להתירה אף שכבר הותרה מ"מ הרי הוכחש מעד כשר והראשון עד מפי עד ולכן כתב שאין הכחשה כלל וכיון דברוב פסולים וע"א כשר כי פלגא ופלגא דמי מהני התירה מיהו אכתי קשה הא

עכ"פ חד מינייהו אינו מוכרת שמשקר וא"כ יצטרף א' מהם עם אותו שמעיד ששמע מספרים ואפילו נחשיב שא' מכחיש מ"מ איכא תרי שאין מוכחשים ואין דבריו של א' במקום שנים ואיכא נמי רוב דעות ואפשר דמ"מ היו מצטרפין מאחר שא' יש [דאמר] שא' משקר הי' מצטרף עם עדות זה העד שמעיד שהוא חי וליכא רוב דיעות אף שאינו כאומר לא מת שהרי גם הוא מעיד על מיתתו מ"מ הרי אומר שהשני משקר וצ"ע איך שתיק מינייהו הרא"ש ולא ביאר כל זה:

ה ויותר נראה דלא נחית הרא"ש לכל חילוקים הללו שלא השיב רק להורות למעשה אשר יעשון ולא ביקש לצרף אותו שאומר שהיו מספרים שהיו צריך לחוקרו אם שמט ממי שראוי להעיד וכדומה ולא בא הרא"ש לומר אלא דלא תימא כיון ששניהם מכחישין זא"ז לא נסמוך על עדותן כלל דאולי אמרי בדדמי ולא ידעי אמיתת הדברים כמ"ש התוס' א קי"ח) ד"ה ומכחישות ולהכי מייתי ראי' ממתני' דלא חיישינן הכי ובהכי ניחא דהא איכא לתמוה מאי ראי' ממתני' הא מבואר שם בש"ס דפריך ליפלוג נמי ר"מ ברישא ור"א ס"ל במחלוקת שנוי' ור' יוחנן משני דלא מת לאו הכחשה עכ"פ הש"ס ס"ל לפי הסברא פשוטה ההכחשה שביניהם לא גריעא מאילו אמרה לא מת וא"כ אף דר' יהודה ור"ש ס"ל הרי אלו ינשאו י"ל משום דס"ל דחשבינן ההכחשה כאילו אמרה לא מת אבל אכתי לא מוכח שיהי' עדיף מאילו אמרה לא מת (אבל) בשלמא בצרה דאי אמרה לא מת לא מהני מה שאמרה נהרג לא גרע מהכחשה גמורה משא"כ באחר דההכחשה בודאי מהני א"כ גם באמרו נהרג י"ל הוה כאמר א' מת וא' לא מת אלא ודאי נראה ברור דלא הוצרך הרא"ש להביא ראי' על זה כלל דפשיטא שאף אם א' משקר הרי א' אמת והכחשה גמורה אין כאן שהרי אינו אומר לא מת רק דלא תימא שאמרו בדדמי ולא ידעו אמיתת הדברים לא זה ולא זה וע"ז מייתי ראי' ממתני' דקיי"ל דלא חיישינן להכי וא"כ אין צריך ראי' על זה כלל דפשיטא שאין לבטל עדות שניהם ולהכי לא חש הרא"ש לדברי הירושלמי דהוא נגד ש"ס שלנו דפשיטא לן בשתי כיתות דנקטינן עכ"פ הפחות ואפילו היכא דבעד ועד הוה הכחשה ובודאי אם שתי כיתות מעידין שאלו אמרו מן הצרור מנה ואלו אמרו מן הכיס מנה שסובר ר' יוחנן בירושלמי שעדותן בטילה ובאחד אמר מן הכיס וא' אמר מן הצרור ס"ל אפילו לרב בטלה העדות דברים אלו ודאי בכלל בדיקות הם ע"כ ס"ל להירושלמי דאפילו בדיני ממונות עדות המוכחשת בבדיקות בטילה ובש"ס דילן מבואר בפ' זה בורר בא' אומר בארנקי שחורה וא' אומר בארנקי לבינה כשר בדיני ממונות ואפילו במנה שחור ומנה לבן שהו מגוף הדבר וא"כ בהדיא חולק הש"ס שלנו על הירושלמי גם נראה מן הירושלמי דלא מפלגינן בין דיני ממונות לדיני נפשות לר' יוחנן וכיון דהש"ס

דילן ס"ל בפשיטות דעדות המוכחשת בבדיקות כשרה בדיני ממונות א"כ אין לסמוך על הירושלמי ואפילו במוכחשת בחקירות בדיני נשים שע"א ופסולים נאמנים ולא שייך הזמה אין לחלק בין חקירות לבדיקות. וגם ע"כ עיקר טעמו של הירושלמי צ"ל משום דמדמי דיני ממונות לדיני נפשות וכל שאין זה נכון בדיני נפשות כמו א' אומר בסייף וא' אומר במקל וס"ל גם בדיני ממונות בעינן שוין ואנן דלא קיי"ל כוותי' ולא בעינן נכון בדיני ממונות ממילא אין להביא שום ראי' מן הירושלמי:

ומעתה כל מה שתמה הגאון בס' נודע ביהודה וכתב שאחר המחילה נעלם מן הרא"ש וטור הירושלמי כבודם במקומו עומד דפשיטא שאין לסמוך על הירושלמי במקום שחולק על ש"ס דילן. וזה וה בדבר שקשה מאד לצייר הטעם והשכל ימאן לקבלו שאם א' אמר מת בניסן וא' אומר בתשרי שיתבטל עדותן בדבר שדי בא' לבד והרי אפילו בעד אומר מת ועד אומר לא מת ס"ל להרמב"ם דלא נתבטל עדותן לגמרי ובניסת לעד לא תצא ובשניהם אומרין מת רק שמכחישין בזמן נאמר שיתבטל עדותן לגמרי כיון דחזינן אפילו בהכחשה עדות העד אינה בטילה לגמרי ובלאו הכי מה שנראה מן הירושלמי דדוקא בהכחשה דצרות לא איכפת לן וס"ל דינשאו הואיל דאין הכחשה דצרה הכחשה משמע באשה ואשה ואף אחרת א' אומרת מת וא' אומרת נהרג לא הוה עדות בנשים לא שייך טעמא דהזמה וע"כ משום דהכחשה דידהו לא מקרי עדות נכון ועדות שניהם בטילה דהא הזמה לא שייך בנשים ובזו פשוט שהוא נגד הש"ס דילן וכן נ"ל עוד ראי' מן הש"ס יבמות (דף פ"ח:) דפריך לרב מנין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו אילימא דלא ניסת לא' מעדי' צריכה למימר דדפנו ומאי קושי' נימא דמיירי בהכחשה דתרי ותרי בבדיקות דהיינו שאלו אומרים מת ואלו אומרים נהרג וטובא קמ"ל ואף די"ל דהקושי' לרב לשיטתי' דס"ל כירושלמי דלא בטל הערות ובזו הוה ניחא דמקשי דוקא לרב ולא מקשי אעיקר פלוגתא דרבנן ור' מנחם בר' יוסי (ס"ל) דדוקא לרב פריך דס"ל דבהכחשה דבבדיקות עדותן קיימת מ"מ קשה נוקמה בהכחישו זה את זה הכת הא' שא' אומר מת וא' אומר נהרג ולפי דין תורה שאין א' נאמן או בתרי ותרי והכחישו עצמן בחקירות אלא ודאי ס"ל להש"ס גם בכה"ג עדותן קיימת דעכ"פ איכא תרי שאמרו מת ודוחק לומר דגם תרי ותרי שהכחישו בחקירות הוא מילתא דפשיטא דודאי חידוש גדול הוא אף שכולם מעידין אמיתתו מ"מ אסורה אלא ודאי כדפרישית דבכה"ג באמת מותרת:

עכ"פ בנ"ד שיש להתיר האשה הלזו שהרי ר' מענדיל שמש ש מגריצא ואשתו ששמעו מארחי פרחי שחיים קצב משעפס מת בודאי ועל אלו אין הכחשה כלל ואפילו לדברי מי שיחוש להכחשה זו שיש בין האיש שאמר לאשה שמת באייר ור' יהודא מלובלין

שאמר שמת בחורף י"ל דגם הירושלמי לא קאמר רק בא' אומר מת בניסן ואחד אומר מת באייר אמרינן כיון דיש הכחשה ביניהם עדות שניהם בטלה אבל אם נמצא עוד א' שאמר מת סתם מ"מ ניתרת ע"פ זה העד שאיננו מוכחש כלל. וכבר בררנו בתשובה ראשונה שלא לחוש לקלא שאמר מכח שמועת העד המוכחש וכ"ש שיש לסמוך להתיר מאחר שבררנו שהעיקר גם במכחישות זה את זה מ"מ עדות אחד קיים. וגם בררנו ת"ל שמאחר שחזר העד שהעיד שהוא חי ובדבריו נתבטל עדותו מכל וכל ועכ"פ יש לצרף כל אלה שלא לחוס לאמרו מפי השמועה שמת בודאי וא"כ יש לנו כמה עדים שמעידין על מיתתו ופשיטא שיש להתירה בפשיטות דאפילו אמרי מפי השמיעה מאחר דאין חשש רק משום שהוכחשו העדים בחקירות וגם היו חוץ לב"ד שצדדנו ג"כ לעיל דלא שייך הכחשה דחקירות:

ואחר זמן מצאה בתשובת הריב"ש (סימן קכ"ז) וז"ל כי הוא לא העיד כלום אלא שהודה מה שהעידו הם שהוא אומר להם הדברים כו' אפשר שכיחש להם שהרי לא היו הם דיינים שיעיד לפניהם בתורת עדות כו' עכ"ל הרי בהדיא דפשיטא לי' בלא אמר בתורת עדות שאין ממש בדבריו:

סימן יז

פה דאברין יום א' כ"א מנחם אב לרחם תקס"ח לפ"ק

לדזיו לי' כבר כתי'. ה"ה המאור הגדול האמיתי. ארי דבר עילאי. החריף והבקי. שמעתתי' מדברין בעלמא. כל השומע שמעו אומר ברקאי. מה ספו אמרותיו כצוף נחיל. רבה דעמא מדברתא דאומתי'. נ"י ע"ה פ"ה כבוד קדושת שמו כמהור"ר ארי' ליב נ"י ויזרח. עד ביאת שאנן ואורח. עד בלי ירח. אתה ה' תרום כסאו למעלה מעלה:

אחרי דרישת משלומו הטוב כראוי ליראי ה' ולחושבי שמו אמרתי השתחוותי מול רום כבודו הרמה. ואבוא אשר לא כדת. מה לתוח שתוח. כי ילך לדרוש אל ארז אשר בלבנון. חדל אישים אל שר מנון. אך אמרתי כי לא יבוזו לנפש כי יצמא למים. כי ילך לגמות ולרווות צמאונו. ולשתות מכד הזהב אשר לפני מלכים יתיצב מים חיים ענותנותו דמרן. ישביעני ממימיו מים חיים ישקני. דהי נא אמרי לרצון לפני אדמ"ו רופמ"ה פרשתי ידי מול מנורה הטהורה להאיר עיני חשכי ובאורו אלך ולא אטה ימין ושמאל ככל אשר יורני כי בהלו נרו עלי ראשי יהפך לאור חשכי ואנכי בתומי אלך כשואל ואין להשיב. ואשב ואדין לפניו בדרך שאלה כתלמיד לפני רבו להיות שמעשה נתהווה בעירנו. זה אחד עשר שנה שאשה אחת ושמה רחל אשר הי' לה בעל ושמו צלאל. אשר מעונה ומוכה

בחולי הנופל הי'. והלך פעם אחת לקאזניץ להרב המגיד דשם ונתן לו קמיע ואותה קמיע נאבדה מאתו. והלך פעם שנית להמציא לו קמיע אחרת ממנו. ונשא הקמיע על לבו. ואחר זה אמר לאשתו שהוא ילך כאשר ילך לווארים באד אולי ימציא לו השם ברחמיו רפואה למכתו. כי החולי הלז הי' הולך ומתגברת בכל יום ויום עד לא הניח לו עד בלעו רוקו. ובעת אשר הלך הניח אחריו בן זכר. וכמו כן קודם הליכתו הפילה זכר. וגם הי' לו שומא בשל ימין למעלה והיא רכה. כל אלה דברי האשה מרת רחל העגונה וכעת הקרה ה' איש אחד מארחי ופרחי מעניים. אשר לקח פלענו על יום השבת לבית הרבני מוהר"ר אברהם וכאשר התחיל לדבר עם האורח הלז או אמר האורח כמסיח לפי תומו כדברים האלה אשר בג"ע מן מוהר"ר אברהם ומגרות ביתו ה"ה ר' לייב חייט. אשר אמר לפניהם. וכשמוע מוהר"ר אברהם הנ"ל את דברי האורח ואת שיחו שלח לקרוא להעגונה הלזו וסיפר לפני' ג"כ בכל הדברים וביום א' של אחר שבת שלחנו אחר האיש הלז וגבנו עדות כדת. ולהיות שהאשה הנ"ל בוכה על בעל נעורי' אולי יהי' לחבלי העגונה אשר לה היתר. ומי יוכל לאטום אזנו לקול בכיתה פ"כ אף שידעתי מיעוט ערכי כאפרוח אשר לא נפתח עיניו. ובפרטות בענין א"א. ע"כ אמרתי לה. לך נא אל הורים ומורים גאוני ארץ בזמנינו והלא אתנו הרב המובהק הרב הגאון אב"ד דק"ק פלאצק אשר לא רחק מאתנו ולשכנו תדרשו ובאת שמה ואותו תדרשו. ואת הג"ע תיקח בידך. ואת אשר יצא מפיו הקדוש אותו תעשה. ואחת לאחת אשאל מאת אדוני הגאון שיחי':

הספק הראשון אשר לי בגוף הג"ע להיות שהאיש המעיד הלז מארחי ופרחי אשר לא נודע לנו מי הוא הכשר הוא או פסול להעיד מחמת עבירה. לפום רהיטא לפי מה שכתב הרמ"א (בסימן י"ז סעיף ה') בעד מפי עד שכתב הרמ"א ואפילו לא אמר ממי שמע כשר ולא חיישינן שמא הראשון פסול והוא מדבריו שבד"מ בשם תשובת בנימן זאב וכתב הב"ש ובש"ג סוף יבמות פסק דשואלין אותו שמא שמע ממי שאינם ראוי' להעיד ושם בש"ג כתב הלשון ממי שמע שיכול לסמוך יכול להיות שכונתו על חמשה נשים או קול הברה. אבל לחוש שמא העד הראשון פסול מחמת עבירה לא חיישינן שכל ישראל בחזקת כשרות הם ובגוף דין זה במחלוקת שנוי' אם נוכל לסמוך על האי סברא שכל ישראל כו' (בסימן קי"ט בי"ד סעיף א') המחבר והרמ"א. שהמחבר כתב החשוד לאכול וכו' והרמ"א כתב י"א אפילו מסתמא והוא מדברי רמב"ם יע"ש. ולפי דברי רמ"א אף באיסור דרבנן לא אמרינן האי סברא. ואף שאפילו לדברי רמ"א לא אמרינן האי סברא ומחזיקינן לחשודים אבל לא למומרים. כמבואר בש"ך ובט"ז שלא יקחו מהם מה שכבר קנו אבל על אחרים יכולים להעיד כמבואר שם סעיף ז'). וא"כ בנידן דידן אף להרמ"א

כשר (שלא יהי') [שהרי] חשוד כשר להעיד בשל אחרים. זה אינו אם כל ישראל אינן בחזקת כשרות יכול להיות שהעד חשוד בעריות וחשוד בעריות פסול לעדות אשה כמבואר במ"מ (סימן ל"ד) ובא"ע (סימן מ"ב) ואף ששם כתב הרמ"א החשוד לעריות פסול לעדות הן לקדושין והן לגירושין כבר כתב הח"מ וה"ה לעדות אשה לומר מת בעלך מטעם שהוא נוגע בעדות או מטעם מים גנובים או מטעם דתהוי פני' ותהני שכיח גבי' כדאיתא בפ' זה בורר. א"כ לפי דברי רמ"א בי"ד (קי"ט) בנידן הג"ע מן ארחי לא מועיל שהעד המעיד, על עדות צריך להיות הוחזק בכשרות. מעיין עריות. רק בזאת אני נבוך להיות שהסברא שחשוד לא נאמן (לעיולי') [לאפוקי] מטעם דתהוי שכיח גבי' דתהוי פנוי' זה לא שייך בארחי ופרחי או דלמא לא פלוג חז"ל בגזירותיהם. אך לפי זה דברי רמ"א בי"ד (קי"ט) הנ"ל ודברי רמ"א בא"ע (סימן י"ז) הנ"ל סותרים זה את זה. אך נ"ל לפענ"ד שדעת הרמ"א בא"ע הנ"ל דוקא שאין צריך לשאול לעד המעיד מי הי' עד הראשון אם כשר אם פסול אבל עד המעיד צריכים אנו להכיר אם הוא בחזקת כשרות ולכן לא כתב הרמ"א רבותא טפי שאפילו העד המעיד אין אנו צריכין להכיר אם כשר אם פסול. ומכיון שידענו ומכירים העד המעיד שהוא כשר אין צריכין לשאול על עד הראשון שמסתמא העד המעיד דקדק בו אם כשר אם פסול מטעם שלא יארע תקלה ע"י אם פסול הי' וישקר ודקדק בו אם כשר להעיד או לא ואמרינן שדקדק בו. וכמבואר בתשובת הרא"ש (כלל נ"א שאלה ב') מחמת תקנות עגונות תלינן במה שנוכל לתלות ולפי זה עדות העד בנידן דידן מאחר שאין מכירין אותו לא כלום הוא. וגם אחד מהטעמים אשר פד אחד נאמן הוא מטעם מלתא דעבידא לגלוי' לא משקרי אינשי מטעם שירא או יבוש כשיאחז בשקרו וזה לא שייך בנידן דידן שהיום בכאן ולמחר לא ידענו מקומו איה ואיפה הבושה והיראה. ובסברא זאת דברי רמ"א בא"ע ובי"ד אינם סותרים זה את זה כנ"ל והסתירה מסימן (א') בב"י שפסק דלא אמרינן כל ישראלים ולסימן (קי"ט) דסבר דאמרינן כבר תירץ הש"ך שם אך מחמת שבנ"ד שהוגבה העדות שהי' מסיח לפי תומו קודם לכן ביום השבת וזה אין צריך לפנים שאפילו עבר עבירה נאמן במסיח ל"ת כמבואר ברי"ף ושאר פוסקים. אך מחמת שהסחת ל"ת סותרים באיזה דברים לגוף הג"ע אשר אמר לפני ב"ד כאשר עיני כבודו יראו ע"כ יורני כדת מה לעשות:

מכל הלין ישא אדוני נר ישראל את פני ולהשיב אותי בדבר הזה. אם אנחנו ב"ד דפה מחויבין לשאול את פי אנשי עיר קייסן מקום אשר אמר העד שמת בצלאל שמה. אולי יבורר הדבר בבירור גמור הן משמו ושם אביו ושם עירו ושם אשתו ושאר סימנים מובהקים ביותר ואזי אטרוחי' בי' דינא גאוני זמנינו בכדי למה. או לאידך גיסא שמא

יכחישו אנשי קייסאן דברי העד כולו. ואז בודאי אין בדברי העד כלום אף שכל מקום שהאמינו וכו' היינו נגד עד אחד ולא נגד רבים כמבואר בפוסקים בפשיטות ואף צירוף האשה שאמרה שלבה בטוח שמת שאם הי' בחיים בודאי כבר בא לזמן מרובה כזאת לביתו. כבר נדחה סברת רש"י בענין זאת מהר"ן ושאר פוסקים וכמו שהחליט הב"ש במקום האפשרי היכא דאיכא לברורי ובפרט הספיקות הנופלים בנידן דידן האחת מחמת שלא ידענו להעד אם הוא מוחזק לכשרות ומה גם שהעד לא אמר שם אביו ושם עירו בבירור רק אמר אין אני יודע אם דאברי או דאברין וגם סימן השומא אף שהוא במקום ידוע הדבר הזה תלוי במחלוקת אם הוא כנקב בצד אות פלוני. וגם סימן התולי נופל לא ידעתי אם הוא סימן מובהק ביותר מאחר שאינו מצוי רק באחד מן אלף וגם סימן מקום דירתו שהוא כמו סימן הינוח שהוא רק סימן אמצעי. ואם לצרף כל הסימנין האמצעים וגם הדרך אשר הלך לקאזנין וענין הקמיעות אשר בקמיעות עצמן לית בהו סימן. ע"כ אם דעתו הרמה לצות עלינו לכתוב לעיר קייסן או לברר או להכחיש מאחר שנמצא במסיח לפי תומו ובג"ע כמה סחירות אולי יש ערמה בדבר ובפרט כעת לא הוכשר דרא. או אם לפי גודל שכלו דמר ולגודל בקיאתו כל דברי כלא יהי' ומסתגי להתיר האשה ע"פ גביות העדות ולא נצטרך לאנשי קייסן ולא יעוכב העגונה בתבלי' כמבואר בקונטרס העגונות (סימן שע"ו) מה טוב ומה נעים. ובודאי שכרו כפול מן השמים. ואם דעתו הרמה יהי' נוטה לכתוב לאנשי קייסן יכתוב לי אדמ"ו שיחי' אם צריך קיום על תשובת אנשי קייסן או לאו כי כאשר אני רואה דברי הח"מ בתשובה בסימן הלז אין צריך קיום אם נכתב בכתב עבריות אם בא ממרחקים. וגם בזאת יאיר עיני אם הלכה כך או לא. וח"ו לא באתי להתירה אלא כשואל. כ"ד עבדו הנרצה לעבודתו. המצפה על תשובתו הרמה. ומרתוק אחוה קידה שלש מאות. הק' שואל במוהר"ר מנחם מענדיל זלה"ה:

במותב תלתא בי' דינא כחדא הוינא ואתא לקדמנא ה"ה הרבני מוהר"ר אברהם בהרש"ל והעיד לפנינו בת"ע בז"ל איין אורת ברענגט מיר איין פלעט ביום השבת האב מיט אים גרעט בתוך הדברים האט ער צו מיר גזאגט איינר האט גהייסין צלאל האט ער גוואנט וויא ער איז אוועק פון זיין וויב בייא איין מלמד. דער צלאל איז גשסארבין אין עיר קייטאן אין חולשה פון חולי נופל אין גיהאט אין ווייך ווארצליכע אצל השלעף דיא איבריגע רייד גדענק איך ניט מעהר וואס ער גיזאגט האט מעהר מיין קאמערניק ליב חייט ער ווערט בעסר גדענקין כ"ז העיד בעונש:

שוב אתא לקדמנא הר"ר ליב חייט ואמר בת"ע שבת צוא מארגינס האט איין אורח איין פלעט גיהאט אצל מוהר"ר אברהם בעל הבית שלי איז גקומן צוא רייד מיט דעם אורח האט דער אורח גיזאגט בזה"ל איך האב גיהאט איין בריבל מן אנשי קייטאן אן זיין ווייב הראן. אז איינר האט גהייסין צלאל איז דארטין בייא דיא אין קייטן גשטארבין בחולשת חולי נופל אין דאס בריביל האב איך מחמת שערורית אוועק גווארפין. וגם האט דער אורח גזאגט אז דער צלאל האט גיהאט ווייסליכע שערות. אונ האט גיטראגין איין קמיע איינע האט ער פאר לורין אין איין אנדערע האט זיך ווידער גישאפט אין קאזניץ אונ האט צווייא קינדער אונ האט גוואנט אצל מלמד. אונ ער האט גיהאט איין ווערצליכע בייא דיא שלעף איין וויכער אונ איך בין דער בייא גיווענזין וויא ער איז גישטארבין. אונ דער אורח האט אלס גיזאגט דער צלאל איז גווענזין מן דאברי אדער דאברין. כל זה האט מיר דער צלאל גזאגט זוא האט דער אורת גזאגט צו מיין בעל הבית. כל זה העיד בעונש הנ"ל היום ט"ז מנחם אב תקס"ח לפ"ק:

הק' שואל במוה"ר מנחם מענדיל זללה"ה נאום מנחם מענדיל בהמנוח הרבני מהור"ר ישעי' ז"ל.

נאום הק' צבי הירש במהח"ש

במותב תלתא בי' דינא כחדא הווינא ואתא לקדמנא הר"ר גומפיל בהר"ר אביגדור מק"ק טאהרני ואמר לפנינו בתורת עדות בעונש אם לא יגיד ונ"ע. איך בין גווענזין אין עיר קייטאן איז איין יהודי אין ארדינאנץ הויז קראנק גווענזין אונ איך אלס ארום מאן בין ג"כ דארטין גינעכטיגט דען במדינות פרייסין איז קיין הקדש ניט דא. רק עניים נעכטיגן אין ארדינאנץ הויז. האב איך מיט דעם חולי גירעט כמו חצי שעה קודם מותו האט ער מיר גזאגט ער הייסט צלאל דאם גדענק איך ניט אויב ער האט גזאגט אז ער איז פון דאברי אדער דאברין. גם האט ער מיר גזאגט אז ער האט בביתו גלאזן איין יועיל. איך האב אים ניט גפרעגט וויא עס הייסט. וגם האט ער מיר גזאגט אז ער האט גוואנט אצל מלמד אחד איין אלטער מאן. שמו לא הגיד. וגם האט ער מיר גזאגט ער האט דאם חולי נופל איז ער גווענזין אצל המגיד מקאזניץ האט ער אים גגעבין איין קמיע פאר דער חולשה עס האט אים אבער נישט גהאלפין ע"כ איז ער נאך איין מאל נאך קאזניץ אצל הרב המגיד הנ"ל נאך איין אנדער קמיע אין דיא קמיע האב איך גזעהן אז ער האט זיא אויף דעם האלו גיהאט. אונ ער האט ניט גקענט שטארבין ביז מען האט דיא קמיע פון אים אראפ גנומען אוס גזעהן האט ער דמר שפרענקליך אוף דעם פנים גאנץ קלאהר אוף זיין רעכטי זייט על פנים איבער דיא שלעף האט ער גהאט איין שלאבריקי ווארציל. וגם האט מיר

דער צלאל גיזאגט מיין ליבר יהודי וועז איר שם קומן וועלכע אין מיין מדינה זאלט איר זאגין מיין ווייב וויא מיין נשמה מגולגל איז. גם האט ער מיר גזאגט אז דאס יונגיל וואס ער בביתו גלאזין האט זעהט זוא אויס וויא ער איך האב אים ניט אזוי פיל גקענט אוס פרעגין ווייל ער גאנץ שוואך איז גוועזין. דאס איז גוועדן שנת תקס"ז קודם תשעה באב ד' שבועות או ה' שבועות אונ קעגין טאג איז דער ר' צלאל גשטארבין אונ איך בין גוועזין וויא מען האט אים זיין רעכט גיטאן אונ בין גוועזין בייא דער לוי' כ"ז הגיד לפנינו בת"ע ובעונש הנ"ל אונ דאס מת הנ"ל האבין זייא אוועק גפירט לקבורה איבער דעם וואסער איך גדענק ניט וויא דאס וואסור הייסט כ"ז הגיד לפנינו כנ"ל היום יום ט"ו תמוז תקס"ח לפ"ק פה דאברין:

הק' שואל במהור"ר מנחם מענדיל

נאום מנחם מענדיל בהמנוח הרבני מהור"ר ישעי' ז"ל

נאום מנחם נחום בהמנוח כהר"ר יוסף זצ"ל

סימן יח

א תשובה מע"ל שלח לי הגביות עדות ולא נראה לי אמיתת הדברים עד היכן מגעת ידיעת האשה בפרטים אשר נאמרו שם אם היא יודעת מן הקמיעות וגם אם אמת הוא שדר אצל מלמד אחד. והנה חקרתי על זה מהישיש הרבני מ' מענדיל ואמר לי שהכל אמת רק שאינו יודע אם יודעת מן הקמיע השני' שנטל בקאזניץ שני קמיעות ויתר הדברים גם האשה אומרת ויודעת שכן הוא ובזה תלוי העיקר שאם האשה אינה יודעת מן הקמיעות אין זה מסייע להתירה שהרי אין אנו יודעין אם הי' בעלה של אשה זו שאנו דנין עלי'. וגם שלח שני גב"ע והייתי מסופק בדבר אם הערות שהגיד מ' אברהם וגרת ביתו מפי עד אחד הי' אפשר לדונו כהכחשה והי' קצת לדון בדבר אף שאין כ"כ חששא במה שהכחישו את עצמן שזה אמר שיש לו שני בנים וזה אומר שיש לו בן אחד וכמ"ש הרא"ש בתשובה (כלל נ"א) בענין שהי' הכחשה שא' אומר שהי' בנו אצל הקבורה וא' אומר שהגיע לו כתב והשיב הרא"ש שאין זה מזיק כיון ששניהם מודים שאינו קיים ומדמי לה לאחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג הואיל ושניהם מודים שאינו קיים הרי זו תנשא ע"כ ועיין בש"ע (סימן י"ז סעיף ט') מ"ש האחרונים בזה והרב חמ"ח וב"ש שהאריכו בין עדות המוכחשת בבדיקות או בחקירות. ולכאורה הי' נ"ל דאין צריך לכל אריכות דבריהם דפשיטא בדיני ממונות כיון דבעי תרי והם הכחישו עצמן בחקירות אין כאן עדות כיון דבעי תרי ועדות גמורה אבל על עדות אשה דסגי בחד וא"כ אפילו אחד משקר לגמרי אין

לומר ששניהם משקרין עכ"פ אחד אומר אמת ובעדות אשה סגי בחד ודוקא ר"מ ס"ל סברא זו בצרות ביבמות (דף קי"ז) דהואיל ומכחישות זא"ז לא ינשאו וס"ל דאמרי בדמי אבל בעד לא מצינו סברא זו וגם לא קיי"ל כר"מ ואין להאריך בזה כיון שאינו נוגע לנדון כמו שאבאר. אך בנ"ד אם היו שנים מכחישין שא' הי' אומר שהי' לו שני בנים אפשר גרע טפי דבשלמא בנדון דתשובת הרא"ש שניהם מעידין שבעל האשה מת אבל בנ"ד אין אני דנין להתיר האשה רק על פי הסימנין ואמתלאות שאנו יודעין שכך הי' בבעל האשה הנצבת עמנו וא"כ לפי האחד שהעיד שאין הדבר כן באשה זו עושה ריעותא בעיקר הדבר שאנו דנין עליו אם דברי העד מכונין כפי מה שנמצא הוכחות האלה באשה אבל בשנים מכחישין זה את זה ושניהם מודים שאינו קיים לא גרע משתי כיתות עדים ולוה אחד ושני שטרות שעל כל פנים נוטל הקטן וכן מבואר בח"מ (סימן למד סעיף ז') דאם הוברר דאחד מנה מסהדי חד מינייהו שקרן ומשתבע שבועה דאורייתא ע"כ הרי דמ"מ חשיב עדותו של שני לחייב שבועה דאורייתא ואין להאריך בזה שאינו צריך לנ"ד גם הב"ש כ' סברא זו בשם תשובת פני משה אלא שבארתי יותר ובתשובה אחרת הארכתי בזה בהכחשה דחקירות:

אכן לפי מה שחקרתי ממ' מענדיל הנ"ל לא הי' כאן אלא העד שהעיד בעצמו ר' גומפל ב"ר אביגדור מטארני ועדות מ' אברהם הי' מפי העד. והנה כפי זמן שבגביות עדות נתקבל עדותו בב"ד בט"ו תמוז ועדות הרבני מ' אברהם נכתב זמנו באב א"כ ודאי עדותו שהעיד בב"ד עיקר ואפילו העיד חוץ לב"ד בעדות אשה יכול לחזור ולהגיד בב"ד כמ"ש הר"ן בתשובה ומה שהגיד בב"ד שוב אין יכול לחזור ולהגיד כלל חוץ לב"ד ולא עוד אלא אפילו אם העיד אחד מפי עד בפני ב"ד ובא הראשון ומכחישו שלא אמר כן הראשון נאמן כמו שהוכיח הרמב"ן מה דפ' המדיר דאמרה פלוני חכם טיהר לי הכתם ואתו שייליה ואשתכח שיקרא ומובא בקצרה בחמ"ח (סקי"ז). וא"כ בנ"ד אין לחוש כלל לשינוי הנמצא ובפרט די"ל חוץ לב"ד לא דייק כ"כ או השומעים לא דייקו וא"כ עיקר העדות הוא מה שהעיד בב"ד ולא יזיק מה שהעיד ר' ליב חייט שאמר בפניו שיש לו שני בנים דהגדתו בב"ד עיקר דהראשון נאמן כמ"ש הרמב"ן ומכ"ש בנ"ד שיכול לומר מבודה הייתי חוץ לב"ד וא"כ ממילא בין אם יכחיש את ר' ליב חייט ויאמר שלא הגיד לו כן או יודה לו ר"ג שמבודה הי' בדבר זה לעולם יהי' העד נאמן ואפילו נימא שלא כדברי הרמב"ן מ"מ כאן י"ל דנאמן להכחישו במיגו דאי בעי אמר שחוץ לב"ד אמר שקר בפרט בדבר זה שאינו עיקר עדות אלא סניף בעלמא. וגם לפי מה ששמעתי ממ' מענדיל שהיתה מעוברת והפילה א"כ אפילו אמר באמת שיש לו שני בנים אינו ריעותא לומר

שאין זה האיש מדאברין די"ל שחשב שילדה ולד קיימא כי רוב נשים מתעברות ויולדות בני קיימא וא"כ עדות העד שרירו וקים:

ומה שנסתפק מעלתי אם נקבל עדותו יען כי לא הוחזק בכשרות במדינה זו לרמ"א בי"ד (סימן קי"ט) דאין לקנות אלא ממוחזק בכשרות וחשש מעלתו שמא חשוד על העריות הוא דפסול לעדות אשה. הנה לדבריו שיש לחוש לפסול לא ידעתי למה דוקא יש לי לחוש לחשוד על העריות דבזה איכא פלוגתא בין הפוסקים כי לפי דעת הרי"ף והרמב"ם וכן לפרש"י ואו תיוצא בתוס' בפ' זה בורר אין חילוק בין ערות לשאר איסורין עיי' ב"ח ח"מ (סימן ל"ד) ולא חשש לשאר פסולין דאורייתא שגזלן דאורייתא פסול גם לעדות אשה כמבואר בטפ"ה דר"ד (ובסימן י"ז) בש"ע הגם שהי' מקום ליישב דברי מש"ל אפי' מה שכתבתי בספרי יין המשמה (סקכ"ז) ודאי מילתו ל' נתכוין לכך כי ספרי איננו בדפוס ולא שופתי טין ריאה לא ראיתי ליאייך בזה לי העיקר של ענין עדות כל ישראל בחזקת כשרות והרי אפי' תני על ערות שמתיחד עמהם כשר לשאר עדיות שאף שחם בא על שמרוה באמת פסול מן התורה לכל עדיות. וכן בקלא דלא פסיק משאר עבירות כשר לכל עדיות אף דמי שיש עליו קול לא מקרי מוחזק בכשרות וכ"ש לעדות אשה דלא חיישינן שמא פסול דבאשה אקילו טובא אפילו מפי עבד ושפחה שסתם ישראל בחזקת כשרות הן ולא חששו רק לקנות לכתחילה בעלמא שיש מכשולות והוראות היתירים שונים כמו בדמאי שנחשדו ע"ה ועניני טהרות אף שכשרים לכל עדיות אבל לענין עדות סתם ישראל בחזקת כשרות אפילו לעדות ממון שחמור טפי מעדות אשה. הן אמת כי הרמב"ם (פי"א מהלכות עדות) והועתק בטור וש"ע ח"מ (סימן ל"ד סעיף י"ז) כל שאינו לא במקרא כו' הרי זה בחזקת רשע ופסול לעדות מדבריהם כו' נמצא כל ת"ח בחזקת כשר וכל ע"ה בחזקת פסול עד שנודע שהולך בדרכי ישרים כו' עכ"ל מ"מ נראה דבסתם לא חיישינן שמא ע"ה שאינו בדרך ארץ הוא. וגם הש"ך בח"מ (סקמ"א סימן פ"ז) הביא בשם רבינו האי וגבול ת"ח כל שמניח תפילין בפרט דבזמן הזה לא שכיח ע"ה כ"כ. ועוד שאפילו ניחוש להחמיר כל החומרות לדברי הרמב"ם דהא מפרש"י בפ' חומר בקודש והר"ן בפסחים (דף מ"ט) וגם מהרא"ש לא משמע כן עין ב"י שם ואין להאריך בזה דאפילו לפי דברי הרמב"ם שכתב שפסול לעדות מדבריהם הא אפי' גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה וכמבואר בש"ע (סימן י"ז ס"ג) א"כ פשוט שע"ה כשר לעדות אשה לכל הדיעות וא"כ פשיטא דאין לחוש לפסול עדות עם הארץ בעדות אשה וכן בדין מי גרע מעבד ושפחה וכן מוכח מדברי רמ"א גופי' (בסעיף י') שכתב ואפילו אמר ששמע סתם לא חיישין שמא מפסול שמע עכ"ל. ואם איתא דאם א' העיד והלך לו (לא) חיישינן שמא

פסול הוא א"כ מי עדיף עד מפי עד מן העד גופי' שהעיד והלך לו דחיישינן שמא פסול הוא אלא ודאי לא חיישינן להכי ואפילו לדברי השלטי גבורים שכתב ששואלין אותו שמא שמע ממי שאינו ראוי להעיד היינו משום דחיישינן ששמע מעכו"ם ומפסול מן התורה ולכן צריך לשאלו לכתחילה. אבל אם העיד ישראל בפנינו פשיטא דלא חיישינן שמא פסול הוא. וכן מוכח ממ"ש הרמב"ם במצאו כתוב בשטר פלוני בן פלונית ונודע שכתב ישראל משמע כל שנודע שהוא כתב ישראל לא חיישינן לפסול וכן מוכח נמי ממ"ש הב"ש בס"ק יוד מ"ש אפילו עבד אף דסתם עבד פסול דאורייתא צ"ל בידוע שהוא כשר וא"כ משמע בישראל א"צ שיהי' ידוע שכשר ובסתמא כל שהוא בחזקת ישראל כל ישראל בחזקת כשרות הם:

ב וכבד עלה בדעתי להביא ראי' ממה ששנינו במשנה יבמות (דף קכ"ב) משיאין ע"פ בת קול מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר איש פלוני כו' מת הלכו ולא מצאו אדם שם והתירו את אשתו. ובגמרא פריך דילמא שד הוא ומשלי דחזי לי' בבואה וכו' וקשה דילמא הי' פסול אלא ודאי בסתמא לא חישינן לפסול ואם התם דלא נודע כלל מי העד לא חיישינן לפסול כ"ש בנודע שהוא בחזקת ישראל אלא דהא ליתא דהא גופי' תקשי כיון דחיישינן דילמא שד הוא כ"ש דהוה לן למיחש שמא עכו"ם או פסול הי'. והריב"ש בתשובה (שע"ו) הביא מכאן ראי' דהוה מסיח לפי תומו אף בלא אמר דברים אחרים. ומובא בהגהת רמ"א (סעיף י"ד). הרי דהריב"ש מחשיב לאמירה זו מסיח לפי תומו וא"כ אין ראי' משם ועיין ב"ש שהגאון מוה' העשיל הקשה דתקשי בגיטין (דף ס"ו) איתא מי שהי' מושלך לבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו ופריך נמי דילמא שד ודילמא צרה היא ותקשי קושית הריב"ש ניחוש דילמא עכו"ם הוא והב"ש תירץ דלא חיישינן שהעכו"ם כיון להכשיל אבל בעדות אשה שמת בעלה קשה דילמא הכותי אומר אמת דידוע לו ואמר בלא קישור דברים ולא הוה מסיח לפי חומו ואין דבריו מובנים פשיטא דמה שאין העכו"ם נאמן באינו מסיח לפי תומו הוא משום דמשקר דאם אומר אמת ודאי מותרת להנשא וע"כ משום דחיישינן דמשקר אף דלא חיישינן בעלמא דכיון להכשיל את ישראל ע"כ הכא חיישינן דמשקר וא"כ אכתי קשה קושית הב"ש בשם מ' העשיל דילמא עכו"ם הוא ולי נראה דודאי מה שאין עכו"ם נאמן באינו מסיח לפי תומו אף שאינו מכוין להכשיל היינו משום שי"ל שאולי אומר כדי לקבל איזה תועלת מן האשה וקרובי' מאחר שיודע שהיא יושבת עגונה משא"כ במסיח לפי תומו לא חיישינן להכי אבל באין מסיח לפי תומו אם הוה מהימן הי' לנו לחוש שמא אומר כן במכוון ואינו חושש שיתפס בדאי שהרי יכול להתנצל ולומר ששמע

כן אף אם יבורר שהי' חי וגם בעגונה כמה שנים שנשתקע שם בעלה אינו חושב כלל שיבורר שהוא חי. ולכן כל שאומר במכוון יש לחוש שאומר לאיזה סיבה לקבל תועלת על עדותו אבל במל"ת לא חיישינן דמשקר ולכן נמי לא חיישינן שמערים ויעשה את עצמו המסיח לפי תומו דכולה האי לא חששו וגם כשנראה זאת אינו מקוה לקבל שכר על כך מאחר שלא נתכוין להטיב וזה לא שייך שיאמר במכוון כתבו ותנו גט לאשתי שלא יקוה על זה שום תועלת מן האשה שהרי לא יוכל לגלות שהוא הי' באמת מאחר שיהי' נחשב שקרן וגם האשה לא תחפוץ להתגרש בגט בטל וא"כ אין לו לקוות שום תועלת בזה שיערים ויעשה א"ע כמו איש פלוני זה חששא רחוקה. אבל בצרה שכוונה שלה לקלקל צרתה שפיר חיישינן. ועוד י"ל ע"פ מה שמבואר בחולין (פ' ג"ה) דסומין מותרין בנשותיהן בט"ע דקלא וא"כ קשה מאי פריך דילמא צרה הוה הא י"ל דמכירין בטביעת עינא דקלא שזהו הבעל וצריך לומר כיון דמושלך בבור לא שייך טביעת עינא דקלא דמערבי קלא כדמשמע בר"ה בתוקע לתוך הבור. ומ"מ קשה איך אמרינן צרה היא הא יש להכירה בט"ע דקלא שהוא קולה וצ"ל דחיישינן דילמא היא תתן קולה לתוך הבור באופן שלא יובחן קולה וא"כ י"ל ע"פ מ"ש בעבודה זרה (דף ס':) דעכו"ם שנמצא עומד בצד הבור שרי שמירתת וכן קיי"ל בכל איסורין אפילו של תורה ביוצא ונכנס מאחר דמירתת א"כ גם כאן ירא לילך אצל הבור ליתן קולו שם פן ירדופו השומעים וישיגוהו יותפס בדאי. אבל בצרה שפיר אית לה לאשתמיט שהיתה באה לבור לדעת שלום בעלה ומה יעשה בו כי מי יחוש חוץ ממנה. ולכן חיישינן דילמא צרה היא וגם צרה מסרה נפשה טפי לקלקלה ומה"ט אפילו אנסיבא הצרה לא מנסבינן לחברתה די"ל תמות נפשי עם פלשתים עבדה כדאיתא ביבמות (דף ק"כ) אבל בהך דיבמות שאומר מרחוק איש פלוני מת אינו ירא דאף אם ירדפו אחריו יוכל לומר אמת הגדתי ולכן קשי' לי' להריב"ש שפיר ניחוש דעכו"ם הוא ומוכח שפיר דהוה מל"ת בכה"ג ומ"מ אני אומר אף שאינני כדאי לחלוק על דברי הריב"ש בפרט בסברא בעלמא מ"מ רחוק לומר כלל שנחשוב זה שעמד על ראש ההר שאמירתו תהי' מסית לפי תומו דלאו בשופטני עסקינן לדלג על ההרים לסיפור שלא במתכוין זה רחוק בעיני:

ולענ"ד נראה יותר על פי מה שכתבתי דמה שאין עכו"ם [שאין] מל"ת נאמן הוא משום שחוששין שנתכוין איזה תועלת ע"י עדותו ובפרט אילו הי' רואה שע"פ דבריו מתירין להנשא הי' עושה כן כמה פעמים במתכוין וכעין מה שאמרו בבכורות (דף ש מעשה בזכר של רחלים זקן ושערו מדולדל ראהו קסטור א' אמר מה טיבו של זה אמר לו בכור הוא ואינו נשחט אא"כ הי' בו מום נטל פיגם וצרם באזניו והתירו חכמים ואחר שהתירו

הלך וצירם באזני בכורות אחרים ואסרו זה הכלל כל שלדעתו אסור ופרש"י שלהטיל מום מתכוין וכאן נמי אם נקבל עדותו יש לחוש שעושה כן כמה פעמים ויאמר בדדמי ויתכוין כדי להתיר לסיבת איזה תועלת אבל בזה שהולך אל ראש ההר אפילו אם הי' עכו"ם מאחר שאין לחושדו שרוצה לקבל איזה תועלת וטובת הנאה מאחר שלא ביקש שיתוודע כלל מי האומר לא חיישינן כלל שאמר דבר שאינו באמת כן נ"ל. גם אין חוששין כלל לעכו"ם שנתכוין להודיע כי מה לו לאהדורי להודיע מיתתו של פלוני ולהכשיל לא חיישינן ותלינן בישראל שנתכוין להודיע שלא תהי' עגונה:

ולפ"ז מוכח שפיר ניחוש שמא ישראל רשע הוא ואף שנתכוין אין עדותו עדות דאל תשת רשע עד כתיב אלא לא חיישינן לפסול מחמת רשעות:

ובעיקרא דמלתא אי חשוד על העריות פסול לעדות אשה שמת בעלה אני נבוך כיון דלפי האמת אינו רשע דהא לעיולי הוא כשר ויש לומר שלא אמרו בגמרא פסול לעדות אשה היינו במידי דבעי עדות כגון שיאמר נתגרשה דבזה יש לומר כיון דאנו חושדין אותה משקרת אין החשוד נאמן שתצא על ידו מבעלה די"ל דניחא לי' כיון שגם לה חושדין אבל אם אמר על אשה שמת בעלה דאין לחוש שהיא שכרתו לומר כן דהא אם היתה רוצה יכולה לומר בעצמי שמעתי שמת בעלי וא"כ י"ל דניהו דהוא חשוד מ"מ היא לא חשידא על העריות והיא אינה בחשד כלל ועוד דבשלמא במידי דגירושין יש לפוסלו מאחר שבעלה כאן ורוצה שיפקיענה ממנו אבל אם אין בעלה כאן והיא עגונה והוא מעיד על מיתתו כיון דבלאו הכי מדינא אין א' נאמן רק משום דייקא מכח חומר שהחמרת עלי' בסופו א"כ אין לו תועלת בעדותו דמסתמא היא תגיע אל האמת. וגם עיקר הדבר לפמ"ש הרמב"ם בהלכות גירושין ובסוף הלכות גירושין משום דדבר הגלוי הוא פן למחר יבא וא"כ גם בזה לא יועיל לו עדותו ואדרבה לעת עתה אפשר תשב בדד מבלי בעלה היתה כאלמנה משא"כ כשחותר על ידו תנשא לגבר ונכזבה תוחלתו ומזימת זימתו. אלא שראיתי לרש"י שפירש לערות אשה שמת בעלה ומ"מ לדינא אפשר דרש"י לשיטתי' אזיל שמפרש שבא על הערוה בפועל א"כ בלאו הכי רש"י מכשיר בקול בעלמא ובא על הערוה פשיטא שלרוב פוסקים בלאו הכי פסול דאורייתא הוא אפילו לעיולי. מ"מ לפי מסקנת הרא"ש דהוא משום קול בעלמא י"ל הסברא שכתבתי הנלענ"ד אף דלא כתב רש"י כן מ"מ מילתא דמסתברא היא ובזה לא יחלוק רש"י על גוף הדין מאחר דרש"י בלאו הכי מכשיר בקול, בעלמא ובטור העתיק בין להכניסה לבעלה בין להוציאה והוא לפי גירסת הרי"ף מ"מ כיון דכייל הטור באה"ע דכל פסול דבריהם כשר לעדות אשה שמת בעלה וזה חשוד כיון דלשאר עדיות כשר נראה ודאי דאף לעדות אשה

אינו פסול מן התורה דע"כ לא מקרי רשע דאי מקרי רשע כתיב אל תשת רשע עד וא"כ לאשה שמת בעלה שפיר מהימן ולא תהי' ערות אשה שמת בעלה הפכיות לגמרי משאר עדיות דכל פסולי דרבנן פסולין לעדות ממון וכשרים לעדות אשה ובחשוד על עריות יוכשר לכל עדיות לעדות אשה שמת בעלה יופסל א"כ יותר מסתבר כמ"ש יג"ע הארכתי גם בזאת אף שאינו לנידון מאחר שהוא להקנות עגונות אמרתי עם הספר יכתב למען יעמוד ימים רבים. סוף דבר פשוט הוא שאם העיד ישראלי בב"ד לא חיישינן כלל לומר שפסול הוא. ומ"ש מעלתו דדוקא עד המעיד דקדק שראשון כשר הי' ודאי אילו הי' כן היו צריכין לחקור ממי שמע דלאו כ"ע דיני גמירי בפרט עדות אשה שאפילו עבד מפי עבד ואשה ושפחה נאמנין פשיטא דכ"ש ישראל סתם דהא אפי' גזלן דבריהם ומשחק בקוביא שאינו עוסק בישובי של עולם כלל נאמנין בעדות אשה וגם מה שנסתפקו שמא בארחי ופרחי לא שייך עבידא לגלוי' גם זה אינו שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין והרי עד מפי עד אף אם שמע מרחוק או שמע מן התנוקות או בין הנשים המקוננית שהזכירוהו בין המתים דיו אף דרחוק שיתפוס בשקרו והרי העומד על ראש ההר ולא נודע מקומו אי' ומשנה שלימה שמשיאין ע"פ בת קול אף שלא נודע כלל מי המגיד ואפילו לצרה לא חששו משום עגונא ואין לנו לבדות חלוקים להחמיר:

ג אחר שבירנו שעדות העד נכונה היא נבאר עוד אם לא הי' העד מעיד אל שום מקום רק שהי' אומר שמח זה שיש בו הסימנין אשר אמר שיש לו שומא וגם הי' לו חולי נופל ר"ל וקיבל קמיע בקאזניץ וגם הגיד שמו צלאל ולא שם עירו כלל הי' מקום למצוא פתח תקוה להעגונה הנ"ל מאחר שהגיד שמו וסימנין הללו עדיף משמו ושם עירו. ואף שלענין השאלה שבנ"ד אין צריך לכל זה מ"מ הואיל ואתא לידן וכבר שקדו חז"ל על תקנת עגונות לא אחשה מה שיש לדבר בזה בהלכתא רבתא לעיגונא דאיתתא ותחילה נבאר אם השומא שהעיד עליו הוא סימן אמצעי שעכ"פ בש"ס הוא בגדר הספק אי סימנין דאורייתא או דרבנן או שאינו אפילו הימן אמצעי ודמי לחורי וסומקי שאין סימן של כלום בפרט לפמ"ש הרמ"ה דבניסת בסימנין אמצעים בדיעבד לא תצא והב"ש הביא דבריו (בסעיף כ"ד ס"ק עיי"ן) הגם שכבר כתבתי בתשובה שכתבתי זה בשנים עשר שנים שהיא תימא למה פסק להקל בספק אשת איש מכל מקום נ"מ טובא בזה שיהיה סימן אמצעי סומכין שהוא הגיד:

הנה הרמב"ם ובש"ע ס' ק"ד כ' אין מעידין על סימנין שבגופו ואפילו שומא משמע דשומא עדיף יותר מסימן אמצעי וכ"כ הב"ש שם וגם לשון הטור שכתב שומא לא הוה סימן מובהק משמע דעכ"פ סימן אמצעי הוה. ולכאורה קשה מאחר דבש"ס איתא (דף

ק"ב) אין מעידין על השומא משום ר"א בן מהבאי אמרו מעידין מאי לאו בהא קמפלגי מ"ס סימנין דאורייתא ומ"ס סימנין דרבנן ואמר רבא דכ"ע סימנין דאורייתא ופליגי אי שומא מצוי בבן גילו ואיכא דאמרי בשומא העשוי' להשתנות פליגי ואיכא דאמרי דכ"ע סימנין דרבנן ופליגי בשומא סימן מובהק. והנה לשני תירוצים הראשונים שבש"ס לרבנן שומא לא הוה אפילו סימן אמצעי אם כן קשה מנ"ל להקל לפסוק דעדיף מסימן אמצעי רק דלא הוה סימן מובהק ביותר. ולכאורה היה נ"ל דבלא"ה יש לתמוה על הסוגיא דלשני תירוצים ראשונים ס"ל שומא אפילו סימן אמצעי לא הוה לרבנן ואיך פליג לישנא בתרא מהיפך אל ההופך שאפילו בגדר סימן מובהק הוא לרב אליעזר בן מהבאי זהו ידאי מן התימא. וכבר עלה בדעתי לומר דפליגי במ"ש בשם תשו' מהרד"ך בשומא בצמצם המקום באבר פלוני הוה סימן מובהק כמו נקב בצד אות פלוני וא"כ י"ל ודא, לתרי לישני קמאי פליגי בשומא שלא צמצם המקום אי הוה אפילו סימן אמצעי ובלישנא בתרא פליגי בשומא סימן מובהק היינו בצמצם המקום ובצמצם המקום פשיטא להו דהוה סימן אמצעי עכ"פ ופליגי רק אי סימן מובהק הוא וא"ש. אלא דלפ"ז לא א"ש דמשמע מלשון הטור והרמב"ם דסתמא שומא נמי הוה סימן אמצעי וגם קצת דוחק הוא בש"ם לומר דמיירי בענין השומא שהוא בענין אחר עם מאי דס"ל ללישנא קמא. ולכן אמינא ליישב ברווחא ואתהלכה ברחבה כי בש"ס מספקא לן בסימנין דאורייתא ובודאי מספיקא נראה שאפילו ניסת תצא ודלא כהרמ"ה כמ"ש בתשובה שזכרתי באריכות דהא קיימא בחזקת אשת איש וכ"ש ללישנא דפשיטא לי' דסימנין דרבנן ובמים שאין להם סוף בדיעבד לא תצא ומטעם שרוב אינן ניצולין ואי אמרינן סימנין דאורייתא שרי' לכתחילה ע"פ הסימנין ובמים שאין להם סוף אף שרובן למיתה החמירו לכתחילה וצ"ל דבמים שאין להם סוף אף שמן התורה מותרת חששו לכתחילה למיעוט הניצולין כיון שידוע לנו מיעוטא לפעמים שניצולין משא"כ בסימנין שאין מיעוט מבורר כ"כ שנאמר שיש להם אותו הסימן ולכן אי סימנין דאורייתא סמכינן עליהו אפילו לכתחילה והיינו משום שמים שאין להם סוף סיבת ההיתר ידיעה וידוע מיעוט ניצולין מסיבה זו חשו להחמיר לכתחילה. אבל סימנין שאין לומר בהם מיעוט ידוע שהרי הסימנין עצמן לא ראי זה כראי זה ולכן לא החמירו בסימנין אם הם של תורה. ומעתה יש לומר דלכ"ע אי סימנין דאורייתא שומא נמי סימן הוא אלא לפי שלפעמים מצוי' בבן גילו או שעשוי' להשתנות לפעמים חששו נמי למיעוטא דמצוי' בבן גילו או עשוי' להשתנות כיון דבעצם הסימן יש קצת ריעותא אבל מן התורה לכולהו לישני שומא סימן מעלי' הוא רק בשביל מיעוט הנמצא בסימן זה שעשוי להשתנות או שמצוי' בבן גילו לכן החמירו בה לכתחילה.

ועפ"ז י"ל דללישנא סימנין דאורייתא נמי שומא הוה סימן טוב גם לרבנן אלא שהחמירו בה מפני שלפעמים מצוי' בבן גילו או עשוי' להשתנות וללישנא דסימנין דרבנן לא ס"ל הך סברות דמצוי' ולכן הוה סימן מובהק לר' אליעזר ולרבנן לא הוה סימן מובהק אי משום דלפעמים מצוי' בבן גילו אי משום עשוי' להשתנות אבל מ"מ סימן אמצעי הוה וא"כ א"ש מה דס"ל להרמב"ם והטור דעל כל פנים הוה סימן אמצעי כיון דע"כ ללישני קמאי נמי אינו אלא חששא דרבנן ובעלמא שפיר פסקו להקל דעכ"פ סימן אמצעי הוה כנ"ל. ולפ"ז י"ל בפשיטות לפי הכלל המסור בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן דע"כ לא פליגי ר' אליעזר ורבנן אלא בשומא לחודי' אבל אם הגיד שמו וגם סימן השומא כ"ע מודו דמעידין על השומא דהוה כמו שמו ושם עירו וא"כ יש לצדד בהתירא ע"י שמו עם שומא:

וגם ענין היותו נכפה לא מצאתי גלוי לזה אם יחשב לסימן וכפי הנראה הוא סימן חשוב יותר מן השומא שהרי דבר ידוע שיותר שכיחים אנשים שיהי' להם שומא מאנשים שיהיו חולי נכפה ר"ל שאינו אפילו א' מני אלף. ולעומת השומא הי' הדעת נטוה לחשבו לסימן מובהק ביותר. גם יש להביא ראי' מן הש"ס דכתובות (דף נ"ח) ומשנה אחרונה חיישא לסימפון דפריך עבד כהן שלקחו מישראל לא יאכל בתרומה משום סימפון ומשני סימפון בעבדים ליכא אי דאבראי חזי לי' ואי דגואי למלאכה קבעי לי' לא איכפת לי'. ואכתי קשה איך יאכל בתרומה מיד בשלקחו מישראל ליחוש שמא נכפה הוא וזה אינו ניכר מיד כי הוא בא לפרקים ואי הוה נכפה הוה מקח טעות כמבואר ברמב"ם ובח"מ (סי' רל"ב סעיף יוד) אלא ודאי זהו מילתא דלא שכיחא היא כלל:

והמעיין בס' צ"ץ (סימן נח) דעתו להתירא אפילו בשמו לחוד אם הלך בדרך ולא הוחזק אחר בשם זה וא"כ בנ"ד אם לא הוחזק אחר הולך שם יש מקום להתיר אלא די"ל דלא תלי' במקום העגונה רק במקום שהלך צריך חקירה אם לא הוחזק אחר הלך לשם בשם הלזה ודבר הלזה תלי' בסוגיא דפ' האשה שלום בעובדא דיצחק ריש גלותא והוא כפי שיטת הרא"ש. אבל כבר ביארתי בתשובה הנ"ל באריכות ששיטה אחרת יש מגדולי ראשונים הרמב"ן והרשב"א ונ"י ולדידהו אין היפר בזה וכבר הארכתי שם הרבה אם יזכני ה' להדפיסה עיני המעין תחזינה מישרים. וגם בנ"ד שיש ג"כ סימן שומא ושהי' נכפה וקיבל קמיע בקאזניץ ובצירוף שהגיד שמו י"ל לכ"פ אין לחוש:

ד וכבר עלה בדעתי להביא ראיה דסימן אמצעי עדיף משם עירו מהא דאיתא פ"ק דב"מ (דף יח) ההוא גיטא דאשתכח בבי דינא דרב הונא וכתיב בי' בשוירי מתא דעל רכיס נהרא אמר ר"ה חישינן לשני שורי ורמינן עלי' ממתני' מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה

יחזיר לאשה ואפילו לזמן מרובה ואמר רב אשי כגון דקאמרי עדים נקב בצד אות פלוני ודוקא בצד אות פלוני אבל נקב סתם לא מספקא לן אי סימנין דאורייתא או דרבנן משמע דאי סימנין דאורייתא הוה סגי בנקב סתם והא קמן אע"ג דבגט כתוב שמו ושם עירו לא מהני להחזיר לו הגט דחיישין שמא יש עיר א' ששמו כשמו אף בלא הוחזקו אי שיירות מצויות ואפ"ה מהני סימן אמצעי אי סימנין דאורייתא א"כ בזו מספקא לן אבל שמו ושם עירו הכתוב בגט פשיטא לכל שאין מחזירין ע"י זה הרי דסימן עדיף משמו ושם עירו. ואין לומר דשם מהני דוקא סימנין דאורייתא בצירוף שמו ושם עירו הכתוב בגט דהא תליא בסימנין דאורייתא ואי סימנין דאורייתא אפילו בתרי ריעותא דהיינו הוחזקו ושכיחא שיירתא מהדרינן ע"פ סימנין ובהוחזקו אין ראיה מן הש"ס כלל ומוכת דמכת הסימן לחוד מהדרינן ועל כל פנים מידי ספיקא לא נפקא א"כ חזינן דסימנין עדיפא מן שמו ושם עירו בלא הוחזקו. וא"כ כ"ש בנ"ד דאיכא שמו וסימנים דהוה כשמו ושם עירו:

איברא דקשיא נמי לפי האמת דע"י שמו ושם עירו מתירין עגונה ובסימנין לא שרינן ע"כ שמו ושם עירו עדיף מסימנין (ואפ"ה בגט אשה לא שרינן בש"ס וע"פ סימנין אין מתירין א"כ שמו ושם עירו עדיף מסימנין) וא"כ בגט אשה אמאי לא שרינן ע"י שמו ושם עירו בלא הוחזקו אף דשכיחא שיירתא דהא בעגונה אין חילוק בין שכיחא שיירתא ללא שכיחי דהא לא ידעינן מי היה אותו האיש שאמר עליו שמת. ועיין בב"ש לקמן סימן קל"ב סק"ד) (לפי) מה] שהשיג על רמ"א שם:

ובגט אשה תתהפך הסברא דע"י שמו ושם עירו ס"ל להך לישנא דבחדא ריעותא דהיינו בשכיחי שיירתא אפילו לא הוחזקו אין מחזירין ובסימנין מספקא לן ואי סימנין דאורייתא הוו מחזירין בכל גווני כדפרישית א"כ בגט בסימן עכ"פ איכא ספיקא ואפילו בהוחזקו ושכיחי שיירתא הוה מחזירין אי סימנין דאורייתא ובשמו וכשם עירו פשיטא לן להך לישנא דאין מחזירין ובאשה שמת בעלה שמתירין ע"י שמו ושם עירו הוה נמי חדא ריעותא דבמיתה אין חילוק בין שכיחי שיירתא ללא שכיחי דהא אנו מסופקין אם היה בעל אשה הלזו אשר יחפוץ להתירה. וע"כ צריך לומר דאין הכי נמי אי סימנין דאורייתא מהני אפילו בגט ועדיף טפי משמו ושם עירו הכתוב בגט דלא הוה סימן ואי סימנין דרבנן שמו ושם עירו עדיף דבמת בעלה ע"י סימנין אין מתירין וע"י שמו ושם עירו מתירין:

אלא כל זה אינו מספיק לפי האמת דמתירין אשה שמת בעלה ע"פ עדות על שמו ושם עירו ובגט מחמירין בלא הוחזקו אף דבגט כתוב שמו ושם עירו עיין ב"ש (סימן קצב) מה שהשיג על רמ"א וצ"ל כמ"ש הרא"ש על ישוב דברי הרי"ף דפסק דחיישינן בגט בלא

הוחזקו ולתרי יצחק פסק דלא חישינן וחילק הרא"ש דבמיתה שייך עגונה טפי שתתעגן כל ימיה וכמ"ש הרא"ש בתשובה דמכילף בן מלול. וקשה הא מבואר בפ' האשה שלום בפלוגתא דאביי ורבא בתרי יצחק דאביי מייתי ראי' דחיישינן לתרי יצחק מההוא גיטא דאשתכח בנהרדעא וכתוב בו בצד קלינא מתא אנא אנדלאי נהרדעא פטרית כו' ואמר אבוה דשמואל תבדק נהרדעא כולה כו' וקשה מאי ראיה מגט למיתה הא י"ל בגט גם רבא מודה דלא שייך מוי כ"כ וצ"ל כמ"ש בתשובה הנ"ל דהרא"ש לא אמר כן אלא בשיטת הרי"ף שראה דבריו של אביי בגט ודבריו של רבא במיתה דבגט משמע בפ"ק דמציעא דחיישינן בחד ריעותא אבל אביי ורבא גופייהו ודאי לא מיפלגי בהכי וא"כ קשה טובא לאביי ורבא הא משנה מפורשת היא מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר איש פלוני בן פלוני ממקום פלוני מת והשיאו חכמים את אשתו ובגט בכה"ג חיישינן לתרי שוירי אף דכתב נמי הנהר כדאיתא בפ"ק דמציעא בשוירי מתא דעל רכיס נהרא וגם שם הבעל ואשה כתובים בגט ואפילו הכי חיישינן. וע"כ גם אביי מוכרח לחלק בין גט למיתה ומאי ראיה מייתי מגט למיתה ועוד דתקשי לאביי מתני' דלא חיישינן לתרי שמות ושני מקומות. וצ"ל דאביי גופיה מודה דלשני מקומות לא חיישינן שיהיה שמותיהם שוין ומתני' דהאשה מותרת היינו ע"י בדיקה באותה עיר ולשני מקומות לא חיישינן ויצחק דאזיל מקורטבא לא נודע לבני אספמי' שיצחק זה מקורטבא הי' שהיה דר בקורטבא רק שבא מקורטבא:

ומצאתי בירושלמי שלהי יבמות ר' זעירא בעי קומי ר' מנא הכא (ר"ל בגט שנמצא) למה הוא פסול אני אומר אחר היה שם והיה שמו כשמו הגע עצמך שבדקו כל אותו מקום ולא מצאו שם אחר כשמו ולא חומר הוא בעריות והא תנינן הלכו ולא מצאו כו' והשיאו את אשתו אמר ר' מנא עו' האיש הזה שני גיטין הי' בידו אבד את הכשר והשליך את הפסול בשעה שמצא אומר אני הפסול מצא ע"כ. הרי מבואר דקשיא ליה להירושלמי הך קושיא למה במת מתירין ובגירושין חיישינן לתרי מיהו תירוץ הירושלמי נראה דהוא נגד ש"ס דילן חדא דקשה איך אמר תבדק נהרדעא ומאי מהני בדיקה כיון שיש לומר שהו עצמו כתב שני גיטין. וגם סוגיא דפ"ק דמציעא מוכח לכ"ע בלא הוחזקו ולא שכיתי שיירתא לא חיישינן כלל. ולהירושלמי ה"ל למיחש לשני גיטין וגם לחשש שני גיטין מאי מהני סימן נקב בצד אות פלוני ששניהם היו תחת ידו וגם מאי מתרץ דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט יוסף בן שמעון שמא זה היה הפסול. וברור דש"ס דילן לא ס"ל הכי כלל לחוש לא' פסול רק חישינן לאחר ששמו. כשמו. וראיתי בפירוש קרבן עדה שהקשה וא"ת מאי פריך ממיתה לגט הא אפילו עבד ושפחה כשרים בעד מיתה

ותירץ דשם משום דייקא וגם בגירושין דייקא ואם קושיתו קושיא אין תירוצו כלום ולא דייק לא בקושיא ולא בתירוץ כי הקושיא אינו כלום דמאי ענין זה למה שנאמן עבד ושפחה דעל כל פנים צריך להעיד שמת ואם חיישינן לתרי אין כאן עדות כלל וכן אמרו בבכורות כי אקילו בסופה בתחילתה לא אקילו והיינו אם כבר יש עדות שמת עכ"פ הקילו להאמין גם עד מפי עד אבל כל זמן שלא נתברר שמת אין כאן עדות של כלום ואפילו ראוהו מגויד וצלוב אין מעידין עליו דס"ל כל שלא נתברר שמת אין כאן עדות. גם מ"ש בדיבור שלאח"ז דהרשב"א כתב הך סברא דחומר הוא שהחמירו בעריות כס"ד דירושלמי דמסתמא ש"ס דילן לא פליג על הירושלמי גם בזו לא דייק כלל דפשוט דש"ס דילן לא ס"ל סברת הירושלמי כלל לחוש לגט פסול. וכמו שהוכחתי ולכן לא הביא הרשב"א מסקנת הירושלמי כלל. גם צ"ע איך יתישב הך לאלתר שלא עבר אדם ולא ראיתי להאריך בזה מאחר שאין סוגית הש"ס שלנו כן. וכבר כתבתי דהרא"ש בתשובתו מחלק לדעת הרי"ף בין גט למיתה. וגם שיטת התוס' פ' האשה שלום ג"כ דאביי ורבא פליגי אי חיישינן בחדא לריעותא לתרי שמי ומ"מ ודאי אמוראי גופייהו לא מפלגי בהכי כדמייתי אביי ראי' מגט להך דתרי יצחק וא"כ תקשי לאביי גופיה כיון דמתני' גופיה מוכחא דמתירין בשמו ושם עירו גם בעל המאור ביקש לפרש דהרי"ף מחלק בין מיתה לגירושין משום דדייקא והשיג עליו הרמב"ן במלחמות דחזינן דבגמרא מייתי ראיה מגט למיתה ולכן פירש פירוש אחר ונמשכו אחריו הרשב"א ונימוקי יוסף הרי דס"ל דלא מפלגינן בין גט למיתה וס"ל משום כאן נמצא וכאן הי' וס"ל בגיטין חיישינן לשני שוירי כסוגיא דפ"ק דב"מ ובעינן תרתי לטיבותא לא שכיחי שיירתא ולא הוחזקו וא"כ תימא גדולה עליהם תקשי להו מתני' דמתירין במת באומרו שמו ושם עירו ובגט חיישינן לשני שוירי ותימא גדולה בעיני ולא ידעתי ליישב אם לא נחלק בין גט למיתה וצ"ע. ואשר אחזה אנכי אשית לבי בישוב הסוגיא דפ' האשה שלום הא דיצחק ריש גליתא כד ליישב עם הסוגיא דפ"ק דמציעא דחיישינן לשני שוירי כי ודאי אשת מדבר אמרו כפי מ"ש התוס' ובתשובת הרא"ש דהיינו הך פלוגתא דפ"ק דמציעא אי חיישינן לשני שוירי ומלבד שמצד עצמו דחוק שלא מכרה סוגיא דב"מ ביבמות ואף לא הך דפ' האשה שלום בפ"ק דב"מ משמע דלא תליא זה בזה וגם קשה איך חייש רב הונא לשני שוירי הא משנה מפורשת היא ביבמות באמר איש פלוני בן פלוני ממקום פלוני משיאין על ידו וכמ"ש. וגם מה שמביא ראיה מנני בר חבי דאגבי בי' רבה בר אבוה זוזי כבר הקשו התוס' הא שם הוחזקו ובהוחזקו לכ"ט חיישינן לתרי כדחייש רבא גופיה בענין בר חייא לגמלא פרחא:

ה ע"כ אומר הנלענ"ד בזה ונבאר עיקר החילוק לפענ"ד בין עד מיתה לגט דיש הפרש גדול באם העידו שיוסף בן שמעון מת או שנמצא בגט כתוב יוסף בן שמעון גירש והשליח אבד הגט ומצא גט שכתוב בו יוסף בן שמעון ויש לחלק בזה דודאי הא דמחמירינן בגט שנמצא ותולין שמא אחר כתבו אף בלא הוחזקו היינו משום דמוקמינן לאיתתא בחזקת אשת איש דבזה שהשליח הביא הגט כל כמה דלא אתי לידה לא נפקא מחזקת אשת איש. ולכן צריך לגרשה בגט ברור שהוא כשר והדמיון בזה לבהמה בחי' בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך כמה נשחטה נשחטה הותרה עד שיודע לך במה נטרפה. הרי כל זמן שעדיין לא נודע ההיתר הדבר בחזקת איסור וזהו ג"כ בגט שאנו דנין עליו אם למוסרו לאשה ואשה בחזקת אשת איש קאי ממילא אין ליתן לה הגט ואינה ניתרת בגט זה שאינו ברור שיוכל להתירה ולכן ס"ל לר' הונא לחוש לשתי שוירי. משא"כ במיתה אם נודע שיוסף בן שמעון מת הרי היתר האישות ברור שהרי המיתה בודאי מפקעת האישות ואף שיש להסתפק באחר שלא נודע עכ"פ ליכא לאוקמה בחזקת אשת איש דמאי חזית לאסור אשת יוסף בן שמעון זה שאנו דנין עליו ולתלות ההיתר להתיר אשת יוסף בן שמעון אחר דעכ"פ אשת יוסף בן שמעון אחד הותרה ואין הספק אלא בין זה לאחר ואף דיש לתלות שזה שמת אין לו אשה כלל מ"מ כיון דעכ"פ עיקר המיתה יש בה כח להפקיע האישות הרי יש לנו ברור דבר מפקיע האישות בהחלט. אבל בגט כשאנו דנין שאין זה גט של האשה שדנין עלי' הרי לא הופקע האישות כלל וחזקת אשת איש כדקיימא מעיקרא ולכן יש סברא להחמיר טפי בגט מאחר דאכתי לא הורעה חזקת אשת איש כלל:

ועפ"ז י"ל דגם בגט אשה אילו הוה ידעינן דגט זה כבר נמסר ליד האשה רק שאין יודעין אם זו האשה דמי ממש למיתה. ועתה נבאר פלוגתא דאביי ורבא ביצחק כי אביי אינו חולק דמתירין בשמו ושם עירו כמבואר במשנה ובתוספתא אבל יצחק ר"ג לא נודע לבני אספמיא שהי' מעיר קרטובא ודר בקרטובא רק דנודע להם שבא משם ובני קרטובא ידעו שיצחק שלהם היה דר בקרטובא והיה הספק אם זו שהולך ולכן ס"ל לאביי דאין מתירין אשתו מאחר שלא נודע שזה שבא לאספמיא היה דר בקרטובא ויש לחוש דמעלמא אתי ומייתי אביי ראיה מאנדרלאי דאמר תבדק נהרדעא כולה וס"ל לאביי הא דמתירין כשמו ושם עירו היינו ע"י בדיקה שלא היה שום אדם בעיר זה ששמו כשמו וצריך בדיקה על כל פנים וא"כ ביצחק ריש גלותא דלא נודע מאיזה עיר הוא לבני אספמי' ממילא לא מהני להתיר ע"י שמו ומ"י דאזיל מקורטבא לאספמיא ורבא ס"ל דאין צריך בדיקה כלל אף אם לא אפשר לעמוד על הבירור אם ישנו עוד אחד ששמו כשם זה שנאמר עליו

שמת ורבא ס"ל יבדק כל עולם כולו מבעיא דאי אפשר לעמוד על הבירור שלא היה בנהרדעא שום אנדרלאי אחר אלא ודאי לא חיישינן לכך כיון דלא הוחזק אנדרלאי אחר. והא דמדמי גט למיתה דרש"י פירש האשה היתה תובעתו משמע דאיירי באופן דודאי נמסר ליד האשה אלא שלא נודע אם זו האשה ולא מהמנינן לה שמא אנדרלאי אחר כתב זה הגט וכיון דעכ"פ בגט זה ודאי נתגרשה אשה איתרע ג"כ חזקת אשת איש כמו במיתה שבודאי אחד מת עכ"פ ונודע זה ע"י שכבר נתקיים הגט. ולפרש"י בפ"ק דמציעא (דף יח) דאפילו אצל שלית י"ל שנתקיים י"ל דמיירי שכתוב על הגט עצמו שכבר נמסר לידה כדאמרינן (דף יח) דאי בעי לה למקרעי' ולמיכתב עליו דלאו משום דפסול אלא דלא תהדר ותגבי' בי' וא"כ מוכח דודאי נמסר ליד האשה ושפיר דמי למיתה ובהכי ניחא דלא חששו לתרי נהרדעא דכבר נמסר ודאי נתגרשה לא חיישינן לתרי מקומות שוין כמו במיתה והכל מרווח ונכון. וא"ת לפ"ז מאי פשיט רבה בפ"ק דמציעא (דף יח) דלא חיישינן לשני שוירי ממתני' דכל מעשה ב"ד יחזיר הא י"ל דשם שנתקיים כבר בא ליד אשה י"ל כפרש"י דאף אם נתקיים אין ראיה שבא ליד אשה דאפשר שהשליח קיימו. גם י"ל דמעשה ב"ד משמע אפילו נמצא כתוב שזה מחוייב לגרש אשתו והדין להיות כופין אותו סמכינן אמעשה ב"ד וכופין אף דגט מעושה שלא כדין בטל הוא וכיון שעדיין לא נתגרשה חיישינן לתרי דעדיין אזקת אשת איש בתוקפה וגם למאי דמסיק בב"מ (דף כ:) שטרי חליצה ומיאונין תנן איכא לאוקמה נמי בכה"ג:

ורבא מייתי ראיה מנני בר חבא דאגבי בהו זוזי והיינו אע"ג דשכיחי טובא מ"מ כיון דעכ"פ איתרע חזקת הלוה שהרי על כל פנים שאחד ודאי הוא חייב אזלינן בתר חזקה כיון דזה המוציא לא ניחוש שהיה ביד אחר מטעם איתרע חזקת לוה הכי נמי הכא אתרע חזקת אשת איש במה שנמצא שם זה שהוא שם בעלה מת ולא תלינן בדבר שאין לנו ידיעה בו רק תלינן במאי דידעינן:

ומ"מ לדברי הרמב"ן במלחמות בעובדא דיצחק ר"ג וכן הרשב"א דמשמע שאין מחלקין בין גט לעדות מיתה לא ידעתי איך תתיישב התוספתא דמעידין על שמו ושם עירו וגם במתני' דסגי בשמו ושם אביו ושם עירו עכ"פ אפילו לא מצאו שם שום אדם וצ"ע. ועל פי דברינו הנ"ל אפשר להליץ בעד קצת פוסקים ומהרי"ק גופיה בתשובה (סימן קעד) שסובר דבשמו ושם אביו לחוד מתירין שהוא תמה בעצם איך אפשר בכל עולם לא יודעין שמו ושם אביו שוין ועפ"ז אפשר ליתן תבלין בדבריהם כי בעל המאור סובר ביצחק הקילו משום דייקא ומינסבא והנה עיון דייקא ומינסבא צריך לדייק בהא גופיה הרי

ודאי אם עד אמר על אשה שמת בעלה ואפי' עבד ושפחה שנאמנין בה הרי אנו מתירין אותה להנשא מיד בזו הרגע שלא נתנו חז"ל שיעור לדבר:

וגם בשבועת העדות באמר לדידה ולא אמר לב"ד אמרי' שלא היתה צריכה להביא העד לב"ד כלל משמע שלא רמי' עלי' שום חקירה יתירה בשביל דיוקא והדבר צריך ביאור:

והנלע"ד בזה כי ענין דיוקא דידה הוא עפ"י מה שפרש"י בכתובות (דף כ"כ) שאמרה ברי לי אילו היה קיים היה בא והמפרשים דחו דבריו דאין זו ברי שיועיל במקום הכחשת עדים ומ"מ לענין דיוקא נראה כי חז"ל ירדו לסוף דעתן של נשים שאינם עשויות לקלקל עצמן וכדברי הרמב"ם סוף הלכות גירושין ואמרינן שודאי אומדנא שלה חזקה היא לפי ידיעתה והבחינה בדברים שבינו לבינה בודאי לפי דמיונה השמועה אמיתית שלולי זאת היה בא או שומעת ממנו וסמכו חז"ל על זה לדבר ברור ולכן שפיר כתבו התוס' בכתובות דדייקא מרעא לחזקת אשת איש דדמיונה בודאי הוא חזק עד שכדאי לאורועי חזקת אשת איש וזהו הטעם שלא ניתן לה זמן כלל להמתין רק מותרת לינשא מיד שהתירוה ב"ד הרי מינינו רואות שאין דיוק שלה כלום וע"כ דיוקא דידה הוא בדבר המסור ללב והבחנת ענינים בינו ובינה וזה דבר הכרחיי. ועיין מהרי"ק (שורש קפ"ד) שמביא בשם ההשלמה שכ"כ בס' המאור לחלק בין גט למיתה אף דבגמרא מוכיח אביי מגט למיתה ס"ל אביי גופי' פליג מם רבא גם בגט בכה"ג אבל לפי הפסק יש לחלק שפיר:

וא"כ אין תימא אם מתירין בשמו ושם אביו לחוד אף דקים לן מסתמא יהיה עוד בעולם שמו ושם אביו שוין מ"מ כיון דאצלינו לא נודע איש ששמו ושם אביו כשם זה שמעידין עליו א"כ ע"כ נתלה שזה שאנו מחפשין אחריו לא נודע מקומו אי' וזה שבא עליו קול השמועה שמת איש אחר הוא אשר לא ידענו מקומו דניהו אם אנו יודעין בבירור באיזה מקום יש עוד יוסף בן שמעון צריך לחקור עליו אם הוא חי או מת שיש לספק בזה שהעידו עליו אבל כאן כיון שהאשה מחזרת להנשא ע"כ סמכ' דעתה כי בודאי בעלה לא ישוב עוד וראה את ארץ מולדתו שזהו עיקר הדיוקא שסמכינן עליו וכיון שזה שאנו דנין עליו הוא בחזקת אבוד שלא נודע מקומו אי' א"כ אין שני יוסף בן שמעון אבודים מוחזקין לפנינו ולכן לא חיישינן שיש עוד יוסף בן שמעון שלא נודע ג"כ איה מקומו אין תולין שזה היוסף בן שמעון שאשתו מחזרת להנשא הלך לעלמא בחיים חייתו וקול השמועה שהגיעה לאזנינו הוא מיוסף בן שמעון אשר לא ידענו מתמול שלשום ותולין יותר השמועה במי שידענו שאשתו מחזרת להנשא שעל זה סמכו חז"ל דמסתמא לפי דעתה קים לה שבודאי לא ישוב עוד וזהו עושה ריעותא בחזקת אשת איש:

ומעתה לא נפלאת היא ולא רחוקה היא אם נאמר דהרמב"ם מתיר בשמו ושם אביי לחוד כמו שדייק מהרי"ק (שורש קע"ה) ממ"ש הרמב"ם מצאו כתוב בשטר מת פב"פ מתירין את אשתו דודאי הכי משמע באמת לא ידעתי לדחות זה כי אם בדוחק עצום. ומה שהקשה בתשובת צ"צ דהוא נובע מן הירושלמי ובירושלמי כתב מת איש פלוני נהרג איש פלוני ר' ירמיה אמר משיאין את אשתו רבין אמר אין משיאין אשתו וכתב ה"ה דפסק לקולא בשל דבריהם הרי מבואר בירושלמי לא נקט רק שמו לחוד וא"כ למה משיאין אשתו הא שמו לחוד ודאי לא מהני כדאיתא בתוספתא אע"כ הירושלמי לא נחית אלא לאשמעי' דמתירין ע"פ עדות בכתב ומיירי באופן שיודעין על מי הוא מעיד עכ"ד. ושתי תשובות בדברים הללו חדא דאפשר דגירסת הרמב"ם בירושלמי פלוני בן פלוני. וגם הרב המגיד אפשר דגריס הכי אלא שקיצר בלשון כמנהגו ואפילו תימא דגרס הרמב"ם רק מת איש פלוני או נהרג איש פלוני והוסיף הרמב"ם בחכמת לשונו מת פלוני בן פלוני הראיה מבוררת יותר מדברי הרמב"ם דודאי מה שדייק הרב בעל צמח צדק דהטור לא הביא רק מת איש פלוני ובשמו לבדו פשיטא דאין מתירין כמו שכתב הרמב"ם בהדיא דבעינן דיכיר שמו ושם עירו. ונראה דודאי לאו דוקא הוא כל דבשלמא אם הגירסא מת איש פלוני יש לומר דלא נחית לפרש על הסימן שנדע שזהו בעל האשה שבקשנו התירה דלא נחית להכי רק כאומר פלוני מורה באצבע שהוא מה שאנו דנין עליו ופלוני קאי על זה שאנו מסופקין ודנין עליו ומשנה מפורשת היא אפילו שמע מן הנשים שאומרות מת איש פלוני דיו כו' אפילו שמע מן התינוקות הרי אנו באין מלספוד איש פלוני דיו ותקשי הא ודאי ע"פ שמו לבד אין מתירין אלא ודאי פלוני מורה באצבע שאומר הסימנין פלוני זה שאנו דנין עליו והיינו שמו ושם עירו או שאר סימן מובהק שהורה על פלוני זה שאנו מחפשין עליו ופלוני לא קאי על השם כי אם על עצמותו של האיש אשר אנו מבקשין מאחר שלא בא התנא להורות על הכרת האיש כי אם על נאמנות העד. אבל הרמב"ם שכתב פלוני בן פלוני ע"כ לא קאי רק על שמותיהם לבד דאם כוונתו להורות באצבע על אשר יאמר כי הוא זה שאנו מבקשין שם אביו [למה] וכעין שאמרו בפ"ק דב"ב למ"ד איוב משל היה שמו ושם עירו ל"ל ובאמת ברי"ף מייתי הירושלמי בשלהי יבמות מת איש פלוני ולא שם אביו ואיכא ידים מוכיחות מסתמא גם להרמב"ם לא היתה גירסא אחרת אלא בכוונה הוסיף פלוני בן פלוני שיהיה לסימן שזהו המת וכן בנשתתק כתב פלוני בן פלוני ואם איתא דלא בא להורות כי אם דמהני מפי כתב ומיירי ע"י סימנין אחרים ל"ל לומר בן פלוני אלא ודאי מחשב זה לסימן מובהק ומטעמא דפרישית כיון דשמו ושם אביו שאנו מסופקין בו כבר איתרע חזקת אשת איש וגם סברא

דדייקא ומינסבא ובזה נדחה ג"כ דיוקא של הצ"צ דמנ"ל למ"מ שחולקין בירושלמי אי שרינן מפי הכתב דילמא בשמו לבד נחלקו דליתא דפשיטא דבשמו לבד ליכא מאן דשרי וא"כ י"ל דהרמב"ם מפרש דלא חיישינן לתרי יצחק מטעמא דפרישית דדייקא. וגם שכבר נפקע חזקת אשת איש במיתה. והא דמייתי ראיה מאנדרלאי מגט למיתה י"ל דמשמע ליה אם מחמירין בגט אפילו בשמו ושם עירו אין להקל במיתה בשמו ושם אביו לחוד דכולי האי לא מפלגינן בינייהו וא"כ דברי הרמב"ם כפשוטן מורים דמתירין בשמו ושם אביו לחוד וכהבנת מהרי"ק (שורש קע"ה) ואין לדחותן בשתי ידים במקום שיש עוד צדדין:

וע"פ הסברא שכתבתי אפשר ליישב מה שנתחבטו הראשונים בהך דאמרינן בכתובות תרי ותרי נינהו הבא עלי' באשם תלוי והקשו התוס' הבא עלי' בחטאת דאיכא חזקת אשת איש דתרי ותרי ספיקא דרבנן. ולפענ"ד בלא"ה צריך להבין דמוקמינן לאיתתא בחזקת אשת איש אע"ג דודאי ידוע לנו שכמה אנשים אשר מתים בכל יום וכמה אנשים מגרשין בכל יום ואין הספק אלא אם בעלה של אשה זו נמנה בין המתים או בין המגרשין שבכל יום ואיך מחשבין זאת לחזקת אשת איש וצ"ל כיון שאנו דנין על האשה בעצמה מוקמינן לבעלה בחזקת שהוא קיים וכן קיי"ל בשולח גט לאשתו נותנו לה בחזקת שהוא קיים אף שהוא לקולא וכן בת ישראל הנשואה לכהן ובשולח חטאתו כדאיתא בגיטין (דף כח) ואין מוציאין אותו מחזקתו אף שקים לן שיש אנשים מתים בכל יום אין דנין על הכלל כי אם על הפרטיי אף דנודע לנו בדרך כלל שיש אנשים עכ"פ בכלל עולם שמתים ואין מכניסין לבעלה של זו בספק אף שכתבתי לעיל גבי יוסף בן שמעון דמקרי ריעותא בחזקה י"ל דכיון דנודע שמו ושם אביו שהוא בעלה של זו כבר איתרע החזקה ואין להסתפק כי אם בפרטיי ששמו כשמו אבל היכא דליכא שום ריעותא בפרטיי מוקמינן אחזקתי' מ"מ אפשר לומר דאע"ג דאמרינן ביבמות (דף לא) דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן אחזקתיה י"ל שדבר הלמד מענינו הוא מהא דבר שטי' דמוקמינן לנכסי בחזקת בר שטיא כיון דאיכא תרי ותרי מכחישין וי"ל דוקא התם במסופקין על המקרה גופה כאשר נהיתה כגון שזה אומר קרוב לו וכת זו אומרים קרוב לה מוקמינן לאיתתא אחזקתה אבל במכחישין את עצמן בעיקר המעשה כגון שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת או שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה כיון דקים לנו שיש אנשים מתים ומגרשים אלא שהם מיעוט א"כ אין מחלוקת העדים אלא שאלו אומרים שזה בעל האשה הוא מכלל המיעוט מגרשים או מתים והמכחישין אומרים שאין זה מכלל מיעוט המגרשין ובכה"ג לכ"ע ספיקא דאורייתא הוא מאחר דהספק

בכלליי אם הוא מן המיעוט או אחר. אבל בבר שטי' אין הספק אלא בפרטיי לבד בזו מוקמינן אחזקתיה ובזו יבא על נכון מה שאמרו שם על שנים אומרים נתקדשה כו' או ניסת לא תצא ובנתגרשה תצא ופריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא ותמהו כל הראשונים הא רישא בחזקת פנוי' וסיפא בחזקת אשת איש ודחקו מאד. וכפמ"ש יבא בפשיטות דבמכחישין עיקר המעשה נודע לנו עכ"פ שפנויות מתקדשות א"כ אינן מחולקין אלא שיהיו בכלל המתקדשות:

ויש להסביר הדבר יותר דנימא דמוקמינן גברא בחזקת חי הלא באמת צריך אתה לדון כן על כל האנשים הנמצאים בעולם ואיך אפשר נוקים כולם בחזקת חיים וקיימים הלא הרבה מתים בכל יום וצ"ל כיון שלא נולד ספק כי אם בזה שדנין עליו ואין להכניס אחרים בכלל הספק וי"ל כל המתים מבוררים הם כשנדון עליהם ולא יפול עליהם כשנדון עליהם ויבורר הדבר ביניהם בין חיים למות וזה שאנו מסופקין בו נוקמי' בחזקת חיים כדמעיקרא:

ויובן בזה מה שאמר רבא שמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן והדבר צריך הבנה להשכיל במושכל ההבדל אף די"ל דימות לא מפיק ליה מחזקתי' דהכל למיתה עומדין לא א"ש מ"ש גבי נולד דמדמי לה וכמ"ש התו' שמא תזנה:

ולפ"ז מובן היטב דבשלמא על שמא מת אף שבודאי יש מן האישים מתים י"ל דכשנבא לדון עליהם לא יכנסו לספק ויבדלו החיים מן המתים באופן בלתי מסופק אבל על שמא ימות אי אפשר להפריש ביניהם לומר שזה יחיה ולא ימות מאחר שברור לנו מן האישים הנמצאים ודאי יש שימותו וזה ספק על כל בעל חי מן הנמצאים ולכן שמא מת ע"כ אתה צריך לומר שמא מת ולא נתבררה מיתתו ולהא לא חיישינן דכל זמן שלא נתבררה מוקמינן אחזקתו אבל שמא ימית שעדיין לא בא הדבר לבירור שפיר חיישינן דלענין שמא מת ע"כ אתה צ"ל שמא מת והיה אפשר שהי' מבורר שמא מת רק שלא בא הבירור וזה לא חיישינן דאתה צריך לתלות בתרתי שמת ולא נתברר אבל שמא ימות שעדיין אי אפשר שיבורר שפיר חיישינן:

ובזו יובנו דברי התו' בגיטין (דף יז) ד"ה זנות במ"ש, ומסתברא דאיכא למיחש טפי שמא תזנה מלשמא זינתה והגאון מהר"ם שי"ף כתב שלא ידע ליישב למה בתקנת בתולים החשש זינתה ובגט תזנה ובאמת שקשה לצייר החילוק אבל לפמ"ש מובן שפיר דהא עיקר החילוק הוא דלא חיישינן שמא זינתה ומוקמינן בחזקת כשרות אף שבודאי בכל המון נשים יש קצת פרוצות וזונות והספק אם זו מכללן ומכל מקום בדיעבד לא חיישינן דצריך להיות תרתי שזינתה ויצאה מחזקתה וגם לא נודע שיצאה מחזקתה ואם כן זה

ניחא בגט שחששו מאחר שמכל מקום יש מקצת מזנות וכשתזנה יחפה עליו אלא דזינתה לא חיישינן להוציאה מחזקתה שזינתה באופן שלא נתברר דתרתי לא אמרינן זינתה וגם לא נתברר משא"כ בחזקת בתולים שחששו שמא תונה ובאמת אם תזנה ויתברר שזינתה א"צ לתקנת בתולים וע"כ החשש שזינתה ולא יתברר א"כ אף כשתמצי לומר שמא תונה מ"מ צריך לומר שמא תזנה ולא תתברר שיצאה מחזקתה א"כ שוין שמא זינתה לשמא תזנה:

ז **הנה** פלפלנו מענין לענין אף שלא באותו ענין כי בנ"ד לא צריך כולה האי דודאי מה שמועיל שמו וסימן השומא וגם חולי נופל ולקח קמיע בקאזניץ ומצורף לזה שיש לו בן א' ודר אצל מלמד ונודע שכל הדברים היו בבעל האשה הנצבת שאנו דנין עליה נראה דהוה כמו סימן מובהק והנך סימנים כולהו לא גרע משם עירו, וכבר הארכתי בתשובה להוכיח דשני סימנין אמצעיים מצטרפין להיות כסימן מובהק וכבר כתבו כן מקצת מן האחרונים אלא דבחמ"ח סקנ"ה בתשובתו שם כ' אע"ג דמצד שיקול הדעת יש להקל מ"מ לא מצינו רמז לדבר במחברים. ולענ"ד יש רמז לזה במה שאמרו בפ"ק דב"מ (דף יח) אף דחיישינן לשני שוירי באמרו עדים לא חתמנו אלא על גט יוסף בן שמעון א' לא חיישינן דילמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים הרי בהדיא אף דלשמא כשמא חיישינן מ"מ לתרווייהו לא חיישינן וא"כ בנ"ד אין לחוש שנמצא אחר ששמו צלאל והיה לו שומא וגם חולי נופל וקיבל קמיע בקאזניץ ויש לו אשה ובן א' ודר אצל מלמד לפי דעתי אין לך סימן מובהק גדול מזה. ובכה"ג הביא מהרי"ק (שורש קפה) צירוף שמות שונים אף בלי שום סימן בגופו. וגם מצאתי עוד דמיון ממ"ש פ' הכותב בההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא אמרינן חדא דלא אמיד ועוד הא יהיב סימנא וכתבי התוספות דשני הטעמים צריכים ואחדא לא סמכינן להוציא ממון אבל שיהי' שניהם כאחד שלא אמיד וגם זה נותן סימן מחשב לראי' ברורה אף להוציא ממון כ"ש בנ"ד שיש להתיר בפשיטות ע"י שמו בצירוף סימנין הנ"ל ומ"מ בנ"ד שבאמת הגיד שמו ושם עירו רק שנסתפק לעד אם אמר דאברי או דאברין יש להחמיר ולשלוח לק"ק דאברי לחקור אם נמצא שמה איש כזה ואם לא ימצא שמה ואפילו אם לא נוכל לברר שבודאי לא היה שם איש כזה רק שלא הוחזק שם יש להתיר ג"כ דמסתמא כיון לדאברין ששם ידעה אשת צלאל שהיה בו כל הסימנין האמורין ואע"ג דמשמע בגמרא דהיכא דשריא אפילו לכתחילה א"צ בדיקה מהא דפ' האשה שלום (דף קטז) דפליגי אביי ורבא אי חיישינן לתרי יצחק ומייתי אביי ראיה מאבוה דשמואל בההוא גיטא כו' ואמרו תבדק נהרדעא וא"א דאף כשיש דבר מספיק להתירה צריכין לברר לכתחילה מאי ראיה מגט דשם אמר

תבדק לברר לכתחילה מ"מ בנדון דידן שלא נודע איזה עיר אמר שפיר יש לברר ע"י שיכתבו לק"ק דאברי אם נמצא שם איש ששמו צלאל והיה נכפה וקיבל קמיע וגם היה לו שומא ודר אצל מלמד וקרוב הדבר שבודאי לא ימצא שם ותוכלו להושיב ב"ד להתיר האשה מכבלי עגונה וד' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. עוד אחת היא והיתה לבאר כי לכאורה יש פקפוק בדברים שהגיד מאחר שהיה חולה ושכיב מרע צריך בדיק' לגיטין כדאיתא (בסימן קכ) אלא דאין לחוש לכך מאחר שסגי במקצת בדיקה אם כן ודאי כיון שאמר דברים כסידורן נראה שהיה דעתו מיושבת ואף שהרמב"ם בהלכות מכירה ובח"מ (סי' רל"ה סכ"א) [כתבו] מי שהוא עת שוטה ועת שפוי כגון אלו הנכפין קרי הרמב"ם לנכפין שוטים מ"מ בנ"ד נראה שבודאי שפוי היה ואין לתלות שמחמת שטות הגיד שמו ושם עירו ונתכוין לשם זה שאנו דנין להתיר אשתו בודאי מתוך הדברים ניכר שאמר דבריו בישוב הדעת והשכל וכל דבריו נאמנו מאד ואין לחוש כלל הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

סימן יט

תשובה הנה היתר בתולה זו יפרד והיה לכמה ראשים מכמה צדדי היתר שיבאו בדברינו בס"ד ואף אם לא יספיק הא' עם שדעתינו נוטה להתיר לא נסמוך על דעתינו לגודל חומר הנושא לא נסמוך מל היתר הראשון נצרף עוד שאר צדדי ההיתר באופן שתהא מותרת מבלי פקפוק. וצור ישראל יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. וזה החלי בעזר צורי וגואלי:

א הנה צדדי ההיתר שבנדון זה הוא בשביל שאמרה שלא הבינה לשון המקדש מחמת רהיטי' דלישנא שהיא אמתלא טובה שגם לפי דברי העדים אמר כן במהירות הלשון ודבר זה אינו רחוק הגם שהבינו העדים שהורגלו לדבר עמו כידוע וגם בקיאין מחמת לימודם בלשון קדושין משא"כ ריבה זו שלא הורגלה בלשון זה לפי נהוג מקומותינו שאין מקדשין זולת בשעת החופה ואף הקרובים למעמד החתן אין שומעין היטב באופן שאין הלשון מפורסם וא"כ אין טענתה מרומה וכמו כן הטענה השני' שלא ידעה שמקדשין בפרטשלי ג"כ היא אמתלא טובה לפי הנהוג שאין מקדשין רק תחת החופה בטבעת ומאין תדע ריבה זו מתניתין דריש קדושין בפרוטה ובש"פ באופן שהיא אמתלא טובה ומה גם לאחר שיבורר בדברינו שעיקר שנאמנת לומר לא הבנתי לשון קדושין:

אלא שלא נסמוך על דעתינו בזה למעשה ע"כ נצרף אליו היתר [ב'] והוא מצד שנחליט שבעדות הא' אין בו ממש ולא ישאר רק ע"א בקדושין ונחתור עוד אל היבשה להסתייע ממי שאומר בע"א נאמן שלשחוק כיון ומה גם שקצת יש אומדנות במוכיחות לכך:

ואח"כ נשוב עוד לצדד בצדדי החומרא שיש בהיתר זה ע"כ נצרף היתר [ג] והוא שאף אם היו השני עדים מכוונים לדבר א' מ"מ כמה וכמה מהראשונים אשר ס"ל לפי דעתם שאין הקדושין כלום וכ"ש שנוכל להחליט שאין בעדות עד השני ממש:

והירא ורך הלבב לחוש להחמיר ואזיל בתר חומרי נוכל לצדד עוד היתר [הד] שהוא מפני שנח הי' הפרטשיל רק של אביו כפי דברי אביו וכפי דבריו ונברר אם נאמינו ע"ז:

ולרוחא דמילתא נצרף עוד [סניף ה] שהוא מצד נמצא א' קרוב ופסול כפי הדיעות אשר אפשר להסכימם לזה ונמצא עוד מעין זה מצד הא' לאמר איני יודע ונביא ראיה ברורה מן הש"ס:

ולא נצרכא אלא להעדפה לצרף מה שנבדקה הבתולה ע"י נשים ולא מצאו לה שערות וכמו שיבא בדברינו באורך:

ונשוב לבאר הדברים כל היתר בפרט. ואשיב על ראשון ראשון. הנה הבתולה שאומרת שלא הבינה מה היה מדבר עמה מצרף לזה שלא ידעה שאפשר לקדש בפרטשיל שתי טענות הללו משפט א' להם ור"ל שאם היינו יודעין שהאמת כדברי' לא הי' כאן בית מיחוש דמה לי שלא הבינה הלשון או שאינה מבינת שיכולה להתקדש בפרטשייל שהוא דבר זר לפי הנהוג דעיקר טעמא דבעינן שתהא יודעת שמכוון באותן הדברים לקחתה ושתהיה אשתו כמ"ש הרמב"ם בפ"ג דאישות ואם אינה יודעת שמקדשין בזה האופן אין כוונתה להתקדש לו כלל וזה פשוט:

ולכן באנו בזה למחלוקת האחרונים באמרה שאינה מבינה לשון קדושין הנה הרב בחמ"ח [ר"ס כז] כתב באם אומרת שאינה מבינה אינה מקודשת כלל רק שכתב שבלשון הנהוג אינה נאמנת לומר שלא הבינה וכאן שהיא תולה ברהיטי' דלישנא כמו שמסייעין לה העדים בזה שאמר במהירות הלשון וע"א הגיד לי בפירוש שהבין לשונו בשביל שהי' רגיל ולמד עמו ומצרף לזה שלא ידעה שאפשר לקדש בפרטשיל א"כ אם נחליט שנאמנת לומר שלא הבינה גם כאן היתה נאמנת אלא שהרב בחמ"ח הניחו בצ"ע אם יש לחוש לדברי רי"ו שכתב דהוה ספק:

ב אלא דהב"ש (בסק"ה) כתב וז"ל שהיא תבין הוא לשון הטור ומשמע מדבריו דגם בלשון הרי את מקודשת לי צריך לידע שמבינה הלשון דלאו כל הנשים מבינות לשון הקודש כו' ובשאר לשונות אם אמרה שאינה מבינה הוה ספק קדושין שמא משקרת

וכ"כ רי"ו וב"ח ומ"ש הרא"ש הני לשונות דברירא כו' היינו בלשון דברירא לאו כל כמיני' לעקור הקדושין אבל ספיקא הוה עכ"ל ע"ש ומקור מחלוקת זה נובע מלשון הטור שם שכתב בכסף כיצד כו' וכן בכל לשון שמשמעותו לשון קדושין ודאי באותו מקום ובלבד שהיא תבין לשון קדושין ואם היה מדבר עמה תחלה על עסקי קדושי' אפילו נתן לה בשתיקה הרי היא מקודשת כו' וכ"ש אם אמר לה לשון קדושין אלא שאינה מבינה אותו דהוו קדושין עכ"ל. והרא"ש בפ"ק דקדושין כתב אבל הני לישני דברירא דהוה לשון קדושין לאו כל כמיני' לומר לא ידענא דהוה לשון קדושין וכל אלו הספיקות כשהיה מדבר עמה ע"ע קדושין ואם לאו אין בהם ממש עכ"ל והבין הב"י מדבריו דבלישני דברירא להרא"ש אפילו אומרת שאינה מכרת מקודשת וכ' דאפשר דהרא"ש מודה לשאר מפרשים אלא שהוא אינו נאמן כיון שהוציא מפיו לשונות האלו והיא נאמנת ומ"מ יש לתמוה על רבינו שלא הזכיר סברת הרא"ש כלל עכ"ל. והנה לדברי ב"י הרא"ש שוה לדעת הפוסקים שהיא נאמנת לומר שלא הבינה כמ"ש בחמ"ח שכן משמעות הפוסקים ולדעת ב"ש הוה ספק קדושין שמא משקרת אכן לענ"ד לא נהירא בפירוש דברי הטור גם דברי הב"ח מ"ש הטור ובלבד שתבין דהוה קדושין ודאי דא"כ היה לו להטור לבאר דין קדושי ספק וגם עיקר פירושו בדברי הרא"ש אינו מכוון במ"ש לאו כל כמיניה היינו שיהי' קדושי ספק זהו אינו במשמע כלל דה"ל לבאר בהדיא ואם אמר שאינו מבין הוה ספק קדושין וכ"ש שדברי הב"י אינם מכוונים בדברי הרא"ש שחילק בין דידי' לדידה מה שלא נזכר שום רמז בדברי הרא"ש לחילוק זה ועוד אם כוונת הרא"ש מענין נאמנות א"כ היכא שייך לשין אבל הני לישני דברירין לאו כל כמיני' ומאי ענין זה לענין הסוגיא שבש"ס שלא נזכר ונרמז כלל מענין נאמנות ול"ל דהרא"ש מפרש מה שנאמר בש"ס שם או דילמא למלאכה קאמר היינו שיכול לומר שלא הבין הלשון וא"כ שפיר שייך אבל דבלישני דברירין אינו נאמן הא ליתא דלדעת הרא"ש אפילו יודעין לשון קדושין כל שלא היה מדבר עמה תחילה אפילו ידעה אינה מקודשת וכן כתב הב"ש להדיא (בס"ק כו) לדעת הרא"ש ויבואר בדברינו להלן בע"ה וגם הטור וכל הפוסקים לא הזכירו כלל שצ"ל דלמלאכה קאמר ולא נזכר בש"ס מענין נאמנות כלל והיכא כתב הרא"ש אבל שאינו מתיישב כלל (עיין משיבת נפש ח"א):

ולכן נלפע"ד הדבר ברור דקאי על לשון הש"ס שם (דף ו) דמוקי הספיקות במדבר עמה ע"ע קדושין ואי דיהב לה ושתק הכי נמי והב"ע ביהיב לה ואמר לה בהני לישני והכי קמבעיא ליה הני לישני לקדושי או למלאכה קא"ל ע"כ לשון הש"ס הנה מבואר שאם א"ל בהני לשונות גרעי משתיקה שאם הי' נותן לה בשתיקה היתה מקודשת מ"מ בהני

לישני מגרע גרע משתיקה והטעם כיון די"ל בלשונו' אלו למלאכה הרי נעקר דיבור דמעיקרא על ענין קדושין דבשלמא ביהב לה ושתק סתמא כפירושו שנתן לה ע"ד דיבור הראשון אבל ביאר בהני לישני כיון שיש לפרשם למלאכה אינו מוכח מהלשון שלקדושין נותן לה וכמו שיבואר לקמן בדברינו באורך בפרט הלזה דבעי גלוי דעת בקדושין וע"ז כתב הרא"ש דדוקא בהני לישני דמספקן ויש לפרש באותן לשונות ענין לעיקר הקדושין ולכן מגרעין משתיקה ואפילו אם מודה שכיון לשם קדושין לא תלוי כלל בהודאתו כיון שאפשר לפרש בלשון זה למלאכה ואילו אמר בפירוש למלאכה לא היה מה שבלבו לקדושין משא"כ בלשונות הברורין שהם לשון קדושין פשיטא דלא גריעי משתיקה ואין יכול לומר לא הבנתי שהוא לשון קדושין וכיון שאפשר שהוא לשון אחר ונמצא שנעקר הדיבור שדיבר מעיקרא עע"ק דמשמע דבלשונות הברורים בדיבר עמה תחילה ודאי מקודשת ואם איתא שיוכל לומר לא הייתי יודע אפילו בלשון טוב נימא שעוקר הדיבור כיון שאפשר לומר שלא היה יודע אלא ודאי הא ליתא דבלישני דברירי אפילו לא היה יודע באמת מ"מ לא גרע משתיקה ולשון ברור אינו עוקר הדיבור דמעיקרא כיון שלפי האמת אין בלשון זה משמעות אחר אפילו לא היה מבין באמת מ"מ מקודשת גמורה היא שהרי לא נעקר הדיבור דמעיקרא ומ"ש לשון לאו כל כמיני' היינו שאין בידו לומר כן (וכיוצא בזה בקדושין (דף נ) לאו כל כמיני' דעקר לתנאיו וכה"ג טובא בש"ס) או שאם אומר שהבין הלשון בחילוף מה שהוא ע"ז ודאי אינו נאמן כלל הדברים דהרא"ש מיירי בדיבר עע"ק וכמ"ש אח"כ וכל אלו הספיקות כן נ"ל ברור בדעת הרא"ש. ודברים אלו מבוארים בעליל בטור ממש ככל דברי הרא"ש מ"ש ובלבד שתבין כו' וביאר הדבר דכ"ש במדבר בע"ק ואמר לה הני לשונות דברירן אלא שאינה מבינה דמקודשת שהוא כפירושו בדברי הרא"ש כאשר כל דברי הטור מיוסדים על אדני פז של הרא"ש ז"ל כן נ"ל ברור. וכיון שזכינו לזה מעתה אין צורך להוציא דברי הטור מפשוטן כמש"ל ובלבד שתבין היינו שנאמנת לומר שלא הבינה וכהבנת הב"י ואין ראיה מהרא"ש כלל דאיירי בדיבר עע"ק וזה הדבר ביאר הטור ז"ל כפי דברינו וכבר כ' בחמ"ח שכן משמעות כל הפוסקים אלא שלא פירש בהדיא בדברי הפוסקים דין זה שאמרה שלא הבינה:

וגם מתוך הסברא נראה דנאמנת דע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא והכא אדרבה אתחזק התירא דבחזקת פנוי' קאי וכן מצאתי בהגמרא דקדושין תשובת מהר"ם על השליח שטעה ואמר לי כ"ש נאמן לומר שטעה מהאי טעמא דפרישית דע"א נאמן באיסורין ואפי' אינש אחרינא סמיך עליה ע"ש באורך ובמ"ש עוד בתוך דבריו ז"ל ועוד אפילו נתכוין לקדשה נשיילה לדידה אם נתרצית ואם אמרה דלא נתרצית והאי דשתקה

משום דלא ידעה מאי קאמר כי לא הבינה לשון קודש מהימנא דע"א נאמן באיסורין היכא דלא איתחזק כי הכא דלא אתחזק מעולם שנתרצית כו' עכ"ל. אלא דבמרדכי גופי' בפ' האומר הביא תשובת הרב להר' ידידי' בהאי עובדא דצריכה גט ולא מהימן לומר טעיתי ומייתי ראיה בקידושין (דף נ) דבעי למיפשט דדברים שבלב אינן דברים מהא דמקדש האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת ונמצאת לויה כו' מקודשת ודחי שאני התם דלחומרא אלמא אפילו דברים שבלב הוה דברים לא הוה מהימן לומר כסבור הייתי כו' עכ"ל מיהו יש לדחות ראייתו דהא דקאמר לחומרא היינו דהחמירו חכמים להצריך גט כיון שקידש סתם ואפי' במומין שחזקה שאין אדם מתפייס בהם לרבה ורב חסדא בפ' המדיר צריכה גט מדבריהם ואפילו לפי דבריו יש לדחות דהתם כיון שקידש סתם וזה אינו מום שהרי אין בני אדם מקפידין ע"ז מן הסתם לכן חיישינן דילמא משקר ורוצה להפקיע הקדושין אלא כיון דלפי דבריו אינה מקודשת ודברים שבלב הוה דברים גס בקדשה אחר צריכה גט משניהם:

ובלא"ה נמי צריך להבין שם בש"ס דהא פשיטא לן בליכא גלוי דעת מעיקרא דלא מצי למימר בלבי כך היה דאל"כ לא משכחת לה שום קדושין ומכירה וא"כ מאי פריך דילמא התם איירי בלא גלוי דעת וכבר דיברו בזה מפרשים אלא שאינן ת"י לעיין בהם ולכן נראה במכר סתם לא מצי למימר בלבי כך היה דאנן סהדי מדלא אתני גמר ומקני אלא דאי דברים שבלב הוה דברים לגבי נפשי' ראוי שיהי' נאמן דהודאת בע"ד עדיפא מעדים וכמו כן כל היכא שמסתעף לו איסור מזה אי דברים שבלב הוה דברים ואם יהיה האמת שבלבו כך היה היה הדבר נאסר עליו שוי' אנפשי' חד"א שהרי אפילו נגד עדים מצי לשוי' נפשי' חתיכה דאיסורא וכמ"ש בחמ"ח וב"ש באה"ע (ס"ז ס"ה) ועיין משנה למלך (ה' אישות פ"ט) וא"כ בס"ד משמע ליה מקודשת לגמרי משמע אפילו להקל כגון אם קידש [אחותה] אין קדושין תופסין ואף ארוסתו מותרת עליו ואי דברים שבלב הוו דברים ה"ל למימר שוי' נפשי' חד"א ודחי באמת דדוקא לחומרא קאמר וא"ש ודו"ק וא"כ אין שום ראיה משם לפ"ז דודאי פשיטא בסתמא לא מצי למימר בלבי כך הי'. והנה תיתי לי שקיימתי דברים הללו בעודי במקום הגביות עדות ושם לא היה עמדי שום מפורש לעיין בו וכשחזרתי לביתי עיינתי (ב"מ פ"י) [במפרשים] וראיתי שכוונתי בסברא זו לדעת גדולי ראשונים הלא המה הרשב"א והריטב"א אלא שאני ביארתי הדברים יותר ע"פ הסברא דגם נגד עדים שוי' חד"א וסתמא לא עדיף מעגים וב"ה שכונתי לדעת גדולים אף שבס' פ"י גמגם בדבריהם אין גמגומו כלום וא"כ ליכא שום ראי' וגם יש לפרש בפשיטות שאני התם דלחומרא דהא גופי' מספקא לי' לתנא אי דברים שבלב הוה דברים וכן ראיתי

ג"כ בס' פ"י וא"כ ליכא שום ראי' מזה ומ"מ אפילו מהך תשובה דהר"ם אין ראיה שסבור שאינה נאמנת לומר שלא הבינה דהתם שאני שפירושו שאומר שטעה סותר את דבריו וכמו בסבור שהיא כהנת ג"כ סותר לשון הקדושין שהוא בסתם ואינו כמשמעות לשונו כלל משא"כ באומרת שלא הבינה לשונו אפשר שמודה שנאמנת מיהו תשובת מהר"ם סותרות זא"ז:

ג ועוד נראה להביא ראיה מדברי הר"ן בקדושין פ' האומר גבי ע"מ שיש לי מאתים זוז הרי זו מקודשת ויש לו ופריך וניחוש שמא יש לו ופי' הר"ן דכיון דקידש מתחילה אדעתא דהכי רגלים לדבר שהיה לו דאל"כ למה קידש והשתא הוא דבעי למיהדר בי' עכ"ל ומדלא פירש בפשיטות היאך נעמוד על הדבר שאין לו כי אין אדם יודע במטמונות של חבירו אלא ודאי אי לאו האי סברא דרגלים לדבר הוה מהימן והיינו מטעמא דפרישית וכבר עלה על דעתי לדחות דדוקא הוא מהימן כיון שיש לו מיגו דבידו לגרשה והי' לו להאמינו במיגו ולכן צ"ל הך סברא דרגלים לדבר אבל היא שאמרה לא הבינה לא מהימנה אבל לא נהירא לי דאם איתא דהוה מיגו משום רגלים לדבר לא הוה מרעינן לה ובפרט מיגו דבידה לגרשה היא מיגו מעולה עד דאיכא מ"ד בקדושין פ' האומר מה לי לשקר כעדים דמי וכ' הר"ן שם (בדף רלו) דאף דמיגו במקום עדים לא אמרינן ואפילו במקום חזקה מבעיא לן הך מיגו דבידו כעדים ולדעת הר"ן משמע לי' דקיי"ל הכי וא"כ אם איתא שיש מקום למיגו זו לא הוה מרעינן לה לכ"ע משום רגלים לדבר ועוד היכא כ' הר"ן מיהו כל שבידו מקודשת קדושי ודאי ואע"פ שאין לנו עדים שהוא שלו עכ"ל והיינו כ"כ מטעם חזקה שכל מה שביד אדם בחזקת שהוא שלו ומשמע אפילו אומר שאין לו לא מהימן וכן נראה מדברי האחרוני' באה"ע (סימן לח סי"ד בחמ"ח סקכ"ב וב"ש סקכ"ט) מ"ש ואם נימא דהאי מיגו הוה א"כ לפי דעת הר"ן דכעדים דמי אתי מה ני לשקר ומרע לחזקה לכ"ע ואפילו לדעת הפוסקים המחמירין דכחזקה דמי עכ"פ יהי' ספק קדושין דאוקי חזקה להדי חזקה דכל מה שנמצא ביד אדם הוא שלו וגם ע"כ לא קאמרי הפוסקים דלא הוה עדים אלא לחומרא אבל לא לקולא עיין בסוגיא דקדושין (דף כה) ובמפרשים ותבין הדבר על בוריו ועפ"ז הארכתי בספרי דאפילו לדעה שכתב הרמ"א (בסימן כט) דאפי' מיגו לא מהני נגד חזקה זו היינו דוקא מיגו בעלמא אבל מיגו שהוא בידו לכ"ע מהימן וכ"ש לדעת המחבר שם דביש לו מיגו נאמן ואין כאן מקום להאריך בזה כי כבר הארכתי בספרי בזה ולכן הדבר ברור דלאו מיגו הוא כלל שבידו לגרשה די"ל דוקא בבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מטעם שבידו לגרשה שאינו מפסיד מהגירושין משא"כ הכא לא שייך הך מיגו כלל כיון שאם אומר שאינה מקודשת מותר

קרובותי' ואם יגרשנה אסור בקרובותי' וכן אמרינן בקדושין (דף כ"ה) בשלמא מבקשין ניחא אלא כופין אמאי הא מצי אמר לא ניחא לי דאיתסר בקרובותי' ונוראות נפלאתי על הך תשובת מהר"ם שבהגמ"ר שהבאתי לעיל שכ' שנאמן מתוך שבידו לגרשה וגם בהך תשובה דמרדכי גופי' נדחק לדחות מיגו זו בסוף הגהת מרדכי דקדושין כתב ג"כ מיגו זה ואיך לא נרגשו ממ"ש וצ"ע עכ"פ לדעתי אין במינו זו ממש וא"ד ע"כ צ"ל דאי לאו דרגלים לדבר ריה מהימן וכן יש להוכיח ג"כ מלשון הריטב"א בקדושין שם שכתב שם על לשון הש"ס הא בקדושי ספק פי' דאי איכא סהדי דיש לו מקודשת קדושי ודאי ואי ליכא סהדי הוה קדושי ספק כיון דהאי גברא קא אתני רגלים לדבר דאי לאו דהוה לי' לא הוה מתני עכ"ל:

גם בחדושי הרשב"א כ' וניחוש שמא יש לו דכיון דקאמר דיש לו איכא למיחש דילמא מעות טמונין הי' לו עכ"ל משמע דוקא משום דקאמר תחילה דיש לו אבל בלא"ה הוה מהימן וגם מדברי הרמב"ם וש"ע (סימן לח סי"ז) שכתב חיישינן שמא יש לו וזה שאומר אין לו כדי לקלקלה עכ"ל. ולכאורה קשה דא"כ היכא אמרינן בבעל אמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה נימא שמכוין לקלקלה ואפילו לדידן דקיי"ל כמ"ד חוש לה היינו מטעם שכ' הרשב"ם דאם גרשה קלא אית לי' וכ"כ הב"ש באה"ע (ריש סימן קנב) בשם רש"י ור"ן וא"כ תיפוק בלא"ה ניחוש שאומר כן לקלקלה ועיין ריש גיטין ואין להאריך בזה אלא הדבר ברור דלא חיישינן כלל בעלמא שמכוין לקלקלה רק הכא שאני כיון דסבר שיש לו וכדברי הר"ן וריטב"א ורשב"א:

מיהו אפשר לדחות דבשלמא בבעל שאמר גרשתי את אשתי לא חיישינן שיקלקלה דלמה יקלקלה בחנם כיון שבידו לגרשה ואין לו הפסד מן הגירושין משא"כ הכא שאינו חפץ לגרש דלא ליתסר בקרובותי' א"כ רוצה לקלקלה ושלא לגרש בשביל שיהי' מותר בקרובותי' אבל באמת הא ליתא דאם כוונתו דלא ליתסר בקרובותי' הרי גם עצמו מקלקל אם באמת יש לו א"כ היא מקודשת קדושין גמורין והקרובות אסורות עליו וא"כ הי' לו להרמב"ם לומר הך טעמא גופי' שאומר שאין לו שלא יאסר בקרובותי' אלא ודאי לא חשדינן רק שיכוין לקלקלה וא"כ הדרא קושיא לדוכתה מ"ש מבעל שאמר גרשתי את אשתי אלא ודאי הכא עיקר טעמא משום רגלים לדבר כמ"ש הר"ן וא"כ מוכח מדברי כולם דהיכא דליכא רגלים לדבר מהימן והיינו מטעם הנ"ל דע"א נאמן באיסורין:

ד ואם לחשך אדם לומר דשאני עניני קדושין דהא חזינן דאפילו באתחזק איסורא מספקא לן אי ע"א נאמן ובספרי לי"ד (סימן קכז ס"ק טז) הבאתי כמה מגדולי הראשונים שסבורין כן באמת דע"א נאמן אפילו באתחזק איסורא ואע"פ שבדבר שבערוה קיי"ל אין

דבר שבערוה פחות משנים וא"כ אין לדמות קדושין לאיסורין נשוב ונאמר דהא ליתא שכבר כתב הר"ן אמתניתין בפ' האומר גבי קדשתי את בתי ואיני יודע למי ובא א' ואמר אני קדשתי' נאמן וכתב הר"ן ואע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים ליתא דהתם הוא להוציאה מחזקתה אבל הכא מעמידה בחזקתה מהימן הרי להדיא דבאינו נגד החזקה מהימן והכא נמי אתחזק התירא. ובזה ניחא לי סוגיא דריש גיטין דקאמר אבל התם דאתחזק איסורא ה"ל דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים וכתבו התוספות שם דהא דקאמר הוי דבר שבערוה היינו משום מ"ד דגם באיסורין נאמן באתחזק איסורא ואכתי תיקשי ל"ל דאיתחזק איסורא לימא בפשיטות ה"ל דבר שבערוה דבדבר שבערוה לכ"ע לא מהימן ולדברי הר"ן ניחא דגם בדבר שבערוה בעינן אתחזק איסורא. ולכן צריך לומר תרתי אתחזק ודבר שבערוה ולכן הוכרחו הר"ן ורשב"א וריטב"א לומר התם אינו נאמן משום שיש גלוי דעת מדקידשה מיהו מדברי הרא"ש לא משמע כן שכתב חיישינן שמא יש לו ועתה נתחרט לבטל הקדושין והקשה אמ"ש בתוספתא באומר ע"מ שאעשה עמך כפועל הרי זו מקודשת מיד עד שיאמר לא דברתי ולא עשיתי כו' משמע שנאמן ואמאי לא חיישינן שמא נתחרט כמו בההוא דלעיל ופי' דבאומר לא דברתי הוה קדושי ספק ואם ס"ל סברת הר"ן לק"מ די"ל דוקא התם חיישינן שיש לו מדקדשה מעיקרא ואם אין לו ל"ל לקדושי לי' משא"כ בתנאי שבשעת קדושין הי' סבור לקיימו מיהו י"ל דגם בתנאי מדקדשה אדעתא דהכי מסתמא היה כח בידו לקיימו ואדעתא דהכי קדשה י"ל מסתמא קיימו ודמי' שפיר לע"מ שוש לו ובלא"ה נמי לא דמי דבשלמא התם האשה אינה יודעת ברי אם מקודשת ולכן חיישינן שיש לו ויברר אח"כ שיש לו וכדומה משא"כ בטענה ברי שלא קיים התנאי גם להרא"ש נאמנת וכ"כ הב"ש להדיא (בס"ס לח) דמ"ש בס' י"ב בתנאי אעשה עמך דאם אין עדים מקודשת מספק היינו כשהיא אינה יודעת ע"ש ודין זה נובע מדברי הטור והוא מדברי הרא"ש שהבאתי הרי להדיא דמחלק בכך וכן מבואר ברמב"ן הובא בר"ן פ' האומר שכתב בכל התנאין שמתנה עמה שהן תנאים שלו כגון ע"מ שאדבר או ע"מ שאעשה כו' אם אמר עשיתי והיא אין יודעת נאמן וא"צ עדים וכן אם אמר לא קיימתי התנאי נאמן וכל תנאין שהוא תנאי שלה כו' היא נאמנת עכ"ל הרי דנאמן לגמרי באמר לא קיימתי התנאי ומותרת לעלמא. והרמב"ן אינו מחלק כלל בין תנאי שבשב ואל תעשה לתנאי שבקום ועשה כמבואר בר"ן שם ומשמע אפילו היכא דביטול הקדושין תלוי בקום ועשה נאמן לומר שדבר לבטל הקדושין וכן משמע מדברי הרמ"א שכתב בשם י"א דאפילו בקום ועשה נאמן כל שאין שכנגדו מכחישו משמע בכל גווני אפילו ביטול הקדושין תלד בקום ועשה שהם אין מחלקין כלל לענין

זה דלעולם נאמנין וכיון דחזינן דנאמנין שלא נתקיים התנאי להתירה אפילו אינה יודעת ברי כ"ש כאן שיש להאמינה שעיקר הקדושין אינו כלום מחמת שלא הבינה. ואפילו לדברי הרא"ש והטור היינו משום שאינה מכחשת משא"כ בנ"ד שאדרבה היא אומרת שלא הבינה וגם המקדש לא יוכל להכחישה פ"ז דאפשר שבאמת לא היתה מבינת והקדושין נעקרין מעיקרא ולא הי' שום התחלה לקדושין הוה הכחשה גמורה וכן כ' הר"ן שם אפילו בתנאי שהוא בקום ועשה כגון אם אמר הרי את מקודשת לי ע"מ שלא אשתה יין בין בקדושין בין בגירושין כ"א נאמן כשאין חבירו מכחישו אבל במכחישה והיא אומרת שלא קיים נאמנת כו' עכ"ל ע"ש הרי דנאמנת אפילו אומרת שעברה על התנאי אף שמכחישה ואף החולק שם היינו מפני שהוא בקום ועשה בחזקתו שלא עשאו משא"כ הכא שאמרה שלא הבינה י"ל לכ"ע מהימנא שהרי טענתה ברי וגם טענתה טובה היא:

הנה נא הואלנו לבאר ע"פ ראיות ברורות דנאמנת לומר שלא הבינה ולא מצינו חולק בזה ומ"ש רי"ו דהוה ספק קדושין צ"ל דכיון שהוא לשון ברור ריעא טענתא וכ"כ הגאון בס' נודע ביהודה (סימן נח) וא"כ בנ"ד ודאי טענתה מעולה שהעדים עצמם אמרו שאמר כן במהירות וגם טענה השני' שלא ידעה שמקדשין בפרטשיל גם כן היא טענה טובה וקרובה לאמת כפי המפורסם בזמנינו זה שאין מקדשין אלא בטבעת ותחת החופה דוקא א"כ ריבה זו מסתמא אינה יודעת בטיב קדושין הללו ואפילו אנשים ההמונים לא ידעו ולא יבינו שיכולין לקדש בכל דבר ובכל מקום א"כ היה ראוי להאמינה אפילו היתה העדות ברורה בלי פקפוק וכן דעת בעל ס' נ"ב ג"כ שנאמנת לומר שלא הבינה והחליט הדבר אלא שלא בירר הדברים על בוריין היטב ות"ל כבר בררנו הדברים לאמתן של תורה ויתד הוא שלא תמוט וזה מה שרצוני לבאר בהיתר הראשון:

ה היתר השני הוא שלפי המבואר בגביות עדות דברי עד השני שאחז המקדש למטה בשני קצוות הפרטשיל ולא השגיח לראות אם סילק ידיו מהפרטשיל והנה אם יונת שלא סילק המקדש ידו מהפרטשיל עד שחזר ונטלו מידה ואגדו בידו לכאורה אינה מקודשת שהרי לא יצא הפרעשיל מרשות הבחור המקדש כיון שהיה אגוד בידו אלא שיש לפקפק בזה דאפילו לא סילק ידו ממנו מ"מ מה שמונח ע"ג יד הבתולה הוא ברשותה כמו בקנין סודר דקיי"ל בח"מ (סי' קצה) שאע"פ שלא תפס המקנה כל הסודר אלא מקצתו קונה והטעם מבואר בפ"ק דמציעא דכמאן דפסיק דמי וא"כ י"ל אף שאחז למטה מ"מ מתקדשת במה שמונח על ידה דכמאן דפסיק דמי ומתקדשת במקצת שמונח על גבי ידה אלא שיש לחלק בזה דבשלמא בתופסו בידו כיון שידו מפרדת בין מה שמונח בתוכה למה שחוצה לה שפיר י"ל כמאן דפסיק דמי משא"כ בנ"ד שלא הניחו בפס ידה כי אם

למעלה בקנה הארוך ולא היה רק הנחה בעלמא והוא תפס אגדו למטה י"ל דלא אמרי' כמאי דפסיק דמי דהא בפ"ק דמציעא דייק הכי משנים אדוקין בטלית דזה נוטל עד מקום שידו מגעת דייק דכמאן דפסיק דמי והתם תפס בידו ממש וכן לשון הרמב"ם והמחבר בח"מ אע"פ שלא תפס המקנה כו' משמע דוקא בתפס בידו ממש ואוחזו אבל הכא שלא היה רק הנחה בעלמא אפשר דלא חשיב כמאן דפסיק אלא שאין בידינו ראי' מכרחת לזה מ"מ בנ"ד שאמר הרי את מקודשת לי בחוסקע זו מסתבר ודאי שלא היה דעתו ודעתה שתתקדש במקצתו ויתתכוהו לשנים דזה דבר שאין עולה על הדעת ובודאי לא היתה כוונתה להתקדש כי אם בכולו ולא במקצתו וגם לא מסתבר שיהיה דעת המקדש לחתוך מקצתו ולא דמי לקנין סודר שאין המכוון לקנות הסודר כי אם המקח ובפרט לפמ"ש רמ"א שם בס"ד שאין יכול לתפוס הסודר ולחתוך מקצתו ואפילו לדעת התוס' בקדושין (דף כו) דמשמע דס"ל דאי בעי פסיק ליה מ"מ אין עיקר הכוונה על הסודר כי אם על המקח ואינו מקנה לו גוף הסודר כי אם כדי לקנות המקח וגדולה מזו קיי"ל בקידש משל שותפים אפילו יש בחלקו ש"פ א"מ והטעם שבכולו דעתה להתקדש ולא במקצת. (משא"כ) [וכן] במי שמכר לחבירו ואמר דבר זה מכור לך פשיטא שאין יכול לומר לא כוונתי על כולו כי אם על מקצתו וכאן שאמר בחוסקע זו ודאי כוונתו כמות שהיא ולא עלתה על דעתו שיחתכנו לשנים להשחיתו ולהפסידו דבחוסקע זו משמע כמות שהיא בשלימות. ואין לומר דילמא מיד שאמר הרי את מקודשת לי סתם י"ל שפיר דמקדשא במה שע"ג ידה ומה שאומר אח"כ בחוסקע זו דמשמע בשלימות חזרה היא ובקדושין לא מהני חזרה תוך כדי דיבור הא ליתא דדוקא חזרה לא מהני אבל פירוש דיבורו מהני שלא סיים דיבורו ומה שאמר בחוסקע זו אינו אלא סיום הדיבור פשיטא דאינו אלא מפרש דבריו במה מקדשה ואפילו לאחר כ"ד בעלמא מצי לפרש דבריו כגון באב שאמר קדשתי את בתי ואין יודע למי כמו שכתבו התוספות בכתובות (דף כב) והובאו בב"ש (סימן לז ס"ק חג) ולא חמירי קדושין תכ"ד מבעלמא לאחר כדי דיבור וגם עיקר הטעם דלא מהני חזרה תוך כ"ד הוא כמ"ש הר"ן בנדרים (דף פז) דכיון דחמירי כולה האי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה עיין (סימן לח) בחמ"ח וב"ש (בסל"ד) וזהו לא שייך כשאינו אלא סיום הדיבור ופירש כוונתו ואם כן משמע שקדשה בכל הפרטשיל (שהוא חוסקע בלשון פולין) ואם אגדו בידו אינה מקודשת:

וגדולה מזו דעת הרא"ש וכן פסקו הטוש"ע (סימן כת ס"ו) באמר התקדשי לי בפקדון ונמצא שנגנב או נאבד אם ידעה סכום הפקדון אינה מקודשת אפילו נשתייר ממנו שאינה מתרצית אלא בסכום הפקדון כולו וא"כ כ"ש הכא שלא עלה על דעתה שתתקדש

במקצתו שמונח עלי' ויחזור ויקחנה ממנה מיד וא"כ כיון שאם לא סילק ידו מן הפרטשיל לא היתה מתקדשת אף אם אין יודע אם סילק ידו אינה מקודשת דהוה קדושין בלא עדים ולא נשאר רק עדות הראשון שאמר שסילק ידו ממנו וא"כ הוה ליה מקדש בע"א לחוד וכבר נודע שרובא דרובא מהפוסקים שסבורים דמקדש בע"א אין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים. הגם שרמ"א (בסימן מב) חשש להחמיר מ"מ י"ל לדעת הב"ח דבמקדש בע"א יכול לומר לשחוק כוונתי במגו דאי בעי היה מכחישו וא"כ גם כאן נאמן שכיון לשחוק אלא דהב"ש השיג עליו דלא הוה מיגו דמיגו להכחיש העד הוא כמו בנסכא דר"א:

ולכאורה תמוה דהתם מסקו התוס' הטעם משום דאילו מכחישו היה חייב שבועה משא"כ כאן. וגם בתשובת חכם צבי (סימן קט"ו) כתב שטעה הב"ש בזה. עיין תשו' משיבת נפש (ח"א סל"ט). ואנא אמינא גברא רבא אמר למילתי' לא תחוכו עליו דיש לפרש כוונת הב"ש דממה נפשך אין כאן מיגו דהמקדש אינו נאמן במיגו דהיה יכול להכחיש העד די"ל דניחא ליה טפי לטעון לשחוק כדי שתחזיר לו הכסף קדושין וכשיטעון לא היה דברים מעולם לא יהיה לו שום טענה עליה על הכסף קדושין וגם אם היא אמרה לשחוק לא שייך להמנוי' במיגו דלהד"מ שאם תטעון להד"מ תצטרך לישבע להכחיש העד בשביל הכסף קדושין מיהו אכתי אית לה מיגו דיכולה לומר שנתן לה כסף קדושין לשם פקדון ואף שיכחישה העד בזה מ"מ לא שייך לחייבה שבועה שאינו אלא כפירת דברים כשתרצה להחזיר לו שלו מיהו י"ל דס"ל להב"ש דלאו מיגו הוא כיון שאין לה ריווח ממון למה תעיז בחנם נגד העד וכה"ג מחלק הש"ך בח"מ בכללי מיגו במיגו דהעזה לענין ממון דאמרי' ולענין שבועה לא אמרינן ע"ש וא"כ בנ"ד שפיר יש להאמין במיגו שהיה יכול להכחיש עד הראשון ויאמר שלא הניחו בידה כלל ומהימן שלשחוק כיוון מיהו בזה דברי החמ"ח עיקר דמאז מהני מיגו כיון דטעמא דדברים שבלב אינן דברים ואפילו האמת שכך היה בלבו מ"מ לא מהני דברים שבלב ומה שביקש הח"צ לומר דטעמא דדברים שבלב משום דלא מהמנינן ליה ליתא ולא דק בסוגיא (דקדושין דף נ) ממאי דפשיט ממעילה אף דאית ליה מינו דמצי למימר נזכרתי ע"ש ואין להאריך בזה מ"מ בנ"ד הרי המקדש אמר בפנינו בפירוש כדברי העד השני אלא שהוא אמר בבירור שלא סילק ידו וא"כ העד הראשון מוכחש מהמקדש וגם המתקדשת אומרת שלא הבינה וזהו נמי בהכחשה היא כיון שלפי דברי' אינה מקודשת:

ואע"ג דקיי"ל באה"ע (סימן מז) בע"א נתקדשה וע"א לא נתקדשה אם זרק לה קדושין ע"א אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה לכתחלה לא תנשא והטעם כמ"ש הר"ן דעבידי

דטעי בקרוב לו וקרוב לה יש לומר דדוקא התם שאין הכחשה ביניהם רק בזה יש לחוש שבשעת קדושין ראה שהיה קרוב לה והרי היא מקודשת גמורה משא"כ כאן שיש הכחשה גמורה בין דברי העדים שהעד הראשון אומר שכרך איזה פעמים סביב ידה והשני אומר שאחז למטה בשני הקצוות אפילו תימא שאין זו הכחשה לבטל העדות דלא הוה אלא הכחשה בבדיקות ואין מבטלת העדות אם נדמי קדושין לדיני ממונות כמ"ש הפוסקים לענין דרישה וחקירה מ"מ לא שייך לומר דעבידי דטעי וכיון שעד השני אין יודע לא הוה אלא ע"א וגם התם דעת הראב"ד ורמב"ן ורשב"א דלא תנשא לכתחלה משום שאינה יודעת משא"כ הכא היא אמרה בבירור שאינה מקודשת יהיה מאיזה טעם שיהיה אפילו לכתחלה תנשא וגם המקדש מכחיש עד הראשון ואמר כדברי עד השני ליכא למיחש אפילו לכתחלה וגם בהא גופיה איכא לספוקי טובא אם עדות המכחשת זה את זה בבדיקות כשרה לקדושין כיון דקיי"ל דפסולה לדיני נפשות כמ"ש הרמב"ם בהלכות עדות:

ואפילו למ"ש הפוסקים דא"צ דרישה וחקירה בקדושין עיקר טעמייהו משום דמדמי להו לדיני ממונות ומן התורה גם בדיני ממונות בעי דרישה וחקירה רק משום נעילת דלת כמ"ש הריב"ש (סימן קצ"ג) (וה"נ) [ובש"ס] שלהי יבמות. והנה יש לעיין בזה דעיקר ראייתם מהאי דאמר התם כיון דאיכא כתובה למשקל גבי ערי מיתה ולכאורה היה נראה שלא נאמר זה אלא בדברים שאין אנו צריכין לדעת רק אמיתת הענין בזו בעד מיתה דלא איברי סהדי אלא לשקרי ואם היינו יודעין שמת הרי היא מותרת וכמו כן באשה שזינתה באה"ע (סימן יא) שהזכות הוא האוסרה ואם היינו יודעין בבירור שזינתה הזנות הוא האוסרה משא"כ קדושין בלי עדים אפילו קדשה באמת אין הקדושין כלום וצריך עדים דוקא וא"כ צריך עדות ברורה וצ"ל כיון דחקירות הם באיזה זמן וכדומה וכיון דבשעת קדושין ראו וידעו ודאי החקירות הרי כבר נתקדשה וא"צ עדים רק על אמיתת הענין וא"כ בזה י"ל דבבדיקות שהיה ההכחשה מתחלתן מחמת שלא השגיח לראית ובקדושין אינה מתקדשת רק בעדים ברורים וד"ת אין חילוק בין ד"מ לדיני נפשות וכיון שאין עדות ברורה הוה כמקדש בלא עדים וצ"ע ואין להאריך בזה הרי כאן היתר שני מצד שלן היה העד השני יודע אם סילק ידיו וכאמור:

ו היתר השלישי שאף אם היו שניהם מכוונים לדבר אחד ממש והיינו שהעד השני היה אומר כדברי העד הראשון היה כאן כמה גדולי ראשונים שלפי דבריהם אין חוששין ומתוך ביאור היתר זה יצא לנו בבירור שדברי עד השני אינם כלום לפי דעת כל הפוסקים ולא ושאר רק ע"א לכל היותר ואף גם בזה לדעת כמה גדולים מותרת והוא בשנבאר מ"ש

רמ"א באה"ע (סכ"ח ס"ד) י"א דוקא שנטלתו בידה אבל אם זרק לה קדושין אפילו לתוך חיקה שתיקה כה"ג לאו כלום היא הואיל ולא נתרצית מעיקרא לקדושי ליה עכ"ל וכתב בחמ"ח משמע דדין זה קאי דוקא היכא דבתחלה אמר לה כנסי פקדון ואח"כ זרק לתוך חיקה אבל מדברי רמ"ה בטור משמע (דוקא) דקאי אכל זורק קדושין ובלא גלוי דעתה שהיא רוצה אינה מקודשת וכן משמע בריב"ש (סימן ק"ע) ומשמעות לשונו כתחילת דבריו שכתב והיא פושטת ידה ולוקחת הטבעת כו' עכ"ל משמע בדלא עבדה מעשה דמוכח דניחא לה אינה מקודשת כו' עכ"ל ובודאי שמדברי הרמ"ה והריב"ש מוכח ממה שהוקשה להם מזרק לה קדושין וכתבו דאיירי בארצאי מעיקרא משמע דבלא ארצאי מעיקרא אינה מקודשת. וכ"כ הב"ש ושלא כדברי הב"ח:

וגם בדברי רמ"א גופי' נראה דאין לחלק בין אמר לה תחילה כנסי פקדון זה דכיון דע"כ איירי שקודם הנתינה חזר ואמר התקדשי לי בו דאילו לאחר נתינה לכ"ע שתיקה לאחר מתן מעות היכא דבפקדון אתי לידיה לאו כלום הוא כמבואר בש"פ (דף י"ג) להדיא ומוסכם מכל הפוסקים וכגון דאיירי קודם נתינה חזר ואמר התקדשי לי בו מה לי באמירתו מתחילה ואין סברא לחלק בזה כלל:

ובאמת נראין הדברים ברורים שכל שאין גלוי דעת ממנה שתרצה בקדושין אינה מקודשת וכן משמע בכל דוכתי פשט לשון הש"ס שפשטה ידה וקיבלה קידושין ולא קאמר בפשיטות שקיבלה קידושין. ומזה נראה כדברי הריב"ש דבעינן דוקא גל דעת ממנה דניחא לה. וגם נראה היכא דלא עבדה מעשה מוכיח אפילו כיונה לקדושין לא הוה רק דברים שבלב ואינן דברים עד שיהיה גלוי דעת מכח מעשה המוכיח ואין לומר דכיון דזרק לה בתורת קדושין והיא שותקת שתיקה כהודאה הוה דאי לא ניחא לה הוה לה למחות דהא ליתא דהא מבואר בש"ס (דף ק דלכ"ע שתיקה לאחר מתן מעות בפקדון לא מהני אלמא לא אמרינן שתיקתה כהודאה וכן יש להוכיח מן הש"ס (דף יב:) בהאי גברא דקדיש בציפתא דאסא אמרו ליה הא לית בה ש"פ אמר תתקדש בד' זוזי דאית ביה שקלתא ואשתיקא. אמר רבא הוה שתיקה לאחר מתן מעות ולאו כלום הוא ואמר רבא מנא אמינא לה דתניא כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמר התקדשי לי בו בשעת מתן מעות מקודשת לאחר מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת ומוקי רצתה דאמרה אין לא רצתה דאשתיקא ש"מ דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא. ומתקיף ר' הונא כו' מי דמי התם בתורת פקדון יהבינהו נהלה סברא אי שדינא להו מחייבנא בהו הכא בתורת קדושין יהבינהו נהלה אי לא ניחא לה תשדינהו ופריך רב אחאי אטו כולהו נשי דיני גמירי כו':

והנה לכאורה יש להפליא בראית רבא דבשלמא בברייתא מעולם לא גלתה דעתה שרצונה להתקדש ולכן י"ל דשתיקתה לאו כלום הוא משא"כ בקידש בציפתא דאסא שכבר גילתה דעתה שרצונה להתקדש אם חזרה אח"כ הל"ל לא בעינא וגם רב הונא ברי' דר"י ל"ל לומר דסברא דמחייבה בהו טפי ה"ל למימר בפשיטות התם לא גלי' דעתה דחפצה בקדושין מה שאין כן הכא שכבר נתרצתה בקדושין רק שלא היו קדושין ראשונים כלום חזר וקדשה בד' זוזי ומדשתקה י"ל דחפצה בקדושין ובאמת הרמב"ן הוכיח מזה דאפילו בדשדיך שתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא דהאי דקידש בציפתא פתא לא גרע מדשדיך ואפ"ה לאו כלום כמבואר בריב"ש (סימן קע):

ולכן הדבר ברור שלא הוצרך רבא להביא על זה דשתיקתה לאו הודאה היא דודאי פשיטא ליה הך מלתא מסברא דשתיקה בלי מעשה מוכיח לא הוה הודאה דמאי איכפת לה בדיבורו וכמו שפירש"י שם להדיא ואמר הוא מה שרוצה ואינה צריכה להשיב על דבריו כלל דכל שלא נתרצתה בפירוש למה לה למחות בלא"ה אין אשה מתקדשת אלא לרצונה ולכן פשיטא ליה לרבא אפילו התם שכבר נתרצתה להתקדש בציפתא מ"מ כיון שלא היה ממש בקדושין ראשונים צריך להיות מעשה מוכיח מחרש שתפנה בקדושין וזהו פשיטא ליה מסברא וגם רב הונא בריה דר"י אינו חולק בזה אלא דהא מספקא ליה אם לא נחשיב שתיקה למעשה מוכיח והיינו מדלא שדיתינהו אחר ששמעה מפיו שנותן לה הד' זוזים לקדושין ואעפ"כ החזיקה בהן ואם לא היה ניחא לה בקדושין מה לה להחזיק במעותיו אחר שאינה רוצית בקדושין וא"כ שתיקתה עם החזקת מעותיו היה באפשר לומר דהוה גלוי דעת המוכח שחפצה בקדושין וע"ז מייתי ראיה דלא אמרינן הכי והוא משתיקה לאחר מתן מעות מוכח דזהו לא מקרי מעשה מוכיח מדלא שדיתינהו. ור"ה ברי' דר"י דחי מי דמי כו' כמבואר בש"ס עכ"פ חזינן מדברי כולם דהא פשיטא להו דשתיקה בלי גלוי דעת לא מהני מידי ואפי' גילתה דעתה מקודם שחפיצה בקדושין כל שאין בקדושין הראשונים כלום צריך גלוי דעת מחדש שחפצה בקדושין וכיון דחזינן אפי' גילתה דעתה בפירוש שרצונה להתקדש כל שאינה מתקדשת בקדושין הראשונים ע"פ הדין גם בחזר ואמר התקדשי לי בד' זוזי ושתקה אין שתיקתה כלום וצ"ל אפילו לדעת הפוסקים בדיבר עמה על עסקי קידושין ונתן לה בשתיקה מקודשת וכמ"ש הב"ש (בסימן כ"ז סק"ו) התם נמי קבלתה מוכיח שכיונה לקדושין כיון שהוא דיבר עמה ונתן לה מסתמא על דעת דבריו קיבלה והיא קיבלה מרצונה והוה כאמרה בפירוש שקיבלה לשם קדושין מה שאין כן בעובדא דציפתא אע"ג דנתרצית מעיקרא לקדושי ליה מ"מ כיון שלא היה ממש בקדושין הראשונים וקבלתה לא היה רק על דעת קדושין הראשונים

וכיון שנתבטלו וחזר ואמר לה כשכבר היה בידה שתתקדש בד' זוזי צריך גלוי דעת מחדש שרצונה להתקדש לו ומשתיקתה אין ראיה שאינה מחוייבת להשיב על דבריו כלל וא"כ כ"ש בזרק לה קדושין שאין משתיקתה ראיה שרצונה בקדושין דמאי איכפת לה באמירתו וכ"כ הרשד"א בחדושיו ז"ל סברא אי שדינא כו' וא"ת תימא ליה לא י"ל דלא איכפת לה כיון דלאו מידי עבדה דניחא לה וכן פירש"י עכ"ל. הרי מבואר מן הש"ס דשתיקה לתודה לאו גלוי דעת הוא שרצונה בקדושין (ועיין בסימן ק"ט ס"ב בחמ"ת ס"ק ד' וב"ש סק"ו) אין להקשות עליו מעובדא דציפתא דאסא דמעיקרא נמי נתרצית בקדושין דהתם לא אמרה לו ע"ד מה מתקדשת וניהו דמתחלה נתרצית כבר נתבטל רצונה הראשון ותו לא איכפת לה בשחיקה דבתר הכי משא"כ התם שנותן על פי ואם לא תרצה בקדושין הרי מתחייבת על פי מה שנתן על פי ה"ל למחוי' ואין להאריך בזה שאינו מן הנדון:

וכן נראה מדברי הרמב"ם (פ"ג מהלכות אישות דין ח') שהעתיק הדין בדיבר עמה על עסקי קדושין כתב ורצתה ועמד וקידש ולא פירש כו' ה"ו מקודשת ופי' הכ"מ דדוקא נתרצתה בפירוש אבל אם לא אמרה אין אלא שתקה ואח"כ קיבלה מידו בשתיקה ליכא הוכחה דלשם קדושין קבלתינהו ודבריו נראין עיקר ופירוש דברי הרמב"ם דלשון רצתה משמע ודאי דאמרה אין וכן מבואר בש"ס (דף י"ב: ודף י"ג) אילימא רצתה דאמרה אין לא רצתה דאמרה לא הרי אפילו למאי דס"ד לפרש לא רצתה דאמרה לא מ"מ לשון רצתה אינו סובל פירוש אחר רק דאמרה אין וכן ברמב"ם (פ"ה דין י' ומ"א) כתב להדיא ואשתקא ע"ש ומ"ש הב"ש (סכ"ז סק"ו) דהרמב"ם איירי באישתקא לא נהירא כלל וכן פירש הב"ש גופי' דברי המחבר (בר"ס ל') כיון שרצתה היינו שרצתה בפירוש ומ"ש הב"ש דכן משמע בהג"מ דגיטין הוא בהג"מ דסוף גיטין (סימן ת"ע) ושם הדבר שנוי במחלוקת שכ' ויש ר"ל מדבר עע"ק דר' יוסי היינו שהיא משיבה על דבריו ואין נ"ל מדבעי תלמודא במאי עסקינן כו' אלא בשאין מדבר מנא ידעה מאי קאמר לה לוקמה בדיבר עמה ושתקה דבלא אמר אינה מקודשת עכ"ל הא קמן שיש שרוצין לומר כן אלא שהקש' עליהם מן הש"ס וכונתו להא דקדושין (דף א דמבעי' לן עזרתי פריך היכא דמי אילימא בשאין מדבר עמה מנא ידעה מאי קאמר ואי במדבר אפילו לא אמר נמי ולוקמה במדבר ושתקה דבלא"ה אינה מקודשת ומ"מ ידעה כונתו מחמת דיבורו ולכאורה ראי' ברורה היא וראיתי שהרב המשיב שם (כתב) דחה ראי' זו דלפי דבריהם דאינו מועיל מאחר שלא השיבה א"כ מאי אירי' דנקט הני לישני לינקט אפילו לשון טוב דאינו מועיל עכ"ל. ופליאה דעת ממני דכי עלה ע"ד שום אדם דשתיקה בשעת מתן מעות לא מהני

הרי תלמוד ערוך דמהני כמו שבררנו לעיל ולא בעינן שתאמר הן כדאיתא בש"ס הנ"ל להדיא והדבר ברור דאף הני מפרשים דס"ל דבעינן שתהא משיבה על דבריו מ"מ בשתיק בשעת מתן מעות כ"ע מודו וטעם הדברים דבשלמא באמר לה בשעת מתן מעות אע"פ שקיבלה בשתיקה קבלתה מוכיח שנתרצית בקדושין שהרי הוא נותן לה ע"ד קדושין והיא מקבלת על דעת כן משא"כ בשתיקה שקודם קדושין דאין שתיקת הודאה כלל דמאי איכפת לה בדבריו הרי לא גילתה דעתה שתרצה בקדושין ואע"פ שנתן לה אח"כ מ"מ כיון שלא פירש לשם קדושין ולא שמע ממנה שנתרצית בקדושין לא מוכח דלשם קדושין קבלתינהו כיון שנתן לה אע"פ שלא שמע ממנה ריצוי בפירוש וגם לא פירש בדבריו דלשם קדושין יהיב לה ולכן בעינן שתתרצה לו בפירוש ואז אפילו נתן לה אח"כ בשתיקה מסתמא לא נתן לה רק על פי מה שנתרצתה מעיקרא וגם היא מקבלת ממנו ע"ד כן משא"כ בלא נתרצה תחילה בפירוש ליכא הוכחה דקבלתינהו לשם קדושין כיון שלא פירש בשעת נתינה וזה עיקר בדעת הרמב"ם:

ומעתה צריכין אנו ליתן לב ליישב קושיא הנזכרת בהגמ"ר הנ"ל דלוקמה בדיבר ושתקה וידעה מאי קאמר וליישב זה נבאר דברי הרמב"ם שם (דין ז') אמר לה הרי את מיוחדת כו' ואם לא הי' מדבר עמה עע"ק אין חוששין למלוח אלו עכ"ל ומשמע מדבריו אפילו ידעה מאי קאמר וכן כתב הב"ש (סכ"ח ס"ק י"א) שכן דעת הרא"ש ג"כ והדבר צריך ביאור דלמה לא יהא עכ"פ ספק קדושין כיון דידעה דכיון לשם קדושין כיון שאפשר שלשון זה הוא לשון קדושין והיא הבינה ג"כ אמאי לא ניחוש לקדושין. ומתוך דברי הב"ש נראה דמדמי לי' למקדש בלא עדים כיון שעדים מסופקים ולא הבנתי דא"כ בכל ספק קדושין נימא דהוה מקדש בלא עדים וע"כ צ"ל כיון דגם לעדים הדבר מסופק שפיר הוה ספק קדושין וכן בלא הבינה שכ' הב"ש דהוה ספק קדושין דלמא משקרת נימא אפילו אינה משקרת כיון דעדים אין יודעין אם הבינה הוה מקדש בלא עדים אלא ודאי ליתא דכיון דגם העדים מסופקים שפיר הוה ס"ק וכ"כ הב"ש גופי' (בסימן ל"א סק"ו) על הא דחיישינן שמא ש"פ במדי:

ולכן נראה דודאי פשיטא לן דבעי לשון קדושין ברור שלא יסבול פירוש אחר רק קדושין דוקא ולא זולת והני לישני דמספקא לן בגמרא לא מספקא לן שיהי' זה לשון קדושין ברור שלא יסבול פירוש אחר דודאי סובל ג"כ פירוש אחר זולת לשון הקדושין וגרע טובא מידים שא"מ דלא מוכח כלל שלשם קדושין יהיב לה ולכן כל שלא נתרצית בפירוש להתקדש לו אי אפשר שיהי' ברוב לשונות אלו לחדש קדושין שנאמר מדקיבלה ע"פ לשן זה ודאי לשם קדושין קיבלה כיון שיש לפרש בלשון זה פירוש אחר ג"כ לא מוכח

מתוך קבלתה שקיבלה לשם קדושין דשמא קיבלה לשם משמעות אותו הלשון שאינו לשון קדושין שיש להעמיסו ג"כ בלשון אלא דבדיבר עמה עע"ק באופן שהיתה מתקדשת בשנתן לה בשתיקה ס"ל להס"ד דלא גרע לשון זה משתיקה כיון שסובל ג"כ לשון קדושין לא גרע משתיקה ומקודשת בודאי ומסיק דליתא דכיון שלשון זה סובל פירוש אחר למלאכה כמבואר בש"ס ולכן גרע משתיקה דבשלמא בשתיקה קיבלתה מצד הדיבור הראשון שהוא לשון קדושין ברור משא"כ באמר לשון זה שיש בו ג"כ פירוש אחר י"ל שעקר הדיבור הראשון שדיבר עע"ק וא"כ לא מוכח מתוך קבלתה שמקבלת בשביל משמעות לשון קדושין שיש בו דיש לומר שקיבלה בשביל המשמעות אחר דהיינו למלאכה ולהכי מספקא דמסתמא על דעת ריצוי הראשון מקבלת ולא גרע משתיקה או דילמא כיון די"ל למלאכה ויוכלה לומר שבלשון זה נעקר לשון קדושין י"ל דאינה מקודשת וכשלא נתרצתה מקודם בפירוש פשיטא לן אפילו ידעה דלשם קדושין יהבינהו מ"מ הרי לא דיבר עמה כלל מקדושין וגם מלשון הזה אין הכרח שדיבר עמה מקידושין כיון דיש לו פירוש אחר ולכן אפילו בידעה מאי קאמר אינה מקודשת כיון דאינו מוכת מתוך דבריו דלקדושין יהיב לה והיא מקבלת לשם קדושין לא הוה אלא דברים שבלב כיון דמקבלתה ליכא הוכחה שנתכונה לשם קדושין ולא מסתפקא לן אלא בנתרצתה מקודם בפירוש דאפשר דהוה הוכחה מקבלתה שע"ד הראשונה מקבלת ולשון זה לא עקר לגמרי דיבור הראשון כיון שסובל ג"כ פירוש שהוא לקדושין. ולכן אפילו ידעה אינה מקודשת דלאו לשון קדושין ברור הוא וא"ש. ובזה י"ל גם לדברי הרמב"ם דליכא לאוקמה בדשתק דניהו דידעה דלשם קדושין יהיב לה מ"מ כיון שלא נתרצית בפירוש מעיקרא רק שתקה פשיטא לן דכיון דאי יהיב, לה בתר הכי בשתיקה לא מהני גם לשונות, אלו אין מועילין מאחר שלא נתרצתה מקודם בפירוש ואין אנו באין לדון כי אם מצד הני לישני אינה מקודשת ודברי הרמב"ם ברורים, עכ"פ עלה מתוך דברינו דבעינן דוקא גילוי דעת בבירור דאי לאו הכי ה"ל דברים שבלב ואין דברים ולכן בזרק לה קדושין כתב הרמב"ם והמחבר ונתרצית דבלא נתרצית כיון דליכא הוכחה אינה מקודשת וכמו שבררנו ג"כ מן הש"ס. והנה בזה יש לנו די לבטל עדות העד השני לגמרי והוא שכיון שאחר שהניח עלי' הפרטשיל ואחז למטה בשתי הקצוות אמר לה האמ"ל בחוסקע זו ולא השגיח לראות אם סילק ידו ממנו הוה אפילו אמר שסילק ידו ממנו ומיד כהרף עין חזר ונטלו מידה ליכא שורגלוי דעת ממנה שחפצה בקדושין כיון דשתיקתה אינה כלום ולא שיוי לומר דה"ל למשדיי' כיון שמיד חזר ונטלו מידה באופן שלא היתה צריכה להשליכו כיון שכבר חזר ונטלו בעצמו וכיון דליכא גלוי דעת אין לחוש לקדושין כי אם לפי עד

הראשון שלא חזר וטמו מיד ודמי למ"ש בחמ"ת אבל לא השליכה מיד אפשר דהיה ספק קדושין ומטעם דה"ל להשליכו. והנה מבואר למעיין בל"ש ופוסקים דזהו להפוסקים כרב הונא כמ"ש לעיל אבל לרב אחו אמרינן לאו כולהו נשי דינא גמירי די"ל שנתיראה להשליך כמ"ש יזמ"ח ג"כ. וכבר כתב הריב"ש (בסימן ק"ע) שהסכימו כל האחרונים דהלכה כרבא דלא ס"ל הך סברא דה"ל למישדינהו ושכן דעת הרמב"ם והרמב"ן ורשב"א אלא שהרי"ף והרא"ש החמירו בזו מטעם דאמרינן בגמרא אתון דשמיעא לכו חושו לה וכן פסקו הוש"ע (בסי' כ"ח ס"ה) וכיון שלא החמירו רק מטעם חששא בעלמא ומעתה בנ"ד שלא נשאר רק ע"א ובמקדש בע"א ג"כ דעת כל הפוסקים להקל רק הסמ"ג מחמיר וכוותי' פסק רמ"א להחמיר עכ"פ בנ"ד יש לנו לצרף עוד סברת רוב הפוסקים בשתיקה לאחר מתן מעות לענין שלא ניחוש לקדושי ע"א וכ"ש לפי המבואר בדברינו בהיתר השני שהמקדש הכחיש העד הראשון ואמר כדברי עד השני שאין לחוש כלל לקדושין:

מ"מ על דברי הטור ורמ"א בסימן (כ"ח ס"ד) והמחבר בסימן (ל' ס"ו) שהביאו דברי רמ"ה בסתם יש לתמוה דנראה דהרמ"ה ס"ל כדעת רוב פוסקים הנ"ל דפסקו כרב אחא דלא אמרינן אי לא ניחא לה תשדינהו וא"כ הטור והמחבר שפסקו כהרי"ף והרא"ש כרב הונא להחמיר מדלא שדיתינהו א"כ הי' להם לבאר דבלא השליכה מיד הוה מקודשת מספק. ומזה נראה להוכיח כדברי הב"ש בסימן (מ"ב ס"ק ד') דלא אמרינן סברא דלשדינהו רק כשתחילת הנתינה הי' ברצון אז אמרינן לשדינהו ואם לא זרקה הקדושין אז אמרינן דרצונה הי' לקבל הקדושין כאשר הי' רצונה לקדש עכ"ל הנה מה שנראה מדבריו דדוקא בהי' דעתה מתחילה להתקדש אמרינן לשדינהו וצ"ל דדוקא בעובדא דציפתא דאסא הא ליתא דלא מפליג בגמרא רק משום דבפקדון לא שייך למשדינהו די"ל שנתחייב אבל בהא לא מפליג כלל מיהו זה צריך לחלק דדוקא בבא לידה מדעת אם חזרה בקדושין עכ"פ הי' לה להחזיר פקדונו משא"כ בזרק גרע טפי ואין זה מחוור וצ"ע עכ"פ לדברי הב"ש גם לפי עדות הראשון לא אמרינן דחשדינהו כיון שלא אמרה תחילה כלום וא"כ אין בקדושין הללו ממש ואף דאין דברי הב"ש נ"ל בזה מ"מ עדות השני אינו כלום כפי מ"ש וכ"ש לפי מ"ש לעיל אם לא סילק ידיו ממנו כלל רק שתתקדש במה שמונח על ידה דהוה שתיקה לאחר מתן מעות ואינה כלום. רק משום דאי לא ניחא לה לישדינהו וכשחזר ולקחו מיד לא שייך לומר הכי. אבל לענ"ד ברור כדפרישית שלפי דברי עד השני אין כאן שום גלוי דעת אפילו אם הי' מסלק ידו וחוזר ותופס בו מיד וכמו שיבא בדברינו בביטול עדות הקרוב:

היתר הרביעי לפי שלפי דברי המקדש ואביו לא הי' הפרטשיל שלו כי אם או של דודו או של אביו ואפי' הי' של אביו מ"מ ה"ל מקדש בגזל ואין קדושיו כלום וכאן לא שייך לומר חזקה כל מה שנמצא ביד אדם הוא שלו דדבר ידוע הוא בבן י"ג ויותר שסמוך על שולחן אביו מפתו יאכל ומכוסו ישתה ובחיקו ישכב ושמלותיו ילבש שאין לו משלו כלום ואפילו מציאת בן הסמוך על שולחן אביו הוא של אביו דקי"ל כר' יוחנן בפ"ק דב"מ וא"כ לא שייכא הך חזקה כלל דאדרבה דבר ידוע הוא שכל מה שיש לבן הסמוך על שולחן אביו הוא משל אביו וכן קיי"ל דאין לבן חזקה בנכסי אביו ואע"ג דקיי"ל המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו היינו דוקא בכסות המיוחד להם וגם ב"ח אינו גובה ממנו כדאיתא בח"מ סימן (צ"ו סכ"ה) משא"כ בפרטשיל וכדומה שאין דרך שיקנה אותו ביחוד בשביל בנו רק כשצריך לו נותן לו האב ממה שיש לו אבל לא הקנהו ביחוד שיהא מיוחד לו ואין לו רשות למכרו או ליתנו במתנה בלי רצון האב וכן הוגד לי מפי אבי הבחור (של) המקדש שאין דרכו לייחד פרטשיל מיוחד לבנו כי אם לוקח הבא בידו ואינו מקפיד על מה שיטול לפי שעה מ"מ (אף מ"מ) אין דעתו להקנותו לו לגמרי לענין שלא יוכל האב לשוב לקחתו מידו דאינו נותן רק לפי שעה נצרכו ואין לומר אכתי לא גרע משאלה כיון שעכ"פ נוטלו ברשות אב לא גרע משאלה והוה ספק מקודשת לדעת בעל העיטור וכן פסק המחבר (בסימן ק"ח סי"ט) י"ל דהא מבואר בטור טעמו של העיטור משום דסתם שאלה ל' יום וזהו דוקא בשאל דבר לחבירו משא"כ זה שלוקח משל אביו לפי שעה אין יכול ליתן לאחר ולקדש בו האשה כיון שלא נשאל לו רק לצורך תשמישו מיהו במ"ש הבה"ע בשם איכא מ"ד סתם שאלה ל' יום צ"ע דלא קיי"ל הכי בח"מ (סימן שמ"א) והך איכא מ"ד נראה דס"ל כר"ת בפ"ק דמכות וא"כ לדידן דקיי"ל סתם שאלה ניתנה ליתבע מיד א"כ הי' לו להמחבר לפסוק שאינה מקודשת ואולי לענין קדושין חשש המחבר לדעת ר"ת וצ"ע:

עכ"פ בנדון דידן שמה שהבן לוקח לצרכו לפי שעה ניהו דאינו מקפיד עליו כשיקחנו לפי שעה לצרכו אבל אינו חפן שישאילו לאחר או שיקדש בו את האשה בפרט דחזינן קמן דקפיד טובא על האי עובדא ואפילו לא יביא האב ראי' שהי' שלו מ"מ מסתמא נמי מה שנמצא ביד בן הסמוך על שולחן אביו שאינו נושא ונותן לעצמו הוא של אביו דלא גרע מאשה שנמצאו מטלטלין ברשותה שעלי' להביא ראי' כמבואר בח"מ (סס"ב) וכן גדול האחין עליו להביא ראי' ואינו נאמן לומר מציאה מצאתי או במתנה ניתן לי כדאיתא בח"מ שם וכ"ש בן הסמוך על שולחן אביו שמציאתו ג"כ לאביו שמה שנמצא בידו בחזקה של אביו ואפילו במיגו לא מהימן לדעת הש"ך בח"מ (סס"ב סק"ה וס"ק

ט"ו) ע"ש וכ"ש הכא שהוא בעצמו אומר שלא הי' שלו ואפילו לפי דעת האורים ותומים שם שחולק על הש"ך וס"ל ביש לו מיגו נאמן וכאן נמי נאמר דכשקידש בו הוה כטוען שהי' שלו מ"מ הכא לית לי' מיגו דלהד"מ כיון דכל מה שנמצא בידו בחזקת של אביו וגם ראוהו אז בידו ולא מצי טעין החזרתי ועיין בח"מ (סע"ב סי"ח) בהגהת רמ"א שם וכ"ש שהרי המקדש טוען שכיון לשחוק. וכבר כתב גדול אחרונים זמנינו הוא הגאון ב"ס נודע ביהודה (סימן נ"ט) שתמה למה לא יהא נאמן שלא כיון לשם קדושין כיון דלא אתחזק איסורא ולכן כתב הטעם דאפילו באמת הי' לשחוק הוה לי' דברים שבלב ואינן דברים וכן מבואר להדיא בתשובת מיימוני וא"כ פשיטא שלא נחשבי' כטוען שהי' שלו בפירוש דאדרבה הוא אומר שלשחוק כיון והי' ראוי להאמין לו ע"ז רק דלא אהני לי' שטותי' דדברים שבלב אינן דברים וא"כ לענין זה פשיטא דהפרטשיל בחזקת אביו קאי ואף שאינו מקפיד עליו כשיטלנו לפי שעה מ"מ אין רשות בידו ליתנו לאחר וגרע אפילו משאלה שסתמא על ל' יום כמבואר בבה"ע בטור ורא"ש פ"ק דקדושין וכ"ש דלא שייך לומר הסברא שכתבתי למעלה לחוך להחמיר משום שי"ל כמאן דפסיק דמי דלא שייך בדבר שאינו שלו ולא נשאר לנו חשש רק שנאמר דזהו דבר שאין מקפיד עליו והוה ספיקא כמ"ש הרמב"ם וש"ע א"ע (סק"ח סי"ז) וז"ל הנכנס לבית חבירו ולקח כלי או אוכל כו' ואם קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו הוה ס"ק עכ"ל ע"ש. הנה כבר כתב ב"ס נ"ב שלא ידע מקור לדברי הרמב"ם בזה. ולענ"ד פשוט שהוציא הרמב"ם כן מלישנא דש"ס (דף נ"ב:) גבי לא אמרו כלך אצל יפות אלא לתרומה בלבד אבל הכא משום כסופא הוא דעביד משמע דוקא משום דאיכא למימר מחמת כסופא אבל אילו היינו יודעין שמחל בלב שלם הוה ס"ק וס"ל להרמב"ם בדבר שאין מקפיד יש לחוש לקדושין וזה פשוט בעיני ומהתם לא מוכח רק דמקודשת מכאן ולהבא כמ"ש בחמ"ח וב"ש אבל שיהי' קדושין למפרע קודם שנודע לו י"ל גם הרמב"ם מודה דהא קיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש וכיון שלא ידע אז לא קנה הכלי וקידש בדבר שאין שלו ומכאן ולהבא אין כאן חשש כיון שכבר חזר ולקח הפרטשיל מידה בטרם שנודע לאביו ואפילו לדעת הב"ח שחושש גם למפרע היינו בידוע שאין מקפיד עליו אבל הכא לא נודע שאין מקפיד עליו ואדרבה תרה לו מאד על המעשה הלזה אין לחוש כלל דהוה קדשה בגזל דהא אפילו בפרומא דשכרא שהוא כוס של שכר שאין בו קפידא כ"כ וגם אמר בפירוש אמאי לא תיתיב מהאי חריפא מ"מ תלינן בכסופא לבטל לקדושין לגמרי כ"ש שאין לנו לבדות מלבנו שבאמת הוא אינו מקפיד עליו רק בשביל שאינו חפץ בקדושין מקפיד ובאמת לענ"ד אפשר לפרש דברי הרמב"ם דקאי דוקא היכא דאמר בהדיא כלך אצל יפות

ובזו חילק דבדבר שאין מקפיד עליו י"ל שאמר כן בלב שלם ומ"מ מידי ספיקא לא נפקא ודבר הלמד מענינו הוא למעיין בלשון הרמב"ם והמחבר ובזה מדוייק לשון הרמב"ם שכתב אם קידש בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו והל"ל בדבר שאין בני אדם מקפידין עליו וכן דייק במשנה למלך ולמאי דפרישית א"ש ודבר הלמד מענינו הוא דאדסמיך לי' קאי אבל כל שלא אמר כלום ולא גילה דעתו שאינו מקפיד אין הקדושין כלום א"כ כ"ש שאין לנו להחמיר מפני זה לחוש לקדושין למפרע ולא עוד אפילו אם היינו יודעין שלא הי' מקפיד אם הי' נותנו לאחר רק מפני שחרה לו עסק הקדושין מקפיד עליו גם כן לא הי' לנו לחוש דהא ע"כ אם נקח הסברא דבדבר שאין מקפיד עליו מקודשת למפרע אף דלא יצא הדבר עדיין מרשות מרא קמא ואילו הי' רוצה הי' חוזר והוה גזל גמור ועכצ"ל מדלא קפיד השתא אמדינן דעתי' (דניחא לי') דניחא לי' שיהי' הדבר מופקע מרשותו למפרע או משום דניחא לי' לאינש דליעבד מצוה בממונא וקדושין נמי מצוה היא וא"כ כשעומד וצווח דלא ניחא לי' אין סברא כלל לחוש וכי יש בידו להפקיע ממונו של אדם בע"כ. הנה נא הואלנו לבאר ארבעה התירים בכחא דהתירא דעדיף אשר כמעט כ"א קרוב לבירור:

ח עוד יש לצרף בזה סניף חמישי והוא שלפי דעת הש"ך בח"מ (סימן ל"ו) העדות מתבטלת מפני הקרוב שראה ג"כ הקדושין הגם שלא העיד בב"ד (כ"א) מ"מ דעת רוב פוסקים דבשראו לבד כ"א העדות בטילה וא"צ הגדה בב"ד לדעת רוב פוסקים וכן פסק הש"ך בח"מ (סימן ל"ו ס"ק ח') אע"פ שלא כיונו להעיד ומבואר בש"ס ופוסקים דכשהפסול לא כיון להעיד אין מבטל עדות הכשרים הרי דעת הש"ך שאם גם הכשרים לא כיוונו להעיד ה"ל כאילו שניהם כיוונו להעיד והעדות בטלה שבנ"ד שניהם לא כיוונו להעיד הגם שדברי הש"ך אין להם שורש גמור בש"ס מ"מ יש קצת סעד לדבריו מסוגיא דכריתות פ"א דאיתא התם ומודה בא"ל ידעת בעדות פלוני כו' דאי בעי אמר לא נתכוונתי להעיד והוא תמוה לכאורה דאף בלא כיון הוה עדות ולדברי הש"ך ניחא דמשכחת לה כשא' קרוב ופסול שלא כיון ג"כ להעיד ואם הי' מכוין עדותו כשרה משא"כ בלא נתכוין מתבטלת העדות מפני הפסול. ובזה מתישבים התוספות ישנים שם שהם תמוהים למעיין ע"ש ותבין וגם פשטא דלישנא דמתניתין מסייע לי' כיון דטעמא דנמצא מהם קרוב ופסול העדות בטל דמקיש שלשה לשנים מה שנים נמצא א' מהם קרוב ופסול עדותן בטלה אף ב' כן וא"כ יש להבין היכא אמרינן דאי למחזי אתו עדותן כשרה הא בשנים אפילו אי למחזי אתו עדותן בטלה שלא נשאר רק עדות א' ושלשה מוקשים לשנים ולדברי הש"ך א"ש שי"ל דלא קאי ההיקש רק כששניהם על אופן א' היינו שניהם

כוונו למחזי או לאסהודי אבל כל שיש הפרש בין העדים לא ע"ז נאמר ההיקש והרי זה סעד נכון לדברי הש"ך:

מיהו במקום אחר הקשתי על דברי הש"ך ממ"ש התוס' פ"ג דמכות (דף ו') בפירוש מה יעשו שני אחין שפירש שלפעמים לא ידע א' בחבירו ויגידו שניהם בב"ד ולדברי הש"ך אכתי מה יעשו אם יכונו שניהם למחזי הרי בטלה העדות וכשיתכוונו שניהם לאסהודי ג"כ בטל. מיהו לפי פירוש הפוסקים דבראי' לחודה סגי שפיר י"ל דהקרובים אין מכוונין כלל להעיד והאחרים מתכוונים להעיד עכ"פ אין סתירה לדברי הש"ך מן הש"ס דלשיטתו אזיל שפסק כדעת הפוסקים דא"צ הגדה בב"ד הגם שאין לסמוך על דברי הש"ך לחוד בזה מ"מ לסניף בעלמא יש לעשותו לצדדי היתרים הראשונים הברורין (ועיין תשובת מהר"ם פדוויא סימן ל"ז ותמהני שלא חילק בין למחזי או לאסהודי) גם העד השני שאומר אין יודע אם סילק ידו מהפרטשיל אם הקדושין תלויין בזה כמו שצדדנו לעיל זה שאומר אינו יודע נמי הוה כנמצא א' מהם קרוב ופסול ועדותן בטלה ואף עדות השני אינו מועיל כלום ודבר זה מבואר בפ' היו בודקין (דף מ"א:) הגם שהרמב"ם לא פסק כן בפ"ב מהלכות עדות כבר תמהו עליו. ובמקום אחר הארכתי ליישב. גם הקשתי משם על הפוסקים בלא ידע בפסולו כשר העדות אלא שלא ראיתי להאריך כאן בזה דכבר פ' רמ"א (בסימן מ"ב) אם קידש בפני שנים וא' מהן קרוב הוה כמקדש לפני ע"א ועיין בח"מ וב"ש שם שביקשו לומר הטעם שאפשר שלא הכיר בקורבתו והב"ש כ' דאיירי בלא נתכוין להעיד ובתשובת מהר"ם פדוויא נראה דמחלק בין קרוב לפסול משום רשעה. ולענ"ד דבריהם צ"ע דנראה דלמ"ד מקדש בפני עד א' חוששין לקדושין אם נימא דחשש זה מן התורה דדמי קצת לאיסורין וכן נראה מחדושי רא"ה בפ"ב דכתובות דטעמא משום דהוה כאיסורין (וצ"ל דלא דמי לגמרי לאיסור דהא בשנים מודים בלא ע"א לכ"ע לא חיישינן וכמו כן בקרוב ליכא מאן דחייש ובאיסור ג"כ קרוב נאמן) וא"כ לא שייך הקישא מה שנים נמצא א' מהם קרוב ופסול דטעמא משום דלא נשאר רק ע"א ואפילו נימא דמ"ד במקדש בע"א חוששין לקדושין הוא מדרבנן כיון שיש כאן ע"א עכ"פ מנ"ל שלא יחמירו גם כשא' מהם קרוב ופסול דבזה יש להחמיר טפי ודברי מהר"מ פדוויא והאחרונים צ"ע ואין להאריך בזה שאין מן הנדון שבנדון שלפנינו אפילו ישאר ע"א הרי אינן מודין בקדושין וכמו שהארכתי לעיל:

וצירוף לזה מה שנבדקה הבתולה ולא נמצאו לה סימנין אפילו למ"ש מהר"ם לובלין שאין סומכין על עדות נשים וגם יש לחוש שמא נשרו מ"מ מידי ספיקא לא נפקא והרי גם זה עושה עכ"פ פקפוק בקדושין דאם היא קטנה באמת אין כאן קדושין כלל אם

לא נתרצה האב בפירוש. ובנ"ד אדרבה הוא עומד ומצפה מתי תהי' מותרת בלא גט. וגם לפי המנהג שאין מקדשין רק תחת החופה ה"ל דרך בזיון ודמי להא דקדושין (דף מ"ה:) בקידש בכישא דירקא וגם כיון שלקח הפרטשיל ושוב אין הפרטשיל בידו בשעה ששמע האב דמי לנתאכלו המעות עיין (סימן ל"ז) וגם הבתולה שאמרה לא הבינה הוה כמחאה אפילו לא נאמין לה הרי אין רצונה בקדושין ולכל הדעות כשאין בקדושין ממש כשקבלתן לעצמה לא שייך שנתרצה אבי' דהא כתבו הטעם דהוה כאמר לבתו צאי וקבלי קדושיך והיכא שאין הקדושין כלום מכל הני צדדין שדברנו לעיל גם שמא נתרצה אב לא שייך שהרי לא שייך כאן קדושין כלל וזה פשוטו האריכות בזה מותר וגם לא שידכו ולכ"ע לא חיישינן כמבואר בש"ע. עוד רגע נדבר בעדות הקרוב הנה הוא מכוון כדברי עד שני רק שראה יותר שסילק ידו ומיד חזר וסילקו מידה והנה בקרובי אם אין לנו לחוש רק לדעת הרמב"ם ולדעת הש"ך גם הרמב"ם מודה דהוה כפסולין דאורייתא כיון דנדרש בי"ג מדות וגם בקדושי כסף כ' הרמב"ם שהם מדברי סופרים ויש מקום לומר בקידש בקדושי כסף לפני עדים פסולים מקרובי אם ואישות הוה כמקדש קדושין מדברי סופרים לפני עדים פסולים מדברי סופרים שאין לחוש לקדושין ג"כ וכמו נפרש דברי סופרים שכ' הרמב"ם בקדושי כסף נפרש דברי סופרי שכ' בפסולי עדות מצורף לזה שהיתר הראשון והשלישי שלא הי שום גלוי דעת ממנו גם לפי דבריו כיון שסילקו מיד ואילו לא סילקו מידה מיד אפשר שהיתה משלכת באמת ודעת הרמב"ם גופי' דקי"ל כרב אחי אפילו לא שדי' מיד לא חיישינן לקדושין והפה שאוסר הוא הפה שמתיר וגם היתר הד' שייך כאן ג"כ ודי לנו בזה שלא נצטרך עוד לחוש לדעת הרמב"ם בזה:

לקלא ליכא למיחש כיון דלא אתחזק בבי דינא שמיד חקרו הב"ד לבטל קדושין וגם הי' בעיני ההמון כמשחק כמו שיש ג"כ אומדנות המוכיחות קצת שהי' לשחוק ואין בו התנאים המבוארים בש"ס ובא"ע (סימן מ"ו) שראו נרות דולקות וכו' שהרי הכל הי' בדרך שחוק וכה"ג כתב הריב"ש (ססק"ע וס"ס קס"ה) ע"ש:

באופן שבתולה זו מותרת לכל גבר דתיצביין ואין ממש בקדושין הללו אפילו הי' בד' צדדי הראשונים צד ספק הנה יש לנו כמה ספיקות שמא לא הבינה ואת"ל שהבינה שמא בטלין הקדושין מטעם שלא ראה סילוק היד ומטעמים האחרים שבררנו לעיל דבעינן ג"ד ושלא הי' שלו והיא בחזקת פנוי' ואין לחוש לקדושין הללו כלל הנלענ"ד ברור כתבתי:

סימן כ

דברי הבחור ישעי' ב"ר צבי
שאלה המשרת הירש בער האט צו מיר גזאגט נאדיר דעם פינגרהוט אונ מאך אזו וויא איך מאך מיט אונזר מאד האב איך אים גיפרעגט וויא זאל איך זאגין האט ער צו מיר גיזאגט איך זאל זאגין הרי את מקודשת זו. איך האב פריער מיט דער מאד גאר נישט גשמוסט פון דיא זאכין נאר וויא דער יונג האט מיר דאס גיזאגט האב איך איהר גיוואלט דעם פינגרהוט אן טאהן אונ האב גזאגט דיא וועלטער האט דיא מאד גיחאפט דעם פינגרהוט אונ איז אריין גילאפין ציא דער בעה"ב אונ האט גיזאגט איך וועל האבין איין פינגרהוט צו נייען. אונ דער משרת הירש במר האט גישריגן דיא מאד ואל אים אפ געבן דעם עינגרהוט:
תשובה כבר גיליתי אוזן כ"ת שלפי דעתי אין ממש בקדושין הללו והנה כעת ראיתי שמעלתו מפקפק והאריך בפלפול כי באמת דבר פשוט הוא אחר שלפי דברי העד שהעיד שלא נתן הפינגרהוט לשם מתנה כלל א"כ קדשה בגזל ומה שהאריך מעלתו ותלי לי' בשיטת הריטב"א ורש"י ור"ן בקדשה באיסורי הנאה למקדש שהובא במשנה למלך (פ"ה מאישות) דבעינן שיהי' ממון המקדש ולא ידעתי איך קרב זה אל זה דפשיטא דלפי דברי העד שאומר שקידש בגזל ואינם קדושין איך אפשר לאחוז החבל בשני ראשים שהרי לא נתן לה רק בתורת קדושין ואם אומר העד שאינם קדושין מכח שלא הי' שלו א"כ במה תזכה בשל אחר אם אין הקדושין קיימין וכיון דלדבריו לא הוה קדושין ממילא צריכה להחזיר למקדש מה שקיבלה ממנו ואין לה זכות בממון כלל וזה פשוט וכן רשמתי אצלי על הגבי"ע של הבד"צ דהוה קדשה בגזל ולית דחש לי' שהרי הוא העד והוא היודע שלא נתכוון רק לשחוק בעלמא וא"כ אין כאן עדות. ומה שהאריך בדברי (הרשב"א) [הריטב"א] דלא בעי ממון המקדש דבהילך מנה והתקדשי לפלוני נמי לא הוה ממון המקדש פשוט שלא אמר הריטב"א רק באיסורי הנאה שאינם ממון כלל למקדש ועפרא בעלמא הוא משא"כ בדבר שגופו ממון אין נ"מ מי שהוא הנותן כיון שנותן בשליחות המקדש ורצונו. ומה שהוקשה לו אי אינו ממון למה מתקדשת אם אמר בהנאה שיש ליך שנתתי לך דבר שתתרפאי בו [כמו שכתב הריטב"א הובא במ"ל שם] אין ענינו לכאן רק דהוה כמו ע"מ שאדבר עליך לשלטון דמ"מ לא היתה יכולה ליקח אותו הדבר וכמו ע"מ שאדבר עליך לשלטון שהרי מ"מ הוא הושיטה לה אבל לא בשביל שהוא ממון למקדש. ומה שביקש מעלתי לומר דטעמו של הריטב"א דס"ל דחליפי איסורי הנאה מותרים גם למחליף ומה [שהמציא] לה אינו רק כמו חליפין

איברא ודאי הריטב"א לכאורה בשיטת הרמב"ן קאי דאל"כ איך יפרנס הך דמכרן וקדש בדמיהן מקודשת הא לדידי' אסור גם מבואר בריש פ' השוכר את הפועל דמדמי שכירות לדמי איסורי הנאה. מ"מ א"צ לכל זה לדברי הריטב"א דנראה כיון דדבר זה מותר לדידה אף שאצלו אסור בהנאה מ"מ אחר שמותר לה מותר גם לו לקבל שכר על המציאו לה דברים המותרים לה ותדע אטו אם חולה א' שיש בו סכנה שהותר לו איסורי הנאה ואינם במקומו אטו אסור לשליח לקבל שכר שילך לשם ואיך משלמין שכר למטפלים עם המתים די"ל הא הוה משתכר באיסורי הנאה דמת אסור בהנאה אלא ודאי כיון שדבר זה מותר לעשות יכול לקבל שכר עליו וכמו כן נמי כיון שהאיסור מותר לה יכול לקבל שכר על המציאו לה דבר שהיא מותרת בו אף דעל גוף האיסור אין יכול ליקח דמים כמ"ש הריטב"א היינו משום שאסור למכור איסורי הנאה אבל [הפושטה] באיסורי הנאה לחולי שיש בה סכנה מותרת א"כ שקל אגרא אהיתרא וכן עושי מלאכה בהקדש מותרים לקבל שכר אף שהקדש אסור בהנאה א"ו כדפרישית:

ובאמת נ"ל גם בדברי הריטב"א דעיקר טעמו דלהמקדש לא נחשב ממון כלל שהרי איסורי הנאה אין להם דמים ואילו תפסה היא ממנו לא הי' לו עלי' כלום לכן לא מידי יהיב לה לכן לא מקרי הנאה דאתי' מחמתי':

מעתה נדחה ראיית הר"ן מפ"ב דקדושין שהביא ראי' מהא דקידשה בגזל לאחר יאוש שהיא מקודשת אע"ג דאינו שלו ולפמ"ש לק"מ וא"צ לדחוק כלל כדברי הח"מ אלא טעמא כדפרישית דבגזל לאחר יאוש שפיר קנתה על ידי שהקנה לה המקדש והוה קדושין גמורין שאילו תפסה בעצמה לא הוה שינוי רשות משא"כ באיסורי הנאה אם אסורין לו אין להם דמים ואילו תפסה מעצמה לא היתה צריכה להחזיר לו כלל וממילא אין מקום לדמות להילך מנה והתקדשי לפלוני דשם נעשה ממון שלה ע"י נתינה בשביל המקדש גם קהה לסברת הר"ן דהנאה דמטי' לה ע"י המקדש קשה למה המקדש בחלקו אינה מקודשת הא אית לה הנאה גמורה ועיין תוס' (דף נ"ב) ד"ה המקדש:

וע"כ לומר דבעינן שיהי' ממון גמור אף דאכלה וחדיא במעשר שני ובקדשים מ"מ בעינן שיהי' ממון ולא תלי' בהנאה דמטי' לה וצ"ל דבעינן הנאה דמטי לה ממון על ידו דבר שהוא ממון הדיוט. מעתה נהרס ונסתר כל בניני של בעל משנה למלך שחשב לעשות מחלוקת בין רש"י לריטב"א דכפי הנראה י"ל דהריטב"א אינו חולק כלל על רש"י דבאיסורי הנאה שהם אסור באמת אף דמותרים לחולה שיש בו סכנה מ"מ גם כשהוא ביד אשה המסוכנת אין עליהם תורת דמים דבאיסורייהו קיימי ומשום הנאה דמטי' לא מקדש כמו מקדש בחלקו אף (שלא) [שלו] הוא ממון גמור מ"מ כיון דלא הוה רק ממון

גבוה לא מיקדשא ובעינן הנאה דמטי' לה שיהי' ממון גמור אצלה א"כ באיסורי הנאה אף שמותרין לחולה שיש בו סכנה מ"מ אין דמים לאיסורי הנאה ולא נתן לה ממון ולא עדיף ממעשר שני אי ממון גבוה הוא ות"ל שזכינו לעשות שלום בין הפוסקים ולהחליט לדינא עדיין צריך תלמוד ואין כאן מקומו:

עכ"פ בנ"ד אין לחוש לעדות העד שאמר שקידשה בגזל. וגם בזה שחשב כ"ת לומר (דלס"ד) [דלהסוברים] דיאוש קונה לחומרא אין ראי' (לקדשה) [מקדשה] בגזל אחר יאוש ולפמ"ש די"ל דליכא מאן דפליג על רש"י ור"ן במכרן וקדש בדמיהן דמקודשת וכן נראה מדברי הרא"ש גופי' פ' האיש מקדש (סימן ל"א) דקדושי אשה נמי לא שרי לכתחילה לקדושי בדמי ערלה ע"ש א"כ חזינן אע"ג דלדידי' לאו ממון הוא מ"מ מיקדשא וא"צ לעשות מחלוקת בין הפוסקים והלכה פסוקה דבגזל לאחר יאוש מקודשת משום יאוש ושינוי רשות ולפמ"ש מוכח ג"כ מדברי הרא"ש דבתר דידה אזלינן היכא דהוה ממון:

ומה שהקשו האחרונים על הרא"ש בפ' מרובה ורמ"א שהביא דברי רי"ו בקדש בגזל אחר יאוש מקודשת ומדרבנן הא הוה יאוא ושינוי שות ונדחקו וכבר אמרתי שא"צ לדחוק בדברי הרא"ש והוא דית הפרש אם נימא דיאוש קני א"כ אפילו אם נתיאש בתחילה שהי' גבר אלם וכדומה ולכך נתיאש ואח"כ העני ומוצא מקום להוציא הגזילה א"כ מ"מ כיון שכבר קנאו לא פקע קנינו משא"כ אי יאוש כדי לא קני רק, ע שינוי רשות א"כ כשנתבטל היאוש תו לא מהני השינוי רשות שהרי נתבטל היאוש:

סימן כא

שאלה באיש א' שהיה חולה והפצירו בו שיגרש אשתו להפטר מזיקת היבום כי בנים אין לו והאח הרחיק נדוד [ולא נודע מה] הי' לו ונתרצה החולה וזיכה לה גט על תנאי כשיבריא יחזירה ושאל מעל' מה דין גט זה אם זכתה בו כדין להפטר מן היבום. ועוד יש שאלה שאשתו היתה קטנה אי אהני הזכי' לקטנה:

והנה מעלתו האריך אך אין דרכי להביט אל פילפולים שונים אשר כל דרך איש ישר בעיניו ואין דרכי לטרוח להשיב ולשום עיני על דברים שאין יורדין לעומקא דדינא ובדברים קרובים לאמת כי שערי פילפולים ודחיות לא ננעלו אך אל זה אביט במה שנוגע לעומקא דדינא לא אשא פני איש ואחוה דעתי כי אין משוא פנים בדברי אלקים חיים ואם חוששין לכבודן של ראשונים שלא להורות נגדם מכל מקום יקל הענין במה שנוכל הסכים דבריהם למה שנוגע לעיקר הדין:

הנה מקור נובע דין זה ס"פ האשה שלום בעא מיני' רבא מרב נחמן המזכה גט לאשתו במקום יבם כיון דסניא לי' זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו או דלמא זמנין דרחמא לי' חוב הוא לה ואין חבין לאדם אלא בפניו א"ל תניתוה חוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת ופרש"י מדקתני בתרווייהו חוששין ביוצאה בחזקת יבמה ובאה והחזיקה עצמה ליבם קתני חוששין ולא אמרינן אוקמא אחזקה ותנשא דהא ודאי משקרא ומשום דרחמא לי' קאמרה אלמא לא מחזיקינן לה באהבה ומדקתני סיפא ביוצאה בחזקת ליבם ובאה והחזיקה עצמה לשוק כגון ניתן לי בן ומת בעלי ואח"כ מת בני וקתני חוששין ולא תתיבם ולא אמרינן ודאי משקרת ומשום דסני ליה קאמרה אלמא זימנין דלא תני ליה אלמא מספקא לן וגבי זיכה [לה] גט נמי מספקא לן אי רחמא לי' וחוב הוא לה ותחלוץ ולא תתייבם עכ"ל רש"י ופסקו כל הפוסקים דספיקא [הוא] אלא דמהרש"ל [כתב] דבזמן הזה שאין נוהגין ביבום משום חר"ג ודאי זכות הוא לה עכ"ל:

והנה טרח מעל' לפלפל בענין מזונות ונסתבך בפשט לשין המשנה גיטין (דף י"א:) שאם ירצה שלא ליון את עבדו רשאי ושלא לזון את אשתו אינו רשאי. ובאמת לא נזכר כלל בפ' האשה שלום מחוב דמזונות משום דאינו נוגע לזכות וחובה שאפי' לא תתגרש אין לה אלא שלשה חדשים ואינו דומה לאשה שיש לה שעבוד נצחיי על בעלה. ועוד דהרי מרווחת שתוכל לגבות הכתובה אם לא תהי' זקוקה. וגם י"ל השנאה שתהי' זקוקה לו שוקלת יותר מחיוב מזונות דזמן מיעוט ואין לבדות מה שלא נזכר בש"ס:

וגם בעיקר הדין ענין המזונות מעורר מבוכה גדולה אם נקח הדברים כפשטן דהא ארוסה אין לה מזונות וכן באמרה איני ניזונית ואיני עושה או שקדשה ע"מ שאין עליו שאר כסות האם נאמר בזה שמתגרשת שלא מדעת. לזאת צריך אני למודעי הכתוב בספרי (גרש ירחים) והוא חיבור מופלא על מס' גיטין וכתבתי שם במשנה תמוה בעיני מה לו להזכיר במשנה גט אשה למה נאמר שהוא זכות הא כל אשה עומדת להנשא ונשאת לו מדעתה בשלמא בעבד אף שנמכר לו מדעתו מ"מ אפשר מתחילה צריך לדמי מכירה ועכשיו שנפטר מן השיעבוד הוא לזכות אבל באשה מהיכי תיתי לומר שחפיצה בגירושין ול"ל למיתלי הטעם במזונות. ואפשר לומר בודאי אי אמרה שאין רצונה בגט אינה מתגרשת שלא מדעתה אלא דעכשיו חפצה להתגרש וא"כ י"ל דזכות הוא למפרע קמ"ל דמ"מ ניחא לה שיתאחר הגט שיהי' לה אותו זמן מזונות וצ"ע עכ"ל בחידושי. אבל נראה ברור דבאשה לא קאמר רק כלפי מה שאמר בעבד הזכות אע"פ שהי' רגיל ליתן לו מזונות אינו קרוי חוב שהרי אם ירצה שלא לזין את עבדי רשאי לכן החירות לזכות הוא וא"כ מסתמא זכות הוא לו שיצא לחירות זכר באשה שלילת הזכות. שבעבד הוא שחפצו

לצאת לחירות כי החירות הוא דבר הנכסף בטבע ולא יתנגד לזכות מה במה שלא יתן רבו מזונות שהרי אפי' ישאר עבד הברירה בידו שלא לזון משא"כ באשה זכות חפשיית הגירושין שתוכל להנשא למי שתרצה אינו שוה אפי' לחוב הפסד המזונות וכ"ש שאינו שוה כנגד עיקר זכות של האישות דהא מסיק בס"פ האשה שלום דאפי' במקום [קטטה דאין כאן זכות] מזונות וטוב פת חריבה ושלוה בה כו' אפ"ה אמרינן ניחא דגופא עדיף וא"כ [כ"ש היכא דליכא קטטה] כלל דניחא דגופא עדיף לה מכל חללי דעלמא והוא דבר ברור לאמיתי אם כי נעלם דרך האמת בזה"ז בעוה"ר מ"מ האמת עד לעצמו לחיך יערב וא"כ פשיטא דכל הבעי' לא תלי' במזונות כלל רק אם רחמ' לי' וניחא דגופה או סניא לי':

והנה יש לי דרך נכון הגם שמתנגד לכל ראשונים מ"מ לא אעלים מעיני המעיין במה שי"ל בדברי טעם כעיקר דאורייתא דרך האמת הנגלה ומקובל לעין חכם לב (דאם) [דהם] פירשו שלא נפשטה הבעי' הנה מקום אתי שתפשיט הבעי' בזאת הסברא דקאמר תנינא דספיקא הוא וכיון דספיקא ולא אפשר להתירה ליבום א"כ ודאי לזכות נחשב שאפי' אם נימא דהאמת הוא כזה הצד דרחמא ליה מ"מ און שלא תתיבם מספיקא ואי אפשר לפשוט לו שנתירה ליבום ממילא ה"ל זכות דלא אגידה ביבם דהא תוחלתה נכזבה אפי' רחמא לי' וא"כ ודאי לזכות יוחשב והכי משמע פשטא דלישנא דקאמר תנינא משמע שפושט הבעי' וכן משמע בגיטין [דף י"ג בתו' ד"ה האומר תן] אי גרסינן תן אתי' מתני' כר' מאיר דוקא א"כ קשה אמאי לא פשיט ממתני' דמיירי גם בגט אשה ואיך קאמר לא יתננו לאחר מיתה הא במקום יבום הוה זכית א"כ מוכח ממתני' דהוה חוב דבהא לא פליגי אע"כ אם נימא דמזכה גט במקום יבם הוה זכות גם אי גריס תן צריך לאוקמא בלא מסר ליד שליח בחייו ובאמת אתי' כרבנן דשיחרור הוה זכות ושניהם בענין אחד דבמסר ליד שליח בחייו גם בגירושין מהני דמזכה לאשתו במקום יבם הוה זכות וא"ת תפשוט ממתני' לפמ"ש התוס' דמיירי בלא מסר משמע במסר גם באשה הוה זכות ומוכח דמזכה גט לאשתו במקום יבם זכות הוה י"ל דלמאן דמוקי מתני' בבריא לא מוכח כלום אבל למאן דמוקי בשכיב מרע י"ל כיון דנקט דוקא בגוונא שלא מסר משמע בגט ושחרור שוין ובשניהם יתנו לאחר מיתה:

ועוד לאלוק' מילין בזה דהתוס' כתבו וא"ת האי דאינה מתייבמת משום דשוי' נפשי' חתיכה דאיסורא והקשה מהרש"א אמאי לא קשי' מרישא דחולצת נפשוט מיני' די"ל דלא אמרינן שמחזקת עצמה ליבום משום דרחמא לי' ותנשא דלמא משום שוי' לנפשה חד"א ודחק וכן הקשה במשנה למלך מיהו נראה ליישב דארישא לא קשי' כלל דחולצת

ודאי משמע מדינא והיינו דאם יש לה צרה ולא משתריא בלא חליצה ומשכחת לה אף דאין צרה מעידה לחברתה מ"מ משכחת לה שידוע שמת רק הספק אם הבן מת תחילה וכיון שהיא החזיקה עצמה ביבום שאמרה שמת בנה ואח"כ בעלה גם צרתה אינה מותרת בלא חליצה ואצרה לא שייך חתיכה דאיסורא ולא קשי' כלל אריש:

והשתא דאתינא להכי נראה עיקר הפשיטות מרישא דמסיפא לא מוכח מידי דפשיטא די"ל דאסורה ליבום משום חד"א וכקושית התוס' אבל ברישא דנאמנת לאסור צרתה אף דיש לה חזקת היתר לשוק צ"ל דמסתמא מסני' סני' ליבם ולא היתה מחזקת עצמה שתזקק לו אם לא שכן האמת שמת בנה תחילה א"כ אי פשיטא הבעי' דודאי מסניא סני' ליה א"כ הוה זכות דמרישא פשיט שפיר דע"כ הרבותא משום הצרה דהא דהיא חלצה פשיטא דשוי' חד"א ודלא מתיבמת נמי פשיטא דהא הוחזקה לשוק וע"כ עיקר רבותא שצריכה חליצה מדינא וגם צרתה לא משתריא בלא חליצה ע"כ הוא דמסנא סני לי' וכן באמת לא מצינו בשום פוסק שיאמר שהצרה מותרת באמרה מת בני ואח"כ מת בעלי אף שהיא בחזקת היתר לשוק ועוד דהא צריך להבין ברמב"ם פ"ט מגירושין (דין כ"א) אע"פ שרוב הנשים זכות הוא ע תלא יפלו לפני היבם ולפיכך תהי' ספק מגורשת אע"פ שלא הגיע גט לידה הואיל וזכה לה אחר עכ"ל ונראה שהוציא כן מלשון הש"ס דקאמר כיון דסניא לי' שלא בלשון ספק וברחמא לי' קאמר זימנין דרחמא לי' משמע דרוב פעמים סניא לי' אלא דקשה כיון דרוב פעמים הוא זכות למה לא ניזל בתר רובא ולא תצטרך חליצה וצ"ל כיון דאיכא מיעוט רחמא לי' אמרינן סמוך מיעוטא דרחמא לחזקה דיבום והוה ספיקא כדאיתא בפ' האשה בתרא [והנימוקי יוסף הקשה] נשאל אותה אם היא רוצה ותירץ הרא"ה דכל מידי דהוה חובה אע"ג דכי יודע אמר [ניחא לי אין זכין לו למפרע] וא"כ י"ל דאע"ג דרוב שונאות מ"מ כיון דאיכא מיעוט אוהבות לאו זכות גמור הוא עכ"פ [בפ' האשה] רבה (דף צ"ג) בעי למימר דלא דייקא משום דרחמא לי' כיון דמכל מקום אפשר דרחמא לי':

ומ"ש מעל' בענין מטי לידה דלדעת הרי"ף בעינן מטי לידה מחיים תמהני מאד איך לא ראה אור בהיר בספרי גט מקושר אשר ת"ל תהילתו מלאה הארץ ומשם בארה [בסדר גט שני אות כ"א] כל הצורך בזה והרי הרי"ף בעצמו הביא הבעי' דמזכה גט [ואי בעינן] מטי לידי' ודאי דלא הוה גט והדבר מבואר דבזכי גם הרי"ף מודה וכמ"ש הרמב"ם ובספרי גט, מקושר בארוכה ועוד דכאן שהיבם לא נודע איה מקומו פשיטא דהוה לזכות ולא נאמר רחמא ורוצת להתעגן עד שתמצאנו דהא במדיר אשתו מתשמיש המטה שבוע

אחר יוציא ויתן כתובה אלמא שאין דעת הנשים נוחה לסבול עיגון אפי' זמן מועט כ"ש כאן שלא נודע מה היה לו:

ועוד דבזמן הזה שידוע שלא ימצא אחד מני אלף שמיבם והוא כפלא בעיני העולם ועיין תה"ד [סימן ר"כ] דעבדו תקנות הקהילות להרחיק היבום אין לומר כלל שתתן דעתה להתיבם דמסתמא היבם יהי' מרובא דרובא שאין מיבמין לכן אפילו אין לו אשה הוה זכות מכ"ש כשנצרף לזה דעתינו דכיון דהוה ספיקא ואי אפשר ביבום הוה זכות ודאי:

אמנם בהא דכתיב בדברי כ"ת שהאשה היתה קטנה דכבר נודע מחלוקת ישינה אם קטן יש לו זכות מן התורה בדעת אחרת מקנה ואם אין לו זכי' מן התורה יש בזה מקום עיון ומעכ"ת חשב להביא ראי' מהא דמתגרשת בד' אמות ובודאי שכן הוא לפי פשוטן של דברים וגם בט"ז י"ד (סימן ש"ה) מודים הש"ך וט"ז דבזכי' גמורה מהני שפיר לקטן ולא חשו לפוסקים דס"ל דאין זכי' מן התורה אפילו בדעת אחרת ודעת הש"ך אפילו לכתחילה מותר לפדותו ע"י אחרים ובט"ז חולק משום דלא מיקרי זכות וכן העליתי בתשובה [והוא בתשו' משיבת נפש מהד"ת סימן מ'] והלכה כהט"ז וסתרתי כל דברי הש"ך בנה"כ מ"מ פשוט להם דזכי' דרבנן מהני לאפקועי פדיון שהוא מן התורה:

אמנם יש לסברא לחלק דלענין ד' אמות א"צ עקירת דבר מן התורה דהא הא דחצר קונה לאדם היינו משום דחצירו כידו וידו קונה לאדם שהוא גופו לכל דבר שקונה ומוכר שחצירו שיש בו כח השתמשות הוה נמי כמו ידו א"כ אין הפרש בין שיש לו בחצר כח ההשתמשות מן התורה או שהוא מדרבנן יש לו ג"כ כח הלזה וכיון שעכ"פ הוה ידו ממילא בזרק לה גט לחצירה הוה כידה שהרי כבר נעשה ידה ואין הפרש בין שהוא ידה מן התורה בין שהוא מדרבנן בין כך ובין כך יש בחצרה או בד' אמות שלה כח ידה א שקנתה מדרבנן הוה ידה שמשתמשת בו כמו בידה שהוא חצר דאורייתא אבל שליחות וזכי' שאין זכי' בגוף השליח רק דיכול לזכות לחברו דהוי כאילו עשאו המשלח שליח ובקטן אין שליחות רק דיכול לזכות לקטן ואי אמרינן מדרבנן זוכה י"ל ודאי בנתן חפץ וזיכה לקטן יש לו זכי' מדרבנן וזוכה אבל כיון דאין שליחות לקטן א"כ לא אלים כ"כ שתוכל להתגרש ע"י שמזכה לה הגט שהרי הזכי' אינו בגוף השליח לענין שנאמר כבר נעשה שלה מן התור' שאין כוונת הגט זכות גוף הגט רק הכריתות ובעינן לזה שליחות מן התורה או זכי' מדאורייתא שיזכה לה הגט ואם אינו מועיל זכי' מן התורה אף בדעת אחרת מקנה רק מדרבנן י"ל לענין כריתות אין יכול לזכות לה הכריתות בכח הזכי' דרבנן ועמ"ש בספרי גט מקושר:

מיהו נראה כיון דתופסין דהוי זכי' א"כ הגט לה כחפץ אחר ואית לה זכי' מדרבנן וכיון שזכה בגט הרי בא לרשות' וממילא מתגרשת גם רוב פוסקים ס"ל בדעת אחרת מקנה יש לקטן זכי' מן התורה רק הר"ן ס"ל בקדושין פ' האיש מקדש די"ל גם בדעת אחרת מקנה לא הוי רק קנין דרבנן וגם רש"י בסוכה [דף מ"ז:] כתב דינוקא מיקני קני מדרבנן אלא שתימא על הר"ן שסותר עצמו דבפ"ק דקדושין בהך דאומר אדם צאי וקבלי קדושיך כתב כדברי התוס' בפשיטות בדעת אחרת מקנה קני מן התורה ועוד דהתוס' כתובות [דף י"א] כתבו דבדבר שיש זכות גמור יש שליחות לקטן ויען כי לא רבים יחכמו להבין עומק מחשבות של רבותינו בעלי התוס' נסביר למילתי' בדדמי והיא דהדבר שצריך לו דעת ואמירה של הקטן כגון לעשות שליח שאין כח לשליח [בלא רשותו של הקטן] אמרינן דאין דעתו שלימה שיוכל ליתן כחו לאחר אבל כשהדבר נידון שהוא זכות בעצם [א"צ לדעתו ואמירתו כיון] שברור לנו שדבר זה טוב לו ואילו הי' דעתו שלימה היה מרוצה בו בלא ספק א"כ [חסר] שיסכים בזה שכן הוא דעת השלם מה בצע בדעתו הרי ברור לנו שיסכים על זה א"כ א"צ [דעתו והסכמתו עכשיו כיון שברור] שיסכים במה שהוא זכות אין לך מופת חותך יותר מהך דמטבילין ע"ד ב"ד שברור לנו שאם יהי' מחויב במצות אין לך טובה גדולה מזה שפיר יכולין לעשות מעצמן וכמה דחוקים הוצרכו התו' לידחק לסברא דגר קטן מטבילין רק מדרבנן ובחדושינו כתבנו דבמשנה דהגיורת מוכח דהגירות מן התורה שחייבת מיתה ואין לאוקמא משום יש כח לעקור דבר מן התורה דתקשי למ"ד דאין כח כו' מן המשנה עי"ש בחבורי על מס' כתובות:

ועוד נ"ל במה שכל עוצם ראייתו של הר"ן מהא דאמר בפ' איזהו נשך זכי' מדרבנן אית לי' די"ל ודאי בדעת אחרת מקנה יש לו זכי' בקטן מן התורה ואין לדמות עכו"ם כלל דעכו"ם לית לי' זכי' מן התורה אלא דאמרינן בקטן איכא זכי' מדרבנן אפי' באין דעת אחרת כגון מציאה שתקנו לו זכי' משום דרכי שלום ועוד דמשכחת לה דעת אחרת מקנה ומ"מ הוא מדרבנן היינו בגדול שהגבי' מציאה בשביל הקטן דבזה כיון שלא קנה הגדול בשביל עצמו והגבי' מיד בשביל הקטן לא מקרי דעת אחרת מקנה שהרי אין דעתו לקנות לעצמו וכה"ג שם בהעמידו אצל עכו"ם שזה זוכה בקבלתו לעכו"ם:

ועוד נ"ל דהא ודאי קשה לדעת הסוברים שאין לקטן זכי קושית התוס' בקדושין [דף י"ט] דאיך אומר לבתו קבלי קדושיך הא אין לקטן זכי' מן התורה ותירצו בדעת אחרת מקנה יש לה זכי' מן התורה וקשיא לדעת הסוברין דאין לקטן זכי' מן התורה מיהו נראה דהפוסקים דס"ל דאין לקטן זכי' מן התורה היינו משום שאין בו כח הקנין אף שמצד המקנה יוכל להכניס הדבר ברשות הקטן מ"מ ידיה כאיב לי' ואין בו כח לקנות

מחמת שהוא קטן ובלא דעת שלימה אין יכול לקנות אבל מצד המקנה אין מניעה שיכול להכניס החפץ לרשות הקטן רק שאין בו כח לקנות מפני שאין בו דעה שלימה וא"כ הך דאומר אדם לבתו קבלי קדושיך לא קשי' כלל חיך תקנה הא אין לה יד י"ל דניהו דהיא אין לה יד מ"מ הא מסיק פ' האיש מקדש [דף מ"ה:] בנערה דיד אבי' היא וכ"ש בקטנה דיד אבי' היא (וא"כ) וא"כ בנותן לידה ממש הוה כנותן ליד אבי' לכן מהני שפיר אבל אם מקנה לקטן אחר י"ל שאין בו כח לקנות אפי' בדעת אחרת מקנה מצד גריעות כח הקונה:

ואחר שזכינו לזה נראה דכל מידי שהוא זכות לקטן ומזכה לו אחר י"ל דהוה כאילו האחר הכניסו החפץ לרשותו אלא שאין בו כח לקנות החפץ וא"כ בגט דא"צ דעת האשה רק דעת מקנה ואפי' בע"כ יכול לגרשה שה א"כ אפי' בקטנה בדבר שהוא לה זכות והגט נכנס ברשותה ומתגרשה אפי' בע"כ אלא דהיכא דהוה חוב אין חבין לאדם אלא בפניו וקטנה הוה שלא בפניו אין חבין אבל במידי דהוא זכות כיון שמקנה לה הזכות הוה כאילו בא לידה ואף שאין בו כח לקנות הא כל שנכנס לרשותה אפי' בע"כ מתגרשת וכן משמע מסתימת כל הפוסקים שהעתיקו הבעי' דמזכה גט לאשתו במקום יבם ולא חילקו בין אשתו קטנה לגדולה דבקטנה ודאי לא מהני כלל ואין כאן ספק אלא ודאי גם בקטנה הדין כמו בגדולה ומידי ספיקא לא נפיק:

תשלים התשובה חסר וחבל על דאבדין:

סימן כב

שאלה א' נתחייב לחתנו מעות הנדוניא ונתן לו כתב ממר"ם ע"ז ולהיות שאירע לו חולי נכפה ר"ל לזאת אין אשתו מבקשת לדור עמו וזה טוען שיתן לו מעותיו ויבקש לו רפאות תעלה ע"י רופאים שאומרים שיש תרופה למכתו אם יכול להוציא מחותנו:

תשובה לכאורה הי' נ"ל עיקר דברי הרא"ש בתשובה בכלל מ"ב דבנכפה כופין להוציא דהא הביא כן בשם רבינו גרשון וכמה גדולים הסכימו עמו ואף דראב"י מסופק בדבר כמ"ש במרדכי פ' המדיר ובהג"א שם מ"מ כיון דנראה שאינו רק מסופק בדבר וגם נראה שלא ראה דברי רבינו גרשון א"כ נ"ל אילו חזי להו הי' מחליט שכופין להוציא וגם דעת רמ"א (בס"ס קי"ג) משמע כן אלא (שבס"ס קנ"ד) הביא שני דיעות והיינו לענין כפי' חושש להחמיר אבל לענין ממון נקטינן כסברת הרא"ש וכיון שראוי לומר כופין להוציא אלא באיסור חשש א"א וגט מעושה שלא כדין. אמנם כאשר עיינתי בתשובת הרא"ש חזינא בה תמהא וט"ס כי מ"ש שחכמי הגמרא אמרו בין שנולדו בו מומין גדולים בין

שנולדו בו מומין קטנים כופין להוציא ורבינו גרשון כתב דנכפה מום גדול הוא כו' עכ"ל. הוא הפלא ופלא שהרי במשנה מפורש בהיפך (בדף ע"ז) שאין כופין להוציא רק רשב"ג מחלק בין מומין גדולים למומין קטנים ולא קיי"ל כוותי' אלא דאפילו במומין גדולים אין כיפין להוציא אלא דבפסקי' כתב דבנסמא בשתי עיניו וכי' כופין להוציא וכ' הרא"ש וכן מסתבר שהרי הוא כעבר ובטל מן העולם ולפ"ז אפשר שט"ס וחיסרון הרבה בתשובת הרא"ש יצ"ל אין כופין רשב"ג אימר בד"א במומין קטנים אבל במומין גדולים כופין וצריך להביא כל הענין דבנכפה ת"ק מודה לרשב"ג כמו דמסיק בפסקי' בסימא בשתי עיניו אלא דגם בהא מוחלפא שיטתי' דבתשובתו סס"ב מסיק דאפי' בסומא בב' עיניו אין כופין להוציא א"כ התשובות סותרות זא"ז. גם בלשון ראב"י חזינא גימגום שכתב אע"ג דגבי אשה מום אין ראי' להחשיבו מום גבי איש כו' תדע מדלא תני נכפה גבי מומי איש עכ"ל. יהוא מגומגם דהיכא תני מימי האיש דארבה האיש שנולדו בו מימין אין כופין להוציא וצ"ל כוונתו מדלא תני בהדי אלו שכופין להוציא וא"כ פשיטא מאי למימרא לאתיי' ראיי' ממימי אשה לאיש שמבואר במשנה החילוק ויראה שעיקר ראיית הרא"ש ממתני' דכופין מפני ריח הפה וכדומה כ"ש מפני נכפה דסכנה הוא לפי דבריו ודברי רבינו גרשום דמים גדול הוא היינו שגרע מריה הפה ומקמץ ואינך דמפורש בהו שכופין להוציא ולכאורה הי' נ"ל ראי' לזה דבשילהי נדרים משנה ראשונה בנטולה אני מן היהודים יוציא ויתן כתובה ופרש"י ביבמות והר"ן שם דאי לא דתשמיש קשה לה לא הוה אסרה נפשה אכ"ע א"כ משמע אם אנו יודעין שהדבר קשה לה הדין לכופו ולהוציא ויתן כתובה דאע"ג דמשנה אחרונה אמרה שלא תהא אשה נותנ' עינה באחר היינו משום דחשבינן לה במשקרת אבל כשהאמתלא עלי' לא שייך האי טעמא שהוא חילי מבהיל ר"ל ובודאי נמאס בעיני' ואין להאריך בזה כי לכוף לגרש מאן חכים בדור הזה לסמוך על דעתו ובענין דברים המגיעין בממון הוא מוסכם מכל האחרונים באמרה מאוס עלי ונותנת אמתלא מבוררת דיינין דינא דמתיבתא ומסיק הב"ש (בסקכ"ח) שאפילו מעות נדוניא צריך להחזיר לה וא"כ בנ"ד אין אמתלא מבוררת מזו וא"כ אפילו כבר היתה הנדוניא ביד הבעל כ"ש שעדיין לא נתן אבי' המעות רק ממר"ם שלא יוכל להוציא המעות וא"כ מה מקום לשאלתו דהא לכמה פוסקים כופין אותו ליתן גט וכתובה א"כ פשיטא דלא תגרע מדינא דמתיבתא עכ"פ שלא ינתן לו הממון שהוא נדוניתה. ומה שתמה מעל' על התה"ד הובא ברמ"א (סנ"ג) שמביא ראי' מלשון התוס' (כתובות מ"ז) דלא מהני זקפן במלוה ונתן שט"ח עליהם מדלא תירץ ר"ת הברייתא דת"כ שזקפן במלוה והיה מתורץ טפי ממה דמתרץ שהחתן מוחזק ותמה מעלתו שהגירסא בת"כ

שלפנינו זה הוא שמשיא בתו ונותן לה ממון הרבה משמע דלא מיירי בפסק לחוד רק בנתן נראה פשיט שאילו הי' גירסת התוס' כן לא היו מתחילין להקשות לפר"ת דאדרבה סייעתא הוה שהרי הברייתא רוצה להפליג בעגמת נפש ודרך פורעניות ר"ל וא"כ אם הברייתא סבור' שהדין שאף שלא נתן האב בחיי בתו מוציאין ממנו לחתנו אחר מיתת בתו א"כ טפי הו"ל לאוקמה הפסוק ותם לריק בכה"ג שמוציאין ממנו דזהו עגמת נפש ממה שלא מחזיר לו מה שכבר נתן א"כ לא הוה תיובתא אלא סייעתא לפיר"ת דאף שכתב ונתן לה ממילא כיון שנתנה ליד בתו מה שקנתה קנה בעלה והרי ר"ת לא כתב רק אומדנא שתהנה בתו והרי כבר נהנית ולא הי' מקום להקשות וע"פ גירסת ר"ת כמ"ש בס' הישר ופסק לה ינתן היינו מה שהתחייב לה שהיא הנתינה ע"י הפסיקה דאי נתן ממש פסיקה ל"ל א"ו הנתינה היא הפסיקה ומ"ש בשם ספרים לפרש דברי התוספות דוקא בלא הי' ע"י מה שביקש החתן לפסוק לו אבל היכא דתלי' בדעת אחרת לא אמרינן אומדנא מי נשמע לדבר זה וגם א"כ הי' להו להתוספות לפרש הת"כ בכה"ג וכמ"ש מעלתו ג"ר ודחייתו אינו כלום שדרך פסיקה לעולם כן הוא כמ"ש כמה אתה נותן לבתך כו' ופסקה לו ממון וכן בכתובות (דף נ"ב:) דניתב לך מידי דנקפוץ עלה. וכבר כתבתי בספרי לכתובות שחיברתי בילדותי וז"ל והא דבנדונית חתנים אמרינן אומדנא כו' ול"ל דכאן מיירי בנדוניא שלא נתחייב רק לטובתה דהא אין נראה כן מדברי התוס' והפוסקים ודוחק לומר דברור לנו שהחתן לא הי' מעכב בשביל זה דהא בנעשה בעל מום אח"כ אמרינן דמ"מ אמרינן שלא הי' מתרצה אלא נראה הטעם דכיון שנתרצה להיות המעות ביד חמיו ויכול לקחתו ממנו אין כאן אומדנא שדעתו מסתמא להוציא המעות בטרם שיבא לידי כך ולא מסיק אדעתי' שיארע הסיבה בטרם שיוציא המעות מחמיו ואמרינן שאפילו הי' מתנה עמו בפירוש לא הי' מעכב בשביל דעיקר דעתו על שיוצאים בזמן שקבע ואפילו הי' מתנה עמו בפירוש תנאי זה לא הי' נמנע בשביל כך עכ"ד בקצרה ופשיטא שאין דעת הפוסקים לחלק ובקל יש לחלק בין האומדנא. ועוד אי מיירי בכתב מדעתו איך מדמי הש"ס לאומדנא דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שהיא מסתמא ביקשה ממנו דבר זה ואם נפרש דגם שם מיירי בכתב מעצמו זו קשה מן הראשונה שלא חילק שום פוסק בכך ואין לבדות חדשות נגד משמעות כל הפוסקים ומפרשים:

גם בענין ממר"ם שכתב הב"ש בשם בט"ז דכמו שגבוי דמי גם בעיני יפלא איך יהי' כגבוי ואי משום שיכול למוכרו לאחר מי עדיף מיניה הא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואין לומר דדוקא לגבי' נפשי' שיש לכשנגדו טענה עלי' לאו כגבוי הא לגבי אחר שאין יכול לטעון כלום הוה כגבוי שלא יוכל לטעון שבא מנדונית חתנים דא"כ ממר"ם ל"ל אם

נתן לו שט"ח שלא פירש בו מנדוניא יוכל למכרו לאחר ולא יוכל לטעון שבא מנדוניא וצ"ל כיון שביד הראשון למחול אכתי ה"ל הראשון בע"ד וא"כ הה"ד בשטר שכתוב בו שחייב לחתנו ולכל מי שמוציאו גם כן דין ממר"ם יש לו שהאחר יכול לומר שמא לא בא מצדו כלל. והא דלא מוקי התם כך אינו דיוק כ"כ מ"מ אין דעת נוחה בכך דהא בפ' השולח (דף ל"ז) משמע אפילו בשטר שאין טענה עליו לב"ה לאו כגבוי דמי ואפילו לב"ש דוקא בשטר שיש בו אחריות אבל אין בו אחריות לא אע"ג דבודאי צריך לשלם ועוד א"כ פרוזבול עולבנא דדייני ל"ל לתקוני ליתקן שלא יזכר שם המלוה ויכתבו פלוני נתחייב למי שמוציאו ומדינא לא נשמט ואף דיש לדחות קצת דלטעמיך יתקן ע"מ שלא תשמט שביעית י"ל דלא תיקן דבהא אפשר דאיכא דיינא דפסק מתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל אפילו בדבר שבממון אבל אי ממר"ם הוי כגבוי יתקן ממר"ם ולא צריך לעקירת דבר מן התורה ואפשר דלא ניחא לי' לתקן שאם יאבד לא שייך שובר ונראה דגם הט"ז לא כ"כ רק בנדונית חתנים דהשג"א ס"ל בלא"ה דמהני שט"ח וגם רוב פוסקים כפירש"י אבל לא שיהי' לו דין מוחזק גמור ודלא כנראה מדברי הב"ש וכן משמע לשון הט"ז שכתב בכה"ג יש לסמוך על הש"ג ופשיטא דסתם שטר לא חשיב מוחזק לכל מילי. וא"כ בנ"ד פשיטא שאין לחייב לאב ליתן ומה גם על רפואות הרופאים בזמן הזה כי לפי הנשמע קשה להביא תרופה למכתו ע"י רופאי הזמן לחולי הזה ומן השמים ירחמו עכ"פ לדינא חין להוציא מיד האב כלל:

סימן כג

שלום לכבוד הרב הגאון מפורסם המאה"ג החריף ובקי. פאר מקדושים. עטרת ישישים. כבוד מהו' נ"י אב"ד ור"ם דק"ק קאליש:

לא יכולתי לאטום אזני משמוע דמים (תרתי משמע) זילותא דהאי צורבא מרבנן הוא הרב החריף הנגיד מ' אהרן נ"י מפ"ק אשר ידו שלח בקישור בתנאים עם בת מעכ"ת וכעת אשר נהפך לבי בקרבו אשר אמר מעכ"ת להתיר חרצובות התנאים אחר אשר כבר שם מ' אהרן הנ"ל פניו ויתנהג בנסיעות בזמן אשר הוגבל ליום חתונתו ושמחת לבו וכעת שמתה לחונה נהפכה בהיות כי כדי בזיון אשר הי' לו שמה מחרפת אדם הוא אח לצרה כל אח עקוב יעקב הוא גיסו מ' יעקב מאיר אשר הנה עכבוהו זה פעמיים אשר לקח מאתו בצע כסף להרבות מהר ומתן ליתן שדכנות והוא יורד ומתעה עולה ומקטרג להפך הקערה להשים אור לחשך וכשמו כן הוא בהיפוך אתוון מאיר רמא"י אשר נהג בו מנהג רמאות לצודד נפשות נקיים בחרמי גבוה במשטח חרמים מן הקדמונים הוא

הטה את לבב הטהור כ"ת לשווי' נפשי' הדרנא וכבר עשה הרבני מ' אהרן כמה הוצאות והזיקות אשר הי' לו ע"י זה כידוע לכל באי שער עירינו:

הלא מראשית כזאת הודעתי גם אני לכ"ת ענינו ומצבו של הרבני מ' אהרן הנ"ל ועל רכושו כפי האומד מפי השמועה וזולת זה לא נשמע בו שמץ דבר פה מחרופים וגדופי' של מ' יעקב מאיר ולא אדון אנכי בדבר הלזה רק נעתרתי לשאלת הרבני מ' אהרן היות חפצו לקרב משפטו לפני יודע דת ודין שיקוב הדין ביניהם עפ"י הדת ולדעתי הדין עמו בזה שרוצה בזבל"א. הגם דבחו"מ (סימן ג') כתב רמ"א כמקום דיינים קבועים לא יוכל לומר אדון בזבל"א מ"מ כבר מעשים בכל יום שבדבר גדול ישפטו בזבל"א ומה גם בדבר כזה אשר דייני העיר מסתמא מיכף כייפי לי' למע"ג. ובכה"ג ודאי לא דיבר רמ"א שלא יהי רשות לצד א' ליקח בורר שלו דהא מדינא דש"ס ודאי יוכל לברור לו א' וגדולה מזו הביא הב"י בבדק הבית (סימן יד) בשם התשב"ץ בשם כמה גדולים על א' שהזמינוהו לעיר גדולי העיר והנדון אומר איך אדון בעיר הזאת הלא איתנם מוטלת על הדיינים וגם טענותי יסתתמו מפניכם אמרתי כי טוב הדבר על הדיינים והנידונים לילך במקום הסמוך ע"ש שמצוי ביד כל אדם. והנה לשון על הדיינים אינו מובן שלכאורה משמע שאם דייני העיר ילכו למקום אחר יוכלו לשפוט שם ולא ידעתי מה הפרש בין שידינו באותו מקום או במקום אחר אם הדיינים חוזרין למקומם במה נסתלק מוראם אלא פשוט מ"ש טוב הדבר על הדיינים היינו לדייני העיר שיסתלקו מן הדין לגמרי ועל הנדונים לילך למקום אחר לדון וכן משמע בתשובת מהרי"ק (סימן א) דהתירו השלשה גדולים שלא לדון בעירם ע"ש ונקוט מיהת פלגא בידן דאין לדחות למהו' אהרן במה שחפץ ליקח בורר בעיר שלו:

ואני תמיה על הרמ"א דבח"מ כתב שאין יכול לומר אדון בזבל"א ובי"ד כתב דאכסנאי חכם יכול לדון בין אנשי עיר דדילמא אין הרב ממוצע להם. הרי שיכולין לדחות אפילו הרב שבעיר בשביל שאינו ממוצע להם ואין סברא לחלק דדוקא בשניהם רוצים יכול האכסנאי לדון אבל אם א' רוצה לדון בפני הרב והאחר אינו רוצה לא יוכל דכ"ש דכשזה רוצה דוקא בדין העיר שיש סברא שאינו ממוצע להשני ויוכל לברור לו בורר כדינא דש"ס זבל"א. ולמה זה יגרע כשרוצה לברור בורר שלו ואין בורר של זה ממוצע לזה למה נכוף אותו לדון בפני מי שאינו ממוצע לו. וגם נראה דרמ"א לא קאמר רק דהנתבע אין לו רשות להשמט שלא לדון בפני ב"ד הקבוע וזה המנהג שלא לבא לידי השמטה אבל אם התובע רוצה לדון בזבל"א ורוצה ליקח לו א' לצד שלו גם רמ"א מודה דהרשות בידו ואפילו נימא דרמ"א איירי בכל גווני י"ל דדוקא לבן עיר עם בן עירו לא יוכל לומר אין ב"ד זה מקובל

לי שמסתמא נקבעו לדיינים אותן המובחרים לדיינים בעיר לכן אין יכול לדחות ב"ד שבעירו הקבוע אבל כשהתובע מעיר אחרת מי יכריחו לדון דוקא בפני דייני עיר הנתבע דבשלמא בעיר י"ל דמסתמא קובלים בני העיר לדון בפניהם אבל אדם שבא מעיר אחרת וביקש לברור לו דיין לצד שלו אין תקנת עיר זו מועיל על אנשי עיר אחרת שלא קיבל איש מעיר אחרת דיינים אלו עליו וניהו דצריך לדון עמו מ"מ אם ירצה לדון בזבל"א ואינו מקובל עליו ב"ד שבעיר הקבועים יוכל לברור לו א' כרצונו מעיר הלזו או מעיר אחרת כיון דמעיקרא דדינא יוכל לומר אברור לי דיין לא נגרע כחו בשביל שקיבלו אנשי עיר דיינים קבועים דאינו מתחייב ליכנס בתקנות העיר ועוד בנ"ד שהרב מסולק מן הדין לא הוי כב"ד קבוע שידוע שעיקר הוא הרב שבעיר וכבר אמרו דיני ממונות בשלשה דאי אפשר דליכא חד דגמיר. א"כ במקום שמקבלין רב לשפוט בין איש לרעהו כשמסתלק הרב הוי כאילו אין ב"ד קבוע וכן משמע מתשובת רמ"א (סימן יז) דכשנסתלק האב"ד הוא הפקירא ע"ש. א"כ מכל הלין טעמי פשוט שביד מהר"א לברור לו דיין הן ממקום ההוא או ממקום אחר. זה מה שנ"ל ע"פ הדין. אבל עצתי אמונה למעכ"ת להתפשר עמו בטוב להתרפס ברצי כסף לפייס למהר"א על העלבון ולהכשיר נזקו כאשר יכתוב לי מעלתו אני אכניס עצמי בדבר הלזה כי חבר אני ליראי ד' ולחושבי שמו. כי אמת שבא לידי הפסד הרבה ע"י זה ויכשיר עכ"פ מקצת נזקו ואין מעצור לד' להושיע לבתו ברב או במעט אם יחפוץ ד' להגדיל הצלחתה ויסיר ממנו עקשות פה כי אנכי הרואה את הנולד כי ח"ו יוכל לצמוח למעלתו תקלה גדולה ע"י זה והחכם עיניו בראשו וגדולה כחה של בושה שהחריבה בית אלקינו. ואין אדם נתפס על צערו וד"ל. [נשמט לעיל. גם בתומים (סימן יג) מסיק דאף בב"ד קבוע יוכל לומר שיוסיף בדיינין מיהו בעיקר הקושיא שהביא בשם הגאון מ' ברוך ממה שפרש"י. ראה בעל דינו נוצח. אומר הריני מוסיף עליכם דיינין. ושם מיירי שכבר טען. בעניותי לא ידעתי במה נתחבטו הגאונים דיש לפרש בפשיטות דודאי בשכבר טענו שניהם אין יכול להוסיף דיינים. ובספרי יש לומר דמיירי שלא טען הנתבע כלל רק בענין שהתובע טוען ופעמים הנתבע חושב שאין ראיות ביד התובע. וסובר שהוא תביעת על פה ופשוט בעיניו שיפטר. ועכשיו בעל דינו מביא ראיות או איזו כתיבת יד אשר לא עלה בדעת הנתבע. וחושב שעל ידי זה ינוצח לכן חפץ להוסיף בדיינים כדי להשמט ולחשוב מחשבות מה שיטענו נגדו. וא"כ עדיין לא תבע הנתבע. ובכה"ג יש לומר שיכול לחזור לכולי עלמא אחר שחזר ואומר שרוצה להוסיף בדיינים ובהכי אין צריך לידחק כמו שכתב הרמב"ן בפרשת דברים דטעמא משום דהוי כאומר נלך למקום הועד דלפי עניות דעתי הדבר פשוט דיש לומר כמ"ש]:

סימן כד

ידבר בענין נזקקין לתובע [ושייך לסימן כו]

שאלה באחד שיש לו שטר על חבירו והלוה טוען איני חייב לך כלום דון דיני אם אתחייב לך אשלם ואם אפטר החזר השטר והמלוה טוען איני רוצה לדון עמך עכשיו ואיני תובע לך ואדון עמך לאחר זמן:

תשובה את מי אין כמו אלה דברים פשוטים מענין נזקקין לתובע ואי זיילי נכסי נזקקין לנתבע תחילה ומבואר בש"ע ח"מ (סי' כ"ד) אך בנ"ד לא שייך זילי נכסי כלל כי שט"ח בעדים הוא שגובה ממשועבדים וגם לפי המנהג מי שרוצה למכור איזה נחלה מכריז ברבים מי שיש לו זכות יבא וימחה ובודאי כל מי שיש לו טענה צריך לברר דבריו בב"ד ואם לאו אובד זכותו ואין קונה בלא הכרז' ובודאי המוחה ממילא צריך לאשתעוי' דינא עם המוכר. והאמת שתוכן הענין אינני בקי בו כי המכתב מתלמידי הרבני מהו' משה לא מצאתיו עוד אך מעולם אין דרכי לקבוע יסוד על הדברים האמורים בש"ע מבלי דעת מקור ומוצא הדין כי דיני ממונות כמעין הנובע ויש בהם חילוקים שונים וכאשר ניסיתי באלה כמה פעמים ובאמת הענין דידן אם זה תובע ואומר יש לי בידך שטר שנמחל שיעבודו אין בזה ענין לנזקקין לתובע תחילה שהרי הוא תובע שטרו ומבואר בח"מ (סנ"ד ס"ב) דצריך המלוה לישבע על זה ומטעם שכתב הרב [המגיד] שם אף שאין שטרו ש"פ מ"מ מחמת ראי' שבו יתן הלוה פרוטה אלא דמשם אין ראיה די"ל דשם רוצה לפרוע ואין למלוה תביעה יותר עליו אבל (עוד) [אם] המלוה טוען אמת שאתה חייב לי אלא שאיני חובעך עכשיו וזה טוען איני חייב לך כלום דון דיני ואם אתחייב אשלם ואם אפטר החזר לי (ששה) [שטרי] והמלו' טוען שאיננו רוצה לדון עכשיו וידון עמו לאחר זמן זה לא מצינו מפורש אם נימא שיצטרך המלוה לישבע עכ"פ שמחזיק בשטרו כדין:

ובזה היה מיושב קושית (הבית) [הגי"ת] שהביא בש"ך [סק"ד] (די"ל) [דל"ל] טעמא ש"פ מחמת ראי' שבו תיפוק ליה שאין הלוה צריך (לשלח עוד להחזיר) [לשלם עד שיחזיר] לו שטרו ולפ"ז הי' אפשר לומר דגם אם המלוה אינו רוצה לדון עכשיו והלוה תובע להחזיר לו שטרו שאין תביעת ממון ללוה רק על השטר והרי המלוה אומר שבדין הוא מחזיק בו שחייב לו באמת ומדלא תירצו כן משמע דבכה"ג א"צ המלוה לישבע וידון עמו לאחר זמן. לא דמי דשם אין לנטען טענה להחזיק בזכותו של חבירו אבל בזה שטוען שאתה חייב ואינני רוצה להחזירך עתה אפשר שאין יכול להכריחו:

ובאמת בעיקר הפירושים בענין נזקקין לתובע תחילה איכא למהוי בהו טובא כי ראש המדברים בזה הוא רש"י כי רש"י פירש כגון ראובן שתובע לשמעון מנה שהלוהו בעדים

או בשטר ושמעון משיבו תפסת משלי או משכון היה בידך ונפחת דמיו נזקקין לתובע לטענת ראובן ומגבינן לו מנה משמעון ואח"כ נזקקין לו לטענת שמעון לדון על התפיסה ובתוס' הקשו ה"ד אם יש לו לשמעון עדים או שיביא עדים תוך שלשים יום הא בלא"ה נותנין זמן ב"ד ל' יום ואם אין לו עדים וכי לעולם ימתינו ותירצו בתוס' כגון שפלוני ופלוני היו בשעת מעשה וכ"כ ברא"ש (וטי"ד) [וטור] ובעניותי לא זכיתי להבין דברים אלו כי אפילו באיסור א"א החמורה איתא בקידושין (יב) עדים בצד אסחן ותאסר ודוקא בא"א חשו רבנן ודוחק לומר כגון שידוע שהיו שם מדים דאין זו סברא כלל ועוד מבואר בב"ק (דף ט) ראובן שמכר שדה לשמעון ויוצא עליו עסוקין דמכי דייש אמצרי צריך לשלם לו דא"ל אחיי טירפך ואשלם לך וכן הוא בח"מ (סרכ"ו) וא"כ תמה על עצמך איך יאבד מעותיו של חבירו בטענה גרוע כזו שיביא ונמתין לו ותו קשה איך שייך בזה ואי זיילי נכסי פירש רש"י שיש כאן תגרים שיקנוהו בדמיה יקרים איך יכריחו למלוה להחזיר מה שתפס הרי עכ"פ יחזיק במשכון עד יפרעו ועיין פ' גט פשוט [דף קעב] גבי מאן דאית חד שטרא כו' שיכוף לפרעו. ואם רוצה לדון על המשכון כמה יגיע יתרון ללוה [או למלוה] א"כ נימא דאם לא זיילי נכסי דנין ללוה שיפרע תחילה ואח"כ ידין עמו על המשכון. וזה תימא דאין לך זיילי נכסי [גדול] מזו שיצטרך לפרוע לו קודם שיחזיר המשכון ואח"כ יזיל עמו בדינא ודיינא. וא"ע תקשי מתניתין (שבועות מג) דמלוה על המשכון [כו' שקל הי' שוה כו' וסלע היה שוה פטור משום דהלוה כופר הכל אמאי הלא אם] אמר אני תובעך על הפרעון ואח"כ אדון עמך על המשכון [יהא הלוה אח"כ המוציא וישבע המלוה דאין שוה אלא שקל ויפטר] וא"כ מהימן המלוה (במיגו) כמה הין שוה במיגו דאי בעי (ואומר) [יאמר] לא אדון עמך על המשכון כלל ודוחק לומר משום מיגו להוציא שהרי מחלוקת הפוסקים בזה (ונ"ל דאמירתם) [ודוחק לומר דמיירי התם] בזיילא נכסי. ובאמת (הרי) אין לך זיילי נכסי [גדול] מזה שהרי אף שיש למלוה שטר מ"מ הרי הלוה מוחזק במעותיו נגד המשכון עכ"פ וכשיפרע לו יאבד מוחזקות שלו ועיין בש"ך (סע"ה) [סע"ב סקנ"ו] סוף דבר איני יכול להבין על בוריו בפירש"י כלל והדבר צריך עיון ובושש להלום פירש"י כעת אין הזמן מסכים. גם קשה לי על דברי הטור שהביא פירש"י וכפירוש התוס' דנ"מ אם אין העדים מזומנים עד לאחר שלשים יום וקשה לי דהתוס' והרא"ש הקשו הא בלא"ה נותנין זמן שלשים יום ונראה דס"ל דבכל ענין נותנין זמן ל' יום והטור ח"מ (סי' קי) סתם כדברי הרמב"ם שאם יש לו מטלטלין מגבין אותו מיד הרי מפורש שאין נותנין זמן כלל א"כ בלא"ה לא קשה קושית התוס' די"ל דמיירי ביש לג מטלטלין שמגבין אותו מיד (ואף) [וא"ל] דס"ל להתוס' דכי היכא

שנותנין זמן באין לו מטלטלים ממילא יש ליתן לו זמן ב"ד בבא בזמנו שיש לו עדים שהשטר פרוע דא"כ איך כתבו דכאן מיירי בחבלות שאין נותנן זמן לחבלות ואכתי מנ"ל דכה"ג אין נותנן זמן אלא ודאי פשיטא להו כמו שאין נותנין זמן לפרעון כך אין נותנין זמן להביא עדים וא"כ לפי שיטת הטור לא הי' לו (להביא שנותנין עדים) [לפרש אם אין העדים מזומנים עד לאחר ל' יום הא ביש לו מטלטלים דמי לחבלות] וגס קשה איך (מתרץ) [פסק] הטור בסימן [ק'] נגד דעת אביו הרא"ש דמשמע מדבריו בכל גוונא נותנין זמן ב"ד. (עוד) [ועוד] כיון שמשכון בידו יכול לגבות מן המשכון עצמו ומה מקום לזמן:

ואענה אני את חלקי בפירוש נזקקין לתובע תחילה אולי מקום הניחו לי הראשונים בזה כי כבר (פסק) [תמה] הש"ך למה אמר נזקקין ולא אמר פוסקין וגם פי' הש"ך דחוק (ודחוק) שהתובע רוצה שישמעו דבריו תחילה דכל זמן שלא שמעו מאין ידעו מי הוא התובע והנתבע וגם (הנ"ל) [נ"מ] שכתוב בש"ך דרך רחוקה היא ונ"ל לפרש כפשוטה כגון שא' בא בשט"ח ותובע מחבירו ממון והנתבע אומר שיש לו טענות כנגדו אלא שאינו רוצה להשיב לו כי יש לו בידו בפקדון אונות ושטרות על שדות שלו (וכמדומה) [וכדומה] דברים שאין ראוי למלוה לגוביינא של דמי (בחובו) [חובו] והתובע אומר אחר (שאיני) [שאני] תובע אותך תחילה דמי חובי תדון עמי על זה ואח"כ אדון עמך על תביעתן (אי) [אז] נזקקין לתובע תחילה ומוכרח הנתבע להשיב לו על טענותיו ויקוב הדין ביניה' והכי דייק לישנא מי בעל דברים (לי) יגש דוקא מאחר שנודע לבעל דין כבר לבעל דבר יגיש ראייתו וברור דינו עליהם ותו לא קשי' הא נותנין לו זמן לפרעון דאפילו תימא דנותנין לו זמן מ"מ נ"מ שזה רוצה לידע שחובו בטוח ע"פ הד"ת ויכול למכור חובו וכדומה. אמרי ושרדטי טעמים שנזקקין לנתבע תחילה והיינו בזיילי נכסי שצריך למכור השדות ובשביל שזה כובש זכותו אין יכול למכור נמצא שעי"ז לא יכול לפרוע חובו אי כדומה טעמים אחרים שיש לחוש להפסד הנתבע יותר מן התובע כפי הראות לזאת נזקקין לנתבע תחילה. ע"כ מה שראיתי להשיב בענין לפום רהיטא:

סימן כה

שאלה קרבו משפטן לפני. אלופי הקהל עם היחידים שבאו בשט"ח שבידם זה כשלש ועשרים שנה ושט"ח של היחידים המה חתומים בח"י אלופי יקירי הקהל ויש ליחידים כמה שט"ח. וכולן אותן החתומים שהם חתומים באחד מהם חתומים בכולן ותחילת החובות היו לפי שהקהילה היתה חייבת לא"י ונגשו עליהם לפרוע ולפי שלא יכלו לגבות המעות עפ"י הערכה כי רב הוא הסך אשר הוכרחו לפרוע ע"כ כל מי שהשיגה ידו

הוצרך ללות אל הקהל וכל אחד קיבל שט"ח בח"י יקירי הקהל. ובשט"ח כתוב ששעבדו אל החובות יתר הכנסות הקהילה והשט"ח נכתבו סתם כמו שהי' נהוג לכתוב מימי קדם לאדון (פאן) וגם כתוב בהם נאמנות וכעת תבעו היחידים בשט"ח שלהם ומורשי הקהל טוענין כי מאחר שאותן החתומים הם בעצמם חתומים על כל השט"ח. אולי היו גומלין זה את זה וכל אחד כתב לחבירו מה שלבו חפץ. ועתה טוענין מאין היה להם כח לשעבד הבאים אחריהם. וגם אולי אם נתנו היחידים עפ"י ההערכה. רק שעל העשירים הגיע יותר ונתנו מה שמוטל עליהם ליתן וקיבלו על זה שטר חוב:

א תשובה נראה לזכות היחידים מחמת שלשה טעמים ותחילה נאמר בטענה ראשונה שטענו מאחר שהחתומים הם אותן חתומים שחתומים בזה חתומים בזה יש לחוש לגומלין. הנה לכאורה דין זה פשוט בש"ע (ח"מ סימן לז ס"ה) במוציא שטר על ג' וטענו כולם פרענו אם כל אחד חייב י' זהובים לעצמו ואין לחבירו שותפות בהם עדותו כשרה על חבירו ולא חיישינן לגומלין. ועוד אפילו תימא לחוש לגומלין לא עדיפא חששא דגומלין משיהיו נוגעין בעדות וכבר כתב הרמ"א (ס"ס ל"ז) דבעניני הקהל אפילו נוגעין כשר. אך די"ל לזה דבשלמא בענין שכולם נוגעין צריך ע"כ להכשיר וכי יעמידו עדים מעיר אחרת. משא"כ בנ"ד היה אפשר להם להחתים אותם שלא לוו. אמנם בתר עיון הא ליתא. דהנה צריך להבין דלכאורה לא דמי למה שכתבנו דבמוציא שט"ח על שלשה לא חיישינן לגומלין דהתם אף שנכתבו בשטר אחר אין להם שייכות בעיקר הממון זה לזה. משא"כ בעסקי הקדש שכולם הם כשותפין ואחראין זה לזה דאם אין למקצתם. הנשארים צריכים לשלם חצי'. וא"כ הדבר דומה לששה שותפים שלשה מהם כל אחד מהם יש לו מנה על השותפים הנשארים ושני שותפים האחרים מסייעים זה לזה. דבזה ודאי אין נאמנים. דאפילו לא אמרו רק שחייב לאחד מהם כגון ששני שותפין מעידין שחייב לשלישי אין מקבלים עדותן על השלישי כמו שמבואר שם בש"ע (סעיף ד) בכפר אחד והודה אחד שאין עדותו מחייבת חבירו שבועה. וא"כ כאן אינם עדים כלל נגד אותן שלא חתמו רק לגבי עצמן נאמנין. איברא דהא ליתא דבאמת צריך ביאור בכפר אחד והודה אחד למה לא יקבל עדותו הא שותף נאמן לחובה. ואין לומר שהוא מעיד על עצמו כדי שיפרע חבירו עמו. דאל"כ יצטרך לפרוע לבדו. דאם ירצה להעיד שקר למה לו להודות בחוב כלל שהרי בידו לכפור ודוחק לומר דמיירי דוקא בחוב ידוע בשטר רק שזה טוען שבא לעסק השותפות ומבקש שחבירו ישלם עמו דא"כ הי' להם לבאר דדוקא בחוב ידוע איירי ובחוב שאינו ידוע קשה אמאי חשיב נוגע בעדות הא יש לו מגו דאי בעי כפר בחוב לגמרי. ואין לומר אף דיש לו מגו אין מכשירין אותו לעדות (דהא מצינו)

די"ל שאינו רוצה לשקר נגד זה רק נגד חבירו [דהא מצינו] בשלח חובו עפ"י שנים סגי קודם דתקון רבנן [שבועת היסת] שליח נעשה עד משום דמגו דאי בעי אמרו אהדרינהו ללוה מצי למימר פרענו למלוה וכאן נמי יש לו מגו כה"ג דאי בעי כפר בחוב לגמרי. אלא נראה הטעם דבאמת אין לו מגו לכפור בחוב. שהרי יתחייב שבועת היסת וקאי ג"כ בתר דתקון רבנן שבועת היסת. ושפיר י"ל שחייב לבדו ואינו רוצה לכפור שיתחייבו היסת. וגם מדברי הב"ח והש"ך נראה שהבינו דמיירי בחוב שאינו ידוע דהקשו מאי נ"מ בעדותו יפרע הכל ממנו ואם אין לו לא הוי נוגע משום שמא יתעשר ומאי קושיא הוא הא י"ל דניחא ליה דלא ליהוי רשע ולא ישלם. וכ"כ באורים ותומים באמת. אלא נראה שהבינו דאיירי אפילו בחוב שאינו ידוע ובזו לא שייך הך סברא דהא יכול לכפור בכל החוב. וא"כ אם יאמר שאינו חייב כלום לא [מקרי] לוה רשע כו' אלא עיקר הטעם משום שיתחייב היסת אם יכפור ואף אם ישבע שהשני חייב מ"מ הוה עד שצריך שבועה. ועד שצריך שבועה לאו עד הוא כמ"ש התוס' בקידושין (דף מג). וא"כ לפ"ז כל החתומים מיקרי נוגעין לגבי היחידים שהרי אם יודו בחוב שהיה באופן שאין היחידים חייבים לשלם רק החוב מוטל על החתומים דוקא א"כ יהיו נוגעים לגבי אותו היחידים. שאולי אז נעשה הערכה על היחידים והחוב היה מוטל על החתומים בלא"ה. ומה שהגיע עליהם עשו על זה שט"ח. אך לפ"ז בטלה טענה הראשונה דהיה לחתום השאר שהרי אפילו אותן שאין לווין כל שיהיו חתומים יהיו חייבין שכל מי שיחתום א"ע נוכל לומר שחותם את עצמו מפני שתבעוהו שיתן החלק ע"כ ביקש שהנשארים יחתמו כדי לשעבד כל בני הקהל. דא"כ כל מי שיחתום יחשב נוגע. וכיון דכולם נוגעים הדרינן לתקנתא דציבורא שגם נוגעים הם כשרים:

ב טעם שני לזכות היחידים מאחר דנכתבו השטרות סתם ויכולין למכור השטרות לאנשים אחרים שאינן מבני העיר ויהיו כל בני העיר חייבים לשלם להחתומים שהחתומים היו טובי העיר ויקירי הקהילה בימים ההם. אף דיש לפקפק כיון שהקול יוצא פה שיש להם שט"ח מזמן רב וכולן נכתבו בזמן אחד דמ"מ לא נפסלו השטרות בזה אם יצא מת"י אחרים. וגם הקול אינו יוצא פה רק מבני העיר והן נוגעין בדבר:

ג ועוד בה שלישי' שאפילו לא היה להם שטרות כלל אם הוציאו לצורך הקהל לא גריעי מיורד ברשות לשדה חבירו שהם היו טובי העיר אז והם כאפטרופסים זה לזה. וכן מבואר בש"ע (קכ"ח) ברמ"א דפרנסי הקהל שהלוו לצורך המס יכולין לפרוע בעד כל הקהל וכל אחד צריך ליתן חלקו. והטעם דהם כאפטרופסים וממונים הם וכשותפים הם. ומחמת כולם לוו ע"כ. וא"כ לא גריעי מיורד ברשות דעכ"פ יש לו ליטול בשבועה. וכן

מבואר בתשובות רשב"א החדשות (סימן ת"ב) ששלוחי הקהל טענו הוצאות שהוציאו בהוצאות ושחדום. והשיב רשב"א כי משורת הדין שלוחי הקהל נשבעין ונוטלין כדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו שישבע ויטול. ועוד כתב הרשב"א וז"ל. ועוד אמרתי שלא נהגו כן בכל המקומות להביאם לידי שבועה (ולא) [ויש] למנהג הקהילות סמך שלא להשביע השלוחין לפי שישראל בגולה סחופים הם וצריכים הם לאנשים זריזים ואשר כח בהם להתעמל ולטרוח ללית ולעמוד בהיכל מלך על צרכיהם הרבים. ואם היו צריכים לישבע על כל פרוטה ופרוטה שיוציאו ממנעי ולא עבדי. ואפשר דאפילו בפשיעה פטורים. דאפטרופסי של יתומים פטורין אפילו בפשיעה כו' אלא שאין יכולין לדון כן ממש בשלוחין כמו באפטרופסים כו' אבל אם רצו לישבע הרי אלו כשלוחין דעלמא דנשבעין ונוטלין עי"ש. וגם (בסימן שצ"ד וסימן שצ"ה) כתב כי משורת הדין דכל שליח שמוציא הוצאות אם רוצה המשלח להשביעו רשאי אבל אנו לא נהגינן כן בשלוחי הקהל בכל המקומות. דחזקתן באמונה הם עושים ע"כ. א"כ אין ספק שאלו [טענו] אז שפרעו הל כך שהיו נאמנים, א"כ לא יזיק מה שהם נוגעים. שהרי הי' להם נאמנות ע"ז ויכולין לומר שהוציאו כ"כ. ולפי משמעות דברי הרשב"א נאמנין בלי שבועה רק לפי שנתיישנו השט"ח וכמה שנכללו בשטרות [שנפרעו] חלקן. ולכן יראה להשביעין שבועה חמורה. דאף דכתוב נאמנות בשטרות והשטרות ישנות וגם הוא כמו נגד יורשים שכמה מבני הקהילה עתה שלא היו אז וכמה חדשים שנתוספו ע"כ ראוי להשביע היודעין שבועה חמורה והיורשים שלא פקדנו. מאחר שבלא"ה יש דיעות חלוקות אם נאמנות מועיל נגד היורשים. שכמה יחידים שהיו אז. וכעת קמו בניהם תחתיהם. מיהו אותן שכבר נפרעו אין להכריח שישבעו מאחר שכבר תפסו. וגם יש כמה דיעות דנאמנות מהני גם נגד יורשים לקוחות. ולכן נראה לי כמו שכתבתי:

סימן כו

ידבר בענין הכופר בפקדון פסול לעדות

א תשובה מכתבו הגיעני ואודות התנצלותיו על דברי מ' זלמן לא ראיתי להטריח עצמי על דבר שפרוש ולא יזכרו ראשונות. אך בזאת להשיבו על דברי תורה מה שכתב אלי דברי הרי"ף בשערים שכתב דכופר במלוה יכשר לעדות אפי' נשבע ותמה איך יפרש סוגיא (דב"ק דף קה:) וכבר רמזו לנו התוס' ב"מ סוגיא זו (בדף ה:) שכן משמע בסוגיא דב"ק דמיירי בלא שבועה ובודאי שכוונו ג"כ למ"ש מעלתו. רק שצריך ישוב לדברי השערים:

אך לב דעתי מה שעלה על דעתו דהשערים סוברין גם בפקדון לא נפסל אם לא שנשבע ג"כ על הפקדון ובודאי אם כן הוא צריך נגר ליישב הסוגיא דב"ק שמורה בעליל שאינו כן. אך לא כן אנכי עמדי כי אין כוונת הרי"ף כן דבמלוה לא נפסל אפילו בשבועה. אבל בפקדון פשיטא שנפסל בכפירה לחוד דהוי גזלן עלי' היכא דאיכא למימר אשתמוטי ופשיטא שפסול לשבועה שהרי אפילו משחק בקוביא פסול לשבועה במשנה ובזו נדחו דבריו מה שהקשה על הריב"ש שסובר דנשבע לשוא לא נפסל כי אם בשבועה דלהבא מ"מ לעדות מיפסל והקשה לי מאי פריך בכפירה הוא דמיפסל נימא דלשבועה לא יפסל וכתב שיש לו שני ישובים לזה ולדידי אין התחלה לקושיא דנעשה גזלן עליו והרי מבואר במשנה דאפילו משחק בקוביא שהוא גזלן דרבנן חשוד על השבועה וכ"ש גזלן דאורייתא ומה שביקש ליישב דברי השערים ע"פ דעת הריב"ש שסובר דלעדות מיפסל לא ידענא איך ניישב קושית הש"ס דקאמר בכפירה הוא דמיפסל והיינו לשבועה אבל לפמ"ש לא קשיא כלל דבודאי בפקדון נפסל בכפירה לחוד שהרי גזלן הוא (ואיך) [אף] לשבועה פסול אלא דכופר במלוה ס"ל דכשר אפילו נשבע והוא דקאמר התם תדע דאמר ר' אבין הכופר במלוה כשר לעדות בפקדון פסול לעדות לא ס"ל כפירוש רש"י שפירשה דאי באשתבע מה לי מלוה מה לי פקדון אלא הדבר כפשוטו דכיון דפסול לעדות ע"כ גזלן הוא וגזלן פשיטא דחשוד על שבועה ואף שבמרדכי פ' אד"מ כ' בהגמ"ר דהך דכופר בפקדון היינו בשבועה מ"מ י"ל אינו כן דעת השערי'. גם יש ליישב שכוונתו בשבועה היינו היכא דליכא עדים דההיא הוי גבי' כגון דקיימא באגם דבזו לא נפסל בלי שבועה כמבואר פ' הגוזל. והטעם דבמלוה אע"ג דנשבע מ"מ אפשר שחייב לו כנגדו וכ"כ בגדולת מרדכי שם ואע"ג דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ולא תלינן שחייב לו כנגדו היינו דוקא לענין שנתחייב ע"פ הודאתו אבל מ"מ לא מיפסל ודלא כתשובת מהר"ם לובלין שנתן טעם דאף בשבועה י"ל דמשתמיט והיא תימא איך יכשירו לשבועה כיון דכבר חשוד שנשבע משום אשתמוטי לשקר אלא ודאי כמ"ש דהטעם די"ל באמת נשבע שחייב לו כנגדו משא"כ בפקדון שנשבע שהפקדון שלו וזה בודאי לשקר נשבע שגוף הדבר אינו שלו:

ואי קשיא הא קשיא לי על תשובת רמ"א (סימן לט) שכתב ליישב דברי ריב"א שכתב המרדכי סנהדרין סי' תרצ"ג וז"ל ומצאתי משם ריב"א דהה"ד הנשבע להכחיש את העד אע"פ שפטר עצמו בשבועתו מיהו לאלתר נפסל מכאן ולהבא לעדות ולשבועה שהרי בע"ד והעד אומר דשקר נשבע ודוקא בפקדון אבל לא במלוה ועל זה שאל השואל בתשובת רמ"א אם נשבע מה לי מלוה מה לי פקדון כדאיתא פ' הגוזל ע"כ כיון ג"כ

לגמרא הנ"ל ורמ"א תירץ לו דבפקדון נפסל למפרע משעת כפירה אבל קודם שנשבע לא מיפסל די"ל שהי' רוצה לשלם וכדאיתא בגמ' פ"ק דמציעא ע"כ ולדידי' ודאי קשיא דמאי פריך מהך דשבועת הפקדון נימא דודאי רב ששת אמר שפיר דנעשה עליו גזלן לענין אונסין דאפילו הי' רוצה לשלם מ"מ חייב באונסין ומ"מ חשיד לא הוי כיון שאינו אלא חמסן וכמ"ש בגמרא. ובהגמרא גופי' לא קשיא כלל דגמ' לא אמר רק אם כפר בפקדון ולא רצה לישבע ורוצה לשלם לא מיפסל ע"ש דשם מיירי שאמר בפירוש שרוצה לשלם אבל בסתמא שפיר ולא גילה בדעתו שרוצה לשלם ובאו עדים שהוא תחת ידו נפסל מיד ולא דיינינן ליה לזכות שהיה רוצה לשלם. אבל רמ"א שסובר דיכול לתרץ דבריו שהיה רוצה לשלם א"כ מאי פריך דמכפירה הוא דמיפסל הא אכפירה יכול לומר שהיה רוצה לשלם ולכן צריך שבועה:

ב מיהו גם זה יש לתרץ דמשמע לי' דר"ש על שבועת פקדון דוקא מכח שבועה נפסל. ואם איתא לדרב ששת א"כ נפסל מכח הכפירה משעת כפירה ומשמע לי' דומיא דאינך דלא מיפסל רק מכח שבועה וסימנין לזה בדברי רש"י ופירושו ד"ה ואם איתא כו' דמשמע לי' דלא מיפסל עד שעת שבועה כי הנך ואם איתא כו' הא משעת כפירה איפסל לי' ע"כ והיא תמוה לכאורה הפשיטות מנ"ל לפרושי הא אין שבועה כי אם על כפירה ואי איפסל בכפירה ל"ל לשבועה כלל והוא קושיא אלימא טפי אלא נראה דגם רש"י ס"ל בכפירה לחוד אין לפוסלו שמא רוצה לשלם כשיפסקו לו ב"ד שאז נתבררה כפירתו למפרע משעת כפירה. אלא שיש לתמוה לפי' הרא"ש גופי' שפירש בהדיא דכופר בפקדון פסול בלא שבועה. גם י"ל ע"פ מה שהוקשה למעל' דלפמ"ש רמ"א בתשובה ומהר"ם לובלין (כעת לא מצאתיו בתשובת רמ"א והר"ם לובלין) דאכפירה שחוץ לב"ד לא נפסל (בכפירה שחוץ לב"ד) היינו משום דחוץ לב"ד אין רוצה לגלות טענותיו ויכול לטעון מה שירצה עד עמדו לפני הב"ד למשפט. אבל ודאי כשנשבע הוכיח סופו על תחילתו דמשעת כפירה איפסל ליה. ולזה נתכוון רש"י דמשמע דומיא דאינך. וא"ש. מיהו בכפר בב"ד נפסל שהיא כפירה גמורה ונחשב לגזלן ומשני דקאי באגם דלאו כפירה היא כלל ולא נפסל עד שעת שבועה:

מיהו ליישב קושיא זו י"ל בלא"ה דהא קשה לפמ"ש התוס' (בב"מ דף ה:) דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן. וא"כ מאי קושיא הא משעת כפירה איפסל לי'. הא בשבועות (בדף מז) מסיק תני פסולא דאורייתא ותני פסולא דרבנן. א"כ מאי קושיא דמשעת כפירה איפסל הא משעת כפירה גזלן לא מיפסל אלא מדרבנן ומתניתין ברישא נקט פסולא דאורייתא ולכן נ"ל עפמ"ש התוס' דליתני שבועת מלוה וי"ל בפשיטות דלא

תני שבועת פקדון אלא משום דבלא"ה תני שבועת עדות ושבועת הפקדון בדרך לא זו אף זו דלא מבעיא שבועת עדות דחזינן דאין שבועות חשובות בעינן שהרי ללא תועלת נשבע לשקר. אלא אפי' שבועת הפקדון שאחר כך שנתברר הדבר ע"כ הוציא הגזילה מתחת ידו ואחר ששילם הוי סד"א דאע"ג דהחזיר. הגזילה עפ"י ההכרח לא יוחשב עוד לחשוד קמ"ל דמ"מ כיון שלא הוציא הגזילה אלא בהכרח אחר שנתוודע שנשבע לשקר עדיין חשוד. א"כ לא תני שבועת פקדון [אלא] לרבותא. א"כ אין קושיא דליתני נמי שבועת מלוה דאין צריך ואי קשיא ליתני מלוה ולא פקדון לאו קושיא הוא כלל דמאי אולמא מלוה מפקדון וגם התוס' נראה שלא כיוונו לתרץ אלא דלהכי נקט טפי פקדון ממלוה. וזהו דוקא אם הם בגדר א' ניחא טפי למיתני פקדון משום דכתיבא בקרא אבל אי בפקדון נפסל משעת כפירה ואינו בא בכח השבועה לבד ודאי טפי הו"ל למיתני מלוה וא"כ לא קשה מידי וגם אם יסבור השערים דגם בפקדון לא יופסל כי אם בשבועה פריך הגמרא שפיר דמ"מ אחר שנשבע נפסל גם מכח גזילה א"כ טפי הו"ל למיתני מלוה. אלא דלפ"ז צריך לפרש מאי דאמר הכופר במלוה כשר לעדות אפילו נשבע ובפקדון פסול לעדות בנשבע דוקא. והטעם דכל זמן שלא נשבע לא נתבררה כפירה דשמא רוצה לשלם וא"כ אינו מיושב התירוץ וזהו קשה ו"כ לדברי רמ"א שסובר דבפקדון בעינן נשבע דוקא א"כ היכא קאמר תדע הא ע"כ הא דכשר לעדות במלוה הוא משום דאין הוכחה גמורה שנשבע לשקר ובפקדון פסול לעדות משום דבודאי נשבע לשקר, א"כ מאי תדע דקאמר. ודוחק לפרש דה"ק הכופר במלוה כשר לעדות משעת כפירה עד שעת שבועה ובפקדון פסול לעדות משעת כפירה מיהו כל זמן שלא נשבע לא נתבררה כפירתו דשמא רוצה לשלם ואינו בגדר כופר עד שישבע. ומוכח מזה דבמלוה י"ל אשתמוטי אינו פסול כי אם משעת שבועה אבל בפקדון אם נשבע לא דיינינן לי' ג"כ לזכות שבתחילה רצה לשלם והעלים במסכיתי' ולא נפסל כי אם משעת שבועה וזה יתכן לדברי רמ"א אבל לשערים דס"ל דכופר במלוה כשר אפילו נשבת א"כ אין הטעם משום אשתמוטי דבנשבע לא שייך אשתמוטי וע"כ כשר מטעם דאמרינן דיש לו כנגדו מסתמא אצלו ולא מפקינן גברא מחזקתי' א"כ מהו תדע. ולכן י"ל כמ"ש לעיל דבפקדון מודה השערים דנפסל בכפירה לחוד דהוי גזלן אלא דעדיין קשה דבב"מ (דף ה) מסיק במלוה דשייך אשתמוטי תדע דאמר רבה הכופר במלוה כשר לעדות בפקדון פסול לעדות ומנ"ל לומר אשתמוטי דילמא לא אמרינן אשתמוטי ובמלוה טעמא אחרינא איכא דהא בנשבע דלא שייך אשתמוטי נמי כשר לעדות:

ואין לומר כסברת ר"מ לובלין (בתשובה נח) שגם בנשבע שייך אשתמוטי דמלבד מ"ש לעיל שדבריו תמוהים איך נאמינהו שוב על שבועת מלוה שהוא חשוד לאותו דבר עצמו אף גם מכאן מוכח שאינו כן דהא מפרש דלהכי מודה במקצת נשבע ולא אמרינן שישבע לשקר ג"כ משום דלא חשוד אשבועתא. ומוכח כן מדרב אידי דכשר לעדות. ולדברי מהר"ם לובלין הראיה לסתור דאדרבה כי משתמיט ישבע נ"כ משום אשתמוטי. אלא ודאי ליתא לדברי מהר"ם בזה. וע"כ הטעם דבמלוה דייניין ליה שלא נשבע לשקר כלל. משא"כ אי הטעם משום אשתמוטי וזהו קושיא גדולה ועצומה על השערים. ולפום רהטא הי' נ"ל שלא אמצא מקום ליישבה ברם צריכין אנו למשכוני נפשין על בעל השערים שהי' גאון קדמון וי"ל דבודאי צ"ל הטעם משום אשתמוטי דבוודאי עיקר הטעם אף שטוען לא לויתי כלום ודרך משל אם אמר אתמול נתתי לך מעות בהלוואה וזה משיב להד"מ אין לדונו לזכות אם באו עדים שנתן לו אתמול מעות דנימא דמתכוין שהמעות הי' שלא בהלואה מפני שחייב לו כנגדו דא"כ היה לטעון בפירוש ול"ל לומר להד"מ וכמו אם נשבע שלא נתן לו אתמול שום דבר ובאו עדים שנתן לו מעות פשיטא שנפסל דמיגרע משבועת ביטוי ולא אמר השערים רק דס"ל מסתמא בד' השבועה בכל אופן היותר מאומת בכדי שלא תהא שבועת שקר. ולכן ב"ד מסתמא אין מפרשין לו נוסח השבועה כי אם שאינו חייב לו כלום כדי שיצא ידי שבועה אף אם לוה לו ויש לו בידו כנגדו ולכן ס"ל דלא מפסל אף אם באו עדים שלוה שלא נשבע אלא שאינו חייב לו כלום, וא"כ י"ל דשפיר מוכח דכופר במלוה כשר לעדות אם איתא דלא אמרינן סברא אשתמוטי. א"כ בכופר ואומר לא מסרת לי מעות מעולם ובאו עדים שלוה לו מעות הי' נפסל משעת כפירה אלא ודאי לא משגחינן בכפירת מלוה כלל דאמרינן שאין דעתו לכפור כלל רק אשתמוטי ולכך אינו מדייק לטעון בדיוק עד שעת שבועה שמדייק לישבע באמת ולא יש מקום לפוסלו כי אם בשביל השבועה והב"ד פוסקין לו שבועה אינו כי אם שאינו חייב לו וע"ז י"ל בקושטא קא משתבע וא"ש א"כ ממילא גם סוגיא דב"ק ניחא דמוכח דהיכא דשייך אשתמוטי לאו כפירה היא כלל:

ועוד י"ל דגם להרי"ף בשערים משכחת לה שיפסל במלוה לפי הטעם שכתבתי דדייניין לי' לזכות שיש לו כנגדו ממקום אחר א"כ נראה לפמ"ש שהנגזל יצטרך עם אחר לפסול לגזלן א"כ זה שהלוה לו שיודע ועד שאינו חייב לו כלום כנגדו ודאי יכול הוא לפוסלו אם מעיד מחדש ואם כפר לשנים בודאי יכולין הם לפוסלו ולא אמר השערים רק שעדים אחרים שמעידין שלוה לו אין יכולין לפוסלו. אבל המלוה שנשבע נגדו ודאי הוה ע"א וא"כ אם היה מיפסל בכפירה לחוד הוי משכחת בכופר במלוה שע"י כפירתו נפסל

והיינו בצירוף המלוה עם אחר שהעיד ג"כ שגזל וכה"ג פסול וגם נ"מ למלוה עצמו שאם חתם עמו הלוה הכופר על שטר א' הרי לדברי המלוה הלוה פסול ומרב אידי משמע דכשר לעדות בכל גווני א"כ מוכח טעמא דאשתמוטי ומ"מ שפיר מדייק השערים דלכך לא תני שבועת מלוה דלא משכחת לה הכחשה רק מבעלי דינים עצמן ובכה"ג ודאי יודה הרי"ף בשערים ולא קשה מידי:

ג ובלא"ה מה שהוקשה למעלתו דילמא מיירי שכפר חוץ לב"ד לא קשיא דהא התוס' תירצו דלהכי לא נקט שבועת מלוה משום דשבועה דקרא בפקדון כתיב א"כ מיירי בשבועת הדיינין שהב"ד משביעין והוא ע"י כפירה בב"ד וא"כ פריך שפיר דבכפירה לחוד יפסל:

ועוד י"ל בדעת הרב רמ"א דאף שסובר בפקדון יכול להתנצל שרוצה לשלם י"ל דדוקא דנתברר הדבר קודם שפסקו לו שבועה יכול להתנצל אבל אם יצא מב"ד בכפירה דהיינו בענין שפטור משבועה דהיינו כשלא טען התובע טענת ברי ונסתלק מן הב"ד בכפירה מודה רמ"א שפסול בפקדון היכא דליכא למימר אשתמוטי, ובמלוה כה"ג כ"ש וא"כ יתפרש דרב אידי אף בלא נשבע. ולפ"ז קושית הש"ס בכפירה הוא דאיפסל היינו בנסתלק מב"ד בכפירה לחוד הוא דאיפסל ול"ל שבועה ומשני דקאי באגם דלא נפסל בכפירה לחוד. ולפ"ז י"ל בנשבע נפסל בשעת כפירה ולא דיינינן דמעיקרא כיון משום אשתמוטי כמו במלוה דשייך אשתמוטי טפי אלא שזהו דחוק. ולכן צריך לפרש דגם בפקדון לא נפסל למפרע לדברי ריב"א רק באופן דלא הוי אשתמוטי כיון דהאי שעתא הוה בידי' וכדמוקי הש"ס:

סימן כז

שאלה ראובן לוה מעות משמעון ונתן לו ע"ז כ"י באופן הלזה שלמעלה ברישא דמגילתא נכתב על סך כך וכך והחתום חתם את עצמו באמצע בכדי שיוכל הבעל השטר לכתוב עליו שט"ח. ומחמת שערורי' ורעש ומלחמה שהיה באותה העיר נאבד כ"י הלזה והחייב מודה שהוא חייב אך שטוען שאינו רוצה לפרוע דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עליו מאי דבעי:

א תשובה בראשית ההשקפה הי' הדבר קשה להוציא מיד החייב ובתשובת צמח צדק (סימן יו"ד) נזכר כעין זה בממר"ה שנאבד ומסיק שיתן לו המלוה שטר אחריות כפי מעות שפורע מאחר שאפשר שיחתוך שורה ראשונה ויכתוב עלי' מאי דבעי גם יש חשש איפכא שאם יתן שטר אחריות יוכל הלוה לעשות קנוניא עם אחד שיתן לו הלוה ח"י

בכרי שיתבענו שנית כדי שהמלוה יצטרך להחזיר לו מה שקיבל עליו ותמיהני שלא זכר מחשש זה הרב בעל צמח צדק ואפשר שהממר"ם הי' מקויים בעדים ונכתב בו זמן דאין חשש לקנוניא שהעדים לא יחתמו על ממר"ם מוקדם אלא שלא הי' לו לסתום וצריכין אנו ללון לעומקה של הלכה לברר להוציא דבר לאמיתו וגם כפי פשט ההלכה אפשר שאין המלוה יוכל לכוף ללוה לקבל שטר אחריות. דאם מצינו בגמרא דעבד לוה לאיש מלוה וצריך לשמור שוברו מ"מ לא יחוייב מזה שיסמוך הלוה על שטר אחריות למיקם בדינא ודיינא עם המלוה:

והנה כפי הפשט הגמרא (ב"ב דף קעא) כי הא דרב יצחק בר' יוסף כו' א"ל הב לי שטראי א"ל שערך אירכס לי אכתוב לך חברא א"ל הא רב ושמואל דאמרי תרוויי' אין כותבין שובר, א"ל מאן כו' הא ר' יוחנן ור"ל דאמרי כותבין שובר ומסתברא דכותבין שובר דאי ס"ד אין כותבין שובר אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי מתקיף לה אביי ואלא מאי כותבין שובר אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי אמר ליה רבא אין עבד לוה לאיש מלוה:

והנה כפי הפשט מאחר דרב ושמואל ס"ל אין כותבין שובר ואין צריך לפרוע א"כ אף דמסיק עבד לוה לאיש מלוה לא מצינו חיוב על הלוה כי אם שמחויב לשמור שוברו. וזהו דוקא בענין שמספיק לו שמירח השובר לצאת מידי הפסד. משא"כ היכא שלא יספיק לו שמירת השובר לצאת מידי הפסד, י"ל לכ"ע אין כותבין שובר ואפילו שטר אחריות לא מצינו שמחוייב הלוה לקבל מן המלוה כי יוכל לומר לא אזיל למיקם בדינא ודייני שהרי כלל גדול בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן:

אמנם כן בתר עיון נראה דודאי מחוייב הלוה לשלם ולא יאכל וחדי והוא דהא יש לתמוה בקושית אתקפתא דאביי שמתקיף לה אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי כאילו שקלן בפלס אבד שטרו של מלוה לאבד שוברו של לוה והלא הפלא ופלא. שהרי לא קרב זה אל זה כלל. שבודאי באבד שטרו של מלוה אינו דין שיפטר הלוה מחיובו ויאכל וחדי ויהי' לוה רשע ולא ישלם אבל זה החשש של אבד שוברו אינו אלא חששא רחוקה שיאבד שוברו והמלוה יצניע השטר בכונה בכדי לתובעו ויודע למלוה שאבד שוברו ואם המלוה איש אמונים לא יעשה כזאת אבל הלוה חיובו בבירור הוא ואין לו טענה להיות לוה רשע. ועוד תימא סברת רבא משום עבד לוה ולא מצינו סברא זו כי אם בשעה שצריך למעות אבל לאחר פרעון וכי לעולם יהיה עבד. וגם סברת רב ושמואל גופי' צריך להסביר שיאכל הלוה של המלוה. מה שיודע שאינו שלו וחדי:

ולכן נלענ"ד לבאר הדברים שהוא כענין שמצינו בכתובות פ' אעפ"י דאזלינן בתר אומדנא. והתוס' הקשו א"כ הלוקח בהמה ונטרפה יוחזר לו הדמים. ותירצו דבדעת

אחרת מקנה לא אזלינן בתר אומדנא דמתחילה נכנס לספק זה שאם יארע כך יפסיד מעותיו. והנה ס"ל לרב ושמואל דודאי אין שום סברא שיתחייב המלוה בשביל אבדן שפרו שהרי שטרות פטורין עליהם משמירה וכ"ש בכה"ג שאין שום הפסד ללוה באבדן שטרו ואם אינו מאמינו מי עדיף ממשכון שטוען המלוה שנאנס שהמלוה נשבע ונוטל. ולכאורה אין שום טעם לסברת רב ושמואל. אך נראה שסברת רב ושמואל דניהו דאשתעבד הלוה לפרוע בשטר לכתוב עליו מכל מקום מאחר שיש חשש פן ימצא המלוה שטרו ויתבענו אח"כ כשיאבד הלוה שוברו יש לנו לומר שלא נשתעבד ע"ד כן ונוכל לומר אילו הי' הלוה יודע שיצטרך לשלם לו ויוטל עליו לשמור שוברו ומעותר מזה הפסד ללוה יש לנו לומר שלא הי' מתרצה הלוה להשתעבד שישאר כל ימי חייו בדאגה אלא דלעומת זה יש לומר איפכא שאלמלא הי' המלוה משים אל לבו שכשיאבד שטרו יפסיד מעותיו לא הי' מלוהו. וכיון שהמלוה ע"ד כן הוציא מעותיו א"כ אין כח ביד הלוה לזכות בשל חביריו כי אם באופן שנתן לו שהרי המלוה לא זיכהו כי אם באופן שרוצה. וא"כ כשאין עושה כרצון המלוה המעות גזל הם בידו. אלא דמ"מ רב ושמואל אזלי טפי בתר אומדן דעת לוה מאומדן דעת אלוה משום דהמלוה מסתמא היה נכנס לספק זה שבודאי לא ענה ע"ד המלוה שיאבד שטרו שהרי כשיאבד שטרו בלא"ה אינו בטוח ממעותיו שהני יכפור בו הלוה ומלוה לא מהימן ליה ללוה כדאיתא פ' המפקיד ולכן יש לנו לומר שהמלוה לא מסיק בדעתיה שיאבד שטרו שאילו עלה ע"ד שיאבד שטרו לא היה מלוה כלל. ולכן יש לנו לומר שהמלוה היה סבור וקיבל אף אם יפסיד לגמרי באבידת שטרו אף שיודה לו הלוה בשביל שיחוש הלוה מהפסד והמלוה אין לנו לומר שהיה נמנע בשביל חשש זה אחר שגמר בדעתו להלוותו דהמלוה ודאי אינו חושש לאבידת השטר שאילו היה חושש לאבידתו של שטר מסתמא לא היה מלוהו ולכן ס"ל לרב שמואל דאזלינן בתר אומרנא דדעת לוה שלא נשתעבד לפורעו באופן שיהיה אפשר לבא לידי הפסד אלא דמ"מ יש מקום לומר שהמלוה לא נתן מעותיו ע"ד שיפסיד אם יאבד שטרו אף אם יודה לו הלוה דניהו דנכנס למקום הספק אם יאבד שטרי דספור בו הלוה וגם לא ביקש להאמינו בלא שטר מ"מ עכ"פ ניחא ליה למלוה שאם מתרמי שיאבד המלוה שטרו שעכ"פ כשיודה לו הלוה יפסיד אלא דרב ושמואל אזלי בתר אומדן דעת שודאי הלוה לא שעבד עצמו ע"ד שיקבל שובר מן המלוה דא"כ יצניע המלוה השטר בכוונה וימתין עד שיאבד שוברו והדר מפיק ליה ומצורף לזה חזקת ממון של לוה ולכן ס"ל שע"ד כן נשתעבד הלוה בשטרו שלא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו:

ולפ"ז מובן שפיר דאתקפתי' דאביי דניהו דאמרת סברא לכתוב שובר דאל"כ אבד שטרו של זה יאכל הלוה וחדי. וע"כ באת לומר שלא נתרצה המלוה ע"ד כן שמעלה גם בדעתו כשיאבד שטרו ויודה לו הלוה אף שרחוק הוא שיחשוב המלוה לתקן זאת דמסתמא לא מהימן לה בלא שטר. וחששא רחוקה שיודה לו הלוה אחר שיאבד שטרו אדרבה נימא אבד שוברו של זה ויש לנו לומר שהלוה לא נשתעבד ע"ד כן שישמור שוברו והמלוה לא היה מקפיד בזה שאינו מעלה על לבו אבידת שטרו ושיודה לו הלוה אח"כ ולכן יש לומר יותר שאפי' אם היה המלוה יודע שבאבידת שטרו לא יתפרע אף בהודאת לוה מכל מקום היה מלוהו לפי שאחר שהוסכם אצלו להלוותו מאיזה טעם א"כ יש לנו לומר דמסתמא אף אם היה יודע שיפסיד באבידת שטרו לא היה נמנע מלהלוות ואילו היה המלוה מתנה עם הלוה שכשיאבד שטרו יחוייב לשלם לו אפשר שהיה נמנע ולכן מתקיף לה אביי והשתא אמר רבא עבד לוה לאיש מלוה והטעם לפי שהלוה צריך למעות יש לנו לומר שאפילו התנה המלוה עמו כשיאבד שטרו ויודה לו יצטרך לשלם לו מסתמא היה הלוה מקבל עליו גם את זאת. כן נ"ל ברור פירושא דשמעתא דלא תליא כי אם באומדן דעת לוה ומלוה וכאמור:

ואפשר להוסיף בזה נופך. דרב ושמואל לשיטתם דס"ל מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים. ומשמע ודאי כיון דס"ל שעבודא לאו דאורייתא רק חובת גברא הוא לפרוע. וא"כ במת נפקע חיובו וע"כ גם עונש אינו עליו, משא"כ לדידן דקיי"ל שעבוד דאורייתא לא יפטור מחיובו לעולם. ואין להאריך בזה:

ב והשתא דאתינן להכי נחזי אנן בנדון דידן הכל תלוי אם נאמר שבאופן הלזה נשתעבד הלוה למלוה. א"כ הספק בזה שנוכל לומר שע"ד כן לא נשתעבד שיפרע לו כשיאבד שטרו ויש לו חשש הפסד דאף שנזכר בגמרא טעם דעבד לוה אינו מועיל רק שהלוה מקבל עליו לשמור שוברו אבל [לא] שיהיה לו חשש הפסד כשימצאנו אחר וכאמור:

אך שתי תשובות בדבר. חדא שהדבר ידועה בענין זה שנותנין כ"י ורשום ברישא דמגילתא והנשאר חלק עד החתימה הוא בכדי שיכתוב המלוה עליו שטר חובו וענין החוב והמלוה יוכל לכתוב כל חיזוקים שבעולם באות נפשו שע"ד כן נותן לו שהוא מאמין למלוה שלא יעשה לו עול לחתוך רישא דמגילתא ולכתוב סך גדול יותר. אבל הרשות בידו לכתוב כל שופרא דשטרי כגון נאמנות וכדומה ומה"ט נ"ל עיקר ג"כ כדברי הסמ"ע (בסי' מח) שהשיג על הע"ש שכתב בהוציא ח"י חלק וסובר הלבוש שאינו יכול לטעון עליו ויוכל לומר ממנו נפל. והסמ"ע השיג עליו שדרך העולם שיאמין הלוה למלוה עד שיצרף לחשבון. וכן נ"ל דודאי דרך שיאמין הלוה למלוה כדאמרינן (פרק המפקיד

דף ל) הלוה מהימן למלוה שהרי הדרך שהלוה מוסר משכון למלוה שוה כפלי כפליים. ואם המלוה אומר שנאנס צריך לפרוע לו חובו. ועוד דהא יש למלוה מגו דאי בעי כתב מלי' מאי דבעי:

והש"ך וד"ז רבינו באורים ותומים כתבו דהוי מגו להוציא ואני אומר אם כדבריו היאך מצינו בשטר שביד שליש דשליש נאמן לומר שהשטר הופק מן המלוה ונאמנותו של שליש עיקרו מכח מיגו דהימני' שהיה יכול למוסרו לזה שאומר ששלו הוא ונימא ג"כ דהוי מיגו להוציא אלא ע"כ כיון דיש דררא דממונא ויש שטר לפנינו אלא שהספק ממי בא לידו נאמן השליש לברר הספק מאחר דהימני' מעיקרא והה"ד גמי בח"י חלק כיון דלנפילה לא חיישינן וע"כ בתורת התחייבות בא לידו והימני' מעיקרא ודאי יש להאמינו במגו דאי בעי כתב עלי' מאי רבעי. ולא דמי לשטרא זייפא דלפי דכרי המלוה גופא אין השטר מחייב את הלוה בכלום. אבל זה שכא להחזיק החיוב שאומר בח"י הלוה שניתן לו ע"ז ודאי מהני שפיר דהימני' ואית ליה מגו דאי בעי כתב עלי' מה שאומר. א"ה גם עכשיו הוא מפורש שח"י הוא השטר על סך זה ודמי קצת למיגו להוציא היכא דמסייע ליה שטרא. ועוד יש לחלק דמיגו דבידו עדיפא והארכתי בזה החילוק בקונטרס יעלת חן (סי' ס"ז) בכ"י שעדיין לא בא בדפוס ואין להאריך כאן בזה:

ומה שהביא הש"ך (בסימן סט סקי"ז) בשם אביו הגאון ז"ל מדאמר בש"ס בכתובות (דף כא) אבל אמגילתא לא דילמא משכח אינש דלא מעלי וכתב עלי' מאי דבעי הא בלא כתב נמי יוכל לתובעו כמו שירצה אני אומר דפת"ח. אבל לדון שתי תשובות בדבר. חדא דודאי עיקר הטעם דמהימן משום דהימני' ולא הוי מיגו להוציא היינו משום דכיון דלנפילה לא חיישינן ובודאי בתורת התחייבות בא לידו ונאמן במגו לפרש דבריו. נמצא שלפ"ז שעיקר נאמנות שלו הוא מטעם דהימני' שהרי היה יכול לכתוב עליו כרצונו. נמצא אם לא היה דין המשנה הוציא עליו כ"י שפיר היה יכול להראות ח"י אמגילתא. א"כ בודאי לא היה מועיל ח"י חלק שיכול לומר שהראה ח"י ומצאה זה אבל דברי השמ"ע אינם אלא לפי האמת שאין להראות ח"י אמגילתא משום דילמא כתב עלי' מאי דבעי וא"כ אין לתלות בנפילה דמזהר זהיר בי' פן ימצאו אינש דלא מעלי וכתב עלי' מאי דבעי. וא"כ אילו לא היה הדין בעולם דלא לכתוב ח"י אמגילתא בודאי היה יוכל לומר שחתם אמגילתא. ודברי הסמ"ע אינם אלא לפי האמת דכל אדם נזהר שלא לחתום אמגילתא. וכשצריך להראות ח"י מראה דוקא אחספא וא"כ אדרבה לא שייך לתלות בנפילה כלל. שהרי הזהירו חז"ל שלא לכתוב ח"י אמגילתא וא"כ בהכרח לפרש הטעם משום ח"י דמשום זה צריך ליזהר ולולי הטעם דהוציא עליו כ"י לא הי' צריך ליזהר

ובאמת לא הוה מועיל וזה ברור וגם בפשיטות שהרי ח"י חלק לא מהני אלא מטעם דאי בעי כתב עלי' וא"כ טפי מיירי עיקר החיוב שהנאמנות טבע משם:

זאת ועוד אחרת שבא להפליג באזהרה שהדבר פשוט אי מתרמי שהראה ח"י אמגילתא וזרקוהו לאשפה שהדבר ידוע שזרק חת"י חלק לאשפה ולמחר הוציא עליו אחד ת"י חלקה דלא מהני מאחר שמברר שורק ח"י לאשפה הרי מבוררת הנפילה ונוכל לומר שמצאה זה וא"כ כשבא להזהיר שלא להראות ח"י אמגילתא הוצרך לומר דכתב עלי' מאי דבעי שלולא זאת היה אפשר לו להנצל מההפסד כשיברר שזרק ח"י בב"ד והיה יכול לומר שזהו ח"י אבל כשיכתוב עליו כ"י שוב לא יהיה נאמן לומר שזהו כ"י שזרק בב"ד דא"כ יערים להפקיע כל כתיבת ידיו במה שמברר בעדים שהשליך ת"י ואיך משכחת לה דין המשנה. אע"כ שאינו מציאות כלל שישליך ח"י ומה"ט גם בח"י חלק נאמן דאין דרך להשליך ח"י חלק. ובודאי בא לידו מדעת:

ג ונחזור לענינינו שכפי הסברא שכתבנו לא נוכל לומר בנ"ד שאילו היה הלוה מסיק אדעתא שיאבד המלוה כ"י עם חתימתו לא היה משעבד עצמו נגדו דהא פשוט שסמך על המלוה ואילו היה המלוה רוצה מפרש בכ"י בריוח שבנתיים תנאי זה שבאם יאבד לו שיצטרך הלוה לשלם ולא יוכל לעכב המעות בשביל האחריות המעותד ואילו הי' מראה כתב זה לעדים וללוה באופן שהיה מתברר לו שמתחייב בכל אופן א"כ בודאי לא היה יוצא ידי חובתו עד שיפרע לו א"כ ליתא לאומדן דעת הלוה ואדרבה מזה מוכח שדעתו להשתעבד בכל אופן ואדרבה יש לנו לומר שהמלוה לא היה מתרצה שכשיאבד כ"י לא יפרענו הלוה אף אם יודה לו דיותר יש לנו לומר שהיה הלוה מסכים עם המלוה מאחר שנתן לו רשות להטיל כל שופרי דשטרי בשטר וא"כ אין ללוה שום טענה ליפטר מחיובו. ועוד דכאן לא שייך כלל הך אומדנא שאילו מעלה על דעתו שיוכל לבא לידי הפסד ע"י אבידת שטרו לא הי' מתרצה לפרעו שהרי ע"כ לא נחשב לו זאת לספק לחוש עליו שהרי במה שמעכב מעות המלוה גם בזה לא נפיק מחשש הפסד דילמא משכח לה אינש דלא מעלי וחותך הסך וכותב עליו סך רב. א"ר אין לנו לומר שאילו הי' מעלה על לבו אבידת הכתב ע היה מתחייב שישלם לו עד שיחזיר לו שטרו דגם כשלא ישלם לו לא ניצול מן ההפסד ולא דמי לסתם שטר שבמה שאינו פורע כבר נכון לכו ובטוח שלא יפסיד. וכיון דאין לומר דמסתמא היה דעתו כשלא יוחזר לו כ"י לא ישלם ממילא חיוב חל על הלוה לשלם. אלא ודאי שלא חש הלוה לכך כלל. וא"כ במה יצא ידי חובת פרעון שיהיה לוה רשע:

וכן משמע מדברי נימוקי יוסף שהביא בשם המפרשים בשטר שכתב בו לויתי ממך מנה דקיי"ל ממך האי דנפיק מתותי ידי' משמע וכתב נ"י מיהו שטר זה כל שהוציאו אחד ופרעו וכתב לו שיבר עליו נמחל שעבודו לכל אדם ע"כ ודייק בעל צ"צ דדוקא כשודיע ששטר זה היה כבר בידו אותו שובר מהני לכל אדם שיוציאנו אבל באינו ידוע ששטר זה כבר בידו ובא לב"ד ואמר שטר כזה היה לי על לוה ואבדתיו וכותב לו שובר ודאי דאותו שובר לא מהני דאל"כ יוכל להערים ולומר לאחד שהי' לו שטר עליו ויכוין לסך ולזמן פרעון של אותו השטר ויאמר שאבד שטרו ויתן נו שובר אלא ודאי לא מהני אלא כשידוע שהיה לו שטר כזה בירי יהיר נקרא בעל השטר אותו שובר מהני לכל אדם עכ"ד. ואני אומר שעדיין לא יצא ידי חובת ביאור דאפילו ידוע ששטר כזה היה לא מהני שובר מאחד כשיוצא מתחת יד אחר ומזה הטעם גופיה שאמר בעל צ"צ דאלת"ה יוכל להערים וליתן לאיש אחד מן השוק כתב כזה באותו סך ואותו זמן ויעמיד עדים או ב"ד ששטר כזה היה בידו ושוב כשיתבענו המלוה האמיתי יראה לו השובר שקיבל ממנו:

ואולי מיירי הצ"צ שהוא שטר בעדים. דאז לא יוכל להערים ליתן שטר בעדים רק שיזכור בע"פ שם העדים כאשר כתובים בשטר:

אך מדברי נימוקי יוסף גופי' משמע דהך דממך איירי בכת"י וכן הוא בפרשב"ם דמדין כ"י הוא. וא"כ בכה"ג לא מהני שובר אפילו ידוע שהי' בידו שטר כזה ולא כתב הנימוקי יוסף רק שאם כתב שובר לאחד שפרעו שטר זה תו לא מהני כשמוסרו לאחר והוא מודה שהוא אותו שטר עצמו או שניכר בסימנין דנמחל שעבודו כבר ולא בא להשמיענו אלא דהשטר כזה נמי מהני מחילת שעבוד אבל ודאי אינו נאמן בשובר כשאינו מברר שבא לידו השובר ממוציא כתב זה לא יוכל לאורועי השטר בשוברו:

סימן כח

שאלה אשה אחת נתנה מעות ביד אשה אחרת למחצית שכר על רווחים כנהוג. ואשה המפקדת היתה אז תחת בעלה ובעלה קודם מותו סילק לה מדמי כתובתה ג"כ ליד האיש הנפקד. שהנפקדת היתה נושאת ונותנת בנכסים ועקרת הבית וידה כיד הבעל בכל וקדם קדימת הלואת האשה לסילוק הכתובה. ואחרי מות בעלה החדר לה הנפקד כדי דמי כתובתה כאשר הושלש מבעלה ונשאר חוב הנ"ל שנתנה האשה בעצמה. ואח"כ הקדישה האשה את החוב במעמד תשוב העיר ובמעמד האשה אשר היתה נושאת ונותנת הנפקדת ונתנה היא בעצמה רשות לאותו החשוב שעמד שם ליקח המעות על דבר מצוה שהוא צרכי רבים כאשר ייטב בעינו. ואח"כ מתה האשה המקדשת הנ"ל

ונודע ליורשי בעלה עפ"י קלא בעלמא שיש לה מופקדים ובאו לתבוע המעות רק שאין יודעים איה המעות כי אין יודעים הדבר על בוריו. והחשוב בא לצאת ידי שמים כיצד יעשה עם המעות ועדיין הם ביד הנפקדת [והנפקדת] אמרה בשם האשה המקדשת שיש לה מעות הללו בנכסים ואין ידועים בטרם נשאת לבעל זה ובא מעשה לפני:

וזאת תשובתי

תשובה ע"ד השאלה ממעות הנ"ל. בתחילה ראוי לבאר מי הוא הנקרא מוחזק. אם הקהל הם מוחזקים שבאים מכח מתנתה. או נימא כיון שהמעות לא נמצא ת"י רק ביד מי שהפקידה אצלו כבר יצאו המעות מחזקתה כי בזה תולה עיקר הדין כי אם נחשוב להמקבל מתנה למוחזק ממילא שאי להוציא בלי ראיה ברורה. משא"כ אם נחשוב יורשי הבעל למוחזקים. מטעם שכל מה שנמצא ת"י אשה מסתמא של בעל הוא. א"כ המקבל צריך ראיה ברורה להוציא:

אכן לפענ"ד נראה דהמקבל שבא מכחה נקרא מוחזק. ובנ"ד שהנפקדת רוצת לתתו לאלופי הקהל אין ביד יורשי הבעל לעכב אף אם יהי' ספיקא בדבר וראיה לזה ממ"ש התוס' והרא"ש בב"ב (דף נא:) ד"ה קיבל מן האשה שכתבי שאפילו אומר הבעל שהממון שלו אין כח להוציא מידה. ואח"כ כתבו מיהו אם תקף הבעל המעות אין מוציאין מידו. והביאו ראיה מלוה מן האשה שא"צ לשלם לה די"ל לגלויי זוזי הוא דבעי וש"מ דאינה יכולה להוציא מידו ולומר של פלוני הם. דאל"כ תהימן במגו ראי בעי אמרה של פלוני הם. אלא ודאי שאין יכולה להוציא מידו ע"ש בלשון התוס'. והנה מזה מוכח דאינה היא מוחזקת גמורה במעות שת"י. דאי הוה מוחזקת גמורה למה תועיל תפיסת הבעל בעדים. אלא ודאי מידי ספיקא לא נפקא. ולכן אי תפס לא מפקינן מיני' וכיון דהוה ספיקא א"כ קשה אם המעות ת"י הנפקד למה יחזיר לאשה הא יוכל הבעל למחות. ונהי דהוא אינו מוחזק הלא גם היא אינה מוחזקת אלא ודאי הנפקד שבא מכחה הרי הוא כמותה ויכול להחזיר לאשה. ולכתחילה מחוייב הוא להחזיר לאשה דוקא עיין במרדכי. וכן נראה מסברא דאל"כ בכל ספיקא דדינא דקיי"ל תפיסה בעדים מהני כמו שהסכימו אחרונים אטו נימא אם חזר והפקיד או הלוה התופס המעות לאחר שיעכב השני המעות שביד אחר שלא יחזיר לזה מאחר שיש לו טענה עליו ומספיקא לא יחזיר לזה. דהא ודאי ליתא דהנפקד או הלוה צריך להחזיר למי שלקח ממנו ובזה יוצא ידי השבה מאחר שממנו קיבל. משא"כ כשיתן לאחר אינו יוצא ידי השבה מאחר שלא נודע אם הוא של אחר. ובזה יובן בתוס' דבתחילה כתבו אם האשה אומרת תן לפלוני שהוא שלו דנאמנת במגו כו' משמע דפשיטא להו באמרה שלי הוא מאמרה שהוא שלו. ואח"כ

כתבו ואם תקף אין יכולה להוציא ולומר של פלוני הם שתהא נאמנת שלי הוא במגו דאי בעי אמרה אחרים הפקידו בידי כו' עכ"ל. משמע דס"ל דיותר יש להאמינה באומרת אחרים הפקידו בידי ממה שהיא אומרת שלי הוא אלא נראה דודאי מצד עצמה טענת אחרים הפקידו בידי עדיפא. דזה יש להאמין יותר כיון שאינה נושאת ונותנת. משא"כ שניתן לה במתנה שהרי גם באומרת שניתן לה במתנה ע"כ באו לה מאחרי'. וא"כ יותר שכיח פקדון ממתנה אלא דמ"מ היכא דדינא דיחזיר לאשה הי' נראה להתוס' דיותר נכון להחזיר לאשה שהנפקד ראוי שיקיים השבה שיצא בודאי ידי השבה. ובמה שיחזיר לאשה יוצא בודאי ידי השבה שאפילו הוא משל בעל מ"מ מחזיר למקום שנטל. ואם יחזיר לאחר אפשר שאין יוצא ידי השבה. והיינו אם הוא של בעל. ולזה כתבו דמ"מ גם במחזירו לאחר יוצא ידי השבה כמו במחזיר לאשה מאחר דאי בעי שקלה ויהבה ליה וא"כ אצל הנפקד שניהם שוין לצאת בהם ידי שמים. משא"כ בעיקר הטענה כשתפסו הבעל יותר יש לומר שנאמנת לומר של אחר הם משתאמר שלה הם מצד עצם הסברא וזה ברור בכוונת התוס' ויצא לנו מזה הדין והוא הטעם דכל שיש ספק בדבר הנפקד מחזיר למקום שנטל וזהו הטעם בעצמו שהאשה נקראת מוחזקת גם שהוא ביד הנפקד מטעם שכל שיש ספק צריך להחזיר למקום שנטל. וכל שאינו ידוע בבירור שאין הדבר של המפקיד צריך להחזיר למפקיד וזהו מה שרצינו לבאר:

ואחר שבארנו זאת נראה בודאי כי יש כמה טעמי לזכות האשה וממילא לא מזכי ב"כ והנה דעת הפוסקים באשה נושאת ונותנת ואונות ושטרות יוצאות על שמה. דבחיי' קי"ל כרב דעלי' להביא ראי' ובמתה קי"ל דעל האחין להביא ראי'. אלא דהש"ך כתב [סימן ס"ב ס"ק י"ז] דדוקא בשטרות דכיון דנכתבו על שמה מוכת מילתא שהם שלה. משא"כ במטלטלין. וכ"כ בסמ"ע בשם רי"ו [כק"ח] אלא דהש"ך סובר שכן מוכח מכל הפוסקים שכתבו טעמא דשטרות שנכתבו על שמה מוכח מילתא. ומזה דס"ל במטלטלין על יורש להביא ראי' והט"ז הביא תשובות מהר"ם דס"ל כן אפילו במטלטלין במתה על האחין להביא ראי' ולכאורה תימא מה יענה בקושית הש"ס דר"פ מקשה כלום טענינן ליתמי מידי דלא מצי אבוהון למטען. והא רבא אפיק זוגא דסרבלי מיתמי וע"ז תירצו (הרשב"ם) התוס' והרא"ש דהכא שאני דמוכחא מילתא משטרות שנכתב על שמה. ולדעת מהר"ם קשה קושית הש"ס. אבל לפענ"ד לא קשה מידי ואדרבה תמי' לי למה הוצרכו לכך. הא בלא"ה יש סברא פשוטה לחלק דמה שהוציא רבא מיתמי היינו לפי שהדבר הי' ידוע להבעלים הראשונים. רק שהי' יכול לטעון לקות ממנו. ובדבר העשוי להשאיל ולהשכיר לא טענינן לקוח וגם ליתמי לא טענינן שמא הי' מברר שלקח. משא"כ הכא דלא נודע

כלל אם שטרות הללו היו של יורשים. ונהי דבחיים עלי' להביא ראי' דאם הי' שלה הי' לו לברר. משא"כ במת אין ריעותא ממה שאינו מברר י"ל דאילו הי' בחיים הי' מברר לכן שפיר מוקמינן הני שטרות בחזקתו וזה נכון וברור. וא"כ לא קשה מידי על מהר"ם ואדרבה על טעמן של התוס' והרא"ש ושאר מפרשים יש לתמוה אי נימא דמטלטלין שנמצאו בידו הן בחזקת האחין. למה נימא שטרות הם שלו. הלא הוא הי' הנושא ונותן בנכסים ומאן ימחה בידי' לכתוב השטרות על שמו ושמא בכוונה כתבם על שמו כדי שיהי' לו טענה עליהם ולמה יהיו השטרות עדיפא מן הממון דמיני' אתי השטרות. זהו דבר שאין השכל מקבלו כי מה ראי' יש מזה שנשא ונתן לעצמו ממה שכתב השטרות על שמו. ואמת כי לולא דברי הראשונים הייתי אומר בהיפוך. כי בודאי כמטלטלין הם בחזקתו מאתר שטוען ברי שהם שלו והם בחזקתו אפילו לרב. ולא פליגי רק בשטרות שכבר יצא הממון שמחזקתו וי"ל שמתחילה ניתן ממעות האתין. רק שכתב השטרות בשמו דאם איתא שהיו שלו הי' לו לברר ולכן אין יכול לתפוס ולזכות בשטרות לבדו. משא"כ במטלטלין שהם שלו לבדו כשנמצאים בחזקתו. וזה כסברת בעל התרומות הובא בש"ך [סק"ו] דדוקא בשטרות שאין תפיסתן מחוורת עי"ש ולזה שפיר י"ל לשמואל דס"ל דגם השטרות הם בחזקתו. שהם כמו המטלטלין. וגם הסברא נותנת כן שיותר מועלת חזקתו במטלטלין שת"י מבשטרות. ולדעת התוס' והרא"ש קשה מאתר שהמטלטלין היו של האתין למה נימא שהשטרות יהיו שלו. שהרי אפשר שעשה כן בכונה לכותבם על שמו שיהא לו טענה עליהם:

וכבר עלה בדעתי לפרש דודאי י"ל כדפרישית דלא דמי לדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאיכא חזקת מרא קמא שהיו ידועים למשאיל. אלא שהתוס' וסייעתם. לא הספיק להם חילוק זה דכיון דאין החובות ת"י ושטרות אין גופן ממון. א"כ הממון שהוא ביד אחר או השדה הניקנית הוא בחזקת האחין לולי השטרות וא"כ הוי כאילו ידוע לכל אחד חלק בחובות או בקרקעות וזה האח שבא לומר שהם שלו ומבקש להוציא מיד הלוה לעצמו וגם בקרקעות אין שום אחד מהם מוחזק. דקרקע בחזקת בעלים קיימא וכאן בחזקת כל האחין הוא והוא אינו מוחזק יותר מהם ולהכי צריך לטעמא שנכתבו על שמו. משא"כ במטלטלין שהוא בהם מוחזק גמור. אין צריך לטעמא דמוכחא מילתא. דבלא"ה הם בחזקתו. ולא פליגי התוס' עם הבעה"ת אלא דמ"מ התוס' והרא"ש (דף נ"א ע"ב) [כתבו] ואם היא נושאת ונותנת אינה יכולה לומר לא שלי הם ולא של פלוני הם כדאיתא לקמן. וכן האשה שנושאת ונותנת כו' ואמרה שלי הם עלי' להביא ראי' ולא מהימנינן לה במגו דאי בעי אמרה של אחרים הם ע"כ מזה מבואר דס"ל דגם במטלטלין

אינה נאמנת לומר שלה הם. הן אמת דלדידי תמי' טובא בראיית התוס' מלקמן שאינה נאמנת לומר של אחרים הם ומנ"ל להתוס' דבר זה דילמא ודאי במטלטלין נאמנת לומר של אחרים וממילא נאמנת ג"כ לומר שלי הם במגו דשל אחרים הם ומ"מ לקמן לא שייך להימנה במגו שאינה יכולה שם לומר של אחרים הם מאחר שהשטרות נכתבו על שמה ודאי רחוק הוא שאחר יצוה לאשה נושאת ונותנת שתכתוב שטר שלו על שמה. דמה לו לצרה זאת. טוב לו שיכתוב השטר על שם עצמו. ובודאי זה ראי' שהם של היורשים. והיא כתבתן על שמה. משא"כ במטלטלין דליכא ריעותא בטענתה. י"ל שנאמנת לומר של אחרים הם שהרי כן הדרך בנושאת ונותנת שיש ג"כ ממון אחרים בידה כדרך משא ומתן ומאי ראי' משטרות שנכתבו על שמה שהרי לפי האמת ג"כ מחלקין. דמזה שנכתבו על שמה ראי' שהם שלה. וא"כ איך נימא שהם של אחרים ולמה נכתבו על שמה. ואין ראי' כלל משטרות על מטלטלין:

ב וכבר עלה בדעתי לומר דהתוס' הוכיחו דע"כ אין סברא לחלק בזה דאם נימא לחלק בזה תקשי להו בש"ס דגם התוס' גופיי' קשיא להו הך קושיא מה יועיל אונות ושטרות דמאי הוכחה יש בזה דילמא מנפשה עבדה כן לעצמה. ולכן ס"ל להתוס' דמסתמא ידוע שהוא של הנושא ונותן בתוך הבית וכמו כן באשה ידוע הוא מן הסתם. וא"כ אם היא מחתמת השטרות על שמה אין לעדים לחתום עליהם מאחר שמן הסתם הם מן השותפות וכיון שחתמו העדים מסתמא ידעו שזה המעות של האח או של האשה הנושאת ונותנת דאל"כ לא הי' להם לחתום על השטרות הכתובים על שמה והוי כמו אמנה וזה הטעם שיש לחלק בין מטלטלים לשטרות. וא"כ שפיר הוכיחו התוס' דע"כ מוכת דבמטלטלין אינה נאמנת. דאם נאמנת במטלטלים לומר שלה הם. א"כ בשטרות למה נימא סברא זו דמוכחא מילתא דמשום הכי במתה על הבעל להביא ראי'. והיינו ע"כ דהעדים לא הי' להם לחתום דבזה הוציאו המעות מחזקת האחין או היורשים דאם נאמנת על המעות שהי' תחת ידה לא עשו העדים עול במה שחתמו שהרי אף שלא יחתמו המעות שלה אלא ודאי אינה יכולה לומר שלי הם (ואף) כן י"ל דרך הפלפול:

אך לפי האמת עדיין לא נחה דעתי בזה דמאי איכפת לעדים בזה דעדים חותמין לזה שרואין שנותן מעות וכמו כן במכירה. דבר זה אינו מוטל על העדים לדעת אם הוא ממון אחים או היתומים. וא"כ התמי' במקומה עומדת על התוס' והרא"ש וסייעתם. ואפשר לומר דס"ל להתוס' דכיון שהשטרות אתו מכח המטלטלין דהיינו המעות שנתן בעד השטרות ולכן ס"ל דאם היתה נאמנת על המעות א"כ בעוד המעות בעינם היתה נאמנת לומר שהם שלה במגו א"כ המטלטלין יהי בחזקתן. וא"כ גם המעות הי' ראוי להיות

בחזקתה ומזה גופא מוכח דהאשה נחשבת מוחזקת בממון שהי' תחת ידה ומסרה לאחר הבא מכחה. אך מ"מ צריך ביאור מה יועיל שהשטרות נכתבו שמה כיון שהיא כתבתן בעצמה. סוף דבר לא מצאתי מקום ישוב לזה:

והנראה לענ"ד בזה דהתוס' ס"ל דנהי דאינה נאמנת במטלטלין שנמצאו תחת ידה לומר של אחרים הוא כיון שהיא נושאת ונותנת מ"מ באם לא ראו בידה. והיא אומרת שמשלה היא נאמנת במגו דהוי מצנעא להו ושפיר הוי מהימנא וכמ"ש רמ"א באה"ע [סימן פ"ה סי"ב] וא"כ אם הינו יודעים שבאתה ללות המעות והמעות היו בלתי ידועים והיתה באה לב"ד אז ולומר הרי יש בידי מעות שלי ואני רוצה להלותן על שמי או שהיתה מגלה כן לפני עדים ומעמדת עדים על שיש לה מעות שלא נודע ליורשים מזה המעות והי' אפשר לה להצניעם ולומר שאין לה ושפיר הוי מהימנא. אלא דכאן באונות ושטרות שיצאו מתחת ידה מספקא לן אם נתנתן בפירוש ע"ד שיהי' שלה הי' שלה שמתחילה הי' לה מגו דאי בעי לא היתה נותנת אותן דבהא גופא מספקא לן אם הי' לה שום מגו על המעות מאחר שלא נודע כעת באיזו אופן לעשות ולזה אמרינן בחיי' עלי' להביא ראי' שאפילו אם תמצא לומר שה' לה אז מגו מ"מ לא הי' לה להוציא המעות מתחת ידה אם לא שתעמיד עדים בדבר שנתנתן אותן ע"ד שיהי' שלה כיון שיש לחוש שמא לקחתן אז בשביל היתומים וכתבה השטרות על שמה א"כ הי' להם להעמיד עדים ע"ז שיש לה מעות ושלא לסמוך על מה שעשתה השטרות בשמה. ואין מזה כ"כ הוכחה ברורה שנתכונה לקנותן לעצמה וי"ל דעתה הוא דנתהפך לבבה לרמי' לגזול היתומים. ולכן הי' לה להעמיד עדים ע"ז שעשתה השטרות בשביל עצמה וזהו דוקא בחי'. משא"כ במתה אמרינן מסתמא השטרות עשתה ג"כ בשביל עצמה כיון דליכא ריעותא וכיון דעשתה בשביל עצמה וכעת לא נודעו שהי' המעות הללו של יתומים מוקמינן להו בחזקתי' שהרי לפי ראות הדבר שאין עדים ראוי להאמינה במגו דאי בעי הוי מצנעה להו. וזהו כונת התוס' דמוכחא מילתא שהם שלה היינו שמתחילה נתנה המעות בשביל עצמה ולהכי כיון שלא נודע שהמעות של יורשין ואי באתה לפנינו אז ולא הי' נודע שהמעות של יורשים היתה נאמנת. ולכן גם עתה מהמנינן לה רק דבחי' איכא ריעותא דקי' לה להעמיד עדים ע"ז בפירוש ולמסור דברים לעדים דאל"כ למה מסרה המעות והוציאה מתחת ידה ויודעו לב"ד השטרות וגם כשרואין אותה משתמשת בקרקעות הרי רואין שיש לה קרקע. ואין לה עדים שנתנה אותן בחזקת שהן שלה. לכן אם אין לה עדים יש לומר שמתחילה לקחה לשם היתומים רק שעשתה השטרות על שמה וזה דוקא אם

אינה נאמנת בכל טענות רק במגו דלהד"מ. משא"כ אם נאמנת לעולם במגו דשל אחרים הם לא שייך ריעותא כלל:

ג ובזה יש לפרש מ"ש בש"ס ראי' במאי רבה אמר ראי' בעדים רב ששת אמר ראי' בקיום השטר ולפי"ז פירושו ראי' בעדים שבתחילה טרם נתינת המעות הראה לפניהם המעות ופירש להם שע"ד כן נותנם ובזה ארווח לן דלפרשב"ם קשה אמר' קאי ראי' בעדים. דליכא למימר שיביא עדים שכדבריו כן הוא ששלו הם שהרי באמת אין צריך להביא עדים רק שהי' לו ממון מיוחד. ולמאי דפרישית שיביא ראי' בעדים שבתחילה כשהוציא המעות מתחת ידו הוציא ע"ד כן שיקנה הנכסים על שמו. ואז נאמן שפיר. ואע"ג דהרשב"ם א פירש כן מ"מ מרשב"ם אין ראי' כלל לדינא דלדידי' י"ל דבמטלטלין ס"ל דעל האחין להביא ראי' ומטעם דבמטלטלין מוקמינן להו אחזקתייהו. ולמאי דפרישית בלשון התוס' והרא"ש בנדון דידן שהיא מסרה המטלטלין בחזקת שהם שלה ושהיא תאכל פירותיהן. ודאי מוקמינן להו בחזקת שהם שלה. ואפילו נפרש דברי התוס' כפשוטן. כיון דעיקר ראית התוס' דבמטלטלין אינה נאמנת היא מאונות ושטרות א"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון. דבמתה על היתומים להביא ראי' וי"ל מה שהוצרכו התוס' לסברא דיוצאין על שמו דהא כבר כתבתי דבלא"ה יש לחלק (כקושית) [מקושית] ר"פ דבשלמא התם היו יודעים אותן כדברים לבעלים ראשונים. משא"כ הכא שלא נודע כלל שהוא של יתומים אלא דס"ל כיון דאין הנושא ונותן מוחזק בגוף הקרקעות רק בשטרות ושטרות אין גופן ממון. א"כ ממילא הקרקע קאי בחזקת כל האחין דקרקע בחזקת בעלים עומדת ולא שייך בהו תפיסה וגם לבעל השטרות לא נודע למי נתחייב וכיון דהשטר אין גופו ממון ועומד בחזקת כל האחין. להכי מדמי לי' לדברים העשויין להשאיל ולהשכיר על זה שבא להוציא חלק האחין מחזקתו וע"ז אמרו כיון דיוצאות על שמו סמכינן אמאי דיוצאין על שמו להעמידן בחזקתו וא"כ הה"ד במטלטלין במת עכ"פ על האחין להביא ראיה. וכן נראה מלשון הרא"ש שכתב סמכינן על מה שכתוב על שמו ומוקמינן להו בחזקתייהו ע"כ. משמע דעיקר הטעם דחשבינן לי' למוחזק שיהא בחזקתו ועכ"פ במטלטלין במת אין ראי' להתוס' והרא"ש די"ל דיו לבא מן הדין להיות כנדון. וכן נראה מדברי הטור בח"מ לסימן ס"ב) שכתב בשם הרמ"ה וכן אם נמצאו מטלטלין בידה עלי' להביא ראי' משמע דעכ"פ לא גרע משטרות:

ובזה אפשר ליישב מה שהקשה הש"ך [סק"ה] למה הביא הטור בשם הרמ"ה. הא כתבו התוס' והרא"ש כן ולפ"ז א"ש דקמ"ל בשם הרמ"ה דעכ"פ מטלטלין לא גריעא משטרות דלא תימא במטלטלין גרע טפי וצריך להביא ראי' על הממון שירש כפי השטרות

דוקא קמ"ל במטלטלין סגי ג"כ שתביא ראי' כמ"ש בשטרות שתביא ראי' כפי הממון שירש. עכ"פ אם איתא דס"ל להטור במטלטלין גם במת על היורשים להביא ראי' מאי וכן דקאמר הא כ"ש הוא וגם הי' לו להטור לבאר דבמטלטלין גם במת על היורשים להביא ראי' אלא ודאי ברור דעת הטור דמטלטלין לגמרי יש להם דין שטרות. וגם לא מצינו שום פוסק שחלק עין שטרות למטלטלין. והפוסקים שהוצרכו לחלק לומר כיון דהשטרות יוצאין על שמו מוכחא מילתא כו' כנ"ל י"ל שלא באו לשלול שלא יהא הדין כן במטלטלים דאיכא למימר במטלטלים פשיטא להו דאפילו בחי' על היתומים להביא ראי' ומטעם שחילק בבעה"ת. דשטרו' אין תפיסתן מחוורת. ובפרט שכתבנו דפשטא דש"ס משמע הכי. דאל"כ אין טעם לחלק בשטרות כדפרישית לעיל. ולא מצינו רק דעת ר"י ויחידאה הוא. וכ"ש דבנידן דין י"ל דעדיף טפי משטרות על שמו ואפילו נימא הסברא מדכתבן על שמו ודאי שלו הם. א"כ כ"ש בנידן דידן שהקדישה את החוב דכ"ש די"ל דמוכחא מילתא שהוא שלה. ובפרט דאיכא חזקה אין אדם חוטא ולא לו ולמה לה להקדיש מה שאינו שלה והיא לא תהנה מזה. ועוד די"ל מה שנתנה בפירוש ע"ד שיהי' שלה נמי לא גרע מאונות ושטרות כי י"ל הטעם באונות ושטרות אמרינן אילו לא הי' שלו רק שמבקש לגוזלן לא הי' מוסרן ליד אחר שהרי יודע שיערערו האחין עליו ומסתמא כיון שמסרן ביד אחר הי' בידו לברר אז שהם שלו. ואי משום דנימא אז כשר הי' ולא ביקש לגזול. ועתה נהפך דעתו לגזול. לזה אמרינן כיון דיוצאין על שמו מסתמא נתן אותם שיהי' בחזקתו ואם הי' יודע שלא יוכל לברר לא הי' מוסרן ביד אחר ולכן במטלטלין שנמצאו בידו באמת עליו להביא ראי' מיהו במסרן והוציאן מתחת ידו אמרינן בודאי הי' בידו לברר רק באם הוא קיים באמת צריך לברר. משא"כ במת אמרינן בודאי הי' מברר מדהוציאן מתחת ידו דאילו לא הי' בידו לברר לא הי' מוציאן מתחת ידו וא"כ גם כאן ממש הדין כמו באונות ושטרות דלכ"ע במת על האחין להביא ראי' וה"ה כאן דעל יורשי הבעל להביא ראי':

ועוד י"ל מאחר שהאשה הנפקדת אומרת בשם האשה המפקדת שאמרה שהמעות ישנה בידה מבעלה הראשון והי' נכסים שאין ידועים לבעל השני והיא נאמנת במגו דהחזרתי או להד"ם מאחר שאין שט"ח על האשה הנפקדת. וראי' ממ"ש הסמ"ע והש"ך בח"מ [בסימן קל"ד] באם הטלית יוצא מתחת ידי אחר כו' אבל כשטוען האומן מכרו לו שאמר אתה מכרת לו אינו נאמן וכתב הסמ"ע דהיינו דוקא בדאיכא עידי ראי'. ולכן אף אם נאמן שהאומן אמר לו שקנהו מ"מ האומן גופא אינו נאמן באיכא עידי ראי'. משא"כ בלא ראו שהאומן נאמן כ"ש כשהוא ביד אחר. וכן מסיק הש"ך שם. וא"כ בנ"ד נמי יון

שהאשה היתה נאמנת בליכא עדי ראי' במגו דלהד"ם או החזרתי גם לנפקדת מהימנינן מאחר דליכא עידי ראי'. ואף דיש לומר דהתם טוען שלקחו מן האומן והוא לוקח וטוען להחזיק נאמן. משא"כ כאן שאין זכות לנפקדת במתנה דהא ליתא. דהא יש בזה זכות לכל בני העיר וכולן שותפין באותו דבר שבאתה לעשות וא"כ שפיר הו"ל בע"ד. ועוד דע"כ אין הטעם משום דהלוקח נאמן במגו דאי בעי לא הי' מראהו והי' טוען להד"ם דהא י"ל דהלוקח אינו חפץ לשקר ובתום לבבו אומר כן. ואינו מתכוין לשקר כלל. ומי לא משכחת שהוא עצמו בא לשאול את פי הב"ד כדת מה לעשות. אע"כ הטעם הוא דכל מה דמצינן למיטען ללוקח טענינן. וכיון שהאומן הי' יכול לטעון אילו לא ראו בידו כמו כן הלוקח ג"כ טענינן לי' דכל זמן שלא נראה לב"ד לא מפקינן לי' מחזקת האומן וכאן נמי אף שהוא ביד הנפקד מ"מ כיון שנותן לה המעות לטובת המפקיד ה"ל אפטרופס שלה ומצי למיטען שהי' שלה במגו דהחזרתי לך או להד"ם. וכן מסיק באורים ותומים (סימן ס"ב ס"ק ל"ו) דדוקא כשהוא ביד ב"ד ה"ל ראה דב"ד אבוהון דכל ישראל והם הרואים את החפץ משא"כ במי שנתן שלו ביד אחר ודאי בלא ראה לא הפסיד מגו שלו כיון דבא מכחו חשוב כמו הראשון. ואע"ג דהרשב"א פליג וס"ל דהאפטרופס ה"ל כעדים וראה. כבר מסקו האחרונים דלא כוותי':

ד ועוד נ"ל ונבאר תחילה דברי הרמ"א בח"מ [סימן ע"ב סי"ח] בהג"ה שכתב דלא בעינן שראו העדים בשעה שתבעו לב"ד אלא אפילו שראו קודם לכן וטען אז שהם מכורין או טענה אחרת שאין ראויין להחזיר לפי אותה הטענה. דמעתה אין לו מגו כו'. ואפילו אמר בשעה שראו עדים שחייב לו כך כמו שטוען עכשיו בב"ד לא מהימן עכ"ל. והנה דעת הש"ך [ס"ק צ"א] (באם טוען בפני ב"ד לקוח נאמן במיגו דלא הי' מראהו והשתא עומד בטענתו) [באם אמר מיד בפני עדים ממושכן כמו שאמר לפני ב"ד מהימן במגו דאי בעי הי' עומד בטענתו] והנה לפי דבריו גם כאן יש להאשה מגו בשעה שנתנה המעות ליד הנפקדת ואז אמרה שהי' שלה אז הי' לט להאמינה במגו דאי בעי לא היתה מראה הממון והיתה מצנעת אותה וכדומה. וא"כ אז היתה נאמנת וגם עכשיו טענינן להקדש כן שאילו היתה ח"י היתה עומדת בטענתה וכבר היא נאמנת מאז שטענה כן בפני העדים. אלא ד"ז הגאון באורים ותומים השיג עליו דא"כ גם בטוען טענה אחרת יהי' נאמן כנעי דאי בעי עמד בטענתו גם כתב דכיון דהך דינא נובע מן הש"ס דקאמר אי פקח הוא משוי לי' ראה אמאי תפיסת משום דאית לך גבאי וקשה מה מועיל הלא מיד כשיראה אותו שהערים יאמר שמגיע לו עליו כך וכך. ועוד הביא ראי' מהא דראה טליתו ביד אומן ואמר לו מה טיבו אצלך וא"ל אתה מכרתה לי לא אמר כלום. ולא אמרינן דנאמן במגו

דלא הי' מראהו. ולדידי מהא לא איריא די"ל בודאי באם ראה אצלו שלא במתכוין לא שייך מגו דאולי לא נתכון כלל להראותו רק שבמקרה קכה שראה ובודאי חוץ לב"ד אינו מדייק להשמר ואולי שלא במתכוין קרה לו שראהו אחר. מיהו מהך דאמאי תפיסת לי' משום דאית לך גבאי. משמע דהוא מראהו על פי מה שאומר לו שיש לו אצלו והוא מציע דבריו לפני העדים מזה יש הוכחה לכאורה דשלא בב"ד לא מהני. אך לפענ"ד הך מילתא טעמא בעי ונ"ל טעמא דהא מילתא דודאי בלא"ה לכאורה שיהא נאמן לומר לקוח במגו דהחזרתי הוא מגו גרוע דודאי ניחא טפי לטעון לקוח בכדי שיוכל להשתמש בכלי ולא יצטרך להשמר שיעמוד הלה שיראהו אצלו ויתפם לשקרן כי יהי' ככופר בפקדון וכמו בטוען שמגיע לו חוב ג"כ ראוי שלא להאמינו במגו דלהד"ם או החזרתי שאין הטענות שקולות אלא דאנן הכי קאמרינן דהא בכל מגו אמרינן דמסתמא קושטא קאמר דאם איתא דמשקר למה לו לטעון טענה זו יטעון טענה עדיפא מינה שיהא נאמן בה. והנה אם טען לקוח בב"ד ויש לו מגו דהחזרתי אם נפסק שמחוייב להחזיר הכלי יהי' הפסק שלא כדין שהרי אם לא יהי' נאמן בטענת לקוח ודאי טענת החזרתי עדיפא דמה לו לטעון טענה שאין נאמן בה יותר הי' לו לטעון החזרתי שהיא טענה שנאמן בה. ואף אם לא יוכל להראות הכלי ויצטרך להשמר עכ"פ טוב לו ממה שיטעון לקוח שאין נאמן כלל. נמצא שנוכל לומר מדטעין לקוח ודאי קושטא קאמר ונאמן באותה טענה ואם נחליט הדין שהחזרתי יהי' נאמן ולקוח אינו נאמן. נמצא שיפסיד הישר והטוב והולך בתום שיטעון האמת בב"ד שלקחו. והרמאי ישתכר שיטעון החזרתי ואינו (נאמן) [נכון] שיפסיד על האמת שהרי מחוייב הוא להודות בב"ד ולהגיד האמת להשים לבע"ד בתום לבבו לא במרמה. וזהו דוקא בב"ד משא"כ שלא בב"ד אמרינן איפכא מה לו להראותו לעדים ולהציע דבריו בפניהם שיש לו טענה זו של כך וכך שהרי העולם יחשדו אותו שמשקר ואומר כן ומה שלא אמר להד"ם הוא בשביל שחפץ להשתמש בכל וגם הוא אינו מחוייב להשיב לו שלא בב"ד. כי ישיב ויאמר יש דין בישראל ועביד אינש דלא מגליא טענתי' אלא לב"ד וכל מה שאומר לפני עדים אינו מחוייב כלל לומר, וא"כ לא שייך לומר אטו יפסיד על האמת שלו שהרי אינו מחוייב לטעון כלל לפני העדים וי"ל דעשה כן בכונה שיעיד עדים כדי שיוכל להשתמש בכלי ואין כאן מגו. ובזו יובנו דברי [הרמ"א] בטוען טענה שאינן ראוין להחזיר לפי אותה הטענה לא מהימן לטעון בב"ד במגו דהחזרתי מאחר שאין ראויין להחזיר ואמאי לא יוכל לומר מאחר שידעתי שלא אהי' נאמן ע"כ החזיר הכלי וכמו שפקפק בזה רבינו הקדוש באורים ותומים בכללי מיגו ולפ"ז י"ל דדוקא לענין מגו קאמר שאינו חפץ לטעון החזרתי שהרי מסתמא לא החזירם לפי טענתו

שטען בפני העדים. וע"כ מה שטען בפני העדים לקות הוא בשביל שרצה להשתמש בכלי וסמך על מגו שלו וא"כ עתה אינו נאמן במיגו מיהו בטען החזרתי לך באמת אחר שנודע לי שלא אהי' נאמן בב"ד אפשר דהוי טענתו טענה. רק לפי פשטות שאמרו בגמ' ב"ב בסמך לו כותל אתר שאינו נאמן לטעון פרעתי משום מי יימר דמחייבי לי רבנן וכו' דשייך [הכא] הך סברא וכדאיתא בח"מ סימן ק"נ סעיף י"א] ע"ש ואין להאריך כאן בזה עכ"פ נוכל לומר לפי דברינו שעיקר הטעם בשביל שלא הי' לטעון עוד כן ואמרינן שטען כן בשביל שחפץ להשתמש בחפץ. וא"כ אם דנין על דבר שאינו מסויים כגון מעות שפיר מהימן במגו כגון שידוע בעדים שהפקיד אצלו מעות והודה בפני עדים שהפקיד אצלו מעות הללו רק שטען יש לי בידו כנגדו שפיר נאמן דבמעות לא שייך הך סברא שניחא לו להודות כדי להשתמש בהם דהא הם דבר שאינו מסויים וא"כ מה לו להודות בפני עדים. והנה בנ"ד שפיר י"ל שהמפקדת הי' לה מגו דאי בעי לא היתה מראה המעות והטמינתן ואף אם נימא דניחא לה יותר בזה מ"מ לא שייכא הך סברא דלמה לה לגלות טענתה שהרי הוצרכה לומר כן בשביל ליתנם להנפקד ושפיר מהימנא בשעת פקדון במגו. אלא שיש לפקפק בזה. דא"כ באומן נמי נימא הכי באמר האחר שהאומן מכרו לו ובשעה שמסר לו הי' נאמן במגו דאי בעי לא הי' מראה בפניו והי' יכול לטעון החזרתי. מיהו י"ל בשלמא התם אין לו ללוקח לדעת אם הוא יכול לטעון החזרתי כי שמא אמר אל תחזירני אלא בעדים ואף אם הי' נאמן במגו דנאנסה צריך שבועה חמורה בנק"ח. משא"כ [הכא] שאילו הי' של בעל ונודעו לבעל. בודאי לא הוי שתיק. וכיון שלא נודעו כלל שפיר י"ל אז מסתמא כשהראתה את המעות היתה נאמנת במגו ואף דכאן י"ל דניחא לה שיהי' ביד (המקפיד) [הנפקד] דהיתה יריאה פן יתוודע לבעלה מ"מ אם נימא כשיבא ליד אחר לא תהא נאמנת א"כ יש לה מיגו דלא מסרה כלל ביד אחר. ועוד י"ל דכאן בלא"ה מחשבי הקהל מוחזקין כיון שהקדישה אותן לצרכי רבים וכולם שותפים באותה טובה. נמצא שגם הנפקדת יש לה חלק במעות שבעסקי הצבור כולם חשובין כמוחזקין מחמת שהם, שותפים ושפיר יכולה לתפוס ולזכות בשביל אחרים ולא שייך לומר דהוי תופס לבע"ת במקום שחב לאחרים דשייך מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' ואם כן בספיקא דדינא יכולה לתפוס בעד הקהל:

ועוד נ"ל דאפילו תימא דבאומן בלא"ה לא שייך לומר שיהא הבא מכחו טוען קים לי שהי' לאומן מגו בשעה שמסרו לידו היינו משום דלא מהני חוץ לב"ד דאם חפץ למכרו ושיהי' נאמן במיגו הי' לו להציע דבריו ולבא לב"ד ולומר הן חפץ זה שאני מראה לכם קניתי מפלוני ולפי שאני אומן באחי לב"ד כדי שתדעו וישלחו בעד פלוני אם יוכל למצוא

עידי ראי'. וכשלא יוכל למצוא מגו שלי טובה היא. ולכן לא מהני מה שעושה חוץ לב"ד דלמה לי' לסמוך על מגו (שלה) [שלו] שהרי נוכל לומר שאז הי' עידי ראי' וכדומה. משא"כ בנ"ד באשה שלפי דברי' הטמינה אותם מבעלה שבקשה שלא יוודעו הנכסים לבעל דנכסים שאין ידועים הם ברשותה לגמרי שמכרן קיים. וא"כ לא שייך לומר שתבא לב"ד ולשלח לבעלה דא"כ יהיו נכסים ידועים לבעל מיד כדאיתא באה"ע [סימן צ' סי"ב]: **ה ועפי"ז** יתבאר דעת הרמב"ם שפסק [בפ' כ"ב מאישות] דכל מה שנמצא ת"י האשה בחזקת הבעל לפירות וכן הוא באה"ע (סימן פ"ה סי"ב). וא"כ קשה אמאי פסק בקיבל מן האשה יחזיר לאשה למה לא נודיע לבעל שהרי אפשר שתכלה המעות ויפסיד שלא כמשפט. והמ"מ פ"י מהלכות שאלה נדחק בזה וכתב הטעם שלא הפסיד כלום על ידו. וזה דוחק דמ"מ לקתה מדת הדין. ולפי"ז ניחא דודאי ס"ל כל מה שנמצא ביד האשה הוא בחזקת הבעל. דאפילו נתן לה מתנה או נפלה לה ירושה הוה בחזקת הבעל. מיהו דוקא כשנודע לבעל. משא"כ קודם שיוודעו לבעל וודאי בחזקת האשה ואין אנו מחויבים להודיע לבעל שיהי' נכסים ידועים להפסיד האשה שלא כדין. משא"כ בהלכות אישות דמיירי שנמצאו בידה מטלטלין וכבר נודעו לבעל. שפיר הוי בחזקת הבעל לפירות ואינה נאמנת לומר שניתנו לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה דזה לא שכיח. ובזו ניחא בגמרא דאמרינן קיבל מן האשה יחזיר לאשה ואם מתה יחזיר לבעלה. ולדעת התוספות והרשב"ם וסיעתם דעיקר הטעם משום דאמרינן דנותן לה מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה. א"כ כי היכא דאמרינן דנותן לה מתנה ע"מ שאין לבעלה בה רשות בפירות י"ל שניתן לה ג"כ ע"מ שלא יהא לבעל רשות בירושה. וא"כ למה במתה יחזיר לבעלה. ולפמ"ש בספרי המודפס דאין יכול ליתן ע"מ שיפקיע ירושתה א"ש. ולפי"ז ניחא דכיון דעיקר טעמא דחשבינן להו נכסים שאין ידועים וזהו דוקא לענין הפירות ומכירה ונתינה. ולכן א"צ להודיע לבעלה להפקיע זכותה. משא"כ במתה אפילו הוא נכסים שאין ידועים מ"מ הבעל יורש אותן. וכמ"ש הב"ח (בסימן צ) בשם הר"ן והוא פשוט. וא"כ א"ל דיחזיר לבעלה. ומזה גו מוכת כדעת הרמב"ם דלא מהימנא לומר במתנה ניתנו לי דאם מהימנא לומר מתנה ניתן לי לפירות. גם לירושה הי' לה להיות נאמנת דאין סברא לחלק כלל שתהא נאמנת לומר מתנה ניתן לי לפירות ולא תהא נאמנת שניתן לה גם לענין ירושה אלא ברור כדפרישית. ולפ"ז בקיבל פקדון והודיע לבעל הוי נכסי מלוג. רק שלכתחילה אין לו להודיע לבעל להפסיד זכותה. ובזו נכונים דברי רמ"א (סימן פ"ו סעיף א') שפסק באמרה של פלוני הם נאמנת והקשה הב"ש (סק"ג) למה תהא נאמנת הא חזקה כל מה שנמצא בידה נכסי מלוג הם וכן קשה איפכא אם נימא דנאמנת לומר של פלוני הם תהא

נאמנת שהם שלה שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם במגו דשל פלוני כמ"ש התוס' דמגו טיב הוא. ותירץ הב"ש דנאמנת משו' שיש לה מגו טוב דיכולה ליקח מנפקד וליתן לפלוני ובעת שאמרה של פלוני הוא הי' בידה ליקח וליתן לפלוני נמצא דלא הוי מגו למפרע אלא דהוקשה לו להב"ש לפ"ז גם בנושאת ונותנת תהא נאמנת לומר של פלוני הם והרי רמ"א גופא פסק דיחזיר לאשה. ובע"כ נ"ל דליכא מגו דאם תקח ותתן לפלוני מודיעין לבעל ורד בדין עמה א"כ הדרא קושיא לדוכתא למה תהא נאמנת לומר של פלוני הם עכ"ל עי"ש. אכן לפמ"ש נכונים דברי רמ"א שפיר דודאי באינה נושאת ונותנת דמחזיקין אותה בחזקת שיש לה נכסים שאין ידועים שפיר מחזירין לאשה ואין מחויבים להודיע לבעל להפסיד. משא"כ בנושאת ונותנת שמחזיקין את הפקדון בחזקת הבעל נהי דלכתחילה למקום שנטל יחזיר מ"מ צרך להודיע לבעל לבל יהי נעשק שלא כדין איברא לפ"ז ראית הריב"ל דחויי' מעיקרא היא דמביא ראי' מן הרמב"ם דס"ל דיחזיר לאשה אף שהוא בחזקת הבעל לפירות אפילו הכי למקום שנטל יחזיר ולפמ"ש אין זה כלום דבאינה נושאת ונותנת י"ל שהם נכסים שאין ידועים לבעל. וע"כ לא אמר הרמב"ם שהם בחזקתו רק כשנודע לו כמ"ש הרי שנמצאו ת"י האשה כו' וכדפרישית לעיל. משא"כ (באינה) נושאת ונותנת ראוי להודיע לבעל כיון דמחזיקין את הפקדון (שהוא לבעל). וכן מבואר בהדיא בתוס' והרא"ש ושאר פוסקים דאם הי' הבעל יכול לעכב ראוי להודיע לבעל ומ"מ הרשות בידו להחזיר לאשה והבעל יעשה דין עמה. ומ"מ למאי דפרישית אין ראי' כלל מהרמב"ם וכפי הסברא הפשוטה בנושאת ונותנת צריך להודיע לבעל שהרי מצוה להשיב אבידה ולמה יפסיד הבעל בסיבתו שמא בתוך כך תפסיד האשה הפקדון ותאבדנו או תצניענו וכדומה:

ו והנה נתחבטו בדברי הרמב"ם שהאמינה באומרת מתנה נתת לי גם באחרים נתנו לי תהימן במגו דאתה נתת לי. ולפי דברי המ"מ דטעמא משום דאינה מעיזה א"ש כמ"ש האחרונים ובש"ך הביא בשם הר"ן ב"ר מאיר דטענה דאחרים נתנו לי עדיפא שמפקעת הנכסים אף מירושה ובאורים ותומים החזיק על ידו וכפל כמה פעמים סברת הר"ן ב"ר מאיר. ולדידי קשה לפי זה הי' לו להרמב"ם לבאר שאם טענה שנתנו לה לפירות לבד דנאמנת במגו דאתה נתת לי ועכ"פ אינו אוכל הפירות אלא ודאי ס"ל להרמב"ם בכל גוונא אינה נאמנת דא"כ ליפלוג בדידי'. אמנם נלענ"ד דבלא"ה צריך ביאור מאין המציא הרמב"ם זאת ולכן נראה דמסברא ס"ל להרמב"ם אין להוציא ממנה כיון שהיא מוחזקת מי יוציא מידה רק במקום שהי' לו להרמב"ם הוכחה מן הש"ס דאינה נאמנת. ס"ל דאינה נאמנת. וזו מוכת מן הש"ס [דאינה נאמנת] לומר דניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות דאל"כ

למה במתה יחזיר לבעלה דכמו שיש לומר שנתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בפירות י"ל גם לענין ירושה. אלא ודאי אינה נאמנת ע"מ כלל משא"כ באמרה שנתן לה במתנה ע"ז אין הוכתה מן הש"ס שלא להאמינה א"כ אין להוציא מידה. ובזה ניחא דכתב הרמב"ם ברישא באמרה במתנה ניתנו לי. דנאמנת וילקח בהם קרקע ובאמרה אתה נתת לי הרי זה נשבעת היסת ואינו אוכל פירותיהן ולא כתב דנאמנת. ולפ"ז א"ש דבאמרה מתנה ניתני לי כתב נאמנת דבזו נאמנת בודאי דכן מוכח בש"ס דלהכי יחזיר לאשה דעכ"פ היא בחזקתה לקרן. משא"כ בבאת להפקיע מפירות נהי דאין להוציא מידה מספיקא. מ"מ לא שייך לומר נאמנת ע"ז דמידי ספיקא לא נפיק רק שאין מוציאין מידה וכבר כתב הש"ך בכללי מגו בשם [מהר"א] ששון דלא אמרינן מגו היכא דהי' צריך לומר קים לי וכאן נמי אינו זוכה רק מספיקא וא"ש. ובלא"ה י"ל אי נימא דנאמנת לומר אתה נתת לי וצ"ל הטעם דאינה נאמנת לומר אחר נתן לי היינו משום דלא שכיח שיתנו לה מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה. וא"כ שפיר הוי מצינן לומר דזהו בעצמו חזקה אלימתא שבודאי לא ניתן לה ע"מ כו'. וכן צ"ל לדברי הש"ך. אך זה דחוק:

אכן נראה דודאי מציאת המתנה איננו רחוק שיהי' ע"מ שאין לבעלה רשות בה בעצם. דיתכן דמי שנתן לה המתנה בודאי נתכוין לטובתה ויש לומר שבאמת נתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה אלא דאנן הכי קאמרי' מאחר שמסתמא כשמראהו לבע' (המתנה) יחשיב שהוא שלו ויחשוד אותה שניתן לה סתם. אי שנפלה לה בירושה. דלא יתלה במתנה דלא שכיח כ"כ כי אם יתלה בירושה. או שהי' לה נכסים טמונים שאין ידועים אצלו וא"כ כשאחר נותן לה מתנה כדאי הי' לה להעמיד עדים וליקח כתוב וחתום ע"י למען לא יחשוב בעלה שהוא נכסי מלוג שלה. ומיד כשיוודע לו הוא שלו לפירות וזהו דוקא באחר שנותן לה מתנה אם נשאה חן בעיניו שיתן לה מתנה גם את זה יעשה לה להעמיד עדים על זאת ולכן עלי' להביא ראי' דבשלמא במתנה סתם גם כשימצא הבעל תחת ידה נכסים יתלה בנכסים שאין ידועים אצלו בפרט באינה נושאת ונותנת למה יחשוד אותה שלקחה משלו וגם לפעמים שכיח שיתן לה מתנה בעלמא ואין מכוין שיעמיד עדים דוקא. משא"כ בחזינן ששקד כ"כ לטובתה עד שנתן לה פ"מ שאין לבעלה רשות בה הי' לה להעמיד עדים על ואת דמסתמא חושש לערעור הבעל ולכך אינה נאמנת משא"כ בבעל עצמו שנתן לה מתנה לא שייך הך סברא דהי' לה להעמיד עדים דכי תאמר לבעלה אני חושדך שתכפור במה שנתת. וא"כ אין ריעותא בטענתה ולכן אינו אוכל הפירות ומה"ט אינה נאמנת אפילו במגו דחזקה דודאי משקרא דלמה לה לעשות כזאת שלא תעמיד עדים וא"ש. ולפ"ז אפשר אפילו בלא ראו בידה נמי אינה נאמנת דהוי

מגו במקום חזקה אלימתא. אך מ"מ אין ראי' לזה די"ל בלא ראו בידה נאמנת שפיר דמגו דלהד"ם מגו טובה הוא משא"כ מגו דאתה נתת לי בלא"ה מגו דהעזה הוי וג"כ גוף הטענה אנה טובה דהוי לה להעמיד עדים. בזו דוקא י"ל דאינה נאמנת ואינו מוכרח בזה דעת הש"ך בשום אופן במה שביקש לחדש דאינה נאמנת אפילו במגו דלהד"ם או החזרתי וכ"כ רמ"א באה"ע דנאמנת במגו ולא מצינו חולק ע"ז. גם מ"ש הש"ך (סי' ס"ב סק"א) שדעת התוס' דאינה נאמנת בנושאת ונותנת אפילו במגו כבר השיג עליו באורים ותומים (שם סק"א) דליתנהו לדברי הש"ך בזה ואדרבה מדעת התוס' משמע איפכא דמהני מגו גם בנושאת ונותנת דהא התוספות הוכיחו דאינה נאמנת לומר של אפרים הם מדלא מהימנינן לה במגו דשל אחרים הם. ולדעת הש"ך [הא] י"ל של אחרים גם בנושאת ונותנת נאמנת. רק שלי אינה נאמנת. דבשלמא של אחרים שייך שבא לידה מכח משא ומתן. משא"כ שלי לא נאמינה כלל. ואמרינן דודאי מבעלה לקחה ואי משום דתהימן במגו. ע"ז י"ל חזקי מה שנמצא ת"י אינו שלה. וכיון שאינה טוענת של אחרים ממילא הוא של בעלה אלא ודאי פשיטא להו דבמגו נאמנת שאין זו חזקה גמורה ואלימתא כ"כ שלא תועיל המגו נגדה. ובתחילת ההשקפה כוונתי מיד לכל דברי אורים ותומים בזה:

גם מ"ש הש"ך (שם סק"ו) דטענת אתה נתת לי מועיל אף בנושאת ונותנת גם זה ליתא דטעמא של הרמב"ם באינה נושאת ונותנת דנאמנת משום דכיון דאינה נושאת ונותנת. א"כ מאין באו לה דבגנבה לא תלינן לאחזוקי אותה בגונבת ולכן תלינן במתנה אף דמתנה נמי לא שכיח וזהו דוקא באינה נושאת ונותנת. משא"כ בנושאת ונותנת תלינן שבא לידה משל בעלה ולא תלינן במתנה דלא שכיח. ונוראות נפלאתי על הב"ש שביקש להוכיח מדברי התוס' דבנושאת ונותנת לא מהני מגו היינו מדכתבו דאינה נאמנת לומר של אחרים אף דיש לה מגו דיכולה ליתן לאחרים ע"ש (סימן פ"ה סקכ"ט) והיא שגגה דאדרבה התוס' דוקא] באינה נושאת ונותנת קאמרי דלא מהני אף אם יאמר הבעל שלו הוא ולזה יש לה מגו דיכולה ליתנו בעצמה שאין ביד הבעל למחות אפילו יאמר שלו הוא וכ"כ הרא"ש בהדיא יחזיר לאשה אפילו הבעל אמר שלו הוא דמסתמא [כו'] הי' צריך להודיע לבעל אולי יאמר שלי הוא וינתן לו ע"כ הרי בהדיא [דבנו"נ] שאין לו ליתן לאשה כלל. וא"כ אין כאן מגו כלל וזה ברור ופשוט והש"ך והב"ש במח"כ לא עיינו כל הנצרך בזה. והוכרחתי לבאר כל זה להחזיק בסברא דבמגו נאמנת שזהו לקיום הדברים שכתבנו לקיים המתנה מטעם מגו:

ועוד י"ל סברא נכונה לזכות המקבל מתנה והוא לפי מה שהוזכר בשאלה שמסרה המעות טרם סילק לה הבעל כתובתה. וא"כ אפילו תימא שהי' משל בעלה כבר כתב

הר"ן בפ' השולח דאם אשה נשבעת שלא נהנית מכתובתה בכלל הוא שלא מלה. דאל"כ אותו הממון שגזלה עולה בפרעון החוב. וא"כ נמי בנ"ד. אם תאמר שהי' משל כשלם כבר נפרע כתובתה בגזל זה ונמחלה וא"כ כשמת בעלה ממון שמסרה ראשונה עלה על פרעון הכתובה והוא ממון של יושר. ואע"ג שאם לקחה הכתובה שלא כדין בטעות מ"מ ממון הראשון נשאר שהוא שלה לפי האמת תחת מחיר הכתובה וממון השני שהושלש לכתובתה הוא שייך לבעלה. וזהו מה שלקחה שלא כדין. ואילו היפה קיימת היתה מחוייבת לשלם ואף גם היא משועבדת ליורשי בעלה מעות הראשונות מדר' נתן. מיהו אם כבר נתנה מעות הראשונות במתנה בטרם שבאו לדין עמה מתנתה מתנה וא"כ בנ"ד ודאי מתנתה קיימת. וא"כ ודאי ההקדש קיים:

שוב נתוודע לי שהי' ת"י האשה כרים על המעות. א"כ בלא"ה היתה אז מוחזקת כמ"ש הב"ש סימן (נ"ב ס"ק י"ג) וגם הי' לה מגו דמסרה לאחר. וא"כ אין שום חשש ופקפוק בהקדש הנ"ל כן נלענ"ד ברור ועיין בתשובת הרשב"א בחלק הנקרא תולדת אדם (סימן א נשמט לעיל בביאור כוונת התוס' דמזה הוכיחו התוס' שפיר דאם איכא דנאמנת לומר של פלוני גם שלה נאמנת במגו דשל פלוני א"כ למה באונות ושטרות עלי' להביא ראי' שהרי המעות בכל אופן הי' ברשותה והשטרות אתו מכח המעות שהרי בכל טענות שתטעון נאמנת היא. וא"כ המעות שממנו נעשו השטרות בחזקתה הם לגמרי. אלא ודאי (בלא) בראו בידה אינה נאמנת וכיון דאינה נאמנת רק באופן שלא ראו בידה שפיר יש לומר כיון שכבר יצאו השטרות מתחת ידה וכבר נתנה המעות ולא שייך מיגו. וא"כ לא הי' לה להוציא המעות מתחת ידה עד שתעמיד עדים או תציע הדברים בפני הב"ד שהרי אם יהי' עידי ראי' באמת אינה נאמנת. ולכן לא שייך להעמידה בחזקתה. ומ"מ כיון שעכשיו לא נודעו שהי' שם עידי ראי' מוקמינן להשטרות בחזקתן:

סימן כט

שאלה על שנמצא כתוב בפנקס לאחר מותו שחייב לו אחד וטוען פרעתי לו:

תשובה מיש בש"ע (סימן ע"ה סכ"ב) אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו וברור לי שהוא כתב ידו יש מי שאומר שמשביעין אותו היסת. נראה דוקא במכחיש ואומר לא נתחייבתי מעולם דאז מכחישו והוי כטוען ברי והוא מכחיש. ובהכי ניחא מה שלא כתב דחייב שבועה דאורייתא במודה במקצת ובסמ"ע דחק בזה וגם בש"ך דחק אך נראה דבכה"ג מיירי שאינו יודע אם פרע לכן לענין שבועה דאורייתא אינו חייב דאית לי' מגו דפרעתי לו בזה אינו יודע להכחיש הפרעון לכן לענין שבועה דאורייתא

מקרי משיב אבידה אך לענין שבועת היסת ס"ל כמ"ש הריטב"א שהביא בש"ך (סימן צ"ה ס"ק י"ד) דלענין שבועת היסת לא מיפטר משום מגו. ואפילו למ"ד מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן י"ל בכה"ג פטור משום משיב אבידה שהרי יכול לטעון פרעתי הכל כדמשמע בפלוגתא דראב"י ורבנן היכא דמשיב אבידה פטור משבועה ותמה אני על דברי רבינו שמחה במרדכי פ' הדיינין שכתב הך דנשבע על דעת עצמו מיירי שאומר יודע אני שאתה חייב לאבי אבל איני יודע שפרעת לו והובא בש"ך (סי' ע"ה שם). והוא תמוה דאיך שייכא הפלוגתא דל"ש בו ול"ש בבנו אינו מעיז הא בבנו יכול לטעון פרעתי הכל כיון שאינו יודע מן הפרעון כלל. וגם בתומים (סימן פ"ח ס"ק כ"א) כתב בפשיטות דאם אין יודע היורש אם פרע דלא מקרי טענת ברי כלל והוא פשוט באמת ובענין הפנקס אימת מקרי טענת ברי עיין ש"ך (סימן צ"א ס"ק כ"ה) אם נחשוב זה ברי שלא פרעו ומ"מ לא עדיף מאמר לי אבא שיש מחלוקת הפוסקים ומספיקא לא משביעין לי':

סימן ל

שאלה לוי היה לו תוב על נכרי ושיעבד לו אאחקן על נחלה ידועה וגם שעבד עצמו וכל נכסיו שאם לא הספיק הנחלה לפירעון החוב אז יתר במשאר הונו ורכושו של הנכרי משועבד לו ונכתב באפותקין הסך שמחוייב לשלם הנכרי קרן ורווחים ששה פראצענט כדינא דמלכותא. ובהיות שהי' לשמעון עסק משפט עם לוי בדא"ה שתבע את לוי בעסק התחייבות איזה ענינים שנתחייב לו ונתן לו רשות להוציא וביקש שיחזיר לו לוי ועל זה קבל עליו בדא"ה והי' משפט ביניהם שהתחכם שמעון לקנות הנחלה המשועבדת לפוטיקין של לוי בכדי שאם יזכה שמעון בדין יחשב עמו חוב נגד תוב ולא יצטרך לטרוח להוציא מלוי בדיני ודייני וקנה שמעון הנחלה מן הנכרי המשועבד אך הנכרי הניח אצלו מדמי המכירה כפי מה שעולה תוב הפוטיקין קרן ורווחים ושמעון התחייב לנכרי בגופן שלהם שהוא מחוייב לשלם ונכנס בחריקאה של המוכר לשלם קרן ורווחים ושלא יהי' למוכר שום אחריות. והנה בטרם שהשיג שמעון פסק דינו שקורין דעקרונו על לוי מכר לוי פוטיק שלו לראובן והנה ראובן קבל על הנכרי בערכאות עם כח פוטיק שלו שקנה שישלים לו קרן ורווחים והשיב הנכרי אני כבר מכרתי הנחלה והוא התחייב לפצות אותו ולעמוד בחריקאי והוא ישלם לך כי הנחתי אצלו מדמי מכירה כפי החוב קרן ורווחים והוא נשתעבד לי לכך שיפרע הוא וכל מה דמתעני מן דינא עליה דידי' הדר. וזאת פסקו הערכאות שיקבל על שמעון שהוא ישלם לו וכאשר קבל ראובן על שמעון השיב שמעון שהחוב הלזה הוא מכח לוי ואני קניתי הנחלה במכוון להציל חובו שיש

לי ביד לוי כנגדו כאשר אני עומד במשפט זה ובתוך כך בא שמעון וצווח על ראובן שלא ידון עמו בדא"ה כי רוצה לציית דין ישראל והתרה לראובן שיעמוד בד"י השיב ראובן את לאו בע"ד דידי את. רק אני קובל על הנכרי ומה לי למה שנכנסת בשיעבודי שתפרע בעדו אן שמעון מ"מ ביקש לדון עם ראובן בד"י ולא הטה ראובן אזן מחמת טעם הלזה אין לו עסק משפט בד"י ואחר שנפסק הדין ביניהם ששמעון מחויב לשלם לראובן קרן ורווחים והוצאות שלח ראובן לשמעון. בהיות ששמע ששמעון רוצה לעשות אפלאציאן לווארשא ויתרבו ההוצאות. בכן הוא רוצה להתפשר עמו ושמעון לא אבה רק עשה אפלאציאן לווארשא ונתן לראובן טערמין שיעמוד לדון עמו בווארשא ולהיות שהוא סמוך ליום טוב לא נסע בעצמו ושלח לנכרי א' בחריקאו. ובהיות שדינם כשא' תובע את חבירו צריך להכתיב קובלנא שלו בפנקס הערכי שקורין ספיס. ושמעון לא עשה כן ונתבטל טערמין הראשון וחזר שלוחו של ראובן בידים ריקנות עד שקיבל שמעון שנית והעמידו לו טערמין חדש ונחרבו ההוצאות ביותר עד שעולים בערך אלף זהובים לפי דברי ראובן ואחר כל המעשים שכבר השיג ראובן פסק דין מווארשא ג"כ שמחוייב לשלם לו קרן ורווחים מכר ראובן זכיותיו לנכרי באמרו שהוא חייב לנכרי ונתן לו זאת כתוב וחתום בפירעון חובו והנכרי תובע את שמעון. ואחר כל אלה ששמעון עמד וצווח על ראובן שהעביר עליו הדרך לילך עמו בדא"ה ברוב השתדלות התרצה ראובן לדון עם שמעון על כל מה שעבר ביניהם הדעקרוט שהשיג שמעון על לוי הי' אחר שכבר מכר ראובן זכיותיו לנכרי:

תשובה נבאר כל פרט מעניני השאלה שמסתעפת לשלשה ענינים אחד על הקרן ב' על הריבית ג' על ההוצאות:

הנה על הקרן מילתא דפשיטא היא שאין שמעון יכול לתפוס ולהחזיק מה שבידו נגד ראובן באמרו שיש לו ביד לוי כנגדו ומכר לו שטר פרוע דהוה כאילו נפרע כבר דמבואר בש"ע (סימן פ"ה סעיף ו') בשנים שיש להם שט"ח זה על זה ומכר א' חובו אף שהדין הי' שכל א' יעמוד בשלו אם. מכר חובו לאחר הלוקח גובה חובו שאין השטרות כפרועים ואפילו לאיכא מרבוותא שהביא בטור שהשטרות הם כפרועים כיון שהוא אין יכול להוציא גם הלוקח אינו מוציא ממנו ואין יכול למכור החוב יש לחלק בכמה חילוקים. חדא שלא אמרו הנך רבוותא רק כשהחוב הוא מה שנתחייבו זה לזה אבל אם החוב הוא על איש אחר שאינו חייב לו כלום כנגדו כמו בנ"ד שעיקר החוב נעשה על הנכרי והוא מחוייב לשלם אפילו תימא שנשתעבד גם לשמעון מכח שעבודא דר' נתן מ"מ אם לוי רוצה למכור חובו אפילו לכתחילה אין יכול למחות בידי שיכול לומר לו מאחר

דלא נשתעבד לך הנכרי רק אם לא אשלם לך ואני רוצה לסלקך בדברים אחרים כאשר עדיין עומד וצוות שרוצה לסלקו בשטרות אחרים ולא נשתעבד לך הנכרי כלל ומה אתה מוחה בידי למכור חובו ואפילו שיהי' לו מדין עיקול עכ"פ אם היה מעמיד לו בטחונות שיפרע חובו אפילו בסובין פשיטא שלא הי' יכול למחות בידו אפילו לכתחילה ואין יכול לתפוס שיהי' נגבה במעות דוקא:

שנית נראה לפענ"ד דבלא"ה הריב"ש בתשובה (סימן שצ"ו) שהקשה דברי הרמב"ן אהדדי דס"ל אם הי' חייב לחבירו ויודע שחייב לו חבירו כנגדו במלוה ומלוה יכול לתפוס ולמיעבד חושבנא ולישבע שאינו חייב כלום והקשה לפ"ז איך יכול למכור השט"ח הא כבר נפרע. ונדחק לומר דבסתמא שעבוד שניהם קיים עד שיסכימו שניהם שיצא זה בזה מ"מ כשהוא מלוה ומלוה וזוזי וזוזי והאחד כופר לחבירו במה שחייב ותובע לחבירו חובו בב"ד הרי כאילו אומר עשיתי חשבון ואתה חייב לי כך א"כ גם זה יכול לעשות חשבון ולומר עשיתי חשבון שאיני חייב לך כלום והרי שניהם נסכמים בחשבון עכ"ל. ולפענ"ד דברים אלו מרפסן איגרי. דאם כשמודה לו בחוב מ"מ אינו כפרוע ואם מכרו לאחרים מכור לדברי הרמב"ן. ואיך נימא כשזה אינו מודה לו בשום חוב שתועיל תפיסתו שיהי' כפרוע ואי משום שגם חבירו כופר בו מ"מ כיון שעיקר טעמו של הרמב"ן שאם יקנה זה עידיות למחר וזה דיבורית יהי' דין זה גובה וזה גובה ולכן אין השטרות פרועים ומעתה אם היום כפר לו חובו ולמחר קנה זה עידיות באופן שירויח בזה גובה וזה גובה ושוב הודה לו ורוצה לגבות בינונית ולהגבותו זיבורית למה יפסיד דינו. ואטו משום כפירתו נמחל שעבודו זהו דבר שאין עולה על הדעת כלל. ולענ"ד בלא"ה א"צ לדחוק כלל דמי שתובע חבירו בב"ד אינו תובע אלא שיפסקו הב"ד שישלם לו והב"ד גם הם פוסקין שישבע שאינו חייב לו כלום ונשבע ג"כ על דעת ב"ד שאינו חייב לו כלום. והנה אם הי' מודה לו בפני ב"ד שבאמת חייב לו כנגדו עכ"פ לא היו הב"ד מחייבין אותו לשלם מאחר שהוא אפוכי מטרתא ואין הכי נמי שאם אומר אמתין עד שיהי' לך בינונית ואגבה אותך זבורית אפשר שבאמת הי' יכול להמתין אלא דכשיש לו שטר ויש לב"ד לחוש שימכור חובו לאחר הי' על הב"ד מוטל לגדור הדבר בדרך מיגדר מילתא וצורך שעה גם נוכל לומר שכופין להחזיר השטרות דלא גרע משכופין על מדת סדום מאחר שעכשיו אין לו שום ריוח. אבל לעולם אין השטרות כפרועין. וכן משמע פשטא דש"ס זה עומד בשלו וזה עומד בשלו משמע שאין ב"ד נזקקין להם כלל. וכיון שזה אינו חייב לשלם ע"פ ב"ד שפיר יכול לישבע אינו חייב לך סתם שהוא אינו טוען שלא נתחייב לו רק שאינו מחוייב לשלם לו ובזו מיירי הרמב"ן כיון דכעת אין חייב לו

כלום ומה שיזדמן אח"כ בדרך אפשרות שיקנה בינונית והשני זיבורית ע"ז אין הב"ד משביעין אותו כלל ולהכי דעת הרא"ה באמת שאם יזדמן בענין זה גובה וזה גובה שאין יכול לישבע סתם אלא צריך לומר מילתא כצורתא:

וגם לדברי הריב"ש נראה דאינו עושה חשבון רק כשזה (נדר) [כפר] לו בב"ד וכמו שסיים הריב"ש וז"ל ומעתה כיון שעלה בידינו דלית לי' למעבד חושבנא שיהי' פירעון גמור כי אם בזוזי וזוזי דמלוה ואף זה בב"ד כשחבירו כופר בו עכ"ל משמע דוקא ע"י ב"ד קאמר דהיינו כיון שהב"ד פוסקין לו ע"ד כן שישבע ויוצא ידי שבועה אם חייב לו כנגדו הרי הב"ד עושים חשבון ביניהם שאם באמת חייב לך כנגדו יצא זה בזה ופקע שעבודו לגמרי אף אם יקנה אח"כ באופן שירויח בזה גובה וזה גובה. ובזו מיושב מ"ש לתמוה על הריב"ש שזה בכלל דברי הב"ד והב"ד עושין חשבון אלא שלענ"ד גם בזה אינני מודה רק שיוכל הב"ד לכוף ולהחזיר שטרו מטעם הנ"ל כפי ראות עיני ב"ד:

אמנם לענ"ד מה דפשיטא לי' להריב"ש דגם במלוה ע"פ שיך זה גובה וזה גובה לדידי מבעיא לי טובא דהא צריך לבאר הסברא למה לא יתפוס מעותיו בעד עצמו ולכן לענ"ד ברור כיון דחזינן דשטר ניתן למכור ונקנה בכתיבה ומסירה דמילי דמזדבנא הוא וכבר בקשו הראשונים טעמים שונים. וי"א מכירות שטרות דרבנן. ור"ת סובר מכירות שטרות דאורייתא דיכול למכור שיעבוד נכסים ולא שעבוד גופו וצריך לבאר גם בשעבוד נכסים מה מכר לו הא בע"ח מכאן ולהבא גובה. וע"כ צריך לומר דמ"מ יש בשטר כח השעבוד אפילו דאיקני יכול למכור יהי' מאיזה טעם שיהי' ובעי כתיבה ומסירה ע"כ לומר שהשעבוד הוא תחת ידו של המלוה וכן מוכח פ"ק דמציעא שחולקין השטר כפי שווי' בטופס ותורף ומהני חזקתו בגוף השטר כמו דבר שגופו ממון. מאחר שיכול למכרו אף שלא מרצון הלוה. וא"כ אין תימא כלל על מה שזה גובה זה גובה דלא מקרי השני תפוס כלל שהרי בלא"ה הוא תפוס בשלו והכל ברשות הלוה דקי"ל מכאן ולהבא גובה. מ"מ השעבוד הוא ביד בעל השטר ובידו למכרו ומשום הא גופי' מקרי בעהש"ט מוחזק בשעבודו ואף שמגיע לזה חוב כנגדו כל אחד מוחזק בשעבודו של חבירו כפי מה שהוא אלא כשאין נפקותא כ"א עומד בשלו מכת הפוכי מטרתא. אבל מ"מ אין שעבודו של כל א' בעל שהרי שעבודו תחת ידו וא"כ נראה ברור דבחוב בע"פ שאין תחת יד המלוה שום דבר אף שיכול להקנותו במעמד שלשתן מ"מ אין שום דבר ברשותו רק מתקנת השוק תקנו מעמד שלשתן ובכה"ג שזה חייב לו כנגדו וליכא שום נ"מ פשיטא שממילא תשוב כפרוע ואין צריך לקבל כלל לפרוע כשימחה לו במעמד שלשתן שזה יאמר אדרבה טול ממנו שחייב לו כנגדו וא"כ אן בידו שום דבר ואני מסופק אפילו לזה עידיות ולזה

בינונית באופן שא' מרויח בזה גובה וזה גובה מ"מ בע"פ יכול לומר מאחר דדינא דב"ת בזוזי אני מחזיק בשלי שאין שום דבר ברשותך ואף דהרא"ה פשיטא לי' בכה"ג אין יכול לעשות חשבון לדידי מספקא לי טובא. ובהכי ניחא דקשה איך יוכל לישבע סתם שאינו חייב אם הוא תובע שיפרע לו והוא ג"כ חייב לאחרים א"כ אם יסלק לו בזוזי הרי אין קדימה במטלטלין ויעשה סדור בעל חוב משא"כ כשמחזיק בשלו הוא לבדו ליקח כל החוב וזה אינו מן הדין. וכיון דביש נ"מ לזה בעדיות ובינונית אמרינן זה גובה וזה גובה כ"ש שיש לנו לחוש לתקנת ב"ח אחרים. וכן קשה על הש"ס איך אמרינן בליכא נ"מ זה עומד בשלו ולא מפלגינן אם חב לאחרים ולית לי' נכסים שיצטרך לשלם בשלמא אם השטרות חשיבי פרועים ניחא. אבל להרמב"ן דס"ל שאין השטרות חשובים פרועים קשה כיון שנותן לגוביינא במכרו לאחר למה לא נזדקק להוציא ממנו ולעשות סדור בע"ח וצ"ע לכאורה. אלא נראה ברור דדוקא נגד בעהש"ט שלו לא אהני תפיסתו מאחר שזה מוחזק בשיעבודו. אבל לענין האחרים שאין להם שיעבוד עליו ולא שייך שעבודא דר' נתן מאחר שזה חייב לו כנגדו שפיר אהני לי' תפיסתו וחזקתו לענין שלא יצטרך לפרוע לאחרים משלו ושעבוד שלו קודם ומחזיק בשלו אלא שנגד המלוה שלו גופי' לא אהני לי' שזה מוחזק ג"כ בשיעבודו וכופהו בכח שעבודו ליפרע לו כפי השעבוד שיזכה בו בגבייתו. וא"כ ממילא כמלוה ע"פ שאין המלוה מוחזק בשום דבר שפיר יכול לומר אני נפרע בשלי וחשוב שעבודי נגד שעבודך מאחר שדיני בזוזי כמו דינך אלא דהפוסקים לא חילקו בזה עכ"פ איכא למימר דהני רבוותא ס"ל דוקא בשטר נגד שטר חשיבי כפרועים אבל מלוה על פה נגד שטר לא חשיבי כפרועים כלל שזה מוחזק בשעבודו וזה אינו מוחזק בכלום ואם רוצה להשמיט לפי שעה שצריכים לו מעות מצינו לפעמים שכופר בשביל אשתמוטי וי"ל לכ"ע לא חשוב כפרוע וכ"ש בנ"ד שלא נתברר עדיין חיובו של שמעון לא בד"י ולא בדא"ה: א"כ עכ"פ לא גרע מלוה זה לעשר וזה לחמש שעכ"פ יוכל לומר ארויח הזמן עד שיתברר חיובך ואז אשלם לך ולכ"ע אין לדונו כפרוע:

ועוד בה שלישי' שנראה שדין הפוטיקין נידונין ע"פ דינא דמלכותא וכמ"שחבת"מ (סימן מ"ה וסימן ל' סי"ז) לענין הבא מתוך כותי שגובה אף בשטר מרוחק שני שיטין שבדיניהם דיינין כ"ש בפוטיקין שנראה שאף בפוטיקין דישראל דנין לכ"ע בהם דינא דמלכותא וכיון שעיקר דינא דמלכותא לתקנת המדינה ומשא ומתן שכל מי שבידו הפוטיקין יגבה ואינו משגיח בתביעת אחר כלל שנמכר לו א"כ ודאי אין זה יכול לתפוס מאחר שזה בא בכת פירקין שלו והרי בממרנ"י מבואר בש"ך (סימן נ' סקי"ז) שתף אם הממרנ"י פרוע צריך לשלם מכח תקנות השוק א"כ בזה יש דינא דמלכותא שמי שהוא בידו יגבה בו

והפוטיק בתקפה כל זמן שלא נתבטלה בערכאות וא"כ פשיטא שאין תפיסתו כלום נגד הקונה אותה. ועוד שיש ג"כ הפרש בענין המטבעות שנכתב בפוטיקין קוראנט וכבר כתב הריב"ש שם דביש שיני מטבעות (לא) דייניגן זה גובה וזה גובה:

ועוד בהטעם רביעי שנראה ברור (שוה גובה וזה גובה) [שזה עומד בשלו וזה בשלו] לא שיך רק בחוב מבורר כמו בשנים שהוציאו שט"ח שאין יפה כחו של זה משל זה אבל אם זה יש לו שטר מבורר שכבר נודע בבירור שחייב לו וזה שכנגדו טוען שיש לו חוב שאינו מבורר כיון דמדינא נזדקקין לתובע תחילה (כדאיתא בסימן כ"ד) ואף דבזיילא נכסי נזקקין לנתבע תחילה מ"מ פשיטא אם הי' מעמיד לו בטחונות באופן שלא יהי' הפסד לתובע וזה צריך לשלם מיד פשיטא שהי' צריך לשלם לו שזה אינו רוצה להפסיד זמנו מספק וגדולה מזו מבואר בש"ם ונתבאר בח"מ (סימן רכ"ה ס"ה) במכר שדה באחריות ויצא עלי' ערעור שצריך ליתן לו המעות שאומר לו אחוי טרפך ואשלם לך. ובסמ"ע מסיק אפילו המערער מראה שטר לב"ד רק שאינו מקוים מ"מ צריך ליתן המעות. א"כ כ"ש בנ"ד שלא נתברר עדיין החיוב לא בד"י ולא בדא"ה שאפילו לעצמו היו מכריחין לשלם לו בטרם יבורר פסק דינו של שמעון. א"כ כ"ש שאין לומר שהוא כפרוע. וכן מבואר (בס"ס פ"ה) בשם תשובת רשב"א בזה יש לו חוב ברור והשני טוען כנגדו חוב שאינו ברור דאם שטרו מקוים דוקא נזקקין לנתבע אבל בשטר שאינו מקויים לא ע"ש שכתב כן הסמ"ע א"כ כ"ש בנ"ד שלא נתברר החוב כלל שעכ"פ הוא חייב להאחר וחיובו של לוי לא נתברר כלל אז לא בד"י ולא בדא"ה פשיטא שהמכירה קיימת וכן (בסימן פ"ו סעיף ו') כתב לא משתעבד מדר' נתן עד שיתברר בב"ד ששמעון חייב לו:

ועוד שדין הפוטיקין מאחר שאם כבר מכרן אין יכול למוחלן ולעשות עוד קטנה או גדולה. א"כ נראה שדין הפוטיקין כאילו אמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך נמצא שהקונה אותן בא על הנכרי בכח השעבוד שנשתעבד לו הנכרי ממש בשעת ההלואה, וא"כ ממילא אין לשמעון לתפוס את ראובן שהרי מיד שקנה נעשה הנכרי ב"ח שלו מעיקרא. וא"כ אין לשמעון דין עם ראובן וזכה במקחו מלוי ומחייב שמעון לשלם:

ב אלא דאיכא לעיוני ברווחים שעולים בפוטיקין על הנכרי אם המוכר יכול למוכרן והנה (בסימן ס"ו סל"ב) כתב רמ"א במחל שט"ח שעל הנכרי צריך לשלם לו גם הריבית שעלה. ובש"ך הקש' שם תשובות הרשב"א אהדדי דבתשובות להרמב"ן (סימן רכ"ג) נסתפק הרשב"א אם הריבית נמכר די"ל שאינו למכר דהוה כמלוה ע"פ וכשתמצי לומר שלא נמכר הריבית א"כ לא זכה ראובן בריבית ועדיין ברשות מוכר קאי. וא"כ יש מקום לומר שיכול לתפוס מאחר שלא זכה בכח מכירתו ע"פ הדין ח"ל תשובת הרמב"ן ומכאן

נסתפק לי זה כמה רבית הכתוב בשטר אם הוא נמכר לפי שהוא כמלוה על פה לפי שלא נתחייב בכולו בשעת כתיבת השטר ומייתי ראי' מפ' יש נוחלין דאמרין (דף קכ"ד:) לעולם רבנן וס"ד אמינא מלוה כיון דנקט שטרא כמאן דגביא דמי ואם איתא דגם הרבית נידון כשטר הרי גם הרבית כגבוי וטעמו של הרשב"א מבואר דאף שהלוהו ק' בק"ך אע"פ שנתחייב עכשיו בק"ך מ"מ לא אמרינן שמיד נתחייב בקרך וזמן הרויח לו עד סוף שנה אלא שמתרבה החיוב והולך ע"ש ולפענ"ד הדברים תמוהים דמשמע לכאורה אפילו נשתעבד לו הרבית כשטר יש לו דין מלוה ע"פ שאינו נמכר ואמאי לא יהי' אלא שכירות אטו אם נותן שטר על שכירות לא מקרי מלוה בשטר הא אפילו שבח קרקעות שעדיין אינו בעולם כלל אמרינן בפ' הנזקין דאין מוציאין לשבח קרקעות מפני תיקון העולם ומשמע מדינא גבי ממשעבדי אפילו מה שהשביח אחר זמן ולא עביד דאתי כלל אפ"ה הי' גובה ממשעבדי אי לאו תיקון העולם וכן ר"פ הנושא בפסק לזון בת אשתו ניזונין ממשועבדים. ואם איתא שאינו יכול להתחייב בשטר חיוב שמתרבה עליו איך תגבה ממשעבדי שהרי חיוב המזונות מתרבה עליו בכל יום ובשינוי ליוקרא וזולא ואפ"ה אהני שעבודו בשטר והרמב"ם שפוסק שאין יכיל להקנות דבר שאינו קצוב מחו לי' מאה עוכלי בעוכלא וכולם חלקו עליו ומ"מ בשכירות ודבר קצוב פשיטא שהרמב"ם מודה שיכול לשעבד בשטר אף שמתרבה בכל יום ואם מתה הבת פסק החיוב דמה לי לשעבד עצמו על הקרן או על השכירות הרי אפילו בחנם יוכל אדם לשעבד עצמו בשטר כמבואר (בח"מ סימן מ' ובאה"ע סימן קי"ד) וא"כ תמה על עצמך אם נתחייב ושעבד נכסיו גם להרבית למה לא יהי' לו דין שעבוד גמור ובאמת מאי דמייתי הרשב"א ראי' מפ' יש נותלין לענ"ד לאו ראי' הוא כלל דהא באמת קי"ל דמלוה מקרי ראוי אלא דהך מ"ד ס"ל דמלוה לא נקרא ראוי שמסתמא ישלם לו כיון שלוה ועשה עמו טובה מסתמא יחזיר לו הלואתו במילואו. אבל ברבית אפשר שיבקש הנכרי תואנה להפטר מן הרבית אף שאינו פטור מן הדין צריך לילך עמו בדינא ודייני והוי כמו מלוה ע"פ עכ"פ למ"ד דמקרי ראוי:

וגם מדברי הרשב"ם שכתב שלכך השטר לא מקרי ראוי. דהשטר משכון הוא בידו ומוחזק בו במקום מעותיו אבל הרבית שלא הי' שלו מעולם אין לך ראוי גדול מזה משמע דעיקר הטעם דנקט שטרא עלה הרי שטר זה חלופי מעותיו וקיבלו בחילופי מעותיו מקרי כאילו עדיין שלו בידו שהרי זה חילוף מעותיו אבל ברבית אין לנו לומר שהוא חילופי מעותיו שלא קיבל השטר בחילופי מעות הרבית שהרי עדיין לא נתחייב בו ולכן שפיר מקרי ראוי אבל לומר שיהא כמלוה ע"פ לא שמענו דאם איתא שהשטר לא קאי

על הרבית ה"ל לרשב"ם לפרושי בפשיטות שזה מלוה ע"פ ואפילו נימא כדברי הרשב"א דרבית אין לו דין שטר הא אפשר לחלק שאם כלל הרבית עם הקרן שפיר ה"ל שטר גם על הרבית ובש"ס לא מיירי אלא שמפורש הקרן והרבית יעלה כך וכך בזו אפשר לומר שלא נתכוון להתחייב על הרבית בשטר כלל רק ליפרע הרבית לאחדים י"ל שיוכל הנכרי לומר שלא נשתעבד על הרבית כלל בשטר ויכול לטעון ג"כ פרעתי על הרבית ולא שייך בו שטרך בידי מאי בעי דדרך לפרוע הרבית לאחדים ואינו מתכוין שיהי' דין שטר על הרבית אלא דמלשון תשובת הרמב"ן משמע שאפילו כלל קרן ורבית לא הוי הרבית מלוה בשטר ובאמת אין להרשב"א ראי' על זה מפ' יש נוחלין דהא ל' הש"ס כיון דנקט שטרא בידי' כמאן דגבי' דמי משמע בהדיא דלא קאי השטר על הרבית כלל. וא"כ מנ"ל בנזקף הרבית שלא יהי' לו דין שטר. ואפשר דס"ל לרשב"א כיון דנזקף הרבית אף שעדיין אין זמנו ליפרע א"כ אינו אלא כעין שטר אמנה וגם הנכרי לא נשתעבד על כך:

ובאמת המדקדק היטב בש"ם יראה דמוכת איפכא מדברי הרשב"א שאין ההפרש בין המלוה ובין הרבית בשביל שהשטר אינו עומד על הרבית דהא אהך דשלחו מתם בכור נוטל פי שנים במלוה ולא ברבית אמרינן לעולם רבנן הוא ומלוה כמאן דגביא דמיא ולא יהיב טעמא כלל כיון דנקט שטרא א"כ משמע דאפילו בלא טעמא דנקט שטרא יש לחלק בין מלוה לרבית ומטעם שכתב הרשב"ם שהרבית לא בא לידו מעולם דאם הטעם משום דרבית הוי כחוב ע"פ אמאי לא נקט הכא טעמא דנקט שטרא אע"כ בלא טעמא דשטרא יש לחלק בין הקרן והרבית כאשר הדעת נותן שיותר בטוח שישלם לו הקרן שהלוה ממה שבטוח על הרבית (ובהך דנקט לרבנן דאין הבכור נוטל פי שנים א"כ תימא גדולה לפי דברי הרשב"א איך נוטל ברבית שהוא חשוב מלוה ע"פ וכן פירש רשב"ם לעולם רבנן וסד"א מלוה כיון דנקט שטרא. כמאן דגביא דמיא וקאי על הך דשמואל קמ"ל דלא תימא מלוה עדיפא משבח כיון דנקט שטרא קמ"ל דלא. ומ"מ הוי ראוי) ואחר דשלחו מתם לא נקט כלל כיון דנקט שטרא אלא מלוה כמאז דגביא דמיא. א"כ משמע בהדיא דלא מחלק כלל בכך דאדרבה השטר קאי גם על הרבית ומ"מ אינו כגבוי ומטעם שכתב הרמב"ם שלא היה בידו מעולם ועוד תמיה לדברי הרשב"א דס"ל דהרבית הוי מלוה ע"פ א"כ תימא איך ס"ל לר' דנוטל ברבית הא משמע דר לא פליג אלא בשטר אבל מלוה ע"פ מודה דלא הוי מוחזק דאל"כ למה נקנו ירשו שט"ח נוטל בין במלוה בין ברבית ולרשב"א רבותא דרבית שהוא מלוה ע"פ לינקט סתמא ירשו מלוה אפילו ע"פ אלא ודאי פשיטא דמלוה ע"פ לכ"פ חשיבא ראוי וכן פירש רשב"ם בהדיא (בדף קכ"ד ע"א) דדוקא שט"ח נקט וכן משמע דפשיטא דש"ס הכין הוא דאחר שמואל נקט

ס"ד כיון דנקט שטרא כו' משמע דפשיטא ליה דבלא שטר ודאי הוי ראוי וכן משמע מהא דמייתי מגבו קרקע יש לו דטעמא דשעבודא דאורייתא כדמשמע בס"פ ג"פ דאילו בע"פ כבר נפקע השעבוד וא"כ תמה על עצמך איך יטול ברבית לרבי אם לאו כמלוה בשטר הוא אלא ודאי גם הרבית הוא כשטר עצמו וגם הרבית ס"ל לרבי דהוי מוחזק אלא דרבנן ס"ל דהרבית מקרי ראוי לכך שלחו מתם דמפלגי בין מלוה לרבית. ואין לומר דס"ל להרשב"א דבהא גופי' פליגי ר' ורבנן דר' ס"ל דהשטר קאי נמי על הרבית ורבנן ס"ל דהשטר לא קאי על הרבית דהא זה לא מצינו כלל. ועוד לפי האמת דקי"ל דבכור אינו נוטל אפילו במלוה בשטר א"כ לא פליגי כלל בהך סברא וכיון דר' ע"כ ס"ל דהרבית חשיב ג"כ כשטר א"כ לא מצינו חולק עליו ופשיטא דהוא כשטר אלא ודאי הא ליתא ומוכת בהדיא מן הש"ס ופרשב"ם שגם הרבית תשיב שטר ודלא כהרשב"א ויפה פסק רמ"א דלא כספיקו דהרשב"א כיון דמוכת כן בש"ס והרשב"א גופי' סותר עצמו יש לנו לומר בתר דבעיא הדר פשטה דגם הרבית חשיב כשטר והכי נקטינן:

ותמי' על האורים ותומים שלא הרגיש בכל זה. ומ"מ בנ"ד אין אנו צריכין לכל זה דהא פשיטא בכה"ג לא נסתפק הרשב"א שהרי הוא כמלוה על משכון. שהרי הקרקע משועבדת לרבית כמו לקרן (ואפ"ה) [ואפי'] מכר הקרקע לאתר הרבית יגבה בכל תוקף כמו הקרן וגם אינו נאמן לומר פרעתי על הרבית כמו שאין נאמן על הקרן והרבית גדל על קרקע הפוטיק וזה הכל בכח הפוטיקין שנכתבו על הקרקע פשיטא. ופשיטא דפשיטא שדין שטר גמור יש לרבית כמו על הקרן שהרי הרבית נגבה ג"כ מן המשועבדים ושעבוד הקרקע על הרבית כמו על הקרן ולא יפה כת הקרן מן הרבית בשום דבר ודאי שדין שטר גמור על הרבית דלא שייכין הני טעמי שכתבנו ליישב סברת הרשב"א ולבי דעתי שלא יחלוק בזה אלא עיקש ופתלתול:

ועוד נ"ל דספיקא דהרשב"א אינו אלא היכא שלא נוכל לדון על הרבית שיהיה לו דין שטר מכח דינא דמלכותא בזו מספקא ליה אי חשיב כשטר והטעם דידוע דבדורות הקדמונים נאסר הרבית מתק המלכות. א"כ אי אפשר שיהיה לרבית דין שטר מכח דינא דמלכותא. דנודע כל גזירות קדמוניות הוי עבור הרבית א"כ אי אפשר לדון בו דינא דמלכותא רק דין ישראל ומספקא ליה אי חשיב שטר אבל ברבית שהוא מותר מחק דינא דמלכותא פשיטא בשט"ח שעל הנכרי לכ"ע דנין בו דינא דמלכותא דבדיניהם דיינין ליה וכן מבואר בתשובות להרמב"ן גופי' (בפי' רכ"ה) דכדיניהם דיינינן ליה ובזו אין שום ספק דנכרי שנותן שט"ח לישראל דמשתעבד כפי דיניהם. וא"כ פשיטא היכא שבדיניהם דין הרבית יש לו כל כח תוקף הקרן הן למיגבי ממשעבדי. והן לענין שיהיה נמכר לכל

מי שירצה קרן ורווחים. פשיטא שיוכל למכור גם הרבית שהרי בדיניהם נשתעבד על הרבית כמו על הקרן ויוכל למכרו וכשמוכרו לאחר נתרוקן כח המוכר הן מקרן הן מרווחים א"כ פשיטא שכת השטר על הרבית כמו על הקרן ואפילו שט"ח בעלמא על נכרי אם כתוב רבית שמותר מחק המלכות פשיטא שדין הקרן יש לו ג"כ לרבית שכן נשתעבד על הרבית כמו על הקרן וגדולה מזו מבואר בש"ע (סימן ס"ו סכ"ה) בכותי שמכר שט"ח לישראל שאין יכול למוחלו דבדיניהם דיינינן ליה אף שלא נשתעבד לזה מעולם מ"מ לא מהני מחילה שמוחל הנכרי. כיון דבדיניהם נתרוקן כח הנכרי לגמרי וא"כ כ"ש בזה כיון שבדיניהם יכול למכור קרן ורווחים שעל הנכרי שהרי נשתעבד הנכרי כפי דיניהם. פשיטא שיש לו דין שטר גמור על הרבית וגם הש"ך והאורים ותומים לא יפקפקו בזה כלל וזהו ברור:

ובזו אפשר ליישב הסתירה שבדברי הרשב"א דמ"ש שצריך לשלם הרבית הוא ערך המותר ע"פ דינא דמלכותא דבזו י"ל שנשתעבד בדיניהם ומה שנסתפק הרשב"א הוא ברבית שאסור ע"פ דיניהם. שהסיע על קיצת המלך ובזו אי אפשר לדון בו ע"פ דיניהם א"כ ונ"ד פשיטא שנמכר הרבית כחו הקרן:

ואפילו לא הי' הרבית נמכר כלל רק חוב על פה לפי דברי הריב"ש דפשיטא לי' שגם בחוב על פה אין החוב פרוע עד שיעשה עמו חשבון בב"ד כדפרישית לעיל. א"כ בנ"ד שמכר ראובן קודם שהשיג שמעון על לוי דעקרוט. א"כ פשיטא מאחר שלא הועילה לו תפיסתו א"כ לאו כלום עביד במה שמכר לנכרי אף שהנכרי מוציא ממנו הרבית ג"כ הרי מכר לו דבר שאינו שלו רק של לוי שהרבית ברשות לוי נשאר ובאמת גם שמעון חייב הרבית ללוי אלא שהיה יכול לעשות עמו חשבון בב"ד וכיון שאז עדיין לא היה חובו של שמעון מבורר לא בד"י ולא בדא"ה א"כ לאו כלום עביד אלא שגורם שהנכרי לא יעשה עמו חשבון ויצטרך לשלם לנכרי הרבית ג"כ עכ"פ לא הפסידו לשמעון כלום משלו שאינו פורע לנכרי שלו רק של לוי אלא ששוב אין יכול לעשות חשבון עמו ויחפש לגבות חובו ממקום אחר ואין כאן מזיק שעבודו של חבירו כלל שכל זמן שאינו עושה עמו חשבון באמת חייב ללוי שהוא ביד נכרי ולעולם לא יעשה חשבון עמו ואינו פורע לנכרי משלו אלא משל לוי ולאו גרמא בנזקין הוא כלל. ומי שירצה לתפוס בזה דעתי שכתבתי לעיל דבחוב ע"פ יש לומר לכ"ע החוב פרוע כיון שאין שכנגדו מוחזק בשום דבר א"כ י"ל דנגד הרווחים כבר נפרע חובו. אמינא לי' סמוך אדידי נמי בהא דפשיטא לי דגם הרבית חשיב חוב בשטר ויצא ודאי של הריב"ש וסתימת הפוסקים דאפילו בחוב ע"פ שייך זה גובה וזה גובה בספיקו של הרשב"א על הרבית כנ"ל אלא שאין אנו צריכים

לכל זה וכמו שבררנו. ברם מה דאיכא לעיוני בהך מילתא הוא על ההוצאות שעלה בדא"ה מעסק משפט הראשון והשני שהוביל שמעון למרחקים ונתרבו ההוצאות. ולפום רהיטא חייב ראובן על ההוצאות הראשונות שעלו באינשטאנץ הראשון מאחר ששמעון צווח שרצה לדון עמו בד"י. איברא איכא לספוקי טובא בהא מכמה טעמים שנבאר:

ד חדא שמה שהשיב ראובן שאין לו דין עמו כי אם על הנכרי החייב הגם כי לא מחכמה שאל על זה רק כסימא בארובה מ"מ אפשר דדינא קאמר שאין עסק לב"ד של ישראל במשפט זה שאפי' תימא ששמעון צווח על ראובן יש לי ק עמך שקנית חוב פרוע מ"מ ודאי מה שתבע את הנכרי אינו שלא כדין כל זמן שלא פטר את עצמו בישראל שהוא שמעון שנכנס בחריקי' דידי' אין לו עסק עם שמעון דהא אין לשמעון עדיין הפסד ממה שתבע את הנכרי וראובן אומר לשמעון לאו בע"ד דידי את כלל גם אפשר שאם לא יזכה ראובן שהוא ב"ח של הנכרי החייב יש לחוש לתקלה וקלקול שיוכל שמעון לקלקל חובו בדיניהם באיזו סיבה כשלא יבורר קנייתו של ראובן בטרם יזכה שמעון בטענותו על לוי וכה"ג אמתלאות טובא רק עיקר הקפידא לאחר שנפטר הנכרי בטענותיו שמכר הקרקע לשמעון ונכנס בשעבודיו ואז יוכל שמעון לומר כבר תפסת שלי מיד לוי. אך נראה שאפי' הי' דין ישראל מבורר ששמעון יוכל לתפוס חוב כנגד חוב אלא שבדיניהם לא הי' הדין כן והיו דנין בדיניהם שאין החובות כפרועים נמצא שבדיניהם קנייתו של ראובן טובה וחייב שמעון לשלם לו וא"כ לא היינו יכולין לפסוק כלל כדינינו שהרי שמעון בא מכח נכרי וקיבל עליו בפירוש התחייבות של הנכרי והרי הוא כמוהו שהרי אפילו הי' להנכרי החייב שמכר הקרקע לשמעון חוב על לוי כנגדו מ"מ לא הי' פטור בדיניהם מלשלם לראובן הקונה שכך דינם שישלם לראובן הקונה ויתבע תביעתו מן המוכר וגם שמעון נידון כמותו:

וכן מבואר להדיא בתשובת להרמב"ן (סימן רכ"ה) וז"ל אבל ודאי לחייב הנכרי לתת לו לישראל בהמה זו שקנה חיובי מחייבינן לי' בבי דינא וכדאיתא שאם אתה יכול לחייבו בדיניהם חייבוהו וישראל נמי הבא אחר חיובו הרי הוא כמוהו נמצאת אומר דבין כך ובין כך ישראל הערב או הקבלן מתחייב של נכרי כו' עכ"ל הרי מפורש בהדיא שאם ישראל נעשה ערב לדבר שלא הי' הנכרי מתחייב כלל בדינינו מ"מ צריך הערב לשלם לו שנגרר אחר חייבו של נכרי. ואם בערב שנעשה מדעת הישראל הדין כן כ"ש בזה ששמעון עשה דבר זה מדעתו אע"פ שטעה וחשב להציל צלל במים אדירים והעלה חרם בידו וחייתא דקטרי קיבל עלי' ואין אנו אחראין לו כלל דאפסיד אנפשי'. ואין לומר ירד עמי בד"י ונפסיק לו כפי דיניהם וכמ"ש רמ"א (סימן שס"ט). דהא ליחא אלא בדין

מבורר שאנו בקיאין בדיניהם כיצד הוא או אפשר לבררו בקל. אבל בענין שנוגע בעמק משפט כאשר ראינו שאבד שמעון המשפט בראשונה וחזר והסיע אותו למשפט גבוה יותר כ"ש שהב"ד אין יכולין לברר דינם אלא ע"פ טוענים ומליצים והרי אפילו המליצים עצמם כל מלין מחזיק צד שלו שהוא יהי' הזוכה. א"כ פשיטא שראובן מוכרח לברר זכותו בדיניהם. ואין עסק לב"ד של ישראל בכך כלל:

ותו אמינא ששמעון הסכיל עשה מאד. שמאחר שבאותו זמן שהרעיש שמעון על ראובן שיעמוד עמו בד"י בא גם לוי שרוצה לעמוד עמו ג"כ בד"י ואחר ששמעון לא הטה אזן ללוי אף שיהי' לו התנצלות שמחזיק את לוי בגברא אלמא דלא ציית דינא [אף הגם שעתה צווח שרוצה לדון בד"י וגם לא הוחזק בכך בדבר א מ"מ פשיטא שלא יש לשמעון עסק משפט עם ראובן כל זמן שלא יברר זכותו נגד לוי ומי יוכל לדון על לוי שלא בפניו וכל זמן שלא זכה שמעון נגד לוי בד"י אין עסק משפט כלל בין שמעון לראובן ואי אפשר שידונו ביניהם הב"ד כלל. נמצא שמה שלא רצה לעמוד עם לוי בד"י הוא כאילו לא רצה לעמוד עם ראובן בדין כלל ואילו הי' שמעון מציע דבריו לפני ב"ד והיו הב"ד נזקקין לשמוע דבריו מאחר שצווח שראובן לא רצה לעמוד עמי בד"י א"כ הב"ד היו אומרים לו שצריך לדון עם לוי בד"י בטרם ידון עם ראובן כלל ואחר שלא נתרצה לעמוד עם לוי גם ראובן א"צ לעמוד עמו בד"י שמשפט אחד להם ומדויל ידי' משתלם:

ה ותו אמינא דאחר שנעמוד על המחקר מי הוא הגורם בנזקין וממי יצא העגל הלזה נמצא ששמעון הוא הגורם שהרי מאחר שעתה נתברר ששמעון חייב בד"י נמצא שכל הקאסטין והוצאות שעלו הכל ע"י גרמת שמעון שלא רצה לפרוע לראובן מה שחייב לו מן הדין שבשביל שלא רצה ראובן לעמוד עמו בד"י לא הופקר ממונו בפרט שהי' לו התנצלות כזה נמצא שאילו הציע שמעון דבריו לפני המורים היודעים שהדין שיתחייב לראובן לפרוע חובו משלם לא היו נותנין לו רשות כלל להוציא הוצאות בדא"ה על ראובן ומאחר שדבר זה הוא ברור אף לפי טעות שמעון מתחייב מתוך טענת עצמו שאין לו על מה להשען ליפטר מראובן בפרט בענין הלזה שפשוט לכל שכל זמן שלא נתבטלה הפוטיק בערכאות שיכול למוכרה ולעשות כמו שלבו חפץ עמה ער שנראה כתמי' כמה טרח טרחי' להאי גברא על דברים של הבל וא"כ שמעון הוא שפשע בכל ההוצאות במידי דאיכא לברורי שחייב לשלם ואם הי' משלם אין כאן הוצאה כלל ואף דשמעון יכול לומר שחושדו על קנוניא שעשה עם המוכר ואפשר שאילו רצה לעמוד בד"י היו הב"ד מזקיקין את ראובן לקבל בחרם שבאמת קנה מ"מ כיון שאינו רק מתקנת הגאונים ואפילו שבועה אין עליו בטענת שמא וכיון שנכתב ונמסר הפוטיק בידו כל מה שיש

ביד אדם הוא בחזקת שלו ע"ש בח"מ (סי' צ"ט) שזהו חזקה אלימתא שאפילו במגו אינו נאמן ואילו הי' ראובן חב לאחרים היו מגבין לו הפוטיק (לאחדים) [לאחרים] ולא הי' נאמן כלל לומר שקנוניא הי'. א"כ פשיטא שהיו הב"ד אומרים לו שאל ירבה בהוצאות על זה כלל ואדם מועד לעולם אפילו בשוגג כ"ש בזה שקרוב למזיד וכמו שנבאר עוד בס"ד וא"כ יש מקום לחייב שמעון אף בהוצאות הראשונות וא"ת אכתי איך יתחייב שמעון בהוצאות הראשונות הא אפילו בסרבן שהוציאו עליו הוצאות בערכאות מסיק רמ"א דחייב לשלם דוקא בעשאו ברשות ב"ד כדאיתא בסימן [י"ד ס"ה]. וא"כ איך יתחייב שמעון להחזיר לראובן תוצאותיו כפי נימוס משפטם הא אפשיטא שראובן שעשה שלא כהוגן ולא רצה לעמוד בד"י אף שהי' הנה לו התנצלות. מ"מ הא לאו ברשות ב"ד עביד יראה לענ"ד דאיכא לפלוגי טובא דהא לכאורה גם לדיעה ראשונה דמייתי בש"ע שאין צריך לשלם הוצאותיו נראה דהיינו ההוצאות שאין דן הערכאות שישלם אותם. אבל בהוצאות שמתחייב בדיניהם לפי נימוס משפטן פשיטא שגם הרשב"א לא יאמר שהוא יחזיר לו ההוצאות דכיון שנתחייב בדיניהם והוא סירב לבא לב"ד פשיטא שבע"כ יקבל עליו כל חיובן של הערכאות דאל"כ לקתה מדת הדין שזה שתובעו בד"י וסירב ומכריחין אותו לדא"ה. ע"כ צריך לקיים כפי נימוס משפט ערכאות ואם הערכאות תובעין מן המסרב שכר משפטן כחק הקצוב להם. וכן חזרת הוצאות למי שזוכה במשפטם ונאמר שזה הזוכה צריך להפסיד הוצאות שלו זה לא יעלה על הדעת כלל. וע"כ מירי בענין שגם לפי משפט הערכאות אין צריך להחזיר לו ההוצאות שעלו לו ובזה ס"ל להרשב"א דאף דנותן לו רשות לילך בעש"ג מ"מ לא עדיף משפטו מאילו הלך בהיתר לעש"ג דאין זוכה יותר מדין עש"ג אבל היכא שדין העש"ג להחדר לו ההוצאות וזה הלך ברשות אפשר שגם להרשב"א צריך לקיים כפי הפסק מעש"ג ויכול להכריחו ג"כ על חזרת ההוצאות שכיון שסירב לבוא בדין בע"כ מקבל עליו חיובן של העש"ג כיון שזה הלך ברשות:

ועוד נלענ"ד דמה שפטור הסרבן שם לדעת הרשב"א היינו משום שהסרבן לא הכריחו על ההוצאות בכח סרבנותו רק שביקש להוציא חובו לכך הוציא הוצאות בזו י"ל דגרמא בעלמא הוא אבל אם הנתבע מבקש טצדקי למיפטר נפשיה בערכאות ומעמיד לו טוען שיצא זכאי במשפט הערכי ודין משפט הערכאות שבאם לא יעמיד לו טוען כנגדו הוא באיבוד משפטו ובחזרת כל הוצאות לצד שכנגדו פשיטא שהמסרב מכריחו ממש על הקאסטין שיוציא הוצאות והוי כמו לנקטי' בכובסי' דלישבקי' לגלימא הוא. ויש לנו ללמוד דבר זה ממ"ש רמ"א בלך ואני אבא אחריך והלך והשני לא הלך שמחוייב להחדר לו ההוצאות. והתם ודאי לא הכריחו לילך רק הבטחה בעלמא שילך אחריו ואפ"ה חייב

מאחר שע"פ דבריו הלך. א"כ כ"ש בהכריחו בכח איבוד משפטו שלא כדת שאין ספק שהוא מזיק גמור ומתחייב להחזיר לו הוצאותיו שעשה על פי הכרח שאפילו תאמר שראובן עשה שלא כהוגן במה שנשמט מלבא לב"ד מ"מ הי' לו לשמעון לעיוני שלא יכריחו על הוצאות חנם. וכן כתב במרדכי (פ' המניח) בשם מהר"ם על אחד שהפקיד פקדון וכפר הנתבע והוציא את שלו בידי כותי ומתוך כך העליל על הנפקד שחייב המפקיד כל מה שגרם לו הפסד. משום שהי' לו להציל את שלו בענין אחר כמו היה לו לשמטו ולא שמטו. וכ"ש בזה שהי' יכול למנוע מכל ההפסד ע"י שיחקור שהוא חייב בד"י ולא היה להרבות בהוצאות בכדי ואיגלאי מילתא דהכל היה שלא כדין ובשביל שלא עמד ראובן בד"י מ"מ הי' לו להציל עצמו במה שיחקור שהדין עם ראובן והיה לו לברר דבריו בפני ב"ד והיה יכול לידע שהדין עם ראובן ואיך יופסד ראובן בגרמת שגגתו אשר שגג וחובל בעצמו ובשלו רשאי ואינו רשאי בשל אחרים. וכן מבואר שם במרדכי וז"ל וכן אין לאדם לדחוף את חבירו כשמכין זה את זה אלא יש לשמטו בנחת ואם דחף יש לו דין הרי אפילו במכה חבירו שעובר על לאו דאורייתא. מ"מ בהי' לו לשמטו חייב בנזקו. וא"כ כ"ש בנ"ד שאין לשמעון רשות להזיק לראובן בשביל טעותו שיזכה בדין עמו מאי דהוה לי' למידק בי':

וכן מבואר ברמב"ם (הלכות מלכים פ' י') בבן נח ששגג פטור אבל בעלה על דעתו שדבר זה מותר הרי זה קרוב למזיד שהיה לו ללמוד ולא למד. א"כ בנ"ד שהיה שמעון יכול לחקור משפטו אף בלא ראובן אין לו רשות להזיקו בשביל שלא רצה לעמוד עמו בד"י שאילו חקר הי' נודע לו שהוא חייב לראובן ומחויב לשלם לו:

ו ואל תשיבני ממ"ש רמ"א (בסימן קו ס"א) במי שהלך בעש"ג ונתחייב בדא"ה וחזר לתבעו בד"י שאין נזקקין לו ותלמוד מזה שהופקר ממונו דליתא דפשיטא שלא הופקר ממונו בשביל כך דפשיטא דהא ליתא. דאפילו תימא אין נזקקין לו כלל מ"מ איך הותר ממונו שהרי אפילו ממון מסור גמור אסור לאבדו עיין תשובת מהר"ם בפ' הגוזל בתרא יואל ואפרים שמסרו זה את זה אלא נראה הטעם שכיון שהלך לדא"ה קיבל עליו בכל מה שיתחייב בדא"ה. ועיין בתומים שפקפק גם על זה דמ"מ איך הותר ממונו. ולפענ"ד נראה דמיירי בענין שהשני יודע אמיתת הדבר שאינו חייב כלום כמו בקיבל עליו בערכאות בשטר שבידו וזה טוען פרוע. ואילו בד"י הי' צריך להביא עדים כשרים על זה ובדא"ה נפטר ע"י קרובים ופסולים. א"כ זה יודע בעצמו שיוצא ידי שמים רק שהב"ד לא היו מאמינין לו ולזה אין נזקקין כיון שכבר נפטר בדיניהם והוא בעצמו יודע שהדין עמו. וכה"ג טובא שאין נזקקין לו. אבל הוא יחוש לעצמו אם יוצא ידי שמים לחוב בדמיו

של זה ובתומים פקפק על זה דרמ"א לשיטתו ס"ל (בסימן קב) דבקיבל לדון בפני כותי ודן לפניו שוב אין יכול לחזור ולכן הקשה על רמ"א דהך (דסימן כב) לא מיירי אלא בקנין. אבל בלא קנין למה לא יוכל לחזור לתבוע חובו בד"י ונדחק. ולפענ"ד נראה דדוקא (בסימן קב) שקיבל לחן בפני כותי ואין הכותי יוכל להכריחו רק ב"ו של ישראל מכריחין אותו לקיים דינו בזו בעי קנין. אבל במי שהלך בעש"ג ששם חק דינא דמלכותא ומסתמא לא סמך עצמו על שהשני יתחסד עמו ללילך עמו שוב בד"י וגם לפי שאינו בדין שהי' פוסח על שתי הסעיפים ואנו אומרים שאין נזקקין לו שוב בד"י א"כ לא גרע ממחייב עצמו בדבר שאינו חייב והוי כאילו אמר הזו עלי עדים שאני מחוייב כפי מה שיפסקו הערכאות בינינו והו"ל לאסוקי דעתו שלא יזדקקו לו עוד בד"י. א"כ מסתמא מקבל עליו בהסכמה גמורה מאחר שהוא יודע שהשני יכריחו על דבר המשפט אסר יצא מן הערכאות ומילתא דערכאות אלימי ויש לו קיום חזק אמרינן שבע"כ נכנס בחיוב פסק הערכאות. ואין הכי נמי שאם אח"כ נתבטל תוקף הערכאות כגון שהיה איזה שינוי בין מלכא למלכא מ"מ גם דין ישראל מחויבין אותו לקיים פסק ערכאות שכבר קיבל עליו ליכנס בחיוב זה ורצה להתחייב בו מן הדין ומחויב שפיר כדאיתא בח"מ (סימן מ) והוי קיבל בחיוב גמור המועיל להתחייב בו במה שהיה מתחייב בדא"ה וגם איכא למימר איידי דבעי למיקני וחושב לנצח איש ריבו גמר ומשתעבד גם הוא וכן מצינו לפעמים משתעבד אדם בדברים בעלמא כמו מתנה ש"ת להיות כשואל דמשתעבד בההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' אלמא היכא דאיכא טעמא משתעבד בדברים בעלמא אף במה שאינו חייב כיון שגמר בכל לב להשתעבד. וא"כ כ"ש בעבידּ מעשה ליכנס למקום שיש לו תוקף וקיום חזק ע"פ ד נא דמלכותא דהוה דין גמור שמשתעבד נפשי' בחיוב גמור אם יצא חייב אין דעתו סומכת כלל שישוב לתובעו בד"י ודינא הוא שישתעבד בדברים בעלמא שהרי אינו בדין שיהי' פוסח על שתי הסעיפים וכיון דע"כ אדעתא דהכי נחית לנצח או להיות נצוח ולא מסיק אדעתי' כלל לשוב עוד לדון בד"י לכן משתעבד שפיר אפילו בלא קנין כיון שהכניס עצמו בחיוב שיוכל שכנגדו להכריחו על קיומו כן נ"ל ברור לדעת הרב רמ"א:

וא"כ בנ"ד שזה ראה שלא ביקש לעמוד בד"י מסתמא אדעתא דהכי נכנס בדא"ה שיהיה כפי הפסק אם לזכות אם לחובה. מה תאמר שנכנס בחיוב זה בשביל שלא רצה לבא עמו בד"י ומקרי אונס וידוע שגדר האונס הוא בדרך שלא יוכל להמלט ממנו. משא"כ כאן שכבר היה לו דרך להמלט מן האונס והכנסתו בחיוב הערכאות ע"פ מה שיחקור דינו מן המורים שהי' מתברר לו חיובו ולא היה לו להוציא הוצאות חנם. ועוד דלפי

דברי רמ"א מרויח בזה שלא רצה לבא עמו בד"י שאם הי' וצא חייב בדא"ה לא היו הב"ד מכריחין אותו לדון עוד. א"כ בודאי ניחא ליה ליכנס בכל החיוב שבדא"ה שהרי כיון שלפי האמת אין לו זכות לשמעון בד"י א"כ אדעתא דהכי נכנס לדא"ה שאם יזכה בדא"ה שלא יצטרך לו להיות ציית דינא עוד בד"י ואפילו יאמרו לו שחייב בדיני ישראל מטעם דפרישית שהמסרב קיבל עליו להתחייב בדא"ה אם יתחייב אף אם הי' זוכה בד"י א"כ פשיטא שאין לומר שהמסרב קיבל עליו תרתי לריעותא שגם אם יזכה בדא"ה ובד"י ג"כ יזכה שלא יהי' לו זכות ד"י ולא זכות דא"ה אלא שאנו אומרים מתוך שקיבל עליו כל זכות דא"ה אבד כל זכות ד"י ונכנס בזכות דא"ה וא"כ שמעון זה שכנגדו ביקש שיפסיד שכנגדו זכות ד"י ע"כ גם הוא קיבל דא"ה בין לזכות בין לחובה דפשיטא שלא עלה ע"ד ראובן שיוותר דינו בד"י אלא בשביל לזכות עמו בדא"ה א"כ גם שמעון אדעתא דהכי הלך בכדי שאם שוב יזכה ראובן בד"י שנאמר שוויתר דינו. א"כ בע"כ שמעון קיבל עליו דא"ה אף לחובה כשלא יהיה לשמעון זכות בד"י שאם היה עולה ע"ד שמעון שידון עמו בדא"ה ע"ד שאף אם יזכה ראובן בדא"ה וגם בד"י מ"מ ינכה לו הוצאות. א"כ פשיטא שלא עלה ע"ד ראובן להשתעבד בכך שיפסיד דין ישראל וגם כל זכות דא"ה לא יהי' לו אלא ודאי אמרינן מתוך שחפץ ראובן שיזכה בכל זכות דא"ה אבד זכות ד"י וגם שמעון חפץ בכך בכדי שיאבד ראובן זכות ד"י ונשתעבד ברצון הן לזכות הן לחובה אם יאבד זכותו בד"י:

ז ועוד נ"ל דהכא דהחיוב היה על הנכרי לא דמי כלל להך דסרבן דהא פשיטא שאם כתוב בשטר שקיבל כל הוצאות והזיקות ודאי שמחויב להחדר כל הוצאות והזיקות מחמת שלא שילם מיד וא"כ כיון דבדא"ה הדין שיחזיר המסרב לתובע הוצאותיו. א"כ ודאי הנכרי הלוה נשתעבד להוצאות ג"כ שאם יסרב לפרוע החוב בטוב ונצטרך להוציא עליו הוצאות בטוענים כפי נימוס משפטם. א"כ גם הישראל שהוא שמעון שנכנס בשעבודו של הנכרי נתחייב גם הוא בהוצאות והזיקות שיעלו לתובע מכח עיכוב פרעון נמצא שלפ"ז חייב שמעון בדין להחזיר הוצאות שהוציא ראובן שכן קיבל עליו. ואילו מכר לוי חובו לנכרי שהיה יכול לדון בדיניהם פשיטא שהיה שמעון מתחייב בהם מדין גמור ונ"מ שאם מכר הנכרי שקנה החוב מלוי אחר שזכה במשפטו בדא"ה לישראל שהיה הישראל הקונה ממנו כמו הנכרי והיה מחוייב להחזיר ההוצאות שהוציא הנכרי על שמעון עבור סירובו לפרוע בטוב שכך דיניהם. א"כ גם הישראל זוכה בזכות זה שעכ"פ אם יצטרך לדון עמו שיחזיר לו ההוצאות כפי נימוס דא"ה ואין לשמעון התנצלות על זה כי אם בשביל שסירב (שמעון) [ראובן] לירד עמו בד"י וכבר כתבתי שגם לראובן יש

טעמים שלא היה צריך לירד עמו בד"י. וא"כ לא נפטר מחיובו שנתחייב גם בהוצאת סירובו במה שנכנס בשעבודו ובחיובו של נכרי כמ"ש לעיל בשם תשובת לרמב"ן:

ותו אמינא שגם שמעון אף אם היה מתחייב בד"י כאשר הוא האמת אלא שהיה לו זכות בדא"ה והיה יכול לחשב חוב נגר חוב שיש לו על לוי והיה כן דין ערכאות לא היינו יכולין לחייב אותו בד"י מאחר שגם שמעון בא בכח נכרי ויש לו ג"כ זכות הנכרי ופשיטא שאם יש לישראל חוב על נכרי ויש להנכרי ברירה או שיסלק לו מנה ובאם לאו תהא קרקע שוה אלף חלוטה לו ולא הי' להנכרי המנה ומכר קרקעו לישראל פשיטא שהישראל לא יגרע כחו מנכרי אף שלא היה לנכרי המנה ולא היה יכול לסלקו והיה ישראל מרוויח קרקע הנכרי מ"מ הישראל שקנה הקרקע יש לו זכות ג"כ לסלקו במנה כמו הנכרי. נמצא שאפילו עמד ראובן עם שמעון בד"י והיה שמעון מתחייב בדין והיה יכול לבקש לעצמו זכית בדא"ה שהי' שמעון זוכה בכל זכות שיש לו לנכרי נמצא שכיון ששמעון היה מקבל עליו ברצון דין דא"ה מאחר שהיה מתברר חיובו בד"י. ורואה אני הדברים ק"ו שאם בעת שנסתפק שמעון ועלה בדעתו שבודאי יזכה בד"י וא"כ אף אם היה ראובן מכריחו לשלם בדא"ה לא הי' הפסד גמור. שעדיין לא היה מתייאש מתביעת ד"י ואפשר שיוחזר לו שלו. ואפ"ה ביקש טצדקי וטענות והוציא הוצאות כדי שיפטר בדא"ה. א"כ כ"ש כשהיה מתברר לו שחייב בד"י ויש לו רשות ליפטר עצמו בדא"ה שהיה שמעון מקבל ברצון דין דא"ה הן לחיוב הן לפטור אחר שהיה מתברר לו שאין לו שום תוחלת לזכות בד"י. א"כ פשיטא דלא מקרי שמעון אונס על ההוצאות שהפסיד לראובן מחמת סירובו לשלם שהרי ברצון היה מתחייב להחזיר ההוצאות כשיזכה ראובן בדא"ה שהרי גם עכשיו אדעתא דהכי קעביד ואיך יזיק שמעון לראובן בהכריחו להוצאות על סירובו מלשלם זה שחייב אלא בשביל שירצה ליפטר בדא"ה א"כ כיון ששניהם חפצים בדא"ה צריך לקיים אשר נגזר על הסרבן דשם לא הכריחו הסרבן על ההוצאות רק בשביל שלא ביקש לשלם לו ולעמוד עמו בד"י. אבל בזמן הזה שמיד שקיבל עליו לפרוע והמסרב מבקש טצדקי לפטור מעמיד לו טוען בעדו. ומכריח לכשנגדו שגם הוא יעמוד לזמן שקבע ויעמיד לו ג"כ טוען ואם לא יעשה כן מאבד משפטו וכל ההוצאות. וא"כ פשיטא שזה כופה לכשנגדו על ההוצאות בכח איבוד משפטו. ואיך לך מזיק גדול מזה וגרע טפי מאחווי' אחווי'. ואני אבוא אחריך:

ועם מ"ש ניחא מ"ש (בסימן יד ס"ה) בסרבן שהוצרך התובע לכופו ועשה הוצאות שצריך להחזיר הוצאותיו וכתבו דהיינו אם הנתבע מחוייב בדין וכן הוא בריב"ש (סימן תע"ה) וכבר תמה בתומים דאפילו יצא זכאי מ"מ הוא ביקש לדון עמו וכיון שבתום

לבבו עשה זאת למה לא יצטרך להחזיר לו ההוצאות דהא נלמד משכר פתיחא. ואטו אם יצא זכאי לא יוחזר לו שכר פתיחא ולפמ"ש ניחא דממה נפשך אם נפטר הנתבע ע"י הכחשה א"כ זה בודאי הוציא עליו שלא כדין בעלילו' דברים ואיהו דאפסיד אנפשי' ואיך נוציא מן הנתבע שאומר בודאי שחפץ לעשות לו שלא כדין ואפסיד אנפשיה ואם הוא בענין שלא נפטר הנתבע בהכחשה רק שהב"ד פסקו לו שהוא פטור כגון שמכר לו איזה דבר ולא היה בו קנין המועיל וכדומה. א"כ פשיטא שלא היו הב"ד נותנין לו רשות להוציא הוצאות עד יציע דבריו דשמא גם לפי דבריו פטור הנתבע ולמה יעמיד עליו הוצאות שלא כדין וכבר אמרו התורה חסה (על ממונם של ישראל) אפילו על ממון של רשעים כדאיתא במסכת נגעים (פי"ב משנה ה') כ"ש במידי דממון דעביד לאשתמוטי והוראת היתרים שונים. א"כ היו הב"ד נזקקין לו לשמוע דבריו מאחר שכנגדו מסרב ועושה להצילו מההוצאות אין כאן לא תשא שמע שוא ומוטב ליכנס בזה כדי להצילו מן הוצאות ודטבא לי' עבדו לי'. משא"כ בשכר פתיחא שכותבין שלא ביקש לבא לדין לא שייך לומר שיתירו לשמוע טענותיו דהא זה עיקר קיום הד"ת להכריחו על המשפט וכמה פעמים שלא יוכלו לברר ודין הוא שיכתבו עליו פתיחא מאחר שמסרב נגד ב"ד שהזמינו ולא שייך שיזקקו לשמוע צד א' בשביל זה ולכן מחוייב להחזיר בכל אופן וזהו ברור ונכון:

והא ראיה לדברינו ששמעון הוא מתחייב בדינו דהו"ל לעמוד ולהציל את חבירו מן ההוצאות והכי אמרינן ביבמות (דף צ) דלהכי באשה לא מקרי אנוסה כלל דה"ל לאקרויי לגיטא לפני חכם ועיין בתוס' ד"ה ת"ש כנסה דמקרי פשיעה דאיבעיא להו לאקרויי לגיטא בפני ב"ד הבקי וע"ש כמה ענינים דמשום הכי מקרי פשיעה וגרע משוגגת דבאמת שוגגת מותרת לבעלה וכיון דשמעון פשע יש לו מן הדין להתחייב בכל הוצאות שגרם לראובן וכל שכן בהוצאות השניים שהוביל המשפט לווארשא. וגם שם הרבה בהוצאות שלא לצורך ונפל הוצאות הכתיבה בערכאות וכיון שבגירי דילי' ניתן טערמין לצד שכנגדו שמוכרח לבא בכח איבוד משפטו וכנ"ל פשיטא שאין לו רשות להציל עצמו בממון חבירו במה שחייב בו באמת מן הדין. ובפרט שראובן שלח לו וביקש להתפשר עמו בטוב בטרם ירבה בהוצאות:

ח כללא דמילתא שיש לשמעון להתחייב בחזרת הוצאות כדין ערכאות אשר נגזר עליו מכמה טעמים. א שלא היה מחוייב ראובן לעמוד עמו בד"י כלל. ב מפני שהיה לו להציל בענין אחר ע"י הצעת דברים. ג מפני שקיבל עליו חיוב הערכאות כדי שיפטר מראובן בד"י. ד כיון שבא מכח נכרי נכנס בשעבוד חזרת הוצאות ג"כ. ה מאחר ששמעון

בדינא עביד ליליך בערכאות וא"כ פשיטא שברצון נכנס לחוב ע"מ לזכות במשפטו וכ"ש בהוצאות שניות מווארשא שהוא מזיק בידים לעצמו ולאחרים בפרט שהתרה בו שרוצה להתפשר עמו דה"ל לאסוקי דעתי' טפי שלא להשחית ממון ישראל דאיך יעלה על הדעת שהיה ברור לשמעון שיזכה במשפטו מהיפוך להיפוך ממה שהוא לפי האמת וגם וחוק מאד לזכות במשפט אחר החיוב האינשטאנץ הראשונה וכמדומה ששמעון התחבל בתחבולות שונות ומורי היתרא לנפשי' לצאת זכאי אף במשפט מעוקל גם לפי דינא דמלכותא אלא שלא עלתה בידו ובזו ודאי אף לפי האמת לא יצא ידי חובתו נגד ראובן מה שאינו דין אמת לא בד"י ולא בדא"ה. א"כ פשיטא דאפסיד אנפשי':

ולהיות כי בעוה"ר כשל כת הסברא הישרה והעקוב למישור בדור היתום על זה ההכרח להרבות בראיות ומופתים שונים לבלתי תת מקום לבע"ד לחלוק אמינא תו דאפילו יהי' גמגום וספיקא במ"ש אפשר שמ"מ כיון שכבר מכר זכותו לנכרי אין ראובן אחראי לו במה שיוציא הנכרי ממנו לפי הסכמת האחרונים דבספיקא דדינא מהני תפיסה בעדים. א"כ אהני לי' מכירתו שמכרו לנכרי דכיון דתפיסה מהני בעדים בכח גדול וביד חזקה אפשר שגם זו בכלל תפיסה הוא ואע"ג דאיתא בש"ס (דף קיז) בההוא שותא דמינצי עלה בי תרי אזל חד מינייי' ומסרה לפרהנגא דמלכא אמר אביי יכול לומר דידי מסרי ורבא אמר כל כמיני' אלא משמתינן לי' וקאי בדינא יש לחלק דהתם לא מהני בי' תפיסה בעדים כיון שמסתמא הוא בחזקת שניהם וכמו שמבואר (בב"מ דף ו) ואפילו תימא שהי' בו דין כל דאלים גבר מ"מ אף בתפסו אינו זוכה מכח חזקה רק תקנתא בעלמא או שהוא ימסור נפשו יותר כמ"ש הרא"ש (פ' חזקת סימן כב) אבל בדבר דמהני לי' תפיסתו מדינא אפשר שיוכל למכרו לנכרי להוציא שלו בדין:

וגדולה מזו נראה מדברי המרדכי פ' הגוזל בתרא דגם הך דהגוזל דתקנת חכמים בעלמא הוא שלא יהא אדם רגיל בכך. ולהכי קאמר משמתינן לי' ולא קאמר מחייבינן ליה ובמהרי"ק (שורש קסא) נראה דלכך אסור למוסרו בידי עע"ז שלא יעליל עליו יותר מדאי וכ"כ בח"מ (סימן ד) מ"מ בכה"ג שכבר זכה בו ע"פ דד"מ והדין נפסק בגרמתו של שמעון אלא שיטעון הבע"ד קצת ספק מי שירצה לחלוק מ"ע כיון שכבר מכרו לנכרי לא נוכל לכוף את ראובן לסלק הנכרי ממנו בדין שאינו ברור. וכ"ש שהדעת נוטה להיפך. ועיין באורים (סי' ד) באין יכול להציל יכול למיעבד דינא לנפשי' אף ע"י עכו"ם. וא"כ אי תימא שיש ספיקא בדבר הרי יוכל למכור פסק דינו לנכרי שהרי אינו חפץ ממנו יותר מן הדין ואין יכול להציל שמספיקא לא יוציא ואף שאין להעמיד יסוד על ספק זה לבדו

שעדיין צ"ע טובא בזה עכ"פ סניף בעלמא מיהו הוי דאי עביד מהני ואין כח בב"ד של ישראל להכריחו למיהדר עובדא או שיכנס בפרעון שיתחייב לעכו"ם:

ועוד נראה דדוקא במסותא שמסר הדבר שלא היה ברשותו מעיקרא אבל זה שלא מכר רק דבר שתחת ידו והנכרי מוציא ממנו בדא"ה מה שכבר נפסק לו הרי לא מסר לנכרי כלל דבר שלא היה ברשותו אי לא שאילו היה ברור שלא הי' זוכה בד"י הוי כמסר שטר פרוע לנכרי שצריך לשלם הפסדו שבא לו בגרמתו וגירי דילי' אבל מספיקא לא נחייבו ובזה אכתי מבעיא לי טובא מ"מ בכה"ג אי עביד מהני לי':

ט ולכאורה היה נ"ל לפי מה שמבואר (בסימן נה ובסי' שפ"ו ס"ג) בשליש שהחזיר שפר למלוה שלא משמתינן לי' לשליש עד דמקבל עלי' כל אונסא דמתיליד לי' ואם לא נודע לב"ד וכבר גבה בו פטור דגרמא בנזקין הוא וא"כ כאן אין דין ממון על ראובן כלל שאפילו יגבה בו הנכרי אין כאן אלא גרמא ואי הוה ידעינן בודאי שלא יזכה בדין על ההוצאות. אפשר דהוי דינא דמשמתינן לי' עד דמקבל כל אונסא דמתיליד לי'. והכא אפשר דאפילו הא ליתא שהרי שלו מכר שהפסק הי' שלו. משא"כ שליש אין לו להחזיר לזה דבר שאינו שלו. ולפ"ז גם במסר שטר פרוע לנכרי ג"כ לא מקרי אלא גרמא אף שגובה בו הנכרי מישראל. ולכאורה הי' נ"ל לחלק דבשליש לא ברי הזיקא. דאפשר שהמלוה מ"מ לא יתבע חובו ויודה על האמת כשישביעו או יחרים עליו משא"כ בנ"ד שבודאי הנכרי יתבע מה שפסק לו מדינא דמלכותא ולכן הוי מזיק גמור. אלא שאין זה מספוק דא"כ למה שורף שטרו של חבירו חייב מדינא דגרמי הא אפשר שהלוה יודה ג"כ בפרט דמגיע לו שבועה עכ"פ היסח וא"כ לא ברי הזיקא. ומכאן קשה לי ג"כ על דברי האומרים דהיכא דגרמי מדאורייתא. א"כ קשה למה שורף שטרו חייב הא איתא בפרק שבועת עדות במשביע עד ושכנגדו חשוד על השבועה. וחשוד לזה שהדין שכנגדו נשבע ונוטל מ"מ לא מקרי רק טרם לממון דמי יימר דמשתבע. והשתא התם דהי' נשבע באמת אפ"ה מקרי גורם לממון ופסוד למ"ר דבר הגורם לממון לאו כממון דמי כ"ש כאן דצריך הלוה לישבע לשקר להפטר מחיובו דאיכא למימר מי יימר דמשתבע הלוה ואמאי מקרי גרמי ואי דינא דגרמי דרבנן א"ש אף דמדאורייתא מקרי גורם לממון מ"מ חייב לפי מה שנראה להם לחכמים דאפילו היכא דאיכא ברי הזיקא מ"מ לא הוי אלא גורם לממון ואפילו הכי חייבוהו חכמים ולכן אפשר לחלק דבלא"ה הקשה בסמ"ע מ"ש מאם העדים אומרים שקר העדנו שחייבין מדינא דגרמי. ומה שחילק בסמ"ע בזה לא הבנתי. ולכן י"ל דבשליש שכבר היה השטר חוב תחת יד השליש. ואילו הניח לו שהמלוה יטלנו מרשותו לא היה שייך לחייבו דלא עביד מעשה רק פשיעה בעלמא הוא ואין בשטרות דין

שומרין. ולכן אפילו נטל ונתן ביד לא גרמה נתינתו של שליש ההיזק ללוה רק מה שנטלו המלוה מרשותו ולא גרע נתינתו מאילו נטל מעצמו. דבשלמא במידי דשייך ביה גזילה שפיר יש לחייבו על נתינתו כדין גזלן אבל שטרות שמצד עצמן אין בהם דין גזילה רק בשביל גרמי ולא גרמה נתינתו טפי מאילו הניח למלוה ליטול. משא"כ בעדים שאמרו שקר העדנו שהם בדיבורם עשו מעשה לחייב ע"פ דבורם הסתעף ההפסד לכשנגדו. ולכן שפיר הוי גרמי. ולפ"ז צ"ע במ"ש בהחזיר השטר ללוה לכ"פ חייב ולפמ"ש צ"ע דלא דמי לשורף שטרו של מלוה שהוא בחזקת המלוה. אבל זה שכבר הי' ביד שליש ולא גרם רק מה שהניח ללוה ליטלו אין כאן רק פשיעה. ואף שנטלו ביד לא גרמה נתינתו ביד יותר מאילו נטלו מעצמו ולאו גרמי הוא כלל. וא"כ צ"ע מ"ש הש"ך בשם מ"ב לחלק בין החזירו למלוה או ללוה וא"כ צ"ע ג"כ לפ"ז אם היה בידו שטר פרוע ומסרו לנכרי אף שהנכרי מסתמא יגבה אותו מ"מ אי לא מסרו בעדים רק נטלו מעצמו הי' פטור וא"כ אין נתינתו גורמת ההיזק רק נטילתו וצ"ע:

מ"מ בנדון דידן שצריך להרשות ולהקנות לרנכרי השטר לכ"ע חייב אם לא היה מן הדין שיתחייב הישראל. ומ"מ היכא דאיכא ספיקא צ"ע כיון דאיכא למימר דבדינא עביד אפשר שאין לחייבו וכן משמע (בסי' ס"ה) שכתב שאם החזירו עבר על דברי חכמים ולא כתב שמשמתין אותו עד דמקבל כל אונסא והיינו משום דמספיקא לאו משמתינן לי' לקבל כל אונסא:

סימן לא

מדבר בענין הנ"ל

א בתשובת צמח צדק (סימן כ) באחד שהי' צריך למעות והיה רוצה ללות מחבירו על משכנות ובשביל איסור רבית מכר לו התכשיטין במכירה גמורה באותן מעות שקיבל והתנה בפירוש אע"פ שיודע ששוין יותר מכל מקום יהיו מכורים באלו המעות וע"מ שאין לך טענת אונאה אלא שאח"כ הבטיחו בדברים בעלמא שאם יעשה לו רצונו אח"כ יחזור וימכור לו התכשיטין אבל לא שיהיה מחוייב בדבר אלא ברצון תליא מילתא ואח"כ בא זה להחזיר לו מעותיו ולעשות רצונו ולהוסיף לו סך מה כדרך העולם ליתן רווחים וזה טוען שקנאם והלוה טוען שלא עשה כן אלא מפני איסור רבית.

והשיב בעל צמח צדק שצריך להחזיר לו המשכונות והביא ראיה לזה כמ"ש ונ"ל דלא טוב הורה דכיון דמכר לו במכירה גמורה שפיר יכול להחזיקן לגמרי. דאם מוכרח להחזירן א"כ לא יצא ידי איסור רבית ובודאי מכירה גמורה הוא. ומבואר בש"ס פ' איזהו

נשך (דף ס"ה:) מכר לו בית או שדה וא"ל כשיהיה לי מעות החזירם לי אסור כשיהיה לך מעות אחזירם לך מותר מ"ש רישא ומ"ש סיפא סיפא דא"ל מדעתי' ופרש"י אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין הילכך מותר דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו היתה וחוזר ומוכרו לו אבל ברישא שבעל כרחו צריך להחזירו לאו מכר הוא עכ"ל. הרי בהדיא כל שבע"כ צריך להחזיר לאו מכר הוא ואיכא איסור ריבית וכן בזכיני דאת ונוולא אחי ומבואר (בסימן רי ובי"ד הי' קעד) שאם אמר בטוב תתפשרו לא קנה והוי רבית קצוצה:

ומה שהביא ראיה מדברי התוס' (פ' איזהו נשך דף סג ד"ה כשמשך) שכתבו התוס' ומשיכה דהכא לא הוי אלא לענין היתר פיסוק ולא לקנות ממש עכ"ל. ומזה הביא ראיה שיכול לעשות קנין בשביל היתר ריבית לחוד לא דק כלל ואין ממש בראי' דדברי התוס' נמשכים למ"ש דאפילו אכלו המוכר לא הוי סאה בסאה דדרך מכירה הוא. וע"ז כתבו התוס' דקשיא אם קנה החטין בקנין גמור ע"מ שיהי' שלו ויקח ממנו החטין איך יאכלם המוכר מה שהוא מכור לחבירו וקנאם בקנין גמור במשיכ' וא"כ איך נמשך לשון הברייתא שא"ל תן לי חיטי שאני רוצה למכרן ה"ל לקבלן מיד ואיך יאכלם שלא ברשות וע"ז כתבו התוס' שאין כוונת המוכר לקנותן שלא יהי' רשות לאוכלן שאינו עושה כן רק מפני איסור פסיקה. ואף שקנאן בקנין גמור מ"מ אינו מקפיד אם יאכלם המוכר שהרי לא עשה כן משום דקפיד שישאר לו החיטין רק בשביל היתר פסיקה שיכול לפסוק על החיטין שיתן לו כשער של עכשיו ואם יוקרו ברשותי' דידי' אייקרו וכן פרש"י להדיא רק דמסתמא כיון שלא הוציאן מביתו אינו מקפיד אם יאכלן המוכר שאינו בא אלא שיהי' יוקר החטין ברשותו ואם לא משך ס"ל לרב דאינו קונה החטין במלוה שלו לענין שיקנה אח"כ היין ואפילו יש לו אסור וכן מוכח מדפריך הש"ס מאי למימרא ומשני ביחד לו קרן זוית והיינו במשך ממש שליכא רבותא רק קמ"ל דלענין רבית סגי ביחד לו קרן זוית. והיינו לענין היתר פסיקה לא צריך קנין גמור (ולענין היתר פסיקה א"צ קנין גמור) דביצא השער פוסקין אע"פ שאינו קנין גמור רק למי שפרע וכמ"ש התוס' (דף סב: ד"ה והתנן). אבל במשך הוי ס"ד שהוא קנין גמור פריך מאי למימרא וכן מוכח מדברי חדושי הרמב"ן שהובא בשיטה מקובצת שסובר שאם כן אפילו אין לו שרי שהוא קנין גמור לכן ליתא לדבריו:

ב ועוד תימא לדברי הצ"צ שמדמה היתר פסיקה להיתר להלוות בריבית א"כ לא יצטרך שום קנין רק יחוד בעלמא להתיר רבית חלילה לא תהיה זאת בישראל דהא יחד לו קרן זוית אין שום היתר ללות ברבית ע"י שמייחד לו מטלטלין ולא קנאן ורבית קצוצה. וא"כ

כיון שזה מכרו לו ולא קנאם בקנין גמור ובודאי בלא ריוח לא ירצה להחזירם א"כ הוי רבית קצוצה אלא ודאי לענין פסיקה דאנן קיי"ל דמעמידין מלוה ע"ג פירות אפילו בלא שום קנין ורב מחמיר ובעי שיהיה כעין קנין. וא"כ אפילו יהיבנא כדבריו דמשך לאו קנין גמור הוא. מ"מ אין ראיה להתיר ללות ברבית בלא קנין גמור ומוחלט שיוכל להחזיקן אם ישחק בו. גם לא יפה כח הבן בנו של בעל צ"צ בהג"ה שהביא ראיה מר' יהודא דס"ל צד אחד ברבית מיתר דלא קיי"ל כוותי' ולרבא דמוקי דפליגי ברבית ע"מ להחזיר אפילו לר' יהודא צד א' ברבית אסור ועוד דאם מחוייב להחזיר לו ואין כאן מכירה אפילו צד אחד בהיתר ליכא שאין כאן מכירה כלל כיון שהאפנים שוים הרבה יותר אם נימא שצריך להחזירן אם ירצה הוי אין כאן צד היתר כלל ולא דמי להא דאמרינן גבי כשיהי' לי מעות החזירם לי דאמרינן דהוא דלא כר' יהודא דס"ל צד א' ברבית מותר דהתם אינו רוצה לפדות רק כשיהי' לו מעות אבל כאן אם לא קנה החפצים יוכל לומר מכור מהם כדי חובך והמותר יהיה שלי דאם יוכל להכריחו לפדותן למה יחזיק ביותר ממה שמגיע לו לכן הדבר ברור שכל דבריו דברי שגגה:

וכן מבואר בט"ז (א"ח סימן רמ"ו סק"ה) דלענין רבית בעינן מכירה גמורה שיעשה בו מה שלבו חפץ. אמנם בודאי אם התנה שיהיה מכירה גמורה ואינו רוצה להלוות פשיטא דקנין גמור הוא ואפילו אונאה לא שייך ביה שהדבר ידוע שעושה כן בשביל איסור רבית ואינו רוצה בהלואה רק במכירה ולא שייך לא גמר ומקני דאונסי' דמנפשי' הוא ע"כ הוא סומך על יושר לבבו של המקבל החפצים ואם ישחק בו איבד חפציו שאין הלוקח מרוצה בענין אחר ואמת שפעם אחד פסקתי במי שהשכין תכשיטי אשתו והבעל נתן שטר מכירה ע"ז להחליטם אמרתי דניהו דאמרינן מסתמא ברשות השכינן מ"מ אפשר דלא עלה על דעת האשה להחליטן וזה עשה הבעל מעצמו וצריך לפרש לבעל שיש לו רשות מאשתו להחליטן ואז שייך ג"כ אחזוקי בגנבי לא מחזיקינן דאם אשתו נתנה לו רשות להשכינן אפשר שלא נתנה לו רשות להחליטן והכל לפי הענין אם נהוג להחליטן אמרינן רשות אשתו היתה כנהוג אבל פשיטא דהוה קנין גמור אם מכרן לו ודמי להך דאמר אחזירם לך מדעתי ואם רצה משחק בו שאינו בכלל ישר וטוב אבל פשיטא דקנין גמור הוא ודלא כבעל צמח צדק אשר לא צדק בדין זה גם בתכשיטין שקנה לו הבעל מעשים בכל יום שהבעל בידו למשכנן כרצונו כי אדעתא דהכי עשה לה לכן שפיר יכול למוכרן ג"כ כי ע"ד כן עשה לה:

מעתה גם דברי הסמ"ע (בסימן ע"ב ס"ק קיד) שפסק דהשני זכה במשכון כיון שמחליטו לשני בשביל איסור רבית לכן אם מת הכותי זכה במשכון ובצ"צ חולק עליו ונמשך

לפי דעתו דמשך אינו קנין ואפילו קונה לענין רבית. וכבר כתבתי שזה טעות ושיבוש והעיקר כדברי הסמ"ע ובזה במח"כ נשתבש יותר דהא המשכון אינו של הישראל רק של הנכרי וכיון שהשכינו לישראל אחר זכה השני במשכון דבמה יזכה ישראל הראשון בהמותר כיון שאינו ברשותו בשעת שמת הנכרי וניהו דאם הנכרי בחיים יכול לפדותו היינו משום שבא בכח הנכרי שמכרו להראשון וזכה בו שיהיה למשכון בידו ולא מסרו לאחר רק לפי שעה ושיחזור ויפדנו אבל אם מת הנכרי דפקע כחו ש"נ ומהפקר קזכי איך יזכה הראשון כיון שאינו ברשותו וזה ברור. ולפמ"ש גם לשאלת כ"מ אין לה מקום כיון שזכה לגמרי אם ירצה:

ג תחילה אני אומר שבאם באנו לחשוש אחר עיקר חובו של שמעון מאין בא אפילו בלא שום הפלגת ענינים מפשט השמועות בדרכים רחוקים אפשר שע"פ הד"ת לא יהא בחובו של שמעון ממש כי בתחילה בעלילה בא שמעון שקיבל עליו בערכאות שלא כדת וע"י זה נתן לו הקומפלאוציע וכמה רחוק לדמות זה לשטר הנעשה בערכאות שאינו אלא הרשאה בעלמא ומי יודע אי לתקוני' שדרי' כו' רק שאינני נכנס לדבר זו כעת רק להשיב על מכתבו מ"ש מעלתו שאינו מבין החילוק הנה הוא מובן ליודעי בין כי ע"ז אנו דנין למעט הפלוגתא בין הפוסקים כאשר כך חובתינו שלא לאפושי פלוגתא ולזאת כתבתי לחלק כי ע"כ לא אמרו שהחובות כפרועים היינו משום שזה קיבל מעותיו מלוה שלו ממש ולכן הוה כמו פרעון ממש מיד הלוה למלוה ואילו לא מצינו בש"ס זה גובה וזה גובה לא הי' עולה על הדעת כלל שאין זה פרעון אפילו ביש הפרש בין הגביות ולכן י"ל להני רבוותא היכא דכ"א עומד בשלו החובות כפרועים שהרי הוא ממש פרעון גמור. אבל לומר במה ששיעבד שמעון עצמו נגד לוה הנכרי שישלם ללוי כדי שיתפוס של לוי על חובו אף שכבר קנה הקרקע מן הנכרי מ"מ אינו עיקר בעל דברים שלו רק תופס שלא ברשות לוי שהרי לוי לא ביקש כלל לסלק לשמעון בחוב זה ולא מסר לו חוב זה כלל וזה חילוק ברור דבשנים שהוציאו שט"ח אינו מכריחו לגבות חובו במה שחייב לו בעצמו אבל כאן בא להכריחו דוקא שיסלק לו חובו בחוב זה מחמת שהנכרי גם לו נשתעבד וכיון שאינו בא אלא מכח שעבודא דר' נתן כמו שאינו יכול להכריחו כשהחוב ביד אחר הה"ד שאינו יכול להכריחו ע"י זה שעושה פעולה בעצמו שמתחייב עצמו לו בכדי שיחשוב עמו על חובו שהרי יכול לומר איני רוצה להשאיר לי חוב זה שעל הנכרי ומעולם לא יוכל הנכרי להפטר משעבודו שלא מרצונו של לוי ולא זכה בחובו של נכרי כלל רק דהב"ד מוציאין ממנו מכח שעבודא דר"נ ויוכל לוי לסלק השעבודא דר' נתן ממנו ע"י שיפרע לו במה שירצה:

ד ומה שתלה עצמו באילן גדול הוא הרשב"א שהובא בש"ך (סימן ק"ה סק"ח) דהיכא שנשתעבד בשעבודא דרבי נתן יכול לפרוע ג"כ לב"ח שלו אפילו אות ליה נכסי וא"כ הוא הרי הנכרי יכול לפרוע החוב לשמעון וא"כ כבר פרע חובו. ודברים אלו ניתנו לכתוב וכדאי להשיב עליהם. אך באמת ע"כ זה אינו כי אפילו נודה לדברי הש"ך דאפילו באית ליה נכסי קאמר. א"כ תמה על עצמך איך משכחת לה כלל זה גובה וזה גובה שאם היה אחר חייב לו היה יכול לפרוע לזה שלא מרצון בע"ד שלו מכח שנשתעבד לזה מכח שעבודא דר' נתן וא"כ כ"ש כשהוא עצמו תפוס במעותיו שהרי גם לעצמו משועבד בשעבודא דר' נתן כדמוכח ההוא דאי פקח מגבי להו ארעא והרי הוא פרוע ועומד. ומה שחילק בזה בין ששעבדו כל אחד לחבירו אנא לא חילק ידענא ולא בילק ידענא אנא מתניתא ידענא כי בפירוש איתמר כדי למשכנו לפי שיטת הרמב"ן גם בשנים שהוציאו הטעם משום למשכנו ומעולם אין דרכי למיעל פילא בקופא דמחטא:

לכן הדבר ברור שאין כוונת הרשב"א שיהיה פרעון גמור שאין בזה שום טעם רק שמאחר שזה נשתעבד לו בשעבודא דר' נתן א"כ יוכל לומר אני רוצה להפטר משעבודא ואתן לך מה שאני חייב לפלוני והרי אתה במקומי. נמצא שאחר שפורע לזה הדין ביניהם כמו שנים שיש להם חוב זה על זה שאם בא לב"ד בשנים שהוציאו שט"ח הרי ע"כ הב"ד מכריחין שיחזירו השטרות זה על זה. ואין הכי נמי אילו היה חוב הנמכר כמו שטר ומכרו לאחר שיוכל ג"כ לגבות החוב לפי דברי הרמב"ן וסתם בש"ע (סי' פה ס"ו) כוותי'. ואם ראובן יש לו על שמעון מלוה בשטר. וראובן חייב ללוי אם פורע שמעון ללוי אין שטרו של ראובן פרוע בשביל זה רק לוי נכנס תחת שמעון ומחשב עמו על חובו. ואם קדם ראובן ומכר חובו שעל שמעון לאחר. הוא דינו של הרמב"ן ג"כ שאין שמעון יכול לעשות שטרו של ראובן פרוע בכה"ג י"ל לכ"ע חין החובות כפרועים מאחר שנעשה שלא מדעת ראובן:

ותדע דהרי עיקר ראיית הרשב"א מהך דשור שנגח (דף מ) ושם איירי בהתפיס השור ושם דבר פשוט שאינו יכול להחליט שורו של זה בדמי נזקו אף שמשעבד לו מדר' נתן. וע"כ אינו אלא שיכול למוסרו בתורת משכון ונפטר בזה מן המשאיל והניזק תופס השור למשכון על נזקו. וא"כ אין להרשב"א יותר הוכחה גם במעות רק שיוכל להשכין דמי החוב ביד זה ויוכל לומר גברא אשלימת לך כיון שמשועבד גם לו. ולהכי אהני ליה שעבודא דר' נתן שיפטר מן מלוה שלו במוסר חובו לבע"ח שלו והוא נכנס במקומו. כאשר עשה הנכרי בנ"ד. מ"מ דינא דוה גובה וזה גובה במקומו עומד:

ולכל זה אנו צריכין אם נודה לדברי הש"ך דאפילו באית ליה נכסי קאמר הרשב"א אבל באמת אין להש"ך על מה לסמוך בזה שהרי דברי הרשב"א בלית ליה נכסי אמורים וכבר השיבו מרן בתומים ולפ"ז אפשר דרשב"א לא אמר אלא כשכבר נתברר שאין לו לשלם רק זה החוב כגון שכבר ירד עמו לדין ולא מצאו לו נכסים. אבל כל שלא נתברר זאת בב"ד אין יכול לפרעו מעצמו רק שאם פרע ונתברר שחייב לו אין לו דין עליו שהרי מ"מ פרע למי שחייב לו וכן הוא פשטא דלישנא דש"ע (בסימן קה ס"ו) וא"כ א"ש בפשיטות הך דזה גובה וזה גובה שאינו יכול לתפוס כלל מכח שעבודא דר' נתן כל שלא נתברר בב"ד שאין לו רק זה החוב דהא אין להרשב"א ראיה על זה רק היכא דבבירור אין לו נכסים:

ה ובעצם דבריו של הרשב"א תמוהים בעיני מה ראי' מצא מן הש"ח שהוא יכול ליתן לב"ח שלו דהא בש"ס לא קאמר. אלא אהא דפריך שלא ישלם אפילו חצי נזק. דא"ל אי אהדרת ניהלי' הוי מעריקנא ליה ומשני דא"ל כי היכא דמשעבדנא לך כו'. והנה לא די לנו הצער שאנו מצטערין על סברת הש"ס לפטור בעל השור בשביל טענת ערמה ותחבולה שהיה יכול לעשות לעשוק רעהו שלא במשפט עד שיתפשר עמו כמ"ש התוס' והרשב"א והדבר תמוה ואינו נכנס בחק השכלי שיתחייב בשביל זה למזיק כי מה גרם לו הפסד ונזק בזה במה שמנעו מעול לעשוק הניזק שלא במשפט היש בזה דין גרמי או גרמא ומתחייב לשלם לו עבור זה אלא שצריכין אנו לקבל מה שמפורש בש"ס וא"כ כיון שעכ"פ יש בזה שעבודא דר' נתן אין לנו ראיה כך ששעבודא דר' נתן פוטרו מחיוב זה אשר נגזר עליו בש"ס עבור שלא החזירו אבל לומר שהוא יוכל לפרוע לכתחלה בשביל בעל חובו אין לנו ומן הראב"ד שנסתייע ממנו הרשב"א משמע ג"כ כמ"ש שהרי לשון הראב"ד כמו שאני משועבד לך להחזירו לרשותך כך קא משועבד משעת נגיחה לניזק למוסרו לו ואין לי להניחך שתבריח אותו עכ"ל משמע שאין זה אלא תירוץ על השואל שמנעו מלהבריחו ואינו חייב בשביל זה כמו שעלה בדעת הש"ס אבל שישלם לו בע"כ שלא בטובתו של זה דוקא תוב זה אין לנו ועוד תמוה דהא בש"ס אינו מבואר אלל באקדים בי דינא ותפסי' א"כ די לנו ללמוד דכשיש לו טענה מכח שעבודא דר' נתן יכול להתפיס לב"ד שלא יבריח זה החוב ואין צריך לשלמו לידו ואכתי מאין הרגלים שיוכל למוסרו להב"ח של ראובן בעצמו כי מי שמו לאיש שר ושופט ומי יודע איזה טענה שיש לחבירו נגדו כי אין אדם יודע מטמוניות של חבירו ולמה יעשה את חבירו למוחזק נגדו שלא כדת שזה משפט מעוקל ועול גמור לפי דעתי שאפילו שהוא משועבד לו שעבודא דר' נתן מ"מ אין ראוי ליפות כחו של הנשתעבד מדר' נתן ליתן דוקא לזה שמשועבד ולא מי שהלוהו שוה נגד השכל וכפי המושכל הישר אם ירצה להפטר מחיובו ישלישו

ביד ב"ד והוא מסכים עם הש"ס דקדים בי דינא ותפסי' ומנין לו להרשב"א שיוכל לשלם לו בעצמו ולכן לפענ"ד הדבר ברור שלא קאמר הרשב"א אלא שרשות בידו ליתן והיינו כשברור לנושה שחייב לחבירו תוב ברור ואין ראובן יכול לטעון אלמלא לא נתת לו היה מתפשר עמו כעין המבואר בש"ס ותוספות ורשב"א שיש ספפה בזה ועל זה אמר שאין לו לירא מטענה זו מאחר שמשועבד לו מדר' נתן אבל מ"מ אינו פרעון גמור רק התפסה בעלמא ועדיין שעבודו על המתחייב קיים דאכתי פרעון גמור לא הוי ואכתי נשאר שעבודו של ראובן על שמעון כדמעיקרא כל זמן שלא החליטו ב"ד חובו של שמעון ללוי עדיין שעבודו של שמעון קיים ואין הכי נמי אילו בא ראובן אחר כך לב"ד ואמר אני אשלם את שלך ואתבע חוב' משמעון אז הרשות בידו ג"כ וכשמשלם לו את שלו נשאר שעבודו על שמעון קיים כבראשונה שמ"מ אין כח ביד לוי למחול שעבודו של ראובן לגמרי כל זמן שלא הוחלט לו חובו של שמעון בב"ד:

ובהכי צדקו דברי הש"ך שאפילו אית ליה נכסי מ"מ יוכל למסרו לו אם בטוח שהוא חוב ברור ולא יהיה לשמעון טענה שנפסד בגרמתו ולא יוכל ראובן לטעון שזה הפסידו שהיה יכול להתפשר עמו מאחר שבלא"ה טענה גרועה ורעועה היא שפיר מהני שעבודא דרבי נתן לענין זה שיבטל טענה זו. והבו דלא לוסיף על המבואר בש"ס בזה. אבל מ"מ לא נפקע שעבודו פד שיחליטו לו הב"ד ואם יש לו שט"ח ומכרו לאחר צריך לשלם ללוקח ולא מהני ליה מה שהתפיס מעותיו ביד לוי אף שחייב לו מדר' נתן דלא עדיף מאילו היה חייב לשמעון עצמו שאין החוב כפרוע אף שמשתעבד לנפשו מכח שעבודו דר' נתן ומ"מ בידו למכור השעבוד ומה שכתב הרשב"א שאם ירצה יפרע לזה היינו כשרוצה לעשות עמו טובה והוא יחוש לעצמו אם יש לו לחוש שימכרנו לאחר או דהרשב"א מיירי בחוב על פה דאין יכול למכרו ויצדק יותר לפי מ"ש בתשובתי דחוב ע"פ נחשב כפרוע ולא איירי הרשב"א אלא לומר שאינו מתחייב בשביל כך למלוה שלו ודבר הלמד מענינו הוא בהכי עסקינן בש"ס אבל שיהיה ביד לוי למחול שעבודו של ראובן אין לנו כלל כל זמן שלא הוחלט לו בב"ד חיובו של שמעון לא עדיף שמעון מאילו היה תופס בשביל עצמו שמ"מ היה יכול למכור חובו לאחר וכדברי הרמב"ן:

ויצא לנו מזה בנ"ד לפי שאלתינו ולפי מה שהכננו השמות ראובן שמעון לוי שיש מקום ללוי לתבוע חובו מן הנכרי אפילו היה פורע לשמעון שחייב לו לוי ואם נימא כפשטות דברי הש"ע דלא משתעבד מדר' נתן עד שיתברר בב"ד שחייב לו ואי ליכא שעבודא דר' נתן א"כ כפי פשט הש"ס אין הנכרי יכול לפרוע לשמעון כלל דיכול לומר אתפסתי' לדידי בידא דמאן דלא מצינן לאשתעי דינא בהדי' ונוכל לומר סברת התוס'

שהיה מתפשר עמו מאחר שהחוב אינו מבורר. ובש"ס מיירי בחוב מבורר כמו נזק. וא"כ לפ"ז כבר נפטר לוי במה שפרע הנכרי עבורו ומ"מ הנכרי חייב לשמעון דכיון דליכא שעבודא דר' נתן פרע שלא ברשות וא"כ אפילו לוי עצמו יוכל לתבוע מן הנכרי שישלם שכבר פרע חובו על ידי פירעון הנכרי שפרע חובו שלא מדעתו וכיון שהנכרי חייב גם (לוי) [שמעון] מצד התקשרות שלו. וא"כ צלל במים אדירים והעלה חרס בידו. דהפסיד גם חובו מלוי ונמצא קרח מכאן וקרח מכאן:

ואף דהש"ך חולק על הש"מ וס"ל דשייך שעבודא דר' נתן אף אם לא נתברר בב"ד. הנה בתומים מסיק דתליא אם יוכל למחול. וא"כ באית ליה נכסי לכ"ע יכול למחול בעינן שיתברר בב"ד. וא"כ בנ"ז שלא נתברר חובו בב"ד כלל ואפשר שגם עכשיו אין לו כלום עליו מודה הש"ך דלא שייך שעבודא דר' נתן כלל. וא"כ הנכרי פרע חובו של לוי לשמעון שלא מדעתו וצריך לפרוע ללוי ולוי כבר נפטר ממנו וכל ראיות הש"ך אינם רק על חוב מבורר עכ"פ שאין צריך לדון עליו אם יש בו ממש או לא רק שעדיין לא נגלה לב"ד ואין עסק דין ומשפט עליו משא"כ בחוב שאינו מבורר כלל אפילו יצטרך שיקול הדעת ודין אי חייב או פטור ואפילו יצא מב"ד חייב בסוף מ"מ לא מקרי חוב מבורר שיצדק עליו שעבודא דר' נתן ולפי שאין אנו דנין על לוי לא אאריך בזה רק ראה יראה מעלתו כי נתהפך הזכות לחובה ואיל הייתי מתעצם בזה היה נוטה סברות יותר לפטור את לוי משמעון ממה שיפטור שמעון נגד ראובן כי לפי דעתי יקל מאד לדחות שעבודא דר' נתן מחובו של לוי בפרט שלוי צוות מל שמעון שיעמוד עמו בד"י ושמעון לא אבה נמצא שלא ניתן לברר כלל לחוב זה בד"י ואין מקום שיתפוס מאת לוי בכח שעבודא דר' נתן רק הנכרי פרעו מעצמו. ונפקע חיובו מלוי לגמרי:

ו ומה שהאריך לקיים ספיקו של הרשב"א על הרבית יארכו הדברים ומה רצו בדבר שתתיר אך למותר. אך תחילה אני אומר מאחר שה שכ"א גופיה תנוך יסודותיו על הסוגיא דיש נוחלין וכל אשר עינים לו בעיניו יראה ובלבבו יבין דהסוגיא מוכחת היפוך דברי הרשב"א. שהרי כשדא לומר דמלוה עדיפא משבח. נתן הטעם בגמרא ס"ד כיון דנקט שטרא כמאן דגבי דמיא קמ"ל דלא ובסוף אשלחו מתם דנקטי כמכוה ולא ברבית לא נקט אלא סתמא מלוה כמאן דגבי דמיא ואם איתא דעימר החילוק שבין מלזה להרבית בשביל דנקט שטרא א"כ למה לא נקט עיקר טעמא לחלק בין מלוה לרבית כיון דנקט שטרא אלא פשיטא שלענין נקט שטרא אין לחלק בין מלוה לרבית וחילוקים שבין מלוה לרבית קל להבינה מאחר דהרבית לא יה סלי רילם לכך מקרי טמי ראוי מן הקרן עכ"פ מאחר שאין והתלוי אנוית וכמו שפרש רשב"ם שהשטר חלופי מעותיו משא"כ

הרבית אף שהשטר קאי גם על הרבית מ"מ כיון שהוא דבר חדא מחו ראוי עכ"פ טפי מן הקרן. והיינו דאמרינן מלוה כמאן דגבי דמ' מאחר שאינו מחזיר לו רק שלו והכי משמע כשטא דלישנא דהרשב"ם שכתב אבל רבית אע"ג דנקט שטרא וכבר עבר הזמן משמע אביי לא דאין לך ראוי גדול מזה שלא בא לידו מעולם ואם איתא לדברי רשב"א לימא בפשיטות דרבית הוא מלוה ע"פ וכדברי הרשב"א. אלא ברור דלרשב"ם גם הרבית מלוה בשטר:

ומה שדחק בדברי רשב"ם במה שאמר דרבית שלא היה שלו מעולם אין לך ראוי גדול מזה והוקשה לו אטו בשטר שחייב ו הנכרי בחנם יהיה ראוי. הנה ערבי' ערבא צריך מנ"ל בחייב עצמו הנכרי בחנם שיקרא מוחזק שאפילו בשטר גמור שהוא חלופי מעותיו ממש פליגי רבנן א"כ מנ"ל דר' פליג בכה"ג. ג"כ ורואה אני שמעלתו דחיק ומוקי אנפשיה לקיים דברי הרשב"א בדחוקים שאין הדעת סובלתן. ותלי בוקי סריקי ברבינו הגדול הרשב"א שידענו מכל מקומות חדושיו וביאוריו שאין דרכו למיעל פולא בקופא דמחטא ומעלתו הרבה בדחוקים כולהו בחדא מחתא. והנה תירץ על קושית' משכירות דשכירות אפילו יוצא מביתו צריך לשלם לו השכירות והנה לדבריו אם פירש בשטר החכירות שיתן לו בזמן שדר בו לא יהיה לו דין שטר וכן רבית משכחת לה דאוזיף ק' בק"כ לשנה ואף אם יקיים פרעונו לא יגרע מן הרבית יכל זה שוה לו ודבר זה קשה בעיניו לומר דר' מודה לרבנן בשטר שנתן הנכרי בחנם ואפילו יהיבנא ליה נמי הא דר' מודה בשטר שהוא בחנם פשט בדעת הרמב"ם דאף דהרבית יש לו ג"כ דין שטר והוא משכון גם על הרבית מ"מ כיון שלא היה שלו מעולם ואינו נולד אלא בהמשך הזמן אפילו יהיב לו משכון על הקרן ורבית שיעלה נמי רבית חשיב ראוי מאחר שלא היה שלו מעולם ואינו מתחייב בו אלא למפרע אחר המשך זמן כמו שבח ומזונות ס"ל דמקרי ראוי. ובאמת לשון הרשב"ם שכתב מעות מלוה דקשקיל מעות שהלוהו ונמצא השטר מוחזק כו' משמע בהדיא דלא מיירי ר' במתחייב בחנם וא"כ דעת הרשב"ם דלא כהרשב"א:

ומה שדחק לדחות הקושיא משבח דהוה כמו תנאי קשה עלי מאוד לטרוח על דברים שהמה' מהבל יחד מה ענינו לתנאי הרי אינו נותן לו אלא מה שהשביח ואטו אם נפסד השבח ישלם לו עבורו כשלא טרפו הב"ח בשבחו ואפילו לא פירש לו השבח יש לו השבח ואדרבה שבח יש בו כמה ספיקות שאפשר שלא יהיה כלל. הא למדת שאין זה טעם לשבח. וכן במזונות אשתו שדחק שאין בידו להפקיע חיובו אטו אם כתב כמו הפקחין כל זמן שאת עמי שבידו לגרשה אטו לא תטרוף מזונות שלא נתן לה בעודה עמו זהו לא שמענו. ואי איכא לדמויי לחיוב על תנאי הוא הרבית שמתחייב עצמו בהמשכת

הזמן היינו אם לא יפרע לו וזה ממש חיוב על תנאי אם הרבית באופן זה ולא נגרע כח השטר בשביל שהיה בידו לקיים התנאי שיפרע לו:

מה שתירץ קושיתי לרשב"א מרבית איך גבי לר' הא במלוה ע"פ ר' מודה וביקש לתרץ דרבית דומה לשבח כמו בפרה מושכרת אין טעם לסברא שהרבית יגרור הקרן מאחר שהרבית מלוה ע"פ והוה כמו שחייב לו שתי חובות הקרן בשטר והרבית הוא מלוה ע"פ וכיון דמלוה ע"פ נקרא ראוי אין טעם שיקרא הרבית מלוה בשטר בשביל זה:

ומה שהביא מפרה מוחכרת ומושכרת הנה אם נחליט דמלוה ע"פ מקרי ראוי אף לר' ע"כ נאמר דקאי אשכירות שחל לאחר מיתה והכי משמע פשטא דלישנא בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתה ובודאי רבית שחל אחר מיתה דומה שפיר לשבח שכבר זכה בו ודידי' אשבח אבל רבית שחל מחיים אי אשיב מלוה ע"פ אין סברא כלל שיגרור החוב שבשטר לרבית שאינו אלא מלוה ע"פ. ועוד דאם נימא דרבית דמי לשבח הא פשיטא דפלוגתא דר' ורבנן אינה אלא בשבת ששבחו נכסים לאחר מיתה אבל שבח שהשביח המוריש פשיטא שאינו בכלל ראוי. א"כ קשה אמאי שלחו מתם בכור נוטל במלוה ולא ברבית ומסיק מלוה כמאן דגביא דמיא א"כ יטול נמי ברכית שעלה מחיים דאבוהון אלא ודאי פשיטא דרבית לא דמי לשבח כלל דשבח כבר איתא בעולם ורבית אכתי מחוסר גובייגא. וא"כ לרבי אי לא שקיל במלוה ע"פ ונימא דרבית לא הוי מלוה בשטר ברכות נמי לא לשקול ודברים אלו ברורים:

ובאמת אם נימא דפרה מוחכרת שנוטל אפילו בשכירות שעלה מחיים דאבוהון הי' אפשר לומר לפי טעמו של הרשב"ם (בדף קכד) דבמלוה ע"פ הוי ראוי משום דיכול לטעון פרעתי א"כ י"ל כיון דשם איירי בשכירות ושכירות אינה משתלמת אלא בסוף וחזקה אין אדם פורע תוך זמנו להכי שפיר הוה כמו שטר ולפ"ז היה אפשר ליישב קושייתי על הרשב"א דרשב"א ס"ל דהרבית הוי כמו מלוה על פה לענין זה שאין נכסיו משועבדים על הרבית ומ"מ אין יכול לטעון פרעתי כמו גבי כתב ידו למאן דאמר הכי או עדיף מכתב יד לענין פרעתי וס"ל טעם מהירות שטרות הוא מפני שמוכר לו שעבוד נכסים ושעבוד הגוף אינו יכול למכור ולכן הרבית אינו נמכר כיון דליכא שעבודא אבל לענין ראוי מ"מ כיון שאין יכול לטעון פרעתי לענין זה חשיב כשטר:

ז ובהכי ניחא מה שהעירני ידידי הרבני השנון מ' יצחק מן הש"ס (ב"ק דף מג) דמשמע לר' הבעל יורש נזקי האשה וכבר השבתי לו לפום רהיטא דלא קשה דס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וכמו שכתבו התוס' כעין זה (בב"ק דף ח ד"ה כולן כו') אלא דמ"מ קשה מכאן לדעת הרשב"ם שכתב הטעם דהשטר כמו משכון א"כ למה יורש

נזקי אשתו שהם שלא משכון ולפי מה שפרשב"ם (בדף קכד) ד"ה ירשו כיון דמוחזק בשטר הוה כאילו השטר השביח. הא בסוגיא דב"ק מוכח דאפילו בנזקי אשתו שאינו מוחזק בשום דבר מ"מ לר' ירית לה בעל. מיהו אהא שפירש טעמא דבני מערבא דהשטר כמו משכון. לא קשיא דהתם פירש כן אליבא דרבנן דס"ל דאינו נוטל בשבת רק מלוה דגבי דמי הוכרח לפרש שהשטר כמו משכון. אבל לר' י"ל לו בלא שטר גבי וכן מה שפרשב"ם דרבית שלא היה שלו מעולם הוי ראוי לא קשיא מנזקין דנוטל לר' די"ל דלא פירש כן רק לרבנן. אבל לר' אפילו בנזקין שקיל כיון דנוטל גם ברבית. ולכן י"ל ג"כ דטעמא דהרשב"ם דלא שקיל במלוה ע"פ משום שיכול לומר פרעתי וא"כ שטר לאו דוקא וכמו שמשמע סיום לשון הרשב"ם שתלה במה שיכול לטעון פרעתי ומה שיש לעיין בסתירת הדיוקים של הרשב"ם אין להאריך כאן ולפ"ז היה מקום לומר דהרשב"א ס"ל ברבית אף שאין לו דין שטר מ"מ אין יכול לטעון פרעתי על הרבית כיון שמוזכר בשטר וזה יש לו פנים יותר מכל דחוקיו שאין בהם שום טעם וסברא ומ"ש הוא נכון די"ל דליכא שעבוד נכסיו ואינו נמכר:

אלא דאכתי מותיבנא תיובתא כלפי סנאי דהרשב"א שסותר דברי עצמו שהרי מבואר (בסימן סו ס"ו) שאפילו כתב יד נמכר ומקורו מתשובת הרשב"א שתי תשובות בדבר זה (תתקפ"ד וסימן א' ל"ח) ומבואר שם שאפילו למאן דאמר שיכול לומר פרעתי מ"מ יכול למכרו דאטו פקדון מי לא מזדבן. ונראה מלשונו שסובר מכירות שטרות דרבנן שכתב כמו שתיקנו בשטר גמור כו' דהא למ"ד מכירות שטרות דאורייתא ע"כ בשביל שמוכר שעבוד נכסים וא"כ קשה בכתב ידו מה שעבוד נכסים איכא בפרט אי יכול לטעון פרעתי ומזה קשה על הש"ך (ר"ס ס"ו) שמסיק מכירות שטרות דאורייתא. א"כ איך סתם בש"ע (ס"ו) דגם כתב יד נמכר. הא אינו גובה בו ממשעובדים. וצריך לומר דמ"מ שייך ביה מכירה כיון שגובה מבני חורין. וצ"ע אין כאן מקומו. עכ"פ כיון דפשיטא ליה להרשב"א דאפילו כתב ידו נמכר אע"פ שיכול לטעון פרעתי עליו כיון דמ"מ גבי בי' מבני חרי שפיר מזדבן. וא"כ מאי טעמא שלא יהיה הרבית נמכר הא מ"מ אהני לי' לגבותו מן הנכרי ולא יוכל לטעון להד"מ וכ"ש לפי מה שהוכחנו דאין יכול לטעון פרעתי על הרבית עכ"פ וכי היכא דפשיטא ליה להרשב"א שכתב ידו נמכר משום דאהני למגבי ביה אף שיכול לטעון פרעתי ולא ידעתי שום טעם לגרוע כח הרבית מחוב שהוא כתב ידו ויכול לטעון עליו פרעתי ומ"מ הוא נמכר שמ"מ איכא ראי' בשטר על שנתחייב בזה א"כ מ"ט שלא יהא הרבית נמכר אם לא נצדד הצדדין שכתבתי בתשובתי ובתלתא הוי חזקה מאחר דס"ל להרשב"א בשני מקומות דכתב יד נמכר אף שיכולין לטעון עליו פרעתי ורבינו

ירוחם הביא משמו שצריך לשלם גם הרבית פשיטא שאין קיום לספיקו של הרשב"א נוסף על זה בררנו בראיות ברורות דליתא להך ספיקא כלל וידעתי שמעלתו ימצא פרצה דחוקה ליכנס ולומר דכתב יד החיובא בא מיד משא"כ רבית שמתיליד אח"כ אלא שאין דעתי נוחה כלל בדברים שאין הדעת סובלתן שעכ"פ ראי' יש לו שנתחייב לו אחר עבור משך הזמן והכתב מראה חיובו. ואם יתעצם להחזיק בדחוקים כאלו יהי לו אשר לו ואני אתנהלה לאטי לרגל הישרה. לאמיתה של תורה שלא לקלקל השורה. הסברא שכתבתי בפוטיקין הנה גם היא ברורה שהרי יש לו גם כח הקרן. והרי שטר העשוי בערכאות נמכר ואטו בשמא תליא מילתא רק בכח השטר שבו. וכיון שע"כ הפוטיקין כחן על הרבית ג"כ אין טעם להפליגו ממנו שהרי כח הקרן ככח הרבית מבלי שום שינוי וכל זה בכח השטר ומה אעשה שמעל' שם העקוב למישור וכיון שבררנו שאין קיום לדברי ספיקו של הרשב"א בראיות ברורות ומי יתן ויבא עובדא לידי הייתי פוסק בפשיטות כדברי רמ"א משה אמת ותורתו אמת עד שדחוק ומוקי אנפשי' שאמר הרשב"א גם בזה:

ומ"ש תדע דאם טעמא דר' דרבית נמי חשיב כשטר למה גובה רבית שלאחר מיתה אין זה כלום דפשיטא דרבית שעלה לאחר מיתה דמי לשבח ופרה מושכרת דדידי' אשבח. אבל הרבית שמחיים דאבוהון שלא היה אז זכות לבכור בקרן רק מכח ירושה ואי הוי מלוה על פה. א"כ הוי כאילו היה לאביו אצל הנכרי מלוה בשטר וגם מלוה ע"פ:

סוף דבר הדבר ברור כשמש בנ"ד דיכול למכור הרבית כמו הקרן והחולק על זה לפי דעתי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש:

ח ועתה נדבר בענין זה גובה וזה גובה במ"ש על מ"ש סברת הרמב"ן דשטרות אינם כפרועים בשביל שעומדין להיות בזה גובה וזה גובה דא"כ קשה לרב ששת איך מוקי ביתמי הא כיון דס"ל לעולם כ"א עומד בשלו הרי כבר נפרעו השטרות בחיי אבוהון ולא עלי תלונתו שהרי דברי קצת מרבוותא דבריהם ברור מללו שלכך אין יכול למכור דהוי כמו פרוע א"כ כ"ש דלדבריהם קשה כן ותמיהתי אם לא קדמוהו כבר בזה שזה קושיא מצומה באמת והנה כי כן מצאתי כתוב למרן בתומים שעמד על זה ואין ספק שבודאי ראה אותו מעל' רק שאמר לבהלני בקושיות שונות הלא ידע כי נחש ינחש איש אשר כמוני (כתרגומו) ובאמת גם על הרמב"ן קשה קושיא זו שהרי תלה הטעם בפירוש תדע שהרי אם קנה זה עדות כו' משמע שזה עיקר סמיכתו וא"כ גם על הרמב"ן קשה וראיתי לרבינו באורים ותומים ששת עצות מרחוק באורח פלפולא חריפתא וזה לפי שלא העמיד תמיהתו רק על הרבוותא ולפי שאינם להלכה רק למשכן נפשו עבור הני רבוותא כדרכו

בקדש. אבל לפמ"ש שהוקש' גם לרמב"ן צריכין אנו לבקש ישוב על זה שקרוב לאמתה של תורה:

ולזאת אני אומר כי בודאי מכאן מודעא רבא שאין לנו לומר שאפילו לא פרעו ולא התחשבו ביניהם שיצא חובו של זה בזה מ"מ אין לנו לומר כלל ששטרות פרועים הם כדמוכחת הסוגיא אפילו לר' ששת וזהו ראי' שאין עליו תשובה שאין השטרות מופקעים מצד עצמן רק לעולם שניהם בחזקת חייבים ולא אמרו הני רבוותא אלא לענין למכור השטרות וזה בענין מכירת שטרות הן יהיה דאורייתא או דרבנן הא אפילו בדבר שהוא שלו לגמרי מ"מ אם אין לו רשות עליו אין יכול למכרו וגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדישו וכן מטלטלי דכפרי' א"כ אפילו דבר שהוא שלו לגמרי מ"מ אין יכול למכור דבר שאין לו כח בו ואינו עומד ברשותו וא"כ ניהו דיכול למכור שטרו יהיה דאורייתא או דרבנן עכ"פ מוכר לו הכח שיש בידו על לוה שלו להוציא ממנו וזה ניתן למכור כדין מכירת שטרות ומעתה בזה עומד בשלו וזה עומד בשלו אף שאין השטרו' פרועים בעצם ושניהם חייבים זה לזה רק שאין לו בו כח לנוגשו לגבותו ממנו א"כ לא מכר לו כלום שהרי אין לו בו כח להוציא ע"י שטרו ואיך ימכור דבר שאינו ברשותו כלל לגבותו ולכן דוקא לענין מכירת השטר נידון כפרוע אבל לא נפקע השיעבוד ממילא לומר שהשטר מחול ונפקע מעצמו. וא"כ א"ש ביתמי שאם בא זמן שזה יכול לגבות וזה אין יכול לגבות השיעבוד בתקפו. ודברים אלו ברורים ונכונים עד שצריכין אנו לשום לב לדברי רבינו הגדול הרמב"ן וסתמו מחברי הש"ע כוותי' שסובר שיכול למכור כי מה מכר לו דבר שאינו יכול לגבותו. אך נראה מ"מ דברי הרמב"ן נכונים כי אחר שמצינו מכירות שטרות ולא מצינו חילוק אם יש ללוה נכסים אפילו אין ללוה כלום א"כ לא ניתן לגבות כלל מ"מ יוכל למכור השטר ואם אחר זמן מצא מציאה או באיזה צד יבא לו נכסים מ"מ צריך לשלם ללוקח. וע"כ לומר שכך תקנת חכמים. ומזה קשה ג"כ לדעת הש"ך שסובר מכירת שטרות דאורייתא והיא שיטת ר"ת וקשה באין לו נכסים מה מוכר לו ואפילו תימא ששיעבוד דאקני מן התורה דיכול לשעבד דשלב"ל כמ"ש הרשב"ם ס"פ מי שמת מ"מ הא גובה אפילו אין לו רק מעות ומטלטלין שנמצאו אתו לזמן ע"י מציאות רחוקה אלמא שהשטר עצמו כל זמן שלא נמחל בפירוש ניתן למכור מאיזה טעם שיהי' אף שאין מועיל לו כלום בזמן המכירה. וע"כ לומר שהשטר עצמו נמכר כל זמן שאינו מופקע ומחול לגמרי כיון שעכ"פ יש שעבוד הגוף דהא באין ללוה כלום נמכר השטר ג"כ. ולכן ס"ל להרמב"ן שפיר דיכול למוכרו:

ט ובחפשי באמתת כתביי בחיבורי על מס' כתובות שכתבתי זה יותר מתשעה עשר שנין מצאתי ג"כ שכתבתי נ"כ ליישב תמיהת האורים ותומים מהך אוקימתא והקשיתי על תירוצו של אורים ותומים וכתבתי שם לתרץ כמש"ל. ות"ל ית' אשר כוונתי לדעת אל האמת בדעת הני רבוותא וכן משמעת לשונם שכתבו איך ימכור דבר שאין יכול לגבותו מעצמו. וב"ה אשר ת"ל מנעורי. האמת כאב גדלני ומבטן אמי ינחני. וגם עד זקנה ושיבה לא אעזבנו. ענקים לגרגרות אענדנו:

רק שם כתבתי דהרמב"ן מודה דלרב ששת אין יכול למכור החוב רק לרב נחמן דיש מציאות גובינא יכול למכור וכתבתי שם לישב שיטת הרי"ף והרמב"ם בדרך זה ועכשיו הדרני בי דנראה דלהרמב"ן כיון שהשטרות אינן מופקעין אפילו אי בשל עולם הן שמין שפיר הוא נמכר דאם נימא דוקא משום דמשכחת לה זה גובה וזה גובה תקשי הא גופי' אם בשעת מכירה שוין בנכסיהון למה תועיל המכירה דקשה מאי מכר לו ואין סברא כלל לומר שסיבת המקרה שאפשר שיקרה באחרית הימים שלזה יהיה ביניניות ולזה זיבורית כפי ענין המבואר בש"ס תהא סיבה לקיום המכירה מאחר דבעת מכירת השטר הדין שכל אחד יעמוד בשלו וא"כ אכתי מה מכר לו דאדרבה נימא שאין בידו למכור כלל כעת כיון שאין בידו לגבות כעת א"כ מה מכר לו. וכן באם אין לו ללוה שום נכסים כיון דע"פ שומא אין השטר שוה כלום מ"מ הוא נמכר ולא מסתבר שמה שאפשר שיבואו לו נכסים בדרך רחוק המציאות למאוד תהי' סיבה לקיום המכירה שאין בזה שום טעם. ולכן ברור דהרמב"ן ס"ל כיון שאין השעבוד פקוע ממילא ניתן למכור כמו מי שאין לו נכסים והרמב"ן מהא מביא ראה כיון דאם מתילד אח"כ הפרש בין בינונית לזיבורית זה גובה וזה גובה מוכח שאין השטרות מופקעין וכיון שאינם מופקעין פשיטא ליה דמהני בי' מכירה אף שלא ניתן לגבות בשעת מכירה. וא"כ לכ"ע ספר כזה נמכר כיון דע"כ אין שטר זה כשטר פרוע ממש אפילו לאיכא מרבוותא:

וכיון שנתברר במופת מן הש"ס שעדיין שעבוד השטרות קיים וחזק. ולפמ"ש בחדושי הטעם דהני רבוותא כיון דאפילו אם מכרו מ"מ יוכל המוכר למחול השטר. וא"כ ע"כ עדיין צריך לבא בכחו ולכן ס"ל להני רבוותא כיון דגם עכשיו צריך לבא בכח המוכר. וכיון שאין המוכר יכול לגבותן גם הוא לא יגבה אותן א"כ בלאו הכי בנידון דידן כבר פקע כח המוכר ולא יוכל לעשות עוד קטנה או גדולה ולמחול אפילו קצת שעבוד: סימן.

סימן לב

קבלתי מכתבו. והנה כבר נשאלתי על זה מהרב דק"ק ריטשוואל וכבר כתבתי לו שאינני אתראי להשיב על דברים הכתובים ומפורשים בש"ס ומחלוקת האחרונים וכתבתי לו שם דעתי. אך תמהני אם יש בדור הזה מי שיודע להוכיח ויודע בהכרעות נגד מחלוקת גדולי אחרונים והוא פלוגתא דהש"ך ותומים [סי' קכ"ה ש"ך סקכ"א תומים סק"ו] וראיתי מ"ש מעלתו דבע"פ לא שייך שיעבודא דר"נ לא ידעתי איך לא ראה בעיניו אשר כתוב לפניו בש"ע ח"מ וסימן קכ"ה סעיף ג) אם המלוה מודה וכו' שהרי המשלח יאמר כו' היו מוציאין מידו מדר' נתן. הרי איירי בע"פ שצריך להודאת המשלח. ולענין שיעבודא דר"נ בע"פ לחלק בין אית לי' פסידא ול"ת ליה פסידא אין לו מקום כלל בין שטר לענין בעל פה ולא ידעתי לו מקום דאי לא שייך שיעבודא באית לי' פסידא בעל פה גם בשטר למה יהיה שייך באית ליה פסידא. ועוד ממ"נ אם דנין המשועבד מדר"נ כלוקח. א"כ נימא דאפילו בשטר לא שייך כמטלטלין דמטלטלי דלוקח אפילו בשטר לא משתעבדי לכן גם מ"ש בשם הגאון הנודע ביהודה לא נתברר לי ג"כ. וע"כ שיעבודא דר"נ מנין אשר שכמו שמתחייב לזה כמו כן מתחייב לאשר גובה בו כמבואר בגמרא וא"כ כמו שהדין בשטר שמחוייב לשלה מטלטל אפילו אין לו קרקע וגם פשיטא אם יש לו ממות לירור להלקו כמ"ש שצריך ליתן לב"ח מעות א"כ אין טעם לחלק בין בע"פ לבשטר. ודברי קצה"ח לא ראיתי גם אין זה כדאי להכריע נגד התומים וראיותיו אינם מכריעות:

ובאמת דברי (ש"ס) [הש"ע] אינם מובנים לי ל"ל שעבודא דר"נ פשיטא אם מודה שחייב לזה למה לא נפסוק אפילו לכתחילה להגבות לו חובו ממעות שביד לוה שלו. וכמ"ש הר"ן (פ"ב) דכתובות הובא בש"ך (סימן ק"א סק"ג) כמו שמגבין לו משאר נכסים. ועוד מי גרע מתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דקנה. וכיון שבאמת חייב לשליח אפילו בלא שיעבודא דר"נ יכול לומר אני תופס בשביל חוב שלך ואחזיקם לעצמי בשביל חובי ולא מקרי חב לאחרים שהרי באמת חייב לו וראוי שישלם לו מרצון כדת. לכן נראה דלשון שעבודא דר"נ אשגראי דלישנא דלפי האמת שייך בי'. אבל באמת אפילו בלא שעבודא דר"נ אם המלוה חייב לשליח ובא שלו לידו ע"י שליחות הלוה שפיר יכול להחזיק לעצמו שאומר כיון שאתה חייב לי מהיכא תיתי לא אוכל להציל חובי ע"י שליחות שבא ממונך לידי ואין לו טענה על הלוה. והיכא דמהימן השליח במגו ס"ל להחומים דהוה כאילו היו עדים שחייב לשליח וא"כ השליח תופס כדין רק שגורם היזק למשלח ס"ל להתומים דאין לו לחוש להפסד המשלח ע"י עלילות דברים אשר לא כן:

מעתה כל הטעמים הקלושים ורעועים האלה אינם כדאי להכריע נגד התומים ואין להאשים אח הרב מריטשוואל אשר לא מילא לבו לסמוך על הכרע נגד התומים אמנם לדינא כבר הסכמתי לדעת הש"ך שאין יכול להפסיד המשלח. ותשובתי מסורה ביד הרב מריטשוואל. הגם שחזר והשיב לא נכנסו דבריו באזני ואני במקומי עומד. ואין משוא פנים בדין. כי הכרעה שלי בראיות מופתיות מבוארים למעיין היעב אשר יש לו יד ושם בעיון ושיקול דעת השכל הישר וראוי שלא להיות קטגוריא בינו לבין הרב מריטשוואל. כי בעוה"ר בלא"ה התורה מונחת בקרן זוית. ובזה מבזין התורה יותר. גם סברתו מתפיסה באיסור גם היא לא נכנסה באזני כלל. ואינני רגיל להשיב על דברים שאין נכנסין באזני כי קשה עלי הטורח בזה:

סימן לג

לכבוד אלופי ראשים מנהיגים דק"ק ליפנא יצ"ו

תשובה נדרשתי ללא שאלוני אשר מהראוי הי' לשום לפי מחסים פן יאמרו עלי לאמר מי שמך לאיש שר ושופט עלינו אך מלאתי מלים הציקתני רוח בטני עצור במילין מי יוכל לאטום אזני משמוע דמים תרתי משמע זילותא דצורבא מרבנן ה"ה הרב המאה"ג אב"ד דק"ק שלכם אשר ידעתיו מאז לאיש תם וישר וכעת שמעתי כי תלינו עליו באמור כי גם הוא מן החיובים לישא אשר הוטל חק הקצוב מן הבשר ועופות אשר הושת אשר בודאי אפילו הי' הדין נותן שיתן אין ראוי לכם להעמיס עליו עול זה כי הוא איש מסכן ואביון ופרנסתו דחוקה ומצומצמת ואף כי אתם אומרים שיש גם בקהילתכם רוב עניים עם כל זה אין ציבור עני ומה בצע כי תעמיסו עליו עול הזה האם נטפי מים מעט מזעיר כמר מדלי ישביעו נפש שוקקה או אם שנים ושלשה גרגירי זרע ימלאו פני תבל תנובה ואין מעצור לד' להושיע (בב"ב) [גם אם הרב] לא יושיע לישא אתכם במשא הלזו. והנה באתי בחרבי ובקשתי. בקשת"ו זה תפלה ותרב"י הוא לחתוך הדין כאשר הוא ולא אשא פני גדול וגם דל לא אהדר בריבו רק מה שקו הדין בדעת תורה ודעת נוטה ולהיות דלא לימרו מחנפי רבנן הדדי וגם מילתא דשייכי בגווה כולהו רבנן אמרתי כל כי האי גווני צריך לאודועי מילתא בטעמא להראות לכל יודעי דת ודין שתין ספק שת"ח פטור מנתינה הלזו. הנה לא מבעיא לפי עיקר פקודת השרים שהעמיסו על הקהל שיתנו מספר הפאמילייעב הנמצאות דלכ"ע פטרי ת"ח וכדאמרינן (בב"ב דף ח) רב נחמן בר רב חסדא רמא כרגא ארבנן. אמר לי' עברת אדאורייתא ונביאי וכתובים אדאורייתא שנאמר אף חובב עמים כל קדושיו בידיך אף בשעה שאתה מחבב עמים כל קדושיו יהיו בידך.

אדנביאי דכתיב גם כי יתנו בגוים עתה אקבצם ויחלו מעט ממשא כו' אי תנו כולהו עתה אקבצם. ואם מעט מהם ויחלו ממשא מלך ושרים. אדכתובים דכתיב מנדה בלו והלך כו' הנה הביא שלשה פסוקים המורים על זה. ויתכן לפי שמיני מסים מתחלקים לשלשה ענינים שיש טענה שאנו מחוייבים ליתן הא' לפי ששומרים אותנו כמו שאמרו חז"ל אלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו. ושנית מאחר שאנו דרים בארצותם ומדינתם ראוי שניתן להם מס כמו שכר דירה וכנזכר בראש. ושלישית ליתן תשורה ולהחזיק טובה במתנה למי שהטיב לנו כארוחת דזרון שפירשו התוס' שם (ד"ה והלך כו') ועל שלשה בחינות הללו מקבילות אלה מקראי קודש. הבחינה הראשונה הוא שכר שמירה אמר כל קדושיו בידיך ופרש"י בידיך לשומרן ורבנן לא צריכי נטירותא. ונגד הבחינה שני' שהוא שכר דירה אמר כי סיבת ת"ח השוכנים בארצותם היא לסיבת אותן שאין עוסקין בתורה. וע"ז אמר כי יתנו אי תנו כולהו עתה אקבצם. ואם מעט תנו אין ראוי שיתנו הם השכר דירה כי הת"ח הוא עוסק בתורה ואמרינן המקבל עליו עול תורה כו'. ואין לך בן חורין אלא מי שעוסק בתורה. נמצא שהבלתי עוסקים בתורה הם מעכבים הת"ח וגורמים להם לשכון במקומות לא להם ראוי שיפרעו בעבורם שכר דירה. ונגד הבחינה שלישית שהוא החזקת טובה. אמר מנדה בלו והלך זה ארנונא כי מן הראוי שיפרעו דלת העם בעד הת"ח שכמו שנותנין תשורה לשר בשביל החזקת טובה הנה כל העם מקבלים טובה מן הת"ח כמו שאמרו חז"ל כל העולם כולו ניזון בשביל חנינא בני ע"כ הם פטורים מכל מיני מסים והעם צריכין ליתן בעדם:

והנה דעת הרמב"ן וקצת פוסקים דדוקא כשהמושל הטיל עליהם ליתן כך וכך מחמת מעשר תבואותיהם או מנין גולגלותיהם דאז יכולין ת"ח ליפטר אבל אם אמר המושל שיתן כל אחד כסף גולגלתו אין עמי הארץ פורעין בשביל ת"ח והיינו דאשכחן דאיכא מרבנן דיהבי כרגא כדאמרינן בסנהדרין (דף קו) דבר חמא קטל נפשא אתא ר' פפא וזיכהו וקיבל עליו כרגא דכולהו שני. והיכא משכחת לה דיהיב כרגא אלא ודאי כדפרישית עכ"ל נימוקי יוסף. והנה לפ"ז לפי הפקידה שיתנו הקהל לפי ערך גולגלותיהם. א"כ גם להרמב"ן וסייעתו פטירי:

אך אם יושג שינתן מכל ליטרא והם יגבו מעות המגיעים לגנזי המלך. א"כ להרמב"ן וסייעתו יש מקום לחייב גם הת"ח. אך הנה הרב ב"י ביורה דעה (סימן רמ"ג) הביא דעת הרא"ש והפוסקים שכולם דחו דברי הרמב"ן ופטרו לת"ח מכל מיני מסים וכתב הרב"י דמשמע דמכולהו ת"ח פטירי וקבע כן להלכה בשולחנו הטהור (בסימן רמג) כ"כ רמ"א בהג"ה שם עיין שם היטב. ואף דרמ"א שם (סוף הגה"ה ב) כתב שיש מקומות

שלא נהגו לפטרן נראה דכוונתו על ת"ח בעל הבית ולא רב ומרא דאתרא כדמשמע בתה"ד (סימן שמא) שממנו מקור דין זה והרי אפילו בחזן כתב רמ"א בח"מ (סימן קס"ג ס"ה) שראוי לפטור ולנהוג כן אף שמדינא אינו פטור כ"ש ברב ומרא דאתרא שקיבלו בני העיר עלי' הוראותיו ודיניו דלכ"ע יש לו דין ת"ח ובאמת הגם שאין תלמיד כמוני מכריע בין גדולי הראשונים מ"מ אחר שקבע מרן הב"י ורמ"א בהג"ה כן להלכה ראוי לחזק דברי חכמים הגם שאין צריכין חיזוק ודאי חילוקו של הרמב"ן דחוק אם הטילו על הכלל או על הפרט. גם קשה מאי קמ"ל התם דהכל לכריא פתיא אפילו מרבנן פשיטא הא אפילו כרגא אין פטורין רק כשהוטל על הציבור. וא"כ מהיכי תיתי לפטרן מדבר שהוא תועלתם ולישמועינן רבותא טפי. דאפילו בכרגא חייבין אם הוטל על כל איש וכדברי הרמב"ן:

ובאמת עיקר ראיית הרמב"ן מהא דבר חמא קטל נפשא כו' וקיבל כרגא דר' פפא הנ"ל. ועיין בב"י שם ביורה דיעה שהקדמונים נדחקו בזה שלא ביקש להחזיק טובה לציבור. ועין בתשובה שמצא כתוב בב"י כמה גינה אותן שמעיזו פניהם שלא לפטור הת"ח ועיקם הכותב שלא להוציא דבר מגונה בגנות הציבור והמעיין ידרשנו בב"י שם. ולפענ"ד אין צריך לדחוק כלל דאדרבה אם איתא דהיה חייב בכרגא אם כן הוי כמו שוחד מאוחרת. אלא נראה לי שהדין שהקהל יתנו כרגא בעד הת"ח שביניהם וכל בני העיר צריכין לפרוע בעד הת"ח כולם יחד עשיר ואביון העשיר לפי עשרו והעני לפי השג ידו. והנה ר' פפא שהיה עשיר גדול אם היו בני העיר נותנין בשבילו. א"כ היו מטילין גם על העניים שיתנו חלקם או לאנשים אשר מחייתם קשה עליהם. והעשירים הגדולים לא ביקשו ליתן בעד הבינונים ולכן ויתר רב פפא על כבודו ונתן המוטל עליו. משא"כ עכשיו דבר חמא שהיה גברא דאית לי' לבדו קיבל עליו ליתן בעדו. שפיר קיבל ממנו שהרי לא יתן בעד ר"פ כי אם בעד העניים ובינונים שלא רצה ר"פ להנות מהם וזהו ברור אולי מקום הניחו לי הראשונים בזה. וכן משמע בפ' איזהו נשך (דף סד) שבשביל ר' חמא שבקי להו מוכסא. מוכח בהדיא דאפילו מכס שקצוב על כל איש ת"ח פטורין. וא"כ מאן ספון לחלוק על הקבוע בש"ע שקבלנו עלינו אנחנו ואבותינו כניתן מסיני:

ועוד י"ל דאפילו ישתדלו אח"כ שינתן מן כל ליטרא ויגבה הממונה מפי המושל מ"מ ת"ח פטורין אפילו להרמב"ן וסייעתו שהרי רצון הקאמיסיין הי' שינתן מכל בני העיר ובכה"ג היה ת"ח פטור רק שהמדינה עושין השתדלות שיגבה הממונה בכדי שלא יצטרכו להוסיף וכבר כתב רמ"א בח"מ (סימן קסג בהג"ה אחרונה) שבמס שהטיל

המושל אין רשות ביד הקהל להפרידן ולחברן מאחר שהדבר מזיק לאחרים. ואם עשו יש להם דין מסור:

ומעתה כיון שלפי רצון הקומסייאן הי' שכללות העיר יתנו למספר גולגלותם ועשו חטאת הקהל ואז הי' ת"ח פטורים לכ"ע ומעתה אין להם רשות לגרום הפסד לת"ח להשתדל במאי דאיכא חובה לאחריני אם לא שיקבלו לפטור הת"ח גם מזה. וא"כ בררנו שלכ"ע פטור הרב מרא דאתרא איך שתהיה הוראה באיזה אופן שתהי' שאף שהרב עצמו הסכים ליתן ח' בסתם ולא הוציא את עצמו מן הכלל מסתמא לא כיון על הפטורים מצד הדין כמו שמצינו לענין עדות (בסימן לו סס"א) בהחתום אחר עדים שלא כיון על הפסולים:

ועוד בפ"ב דבבא מציעא (דף כח) מסקינן שמסתברא לא מייתי אינש חובה לנפשי' ואין יכולין העדים לחזור ולהעיד. וכן בח"מ (סימן כ"ט) א"כ מסתברא דהרב שהסכים בחרם לא כיון לאסור איסר על נפשו. בפרט לאיש יושב במצור ובמצוק בודאי סופו מוכיח על תחילתו שלא כיון להתחייב במה שאינו חייב ע"פ הדין:

על כן אהובי אחיי וריעי שמעו נא עצתי אמונה. חדלו לכם מן הדבר הזה שנוגע בכבוד התורה ולומדי' ולא תהי' זאת לכם לפוקה ולמכשול ביום הדין הגדול כי יפקוד אל מעשה אנוש ותחבולות מזימותיו וכבר אמר בזוהר כי דינא קדמאה מאן דלא חייש ליקרא דאורייתא. וזכות התורה יעמוד לכם ולנו להנצל מצוקה וצרה. וזעם ועברה. וביום הדין הגדול והנורא תפקדו לחיים. עם כל הכתוב לחיים תחזו בנחמת ירושלים. וקיבוץ שה פזורה. בבנין היכל אולם ועירה. כחפצם וחפץ ד"ש המדבר לכבוד התורה. פה פלאצק יום ה י"ט אלול ת"ק סמך טית. נאום אריה ליב צינש. ועיין בספר שו"ת דרכי נועם בסופו כמה תשובות וחרמות מן הגאונים שהיו בזמן הבית יוסף וקודם לו על הדוחקים ת"ח ליתן מס. ופירש שם רמז מ"ם וסמ"ך שבלוחות בנס היו עומדים רמז שת"ת הם בני חורין המ"ס כי חרות על הלוחות:

סימן לד

שאלה חמשה אנשים נשתתפו בשכירו' דירות לבנות (ולסתור) [ולסתור] לעשות כיפות למיעל ודירות למדור. וא' מהם הטיל גורל על הדירות שלא בפני כולם וסמכו כולם על אשר אמר שיצא לו הגורל שמה. ואחר שהחזיקו שנה בכיפות כ"א במקום אשר יצא לו הטילו שוב גורל על הדירות. ואחר עבור עוד שנתים ימים טען הטוען על אותן שלא הי' הגורל בפניהם לחדש הגורל או שיוסיפו המקצת אנשי' בהיות (שכירות) [שכיפות]

שלהם במקומות מושבותיהם מעולים בדמים. והשיבו א' שלא הי' מדובר לזמן ב' שאין עלוי כלל רק למי שהרגיל הקונים במקומו אין רצונו לשנות מקומו ג' ששתקו עד כאן ואחר שנה שהטילו גורל על הדירות לא זכרו מזה כלום:

א תשובה פשוט שאף יהא ודאי כשהטילו גורל לא עלה על הדעת שיחליפו מדי שנה בשנה שאין זה דרך התגרים כלל. ואף אלו אין להם טענה כלל בתחילה עלה על דעתם שיהי' הכרח לצאת מן הדירות אחר שנה אין דנין אפשר משאי אפשר ובודאי פ"ד כן הטילו גורל שכל אחד ישב במקומו אשר נפל לגורלו עוד כל ימי משך זמן הדירה שהרי אפילו בשוכר סתם בחנות צריך להודיעו שנה קודם כדאיתא בח"מ (סי' שיב ס"ו) ובחנות של נחתומין ג' שנים שהקיפן מרובה וידוע דפה ההקיף מרובה וכל זה אינו אלא בין מוכר למשכיר אבל כאן [אין] משכיר כלל רק חלוקה עפ"י גורל ובודאי אין אחד יכול לכוף את חבירו לעשות גורל לשנים כיון שאין זה דרך התגרים וחלוקה של גורל דמי לחלוקה דגוד או אגוד בדבר שתשמישו שוה יכולין לחלוק בגוד או אגוד כדאיתא בח"מ (סי' קעא ס"ג) ולא מצינו בשום דוכתא חלוקה בחילוף רק אם ראוי לחלוקה חולקין לחלוטין הן בדבר שלחלוטין שלהם הן בדבר השכור. ואפילו להך דיעה שכתב רמ"א (בסי' קעא ס"ט) דלא (שוין) [שייך] חלוקה בדבר השכור לזמן היינו משום שאין להם לסתור ולבנות במה שאינו שלהם אבל כאן ע"ד כן שכרו שיתחלק ביניהם עפ"י גורל או באיזה אופן שיהיה נמצא שכל אחד זכה במקומו אשר יצא לו שם הגורל דמילתא דפשיטא שאם באו לחלוק בדבר השכור ע"פ הגורל לא יוכל אחד לומר נטיל גורל על כל שנה ושנה. דמאחר דלכ"ע אית ביה דינא דגוד או אגוד א"כ בודאי יוכל לומר אני רוצה גורל על כל משך זמן השכירות דאין חילוק לענין גוד או אגוד בין שכירות לממכר והיכא דאית דינא דגוד או אגוד לא יוכל לומר נשתמש שנה אחר שנה כדאיתא (בסימן קעא סעיף ו) שיכול לומר גוד או אגוד רק היכא שאין שניהם רוצים לקנות בזו משתמשין בו שנה אחר שנה. ובנ"ד ששכרו כולם וצריך לחלוק ביניהם אין כאן אלא חלוקה אחת או בגורל או בעילוי דמים ואתר שחלקו בגורל כל אחר על מקומו ישאר. מיהו כאן אין להם לתבוע עילוי דמים אפילו אם הי' עילוי דמים בין זה לזה שהרי אם חלוקין בגוד או אגוד יכולין לחלוק אף בלא תוספת דמים כדאיתא (בסימן קעא ברמ"א סי"ג) דאם אומר שיקח בלא תוספת דמים והוא יקח השני יכול לומר כן א"כ כאן שחלקו בגורל סתמא מסתמא העלוי הוא בכלל הגורל וזוכה כל אחד בשלו כמו גוד או אגוד ועדיף מיני' שהרי כבר עברו שנים ולא טען שום אחד מהם על תוספת דמים וגם מדלא התנו מעיקרא סתמא כפירושו שגם העלוי בכלל הגורל ואין שום טענה להוסיף אחר שהיה חלוקה ביניהם

כל אחד זכה בשלו ונסתלק השותפות ואין להם זה על זה כלום וכ"ש שלפי דברי הנתבע אין עלוי בהכיפות כלל רק תואנה הם מבקשים להפסיק הרגל הקונים המורגלים מימי קדם וכן לא יעשה. וכ"ש שכבר חלוף ועבר שנה ביניהם שהטילו גורל על הדירות אחר שכבר עבר שנה שכל אחד החזיק בכיפה שלו ואין פוצה פה שהי' לזמן או להוסיף דמים מבואר שלא עלה בדעתם לשנות כלל. ועוד דפשיטא כשהטילו גורל ולא התנו עלוי דמים ודאי כונתם בלא עלוי דמים דאם כונתם להעלות בדמים א"כ כל הגורל הוא אטרוחי בכדי שהרי יכולין להעלות בדמים אח"כ. והיכא שרוצים בשומא צריך שומא קודם ואח"כ גורל כדאית' בח"מ (סי' קע"ד). אבל להטיל גורל ולטעון אח"כ עלוי בדמים ודאי אין הגורל כלום שאפילו מכירה גמורה קודם פיסוק דמים אינה קונה רלא סמכא דעתי' כמ"ש בח"מ כ"ש שאין מקום לגורל ולטעון אח"כ עלוי דמים שהרי בע"כ יגורש מהסתפח בנחלת גורלו אלא ברור שכונת הגורל לזכות כ"א בשלו בל ישום עלוי דמים ואחר שהחזיקו כ"א בשלו לכ"ע אין להם שום טענה זע"ז:

ב ועוד דאפילו בדבר שהוא מן הסתם לעולם במשמע אם הקנה לו הגוף כמ"ש בש"ך, ח"מ סי' ריב) בהג"ה ודברים ברורים הם למעיין וכן נ"ל להביא ראיה דבקדושין (דף כז) דבעי למיפשט דבעינן צבורין מדתנן ומקומו מושכר לו ומשני כי היכא דלא נטרחינהו ופרש"י להוציאן משם כל זמן שירצו ואם איתא דבסתמא יכול לומר שלא כיון רק לשעה אחת א"כ כ"ש כאן שעיקר הכוונה לזכות להם המתנות באגב שהי' יכול לומר שלא השכירו רק לשעה אחת. ודוחק לומר דדייקינן מדלא השכיר להם מקום אחר ש"מ שנתכוין להקנות להם כל זמן שצריכין דהא פשיטא שאין זו ראיה ברורה להחליט מזה שיקנו שכירות המקום כל זמן שירצו דמאי נ"מ בין מקום זה למקום אחר ואמת שגם בקושית הש"ס יש לדייק מאי דיוק הוא זה דנקט מקומו מאי נ"מ בין מקום זה למקום אחר. וצ"ל עיקר הדיוק דהו"ל למינקט בסתמא ומקום מושכל להם להשמיענו שאין קפידא בצבורין ומשני כי היכא דלא נטריחינהו נקט מקומו וע"כ לאשמעי' חדוש בזה דאם אמר כן אין צריכין להמתין כל זמן שיצטרכו שיהי' שם דכ"ז שצריך משמע. ובהכי ניחא דקשה מאי קאמר דלא נטריחינהו הרי הם לן ביקשו זאת מידו ואם ירצה להניח להם המקום יניח להם מרצונו. אלא דבעי לאשמועינן שבשכירות זה קנו המקום כל זמן שמצטרך להם א"כ כ"ש בנ"ד שחלקו עם הכיפות סתם בלא קביעות זמן דבסתמא כל זמן משך השכירות משמע. ואפילו לדברי רמ"א להך דיעה דשעה אחת במשמע היינו משום דיד המקבל על התחתונה אבל כאן כשחלקו נסתלקו זה מזה וכל אחד עומר בשלו ועיין בח"מ (סי' ס' ס"ג) בהג"ה בהמקבל לזון חבירו סתם כל ימי חייו במשמע והוא

מדברי הרשב"א בתשובה וכ"כ באה"ע (סי' קיד) וראייתו מנדרים (דף כח) באמר יאסרו פירות עולם עלי ופריך כיון דאמר יאסרו איתסרו עלי' ומשני באמר היום. אלמא כל סתם לעולם משמע:

וראיתי למרן ד"ו הגאון בתומים שביקש לומ' שהרשב"א לא אמר אלא בעני מדין נדר דסתם נדרים להחמיר. אבל בממון המוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש ונפלאתי עליו דהא מסיק בש"ס התם אע"ג דדברים דבלב אינן דברים לגבי אונסין שאני הרי מוכח בהדיא דבלא אונס לא מהני מה שמחשב בלבו היום. ואם איתא דמשום סתם נדרים אתו עלה הא אפילו בלא אונס הא קיי"ל דפירושן להקל כדאיתא בנדרים (דף יח:) במשנה סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל כיצד. אמר הרי עלי כבשר מליח כו' אם בשל שלמים נדר אסור ואת בשל ע"ז מותר ואם סתם אסור ע"כ. א"כ אפילו בלא אונס יוכל לפרש דבריו שנתכוין רק ליום אחד אלא ודאי פשיטא לן דלעולם משמע. וכן הך דיורה דעה (ס"ט רי"ט) באסר על עצמו דבר אחד אסור בו לעולם אפילו פירש שנתכוין לזמן לא מהני דדברים שבלב אינן דברים נגד משמעות דברי פיו. ובסתם נדרים פירושן להקל בש"ך (סימן רי"ט). מיהו מה שהקשה עוד מדברי רשב"א גופי' והר"ן בגיטין פרק מי שאחזו הביאו באמר אני מוכר לך שדה זו ע"מ שתזון את בני דמספקא ליה אי משמע לעולם. ואיך פסק הרשב"א להוציא ממנו כל ימי חייו. גברא ותיובתא חזינא. וכבר עלה בדעתי דמספקא ליה לרשב"א אי הילכתא כרבא דכל זמן שצריך משמע או כרב אשי דאמר אפילו יום אחד ומספקא לו עוד שמא רב אשי דוקא בגיטין אמר רלצעורא קמכוין אם כן לענין ממון הוה ספק ספיקא שמא הילכתא כרבא אפילו בגיטין. ואת"ל הלכתא כרב אשי שמא מודה בממון. מיהו יש בזה אריכות דברים אם מוציאין ממון בספק ספיקא. אך ד"ל בודאי הרשב"א הוכיח שטר מסוגיא דנדרים דסתמא לעולם משמע ל משמע ליה (דלזמן) [דלזון] לעולם משמע ולא נסתפק הרשב"א לענין גיטין אם הלכתא כרב אשי או כרבא ואם נישא אשי אין מחלק בין גיטין לשאר דברים מוכח דלית רנכי רב אשי דסתמא דגמרא דנדרים ס"ל דלעולם משמע. אם נימא דרב אשי בגיטין דוקא אמר אין ראיה לפסוק בגיטין דלא כרב אש. דסתמא דגמרא דנדרים אפילו כרב אשי אתי דדוקא בגיטין דאיכא למימר לצעורי קמכוין עכ"פ לענין טמון קיי"ל בממה נפסד דלעולם משמע. דאם תמני לומר דרב אשי לא אמר דבריו רק לענין גיטין א"כ רב אשי מודה בממון ואת"ל דרב אשי ס"ל בכל וכיוא יום אחד משמע הרי הסוגיא בנדרים דלא כוותי' ומוכח דקי"ל כרבא ודו"ק כי נכון הוא:

וגם לפי פשט לשון הרשב"א יש, לחלק דדוקא לענין תנאי מספקא ליה שהרי התנאי הוא דבר והיפוכו. ואם אמר ע"מ שתזון אין הכוונה לבטל המעשה כי אם בהעברה התנאי והוה כאילו אומר אם לא תזון לא תהא מכירה וכיון שזנו במקצת אין כאן העברת התנאי. דאם לא תזון נמי לעולם משמע. ואף דבע"מ לא בעינן תנאי כפול לשיטת הגאונים מ"מ לא עדיף מדבר והיפוכו לכן צריך כל משפטי התנאים כמ"ש התוס' בכתובות (דף ט"ז) דתנאי חדוש הוא ואי לאו דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר לא היה שום תנאי מבטל המעשה. וא"כ אין דנין רק אם עבר התנאי כאילו אמר אם לא תזון כלל לא יהיה מקח וכיון שזנו יום אחד מספקא ליה שמא אין וו העברת התנאי אבל במעשה שאדם עושה בסתמא לעולם משמע כההיא דנדרים. וכ"ש בנ"ד שאין דרך התנונין להיות מתחלפין כפרהדרין כל י"ב חודש בסתמא נתכוונו על כל זמן משך קיום השכירות והיושב הוא מוחזק שקרי נסתלקו זה מזה ולא כל כמיני' לאפוקי מחזקתי':

ג עוד אחת והיתה לבאר שאפילו אם יאמר המטיל הגורל שהתנה בפירוש שלא יהיה הגורל רק לשנה אחר שלא הודיע כן לאשה והחזיקה בחנות סלה סתם שאחר זמן לא כל הימנו לומר שהתנה לזמן לחוב למחזיק אחר שהחזיקה סתם אינו נאמן לומר שהתנה לזמן לאפוקי מחזקה דהא אפי' באיסורי ערוה החמורין איתא בתוספתא והביאו הרי"ף בגיטין פרק הזורק וכל הפוסקים גט יוצא מתחת יד איש ושובר מתחת יד אשה לאחר נשואין לא כל הימנו לאבר זכותו של זה שנשאה הרי אף דזה אינו יודע כלום והגם יוצא מתחת ידי הבעל חיישינן לקנוניא ואינו נאמן לחוב לאחריה. וכן פסק בש"ע אה"ע (סימן קנ"א) וכ"ש בנ"ד שעברו שנים שהחזיקה בסתם שאינו נאמן לחוב לאחרים לומר שהתנה בגורל אחר שלא הזכיר בתחלה בשעת שירדו כל אחד לכיפה שלו אין אחר נאמן לחוב לחבירו ולא כל הימנו לאבד זכותו של זה כ"ש כאן שניכרין הדברים שלא היה כן ואפילו בעדים כשרים שאומרים תנאי הי' דברינו לדעת כמה פוסקים אינן נאמנים אם כתב ידן יוצא ממקום אחר כדאיתא בח"מ (סי' מ"ו וסימן פ"ב) וכ"ש שאין נוגע נאמן לומר שהיה תנאי בגורל לחוב למחזיק שלא הזכיר לו תנאי כלל והחזיק בסתם:

סימן לה

בענין הנ"ל

אחרי אשר ראו כי לא יועילו טענותיהם ולא [יצליחו] (יציע) כי המה מהבל יחד הלכו שלשה מהם אורח מעוקל. ובהיות שבתחילה היה לשלש מהם קונטראקט עם שכירו ולקיטו של אדון הדירות בהיות שבתחלה לא היה רק בנין וואזראניע בעלמא ושכרו

ממנו השלשה אנשים לסתור בנין הוואזראניע לבנות אותה חלפיות חמשה חניות הנ"ל. ובטרם החילם לבנות יראו לנפשם פן ישארו היהודים על מקומות מושבותיהם ברחובות החשובות אז היו מניחין מעותיהן על קרן צבי כי לא יצליחו החניות במקום ההוא רק אם יהיו הכרת להעתיק דירת היהודים ברחובות הללו דוקא ואז יראו השלשה לנפשם פן יפסידו מעותיהם כל מה שהוציאו וביקשו להם חבר ומצאו (הונח) מ' פלוני אשר כתב לאחד מהשלשה הנקובים שהוא משתתף עמהם שיהי' בגדר שותף לא כשוכר מהם שיהיה להשלשה שום עילוי על שני הנלוים עמהם ובנו וגמרו וחלקו לחמשה חניות השוכנים כעת בהם ונזכר בקונטראקט של שלשה אנשים הנ"ל שהוא לעולם כל הימים אשר יתרצו לדור בחניות הללו ואין למשכיר רשות לדחות הדיורין ולא לבקש עילוי דמים מן הקצוב בשנה ראשונה וככלות השנה קיבלו חמשה אנשים הנ"ל קונטראקט מן אדון שכירו ולקיטו כתוב מפורש על חמשה אנשים לשנה אחרת. וכן בשנה השלישית הקונטראקטין נכתבין שכל החמשה שכרו חניות הנ"ל ע"פ זכות קונטראקט הראשון ר"ל שלא יוכלו לדחותן שלא ברצון הדרים. ולזאת נתחכמו הני תלתא לחזור ולשכור לבדם כל חמשה חניות הנ"ל:

א תשובה דבר פשוט כי צללו במים אדירים והעלו חרס בידם. והחליפו הסמ"ך במ"ם. בהיות ח' הקדמונים שלא להשיג גבול בשכירות בתים. בקונטראקט ראשון מעולם לא החזיקו בדירות כי אם בחורבה שאינה ראויה לחנות כי אם אחר כמה וגיעות ובנין חדש ופנים חדשות באו לכאן, בהיותם בונים בנין החדש בשינוי מעשה ושינוי השם. ואם כן מעולם לא היה להם חזקה בחדות החניות ולשון הגזירה שלא להשיג גבול בשכירות בתים וכאן לא פעלו מאומה בטרם יוציאו מעותיהם על הבנינים. וכאשר נלוו עליהם שניהם הנשארים ובנו בשותפות. הרי קנו כל החמשה ונסתלקו זה מזה שהרי אילו אירע קלקול בחנותו של אחד משנים אשר נצטרפו להם שלא היו מסייעין השלשה לשפצן. ובודאי מכירה גמורה שמכרו ונותן בשני החניות ונסתלקו זה מזה לגמרי ובאשר הוכיח סופן על תחלתן לתשובת השנה שקיבלו הקאנטראקט וניקבו בשמות כל החמשה הנקובים. א"כ זכות כל אחד מאדון הדירות והחניות. ומעולם לא עלת על דעתם שיהיו בכלל משכירין שהרי עדיין לא יצאו מן האחריות בהיות שהיה ערעור. גם [על] מקומות החניות שיצא עליהם איסור על היהודים לשבת שמה וע"ז הוציאו בעלי החניות החמשה ונתנו כולם חלק כחלק להשתדלות שישארו בהכשר. א"כ פשיטא שסתמו כפירושו שאין כאן מכירת זכותן בשתי החניות. שהרי לא ביקשו לעשות סחורה עם החניות מאחר שהיו בספק הפסד ואיבוד לגמרי. א"כ אין כאן רק מכירה הן לזכות הן לחוב

ואחר שהשיגו רשיון ונבנו על מכונן בהוצאות חמשתן כל אחד זכה באחת מהם ועל מקומו ישב בשלום. וא"כ פשוט הוא שהשלשה שהוציאו השנים מן הקאנטראקט נכוים בגזירת הקדמונים במה שהשיגו גבול הדרים בחניות ובתים שבחזקתן ואשמם בראשם ואנחנו נקיים:

ואפילו היה ספק בדבר. הלא נודע אומר הגזירה שדנין בספיקו להחמיר כמ"ש בתה"ד הובא בש"ך וט"ז ביורה דעה [סימן רי"ח] ועיין בתומים בכללי קים לי מחלוקת האחרונים אם הוא ממון ויש בו איסור ג"כ אם דנין לספק ממון ומסיק בדבר הנוגע לממון ואיסור כמה פוסקים שחששו להחמיר ונ"ל דכאן לא מקרי נוגע לממון ואיסור דגזירה מילתא באפי נפשיה הוא. דבשלמא בספיקא דהקדש אם הוא הקדש. כגון בהקדיש נכסיו לעניים אמרינן דמספיקא לא מחייב ועמד חוזר כיון דהנכסים ברשותו והאיסור הוא עצמו הממון, אבל בנידן דידן הגזירה מילתא אחריתא הוא. וכיון דהדבר אסור בספק גזירה ודאי פשיטא שהוא ככל ספיקא דאורייתא שדנין בו להחמיר וכן מבואר בח"מ [סימן עג] בנשבע לפרוע בר"ח צריך לפרוע ביום הראשון מטעם ספיקא דאורייתא לחומרא. והיינו מטעמא דפרישית דשבועה מילתא אחריתי הוא שהרי אפי' נשבע לעצמו בדבר שאינו נוגע לאחרים ספיקא לחומרא. ובשביל שנוגע לאחרים לא נפיק מידי ספק שבועה להחמיר וכמו כן במילתא דגזירה. ועוד דהא בלא"ה מבואר בכנה"ג כללי קים לי (אות ע') דהא דמספקא לרבנן בדבר שיש בו ממון ואיסור אם דנין בו להקל או להחמיר היינו כשעובר האיסור בשב ואל תעשה. אבל לא שיעבור האיסור בקום ועשה. וכן נראה בוודאי מאחר דעיקרו של דבר קשה להזכיר איך יוצא בספיקא דאורייתא שיש בו איסור וממון. א"כ הבו דלא לוסיף עלה דבקום ועשה לא מצי למיעבר אתרי דאית ביה איסורא:

ב ובאמת נראה בנ"ד אף בלא תקנה וגזירת הקדמונים דינא הוא מדין מצרנות שהיושב יכול לסלק השוכר וכמבואר בח"מ [סימן קע"ה סעיף נ"ז] במלוה לכותי שאפילו לקונה מסלק. ועיין בסמ"ע [ס"ק קס"ג] דלשיטת רמ"א שוכר יכול לסלק ללוקח. וכבר הכריע רמ"א כן (בסעיף נ"ז) וסוגיין דעלמא כוותיה. ובט"ז (סוף סי' נ"ט) כתב דלענין שכירות אותו בית עצמו ודאי שוכר ראשון מסלק השוכר השני ונראה שגם הרמב"ם מודה בזה ע"כ. א"כ מילתא דפשיטא הוא שמסתלקים מדינא:

עוד שמעתי כי הנ"ל יסופר פיהם בהיות שקיבלו קאנטראקט מאיש אחר אשר נפנה לפקיד בשכירות לפי שדרך הפקידים להתחלף בכל שנה כפרהדרין הללו. ואחר שקיבלו קונטראקט מאיש אחר בטלה חזקת השוכר הראשון. ושגו בזה ברואה שנראה שתשובה

גנובה זו הוא מתשובת מהרי"ק שורש קי"ח. אולי ראה אותו אחד מן הנמהרים. בספרי הקצורים. ועצת נפתלים. שועלים מחבלים החרמי"ם. חרמי גבוה רגמ"ה. ולא קרב זה אל זה דמהרי"ק מיירי בחזקת הלואה הנהוגה מימי קדם. וכבר הושיב אחר במקומו. והשר הראשון מת ובא השוכן בחנות וחידש קיומים ותנאים אחרים מן שר חרש ועי"ז נתן טעם אחר דמאחר שמת האדון הראשון אשר מכתו בא ראובן פקע כח הראשון עי"ש שכתב בזה הלשון. וכ"ש הכא שמת האדון הראשון אשר מכחו פו' ופקע כחו ושיעבודו ממדינתו כו' משא"כ הכא שאין הפקיד אלא שכירו ולקיטו של האדון עצמו. ואינו משכיר מכחו כי מרשות אשר המנהו ונשאר הזכות כקדם ובלא"ה נמי לא יכולתי לעמוד על דעת מהרי"ק בזה אך שבעל כנה"ג הביאו ג"כ [בסימן קנ"ו אות נ"ז]. מ"מ פליאה דעת ממני נשגבה לא אוכל לה שדברי מהרי"ק איברי מרפסין איגרי שכל מה שהאריך שם לא ידעתי מה ענין שמיטה אצל הר סיני דודאי אפילו אם הראשון קיים אם כלה זמן השוכר. הרי חזרה החנות לרשות ראשון אחר שכלה זמן שכירות אלא שיש תקנה מהקהילות שלא להחזיק גבול המוחזק. א"כ מה הבדל יש בין שמת הראשון או שהוא חי וקים. כיון שאינו זוכה אלא בכח התקנה וגזירת הקדמונים אין טעם לחלק בכך כלל שעיקר הטעם מפני תקנת מסיגי גבול ריעיהם. ואם הנכרי שהוא שלו וכלה זמן שכירותו תקנו שלא יכנס אחר בגבולו של ראשון אף שכבר פסק זמן שכירותו והדרא ארעא למרא אדוני הארץ עשו תקנה בשביל הישראל א"כ במה יפה כח השני הקם תחתיו מן הראשון:

ואולי מהרי"ק לא איירי בתקנה כלל רק מדינא שהנכרי הראשון השכיר לו כל הימים שתהי' המדינה בחזקתו ודרך המדינה כשקם אחר תחתיו צריך לשכור ממנו החנות מחדש ולא יוכל הנכרי הראשון להשכיר כי אם כל זמן שתהיה המדינה בחזקתו ורשותו וע"ז נתן טעם שפיר כיון שמת פקע שעבודו וכחו. וא"כ לא יפה עשה בעל כנה"ג שהעתיקו על החזקות וליתא שאין זה טעם לגרוע החזקו'. ובפרט על שכירות בתים שיש גזרת הקדמוני' שלא יכנס אחר בגבולו של ראשון. וז"ל התקנה בתשובת מהר"ם בסוף התשובות שלא לשכור בית כותי שדר בו חבירו ישראל עד מלאת לו שנה אחר שיצא היהודי מן הבית ע"כ ונראה דלזה הי' צריך לכלול התקנ' בגזיר' דאם דר בו היהודי זכה מדינ' דבר מצרא. אלא שצריך להוסיף אומץ בגזירה שאימתה מוטלת על הבריו' ולא ידבק בידם מאומה מן החרם לבא בטענו' ועלילו' דברים וגם הוסיף ששנה לא יכנס יהודי בבית אם הנכרי דוחה את היהודי צריך שישאר ריקן עד מלאת לו שנה תמימה.

וא"כ הדבר פשוט כי עברו ונענשו במצודת גזירת הקדמונים. וגם נ"מ אם הכותי אינו חפץ בזה לאיזה טעם שיהיה ומאחר שיש לכותי תפיסת יד בזה לא שייך מצרנות:

ג אחר העיון נ"ל ליישב דברי מהרי"ק דס"ל למהרי"ק דלא נכלל בגזירת הקדמוני'. רק שלא להשיג גבול השוכר הבית שהוא צריך לו שאינו בדין שיקפח חיותו של זה ויושלך לאשפה. אבל אם השכירה לאחר מן הדין אין לגזור על השוכר שלא יוכל לשכור לעצמו אחר שכבר דר בו וכלה זמנו של ראשון דהדרא ארעא למרא ואין לישראל כח בבית דכלה זמנו רק שמכח גזירה אין אחר רשאי להשיג גבולו מ"מ זה שדר בו כבר יכול לשכור מן הראשון ואינו בגדר משיג גבול שלא גזר רגמ"ה על הקונים בתים לסחורה. אלא שהתנה עמו שישאיר לו חזקתו. ולכן כתב כיון שמת הראשון פקע חזקתו אלא שאין המנהג כן שהרי עושין סחורה בחזקת אלו לכן קשה להחליט בדבר שהוא חשש חרס "ל ומ"מ ודאי מהרי"ק לא מיירי מענין הגזירה וכן משמע שכל טלטול של מהרי"ק אי מיקרי רשע והביא דעת ר"ת ורש"י ואייאי לא הזכיר הגזירה דקם ליה בדרבה מינה. אלא ודאי אין דבריו של מהרי"ק לענין הגזירה. ואיך יפרש דברי התקנה של רבינו גרשון שלא לשכור בית כותי שדר בו ישראל חבירו. ואיך יבדה מהרי"ק מלבו להקל במת הנכרי שאין טוב לחלוק בכך כלל. וחלילה לחשוב על מהרי"ק שיקל בגזירה שספיקו להחמיר בסברא שאין לה טעם כלל אלא ודאי פשוט דמהרי"ק לא איירי בענין הגזירה כלל:

ועוד שכבר נודע כשפוסק כותב כמה טעמים אין לסמוך על אחד לבדו שיש לומר שלא היה פוסק כן מטעם אחד רק בצירוף כולם. וא"כ תמיה על בעל כנה"ג שמכל הסעיפים שעשה מהרי"ק עשה דינים פרטיים מכל אחד דין בפני עצמו. והרי בעל כנה"ג גופי' כתב בכללי הפוסקים שנדפסו בש"ע א"ח דפוס אמשטרדם. ראם הפוסק כותב כמה טעמים אין לסמוך על אחד מהם. ובודאי אין לסמוך ע"ז כלל. ועוד אני צריך למודעי שלא יעלה על נפתלים למהרה שיהי' האדם נאמן על עצמו שיצא ידי גזירה דהא ליתא. דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן שהרי אין זה אלא מפני אנשים שאין מהוגנין משיגי גבול ריעיהם וא"כ לא שבקת חיי שכל דרך איש ישר בעיניו ויבנה לו במות של גיאות לעשות במה לעצמו ואם כה יאמר שעשה מרצונו של המחזיק וכי יהיה נאמן ונדולה מזו מבואר באה"ע (ס"ס מח) בב"ש וחמ"ח דכשיש חרם רבינו גרשון אינו נאמן לאסור על עצמו שקידש אחותה. ואם בחייבי כריתות שהבנים ממזרים אינו נאמן על עצמו להפקיע החרם. וכן (בסימן קע"ה) שמנדין אותו אם אומר שמאמין לדברי אשתו שזינתה וא"כ בדברים שיש בהם איסור חמור אין נאמן להפקיע חר"ג כ"ש בעניני ממון שאינו נאמן בדברים בלי ראיה ברורה. ואפילו נימא שיש לפקפק בדברי האחרונים בענין איסור

וצ"ע עדיין. מ"מ בממון פשיטא שלא יעלה על לב איש שיהיה נאמן באיזה טעם ואמתלא לא נודעת לאורויי התירא לי ופשוט:

ד ובר מן דין השוכר מן הכותי זוכה מן הדין מטעם מצרנית דהשוכר בבית שדר בו הוא מצרן נגד אחר הבא לשוכרו וכבר כתב בט"ז ח"מ (סי' קעה) דאף הרמב"ם דס"ל במשכנתא אין דין בר מצרא לענין השכירות השוכר נקרא מצרן וכן פסקו כמה פוסקים. ונ"ל ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם שהועתקו בח"מ שם (סנ"א) בארעא דחד ובתי דחד דדוקא באם יכול לסלקו בכל עת אבל אם יש לו זמן לעמוד שם בנינו ואילנותיו מקרי שותף שיכול לסלק הקונה אף שאין לו בקרקע כלום וכ"ש בדר בבית בשכירות שכולה שלו וממכר ליומא הוא דהא הרמב"ם ס"ל דשוכר לא מקרי מצרן. ומ"מ לענין גוף הדבר שיש לו בו מקרי מצרן וגם בבית הקנוי מכותי שייך מצרנות כמ"ש התוס' פ' איזהו נשך ורמ"א בח"מ שם (סנ"ד) במלוה לכותי על שדהו ומכרה המלוה מסלקו דכאן לא שייך ארי' אברחית לך ממצרנך. וא"כ כיון שרוצה הכותי שישאר כל א' על מקומו ודאי זוכה היושב בה מדינא דבר מצרא:

סימן לו

שאלה בדין מצרנות אם נוהג בחזקות. במקום שנהגו שהשוכר בית מכותי יש לו חזקה שאין ישראל אחר יכול להשיג גבולו. ויש שאלה אם לאחד בית או חנות ואחד יש לו חנות סמוכה ג"כ בחזקה הנ"ל ומכרה לאחר אם יוכל בעל החנות הסמוכה לטעון טענת מצרנות הן לענין לסלק הלוקח או לענין לכתחילה ומתוכה יתבאר גם ענין מצרנות בשכירות בכל פרטיו:

תשובה להיות כי ראיתי בש"ך [סימן קע"ה ס"ק ס"א] שכתב והעלה בתשובת בן לב (סימן מ"א) דבחזקת בתים או חנות לכל הריעות אין בו משום דין בר מצרא כשרוצה למכור החזקה לאחר ע"ש באורך [וכ"כ בתשו' דברי ריבות] וכן ב בו מת מהר"א ששון סימן (פ"א וסימן קכ"ו קכ"ז) [וברלו' מהרשד"ם כו'] ע"כ תשובת דברי ריבות ורשד"ם אינו בידי ולהיות שלפום רהיטא מבינים מתוך לשון הש"ך שאין בזה שום חולק אף שכבר מבואר במפרשי הש"ע הסמ"ע והט"ז המבוכה בשכירות כאשר נביא בס"ד משמע שחזקות גריעי משכירות ולפי שלפי המושכל נראה כח החזקות יפה מכח שכירות למה שנמשך בל ימי עולם שרוב פעמים הם במקום שאין לחוש להשגת גבול מא"י שאין צריכים לזה וישראל לא יבא בגבולו. והרי כחו יפה מן השוכר שיש זמן לשכירותו לזאת אמרתי לעיין ולהביט על מקום מוצא הש"ך בספרי המשובות שהם תחת ידי. והיה אחרי

המחילה מגודל קדושת הכהן הגדול נתן מכשול למעיינים שהרי מתשובת מהרי"ן לב (סימן מ"א) מבואר למעיין שיסוד פסק שלו הוא לפי שסובר דשכירות אית בה פלוגתא אי אית בה דינא דמצרנות. וכתוב שם באותה תשובה דלדעת רש"י במשכנתא דשכונה גבי ועדיף ממצרן. וכתב ז"ל איברא למ"ד דבעל משכונא עדיף ממצרן. מסתברא דלגבי בתים הסמוכים למשכונא דליהווי כאחד מבני המצר ע"כ. גם הביא תשובת הרא"ש שסובר בשכירות יש בה דינא דמצרנות לגמרי וגם כתב עוד (בדף ב' סעיף ע"ד) ז"ל ועוד אני צריך להוכיח היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בדיני מצרנות כעין נדון דידן כו' והלוקח הוא המוחזק יכול לומר קים לי ע"ש. הרי בהדיא שלא זיכה ללוקח רק מטעם קים לי. גם בתשובת מהר"א ששון (סימן פ"א) מבואר ג"כ ההיפך שכתב כמו שנודע לנו שהטעם שתקנו קדמונינו בשאלוניקי דאין דינא דבר מצרא בחזקות הוא מפני שהזכות שלהם כמו שכירות ע"ש. (ובסימן קכ"ז) הביא תשובת מהר"י טיצאק כתב בהדיא כיון דשכירות נלמד ממשכנתא לא עדיף ממשכנתא וגם כי נמצא בדברי הרא"ש דשכירות יש בה דדב"מ המוציא מחבירו עליו הראיה דהילכתא כהרא"ש והביא שם בד' אחד שוין בהם דינא דב"מ. והרב מהר"א ששון בסיום התשובה סיים באופן שאין ספק דמצי הלוקח לומר קים לי כהנהו דאמרי דבשכירות לית בה דדב"מ הרי מבוארים דברי הגאונים הללו דדפויי מרפיא בידייהו. ולא זיכו הלוקח. רק מטעם קים לי. ומינה דלכתחילה אה עדיין לא קנה הלוקח יש למכור למצרן כמ"ש בש"ע (סעיף מ"ה):

ב ואחרי אשר גלגל ד' עניו זה לידי אמרתי או ברה רויח לי ויאירו עיני ממחשך הספיקות אשר נבוכו מהגדולים ההם בפסקי הרמב"ם והרא"ש יהיוור בענין חכירות אם יש בו דין ב"מ. ומד' אשאל עזר הוא יעזרני ועל במתי האמת יעמידני וטוב טעם ודעת ילמדני, ובתורתו הקדושה איר עיני:

הנה תחילה נדון בדברי מהר"י בן לב והבנתי בדברי הרב המגיד במה שעלה לו לפי פירושו דשכירות גרוע ממשכנתא. דהרמב"ם כתב (בפי"ב משכנים דין י"א) השלייות אין בו משום בן המצר. וכתב הרב המגיד זה לא מצאתי מבואר. אבל נ"ל דק"ו הוא ממשכונא עכ"ל ומהריב"ל הבין מזה שכוונת ה"ה שאין בו משום דין בן המצר הוא לענין שאין השוכר בית מסלק את אחר שקנה וק"ו הוא ממשכונא שכתב הרמב"ם שם הממשכן מקום ואח"כ מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין בו משום דין בן המצר. ומשמע מלשון זה דדוקא לענין זה שהמכרן אינו מסלק הממושכן. אבל הממושכן ג"כ אינו מסלק לאחר אם רצה למכור שדהו לכן המצר או לאחר וכ"ש שכירות דגרע שאינו מסלק לאחר. ולפי פירושו יצא לו דשכירות גרע ממשכונא. אבל הכ"מ ובב"י פירש

בהיפוך דאין המצרן מסלק (למוכר) [לשוכר]. וכתב ה"ה דקל ממשכונא. היינו דשוכר עדיף ממושכן שאינו דר בה ונחזי אנן כי בודאי אין לפרש כלל כפירוש הבן לב. שכיון ה"ה לומר דאין בו דין המצר לענין זה שאינו מסלק לאחר. א"כ יש לומר כיון דמגרע גרע אפילו לענין זה שאף אם כבר קנה השוכר יסלקנו המצרן. נמצא שדין השוכר חלוק ממושכן. וא"כ הי' לו לבאר דין השוכר לענין שהמצרן לא יוכל לסלקו דלענין זה הוה שוכר רבותא טפי. ואם תאמר שבאמת גרע ממושכן, א"כ איך כתב הרב שנלמד מק"ו. הא זה לא נלמד שלא יוכל לסלק והיה לו לרמב"ם לבאר זה לפי הבנתו. אלא ודאי כדברי הכ"מ דכונתו אין בה דין בן המצר כמו במשכונא. וע"ז כתב ק"ו ממשכונא. וא"כ שכירות עדיף ממשכונא. וכ"כ בסמ"ע ושכירות ומשכונא שוין:

ובאמת לפענ"ד הדבר מוכרע מדברי הרמב"ם דשכירות עדיפא ממשכונא לענין בר מצרא. שהרי בהלכה (ע"ז) כתב הי' הקרקע לאחד והבנין או האילנות לאחד. אם יש לבעל הבנין או לבעל האילנות זכות בקרקע כל אחד מהם בן המצר של חבירו. לפיכך אם מכר אחד חלקו חבירו מסלק הלוקח. אבל אם אין לבעל האילנות זכות בקרקע אלא כל זמן שירצה אומר לו עקור אילנך או הרוס בנינך ומכר בעל השדה זכה הלוקח ואין בעל האילטת או בעל הבנין יסלק אותו ואם מכר בעל הבנין או בעל האילן הרי בעל הקרקע מסלק אותו עכ"ל משמע דוקא באין זמן ידוע שלא יוכל לסלק אותו. אבל אם יש זמן ידוע לבעל הבנין שאין יכול לומר הרום בנינך אזי הוי מצרן כמו בעל הקרקע. וא"כ משמע דבשכירות שאין יכול לסלקה תוך הזמן הוה השוכר מצרן גמור כמו בעל הקרקע. גם הב"י כתב דמשמע כן מדברי הרי"ף ותמה על תשובת הרא"ש (כלל צ"ד סימן ג') שפירש בדברי רי"ף שקנה ממנו לבנות בקרקע שלו עד זמן ידוע או כל זמן שיעמוד הבית ולא יפול הלכך כיון שאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן שקצב או עד שיפול אין לו זכות בקרקע והנה מדברי רמב"ם אלו משמע בהדיא דהשוכר מסלק אחר שקנאו. ודוחק לומר דבשביל שהבנין שלו יש לו זכות יותר. דהא לא אהני לי' זכות הבנין לענין המצרנות וע"כ העיקר בשביל שיש לו זכות בקרקע זמן ידוע. א"כ אין לחלק בין בעל הבנין לשוכר. ולפ"ז קשה על מה שהבין הרב המגיד מדבריו במ"ש השכירות אין בו דין בן המצר לענין שאין המצרן מסלקו כמו במשכונא. ולפמ"ש במשכונא שאין בו דין המצר. וכתב ה"ה בשם הרשב"א דמ"מ אין יכול לסלק לאחר. דא"כ שוכר עדיף. וי"ל לפ"ז באמת גם במשכונא ס"ל להרמב"ם שמסלק לאחר אפילו למצרן דהוא עדיף מאחר ואפשר שגם דעת ה"ה כן לדעת הרמב"ם ולא ס"ל כהרשב"א בזה:

וכן נ"ל להוכיח דקשה מי הכריחו להרי"ף והרמב"ם לפרש הך דמארי ארעא ומארי בתי דמיירי בבנין שיוכל לומר לו בכל זמן שירצה הרום בנינך שהוא דחוק בלשון הש"ס וה"ל לפרושי בפשיטות בבנין שעומד לזמן קצוב כמ"ש הרא"ש באמת אלא נראה דהיינו מתוך קושי' גופי' דמי גרע ממשכונא דלית בי' דינא דבר מצרא. ומ"כ ע"כ ס"ל להרמב"ם דגם במשכונא אין בה דדב"מ. שאפילו מכר לאחר הוא מסלקו. לכן הוכרחו לפרש דמיירי שאין זמן ידוע לעמידת הבית. אבל אם נימא דס"ל דמשכונא לא יפה כחו רק אם קדם וקנה שאין המצרן מסלקו. א"כ הוי מצי הרי"ף והרמב"ם לפרושי שיש זמן ידוע לעמידת הבית ומ"מ בעל הבנין לא יוכל למחות כשימכור בעל הקרקע. אלא ודאי ס"ל בפשיטות כשיש זמן ידוע לעמידת הבנין לא גרעי ממשכונא והוא קודם לאתר:

ג מיהו בהא איכא לעיונא אם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת אם יש למלוה דין מצרן גם על השדה הסמוכה. די"ל דהרמב"ם ס"ל לגמרי כהרא"ש דהממושכן מצרן גמור הוא אף לשדה הסמוכה. וממילא יהי' הדין כן גם בשכירות. אלא דהב"י וסמ"ע דייקו ממ"ש הרמב"ם והועתק בש"ע [סעיף מ"ה] שאם א"ל אריס אתה בשדה זו או שוכר או ממושכן מוכח דס"ל דהממושכן לא יוכל לסלק לאחר ובאמת כפי מ"ש הפירוש במארי דארעא ומארי דבתי הי' אפשר לחלק אם כבר הגיע זמן המשכונא או נשלם זמן השכירות ויכול הלוה או המשכיר לסלקו בזו אין לו טענת מצרנות אבל אם יש לו זמן קצוב. וכן משכנתא דלא מצי הלוה לסלקו בזו הוא שנקרא מצרן. מיהו זהו דחוק ובש"ך [ס"ק נ"ט] כתב לפרש או מצרן והלוה יחפץ לקנות שדה שעל מצר שלו. ואין מובן כוונתו אם ר"ל שהלוה אינו בפנינו אין טעם שלא יוכל לסלק. ועמ"ש בסוף תשובה. ונראה דר"ל שהלוה קנה שדה הסמוכה וטוען המצרן טענת מצרנות לפי שיש לו שדה בסמוך וטוען על זה ששדה שהוא מוחזק בה הוא ג"כ שלו וא"כ הוא מצרן מאחר שעיקר השדה שלו וחפץ לקנותה והלה טוען שהוא שלו לגמרי ואינה משכונא כלל. וכה"ג פירש בש"ך (ס"ק ס"ב) שוכר אתה ג"כ כונתו כן ותיבת שמא ט"ס הוא בש"ך עמ"ש בסוף התשובה. וא"כ לפי דברי הש"ך גם להרמב"ם מקרי השוכר מצרן להשדה הסמוכה גם בטור [סעיף ע"ט] גבי מארי דבתי ומארי דארעא השוה הדין בנמכר קרקע הסמוכה. דכל היכא דמארי בתי מעכב אמארי דארעא. הה"ד בקרקע הסמוכה. נמצא לפי דברי הש"ך גופי' ס"ל להרמב"ם דשוכר הוה מצרן אפילו בקרקע הסמוכה נגד אחר. דהא פירש שוכר אתה. כמ"ש (ס"ק נ"ח). והיינו לענין שהקונה טוען שהוא המשכיר ואין השדה שלו. ואין הרמב"ם חולק על הרא"ש כלל. ומ"ש בש"ך שמא נראה שהוא מיותר וט"ס דבלא"ה אין לו ענין שידבר אם טוען שמא לזה שרצה לומר שם עי"ש:

ולהיות שראה ראיתי אני הצעיר מבוכה גדולה בין הגדולים ה"ה הרה מהר"י בן לב ורבינו כעל בית יוסף בדברי הרי"ף וסתירת דברי הרא"ש גם זה הרב מהריב"ל ב"ל על הטור שכתב דיש דין דב"מ בשכירות בשם אביו הרא"ש ז"ל אפילו לענין שדה הסמוכה דהא שכירות ליומא ממכר הוא. וגם בדברי הרי"ף מקהי אקהייתא טובא. ולזאת אמרתי לבארם כיד ד' הטובה עלי. אולי מקום הניחו לי מן השמים בזה:

ד הנה רבינו בעל בית יוסף תמה על דברי הרא"ש בתשובה (כלל כ"ז סימן ג') שהרא"ש פירש דברי הרי"ף פ' המקבל שכתב ז"ל ארעא דחד ובתי דחד מארי דארעא מעכב אמארי בתי מארי בתי לא מעכב אמארי ארעא. ופירש הרא"ש בתשובה הנ"ל ז"ל הרי חילק הרי"ף דוקא כשאין לבעל הבית חלק בגוף הקרקע כגון שקנה ממנו להיות בקרקע שלו עד זמן ידוע כל זמן שיעמוד הבית ולא יפול. הילכך כיון שאין לו חלק בקרקע אלא ער זמן שקצב אין לו בקרקע כלום אבל כשהקרקע משועבד לבית להיות שם עולמית ואף אם יפול יבנה אחר במקומו הוה כמו שותף בקרקע ואית בי' דינא דבר מצרא עכ"ל ותמה ב"י דברי"ף מבואר שכל זמן שירצה יאמר לו עקור אילנך. ותירץ ב"י דליכא למימר הכי דהא כתב הרי"ף אבל היכא דאית לי' למארי ביתא זכותא בההיא ארעא או למיקבע בה הני דקלי כההיא דתנן הקונה שתי אילנות לא קנה בקרקע ג' קנה קרקע כו' כל חד מנהין ואית לי' לעכובי אהברי'. ובכל חד מנהון אית לי' דינא דבר מצרא עכ"ל הרי"ף. והרי בשני אילנות אין יכול לומר בכל עת עקור אילנך ואפילו הכי לא מהני. גם מהריב"ל הקשה זאת הקושיא והניחה בצ"ע ואני תמי' על הגאונים הגדולים איך לא ראו עינם עין הבדולח להשגיח בדברי הרי"ף המפורשים ומבוארים הלא כה דברי הרי"ף ושפתיו ברור מללו וכתוב מפורש הרי"ף ז"ל וקמפרשי רבנן כו' דהאי דאמרי מארי (בתי) [ארעא] מנאכב אמארי דיקלא הני מילי היכא דלית לי' למארי בתי כו' זכותא בארעא כו' משום הכי אית לי' למארי דארעא לעכובי עלייהו ולית להו למיזבניהו אלא למאן רבעי או דשקיל להו לנפשי' דאי לא א"ל עקור בנינך או דיקלי דילך וזיל שקול כו' עכ"ל הרי דבהדיא דהרי"ף מפרש מעכב ר"ל שאף אם רוצה למכרם לאחר יוכל בעל הקרקע למונעו אם אינו חפץ בזה. וס"ל דלאו בבר מצרא לחוד איירי. דא"כ למה נקט לשון מעכב שבכל הסוגיא נזכר דינא דב"מ. לכן מפרש מעכב שלא ימכרם למי שאינו חפץ וממילא שהוא בר מצרא ומסלק הלוקח והוקשה להרי"ף איך יעכב שלא ימכור בנין או אילנות שלו לכן מפרשי רבנן שיוכל לומר לו בכל עת עקור אילנך נמצא שאף שאינו רוצה לקנותן לעצמו מעכב שלא ימכרם למי שאין לו חפץ בו ובידו לעכב שאם ירצה יאמר מקור בנינך. ועל זה כתב הרי"ף דחם יש לו קרקע כגון שלשה אילנות גם על האילנות יכול לעכב שלא

ימכור הקרקע למי שאינו רוצה שאם לא ימכור למי שהוא רוצה אף דודאי יכול למכור זכותו בקרקע. מ"מ אם אין זה רוצה לקנות רק הקרקע בשלימות הרי בעל האילנות יש לו חלק בקרקע ויוכל לומר שאיני חפץ למכור קרקע שלו. ימ"ש בשייר האילנות דאמרינן שיורי שייר. וכל חד מצי לעכובי אחברי' וכל חד מנהון אית לי' דינא דבר מצרא בזבינו עכ"ל הרי"ף ודאי בעל האילנות יכול לעכב בעל הקרקע אם מוכר הקרקע בשלימות כיון שיש לו חלק בקרקע. מיהו בעל הקרקע בבעל האילנות לא שייך כ"כ עיכוב אם בעל האילנות רוצה למכור זכותו לאחר. וי"ל דס"ל דדוקא לעצמו שייר קרקע אבל כשימכור לאחר יכול לומר עקור אילנך או דלאו דוקא כל חד. רק בעל האילנות מעכב על חלקו קרקע. ויהי' איך שיהי' נתבררה לנו דעת הרי"ף בבירור שאין אחריו בירור שמפרש מעכב שלא ימכור לאחר וממילא נשמע שאם רוצה לקנות לעצמו מסלק ללוקח דהוא עדיף מיני' ומשמע דאפילו ממצרן ודאי עדיף. דהא יכול למימר שקול אילנך או בנינך.

ואפשר דמפרש (לך) [לה] בבונה חורבה או נוטע שלא ברשות דיכול לומר טול עצך:

ומעתה זאת החלוקה שאם יש לבנין או לאילן לעמוד זמן קצוב או עד שיפול וכן ראיתי באס"ז דגם בבונה חורבת הנה לעכובי ודאי לא מצי חד אחברי' שכל אחד יכול למכור זכותו ולא יוכל לומר הרוס בנינך עד הזמן שיש לו לעמוד. ולענין מצרנות לא נתבאר כלל בפירוש אם בעל הבנין נקרא מצרן אף שאין לו זכות שקרקע כשיגיע זמנו. מיהו מכללא איכא למשמע כיון דכולה סוגיא במצרנות. א"כ למה שתיק בש"ס לאשמעינן דינא דמצרנות ונקט דינא דעכובי על חברי' לפירוש הרי"ף ובענין דמצי למימר לי' עקור אילנך. אלא ודאי ס"ל לרי"ף ורבנן דפרשי הכי דלענין מצרנות מילתא דפשיטא ששניהם שוים וקודמים לאחר. ולא נחית אלא לאשמעינן דינא דעכובי אפילו אינו רוצה לקנות וס"ד אם מכר לאחר אף שיכול לומר שקול בנינך יוכל לומר לו לכי תשקול אלא שאין יכול למכור כלל. שוב ראיתי ברי"ף שכתוב כל כך חד מנהון והוא טעות דמוכח ונראה שצ"ל הלכך חד מנהון מצי לעכובי ר"ל בעל האילן לענין עיכוב ולענין מצרנות כתב הרי"ף וכל חד מנהון אית לי' דינא דב"מ והוא נכון ומדוייק ומוכח אמיתת הפירוש כאשר אמרתי:

ה והנה הרמב"ם לא העתיק הך דעיכוב שיעכב המכירה לגמרי. ונראה דהה"ד לקרקע הסמוכה כל אחד נקרא בן המצר של חבירו דהא בעל הקרקע ודאי בר מצרא הוא. ואם איתא דבעל הבנין לא מקרי בר מצרא רק לקרקע שעומד עליו בנין שלו ה"ל לבאר. דלענין זה אלים מצרנות דבעל הקרקע מן בעל הבנין אף שיש לו זכות בקרקע זמן ידוע דהא הרמב"ם מפרש לה דמיירי ביכול לומר לו אימת שירצה עקור אילנך ובזמן קצוב

מקרי מצרן נגד אחר עכ"פ. והנה כפי זה נראה דהה"ד דהשוכר נקרא מצרן אפילו בשדה הסמוכה למושכרת. ומ"ש הרמב"ם שוכר אחר יתפרש כמ"ש הש"ך או כמ"ש לעיל. מיהו אפשר שאין ראי' מבעל הבנין די"ל כיון שהבנין שלו לגמרי וכל זמן שמחובר לקרקע כקרקע הוה והוה כאילו יש לו חלק בקרקע כל שלא יוכל לומר עקור אילנך או הרוס בנינך. משא"כ בשכירות אין לו בגוף כלום ומה שאינו מועיל לו טענה שהבנין שלו שיהי' מצרן אם מכר בעל הקרקע הקרקע זה לפי מה שיוכל לומר הרוס בנינך. משא"כ כשיש זמן קבוע לבנינו שפיר חשוב כבעל הקרקע. שהרי הבנין שלו לגמרי. משא"כ השוכר שאין לו אלא שכירות לזמן. מיהו אין זה מחוור לחלק בכך מיהו י"ל בקרקע הסמוכה נקרא בעל הקרקע מצרן טפי מבעל הבנין לשעה לזמן קצוב:

אחרי הודיע ה' אותנו את כל זאת הנה מבואר נגלה הפירוש בדברי הרי"ף. הנה מ"ש הרא"ש [בכלל צ"ז דין ג'] הרי חילק רי"ף כגון שקנה ממני לבנות בקרקע שלו עד זמן ידוע כו' הילכך כיון שאין לו בקרקע אלא עד זמן קצוב. הוי כמו שכירות ולית בי' דינא דב"מ עכ"ל. אם באנו ליישב דברי הרא"ש י"ל דס"ל בחלוקה שכתבתי דהרי"ף מיירי מעיכובא למכור לגמרי ולזה כתב הרי"ף שלכך יכול לעכב המכירה שיכול לומר עקור אילנך. וממילא משמע לי' אף ביש זמן קצוב שיעמוד הבית עכ"פ מארי דארעא עדיף או ט"ס הוא ברא"ש וצ"ל הר"י. דודאי מ"ש נראה עיקר בדעת הרי"ף. ואשיבה ידי יד כהה מה שנלע"ד בישוב הסתירה בדברי הרא"ש. שהטור הביא בשמו דבשכירות יש בו דין מצרנות דשכירות ליומא ממכר הוא. ונראה דבלא"ה תמה בית יוסף דאם יש לבעל הבנין זכות בבנין שאף אם יפול יחזור ויבננו כל ימי עולם. א"כ מה מכר מארי דארעא הא אין לו בה כלום. ונדחק. ונראה דהרא"ש מיירי שהי' לאחר קרקע חרבה וקנה אחד ממנו שיעמיד בנין עליו ושמו ביניהם הקרקע בר' והבנין בק' וישכירו לאחרים ויטול בעל הקרקע שני חלקים משכירות ובעל הבנין שליש. וא"כ לא דמי לקרקע שכורה. דשכירות ליומא ממכר הוא. שהרי השוכר אדון הבית וזכה בבית וכל השתמשות שלו. אבל זה שקנה שיעמיד בנין ושיחלקו בשכירות אין כונתו להשכיר חלק בקרקע כלל. רק שעושין תנאי ביניהם שבעל הבנין יטול לפי ערך בנינו וזה יטול לפי ערך קרקעו. לכן כיון שאינו מוחלט כל ימי עולם לא מקרי יש לו חלק בקרקע כיון שאינו דר בו ואין לבעל הבנין שום רשות בקרקע רק להעמיד הבנין להשכיר לאחרים ויטול כל אחד לפי ערך בנינו. ומ"ש הרא"ש דהוי כמו שכירות ואין לו בגוף הקרקע כלום היינו זה הרשות שנתן לו להעמיד הבנין הוה לזה שכירות שקנה ממנו כח זה. אבל אין לו שום זכות בקרקע. וא"כ אין שום סתירה בדברי הרא"ש:

ובאמת בלא"ה מה שתמה מהריב"ל על סברת הרא"ש דבעל המשכונא ובעל השכירות הרי הם כבני המצר לגמרי ובארעא דחד ובתי דחד פירש בפסקיו שיש זמן למארי דבתי בקרקע. ופירש דלא מעכב אמארי דארעא למכור לאחר ותמה מי גרע משכירות בעלמא. כבר עלה בדעתי בתחילת העיון דדוקא במשכנתא דשכונה גבי' ודר בה וכן בשכירות מקרי בר מצרא. משא"כ במרא דבתי מיירי שאינו רק שכור לאחרים לא שייך שכירות ליומא ממכר שהרי מושכר ביד אחרים. ואח"כ ראיתי שכן נראה מדברי נימוקי יוסף בהדיא וגם במרדכי כתב בהדיא דאם אינו דר בו לא מקרי שכן. דסברת רש"י כך הוא דמארי דבתי דאינה שכונה גבי'. ותימא איך נעלם ממהריב"ל. אלא שמצאתי בתשובת הרא"ש במפתחות [דכלל צ"ז סימן ד'] הג"ה דאמרינן במשכנתא דשכן בגווה. כיון שהלוה מעותיו על השדה או על הבית הוא שכן יותר מכל שכניו. ולהאי טעמא אין חילוק בין מוחזק בה לאין מוחזק בה עכ"ל. וא"כ נראה דהה"ד בשוכר בית אף שהשכירו לאחרים כיון שהוא אדון הבית נגד שוכר שלו הו"ל כמ"ש הטור באם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת הלוה מעכב על המלוה. דהלוה ודאי קודם לאחר. ואם אין הלוה רוצה לקנות המלוה קודם לאחר. וא"כ גם בשוכר כיון שהוא בע"ד של משכיר שלו הו"ל לגבי שוכר שני כמו מארי דארעא דכיון שבא מכחו זכות שיש ע"י השכירות לא מכר לו מיהו בהשכיר כל הזמן של שכירות מסתברא בודאי שאינו מצרן כלל. שהרי נתרוקן כחו לגמרי מבית שהשכיר ולא יסמוך לו בית אחר שלא ישוב אליו הבית המושכר עוד:

ו ובאמת לפענ"ד הי' נראה לפרש בש"ס כפשוטו מארי בתי ומרא דארעא מארי דארעא מעכב אמארי בתי מארי בתי לא מעכב אמארי דארעא שכבר כתבנו לשון מעכב אינו מדוייק. לכן נראה לפרש דמיירי שיש שדה או בית סמוך להך בית שיש להם בשותפות זה הבנין וזה הקרקע. וע"ז אמרינן מארי ארעא מעכב אמארי בתי שאם מארי בתי רוצה לקנות בית או שדה הסמוכה דהוה מארי דארעא מצרן טפי מיני' ואפילו דר בבתים דמרא דארעא מקרי מצרן טפי וכמ"ש הטור בהדיא אבל מרא בתי לא מעכב אמרא דארעא שאם בעל הקרקע בא לקנות אין למרא בחי טענה שהוא יקנה. מיהו לפ"ז קשה מאי קמ"ל דמארי בתי לא מעכב אמרא דארעא. דהשתא דמרא ארעא מסלק למרא בתי כ"ש שלא יעכב עליו. מיהו אכתי הוה מצי לפרושי שאם מארי דבתי יש לו קרקע סמוכה לבית זה ורוצה למכור לאחר מרא דארעא יש לו טענת מצרנות שהוא קודם. אבל אם מארי דארעא רוצה למכור קרקע סמוכה לבית זה שהבנין של אחר. לא מצי מרא דבתי לעכובי. ומדלא פירשו כן נראה דס"ל דודאי אם נאמר דמארי בתי קודם בקרקע של הבית ממילא נקרא שכן גם לגבי קרקע הסמוכה. לכן השוום הטור גם בקרקע הסמוכה

וכן מסתבר דלעולם איכא ישר וטוב למי שיש לו שייכות מצרנות בצד מה נגד האחר שאין לו טענה זו:

ואני תמי' על מ"ש הה"מ בשם הרשב"א דכשם שאין בעל המצר יכול לעכב על המלוה כך אין המלוה יכול לעכב על בעל השדה אם רצה למכור שדהו לבן המצר או לאחר עכ"ל. ותמי' לי טובא דהא אפילו בשכיני העיר ושכיני שדה אמרינן שכיני העיר קודם וכה"ג אף דלית בי' דררא דמצרנות כלל. כמ"ש הרמב"ם בסוף הלכות שכינים. וא"כ כ"ש במשכנתא שיש בו כח לדחות המצרן אלמא דזה ישר וטוב שיקנה זה כמו המצרן. וא"כ איך יעלה על הדעת שיוכל למכור לאחר שאינו בן המצר כלל. ודוחק לומר דהא דבעל משכונא אינו מסתלק מן הבר מצרא הוא מכח ספיקא. דאינו במשמע. ועוד דגם מספיקא יש למכור לכתחילה למצרן וצ"ע. ומה שהשכל והסברא הישרה מכרעת הוא דכל מה שיש לאחד זכות ונקרא בו ועשית ישר וטוב כשנחזיק לזה ממילא יתחייב מזה שיוקדם לאחר שאינו בגדר עשיית ישר וטוב. וזה מבואר בדברי רבינו הטור [סעיף צ'] שכתב ואם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת נ"ל דלוה מעכב על המלוה כו' אבל אם אין הלוה חפץ לקנותה ודאי לא גרע כח המלוה משאר מצרנים וכ"כ ה"ה בשם הרשב"א גופי'. וא"כ נראה ודאי דיכול לעכב על אחר ובעל המשכונא מצרן לסלק לאחר כיון ששוה למצרנים. וכן הביא הטור בשם הר' יודא ברצלוני וכן דעת ב"י שכתב ומשמע לי כו' שאם הי' לו דין בן המצר לענין שאם קדם וקנה הי' לו דין כן המצר להוציא מיד אחר ע"כ דבריו (בסעיף ל). אלא שאני תמי' על מרן הב"י דהוא גופי' הביא בשם הרשב"א והר"ן ונ"י במשכנתא שאין בעל המשכונא מעכב על אחר אף שאין המצרן מוציא מידו ומ"מ ודאי מסתברא כדברי הבית יוסף. אלא שהב"י בב"ה הכריע כדעת הרמב"ם ממה שכתב. הרי שטען הלוקח קרקע זו כו' שכור או ממושכן בידך מזה הוכיח שאין הממושכן מצרן בקרקע הסמוכה:

והנה לפמ"ש הב"י גופי' בב"ה ליישב סתירת הרא"ש בענין שכירות אם יש בו דינא דבר מצרא. דבתשובה כתב הרא"ש דשכירות ליומא ממכר הוא ושייך בי' דינא דמצרנות. והך תשובה (שבכלל צ"ז) שהבאתי לעיל דמשמע לית בי' דינא דמצרנות. וכתב לחלק בין היכא ששניהם שוכרין. חשיב האחד לגבי חבירו. אבל (בכלל צ"ו) זה שוכר וזה בעל הקרקע. נמצא לפ"ז י"ל שגם הרמב"ם מודה דשוכר מקרי מצרן לגבי קרקע הסמוכה. רק לגבי מוכר שקונה גוף הקרקע לא מקרי מצרן. כיון שאין קנינו רק לשעה וא"כ נראה דבזה נקטינן כהרא"ש אף לדברי ב"י שהרי בשוכר נגד שוכר אין חולק עליו ולא מצינו שום חולק על זה. גם בט"ז בח"מ כתב ג"כ סברא זו ליישב תשובת הרא"ש דשוכר מצרן

נגד שוכר וכתב נמצא להרא"ש שוכר מצרן גמור נגד מי שבא לשכור השדה הסמוך לשדהו. אבל לענין קנין אין לו זכות רק שלא יסלק אותו המצרן אבל לא יסלק הוא את הלוקח. והנה מה שנראה מדבריו שהרמב"ם חולק על זה הוא לפי הבנת הטור ברמב"ם דמ"ש השכירות אין בו דין בן המצר הוא לגריעותא שאין לו זכות במצר. אבל לפמ"ש ה"ה שכונת הרמב"ם שאין בן המצר מסלקו א"כ ממילא לא פליג אהרא"ש כלל ושוכר הוה מצרן נגד שוכר שבא לשכור סמוך לבית השוכר. וכן לענין קנין שקנה השוכר בית הסמוך למושכר או למשכונא שאין המצרן מסלקו אינו מבואר כלל שיחלוק הרמב"ם על זה דמ"ש הרמב"ם או ממושכן הוא אינו מוכרח רק שהממושכן אין יכול לסלק הלוקח. והנה גם בסמ"ע (ס"ק ק"י) כתב על דברי רמ"א שפסק שם דלמלוה דין מצרן דאפילו לענין שדה הסמוכה למשכנתא שקנאה אחר המלוה מסלקו רק שהוקשה לו הך דסעיף (מ"ה) דאין הממושכן מסלק לאחר. ולפי דברי הט"ז וב"י בב"ה לא קשיא כלל וכן הדעת מכרעת. דקנין משכנתא של המלוה אינו קנין להגוף רק לפירות ולא יפה כחו לסלק המצרן שקנה גוף הקרקע שאין למלוה זכות בה. משא"כ נגד שוכר אחר דמי למי שיש לו קנין הגוף שמסלק גם לקנין הגוף. וכבר כתבתי שגם הש"ך מיישב הך דשוכר אתה כמ"ש (בס"ק ס"ב) ור"ל שהמשכיר עצמו לקחה כדפרישית לעיל וכתב ואין אנו צריכין לדוחק של הסמ"ע. א"כ נראה מסקנת הש"ך דשוכר נגד אחר הוא מצרן גמור אפילו לסלק לאחר מקרקע הסמוכה וא"כ כ"ש שיש לתמוה איך העתיק תשובת בן לב ומהר"א ששון דאין בחזקת חנות ובית דינא דבר מצרא דהא כולהו פשיטא להו דחזקות לא גריעי משכירות. וגם מדברי מהרש"ל בפ' בתרא דב"ק (סימן כ"ד) שכתב דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר אלא לענין אונאה כמ"ש התוס' פ' הזהב וזה תמוה. דמ"מ כיון דנקרא מוכר ואתרבי ממכר גם לענין דינא דבר מצרא. דטעמא משום ישר וטוב י"ל גם בשכירות עכ"פ ישר וטוב הוא נגד אחר. ומה שהביא שהרא"ש סותר את עצמו מהך דארעא דחד כבר נתברר שאין סתירה כלל בדברי הרא"ש גם מ"ש דהלכה כהרמב"ם וסמ"ג דשכירות אין בו דין בן המצר כבר נתבאר לדברי הש"ך אין שום ראי'. ואפשר דגם מהרש"ל מודה לסברת הט"ז דשוכר מקרי מצרן לבית הסמוך לענין מי שבא לשוכרה וכמו שבררנו:

וגם מה שהביא מדברי המרדכי וכתב ז"ל וכן פסק המרדכי פ' המקבל וז"ל כל היכא דזבין מכותי כיון שהוציא הבית מכח הכותי שאין הבית חלוט לו עוד אע"פ שחוזר ומשכיר לאיתו כותי או כותי אחר. שכירות לא קניא ולית בי' דד"מ עכ"ל. ולכאו' אמר לית בי' דד"מ פשיטא הלא מכר לכותי לית בי' דד"מ ונ"ל דה"ה דיכול להשכיר לכותי

ולא משמתינן לי' עד שיקבל עליו כל הזיקא כיון דשכירות אינו קנין. ומ"ש אח"כ לית בי' דד"מ הוא ענין בפני עצמו כו' עכ"ל מהרש"ל. ובמח"כ שגה מאד בדברי המרדכי שכונת המרדכי רצוי' בפשיטות דקאי אהא דקאמר בש"ס זבין מכותי לית בי' דד"מ דא"ל ארי אברחת ממצרך. וכתב במרדכי דאפילו השכיר לאותו כותי או לאחר שייך אריא אברחא דשכירות לא קניא היינו שלא קנה הגוף ויכול לומר אריא אברחית מן הגוף. לכן לית בי' דד"מ וזה פשוט וכ"כ בש"ך (סימן קע"ה) בשם הב"י:

ז **ובאמת** לדעת הפוסקים שפסקו דבעל המשכונא מוציא מן המצרן. הלא המה דעת רש"י ותוס' כמו שהביא הרא"ש פ' המקבל וכן הביא ב"י שהוא דעת העיטור בשם הגאונים א"כ ודאי גם לשדה הסמוכה בקרא מצרף. וכמ"ש הטור בשם ר"י ברצלוני. וכבר הסכימו דאין לחלק בין שכירות למשכונא. דאדרבה שכירות עדיף. וא"כ ממילא ליתא לדברי רש"ל דשכירות לא קניא דהא גם בעל המשכנתא ודאי לא קנה טפי משוכר דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה וכן לפי דברי ה"ה מבואר דשוכר עדיף ממלוה כמ"ש לעיל. וכן בדין דשכירות ליומא ממכר הוא. ומ"ש מהרש"ל והש"ך דלא הוה מכר רק לענין אונאה נמשך לשיטתו (בסי' שי"ג) וכבר השגתי עליו באריכות בחדושי מציעא (דף י"א ע"ב) ד"ה וכי. ובפ' הזהב (דף נ"ז ע"ב) דהנאת השכירות ודאי מכירה היא אלא שקנין הגוף עדיף מקנין פירות שהיא לשעה. לכן כהן ששכר פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה דקנין גוף עדיף מקנין דפירות אבל לענין מצרנות שעיקר עשיית ישר וטוב הוא שיהי' נכסי הבעלי' סמוכי' זה לזה. או הטעם דכיון שזה מסלק ללוקח מסתמא לא ניחא לי' בשכונת הלוקח. דמסתמא מכר בשווי' ולב יודע מרת נפשו ואין ראוי שיכנס זר ביניהם. א"כ עיקר הטעה בשביל הנאת הפירות הנמשכים מן המכר א"כ אין לחלק בין שכירות למכירה. גם ב"י הביא בשם רבינו ירוחם בשם הרשב"א דשכירות שייך בו דין דב"מ כמו במכר. וכן נראה דאל"כ נימא במוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג לא יהי' שייך דין דב"מ אף שיש למתעקש להתעקש דכל הדינים דמצרנות לא נתחדשו אלא אחר שפסק היובל או בח"ל. אין זו דרך סלולה שרוח חכמים נוחה הימנו. ועיין פ' האומנים (דף ע"ט) דפריך מסתמא דברייתא דיבש האילן דכי מטי יובל כו' משמע דסתמא דינים הנאמרים בסתם שייכים גם בזמן שהיובל נוהג וא"כ הדבר ברור שאחר שהכריע רמ"א (בסעיף נ"ז) דהמלוה מסלק למצרן ודאי המלוה מצרן גם לשדה הסמוכה וכ"כ מהריב"ל בתשובה הנ"ל. וכן נראה פשוט דברי רמ"א (בסעיף נ"ח) שהרי הטור כתב בהדיא כן וז"ל אבל אם אין המלוה חפץ לקנותה ודאי לא גרע כח המלוה בה משאר מצרנים וכ"כ ר"י ברצלוני עכ"ל ומה שנדחק בסמ"ע הוא בשביל מה שהעתיק דברי הרמב"ם וכבר דחה הש"ך. ואף שדברי הש"ך

דחוקים קצת ברמב"ם מ"מ בטור י"ל דלא נחית לזה וסמך עצמו על סוף דבריו דשם אינו עוסק רק אם המצרן מוחזק בטענה שטוען ואין כדאי מזה להמציא חילוקים שונים. וכ"נ מדברי הש"ך שכתב וא"צ לדחוק כדברי הסמ"ע דודאי לשון רמ"א דלמלוה דין מצרן משמע לכל ענין דאל"כ הו"ל למימר וי"א דאין מוציאין מידו:

וגם המרדכי כ' על דינא דמשכנתא מיהו אם קדם המצרן וקנה או, אפילו אדם אחר אין המלוה יכול להוציא מידו ולא נראה אלא כמו שקבלתי מהר"ר יהודא מגנצ"א. דכיון דשכונה גבי' עדיף מכולהו ויוציא מידו ע"כ. וכן נראה מתשובת הר"ם שבמרדכי וז"ל נשאל לרבינו מאיר על ראובן שהלוה לכותי על ביתו כו' וקדם שמעון וקנאה. והשיב דלא מקרי משכנתא אלא בדר בה כו' הוה מסלקי' לי' לשמעון משום דד"מ. דכיון דמשכנתא הוא ביד ראובן איהו מצרן דידי' אם לא הי' לשמעון קרקע סמוך לזה הקרקע של כותי דלא דמי לזבין מכותי דלית בי' דד"מ. דה"מ היכא דראובן הי' לו קרקע הסמוך לזה הקרקע של כותי דמצי למימר אריא אברחי' אבל אם אין לראובן קרקע אצל זה הקרקע הממושכן לו דלא שייך לומר אריא אברחי' ממצרך והוה מפקינן משמעון. וכ"פ הר"י פ' הרבית גבי ר' מרי בר רחל עכ"ל. ובב' (סימן קע"ה סעיף פ"ז) העתיק לשון של המרדכי וכתב שצריך הג"ה. ובאמת כונת המרדכי מבוארת דס"ל להר"מ דודאי אם ראובן הממושכן הי' לו קרקע בסמוך וקדם שמעון וקנאה אין לראובן טענת ב"מ דיכול לומר מאחר שהקרקע גופא לנכרי א"כ אדיא אברחית ממצרך. אבל אם לראובן קרקע בסמוך לקרקע הממושכן. א"כ לא עשה לו שום טובה במה שקנה קרקע הממושכן א"כ ראובן מוציא מידו. וכן הוא בהדיא בתוס' פ' איזהו נשך (דף ע"ג ע"ב) גבי ר' מרי בר רחל:

וראיתי בחדושי הגהות מברעסלא שלא נתכוין בכונת המרדכי מיהו מ"ש בתחילת הדברים אם לא הי' לשמעון קרקע סמוכה נראה שהוא ט"ס שאם נגרוס לשמעון צ"ל ששיטת הר"ם דמשכנתא מוציא מיד אחר. אבל לא מיד מצרן. וזה נגד שיטת התוס' שהביא הרא"ש פ' המקבל. ואין זה דרך הר"ם. ועוד דמהך קושיא גופא שהקשה הר"י הא ר' מרי הי' בר מצרא. ומאי קושיא לימא דרבא הי' ג"כ מצרן. וא"ת גם לפמ"ש מאי הקשו התוס' יתרצו דר' מרי הי' לו קרקע סמוכה ושייך לומר אריא אברחי' די"ל דא"כ עשה לו טובה שקנאו ואיתא בגמ' אי ידענא דהוה ממושכן למרי לא קנאי. אבל אי ר"ל דמצרן הוא כמו בעל משכונא. א"כ לא קשיא דילמא רבא הוה מצרן. וגם התוס' הם מסתמא דברי ר"י שהוא בעל התוס' וא"כ ס"ל שמוציא אפילו מיד מצרן. והאמת יורה דרכו. ועוד דא"כ הו"ל לומר בקיצור אם אין שמעון מצרן אלא ודאי גרס אם אין לראובן קרקע סמוכה דלא שייך לומר אריא אברחא ממצרך. והאמת יורה דרכו. למביני חין ערכו:

ח והנה הרמ"א שהכריע דלמלוה דין מצרן וגבי שכירות (בסעיף ס') כתב ויש מי שחולק דיש בשכירות דין מצרנות מבואר דרמ"א משמע לי' דמלוה עדיף משוכר וזה ג"כ כפי מה שהבין הטור בדברי הרמב"ם דס"ל דשוכר אין לו דין מצרן וכבר כתבנו שאין דעת המ"מ כן גם בסמ"ע כתב ששוכר ג"כ חשוב כמו ממושכן. ומדברי הרשב"א יש להוכיח דשוכר עדיף ממושכן. דהא הב"י הביא בשם רשב"א דסובר דבשכירות יש דינא דב"מ כמו במכר ובמשכנתא הביא ה"ה שהסכים הרשב"א שאין הממשכן יכול לעכב על אחר א"כ מוכח בהדיא דס"ל להרשב"א דשוכר עדיף ממלוה. וכבר כתבנו לפי החילוק שחילק ב"י בב"ה וט"ו י"ל דשוכר נגד שוכר לכ"ע אית בי' דד"מ בקרקע הסמוכה ג"כ נקרא השוכר מצרן ולא מצינו חולק על זה בפירוש. אמור מעתה לפי מה שבררנו דלרוב הפוסקים השוכר מצרן לשדה הסמוכה בפרט לרש"י ותוס' ורא"ש ומרדכי והר"ם. שסוברין כפרש"י דבמשכנתא הוה המלוה מצרן גמור ומוציא מיד המצרן ודלא כמ"ש מהריב"ל דרובא דרבוותא סבירא להו דאינו מוציא מידי מצרן וגם העיטור בשם הגאונים כ"כ. ובהדיא כתב מהריב"ל דלהפוסקים שסוברים דלהמלוה יש לו זכות במשכנתא להוציא מיד מצרן מסתברא דגבי שדות הסמוכות עכ"פ הוא כאחר מבני המצר. ואף שיש פוסקים חולקין הנה בשוכר נגד שוכר לא נמצא שום חולק בפירוש בראשונים וא"כ יש לפסוק דין ב"מ. ומעתה באלו החזקות שכחן יפה משכירות שלעולם אין אחד רשאי ליכנס בגבולו ואין חשש שיוציאנו הישמעאל שהדבר ידוע שבמקומות שהישראל מחזיקין החזקה עיקרה הוא לפי שאין דרך אומות לשכון שם כי להם הותרו כל מקומות שעל גפי מרומי קרא. גם מהריב"ל עיקר יסודו לפי הבנתו בדברי ה"ה ברמב"ם ששוכר גרע ממצרן ובמדינות תוגרמה רובם נוהגין לפסוק כהרמב"ם כמו שהוא בב"י בכמה דוכתי אבל באמת לפי פירוש הב"י גם הרמב"ם נתן לשוכר עכ"פ דין ממושכן ועדיף מיני' א"כ ממילא לרוב פוסקים יש לשוכר לסלק אפילו משדה הסמוכה ובחזקת חנות דלא שכיח כלל שיתגרש המחזיק לכ"פ הוא מנרן גמור לדחות לאחר. וגם מהרש"ל בפרק בתרא כתב דשכירות הטעם דלית דד"מ הוא בשביל שאינה רק הנאה לשעה לא תיקנו ביה הישר והטוב. וא"כ בחזקות שנמשכין לעולם אין טעם לבטל המצרנות בהם טפי ממכירה כיון דההנאות שוות ולא שכיח כלל שיודחה. ורש"י פירש אהך דמארי בתי לא מעכב אמארי דארעא שהוא אינו חשוב שכן לכשיגיע שניו עומד להסתלק ממנה עכ"ל. משמע דוקא היכא דעומד להסתלק וזה אינו בחזקות שהדבר ידוע שאם לא יכנס אחר בגבולו אינו עומד להסתלק כלל. ועיקר סמיכת מהריב"ל על הך דמארי ארעא ומארי בתי וכבר בררנו לעיל היטב לדברי הרא"ש. וא"כ ודאי אפושי פלוגתא לא מפשינן ובשכירות שאינו פוסק רק

בדרך רחוק ודאי פשיטא דשייך בהו ישר וטוב כמו מכירה דאין הישר והטוב תולה במה שהגוף שלו:

אחרי כתבי הנ"ל ראיתי שאפשר ליישב לשון הש"ך במ"ש שמא ממושכן והלוה יחפוץ לקנותו. ר"ל כמ"ש לעיל שאין הלוה כאן וזה רוצה לסלקו ללוקח וטוען הלוקח שמא ממושכן והלוה אינו כאן. א"כ כיון דהדין הוא דכל זמן שאין המצרן מסתלק הפירות שאוכל הם שלו כדאי' בש"ע (סימן קע"ה ס"ו) וא"כ נ"מ שיחזיק הקרקע עד שיבא הלוה ויהיה הפירות שלו. וכן בשוכר אתה ג"כ הכונה שאין המשכיר כאן וימתין עד שיבא המשכיר ועד הזמן תהיה בידו לפירות עכ"פ:

ט עוד אתת היא ופרסמה הכותב בענין הלזה שהביא הטור [סעיף סה] בטוען הלוקח גזלן אתה לשדה זו שוכר או ממושכן דעל הלוקח להביא ראיה. והרמ"ה כתב לא מבעיא אם המצרן טוען ברי שעל הלוקח להביא ראיה אלא אפי' המצרן טוען שמא והלוקח ברי על הלוקח להביא ראיה דארעא בחזקת מצרן קיימא. וא"א הרא"ש ז"ל כתב כדברי הרמב"ם עכ"ד הטור וכתב הב"י דגבי זבין במאה ושוה מאתן כתב (ב"י) [הרא"ש] דעל המצרן להביא ראיה שמוכר כן לכ"ע דארעא בחזקת לוקח קיימא. ולפענ"ד דברי רמ"ה אינם רק על דברי הרמב"ם שסובר שיכול לטעון גזלן אתה על שדה זו וכו'. ועג זה חולק רמ"ה דמהיכא תיתי לאחזוקי בגזלן כיון שיושב בקרקע בחזקת סתמא שהיא שלו כל זמן שאין מערער ובזו לא מסתבר כלל שיצטרך בשביל המצרן עדי חזקה או שטר מכירה כיון שאין מערער מחזקינן לה בסתמא בחזקתיה ואיך יטעון גזלן או אריס להפקע כח המצרן זו לא מסתבר כלל. וא"כ אין ראיה כלל מדברי הרא"ש דודאי כשהספק נילד לבית דין מחמת הענין שנראה שהרי זבין במאה ושוה מאתן דיש לו רגלים לדבר לתלות דמכר לזה בשביל חובתו דלא שדי אינש זוזי בכדי לכן על (לוקח) [המצרן] להביא ראיה משא"כ בקרקע שיושב בה המצרן. וכל זמן שאין מערער בקרקע שעומד בה המצרן בחזקתו היא שאנו מחזיקין אותה בשלו כל זמן שאין מערער. וממילא זוכה ג"כ בדין מצרנות. לכן כתב רמ"ה גם בטוען שמא המצרן מוחזק. ור"ל שמא. לאו שמא קניתי השדה דלא שייך בזה שמא. רק חולק על מ"ש הרמב"ם בטוען מפני המס מכר ובעל המצרן טוען שקר אתה אומר כתב הרמב"ם דנשבע היסת. וע"ז קאי רמ"ה אפילו אינו מכחישו בבירור מ"מ ארעא בחזקת מצרן קיימא ואינו נאמן להפקיע זכותו:

ובאמת תמיה לי על דברי הרמב"ם איך יהיה נאמן לטעון מפני המס מכר דא"כ בטלת דין מצרנות ומה הועילו חכמים בתקנתן שהרי לעולם יטעון כן. וכדאמרינן ככתובות (דף י) חכמים תיקנו לבתולה מאתיים והם האמינו לומר פתח פתוח. ופריך א"כ מה

הועילו חכמים בתקנתן. וכאן נמי לעולם יטעון מפני המס מכר. או מפני רעתו או לגאול בקרוב ובטל דין מצרנות לגמרי ואי משום שבועת היסת לא מסתבר כלל שיהיה חדוש דין דמצרנות תולה בתקנת היסת ועוד דבטענת שמא לא שייך שבועת היסת כלל דאין נשבעין על וטענת שמא וא"כ בטל דין מצרנות לגמרי. ובש"ך (ס"ק מב] נראה מדבריו דבברי ניחא להו שיכול לטעון מפני המס מכר ולא בשמא ולפענ"ד אין לחלק בכך שכל לוקח יאמר כן ובטלת מצרנות לגמרי ובכהאי גוונא לא יאמר הרא"ש כלל שיהיה הלוקח מוחזק:

סימן לז

בענין שדכנות (שייך לסי' קפ"ה)

שאלה על דבר השדכנות אשר כבר התעסק בו. וכמעט שהיה נגמר בפעם אחד ואירע קלקול בדבר. וחזר השדכן ועורר הצדדין. והשיב אחד מן הצדדין שכבר הבטיח דיבורו לשלוח שלוחים בעד שידוך אחר. וכשלא יגמור שידוך הלז דעתו לעשות הלזה. ובתוך כך עשה צד השני ראשי פרקים. שהוא צד הזכר. וצד הנקיבה אשר שלח שלוחים באו ריקם. והוגד לשדכן. שצד הכלה מתחרטים על שלא נגמר השידוך ששידך השדכן. ונתן השדכן פתחון פה לצד החתן מאחר שלא נכתב קנס בראשי פרקים אם ירצה יוכל לחזור בו ועוד איזה טעמים וכן הוי שחזרו משידוך הראשון. והשתדל השדכן בצירוף אחר עמו לחזור על הראשונות לקיים השידוך הראשון. וגמרו הדבר בכי טוב. ועתה שאל השדכן שהשתדל תחלה בשידוך זה אם יש לו דין מתחיל בשביל שעסק בו ומגיע לו מחצה. ובשביל גמר המעשה אחרי החזרה של השידוך שעשה צד החתן חלק כחלק יש לו. והשני טוען שנתבטל הדבר בעד צד הזכר מכת שידוך הראשון אח"כ שניהם גמרו ביחד. ויחלוקו כל השדכנות. ע"כ השאלה:

א תשובה הנה השואל הביא ראיה מדברי רמ"א שכתב [בסימן קפ"ה] דהשדכן יש לו דין סרסור והוקשה לשואל מאי נ"מ. הא בכל הדינים המבוארים שם (בסי' קפ"ה) לא שייך בשדכן כלל. וע"כ ענין זה שמבואר בדברי רמ"א. ראובן היה לו בית למכור ובא שמעון וסרסר למכרו ללוי. ואמר ראובן לוי שונאו. ומכרו אח"כ ע"י אחר ללוי שמחוייב ליתן לשמעון הסרסרות. וה"ה כאן אפילו נעשה השידוך ע"י אחר מ"מ חייב ליתן לו הסרסרות. אלו דברי השואל. והדוחה דחה. דשאני הכא שנתבטל הענין. הנה בודאי הנחה זו שהניח למאי נ"מ יש לשדכן דין סרסור יש להשיב דנ"מ דהוי ש"ש. דאם לקח כלים להראות לצד השני שכלים אלו ותכשיטין אלו מחייב עצמו צד אחד לשני. הוי

דין ש"ש עליהם. וזהו מבואר שם בס"ד. ועוד יש למצוא נ"מ בנידן שנזכרו בסימן זה אלא שאין רצוני להאריך לפי שאני רואה בזה דבריו נכונים בלא"ה. דודאי כיון שיש לשדכן דין סרסור גם דין הנוהג בסרסור המוזכר (בס"ו) נוהג גם בשדכן. ואמנם אני תמה עליו אם לא היה לו תשובת הרא"ש לעיין בו היה לו לעיין בב"י שמביאו וז"ל ודאי אם היה אחר שאמר לו למכרו ללוי ואמר שלוי היה שונאו ואינו רוצה למכרו לו. ואח"כ מכרו ללוי זה ודאי היה רמאות וצריך ליתן לו שכרו. אבל בנדון זה היינו שמכרו לאחר כמבואר בב"י. שאז א"צ ליתן לו כלום עכ"ל. הרי בהדיא טעמו של הרא"ש שלכך צריך ליתן לו שכר בשביל שהיה בו רמאות משמע אילו הוי ידעינן שלא עשה זאת במרמה רק שלא נתרצה אז למכרו ללוי כבר נתבטל הסרסרות הראשון ולא היה חייב ליתן לו כלום. וא"כ כ"ש בנידן דידן שכבר עשה שידוך אחר כבר נתבטלו דברי המתחיל. ואח"כ פנים חדשות באו לכאן. דעל פעם ראשונה אין לו כלום דהוי כמו היורד להציל ולא הציל וכמ"ש הרא"ש שם בתשובה. ואף דבירד להציל אין לו אלא שכרו. א"כ משמע דשכרו מיהא אית ליה היינו שכר טרחו כמבואר שם בתשובת הרא"ש דלחד טעמא משמע מדברי הרא"ש דשכרו מיהא יש לו. אלא דהרא"ש חולק עוד התם שנפסד חמורו על ידו ע"ש (ולכאורה נראה דהרא"ש ס"ל בהאי דירד להציל אית ליה שכרו אפילו בלא התנה. דהא מדמי סרסור לירד להציל לענין שעכ"פ שכר טרחו יש לו לטעם הראשון. ואפילו לטעם השני עכ"פ בהאי דירד להציל דהפסיד חמורו יש לו אפילו בלא התנה וא"כ קשה על דברי מהר"ם פדוואה שהביאו רמ"א בסימן [רס"ד ס"ג] דבלא התנה וירד להציל ולא הציל אפילו שכרו אין לו דהא לא הועיל לו. וא"כ ל"ל להרא"ש לחלק בין שנפסד על ידו הא בלא"ה סרסור לא דמי לשטף נהר חמורו דשם התנה. ודוחק לומר דהרא"ש איירי ג"כ בהתנה שאין מבואר שם בתשובה. וגם מדברי הרב"י לא משמע דאיירי בהתנה מדהוקשה לו מעשים בכל יום ע"ש. אך נראה דלק"מ דודאי סרסור הוי כאילו התנה כיון ששולחין אותו. ולא דמי לירד להציל שלא דברו לו הבעלים שיציל. ותדע דבהא תלי דהא בשטף נהר חמורו ולא התנה אין לו אלא שכרו. ובסרסור מגיע לו סרסרותו. אלא ודאי סרסור הוה כאילו התנה עמו דשליחותיה עביד שהרי הוא יודע שע"מ כן הולך והשתדל לגמור המשא ומתן כדי שיתנו לו סרסרותו משא"כ התם שמציל מעצמו יוכל לומר שמבלעדו לא היה משתדל כלל בעל החמור לשכור פועלים להצילו כי כבר נתייאשו ממנו ומי ביקש זאת מידו. ולכן אפי' שכר אין לו כנ"ל ליישב דברי רמ"א שלא יסתרו דברי תשובת הרא"ש]:

ב עכ"פ נראה בנ"ד שכבר הפסיד התחלתו כשנתבטל הענין שלא הציל אז ולא נתחייבו לו הצדדין. ואף שחזר וניער אח"כ. כיון שכבר נתבטל ענין הראשון פנים חדשות באו לכאן כדמוכח מתשובה הנ"ל שאלו לא היה רמאות בדבר לא היה צריך ליתן לשמעון שכר סרסרותו. כיון שאז באמת ותמים לא ביקש למכור ללוי ואף שנשתנה דעתו אח"כ למכור ללוי כבר הפסיד שמעון בזה שנתבטל הענין אז וכל שכן בנ"ד שעשה התקשרות עם אחר. ונראה ראי' לזה בקידושין פ' האומר פליגי אי אמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור בקידושין ומייתי עלה מכלים דכל הכלים יורדין לידי טומאה במחשבה. מעשה מוציא מיד מעש' ומיד מחשבה כו' ופריך מידי מחשבה מיהא תפיק ע"ש דמדמי דיני טומאה לדין החזרה בקדושין. וא"כ אף אנו נמי נימא דבשבת פ' אלו קשרים (דף קי"ב:) ניקב במוציא זית וסתמו וחזר וניקב כו' עד שהשלימו למוציא רמון וסתמו. ומסיק פנים חדשות באו לכאן ע"ש. כיון דמעשה הראשון נתבטל חשבינן ליה לפנים חדשות. א"כ גם כאן בנ"ד שכבר נתבטל המעשה הראשון מה שחזר ונתחדש הדבר הוי פנים חדשות. וגם מעשה השני ביטל מעשה הראשון שעשה מתחיל בראשונה. ובפרט דהכא עדיף שהרי בטרם שעשו השידוך מקראקא לא נעשה שום מעשה בפועל רק שהשתדל בדבר לגמור ולא עשו דבריו פרי ודאי כבר נתבטלו דיבוריו. ואח"כ פנים חדשות באו לכאן. ושניהם שווין לענין השדכנות:

עוד נראה לי ראיה מהא דאיתא בח"מ סימן [רע"ה ס"ל] בגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שעדיין לא מת והחזירו ואח"כ שמעו ששמועה ראשונה היתה אמת. המחזיקים בשנייי' קנו. והטעם מביא בש"ס [דף קמ"ב] דלא מהני להו חזקתן לראשונים משום דרפויי מרפיין בידיי'. ועיין בסמ"ע שם דכיון ששמעו שלא מת נסתלקו מחזקתן הראשונה ואם בזה שכבר קנו והחזיקו חזקה גמורה. פקעה חזקתן עפ"י שקר משום שכבר הסיתו דעתן מזה כ"ש בנ"ד שעדיין לא זכה ולא נגמר שום דבר מיד שנעשה התקשרות פקע זכות הראשון שכבר נתייאש מזכותו. ואף דשם החזירו בעצמם י"ל משום דהתם ודאי בעינן שהחזירו דמזה ראיה שסמכו על שמועתם. דאם לא החזירו אף שנשמע אח"כ שלא מת היה לנו לומר דלא השגיחו בקול כיון שע"פ האמת הקול בשקר יצא כמו שהוכיח סופו. מיהו מדברי ה"ה [ספ"ב מזכיי'] נראה דהרשב"ם פליג וגם הר"י מג"ש פליג בזה. והרב בעל משנה למלך פקפק בדברי ה"ה. וגם דברי הרמב"ם הניח בקושיא. ולכן אמרתי לבאר היטב בקצרה בס"ד. הנה מה שהקשה במשנה למלך. (דל הכא) [דלרבא] עיקר טעמא דרפויי מרפייא. ע"כ צריך לפרש דהחזירו ואח"כ שמעו היינו שמת קודם (שהחזירו) [שהחזיקו] דהא גבי עובר נמי דכוותיה לרבא דס"ל מזכה

לעובר לא קנה ולית ליה זכיי' ומה שבטלה החזקה היינו משום דרפוויי מרפיי' בידי'. א"כ ממילא נשמעו אח"כ שמת מקודם מ"מ בטלה חזקתן דרפי' בידם דלאו בחדא מחתא מחתינהו די"ל דדוקא במעוברת מכיון שאמת היתה מעוברת הרי החזקה שלא כדין. דאף דעובר אין לו זכיי' מ"מ הרי רוב נשים מתעברות ויולדות. וא"כ החזירו כדין ולא היה להם להחזיק לכן נפרעה חזקתן משא"כ בשמעו שמת ואח"כ שמעו שלא מת והחזירו ואח"כ שמעו שהקול ראשון אמת שמת אז קודם שהחזיקו בראשונה א"כ חזרתן היתה בטעות ע"פ קול שקר י"ל לא נפרעה חזקתן:

ג והנני מבאר דברי הרב המגיד (בב"י) הנה מבואר בדבריו במ"ש זאת [וא"ת] דלאשמעינן דעובר יש לו זכיי' בכה"ג ליתא דמרישא שמעת ליה דחייבין להחזיר עכ"ל מבואר מדבריו דמפרש הקושיא דאי עובר אין לו זכי' אמאי חייבין להחזיר יחזיקו נכסים שמא תפיל העובר ומשני דרפויי בידן לכך צריכין להחזיר שאין להם טענה ברורה להחזיק בם שרוב נשים מתעברות ויולדות וולד קיימא וזה מוכרח לפי פי' ה"ה ועתה אבאר כי ה"ה ס"ל שלא נתחדש פי' אחר בברייתא בין מאן דמפרש משום זכיית עובר לרבא דמפרש משום דרפוייא בידיי' וס"ל גם לס"ד מיירי ששמעו שמת ושהפילה אשתו היינו קודם חזקת ראשונה. וגם לס"ד הטעם דלא קנה משום שהחזירו נפקעה חזקתן הראשונה אף שלפי האמת כדין החזיקו. ואין בזה מחלוקת רק עיקר הקושיא ממה שחייבין להחזיר בשביל שאשתו מעוברת כדפרישית אבל ודאי גם להנך ס"ד ס"ל הפי' בברייתא ששמעו שמת בנו קודם חזקה ראשונה דאל"כ פשיטא דהמחזיק קודם מיתת הבן לא קנה דבשלמא בבבא שהיתה אשתו מעוברת י"ל דקמ"ל דעובר אית ליה זכיי' משא"כ בהא שמת בנו מאי קמ"ל. א"כ גם לאביי ורב ששת מיירי שמת בנו הפילה קודם חזקה ראשונה ולכן שפיר הוקשה לה"ה איך שמעינן דעובר יש לו זכיי' היינו כקושית הש"ס דהא ע"כ גם רב ששת ואביי ס"ל הך סברא דבחזרה נפקעה חזקתן. דאל"כ מאי קמ"ל דראשונים לא קנו. וע"ז תירץ מדחייבין להחדר דכיון דעובר אין לו זכיי' לא הוי להתחייב להחזיר. דבשלמא אי עובר יש לו זכיי' הרי מחזקינן בגזילה משא"כ אם אין להם זכי' אמאי יתחייבו להחזיר וגרס איכא בינייהו ששמעו בה שהפילה ולא הפילה ואח"כ הפילה. והיינו ששמעו שהפילה והחזיקו חזקה גמורה כיון שאין לעובר זכיי' אף שאילו ידעו האמת שלא הפילה לא היו מחזיקין שהרי צריכין להחזיר מ"מ כיון שאח"כ הפילה ועובר אין לו זכיי' חזקת הראשונה קיימת ע"ש ועפ"י זה דברי הרמב"ם נכונים במ"ש בשמעו שעדיין לא מת אף שנודע להם אח"כ שהשמועה הראשונה אמת לא הוי חזקתן חזקה לפי טעמו של ה"ה שכיון שהחזירו נפקעה חזקתן ואין בזה חולק בש"ס.

ואין מקום לכל מה שהקשה המשנה למלך בזה לפי גירסת ה"ה גם מ"ש (בס"ל) במ"ל דרשב"ם לא כ"כ רק לפי הס"ד. אבל לפי האמת דטעמא דרבא משום דרפויי בידיי' גם בהחזיקו אחר שמת הבן כיון שלא ידעו שמת אז רפויי בידי' ולא הוי חזקה. לא נהירא לענ"ד דהרשב"ם כתב הטעם דאגלאי מילתא דרפויי בידיי' כיון שבאמת נודע שיש לו בן ואשתו מעוברת הוכיח סופו על תחילתו שהוחזקו בספק. ואם החזיקו אחר שמת מאי הוכיח סופו איכא די"ל שידעו שמת. וגם בסוף הדיבור כתב הרשב"ם להדיא וז"ל לכך לא הוי חזקתן חזקה אא"כ חורו והחזיקו אחר מיתת הבן והעובר ע"כ. משמע דחזקה ראשונה היתה קודם מיתת הבן ובזה א"ש דיש חילוק בין עובר למת הבן דבעובר י"ל מרפיא בידיי' אבל בבן כשהחזיקו כשמת הבן ואח"כ שמעו שלא מת והחזירו ואח"כ נודע שמת קודם החזקה הראשונה לרשב"ם הו חזקה דלא שייך מרפייא בידיי' כיון שבאמת בשעה שהחזיקו לא היה בן. משא"כ בעובר י"ל כיון שידעו שאשתו מעוברת חזקתו רפויי' שהרי באמת היתה מעוברת כן נ"ל ברור בפירוש ה"ה ודברי הרשב"ם ולדברי הרשב"ם מהני שפיר החזקה שהחזיקו אחר ששמעו בו שמת אף שהחזירו אחר ששמעו שלא מת:

אלא שפי' רשב"ם דחוק בטעמא דרפייא בידיי' דהא המחזיקין לא ידעו שום דבר ואיך שייך הוכיח סופו שהרי הם סוברים [שלית ליה] שום יורש בשעה שהחזיקו ואחר כך נודע שאשתו היתה מעוברת. וגם קשה לי על הנ"מ שאמר בשמעו בו שמת העובר ולא מת אז. אמאי לא הוה מרפיא כיון דבאמת היתה אשתו מעוברת וגם דברי ה דחוקים בפירוש קושית הש"ס שדחק דהקושיא אמאי חייבין להחזיר דאמאי לא יתחייבו להחזיר כיון שאשתו מעוברת ורוב נשים מתעברות ויולדות יולד קיימא וגם תירוץ דרפייא דחוק לדבריו ועוד קשה לי שהרמב"ם הוסיף מה שלא נזכר בש"ס במ"ש ושמעו בו שעדיין לא מת. והנ"מ הנזכרת בש"ס לפי גירסת ה"ה ששמעו שהפילה ולא הפילה לא זכר כלל זה ודאי מן התימא. ולכן אני אומר לפענ"ד דהרמב"ם י"ל בודאי דאביי ורבא בהא פליגי. דלאביי דפריך דעובר קני לא ס"ל דטעמא משום רפיא. רק אם חזקתו כדין לא והני תורתם בטעות. וא"ה ע"כ איירי שהחזיקו קודם שמת הבן דהפילה לכן לא קנו ראשונים. ולרבא דס"ל משום דרפייא בידיי' וסובר לא קני. א"כ ודאי בהפילה העובר החזרה היתה דטעות. וע"ב דאפילו מכת חזרה בטעות נפקעה החזקה א"כ ממילא הב"ד השמעו שמת הבן באמת ואח"כ נשמע קול שקר שלא מה והתירו מ"מ כבר רפיא חוקה ראשונה ולא קני חזקה ראשונה וגרם מא ביני הו ששמעו בו שמת ולא מת ואח"כ נודע שמת דלאביי טוי חזקה דלא פ"ל טעמא דרפיי' שידיי' ולרבא לא הוי חזקה וקאי בגמרא בין אבן בין

אאב דאין לחלק כין בן לאב ולכן נקט הגמרא סתמא וכן ראה גרסת הראשונים ששמעו שנית ולא מת ואח"כ מת והרמב"ן משק גירסא וכתב דלא מחוור אבל ברור שכן גירסת הרמב"ם אלא דגרס אח"כ נודע שמת וראיתי ברמב"ן הלשון בשמת ולהית ואח"כ מת ולישנא קושטא נקט והכוונה ששמעו שמל,. ואח"כ שמעו שלא מת. ואח"כ שמעו שמת דלאביי הוי חזקה דלא ט"ל טרא דרפיא ולרבא לא הוי חזקה כנ"ל ברור לדעת הרמב"ם ונכון פירושו בש"ס:

וכיון שעיררנו פירוש הרמב"ם עיקר בש"ס ואפילו בחזקה גמורה הפקעת ע"פ שמועה של שקר כ"ש שנפקע שכר התחלתו ע"פ מה שנעשה אח"כ שביטל דברוח ראשונות ואפילו לפירוש רשב"ם י"ל שמידה בנ"ד שנסתלק מעשה הראשון לגמרי דדוקא שם עפ"י טעות לא נסתלק חזקתן. משא"כ כאן שבאמת נעשו התתשיות אחר שכבר בטלו התחלות הראשונות. ועוד נ"ל ראיה מפ"ק דב"מ (דף יב) מהא דמפרש אביי עשאו כמי שהלכו בו גמישות דיוני"י ריפיי' אסוחי משתי לדעתיי' עי"ש ואם הלקט שיש להם זכות גמור שהתורה זיכתה להם נפקע בהיסח הדעת כ"ש כאן שעדיין לא היה שום חייב ליתן שכר מאחר שלא נגמר וכיון שכבר נעשה התקשרות עם אחר ודאי הסיח השדכן דעתו משכר שדכנותו שדבר רחוק היה שיבא לידי גמר ודאי שנפקעה התחלה ראשונה לגמרי וגם בפ' הפרה [דף נא ע"ב] מבעי לרבא שם טפח וסילק אבניו מהו כו' נסתלקה מעשה ראשון וקם ליה כוליה ברשותיה. הרי שאפילו במה שהשני מוסיף על הראשון כיון שנולד על ידו חיוב חדש אמרינן שסילק מעשה ראשון. ואפילו נימא שם איפכא דמאי דעביד שקלי' כדבעיא לרבא ונסתפק לו בזה. היינו משום שמעשה השני אינו גורע מעשה הראשון. משא"כ בנ"ד שמעשה השני סותר לגמרי מעשה הראשון ודאי מיד כשנעשה התקשרות השני בטלה התחלה ראשונה ומתוך ראיות הללו נלמד אפילו אם כבר גמרו בראשונה וחזרו הצדדין ושידך צד אחד עם אחר ואח"כ חזר מן האחר דפנים חדשות הם ואין לראשון כלום הנלענ"ד כתבתי:

ומה שהביא ראיות מעדיו בחתומיו זכין לו שלפרש"י אף במכר לאחר בנתיים לא מהני אין הנדון דומה לראי' דשם אין בידו להפקיע זכות החתימה בשום פנים דהוה כאילו התנה מעכשיו וכשיבא לידו דקני למפרע משא"כ כאן שכל שלא גמר אין לו שום זכות בשדכנות כנ"ל ברור:

סימן לח

שאלה על צוואה שסידר בריא וכתובין בה כמה ענינים לתיקון נשמתו ואיך יתנהגו בעזבונו וחילק נכסיו בצוואתו כפי הצוואה באריכות לצדקות ויתר ענינים כאשר יבואר מתוך התשובה לפי שהצוואה ארוכה מארש נלאתי להעתיקה וכתוב בסיף כל הנ"ל נעשה בק"ג אק"ס ובמתנו' בריא בכל אוה"מ יותר ע"פ תקון חז"ל ע"פ נמוסי המדינה ושטר צוואה זו כל הנ"ל אני מזכה ע"י אחר שיזכה בכל הנ"ל לקיים כל דבר לבל יוגרע ויופסל אפילו בקיצו של יוד הן מדבר הנוגע לגבוה הן מדבר הנוגע להדיוט וביקש כמה פעמים שלא לעבור על רצונו ואחר שש שנים מזמן הצוואה נפטר וחלי"ש ובא היורש לטעון נגד הצוואה ושאל השואל על טענות היורש מה דין הצוואה:

הנה טענה ראשונה כיון שכתב לשין צוואה א"א לומר שנתן במתנת בריא שאין שייך לשון צוואה כמ"ש מהר"מ פדואה סימן נו) וא"כ אף שכתב בה זמן אין ראיה שמחיים הקנה אף דקיי"ל (בסימן רנ"ח) בשטר מתנה שכתב בו זמן מוכרו שמחיים הקנה לו מ"מ בצוואת שכיב מרע לא אמרינן הכי די"ל שלכך כתב הזמן לריעא דמקבל מתנה שאם חזר וכתב לאחר האחרון קנה וכ"כ בספר ש"מ לב"ב סברא זו וא"כ ליכא הוכחה מן הזמן והוה שטר לאחר מיתה ואף שכתב רמ"א (בסימן ר"ל סמ"ד) וכן אם כתב שטר זה יהיה באופן המועיל הוה כאילו כתב יפוי כח היינו בשכ"מ אמרינן דעתו שיקנה במתנות שכיב מרע אבל הכא הרי היה בריא וא"כ ארכבי' אתרי ריכשי ויפוי כח ליכא דהא היה בריא עכ"ד הטוען בקצרה:

א

תשובה טענה זו לית בה מששא דאיברא ודאי במתנת שכ"מ לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח שאפילו כתב שטר לא מהני ואפילו יש בו זמן וזה מוסכם והטעם שכתב בשם ס' ש"מ לב"ב דכתב הזמן לריעותא כתבוהו הנימוקי יוסף בפרק מי שמת. ולדידי קשה על טעם זה שהרי אפילו לא היה כותב בה זמן אם רוצה לחזור אח"כ יוכל לצוות לכתוב זמן באחרון ומספיקא נוקמה לנכסי בחזקת זה חיש לו שטר עם זמן ותלינן שזה שאין כחוב בשטרו זמן היה מוקדם כדאיתא בש"ם כתובות (דף צד) ואיתא בח"מ (סימן מג' סכ"ג) באם בשטר אחד כתוב ה' בניסן והשני כתוב בו ניסן התם מוקמינן לנכסי ביד של זה שכתוב בו ה' בניסן ותלינן בהשני שהוא מאוחר וגם אינו טורף מלקוחות שמא שטרו מוקדם ודוחין איתו אלמא דלעולם תפסינן הודאי וא"כ קשה אמאי כתב זמן בראשון ואם ירצה לחזור הרי יכול לכתוב זמן בשני ואפשר היה לומר איפכא די"ל דלכך כתב הזמן דשמא כבר כתב לאחר קודם שכתב לזה ונכתב הזמן ליפות כח לומר שזה אחרון וביטל

את הראשון אלא דקשה לי על זה א"כ איך אמר רבי יוסי בגט זמנו של שטר מוכיח הא לפמ"ש הרמב"ם (בפ"ו מגירושין דין ב) דקודם הגט יאמרו לו כל הדברים שמסרת כו' וא"כ נ"מ טובא שאם לא היה כתוב ומן בגט ובאו עדים על מסירת מודעא שמסר על כל גט שכתוב עד כ' יום כמ"ש הרמב"ם שם וא"כ אהני זמן הגט לומר שהוא לאחר הכ' יום שמסר מודעא עליהם משא"כ אם לא היה כתוב בו זמן הוה מוקמינן לה בחזקת אשת איש ודוחק לומר דמדינא דש"ס לא חיישינן למודעא ולא צריך זמן משום הכי ובזו היה אפשר ליישב מה שפסקו הרי"ף והרמב"ם בגט דלא כר' יוסי וי"ל דאנן מחמרינן לחוש למודעא בסתמא א"כ י"ל שלכך כותב הזמן לבטל המודעא שכבר נשלם זמן המודעא דזה דחוק ורחוק. ועוד אם נעמיד בכונת הזמן דברים רחוקים י"ל גם במתנה ניחוש שלכך צוה לכתוב הזמן פן יופסלו העדים בתוך כך בגזלנותא ואהני הזמן שחתמו בכשרות ועדותן נאמנה ע"י עדים שראו שחתמו אז או שהוחזק כתב ידן קודם שנפסלו וצ"ע ואי לא דמסתפינא לומר דבר שהראשונים לא אמרו בו טעם הייתי אומר דבלא"ה תמוה כיון שכתב נכסיו ופירש בשטר לאחר מיתה מה הוכחה מן השטר שכיון להקנות לו מיד הלא אין דרך הנותן לצוות על הזמן אלא שאומר כתוב שטר שיקנה פלוני לאחר מיתה ואיך נשפוט הוכחה שכיון להקנות מיד. וראיתי למרן הב"י (בסימן רנ"ח) שכתב בשם תשובת הרשב"א דזמנו של שטר היינו בכתב השטר בעצמו או שציוה לעדים לכתוב בו זמן וזכור אני שכן קבלתי ממורי הרב ז"ל ואפילו ת"ל שאפילו לא צוה לעדים אלא שכתבו הם הזמן מעצמם היינו שצוה לעשות שטר ומן הסתם יש לו לדעת שיכתבו בו זמן אבל כאן שאינו אלא מזכרת כו' עכ"ל ובעניותי דברים הללו קשים לשמוע דמ"ש דלא אמרינן זמנו של שטר רק בצוה לעדים לכתוב בו זמן קשיא לי דבגיטין (דף פה:) איתא מיומא דנן לאפוקי מדר' יוסי דאמר זמנו של שטר כו' ופרש"י שתיקן כן להרגיל לסופרים אף בגט שכ"מ משמע לר' יוסי לא צריך כלל מן יומא והרי אפילו לרבי יוסי צריך כשהשכיב מרע מצוה סתם ולא פירש לכתוב בו זמן ולא אמר זמנו של שטר מוכיח עליו וא"ת שגם מן יומא דנן אין לסופר לכתוב בלי המלכת הבעל זו קשה מן הראשונה שהרי מעשים בכל יום שאין הבעל מצוה רק לכתוב גט (ואין כותבין ונותנין) וכותבין מן יומא ואין מי שישאל לשכיב מרע אם מצוה לכתוב כן ואפילו על הזמן אין דרך לשאול לשכ"מ שמצוה לכתוב גט אם ימות. ותו קשי' דא"כ בגט שכתב בו אם מת ולא נוד אם צוה לעדים על הזמן בפירוש אף ר' יוסי לא יאמר זמנו של שטר מוכיח עליו דהא יש לחוש שמא לא צוה על הזמן בפירוש שאין דרך לשאלו על כך וכן בשחט בו שנים או רוב שנים ורמז ואמר כתבו גט לאשתי ודאי כותבין [הזמן] בכלל שופרא דלישנא אף

שאין דעתו מסתמא אלא אם ימות וכותבין הזמן מעצמם א"כ גם ר' יוסי לא יתיר אלא בנודע שצוה על הזמן וא"כ בלא נודע גם לר' יוסי מידי ספיקא לא נפקא שמא לא צוה על הזמן וזה רחוק שנאמר מה שאמרו ורבותינו התירוה לינשא הוא דוקא באופן שהיה ידוע שצוה על הזמן ועוד דא"כ מאי דחיק בש"ס גיטין (דף ע"ב) על רב הונא דאמר חולצת וכי תימא מספקא ליה לרב הונא כו' ופריך ארב הונא דס"ל בודאי כר' יוסי הא איכא למימר דהא דאמר חולצת היינו בלא נודע שצוה על הזמן וגם מ"ש שאפילו תמצא לומר גם בכתבו מעצמם אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו וכן נראה שתפס רמ"א לעיקר סברא זו (ס"ס רנ"ח) מ"מ מ"ש שצוה לעשות שטר ויודע שיכתבו בו זמן קשה ג"כ טובא דא"כ מאי הוכחה יש מן הזמן שהרי עיקר הוכחה דא"כ למה כותב בו זמן וכיון שיודע שכתבו הסופר מעצמו שדרכו בכך וכי יש לו להקפיד על (יחוד) [דרכו] של הסופר ושופרי דשטרא שכותב הסופר מעצמו עד שנבנה יסוד על זה ועוד אטו אם הנותן אדם שאינו בקי בטיב שטרות כלל לא נימא זמנו של שטר מוכיח ולכן היה נלענ"ד לפרש טעמא דמילתא דודאי אם צוה לכתוב נכסיו לבנו הרי ראינו שחפץ ליתן לבנו מסתמא דעתו שיכתבו באופן שיועיל לקיום המתנה וכמו בכל שטרות שמסתמא דעתו לכתוב כראוי לפי הדין אף אם אינו יודע כיצד לכתוב דיועיל ע"פ הדין וכדאיתא בח"מ (סי' סא ס"ה) אלא דמ"מ הך דכתב נכסיו לבנו מיירי שמקנה לו הנכסים ע"י השטר. וא"כ צריך שיהיה משמעות השטר שקונה מחיים וכיון שבשטר כתב לאחר מיתה ולא כתב מהיום א"כ אין כת בשטר שיקנה על ידו דאין כאן ספר מקנה מאחר שאין שטר לאחר מיתה וממה שדעתו של נותן להתחיל במתנה מעכשיו לא יועיל לקנות דאפילו דברים בלא שטר לא מהני ולזה כיון דהזמן נכתב בשטר גם השטר משמעותו שיקנה מיד והיינו בצירוף שאנו יודעין שדעתו שיוכתב באופן שיועיל וכיון שאין שטר לאחר מיתה לא אמרינן שאין לו דין שטר מאחר שאינו מבורר בו קנין המועיל אמרינן זמנו של שטר מוכיח שיחול הקנין מזמן השטר ויש כח בשטר שיקנה על ידו דהזמן מוכיח שיקנה מיד מאחר שאנו דנין כן מסברת עצמינו שנתכוין הנותן שיהיה קנין וכן בגט כיון שרוצה לגרש אשתו מסתמא דעתו שיהיה גט כריתות שיועיל אלא דבלא כתב בו זמן הרי אין הכריתות מבואר משא"כ בכתב בו זמן מקרי שפיר כריתות שמורה שמזמן הכתוב נתגרשה וכן בההיא דגיטין (דף עו:) באמר ה"ז גיטיך לאחר יב"ח ומת תוך יב"ח דרבותינו התירוה לינשא הטעם ג"כ כיון דחושש על עיגון שלה מסתמא דעתו שלא יתבטל ע"י מיתתו אלא שלולי הזמן לא הי' כח בגט לכרות אבל כיון שכתב הזמן שפיר כורת כיון שדעתו ג"כ שיהיה גט באופן המועיל:

ובהכי ניחא ליישב דעת הרמ"ה שהביא בטור ח"מ (סימן רנ"ח) דבהקנה לאחר שלשים יום ומת תוך שלשים לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח שהיה צריך לכתוב הזמן לידע מתי כלין השלשים יום ותמה עליו בב"ח דבס"פ מי שאחזו (דף עו:) באומר אם לא באתי מכאן עד י"ב חודש אמרינן ג"כ דלר' יוסי זמנו של שטר [מוכיח] עליו. ולפ"ז י"ל דודאי שם שבא לגרש בשביל העיגון א"כ דעתו לגרש באופן המועיל וכיון דלא ניחא ליה שתזקוק ליבום מסתמא דעתו שאם לא יבא מחמת סיבת המיתה ג"כ יהיה הגט משא"כ באמר סתם לאחר שלשים יום שפיר י"ל שלא היה ניחא ליה להקנות כי אם אחר ל' יום דוקא ואף שלשון רמ"ה דחוק לפ"ז מ"מ נראה בזה נכונים דברי המגיד משנה שכתב ליישב דברי הרמב"ם (פ"ו מאישות הלכה ט"ו) שכתב וכן הדין בגיטין ובממונות בשעה שיתקיים התנאי הוא שיהיה גט או שיתקיים המקח ותמה במ"מ [פ"ח מהל' גירושין] דקיי"ל בדיני ממונות כר' יוסי דזמנו של שטר מוכיח עליו א"כ חל מזמן השטר וכתב המ"מ שהוא סבור ולענין דינא לא אמרה רבי יוסי אלא במזכיר מיתה כיין שידוע שאין שטר לאחר מיתה וכיון שכן שלא לפסול השטר לגמרי אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו אבל כשאינו מזכיר מיתה אלא שתולה דבריו בתנאי או שאמר לאחר זמן פלוני כיון שאפילו בלא מעכשיו היה אפשר שיתקיים הענין בקיום התנאי או בהגעת זמן בחיי המגרש לח מצינו שאמר ר' יוסי זמנו של שטר מוכיח עליו:

והב"י (בסי' רנח) כ' ואין דבריו נוחין שהרי עיקר הטעם דא"כ למה כתב זמן בשטר א"כ גם בתנאי שייך זה ולפמ"ש לק"מ דדברי המ"מ ברורים דעיקר הטעם שמסתמא דעתו כן ואין הענין תולה ביד עת הבעל מן התנאי. וגם הך דס"פ מי שאחזו נמי ניחא דמאחר שעושה כן לטובתה שלא תתעגן א"כ אפילו מת דעתו שיהיה הגט בכל אופן ואף שאין משמעות הגט אלא אחר יב"ח כיון שיש בו זמן נוכל לפרש משמעות שיחול מעכשיו ושפיר כורת אם נתכוין לכך אבל בשאר תנאי שי"ל שלא נתכוין כלל כגון שהי' בביתו וגירשה לאחר שלשים שאין לנו טעם ברור שעושה כן בשביל עיגון שלה לא אמרינן שיהי' הוכחה מן הזמן שנכתב בשטר מאחר שלא נתכוין לכך. ולכן בדיני ממונות שי"ל לכמה טעמים ואמתלאות רוצה שתחול דוקא לזמן שקבע או בתנאי שהתנה אין לומר כלל זמנו של שטר מוכיח עליו ולק"מ ובזה נדחה מ"ש בש"ך (סימן רנ"ח) דבאה"ע (סימן קמ"ד ס"ב) מוכח דלא כרמ"ה ולמ"ש לק"מ:

ומעתה לפ"ז א"צ לדחוק כמ"ש המפרשים דבצוואת שכ"מ לא שייך זמנו של שטר דודאי כן הוא כיון דעיקר צוואת שכ"מ קונה לאחר מיתה אין הוכחה מן הזמן כלל שאין הזמן מורה שיהיה קנין משעת הזמן רק כשאנו דנין שבודאי נתכוין לכך:

וא"ת לפ"ז איך איתא בב"ב (דף קנ"ב) במתנת שכ"מ שכתב בה קנין דשמואל ס"ל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה נימא זמנו של שטר מוכיח עליו שהקנה מיד י"ל דכיון דסתם מתנת שכיב מרע לא אהני לה הזמן וסתמה לאחר מיתה א"כ גם בזה אנו אומרים שרוצה שיקנה ובקנין אלים לאחר מיתה ולא שיהיה מתנת שכ"מ ונ"מ לענין מלוה ע"פ ומזון אשה ובנות שגובים ממתנת שכ"מ ואין הוכחה גמורה שנתכוין למתנת בריא רק שיקנה לאחר מיתה בקנין וכן צ"ל גם לתירוץ המפרשים שלכך כתב הזמן כדי שיוכל לחזור ולדעת מי אחרון וא"כ קשה ל"ל הקנין אלא ודאי ע"כ הקנין בא שאם לא יחזור יקנה המתנת שכיב מרע בקנין אלים לאחר מיתה וא"כ י"ל כמ"ש משא"כ בריא וכותב נכסים לאחר מיתה כיון דאין שום מציאות למתנת בריא לאחר מיתה מסתמא דעתו שיקנה מיד שיהי' באופן המועיל אבל בשכיב מרע שכ' קנין כיון דיש מציאות מתנת שכיב מרע לאחר מיתה י"ל שכיון שיקנה המתנת שכיב מרע ע"פ הקנין וזה אי אפשר ולא נעמיד שמתכוין למתנה שאינה נהוגה בשכ"מ מאחר שעיקר מתנת שכ"מ היא לאחר מיתה משא"כ בבריא שכותב נכסיו לאחר מיתה שאין ענין זה נהוג בבריא מסתמא אמרינן שכיון למחנת בריא המועלת וא"א שתועיל אם לא מחיים אמרינן שפיר זמנו של שמר מוכיח עליו:

ב

כל זה כתבנו להתלמד במקום אמר שלא לצאת מן הענין ריקם אבל בנ"ד פשיטא שאין בטענה זו ממש דכיון דמפורש בהדיא שהיה במתנת בריא משום שכתב לשון צוואה אינו ראיה כלל שלא גמר להקנותי אלא בשטר ומה שנשתבש בלשון מהר"ם פדואה (סי' נה) אדרבה מבואר במהר"ם שם דכל שכונתי שלא יקנה מיד שפיר שייך לשון צוואה וח"כ פשיטא בנ"ד שכל הענין היה מה שיעשו בעזבונו אחר מותו פשיטא שייך לשון צוואה ולא בא מהר"ם לומר אלא דלא נימא שכונתו שיקנה מיד גוף ופירות שהרי דחק מהר"ם לקיים לשון הצוואה שכיון מהיום אם לא אחזור בי ובזו ניחא ליה לשון צוואה אף שאם אינו חוזר קנה למפרע מדינא לא מטעם מתנת שכ"מ וכ"ש בנ"ד שמפורש שהיה במתנת ברי וכן מפורש ברמ"א שם (רנ"ז) דברי שרוצה לעשות צוואה צריך להקנות בקנין הרי דצוואה שייך במקנה בקנין:

וגם בסימן (רנ"ח) מבואר אפילו כתב בהדיא לאחר מיתה ואין בו זמן מ"מ אם יש בו קנין קנה וכתב רמ"א שם דסתם קנין הוא מעכשיו ואפילו למ"ש בסמ"ע שם דבכתב לאחר מיתה צריך שיגיע השטר לידו הרי בנ"ד זוכה ע"י אחר והוה נמסר לידו ומה שנסתבך הטוען הלזה בלשון רמ"א (סימן ר"נ סי"ד) גבי מצוה מחמת מיתה שכתב אם פירש

בהדיא שנותן במתנת ברי במעכשיו וקנו מידו קנה ע"כ משמע דסתם קנין לא מהני ואם נימא דבעינן בפירוש מעכשיו תקשי דדברי רמ"א סותרים שהרי (בסימן רנ"ח) כתב דסתם קנין הוא מעכשיו וכ"כ רמ"א (סימן קצ"ה ס"ה) ובאמת במקור הדין בנ"י בשם הריטב"א הובא בית יוסף כתב בזה"ל אם התנה שנותן מתנה קיימת לעולם יקנו מידו מעכשיו הרי הוא כמתנת ברי לדברי הכל עכ"ל וי"ל שאם קנו מידו שנותן מתנת ברי א"צ מעכשיו כלל דסתם מתנת ברי במעכשיו היא ואפילו תימא דרמ"א מעכשיו דוקא קאי ונקט י"ל דכונת רמ"א דאם קנה בלא מעכשיו אף דסתם קנין מעכשיו הוא מ"מ י"ל דמ"מ אם עמד חוזר דהא קיי"ל כר"ש שזורי דאזיל בתר אומדנא ובכותב כל נכסיו אפילו קנה בקנין מכל מקום יכול לחזור בו כדאיתא בב"ב (דף קנ"א:) שכיב מרע שכתב כל נכסיו אע"פ שקנו מידו אם עמד חוזר בידוע שלא היה מצווה אלא מחמת מיתה ע"כ והא סתם קנין סודר הוא מעכשיו דהא התם ע"כ במיפה כחו אירי דאי לא לא קנה כלום לשמואל לשיטתיה וא"כ אפילו קנו מידו סתם מ"מ יכול לחזור וקשה על רמ"א דסתם קנין הוא מעכשיו וצ"ל כמ"ש דמ"מ חוזר מטעם אומדנא ולכן ס"ל להרמ"א דלא סגי באם מקנה במתנת ברי בלא פירש מעכשיו דאפשר שלא הקנה לו אלא שהיה סבור שימות אבל אם עמד היה חוזר ולכן צריך לפרש שמקנה לו הנכסים מעכשיו משא"כ (בסימן רנ"ח) דמיירי בלאחר מיתה א"צ מעכשיו כלל כיון שלא עמד וא"כ ממילא בנ"ד כיון דהיה במתנת ברי בקנין לא שייך ביה חזרה כלל ודינו כמהיום ולאחר מיתה:

וגם עיקר הטענה אין בה ממש שעושה יסוד על זה כיון שהוא בלשון צוואה כוונתו לאחר מיתה ויפוי כח לא מהני כיון שהוא ברי וזמנו של שטר לא שייך די"ל כמו במתנת שכ"מ שכתב הזמן לריעותא שיוכל לחזור וליתן לאחר וא"כ תמה על עצמך איך אמר ר' יוסי זמנו של שטר מוכיח בכותב לאחר מיתה נימא לעולם לא הקנה מחיים כלל וכתב הזמן פן יחזור ויחן לאחר מאחר שלא כתב כי אם לאחר מיתה אלא ודאי לא אמרינן הך סברא רק בשכיב מרע שמעיקר הדין דבריו קיימים ויכול לחזור אבל בברי לא אמרינן הך סברא ואמרינן שבודאי נתן באופן המועיל ואף שכתב בלשון צוואה כיון שכתב בהדיא שיהיה במתנת ברי וגם יפה כח וכתב בכל אוה"מ פשיטא דלא גרע מאמר בהדיא לאחר מיתה דאמרינן זמנו של שטר מוכיח ומי גרע לשון צוואה מאם אמר בהדיא לאחר מיתה כללא דמילתא צוואה זו היא מתנת ברי שהיא כמתנת שכיב מרע כדאיתא בב"ב (דף קל"ה:) וטענת היורש משום ירושה לית בה ממשא:

(**טענה שני**) **כי** טען היורש לפי שכתוב בצוואה שהקנה החוב של ר' משה ובחוב אינו מועיל שום קנין וכן מ"ש אם המצא ימצא איזה מעות מזומן בפדיון סחורה שלי הכל

שייך לכתובתה וכל זה נתן לה במתנה גמורה וסיים כל זה נעשה בק"ג אק"ס ומטבע אינו נעשה חליפין וא"כ דמי לקני את וחמור ובזה הביא רמ"א בח"מ (סימן ר"ג ס"י) שלשה דעות בהחליף קרקע ומטלטלין לחד דעה לא קנה כלום וי"א קנה הכל וי"א דקנה המטלטלין ולא המעות והוא מן המרדכי במי שמת ע"כ:

ג

תשובה לזה צריך אני להאריך קצת ולברר ביטול סברא זו המחצבת רהב וגורמת בילבול בכמה קנינים ולפי שזכתה דיעה זו לקבוע בש"ע בהגהת רמ"א גדולי האחרונים תופסין בה לומר קים לי. ולזאת אמרתי לבאר בארוכה מה שאינו כהלכה. ובאיזה אופן יתכן לצרף דעה זו ותחלה אומר כי לפי דרכי ההוראה וההכרעה להלכה ראוי לתפוס מילתא מציעתא מאחר די"א שקנה הכל וי"א קנה מחצה וי"א לא קנה כלום הרי דעה זו בטילה ברוב והלכה כדברי המכריע דקנה מחצה שהיא הנכונה שבסברות לדידן דקיי"ל כרב נחמן בקני את וחמור דקנה מחצה אך נראה דתלי' באשלי רברבי. והנה נבאר בקצרה כי עיקר מקום תפיסה שיש לדיעה זו לומר שלא קנה כלום הוא מהך דקדושין (דף נא) דפריך אי דאמר כולכם קני את וחמור הוא והנה הרי"ף שם לא הביא הך דהראוי לביאה וכתב הרא"ש דס"ל כיון דקיי"ל קנה מחצה לא קשיא כלל מקני את וחמור וגם הר"י בעל התוס' וכ"כ התוס' בב"ב (דף קמ"ג) דהקושיא שלא אליבא דהילכתא וכבר אמרו שהלכה כרי"ף במקום שאין התוס' חולקין וכ"ש הכא ששניהם מסכימים וגם לפמ"ש הרא"ש בשם יש מחלקין בין היכא דמפיק להו בתרי את וחמור אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו דאמר כולכם מודה רב נחמן דלא קנה ובנ"ד הוי כמו מפיק להו בתרי שהרי פרט כל אחד לעצמו וגם דעת הרמב"ן שהביא במ"מ (פ"ט מאישו') דהסוגיא דלא כהלכתא וגם הרשב"א ס"ל כן רק שהניח בצ"ע על הרמב"ם שפסק באמר כולכם אינן מקודשות כמ"ש בפ"ט ואפילו נתפוס דברי הרמב"ם כפשטן מ"מ אין ראיה שיסבור כהך דעה דמתוך שלא קנה המעות לא קני המטלטלין דהא אפשר שיסבור הרב סברת רבינו שמחה דחילק בין חמור שאינו בר קנין כלל למעות שיתכן בו קנין אחר הגבהה או משיכה וא"כ אין מדברי הרמב"ם ראיה לדבר שאינו נקנה בקנין כיון דיתכן בו קנין אחר משא"כ באחיות שלא יתכן בהם תפיסת קדושין כלל:

וא"כ כיון דהנך י"א שהביא במרדכי שלא נודע מי האומר וגם אפשר שלא העמידו דבריהם להלכה רק בדרך משא ומתן של פלפול והרי הרי"ף והרא"ש והרמב"ן והרשב"א (וכדומה שגם דעת הריטב"א אלא שאינו בידי כעת) שסבורים גם בקדושין אף אם אמר כולכם הנכריות מקודשות פשיטא שדעת זו בטילה וגם מהרמב"ם ובעל הלכות אין

הכרח שסברי כדעת זו די"ל דס"ל כחילוק רבינו שמחה דאחיות גריעי דאין שום תפיסת קדושין בהם כלל. ויען בעו"ה בדור היתום הלזה כשל כח הסברא ודרכי ההוראה לדחות הכתוב בספר (וברר) [אברר] עוד בראי' ברורה דליתא להך סברא דאיתא בגיטין (דף ח:) עבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסיי קנויים לך עצמו קנה נכסים לא קנה ומבעי' לן כל נכסי אי אמרינן פלגינן דיבורא ואביי ס"ל מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו ורבא ס"ל עצמו קנה נכסים לא קנה דפלגינן דיבורא ופריך כמאן כר' שמעון דאמר פלגינן דיבורא דתנן הכותב כל נכסיו לעבדו יצא בן חורין שייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין ר"ש אומר לעולם הוא בן חורין עד שיאמר כל נכסי נתונים לפלוני עבדי חוץ מאחד מריבוא שבהם ופרש"י אף שאמר כל נכסי חוץ מבית כור שלא קנה שום קרקע שיכול לדחותו מ"מ יצא בן חורין. והנה לכל הפירושים הדמיון שמביא בש"ס דלר"ש פלגינן דיבורא קשה הא יש לומר דלא דמי להך פלגינן דיבורא דמייתי ממתני' דשם י"ל שלא ישכח בשטר הלזה להתפיס השיחרור בעבד כיון שנתבטל מקצת הדיבור ולא פלגינן דיבורא אבל כאן בעבד שהביא גיטו שהשחרור נעשה כהלכתו א"כ מאי איכפת לן במה שצריך לקיים שטרו בשביל הנכסים מ"מ השיחרור נעשה כדת ולא תליא כלל בפלגינן דיבורא. ואחר שראינו דבש"ס מדמי להו להדדי בהכרח צריך לי לומר דפשיטא לי' להש"ס דגם בקיום שטרות אי לא יתכן שישתחרר במחצית הדיבור גם בקיום שטרות דרבנן לא הוה מקיימינן מקצת שטרא ומבטלין מקצת שטרא ולהכי פשיטא דאי לא פלגינן דיבורא לא הוה משתחרר בלא קיום ומבואר מזה באמר עצמך ונכסי לכ"ע אפי' יהיה המתנה של הנכסים בטילה מ"מ משתחרר העבד עצמו וכן מבואר בהדיא בפרש"י (דף ט) ד"ה התם דבאמר עצמך ונכסי שפיר הוה כרות גיטא וא"כ קשה למ"ד קני חת וחמור לא קנה כלום איך יתכן הך דעצמך ונכסי קנוים לך דעצמו קנה וכן הך דר"ש דקנה עצמו אע"פ שלא קנה נכסים ואמת כי לשיטת התוס' אפשר לחלק קצת דמפרשין שאמר לו חוץ משדה פלונית ואין לו אלא אותה שדה שאינו מתקיים דיבור כל נכסי רק בעבד א"כ י"ל דשם לא שיתף בקנינו דבר שאינו נקנה כלל רק שנתבטל דיבור כל נכסי אבל אם שיתף חמור בקנינו אינו קונה אבל בתר עיון הא ליתא דא"כ איך מייתי ראיה לעבד שהביא גיטו שהנכסים משותפים בקנינו א"כ י"ל כמו שאינו קונה הנכסים לא קנה עצמו וגם איך פשיטא ליה בעצמך ונכסי שעצמו קנה ונכסים לא קנה אלא ודאי אין כל הקנין מתבטל בשביל ביטול קצתו ואת וחמור צ"ל כסברם רבינו שמחה שאינו בר קנין כלל אבל נכסים בני קנין הם ונ"ל דאפילו בדבר שלא בא לעולם נמי י"ל שקנה מ"מ הדבר שהוא בעולם ולא שייך סברת רבינו שמחה רק בענין שאין הדבר ראוי לצאת

מרשות מקנה לרשות קונה כמו חמור שאינו בר קנין אבל דבר חלא בא לעולם מ"מ ראוי ליכנס מרשות מקנה לרשות קונה כש בא לעולם אינו מגרע הקנין של דבר שבא לעלם בשביל כך כן משמע ממתני' (ספ"ג) דפאה המקדיש כרמו משנודעו העוללות העוללות לעניים משמע אע"פ שהקדיש כל הכרם אין ההקדש מתבטל בשביל שהקדיש גם דבר שאינו ברשותו מ"מ מה שברשותו הוא הקדש ואף שאין יכול להקדיש העוללות כלל מ"מ מידי דממון הוא וסבור הוא להקדישו ואף שאינו שלו מ"מ אין ההקדש בטל במה שהוא שלו. משא"כ בקני את וחמור שאין לחמור רשות כלל שיכניס הדבר לרשותו של חמור אבל כאן הרי העוללות הם ג"כ דבר שבממון וכ"ש לפרש"י וריף שפירשו דקאמר לעולם הוא בן חורין אפילו אמר חוץ מבית כור שלא קנה קרקע שיכול לדחותו ובאמת הקנה לו שניהם הרי הדבר מפורש שאף שלא קנה הקרקע מ"מ קנה עצמו ואילו אמר עצמך ונכסיי קנויים לך חוץ מבית כור קרקע שפיר היה קונה עצמו וכן דעת הר"י הלוי כמ"ש הר"ן שם וגם דעת הרמב"ם (בר"פ ג' מהלכות זכי') שסובר שצריך לסיים הממכר יצא לו ג"כ מפירושו של הריף ורבו ר"י הלוי וכמו שהעיד עליו הראב"ד שם וכיון דס"ל כפירוש הריף א"כ לר"ש ס"ל אפילו אמר חוץ מבית כור קרקע אף שלא קנה הקרקע מ"מ קונה השיחרור אלא דבשחרור טעמא אחרינא איכא דלאו כרות גיטא הוא וכמ"ש הרמב"ם (רפ"ז מהלכות עבדים) ויש מקום עיון במ"ש הרמב"ם שם שאפילו אמר עצמך וכל נכסי קנויים לך תם שייר דבר לא קנה הא בש"ס דס"ד משום דפלגינן דיבורא וטעמא דת"ק דלא פלגינן דיבורא א"כ בעצמך ונכסיי גם ת"ק מודה דהוה שחרור וא"כ מנ"ל למסקנא דגם בשני דיבורים לאו כרוח גיטא הוא ושן פרש"י למסקנא בעצמך ונכסיי הוה שפיר כרות גיטא וצ"ל דס"ל להרמב"ם כיון דלפי האמת אמרינן פלגינן דיבורא ומ"מ לאו כרות גיטא הוא א"כ אין חילוק אפילו אמר עצמך ונכסיי נמי לא כרות גיטא הוא ואין כאן מקומו:

עכ"פ ביררנו דאפילו אמר כל נכסיי יש דברים שאין נקנין מ"מ קנה דבר הנקנה ועפ"ז פרשתי בחדושי ליישב הך סוגיא שא"צ לדחוק כפרש"י ותוס' אלא דמשמע לן אפילו אמר כל נכסי וכיון דכל מידי אקרי נכסי כדאיתא בב"ב (דף קנ"א) ומטלטלין לא מקני בשטרא אלא באגב וקיי"ל דאגב וקני בעינן וא"כ לא קנה המטלטלין כלל ולשיטת הריף דס"ל היכא שהם צבורין לא בעינן אגב י"ל ע"פ פרש"י כיון דלא נודע איזה חלק אפי' ציבורין לא הוי כיון שלא נודע איזה חלק הקנה לו אלא שא"צ לזה דודאי משמע אפילו לא אמר אגב רק בשטר ומטלטלין לא מקני בשטרא ואף דלא קני המטלטלין בשטרא מ"מ קונה העבד ושאר' נכסים ואין להאריך כאן בזה עכ"פ מוכח דבהקנה דבר שאינו

נקנה עם דבר הנקנה שפיר קני למה שהוא נקנה ומכאן קשה לי על היש מחלקין שהביא הרא"ש בקדושין דמחלקין בין חד כולכם לקני את וחמור שהם שני דיבורים דהא קיי"ל פלגינן דיבורא וא"כ אין חילוק בין חד דיבור לשני דיבורים אין להאריך בזה:

וגם לפי דברי הר"ן בקדושין שם שחילק דבאחיות י"ל שלא ביקש רק לקנות כולם ומדמי להו לכור בשלשים סאה אני מוכר א"כ נראה שזה אינו רק במוכר משא"כ בנותן מתנה דהמקבל ודאי חפץ לקנות מה שאפשר א"כ שפיר י"ל שאינו מתבטל בשביל קצת שאינו נקנה וזהו סברא נכונה לחלק בין לוקח למקבל מתנה וא"כ א"ש סוגיא דגיטין שכתבתי דשם העבד רוצה בשחרור בכל אופן:

ועם מ"ש נתיישב ג"כ מה שנדחקו כל מפרשים מאי פריך מקני את וחמור הא קיי"ל קנה מחצה ונדחקו דהסוגיא אתיא דלא כהלכתא ולפמ"ש א"ש דהא שם קאמר ולטעמיך היינו לאביי ואביי ס"ל בגיטין (דף ח:) דלא פלגינן דיבורא וא"כ י"ל בקני את וחמור שהקנה בקנין אחד שניהם לא קנו ואפילו תימא שהם שני דיבורים עכ"פ בכולכם לא פלגינן דבורא ואביי לשיטתי' וא"כ הרי זה סיוע להאומרים שאינו קושיא אליבא דהלכתא כדמשמע פשטא דמילחא דהא גם בב"ב (דף קמג) מקשי מינה אהך פלוגתא עכ"פ יש לנו לומר אפילו לשיטת הרמב"ם ובעל ההלכות שלא אמרו כן במקבל מתנה שהרי המקבל דעתו לקנות מה שאפשר לו רק במכר י"ל שאינו רוצה לקנות זה בלא זה:

ומעתה גם דברי רמ"א (בסימן רג) שכתב החליף מעות ומטלטלין י"ל היינו בדרך חליפין של מכירה אבל במתנה מודה רמ"א דקני שפיר וכן יש להוכיח מדברי רמ"א גופיה (בסימן רפ"א ס"ז) בכותב לבתו שתטול כחצי חלק (דבר) [זכר] שכתב שאין נוטלת רק בנכסים שהיו לו אז ולא במה שנפלו (לה) [לו] אח"כ אלמא דהקנה [לה] (לו) ג"כ מה שישאר אחריו שהרי הקנה לה חצי חלק זכר שהכל בכלל מ"מ אמרינן שקנתה במה שהיה לו ואין הקנין בטל לגמרי והוא מתשובת מהר"ם ולמאי דפרישית א"ש דלא אמרינן שיתבטל הקנין רק היכא שי"ל שלא היה מתרצה לקנות זה בלא זה אבל במתנה קני בכל גווני וגם אפשר דגם במרדכי עובדא הוה בדבר מכירה:

עכ"פ זכינו לדון שבמתנה שפיר קני מה שמקנה והדברים ברורים. לאמתה של תורה כמסיני מסורים. ויתד שלא תמוט. וא דבדברי רמ"א בתשובה לא משמע כן י"ל שלא כתב רק לפלפול ולהרבות סברות לסתור דברי ב"י. וכ"ש בנ"ד לפי מה שנראה מטענת היורש שקודם [מותו] החזיק וציוה שנית לקיים כפי הצוואה ד"ל שכיון להקנות מחדש בצוואת שכ"מ אז לא יועיל הלשון הכתוב בשטר ומ"ש הטוען שכתב שהרשה לדור בחנות והוה דבר שאין בו ממש והדר ה"ל קני את וחמור י"ל כיון שהזכיר הצוואה הראשונה ושם

יש בה קנין והיכא דיש בה קנין אמרי' מגופה של קרקע קנו מידו וכיון לחזק הכל ע"פ צוואת שכ"מ א"כ הוה כאילו הזכיר עכשיו ג"כ גוף לדירה ולא אאריך בזה מאחר שכבר כתבתי מה שנראה עיקר בגמרא ופוסקים דבמתנה קני בכל גווני ולמי שיתעקש בכל דהו דחינן לדיעה זו שאין לה קיום:

(**טענה** שלישית) **לפמ"ש** רמ"א (בסימן רט ס"ד) האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכר היין הוה דשלב"ל י"א דכל זה מיירי במקנה לו סתם אבל אם אמר בפירוש שיקנה כשיהיה בעולם קנה אע"פ שעכשיו אינו בעולם וי"ח והט"ז פסק כהי"א א"כ כיון שבכל הצוואה לא נזכר שהקנה לעניים את גוף הבית רק דמי הבית שציוה ליתן להם דמים ממה שיומכר הבית וא"כ לא קנו העניים כלל ואף בצוואת שכ"מ לא קנו כמ"ש (בסימן ריב"ב ס"ז) ע"כ:

ד

תשובה על טענה שלישית. ידי עלי' אשית:

איברא ודאי דבשלב"ל אפילו אמר כשיהיה בעולם לא ותמהני על רמ"א שהביא הך דיעה שהיא דחויה בראיות ברורות במרדכי ר"פ יש נותלין ות"ל קיימתי מסברא דנפשאי. ועוד תימא שהרי משנה מפורשת היא בפ' האומר (דף סב) באומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שאתגייר כו' דאינה מקודשת ומבואר בש"ס דלר"מ מקודשת וכל הפוסקים פוסקים דאינה מקודשת משום דאין אדם מקנה דשלב"ל וכן בפ' אע"פ (דף נט) שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה תקדש דלא קידשה וכן בר"פ המפקיד בעינן דוקא סמוך לגניבותה קניה לך ופשיטא שאין לדיעה זו שום קיום ותימא על רמ"א שהביאה בש"ע:

ומ"מ גם במה שסתם רמ"א כדברי המרדכי דמדמי היין הוה דבשלב"ל ולא הביא שום חולק על זה ובאמת דבר זה תלי' בשני תירוצים של התוס' בגיטין (דף סו ד"ה דמי) ולתירוץ קמא דוקא אם אמר כשיבאו אבל אם אמר מדמי חמרא בעי למימר שיהי' היין קנוי ליה לדמי ע"כ. ונראה שלזה דקדק רמ"א לכתוב דמי היין כשימכר דדמי לאומר (בשו') [בשור] כשיבאו דמיו יקדשו דמקרי דבשלב"ל ותפס תירוץ זה לעיקר ולא ס"ל תירוץ השני של התוס' דמסתימת כל העוסקים הרי"ף וראש"ש ורמב"ם ומחבר (בסימן רנ"ג סי"ג) שאם אמר תנו ק"ק זוז מייני קני שפיר אפילו לא נמכר היין כלל וא"כ דון מינה בנ"ד שאמר הבית יומכר כו' ומדמי מכירה היינו ממש מדמי מכירת ביתו וכן נזכר (באות יג) מדמי מכירת ביתו ובכה"ג ודאי הקנה הבית לדמיו. ועוד נראה דהא בלא"ה צריך להבין איך חשיב בערכין (דף כ:) באמר שור זה כשיבאו דמיו יקדשו דשלב"ל הא משמע בפ' אע"פ דכל שבידו לא מקרי דשלב"ל ואם אמר שדה זו שמשכנתי לך

לעשר שנים כשאפדנה תקדש הוה הקדש משום דבידו לפדותה וא"כ כאן נמי בידו למכור השור ודוחק לומר שלא ימצא קונה שהרי לא פסק הדמים וגם במשכנתא נימא שלא יהיה לו דמים אלא נראה דשם לא נחתא קדושה על השור ולא הקדיש רק הדמים שיבאו והרי המעות אינם ברשותו משא"כ בשדה שהשדה אף שהיא ממושכנת מ"מ ברשותיה קאי ובידו לפדותה א"כ (נדחקו) [נתחזקו] דברי רמ"א דפשיטא דבכה"ג מקרי דבר שאינו ברשותו שאין לו שום זכות בדמים שיבאו אח"כ. ומעתה נראה שזה החילוק שחילקו בתוס' הוא זה דודאי שם לא נתכוון שיהיה שום קדושה על השור ואם ירצה יאכלנו רק (כשיטלו) [שיטלו] הקדש הדמים ואין שום קדושה על השור אבל אם אמר תן לפלוני מדמי חמרא אין לנו לומר שנתכוין דוקא אם ימכרם דכיון שנתכוין ליתן לו מסתמא ודאי ר"ל שינתן לו בהכרח לא שישתו היורשים היין שלא יבא לכלל דמים והוי כאומר מכרו היין כדי ליתן לפלוני ויש בכח לשון זה כאילו אמר מכרו היין ותנו לפלוני ק' זוז אבל גבי שור אין לנו לומר שכיון למכור השור ולהקדיש דמיו דא"כ למה אמר כשיבאו דמיו יקדשו ה"ל לומר שור זה דמיו לעולה דהוה משמע דנחתא ליה קדושה מיד אבל ודאי גם התם אילו היה אומר מכרו השור ויהיה דמיו לעולה שפיר הוה נחתא ליה קדושה לענין זה והוה כדקל לפירותיו וא"כ כ"ש בנ"ד שאמר בפירוש מכרו הבית ודמיו לעניים דלא מקרי דשלב"ל. ועוד דאם תמצי לומר שנתכוין שלא יקנו העניים כי אם לאחר שיומכר הבית א"כ בלא"ה המתנה בטלה דהא לא ציוה למכור כי אם לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיחה ועיין (בסימן ר"ו ס"א) דאפילו מתנת שכ"מ לא מהני בכה"ג דמיד נפלו הנכסים קמי יתמי ועיין בס' צפ"ח ואין כאן מקומו וכ"ש בנ"ד שנתן במתנת ברי ואין קנין לאחר מיתה ותמיה לי על המרדכי בגיטין שם גבי דמי חמרא שתירץ לקושית התוס' דרב הונא לשיטתי' ס"ל אדם מקנה דבר שלב"ל ולהכי מהני שפיר מחמרא וקשה הא גם לרב הונא קודם שבא לעולם יכול לחזור בו כדאיתא פ' איזהו נשך וא"כ לא תירץ כלום כיון דהתם הוה מצוה [מחמת] מיתה וגם במצוה [מחמת] מיתה מילתא דליתי' בכרי ליתא בשכ"מ וא"כ אף למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מ"מ לא יוכל להקנות מה שיפול לו אחר מיתה וכן מפורש בש"ם קדושין (דף עח:) דאין יכול להקנות לו וא"כ איך קנה מדמי חמרא אפילו אם אמרינן דאדם מקנה דבר שלב"ל אלא ודאי ליתא עכ"פ בנ"ד שמפורש שנותן הכל במתנת ברי ודאי הקנה מעכשיו ועוד לפמ"ש בתשובת להרמב"ן דאף בדירה אם כתב קנין אח"כ אמרינן מגופא של קרקע קנו מידו וכן פסק רמ"א (ר"ס רי"ב) וא"כ בנ"ד שהקנה וכתב בפירוש באה"מ לקיום הענין ודאי לכ"ע מפרשינן שהקנה גוף הבית לעניים. ועוד דהא סתם ק"ס הוא מעכשיו

כמ"ש רמ"א (בסימן קצ"ה ובסי' רצ"ח) וגם זמנו של שטר מוכיח ומפורש בהדיא בכל אופן היותר מועיל ודאי מפרשינן שהקנה גוף הבית על כל קיום פרטי דבריו ועוד שבא בטענת היורש שקודם מותו בהיותו שכ"מ ביקש שיקיימו הדברים והוה צוואת שכ"מ כמ"ש רמ"א (בסימן ר"נ סכ"א) ומ"ש בטענת היורש דמהרא"י לא ברירא לי' אם הוא צוואה להוציא מן היורשים הנה אנכי רואה כי זה היורש טובתו דורש רעתו אינו דורש. ולסתור הבנין מזימות ומחשבות חורש. והכחיד תחת לשונו והעלים ממני ולא הגיד לי באיזה לשון אמר ואולי יש איזה חילוק מצד הלשון גם לפי הנראה לא נסתפק מהרא"י רק היכא שאפשר שלא היה דעתו בהחלט רק תלאו ברצון היורש ועשה דרך בקשה ואינו רוצה להעביר היורש על רצונו אבל בנ"ד שראינו שעשה כל מה שבכח ידו לחזק הענין ועל הסותר שפך כאש חימה. ורדפו עד חרמה. אין ספק כי שאל על זאת מחכמה. וחכם עדיף מנביא ירד לסוף דעתו של היורש כאשר הוכיח סופו על תחילתו. בכל תחבולת מזימתו. מבקש מרחוק עצתו. בודק עד מקום שידו מגעת החלוק אליו בעינו למצא אונו. לשנות צוואתו ואחר שהסכים בהסכמה גמורה ודאי עמד בדעתו ולא חזר מדעתו הראשונה ליתן אצבע כין שיני היורש לעשות מחובה רשות רק ביקש להיות נדון בכבודו יבא שלום על מנוחתו ובכהאי גוונא גם מהרא"י יודה שכיון לצוואה גמורה בפרט בזמן הזה אשר כשל ברחוב אמת דת האמיתי וילכו אורחות עקלקלות ולזאת ביקש לכל ופרץ גדרותיו ונתיבותיו להשיג גבול עולים ואפילו באיסור אשת איש החמורה לא חיישי' לשינוי דעקא אם קידש או גירש אחר ל' יום וא"כ כ"ש כאן שיש לדון הכל לצוואה גמורה ומה שנזכר בדברי הטוען דיש לחוש שמא יש לו עוד נכסים ובעינן עדים כפי הנראה אחר דצוה על צוואתו הראשונה שרובה מדברים של מיתה וזיכוי נשמתו ומצוה מחמת מיתה קני אפילו במקצת כמפורש (בסעיף ז) ואולי היה באופן שהכביד עליו החולי ג"כ וכל זה העלים ממני ולא הגיד לי:

ומה שפשפש ומצא בספר קצות החושן (סימן רנ) שהניח בצ"ע אם מתנת שכיב מרע מועיל בעניים בלא קנין דכיון דהוא בעי' דלא איפשט' בש"ס אם יכול לחזור וכשת"ל שלא יוכל לחזור א"כ הקנה מחיים וכל שהקנה מחיים צריך קנין ונתלה באילן גדול הוא הריב"ש בתשובה (סימן רז) שכתב ז"ל וכן מאי דבעינן בגמרא בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו הפקיר כל נכסיו חילק נכסיו לעניים מהו היינו לומר דאע"ג דבנותן כל נכסיו לאחרים איכא אומדנא דמחמת מיתה עבד הכא גבי הקדש וחלוק עניים איכא למימר דלאו מחמת מיתה עבד ובהקדש והפקר אף בברי דבריו ככתובים ומסורים וגבי חילוק עניים נמי באמירה בעלמא סגי כדדרשינן בפיך אצדקה אי נמי דמיירי באחת מדרכי

הקנאות דלאחרים אפילו בקנין אם עמד חוזר ובהכי אבעי' לן אבל לא לומר דמה שאינו קונה בברי יקנה משום אומדנא בשכ"מ או כשמוציא צוואתו מכלל צוואת שכ"מ עכ"ל ומזה הבין בעל קצות החושן דלפ"ז אם לא הקנה בקנין ומת י"ל שמא כונתו להקנות מהיום ולא קני בלא קנין ואפילו מתנת שכ"מ אינה ויכולין היורשים לחזור דהיורשים אין מחוייבים לקיים נדרו ואני אומר אחר שהעיד בעצמו שמחשובת כל האחרונים משמע דמהני צוואתו על הקדש עניים אין צ"ע שלו מוציא מידי ודאי האחרונים בתשובותיהם ועבדי בהו כמה עובדי וגם הריב"ש גופי' לדעתי לא עלה על דעתו להפך הקערה לגרוע כח העניים מן ההדיוט לענין שאם הוא בלא קנין גם היורשים יפטרו דהא זהו נגד משמעות כל הפוסקים מעתיקי הבעי' דש"ס בהקדיש לעניים וסלקא בתיקו הרי"ף והרמ"ה שהביא בטור (סימן רנב) וגם הרא"ש גופיה שפסק דאין יכול לחזור ולפי דברי הריב"ש דמיירי בקנין א"כ היה לו לרא"ש וטור לבאר דבלא קנין אפילו מת מתנתו בטילה ולענ"ד שלא יעלה כלל על לב אדם לגרוע כח עניים מן כח הדיוט לענין שתתבטל מתנתו גם בלא עמד. וכן ברמב"ם (בפ"ט מזכי') שכיב מרע שהקדיש או הפקיר או חלקו לעניים ם אם עמד חוזר בכל עכ"ל משמע בהדיא במת אינו חוזר ואפילו בלא קנין דומיא דהפקר והקדש וכן הוא בטור (סי' ר"נ ורנ"ב) דמבעיא לן אם חוזר אם יעמוד משמע במת פשיטא ליה דלא גרע מהדיוט וגם בדעת הריב"ש לא עלה למיזל בתר איפכא לומר שיגרע הקדש עניים מן ההדיוט אלא כוונתו דס"ל שאי אפשר שיתקנו בשכ"מ שיהי' קנין גמור ע"פ דברים בעלמא ולכן ס"ל דמבעיא לן כיון שדעת השכ"מ להיות ההקדש לעניים בכל אופן אפילו אם יעמוד אלא דבשביל זה לא יגרע אם מת אח"כ דלא שייך לומר שלא כיון להקנות אלא במתנת ברי רק היכא דיש בה קנין שאנו רואין מאחר שהיה יכול לקיים דבריו דברי שכ"מ בלא קנין אמרינן שלא גמר להקנותו אלא בשטר ולא נאמר שכיון ליפות כחו שלא יוכל לחזור וכן בכתב בהדיא שמקנה לו מהיום נ"ל שלא גמר להקנותו אלא במתנת ברי מאחר שסתם מתנת שכ"מ אין דרכה שיתן מהיום אבל בהקדיש לעניים שספק שלנו אם סתמו כפירושו שיקנה מהיום אף שלא יועיל בלא קנין מ"מ לא שייך לומר שלא גמר להקנותו אלא באופן שיועיל הקנין מהיום דוקא דמעולם לא אמרינן דעתי' לגרוע כח העניים כי אם ליפותן והגאון בעל קצות החושן ארכבי' אתרי ריכשי ליפות כח היורש שיהיה דינו כאילו כתב מהיום ושנאמר שלא כיון להקנות רק שיהיה דוקא מעכשיו וליתא וכן משמע מדברי הריב"ש גופיה שכל פלפולו על הצוואה שם שכתב בה אפילו אתרפא תהא הצוואה קיימת וכתב שם ז"ל ומה שהתנתה שתהא צוואתה קיימת אף אם תתרפא אינו מעלה ולא מוריד והצוואה בטילה מאלי' כשעמדה

משמע דבלא עמדה מודה דעכ"פ דין מתנת שכ"מ יש לה שקונה לאחר מיתה עכ"פ ולא אמרינן שכיונה דוקא שיקנה במתנת ברי וע"ש בריב"ש כמה פעמים שכפל כזאת ותלה ביטול הצוואה בעבור שעמדה מחלייי':

ובאמת גם בזה דברי הריב"ש שכתב דמיירי בקנין הוא נגד משמעות הפוסקים שלא כתבו בפשיטות דאם אינו בקנין פשיטא דלא קנו בפרט לדעת הפוסקים דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא וכ"ש לדעת הרא"ש שפסק שקנו העניים ואיך לא יבאר זאת:

ולכן נ"ל ברור שדעת הפוסקים דמבעיא לן אפילו בלא קנין אם היתה תקנת חכמים דודאי מה שחוזר בעמד היינו משום כיון דאיכא אומדנא א"כ אפילו הי' מקנה בקנין באופן שיהיה קנין דאורייתא היה חוזר אם עומד מטעם אומדנא דמוכח א"כ. גם צוואת שכ"מ דרבנן כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ולכן פשיטא לן בעמד דחוזר וא"כ לעולם תיקנו דברי שכ"מ שהם בלא קנין יהיה ככתובים ומסורים כאילו נעשו בקנין והשתא ממילא כיון דבעניים אילו נעשה בקנין ליכא אומדן דעת בעניים אם נימא דדעתו להקנות בכל אופן גם בלא קנין מהני ואפי' תימא שאם אמר השכ"מ בהדיא שלא יוכל לחזור לא מהני בלא קנין היינו משום מאחר שזה יוצא מסתם מתנת שכ"מ לא תיקנו בה כלום וצריך בה קנין גמור אבל בהקדש כשתמצי לומר שסתמו כפירושו נתכוין להקנות מיד ממילא הוא בכלל דברי שכ"מ שא"צ קנין בפרט דיש להוסיף נופך וטעם לשבח דכיון דרוצה לזכות מעשיו שיעמוד לו הזכות של הצדקה לקרוע גזר דינו רוצה שתהי' הצדקה בהחלט שלא יוכל לחזור ואם ידונו שיוכל לחזור יש לחוש לטירוף דעתו שלא יספיק זכות הצדקה שלאחר מותו ולכן תיקנו שיועיל בהחלט כן נ"ל ברור בדעת הפוסקים ודלא כהריב"ש ושרי לי' מרי' להגאון קצות החושן שנתן מכשול למעייניים לגרוע כח הצדקה לעניים ות"ל ית' אשר נתן בלבינו להצדיק עני ורש במשפט צדק ועפ"ז זכיתי ג"כ ליישב דברי הרמב"ם (פכ"ב ממכירה דין טו) ז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש כו' או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים דברו כו' הואיל והדבר כן אם ציוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים ויש גאונים שחולקין ואומרים שאין העניים זוכים אלא בדברים שהדיוט קונה בהם ולפיכך לא יזכו בדשלב"ל ואין דעתי נוטה לדברים אלו שאין אדם מצווה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה כמו שהוא מצווה לקיים הנדר ובכ"מ תמה איך יתחייבו היורשים והנודר אינו בעולם והיורשים לא נדרו וכתב

שזו השגת הראב"ד ונדחק מדשתקו שם בששמעו סברו וקיבלו ותמוה דלמה לא חילק הרמב"ם בכך:

ה

ולפענ"ד דברי הרמב"ם ברורים ונכונים בטעמם דאיברא ודאי איתא בש"ס פ' מי שמת (דף קמח) דשכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית יאכל פירות דקל לא אמר כלום דליתא בברי וכמ"ש הרמב"ם גופי' שם בתחילת הפרק אלא דס"ל דא"צ להיות איתא בברי מכח שעבוד גמור דא"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ופריעת ב"ח מצוה א"כ אינו אלא מצוה בעלמא ואין כאן שעבוד נכסים ולכן מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים אטו נימא בשביל זה מיקרי ליתא בברי שאפילו נתחייב בחיוב גמור כל שלא כתב שטר הרי אינו גובה מן היורשים וא"כ לא יועיל מתנת שכ"מ ועיין ב"ב (דף קעה) אלא ודאי לא מקרי ליתא בברי רק כשאינו מחויב לקיימו כלל אף מצד המצוה אבל כשיש חיוב עליו לקיימו מצד המצוה שפיר מקרי איתא בברי ושפיר תיקנו בשכ"מ ובזה דברי הרמב"ם באו מדוייקים דבשלמא בנתן למי שאין חיוב עליו לקיים דברו מקרי ליתא בברי אבל אם יש חיוב עליו מצד נדר ומצוה לפרעו לא גרע מלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא דמצד המצוה מקרי איתא בברי וא"כ דברי הרמב"ם מדוקדקים שכיון שאמר שהוא נדר ואיתא בברי וא"כ ממילא בשכ"מ שפיר מהני אפילו דשלב"ל וכ"ש שגם הראב"ד יודה לו בזה רק שמחלק בין אם אמר אתננו להקדש שהוציא בלשון נדר ובין אם אמר יהיה הקדש אבל אם הוציא בלשון נדר גם הראב"ד מודה דמקרי איתא בברי כיון שלא יחל דברו וגם הרא"ש אפשר דמודה לזה עיין בטור ח"מ (סי' ריב) ודבריו מסתברים בזה ול"ק כלל קושית הכ"מ וא"צ לדחוק כלל. וכבר קבע בש"ע (סימן ריב) להלכה כדברי הרמב"ם ולפמ"ש אין הכרעת הרמ"א מכרעת במ"ש ודוקא אם הנודר קיים דודאי בשכ"מ קנו עניים במתנת שכ"מ מטעם שהוא חייב מטעם נדר וגם הראב"ד נראה שמודה להרמב"ם שהרי לא השיג על (דין ט"ז) שכתב בשכ"מ מהני רק שחולק בין הוציאו בלשון נדר אבל בהוציאו בלשון נדר מודה הראב"ד דמהני בשכ"מ לענין שהיורשים מחויבים לקים. וא"כ בנ"ד יש לנו עוד לצרף דעת הרמב"ם שמועיל ההקדש לעניים אפילו בדבר שאין בו ממש ודשלב"ל לגמרי וגם הראב"ד יודה בזה:

ומה שהוקשה להראב"ד מהא דפ' שור שנגח דחנן בישא תקע להאי גברא אמר האי גברא הואיל ופלגא דזוזי נתבי' לעניים הדר אמר נתבי' נהלי אמר ר' יוסף אנן יד עניים אנן וכבר זכו בו עניים וקשה הא בלא"ה חייב מדין נדר נראה דלאו קושי' היא להרמב"ם דעדיפא מינה קאמר דקני מצד הדין במעמד שלשתן ונ"מ טובא דאילו מדין נדר הי' נשאל

עליו ויתיר לו וכמ"ש ביורה דיעה (סימן רכ"ח סעיף ויו) משא"כ מדין מעמד שלשתן מקרי בא ליד גבאי ואין יכול לשאול עליו. עוד נ"ל דנ"מ אם הוא מדין גדר היינו שנדר החוב א"כ לפי מאי דאיתא במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול א"כ אם הי' מוחל להחייב לא הי' שייך לחייבו לקיים נדרו דכיון דמחיל לזה אין בכלל נדרו רק שיתחייב ליתן כשיבא לידו משא"כ בלא בא לידו מעולם משא"כ אם הוה מעמד שלשתן פקע כחו ואין יכול למחול כלל ולק"מ על הרמב"ם:

ואין להקשות על מ"ש נימא גבי הלואתו לפלוני דאיתא בברי ע"י שבועה אם נשבע שהלוואתו לפלוני י"ל דבכה"ג לאו לישנא דשבועה הוא דהוא דבר שאינו ברשותו ובשביל שיכול לישבע אתן הלואתי לפלוני לא מקרי איתא בברי דא"כ גם בידור פלוני נימא דאיתא בברי כשיאמר בית זה לפלוני לדירה אלא ודאי בעינן האי לישנא ממש וגם מהא שמעינן שתיקנו מעמד שלשתן בעניים אף שהוא הלכתא בלא טעמא רק משום תקנת השוק מ"מ לעולם לא גריעי כח עניים מן הדיוט:

מ"ש בטענה ה' דמנה דוקא קאמר ואין מטבע נקנה בחליפין אם נאמר שכיון למעות של מכירה שלאחר מיתה ואין מקום לשום קנין ואם נתפוס שהוא מתנת ברי ע"כ הבית לדמים הקנה ואין מקום לדברים אלו וכ"ש שיש ג"כ מתנת שכ"מ במה ששנה הדברים ויש לנו לומר ארכבי' אתרי רכשי פן יש ענין שלא יתפוס בו הקנין והוה כשני שטרות ואוסיף בי' מידי דלא ביטל שני את הראשון וכאן א"צ לזה שאם הוא מתנת ברי אין כח בידו לבטל רק מה שבא בטענת היורש וסתר פנים ישים לבעל המתנה מטעם מתנה טמירתא ומצא און לו מתשובת מהרי"ט (ס"ב סימן נ"ד) מידי עברי בתשובת מהרי"ט הנה עיינתי שגם הוא הסכים לבטל טענה דאת וחמור והרבה ראיות ודמיונות שונות ותיתי לי כותני לרובם מסברא דנפשאי ולא העליתים על ספר יען כי יש להם דחיות שונות וגם במה שהוקשה לו לסברת הר"ן דס"ל בקנין הטעם משום הקפדה מאי הקפדה שייך בהך דתרומה דמייתי דמוסיף על החיצון דמאי הקפדה איכא אם יחול שם תרומה על המתוק אע"פ שלא יחול על המר כבר הוקשה גם לי אלא דלא חששתי לקושיא זו דמהך דתרומה מוכח דקני הכל ולענין שיקנה הכל ע"כ לא שייך חילוקו של הר"ן ופריך שפיר כיון דמוכח דקני הכל א"כ תקשי גם באת וחמור למ"ד [לא] קנה הכל ובלא"ה תמוהים דבריו דהא בלא"ה חזינן דהרמב"ם גופי' פסק בקני את וחמור קני מחצה כמ"ש (בפ"ג ממכירה דין י"ב) וע"כ לומר דבקני את וחמור לא שייך סברת הר"ן דמקפיד על כל המקח שהרי בודאי יודע שאין החמור בר קנין אלא ודאי כונת הר"ן דהיכא דלא שייך הקפדה בהא פליגי בב"ב ופסק הרמב"ם כרב נחמן דקני מחצה והיכא דשייך לכ"ע לא

קני והיינו טעמא דמקשינן באמר כולכם קני את וחמור הוא אף דפסקינן קנה מחצה ע"כ הקושיא בהדרגה דכיון דפליגי באת וחמור דלא שייך הקפדה בכולכם דשייך הקפדה ודאי לא קני א"כ כיון דפסק הרמב"ם בקני את וחמור קני מחצה ע"כ לומר דבקני את וחמור ליכא הקפדה וא"כ פליגי בליכא הקפדה ובאיכא הקפדה ס"ל להרמב"ם לא קני כלום. גם הביא שם דעת הריטב"א שהוא כיש מחלקין שכתב הרא"ש וגם דעת הראב"ד דהיכא דאיכא למימר דטעי בזו אמרינן קנה מחצה אבל באמר כולכם דודאי ידע שאין כולם מקודשות והמקנה יודע שאחד חמור ולא קני י"ל לכ"ע לא קני שידע שאין האחיות מקודשות דכל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו ולכן י"ל שלא נתכוין רק להשטות ולא לקנות ובנ"ד פשיטא דלא שייך שאין לנו לומר דידע דלא קני שהרי מסר דבריו לב"ד ואם הב"ד שבעיר לא נתנו לבב לזה איהו מנא ידע וגם בב"ד ליכא השטאה וגם מהרי"ט הכריע דלא כהך דיעה בפרט במתנה וכן הביא בשם תשובת הרא"ש ורשב"א א"כ פשיטא שלא מצינו שום מקור לדיעה זו ואין היורש יכול לטעון כלל קים לי כדיעה זו שלא מצינו שום מקום מפורש שיאמרו כן במתנה שלא כיון ליתן רק שניהם דוקא וכמו שבררנו ג"כ והחולק על זה טועה בדבר משנה:

1

ועתה נבא לבטל טענה דמתנה טמירתא וכמה תשובות בדבר הנה עיין ב"י שהעיטור כתב בשם כמה גדולי ראשונים דלא חיישינן רק ביש ריעותא שהפציר בו כמה פעמים וניהו דאם מחמרינן שלא להוציא הנה ניזול בתר טעמא הרמב"ם (בפ"ה מזכי') כתב הנותן מתנה בין ברי בין חולה צריך שתהא גלי' ומפורסמת אמר לעדים כתבו בסתר אינה מתנה שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו כתבוה בשוקא כו' וכיוצא מענינים אלו חוששין שמא מתנה מסותרת היא עכ"ל. הנה לטעם הרמב"ם שעושה קנוניא להטעות לאחר ועושה קנוניא זה לא שייך בדברים שעשה לתיקון נשמתו רק במחנה שנתן ליחידים פרטיים י"ל שמתנה מסותרת היא ובאמת נראה לפי טעמו של הרמב"ם במטלטלין לא שייך מתנה טמירתא דהא ל"ל שעושה קנוניא שימכור לאחרים המטלטלין כיון דמטלטלין לא מקנו בשטרא והנמצאים ת"י הם שלו ואפילו יביא זה עדים שנתנם לו נטעון ללוקח לקוח או החזרתי ואם רוצה לגזול לחבירו אחר שמכרם לו הלא יוכל לומר החזרתים לך או נאנסו דהא מטלטלין יכול להבריחן בכל אופן ואם יקבל מעות מלוקח אין תקנה לרמאי שירצה לגוזלו ובסתם קנין מטלטלין שהוא במשיכה לא שייך קנוניא כלל כשבא לרשות מקבל ואפילו לקח מגנב שהוא מפורסם צריכים הבעלים להחזיר

הדמים כדאיתא בח"מ (סימן שנ"ו) ועוד דע"כ לומר שיבריח המעות שירויח בקנוניא דאל"כ לא יחרוך רמי' צידו וא"כ אם איש עול הוא יוכל להכריח המטלטלין עצמן שמוכר אם מניחן אצלו ולכן דקדק הרמב"ם וכתב כל שטר מתנת קרקע ובודאי דבריו בדיוק. ונפלא על ה"ה שכתב דקרקע לאו דוקא כי מה ראה על ככה כיון דזה עיקר טעמו של הרמב"ם ובשביל קנוניא א"כ י"ל דדוקא בקרקע קאמר דשייך בה קנוניא שימכרנו לאחר ויוציאנו המקבל והוא יבריח המעות וכן נראה עיקר בדברי הרמב"ם לפי טעמו:

ונ"ל עוד לפי דקדוק לשון הרמב"ם דס"ל הא דאיתא בש"ס דסתמא חיישינן וכבר דקדקו לשון חיישינן וס"ל להרמב"ם דלשון חיישינן הוא היינו בודאי אילו אמר לעדים כתבו סתמא ולא אמר תתחבאו ותכתבו ודאי הוה מתנה גמורה אלא דאי לא כתב כתבוהו בשוקא בשטר חיישינן שמא אמר התחבאו וס"ל במקנה סתמא דעתו שיכתבו כל יפויים וי"ל אף באומר סתמא כתבו בשטר מסתמא כל שלא אמר תתחבאו דעתו שיכתבו בשופרא דשטרא וכמ"ש (בסימן ס"א) בח"מ אלא דבסתמא היינו שלא פירש בשטר ואמר לנו חיישינן שמא אמר תתחבאו ולכך יכולים העדים לכתוב ואמר לנו שבו בשווקים כו' כמו שאנו כותבין ואמר לנו הוו עלי עדים כו' אף שאינו מפרש כן בהדיא דמסתמא דעתו שיכתבו באופן המועיל כנ"ל ברור למעיין היטב דאל"כ הי' לו להרמב"ם להשמיענו ואם לא אמר לעדים כתבו בשוקא המתנה פסולה אלא ודאי כדפרישית דחיישינן שמא אמר תתחבאו ובהכי ניחא דבכל דוכתי שנזכר בש"ס תנו מנה לפלוני או מנכסיי ולא נזכר כלל שיאמר כתבו בפרהסיא אלא ודאי אין זה אלא חששא שמא אמר התחבאו ולפ"ז כשגלוי לנו אמתת הדברים ועדים מעידים שלא אמר התחבאו שפיר הוה מתנה גלוי' והכי משמע בש"ס (ב"ב דף מ"ם) קנין בפני שנים וא"צ לומר כתובו וקשה הא צריך לומר כתבו בשוקא ודוחק לומר דמיירי במכר ובזה ניחא מ"ש התוס' פ' אע"פ שאמר כתבו וחתמו והבו לי' למה אמר כתבו הא סתם קנין לכתיבה עומד ולפ"ז ניחא דשם מיירי במתנה ע"כ שיאמר כתבו בשוקא ולהכי נקט לשון כתבו אבל באמת זה דחוק ולכן ס"ל להרמב"ם דבלא אמר התחבאו סתמא לכתיבה עומד ויוכלו לכתוב כתבוהו בשוקא ויצא לנו מזה לדעת הרמב"ם לא חיישינן לטמירתא רק כשאין העדים לפנינו אבל כשידוע שלא אמר התחבאו שפיר הוה מתנה גלוי' (היא) וא"כ בנ"ד לשיטת הרמב"ם וכפי עדות העיטור שגם דעת הרי"ף ור"י מג"ש שאינו אלא לדקדוקי מילתא לא חיישינן כלל היכא דלא אמר התחבאו ולא נודע אחר הדקדוק דפייס מיני' ליכא למיחש לטמירתא וגם בקנין לא ברור לר"י מג"ש דיש לחוש לטמירתא ונ"ל עוד הכרח עצום למ"ש בדעת הרמב"ם דהא טעמו של הרמב"ם דחיישינן לקנוניא ואם איתא דבאמר לעדים כתבו

סתמא חיישינן ג"כ שכיון למתנה מסותרת כדי לעשות קנוניא א"כ אף שיאמר לעדים כתבוהו בשוקא ניחוש שכיון לקנוניא ואחר שיודע דסתמא פסול ולא יוכל להפיק מזימתו ומחשבתו הוכרח לומר כתבוהו בשוקא אין לדבר סוף ולא דמי לסריקון דמהני בי' קבלת אחריות כדאי' (בסימן רל"ו סעיף ד) דאמרינן כולה האי לא עביד היינו משום דמסתמא לא הי' שואל ממנו כולה אבל זה שעושה בשביל קנוניא בודאי עושה שיועיל לו הרמאות באיזה אופן שיהי' וגם לסברת הראב"ד שעשה כן להחניף בשביל טובה וכ"כ הרא"ש וא"כ כשהמקבל יודע שצריך לכתוב. כתבוה בשוקא גם צווי זה יעשה להחניף שאל"כ ידע המקבל שישטה בו אלא ודאי בסתמא לא חיישינן כלל למתנה טמירתא אם לא שאמר לעדים בפירוש התחבאו ואילו אמר התחבאו לא היו העדים משקרין לכתוב היפך דבריו והדברים מוכרחים כמעט והא דאיתא בש"ס ללישנא בתרא דלא אמר לעדים היינו משום דבזמן הש"ס היו רגילין לפרש וחשיב רעותא מה שלא פירש (או) [אלא] דס"ל דחיישינן היינו דקיי"ל דלא חשיב ריעותא מה שלא אמר רק בשטר פליגי אלא דמדברי התוס' והרא"ש שכתבו דהאידנא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי לכתוב בכל, שטר מתנה כתבוה בשוקא הילכך כשמצוה לכתוב סתם הוה כאילו אמר כתבוה בשוקא משמע דבלא זה הטעם אע"פ שלא אמר התחבאו הי' פסול משום מתנה טמירתא אלא שדבריהם תמוהים בעיני שכתבו מיהו לפי מה שנוהגים לכתוב בשטר מתנה ואמר לנו מתנה זו כתבוה בשוקא כו' הילכך כי אמר להו סתמא דעתו לומר כמו שכותבין בשטרות ובימי האמוראים לא היו נוהגין לכתוב כך לכך הי' צריך לומר בפירוש ע"כ וקשה להבין דהא השתא קיימינן בסברא דסתמא פסול וא"כ איך אפשר שלא היו נוהגין לכתוב וא"כ השטר הי' פסול ומסתמא ספרי דדייני גמירי כדאיתא בפ' זה בורר (דף ל) ואיך אפשר שלא היו נוהגין לכתוב ופסלת כל שטרי מתנה וא"כ ע"כ בכל מתנה קיימת הי' כתוב כתבו בשוקא ונ"ל ברור כוונת התוס' דבימי האמוראים לא הי' הסופר כותב כי אם ע"פ דברי הנותן ובלשון הנותן והי' מפרש בשעת הקנין איך יכתבו ולכן אם לא כתב בשטר כתבוה בשוקא מסתמא לא אמר להם הניתן ולכן חיישינן לסתמא אבל בזמן הזה שידוע שמקבל ק"ס ואינו מפרש שום דבר ומ"מ כותבין ואמר לנו כו' וכל יפויים וכתבוה בשוקא וא"כ זה שמקבל ק"ס דעתו לכתוב כמנהג אפילו לא פירש ועפ"ז נראה להוכיח כדברי הטור שאפי' לא כתב בשטר כתבוה בשוקא לא חיישינן דל"ל כמו שפירש הב"י דכוונת התוס' הוא שאם קיבל ק"ס סתמא יכול לכתוב כתבוה בשוקא דא"כ איך כתבו שנוהגין לכת ב בשטרי מתנה כתבוה בשוקא ממ"נ נחזי איך נהיגי אם נהוגין ע"פ אמירת הנותן שמפרש להם כתבוה בשוקא א"כ פשיטא דיש

לחוש טפי כשאינו מפורש י"ל ודאי טמירתא היא ולא יוכלו העדים לכתוב בלי דעת מקנה ואם ר"ל שנוהגין אף בלא אמר הנותן בפירוש א"כ הא גופא קשי' אמאי כתבינן הכי וע"כ היינו משום שדעתו לכתוב אפילו לא פירש וא"כ מאי הילכך כי אמר להו סתמא דעתו לומר הא זר עצמו הדין שכותבין כן בשטרות בלי המלכת הנותן ולכן הדבר ברור שכונת התוס' דודאי בזיון האמוראים שהיו מפרשים כתבוה בשוקא א"כ ברוב מתנות קיימות הי' כתוב בשם כתבוה בשוקא והיינו ע"פ המלכת הבעלים שאמרו כן בפירוש ואילו לא אמר בפירוש לא היו כותבין וה"ל סתמא וחיישינן א"כ איכא ריעותא במתנה זו ולהכי חיישינן אבל בזיון הזה הנותן יודע כשמקבל ק"ם יכתבו כל יפויים ואין דרך לפרש כלל וא"כ מסתמא דעת הניתן שיכתבו כמנהג שהרי כותבין כן מעצמם וא"כ ממילא סתמא אינו פסול רק משום דאיכא ריעותא דלא פירש הנותן אבל אם אין צריך לפרש גם מה שלא כתבו העדים אין ריעותא דתלינן בטעות סופר:

ובהכי ניחא מה שהקשה מהרי"ט בתשובה (סימן נד) מדברי הרא"ש בתשובה שהביאה בטור (סימן ס"א) כל שנהגו לכתוב במדינה הן נאמנות הן כתבוה בשוקא כו' דעתו שיכתוב כמנהג מדינה והא ודאי אם אין כתוב בו נאמנות לא אמרינן כמאן דכתוב דמי עד דמפרש לי' סיפר והה"ד כתבוה בשוקא ולפמ"ש דברי הטור מוכרתים ולק"מ דבשלמא נאמנות אם אין כתוב בו אמרינן שלא נתן לו נאמנות אבל כתבוה בשוקא עיקר טעמא משום דחיישינן בשביל ריעותא שלא אמר בפירוש וכיון דאין אנו מצריכין אמירה בפירוש ואמרינן מסתמא דעתו אמתנת פרהסיא א"כ בשביל שלא כתב בשטר דמי לאחריות ט"ס שי"ל לכך לא כתבוה בשביל שלא זכרו הנותן בפירוש דעיקר טעמא דחיישינן לסתמא הוא דוקא בזמן הש"ס שרגילין לפרש בשעת ק"ס כתבוה בשוקא ולהכי חיישינן מצד שכיון שאינו כתוב מסתמא לא אמר אבל אם בלא אמר נמי לא חיישינן אין ריעותא ממה שלא נכתב שא"צ לכתוב כלל כיון דליכא ריעותא לא חיישינן לטמירתא כמו דלא חיישינן לאמנה וקנוניא והדברים ברורים למבין וגם מ"ש בנאמנות בלא כתבו דלת מהני הרי מצינו לגדול שבאחרונים חלוק עליו הוא הרב בש"ך (סימן ס"א סק"י):

ונ"ל עוד הוכתה לזה דהא קשה טובא בשלמא בשאר יפויים שבשטר שפיר אמרינן כיון שרוצה ליתן מסת וא דעתו שיכתבו כל יפויים ובעין יפה נותן אבל מתנה טמירתא עיקר הטעם שלא גמר והקנה רק עושה לקנוניא או להחניף א"כ איך נימא דמסתמא דעתו לכתוב באופן [המועיל] הרי עיקר החשש בשביל שלבו בל עמו ליתן ואיך נימא שדעתו על כל יפויים הרי אנו חוששין שאינו חפץ ליתן כלל ודוחק לומר שיודע שיכתבו כתבו

בשוקא דאטו כ"ע דינא גמירי הרי אפילו בש"ם פלוגתא אי חיישינן לסתמא ולא אמרינן אלא דספרי דדייני גמירי כדאיתא בפ' זה בורר (דף ל':) אבל על הנותן ליכא חזקה זו אלא ברור דלא חיישינן בטמירתא רק בזמן הש"ס שהיו רגילין לפרש וזה שלא פירש חיישינן לי' אבל בזמן הזה שאין רגילין לפרש ליתא לדין סתמא כלל וכן משמע לשון הרא"ש שכתב האידנא דלא חיישינן לסתמא משמע שאין דין סתמא נוהג כלל בזמן הזה ואם איתא הא חיישינן לסתמא כשכתוב בשטר סתמא אלא ודאי ס"ל בזמן הזה לא חיישינן לסתמא כלל וא"כ אין מקים לחוש לטמירתא בנ"ד לדעת הרמב"ם שכתבתי דדוקא בשטר שכתב סתמא חיישינן וס"ל להרמב"ם הפירוש בש"ס אף דאמר ר' יוסף איכא דאמרי דלא אמר כתבוה בשוקא ואמרינן איכא בינייהו סתמא וא"כ משמע בלא אמר מקרי נמי סתמא י"ל דס"ל להרמב"ם דבסוף הסוגיא איבעי' לן סתמא מאי וקשי' לי' דהו"ל למימר מאי הוה עלה או הילכתא כלישנא קמא דר' יוסף או כלישנא בתרא דר' יוסף ולכן ס"ל דבעי' זו דרך את תלה דבעי' דין סתמא שכתוב בשטר אי חיישינן שאמר התחבאו וקיי"ל חיישינן וקשי' לי' אמאי לא אמר לא מגבינן אלא ודאי אסתמא שבשטר קאי דחיישינן שאמר התחבאו ובנתברר ע"פ העדים שלא אמר לא חיישינן כלל. ולפי שהטוען הלזה חופש ובודק גנזי נסתרות וכמטמונים יחפש לבטל צוואה אולי יתעקש ויאמר קים לי כמהרי"ט אשיב לו מטיני' הנה גם מהרי"ט לא חלק על הטור רק כיון שאין כתוב בשטר יש לחוש שמא גלה דעתו שלא יכתבו כיון דדרך עדים לכתוב מעצמן וא"כ בנ"ד שידוע שלא אמר התחבאו ואלו היו רוצים היו יכולין לכתוב ע"פ ק"ס כתבו בשוקא מידה מהרי"ט דליכא למיחש לטמירתא. ועוד נראה דכיון שביקש כמה פעמים לקיים הצוואה ורובו בדברים הנגעים לגבוה איך נימא שלא כיון בכל לב אם כהחל אנוש והחל בו יתברך וגם השביע שלא לשנות ואפילו בשדים גמירי דלא מפקי שם שמים לבטלה כ"ש במי שבא להצדיק מעשיו:

ועוד הרי כתב הרמב"ן הובא בנימוקי יוסף דאף שכתב בכל יופי לא מהני אם לא שכתב כתקון חכמים כמו שפיר"ת ובצוואה הרי כתב כתיקון חכמים. ותו כיון שמסר דבריו לב"ד שבעיר ומלתא דבי דינא קלא איתי לי' ולית בי' דין טמירתא דהא עמד בדין קלא איתי לי' וזהו מילתא דמיסתברא ולא אאריך בזה כי יש די והותר במה שבררנו עד שאינו חושד וחלוק על זה אלא עיקש ופתלתול וכ"ש שחיזק הצוואה בשכ"מ ומצווה מחנות מיתה וכמו שאמרנו למעלה:

וטענה חמישית **היא** כמוץ אשר תדפנו רוח קדים חרישית. במה שאמר דינא דמלכותא דינא בכל מילי בפרט שהם תלוים בקרקעות ונוהגים להכתב בערכאות על נייר סטעמפל

וזהו במכתב והקנין צריך לעשות בפני השופט. הנה טענה זו כו' היא סיבה להחליף תיק להפר תורת כי' והוסיף עוד דגם בשכ"מ לא אהני משום דליתא בברי והאיש אשר יראה כי קרב ק צו ובא עתו אם רוצה לזכות נשמתו ע"פ צוואתו הנה הוא מוכרח אל רופאי אלילי כו' ועל ידו ילבש צדקה כמעיל ובזמן שגזרו עליהם להיות כזבים בכל דבריו לפני השופט יביאנו. והונו לתינן דלים יקבצנו. לפקח מעזבונו. ובזאת יתרצה העבד אל אדונו חלילה מעשות כדבר הזה ובכל מה שהביא אין בו ראיה רק שמועיל הנעשה בערכאות אבל אם הערכאות גוזרים לבטל מה שהוא קנין ע"פ הד"ת לא מצא בכל אלה. וכבר כתב בסמ"ע סימן שמ"ט עיין שם כו' והנה הרא"ש בפ"ק דגיטין שכתב ומתרצי מתני' כו' אם הנהיג המושל שלא יעשו שטר אלא בפני הערכאות שלא יחתמו העדים על שטר עד שיביאו בעלי דבר בפני הערכאות ויראו וידעו הערכאות אמיתת הדבר ואז יתנו רשות לעדים לחתום כו' אם איירי מתני' אפילו בשטרי מתנה עכ"ל וכ"כ בטת"מ סימן ס"ח הרי ראינו דאחר כל המעלות שמנה הרא"ש איכפל תנא לאשמועינן להכשיר שטרותיהם ואם כדברי הטוען בענין הלזה איך אמר שהנעשים בערכאות כשרים הא שאר שטרות פסולים כשלא נעשו בערכאות אלא פשיטא שלא עלה על לב לפסול שטר העשוי כדת ישראל כו' והא דאיתמר בב"ב (דף נ"ד:) ומלכא אמר שלא ליקני אלא באיגרתא משמע שהיה דין המושל דין אף שהוא נגד הד"ת שהרי לפי הד"ת קנה זה בחזקה ויש להשיב חדא דקרקעות שלהם היה עיקרו של מושל כדאמרינן התם ארעא לטסקא משתעבדא ומלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא עד שאמרו שלא יטול הבכור פי שנים ולכן יכול לחוק לו ח קים כרצונו אבל בזמן הזה שאין הנימוס כלל שיטול בית או קרקע בלא משפט א"כ יש לכל אחר בשלו קנין הגוף ויכול להקנות למי שירצה כפי נימוס הישראלי: **ועוד** נראה דודאי מה שעושה בשביל תיקון הנהגת המדינה בזו י"ל שתיקן לעצמו לפי שכל שטרות הקרקע אוצר המושל ובאו למען דעת ממי לתבוע המם המוטל על הקרקע או בכדי שיבאו כל אחד בזכות הברור ומה שאינו מקבל דין הישראלי לקנות בחזקה כי התם היינו לפי שמשפטי התורה למעלה מן השכל ועל המושל לדון בנימוסי ושכל האנושי בהנהגת המדינות אבל אם היה הכונה להשפיל הדת הישראלי והשפלה הגבה והגבה השפל [וב"ה בעתים הללו אין כזאת כלל כי גם כל האומות מיקרים תורת ד' וישראל] בזו אין אנו מחוייבין דאל"כ לשוא עט סופר וכמו"ש הרשב"א בתשובה שמובא ב"י ס"ס כ"ו ועיין בש"ך סימן ע"ב וכ"ש בזה שבודאי אם איש יודה שהקנה לחבירו בח"י אף הערכי לא יפסול השטר אם יודה ולא יטעון נגדו רק בצוואה אומרים שאין מאמינין

לישראל שמא לא היה שפוי ברעתו ות"ל על זה לא יהיה תורה שלימה שלנו כו' אשר כו' וכל שכוונתם למעט מעלת ישראל אין אנו מצווין להתנהג כמותם ואדרבה כו':
ואם כדברי החכם הטוען מה זה שצווח ראש החכמים מי יוכל לשפוט עמך הכבד כו' וכי לא תהא חכמת החכם מכל אדם כח הנימוסים ועשה יעשה לו חוקים כפי חכמתו ולא יגרע דינו מדין אחרים אלא פשיטא שאין רשות לשום נברא לשנות מחוקי מלכו של עולם כו':

ז

ועל טענה השביעית הנה נתלה באילן גדול הרב הגדול מהרי"ט (בסימן כ"ב) ולפי שהי' רב גדול ומפליא לעשות בתשובותיו עוקר הרים וטוחנן זו בזו בסברא ונורא בחריפות ובקיאות עושה ציצים ופרחים לתורה לזאת אמרתי להאריך ולברר הדברים והוא ית' יהי' לי לעזרה ולהוצא הדין לאמתו להלכה כשורה. הנה דעת הרב מהרי"ט במי שציוה בחליו ליתן ר' זהו' לחמש יתומות בנות טובים את שיראה בעיני פלוני כו' ונסתפק מהרי"ט אם קנו היתומות ואתי עלי' מטעם שכתב דכיון דלא אמרינן ברירה בשל תורה לא זכו כלל בשעת הקנין שהרי לא נודע למי הקנה ומי יבואר מהם אצל פלוני וכהא דאיתא בפ' בכל מערבין מעשר שני שיש לי בביתי מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ואמר ר' יוסף לא חילל משום דאין ברירה וכי היכא דאין מקנין דבר שאינו מבורר הכי נמי אין מקנין לדבר שאינו מבורר ואתי נמי עלי' מזה שכתב הר"ן (בפ"ג דגיטין) שדעת הרמב"ן דלא מהני משתעבדנא [ך] ולכל דאתי מחמתך דאין ברירה והר"ן חלק עליו שאפשר שישתעבד לכל העולם בזה אחר זה וא"כ בנ"ד שייך ג"כ ברירה ואני אומר אחר המח לה מרוממות קדושת תורתו לא כוון להלכה ולמען הציל עני ואביון מגוזלו והוא ית' עומד לימין אביון לזאת אמרתי להרחיב הדיבור ואתהלכה ברחבה. להקיף הלכות כתנורו של עכנאי והוא ית' יחנני דיעה ובינה. להוציא הדין לאמיתו באמת ואמונה. הנה קשה על דברי הרמב"ן והר"ן דאם בהקנאה נמי אמרינן ברירה א"כ איך קיי"ל דדאקני משתעבד הא הוה ברירה דלא נודע איזה שדה יקנה ובגמרא לא נסתפקו רק משום דשלב"ל אבל משום ברירה ליכא למ"ד ודוחק לומר דאינו משועבד כי אם כשיבא לעולם ואז הוא מבורר וכזה שייך בזה ברירה כדאיתא בפ' מרובה (דף ס"ח) דאם אמר כל הנלקט אין כאן ברירה ועוד דהא כמה פוסקים ס"ל דאין יכול לחזור א"כ ע"כ חייל השיעבוד מיד עיין ש"ך ח"מ (סימן קי"ב) שהכריע דאין יכול לחזור. ועוד תמיה איך פשיטא לי' להרב מהרי"ט דאין מקנין דבר שאינו מבורר והא ודאי ליתא לכל הדיעות דהא בגיטין (דף ט) שפירש רש"י באמר נכסי נתינים לך חוץ מבית כור פלוני פרש"י שלא קנה הנכסים דבכל חד איכא למימר

דהיינו האי דשייר וכן דעת הרי"ף והרמב"ם והתוס' והרא"ש והראב"ד חולקים ביכול לקנות דבר שאינו מסויים אלא דלוקח נוטל כחוש ואף הרמב"ם (בפ"ג מהלכו' זכי') שדעתו כרי"ף כתב באומר חלק בשדה פלוני אני מוכר הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נוטל אותו חלק הפחות וכתבו הטעם בשביל שסיים השדה והוא מוכרח שהרי תלמוד ערוך חצי שדה אני מוכר לך משמנין ביניהם ונוטל חצי שדה הרי דפשוט לכל הפוסקים שנוטל חצי שדה אף שאינו מבורר ואין להתעקש ולומר כיון דנוטל כחוש מקרי מבורר דליתא דלהכי נוטל כחוש הוא משום דיד בעהש"ט על התחתונה ובודאי תלי' ברצין המוכר מה שחפץ ליתן. ועוד אם אין שום עילוי לחצי' מן חצי' אטו נימא דלא קנה הא ודאי בורכא ולא יעלה על לב. ועוד הביא המ"מ דברי המפרשים שהביאו ראיות ברורות מפ' שני דייני דיקלא לברתי שקונה אע"פ שלא סיים הדקל וכן בשור בשורי ובית בביתי עבד מעבדי מראהו קטן מראהו נפל מראהו מת וכן בשדות סתם מיעוט שדות שנים וכל זה פסק הרמב"ם (ספכ"א ממכירה) ותלמוד ערוך הוא במנחות (דף ק"א) ושם אינו מבורר כלל קנייתו שהרי הנפילה והמיתה הוא מקריית וא"כ איך יקנה הא אין ברירה אלא ודאי לא אמרינן בכי הא אין ברירה שכבר נודע שדיני ברירה רחבים מיני ים וכהררים התלויים בשערה ואחר העיון ימצאו בהם סברות וחילוקים שונים ויתבאר אי"ה לקחן ובמ"ש ניחא דברי הרמב"ם (בפ"ד ממעשר שני דין ט"ו) דפסק באומר מעשר שני יהי' מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דחילל ותמה הר"י קורקם הא בגמרא תלי לי' בברירה ובדאורייתא אין ברירה וכ"מ דחק דבמעשר בזמן הזה דרבנן קאמר ולא נהירא דלענין ברירה אפילו תרומה בזמן הזה לא אמרינן בה ברירה ולא דמי לשאר דרבנן וראי' מדפריך פ' בכל מערבין (דף ל"ה) בתר דמייתי הך דר' יוסי אומר לא חילל פריך מאן תנא דאפילו בדרבנן לית לי' ברירה ואמאי לא אמר תנא קמא דר' יוסי דס"ל תרומה בזמן הזה דרבנן כדאיתא בפ' הערל דרבנן דר' יוסי ס"ל תרומה בזה"ז דרבנן (דף פ"ב:) אלא נראה דהרמב"ם הוכיח מכל הני שהבאתי בחצי שדה אני מוכר לך וכן שתי שדות ובית מביתי דבכה"ג קני אלמא אמרינן בכה"ג ברירה שיקנה אפילו מה שאינו מבורר ובברירה איכא כמה פלוגתא בכמה ענינים וסברות שונות דהא בנדרים (פ' השותפין) פסקינן כר' אליעזר בן יעקב דיש ברירה אלא שיש סברות שונות וכן בגט שכ"מ פסקינן דיש ברירה דבגיטין (דף כ"ה) תלי' ג"כ בברירה וכן בתנאי נמי קיי"ל דמהני ובהא אמרינן יש ברירה הרי מצינו חילוקים שינים:

וכאן נראה חילוק נכון וברור דהא דקיי"ל אין ברירה היינו בדבר שאינו חל מיד כמי שני לוגין שאני עתיד להפריש שאין התרומה חלה מיד דא"כ ה"ל מדומע אלא שאחר

כך מתברר משעה ראשונה בזו לא אמרינן ברירה שזהו התרומה משעה ראשונה אבל במקח מיד שהקנה בדרכי ההקנאה נפקע כח המוכר מן בית אחד או שדה אחת וחל כבר הקנין בשעת ההקנאה אלא שבורר לו מה שירצה אח"כ אין הקנין נתפס משום הברירה דהקנין נתפס לשעתו אלא שלא נברר מה שהוא יקנה עד יברור לו המוכר מה שחפץ ליתן לו ובהא שפיר אמרינן ברירה משא"כ בשני לוגין וכן בעירוב ג"כ לא נברר מיד רק ע"פ ביאת החכם ועדיין לא קנה עירוב כלל (שהרי הקנין הוציא מקצת מנכסי המוכר כפי מה שהקנה):

ומעתה ס"ל להרמב"ם גם במעשר שהדבר חל לשעתו ומיד שאמר שיהי' מחולל על פרוטה שבכיס הרי תפס המעשר פרוטה אחת מן הכיס ואינו מתברר אח"כ אלא איזה פרוטה התפיס דמי שפיר לבית מביתי דבכה"ג ל"ל ברירה ולכן בגט שכ"מ איתא נמי להך סברא דכיון שמגרש מחייב הרי התפיס הגירושין רק שהתנאי מתברר אח"כ אם ימות ולכן אמרינן ברירה:

ובשלהי מסכת מעילה או שאמר פרוטה בכיס זה הקדש כיון שהוציא הראשונה מעל וחכמים אומרים לא מעל עד שיוציא כל הכיס ומודה ר"ע לחכמים באומר פרוטה מכים זה הקדש שהוא מוציא והולך עד שיוציא כל הכיס ובגמרא כים ן אשוורים רמא לי' הי' לו שנים הגדול הקדש ופרש"י דאם שוין הראשון הוקדש ומשני באומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש רב פפא אמר כיסין אלוגין רמא לי' ופירשו התוס' דלר"מ פריך ול"ל לומר שאני עתיד להפריש אפילו לא אמר תשאר התרומה באחרונה ומשני באומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש והתוס' ד"ה כיסין כתבו דמהני דוקא ברירה א"כ מטעם זה יועיל אפילו למאן דלית לי' ברירה וכן הוא שיטת הרמב"ם שהרי פסק כחכמים דלא מעל עד שיוציא כל הכיס ובהוציא כל הכיס מיהת מעל אלא דצ"ע למה לא הביא אוקימתא דש"ס דמוקי באומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש ולפירוש התוס' משמע דהקושי' היא כיון שלא בירר דבריו יהיו כולם בספק הקדש ואי ס"ל כפרש"י דמר' יוסי ור"ש פריך והיינו דה"ל למימר גם גבי הקדש שכל פרוטה היא ההקדש עכ"פ יש חילוק בין אומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש לאומר פרוטה בכיס זה הקדש ואמאי לא חילק הרמב"ם בזה וצ"ע ואין כאן מקומו עכ"פ עלה בידינו שאם אמר פרוטה אחת בכיס הקדש שחל ההקדש אף שאין הפרוטה מבוררת ודלא כמהרי"ט דפשיטא לי' במקנה דבר שאינו מבורר ובאמת אפילו נימא כפי פשטא דש"ס דאם אמר מעשר זה מחולל על פרוטה שתעלה מן הכיס דתלי' בברירה וכפשטא דש"ס מ"מ יש לחלק בין מעשר שני לקנין דגבי מעשר בעינן שיהי' חילול מבורר דהא כתיב וצרת הכסף בידך שיהי' ראוי ליילך

עם הכסף לירושלים ולכן אין הפרוטה נתפסת במעשר שהרי אינה ראוי לירושלים עד שיוודע איזו היא ואח"כ מתברר חילולו למפרע וזה שפיר הוה ברירה שהוברר שזו הפרוטה שנתחלל המעשר עלי' אבל בקנין אין נ"מ כיון שנתפס הקנין יהי' באיזה חלק שיהי' כבר יצא חלק מן המקח מרשות קונה לרשות מקנה. וכיון שזכינו לברר שיוכל להקנות אף אם הדבר הנקנה אינו מבורר הה"ד נמי שיכול להקנות לקונה שאינו מבורר דמ"מ הקנין תל מיד ויצא הממון מרשות נותן לרשות אחד מבני העולם אלא שלא נתברר למי ונותן רשות לפלוני לברור מי שלבו חפץ ומעתה הדמיון שהביא מהרי"ט מהריני שוחט הפסח על מי שיעלה מכם ראשון דתלי' בברירה ולפמ"ש מי דמי כלל דשם עדיין לא נתברר זכיותו שהרי עדיין לא נכנס וזכיותו מתברר למפרע בזו שייך ברירה אבל למזכה לחמשה יתומות שירצה פלוני הרי כבר זכו משעת קנין ויצא הממון מרשות ניתן אלא שלא נתברר למי הוא שייך ועדיף טובא ממקנה דבר שאינו מסויים שאינו דומה לברירה כלל:

וא"כ גם דמיונו מן הרמב"ן שסובר גבי משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך שייך ביה ברירה אין הנדון דומה לראיה דשם כל זמן שמשועבד לזה עדיין לא חל שעבודו של אחר שהרי לא נשתעבד אלא לאחד מהם וא"כ אין השעבוד חל מיד משא"כ הכא הקנין חל ונתפס מיד שהרי החמשה יתומות כבר ישנם בעולם וקנו כל היכא דאיתנייהו. ונ"ל ראי' לזה מן הש"ס בכתובות (דף פ"ה) באמר נכסי לטובי' ושני טובי' שניהם ת"ח או קרובים שודא דדייני ופרש"י שהב"ד רואין לפי מה שיש לו קירוב דעת יותר והתוס' פירשו דלמי שירצו הב"ד ליתן יתנו וקשה כיון ונכסי בחזקת יורשים ואם הי' כונתו שיתנו לטוי' שיראה בעיני הב"ד לפי שיטת מהרי"ט לא קנה דאין ברירה וא"כ ניחוש שהי' כונתו שיהי' מסור לב"ד וזה חששא קרובה שהשכל מחייבה למי שירצו הב"ד ליתן יתננה וא"כ אין ברירה ותו איך אפשר שאם הי' אומר בפירוש שיתנו הב"ד למי שירצו לא קנו והשתא אנן נעביד מנפשין ליקח הברירה וגם כל כי האי חידושא אמאי לא השמיענו הפוסקים בפירוש שאם ציוה למי שירצו הב"ד יתנו לא קנה שום אחד מהם ואיך נסמוך אאומדנא כל דהו לאפוקי מחזקת יתמי אלא ודאי פשיטא לן שאחד מהם קנה עכ"פ ואין ליורשים כלום רק בין זה לזה ששניהם אינם מוחזקים שפיר סמכינן להחזיק אחד יותר מחבירו:

ותו תמי' לי על מהרי"ט איך דומה זה לברירה הא ע"כ סוגיין דעלמא כמ"ש התוס' פ' כל הגט והר"ן דהא דמהני גט שכ"מ וכן בע"מ שירצה אבא משום שהדבר עשוי להתברר משעה ראשונה אם ירצה וכן בגט שכ"מ אם יחי' הרי אף דתלי' ברצון האב מ"מ קיי"ל

בהא דאמרינן ברירה מפני שעתיד להתברר וא"כ ממילא אם אמר למי שירצה פלוני הרי עתיד להתברר למי שירצה אותו פלוני ליתן ובכה"ג קי"ל ברירה ולא דמי למשתעבדנא לך דאינו עשוי להתברר דאפשר שלא יבא לידי כך וכמ"ש התוס' בכל כגט (דף כ"ה) ד"ה ר"י דיכול להיות שלא יבא לידי הפרשה לעולם או לא יעלה סלע מן הכיס אמור מעתה בזיכה לחמשה יתומות שיראו בעיני פלוני הרי הטיל עליו לברר שיברור מתנתו ואין לומר שמא לא יברור דא"כ בע"מ שירצה נימא שילך לדר ולא יתברר אם ירצה אלא ודאי פשיטא דמקרי עשוי להתברר משום הכי א"כ בכי הא קיי"ל ברירה ולא דמי לכל המתלקט דאפשר שלא ילקוט כלל עכ"פ בכה"ג קיי"ל ברירה ואם אפשר להעמיד דברי מהרי"ט כפי סברת הרמב"ן שהובאה בר"ן שם דבמתנה על שני ענינים שייך ברירה ולסברתו ע"מ שירצה היינו ע"מ שישתוק וכמ"ש הר"ן שם ופשיטא דסוגיין דעלמא דלא כוותי' דהא באה"ע (סימן ל"ח) מוכח אם אמר ע"מ שיאמר הן נמי הוה קדושין כשיקויים תנאו ולא קיהה אדם בדבר זה מעולם שכן פסקו הרי"ף והרא"ש והרמב"ם וכל הפוסקים והלכה פסוקה היא באה"ע (סימן ל"ח ס"י) וא"כ אין לדברי מהרי"ט שום קיום:

וכן נ"ל מן הש"ס בכורות (דף מ"ט:) דר' יהודה ס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וטורף הכהן הפדיון ממשעבדי וקשה אפילו היא ככתובה בשטר מ"מ הא אינו מבורר לאיזה כהן נשתעבד שהרי יכול ליתן הפדיון לכל כהן שירצה וע"כ אותו כהן שמצוה ליתן לו הפדיון זה הוא הטורף ממשעבדי וקשה מי עדיף מאילו שעבד נכסיו לאיזה כהן שיראה בעיניו דלא אמרינן ברירה כיון שלא נתברר למי נשתעבד ואיך אפשר יהי' לכהן כח להוציא מיד לוקח ור"י ל"ל ברירה כמבואר בעירובין אלא ודאי אי מזה ענין לברירה ומטעם שכתבתי:

הן אמת דגם על טעם הנ"ל שכתבו התוס' דבתנאי שייך נמי ברירה אלא שתנאו מתברר ממילא אבל בלוקח יין אפשר שלא יבא לידי הפרשה לעולם וקשי' לו על זה דבריש פ' המפקיד בשילם ולא רצה לישבע דקונה השומר הכפל ופריך הא הוה דשלב"ל ומשני נעשה כאומר כשתגנוב ותרצה ותשלחיני פרתי קנוי' לך מעכשיו וקשה אפילו התנה כן בפירוש הא קיי"ל אין ברירה ולא שייכא סברת התוס' שמתברר (מעולם) [ממילא] דגרע טובא מלוגין דאפשר דלא מיגנבא ושמא לא ירצה לשלם וגם לדברי הרמב"ן דע"מ שירצה אבא שייך ברירה שהדבר מסור ללב ע"ש בר"ן וא"כ כ"ש דהתם שייך ברירה וגם לאידך לישנא סמוך לגניבתה קנוי' לך שגם הזמן לא נתברר וא"כ איך יקנה הבהמה הא קיי"ל אין ברירה ועיין מהרש"א פ' כל הגט (דף כ"ה) בתוס' ד"ה ר' יהודה וצ"ע:

גם קשה משעבוד דאקני שכתבתי לעיל דאפשר גם שלא יתברר לעולם שמא לא יקנה נכס ם ולא יבא לידי דאקנה מיהא לענין שעבוד דאקנה יהי' אפשר לדחות דמשום נעילת דלת תיקנו וגם זה איננו שוה ואין כאן מקום אריכות כי בדיני ברירה הסברות דקות כההרים התלוים בשערה וצ"ע ג"כ מע"מ שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל וע"מ שתשמשי ותנקי ואינך תנאים דפ' מי שאחזו אם יש להעמיד כ"א על מכונו לפי הסברות בזה ולא עת האסף פה וא"צ כ"כ לנ"ד. ושם פ' המפקיד (דף ל"ה:) אשה ששאלה ושילם בעלה מאי והתם ע"כ הבעי' דודאי אם שילמה האשה פשיטא דלא מספקא לן רק בשילם בעלה וא"כ כשתמצי לומר שהוא קינה ע"כ לומר שכך דעתו שאם השלם האשה תקנה היא ואם ישלם בעלה יקנה הוא וכששילם בעלה ע"כ לומר דאיגלאי מילתא שהקנה לו ואמאי לא נימא אין ברירה בדאורייתא אלא ודאי ליתא לדברי מהרי"ט בזה:

איברא דיש לעיין במ"ש מהרי"ט גופי' שהקשה לנפשי' מהא דאמר המבשרני שתלד אשתי זכר יטול מנה כו' ואיך נשתעבד להמבשר שלא נתברר מי הוא המבשר ובודאי זה קשה אף לסברת התוס' שכתב הר"ן בפרק כל הגט ומה שתירץ מהרי"ט דשם מדין שכר פעולה הוא לא נהירא דבגזים כולי האי ודאי יכול לומר משטה אני בך וכמו בהיתה מעבורת לפניו ואמר טול דינר והעבירני שאין לו אלא שכרו ולא תימא דדוקא באנוס דהא דעת כמה פוסקים שכן הדין בשדכנות וסרסרות עיין ת"מ (סימן רפ"ד) ואף שהעלתי בספרי טיב חליצה דלא כהרמ"א בזה מ"מ בכה"ג שהוא דיבור בעלמא ודאי לא שייך פעולה בזה וכן מוכח מהא דהשוכר את האומנין שהביא מהרי"ט (אפילו) דבהלכו אף שלא התחילו במלאכה לא מקרי התחלה אלמא שאין זה מענין פעולה כלל הליכה מועטת וכ"ש דיבור בעלמא ואם קיבל בק"ס באוה"מ מ"מ יכול לטעון שלא נתכוין רק להקנאה והקנאה לא מהני למי שאינו מבורר לפי דברי מהרי"ט:

ובאמת נראה די"ל בדרך אחר לפי מה שמבואר בנדרים ס"פ השותפין בההוא גברא דה"ל ברא כו' אסרינהו לנכסי עליו א"ל ואי הוה בר ברך צורבא מרבנן א"ל ליקני הדין ואי הוי בר ברי' צורבא מרבנן לקנוי' מאי אמרו דהוה קני ע"מ להקנות וקני כמו סודר דהוה קני ע"מ להקנות הרי מתבאר שיכול להקנות לזה ע"מ שיקנה פלוני ואע"ג דלא הוברר כלל אם הי' צורבא מרבנן ועיין פרש"י שם דאכתי לא הוברר ברי' בעולם ואפ"ה שפיר אקני לי'. וא"כ א"צ לדחוק כלל מהמבשרני דשם בלא"ה צ"ל שהקנה לו וא"כ י"ל שהקנה לפלוני הידוע ע"מ להקנות להמבשר ובכה"ג ודאי מהני וכ"ש מהך דאי הוה צורבא מרבנן:

ומעתה ממילא היסוד שבנה עליו מהרי"ט דהקנה לחמשה יתומות מקרי ליתא בברי משום ברירה יסוד נופל הוא דהא איתא בברי כשמקנה לפלוני בק"ס מנה ע"מ להקנות ובכה"ג ע"כ מודה מהרי"ט דמועיל שתלמוד ערוך הוא וכן פסק בי"ד (סימן רכ"ג סעיף ב') ואפילו למאן דפליג התם היינו משום שלא הקנה לו מעכשיו כלום והדר סודר למרי' אבל אם הקנה לו מעכשיו ע"מ להקנות לכ"פ מהני וכן אם התפיס לו דבר הנקנה ע"מ שיתנהו לפלוני שפיר מהני וא"כ שפיר משכחת לה בברי בהתפיס לו ע"מ שיתן לפלוני ולק"מ ומכאן נמי מוכת דלא שייך ברירה בכה"ג דאל"כ איך יקנה הבן שלא הי' בעולם ולא למד כשיהי' צורבא מרבנן וקשה ג"כ על שיטת התוס' שהרי אפשר שלא יבא לידי כך כמו בלוגין שאפשר שלא יבא לידי הפרשה:

וגם מזכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו השטר קשה ג"כ על סברת התוס' דהא אפשר שלא יבא לידי כך ג"כ כמו בלוגין שאפשר שלא יבא לידי כך והכל צריך בירור וסברות שונות וחילוקים דקים שאין פה מקומן עכ"פ בנדון דידן דמהרי"ט פשיטא דזכו היתומות ובמח"כ של מהרי"ט שלא ירד לעומק הלכה כראוי לגברא רבא דכוותי' ונטה אחר פלפול שאינו אליבא דאמת לעומקא דדינא:

וגם מנכסי לך ואחריך לפלוני ב"ב (דף קל"ז) דרשב"ג ס"ל אין לשני אלא מה ששייר הראשון וקשה איך יקנה מה ששייר הא אין ברור וזה דמי ממש לשני לוגין ובאם באנו להאריך בחילוקים שישנם בזה יאריך הסופר. ויצטרך לבא במגילת ספר. גם בחדושי הארכתי וכאן לא נרחיב כי אם הנוגע לנידון ועיין רמ"א (ס"ס רנ"ג):

וגם בנ"ד יראה שמה שזיכה במתנת ברי על קיום דבריו וסתם ק"ס מעכשיו וכ"ש שכתוב באוה"מ כתקון חז"ל וקיבל בפני ב"ד שבעיר א"כ הוה כקני ע"מ להקנות עכשיו מה שזוכה כה לכ"א הוה קני ע"מ להקנות ובכה"ג פשיטא דמהני בכל אופן שהרי לא יחלוק מהרי"ט על תלמוד ערוך:

וכ"ש דהוה נמי מתנת שכ"מ שקיום הדברים בהיותו שכ"מ וא"כ הוה מתנה קיימת בכל אופן:

ח

ובטענה הרביעית ראיתי שבא לפסול כל עדי העיר בשביל זכות עניי העיר וכדאיתא (בסימן ל"ז ס"ב) באמר תנו חנה לעניי עירי שאין מביא ראי' מאנשי אותה העיר ודברים אלו מרבים הבל כי מאי פסיקה הוא לעניי עיר בכל הצוואה אם מה שציוה לחלק לפני החטה או מה בציוה ליתן ללומדים שילמדו עבורו ולא ידעתי מה ריוח יש לבני העיר מזה ולאותן עדים עד שיפסול אותם שיהיו נוגעים:

גם תמי' לי למה לא יעיד בשביל ריוח שיש לו שלא יצטרך ליתן לצדקה אטו יעיד עדות שקר בשביל שיתמעט חלקו מה שמגיע עליו ליתן לצדקה מי יכריחו ליתן הרי כבר צווחו הראשונים על נגיעה שאמרו דניחא לי' דלא לקרוי' לוה רשע הא עדות שקר תמור עש"ך (ר"ס ל"ז) ועיקר התירוץ הוא דלהוציא ידי בריות מתכוין אבל בצדקה שאין חיוב עליו רק נדבת לבו א"כ איך יעיד עדות שקר שירויח מה שלא יתן לצדקה הרי בלא"ה מי יכריחו ליתן וא"ל בזה שיהי' רשע שהרי כמה אמתלאות יש מתרושש והון רב או שצריך ליתן לקרוביו וכדומה ולכן הדבר ברור דבש"ס לא מיירי רק המקום ששמו פסיקה עליהם לפרנס העניים ליתן לכ"א די מחסורו וכפרשב"ם דבקץ להו כיון דרווח א"צ ליתן ונמצא שלולי אותה המנה היו מכריחין אותו ליתן ומרויח בזה במה שלא יצטרך ליתן כ"כ או שכופין לכ"א לפרנס העניים וליתן כמסת ידו באופן שנראה ריוח מזה וכן מצאתי בשיטה מקיבצת בשם תשובת רא"ם דחי לא כופין אינן נוגעין כלל ודבר ברור הוא בלי ספק וא"כ נראה בזמן הזה קלקלת הדור בעו"ה הוא תקנתו שהרי אין נוהגין להכריח לפרנס עניי העיר ובלי ספק אין עדים הללו מרויחין כלל מן הנדר הזה שנדר לעניים ומחנה מועטת פשיטא שאין מקום שיהיו נוגעין בעדות ושיעידו שקר בשביל שמא יעריכו עליהם יותר שבסך זה לא נתמעט חלק העניים ובפרט שכר לימוד הוא בא בשכרו אטו נימא אם פועל עני מביא עדים שמגיע לו כך מן העשיר נימא שהעדים נוגעין כדי שלא יצטרכו לפרנסו או למעט קיצתו א"כ בתר עניא אזיל עניותא שיבוזו זרים יגיעו מעט אשר לו או שכר פעולתו ואין רואה דהא כולם פסילי לי' ומפורש בש"ע בד"א שהיו עניים סמוכים ופוסקים עליהם צדקה שהנאה הוא להם שיתעשרו ובודאי לא פסלינן לעדים רק כשיש ריוח מבורר:

ובעניותי אינו מובן לי מה שנראה מדברי המפרשים שאם אמר תנו מנה לעניי עירי שינוכה להם מן הפסיקה שפסקו הציבור עליהם שא"כ הרי לא נתן לעניים ולקיפה הי' לו לנדר ולולי פירוש הראשונים הי' נ"ל לפרש מ"ש בש"ם (דף מ"ג) לעולם דקץ להו וכיון דרווח רווח הכונה דבודאי בקץ להו להו מ"מ לא נפטרו מקצבתן והעניים יתחלקו המנה ביניהם כמו שציוה ומ"מ מקרי נוגעין דניחא לי' מהרווחה דידהו כי כיון שהעניים סמוכים עליהם בקל יצטרך תוספת על הקצבה לאיזה מקרה שיצטריך הוצאה יתירה שיחלה א' וכדומה וכיון דרמי' עלייהו להספיק להם: כל מחסורן ניחא להו שיהי' להם ברווח שבכל מקרה שיקרה ויולד יום הוצאה יתירה פוסקין עליהם מחדש וכיון שיש להם הרוחה לא יצטרך בקל הוצאה יתירה ואפשר לפרש כן דברי הרמב"ם א"כ באין העניים נסמכים להספיק כל צורכיהם אין מקום לנגיעה ואם באנו לדון על העדים צד

נגיעה בשביל החמשה מאות וא' זהו' שנזכר (בחות ט"ו) שציוה שיהי' להלואת חן על משכנות א"כ נימא דכולם נוגעים בזה שמעידין שמא יצטרכו להלוואה וזה יש לו פנים ביותר ממה שטען בשביל העניים אך גם זה לא מצינו ואטו נימא כיון דקיי"ל בלא"ה מצוה להלוות לחבירו כדאיתא בפ' איזהו נשך (דף ע"א) עניי עירך ועניי עיר אחרת עניי עירך קודמים עיין ח"מ (ר"ס כ"ד) וא"כ נימא דניחא לי' טפי שירויח הבן עיר מאיש מעיר אחרת כדי שיהי' מצוי לו להלוות אלא ודאי לא חיישינן כולי האי בפרט שציוה להלוות על משכנות להחליטן אחר ל' יום וזה תשש רחוקה ואין לבדות נגיעה בעדות בשביל זה מה שלא מצינו:

ובאמת לבי מגמגם ולא מטענת היורש רק דאיך שייך הקנאה במה שיקנה שיהי' לצורך הלואה וגמ"ח שהרי לא הקנה לשום אדם רק להלואה ואין כאן שום הקנאה וליתא בברי וכיון דליתא בברי ליתא בשכיב מרע ועיין בח"מ (ס"ס ל"ט) ואפילו לשיטת הרמב"ן שם היינו משום שזכה המלוה בשעבוד ונתחייב בחליפיו אבל אם המלוה משעבד עצמו ללוות למי שירצה הרי לא קנה שום שיעבוד עדיין ואין כאן קנין וליתא בברי מיהו מאי דפרישית לעיל י"ל דה"ל קני אף להקנות א"כ י"ל שתקנה לפלוני כ"כ בגוף הבית פ"מ שיוציא המעות במה שהתנה:

ודע שאפילו הי' מקים לבטל קצת מן הצוואה כמו מתנת העניים או הלואה הנ"ל מטעם נגיעה מ"מ אין כל המתנה בטילה כיון שפרט כל דבר פרטיי לעצמו וכן מבואר ברמב"ם הלכות עדות (פי"ד דין זיין) וכן פסק בח"מ (ס"ם נ"א) שכל אחד מתנה לעצמו ומזה ג"כ נתבטלה טענה דקני אח וחמור ועיין בכ"מ שם שסמך ג"כ על הך דגיטין שהבאתי ותלי' בפלגינן דיבורא ואדרבה תמהו על הרמב"ם דלמאי דקיי"ל פלגינן דיבורא אפילו כתב בלשון כלל ראוי למיפלג דבורי' דהא הכי משמע בירושלמי ועיין בר"ן (פ"ק דגיטין):

ונראה להביא עוד ראיה דבהקנה לשנים אף שהא' אינו קונה מ"מ מי שיוכל לקנות קינה ולא אמרינן שיהי' בטל הקנין כמו בקני את וחמור דפריך הש"ס בקדושין מיני' דשם מיירי בהקנה לשנים והוא דבב"ב (דף קל"א:) אמר פשיטא בנו ואחר אחר במתנה ובנו אפוטרופוס ומבואר ברא"ש אפילו כתב כל נכסיו לבנו ואחר בבת אחת חשבינן ליה כותב כל נכסיו לבנו וכן באשתו ואתר וכן הוא ברמב"ם (בפ"י מהלכות זכי' דין ו') הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאחר אותו האחר קנה החצי ונשאר החצי לבניו וזה שכתב לו הוא אפוטרופוס הרי בהדיא אף שלא קנה בנו מ"מ קנה האחר אף שהי' בקנין אחד ואף דהרמב"ם גופיה כתב בקדושין באמר כולכם שאין הקדושין חלין כלל אלא

ודאי בקנין מודה הרמב"ם ומטעמים שמבוארים וכן הוא בטור ש"ע אה"ע (סימן קז ס"ז) ולא יש שום חילוק בדבר שם:

אלא דאיכא למידק בדברי הרמב"ם דלפמ"ש (בפרק ג' מזכי' דין ה') שסובר שצריך לסיים המתנה ואם כתב לו קרקע מנכסי נתונה לך או שכתב לו כל נכסיי נתינין לך חוץ מקצתן הואיל ולא סיים הדבר שנתן לא קנה וא"כ כיון שבנו לא קנה איך יקנה חצי הנכסים הא ה"ל דבר שאינו מסויים וכן קשה ממ"ש (בפי"א מזכי' דין ז') שכ"מ שאמר יחלוק פלוני בנכסיי כו' יטול מחצה וכו' הא הדל דבר שאינו מסוים ודין זה דיחלוק פלוני בנכסי הוא מפורש בש"ם ב"ב (דף סג) דיחלוק פלוני בנכסי פלגא וקשה הא הוה דבר שאינו מסויים מיהו מהא דנכסי לך ולבנך דאמרינן דכ"א קנה פלגא ליכא לאקשוי' דיש לחלק בין שיצאו כל הנכסים מרשותו ובין שנשאר לעצמו אבל מהך דיחלוק קשה וכן מהך דבנו ואחר ודוחק לומר דמיירי שם שסיים השדה וכן שם שסיים ואמר כל נכסי שהם אלו דזה דוחק ולא מצינו כלל ואפשר לומר דעיקר טעמן כיון שיכול לדחותו יכול לומר משטה אני בך שלא נתכוין להקנות לו כלל וא"כ בשביל דאין אדם משטה בשעת מיתה קני שפיר ולא שייך דליתא בברי ובזו מיושב מה שהביא המ"מ דהך דפ' דייני גזלות מההוא דאמר דיקלא לברתי דשם בשכ"מ איירי ושפיר קנה אפילו דבר שאינו מסויים ואף דבברי אפילו בקנין איירי מ"מ בכה"ג שפיר יכול לומר משטה כיון דהענין מוכיח מצד עצמו עכ"פ בנ"ד יראה שאין בכל טענות היורש ממש וכל דברי הצוואה שרירין וקיימין ומחוייבין לקיים דברי הנוח. וה' ינחנו בדרך אמת ויצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. ולראי' חתמתי שמי אריה ליב:

סימן לט

בעזה"י היום יום א' ט"ו מרחשוון תקס"ט לפ"ק פה ק"ק פלונסק.

שאלה מה עז מארי. עלה ארי מסבכו ומעונתו. בהררי קודש יסודתו. כלבנת הספיר גזרתו. בכל מקום הלכה כמותו. הוא ניהו כבוד הרב המאה"ג הגאון המהולל בשערים שמו נודע בשער בני עלי'. ארי' דבי עילאה החריף ובקי סיני ועוקר הרים נ"י ע"ה פ"ה כבוד מו"ה אריה ליב נ"י אב"ד ור"מ דק"ק פלאצק:

אם אמנם ידי מרתחן ואצבעותי דא לדא נקשן איך ערב לבי לגשת לפני ולפנים לעבוד עבודה שלא כדת ומה גם כי ראה ראיתי זה זמן כביר אשר כתבתי למעכ"ת איזה ספק אשר נתהוה לי בדברי קדשו ותשובתי נשאר מעל. ונראה בעליל שאין רצינו להעמיס עליו בדברים שאין לו חפץ בהם אבל האמת עד לעצמו כי גם בפעם הזאת ח"ו לא במרד

ובמעל עשיתי זאת לעייל בלא בר לולי אשר ניתן לי הורמנא מאת מעכ"ת בעצמו שכתב בהקדמתו לספר יעלת חן באם יעלה. איזה ספק בדברי קדשו דמר אזי צדקה יחשב להודיע למעכ"ת. והנה גם בעת ההכרח לא ישובח ולא יגונה להציע לפני כבודו הרמה איזה ספיקות כי מן היום אשר גלה כבוד מישראל ואבדה חכמת חכמינו וידל ישראל מאוד במשמניו שלח רזון. אין בר ולחם ומזון. ויסכרו מעיינות החכמה. ואייקר להו תלמודייהו למצוא הלכה פסוקה וברורה. לולי ד' צבאות הותיר לנו שריד אשר הופיע מהר מרום קדשו רות בינתו ושכל הקודש להשרידים שבכל דור וחלק מחכמתו ליראיו יחידי סגולה ומה נורא מאד מפעלות אלקים ממכין שבתו השמים השגיח ויחן לנו את המורה לצדקה ארי' דבי עילאה בגבורה של תורה הוא ניהו כבוד מעכ"ת נ"י מאורו נראה לנו אור בפחות יעטה למורה מאתו תצא תורה הלכה פסיקה וברורה:

והנה מעשה אירע פה קהילתנו איש אחד נפטר וחיל"ש ולא נשאר אחריו כ"א בית א' נישום בערך ה' מאות ר"ט וצוה קודם מותו בצוואת שכ"מ ליתן לאשתו ט' מאות זהובים פוליש ולנכדיו ט"ו מאות זהו' פוליש והמותר לבנו היורש וגם מבואר בשטר הצוואה ועדים חתומים עליו שלא לדחות את אשתו מן הבית כל ימי חייה. והנה הבית הנ"ל היה מתמוטט והולך ואין לאל ידם ביד האלמנה ובנה הנ"ל לתקן הבית ולקתה האלמנה ובנה היורש הנ"ל אלף זהו' אצל איש אחד על חצי הבית במשכנתא בנכייתא ומאחר שלא היה לבעל המשכנתא מקים לדור בחצי הבית הנ"ל כי לא היה רק קראמניצע אחת לכן הותנו ביניהם שבעל המשכנתא יבנה עוד שטיבעל וקעמריל אחורי הקראמניצע ומה שיעלה הוצאות הבנין יהיה ג"כ על דרך משכנתא הנ"ל ער כי יסולק לו סך הנ"ל במילואו אח"כ עשו ת בין בפני ב"ד הצדק ועלה הוצאות הבנין מאה ר"ט. אך מבואר בשטר המשכנתא שהותנו ביניהם תנאי מפורש שלא יהיה לבעל המשכנתא רשות לעסוק במחיות משקים לי"ש ושכר. ואחר איזה זמן מכר הבן היורש לבעל המשכנתא זכות הנ"ל ונתן לו רשות לעסוק בכל מיני מחי' ובאה האלמנה הנ"ל לפני הב"ד בקיבלנא רבה בטענה שאין לבנה היורש כח למכור זכות הנ"ל להיות שיש לה שני עדים חוץ מעידי הצוואה הנ"ל שבעלה המנוח צוה שכל ימי חייה יהיה המחי' ממשקים שלה:

והנני מעתיק למעכ"ת לשין העדים אות באות. האחד אמר בזה הלשון מטן זאל געבין מיין ווייב ט' מאות זהובים און זיא זאל כל ימי חייה רזאנדזין מיא זיא האט גירזאנזעט מיט אלטם. והעד השני אמר בזה הלשון. מטן זאל איר געבין ט' מאות זהו' און זאל כל ימי חייה רזאנדזען און מען זאל איר דיא פרנסה ניט שטערין ע"כ. ולהיות כי יש לי בנידון הנ"ל כמה ספיקות ואנכי הייתי נטפל בדבר זה להיות אחד מהדיינים גלל כן עשיתי

תחבולות שיפשרו א"ע ברצון טוב. והנה הגם שאין לנו שוב בנידון הנ"ל שום נ"מ כי כבר התפשרו א"ע. אך תורה מה תהא עלי' כי הספיקות עדיין הם אצלי כמו נד נצבה באין פותר אותם לי רק אמרתי אלכה נא אל מעלת כבוד האדון נ"י כי מלאך ד' צבאות הוא. ותורה יבקשו מפיהו. ואציע נא הספיקות אחת אל אחת:

הנה ראשון תחילה אבוא נא לשאול אם במשמעות לשון העדים החתומים על הצוואה שלא לדחות את אשתו מן הבית כל ימי חייה אם במשמעות לשון זה שנתן ביתו לאשתו לדור בו כל ימי חייה. או במשמעות לשון זה שנותן לה דירה בביתו כל ימי חיי' וזה לא כוי מהני כלום משום דהוי דבר שאין בו ממש כמבואר (בריש סימן רי"ב) והנה אף אם נאמר כיון דדברי שכ"מ במקום קנין בבריא עומד א"כ יש לומר שבודאי הקנה לה באופן המועיל וכמשמעוץ לשון רמ"א בהגה שם. אך עדיין יש להסתפק אם וכתה האלמנה במחיות המשקות דהא העדים החתומים טל הלוואה שנותן לה הבית לא זכרו כלום מזה שנותן לה המחי'. כי שני כיתי העדים האלו היו בזמנים נפרדים ולא זמנו של וה זמנו של זה א"כ הוי כחו שאמר יאכל פלוני פירות דקל וה דלא מהני לשיטות הרשב"ם והתוס' (ב"ב דף קמ"ח) משים דהוי דבר שלא בא לעולם ולשיטת הרמב"ם משום דהות דבר שאין בו ממש. ואף אם נאמר כיון שזכתה כבר בבית ע"י העדים החתומים על הצוואה א"כ אף אם אח"כ [אמר] סתם יאכל פירות דקל זה מהני כיון דהדקל כבר הוא שלה. אך זה אינו חדא דהא אף לפי העדים החתומים על הצוואה אין גף הבית שלה רק דירת הבית א"כ אינו חל כל מתנות המחי' כיון שלא אמר שנותן לה הבית למחי'. ועוד מאן יימר דהמעשה של העדים החתומים על הצוואה היה קודם דילמא מעשה דהעדים אחרים היה קודם ועדיין לא זכתה בבית כלל. והנה אף אם היה אומר בפירוש שנותן לה הבית למחיה אכתי איכא לספוקי בנידון דידן על אותו חלק הפלאץ שהי' פנוי בשעת מיתתו רק אח"כ בנה בעל המשכנתא הנ"ל ועל חלק הנ"ל יש לומר שיוכל בעל המשכנתא לעסוק במחי' דהא ודאי לא עלה על דעת השכ"מ שניתן לה הבית למחי' אף על חלק הפלאץ הפנוי לכשיהיה בנין עליו ואף אם היה דעת השכ"מ לכך הרי חלק הפלאץ הפנוי וודאי הוי דבר שלא בא לעולם לענין המחי' דודאי אי אפשר לעסוק במחי' על פלאץ פנוי. א"כ הרי מבואר (בסימן ר"ט סעיף ד' בהגהה) מי שמקנה לחבירו דבר שבא לעולם עם דבר שלב"ל דמי לקני את וחמור דקיי"ל (בסימן ר"י) דקנה מחצה. א"כ על אותו חלק וודאי לא זכתה האלמנה במחי' כלל:

ספק השני אשר יש להסתפק בנידון הנ"ל כיון שנכתב השטר המשכנתא שהותנה בתנאי מפורש שבעל המשכנתא לא יעסוק במחי' ולא נתבאר שהותנה בתנאי כפול שבשאר

משפטי התנאים וגם ידוע לנו שלא הותנה במשפטי התנאי והרי הפלוגתא דרבוותא היא אם בעינן בדיני ממונות משפטי התנאים והוי ספיקא דדינא אם תנאי זה מהני והוי תנאי גמור או לא. א"כ איכא לספוקי מי הוא המוחזק לומר קים לי אם בעל המשכנתא או האלמנה:

והנה אחר בינותי בספרים מצאתי בסיף ספר מנחת אהרן בקונטרס התשובות הנקרא מנחה בלולה שחיבר חכם אחד מחכמי בריסק דליטא הביא שם תשובה אחת ממש בנידון דידן והיינו ראובן מכר לשמעון חלק בית והתנה בתנאי מפורש שלא יהיה לשמעון לעסוק במחי' משקות על חלק הבית הנ"ל ונתהווה מבוכה בין הלומדים כיון שאינו מבואר בשטר שהותנה במשפטי התנאים והוי ספיקא דדינא מי הוא המוחזק כו' וחכם אחר רצה לומר שאין זה תנאי כלל רק שיור ששייר לעצמו זכות המחי'. אך נדחה שם חפי החבורה כיון שמבואר בשטר לשין תנאי בודאי אין להתעקש ולומר שהוא לשון שיור והביאו ראיות לדבריהם יע"ש:

והנה חכם הנ"ל צידד שם לומר ששמעון הוא המוחזק. ותוכן דבריו לא מבעיא לשיטת הרשב"ם (בב"ב דף ל"ב) שפי' הילכתא כוותי' דרבה בארעא היינו משום ספיקא דדינא. א"כ כל היכא דאיכא ספיקא דדינא הוי המוחזק בקרקע מוחזק ולא מרא קמא אלא אפילו לשיטת התוס' שם החולקים על הרשב"ם אפ"ה הוי שמעין המוחזק מטעם שכתב הרשב"א הביאו הב"י (סי' ק"ט) שכל היכא שהוחזק הקינה ברשות והמכירה וודאית והספק נולד בתנאי נידון המחזיק בקרקע למוחזק ולא מרא קמא ע"כ תוכן כוונת החכם הנ"ל בקיצור:

אך נראה בזה היטב אשר דבר שם בעל הספר הנ"ל ודחה את דבריו. ותוכן דבריו דאדרבה לא מבעיא לשיטת התוס' וודאי היכא דליכא מיגו הוי מרא קמא המוחזק בספיקא דדינא אלא אפילו לשיטת הרשב"ם הוי ג"כ בנידון הנ"ל מרא קמא המוחזק והוא עפ"י דברי המהרי"ט בחלק שני (תשובה ע"ה) שכתב שם לתרץ קושית התוס' על הרשב"ם מהאי דנכסי קיימי בחזקת בר שטיא והתוס' בעצמם לא מצאו תירוץ לקושיא זו אלא בדוחק ותירץ המהרי"ט הכי דבשלמא בהאי דגחין ולחיש שטרא מעליא הוי לי' ואירכס לא הורע חזקתו בזה שהרי הוא תופס שטר בידו שהיא מכורה לו ושטר זה הוא מוציא הקרקע מחזקת בעליה ואף שאומר שטרא זייפא הוא לא הורע חזקתו בזה שהרי אומר שקנה בשטר מעליא וזה הוא במקומו א"כ השתא דמספקא לן בהאי מיגו אי הוה מיגו או לא מטעמים שכתבו שם התוס' לפי שצריך לשקר מתחלה או דהוה כטוען וחוזר וטוען אין כאן ריעותא שיורע חזקתו לומר שלא קנאו וכיון שהספק הוא בעיניו יכולין

אנו להעמיד קרקע בחזקת מאן דקיימא קודם שילחוש ויודיע את הדבר אבל בבר שט א כיון דתרי אמרו כשהוא שוטה זבין א"כ איתרע השטר לגמרי א"כ הוי הספק בשטר אם הוא שטר או לא ולכך מוקמינן בחזקת בר שטיא עכ"ל המהרי"ט בקיצור. א"כ בנידון שאלה הנ"ל ג"כ הספק מבואר בשטר עצמו שהרי מבואר בו שהיה תנאי והספק הוא אם התנאי מהני א"כ מעולם לא הוציא עם שטר זה מחזקת בעלים שהרי הספק הוא בשטר עצמו א"כ הוי ראובן המוחזק. ע"כ תוכן כוונתו בקיצור ודבריו נכונים:

ולפ"ז נחזור לנ"ד דמכאן ודאי יש לומר שבעל המשכנתא הוא המוחזק שהרי המכירה היא וודאית שהרי הבן היורש מכר לו מכירה גמורה בלי תנאי כלל שהרי אח"כ מחל לו התנאי א"כ מכירת הקרקע וודאית רק שהספק הוא בתנאי אם הוא תנאי גמור לגבי האלמנה ואין כח ביד היורש למחול התנאי כיון שהמחי' היא שלה לבדה עכ"פ לגבי הקרקע הרי הוא מוחזק גמור שקנה אצל היורש בלי שום תנאי ויכול לומר לגבי האלמנה קים לי כן נראה לדעתי הקל שה עד שאשמע מפי האדון מעכ"ת אם לא שנאמר שמשכנתא גרע ממכירה כיון שגוף הקרקע אינו שלו רק לזמן ידוע ולכך לא הוי מוחזק גמור. אך באמת אי אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא לכל מילי וכאשר סתם המחבר (בסימן ר"ס סעיף ד') א"כ בודאי אין חילוק כלל בין משכנתא למכר. אך הש"ך שם (ס"ק י"ג וי"ד ובסימן חן שי"ג ס"ק א') העלה כדעת התוספות דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא רק לגבי אונאה וכ"כ המג"א (באו"ח סימן רמ"ו סק"ח):

אמנם ראיתי להגאון מהמבורג בספרו ושב הכרן (תשובה מ"ז) שהשוה שם דעת כל הפוסקים זולת דעת התוס' דשכירות ליומא ממכר הוא לכל מילי ויעויין בר"ש (ב"ק דף נ"ד):

ספק השלישי אשר יש לי להסתפק בנידון דידן והיינו דאף אם נימא דתנאי גמור הוא יש להסתפק אם מחוייב בעל המשכנתא דוקא לקיים התנאי ושלא לעסוק במחי' כדי שיתקיים המשכנתא או דילמא יכול לומר אינני רוצה לקיים התנאי ובחמת תתבטל ג"כ המשכנתא עי"כ. והנה באמת דבר זה מבואר בר"ש פרק מצת חליצה (דף ק"ו) דבכל דבר הנעשה על תנאי לעולם אין כיפין לקיים התנאי כדי שיתקיים המעשה אלא יכול לבטל תנאי ויתבטל ג"כ המעשה הובא ג"כ דבריו במשנה למלך (פ"ו מהלכות אישות הלכה ט"ו ע"ש). אך שאפשר לחלק ולומר דדברי הר"ש הנ"ל אמורי דוקא כגון שמכר לו על תנאי שיעשה איזה דבר כגון שידבר לשלטון וכדומה אז אין אנו יכולין לכופו לעשות הדבר כדי לקיים המכר אבל בכה"ג בנידן דידן שעשה המשכנתא על תנאי שלא יעסוק במחי' והוא רוצה לבטל תנאו ולעסוק במחי' כדי שיתבטל עי"כ המשכנתא אפשר

שאין אנו מניחין אותו לעבור על תנאו. והנה דבר זה יש לו פנים לכאן ולכאן. ועדיין לא מצאתי ראי' ברורה לזה אמנם מצאתי קצת דמיון לזה במשנה למלך (פ"ג מהלכות זכיה ומתנה הלכה ו') הביא שם תשובת הרא"ש המובא בטור (סימן רמ"א) באם נתן א' מתנה לחבירו על מנת שלא ימכרנו לאחר ועבר המקבל על תנאו ומכרו לאחר. ופסק הרא"ש דהמתנה בטילה כיון שעבר על תנאו והמכירה ממילא ג"כ בטל. דכיון דהמתנה בטילה נמצא את שאינו שלו הוא מכר ע"כ. והביא שם הש"ך דבדברי התוס' (גיטין פ"ד) משמע דהמכר בטל והמתנה קיימת ע"ש שהניח הדבר בצ"ע הרי חזינן דלדעת הרא"ש אף בכה"ג דהתנאי היה שלא יעשה מעשה דהיינו שלא ימכרנו לאחר אפ"ה יוכל לעבור על תנאו ולעשות המעשה ויתבטל המתנה אך עדיין יש לחלק ולומר דדוקא במתנה כהני אמרינן דיוכל לעשות המעשה ולבטל המתנה דמאי איכפת לן מאי שיבטל המתנה הא אין להנותן שום היזק מזה משא"כ במכר כה"ג שאם מכר ע"מ שלא ימכרנו לאחר אפשר דלאו כל כמיני' לבטל תנאי כדי שיתבטל המכר שאין אנו מניחין לו לעבור על תנאו ולמכור לאחר כדי שיתבטל המכירה ראשונה:

ובזה אפשר גם הרא"ש מודה דהמכירה שני' בטלה והמכירה ראשונה קיימת ואני העני אין בידי להכריע. אכן גדול אדון מעכ"ת ורב כחו יתירנו נא מן הספיקות האלו ומובטחני במדת צדקו וטיבו שימחול על כבודו הרמה להחזיר אותי בתשובה שלימה ע"י מכתבו הקדוש ויאיר לי עיני בזה. כי טבע השכל וטעמו. להטיב לב המתהלך עמו. ניטע בנפשו חמלה להצמיח פרי חסדיו בדרי מטה ולא ישחית את שרשו. מלהטיב לכל דרשיו ממתיקו מדבשיו. הכ"ד ידידו לנצח. אסקופה נדרסת תחת רגלי ת"ח מצפה לתשובתו. נאום חיים בהמנות מו"ה מרדכי זצלה"ה מפלונסק:

סימן מ

ב"ה יום א' כ"ג מרחשוון תקס"ט פלאצק:

תשובה חיים ברצונו. לעשות רצון קונו. מחזיק בתורתו בכח ידו ואונו. הוא ניהו ידידי הרבני המופלא ומופלג החריף ושנון כ"ש חיים יצ"ו:

ראשית דברי להסיר תלונתו טל אשר לא השיבותי לו אשתקד על מה שפקפק על הנמצא כתיב בספרי המודפס. האחת כי כבר השבתי והכינותי המכתב והנחתיו בס"א מספרי המודפסים ולסיבת טרדותי מילתא מני אזדא ולא ידעתי אנה הונח וכאשר ארכו ימים קצת נתתי ס' א' דורן דרשה לחתנו של המניח מהר"י כ"ץ ז"ל. ובבואם הנה הגיד לי תלמידי הב' המופלג כ' צבי כ"ץ שהמכתב אשר השיבותי למעלתו נמצא בס' ההוא אך

לא הוחזר לי המכתב לשלחו אליו וגם לא הי' דבר נחוץ כ"כ כי אם ישכיל מעלתו מעצמו יבין מדעתו שאין תפיסה על מ"ש שם והיה עלי לטורח השנות הדברים:

והנה אשיבהו משלכן על אשר שאל כעת הגם כי הקשה לשאול כי ספיקות הללו עומדים ברומו של עולם ויש בהם סברות שונית ורבות כהררים התלוים בשערה. וכבר אמרו הקדמונים דין תורה לא ידענא אך אשיבהו כפי מה שדעתי נוטה כאשר הורוני מן השמים על ספיקותיו:

א

הנה מה שנסתפק בלשון הצוואה שלא לדחות אשתו מן הבית ונסתפק למעלתו אם נותן לה ביתו לדירה או שנותן לה דירת הבית והוא דבר שאין בו ממש. הנה מה שנראה למעלתו כיון דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמי י"ל בודאי הקנה לה באופן המועיל ודומה למ"ש הרמב"ן ומביאו רמ"א. ואין זה מספיק דהא מבואר בגמרא על שכיב מרע גופי' שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלני פירות דקל זה לא אמר כלום משום דליתא בבריא והועתק בש"ע (סימן רנ"ג) והרמב"ן לא אמר בתשובתו רק באמר תחילה אני נותן דירה לפלוני בביתי ואח"כ קנו מידו די"ל מגופה של קרקע קנו מידו ובאמר קנו ממני שאני נותן לפלוני דירה לא אמר כלום. וגם רמ"א מביאו בקצרה וא"כ מה שבא בצוואה שלא לדחות האלמנה מן הדירה לא שייך לומר שסבור באופן המועיל דלא אמרינן כן אלא בקנו ממנו אחר אמירתו וגם במ"ש רמ"א וכ"ש אם החזירו הקנין ברמב"ן מבואר דדווקא כשעדים יודעין זאת אלא דרמ"א ס"ל כיון שגם טעם ראשין מספיק וגם להלכה מבואר בתשובת רמב"ן עוד טעם שהחזיק בפניו. וכבר כתבו כשפוסק כתב כמה טעמים אין לסמוך על א' מהם וא"כ גם דברי רמ"א אילו בא מעשה לידו והיה חסר תנאי שכתב הרמב"ן שהחזיק בבתים ודר בהם כפני ראובן היה הדבר צריך ישוב.

: **אלא** שיש לצדד בזכות האלמנה שתה שאמרו דידור הוי דבר שאין בו ממש הוא דוקא בנותן זה לאדם מחדש אבל באשה שכבר יש לה זכות הלזה ומשעבד לה הבעל ומחויב ליתן לה דירה וגם נכסי דבר נש ערבין בי' וכבר נשתעבדו לה דירות הבעל בחייו וכשמצוה שגם אחר מותו לא תדחה י"ל שמחזק חיובו וכבר זכתה בחיוב זה בחייו א"כ כשאומר שיהיה לה עוד דירה לאחר מותו וכיון שכבר היה לה זכות בגוף הדירה שפיר מהני תנאי ותזכה בדירה והכי משמע לי ממה ששנינו בפ' נערה לא כתב לה את תהא יתבא בביתי כו' מפני שהוא תנאי ב"ד ומשמע דתנאי ב"ד לא הוצרך רק מפני שלא כתב לה הא אילו כתב לה את תהא יתבא בביתי אפילו בלא תנאי ב"ד היה לה זכות זה מכח הכתובה קשה מי עדיף את תהא יתבא בביתי מאילו אמר ידור פלוני בבית

זה והוי דבר שאין בו ממש וגם איך תקנו חז"ל לשין שאינו מועיל ע"פ הדין אלא ודאי בכה"ג באשתו מהני. וגם בבנותיו שנינו בנן נוקבין דיהוין לך כו' יתבין בביתי ומחזנין מנכסי כו' אף שהאב אינו חייב בדירת בתו ולכן י"ל שלא אמרו ידור בביתי לא מהני אלא באיש אחר שאין דעתו קרובה אצלו אבל בתו ואשתו שדעתו קרובה אצלם אפילו אמר בלשון הלזה ודאי כונתו באופן המועיל וכן שאר תנאי כתובה כמו בנן דיכרין אינון ירתין אפילו לרבנן דר' יוחנן בן ברוקה שאינו יכול להתנות בלשון ירושה כדאיתא (ב"ב דף ק"ל ודף קמ"א:) וע"כ בתנאי שמתנה לטובת בנו שדעתו קרובה לבנו ואשתו ודאי לשין המועיל קאמר אף דאמר ירתין כונתו בלשון מתנה באופן המועיל ולא אמר ירתין אלא דלא תטרף ממשעבדי כדאיתא פרק אע"פ (דף נ"ה) וא"כ כ"ש אם אחר יתבא בביתי ודאי כונתו שיהיה להם זכות כגוף הבית:

וכן משמע ברבה פ' ויחי שצוה רבינו הקדוש לא תזוז אלמנתי מתוך ביתי משמע דהאי לישנא שפיר מהני. ודוחק לומר שמתוך שסמך שלא ישנו מצוואתו אמר כן. דיותר היה לו לומר לשון מבואר שיהיה מקויים בהכרח לומר ביתי תהיה לדירה לאלמנתי ובודאי רבינו הקדוש בחר לשון ערומים המועיל גם ע"פ הדין. ובירושלמי פ' הנושא מצאתי שהקשה כן ולא כן תנינן אלמנה שאמרה אי אפשי לזוז מבית בעלי כו' ומשני דלא יאמרון ביתא דנשוותא משועבד לנשוותא ופירש המפרש בקרבן עדה שלא יאמרו שבית זה משובד לנשיא. א"ר אלעזר ב"ר יוסי כהדא דתניא היתה דרה בבית כשם שהיתה דרה ובעלה במדינת הים כו'. ור"ל שאילו לא צוה היו אומרים שמשועבד לנשיא ומסתמא האמת כן הוא שבודאי שיורשי רבינו הקדוש לא היו עושין שלא כדת. ור' אלעזר תירץ שלולי צוואתו לא היה לה דירה חשובה כ"כ ולכן ציוה ליתן לה דירה חשובה כמו שאילו היה בעלה בביתה ומשמע שע"פ צוואתו זכתה בדין על הדירות ולא מקרי דבר שאין בו ממש ובפרט לפי האמת שיש לה דירה מתנאי כתובה ויש לה זכות בלא"ה בגוף הדירה ושפיר מה שמוסיף לה ייפוי כח בדירות תו לא מקרי דבר שאין בו ממש שהטפל הוא כעין העיקר. וא"כ בנ"ד שציוה שלא תדחה כל ימי חייה שפיר זכתה בכל דברים שזכתה בהם בחיי בעלה וכן ראוי לדון:

ב

ומה שנסתפק למעלתו על מכירת המשקין אם זכתה בהם הנה יש לדון בדבר אף לפי לשין צוואה שלא תדחה [מן] הבית. וקשה בלאו הכי יש לה דירה מתנאי כתובה וכקושית הירושלמי על צוואת רבי ואף דשם תירץ כדברי הירושלמי דנ"מ לדירות יתירות מ"מ בנ"ד שכבר החזיקה במכירת המשקין גם לפי דברי העדים שבצוואה יש

לומר יותר שכוון שלא תודחה מכל אשר החזיקה בחייו ואף גם בלאו הכי כיון שהדירה יש לה ע"פ הדין מתנאי כתובה א"כ כשהעדים העידו בעל פה על מחיות המשקין לא מקרי דבר שאן בו ממש מאחר שכבר יש לה זכות בגוף הדירה כשמצווה שיהיה לה מחיות המשקין אינו אלא מיפה זכות הדירה שתשא ותתן במחיות. אלא שאני רואה לשון העדים שהעידו על פה בזה"ל אז זיא זאל ראזאנדזין כל ימי חייה כמקדם וזה אינו לשון מתנה רק דודאי מסתמא לא כוין כי אם בעודה אלמנה ולא להעביר נתלה מבניו ואין זה רק לשון אפטרופוס שהוא ענין שתשא ותתן כמו שהיתה נישאת ונותנת בחיי בעלה וזהו לשון אפטרופסת וכעין מ"ש הריב"ש בתשובה (סימן ע) על א' שאמר יהא פלוני שליט בנכסי וכתב הריב"ש אין ספק כי לשין שליט לכל הפחות מועיל להיות אפטרופא כמו שמצינו יוסף הוא השליט והוא היה המוציא והמביא והמנהיג בכל ארץ מצרים וכו' עכ"ל. והעתיקו הרמ"א (סימן ר"צ) וכאן נראה ג"כ שהרי גם בחייו לא הי' גוף המחיות שלה רק שהיתה הנושאת ונותנת בהם ומתפרנסת מהם עם בעלה ולאחר מותה כוון ג"כ שתהא שליטא ומתפרנסת מן הנכסים ממעשי ידיה ונתכוין שלא יוכלו יורשיו למחות בה ולקצוב לה מזונות כי אם שתשא ותתן בעצמה ותתפרנס בריות כאוות נפשה כמו שהיתה בחיי בעלה. ובודאי יוכל האדם למנות אפטרופוס על נכסיו מחיים כמו שמצינו מינהו אבי יתומים אף שלפי דעתי אינו מן הדין. דאפטרופסות אינו אלא שליחות וכי מת פקע כחו כדאמרי' בגיטין (פ' כל הגט דף כט:) אם מת בעל מידי חששא אית בהו מ"מ כיון דיכול לעשות אפוטרופוס על נכסיו כמו שמצינו בכותב כל נכסיו לאשתו או לבנו דלא עשאו אלא אפוטרופוס עיין ח"מ (סימן ר"נ ס"ז בהגה"ה) א"כ שפיר קיים אפוטרופסית שלה. ועוד שאם אמר זיא זאל רזאנדזין מיט אללעם נכלל גם הבית בכלל ולא מקרי דבר שאין בו ממש. ואף שהיא נזונית ומתפרנסת מנכסיו מ"מ לא גרע כת אפוטרופסית שלה משום הכי שנותן לה שכר עמלה וטרחה מן אפוטרופסית ואין חילוק בין אפטרופסית בחנם או בשכר:

אך טענה שטוענת האלמנה למחות שלא יעשה מתי' מל רפלאץ הנבנה מחדש. פשוט שאין זה נכלל בצוואתו אפילו לדברי העד שאמר מען זאל איר די פרנסה נסה ניט שטערין. אין זה בכלל הפלאץ שנבנה לאתר מותו וכן מצינו בנזיר (דף יב) כי משוי אינש שלית במידי דקיימא קמיה ובודאי לא אסיקא דעתיה ע"ז וכ"ש לפמ"ש שהוא לשין אפוטרופסת שתשא ותתן בהם כמקדם וזה הכא לא היה לה מעולם וזה פשוט וא"צ להאריך בזה:

ג

ועתה אבוא להשיבו על הספק השני אשר נכתב בשטר שהותנה בתנאי מפורש שלא יהיה לבעל המשכנתא רשות לעסוק במתיות י"ש ושכר ולא נתבאר שהותנה במשפטי התנאי ובתנאי כפול. ורמז מעלתו לס' מנחת אהרן. והנה עניני תנאי המה ארוכים מארץ ועמוקים מני ים אך הואיל ואתא לידן אמינא כי עברתי על דברי התשובה האמורה בספר מנתה בלולה. אמרתי להשיב קצת כי בתחלה נסתפק אי הוי תנאי כיון דהוה תנאי זה שלא לעסוק במתיות תנאי ומעשה בדבר אחד וכ' לצדד שהתנאי סותר המעשה מאחר שסתם מתנה יכול לעשות מה שלבו חפץ וזה מטיל תנאי שלא לעסוק במתיות הוי כהתנאי סותר המעשה. עכ"ד בקצרה כי שנאתי האריכות. אבל אין דבריו נכונים כלל: **הנה** תחלה נשוב על מה שפלפל בענין מתנה ע"מ להחזיר לשיטת הרא"ש מקרי תנאי סותר המעשה והפלפול בזה בשו"ת להלכה הוא למותר דפשיטא להלכה רווחת בישראל דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה כדאיתא בפ"ק דקדושין (דף ו.) ופסק הרא"ש גופיה כן וכל הפוסקים וגם בב"ב פרק יש נוחלין אמר בפשיטות במתנה ע"מ להחזיר דשמה מתנה אלא שהב"ש (סי' לח) דייק מדברי הרא"ש פ' יש נותלין שהקשה אהא דאמר רבא מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה הא הוי תנאי ומעשה בדבר א' ותירץ רבא לטעמיה דס"ל תנאי ומעשה בדבר א' הוה תנאי ולכן הוקשה להב"ש על מ"ש הטור (בסי' קס"ב) דבהרי זה גיטך ע"מ שתחזירי לי הנייר צריכה לקיים התנאי וגם מה שאמר בא"ח דבאתרוג במתנה ע"ח להחזיר הוה מתנה צריך להחזיר ובס' מ"א הנ"ל תירץ דבאתרוג בלא"ה כיון דא"צ כפילות מטעם אומדנא דמסתמא צריך לו האתרוג ולכן לא צריך לכפול וגם מהני אף שהתנאי ומעשה בדבר א' והרא"ש שכתב רבא לטעמיה היינו משום דשם מיירי אפילו א"צ לו האתרוג שצריך תנאי ובא"ת מיירי כשצריך לו האתרוג עכ"ד בקצרה. ואין דבריו נכונים. חדא דבשלמא לענין כפל שפיר י"ל סברא זו דא"צ כפל כיון דאין צריך שום תנאי. אבל לענין פנאי ומעשה בדבר אחד אטו מי עדיף גלוי דעת מאילו התנה בהדיא וכפל ומ"מ לא מהני הואיל והוא בדבר א' ואף שאפשר לצדד בזו הסברא מ"מ עיקר החילוק ש לחלק בא"ת בין צריך לאתרוג או לא:

ועוד מה הועיל בזה הרי הרא"ש וטור (סימן רמ"א) פסק גם בשור מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה אף דשם ליכא אומדנא שבאתרוג אלא הדבר ברור ופשיט דמתנה ע"מ להחזיר שפיר הוה מתנה ומה שהב"ח תירץ דלכך לא מקרי תנאי ומעשה בדבר א' בשביל שיכול ליתן דמים. אמת דמדברי הרא"ש פ"ק דקדושין משמע שיכול ליתן דמים ומ"מ לפ"ז תקשי למה הוצרך הרא"ש לומר דרבא לטעמי' הא אין כאן קושיא כלל ממתנה

ע"מ להחזיר על תנאי ומעשה בדבר א' שהרי יכול ליתן דמים וכמו שתירץ הב"ח. וגם קשה לי על הרא"ש למה אמר שם בשור זה יתנו לך במתנה ע"מ שתחזירהו והקדישו ה"ז מוקדש ומוחזר אמר ליה רבא לרב נחמן מאי אהדדי וכו' וקשה אם איתא שיכול ליתן דמים וא"כ הגוף שלו אמאי לא יוכל להקדישו הא הקדש מוציא מידי שעבוד כדאיתא בפ' השולח ואמאי לא יהיה הקדשו הקדש ויצטרך ליתן דמים. ועוד דבהדיא אמרינן בפ' מי שאחזו (דף עה) אפילו לרשב"ג דאמר תתן לו דמים. הנ"מ היכא דליתא בעינא אבל אי איתא בעינא לא אמר. וצ"ע כיון דכבר נתנו לאשה להתקדש בו הוה כליתא בעינא א"כ כ"ש דקשה אם הקדישו למה לא דכבר נתנו לאשה להתקדש למה לא יהא הקדש כיון שמכרו וליתא בעינא יתן דמים ואין להאריך בזה. גם הא גופא קשה איך יתנו לאתר כיון דאם איתא בעינא צריך להחזירו ואין כאן מקומו. עכ"פ פשיטא דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה וצריך לקיים התנאי כמפורש בש"ס בפ"ק דקדושין וכל הפוסקים והאריכות בזה מיותר. וגם רב אשי מסיק בהדיא בפ' מי שאחזו דלרבי דס"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי שפיר הוה תנאי:

ומה שהוקשה לב"ש בדברי הרא"ש פ' יש נותלין שכתב רבא לטעמיה נראה דלא פסיקא ליה להרא"ש אם רבא ס"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי דאי אמרינן דכאומר מעכשיו דמי פשיטא דלא מקרי תנאי ומעשה בדבר א' כדמסיק ר"א בפ' מי שאחזו ולא מקרי תנאי ומעשה בדבר אחד רק כשהתנאי סותר המעשה וכמ"ש התוס' (פ"ק דקדושין דף ו) או דרבא אע"ג דס"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אפשר דס"ל דמ"מ ע"מ להחזיר הוי תנאי ומעשה בדבר א' ולכן כתב דרבא לטעמיה אבל פשיטא דקיי"ל כרבא דמתנה ע"מ להחזיר הוה מתנה על תנאי וצריך לקיים התנאי. ומ"ש בטור (סימן לח) בענין תנאי ומעשה בדבר א' כתב בזה"ל וכן אם לא כפל כו' או שלא התנה בדבר אתר ואמר אם הדינר שהוא מקדשה בו שלי תהא מקודשת ואם לאו לא תהא מקודשת כו' ע"כ הנה דקדק רבינו בעל הטורים וכתב בתנאי אם דוקא וזהו כמסקנת התוספות פ"ק דקדושין (דף ו:) בד"ה לא והטעם ג"כ בקדושין שהתנאי סותר המעשה וכהן נמי הרי אינה מקודשת עד שתחזיר לו הדינר א"כ במה מקדשה וא"כ התנאי סותר להמעשה בזו ס"ל דתנאי בטל. אבל בע"מ פשיטא דהוה תנאי גמור וכמ"ש הטור (בח"מ סימן רמ"א) דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה וצריך לקיים התנאי. אלא שקשה קצת דבח"מ לא זכר הך מילתא דבעינן תנאי ומעשה בדבר אחד ונ"ל במתנה אין דרך ליתן מתנה ולהתנות שאם תחזיר לי תהא מתנה דמאי קיהיב לה משא"כ בקידושין כיון שאין המכוון על נתינת הכסף כי אם על הקדושין ולפעמים היא חפיצה להתקדש רק שאי אפשר לה

להתקדש בכדי שפיר יתכן שיתנה שהחזיר לו הכסף ובלאו הכי הך מילתא שהתנה על מכירת משקין לבד לא מקרי תנאי ומעשה בדבר א' וכמ"ש הרא"ש בפ' יש נותלין גבי מתנת בית חורין וז"ל אבל אם פירש דבריו אפילו נתן שלא ליתן ושלא למכור ושלא להקדיש ושלא יעשה בו כי אם דבר ח' הרשות בידו והביא ראיה מקני ע"מ להקנות בקנין סודר וממתנה ע"מ להחזיר:

וכן מצינו בפ"ק דקדושין קני כסף זה ע"מ שתצא בו לחירות וכמו כו בפ' השולח מוכר עבדו לקנס שמוכר לדבר פרטיי פשיטא דלא מקרי תנאי ומעשה בד"א דאפי' אי הוה אמרי' במתנה ע"מ להחזיר שהוא תנאי ומעבד"א היינו משום מחזיר לו המתנה ואין מתנתו כלום אתר שיחזיר לו משא"כ במתנה ע"ד פרטיי הרי הוא שלו לכל הדברים חוץ מדבר שפרט ואם מקיים תנאו שפיר הוה מתנה לכל דבר ונ"מ אפילו לא א זר מעכשיו דאין תנאו סותר המעשה כלל בפורע רק לדבר אחד. א"כ מהא לא תברא:

והנה נמצא כתיב בשטר שהיה תנאי מפו' של"י לבעל המשכנתא לעסוק במחיות משקין והנה אכתי איכא לספוקי שמא היה מעשר קודם לתנאי הנה לדעת הרמב"ם הובא בטור אה"ע דל"מ מעשה קודם לתנאי רק בנתן לה קידם הקידושין ואח"כ התנה. וא"כ מסתמא כאן בטרם שקנו ממנו על המשכנתא התנו תנאי זה ל"מ מעשה קודם לתנאי. ואף להראב"ד וטור שחולקין על הרמב"ם יסוברין אף אם אומר לה קודם נתינה ה"א מקודשת לי אם תעשה הדבר הזה היינו משום שמיד נעשה המעשה וע"י אמירתו ה"א מקודשת הם הקידושין נמצא שאמירתו הוא הקדושין ומקרי מעשה קודם לתנאי אבל אם מדברים בענין על איזה אופן שיהי' דהיינו שאומר אקדש אותך ומתנה תנאי פרטיי ואח"כ מקדשה סתם מסתמא ע"ד כן מקדשה ול"מ מעשה קודם לתנאי וכן משמע בתוס' ורא"ש (פ' איזהו נסך דף סי ד"ה פטומי) שאם אמר קני לך שדי דאי טרפי נה מינך כו' ל"ה פטומי מילי אלא תנאי גמור וכ"ש באם דיבר המוכר ד"ז שהיא טובתו ואומר אזכיר לך ד"ז בתנאי שלא תעסוק במחיות וקנו מידו סתם אחר אמירתו פשיטא דמקרי תקל"מ דעושה הקנין ע"ד הראשונה כפי מה שדיבר עמו. ומה"ט נ"ג דגם כפילות ל"ב בכה"ג דכל מה שמתנה המוכר או הלוקח בענין שהוא מגוף המכירה ודאי מסתמא אדעתא דהכי מכר ול"ג מגילוי דעת והיינו בדבר שרגילות לעשות וכמו שחילקו התוס' (פ' אלמנה ניזונית דף צא ד"ה זבין) דיש דברים שאין מועיל בהם בג"ד עד שיתנה כגון א"ה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק כו' דזה דבר שאין רגילות למכור אדעתא דהכי דהתם ודאי אינו מועיל ג"ד עד שיהנה שאם לא תאמר כן א"צ לשום תנאי אלא ג"ד בעלמא ובכ"מ בענין

דומיא דתנאי ב"ג ובנ"ר עכ"ל וכ"כ הרא"ש בפ"ב דקידושין ונראה מדבריהם דס"ל דתנאי שאינו כפול עדיף מג"ד והיכא דג"ד מהני כ"ש תנאי שאינו כפול ודאי דמהני:

אלא דקשה לי הא גם בגט שכ"מ כתבו התוס' והרא"ש דמיירי דוקא לאחר שמתרצה וגמר בלא תנאי משמע באמרה החולה סגי בג"ד שע"ד כן גירשה והא בגט שכ"מ בעינן ת"כ כדאתקין שמואל (בפ' מי שאחזו). א"כ חזינן אי י"ל דג"ד מהני מ"מ צריך ת"כ. ומצאתי להתוס' גיטין (דף ע"ה ד"ה לאפוקי) שהרגישו בזה ותירץ ר"י דנקט פטומי מילי דל"מ אפילו לרבנן וא"כ משמע דא"ב נפילות ל"מ אפילו אמרה קודם גמר דעתו ובאמת שלולי דברי התוס' היה עולה בדעתי תירוצים שונים אבל כיון שהתוס' החליטו דהוה בלא כפל בטלה דעתי בזה וא"כ קשה על הרא"ש וטור שכתבו הך להלכה דאם אמר קודם גמר המקח הוה תנאי גמיר הא לא כפל. ויותר תימא על הטור שאחר שכתב דין הלזה כתב דבעינן כל פרטי תנאי עיין (סימן רז). אך בתר עיין נ"ב דל"כ הטור שם אלא בענין שהתנאי הי' אי טרפי לי' אינך מגבינא לך שופרא. דאז איני ענין להכפיל התנאי דכ"ת רק אם התנאי עושה ספק במקח שאם יתקיים תנאו יתקיים המקח ואם נא יתקיים ותבטל בזו בעינן כפילות ומשפטי התנאי אבל תנאי האחריות אינו אלא פירוש ענין המקח שמכר לו באחריות והמקח יגמר כפי תנאו ואין כאן ספק במקח מפני התנאי פשיטא שאין ענין זה לא לכפול ולשאר משפטי התנאי ולשין תנאי אינו אנא פירוש הדבר ואל תטעה כי לשין תנאי דוקא הוא כשעושה ספק במכר דהא ליתא דהא מצינו בלא כתב לה כתובה ואיך אמר שהוא תנאי ב"ד וכמו כן פ' הכותב אם מתה יירשנה שהתנה עמ"ש בתורה ובפ' יש נותלין בתי תירשני במקום בן שהתנה עמש"ב. ובשקלים פיו ותנאי ב"ד הוא על כהן גדול כו' ובפ"ק דזבחים ריש"א אף מי שלא הי' בגבו כו' שתנאי ב"ד וכהנה מקומות רבות עצמו מספר הא למדת שלשון תנאי איני בהכרח על ענין שתלוי בקיומו וביטולו שלשון תנאי אינו אלא פרט. שוב ראיתי בתשובת רמ"ל (סי' קכ"ב) וביקש נחלק בין שהלוקח או הבעל מתנה ונעלם ממנו תוספתא שהביא הרא"ש בפ' מי שאחזו באומר לאשה ע"מ שאדבר עליך לשלטון דבעי כפילא ושם הבעל מחנה טובת האשה והאמת הברור כמ"ש. ועפ"ז נ"ל גם מ"ש התוס' בכתובות (דף נ"ו) אהא דתניא האומר לאשה התמ"ל ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה מקודשת ותנאו בטל דברי ר' מאיר וכתבו התוס' בדכפליה לתנאו איירי לר"מ דבעי תנאי כפול ותמהו ע"ז הא פי' בהדא שאם יהיה לי אינה מקודשת:

ד

ואני אומ' עפר אני תחת כפי' רגלי רבותיני בעלי התוס' שנכנסו בדוחקים גדולים כאשר עיני המעיין תחזינה ולפי דעתי מקום הניחו לי בזה כי הדבר ברור לפי דעתי שלא נאמר כפילות התנאי כי אם בדבר שהתנאי עושה ספק בקיום הדבר בו הוה כליתא בעינא א"כ כ"ש דקשה אם הקדישו הדבר אבל בדבר שהתנאי והמעשה מתקיימין בשעתן אין ענין לתנאי ומשפטיו כ"א פרט הדבר באיזה ענין יחול ותחיל' אראך לדעת שגם לשון ע"מ אינו בהכרח שיעשה ספק בקיום שהרי מצינו ע"מ שאין לך עלי אונאה ובזו ודאי אין הכוונה ע"ד והיפיכו שאם יהיה עליו אינאה ל"י מכירה שהרי אדרבה הוא רוצה שתתקיים המכיר' ול"י לו אונאה וכמ"כ ע"מ שלא השמיטנו שביעית ג"כ ל"ש ספק בדבר שאם תשמיטו שביעית מה יעשה וגם בקבלת התראה בסנהדרין שיתיר עצמו למיתה פרש"י שיאמר עמ"כ אני עושה ושם אינו עושה דוקא שיתחייב מיתה. ולכן ברור דלשון ע"מ אינו מתפרש אלא כמו באופן. והנה במקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה ודאי לא יעה"ד שכיון לעשות ספק בקדושין שאיך יעה"ד אם ידור עמה עשרה שנים ואח"כ תתבע ממנו השאר כסות שיתבטלו ה הקדושין למפרע ויהיה כל בעילותיו בעילות זנות:

אך הדבר ברור ש"ה שמתנה שמקדשה ע"מ שאין עליו שאר כסות ועונה כוונתו לפי שהבעל מתחייב ע"י קדושיו בדברים שמתחייב הבעל לאשתו והוא מקדשה ע"ד לפטור ממקצת חיובים כפי תנאו נמצא שאינו יכול להתנות ב"ה אין מנין בזה לכפילות ולשאר משפטי תנאי שזה לא בא לתלות הקדושין בקיום התנאי רק שיהיה קדושיו וקיום תנאו תיכף ומיד שעפ"י פירושו ותנאו יחול הקידושין נמצא שאם יכול להתנות נגמרו הקדושין והתנאי מקויים כא ר אמר ואין בזה מקום לכפול מאחר שאין דעת כלל לעשו' בקדושין ואדרב' דעתו שיגמרו הקידושין מיד באופן שרוצה ויפטר מן שאר כסות ועונה ובזו אין מקום למשפטי התנאי ולא לכפול שאינו אלא פי' אופן הקדושין כרצונו ומ"מ ס"ל לר"מ דח"ב דמקרי מחנה עמש"ב. וענין מהנה עמש"ב אינו דוקא בתולה הענין בתנאי רק כל שעושה הענין שלא ככתוב מקרי מעמש"ב כמו שמצינו באומר בתי תירשני במקום בץ וכן בר"פ הכותב בכתב לה דין ודברים כו' בחייך ובמותך אמר רשב"ג אם מרה יירשנה דהוי מעמש"ב אף שאינו תולה כלל בספק הענין וכהנה רבית. וכן הענין באומר הריני נזיר ע"מ שאשתה יין ואטמא למתים א"ב ענין לכפילות שאין תולה הנזירות כלל בספק רק שרוצה להיות נזיר ולמנוע מחיובי הנזירות ולכן ל"ש שם כפילות

ומשפטי התנאי שאינו אלא פירוש אופן חלות הדבר באיזה אופן שיחול. וכיון שהוא מעמש"ב ורוצה להיות נזיר צריך נקבל ג"כ חיובי הנזירות כדת:

גם במה שתמהו התוס' מהא דפ' בתרא דמנחות באומר הריני נזיר ע"מ שאגלח בבית חוניו מגנח בבהמ"ק ואם גילח בבית חוניו יצא ומפרש בגמ' דהאי גברא לצעורי מכוין אמר אי סגי בבית חוניו טרחנא פי' הילכך אם רצה לגלח במקדש חל עליו נזירות ואם מת או אינו רוצה לטרוח אדעתא דהכי לא נדר והיינו פי' יצא ש א חל עליו נזירות והוא קושיא עצומה ומה שתירצו שסבור שמצוה בב"ת ח ניו דחוק. דא"כ גם באומר ע"מ שאהא שותה יין כו' נמי נימא כסבור שכן מצוה אבל לענ"ד נ' דבלא"ה צ"ב אתאי יגלח במקדש כיון דאדעתא דהכי לא נדר ולכן יראה דבאמר הריני נזיר ע"מ שאגלח בבית חוניו כיון דאינו יכול להתנות עמש"ב מפרשינן לדבריו שאמר הריני נזיר עכ"פ והיינו בענין שאם רצה לגלח במקדש עכ"פ יגלח במקד' דודאי האי גברא לא נתכוון דוקא לגלח בבית חוניו דלא תהא כהנת כפונדקית ובודאי אם יזדמן לו בכלות חיי נזירתו לגלח במקדש פשיטא שחפץ בכך אלא שבא להקל עליו כשלא ירצה לטרוח עד למקדש והרי כאילו אמר הריני מקבל עלי נזירו' באופן שאם נא ארצה להטריח עד למקדש יוכל לגלח בבי' חוניו ופירוש דבריו כאילו אמר ה"נ אם ארצה או אוכל לטרוח עד למקדש. אבל א"ל אוכל לטרוח אגלח בבית חוניו. ולפי האמת שאין לנזיר לגלח בבית חוניו אין נזירו' חלה עליו שלא קיבל עליו לטרוח יותר וזהו דוק' בזה שהגילוח הוא לאח"ז ויש לומר שתולה נזירתו בתנאי הלזה משא"כ באומר ע"מ שא שתה יין ואטמא למתים שזה האיסור חל מיד עניו. א"כ לא יוכל לפרש שתולה נזירתו בתנאי כיון דאין זה בכלל לשונו דבשלמא אם התנה בבית חוניו ודאי נ"נ למעט מקדש דודאי בבית חוניו כ"ש הוא מקדם אנא שגילה דעתו של"י מוכרת לטרוח יותר כשלא יזדמן לו לפי דרכו נמצא שיש בכלל דבריו נזירות כדין, אבל בע"מ שאשתה יין אין בכלל דבריו שום נזירות כדין. ונחזור לענינינו שבאמר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ופונה ל"ש כפילות כלל לומ' שבאם לאו ל"ת מקודש' שהרי היא רוצה בקדושין בהחלט ושיפטור מש"כ וזהו מתקיים מיד ולכך למ"ד תנאו קיים הרי קידושין חלין מיד והיא מקודשת ואין עליו חיוב ש"כ וברור. גם מה שהקשו מקרע כסותי ע"מ לפטור אמאי לא חשיב מעמש"ב וכמו כן ממתנה ש"ח להיות פטור משבועה נ"ל ליישב ג"כ דדוקא בשאר כסות ס"ל לר"מ דהוה מעמש"ב כיון שהוטל עליו ש"כ והיא אינה מוחלת ברצון הש"כ כי אם לפי שחפיצה בקדושין ולכן אמרינן כיון שמקודשת ממילא יתן ג"כ ש"כ וכמשפט הבנית יעשה לה וכ"כ בע"מ שאין לך עלי אונאה אינו מוחל ברצון רק שרוצה לקיים המקח וצריך לאותו דבר וגם בסילק

עצמו מירושה אינו רוצה מסתמא כי אם בשביל שחפיצה בדבר דוקא אבל בזה שאומר קרע כסותי ע"מ לפטור אינו מעמש"ב שאין האחר מוזהר על הפסדו אם חפץ הוא בכן ובשומר דמעיקרא לא שעבד נפשיה כלל ולא נעשה לענין זה שומר כלל אינו מחוייב להיות שומר שנו. אבל בשאר כסות שהוטל עליו מצד האישות וכשרוצה האישות ממילא נכנס בחיובו:

ה

ומעתה נ' בנ"ד שהתנה שלא ימכור משקין בחלק שבינה אף שאפשר לתלות הדבר בספק אם יעשה שמה מחיות יוחזר המקח לבעליו למפרע מ"מ כיון דלא כפלי' לתנאו לא נאמר שיתבטל התנאי מכל וכל דטעמא דלא מהני תנאי שאינו כפול דמדלא חשש לכופלו מסתמא לא קפיד עליו ולר"מ ל"א מכלל הן נשמע לאו וכאן י"ל שמסתמא לא נתכוין שיחזור המקח לאחר כמה שנים אחר שכבר יורד לנחלה לבנות ולהרום כאות נפשו לא מסתבר כלל שכוונתו היתה שיחזור המקח. גם מי יודע מה ילד יום פן יזלו נחלאות ובכיון יעבור על תנאו כדי שיחזור המקח ולכן בודאי הדבר ברור שנתכוין שישאר המקח שריר וקיים אפם לענין זה אין לו רשות לעסוק במחי' שע"ד כן מכר לו ולא מכר לו זכות זה מעולם וזה התנאי כחו שיור במקח וצדק מאמר החכם דמחשיב לי' לשיור ואף שאיני שייר ממש א"ת המתקיים לשעתו וזה קנה הנחלה ולזה נשאר זכות שלא יעסוק במחיה ואין מקום בזה לכפילות שלא נתכוין כלל לעשות ספק במכר והתנאי מתקיים מיד וכן בהך דפ' המוכר אח הבית ע"מ שמעשר ראשין שלי אמרינן שיורי שייר למקום מעשר ולא יעה"ד שאם אינו נותן לו המעשר יחזור כמקח אלא שהתנאי והמעשה מתקיימין לשעתן וכן בע"מ שדיוטא עליונה שני שליעה"ד שאם ימחה בידו כלא יוצא זיזין שיוחזר כל המקח רק שכל א' עומד בשלו ואף שיש לפקפק קצת דבשלמא התם י"ל ששייר לו זכות הלזה אבל כאן מה שזה אינו יכול נעסיק במחיות מזה לא נשאר לו שום זכות בגוף הבית שהרי גם הוא א"י לעסוק במחיה במקום שהוא מכור לחבירו מ"מ כיון שהדבר הנמכר ברשות המוכר לכל מילי ומאחר שלא מכר לו לכל תשמישין מ"מ נשאר זה שלו וכן הא דאמר שיורי' שייר למקום מעשר אף שעדיין לב"ל כלל ואין לו מקום בשדה מ"מ בדבר שהות שלו יכול לשייר נפשו וכ"ש הכא וכן מצינו בגיטין (דף פה) דבעי חוץ מזונותיך א"ה שיור אף שח"ב לשום דבר וכבר גירשה מ"מ אפשר לו לשייר כח זה וכאן כ"ש דמשייר לנפשיה כ"ז שאם ירצה לעשות מחי' מחוייב לשכור ממנו ולרצותו או כשישכור לאחר יצטרך לשלם לו בעד כח שיש לו במחי' ושפיר יכול לשייר לו זה וכן מצינו בפ' השולח עבד שמכרו רבו לקנס הרי אפילו לדבר פרטיי ורחוק יכול למכור או

לאו משום דשלב"ל וכ"ש שיחזיק לעצמו הדבר שחפץ וכן בקנין סודר דאמרי' בנדרים ס"פ השותפין דהוה קני ע"מ להקנות אף שחין לו שום דבר וזכות בסודר מ"מ יכול לקנות וכ"ש לשייר לעצמו כפי זה שרוצה וא"כ י"ל שהתנאי והמכר מתקיימין תיכף ואין מקום לכפילות ומשפטי התנאי וכן ראיתי בקצה"ח שהביא בשם הריטב"א בקידושין (דף נג) בנותן מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו דאין ענין מזה לתנאי ורפור כי שייר לנפשיה במתנה ע"ש ומ"מ מקרי תנאי לענין מעמש"ב וכן בנזיר (דף יא) כהך דאומר הריני נזיר ע"מ שאשתה יין כו' ס"ל נריב"ל דהאי ע"מ חוץ הוא ורבינא ס ל דתנאי הוה. וגם מכאן תימא על תוס' הנ"ל שנראה מדבריהם דשם מיירי בכפל תנאי ואמר א"ל אשתה נ"א נזיר א"כ איך אמר ריב"ל דהאי ע"ח חוץ הוא הא הוי תנאי גמור א"ו דהיכא שרוצה שיחול הדבר מיד התנאי והמעשה מתקיימין תיכף ואין מקום לכפילות שרוצה בנזירות וגם לשהות יין ולכן אינו מתנה לאידך ג סא אלא דפליגי דרבינא ס"ל דהוי תנאי בכה"ג חף שהמעשה והתנאי מתקיימין מיד מ"מ מקרי תנאי שחפץ בנזירו' על תנאי הלזה ונ"ד לאומ' חוץ מיין דמשמע שרוצה בנזירות שלם ומתנה שיתקיים התנאי שישתה יין ולכן קרי ליה תנאי וריב"ל מדמי לי' לחוץ. וכמו כן בנ"ד המכירה מתקיימה מה מיד והוא מתחייב בקיום התנאי מיד שלא לעשות שים מחי' ממילא נבאר לענין זה ביד מוכר שאין לו לזכות כי אם במה שמוכר לו והוה תנאי שהתנה לשייר לו זה הכח והיכא כא דהיו מעמש"ב נ"מ בכה"ג:

והא דאמרינן בר"פ המגרש דמבעיא להו אי אלא חוץ הוא או ע"מ וע"מ תנאה בעלמא הוא ונא חשבינן לשיור באומר ע"מ שלא נשאי היינו משים דדוקא בדבר שזכות הוא לו ורוצה בקיום הדבר שייך לומר שרוצה בקיום הדבר וישאר לו זכות זה כרצונו אבל התם אדרבה אם נחשבו לשיור לא יתקיים הדבר כלל מפרשינן לי' כפשוטו שכיון לתנאי שלא תעבור על רצונו כיין דלא כיון לזכות לעצמו רק שאיני רוצה שתנשא לפלוני אבל במתנה על דבר שזכו' הוא לו אמרי' פשוטה שיתקיים הדבר על אופן המדובר כפי רצונו ולמה נאמר שמטיל ספק בקיום המקח:

ונ"ל עוד ראיה לזה מר"פ האומר בקידושין גבי מעכשיו ולאחר ל"י מספקא לי' לרב אם הנאה הוה או חזרה ושמואל אמר עד ל"י מקודשת לשני לאחר ל"י פקעי קדושי שני וגמרו קדושי ראשון ואמרי' דלשמואל פשיטא ליה דתנאה הוי ולכן על"י קדושין תלויים שמא יחזור בו וקשה איך אפש' לומ' דתנאה הוה הא לא כפלי' לתנאי' וגם פשטא דלישנא שאמר הרי אח מקודשת ני מעכשיו ולל"י א"כ הוי מעשה קודם לתנאי לדעת החולקין על הרמב"ם וגם איך אפשר לומר שהוא הנאה מעכשיו אם לא אחזור עאל"י דא"כ תהא

מקודשת מיד שהרי לא כפל תנאו ושמואל גופי' ס"ל דבעי כפול בפ' מי שאחזו ואולי מכאן ראיה להגאוני' והרמב"ם (בפ"ו) מהלכו' אישית דס"ל באומר מעכשיו אין צריך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי למעשה וא"כ א"ם כיון דאמר מעכשיו א"צ כפל ותקל"מ ולפי שיתם גם בנ"ד כיון דהמכירה רה נעשה עפ"י ק"ם כנהוג יסתם ק"ם מעכשיו הוא א"כ א"צ למשפטי התנאי כלל. אבל להחולקים קשה. ובראי"ש גופי' פסק כרב דמספלאי תנאה הוי אי חזרה ומשמע דאם חזר תל"י א"צ גט כלל וכ"כ הב"ש בהדיא (בסימן מ) וקשה איך אפשר שיוכל לחזור הא אם הנאה הוא הרי לא כפלי' לתנאיה והמעשה קיים בכל גווני וגם הוי מק"ל. וגם בטור וש"ע העתיקו מעכשיו ולאחר ל"י ומ"מ מספ"ל אי תנאה היי א"ח. גם רש"י פירש אמימרא דשמואל על"י מקודשת לב' שמא ימות הראשין ונמצאו קדושי שני למפרע וקשה איך אפשר שיהיה למפרע הא לא כפלי' לתנאו וגם מקל"ת ורש"י פירש בפ' מי שאחזו (דף עה) דאפילו לרבנן בעינן תקל"מ ושמואל גופי' ס"ל דבעי כפל כדאיתא בפ' מי שאחזו (דף עה:) דאתקין כן בגיטא דשכיב מרע ומשם עיקר ראיית הפוסקים כר"מ כמ"ש בתו' שם (דף ע"ה ד"ה לאפוקי) ולכן צריך לומר כשמשייר לעצמו איזה כח בג ף הענין כגון התם שיחזור בו כשירצה תוך ל' א"צ לכפול ולמשפטו התנאי וא"ת לפ"ז אכתי קשה דאמרינן התם דפליגי בפלוגתא דהני תנאי מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט רמ"א כזה גט דפשיטא ליה דתנאה הוי ולת"ק מספקא לי' ואיך נימא דהוה תנאה הא לא כפלי' לתנאיה ושמואל גופי' ס"ל בגט שכיב מרע דאתקין כפילא דוקא וצ"ל דאה"נ לת"ק מספ"ל אי תנאה הוי וכיון שלא כפלי' נתבטל כל התנאי או חזרה הוא ור' ס"ג תנאה הוה ואם ס"ל דבעי כפל באמת הוי גט אע"פ שלא נתקיים ואמת שזה דוחק ויותר מכריע מזה קבלת הגאוני' דמעכשיו א"צ כפל ומשפטי התנאי ולפ"ז צ"ע לפמ"ש הב"ש בשם הרמב"ן והרשב"א דמפרשינן מולל"י הוה התנאי אם יחי' א"כ משמע דאם מת חנו בודאי קדושי שני וקשה הא לא כפלי' וגם לא הוי תקנ"מ וה"ל לפרושי בהדיא דאם מת מ"מ צריכה חליצה מכת קדושי ראשין שהרי הם הניחו קבלת הגאונים בצ"ע אי בעי משפטי תנאי במעכשיו וטעמא דמילתא דחזרה הוה כמו שיור הוא מטעמא דפרישית לעיל דכשהתנאי והמעשה מתקיימין לשעתן א"צ כפל דחל מיד באופן אשר דיבר וכאן נמי כיון דבידו נחור בכל עת ורגע הרי התנאי מתקיים מיד שתולה בעצמו הדבר אם ירצה חוזר מיד ולכן לעולם נשאר לו זה הכח משא"כ באם מת והתנאי בדבר שאינו בידו:

1

ועוד נ"ל ראיה דבכתובו' (דף עט) גבי מברחת דאמר ת"ק כותבת שטר פסים ואמר רשב"ג רצה משחק בה אלא כותב' לו מהיום לכשארצה ופרש"י והר"ח והרא"ש שכותבת מהיום וכשארצה לחזור בו אחזור בו וכל הפוסקים כתבו סתם ובטור אה"ע (סי' צ) ובש"ע שם ולא זכרו ממשפטי התנאי ול"נ דבתנאי אם לא אחזור לכ"ע דנין ליה כמו שיור ששיירה לעצמה כח זה:

גם בנדרים (דף פא) המדיר הנאה מחתנו כו' אומר לה הרי מעות הללו נתונים לך במתנה ובלבד של"י לבעלך רשות בהם אלא מה שאתה נותנת לפיך כו' והועתק בפוסקים ולא זכרו ממשפט התנאי גם הוי מקל"ת א"ו כמ"ש הריטב"א דבכה"ג א"צ למשפטי תנאי דהוי שיור וכן בעבד שנותן לו מתנה ע"מ שאין לרבי רשות בו אף דכבר יצא מרשות נותן ואין לו שום זכות בגוף המתנה שביד העבד, א"כ כ"ש בנ"ד שכתוב בשטר שהיה תנאי מפור' שלא יעשה מחיו' דלענין זה לא מכרו לו כלל ואין נו כת זה בפרט שכבר בררנו כי לשין תנאי אינו דוקא על דבר תלוי ועומד אם יתקיים התנאי דתנאי אינו אלא פרט הדבר ולכן אמר בכל דוכתי מקדש על תנאי:

גם אפסר דכ"ד שהוא מגוף הענין א"צ משפטי התנאי ר"ל שעושה דבר אלא שמטיל תנאי של"י סתמו כפירושו א"צ ג"כ משפטי התנאי והכי משמע לי מר"פ המגרש דתנן המגרש כו' ואמר לה הא"מ לכ"א אנא לפלוני כו' ומבעי' לן בגמר א החי אלא חוץ הוא או ע"מ וקשה א"ך אפשר שהוא ע"מ אמאי אוסרין חכמים הא כיון דאמר אלא מסתמא נא כפליה לתנאי וגם ל"ה הקנ"מ רק מקנ"ת ולכן אפשר לפי הסברא שכתבתי לעיל דבתנאי המתקיים לשעתו א"צ כפילות שא"צ כפילות רק בתולה הדבר בתנאי שאפשר שיתקיים ואפשר שיתבטל אבל בע"מ שאין לך עלי ש"כ אין רצונו בביטול קדושין בשום אופן רק שיתקיימו גם שניהם שיהי' לה קדושין מבלי ש"כ כן י"ל ג"כ בע"מ שלא תנשאי התנאי מתקיים בהכרח דדוקא באו' ע"מ שתתני לי מאתיי' זוז כיון דאיהו גופי' מסופק בקיו' התנאי א"כ כיון התנאי היא ספק בעיניו ולכן כל שלא חשש לכפלו הוה גירו' בכל אופן דהא אף אם גומר וסגר' ע"ת זה מ"מ אפש' שמ"מ לא תרצ' לקיים התנאי ובאמ' יהא בטל הגט וא"כ י"ל שגמר ומגרש אף אם לא יתקיים מדלא פירש וכפל בהדיא אבל כאן שצריכה לקיים התנאי בהכרח למה נאמר שלא קפיד על התנאי שאף אם תרצה נבעל הגירושין ח"מ א"א לה לעבור על תנאו ומתקיים התנאי בהכרח דאם יתבטל הגט ע"כ אסורה לא תו פליגי וא"כ התנאי מתקיים מיד בהכרח ולכן לא בעינן כפל דודאי דוחק לומר דכי קאמר אלא ע"מ לא אתיא כמ"ד דבעינן כפל:

ומהאי טעמא נמי בתנאי שאם לא אחזור בי לא בעינן כפילא דגם תנאי זה מתקיים לשעתו שהרי זה בידו לעולם כפי דעתו ורצינו אבל בתנאי אם מתי גם הוא מסופק אם מתקיים התנאי ולכן בעינן כפילא. וגם בע"מ שאין לרבו רשות בו וכן לאשה ע"ח שאין לבעלה בהמתנה ג"כ התנאי מתקיים בהכרח שאין בידו לעשות הדבר שנא הורשה עליו מתקיימת המתנה כפי המדובר שיש לי בענין שפירש ואין בידו לעבור על התנאי דאין זה בידו כיון שאין לרבו רשות בו המתנה והתנאי מהקיימין כא':

ז

ומזה אני תמיה על מ"ש הרא"ש בתשובה (כלל פא) הובא בטח"מ וש"ע (סימן רמא סי"א) בנתן מתנה לשני בניו וריבה לא' ומיעט לא' והתנה ע"מ שלא ימכור עד הי"ת הקטן בן ך' ועמד הגדול ומכר שנתבטלה המתנה ותמיה לי שאם אין במכירתו כלום הרי לא ביטל התנאי כלל שהרי אין ממש במכירתו וראיה לזה במקדש את האשה ע"מ שאין עליה נדרים והלכה אצל חכם והתירן דקיי"ל דמקודשה כיון דחכם עיקר הנדר מעיקרא נתקיים התנאי ואף דשם בנודע לו קודם נחבט הקדושין לרוב פוסקים התם היינו טעמא דהא מתחילה התנה על כך דהא ידוע דנדרים נתרין אלא שאינו רוצה ליכנס בספק הלזה אבל כאן אין כוונתו כי אם שלא ימכור לאחר וכשאנו מוציאין מיד אחר הרי נתקיים תנאי מיהו למאי דמיירי הרא"ש בכפל בהדיא ופירש אם ימכור תחזר המתנ' א"ש כיון שהתנה בהדיאודאי נתכוין שלא ימכור אף בדרך מכירה אבל לענ"ד א"צ כאן לכפילות והתנאי מתקיים מעצמו כמו בע"מ שאין לרב רשות בי דלענין זה לא זיכה לו כלל וכאן נמי התנה ע"מ שלא יהיה לו רשות למכור לאחר וזה תנאי המתקיים לשעתו שהנאה לכל הדברים ולענין זה אין רשות בידו למכור וכאמור לעיל באריכות:

ומצאתי להרב מל"מ (בפ"ג מהל' זכיה דין ו) שכתב לסייע לזה מדברי ה"ה (בפ"ה מהל' גירושין) בע"מ שנא תנשאי לפלוני וניסת לו דעברה על תנאו כיון שניסת לו בדרך נשואין והתוס' (פ' המגרש ד"ה ועמדה) ס"ל דע"מ שלח תנשאי דוקא אחר מיתת המגרש קאמר דבחיי המגרש אין כאן נשואין ואני אומר דמדברי ה"ה ליכא סייעתא ומתוס' ליכא תיובתא דמדברי ה"ה בע"מ שלא תנשאי י"ל ושם ליכא לפרושי שנתן הגט לכל הדברים רק כח זה שייר לעצמו שלא תנשא לפלוני דא"כ הוה שיור בגט ואינו כלים וע"כ צריך לפרשו בדין תנאי ומסתמא לא אמרי' שנתכוין לאחר מיתו א"כ ע"כ ההנה על דרך נשואין. אבל בעובדא דתשובת הרא"ש י"ל שלא נתן לו לענין זה כלל ומדברי התוס' ליכא סייעתא דהתם יש לקיים התנאי כפשוטו ע"מ שלא תנשאי בנש אין גמורין לאחר מיתת המגרש ולכן מפרשי' ליה בנשואין גמורין אבל כאן א"ל במכירה גמורה

שלעולם התנאי מבטל המכירה וע"כ לא נתכוין אלא לדרך מכירה אלא שלענ"ד העיקר כמ"ש שא"צ כפל וגם בע"כ צריך לקיים כתנאי שאין מכירתו כלום שלענין זה אין לו רשו' וכן משמע בגמ' בפ' יש נוחלין דאמרי' גבי כור זה נתון לך במתנה ע"מ שהחזירהו והקדישו אם אמר לי אינו קדוש וכ"כ הרמב"ם (פ"ג מזכיה) וטוש"ע (ח"מ סימן רמ"א ול"כ רבותא טפי דאם הקדישו נתבטלה מתנתו מעיקרא ונ"מ שצריך להחזיר הפירות או אם קידש אשה בהנאת שימוש וכה"ג טובא אלא ודאי כיון שאין בהקדשו כלום לא נתבטלה מתנתו שלא ביטל תנאו בזה וכן מסתבר נמי גבי מכירה ומ"ש הרשב"ם (בב"ב דף קנז:) ד"ה ואם לאו אלא מכרו אי אכלו תידוק מיני' דס"ג דגם במכרו נתבטל' המתנ' די"ל שם מיירי כשא"א להחזיר המכר שלא החזירו כגון שמכרו לנכרי או כה"ג טובא אבל כשיש להחזיר המכר פשיטא שלא נתבטלה המתנה. הנה זאת תורת העולה מתוך מ"ש בנ"ד שכתוב שהיה תנאי מפורש שלא יעסוק במחי' תנאו קיים לענין זה שא"ל רשות ויכול למחות בו. אבל מ"מ אם כבר עסק במחי' זמן מה לא נחבטה המכירה למפרע רק של ענין זה דוקא לא מכר לו ויכול למהו' בו ולא מתבטל התנאי מחמת שלא נכפל כדפרישית באריכו' ודלא כהך דינא דתשובת הרא"ש בהתנה שלא ימכור וא"צ לכפול בזה:

סימן מא

שאלה א' קנה בית מיתומה אחת בריצוי האפטרופסים שנשאר לה בירושה ולא היתה בת כ' גם אין עדים ברורי' שנבדקה והקנין היתה בצירוף אפטרופסים וב"ד העיר היו השני הדיינים קרובי הקינה ופסולים ע"פ הדין רק שהירגלו לישב בדין ובני העיר דנין לפניו ואחר כמה שנים שכבר נכאה היתומה לגבר ערערו על הקנין באמרם שהי' אונאה במקח שהוא שוה יותר הרבה ולהקונה הי' מעשה ב"ד הנ"ל שהסכימו על המקח וכתוב בו שנעשה לטובת היתומה ושאל השואל מה דין המכירה:

א תשובה תחיל' נדון על ביטול המכיר' מצד שהיתה קטנה שאפי' היתה גדולה בשנים מ"מ כיון שלא נבדקה דין קטנה יש לה לענין מכירה וזה מוכח מפורש בפ' מי שמת (דף קנ"ה) דאיתא התם קטן מאימתי מוכר בנכסי אביו ופליגי חד אמר מבן י"ח וחד אמר מבן ך' ופריך ממעשה בבני ברק בא' שמכר בנכסי אביו שבאו בני משפחה וערערו לומר שקטן הי' ושאלו לבדקו. ואי אמרת מבן ך' כי לא הביא שתי שערות מאי הוי הא סרים הוא ומשני דבעינן נולדו בו סימני סריס. הרי מפורש דאפילו בן ך' שלא נבדק אין מכירתו כלום כיון שלא נבדק וא"כ כאן נמי שלא נבדקה כראוי בחזקת קטנה היא אפילו היתה

גדולה בשנים וא"ל כיון דהשתא היא גדולה מחזיקין אותה לגדולה למפרע דהא השתא כבר הי' לה בנים וא"כ י"ל כמ"ש הרא"ש בתשובה והוא בח"מ (סי' לה) דאם נבדק לאח"ז והי' לו סימנים מחזיקין אותו לגדול משהגיע לכלל שנותיו א"כ ה"נ כיון דעכשיו יש לה ס מנים מחזיקין אותה לגדולה למפרע הא ליתא דכבר תמהתי בתשובתי על דין זה שהוא מתשו' הרא"ש ולהוציא מיד מוחזק שאין לסמוך להחזיקה גדולה למפרע. ועוד שגם על שנים קשה למצוא עדים ברורי' ועל שנים ודאי בעינן עדות גמורה כדאיתא באה"ע סימן (קס"ט סי"א) וא"ל דמסתמא נבדקה כראוי דחזקה אין עדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול כדאיתא בב"ב שם. הא ליתא דהא מעשים בכל יום שאין העדים מדייקין ומקבלין ק"ס על כתובה ותוספת כתיבה ואין בודקין להחתן כלל. ואף שמנהג רע הוא כמ"ש בספרי. מ"מ ראינו בזה שכבר הוא מנהג טעות (כל שעדים) [אין] שואלין אם הגיע לכלל שנותיו ואף בלי שים בירור מקבלין ק"ס וא"כ חזינן דעבידי דטעי בהא ועדי השטר עצמן יודו שלא נבדקה כראוי וגם הם נאמנין במידי דעבידי דטעי כמ"ש בח"מ (סי' מג) וכ"ש בזה שאנו רואין דלא גמירי בהא. א"כ אין להחזיקה בגדולה כלל למפרע ונדבר (מה שהצד) [מן הצד] שנחשוב אותה לקטנה בעת מכירה וצריכין אנו לדין על מעשה האפטרופסים שלה אם היתה קטנה:

והנה מדינא צריך הכרזה ושומא. ואפילו ב"ד שמכרו בלא הכרזה הוי טעו בדבר משנה וחוזר כדאי' בפ' אלמנה נזונית (דף ק' ע"ב) ולזה אפשר לומר דהמכיר' היתה לפרוע מה שלוו לצורך היתום' אלא דצ"ע אם האפטרופס נאמן על זה כל שלא בירר דבריו בפני ב"ד בזמן המכירה בפרט שהאפטרופס עצמו הודה שלא מכר כי אם לסיבת הבטחה שע"י המכירה תרויח שלשה מאות אדומים פ"י הלוקח. ופשע האפטרופס שלא לקח מידו כתוב וחתום על זאת. ומסתמא גם אז הטעה הב"ד בכך שאמר שהיא ט ב' גדול' וא"כ אם תאמין לאפטרופס האמינו בכל דבריו שלא קיים התנאי כלל והי' טעות בגוף המכר שלולי שהציע האפטרופס דבריו לפני ב"ד לא היו מסכימים כן הסתם וכ"ש שנתברר שבאמ' היו מוסיפין ומכרו לזה בגזל אבל ודאי אפטרופס עשה שלא כהוגן ואין במעשיו כלום ובתשו' רשב"א (סי' אלף וט"ו) הובא התחלת התשו' בב"י (סי' ר"ץ) וסיים שם אם יראה ב"ד שאילו לא מכר ופרע הי' בכך הפסד ליתמי הדין עמו עכ"ל משמע שצריך לברר בב"ד:

ועוד נראה ברור שאף דברים שא"צ הכרזה מ"מ שומא צריך עכ"פ דטעמא דא"צ הכרזה היינו משום נעילה דלת בפני היתומים וכמ"ש הרא"ש פ' אלמנה נזונית והר"ן שם ועיקר ראייתם היא מה דפ' שום היתומים דאמרינן אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת

בהם ופריך ממתניתין דשום היתומים ואמאי לא מוקי (בלא) [בלוי] לצורך יתומים אלא וודאי א"צ הכרזה וא"כ א"ר משם רק שא"צ הכרזה. אבל שומא ודאי בעינן דמהיכי תיתי למכור בלא שומא וא"ל דשומא חלי בהכרזה דהא ליתא. דהא בפ' אלמנה נזונית (דף ק:) דמוקי בדברים שאין מכריזין והיינו בעבדים ושטרו' וקרקעות ומטלטלין. ואיתא התם מטלטלין של יתומים שמין ומוכרין אותם לאלתר אלמא אפי' דברים שא"צ הכרזה מ"מ שמין אותן וכן משמע מהא דמוקי במקום שאין מכריזין ויהיב טעמא דקרו להו אכלי נכסי דאכרזתא. א"כ משמע לענין שומא לא נשתנה הדין משאר דברים דעכ"פ שומא בעי:

וכן לענין אלמנה איתא בגמרא (דף צח) צריכה שבועה ואינה צריכ' הכרזה. וכתבי הפוסקי' דמ"מ בעי ב"ד הדיוטו' הבקיאים בשומא ואם מכרה בינה לבין עצמה שלא בב"ד הדיוטו' עיין באה"ע (סי' קג) ובטור מבו' שדעת הרמב"ן ור"ח ורא"ש שאפי' מכרה שוה בשוה מ"מ המכר בטל וכן מצאתי בריטב"א פ' אלו מציאות (דף לב) ואפשר שגם הרמב"ם שסובר באלמנה אם מכרה שוה בשוה מכרה קיים אפשר דמודה בדברים הללו אף שהקילו בהם לענין הכרזה מפני צורך שעה כיון דמדינא הוה צריכי נמי הכרזה אלא שא"א מפני הטעמי' האמורי'. מ"מ מהיכא תיתי להקל לענין שומא וצריך עכ"פ שומא וכן משמע (בספי"ב) ממלוה שכתב במטלטלין ועבדים ושטרות שמין אותן בב"ד ומוכרין אותן מיד ואף דבגמ' נא מצינו שמין רק במטלטלין פשיטא ליה דבכולהו הדין שוה כיון דהטעמים אין שייכים למנוע השומא. וא"כ הה"ד במכרו לדברים שא"צ הכרזה מ"מ שומא בעי. וכן י"ל ממה שמבו' בש"ם שם דמוקי מתני' דשום הדיינין שפחתו שתות בשעה שאין מכריזין כדאמרי נהרדעי לכרגא ולמזוני ולקבורה מזבנינן בלא אכרזתא וכיון דקרי לי' שום הדיינין משמע דבעינן ב"ד גמור א"כ חזינן דאפי' להנך מילי בעינן ב"ד ואדרבה משמע דבעינן ב"ד מומחין ולא סגי בבקיאין בשומא בעלמא כמובא למעלה. וא"כ י"ל כיון דבעינן מומחין אם מכרו בלא שומא אפילו שוה בשוה מכרן בטל אפי' לדעת הרמב"ם דלא אמר הרמב"ם (בפי"ז מאישות) אלא באלמנה שמוכרת שלא בב"ד וא"צ רק שמאים וג' הדיוטות אבל בה"מ דבעינן ב"ד גמור י"ל דמודה הרמב"ם שאפי' מכרו שוה בשוה מכרן בטל שמכרו בלא שומא בב"ד:

ב ואל תטעה במ"ש הש"ך ח"מ (סי' ק"ט ס"ד) שכתב אפטרופס וב"ד (שלא) [שלוו] לצורך יתומים (אין) [מוכרין] ופורעין וא"צ הכרזה וכתב בסמ"ע הטעם דהוי כמו למזוני ולכרגא ובש"ך השיג עליו וכתב דלא דק דכאן הטעם דהוי כמו בעל דבר שרצה לפרוע בעצמו וע"ש וכיון דהוי כבע"ד א"כ אפילו שומא לא יצטרכו כמו בע"ד עצמו דהא ליתא

דודאי מ"מ שומא צריך דאיך יוותר בשל אחרים אלא שא"צ הכרזה דאיכא נעל"ד וכמ"ש הרא"ש בפ' אלמנה נזונית והר"ן כם ובאמת לא ידעתי מה זה שהשיג על הסמ"ע. דדברי הסמ"ע נכונים הם. וז"ל הרא"ש פ' אלמנה ולכך לא בעינן הכרזה שאם לוו לצורכם מוכרין ופירעון כדרך שבני אדם פורעין משלהם שאילו מתחילה כשלוו (ב"ד) מוכרין לצרכיהן לא היו צריכין הכרזה כדפרישנא לעיל גם כשמוכרין לפרוע מה שלוו מוכרין בלא הכרזה עכ"ל, ומ"ש כדפרישנא לעיל היינו מ"ש בפ' הכותב (סימן י"ט) שהוכיח מהך דשום היתומים כו' דבלוו לצרכי יתומים א"צ הכרזה מדלא מוקי מתניתין דשום היתומי' במכרו לצרכי יתומים ובמכרו לצרכי יתומים ודאי עיקר הטעם עם מאחר שהוא לברך יתומים אין פנאי להכריז כיון שהיתומים צריכין לכך וא"כ גם בלוו לצרכי יתומים ופורעין ג"כ עיקר הטעם משום תועלת יתומים וכדברי הסמ"ע שלא יונעל דלת בפני ג"ח המלוים לוה וא"כ הכל הילך לרקו אחד ודוק. עכ"פ לענין שומא פשיטא דשמין עכ"פ בב"ד. איברא דאיכא למידק מהא דאיתא פ' הנזקין (דף נ"ב) ההוא אפוטרופוס דהוה בשבבותי' דריב"ל דהוה מזבין ארעא וזבין צורי ולא א"ל ריב"ל ולא מידי. וא"א שצריך שומא בב"ד א"כ מתחילה הי' צריך שומא. א"כ עשה עפ"י ב"ד וריב"ל הסגים עמי ואיך שייך ולא אמר לי' ונא מידי דהא מסתמא ריב"ל הי' מופלא שבב"ד כיון דתליא הש"ס העובדא בדריב"ל. מיהו לזה אפשר לומר שמא ב"ד אחר הי' והם שמוה כדת א א דקשה מההיא סבתא דאיתא התם דזבנתה לתרי דיתמי חי אתי לקמי' דרב נאמן אמרו מאי עבודתה דזבנה אמר ר"נ יתומים שסמכו תנן. וע"ז קשה כיון דבעי שומא בב"ד א"כ כיון שירדו לשומא ושמו התורתא א"כ היא כאפטרופס שע"פ ב"ד ואפשר שמכאן יש הוכחה לדברי הרמב"ם דס"ל באלמנה (הפילו) [אם] מכרה שוה בשוה בינה לבין עצמה מהני מיהו למאי דפרישית לעיל שמודה הרמב"ם היכא דבעינן שומא בב"ד שאם מכרה בינה לבין עצמה בטל א"כ מטלטלי שצריכין שומא ג"כ (אם)[עם] ב"ד היה שם ומאי אמרו קרובים מאי עבודתה דזבני הא היא כמו אפטרופא ע"פ ב"ד ונראה דאע"פ שנזקקי לה ב"ד שבעיר לשום השור ולמוכרו על פיה לצורך יתמי מ"מ אין לה דין אפטרופוס דממונה ע"פ ב"ד בפירוש לאפטרופא רק שהיא הציעה דברים בב"ד שמוכרת לצורך יתמי ומכרתה ע"פ שומא בב"ד כדת ובאו הקרובים וערערו כיון שלא נתמנה בפירוש ע"פ ב"ד לא יהי' במכירתה כלום. וגם אפשר שלא ידעי ב"ד במכירה כלל שלא נזקקו לכך רק לשומא בעלמא שיוכל אפטר פס למכור לעצמו אחר שנישום בב"ד ועיין ח"מ (סי' ר"ץ סעיף טית) ואף שכתב רמ"א שם דאפטרופס עושה כל מה שנר אה בעיניו ט בת יתומי' נראה ג"כ דלא בא לומר כלל שימכור שלא בשומא דאיך יוותר בשל יתומים

רק לאחר שנישום כדת יכיל למכור אפילו בלא ב"ד ואפי' דלא בעינן ב"ד מומחין מחין עכ"פ בעינן מ"מ ב"ד הדיוטות ושמאים בעינן:

ועוד שידענו שמדמי מכירה סילק הלוקח כתיבת אשת אחי היתומה וכשמוכרין לכתובה פשיטא בעינן הכרזה כמפורש בפ' שום היתומים. ואין לומר שעשו כן להרויח מזונות הא מנה דהא מצד הדין מגיעים לאלמנה מזונו' עד שתפרע כל הכתובה וגם הלוקה פרע הכתוב' לאחרים ולא פרע כאחת ונמשך זמן רב ימצא כלא יפטרו במניעת ההכרזה מן מזונות האלמנה וגם שאבי האלמנה שבא בהרשאתה תבע כבר כתובתה בב"ד וא"כ אין ריוח ניתמה במניעת ההכרזה ובכה"ג צריך להכריז כמפורש ר"פ שים היתומים ואולי הוצרכו למכיר מקצתו לצורך היקומה ולא מצאו למכור מקצת הבית והוכרח האפטרופס למכור הכל וצריך חקירה בזה:

ג ולכל זה הוצרכנו אילו לא היתה אונאה בגטף המכירה אבל לפי שנתברר עכשיו שהי' אז שוה יותר הנה מכירת האפטרופס ודאי בטילה דדמי לשליח ושליח שנהאנה חוזר בכל שהוא וכן מפורש ברמב"ם [פי"ג ממכירה דין עי"ת]. אלא דיש לדקדק על דברי הרמב"ם מהא דאיתא פ' אלמנה נזונית (דף ק') דר"נ אמר הלכה כדברי חכמים דבפחתו שתות מכרן בטל ופריך ולית לי' לר"נ א"כ מה כח ב"ד יפה הא אמר רב נחמן אמר שמואל יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן ב"ד מעמידין להם אפטרופס ובוררין להם חלק יפה הגדילו יכולין למחות ור"נ דידי' אמר הגדילו אין יכולין למחות דא"כ מה כח ב"ד יפה וכתבו התוס' דאי לא דאמר הצ' כחכמים לא קשיא מהא דשליח כאלמנה אפי' אירי בשליח דיינין דלא שייך בדידי' כ"כ מה כח ב"ד יפה כמו באפטרו' עכ"ל ותימא על המ"מ שכתב דהיא פשוט אי מירי בשליח דיינין דהה"ד באפטרופס דהתוס' הוכיחו דאפטרופס עדיף מיהו בתר עיון דברי המ"מ נכונים שהרי (בפ"י מלאכות דין ד') הביא הך דינא וסיים ואם הגדילו אין יכולין למחות שהרי ע"פ ב"ד חלקו להם ואם טעו ב"ד בשומא יפחתו שתות מכרן בטל ע"כ. והוכיח המגיד משנה שע"כ ס"ל דצריכים לחלק בשומת ב"ד דיקא אפילו טעה כל שהיא חוזרין לדעת הרמב"ם דאפטרופס שטעה אפילו בכל שהוא חוזר ע"ש במ"מ. ולכאו' נראה דס"ל לה"ה לחלק. דאפטרופס שמכר בלא שומת ב"ד בהא בטל אפי' בכל שהוא אבל מכר ע"פ שימת ב"ד דינו כב"ד ומכרו קיים. וקשה לפ"ז איך כתב המ"מ (בפי"ג ממכיר') דלהמפרשי' בפירשו ששליח דיינים כאלמנה דין זה פשוט הוא מסתמא כשב"ד עשאוהו שליח למכור מסתמ' עשו כהוגן ושמו הקרקע וא"כ לדעת הרמב"ם דינו כמו ב"ד. ואיך למד המ"מ לדעת הרמב"ם מדין שליח דיינים שהיא כאלמנה יצ"ל דהמ"מ מפרש שנית שפשאוהו ב"ד שליח למכור

ומכר הקרקע בלא שימת ב"ד רק ע"פ ג' הדיוטית בזו ס"ל דבטענה כל שהוא בטל אבל אם עשו הדינין שלית למכיר ומכר ע"פ שימת ב"ד רק שהמכירה ע"י שליח בזו ס"ל להרמב"ם באמת דדינו כב"ד ובפחות משתות מכרו קיים:

מיהו לענ"ד י"ל דודאי כל שאין המכיר' בב"ד גופי' שהב"ד עצמם המוכרים ל"ש מה כח ביד יפה. ולכן לעולם האפטרופס והשליח ב"ד כאלמנה ומטעם האמור בש"ם דשליח יחיד כאלמנה. א"כ תליא בזה כשהב"ד בעצמם מוכרים אבל כשהשליח מוכר כיון שהב"ד עצמן לח מכרו הרי הוא כאלמנה. ול"ק מהך דב"ד מעמידין להם אפטרו' היינו משים שט ב עיקר החלוקה כך הוא ולא הוטל על הב"ד שיהיו בוררים בעצמן החוק היפה רק ע"י האפטרופ' שפם שמסתמא הב"ד ממנין מי שראוי לכך וא"כ עיקר החלוקה נעשית עפ"י ב"ד וכן דייק לישנא דהרמב"ם שכתב שהרי ע"פ ב"ד חלקו. וא"כ עיקר החלוקה נעשית עפ"י ב"ד. אבל בשמו ב"ד ונתנו רשות לשליח למכור שפיר י"ל דמ"מ הוא כאלמנה. שהרי מ"מ יחיד מכר והכי דייק נמי לישנא דהרמב"ם (פי"ג ממכירה) שכתב ואינו דומה לב"ד מפני כהיא יחיד ע"כ:

וא"כ ממילא לא קשיא מה שהקשו התוס' דהך דר"נ לא דמי לשליח כלל ולק"מ ולפ"ז שפיר דגם באפטרופ' של יתומים המוכר אין יכול למכור בלא שימת ב"ד ואפש' דבעינן ב"ד גמור אבל אם מכר האפטרופס בלא שומא אפש' דאפילו שוה בשוה מכרו בטל עכ"פ בנ"ד שנתברר שהי' שוה יותר אז א"כ אפילו מכר האפטרופס כדין מ"מ מאחר שלא מכרו ב"ד הפילו בכל שהוא מכרן בטל. ודין זה הל' פסוקה היא ופסקה רבינו המחבר בש"ע (בסימן רכ"ז סעיף ל') הל' פסוקה ואף שיש להלוקח כ' וחתום מב"ד העיר מ"מ כיון שלא שמו הב"ד הבית לח שייך הדין דשום הדיינין שפחתו שתות מכרן קיים. אבל כאן שהסכימו הב"ד למכירה בלי שומא י"ל דאין כח ב"ד יפה כלל ותדע דבדקדוק השומא תליא מילתא דהא בעשו אגרת בקורת אפילו מכרי שוה מנה במאתיים מכרן קיים והיינו הכרזה כפרש"י ולרמב"ם דקדק השומא וההכרזה אלמא דבהא תליא לקיים מעשיהם לפי דקדיק השומא וא"כ בלא שמו הב"ד כלל לא מצינו להם כח יפה וי"ל שכל טעות מבטל המקח אפילו בכל שהוא אף אם תמצי לומר דבלא טעו יהי' מכרן קיים מ"מ כיון דחזינן שהי' שוה יותר אז אפילו יהי פחות משתות המכר בטל כיון דלח נעשה שומא כלל. ובאמת שאין להאשים הב"ד כלל לפי מה שאומר האפטרופס עכשיו שהיו אנשים שהיו רוצים לה סוף א"כ בא לב"ד בטענ' שמוכרח דוקא למכור לזה הלוקח כאש' מתנצל האפטרופס גם עכשיו שהפחידו הלוקח שבאם ימכור לאחר תפסיד תשעה מאית ר"ט וכשימכיר לו תרויח תשעה מאות ר"ט. א"כ בא לב"ד בטענה הכרחיות למכור

לזה והלוקח הטעה לאפטרו' ואפטרופס הטעה לב"ד ולזאת נמכר בלא שומא והכרזה דמאחר שידע שרוצים להוסיף והוכרח למכור לזה לאיזה סיבה והטעאה כפי אבר אומר מה מקים לשומא והכרזה א"כ כעת שערערו על המקח ונמצא באמ' או טעות שלא מדעת או ידע דשוה יותר ועשה האפטרופס לסיבת טובה שהבטיח לו לטובת היתומה ואתר שנתברר שלא נתקיימה הטובה ממילא המכירה בטילה ועוד דלפי הנראה עכשיו לא הי' הכרת נמכור הבי' הלזה כלל כי בשעת מכירה עדיין לא נתבעה הכתובה ולמה שהיו צריכים לצורך יתומים היינו מה שלוו כבר לצורך אחי היתומה. ואם הי' כן גם במה שמכרו שלא בהכרזה עשו שלא כדין:

ד וגם נראה שנא הי' תורת ב"ד עליהם כלל מאחר שהשני דיינים. הא' הוא גיסו של הלוקח והב שני בשני בחד בעל עם הדיין הראשון והלוקח. הגם שהורגלו לישב על מדין ולפעמים אפי' לקרובים. ואיתא בח"מ (סימן ח) דיכולין ציבור לקבל עליהם ב"ד שאין ראויין מן התורה מ"מ י"ל דנדון לקרוביהם ודאי לא נתקבלו שישבו בדין במי שיש לו דין עם קרוביהם להכי לא נתקבלו וכן המנהג באמת שאם א' מבני העיר יש לו משפט עם קרובי של דיין יוכל לו' שיבחר אחר שהרי גם עתה פסלו דייני העיר מחמת קרבות א"כ אין יכולין לדון בע"כ כלל לקרוביהם. ואף שקיבלו הדיינין שהיו פסולין מחמת קורבה דהעד זה מ"מ אין מנהג שיכופו שידונו עצמם לקרוביהם וכ"ש במילי דיתמי שאין תורת ב"ד עליהם והן הביא ב"י ובסימן ק"ט) בח"מ בשם הריטב"א שיש מקומות שנהגו להכריז שמי שלא יראה זכותו יפסיד והסכימו הסכמה לענין בני עיר והנלווים עליהם אבל לא לקטנים עכ"ל:

ועוד אני אומר שגם זה שימכרו בנכסי יתומים לצרכי היתומים בלא הכרזה כלל אינו ממוסכם דרש"י פירש בכתובות (דף פ"ז) ד"ה לכרגא של יתומים. והתוס' הקשו דמשמע לשאר צרכי יתומים מכריזין והקשו התוס' מהך דפ' שום היתומים דלא מוקי לצרכי היתומי' וכבר תירץ המ"מ בשם יש מפרשים שלשאר דברים צריך הכרזה ל' יום ולצרכי יתומים בעינן הכרזת שעה ולהני דברים אפי' הכרזת שעה אין עושין וא"כ לק"מ על פירש"י ולפ"ז לכל הדברים חוץ מהני אפי' לצרכי יתומי' צריך מ"מ הכרזת שעה וא"כ בלא הכרזה כלל לא מהני וגם זה סני' לבטל המכירה ועלה בידינו שאם היתה היתומה קטנ' שאין קיום למכירה:

ועתה נבאר אם יונח שהיתה כבר גדולה בשנים הנה אם לא היתה יודעת בטיב משא ומאן מצד עצמה אינה מכירה אפילו נכסים שקנה הקטן ובקרקע ירושה בעינן שתהי' בת עשרים. הגם שנראין הדברים דמ"מ ע"פ ב"ד מוכרין דאל"כ פחות מבן עשרים ימות

ברעב או בשאר חסרונות שימצאו להם ובודאי נראה שאם הב"ד רואין שיש תועלת ליתום והכרח למכור ודאי מוכרין דמי גריעי מקטנים גמורים. מ"מ בענין זה לא נתברר לב"ד שהוא טובת הנאה של יתומ' אלא שהאפטרופס הטעה לב"ד. והשתא הוא דאיגלי בהתחי' דעביד שלא כהוגן ושלא כדין שהיו אנשים רוצים להוסיף והאפטרופס מכר דוקא לזה ולא נעשה עם היתומ' שום הטבה א"כ בודאי מכירה בטעו' הוא ובפרט שכתבתי שאין תורת ב"ד עליהם כלל. וגם נראה דכיון דאין בידה למכור רק ע"פ ב"ד הדר דינא כמו בקטנה גמורה שצריך שומא והכרזה ובפרט שקרוב הדבר שעדיין לא ידעה בטיב משא ומתן כלל וברור דעיקר סמיכתה על האפטרופ' וכבר בררנו דאפטרופס שטעה בכל שהוא המכר בטל וכ"ש כאן שהיתה גדולה אין כאן אלא שליחות בעלמא ושליח שטעה אפי' כל שהוא בטל המכר דלתקוני שדרי' ולא לעותי ואף שהסכימ' היתומה על מכיר' האפטרופסין אין ראי' שמכר' בעצמה דא"כ אפטרופסין ל"ל. וע"כ אין חתימתה ראי' רק שהסכימה למעשה אפטרופס ואינה אלא הסכמה על השליחות. ועוד נראה כיון דאינה יכונה למכור בעצמה לא מהני השליחות כלל דמי היכא מידי דאיהי לא מצי עביד ושנית משייא וכדאיתא בפ"ק דנזיר (י"ב) וא"כ ממילא בטילים מעשה אפטרופסית שלה ואין לנו להשען אלא על הסכמ' הב"ד למכירה. וכיון שהב"ד לא ידעו אמיתת הדברים כי אם ע"פ אפטרופס ונעשה הכל ע"י טעות יאונאה ותותלת הטבה שלא נעשית כלל א"כ בטלו מעשיהם ואין תימא על הב"ד שלא ירדו לאמיתת הענין ומה היא ההטבה. שב וה"ר נוטל רציעה ושבט מושל בפרע בזמן פרייסין שהי' אחריות לב"ד להכניס כלל בעניני יתומים. ולזאת אין הב"ד אחראין לדבר ועיקר סמיכתן על האפטרופס שהאמין לוקח עכ"פ כיון שנתברר שלא הי' המכירה כדין תחזור המכירה:

ה ולא נשאר לנו לבאר אלא דעת הרמב"ם (פכ"ט) ממכירה שכתב וז"ל פחות מרן עשרים שמכר קרקע אביו חוזר ומוציא מיד לקוחות בין קודם ך' בין אחר ך' ומוציא מן הלוקח כל פירות שאכל כו' כדין הזה הורו רבותי. ואני אומר שאפילו קטן שמכר קרקע אביו וכשנעשה בן ך' לא מיחה אינו יכול לחזור שכיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשהוא בן ך' ונא מיחה. נתקיימה בידי לוקח שהרי רצה בממכרו עכ"ל. ובנ"ד נמי כיון שלא מיחתה אחר שנעשית בת ך' נתקיימה המכירה אפילו היתה קטנה. והמחבר (בסימן רל"ה) סתם כדעת הרמב"ם. ולדידי צ"ע טובא איך סתם המחבר להלכה כתלמיד במקום הרב שהמ"מ כתב ראייתו של הרמב"ם אפשר שלמד כן ממתקדשת למיא נין שכיון שגדלה אינה יכונה לחזור דהא איתי' בקידושין (דף נ') בקטן שקידש שאין קידושיו קידושין אע"פ ששלח סבלונות לאחר שהגדיל אינן קדישין ולא אמרי'

ששלח לשם קדישי. אע"ג דאיתא בפ' המדיר (דף ע"ג) אדם יודע שאין קידושין לקטן כדאיתא (שם ע"ח) בפרש"י דאיכא הנאה והכל יודעין שאין במעשה קטנה כלום וזה שאינה ממאנת משתגדיל בלא בעל היינו מדרבנן דלהכי לא חיישינן שמא נשרו אלא בבטל דאיכא ספיקא דאורייתא כדאיתא בנדה וברמב"ם וכן פסק הרמב"ם גופי' (בפי"א מגירושין דין ד') דבלא בעל אין קנין דאירי' רק מדרבנן וכן מבואר בפ' המדיר שם (דף ע"ד) דאיכא מ"ד במקדש במלוה ועל תנאי אפילו בעל א"צ ממני גט משום דטעי וסובל דהו) קידושין אף די"ל אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעיל לשם קידושין אמרינן דטעי שקדושין הראשונים קידושין ולכן לא בעל לשם קידושין. וא"כ כ"ש בזה שי"ל דלהכי שתיק משום שסובר שיהיו מעשיו קיימים ולכך לא מיחה:

גם מלשון תשוב' להרמב"ן (סי' ב') שהביא רמ"א (ס"ם רל"ה) שכחש ואפי' אומר הקטן שלכך לא מיחה בשביל שסבור שמכירתו מכירה מ"מ מחילה בטעות הוי מחיל'. הרי בהדיא מחשיב לה הרמב"ן למחיל' בטעות וזה כדעת רבותיו של הרמב"ם. ולענין הפירות יתבאר לקמן ע"ד בס"ד עכ"פ התשובה להרמב"ן מסכים גם כן עם רבותיו של הרמב"ם שעכ"פ הוי טעות על הקרקע:

תו קשיא לי על הרמב"ם כיון דקנין בעשה בקטנות לאו כלים הוא וא"כ כשיגדיל במאי קני לי' כיון שהלוקח סובר שהי' שלו מקדם א"כ לא נתכוין לקנות והוי כמו עודר בנכסי הגר וסובר שלו הם דלא קני. וכן פסק הרמב"ם (בפ"ב מזכי' דין י"ג) וא"כ זה שלקח כשהי' קטן לא קני במה יקנה כשיגדל כיון שלא נתכוין לקנות ואפשר שמחלק הרמב"ם דכאן שדעת אחרת מקנה עדיף טפי ולכן הקטן כיון שלא מיחה דעתו הי' שיקנה אלא דמ"מ קשה במאי יקנה אח"כ כיון שמקח הראשון אין לו קים. ואפשר דהרמב"ם לשיטתיה אזיל דס"ל מלוה קינה במכר. וא"כ כיון שיצטרך להחזיר המעות שפיר קונה במעות דלא גרע ממלוה. וא"כ לרוב פוסקים שפסקי דמלוה אינה קינה במכר וכמ"ש רמ"א בח"מ (סימן קצ"ט סעיף ב) א"כ ממילא אף כאן אינו קינה ודוחק לדמות זה למקדש אשה לאחר ל' יום ונתאכלו המעות דלא דמי למלוה כדאיתא בפ' האומר דשם כבר היא גדולה משא"כ קטן ויש לזה צ"ע:

ועוד המי' לי' בדברי הרמב"ם דזה סותר למ"ש (בפכ"ה) מהלכות מכירה במוכר פירות דקל לחבירו שאף לאחר שבאו לעולם יכול לחזיר מטעם דקיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל, א"כ כאן איך יקנה מן הקטן כי ן דאז לא הי' בידו למכור איך יקנה לו הקטן שיקנה לאח"ז כיון כאין בידו להקנות עכשיו ואולי מזה סייעתא למ"ש הרב מל"מ פ"ד מתיבות שנסתפק בקטן שקידש לאחר זמן אם חלין הקדושין אחר שיגדל דכיון דזמן ממילא

אתי לא מקרי דשלב"ל, א"כ גם כאן י"ל להכי מהני המכירה במכר בקטנותו דלאחר שיגדל הימן אתי ממילא ועמ"ש בספרי המודפס (סימן ק"ז). אך נראה דליתא דא"כ מצינו לקדושין לקטנה מה"ת והיינו אם קידשה לאחר שתגדל. וא"כ קשה הרמב"ם (פ"י) מגירושין דאם נבדקה ממאנת אף שכבר הגיעה לשנים כל שלא בעל וכדאי' בשים נדה דבלא בעל ל"ח שמא נשרו. ואם איתא משכחת לה אפי' בלא בעל קדושי תורה בקטנה והיינו באמר ה"א מקודשת לי בקדושין אלו קדושין גמורים כשתגדל אא ודאי פשיטא דמילתא דליכא קדושי תור' בקטנה כלל כיון דאין בידו לקדשה עכשיו. ומה שהביא במל"מ ראי' מפדיון הבן שאם פדאו תוך ל' לרב ס"ל בנו פדוי ושמואל ס"ל אין בנו פדוי וא"כ לרב יש לדמות קדושי קטן ג"כ להך. כבר דתיתי בספרי שם דשם עכ"פ נהי דאין בידו לפדותו עכשיו מ"מ יש בידו לפדותו לאחר ל' אבל בקדושי אשה גם לאח"ז אין בידו שמא לא תרצה ועוד כתבתי בתשוב' דשם י"ל רב לטעמי' ולשיטתו דס"ל אדם מקנה דלשב"ל ואין להאריך בזה. עכ"פ קשה טובא לדעת הרמב"ם הא הוה דש ב"ל ואי משום שנשתמש בממכרו ונימא דהיא הקנא חדשה גם בפירות דקל נמי נימא אם ליקט מקצת הפירות לאחר שבאו לעולם. הרי רצה בממכרו ויקנה מחדש כשנשתמש בממכרו. אלא ודאי ליתא להך סברא וכיון שדברי הרמב"ם צל"ע טובא פשיטא שאין להוציא מיד מוחזק נגד רבותיו של הרמב"ם והוכחנו ג"כ מתשובת להרמב"ן דלא כויתי'. גם י"ל דבכה"ג גם הרמב"ם מידה כיון שכשנעשית בת כ' היתה נשואה לאיש וקי"ל שאין מחזיקין בנכסי אשת איש. ואין ראי' ממה שלח מיחתה. מאתר שהפירות לבעל א"כ גם במחאה זו י"ל שסמכה על בעלה. וי"ל שגם הרמב"ם מודה בנ"ד ועוד נ"ל כיון שכתב הסמ"ע(סימן רל"ה סקמ"ב) דלשון הרמב"ם שכתב כיון שלקח המעות בעינן דמי שוי' וא"כ י"ל בנ"ד שבהגיעה לכ' וכבר היתה נשואה כמה שנים. א"כ כיון דמיד כש שאת היתה יכולה לבטל המכר א"כ הוי נכסים אלו לבעל כמו נכסי מלוג וא"כ כיון שזכה הבעל בפירו' ואינה יכול' למכור בלא דעתו א"כ לא מהני מה שהמחיל ללוקח. ואפי' היתה מוחלת בפירוש דלא גרע ממכנסת שטר חיב לבעלה שאינה יכולה למחול דידו כידה. וא"כ אין לומר שהיא גמרה והקנה ללוקח במה ששתקה כשנשתמש בקרקע דאין בידו להקנות נכסי מלוג שלה ועל הבעל אין לומר מפני שראה ושתק מחל גם הוא והקנה ללוקח דהא הוא לא קיבל המעות כלל שכבר הוציאו האפטרופסים המטות הללו קידם נשואי' וא"כ לא שייך כלל טעמו של הרמב"ם. ואין לומר כיון שכבר הי' הבית ביד הלוקח הוי כמו נכסים שאין ידועים לבעל שמכרה קיים כדאיתא באה"ע (סי' צ') וכאן נמי כיון שהיו סבורין שהמקח קיים הו"ל לבעל כמו נכסים שאין ידועים לבעל שמכרה

קיים וכדאיתא כה"ג באה"ע (סימן צ ס"ז) בשטר מברח'. דהא ליתא דממה נפשך אם נימא שסבורין שהמקח קיים א"כ למה תועיל ראה ושתוק הא לא ידע דמחיל אלא ע"כ מחשיב לה הרמב"ם ידע דמחיל. וא"כ מאחר שהבעל צל ידע עכ"פ שבית זה הי' של אשתו אין יכולה לוותר ללוקח מבלעדי הבעל ועל הבעל אין לומר שנתרצה מאחר שלא קיבל המעות כלל ובמכרה האשה בלא בעלה עיין באה"ע שם (סעיף ט') דלכ"ע מוציא הפירות בתי' והגוף לאחר מיתה וי"א שמוציא הקרקע מיד עם הפירות. וא"כ בכה"ג פשיטא כל אפין שוין שמוציאין הקרקע מיד הלוקח:

ועוד יש לחלק לפי דברי הסמ"ע הרי לה קיבלו בנ"ד דמי שווי' כלל ובפחות מדמי ש וי' גם הרמב"ם מידה ועוד י"ל דהרמב"ם לא מיירי רק כשהקטן מכר בעצמו ולא נתאנה בסכום המקח משא"כ בנתאנה בסכום המקח הא אפי' בשאר אינאה קי"ל מוכר לעולם חוזר ובנ"ד כיון שהמכירה היתה ע"י שוחים אפי' בקרקע המכירה בטילה אפי' בפחות משתות כמו שדברנו לעיל וכיון דקי"ל מוכר לעולם חוזר כדאיתא בח"מ (סימן רכ"ד סעיף ח') א"כ כ"ש בזה שתוכל לחזור אף לדעת הרמב"ם דהא במוכר קי"ל לעולם חוזר ובאינאה ודאי לא מהני נשתמש בממכרו דאונאה ודאי מקרי לא ידע דמחיל. וא"כ מכל הלין טעמי פשיטא דגם להרמב"ם המכר בעל וכ"ש בנ"ד שהיתה הטעאה ואינאה בעיקר המקח:

ו ולא נשא' לנו לבאר אלא אי צריך לשל' הלוקח שכר דיר' כיון שנתבטל המכר והנה לעיל כתבנו בשם רבותיו של הרמב"ם שמחזיר גם הפירות שאכל וא"כ צריך לשלם שכר דירה כל ימים שדר בבית. אלא שצריך לבאר דברי רמ"א (בר"ם רנ"ה) במ"ש בשם תשובת להרמב"ן (סי' ב') שכתב מיהו כל זמן שחפץ הקטן במה שעשה ואין ררוביו או הב"ד בטלו מעשיו והלוקח אכל הפירות א"צ לשנם מה שאכל. והנה הסמ"ע האריך להקשות מדין זה אדן (דסעיף י"ד) דפחות מבן ך' שמכר קרקע אביו שחוזרין ומוציאין ממנו כל פירות שאכל ונדחק לומ' דשם מיירי שלא בפניו או שמוחה ולא נהירא כלל דהא משמע דהרמב"ם (בפכ"ט) ממכירה העתקתי דבריו לעיל משמע שתו ק על הוראת רבותיו ולדברי הסמ"ע ה ראת רבותיו ע"כ הם בלא הי' הקטן כהן. ובלא"ה הוא דחיק שאין הדעת סובלת כלל לומר דאיירי בהני וטפי הו"ל לומר דפליגי אמנם כן בתר עון לא קשיא כלל דאין הרשב"א חולק על הרמב"ם כלל דהרשב"א לשיטתו וגם הרמב"ם לשיטתו דס"ל כל היכא דהמקח חוזר הדרי גם פירי דאינהו ס"ל דמישכנתא בא נכייתא הוי ריבית קצוצה והה"ד במכירה בטעות וכן היא להדיא ברשב"א (פ' איזהו נשך ד' ס"ז) הובא בשיטה מקובצת ובדף קי"ט סוף ע"א) מתחיל וזה לשון הרשב"א ומסיק כדעת

הרי"ף דבזביני גמי הוי ריבית קצוצה בלא נכיתא ולכן חשיב ואפיק פירי דהוי ריבית קציצה. ובריבית לא מהני מחילה דאפי' יהיב לי' מדעת לא מהני מכ"ש מחילה בטעות דלא מהני בריבית. ובתשובת להרמב"ן שהיא דרשב"א ג"כ מיירי במתנה דליכא ריבית ולכן ס"ל שפיר דמחילה בטעות מהני שפיר דהא תשובת להרמב"ן מיירי בהדיא במתנה ולק"מ. ודברים הללו ברורים לאמיתה של תורה כמסיני מסורים:

ולפ"ז לכארה לא יפה עשה רמ"א ששינה מלשון הרמב"ן וכתב וה וקח אכל פירות משמע דמיירי במוכר ובמוכר פשיטא לשיטת הרשב"א דהדרי פירא כדפרישית לעיל וכן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ם (פ"ו ממצוה דין א') ככתב במוכר שדה באסמכתא צריך להחזיר הפירות משום רבית של תורה וסיים וכן הדין לכל מי שלא קנה קנין גמור מתחילה שהוא מחזיר הפירות שאכל מפני שהם רבית של תורה. וידוע למעיין בשיטת הפוסקים הראשונים שכל הראשונים כולם פה אחד סבורים. היכא דלא הוי זביני שמחזיר הפירות שאכל אלא שנחלקו בטעם הדברים שהרא"ש והראב"ד סוברים שהפירות חוזרים מטעם מחילה בטעות וכבר הביא מרן הב"י שיטת הפוסקים ובסי' ר"ז) וכן מבואר בש"ע (סי ת"ג סעיף ב') [סי' ר"ז ס"י] דפליגי אם פירות שאכל תוך ג' שנים הוי ריבית קצוצה אבל מה שאכל לאחר ג' שנים לכ"ע צריך להחזיר והיינו שיטת הרא"ש וסייעתו דחוזרין הפירות מטעם מחילה בטעות ג"כ ולפי שיטה זו דחוזרין מטעם מחילה בטעות אין חילוק בין מכר למתנה דבמתנה נמי כיון דבטעות היא צריך להחזיר גם הפירות דהא לשיטת הרא"ש אין הטעם משום רבית רק משים מחילה בטעות וכן הוא שיטת התוס' והראב"ד (פ"ו ממלוה דין ד') וההפרש שיש בין פירות דקל ובין מכר בטעות עיין במרדכי פ איזהו נשך בשם רבינו יואל ז"ל דאיכא לפלוגי בין רב נחמן לעיל דאמר גבי פירות דקל דתמר רב נחמן דהוי מחילה לבין רבינא דאפיק פירי דהתם גמר בדעתו במכירת הפירות כל זמן שלא יחזור ואפי' מצי נחזור הא לא ידע אבל בדרבינא לא גמר ומקני לגמרי כשהתנה לחזור כשירצה עכ"ל וצריך פירוש לפירושו דמ"מ הרי גמר ומקנה כ"ז שלא יחזור כמו בפירות דקל. ובעובדא דאת ולא נמי גמר ומקנה כל זמן שלא יהי' לו מעת. ונראה בשלמא ההם שפיר הוי מחילה בטעות בהך מילתא גופי' שמחל הפירות והפירות נקנין לו במחילה וכעין דאיתא (בסי' רמ"א סעיף ג') דבמטלטלין אם מוחל לו מה שיטול מהני שפיר לאחר שיטיל אבל בקרקע לח מהני אפי' כבר דר בי' לא מהני מחילה וצריך קנין והוא הדין והוא הטעם לחלק דבשלמא בפירות דקל כיון שמכרם לו הרי דעתו שיקנם עכ"פ כש בואו לידו ואף דאפשר דאי ידע דמצי הדר בי' הוי הדר בי' מ"מ כיון שרפסם קידם שחזר הרי זכה בהם ד"ג מאילו לא קנה כלל ואו'

הריני מוחל לך מה שתטול. משא"כ בקרקע פן במה שמוחל לו לא יצא הקרקע מרשותו כלל ות"כ מעולם לא מחל לו על הפירות כי אם מחמת שסבור שהקרקע של הקינה ולא נתכוון למחיל' הפירות כלל ולכן דימה הרא"ש הך מילתא לנוטל חפץ מרשותו או שנתנו לי כסבור שהוא שלו ואיננו שלו ושיין שעל הקרקע לא מהני מחיל' ממילא צריך להחזיר הפירו' וע' בב"י ח"מ (סי' ר"ז) וא"כ לכ"ע הדרא פרי נמי היכא דלא הוי זביני לשיטת הרי"ף והרמב"ם והרשב"א הוא משים רבית ולשיטת התוס' והרא"ש וראב"ד משום מחילה בטעות:

ועפמ"ש אפשר ליישב מ"ש הרא"ש בפ' איזהו נשך דבמוכר שט"ח בלא כתיבה ומסירה וקדם הלוקח וגבה מהמוכר שלמד הרא"ש דמהני ג"כ מטעם מחילה בטעות וכתב הרא"ם דמיירי דוקא בידע המוכר כגבהה וקח ומטעם מחיל' וקשה הא בפירות דקל אפי' לא ידע המוכר שתפס הלוקח מ"מ מהני מדין מחילה בטעות דאמרינן אפי' אי ידע נא הוה הדר ודלא כהש"ך. וכן הקש' בס' מים חיים הובא בספר קצות החשן (סי' ר"ט). לפמ"ש ניחא דבשלמא בפירות דקל שפר יוכל למחול לו הפירות מיד כשיבח לעולם והוי כאומר הריני מיחל לך מה שתטול מאילן זה כשיוציא פירות א"כ מוחל מיד בשעת הקנין אדעתא דהכי שישארו לו הפירות וקנה. משא"כ בחוב לא שייך לומר הריני מוחל לך מה שתטול מפלוני שחייב לי מאחר שעדיין איני ברשותו כל זמן שלא בא לידו של מוכר ולכן ס"ל להרא"ש דלא מהני המחילה כי אם לאחר שידע שכבר תפס המעות. ואין לומר איך יועיל שיאמר הריני מוחל לך מה שתטול מאילן כשיוציא פירות הא כתב רמ"א (בם מן ר"ט) דאין יכיל למחול דבר שלא בא לעולם י"ל דבין זה מוכרח דכבר כתבתי בספרי טיב גיטין (אות מ"ה סק"ב) שאין דברי הר"ן מוכרחים וכתבתי ראיות להיפך ע"ש ולפמ"ש דברי הרא"ש מסייעין לי. ויצא לנו מזה שדברי רמ"א תמוהים במה ששינה מלשון הרשב"א שכתב הדין במתנה ורמ"א כתב לוקח וכבר בררני דניחא והיא כשגגה מלפני השליט. ואפשר דרמ"א מיירי שאכל טפי משיעור זוזי וס"ל דמיד שאכל שיער זוזי נפקע חוב דמי מכירה וא"צ נשלם המותר והכי דייק לישנא דא"צ לשלם ועמ"ש בהלכות רבית (סימן קע"ד סק"ח):

ז ונראה שגם הרב רמ"א מודה דאם בא הלוקח להוציא לא מצי לאפוקי ממנו ומנכה לו הפירות שאכל מדמי מכירה שקיבל מן הלוקח אלא שאם אכל טפי משיעור זוזי אין מוציאין גם ממנו ובהכי ניחא טפי ניישב מ"ש לקמן שצריכין להחזיר הפירות היינו שמנכה להם מדמי מכירה הפירות שאכל קודם שהי' בן עשרים. אבל ודאי גם הלוקח אינו מוציא ממנו וזה נוח יותר ממ"ש בסמ"ע. וכן נראה להוכיח דהא רמ"א נמשך אחר

תשובת להרמב"ן ושם מבואר אפילו אומר שבטעות הנוח לו לאכול הוי מחילה בטעות והוי מחילה כמו בפירות דקל. וא"כ קשה הא (בסימן ר"ז סי"ח) כתב רמ"א וכן בכל דבר שלא קנה משום אזמכתא אע"פ שבא לידו צריך להחזיר משום דהוי בטעות אלא ודאי כיון דיש חולקים שם פסק לקולא שאין להוציא ממנו. וא"כ ממילא שאם צריך המוכר להחזיר דמי מכירה שהמוכר הוא מוחזק מנכה לו הפירות שאכל גם לדברי הרמ"א. איברא דיש לעתיד בדברי רמ"א בהך דיעה שהוא דעת מהר"ם במרדכי פ' איזהו נשך גבי אסמכתא ומעשה שהי' בתשובת מהר"ם בא' שהשליש מעות ללוקח שאם יבא המצרן ויסלקנו יחזיר השליש מעות ללוקח ואח"כ בא המצרן וסילקו ובתחילה אמר המצרן שאינו רוצה לקנות ואחר שסילקו המצרן ציוה המוכר ליתן המעות ללוקח ופסק מהר"ם מאחר שהוא אסמכתא אף שציוה המוכר ליתן מפני שטעה וסבר שקנה המעות מן הדין ולכן הוי נתינה בטעות וזהו הדיעה שהביא הרב רמ"א. וצ"ע איך יתרץ מהר"ם הך דפירות דקל דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני'. ונראה דמהר"ם מחלק בשלמא בפירות דקל אין כאן טעות בגוף המכירה שהמוכר רצה להקנות לו בלב שלם רק שאין מועיל ע"פ הדין שהוא דבר שלא בא לעולם. אבל המוכר באמת פיו ולבי שוין שיקנה חלוקת הפירות משא"כ באסמכתא דאמרינן דלא גמר והקנה ח"כ אפילו צוה אחר כן ליתנו ללוקח מפני שסבור שיצטרך ליתן לו מן הדין לא הקנה לו בלב שלם והחילוק בזה אם הוא מחילה בטעות מכח הדין שאינו כך עכ"פ אין טעות בדעת נותן שעכ"פ הנותן הקנה לו בלב שלם. אבל בנידן דמהר"ם הטעות בא בדעת נותן שלא הי' ריצה להחזיר לו השלישות בדעת שלימה וברצון רק לפי שטעה בדין וסבור שיועיל לקנות א"כ אי הוי ידע שיוכל לחזור מסתמא לא הי' מצוה ליתנו לו ללוקח וס"ל כן הפירוש וגמרא התם הלואה דשם היכא דהוי אסמכתא כגון באם אי אתה נותן לי מכאן עד שלש יהי' שלך הוי הלואה שלא הי' חפץ למכור לו כלל והוי אסמכת' אלא לפי שטעה שבאמת יוחלט ללוקח הניחו לאכול הפירות ויש לנו לומר אילו ידע שאסמכתא אינו קונה הי' מותה שלא יאכל הלוקח הפירו' הכא בפירות דקל הוה זביני שאין כאן שום אסמכתא כהרי גמר והקנה רק שאין מועיל עפ"י הדין. וכן בעובדא דאת ונוולא כיון דאסמכתא היא שלא גמר והקנה הוי מחילה בטעות שלא גמר והקנה ולכן אפיק פירי:

והנה בנידן דתשובת להרמב"ן שהביא רמ"א בקטן שמכר אף שציוה לאכול הפירות מאחר שסבור שמכירתו מכירה כיון דמכירת הקטן לא מהני מפני שאין דעתו שלמה. א"כ נראה דלדברי מהר"ם לא שייך בזה מחילה בטעות דאמרינן דלא גמר והקנה מתחה כדפרישית וא"כ קשה איך סתם רמ"א שלא וכהרמבר"ן) [כמהר"ם] (ובסי' ר"ז ס"י) הביא

רמ"א גופיה דעת מהר"ם אלא ודאי רמ"א מיירי באכל טפי משיעור זוזי שהלוקח מוחזק ואין להוציא ממנו או אפשר דרמ"א מיירי שלא נתן הל קח מעות כלל ואין מוציאין מן הלוקח ואי מיירי בלא נתן מעות א"ש מה שתמהתי שלרי"ף ורמב"ם רבית קציצה היא כיון דמיירי בלא נתן מעות אלא שדוחק לפרש כן דברי רמ"א:

ובאמת יש לעמוד בדברי רמ"א דרמ"א הביא יש חולקים וז"ל ויש חולקים ואומרים דאם בא ליד הקינה קנה ולא הוי מחילה בטעות או נתינה בטעות. ודוקא פירות שיאכל לאחר ג' צריך להחזיר דהוה דרך הלואה. אבל בלא"ה קינה עכ"ל. ונרשם (תשובת הרא"ש כלל ע"ב סימן א' וריב"ש סי' שנ"ה) ועיין בסמ"ע שם שכתב בתוך ג' הוי אבק רבית ולאחר ג' הוי מחילה בטעות ולדעת הראשון שכתב המחבר כ"ש דניחא דמוציאין מידו אפילו הפירות שאכל תוך ג' שנים כ"ש דיש לחלק בין נדין ההוא דהוי הלואה ומחשיב ליה רבית קצוצה ובין שאר אסמכתא דלא הוי מתחלה בתורת הלואה והכי מחלק בגמרא (הכא) [התם] הלואה הכא זביני ע"ש פ' א"נ עכ"ד הסמ"ע ודבריו מגומגמים דהא דעת הראשון הוא דעת הרי"ף והרמב"ם ואינהו ס"ל אפילו במכירה היכא דלא הוי זביני נמי הוי רבית קצוצה והיינו טעמא דאת ונוולא דהדרא פירי וכבר כתבתי דעת הרמב"ם שכן הדין כל מקום דלא הוי קנין ובאמת גם רמ"א הרכיב יחד דעת הריב"ש והרא"ש ואין זיווגן עולה יפה דדעת הריב"ש הוא ע"פ דעת הרי"ף והרמב"ם שסבורים כל היכא דלא קנה הקרקע הוי רבית קציצה כמו משכנתא בלא נכייתא. ולדעת הרמב"ם גרע כירה טפי כשהיא בטעות ממשכנתא וכמ"ש הר"ב ז"ל שם (פ"ו ממלוה דין ז') והריב"ש גופיה (בסימן ש"ה) קאי בשיטה זו דמשכנתא בלא נכייתא הוי רבית קצוצה והחילוק לדברי והריב"ש הוא דשם היכא דכוי זביני בטעות כיון שצריך להחזיר הקרקע כיון שלא הקנה לו הקרקע ממילא כיון שזה צריך להחזיר לו הקרקע וזה צריך להחזיר לו המעות הוי המעות הלואה והוי רבית קציצה משא"כ היכא שאין כאן הלואה כלל כמו נדון מהר"ם דבמרדכי אף שטעה וסבר דאסמכתא קני מ"מ הוי מלה מאחר שאינה הלואה ולפי מה שסביר שזה קונה צוה ליתנו לו בכה"ג שפיר מחילה בטעות הוי מחילה. ויצדקו לפי זה רק לשיטת הרמב"ם דבזביני דאת ונוולא הדרי פירא משום רבית קציצה. וא"כ לא מפליגינן בין מחילה בטעות דאף דהוי מחילה כיון דרבית היא לא מהני. אבל לפי שיטת הרא"ש גופי' שסובר בזביני דאת ונוולא אן הטעם משום רבית רק משום דמחילה בטעות לא הוי מחילה כדפרישית לעיל. א"כ קשה אמ"ש הרא"ש בתשובה דהיכא דטעי דאם זכתא קניא והיינו בראובן ששחק שם שמעון והרויח ממנו מנה ואח"כ נתן לו שמעון משכון על המנה ואח"כ החזיר לו משכונו וזקף עליו המנה במלוה וכתב הרא"ש דמה

שנתן לו המשכון נסתלקה האסמכתא וחייב לשלם וכן הוא בתשובת הרא"ש (כלל ע"ב סוגין א') ובתשובת הריב"ש שם מבואר שהקשה להשואל הא מנה אין כאן משכון אין כאן. וכן מעירבון דאף דנתן לו משכון מ"מ הוי אסמכתא. ותירץ להשואל דכשניתן הערבון באסמכתא לא קנה אבל כשקנה באסמכתא ואח"כ נתן המשכון קנה. הרי נראה כי רצה להקנות לגמרי. וכתב הריב"ש דיפה תירץ אבל לא מט עמי' שרצה להקנות אלא מטעם מחילה בטעות וקשה הא לשיטת הרא"ש גופי' ס"ל בזביני דאת ונוולא אין הטעם משום רבית רק משם מחילה בטעות והאי דבפירות דקל ידעי' דמחיל ובזביני דאת ונו לא לא ידע דמחל דהוי כמו שציוה לאחד שיקח חפץ מביתו שסבור שהוא שלו ואינו שלו. וא"כ צריך ביאור שגם כאן היה סובר שיש לו קנין במשכון ע"פ הדין ומאחר שאין לו קנין ע"פ הדין הרי נתחייב נו בטעות והחילוק שחילק הריב"ש בי הלואה דהוי רבית לפירות דקל לא יצדק כלל בשיטת הרא"ש דלשיטת הרא"ש לא הוי רבית קצוצה כלל בהך דאם אי אתה ניתן לי מכאן עד שלש שנים דהא הרח"ש מסקנתו (בפ' איזהו נשך ס"ס נ"ד) דלא כהרי"ף וס"ל דבמשכנתא בלא נכייתא לא הוי רק אבק ריבית א"כ ע"כ הטעם דהדרא פירי באסמכתא היא מטעם עם מחילה בטעות וכ"כ הב"י בח"מ (סימן ר"ז) שכן דעת הרא"ש וא"כ תימא על הריב"ש שחילק בדעת הרח"ש בזה שאינו לפי שיטתו ואולי י"ל דהריב"ש רצה לתרץ תשובת הרחאש לשיטתו דס"ל בתשובה כדברי הרי"ף כמ"ש הב"י (סימן קע"ב) לשיטת הרי"ף עולה לו תירוץ יפה ומ"מ שיטת הרא"ש גופיה שסובר כדעת רש"י א"כ ע"כ ס"ל דאפילו בלא רבית מחילה בטעות לא הוי מחילה. א"כ קשה על מ"ש דאם נתן דבר שיש בו אסמכתא מ"א אם נחנו לא הוי נתינה בטעות וצריך לומר דהריב"ש ס"ל בשיטת הרא"ש החילוק שכתב לדעת ר"ת דהתם הלואה דהוי מתחילה על תנאי אם יפרענו אם לאו ולא מחל לו בפירוש על הפירות אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמכר נו אותן פירות ומוחל אותן מדעת אלא שטועה בדין שחושב שממכרו ממכר ואינו כן מחילה בטעות הוי מחילה עכ"ל. וס"ל להריב"ש דהיינו טעמא דהרא"ש בתשובה שאין לו הדבר מכח שטועה בדן וסובר שאסמכתא קניא בכה"ג שפיר מחילה בטעות מהני. ואכתי קשה בזביני דאת ונוולא דניהו דסמכא דעת' שיחזור לו הקרקע. מ"מ ודאי דעתו הי' שיאכל הפירות כל שלא יחזיר לו המעות ולשיטת הרא"ש אין הטעם משום רבית דמשום רבית לא הוי הדרא פירי לשיטת הרא"ש דלא הוי רבית קצוצה וכמ"ש (בטור יורה דעה סימן קע"ד) וכן פירשו האחרונים דאין מוציאין מדין רבית אבל מדין מחילה בטעות צריך להחזיר הפירות. וקשה מה בין זו לפירות דקל שהרי עכ"פ דעתו היה שיאכל הפירות ולזה נקרא מחילה בטעות יותר מפירות דקל דהא מעולם לא

היה דעתו להחזיר נו הפירות שיאכל קודם שיחזיר לו המעות ואטו בשביל שסובר שגם הקרקע תהיה שלו כל זמן שלא יחזיר המעות תגרע מחיצת הפירות ונרא' מדברי הריב"ש שהחילוק הוא דבפירות דקל לא מכר לו רק אותן פירות שאכל והרי אכל ברשות ואף שלא קנה מיד כשבא לרשותו קנאם. משא"כ בזביני דאת ונוולא לא נתכוון כלל שיאכל הפירות רק בשביל שסבור שהקרקע שלו לפי שעה ולא נתכוין לגוף הפירות כלל וכיון שקנין הקרקע בטל ממילא גם הפירות מחזיר ולא נתקררה דעתי כזה כלל:

והנלע"ד בזה דבשלמא בפירות דקל לא מכר לו אלא הפירות וזה נתרצה במה שפסק לו הלוקח דני הפירות ואין כאן הטעאה כלל שאפילו היה המוכר יידע שאין אדם מקנה דש ב"ל בודאי לא היה נמנע בשביל כך להקנות לו אם היה הלוקח מתרצה. וא"כ המחילה היא בלב שלם רק הטעות בא מכח שטעה בדין והיה סבור שיכול להקנות לו שאילו היה יודע שיכול לחזור היה חוזר אח"כ עכ"פ נתרצה במעות כנתן לו שיהיה לזה הפירות הללו חלף מעותיו וכן נתקיים כפי מה שהתנה בשעת מכירה. משא"כ בההיא דאת וכיולא ניהו דנתרצה שיהיה לו הקרקע וגם הפירות לפי שעה מ"מ לא בריר לן שאילו ידע שאין זה קנין הי' מ"מ מתרצה שיאכל הפירות כיון דאית ביה דררא דאיסורא דעכ"פ אבק רבית הוי וכיון שאין לנו לזמר שאילו ידע היה מתרצה ג"כ אז לכן הוי מחילה בטעות דלא שמה מחילה בכה"ג:

ובהכי ניחא לי ליישב דברי רבינו תם (בדף ס"ז ד"ה פירי) שכתבו וז"ל ור"ת מפרש הכא כרבית קצוצה דמי. לא מטעם רבית קצוצה יוצאים אלא כלומר משום דמחילה בטעות לא הוי מחילה ויוצאים כמו רבית קצוצה דיוצאת. או דילמא הוי מחיצה ואין יוצאים כאבק ריבית כי'. ואין נראה דמה לו להלות מחילה בטעות ברבית קצוצה. אבל טעמא דרבינא ודאי משום מחילה כדפרישית עכ"ל. ולפמ"ש יש ליישב ע"פ מ"ש הרשב"א דבחבק רבית ליכא איסורא לנוה ולכן אמרינן רב עיליש גברא רבה ואיסורא לאינש לא הוי ספא. אבל באינש אחרינא לא חייש לזה שאינו אלא אבק רבית וא"כ י"ל למאי דפרישית דודאי הא מחל על הפירות. אלא די"ל שאילו ידע שיש בזה איסור רבית לא היה מתרצה למח"ל הפירות. מיהו אי דמי לאבק רבית י"ל כיון דליכא איסור על הלוה לא חייש ומחול שפיר ולכן אמר כרבית קצוצה דמי ואיכא איסורא גם על הלוה וא"כ מסתמא נא מחיל שיסתעף עליו איסור רבית אי כאבק רבית דמי וליכא איסורא על הלוה. א"כ אין לנו הוכחה לומר שלא מחל ושפיר הוי מחילה ומסקינן דעביד עובדא ואפיק פירי והיינו משום דאף דאינו אלא אבק רבית מ"מ כיון שקרוב לרבית דאורייתא

איכא חיסורא גם על הלוה ולכן לא הוי מחילה וברור ונכון. ועמ"ש בחידושי לי"ד (ס"ם קע"ד) בישוב דברי הטור:

ח עכ"פ דברי הרא"ש צ"ע דאם נתן לו דבר שהוא אסמכתא לא דמי כלל לפירות דקל דלא נתאנה כלל אבל באסמכתא דאמרי' שלא גמר והקנה ולכן יכול לחזור. וא"כ אפילו נתן לו בסוף מאחר שחשב שמוכרח ליתנו ע"פ הדין ובתחיל' אמרינן שלא נתחייב נימא אילו ידע שיוכל להפטר מזה לא היה נותנו כלל. ובתשובת הרא"ש דידן כתב הטעם משים דקי"ל אסמכתא קניא ואין בה משום גזילה אלא שאין יכול להוציא ממנו בב"ד (אלמא) [אלא] שיהיה הדבר בקנין ובדעת. ובשחוק שהוא אסמכתא נהי שאין יכול להוציא ממון בדין מ"מ אם פרע לו זכה ואין בו משום גזל עכ"ל ומ"ש דקי"ל אסמכתא קניא צ"ע ואולי ט"ס יש וצ"ל אף דקי"ל אסמכתא לא קניא אין בה משים גזל וס"ל להרא"ש דכן הדין במיני דלא קני מדינא שאם נתן לו מכל מקום נתקיימה המתנה ומ"מ צ"ע הסברא דכיון די"ל אינו ידע שאסמכתא אינה קינה לא היה נתן לו ולא דמי לפירות דקל וצ"ל דס"ל להרא"ש שכן הדין שאין באסמכתא להוציא בדיינים ואם נתן לו מעצמו מה שנתן נתן. וצ"ע לפ"ש אם נימא דאסמכתא לא קניא מ"מ ספיקא איכא במילתא וזה לא מצינו. ונראה דס"ל להרא"ש אף דאסמכתא לא קניא מ"מ כיון שדרך העולם לקיים מה שנודרים ושייך סברא דמסתמא ניחא ליה דליקים בהימנותא שאין דרך לחזור מה שנדר ולמיזל בדיני ודייני אף שיכול לחזיר ע"פ הדין וזה דחוק ויותר נראה לי דס"ל להרא"ש דאסמכתא לא קניא וכן בפירות דקל אמרו אף משבאו לעולם יכול לחזור היינו שאין לענין תוקף וקיום שלא יוכל לחזור בו והוי כמו מקדש לאחר שלשים יום שיכול לחזור תוך שלשים ודבר שלבל"ע גרע טפי שאף משבא לעולם יכול לחזור שאין לו קיום ותוקף אבל כשבא כבר לידו זכה בו שהרי זה כאומר טול לך חפץ שלי אף שיכול לחזור קודם שנטלו מ"מ אחר שנטלו אין יכול נחזיר עוד. וכן במקדש האשה לאחר שלשים יום והגיעו שלשים יום אף דאפשר דהאשה לא ידעה דיכולה לחזור תוך שלשים ואח"כ נודע לה שהיתה יכולה לחזור לא מחשיב הטעאה בכך שתוכל לחזור לאחר ל' דסוף סוף לא חזרה ה"נ בפירות דקל אף דהים יכול לחזור מ"מ בבאו ליד לוקח תו אין יכול לחזור ולא חשיב הטעאה כלל שברי לא נולדה חזרה כלל ואח"כ שבאו לידו כבר כה בהם וכן ה"ל להרא"ש בכל אסמכתא דלא קניא היינו שיכול לחזור ואם אינו חוזר שפיר קני וכן למ"ד אדם מקנה דשלב"ל ה"ל בשירות דקל דקודם שבאו לעולם יכול לחזור מ"מ אחר שבא לעולם תו אין יכול לחזור והקנין תולה עד שיבא לעולם והיכא דבאו לידו מודה רב נחמן דאי שמיט ואכיל אין כאן חזרה שיצטרך להחזיר לו מה שכבר שמיט ואכיל:

ונראה שלזה נתכוין הרא"ש דפירות דקל ידע דמחיל והיינו משום שכיון שכבר אכל אמרינן נתקיימה המכירה ולא שייך חזרה אבל בזביני דאת ונוולא לא שייך לומר דנתקיימה המכירה דהא לא מכר להפירות כלל רק שסובר שתהיה הקרקע של לוקח עד שיביא לו המעות וכיון דבכה"ג לאו קנין הוא והדרא ארעא גם פירי הדרי דאי אפשר לומר כי כבר אכיל נתקיימה המכירה שהרי לא קנה הקרקע מעולם דבכה"ג לאו קנין הוא:

ובהכי ניחא מה שהקשה לשואל בתשובת הריב"ש מאי מועיל משכון. הא מנה אין כאן משכון אין כאן. ולפמ"ש ניחא דכן הדין דאסמכתא אינו קינה היינו שאין לקנין תוקף שיוציא ממנו בדין ויוכל נחזור בו אבל אם הוא עצמי קיים קנינו בסוף ונתן לו משכון הרי נתעצם קנינו ואין יכיל לחזור עוד דהא בקנו מיניה בב"ד חשוב מהני גם באסמכתא ואף דמתוך הסברא איכא אומדן דמוכח שאילו ידע שיעביר לא היה מרבל עליו קנין זה שיפסיד על ידו, והתוס' הקשו בלוקח בהמה ונטרפה נימא אדעתא דהכי לא קנה. ומה שתירצו שהיה רוצה לכנוס לספק זה איני מספיק באסמכתא בההוא דאמר אי לא אחינא ליבטלן זכוותיה כדא זאת בנדרים (דף כ"ח) ובח"מ (סי' כ"ב) משמע אפי' נא ביקשו זאת מידו כלל דנחלה בדעת אחרת מקנה שלא נתרצה באופן אחר. אלמא דלפעמים איכא קנין אלים שאינו חוזר מכח אומדנא שמ"מ ביטל זכיותיו ואין להאריך כאן בזה עכ"פ באסמכתא אם חיזק דבריו בנתינת משכון הרי נתקיים הענין בתוקף כיון שנתן לו משכון על פרעון גמור בני שום תנאי נתחזק ונתקיים הענין. אח"כ ראיתי בב"י (סימן ר"ז) מח"מ ל"ו הביא תשובה זו בטורים (דבדף ר"ג:) וגמגם בה לקיים הגירסא דקיי"ל אסמכתא קניא:

ט ומ"מ בין על דברי הריב"ש ובין על דברי הרא"ש קשה מהא דפ' זה בורר (דף כד:) דפליגי אי משחק בקוביא פסול ורמב"ם ס"ל דהוי אסמכתא ואסמכתא לא קניא ואיך ס"ל דלאו אסמכתא היא וביקשו המפרשים הקדמונים חשבונות רבים וחילוקים שונים ואם נימא דאם כבר פרע אף שהוא אסמכתא אין בו משום גזל. וא"כ תימא הא מסתמא משחקים בקיביא נותנין מעצמם אם מפסידים שהרי אין מוציאים בדין וכיון שניתני' מעצמם אפ' אי אסמכתא לא קניא אין בו משום גזל וכדברי הרא"ש שכתבתי וכן לדברי הריב"ש דהטעם משים מחילה בטעות וא"כ קשה אפילו אי הוי אסמכתא מ"מ הרי משחקין בקיביא ניתנין מדעתם והוי מחילה בטעות לדברי הרא"ש ואין כאן גזילה כלל. אלא נראה כיון דאסמכתא לא קניא וזה סבור שמחוייב ליתן הוי נתינה בטעות. ובכה"ג נא שמה נתינה וכדברי מהר"ם שבמרדכי שאילו היה יודע שפטור מן הדין לא היה נותן. אבל להריב"ש והרא"ש קשה טובא. אפי' הוי אסמכתא מ"מ אינו גזל מאחר שנותן מדעת

והוי מחילה בטעות. אלא ודאי לא דמי כלל לפירות דקל דבפירות דקל נתכוין להקנות רק שאינו מועיל ע"פ הדין ואין כאן אונאה בדעת כלל. אבל בקיביא לכתחילה לא עלה בדעתו להקנות לו ואינו חפץ ליתן לו כלל רק שטועה בדין וסובר שיתחייב ליתן לו והוי נתינה בטעות כדברי מהר"ם. וחילוק ברור הוא דבפירות אינו נתינה בטעות רק שמה שאינו חוזר אפשר שהוא בטעות שאינו יודע שיכול לחזור מ"מ עיקר הנתינה אינו בטעות אבל במשחק בקיביא שבתחילה היה סובר להרויח וכשהפסיד הוא שנותן לו והרי הנתינה בטעות היא שאחר שכבר הפסיד בודאי לא היה נותן ברצין ואין לך אומדנא גדולה מזו והן הן דברי מהר"ם כפ' איזהו נשך כדפרישית לעיל שאינו נותן ברצון או מחמת כיסיפא. וכ"ש דיש לתמוה על מה שסיים הריב"ש (סימן של"ה) בסופו וז"ל והכי נמי איכא למימר במי שמתחייב לחבירו מנה באסמכתא ולאחר מכן פרעו או נתן לו משכון על המנה או אפילו זקפן עליו במלוה דהוה כפירעון כדמשמע בפ' איזהו נשך דתניא ישראל שלוה כו' אע"פ שהיה חושב שיהיה חייב מן הדין ואינו כן הוה מחילה בטעות ושמה מחילה כיון דלא הוה הלואה בתחילה עכ"ל. ולפענ"ד הגם שאין משיבין את האר"י מ"מ דברים תמוהים מאד הם דניהו דמצינו מחילה בטעות שמה מחילה אבל חיוב בטעות שמיה חיוב לא מצינו כלל. ועל גוף הסברא דמחיצה בטעות שמה מחילה אנו מצטערין להבין טעמו של דבר דבשלמא מחילה בטעות יש ליתן קצת טעם שהוא יאוש והפקר ובהיתרא אחי לידיה אבל חיוב בטעות לא שמענז כלל ומה שהביאו מזקפן במליה שהוא פירעון לא ידעתי מה דמיון הוא זה דשם הוא חייב באמת אבל כאן אמרינן שבטעות נזקף עליו ואינו חייב כלום דהא אפילו קנין בטעות חוזר ואף דיש לחלק בין טעות בחשבון או טעות בדין מ"מ לא שמענו כלל שיועיל חיוב בטעות ואיך נוציא ממנו ממין אם הוא צווח ואומר שאינו רוצה ליתן והחיוב בטעות היה והכי איתא בתוס' והרא"ש ר"פ הנושא בשם ירושלמי הכותב לחבירו בחזקת שחייב לו והוא אינו חייב לו אינו חייב כלים עכ"ל. וא"כ כ"ש בזקפו במלוה. ולפענ"ד דברים הללו מרפסן איגרי ופשיטא שאין להוציא מיד מוחזק בכה"ג. ואפילו אם כבר נתן לו. כבר הקשיתי לעיל ממשחק בקיביא. ודוחק לומר דמשחק בקיביא מיירי שמניחין המעות על הדף והוא נוטל מעצמו אם הרויח דכיון דנוטל בפניו הו"ל כמסרו לו בידים מאחר שאינו מותה בה. והנלענ"ד ליישב הקושיא מקוביא דס"ל להרא"ש בודאי אם כבר נסתלקו מן הקיביא אף שהיה יכול לחזור בו מן הדון מ"מ כיון שנותן צו עכ"פ ע"ד שיהיה שלו ונתינה זו בלב שלם נתן לו אף שהוא מחמת טעות שטעה בעבר מ"מ עכשיו נתן לו בלב שלם לפי מחשבתו שמחוייב ליתן לו. אבל בשחוק הקוביא מה שמניחו ליטול בשעת

שחוק אין כוונתו בנתינה זו להקנות לגמרי רק בשביל שמקנה להרויח אח"כ יותר ממה שמפסיד ולכן לא הוי נתינה:

י ואמנם אחר העיון נראה ברור דהרא"ש לשיטתו אזיל דבפ' איזהו נשך (ס"ם ע') מסיק דאסמכתא דקוביא קניא מטעמים שכתב שם ובשחק באמנה אין יכול להוציא ממנו בדייני' וכמ"ש מרן הב"י שם. ונ"ל שצ"ל דקיי"ל דהאי אסמכתא קניא ובזו לשון הרא"ש מתיקן ומקובל ממש כדבריו בפ' איזהו נשך ממש:

ולפ"ז נראה להוכיח מדברי הרא"ש היפך מדברי הריב"ש והוא ע"פ מה שאבאר לשון הרא"ש שנתן טעם דאסמכתא קניא. ונבאר מ"ש הרא"ש דבמשחקין באמנה אינו מוציא ממנו בב"ד ואמאי לא יוציא ממנו כיון שאסמכתא קונה ולכן ברור כוונת הרא"ש דאסמכתא קניא בקיביא היינו משום דבקיביא גמר להקנות בלב שלם מן הטעמים שכתבו. אלא דמ"מ בדברים לא משתעבד במידי דהא אסמכתא דסברא דאיידי דבעי למיקני אינה מועלת שישתעבד בדברים בעלמא בשחוק באמנה. ולכן בנתן לו שפיר קני קנין גמיר והרי זה דומה לאומר לחבירו אתן לך מנה ואחר זמן נתן לו שאין לו טענה שאילו ידע שיכול לחזור לא היה מקיים דבריו דכיון דההבטחה היתה בלב שלם וכשקיים מה שנדר לו פשיטא שאין לו ענין ומחילה בטעות ועדיף טובא מפירות דקל שתפסן מעצמו. ולכן נתן הרא"ש טעם כיון דבאמת נותן ברצון אלא שאין כח להוציא ממנו בדין ואם פרע זכה:

ובהכי ניחא מה שתמה בתשובת הרא"ש דמאי אהני משכון הא מנה אין כאן משכון אין כאן ונדחקו למאד. אלא הדבר ברור כדפרישית דודאי מ"ש הרא"ש דאין מוציא ממנו בב"ד באמת מצינו לפעמים אדם משתעבד בדברים בעלמא כמו מחנה ש"ת להיות כשואל בההיא הנאה דמהימן ליה אלא דכאן לא מצינו שישתעבד בדברים. והנה הרא"ש בפרק הנושא כתב באם אמר חייב אני לך מנה בשטר לפי' ר"ת שלא היה חייב מעיקר ומתחייב עכשיו וכתב הרא"ש ואין לתמוה איך מתחייב בשטר הא אין מטלטלין נקנין בשטר דהואיל וטרח למיכתב בלישנא דחיובא גמר ומשעבד נפשיה שהרי יש דברים נקנין אפילו באמירה כי'. והכי נמי מתוך שטרח ליתן לו שטר גמר ומקני מטלטלין המיוחדים ואינם נקנין בשטר אבל שעבוד וחיוב מהני בשטר עכ"ל. ולפ"ז נראה דכ"ש אם אמר הריני מחייב לך מנה והילך משכון עליה דכיון שנתן לו משכון והרי שלו ביד זה להפרע ממנו כ"ש הוא משטר דודאי נשתעבד לו בלב שלם שיתחייב ליתן לו המנה דהא השטר נמי אינו אלא משכון דכשפירעו מחזר לו שטרו וכמ"ש (בש"ך ח"מ סימן ס"ו סקע"ו) ובודאי משכון עדיף דשטר אין גופו ממון כלל. ואל תשיבני ממ"ש הרא"ש

ופ"ק דקדושין סימן יו"ד) דהשיג על האומר שאם אדם נותן מתנה לחבירו ונתן לו משכון עליה וס"ל להרא"ש דגם בזו אמרינן מנה אין כאן משכון אין די"ל כאן במתנה שאני דע"י משכון לא נקנה לו גוף החפץ ממילא אין לו כלום עליו:

ומ"ש שם בשידוכין שצריך להקנות קודם י"ל שם משום דהוה אסמכתא ע"ש. אבל באומר הריני חייב לך מנה והילך משכון עליה י"ל דמתחייב שפיר דאלים משכון טפי משטר גם יש לחלק דשם מנית לו המשכון לא אמרינן שנתכוין שיזכה בגוף המשכון מאחר שהוא אסמכתא. ולכן צריך לומר לו בפירוש זכה בגוף המשכון. אבל כאן דאינו אסמכתא רק שלא נשתעבד באמירה והוא גופיה לא ברירא ליה להרא"ש ולכן במניח לו המשכון מסתמא נמי הקנה לו בגוף החפץ כפי מה שנתחייב לו בשתיקה באמנה כן נ"ל ברור בדעת הרא"ש. עכ"פ כיון דתלי הרא"ש טעמא דאם דאסמכתא קניא משמע אם הוא בענין דלא קניא הך אסמכתא והיינו מטעם שלא גמר והקנה אפילו נתן לו הוי נתינה בטעות וכדברי מהר"ם שבמרדכי. ומוכח מדברי הרא"ש איפכא מדברי הריב"ש דאי לא קני אפילו יהיב ליה הוי מחילה בטעות והיינו באסמכתא שלא גמר להקנות בתחילה ופשט הש"ס בסנהדרין ממשחק בקוביא מוכח הכי. וא"כ מוכח לפ"ז היכא דהוה אסמכתא גמורה כעין תשובת מהר"ם אפילו נתן לו יוכל לחזיר ולתבוע ממנו שאילו ידע שלא יתחייב בהדין לא היה נותן לו והוי נתינה בטעות. ודברי הריב"ש לפענ"ד דברי יחיד הם:

וכ"ש אם הנותן מוחזק כגון שתפס מן המקבל שאין יכול להוציא ממנו מאחר דמסתבר דעת מהר"ם ובזה שכ' הריב"ש בלא נתן לו כלל רק זקף עליו במלוה והוא דבר שהוא אסמכתא גמורה פשיטא שאין מוציאין מזה ואפילו תפיסה בעדים לא מהני שהרי כמה פוסקים דלא מהני תפיסה בעדים בתפס שלא ברשות וכיון דדברי הריב"ש תמוהים דעתו בטילה נגד הפוסקים דתפיסה בעדים לא מהני. וגם בפירות דקל גופיי' לא ברירא לי אם תפס מקצת הפירות והמוכר חוזר ורוצה לנכות לו בדמי מכירה די"ל לא אמרינן אלא דלא מפקינן מיניה אי אכל טפי משיעור זוזי אבל אי לא אכיל רק שיעור זוזי המוכר נוטל פירות הנשארים בדקל ולתו אפוקי מיניה:

סימן מב

שאלה ע"ד שאחד נתן משכון לחבירו והטמינו בחנות שלו וצירי פתח החנית היה מבחוץ מצד הרואה את הרחוב והמשכון נגנב ושאל השואל אם מחויב לשלם:

א תשובה לא עמדתי על דברי שאלתו ככתוב במכתבו ואמת כי מאד טרתחי להדורי אזכותא. אך מ"מ זהו קשה בד"מ להוציא ממון מיד מוחזק כי מה שעלה בדעתו דמר שזהו פשיעה לפי שצירי פתח החנות אשר סובבים על הברזלים שקורין (האקיש) היה מבחוץ מצד הרואה את רחוב העיר והגביהו הגנבים את הדלת למעלה כי לא היתה סגורה במפתח כי אם הברזל ארך אשר ראשו תחוב בכותל ובראשו השני תלוי מסגרת שקורין (שלאם) ובקל יוכלו להגביה הדלת ככתוב בדברי מעל' מ"מ קשה לחשוב זה לפשיעה מאחר שהיה סגור עכ"פ רק שהגביהו את הדלת:

וראי' דהרי בפרק הכונס אמר הכונס צאן לדיר ונעל בפניו כראוי ויצאה והזיקה פטור ומפרש בגמרא איזהו כראוי דלת שיכולה לעמוד ברוח מצוי' זהו כראוי ובפ' המפקיד [דף מב] המפקיד מעות ונעל בפניהם שלא כראוי חייב שלא שמר כדרך השומרין. ורש"י פירש דקאי אנעל בפני הקטנים. והרבה מפרשים פירשו דנעל בפניהם אמעות קאי שנעל בפני המעות ומשמע דאף שאין יכול לעמוד ברות שאין מצוי' לאו פשיעה היא. ודוחק לומר דגבי צאן כראוי הוא דלת שיכולה לעמוד ברוח מצוי' אבל דלת מטלטלין צריכין שמירה טפי דזהו דוחק לחלק בפרט להוציא ממון וכיון דאף דלת שאין יכולה לעמוד ברות שאינה מצויה מיקרי כראוי ובודאי שדלת כזה אין משתמרת מפני הגנבים דכת אדם ודאי טפי מכח רות שאין מצוי ואפ"ה לא חשב פשיעה וטעם הדבר דאף שהגנב יכול לפותחו מ"מ אין זה פשיעה דמסתמא הגנב מירתת שצא יהיה נתפס. ואף אם סתום במפתח הרי יכול לזייף גם המפתח כמותו אלא משום דמירתת ולא שכיח כולי האי לכן אין [זה] פשיעה. וש"ח בשמירה פחותה סגי ליה. וכן משמע מחידושי הרמב"ן הובא (כגש"מ) [בש"מ] לב"מ שם דש"ח סגי ליה בשמירה פחותה בנעל הדלת ויכולה לעמוד ברוח מצויה. ודוחק לומר דשם מיירי באם אנשיה ישינים בחדר. גם בח"מ [סי' שצ"ו] משמע דדלת שיכולה לעמוד ברות מצויה לא חשיב פשיעה:

ומה שאמר בגמ' כספים אין להם שמירה אלא בקרקע כבר כתבו המפרשים שהיה דווקא בדורות הראש נים שהיו מצניעין אף שלהם בקרקע אבל במקום שמצניעין בשידה תיבה ומגדל משמרין כמו שמשמרין את שלו אם המקום ראוי לשמירה. וכן סתמא דמתניתין בנעל בפניהם כראוי פטור ולא אמרה שמואל אלא לפי הדור וא"כ מאן מפיס לאמר דבזה"ז הוה פשיעה מה שלא הטמין הערבונית יותר מבגדי אשתו שהיו מונחים גם המה שמה. ואם באמת היתה שסגר במסגר שלא יוכלו גנבים לפותחו אפשר דאפילו ש"ש הוה פטיר לדעת הפוסקים דכטור בגנבת אונס (עכ"פ כיון שהסגירה לי' בשמירה פחותה) עכ"פ נ"ד שמירה פחותה מיהא הוי. וגם בענין איסר מצינו [ע"ז דס"א] אין

השומר צריך לישב ומשמר אע"ג שיוצא ונכנס מותר ושומר מיקרי וכמו כן בריש חולין היכא דשייך מירתת ולכן כאן שהוא במקום המשומר ונגנב כיון דנתפס כגנב להגביה הדלת ברחוב העיר ודאי לא ימגע מהיות עכ"פ ש"פ:

ומ"ש מעלתו בשביל הרעש שעבר ושערורי' שהטמין כל אחד את שלו וא"כ בשביל הרעש היה לו להטמין כדינא דגמ' (כמדומה לפי דבריו היו כלי כסף) לזה י"ל אדרבה כיון דחזינן אפי' לפי זמן הגמרא אמרינן בציר בא מרבנן (שי"ל) [סבר] דילמא מיבעי' ליה זוזי לאבדלתא וא"כ בנ"ד שהיה מוכן להחזיר השרבינות רק שזה דחה בלך ושוב. א"כ לא היה צריך להטמינם בקרקע מאחר שהיה מצפה בכל יום יבא הלה ויבאר את אשר יוציא מהם. וסברא זו לדעתי חזקה יותר מהך דדילמא מיבעי' ליה זוזי לאבדלתא וכי לא השאיר בביתו מעות ולמה דוקא הוצאת הבדלה לצורבא מרבנן ולא יתר הוצאות הבית השוין לכל אדם ואפילו בלא צורבא מרבנן נמי ואיך יצוייר הך דינא כלל דאין להם שמירה הא יכול לומר דילמא מבעי ליה (זוזי לאבדלתא וכי לא השאיר בביתו משום דבעי) לשאר הוצאות. ונפל הך דינא בבירא. ולכן נראה לי דבלא"ה תמה הסמ"ע [סי' רצ"א ס"ק כ"ז] איך יענה על הדעת כיון דנתן סתם פקדון וצריך להטמינם בקרקע לסמוך עליו ליקח ממנו מעות להבדלה ולכן נראה לי (דידקאי) [דקאי] אהך דאמרי ומדה שמואל בע"ש בין השמשות דלא אטרחוה רבנן ואי שהא (בע"ש) [במ"ש] כדי לקוברן ברן ולא קברן חייב ואי ת"ח הוא סבר דילמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא:

ב ונ"ל כך פירושו דודאי מסתמא חי שמפקיד לזמן מרובה מפקיד מאחר שהזהירו להטמינם בקרקע מסיח דעתו מהם ואף שיצטרך מהם אינו שולח לנפקד כלל שבודאי לא יטריח עצמו כל שעה לצורך המפקיד לחפור בקרקע בפרט כי הדבר צריך שמירה והצנע לכת מפני הגנבים השכיחים שמה אך אם היה יודע המפקיד שהשעות מצויים שמם מזומנים אצלו בודאי אם יצטרך לו נוטל קצת מן מפות הפקדון ולכן אמר דבע"ש בין השמשות אין צריך לקוברן ואי ת"ח הוא המפקיד שיודע הדין שבע"ש אין צריך לקוברן ת"כ חושב שעדיין לא הספיק הזמן לקוברן בקרקע ודרכו שילך אם יצטרך לו זוזי להבדלה. ולכן אמר אי ת"ח הוא שיודע הדין שבע"ש אין צריך לקוברן למ"ש א"כ דרך הוא דלמ"ש כשמצטרכין לו מעות שחוקר פן עדיין נמצא שהן תחת יד הנפקד. ואי קשיא א"כ למה דוקא זוזי להבדלה ולא שאר הצטרכות י"ל לשאר הצטרכות אין לו לחוש כלל שהרי המפקיד רוצה לשומרם שמירה מעולה ואם יחיש שיצטרכו לו לעולם לא יקברם אבל הך דזוזי להבדלה יש לו גבול וחביבה מצוה ביתר שאת על ת"ח ובודאי ניחא ליה להמתין שלא יקברם עד יצא ידי ספק דילמא מצטרכי ליה זוזי להבדלה ולכן

גם הנפקד סובר דעביד ליה נייח נפשיה במה שממתין ויהנה לת"ח מנכסיה דת"ח לעת מציא שיצטרכו לו המעות להבדלה:

וגם דעת הראב"ד דמה שנאמר בגמרא הוא על נפקד ת"ח והוא תמוה דהוא היפך הגמרא איך יפרש דלמא מיבעי ליה להבדלה. והב"ח פירש דיכול לומר מה שלא קברן הוא בשביל דמהדר אזוזי להבדלה ולכן לא קברן ואין [זה] פשיעה. ולא נהירא דנחזי אנן אם נגנב קודם שהבדיל נפטר. ואם לאחר שהבדיל אמאי פטור. וע"ד ל"ל למימר דמיבעי ליה זוזי הול"ל דמיבעי ליה חמרא ומהדר אחמרא בהקפה ול"ל זוזי. ובסמ"ע פירש דכיון שהיא ת"ח מחזיק גם חבירו לת"ח ומדקדק במצות ומיבעי ליה זוזי להבדלה וגם זה לא נראה דהא אי מעות הגי' דאנפקד קאי ממי אלא קאי אמפקיד ובאמת תקשי אמאי לא מיפטר במפקיד ת"ח גם אי הנפקד ע"ה אמאי לא נימא גם במפקיד ת"ח שבאמ' צריך מעות להבדלה יפטר הנפקד אפי' עם הארץ. ועוד מאחר שהת"ח מחזיק גם לזולתו לת"ח א"כ נפטר הנפקד אפי' עם הארץ משום דהמפקיד ת"ח סובר שהנפקד ימתין עד יצטרכו לו זוזי להבדלה וא"כ גם במפקיד ת"ח יפטר ובאמת פשט הגמרא אין לפרש אלא או אנפקד או אמפקיד (ולכן נראה דלהראב"ד דמיקל ופוטר בנפקד ת"ח הא דאמרינן דבעי זוזי לאבדלתא במפקיד קאמר וכדנקיט הסמ"ע וטעמו שת"ח חרד על דבר השם לזכות את עצמו ואת זולתו ולכן נחשב אצלו למצוה לזכות את המפקיד במעות להבדלה משל פקדון ולכן אין חושש לקוברן אבל בע"ה אנן סהדי שאין חרד על המנות שיחשוב לו לצדקה לזכות המפקיד שיקח דמי א"כ אבדלתא מן הפקדון ביד אם לא מחכמה שאל על זאת שנא קברן כי מרמה דיבר וחשבינן לפשיעה):

ולשון הרמב"ם כפי מ"ש המ"מ ואם המפקיד ה"ח אין חייב עד ששהא אחר שיבדיל כדי לקיורן ע"כ. וכתב הב"י הטעם דאין ממתין כ"א כשיעור שיבדיל בעצמו דמסתמ' כשהבדיל הוא גם המפקיד הבדיל דאי הוה מיבעי ליה זוזי להבדלה הוה אתי ולא נראה דא"כ כ"ש כשהמפקיד ע"ה ממתין אפילו טפי ואם נימא דע"ה אין (חשיד) [חשש] על מצות הבדלה כ"כ ולא ירע בעיניו מ"מ קשה איך תנה במפקיד הבדלת הנפקד דלדברי הב"י הנפקד ע"ה ממתין בענינים שונים קודם הבדלה. ולכן נ"ל דבלא ה המה ב"י על הטור שהעתיק דברי הרמב"ם והרא"ש סובר דלא מחייב עד אור הבוקר ולכן נראה דהטור מפרש גם דברי הרמב"ם (דקילי) [דר"ל] בשהה מלקוברן אתר שיבדיל [היינו] המפקיד והיינו אחר שיוודע לנפקד שהבדיל המפקיד וממילא כ"ז שאין יודע יוכל להמתין עד אור הבוקר דכל שפה עומד ומצפה פן יבא. ואפילו תימא דצורבא מרבנן מסתמא לא ישהא כל הלילה בלא הבדלה מ"מ י"ל שאין מחויב להיות [ניעור] כל הלילה

בשביל פקדונו של זה ויכול לשכב בשעה שבני אדם שוכבין וכיון שבתחלת הנילה אין חיוב עליו לקוברן כל שלא נודע לו בטרם ישכב שהבדיל אין חייב לקוברן ובזו ודאי מודה הרא"ש שאם כבר נודע לו שהבדיל הצורבא מרבנן שחייב לקוברן כן נראה דעת הטור:

אמנם לענ"ד מ"מ דחיק לפרש אחר שיבדיל על המפקיד ולכן נראה דהרמב"ם מפרש אחר שיבדיל על הנפקד והיינו משום דרוב פועלים אין מקפידים ועושין מלאכה קודם הבדלה וס"ל דד קא אם אין חייב לאחרים אבל לעשות מצוה מן המובחר במה שחב לאחרים אין בידו ולכן אם הפקיד אצלו מעות של אחרים אין רשאי לנהוג סלסול בעצמו כלא ירצה לקברן עד שיבדיל בדיל על הכוס דכיון דמצד הדין מותר ועי' רמב"ם פכ"ט משבת ה"ו וז"ל ומאחר שיבדיל ויאמר בין קודש לחול מותר לו לעשות מלאכה אעפ"י שלא הבדיל על הכיס עכ"ל ועב"י ס"ס רצ"ט מה דמספק בדעת הרמב"ם ואזדי הדברים כאן לצד הב' דשם מסתמא יקפיד המפקיד על כך וה"ל לאתויי שאין רוצה לקיברן קודם שיבדיל אבל אם המפקיד ת"ח מסתמא לא יקפיד שימתין עד שבדיל [והא לא מצי] למימר דמחויב להבדיל תיכף משחשיכה בכדי שיוכל להטמין [מיד ע"ז קאמר] הש"ס דאי ת"ח הוא אין כונת המפקיד שיטמינם תיכף משחשיכה ויהיה מחויב להבדיל מיד דמסיק אדעתיה דלפעמים מהדר אזוזי להבדלה ולכן אין קפידא על המפקיד שיטמינם דוקא מיד כ"א לאחר שיבדיל ואפילו שהה מ הבדיל אין המפקיד מקפיד בכך אבל למי שאינו צורבא מרבנן מסתמא מקפיד שיקברם מיד אלא שעדיין אין מיושב הא דצא קאמר מיבעיא ליה חמרא להבדלה מיהו יש ליישב דיוק זה דקאמר אזמן שהוא צריך ובזו צריך יותר זמן להמציא מעות וגם לקנות יין ומיושב שפיר והמעיין יבאר כמה נדחקי הב"י ואחרונים בישוב דברי הפוסקים וכבר נתבארו הדברים על מכונם בטעם וסברא בס"ד:

ג ועכ"פ כש ש לו איזה התנצלות להמתין לא מחייבינן ליה דלהוי פשיעה מש"ה וכ"ש בנ"ד שהנפקד ביקש את שלו והיה עומד ומצפה מתי יבא המפקיד לתבוע פקדונו וגם מ"ש סברא דאף שנולד איתו דבר אח"כ מ"מ מחויב להסיר המכשול כמו בשהה כדי לקוברן באמת מזה אין ראיה די"ל דילמא התם שהחשש מזומן מפני הגנבים ולא הקילו רק ע"ש בה"ש ומעיקר הדין היה לו לקוברן מיד אבל בנ"ד בשפת שבא (הנפקד) הפקדון לידו הי' די בשמירה זו ששמר לפמ"ש דלא הוה פשיעה ולזה לא נתחייב כלל לטומנם בקרקע מפחד אשר לולד ואדרבה היה לו למפקיד ניטול את שלו אחר ששמעו מן הרעש ואף דודאי אילו היה ההפסד מזומן ברי הזיקא היה מחויב להציל של חבירו דלא יהא אלא משיב אבידה מ"מ כאן לא ברי הזיקא דכמה מטלטלין אשר לא הטמינם ובגדי

אשתו יוכיחו וכמה אנשים אשר בא להם הפסד וקנקיל פ"י ההטמנה א"כ י"ל איפכא בשלו רשאי ובשל חבירו לא רשאי פן יתקלקלו. ועוד שאם שמר כדרך השומרין אף שהוסיף שמירה בשלו לשומרו שמירה מעולה ביתר שאת אין מחייב לטרוח בשביל חבירו ואין דומה ליכול להציל ברועים ובמקלות דשם ההפסד מזומן שבאים ליטול של חבירו פשיטא שמחוייב להציל חבירו מן ההפסד אבל היכא דהוה שמירה כדרך השומרין אלא שעל שלו משגיח יותר להטמינו במסתרים אין מחייב לעשות כן בשל חבירו ואף דבתשובת (חסר) אין ראי' די"ל דשם לפי הענין באמת לא היה משומר מגנבים (חסר) מפני שהוציא שלו ממקום הלזה אבל אם שמר כדרך השומרין אף שהוסיף שמירה בשלו אן לחייבו הגע עצמך אם הוא גברא דחם על דידי' ומסתיר שלו מאה אמה בקרקע וכי בשביל כך יתחייב לעשות גם בשביל חברו והא ודאי ליתא. ועוד דבמהרי"ק משמע (סי' קנו) דאם נחית לשומרה בטעות מחמת שלא ידע שנותנין משם מספרים לאו שומר הוא כלל (ורא"ש) [ורמ"א] בקצרה מביאו (סי' רצא ס"ד) וא"כ גם בנ"ד אם נימא בשעה שנמסר הפקדין לא הי' חשש כלל ודי בשמירה בחנות כפי מש"ל ואח"כ נולד החשש מן השערורי' י"ל דלא נחית לשומרה על דעת כן ולא נתחייב כלל לעשות שמירה ביתר שאת ואף שאשת המפקיד ביקשה וכפי הנר' ממ"ש לעיל בקשה זו היה להוציא המשכונות בלא מעות מן הערבינות ולא נתן לה הנפקד י"ל שלא עלה על דעתו כלל שיסתעף מזה איזה אחריות והפסד וגם לפי האמת לא נשמע בכל הרעש גזילה מאנשי המלחמה כי אם לפעמים שתפסו מאכל ומשקה ולא הוי שכיח הזיקא במדינה זו ופחדו פחד אשר נא היה פחד לפי האמת:

ד ואמרתי עם לבבי לחפש עוד זכות דלכאורה למ"ד מלוה על המשכון ש"ש בכה"ג שלא נתן המשכונות עדיין חייב בשמירתו כמקדם וכת"ש בש"ע ת"מ (סי' ע"ב סמ"ג) כיון שדחה אותו בלך ושוב דמי לנגנב קודם הזמן שקבע והוה שיש אנא דהרמ"א כתב שם דלמ"ד מלוה על המשכון לא הוי אלא ש"ח לא מחייב אלא דבש"ך ביקש לאמר דמ"מ כיון דהוי כאילו פירש שאם יאבד יפסיד (כ"ד תעלתו) [כנגד מעותיו] ולכן אף ששילם לו מ"מ חייב באחריות כדי חוב ולפי דברי הש"ך הרי יש למעלתו זכות בבירור עכ"פ כפי מה שלוה על המשכון אך שאין דברי הש"ך מוכרחים בזה וגם עיין באו"ת לא חש לדבריו כל ובודאי דבר זה אי אפשר לאמרו בלי ראיה מבוררת דבלא"ה מה שכתבו התוס' דהוה כאילו פירש אנו מצטערין להסביר הסברא דלמה יחשב כאילו פירש ומהיכי תיתי להוסיף שיהא כאילו פירש אף לאחר שיפרענו יתחייב וגם בגמ' משמע דלא כהש"ך דהא אמר הגמ' ר"ע אומר דיכול לומר לו כלום הלויתני אלא על המשכון אבד המשכון

אבדו מעותיו ובגמרא יש ע"ז שלשה טעמים או משום דהמלוה כש"ש משים פרוטה דרב יוסף או משום דר' יצחק או משום דשמואל והנה צריך ליישב הלשין למה תולה בהך (דשום) [דכלום] הלויתני ואי טעמא משום דר"י נראה ישוב הלשין דודאי אי לאו טעמא דכנוס הלויתני ניהו דעביד מצוה בהלואה אין לו ענין שיהא ש"ש על המשכון דאטו מי שיש לו פקדון אצל חבירו ומלוה לו מעות יהיה ש"ש על הפקדון שאין לו המשך וענין אצל פקדון אבל כיון שלא הלוהו אלא על המשכון דוקא נמצא שההלואה נמשכת מן המשכון [ואי טעמא משום דר' יצחק נראה יישוב הלשון דאי לאו טעמא דכלום הלויתני ה"א] דלזכרון דברים נקטי' ולא שייך שקנה אותן ולזה אמר דמסתמא לגובייא נקטי' וקני לי' מדר"י. והשתא לפי שיטת התוס' דס"ל דפליגי מדשמואל דהוה כאילו פירש בהדיא אם יאבד יפסד וצריך ליישב הלשין דבשלמא [אי] נזכרין דברים בעלמא נקטה לא שייך למימר שיהא כא לו פירש בהדיא שאם יאבד יפסיד שלא היה דעתו על המשכון כלל אבל כיון כנתן דעתו על המשכון לגבות ממנו לעת צורך א"כ בנאבד [הוי כאילו פירש שיפסיד] דמיו שהרי לא יהא [ממה לגבות] שכבר הוחלט אצלו בדמי חובי. א"כ זה לא שייך כי אם בלח פרעו אבל בפרעו ודאי לא שייך ומהיכי תיתי לומר שיהא כאילו פירש שיתחייב באחריות אף אם יפרענו דממה שהלוה (על המשכן) דוקא על המשכון אין ראיה אלא שיקבל המשכון במעותיו כשאיבד אבל לא לאחר (שימתיקו) שיפרענו ולכן אין דברי הש"ך נראין בזה:

גם מצאתי להפך בזכותו דמטעם שמשכון זה ניתן שלא בשעת הלואה וא"כ קני לי' מדר"י ובש"ך (ס"ק שי"ב) [סי' ע"ב סק"ט ד"ה ועוד נלפענ"ד דאף] הסכים דבמשכנו שלא בשעת הלואה חייב נמי על היתרון בגניבה ואבידה וא"כ נראה בנ"ד נמי אף דמשכנו הלוה מדעתו כיון דחזינן דגם במשכנו מדעת שנא בשעת הלואה חייב בהשבת עביט כמבואר (בסי' שע"ד) [סי' צ"ז סי"ו] א"כ קרינן בזה ולך תהיה צדקה וקני ליה נמי למשכון וכ"כ הש"ך [סק"ט] בהפרעתו לדברי רש"י וכתב כ"ז במשכנו שלא בשעת הלואה ע"י ב"ד או מדעת הלוה כו' עכ"ל וא"כ י"ל בנ"ד נמי דכבר פרעו סך מסוים ונשאר רק סך [קטן] מ"מ עדיין על הנשאר כל המשכון משועבד לו דלא יהא [אלא] שהשכינו מתחילה על סך מעות הנשאר דמ"מ מתחייב גם ביתרון ואף שהבטיחו להתיר לו המותר מ"מ בדברים בעלמא לא נפקע קנינו במשכון ומצי הד ביה להחזיק המשכון בסך הזה הנשאר כדי שיכוף לפרעו א"כ עדיין הוא ברשותו וחייב בגניבה ואבידה עליו [אלא] שיש פתחין פה לבע"ד לחלק ולומר בודאי בהשכון מתחילה משכון השוה יותר מחובו נשתעבד כולו אפילו היתרון אבל בנ"ד י"ל שלא נשתעבד המשכון כי אם לפי ערך מה שהשתעבד

וכשפרעו מקצת נפקע קנינו במשכון כפי ערך הפרעון כחו שאילו פרעו כולו נפקע קנין משכון ונמחל שיעבודו לגמרי כמו כן בנ"ד וכפי ערך הפרעון בטל שעבוד המשכון ואין לו חיוב רק על מה שהוא כפי ערך הנשאר מחובו ודרך משל אם פרע שני חלקים מן החיוב אשר עליו הונת המשכון אין חייב רק בשלישתו בגו"א ששני חלקים מקנינו נפקע בפרעונו:

אלא דלפמ"ש התוס' בב"מ דהוה ש"ש דוקא ולא מחייב באונסין וכתבו התוס' הטעם משים דהוה דידי' לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות א"כ כיון דעדיין נשאר לו הנאה זו דהא בעל המשכון היה ש"ש אף על היתרון הן אם חוב מעט אם רב ואין חילוק אם ניטל פרוטה על משכון מאה זו שוה או משכון שוה אלף זיז וא"כ אף שהחזיר לו מקצת פרעון כשעדיין נשאר לו המשכון על קצתו לא גרע מאילו השכין בתחילה [על] סך מיעט אשר נשאר לו עדיין שהיה ש"ש בכולו מיהו בלא"ה רוב פוסקים פסקו כר"י דמלוה על המשכון ש"ש ונמצא שדומה להך דינא דסעיף (מ"ג) דאף שהבטיח לו הממשכן להחזיר מהמשכנות כיון שדחה יום יום ואח"כ לא היה הלוה בעיר המלוה בודאי מוטל עליו עדיין שמירת הערבינות עד יבא שיטול את אשר הבטיחו להחזיר לו ולהך דיעה הוא ש"ש א"כ י"ל דכה"ג שכתבתי כ"ע מידו דהוה ש"ש מאחר שעדיין נשאר לו קצת ותדע דהא להך דיעה דמלוה על המשכון ש"ש ודאי כ"ז שלא פרעו כולו מיקרי ש"ש כמ"ש בש"ע (סעיף מג) (היא) [יהא] עד פא אם מעכב כל המשכון על חובו אף שפרע לו מקצתו א"כ אי נימא דבמשכנו שלא בש"ה והחזיר לו המקצת אן נעשה ש"ש כי אם לפי פרך איך כתב המחבר בש"ע וש"פ דמלוה על המשכון ש"ש לא שנא בשטח הלואה או שלא בש"ה דבשעת הלואה הוה ש"ש משום פרוטה דרב יוסף אפילו פרע לו קצת עדיין נשאר ש"ש ומשום דר"י נפטר (ומשום דר"י נפטר) במקצת אנא ודאי אין חילוק ומהוכחה זו הכריע ג"כ מרן באורים שאף על היתרון נעשה ש"ש מדר"י א"כ מוכח נמי בנ"ד שכתבתי דהוה ש"ש בכולו. הן אמת כי לפי תשובת הרא"ש ג"כ יש חילוק בפרעו כולו וקבע לו זמן לבא דהיינו דנא (דסעיף מג) דמזה פשוט שלא בשעת הלואתו אם פרעו בטל קנינו לגמרי ואינו אלא שיח אלא דיש לחלק דדבר זה שהוא רחוק במציאת אין ראיה ממ"ש סתם אבל בענין פורעין מקצת דזהו דבר השכיח והיה ליה לאפלוגי בהכי אלא ודאי שאין חילוק:

אלא שיש לי מקום עיון עדיין דהרמב"ן במלחמות בהשגתו כל פירש"י דס"ל דמשכנו שלא בשעת הנואתו מדר"י חייב אפילו באונסין כיון דבע"ח קנה משכון ומייתי ראיה תהך דאומנים וז"ל והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין בו את האשה ואין אלא

שומר שכר דתנן כל האומנים [ש"ש] עכ"ל ואכתי קשה ל"ל לדחוקי נפשין בגמרא בטעמא דאומנים ש"ש ולא מפרש משום דאומן קונה והוה עכ"פ ש"ם אצא די"ל דבעי לאסוקי אליבא דכ"ע אפילו למ"ד אין אומן קינה בשבת כלי והרמב"ן מייתי ראיה משום דמשמע ליה דאתיא אפילו למ"ד אומן קינה ואפילו לא הוי ש"ש אלא דאכתי קשיא לי תיקשי לפי האמת למ"ד אומן קונה היכי קאמר בגמרתיו הוה ש"ח ואמאי הא כל זמן שלא שלח לו אכתי לא פקע קנינו דאומן קונה בשבח כלי וגם אמתני' גופי' בטול את שלך והבא מעות ש"ח אמאי הא אכתי (קשי') [קני] לי' כ"ז שלא נתן מעות ויכול לקדש בו את האשה א"כ במה פקע קנינו כ"ז שלא פרעו ואמאי לא יהי' אלא ש"ח (רק כש"ח) ואי לאו דברי הש"ך ואו"ת היה אפשר ליישב דאין חייב רק נגד הלואה ולא על היתרון א"כ י"ל דבגמרתיו לא הוה אלא ש"ח על היתרון אבל שכר מלאכה מיהא מפסיד דנגד שכרו הוא שקונה בשבת כלי אבל אם (גומר ודאי קני) [נימא] שזה חייב בגניבה ואבידה עכ"פ בכולו אף ביתרון א"כ הא (שכר משלם) [ש"ש בכולו] דאומן קונה בשבת כלי וחזה נרא' כדברי הש"ך דמתני' מיירי לביטשא דליכא שבח וכמ"ש הש"ך וכן משמע פשטא דמילתא בטול את שלך והבא מעות הוה ש"ח ואי חייב כלל אף כנגד שכרו וגם מדחזינן באומן מש ם דתפיס לי' אאגרי' חשיב ש"ש אפילו בכולו אפילו שוה כמה מנה אף ששכרו אינו אצא דינר א"כ ודאי (לא) ברור שלא בשעת הלואתו דקני לענין כמה דברים שהוא כשלו ודאי וחשיב ש"ש אפילו על היתרון וא"כ לפי מה שכתב מעלי דעובדא הוה שנתן המשכנות לאחר הלואה והיה לי' משכנו שלא בשעת הלואה ובודאי הוה ש"ש בפרט דלכמה פוסקים חשיב בלא"ה שומר שכר מטעם פרוטה דר"י וכאמור למעלה ודו"ק: