שו״ת · אחרונים

שות רבינו בצלאל אשכנזי

רבי בצלאל אשכנזי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות רבינו בצלאל אשכנזי

רבי בצלאל אשכנזי

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-רבינו-בצלאל-אשכנזי/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 4
סימן ב 72
סימן ד 82
סימן ה 90
סימן ו 128
סימן ז 129
סימן ח 163
סימן ט 175
סימן י 178
סימן יא 182
סימן יב 198
סימן יג 200
סימן יד 201
סימן טו 206
סימן טז 225
סימן יז 250
סימן יח 265
סימן יט 273
סימן כ 289
סימן כא 314
סימן כב 328
סימן כג 338
סימן כד 344
סימן כה 351
סימן כו 364
סימן כז 368
סימן כח 381
סימן כט 405
סימן ל 410
סימן לא 415
סימן לב 418
סימן לג 428
סימן לד 441
סימן לה 451
סימן לו 461
סימן לז 467
סימן לח 475
סימן לט 488
סימן מ 489
סימן מא 490
סימן מב 510
סימן מג 511
סימן מד 514

סימן א

שאלה. הקונה תבואה מן העובדי כוכבים ומזלות בזמן הזה בארץ ישראל אם חייב לעשר מן התורה או מדרבנן או פטור מכלום ואפילו מדרבנן לפי שמנהג א"י שלא לעשר ועתה קמו מערערין:

יורנו המורה איזה הדרך ישכן אור ושכרו כפול מן השמים: b>

תשובה. זה ימים רבים עלה מחוצה לארץ לארץ חכם אחד בקי ומוחזק בירא חטא וערער על המנהג ושלח לי למצרי' קונטריס אחד על הדבר הזה והנ' הוא כמוס עמדי חתו' באוצרותי וראיתי בקונטריסו שערוריה דקא מהדר לתלות בוקי סריקי במילי דחיקי על מנהג ותיקי והקיף על המנהג תשובות חבילות שאין בהם ממש גם גבב מנהגי' מקצות העם דלא פקיעי במצות הארץ לדמויי מילתא למולייתא לאמר כשם שאלו מילי מולייתא הכי נמי האי מנהגא דלקנות מן עובדי כוכבים ומזלות ושארי ליה מריה דהאי מנהגא תפוס בידי גדולי ישראל על פי גדולי המחברים הרמב"ם ז"ל כאשר כתב בתשובתו ז"ל גם הסמ"ג כתב בשם ספר התרומה וז"ל וזו היא תקנה גדולה לדרים בארץ ישראל בזמן הזה ליקח מתבואת העובדי כוכבים ומזלות אחר שנגמר וכו' וכדבעינן למכתב קמן בס"ד:

ולכן אז התחלתי להשיב ידי על פסקו ז"ל ועל דבריו וביני ביני שמעתי בהתאסף ראשי עם יחד כל רבני הגליל ותלמידיהון ותלמידי תלמידיהון וגזרו גזירת נח"ש שעוד כל ימי עולם לא יעשר אדם לקוח מן העובדי כוכבים אלא כמו שנהגו עד עתה על פי הרמב"ם ז"ל וכמו שכתב הרב הגדול בעל כסף משנה ז"ל בפר' א' מה' תרומות ובאותו הקבוץ הנורא שני רבותי מה"רר דוד בן אבי זמרה זצ"ל ומה"רר ישראל די קוריאל זצ"ל לכן אמר משכתי ידי כי מי יבא אחרי המלכים האלה את אשר כבר עשוהו ובאתר דזיקוקין דנור ובעורין דאשא מאן מעייל בר נפחא לתמן ולפני המשפיעין במדה גסה איך יכנס המודד בדקה עוכלא לתמן ומי שקדרתו חסר' מלח ותבלין היכניס ראשו במקו' שיודעי' לפטם ולא חסר מכל סמן וסמן האמנה כאשר זכיתי ועליתי בעיר קדשו ראיתי קצת חכמים ותלמידי' מחזיקים בתורתו של בעל הקונטריס הזה ומעשרין כל הלקוח מן העובדי כוכבי' ומזלות וקא מקוו אקוותא בשוקא דפומבדיתא ומקהו אקהתא אנהרדעא ולא מסתייה דלא גמירי מיגמר נמי מגמרי ודמי להו כדלא גמירי אנשי שמעתא וגם היינו בעיניה' כמתעתעי' במצות והרי מצינו חסיד שבתנאי' רבי יהודה בר אלעאי שהקפיד על בנו של רבי חנינא בן אנטיגנוס על דאותיב רבנן מדידיה לגבייהו למנטר טהרות ואגב רתחיה אמר אביו שלזה ביזה ת"ח אף הוא מבזה ת"ח וגם אם אין אנו כחמורי' שלראשוני' הרי אין לך אלא חכם שבדורך אילו היה אהרן קיים יהוידע היה גדול ממנו בדורו ופגם הכתב את הצדיק

בקבר מפני אדם בשעתו ואילו היה אהרן קיים עזרא היה גדול ממנו בדורו וכל שלשה ושלשה שיעמדו בבית דינו של ישראל יהיו בעיניך כמשה ואהרן וכשמואל ועוד האריך במדרש ובאמת אם פשה תפשה המספחת הזאת עד עקבי משיחא דחוצפא יסגי ירהבו הנער בזקן והנקלה בנכבד ונהרסו המורים ונפלו המדרגות ויתפאר הגרזן על החוצב בו וחכמות סופרי' תסרח שאחד מן הריקים וחובר חבר כשינהוג לעשר יחזיק עצמו לחבר והשופט אשר יהיה בימים ההם הגם שיהיה מלח תורה יחזיקוהו בחזקת עם הארץ לפי שאינו מעשר בטעות ובזה תבו חכימיא למהוי כעמא דארעא ועמא דארעא כחכימיא והדר התור' אזלא ומנוולא וגם עתה ת"ל אשר עדיין לחלוחית הראשוני' קימעא קיימת כבר התלמידים מזדנין בדבר הגדולים ורבו המתפרצים ומפטפטין כנגד' ואומרי' לאב מה תוליד ולאשה מה תחילין בחשב' כי המה החברי' דלא חשידי על השביעית ועל המעשרות ולא אתאי הלכתא אלא לגו"ד וללבו"ד ולדו"ן עקומ"ה ומהשלמי' תמימים וישרים ההלכה נעלמה וקטלי קני באגמא ומעיד אני וסהדי במרומים כי זה ימים על עסקי עיר הקדש יצאתי בשיירה ונטפל עמי אחד מהתלמידי' והיה עיף ויגע ומוטל ברעב וזימנתי אותו לסעוד עמדי והשיב שאינו אוכל בלתי מעושר והחרשתי ולא גזרתינהו לפומיה בגיזרא דפרזלא כמו שאמר לעשות מי שנשתבח בענוה רבינו הקדוש ז"ל על רבי יהודה בן נקוסא וכזה וכזה שמעתי מאלו המעשרין ומצערין ואני אשא ואני אסבול ועל רבותינו ז"ל הגוזרים על זה מדברי' תועה לכן כשל כח הסבל ואמרתי עת לעשות להקים דגל הראשוני' על תלו ולהעמיד אשיות תורת' ומנהגם על נכון נגד המשחיתים ואציגה נא מעט מן הבא לידי מדברי הראשוני' הם המורי' הם המלמדים הם המעמידים תורה שבעל פה על אמתה ועריץ חיות בל יעלנה הם המגלים לנו כל סתום ואיני אלא כמעתיק דבריהם וקרב לגבי דהנא ואידהן ובהשנות דבריה' בפי שאפה באות נפשי העיפה ותהי לנפש חיה לחוות דעי כדי שיסתיי' בקטני' דבר שנפתח בגדולים ולפי שבעל הקונטריס כבר נתבקש בישיבה שלמעלה לא אדקדק אחר כל דבריו שאין משיבין את הארי אחרי מותו אבל לא אחשה ממאי דאתי אגב שיטפא ורהיטא לי גמרא לשבור דבריו ואברר היטב כל הדברים להוציא הדין ברור לעומת מבין עם תלמיד והמבין יבין כי תורתן של ראשוני' אמת והחולקים עליהם לא חשו לקמחייהו ובוחן לבות וכליות הוא יבחן אשר לבבו פונה היום מעם ה' לבנות במות לעצמן ואשר לבו לשמים וכל מגמתו לחבר את האהל והיה אחד ולא יתגודדו בעיר קדשו והאל ברחמיו יתן לנו לב אחד ובירושלם יהיו הכל נאמני על הקדש ובשעת הרגל אף על התרומה שיעשם המקום כולם חברים ושלא להתגדר במצותיה אלא לקיימן לשמן. ויתן לנו כח לבנות גדירן שלראשונים בנין חזק

מעשה ידי אמן. ואסר אותיותיו מטושטשות כמעט שלא ניכר רישומן. יתן לב לקיים תוקף הגזרה ויזכה לה עדים בחיתומן והאל אשר ברא לנו תורה תבלין יתן לנו לב שלא נשנה את טעמן ולא יהיה הדור יתום וישראל עם עלמן:

ובכן בעזר העוזר האמתי אבוא להשיב שאלה זו:

והשאלה הראשונה אשר נשאל אם חייב לעשר מן התורה אינה שאלה כלל וברירא כביעתא בכותחא דהא בזמן הזה לדעת רוב הפוסקים ז"ל אפילו בשל ישראל אין התרומה ומעשרות מן התורה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בסוף פ"א מה' תרומות וז"ל התרומה בזמן הזה ואפילו במקום שהחזיקו עולי בבל ואפילו בימי עזרא אינה מן התורה אלא מדבריהם שאין לך תרומה של תורה אלא בארץ ישראל ובזמן שכל ישראל שם שנאמר כי תבאו ביאת כלכם כשהיו בירושה ראשונה וכמו שהן עתידין לחזור בירושה שלישית לא כשהיה בירושה שניה שהיתה בימי עזרא שהיתה ביאת מקצתן ולפיכך לדעת חכמינו לא חייבה אותן מן התורה, ויראה לי שהוא הדין במעשרות שאין חיובן בזמן הזה אלא מדבריהם כתרומה ע"כ: והראב"ד ז"ל השיגו וז"ל א"א לא כיון להלכה יפה דהא קי"ל כרבי יוחנן דאמר ביבמות תרומה בזמן הזה דאורייתא והוא עצמו נראה שכך כתב בתחלת הספר ואי איתא להא מילתא בחלה הוא דאיתא ע"כ פי' זהו מחלוקת רבי יוסי ורבנן בפ' הערל ובשאר מקומות ורבנן ס"ל דתרומה בזמן הזה דרבנן ושם בפ' הערל נחלקו ריש לקיש ורבי יוחנן ריש לקיש כרבנן ור' יוחנן ס"ל כרבי יוסי וכתב הרב המגיד ז"ל בפ"כ מה' איסורי ביאה דס"ל להרמב"ם ז"ל דאף על גב דרבי יוחנן ור"ל הלכה כר' יוחנן הני מילי במאי דפליגי אליבא דנפשייהו אבל במאי דפסקי הלכת' בפלוגתא דתנאי כיון דר"ל סבר לה כרבנן וקי"ל דיחיד ורבים הלכה כרבים הלכה כרבנן. ועוד דסוגיין דאלו עוברין משמע הכי דתרומה דרבנן וסוגיין נמי דהאשה שנתאלמנה מכרעת כן וכו' עד ודברי רבינו עיקר וכבר הכריע הרשב"א ז"ל כן ביבמות. ע"כ: ותלמיד הרמב"ן ז"ל כתב בחידושיו ליבמות בפ' הערל דרבי יוחנן איפשר דלא סבר לה כרבי יוסי אלא דפריש סברא דרבי יוסי מאריה דמתניתין וכן נראה מפי' רש"י ז"ל דאיהו גריס הא מני רבנן היא ואנא דאמינא כרבי יוסי ואפילו למאן דגריס ואנא דאמינא כרבי יוסי ורבי יוחנן סבר לה כר' יוסי אנן אדרבנן סמכינן כסוגיא דהתם ודמסכת נזיר דנקיט לה להדיא תרומה בזמן הזה דרבנן וכן בשלהי פ' יוצא דופן אמרינן דחלה בזמן הזה דרבנן וכן פסק הרמב"ם ז"ל. ע"כ: וכן פסק הריטב"א ז"ל בחידושיו שם והכין משמע דקא פסיק רש"י ז"ל דבפ"ק דפסחים גבי שני ציבורין אחד של מצה וכו' ולפניהם שני בתים וכו' דמייתי לה משתי קופות דתנן שתי קופות אחת של חולין ואחת של תרומה וכו' פריך

גמרא אימור דאמרינן שאני אומר בתרומה דרבנן כחמץ דאורייתא וכו' ופי' רש"י ז"ל בתרומה דרבנן בזמן הזה. ע"כ: משמע להדיא דס"ל לרב ז"ל דסוגיין דגמרין ס"ל דתרומה בזמן הזה דרבנן וכן פסק הסמ"ג בעשין סוף סימן קל"ג וכתב ז"ל דאדרבה משם ראיה להרמב"ם ז"ל מדנחלקו ר"ל ור"י אליבא דרבנן דרבי יוסי וכיון דלרבי יוחנן הויא תרומה דרבנן לרבנן הכין הלכתא עוד כתב ז"ל שכן פסק ר"י רק שאומר שבימי עזרא היתה מן התורה. ע"כ אבל הרב בעל הטורים ז"ל בספר יורה דעה בסי' של"א כתב ומ"מ איכא מ"ד דהאידנא אינו אלא דרבנן שבטלה קדושת הארץ משגלו ממנה אבל ר"י פי' שהם דאורייתא דקדושה שניה שקדשו בימי עזרא לא בטלה. ע"כ: ומלשון התוספות משמע כמו שכתב סמ"ג ואין להאריך בזה ורבינו טודרוס הלוי ז"ל בעליותיו פ' הערל פסק גם כן דתרומה בזמן הזה דרבנן:

נמצא דהרמב"ם ז"ל ורש"י ז"ל והרשב"א והריטב"א ז"ל ותלמיד הרמב"ן ז"ל וסמ"ג ולדידיה גם הר"י ז"ל בעל התוספות ורבינו טורדוס הלוי ז"ל וגם ספר התרומה ז"ל וכדבעינן למכתב בס"ד כולהו ס"ל דתרומה בזמן הזה היא דרבנן ואפילו היא של ישראל והיאך יעלה על דעת שום אדם שהלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות יהיה חייב מן התורה הא ודאי בורכא היא ואפילו להראב"ד דפסק דלא כרבנן וס"ל דתרומה בזמן הזה דאורייתא פשיטא ודאי דהקונה מן העובדי כוכבים ומזלות אין שום צד חיוב מדאורייתא:

דגרסינן בסוף פ' השולח אמר רבה אף על פי שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מידי מעשר שנא' לי הארץ לי קדושת הארץ אבל יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לחפור בה בורות שיחין ומערות שנאמר השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם ורבי אלעזר אומר אף על פי שיש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מיד מעשר שנאמר דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אבל אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י לחפור בה בורות שיחין ומערות שנאמר כי לי הארץ במאי קא מיפלגי מר סבר דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומ"ס דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות. ע"כ: פי' רש"י ז"ל שאין קנין וכו' אם קנה עובדי כוכבים ומזלות קרקע בארץ אין קנינו קנוי להפקיע' מקדושת' שלא תתחייב במעשר וישראל הקונה ממנו מן הפירות צריך לעשר. לבני אדם לכל צרכיהם דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות לשון אסיפה ומירוח שאם מורחן עובדי כוכבים ומזלות והן שלו בשעת מירוח שהוא גמר מלאכתן למעשר מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטרן ואפי' לקחן מישראל בשבלים אבל אם הגדילו בקרקע העובדי כוכבי ומזלות ולקחן ישראל בשבלים ומירחן חייבין במעשר דקרקע ארץ ישראל ביד

עובדי כוכבי' ומזלות לא הופקעה קדושתה ע"כ וכתבו התוס' ז"ל דמתוך פירושו משמע דהא בהא תניא דלרבה דאמר אין קנין ודריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבי' ומזלות אית ליה מירוח העובדי כוכבי ומזלות פוטר ולרבי אלעזר דאמר יש קנין ודריש דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אית ליה דמירוח העובדי כוכבי' ומזלות אינו פוטר. ע"כ. ולכאורה הוה מצינן למימר דאיברא דהא מפרש הרב ז"ל דרבה ס"ל מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר דהא דריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות מיהו איפשר דס"ל דרבי אלעזר נמי הכי ס"ל דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר אלא דדריש נמי דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות ובהכי פליגי רבה לא דריש אלא דיגונך. ורבי אלעזר דריש תרתי דגנך ודיגונך וכמו שפירשו התוספות ואפשר נמי דאף על גב דרבה דריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות מ"מ לא תליא במאי דקאמר אין קנין דאפילו הוה ס"ל נמי יש קנין הוה מצי למדרש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבי אבל מדכתב רש"י ז"ל דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבי' ומזלות וכו' מירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטרן ואפילו וכו' אבל אם הגדילו בקרקע העובדי כוכבי' ולקחן ישראל בשבלים ומירחן חייבין במעשר וכו' משמע דבעי לפרושי דהא בהא תליא דמשו' דאית ליה דאם הגדילו בקרקע העובדי כוכבי' ומזלות וכו' חייבין אמטו להכי קא דריש דיגונך ולא דיגונן עובדי כוכבים ומזלות ומירוח העובדי כוכבי' פוטר לכך כתבו התוספת מתוך פי' הקונטריס משמע וכו' והקשו התוס' על זה דכמה תנאי' נחלקו במירוח העובדי כוכבי' ומזלות ואם כן כל אותם התנאי' נמי נחלקו ביש קנין ואין קנין וזהו דוחק דרבה ור' אלעזר נחלקו בפלוגתא דכל הנהו תנאי ע"כ: ולאו קושיא היא דרבה ורבי אלעזר לא פליגי ביש קנין ואין קנין אליבא דנפשייהו דהא ודאי פלוגתא דתנאי היא אלא בפסק הלכה פליגי דרבה פסק כמ"ד אין קנין וחידש נמי דאף על גב דאין קנין יש קנין לחפור בורות וכו' והיינו דקאמר אף על פי שאין קנין וכו' פי' אף על פי שהלכה כמ"ד אין קנין וכו' אבל יש קנין וכו' ור' אלעזר אתא לאשמועינן דהלכה כמ"ד יש קנין ואפ"ה אין קנין לעובדי כוכבים ומזנות בא"י לחפור בורות וניחא להאי שיעתא הא דקשיא להו לתוספות לעיל מיהא דתניא לעיל אף על פי שעשה ישראל נמוסו פטורה מן המעשר אלמא יש קנין דאיברא דאיכא כמה ברייתות דס"ל הכין מיהו לית הלכתא כותייהו אלא כמאן דאמר אין קנין ומייתי לה רבה ממשנה סתמית דתנן הלקט והשכחה וכו' וכיון דסתם רבי הכי אלמא דהכי הלכתא והא דקאמר גמרא במאי קא מיפלגי וכו' ה"פ במאי קא מפלגי וכו' פי' מאי טעמייהו דמר פסק כמ"ד אין קנין ומר פסק כמ"ד יש קנין. והתוספות ז"ל מפרשים דרבה ורבי אלעזר בסברא דנפשייהו קא מיפלגי דרבה סבר אין קנין ורבי אלעזר סבר יש קנין ולהכי אוקמו

הא דתניא לעיל אף על פי שעשה ישראל נימוסו וכו' בסוריא ועו' הוקשו התוספות ז"ל דהאיך מאלא תלי פלוגתא דמירוח באין קנין ויש קנין משום דמר דריש דגנך ומר דריש דיגונך והא במנחות פ' רבי ישמעאל משמע דכולהו תנאי דריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות ואפי' מאן דמחייב מירוח העובדי כוכבים ומזלות אלא דדריש מיעוט אחר מיעוט דתרי דגנך כתיבי וכתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו ונ"ל הא דפליגי רבה ורבי אלעזר ביש קנין וכו' משמע דרבה סבר דכ"ע לא פליגו שאין קנין ורבי אלעזר סבר כ"ע לא פליגי דיש קנין וא"ת ולרבה קשי' הא דאמרינן לעיל האריסין והחכירין ואריסי בתי אבות ועובדי כוכבי' ומזלות שמשכן שדהו לישראל אע"פ שעשה לו נמוסו פטור איכא לאוקומה האי נמי בסורי' כדמתרץ להנך ברייתי אחריני ואקשויי לא מקשי להו לכולהו דאטו כי רוכלא ליתני וליזיל והא דתנן החוכר שדהו מן העובדי כוכבים ומזלות מעשר ונותן לו ואוקי התם אלא לעול' יש קנין ומקבל לאו כחוכר דמי וכו' כדאיתא במציעא פ' השואל ההיא נמי לא קשיא דאוקמתא דגמרא היא אבל רבה ס"ל לעולם אין קנין ומקבל לאו כמוכר דמי אי נמי כחוכר דמי ומשמע אבותיו אברהם יצחק ויעקב כדקא ס"ד הת' ורש"י ז"ל פי' שם דכ"ע יש קנין ואי נמי אין קנין מקבל לאו כחוכר דמי הלכך מיהא ליכא למשמע מינה כלל וכן הא דתניא פ' ר' ישמעאל שבמנחות תורמי משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות ומשל עובדי כוכבים ומזלות על של ישראל ומשלכל על שלכל דברי רבי מאיר ורבי יהודה ר' יוסי ורבי שמעון אומרי' אין תורמי לאו דפליגי ביש קנין אלא ההיא הא אוקמה רבה גופיה במירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר קמפלגי ומיהו דכ"ע אין קנין תדע דהא בפ' השואל דאמרינן דרבי יהודה סבר יש קנין ולא קשי' להו הא משו' דההיא במרוח העובדי כוכבים ומזלות פליגי ובשהביא שליש ברשו' ישראל שכבר נתחייבה והכי נמי מוקי' לה רבי אלעזר ואי קשיא מ"ט דמ"ד מירוח העובדי כוכבי' ומזלות אינו פוטר הא דיגונך ולא דיגון עוברי כוכבים ומזלות כתיב ואי דרשת דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות א"כ תפשוט דיש קנין תנאי איכא למימר הכי דריש דיגונך ולא דיגון הקדש כדאמר רבה פשיטא לי מירוח הקדש פוטרת ואפי'לרבי עקיבא ואי קשיא ר' אלעזר דאמר דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות מ"ט דמ"ד מירוח העובדי כוכבי' א איכא למימר לעול' מירוח העובדי כוכבי' ומזלות פטור אפי' לדידיה דדרשי' דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזנות ויש קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בא"י ממילא ש"מ כיון דליכא קרא למעוטי דלי הארץ לאו קדושת הארץ קאמר ואי נמי תרי דגנך כתיב חד דרשינן דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות וחד דרשינן דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות ומ"ד חייב חד דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות וחד דיגונך ולא דיגון הקרש ובירושלמי

פליגי תנאי ביש קנין או אין קנין ולא ולא איתניא בגמרא דילן עכ"ל הרמב"ן ז"ל כתב הרמב"ן ז"ל במס' בכורות אשר כתב לתשלו' ההלכו' וז"ל וקי"ל כמ"ד מירוח העובדי כוכבים פוטר דר"י הוא דאמר הכי ורבי יוסי נמקו עמו. ע"כ. והתו' ז"ל מפרשי' דרבה ורבי אליעזר אתו ככ"ע ודריש נמי רבי אלעזר דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבי' ומזלות מדכתיב דגנך ולא כתיב תבואתך וכו' והרא"ש ז"ל כתב בתוספותיו וז"ל ומ"ס דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות משמע אבל אידך דהריש דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות וסבר דמירוח העובדי כוכבים ומזלות חייבת לא דריש דיגונך וקשה דבמנחות פ"ר ישמעאל משמע דאפי' מ"ד חייב דריש דיגונך וכו' אלא איכא דגנך יתירא ודריש מיעוט אחר מיעוט לרבות דיגון עובדי כוכבים ומזלות ויש לומר דהא דנקט רבי אלעזר במילתיה דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות לאו דוקא אלא אאדמתך דכתיב גבי בכורי' סמוך דדרשינן בפ' הספינה אדמתך ולא אדמת עובדי כוכבי' ומזלות והאי דנקט דגנך דרשא פשוטה נקט דאי לאו אדמתך הוה דרשינן דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אי נמי עיקר קרא לדגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות ודיגונך דריש מדכתי' דגנך ולא כתיב תבואתך וא"ת כי היכי דדרשי' גבי דגונך אין מיעוט אחר מיעוט הכי נמי נדרוש גבי דגנך ויש לומר דלא מסתבר לאוקומי מיעוט אחר מיעוט לכל מילי אלא אהא דנפיק ליה משינוי משמעות הלשון דהיינו דיגון ועוד דמסתבר ליה לאוקומי חיובא בתבואה שגדלה ברשות ישראל. ע"כ: גם הרמ"ה ז"ל כתב וז"ל רבה סבר דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות כלומר האי דגנך לאו אגופיה דרגן קאי אלא אמלאכת דיגונו קאי שאם מירחו העובדי כוכבי' והיה שלו בשעת מירוח שהוא גמר מלאכתו למעשר הרי מירוח העובדי כוכבים ומזלות שעשאו דגן פוטרו מן המעשר ואפילו לקחו העובדי כוכבים מישראל בשבלין ומירחו וחזר ומכרו לישראל פטור אבל אם הגדילו בקרקע העובדי כוכבי' ומזלות ומכרן לישראל בשבלי' ומירחו חייב במעשר דדיגון ישראל הוא ואי משו' קרקע עובדי כוכבי' ומזלות אין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בארץ ישראל להפקיע מידי קדושת מעשר וקי"ל כרבא דהא רב אשי טרח לתרוצי מתניתין אליביה ע"כ גם הריטב"א ז"ל כתב בפשיטות בחידושיו דהא דקאמר רבא אף על פי שאין קנין וכו' דנפקא מינה דאי הדר ישראל וזבין מיניה פירי דההיא ארעא חייב לעשר אותם והוא דזבנינהו מקמי מירוח אבל לאחר מירוח כבר נפטרו בדיגון עובדי כוכבים ומזלות ע"כ:

הא קמן להדיא דכולהו הני רבוואתא ז"ל עמודי תורה שבעל פה נזרקה שמועה מפיה' דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר אלא דלשיטת רש"י ז"ל רבה הוא דס"ל הכין ורבי אלעזר חולק והלכה כרבה וכדכתיבנא לעיל ולשיטת התוס' ז"ל אפי' רבי אלעזר ס"ל

דמירח העובדי כוכבים ומזלות פטור ומיהו כולהו בחדא שיטתא אזלי דפלוגתא דרבי אלעזר ורבה באין קנין ויש קנין דנפקא מינה לישראל הקונה פירות מן העובדי כוכבים ומזלות מקרקע שקנה בא"י אם צריך לעשר ולשיטה זו צריך לדחוק ולתרץ הסוגיות כי היכי דלא ליפלגו רבה ור' אלעזר בפלוגתא דתנאי וכדכתיבנא לעיל: אבל הרמב"ם ז"ל יש לו שיט' אחרת והשמועות מתיישבות שפיר בלי דוחק כלל והך פלוגתא דרבי אלעזר ורבה אינו ענין לפלוגתת דתנאי כלל שכתב בפ"א מה' תרומות וז"ל עובדי כוכבים ומזלות שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצות אלא הרי היא בקדושתה לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינו ככבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומעשרות ומביא בכורים והכל מן התורה כאלו לא נמכרה לעובדי כוכבים ומזלות מעולם ע"כ: פי' הוא מן התורה אילו היו כל יושביה עליה כלומר דקניית העובדי כוכבים ומזלות אינו מעלה ומוריד בגוף הקרקע וכן מה שכתב בראש הפרק התרומות והמעשרות אינן נוהגין מן התורה אלא בארץ ישראל בין בפני הבית בין שלא בפני הבית הכי נמי מתפרש דהבית מתפרש דהבית אינו מעלה ומוריד בתרומות ומעשרות אלא ביאת כולם הוא דמעכב ולהכי תרומה בזמן הזה דרבנן וכדכתיבנא לעיל ובזה נסתלק השגת הראב"ד ז"ל שהשיג על רבינו ז"ל דפליג מדידיה אדידיה:

ועתה אפרש מתניתין עם שמועתינו דפ' השולח על פי דרכו ז"ל תנן המוכר שדהו לעוברי כוכבים ומזלות וחזר ולקח' ממנו ישר' הלוקח מביא בכורים מפני תקון העולם כן גריס הרב ז"ל והכין איתא בירוש' ולכך כתב בחבורו בפ"ב מה' בכורי' המוכר שדהו לעובדי כוכבי' וחזר ולקחה ממנו ה"ז מביא ממנה בכורים מן החורה שאינה נפקעת מן המצות בקנין העובדי כוכבים ומזלות כמו שבארנו ע"כ: וכתב עליו הראב"ד ז"ל וז"ל א"א אע"פ שבכרו ברשו' העובדי כוכבים ומזלות ע"כ: וזו כפי שיטת ר"ת ז"ל שכת' הריטב"א ז"ל וז"ל ומפ' ר"ת דה"פ אע"פ שמן התורה לא היה לו להביא בכורי' דיש קנין עובדי כוכבים ומזלות להפקיע מיד מעשר ותרומה וכל שאר קדושו' מכל מקום תקנת חכמים היא דלוקח שדה מלאה פירות אף על פי שגדלה התבואה ביד העובדי כוכבים ומזלות הלוקח מביא בכורי' כדי שיהא חביב להם ביותר ליקח שדות המכורים לעובדי כולבים ומזלות מתוך שיכולים להביא בכורי' מפירות של אותה שנה והיינו דדייקינן עלה בגמרא מפני תקון העולם אין דאורייתא לא אלמא יש קנין ודוקא בשדות של ישראל שמכרם לעובדי כוכבים תקנו חכמים אבל בשדות שהם של עובדי כוכבים ומזלות מעולם לא חשו חכמי' אם ישתקעו ביד העובדי כוכבים ע"כ: והרמב"ם ז"ל סובר דכי היכי דלגבי מעשר דחיוביה לא חייל אלא בתלוש אם מרחו עובדי כוכבים ומזלות

פטור הכי נמי לגבי בכורים דחיובייהו חל במחובר כיון שבכרו ברשות העובדי כוכבים ומזלות נפטרו והא דדייקי' עלה בגמרא מפני תקון העלם וכו' אלמא יש קנין ומשני רב אשי דשתי תקנות הוו כבר פירשה יפה הרב ז"ל בפי' המשנה עיין שם אמר רבה אף על פי שאין קנין וכו' פי' אין קנין בגוף הקרקע לעובדי כוכבים ומזלות להפקיעו מידי מעשר ואם חזר ישרחל ולקחו ממנו אינו ככבוש יחיד שנאמר לי הארץ לי קדושת הארץ דאין הקרקע נפקע מקדושתו בעבור קניית העובדי כוכבים אבל יש קנין לעובדי כוכבים בא"י לחפור וכו' פי' הרמ"ה ז"ל דנפקא מינה דאי זבין ליה מישראל וחפר בה בורת שיחין וכו' קנאן ואם חוזר ומכרן לישראל לא יכיל ישראל קמא למימר ליה ללוקח אדעתא דמי חפר בה בורות שיחין ומערות ולהפקיעה מידי מעשר לא זבינית ליה הני ניהליה דאנא ממלינא להו עפרא וזרענא להו אלא הן בחזקת הלוקח שלקחן מן העובדי כוכבים ומזנות ודייקינן להאי להאי פירושא מדאמר רבי אלעזר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות לחפור בורות וכו' שנאמר כי לי הארץ לי קדושת הארץ אלמא לעניו מעשר קאי ומדרבי אלעזר קאי לענין מעשר רבה נמי דאמר יש קנין קאי לענין מעשר וטעמא דמילתא דכתיב והארץ נתן לבני אדם לכל צרכיהם רצו זורעין רצו חופרין בורות שיחין ומערות: ע"כ והרשב"א ז"ל פי' אבל יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לחפור וכו' כלו' שאינה כקנין פירות לבד שאינו יכול לחפור בה בורות שיחין ומערות ואף הלוקח שדה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לקלקלה ולחפור בה אלא כקנין הגוף דמי ויכול לחפור בה ע"כ:

ודע דלשיטת הרמב"ם ז"ל אפי' לרבה דס"ל אין קנין לעובדי כוכבי' בא"י בגוף הקרקע היינו דווקא אם חזר ישראל ולקחה הוא דלא נפקעה קדושתה אבל כל עוד שהיא ביד העובדי כוכבים ומזלות היא מופקעת מקדושה ועומדת ויש לו לעובדי כוכבי קני בפירותיה והקונ' פירות מן העובדי כוכבים לאחר שגדלו ונגמרו ברשותו פטורין דמה שנגמר ברשותו זהו קנינו בו וזהו שאמר רבה אבל יש קנין לעובדי כוכבים ומזנות בא"י לחפור בורות וכו' דכל עוד שהקרקע ברשות הרי הוא קמי לו ולאו דוקא קנין פירות אלא אפילו קנין בגוף הקרקע ואפילו להפקיע הפירות מידי מעשר והלכך הלוקח פירות מ העובדי כוכבים שגדלו בקרקע שקנה בארץ ישראל אם נגמרה מלאכתוביד העובדי כוכבים ומזלות פטורין דגמרן ביד העובדי כוכבים ומזלות זהו קניינו בהם אבל אם לקחן ישר' אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מן התורה ורבי אלעזר סבר יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות להפקיע מיד מעשר דכתיב גבי מעשר דגנך ולא דגן עובדי ככבים ומזלות משמע דכל שנכנס תחת רשות העובדי כוכבים ומזלות אף

על גב דהעובדי כוכבים ומזלות לא עשה בו שום מלאכה הופקעה מיד מעשר אבל אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לחפור בה בורות וכו' שנ' לה' הארץ ומלואה ה"ג בספרים ישנים ומיהו בספרי' לא גרסינן אלא שנ' כי לו הארץ וכן גריס הרמ"ה ז"ל וגריס נמי לי קדושת הארץ וכדכתיבנא לעיל אבל הרמב"ן ז"ל לא גריס אלא לי הארץ וכתב ז"ל דלא משמע קדושת הארץ וכדכתיבנא לעיל במאי קא מיפלגי מר סבר דגנך וכו' ואיכא למידק קצת מאי קאמר מר סבר דגנך וכו' ומר סבר דיגונך וכו' מר דריש דגנך וכו' ומר דריש דיגונך וכו' מבעי ליה מאי מר סבר דקאמר אלא ה"ק דהא ודאי כולהו בהאי שמעתא לא מיירי במירוח העובדי כוכבים ומזלות אלא בשנגמר ביר העובדי כוכבים ומזלות ואינם משנים הלשון של הדרשא כלל אלא דרבי אלעזר סבר דכי אתא למעוטי קרא מדגנך לא בשנגמר ביד העובדי כוכבים ומזלות מיירי אלא כל שנכנס ברשו' העובדי כוכבים ומזלות הרי אינו דגנך והא כתיבנא לעיל בשם הרא"ש ז"ל דהא דנקט רבי אלעזר דגנך וכו' דוק' אלא אאדמתך דכתיב גבי בכורים סמוך וכו' ועתה אפרש דעת הרמב"ם ז"ל דגרסי' התם בפ' הספינה תנן התם הקונה שני אילנות וכו' אמר רב יהודה אמר שמואל מחייב היה רבי מאיר אף בלוקח פירות מן השוק וכו' ופריך תלמודא והכתיב אשר תביא מארצך ומשני ההוא למעוטי ח"ל ופריך והכתיב אדמתך למעוטי אדמת עובדי כוכבים ומזלות ע"כ והקשו בתוספות ספות אמאי אצטריך אדמתך לר"מ הא לר"מ יש קנין לעובדי כוכבים בא"י וכו' דתנן אין משכירין בתים לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל ואין צריך לומר שדות ומפרש בגמרא מאי ואין צריך לומר שדות דמפקע להו ממעשר נמי ותירצו דדילמא, מהכא הוא דגמר בכל דוכתא דיש קנין ולשיטת הרמב"ם ז"ל ניחא וכדבעינא למימר קמן בס"ד:

ומכל מקום סובר הרמב"ם ז"ל דהא דממעטי מאדמתך ולא אדמת עובדי כוכבים ומזלות היינו משו' דאית ליה קנין בגוף הקרקע הקרקע בעצמו הוא דנתמעט ומקרי אדמת העובדי כוכבי' ואין לפר' דקא ממעט הפירות שיביא מקרקע העובדי כוכבים ומזנות דאם כן ראשית בכוריך מבעי ליה ומדכתיב אדמתך למעט אדמת עובדי כוכבים ומזלות אלמא דגוף הקרקע נתמעט למ"ד יש קנין ושוב אותביה רבה גופיה דשמעתין מדתני' הקונה אילן אחד וכו' דברי ר' מאיר ואיתותב והדרינן למימר דמיעוטא דאדמתך לא אתא למעוטי אדמת עובדי כוכבים ומזלות אלא למעוטי גידולין בתוך של חבירו והאריסין וכו' וכדתנן בפ"ק דמסכת בכורים הילכך מכאן ראיה נמי דפסקינן כרבה דשמעתין דכיון דאידחיא דרשא דאדמתך ולא אדמת עובדי כוכבים אידחיא נמי דרשת דדגנך וכו' והיינו דכתב הרב ז"ל לפי' אם חזר ישראל ולקחה וכו' אלא מפריש תרומת ומעשרות ומביא

בכורים וכו' ע"כ דעריב וכייל בכורים בהדייהו: ומכל מקום בהכי פליגי דרבי אלעזר סבר דרשינן דגנך כדדרשינן אדמתך ורבה דלא דרשינן אגוף הדגן אלא אמלאכת הדגן דבלא מלאכה אין לו קנין לעוברי כוכבים ומזלות כלל ולעול' תרוייהו דרשי דגנדך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אלא דרבה סבר דקאי אמלאכת דגן והיינו דכתב הרמב"ם ז"ל פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בארץ ישראל וכו' פטורין מכלום שנאמר דגנך וכו' וצריך לדייק כיון דפסיק כרבה אמאי שינה לשון דרשתו דדריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות ובמאי דכתיבנא ניחא דלא פליגי רבה ורבי אלעזר בלשון הדרשא דכולהו דרשי דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אלא דרבי אלעזר ששמע ליה דגנך דאגוף הדגן קאי שיהי' מקרקעו של ישראל ולא שיהיה מקרקעו של עובדי כוכבי ומזלות וכדדרשינן נמי אדמתך ולא אדמת עובדי כוכבים ומזלות ורבה ס"ל דלשון דגנך קרוי על שה מלאכתו דמדגן והלכך לא מדריש אלא אגמר מלאכתו שאם נגמרה מלאכתו ביד עובדי כוכבים ומזלות פטור ומכל מקום ס"ל להרב ז"ל דאע"ג דאין קנין לעובדי כוכבים ומזנות בגוף הקרקע מכל מקו' יש לו קנין כשהקרקע בידו בפירות על ידי גמר מלאכתן וכדכתיבנא:

וגרסינן בירושלמי במסכת דמאי פ"ה עלה הא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' מתניתין ר"מ דר"מ אמר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיע מיד מעשר רבי יהודה ורבי שמעון אומרי' יש קנין לעובדי כוכבים בא"י לפוטרו מן המעשר רבי אימי וכו' רבי חונא רובא דצפורין אמר הנהיג רבי חנינא בצפורין כהדא דר"ש רבי זעירא אמר קומי רבי אבהו בשם רבי אלעזר אע"ג דר"מ אמר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י לפוטרו מן המעשר מודה שיש לו בה קנין נכסים מהו קנין נכסים אמר רבי בא אכילת פירות והא תנינן הלוקח מביא בכורי' מפני תיקון העולם ויביא בכורים דבר תורה ע"כ וכי האי סוגיא איתא נמי בפ' השולח בסופו וה"פ מתניתין ר"מ וכו' פי' דתניא בתוספתא משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות ומשל עובדי כוכבי' על של ישראל וכו' ומן הכל על הכל דברי ר"מ ר' יהודה ור"י ור"ש אומרי' מעשרין משל ישראל על של ישראל וכו' אבל לא משל ישראל על של כותיים ועל של עובדי כוכבים ומזלות וכו' וה"נמי אית' במנחות פ' ר' ישמעאל וכתב הר"ש ז"ל בפי' המשנה דפליגא סוגיא דמנחות אההיא סוגיא דירושלמי דהתם במנחות מוקי רבא פלוגתייהו במירוח העובדי כוכבי' ומזלות דקאמר מירוח העובדי כוכבים ומזלות תנאי וכו' ובירושלמי מוקי פלוגתייהו ביש קנין ע"כ. ולשיטת הרמב"ם ז"ל יתיישב קצת תלמודא דידן עם הירושלמי וכדבעינן למכתב בס"ד ר' זעירא אמר קומי רבי אבהו בשם

רבי אלעזר אע"ג דר"מ וכו' פי' כי קאמר ר"מ אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' היינו בגוף הקרקע דלא פקעה קדושתיה ביר עובדי כוכבים ומזלות וכי הדר ולקחה ישראל מיניה חייב לעשר מן התורה אבל יש לו קנין נכסים ופריש ר' אבא דהיינו אכילת פירות דיש לו לעובדי כוכבים ומזלות זכות אכילת פירות בנכסים ושלו הם הפירות:

והלכך הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירות לאחר שנגמרו בידו פטור מן המעשרות וקרינא בהו דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות דקנין פירות מיהא יש לו והא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' מיירי בשלא נגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות או שקיבלה ישראל באריסות וזרעה ומשום דס"ל לרבי מאיר דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בגוף הקרקע וכדכתיבנא ופריך הא תנינן הלוקח מביא בכורים וכו' פי' אמאי דמוקמינן מתניתין כר"מ ואמרי' דס"ל לר"מ אין קנין קא פריך דהא תנן בפ' השולח המוכר שדהו לעובדי כוכבים ומזלות הלוקח מביא בכורים מפני תיקון העולם וקי"ל סתם מתניתין ר"מ ואי ס"ל לר"מ אין קנין אמאי אינו מביא אלא מפני תיקון העולם מדאורייתא נמי לייתי דהא משמע דבישראל הלוקח קרקע עצמו מיירי ומשני ויביא בכורים דבר תורה פי' כי קתני מפני תיקון העולם לאו היינו דאי לאו מפני תקנה זו לא הוו מייתי כלל אלא התקנה היתה שיביא הבכורים דבר תורה וכיוצא בזה משנינן בשמעתין דבפ' השולח דפריך מהך מתניתין למ"ד אין קנין ומשני רב אשי שתי תקנות הוו מעיקרא הוו מייתי מדאורייתא פי' מטעם דאין קנין כיון דחזי דקא מקרי ומזבני דסברי מאי איכפת לז בקדושתיהו קיימי תקינו להו דלא ליתו כי היכי דלא ליזבון להו דהפקר ב"ד הפקר כיון דחזו דמאן דלא סגי ליה מזבין וקא משתקען ארעתא דישראל ביד עובדי כוכבים הדר תקינו להו דלייתו ואוקמוה אדאורייתא מפני תיקון העולם כן פי' הריטב"א ז"ל בחידושיו ותירוץ הירושלמי נמי בהכי ריהט' וכדכתבינן והיינו לגרסת רבינו חננאל ז"ל במשנה וכן היא גרסת הירושלמי רושלמי עיין בתוספות אבל רש"י ז"ל על פי גרסתו במשנה לא פי' כן ומאי דפרישנא בלשון זה של הירושלמי עולה שפיר טפי בסוגיא דפ' השולח עיין שם: ומכל מקום לשון קנין נכסים הוא פשוט כדפרישנא שוב מצאתי להרב בעל כסף משנה ז"ל בפ"א מה' תרומות דפריש לשון נכסים כדפרישנא אבל ברב בעל כפתר ופרח ז"ל פי' דמאי דקאמר דיש לו בה קנין נכסים בא ללמדנו שאין ראוי לעשוק ולגזול בקרקע העובדי כוכבים ומזלות שקנהו מישראל כענין שהוא מותר בגר שאין לו יורשים אי נמי לענין לולב הגזול אי נמי לענין לרעות בהמה דקה בשדותיהם וכיוצא בזה אלא שקרקעו קנוי לו קנין גמור וכו' ע"כ:

ואיברא דלישנא דלפוטרו מן המעשר דנקט ר' זעירא ברישא דייק קצת כפי' הרב בעל כפתר ופרח ז"ל דמשמע דכי מסיים ואזיל מודה שיש לו בה קנין נכסים דלאו לענין פיטורא דמעשר קא מיירי אלא למידי אחרינא מיהו מאי דקאמר מיהו קנין נכסים אמר ר' בא אכילת פירות דייק כדפרישנא ומלישנא דלפוטרו מן המעשר לא חיישינן דהא בגמרא דידן בשמעתין נקטי נמי רבה ורבי אלעזר להפקיע מידי מעשר ברישא ואפ"ה כתב הרמ"ה ז"ל דמאי דקא מסיים ואזיל אבל יש קנין לחפור וכו' דמיירי נמי לענין מעשר וכדכתיבנא לעיל:

וגרסינן נמי בירושלמי במסכת פיאה פ"ד עלה הא דתנן לשקט והשכחה וכו' של עובדי כוכבי' ומזלות חייבת רבי ירמיה רבי חזקיה בשם רבי יוחנן כמ"ד יש קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בארץ ישראל לפוטרו מן המעשרות ברם כמ"ד אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לפוטרו מן המעשרות אפילו הבקירו חייב רבי יוסי בשם רבי יוחנן כמ"ד אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל וכו' ברם כמ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לפוטרו מן המעשרות קל הקלו חכמים בליקוטים רבי אלעזר שאל ואין לו קנין נכסים לא על הדא אתאמרת אלא על הדא רבי חזקיה רבי ירמיה בשם רבי יוחנן כמ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לפוטרו וכו' ברם כמ"ד אין קנין וכו' אפילו הבקירו חייב עליה רבי אלעזר שאל ואין לו קנין נכסים ר' חנינא בשם רבי פנחס אף על דרבי יוסי מקשי דר' יוסי בשם רבי יוחנן כמ"ד אין קנין וכו' ברם כמ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לפטרו וכו' קל הקלו וכו' עליה רבי אלעזר שאל ואין לו קנין נכסים. ע"כ: פי' בגמרא דידן בשמעתין לרבה דס"ל אין קנין מוקי להא דתנן הלקט וכו' בדעובדי כוכבים ומזלות ולקטינהו ישראל כלומר שהעובדי כוכבים ומזלות הניח בשדהו לקט שכחה ופיאה ובא ישראל וליקטן דכיון דעובדי כוכבים ומזלות לא מקפיד אלקט ושכחה כי שביק להו נמי לא חייל עלייהו שם לקט למהוי הפקר עד שיפקירם בפירוש אבל אם לא הפקיר בפירוש לא מפטרי והאי ישראל דלקטינהו מיחייב לעשורי דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיע מידי מעשר ורבי אלעזר דס"ל יש קנין מוקי לה בדישראל ולקטינהו עובדי כוכבים ומזלות כלומר שישראל הניח הלקט והשכחה לעניים ובא עובדי כוכבים ומזלות לקטן ומכרן לישראל חייבין במעשר אלא א"כ הפקירן ואע"ג דהא מפקרי וקיימי כיון דשבקינהו לשם לקט ושכחה סתמן הפקר מ"מ נהי דמפקרי אדעתא דעניי ישראל אדעתא דעובדי כוכבים ומזלות מי מפקרי וכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו דהאי טעמא לא אצטריכינן ליה אלא אליבא דרבי אלעזר אבל אליבא דרבה כיון דאפקריה לישראל מ"מ פטור דלא קרינן

ביה כי אין לו חלק ונחלה עמך זו היא שיטת גמרין והחכם כמה"ר שלמה שיריליו ז"ל רנה לפרש גם הירושלמי בהני תרי אוקמתי ולא נהירא אלא כולה סוגיא של בירושלמי בחד גונא ריהטא בדעובדי כוכבים ומזלות ולקטינהו ישראל וה"פ ר' חזקיה וכו' כמ"ד יש קנין וכו' פי' מתניתין דקתני הלקט וכו' חייבין במעשר אלא א"כ הפקיר כמ"ד יש קנין ומאי חייבין במעשר מדרבנן ברם כמ"ד אין קנין וכו' אפילו הפקירו חייב דכיון דאין לו קנין אין הפקירו הפקר ובגמרין הקשה הריטב"א ז"ל בחידושיו דמאי מייתי רבה מהך מתניתין דילמא חייבת מדרבנן קאמ' ותירץ וכו' וכדבעינן למכתב קמן בס"ד הלכך שפיר מצינן למימר למ"ד יש קניין דחייבת מדרבנן קאמר וכדכתיבנא: רבי יוסי בשם רבי יוחנן כמ"ד אין קנין וכו' פי' וכדקאמר רבה בגמרא דילן ברם כמ"ד יש קנין לעובדי כוכבים וכו' קל הקלו חכמים בליקוטין פי' דלא אמרינן דחייבין מדרבנן דאיברא דאפילו למ"ד יש קנין הלוקח תבואה מן העובדי כוכבים ומזלות עד שלא נגמרה מלאכתה ביד העובדי כוכבי ומזלות דחייב מדרבנן מיהו בליקוטין דהיינו בלקט שכחה ופאה הקלו חכמים ולא הצריכו לעשר דהם אמרו והם אמרו רבי אלעזר שאל ואין לו קנין נכסים פי' קשיא ליה היכי אתיא מתני' כמ"ד אין קנין אע"ג דאין לו קנין בגוף הקרקע מ"מ יש לו קנין פירות והלכך אלו הפירות של לקט שכחה ופאה שהם של עובדי כוכבים ומזלות למה חייבין במעשר והרי של עובדי כוכבים ומזלות הם דיש לו קנין בפירות והלכך פטורין דדגנך אמר רחמנא וזהו דגן של עובדי כוכבים ומזלות לא על הדא אתאמרה אלא על הדא וכו' פי' תלמודא קאמר דלא הקשה רבי אלעזר על הדא דרבי יוסי משום דאף על גב דיש לו קנין נכסים כל עוד שלא נגמר ביד העובדי כוכבים ומזלות לא קננהו לפוטרו מן המעשרות וזה הלקט והפאה אכתי לא נגמרה מלאכתן ומיהו לגבי הפקר בכל גוונא מהניא דשלו חשיבי להכי דליעביד בהו מאי דבעי ולמאי דכתיבנא לעיל בשם בעל כפתור ופרח בפי' קניין נכסים אפשר לפרש דלהכי קאמר תלמודא דלא הקשה רבי אלעזר אהדא משום דאף על גב דיש לו קניין נכסים היינו דשלו הם ואסור לגזלו הימנו אבל לא חשיב קניינו למפקע קדושה והלכך לעולם חייבין במעשר וכי פריך אדרבי חזקיה פריך דקאמר דלמ"ד אין קנין אפילו הפקירו חייב משום דאינו שליט עליו להפקירו ולכך אין הפקירו הפקר הלכך פריך שפיר אטו אין לו נכסים דשלו הם לגמרי ויכול לעשות בהם מה שירצה והפקרו הפקר ואע"ג דממילא נמי מפקע להו מידי מעשר מ"מ ההפקעה לא אתיא להדיא אלא על ידי ההפקר כך יש לפרש לשיטת כפתור ופרח ומיהו לאינך לישני אינו מתיישב פירושו כלל והנכון כדפרישנא רבי חנינא בשם רבי פנחס וכו' פי' ס"ל לרבי חנינא דאתרוייהו קא פריך רבי אלעזר ואין לו קנין נכסים

דקושטא דמילתא היא דיש לו קנין בפירות בין להפקיר בין להפקיע מידי מעשר ואפילו שלא נגמר עדיין על ידי בעובדי כוכבים ואינך אימוראי סברי דכך לי הלוקח פירות מן העובדי כוכבי' ומזלות קודם גמר מלאכ' כמו הלוקח קרקע עצמו דלא הופקעה קדושתן והכי נמי ס"ל לרבה בשמעתין וכדבעינן למכתב בס"ד וכן פסק הרמב"ם ז"ל אבל הלוקח פירות מן העובדי כוכבים ומזלות לאחר שנגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות פטורין מכלום:

עלה בידינו דשני קניינים בם אחד קנין הגוף ואחד קנין בפירות ש בקנין הגוף פליגי בה רבה ור' אלעזר בפ' השולח וקי"ל כרבה דאין קנין וכדכתיבנא ובקנין פירות פליגי בה ותנאי וכדבעינן למכתב בס"ד ובזה עולה יפה מאי דפריש הרב ז"ל:

בפירוש המשנה דדבריו שם צריכין עיון דלכאורה סתרן אהדרי במס' דמאי פ"ה על משנה מעשרין משל ישראל וכו' כתב ז"ל וז"ל כבר ביארנו שהעיקר אצלינו שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מן המעברות ולמדו מן בענין הזה כי העובדי כוכבים ומזלות כשיקנה קרקע בא"י יהיו פירותיו חייבין במעשר כמו פירות ישראל ולפיכך מעשרין מזה על זה וזה דעת ר"מ ואינה הלכה אלא יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מן המעשרות ע"כ וכלשון הזה כתב משמו הרב בעל כפתור ופרח ז"ל וקשה דבמסכת פיאה פ"ב על משנת הלקט והשכחה וכו' כתב הרב ז"ל וז"ל והעיקר אצלינו שאין קנין לעובדי כוכבים בא"י להפקיע מן המעשרות ולפיכך לקט שכחה ופאה חייבין במעשרות ע"כ כך נמצא מוגה ומעתה תיקשי מדידיה אדידיה והלשון עצמו שבמסכת דמאי מגומגם דפתח וקאמ' כבר ביארנו שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' דמשמע דהיכן הוא עיקר הדין וקא מסיים ואזיל דאינה הלכה אלא שקנין וכו' וראיתי מגיהי ספרים שהגיהו הלשון שבמסכת דמאי כן כבר ביארנו וכו' וזה דעת ר"מ וכן ההלכה ועל שארית הלשון העבירו הקולמוס עזר וכו' ובהכי ודאי מיתרצא שפיר לשון הרב ז"ל מיהו הרב בעל כפתור ופרח לא כתב לשון הרב ז"ל אלא כדכתיבנא ובדקתי בפירושי הרב ז"ל בלשון ערבי ומצאתי פירושים ישינים שנכתבו בזמן הרב ז"ל ומדוייקי היטיב ומצאתי כדכתיבנא גם זאת ההגהה אינה מסכמת עם מה שכתב הרב ז"ל בחיבורו בפ"א מה' תרומה גם במסכת מכשיר ין פ"ב על משנת אוצר שישראל ועובדי כוכבים ומזלות מטילין לתוכו אם רוב מן העובדי כוכבים ומזלות ודאי וכו' כתב הרב ז"ל וכבר ביארנו פעמי' בסדר זרעים שרבי מאיר לבדו הוא שאמר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיע מן המעשרות ועל כן הפירות שביד העובדי כוכבים ומזלות לדעתו הן טבלין וחייבין במעשר ודאי וחכמים אומרים דגון אותו דמאי בעבור הישראל לבד

שפירותיו חייבין במעשר ואנחנו מסופקין אם עשר אם לא עשר אבל אלו היה כל האוצר של עובדי כוכבי' היה פטור מן המעשרו' כמו שביארנו במקומו מן הסדר ההוא והלכה כחכמי'. ע"כ ובמאי דכתיבנא ניחא דאיברא ודאי דלענין גוף הקרקע אין לעובדי כוכבים בא"י ולא נפקע קדושת הקרקע משום קנינו והכין נמי פירות שלא נגמרו מלאכתן ביד עובדי כוכים ומזלות כההיא דלקט שכחה ופאה לא נפקעו קדושתן וכי אתו ליד ישראל חייב לעשר אבל פירות שנגמרו ביד עובדי כוכבים ומזלות פטורין דגמרן ביד עובדי כוכבים הוא הפוטרן וההיא דמסכת דמאי מסתמ' אפילו בפירות שנגמרו ביד עובדי כוכבים מיירי דהא קתני מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' משמע דבכל פירות של עובדי כוכבים ומזלות מיירי ואפילו נגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות ולכך כתב הרב ז"ל כבר ביארנו שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' פי' לעני גוף הקרקע שורת הדין שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ואם חזר ישראל ולקח ממנו הקרקע אינו ככיבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומעשרות וכן אם לקח הישראל בפירות אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן חייב בכל מן התורה דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל ומזה הדין רצה ללמוד ר"מ דין אחר לומר דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות כלל לפטור מן המעשרות ואפי' הישראל הפירות מן העובדי כוכבי' לאחר שנגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים דחייבין במעשר דפירותיו של עובדי כוכבים בארץ ישראל לעולם חייבין במעשר כמו פירות ישראל ולכך סתם ר"מ ותני מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' וזה אינה הלכה אלא יש. קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י לגבי הפירות להפקיע מן המעשרו' כיון שנגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות קננהו העובדי כוכבים ומזלות בהכי ופטורין כן נראה פי' לפי' הרב ז"ל ובמסכת פיאה דמיירי בלקט שכחה ופאה דעדיין לא נגמרה מלאכתן קא פסיק וקאמ' הרב ז"ל דהעיקר אצלינו שאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיע מן המעשרות ולפיכך לקט וכו' ומה שכתב במסכת דמאי כבר ביארנו שהעיקר אצלינו שאין קנין וכו' אהא דכתב במסכת פיאה קאי שלא מצינו לו ביאור בענין זה למעלה אלא במקום הזה ומעתה הרי ברור לפניך שמה שכתוב בספרי הדפוס במסכת פיאה והעיקר אצל ר"מ שאין קנין וכו' ואינה הלכה ע"כ הוא טעות ומה שמלאתי מוגה הוא עיקר ועולה יפה עם מה שכתב בחיבורו הטהור בפ"א מהלכות תרומות ואין להקשות אמאי פסק הרב ז"ל דלא כסתם משנה דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' דגרסינן בפ' הגוזל העצים עלה הא דתנן רבי יהודה אומר אם השבח וכו' יתיב רב יוסף אחוריה דרבי אבא קמיה דרב הונא ויתיב רב הונא וקאמר הלכה כרבי

יהושע בן קרחה והלכה כרבי יהודה אהדרינהו רב יוסף לאפיה וכו' אלא הלכה כרבי יהודה ל למה לי מחלוקת ואחר כך סתם הלכה כסתם מחלוקת בב"ק וכו' וסתם בבבא מציעא וכו'. ורב הונא אצטריך סד"א אין סדר למשנה וסתם ואחר כך מחלוקת הוא ורב יוסף אי הכי כל מחלוקת ואחר כך סתם נימא אין סדר למשנה וסתם ואחר כך מחלוקת היא ורב הונא כי לא אמרינן אין סדר למשנה בחדא מסכתא אבל בתרי מסכתי אמרינן ורב יוסף כולה נזיקין חדא מסכתא היא ואי בעית אימא משום דקתני לה גבי הלכתא פסיקתא כל המשנה וכו' ע"כ וכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל אלא הלכה כרבי יהודה למה לי מחלוקת ואחר כך סתם וכו' וא"ת מאי קושיא ומי עדיף מחלוקת ואחר כך סתם מסתם מתני' דליכא מחלוקת במתני' ופסקי' כתנאי דברייתא דפליגי אסתם מתני' ולא אקשינן והא סתם מתניתין היא אלא לרבי יוחנן בלחוד דכאיל ופסק כסתם משנה ואפי' לר' יוחנן נמי אמרינן בדוכתי טובא אמוראי נינהו אליבא דרבי יוחנן וי"ל דאה"נ דטפי עדיף מחלוקת ואחר כך סתם מסתם מתניתין בלא מחלוקת במתניתין משום דכל ששנה ר' מחלוקת ואחר כך סתם נראה שדקדק הרבה בדבר ואחר ששנה המחלוקת ראה דברי האחד וסתם כמותו ועוד אפשר לן לומ' שהברייתא נשנית אחר המשנה דבי רבי חייא ובי רבי אושעיא תלמידי דרבי מיתניין ולברר מתני' והלכך אף על גב דאיכא סתם במתניתין שמא רבי שנה להן בברייתא לבסוף והוה ליה סתם ואחר כך מחלוקת ובכי הא לא מקשינן והא סתם מתניתין היא דאפשר דלאו הכי אלא דקשיא דבפ' החולץ אמרינן מסתמיך ואזיל רבי אבהו אכתפיה דר' נחום שמעיה ומינקיט הלכתא מיניה מחלוקת ואחר כך סתם הלכה כסתם סתם ואחר כך מחלוקת אין הלכה כסתם סתם במתני' ומחלוקת בברייתא הלכה כסת' סתם בברייתא ומחלוקת בברייתא מאי א"ל ר' לא שנה רבי חייא מניין לו אלמא אף סתם דמתני' ומחלוקת דברייתא פשיטא ליה דהלכה כסתם מתניתין וי"ל דההוא כללא רבי אבהו לחודיה הוא דכאיל ליה ואימוראי אחריני לית להו הכין בסתם מתניתין ומחלוקת בברייתא דהא איכא טובא דפסקי לעתים כמחלוקת דברייתא חוץ מרבי יוחנן ואליבא דהנהו אימוראי דאמרי משמיה דרבי יוחנן דהלכה כסתם משנה ורבי אבהו נמי תלמידו של ר' יוחנן הוא וס"ל כרביה. עכ"ל הרשב"א ז"ל:

הא קמן אפילו סתם במתניתין ומחלוקת בברייתא איכא אימוראי טובא דפסקי כמחלוקת דברייתא ובפ' רבי ישמעאל פליגי בה בברייתא ר"מ ורבי יהודה ורבי יוסי ור"ש והלכה כר"י ובמסכת מכשירין בפ"ב פליגי בה במתני' גבי אוצר שישראל ועובדי כוכבי' ומזלות מטילין לתוכו ולהנהו דפליגי עלה דר"מ שנאה רבי בלשון חכמים ועלה הא דתנן בפ' הפועלים אוכל פועל קשות ואפילו בדינר וכו' וחכמים מתירין וכו' ובעי

גמרא חכמי' היינו ת"ק איכא בינייהו וכו' כתב הרא"ש ז"ל שם בפסקיו דהלכה כחכמים ולא כסתמא דרישא דאשכחן כמה סתמי דיחידאי אינון כדאמרינן סתם מתניתין ר"מ אבל לשון חכמי' כולל רבים. ע"כ: הילכך עדיף טפי האי דמכשירין דשנאה רבי בלשון חכמים ובעל כפתור ופרח פירש הך דמכשירין בפנים שונים דלא נהירין כלל ואנו אין לנו אלא כפירושו של הרמב"ם ז"ל וכן פי' רבינו עובדיה וכמו שנאריך בביאור משנה זו לקמן בס"ד וגם הרא"ש ז"ל בתוספותיו וכו' כתב וז"ל מחלוקת ואחר כך סתם לכ"ע הלכה כסתם ובסתם ואחר כך מחלוקת אף רבי יוחנן מודה דאין הלכה כסתם וסתם שאין עליה שום מחלוקת כ"ע מודו שהלכה כאותו סתם אלא שאר אימוראי סברי שאם הסברא נוטה שאין הלכה באותו סתם נוכל לפסוק שאין הלכה כמותה אבל דבי יוחנן סבר שבכל מקום הלכה כסתם משנה ואפילו מחלוקת בחדא מסכתא וסתם במסכתא אחריתי ס"ל דהלכה כסתם: ע"כ: וסוגיין דלא כרבי יוחנן ובר מן דין ומן דין הרי אמרו בגמרא ירושלמי על משנה סתמית זו מתניתין דרבי מאיר דר"מ אמר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיעו מיד מעשר ר' יהודה ור"ש אומרי' יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל לפוטרו מן המעשרות וכתב הרי"ף ז"ל בסוף פ' אלו נערות דמדקא' זו דברי ר"מ אלמא לא ס"ל כר"מ דיחידא' הוא גם הר"י ן' גיאת וכמה רבוותא בפרק הישן במסכת סוכה דלהכי גלי לן גמרא דמתניתין ר"מ היא ורבי יהודה פליג עניה לומר דר"מ ור"י הלכה כרבי יהודה ואפילו החולקים על זה היכא דאימוראים אמרין להדיא מתניתין יחידאה היא לקיים פסקן פשיטא ודאי דלית הילכתא כסתם משנה וכדאמר להדיא בפ' הספינה ועלה דהא מתניתין הרי בהדיא פסקו בסוגיא זו דלא כוותה וכדבעינן למכתב בס"ד:

השתא אפרש גם סוגיא זו דהיא עולה יפה לפסקן של הרב ז"ל דגרסינן תו וכו' ר' אימי בשם ר"ל טעמא דר"מ וכו' אמר רבי אלעזר ברבי יוסי קומי ר' ייסא ודא מסייעא לר"מ והארץ לא תמכר לצמיתות וגו' לחולטנית א"ל כל גדמא אמר דהיא מסייעא לר"ש לא תמכר הא אם נמכרה חלוטה היא רבי חונא רובא דציפורין אמר הנהיג רבי חנינא בציפורין כהדא דר"ש ר' זעירא אמר הנהיג רבי חנינא בציפורין להדא דר"ש רבי זעירא אמר קומי רבי אבהו בשם רבי אלעזר אף על גב דר"מ אמר אין קנין ל עובדי כוכבי' ומזלות בא"י לפוטרו מן המעשרות מודה הוא דיש לו קנין נכסים וכו' ע"כ ומשמע לי דה"פ דמעיקרא דאמרינן זו מתניתין דר"מ וכו' סברינן דכי אמר ר"מ אין קנין וכו' היינו לומר דאין קנין כלל לא קנין בגוף ולא קנין פירות ולזה איכא למימר דר"י ור"ש דאמרי יש קנין היינו קנין נכסים אבל קנין בגוף לית ליה וכדאמר רבה בגמר' דילן והשתא מתניתין

דקתני מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות מיירי בפירות שנגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות ואפ"ה אית ליה דחייבין במעשר ואתיא מתניתין כר"מ אבל ר"י ור"ש חולקים ואומרים דיש קנין וכו' ואתא רבי זעירא קומי רבי אבהו ואמר בשם רבי אלעזר אף על גב דר"מ אמר אין קנין וכו' מודה דיש לו קנין נכסים כו' פי' קנין פירות וכדפרישנ' לה לעיל והלכך ע"כ מתניתין דקתני מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבי' וכו' לא מיתוקמא בשנגמרו הפירו' ביד העובדי כוכבים ומזלות דאם כן אתיא מתניתין דלא כמאז אלא כמי שמכרו שדהו לעובדי כוכבים וחזר ולקחה ישראל ממנו או שקבל הישראל באריסות וזרעה או מיירי שגדלו שניהם ביד ישראל וכמו שכתבו התוספות ז"ל וגם הרמב"ן ז"ל כתב דמיירי בשהביא שליש ברשות ישראל שכבר נתחייבה וכדכתיבנא לעיל הלכך בין ללישנא קמא דגמרא בין ללישנא דרבי זעירא בשם רבי אלעזר שפיר פסק הרב ז"ל דאי כלישנ' דגמרא הרי פסקו להדיא כר"ש דיש קנין ואמר רבי חונא רובא דצפורין דהנהיג רבי חנינא בצפורין כהדא דר"ש אלא דצריך לפרש מאי איכא בין רבי חונא לרבי זעיר' ובספרו של הרכם כמהר"ר שלמה שיריליו ז"ל לית' אלא הא דרבי חונ' בלחוד ונרא' לפרש דרבי חונא קאמ' דהנהיג רבי חנינא בציפורין כהדא דר"ש לומר שבכל הדברי' הנהיג כותיה לומר דיש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ופטור מן המעשרות ורבי זעירא קאמר הנהיג ר' חנינא כהדא כר"ש פי' לאו בכל מילי הנהיג כותיה אלא בהא דוקא דאין מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות משום דלא קים ליה שפיר כר"ש הלכך מספקא אין ראוי לעשר משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות שלא מן החיו' על הפטור אבל לא פטר מלעשר בשל עובדי כוכבים ומזלות והשתא לרבי זעירא לא אתי שפיר לפסקו של הרב ז"ל ובירושלמי דסוף פ' השולח לא מייתי הא דרבי זעירא אלא הא דרבי חונא בלחוד ככתוב בגרסתו של הר"ש סיריליו ז"ל וגם לקמן בירושלמי פסק כר"ש דגרסינן התם רבי יודה בר פזי בשם ר' הושעיא הלכה כר"ש ופריך דלא כן מה נן אמרין ר"מ ור"ש אין הלכה כר"ש פי' דאית ליה לגמרא ירושלמי בפשיטות ר"מ ור"ש הלכה כר"ש ומיהו בגמרא דילן בפ' מי שהוציאוהו איבעיא להו ונשאר בתיקו ומיהו בירושלמי פשיטא ליה דהלכה כר"ש ולהכי קשיא ליה למה ליה למפסק הלכה כר"ש ומשני אלא בגין דתני אמר ר' שמעון שזורי מעשה שנתערבו פירות טבולין בפירותי ושאלתי את ר"ט ואמר לי צא ולקחם מן העובדי כוכבים ומזלות ועשר עליה ותני עליה רבי יודה ור"ש אומר יש קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בא"י וכו' דלא תסבור מימר תרי כל קבל חרי אינון לפום כן צריך לומר הלכה כר"ש כי' הרי שנים כנגד שנים הן דהא איכא ר"ט דקאי כר"מ הילכך לכך שפיר

פסק הרב ז"ל דיש קנין פירות לעובדי כוכבים ומזלות בא"י לפטור מן המעשר דהא פסק גמרא דלא כסתם משנה וכתב רשב"ם ז"ל בפ' יש נוחלין דכל כללות שבגמרא כגון הלכה כסתם משנה הלכה כר"ע מחבירו וכו' כולה ו קי"ל הכי בר מהיכא דמפרש גמרא דלית הלכתא הכי וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תרפ"ח לקיים פסק אחר של הרמב"ם ז"ל עיין שם ואי כלישנא דרבי זעירא בשם רבי אלעזר הרי בכל הני גווני דמיתוקמא מתניתין פסק הרב ז"ל נמי הכין דוק ותשכח והרב ז"ל בפי' המשנה פירש כלישנא קמא דגמרא דירוש' דר"מ בכל גוונא ס"ל דאין קנין עובדי כוכבים ומזלות ואפילו לגבי הפירות אלא דאנן לא פסקינן כותיה אלא בגוף הקרקע ואפשר דלא יש חולק על זה וכדפרישנן והיינו כרבה דשמעתין:

ומכל מקום פסקו של הרמב"ם ז"ל עולה כהוגן משני הגמרין ולכך פסק תרב ז"ל עובדי כוכבים ומזלות שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצוות וכו' והיינו כרבה וכן פסקו כולהו רבוותא דאין קנין לעובדי כוכבים ים ומזלות להפקיע גוף הקרקע מקדושתה עוד כתב ז"ל פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן וכו' פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות פסק בזה כרבי יוסי וכר"ש וכדכתיבנא:

ודע דהא דגרסינן בשמעתין טעמא דהפקיר הא לא הפקיר הקשה הריטב"א ז"ל בחידושיו בשם התוספו' ז"ל ולרבא מי ניחא הרי לא היה קרקע זה במחובר ביד ישראל כי העובדי כוכבים ומזלות כשמזכה הלקט והפאה אינו מזכה להם הקרקע שגדלים בו ואפילו רבא מודה דכיון שאין גוף הקרקע ביד ישראל דלאחר תלישת התבואה אינן חייבין במעשר למ"ד יש קנין ותירץ דהכא נמי סתמא דמילתא מזכה להם הקרקע לקנות השבלים על ידו עוד הקשה דמכל מקום מאי קושיא דילמא כתנא דאמר אין קנין אתיא דלדידיה אפילו תבואת העובדי כוכבים ומזלות חייבת ותירץ אם כן ליתני תבואת העובדי כוכבים ומזלות חייבת במעשר ואשמעינן רבותא טפי דאפילו בתלוש חייבת ובהכי ניחא דליכא לשנויי דילמא חייבת מדרבנן קאמר עוד הקשה ולרבא נמי תיקשי הא תינח פאה ולקט דבמחובר נינהו אלא שכחה בתלוש היא והיכי מיחייבא במעשר ותירץ דודאי לגבי שכחה ודאי חייב מדרבנן קאמר ואגב לקט ופאה דחיוביהו דאוריית' תנייהו מיהו כולהו מדרבנן לא מצי לפנויי כדפרישנא דאם כן ליתני תבואה: ע"כ:

לא ידעתי מהו האי שקלא וטריא לפי שיטתו ז"ל דאיהו ז"ל פריש דהא דאמר רבא אף על פי שאין קנין וכו' דנפקא מינה דאי הדר ישראל וזבין מיניה פירי דההיא ארעא חייב לעשר וכדכתיבנא לעיל והלכך שפיר מייתי רבא דהא לקט שכחה ופאה חייבת

במעשר פי' היכא דהויא של עובדי כוכבי' ומזלות ולקטינהו ישראל מעתה ה"ה היכא דזבין הישראל פירי מיניה דעובדי כוכבים ומזלות חייב לעשר והוא דזבנינהו מקמי מירוח דומיא דלקט שכחה ופאה ואפי' שיהיה הקרקע ביד עובדי כוכבי' וגם דבריו ז"ל אינם מובנים כלל והא רבא אין קנין ס"ל ומאי פריך למ"ד יש קנין ועוד מאי קשיא ליה דילמא כתנא דאמר אין קנין אתיא והא היינו דמייתי רבא דהאי תנא ס"ל אין קנין והוא סתם משנה אלמא דהכי קי"ל ונראה שאלו התוספות ז"ל דמייתי הריטב"א ז"ל קא מפרשי השמועה קצת כפי' הרמב"ם ז"ל דרבה ורבי אלעזר בהכי פליגי דרבה סבר אין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות וכו' פי' עובדי כוכבי' ומזלות שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצות ואם חזר ישראל ולקחה ממנו מפריש תרומות ומעשרות ומביא בכורים ור' אלעזר סבר יש קנין אבל בעודה ביד העובדי כוכבי' ומזלות לא איידי בה רבה ורבי אלעזר מיהו תנאי פליגי בה וכתבו בתוספות שלנו אמר רבה אף על פי שאין קנין וכו והא דתניא לעיל וכו' עד ומיהו אשכחן ר"מ דסבר יש קנין בסוף פ"ק דאמר אין משכירי להם שדות משום דמפקע להו ממעשרות דכל זמן שהיא של ישראל כל מי שזורעה חייב במעשר וכי זבנה לעובדי כוכבים ומזלות הזורעה פטור דיש קנין דאי אין קנין אין זו הפקעה מה שאין עובדי כוכבים ומזלות מעשר קרקע החייבת דהתם פריך בית נמי מפקיע ממזוזה ומשני מזוזה חובת הדר היא ואין זו הפקעה והא דאמר ר"מ בפרק רבי ישמעאל תורמין משל עובדי כוכבים ומזלות על של ישראל התם איירי כשגדלו שניהם ביד ישראל ולהכי מוקי פלוגתייהו במירוח העובדי כוכבים ומזלות ולא ביש קנין כי היכי דלא תיקשי ר"מ דמנחות אדר"מ דעובדי כוכבים ומזלות ומיהו בירושלמי דפרקין משמע דסבר ר"מ אין קנין ופליג אגמרא שלנו וכי פריך הכא לרבי אלעזר הוה מצי למימר אנא דחמרי כר"מ אלא דמשני שפיר: ע"כ. בתוספות כתיבת יד ובדפוס חסר ואיכא למידק דאם כן תיקשו להו מאי דקשיא להו על פרש"י ז"ל בסמוך היכי פליגי רבה ור' אלעזר בפלוגת' דתנאי אלא משמע דבקל יש לתרץ דתנאי לא פליגי אלא בעודה ביד העובדי כוכבי' ומזלות ורבה ורבי אלעזר פליגי אליבא דר"מ דרבה סבר עד כאן לא קאמר ר"מ יש קנין אלא בעודה בידו שאם ישראל זורעה פטור וכמו שכתבו התוספות הבל אם חזר ולקחה הישראל ממנו הרי זה מפריש תרומות ומעשרות ורבי אלעזר סבר דבכל גונא ס"ל לר"מ יש קנין ואפילו אם חזר הישראל ולקחה כבר הופקעה קדושתה ולקיחה זו שחזר הישראל ולקחה אינו אלא ככיבוש יחיד והלכך קשיא להו לתוספות דמאי פריך לרבי אלעזר לימא אנא דאמרי כר"מ ולשיטה זו שקיל וטרי שפיר הריטב"א ז"ל בשם התוספות דמאי מייתי רבא מההיא דתנן הלקט והשכחה וכו' דהא איהו לא

קאמר דאין קנין אלא כשהישראל לוקח השדה אבל כל עוד שהקרקע ביד העובדי כוכבי' ומזלות ביינו פלוגתת דתנאי ורבה לא אתא לפלוגי עליה דר"מ דאמר יש קנין והכא בלקט ופיאה אינו מזכה לבם הקרקע וכדכתיבנא והשתא ריהטא שפיר שקלא וטריא של הריטב"א ז"ל בשם התוספות דוק ותשכח נמצא לשיטה זו פשיטא דאין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות כשחזר הישראל ולקחה מידו ומיהו בעודה בידו אי פסקינן כמ"ד יש קנין הקונה מפירות העובדי כוכבים ומזלות פטור מלעשר כיון דהקרקע ביד העובדי כוכבים ומזלות ולמ"ד אין קנין כל הקונה מן העובדי כוכבים ומזלות חייב ומיהו הרמב"ן ז"ל כתב דלא נזכר בגמרא דידן פלוגתא דתנאי ביש קנין ואין קנין אלא בירושלמי הזוכר ומה שהוזכר בגמרא דידן היינו פלוגת' דמירוח וכדכתיבנא לעיל: אבל הרמב"ם ז"ל קא מפרש דאיברא ודאי דרבה ור' אלעזר בקניית גוף הקרקע פליגי אבל ס"ל דפלוגתא דתנאי ביינו בקנין פירות וכשנגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות דמר סבר דקננהו עובדי כוכבים ומזלות בגמר זה שעשה בפירות ואמטו להכי פטורין ומר סבר דאין לו לעובדי ומזלות שום קנין להפקיע מיד מעשרות ופלוגתא דיש מירוח בהכי נמי ריהטא דמ"ר מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר ס"ל דיש לעובדי כוכבים ומזלות קנין בפירות ומ"ד דאינו פוטר ס"ל דאין לו שום קנין וכן פי' במנחות הר' גרשום מאור הגולה וכדבעינן למכתב בס"ד ולשיטה זו הירושלמי וגמרא דידן בחדא שיטתא אזלי:

ולכולהו פירושי אכתי צריך לדקדק בשמעתין למה ליה למידק טעמא דהפקיר הא לא הפקיר חייב והא בהדיא קתני מתניתין הלקט והשכחה וכו' חייבת אלא אם כן הפקיר ובקצת נוסחאות ישנות לא גרסינן לה אלא ה"ג אלא לאו דעובדי כוכבים ומזלות ולקטינהו ישראל לעולם דישראל ולקטינהו עובדי כוכבים ומזלות ומיהו בכל הנוסחאו' גרסינן לה ויש ליישב דלהכי דייק הכין משום דאי מפשטא דמתניתין הוה מצינן לדחויי דחייבין במעשר מדרבנן קאמר ואין להשיב דאי מדרבנן קאמ' למה ליה למנקט הלקט וכו' ליתני תבואת העובדי כוכבים חייבת במעשר דהא איכא למימר דלהכי נקט הלקט וכו' לאשמועינן דאף על גב דבלקט שכחה ופאה הפקר הן מכל מקום של עובדי כוכבים כיון דאינו מצווה על הלקט ושכחה כי שביק להו לא חייל עלייהו שם לקט למהוי הפקר עד שיפקירם בפירות מיהו מעיקר הדין שמעינן דלאו מדרבנן קאמר דאי ליכא בשדה עובדי כוכבים ומזלות שום חיובא מדאורייתא מעתה לא הוה לן למגזר כולי האי דלא ליפטר עד שיפקירם בפירוש ולא דלא הפקיר בפי' חייב דכיון דאין בשדה עובדי כוכבים ומזלות שום חיוב מדאורייתא בגילוי כל דהו דהפקר ליסגי ולכך דייק טעמא דהפקיר הא לא הפקיר לא:

וכתבו בתוספות מחודשות שאינן בדפוס דבעינן שיפקירם כשהם מחוברים דאכתי לא חל עלייהו חיוב מעשר דאי לאחר שנתלשו לא אשכחן מידי דנתחייב במעשר אם הפקירו אח"כ שיפטר מן המעשר והכי משמע מדקאמר אלא א"ב הפקיר והפקיר מעיקרא משמע דהיינו כשהם מחוברים ולא קאמר עד שיפקיר דמשמע מכאן ולהבא. ע"כ: ואפשר דהיינו נמי דדייק גמרא טעמא דהפקיר פי' קודם כשהיה במחובר הא לא הפקיר מקודם אפילו שיפקיר אחר כך לא מיפטר אלמא דחייב מדאורייתא דאי ליכא חיובא אלא מדרבנן למה לי כולי האי:

ובמכל מקום ס"ל להרמב"ם ז"ל דישראל שלקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירות אחר שנשלשו קודם שנגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות וגמרן הישראל חייבין בכל מן התורה והיינו הא דאייתי רבה מלקט ושכחה ואם לקחן אחר שנגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות פטורין ודלא כר"מ דס"ל אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות כלל והא כתיבנא לעיל דלדעת רבי זעירא בירושלמי אפילו ר"מ לא אמר אין קנין אנא לגבי הגוף אבל קנין נכסים יש לו וניחא בזה מאי דקשיא ליה להר"ש ז"ל בפ' ה' ממסכת דמאי דשמעינן ליה לר"מ דאמ' יש קנין בסוף פ"ק דעובדי כוכבים ומזלות ולדעת ר' זעירא דר"מ אית ליה קנין נכסים ניחא וה"ק במסכת עובדי כוכבים ומזלות ואין צריך לומר שדות דאית בה תרתי חניית קרקע וחדא דמפקע להו לפירות ממעשר דכשנגמרו ביד העוברי כוכבים ומזלות הרי הם פטורין ומיהו ללישנא קמא דבירושלמי דר"מ בכל גונא אמר אין קנין צריכין אנו לידחק בתירוצו של הר"ש ז"ל:

ובהני תרי קנייני דכתיבנא ניחא נמי שמעתין דפ' הקומץ רבה דגרסינן התם אמר ר"ש שזורי פעם אחת נתערב לי טבל בחולין ובאתי ושאלתי את רבי טרפון ואמר לי קח לך מן השוק ועשר עליו קסבר רוב עמי הארץ מעשרין הן והוה ליה כתורם מן הפטור על הפטור ולימא ליה קח לך מן העובדי כוכבים ומזלות קסבר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיעו מיד מעשר והוה ליה מן החיוב על הפטור איכא דאמרי א"ל לך קח לך מן העובדי כוכבים ומזלות קסבר יש קנין לעובדי כובבי' ומזלות בא"י להפקיעו מיד מעשר והוה ליה מן הפטור על הפטור ולימא ליה לך קח לך מהשוק קסבר חין רוב עמי הארץ מעשרין שנח ליה וב יימר בר שלמיא לרב פפא הא דאמר רבין בר חנינא אמר עולא אמר ר' חנינא הלכה כרבי שמעון שזורי ולא עוד אלא כל מקו' ששנה ר"ש שזורי הלכה כמותו אף בנתערב לי טבל בחולין א"ל אין וכו'. ע"כ. ואיכא למידק דהא קי"ל כרבה דאמר אין קנין והכין פסקו כמו רבוותא ז"ל ובשמעתין אמרינן כלישנא בתרא דר"ש שזורי ס"ל יש קנין והלכה כמותו כדאיתא בשמעתין ולמאי דפרישנא ניחא

דללישנא קמא פריך הכי ולימא ליה קח מן העובדי כוכבים ומזלות דקס"ד דאף על גב דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בגוף הקרקע להפקיע מידי מעשר מכל מקום יש לו קנין נכסים דהיינו אכילת פירות וכשנגמרו ביד העובדי כוכבי' ומזלות ולא נתמרחו דאי נתמרחו גם כן אפילו מדרבנן פטור והוה ליה מן הפטור על החיוב ואי לא נגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות מדאורייתא נמי חייב וה"ל מן החיוב על הפטור אלא בשנגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות ולא נתמרחו אלא ביד ישראל ונראה דהני פריך ולימא ליה קח מן העובדי כוכבים ומזלות פי' אמאי לא קאמר נמי שיקח מהעובדי כוכבים ומזלות שמאיזה שימצא ראשון או מן השוק או מן העובדי כוכבים ומזלות שנגמר ע"י העובדי כוכבים ומזלות ונתמרח על ידי ישראל יקח דתרוייהו הוו שפיר מן הפטור על הפטור וחם לא תפרש כן קשיא מאי פריך והא לא שכיח שימצא ביד העובדי כוכבים ומזלות מה שנתמרח על ידי ישראל אלא ודאי פריך שיקח נמי מן העובדי כוכבים ומזלות וכדפרישנן ומשני קסבר אין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בא"י וכו' פי' אין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות כלל ואפילו קנין נכסים איכא דאמרי א"ל לך קח מן העובדי כוכבים ומזלות קסבר יש קנין וכו' פי' אף על גב דבגוף כקרקע אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות מכל מקום בפירות קסבר דיש קנין וקי"ל כלישנא בתרא דהלכה בכל מקום כלישנא בתרא וכן פסק הרמב"ם ז"ל ודוק לשונו שכתב וז"ל פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות ע"כ הא קמן דקאמר תרתי שנגמרה ביד עובדי כוכבי' ומזלות ומירחן העובדי כוכבים ומזלות ועל זה קאמר פטור הא אם לקחה קודם שמירחן העוברי כוכבים ומזלות ומירחן הישראל חייב ושוב כתב ואם לקחו ישראל אחר שנתלשו קודם שנתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מן התורה הא קמן דקאמר דוקא בשלקחו אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן אם הא לקחן אחר שנגמרה מלאכתן אפילו אם מירחן ישראל פטורין ותקשי לדידיה אדידיה אלא דאי ה"ק בשלקחן הישראל לאחר גמר מלאכה ומירוחו פטור מכלום ואפילו מדרבנן אינו חייב ואם לקחן אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן הישראל חייבין בכל מן התורה ואם לקחן נאחר גמר מלאכה ומירחן הישראל פטורין מדאורייתא וחייבין מדרבנן ואף על פי שלא פירו הרב ז"ל זה להדיא כמאן דפריש דמי דמלשונו ז"ל מובן כן וממה שכתב לקמן ז"ל מוכח הכין להדיא: **ולשיטת** התוספות ז"ל דכתיבנא לעיל בשם הריטב"א ז"ל מתפרשא שמעתין הכין דהא פרישנא לדידהו ז"ל דרבה ס"ל דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' ואם חזר ישראל ולקחה ממנו מפריש אבל כל עוד שהקרקע ביד העובדי כוכבי' ומזלות פליגי בה תנאי

דלמ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בכל גונא שיקח פירות תלושין מן העובדי כוכבים ומזלות ואפילו לקחם קודם שתגמר מלאכתן כיון שהקרקע ביד העובדי כוכבי' ומזלות פטורין מן התורה וחייבין מדרבנן ולמ"ד אין קנין בכל גונא חייבין מדאורייתא הילכך ללישנא קמא אמרינן דא"ל קח מן השוק ולא א"ל קח מן העובדי כוכבי' ומזלות משום דקסבר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' והוה ליה מן החיוב מן התורה על הפטור מן התורה איכא דאמרי א"ל קח לך מן העובדי כוכבי' ומזלות קסבר יש קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בא"י וכו' וכל עוד שהקרקע ביד בעובדי כוכבים ומזלות אין צד חיוב מן בחורה בפירותיו התלושין ומיהו אם חזר ישראל ולקח הקרקע עצמו חייב בכל מן התורה דאין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות להפקיע הקדושה מהקרקע כיון שחזר הישראל ולקחו וכדרבה דקי"ל כותיה:

ומיהו לשיטת רש"י ז"ל דקא מפרש הא דרבה דאמר אין קנין דמיירי בקונה מן העובדי כוכבים ומזלות פירות הך שמעתא דשמעון השזורי אתיא דנא כותיה והוא דוחק:

וקשיא להו לתוספות ז"ל מאי קא משני קסבר אין קנין וכו' ומחייב והא מפטר מטעם מירוח העובדי כוכבי' מזלות ואין לומר דקסבר אינו פוטר דלא אשכחן תנא דאית ליה תרתי מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינם פוטר ואין קנין דאם כן דגנך במאי מוקים ליה דר"מ אשכחן דאית ליה מירוח בעובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר לקמן בפ' רבי ישמעאל אבל קסבר דיש קנין בפ"ק דעובדי כוכבי' ומזלות ור' יהודה אית ליה יש קנין בפ' השואל ואית ליה נמי מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר לקמן בפ' ר' ישמעאל ולשיטת הרמב"ם ז"ל לא קשיא כלל וכדכתיבנא ותירצו בתוספו' דמ"מ דמי לחיוב כי היכי דלא א"ל קח מעציץ שאינו נקוב או מתבואת ח"ל ובלאו הכי נמי צריך לתרץ כן דהא כל לוקח דרבנן הוא כדדרשינן תבואת זרעך ולא לקוח בפ' הפועלים ומיהו זו אינה קושיא דכבר תירצה הריב"ם ז"ל דלא אמרו לקוח פטור מדאורייתא אלא בשלקחו עד שלא נתמרח ולזה אין להקשות ולימא ליה שיקח קודם שנתמרח דאפשר שלא ביה מצוי ומיהו ר"ת מפרש איפכא דאדרבה בממורח הוא דמפטר לוקח והדרא קושיא לדוכתין דכל לוקח דרבנן הוא ומאי משני קסבר אין קנין דבכח בממורח מיירי הילכך ע"כ צריכין אנו נתרץ דמ"מ דמי לחיוב והתוספות ז"ל והרא"ש ז"ל בתוספותיו בספ"ק דבכורות האריכו בזה וכתבו כם וז"ל וההיא דהקומץ משמע כפר"ת דפריך ולימא ליה קח מן העובדי כוכבי' ומזלות ועשר עליו ומשני קסבר אין קנין והוה ליה מן החיוב על הפטור ומדקרי ליה חיוב משמע מדאורייתא ואינה ראיה כלל דאכתי לימא ליה קח מן ועובדי כוכבים ומזלות פירות ממורחין ועוד דמשמע דודאי אחר מירוח מיירי מדקאמר לך קח

מן השוק דרוב עמי הארץ מעשרין הן והאי לא שייך למימר אלא אחר מירוח אלא ודאי אף על גב דכל לקוח הוי מדרבנן כיון דאין קנין לגבי דבר המעורב ברוב חולין הוי כמו מן החיוב על הפטור תדע דהכי נמי קאמר כתם ולימא ליה קח מן השוק ועשר עליו קסבר רוב עמי הארץ מעשרין הם וה"ל מן הפטור על החיוב משמע הא אין רוב עמי הארץ מעשרין הוי מן החיוב על החיוב ואמאי והא דמאי מדרבנן לכ"ע וגם טבל המעורב ברוב חולין הוי מדרבנן אלא ודאי כשהאחד נוטה לצד חיוב או לצד פטור יותר מחבירו קרי ליה מן החיוב על הפטור או מן הפטור על החיוב ע"כ:

ומיהו התוספות ז"ל בפ' הפועלים לקושית לקוח תירצו משום דדמי מן החיוב על הפטור כיון דאלו הדר מוכר קני ליה הוה חיוב וגם אהאי דקאמ' כלישנא בתרא שא"ל לך וקח מן העובדי כוכבים ופריך ולימא ליה וקח מן השוק ומשני דסבר אין רוב עמי הארץ לא קשיא ולא מידי דהא פרש"י ז"ל דלהכי הוי מן החיוב על הפטור דשמא זה שמכרו לא עישר והוה ליה חייב מדאורייתא וטבל המעורב בה פטור מדאורייתא דהא בטל ואכתי קשיא להו לתוספות ז"ל שם דכי משני הכא קסבר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות מכל מקום לימא ליה קח העובדי כוכבים ומזלות מן הממורח דלמ"ד אין קנין מכל מקום דריש דגנך ולא דיגון עובדי כוכבי' ומזלות והניחו קושיא זו בצ"ע והא ודאי דקשיא טובא דהיכי מצינא למימר דפירות של עובדי כוכבים ומזלות בממורחין בידו והקרקע שלו מתחלה ועד סוף הוי חיוב טפי מטבל גמור המעורב בחולין כפי מה שפירש רש"י ז"ל ואף על גב דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות מ"מ פטרו הכתוב מטעם מירוח העובדי כוכבים ומזלות כי היכי דפטר הכתוב מטעם ביטול ברוב ויש לחלק ולומר דפירות של עובדי כוכבים ומזלות דמי לחיוב טפי משום דבפירות אלו הבאים לפנינו אין בו שום דבר הפוטרו אלא המירוח שעשה עובד כוכבים ומזלות כבר אבל טבל זה המעורב בחולין המתוקני' הרי לפנינו צרתו בצדו דהיינו רוב החולין המתוקנין שבו ומ"מ הוא דוחק ולכך כתבו דצ"ע:

גם בתוספות שלנו בשמעתין דר"ש שזורי אסיקו דצ"ע אם מירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר אפילו מדרבנן בתבואת עובדי כוכבים ומזלות דאמרינן בפ"ק דבכורות הלוקח טבלים ממורחים מן העובדי כוכבים ומזלות וכו' דמרחינהו מאן אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות וכו' והא דגזרינן משום בעל כיסין בעובדי כוכבים ומזלות שלקח מישראל ע"כ. פי' לפי' חי אמרינן דמירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר אפי' מדרבנן ניחא דקא משני שפיר קסבר אין קנין וכו' והלכך לא מיתוקם בלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירו' ממורחי' דמרחינהו העובדי כוכבים ומזלות והתבואה היא שלו דהרי היא

פטורה לגמרי ואפילו מדרבנן והוה ליה מן הפטור על החיוב ומעיקר' דפריך ולימא ליה קח מן העובדי כוכבים ומזלות קס"ד דיש קנין ומירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר וא"ת ומאי נפקא מינה במירוח העובדי כוכבי' ומזלות אי פוטר אי לא כיון דיש קנין לעובדי כוכבים ומזלות ברי הוא פטור ועומד וי"ל דנפקא מינה להיכא שגדלה תבואת העובדי כוכבים ומזלות שליש ביד ישראל וכמו שכתבו התוספות לקמן בפ' ר' ישמעאל וכן כתבו התוספות בפ"ב דקידושין דאפי' יש קנין משכחת שפיר שתבואת' חייבת בתרומה וכגון שגדלה שליש ביד ישראל אי נמי טפי איכא לחיובי מדרבנן היכא דאמרינן יש קנין מהיכא דאמרי' אין קנין אבל מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר דהיכא דאמרינן יש קנין ראוי לחייב מדרבנן כדי שלא ימכרו שדותיהם העובדי כוכבי' ומזלות להפקיעה מהמעשרות אבל אי אין קנין אין כאן הפקעה דאף על גב דאין עובדי כוכבי' ומזלות מעשר מכל מקום בקדושתה היא עומדת וכמו שכתבו התו' וכדכתיבנא לעיל ומה שפוטרו המירוח אינו אלא לפירות אבל הקרקע בקדושתו עומר למ"ד אין קנין וחכמים לא חששו אלא להפקעת הקרקע עצמו מקדושה וגזירה דבעלי כיסין ליתא אלא עובדי כוכבים ומזלות שלקח מישראל כ"נ ליישב השמועה אי אמרינו דמירוח עובדי כוכבים ומזלות פוטר אפילו מדרבנן ואף על גב דשמועה זו מיתרצא שפיר בהכי מ"מ הניחו הדבר בצ"ע משום מחי דקשיא להו על זה בפ' ר' ישמעאל וכדבעינן למכתב בס"ד:

וגרסינן בירושלמי ר' יהודה בן פזי בשם ר' הושעיא הלכה כר' שמעון דלא כן מה כן אמרין רבי מאיר ור' שמעון אין הלכה כר"ש אלא בגין דרני אמר ר' שמעו שזורי מעשה שנתערבו פירות טבולין בפירותי ונשאלתי את רבי טרפון וא"ל צא ולקח מן העובדי כוכבים מזלות ועשר עליה ותני עליה רבי יהודה ור"ש אומרים יש קנין עובדי כוכבי' וכו' דלא תסבור מימר תריי וכו' לפום כן צריך לומר הלכה כר"ש ועוד מן הדא דאמר ר' זעירא אבא אנטולי זבין פירי מן דארמאי אתא לגביה דרבי יהודה בן לוי שלח למנחם בריה דיתקן ליה ויהב ליה מעשריה מן דאתי קם עימיה רבי יהושע בן לוי א"ל מאן יעביד דא אלא אבוך מחלפה שיטתיה דר' יהושע בז לוי תמן הוא אומר הלוקח פירות תלושין מן עובדי כוכבים ומזלות מפריש תרומה ותרומת מעשר מהלכה ונותנן לשבט ונוטל דמים מן השבט והכא הוא אמר הכין אמר ר' אבא בר זמינא קומי רבי זעירא ורבי סימון לא אמר כן אלא מן דאתי קם עימיה ר' יהושע בן לוי וחמר ליה לית אלין דאבוך ואיקפד. ע"כ פי' מתני' בלוקח פירות ממורחין מן העובדי כוכבים ומזלות עסקינן ור"ש אית ליה דיש קנין ופטורין לגמרי ופסק ר' יהודה בן פזי כותיה ופריך עלה מאן דפסק כר"ש דלמה לי לפסק כותיה פשיטא דהלכה כר"ש וכדפרישנא לעיל ומשני בגין דתני

אמר ר' שמעון שזורי מעשה שנתערבו פירות טבולין בפירותי וכו' פי' בשנתערב מעט טבל בהרבה פירות מתוקני' ומדאורייתא חד בתרי בטיל ובוא ליה פטור מדאורייתא וכדפרש"י ז"ל בפ' הקומץ אלא דחייב מדרבנן וכן כתבו התוס' ז"ל בסוף פ' יוצא דופן דאפילו תרומה בטלה ברוב דאורייתא והא דדרשינן בספרא מאת מקדשו ממנו דכולה בח' ומאה אסמכתא בעלמא הוא עיין שם סוף פ' יוצא דופן וכן פי' רש"י ז"ל שם והלכך ע"כ מאי דח"ל נמי שיקח מן העובדי כוכבים ומזלות חייב מדרבנן ופטור מדאורייתא וכדכתיבנא לעיל ולאפוקי מהא דר"ש שזורי פסק הלכה כר"ש דיש קנין אלמא דקא פסק הלכה כר"ש דיש קנין ופטור אפילו מדרבנן ובגמר' דידן פסק כר"ש שזורי משמע דחייב מדרבנן והוא פרישנא לה לעיל ואפשר דלא פסקו כר"ש שזורי אלא לענין דצריך להביא מחוץ כדי לתקן זה העירוב ולא מצי לעשר מיניה וביה אבל בענין זה של העובדי כוכבים ומזלות לא פסק רב פפא כלישנא בתרא ולא קשיא ליה נמי הא דפריך גמרא ללישנא קמא ולימא ליה קח מן העובדי כוכבים ומזלות וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ומ"מ למדנו מלשון זה של הירושלמי דהלוקח פירות ממורחין מן העובדי כוכבים ומזלות פטור אפי' מדרבנן ועוד מן הדא דאמר ר' זעירא אבא אנטוני וכו' פי' ועוד הוצרך לומר הלכה כר"ש לאפוקי מהאי עובדא דאבא אנטולי זבין פירי מן דארמאי פי' פירות ממורחין מן העובדי כוכבים ומזלות אתא לגבי ר' יהודה בן לוי וכו' פי' דר' יהודה בן לוי אחוה דרבי יהושע בן לוי הוה והוא לוי ואבא אנטולי אתא לגביה שיתקן לו פירות אלו שקנה מן לעובדי כוכבים ומזלות ושלח למנחם בריה דיתקן ליה ושיתן לאבא אנטולי גופיה את המעשר ושלא יקחם לעצמו הגם שהם שלו מן הדין ממדת חסידות ונדיבות רצה ליתנם לבעליהם. מן דאתי קם עימיה ר' יהושע בן לוי אמר ליה מאן יעביד דא אלא אבוך פי' מי יעשה דבר כזה ליתן במתנה את שלו לאחרי' כזה המעשר היה שלו והוא רצה ליתנם לבעליהם ולו נאה הנדיבות כזה ופריך גמרא מיחלפא שיטתיה דרבי יהושע בן לוי וכו' דאיהו סבר דהדין הוא כן דמפריש מהלכה מדרבנן בעלמא ונוטל דמים מן השבט והכא הוא אומר דלו נאה לעשו' מילתא יתירתא דצדקה כזאת להחזיר לבעליו מן המעשר אמ' ר' אבא בר זמינא קומי רבי זעיר' וכו' א"ל לית אילין דאבוך פי' מה מילתא יתירתא קא עבד דקאמר ויהב ליה מעשריה דמשמע דא"ל דליעביד לפני' משורת הדין והלא הדין כן דאלו המעשרות אינן של אביך ובעל כרחו היו נוטלין אותו ממנו ולכן איקפד על דברים אלו ונמצינו למדים שצריך להפריש אלא שנוטל דמים ולכך הוצרך לפסוק הלכה כר"ש דיש קנין ואין צריך להפריש כלל. וראיתי מי שפירש זה הירושלמי בפנים אחרות וזה נ"ל עיקר:

ומ"מ משמע להדיא מזה הירושלמי דהלוקח מן עובדי כוכבים ומזלות פירות ממורחין פטור אפילו מדרבנן ומה שיש לדקדק על זה מר"ש גופיה מסוגיא אחרת שבירושלמי כשאפרש השמועה של בכורות אפרשהו יפה בס"ד:

ועתה אפרש בס"ד שמעתא דבעלי כיסין אשר ממנה בנה החולק דיק על חומה נשגבה להפיל אבן בחן פנת יקרת מוסד מפי סופרים ומפי ספרים ולהרוס גבול אשר גבלו ראשונים ולא באתי להוציא מלב העקשי' שאין בחכמת הגמרא מופת ברור כגון חשבוני התשבורת ונסיוני התכונה אשר יכריחו להשים מעקשים למישור וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בהקדמתו לספ' המלחמו' אבל כונתי לערוך משפט לפני כל יודעי דת ודין ובקע בחדרי הגמרא ובדרכי ההוראה והמה יבינו ויבחינו:

גרסינן בפ' ר' ישמעאל אמר ר' בא פשיטא לי דמירוח הקדש פוטר וכו' מירוח העובדי כוכבים ומזלות תנאי היא דתניא תורמין משל ישראל על של ישראל וכו' ומשל כל על של כל דברי רבי מאיר ור' יהודה ר' יוסי ור' שמעון אומרים תורמין משל ישראל וכו' אבל לא משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות ושל כותים וכו' בעי רבא גלגול העובדי כוכבים ומזלות מאי מיתנא תנן גר שנתגייר והיתה לו עיסה נעשית עד שלא נתגייר פטור וכו' האי מאן קתני לה דברי הכל היא ואפי' ר"מ ור' יהודה דמחייבי התם פטרי הכא התם הוא דכתיב דגנך דגנך יתירא הוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות אבל הכא תרי זימני ערסותיהם וכו' או דילמא ר' יוסי ור"ש קתני לה וכו' הדר אמר רבא מ"ד מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר גלגול העובדי כוכבים פוטר מ"ד מירוח העובדי כוכבים אינו פוטר וכו' איתביה רב פפא לרבא עובדי כוכבים שהפריש פטר חמור וחלה מודיעין אותו שהוא פטור וחלתו נאכלת לזרים וכו' הא תרומתו אסורה והא האי תנא דאמר מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר וגלגול העובדי כוכבים פוטר ועוד איתיביה רבינא לרבא חלת עובדי כוכבים ומזלות בארץ ותרומתו בח"ל מודיעים אותו שהוא פטור וכו' הא אתרומתו בארץ אסורה ומדמעת והא האי תנא דאמר מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר וגלגול העובדי כוכבים פוטר מדרבנן גזירה משום בעלי כיסין אי הכי חלה נמי אפשר דאפי לה וכו': ע"כ: והקשו בתוספות עלה הא דאמרינן מירוח העובדי כוכבים ומזלות תנאי ודילמא ביש קנין ואין קנין פליגי ולשיטת הרמב"ם ז"ל ניחא דהא כתיבנא לעיל דלרבה דקי"ל כותיה לכ"ע אין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בגוף הקרקע כי פליגי תנאי בקנין פירות דר"מ ס"ל כי היכי דאין קנין לעובדי כוכבים בגוף הקרקע הכי נמי אין לו שום קנין לא בגמר הפירות בידו לא במירוחו ור"י ור"ש ס"ל איברא דאין לו קנין בגוף הקרקע אבל יש ולו קנין בפירות ומירוחו היינו

קניינו ופוטר וכן פי' הרב רבי גרשון מאור הגולה ז"ל בפירושיו וז"ל תורמין משל ישראל וכו' פירות שלקח מישראל על פירות אחרים שלקח מישראל וכן משל עובדי כוכבים ומזלות וכו' ומשלהם על של ישראל אלמא קסברי ר"מ ור"י דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר שאם היה לעובדי כוכבים. כרי ומירחו פניו ברחת וקנהו ישראל לא אמרינן הואיל ומירוח ביד העובדי כוכבי' ומזלות פטור דסברי אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ישראל להפקיע מיד מעשר ע"כ. אלמא דהא והא חדא היא דלר"מ היינו טעמא דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר משום דאין לו שום קנין בא"י להפקיע ממעשרות ור' יוסי ורבי שמעון סברי דאף על גב דאין לו קנין בגוף יש לו קנין מירוח ובהכי קמפלגי דר"מ ור"י דקא מחייבי סברי דגמרו ומירוחו ביד עובדי כוכבי' ומזלות חד מילתא הוא ומחד דגנך נפיק וכתב דגנך יתירא למיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות דיגון עובדי כוכבי' ומזלות דחייב ור' יוסי ור"ש סברי דחד דגנך אתא למעוטי היכא דנגמר ביד העובדי כוכבים ומזלות ולא מירחו וחד דגנך למעוטי היכא דמירחו העובדי כוכבים ומזלות והרב ז"ל פסק כרבי יוסי ורבי שמעון ובזה עולין יפה דבריו בפי' המשנה ובחיבור וכדכתיבנא וכדבעינן למכתב עוד בס"ד:

ודע דבפ"ב דקידושין גרסינן ואלא אתם גם אתם למה לי מבעי ליה לכדר' ינאי מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית וכו' הא למה לי קרא מדר' חייא בר אבא א"ר יוחנן נפקא דאמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן אין העבד נעשה שליח וכו' איצטריך סד"א וכו' אבל עובדי כוכבים הואיל ואיתיה בתרומה דנפשיה דתנן העובדי כוכבים ומזלות והכותי שתרמו תרומתן תרומה אימא שליח נמי עביד קמ"ל ולר"ש דפטר דתנן תרומת עובדי כוכבים ומזלות מדמעת וחייבין עליה חומש ור"ש פוטר אתם גם אתם למה לי וכו' ע"כ: פרש"י ז"ל תרומתו תרומה ליאסר לזרים דקסבר אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע ומירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר מן התרומה ודמנחות יליף לה וכו' ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות: מדמעת אם נפלה לחולין אוסרתה: וחייבין עליה חומש האוכלה בשוגג. ור"ש פוטר דקסבר אין מירוח העובדי כוכבים חייב בתרומה ויליף לה מדגנך ולא דיגון עובדי כוכבי' ומזלות ולדידיה ליכא מיעוט אחר מיעוט דמצרך להו אצרוכי: ע"כ: והקשו בתוס' דמשמע דפליגי ביש קנין לעובדי כוכבים ומזלות ובפ' השולח פליגי בה אימוראי ואין סברא לומר דפליגי תנאי בפלוגתא דאימוראי ועוד הקשה בריטב"א ז"ל דאם בין לרבנן בין לר"ש אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מיד מעשר היכי לא אייתינן לה בפ' השולח להא מתני' לאוכוחי הכי כי היכי דאייתינן התם כמה מתניתין ותו לר"ש דלא פטר אלא משום דמירוח העובדי כוכבים ומזלות

פוטר היכי תנן פוטר סתם דהא זימנין דלא מרח ליה כגון שהקדימו בשבלים אי נמי שמירחו ע"י ישראל לכך פירש דהנכון כמו שפירש ר"י בעל התוספות דהכא לכ"ע פליגי ואפי' למ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ומירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר ומיירי בתבואה שלקח עובדי כוכבים ומזלות מישראל אחר שהביא שליש ברשותו שכבר נתחייבה בתרומה ברשות ישראל ואין קנין עובדי כוכבים מפקיעה ומיירי נמי בשמירחה על ידי ישראל אי נמי בשהקדימו בשבלים דלא מיפטר משום מירוח עובדי כוכבים ומזלות והרי הוא בטבלו רבנן סברי עובדי כוכבי' ומזלות בר הפרשה ותרומתו תרומה גמורה לכל דבריה והשאר חולין ור"ש פוטר תרומתו מכל דיני תרומה ואין דין תרומה עליה כלל דעובדי כוכבים ומזלות לאו בר הפרשה כלל דכתי' אשר ירימו בני ישראל ולא העובדי כוכבים הילכך אין הפרשתו הפרשה והרי מה שתרם כשאר תבואתו שהיא טבל והכי אמרי' בפ"ק דתרומות בהדיא דטעמא דר"ש משום דכתיב בני ישראל ולא העובדי כוכבים ומזלות. ע"כ:

וגרסינן בירושלמי בסוף פ"ג דתרומות עלה הא דתנן תרומת העובדי כוכבים ומזלות וכו' אמר ר' זעירא אמרית קומי ר' אבהו מה פליגין בתרומת גרנו אבל עובדי כוכבים ומזלות שלקח מפירות ישר' אף ר"ש מודי ואמר לי ר' אבהו בשם ר' יוחנן היא מחלוקת וקשי' על דר"ש טבלו דבר חורה ואת אמר הכין וכי קדשים אינן דבר תורה ור"ש פוטר דתנינן תמן קדשי העובדי כוכבים ומזלות אין חייבין עליהם משום פגול ונותר וטמא והשוחטן בחוץ פטור דברי ר"ש ורבי יוסי מחייב הוון בעון מימר מה פליגין בחומש הא בדימוע לא אשכח תני היא הדא היא הדא ע"כ. פי' רבי זעירא שאל לפני ר' אבהו אם זה המחלוקת של ר' שמעון ורבנן בעובדי כוכבים ומזלות שהפריש תרומה הוא בדוקא בתבואה של העובדי כוכבים ים ומזלות מתחלה ועד סוף ות"ק סבר אין קנין לעובדי כוכבים בא"י ולפי' תרומתו מדמעת וחייבין עליה חומש ור"ש סבר יש קנין ואינו תרומה ואינה מדמעת ופטור מן החומש א"נ בדרבנן פליגי דת"ק סבר גזרינן בההיא דבעלי כיסין ואע"ג דמן התור' אינן חייבין רבנן גזרו שתהיה תרומתו תרומה ומדמעת וחייבין עליה חומש ור"ש פוטר דלא גזרינן כלל אבל עובדי כוכבים ומזלות שלקח מפירות ישראל לאחר שהביא' שליש ברשות ישראל אף ר"ש מודי דחייב והשיב לו ר' אבהו בשם ר' יוחנן היא מחלוקת פי' אדרבה לא פליגי ח"ק ור"ש אלא בהא שלקח העובדי כוכבים ים הפירות מישר' אחר שהביאה שליש ברשות ישראל וס"ל לר"ש דאין הפרשתו הפרשה ופריך עליה דר' שמעון טבלו דבר תורה וכו' דכיון דגדל שליש ברשות ישראל אמאי פטר ר"ש הרי טבלו דבר תורה ותרומתו תרומה ומשני וכי קדשים אינן תורה וכו' פי'

דקדשיו נמי כי הקדיש בהמה כ"ע מודו דקדושים הם כדדרשינן איש איש ואפ"ה תנן בזבחים אליבא דר"ש דאין חייבין עליהם משו' פגול ונותר וה"נ בתרומה לא חייל על הפרשת תרומת' קדושה לחייב חומש דקסבר ר"ש דבפרשה חומש כתיב וינזרו מקדשי בני ישראל בני ישראל ולא קדשי עובדי כוכבים ומזלות כדאיתא בזבחים פ' בית שמאי הוון בעיי מימר מה פליגן בחומש וכו' פי' מאחר דמיירי בפירות שלקח העובדי כוכבי' ומזלות מישראל אחר שהביאה שליש לפיכך הוו בעו למימר דלכ"ע מדמעת ולא פליג ר"ש ופטר אלא בחומש ותוב אשכחו בריית' דקתני דהא תליא בהא דאם אתה אומר מדמעת אית לך למימר נמי דחייבין עליה חומש ואם חייבין עליה חומש מדמעת נמי ואם אין חייבין עליה חומש גם אינה מדמעת דתרוייהו חד טעמא אית להו דמשו' שאין הפרשתו הפרשה קא פטר ר"ש. כ"נ פי' זה הירושלמי וריהטא שפיר בשיטת ר"י בעל התוס' ז"ל ולקמן אכתוב דעת הרמב"ם ז"ל בזה בס"ד. והרמב"ן ז"ל כת' שם בקידושין וז"ל העובדי כוכבי' והכותי שתרמו תרומתן תרומה רש"י ז"ל מפרש דקסבר אין קנין וכו' ואין מירוח העוברי כוכבי' ומזלות פוטר ואפשר לומר לעולם יש קנין והכא כגון שהביאה שליש ברשותו של ישראל ומכרה לעובדי כוכבים ומזלות ולעולם מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר והכא במאי עסקי' כגון שהקדימו בשבלים ור"ש פוטר משום דקסבר ישראל אמור בפרשה להוציא חת העובדי כוכבים ומזלות שאלו לדברי רש"י ז"ל שאומר משום דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר אכתי איתנהו בתרומה שהקדימוה בשבלין או שמירח ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות. ע"כ. וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו:

וראיתי בחידושין של קידושין לרב גדול ולא ידענו מנו אבל מחידושיו ניכר דרב גובריה והיה קדמון בזמן הרשב"א ז"ל וכתב שם בחידושיו וז"ל תרומת העובדי כוכבים ומזלות מדמעת וכו' למ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מיד מעשר אם תרם מדגן שלו ודאי אין תרומתו תרומה דהא האי דגן לאו בר חיובא ואפילו אם לקחו ישראל ממנו אלא איכא לאוקומה למ"ד אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ואי דמרחיה עובדי כוכבים ומזלות ודאי אין תרומתו תרומה דמירוח העובדי כוכבים פוטר כדאיתא בפ' השולח דלמ"ד אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י דריש דגנך ולא דיגון עובדי כוכבים. אלא דהכא במאי עסקינן דמרחיה ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות דפליגי ביה תנאי במסכת מנחות פר' רבי ישמעאל דאיכא מאן דמחייב ליה דכתיב דגנך דגנך תרי זמני דממעטינן מדגנך דיגון עובדי כוכבים ומזלות והוה ליה מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות פי' מדגנך איכא למעוטי כל דיגון עובדי כוכבים ומזלות

בין דמרחיה עובדי כוכבים ומזלות לדגן שלו או לדגן של ישראל בין דמרחיה ישראל לדגן דעובדי כוכבים ומזלות דדיגון דעובדי כוכבים ומזלות נמי מיקרי כלומר דיגון ברשות עובדי כוכבים ומזלות ומדכתב רחמנא דגנך אחרינא הוה ליה מיעוט אחר מיעוט ואתא לרבויי חד מתרי מילי דאימעיטו מדגנך קמא ועדיף לן למימר דלרבויי דיגון ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות אתא שבאה שעת החיוב על יד ישראל ומירוח העובדי כוכבים קם ליה אמיעוטיה דאימעיט ליה מדגנך קמא ודבר זה נראה מסוגיא דמנחו' דכי פליגי תנאי במירוח עובדי כוכבים ומזלות היינו במירוח ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות דומיא דמירוח הקדש דהתם תני להו בהדי הדדי ובמסכת בכורו' גרסי' הלוקח טבלי' ממורחי' מן העובדי כוכבים מעשרן והן שלו דמרחינהו מאן אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות דגנך כתיב ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אלא דמרחינהו ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות וכו'. רבי שמעון פוטר משמע דטעמא דר"ש דכיון דעובדי כוכבים ומזלות לא מיחייב בתרומה אם תרם אין תרומתו כלום אבל אם לקח ישראל תבואה זו מחייבא במעשר והתם במנחות פ' רבי ישמעאל פטר ר"ש מירוח ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות ולפום הכי קשיא הכא ר"ש דפטר מאי איריא משום תרומת עובדי כוכבים ומזלות אפילו תרומת ישראל בתבואה זו אינה תרומה כיון שנתמרח ברשות עובדי כוכבי' ומזלות וי"ל דהכא במאי עסקי' כגון שהקדימו בשבלים ואפ"ה פטר ר"ש כיון דחרים לה דלאו בר תרומה הוא עוד י"ל דאפילו למ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י מיירי וכגון שגדל שליש ביד ישראל וזבניה לעובדי כוכבים ומזלות אי נמי כגון שלקח טבלין ממורחין מישראל מיהו באיסורא לא מיחזי לאוקומה דודאי אסור למכור טבלין ממורחין לעובדי כוכבים משום תרומה ומעשר המעורבין בה ואיכא לאוקומה בשאין ממורחין ע"כ נמצא דלדעת זה הרב בעל החידושי' ז"ל לא מיירי שמעתין דמנחות פ' ר' ישמעאל אלא במירוח ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות דמיקרי נמי דיגון עובדי כוכבים ועלה קאי גזירה דבעלי כיסין אבל כל דמרחיה עובדי כוכבים ומזלות בדגן שלו לא גזרו רבנן כלל. אבל הרב בעל הערוך לא פירש כן דכתב בערך בע"ל וז"ל פי' בני אדם עשירים שלוקחים תבואה מעובדי כוכבים ומזלות ומישראל ואי אמרת דהאי דזבין מעובדי כוכבים ומזלות ליפטר דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר זמנין דזבין מישראל ואמר מעובדי כוכבים ומזלות זבן או תבואה שגדלה בשדהו ואמר מעובדי כוכבים ומזלות זבנה כדי לפטור עצמו מן המעשר ע"כ. פי' לפי' להכי תלה הגזירה בבני אדם עשירי' דהיינו בעלי כיסי' דאילו משום אחד דזבין מישראל כי היכי דלא לימא דזבין מעובדי כוכבים ומזלות ליכא למגזר דמילתא דעבירא לגלויי היא

ולא אתי לאערומי בהכי כלל אבל העשיר שלוקח מעובדי כוכבי ומזלות ומישראל הא ודאי דיכול לחפות ולהכי גזרו דלא ליפטר האי דזבין מעובדי כוכבי' ומזלות וקשה קצת דאם כן מאי פריך אי הכי חלה נמי דשניא חלה דאינו קונה עיסה אלא אחד באקראי ואין מצוי בזה בעלי כיסי' הקוני' מעובדי כוכבים ומזלות וישראל והלכך איכא למימר דלא גזרו ביה ועוד קשה דלא מצינו בעין גזירה זו דאטו ברשיעי עסקינן שיחליפו ההיתר באיסור דאם התרנו להם המותר מי איכא למימר דיבואו להתיר האיסור ושמא משום דפיטור של מירוח קל בעיניהם לכך יבואו להקל טפי ואלו היינו אומרים דלהכי פטור משום דיש קנין לעובדי כוכבי' ומזלות לא היו באים להקל ודוק לשון הרב בעל הערוך ז"ל שכתב ואי אמרת דהאי דזבין מעובדי כוכבי' ומזלות ליפטר דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר זמנין וכו' ע"כ. ומכל מקום משמע להדיא דגזירה זו מחייבת לעשר פירות העובדי כוכבים אפילו לאחר מירוח העובדי כוכבי':

ומיהו איכא למימר דהיינו לרבא אבל רב פפא ורבינא דאותבי ליה לא משמע להו דמיחייב מדרבנן והלכתא כותייהו דבתראי נינהו. והחכם החולק אותיב על זה תיובתא דלית בה מששא ודמי ליה כמאן דמחי מאה עוכלי בעוכלא שהקשה ז"ל דהיכי מצינן למימר דרב פפא ורבינא סוברים שפטורי' אפילו מדרבנן והא רב פפא עצמו פסק הלכה כר"ש שזורי בפ' הקומץ רבה דאמרי' שם שלח רב יימר בר שלמיא לרב פפא הא דא' רבין בר חיננא אמר עולא אומר ר' חנינא הלכה כר"ש שזורי ולא עוד אלא כל מקום ששנה ר"ש הלכה כמותו אף בנתערב לי טבל בחולין א"ל אין. ע"כ הרי שרב פפא עצמו אמר שהלכה כרבי שמעון שזורי שאומר שפירות העובדי כוכבי' ומזלות חייבין בכל אופן ואפילו תאמר שרב פפא עצמו לא סבר כן אלא שפירש דברי ר' חנינא אע"פ שאין ל' הגמרא משמע כן דהא השואל לא קאמר אף בנתערב וכו' ע"כ. ולא אטריח בקולמוס בדברי' בטלי' דהא כבר כתיבנא לעיל דהאי שמעתא דר' שמעון שזורי אדרבה משתמע מינה דלא גזור רבנן במירוח העובדי כוכבים ומזלות מידי ובר מן דין מה זו קושיא ודלמא רב פפא ס"ל כלישנא קמא דלא אמר ליה אלא לך וקח מן השוק ולא קשיא ליה ולימא ליה קח מן העובדי כוכבים ומזלות ול' התוספתא במסכת דמאי פ"ק הכי נמי איתא וכמו שכתב הרב בעל כפתור ופרח ז"ל ולא נזכר שם קיחה מן העובדי כוכבי' ומזלות כלל וכבר כתיבנא לעיל דהירושלמי לא פסיק כר"ש שזורי וגמרא דידן נמי אפשר דלא פסק הלכתא כר"ש שזורי אלא בעיקר מילתיה וכדפרישנא לעיל אבל קשיא להו לתוספות ז"ל דאי רב פפא ורבינא פליגי עליה דרבא ולא משמע להו דמחייב מדרבנן אם כן תיקשי להו דר"ש אדר"ש דהכא קאמר מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר והתם בסוף פ"ק

דבכורות דמייתי בתם מתניתין דתנן במסכת דמאי פ"ג המפקיר פירותיו אצל הכותי וכו' אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו ר"ש אומר דמאי אלמא אי ודאי חלפינהו עובדי כוכבים ומזלות חייב לר"ש וביממורחין איירי כדמוכחא רישא דמוליך חטים לטחון לעיל מיהא בפ"ג דדמאי ותירצו בתוספות דלעול' מודו רב פפא ורבינא דחייב מדרבנן אלא סלקא דעתייהו דהנהו ברייתות מיירי בדאורייתא מדפטרי גבי חלה דלא הוו ידעי הנהו טעמי דמסקינן התם מאי שנא חלה ממעשר ואי פשט השמועה משמע כן אלא משמע דרב פפא ורבינא לית להו שיתחייב מדרבנן גזרה משום בעלי כיסין ורבא חידש להם גזירה זו והיינו דאהדר להו מדרבנן גזרה משום בעלי כיסין ולא אהדר להו בקוצר מדרבנן וכן משמע מלשון רש"י ז"ל שכתב מדרבנן כלומ' לעולם הא דקתני לגבי חלה גלגול פוטר הנך תנאי הוא דפטרי לעיל במירוח והא דפרכת לעיל מדוקיא הא תרומתו אסורה מדרבנן הויא אסור. ע"כ משמע דקא בעי לפרושי דהשתא חידש רבא למימר דאיכא איסורא מדרבנן. ע"כ. וכתב נמי ז"ל אי הכי בחלה נמי לגזור גלגול עובדי כוכבים ומזלות משום בעלי כיסין ע"כ משמע דלא כשיטת התו' ז"ל דוק ותשכח אלא הנכון דרב פפא ורבינא לית להו גזירה דבעלי כיסין ומאי דקשיא להו לתוס' ז"ל במאי דפריש הרב ז"ל בפירוש המשנה ובחיבורו ניחא וכדבעינן למכתב בס"ד:

הילכך אפילו למאי דפריש הרב בעל הערוך ז"ל ליכא למיחד לגזירה זו דבעלי כיסין דהא רב פפא ורבינא דבתראי נינהו פליגי עלה:

ורש"י ז"ל פיר' ההיא דבעלי כיסין בענין אחר וז"ל גזירה משום בעלי כיסין עשירים שלוקחים תבואה מחמרים ואי שרית ללוקח מן העובדי כוכבים ומזלות שלא יעשר דמירוח עובדי כוכבים ומזלות פוטר אתי לאערומי נמי לוקח מחמר ישראל פטור לישנא אחרינא משום בעלי כיסין שיש להם קרקעות הרבה וחסין על רוב מעשרות ויקנוהו לעובדי כוכבים ומזלות וימרחהו עובדי כוכבים ומזלות ומפקע ליה ממעשרי ע"כ. פי' לפי' קשיא ליה לרב ז"ל דאי כפירוש הערוך ז"ל אכתי אין טעם לגזרה דאטו ברשיעי עסקי' דמפני שאנו מתירין להם המותר יתירו המה גם האיסור ואם באת לחוש לכך אין סוף לרעה זו וצריך לשים שוטר לכל א' בביתו כדי שיעשר אלא ודאי אין אנו אחראין לרשעים לתקן שלא יעשו עבירה במזיד לכך פירש הרב ז"ל. רבעני כיסין הם עשירים שלוקחים תבואה מן החמרים וחמרים אלו לוקחין מעובדי כוכבים ומזלות וישראל ואי שרית ללוקח מן העובדי כוכבים ומזלות שלא יעשר דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר אתו למימר נמי לוקח מחמר ישראל נמי פטור מפני דסתמו החמר לוקח מן העובדי כוכבים ומזלות וליתא כיון דלוקח נמי מישראל צריך לעשר ואכתי קשה לו

קצת להאי לישנא דהיאך ידמה זה שיקח מהישראל ללוקח מן העובדי כוכבים ומזלות לכך פי'לישנא אחרינא דכדי שלא יעשה בהיתר רמאותו לכך גזרו דאי אמרת מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר הבעלי כיסין שיש להם קרקעות הרבה לעולם יהיו חסין על מעשרותיהם ולא יעשרו דיקנוהו לעובדי כוכבים ומזלות וימרחהו עובדי כוכבים ומזלות ומפקע ליה ממעשר הילכך משמע להאי לישנא דרוקא בעובדי כוכבים ומזלות שלקח מישראל הוא דגזרו משום בעלי כיסין אבל בתבואה דעובדי כוכבים ומזלות ומירוח העובדי כוכבים ומזלות פטור אפי' מדרבנן ולא שייך למגזר בזה משום בעלי כיסין כלל דמשום שאנו מתירין תבואה דעובדי כוכבים ומזלות ומירוח העובדי כוכבים לא יבואו העשירים להקל להקנות תבואתם לעובדי כוכבים ומזלות ומימרחהו העובדי כוכבים ומזלות דאין כאן אלא מירוח לבד והא כתיבנא לעיל דבתוספות ז"ל בפ' הקומץ רבא בשמעתא דר"ש שזורי הניחו דין זה בצ"ע והתוספות אשר שם הם תוספות דמסיימים מ"ר בכל דיבור ודיבור והם תוספות רבינו שמשון וכן כתב סמ"ג וז"ל גרסינן בפ"ק דבכורות אמר רבי יוחנן פירות העוברי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד עוברי כוכבים ומזלות ומירחן העובדי כוכבים ומזלות פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות וכתב ר"ש דשמא אפילו מדרבנן פטורין בתבואה דעובדי כוכבים ומזלות בזמן הזה הואיל ואף בתבואות ישראל אין שם חיוב מן התורה לרבנן דרבי יוסי והא דגזרינן משום בעלי כיסין בעובדי כוכבים ומזלות שלקח מישראל וכן כתב מורי רבינו יהודה וכן הלכה. ע"כ: מרא של ר' יוחנן לא נמצאת אבל גרסינן התם אמר רבי שמואל בר נתן אמר רבי חנינא הלוקח טבלים ממורחין מן העובדי כוכבים ומזלות מעשרן והן שלו וכו' ובעי עלה גמרא דמרחינהו מאן אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות דגנך אמר רחמנא ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות וכו'. ע"כ. ואפשר דהוה גריס רבי יוחנן במקום רבי חנינא ומשום דפריך עלה גמרא בפשיטות אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות וכו' אלמא דקבלה היתה בידו דרבי יוחנן הכי ס"ל ולכך הסמ"ג מייתי לה משמיה ומכל מקום הרי הסמ"ג פוסק דמירוח העובדי כוכבים ומזלות בתבואה שלו פוטר לגמרי ואפילו מדרבנן אינו חייב עוד כתב הסמ"ג וז"ל מכר העובדי כוכבים ומזלות לישראל פירות מחוברין אחר שבאו לעונת המעשרו' ומירחן העובדי כוכבים ומזלות ברשות הישראל אינם חייבין בתרומה ומעשר אפילו מדבריהם הואיל ובאו לעונת המעשרות ברשות העובדי כוכבים ומזלות ומירחן העובדי כוכבים ומזלות אף על פי שהן ברשות ישראל וזו היא תקנה גדולה נדרים בא"י בזמן הזה ליקח מתבואת העובדי כוכבים ומזלות אחר שנגמר כי אפילו

מתבואות ישראל אין שם חיוב אלא מדרבנן לרבנן דרבי יוסי ושל עובדי כוכבים ומזלות פטור לגמרי ואין להחמיר ולומר של עובדי כוכבים ומולות גוזלי קרקע הם וקרקע אינה נגזלת שהרי קנאום בכיבוש ואף על גב דחיישי' בפ' לולב הגזול בענין הושענא יש לחלק שהיו ישראל מרובים והיו להם קרקעות והיו גוזלים ומאנסים מהם וגם היו העובדי כוכבים ומזלות יותר אנסים ממה שהם עכשיו ומה שאומר בפ' הקומץ גבי טבל שנתערב בחולין לך וקח מן העובדי כוכבים ומזלות ועשר עליו דקסבר יש קנין והוה ליה מן הפטור דאורייתא וכו' ומדבריהם חייב שמא סובר נתקדשה בראשון לעתיד לבוא כרבי יוסי מאחר שבתבואת ישראל חייב מן התורה החמירו בתבואת עובדי כוכבים ומזלות מדבריהם כן כתב בספר התרומה ע"כ: וראיתי לבעל הקונטריס שכתב בזה וז"ל ור"ש כתב בספרו שטועים כל האומרים שאין צריך לעשר הלקוח מן העובדי כוכבים ומזלות וז"ל במס' דמאי במתניתין פ"ג ואף על גב דשמעינן ליה לר"ש במנחות פ' רבי ישמעאל דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר מכל מקום חייב מדרבנן גזירה משום בעלי כיסין וכו' ועוד כתב בפ' ה' וזה אינו נמצא בדפוס אלא בספרי כי בעלי דפוס דילגו עליו בכלל הדלוגי' שיש באותו הספר לאלפים ולרבבות וז"ל ויש טועים שהורו לבני ארץ ישראל שלא להפריש תרומות ומעשרות בלוקח טבלים ממורחים מן העובדי כוכבים ומזלות משום דמירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר אפילו מדרבנן ולא הביאו ראיה לדבריהם ושמא סמכו אהא דפריך בבכורות דיגונך אמר רחמנא ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות ולא בעי למימר מדרבנן גזרה משום בעלי כיסין וכן רב פפא ורבינא דמנחות דאותבי לרבא מברייתו' דפטרי גלגול עובדי כוכבים ומזלות ומחייבי מירוח עובדי כוכבי' ומזלות ולא בעי למימר מדרבנן כדמשני להו רבא ואם על זה סמכו הרבה טעו ושרי להו מריה שהכשילו בני אדם בהוראה של טעות דהא אפי' ר"ש דאית ליה תרתי לפטור דקסבר יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות כדתניא בברייתא בירוש' וס"ל נמי דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר כדאמרינן במנחות ואפ"ה אית ליה המפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות דמאי ואי ודאי חלפינהו חייב משום ודאי וממורחים מיירי כדמוכח' רישא דהוליך חטים לטחון לעי' פ"ג והא דפריך דמרחינהו מאן ניחא כדפרישנ' וכן ההיא דרב פפא ורבינא ניחא כדפרישית לעיל פ"ג. ע"כ ואני אומר דאיברא דכן נמצא בפי' המשנה לר"ש בספר קלף ישן והספר הוא שלי והיה שאול אצל בעל הקונטריס ומיהו מה שכתב שבעלי הדפוס דלגו אותו הני פטטיא לאו דאורייתא אינון וקושטא דמילתא הוא כי זהו מהדורא קמא של הרב ז"ל ויש בידי מהדורא בתרא שלו מכתיבת יד ישן על הקלף ולא נמצא זה הלשון אלמא דהדר ביה הרב ז"ל מלקרות תגר על המתירין ותדע דאיהו ז"ל גופיה

מספקא ליה כדכתיבנא לעיל ומסתברא דקריאת התגר היה קודם הספק וזהו פשוט וכיון דכן לא שבקינן פשיטותיה של גדול המחברים ז"ל ודעימיה משום ספיקיה דאינך וכ"ש שהסוגיות מורות באצבע כדעת גדול המחברים ז"ל וכדכתיבנא וכדבעינן למכתב עוד בס"ד:

ודע דההיא דבעלי כיסין לא קשיא להרמב"ם ז"ל ולא מידי כי הוא ז"ל מפרש לה בענין אחר וז"ל בפ"ד מה' תרומות העובדי כוכבים ומזלות שהפריש תרומה משלו דין תורה שאינו תרומה לפי שאין חייבין ומדבריהם גזרו שתהיה תרומתו תרומה משום בעלי כיסים שלא יהיה זה הממון של ישראל ויתלה אותו בעובדי כוכבי' ומזלות כדי לפוטרו ובודקין את העובדי כוכבים ומזלות שהפרש תרומה אם אמר בדעת ישראל הפרשתיה תנתן לכהן ואם לאו טעונה גני זה וכו' ע"כ:

גם בהלכות בכורים פ"ו וכתב וז"ל עובדי כוכבים ומזלות שהפריש חלה אפילו בא"י אינה חלה אלא מודיעין אותו שאינו צריך ותאכל לזר ולמה לא חששנו לה שמא עיסה של ישראל היא ותלה אותה ביד עובדי כוכבים ומזלות כדי לפוטרה שאם ירצה ישראל יפטור עצמו ויעשה עיסתו פחות משיעור חלה ע"כ הילכך דוקא בתרומה שהפריש העובדי כוכבים ומזלות גזרו משום בעלי כיסין דרגלים לדבר כיון דעובדי כוכבים ומזלות זה הפריש תרומה דיש יד ישראל באמצע ונקט בעלי כיסין דמרוב המעשר שצריכין לעשר חסין על ממונם ובוטחים על חילם ותולים מעותיהם בעובדי כוכבים ומזלות כי מי שאינו עשיר אינו חולה מעותיו בעובדי כוכבי' ומזלות ומ"מ ס"ל להרב ז"ל דלא גזרו משום בעלי כיסים אלא בעובדי כוכבים ומזלות שהפריש תרומה דהרי הוא תרומה לפנינו וראוי לגזור בה דרגלי' לדבר וכדכתיבנא אבל הלוקח פירות ממורחים מן העובדי כוכבי' ומזלות דאין כאן אלא חשש טבל והיא חששא רחוקה לחוש דשמא של ישראל הם לפיכך לא גזרו כלל וכן כתב בעל כפתר ופרח ז"ל שאין שום קושיא על הר"ם ז"ל שפסק שפירות העובדי כוכבים ומזלות בקרקע שלו ומירוחו פטור לגמרי מצד גזרת בעלי כיסין דהוא ז"ל מפרש הא דבעלי כיסין בפי' אחר שלא יתחייב משם שפירות העובדי כוכבים ומזלות במירוחו יהיו חייבין והכי פירוש' דשמעתין לדעת הרב ז"ל הדר אמר רבא מ"ד מירוח העובדי כוכבים ומזלות פטור גלגול העובדי כוכבים ומזלות פוטר מ"ד מירוח וכו' איתיביה רב פפא לרבא עובדי כוכבים ומזלות שהפריש וכו' וס"ד דרב פפא דמשום הכי דייקינן הא תרומתו אסורה משום דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ומיירי מתניתין נמי בבא לקנות מן העובדי כוכבים ומזלות תבואה ממורחת דצריך לתרום דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ולכך תרומתו אסורה ותיובתא דרבא

דהא איכא תנא דאמר מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר וגלגול העובדי כוכבים ומזלות פוטר והלכך מתניתין דגלגול שפיר מיתוקמא כדברי הכל ולפי שיש לדחות תיובתא זו דתנא לאו כי רוכלא מחשיב ואזיל ונקט פטר חמור וחלה וה"ה תדומה לכך אותביה נמי רבינא מהא דתניא ותרומתו בח"ל דמשמ' להדיא הא תרומתו בארץ אסורה ומדמעת וס"ד דרבינא נמי כדס"ד דרב פפא דאסור משום דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ואהדר להו רבא מדרבנן גזירה משום בעלי כיסין פי' דלאו משום מירוח' נגעו בה דלכ"ע מירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר לגמרי והקונה תבואה ממורח' מן העובדי כוכבים ומזלות פטור לגמרי ואפילו מדרבנן והכא משום ליתא דהפרשת תרומה שהפריש העובדי כוכבים ומזלות קא אתינן עלה דרגלים לדבר דשל עשירי ישראל הם ותלו אותם בעובדי כוכבים ומזלות והתרומה תרומה ולכך היא אסורה והקשו בתוספות דהכא מסקינן דאפי' לר"ש דמטר לעיל מירוח העובדי כוכבים ומזלות מדרבנן חייב ומדמעת בארץ ובריש פ"ב דקידושין מייתינן הא דתנן תרומת עובדי כוכבים מדמעת וחייבי עליה חומש ור"ש פוטר ותירצו בתוס' דהתם מדאורייתא פליגי ודוחק עוד תירצו בתוספות דהתם אחומש הוא דפליג אבל מודה דמדמעת וניתא דבהדיא אמרינן בירושלמי דאתרוייהו פליג ושניהם שוים וכדכתיבנא לעיל ולשיטת הרמב"ם ז"ל ניחא דאיבעא ודאי דמעיקרא רב פפא ורבינא הוו פתרי ברייתות אלו בפלוגתא דר"ש דלעיל דמירוח ומיהו רבא קא מהדר להו דלא שייך ברייתות אלו דפלוגתא דר"ש דלעיל כלל דבמידי אחרינא מיירי לענין התרומה עצמה שהפרישה דהיא אסורה מדרבנן מעתה אפילו תימא דבההיא מתניתין דמייתי בקידושין פליגי אפילו מדרבנן לא קשיא ולא מידי דברייתות אלו אתו כת"ק וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' תרומות גם בפי' המשנה פסק דלא כר"ש ולא כתב הרב ז"ל מידי בעובדי כוכבים ומזלות שתרם בתבואה שגדלה שליש ביד ישראל משמע דס"ל דבכל גונא פליגי ת"ק ור"ש דס"ל לר"ש דכיון דאינן חייבין העובדי כוכבים ומזלות לתרום דלא ניתנו המצוות אלא לבעלי אמונה הלכך אין תרומתן תרומה כלל וחכמים ס"ל דמדרבנן מיהא תרומתן תרומה ודלא כדפרשינן הירושלמי לעיל ובקצת נוסחאות גרסינן בירושלמי דמייתינן ואמר לי רבי אבהו בשם רבי יוחנן עדיין היא מחלוקת משמע דס"ל דבתרוייהו פליגי בין בתרומת גרנו בין בעובדי כוכבים ומזלות שלקח מפירות ישראל דכיון דאין מצווה לתרום ס"ל דאין תרומתו תרומה כלל ומשום דסוגיין דלא כוותיה להכי לא פסק הרב ז"ל כוותי' וגם הא דגרסינן בערכין פ"ק אמר רב יהודה אמר רב עובדי כוכבים ומזלות שהפריש תרומה מכריו בודקין אותו אי אמר כדעת ישראל הפרשתיו וכו' ופרש"י ז"ל מכריו של תבואת עצמו: אם אמר כדעת

ישראל הפרשתיה של מקום שתרומת ישראל הולכת תלך זו ל"א שישראל אמר לי להפרישה וראשון שמעתי ע"כ: וזו ודאי נמי דלא כר"ש ומשמע לי דכלישנא אחרינא דיקא מדקאמר כדעת ישראל ולא קאמר לדעת ישראל והרב ז"ל הכי מפרש לה והלכך רגלים לדבר שבבעלי כיסין תלו מעותיהן בעובדי כוכבים ומזלות וכדכתיבנ' ומכל מקום שפיר פסק דלא כר"ש ומיהו בה' פסולי המוקדשין בסוף פ' י"ח פסק ז"ל קדשי עובדי כוכבים ומזלות אין חייבין עליהם משום פיגול נותר וטמא והיינו כר"ש ובסוף הלכות מעשה הקרבנות פסק השוחט קדשי עובדי כוכבים ומזלות בחוץ חייב והיינו דלא כר"ש ובפ"ה מהלכות מעילה כתב קרשי עובדי כוכבים ומזלות אם לבדק הבית הקדישו מועלין בהן ואם קדשי מזבח הן אין בהם מעולה מן התורה וכו' אבל אסור ליהנות בהן מדברי סופרים ע"כ והיינו ברייתא דפליגי בה רבי יוסי ור"ש ופסק כר"ש ושמא ס"ל לרב ז"ל דלא פליגי ר"ש ורבי יוסי במתניתין בפ' בית שמאי אלא בשוחטן בחוץ אבל הא דחנן ברישא קדשי עוברי כוכבי' ומזלות אין חייבין עליהם משום פגול נותר וטמא אליבא דכ"ע קתני לה דמן התורה אין חייבין עליהם משום פיגול והכי נמי בתרומה אין חייבין עליה מן התורה וכדכתיבנא גם בברייתא דמיתי התם בפ' בית שמאי ה"ג בכל הספרים עתיקי ודוקני אשר נמצאו בידי ת"ר קרשי עובדי כוכבים ומזלות לא נהנין וכו' ואין חייבין עליהם משום פגול נותר וטמא ואין עושין וכו' אבל קרבנו טעין נסכים אמר רבי יוסי רואה אני בכולן להחמיר וכו' ולא גרסינן דברי ר"ש וכן נראה מדברי התוספות ע"ש והשתא ניחא דפסק הרב ז"ל דלא כר' יוסי ומיהו מתוך לשון רש"י ז"ל משמע דגרי' בברייתא דברי ר"ש אמר רבי יוסי וכו' וכן בריש תמורה גרסינן דברי ר"ש ומה שכתב הרב ז"ל בה' מעילה מיתרצא שפיר אפילו אי גר' דברי ר"ש והרב ז"ל מפרש דהא דקתני בברייתא בד"א בקדשי מזבח וכו' דהיינו מסקנא דמילתיה דרבי יוסי וכפיר' התוספות עין ריש חמורה ועיין תוספות זבחים דף מ"ד ע"ב:

ומכל מקום במאי דפריש הרב ז"ל שמעתא דבעלי כיסין עולה כהוגן השמועה עם מתניתין דסוף פ"ג דמסכת תרומות דמייתי לה בפ"ב דקידושין ולא נצטרך לדחוק ולתרץ כדתירצו התוספות והר"ש ז"ל בפי' המשנה:

וניחא נמי סוגיא דספ"ק דבכורות דגר' התם אמר רבי שמואל בר נתן אמר רבי חנינא הלוקח טבלים ממורחין מן העובדי כוכבים ומזלות מעשרן והן שלו דמרחינהו מאן אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות דגנך אמר רחמא ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות אלא דמרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות מעשרן דאין קנין לעובדי כוכבי' ומזלות בא"י להפקיע מיד מעשר והן שלו דאמר ליה קאתינא מכח גברא דלא מצית

אשתעית דינא בהדיה תנן התם המפקיר פירותיו אצל הכותי ואצל עם הארץ בחזקתן למעשרות ולשביעית אצל העובדי כוכבים ומזלות בפירותיו ר"ש אומר דמאי אמר רבי אליעזר להפריש כ"ע ל"פ כי פליגי ליתנן לכהן ת"ק סבר ודאי חלפינהו ובעי מיתבינהו לכהן ור"ש סבר דמאי יתיב רב דימי וקאמר להא שמעתתא א"ל אביי טעמא דמספקא לן אי חלפינהו אי לא חלפינהו הא ודאי חלפינהו דכ"ע בעי למיתבינהו לכהן והאמר רבי שמואל אמר רבי חנינא הלוקח טבלים מן העובדי כוכבי' ומזלות ממורחין מעשרן והן שלו דילמא כאן בתרומה גדולה כאן בתרומת מעשר אזכרתן מילתא דאמר רבי יהושע בן לוי מנין ללוקח טבלים ממורחים מן העובדי כוכבים ומזלות שהוא פטור מתרומת מעשר שנאמר ואל הלויים תדבר וכו' טבלים שאתה לוקח מבני ישראל וכו' ע"כ וכתבו התוס' וז"ל דגנך אמר רחמנא ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות בין למאי דדריש במנחות פ' ר' ישמעאל דגנך ולא דגן עובדי כוכבי' ומזלות בין למאן דדריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות פריך שפיר אמאי מעשרן דתבואה זו גדלה ונתמרחה ברשות עובדי כוכבי' ומזלות וא"ת ומאי קשה ליה הכא דילמא ס"ל כמ"ד מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ודגנך למעט מירוח הקדש וכי תימא הא דפליגי במירוח העובדי כוכבים ומזלות היינו דגדל ברשות ישראל אבל גדל ברשות עובדי כוכבי' ומזלות ומרחינהו העובדי כוכבי' ומזלות לכ"ע פטור מכל מקום מאי קושיא דילמא הכא בגדל ברשות ישראל ומיהו מצינא למימר דמשמע ליה דאיירי דגדל ברשות עובדי כוכבי' ומזלות אבל סוגיא דמנחות מוכיח דפליגי אפי' בגדל ברשות עובדי כוכבים ומזלות וי"ל דניחא ליה לשנויי ברייתא דהכא ככ"ע. ע"כ והא כתיבנא לעיל דבחידושי קדושין לאחד מן הגדולים שהיה בזמן הרשב"א ז"ל כתוב לא פליגי תנאי במס' מנחות אלא במירחן ישראל ברשות העובדי כוכבי' ומזלות דמיקרי נמי דיגון עובדי כוכבים ומזלות כלו' דיגון ברשות עובדי כוכבים ומזלות אבל כל דיגון עובדי כוכבים ומזלות פוטר בין דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות לדגן שלו או לדגן ישראל:

עוד הקשו בתוספות דאפילו ס"ל דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר מ"מ חייב לעשר מדרבנן גזרה משום בעלי כיסין כדקאמר התם במנחות ותירצו דמשמע ליה לגמרא דמדקאמר מעשרן והן שלו אלמא לית ליה גזירה משום בעלי כיסין דעיקר גזרה דבעלי כיסין היתה משום הפסד כהן ואם מעשרן והן שלו מאי אהנו תקנתייהו וקושיא ראשונה מיתרצא בהכי דדייק דקסבר מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר מדקאמר והן שלו ראי אינו פוטר אמאי הן שלו ליתבינהו לכהן ומיהו אכתי קשה דלישני דאף על גב דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר לא מחייב ליתן לכהן משום דא"ל קא אתינא מכח

גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה כי היכי דמשני דאף על גב דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות ומרחינהו ישראל לא מחייב ליתן לכהן מהאי טעמא וכן נמי למאן דאית ליה גזרה משום בעני כיסין דהיינו מאן דאית ליה מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר לא מסתבר דמחייב ליתן לכהן טפי ממאן דאית ליה מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ע"כ בתוספות מדוייק ישן ובדפוס יש טעות:

אבל הרא"ש ז"ל בתוספותיו כתב וז"ל ולי נראה דלא דמי דוודאי למאן דאית ליה מירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר הוי טבל דאורייתא וצריך לעשרו ומיהו לא בעי למיתבינהו לכהן דא"ל קא אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה אבל מאן דאית ליה מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר וגזור רבנן דלא פטר משום בעלי כיסין שלא ימכרו תבואת לעובדי כוכבים ויחזרו ויקנוה מהם אחר מירוח ע"כ עיקר תקנת' היתה ליתן תרומה ומעשר לכהן אף כשעיקר התבואה של עובדי כוכבים ומזלות גזרה שמא ימכור לו הישראל תבואתו הלכך ניחא ההוא שינוייא דע"כ לית ליה גזרה משום בעלי כיסין מדקאמר והן שלו עכ"ל הרא"ש ז"ל:

נמצא דלדעת הרא"ש ז"ל ליתא להך גזרה דבעלי כיסין דהא רבי שמואל בן נתן אמר דרבי חנינא פליג עלה ומדשקיל וטרי בה גמרא ואביי נמי אית ליה הא דרבי שמואל מדפרי' מיניה לרבי אלעזר ומשני לה רב דימי ותוב קאמר אביי אזכרתן מילתא וכו' משמע דהלכה פסוקה היא הא דרבי שמואל:

ובתוספות אחרות שאינן בדפוס כתוב וז"ל וא"ת מאי פריך אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות דיגונך וכו' מכל מקום מדרבנן חייב גזרה משום בעלי כיסין כדמפרש התם וי"ל דניחא ליה לאסוקי דהך מעשרן מן התורה קאמר דהכי נמי מסקינן דאיכא קרא וברמותם ממנו טבלים שאתה לוקח וכו' טבלים שאי אתה לוקח ממנו אלא מן העובדי כוכבים ומזלות אי אתה צריך להפריש תרומה ומעשר וי"מ דהכא כיון שהם שלו ע"כ זקוק הוא לעשרו מן התורה דאי מדרבנן מסתמא היה חייב ליתנו לכהן וא"ת מכל מקום מאי פריך דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר אלא לאכול מהן אכילת עראי דפריך התם תרומה נמי אפשר בדרבי אושעיא דאמר רבי אושעיא מערים אדם על תבואתו וכו' ואם כן מדמה מירוח העובדי כוכבים ומזלות למילתיה דרבי אושעיא ומילתיה דרבי אושעיא לא פטר אלא מאכילת עראי והכא נמי כמו כן נימא הכי וי"ל דלמאי דפי' ר"ת שם ניחא דפי' מילתיה דרבי אושעיא דפטר אפי' מאכילת קבע ובהרבה מקומות פי' מכל מקום לפי' רש"י ז"ל דפי' דוקא אכילת עראי קשה ואומר ר"י דהכא מיירי כגון שגדלה התבואה בקרקע העובדי כוכבים ומזלות וגם מירחה עובדי כוכבי'

ומזלות ולהכי פטור והכי משמע לישנא דהלוקח טבלים מן העובדי כוכבים ומזלות ואם כן יש לנו לומר דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטרן אפילו לאכילת קבע וסברא הוא לומר כן דלעולם כי מירחו העובדי כוכבים ומזלות יש לנו לעשות כמו שהיה קודם מירוח אם כן כשגדלו ברשות עובדי כוכבים ומזלות פטורין שם אפילו לאכול אכילת קבע כמו שהיו ביד העובדי כוכבי' ומזלות אבל גדל ברשות ישראל ומירחו עובדי כוכבי' ומזלות דינם להיות כקודם מירוח שהיו במוץ ושרו לעראי דוקא וה"ק אילימ' דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות וגם גדלה התבואה ברשותו דגנך אמר רחמנא ולא דגון עובדי כוכבים ומזלות דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר והאי מירוח נמי פוטר לגמרי אף באכילת קבע אם גדלה ברשות העובדי כוכבי' ומזלות ולהכי פריך שפיר אמאי מעשרן. עכ"ל תוספות שאינן בדפוס. משמע דבעי ר"י ז"ל לשנויי גם קושיא קמייתא בהכי דהכא מיירי כגון שגדלה התבואה בקרקע העובדי כוכבים ומזלות וההיא דבעלי כיסין בשגדלה ברשות ישראל ומירחה העובדי כוכבים ומזלות וכמו שכתב סמ"ג וכדכתיבנא לעיל ולשיטת:

הרמב"ם ז"ל לא קשיא ולא מידי מההיא דבעלי כיסין דלא היתה הגזירה אלא על התרומה שהפריש העובדי כוכבי' ומזלות דאף על גב דמדאורייאא לא חל עליה קדושה מדרבנן מיהא גזרו שתהי' תרומתו תרומה אבל על הלוקח תבואה ממורחת מן העובדי כוכבי' ומזלות מקרקע שלו לא גזרו כלל והיינו דפריך בפשיטות אילימא דמרחינהו עובדי כוכבי' ומזלות וכו' אלא דמרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבי' ומזלות וכו' פרש"י ז"ל שהישראל אריס של עובדי כוכבים ומזלות ולא רצה לפרש כמו שמשמע פשטה דסוגיא שמירח הישראל תבואת העובדי כוכבים ומזלות משום דאכתי מיקרי מירוח העובדי כוכבים ומזלות כיון שהתבואה שלו, אף על פי שמירחה הישראל כי היכי דלא מיקרי מירוח העובדי כוכבי' ומזלות אם מירח עובדי כוכבי' ומזלות תבואת ישראל וק' לפירושו דאי בחלק העובדי כוכבים היינו מירחינהו העובדי כוכבי' ומזלות ואי בחלק ישראל אין זה לוקח טבלים ונראה לפרש מרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות היינו אחר שלקחם ישראל מעובדי כוכבים ומזלות מירחם וה"ק הלוקח טבלים מן העובדי כוכבים ומזלות שהם ממורחים עכשיו. הרא"ש ז"ל בתוספותיו. ובתוס' אחרות שאינן בדפוס כתוב וז"ל פ"ה שהישראל אריס של עובדי כוכבים ומזלות ול"נ לר"י דכיון שהיה אריסו של עובדי כוכבים ומזלות ויש לעובדי כוכבים ומזלות חלק שם פשיטא דהוי מירחינהו עובדי כוכבים ומזלות ועוד וכי מירוח הקדש ר"ל מירחו ההקדש עצמו אלא הוי פירוש' מירוח ברשות הקדש ואם כן מרחינהו ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות

הוי כמו מירחינהו העובדי כוכבים ומזלות עצמו ואם כן קשה כדפרישנא עכ"ל לר"י דמרחינהו ישראל ברשות העובדי כוכבים ומזלות מיירי שלקחם הישראל מן העובדי כוכבים ומזלות בשבלים ואחר כך מירחם ע"כ. והא כתיבנא לעיל דאחד מן הרבנים הגדולים בזמן הרשב"א ז"ל בחידושיו לקידושין פי' שמועה זו כפשטה ופלוגתא דתנאי דמנחות היינו במירוח ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות וסוגיין הכא ריהטא כמ"ד דאינו פוטר אלא דיגון עובדי כוכבים ומזלות אבל כל דדיגנו ישראל אפילו ברשות עובדי כוכבים ש ומזלות אינו פוטר:

ורבינו אליקים בן רבינו משולם ז"ל פי' קרוב לפרש"י ז"ל וז"ל לא דמרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות כגון שנתן העובדי כוכבים ומזלות לישראל שדהו בקבלה ומירחו ישראל והאי הלוקח דקאמר כלומר ישר' הלוקחן ממנו בטורח עבודתו ע"כ:

והרמב"ם ז"ל כתב וז"ל ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מז התודה ומפריש וכו' ע"כ: משמע להדיא דאזיל בשיטת ר"י ז"ל בעל התוספו' דיקא נמי דקאמר גמרא אלא דמרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות וכו' ולא קאמר דמרחינהו ישראל ברשות עובדי כוכבים ומזלות וכו' אלמא מדקאמר מרשות עובדי כוכבים משמע דה"ק דמרחינהו ישראל לאחר שבאו מרשות עובדי כוכבים ומזלות ולא דמרחינהו ברשות העובדי כוכבי' ומזלות פי' בעודו ברשותו אלא לאחר שיצא מרשותו ועיקר דין זה מפיק ליה הרב ז"ל מהא דתנן הלקט והשכחה והפאה שצ עובדי כוכבי' ומזלות חייבין במעשרות וכו' והיינו טעמא משום דבגוף הקרקע אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות והגמר לא נעשה ביד העובדי כוכבים ומזלות דלקט שכחה ופאה לא נגמר אלא ביד ישראל ולפי' חייבין במעשרות אלא א"כ הפקיר וכדפרשינא לה לעיל ובההיא דלקט שכחה ופאה לא אמרינן מעשרן והן שלו דלא מצי למימר קאתינא מכח גברא דלא מצית אשתעית דינא בהדיה דלא זכי אלא מכח הפקר דהוי ליקוטין כבר הניחן עובדי כוכבים ומזלות זה לישראל ודמי לזוכה מן ההפקר אלא דלא חייל עליהו שם פאה ולקט ושכחה לפטרם מן המעשר עד שיפקירם בפירו' וכת' בעל הקונטריס וז"ל מכל מקום עדיין צריך שאלה אם ראוי לסמוך על זה המנהג או אם צריך לסמוך על זה או אם ראוי שלא לסמוך כלל כי כבר ידוע מה שכתבו הראשונים על דברים אחרים כיוצא בזה וז"ל מהרי"ל בה' פסח בשם מהר"ש אל יאמר אדם כיון שאין איסור מדאורייתא אין לחוש דכל שגזרו רבנן בר ישראל העובר עליו חייב מיחה ועובר על לא תשא וכו' וגם אין לומר שמנהג כאן להתיר דמנהג טעותא הוא דדוקא על דבר שהוא היתר גמור ויש מקומות שנוהגין בו איסור על זה יכול לומר בכאן מנהג להתיר

וגם זאת דוקא על ידי חכם הגון ותיק וחסיד שיוכל לידע תוכן הענין אבל על דבר שפשט איסורו ובא להתירו מכח מנהג יסכר פי דוברי שקר וגם אם תולה בחכם שוא ושקר דבר הנביא ההוא ואלו היה החכם ההוא שם היה משיב הבדאות והשוא ומדוחים על פניו. עכ"ל: וכ"ש בדבר זה שעדיין יש בו ספק אם חייבין בו אפילו מן התורה כיון שלא נתבררה הלכה כמאן ומכ"ש דקי"ל כסתם משנה וכמה וכמה סתם משניות יש שכול' אומרי' שפירות העובדי כוכבים ומזלות חייבים מן התורה כהא דתנן הלקט והשכחה והפאה של עובדי כוכבים ומזלות חייב במעשרות וכו' וכן הא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים וכו' ע"כ: אלו היה קיים בעל הקונטריס הלזה הייתי משיב על דבריו אלו דברים הראויים להשיב על כל חולק על דברי חכמים ז"ל אבל השתא דכבר ידע האמת והודה עליה מה אשיב ועל מה שכתב בשם מהרי"ל ז"ל ודימה אליו מנהג זה אשר נתיסד על פי מריה דארעא דישראל גדול המחברים גדול בחסידו' וביראת חטא הרמב"ם ז"ל כאשר כתב בתשובה וברור בחיבורו המופלא כדכתיבנא וכדבעינן למכתב בס"ד הנה בסוף פסקי זה אכתוב קצת בדיני המנהג בס"ד והנה הוא עצמו כתב בקונטריסו תשובת ריב"א ז"ל על הדין הזה שכתב ז"ל שגם שהוא מן המחמירין אם היה מנהג בא"י שלא להחמיר אין בידי לבטל המנהג ועל כיוצא בזה אמרו אם הלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג ומה שנסתפק אם חייבי' מן התורה הא כתיבנא לעיל בתחלת דברינו דטעותא הוי ומה שכתב דהא דתנן הלקט והשכחה וכו' סתם דחייבין מן התורה הא ודאי בורכא היא דהרב ז"ל הביא נמי משנה זו ולמד ממנה דאם לקחו ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין מן התורה וכדכתיבנא ואם תשיב לי הרי בעל כפתור ופרח כתב כן ממשנה זו ומה שכתב דהא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' דהויא ליה סתמא כבר הארכנו בזה לעיל כלל הדברים אין לסמוך על דבריו כלל ומדבריו אלו יבין המבין מה יוכל לכתוב בשארית קונטריסו לכן לא אעתיק קונטריסו והאמת יורה דרכו:

נחזור לענין ראשון הא קמן דלכל הפירושים לא יתיישב שפיר עיקר מימרא דרבי שמואל בר נתן במאי דאוקימנא דמרחינהו ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות ואפ"ה נדינן מלאוקומה בדמירחינהו עובדי כוכבים ומזלות ואתיא מילתא דרבי שמואל בר נתן כפשטה משום עיקר בדין דס"ל דאם מירחו העובדי כוכבים ומזלות פטור ומדלא אשכח לה פתרי במרחינהו עובדי כוכבים ומזלות כלל ונדחק לאוקומה במירחינהו ישראל אף על גב דלא אתי הפיר לישנא דשמואל בן נתן דאמר הלוקח טבלים ממורחים מן העובדי כוכבים ומזלות אלמא פשיטא ליה לגמרא דכל דדיגנו עובדי כוכבים ומזנות

אפי' בתבואה של ישראל מדאוריית' פטור לגמרי וכמו שכתב ברב בעל החידושים של מסכת קדושין בחידושיו וכדכתיבנא חנא דס"ל להרמב"ם ז"ל דאיברא דבדיגון תליא מילתא ואדיגון קפיד רחמנא מיהו אם הביתה שליש ביד ישראל חייב מדרבנן דכיון דחל עליה חיובא אינו יוצא תבואה זו מחיובה לגמרי וכדבעינן למכתב בס"ד:

מעשרן דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בח"י וכו' קשיא להו לתוספות ז"ל דאפילו יש קנין חייב לעשרן מדרבנן כדמוכח בהקומץ רבה בשמעתא דר"ש שזורי גבי לך קנה מן העובדי כוכבים ומזלות ועשר עליו וכ"ת שרוצה למצוא חיוב דאורייתא לרבותא דאפ"ה הם שנו אף על גב דחייב לעשר דאורייתא והא ממה נפשך לקוח פטור מדאורייתא כדמוכח בפ' הפועלי' מיהו לפר"ת ניחא דמפרש דהיינו דוקא לוקח אחר מירוח אבל לוקח קודם מירוח ומירחו חייב. ע"כ. ואיברא שדעת:

הרמב"ם ז"ל כר"ת ז"ל שכתב בפ"ב מה' מעשר וז"ל וכן הלוקח פטור מן התורה שנאמר תבואת זרעך וחייב מדבריה' בד"א בשלקחן אחר שנגמרו מלאכתן ביד מוכר אבל אם נגמרו ביד לוקח חייב לעשר תן התורה ע"כ. ואמטו להכי כתב נמי בפ"א מה' תרומה וחם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל וכו' ע"כ דאי לאחר שנגמרה מלאכתן אפילו מירחן יסראל אינו חייב מן התורה ואפילו בלוקח מישראל:

מיהו לפי מאי דפריש הרבז"ל באין קנין ויש קנין עיקר קושיא ליתא דלדידיה ז"ל תרי קנינין הוו ויש קנין אין קנין דשמעתא דר"ש שזורי מיירי בקנין פירות ויש קנין אין קנין דשמעתא דהשולח היינו קנין הגוף ודשמעתין נמי כיון דמיירי בלוקח פירות תלושין מן העובדי כוכבים ומזנות עד שלא נגמרה מלאכתן ביד עובדי כוכבים ומזלות היינו נמי קנין הגוף מעתה בע"כ צריכינן למימר דקסבר אין קנין דאי קסבר יש קנין דהיינו דגוף הקרקע נפקעה קרושתו על ידי העובדי כוכבים ומזלות ואם חזר ישראל ולקחה ממנו הויא ליה ככיבוש יחיד וכדכתיבנא לעיל אין כאן צד חיוב כלל משום דהוה ליה כקונה פירות בסוריא דמשום דהויא כיבוש יחיד קי"ל דבכל גוונא ואף על פי שמירחן ישראל פטור לגמרי וכמו שכתוב הרב ז"ל בפ"א מה' תרומה לכך הוצרך גמר' למימר דס"ל אין קנין ולא הופקעה מן המצות אלא הרי היא בקדושתה וישראל הלוקחה ממנו אינו ככיבוש יחיד אלא מפריש הכל מן התורה:

תנן התם המפקיד פירותיו אצל הכותי וכו' אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו פי' רש"י ז"ל כפירותיו של עובדי כוכבים ומזלות דודאי חלפינהו וצריך להפריש מהן מעשר וכגון דמרחינהו לפירות דעובדי כוכבים ומזלות ישר' מרשות עובדי כוכבים ומזלות ולענין שביעית מתבערין בשביעית כן כתוב בפי' רש"י ז"ל עתיקי ודוקני וכן הביא לשונו

בעל כפתור ופרח ז"ל וכן כתבו בתוספות שאינם בדפוס וז"ל אצל עובדי כוכבים ומזלות כפירותיו פ"ה וכגון דמרחינהו לפירות דעובדי כוכבים ומזלות ישראל מרשות עובדי כוכבים ומזלות ועדיין איתנהו להההוא פירות ממורחים ביד העובדי כוכבים ומזלות כשהפקיד זה הישראל פירותיו משל שדותיו אצלו ולכך פי' כן דאם לא כן לא יצטרך לעשר אף אם החליפם דדיגון עובדי כוכבים ומזלות פוטר ומיהו קשה לר"י דמניין לנו שהחליפם באות' ולמה יש לנו לומר כך כמו כן הוא יכול לומ' שהחליפ' בפירותיו שנא מירחם ישראל לכן נראה לי דאי ס"ל להני תנאי דדיגון העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר אם כן אם החליפם באותם שמירח' העוברי כוכבים ומזלות חייב מן התורה ודאי ולר"ש דאמר דמאי אית ליה בפ' רבי ישמעאל דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר ואם כן צריך לומ' דמדרבנן בעי אפרושי דמן התורה דיגון עובדי כוכבים ומזלות פטור וכי נמי חלפינהו ודאי לא מתחייב. ע"כ. ולפי' ר"י קשיא הא דרב פפא ורבינא דפ' רבי ישמעאל ויש ליישב פירוש רש"י ז"ל דמיירי כגון שאין לעובדי כוכבים ומזלות אלא אותם הפירות דמרחינהו הישראל והכין דייק לישניה ז"ל. עוד כתבו בתוספות שאינם בדפוס ר"ש אומר דמאי אומר ר"י דהך דמאי אינו לשאר דמאי דעלמא דלא בעי להפריש תרומה והכא צריך להפריש תרומה גדולה ולא קאמר אלא דיש לו תורת דמאי דאין צריך ניתן לכהן כמו בתרומת דמאי דהמוציא מחבירו עליו הראיה ע"כ וגם רש"י ז"ל הוקשה לו לשון דמאי עיין בפירושיו:

ועתה אפרש שיטת

הרמב"ם ז"ל בשמועה זו דניחא כל הני קושיי:

ודע דהרב ז"ל בפי' המשנה בפ"ג דמסכת דמאי פי' הך פלוגת' דת"ק ור"ש בגוונא אחריתי וז"ל מה שאמר בחזקתן למעשרות ולשביעית ר"ל שאין נו לחשוד אותו שהחליף אותם אלא הם כאשר היו בתחלה ואם מוליכן לטחון עובדי כוכבים ומזלות הם דמאי וזה לפי שהטוחן מקבצי' אליו קופות של חטים אפשר שהחליפם בפי' ישראל אחר שהם מחוייב ת במעשרות וע"כ יהיו דמאי וכשיפקיד פירות אצל העובדי כוכבי' ומזלות נאמר שהחליפם בשנו וע"כ הם כפירותיו ר"ל כפירות העובדי כוכבי' ומזלות ואינם מחוייבי' כלום ור"ש אומ' אולי ישראל אחר הפקיד ג"כ אצלו והחליפם בהם ולפיכך הם ג"כ דמאי ואין הלכה כר"ש: ע"כ. והשתא ניחא דלא קשיא כלל לרב פפא ולרבינא דפ' רבי ישמעאל כלל ולא תיקשי מדר"ש אדר"ש כלל:

וכפי פירושו במשנה כתב בחבורו בפי"א מה' מעשר וז"ל המוליך חטיו לטוחן עם הארץ הרי הן בחזקתן שאינו חשוד להחליף הוליכן לטוחן עובדי כוכבים ומזלות הרי הם דמאי

שמא החליף בחטים של עם הארץ ע"כ: והשיג עליו הראב"ד ז"ל וז"ל א"א ואם מפני הספק הזה הלא הוא ספק ספיקא. אלא שמא החליפם משלו ומירוח העובדי כוכבי' ומזלות חייב מדרבנן ע"כ. פי' דוקא בקונה מישראל ומירח העובדי כוכבי' ומזלות חייב אבל אם מעולם היו של עובדי כוכבי' ומזלות ומירחן העובדי כוכבים ומזלות אפילו להראב"ד ז"ל פטור וכדבעי' למכתב בס"ד וה"ק שמא החליפם משלו בשל חטין שקנה מישראל דאפילו מירחן בוא חייב מדרבנן משום גזירת בעלי כיסין ומ"מ עיקר השגתו ליתא כלל דאין כאן אלא ספק אחד דכבר אמרו דפירות עם כארץ צריכי לעשר ואפילו דקי"ל רוב עמי כארץ מעשרין הן אמרו ז"ל דצריכין לעשר מעתה אין כאן אלא ספק אחד שמא חילפן שמא לא חילפן. שוב מצאתי להר"ש שיריליו ז"ל בפירושו לירושלמי מסדר זרעים שכתב וז"ל יפה כתב ומה שהשיג הראב"ד ז"ל אינו כלום דהא תנן לקמן מעשר את שהוא נותן לה וכו' מפני שחשודה מחלפת ולדידיה ממאי נימא ספק מחלפא ספק אינה מחלפה ואת"ל מחלפא שמא מעושר נותנת לו אלא מאי אית לך למימר דאלמוה רבנן לתקנתייהו וחשיבא כחד ספק הכא נמי חד ספק הוא. ע"כ. ועיין במרדכי בפ' החולץ דמייתי כמה דוכתי ספק ספיקא והוי להחמיר:

ומכל מקום שמעתין קשיא עליה טובא דלפירושו ז"ל לדעת ת"ק הם כפירותיו של עובדי כוכבי' ומזלות ואינם מחוייבים כלום ולר"ש הרי הם כדמאי ואלו בשמעתין אמרינן בהדיא ת"ק סבר ודאי חלפינהו ובעי מיתננהו לכהן ור"ש סבר דמאי ונראה דהרב ז"ל תירצה יפה בחיבורו הנורא שכתב בפי"א מהל' מעשר וז"ל המפקיד יד פירותיו הצל העובדי כוכבים ומזנות הרי הם כפירותיו של עובדי כוכבים ומזלות שחזקתו להחליף הפקדון והיאך דינם אם היו פירות שעדיין לא נגמרה מלאכתן ונגמרו ביד ישראל אחר שלקח הפקדון מפריש מעשרותיו כמו שביארנו ואם היו פירות שהפקיד טבלים ונגמרה מלאכתן חייב להפריש שמא לא החליף העובדי כוכבים ומזלות ולפיכך יראה לי שהמעשרות שיפריש ספק אבל אם הפקיד חולין מתוקנין אינו צריך להפריש כלום שאפי' העובדי כוכבים ומזלות פטורין כמו שביארנו בה' תרומות דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות. ע"כ וה"פ דשמעתין אמר רבי אלעזר להפריש כ"ע ל"פ וכו' הא ודאי דלא קאי רבי אלעזר אמפקיד פירות גמורין מתוקנין אצל העובדי כוכבים ומזלות דלת"ק פטורין ולר"ש דמאי וכמו שפי' בפי' המשנה דא"כ פשיטא דאין צריך להפריש כלל וכדפריך גמרא בפשיטות אילימא דמרחינהו עובדי כוכבים ומזלות דגנך אמר רחמנא וכו' אלא ס"ל לרבי אלעזר דלאו בכה"ג בלחוד פליגי דא"כ אין בין המפקיד אצל עם הארץ להמפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות כלום לענין דינא לת"ק דבתרוייהו הם פטורי'

וגם ל' כפירותיו לא דייק שפיר ולא הוה ליה למתני אלא פטורין לכך ס"ל לרבי אלעזר דנפקותא אחרינא איכא בינייהו והוא אם הפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות פירות שלא נגמרה מלאכת והקדים הישראל והוציא מהן המעשרות ולאחר שלקח הפקדון מיד העובדי כוכבים ומזלות נגמרה מלאכתן לת"ק דס"ל שחזקתו להחליף הפקדון דינין של פירות אלו כפירותיו של עובדי כוכבים ומזלות ממש ונחזי אנן פירות אלו כאלו היו פרות של עובדי כוכבים ומזלות והדין שיהיה בהם אלו היו פירות של עובדי כוכבים ומזלות יהיה גם כן עכשיו בפירות אלו וכבר כתב הרב ז"ל בפ"א מה' תרומת דאם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מן התורה הלכך הכי נמי המפקיד פירות כאלו דינן כלוקח מהם פירות כאלו דכיון שחזקתו להחליף הפקדון משעה שהופקר בידו כשלו דמיא וכלוקחו ממנו ור"ש סבר דאין חזקתו להחליף בשלו חלא מחזקתו להחליף בשל אחרים ושמא ישראל אחר הפקיד גם כן אצלו והחליפם בהם ולפיכך הם דמאי:

נמצא דת"ק אתא להקל ולהחמיר וגם ר"ש אתא להקל ולהחמיר היכא דהפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות פירות גמורין מתוקנין ת"ק להקל שהם פטורים לגמרי ור"ש להחמיר שהם דמאי ואם הפקיד אצלו פירות שלא נגמרו והקדי' לתקנן ונגמרו ביד הישראל לאחר שלקח הפקדון בזו ת"ק להחמיר ור"ש להקל וזהו שחידש ר' אלעזר וקאמר להפריש כ"ע לא פליגי וכו' לא תימא דהיכ' דהפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות פירות שלא נגמרו ונתקנו דאין צריך להפריש לת"ק משום דהוה ליה ספק ספקא שמא החליף שמא לא החליף ואת"ל החליף שמא לא החליף מלא בפירות שנגמרו בידו דאין צריך להפריש אלא מאחר דהוא מוחזק להחליף הפקדון משעה שהופקד הפקדון בידו כשלו דמיא וכלוקחו ממנו דמיא ולא מחזקינן שם תבואה אחרת אלא בתבואה זו מחזקינן שזו היא של עובדי כוכבים אי נמי לא מרע נפשיה להחליף במידי דמנכר ופירות שלא נגמרו מעובדי כוכבי' והלכך לא יחליף אלא בדכותייהו דהיינו בפירו' שלא גמרו ודע שיש גמר ויש גמרו של גמר הגמר היינו הדישה והזרייה וגמרו של גמר הינו הייפוי שלפני הכרי של התבואה ברחת בסוף כל דבר כדרך שעושין כשגומרין כל מעשיה וכמו שכתב הרב ז"ל בפ"ג מה' מעשר ובין קודם מירוח לאחר מירוח לא מינכר אבל בין קודם גמר לאחר הגמר מינכר והא כתיבנא לעיל דיש הפרש בין לאחר גמר לאחר מירוח:

נמצא דרבי אלעזר דקאמר להפריש כ"ע לא פליגי אתא לחדותי מילתא בסברת ת"ק דאינו בדברי ר"ש פשיטא דצריך להפריש דהא דמאי קאמר ורש"י ז"ל פירש להפריש

כ"ע לא פליגי דאפילו לר"ש דאמר ספק מספקא לא אכיל טבלין שבמיתה הן ובעי אפרושי הכל דדמו לדמאי דעם הארץ דמפריש. ע"כ וקשה פשיטא ודאי דלר"ש בעי אפרושי דהא דמאי קאמר ולשיטת:

הרמב"ם ז"ל ניחא וכדכתיבנא דאתא לחדותי דלת"ק בעי להפריש דלא תימא שמא החליפן בפירות שמירחן העובדי כוכבים ומזלות או בפירות של ישראל שעשרן אף על גב דלא נגמרה מלאכתן או דאין צריך להפריש אלא מדרבנן בעלמא כיון דרוב ישראל מעשרין ואינו אלא חששא בעלמא קמ"ל דצריך להפריש מן התודה דודאי החליפן בכיוצא בהן וכדפרשינן ואין לפרש דרבי אלעזר קאי על המפקיד חולין מתוקנין אצל העובדי כוכבים ומזלות וכמו שפי' בפי' המשנה ואתא לחדותי דחייב להפריש אפילו לת"ק מדרבנן דהא ודאי ליתא דאם כן מאי פריך. אבייי טעמא דמספקא לן או חלפינהו וכו' והאמר רבי שמואל וכו' והוצרך רב דימי לאהדורי דילמא כאן בתרומה גדולה וכו' הוה ליה לשנויי דרבי אלעזר מדרבנן קאמר ורבי שמואל אמר רבי חנינא מיירי בדאורייתא אלא ודאי רבי אלעזר אמפקיד חולין שלא נגמרה מלאכתן ונגמרו ביד ישראל אחר שלקח הפקדון קאי וכדפרישנא והכי נמי מיירי רבי שמואל והשתא ניחא הא דקאמר הא ודאי חלפינהו דכ"ע בעי למיתבינהו לכהן ולא תיקשי מדר"ש אדר"ש דאמר בפ' ישמעאל מירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר דהכא בשמירחן ישראל מיירי והתוספות ז"ל תירצו בזה דמ"מ חייב משום גזירת בעלי כיסין וליתא וכדכתיבנא. ור"ש סבר דמאי פי' אי במפקיד פירות מתוקנין אצל העובדי כוכבים ומזלות אף על גב דאין חזקתו להחליף בשלו אבל בשל אחרים לא קפיד ואפשר דבשל ישראל אחר החליף והיינו עם הארץ ולכך הוי דמאי ואין צריך להפריש תרומה גדולה כדין דמאי דעלמא ולהכי נקט לשון דמאי ואי במפקיד פירות קודם שנגמרו איירי חיישינן שמא החליפן בשל ישראל אחר ואין דרך לתרום קודם שתגמר מלאכתן ולכך חייש ר"ש בזו להפריש אפי' תרומה גדולה ולא דמי לשאר דמאי דעלמא ומיהו ליתנן לכהן לא צריך אפי' בתרומה אבל לת"ק כיון דמוחזק להחליף בשלו בדין הוא דליתבינהו לכהן אלא משו' דאמ' ליה קא אתינא מכח גברא דלא מנית אשתעית דינא בהדיה להכי המעש' ראשון הוא שלו וכמו שכתב הרב ז"ל בפ"א מהלכות תרומו' ודוקא במעש' סגי האי לפי שאין באכילת מעש' איסו' כמו שיש בתרומת שמעש' ראשון אף על פי שהוא חלק הלוים אינו אסו' לזרים אלא חולין הוא אבל בתרומ' ותרומת מעשר דחמירי לא סגי האי טעמא ומיהו בתרומת מעש' גזר הכתוב ואמ' כי תקחו מאת בני ישראל טבלים שאתה לוקח וכו' וכדאיתא בגמרא והכין דייק לשון הרב ז"ל בפ"א מה' תרומו' והשתא ניחא מאי

דקשיא להו בתוספות עלה הא דאמרינן מנין ללוקח טבלין ממורחין וכו' שנאמר ואל הלויים תדבר וגו' כי תקחו מאת בני ישראל וגו' דלמה לי קרא תיפוק לי משום סברא דלעיל דא"ל מכח גברא וכו' אתינא וכו' ותירץ ר"י דמיירי כגון שעישר העובדי כוכבים ומזלות פירותיו ונתן המעשר ללוי ועתה הוא טבול לתרומת מעשר וה"פ מנין ללוי שלוקח טבלים ממורחים מן העובדי כוכבים ומזלות שהפריש העובדי כוכבים ומזלות המעש' ונתנו ללוי מנין שהוא פטור ואותו מעש' הוא מעש' מן התורה משום דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות ואפי' למ"ד מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר שמא מן התורה הוא אם עישרו בשבלין ואתא רבי שמואל למימר שאם לקח הלוי מן העובדי כוכבים ומזלות טבלים בשבלי' אם מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר או ממורחים אם אינו פוטר שהוא פטור מתרומת מעשר משוסדאמר לו לוי לכהן מכח גברא קאתינא וכו' ואף על גב דלקוח פטור מתרומת מעשר מן התורה אי לאו האי טעמא דקא אתינא מכח גברא וכו' היה צריך ליתנה לכהן מדרבנן אך מכל מקום צריך להפריש מאחר שהוא מחוייב מדרבנן ע"כ וכל זה הוא דוחק והרב ז"ל תירצה יפה לעומת כל מבין בלשונו הזך והישר וכדכתיבנא:

וגרסינן בירושלמי עלה דהא מתני' דפ"ג דדמאי הכא את אמ' לטחון עובדי כוכבים ומזלות דמאי והכא את אמ' אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו כאן קופות בקופות וכאן פירות בפירות רבי חנינא בעא קומי רבי מני מה כפירותיו ממש ופוטר טבל ברור במקום אחר א"ל ולכל דברי ולא על יאות הוה ר' חנינא מתריס לקבליה. ע"כ. פי' הר"ש ז"ל בפי' המשנה דרישא איירי פירות בפירות דמודו רבנן שהם דמאי ולא כפירותיו ודאי דבשנותן אצלו צבור חטים ירא להחליפם פן יטעה באומד וירגיש ישראל וסיפא פלוגתא דר"ש ורבנן קופה בקופות כדמוכח בירושלמי לקמן דקאמ' לא אמר רבי שמעון אלא עד כדי קופתו וכו'. ע"כ. אבל הראב"ד ז"ל בהשגותיו הביא קצת מזה הירושלמי ל א"א בגמרא מקשה הכא את אמר דמאי והכא את אמר ודאי כאן קופה בקופות כאן פירות בפירות קופה בקופות דמאי מתייירא שמא לא יכוין במילואה ע"כ פי' קשיא ליה כיון שהחילוק שבין רישא לסיפא היינו כשהם קופה בקופות לבין שהם פירות בפירות אמאי לא חילק הרב ז"ל בהכי כלל גם צריך לדייק בלשון הר"א אמאי שינה לשון הירושלמי דכתב והכא את אמר ודאי ומה שפיר' הרב בעל כסף משנה בזה לא נהירא דמכל מקום למאי דפריש הרב ז"ל כפירותיו כפירות העובדי כוכבים ומזלות ואינם מחוייבים כלום צריך ליישב הבעיא של רבי חנינא ובמאי דפרישנא ניחא דלרבי אלעזר דאמר להפריש כ"ע לא פליגי וכו' קאי אהיכא שהפקיד אצלו פירו' מעושרין עד שלא נגמרה מלאכתן

ונגמרו ביד הישראל לאחר שלקח הפקדון וס"ל לת"ק שפירות אלו דינן כלוקח פירות שלא נגמרה מלאכתן מן העובדי כוכבים ומזלות דודאי החליפן בפירות שלא נגמרו וקשיא ליה לירושלמי דת"ק פליג מדידיה אדידיה דברישא קתני לטחון עובדי כוכבים ומזלות הרי הן דמאי ובסיפא קתני אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו פי' ואי הפקיד אצלו פירו' מעושרין שלא נגמרה צריך להפריש ודאי כאלו לקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירות שלא נגמרה מלאכתן ומשני כאן קופות בקופות וכו' פי' רישא דקתני הרי הן דמאי מיירי בטחון דשכיחי גביה קופות של חטין של אחרי' שאין מביאין לטחון אלא בקופו' כדי להוליך בהם שוב הקמח והטוחן מניחן כך בקופותיהן אבל פירותיו של עצמו אינם מונחים בקופות הלכך חיישינן שמא החליפן בשל אחרים קופה בקופות דרוב הקופות שוים הם ובנקל יכול להחליף אבל מתיירא הוא להחליף בשלו דאינם בקופה שמא לא יכוין במילואה אבל סיפא דאיירי במפקיד לא שכיחי גביה קופות של אחרים ואפי' אם אחרים מפקידים אצלו מכל מקום כל המפקיד פירות אצל אחר אינו מפקיד בקופתו שלא יהא נוח לינטל אלא מולד ומטיל לארץ וגם של העובדי כוכבים ומזלות הם מוטלין בארץ והרי הם פירות בפירו' וכיון שהוא חשוד להחליף בודאי בשלו החליף ולא בשל זולתו ולכך הם כפירותי' ור"ש חולק ואומ' דאפש' דהחליפם בשל ישראל ולכך הם דמאי. רבי חנינא בעא וכו'. ה"ג בפ' אין מעמידין בירושלמי כתיבת יד תמן תנינן אצל עובדי כוכבים ומזלות כפירותיו ר"ש אומר דמאי ר' חנניא בעא קומי רבי חנינא מה כפירותיו ממש ופוטר טבל ברור ממקום אחר א"ל ולכל דבר ולא יאות רבי חנניה מתריס לקבליה ע"כ. והכ"פ הא כתיבנא דמיירי במפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות פירות שעדיין לא נגמרה מלאכתן דצריך להפריש בודאי ובעי רבי חנניה אי נדון כפירותיו ממש בין לקולא בין לחומרא ויכול להפריש מזה על טבל ברור ופוטרו וליכא למיחש למפריש מן הפיטור על החיוב דודאי י אחלפינהו או דילמא לא אמרינן כפירותיו אלא להחמיר לחייבו בתרומה גדולה ולא דייניגן ביה דין דמאי דפטור מתרומה גדולה אבל אינו פוער בו טבל אחר והשיב לו רבי חנינא דלכל דבר נידון בטבל גמור דודאי אחלפינהו ולא יאות פי' איברא דלכל דבר נידון כטבל ומיהו לא יאות אינו נכון לעשות כן דמכל מקום ראוי לחוש שמא לא החליפן. רבי חנניה מתריס גרסי' דהיינו השואל התריס נגד המשיב לפי שלא השיב לו תשובה ברורה דנראה כמשיב דבר והפכו כנ"ל ור"ש שיריליו ז"ל גריס כדכתיבנא לעיל ופריש רבי חנינא בעי וכו' דיכול להפריש אליבא דת"ק מזה על טבל ברור ופוטרו וכו' אמ"ל ולכל דברי כך תפרש דסבר ת"ק דודאי מחליף ולכל מה שיש לומר בה בדין ודאי טבל כך תפרש דודאי כפירותיו ממש קאמר בין לקולא בין

לחומרא ולא על יאות הוה רבי חנינא מתריס לקבליה גמרא קאמר לה בתמיה כלומר ולא בטעם גדול ובדין היה לו לרבי חנינא לילחם כנגד ר' מני שלא ירצה לקבל דניחוש דאתי לאפרושי מן הפטור על החיוב. מתריס נלחם כדאמרינן בסוף יבמות מעשה באושעיא ברבי שהתריס כנגד שמונים וחמשה זקנים. ע"כ. ולא נהירא והגירסא והפי' דכתיבנא הוא יותר נכון ומדברי המשיב דקאמר ולכל דבר ולא יאות אפשר דלמד הרב ז"ל מאי דכתב בפ' הנז' ואם היו פירות שהפקיד טבלים ונגמרה מלאכתן חייב להפריש שמא לא החליף העובדי כוכבים ומזלות ולפיכך יראה לי שהמעשרות שיפריש ספק ע"כ. פי' מה שכתב ולפיכך יראה לי וכו' לא קאי אחלוקה זו לבד דבהא פשיטא ודאי שהמעשרות הם ספק אלא אקמייתא נמי קאמר דהיכא דהפקיד אצלו פירות שעדיין לא נגמרה מלאכתן ונגמרו ביד ישראל אחר שלקח הפקדון דאפילו דאמרינן מפריש מעשרותיו וכו ומשמע מלישנא דגמרא דסוף פ"ק דבכורות דדינן כטבל ודאי וכדכתיב' מכל מקום כיון דחזינן בהמפקיד טבלים ונגמרה מלאכתן דחייב להפריש שמא לא החליף אלמא דלאו בודאי מחליף לגמרי המעשרות שיפריש הם בספק ואינו פוטר בו טבל ברור ולפי דהשואל התריס נגד המשיב וגם לא ברירא פי' הירושלמי כולי האי לכך קאמר הרב ז"ל יראה לי וכו':

ומכל מקום דברי הרב ז"ל ופסקו עלו כהוגן בהאי שמעתא דבכורות וניחא לדידיה כמה קושיי דקשים להו לתוספות ז"ל ועל מה שכתב הרב ז"ל בסוף הפרק אבל אם הפקיד חולין מתוקנין אינו צריך להפריש כלום שאפי' החליף העובדי כוכבים ומזלות פטורין כמו שביארנו בה' תרומות דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות:

כתב עליו הראב"ד ז"ל וז"ל: **א"א** חייבין מדרבנן ופי' הרב בעל כסף משנה ז"ל דטעמו משום גזרה דבעלי כיסין ואיכא למידק אמאי לא השיגו לעיל בעיקר מקומו בפ"א מהלכות תרומו' שכתב הרב ז"ל וז"ל פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלו' ומירחן העובדי כוכבים ומזלות פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות וכו' ומה שכתב בפ' י"א מה' מעשר כמו שביארנו בה' תרומות וכו' היינו הבא ומה שכתב בעל הקונטריס דאפשר הרמב"ם ז"ל פטור מן התורה קאמר וחייב מדרבנן והראב"ד ז"ל אינו אלא מפרש דבריו זהו מכלל שבו שבושיו ואין להטריח הקולמוס להשיב על כיוצא בדברים אלו:

ומכל מקום ראוי לדייק אמאי נטר הראב"ד ז"ל מלהשיגו עד סוף פי"א מה' מעשר ולא השיגו במקור בפ"א מהל' תרומות גם לא השיגו בפ"ד מהל' תרומו' במה שפיר' בגזירה דבעלי כיסין כי זהו שורש הפיטור דפטר הרב ז"ל הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות כי

כפי הפירוש שיתפרש ההיא דבעלי כיסין כן ישתנה הדין וכדכתיבנא וכדבעינן למכתב עוד בס"ד:

ומיהו השיגו בפ"א מה' תרומות על מה שכתב הרב ז"ל ישראל שמכר פירותיו לעובדי כוכבים ומזלות קודם שיבואו לעונת המעשרות וגמרן העובדי כוכבים ומזלות פטורין מן התרומה ומן המעשרות. וז"ל א"א לא ידעתי זה הגמר מהו אם ר"ל גמר הבישול ומשום בישול או גמר המירוח ומשום מירוח קאמר אכתי אמאי פטור לגמרי והא אמרינן לעיל דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מיד מעשר ויהא חייב מדבריהם ולא מיתוקמא מילתיה אלא בסוריא ע"כ. ותמה עליו בעל כפתר ופרח דהיאך הקשה לר"מ ז"ל מאמרו לעיל דאין קנין דלפי פירושו אין קשה עליו כלל ועוד שהרב ז"ל לא בא הנה מטעם קנין וכדלקמן. ע"כ ואני אפרש השגת הרא"בד ז"ל מריה דגמרא ולא דחינן מילתיה בגילא דחיטתא:

ודע דגרסי' בפ' השולח בשמעתא שהתחלנו ת"ש ישראל שלקח מעובדי כוכבים ומזלות עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לו משהביאה שליש חייבת במעשר שכבר נתחייבה נתחייבה אין לא נתחייבה לא פי' אלמא יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י להפקיע מידי מעשר דאו אין קנין אפי' לא הביאה שליש ביד ישרחל חייבת במעשר ואם העובדי כוכבים ומזלות חזר ומכרו לישראל ומירחו הישראל חייבת במעשר מן התורה דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ואם מירחו העובדי כוכבים ומזלות ומכר העובדי כוכבים ומזלות הפירות לישראל לאחר מירוח חייבת במעשר מדרבנן כיון שאין קנין לעובדי כוכבים ומזנות ואם לא תפרש כן מאי פריך דילמא ה"ק משום שכבר נתחייבה חייבת אפינו מירחה העובדי כוכבים ומזלות לא נתחייבה פטורה לגמרי כיון שלא הביאה שליש ביד ישראל וגם מירחה העובדי כוכבים ומזלות אלא ודאי משמע דלמ"ד אין קנין לא מפקא מידי חיובא או מדאורייתא או מדרבנן ואין להקשות אכתי מאי פריך דילמא לעולם אין קנין וכי נתחייבה ביד ישראל ומירחה עובדי כוכבים ומזלות חייבת מן התורה ואי לא נתחייבה חייבת מדרבנן דהא בשמעתין לכ"ע דיגון עובדי כוכבים ומזלות פוטר מן התורה ואכתי מצינן לפרושי בשמירחה הישראל השני ודייק שפיר נתחייבה ביד ישראל ומכרה לעובדי כוכבים ומזלות ושוב העובדי כוכבים ומזלות מכרה לישראל ומירחה הישראל השני חייבת מז התורה ואם לא נתחייבה ביד ישראל אף על פי שמירחה ישראל השני פטורה מדאורייתא וחייבת מדרבנן מיהו כיון דס"ל אין קנין ומירחו ישראל אין טעם לחלק בהכי כלל אלא ודאי למ"ד אין קנין אפי' לא נתחייבה ביד ישראל וגם מירחו העובדי כוכבים ומזלות חייבת מדרבנן ותיקשי לדידיה ברייתא

זו דקתני שכבר נתחייבה אין לא נתחייבה לא ופריק הכא במאי עסקי' בסוריא וקסבר כיבוש יחיד וכו' ומדרבנן בעלמא הוא דמחייב וכי תקינו רבנן היכא דקיימא ביד ישראל היכא דקיימא ביד עובדי כוכבים ומזלות לא תקינו רבנן משמע להדיא דאי אין קנין אפילו לא נתחייבה ביד ישראל חייבת במעשר ואפילו מירחה העובדי כוכבים ומזלות חייבת מדרבנן, זהו השגתו ז"ל אבל רש"י ז"ל פי' שמעתין בשמירחה ישראל וז"ל ישראל שלקח שדה זרועה מן העובדי כוכבים ומזלות והשהה אצלו עד שהביאה שליש וחזר ומכרה לעובדי כוכבים ומזלות חייבת במעשר אם בא ישראל ונקח מן העובדי כוכבים ומזלות מאותן הפירות ומירחן. ע"כ. והלכך למ"ד אין קנין ישראל הלוקח פירות מן העובדי כוכבים ומזלות ומירחן הישראל חייבת במעשר ואפי' לא נתחייבה מעיקרא וביד ישראל ודוקא בא"י אבל בסוריא לא וכן פסקו הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' תרומות מיהו איכא למידק למה ליה לאוקומה בסוריא למ"ד אין קנין לוקמה בשמרחה עובדי כוכבים ומזלות ה"ק ישראל שלקח שדה מן העובדי כוכבים ומזלות עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לו משהביאה שליש ומירחה עובדי כוכבים ומזלות ומכר הפירות לישראל חייבת במעשר פי' מדרבנן מפני שכבר נתחייבה ביד ישראל אבל אם לא נתחייבה פטורה אפילו מדרבנן וי"ל דרש"י ז"ל ס"ל דרבה דדריש דיגונך ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות כל שמירחן העובדי כוכבים ומזלות והן שלו בשעת מירוח שהוא גמר מלאכתן למעשר מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטרן וכמו שפי' רש"י ז"ל לעיל ובשמעתין לא נחתינן דאיכא חיובא דרבנן כלל הלכך אין לחלק בהכי כלל אלא דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר לגמרי ואפילו מדרבנן ולכך מפרש שמעתין בשמירחו ישראל וכדכתיבנא:

ומיהו הא כתיבנא לעיל דהרמב"ן ז"ל אית ליה דרבה דשמעתא דהשולח הוא ניהו רבה דמנחות פ' ר' ישמעאל ורבים גורסין בפ' השולח רבא והוא ניהו דמנחות ורבא דמנחות הוא ניהו דאית ליה גזירה דבעלי כיסין והלכך שפיר הוה מצי לאוקומא הברייתא בהכי ואפשר דהראב"ד ז"ל הכי נמי אית ליה דרבא דפ' השולח הוא ניהו רבא דמנחות פ' רבי ישמעאל ולהכי אוקי לה בסוריא ולא חילק במירוח העובדי כוכבים ומזלות כדרבנן ובא"י משום דלא שני ליה בין נתחייבה ביד ישראל ללא נתחייבה דלעולם למ"ד אין קנין חייב מדבריהם ולכן השיג מה שהשיג:

והרמב"ם ז"ל אינו מפרש שמעתין לא כדברי רש"י ז"ל ולא כדברי הראב"ד ז"ל אלא אזיל לשיטתיה שכתב בפ"א מהלכות תרומות וז"ל ישראל שלקח בסוריא שדה מן העובדי כוכבים ומזלות עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לעובדי כוכבים ומזלות מאחר

שהביאה שליש אם חזר ישראל ולקחה פעם שניה הרי זה חייב בתרומות ומעשרות שהרי נתחייבה ביד ישראל ע"כ. פי' משמע מתוך לשונו ז"ל דלא מיירי בריייתא זו אלא בשחזר העובדי כוכבים ומזלות ומכר הקרקע עצמו עם פירותיו המחוברים והיינו דקתני ישראל שלקח שדה וכו' חייבת במעשר שכבר נתחייבה משמע דחיובא אשדה עצמו עם המחובר עמו קאי וס"ל להרב ז"ל דע"כ יש לפרש כן דאי חזר העובדי כוכבים ומזלות ומכר הפירות פשיטא ודאי דבסוריא לעולם פטור ואפי' שכבר נתחייבה ביד ישראל דהא כתב באותו הפרק אבל הקונה פירות מן העובדי כוכבים ומזלות בסוריא בין תלושין בין מחוברין אפילו קודם שבאו לעונת במעשרות אף על פי שמירחן ישראל הואיל ואינו מקרקע שלא פטור. ע"כ:

הא קמן להדיא דס"ל דכל הקונה פירות מן העובדי כוכבים בסוריא פטור הואיל ואינו מקרקע שלו ואע"פ שמעיקרא היתה של ישראל הרי כבר מכרה לעובדי כוכבים ומזלות ושדה של עובדי כוכבים ומזלות הוא ולא חייבו בסוריא אלא פירות הבאים מקרקע שלו וזה הקרקע הרי הוא של העובדי כוכבים ומזלות וכבר יצא מרשות ישראל וכן כתב בפי' המשנה בסוף מעשר ראשון כי סוריא אינו חייב בה במעשר אלא מי שיש לו קרקע אבל מי שקנה פירות מקרקע שאינה שלו אינו חייב במעשר ולרשב"ג אפילו קנה במחובר לקרקע עד שלא באו לעונת המעשרות אינו חייב במעשר בסוריא עד שיקנה הקרקע וכן הלכה: ע"כ:

מעתה היאך יתחייב זה הקונה מן העובדי כוכבים ומזלות פירות מפני שכבר נתחייב מקודם שהביא שליש ביד הישראל והרי כבר קנאו העובדי כוכבים ומזלות ויש לעובדי כוכבים ומזלות קנין בסוריא להפקיע מן המעשרות אבל אם חזר ישראל ולקחה פעם שניה הא ודאי דמועיל מה שנתחייב כבר ביד ישראל וכן כתב הרב ז"ל בתשובה חייבת הואיל והביאה שליש ביד ישראל והיא עתה עם הקרקע ביד ישראל. ע"כ. זו היא שיטת הרמב"ם ז"ל אבל רש"י ז"ל והראב"ד ז"ל קא מפרשי לה בשחזר העובדי כוכבים ומזלות ומכר הפירות וכדפרישנא ולדעת הרמב"ם ז"ל אפי' בשמירחה העובדי כוכבים ומזלות מיירי ומדרבנן ודוקא בסוריא הוא דמחלקינן בין נתחייבה ביד ישראל ללא נתחייבה אבל בא"י דאין לעובדי כוכבים ומזלות בה קנין בין נתחייבה ביד ישראל בין לא נתחייבה חייב מדבריהם משום גזירה דבעלי כיסין ומיהו מסתברא דסבירא ליה להראב"ד ז"ל דדוקא כשהיה לישראל שום שייכות בפירות הללו הוא דגזרו רבנן משום בעלי כיסין ואפילו מכרן הישראל לעובדי כוכבים ומזלות קודם שיבואו לעונת המעשרות שרות וגמרן העובדי כוכבים ומזלות איכא למימר דאם אתה פוטרן יבואו

הבעלי כיסין שיש להם קרקעות הרבה וחסין על רוב המעשרות ויקנוהו לעובדי כוכבים ומזלות וימרחהו עובדי כוכבים ומזלות ומפקע ליה ממעשר ולא יחלקו בין מכרן ישראל קודם שבאו לעונת המעשרות למכרן אחר שבאו לעונת המעשרות אבל פירות העובדי כוכבים ומזנות שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות ומרחן העובדי כוכבים ומזלות מודה הראב"ד ז"ל דפטור אפילו מדרבנן דלא שייך בזה למגזר דאטו ברשיעו עסקינן אם אנחנו מתירין להם פירות העובדי כוכבים ומזלות שלא היו ברשות ישראל מעולם מי איכא למימר שירשיעו לעשות להקנו' פירותיה' לעובדי כוכבים ומזלות כדי להפטר זו היא סברת הראב"ד ז"ל ולפיכך לא השיגו לרב ז"ל בפ"א מה' תרומות גבי הא דאמר פירות העובדי כוכבים ומזלות בגדלו בקרקע שקנה וכו' והשיגו למטה גבי ישר' שמכר פירותיו לעובדי כוכבים ומזלות קוד' שיבואו וכו' ומה שהשיגו בפי"א מה' מעשר ה"פ הרב ז"ל כתב אבל אם הפקיד חולין מתוקנין אינו צריך להפריש כלום שאפילו החליף העובדי כוכבים ומזלות פטורין כמו שביארנו בה' תרומות דגנך ולא דגן עובדי כוכבים ומזלות פי' ס"ל להרב ז"ל דבכל גונא מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר לגמרי ואפילו חיובא מדרבנן ליכא ואפילו בישראל שמכר פירותיו לעובדי כוכבים ומזלות אלא אם כן מכרן לאחר שבאו לעונת המעשרות דחייב מדבריהם אף על פי שגמרן העובדי כוכבים ומזלות כיון שנתחייבו ביד ישראל אבל כל שלא ותחייבו ביד ישראל מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר לגמרי הלכך אם הפקיד חולין מתוקנין אצל הנכרי אפילו יש לו לנכרי פירות שקנאן מישראל קודם שבאו לעונת המעשרות אינו צריך להפריש כלום ואפי' מדרבנן ועל זה השיגו הרא"בד ז"ל דאמאי פטר הרב ז"ל בכל גונא והרי חייבין מדבריה' וכמו שהשיגו בפ"א מה' תרומות וכדכתיבנא אי נמי לדעת הרמב"ם ז"ל רוב פירות העובדי כוכבים ומזלות פטורין לגמרי דאינו חייב מדרבנן אלא כשקנה מהישראל לאחר שבאו לעונת המעשרות והלכך המפקיד חולין מתוקנין אצל העובדי כובבים ומזלות אף על פי שמוחזק לקנות פירות מישראל פירות אלו פטורין לגמרי דרוב פירותיו הממורחין הם פטורין והמיעוט שחייב אינו אלא מדבריה' וגם לא חשידי ישראל למכור לעובדי כוכבים ומזלות פירות שהגיעו לעונת המעשרות מפני שהפקיען ממצותיה וכן כתב הרב בעל החידושי' של מסכת קירושין דאסור למכור טבלין ממורחין לעובדי כוכבים ומזלות משום תרומה ומעשר המעורבין בהן וכדכתיבנא לעיל אבל הראב"ד ז"ל סובר דרוב פירותיו הם חייבי' מדרבנן ואפילו ישראל המוכר פירותיו לעובדי כוכבים ומזלות קודם שיגיעו לעונת המעשרות חייב והלכך כיון דחזקתו להחליף ועשוי לקנות פירות מישראל חייבין מדרבנן:

עוד גרסינן בירושלמי רבי שמעון אומר דמאי רבי אחא ורבי חייא בר בון בשם רבי יוסי בר חנינא לא אמר ר"ש אלא עד כדי קופתו הפקיד אצלו שתים אחת דמאי ואחת ודאי בקיימות אבל אם נאכלה הראשונה השניה דמאי נטלו ממנו מאה בני אדם מאה סאין בבת אחת כל א' וא' מתקן דמאי נתנום לאדם אחד כבר נראו להיות דמאי נטל ממנו אדם אחר כמה סאין בבת אחת הראשונה דמאי והשאר ודאי נתנם למאה בני אדם כבר נראו להיות ודאי והתני רבי שמעון בשם רבי טרפון אומר עשו פירות ישראל זה לפירות עובדי כוכבים ומזלות זה דמאי עוד היא לא אמר רבי שמעון אלא עד כדי קופתו תני אמר ר' יהושע בן קבסאי כל ימי הייתי קורא הפסוק הזה והזה הטהור על הטמא טהור אחד מזה על טמא אחד עד שלמדתיה מאוצרה שליבנה דתני וחכמים אומרים אפילו כולו עיר עובדי כוכבים ומזלות וישראל א' מטיל לתוכו דמאי הדא אמרה שעשור אחד מזה על כמה טמאים דתנן אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו אמר רבי אלעזר חכמים שהן בשיטת רבי מאיר רבי יוחנן אמר חכמים ממש בעון קומיה מה טעם אמר לון כד תסאבון אנא אמר לכון מה הוה מימר לון כמ"ד מאיליהן קיבלו עליהו את המעשרות רבי שמואל בר אבא בעי ניחא לטהרות לא אמר לון מפני גדר טהרות לקדשים לא אמר מפני גדר קדשים למעשרות לא אמר לון מפני גדר מעשרות ואלו אמר לו מה הוה מימר לון גבי מעשרות כמ"ד מאיליהן קבלו עליהן את המעשרותירבי ירמיה ר' חייא בר ווא בשם רבי יוחנן מודה ר"ש שהוא מפריש מעשרותיו מהלכה הא ר"ש אמר מפריש ורבנן אמרי מפריש מה ביניהון ר"ש אומר מפריש ונוטל דמים מן השבט ורבנן אמרי מפריש ואינו נוטל דמים מן השבט ואפילו בתרומת ח"ל אינה אילו תרומת ח"ל שמא אינו מפרישה ונוטל דמים מן השבט דילמא על עיקר טבלו של עובדי כוכבים ומזלות אית אמרת בגין דתני רבי יהודה ור"ש אומרים יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י לפוטרו מן המעשרות עליה רבי ירמיה רבי חייא בר ווא בשם רבי יוחנן מודי ר"ש שהוא מפריש מעשרותיו מהלכה: ע"כ. פי' לא אמר ר"ש אלא עד כדי קופתו הא כתיבנא לעיל דהר"ש ז"ל בפירוש המשנה פי' דפלוגתא דר"ש ורבנן הויא בקופה בקופו' והשתא הכי קאמר לא אמר ר"ש אלא עד כדי קופתו דאם הפקיד אצלו שתים אחת דמאי ואחת ודאי כלומר ואחת ודאי פטורה דכיון שאין לעובדי כוכבים ומזלות אלא קופה א' לא חיישינן שמא החליף אלא אחת ולא חיישינן שמא הביא אחרת ממקום אחר כדי להחליף שתיהן והא דקאמר לא אמר ר"ש ה"ה דהוה מצי למימר לא אמרו חכמים ע"כ. והא פירושא דחיקא טובא ולשיטת:

הרמב"ם ז"ל ניחא והא פרישנא לעיל דהרב ז"ל בפירוש המשנה פי' דת"ק ס"ל דחשוד הוא להחליף וע"כ הם כפירותיו של העובדי כוכבים ומזלות ולר"ש אינו חשוד להחליף בשלו אבל חיישינן שמא החליפם בשל אחרים שמא ישראל אחר הפקיד גם כן אצלו והחליפם בהם ולפיכך הם גם כן דמאי והלכך דוקא לר"ש הוא דקאמר דלא קאמר אלא עד כדי קופתו דלת"ק דס"ל דחשוד הוא להחליף הלכך מעשה הראשונה שנכנסו פירות אלו ברשות העובדי כוכבים ומזלות הוה ליה כאלו הם של העובדי כוכבים ומזלות וכשיחזיר לו פקדונו נחזי אנן כאלו קנאן ממנו דהא ודאי כל טצדקי דמצי למעבד עד שיחליף אותו ודאי דעביד ואמטו להכי כל מאי דמפקיד הרי הוא כפירותיו של עובדי כוכבים ומזלות אבל לר"ש דלא חשיד להחליף בשלו אלא דחייש שמא החליפם בשל ישראל אחר הלכך אינו דמאי אלא כשיעור קופתו הנמצא אצל העובדי כוכבי' דחיישינן שמא של ישראל אחר הם והחליפם בהם ואף על גב דקתני כדי קופתו לאו דוקא שמונחים בקופה וכדפרישנא לעיל לדעת הראב"ד ז"ל והרב ז"ל אלא היינו כדי שיעורו שדרך המפקיד שהוא מביאו בקופה לידע מדתו ומטילו בארץ כדי שלא יהא מוכן לינטל בקופתו והשתא מפרש ואזיל הפקיד אצלו שתים אחת דמאי וא' ודאי פי' ודאי שלא החליפו ויש לפרש שיש בדבר להקל ולהחמיר שאם הפקיד אצלו טבלין ודאי כיון דלא מחזקינן לחילוף אלא בכדי קופתו נמצא דהאחד דמאי לבד ואחד ודאי טבל וזהו להחמיר ואם הפקיד אצלו פירות מתוקנין אחד דמאי ואחד ודאי מתוקן ופטור וזהו להקל והיינו דנקט לשון ודאי ולא נקט לשון פטור וזהו דוקא בקיימות שתיהן אבל אם נאכלה הראשונה השניה דמאי יש לפרש אזלינן לחומרא לעולם ואם הפקיד אצלו פירות מתוקנין הויא השנייה דמאי ואם הפקיד אצלו טבל ודאי הויא השנייה ודאי טבל ויש לפרש דלעולם אמרי' השנייה דמאי ולא נהירא דאפילו אליבא דת"ק דחזקתו להחליף היכא דהפקיד אצלו טבלים חייב להפריש שמא לא החליף וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל וכדכתיבנא לעיל כ"ש דלר"ש תרוייהו הקופות הם טבל גמור ואין כאן דמאי כלל אלא ודאי הנכון הוא דבמפקיד פירות מתוקנין קא מיירי ואחד ודאי דקאמר פירושו ודאי ופטור. נטלו ממנו מאה בני אדם וכו' בכל אחד יש ספק דבכל חד וחד איכא למימר דילמא החליף קופה בקופה ולכן כל א' וא' מתקן דמאי: נטל ממנו אדם אחד מאה סאין בבת אחת וכו' ולעובדי כוכבים ומזלות לא היה אלא סאה אחת הראשונה דמאי והשאר ודאי בחזקתן ומותרות. נתנם למאה בני אדם כבר נראו להיות ודאי בחזקתם וכבר הותרו ביד אחר ושוב לא יחזרו לאיסור והתני ר"ש בשם ר' טרפון אומר עשו פירות ישראל זה לפירות העובדי כוכבים ומזלות הזה דמאי פי' כי אמר ר"ש דמאי לאו דוקא דבעינן

שיהיה אצל העובדי כוכבים ומזלות מופקדי' פירות של דמאי כגון שנדע בודאי שישראל אחר גם כן הפקיד אצלו אלא אפי' לא ידענו כלל שישראל אחד הפקיר אצלו וכן פי' הרמב"ם ז"ל המשנה ור"ש אומר אולי ישראל אחר הפקיד וכו'. והיינו טעמא דמשעה שהפקיר זה פירותיו המתוקנין נעשו פירות העובדי כוכבים ומזלות דמאי דשמא ישראל אחר עם הארץ הפקיד אצלו וחיישינן שמא הוחלפו בהם ומשמע דכל הפירות שהפקיד אצלו הם בחזקת שהוחלפו בדמאי ומשני דאפילו הכא תוקי דלא אמר אלא כדי קופתו ומה שאמר עשו פירות ישראל זה לפירות העובדי כוכבים דמאי לאו דוקא שכל הפירות שהפקיד ישראל זה יהיו דמאי אלא כשיעור קופתו הנמצא אצלו ואף על גב דלא ידעינן אם ישראל אחר הפקיר אצלו עשו פירותיו של העוברי כוכבים ומזלות דמאי לגבי דבר זה כנ"ל. ומיהו הר"ש שיריליו ז"ל פי' עשו פירות ישראל זה וכו' עובדי כוכבים ומזלות שהפקיד אצלו ע"ה עשו פירות ע"ה לפירות העובדי כוכבים ומזלות וכו' ומשמע אפילו שפירות שיש לו לעובדי כוכבים הוו מרובין הוו דמאי כיון דחיישינן לחילופי ומשני דאפי' הכא חוקי דלא אמר אלא כדי קופתו וכדפרישנ' ולת"ק לא הוי ודאי טבל אלא כדי קופתו ע"כ ולא נהירא כלל דלר"ש אין חזקתו להחליף וגם לא אמרו אלא לר"ש ולא לת"ק וכדפרישנא וגם הא דקאמ' כדי קופתו היינו לומ' דלא חיישינן שמא הביא העובדי כוכבים ומזלות פירות מן החוץ ומיהו כנגד כל מה שיש לו לעובדי כוכבים ומזלות הן רב הן מעט חייש ר"ש ומשוי ליה דמאי תנא אמר רבי יהושע בן קבסאי כל ימי הייתי קורא הפסוק הזה והזה הטהור על הטמא וכו' פי' האי קרא יתירא הוא דהא לעיל מהא כתיב ולקח אזוב וטבל במים איש טהור והזה על האהל וכו' על הנפשות וגו' למה לי למכתב תו והזה הטהור על הטמא ובפ"ק דיומא דריש והזה הטהור על הטמא על הטמא טהור ועל הטהו' טמא דברי רבי עקיבא וחכמים אומרים אין הדברים הללו אמורים אלא בדברים המקבלין טומאה וכו' גם בספרי דרשו והזה הטהור על הטמא טהור על הטמא טהור טהור על הטהור טמא דברי עקיבא. ע"כ: וגרסינן נמי במדרש פר' אמור רבי יהודה בשם רבי שמעון בר פזי פתח שמע בני וקח אמרי וירבו לך שנות חיים הרבה קיחות צויתי אתכם בשביל לזכותכם אמרתי לכם ויקחו לי פרה אדומה תמימה שמא בשבילי אלא בשביל לטהר אתכם דכתיב והזה הטהור על הטמא. ע"כ ואיכא למידק מאי מייתי מהאי קרא דכתיב והזה הטהור על הטמא אי ללמדנו בשביל לטהר אתכם מאי שנא דנקט האי קרא והלא כל הפרשה כולה מיירי בלטהר ונראה דדריש דקרא גופיה ה"ק והזה הטהור דהינו הקב"ה יתברך שמו שהוא הטהור הגמו' והמטהר את הטמאים ולא צוה על הפרה כי אם לטהר אותנו והכא בסוגיין דריש ייתורא דקרא בענין אחר וכל ימיו

היה קורא הפסוק הזה כפשוטו דהא אתא לאשמעינן דאף על גב דלעיל מיניה כתיב ולקח איש טהור וגו' והזה וגו' ועל הנפשות וגו' לא תימא שטהור אחד מזה על כמה טמאים וכדכתיבנא והזה וגו' ועל הנפשות אלא והזה הטהור על הטמא טהור אחר מזה על טמא א' והא דכתיב ועל הנפשות וגו' לאו בבת אחת קאמר אלא בזה אחר זה כך הוה דריש כל ימיו עד שלמד מאוצרה של יבנה:

וגרסינן בתוספתא דמס' דמאי פ"א אוצר שישראל ועובדי כוכבים ומזלות מטילין לתוכו אם רוב עובדי כוכבים ומזלות ודאי וכו' וחכמים אומרים אפי' כולו עובדי כוכבים ומזלות וישראל אחד וכו' דמאי אמר ר' יוסי באוצר של יחיד אבל אוצר של מלכים הולכין אחר הרוב אמר ר' יהודה בד"א באוצר של ישראל ועובדי כוכבים ם ומזלות אבל ישראל וכותים הולכין אחר הרוב אמרו לו אחר שהודית לנו על אוצרו' שליבנה שלפני מלחמה שהוא דמאי והיו רובן כותים אבל אוצר שמטיל בו מחוצה לארץ כגון אוצרה של רגב חייב לפי חשבון אמ' רבי יהושע זקפיסאי כל ימי הייתי קורא מקרא זה והזה הטהור וכו' ולא מצא ידיו אלא באוצר שליבנה בלבד ומאוצרה שליבנה למדתי שטהור אחד וכו' פי' רבי רבי יוסי ור' יהודה ס"ל יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' וכדאיתא לקמן בתוספת' פ"ז וכמו שכתב הר"ש ז"ל בפי' המשנה בפ"ה דמסכת דמאי דרבי יהודה סבר יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' והילכך לרבי יוסי הגורם הדמאי הוא הישראל דאלו היה כולו של עוברי כוכבים ומזלות היה פטור והשתא בשביל ישראל יחידי זה הוא וחילק דדוקא באוצר של יחיד דאין באוצ' אלא של יחיד להכי מחמרינן ואמרינן דהוא ניהו הישראל ולהכי הוי דמאי אבל באוצר של מלכים שהכל מטילן לתוכו והרי הכל מוטל לפנינו הולכין אחר הרוב ורבי יהודה דסבירא ליה יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות וכו' חילק ואמר בד"א באוצר של ישראל ועובדי כוכבים ומזלות דשל עובדי כוכבים ומזלות פטור ושל ישראל דמאי הלכך להחמי' אמרינן דהוי דמאי אבל אוצר ישראל וכותים דהכותים חייבים דהם גרים ואינם מעשרים ודאי ושל ישראל פטור הילכך אי אמרת דמאי היינו להקל לכך אזלינן בתר רובא אמרו לו אח' שהודיתה לנו על אוצרות שליבנה וכו' שהוא דמאי והיו רובן כותים וכו' נמצא דמאוצרה שליבנה למדנו דאפי' להקל אמרי' דמאי ולהכי קאמ' ר' יהושע בן קפוסאי כל ימי וכו' פי' הייתי אומ' דקרא ה"ק והזה הטהו' על הטמא פי' לאו בגברי קא מיירי דאם כן טהו' אחד מזה על טמא אחד קאמ' אלא אטהרה וטומאה קאי וכאלו קאמ' והזה הטהרה על הטומאה הילכך טהו' אחד מזה על כמה טמאים ומאוצרה שליבנה למדנו דפי' המשנה כך היא אוצר שישראל ועובדי כוכבים ומזלות מטילין לתוכו עובדי כוכבים ומזלות ודאי לא עישר ופירותיו חייבין

במעשר דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות בא"י ושל ישראל ספק הלכך ס"ל לר"מ אם רוב עובדי כוכבים ומזלות ודאי וכו' וחכמים אומרים אפי' כולן עובדי כוכבים ומזלות וישראל אחד מטיל לתוכו דמאי פי' הגורם לזה הדמאי הם העובדי כוכבים ומזלות דאילו כולן ישראל הוה ליה חולין מתוקנים ואין לתלות בישראל ע"ה דקי"ל רוב עתי הארץ מעשרין הם וע"כ ס"ל שמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר דאי פוטר אף על פי שכולן עובדי כוכבים ומזלות היאך יהי' האוצר דמאי ובממורח עסקינן דהא נכנס לאוצר והוא דמאי אפי' לחכמים וכן פי' בעל כפתור ופרח ז"ל והלכך מייתי שפיר דאלו היו כולם עובדי כוכבים ומזלות בלא ישראל כלל היה טבל גמור דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר ועכשיו שכולן עובדי כוכבים ומזלות מפני ישראל א' שמטיל בתוכו טהר לכולם ואינו אלא דמאי בעלמא הדא אמרה שטהור אחד מזה על כמה טמאין והיכא אשכחן שחכמים סוברים דמירוח העובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר דתנינן אצל העובדי כוכבים ומזלות בפירותיו פי' מיירי במפקיד פירות ממורחין מתוקנ' ודלא כדפריש בגמרא דידן דמיירי במפקיד פירות שלא נגמרו וכדכתיבנא לעיל והלכך מעתה איכא לאקשויי דהכא תנינן אצל העובדי כוכבים ומזלות בפירותיו משמע דהפירות שנשארו ביד העובדי כוכבים ומזלות הם טבלים גמורים ואפי' דחלפינהו של ישראל בשלו והרי מעורב זה הפקדון של ישראל בשלו והיה לו להיות דמאי כדתנן במכשירין ודוחק לתרץ ולומר אצל העובדי כוכבים ומזלות בפירותיו שהיו לו לעובדי כוכבים ומזלות מקודם שנעשה חילוף זה לכך אתא ר' אלעזר ואמר חכמים שהן בשיטת ר"מ פי' הנך חכמים דמכשירין לאו היינו חכמים דפליגי עליה בכל דוכתא דצריכין אנו למצוא היכן מצינו דאמרו רבנן כן אלא היינו חכמים שהם בשיטת ר"מ כמו תלמידיו וכיוצא בהם אבל חכמים דעלמ' פליגי עלייהו בעיק' הדין וסברי דמירוח העובדי כוכבי' ומזלו' פוט' וההי' דתנן אצל העובדי כוכבים ומזלות כפירותיו מתפרשא כדפירשו לה אליבא דר' אלעזר גופיה בספ"ק דבכורות ר' יוחנן אמר חכמים ממש פי' חכמים דמכשירי' היינו חכמי' דעלמא דפליגי עליה דר"מ בכל דוכתא וסברי יש קנין והגורם הדמאי היינו הישראל ואילו היה כל האוצר של עובדי כוכבים ומזלות היה פטור מן המעשרות אבל השתא בשביל ישראל זה שפירותיו חייבין במעשר כל האוצר דמאי וכן פי' הרמ"בם ז"ל בפירו' המשנה ורבינו עובדיה ז"ל וכדכתיבנ' לעיל:

בעון קומיה מה טעם פי' מה טעם פטרי תבואה של עובדי כוכבים ומזלות מעיקר דינא מאחר דחזינן חימרא זו שישראל אחד עביד לשל כמה עובדי כוכבים ומזלות דמאי והשיב להם כד תסאבון אנא אמ' לכון פי' כאשר תזקינו ותעמדו על דעתי תרגום זקן

סבא. מה הוה מימר לון כמ"ד מאיליהן וכו' פי' מה הוה בעי למימר וחשש לאומרו ומהדר כמ"ר מאיליהן קיבלו עליהן וכו' והלכך כיון דליכא חיובא דאורייתא אפילו בשל ישראל היאך נחמיר בשל עובדי כוכבים ומזלות וכמו שכתב סמ"ג וכדכתיבנא לעיל ומיהו בשל ישראל החמירו יותר מדאי ולא חילקו ביה כלל ולהכי ישראל אחד מטיל לתוכו עביד לכולהו דמאי. שמואל בר בא בעי ניחת לטהרות לא אמר לן וכו' פי' שאל למה לא גילה להם בשלמא אלו היה דבר של טהרו' אין ראוי לגלות שיש קולא מפני גדר טהרות וראוי שלא לפרסם פן יבואו לפרוץ גדר בטהרות דחמירי וכן בקדשים אבל למעשרות לא אמר לון מפני גדר מעשרות בתמיה והלא המעשרות חולין גמורין הן ואם יבואו לפרוץ גדירן מה בכך וגם אלו אמר לון מה הוה אמר לון גבי מעשרות כמ"ד מאיליהן קבלו עליהם וגו' בשלמא אלו היה עיקרו דבר תורה אין ראוי לגלות פן יבואו לעקור דבר תורה אבל מאחר שלא היה אומר להם אלא דמאיליהן קיבלו עלי הם מה בכך אם היה מגלה להם הרי לא היו באים לעקור דבר תורה א"נ אפי' היה מגלה להם זה אין בזה תקלה דהא מאי קאמ' מאיליהן קיבלו עליהם אין זו קולא כל כך אלא שבחא דישראל קאמ' וכדאיתא בפ"ו ממסכ' שביעית בירושלמי וגם אכתי איכא למימ' דלאחר שקידשוה קדשה מן התורה וכן כתבו התוס' בפ' הערל וז"ל ועוד או' ר"י מתוך פי' הירושלמי דשביעית פ"ו דה"פ כיון שגלו נפטרו שקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא ולא היה חובה להם לקדש את כל א"י כדאמרי כרכים וכו' וכמו שהניחו במקצת היו רשאין להניח הרבה יותר או שמא הכל אם היו רוצים ואעפ"כ חייבו עצמן מאיליהן וקדשו וכיון שקידשו קדשו מן התורה ע"כ ומ"מ שפיר אמר להם ר' יוחנן דכיון דסוף סוף מאיליהן קיבלו עליהם אע"ג דע"י קדושתן קדשו מן התורה אז לא חלה הקדושה אלא על של בעלי אמונה זו היא סברת שמואל בר בא ומיהו אפשר דר' יוחנן גופיה שלא רצה לגלותה ס"ל מאיליהן קיבלו עליהם ולא הויא אלא מדרבנן וזו היא תשובה גמורה להראב"ד ז"ל שהשיג על הרב ז"ל שכתב תרומה בזמן הזה דרבנן מדר' יוחנן דסבר שהיא מדאורייתא והא כתיבנא לעיל דבעלי החדושים כתבו דר' יוחנן פי' סברא דר' יוסי ולא סבירא ליה כותיה וסוגיא זו של הירושלמי מוכיח כן וכדפרישנן. רבי ירמיה רבי חייא בר ווא בשם רבי יוחנן מודה ר' שמעון שהוא מפריש מעשרותיו מהלכה פי' השתא קא ס"ד דעלה דר"ש דמתני' קאי דחייש ר"ש במפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות דילמא החליפן בשל ישראל אחר וכמו שפי' הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה וכדכתיבנא לעיל וקאמרי בשם ר' יוחנן דמודה ר"ש שהוא משפריש מעשרותיו וכו' ואפי' תרומה ואע"ג דבשאר דמאי אינו צריך להפריש תרומה גדולה הכא צריך להפריש כל מעשרותיו מהלכה פי'

מתקנתא דרבנן ופריך הא ר"ש או' מפריש ורבנן אומרים מפריש פי' דלר' יוחנן לרבנן נמי אינו מפריש אלא מדרבנן וכדכתיבנא א"כ מאי בינייהו ומשני ר"ש או' מפריש ונוטל דמי' מן השבט ורבנן אמרי מפריש ואינו נוטל דמים מן השבט ופריך ואפי' בתרומת ח"ל אינה פי' ומה בא להשמיענו ולא תהיה כתרומת ח"ל אלו תרומת ח"ל שמא אינו מפריש וכו' בתמיה פי' אטו תרומת ח"ל מאי איכא למימ' דלא נימא שלכל הפחות מיהא מפריש ונוטל דמים הא ודאי ליתא דבודאי תרומת ח"ל מפריש ונוטל דמים מעתה ק"ו הדברים אם תרומת ח"ל שאין לה עיקר מז התורה צריך להפריש כ"ש המפקיד אצל העובדי כוכבי' ומזלות דחייש ר"ש שמא החליפן בשל ישר' אחר דלא עישר דיש לו עיקר מן התור' דצריך לעשר ומהדר דילמא על עיקר טבלו של עובדי כוכבים ומזלות את אמרת בגין דתני ר' יהודה ור"ש וכו': עליה ר' ירמיה ר' חייא בר ווא וכו' פי' על הך ברייתא את אמרת מימרא דר' יהודה משמיה דר' חייא בר ווא וכו' וקשיא לי דלעיל מייתינן סוגיא ירושלמית מפ"ה דמסכת דמאי עלה הא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' וקאמר עלה ר' יהודה בן פזי בשם רבי אושעיא הלכה כר"ש ופריך עליה גמרא דלמה לי למפסק הלכה פשיטא שהלכה כר"ש ומשני דלהכי אצטריך בגין דתני אמר ר' שמעון שזורי מעשה שנתערבו פירות טבולין וכו' ותני עלה ר' יהודא ור"ש אומרים יש קנין וכו' ועל כן ר' שמעון שזורי לא חייב בשל עובדי כוכבים ומזלות אלא מדרבנן מדקאמ' צא ולקחם מן העובדי כוכבים ומזלות ועשר עליה דהתערובת אין חייב אלא מדרבנן ואי של עובדי כוכבים ומזלות חייב מדאורייתא הוה ליה מן החיוב על הפטו' והלכך ר"ש דפליג על ר"ש שזורי אלמא דמדרבנן נמי פטר ואין צריך להפריש כלל וכדכתיבנא לעיל והכא מסקינן דאע"ג דאמ' ר"ש יש קנין וכו' מודה ר"ש שהוא מפריש וכו' ונראה דלשיטת הרב ז"ל ניחא דכי היכי דאיכא מ"ד דלמ"ד אין קנין אית ליה דאין קנין כלל לא קנין הגוף ולא קנין נכסים וכדכתיבנא לעיל הכי נמי מ"ד יש קנין ס"ל דיש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בגוף הקרקע להפקיע מידי מעשרות ועובדי כוכבים ומזלות שקנה קרקע בא"י הפקיעה מן המצו' ומקדושתה ואם חזר ישראל ולקחה ממנו הוה ליה ככיבוש יחיד ועל זה הוא דמסקינ' הכא בסוגיא זו דמודה ר"ש שהוא מפריש מעשרותיו מהלכה ונראה דלמסקנא זו לא איצטרכינן למימ' דנוטל דמים מן השבט אלא נותנן לכהן ואינו נוטל דמים כלל והיינו מדרבנן אבל כל עוד שהקרקע ביד העובדי כוכבים ומזלות והישראל קונה מהעובדי כוכבים ומזלות פירותיו לאחר שנגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבי' ומזלות איברא דאיכא מ"ד דבהא נמי פליגי ר"מ ור"ש דלר' מאי' אין קנין כלל ולר' שמעון יש קני וכדכתיבנא לעיל מיהו אליבא דר"ש דקי"ל כותיה יש קנין לעובדי

כוכבים ומזלות בהא ואינו צריך להפריש כלל ואפי' מדרבנן והיינו פלוגתא דמעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' דכתיבנא לעיל כנ"ל:

נמצאת למד גם מסוגיא זו שדברי הרמב"ם ז"ל הם הנכונים:

עוד גרסינן בירושלמי ר' יונה ר' סימון בשם ר' יהושע בן לוי הלוקח פירות תלושין מן העובדי כוכבים ומזלות מפריש תרומה ותרומת מעש' מהלכה ונותנו לשבט ונוטל דמים מן השבט הלוקח פירות מחוברין מן העובדי כוכבים ומזלות מפריש תרומה ותרומת מעש' מהלכה ונותנן לשבט ואינו נוטל דמים מה טעם כי תקחו מאת בני ישראל מאת בני ישראל אתה מוציא ואי אתה מוציא מאת מכרי כהונה ולויה אתיא כיי דמר ר' אלעזר כי תקחו מאת בני ישראל מאת בני ישראל אתה מוציא ואי אתה מוציא מיד עובדי כוכבים ומזלות א"ר אחא בימי ר' הושעיא בקשו להמנות על הר המלך לפוטרו מן המעשרות אמרו יבוא ר' הושעיא ולא הספיק לבוא עד שנטרפה השעה. ע"כ ופי' הר"ש ז"ל בפי' המשנה כתיבת א וז"ל מהלכה בכמה מקומות יש בירושלמי בל' זה ובדבר שהוא מדרבנן רגיל לומ' מהלכה אבל כאן משמע שהוא מן התורה מדמייתי עלה דרישא וכי תקחו מאת בני ישראל ושמא קסבר אין קנין וכשמירחן ישראל או קסבר אין מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר וסוגיא זו פליגא אההיא דבכורות סוף פ"ק דמוקי הך דר' יהושע בן לוי בתרומת מעשר דוקא אבל תרומה גדולה נותן לכהן והכא משמע דתרוייהו שלו ולא לכהן ע"כ ולא נהירא ודע כי באופן הדרשה יש הפרש בין גמרא דידן לירושלמי דבגמרא דידן דרשינן הכי ואל הלויים וגו' כי תקחו מאת בני ישראל טבלים שאתה לוקח מאת בני ישראל אתה מפריש מהן תרומת מעשר ונותנה לכהן וכו' ומשמע לי דאאידך קרא סמיך דכתיב בתריה כן תרימו גם אתם וגו' אשר תקחו מאת בני ישראל ונתתם ממנו את תרומת ה' וגו' ולהכי דרשינן טבלים שאתה לוקח מאת בני ישראל אתה מפריש מהן תרומת מעשר ונותנה וכו' ובירושלמי דרשינן הכי כי תקחו מאת בני ישראל מאת בני ישראל אתה מוציא פירות אתה מוציא ומפריש מעשרות ומדכתיב בתחלת הפרשה כי תקחו מאת בני ישראל קא דריש דרשה זו והלכך אם נפרש הלוקח פירות תלושין וכו' דקאמר בירושלמי דהיינו ישראל שלקח פירות תלושין קודם גמר מלאכתן וגמרן ישראל פליגא גמרא דידן דבגמרא דידן ס"ל דצריך להפריש מדאורייתא ודריש מקרא דאינו נותנה לכהן וירושלמי ס"ל דאינו מפריש מן בתורה אלא מהלכה דהיינו מדרבנן ובעי מ"ט לא הויא אלא מדרבנן ולא מן התורה ומשני מדכתיב כי תקחו מאת בני ישראל ופריך מאת בני ישראל אתה מוציא ואי אתה מוציא מאת מכרי כהונה פי' הא אצטריך הא מיעוטא להא דקי"ל כהן או לוי שלקחו פירו' מישר' אחר שנגמרה מלאכתן

מוציאין את התרומות ואת המעשרות מידיהן ונותנים אותם לכהנים וללויים אחרים קנס הוא להם כדי שלא יקפצו לגרנות ולגתות ויקנו טבלים כדי להפקיע מתנות אחיהם הכהנים ואם קנו קודם שתגמר מלאכתן אין מוציאין מידם כן כתב הרמ"בם ז"ל בפ"ח מה' מעשר והיינו מכרי כהונה ולויה אלו הכהנים והלויים שקנו הפירות מישראל דאפי' אחר שנגמרה מלאכתן אין מוציאין מידם אי צאו משום קנס ומשני אתיא כיי דמר ר' אלעזר וכו' פי' והתורה מיעט להדיא כל הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות דפטור מן במעברות ובין תרומה בין תרומת מעשר בכלל כי תקחו מאת בני ישר' דתחלת הפרשה נמצא דהלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירות תלושים עד שלא נגמרה:

כאן חסר קצת דפין: בתורמין משל כל על של כל דפליגי במירוח העובדי כוכבי' ומזלות אי פוטר וקי"ל בכל דוכתא הלכה כר' יוסי ואע"ג דסתם מתני' כר"מ במס' דמאי פ"ה הא כתיבנ' לעיל דאין לחוש לסתם משנה זו ומ"מ הדין מוסכם מכל הפוסקי' עמודי ההוראה דמירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר:

וראיתי לבעל הקונטריס שכתב וז"ל לא נתבר' בגמרא אם הלכה כמ"ד מירוח העובדי כוכבים ומזלות פוט' ואין חייבין לעשר בפירות שנתמרחו ברשות העובדי כוכבים ומזלות מן התורה או אם הלכה כמ"ד שאינו פוטר וחייב לעש' מן בתורה כסתם משנה במס' דמאי פ"ה דתנן שם מעשר משל ישראל על של עובדי כוכבי' ומזלות וכו' וכפי משמעו' הלכה דפ' הקומץ רבא בשמעתא דר"ש שזורי בשני לשונות שיש שם ע"כ:

ואני אומר דברים אלו מורים באצבע מה בלבו על המפרשים ז"ל ומי יברר לו פסק ההלכה אם לא המפרשים ז"ל הלא המה רש"י ז"ל והתוס' ז"ל ושאר בעלי החידושין והפוסקים ז"ל כי באמת אנן יתמי דיתמי אפי' מפי תלמיר של האמוראים האחרוני' ז"ל בלחוד לא גמרינן דאנן כי סיכתא בגודא לגמרא וכי אצבע בקירא לסברא וכי אצבעתא בבירא לשכחה ובזולת פירושי המפרשי' ז"ל והפוסקי' ז"ל הבאים אחריהם היה הגמר' כדברי הס' החתום לכן אנן אין למדין מהגמרא בלחוד אלא עם פירושי האחרוני' ז"ל והפוסקי' ז"ל ומי שחולק על דבריהם באומרו שרבינא ורב אשי סוף הוראה ואין להורות הוראה אחרת מכח פלפול חדש במשנה אלא במה שדברו הם הא ודאי דרוח אחרת עמו ודמי למ"ד הרי תורה כרוכה ומונחת בקרן זוית וכו' גם זה אומר הרי הגמרא כרוך ומונח כל הרוצה ללמוד יבוא וילמוד והנכון מה שפי' רש"י ז"ל בסוף הוראה בפ' הפועלים ועיקר הדברים שעד רבינא ורב אשי שלא חברו הגמר' על הסד' היו אחרוני' האמוראי' חולקים על הראשונים ואמרי' הלכה כבתראי אבל מרב אשי ורבינא ואילך שחיברו הגמר' אין אדם רשאי לחלוק עליהם מעת' אבל לחדש דינים במה שלא דברו הם רשאין

הן וכל החולק על דבריהם כחולק עלהאמוראים וחייב מיתה וכבר כתב הראב"ד ז"ל שאם היה חלוק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת גאון ולא כפירושו גם זה טועה בדבר משנה שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתינו לפרש הענין בדרך אחרת כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת וזה דבר שאין נמצא. ע"כ. ואף על גב דהרא"ש ז"ל פליג דדוקא בשטעה בפסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם וכשנאמר לו פסק הגאוני' ישרו בעיניו הוא דהוי טועה בדבר משנה ולא מבעיא טועה בפסקי הגאונים אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריה' לאו קטלי קני באגמא הן ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע דבריהם ישרו בעיניו והודה טועה בדבר משנה הוא אבל אם לא ישרו בעיניו דבריבם ומביא ראיות לדבריו המקובלי' לאנשי דורו יפתח בדורו וכו' אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם ויכול לסתור דבריה' כי כל הדברי' שאינ' מבוארי' בגמרא שסידר רבינא ורב אשי אדם יכול לסתור ולבנות אפי' לחלוק על דברי הגאוני' וכו' ע"כ מ"מ דוקא בראיות המקובלי' לאנשי דורו הוא דיכול לחלוק אבל כל שאינן מקובלי' לאנשי דורו אלא אדרבה כל גדולי הדור לא ישרו בעיניה' דבריו ידחה הוא ואלף כמותו ודברי רבותינו הפוסקי' ז"ל עמודי ההוראה יעמדו לעולם:

וגזירה דבעלי כיסין אין לחוש לה מכמה טעמי דכתיבנא לעיל חדא דכמה רבוואתא ס"ל דליתא לגזרה זו אלא בתבואה דקנה מישראל והכי דייקינן לה מלכון רש"י ז"ל וקרוב לזה כתיבנא גם להראב"ד ז"ל וכדכתיבנא לעיל:

ועוד דאעיקר גזירה פליגי רב פפא ורבינא וגם זו דייקנא לה מלשון רשי ז"ל וכדכתיבנא לעיל וקי"ל כותייהו דבתראי נינהו:

ועוד דר' שמואל בר נתן בשם ר' חנינא דפ"ק דבכורות לית ליה גזירה זו וכמו שכתב הרא"ש ז"ל וכדכתיבנא לעיל וההיא דר' שמואל בר נתן הלכה פסוקה היא וכדכתיבנא לעיל מכל הלין טעמי ברור להדיא דליכא למיחש לגזירה זו וכל הלין טעמי סברות דרבוותרא נינהו ואף על גב דפליגי בטעמי מ"מ כולהו לית להו גזירה זו ופסקינן כותייהו והכין איתא להדיא בפ"ב דחולין דאף על גב דפליגי בעיקר הטעם כיון דשוו בחדא לגבי הא דשוו חשיבי כחדא עיין שם גבי הא דתניא אנו על מי נסמוך בואו ונסמוך על דברי רבי שמעון שהיה ר"ש אומר שחיטה מכשרת ולא דם:

וגדול המחברי' הרמב"ם ז"ל בסברתו הישרה פסקה לגזירה זו ופירשה יפה לענין תרומה שהפריש העובדי כוכבים ומזלות ובזה כל הסוגיות מתיישבות שפיר וההיא דר"ש בר נתן וכל הסוגיא דפ"ק דבכורות מיתרצא שפיר ולא תקשי כלל מההיא דבעלי כיסין:

נמצא דהלוקח תבואתו של העובדי כוכבים ומזלות פטור מן המעשרות ואפי' מדרבנן ולא גזרו בזה משום בעלי כיסין כלל וזה מוסכם מכל הפוסקי' ז"ל אשר בית ההוראה נכון עליהם ומה שכתב בעל הקונטריס שהרב בעל הטורים הוא מן המחייבי' ודס"ל שהרמב"ם ז"ל מספקא ליה לא חש לקימחיה ולא ידע שותא דהרמב"ם ז"ל ולא של בעל הטורי' ז"ל מעול' דבדברי הרמב"ם ז"ל אין ספק דפטור מכלום קאמר ואפילו מדרבנן לא מיחייב ממה שפירש הסוגיות וכדכתיבנא לעיל והרב בעל הטורי' מעיקרא כדי להשלי' דין לקוח דפתח ביה נקט בקוצר בדרך כלל ומיהו מדרבנן חייב לעשר אפי' למ"ד יש קנין ושוב הביא לשון הרמב"ם ז"ל לפרט כלדיני העובדי כוכבים ומזלות ודכותיה ס"ל: **ושארי** ליה מריה לבעל כפתר ופרח ז"ל שהטיח דברי' כלפי הרב ז"ל אביהן של ישראל שכתב וז"ל כלל הדבר ושרשו שעיקר פטור לפירות העובדי כוכבים ומזלות הוא מההיא דר' חנינא במסכת בכורות ולזה הוא שעליה ייסד ובנה הר"מ ז"ל פסקו להתיר' וכמו שביארנו מלה במלה ואם היה ז"ל מוצא בכל הגמרא מקום יותר מבואר בזה המבוקש היה לוקחו והקושית היותר גדולה לזה הפסק הוא מההיא דפ' ר' ישמעאל דבעלי כיסין והוא ז"ל נשמר ממנה ופירשה לדעתו ולצביונו גם אל הפוסקי' אין קנין לא יקשה עליו כלל והמשניות שנמצא בסד' זרעים שמורות אין קנין ועל דרך פירושנו אנחנו כלומר לחייב פירות העובדי כוכבים ומזלות מוקים להו כר' מאיר דאית ליה אין קנין וכמו שתמצא בפירושנו ואם היה תוספתא שסתמא ר' חייא שתיק מינה וכמו שכתבנו לעיל גבי חזקת הגר ורחמנא ליבא בעי שהרב ז"ל כל כוונתו לשמים: אבל אנו בדרכי המחמירי' הלכנו וכו' ע"כ כמה קשים דברי' אלו אפי' על קטן שבפוסקי' אשר בזמננו לאמר עליו שדבריו הם דברי חפץ ופסקו לדעתו ולצביונו כ"ש להרים לאב קולו אבל גדולה שנאה אשר שונאי' שאינם יודעים ליודעי' וכ"ש אשר חצים יודעים שכל כמה אשר תגדל תפארת גדולת היודע כן תגדיל קנאתו ולא ידעתי מהיכן נתברר לו שעיקר פטור לפירות העובדי כוכבים ומזלות הוא מההיא דר' חנינא דסוף פ"ק דבכורו' הנגלו לו שערי שמים בלכתו מהר להר לתור את הארץ והלא נתברר לנו מכמה סוגיות מהבבלי והירושלמי פיטור לפירות העובדי כוכבים ומזלות וכמו שפסק הרב הגדול אביהן של ישראל מרה דארעא דישראל אשר קבלוהו עליהם לרב מסוף ארץ תימן עד סוף ארץ הצבי וסוריא וארץ שנער ואין מביאין ראייה מן קצת חכמים המחמירין על עצמן ולא ידעתי היאך תקע עצמו בעל כפתר ופרח להחמיר בזה והלא הוא עצמו כתב דגרסי' בירושלמי תני ר' חלפת' בן שאול קדרה שבישל בה תרומה מגעילה שלש פעמים ודיו אמר רב"א ואין למדין ממנה לענין נבלה א"ר יוסא קומי ר' אבא תרומה בעון מיתה

ובמאה ונבלה בלא תעשה ובששים ואתמר הכין א"ל במה דאמר מאיליהן קבלו עליהן ולפיכך הקלו בה: וכתב על זה מהר' ברוך ז"ל אמר אלי בירושלם שרבינו יחיאל הגדול ז"ל פסק הא דר' חלפתא והא בקדרה של חרס עסקינן ואפ"ה סגי לה בהגעלה שלש פעמים במים חמין מה שאין כן בנבילה: הא קמן שהקל אפילו בארומה גמורה משום דמאיליהן קבלו עליה' כ"ש בשל עובדי כוכבים ומזלות דיש לנו להקל מהאי טעמא וכמו שכתבו בס' התרומות:

כלל הדברים אין בדבריו ממש וכ"ש בדברי בעל הקונטריס הנמשך אחריו ויפה גזרו רבותינו הזקנים רבני הגליל ז"ל שעוד כל ימי עולם לא יעשר אדם לקוח מן העובדי כוכבים ומזלות אלא כמו שנהגו עד עתה על פי הרמב"ם ז"ל:

וגם פה בתוככי ירושלם ראוי לנהוג כן וגרסינן בירושלמי פ' מרובה א"ר יהושע ירושלם הבנויה כעיר שחברה לה יחדו עיר שהיא מחברת את ישראל זה לזה. ע"כ. ואיך ינהגו בה מנהג המפריד את את בנו מעל שלחן אביו מלא דבר ושלא כדין אבל מי שירצה להחמיר בביתו בהצנע להיות מצויין במצוות שלא יהיו עליו חדשי' כשיגיעו זמנן במהרה בימינו עליו תבוא ברכת טוב אבל לא להתגדר ח"ו כי בזה תבואהו קללה ולא ברכה ושומע דברי חכמי' ישכן בטח וה' אלדים אמת יטע בלבנו אהבתו ויראתו ואמונתו כדברי רז"ל הראשונים והאחרונים ז"ל המורי' לנו דרך אמונתנו ויצילנו משגיאו' ומהכשל בדבר הלכה ויזכנו לקיים מצות התלויות בארץ וכל ישראל עליה ועיננו תראינה בבנין אריאל נאם הצעיר בצלאל אשכנזי:

סימן ב

שאלה. ילמדנו רבותינו הדר בארץ ישראל באיזה אופן יתנהג בעניין המעשרות כי כמה דרכים ואופנים יש בדבר שכולם צריכים שאלה: הראשונה היא אם הקונה תבואה ממורחת מהעובדי כוכבים ומזלות חייב במעשרות מן התורה או אם חייב מדרבנן או אם פטור מכלים כי בדבר ידוע וחכמי' יגידו שמחלוקת ישנה היתה בין הרים גדולים תנאים ואמוראים וכן בין הבאים אחריהם כי יש כמה סוגיות בגמרא על זה האחת היא בפרק רבי ישמעאל במנחות דאיתמר שם אמר רבא פשיטא לי דמרוח הקדש פוטר וכו' מרוח העובדי כוכבים ומזלות תנאי היא דתניא תורמין משל ישראל על של ישראל משל עובדי כוכבים ומזלות על של עובדי כוכבים ומזלות וכו' ומשל כל על של כל דברי ר"מ ור"י ר"י ור"ש אומרים תורמין משל ישראל על של ישראל וכו' אבל לא משל ישראל על של עובדי כוכבים גילגול עובדי כוכבים מאי וכו' הדר אמר רבא

מאן דסבר מרוח עובדי כוכבים ומזלות פוטר קסבר גילגול עובדי כוכבים ומזלות פוטר וכו' איתיביה רב פפא עובדי כוכבים ומזלות שהפריש פטר חמור וחלה מודיעים אותו שהוא פטור וכו' הא תרומתו מדמעת מדרבנן גזירה משום בעלי כיסים עכ"ל והנה על זאת הסוגיא נפלה מחלוקת בין האחרונים כי בסמ"ג כתב וז"ל בספרים הנדפסים שיש לנו אמר רבי יוחנן פירות פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שקנה בארץ ישראל אם נגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות ומרחן העובדי כוכבים ומזלות פטורים מכלום וכתב רבינו שמשון שמא אפי' מדרבנן פטורים וכו' בתבואה דעובדי כוכבים ומזלות בזמן הזה לרבנן דרבי יוסי בר חנינא והא דגזרינן משום בעלי כיסים כגון שלקח מישראל וכ"כ מורי ר' יהודא וכן הלכה עכ"ל והרמב"ם בהלכות תרומה וכ"כ וז"ל פירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו בקרקע שלו בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד עובדי כוכבים פטורים מכלום ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתיגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבים בכל מן התורה. ובהלכות מעשרות כתב גם כן על זה הדרך ועל מה שכתב שם כתב הראב"ד וחייבים מדרבנן. והנה אפשר לפרש דבריהם בשני פנים כי אפשר לומר שהרא"בד פירש דבריו כי אפשר מה שאמר הרמב"ם בהלכות תרומה שפטורים מכלום אינו ר"ל שפטורי' אפילו מדרבנן אלא שחוזר על מה שאמר למטה מן התורה אבל מדרבנן מורה דחייב ואינו דחוק כל כך. וכן נראה קצת מדברי ר"י בעל הטורי' שנסתפק בזאת שכתב בתחילה דעתו שפירות העובדי כוכבים ומזלות חייבים בכל אופן ואחר כך כתב לשונו של הרמ"בם ולא כתב כפי מה שדרכו לכתוב במקומות אחרים שכשהרמ"בם חולק על דבריו בוא כותב אבל הרמ"בם כתב וכשאינו חולק על דבריו הוא כותב וכן כתב הרמ"בם וכאן שינה לשונו וכתב סתם לשון הרמ"בם משמע שנסתפק בדברי הרמ"בם וזה קל להבין למי שמעיין שם ביורה דיעה סימן של"א כי אפשר לפרש דבריו באופן אחר דהיינו שהוא פוטר לגמרי והר"אבד חולק עליו ולפי זה צריך לומר שסובר שגזירה של בעלי כיסים לא היתה על הקינה פירות ממורחי' מן העובדי כוכבים ומזלות אלא על תרומתו של עובדי כוכבים ומזלות שתהא תרומה כמו שכתב בעל ספר כפתור ופרח בספרו או באופן אחר והנה מדבריהם של אלו נפלו ספיקות בפירוש גזירה זאת של בעלי כיסים כי הסמ"ג כרב כמסתפק שמא אף מדרבנן פטורים וכן בדברי הרמב"ם ראוי להסתפק אך רש"י ז"ל לא פירש אלא שפירות העובדי כוכבים ומזלות שגדלו ברשותו חייבום חכמים במעשרות אליבא דכ"ע שכתב על הא דמשני שם מדרבנן גזירה משום בעלי כיסים. וז"ל מדרבנן כלומר לעולם הא דקתני גבי חלה גילגול פוטר: הנך תנאי דפטרי לעיל במרוח והא דדייקינן לעיל מדיוקא הא תרומתו

אסורה גזירה משום בעלי כיסים שלוקחי' תבואה מחמרים אי שרית ליה ללוקח מן העובדי כוכבים ומזלות שלא יעשר דמירוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר אתו למימר נמי לוקח מחמר ישראל פטור לא משום בעלי כיסים שיש להן קרקעות הרבה וחסים על רוב מעשרות ויקניהו לעובדי כוכבים ומזלות וימרחיהו עובדי כוכבים ומזלות ומפקע ליה ממעשר עכ"ל וכן פירש בעל הערוך בערך בעל כמו שפירש רש"י אלא שבלשון השני שינה מעט וז"ל גזירה משום בעלי כיסים פי' בני אדם עשירים שלוקחים תבואה מעובדי כוכבים ומזלות ומישראל ואי אמרת דהאי דזבין מעובדי כוכבים ומזלות ליפטר דמרוח עובדי כוכבים ומזלות פוטר זימנין דזבין מישראל ואמר מעובדי כוכבים ומזלות זבין: או תבואה שגדלה בשדהו ואמר מעובדי כוכבים ומזלות זבנה כדי לפטור עצמו מן המעשר עכ"ל ובנה לפי פירושיהם של אלו הגזירה הזאת מחייבת פירות העובדי כוכבים ומזלות במעשרות מדרבנן אפילו לאחר מירוח העובדי כוכבים ומזלות לכ"ע ואף על פי שאין אנו כדאי' להכריע בין החכמים הראשונים מ"מ לישא וליתן בפני מעלת כבודכם על זאת ונאמר שאי אפשר לפרש הגזירה הזאת אלא על זה הדרך שאמרנו שפירות העובדי כוכבים ומזלות חייבים בכל אופן כמו שפירש בעל הערוך וכמו שפירש דש"י ז"ל בלשונו ואע"פ שאין אנו כדאי לחזק דבריהם כי דבריהם אינם צריכין חיזוק כי כבר ידוע שכל דבריהם קבלה וגם פשט אי אפשר לפרשו אלא כדבריהם והמעיין שם ימצא הדברים כן מ"מ כי היכא דלימטיין שיבא מכשורא נאמר גם אנחנו ראיה לדבר כי אם נאמר כמו שעלה על דעת קצת חכמים מהראשונים שהגזירה לא היתה אלא דווקא בפירות שקנה בעובדי כוכבים ומזלות מישראל אבל בפירות תבואתו של עובדי כוכבים ומזלות לא הויא תרומתו תרומה ואם כן צריך לומר שכל הברייתות ההם שהוא מביא שם מדברות במה שקנה העובדי כוכבים ומזלות מישראל אם כן העיקר חסר מן הספר שהרי רב פפא ורבינא שהקשו מחותם הברייתות לא הבינו שהברייתות ידברו בפירות שקנה העובדי כוכבים מישראל שהרי הם רצו להביא ראייה שאפילו ר"מ ור"י סוברים דגלגול העובדי כוכבים ומזלות פוטר אף על פי שסוברים מרוח עובדי כוכבים ומזלות אינו פוטר כלל וחייב מן התורה אפילו בתבואה שגדלה ברשותו מדתניא ומשל כל על של כל ואם כן אלו היה רבא בא לחדש אוקמתא אחרת שהברייתות ההם אינן מדברות אלא בפירות שקנה העובדי כוכבים ומזלות מישראל היה לו לפרש דבריו ולומר הב"ע בפירות שלקח העובדי כוכבים ומזלות מישראל ומדרבנן גזירה משום בעלי כיסים וחם תאמר שגם רב פפא ורבינא היה להם אוקמתא זאת כי אפילו ר"מ ור"י מודים בתבואה שגדלה ברשות העובדי כוכבים ומזלות שהיא פטורה ולא נחלקו אלא בפירות שלקח העובדי כוכבים

ומזלות מישראל אם כן מהו זה שכללו ר"מ ור"י בדבריהם עובדי כוכבים ומזלות וכותים יחד כיון שאינם דומים זה לזה שהרי אמרו מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות ומשל ישראל על של כותים וזה שקר הוא כי אין מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות אלא בפירות שקנה העובדי כוכבים ומזלות מישראל ובכותיים אין חילוק בין פירות שקנה מישראל בין פירות שגדלו ברשותו וגדולה מזאת כי לפי זה לא יתכן לומר משל כל על של כל ובלא כל זאת קשה לפי פירוש זה שאם נאמר שאין הגזירה של בעלי כיסים אלא דוקא בפירות שקנה העובדי כוכבים ומזלות מישראל אם כן למה חלקה הברייתא בין תרומה לחלה הוה ליה למפלג בתרומה גופה כי לשון הברייתא כך הוא חלת עובדי כוכבים ומזלות בארץ ותרומתו בח"ל מודיעי' אותו שהוא פטור וכו' ולפי זה הוה ליה למיפלג כולה בתרומה ולומר תרומת עובדי כוכבים ומזלות בארץ מפירותיו או בח"ל מפירות שקנה העובדי כוכבים ומזלות מישראל מודיעין אותו שהוא פטור וכו' ואין לומר דניחא ליה למפלג בדבר שבא מיד ישראל כי בחלה פשוט הוא שאין בה חילוק בין שבא הקמח לידו מיד ישראל או שבא לו ממקום אחר כי אין בקמח חיוב הלה כלל כל זמן שלא נתגלגל העיסה וכן הברייתא השניה קשה בה כזאת ע"כ נראה שאי אפשר לפרש וליישב הגמרא אלא כמו שאמרנו וכן כתבו התו' בכמה מקומות בפירות שחייבין מדרבנן לכולי עלמא אפי' בפירות שגדלו ברשותו של עובדי כוכבים ומזלות ומרחן העובדי כוכבים ומזלות כי כתבו בפרק קמא דבכורות בדבור המתחיל מעשרן דאין קנין וז"ל ואפילו יש קנין חייב לעשרן מדרבנן עכ"ל וכן בפרק רבי ישמעאל בדבור המתחיל כדי שתהא בהמתו אוכלת וכו' וז"ל ומיהו לגמרי מסקינן דחייב משום בעלי כיסי' אפילו תחילתו דעובדי כוכבים ומזלות עכ"ל וכן בכמה מקומות אחרים עד ואין מספר וכן כתבו גם מדברי ר"ת בפרק השוכר את הפועלים בדבור המתחיל תבואת זרעך ולא לוקח וז"ל אין לומר מעשרין מדרבנן דאם כן אמאי קאמר דאין קנין לעובדי כוכבים ומזלות אפילו יש קנין צריך לעשר מדרבנן וכו' ואמר ר"ת דהכא איירי בלוקח אחר מרוח וכו' עכ"ל וכן כתב ריב"ם בתשובה אלא שבסוף כתב וז"ל ואף על פי שאסרתי אפילו כשהיה מתחילתו של עובדי כוכבים ומזלות משום בעלי כיסים אם היה מנהג בא"י שלא להחמיר לא היה בידי לבטל המנהג כי מנהג אבותיהם בידיה' והייתי תולה הטעם שהראשוני' היו סוברים כרב פפא ורבינא לגבי רבא ואף על פי שקשה לי ההיא דבכורות בהלכה רופפת הלך אחר המנהג עכ"ל ור"ש אחיו כתב יותר בתשובותיו ובספרו מזה ואמר שטועים כל האומרים כן וז"ל במסכת דמאי פרק ג' במתניתין ואף על גב דשמעינן ליה לר"ש במנחות בפרק רבי ישמעאל

דמרוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר מ"מ חייב מדרבנן גזירה משום בעלי כיסים וכו' ועוד כתב בפ"ה וזה אינו נמצא בדפוס אלא בסיפרי כתיבת יד כי בעלי הדפוס דלגו עליו בכלל הדלוגי' שיש באותו הספר לאלפים ולרבבות וז"ל ויש טועים שהודו לבני א"י שלא להפריש תרומות ומעשרות בלוקח טבלי' ממורחי' מן העובדי כוכבים ומזלות משום דמרוח העובדי כוכבי' ומזלות פוטר אפילו מדרבנן ולא הביאו ראיה לדבריהם ושמא סמכו אהא דפריך במנחות דיגונך אמר רחמנא ולא דיגון עובדי כוכבים ומזלות ולא בעי למימר מדרבנן גזירה משום בעלי כיסי' וכן רב פפא ורבינא דמנחות דאותבי לרבא מברייתות דפטרי גילגול עובדי כוכבים ומזלות ומחייבי מרוח עובדי כוכבים ומזלות ולא בעי למימר מדרבנן כדמשני להו רבא ואם על זה סמכו הרבה טעו ושרי להו מרייהו שהכשילו בני אדם בהוראה של טעות דהא אפילו ר"ש דאית ליה תרתי לפטור דקסבר יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות כדתניא בברייתא בירושלמי וס"ל נמי מרוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר כדאמרינן במנחות ואפילו הכי אית ליה המפקיד אצל העובדי כוכבים ומזלות דמאי ואי ודאי חלפינהו חייב משום ודאי ובממורחים איירי כדמוכחא רישא דמוליך חטים לטחון פ"ג לעיל והא דפריך דמרחינהו מאן ניחא כדפרישית וכן ההיא דרב פפא ורבינא ניחא כדפרישת לעיל פ"ג ואני השואל קשה לי היאך רצה ריב"ם לתרץ אותם הפוטרי' אפשר שהיו סוברים כרב פפא ורבינא שסוברי' שפטורי' אפילו מדרבנן דזה אינו יפול להיות דהא רב פפא עצמו פסק הלכה כר"ש שזורי בפרק הקומץ לעיל דאמרינן שם שנח רב יימר בר שלמייא לרב פפא הא דאמר רבין בר חיננא אמר עולא אמר רבי חיננא הלכה כר"ש שזורי ולא עוד אלא כל מקום ששנה ר"ש שזורי הלכה כמותו אף בנתערב לי טבל בחולין א"ל אין עכ"ל הרי שרב פפא עצמו אמר שהלכה כר"ש שזורי שאומר שפירות העובדי כוכבים ומזלות חייבים בכל אופן ואפילו תאמר שרב פפא עצמו לא סבר כן אלא שפירש דברי רני חנינא אף על פי שאין לשון הגמרא משמע כן דהא השואל לא קאמר אף בנתערב לי טבל בחולין קאמר רבי חנינא אלא סתם קאמר וגם רב פפא לא השיב אין ה"ק אלא השיב סתם אין: משמע שהוא סובר כן ואפילו לא נאמר כל זה אלא נדחוק את עצמינו ונאמר דרב פפא לדבריו קאמר אפינו הכי ראינו מזה שרב פפא ידע שיש תנא שסובר שפטורי' מן התורה וחייבי' מדרבנן כנזכר שם בברייתא שלר"ש שזורי אם כן מה הקשה לרבא מתרומת העובדי כוכבים ומזלות דמדמעת. ולמה לא אסיק אדעתיה דהויא תרומה מדרבנן כההוא תנא דברייתא דר"ש שזורי ושמא תאמר שאותה הסוגיא של ר"ש שזורי לא ידע אותה רב פפא ובעבור זה הקשה לרבא אם כן השמע לאזניך מה שאתה מוציא מפיך שאתה אומר שאם היה

יודע אותה הברייתא של ר"ש שזורי לא היה מקשה אם כן וודאי אחרי ששמעה הודה לדברי רבא טעות היתה ואם כן היאך אתה יכול לומר דפליג ארבא אלא ודאי אי אפשר לפרש אותה הסוגיא אלא בפירוש ר"ש שפירש שכולם וודאי מודים שחייבי' מדרבנן אלא שהם היו סוברים שהברייתות אי אפשר לפרש אותם אלא מן התורה דאי מדרבנן מאי שנא תרומה דגזרו בה רבנן ומאי שנא חלה דלא גזרו בה רבנן כדפריך בגמרא אחר כך ולא אסקו אדעתייהו הני שנויי דמשני רבא וכן פירשו התוספות וגדולה מזאת יש לנו להביא ראיה ברורה מדברי הירושלמי דאפילו ר"ש דקסבר שפירות העובדי כוכבים ומזלות פטורים מדאורייתא וטעמיה משום דסבר יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות ואפילו הכי קאמר דר"ש סבר מפריש וז"ל בדמאי פ"ג רבי ירמיה ורבי חייא בשם רבי יוחנן מודה ר"ש שהוא מפריש מעשרותיו הלכה ושואל אחר כך הא ר"ש אמר מפריש ורבנן אמרו מפריש מאי בנייהו ר"ש אומר מפריש ונוטל דמים מן השבט וכו' עד כאן לשונו הרי שאף על פי שאמרו שרבי שמעון פוטר מז התור אמרו שסובר שחייבין מהלכה למשה מסיני אם כן מכל אלה נראה מפורש שחייבים לעשר לכ"ע ומכ"ש לפי מה ששנינו במסכת מכשירין פ"ב אוצר שישראל ועובדי כוכבים מטילי' אם רוב עובדי כוכבים ומזלות ודאי אם רוב ישראל דמאי מחצה על מחצה ודאי דברי ר"א וחכמים אפי' כולו עובדי כוכבים ומזלות וישראל אחד מטיל לתוכו דמאי הרי אפילו רבנן שמקילין אומרים שיש לו דין דמאי ואם כן כל אותם האוצרות שגבו אותם השרים בארנונ' המלך יש להם דין זה שהרי יש בם חיטים של יהודים בני הכפרים שזורעים וחורשים ואותם היהודים ודאי אינם מעשרים אם כן אותם החיטים חייבים ודאי במעשרות ואלה האוצרות הם רוב החיטי' הנמכרי' בארץ אם כן אין ראוי לפוטרם מן המעשרות וכן העיד בעל ספר כפתור ופרח בספרו שכן היה המנהג בא"י לעשר אפילו בפירות הממורחי' ברשות העובדי כוכבים ומזלות וז"ל בפ"ד כלל הדבר ושרשו שעיקר פטור לפירות העובדי כוכבים ומזלות הוא שיוצא לנו מההיא דרבי חנינא וכו' וע"ש ובסוף דבריו כתב וז"ל אבל אנו בדרכי המחמירים הלכנו וכן מצאנו וקבלנו מרוב חכמי ארצינו ורבותינו אבותינו ספרו לנו שר"ש ור"י אחיו כך פסקו גם כן וכן זכרנו בההיא דמסכת מכשירין שהבאנו וכמו שפסק הראב"ד וכמו שהוא דעת רש"י ז"ל עכ"ל וכן כתוב בכתב תמים וז"ל ת"ל זכינו לבא לארץ ולקיים בה מצות תרומות ומעשרות בכל יום ובכל שעה אפילו מן מעט ירק הניקח מן השוק ואף על פי שיש קצת פוסקים מקילין בדבר אנו מן המחמירים עכ"ל וכן כתב בעל כפתור ופרח בשם טהור קדוש רבי אליעזר וז"ל וצריך ליזהר בכל מקום מפירות שגדלו בארץ ישראל ברשות העובדי כוכבים ומזלות בכל חומר אותם הפירות שגדלו

ברשות ישראל הן לעניין תרומות ומעשרות הן לעניין שביעית וכו' ועוד כתב אלמא דכי יש קניין חייב לוקח מן העובדי כוכבים ומזלות בא"י מדרבנן עכ"ל וכן כתב רבינו יעקב בטור יורה דיעה וז"ל ומיהו מדרבנן חייב לעשר אפילו למ"ד יש קנין לעובדי כוכבים ומזלות בארץ ודוקא בלוקח אחר שמרחם העובדי כוכבים ומזלות וכו' הנה מכל אלה שהזכרנו דהיינו ר' נתן בעל הערוך ורש"י ור"ת ובעלי התו' ורבינו שמשון ור"א וריב"ם והראב"ד ורבינו יעקב בעל הטור מכולם נתברר שחייבים לעשר מדרבנן לכ"ע אף על פי שעתה בדורותינו כבר בטלו המעשרות בא"י מתבואת העובדי כוכבים ומזלות מכל וכל מכל מקום עדיין צריך שאלה אם ראוי לסמוך על זה המנהג או אם צריך לסמוך על זה או אם ראוי שלא לסמוך כלל כי כבר ידוע מה שכתבו הראשונים על דברים אחרים כיוצא בזה וז"ל מהרי"ל בהלכות פסח בשם מהר"ש וז"ל אל יאמר אד כיון שאין איסור מדאורייתא אין לחוש דכל דגזרו רבנן העובר עליו חייב מיתה ועובר על לא תסור וכו' וגם אין לומר מנהג כאן להתיר דמנהג טעות הוא דדוקא על דבר שהוא היתר גמו' ויש מקומות שנוהגין בו איסור על זה יכול לומר בכאן מנהג היתר וגם זאת ודוקא ע"י חכם הגון ותיק וחסיד שיוכל לידע תוכן הענין על דבר שפשט איסורו ובא להתירו מכח מנהג יסכר פי דוברי שקר וגם אם חולה בחכם שוא ושקר דיבר הנביא ההוא ואלו היה החכם ההוא שם היה משיב הבדאות והשוא ומדוחי' על פניו עכ"ל וכ"ש בדבר הזה שעדיין יש בו ספק אם חייבים בו אפילו מן התורה כיון שלא נתבררה הלכה כמאן ומכ"ש דקיימא לן הלכה כסתם משנה וכמה וכמה סתמי משניות יש שכולם אומרים שפירות העובדי כוכבים ומזלות חייבי' מן התורה כהא דתנן הלקט והשכחה והפיאה של עובדי כוכבים ומזלות חייב במעשרות וכו' וכן הא דתנן מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות. וכו' ואינו תימה אם נהגו כעת להפך מזה כי כמה וכמה מנהגים ראינו על עניין מצוות הארץ אשר בוודאי מעצמן באו המנהגים ההם ע"י טועים ולא שהנהיגום וותיקים כך וכבר טעמי כל אלו ידועים כי כל דבר שיש בו טורח וחסרון כיס צריך זירוז והנה נזכיר קצת מאותם המנהגי' המנהג הראשון הוא שפה צפת זה כמה ימים ושנים נהגו ששנים או שלשה יהודים יש להם מקח קבוע עם העובדי כוכבים ומזלות בעלי האתרוגי' כך וכך בסלע בכל שנה ושנה ואותם היהודים בפרדס ובוררים להם את הטובי' וחותכי' אותם בידיה' ומביאי' אותם לבתיה' והרי אותם האחרוני' טבל גמור הם ואין יוצאין בהם לכ"ע ודבר זה ברור במסכת סוכה שאומרת שם וז"ל דכ"ע לא פליגי דבעינן היתר אכילה שנא' לכם וכו' והנה עד זה שתי שנים לא היה איש שישים על לבו הרי אילו האתרוגים נתמרחו ע"י ישראל אם כן היאך יוצאים בהם בטבל' ואף גם זאת כי כל אחד וא' היה

אוכל אתרוגו אחר המועד בטבלו: והמנהג השני הוא שקצת מאנשי העיר יש לה פרנסה על זה הדרך שהיהודי קונה שור או שני שוורין ונותן אותם לא' מבני הכפרי' לחרוש בהם באשר ימצא מקום פנוי לזריעה וכמדומה לי שהיהודי צריך ליתן החיטין לזרוע ואחר כך יחלוקו היהודי' והעובדי כוכבים ומזלות התבואה שגדלה למחצה ולרביע כפי התנאי' שביניה' והנה זאת התבואה ודאי ברשות ישר' גדלה ואף על פי שמרחה העובדי כוכבים ומזלות בשליחותו של ישראל ודאי חייבת וגדולה מזאת כי אפילו חלקו של עובדי כוכבים ומזלות הוה דינו לכ"ע כחלקו של ישראל מטעם דאין ברירה והנה היהודי' אוכלי' אותה התבואה בטבלה והעוברי כוכבים ומזלות מוכר את חלקו לישראל אחר ואין שום אחד מהם מעלה על דעתו לעשר את פירותיו והמנהג השלישי הוא כי העובדי כוכבים ומזלות מביא לבית היהודי את הענבים הראויות ליין והיהודי גומר חת מלאכתן ועושה מהן יין ומעשר את היין והנה כיון שהוא מעשר את היין צריך הוא נוא לומר שאותם הענבי' שהביא העובדי כוכבים ומזלות לא נגמרה מלאכתן ביד העובדי כוכבים ומזלות כיון שהם ליין לא נגמרה מלאכתו אלא משיקפה והנה אם ידרוך היהודי את כולם הרי יעשר את היין של כולם מפני שכול' חייבי' במעשר ואם לא ידרוך אלא חצים וישמור את האחרות לאכילה או אפילו כשלא ידרוך אפילו אחת מהן אלא ישמור את כולם לאכילה אז חייבי' במעשר שהרי אותם הענבי' כולם היו חייבות במעשרות מן התורה לפי דעתו אלו יעשה מהן יין והנה עתה שלא נעשה מהם יין מי פטר אותם כי המרוח אינו תלו אלא בדעת הממרח והרי דעתו של עובדי כוכבים ומזלות לא היתה אלא ליין ומה שהישראל נמלך עתה אינו עושה שמלאכת העובדי כוכבים ומזלות היתה מרוח למפרע כי אפילו היה נמלך בעל המלאכה עצמו אינו מועיל למפרע כגון ישר' שליקט ענבי' לאכילה שהמרוח שלה' הוא כדין כלכלה דתנן כלכלה משיחפה וכו' וכיון שחיפ' אסור לאכול מהם עראי ואפילו יהא נמלך אחר כך לדורכ' לא יהא מותר לאכול מהם עראי בעבור שנמלך לדורכ' דתנן הרי שתר' זתי' על זתים לאכילה וענבי' על ענבי' לאכילה ונמלך לדורכ' אינו צריך לתרום ואמרינן עלה בירושלמי מפני שנמלך הא לא נמלך תרומה ויחזור ויתרום הרי מה שנמלך בעל המלאכה אינו מעלה ומוריד לחייבו כ"ש לפוטרו וכ"ש מה שנמלך היהודי על מעשה העובדי כוכבים ומזלות שאינו פוטרו וכן תנן נמי שאינו מועיל מה שנמלך אפי' בעל המלאכה בעצמו לפטור דתנן כלכלת שבת ב"ש פוטרין וב"ה מחייבי עוד רבי יהודא אומר אף הלוקט כלכלה לשלוח לחבירו לא יאכל עד שיעשר ע"כ והנה פירושי אלה המשניות ברורי' וידועי' מדברי רבותינו שכך הוא כלכלת שבת ר"ל כלכלה שליקט לצורך שבת ונמלך לאכול ממנה בערב שבת

ב"ש פוטרי' אם יאכל ממנה עראי בע"ש וב"ה מחייבים אפי'באכילת ארעי בע"ש אף על פי שנמלך וכן דברי רבי יהודא פירושם על זה הדרך הנה מכל אלה שמענו שאפילו מה שהוא עצמו נמלך מעשיו אינו מועיל לפוטרם מכ"ש שאינו מועיל מה שהוא נמלך על מעשי העובדי כוכבים ומזלות ואם כן מי התיר לאכול אותם הענבים שהביא ליין אפי' אכילת עראי כשראו פני הבית כ"ש אכילת קבע ני לא אמרו רבותינו מערי' אדם על תבואתו וכו' כדי שיהא הוא אוכל אלא כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה ואף על פי שיש חולקין על זה מכל מקום אכילת קבע מי התיר להם ולא זו בלבד כי אפילו כשהענבים בתוך הגת שבבית וחציו של אשכול נדרך לוקח בעל היין את שאריתו וכן בני הבית באים ולוקטי' כלים מלאים מן הגת ומעלי' אות' לבית ואוכלי' אות' בלי מעשר ואת פוצה פה ומצפצף בדבר לומר מדוע תעשו כזאת וגדולה מכל' יש שכבר ידוע הוא שהשמן הוי גרנו משירד לעוקה והנה בלא ספק שגרנן של כל השמני' שוה על פי שלא הוזכר במשנה. מ"מ לפי דעתי אין פיקפוק בדבר שהשמן שומשמין בפרט הוי ג"כ גרנו משירד לעוקה אם כן הישראל הקינה שומשמין ועושה מהם שמן הוה כאילו קנה זתים ועשה מהן שמן או ענבים ועשה מהן יין וחייב במעשרות מן התורה ואנו ראינו פה שחורי הארץ וחכמיה היו עושין שמן שומשמין ומוכרים בשוק ואין אחד שיעלה על לבו לומר שחייבים במעשרות וגדולה מכל אלה כי כמה וכמה יהודים יש בארץ שיש להם ומימינו לא ראינו אדם שעושר אפילו משקל של שמן וכן היהודים הולכים לכפרים וקונים הגפת מן העובדי כוכבים ומזלות ומוציאים ממנו שמן ואין שום אחד מעשר אפילו טיפה אחת ועל כולם כי אפי' במעשרות שהם מעשרין מן היין וכן המתנהג בדרכי חסידות וזורע מעט כדי לקיים מצוות כארץ כל אלו גם הם ודאי לא מפי ותיקים יצא אלא שכך נהגו העם ונמשכו אחריהם כל הבאי' אחריהם מגדולם ועד קטנם כי מנהגם כן הוא שבתחילה נוטלי לתרומה גדולה חיטה אחת או טיפה אחת ושופכין אותה בצד החבית ואחר כך קורין שם למעשר ראשון ונוטלין אחד מעשרה לתרומת מעשר ושופכין אותו ואח"כ קורין שם למעשר שני ועל מעשר ראשון אומרים הרי זה המעשר הראשון לא יש לוי שיהא לו ראיה ברורה שהוא לוי וא"כ למי ניתנהו ע"כ יותר טוב שניקח אותו לעצמינו וכשיבוא מי שיהיה לו ראיות ברורות שהוא לוי נשלם לו כל המעשרות שאכלנו ועל המעשר השני אומרים אם השנה הזאת היא השנה שמפרישין בה מעשר עני הריני מפקיר כל נכסי ואם כן אני עני והריני זוכה במעשרות סוף דבר איש מעשרותיו לו יהיו ואם שנת מעשר שני הוא לוקחים מעט קמח ואומרים הרי זה המעשר שני מחולל על זה הקמח ומפריחים אותו באויר הנה אלו הם דרכי המעשרות של אנשי הארץ ובודאי

כל מי שיש בו דעת יבין את זאת אם ראוי לסמוך על מנהגים כאלו או על מי שיש להם מנהגים כאלו כי התרומה אף על פי שאמרו רבותינו חיטה אחת פוטרת את הכרי מכל מקום לא אמרו שמצוה לעשות כן כי אף על פי שה לכת לאיבוד צריכה שיעו' דתנן גבי חלה מכזיב ועד הנהר ועד אמנ' שתי חלות אחת לאור ואחת לכה של אור יש לה שיעו' ושל כהן אין להשיעו' הרי אע"פ שהולכ' לאיבו' צריכ' שיעור וכן אין ראוי לאבד התרומ' בידי' אלא את שדרכו לישרף ישרף ואת שדרכו ליקבר יקבר ובסוף מסכת תמורה נחלקו ר"י ורבנן אם מותר להחמיר על עצמו לשרוף את הנקברים דקסברי רבנן שאינו מותר לשנות אפי' לחומרא מכ"ש לקולא וכן עניין גזל השבט של המעשר ראשון בודאי גזל גמור הוי כי אפילו היינו אומרים שאין צריך ליתנו ללוי עד שיביא ראיה מכל מקום יהא מונח עד שיבוא אליהו כדין כל ממון המוטל בספק כי הרי הבעל אין לו בו כח כלל כיון שהפרישו ולמה יקחהו ומי יעמוד במקום לוי לזכותו לו וכן המעשר. עני גזל גמור הוי כי אפילו יפקיר נכסיו כדין הפקר גמור אין לו בה כלום פי אפילו העני שבישראל צריך ליתן מעברותיו לעני אחר דהא חנן במסכת פיאה פ"ו שנים שקבלו שדה באריסות זה נותן לזה חלקו מעשר עני וזה נותן לזה חלקו מעשר עני אבל שיקרהו לעצמו אסור וכן מה שמחלל את המעשר שני על מעט קמח זה ודאי טעות גמור הוא מכמה טעמים הראשון כי רוב הקמח טמא שבאו עליו מים ואם כן כי כן מנהג הארץ ללתות את החיטים לא קנה המעשר דהא אפילו בקונה פירות שאינם יכולים להגיע לירושלים תנן קנה מעשר מכ"ש זה שטמא מתחילתו: והשניה כי המעשר שני אינו מתחלל אלא על כסף שיש עליו צורה כדכתי' ונתת' בכסף אבל שיתחלל פירי על פירי זה לא היה ולא שמענו ולא מצאנוהו בדברי רבותינו ואנה הכסף ואנה החומש וכך יש במסכת בכורות פ"ח בפירוש כאינו נפדה אלא בכסף. ובירושלמי פ"א דמסכת סנהדרין אמרינן וז"ל אמר רבי יוחנן הקדש שפדוי יותר על דמיו הרי זה פדוי מעשר שני שפדוי יותר על דמיו אינו פדוי וכו' אמר ר' יוחנן הקדש שפדוי ולא הוסיף חומש הרי זה פדוי מעשר שני שפדוי ולא הוסיף חומש אינו פדוי וכו' אם כן כל אלו הדרכים דרכי הבל הם ובוודאי אין ראוי לסמוך וללכת אחרי המנהגי' האלה לא באלה ולא בכיוצא בהן מכ"ש אחרי שראינו שמחדש באו כל אלה כי כבר העיד בעל ספר כפתור ופרח שבזמנו היו נוהגים לעשר כמו שכתבנו למעלה וז"ל אבל אנו בדרכי המחמירים הלכנו וכן מצאנו וקבלו מרוב חכמי ארצינו ורבותינו אבותינו ספרו לנו שרבינו שמשון ורבינו יצחק אחיו ז"ל כך פסקו ג"כ וכן זכרנו בההיא דמסכת מכשירין שהבאנו וכמו שפסק הראב"ד ז"ל וכמו שהוא דעת רש"י ז"ל עכ"ל וכן כתב בעל כתב תמים שבזמנו היה מעשרין אפילו

מן הירק הנלקח מן השוק וכן שמעתי שהעיד זקן אחד שלפני חמשים שנה היה עדיין המנה. לעשר אלא שאחר כך בטלוהו ולא זו בלבד אלא שבכל המנהגים שיש בארץ כעת אין בהם מכל המנהגים שנזכרו בגמרא שהיו בא"י אך כדי שלא נטריח עליכם נקצר אך עוד אחת יש לנו שצריכה שאלה כי אף על פי שלא נתברר לנו בגמרא אם הלכה כמ"ד מרוח עובדי כוכבים ומזלות פוטר ואין חייבים לעשר בפירות שנמרחו ברשות העובדי כוכבים ומזלות מן התורה או אם הלכה כמ"ד שאינו פוטר וחייבים לעשר מן התורה כסתם משנה במסכת דמאי פ"ה דתנן שם מעשרין משל ישראל על של עובדי כוכבים ומזלות ומשל עובדי כוכבים ומזלות על של ישראל וכפי משמעות הלכה דפרק בקומץ רבה בשמעתא דר"ש שזורי בשני לשונות שיש שם מכל מקום עדיין יש להתבונן מהו זה שנקרא מרוח כי כמה דברים נזכר המרוח שלכם במשנה והרבה דברים יש שלא נזכר המרוח שלהם במשנה כגון האגוזים והשקדים והתפוחים והאתרוגים והזתים והתמרים וכדומה לזה פירות הרבה ודברים רבים עד בלי מספר והנה אם נאמר שהמרוח של האגוזים והשקדים הוא אחר הסרת הקליפה יאכלם היהודי כך חייבים לכ"ע בלא גזירה של בעלי כיסי' כי עדיין לא נתמרחו בידי עובדי כוכבים ומזלות והרי דינם כדין תבואה שנמכרת בשיבוליה שהיא חייבת לכ"ע וכן התמרים שמביאים אותם באשכול וכן הבצלים שמביאין אותם קודם פיקול שלהן וקודם שיעמידם לערימה שהוא הגורן שלהם ודאי חייבי' כי הבצלים כשכבר גדלו כל צרכן הולכין בעליהן לשדות ומניחים אותם בשקים ומביאין אותם לחניות והיהודים באים לחנות ובוררין את היפה שבהן אחד א' מתוך השקים וכן על זה הדרך עושין בקישואין והנה כל אלו ודאי חייבים במעשרות וכן כמדומה לזה כמה וכמה מינים וגדולה מזאת כי אמרו בירושלמי פרק קמא דמעשרו' הלכה ה' על מתניתין דאיזהו גרנן:

(א.ה. סימן ג חסר/דולג בדפוס)

הלכות קידושין

סימן ד

שאלה. ילמדנו רבינו קטן שקדש אשה אחת על יד אחי אמן וביני ביני המירה האשה דתה ונשאת למומר אחר ונמשך הזמן עד שילדה ממנו שתי בנות ומת המומר והעדים מעידין שבאותה שעה שקדשה נתאמת אצלם שהיה קטן בודאי בלי ספק מי אמרינן כיון שקדש הקטן על ידי גדול מקודשת היא והוו להו הכנות ממזרות למפרע או דילמא כיון דהמקדשה הוה קטן אין קדושין של הקטן כלום דאין שליחות לקטן והבנות כשירות

להנשא וגם אמם מותרת להנשא כיון שחזרה היא ובנותיה לדת הקדושה דקידושי קטן הם ומעיקרא לא הוו קידושין: יורנו המורה איזה דרך ישכן אור כפול מן השמים:

תשובה. איברא דהדין פשוט דקטן שקדש אין קידושיו קידושין ואפי' גדול לא אמרינן דגדלי קידושיו בהדיה ובפרק האיש מקדש עלה הא דתנן המקדש שתי נשים בשוה פרוטה וכו' וכן קטן שקדש וכו' גרסינן בגמרא וצריכא דאי אשמועינן וכו' ואי אשמועינן הני תרתי משום דבין פרוטה לפחות משוה פרוטה לא קים להו לאינשי אבל קטן שקדש הכל יודעין שאין קידושי קטן כלו' אימא כי קא משדר סבלונות אדעתא דקידושי קא משדר קמ"ל דבהא נמי טעו דטבור דקידושיה קידושין וכתב הריטב"א ז"ל ואף על גב דבהא כ"ע ידעי שאין במעשה קטן כלום ואפי' בעלמא בדיני ממנות מסתבר לי דהכא טעי דסבור דהשתא דגדיל גדלו קידושין בהדיה ונתקיימו קידושיו אף על פי שנתאכלו המעות דוגמא דמאי דאמרינן התם בקטנה וכו' ובהא מתרצא לן אמאי לא אמרינן דלתני הא דקטן וכל שכן אידך אלא שי"ל כמו שאמרנו דאי תנא קטן החם הוא דטעי דסבר דכי גדיל גדלו קדושיו וכו' ע"כ ואפשר דלזה כיון רש"י ז"ל שכתב בפי' המשנה וכן קטן שקדש ושלח סבלונות משהגדיל ע"כ ופשיטא דמשהגדיל מיירי אלא דאתא לאשמועינן רבותא וכמו שכתב הריטב"א ז"ל וכן כתב הטור להדיא ולאחר שיגדיל חלין הקידושין ואפי' אין עדים שבא עליה משהגדיל אלא שנתייחד עמה צריכה גטי וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות ויש מי שכתב דבעי שיבעול לשם קידושין לאחר שיגדיל כדי להצריכ' גט ואפי' השיאו אביו וכדבעינן למכתב בס"ד הא קמן להדיא דאין חוששין לקדושי קטן ואפי' גדיל לית מששא בקידושיו ומסתברא דלא שני לן בין אם קדש על ידי עצמו או על ידי גדול דכיון דהקידושין מצד עצמן לית בהו מששא וכדכתי' משום דאין אישות לקטן וכתיב נמי כי יקח איש וקטן לאו בר קיחה הוא וכדבעינן למכתב בס"ד היכא ליהוו בהו מששא משום דנעשו על ידי הגדול הכין איכא למידן מהסברא אבל מצאתי למהר"י קילון ז"ל בשורש ל' דקא מספק עלינו את הדין שכתב דרבי נתן המכירי שאל מאת רבי יצחק בר יהודה בן י"א שנה שקדש לו אביו בטבעת ועדים אם ימאן צריכה גט או לא והשיב שצריכה גט שמצינו בכל מקום שזכין לאדם שלא בפניו וכו' עד ועוד מאחר שלא מחה בקידושי אביו עד י"ג שנה וחצי מאן לימא לן דלא ארצויי ארצי קמיה אחר שגדל ושתק וקבל ולאחר מכאן חזר בו ואינה חזרה ואינה יוצאה בלא גט ושלא יהו בנות ישראל הפקר ואין לפקפק באיסור אשת איש ורבינו שלמה בר שמשון ורבינו קלונימוס איש רומי חלקו עליו. ע"כ והלכך לכאורה ראוי לחוש בערוה החמורה כיון דהויא ליה פלוגתא דרבוותא ז"ל ואין לנו ראיה מכרעת מהפוסקי' עמודי התורה

ז"ל אשר בית ישראל נשענין עליהן דלא כתבו בפירוש משפט קידושי קטן כשהיו על ידי גדול:

ומיהו כי מעיינא שפיר חזינא דליכא למיחש להא ובנדון דידן אשה ץ זו מותרת וליכא בבניה צד ממזרות כלל ודע דליכא למימר דיעלה על דעת שום חכם דמדאורייתא תפסי בה קידושי בכה"ג דגרסינן פ"ק דקידושין בעי ר"ל מהו שמייעד אדם לבנו קטן בנו אמר רחמנא בנו כל דהו או דילמא בנו דומיא דידיה מה הוא גדול אף בנו גדול ופשיט לה רבי זירא מדתניא איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן ואי אמרת מייעד אם כן מצינו אישות לקטן ופריך גמרא ואלא מאי אינו מייעד אמאי קא ממעט ליה קרא תפשוט מינה דמייעד ומשני אמר רב אשי הבא ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן דמדאורייתא חזיא ליה מהו דתימא כיון דמדאורייתא חזיא ליה וביאתו ביאה הבא עליה מתחייב באשת איש קמ"ל. ע"כ: ומסקנא דאינו מייעד לבנו קטן וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' עבדים וז"ל כיצד מייעדה לבנו אם היה בנו גדול ונתן רשות לאביו לייעדה לו הרי האב אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לבני ע"כ והקשו המפרשים ז"ל בשמעתא זו דהא משמע דיבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו דממיתה הוא דקא ממעט ליה אבל אשתו היא לכל דבר לפסלה מן האחים וקם תחת אביו לנחלה ובמסכת יבמות אמרינן ביאת בן תשע כמאמר שויוה רבנן והא דאמרינן יבמה יבא עליה אפי' כל דהו אסמכתא בעלמא היא וכ"ת השתא קמ"ל קרא דלאו אשתו היא אם כן מאי הוי מקשי אלא מאי אינו מייעד מאי קא ממעט ליה קרא לישני דהשתא קמ"ל קרא דאינו מייעד ותרצו דלא דמי דאי קידושי יעוד דקטן קא ממעט הוה ליה לאשמועינן שאין האדון יכול לייעדה לבנו קטן בעל כרחיה דאב ומדקא ממעט לה גבי מיתה ודייקינן פרט לאשת קטן משמע דבדין יעדה ואשתו היא אבל גבי יבמה כיון דמ"מ אית ליה זיקה בגוה אשתו קרי לה וקמ"ל השתא דלית לה דין אשתו ע"כ. מכל מקום שמעינן להדיא דקידושי קטן לית בהו מששא ואפי' היו על ידי אביו דלא אבעיא לן אלא ביעוד משום דדילמא בנו אמר רחמנא ואפילו כל דהו אבל בגונא אחריתי ליכא סרך קידושי כלל ואפילו היו על ידי אביו דאי איתא דאיכא סרך קידושין בקטן וכגון שהיו על ידי אביו מנא ליה דהא דתניא את אשת איש פרט לאשת קטן מירי ביעוד כלל עד דבעי למפשט מינה דילמא דקידושיו דעלמא מירי וכגון שהשיאו אביו ואפ"ה ממעיט ליה ממיתה ורב אשי נמי למה ליה לאוקומה ביבם קטן לוקמה בכה"ג דשכיחא טפי וברירא טפי אלא ודאי משמע לי' לגמרא דליכא סרך קידושין בקטן בשום גוונא כלל אלא בהני גווני וכן התוספות ז"ל בפ' ד' מיתות עלה הא דתניא אח אשת איש פרט

לאשת קטן כתבו דאיצטריך קרא למייעד לבנו קטן או בו השע שבח על יבמתו וכדאיתא התם קמן דלא אשכחו לה פיקה אלא בהני גווני דוקא גם הרמ"ה ז"ל כתב שם בסנהדרין דאיצטריך ליבם קטן בן תשע הבא על יבמתו דקני לה בקידושי אחיו לענין איסורה לעלמא ולא הזכיר ז"ל ההיא דיעוד משום דאידחיא התם בקידושין ומסקינן דאינו מייעד לבנו קטן וכדכתיבנא. ורש"י ז"ל פירש שם בסנהדרין פרט לאשת קטן אשמעינן דקטן אין לו קידושין. ע"כ. וכתב עליו הר"ן ז"ל בחידושיו שם דהיינו כל שהוא פחות מי"ג שנה ויום אחד ואין ספק שהענין כן ולא איצטרך קרא למעוטי אשת קטן אלא בגוונא דהוי אשתו מדאורייתא כגון קטן בן תשע ויום אחד שבא על יבמתו דקנאה מדאורייתא ואשתו היא לכל דבר כדאיתא ביבמות ואפ"ה ממעט רחמנא דאיחייב עליה מיתה דאשת איש אמר רחמנא פרט לאשת קטן ע"כ:

ואיברא דההיא שמעתא דקידושין קשיא לפירושו של רש"י ז"ל ועוד קשיא מדידיה אדידיה דבפ' המדיר כתב ז"ל קטן אין קידושיו כלום דלאו בר קיחה הוא כי יקח איש כתיב והכא בסנהדרין כתב ז"ל דממיעוטא דאשת איש פרט לאשת קטן שמעינן דקטן אין לו קידושין ולזה נראה לתרץ דאיברא דמדכתיבנא כי יקח איש שמעינן דאין קידושיו כלום מיהו איכא למימר דהיינו כשקדש על ידי עצמו אבל כשקדש על ידי גדול שמא הוה אמינא דתפסי קידושיו מטעם זכייה שלא בפניו להכי אתא מיעוטא דאשת איש ללמדך דקטן אין לו קידושין בשום אופן כלל ואי לאו דמעטיה כבר מכי יקח איש לא הוה שמעינן ממיעוטא דאשת איש דקטן אין לו קידושין דילמא ממיתת הבא עליה הוא דמעטיה קרא אבל לעולם תפסי קידושיו להכי איצטריכו תרווייהו כ"נ שיטת רש"י ז"ל ודוק דבפ' המדיר כתב ז"ל אין קידושיו כלום ובסנהדרין כתב דקטן אין לו קידושין ואכתי צריך ליישב סוגיא דקידושין לשיטתו ז"ל ודע דרש"י ז"ל פי' התם בקידושין דהא דאמרי' ביבם קטן דמדאורייתא חזיא ליה היינו דזקוקה לו וביאתו ביאה לכל דבר והקשו עליו בתוספות דזה אינו אלא לפוסלה מן האחין כמאמר בעלמא ונראה לתרץ דס"ל לרש"י ז"ל דאיברא דהכין הוא קושטא דדינא ומיהו רב אשי דנד מפשיטותיה דרבי זירא אוקי להאי ברייתא דאשת איש ביבם קטן משום דמשמע ליה דלא אתא למעוטי אלא במידי דאית ביה קידושין ופטור הבא עליה אלמא משמע דס"ל דזקוקה לו וביאתו ביאה לכל דבר והלכך לדידן דס"ל דאיו ביאתו של יבם קטן אלא כמאמר בעלמא הדרי' לפשיטותיה דרבי זירא דאדרבא שמעינן מהאי מיעוטא דאשת איש דאין שום אישות לקטן לא ביעוד ולא בשום גוונא כ"נ שיטת רש"י ז"ל ומכל מקום בין לשיטת רש"י ז"ל בין לשיטת התוספות ז"ל הרי גמרא ערוכה לפנינו דאין אישות לקטן ולית מששא

בקידושיו כלל ואפילו היו על ידי אביו: (והלכך) בע"כ אפילו ר"י בר יהוד' דאצרכה גט וכמו שכתב מהר"י קולון ז"ל לאו מדאורייתא קאמר אלא מדרבנן בעלמא וס"ל כמ"ד דאון זכייה לקטן מדאורייתא ומה שזכין לו מדרבנן בעלמא הוא וכמו שכתב הר"ן ז"ל בריש פ' האיש מקדש בפירושיו על ההלכות דהא ודאי ליכא למימר דס"ל כמ"ד דאף על פי שאין שליחות לקטן אחרי' זוכין בשבילו מז התורה דאם כן לפי טעם הראשון דכתב ר"י בר יהודה ז"ל מטעם זכייה תהיה מקודשת מן התורה והא ודאי ליתא וכדכתיבנא אלא בע"כ מדרבנן קאמר וכמ"ד דלית ליה זכייה לקטן אלא מדרבנן ולישניה נמי הכי דייק דנקט צריכה בתשובתו גם כתב ז"ל ושלא יהיו בנות ישראל הפקר משמע דמדרך חומרא מדרבנן הוא דהצריכה גט ומה שכתב בסוף לשונו ואין לפקפק באיסור אשת איש הוא משום טעמא בתרא דארצויי דאתי עלה משום ספק קידושין גמורין:

והשתא כיון דאסקינן דאפי' לדעת המחמיר אינו אלא מדרבנן מעתה יש לנו לדון ולומר דסברא יחידית היא ואין לחוש לה דאי מטעם זכייה רבים חולקים ואומרי' שאע"פ שאין שליחות לקטן אחרי' זוכין בשבילו מן התורה ומאחר דברירנא מגמר' ערוכה דלית מששא בקידושי קטן מדאורייתא א בשום גוונא ואפי' היו על ידי גדול בע"כ יש להם בע"כ יש להם לחלק דאע"ג דזכין לאדם שלא בפניו שניא היא מילתא דקידושין דמאחר דעיקר קידושין לית ליה משום דאין אישות לקטן היאך יזכו לו קידושין ועוד דאין זה זכות דהא מתסר בקרובותיה וכמו שהקשו המפרשים ז"ל בפ' האיש ומקדש גבי ההוא עובדא דתותי ציפי דפריך גמר' ודילמא ארצויי ארצייה קמיה ופרש"י ז"ל ודילמא ארצויי ארצי בן קמיה אביו וגלה לו דעתו שהוא חפץ בה והאב נעשה לו שליח מאל יו וזכין לאדם שלא בפניו עד כאן: והקשו עליו שאין זה זכות שהרי אוסרו בקרובותיה ואיברא דהרב המגיד ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל בפ"ד מה' זכיה ומתנה תירץ דמשום הכי חוששין שמא נתרצה הבן משום דלאו חוב גמור הוא דרוצה הוא לישא אשה זו וליאסר בקרובותיה מלישב בטל דמצוה קא עביד. ע"כ. ומיהו דוקא בגדול איכא לתרוצי הכין דמצוה קא עביד אבל קטן דלאו בר מצוה הוא הויא ליה חוב גמור דאיתסר בקרובותיה ולא עביד מצוה ועבירה נמי קא עביד לדעת כמה רבוותא וכדבעינן למכתב בס"ד:

ועוד יש להביא ראיה מכרעת דנא חשו הפוסקים ז"ל לסברא זו דתנן סוף פ' הכותב קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת שע"מ כן קיימא וכתב ה"ר ישעיה מטראני ז"ל קטן שהשיאו אביו וכו' שע"מ כן קיימא ולא אמרינן כיון שאין נשואי קטן כלום גם מה שכתב לה בעודו קטן אינו כלום ועכשיו כשהגדיל והיא תחתיו והויא ליה ככונס את הבעולה שאין לה אלא מנה אלא אמרינן כיון שכתב לה מאתים בעודו קטן עכשיו

בשהגדיל וקיימא על דעת אותה הכתובה קיימא ודוקא אם הגדיל אבל אם מת בעודו קטן אין לה כלום שאין נשואי הקטן נשואין ואין כתיבתו כתובה וכמפותה בעלמא היתה עמו. ע"כ: וגרסינן עלה דהא מתני' בירושלמי שלמי ניחא גר קטן וקטן מגרש אמר רבי חגיי קיימתיה כיי דמר רבי אלעזר בשם ר' חנינא והוא שבא עליה משנתפקח וכו' והא הוא שבא עליה משהגדיל ע"כ. אין לפרש דקס"ד דמגרשה בעודו קטן ופריך וקטן מגרש דפשיטא דלאחר שהגדיל מיירי דומיא דגר דמיירי לאחר שנתגייר ועוד למה ליה לשנוייא שבא עליה משהגדיל לא הוה ליה לשנויי אלא כשמגרשה משהגדיל אלא הכי פריך וקטן מגרש פי' בשלמא גר כיון שנתגייר עם אשתו וקיימא הא ודאי דבחזר וכנסה מיירי ואף על פי שלא כתב לה כתובה כתובתה מנה וכמו שפסק הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' אישות אבל קטן שהשיאו אביו משמע דנשואי אביו סגי ליה לפרוע כתובה וקשיא ליה וקטן מגרש פי' מי צריך גט לקידושיו שנעשו בקטנות עד דמחייבת ליה כתובה ומשני והוא שבא עליה משהגדיל וכן כתב ה"ר יונה ז"ל בחידושיו פ' הכותב וז"ל קטן שהשיאו אביו וכו' כלומר אף על גב דנשואי קטן אינם נשואין ואין האשה צריכה הימנו גט זהו כשגרשה קודם שגדל אבל אם משהגדיל קיימא יש לה עיקר כתובה ואמרו בירושלמי והוא שבעל אחר שהגדיל דכיון שבעל אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות מסתמא לסם קידושין בעל וכו' ע"כ הא קמן דקא מפרש הירושלמי כדפרישנא לה והילכך משמע להדיא דאפילו קטן שהשיאו אביו וגדל לית מששא בקידושיו ואינה צריכה ממנו גט אלא אם כן בעל לאחר שהגדיל וכך כתב הרשב"א ז"ל וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל משמו בפי"א מה' אישות גם כתב הרשב"א ז"ל:

בתשובה סימן תת"ג דאסור להשיא בן קטן דכיון דליכא נשואין כלל הויא לה בעילת זנות ממש ועוד שקרוב הדבר לבא לידי ערוה החמורה דאפשר דתפשוט ידה ותקבל קידושיו מאחר ויאמרו שנשואי הראשון נשואין וקידושי שני אינם כלום והא דתנן קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת וכו' התם דינא תנן אי עבר והשיאו גם בתשובה אחרת כתב דנפיק מינה חורבה להתיר יבמה לשוק כגון שתהא אחותה של זאת הנשואה לקטן נשואה לאחיו וימות בלא בנים ותדחה זו את אחותה בלא חליצה והא דקאמר והמשיאן סמוך לפרקן עליו הכתוב אומר וידעת כי שלום וכו' סמוך לפרקן לאחר שגדלו מיד קאמר וכו' ע"כ:

וגדולה מזו כתב הרב רבי יונה ז"ל דאית בעו מימר שאסור לאדם להשיא בנו קטן ואם השיאו הוו להו הברכות של אירוסין ונשואין לבטלה וגם רבינו משה ז"ל כתב שאין משיאין את קטן. ע"כ: וז"ל הרמב"ם ז"ל בפ' י"א מה' אישות וכן הקטן לא תקנו לו חכמי'

נשואין הואיל וסופו לבא לידי נשואין גמורין ומפני מה תקנו נשואין וכו' ואין משיאין את הנער עד שבודקין אותו ויודע שהביא סימנין קטן אפי' בן תשע שנים ויום אחד שנשא אשה אין לה כתובה ואם הגדיל וקיימה אחר שהגדיל וכו' ע"כ וראוי לדייק קצת בלשונו ז"ל אמאי שינה מלשון המשנה דדרכו של הרב ז"ל למנקט לשון המשנה כל מאי דאפשר והכא שינה דבמתניתין קתני קטן שהשיאו אביו וכו' ואיהו ז"ל נקטיה שבקטן נשא אשה ונראה דלהכי נקט הכין משום דאיהו ז"ל כתב דאסור להשיא הקטן והילכך לא רצה לומר שהאב עבד איסורא אלא הקטן בקטנותו עבר ועשה ולאשמועינן דינא תני לה וכמו שכתב הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא:

ומכל מקום משמע להדיא דכל הני רבוותא ז"ל לא חיישי לקידושי קטן כלל והרי היא כפנויה אצלו ואפילו השיאו אביו כיון דאסרו למעבד נשואין אלו וז"ל הרב המאירי ז"ל בפ' הנשרפין אין ראוי להשיא אשה לקטן שביאת הקטן אינה אלא כמו זנות מכל מקום סמוך לפרקו מותר ומעתה כל שנשא הקטן אשה מותר להתייחד עמה ואף על פי כביבמות אמרו שלא תקנו נשואין לקטו והיה לנו לומר שבעילתו בעילת זנות עד שיגדיל ויקדש קידושין גמורין לא נאמר כן אלא ליפטר מן החליצה ומן היבום וכו' חבל מכל מקום לענין זה יש לו שם נשואין שאין בעילתו בעילת זנות שאם לא כן היאך היה משבח המשיאן סמוך לפירקן וזהו שאמרו בפ' הכותב שהקטן שהשיאו ו אביו אשה כתובתה קיימת אלמא רגילין היו לעשות כן ואם אינו כלום היאך הכתובה קיימת והרי מוקדמת היא כך כתבוה חכמי התוס' ומכל מקום אין לראיה שלהם הכרח אלא בסמוך לפרקן והם כתבוה בסתם ונראה שכך הוא דעתם אף בקטן הרבה ומכל מקום לכשיגדיל מתייחד בפני עדים לשם קדושין ורבותי ז"ל אסרוה על ידי מעשה שמאחר שאם קדשה אחד מקודשת לשני ואסורה לקטן כדין אשת איש אף קודם קידושין הרי היא כפנויה דעלמא ובקטנה הוא שנתקנו נשואין שלא ינהגו בה מנהג הפקר אבל בקטן אין נשואין כלל והם פרשו שסמוך לפרקן במקום זה למה שאמרו במקום זה בן שמונה עשרה לחופה וכו' ומה שהביאו ממה שנאמר בכתובות שכתובתה קיימת בדיעבד ושמא השיאו אביו והפרישוהו וגדל אצלה ואחר שגדל ביאתו לקידושין שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא שבביאה ראשונה אחר גדלות צריך עדי יחוד אם אינו מקדשה בשאר הדרכים וזהו פי' שע"מ כן קיימה כלומר שאחר שגדל קיימה על דעת הכתובה שכתב לה כשהוא קטן ואף על פי שבשעת כתיבה אינה כלום שהרי בלא כתובה אינו רשאי לשהות ולבא עליה אלא אם כן ביאה ראשונה שהוא בא עליה לשם קידושין שלא לעשות בעילתו בעילת זנות וכן ראיה ממה שאמרו במס' קידושין המקדש בפחות משוה פרוטה אף על

פי ששלח סבלונות וכו' וכן קטן שקידש אלמא קטן שקדש כקידושין שבפחות משוה פרוטה הם שאינם כלום: ע"כ:

וכן כתב ז"ל ביבמות פ' חרש דאלו שמשיאין בניהם קטנים אסור להניחם להתייחד עם נשותיהן עד שיגדילו ויתייחדו בעדים. עד כאן הא קמן להדיא דלכולהו הני רבוותא דקא אסרי נשואי קטן ואפילו השיאו אביו לית מששא בקידושי קטן כלל בשוה גוונא ואפילו מי שהתיר להם להתייחד לא מפני שיש בקידושיהן ובנשואיהן סרך קידושין ונשואין כלל ואפילו השיאו אביו אלא דסבירא ליה דכיון דדרך קידושין ונשואין קא עבדי אין זה זנות וכן כתב הרא"ש ז"ל להדיא פ' האיש מקדש וכן מוכח לשון התוספות ז"ל פ' הנשרפין גבי הא דאמרינן והמשיאן סמוך לפרקו דלא חשיבא בעילת זנות ומיהו סרך קידושין ליכא ואפילו השיאו אביו וכן כתב הרב המאירי ז"ל וכדכתבינא לעיל הילכך אידחיא לה ההיא דהר"י בר יהודה ז"ל מקמי כל הני רבוותא ז"ל ובכללם גדול המחברים ז"ל הרמב"ם ז"ל וממילא אידחיא לה נמי טעמא בתרא דכתב הר"י בר יהודה ז"ל דחייש דילמא ארצויי ארצי וכו' דהא הוכחנו מהירושלמי דכדי לאצריכה גט בעינן שיבעול משיגדיל ואפילו קטן שהשיאו אביו וכן כתב הרב רבי יונה ז"ל והרשב"א ז"ל וכדכתיבנא לעיל והר"י בעל הטורים אף על גב דלא אצריך בעילה ממש בפני עדים יחוד מיהא בעיל לכשיגדיל כדי להצריכה גט ודע דאפילו בקידושי קטנה שלא לדעת אביה רוב הפוסקים ז"ל לא חששו לשמא נתרצה האב וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בסימן י"ד כל שכן בקידושי קטן וכבר נתן בזה מהר"י קולון ז"ל טעם לשבח לחלק בינייהו עיין בתשובתו שם:

הילכך נקטינן דאין לחוש לסברא זו כיון דאיהו נמי מדרבנן הוא דחאיש לה וכולהו רבוואתא חולקין עליו ואשה זו מותרת ואין בניה ממזרים ועוד דאפשר דבנדון דידן אפילו הר"י בר יהודה ז"ל יודה להתיר דעיקר טעמיה דקא חאיש ליה היינו טעמא בתרא דחייש לשמא ארצויי ארצי וכו' ואיכ' למימ' דלא חייש להכי אלא באב ולא באחר תדע דכת' הרמ"ה ז"ל דאם האב הרצה הדברים לפני הבן שהוא רוצה לקדש לו ושתק הבן והלך האב וקרשה לו הוו קדושין גמורין דמחמת כסופא דאב שתק ועשה שליח לקדש לו אבל באיניש אחרינן כה"ג הוו ספק קידושין. ע"כ:

כן כתב הטור ז"ל בסימן ל"ה בלי שים חולק ואף על גב דבפירוש ההלכה חולק הרא"ש ז"ל אפשר דלענין דינא הדין דין אמת הוא לדברי הכל והכין משמע מלשון הטור ז"ל מעתה יש לנו לומר דבאב כיון דהיכא דידיע בודאי דהרצה הדברי' לפני הבן ושתק הוו קידושי ודאי היכא דלא ידעינן נמי איכא למיחש לדילמא ארצויי ארצי אבל באיניש

אחרינא דאפילו ידעינן בבירור דארצויי ארצי קמיה אינו אלא ספק קידושין כי לא מידע לית לן למיחש לה והילכך בנדון דידן דלא נעשו הקידושין אלא על ידי אחי אמו לדברי הכל לית לן למיחש להו כלל ובניה אין בהם צד ממזרות כלל והאשה מותרת וזה נראה ברור והאל יצילנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה ויורנו דרך אמת בצלאל אשכנזי:

סימן ה

שאלה. אשה אלמנה שתפסה עזבון בעלה למזונותיה ואחר זמן באו עדים שנתקדשה וזה נוסח קבלת העדיות שנתקבלו בב"ד יצ"ו: היום יום חמישי חמשה ימים לחדש תמוז שנת בצעדך משד"ה אדום ליצירה פה דמשק בא לפנינו ר"ש מחפור ואמר בתורת עדות שראה את רבי אלעזר בר מאיר הלוי נ"ע שקורין גזל אל בעל בכי שנתן לאשה אחת בפתח החצר של רבי יהודה רקי טבעת אחת של זהב לקדושין ואינו מכיר אותה אם היתה מוא"נסה בת רבי יהודה רקי או זולתה ואינו יודע אם קבלה הטבעת או לא קבלתה: שוב בא אחר כך רבי אברהם סבע שקורין ן' סואיש והעיד בתורת עדות על נפשו שראה את רבי אלעזר הנז"ל שנתן למואנס"ה הנז"ל טבעת אחת של זהב ואח"כ אמר לה לקידושין ונתלהלה בו ואמר' בלשון ערבי אי אי ולא ראה אם השליכה הטבעת ההיא או לא השליכה כי הלך מיד והניחם:

שוב אחר כך בא רבי יצחק ידיע צפדי והעיד על נפשו שראה את מואנ"סה הנז"ל היא ורבי אלעזר ברבי מאיר נ"ע הנז"ל עומדי' בפתח החצר של רבי יהודה רקי וביד כל אחד מהם תפוח אוכל ממנו ונתן רבי אלעזר ברבי מאיר הנז"ל למואנס"ה הנז"ל טבעת אחת של זהב לקדושין וקבלתו ממנו ורצתה בו והלכ' לה ומיד הלך רבי יצחק לדרכו והניחם:

ושוב אחר כל זה גזרנו על רבי אלעזר ברבי מאיר הנז"ל בחומרת נח"ש שיגיד לנו אמיתות הדברים על בוריין וגם אם יש לו עוד עדים זולת הנז"ל ואמר שאמת הדבר שנתן למואנס"ה הנז"ל הטבעת זהב לקידושין ונתלהלה בו ואמרה אי אי בלשון ערבי כדברי רבי אברהם סבע הנז"ל ושאין לו עדים זולת הנז"ל: וזה נוסח קבלת עדות שנעשה אחר כך בב"ד יצ"ו ביום חמישי שנים עשר יום לחודש תמוז שנת בצעדך משד"ה אדו' ליצירה פה דמשק בא לפנינו הבחור ר' אפרים יצ"ו בן מנשה והעיד על נפשו ועל יהדותו בתורת עדות גמורה בענין הקדושין של מואנס"ה בת רבי יהודה רקי יצ"ו שאף על פי שביום חמישי שעבר חמש' ימים לחדש תמוז שנת בצעדך משד"ה אדום ליצירה פה דמשק שאמר שאינו יודע שום עדות בקדושין ההם שנתן רבי אלעזר ברבי מאיר הלוי שקורין גז"ל בעל בכי זולת ששמע שאומרים לו כעת נתינתו את הקדושין למואנס"ה הנז"ל בס"ט

בס"ט והלך לו והניחם שלא אמר כן אלא מפני שאמרו לו שיש טאלב מהשובאש"י על רבי אלעזר המקדש הנז"ל ועל העדי' וגם כשראה האיומים ההם שאיימו על העדים להביא שו פרות ותוקעים ותינוקות של בית רבן מהחברה להטיל חרמות ונדויין על הענין ההוא לכן פחד וכבש אז את עדותו ולא העיד כי ששמע בס"ט בס"ט. האמנם אמיתת הדבר הוא שראה את רבי אלעזר המקדש הנז"ל הוא ומואנס"ה הנז"ל שהם עומדים בפתח החצר של רבי יהודה הנז"ל וכל אחד מהם תפוח בידו אוכל ממנו ואמר רבי אלעזר הנז"ל למואנס"ה הנז"ל ראי הטבעת של זהב שעשיתי לבתי ושם אותו באצבע מואנס"ה הנז"ל ותחבו בחזקה ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו והלכה לה:

שוב אחר כך בא רבי יצחק ברבי אלעזר ידיע צפרי והוא עצמו העד האחרון שהעיד בב"ד יצ"ו ביום חמישי שעבר על הקדושין שנתן רבי אלעזר ברבי מאיר הלוי נ"ע שקורין גז"ל אל בעל בכי למואנס"ה הנז"ל וביירר בעת עדותו בב"ד יצ"ו על נפשו ועל יהדותו שכשנתן רבי אלעזר המקדש הנז"ל הקדושין ההם למואנסה הנז"ל שכך אמר לה בעת הקדושין שנתן לה הרי את מקודשת לי באותה טבעת של זהב: ע"כ נוסח קבלת העדיות ראשונים ואחרונים ועדויות אלו הראשוני' והאחרוני' נתקבלו בב"ד שלא בפני האשה יורנו מורנו אם יש לחוש לעדויות אלו להצריכה גט ואת"ל דצריכה גט יורנו אם אבדה האלמנה מזונותיה ומוציאין מתחת ידה מה שתפסה למזונותיה: ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. קבלת עדות שנעשה בראשונה לית ביה מששא וזו אינה צריכה לפנים וגם בקבלת עדות שנעשה באחרונה ראיתי שערוריה דאית ביה תלתא לריעותא:

חדא שלא נתקבלה בפני האשה:

ותו דלא נחקרה עדות העדי' ולא אמרו כלל באי זה יום באי זה שבת באי זו חדש:

ותו דעדות מוכחשת היא בכמה גווני:

וממה שנתקבלה שלא בפני האשה איברא דמקבלין עדות קידושין שלא בפני בעל דין וכן כתב מרנא ורבנא הרד"באז זלה"ה בתשובותיו דמעשים בכל יום שמקבלין עדות הקדושין שלא בפני בעל דין וטעמא דמילתא דכיון דהוי לאפרושי מאיסורה כ"ע בעלי הדין נינהו והביא ראיה לזה. וכן כתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו לקמא פרק הגוזל בתרא ז"ל הסכימו חכמי הנשיאים שבברצלונה שבענין איסורין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין כגון אם באו עדים והעידו שלא בפניה שנתקדשה לפלוני או שנטמאו טהרותיו שזכות הוא לו להפריש מן האיסור ואפילו היה נראה לדיין שיש שם צד רמאות לא יקל בכך ע"כ:

ומיהו מדבריהם אתה למד דדווקא כי ליכא בקבלת עדותן אלא צד דלאפרושי מאיסורא הוא דמקבלין שלא בפני בעל דין אבל היכא דפתיך בהדיה דררא דממונא כבנדון דידן להוציא מידה מה שתפסה למזונות פשיטא דאין מקבלין כלל אפילו על הקידושין ובדיעבד נמי אם קבלו העדות שלא בפניה אינו עדות לדעת רוב הפוסקים ז"ל תדע דגרסינן בסוף יבמות אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה ר"ע ור"ט אומרים בודקין וקמיפלגי בדרבי חנינא דאמר רבי חנינא דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה שנאמר משפט אחד יהיה לכם ומה טעם אמרו דיני ממונות אין צריכי דרישה וחקירה שלא תנעול דלת בפני לוין ובמאי קמיפלגי מ"ס כיון דאיכא כתיבה למשקל כדיני ממונות דמי ומ"ס כיון דקא שרינן א"א לעלמא כדיני נפשות דמי ע"כ:

והקשה הרמב"ן ז"ל מאי קאמר כיון דאיכא כתובה כדיני ממונו דמי וכי מאחר דאיכא דיני נפשות שאין בדין נותן שיהא נאמן אלא בדרישה וחקירה למה האמינוהו משום דיני ממונות שבו ועוא ארוסה דליכא כתובה למשקל מאי איכא למימר ותירץ דה"ק כיון דתקיד רבנן בכל דיני ממונות שאין בהם דרישה וחקירה והדין נותן שתג נו האשה הזו כתובתה על פיהם אי אפשר שלא להאמין אותם אף בה הנשואין שלה דבעינן לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי הילכך איעל לתקנתא דרבנן בכל האי דינא ואי איפשר להחמיר בארוסה יותר מנשותא דאם כן שויתינהו למילי דרבנן כי חוכא אי נמי ה"ק מן התורה אה הדינין שבעולם בדרישה וחקירה ככולן בכלל והשתא דתקון רבנן שכל לדרוש בדיני ממונות נראה עדי נשים למי דומה מ"ס לדיני ממונות דלא שאין בהם עכשיו דיני נפשות כלל ויש ממון ברובן ומ"ס כיון דשרימו אשת איש לעלמא דבעלמא אתי לדיני נפשות כדיני נפשות דמו ואנן מקילין משום ממון שבו ואף על גב דגבי כתובה ליכא משום נעילין דלת שיותר משהאיש רוצה נישא וכו' לא פלוג רבנן בדיני ממונות ואף על גב דבדיני קנסות בעינן דרישה וחקירה הנהו לאו בכלל דיני ממונות נינהו ולא תקון בהו רבנן מידי אלא רחמנא קנסינהו ואדינא דרחמנא מוקמינן להו ולא מוספינן אקנסי אבל בשאר כל דיני ממונות לא פלוג רבנן ועוד דהא חששו משום חינא וה"ה לעידי גרושין ולכל דיני גיטין וקדושין שאינן צריכין דרישה וחקירה וישנן בב"ד הדיוטות משום האי טעמא גופיה כדי שלא תנעול דלת וכו' ע"כ:

וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו הא קמן דמשום צד ממון עקרינן מדינא דתורה עדות נשים ומדמינן ליה לדיני ממונות לגמרי ושרינן אשת איש לעלמא בלא דרישה וחקירה הילכך בנדון דידן נמי אפילו לאחזוקה. למקודשת אין מקבלין עדים שנא בפני בעל דין משום צד דיני ממונות שבו ובדיעבד נמי עדותן בטלה לדעת רוב הפוסקים ז"ל אשר אנו

סומכין וכל שכן כי יש חולקים על מרנא ורבנא ז"ל והרב המאירי ז"ל ואומרים שאף בעדות קדושין אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין:

וגם הרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל מ"ה על אודות עדים שהעידו שנתיחדה עם בעלה לאחר שנתגרשה וזאת האשה נשאת וכתב ז"ל. וז"ל ובנדון זה לאסור אשה על בעלה הכל מודים דבעינן דרישה וחקירה ולקבל העדות בפני בעלי הדינין ובפני גדולי ישראל שידעו לחקור ולדרוש ולא להסתיר עצה במחשכים ולהוציא לעז על האשה היושבת תחת בעלה ואף בדיני ממונות אין מקבלין עדות שלא בפני בעלי הדין:

וכתב ריב"א ז"ל הלוי שאם קבלו עדות שלא בפני ב"ד אינו עדות לדון על פיו והביא ראיה מהא דאמרינן מכחישין את העדים וכו' עד דהזמה הויא חובת העדים ואין מקבלין עדות חלא בפני בית דין וקאמר בשלא בפניהם אפילו בדיעבר הזמה נא הויא ע"כ ואף על גב דלא דמיא עדות קדושין דבנדון דידן לעידי קידושין דהרא"ש ז"ל דהתם קא אתו לאוסרה על בעלה מכל מקום הא קא אתו לחובת האשה להוציא מתחת ידיה מה שתפסה וכל דאתו לחובה צריך להעיד בפניו וכדמסיים ואזיל ואמטו להכי בנדון דידן כיון שלא נתקבל העדות בפני האשה אין כאן עדות כלל לדעת רוב הפוסקים ז"ל וכדכתיבנא וכל שכן שהיא מכחשת וצועקת על זה וכמו שכתב הר"א מזרחי ז"ל בתשובתיו:

וממה דלא נחקרה עדותן ולא אמרו כלל באי זה יום באי זה שבת באי זו חדש איברא דפליגי בה רבוותא דאיכא מ"ד שלא אמרו שאין צריכין דרישה וחקירה אלא בעדים הבאים להשיאה שמעידין שמת בעלה והיורשין חייבין ליתן כתובה אבל עדים הבאין לאוסרה רוצה לומר שמעידין שנתקדשה אפילו לרבנן בעו דרישה וחקירה שהרי אינו מחייב אותו בכתובה ודחה הרב המאירי ז"ל סברא זו ובר מן דין בנדון דידן הא מתלא תליא בדיני ממונות דמוציאין מתחת ידה מה שתפסה וכעדים הבאין להשיאה דמיא:

גם הריטב"א ז"ל כת' בחידושיו עלה ההיא דסוף יבמות דכתיבנ' לעיל דהרא"ה ז"ל בשם הר' רבי פנחס אחיו ז"ל פי' אותה שמוע' דסוף יבמות בענין אחר דלכ"ע בענין שריותה דאשה ובענין גיטין וקדושין לא בעינן דרישה וחקירה מן התורה מדין עצמו דלא ילפינן דבר דבר מממון אלא לענין דבעינן שני עדים בדבר שבערוה דגבי הא הוא דכתיב דבר על פי שנים יקום דבר ובכל ממון בעינן דרישה וחקירה מדאורייתא ואף ממון של כתובה בכלל הילכך הכא בהא פליגי מ"ס דבממון של כתובה שורת הדין שלא לתקן בה כלום מדרבי חנינא דהא ליכא נעילת דלת אלא שלא חלקו חכמים בדברים:

ומיהו לגבי הא מילתא כיון דאית בה דיני נפשות דבעי לעולם דרישה וחקירה וכתובה גופה מדינא בעיא דרישה וחקירה מוקמינן לה על דין תורה ולא מנסבינן לה שאם תנשא

תטול כתובה וכיון דאיכא בה שום צד דבעי דרישה וחקירה אזלינן בתריה ומוקמינן כתובה בדין תורה ומ"ס דאדרבה כיון דבעיקר גטין וקדושין דעלמא לא בעינן דרישה וחקירה והכא איכא כתובה שהיתה בכלל תקנת חכמים שלא לעשות בה דרישה וחקירה לית לן למיחש למאי דאית בה מדיני נפשו' ומוקמינן עדות נשואין בדין תורה ועדות כתובה בתקנתא דרבנן ובארוסה דלית בה כתובה לא פלוג רבן. ע"כ:

נמצא לשיטה זו דבעידי קדושין לא בעינן דרישה וחקירה מן התורה ומיהו בנדון דידן דפתיך בהדיה דררא דממונא מן התורה בעינן דרישה וחקירה אלא דרבנן תקון דלא לבעי:

ובר מן דין ומן דין אנו אין לנו אלא שיטת הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל שכל הדינין שבעולם מן התורה הן בדרישה וחקירה והכי מסתבר דלכל מילי דעדות ילפינן דבר דבר מממון דבעינן שני עדים בדרישה וחקירה כבממון וכ"כ ריב"ש ז"ל בסימן קצ"ג הילכך מן התורה בעינן דרישה וחקירה בקדושין ורבנן תקינו אפילו לו בקדושין בלחוד דלא ליבעי דרישה וחקירה וכדכתיבנא לעיל בלשון הרמב"ן ז"ל:

וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה להלכה ולמעשה נ"ל דעידי קדושין אין צריכין דרישה וחקירה דהשתא מיהא לאו אדיני נפשות קא מסהדי מה שאין כן אף לרבי עקיבא בעידי מיתה דהיא אסורה לכל והבא עליה במיתה והשתא שרינן לה על פי עד אחד וכו' ואף על פי דבקדושין אפשר דאתי לדיני נפשות השתא מיהא לאו בנפשות מסהדי וכו' וכולהו סוגיות דגמרא משמע דלא בעינן דרישה וחקירה בעידי קידושין וגטין ולפיכך ישנו בב"ד הדיוטות וכדאמרי' בהמגרש וכו' וכן כתבו כל רבותי הרב רבי יונה ז"ל והרמב"ן ז"ל ותדע לך דהתנן ג' גטין פסולין וכו' וכן גבי קידושין כדאמר דאין כותבין בו זמן דהיכי נעביד כו' אלמא גטין וקדושין ליתנהו בדרישה וחקירה דאף הם כדיני ממונות דבדידהו נמי איכא משום נעילת דלת ע"כ:

וכן כתב ריב"ש ז"ל וכמה אחרונים ז"ל: וכן כתב הרב המאירי ז"ל בשם התוספות ז"ל וקצת גאוני ספרד ז"ל דשום עדות דבקדושין וגיטין אינן צריכין דרישה וחקירה. מעתה איכא למימר דבנדון דידן אף על גב דלא נחקרה עדותן בב"ד עדותן קיימת ומיהו הטור קחזינא הכא מכמה גווני ח א שהיא מכחשת וצועקת על הדבר הרע הזה והילכך מחזי כרמאות וכמו שכתב ר"י וכדבעינן למכתב בס"ד:

וכ"כ הר"א מזרחי ז"ל ועוד מחזי כרמאות שיקדש אשה אחת הגונה בפתח עינים בלא שדוכין ושלא בפני קרוביה ובלא ברכת אירוסין ושלא בעשרה וגם שיש הכחשה בדבריהם ולא ראי עדותו של זה כעדותו של זה ואין לך דין מרומה גדול מזה וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן רס"ז. וגם דמחזי כי כל מגמתם להוציא הנכסים מתחת ידה

והמקדש הוא ניהו בעל היורשת הנכסים ופוק חזי מאן גברא רבא קא מסהיד החכם השלם כמהר"ר משה אלשיך נר"ו בתשובתו שבבאו לדמשק חקר ודרש כל האיפשר ונתברר לו כשמש כי הכל נעשה במרמה מאת המקדש וסיעתו כי נועצו יחד ללכוד את האלמנה ברשת זו למען תפוס מתחת ידה עזבון בעלה אשר תפסה והמקדש הוא ניהו בעל היורשת את העזבון אשר תחת יד האלמנה:

וכיון דהויא ליה דין מרומה קי"ל דאפי' בדיני ממונות צריכין דרישה וחקירה דתנן בפ' דיני ממונות אחד דיני ממונות אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה ופריך גמרא דיני ממונות מי בעיא דרישה וחקירה ורמינהי שטר שזמנו כתוב באחד בניסן וכו' ומשנינן אמר רבי חנינא דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה שנאמר משפט אחד וכו' ומה טעם וכו' כדי שלא תנעול דלת וכו' רבא אמר מתניתין דהכא בדיני קנסות ואידך בהודאות והלואות רב פפא אמר אידי ואידי בהודאות והלואות כאן בדין מרומה כאן בדין שאינו מרומה כדר"ל דר"ל רמי כתיב בצדק תשפוט וכו' וכתיב צדק צדק תרדוף הא כיצד כאן בדין מרומה וכו' רב אשי אמר מתניתין כדשנין קראי אחר לדין ואחד לפשרה ע"כ ופירש הרמ"ה ז"ל בחידושיו דלרבי חנינא מתניתין דהכא דבר תורה ומתניתין ובריייתא דשטרי חוב המאוחרין בתקנתא דרבנן רבא אמר לעולם כדרבי חנינא מיהו מתניתין ומתניאתא כולהו לאחר תקנה קיימי ולא קשיא מתניתין דהכא בדיני קנסות דלא שייכא בהו נעילת דלת ולא תקנתא אחריתי ואינך בהודאות והלואות רב פפא אמר לא תוקים מתני' דהכא בדיני קנסות ואינך בהודאות והלואות אלא אידי ואידי בהודאות והלואות ולא קשיא מתניתין דהכא בדין מרומה שהדיינין מבינין מתוך טענת בעל דין ומתוך דבריהן של עדים שעידי שקר הן לפיכך צריך לבדקו בדרישה וחקירה כדי שיצא הדין לאמתו ואינך מתניאתא דלא מצרכי דרישה וחקירה מיירי בדין שאינו מרומה כדרבי שמעון בן לקיש דרמי כתיב בצדק תשפוט עמיתך וכו' ומשמע דלא בעי דרישה וחקירה כולי האי דהא לא כתיב ביה צדק צדק כדכתיב באידך קרא וכתיב צדק צדק תרדוף לא קשיא כאן בדין מרומה וכו' ואפילו מדאורייתא נמי לא בעינן דרישה וחקירה אלא בדין מרומה ומשמע דרב פפא פליג אדרבי חנינא דכיון דנפק ליה מקראי דמדאורייתא לא בעינן דרישה וחקירה אלא בדין מרומה מאי אהניא לן תקנתא דרבנן אי לדין מרומה דלח נבעי דרישה וחקירה הא לא ס"ד למימר דודאי נא עבדי רבנן תקנתא לאפוקי ממונא שלא כדין ורב אשי אמר מתני' כדשנין כאן בדין מרומה כאן בדין שאינו מרומה וקראי אחד לדין ואחד לפשרה כלומר דמהני קראי לא נפקא לן לפלוגי בין דין מרומה לדון שאינו מרומה דהא

קראי מבעי לן לדרשא אחרינא וכי נפקא לן מדרבי חנינא נפקא לן דאמר. כי לא בעיא דרישה וחקירה מדרבנן הוא וכי תקון רבנן בדין שאינו מרומה אבל בדין מרומה לא תקון רבנן וראיה להאי פירושא דרב אשי כרב פפא מתרץ להו למתניאתא מדאצטריך למימר מתניתין כדשנין דאי ס"ד דלמדחייה לשינוייה דרב פפא לגמרי קא אתי לשמעינן דקראי לדרשא אחרינא קאתו וממילא שמענא דליתא לדרב פפא ומתניתין אי כרבי חנינא אי כרבא אלא להכי אצטריך למימר מתניתא כדשינן לאשמועינן דאף על גב דלא מוקי להו לקראי כריש לקיש מתניתא כרב פפא מוקי להו וכו' ע"כ. וכיון דרב פפא ורב אשי מוקמי למתניתין בדין מרומה ולא בדיני קנסות ומתניתין קתני אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה משמע להדיא דשוין הן וכל דין מרומה שלא נתקבל בדרישה וחקירה עדותן בטלה והכין מסתברא דאפילו לרב אשי דסבירא ליה כרבי חנינא הרי מן התורה צריך דרישה וחקירה בדין מרומה ולא תקון בה רבנן מידי ואוקמוה אדאורייתא הילכך ע"כ בדאורייתא משמע לעכובא וכל שכן דנפקא ליה מדכתיב משפט אחד יהיה לכם משמע להדיא דדינו שוה כדיני נפשות אלא שהר"ן ז"ל בחידושיו לסנהדרין חילק קצת וז"ל כאן בדין מרומה וכו' פי' רב פפא לא פליג אדרבא כלל אלא דלא בעי לאוקמה למתניתין בדיני קנסות אלא בהודאות והלואות ומתניתין דבעיא דרישה וחקירה בהודאות והלואות היינו דוקא כשהדין מרומה ורבי חנינא מיירי בדין שאינו מרומה שב"ד מכירין בתובע זה שהוא רמאי או שמכירין טענת רמאי בדבריו ובכה"ג סגי בדרישה וחקירה וחותכין הדין אחר כך והא דאמרינן בפרק שבועת העדות מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר הואיל ועדים מעידים בפני אחתכנו ויהיה קולר תלוי בצואר העדים ת"ל מדבר שקר תרחק דמשמע שאין לו לדיין להזקק לו כלל התם מיירי שיודע שהעדים מעידים עדות שקר שהוא היה עמהם ורש"י ז"ל פי' שם שהדיין למד מתוך דברי העדים שאין עדותן אמת וכן נכון:

וכתב הר"ד בונפיד ז"ל דבמאי דאמרינן הכא דבדין מרומה בעינן דרישה וחקירה אין הכוונה שנצריך כל דיני דרישה וחקירה כמו בדיני נפשות לגמרי אלא שאם הדיין חושש בענין זה צד רמאות שהוא ידרוש ויחקור אותו צד רמאות שחושש לא שיצטרך לחקור אותן צדדים שאין חושש בו וכן נמי אף על פי שקבל הדיין עדות העדים אם הדיין חושש בדבר מצוה עליו לחזור ולבדקן ולדרשן באותו ענין שחושש בו ואין בעל הדין יכול לטעון הרי העידו עדותן ומעתה אין הדרישה והחקירה בדין מרומה אלא לפי ענין הרמאות:

ואם תאמר ואי הכי וכי מוקמינן מתניתין בדין מרומה ואמרינן אין בין דיני ממונות לדיני נפשות וכו' אם כן לא שוו דיני ממונות בדין מרומה לדיני נפשות כלל דבדיני נפשות

צריך לחקור כל צדדי הדרישות והחקירות ובדין מרומה אינו צריך לחקור וכדכתיבנא י"ל דמשכחת לה היכא שהדיין חושש בכל הענין כולו שהוא מרומה דבכי האי הוא שצריך לעשות דרישה וחקירה בשלמות ע"כ:

והילכך בנדון דידן שהדבר ברור שכל הענין כולו הוא רמאות וכדכתיבנא לעיל הא ודאי דצריך לעשות דרישה וחקירה כדיני נפשות:

גם כתב הר"ן ז"ל בחידושיו ריש פרק היו בודקין וז"ל כתב הר"ז הלוי ז"ל דהני שבע חקירות עבדי כשבאין לבדוק כל אחד ואחד מן העדים קודם שיתחיל לדבר כדי להחמיר עליו העדות וכו' ומכל מקום אם התחיל עדותו לומר בשנה זו או אשתקד אין צריך לפרש באי זו שנה בשבוע ובאי זה שבוע דכיון דאמר שנה זו הרי פירש באי זו שנה היא אף על פי שאינו יודע שנה. זו כמה היא בשבוע מה בכך ולמה תפסל עדותו בשביל כך וכן אם אמר בחדש זה אין צריך לומר באי זו שנה וכו' וכן נמי אף על פי שאינו יודע שם החדש אין עדותו נפסלת בכך אי נמי אם אמר אתמול או שלפניו אבל איני יודע כמה ימים עברו מן החדש אין עדותן נפסלת בשביל כך ואין צריך לפרש יותר אלא באי זו שעה ובאי זה מקום ולא הוצרכו לפרש כל אלו החקירות אלא כשאומר זמן מרובה וכו' ונראה שאם אומר זכור אני בכמה בחדש אבל איני זכור באי זה יום מן השבת היה אין עדותו נפסלת בכך אבל אמ' יודע אני באי זה יום בשבת היה ואיני יודע בכמה בחדש עדותן פסולה שלא בירר הזמן בהיטב שהרי ד' שבתות יש בחדש אחד ואין ידוע באי זה שבת היה אבל כשאומר כמה ימים בחדש אנו יכולין לחשב באי זה שבת היה ובאי זה יום מהשבת ויכולין להזימם בכך. עכ"ד ז"ל והם נראין מסברא מכרעת אבל פשטא דגמרא לא משמע הכי דמדאמר בגמרא אמר להם רבי יוסי לחכמים לדבריכם מי שבא ואמר אמש הרגו אומרים לו באי זו שבוע ובאי זו שנה וכו' ומסקינן אלא אף על גב דלא צריך רמינן עליה בר"ש בן אלעזר ומשמע לעכובא בעינן הניזי' חקירות כיון דילפינן להו מקראי ומשמע נמי דאף על גב דאמרו העדים אמש הרגו צריכים הם להשיב על הזי' חקירות ואם הוכחשו בחקירות הקודמות ואפי' אמרו אין אנו יודעין עדותן בטלה וכן דעת הר"ד ז"ל דעת הרמב"ם ז"ל מכל מקום אף על גב דהא מילתא הוי הילכתא למשיחא מכל מקום נפקא מינה לדיני ממונות היכא דהוי הדין מרומה דבעינן דרישה וחקירה אם אמר בכמה ימים בחדש או באי זה יום מימי השבת זו דלא צריך באי זו שנה ובאי זו שבוע כדעת הר"ז הלוי ז"ל מיהו הרב רבי דוד ז"ל חולק על הר"ז ז"ל ואומר דאפילו אמרו העדים בכמה בחדש צריכין אנו לשאול להם באי זה יום מן השבוע שהרי הכשירו באחד שנים בחדש ואחד אומר בשלשה מפני שזה יודע בעבורו של חדש וזה

אינו יודע בעבורו ולפיכך שואלין אותן באיזה יום מן השבוע שאם הם מכוונין בו ודאי אמרינן שטעו בעבורו של חדש אבל אם אינן מכוונין ביום השבוע עדותן בטלה שלא טעו בעבורו של חדש בלבד וא נכוז' עכ"ל הר"ן ז"ל בחידושיו לסנהדרין הא קמן להדיא דקא משוה דין מרומה דדיני ממונות לדיני נפשות לגבי דרישה וחקירה דמ"ה כתב דלא הויא הלכתא למשיחא הך פלוגתא דהרז"ה ז"ל והר"ד ז"ל וככהתיבנא: וכן משמע מלשון הרמב"ם נ"ל שכתב בפ"ג מהלכות עדות וז"ל אחר דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה שנאמר משפט אחד יהיה לכם חבל אמרו חכמים וכו' בד"א בהודאות והלואות מתנות ומכירות וכיוצא בהן אבל בדיני קנסות צריכין דרישה וחקירה ואצ"ל במלקות ובגלות וכן אם ראה דיין שהדין מרומה וחשש לו צריך דרישה וחקירה כעידי נפשות אף על פי שהם הודאות והלואות אף על פי שאין עדי ממונות צריכין דרישה וחקירה אם הכחישו העדים וכו'ע"כ. כך נמצא בספרים הישנים הנמצאים פה מצרים מועתקים מספר ישן כתיבת יד המחבר ז"ל וכן כתב הריב"ש ז"ל בתשובותיו וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ובכסף משנה לא נמצא הלשון כן ולא ידעתי מהיכן הגיהו דע"כ לעידי נפשות קא משוי ליה מדכתב אבל בדיני קנסות צריכין דרישה וחקירה ואצ"ל במלקות ובגנות וכן אם ראה הדיין וכו' אלמא דדין מרומה שוה לדיני, קנסות ומלקות וגלות ובהני ע"כ צריכין דרישה וחקירה לעיכובא ועוד דכתב הרב ז"ל באותו פרק כל עד שנחקרה עדותו בב"ד בין בדיני ממונות בין בדיני נפשות אין יכול לחזור בו וכו' ע"כ. משמע דדוקא אחר שנחקרה עדותו בב"ד הוא דאינו יכול לחזור וקשה דבדיני ממונות שאין צריך דרישה וחקירה בהגדתו בב"ד בלחוד סגי חף על פי שלא נחקר' עדותו וכן כתב להדיא הר"ן ז"ל בתשובה סימן מ' דבדיני ממונות דלא בעי דרישה וחקירה כיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד וכן משמע מתשובת ר"י דכתב המרדכי וכדבעינן למכתב מעתה קשיא לשון הרמב"ם ז"ל וצריכין אנו לומר דבדין מרומה שבדיני ממונות ודיני קנסות קא מיירי והילכך משמע להדיא דשוה הוא לדיני נפשות בדרישה וחקירה:

וכן כתב המרדכי ז"ל וז"ל נשאל לר"י על אחד שהטעה להעיד עדות שקר והשביעם בטעות להעיד מה שיאמר להם ואמר להם להעיד שקידש אשה אחת ולבסוף חזר בו א' מן העדי' והשיב ר"י להצריך גט להסיר הלעז ורצה לפרסם התרתה לכל ולולי כן לא היתה מוזקקת לכך כי מן הדין יש לפוטרה בלא גט כי עדות זו שבאי לאוסרה צריכה דרישה וחקירה הואיל והיא מכחישתן וכל זמן שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו דמאי שנא מעדים שהעידו שהוא בן גרושה וחלוצה דתניא בתוספתא יכולין

לומר מבודין היינו לבטל עדותן כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד ועוד כי אפילו בעדות הודאות והלואות צריך דרישה וחקירה בדין מרומה כדמוכח בפרק אחד דיני ממונות וכיון דצריך דרישה וחקירה יכולין לבטל עדותן כל זמן שלא נחקרה עדותן פ"כ במרדכי ישן כתיבת יד מוגה. משמע דצריך דרישה וחקירה לעיכובא דאי למצוה בעלמא אמאי יכולין לבטל עדותן:

הילכך לדעת הרמב"ם ז"ל והרמ"ה ז"ל ור"י ז"ל והר"ד בונפיד ז"ל והר"ן ז"ל בנדון דידן שכל שכל הענין נראה מרומה ולא היה בעדותם דרישה וחקירה עדותן בטלה ואינה מקודשת על פי עדיות אלו ואף על גב שהטור ז"ל כתב בח"ה סימן ל' אבל אם נראה לדיין שהדין מרומה צריך דרישה וחקירה להוציא הדין לאמתו. ע"כ. משמע דליכא עיכובא בדבר אלא דלהוציא הדין לאמיתו בלחוד הוא דאצריך דרישה וחקירה איכא למימר דלא איירי הטור אלא כשחושש הדיין שיש בענין צד רמאות דמצוה על הדיין לחקור בדבר אבל כשהדיין חושש בכל הענין כולו שהוא מרומה לעיכובא נמי צריך דרישה וחקירה וכמו שחילק הר"ן ז"ל בשם הר"ד ז"ל וכדכתיבנא לעיל ודוחק דאם כן אמאי לא אייתי הטור ז"ל דינא כשהדין כולו מרומה ומכל מקום לדעת כולהו אינך רבוותא ז"ל צריך דרישה וחקירה לעיכובא ואפילו דליכא אלא חששא בעלמא דרמאות וכ"ש דבנ"ד קרוב מאד לדיינין שהענין כולו נעשה במרמה וכמו שכת' החכם השלם כמהר"ר מ"א נר"ו הילכך לעיכובא נמי היה צריך דרישה. וכן פסק הלכה למעשה הר' אליה מזרחי דכשהדין מרומה אף על פי שאינו ודאי מרומה אלא בחששת מרומה בלבד לא סגי בלא דרישה וחקירה ואם לא נחקרה עדותן בב"ד חוזר ומגיד ופטר את האשה בלא גט:

ומיהו הריב"ש ז"ל כתב בתשובה בסימן רס"ו וז"ל ואם באנו להשוות דין מרומה של הודאות והלואות לדיני נפשות כמו שנראה מלשון הר"מ ז"ל פ"ג מה' עדות וכן מפשטא דמתניתין לפום האי אוקמתא דרב פפא הנה עדות השני עדים שהעידו על הקדושין בטל כיון שלא היה בעדותם דרישה וחקירה שהרי לא אמרו בכמה בחדש ולא באיזו שעה וגם באיזה יום לא כוונו שהרי אמרו ביומא רביעאה או תליתאה וכו' אלא שנראה דבהודאות והלואות אפי' בדין מרומה לא בעי דרישה וחקירה כדיני נפשות ממש אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מאי דאיפשר לא שאם אמר באחד מן החקירות איני יודע שתהא עדותן בטלה כדיני נפשות וכן אם אמרו אמש הלוהו שיהא צריך שיכוונו באי זה שבוע באי זו שנה באי זו חדש וכל שאר החקירות אף על פי שבדיני נפשות צריך כדאיתא התם בפ' היו בודקין אלא שיש לכוין לחקור בו ולדרוש כדין מרומה כל מאי דאיפשר כההיא דר"ט וכו' ואף על גב דמתניתין קתני אחד דיני נפשות ואחד דיני ממונות בדרישה וחקירה ורב

פפא דמוקי לה בהודאות והלואות ובדין מרומה דמשמע דשוין הם רב פפא מוסיף הוא על אוקמתיה דרבא דמוקי לה בדיני קנסות דמשמע דבעו דרישה וחקירה כדיני נפשות ממש ורב פפא ה"ק אפילו בהודאות והלואות נמי שייך דרישה וחקירה קצת ומ"ה שפיר קתני מתניתין אחד דיני ממונות וכו' דהא בכולהו דיני ממונו' איכא דרישה וחקירה בקנסות לגמרי כדיני נפשות ובהודאו' והלואות בדין מרומה צריך דרישה וחקירה כל מאי דאיפשר ומ"ב קתני סתם אחד דיני ממונות וכו' אלא שאין דינם שוה לגמרי וכן פי' הרא"ה ז"ל:

וכן נראה מלשון הר"ם מקוצי ז"ל שכתב וז"ל אמנם בדין מרומה צריך דרישה וחקירה ומצוה לדרוש ולחקור כפי היכולת ע"כ. עכ"ל הריב"ש ז"ל. ויש לי לומר דמהר"ם מקוצי ז"ל ליכא ראיה דה"ק בדין מרומה צריך לעיכובא דרישה וחקירה השנויין במתניתין ומצוה להוסיף עליהן יותר ויותר כפי היכולת ולא ידעתי אמאי לא אייתי ראיה נמי מלשון הטור אלא דאיכא למידחי דהכי קאמר להוציא הדין לאמתו צריך דרישה וחקירה לעיכובא:

ומכל מקום האי שיטתא לא מחוורא דההיא דרב פפא כפשטה משמע דנדי מאוקמתא דרבא כי היכי דרבא נדי מאוקמתיה דרבי חנינא דלא בעי לאוקומה מתניתין בקנסות וכמו שפירשו הרמ"ה ז"ל והר"ן ז"ל והכין משמע מלשון רש"י ז"ל דאוקמתא דרב פפא באפי נפשה היה כאוקמתיה דרבא שכתב רבא אמר תרווייהו בתר תקנתא דרבנן ומתניתין בדיני קנסות וכו' וגבי אוקמתא דרב פפא לא פי' מידי אלמא דמתפרש' כאוקמתיה דרבא וכן משמע להדיא מדכתב בתר הכי וז"ל מתני' שפיר איתרצו בחד מהני שינויי אי כרבי חנינא אי כרבא אי כרב פפא. ע"כ: משמע דאוקמתיה דרב פפא לא פתיכא בהדי אוקמת' דרבא והכי מסתבר דלשיטת הרא"ה ז"ל וריב"ש ז"ל מאי אהני לן בתוספתו דרב פפא והרי לא שייך למתני כלל אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה וכו' בהודאות והלואות אלא בקנסות. ועוד כיון דקי"ל כרבי חנינא דאמר דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה וכו' וע"כ רבנן לא תקינו בדין מרומה מידי דהיכי מצי רבנן לתקוני בדין מרומה לאפוקי ממונא שלא כדין וכמו שכתב הרמ"ה ז"ל וכדכתיבנא לעיל מעתה כיון דאוקמוה אדאורייתא ע"כ צריכה דרישה וחקירה לעכובא וכמו שכתב הר"ן ז"ל לעיל גבי שבעה חקירות וכדכתיבנא לעיל ועוד כיון דנפקא ליה מדכתיב משפט אחד ע"כ שוה דין מרומה לדיני נפשות:

והילכך אין לנו לדון אלא בשיטתו של הרמב"ם ז"ל ודעימיה:

ומיהו מצאתי להרב המאירי ז"ל שכתב בסוף יבמות דאפי' בדין מרומה שכיוצא בו אף בממון צריכין דרישה וחקירה בקידושין וגיטין לא בעינן. ע"כ ואיפשר דאזיל בשיטת הרא"ה ז"ל דכת' הריטב"א ז"ל בשמו וכדכתיבנא לעיל דמן התורה נמי לא בעינן דרישה וחקירה בקידושין והא כתיבנא לעיל דכל המפרשים שים ז"ל דחו סברא זו בשתי ידים והא קמן דהריב"ש ז"ל משוה בפשיטו' דין קידושין לדיני ממונו':

וכל שכן דבנדון דידן פתיך ביה דינא דממונא דמן התורה בעינן בהן דרישה וחקירה:

מעתה לא נשאר לנו אלא שיטתו של הרמב"ם ז"ל ודעימיה ונראה דדווקא לגבי תפיסת הנכסי' אשר תפסה למזונות הוא דלא חיישינן לשיטת הרא"ה ז"ל וריב"ש ז"ל ולא מפקינן מינה:

ומיהו בערוה החמורה ראוי לחוש לדבריהם ואין להוציאה בלא גט:

ובכל אחד מהשיטות הללו יש בו להקל ולהחמיר דלשיטת ברמב"ם ז"ל ודעימיה דס"ל להקל דכל שלא נחקרה עדותן בב"ד כמאן דליתיה דמי ושריא איתתא לעלמא נמצא קולו חומרו דאם נמצא שום קלקול בסהדותייהו כגון דאיתכחשו להו כיון דלא נחקרה עדות בב"ד האי הכחשה כמאן דליתא דמי ואם יחזרו העדים ויעידו בפני ב"ד הגון בקי בדרישות וחקירו' ויחקרו עדותן היטב ותמצא מכוונת עדותן קיימת ואף על גב דמעיקרא לא העידו כן אין בזה משום חוזר ומגיד כיון דבעינן דרישה וחקירה ולא נחקרה עדותן בב"ד כמאן דליתיה דמי וחוזרין ומגידין:

ולשיטת הרא"ה ז"ל וריב"ש ז"ל דמחמיר שלא לבטל הקידושין משום דלא נחקרה עדותן בב"ד דאיברא דמצוה לדרוש ולחקור ומיהו אם לא נחקרה עדותן לא יתבטל עדותן נמצא דחומרו קולו דאם נמצא שום קלקול בעדותן דמחמתיה מתבטל העדות שוב אינן יכולין לתקן דכיון דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואף על פי שלא נחקרה עדותן בב"ה דכיון דנגמר עדותן ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד וכמו שכתב הר"ן ז"ל בחשובה סימן מ' וכן משמע מלשון ר"י ז"ל שכתב המרדכי ז"ל וכדכתיבנא לעיל:

והילכך בנ"ד דמלבד דלא נתקבל העדות בפני האשה וגם לא נתקבל בדרישה וחקירה איכא ריעותא אחריתי דהויא ליה עדות מוכחשת מכמה אנפי לכל אחד מן השיטות דכתיב' יש להקל ולהחמיר:

ועתה אפרש דע כי כל העדויות האלו היו במעשה אחד ובמעמד אחד וכמו שכתב החכם השלם כמהר"ר משה אלשיך נראה מעתה עדות אלו האחרוני' דיש קצת ממש בדבריה הויא ליה מוכחשת בתלת גווני:

חדא דתרוויהו אפרים ויצחק הם מוכחשים מרבי אברהם סבע ומהמקדש עצמו:

ועוד דכל חד מינייהו מוכחש מחבריה:
ועוד דכל חד מוכחש מנפשיה:
ואיברא ודאי דמחמת הכחשתן מזולתן מרבי אברהם סבע ומהמקדש אין לבטל הקידושין ולאוקומה בחזקת פנויה דלא יהא אלא תרי ותרי הרי כתב:
בעל הטורים ז"ל סימן מ"ז שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה ל"ש שזרק לה קדושיה שנים אומרים קרוב לו וכו' ל"ש אמרו השנים שמעולם לא היו לה ספק קדושין לא תנשא ואם נשאת לאחד מעידיה ואומר בריא לי שלא נתקדשה לא תצא הא לאו הכי תצא וכו' ע"כ. כל שכן דעדות המקדש לא מהניא כלל ואפי' להעיד שלא נתקדשה ולא דמיא להא דאמרו בפרק חזקת האומר תנו מנה לענייי עירי אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר: וכתב דהריטב"א בתשובה דדווקא לזכותן של בני העיר אבל לחובת בני העיר נאמנין דשניא היא דכל לחובת בני העיר הרי הם עדים חלוקין לעצמן לבד הבעלי דינין ואינן נוגעין בעדותן כלל אבל לעדות המקדש אפילו לומר שלא נתקדשה ע"כ נוגע לעצמו דמעיד דלא נתקדשה לו:
וכתב הריטב"א ז"ל בתשובה דכל מה שאדם מעיד לעצמו בין לזכות בין לחובה אין עליו שום עדות אלא כבעל דבר עצמו שטוען ומזכה או מחייב לעצמו דעדים חלוקין הן לעצמן לבד מבעלי הדין כדכתיב ועמדו שני האנשים אשר לכם הריב ואמרינן שני האנשים אלו העדים אשר להם הריב אלו בעלי דינין ודמיא למאי דאמרינן פ"ק דמכות גבי הא דתניא שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולן פסולין ופרכינן אלא מעתה רובע יציל נרבע יציל ופרקינן במקיימי דבר הכתוב מדבר כלומר רובע ונרבע אינם בעלי דבר ואינם בכלל עדים. ע"כ: הילכך כל שמעיד דלא נתקדשה לו היינו עדות לעצמו ולא מקרי עדות והא דאמרו פלוני רבעו לרצונו הוא ואחר מצטרפין להורגו אינו ענין לזה כלל דכי קא מסהיד פלוני רבעו לרצונו הא קא מסהיד שתי עדויות חלוקין שאין צריכין זה לזה על שני עניינים חלוקין שיוצא מהם שני מעשים חד דפלוני רבע דהיינו חד עדות ואידך דמסהיד אנפשיה דנרבע לרצונו ואנן מהימנינן ליה אמאי דקא מסהיד אחבריה ולא מהימנינן ליה אמאי דמסהיד אנפשיה וכמאן דליתיה דמי ומהאי טעמא אמרי' דלא שייך בזה למימר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דעדו' דלנפשיה לא מיקרי עדות כלל וכי מדלית מהכא סהדותא דנפשיה הרי נשאר סהדות' דחבריה כשאר כל העדויות ומיהו כי מסהיד דלא נתקדשה ע"כ קא מסהיד דגם לעצמו לא נתקדשה ולגבי עצמו לא מיקרי עדות כלל כדי לבטל עדות המעידים דנתקדשה לו:

וכל שכן דבמה שאומר נמי דלא נתקדשה הויא ליה נוגע בעדות דלא מתסר בקרובותיה תדע דגרסינן בפרק האשה שנתאלמנה תנו רבנן שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרי' לא נתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת תצא ופריך גמרא מ"ש רישא ומ"ש סיפא ודחיק אביי ותרגמה בעד חרד וכו' ורב אשי דחיק לומר תרי ותרי ואיפוך שנים חומרים ראינום שנתקדשה וכו' ואם איתא דהמקדש שאמר לא נתקדשה מצטרף בהדיה אחר נוקמה לברייתא בהכין שנים אומרים נתקדשה לפלוני ואותו פלוני ואחר אומרים לא נתקדשה לא תנשא ואם נשאת לא תצא שנים אומרים נתגרשה דהיינו הבעל ואחד אומר נתגרשה זה רמה ימים ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת תצא דהבעל נוגע בעדות הויא דכדי לאיפטורי ממזונו' בימים שעברו הוא שמעיד כן והוה לים חד בהדי תרי ואין דבריו של אחד במקום שנים ומ"ה אם נשאת תצא והאי אוקמתא רויחא טפי מאינך אוקמתי דגמרא ואמאי לא מוקמינן לה לברייתא בהכין אלא ודאי משמע דאין המקדש מעיד לעצמו כלל ואפי'לומר דלא נתקדש' וכל שכן דנוגע בעדות הויא וכדכתיבנא:

הילכך דל מהכא הכחשת העדים האחרונים מזולתם דאפילו להביאה לבית הספק לא מה מהניא דחד לגביה חרי לאו כלום הוא וכדכתיבנא:

ומיהו מטעם דכל חד מוכחש מחבריה יש לבטל הקידושין דהא תרווייהו היו שם מתחלה ועד סוף דתרווייהו קא מסהדי על אכילת התפוח ואפרי' קא מסהיד דמתחילה בערמה שם הטבעת באצבעה שאמר לה ראי הטבעת של זהב שעשיתי לבתי וכו' ותחבו בחזקה ובזה לא היתה יכולה להשליכה מידה במהרה ולא העיד שנתרצתה בפי' בקדושין אלא שהלכה לה מיד. ויצחק העיד בקבלת עדות הראשון שנתן ר' אלעזר למואנסה טבעת אחת של זהב לקדושין וקבלתו ממנו ורצתה בו והלכה לה ושוב בירר בקבלת עדות האחרון שאמר לה בעת הקדושין הרי את מקודשת לי ומכל מקום אמאי דהעיד בראשונה קא סמיך אלא דהוסיף ובירר שאמר לה הרי את מקודשת לי משמע להדיא לפי דבריו דמתחלה לא הערים עליה כלל אלא דברעות נפשה קבלתו ממנו ולא תחבו בחזקה באצבעה אלא היא קבלתו ממנו ורצתה להדיא בקדושיו מדהאריך וקאמר בעדותו הראשון ורצתה בו והלכה לה:

מעתה יש לדון ולומר דמאחר דכל חד מוכחש מחבריה בכי האי גונא דעדותן בטנה דתנן במס' סנהדרין היו בודקין אותן בשבע חקירות באי זו שבוע באיזה חרש בכמה בחדש באי זה יום באי זו שעה ובאי זה מקום רבי יוסי אומר באי זה יום וכו' מכירים

אתם אותו התריתם בו קבל עליו התראה העובד ע"א את מה עבד ובמה עבד כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח מעשה שבדק בן זכאי בעוקצי תאנים מה בין הקירות לבדיקות וכו' ע"כ:

וכתב הר"ן ז"ל בחידושיו וז"ל דעת הרז"ה לוי ז"ל דמכירין אתם אותו התריתם בו הוי עיקר העדות ואם אמר אחד מהם איני יודע עדותן בטלה אבל עובד ע"א את מה עבד ובמה עבד הוי בדיקות ואם אמר אחד מהם איני זוכר את מה עבד ובמה עבד אבל יודע אני בודאי שעבד ע"א עדותן קיימת כדתנן במתניתין דאיני יודע בבדיקות עדותן קיימת אבל הר"ד ז"ל הקשה עליו דאי מכירים אתם אותו והתרית' בו ואמרו אין אנו יודעין עדותן בטל אם כן נפישי בהו חקירות ואנן שבע תנן ולי אינה קושיא דשבע חקירות דמנינן מלבד גופה של עדות מנינן והני הוו מגופה של עדות דאלו לא ידעו אם ישראל אם עובדי כוכבים ומזלות ולא ידעו אם התרו בו פשיטא דלאו כלום הוא: והר"ד ז"ל סובר שהשבע החקירות המנויות במשנתינו אין עדותן מתקיימת זולתם שאם לא שאלו אותם הדיינים אין עדותן כלום אבל מכירים אתם אותו וכו' ועובד ע"א וכו' אם לא שאלו אותן עדותן עדות שהעדים כך הם מעידים מעידים אנו באיש פלוני שחייב מיתה על שהרג את הנפש ויש בכלל דבריהם שהם ידעו שישראל הרג ושהתרו בו ושקבל עליו התראה אלא שיש להם לדיינין לבדקן ולשאול להם על כל דבר ודבר שאין לסמוך עליהם מן הסתם וכדומה לזה אמרינן בדיני ממונות היאך אתם יודעים שזה חייב לזה וכמו פירשנו שם אבל ודאי אם אמרו אין אנו יודעים אין עדותן כלום אלא שאי איפשר להם לומר כך שהרי אמרו שהוא חייב מיתה ומאי דמסיימינן במתניתין אם אמר אחד מהם איני יודע עדותן קיימת לא קאי אמכירין אתם אותו והתריתם בו שאי איפשר כמו שאמרנו ולא קאי נמי בעובד ע"א את מה עבד ובמה עבד שאף שם אי אפשר להם שיאמרו אין אנו יודעין שכיון שהעידו בו שעבד ע"א האיך יתכן שלא ידעו את מה עבד אבל מכל מקום בכלל הבדיקות הוא לענין שאם לא שאלו אותן שעדותן קיימת שמספיק בוא להם מה שאמרו שהוא חייב מיתה על שעבר עבירה פלונית זה דעת הר"ד ז"ל. עכ"ל הר"ן ז"ל. ורש"י ז"ל פירש מכירין ארם אותו ההרוג שמא עובדי כוכבים ומזלות היה וזו אינה מן החקירות של הזמה אלא כל שאר בדיקות אינו אלא להכחיש שמא לא יאמר כדברי חבירו ותבטל עדותם והוא והם פטורי' אבל מז החקירות של הזמה אי אתה מוצא יותר משבעה כדקאמר בגמרא ע"כ משמע לכאורה דס"ל לרב ז"ל דליכא אלא שבע חקירות לבד ומאי דקתני במתניתין מכירין אתם אותו וכו' אינו אלא בדיקות שאם הוכחשו בהם

בדיני נפשות עדותן בטלה וכדמסיים ואזיל אחד חקירות ואחד בדיקות בזמן שמכחישין זה את זה עדותן בטלה:

והרמב"ם ז"ל בפי' המשנה כתב וז"ל ואמרו מכירין אתם אותו התריתם בו אין זה מכלל החקירות והדרישות אלא הוא דבר שאין שם עדות שיצטרך דרישות וחקירות אלא עד שנדע שהתרו בו וחיוב אלו השבע חקירות ממה שנאמר באותם אנשים שחייבים מיתה ודרשת וכו' אלא השבעה חזוקים לעמוד על אמיתת הדבר ולעשות תכלית הדרישה והחקירה: ע"כ: משמע דס"ל ז"ל דאיברא דליכא אלא שבע חקירות ומיהו אינך דקתני במתניתין מכירין אתם אותו עדיפי מינייהו דהוי שבע חקירות אינו אלא לעמוד על אמיתת הדבר ולעשות תכלית הדרישה והחקירה אבל אינך דתלו בגוף המעשה עדיפי דבזולתם ליכא שום עדות:

ובפרק אחד דיני ממונות כתב הרב ז"ל בפי' המשנה וז"ל וההפרש בין חקירה ודרישה והבדיקה שהחקירה והדרישה הם הדברים המורים אל הענין בדין כגון שנאמר להם כמה הלוה לו ומתי בלוה לו ועל אי זה דרך הלוהו ובאי זה מקום הלוהו כלומר באי זה עיר ובדיקה הוא בדיקה בדברים שאינם מורים בענין כגון שנאמר אי זה בגד היה לובש המלוה או הלום בשעה שלקח המעות או עומד היה אחד מהם או יושב והמעות אם היו בבגד משי או בבגד צמר וכיוצא בדברים אלו שאין בהם שוב תועלת בענין הדין ע"כ:

ולכאורה משמע דפליג מדידיה אדידיה דבמשנה זו פירש דכמה הלוה לו ועל אי זה דרך הלוהו הוו מכלל הדרישות והחקירות ובאידך משנה פירש דהא דתנן מכירין אתם אותו אינו מכלל החקירות משמע דס"ל דליכא אלא ז' חקירות ובמאי דכתיבנא ניחא דכיון דעדיפי מז' חקירות להכי כי מחלק באידך מתניתין בין הדרישות והחקירות לבדיקו' קא מני להני מכלל הדרישות והחקירו' דהא חד דינא אין להו ולא דמו לבדיקות ועוד אפשר לומר דלא קאמר הרב ז"ל במשנה פרק היו בודקיו דאין זה מכלל החקירות אלא מכירין אתם אותו התריתם בו אבל מאי דקתני תוב העובד ע"א את מה עבד וכו' הוא מכלל החקירות וכן כתב בחיבורו בפ"א מה' עדות וז"ל ומכלל החקירות יתר על השבע השוות בכל שאם העידו עליו שעבד ע"א שואלין להן את מה עבד וכו' העידו שחלל את השבת שואלין אותן איזו מלאכה עשה והיאך עשה וכו' העידו שהרג את הנפש שואלין אותן במה הרגו וכן כל כיוצא בזה הרי הוא מכלל החקירות והדרישות הן הדברים שהן עיקר העדות ובהם יתחייב או יפטר והן כוונת המעשה שעשה וכיוון הזמן וכיוון המקום שבהם יזומו העדים וכו' ועוד מרבים לבדוק וכו' כיצד הן הבדיקות הרי שהעיד עליו שהרג ונחקרו בשבע הקירות שמנינו שהן בכוונת הזמן וכוונת המקום ונדרשו בכוונת

המעשה וכוונו הכלי שהרגו בו בודקין אותו ואומרי' להן מה היה לובש הנהרג או ההורג בגדים לבנים וכו' ע"כ: גם בפ"ב מהלכות עדות כתב וז"ל מה בין חקירות וכו' כיצד העידו שהרג זה את זה ואמר העד האחד כשנחקר בשבוע וכו' וכן כשדרשו במה הרגו אמר וכו' הרי עדותן בטלה וכו': ע"כ. משמע דס"ל דהחקירות הן כוונת הזמן וכוונת המקום והיינו הא דתנן היו בודקין אותן בשבע חקירות באי זה שבוע וכו' והדרישות הן כוונת המעשה והיינו הא דתנן העובד ע"א את מה עבד ובמה עבד והא דקא מני במתניתין החקירות ולא קא מני הדרישות מפני שהחקירות שוות בכל והדרישות ישתנו כפי המעשה דדרישות ע"א לחוד ודרישות שבת לחוד ודרישות יום הכפורים לחוד והיינו דתנן היו בודקין אותן בשבע חקירות וכו' ושוב העובד ע"א וכו' דהיינו דרישות ולא קא מני בהו ושוב תני בדיקות דקתני כל המרבה בבדיקות וכו' דהיינו בדיקות והא דקתני מכירין אתם אותו התריתם בו וכו' אינו לא מהחקירות ולא מהדרישות אלא היינו עיקר העדות שאין שם עדות שיצטרך דרישות וחקירות עד שנדע אם היה ישראל או עובדי כוכבים ומזלות ואם התרו בו וכמו שכתב בפי' המשנה זו היא כוונת הרב ז"ל והכין דייק לישניה בכמה דוכתי דחקירות לחוד ודרישות לחוד ומיהו לענין דינא הן שוין וליכא בינייהו מידי והא דקאמר הרב ז"ל ומכלל החקירות יתר על השבע השוות בכל שאם העידו עליו שעבד ע"א שואלין להן את מה עבד וכו' דמשמע דהיינו נמי חקירות ה"ק ומכלל החקירות פי' שדינן שוה לחקירות שחם העידו עליו שעבד ע"א וכו' ואלו הן דרישו' וכדכתיבנא אלא שהן שוין בדין ושניא מהבדיקות וכדקתני במתניתין וכדבעינן למכתב בס"ד וניחא לשיטת הרמב"ם ז"ל לישנא דמתניתין דקתני היו בודקין וכו' ומסיים ואזיל העובד ע"א וכו' ושוב תני כל המרבה בבדיקות וכו' ועלה קתני מה בין חקירות לבדיקות וכו' ואם איתא דהא דקתני העובד ע"ח חת מי עובד וכו' היינו מן הבדיקות היה לו לפרש להדיא אלו הן הבדיקות העובד ע"א וכו' כיון דחלוקין בדין לכך פריש הרב ז"ל דהיינו מן הדרישות ות וחקירות ודרישות שוין הן בדין אלא שחלוקין בענין ועוד אטו קתני מעיקרא מכירין אתם אותו התריתם בו דהיינו עיקר העדות ופתיך בהדיה העובד ע"א וכו' דהיינו בדיקות דגריעי מחקירות אתמהה גם שיטת הר"ד ז"ל דחיקא טובא דנימא דמכירין אתם אותו וכו' יהיה מן הבדיקות ומה שנדחק בזה לא נהירא הילכך שיטת הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה היא נכונה ואיפשר לפרש לשון רש"י ז"ל קרוב לזה דקשיא ליה לרש"י ז"ל אמאי לא מני במתניתין אלא ז' חקירות והא טובא הוו וכדקתני מכירין אתם אותו כו' כל המרבה בבדיקות וכו':

ותירץ דלא קא מני אלא ז' חקירות של הזמה אבל מכירין אתם אותו איברא דחקירה היא ומיהו אינה חקירה של הזמה ומאי דקאמ' כל המרבה בבדיקות וכו' אינה מכלל חקירה כלל ולא נצטוו בה אלא להכחיש שמא לא יאמר וכו' והכין דייק לישניה לקמן בפרק היו בודקין גבי הא דדריש הנה אמת נכון הא חד הרי שבע לשבע חקירות וכו' ופריך גמרא ושמונה חקירות מי איכא ופרש"י ז"ל מי מצית משכחת שמונה חקירות בדברים המביאין לידי הזמה ע"כ משמע דאיכא חקירות לבד מהני אלא דחקירות המביאין לידי הזמה אינן אלא שבע. וראיתי מי שהקשה על הרמב"ם ז"ל דגרסינן בפרק היו בודקין רב כהנא ורב ספרא תנו סנהדרין בי רבה פגע בהו רמי בר חמא אמר להו מאי אמריתו בה בסנהדרין דבי רבה וכו' ומאי קשיא לך מהא דקתני מה בין חקירות לבדיקות חקירות אמר אחד איני יודע עדותן בטלה בדיקו' אמר אחד איני יודע וכו' מכדי אידי ואידי דאורייתא היא מ"ש חקירות ומ"ש בדיקות ומשני הכי השתא בחקירות אמר אחד איני יודע עדות בטלה דהויא ליה עדות שאי אתה יכול להזימה בדיקות אמר אחד מהם איני יודע עדות קיימת עדות שאתה יכול להזימה הוא וקא מהדר להו רמי בר חמא אי הכי אמריתו בה טובא וכו' משמע דלא אמרי' דכי אמר איני יודע עדותן בטנה אלא דוקא בעדות שאי אתה יכול להזימה ולאו קושיא היא דלא הוקשה להם בגמרא על הדרישה דהיינו כוונת המעשה דבכי הא פשיטא דאם אמר איני יודע עדותן בטלה שהרי לא כיון בגוף המעשה אלא על בחקירות קא בעי דמאי כולי האי דבעינן לעכובא כל ז' חקירות ואפילו אם יאמר אמש הרגו אומרין לו באי זה שבוע וכו' לדעת הרמב"ם ז"ל וכמו שכתב הר"ן ז"ל וכדכתיבנא דהא אין זה בגוף המעשה אלא בדבר חיצוני כגון כעין הבדיקות ואי משום דהויא להו מדאורייתא בדיקות נמי הוו דאורייתא ומשני משום דהויא ליה עדות שאי אתה יכול להזימה ופרש"י ז"ל במשנה באי זה יום של שבת אף על פי שאמרו בכך וכך בחדש אף על פי כן שואלין להם באי זה יום בשבת היה לפי שכל השבע הללו באות להביאן לידי הזמה ושמא יש עדים להזימן ואין מעלין על לבן חשבון של חדש אם היו אלו עמהן אותו היום במקום אחר וכששואלין אותו באי זה יום והם אומרים ביום פלוני נזכרים עדי הזמה להזימה. ע"כ. והיינו נמי דמשני הכא בחקירות אמר אחד איני יודע עדותן בטלה דהויא ליה עדות שאי אתה יכול להזימה וכו' פי' בכולהו ז' חקירות איפשר דהזמה תלויה בה אבל בבדיקות לא שייך עמנו הייתם כלל והכין דייק נמי לשון רש"י ז"ל בגמרא:

ואם תשאל זה אומר בדיוטא העליונה וזה אומר בדיוטא התחתונה דעדותן מצטרפת וה"ה אם אמר איני יודע דעדותן קיימת אמאי והא משבע חקירות היא כדקתני ובאי זה

מקום ולא גרע מאומר אמש הרגו דאומרין לו באי זה שבוע ואם אמר איני יודע דעדותן בטלה וה"ה במכחישין בהכי:

תשובתך כבר תרצה הרמ"ה ז"ל דכי קתני צריך לאסהודי באי זה מקום היה מעשה אמקום דקיימי ביה סהדי קאמר כי היכי דתיקום עלייהו הזמה דאי מסהדי בבבל הרג פלוני את הנפש ואתו סהדי ומסהדי שבאותו היום עמנו הייתם בארץ ישראל ואלו הוו מכחשי אהדדי בגופו של מקום שהיו עומדין בו כגון זה אומר בבבל וזה אומר בארץ ישראל דאשתכח דלא הוה איפשר למחזנהו מחד דוכתא הכי נמי דמבטלא סהדותייהו דהא אתכחוש בדבר שהזמה תלויה בו אבל הכא מיירי שהשתי דיוטות הם קרובות זה לזה והעדים היו עומדים ברשות הרבים במקום אחד שאיפשר לראות שתי הדיוטות ממנו כיון דהאי מסהיד בדיוטה העליונה והאי מסהיד בדיוטה התחתונה ואפשר למחזנהו תרוייהו מחד דוכתא תרוייהו לענין הזמה כחד מקים רמו ולא מבטלא סהדותייהו. ע"כ. והכין משמע מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ג מה' עדות זה חומר בדיוטה העליונה היו כשהלוהו והשני אומר בדיוטה התחתונה היו וכו'. ע"כ: מדקאמר היו משמע דקאי על המלוה והלוה ולעיל מיהא דאיירי בהכחשה בחקירות קאמר או שאמר האחד בירושלים והשני אומר לא כי אלא בלוד היינו עדותן בטלה:

והכי נמי משמע מלשון רש"י ז"ל שכתב בפרק זה בורר וז"ל בדיוטה העליונה הלוהו מנה דיוטה עליה הבולטת לרשות הרבים על פני רוחב הבית ובני ר"ה עוברים תחתיה ע"כ משמע מלשונו ז"ל שהעדים היו בר"ה ומעידים על הלוה והמלוה ושהלוהו בדיוטה. אבל הריב"ש ז"ל כתב בתשובה סימן קצ"ד דההיא דזה אומר בדיוטה וכו' אף על גב דחי זה מקום חקירות היא אפ"ה לא חשבינן ליה עדות מוכחשת בחקירות דכיון דכולהו שוו דבדיוטה היה בין תחתונה לעליונה טעו אינשי ע"כ וכן כתב הר"ן ז"ל בחידושיו וז"ל בחקירות אף על פי שיהיו העדים שוין בראש הממון פוסלין עדותן שאחר שהזמת העדו' תלויה בחקירות אי איפשר לומר שלא יהו העדים מדקדקים בה ואף על גב דאמרינן בסמוך אחד אומר בדיוטה העליונה וכו' עדותן כשרה ואף על פי שהן מכחישין עצמן בחקירות התם היינו טעמא שעל ידי שהן מקומות קרובי' הוא צד קולא בדיני ממונו' שאין העדים מדקדקין כל כך בדיני ממונות ע"כ:

והילכך לשיטה זו מיירי דסהדי נמי הוו בהדי מלוה ולוה וזה אומר בדיוטה היו כולם המלוה והלוה והעדים וזה אומר בדיוטה התחתונה ואפ"ה הקלו בדיני ממונות שאין העדים מדקדקין כל כך בדיני ממונות והכין מתפרש נמי לשון הריב"ש ז"ל דבדוקא בדיני

ממונות הוא דאמרינן דבין תחתונה לעליונה טעו אינשי דבדיני נפשות ליכא למימר הכי דלא גרע מאומרין אמש הלוהו דמדקדקין עליהם לומר באי זה שבוע וכו':
ומכל מקום לדעת הרמב"ם ז"ל כוונת המעשה הוא מן הדרישות והיינו נדון דידן ויש בזה הודאת בעל הריב דהראב"ד ז"ל לא השיגו אכל מה שכתב בפ"א מהלכות עדות אלא על מה שכתב בפ"ב וכדבעינן למכתב בס"ד:
וכן כתב סמ"ג וז"ל יתר על השבעה היו חוקרין אותן מכירין אתם אותו התריתם בו ואם העידו עליו שעבד ע"א שואלין אותם מה עבד ובמה עבד וכן אם העידו עליו שהרג את הנפש שואלין אותם במה הרגו הדברים האלה נקראין חקירות. ע"כ:
ובקצת ספרים נפל טעות בלשון סמ"ג וכתב נקראים בדיקות והשיגו עליו אמאי לא הביא לשון הרמב"ם ז"ל דפליג ולא ידעתי אמאי לא השיגו עליו דלשונו עצמו מגומגם ופליג מדידיה אדידיה והנוסחא הנכונה היא כדכתיבנא וכן כתב הרב הגדול מהר"ר אייזק שטיין בביאורו לסמ"ג:
וכן כתב הרב המאירי ז"ל בריש פרק היו בודקין דעיקר המעשה היאך נעשה אף על פי שאין הזמה תלויה בהם הרי הן מכלל החקירו' והן נקראי' דרישות שכל שיאמר בהם אחד איני יודע עדותו בטלה ועוד האריך בזה:
נמצא דלדעת הרמב"ם ז"ל וסמ"ג והרב המאירי ז"ל כונת המעשה הוא מן החקירות והדרישו' ובשיטה זו אזיל ברמב"ם ז"ל שכתב גם בפ"ב וכן כשדרשו במה הרגו אמר הרגו בסייף וכן העד השני וכו' או שכיוון את השעה ואמר איני יודע במה הרגו ולא הבנתי בכלי שהיה בידו הרי עדותן בטלה. ע"כ. משמע דקא משוה בסייף הרגו ואדירן הרגו לע"א דתנן דבעינן שיאמר אי זו עבד ובמה עבד ואם אמר איני יודע עדותן בטלה ועל זה השיבו הראב"ד ז"ל וז"ל טעה בזה כי הבדיקות אם אמר איני יודע אין עדותן בטלה. ע"כ:
גם הר"ן ז"ל כתב דלא מחוור דבגמרא מוכח דבסייף הרגו ואדירן הרגו הוי בדיקות ובבדיקות אם אמר איני יודע עדותן קיימת כדאיתא בהדיא בפרק זה בורר דבסייף ואדירן מיקרי בדיקות ע"כ ואיברא דמההיא דזה בורר לא קשיא על הרב ז"ל וכדבעינן למיכתב בס"ד ומיהו מפ' היו בודקין קשיא טובא על הרב ז"ל דגרסינן התם אמר רב חסדא אחד אומר בסייף הרגו ואחד אומר באדירן הרגו אין זה נכון אחד אומר כליו שחורים ואחד אומר כליו לבנים הרי זה נכון ופריך גמרא אהא דקאמר אחד אומר כליו שחורים וכו' הרי זה נכון מדתנן מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנה פי' וקתני עלה מה בין חקירות וכו' אחד חקירות ואחד בדיקות בזמן שמכחישין זה את זה עדותן בטלה ומשני אמר

רמי בר חמא כגון שעקץ תאנה בשבת דעלה קא מקטיל פי' והיינו סייף ואדירן ופריך תו עלה והתניא אמרו לו תחת תאנה הרגו פי' אלמא דבשפיכו' דמים מיירי ולא בענין שבת ומשני אלא אמר רמי בר חמא כגון ששפדו ביחור של תאנה פי' והיינו סייף וארירן ופריך מיהא דתניא אמר להן תאנה זו עוקציה דקין עוקציה גסין תאנים שחורות תאני' לבנות ואהדר אמר רב יוסף מבן זכאי לותיב איניש וכו' ע"כ וקשיא טובא אי סייף ואדירן היינו חקירות מאי משני כגון שעקץ תאנה בשבת וכו' וכגון ששפדו ביחור של תאנים והא במתני' קתני לה להאי דבן זכאי בבדיקות דתנן כל המרבה בבדיקות הרי זה משובח מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים מה בין חקירות וכו' ועוד קשיא אי מאי דקאמר רב חסדא בסייף ואדירן אין זה נכון משום דהויא ליה חקירות והא דקאמר בסיפא אחד אומר כליו שחורי' וכו' היינו בדיקות ומ"ה קאמר הרי זה נכון משום דהויא ליה בדיקות דהכי אית לן למימר בע"כ דסיפא היינו בדיקות דבפרק זה בורר עלה הא דאמר רב יהודה עדות המכחשת זו בבדיקות כשרה בדינו ממונות קאמר רבא מסתברא מילתיה דרב יהודה באחר אומר בארנקי שחורה וכו' אבל אחד אומר מנה שחור וכו' אין מצטרפין ופריך גמרא וארנקי שחורה בדיני נפשות לא והאמר רב חסדא אחד אומר בסייף וכו' אחד אומר כליו שחורי' וכו' ואהדר גברא גברא קא רמית" ע"כ. משמע להדיא דסיפא דרב חסדא בבדיקות קא מיירי ומשמע דמ"ה קאמר הרי זה נכון משום דהוו להו בדיקות וקשיא דהא במתניתין קתני להדיא דבמכחישין אפילו בבדיקות עדותן בטלה:

והרמ"ה ז"ל בחידושיו פירש דהא דרב חסדא כולה בבדיקות מיירי וכמו דס"ל להראב"ד ז"ל והוקשה לו מ"ש רישא מ"ש סיפא ותירץ דסיפא דרישא כיון דההיא מילתא דמתכחשי בגוה מילתא דצריכי לאסהודי בה למידע אי מחייה במידי דחזי למיתה ניהי כדתניא שמעון התימני אומר מה אגרוף מיוחד שמסור לעדים וכו' לא מצטרפי סיפא כיון דקא מתכחשי במילת' דלא צריכי לאסהודי עלה מצטרפי ע"כ ואע"ג דאדירן היינו כלי ברזל או רומח להרמב"ם ז"ל או גרזן או איזמל לבעל הערוך וקי"ל דאין כלי ברזל צריך אומד ומה לי סייף ומה לי אדירן מ"מ כיון דהויא מילת' דצריכי לאסהודי ביה מעיקרא בדיקה כעין דרישה הויא ומ"מ ס"ל ז"ל דרב חסדא בבדיקות מיירי וכן כתב הר"ן ז"ל וז"ל פרש"י ז"ל דרב חסדא ס"ל דכי אמרי' במתניתין דמכחישין בבדיקות עדותן בטלה היינו דוקא בבדיקות שהן בגופה של עדות כסייף ואדירן אבל כליו שחורים וכליו לבנים אפילו במכחישין עדותן קיימת ולפום האי פירושא שמעת בהדיא דדווקא במכחישין זה את זה בסייף ואדירן עדותן בטלה אבל אמרו אין אנו יודעין אם בסייף אם באדירן הרגו עדותן קיימת שלא כדברי הרמב"ם ז"ל ע"כ ונראה דס"ל להרמב"ם

ז"ל דכיון דממתניתין משמע דהא דשיילינן לעובד ע"א את מי עבד ובמה עבד דהיינו דרישה וכדכתיבנא לעיל משמע דה"ה סייף ואדירן היינו דרישה דאי משוית חילוקא ביניהו משום דכיון דחזא דתקע בלבו גוף אחד והרגו מה לנו לידע אם היה סייף או אדירן ומ"ה מדלית ליה מן בחקירו' מהאי טעמא גופיה היאך מחלק בהכחשה בין סייף ואדירן לכליו שחורין ומתניתין סתמא קתני דבמכחישין עדותן בטלה אפילו בבדיקות ואי משום דסייף ואדירן הויא בגופא של עדות והא לא סגי לה בהאי טעמא לעיוליה בחקירות לכך ס"ל להרב ז"ל דכל מידי דהויא בגופה של ערות דרישה מיקרי ולהכי קאמר אין זה נכון ורב חסדא נקט הגרועה שבדרישות וקאמר דאין לחלק בדרישות דבכל גוונא דהויא בגופה של עדות ומכחשי אהדדי אין זה נכון אבל בבדיקות יש לחלק דאף על גב דמתניתין סתמא קתני דבמכחישין עדותן בטלה בבדיקה דגריעא כגון אחד אומר כליו שחורין וכו' הרי זה נכון ופריך עלה מעוקצי תאנה פי' דהעדים העידו שהרגו תחת התאנה ובדק בן זכאי אי עוקצים של תאנה זו היו ארוכות או קצרות ואין לך בדיקה גרועה מזו ועלה קתני במתני' דבמכחישין עדותן בטלה ומשני כגון שעקץ תאנה בשבת דעלה קא מקטיל והיינו בדיקה מעולה ולא דמיא לסייף ואדירן דמקרי דרישה משום דהויא מילתא רבה כי לפעמי' לאסהודי בה למידע אי מחייה במידי דחזי להמית אבל מי שקץ וחתך תאנה בשבת למה לן למידע אי עוקציה היו ארוכות או קצרות בכל גונא דתלש התאנה ממקום חבורה חייב ומיהו מכל מקום כיון דמקטיל עלה בדיקה מעולה היא דדמיא לדרישה דהויא בגופה של ערוה ופריך תו מדתניא אמרו לו תחת תאנה הרגו ומשני כגון ששפדו ביחור של תאנה פי' והא דקתני במתניתין ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים אעוקץ יחור התאנה ששפדו בו קאי ולאו היינו השני קצוות של היחור אם היה דק או גס דאם כן היינו סייף ואדירן דהא בעינן למידע אם היה ראוי לתקוע ביחור זה בבטן האדם אלא אמקום דבוק הפרי והעלין שביחוד שלאחר שנתלשו נשארו ביחור כעין עוקצים ופגימות ועל אותם בדק אם היו דקין או גסין וזהו בדיקה מעולה דהיינו לבדוק בסימני גוף הכלי שהרג בו ומיהו אינו דרישה דמה לנו לידע סימני היחור הרי העידו שיחור של תאנה תקע בו אבל סייף ואדירן לידע מעיקרא במה הרגו היינו דרישה ופריך תו מדתניא אמר להן תאנה זו עוקציה דקין וכו' תאנים שחורות וכו' דבשלמא מתניתין יש לתרץ דבדק בעוקצי היחור ששפדו בו אבל הא דתניא תאנים שחורות וכו' לא קאי אלא על התאנים ובתאנים עצמן אי איפשר להרוג והיינו בדיקה גרועה והדרא קושיין דמעיקרא לרב חסדא ואסיקנא דרב חסדא כרבנן ס"ל ולית הלכתא כוותיה אלא אפילו במכחישין בכליו שחורים ולבנים עדותן בטלה דמתניתין סתמא קתני דבמכחישין עדותן

בטלה כנ"ל ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל גדול המחברים. ודע דס"ל להרב ז"ל דמנה זה שהלוהו אם היה ממטבע פלוני או ממטבע פלוני אף על גב דדמיהן שוין היינו דרישה ומנה שחור ומנה לבן כיון שהוא מטבע אחד ודמיהן שוין אלא שזה חדש וזה ישן היינו בדיקה עי' בפ"ג מהלכות עדות:

והילכך כיון דס"ל להרב ז"ל דכוונת המעשה ביינו דרישות אמטו להכי בדיני ממונות נמי אם הכחישו זה את זה בכוונת המעשה עדותן בטלה וכן כתב הרב ז"ל בפ"ג מהלכות עדות וז"ל אף על פי שאין עידי ממונות צריכין דרישה וחקירה אם הכחישו העדים זה את זה בדרישו' או בחקירות עדותן בטלה ואם הכחישו זה את זה בבדיקות עדותן קיימת כיצד אחד אומר בניסן וכו' או שאמר אחד בירושלם וכו' עדותן בטלה וכן אם אמר האחד חבית של יין וכו' עדותו בטלה שהרי הכחישו בדרישה אבל אם אמר וכו' ע"כ. פי' נקט בחקירות תרתי כיוון הזמן וכיוון המקום ובדרישה נקט חדא וה"ה כל כיוצא בזה וזה הדין הוא מוסכם מכל הפוסקי' אשר מהם תצא תורה לישראל וכן נראה מהגמ' בפרק זה בורר עדות המכחשת זו את זו בבדיקות כשרה בדיני ממונות משמע להדיא דהמכחשת זו את זו בחקירות ובדרישו' פסולה בדיני ממונות:

וכן כתב הרמ"ה ז"ל להדיא בפרק אחד דיני ממונות וז"ל ברם את צריך למידע דכי אמרינן דהודאות והלואות לא בעו דרישה וחקירה הני מילי דאי לא מסהדי באי זה יום וכו' לא מבטלא סהדותייהו אבל היכא דאסהידו באיזה יום וכו' ואתו סהדי ואזמינהו קיימא עליהו הזמה דעד כאן לא תקינו רבנן אלא דלא ליבעי דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין אבל היכא דאמרי אינהו ביום פלוני ואיתומו לא תקינו רבנן לאוקומי סהדותייהו וסוגיין בכוליה גמרא הכין וכו' ולא תימא עד דאתו סהדי ומוזמי להו אלא אפילו היכא דמתכחשי אינהו בחקירות דתליא בהו הזמה עדותן בטלה כדאמר רב יהודה עדות המכחשת וכו' בבדיקות אין בחקירות לא והתם בהודאות והלואות קא מיירי כדמפרש ואזיל ע"כ. הא קמן דעדות מוכחשת בחקירות עדותן בטלה וכדדייק לה מיהא דרב יהודה ולא תידוק מלישניה דדוקא בחקירות דתליא בהו הזמה דאיכא למימר דלרבותא נקטינהו וכ"ש דרישות דתלו בכוונת המעשה וכדכתיבנא לעיל ומשום דפתח בהזמה נקט תוב חקירות דתלו בהזמה גם הטור ז"ל כתב בפשיטות דאם הכחישו זה את זה בדרישות וחקירו' דעדותן בטלה גם בדיני ממונות:

וכן כתב סמ"ג וכן פשיטא ליה לריב"ש ז"ל בכמה דוכתי בתשובותיו והכין משמע מלשון הרי"ף ז"ל דפסק בפרק זה בורר כנהרדעי דאמרי אפילו אחד אומר מנה שחור וכו' מצטרף ומייתי נמי אחד אומר בדיוטא העליונה וכו' דהיינו בדיקות כדכתיבנא

משמע אבל בחקירות אינו מצטרף מעתה אין לך לחוש למאי דכתוב בספר התרומות די"א דעדים המכחישים זה את זה בחקירות כשר בדיני ממונות וכו' דהיא סברת יחידית נגד כל הני רבוותא דכתי'. מעתה בנדון דידן דאיתכחוש בגופה דעובדא דהיינו דרישו' לדעת הרמב"ם ז"ל הא ודאי דעדותן בטלה ואפשר דאפילו לאותה סברא דמייתי בספר התרומות דוקא בדיני ממונות ומשום דקיל להו לסהדי לא דייקי וכמו שכתב הר"ן ז"ל וכדכתי' לעיל אבל בקידושין דהיינו ערוה החמורה ותליא במילי הא ודאי דדייקי סהדי ואי איתכתוש עדותן בטלה:

ומיהו הראב"ד ז"ל השיגו בההיא דסייף ואדירן וכדכתיבנא ונראה דבנדון דידן יודה דדווקא סייף ואדירן הוא דהוו בדיקות דמה לנו לידע אי בסייף אי באדירן דכיון דהעידו דהרגו במידי דחזי להמית מה לנו לידע אי בסייף חי באדירן חבל בנ"ד דהכחשתן בעיקר דינא דכמה דיני תלוי בזה חי קבלתה היתה מתחלה כרצונה או בערמה והכי נמי אי נתרצית לבסוף להדיא אי שתקה והלכה לה ודאי דסהדי דייקי בכל מילתא ומילתא והיינו דרישה דתליא בגוף המעשה תדע אי ס"ל להראב"ד ז"ל דליכא אלא ז' חקירות דהיינו כיון הזמן וכיוון המקום אבל כיוון המעשה היינו בדיקות אמאי לא השיגו בפ"א אלא ודאי משמע להדיא כדכתיבנא דגם הראב"ד ז"ל מודה דכוונת המעשה היינו דרישה ואכתי איכא למידק דבפ"א כתב הרמב"ם ז"ל דמכלל הדרישות היינו שאם העידו שהרג את הנפש שואלין אותן במה הרגו והילכך מאחר דקרי להו דרישות ע"כ אם אמר איני יודע במה הרגו עדותן בטלה וכיון דכן היה לו להראב"ד ז"ל להשיגו בפ"א בשורש הדין ונראה דבפ"א הוה מצינא לפרושי דהא דשואלין להן במה הרגו היינו כדי לידע אם היה בכלי כדי להמית ואם יאמרו איני יודע הא ודאי דעדותן בטלה אבל בפ"ב כתב ואמר איני יורע במה הרגו הבנתי בכלי שהיה בידו הרי עדות בטלה משמע דקא מסהדי דשפיר יודעי' שהיה בו כדי להמית אבל לא הבינו עצמות הכלי דהיינו אי בסייף אי באדירן דהא ודאי תרוייהו אית בהו כדי להמית ועוד דבהדיא קאמר בפ"ב וכאילו אמר הא' ברביעי בשבת וכו' או שאמר הא' בסייף הרגו והשני אמר ברומח וכו' משמע להדיא דזה אומ' בסייף וזה אומר באדירן דתרוייהו כלי ברזל דאין לו אומד ואפ"ה קרי ליה דרישה ואילו בפ"א הוה אמינא כגון זה אומר במקל וזה אומר בסייף דמקל צריך אומד דהכי ודאי הויא ליה דרישה ואמטו להכי השיגו הראב"ד ז"ל בפ"ב ולא בפ"א ומכל מקום ס"ל ז"ל דלאו דוקא ז' חקירות דה"ה כוונת המעשה הויא להו דרישות ונדון דידן עדיפא טובא מההיא דסייף ואדירן וכדכתיבנא הילכך להראב"ד ז"ל עדותן בטלה:

ואפילו לדעת הר"ז הלוי ז"ל דמשוה סייף ואדירן לע"א את מה עבד ובמה עבד ובתרוייהו אמר איני יודע עדותן קיימת מסתברא דדוקא באומ' איני יודע דעדותן קיימת אבל במכחישין זה את זה בכגון בדקות אלו עדותן בטלה תדע למאן דמפרש מילתיה דרב חסדא בבדיקות וכדכתיבנא לעיל הרי דרב חסדא מחלק בבדיקו' בהכחשה ואילו לגבי אומ' אינו יודע עדותן קיימת וכדתנן להדיא במתני' ועוד דגרסינן בפרק זה בורר אמ' רב יהודה עדות המכחשת זו את זו וכו' וקאמר עלה רבא מסתברא מילתיה דרב יהודה באחד אומר בארנקי שחורה וכו' אבל אחד אומר מנה שחור וכו' אין מצטרפין ופליגי עליה נהרדעי ואמרי אפי' אחד אומר מנה שחור וכו' משמע דלא פליגי אלא כגון מנה שחור וכו' שאין ההכחשה בעיקר הדבר דמנה שחור ומנה לבן שוין הן בדמיהן אבל כל שיש הכחשה במידי דתליא ביה עיקר מילתא כבנדון דידן אף בבדיקות עדותן בטנה לכ"ע:

ובירושלמי בפרק היו בודקין גרסינן רב אמר הכחיש עדות בתוך עדות לא בטלה העדות ור' יוחנן אמר הכחיש עדות בתוך עדות בטלה העדות דברי הכל הכחיש העדות לאחר עדות לא בעלה העדות. חייליה דרבי יוחנן מקרא דמר ר' בא בר חייה בשם ר' יוחנן הוחזק המונה זה אומר מן הכיס מנה וזה אומר מן הצרור מנה הכחיש עדות בתוך עדות אוף רב מודה שבטלה העדות. מה פליגין כשהיו שתי כתי עדים אחת אומרת מן הכיס מנה ואחת אומרת מהצרור מנה הכחיש עדות בתוך עדות בטלה עדות וכרב לא בעלה עדות. אחת אומרת לתוך חיקו מנה ואחת אומרת לתוך פונדתו מנה דברי הכל הכחיש עדות לאחד עדות לא בטלה עדות אחר אומר בסייף הרגו ואחד אומר במקל הרגו הכחיש עדות בתוך עדות אוף רב מודה שבטלה בעדות מה פליגין כשהוא שתי כיתי עדים אחת אומרת בסייף וכו' אחת אומרת לצפון פנה ואחת אומרת לדרום פנה דברי הכל הכחיש עדות לאחר עדות לא בטלה העדות חייליה דרב מהדא דתנינא תמן וכו' מתניתא פליגא על רב אחד חקירות ואחד בדיקות בזמן שמכחישין זה לזה עדותן בטלה וכו' אמר רבי מנא פתר לה רב עד בעד אמר רבי אבין אפילו יפתר כת בכת שניא היא לדיני נפשות דכתיב צדק צדק תרדוף. ע"כ. פי' עדות תוך עדות היינו מידי שאינו בעיקר הדבר דפתיך בעדות העיקר כגון זה אומר מן הכיס וזה אומר מן הצרור דעדות ההלואה שראו שמנה לו מעות היינו עיקר העדות ומה שמעידין נמי אם היה מן הכיס הוא עדות אחר ויש חילוק בון כשמעידי' עדות זה קודם שנשלם העדות לאחר שנשלם העדו' דקודם שנשלם העדות כגון זה אומר מן הכיס מנה וכו' היינו עדות בתוך עדות שבתוך מה שמעידין שמנה המעות מעידין נמי שמן הכיס מנה אבל כשמעידין לתוך חיקו מנה הרי לאחר שהעידו שמנה מעידין שלתוך חיקו של לוה מנה והרי זה עדות לאחר העדות וה"פ

חייליה דרבי יוחנן מהדא דמר פי' סייעתא דרבי יוחנן מהדא דאמרינן לעיל פי' דלעיל מיהא מייתי בירושלמי תמן תנינן מי שהיו שני כתי עדים מעידים אלומעדים שנזר שתים ואלו מעידין שנזר חמש ב"ש אומרי' עדותן אין כאן נזירות וב"ה אומרי' יש בכלל חמש שתים ויהא נזיר שתים ופליגי עליה רב ורבי יוחנן רב אמר בכלל נחלקו אבל בפרט כל עמא מודו נחלקה העדות ורבי יוחנן אמר במונה נחלקו אבל בכולל כל עמא מודו שיש בכלל חמש שתים וכו' ואם היינו מהפכים סברת רב לרבי יוחנן הוה ניחא דחייליה דרבי יוחנן מיהא דאיתמר אבל לגירסא זו לא ניחא שוב מצאתי בפ"ג דנזיר בירושלמי דגרסינן איפכא וז"ל רב אמר בכולל נחלקו אבל בפורט כל עלמא מודו יש בכלל חמש שתים וכו' רבי יוחנן אומר במונה נחלקו אבל בכולל כל עלמא מודו נחלקה העדו' אין כאן נזירות והשתא ניחא דאזיל רבי יוחנן לשיטתיה דוק ותשכח פי' במונה כת אחת אומרת חדא תרתי וכת אחת אומרת תלת ארבע חמש ובהכי איכא למימר דלא נחלקה דכולהו מודו כחדא תרתי אבל בכולל דהיינו כת אומרת תרתי וכת אומרת חמש ע"כ מכחישין זה אה זה דזאת אומרת שנים וזאת אומרת חמש ובמה שמוציאין מפיהם ליכא צד דלא מכחשי בהו ולהכי נחלקה עדותן לד"ה: רבי בא ברבי חייא וכו' השתא אחא לפרושי פלוגתייהו הוחזק המונה וכו' פי' תרוייהו מודו שמנה הלא שזה אומר מן הכיס וכו' זהו הכחיש עדות בתוך עדות דעד שלא העידו שמנה המעות ללוה הם מכחישים זה את זה ונמצא דמעיקרא א נפק עדותן בהכחשה וכל חד וחד שוברו עמו וכיון שהאחד שקרן שוב אין כאן עדות ומ"ה אוף רב מודה דבטלה עדותן מה פליגי כשהיו שני כיתי עדים אחת אומרת מן הכיס מנה וכו' לרבי יוחנן בטלה עדות דהרי הכחיש עדות בתוך עדות ורב סבר דלא בטלה עדות דכיון דשתי הכתות מעידין דהלוה לו מעות לא איכפת לן אם יוכחשו דזאת אומרת מן הכיס מנה וזאת אומרת מן הצרור דסוף סוף הרי יש כאן שנים כשרים שאינם משקרים אחת אומרת לתוך חיקו וכו' פי' מאחר דכבר העידו שמנה מעות ללוה בלי שום הכחשה לא איכפת לן אם שוב לאחר כך יוכחשו בקבלת הלוה היאך היה אם לתוך חיקו או לתוך אפונדתו והיינו עדות לאחר עדות ולדברי ככל לא בטלה עדותן ועד השתא פי' פלוגתייהו בדיני ממונות והשתא מפרש פלוגתייהו בדיני נפשות אחד אומר בסייף ואחד אומר במקל היינו הכחיש עדות בתוך עדו' דעד שלא נגמר עדות ההריגה הוכחשו ואין כאן עדות כלל דכל אחד מכחיש חבירו ולהני אף רב מודה דבטלה עדות מה פליגין כשהיו שני כתי עדים וכו' אחת אומרת לצפון פנה וכו' בקצת ספרים גרסינן נטה והכי פי' לצפון נטה הנהרג אחר שהרגו ואחת אומר לדרום הרי הכחיש עדות לאחר עדות דלאחר שהעידו שנהרג נפל ההכחשה והקשו על רב

ממתניתין דקתני בזמן שהן מכחישין זה את זה עדותן בעלה ומשני אמר רבי מנא פתר לה רב עד בעד פי' בכת אחת דמכחשי אהדדי דלדברי הכל עדותן בטלה ולעולם פליגי אפילו בדיני נפשות וכדכתי' ורבי אבין משני אפילו יפתר כת וכת וכו' והילכך לא פליגי בדיני נפשות אלא בדיני ממונות:

נמצינו לדעת הירושלמי דבכת אחת דקא מכחשי אהדדי בעדות בתוך עדות דברי הכל עדותן בטלה אפילו בדיני ממונות ואיברא דגמרא דידן קא מייתי הא דאמר רב יהודה עדות המכחשת זו את זו בבדיקות כשרה בדיני ממונות ומיהו לאו בכל גוונא קאמר דיש לנו לקרב הדעות תדע דקאמר רבא מסחברא מילתיה דרב יהודה באחד אומר בארנקי וכו' וקשה קצת דרב יהודה כייל דבכל גוונא עדות המכחשת וכו' כשרה בדיני ממונות ומשמע דבכל גוונא קאמר ואיהו מחלק אליביה דבר יהודה אתמהה ובהאי דגרסינן בירושלמי ניחא משום דידע רבא הך פלוגתא דרב ורבי יוחנן דהיינו אימוראי קשישי דפרכינן מינייהו לכלהו בתראי כמו ממשנה ובריית‍א וכמו שכתבו המפרשי' ז"ל בכמה דוכתי להכי רצה רבא לחלק ואף על גב דפליגי נהרדעי וקי"ל כוותייהו בנדון דידן דהיינו מילתא דתליא בגופא דעובדא וכדכתיבנא לעיל לאו עדות בתוך עדות מקרי אלא חד עדות הוא וביה הוכחשו וכיון דכן אפילו תימר דהיינו בדיקות כ"ע מודו דעדותן בטלה:

והילכך מטעם דכל חד מוכחש מחבריה כדכתיבנא יש לבטל הקדושין ואינה צריכה גט:

גם יש לבטל הקדושין מטעם דכל חד מוכחש מנפשיה דיצחק אמר בקבלת עדות האחרון שהוא מברר מה שהעיד בראשונה שנתן אלעזר למואנס"ה טבעת אחת של זהב לקדושין וקבלתו וכו' שאמר לה בעת הקדושין שנתן לה הרי את מקודשת לי באותה טבעת וכו' ונחזי אנן אי בקבלת עדות הראשון היו אברהם סבע ויצחק במעמד אחד בפני הב"ד והעיר בפניו אברהם סבע שראה את רבי אלעזר שנתן למואנס"ה טבעת אחת של זהב ואחר כך חמר לה לקדושין ונתלהלה בו ואמרה בלשון ערבי אי אי ע"כ. ועדות זה ודאי לית ביה מששא כלל חדא דלא אמר לה אלא לאחר מתן מעות והיא לעגה עליו ואמרה אי אי וגם מעיר בבירור דלא אמר לה אלא לקידושין והאי לישנא לא מהניא כלל וכמו שכתב הרשב"ץ ז"ל בתשובה על אחד שאמר קח טבעת זו קדושין של בתך שאינו כלום שאינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש ועוד דכל שאמר קדושין הן לא אמר כלום כיון שלא אמר קדושין יהו או הרי הן קדושין דבעי לשון שיוכיח להבא ושוב בא יצחק והעיד באותו מעמד שנתן רבי אלעזר למואנס"ה טבעת אחת של זהב לקדושין וקבלתו ממנו ורצתה וכו' משמע דפליג עליה דאברהם סבע בחדא ומודה ליה בחדא פליג עליה במאי דקאמר דנתלהלה בו ואמרה בלשון ערבי וכו' וקא מסהיד איהו דרצתה

בקדושיו והלכה לה ומודה לעד הראשון במאי דקאמר דלא חמר לה אלא לקדושין מדלא פי' להדיא שאמר לה בפי' הרי את מקודשת לי כי היכי דפירש להדיא שרצתה בו והילכך כמאן דפרישׁ להדיא דלא אמר לה אלא לקדושין דמי ויגיד עליו ריעו וכדכתיבנא מעתה מה שחזר ואמר דרוצה לברר דבריו שאמר לה הרי את מקודשת לי אינו אלא סותר דבריו הראשונים הוי ועדותו בטלה:

ומיהו אם יצחק העיד בראשונה אי נמי אפילו העיד באחרונה אלא שלא שמע דברי אברהם סבע בזה יש לדון דבתחלה סתם ואחר כך פי' אופן הקדושין וכבר כתב הר"ן ז"ל בתשובה דכל שאנו יכולין לכוין דברי העד כדי שלא תהא עדותו מכחשת יש לנו לכוון דבריו שכשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראין מכחישין זה את זה כדי שתהא עדותן מכוונת תולין זה בכל מה שאיפשר כדי שלא יהא אחד מהם רשע וכו' אף בעדות עד אחד שהעיד וחזר והעיד יש לנו לכוין את דבריו בכל מה שנוכל. ע"כ. ואין לדחות ראיה זו דאדרבה יש לנו לתרץ דברי שני עדים שיהא עדותן מכוונת דמיניה קא יליף הרב ז"ל לעדות עד אחר והרי אברהם סבע העד האחד מעיד שלא אמר אלא לקידושין דהא ודאי ליתא דבלאו הכי נמי הרי הם מכחישים זה את זה ואחד מהם הוא רשע:

ומיהו הר"ן ז"ל כתב מעיקרא באותה תשובה שכל דבר שהעדים מצויין לטעות בו יכולין לברר דבריהם ואין בזה חוזר ומגיד משמע דוקא דשהעדים מצויין לטעות בו ובנדון דידן כל העולם חושבין שצריך שיאמר לה הרי את מקורשת לי ובמאי טעה שלא אמר כן מעיקרא לכך קרוב הדבר לומר שאפילו אם לא שמע דבריו אברהם סבע שאין זה בירור אלא סתירה:

ואפילו כי מדלית הכחשה זו של יצחק מהכא ולא תרצה לבטל עדות מחמת וכן הרי מכל מקום עדותן בטלה דאפרים העד באחר פשיטא ודאי דהוא מוכחש מנפשיה דבקבלת עדות הראשון אמר שלא היה יודע שום עדות בקדושין זולתו ששמע שאומרים לו בעת נתינתן את הקידושין בס"ט בס"ט והלך לו והניחם ומה שחזר והעיד בקבלת עדות האחרון הויא ליה חוזר ומגיד ומ"ה עדותו בטלה:

ומיהו ראיתי להרב המובהק כמהרר"י קארו ז"ל שכתב בח"ה סימן כ"ט ובכסף משנה פ"ג מהלכות עדות דדווקא כשהעיד בב"ד אינו יכול לחזו' בו אבל אם שאלוהו עדותו על ואמר איני יודע יכול לחזור ולהעיד אם נתן טעם לדבריו:

והביא ראיה מפרק גט פשוט דגרסינן התם ההוא תברא דהוה חתים עלה רבה בר חנן אתא לקמיה ההיא אתתא אמרה ליה לאו אנא הואי אמר אנא נמי אמרי לאו איהי היא ואמרו לי מיקש הוא דקשה לה ובגר ליה קלא אמר אביי אף על פי דאמור רבנן כיון

שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחיה למידק ע"כ משמע דדוקא בכה"ג שהעיד בתחלה דלאו איהי היא דאמרינן ביה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודוקא לצורבא מרבנן הוא דחוזר ומגיד בכל כה"ג אבל אילו אמר מתחלה לא ידענא ליכא למימר כיון שהגיד וכו' דכל שאמר איני יודע לא מיקרי מגיד:

ויש מי שדחה ראיה זו דהאי נמי שאיני יודע הוא דהא לא קאמר דלא נתקבלה כתובתה אלא על חתימתו קא מסהיד דדלאו איהי ואינו יודע אם נתקבלה כתובתה:

וליתא דכתב המרדכי ז"ל בסוף פרק שבועת העדות נשאלתי על מעשה שאירע שהקהל הטילו חרם בב"ה על כל מי שיודע עדות שיעיד קודם שיצאו מחצר בית הכנסת ויצאו ולא העידו ולאחר זמן באו עדים שהיו שם בבית הכנסת בשעת החרם ואמרו לא שמנו אל לבנו אז להעיד ועתה זכרנו ובאנו להעיד והשיב ז"ל דמקבלין עדותן דהא אמרינן בפ"ב דכתובות רב אסי הוה ידע ליה סהדותא לרב כהנא אמר לו לאו הכי והכי הוה אמר לו לא ידענא לסוף אדכר ליה רב אסי אזל אסהד ליה וכו' ולא דמי להא דתנן השביע עליו חמשה פעמים בב"ד וכפר אינו חייב אלא אחת ואמר רבי שמעון מה טעם הואיל ואינו יכול לחזור ולהודות די"ל דשאני התם דכפרו לגמרי וכיון שהגיד שוב אינו חזר ומגיד ע"כ:

וראיתי מי שפירש לשון זה דקא מחלק המרדכי בין שותק כההיא דהטילו חרם בב"ה ויצאו ולא העידו לאומר איני יודע דכיון דאומר בפיו אינו יודע לך עדות קום עשה מיקרי ולא נהירא דהא מייתי המרדכי ראיה מהא דפרק שני דכתובות רב אשי הוה ידע ליה סהדותא לרב כהנא אמר לו לאו הכי והכי הוה אמר לו לא ידענא לסוף אדכר וכו' אלמא דלא שני ליה בין שותק לאומר לא ידענא אלא נראה דהכי מחלק דכשאומר לא ידענא דאינו זוכר העדות כההיא דרב אשי שלא היה זוכר ולבסוף אדכר ליה דאמר לו רב כהנא לרב אשי מי דכיר מר האי סהדותא אמר לו לאו ולאו הכי והכי הוה אמר לו לא ידענא לסוף אדכר וכו' ע"כ אלמא לא ידענא אינו זוכר קאמר בכה"ג חוזר ומגיד אבל אם תבעו הנה שיבא ויעיד לו שביום פלוני היו במקום פלוני ולפניו הלוה את פלוני והשיב לו בריא לי שאיני יודע מזה כלום דרמינן אנפשאי דמעולם לא נמצאתי בזה אי נמי נמצאתי ביום פלוני ובמקום פלוני ולא ראיתי שהלוית לאותו פלוני כלל וזהו כפרו לגמרי דכתב הרב הרמב"ם ז"ל בסוף לשונו עלה דההיא דהשביע עליו חמשה פעמים וקרוב לזה חילק הרא"ש ז"ל כלל נ"ט והכי נמי נפרש לשון הר"ן ז"ל בס"ד. מעתה קשיא טובא אי ההיא דגט פשוט דיינת ליה דמי שאומר שאינו יודע אם נתקבלה כתובתה תקשי עלה דההיא

דכתב המרדכי דהא קמן באיני יודע לא מהימנינן לחזור ולהעיד אלא לצורבא מרבנן אבל לאיניש דעלמא אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד:

אלא הנכון דמאי דקאמר רבה בר רב חנן מעיקרא לאו איהי היא היינו כפירה גמורה דמחמת שנשתנה קולה אמר בריא לי דלאו איהי היא ותגבה בשטר כתובתה שמוציאה ותברח לאו כלום הוא ואי לאו דצורבא דרבנן הוא ה"א כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ואם תשאל סוף סוף מאי מייתי המרדכי ז"ל מההיא דרב כהנא ורב אשי דהויא ליה צורבא מרבנן ודילמא צורבא מרבנן שאני. תשובתך בפ"ב דכתובות לא שניא ליה בין צורבא מרבנן לאיניש דעלמא לגבי האי דאמר לא ידענא וחוזר ואמר דכירנא והא דקאמר התם דאי צורבא מרבנן הוא אפילו עצמו וכו' ה"פ דמעיקרא בעי עצמו מאי פי' אם בעל דין עצמו מזכירו לעד עד שנזכר מאי ומסיק עצמו לא ואי צורבא מרבנן הוא אפילו עצמו פי' דצורבא מרבנן אי לאו דכי רמי אנפשיה מדכר שפיר לא הוה סמיך אספיקא למיקם ואסהודי ואהא מייתי הא דרב כהנא ורב אשי דלא אסהיד רב אשי משום דסמך על דברי רב כהנא אלא משום דאיהו רמי אנפשיה ומיהו בההיא דאמר לא ידענא ושוב חזר ואמר רמי אנפשיה ואדכרי לא שניא לן בין צורבא מרבנן לאיניש דעלמא דתרתי לא עבדינן משום דהויא ליה צורבא מרבנן חדא שהבעל דין יזכירנו וגם שיחזור ויגיד אלא ודאי דכל איניש יכול לחזור ולהגיד בכל כ ה"ג ולא מייתרינן לצורבא מרבנן אלא הא דבעל דין מזכירו אי נמי יש לפרש דהמרדכי מפרש ואי מצורבא מרבנן הוא הבעל דין לא יטעים לו אלא האמת שירא מחטא ולא יבא להכשילו בדבר שאינו נזכר וכן פירשו רבינו האיי גאון ז"ל והר"מ ז"ל אלמא העד לא שני לן בין שהוא ת"ח או לא:

ומכל מקום ליכא למילף מהתם כלל דנבעי העיד בב"ד ממש כדי שלא יוכל לחזור ולהגיד דה"ה נמי איני יודע אלא דמעשה שהיה כך היה ואפילו בכה"ג צורבא מרבנן יכול לחזור ולהעיד בנותן טעם לדבר כההיא דרבה בר חנן:

עוד הביא ראיה מהירושלמי דקאמר העדים שהעידו בין לטמא וכו' ומלשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ג מהלכות עדות כל עד שנחקרה עדותן וכו' כללו של דבר כל דברים שיאמר העד וכו' ומלשון הטור שכתב אחר שנחקר עדותן בבית דין אינו יכול העד נחזור וכו' דאלמא משמע דדוקא כשהעיד בב"ד אינו יכול לחזור ולהעיד אבל באומר איני יודע יכול לחזור ולהעיד:

ואין כל אלו ראיות כלל דהא כתב הר"ן ז"ל בתשובה סימן מ' דהא דקאמר בירושלמי העדי' שהעידו וכו' אם עד שלא נחקרה וכו' משנחקרה וכו' לאו למימרא שאף בדיני ממונות דלא בעי דרישה וחקירה דיכולין לחזור בהם אחר שנתקבל עדותן בב"ד כיון

שלא נחקרה עדותן דליתא בודאי דמכיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומעיד וכו' ע"כ:

והילכך לא נקט הירושלמי האי חילוקא דמשנחקרה ולא נחקרה אלא משום דיני נפשות ודיני קנסות ודין מרומה וכן הרמב"ם ז"ל וכדכתיבנא לעיל ונראה דבאומר איני יודע אפילו בדיני קנסות מכיון שאמר איני יודע הרי נגמרה עדותו ושוב אינו יכול לחזור ולהעיד דהא לא שייך בטענת איני יודע דרישה וחקירה וכל מידי דליכא דרישה וחקירה לאחר שנתקבלה עדותו נגמרה עדותו ואינו יכול לחזור ולהעיד ואמטו להכי הירושלמי והרמב"ם ז"ל והטור ז"ל דבעו לפלוגי בין משנחקרה לעד שלא נחקרה לא נקטי לה אלא כשהעיד בב"ד ממש דשייך ביה דרישה וחקירה דאילו באיני יודע לא שייך לחלק דמשהעיד בב"ד איני יודע הרי נגמר עדותו:

עוד הביא ראיה מההיא דמרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוזאה דאמרינן התם דמשום דאלמא הוא חדא עבדי תרתי לא עבדי משמע והכי קאמר חדא דשתקי מלהעיד האמת וחדא דמסהדי לא עבדי' ולא ידעתי מהו אטו אי שתיק מלהעיד האמת מי ליכא עבירה בידיה אלא דהכי קאמר דחדא עבדי אף על גב דעבירה בידם מורין היתר לעצמן דמפני אלמותו ויש חשש סכנה פטורין הם מלהעיד אבל להוסיף על חטאתם פשע לא עברי וז"ל רש"י ז"ל בפרק המפקיד תרתי לא עברי מיראתך יעשו אחת שישתקו אבל שתים לא יעשו לא דיין שישתוקו ולא יעידו האמת אלא שיעידו שקר ע"כ והיינו כדכתיבנא ועוד מה עניו שתיקה שלא יבא לב"ד כלל להיכא שבא לבית דין ואומר איני יודע וכן כתבו התוספות להדיא בפרק המפקיד תרתי לא עבדי חדא שישתקו מלהעיד וחדא שישקרו ויאמרו אין אנו יודעין או שיאמרו אינו אחיו. עד כאן. הא קמן להדיא דקא משוו אין אנו יודעין לאומר אינו אחיו:

גם הריטב"א ז"ל כתב בחידושיו פרק המפקיד וז"ל סוף סוף אתו ומשקרי פי' רש"י ז"ל שיעידו שקר שאינו אחיו ופרקינן תרתי לא עבדי כלומר חדא עבדי שישתקו אבל תרתי לא עבדי שיעידו שקר וקשה לי סוף סוף אתו ואמרי אין אנו יודעין ויכבשו עדותן:

ומורינו ז"ל פירש סוף סוף אתו ומשקרי שאמרו אין אנו יודעין עדות זו דאילו להעיד שקר חס ושלום לא נחשדו ישראל וכל שכן בזה שהוא שלא לצורך דמסתייה למה שאמרו אין אנו יודעין ואמרינן תרתי לא עבדי שלא יבאו מחמת יראה ואם יבאו שיכבשו עדותם וקיימי באם לא יגיד ונשא עונו דאיתיה אפילו בלא שמיעת אלא כדמוכח בריש פרק הכונס וכדכתב שם ר"י. עד כאן לשונו הריטב"א ז"ל:

הא קמן להדיא ממקום שבא דכל שיאמרו בבית דין אין אנו יודעין קיימי בלא וגיד וכן כתבו התוספות ז"ל להדיא בפרק הכונס והרא"ש ז"ל שם וכן פי' רש"י ז"ל בפרק שבועת העדות וכן כתב הרמ"ה ז"ל בחידושיו בפרק נגמר הדין וז"ל כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לבטל מה שהגיד תחלה דכתיב אם לא יגיד אם לא הגיד לא נאמר אלא אם לח יגיד לומר לך שכיון שהגיד בבית דין שאינו ידוע לך עדות שוב לא יגיד וכן בכל דבר שהעד מגיד בבית דין בזמן שרוצה לחזור בו ע"כ:

וכן כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ע"ו וז"ל אם אמר אני ראיתי ראובן דר בבתים ולא נתתי באותה שעה לב כמה דר בו הרי הגיד שאינו יודע לו עדות אף על פי שאמר אחר כך נתתי אל לבי וזכרתי אינו חוזר ומגיד כי ההיא דשבועת העדות כיון שאמר פעם אחת אין אנו יודעין לך עדות אינן חוזרין ומגידין אבל אם אמר איני זוכר עתה כמה דר בו יכול לומר נתתי אל לבי וזכרתי כי לא כפר שלח. היה יודע אלא מה שהיה יודע בודאי אמר ומה שהיה מסופק באותה שעה לא רצה וכו'. ע"כ:

וכן כתב הר"ן ז"ל בתשובה דאם אמר בתחלה שלא שמע מעולם שמת ואחר כך אמר ששמע שמת כה"ג היא הכחשה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. עד כאן:

ומיהו תנן בפרק שבועת העדות שבועת העדו' כיצד אמר לעדים באו והעידוני שבועה שחין אנו יודעין וכו' או שאמרו לו אין אנו יודעין לך עדות משביע אני עליכם ואמרו אמן וכו' והקשו המפרשים ז"ל כיון שכבר אמרו אין אנו יודעין לך עדות כשהשביען אחר כך ולא הודו מפני מה הן חייבין כפירת דברים בעלמא היא דכיון דאמרו אין אנו יודעין לך עדות אין יכולין לחזור ולהודות. ותירצו הרמב"ן ז"ל. והרשב"א ז"ל. והריטב"א ז"ל. דבחוץ לב"ד היא דאי בב"ד כיון שאמרו אין אנו יודעין לך עדות אינן יכולין לחזור ולהעיד והקשה הר"ן ז"ל על תירוצם ותירץ הוא ז"ל דקרוב לומר דאם לא יגיד דמיניה דרשינן דאינו חוזר ומגיד בתר ושמעה קול אלה כתיב ומפני שדרך העדים להשמט שלא להעיד אף על פי שאמרו בתחלה אין אנו יודעים אי בתר שבועה אמרו יודעין אנו לא מיקרי חוזר ומגיד שלא השיאתם תורה עון באין יודעין אלא בתר אלה ואף על גב דאמרינן עדים החתומים וכו' שאני התם דלא שייכא אלה דכבר נגמר עדותם אבל בעל פה אין עדותם נגמר אלא בתר השבעת תובע וכו'. ע"כ ולאו למימרא דסבירא ליה להרב ז"ל דליכא נשיאו' עון בכובש עדותו אלא בתר אלה דהא בפרק הכונס עלה הא דאמרינן והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ופריך גמרא במאי עסקינן אי לימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגידו נשא עונו והקשו בתוספו' והא האי קרא בשעבר על שבועתו מיירי כדכתיב ושמעה קול אלה ותרצו בתוספות

דקרא ה"ק כשעובר בדבר שאם לא היה מגיד היה נושא עון אם שמע קול אלה חייב קרבן והקשה הרשב"א ז"ל על תירוץ זה דמנא ליה דה"ק דמקשה כל כן בפשיטות דאורייתא נמי מחייב:

ונראה לי דמדכתיב ושמעה קול אלה והוא עד וכו' ואם לא יגיד וגו' ולא כתוב ולא יגיד משמע דקרא ה"ק כשעורר על הדבר שאם לא יגיד וכו' וכמו שכתבו התוספות והרשב"א ז"ל תירץ דממילא שמעינן לה דההיא כששמע קול אלה אף על פי שלא ענה אמן היא ואפ"ה כשלא הגיד איכא נשיאות חטא ואם איתא דכשלא שמע קול אלה וכופר בעדותו בב"ד ליכא נשי אות חטא ולא חייבתו תורה להעיד למה מביא קרבן על שמיעת קול בלבד אטו מי שאומר לחבירו משביע אני עליך שתאמר כן וכן שראית ולא הגיד מי מחייב וקרובין שאינן מעירין לו אינן חייבין מפני שאין בעדותן כלום ואין חייבין להעירו ואף הכשרין בכיוצא בהן אם לא היו חייבין להעידו כל שענו אמן ע"כ הא קמן דפשיטא דאפילו לא שמע קול אלה וכופר עדותו בב"ד איכא נשיאות עון והכי תנן להדיא בפרק אחד דיני ממונות ושמא תאמרו מה לנו ולצרה הזאת והלא כבר נאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד וכו'. עד כאן:

אלא משמע דהכין קא תריץ הרב ז"ל דאיברא ודאי אילו כפרו:

בבית דין אבל אין אנו יודעין והלכו להם דאיכא נשיאות עון ואם שוב יבאו ויעידו בלא שבועה אינן חוזרין ומגידין דהגדה קמייתא עדיפ' ומיהו אם על ידי שבועה יחזרו ויעידו ליכא בזה חוזר ומגיד דהגדה בתרייתא עדיפא דהויא ליה על ידי שבועה וכל דלבסוף שמעה קול אלה לא השיאתו תורה עון אלא בתר אלה שדרך העדים להשמט ולא נגמר עדותן אלא בתר השבעת תובע והיינו דכתיב אם לא יגיד בתר ושמעה קול אלה אבל אם לא השביעם לבסוף לא קפיד קרא אלא אהגדה קמייתא והיינו מאי דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו ודרשינן מדכתיב אם לא יגיד ולא כתיב אם לא הגיד כיון שהגיד שוב אינו וכו' ואפילו בלא שמיעת קול מיירי מדכתיב אם לא יגיד ולא כתוב ולא יגיד וכדכתיבנא לעיל:

עוד תירץ הר"ן ז"ל שקרוב הדבר דמאין יודעין ליודעין אנו לא מיקרי חוזר ומגיד אלא בראשונה לא הגידו כלום ועכשיו מגידין וכי אמרינן שאין יכולין לחזור ולהודות לא מטעם חוזר ומגיד אלא משום דלא מצו משוו נפשייהו רשיעי' שהרי כפרו בתחלה אחר שהשביעם ע"כ:

וקשיא טובא דבתשובתו כתב בפשיטות איפכא ועוד אטו מי פליג אכולהו רבוותא דפשיטא להו דכל שאמר העד בפני ב"ד איני יודע אינו יכול לחזור ולהעיד דהוא יודע וכדכתיבנא ונראה דכי קאמ' הרב ז"ל דמאין יודעים ליודעים אנו לא מיקרי חוזר ומגיד

לאו בכל גוונא דאין יודעים קאמר דאיכא כמה גווני דאין יודעים דהוו הגדה ואינו חוזר ומעיד כגון דתבען הלה שיבואו ויעידו שביום פלוני היו במקום פלוני ולפניהם הלוה את פלוני והללו משיבין איברא דביום פלוני היינו במקום פלוני ובריא לן שלא עבר מזה כלום הא ודאי דהגדה גמורה היא וכן כתב הרב בעל בעיטור ז"ל דאף על גב דתנן לא ראינו אינה ראיה היכא דתרוייהו כי הדדי נינהו כי אמר האחד לא ראיתי ה"ל כאומר לחבירו לא ראית וה"ל הכחשה: ע"כ. ואפילו אם משיבין איברא דביום פלוני היינו במקום פלוני:

ומיהו לא נתנו לב באותה שעה לידע אם אתה נתתה לו שום מעות ולא דקדקנו בזה כלל גם זאת היא הגדה וכמו שכתב הרא"ש ז"ל וכדכתיבנא לעיל אי נמי דמשיבין רמינן אנפשין ובריא לן דמעולם לא נמצינו עמך ביום פלוני במקום פלוני ומוחזק אצלינו שביום פלוני היינו במקום אחר שלא כדבריך האי נמי הגדה מיקרי והיינו מה שהשיב בתשובה דאם אמר בתחלה שלא שמע מעולם שמת ואחר כך אמר ששמע שמת דהויא ליה הכחשה פי' דקאמר בתחילה דבריא לו שלא שמע מעולם שמת דעד אותו היום בחזקת חי הוא לו ושוב קא מסהיד ששמע שמת ובחזקת מת ביה אצלו הא ודאי דהכחשה היא:

ומיהו אם משיבין איברא דנמצינו עמך ביום פלוני במקום פלוני ועסק ממון היה בניכם ובאותה שעה ידענו הדבר:

ומיהו עתה אין אנו זוכרים אם אתה נתת לו שום מתנה או הוא הלוה לך או אתה הלוית לו הא ודאי דאינה הגדה וכמו שהשיב הרא"ש ז"ל וכדכתיבנא לעיל אי נמי איפשר דסבירא ליה להרב ז"ל דכשאומרין אין אנו זוכרין כלל אם היינו עמך מעולם דכל כה"ג לא הויא הגדה ובהכי אוקי הא דתנן או שאמרו לו אין אנו יודעין לך עדות משביע אני עליכם וכו' דקאמרי אין אנו זוכרין והילכך אם שוב יעידו שיודעים פי' דרמינן אנפשין ודכירנא העדות וכך היה דאינו נקרא חוזר ומגיד דבראשונה לא הגידו כלום דהא אין זוכרין קאמרו:

וקשיא להרב ז"ל דאם כן הא דקתני נמי בההיא מתניתין השביע עליהם חמשה פעמים בפני ב"ד וכו' אמר ר"ש מה טעם מפני שאינן יכולין לחזור ולהורות בכה"ג נמי מיירי דקא אמרי אין אנו יודעין דלא דכירנא שום עדות ואי הכי הרי יכולין לחזור ולהגיד:

ותירץ דלאו מטעם חוזר ומגיד קאמר אלא משום דלא מצו משוו ונפשייהו רשעים שהרי כפרו אחר שהשביעם פי' דמאחר שהשביעם אפילו דקאמרי אין אנו זוכרין כפירה מיקרי ועבירה בידם דהוו להו למירמי אנפשייהו מיראת השבועה ולמדכר ומ"ה משוו נפשייהו

רשיעי אבל כל שלא השביעם ואמרו אין אנו זוכרין יכולין לחזור ולהעיד. זו היא שיטת הר"ן ז"ל. וגם בזו פליגי קצת רבוותא ז"ל דהא הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל לא אשכחו פתרי למתניתין לא ברוץ לב"ד:

וכן כתב הרשב"א ז"ל להדיא בתשובה וז"ל אות העד שהעיד שבפנינו נתקדשה כיון שהאחרים אומרים שלא נתקדשה בפניהם אין חוששין לו וכו' והעד האחר ששאלו ולא רצה להעיד ואמר שמעולם לא יעיד כיון שלא העיד בפני ב"ד שנתקדשה אינו כלום והרי זו מותרת לינשא ואינה צריכה גט אלא שיש לחוש שמא למחר הוא בא ויאמר שנתקדשה בפניו ונמצאו בניה ממזרים והנה זה עובר על שאינו מעיד ואם אינו רוצה להעיד יחרימו בבית הכנסת שכל מי שיודע בזה עדות שיבא ויעיד ואם זה אינו מעיד ונשא עונו. אחר כך ראיתי כתב אחר בשאלה זו שכתוב בו שהשלשה אמרו בפני ב"ד שלא ידעו בקידושין ולא בממון שהוא תובע ממנה אלא שאחד מהם חזר אחר מכאן ואמר שיש לו מזכרת וכו' ואם הדבר כן אין בדבריו כלום שאפילו שחזר ואמר שנתקדשה אין בדבריו כלום שכל עד שאומר בפני ב"ד איני יודע אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי ויודע אני כמו שמבואר במסכת שבועות ואם הדבר כן הרי היא מותרת בלא גט ויתירוה ב"ד ויכתבו מיה פסק דינה ויתנו בידה כדי שיהא לה לראיה ולזכות. ע"כ:

ועוד האריך ותשובה זו היא מהתשובות כתיבת יד אשר בידי מלבד התשובות של הדפוס. גם מהרר"י קאר"ו ז"ל הביא תשובה זו בספר אבן העזר סימן מ"ב:

והילכך מדכייל וקאמר שכל עד שאומר בפני ב"ד איני יודע אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי וכו' משמע דאפילו באומר איני זוכר קאמר דשוב אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי ואפילו בנותן טעם משמע דסבירא ליה דאינו יכול לחזור ולומר יודע אני דהא בעד הראשון שלא רצה להעיד כתב ז"ל דמותרת לינשא אלא שיש לחוש ובשאלה השניה כשכתבו לו שהעידו שלא ידעו בקדושין החליטה להתר ואמר שיתירוה ב"ד ויכתבו מיד פסק דין ויתנו בידה ולא חש שמא למחר יאמר העד יודע אני ויתן טעם ואמתלא לדבריו על מה שאמר מעיקרא איני יודע אלמא משמע דלא שני לו בין אומר איני זוכר לאומר איני יודע בבירור ובין נותן טעם לאינו נותן טעם גם בפרק הכונס עלה הא דאמרינן אמר רבי יהושע ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואלו הן הפורץ וכו' והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ופריך גמרא במאי עסקינן אילימא בתרי פשיטא וכו' כתב ז"ל מה שאמרו חייב בדיני שמים היינו בשכפר בב"ד אבל שלא בב"ד אף מדיני שמים פטור שהרי יכול לחזור ולהעיד בב"ד אף על פי שכפר בחוץ וכדאיתא התם בשבועות ע"כ: משמע דהיודע עדות ואינו מעיד בב"ד ואפילו אמר איני זוכר חייב

בדיני שמים שהרי אינו יכול לחזור גם מלשון הרא"ש ז"ל משמע כן דדווקא באומר איני זוכר עתה יכול לומר נתתי אל לבי וכו' וכדכתיבנא לעיל אבל באומר איני זוכר כלל משמע דאינו יכול לחזור ולומר נזכרתי:

נמצא דבאומר איני זוכר פליגי בה רבוותא דלהר"ן ז"ל יכול לחזור ולהעיד יודע אני ולהרשב"א ז"ל ודעימיה אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי ולהם שומעין דהמה רבים וגם הר"ן ז"ל לא פסיקא ליה ולא שבקינן פשיטתייהו דאינך רבוותא מפני ספקו ז"ל. וכשאמר איני יודע בבריא כגון שאמר הייתי שם ולא ראיתי מזה כלום ואפילו אומר לא נתתי אל לבי לראות לכ"ע אינו יכול לחזור ולהגיד וכדכתיבנא לעיל:

מעתה בנדון דידן מה שהעיד אפרים מתחילה שנמצא עם אלעזר ומואנס"ה ולא ראה שום קדושין זולתי ששמע אומרים בס"ט בס"ט הגדה גמורה הויא לכ"ע ואינו חוזר ומגיד וכל שכן כי נתן טעם לפגם שאם פחד מהשובאשי שהיו מעלילים על המקדש והעדים לא היה לו להעיד כלל כי המשחית לא יבחין וגם מה שאמר שפחד מהשופרות והנדויין והאיומים אינו טעם דאדרבה מחמת כדהיה לו להעיד האמת ולא לכבוש עדותו בערוה החמורה:

הילכך עדות אפרים הויא ליה עדות מוכחשת בלי ספק מוכחש מנפשיה ומוכחש מחבריה ולשיטת הרמב"ם ז"ל ודעימיה דפ"ל דבדין מרומה כל שלא נחקרה עדותן בב"ד כמאן דליתיה דמי מעתה עדויות הללו ראשונים ואחרונים שלא היו בדרישה וחקירה כמאן דליתנהו דמי ודל נמי מהכא ההכחשה ואם יחזרו העדים ויעידו בפני ב"ד הגון בקי בדרישות והקירות ויחקרו עדותן היטב ותמצא מכוונת הא ודאי שיהיה עדותן קיימת:

ומיהו איתתא תשתרי מעתה ואין לנו לחוש פן יבואו ויעידו ויכוונו עדותן בכל הדרישות והחקירות. וגדולה מזאת כתב הריב"ש ז"ל בחשובה סימן קכ"ג על אשה אלמנה שאמר עליה איש אחד שנתקדשה. לו והוציא קול שיש עדים בדבר שקרשה אלא שיצאו מן העיר לא הרחיקו יותר ממהלך שני ימים ועתידין הן לחזור והיא מכחשת אותו שלא נתקדשה שאין מעכבין אותה מלינשא וכיוצא בזה כתבו הרשב"א ז"ל והרשב"ץ ז"ל בתשובותיה' וכ"ש בנדון דידן דרחוק הדבר מאוד שיחזיקו עוד ברשעתם ויכוונו דבריהם בכל הדרישות והחקירו' וכמה וכמה חטאים בנפשותם באו לפנינו לענות סרה על בנות ישראל ולא מצאו ידיהם ורגליה' ות"ל מעולם לא זכו בדין בזה כי הרבה פתחים למקום לברר וללבן עקלקלותם ולהוליכם את פועלי האון ומאת הנצב על חומת אנך היתה זאת לתת עדת חנף גלמוד ולהניח בת אברהם אבינו ע"ה יושבת בקדושתה ולא תהיה בזה

כקדשה וכמה וכמה ראינו אשר לא השלימו שנתן העדים ולא המקדש כי חפץ ה' להרים מכשלה כזאת מישראל לבלתי ידח ממנו נדח:

ומכל מקום לענין דינא אין לחוש לזה כלל ולשיטת הרא"ה ז"ל והריב"ש ז"ל דלא מצרכי דרישה וחקירה בדין מרומה לעיכובא כיון דאתכחשו להו סהדי תו ליכא למיחש להו כלל:

והילכך בנדון דידן בהצטרפות כל הטעמים דכתיבנא ליכא למיחש לעדויות הללו אם משום דלא נתקבל העדות בפני האשה וגם דהויא דין מרומה גמור ולא נתקבל עדותן בדרישה וחקירה וגם דהויא ליה עדות מוכחשה בתרי גווני דכל חד מינייהו מוכחש מחבריה ומחמתיה:

ומיהו אין לבטל עדות זה מטעם דאמר יצחק העד לשון באותה טבעת דמשמע דהויא שתיקה לאחר מתן מעות דלא כלום הוא דהא העיד בהדיא שכך אמר לה בעת הקדושין שנתן לה ואם הלשון מקולקל לית לן בה וגדולה מזו כתב בעל ארחות חיים בשם הרשב"א ז"ל המקדש בכוס ואמר לה הרי את מקודשת בטבעת זו אם ראתה במה מקדשה אף על פי שאמר לה בטבעת זו הרי היא מקודשת שהרי פשטה ידה וסברה וקבלה וכו' זהו שנ"ל ומכל מקום נכון לחזור ולקדש לצאת מידי ספק שמא תפשוט ידה ותקבל קדושין מאחר וכו' עד כאן:

הילכך כיון דהעיד בהדיא שכך אמר לה בעת הקדושין און לבטל משום דאמר באותה טבעת ומה שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן ק"ע אינו ענין לכאן דהתם העידו שני העדים שבתחלה זרק לו הטבעת בחיקו של אבי הנערה ואח"כ אמר לו הרי בתך בולאר"ה מקודשת לי ונסתייע מלשון הקדושין שאמר באותה טבעת ואף על גב דגם בנדון דידן אברהם סבע העיד שמתחלה נתן לה ואחר כך אמר לה ומעתה יש לנו לתקן דבריו דקרי ליה עת הקרושין כל זמן דעסקי בהכי ואפי' לאחר נתינה מיד כי היכי דלא ליתכחשי אהדדי וכמו שכתב הר"ן ז"ל בתשובה דיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראין מכחישי' זה את זה כדי שתהא עדותן מכוונת בכל מה שאיפשר כדי שלא יהא אחד מהם רשע ע"כ ומה גם היכא דיש דקדוש לשון במה לתלות מדנקט באותה טבעת ליתא דסוף סוף הא מתכחשי בלאו הכי וכדכתיבנא ועוד מאי חזית דתפסת אברהם סבע הרי אפרים מעיד שהים בעת הקדושין לכן נראה שאין לבטל מטעם זה כלל:

ואין אנו צריכין לטעם זה כלל דמתלת או ארבעי טעמי דכתיבנא אין לחוש לעדיות אלו ואיתתא דא שריא לעלמא ואינה צריכה גט כלל וכל שכן שאין מוציאין מידה מה שתפסה ולא אבדה מזונותיה כלל:

ואם היינו דנין אותה בספק מקודשת היה איפשר לדון דמוציאין מידה מה שתפסה דכתב הרמב"ם ז"ל בסוף פרק י"ח מהלכות אישות האשה שהיה לה ספק גירושין ומת בעלה אינה ניזונית מנכסיו שאין מוציאין מיד היורש מספק. ע"כ. ומה שנשארו הנכסים בידה ואהלים כאשר המה ואפילו שקנתה באחת מדרכי הקניות לא מיקריא תפיסה אלא לאכול המזונות שחייבין לה היורשין אילו היו הנכסים בידם והיינו כדיהיב טעמא בריב"ש ז"ל בתשובה סימן ק"ז משום דכיון דיש רשות ליורשי' למכור במטלטלין ואפילו בקרקעות מה שמכרו מכרו ואין מוציאין למזונות ומ"ה חכמים כדי לקיים תנאי כתובה ואת תהא יתבת בביתי ומתזנא מנכסי וכו' אמרו ליפות כחה במטלטלין שאיפשר לתפסן שתועיל לה תפיסתה אבל לא ייפו כחה כל כך שתאכל מהם ספק מזונות מה שלא היו חייבין היורשין אילו היו הנכסים בידם ואין לי להאריך בזה מאחר שהדין פשוט לעניות דעתי שאשה זו בעדויות אלו אינה מקודשת כלל ואינה צריכה גט:

ומיהו הא כתיבנא לעיל שכתב במרדכי בפרק אחד דיני ממונות דהשיב ר"י להצריך גט להסיר. הלעז ורצה לפרסם התרה ולולי כן לא היתה מוזקקת לכך כי מן הדין יש לפוטרה בלא גט וכו':

מעתה בנדון דידן הגם כי מדינא אינה צריכא גט חוששין ללעז כי ראיתי פסק קטן הכמות על רב האיכות ערוה החמורה גוזרת אמר כפיתקא דנפלא מרקיעא להיותה מקודשת גמורה על פי קבלת העדות האחרון ומצלו עינוהי מרמאי וכחש לא מסיימי ולא חזינא מאן חתים עלה ותארם כאלדים עולים מן הארץ אשר גזרתם יופיע ישפיע: או לרבנן סבוראי והגאונים אשר קבלתם תכריע. ואנן יתמי דיתמי הלואי כמה וכמה ראיות נציע. ואמת נוכל להביע. וגם ארי שבחבורה עוקר הרים ופקיע. יורה יורה ברתת וזיע. מאימת מפגיע. פן יפגע האמת ויפגיע. ויצריח אף יריע. ופוק חזי גדולי הדורות שלפנינו הריב"ש ז"ל והרשב"ץ ז"ל כמה האריכו למעניתם שיקבלו הרובן את תשובתם והאמת להודיע. ואפיריין נמטייה להחכם השלם כמהר"ר משה אלשיך נ"ר אשר איזן וחקר בהאי דינא ומקהי קהייהא במילי מעלייתא נגד הגזרה להעמידנו על אמתת הדין ולירד לעומקו ולא להפסיע. וחווריה כתלג חיוור בלשון של זהורית כזוהר הרקיע:

ומכל מקום דינא קש ורכם ולהלכה ולמעשה משמע לי דאשה דא שריא לעלמא בלא גט אבל חוששין ללעז וחוששין לכבודן של ראשונים ואמטו להכי צריכה גט ולא מדינא הילכך לא אבדה מזונותיה ולא מפקינן מידה מה שתפסה. הנלע"ד כתבתי ומפי עליון תצא להצילנו מהכשל בדבר הלכה וינקנו משגיאות ויראנו נפלאות מתורתו ועינו תחזינה בבנין המקדש וההראל הצעיר מר ונאנח בצלאל בכה"ר אברהם אשכנזי ז"ל:

סימן ו

שאלה. ראובן תושב קושטנדינה הרשה את אחיו לוי תושב טוליטולה לקדש את לאה בת יעקב תושב טוליטולה וקדשה בפני עדים כשרים ויהי בבקר בקש לוי מהעדי' שיחתמו לו כתב עדות איך קדש את לאה בת יעקב מתושבי טוליטולה על שם אחיו ראובן והשיבו לו העדים כי בשעת הקדושין לא שמענו ולא ראינו שקדשת אותה לשם אחיך ראובן רק סתם ואנחנו מסופקי' אם אמרת בשעת הקדושין הרי את מקודשת לי או אם לא אמרת לי ובראותו לוי המקדש ככה עמד וקדשה פעם אחרת בפני עדים כשרים לשם אחיו ראובן ולאה נשאת לגר בלי גט מלוי ילמדנו רבינו אם בניה הם פסולים לבא בקהל מטעם ספק קדושין או לא:

תשובה. כתב הטור בא"ה סימן ל"ה השולח לחבירו לקדש לו אשה וקדשה לעצמו הרי זה רמאי ומה שעשה עשוי אפילו אמר לה תחילה פלוני שלחני לקדשך לו ובשעת נתינת הקדושין אמר לה הרי את מקודשת לי סד"א לי דאמ' לעשות שליחותי לקדשך למי ששלחני לקדשך ותהא מקודשת לראשון אפ"ה מקודשת לשני ודוקא שהאשה שמעה והבינה יפה קודם קבלת הקדושין שאמר הרי את מקודשת לי שאם לא כן אדעתא שאמר תחילה לקדשה לפלוני קבלה קדושין ואם טעה השליח וכשהיה לו לומר הרי את מקודשת לפלוני אמר לי אין כאן מיחוש ע"כ:

מעתה הדין ברור דבניה הם כשרי' ואין כאן בית מיחוש לה דמסתמא לוי הראה ההרשאה שהיה מורשה של אחיו ראובן לקדש לו את לאה וגם אמר לה תחלה פלוני אחי הרשני לקדשך לו והילכך גם אם בודאי א"ל בשעת הקידושין הרי את מקודשת לי יכול לומר דטעה בלשונו ואפילו לא יאמ' הוא כן נשייליה לדידה חם נתרצית ואי אמרה דלא נתרצית והאי דשתקה משום דלא ידעה מאי קאמ' כי לא הבינה בלשון הקדש מהימנא וכמו שהאריך בזה מהר"מ ז"ל בתשובה כדאיתא בהגהות הרמב"ם ז"ל והמרדכי ז"ל אפילו לדעת ה"ר ידידיה ז"ל דמצריכה גט להחמיר וכדאיתא במרדכי היינו דוק' כשאומרים העדי' דבודאי אמר השליח הרי את מקודשת לי וגם השליח אינו מכחיש אלא שאומר שטעה בלשונו אבל בכגון נדון דידן דעדים גופיהו מספקא להו אי אמר לי ואיהו אמ' דבודאי קדשה לראובן ולכן השכים בבקר ובקש מהעדי' שיחתמו לו שקדש את לאה על שם אחיו ראובן בהא ודאי פשיטא דאין כאן בית מיחוש כלל ואינה צריכה גט מלוי כלל אלא מראובן לבד הנלע"ד כתבתי בצלאל ברבי אברהם אשכנזי:

תשובה. על פסק ששלחו משם מהחכם השלם כמהר"ר חיים באשן נר"ו ולאו מר חתים עליה על דבר העלמה המעושקה שנלכדה בפח מוקשי קדושים לג' בני אדם:

סימן ז

שאלה. הן אשתקד נשאלתי על אודות העלמה אשר נאחזה כצפרי' בפח מוקשי קדושי בקדושי נגעו והארכתי יען כי היתה השאלה קטנה וסתומה ולא ידעתי גופא דעובדא היכי הוה ועתה הגיע אלינו קונדריס על שם החכם השלם כמה"ר חיים באסן נר"ו אבל לאו מר חתים עליה ומכל מקום ידענו גופא דעובדא בקושט אמרי אמת ואין לי אלא לחוות דעי על הנדון כאשר יורונו מן השמים והאל יצילני משגיאות ומהכשל בדבר הלכה אמן:

הן הקונדריס אשר הגיע אלינו אסיק דהעלמה הזאת מקודשת בספק לשלשתם ומסקנא זו היא בנויה על שלשה או ארבעה שרשים חדא דדייני המיאון היו הדיוטו' ומאחר דהוצרכו לקבל עדות שהיתה קטנה היו צריכין שיהיו מומחין ולכך צריך לחזור ולחקור אחר העדים שנתקבל בפניהם ועוד דלאחר שנחקרה עדותן פעם שנייה לפני החכם נר"ו לא נמצאו לה עדי קטנות שכבר נפסלו ומכללם נפסל אותו שהעיד שהלך לניקושיאה אחר שנלכדה העיר בחנוכה הבא ראשון אז ושעדיין לא נולדה הנערה הנז' מטעמא דה"ל כעדות שלא ראינוה דאינה ראיה. ועוד דבעינן קבלת עדות בפני בעל דין וכשקבלוהו בדיעבד שלא בפני בעל דין פליגי בה רבוותא איכא מ"ד דכשר ואיכא מ"ד דפסל ועוד דלא סגי להקל בעדי השנים לחוד עד שיבואו עדי סימנין דלא סמכינן אחזקה דרבא להקל אלא להחמיר ואיברא ודאי דהכי הוא דהא דאמר רבא קטנה שהגיעה. לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה שהביאה סימנין היינו להחמיר שלא תמאן ולא להקל וזה ברור מאד ואינה צריכה לפנים ומיהו ג' שרשים האחרים לא נהירן. דכתב מהריב"ן לב ז"ל בתשובה בשם הרשב"א דבעדות נשים אינן צריכין דרישה וחקירה וכיון שאינן צריכין דרישה וחקירה אף על פי שקובלה עדותן בפני הדיוטות שאינן בקיאין בדרישה וחקירה לית לן בה ושוב אינן יכולין לחזור ולהעיד לבטל עדותן. ע"כ וכן הסכימו כל הפוסקים ז"ל דעדי נשים אינן צריכין דרישה וחקירה בין בגיטין בין בקדושין וכן כתב הרב המאירי ז"ל בסוף מסכת יבמות שכל ענייני גיטין וקדושין אין צריכין דרישה וחקירה וישנן בב"ד הדיוטות והוסיף עוד משם גאוני ספרד שאפילו בדין מרומה שכיוצא בו אף בממון צריכין דרישה וחקירה בקדושין וגיטין אין צריך ע"כ. ומיהו הריב"ש ז"ל חולק בזה בתשובה סימן רס"ו דבדין מרומה צריך דרישה וחקירה ומכל מקום בודון דידן לית כאן צד רמאות ממאי דהזכיר ריב"ש ז"ל ואדרבה אומדנא דמוכח דקטנה היתה ומספר כתובת אמה נלמוד וכמו שכתוב בקונדריס והילכך לכא אין צריך דרישה וחקירה וישנן בב"ד הדיוטות ושטר המיאון שריר וקיים ולא היה צריך

לחקור אחר העדים וגדולה מזו משמע לי דאפילו אם שנים שמיאנה בפניהם קבלו עדות השנים סומכין על קבלתן ולא הוי עד מפי עד ותדע דכתב הרב המאירי ז"ל בחדושיו פ' בית שמאי נסח גט מיאון כשהוא בפני שנים וזהו לשון הנוסח הראוי לענין זה כך הוא בפנינו עדים ח"מ מיאנה פלוניתא וכו' ואי איפשי בו כלל ואנו עדים אחר שנתברר לנו כראוי שעדיין היא קטנה קבלנו דבריה בתורת עדות ברורה וכו' ומה שהיה בפנינו ביום פלוני בחדש פלוני וכו' להיות בידה לראיה ע"כ. וכתב עוד ויש נוהגין שמזמינין ב"ד ומביאין לפניהם העדים שמיאנה בפניהם ומציעין לפניהם ככל תורף הענין וכותבין בנסח זה אנו ב"ד חתומי מטה נד הוינא כחדא במותב תלתא הוזקקנו על ענין הקטנה פלוניתא וכו' מחמת שבאו לפנינו פלוני ופלוני והעידו בפנינו שבפניהם מיאנה פלוניתא בפלוני ואמרה להם אמי ואחי וכו' וכן העידו לפנינו שבאותו זמן חקרו על שנותיה ונבדקה על פיהם כראוי עד שנתברר להם בירור הראוי שקטנה היתה באותה שעה ואנו ב"ד אחר שנתברר לנו שהם עדים כשרי' ושחקרנו בעדותם כראוי וכתיקון חז"ל קבלנו עדותם והתרנוה פלונית דא לינשא לכל מי שתרצה ומה שהיה לפנינו וכו' ע"כ הא קמן דסומכין הדיינין על מה שנתברר להם לעדים הקודמי' גם בבירור השנים ולא הצריכו שיבואו השני' עדים עצמן לפני הב"ד המתיר אותה לינשא. ומדקאמר וכן העידו לפנינו שבאותו זמן חקרו על שנותיה ונבדקה על פיהם וכו' משמע שלא היה הדבר ידוע מעצמו כגון שהיתה אז קטנה לפניהם אלא שהוצרכו לחקור על שנותיה מפי עדים אחרי' ואפ"ה משמע דסגי בשני' דכשאמרו חכמים מיאון בשנים לגמרי אמרו ואפי' בבירור השנים דאיברא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכו' אישות אין סומכין על הנשים במנין השני' ולא על הקרובי' אלא על פי שני אנשי' כשרי להעיד ע"כ. מיהו הקשה עליו הרמב"ן ז"ל מה הפרש יש בין שנים לסימנין דבסימנין סמכינן אנשי' וגם לענין חליצה ויבום אמרי' בפ' החולץ ואשתמודענוהי דאחוהי הוא ואמרינן התם דאפילו עבד דאפילו שפחה נאמנין ותירץ דלא דמי עדות שנים לעדות סימנין ועדות יבם דהתם עיקר טעמו של דבר הוא משום גלויי מלתא בעלמא הוא ויכולין אנו לבדוק עתה על פי אחרים ולרעת אם אמת העידו ובענין בחזקה די כדאיתא בפ' יש נוחלין ואנחנו הם המצריכין חקירה אבל עדות שנים לא מפרסמה מלתא כל כך ואם כיחשו מי יגלה לנו על כן אין סומכין אלא על ראיה ברורה: ע"כ. והילכך הכא דלא לוסיף עלה לאצרוכי שלשה מומחין לקבל עדות זה דהא ודאי עדות שנים נמי הויא כעין גלוי מילתא ואף ע"ג דאיצרוך שני אנשי' כשרים כשיעידו בפני שני דייני המיאון סגי ואין צריך לקבלת עדות זה ב"ד של שלשה מעתה בנדון דידן דהוו ב"ד של שלשה אלא דלא הוו מומחין פשיטא דסגי בהכי ולא היה צריך שום לחקור

אחר העדים ואמטו להכי עדות אליעזר שלוניקיו כשר אפילו לגבי מקדש שלישי דעדות שנתקבלה בפני דייני המיאון חשיבא קבלה והויא לה תחלתו וסופו בכשרות ואם מפני שנתקבלו העדויות שלא בפני בעל דין לא איכפת לן דכתב הרב רבי מנחם בר שלמה לבית מאיר ז"ל בחידושיו לקמא פ' הגוזל וז"ל הסכימו חכמי הנשיאים שבברצלונה שבענין איסורין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין כגון אם באו עדים והעידו שלא בפניה שנתקדשה לפלוני או שנטמאו טהורותיו שזכות הוא לו להפריש מן האיסור ואפי' היה נראין לדיין שיש שם צד רמאות לא יקל בכך. ע"כ:

וזה היה רב גדול עשה שיטה לכל הגמרא והרבה ספרים ומרנא ורבנא הרב הגדול כמה"ר דוד בן אבי זמרה זלה"ה קבע מסמרים בסברא זו וכתב בתשובותיו דמעשים בכל יום שמקבלין עדות הקדושין שלא בפני בעל דין וטעמא דמילתא דכיון דהוי לאפרושי מאיסורא כ"ע בעל דין נינהו והביא ראיה מכמה רבוותא דס"ל הכי והילכך בנדון דידן נמי הוי לאפרושי מאיסורא היכא דפשטה ידה וקבלה קד שין וכ"ש בעדי גדלות דלא בעינן קבלות עדות בפני בעל דין ודל מהכא ספק זה הכתוב בקונדריס:

גם מה שהעיד העיד השלישי שכשהלך בניקושיאה אחר שנלכדה העיר שעדיין לא נולדה הנערה רבקה הנז' נראה דעדות מעליא הוי ולא ידעתי אמאי דחייה הקונדריס בגילא דחיטתא דהא ודאי לא דמי להא דתנין אמר רבי חנינא סגן הכהנים מימי לא ראיתי עור יוצא לבית השריפה וכו' וחכמים אומרים אין לא ראינו ראיה דשניא היא דשמא לא אירע בימיו שימצא טריפה לאחר הפשט ואם אירע ושרפוהו הוא לא ראה. וגם לא דמיא ללא ראינוה שנתקדשה דהעדר שריפת העור והקדושין אין לו שום מציאו' להעיד עליו ולכך אינה ראיה אבל העדר לידת הבית יש לו מציאות להעיד עליו וכגון שטרם לכתו לניקושיאה היה יוצא ונכנס בביתו של כלב אבי הנערה וראה לאשתו ציון שלא היה לה בת קטנה כלל או שראה אותה כריסה בין שניה מרבקה זו טרם לכתו לניקושיאה דמאי דמעיד שכשהלך בניקושיאה עדיין לא נולדה הנערה הוה ליה כאלו מעיד שביום פלוני ראה וידע שאשה פלונית לא היה לה ולד דודאי עדות מעליא הוי דאיפשר למיקם עלה דמילתא אם יש לה ולד דלא עבידי אינשי דאחבאי ולדייהו ובפרט אם היה תמיד נכנס ויוצא בביתה דשפיר מצי מסהיד אי הוה לה ולד והא לא דמיא לעדים שאמרו לא ראינוה שנתקדשה דלא הויא עדות אלא לעדים דאמרי ראינוה דלא נתקדשה דהויא עדות וכמו שכתבו שם המפרשי' ז"ל עוד כתבו המפרשי' ל בפ"ב דכתובות עלה הא דאמרינן לא ראינוה אינה ראיה דדוקא בחצר הוא דאמרינן דלא ראינוה אינה ראיה משום דעבירי אינשי דמקדשי בצינעא אבל כי אמר קדשתיה בעדי פלוני ובאותו מעמד

היו פלוני ופלוני ושאלו לאותן שהיו במעמד ואמרו לא ראינו שנתקדשה אינה מקודשת ולא אמרינן הכא לא ראינו אינה ראיה דלא עבידי אינשי דמקדשי בצנעה כולי האי ע"כ. וכן כתב רבינו ירוחם בנתיב כ"ג חלק שלישי בשם הרשב"א ז"ל שאם היו כולם ביחד במעמד אחד כשנתגרשה דאותם שאומרים לא ראינוה הוא הכחשה דכולי האי לא עבדי בצינעא ע"כ. ומדנקטי לישנא דכולי האי וכו' משמע דלא קאמרי ממש לא זזה ידינו מתוך ידה אלא דאמרי שהיו במעמד ההוא לבד ולא ראו קדושין ואפ"ה הויא לה עדות מעליא מעתה כל שכן בנדון דידן אם היה יוצא ונכנס תמיד בביתה ולא ידע לה ולד דפשיטא ודאי דעדות מעליא הוי ויש לזה עוד כמה ראיות אבל אינה צריכה לפנים. ומאחר דאסקינן דעדות קטנות יש כאן ושער המיאון שריר וקיים ושוב הביא הראשון עדי גדלות מעתה יש לדון ולומר דאין לחוש לקדושי ראשון כלל ואינה צריכה ממנו גט כלל דהא הסכמת האחרונים ז"ל דתרי ותרי ספיקא דרבנן היא ופליגי אי תצא מדרבנן אי לא ומכל מקום כיון דמדאורייתא מוקמינן לה אחזקתה דהיינו קטנה ופנויה כמו שנולדה אלא דרבנן אחמור והילכך איכא למימר כי אחמור רבנן היינו בתרי ותרי שקול אבל בכגון הא דמעיקר' באו עדים לסייע החזקה בשנים ובסימנים דכיון דמסהדי דלא היו לה שנים ממילא קא מסהדי דלא היו לה סימני' דסימנים קודם הזמן הויא להו כשומא בעלמא ונכתב כבר שטר מיאונה מעתה היכי ליתו שנים אויותר משנים דתרי כמאה ומאה כתרי דקא מסהדי אשני גדלות בלחוד דהויא ליה כחצי עדות לבטל חזקה ועדות שלימה דקא מסייע לה תדע דבכתובות פרק האשה שנתאלמנה כתבו התוספות ז"ל בשם הר"י בר ברוך דלא אמרינן בכל הני אוקמה אחזקה לפי שהשנים שמוציאין אותו מחזקתו שלהיתר הם מעידים תחלה ומיד כשהעידו יצא מחזקתו על ידי עדותן ותו לא אמרינן אוקמה אחזקה ולהכי פריך לעיל מ"ש רישא מ"ש סיפא דשנים אומרי' נתקדשה העידו תחלה וכו' ע"כ. אלמא דשני לן במי שהעיד תחילה לאורועי החזקה כ"ש לאוקומי אחזקה הילכך בנדון דידו דאתו סהדי תחלה והחזיקו חזקתה במסמרות נטועים לא מרעינן לה ולא תמוט לעולם ועד אלא בעדות ברורה בשנים ובסימנים וכן העליתי בפסקי אשר כתבתי אשתקד ומיהו שוב חפשתי באמתחות הראשונים ז"ל ומצאתי בשטה ישנה לכתובות פ"ב עלה הא דאמרינן הכא במאי עסיקינן דמחזיק לן באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליה קלא דבן גרושה או בן חלוצה וכו' ואתא עד אחד וכו' שכתוב בה וז"ל וא"ת אוקי תרי לבהדי תרי והאי גברא מספקא היכי מסקינן ליה. והתירוץ הנכון דהכא כיון דאתא עד מעיקרא ואסקיניה אפומיה מפני סיוע החזקה דאינו בלאו חזקה לא הוה מבטלינן קלח בעד אחד נמצא שנתחזקה החזקה שעשינו מעשה

והכשרנו על פיה וכיון שנתחזקה הרי היא נחשבת לסייע הני תרי דמכשרי כנגד הני תרי דפסלי ולתירוץ זה אי אתו מעיקרא תרי דמכשרי בבת אחת והדר תרי דפסלי לא היתה החזקה נחשבת לסייע הני תרי דמכשרי שהרי לא עשינו מעשה על פיה: ע"כ. והילכך בנדון דידן דלא עשינו מעשה על פי החזקה ולא החזקנוה לקטנה אלא על פי עדים לא מעלה ולא מורידה והדרינן למימר דהויא לה תרי ותרי והנערה ספק מקודשת גם לראשון ואף על גב דיש לחלק דהתם איכא קול בנתיים דמריע לחזקה וגם המה תרי ותרי שוין בעדותן ובנדון דידן ואינן שוין דעדי קטנות הוה ליה עדות שלימה ועדי גדולה לא קא מסהדין אלא בחצי דבר מכל מקום הא הויא לה עדות מוכחשת ועוד דהא דאמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין וסומכין על חזקה להחמיר הילכך מידי ספיקא לא נפיק וראוי להחמיר להצריכה ממנו גט:

ולשיטת הקונדריס דהעלה דאין כאן עדי קטנה שכבר נפסלו וקי"ל דעדי גדולות מקבלין שלא בפני בעל דין וכדכתבינן לעיל אם היו נשים מעידות שהיו לה סימנים לאחר שהגיעה לשני נערות שהעידו עליה העדים קודם קדושין היתה מקודשת לראשון בודאי ושוב לא חיידי קדושי שני כלל וזה תלוי כפי הטעמי' אשר נתנו המפרשי' בנאמנות הנשים בסימנין כיש שפרשו דמה אנו סומכין עד פי נשים בעדות הסימנין משום דלאו עדות הוא אלא גלוי מילתא בעלמא הוא וכן כתב הרמב"ן ז"ל והילכך לשיטה זו לא האמינו לנשים אלא לבדוק על פי נשים דהויא ליה מילתא דעבידא לגלויי דבשעה שמעידות איפשר למיקם עלה דמילתא אבל להעיד על מה שעבר אם היו לה שערות או דאו הוי עדות ואין נשים בתורת עדות כלל ומיהו יש מפרשי דהיינו טעמא דסמכינן על הנשים בסימנין משום סמכינן החזקה דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין ואהאי טעמא קבע מסמרים הרב הגדול ר"ש בר צמח ז"ל ועתה הלכה למעשה על בת שנתקדשה ע"י אביה ושום מיחתה בקדושין שקבל אביה לאמר שגדולה היתה והשיב אם האשה הזו שקדשה אביה יש לה עדים כשרים שהיו לה בשעת קדושין יותר מי"ב שנה וששה חדשי' כשיעור שני נערות ובגרות ויש עדות נשים שראו לה קודם הקדושין ביותר מששה חדשים סימני נערות המפורשים בגמ' בפ' בא סימן ובהלכות אישות בפ' הנז' ודאי אין חוששין לקדושיו ובלאו הכי חוששין לקדושיו וצריכא גט ממנו ואף על גב דהשתא חזינן לה בוגרת אמרין השתא הוא דבגר וכדאיתא בפ' עשרה יוחסין. ע"כ הא לקמן להדיא דסמכינן אעדות נשים בסימנין אפילו על מה שראו לשעבר ומתיר א"א לעלמא אפומייהו וכן דעת הריאף ז"ל בהלכות שטעם נאמנות הנשים בעדות סימני הבת הוא משום דסמכינן אחזקה דרבא וכו' ותירץ הריב"ש ז"ל דעתו בסימן קפ"ב דחף

על פי שלא נאמרה חזקה דרבא להקל אלא להחמיר זהו לסמוך על אותה חזקה לבדה אבל איפשר לעשותה סניף להאמנת הנשי' בעדות הסימנין שהרי החזקה ההיא אמיתת היא כיון שמוציאין בעבורה הקטנה מחזקת קטנותה שלא תמאן ע"כ. והילכך לכולהו הני רבוותא סמכינן אעדות נשים על מה שראו בימים שעברו אי איכא עדי שנים בלי ספק כלל והקונדריס כתב בהחלט דעדות נשים על מה שעבר אפי' אסימנין לא מהני: ואיברא דממני יצאו הדברים בפסקי הראשון לחלק בין היכא שב"ד רוצין לבדוק דבודקין על פי נשים להיכא שבאין להעיד על מה שראו כבר מיהו לא חלקתי כן אלא לפי שבא אז בשאלה שהזקנה מעידה שלא היו לה סימנין דבכגון זה לא שייכא חזקה דרבא וגם היכא שהדבר ספק אם הגיעה לכלל שנותיה אם לאו דאיכא תרי ותרי דבכה"ג לא שייך חזקה דרבא ולהכי אין עדות האשה מעלה ולא מורדת להכריע בין שתי הכתות על מה שעבר אבל אי ליכא אלא עדי גדולה ונשים אפילו קרובות מעידות שהיו לה או סימנין בזמנן כדין וכשורה ודאי סמכינן עלייהו ותהיה מקודשת לראשון בודאי וזה ברור ואין להאריך עוד בזה דהא כתיבנא דקושטא דמילתא דעדות קטנו' יש כאן וכדכתיבנא לעיל במה שכתבו הראשונים ז"ל אשר מימיהם אנו שותים והמה עמודי ההוראה אשר עליהם סומכין כל בית ישראל ואני איני אלא כמעתיק וקרב לדהנא ואידהן ובהשנות דבריהם בפי שאפה באות נפשי העיפה שוקקה ותהי לנפש חיה ומכל מקום מה שראוי להורות בדין זה לכל דחיל חטאין ויראי הוראה להצריכה גט משלשתן כאשר העלה הקונדריס ובזה ראוי לדון והיה מאי זה טעם שיהיה ובלבד שיכוין לבו לשמים ומי שירצה להוציאה מיד השלישי בלא גט מההוא עובדא דנרש לא חש לקימחיה כאשר כתב בקונדריס ולא חזי למטרח קן קלמוסא בזה והאל יכפר בעד: ואכתי צריך לברר לאחר שתתגרש למי מותרת לינשא ואם כופין ולמי כופין:

גרסינן בסוף פ' המגרש שלחו ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו יצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קדושי תורה מהו שלח להו תצא והעמידו דבר על בוריו והודיעוני ובעי גמרא מאי והעמידו דבר על בוריו וכו' ושקיל וטרי בה כדאיתא התם בגמ' ובעי תוב לא מצאו דבר על בוריו מהו חמר רב הונא מגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא מ"ט אתי למימר מחזיר גרושתו מן האירוסין רב שישא בריה דרב אידי אמר אף מגרש שני ונושא ראשון מימר אמר עיינו רבנן בקדושי טעות הוא. יצא עליה קול מזה ומזה מהו אמ' רב פפא אף זה מגרש ראשון ונושא שני אמימר אמר מותרת לשניהם והילכתא מותרת לשניהם. ע"כ והלכה כרב הונא כבר הארכתי בשמועה זו בפסקי הראשון ששלחתי אשתקד שמה ועתה לא אאריך כל כך חלא אהא מקצר ועולה

לברר הדין בנדון דידן בס"ד והיה נראה לפרש דכי בעינן לא מצאו דבר על בוריו מהו דעלה דשמואל קאי וה"פ בשלמא כד הוה מפרשי' מעיקרא והעמידו הדבר על בוריו דאי מיגליא מילתא דקדושי קמא לאו מעליא נינהו מבטלינן קלא וקדושי שני הוו קדושין גמורין הילכך ניחא דקא מהדר להו שמואל בעא דבר על בוריו פי' דהקול קאי בחזקו תצא מן השני. ולאו דוקא מן השני אלא אפילו מן השני דקדושיו קדושי ודאי וכל שכן מהראשון אבל השתא דאמרינן דה"ק והעמידו דבר על בוריו דאי מוגליא מילתא דקדושי קמא קדושי מעליא לא תצא מן הראשון דאינה צריכה גט מהשני הילכך במאי דאיירי נמי שמואל דהיינו לא מצאו דבר על בוריו בעי למיהוי דניקו עלה דראשון דממאי דקאמר והעמידו דבר על בוריו שמעינן רבותיה דשמואל דקאמר תצא אהי ניהו קאי אי אראשון אי אשני וכדפרי' ולהכי קא בעי גמרא לא מצאו דבר על בוריו מהו מאי רבותיה דשמואל ביציאה מן הראשון טפי ואהדר רב הונא מגרש ראשון ונושא שני וכו' פי' רבותיה דשמואל בראשון היינו דאיתסרא עליה דראשון לגמרי וה"ק תצא מן הראשון ואיתסרא עליה לגמרי כל עוד שלא תמצאו דבר על בוריו ואם תמצאו דבר על בוריו דקידושי קמא מעליא נינהו לא תצא ממנו כלל דאינה צריכה גט משני ורב שישא איפשר דפליג עליה דשמואל אי נמי דאינו מפרש דברי שמואל הכי אלא רצא מזה ומזה קאמר כך היה נראה לפרש וניחא להאי שיטתא דבעי גמרא לא מצאו דבר על בוריו מהו דאיכא למידק מאי בעי הרי כבר אמר שמואל תצא פי' תצא מזה ומזה אטו מי אסיק אדעתיה גזרה דרב הונא עד דנבעי מתו ונירא נמי מאי דקשיא להו בעלי התוס' ז"ל ושאר המפרשים ז"ל לרב הונא מאי איריא כי לא מצאו דבר על בוריו דמגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא אפילו מצאו דבר על בוריו נמי דהא סבירא ליה לרב הונא דאשת איש שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר אפי' שלא בפני בעלה מקודשת לשני ואם כן לגרש שני ולישא ראשון אי איפשר דדילמא חיילי קדושי שני ונמצא ראשון מחזיר גרושתו מן האירוסין ולמאי דפרישנא ניחא דרב הונא לפרושי מלחיה דשמואל קאי ולשמואל לא שייך האי דינא אלא בלא מצאו דבר על בוריו דאילו מצאו דבר על בוריו לא צריכה גט משני כלל מיהו התוספות ז"ל והמפרשים ז"ל לא בעו לדיוקי ממאי דקאמר והעמידו דבר על בוריו למאי דקאמר תצא דהאי כדיניה והאי כדיניה וכי קאמר שמואל תצא לא נחית להכי כלל אלא השאלה היתה אי חיישי' לקלא במקום עדים ברורים אף על גב דאתחזוק בב"ד כיון דלא הוי אלא עד מפי עד ולדעת הר"מ במז"ל ליכא אלא חד דמחזיק הקול דהיינו שנים שאמרו ששמעו שאמר שאחר שנתקדשה בפני שנים עדים ידועי' וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל פ"ט מהלכות אישות הילכך איכא למימר דכיון דהאי

קול לא הויא בעדות ברורה אינן קדושין כעדי' ברורי' ומבטלי ליה לקלא והשיב להם תצא גם מן השני ולא אתו קדושי שני אף על גב דהוו בעדי' ברורי' ומבטלי ליה לקלא והזקיקם להעמיד דבר על בוריו ללמדם דין אחר ולא תליא זה בזה והא דבעי לא מצאו דבר על בוריו מהו ס"ל לתוספות ז"ל ולמפרשים ז"ל דלאו גמרא בעי לה דמה זו שאלה הרי השיב שמואל תצא וגזרה דרב הונא לא אסיקו אדעתייהו וכדאקשי' לעיל ונראה דס"ל למפרשים ז"ל דרב הונא גופיה בעי לה וכיוצא בזה כתבו התוספות ז"ל בריש פ' אלו מציאות גבי ובמה אמר רבי יצחק קב בד' אמות ובפ' לא יחפור גבי ובמה אמר רב ייבא וכו' במלא רוחב חלון ובבכורות פ' עד כמה גבי הא דאמר רב יהודה אמר רב מנפח אדם בית הפרס וכן כתב הר"ן ז"ל בחידושיו ופ"ק דמציעא גבי וכי מאחר שזה תפוס וזה תפוס שבועה זו למה אמר רבי יוחנן שבועה זו תקנת חכמים וכו' והכי איתא בדוכתי טובא והכא נמי ה"ק אמר רב הונא לא מצאו דבר על בוריו וכו' ותרצו בתוספות דמצאו דבר על בוריו פשיטא לרב הונא דלא יגרש שני וישא ראשון כיון דודאי קדשה ראשון ומקודשת נמי לשני לרב הונא כיון שפשטה ידה וקבלה אם כן חיישינן שגרשה ראשון ואם יגרש שני וישא ראשון הוה ליה מחזיר גרושתו מז האירוסין אכל בלא העמידו דבר על בוריו דאין כי אם קול לקדושי רחשון הוה אמינא דמותר לשני לגרש ולישא ראשון קמ"ל דאפ"ה לא יגרש שני וכו' ע"כ וז"ל הרשב"א ז"ל בחדושיו י"ל דלא מצאודבר על בוריו איצטריכא ליה סד"א כיון דלא מצאו דבר על בוריו מותרת לשניה' כרב שישא בריה דרב אידי דאיכא למימר דקדושי קמא קדושי טעות הוו ואין זה מחזיר גרושתו ועוד דספק ספקא הוא שמא לח קדשה ראשון ואין זה מחזיר גרושתו ואת"ל קדשה ראשון שמא לא גרשה ולא חלו קדושי שני כלל ומ"ה תהא מותרת אף לראשון קמ"ל דלא אבל מצאו דבר על בוריו לא צריכה למימר דודאי מגרש ראשון ונושא שני חבל איפכא לא. ע"כ משמע דכל מאי דאלימי קדושי ראשון איכא למיסר טפי על הראשון וקשה דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה בסימן אלף רנ"ז על ראובן שאמר לאשה הלוני דינר על משכון זה ונתנה לו הדינר ובשעה שנתן לה המשכון אמ' לה התקדשי לי בזה וקבלתו ושתקה שהיא מקודשת אלא שראוי בזה להחמיר ואם קבלה קדושין מאחר אחד מגרש ואחד נושא ולמי מהם שתנשא צריכה ממנו קדושין אחרים ע"כ וכן כתב בסימן תשע"ג ואמאי קאמר הרב ז"ל ולמי מהם שתנשא וכו' והא קי"ל דמגרש ראשון ונושא שני כל היכא דקדושי ראשון קדושי ספק וקדושי שני ודאי ועתה אפרש סברת רב שישא בריה דרב אידי ובהכי מיתרצה הך קושיא נמי. דרב שישא ס"ל אף מגרש שני ונושא ראשון מימר אמרי עיינו רבנן בקדושי וקדושי טעות הוו פרש"י ז"ל עיינו רבנן בקדושי שני ולאו

קדושי נינהו מפני שהיתה מקודשת לראשון ולא יאמרו שגרשה תחלה שהכל לא ידעו בגט שהצרכנוה משני. ע"כ וכתב הרשב"א ז"ל בחדושיו וז"ל וכתבו התוספות פי' לפי' דאי קדושי ראשון יתירוה אפילו לשוק אבל מכיון שאין מתירין אותה אלא לראשון לא מצו אמרי דקדושי ראשון בטעות הוו אלא אקידושי שני קאמר ואף על פי שהצריכוה גט משני מימר אמרי דלבתר גרושין נבדק הדבר ונמצאו קדושי שני בטעות ואפילו גט לא היתה צריכה ע"כ ואכתי צריך פי' לפי' דרש"י ז"ל כתב ולא יאמרו שגרשה תחלה שהכל לא ידעו בגט שהצרכנוה משני וכתב הרא"ש ז"ל דפירושו רחוק ולי איברא שצריך ליישב פירושו ז"ל דאינו משום דלא ידעי הכל בגרושי שני וקל להתיר לראשון ושמא חד ידע ויאמר מחזיר גרושתו מן האירוסין הוא ונראה דה"פ דהא ודאי דאיכא למימר דיאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין ואיכא למימר דיאמרו עיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות הוו ומיהו ס"ל לרב שישא דהכל ידעו בקדושי ראשון דהא יצא קול דמקודשת לראשון היא ולא הכל ידעו בגירושי' שהצרכנוה משני הילכך טפי אית לן למימר דיאמרו עיינו רבנן בקדושי שני ולאו קדושי נינהו ממאי דנימא שיאמרו דהחזיר גרושתו מן האירוסין דלא הכל ידעו בגירושי שני ואפילו אם שום אדם ידע בגירושין איפשר שיאמר דלבתר גירושי השני עיינו רבנן שלא היו הקדושין כלום וגם הגרושין היו בטעו' ואי לאו דאמרי' דלא הכל ידעו בגירושי שני לא הוה תלינן כולי האי דיאמרו דעייני דהקדושין והגרושין היו בטעות אבל מאחר דלא הכל ידעו בגירושי שני ולא נשאר לחוש אלא למיעוטא לאודועי הך מיעוטא אמרינן דיתלו דהגירושין נמי היו בטעות ולכך לא חש רש"י ז"ל להזכיר זה ומשו' דמכל מקום צריכינן להאי טעמא כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו פי' לפי' רש"י ז"ל מאי דלא הזכיר הרב ז"ל וה"ל להבין ומכל מקום לא פלי'ג רב שישא והתיר אלא משום דיאמרו עיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות הוו וכדפרש"י ז"ל והרשב"א ז"ל ורב הונא ס"ל כיון דקדושי ראשון לא הויא אלא קול בעלמא וקדושי בתרא קדושין גמורים בעדים לא יתלו לומר דקדושי שני קדושי טעות הוו אדרבה יאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסי' מעתה הרי תשובת הרשב"א ז"ל מתורצת דבההיא דמשכון שורת הדין הוא דמקודשת גמורה לראשון אלא משום קומרא בעלמא הוא דצריכה גט משני והילכך בנדון זה יודה ר"ה לרב שישא דמימ' עיינו רבנן בקדושי בני וקדושי טעות הוו תדע דהרשב"א ז"ל בסימן תשע"ד השיב על ראובן שנתן ללאה כסף ואמ' לה הרי נותן לך זה לקידושין דמדינא אינה מקודשת משום ידים שאינן מוכיחות אלא שיש לחוש להחמיר ואם קבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם ומגרש ראשון ונושא שני אבל לא יגרש שני ונושא ראשון ע"כ אלמא דשני לן בין שקדושי ראשון הם מן הדין קדושין גמורין אלא דלהחמיר

מצרכינן גט מראשון ואף על גב דהכ' בשמעתין אמרי' דטפי אית לן למיגזר במצאו דבר על בוריו מהיכא דלא מצאו דבר על בוריו דאלמא כל מאי דאלימי קדושי קמא איכא למיסר טפי ולא יגרש שני וישא ראשון וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בחדושיו וכדכתיבנא לעיל מכל מקום במצאו דבר על בוריו איכא צד ספק דשמא גירשה הראשון או לא גרשה ויש בזה למיגזר טפי דודאי קדש' הראשון אלא שאנו מסתפקין שמא גירשה מהיכא דלא ידעינן אם קדשה ראשון כלל כגון לא מצאו דבר על בוריו אבל היכא דליכא שום ספק לא בקדושין ולא בגרושין דמקודשת היא לראשון ולא נתגרשה אלא משום חומרא בעלמא אנו חוששין לקדושי שני לא קא מחמרינן עליה כולי האי לאוסרה עליו אפילו לאחר גירושי שני ויש לנו לתלות דיאמרו עיינו רבנו בקדושי שני וקדושי טעות הוו וכדקאמר רב שישא כן נראה לי ליישב תשובת הרשב"א ז"ל ומכל מקום משמע דהיכא דקדושי ראשון בספק נמי וקדושי שני ודאי גזרינן שמא יאמרו וכו' ויגרש ראשון ונושא שני ולאו דוקא היכא דקדושי ראשון בקול לבד והכי דייק לשון הרשב"א ז"ל בחדושיו וכדכתיבנא לעיל וקשה דכתב הרמב"ם ז"ל בפ' א' מהלכות גרושין וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה ואף על פי שלא בעלה בעלה משנעשית בת שתים עשרה שנה ויום אחד הרי זה אינה ממאנת שהרי הגדילה וצריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחות לה שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת ולא בא עליה אחר שהגדילה כדי שתהיה אשת איש גמורה ונמצאת. שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחר שגדלה תופסין בה קדושין של שני ואם גרש הראשון יכנוס השני אבל אם גירש השני לא יקיים ראשון שמא יאמרו החזיר גרושתו מאחר שנתארסה. ע"כ מדקאמר הרב ז"ל שהרי לא בא עליה אחר שהגיע לשני נערות וכו ולא בא עליה וכו' לפיכך אם עמדה ונתקדשה וכו' משמע דהאי לפיכך אם עמדה ונתקדשה וכו' לא מתאמרא אלא בכגון זה דקדושי קמא מד"ס וקדושי בתר' ד"ת דמ"ה קדושי בתר' חיילי אקדושי קמא דומיא דמאי דאמרי' האומ' בקדושין כל חד רווחא לחבריה שבק והכא נמי כיוצ' בו שהראשון יש לו בה קדושי קלישי מד"ס והשני קדושיו אלימי מד"ת ולכן חיילי קדושי בתרא אקידושי קמא והילכך מסתבר למגזר דכשמגרש שני לא ישא ראשון דהא חיילי עליה קדושיה וגירושיה של שני ואע"פ שהא' לא היה לו עליה אלא קדושין מד"ס מכל מקום יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין אבל אם בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות ולא הביאה סימנין דהרי היא ספק מקודשת מן התורה משום דחיישינן שמא נשרו ושוב קבלה קדושין מאחר קדושי ודאי לאחר שהגדילה בודאי בשנים ובסימנין לא חיילי קידושי שניהם בודאי דאין תפיסה אלא באחד מהם

מסתבר דליכא למגזר דממה נפשך אם קדושיו של ראשון הם קדושין הרי לא חיילי קדושי הני ולא חלה עליה שם קדושין מאחר כלל וליכא משום מחזיר גרושתו כלל ואם קדושי ראשון חינם קדושין הרי קדושין של שני הם קדושין גמורין ואם יגרשה השני שפיר יכנוס הראשון דמעולם לא נתקדשה לראשון וכדי שנגזור דילמא יאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין הוא צריכין אנו לאמת שני הקדושין ולכולי האי לא חיישינן ומה שכתב נמי הרב ז"ל בפ' ט' מהלכות אישות יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ובא שני וקדשה בפנינו בודקין על קדושי ראשו וכו' ואם לאו מגרש ראשון שקדושיו בקול ונושא השני שקדושי ודאי ואם גרש השני לא יכנוס הראשון וכו' ע"כ. הא נמי דמיא לאידך דפי"א מהלכות גירושין דקדושי ראשון שהם בקול היינו חיילות מד"ס דרבנן הוא דחשו לקול אף על גב דהויא לה עד מפי עד ולדעת הרמב"ם ז"ל סוף סוף ליכא אלא עד אחד והילכך חיילי קדושי תורה עלייהו ואיכא למיגזר וכדכתיבנא תדע דגרסינן ילמדנו רבינו יצא עליה קול הראשון ובא אחר וקדשה קדושי תורה וכו' מדנקט קדושי תורה ולא נקט קדושי ודאי משמע דקדושי קול הם קדושין מד"ס וכדכתיבנא. הכי משמע מל' הרמב"ם ז"ל וכן מטין דברי הרי"ף ז"ל בה' פ' ב"ש אבל קשה דמלשון המפרשים ז"ל משמע דאפילו אם קדושי הראשון בספק איכא למיגזר לשמא יאמרו ונא יכנוס ראשון והרב המגיד ז"ל אשר גלה לנו מצפוני מטמוני מסתרים חבור הרב ז"ל כתב בפ' ד' מהלכו' אישות וז"ל ודין קדושי ספק כתבו כאן ועוד יש להוסיף שאם עמד אחר וקדש הרי היא מקודשת לשני מספק וצרירא גט משניהם או מגרש ראשון ונושא שני אבל לגרש שני ולכנוס ראשון לא שמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין אחר שנתאר סה לאחר דומה לדין המבואר פ' ט' יצא עליה קול שנתקדשה לפלוני ע"כ: הא קמן דקא כייל דין זה אפילו בקדושי ספק וקרי לקדושי קו לקדושי ספק ומי לנו בסברת הרב ז"ל כמוהו ונראה דאיברא ודאי דגם בקדושי ספק גזרינן כל שאתה מצריכה גט משניהם ושניא היא ההיא ספיקא דפ' י"א מה' גירושין חדא שבא עליה לאחר שהגיעה לשני נערות כל העולם חושבין אותה לגדולה תדע דהא אמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנין ואף על גב דמיירי דבדקיניה ולא הביאה מכל מקום העולם לא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין דהכל יודעין בשנים ואין הכל יודעין שלא הביאה סימנין אדרבה יאמרו עיינו רבנן בקדושי שני ולא הוו קדושין וכדקאמר לה רב שישא וכדכתיבנא לעיל וכל שכן דהרי היא נשואה ובעל אותה משהגיעה לשני נערות דודאי יתלו העולם בטעותא דקדושי שני ועוד דבכל קדושי ספק דעלמא כגון זרק לה קידושין ספק קרוב לה ספק קרוב לו וכיוצא בו אם רצה לכנוס חוזר ומקדש ודאי וכמו

שכתב הרב ז"ל בפ' ד' מהלכות אישות ועלייהו קאי הרב המגיד ז"ל דבהני ספיקי איכא למיחש לשמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין דכיון דקא חזו דחוזר ראשון ומקדש אבל הנושא את הקטנה ובא עליה לאחר שהגיעה לשני נערו' הא ודאי דאינה צריכה להתקדש עוד ואפילו לא בא עליה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ' ד' מהלכות אישות אלא היכא דלא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות אין כאן אלא קדושין מדברי סופרי' וחיילי עלייהו קדושי תורה ולכך מגרש ראשון ונושא שני אבל היכא דבא עליה לאחר שהגיעה לשני נערות דהרי כאן ספק קדושי תורה ואינה צריכה להתקדש עוד אף על גב דבא אחר וקדש' ודאי לא יאמרו שהחזירה לאחר שגירשה דהא בקדושיה הראשונים היא עומדת ואין אנו מצר כין להתקדש עוד כשאר הספקות והילכך לא יאמרו אלא דעיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות הוו וגם הגרושין הוו בטעות וכדכתיבנא לעיל כ"כ שיטת הר"ם במז"ל: אבל בעל הטורים ז"ל חולק דאף בזה אסור לחזור לראשון כשאר הספיקות וכדבעינן למכתב בס"ד: והילכך נקטינן לדעת הר"מ במז"ל דכל קדושי ספק במקום שקדשה שני קדושי ודאי דצריכה גט משניהם אסורה לראשון חוץ מקטנה יתומה שנתקדש' ובא עליה בעלה לאחר שהגיעה לשני נערות ועדיין לא הביאה סימנין ובא אחר וקדשה לאחר שהביאה סימנין דאף על גב דצריכה גט משניהם משום ספקא דראשון אפילו הכי אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון וכשקדושי ראשון הם קדושין ודאין אלא דאנו מצריכין לה גט משום חומרא בעלמא כההיא דמשכון דהרשב"א ז"ל בההיא נמי לא גזרינן וכונס ראשון וכדכתיבנא לעיל:

ועתה יש לדון דידן למי הוא דומה דהנערה הזאת נמי היא ספק מקודשת לשלשתן וכדכתבינן ספק גדולה היתה בקדושי הראשונים ספק קטנה היתה ולכאורה משמע דהיינו ההיא דבא עליה לאחר שהגיעה לשני נערות דמספקא לן נמי אי גדולה היתה אי קטנה ונראה דראשון ודאי לא דמי אלא לשאר ספיקות דעלמא דהא אחר שמיאנה בו נולד הספק והוה ליה כשאר הספיקו' ספק אם היא מקודשת לו אם לא וכשירצה לכונסה צריך לקדשה והילכך שפיר איכא למיגזר ומסתברא דשני נמי אסור לכנוס דשניא היא ההיא דבא עליה לאחר שהגיעה לשני נערות דלא מסתפקא לן בשנים כלל ובודאי יתלו העולם בטעו' דקדושי שני ולא יאמרו החזיר גרושתו וכו' וכדכתיבנא ומשמע השני נמי אם היה מותר לכונסה והיה רוצה לכנוס היה צריך לקדשה כשאר קדושי ספק דקדושיה שקבל מאחר הן הן מיאוניה דכשלא נבעלה אחר הגעת השנים דין תורה הוא שממאנת אפילו שהביאה סימנין אבל כשנבעלה לאחר שהגיעה לשני נערות דאם הביאה סימנין הויא ליה מקודשת גמורה מן התורה השתא דלא ידעינן אם הביאה סימנין אם לאו דהא

חיישינן שמא נשרו לא אמרינן קדושיה הן הן מיאוניה ואינה צריכה להתקדש עוד ומכל מקום שניא היא נדון דידן מההיא ספיקא דהרמב"ם ז"ל ובין ראשון ובין שני אסורין לכנוס כשאר הספיקות:

ואכתי איכא למימר דראשון מותר משום דמיאנה בנתים בראשון והילכך יחלו במיאון ולא יאמרו החזור גרושתו מן האירוסין וליתא מכמה טעמי חדא דאין לחלק בגזרות חכמים אלא במקום שחלקו הם שכל מדות חכמי' כך הם שלא לחלוק בגזירותיהם ותקנותיהם דאי לא קיימי כלל ואם אתה מחלק בהם נתפרדה החבילה וכיוצא בזה כתב הריטב"א בחידושיו פ' האשה רבה והילכך הרוצה לחלק ולהתיר עליו להביא ראיה ברורה מהגמר' או מהפוסקי' ז"ל ולא מהסברא תדע דבסוגיין דקיימינן בה גרסינן יצא עליה קול מזה ומזה מהו אמר רב פפא אף זה מגרש ראשון ונושא שני אמימר אמר מותרת לשניהם וכתבו התוספות דרב פפא אליבא דרב הונא קאמר וכן אמימר הא קמן דרב פפא בעי למימר דאין לחלק בגזרה דרב הונא כלל אף על פי שהחילוק מבואר ולא פליג אמימר אלא משום דלא דמי לדרב הונא כלל דההיא דרב הונא קדושי קמא בקול וקדושי שני הם קדושי ודאי אבל היכא דתרוייהו קדושי הם בקול מותרת לשניהם ומיהו כל היכא דקדושי ראשון ספק או מדברי סופרים וקדושי שני קדושי ודאי לא פלוג רבנן דלעולם מגרש ראשון ונושא שני ותדע עוד דכתב הרמב"ם ז"ל בפ' ד' מהלכות אישות חרש שנשא פקחית וכן חרשת שנשאת לפקח וכו' אלא מדברי סופרים לפיכך אם בא פקח וקדש אשת החרש הפקחית הרי זו מקודשת לשני קדושין גמורין ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש ע"כ והשיגו הראב"ד ז"ל וז"ל טעה בזה שאינה מותרת לחרש שמא יאמרו גרש זה ונשא זה ונמצא מחזיר גרושתו וכו' ע"כ. הא קמן דלהראב"ד ז"ל אף על גב דהחרש לפנינו והכל יודעין שאין במעשיו כלום ולח דמי לדרב הונא כלל אפ"ה קא אסר וגם הרב המגיד ז"ל לא תרצה לדעת הרב ז"ל אלא משום דאין לחרש לא קדושין ולא גרושין דבר תורה דחף אם יאמרו שגרש והחזירה אינו עובר בחיסור תורה ובכל כיוצא בזה אין להוסיף בגזרות של דבריהם ע"כ משמע דכל דשייך ראשון בקדושין של תורה לעולם חיישינן שמא יאמרו גרש זה וכו' אם לח שמקודשת לראשון בודאי אלא משום חומרא בעלמא מצרכינן לה גט משני כההיא דהרשב"א ז"ל וכדכתבינן לעיל ומכל מקום על המתיר להביא ראיה ולא על האוסר וכל שכן שיש ראיה ברורה מההיא דכתב בעל הטורים ז"ל בסי' קנ"ה ואם מיאנה. בו אחר שנבעלה ונבדקה ולא נמצא לה ונתקדשה לאחר צריכה ממנו גט מספק ואסורה לחזור לו ע"כ. ואיברא דלדעת הרמב"ם ז"ל מותרת לחזור לו וכדכתבינן לעיל מכל מקום מוכח להדיא דלבעל הטורים ז"ל דלא

שני ליה האי ספקא משאר הספקות לח חילק כלל. משום דמיאנה בנתים משמע דאין לחלק בהכי וכן היה דעת החכם השלם כמהר"ר חיים בסאן נר"ו כאשר כתב בקונדריס ולא ידעתי טעם נכון אמאי נדי משמועתו דסייעתה מעליא הויא דאם באנו לחלק משום דנבעלה לאחר שהגיעה לשני נערות אף אנו נאמר דיאמרו דקדושי שני קדושי טעות הוא וכדס"ל לרב שישא ותהא מותרת לחזור לראשון וכדכתבינן לדעת הר"מ במז"ל לעיל ומאחר דס"ל לבעל הטור ז"ל דאין לחלק בהכי והרי היא כשאר הספירות ואסור לחזור מעתה שפיר מייתינן מינה דהמיאון שבנתי' לא מעלה ולא מוריד דבנדון דידן נמי מכיון שאחר המיאון באו עדים דגדולה היתה תו לא אמרי אינשי דמשום מיאון יצאה דאחר גדלות לא מהני מיאון וכל שהגיעה לכלל שנים מחזיקי לה אינשי בגדולה לגמרי ולא תלו במיאון אלא בגט ומשמע לי דנדון דידן מסתבר טפי למיסר דבההיא דכתב הטור ז"ל המיאון קא אתי לבטל הספק ואיכא למימ' דיתלו במיאון ולא אתו למימר מחזיר גרושתו משנתארס' הויא אבל בנדון דידן דלבתר המיאון נולד הספק שהוציא הראשון עדי גדלות ומ"ה מוציאה בגט מעתה מאי אהני לן המיאון שנעשה קודם הא ודאי לא יתלו אלא בגט וכל שכן למאי דכתוב בקונדריס דכיון שדייני המיאון לא היו מומחין הוצרך לחקור על העדים מחדש ולא נמצאו עדי קטנו' ובעדי הגדלות נפל הספק לפי שיטתו מעתה דל מהכא המיאון דכמאן דליתיה דמי ולא תלו אינשי אלא בגט ומגרש ראשון ונושא שני כשאר קדושי ספק וכדכייל הרב המגיד ז"ל בפ' ד' מה' אישות וכדכתיבנא ועוד דיש להביא ראיה דתנן פ' בית שמאי הממאנת באיש הוא מותר בקרובותיה וכו' מיאנה בו והחזירה נתן לה גט ונשאת לאחר ונתארמלה או נתגרשה אסורה לחזור לו זה הכלל גט אחר מיאון אסורה לחזור לו וכו'. ופסקו כל הפוסקים ז"ל שאף על פי שיצא מן האחרון במיאון אסורה לחזור לראשון דלא אתי מיאון דחבריה ומבטל גיטה דידיה וכתב הרב המאירי ז"ל דהיינו טעמא דאסורה לחזור לו כל שיוצאה ממנו בגט לבסוף אף על פי שכבר מיאנה בו דהואיל ומתוך הגט הוא מחזירה הכל סבורים שגרושתו מן הנשואין הוא מחזיר אחר שנא היה המיאון אחר הגט שמתוכו יהא נודע שלא היה הגט כלום ע"כ. והכא נמי בנדון דידן כיון שנפטרה ממנו בגט לבסוף אף על פי שהיה שם מיאון מקודם תלו אינשי בגט ולא במיאון. ויאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין:

והילכך נראה הדין ברור דאסורה על הראשון אם קדושי בתרא הוו קדושי' ודאי והלכה קבועה הוא ולית למנדא מינה:

ואכתי אירא למימר דאיברא ודאי דאמרינן היכא דקידשה א' בספק ובא שני וקדשה בפנינו קדושי ודאי דמגרש ראשון ונושא שני אבל לא יגרש שני וישא ראשון מיהו איכא

למימר דלא יכנוס ראשון לכתחילה אבל אם כנס לא יוציא וליתא דבא כתב הר"מ במז"ל בפ' י"א מהלכות גרושין וז"ל לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחד שגדלה תופסין בה קדושין של שני ואם גירש הראשון יכנוס השני אבל אם גירש השני לא יקיים ראשון שמא יאמרו וכו' ע"כ. הא קמן דמפקין לה מראשון וכדקאמר לא יקיים אף על גב דהיתה נשואה לו ויש לחלק משום דליכא עליה אלא נישואין מד"ס מפקין לה מניה משום גזרה זו אבל אילו בא לאחר שנתגרשה משניהם וגדלה בודאי וקדשה ונשאה שמא נאמר דלא יוציא הגם כי עבר אדרבנן תרע דבפ' ט' מהלכות אישות גבי ההיא דיצא עליה קול כתב הר"מ במז"ל ואם גירש השני לא יכנוס הראשון וכו' משמע דוקא לכתחילה לא יכנוס אבל אם כנס לא יוציא וליתה דגרסינן ביבמות סוף פ' כיצד אבעיא להו כנס מהו שיוציא רב כהנא אמר וכו' רב אשי אמר כנס אינו מוציא תני להו רב זוטי וכו' אמרו ליה רבנן לרב אשי כנס אינו מוציא גמרא או סברא אמר להו מתניתין היא הנטען משפחה ונשתחררה מאשת עובדי כוכבים ונתגיירה הרי זה לא יכנוס ואם כנס אין מוציא אלמא ברננה לא מפקינן הכא נמי ברננה לא מפקין ע"כ. י"מ דבעיין אחכם שאסר את האשה בלחוד דליכא למיחש בה דליגע לידי איסורא דאורייתא שאפילו לא היה הנדר כלום הרי נתגרשה וליכא אלא רינון לעז בעלמא והיינו דפשטינן לה מגיורת דליכא נמי אלא רנון לעז בעלמא דאיהי מכל מקום גיורת הויא והיינו לישנא דאמרינן ברננה לא מפקינן וזו היא שטת התוספות ז"ל והרשב"א ז"ל אבל רש"י ז"ל פי' דבעינן אכלה מתניתין ואפילו אמביא גט ואאומר מת הרגתיו הרגנוהו דאיכא חשד איסורא דאורייתא אם איתא דאסהידו שקרא ונתנו עיניהן בה והרי היא אשת איש גמורה וזו היא שטת הר"מ במז"ל בפ' י' מהלכות גרושין וכן דעת רב אחא משבחא ז"ל והקשו על שטה זו דאם כן מאי מייתי ראיה להיתירא מן הנטען על השפחה ונתגיירה שאם כנס אינו מוציא דברננה לא מפקינן דשאני התם דאפילו נתגיירה לשם כך והיתה הרננה אמת גיורת מיהא הויא ובהתר הוא מקיים אותה מה שאין כן במביא גט ואומר שמת בעלה שאם הרננה אמת אשת איש היא ובאסור עומדת אצלו אדרבא נימא דדמיא היא לנטען מאשת איש דאם כוס יוציא ותירץ הריטב"א ז"ל בחידושיו דלא דמיא מנטען מאשת איש דאינו חשד לבד דהא איכא קלא דלא פסיק או עדי מכוער ורגלים לדבר לחוש דכי נסבה אלומי לקליה אבל במביאה גט ומעיד שמת בעלה אין כאן שום הוכרה ושום קול שיאמר כן כדי שישאנה אלא חשד שבלב ורנון לבד שהעם מרננין ומפקפקין ולהכי לא חשבינן ליה אלא כרננה דעלמא דומיא דנטען מן השפחה דלא חשיב לה אלא רננה ולאו דדמו רנני אהדדי דהתם מקמי נשואין יש הוכחה כיון שנטען עליה ונתגיירה והתם לירא איסור

ובהא הוי איפכא דליכא שום הוכחה ואילו איתיה איכא חשש איסורא אלא משום שאין באחד מהם מעשה מוכיח הראוי לאסור חשבינן ליה לרננה שאין להוציאה משום אומד וחשד שבלב בלא שום ידים ע"כ וכן כתוב בנמקי יוסף נמצא דלשטת התוספות ז"ל הא ודאי דבמרום שאמרו חכמים מגרש ראשון ונושא שני אבל לא יגרש שני וישא ראשון אפילו אם כנס מוציא דהא משו' איסורא דאורייתא קא נגעו בה דהיינו מחזיר גרושתו ואפילו לשטת רש"י ז"ל דוקא ברננה לא מפקינן פי' חשד שבלב ורינון שהעם מרננין דאין להוציא משום אומד וחשד כיון דליכא מעשה מוכיח אבל במקום שאמרו חכמים מגרש ראשון ונושא שני הרי מעשה מוכיח קמן וידים מוכירות דראשון נותן גט וגם השני נותן גט וקרוב הדבר מאד שיאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין וראוי לגזור בזה והויא ליה גזרה זו כשאר גזירות דרבנן כגון חלוצה לכהן וכיוצא בה והילכך פשיטא דאם כנס יוציא והרי אמרו אם קדש וכנס מניקת חבירו שכופין להוציא ולא סגי בהפרש' אף על גב שיש היתר לאיסורו ואפילו באשת כהן ואפילו אם קדש ולא כנס להראב"ד ז"ל והרמב"ן והרשב"א ז"ל כופין להוציא ומשמתין ליה עד שיגרש וכן דעת רב אחא משבחא ז"ל וכמו שכתבו התו' בפ' החולץ ועוד החמיר הראב"ד ז"ל דאם עבר וכנס כופין אותו להוציא ולא יכנוס עד שיעברו ימי הנקת הולד שהם כ"ד חדש ועוד צריך להמתין אחר זמן זה כימי' אשר עמד עמה באיסור הא קמן כמה החמירו באיסורן ז"ל אף על גב דיש היחר לאיסורו כל שכן בגזירה זו דמחזיר גרושתו דליכא שום היתר בשום זמן דודאי אם כנס אפילו בדיעבד יוציא וגרסינן נמי בסוף פ' המדיר אמר רב יהודה אמר רב אסי אין מעשין אלא לפסולות כי אמריתה קמיה דשמואל אמר כגון אלמנה לכ"ג וגרושה וכו' ורב תחליפא וכו' ופריך גמרא ואלו שכופין להוצי' מוכה שחין ובעל פוליפוס בשלמא לרב אסי דרבנן קתני דאורייתא לא קתני אלא לרב תחליפ' וכו' וכתב הרמב"ן ז"ל גרסינן בירושלמי שמואל אמר אין מעשין אלא לפסולות והא תנינן שניות ומפרקינן כגון אמר שמואל כלומר לא אמר שמואל דוק' אלמנה לכ"ג אלא כגון אלמנה לכ"ג והיינו שניות ולכל האסורות שביאתן באיסור ואכתי ק"ל לרב אסי דאמר מתניתין דרבנן קתני ליתני נמי שניות דהא נחית למניינא וקתני אלו: ואיכא למימר לדידיה נמי מתני' נמי לא קתני שביאתן באיסור אלא דליכא איסור ואומר רבנן יוציא משום ממון אי נמי דרבנן קאמרי היינו שמוציא מדברי סופרי' שראו כן מן הדין ולא מחמת איסור ובין שאיסורן תורה בין של דבריהם כגון חלוצה ושניות דאורייתא קרי ליה לומר שאסור לעכב אותן וגרושן מצוה ע"כ וכן כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו. וכן כתב הריטב"א ז"ל שם וז"ל הא דאמרינן דרבנן קתני דאורייתא לא קתני אם כן אמאי לא קתני שניות ואמאי לא

קתני הא דרב למ"ד מזונות דרבנן וי"ל דה"ק דהנהו דהוו תקנתא דרבנן בלחוד דליכא לא איסור ביאה ולא מניעת שום חיוב קרינא הכא דרבנן ואידך כולהו קרי דאורייתא ע"כ. עוד כתב ז"ל במשנה גבי ואלו שכופין וכו' ז"ל הא דקתני ואלו ואף על גב דאיכא אחרים כדאיתא בגמרא משום דהכא לא מני אלא הני משום דלית בקיומן איסורא ולא מפקעי להו שום חיובא דשאר כסות ועונה והוו מידי דלא פשע איהו בנפשיה ואפ"ה כופין אותן להוציא משום דמאיסו וכל שכן היכא דאיכא חדא מאידך ע"כ משמע להדיא מכל הני לישני דכל שאסרו חכמים לכנוס אם כנסו פשיטא דכופין להוציא ובמכ"ש הני דמתניתין כייפינן להו וקרינן ליה נמי דאורייתא לומר לאסור לעכב אותן וגרושן מצוה והוה ליה כאלו צותה תורה שתצא וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל וכל המקל משום דהויא גזירה דרבנן ליעקציה עקרבא וכבר אמרו ז"ל על הנקלה של דבריהם כל העובר על דבריהם חייב מיתה וכמו שכתב הרב רבינו יונה ז"ל בפ"ק דברכות בפירושיו על ההלכות כל שכן במה שיש בו גדר איסור ביאה של תורה דהפורצה ישכנו נחש וקרינן ליה דאורייתא כמו שכתבו הני אשלי רברבי ז"ל וכדכתיבנא לעיל:

הילכך הדין נראה ברור דאם ראשון זה לאחר שנתגרשה משניהם חזר וקדשה פשיטא דכופין אותו לגרש דבשעת קדושין היתה אסורה עליו וקא עבר אדרבנן במקדש שניה וכיוצא בה והכי נמי אם כנסה דקא כבר אדרבנן דאמרו לא יכנוס פשיטא נמי דיוצא ומיהו אכתי איכא לאיסתפוקי אי כייפינן ליה לגרש מקדושין אלו הראשונים דכיון דבשעת הקדושין אכתי לא היה צד איסור בדבר והוו מכורין לביאת היתר אלא דשוב נתקלקלו בקדושי שנייה הילכך איכא למימר דאין כופין ומסתברא דבהני קדושין נמי כופין לגרש משום דדומיא דהני דקתני במתניתין ואלו שכופין דלא שני לן בי' שהיו עד שלא נשאו ובין משנשאו וכו' הכי נמי אינך דלא קרני לא שני לן בהכי והיינו דקא משני דרבנן קתני דאורייתא לא קתני ואם איתא דיש לחלק בהני לישני דמ"ה לא קתני מידי דאיסורא משום דלא כייפינן בהו אלא כי הוה אסורה עליה בשעת הקדושין ואילו הני דקתני מתניתין כופין אפילו נולדו אחר כך אלא ודאי משמע דבמידי דאיסורא נמי לא שני לן וכייפינן ליה לראשון לגרש אפילו מקדושין אלו שריו בהתר כיון דלבתר הקדושין אתיא איסורא דרבנן ורביע עלויה:

ואכתי יש לבעל הדין לחלוק ולומר דבכל דוכרא דאמרינן מגרש ראשון ונושא שני לא כייפינן ליה לראשון ואף על גב דאיתסרא עליה מלכונסה משום דהיא גרמה האיסור ונתנה אצבע בין שיניה וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תת"כ על דבר היבמה הזקוקה לכהן שקבלה קדושין מאחר ומיד קבלה ממנו גט שאין כופין אותו

לחלוץ אף על פי שנאסרה לו במעשיה שהיא נתנה אצבעה בין שיניה וגרמה לעצמה במעשיה הרעים וכלא ברצון חכמים ע"כ וכיוצא בזה נשאל מלפני הריטב"א ז"ל יבמה שנפלה לפני יבם כהן ועמד עמה בדין פעמי' רבות להתיבם אליו ופשטה ידה וקבלה קדושין מארר והשיב גם כן שאין כופין אותו לחלוץ ואפילו למשנה אחרונה דאמר מצות חלוצה קודמת דקנסינן לה ברא שאפילו ביבמה שנדרה הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה קי"ל שאין כופין לחלוץ אלא מבקשים כדאיתא בסוף בית שמאי וכל שכן לזו שעבדה איסורא להתקדש במזיד שאין כופין ואין מבקשין אלא שתהא עגונה כל ימיה עד שירצה יבם לחלוץ לה וכי בעי למחלץ לה נמי לא הויא לא ליבם ולא למקדש ליבם לא וכו' ולמקדש נמי לא הויא דקנסינן ליה שלא יהא חוטא נשכר וכדאמרינן וכו' ע"כ רא קמן דמשום דנתנה אצבעה בין שיניה קנסינן לה שתהא עגונה כל ימיה הא נמי בנדון זה היא נתנה אצבעה בין שיניה שקבלה קדושין מאחר:

ולי אין הנדון דומה לראיה ואדרבה מינה איכא ראיה איפכא דלא קנסוה הני רבוותא אלא משום מעשיה הרעים דעבדא איסורא להתקדש לשוק במזיד בעודה זקוקה ליבם ובהכי תלוי טעמייהו הני רבוותא ז"ל הא כל היכא דלא עבדא איסורא משמע דכופין תדע דבההיא דיבמה אפי' כי בעי למחלץ לה אסרוה על המקדש וכמו שהשיב הריטב"א ז"ל ואילו הכא אמרינן ומגרש ראשון ונושא שני:

ומיהו אכתי איכא למימר דאף על גב דלא עבדא איסורא סוף סוף היא גרמה האיסור ואע"ג דלא דמיא להההיא עובדא דהרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל איכא לדמויי להא דתנן בפרק בית שמאי היבמה באמרה בתוך ל' יום לא נבעלתי וכו' וכתב בריטב"א ז"ל בחדושיו וז"ל ושמעינן מהכא ומסיפא דנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דכל היכא דיבמה לא חזיא ליבם מחמת איסור כופין אותו לחלוץ ומיהו אם היא גרמה האיסור במתכוין אין כופין ותהא עגונה כל ימיו וכדקתני סיפא אם נתכוונה לשם כך אפילו בחיי בעלה מבקשין ממנו לחלוץ כלומר מפייסין אותו שלא יענו אותה אבל אין כופין אותו וכן אתה אומר שאם נתן לה בעלה גט פסול שאוסרה על היבם כופין אותו לחלוץ לדברי הכל ע"כ:

ומסתברא דגם מכאן ליכא ראיה דשניא היא דהרי היא זקוקה ליבם בודאי בלי שום ספק וחזיא לקיים במצות יבום והיא מתכוונת למעבד טצדקי למפטר נפשה לכך קנסוה חרמים דלא ליהנו לה טצדקיה ותתעגן תדע דכתב הרב הגדול בעל אור זרוע ז"ל בחבורו הגדול וז"ל הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה וכו' לאחר מיתת בעלה הואיל והיא אסרה עצמה עליו לעקור מצות יבום מבקשין הימנו שיחלוץ לה ואם נתכוונה לכך אפילו בחיי

בעלה כגון שנדרה בשעה שהיה גוסס בעלה מבקשין הימנו וכו' ע"כ. וכן כתב רבינו טודרוס הלוי ז"ל בעליותיו ליבמות וז"ל ובזמן שנדרה הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה אין כופין אותו וכו' שכיון שנפלה לפניו בהיתר והיא אסרה עצמה הדברים מוכיחין שנתכוונה להפקיע זיקתו והיא שהפסידה על עצמה דהרי היא כמורדת על דבר מצוה לפיכך אין כופין אלא מבקשין אם נתפייס נתפייס ואם לאו תלך אצל חכם ותשאל על נדרה או תשב עגונה כל ימיה וקנס הוא שקנסוה היא עשתה שלא כהוגן וכו' ע"כ. בא קמן להדיא דמשום דנתכוונה לעקור מצות יבום והרי היא כמורדת הוא דמבקשין ואין כופין וקנס הוא דקנסוה רבנן מפני שעשתה שלא כהוגן לעקור בכוונה מצות יבום אבל בנדון דידן דמעיקרא לא נתקדשה אלא קדושי ספק ולא אחית לדרוייה שום מצוה וגם לא נתכוונה לאסור עצמה על הראשון איסור עולם דאטו כולהו נשי דינא גמירי וכדבעינן למימר בפ"ק דקדושין לאפקועי קדושין וכן כתב הרב בעל אור זרוע ז"ל להתיר אשה לבעלה כהלכה עם שני פריצים בדרך ואנסוה וכתב ז"ל וז"ל ועל שהלכה עם שני פריצים בדרך והיה לה לחוש לייחוד כדאיתא בפ"ב דקדושין בזה לא הפסידה מיגו שלה דאטו כולהו נשי דינא גמירי וכו' ע"כ הכא נמי בודאי אית לן למיתלי דלא ידעה בגזרה זו דמגרש ראשון וכו' ולא נתכוונה להאסר עליה לעולם אלא בחשבה שאין ממש בקדושי ראשון ולכך קבלה קדושין מאחר ואם יגרשנה השני שתהיה הבחיר' בידה לחזור לראשון דליכ' למימר דלהאסר על הא' לעול' נתקדש' דמי הכניסה בדוחק זה אלא ודאי מעול' לא נתכוונה לזה והילכך שורת הדין הוא לכוף אותו לגרש שלא תתעגן תדע דהא חילק הריטב"א ז"ל בין היכא דעבדא איסורא להיכא דגרמה האיסור בכוונה לבד דהיכא דעבדא איסורא כהאי עובדא דיבמה שנפלה לפני כהן כתב הריטב"א ז"ל בתשובה דאין כופין ואין מבקשין וכדכתבינן לעיל ואילו היכא דגרמא האיסור בכוונה ולא עבדא איסורא כההיא דהנודרת להנאה מיבמה תנן בהדיא מבקשין מעתה אף אנו נאמר היכא דלא נתכוונה כלל וליכא קמיה אלא ספק קדושין בלחוד אסקינן דרגא דכופין ולא אמרינן היא נתנה אצבע בין שיניה בכיוצא בזה ואיפשר דהוא נתן אצבע בין שניו שקדשה קדושי ספק עד שמתוך כך נאסרה עליו בקדושי שני: ומצאתי סעד לדברי דכתב הרמב"ם ז"ל בפ' א' מה' סוטה ואלו שבית דין מקנין להן מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה במדינה אחרת או שהיה חבוש בבית האסורין לא להשקותה אלא לפוסלה מכתובתה כיצד שמעו בית דין שהעם מרננין אחריה קוראין אותה ואומרין לה אל תסתרי עם איש פלוני באו עדים אחר כך שנסתרה עמו ושהתה כדי טומאה בית דין אוסרין אותה על בעלה לעולם וקורעין כתובתה וכשיבוא בעלה או יבריא או יצא מבית האסורין

נותן לה גט. עד כאן משמע דכייפינן ליה ליתן גט והכי מוכח להדיא בגמרא דגרסינן בפרק ארוסה אבעיא להו עוברת על דת ורצה בעלה לקיימה מקיימה או אינו מקיימה מי אמרינן בקפידה דבעל וכו' ופשיט ת"ש ואלו שבית דין מקנין להו מי שנתחרש בעלה וכו' אי אמרת רצה בעל לקיימה מקיימה עבדין בית דין מידי דדילמא לא נירא ליה לבעל ודחי סתמא דמילתא כיון דעוברת על דת מינח ניחא ליה עד כאן משמע להדיא דכייפינן ליה ניתן גט וכן בכל הנהו דכתב הרב ז"ל בפרק א' מהלכות סוטה יוציא ויתן כתובה היינו דכייפינן ליה להוציא וכן כתב הרב בעל אור זרוע ז"ל דהא דתנן בסוטה מי שקינא לה ונסתרה אף על פי ששמע מעוף הפורח ואינו חפץ להשקותה יוציא ויתן כתובה דכופין להוציא שהרי נאסרה עליו עד כאן. אלמא דכל כה"ג כופין להוציא כיון דנאסרה עליו ואף על גב דהיא גרמה האיסור ונתנה אצבע בין שיניה ואין לומר דאדרבה הקינוי שקדם הוא שגרם האיסור דאלמלא הקינוי לא היתה נאסרת דעוברת על דת אין כופין את הבעל להוציא אף על גב דמפסדת כתובתה וכמו שכתב הר"מ במז"ל בפרק כ"ד מה' אישות והילכך שניא כל הני דסוטה דאדרבה הקינוי גרם האיסור ולכך כייפינן בהו להוציא דהא ודאי ליתא דלא מסתבר דמפני שעבר עניו רוח טהרה וקינא לה נימא דהוא גרם האיסור והרי הרמב"ם ז"ל כתב בפרק ד' מה' אישות ואמר לאשתו בפני שנים אל תסתרי עם איש פלוני ונכנסה עמו להסתר וכו' ואף על פי שכא מצאו דבר מכוער שאין לך דבר יותר מנוער מזה והיום שאין שם מי סוטה נאסרה עליו איסור עולם ותצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוספת שהרי מעשיה הרעים גרמו לה להאסר עד כאן הא קמן דקאמר הרב ז"ל דהיא גרמה האיסור ועוד יש ראיה מכרעת דפליגי בגמרא בפרק המדיר בנדרה היא וקיים לה איהו אי היא נתנה אצבע בין שיניה או הוא נתן אצבע בין שיניה ופסק הרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מהלכות אישות כמ"ד הוא נתן אצבע בין שיניה במאי דקיים ואם אמר איני רוצה באשה נדרנית יוציא ויתן כתובה הא קמן אף על גב דהיא נדרה מעיקרא כיון דלבסוף היה יכול להפר ולא הפר קרינן ליה דהוא נתן אצבע בין שיניה ואמטו להכי בההיא דסוטה נמי אף על גב דקיימא להו מעיקרא כיון דהוא נסתרה לבסוף מקריא היא נתנה אצבע בין שיניה ואפ"ה כיון דסוף סוף אסירא עליה כייפינן ליה להוציא. וכההיא כתבו התוספות בפ' החולץ גבי הא דאמרינן ומנא תימרא דתנן מתו בעליהן עד שלא שתו בית שמאי אומרים נוטלות כתובתן וכו' והיא נתנה אצבע בין שיניה שנסתרה ואסרה עצמה על בעלה ואיברא דהתם כתבו התוספות נמי דבזמן דמי סוטה נוהג לא מיקרי נתנה אצבע משום דבשעה שנסתרה היתה יכונה ליבדק בשתיה ומיהו היום שאין שם מי סוטה שפיר מקרי היא נתנה אצבע ואפ"ה כייפינן ליה

להוציאה בגט וכמו שכתב הר"מ במז"ל בפ"א מהלכות סוטה ובפרק ד' מהלכות אישות וכן כתבו המפרשים ז"ל:

ואל תשיבני מהא דתנן הנודרת הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה מבקשין ממנו שיחלוץ ואין כופין מפני שהיא נתנה אצבע בין שיניה דשניא היא דמעיקרא נתכוונה להפקיע עצמה מן היבם ולבטל מצות יבום וכדכתיבנא אבל בהאי דסוטה להנאת עצמה נתכוונה ולא להאסר על בעלה ולכך כופין להוציא ולא אמרי' היא נתנה אצבע ותתעגן וה"ה בכל מקו' שאמרו מגרש א' ונושא ב' כייפינן לא לגרש כיון דאסורה עליו ולא אמרינן היא נתנה אצבע דכל שאסורה עליו כייפינן להוציא אם לא שנתכוונה להאסר כההיא דיבמה וכדכתבינן וכן יש לדייק מלשון רש"י ז"ל שכתב בסוגיין דקיימין ביה וז"ל ונושא שני אם ירצה ע"כ פי' נשואי שני תלויין ברצונו ולא גירושי ראשון דכייפינן ליה לראשון על ידי כפייה ונושא שני אם ירצה ולהכי רמז לנו הרב ז"ל הכפייה בלשון זה ולא רמזה בלשון מגרש עצמו דלא תימא דדוקא כשנושא שני בודאי הוא דכייפינן לראשון לגרש כדי שישאנה השני אבל אי אכתי הדבר תלוי ועומד ואיפשר שירצה השני ואיפשר שלא ירצה אימא דלא כייפינן לראשון לגרש קמ"ל דאפ"ה כייפינן ליה לגרש כן נראה לי לפרש דברי הרב ז"ל אשר לא נפל דבר אחד מדבריו ארצה ללא צורך גם רמז לנו הרב ז"ל בלשון זה דלא נימא דה"ק ונושא שני דיכול השני לישא והא אתא לאשמועינן דלא תימא דעשה שלא כהוגן שאסרה על הראשון ולכך לא ישאנה לא זה ולא זה וכדאמרינן ביבמות על יבמה שנתקדשה לזר וכדבעינן למכתב בס"ד ונשמר מזה כרב ז"ל דהא לא מצינן לפרושי הכי ונושא ראשון דקאמר בתר הכי אלא ה"ק ונושא שני אם ירצה ועוד נדקדק בלשון זה בסייעת' דשמייא: מכל מקום נראה לי הדין ברור דכי אמרינן מגרש ראשון ונושא שני היינו דכייפינן ליה לגרש:

ונראה נמי דכל היכא דכייפינן להוציא מחמת שם איסור לכ"ע לא בעינן שהבא מחמת טענה דאפילו אינה באה מחמת טענה נמי כופין שכתב הריטב"א ז"ל בתשובה סימן אלף רל"ו ועוד תדעו דאפילו עשאוהו הבנים שליח בעדים ואפילו הן גדולים אם לא פירש פלונית לפלוני בני ופלונית לפלוני בני חין אחת מהן ראויה לינשא לאחד מהן לעולם לפי שאין ידוע אי זו לזה וכו' וכיון שהן אסורות מלינשא לעולם מחמאן בין להם בין לאחרים כופין אותן ליתן גט ותדעו לכם שכן הוא שהרי מי שאינו יכול כופין אותו ליתן גט וכל שכן בבאה מחמת טענה ואומרת חפצה אני לינשא כדי שיהיו לי בנים להיותן לי סיוע וכו' וגרסינן ביבמות בפ' מצות חליצה בההוא יבם דאתא לקמיה דרבי חייא והטעהו ואמר לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה לבתר דחלץ לה אמר לו השתא מינך

איפסילא זיל חלוץ לה חליצה מעליא כי היכי דתשתרי לעלמא עד כאן פי' לפי' הוזקק הרב ז"ל לאורוכי ולומר וכיון שהן אסורות מלינשא לעולם מחמתן וכו' ולהביא ראיה מאינו יכול ומההיא דחליצה משום דנדון דידיה לא דמי לשניות וכיוצא בהן דאסרו רבנן להדיא ומנכר איסורייהו ולכך פשיטא דכופין להוציא דהא רביע איסורא דרבנן עליה וכדכתיבנא לעיל אבל נדון דידיה לא מבררא איסורייהו אלא משום דאין ידוע אי זו לזה ואי זו לזה הוא דלח מצו למנסבינהו מעתה יש נבעל הדין לחלוק דאין כופין דכל חד מצי למימר אנא הא קאימנא ושמא מותרת היא ני ולא מצינא למכפייה ליתן גט לכך הוזקק הרב ז"ל למיתי עלה משום שהן מעוכבות מלהנשא לעולם מחמתן ומייתי לה מאינו יכול אבל כל שאסרו חכמים לינשא פשיטא דכופין כדאיתא להדיא בסוף פרק המדיר וכדכתיבנא לעיל ואינה צריכה לפנים:

ואכתי צריך לפרש דברי הרב במאי דכתב ותדעו לכם שכן הוא שהרי מי שאינו יכול כופין וכל שכן בבא מחמת טענה וכו' וצריך לדקדק בא מחמת טענה מאן דכר שמיה והא לעיל מיהא כתב וכיון שהן אסורות לינשא וכו' כופין אותן ליתן גט ולא הוצרך שיביאו מחמת טענה ונראה דה"ק ותדעו לכם שכן הוא שהרי הנשואה כבר וטוענת אינו יכול כופין אותו לגרש ואף על פי שאינה באה להדיא מחמת טענה אלא שואלת והכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה ועל דעת כן נשאת לו כל שכן היכא דאינו יכול לכונסה דהא ודאי אף על גב דלא באה מחמת טענה כמאן דטענה דמי דהיאך תשב גלמודה בלח בעל ובלא בנים והא בעיא חוטרא לידה וכו':

ונמצינו למדין לפי זה דאפילו בנדון דידיה דאין האיסור אלא מחמת ספק משום דמעגני מחמתן כופין לגרש אף על גב דלא באה מחמת טענה להדיא כל שכן במידי דאסרי רבנן להדיא דאינו צריך לבא מחמת טענה דרבנן בוא דמפקי לה מיניה ומה לנו בטענתה:

ועתה אפרש תשובת מהר"י קולון ז"ל שבסימן קכ"ה משום דראיתי בקונדריס ערבובי דברים בפירושו והא לך פירושו ראובן שנטען מלאה אשת שמעון ואחר כך גירשה שמעון והלך יעקב אבי ראובן והשביע את ראובן בנו שלא ישא את לאה הנ"ל ובין כך יצא קול שראובן קדש את לאה ונסתפקו אי מצי ראובן למכנס את לאה אי לא. ובירר הרב ז"ל בתשובותיו שני צדדין אם על הב"ד מצווין להפרישו או אם האשה תובעת שיוציאנה ומעיקרא קא מצדד בהפרשת הב"ד ומיירי שנטען עליה על ידי עדים שראו דבר מכוער כגוונא דאסירא עליה והשתא אין לו עסק בשבועת האב כלל אלא קא שקיל וטרי אם בית דין מצווין להפריש בגט מפני שנטען עליה ואף על גב דאיהי לא ניחא לה בהוצאה וכמו שכ' בסוף התשובה ומשום דאיכא למימר דאין ב"ד מצווין להפריש בגט אלא להפרשה

שלא תנשא אבל לכוף לגרש לח דלא ליהוי גט מעושה לכך שקיל וטרי בה וקאמר דראוי לאפרושינהו בגט פן יבואו לידי מכשול עבירה ק"ו ממקדש תוך ג' חדשים לאחר מיתת הבעל ואף על גב שיש היתר לאיסורו כל שכן היכא דהוו קדושין שלא נמסרו לביאת היתר והאריך הרב ז"ל שלא נחלק בין איסור קל לאיסור חמור דההיא דג' חדשים איסור קל וגם יש היתר לאיסורו ויבא לזלזל ולכך החמירו להצריכו לגרש אבל ההיא דנטען איסור חמור וקרוב להיות דאורייתא וגם אין היתר לאיסורו לא יבא להקל ושוב העלה דכדי להסתלק מכל ספק היה נראה לעשות הרחקה דר"ת ז"ל ומכל מקום אין בצד זה עסק לשבועת האב דהא קאמר אבל הכא שהאיסור חמור וקרוב להיות דאורייתא וגם אין היחר לאיסורו משמע להדיא דלא מיירי כלל בענין השבועה והא כתיבנא דגם האשה לא ניחא לה בגרושין חלא שהפרשת ב"ד מיירי בצד זה הילכך לא שייך בצד זה דין באה מחמת טענה ובצד השני מיירי כגון דליכא שום איסור מצד שנטען עליה כגון דליכא אלא קול דברי' בעלמא אלא דהיא רוצה שיוציאנה מחמת השבועה שהשביעו אביו שלא ישאנה ובצד זה לא הזכיר הרב ז"ל דהוו קדושין שלא נמסרו לביאת היתר דשפיר הוו קדושין שימסרו לביאה דהא אפשר בהשאלה דהא ליכא שום איסור מצד שנטען עליה דלא היה אלא קול בעלמא וכדכתיבנא אלא שהיא שואלת או כנוס או פטור מחמת שמונע ממנה כל ענייני אישות ואין לה להמתין עד שיתפייס האב ולכך בצד זה בעינן דתיהוי באה מחמת טענה דוקא משום דלא אסירא עליה אלא מחמת השבועה והיום או למחר יתפייס האב:

ומייתי לה מתשובת הרשב"א ז"ל שהשיב על המקדש קדושין שלא נמסרו לביאה דכופין אותו לגרש מטעם דהויא ליה מן הסתם כמאן דאתיא מחמת טענה אף על גב דלא טענה מידי וכדפרשינן ה"ה לגבי שבועת האב אף על גב דהוו קדושין שנמסרו לביאה כיון דבאה להדיא מחמת טענה כופין דכך לי קדושין שנמסרו לביאה כההיא דהשביעהו אביו ובאה מחמת טענה בפירוש כמו קדושין שלא נמסרו לביאת היתר לעולם כההיא דהרשב"א ז"ל דמיירי בשלא באה מחמת טענה ואכתי הוה מסתבר למימר שנמתין קצת מלכופו שמא יתפייס האב ואם יאריך הזמן ולא יתפייס ודאי דכופין וכתב הרב ז"ל דאין נראה לו שנמתין כלל דהשתא מיהא הרי בא מחמת טענה ולא אדע מה ילד יוסכן נראה לי פי' תשובה זו:

והילכך מעתה לא משתמע מתשובה זו דמקרו קדושין בלא נמסרו לביאת היתר אלא היכא שאין לו היתר לעולם:

ומכל מקום משמע מכל מאי דכתבינן דכל היכא דאמרינן מגרש ראשון ונושא שני דכייפינן ליה לגרש ואפילו לא באה מחמת טענה דחוטרא לידה וכו' והיינו דוקא כשקדושי שני הם קדושי ודאי בלי ספק דכיון דחסורה על הראשון יש לכוף למי שאסורה עליו ולא לשני אבל אם גם קדושי שני הם בספק כההיא דיצא קול מזה ומזה דמותרת לשניהם וכדאיתא בסוגיין צריך למידע אם שני המקדשין יקשו ערפם בלח נגרש מאי תקנתא שלא תתעגן כי ראוי לחוש שלא יתעגנו בנות ישראל הכשרות ולכאורה היה נראה לכוף לשני שעשה שלא כהוגן דאיבר' דבמקום שנאסרה על הראשון לא ניח מלכוף למי שנחסרה עליו ונכוף למי שמותרת לו מפני טעם עשיית שלא כהוגן ומיהו היכא דמותרת לשניהם יש לדון ולומר שנכוף לשני מפני שעשה שלא כהוגן ויש להביא ראיה מעובדא דגרש דגרסינן בפרק בית שמאי איתמר קטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה ונשאת רב אמר אינה צריכה גט משני ושמואל וכו' מאי לאו דנא בעל פי' דלא בעל ראשון. ומהדר לא דבעל ופריך גמרא ומי אמר רב אי בעל אין אי לא בעל לא והא ההיא עובדא דהוה בנרש ואיקדש כשהי' קטנה וגדלה ואיתביה אבי כורסי' ואתא אחרינ' וחטפה מיניה ורב ברונא ורב חננאל תלמידי דרב היו התם ולא אצרכוה גיטא מבתרא. ומשני אמר רב פפא בנרש מנסב נסיבי והדר מותבי אבי כורסיא רב אשי אמר הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו בו שלא כהוגן אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה עד כאן פי' רב פפא בעי לאוקומא בבעל ורב אשי קאמר דלעולם אימא לך דקמא לא בא עליה. וא"ת אם כן אמאי לא חשו לקדושי שני משום דהשני עשה שנא כהוגן דחטפה ורבנן אמרו דחוטף אשה מבעלה לא נהוו קדושין. והקשה הריטב"א ז"ל ומאי פריך כיון דחטפה ובעל בעל כרחה הא קי"ל דהלוה וקדש אין קדושיו קדושין ואפילו בעל ותרץ דהכא אף על פי שחטפה סופה להתרצות לו לקדושין ומיהו מפני שהיה תחלה בחטפה עשה שלא כהוגן ע"כ ואחרים פירשו דמתחלה חטפה דרך אונס ושוב קדשם מדעתה ומכל מקום האי קמא דמפני שהיה תחלה בחטפה לא אצרכוה גט ואפקעינהו רבנן לקדושי מניה מעתה היכא שלא תהיה בחטפה אלא כגון שידע שהיתה מקודשת שת בספק והוא בא וקדשה דסוף סוף עשה מיהא שלא כהוגן לפיכך נעשה עמו שלא כהוגן מיהא דנכוף אותו לגרש הכי הוה מסתבר לדון בדין זה וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל נ"ה סימן א' וז"ל וקרוב הדבר כדמותו לעובדא דגרסינן בפ' בית שמאי משום שנעשה שלא כהוגן הפקיעו הקדושין גם זה שלא כהוגן נכי דקדושין נא נפקיע וכו' ע"כ. ומיהו הרמב"ם ז"ל כתב בפ' ט' מהלכות אישות יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ויצא קול אחר כמותו שהיא מקודשת לאחר אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון ע"כ. משמע דשניהם שוין

בה וליכא כפייה לשום אחד מהם. ואם תשאל דהא כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות חרש שנשא פקחת וכן חרשת וכו' לפיכך אם בא פקח וקדש אשת חרש הפקחת הרי זו מקודשת לשני קדושין גמורין ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש ע"כ ומדקאמר הרב ז"ל דהפקח נותן גט ולא החרש דהא קי"ל דחרש שנשא כשהוא חרש מוציא ברמיזה כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה וכיון שכן שפיר הוה מצי למימר דיגרש החרש אלא משמע דהשני הוא שיגרש ולא הראשון תשובתך שניא ההיא דכבר היתה נשואה לחרש לכך אין להוציאה מתחת יד בעלה והכי דייק לשון הרב ז"ל שכתב והיא מותרת לבעלה החרש דלמה ליה לאורוכי ולמימר לבעלה החרש לא הוה ליה למימר אלא והיא מותרת לחרש דפשיטא דהחרש הוא בעלה אלא מילתא בטעמא קאמר דמ"ה יגרש הפקח משום דהחרש הוא בעלה וזה עשה שלא כהוגן שרצה להוציאה מתחת יד בעלה אף על פי ששוחיו מדברי סופרים אבל כשאין לראשון בה אלא קדושין בלחוד שניהם שוין בה הראשון והשני וכמו שנראה מלשון הרמב"ם ז"ל ומיהו יש לדחות דלא מיירי הרמב"ם ז"ל אלא ביצא קול שנתקדשה לפלוני ושוב יצא קול אחר כמותו דאף על גב דזה ראשון וזה אחרון וכמו שכתב בסוף לשונו מכל מקום אפשר דלא ידע השני בקדושי ראשון ולא שמיע ליה קלא דראשון והילכך ליכא למימר ביה שעשה שלא כהוגן ולפיכך כתב הרב ז"ל אחד כותב גט ואחד כונס דשניהם שוין בה אבל היכא דידע שני בקדושי ראשון דעשה שני שלא כהוגן ובקש להפקיע קדושי ראשון איכא למימר דנכוף לשני לגרש וכדכתיבנא:

אבל מצאתי להריטב"א ז"ל שכתב בחדושיו שיו בסוגיין דקאימנא ביה וז"ל מותרת לשניהם דאי ניחא ליה בשני מגרש ראשון ונושא שני ואי ניחא לה בראשון מגר' שני ונושא ראשון דכיון דקדושי שני לאו קדושי ודאי נינהו לא גזרינן בהא שמא יאמרו וכו' ע"כ ומתוך לשון זה נתברר לנו שורת הדין דהא ודאי הרב ז"ל הקשה דאי ניחא ליה בהאי כייפינן לאידך לגרש דאי לא תימא הכי למאי הילכתא כתב הרב ז"ל דאי ניחא נה וכו' ומאי נפקא לן מינה והרי אכתי ברצון המקדשים תליא מילתא וראיתי למרנא ורבנא הרב הגדול כמהר"ר דוד בן אבי זמרה זלה"ה שכתב בתשובה וז"ל והיכא דשני הקדושין ספק כגון ששניהם על ידי קול אמר אמימר בסוף פ' המגרש מותרת לשניהם ונשאל את פיה ולמי שתתרצ' בו תקבל ממנו קדושי ודאי ויהיו של האחד ספק וכופין אותו לגר' חזר הדין כמו החלוק' הראשונה וכו' ע"כ ומיהו מלשון הריטב"א ז"ל לא משמ' כן שכתב דאי ניחא לה בשני מגרש ראשון ונושא שני משמע להדיא דאין כאן שוב עסק קדושין אחרים אלא הבחירה בידה ואי ניחא לה בזה כייפינן ליה לאידך לגרש

ואיפשר דהוקש' להריטב"א ז"ל לשון מותרת לשניה' דנקט אמימר דלא דייקא דבע"כ אינה מותרת אלא לאחד ומאי מותרת לשניה' דנקט לא הוה ליה למנקט אלא אף מגרש שני ונושא ראשון כדנקט רב שישא לעיל מיהא גבי פלוגתא דרב הונא ותרץ הרב ז"ל דה"ק מותרת לשניהם דאי ניחא לה בשני וכו' פירוש כיון שהדבר תלוי ברצונה דלמי שתרצה היא תנשא לו מעתה שפיר קאמר מותרת לשניהם ומשמע דבמאי דקאמרה בהאי ניחא לי סגי ולא בעינן דנימא ניחא לי בזה ומאסתי באידך דכיון דלית כאן קדושין ודאין לשום חד מינייהו מעתה מצינא למימר כי היכי דאין האשה מתקדשת מתחלה בעיקר הקדושין אלא ברצונה הכי נמי אינם נגמרין קדושיה הלא לרצונה ואינה כשבויה שתבעל אלא למי דניחא לה ביה והיינו דנקט רב שישא בריה דרב אידי אף מגרש שני ונושא ראשון ולא קאמר מותרת לשניהם כדקאמר אמימר משום דכיון דקדושי שני הוו קדושי בעדים ברורים לא מתליא ברצונה דאי אמרה ניחא לי בראשון לא כייפינן ליה לשני דקדושיו קדושי תורה ולכך לא נקט מותרת לשניהם כן נראה שטת הריטב"א ז"ל ורש"י ז"ל כתב מותרת לשניהם כלומר אף מגרש שני ונושא ראשון ואפילו רב הונא מודה בהאי ע"כ. פי' לפי' הא כתיבנא לעיל דממה שכתב רש"י ז"ל לעיל ונושא שני אם ירצה משמע דמאי דקאמר מגרש ראשון היינו בכפייה וכדמשמע לישנא אבל נושא שני היינו אם ירצה ואין לפרש דהא דקאמר ונושא שני אתא לאשמועינן דישאנה אף על גב דעשה שלא כהוגן דהא פשיטא ואמאי הוה ס"ד דנעכב עליו מלישאנה והא לא עשה שום דבר שלא כהוגן וכדבעינן למכתב בס"ד. ועוד דמאי דקאמר רב שישא אף מגרש שני ונושא ראשון ע"כ לא מתפרש הכי דראשון ודאי לא. עבד מידי שלא כהוגן וגם אין לפרש דאתא לאשמועינן ונושא שני דאינו צריך קדושין אחרים אלא ישאנה בקדושין הראשונים והכי נמי יתפרש מגרש שני ונושא ראשון והא ודאי ליתא דקי"ל כל ספק קדושין צריך לחזור ולקדשה ודאי אם ירצה לכונסה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ד' מהלכות אישות לכך פירש הרב ז"ל ונושא שני אם ירצה פי' דלא אשמועינן רב הונא מידי אחרינא אלא דמגרש ראשון בכפייה ונושא שני אם ירצה וכדכתיבנא לעיל ולהכי כייפינן ליה לראשון לגרש משום דאינו יכול לכונסה וכדכתי' אבל שני דיכול לישאנה לא מצינן למכפייה לגרש וכדמסיים ואזיל אבל מגרש שני וכו'. ורב שישא אמר אף מגרש שני ונישא ראשון פי' כיון דביד שניהם לגרש ולכנוס הרי הדבר תלוי ברצונה ואי ניחא ליה בשני מגרש ראשון בע"כ אבל לרב הונא לא כייפינן לגרש אלא למי שאסור לכנוס והילכך כיון דמלישנא דרב שישא נמי שמעינן דהיכא דלא מתסרא על הראשון הדבר תלוי ברצונה ואי ניחא לה בזה כייפינן לאידך והיינו דקאמר חף מגרש ראשון

וכו' דהיינו לישנא דכפייה וכדכתיבנא מעתה תקשי אמאי נקט אמימר מותרת לשניהם לכך כתב רש"י ז"ל מותרת לשניהם כלומר אף מגרש שני ונושא ראשון והא דנא נקט להדיא בכי וכדנקט רב שישא משום דס"ל לאמימר דאפילו רב הונא מודה בהא לכך שני בלישניה ולא נקט כלישנא דרב שישא דפליג עליה דרב הונא. כנ"ל פי' לפי' רש"י ז"ל. ומדברי שניהם למדנו דהיכא דקדושי שניהם בספק תלוי ברצונה ואי ניחא לה בהאי כייפינן ליה לאידך לגרש וכדכתב הריטב"א ז"ל להדיא אלא דלשטתו אליבא דרב שישא דלקדושי שניהם הם קדושין ודאי לא תליא ברצונה לכוף למי שיש לו עליה קדושי ודאי אבל לשטת רש"י ז"ל לעולם כייפינן למי שאינה רוצה בו אי שריא לתרווייהו אבל אי מסחרא על הראשון לא מצינן לכוף לשני:

עוד נוכל לומר ולפרש לשון הריטב"א ז"ל דהכי קאמרה בהאי ניחא לי ואידך מאיס עלי דלדעת הראשוני' ז"ל אפילו בנשואה ודאי כמה ימים ושנים אי אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו לשעה לגרשה לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה. ואיברא ודאי שכל האחרונים ז"ל קראו תגר על סברא זו ומכללם הריטב"א ז"ל בחדושיו ובתשובותיו היינו דוקא בנשואה או ארוסה גמורה שלא תהיה עיניה נותנת באחר ומפקעת עצמה מבעלה אבל היכא דלא מיקדשא לשום חד בודאי אלא אגידא בקדושי ספק פשיטא ודאי דאי אמרה על אחד מהם מאיס עלי דכופין אותו לגרש וגדולה מזו כתב הרא"ש ז"ל בכלל ל"ה על דבר המקדש בטבעת שאולה דאף על גב דלדידיה מקודשת מכל מקום כתב בסוף תשובתו וז"ל אמנם אם נראה לכם רבותי הקרובים אל הדבר שאם המקדש אינו אדם ראוי והגון לידבק בבת טובים ובנכל ובתרמית פתוה וקרוב הדבר לדמותו לעובדא דגרסינן ביבמות בפ' בית שמאי משום שנעשה שלא כהוגן הפקיעו הקידושי' וכו' מכל מקום יש לסמוך בנדון זה על דברי קצת רבותינו שפסקו בדינא דמורדת דכופין אותו לגרשה אמנם יש לנסותן אם יוכלו לפייסו במנה כסף ואם לא יאות אני נגרר אחריכם לכופו לגרשה. ע"כ. הא קמן על גב דהרא"ש ז"ל מן הקוראי' תגר על סברת הראשונים ז"ל כמו שכתב בכמה דוכתי מכל מקום בסיבה מועטת נטה לכוף במאיס עלי ואפי' במקום קדושין ודאין כל שכן במקום קדושי ספק ולכך הרמב"ם ז"ל בפ' ט' מה' אישות כתב אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון ולא תיקן אשה זו מה אעשה אם לא ירצה שום אחד לגרש משום דלדידיה ז"ל הרי מתוקנת ועומד' דגדולה מזו כתב הרב ז"ל בפ"ד מהלכות אישות דאפילו נשואה גמורה אי אמרה מאיס עלי כופין אותו לגרש כך יש לפרש לשון הריטב"א ז"ל ומיהו הלשון כפשטו לא משמע אלא כדפרישנא מעיקרא:

הילכך נקטינן מכל מאי דכתיבנא בשמועה זו ובסוף פ' המגרש דהיכא דקדושי ראשון קדושי ספק או קדושי מדברי סופרים כגון יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני אי נמי זרק לה קדושיה ספק קרוב לו ספק קרוב לה אמר לו המקדש בפסולי עדות של דברי סופרים או בעדו' שהן ספק פסולי תורה וכיוצא בזה ובא אחר וקדשה קדושי ודאי לפנינו צריכה גט משניהם ואסורה לראשון ואפילו אם כנס מוציא וכופין נמי לגרש אפילו דלא כנס. במכל שכן דהני דתנן במתניתין ואלו שכופין ומרנא ורבנא הרב הגדול מהר"ר דוד בן אבי זמרה ז"ל לבו נוקפו מלכוף בשוטים בענין זה משום דלא מצינו כפייה בשוטים אלא לאות' השנויים במשנה אלא כפייה זו תהיה בכה"ג דאמרינן ליה כבר חייבוך רבנן ואם לא יעשה שרי למקרי ליה עבריינא ולעניות דעתי האי עדיפא מהני דשנוים במשנה ופשיטא דכופין נמי בשוטים כיון דאיתסרא עליה ואתיא במכל שכן דהני דתנן במתניתין וכדאוכחנא לעיל. ואפילו דלא באה מחמת טענה כייפינן ליה לראשון לגרש דהיכא דאיסורא דרבנן רביע עליה לא בעינן רתותי מחמת טענה. ומיהו דוקא היכא דהאשה ניחא לה בהוצאה אבל אם האשה לא ניחא לה בהוצאה ואינה רוצה להתגרש ממנו אלא להיותה עגונה לו בספק קדושין דמסתברא היינו ספיקא דמהר"י קולון ז"ל בסימן קל"ה וכדכתבינן לעיל אי ב"ד מצווין להפריש פן יבא עליה באיסור והעלה דלהסתלק מכל ספק עבדינן הרחקה דר"ת ז"ל. ואפילו היכא דקדושי ראשון אינן קדושין מן הדין אלא דמשום חומרא בעלמא הוא דמצרכינן לה גט משני ליכא למיחש לשמא יאמרו ומותרת לראשון וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בסימן תשע"ג ואלף רכ"ז. וכתב מרנא ורבנא הרב הגדול מהר"ר דוד בן אבי זמרה זלה"ה בתשובה דאם לא רצה השני לגרש כלל דכופין על ידי נדוי דליכא למיחש לגט מעושה כיון דלא הוי אלא משום חומרא בעלמא ע"כ נראה לדון כשקדושי ראשון בספק ובא אחר וקדשה קדושי ודאי ובכל גווני דספק הכי הוא דיניה חוץ מקטנ' יתומה שנתקדשה ובא עליה בעלה לאחר שהגיעה לשני נערות ונבדקה ועדיין לא הביאה סימנין דהוא מקודשת לו בספק תורה משום דחיישינן שמא נשרו ובא אחר וקדשה לאחר שהביאה סימנין אף על גב דקדושי קמא בספק וקדושי בתרא בודאי לדעת הרמב"ם ז"ל מותרת לחזור לראשון לאחר שיגרשנה השני ומיהו הר"י בעל הטורים חולק דגם ספק זה הרי הוא כשאר הספיקו' וכלל גדול בידינו כל היכא דצריכה גט משניהם אסורה לראשון:

והני מילי היכא דקדושי שני קדושי ודאי אבל אם גם קדושי שני הם בספק כגון שגם קדושי שני הוו בעדים שהן ספק פסולי תורה או שזרק לה קדושיה ספק קרוב לו ספק קרוב לה אף על גב דצריכא גט משניהם מותרת לראשון דומיא דיצא עליה קול

מזה ומזה דקי"ל כאמימר דמותרת לשניהם ובכה"ג דקדושי שני נמי בספק הוה מצינן למימר דמשום שעשה שלא כהוגן כייפינן לשני לגרש והנכון כמו שכתב בריטב"א ז"ל דהבחירה בידה ואי ניחא ליה אהאי כייפינן ליה לאידך בין ראשון בין שני ואי אמרה ניחא לי בהאי ואידך מאיס עלי פשיטא דכל כה"ג פסקינן כדעת הרמב"ם ז"ל ודע מיהא לכוף בשוטים להאי דמאיסא עליה:

וכתב הריטב"א ז"ל כל שכופין להוציא כופין בין בשוטין ובכל כפיה שא ואפילו על ידי העובדי כוכבים ומזלות כדאיתא בפ' בתרא דגיטין וכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואי מסר מודעא כייפינן ליה דמבטיל למודעא כדאיתא בערכין: וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה כל שהוא חייב להוציא אינו רשאי להתנות עליה שלא תנשא לכל מי שירצה וכל מי שגרש כן כופין אותו שיחזור ויגרש בגט גמור בלא תנאי ע"כ. זהו דינא דגמרא:

ומעתה הדין ברור לנדון שלפנינו והא כתבינן לעיל שצריכה גט משלשתן וכן יורה מאן דנהירן ליה שבילי דגמרא והפוסקין ז"ל ולא גס לביה בהוראה:

והילכך אם קדושי בתרא הם קדושי ודאין שהיתה אז בודאי גדולה בשנים ובסימנים מגרש ראשון ושני ונושא שלישי ואם עבר ראשון או שני וכנס מוציא ואין להתירה לראשון משום דמיאנה ביה דהא לאחר המיאון נולד הספק והצרכנוה מניה גט וכלל גדול בידינו כל דאיכא גט אחר מיאון איכא למגזר לשמא יאמרו וכו' והילכך פשיטא ודאי דאסורה לראשון וגם פשיטא דכייפין ליה לראשון לגרש ואפילו לדעת מרנא ורבנא כמהר"ר אבי זמרה ז"ל דלבו נוקפו מלכוף בשוטי או בנדוי משום דהא כמעט לא היתה צריכה ממנו גט כלל דתרי ותרי ספיקא דרבנן דמדאורייתא אוקמינן לה אחזקתה והויא לה בחזקת קטנה ולא החמירו רבנן אלא בתרי ותרי שקול והכא עדי קטנות אלימי חדא דהעידו תחלה ונכתב שטר המיאון והרי הותרה וגם עדותן שלימה ושטר כתובה קא מסייע להו אבל עדי גדלות הויא ליה כחצי עדות דאף על גב דלדידהו היתה גדולה בשנים שמא לא הביאה סימנים והילכך הסברא נותנת דנוקי איתתא דא אחזקת' בדינא דאורייתא דבכגון הא לא החמירו רבנן אלא משום חומרא בעלמא הצרכנוה גט מניה. וכדכתי' לעיל וכבר כתב מרנא ורבנא הרדבא"ז ז"ל דלא חיישינן לגט מעושה היכא דלא הוי אלא משום חומרא בעלמא ושפיר כייפינן בשוטים כדי' אותם השנוי' במשנה וכדכתיבנא לעיל וכיון שכן כופין לראשון לגרש בלי שום ספק גם לא שייך לגבי דידיה היא נתנה אצבע בין שיניה דמה שקבלה קדושין משני שפיר עבדה וליכא בזה נתינת אצבע דהא על פי עדים וב"ד מיאנה ביה ואכתי לא הוה ידעה בעדי גדלות וכיון שקדושי שני לגבי ראשון לא הויא נתינת אצבע גם קדושי שלישי לגבי דידיה לא שייך נתינת

אצבע דמה לראשון בזה הרי כבר מיאנה בו וקבלה קדושין מאחר וכיון דבלאו הכי היא מקודש' לאחר מה שקבלה קדושין מהשלישי לא הויא נתינת אצבע לגבי ראשון הילכך מכל הצדדין שורת הדין הוא דכופין לראשון לגרש. ומי שלבו נוקפו ליעביד הרחקה דר"ת ז"ל בכל חזוקין וכדמייתי לה מהר"י קולון בסימן ק"כ וקל"ה:

ומיהו לשני לא כייפינן דהא אלימי קדושיו טפי דהא מקודשת לו מספק גם יש לו עלה בודאי קדושי קטנה והגדילה הילכך לגבי דידיה עשתה שלא כהוגן ונתנה אצבע בין שיניה שקבלה קדושין מאחר להפקיע קדושין ודאין מד"ס ולכך אין לכוף לשני ואף על גב דגם בזו יש לחלק דלא הויא נתינת אצבע וכמו שהארכתי לעיל מכל מקום מאחר דמרי ורבי ז"ל חש שלא לכוף אני לא אקל בזה גם כתב ריב"ש ז"ל בסימן קכ"ז אין כופין אלא כאותה ששנינו וכו' ע"ש. וכן יש לדייק מלשון הרמב"ם ז"ל דבפרק י"א מה' גרושין גבי קטנה שלא מיאנה הגדילה כתב ואם גירש הראשון יכנוס השני וכו' משמע דלא כייפינן ליה לגרש אלא דאם גירש יכנוס השני ובפ"ט מהלכות אישות גבי יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ובא שני וקדשה בפנינו כתב מגרש ראשו בקדושיו בקול וכו' ולא כתב אם גירש משמע דכייפינן ליה משום דאיתסרא עליה וקדושיו אינו אלא בקול ואפשר דלא קדשה כלל ולכך כייפינן ליה ולכך האריך הרב ז"ל מגרש ראשון שקדושיו בקול ונושא השני שקדושיו ודאי ע"כ משמע דמילתא בטעמא קאמר מגרש ראשון בכפייה לפי שקדושיו בקול ונושא השני שקדושיו ודאי. תדע דבבבא האחרת כתב יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ויצא קול אחר כמותו שהיא מקודש' לאחר אחד כותב גט וכו' לא כתב אחד מגרש כדנקט לעיל דמה לנו עסק עכשיו בכתיבת הגט הא ודאי שהמגרש הוא בכתיב' גט הוא מגרש אלא משמע דדקדק הרב ז"ל בלשונו דלעיל המגרש בכפייה נקט לשון מגרש ובאידך בבא דליכא שום איסורא אחד מנייהו ולא מצינן למיכף חד מנייהו ולא בעי למנקט לשון מגרש אלא נקט כותב גט כנ"ל ומכל מקום נראה דלישני אין כופין אף על גב דאיתסרא עליה אבל יפייסנהו ברצי כסף ואסלא יתפייס בדבר הגון אלא בתרקבא דדינרי יאיימו עליו בהרחקה דר"ת ז"ל וכיוצא בו:

ולשלישי אין כופין כלל ולא מרחיקין דהא שריא ליה ולא מקרו קדושין שאין מסורין לביאה וכדכתיבנא לעיל בתשובת מהר"י קולון ז"ל והוא ברור דאינו מן השם ולא אאריך בזה שכבר הארכתי יותר מדאי. ומה שכתוב בשלטי הגבורים אין לסמוך עליו ולא ידענא מנו ומי יחוש לו נגד עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם ז"ל והרמ"ה והרא"ש ז"ל והרב המאירי ז"ל וראיתי בקונדריס דאסיק דאין כופין ולא מרחיקין לא לראשון ולא לשני אבל לאחרון כופין ופליאה דעת ממני אטו זו היא דרכה של תורה יציבא בארעא וגיורא בשמי

שמיא להאי דאיתסרא עליה אין כופין ולמאן דשריא עליה כופין זו אינה תורה ואין לומר דנכפייה משום שלא יהא חוטא נשכר מההיא דפ' האשה דיבמות דאמר התם אם היה יבמה כהן חולץ לה ושריא לה ופריך גמרא אתגורי איתגור אם כן מצינו חוטא נשכר וכו' דשניא היא דהיתה זקוקה ליבם בודאי וזה בא באיסור קדושי יבמה לשוק והפקיעה מצות יבום מיניה דיבם לכך ראוי לקונסו שלא ישאנה וכופין אותו לגרש מאחר דעבר אדאוריית' לקדש יבמה לשוק אבל בנדון דידן דלא הוו לקמאי בה אלא קדושי ספק ולא עבד שום איסורא בזה מה שורש חטא נמצא בו עד שיכפוהו לגרש וכיוצא בזה כתבינן לעיל ואי לא תימא הכי אם כן בכל דוכתא דאמרינן מגרש ראשון ונושא שני צריכין אנו לומר דלא מיירי אלא כגון שקדשה שני בשוגג והא ודאי ליתא דאפילו בקדש השני במזיד במקום קדושי ספק מיירי ואפ"ה קאמר ונושא שני ובכמה תשובות מהרשב"א ז"ל ושאר רבוותא מיירי להדיא במזיד ואפ"ה קאמרי ונושא שני ועוד בנדון דידן דאיכא שני מקדשין מקמי דידיה ליכא עשיית שלא כהוגן לגבי שום חד מינייהו דהא בלאו קדושיו היתה מקודשת לשני' בספק וכבר כתבנו לעיל דלדעת הריטב"א ז"ל דעליו קא סמיכנה הבחירה היתה בידה ואי ניחא לה בהאי כייפינן לאידך מעתה זה השלישי מצי למימר לכל רד מינייהו מאי עבידנא לך שמא לא היתה רוצה בך והיו כופין לך ליתן גט ואי משום דבקדושיו איתסרא עלייהו לעולם מאן לימ' לן דהוא כיון לאוסרה עליהם שמא לא כיון אלא לקדשה לעצמו עכשיו שהם יגרשוה עתה וגם אם יגרשנה הוא תותר להם ולגבי הני ליכא שום עשיית שלא כהוגן ומנא לן שהוא כוין לאוסרה עליהם עד שנכוף אותו לגרש ובר מן דין לא מסתבר כלל לכוף את השלישי ואין להאריך בפשוטות. והא כתיבנא לעיל דרש"י ז"ל כתב ונושא שני אם ירצה ולא רצה לפרש דאתא לאשמועינן דישאנה אף על גב דעתה שלא כהוגן משום דפשיטא מילתא וכדכתיבנא:

כללא דנקטינן לנדון שלפנינו הנערה הזאת צריכה גט משלשתן ואחר שתתגרש משלשתן אסורה לראשון ולשני ואם עברו וכנסו מוציאין ולשלישי מותר' וכופין לראשון לגרש מדינא בכל מיני כפייה עד שיאמר רוצה אני ויגרשנה בגט גמור בלא שום תנאי ואי מסר מודעא כייפינן ליה דמבטיל למודעיה כיון דאיתסרא עליה וקלישי קדושייהו דלא מצרכינן גיטא מניה אלא משים חומרא בעלמא ומי שלבו נוקפו ליעביד ליה הרחקה דר"ת ז"ל בכל חזוקיו:

ולשני מן הדין אין כופין אף על גב דאיתסרא עליה וצריך לפייסו ואם לא יתפייס בדבר הגון אלא בתרקבא דדינרי מאיימינן עליה בהרחקת דר"ת ז"ל וכדי שלא תתעגן בת

ישראל אם יקשה ערפו עבדינן ליה נמי הרחקה דר"ת ואי אמרה נמי מאיס עלי פשיטא דכופין לדברי הכל ואפיריין מטייה דמאיסה במי שאסורה עליו:

ולשלישי אין כופין כלל ולא מרחיקין דהא שריא ליה וכיון דאית לה תקנתא בכפיית הראשונים או בהרחקתן אפילו אמרה מאיס עלי בזה השלישי יש לחוש לדברי האחרונים שלא לכוף דהוה ליה כמי שאין לפנינו אלא זה שלישי בלבד:

והני מילי היכא דנתקדשה לשלישי קדושי ודאי שהיתה גדולה בודאי בשנים ובסימנים אבל אי גם קדושי שלישי בספ' מותרת לכלם והבחירה בידה וכדכתיבנא לעיל בשם הריטב"א ז"ל ואכתי איכא לאיסתפוקי אי בקדושי שלישי היה נודע שהיתה גדולה בשנים ולא היה ידוע אי היו לה סימנים אי נימא כיון דסוף סוף קדושי שלישי הם בספק אי נמי הוה ליה כיצא עליה קול מזה ומזה דמותרת לשניהם והכא נמי תהיה מותרת לכולן והבחירה בידה וכדכתיבנא:

ודע דכתבו התוספות ז"ל בסוף המגרש וז"ל והילכתא מותרת לשניהם ומעשה בא לפני ר"ת שיצא על גט אחד קיל פסול ונתנו גט שני מפני הלעז ולא הצריכה ר"ת להמתין שלשה חדשים מזמן גט שני כיון שהראשון היה כשר ולא היה גט שני אלא מפני חששת דלעז והביא ראיה מכאן דאמרינן הכא דמותרת לשניהם אף על גב דדמי למחזיר גרושתו מן האירוסין כיון שאין כאן אלא קול בעלמא מא לא החמירו ואומר ר"י דאין ראיה דשאני הכא דהוי קול מזה ומזה ואין דומה כל כך למחזיר גרושתו מן האירוסין אבל בקול אחד יש להחמיר כדאמרינן לעיל כשלא מצאו דבר על בוריו שלא יגרש שני וישא ראשון אף על גב דקדושי ראשון לא הוי אלא קול בעלמא מכל מקום מחמירין משום דקדושי שני קדושי תורה ודמי טפי למחזיר גרושתו מן האירוסין ע"כ. פי' לפי' ר"ת להכי מותרת לשניהם משום דליכא אלא קול ובמקום קול לא החמירו דמדינא לא הויא מחזיר גרושתו מן האירוסין אלא כשקדושי ראשון ושני הם קדושין ודאין מן התורה ובמקום דליכא אלא קול לא החמירו אבל כשיש בשום צד קדושין של תורה ראוי לגזור ולכך כשקדושי שניהם של תורה כגון לא מצאו דבר על בוריו גזרו שמא יאמרו וכו' ולא שני לן בין שני קולות לקול אחד ולכן דן הרב ז"ל בהאי גיטא שיצא עליו קול פסול ונתנו גט שני שאין לחוש לקול ואינה צריכה להמתין ג' חדשים מזמן גט שני. ור"י ז"ל סובר דלהכי מותרת לשניהם משום דאינו דומה מחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר ששני הקולות אמת וכולי האי לא חיישינן אבל בקול אחד יש להחמיר ומייתי ראיה מלא מנאו דבר על בוריו דאף על גב דקדושי שני קדושי תורה מכל מקום אם לא נחוש לקול קדושי קמא אין כאן מחזיר גרושתו כלל אלמא דחשו לקול אחד. וקשה דמה זו ראיה שניא היא ההיא

דלא מצאו דבר על בוריו דמ"ה חששו לקול דראשון משום דאי אמרת מגרש שני ונושא ראשון מתחזק הקול דקדושי ראשון היו אמת מדלא שרינן לה גם לעלמא בגירושי השני חבל בקול של גט דר"ת ז"ל כי שרינן ליה לינשא בתוך ג' חדשים דגט השני כהוראתו של ר"ת ז"ל ניכר מתוך כך שקול הלעז שיצא על הראשון היה שקר מדלא חיישינן ליה. וי"ל דגם אם ישא ראשון אינו מתחזק הקול כיון שראו שהצרכנוה גט משני. והאי דלא שרינן לה לעלמא לאו כולי עלמא ידעי ביה ויאמרו כך נזדמנו נשואין אלו וה"ה דלעלמא נמי הוה משתרי כיון שנתגרשה משני:

מעתה יש לדון בנדון שלפנינו דלר"ת ז"ל דלא תליא מילתא אלא אי איכא קדושי תורה בהדי קול אי לא ולא שני ליה בין בני קולות לקול אחד אמטו להכי בנדון שלפנינו אי איכא שום ספק בקדושי השלישי אי קטנה היתה ואף על גב דבידוע דגדולה היתה בשנים כיון דלא נתברר אז אם הביאה סימנין הרי אין כאן קדושי תורה ולא גזרינן ואף על גב דאמרינן חזקה דרבא להחמיר היינו להחמיר בשל תורה כגון לחליצה אבל להחמיר בגזירה דרבנן לא אמרו אבל לשיטת ר"י ז"ל דלא הקלו לומר דמותרת לשניהם אלא משום דהויא שני קולות ולאמת שני קולות לא חיישינן. מעתה בנדון דידן אפילו לא יהיו קדושי שלישי בודאי גדלות בשנים יש לדון ולומ' דבמקום שני קולות לא חששו דאינו דומה מחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר שב' הקולות אמת וכל כך לא החמירו אבל בנדון דידן במאי דיאמרו דגדולה היתה כשנתקדשה לראשון בלבד היה דומה למחזיר גרושתו וראוי לגזור כל שכן דבשנתקדשה לשלישי היתה בודאי גדולה בשנים והעולם אינן מסתכלין אלא בשנים ולא בסימנם וסברי כרבא דכיון שהגיעה לכלל שנותיה חזקה דהביאה סימנין. כ"נ לשטה זו. וכן פירש הרשב"א ז"ל דטעמו של ר"י ז"ל תליא בריבוי קולות דלאמת שני קולות לא חיישינן וכן כתב הרב המגיד ז"ל בפ' ט' מהלכות אישות: והרא"ש ז"ל בפסקיו פי' דטעמו של ר"י ז"ל שמחלק בין שני קולות לקול אחד משום דכיון דאינו דומה למחזיר גרושתו אלא על ידי שנאמר ששני הקולות אמת הילכך לא חיישינן דודאי יאמרו כשנתירנה לראשון דכיון דמחזקי לקול הראשון דהקול דמן השני שקר אבל היכא דליכא אלא קול אחד יש לחוש ולפי זה הטעם אף אנו נאמר בנדון דידו דכיון שאינו דומה למחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר ששני הקדושין חיילי מאחר שנתירנה לראשון אנו מחזיקין לקידושי ראשון ויאמרו שקדושי שני היה טעות שנתברר שגדולה היתה בשעת קרו שי ראשון ואין זה מחזיר גרישתו וליתא דאם כן היינו סברת רב שישא דאמר מימר אמרי עיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות הוו וליתא לדרב שישא וקי"ל כרב הונא ובזה אין לחלק בין כשקדושי שני קדושי ודאי או קדושי ספק

דאם יאמרו שנתברר שגדולה היתה בשעת קדושי ראשון אפילו הוו קדושי שני קדושי ודאי לא חיילי אלא ודאי משמע דדוקא במקום שני קולות יאמרו כשנתירנה לראשון דהקול דמן השני השני שקר כיון דעיקר הקדושין לא ידיע אלא על ידי קול אבל כל שנתקדשה משניהם בודאי כל שיש יתרון בעיני העולם בקדושי ראשון על הראשון לא יאמרו דקדושי שני הוו קדושי טעות אלא יאמרו מחזיר גרושתו וכו' הילכך כשנתקדשה לשלישי היה ידוע שהיתה גדולה בשנים אף על גב דלא היה ידוע שהיתה גדולה בסימנין יאמרו מחזיר גרושתו וכו' והכי דייק לשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפ' ט' יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ויצא קול אחר כמותו שהיא מקודשת לאחר וכו' ע"כ. משמע מלשונו ז"ל דדוקא כשיצא קול אחר כמותו אבל אם קול השני היה יותר ברור מן הראשון דהא איכא כמה טכסיסי דקלא דחיישינן להו כמו שכתב הרשב"א ז"ל ויש קול חזק וברור מחבירו ואם קול השני ברור מהראשון איכא למגזר שמא יאמרו וכו' ומה שכתב הרב ז"ל בבבא הראשונה יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ובא שני וקדשה בפנינו וכו' היינו משום דבעי למימר עלה דאם באו עדים בראיה ברורה שהיא מקודשת לראשון אין קדושי שני כלום וגו' להכי פתח הרב ז"ל דבא שני וקרשה בפנינו דאפ"ה אין קדושי שני כלום ומיהו לגבי הגזרה דשמע יאמרו כל דאיכא יתרון בעיני העולם בקדושי שני שפיר גזרינן וכו' והילכך בנדון שלפנינו כיון דכשנתקדשה לשלישי היתה גדולה בודאי בשנים איכא למגזר ואסורה לראשון אף על פי דלא נתברר אם היו לה אז סימנין ואם תבוא אפי' אשה אחת ותעיד על מה שראתה כבר שהיו לה סימנין קודם שנתקדשה לשלישי סגי בהכי לדברי הכל וכדכתיבנא לעיל ותהיה אסורה לראשון לדברי הכל ואפשר דאפי לו לשטת ר"ת ז"ל לא הוצרך לקדושי תורה כדי לאוסרה על הראשון אלא במקום קול אבל במקום קדושי ספק של תורה כל שבעיני העולם יש יתרון בקדושי שני בכדי שלא יאמרו קדושי שני קדושי טעות שפיר איכא למימר והילכך כיון שידוע שבקדושי שני היתה גדולה בשנים היינו ההיא דרב הונא וגזרינן שמא יאמרו וכו' ואסורה לראשון: ודע דדין פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר לא שייכא בנדון דידן דלא אמרו דקבלה קדושין בפני בעלה כאומרת גרשתני וכשהבעל בעיר כבפניו דמי אלא כשהיו נשואי הראשון גמורין אבל כל שהיו קדושי ספק מתחלה אין קבלת קדושיה ראיה לגרושי ראשון אלא שהיא סבורה דאין קדושי ראשון כלום והיא ממאנת בו וקדושיה הן הן מיאוניה. וכן כתוב בנמקי יוסף פ' בית שמאי וכן הריטב"א ז"ל בפ' האומ' דקדושין גבי פלוגתא דרב הונא ורב יהודה דמר אמר והוא יתן ומר אמר לכשיתן ובעי גמרא מאי בינייהו ומשני איכא בינייהו דפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר, כתב ז"ל דכל דאיכא למיתלי דקבלה קדושי

שני מפני שסבורה שלא נגמרו קדושי ראשון וטעתה בדרב יהודה דלית ליה כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי תו לא תלינן בגיטו של ראובן ע"כ. וכל שכן בנדון דידן וזה ברור הנראה לעניות דעתי בצלאל כמוהר"ר אברהם אשכנזי: **דיני כתובה הנדוניא:**

סימן ח

שאלה. יורנו מורה צדק אלמנה שתבעה נדוניתה וגבתה אותה מהיתומי' או ממה שתפסה תחת ידה והסכימו המפרשים ז"ל בדעת אחת שאינה מפסדת מזונות אם יכולים היתומים לפרוע לה מנה מאתים ותוספת ולסלק אותה מהמזונות כדרך שאמרו בנפרעת מקצת כתובה או אינם יכולין כי הנדוניא הרי היא כחוב בעלמא ואינה לענין מזונות כלל: ועוד שהטעם ההוא שכתבו שם לא שייך הכא כלל שהרי שיירה כל העיקר והתוספת אשר בשבילם ניזונות בכל מקום יורינו המורה בכלל ופרט באר היטב ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. בכתובות פ' אלמנה ניזונת תנן מכרה כתובתה או מקצתה משכנה כתובתה או מקצתה לא תמכור את השאר אלא בב"ד וכו' ואמרי' בגמ' מתניתין מני רבי שמעון היא דאמר מכרה או משכנה מקצת כתובתה אין לה מזונות דקסבר מקצת כסף לאו ככל כסף ורבנן פליגי עליה ואמרי דיש לה מזונות דקסבר מקצת כסף ככל כסף ומסיק גמרא הילכתא דלא כרבי שמעון דאמרינן התם ההיא איתתא וכו' אמר לו רבא ליתמי זיל הבו לה מזוני לית דחש להא דרבי שמעון דאמר לא אמרינן מקצת כסף ככל כסף וכתב הרא"ש ז"ל בפ' הנז' וז"ל וראיתי גדולים שפירשו שאף על פי שחייבים לזונה אם רצו היורשים פורעין לה מותר כתובה ומסלקין אותה אפילו לאנשי גליל ודברים של טעם הם דאם לא כן כל אשה תמכור כתובתה עד תשלום דינר ותתפרנס כל ימיה בחסרון הדינר ע"כ. והר"י בנו הביא באבן העזר סימן צ"ג סברא זו בשם אביו ז"ל ולא נמצא לשום פוסק דפליג עלייהו:

ותמהני עליהם ז"ל דכיון דקאמר רבא בהדיא לית דחש להא דרבי שמעון דקאמר מקצת כסף לאו ככל כסף אלא הילכתא כרבנן דאמרי מקצת כסף ככל כסף. אם כן אין חילוק בין מקצת כסף לכל כסף כלל ואם כדבריהם ז"ל הא שאני לז בין מקצת כסף לכל כסף דאילו בכל כסף דהיינו שלא נפרעה מכתובתה כלום אמרי' דאין היורשי' יכולין לתת לה כתובתה ולפוטרה ואילו במקצת כסף אמרינן דיכולין היורשין לתת לה השאר ופוטרין אותה ולישנא דרבא דאמר לית דחש להא דרבי שמעון דאמר לא אמרינן מקצת כסף

ככל כסף לא משמע הכי כלל ואיפשר דסיומא דמילתא דהרא"ש ז"ל דקאמר דאם לא כן לאו עיקר טעמייהו של גדולים הוא כדבעינן למימר לקמן בס"ד:

וראיתי לרבותינו בעלי התוספות ז"ל ברישׁ פ' אף על פי על הא דקאמ' ר' ינאי תוספת כתובה ככתובה ואמרינן נפקא מינה לתובעת וכו' שכתבו וז"ל ולתובעת פי' הקונטריס שאם תבעת תוספת שאין לה מזונות ולא יתכן פי' אליבא דרבנן דאמרי לקמן פ' אלמנה נזונת משכנה או מכרה מקצת כתובתה יש לה מזונות אלא יש לפרש ולתובעת שאם תבעה מנה מאתים ושיירה תוספת יש לה מזונות כיון דתנאי כתובה ככתובה דמו כרי לא תבעה כי אם מקצת כתובה עכ"ל ולעמוד על כוונתם ז"ל ראיתי לדקדק בלשונם דאומרם לא יתכן משמע דהוה איפשר לתקן וליישב דברי רש"י ז"ל ועם כל זה אמרי דלא יתכן ולכאורה הא לא איפשר דבהדיא אמרי רבנן בגמ' מקצת כתובה יש לה מזונות ואין לתרץ ולומר דסבירא ליה לרש"י ז"ל דלא דברו חכמים אלא במוכרת ובמשכנת אבל בתובעת בב"ד שכ"כ היא מעיזה פניה בב"ד דתבעה מקצת כאלו תבעה כלה כמו שהליץ בעדו הר"ן ז"ל בפי' ההלכות דלדידי לא ניחא לי האי שינוייא כלל דאדרבה טפי איכא לאחמורי במכרה או משכנה מתובעת והכי אמרינן בהדיא בגמ' בפ' נערה הני אין אבל תובעת לא ולא איצטריכו התוס' למידחי האי שינוייא ועוד מחי אליבא דרבנן דקאמרי דמשמע דלאו היינו עיקר דבריהם אלא סעיף ותולדה נמשכת מעיקר דבריהם והא ליתא דעיקר מחלוקתם בדבריהם בהאי קא מיירי הנפרעת מקצת כתובה אם יש לה מזונות או לא דאף על גב דבמתניתין לא פליגי אלא אם מוכרת בב"ד או לאו מכל מקום כולא חדא היא דאי יש לה מזונות מוכרת שלא בב"ד ואי אין לה מזונות לא תמכור אלא בב"ד ואדרבא ההיא דמוכרת בהא דיש לה מזונות תליא ועיקר פלוגתייהו בהא תליא כדאמרינן בהדיא בגמ' וא"כ הכי איבעי להו למימ' ולח יתכן פירושו דרבנן אמרי לקמן וכו':

ונראה לי לומר שהם ז"ל כוונו לומר דאף על גב דאיפשר לומר דהא דקאמ' רש"י ז"ל תובעת מקצת כתובה אין לה מזונות היינו לומר דיכולין היורשין לתת לה שארית כתובתה ולפוטרה בסברת הרא"ש ז"ל ואותם הגדולי' ז"ל ובהכי אין לה מזונות ונתקיימו דברי רש"י ז"ל הם ז"ל לא ניחא להו בהכי דס"ל דכיון דאמרינן בגמרא דרבנן ס"ל מקצת כסף ככל כסף אם כן לא שני לן בין כולו למקצתו וכי היכי דבכולו דהיינו שלח נפרעה מכתובתה כלום לא מצו היורשים לסלקה כך הנפרעת מקצת אין היורשין יכולין לסלקה וזהו שדקדקו ז"ל באומרם ולא יתכן פירוש כלומר לא תיסק אדעתיך למשכן נפשך ולתרץ דברי רש"י ז"ל בההיא סברא דהרא"ש ז"ל ותימא דאין לה מזונו' דקאמ' היינו שיכולין

היורשין לתת לה השארית דלא יתכן זה אליבא דרבנן כלומר לפי דבריהם דאמרי מקצת כסף ככל כסף דמשמע דאין חילוק בין מקצת כסף לכולו ואי ס"ד למימר האי שינווייא הא שני לך בין כולו למקצתו ולפיכך לא יתכן פירושו כלל כך נראה לי כוונת דבריהם ז"ל ומהם למדו דאיכא מאן דס"ל דכי היכי מי שלא נפרעה מכתובתה כלום אין היורשין יכולין לסלקה כך הנפרעת מקצת כתובה אין היורשין יכולין לסלקה דאין חילוק ביניהם ודלא כהרא"ש ז"ל ומאן דעימיה ז"ל:

ואחר שזכיתי לדעתם ז"ל ולבך תשית לדעתי תא ואחזי לך כי ממוצא ההוא עובדא ופירושה משם נעמיד חזון דבריהם בשפה ברורה דאמרי' התם ההיא אתתא דתפס' כסא דכספא בכתובתה וקא תבעה מזוני מיתמי אתו לקמיה דרבא א"ל ליתמי זילו הבו לה מזוני לית דחש להא דרבי שמעון דאמר לא אמרינן מקצת כסף ככל כסף ואיכא למידק בלישנא דהאי עובדא למה ליה לרבא למיפסק הילכתא כרבנן בעקימת שפתים ובלאחר יד באומרו לית דחש להא דרבי שמעון לימא בהדיא הלכתא כרבנן או לית הילכתא כרבי שמעון. ותו מהיכן תיסק אדעתין למיחש לרבי שמעון ולמישבק רבנן דאיצטריך רבא לאשמועינן ולמימר לית דחש להא דרבי שמעון ובמה דכתבינן בע"ה יערב לך הא דקאמ' אתו לקמיה דכיון דאיהי קא תבעה מזוני היא האשה הנצבת בטענה זו לפני רבא ותובעת מזונות מיתמי והיה לו לומר אתת לקמיה דרבא:

והנכון אצלי בפי' דהאי עובדא דמאי דשקלינן וטרינן בסברת הרא"ש ז"ל ובעלי התוס' ז"ל איהו גופיה מאי דשקליה וטרי בהאי עובדא דלדעתי ההיא אתתא והנהו יתמי הוו מנצו בגדי הדדי ושניהם תובעין זה את זה ואם בקשו לתת לה מותר כתובתה ולסלקה בסברת הרח"ש ז"ל והוו טענו דאף על גב דהילכתא כרבנן דיש לה מזונות מ"מ כיון דסתם לן תנא במתניתין כותיה דרבי שמעון ראוי לחוש לדבריו ולקיימן במקצת והיינו לומ' דע"כ לא אמרינן הילכתא כרבנן דיש לה מזונות אלא דוקא היכא דאין היורשין נותנין לה מזונות מותר כתובתה אבל אם רצו היורשים לתת לה מצו לסלקה ואין לה מזונות כי ראוי לחוש לדברי רבי שמעון בהא וההיא אתתא טענה כיון דלית הילכתא כרבי שמעון אלא כרבנן דאמרי מקצת כסף ככל כסף אין כח ביד היורשים לסלקה כשם שאין כח בידם לסלקה אלו לא נפרעה מכתובתה כלום דאין חילוק ביניהם כלל ולהכי אתו תרוייהו קמיה דרבא בהיותם תובעים זה את זה הם תובעים אותה דכיון דנפרעה מקצת כתובתה דההוא כסא דכספא שרוצי' לתת לה שארית כתובתה ולסלקה ממזונותיה והיא תובעת מהם מזונות ואינה רוצה לקבל שארית כתובתה והיינו דדייק גמרא דקאמר את לקמיה דרבא וכי קם דינא קמיה וראה את דבריהם פסק ואמר לית

דחש להא דרבי שמעון כלומר אפילו בהא דבעיתו לסלקה בזוזי וסבריתו דבהא ניחוש לדברי רבי שמעון לאו הכי דינא דלית דחש להא דר' שמעון כלל וגזר אומר ליתומים לתת לה מזוני סתם עבר ועתיד: זה נראה לי קושטא דמילתא דהאי עובדא ורציתי לגונזו ולבטלו מפני סברתם של גדולים וראשונים ז"ל כי יראתי כי אמרתי אין יראת אלדים להעלות על ספר נגד דעתם ז"ל ומה גם שלא נמצא לשום פוסק הפך דבריהם. אמנם אחר שהאיר ה' עיני וזכיתי לדברי התוס' ז"ל אתינא ברשות ואמינא לה ולא אדעתאי קא סמיכנא להו אלא סמוכים הם ונשענין באילן גדול הלא הם רבותינו בעלי התוספות ז"ל ושקילנא וטרינא בהו להלכה ולא למעשה כי מי אשר יערב לבו לגשת בארשת שפתיו למשבק דברי ראשונים וגדולים מפורשים ולמעבד עובדא בסברא אחרת דלא בפי' אחמר אלא מכללא אתמר:

ומכל מקום הבו דלא לוסיף עלה דהם ז"ל אמרוה דנפרעת מקצת כתובה ובההיא דווקא ראוי לחוש לסברתם ולמעבד כוותייהו בתר דליכא מאן דפליג עלייהו בהדיא אבל בנפרעת נדוניתה בלבד והניחה מנה מאתים שלא דברו בה לעולם אימא לך דאין כח ביד היורשים לסלקה כי שאל נא לדור ראשון אשר היו לפניך קמאי ובתראי הלא הם יודוך יאמרו לך שאין הנדוניא שוה לעיקר כתובה לענין מזונות ושפה אחת לכולם שאין לנדוניא ענין ושייכות למזונות כלל. ראש המדברי' בכל מקום הרמב"ם ז"ל בפי"ו מהלכות אישות כתב וז"ל ואין נקרא כתובה אלא עיקר כתובה שהוא מנה ומאתים עם התוספות בלבד וכתב עליו הרב המגיד וז"ל והנראה לי מדברי רבינו שהוא ז"ל סובר שאין הנדוניא הכתובה לשום דבר אלא לדברים שביאר רבינו בפי' שהוא בכתובה אבל כל מה שסתם הוא ז"ל דין הנדוניא כדין חוב בעלמא. הרי שביאר בביאור שלם שחין הנדוניא שוה לעיקר כתובה לשום דבר בעולם זולתו למה שמפורש בהדיא כגון כתובת בנין דכרין בלבד והריטב"א ז"ל כתב בריש פ' אלמנה נזונת וז"ל אף על פי שמכרה בב"ד לעיקר כתובתה כיון שעדיין יש לה מזונות לרבנן משום תוספת כדמפרש בריש פ' אף על פי אף היא מוכרת משום תוספת שלא בב"ד ואפילו תימא ליכא לאחמורי על היתומים משום חינא או משום מזוני אבל לנדוניא דלא מעכבא כמזוני דינא כחוב בעלמא ואינה מוכרת אלא בב"ד וכו'. הרי שפי' בהדיא שאין הנדוניא שוה לעיקר תוספות ואין לה ענין ושייכות למזונו' כלל:

ואם ראה תראה שהרשב"א ז"ל השוה הנדוניא לעיקר כתוב' לענין מזונות וז"ל בתשובת שאלה קרוב לדבר שכל שלא מחלה כל מה שכתוב בכתובה לא מחלה מזונותיה ואין אומרים שהמזונות תלויים בעיקר הכתובה בלבד שהם מנה מאתים וכל שמחלה מנה

מאתים אבדה מזונותיה שהרי אפילו לא מחלה מה שהוסיף לה יותר על מנה מאתים לא אבדה מזונותיה ואע"פ שאין התוספת מעיקר תקנת חכמים אף אנו נאמ' כן בנדוניא ואם נפשכם לומר דשאני תוספת דא"ר ינאי תוספת כתובה ככתובה יש לומר דאף נדוניא בכלל דברי רבי ינאי וכופי' קצת מפרשים ועל כרחך יש לנו להודות להם במקצת מה שאמר ר' ינאי דהא אמרינן נפקא מינה למוכרת ולמוחלת וע"כ אם מחלה כתובת' סתם או מכרה כתובתה סתם גם הנדוניא בכלל ואם כן יש לומר דהא דאמר רבין בר חנינא מוחלת כתובתה לבעלה אבדה מזונותיה כל מה שכתוב בכתובה קאמר והבו דלא לוסיף עלה וכו' נ"ל שאף לדידיה ז"ל דס"ל דאלמנה נזונית בשביל הנדוניא וכי קאמר רבי ינאי תוספת כתוב' ככתובה שאף הנדוניא בכלל מכל מקום יש חילוק ביניהם לענין זה שאם תבעה נדונייתה ושיירה עיקר כתובתה שאין היורשין יכולין לסלקה מה שאין כן אי תבעה איפכא משום דע"כ מזונות בתר עיקר כתובה גריר וגם התוספת שהיא מתקנת חכמים גם כן ס"ל לרבי ינאי שדינה שוה לעיקר כתובה אבל נדוניא שאינה מתקנת חכמים אף אם תוכלל בדברי רבי ינאי באומרו תוספת מכל מקום אין ראוי להשוותם יחד בכל ענין:

ועתה ראה גם ראה כי בחילוק זה שכתבתי בדעת הרשב"א ז"ל נתיישבו אצלי דברי הר' שלמה בהר' שמעון בר צמח ז"ל שכתב וז"ל אם תבעה הנדוניא ואפי' נפרעה ממנה אינה מפסדת מזונו' ותהא נזונת משום מנה מאתים ותוספת משום דמזוני בתר עיקר כתובה גריר וכן כתבו המפרשים בשם הרשב"א ז"ל וכן נראה פי"ח מה' אישות עכ"ל והרב בעל בית יוסף ז"ל הביא דבריו בטור ן' העזר סימן צ"ג וכתב עליהן וז"ל ומשמע שאף על פי שנדוניתה מאה מנה ולא תבעתה כיון שתבעה עיקר ותוספת שוב אין לה מזונות דנדוניא הרי היא כחוב בעלמא ואינה ענין למזונות וכן נראה מדברי הריטב"א ז"ל עכ"ל ובודאי דאומרו ז"ל דמזונות בתר עיקר כתובה גריר משמעותא דיליה הכי הוי דהכל תלוי בעיקר כתובה אם תבעתו אף על פי שהניחה אין לה מזונות ואם תבעה הנדוניא כיון דשיירה עיקר כתובה ותוספת יש לה מזונות אבל תמהני היכי כתב על זה וכן כתב הרשב"א ז"ל ודבריו ז"ל הלא הם כתובים בתשובה שאלה והביאם הרב ז"ל בסי' הנז' ושם נאמר בפי' דס"ל ז"ל דאף אם תבעה מנה מאתים תיזון בשביל הנדוניא ואיפשר למידחק ולומר שהרב ז"ל יפרש דהא דקאמר וכן כתב הרשב"א ז"ל לא קאי אמאי דסליק מיניה דהיינו למאי דקאמר מזונות בתר עיקר כתובה גריר אלא קאי לענין הדין שאם תבעה הנדוניא שתהא ניזונת משום מנה מאתים ועל פי דרכנו איפשר דאתי שפיר טפי דאף לדברי הרשב"א ז"ל שכתב דאלמנה ניזונת בשביל נדוניתה מכל מקום אינה שוה

לעיקר כתובה ונפקא מינה לנדון דידן דאם גבתה נדוניתה אין היורשי' יכולין לתת לה עיקר כתובה ולסלקה אף על גב דבמקצת כתובה יכולין לסלקה משום דמזוני בתר עיקר כחובה גריר ולכך אהני לן האי טעמא והשתא הא דקאמר וכן כתב הרשב"א ז"ל קאי לכולא מילתא כך נראה לי:

נמצאת אומר כי לא מבעיא לרברי האומר בפי' דאין האלמנה נזונת בשביל הנדוניא אלא בשביל מנה מאתים בלבד דפשיטא ודאי דאף על גב דתבעה וגבתה נדוניתה אין היורשין יכולין לתת לה מנה מאתים ולסלקה דדוקא בנפרעת מקצת כתובה אמרוה הרא"ש ומאן דעימיה ז"ל שהמזונות בשבילם אבל לא בנדוניא שאין לה ענין למזונות כלל אלא אפילו למאן דאמר דאלמנה נזונת בשביל הנדוניא גם כן כדכתב הרשב"א ז"ל מכל מקום אינה שוה לענין סילוק לעיקר כת בה ותוספת דעיקר מזונות בתרייהו גריר. וכד מעיינת שפיר בדברי הרמב"ם ז"ל עיניך תחזינה מישרים דסברא זו מפורשת בדבריו שכתב בפי"ח וז"ל והנכסים עצמן שהם נדוניתה נוטלת אותם בלא שבועה ואין ליורשין בהם דין בעול' מלשון זה נ"ל דס"ל בפי' דאף על גב דדינא הוי דהנפרעת מקצת כתוב' יכולין היורשין לתת לה השאר ולפוטרה בנדוניא אין הדין כן דאין כח בידם לסלקה דאי דינא הכי הרי יש ליורשי' זכות בנדוניא שאם תטול אותה יכולין היורשין לסלקה ולפוטרה ומדקאמר אין ליורשים בהם זכות בעולם הדבר מפורש שאף שתטול נדוניתה אין ליורשים בזה זכות בעולם כך נ"ל בכוונת רבינו ז"ל:

ופקח עיניך וראה כי ממקום שבאת לעיקר דין הסילוק דהיינו לשון הרא"ש ז"ל לא דברו אלא בעיקר כתובה דוקא ולא בנדוניא דהוא ז"ל כרב על דברי הגדולי' וז"ל ודברי' של טעם הם דאם לא כן כל אשה תמכור כתובתה עד תשלום דינר ותתפרנס כל ימיה בחסרון הדינר והאי טעמא חליש וקליש טובא כי מה לנו אם תמכור רובה או מקצתה כיון דרחמנא זכי לה שתתפרנס במקצת כסף ככל כסף לא נתנו חכמים. דבריהם לשיעורים הרי שהיתה אלמנת נשיא ישראל או עשיר גדול כנקדימון בן גוריון וככלבא שבוע שמזונותיה בכל יום כפלים ממנה מאתים האם נאמר שיכולין היורשין לתת לה עיקר כתובה ולסלקה הא ודאי ליתא הא נמי דכוות' דכיון דאמרינן מקצת כסף ככל כסף כל זמן שלא נפרעה כתובתה משלם עד סוף פרוטה אחרונה דמיא כמי שלא נפרעה כלום ואין היורשין יכולין לסלקה על כן אמרתי דהאי אם לא כן לאו עיקר טעמייהו של גדולים הוא אלא הרא"ש ז"ל מנפשיה אמרו להליץ בעדם מה שיש לתמוה עליהם היכי קאמרי דנפרעת מקצת כתובה יכולין היורשין לסלקה וכרי אמרי רבנן מקצת כסף ככל כסף וכי היכי דבכל כסף לא מצו היורשים לסלקה במקצת כסף גם כן אין כח ביד היורשין

לסלקה ובקש לעזרם באומרו דאם לא כן כל אשה וכו' כדכתי' לעיל ותדע דאי האי אם לא כן הוי עיקר טעמא של גדולים הוה ליה למימריה מקמי דלימ' ודברי' של טעם הם ולמסמכיה לדברי הגדולים ולימא בחר הכי ודברים של טעם הם אלא ודאי תוספ' הרא"ש ז"ל בוא על טעמם של ראשוני' וכדכתיבנא ונ"ל דמתניתין דסוף פ' נערה היא שעמדה לגדולים הללו והזקיקתם לומר סברא זו דחנן התם אנשי יהודה היו כותבים עד שירצו היורשי' ליתן לך כתובתך לפי' אם רצו היורשי' נותנים לה כתובתה ופוטרי' אותה והנה אירא למידק האי ולפי' למאי אתא פשיטא דלאנשי יהודה שכותבין עד שירצו היורשי' ונהגו בכך ודאי דדינא הוי דאם רצו היורשי' נותני' לה את כתובתה ופוטרין אותה ומאי אתא לאשמועינן. וליישב זה פי' ז"ל דאפי' לאנשי גליל דאין היורשין יכולין לסלקה מ"מ בנפרעת מקצת כתובה אף על גב דיש לה מזונות אפ"ה הרשות ביד היורשים לתת לה בשאר ולסלקה ובהכי מדייקה מתניתין דלהכי תני תנא האי ולפיכך לאשמועינן דקאי אכולא מתניתין וכאן שנה לנו ר' דאף לאנשי גליל איכא סלוק במקצת ובהא ניחא לי דסברא זו דגדולים הללו דייקי לה ממתניתין ולא מנפשייהו אמרי לה כמו שראיתי מי שכתב דתקון אחרונים הוא ותקנתו קלקלתו והאמת אין אתו אלא מתניתין קא דייקי וזה שדקדק הרא"ש ז"ל באומרו וראיתי גדולי' שפירשו וכו' להודיע דסברא זו לאו מנפשייהו קא אמרי לה אלא פירושה הוא דמפרשי מתניתין ואיפשר דדייקי לה ממה שכתבתי וכראות אנוש תראה דאף על גב דנימא כי רמז במתניתין סלוק דאנשי גליל אין הסילוק בכל מנה מאתים שזהו סילוק של אנשי יהודה וע"כ אין סלוק שניהם שוה ולפיכך אני אומר דאפילו הם ז"ל לא דברו אלא בנפרעת מקצת כתובה אבל בעיקר כתובה קיים אף על פי שנפרעה נדוניתה לא מצו כיורשים לסלקה שזהו סילוק של אנשי יהודה וע"כ אין שני הסילוקין שוין אמור מעתה שהאלמנה הזאת שלא תבעה כי אם נדוניתה בלבד ונתכוונה לשייר עיקר כתובה ותוספת שאין כח ביד היורשים לסלקה בזוזי וזה פשוט אצלי וברור:

ויש אשר ישכון עליו הענן דקרו ליה צורבא מרבנן דטעין ואמר מנהג העיר הזאת כך הוא שאם גבתה נדוניתה בלבד הפסידה מזונותיה ומנהג מבטל הלכה כ"ש בהיות הדין כך בנדון דידן דבמקום דיש מנהג עבדינן כוותיה כדאמרי' בירושלמי אית לכון מנהג קבוע עבידו כמנהגכון ואי לא עבידו כאנשי גליל וכשמואל והמרדכי ז"ל כתב וז"ל והאידנא כל מקום כמנהגו דקיימא לן בכתובות הכל כמנהג המדינה וכן כתבו רבינו החיי ורבינו שרירא גאונים ז"ל ועל זאת יאזור כגבר חצליו וחיילים יגבר ועושה לו רב וקונה לו חבר לומר כך מנהגנו וסבר למדחי בקש אף אנו נדחה אותו באמת הבנין מיוסד על פי הדין

והאמת ונימא ליה הלא שמעת אם לא ידעת שהמנהג דאזלינן בתריה ועבדינן כותיה חד מתרי אנפי הוא הראשון כגון שבא מעשה זה בפני ב"ד כמה פעמים לא אחת ולא שתים ונהגו כך ונשאר מנהג נהוג והלכה קבועה לדורות באותו מקום בלבד והב' שהסכימו טובי העיר וחכמיה לנהוג כך אף על פי שלא נהגו כך מקודם לכן יקרא מנהג כיון שקבלו עליהם לנהוג כך משם והלאה והולכים אחריו באותו מקום וכל שאינו בא משני דרכי' הללו אף ע"פ שאירע זה פעם ושתים ועשו מעשה לא יקרא מנהג ללכת אחרי והנשען עליו נשען על קנה רצוץ ונדון דידן מעשה רב הדקדוק הוא דהיינו שהאלמנה דקדקה בתביעתה שלא לתבוע עיקר כתובתה ואמרה בפירוש איני תובעת זולת נדונייתי בלבד וישארו עיקר כתובה ותוספת שאזון בשבילם ואנן סהדי דלאו כל שעתא ושעתא מתרחש מעשה ותביעה מדוקדקת כזו דלאו כולי עלמא דינא גמירי כדבעינן למכתב לקמן בשם מהר"ם ז"ל בס"ד. וכיון שכן אמרינן לטוען הבא ראיה שבא מעשה זה בעצמו בדקדוק זה בפני בית דין פעמים רבות ונהגו בני העיר לסלקה או שהסכימו אנשי בעיר עם גדול ורם למעבד הכי ופירשו בבירור האי עובדא ממש אז נלך לבטח אחריו ותפטר ובזולת זה לאו כל כמיניה לפטור עצמו בטענת מנהג דאיפשר לומר דאף על גב דנהגו לסלקה ממזונותיה בגבית נדונייתה בלבד היינו שתבעה כתובתה סתם כמנהג הנשים ואף על פי שרוב הנשים קוראים לנדוניא כתובה מכל מקום כיון שתבעה כתובה סתם הכל כלול בתביעתה כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה שהזכרתי למעלה וכיון שכן אף על פי שגבתה הנדוניא בלבד ונשאר עיקר כתובה ותוספת אפילו הכי אם. נהגו להפסידה מזונותיה בכך מנהג כשר הוא מיוסד על פי הדין אבל נדון דידן ומעשה זה לא נהגו מעולם דלאו כולי עלמא דינא גמירי לדקדק בטענתם ולכוין בכוון זה ואף על פי שאיפשר שאירע כך לעתים רחוקות לחד בדרא או לתרי בדרא וסלקו אותם מזונותיהם לא מפני זה יקרא מנהג ללכת אחריו ולמשבק דינא דאורייתא:

והא לך תשובת מהר"ם ז"ל הובאה במרדכי ז"ל פ' נערה על דבר המנהג הזה ממש ממנה תדע ותשכיל להיות סותר דברי החולק ולכפות על פיו פסכתר וז"ל וששאלתם אם הלכה כאנשי גליל ואין להביא ראיה ממנהג עירכם שיש בני אדם שנים או שלשה שכתבו לנשותיהם שכל זמן שהיו רוצים לישב כך באלמנות חיות להתחזק בכל נכסיהם זו אינה ראיה כלל למימר שנהגתם כאנשי יהודה ואם תאמר מה הוצרכו לכתוב כך וכי מפני שכתבו כך ליפות כחה בעלמא נביא ראיה מזה ועוד אפילו לאנשי גליל מועיל מה שכותב דאפילו לאנשי גליל נהי דנזונת בעל כרחם של יתומים ואינם יכולין לסלקה מכתובתה מכל מקום אין מחזיקים אותם בכל הנכסים ולהכי אהני מה שכתב לה כך

ולכתחילה מחזיקים אותה בכל הנכסים לשאת ולתת בהם ואי לא כתב לה הכי לא יהבינן לה אלא כדי מזון שלשים יום כל שעה ושעה משלשים יום כדמפרש בפרק אלמנה גם אין ראיה ממה שכמה פעמים שנתנו היתומים כתובה לאלמנה וסלקוה דשמא מרצונה היה ועוד אטו כולהו נשי דינא גמירי דידעי דלא יכלי לסלק בעל כרחם מה שלא מיחו לפי שהיו סבורות דדינא הרי ושלום מאיר בר ברוך זלה"ה עכ"ל הרי שפי' בהדיא בכתב מפורש דאינו נקרא מנהג אלא דוקא שנהגו בו כמה פעמים דידעו והודיעו לרבים שהרשות היתה בידם מז הדין להתנהג בהפך ועם כל זה רצונם להתנהג כך בעל כרחם וסבירו וקבילו ואז יקרא מנהג להתנהג על פי מדותיו וכל שאינו על פי הדברים החלה לאו כלום הוא ואין להלך אחריו וממה דקאמר ז"ל דשמא מרצונם היה וכו' איכא למיגמר דעל היורש להביא ראיה שמה שנהגו לתת לאלמנה ולסלקה היה מדעתה ורצונה ר"ל שידעה שאין הדין כך ועם כל זה בעל כרחה סברה וקבילה מכח המנהג וכל שלא הביא ראיה זו אינו יכול לסלקה ויכולה האלמנה לטעון שאותם האלמנות שנסתלקו שמא מרצונם היה כדכתב ז"ל:

סוף דבר במקומי אני עומד ומזכה אני במקומי את האלמנה הזאת ואומר שכיון שדקדקה בטענתה ואמרה בפי' איני תובעת עיקר כתובה ותוספת רק הנדוניא בלבד יש לה מזונות ואין כח ביד היורשים לתת לה כתובתה ולסלקה ואי טעין שהמנהג כך הוא עליהם להביא ראיה שכמה פעמי' עבדו כי האי עובדא ממש דהיינו שאמרה בפירוש איני תובעת זולתי הנדוניא וסלקוה גם יביא ראיה שאותם שנסתלקו במעשה כזה היה מדעתם ורצונם ר"ל שידעו שאין הדין כך ועם כל זה קבלו בעל כרחם ואז יש כח ביד היורשים להכריחה למעבד כי האי מנהגא כדפי' מהר"ם ז"ל בהדיא אי נמי ליתו ראיה שהסכימו טובי העיר למיעבד הכי בנדון דידן ויקרא מנהג שלם למעבד כותיה וכל שאינו מביא ראיה באחד משני דרכים הללו זכתה האלמנה ואין כח ביד היורשים לסלקה והמסלקה ומפסידה מזונות יחוש לנפשי כי מי בז ליום קטנות כי המשפט לאלהים הוא אבי יתומים ודיין אלמנות. קול לו קול אליו בלב נשבר ונדכה וקול ענות יאמר די לצרותינו ויעשה עמנו לטובה אות יאיר עינינו במאור תורתו ויראינו בה נפלאות חיים כפוסי.. ע"כ הגיעו דברי חיים כפוסי הנז"ל הועתק הכל מלה במלה בלי תוספו' ובלי חסרון: יושב בצל החכמה. מוציא לאור תעלומה החכם החשוב נר"ו. דבריך ראיתי מה שאתה מאריך מהפך בזכות האלמנה שתבעה נדוניתה והיסוד על אשר כ"ת בונה בנין פסקך הוא הלשון שמביא הריב"ה ז"ל מאביו הרא"ש ז"ל שכתב ומיהו אם ירצו היורשים

יפרעו לו המותר וכתבת שהסכמת המפרשים שאינ' מפסדת מזונות וזה פשוט בעיניך אלא דמספקא לך אי אמרינן בנדון זה ואם ירצו היורשים וכו':

ואני אומר שאין בדבר פשוט כל כך כמו שכתבת וז' החלי בס"ד. דין זה שחדשו קודמים להרא"ש ז"ל והסכימו עמהם לדעתי אינו מוסכם משאר הפוסקים כי לא היה להם לשתוק מדין זה מאחר שמן הגמרא נרא' הפך זר ממש ובפרט אני אומר כן מלשון הרמב"ן ז"ל שכתב פרק ח"י מהלכות אישות וז"ל אלמנ' ניזונות מנכסי יורשים כל זמן אלמנות' עד שתטול כתובת' ומשתתבע כתובת' בב"ד אין לה מזונות וכן אם מכר' כתובת' כול' או משכנ' כתובת' וכו' עד אין לה מזונות מן היורשים אבל אם מכר' מקצת' יש לה מזונות משמע מדמפליג במכיר' בין כול' למצת' ובתובעת אינו מפליג משמע דבתובעת כתובת' בבית דין אין לחלק בין כול' למקצת אלא משבא' לב"ד ותבע' אבד' מזונות ועוד שמעינן מדברי הרמב"ן ז"ל דכיון שאמר אבל אם מכר' מקצת' יש לה מזונו' ודאי שלא הפסיד' מזכות' כלום ואין היורשים יכולין לפוטר' בלא מזונות כן נרא' לי':

עוד כתבתי תמיה על הרא"ש ז"ל דקאמר רבא לית דחש להא דר"ש דאמר מקצת כסף אינו ככל כסף ולפי דברי הרא"ש ז"ל הדבר בהפך והאמת שכן הוא אלא שדברי הגמרא לחוד ודברי הרא"ש ז"ל לחוד ולא פליגי אלא שדברי רבא הוי במציאות המזונות דבהא פליגי רבי מאיר ור' שמעון אבל הא דהרא"ש ז"ל דבר אחר שחדשו מכח הסברא וסמך על זה כיון דהאי מילתא לא הוי אלא מכח מנהג די לנו לפסוק כמנהג אנשי גליל לומר שאין כח היתומים להפסיד מזונות האלמנה כמו אנשי יהודה כל עוד שלא גבתה האלמנה דבר מכתובתה אבל אם גבתה וכו' וסמכו בזה ליפות כח הירושה שזכתה התורה ליורשים מה שאינך עושה כן:

עוד כתבתי וראיתי לרבותינו בעלי התוספות ז"ל וכו' ונראין דבריך כמי שמדבר ביהרות לב שדחיית דברי הר"ן ז"ל שכתב בריש פרק אף על פי וז"ל ולתובעת לא שנא תובעת כתובה בב"ד ולא שנא תוספת אין לה מזונות ואיכא למידק דהא אסיקנא פרק אלמנה נזונת דמקצת כסף ככל כסף כלומר שאפילו נפרעה ממקצת כתובה יש לה מזונות בשביל אותו מקצת שנשאר עד ואיפשר דתובעת שאני שכל כך היא מעיזה פניה בב"ד בתביעת מקצת כאלו תבעה כולה ולפיכך הפסידה מזונותיה ע"כ ואתה דחית פירוש זה ורצית להתלות בדעת התוספות ז"ל מה שלא עלה בדעתם ולא עוד אלא שהקושיא שהקשו לפרש"י ז"ל במקומה עומדת דהא ההיא ארמלתא דתפסה כסא דכספא בכתובתה אמרה להו ליתמי זילו הבו לה מזונות ונראה דלא מצי מסלקו לה וכפי פירושך הוו מצו לסלקה אלא ודאי בתירוץ הר"ן ז"ל מתיישב שפיר דשאני תובעת

ממכרה אף על פי שדבריך נמצאו במרדכי ז"ל פרק אף על פי וז"ל וכתובעת כדפירש רב אלפס ז"ל פי' רש"י ז"ל ודאם תובעת כתובתה אין לה מזונו' ואינו דאפי' גבתה מקצת כתובתה אמר רבי מאיר פרק אלמנה ניזונת דלא אבדה מזונות וכו' עד דלא עדיף תובעת ממוכרת עם כל זה עלינו לקבל סברת הר"ן ז"ל והיא סברא נכונה דקיימא לן אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וכל זמן שהיא משמרת כבוד בעלה יש לה מזונות משום דקרינן בה את תהא יתבה בביתי ומתזנה מנכסי כל ימי מגר אלמנותיך בביתי וכל כבוד' בת מלך פנימה הא אם יצאת מביתו לב"ד ותבעה כתובתה הודתה שאינה רוצה לשמור כבודו עוד ולכן אבדה מזונות ונאמר שכך היתה התקנה מעיקרא דדוקא במגר בבית מתזנה הלכה לב"ד לא מיקרי מגר בביתי:

עוד כתבת תשובת הרשב"א ז"ל ובקשת לעקש דבריו אשר כפי באמת אין דרך לנטות ימין ושמאל כי דברי שפתיו ברור מללו דנדוניא שוה לכתובה מנה מאתים כיון שהכל כתוב בשטר הכתובה ודמי קצת למה שכתבו התוספות ז"ל ריש כתובות על ההיא דאמרינן בגמרא שאם היה לו טענת בתולים וא"ת התינח אשת כהן וכו' ותירץ ר"ת ז"ל דלא פלוג רבנן בתקנתה וכו' אף אנו נאמר שמאחר שמנה מאתים תוספת ונדוניא כתובים בשטר וחמרו שתובעת כתובתה אבדה מזונותיה איכא למימר לא פליגי רבנן ולישנא דהרשב"א ז"ל דנקט מחלה דוקא נקט מחלה או מכרה ששיירה לא אבדה מזונותיה אבל תבעה אי זה מהם שתבעה אבדה כיון שבאה לב"ד ומדברי הר"ן ז"ל נראה כן קצת שכתב הר"ן ז"ל בפרק הנושא וז"ל ומיהו איפשר דדוקא תוספת אבל נדוניא דינה כחוב נקוט מיהא דלא בהירה ליה דנדוניא הוי כחוב וכיון דמפשטן של דברים מאותה תשובה של הרשב"א ז"ל נראה דאיכא למידק בנדוניא וכתובת מנה מאתים דינן שוה במחלה או במכרה אף בתובעת אינו מן התימה דנאמר דבתובעת נמי דינן שוה דכיון שבאה לב"ד ותבעה נדוניא אבדה מזונותיה וכן הדין דעדיף תבעה יותר ממכרה שהרי אפילו אם בקשה למכור כל כתובתה ולא מכרה בפועל לא אבדה מזונותיה אבל תבעה בב"ד אליבא דכולי עלמא אבדה מזונותיה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל משתתבע כתובתה בב"ד אבדה מזונות משמע משעת תביעה אף על פי שלא גבתה וכן כתב הטור אלמנה שתבעה כתובתה בב"ד אין לה עוד מזונות אפילו לא נפרעה וכן כתבו שאר הפוסקים וטעמא ודאי כמו שכתב הר"ן ז"ל:

עוד כתבת שהביא בית יוסף סימן הנז' וכו' שנתיישבו אצלך דברי רבי שלמה בר"ש ברבי צמח ז"ל ופלפלת בדבריו שלא לצורך כי אמרת למה לא אמר רבא בפירוש אין הלכה כרבי שמעון וכו' נראה בודאי אפילו כפי דבריך הקושיא שנית מתרצא לראשונה שכיון

שאתה אומר איך תיסק אדעתין לומר דהלכה כר' שמעון היא היא הסיבה בעצמה שלא אמר הלכה כרבנן דבשלמא אם היה מקום לומר הלכה כרבי שמעון היה צריך לומר שאינו כן אלא הלכה כרבנן אבל השתא דלא איפשר למיסק אדעתין למימר דהלכה כרבי שמעון אמר הכי לית דחש לרבי שמעון כלומר אינו עונה בדעת למימר הכי לפיכך אמר בדרך הפלגה:

עוד אומר לך הפך מזה שהרי בר פלוגתיה דרבי שמעון הוי רבי מאיר ובגמרא דעירובין נסתפקו ברבי מאיר ורבי שמעון הלכה כמאן ונשאר הדבר בספק ואם כן איך כתבת איך תיסק אדעתין וכו'. עוד ראיתי להעידך כי לדעתי ר"ש בר שמעון בר צמח ז"ל לא ראה תשובת ברשב"א ז"ל שהביא בית יוסף הנז' שאלו ראה ודאי היה מזכיר דבריו ואין בזה תימה כמו שכתב מהרי"ק ז"ל בשורש צ"ד וכלל דבריו שם דע"כ לא אמרינן הלכתא כבתראי אלא כשדברי הראשוני' באו בחיבור מפורסם דמסתמא ראו אחרוני' דברי הראשוני' ולא נתחוורו בעיניו אז הוי הלכה כבתראי אבל כשדברי הראשונים לא באו בספר מפורסם אלא בתשובת שאלה איפשר לא ראוה האחרונים ואית לן למימר דאילו ראה האחרון דברי הראשון היה מודה לו ולא היה חולק על דבריו ומכל מקום מה שכתבת אבל תמהני וכו' שנראה שאי איפשר לומר וכן כתב הרשב"א ז"ל שנראה בענין שאי אפשר לומר כן שהרי מדברי הרשב"א ז"ל מזונות תלואי' בין בנדוניא בין בכתובה בין בתוספת ומדברי רשב"ץ ז"ל מזונות תלואים במנה מאתים לדידי לא קשה מידי אי בעית למימר וראה רשב"ץ ז"ל תשובת הרשב"א ז"ל הנז' והטעם שאפילו לדברי הרשב"א ז"ל אף על פי שדינם שוה מכל מקום עיקר תקנת המזונות באו מעיקר הכתובה מנה מאתים אלא שדעתו ז"ל וכיון שנכתבו בשטר אחד הוו כתובה ונדוניא שוים וכמו שכתב וכן כתב הרשב"א ז"ל אמת ויציב:

ומה שכתבת שהם ז"ל כוונו דאף ע"ג דאיפשר לומר דהא דקאמר רש"י ז"ל תובעת מקצת כתובתה אין לה מזונות אינו לומר דיכולין היורשין לתת לה שארית כתובתה ולפוטרה בסברת הרא"ש ז"ל אין לתלות ברש"י ז"ל דברים כאלה שהרי רש"י ז"ל כתב בפרק נערה על ההיא דאמר שמואל התובעת כתובתה בבית דין אין לה מזונות ופריך בגמ' ולא והתניא מכרה כתובתה לה מזונות אבל תובעת לא ומשני הני אין בין בבית דין בין שלא בבית דין תובעת בבית דין אין שלא בבית דין לא ופרש"י ז"ל הני אין לפי שהן גבוי כתובה אבל תביעה לא הרי בפי' דלא מיירי בשגבתה כלל וכפי דבריך שכתבת בתחילה דברי הרא"ש ז"ל ליכא מאן דפליג עלייהו ועתה עושה פי' בדברי התוספות שדוחין דין הרח"ש ז"ל בשתי ידים. כלל הדברים. שאני אומר כי לענין סוגיית ההלכה נתיישבו

דברי רש"י ז"ל בטעמו של הר"ן ז"ל הנז' ולענין הדין אמת שכן ראוי לדון שמי שתובעת הנדוניא בבית דין שאבדה מזונותיה לא משתבש דיש לו אילן גדול לסמוך עליו הוא תשובת הרשב"א ז"ל במנה מאתים ותוספת ונדוניא כולם שוים וטעם א' להם והכל מפני שבאה לבית דין והעיזה פניה לתבוע מה שאין כאן אם באה לתבוע מזונות דאין בזה העזה כלל וראיתי אחד מן החכמים שכתב שבתביעות נדוניא לא הפסידה מזונותיה מפני שהיא כחוב בעלמא ועל ענין טענת המנהיג דבריך טובים ונכוחים וכן הארכתי אני בפסקי בתשובה צ"ג בספר הראשון שלום רב כנפש תורתך וכנפש הצעיר שמואל די מדינה. עד כאן הגיעו דברי החכם השלם הרב המובהק כמהר"ר שמואל די מדינה הנז"ל הועתק הכל מלה במלה בלי תוספת ובלי חסרון זולתי שמלת החשוב נמצאת כתובה על הגרר ודא קיומה:

סימן ט

שאלה. לאה אלמנת ראובן תבעה נדונייתה בבית דין וגבתה אותה ורוצה להיות נזונת מכאן ואילך מנכסי בעלה בשביל עיקר כתובה ותוספת והיורשים רוצים לתת לה הכל והתרו בה על זה בפני עדים יורנו המורה אם הפסידה מזונותיה אם לא:

תשובה. עיקרא דהאי מילתא אם ביד היורשים לפרוע לה המותר כשגבתה מקצת לא מצינו מן הראשונים נוחי נפש שדברו בו כי אם הרשב"א והרא"ש ולפיכך צריך להתבונן בדבריהם ז"ל. כתב טור א"ה סימן צ"ג וז"ל מחלה כתובתה לבעלה הפסידה מזונותיה ודוקא אחרי מותו הפסידה מזונות במחילתה אבל בחייו נזונת אף על פי שמחלה ודוקא שמכרה או שמשכנה או שמחלה כל הכתובה אבל שיירה מקצתה נזונת אפילו לא שיירה אלא תוספת ומכרה או שמחלה כל העיקר נזונות בשביל התוספת וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל ומיהו אם ירצו היורשים יפרעו לה המותר של הכתובה ומסלקין אותה אפילו לאנשי גליל דאם לא כן כל אשה תגבה כתובת עד תשלום דינר ותתפרנס כל ימיה בשביל הדינר החסר ע"כ. והיה איפשר לפרש שהטור ז"ל כשהזכיר כתובה לא דבר על הנדוניא כי אם על עיקר הכתובה ודוקא גבתה העיקר הוא שפורעין לה המותר בעל כרחה ומסלקין אותה אבל גבתה מקצת הנדוניא או כלה וה"ה תבעה נדוניא בבית דין לא מצו לפרוע לה השחר בעל כרחה כיון דהלכה כאנשי גליל וליתא שהרי כתב הרא"ש ז"ל בריש פרק אף על פי דנדוניא נמי מיקרייא כתובה כדאמרינן קבורת' תחת כתובתה והטור עצמו כתב סימן ס"ו וז"ל אם האשה מכנסת לו מעות או בגדים ומקבלן עליו וכתב אותן בכתובה דינן כשאר הכתובה ונגבת עמה וזה נקרא נדוניא עד כאן הא קמן שדין

הנדוניא כדין הכתובה לענין גביה מיהת שנגבת עמה ולח נאמר שתגבה הנדוניא לחוד ותשאיר השאר כשרוצים לפרוע לה הכל: עוד יש להכריח כן ממה שהסכימו המפרשים ז"ל דבאתרא דנהיגי כיהודה לפרוע לאלמנה בעל כרחה יעשו כמנהגם וכן כתבו ז"ל דבכל ענייני כתובה המנהג עיקר ועל פיו דנין וכיון שכן אלו היה אפשר שתגבה האלמנה נדונייתה ולא יוכלו היורשין לסלקה ממזונות הכל היו עושין כן אי נשי לא גמרי דינא אבותיהן ואחיהן ושאר קרוביהן איך לא נמצא בהם עד אחד שיתבע כן וכ"ת לא שמענו אינה ראיה על המנהג ליתא שהרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הובאה בטור ח"מ סימן ס' וז"ל שידוע הוא שפשט המנהג בכל הארץ שאין מגבין לב"ח ממטלטלי דלוקח שאם היה מקום שלא פשט בו המנהג ראוי היה שבאותו מקום לא יקנה אדם מחברו שום חפץ כי אם בשטר ובאחריות כמו קרקע והיה הרגש גדול בדבר כי דין זה היה נמצא בכל יום כמה פעמים והיה הדבר ידוע לכל בני העיר וא"כ גם בנדון דידן אילו הוה איפשר למעבד הכי לגבות נדוניא וליזון בשביל השאר על כרחן של יורשין הכל היו עושין כן והיה הדבר גלוי וידוע לכל בני העיר. עוד זאת מצאתי ראיתי שכתב הרשב"א ז"ל בתשובות המיוחסות להרמב"ן ז"ל סימן קי"ח וז"ל עי"ל שאחת מן הנשים לפי מה ששמעתי שקבלה מקצת כתובה ואם רצו היורשין להשלי' לה כתובה אין לה מזונות דמ' שאמרו רז"ל מקצת כסף כלל כסף והיא נזונת בשביל מה שנשאר דוקא כל זמן שלא ירצו היתומים להשלים לה הנשאר מכתובה אבל אם ירצו היתומים לפרוע לה הנשאר אינה נזונת ואינה מתפרנסת כיון שכבר קבלה קצת וזה החילוק בין אלמנה שקבלה קצת כתובתה ובין אלמנה שלא קבלה כלל מכתובתה עכ"ל ואף גם זאת יוכל הדוחה לומר דבגבתה מקצת העיקר הוא דמיירי מדקמדכר כתובה וליתא איבעית אימא סברא דודאי לא היה אותו מעשה כשגבתה דבר מעט מזער כמו שהוא כל סך עיקר כתובה כל שכן מקצתו ועוד דמרן הרשב"א ז"ל גלה דעתו כמו שכתב הרב בעל מגיד משנה בשמו פרק י"ו מהלכות אישות דודאי הנדוניא בכלל כתובה ולשונה היא ונפקא מינה למוכרת ולמוחלת וכו' עד שהכל נקרא כתובה והלשון כולל אותם עד כאן וידוע דתובעת כתובתה מייתי לה בגמרא אם מוכרת ומוחלת ואם כן הכל בכלל אם תבעה כתובתה סתם ועל כרחיך לומר דכי היכי דתבעה מקצת העיקר או גבתה אותו משלימין לה השאר בעל כרחה הכי נמי הוי דינא בגבתה מקצת נדוניא או תבעה אותה ולפיכך סתם דבריו הרשב"א ז"ל להזכיר כתובה שהכל בכלל נדוניא עיקר ותוספת ולא חלק בניהם להיות דין אחד לכלן לענין אם ירצו היורשין להשלים לה השאר דאלת"ה אלא בגבתה מקצת נדוניא לא מצו יורשים להשלים לה הוה ליה להרשב"א ז"ל למימר באותו נדון שאם יש

לה נדוניא לא מצו יורשים להשלים לה הכל אף על פי שגבתה קצת דתלינן דמה שגבתה היה מדבר דלא מצו יורשים לדחותה בשביל הגביה ולסלקה ממזונות וכמו שכתב הוא ז"ל לענין מחלה מקצת כתובתה בתשובה הובאה בספר בית יוסף טור א"ה סימן צ"ג והעלה שלא הפסידה מזונותיה עד שתמחול כל מה שכתוב בכתובתה דנדוניא נמי הויא ככתובה לענין שתיזון בשביל הנשאר ומסיים בה דאפילו אי אמרינן דאינה נזונת בשביל נדוניא עם כל זה אמרינן שלא מחלה עיקר ותוספת אלא נדוניא הוא שמחלה שאם תאמר כדברי הטוען שכל שלא טרחה בו כגון מנה מאתים או תוספת מוחלת תחלה אדרבה בא ונאמר דכל שלא תפסיד בו מזונות מחלה ולא מחלה מה שתפסיד בו מזונות עד כאן: **הרי** שכל שיש לתלות שמחלה דבר שאין לה בו הפסד תלינן בהכי וה"ה לענין תביעה בבית דין וגביה דאי הוה מצינן למיתלי דמנדוניא גבתה או תבעה ולא יוכלו היורשים להשלים לה הוה תלינן בה שהרי השוו בגמרא תובעת למוכרת ומוחלת ואיך יאמר הרשב"א ז"ל כשגבתה מקצת כתובתה דמצו יורשים להשלים לה ולא יחלק בין היה לה נדוניא ללח היה לה אלא ודאי אף על גב דלא מפסדא מזוני בגביית נדוניא או בגביית מקצת עיקר ותוספת ובכלן נזונת בשביל מה ששיירה עם כל זה יכולין יורשין לפרוע לה השאר ולסלקה והדין שוה בנדוניא עיקר ותוספ' כמו שהכרחנו ולפיכך לא חלק הרשב"א ז"ל וזה ברור מאד ואין לטעות במה שנמצא לפוסקים ז"ל דמזוני גרירי בתר עיקר כתובה וכו' כי לא דברו כלל כשהיורשים רוצים לפרוע לה השאר דהויא מילתא דסברא שחדשו הגדולים כמו שכתב הרא"ש ז"ל בכתובות כל שכן בהיות המנהג כן כמו שהוכחנו למעלה:

וגדולה מזו מצאתי סעד לדברי בחשובות רבינו הגדול מאריה דאתרין מהר"ר דוד בן זמרא ז"ל שכתב בתשובה על ששאלוהו היאך מגבין לאלמנה כל הכתובה ונדוניא מיתומים קטנים כיון שהיא באותן הנכסים כשאר ב"ח ובתחלת דבריו כתב דלהרמב"ם ז"ל דסבר שאין נדוניא בכלל כתובה הוה לן למימר שאם תבעה נדוניתה מיורשים גדולים לח הפסידה מזונותיה ואם הם קטנים אין מגבין לה נדונייתה ובשני הדברים אנו רואים שנהגו בהפך ויישב המנהג לדעתו ז"ל באומרו שכך הנהיגו הראשונים לתועלת היתומים כדי לסלקה ממזונות היתומים שאם היו מגבין לה נכסי נדונייתה לפעמים יהיה עיקר כתובה ותוספת דבר מועט ובשבילו תהיה אוכלת כל ימיה ולעולם לא תתבעם ומפסידים היתומים לפיכך הנהיגו שיהיה הכל בחזקת היתומים ואם תתבע הנדוניא עשו אותה כאלו תבעה הכל והפסידה מזונות וכן ביתומים קטנים כמו שאמרו ז"ל אלא אם כן רבית אוכלת בהם הכא נמי הנהיגו להגבותה נדונייתה כדי לסלקה מעל היתומים

שאם תאמר שאין מגבין לה נדונייתה גם היא תתבע כתובתה וכו' ובסוף התשובה כתב וקרוב אני לומר שמנהג זה בא עמנו מספרד שהיו נוהגין בנישואין כפי דעת הרא"ש ז"ל וז"ל הטור אם האשה מכנסת לו מעות או בגדים ומקבלן עליו וכתב אותם בכתובה דינן כשאר הכתובה ונגבת עמה וזה נקרא נדוניא עד כאן לשונו: הרי מבואר בדבריו שלדעת הרא"ש ז"ל מעיקר דינא הויא נדוניא כשאר הכתובה לשני דברים אלו לגבותה מיתומים קטנים ולהפסיד מזונותיה בתביעתה וה"ה בגבייתה דהא הרא"ש ז"ל לא מפליג בינייהו ואומר הרב ז"ל שאנחנו בני ספרד על פיו נהגנו וכל שכן הדברים לנדון דידן שהנכסי' ביד היתומים ואין ביד האלמנה אפילו כדי כתובתה ואין צריך לומר שאין תחת ידה כדי כתובתה ומזונות ואמרי לה יתמי אייתי ראיה דאית ליך מזוני בתר תביעת קצת הנדוניא ואם לאו הרי נתקבלת כתובתך ויש בידם שטר בעדים כשרים מכל מה שתחת ידה ובודאי שטר זה שובר כתובתה כל זמן שלא תברר דבריה. זהו דעתי ואתנפלה לפני ראשי עם קדש החכמים השלמים יצ"ו יורוני בניב עטם אם צדקו דברי אם לא ועליהם תבא ברכת טוב:

סימן י

שאלה. לאה אלמנת ראובן תבעה נדונייתה בב"ד וגבתה אותה ורוצה להיותה נזונית מכאן ואילך מנכסי בעלה בשביל עיקר כתובתה ותוספת והיורשים רוצים לתת לה הכל והתרו בה על זה בפני עדים יורנו המורה אם הפסידה מזונותיה אם לא:

תשובה. לכאורה נראה דעיקר הך דינא תליא בפלוגת' דרבוותא ז"ל דלדעת הרמב"ן ז"ל דנכסי צאן ברזל בכלל כתובה בכל מקום וכמו שכתב בחידושיו ברישׁ פ' אף על פי ומייתי לה הרב המגיד ז"ל בפ"ו מה' אישות הפסידה מזונותיה וכי היכי דאם שיירה מקצת עיקר כתובתה אם ירצו היורשי' יפרעו לה המותר של הכתובה ומסלקי לה וכמו שכתבו המפרשים ז"ל הכי נמי אם תבעה נדונייתה יפרעו לה היורשים עיקר ותוספת ויסלקוה:

ולדעת הרמב"ם ז"ל דסבירא ליה שאין הנדוניא בכלל כתובה לשום דבר אלא לדברים שביאר בפי' שהיא ככתובה אבל בכל מה שסתם ז"ל דין הנדוניא כדין חוב בעלמא לא הפסידה מזונותיה דאין המזונות תלויין בנדוניא כלל. וכן משמע לדעת הרשב"א ז"ל דכתב הרב המגיד ז"ל שם שהטיל פשרה והכריע בדברים ואמר דודאי הנדוניא בכלל לשון הכתובה היא ונפקא מינה למוכרת ולמוחלת דמשום לישנא אתינן לה כלומר שבכלל מה שאמרה כתובתי מכורה לך מחולה לך היא אפילו הנדוניא שהכל נקרא

כתובה והלשון כולל אותם אבל לדיניהם בכל מה שאין הלשון גורם אין הנדוניא בכלל העיקר דהתם שנו קולי כתובה משום דמדידיה יהיב לה ונדוניא משלה היא ולמה נקל יותר משאר חובות דעלמא: עד כאן. משמע דבנדון דידן דבהדיא תבעה נדונייתה ולא תבעה בלשון כתובה דלא מפסדא מזונותיה וכן כתב הר"ש בן הר"ש בר צמח ז"ל וז"ל אם תבעה הנדוניא ואפילו נפרעה ממנה אינה מפסדת מזונות ותהא נזונת משום מנה מאחים ותוספת משום דמזוני בתר עיקר כתובה גריר כן כתבו המפרשים ז"ל בשם הרשב"א ז"ל וכן נראה פי"ח מה' אישות. עד כאן: משמע דאינה מפסדת כלל ואפילו רוצים היורשים לפרוע מאחר דעיקר הנדוניא מהמזונות דאינו אלא כחוב בעלמא ומאי דחליא במזונות דהיינו עיקר ותוספת אכתי לא תבעה כלל וכן נמי משמע מלשון הריטב"א ז"ל שכתב בחדושיו בפ' אלמנת נזונת וז"ל והשתא דפריש' טעמא דאלמנה מן האירוסי' משום חינא וכו' אבל נדוניא דלא מעכבא במזוני דינה כחוב דעלמא ואינה מוכרת אלא בבית דין ולא חיישינן לחינא וכו' ע"כ. ומהר"י קארו ז"ל הביא לשון זה בספרו סימן ק"ג:

ומיהו כד מעיינא בה שפיר אשכחנא דלא פליגי בה רבוותא ז"ל דלכ"ע בנדון דידן הפסידה מזונותיה דהא כתב הריטב"א ז"ל בתשובותיו וז"ל וכל שתבע מורשה שלה בבית דין כמנהג הרי זה כאילו היא בעצמה תבעה כדמוכח בפ' דות וכו' ומיהו דוקא שתבעה כל כתובתה אבל אם שיירה מקצתה שלא תבעתו בין מן העיקר בין מן התוספת בין מן הנדוניא לא הפסידה מזונות דקי"ל מקצת כסף ככל כסף כדאיתא בפ' אלמנה נזונת ודין תוספת ונדוניא בזה כדין העיקר כדאמרי' בריש פר' אף על פי תנאי כתובה ככתובה דאמי למאי נפקא מינה למוכרת ולמוחלת ולתובעת ולדעת רבינו ז"ל אף נדוניא בכלל תנאי כתובה בענין זה. ע"כ. משמע להדיא דהנדוניא והעיקר שוים הם וכי היכי דבעיקר אם גבתה מקצתה ביד היורשים לסלקה מן השאר הכי נמי אם גבתה הנדוניא ביד היורשים לסלקה מהכתובה מעתה תיקשי דפליג הרב ז"ל מדידיה אדידיה ממה שכתב בתשובותיו למה שכתב בחידושיו ז"ל:

גם מצאתי הרשב"א ז"ל שהאריך בזה בתשובותיו שכתב וז"ל מסתבר לי דכל מקום שאמרו מקולי כתובה לא אמרו אלא בעיקר כתובה ואי נמי בתוספת כתובה וכו' ואיכא למימר דלגבי שבח. דוקא תוספת אבל נדוניא שהכניסה משלה חוב הוא ולמה נקל בו יותר מחוב דעלמא ואף על גב דאיכא דוכתי טובא בגמרא דהוי אפילו נדוניא בכלל כתובה וכדאמר וכו' אפ"ה מסתברא לי דהנך דאמור התם בפ' אף על פי לא הוי בכלל נדוניא בכולן שהרי חדא מנייהו לעוברת על דת ואילו נכסי צאן ברזל דאיתנהו בעין

מיהא לא הפסידה וכדאמר בשילהי אלמנה נזונת וכו' ואף על גב דמנו בכללן מוכרת ומוחלת והכל בכלל מכירתה ומחילתה שאני התם שהלשון שאמרה הוא גורם שלשון כתובה שאמרה כולל את הכל אבל מה שאין הלשון גורם שאנו עושין זה כזה בדינו אין הנדוניא בכלל בכל מקום דהנך משום קולא ובנכסים שהכניסה לו אין להקל מחוב דעלמא כדאמרן ואף על גב דמנינן התם בהנך מורדת ומורדת מפסדת הכל ואפילו נפלו לה נכסים וכו'. ויש לומר דהתם לא מני ואזיל כל הנך דהתם אלא לענין עיקר ותוספת שככל אותן המנויות התוספת כעיקר ויש מקצתן שגלו לנו במקום אחר שאפילו הנדוניא ואפילו נכסי מלוג כעיקר ולא מפני שהכל בכלל כתובה אלא קנסא והיינו מורדת וכו' וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל ויותר נראה מדבריו שהנדוניא נגבית מן הדין אפילו מן המטלטלין כחוב דעלמא וכו' וכן במה שאמרו שאין נגבית אלא מן הזיבורית נראה שהרב ז"ל סבור דדוקא עיקר ותוספת אבל נדוניא מן הבינונית כחוב דעלמא ואף בזו אין דעתי מסכמת דהתם לא הקלו אלא אוקמוה אדיניה משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא והב"ח תקנה התקינו בבינונית משום נעילת דלת מכל מקום לענין שבח נראין דבריו כמו שאמרנו וכן בכל מקום שאמרו מקולי כתובה. עד כאן. משמע להדיא דלא הוציא הרב ז"ל נדוניא מכלל כתובה אלא במידי דאמרו ביה מקולי כתובה ומזונות האלמנה אינו מקולי כתובה אלא חיוב אחר הוא מדין תנאי כתובה ואפילו לא כתב לה חייב ומפני שהוא תנאי בית דין והאי חיובא איכא למימר דהויא ליה במידי דתליא בלשון דכתב הרב ז"ל לרדיא דהנדוניא בכלל עיקר כתובה דהא טעמא דכי תבעה כתובתה בבית דין אין לה מזונות היינו משום דלא קרינא ביה מיגר אלמנותיך בביתי וה"ה כשתבעה הנדוניא וגבתה לא קרינא ביה מיגר אלמנותיך ועוד מסתברא לי דלא אמרו אנשי הגליל שהדבר תלוי בה להיותה נזונת כל זמן שתרצה אלא כל זמן שלא עשתה שום שינוי לח כנדוניא ולא בעיקר ממה שביתה בשעת אלמנותה אבל כל שהעיזה פניה ותבעה בבית דין אפילו נדונייתה לא תקנו אנשי הגליל תדע דתירץ הר"ן ז"ל בפרק אף על פי לשיטת רש"י ז"ל דתובעת אפי' מקצת כתובתה הפסידה מזונתיה משום דגריעא ממכרה כתובתה שכל כך היא מעיזה פניה בבית דין בתביעת מקצת כאילו תבעה כולה והילכך הכי נמי איכא למימר דאיכא העזה בתביעת נדונייתה מעתה משמע דלא תקנו אנשי הגליל בכגון זו וגרסינן בירושלמי אנשי הגליל חסו על כבודן ולא חסו על ממונם ואנשי יהודה חסו על ממונם ולא חסו על כבודם ואסיק התם דמהאי טעמא פסקינן כאנשי גליל משום דחסו על הכבוד והילכך כיון דעיקר תקנתם היתה מפני הכבוד כל שתבעה נדונייתה גלה כבוד ותדון כאנשי יהודה ויתנו לה היורשים

כתובה ותוספת ויסלקוה וכל שכן אי תבעה עיקר ותוס' אף על פי שנדונייתא מאה מנה ולא תבעתה דהפסידה מזונותיה ואיפשר דאפילו לא ירצו היורשים ליתן לה הנדוניא דמעיקר דינא מזוני בחר עיקר כתובה גריר ונדוניא כחוב דעלמא אלא דלגבי תקנת אנשי גליל פתכינן נדוניא בעיקר כתובה מהאי טעמא דכתבינן והשתא ניחא דלא פליג הריטב"א ז"ל מדידיה אדידיה מתשובותיו למה שכתב בחדושיו דאיברא ודאי דמעיקר דינא הנדוניא לא מעכבא במזוני ואמטו להכי אינה מוכרת אלא בבית דין וכמו שכתב בחדושיו ז"ל ומיהו לגבי תקנת אנשי גליל מעולם לא תקנו אלא בשלא היתה שם שום תביעה כלל לא בעיקר בכולה או במקצתה ולא בנדונייתה וכמו שכתב בתשובותיו:

נמצינו למדין דלדעת הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל אשה זו הפסידה מזונותיה כיון שהיורשים רוצים לתת לה הכל ואיפשר דאפי' הרמב"ם ז"ל יסכים בזה לגבי תקנת אנשי הגליל ומיהו לשון הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל אי איפשר לתרצו אלא בדוחק דלא מיירי אלא כשאין היורשים רוצים לסלקה ואין במשמעות לשונו כן ואין אנו אחראין לתרץ לשונו ואפילו פליג אין לחוש לו נגד הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל להוציא מזונות מן היורשים:

וכ"ש כי לא שמענו ולא ראינו מי שעשתה כן אלמא דהמנהג בזה כאנשי יהודה וכבר כתבו כולהו רבוותא דכשיש מנהג יעשו כמנהגם ואין לומר על המנהג לא שמענו אינה ראיה דהא כתב מהר"י קולון ז"ל בסימן קע"ב דלא אמרינן לא ראינו ולא שמענו אינה ראיה דדוקא כשיש שתי כתי עדים המכחישים זה את זה אחת אומרת ראינוה שנתקדשה וכו' הוא דאמרינן לא ראינו אינה ראיה אבל היכא שאין הכחשה שאין אדם מעיד שנהגו הראשוני' להחמיר באלו הסבלונות פשיטא ופשיטא דמהימני האומרים ומעידים שלא ראו ולא שמעו וכו' ע"כ הילכך מה שלא ראינו עד עתה דשו' לא עשה כן מורה דהמנהג בזה דהיורשי' מצו לסלוקה ופוק חזי מאן גברא רבא קא מסהיד על המנהג ה"ה מרנא ורבנא הרב הגדול הרדאב"ז ז"ל דהוא ניהו מריה דאתרא ותשובות מרנא ורבנא אינם אתי אבל כן כתבו לי משם בתשובה אחת ומחזי דגברא רבא קא מסהיד כי כל דברי תשובתו הם אמת וצדק נכוחים למבין:

ומצאתי שכתבו תלמידי רבינו יונה ז"ל בפ' אלמנה נזונת וז"ל והא דאמרי רבנן מקצת כסף הנשאר לה לגבות מכתובתה ככל כסף ויש לה מזונות ה"מ כשאין היתומים פורעים לה תשלום כתובתה אבל אם היתומים רוצים להשלים וכו' ודוקא כשנפרעה מקצת כתובתה לא הפסידה מזונות אבל אם תבעה כתובתה אף על פי שלא נפרעה כלום אין לה מזונות דכיון דנתבזתה לתבוע בבית דין כאילו גבתה כולה דייניין לה כדכתיבנא בפרק

אף על פי ואומר הרב מורי נר"ו דמה שנוהגין עכשו דכל אשה שנפרעה מקצת כתובתה אין לה מזונות מפני שאי המנהג למכור אלא על ידי ב"ד וב"ד אין נזקקין להגבות לה המקצת שפעמים שהיתומים לא יסלקו אותה ונמצאת גובה כל מזונותיה בעבור המקצת האחר בלבד ולפעמים אין ב"ד נזקקין אלא לכולה. ע"כ. הוצרך לתת טעם למנהג זה מפני שהוא נגד הגמרא דאמרי' בפ' אלמנה נזונת לית דחש להא דר"ש דאמר לא אמרינן מקצת כסף ככל כסף ף אבל במנהג דילן דאמרינן דיפרעו לה היורשים אין צריך לתת טעם דהא איכא כמה רבוותא ז"ל דפסקי כאנשי יהודה וכמו שכתב הרז"ה ז"ל ולכ"ע באתרא דנהיגי ביהודה יעשו כמנהגם וכל שכן דאפילו אנשי גליל יודו בנדון דידן וכדאמרינן מכל מקום למדנו מלשון זה של תלמידי רבינו יונה ז"ל שאין לב"ד להזדקק להפסיד מזונות ליורשים ושבחוהו חכמים לדיינא דקא מהדר לזכות היתומים בענין המזונות ודייני דמגיזתא אזלי בתר איפכא:

ומכל מקום הדין דין אמת דאלמנה זו איבדה מזונותיה דיורשים מצו לסלוקה יסלק מעלינו ומעל עמו ישראל חרון אפו ולא יתן המשחית לבא אל בתינו ולבתי כל עמו ישראל וינקנו משגיאות ויראנו נפלאות מתורתו ועינינו תחזינה בבנין המקדש וההראל. בצלאל אשכנזי:

וז"ל מרנא ורבנא הרב הגדול כמהר"ר דוד בן אבי זמרה זצ"ל בתשובותיו המנהג שאם תבעה נדונייתה מיורשים גדולים הפסידה מזונותיה ואם הם קטנים מגבין לה נדונייתה קודם שיגדילו וטעם המנהג מפני שהנהיג וכן לתועלת היתומי' כדי לסלקה ממזונות היתומים שאם היו מגבין לה נכסי נדונייתה לפעמים יהיה עיקר כתובתה ותוספת דבר מועט ובשבילו תהיה אוכלת כל ימיה ולעולם לא תתבעם ומפסידים היתומי' לפיכך הנהיגו שיהיה הכל בחזקת היתומים ואם תתבע הנדוניא עשו אותה כאינו תבעה הכל והפסידה המזונות. ע"כ. בצלאל אשכנזי:

סימן יא

שאלה. ראובן נשא אשה והכניסה עמה שלשים אלף מאידיש והתנו שאם תמות בחיי בעלה יחזיר בעלה ליורשיה עשרים אלף מאיידי' ועשרה אלף לבעל' וחלתה האש' וצותה מחמת מיתה שמאותם עשרים אלף מאיידיש של היורשים יהיו עשרה אלף להקדש ואיסתפקא לן אם זכה ההקדש באותם עשרה אלף מיידים משום דאיכא למימר דמשעה שהתנו ביניהם דיחזיר בעלה עשרים אלף מיידים ליורשים כבר קדמו וזכו בשני שלישי

הנדוניא אחרי מותה ושוב לא תוכל למעט חלקם יורנו המורה אי זה דרך ישכן אור ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. ידי אסורות אשר ספרי אין אתי והם בירושלים תוב"ב ואני פה כגבר אין איל ולבי ועיני ורעיוני שמה במקום קדשו כל הימים האמנם ליפות כח ההקדש אחוה דעי וה' אלדים יעזר לי להוציא הדין לאמיתו:

ומסתברא דזכ' ההקדש דהא הרא"ש ז"ל בכלל נ"ה סימן א' על תקנת טוליטולה מכח דקדוק לשון התקנ' עצמ' ושאר התקנות שנתקנו בענין דקדק ז"ל דאין הנחל' באה מכח' כלום להנחיל' לכל יורשי' אלא שחכמי התקנ' עקרו הנחל' מן הבעל הראוי ליירש אשתו אחרי מותה ונתנו' לטוב בעיניהם אבל בחיי' לא ייפה כח האשה בכלום ואמטו להכי העל' ז"ל דאין ביד האש' כלל לתתו לא לבעל' ולא לאחר ואם נתנ' לא מתנת' כלום אלמא משמע דדוקא בתקנת טוליטול' הוא דאין ביד' לשנות אבל בנדון דידן דתנאי בעלמא הוא דאתנו הנחל' באה לה' מכח' ובחיי' לא זיכת' להם כלום והילכך ביד' להפקיע הירוש' מהם וזכ' בהקדש:

ואל תשיבני ממה שכתב הרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סימן קי"ח תשובת אביו ז"ל וקיצר ולא כתב ראיות אביו ז"ל אלא כתב בקוצר הכלל היוצא מדבריו שאין בידה לשנות כלל וכו' ואם כדברינו שמכלל ראיותיו נפקא לן דלא נלמוד מזה לתנאי אחר היה להביא התשובה בצורתה:

דהא לא קשיא כלל דכל אנו התשובות דמייתי הרב בעל הטורים ז"ל סובבו' על לשון התקנה דמייתי בתחלת הסימן ולזה פשיטא ליה דלא מיירי אלא בההיא תקנה ובלשונה לא בזולתה ולכך לא הוצרך להאריך ולהביא כל התשובה דפשיטא דעלה קאי וגם בח"ה סימן ר"נ מייתי תשובה מהרא"ש ז"ל דמוכח להדיא כדכתיבנא וכדבעי' למכתב בס"ד:

מכל מקום משמע להדיא דדווקא בתקנת טוליטולה קאמר הרא"ש ז"ל דאין בידה לשנות והילכך במקום שנהגו לכתוב הירושה כמנהג טוליטולה בודאי דאין בידה לשנות ומיהו כגון אנו דכתבינן והירושה כמנהג דמשק אף על גב דשמעתי מפי רבותי ז"ל דאין בין תקנת טוליטולה ומנהג דמשק אלא קימעא מכל מקום הבא להפקיע כח האשה שלא תוכל לשנות ולהורע כחה משאר המורישין דבידם לשנות בלשון מתנה עליו להביא ראיה ברורה מלשון התקנה ולא מסברא מבחוץ וכמו שהביא ראיה הרא"ש ז"ל מלשון התקנה עצמה ואין ללמוד מתקנה לתקנה:

ותדע דבכלל נ"ה סימן ג' נשאל הרא"ש ז"ל על לאה אשת ראובן שמחלה לבעלה בשטר מקויים כל מה שקבל על עצמו בשטר כתובה התוספת והמתנה והנדוניא והשאירה

לעצמה עיקר הכתובה ושלא תפסיד מזונותיה ופרנסתה וכן מחלה לו כמו כן בשטר כל מה שהחזיק לה על עצמו בשטר הנדוניא שעושין חוץ מן הכתובה ולאה טוענת שיש לה קרובים ואינה מפוייסת מהם ורצונה שלא להתנות בין מחיים בין לאחר מיתה ולפי שראיתי וכו':

והשיב ז"ל מדין תורה יכולה למחול לבעלה כל שטרי חובות שהחזיק לה תוספת ומתנה ונדוניא ושטר נדוניא וגם לפי תקנת קהל טוליטולה יצ"ו יכולה למחול כי איני זכור שכתבתי בענין התקנה אלא בענין זה שאם היתה יכולה האשה להפקיע התקנה וליתן לבעלה כל הנכסים לאחר מותה אפשר שזה היה כנגד התקנה אבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנה כלום ומחילתה מחילה ע"כ: הא קמן דבתקנה עצמה לא רצה הרב ז"ל ללמוד מענין לענין דלא ברירא ליה אלא כשמפקעת התקנה להדיא כגון שנתנה לבעלה שיקח אחרי מותה החצי שהיה ליורשיה ליקח וכמו שכתב בתחלת הכלל אבל מה שמוחלת מעכשיו פשיטא ליה דאינו כנגד התקנה ואפילו נותנת לבעלה כל הנכסים לאחר מותה כתב ז"ל בלשון אפשר שזה נמי כנגד התקנה והיינו טעמא משום דיש לחלק קצת ולומר דאינה הורסת התקנה בודאי אלא כשמפרטת להדיא ונותנת לבעל החצי שהיה ליורשיה בכח התקנה אבל בכוללת ומוחלת לבעלה התוספת והמתנה וכל הנכסים חוץ מן הכתובה דהויא ליה מילתא דלא שכיח איפשר לומר דאינה כנגד התקנה דלא עקרו התקנה הנחלה מן הבעל ונתנוה לטוב בעיניהם אלא בזה החצי וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתחלת הכלל אבל במילתא דלא שכיח כגון בכל הנכסים לא תקינו מידי ואיפשר דהויא נמי כנגד התקנה דמכל מקום כיון דנותנת לאחר מותה הרי תסוב הנחלה ממילא מקרובי האשה לבעל וכפי סגנון הכתוב בתקנה:

מעתה דון מינה אם בתקנה עצמה מענין לענין בדומין מספקא ליה לרב ז"ל אי מדמינן מילתא למילתא ק"ו הדברים דאין ללמוד מתקנה לתקנה וכן כתב הרב הגדול אשר חבוריו מאירים עיני הגולה מהר"י קארו ז"ל דאין ללמוד מזה לתקנה אחרת שאינה כתובה באותה סגנון:

גם הביא ראיה מדברי ה"ר שלמה בן הרשב"ץ ז"ל שכתב מקומות שיש להם תקנה שאם חמות האשה בחיי הבעל יחזיר מקצת הכתובה ליורשיה אם אותו מקצת רצתה באשה למוחלו לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה מזה היא קיימת דכל טצדקי שאנו יכולין לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים ע"כ ואין לדחות דדילמא מירי בר"ש ז"ל במוחלת מעכשיו לבעלה דאין דבר זה נוגע בתקנה כלל וכמו שכתב הרא"ש ז"ל וכדכתיבנא. דהא מסיק ואזיל דכל טצדיקי שאנו יכולים לעשות להעמיד הנחלה

במקומה וכו'. ואי מיירי במוחלת מעכשו לא שייך כלל להעמדת נחלה במקומה וקל להבין:

נמצא דהני תרי אשלי רברבי סוברים להדיא כדכתיבנא וכן ראוי להורות ומינה לא נזוז ומה גם כי דבריהם ז"ל נכונים בטעמן מצד עצמן ונמקן עמן דכל עוד שלא בררו להדיא חכמי התקנה שעקרו הנחל' ממנ' ונתנו' למי שרצו ממילא הנחל' ממשמשת ובאה כדרכ' ממנ' ליורשי' ואינ' מופקעת ממנ' והילכך בחייה מציא למעבד מאי דבעיא:

ומיהו ראיתי לאחד הגדולי הדור הרב המובהק מרי' דגמרא כמהר"י ן' לב ז"ל שחולק על זה בתשובותיו בחלק שני סי' כ"ד ומעיקרא קאמר וז"ל דנהי דאם היה המנהג מטעם התקנ' דהפקר ב"ד הפקר והב"ד הפקירו אותו השליש ונתנו אותו ליורשים ואין כח בידה לתתו לבעלה ולא לאחרים אבל אם הוא תנאי וכו' ע"כ. קא פסיק וקאמר בפשיטות דבכל תקנ' יהיה כדין כן והא ודאי ליתא וכדכתיבנא דדוקא היכא דידעינן בברור דהפקירו אותו בענין זה שלא תוכל לשנות וכההיא תקנה דטוליטולה כמו שדקדק הרא"ש ז"ל מתוך לשונה אבל אם לא תקנו אלא שיורשיה יטלו לאחר מיתה חצי הנכסים אין לנו לומר מסברא דהפקירו וגרעו כח ירושת הבעל כולי האי שלא תוכל למחול דכל טצדקי דמצינן למיעבד להעמיד הנחלה במקומה עבדינן וכדכתיבנא:

עוד כתב הרב המובהק כמהר"י בן לב ז"ל וז"ל אבל אם הוא תנאי שמתנין ביניהם שמחייב עצמו לתת אותו השליש ליורשי' לכאורה נראה דהויא פלוגתא דרבוותא דלמ"ד דאף על גב דקי"ל כשמואל דאמר המוכר ש"ח לחבירו וחזר ול במעמד שלשתן אינו יכול למחול משום דבמעמד שלשתן הוה ליה כאלו קאמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וכן נמי בשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אם מכר השטר וחזר ומחלו אינו מחול ה"ה נמי בנדון דידן דאינה יכולה למחול ולדעת הרמב"ן ז"ל דאפי' בשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אם מכר וחזר ומחלו מחול משום דאין ברירא. וכמו שכתב הר"ן ז"ל בשמו בסוף דגיטין ה"ה נמי בנדון דידן יכולה למחול. ע"כ. ולא ידעתי מה ענין הנדון להך פלוגתא דאי מסלק עצמו לבד הא ודאי דלא שייך כלל להך פלוגתא ואפי' במחייב עצמו לתת אותו שליש ליורשים וכמו שכתב הרב ז"ל אכתי דלא דמי כלל דהכא משתעבדנא למחמתך איכא ומשתעבדנא לך ליכא דאיהו נתחייב להחזיר ליורשים ולא נשתעבד לה כלל דבחייה הנכסי' ברשותו ובנכסי מלוג הבעל אוכל פירות והילכך לכאורה איכא למימר דלכ"ע אינה יכולה למחול דשניא משטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך משום דנשתעבד הלוה למלוה וכשמכר המלוה שטר חובו הויא ליה המלוה מקור השעבוד הילכך כשמחל הוא נמחל

אפילו למאן דאתי מחמתיה אבל כשנתחייב הבעל להחזיר ליורשים אין כאן שום חיוב מהבעל לאשה כלל מעתה מה תמחול כך יש לומר לכאורה ומיהו כד מעיינן. בה שפיר אשכחנא דבנדון דידן לכ"ע יכולה למחול דשניא ההיא דמוכר ש"ח דהא איכא קמן מאן דאתי מחמתיה בשעה שבא למחול דהיינו מאן דקנה שטר חוב זה וכיון שכתו' בשטר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אי נמי כשהקנה לו במעמד שלשתן דה"ל נמי כאילו קאמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך והרי לפנינו מאן דאשתעבד ליה הילכך נרא' דשוב זה המוכר לא יוכל למחול דכבר זכה קונה זה בשעבודו של לוה אבל בנדון דידן כשהאשה זו באת למחול אכתי ליכא מאן דאתי מחמת' דמי יימר שזה היורש העומד עכשיו לפנינו יירש ומי יימר שהיא תמות בחיי בעלה עד שיזכו היורשי' מחמת חיובו דילמא הבעל ימות תחילה והיא תגבה כתובתה ויחזרו כל הנכסים לרשותה שיעשה בהם כרצונה וכדבעינן למכתב קמן בס"ד:

ותדע דהא הרמב"ן ז"ל משום דאין ברירה סבר דאם מחלו מחול בההיא דמוכר ש"ח ואף על גב דמאן דאתי מחמתיה הרי הוא לפנינו ומאן דפליג עליה היינו משום דכבר נשתעבד הלוה לקונה זה במכירת השטר ואפש' שיבא משועבד לכל העולם זה אחר זה וכמו שכתב הר"ן ז"ל בסוף פ"ק דגיטין אבל בנדון דידן ליכא ברירה כלל דלא הוברר מאן דאתי מחמתיה בשעת שבאת אשה זו ליתן לאחרים או למחול לבעלה:

ועוד תדע דבפ' החובל עלה הא דתנן העבד והאשה פגיעתן רעה דפריך גמרא ותזבין כתובתה בטובת הנאה וכו' ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה הקשו בתוספות ותזבין כתובתה במעמד שלשתן דאז אינה יכולה למחול ותרצו דמעמד שלשתן אין מועיל בכתובה בעודה תחת בעלה כיון דעדיין לא נתנה לגבות. ע"כ:

וכן פסק הרב המאירי ז"ל שם בחיבוריו בחידושיו שאין דין מעמד שלשתן אלא במלוה או פקדון שעומד ליגבות בודאי אבל כתובה שאפשר שלא יתחייב לה הבעל ואין כאן תנהו לפלוני בודאי אין דיו מעמד שלשתן מועיל כלום ע"כ הא קמן דאפילו במוכרת כתובתה במעמד שלשתן אמרו דלא זכה הקונה מדין מעמד שלשתן משום דהויא גובייתו בספק והיאך יזכו היורשים בתנאי בעלמא עד שלא תוכל למחול וגם בתוספות הרב רבי ישעיה ז"ל כתבו שם בפרק החובל וז"ל הא דאמרינן במעמד שלשתן אינו יכול למחול ה"מ חוב אבל כתובה שלא הוחזק בה מעולם וגם שמא מעולם לא יבא לידי פרעון יכולה למחול. ע"כ. וזה ברור כדכתיבנא וכל שכן דמעולם לא זיכתה אשה זו ליורשיה בחייה כלום וכדבעינן למכתב בס"ד:

עוד כתב הרב המובהק כמהריב"ן לב ז"ל דלבתר דעיין בה שפיר אשכח דבנדון דידן לכ"ע אינה יכולה למחול משום דהא לא איצטריך שיחייב עצמה להחזיר ליורשיה אלא במסלק עצמו מן הירושה סגי כדאמר בפרק הכותב בכותב בעודה ארוסה וכיון דכן זה האיש במה שמסלק עצמו מן הירושה כבר זכו כל כיורשים ושוב אינה יכולה למחול ואפילו כותב בלשון חיוב כיון שבכלל החיוב שהוא מחייב עצמו להחזיר ליורשיו הוא מסלק עצמו מהירושה ממילא זכו היורשים ושוב אינה יכולה למחול דאי לא תימא הכי היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בפ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן אלא מעתה הקנה לנולדים דלא הוו בשעת מעות הכי נמי דלא קני וכו' וכיון דכן זכינו לדין דאינה יכולה למחול ולא מבעיא אם זה התנאי וזה המנהג נתפשט בכל הגלילות מחמת חכמי המדינה כמו שנתפשט בטוליטולה אלא אפילו היה מנהג בעלמא בתנאי שמתנין ביניהם אפ"ה אין האשה יכולה למחול אליבא דכולהו רבוותא וכדאמרינן ותו לא מידי ע"כ. ולא נהירו דבריו כלל בתשובה זו ובאמת אי לאו דמסתפינא כי רב גובריה ואנהרינהו לעיינין בכמה שמעתי אמינא כי ניים ושכיב הרב אמר להא תשובה דלכאורה משמע דס"ל דבמסלק עצמו מן הירושה ממילא זכו היורשים זכייה גמורה מעכשיו בחייה ואמטו להכי לא תוכל למחול לבעלה ולא לתת לאחרים כלל והא ודאי ליתא דהא כתב הרב הטורים ז"ל בח"ה סימן רמ"ח וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל מי שנתן מתנות לבניו לפלוני כך ולפלוני כך והתנה אם ימות אחד מהם בלא זרע שיפול חלקו לאחיו ולאחיותיו ונתן שמעון מחלקו לגיסו ועתה קם ראובן לבטל המתנה שנתן שמעון לגיסו כי אין בנים לשמעון וראויה המתנה ליפול עליו אחרי מות שמעון אחיו. נ"ל דמתנה טובה היא דהוה ליה כנכסי לך ואחריך לפלוני דקי"ל אין לשני אלא מה ששייר ראשון. ע"כ. והרא"ש ז"ל בכלל כ"ד האריך בתשובה זו וכתב ז"ל ואין לומר בנדון זה הוי כאלו התנה בפי' שלא יתנו ולא ימכרו לאחרים אלא יורישוה אחריהם לאחיהם דאם לא כן למה הוצרך וכו'. ע"כ. מכל מקום שמענו דאפי' בנותן נכסיו ונראה במתנה שלא יתנו האחרים אלא יורישוה אחריהם לאחיהם עם כל זה העלה הרא"ש ז"ל דיכולים למכור ולתת לאחרים כל שכן בנדון דידן דהנכסי' מעיקרא הם שלה אלא שהבעל היה ראוי ליורשה ונסתלק הבעל מליורשה אחר שתמות אבל בחייה לא הסירה מגבירה והילכך פשיטא דיכולה למכור ולתת וגדולה מזו סובר הרמב"ם ז"ל דאפילו האומר ואחריך לעצמי או ליורשי שלא נתנו לו אלא כל ימי חייו דהראשון יכול למכור ולתת וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפי"ב מה' זכיה ומתנה ומעתה ק"ו הדברים לנדון דידן ואפילו החולקים על הרמב"ם ז"ל היינו משום דס"ל דכל שאמר נכסי לך כל ימי

חייך או נכסי לך ואחריך ליורשי דאין לו אלא פירות בלבד ומ"ה אינו יכול למכו' אבל הכא דהגוף שלה בחייה פשיטא ודאי דיכול' למכור:

ועוד יש ראיה דנשאל הריב"ש ז"ל בסימן רמ"ד על ראובן שצוה מחמת מיתה ונתן מתנות עודפות על חצי נכסיו ואמרו לאשתו שתטול קנין לה השלים כל צואתו ונטלה קנין בזה הלשון אני משעבד עצמי להשלים מנכסי המת כל צואתו ועתה טוענת האלמנה שמחצית הנכסים של היורשים שהם שלה בכתובתה שלא שעבדה בדבר זה רק חצי הנכסים שהם נכסי המת והשיב שהדין עם האלמנה ולא מבעיא לפי מנהגות קצת ארצכם שנראה שמיד היא זוכה שמחצית הנכסי' בכתובתה ואם כן האלמנה שלא נשתעבדה לפרוע דבר מנכסיה אלא מנכסי המת אין לפרוע ממחצית נכסיה שהן שלה ולא של המת והרי נכסים אלו כאילו היו מנכסי מלוג שלה שלא נשתעבדו לפרעון אלו ההנחות וכו' ע"כ הא קמן דלא זיכה הריב"ש ז"ל את האלמנה והורע כח המקבלי המתנות דלא יפרעו ההנחות אלא מחלק הבעל ואם לא יספיקו יפסידו אלא משום דהיא לא שעבדה למקבלי המתנות אלא נכסי המת ולא מחצית הנכסים של היורשים וכמו שכתב ז"ל בכמה מקומות באותה תשובה אבל אם היתה משעבדת בפירוש מחצית הנכסים של היורשים היתה שעבודה קיימת והיו זוכים מקבלי המתנות העודף על חצי נכסיו של מת ממחצית היורשים ואי איתא דמשעה שהבעל מסלק עצמו מהירושה כבר זכו כל היורשים אפילו שעבדה בפי' מחצית היורשי' אין שעבודה כלום דאינה יכולה למעט חלק היורשים כיון דכבר זכו בה היורשים אלא ודאי משמע דלא זכו בה היורשים כלל בחייה עד שתמות ובידה לשנות כמו שתרצה:

ועוד דהא כתיבנא לעיל בשם הרא"ש ז"ל דהשיב ז"ל דמדין תורה יכולה למחול לבעלה כל שטרי חובו' שהחזיק לה וכו' וגם לפי תקנת טוליטולה יכולה למחול כי איני זכור שכתבתי בענין התקנה אלא וכו' אבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנה כלום וכו'. הא קמן להדיא דבידה למחול לבעלה מעכשיו:

וגם הרב ז"ל עצמו כתב בתשובתו דכשנותנת כל נכסיה לבעלה מעכשיו דהמתנ' קיימת אבל מה שנתנה לאחר מית' לא הוית המתנה קיימת לכך יש לנו לפרש לשון הרב ז"ל דה"ק דזה האיש במה שמסלק עצמו מהירושה כבר זכו היורשים מעכשיו בשעת חיילות הירושה דהיינו לאחר מיתתה ולא מהניא מחילת' את השליש דלאחר מיתתה לבעל' משום דבשעת גוביינא דהיינו לאחר מיתתה כבר קדמה זכות היורשי' תדע דבפרק יש נוחלין בשמעתא דאחריך גרסינן ומודה שאם נתנן במתנת ש"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת ש"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך. ופי' רשב"ם ז"ל ומודה

רשב"ג אף על גב דאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון אם נתנו אותו ראשון במתנת ש"מ כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מוציא אי נמי כשהיה ש"מ נתנם דשתי מתנות הללו שוות כדאמר לעיל אי זהו וכו' מ"ט אמר אביי וכו' וכבר קדמו אחריך האי שני דקאמר עליה הנותן אחריך לפלוני קדם לזה שנתנו לו הראשון דמשעה שהתחיל האי ראשון ליטרף קנה השני דאחריך עם גמר מיתה משמע דמשעה דאין הראשון צריך לנכסי' הללו זיכהו הנותן לזה השני אבל האי מקבל מתנה מראשון לא קנה עד לאחר גמר מיתה דסתם אדם הנותן ממונו לאחר מיתתו אין רוצה להוציא ממונו מכחו עד שתגמר מיתתו אבל לעיל דנותן סליק נפשיה מהני נכסי שהרי נתנו לראשון חפץ הוא שיזכה השני עם גמר מיתתו של ראשון ע"כ. ופריך גמרא מי אמר אביי הכי והא איתמר מתנת ש"מ מאימתי קנה אביי אמר עם גמר מיתה רבא אמר לאחר גמר מיחה ואהדר גמרא הדר ביה אביי מההיא: ופי' רשב"ם עם גמר מיתה אלמא בהדי הדדי קנו ולאשמועי' אתא דחולקין בשוה מההיא דעם גמר מיתה ע"כ:

וכתב הר"ן ז"ל בחידושיו וז"ל וכבר קדמו אחריך כלומר משום דאחריך חייל עם גמר מיתה ותמהני כיון שכן אפילו נאמר דמתנת ש"מ חיילא עם גמר מיתה אכתי אמאי מהניא דהא כיון דבשעת גמר מיתה זוכה אחריך א"א למקבל שיזכה מכח ראשון באותה שעה דהאי נכסי לאו דראשון הוא אלא דאחריך וניחא לי דאם איתא דמתנת ש"מ חיילא עם גמר מיתה אין אחריך זוכה אלא לאחר מיתה שכרי הקנה לראשון כל זמן דאפשר לאחר שיזכה בנכסים מכחו אבל השתא דאמרינן ש"מ נא חיילא עד לאחר מיתה נמצא שאינו יכול להקנות עם גמר מיתה לא במתנת בריא ולא במתנת ש"מ וכיון שעם גמר מיתה אין הנכסים ראויין לראשון לכלום מקיים ביה אחריך וחל בהם זכותו של שני ואביי ורבא דהוו פליגי מעיקרא במתנת ש"מ אימתי קונה בהא פליגי דלאביי דאמר עם גמר מיתה אם נתנו הראשון במתנת ש"מ דבריו קיימין שכיון שהוא יכול להקנות לאחר באותו זמן אין אחריך חל עדיין ורבא דס"ל שאינה חלה עד לאחר גמר מיתה כיון דעם גמר מיתה הראשון מסולק חייל אחריך ונמצא שקדמו למקבל מחנה ואה"נ דאפילו לא קדמו כגון דנימא דאחריך נמי לא חייל עד לאחר גמר מיתה לא זכה מקבל מתנה בנכסים דבאותה שעה דאחריך נינהו אלא מיהו הא קושטא דמילתא היא דלמ"ד דמתנת ש"מ לא חיילא עד לאחר מיתה אחריך קונה עם גמר מיתה מהטעם שכתבתי ונמצא שכבר קדמו. עכ"ל הר"ן ז"ל. למדנו מכל זה דמתנת ש"מ לא קניא אלא לאחר מיתה ומ"ה קדמו אחריך ואין למקבל במתנה כלום הכא נמי בנדון דידו איכא למימר אף על גב דאם מכרה או מחלה או נתנה בחייה מחילת' ומכירת' ומתנת' קיימת היינו משום

דקדמה מחילת' או מתנת' או מכירת' דמעכשיו לזכות היורשים דלאחר מיתה אבל מה שמוחלת או נותנת לאחר מיתה קדמ' זכות היורשי' ואפילו אי בהדי הדדי קא אתי אי איפשר שתחול מתנת' כיון שהיורשים זוכים מכח בבעל וכמו שכתב הר"ן ז"ל ומכל מקום מצינן לתרוצי לשון הרב ז"ל דהא דקאמר כבר זכו כל היורשים דהיינו לאחר מיחה בעת חיילות הירושה ולח מעכשיו בחיים וכדכתיבנא והשתא ניחא מאי דכתב איהו ז"ל גופיה ומאי דכתב הרא"ש ז"ל וגם מתשובת הריב"ש ז"ל לא קשיא מידי דהמתנות של הבעל היו בחייה ולאחר שימוח הוא והאי דאחריך נמי לא קשיא דמיירי במוכר לגמרי בחייו דאלו במתנת ש"מ הא אמרינן דלא עשה כלום דקדמו אחריך וכדכתיבנא ואכתי לא נהירא דשניא ההיא דאחריך דאותו שהתנה ואחריך לפלוני הנכסים הם שלו ויכול לזכותו כרצונו ואמדינן דעתיה דנותן דמשעה דאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו הנותן לזה השני וכמו שכתב רשב"ם ז"ל וכדכתיבנא לעיל:

והרב רבי יוסף הלוי ן' מיגש ז"ל כתב דהיינו טעמא דקדמו אחריך משום דאחריך לאו מכח ראשון קא אתי כי היכי דלא ליקני אלא לאחר גמר מיתה אלא מכח הנותן הוא דקא אתי והאי ראשון עכובי בעלמא הוא דמעכב ליה להההיא הקנאה כל ימי חייו וכיון שכן נמצא גמר מיתה וזכיית השני באותה הקנאה שהקנה לו הנותן באין בבת אחת אבל מתנת ש"מ כיון דמכח המת הוא דאתי דליקני ליה לאחר מיחה לא קני אלא לאחר גמר מיתה ע"כ והאי טעמא מחוור טפי מטעמיה דהרשב"ם ז"ל ומכל מקום אינו דומה לנדון דידן ואדרבה משם ראיה דדוקא משום דאחריך מכח הנותן קא אתי וכדכתיבנא הוא דאמרי' דקדמו אחריך אבל בנדון דידן אפילו תימא דהיורשים מכח הבעל קא אתי מאי עדיפותיה והרי גוף הנכסים הם של האשה ואין לבעל אלא שהוא יורשה וכשמסלק עצמו מן הירושה נכנסין היורשים תחת הבעל לירושה ואין כאן נגד המתנה אלא הירושה ובמקום ירושה מי איכא למ"ד דתקדום הירושה למתנת ש"מ והרי מצינו דעדיפא מתנת ש"מ מהירושה דכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ט מה' אישות נתן כל נכסיו במתנה לאחרי' הואיל ומתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה כמו שיתבאר הרי המתנה וחיוב הנכסים בתנאין אלו באין כאחד ולפיכך אלמנתו ובנותיו נזונות מנכסיו ובניו יורשין כתובת אמן שמתה בחיי בעלה ע"כ:

והשיג עליו הראב"ד ז"ל וז"ל רואה אני דעת המחבר הזה דמתנת ש"מ אינה כמשועבדין כלל ואינו כן וכו' אבל למזונו אלמנתו כיון דמחיים תפסה לה לא פקע שעבודה אבל לגבי מזון הבנות וכל שכן לכתובת בנין דכרין כמשועבדין נינהו ופקע שעבודייהו ומי שיש לו לב אל יטעה באסופותיו עכ"ל והרב המגיד ז"ל כתב דרוב האחרונים הסכימו

לדעת הרמב"ם ז"ל וכתב ז"ל שמי שיש לו לב אל יסמוך על כל השגותיו ומכל מקום איכא למידק דבפ' שמיני מה' זכיה ומתנה כתב הרב ז"ל וז"ל מתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיחה ואין אחר זוכה בדבר שצוה לו בין במקרקעי בין במטלטלי אלא לאחר מיתה לפיכך מוציאין לכתובת האשה ומזון האלמנה והבנות מיד אלו שצוה לתת להם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה ע"כ: משמע דפליג מדידיה אדידיה דבה' אישות כתב דבאין כאחד ובה' זכיה ומתנה כתב דכתובת האשה ומזון האלמנה והבנות קדמו ואיברא דלגבי עיקר טעם של הרב ז"ל לא נפקא לן מידי דעיקר טעמו היינו משום דמתנת ש"מ לא חשיב לים כמשעבדי דמתנ' בריא דהוי מדאוריית' וחשיב ליה כמשעבדי אף ע"פ שכבר קדמו מזון האשה והבנות אין מוציאין וכדאמרינן בפ' מציאת האשה גבי אחין שמכרו או משכנו מוציאין לפרנס' ואין מוציאין למזונות וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ז אבל מתנת ש"מ דלא קניא אלא מדרבנן כירושה שויוה רבנן ולא הויא כמשעבדי נמצא דלא נפקא מידי בין אי קדים מזון האשה והבנות בין אי באין כאחד ומיהו מכל מקום קשיא אמאי שינה הרב ז"ל לשונו:

ודע דכתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ז דלגבי היורשים הוו מקבלי המתנות כנכסים משועבדים ונכסי היורש בני חורין ואין נפרעין מנכסי' משועבדי' במקום שיש בני חורין כמו שכתוב זה בשם הרשב"א ז"ל בספר מגיד משנה פ' עשירי מה' זכיה ומתנה וכן כתוב זה לאחרונים ז"ל ובשם ר"י ז"ל אמנם אם אין נכסי היורשים מספיקין למזונות האלמנה בה מגבין ממקבלי מתנות ש"מ דאף על גב דקי"ל דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים אנא מנכסים בני חורין אין מתנת ש"מ כנכסים משועבדין וכו' ע"כ:

ובזה נתרץ לשון הרמב"ם ז"ל דבה' אישות מיירי הרמב"ם ז"ל שנתן כל נכסיו לאחרים במתנת ש"מ ולא השאיר ליורשים כדי לגבות מהן תנאין אלו ולהכי קאמר שהמתנה וחיוב הנכסים באין כאחד ולפיכך אלמנתו ובנותיו נזונות מנכסיו ובה' זכיה ומתנה מיירי שנתן מקצת נכסיו במתנת ש"מ והשאיר ליורשים מקצת והיו מספיקין למזונות האשה והבנות והדין נותן דאין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש בני חורין ולכך תפסו בעלי המתנות ושוב אשתדוף בני חרי דהיינו נכסי היורשים מעתה שכתב הרב ז"ל בהלכות אישות אינו מספיק דאי משום דבאין כאחד הרי בשעת מיתה לא חל שום חיוב על המתנה דהרי היו שם בני חרי לכך הוצרך הרב ז"ל לתת טעם לפי שבמיתתו תו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות וכו' פי' דעל כלל הנכסים חל החיוב בשעת המיתה

דמקבלי המתנות לא יקנו אלא לאחר מיתה ומיהו כשחלקו מקבלי המתנות עם היורשים נשארו היורשים מחוייבין וכשאין ליורשים כגון דאישתדוף נכסיהם תחזור החיוב על המתנה ומטעם דחיוב אלו התנאים חיילי קודם זכיית המתנה וכדכתיבנא כנ"ל. ואומר אני מי שיש לו לב ליעיין היטב באסופות וימצא מרגניתא תותי מילי דנראים כחספא:

ומכל מקום לדברי הכל עדיפי מתנות ש"מ מהירושה דלדעת הראב"ד ז"ל לגבי מזון הבנות וכתובת בנין דכרין לעולם מתנת ש"מ חשיב כמשעבדי ולדעת הרמב"ם ז"ל ורוב האחרונים לא חשיבי כמשעבדי אלא לגבי הירושה ואם נתן מתנה והניח נכסיו ליורשיו ויצא עליו ש"ח גובה כולו מן היורשים ואם אין להם גובה וכו' וכמו שכתב המגיד בפי' מה' זכיה בשם הרשב"א:

והילכך מעתה היכי מצינן למימר דכשיסתלק הבעל מירושתו יזכו היורשים כל כך עד שיפקיעו אפילו מתנת ש"מ דידה ועוד דהרי הבעל עצמו אי לאו דתקינו רבנן ושויוה כלוקח היה מכרה ומתנתה קיימת דבסוף פ' יש נוחלין גבי הא דאיבעי' לן בעל בנכסי אשתו לוקח הוי או יורש הוי קאמ' בגמ' א"ל רבא והשתא דשלח רבין מי ידעינן האמר רבי יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכרה נכסי מלוג שלה בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ופרשב"ם ז"ל אי אמרת בשלמא לוקח שויוה רבנן משעה שנשאה משום הכי מפיק דלוקח ראשון הוי אלא אי אמרת בעל בנכסי אשתו יורש הוי משעת נשואין אמאי מפיק למה תקנו באושא שהבעל מוציא והלא האשה שהיא מורשת אותו מכרה ואין כח היורשין לירש מה שמכר אביהן אלא ודאי מדתיקנו שהבעל מוציא כך היה עיקר תקנת אושא שיהא הבעל לוקח בנכסים משעה שנשאה והילכך מוניא שהרי קדם מקחן למקחן של לקוחות. ע"כ: וז"ל ה"ר יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל בפירושיו לבתרא א"ל רבא והשתא דשלח רבין מי ידעינן כלומר אכתי מספקא לן מלתא ולא מתברר משום דהא אמר ריב"ח באושא התקינו האשה שמכרה וכו' אא"ב לוקח הוי משום הכי מפיק פי' משום דכלוקח ראשון דמי אא"א בעל יורש הוי אמאי מפיק פי' אילו זביננהו איניש לניכסיה מי מצי יורש לאפוקינהו מידא דלקוחות כלום ירית אלא מאי דשבק אבוה:

ואם תשאל ודילמא לעולם אימא לך יורש הוי והיינו טעמא דמפיק מיד הלקוחות משום דמשעת נשואין הוא דהוי יורש בהנהו נכסים דה"ל ירושתו קודם ללקיחת הלוקח. הא ליכא למימר הכין דכי אמרינן דמשעת נשואין הוי יורש ה"מ לענין פירות אבל לענין הגוף אי אמרת בשלמא דלוקח הוי כיון דמתה איגלא מילתא למפרע דמשעת נשואין נמי לוקח הוי לענין הגוף דהא קי"ל דלענין בעל קנין פירוש כקנין הגוף דמי כדמברר בפ'

החובל בענין מעשה דרב שמואל בר אבא אא"א דיורשת הוי היכי הוי יורש לענין הגוף דהא ודאי לא אשכחן ירושה מחיים לפי שאין אדם יורש את מורישיו כשהוא חי. ע"כ:
וכן תירץ הרא"ש ז"ל בתוספותיו דפשיטא ליה דלא הוי יורש בגוף הקרקע בחייה דאין החי יורש החי אלא אי לוקח הוי אחרי מיתתה משעת נישואין התחיל אותו זכות דלאחר מיתתה דלקיחה שייכא מחיים אבל ירושה לא שייכא בגוף הקרקע בחייה הילכך קדמה מכירתה. ע"כ. הא קמן דאפילו לגבי בעל דאוכל פירות בחייה אי לאו דתקינו רבנן שיהא כלוקח לא הויא ליה שום זכייה לירושתו מחיי' ומכירתה ומתנתה הויא קיימת כל שכן היורשים הזוכים בסלוקו דהויא ליה כרעא דיריה ואין אוכלים פירות דאין להם שום זכיה ואיהי מציא למכור ולתת ואפילו לאחר מיתה וכדכתיבנא מהכרח השמועות:
ועוד דסלוקו בעודה ארוסה היינו לומ' שלא יזכה בנכסיה לכשישאנה ותשאר היא לגבי ירושתה כפנויה דעלמא דמורשת ליורשיה ולא תהא אגידא בה כח בעלה כלל מעתה אין מקום לסברתו ז"ל כלל דאטו כל המורישין אינן יכולין לתת בלשון מתנה לכל מי שירצו ואשה זו נמי כיון דנסתלק ממנה כח בעלה הרי נשארה כשאר הפנויות דעלמ' דפשיטא ודאי דיכולות לתת במתנה לאחר מיתה לכל מי שירצו:
ואין לפרש לשון הרב ז"ל דה"ק במה שמסלק עצמו מהירושה כבר זכו כל היורשים מחמת סלוקו ולא מחמתה כלל דהא ליתה כלל דהיאך נסתלק כחה בסלוקו של בעל ועוד דבפ' כ"ג מה' אישות כתב הרמב"ם ז"ל התנה עמה שלא יירשנה וכו' בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא וכו' התנה עמה אחר נשואין וכו' ע"כ:
וכתב עליו הראב"ד ז"ל וז"ל א"א נ"ל שחסר מכאן וקנו מידו ואף על פי שקנו לסלוק ירושתה אינו מועיל אחר הנשואין לפי שסלוק הירושה לאחר מותה היא ואינו הקנאה לשום אדם והוה ליה כקנין דברים והנשואין כבר חלו על הכל אבל תנאי דקודם נשואין לא חלו הנשואין אלא ע"מ שלא יירשנה ותנאי ממון הוא וקיים ע"כ:
וכתב הרב המגיד ז"ל דהן הן דברי הרמב"ם ז"ל הא קמן דסלוק הירושה היא לאחר מותה ואין מועיל בה קנין לפי שאין בזה זכיה לשום אדם והויא ליה קנין דברים וקודם נשואין נמי אין מועיל בה קנין מטעם זה ולא מהני תנאי זה אלא מטעם דלא חלו הנשואין אלא ע"מ שלא יירשנה ואי איתא דבסלוק זה איכא שום זכיה ליורשים ם דתו לא מציא האשה לאפקועי זכותייהו מעתה לא הויא קנין דברים:
ואכתי איכא לפרושי דברי הרב ז"ל דאיברא דמחמת סלוקו ליכא שום זכיה ליורשים מיהו מצד האשה שהתנית עם הבעל שלא יירשנה הויא ליה כמזכה ליורשיה התנאי מעכשיו ולאחר מותה ומ"ה כתב הרב ז"ל דשוב אינה יכולה למחול לבעלה:

תדע דכתב הרמב"ם ז"ל וז"ל התנה עמה אחר שנשאת שלא יירשנה תנאו בטל ואף על פי שירושת הבעל מדברי סופרי' עשו חזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל ואף על פי שהוא ממון שנאמר בה לחוקת משפט לדורות וכו'. ע"כ. והשיג עליו הראב"ד ז"ל וכתב אמר אברהם חסרון דעת אני רואה בכאן ומה צריך לחוקת משפט והיאך אדם יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם ואיך יאמר לאביו או לאחר ממורישיו דין ודברים אין לי בנכסיכם אחר מיתתכם ואין אדם מקנה מה שאין לו בו שום זכות. ע"כ:

ותירץ הרב המגיד ז"ל דהוצרך הרמב"ם ז"ל לזה מפני שהאשה שהיא מורישה אותו התנית עמו כן שלא יירשנה והיא תוריש אחר ואילו היתה הירושה כשאר הדברים שבממון היה התנאי קיים שיזכה בירושה מי שתורישנו היא וכן היה בדין בשאר ירושות אלו היו כשאר תנאי ממון אבל מתוך שענין ירושה היא חוקת משפט אי איפשר להפקיעו ולומר איש פלוני יירשני במקום שיש בן וירושת הבעל וכו' ולפי שכל המורישין חוץ מן האשה יכולין לתת נכסיהם במתנה לכל מי שירצו שלא ברצון היורש ואינן יכולים להנחיל בתורת ירושה איש נכרי אפילו ברצון יורש כתב רבינו שהוא מפני שענין הירושה הוא חוקת משפט ואל יקשה עליך מה שאמרו פ' יש נוחלין גבי האומר איש פלוני יירשני וכו' שהטעם משום דלא ידע יורש דניחול דודאי אפילו ידע ומחיל אין בדבריו כלום וכן כתבו קצת מפרשי' ז"ל. ע"כ. פי' לפי' קא מתרץ ל' הרמב"ם ז"ל שכ' התנה עמה שלא יירשנה וכו' דבכלל התנאי הוי נמי שהאשה שהיא מורישה תוריש אחר ולכך הוצרך לחקת משפט ושוב קשיא ליה דאכתי הא בהא תליא דכיון דאין הבעל יכול לסלק עצמו משום שלא בא לעולם וכמו שכתב הראב"ד ז"ל מעתה היאך תוריש היא אחר ואכתי ההשגה במקומה עומדת דלמה לי חוקת משפט ותירץ הרב ז"ל דלגבי שאר מורישים איצטריך חוקות משפט דיכולים לתת נכסיהם במתנה שלא ברצון היורש ואינן יכולין להנחיל בתורת ירושה איש נכרי אפילו ברצון יורש והיינו מטעם חוקת משפט ואשה זו דמיא קצת להא דהרי היא מורשת לאחר והבעל הוא מרוצה בכך לכך נקט הכא חוקת משפט:

ומכל מקום הא קמן דקא מתרץ לשון הרמב"ם ז"ל דבכלל התנאי דלא יירשנה הויא שהאשה מורשת אחר ודוקא משנשאת לא מהניא תנאה ולא זכו היורשים כלל וירושת הבעל קיימת אבל קודם שתנשא סלוקו וזכות היורשי' דקא מזכה להו איהי באין כאחד הילכך שוב לא תוכל למחול. כ"נ ליישב קצת שיטת מהר"י בן לב ז"ל. ולשיטה זו יש לי לחלק ולומר דדוקא למחול לבעלה לא תוכל מפני שבסלוקו זכה מי שתורישנו היא אבל מציא שפיר לתת ולהוריש למי שתרצה דבסילוקו לא זכו העומדים ליירש באותה שעה

כדי שלא תוכל לתת לאחרים ודוק דכתב הרב המגיד ז"ל ואילו היתה הירושה כשאר הדברים שבממון היה התנאי קיים שיזכ' בירושה מי שתורישנו היא וכו' ע"כ. אלמא דבידה להוריש קודם שתנשא למי שתרצה ולפי זה בנדון דידן זכה ההקדש אפילו לדעת מהר"י בן לב ז"ל:

ומיהו לא מצינו שום פוסק שחילק בזה והוא עצמו ז"ל קא כייל בתחלת תשובתו וז"ל הכלל העולה מדברי הרא"ש ז"ל מאותם התשובות דאי כה ב יד האשה לסלק אותו השליש מיורשיה ולתתו לבעלה ולא לשום אדם אלא אם היתה נותנת כל נכסיה לבעלה מעכשיו וכו'. ע"כ. והוא לשון הטור בא"ה סימן קי"ח אלא ששינה הרב ז"ל קצת שכתב אלא אם היתה נותנת כל נכסים לבעלה מעכשיו וכו':

והרב בעל הטורים ז"ל לא כתב כן וז"ל וזה שיצא מכלל דבריו שאין בידה לשנות כלל לתתו לא לבעלה ולא לאחר ואם נתנה וכו' ודאי אם היתה נותנת מעכשיו נכסים לבעלה בענין שלא היתה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי היתה המתנה קיימת ע"כ הא קמן דלא כתב הרב בעל הטורים ז"ל כל נכסיה: והרב ז"ל כתב כל נכסיה ואיפשר דרוצה לחלק דאפילו במעכשיו שיו אינה יכולה לתת אלא כל נכסיה ומשום דלא שכיח לא תקינו בה רבנן מידי אבל במקצת נכסים אפילו במעכשיו אינה יכולה לתת: והא ודאי ליתא כלל וכדכתיבנא לעיל:

ועיקר שיטתו נמי אפילו למאי דדחיקנא ופרישנא לשונו ז"ל אכתי לא נהירא דאם באנו לזכות יורשיה מחמת שהיא זיכתה ליורשיה בתנאי הסילוק וכדכתיבנא לעיל מעתה בע"כ אית לן למימר דזכותם קיים אפילו אם מת בעלה קודה מיתתה או גירשה ושוב לא תוכל למחול והא ודאי ליתא כצל דאפילו בתקנת טוליטולה לא תקינו שלא תוכל לשנות אלא כל עוד שהיא נשואה אבל אם מת בעלה או גירשה כל עוד שהיא פנויה יכולה לעשות מנכסיה מה שתרצה:

תדע דנשאל הרשב"א ז"ל על ראובן שכתב שייור לאשתו והעדים וגירשה בו ביום שנשאה והחזירה ואחר כך מתה בלא ולד של קיימא ואמר כיון שגירשה נתבטלו התנאים הראשונים והשיור וכו' ככתוב בסימן תתקס"ב:

והשיב ז"ל דחייב דסתמו כפירושו ועוד דהמגרש שהחזירה על דעת כתובתה הראשונה החזירה וכו': ע"כ. משמע להדיא דאלו מחלה היא בפי' מחילתה קיימת דאי י אינה יכולה למחול למה לי הני טעמי כלל אלא ודאי משמע דיכולה למחול ואי כבר זכו היורשים מחמתה היאך יכולה למחול ואפילו גרשה בנתים:

עוד השיב ז"ל טעם אחר משום דשלא על דעת קדושין הראשונים לבד קבל אלא כל זמן שתמות תחתיו בלא ולד של קיימא וכו' ע"כ. ולהאי טעמא ודאי כאלו לא גירשה דמי ועם כל זה משמע יכולה למחול מפני שלא זיכתה להם כלום בחייה:

וכן מוכח להדיא מתשובת הרא"ש ז"ל בכלל מ"א סימן ה' וז"ל ומה ששאלת ראובן ואשתו שהתנו ביניהם שאם ימות בחייה שיירשו אחיו שני שלישי הממון והאשה תטול השליש ונכתב ונחתם והגיע השטר ליד האחים וחלה ראובן וצוה ליתן משני שלישי הממון גם לאחרים ומת ראובן ובאים אחיו לבטל הצואה ואומרים שזכו הם בשני שלישי הממון בקנין שהקנה להם ובא השטר לידם בחייו ולא היה לו כח למעט חלקם וליתן לאחרים שיזכו בו אחרי מותו כי כבר קדמו הם לזכות בשני שלישי הממון אחרי מותו: **תשובתך** לא זכו האחים בחיי ראובן כלום כי לא זיכה להם בחייו כלום אלא התנאי היה עם האשה שלא תטול בכתובתה אלא שליש נכסיו ושני השלישים ישארו ליורשיו ומה שציווה ליתן לאחרים קיים ע"כ. והרב בעל הטורים ז"ל הביא תשובה זו בח"ה סימן ר"נ: הא קמן להדיא דאף על גב דהממון והשטר הגיע לידם והיא נסתלקה מהכתובה ועם כל זה כתב הרא"ש ז"ל דלא זכו האחים בחיי הבעל כלום כל שכן כשמתנה היא עם בעלה שיחזיר ליורשי נכסיה דפשיטא ודאי דלא זכו היורשים בחייה כלל ואף על גב דנסתלק הוא מהירושה דהרי הנכסים ישארו ביד הבעל עד שתמות. וכבר השיב הרא"ש ז"ל בענין תקנת טוליטולה בכלל נ"ה סימן ה' דהנכסים הללו לא יצאו מעולם מרשות הבעל ואין עליו כי אם ש"ח וכו' ע"כ. אלמא דלא זכו היורשים כלל והתנאי היה עם הבעל שיחזיר ליורשיה מעתה מהיכן יצא זכות זה ליורשיה דליפקע לה כחה שלא תוכל לתת לאחרים ולא למחול לבעלה:

הרי חקרנו על זכות זה ולא מצינו לו מקום לא בדאתיא ממילא כדמוכחי לה לעיל מכמה שמעתתא ולא מחמת סילוקו. ולא מחמת זכייתה. גם חזרתי על כל צדדין צדדי צדדין למצוא צד זכות להרב המובהק מהר"י בן לב ז"ל: בתשובה זו ולא מצאתי:

גם מה שכתב ז"ל דאי לא תימא הכי היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בגטין פ"ק גבי מעמד שלשתן וכו' וכדכתיבנא לעיל: אישתמיטתיה לרב ז"ל הא דכתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"ה סימן ס' וז"ל והמחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם או בא לעולם ה"מ כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה אבל בלשון חיוב חייב לפיכך וכו' ע"כ: וזהו מוסכם מכל בעלי ההוראה ז"ל וכן כתב הר"ן ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל בודון דידן בריש הכותב דלדעת ר"ח ז"ל דפסק כרשב"ג דאם מתה יירשנה ולאו מטעמיה דהא קי"ל דבדבר שבממון תנאו קיים אלא מפני שהוא כמתנה על דבר שלא בא לעולם

והוי כאומר לא אירש את אבא שלא אמר כלום: הא דאמרינן בירושלמי אלין דכתבין אין מיתה בלא בני כל מאי דילה תיהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים לעולם בכתיבת הבעל לאשתו מיירי ומאי דאמרינן תנאי ממון הוא וקיים היינו מפני שאינו מתנה עמה שלא יירשנה אלא יורשה ומתנה דמחזיר לה ירושתה וכן כתב כרב ז"ל עצמו בח"ב סימן ל'. וכתב עוד הר"ץ ז"ל דאפילו לאחר שנשאת אם מחייב עצמו להחזיר ליורשים מה שיירש ממנה דבכה"ג ודאי מהני. ע"כ. גם מה שמחלק הרב ז"ל בין לשון סלוק ללשון חיוב דבסלוק דבלשון סילוק פשיטא ליה דזכו כל היורשים לדברי הכל ובלשון חיוב כתב דהויא ליה פלוגתא דרבוותא אם יכולה למחול כההיא דהמוכ' ש"ח הא כתיבנ' לעיל לעיל דהך לוגהא דהמוכר ש"ח לחבירו אינו ענין כלל לנדון דידיה:

ואם באנו לחלק בין מוחלת לבעלה לנותנת לאחרים יש לנו לחלק ולומר דלגבי נתינה לאחרים אדרבה איפכא יש לחלק דבלשון סלוק יכולה לתת לאחרים דכשמסתלק הבעל מהירושה נשארה היא כפנויה דעלמא לגבי ירושה דמצי למעבד מירושתה מאי דבעיא אבל בלשון חיוב שמחייב עצמו להחזיר ליורשיה דמכחו זוכים יורשיה אפשר לומר שלא תוכל לחת לאחרים:

והנכון דאין לחלק כלל בין מחילתה לבעלה לנתינתה לאחרי' ובין לשון סלוק ללשון חיוב דחיובו אגידא במה שתרצה היא לתת וכל מי שיזכה בירושתה מחוייב הבעל להחזיר לו והכי דייקנא לה לעיל מלשון הרב המגיד ז"ל והוא ברור וכל טצדקי דמצינן למעבד להעמיד הנחל' במקומ' עבדינן וכי מדליא כח הבעל מהירוש' מדינא ומסברא תשאר היא שליטא על נכסי' בחיי' כשאר המורישין עד שנדע בבירור דחכמי המקום מכח תקנה והפקר ב"ד עקרו כחה ולא השליטוה לתת למי שתרצ' כההיא דתקנות טוליטול' וכמו שכתב הרא"ש ז"ל אבל מסתמא לא אמרי' הכי:

והילכך כגון אנן דכתבינן והירוש' כמנהג דמשק ולא ברירא לן בזה מנהג דמשק הא ודאי דכיון דנסתלק הבעל מהירוש' דיכול' לעשות מנכסי' כטוב בעיני' כשאר המורישין וכלל זה בידינו בכל דבר שאינו מפורש יד הדין על העליונ' ויד התקנה על התחתונה ודברי הרב הגדול מהר"י קארו ז"ל ככתובין וכמסורין מסיני דמו דאין ללמוד מתקנת טוליטול' לתקנה אחרת וכל שכן בתנאי בעלמא שמתנה האיש עם אשתו דלא זכו היורשין בחייה כלל:

ונמצא הדין ברור בנדון דידן דזכה ההקדש ודוקא בכתיבת הבעל עם אשתו אבל בכתיבת האב לבתו הויא ליה כמתנ' ע"מ להחזיר וכמו שכתב הר"ן ז"ל ואין להאריך בזה כי לא

בא בשאל' הנרא' לעניות דעתי כתבתי והאל ינקנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכ' ויראנו נפלאות מתורתו הצעיר בצלאל אשכנזי:

סימן יב

שאלה. ממני אודיעך דעתי במה שנהגו לכתוב בכתובו' והירוש' כמנהג דמשק אם תמות בלא זרע של קיימא מהו המנהג הזה ועל אי זה דבר תפול החלוקה:

תשובה. הבעל יורש את אשתו דכתיב ונתתם את נחלתו לשארו וגו' וגורעין ומוסיפין ודורשין ונתתם את נחלת שארו לו וכיון שהוא יורש מדינא ויורשי האשה באים מכח תנאי התקנ' והמנהג צריך שיהיה התנאי מבורר והמנהג קבוע כיון שבאים להוציא מן הבעל ושמעתי שמנהג דמשק הוא שאם יהיה לה זרע של קיימא הבעל יורש הכל כדינו שהרי לא נתקיים בה שורך טבוח לעינך ולא תאכל ממנו שהרי בן בתו אוכל ממנו ויקפוץ ויתן לבתו כבנו ואם תמות בלא זרע של קיימא חולקין יורשי האש' עם הבעל חלק כחלק ומה הם חולקים מה שנשאר מנכסי צאן ברזל שלה ומוהר ומתן שנתן לה והכניס' אותם ושמאתן עליו וכל מה שקנה אחר כך אינו בכלל חלוקה אלא הכל לבעל וכן נכסי מלוג הכל יורש הבעל וא"ת איפכא מסתברא ויש לומר דבעלי התקנה לא חששו אלא למילתא דשכיחא וכולהו נשי אית להו נכסי צאן ברזל ואחת מאלף אית לה נכסי מלוג ולפיכך לא חששו לה והוי יודע שאם יש ספק במנהג הבעל ודאי והיורש שבא מכח התקנה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי עד שיביא ראיה למנהג וכבר הארכתי בזה בתשובות אחרות וראיתי רוב כתובות כתוב בהן שיחלוקו מה שישאר מעזבונה וזה הלשון ודאי כולל אפי' נכסי מלוג שהרי הכל הוא עזבון וחולקין יורשי האשה עם הבעל בכל גם בנכסי מלוג ואם יתברר לך שמנהג דמשק הוא לחלוק הכל הדבר שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות והמנהג מבטל הלכה וכל הנושא אשה על דעת אנשי המקום הוא נושא אבל כל עוד שלא נתברר יד בעל התקנ' על התחתונה כיון שבאין להוציא מיד הבעל שיורש מדינא חבל מה שיש לדקדק בכתובות אשר כתוב בהן מאי דאשתייר מנדונייתא אי הוו נ"מ בכלל וחולקין. או דילמא הבעל יורש הכל כדינו. וכבר העליתי בתשובות אחרות שהבעל יורש הכל ואינו בכלל נדוניא אלא נכסי צאן ברזל וכן למדחי מדברי הרא"ש ז"ל בתשובה כלל נ"ה וז"ל וגם לא דמי לתקנת ר"ת ז"ל דהיכא דמיתה תוך שנת הנישואין שהבעל מחזיר נדונייא לאביה או ליורשיו הנדונייא דוקא תיקו משום עגמת נפש ואסמכוה אקרא ותם לריק כחכם אבל ירושה שנפלה לה דהיינו נ"מ בהא לא תקון רבנן והבו דלא לוסיף עלה ומק"ו לא ילפינן השתא ממון שבא לידו צריך להחזיר לא כל שכן שלא יגבה דהא

תניא במס' ידים אין דנין ד"ת מדברי סופרים ולא דברי סופרים מד"ת ולא דברי סופרים זה מזה וכן אמרינן בפ"ק דנדה גבי אחורי כלים שנטמאו במשקין עכ"ל הרי לך בהדיא שאין, נ"מ בכלל נדוניא שכן היתה לשון תקנת ר"ת בכנופיית טרוייא להחזיר הנדונייא לנותנה או ליורשין ע"כ. ואפ"ה כתב הרא"ש ז"ל שאין נכסי מלוג בכלל. וליכא למימר דהיינו דוקא ירושה שנפלה לה אחר שנשאת אבל נכסים שהיו לה תחלה ולא שמאתן עליו הרי הם בכלל נדונייא כיון שהכניסתן לו שאכל פירות דהא כתב הרא"ש ז"ל אבל ירושה שנפלה לה דהיינו נכסי מלוג ומדקאמר דהיינו נ"מ משמע דדין אח' להם. ותו דלא מצינו תרי גווני נ"מ. ותו דטעמא דשייך בהני שייך בהני דהבו דלא לוסיף עלה במאי דתקון תקון במאי דלא תקון לא תקון. הילכך בנדון דידן נמי שתקנו שיחלוקו יורשי האשה עם הבעל דוקא בנכסי צאן ברזל דשכיח תקינו בנכסי מלוג דלא שכיחי לא תקינו ושבקוה אדינא דבעל ירית הכל. ואפי' תימא שהדבר ספק יד בעל התקנה על התחתונה וכדכתיבנא לעיל. וא"ת דמשמע מלשון הרמב"ם ז"ל דנכסים שמכנסת אותם לבעל אף על פי שלא קבל עליו אחריותם הרי הם בכלל נדונייא שכתב בפרק י"ו מהלכות אישות ז"ל הנכסים שמכנסת האשה לבעל וכו' אין נקראים כתובה אלא נדונייא שמם ואם קבל הבעל וכו' ואם לא קבל אחריות הנדונייא עליו אלא הם ברשות האשה וכו' ומדפליג בנדונייא משמע דכולהו נדונייא מקרי. הא לא קשיא כלל דלא בא הרב ז"ל אלא לאפוקי מדעת האומרים דגם נכסי צאן ברזל בכלל הכתובה הם השמיענו הרב שיש בנכסי אשה הנכנסים עמה תרי גווני נכסי צ"ב והם הנקראים נדונייא בכל מקום לא כתובה ואם לא קבל אחריות הנדוניא עליו כמו שכתב למעלה הרי הם נכסי מלוג ולא נדונייא ולפי שמכנסת אותם לבעלה להשתמש בהם היה במשמע שיש להם דין נדונייא אמר כיון שלא קבל עליו אחריותן נ"מ הם. תדע שהרי השוה אותם לנכסים שלא הכניסה אותם לבעלה שכתב וכן כל נכסים שיש לאשה שנח הכניסה אותם וכו' הכל נקראים נ"מ שכולם ברשותה הם ואין נקראים כתובה אלא עיקר כתובה מנה מאתים עם תוספת בלבד ע"כ. וכמו שאתה צריך להודות שהנכסי' שלא הכניסה אותם לבעלה אינם בכלל נדונייא והכל יורש הבעל שלא היו בכלל התקנה הוא הדין והוא הטעם בנכסים שהכניסה לו להשתמש בהם ולא שמאתן עליו הכל יורש הבעל שלא היו בכלל התקנה מטעמא דכתיבנא לעיל וכבר הארכתי בכיוצא בזה:

כללא דמלתא חם הוא תנאי מפורש שיחלוקו הכל כמו שנרא' מתקנת טוליטולה או שכתב מאי דאשתייר מעזבונה חולקין הכל אבל אם כתב כמנהג דמשק אין חולקין יורשי

האשה עם הבעל עד שיבררו מנהג דמשק מה. וכן אם כתב מאי דאשתייר מנדונייתה אין בכלל נדונייא אלא נכסי צ"ב ולא נכסי מלוג והבעל יורש אותם כדינו:

ולענין שטעה הסופר בסך הכתובה כתב הטור סימן מ"ב וז"ל וכתב הר"ר ישעיה אם למעלה היה פורט והולך ולמטה כתב סכום הכל כך וכך ופיחת או הוסיף בזה אנו אומרים ודאי טעה בחשבון בחשבון ואחר הפרט אנו הולכים כגון אנו שכותבין בכתובה מנין כל מה שהביאה כך וכך עכ"ל. ודבר ברור הוא דלא אמרינן בכה"ג יד בעל השטר על התחתונה והנל"ד כתבתי:

סימן יג

שאלה. אם יורשי האשה חולקין בנכסי מלוג כפי מנהג דמשק או הכל לבעל או ליורשיה. עוד כתב לה הבעל בתנאי כתו' בכתובה כך וכך במתנה וקבל אותה עליו במלוה זקופה אם יגבו מתנה זו יורשי האשה עוד היה כחוב בכתובה שתגבה האשה מעות בעין אם יזכו יורשיה בחלקם מעות בעין או לא:

תשובה. אין ליורשי האשה כלום בנכסי מלוג אלא הכל לבעל שהרי הוא מן הדין והם באים עליו מכח התקנה ולא היתה התקנה אלא בנכסי צ"ב כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו לפי שיודע שאם תמות בלא זרע של קיימא שירשו יורשיה חלק ממנו ולא יתקיים בו שורך טבוח' לעיניך ולא תאכל ממנו אבל בנ"מ דלא שכיחי וליכא הך טעמא לא תקנו ומלשון רוב כתובות נלמוד דכתבי מאי דאשתייר מנדונייתה ואפילו אותם שכותבים כמנהג דמשק כך היא גם כן מנהג דמשק ואפילו אם תרצה לומר שהוא ספק יד התנאי על התחתונה כיון שבא מכח תקנה עליו להביא ראיה שהבעל יורש מן הדין וכן כתב הרא"ש ז"ל ודברים ברורים הם ומעתה לא נשאר מקום לספק השני דמה נפשך או יהיה למתנה זו דין תוספת או נ"מ הבעל יורש הכל אבל קושטא דמילת' דמתנה זו דין תוספת יש לה ולא נתנה ליגבות מחיים כדין שאר הכתובה. ומה שכתב לה כמלוה זקופה לענין שאם יורשנה או ימות שתגבה מתנה זו מנכסיו ולא הפסידה בשביל כך מזונותיה. גם לענין מה שכתוב שתגבה מעות בעין אין להם אלא חצי מאי דאשתייר אם מעות בעין נשארו או מטלטלין לוקחים מחציתם שהרי לא כתב לה אם תבוא לידי גביית כתובה תגבה מעות בעין והיורשים חינם באים מכח גביית כתובה אלא מכח התנאי לפיכך נוטלין מטלטלין דאשתיירו ושוה כסף ככסף אם לא התנו בפי' תמות בלא זרע של קיימא שיחזיר ליורשיה כך וכך מעות בעין וכן נהגו לכתוב במקצת כתובות והנלע"ד כתבתי בצלאל אשכנזי:

סימן יד

שאלה. בתים תחתיים שניים ושלישים התחתונים והשניים היו הקדש למקום דירה לעניים אנשים ונשים והיו מפרנסי' אותם הגבאים המיוחדים מהק"ק כפי הסכמת הקהלות והשלישי' זה חמשים או ששים שנה היו לומרים שם מלמדי בני ישראל העניים מקרא ומשנה וגמרא והיו פורעים למלמדים האלה חברים גזברים מיוחדים לת"ת וכן היו מלבישים ומנעילים לתלמידים החברים הנז' מגבייתם שהיו גובים לצורך ת"ת ולמדו שמשיעור מהשני' עד שעזר האל ובנו הק"ק מדרש גדול הנקרא מדרש חברת ת"ת ואחר שנבנה היו משכירין הבית ההוא חברי חברת ת"ח עד זמן השריפה שהיה מושכר לק"ק בזדון על ידי חברי הת"ת והפירות היו מקבלים החברים הנז' לצורך ת"ת ויהיה כי בערה בנו האש הגדולה נשרפו הבתים ההם בתוך ההפכה הנה בחמלת ה' עלינו העיר את רוח השר המאושר דון שלמה בן יעיש יצ"ו לבנות הבתים הנז' כבראשונה תחתיי' שניים ושלישי' וגבאי חברת הקדש העניים מרודים שגם הבית השלישי הוא מתוך הקדש העניים והחזיקו בה חברי ת"ת שלא כדין וראייתם היא שטר מכר הבתים ההם מערכאות שכתוב שם שהבתים בהם נמכרו להקדש בני ישראל לשכן שם ענייהם והנה אחד קדוש מגדולי החכמים אשר בעיר מנהיג ודבר בעניני הקהלות יצ"ו ובפרט בעסק תלמוד תורה הוא הראש והמשתדל במצוה זו וכל הקדשות החברה על פיו יחנו ועל פיו יסעו זה יכתוב ידו בספר זכרונות ההקדשות אשר שם וזה הבית בתוך הכתובים על פיו ועל פי כמה גדולים וטובים כל א' וא' בימים ובפרט החכם השלם זקן ונשוא פנים רופא נאמן כמה"ר אברהם בן שנגו ז"ל הרחיב לבאר בבית זה וכתב שהבית ההוא הוברר בודאי שהוא לת"ת ושאלו הצדדים אם חברת ת"ת יזכה בחזקה ההיא לפירותיה כקדם או אם יזכו עניי ההקדש על פי טענתם הנז':

תשובה. הדין עם חברי ת"ת והשלישים בחזקתם כקדם ומה שטענו גבאי חברת הקדש העניים אינה טענה כלל דשטרי עובדי כוכבים ומזלות אפילו בעקר השטר כגון לאמת המכר דהיינו עיקר עדותם בשטר כשרים אלא בתנאים ידועים כדאיתא בגמרין ובפוסקים ז"ל כ"ש שאין להביא ראיה משטריהם מדברים הבאים באגב כגון הא דקאמר דנמכרו להקדש בני ישראל לשכן שם ענייהם דמשמע מתוך לשון השאלה שאין זה מעיקר השטר ובכה"ג אפי' בשטרי ישראל אין למדין דגרסינן בפ"ב דכתובות אבעיא להו מהו להעלות משטרות ליוחסין היכי דמי אי לימא דכתיב ביה אני פלוני כהן עד מאן קא מסהיד עילויה לא צריכא דכתיב ביה אני פלוני כהן לויתי מפלוני וחתימו סהדי מאי אמנה שבשטר קא מסהדי או דילמא אכולא מילתא קא מסהדי רב הונא ורב

חסדא חד אמר מעלין וחד אמ' חין מעלין וכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו וז"ל דוקא בהא הוא דמבעיא לן אבל בשטר שכתוב בלשון עדים פלוני כהן לוה פשיטא דאכולא מלתא מסהדי והא דתנן בפרק בתרא דמכילתין העורר על בשדה וכו' עשאה חברו סימן לאחר והוא חתים עליה בעד אבד את זכותו ההיא אפי' כתוב השטר בלשון בעל דבר דכיון דממונא דידיה הוא ועביד ביה חבריה מעשה והאי חתם עליה הא ודאי אודי ליה ולא דמי דהכא דלא שייכי עדי במלתא וליכא דררא דממונא גבייהו וכיון דכן איכא למימר דלא קפיד אלשון בעל דבר דאינהו אמנה שבשטר מסהדי ומה דדמיא להא דהכא היינו כגון שיש בשטר אחד קרקע ממצר לשם ראובן אם יש ראיה לראובן בשטר זה שהשדה שלו מי אמרינן אמכירת קרקע דשטרא מסהדי או דילמא אכולא מלתא מסהדי ואף על פי שכתוב בלשון בעל דבר ונראין דברים דלאו סהדותא היא דעד כאן לא אבעיא לן הכא אלא בדבר שהוא משמו של בעל דבר דאפשר דדייקי עדים בחניכתו אבל בההיא דהתם למה להו למידק והיינו דקתני בתם והוא חתום עליה עד איבד את זכותו הא אין עצמו חתום עליה לא איבד זכותו ודוקא כשכתוב בלשון בעל דבר אבל כתו' בלשון עדים אכולא מילתא מסהדי דאי לאו דידעי דידיה הוא לא הוו כתבי הכי כן היה אומר מרי ז"ל אלא שהוא אומ' דכי הא מלתא מפיהם ולא מפי כתבם ואין למדין עמנו ולגבי תרומה ויוחסין הוא דמייתינן לראיה דאפילו בעדים מסיחין לפי תומן מסקינן לתרומה ויוחסין אבל לענין ממונא עדות בב"ד בעינן או שטר גמור אבל עדות זו שכתבו בשטר אגב גררא אינו נדון בשטר לענין זה ואין מ מוציאין בו ממון מרשות אחרים ע"כ והרמב"ן ז"ל כתב דאפילו בלשון עדים נמי מספקא לן וטעמא דמילתא לפי שאפשר שהסופרים סומכים על שמות בני אדם כפי שהם מוחזקי' בעיר וכו' וכמו שכתב הר"ן ז"ל בפירושיו על ההלכות:

ומכל מקום שמעינן דבעדות שכתוב בשטר אגב גררא אין מוציאין בו ממון מרשות אחרים ואפילו בשטרות שלנו: הנלע"ד כתבתי הצעיר בצלאל אשכנזי:

אמר המדפיס זהו מה שחסרנו בתשובה א' בדף ח' ע"ב שכתבנו שם וכאן חסר קצת דפין. וכאן נמצאו ושם היו: נגמרה מלאכתן ונגמרו ביד ישראל לגמרא דידן חייב להפריש מן התורה אלא דתרומה נותנה לכהן ותרומת מעשר מיעטיה קרא מלנותנה לכהן וגמרא ירושלמי סובר שהיא מדרבנן דהא קרא מיעטיה להדיא והרב ז"ל פסק כגמרא דידן וכ"ש הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות פירות מחוברין עד שכא באו לעונת המעשרות ונגמרו ביד ישראל דחייבין בכל מן התורה ונותנן לשבט ואינו נוטל דמים ודלא כירושלמי דסובר דאף זו מדרבנן וצריך לתת טעם לירושלמי כיון דתרוייהו מיעטיה קרא בין תלושין בין

מחוברין דכל לוקח מן העובדי כוכבים ומזלות פטור מן התורה מ"ש תלושין דנוטל דמים מן השבט ומחוברין דאינו נוטל ויש לחלק ולומר דבפירות תלושין שהיו כבר ביד העובדי כוכבים ומזלות תלושין יכיל לומר קאתינא מכח גברא דלא מצית אישתעות דינא בהדיה אבל פירות שמעולם לא באו ליד העובדי כוכבים ומזלות ולא באו לעונת המעשרות בידו כי אם ביד הישראל באו לעונת המעשרות ונגמרו הלכך לא מצי למימר קאתינא מכח גברא דהאי גברא מעולם לא היה לו כח לפטור מן המעשרות. אמר רבי אחא בימי רבי אושעיא בקשו להמנות על הר המלך וכו' פי' גרסינן לקמן בפרק ו' רבי סימון היו לו שדות בהר המלך שאל לרבי יוחנן אמר לו יוברו ואל תשכירם לעובדי כוכבים ומזלות שאל לרבי יהושע בן לוי ושרא ליה סבר רבי יהושע מקום שאין ישראל מצויים שם וכו' צריכין אנו לעשר על ידיהון שלח שאל וכו' ע"כ ואפשר דנתייאשו מהם הבעלים מלפדותם ובקשו להמנו' עליהם לפטרם מן המעשרו' ונטרפה השעה:

גם סוגיא זו מוכחת דהלוקח פירות מן העובדי כוכבים ומזלות לאחר שנגמרו שהם פטורין לגמרי דהא אפילו קודם שנגמרו אינם חייבין אלא מדרבנן ואפילו פירות מחוברין:

ועוד גרסינן בסוף פ"א ממסכת פיאה תני לא נחלקו ברבי ורבי יהודה הנשיא על הלוקח פירות מחוברין מן העובדי כוכבים ומזלות שהן חייבין במעשרות ועל של ישר' שנכנס תחתיו ועל הלוקח פירו' תלושין מן העובדי כוכבים ומזלות שהן פטורין מן המעשרו' על מה נחלקו על, הלוקח פירו' תלושין מחבירו בשנ' מעדר עני וכו' ע"כ פי' בר' חכם אחד גדול בדורו כן כרב רש"י ז"ל בפ"ק דחולין. לא נחלקו וכו' הא כתי' דלדעת הירוש' דכתיב בסמוך אין חילוק בין לוקח פירות תלושין ללוקח פירות מחוברין דבתרוייהו פטורין מדאורייתא וחייבין מדרבנן אלא דבתלושין נוטל דמים מן השבט ובמחוברין אינו נוטל דמי' הילכך הכא דחילקו בבריית' זו אלמא דלא מיירי הכא אלא בלוקח פירו' מחוברי' לאחר שהגיעו לעונ' המעשרו' ותלושין לאחר שנגמר' מלאכתן ביד עובדי כוכבי' ומזלות ואלו חייבין מדרבנן ואלו פטורין אפי' מדרבנן וכמו שפסק הרמב"ם ז"ל והא דקתני ועל של ישראל שנכנס תחתיו פי' של ישר' שנכנס העובדי כוכבים ומזלות תחתיו כגון הא דכתב הר"מ ז"ל ישר' שמכר פירותיו לעובדי כוכבים ומזלות וכו' ואם אחר שבאו לעונ' המעשרו' אע"פ שגמרן העובדי כוכבים ומזלות חייב בכל מדבריהם וכן העובדי כוכבים ומזלות שגמר פירו' ישר' הואיל ודיגונן ביד עובדי כוכבים ומזלות אינן חייבין בתרומות ומעשרות אלא מדבריהם ע"כ:

וכתב הרב בעל כפתר ופרח ז"ל עוד תניא בתוספת' מסכ' דמאי פ"ד חזקת תגר בכל מקום דמאי א' עובדי כוכבים וא' ישראל וא' הכותי בד"א בזמן שמביאין לו מישראל אבל מביאין לו מן העובדי כוכבים ומזלות ומן הכותי חזקתו דאי איזהו תגר כל שהביא ושנה ושילש ולשון הר"מ ז"ל ע"ז הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות בארץ שהחזיקו עולי בבל אם היה תגר עובדי כוכבים ומזלות שהוא לוקח מישראל פירותיו דמאי לפי' בראשונה בזמן שהיה רוב א"י ביד ישר' הלוקח מכל תגר עובדי כוכבים ומזלות מעשר דמאי כלוקח מע"ה ע"כ ולא הביא הרב ז"ל סוף התוספתא כלל כלומר אבל מביאין לו שמאותה סיפא יתבאר שפירות העובדי כוכבים ומזלות מקרקע שלו ומירוחו שהן ודאי טבל ואולי שתק ממנה הרב ז"ל משום דלא שמיע ליה כלומר לא ס"ל ע"כ. עוד הרבה דברים בסוף הפר' נגד הרב ז"ל וכדבעי' למכתב בס"ד:

ואני אומר כי זה החכם החסיד ז"ל מרוב חביבותיה בא"י ובמצותיה שגה ברוחה ושארי ליה מריה דבמילי דבדיחותא עביד לרב ז"ל אביהן של ישראל כמתעתע ומקור האי דינא שכתב הרב ז"ל בה' מעשר פי"ג הוא מהירושלמי פ"ב דמסכ' דמאי דגר' התם עלה הא דתנן אלו דברים מתעשרין מקום א"ר אלעזר לא שנו אלא דלוקח מישראל אבל הלוקח מן העובדי כוכבים ודאי ורבי יוחנן אמר לא שנייא היא הלוקח מישראל היא הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות דמאי ר' אלעזר סבר מימר רוב א"י נתונה ביד עובדי כוכבים ומזלות ר' יוחנן סבר מימר רוב א"י נתונה ביד ישראל ואפי' יסבור ר' אלעזר כר' יוחנן רוב א"י נתונה ביד ישר' ר' אלעזר חש למיעוטא ובקשו על זה ומסיק אלא כיני ר' אלעזר סבר מימר רוב א"י נתונה ביד עובדי כוכבים וכו' ואמרי' מתני' מסייע לר' אלעזר התגר בכל מקום דמאי אימתי בזמן שרוב מכנסו מישר חבל אם היה לוקח מהעובדי כוכבים ומזלות ודאי מתני' מסייע ליה לר' יוחנן וכו' ופריך רבי חייא בר אדא בעי קומי ר' מונא ממי לקח האיש הזה נא' מישר' דמאי מן העובדי כוכבים ומזלות ודאי פי' במאי פליגי ר' אלעזר ור' יוחנן נחזי אנן לוקח זה ממי לקח אם מישר' דמאי ואם מעובדי כוכבים ומזלות ודאי ומשני תפתר שהיה תגר עובדי כוכבי' ומזלות וישר' ועובדי כוכבים ומזלות מטילין לפניו ע"כ:

ודע דלשון ודאי דנקט בירוש' זמנין דמפרשי' לה ודאי הוא של העובדי כוכבים ופטור וכדפרשי' הירושלמי דלעיל הפקיד אצלו שתים אחת דמאי ואחת ודאי ופי' הר"ש ז"ל בפי' המבנה ואחת פטורה ודאי וכדכתי' לעיל והכח בסוגיא זו אין אנו צריכין לדחוק כולי האי דה"ק אבל הלוקח מן העובדי כוכבים ומזלות ודאי פי' שהם ודאי של העובדי כוכבים ומזלות ואינו מעושר ולר' מחיר דס"ל אין קנין לעובדי כוכבים ומזלות כלל יהיה

חייב ודאי ולמ"ד יש קניזיהיה פטור ודאי ולפס' הלכה אם הם פירו' שכבר נגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות הם פטורין לגמרי ואם לא נגמרו ביד העובדי כוכבים ומזלות אלא ביד הישראל הרי הם חייבין והרב ז"ל בכאן בה' מעשר פי"ג לא הביא אלא דין הדמאי אבל דין הודאי שהוא כלוקח פירות מן העובדי כוכבים ומזלות כבר ביאר אותו בפ"א מה' תרומות מעתה לא השמיט הרב ז"ל שום דבר מהתוספת' ופסקו נכון למורי' ההולכי' בעקבות הפוסקים ז"ל ואשר שמו לילות כימים להבין עומק' של הלכה על פי דרכם ז"ל:

עוד כתב זה החכם החסיד ז"ל תוספת' אחרת דתניא המפקיד פירו' אצל עובדי כוכבים ומזלות הרי זה חושש משום מעשרות ומשום שביעית רשב"ג ור"ש אומרי' עשו פירות העובדי כוכבים ומזלות הזה דמאי ואני אומר מה זה אשר מגבב עלינו זה החכם תוס' והא בירושלמי בפ"ב ממס' פאה גרסינן ר' זעירא בשם שמואל אין למדין מן ההלכות ולא מן ההגדות ולא מן התוספתו' אלא מן הגמרא ע"כ:

וכתב הרא"ש ז"ל בריש יומא בשם הר"י ן' גיאת ז"ל תוספתא זו משבשתא היא מדלא הביא אותה הגמ' לפשוט הבעיא ואין לסמוך עליה ע"כ והכא נמי בנ"ד אין לסמוך עליהם כיון שלא הובאו בגמ' לא פלוגתא דיש קנין ולא בפלוגת' דמירוח וגם בפ"ב דחולין כתב הרא"ש ז"ל שכל תוספת' שלא נתפשטה עד אחר סידור הגמ' לאו דסמכ' היא דמסתמ' כיון שרצו חכמי ישר' לעשו' חיבור קיים אמת חקרו וחזרו לידע כל הספרים שנכתבו על דברי חכמים ביררו אותם שהם בר סמכא ועל ידם חיברו הגמר' ע"כ: וגם כתב רש"י ז"ל בפ"ק דנדה עלה הא דאמרי' אלא הא קמ"ל שאין למדין הלכה מפי גמרא וז"ל הא קמ"ל מדאיצטרי' למי' בהו הלכה ש"מ דאין למדין הלכה מפי הגמ' מתוך המשנה ובריית' ששנויה בהן והלכה כפלו' אין למדי' מהן שהאמוראי' אחרוני' דקדקו בטעמי התנאי' והעמידו הלכה על בוריה אבל הראשוני' לא דקדקו איש בדברי חבירו אלא כל א' מה ששמע מרבו מלמד' לתלמידו שמועה כמו שהיא והיא היתה נקראת משנה ובריית' והיה נותן לבו לתת טעם לשמועתו זה נותן טעם לדבריו וזה נותן בה טעם אח' כדאמרי' ליגמר איניש והדר ליסבר ואותה סברא היתה נקראת גמרא בימי התנאי' ומשנה ששנויה בה פסק הלכה מסבר' גמר' שלהן נשנית ואין למדי' ממנה ע"כ: הא קמן להדיא דאין למדי' הלכה מפי משנה ובריית' ואפי' ששנויה בהן פסק הלכה וכתבו התוס' ריש מסכ' שבת דשפיר מייתינן סייעתא משמעתא לבריית' דלא מיתניא בי' ר' חייא ור' אושעיא ואם תשאל הרי הרמב"ם ז"ל למד מהתוספתו' ומן ההגדות דכמה דינין בחיבורו לא רמיזי אלא בתוספתא:

תשובתך היינו תוספת' דלא רמיזא בגמ' כלל והאי דינא לא מצינא למילף בה מגמ' דידן כלל לכך יליף לה מהתוספת' אבל כי רמיזא בגמ' דידן ומצינן למילף מינה מגמר' דידן לא משגחי' בתוס' כלל ולית לן בה וכ"ש שתוס' זו היינו פלוגת' דר"ש ות"ק בפ"ג דדמאי בהמפקיד פירותיו אצל העובדי כוכבים ומזלות וכו' והובא' בספ"ק דבכורו' והא פריש לה הרב ז"ל שפיר בפי' המשנ' ובחיבורו פי"א מה' מעשר וכדפרישנא לעיל בארוכה דמיירי בפירו' שעדיין לא נגמר' מלאכתן ונגמרו ביד ישר' אחר שלקח הפקדון ור"ש ה"ק אלו הפירו' שהפקיד זה הישר' אצל העובדי כוכבים ומזלות עשו פירו' העובדי כוכבים ומזלות דמאי דאע"ג דלא ידעינן אי יש' אחר הפקיד אצלו הרי פירותיו דמאי ונעשה הפקדון הזה דמאי דחיישי' דילמא החליפן בשל ישר' אחר וכדפרישנא לעיל: הילכך נקטינן מכל מאי דכתבי' דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר והיינו כשמעתין דפ' השולח אלא דלשיטת רש"י ז"ל דלא פליגי בה רבה ור' אלעזר וקי"ל כרבה וכדכתי' לעיל ולשיטת התוס' ז"ל לא פליגי בה אמוראי אלא ר' אלעזר נמי הכין ס"ל דמירוח העובדי כוכבים ומזלות פוטר גם משמעתין דמנחו' פ' ר' ישמעאל משמע כן דהא אוקימנא פלוגתא דר' מאיר ורבי יהודה ור' יוסי ור' שמעון:

סימן טו

שאלה. מרת שמחה אלמנת הר' שבתי שינינה נ"ע עלתה מדמשק לירושלם תוב"ב ובצאתה את העיר דמשק הקדישה הבתים שלה שבדמשק וז"ל השטר הנמצא כתוב בדמשק בפנינו עדים ח"מ באה מרת שמחה אלמנת היקר כר' שבתי שינינא נ"ע ואמרה לנו הוו עלי עדים וכתבו וחתמו עלי בכל לשון של זכות וייפוי כח מחמת שאני ברצון נפשי מקדשת לאלדי ישראל קדש גמור החצר והבתים הידועים לבעלי אשר גביתי אותם על יד ב"ד בעד כתובתי ואופן ההקדש הנז' הוא בזה האופן שאחר מיתתי יהיו פירות ושכירות הבתים הנז' החצי להקדש צפת תוב"ב והחצי לחברון תוב"ב אך הבתים הנז' לא ימכרו כלל מכירה חלוטה כי אם יהיו קיימים לאכול פירותיהם ההקדשות הנז' והרשיתי את היקר ונבון הר' אלעזר הכהן שיהא הוא מורשה בחיים חייתי לגבות השכירות ולחזק את בדקי הבתים לכל המצטרך גם לאחר מותי יעסוק בענייני ההקדשו' הנז' לפקח על השכירות ולתקן את הבתים הנז' ולהיות זאת אמת חתמנו פה שמותינו אנחנו השומעים את דברי מרת שמחה הלזו זה היום יום ראשון כ"ג לניסן השל"ט ליצירה פה דמשק וקיים ע"כ. משה רקי: עבדיה ן' נאציר נ"ע. ועלתה לירושלם תוב"ב וישבה בה ימים רבי' ונפטרה בה ובשעת פטירתה שינתה ההקדש וז"ל שטר הצוואה אנו עדים ח"מ יודעים

ומעידי' עדות ברורה שרירה וקיימת איך שלחה אחרינו האשה היקרה וצנועה מרת שמחה אלמנת המנוח היקר כה"ר שבתי שינינא נ"ע לעשו' צוואה בפנינו מחמ' מיתה והלכנו ונכנסנו אצלה וראינו וידענו באמת ובבירור כי דעתה מיושב' ודבריה נכוני' ואמר' לנו כד שכיבא ורמיא בערסא ומגו ההוא מרעא אתפטרת לעלמא דאתי הנני רוצה ומצווה מחמת מיתה שיקחו הק"ק קהל ירושלם תוב"ב את הקורגיא"ה של זהב אשר לי וישבה עשרה מתקאליש זהב בעת עשיית' וישרפו אותה ויקחו מדמיה לצורך הוצאת בבית השופט ולצורך קבורתה ומה שישאר מדמיה יהיו לק"ק לצרכי ציבור: גם צותה בפנינו שתמכר החצר אשר לה בדמשק ויתנו חצי דמיו לירוש' תוב"ב ליד טובי העיר לצרכי צבור וחצי דמיו האחר יהיה לצורך ההקדש של עניים אשר בצפת תוב"ב: גם צותה שכל מטלטלי ביתה וכלי נחשת שלה יהיו במתנה ליקרה מרת עזונה בת החכם הנעלה הישיש כה"ר סעדיה המערבי נ"ע הן רב הן מעט וסילקה מרת שמחה הנז"ל זכות יורשיה מעתה ומעכשיו מעל החצר הנז"ל ומעל הקורגיא"ה הנז' ומעל החפצים והמטלטלים הנז"ל בחמשה מאיידים לכל א' וכל זה בלב שלם ובנפש חפצה בלתי שום אונס כלל ואמרה לנו הוו עלי עדים נאמנים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח ותנו ליד טובי העיר ירושלם תוב"ב לעדות ולראיה שנתתי וזכיתי אותם בקורגיאה הנז'. ובחצי החצר הנז' כנז' לצרכי ציבור במתנת שכיב מרע ברורה וקיימת בכתיבה ומסירה דלא למהדר מינה לעלמין ולא נשאר לשום א' מבאי כחי שום כח ותביעה וטענה וערעור על החצר והקוראגיא"ה והחפצי' הנז"ל כי סלקתי' סילוק גמור ושהתה מרת שמחה הנז"ל באותו חולי אחר צוואה זו תשעה ימים ונפטרה לבית עולמה וחיי שבקת לכל ישראל ונעשה כאשר צותה ונהגו הקהל קדוש בכבודה כראוי וחומר וחוזק שטר צוואה זו כחומר וחוזק כל שטרי צוואות שרירין וקיימין הנוהגים בישראל העשויים כהוגן וכתיקון חז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי והיה זה ביום שני שבעה עשר לחדש שבט שנת הש"ן ליצירה פה ירושלים ע"ה תוב"ב והכל שריר וברירי וקיים. יוסף כהן. אברהם אמארילייו. חיים כהן. יעקב חמי. ע"כ. ועידי השטר של הקדש שנעשה בדמשק העידו שלא נכתב השטר אז בזמן שהקדישה היא את הבתים והחכם הנעלה כהר"ר משה רקי נר"ו שהוא א' מן העדים כתב בכתב ידו וז"ל הן אמת שנדרשתי על ענין הבתים של אלמנת הר' שבתי שינינה נ"ע קודם הליכתה לירושלם תוב"ב אמר' בפני שהבתים שלה הקדישה הפירות שלהם החצי להקדש צפת תוב"ב והחצי הא' לחברון תוב"ב וזאת האמירה היתה על פה ואחר זמן מה הר' אלעזר בוקעי אמ' לי לכתו' לזכרון מה שאמרה וע"ז חתמתי ונתתי לו ולהיות אמת חתמתי שמי. משה רקי ע"כ:

יורנו המורה איזה הקדש קיים הראשון שנעשה בדמשק או האחרון שנעשה בירושלם תוב"ב ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. שאלה זו כבר נשאלה לפני רבני וחכמי הגליל יצ"ו ולהיות כי הכל חייבים לקבל דבריהם מבלי חקירה בעבור כי רבו שנותם וחכמת' מזולת' לכן השיבו בקוצר שהצוואה האחרונה קיימת וגזרו בכח נח"ש שימכרו החצר והבתים מיד אחר ראות גזרתם ולא יתאחר וגם אני היה לי לתפוש דרכם דרך קצרה שת"ל לא יחרף לבבי מימי כי עסק הגמרא הקנני מנעורי וימי הנעורים זכו והוו דרופתקי דאורייתא כמה שינות עוררתי מעיני וכמה לילות על עומקה של הלכה לא נתתי שנת לעיני ולעפעפי תנומה וכמה מאכלו' הסרחתי שלא אכלתי אותם בעתם על עסק הגמר' וחלבי ודמי שמתי על התור' ועל כן בחוו' דעי אף אני היה סגי אבל לאיתויי מבעט בהוראה צריך להאריך בראיות כי שמעתי אשר בעלי לשון המתפרצים ואומרים לאב מה תוליד ולאשה מה תחילין לא ישרו בעיניהם דברי הרבנים יצ"ו ובצד ובכתף יהדופו וגם כי אחזתי באזניהם לכן כדי שיקבלו הרובים את תשובתם ולא יהיו רובי קשת נגד זקני הדור יצ"ו ראיתי לפרש דברי הרבנים יצ"ו ולהעמיד דבריהם על עיקר ההלכה כפי מה שהראוני מן השמים:

גרסינן בב"ק פ"ד וה' ההוא גברא דתקע לחבריה שלחיה רב טובי בר מתנא לקמיה דרב יוסף סלע צורי תנן וכו' עד אמ"ל ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא ניתביה לעניים הדר א"ל ניתביה ניהלי אוזיל ותברי ביה נפשאי א"ל רב יוסף כבר זכו ביה עניים ואע"ג דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן דאמר רב יהודה אמר שמואל יתומים אינן צריכין פרוזבול וכו' ר"ג ובית דינו אביהם של יתומי' וכו' ע"כ. וקשיא להו לרבוותא ז"ל ל"ל מהאי טעמא בלא יד ענייי' נמי מחייב צדקה באמירה דקי"ל אמירתו לגבוה וכו' ודרשינן נמי בפ"ק דר"ה בפיך זו צדקה וכתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו דקצת גאונים פירשו שלא נאמר בפיך זו צדקה אלא לומר שהוא עובר בבל תאחר אבל לא שיהו ב"ד מוציאין מידו ומה שאמרו ממשכנין על הצדק' בע"ש דוקא בדבר שהוא תנאי העיר ומה שאמרו אזהר' לב"ד שיעשוך פי' עישוי דדברי' עד שיאמר רוצה אני וע"ד זה אמרו אכפייה רבא לרב נתן בר אמי ואפיך מניה ארבע מאה זוזי לצדקה אבל כל שלא יאמר רוצה אני אין ב"ד מציאין מידו אלא א"כ זכו בהם מן הדין והוא שהוצרך הדבר לזוכה במקומן לזכות להם מן הדין ולזה הטעם בעצמו הוא שאמרו עישור זה שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף ומקומו מושכר הו ע"כ. וזאת היא סברת אביהם של ישר' רבינו האיי גאון ז"ל דאיברא ודאי דצדקה הרי היא כנדר לבל תאחר וכולהו נדרי בדיבור פה בלחוד אינון אבל האי נודר אי אתי למהדר ביה בעון קאי וב"ד לא מצו למעבד ליה מדעם

ולא עניים אית להו בהדיה עסק דברי' וכד זכי פרנס לענייי' כגון ר' עקיבא דזכה לענייי' וכו' וכמו שכתו' בס' המאור ז"ל תשובת הגאון בארוכה: והרי"ף ז"ל בהלכו' חולק ופי' שאלו היה סלע זה ברשותו לא היה רשאי לחזור בו אלא שמתוך שאין סלע זה ברשותו אינו יכול להקדישו וכמו שאמרו כל ממון שאין יכול להוציאו בדייני' אם הקדישו אינו מוקדש אבל אם יכול להוציאו בדיינים אם הוא קרקע יכול להקדישו אבל מטלטלי כגון מלוה או פקדון או סלע זו שזכה בו בדמי בושתו וכל כיוצא בזה אף על פי שיכול להוציאו בדיינים אין הקדש חל עליו שהרי הוא נגזל ולא נתייאשו הבעלים ששניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומכל מקום אם העמיד זה את הלוה או הנפקד אצל העני או אצל הזוכה במקומו קנה העני מדין מעמד שלשתן וזהו שהוצרך בכאן להיות הדיין במקום העני שכל דיין קבוע וחשוב אביהם של עניים הוא ואפוטרפוס שלהם כן כתב הרב המאירי ז"ל שזהו דעת הרי"ף ז"ל:

והרשב"א ז"ל כתב בתשובה וז"ל שאלת המקדיש שטרו' ומסר ליד הגבאי אם יכול לחזור בו אם לא דכיון שמסר השטרות ליד הגבאי נר' שזכו בם לעניים דלא גרע מדינא דהדיוט דקני אותיות בכתיבה ומסירה:

תשובה. כל ההקדשות שאדם מקדיש בזמן הזה אינן אלא הקדש לעניים אפילו במקדיש סתם מפני שאין אנו מכירי' עכשיו בקדשי מזבח ולא בקדשי בדק הבית ונמצא הקדש זה כנותן להדיוט דענייי' הדיוטות אינהו והגבאי לא עדיף מן העניים ממש ואלו נתנם לעני ממש ומסרם ולא כתב לו כתיבה הראויה להקנות שטרות דהיינו וקנה לך הוא וכל שעבודא דאית ביה לא קנה דקי"ל דאין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה ולפיכך מקדיש זה אם מסרם ליד הגבאי ובכתיב' ומסיר' קנו עניים ואם לאו לא קנו כשאר הדיוטות ע"כ בתשובותיו כתיבת יד שלא נמצאו בדפוס:

ובתשובות שבדפוס סימן תקס"ג כתוב וז"ל לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בהקדש עניים שאינם אלא מקבלי מתנ' ויכול אדם לחזור בו כדאמרי' בפרק ד' וה' אמר הב לי ואברי ביה נפשאי וכו' אנן יד עניים וכו' אלמא הקדשו אין לו קיום אלא אם כן הקנה בקנין או בשטר או באחד מדרכי הקניות ע"כ ולכאורה משמע דאזיל בשטת רבינו האי גאון ז"ל והרב בעל המאור ז"ל אבל קשיא טובא דבתשובותיו סימן תרנ"ו כתב וז"ל שאלתם ראובן היה פורש מבלינסי"א ללכת לדרכו והפקיד בין שני אנשים תיבתו וכו' היו את עדים שהוא מקדיש התיבה וכו' עתה בא חנוך ואמר כל מה שעשה אביו עשה בכעס ועוד שהוא טוען שחזר בו אביו מן ההקדש לאחר שהיה במורסיא"ה וכו':

תשובה. הריני משיב על אחרון ראשון וכו' גם מה שטוען שחזר בו אביו אינה טענה שאפי' בו אביו אינו רשאי שהמקדיש ואחר כך נמלך ואמ' איני רוצה בהקדשי והריני חוזר בי וכיוצא בזה לא אמר ולא כלום שלא כל הימנו לחזור בו אלא שאם רצה לחזור בנדרו צריך שאלה לחכם ופתח וחרטה כשאר נדרים וכו' ועוד שבענין זה אפי' נתחרט ובא ונשאל על ההקדש ואפילו בפתח אינו רשאי לפי שכבר מסר הממון ביד שני האנשי' האלה ובמעכשיו ואין אחר מסיר' כלום דאנן יד עניים אנן וכו' ע"כ הא קמן להדיא דבאמירה בעלמא אינו יכול לחזור בדבריו:

ועוד כתב בתשובה כתיבת יד וז"ל שאלת מה שכתב הרי"ף ז"ל בהלכות בפ' ד' וה' המקדיש דבר שהוא ברבותו באמירה בעלמא אף שלא במעמד עניים לא מצי הדר ביה מדין בפיך זו צדקה והא ממון שחין לו תובעין הוא דמאן רבע ליה בדינא אי תבע ליה האי עני יאמ' לו לעני אחר יהיבנ' ליה אלמא מצי הדר ביה ולאישתמוטי מינייהו:

תשובה. זו אינה תורה דאע"ג דמצי לאישתמוטי מכל חד וחד מינייהו בבי דינא מ"מ חיובי מיחייב לשמים ליתן משום בפיך זו צדקה ולא כתב ברב ז"ל דמצי חד למתבעיה אלא דמחוייב ליתן מדכתיב מוצא שפתיך תשמור ועשי' ודוקא במקדיש דבר שהוא ברשותו אבל דבר שאינו ברשותו לא דכתי' איש כי יקדיש את ביתו מה ביתו שלו וברשותו אף כל שהוא בידו וברשותו הא לאו שלו ושאינו ברשותו לא והיינו דאמ' ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים וכו' ודוקא במקדיש את הדבר שאין ההקדש חל אלא על דבר שהוא שלו וברשותו חבל החומר אתן לעניים כך וכך אע"פ שאינו בידו עכשיו חייב ליתן כנדר ונדבה וכל זה בכלל בפיך זו צדקה ולא עוד אלא פעמים שמעשין אותו ליתן שאלו אמר סלע זו לעניי עירי והיו שם גבאי צדקה שהצדקות שבעיר נחלקות על ידיהם כופין אותו ליתן וכהנהו עובדי דפ' בני העיר ע"כ. משמע דכותיה דהרי"ף ז"ל ס"ל ודוחק לומר דלתרוצי לדעת הרי"ף ז"ל כתב כן ואיהו לא ס"ל הכין:

ונראה דס"ל להרב ז"ל דאיברא ודאי דמדין גדר לא מצי למהדר ביה מטע' בפיך זו צדקה שחייב לקיים נדרו וב"ד נמי כופין אותו לקיים את נדרו וכדעת הרי"ף ז"ל ומיהו אינו חייב מדין קנין מטעם אמירתי לגבוה כמסירתי להדיוט שתהא האמירה גומרת בהקדש עניים כמו שגומרת המסירה או המשיכה בהדיוט ונפקא מינה דכשאתה מחייבו להשלים משום נדר יכול לחזור בו ע"י שאלה ואם אתה מחייבו משום קנין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אינו יכול לחזור בו אפולו ע"י שאלה דכבר זכו ביה עניים ע"י אמירתו כאלו קנו מידו והא דכתב ז"ל בסי' תקס"ג דלא אמרינן אמירתו לגבוה וכו' בהקדש עניים וכו' ויכול אדם לחזור בו וכו' פי' ע"י שאלה וליתא דהא בקדשי מזבח

וקדשי בדק הבית דפשי' דאמירתו לגבוה הויא ליה כמסירה להדיוט ואפ"ה ישנו בשאל' ועוד קשיא טובא דבתשובה על דבר ראובן שלא היה לו כי אם בת אחת ובשעת פטירתו נתן כל נכסיו לבת בתורת ירושה וצוה ואמר אם תמות הבת בלא ולד בין קודם שתנשא בין לאחר שתנשא יחזרו הנכסים להקדש עניים ואחר מיתת האב מכרה הבת מאותן נכסים וכו' ונפל בזה מחלוקת גדול בין הרשב"א ז"ל והרא"ה ז"ל ועמדו דבריהם לפי חכמי צרפת ז"ל והודו לדברי הרשב"א ז"ל וכמו שכתב בסי' תש"ד ודעת הרא"ה ז"ל שההקדש זכה והרשב"א ז"ל חלק ואמר שהבת הזאת זכתה ובאותה תשובה כתב וז"ל אין הנדון דומה לראיה שלא אמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט לענין שיהא לכל דיניו כמסור ממש ביד גזבר אלא לענין קניה לבד אמרו ולומר דבהדיוט לא קנה עד שימשוך או עד שיחזיק וההקדש קונה באמיר' בעלמא וכענין שאמרו בשכיב' מרע דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו וכו' ותדע לך עוד דאמירה לגבוה אינה כמסירה ממש ליד גזבר דהא קי"ל כב"ה דאמרי יש שאלה בהקדש ואלו המקדיש ומסר ליד גזבר שוב אינו יכול לישאל עליה וטעמא רבה יש אלא שאין זה מקומו אלא ודאי מדיש שאלה להקדש שמע מינה שלא אמרו כמסירה ממש אלא לענין קנייה בלבד להיות האמירה גומרת בהקדש כמו שגומרת המסירה או המשילה בהדיוט ותדע לך עוד מדאמרי' גבי מתני' דאמיר' לגבוה וכו' כיצד בית זה הקדש שור זה הקדש עולה אפי' הוא בסוף העולם קנה ובהדיוט לא קנה עד שימשוך ע"כ. אלמא דהקדש עניים דאתינא עלה אע"ג דלא הויא כמסירה ממש מ"מ קני ביה האמירה כשאר הקניות שבהדיוט ושפיר אמרינן בהו אמירה לגבוה כמסיר' להדיוט ואפ"ה שפיר איכא למימר דאית ביה שאלה דדוקא כד נימא דהויא ליה כמסור ממש ליד גזבר הוא דאמרינן דאין שאלה אבל אי לא אמרינן אלא כמסירה להדיוט דהיינו כקניה של הדיוט שפיר איכא למימר דיש שאלה ונראה דהרשב"א ז"ל כלפי הרא"ה ז"ל בר פלוגתיה השיב לו כן דאפי' לדידיה שאינו מחלק בין הקד' ענייי' להקדש בדק הבית אכתי ליכא למימר אמירה לגבוה שיהא כמסור ממש ליד הגבאי מדיש שאלה ומיהו איהו ז"ל סבירא ליה דיש חילוק בין הקדש עניים להקדש בדק הבית וכמו שכתב בסימן תקס"ג וכדכתיבנא אלא שצריך לתרץ תשובותיו דמשמע דסתרן אהדדי:

ודע דהיתר נדרים הם בתרי גוני או על ידי פתח וחרטה או על ידי חרטה מעיקרא וכתב הר"ן ז"ל בפרק ד' נדרים דעדיף פתח מחרטה לפי שכל נדר שהוא ניתר בפתח הרי הנודר אומר שאפילו בתחלה כשנדר אלו היה נותן אל לבו אותו פתח לא היה נודר ונמצא נדרו טעות אבל נדר שהוא ניתר בחרטה אינו מוצא עם עצמו שום ענין שאלו היה נותנו אל

לבו מתחלה שלא היה נודר אלא שהוא אומר עכשיו מתוך הכעס או מפני מהירות נדרתי ועכשיו אני מתחרט על שנדרתי מעולם ע"כ:

עוד כתב הר"ן ז"ל שם ענין זו דאלו היו עשרה בני אדם שיפייסוך באותה שעה מי נדרת גרע מפתח ועדיף מחרטה גרע מפתח משום דלא היו עכשיו עשרה בני אדם שיפייסוהו דנימא פתח מעלייא הוי שאלו היה יודע כן לא היה נודר ועדיף מחרטה משום דבחרטה גרידא אינו מוצא שום ענין בעצמו שמחמתו לא היה נודר באותה שעה וזה היה מוצא בעצמו שאלו היו מפייסין אותו באותה שעה לא היה נודר. ונמצא מתברר יותר שמתוך המהירות נדר וכו' ע"כ:

והלכך בהכי יש לתרץ תשובות הרשב"א ז"ל דאיברא ודאי דכל ההקדשות אינן ניתרין אלא על ידי שאלה ואפילו הקדש עניים לא פקע בכדי ומיהו יש הפרש דקדשי מזבח וקדשי בדק הבית כיון דבאמיר' בעלמא חל עלייהו הקדושה ונקנה להקדש לא סגי בחרטה דמעיקר' דהיאך יתחרט על מצוה שעשה כבר שהקדיש וחלה עליה הקדושה כבר אבל ע"י פתח נותר דמשוי ליה הקדש טעות מעיקרא תדע דלא ידעינן דיש שאלה להקדש אלא מדקי"ל כב"ה דאמרי הקדש טעות לא הוי הקדש אלמא דאינו ניתר ההקדש אלא ע"י פתח דמשוי ליה ההקדש מעיקרא הקדש טעות אבל הקדש ענייי' ס"ל להרב ז"ל דניתר בחרטה דמעיקר' בשאר נדרים ואמטו להכי כתב בסימן תקס"ג דלא אמרינן אמירתו לגבוה וכו' בהקדש עניים וכו' ויכול אדם לחזור בו וכו' פי' חוזר ע"י שאלה בחרטה דמעיקרא ואלו הוה אמרינן ביה אמירתו לגבוה וכו' לא היה יכול לחזור בו ממילא כי אם ע"י פתח וכדכתיבנא ומייתי לה משמעתין דפרק ד' וה' דלהכי הוצרך לטעמא דיד עניים משום דמיירי דזה הנחבל הנודר יצא מלפני רב יוסף ושהה בכדי שהיה יכול לילך לפני חכם וישאל עליו והא כתיבנא דבהקדש עניים בחרטה דמעיקרא סגי ולכתחלה יכול החכם להתיר הקדש כזה מעתה יכול לטעון טענה אחרת במגו דאי בעי מיתשיל וזה הנחבל היה טוען דלא היה פיו ולבו שוין כשאמר דליתביה לעניים אלא משו' דהיה דבר מועט וכסיפא ליה מילתא למתבעיה הוא דאמר הכין ולזרוזי לדיין דליעיין בדיניה הוא דאמר הכין ומתוך שהיה יכול לישאל עליו נאמן במגו ואפשר דלכך כתב רש"י ז"ל הואיל ופלגא דזוזא הוא דמחייב לי ותו לא כסיפא לי מילתא למשקליה ליתביה לעניים. ע"כ:

ובזה ניחא קושית התוס' ז"ל והמפרשים ז"ל ואינהו ז"ל קא מהדרי אשינויי אחריני משום דמשמע להו דהא דקאמר בגמרא הדר א"ל ניתביה ניהלי איזיל ואברי וכו' דמיד לפני הדיין רב יוסף אמר כן ולא יצא לחוץ דלית כאן מגו כלל דלא היה יכול לטעון ולומר

נשאלתי כלל ובכה"ג מיירי האי עובדא שהשיב עליה הרב ז"לבסי' תרנ"ו שבאותו מקו' שמת וגם באותו הדרך לא היה מי שהיה יכול להתיר לו אי נמי שהיה ידוע בעדי' שלא נשאל ולא התירו באופן דליכא מגו אבל היכא דאיכא מגו דנשאלתי יכול למטען טענה אחרת במגו דנשאלתי:

ותדע דגרסינן בסוף פ' גט פשוט אמר רב הונא שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ואמ' מנה פלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש וקשיא להו לרבוותא הא דבעי בפ' מי שמת ש"מ שהקדיש כל נכסיו מהו תפשוט מהכא דאם עמד אינו חוזר דאי חוזר א"כ פשיטא דנאמן ומאי קנוניא שייך והלא היה יכול לחזור בו מיד ותירץ הרא"ש בתוספותיו דה"פ את"ל אם עמד אינו חוזר נאמן דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש א"נ דמיירי שהקדיש כל נכסיו כשהוא בריא ועתה כשהוא ש"מ אמר מנה לפלו' בידי ונאמן דחזקה אין אדם עושה קנוניא ודוקא כשאמ' כשהוא ש"מ חזקה אין אדם חוטא ולא לו כדאיתא בערכין אבל אם אמ' כשהוא בריא לא היה נאמן מטעמא דאין אדם עושה קנוניא: ע"כ וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה דליתא להאי פירוש' מדקאמר ש"מ שהקדיש כל נכסיו ולא אמר ש"מ שאמר מנה לפלוני בידי וכבר הקדיש כל נכסיו וכיוצא בלשון זה ומיירי בשהקדיש נכסיו ומסרם לגזבר שאינו יכול לחזור בו ולא לישאל על הקדשו שאלו לא כן יכול הוא לישאל על הקדשו ומתוך שיכול לישאל עליו יהיה נאמן בלא טענת אין אדם עושה קנוניא וכו' מוכח בערכין פ' שום היתומים וכו' והוא שלא מסר הקדשו ליד גזברי ההקדש דאלו מסר א"א לישאל עליו כדמוכח פ' הנודר מן הירק דאמרינן התם דנדרים קרויין דבר שיש לו מתירים וכו' ע"כ. וכן כתב בחידושים ז"ל בפ' גט פשוט דלדידן דקי"ל כב"ה דיש שאלה בהקדש אלו לא נדר על דעת רבים. אי נמי שמסר ליד גזבר דמעתה אי אפשר לישאל על הקדשו היה נאמן ואפילו היה בריא כשהקדיש דכל שיש מגו אין חוששין לקנוניא ע"כ:

והילכך מעתה זכינו להבין דעת הרב ז"ל דס"ל דכל ההקדשות שאדם מקדיש בזמן הזה אינן אלא הקדש עניים ויכול לחזור בו ע"י שאלה ואין צריך פתח אלא בחרטה דמעיקר' סגי ויכול לטעון טענה אחרת נגד ההקדש במגו דאי בעי מיתשיל:

והרא"ה ז"ל חולק עליו דהקדש עניים הוא כהקדש בדק הבית וכדכתיבנא לעיל והריטב"א ז"ל תלמידו אזיל בשיטתו וז"ל בחידושיו לקידושין פ"ק אמירתי לגבוה כמסירתי להדיוט וכן הדין בהקדש לעניים בזמן הזה והאי במסירתי דקאמר לאו מסירה ממש דא"כ דברים שאין נקני' במסירה להדיוט ח"נ קרקעות לא זכי בהו גבוה באמירה והא ליתה שהאומר בית זה הקדש קנה כדאיתא בגמרא בפירוש' דמתני' אלא מסירתו

פירושו בהקנאתו כל חד וחד בהקנאה דיליה ובשטרו הוי בכתיבה ובמסירה ובקרקע בחזקה הילכך האומר שטר זה וכל שעבודו יהא לעניים זכו לגמרי והוא דקאמר וכל שעבודו דנהי דהקנאה דהדיוט לא בעי אמירה דהדיוט בעי מפי מורי נר"ו. ע"כ. ובפ' מי שמת גרסינן הקדיש כל נכסיו וכו' וכתב הר"ן ז"ל בחידושיו וז"ל הקדיש כל נכסיו מהו חלק לענייי' מהו הפקיר כל נכסיו מהו כך היא הגרסא במקצת ספרים דגרסי ברישא חלק ואח"כ הפקיר וה"ק את"ל דהקדיש נכסיו אינו חוזר משו' חומרא דהקדש דלגמרי גמר ויהיב אפילו אם יעמוד חלק לענייי' מהו ולא חלק ממש קאמר שמסר להם הנכסים אלא שחלק ביניה' וכדתנן המחלק נכסיו על פיו הפקיר כל נכסיו מהו את"ל הקדש עניים חמור בהקדש בדק הבית ואפילו עמד אינו חוזר הפקיר כל נכסיו מהו ולא איפשיטו הלכך אם עמד חוזר דנכסי בחזקת נותן קיימי וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ' ט' מהלכות זכיה ואף על גב דלגבי הקדש איכא למימר דהוה ליה ספיקא דאורייתא משום איסור מעילה כיון דממונא בחזקתיה קאי אפשר שהרי הוא בודאי שאין איסור הקדש חל אי נמי דלענין איסורא מתקן ליה בדשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל ואיכא נוסחי דגרסי הפקיד תחלה ואח"כ חילק וזו היא גירסת הריא"ף ז"ל דאפשר דמי שהפקיד נכסיו כיון דעביד מילתא יתירתא אית לן למימר דאם עמד אינו חוזר טפי מבחלק לעניים. ע"כ. ואף על גב דלא דמי נדון זה לנדון שלפנינו מ"מ משמועה זו דמספקא לן אי הקדש עניים חמירא כהקדש גמור אי לאו גם רשב"א ז"ל כתב ואת"ל גבי הפקר וכו' חלק לעניים מהו מי לימא יד עניים כיד הקדש ואם עמד חוזר או לא תיקו ע"כ אלמא דספיקא הוי:

והרב בעל הטורים ז"ל בספר יורה דעה כתב וז"ל אמירת אדם לגבוה כמסירתו להדיוט לפיכך מי שנודר צדקה אי איפשר לו לחזור בו וה"מ בלא שאלה אבל אם מתחרט ומוצא פתח לנדרו י"א שנשאל לחכם ומתירו כל זמן שלא יצא מתחת ידו דהוי כמו הקדש בטעות דקי"ל דאינו הקדש ומיהו אם הוא מקדיש או נודר דבר שאינו בידו כגון שיש לו חוב וכו' אינו כלום. ע"כ. ומשמע דפליג על הרשב"א ז"ל דאין להתיר בשאלה אפילו הקדש עניים אלא ע"י פתח ובס' חשן המשפט סימן קכ"ה כתב וז"ל אם אמר הולך מנה לפלוני שאני נותן לו יכול לחזור בו עד שיגיע ליד המקבל ואם המקבל עני אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו יכול לחזור בו ע"כ וכתב עליו מהר"י קארו זצ"ל דבאשגרת לישן נקט אמירחו לגבוה וכו' דלא מיקרי גבוה אלא ענייני ההקדש אבל הכא לא שייך למימר אלא נעשה נדר כמו שאמרו בירושלמי ע"כ גם בסי' רמ"ג כתב הטור וז"ל אבל אם אמר לו הולך לפלוני מנה וכו' ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה וכו' ע"כ

וכתב עליו מהר"י קארו זצ"ל וז"ל אין דברי רבינו מכוונין שלא אמרו אמירתו לגבוה וכו' אלא לגבי הקדש כמבואר פ"ק דקידושין אבל עני הדיוט מיקרי ועוד דלפי דבריו מאי איריא אמר לאחד הולך לפלוני מנה עדיפא מינה ה"ל לאשמעינן דאם אמ' אתן לפלוני מנה אם הוא עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה וכו' ומ"מ יש להביא קצת ראיה לדין זה מדגרסינן בב"ק בב"ק ר"פ שור שנגח ההוא דתקע לחבריה וכו' אמר רב יוסף כבר זכו עניים וכו'. ולי דברי הרב ז"ל מכוונים דהא בס' יורה דעה חלק הרב ז"ל בין נודר ולא יצא הנדר מתחת ידו בין היכא שיצא מתחת ידו דכל היכא שלא יצא מתחת ידו אפי' אם אמר אתן לעני יכול לחזור בו ע"י שאלה אבל היכא שיצא מתחת ידו כגון זה שאמ' הולך לפלוני מנה שאני נותן לו ונתנה לו אינו יכול לחזור אפילו ע"י שאלה ואתיא כפשטו כדעת הרשב"א ז"ל ומיהו הא דכתב הרב בעל הטורים ז"ל בס' יורה דעה דאין מתירין אלא ע"י פתח משמע דפליג על הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא:

והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד מהלכות נדרים וכשם שנשאלים על נדרי האיסור ומתירין אותן כך נשאלין על נדרי הקדש ומתירין אותן בין נדרי קדשי בדק הבית בין קדשי דזבח. ע"כ. משמע דלא שני ליה בין היתר שאר נדרים לנדרי קדשי מזבח וקדשי בדק הבית ומיהו לא מצינו להרב ז"ל אפי' בשאר נדרים היתר בחרטה עיין פ"ו מהלכות שבועות ואפשר דפסק כרב אשי דפ' ד' נדרים דאמר אין חכם רשאי להתיר אלא כעין ד' נדרים הללו קסבר אין פותחין בחרטה עיין תוספות מסכת עירובין פ' הדר:

ונמצינו למדין מכל מאי דכתיבנא דלדעת רבינו האיי גאון ז"ל והרב בעל המאור ז"ל הקדש עניים דינם כהדיוט ויכול אדם לחזור בו אלא דקאי בעון בל תאחר אבל לא שיהו ב"ד מוציאין מידו אלא שכופין אותו בדברים עד שיאמר רוצה אני והא דתנן אמירתו לגבוה לא איירי אלא בקרשי מזבח או קדשי בדק הבית וכדמשמע פשט השמועה בפ"ק דקדושין והרי"ף ז"ל חולק ואמר דאינו יכול לחזור בו וב"ד כופין אותו ומוציאין מידו וכן דעת התוס' ז"ל ורוב האחרונים ז"ל:

מעתה הוה מצינן למימר דכיון דהויא ליה פלוגתת דרבוותא נמצא שהדבר ספק ואין מוציאין מידו וכמו שכתב הר"ן ז"ל בתשובותיו סימן א' וז"ל כיון שהדבר ספק אין מוציאין מידו שמא תאמר כיון שספק זה אינו בין אדם לחבירו אלא בין יורש זה להקדש של עניים הוה ליה ספיקא דאורייתא ולחומרא אין הדבר כן אלא כל ספק שבין אדם לעניים הרי הוא כספק שבין אדם לחבירו וקולא לנתבע וראיה לדבר מדאמרינן בסו' פ' הזרוע וכו' ע"כ. וכן כתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן ק"ס וז"ל תשובה אני הבאתי ראיה

מהר"מ ז"ל דאפילו בהקדש איכא איסורא וגם דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט כשהדבר ספק נאמר שהנכסים בחזקתן וכל שכן בהקדש עניים וכן י"ל ליורש כמו לבעלי' וכו' ע"כ:

וכתב עוד ואפשר שאם הספק היה בשניהם כגון שזה לא בא מחמת קורבה וירושה דממילא אלא שניהם באים זכות מכח הצוואה ויש בה ספק אז היה אפשר שתועיל להקדש התפיסה במטלטלין אבל לא קרקעות שאין תפיסה מועלת בהם וגם במטלטלים יש מן האחרונים סוברים שאין תפיסה מועלת בהם אלא בלא עדים וכו' והרמב"ן ז"ל סובר דאפילו בלא עדים אין תפיסה מועלת כשהספק הוא מחמת הכחשה אבל כשהספק הוא מחמת הדין עצמו כגון כל תיקו עד כאן:

והילכך בנדון דידן דבריה האחרונים קיימים כיון דיכולה לחזור ולא היו יכולין להוציא מידה מחמת ספיקא דפלוגתא דרבוותא:

ומיהו כיון דרוב הפוסקים ז"ל חולקי' על הגאון ז"ל בתר רובא אזלינן ולית כאן ספיקא וכתב מהר"י קולון ז"ל בתשובה סימן קמ"ט וז"ל וכל שכן בספק זה כי כל הפוסקים אשר כל ישראל שותים מימיהם כמו פמליא של רבותינו בעלי התוספות והרי"ף והרמב"ם והבאים אחריהם וכו' ופשיטא דבכה"ג אפילו בענין ממון לח הוה יכול למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל ואפילו תפס הוה מפקינן מיניה וכו' ע"כ:

ומכל מקום בע"כ יש לך לומר דבנדון דידן היתה יכולה לחזור בה ולא היו יכולין להוציא מידה מספיקא דהא גדול באחרונים ז"ל ברשב"א ז"ל כתיבנא לעיל דס"ל דאיברא ודאי דמטעם נדר אינו יכול לחזור בו וכייפינן ליה לקיים את נדרו ואפילו בהקדש עניים ומיהו לא קנו העניים מדין קנין ולא אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכן משמע נמי מלשון גדול המורים גדול האחרוני' הריב"ש ז"ל דכתיבנא לעיל בסמוך דלא אמרינן אמירתו לגבוה וכו' בהקדש עניים אבל מטעם נדר אינו יכול לחזור ונפקא מינה דמצי למהדר ביה על ידי שאלה אפילו בחרטה מעיקרא בלחוד וכדפרישנא ולשון הרי"ף ז"ל מתפר' שפירש בהכי ועל זה ליכא חולק להדיא כי אם הרא"ה ז"ל והריטב"א ז"ל וקצת משמע דהרב בעל הטורים ז"ל חולק בזה מדהצריך פתח בהתרה וכדכתיבנא ומיהו הרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל י"ב וז"ל ומה שקשה לך על פי' ר"י ז"ל שפי' דנדר לעניים יש לו התרה לא ידענא מאי קשיא ליה למר אפי' נדר להביא קרבן דאמירתו לגבו' כמסירתו להדיוט יכול להתי' נדרו כ"ש אם נדר לעני שיכול להתיר נדרו והיא דב' ק לא בא לידו עדיין הלכך זכו בו עניים וגם לא איירי בהתרה אלא בחזרה ולחזו' בלא התרה אינו יכול ע"כ. משמע דס"ל כהרשב"א ז"ל דלא אמרינן בהקדש עניים אמירתו

לגבוה כמסירתו להדיוט ודוקא לחזור בלא התרה אינו יכול אבל בהתרה יכול ואפילו בחרטה דמעיקרא וכדכתיבנא:

והילכך לדידהו ז"ל בנדון דידן היתה יכולה לחזור בשאלה בחרטה דמעיקרא בלחוד ומאן לימא לן דלא נשאלה על נדרה עד שאתה בא להפקיע ההקדש שהקדישה בשעת מיתה ועוד כיון שהיתה יכולה לחזור ע"י שאלה נאמנת נמי לומר במגו שלא היה פיה ולבה שוים וכדכתיבנא לעיל ואף על גב דהרמב"ם ז"ל בפ"ז מהל' ערכין וחרמין כתב וז"ל המקדיש כל נכסיו ואחר כך גירש את אשתו וגבתה כתובתה מן הפודה מיד ההקדש אינה גובה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו ע"כ. מכל מקום הרשב"א ז"ל חולק עליו והר"ן ז"ל תמה עליו ולא תירץ כהוגן עיין בפ' אלמנה ניזונת ורבים אחרים ז"ל חולקים עליו ומכל מקום אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דוקא היכא דצריך התרה בפתח לא אמרינן מגו אבל אלו לא היה צריך אלא חרטה דמעיקרא בלבד שפיר אמרינן ביה מגו והא כתיבנא דלדעת הרשב"א והרא"ש ז"ל ופוסקים אחרים בחרטה דמעיקרא סגי:

מעתה בנדון דידן נאמנת במגו שלא היה פיה ולבה שוים ומתו כהן יוכיח אשר מודעת זאת בכל הארץ שזה אלעזר הכהן המכונה בוקעי הוא איש זרוע כחו בפיו וקולו כנחש ילך בוקעת ועולה בוקעת ויורדת והיה מגזים עליה ומשמיעה קול פחדים להעליל עלילות ברשע כדי שלא תעלה לירושלם תוב"ב וכד הות בעלם דשקר הות אמרה מלין שקרין דהות דחילא מהאי עלמא וכדי להפיס דעתו הקדישה באותו האופן שיהיה הוא המוציא והמביא ויאכל וחדי ואנשי חברון תוב"ב המה מעטי' ויסתפקו במעט וברם בעידן פטירתה לעלמא דקושטא אמרה מלין דקשוט וגילתה את כל אשר היה עם לבבה וכיון שהיתה נאמנת לטעון כן אנן נמי טענינן הכי למי שזכה בחזרתה והצוואה האחרונה קיימת:

ועוד נפקא מינה בין היכא דחייב משום נדר להיכא דחייב מחמת קנין דאמירתו לגבוה וכו' על דרך שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן ע"א וז"ל וכן כתב הרשב"א ז"ל במי שהתנה לתת לחברו מחצית מה שירויח דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם נשבע להשלים חייב וחבירו קנה ואני ביארתי בתשובה אל הר' משה וכו' שאין להבין מדעת הרשב"א ז"ל שהשבועה תקיים הקנין ותעשה מה שלא בא לעולם כאלו בא שאין זה נכון אלא שהוא חייב לקיים מכח שבועתו ובית דין כופין אותו ולאחר שהשלים קנה חבירו וכו' ונפקא מינה בין אם נאמר שהשבועה תקיים הקנין או שאין השבועה מקיימת הקנין אלא שחייב להשלים מכח שבועתו תו שאם מת אין היורשין

משלמין מכח הקטן אלא שבחייו משמתין אותו אם מתרשל לקיים אותה ואף על פי שאין זמן בפרעון וכל שקיים בחייו הוא נפטר בכך משבועתו מכל מקום מיד חל עליו חיוב שבועתו וכו' ע"כ הילכך בנדון דידן נמי כיון שלא צותה לחברון תוב"ב אלא לאחר מיתתה מאן כייף לה בשעת חילות ההקדש והרי חל ההקדש האחרון וכיוצא בזה כתו' במרדכי בפ' מי שמת בשם מהר"מ ז"ל וז"ל נשאל לרבינו מאיר באלמנה שלא היו לה בנים והיתה מוטלת על ערש דוי ואמרה לקהל אחרי מותי תלכו לחדרי וקחו כך וכך לצדקה לנרות וכו' והיה ביום השני קראה אל אחיה בפני עדים ואמרה לו כל אשר בחדרי קח לך וכו' והנה אחר מותה הלכו הקהל ולקחו כל אשר בחדרה והחרימו כל מי שיש לו מממונה שיודה והודה איש אחד ושמו יצחק שהפקידה בידו שמנה זקוקין ואמרה לו וכו' והשיב נראה לי כיון שלא נתנה להקדש אלא לאחר מיתה שאמרה בפי' אחר מיתה תנו כך וכך לנרות וכו' לא חיילא מעולם מתנה של הצדקה דהא הדרת בה ונתנה לאחיה וכו' וא"ת והא מבעיא לן לעיל ש"מ שהקדיש נכסיו וכו' יש לומר דלא קשיא מידי וכו' אבל הכא פירשה להדיא לאחר מיתה דלא נתנה להקדש אלא לאחר מיתה ואין לומר דנתחייבה להקדש לתת מממונה כך וכך לנרות ולכוס של קידוש מטעם נדר שאין בלשון זה לשון של נדר שהרי לא אמרה רק תתנו לאחר מיתה והיא לא נדרה כלום וגרע זה הלשון מהא דאמרינן בפ' ד' וה' גבי חנן בישא דתקע וכו' נתביה לעניים והדר אמר ניתבי ניהלי ופר"י דאין בלשון זה לשון נדר כיון דלא אמר סלע זה אם יגיע לידי אתננו לצדקה לעניים עיין שם. ועוד נראה לרבינו מאיר דאפילו אמרה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותי לא נעשה נדר ומצי למהדר ולא דמי להיכא דאמר סלע לכשיבוא לידי אתננו לצדקה ופר"י בפ' ד' וה' דנעשה נדר ויש לו לקיים דבריו דהתם לכשבאת לידו חי הוא ובר קיומי לנדריה הוא הלכך בההיא אמרינן קיים נדרך אבל גבי ש"מ בעידנא דהויא ליה לנדריה לימחל ולקיים אותו כבר מת ונעש חפשי מן המצוות וכו' ע"כ הא קמן להדיא דהיא לישנא בתרא אתיא כדכתיבנא ואפילו ללישנא קמא שפיר דייניגן דבנדון דידן הצוואה האחרונה קיימת דאיברא ודאי דבעיקר ההקדש אמרה שפיר לשון נדר שהרי אמרה ברצון נפשי מקדשת לאלדי קדש גמור החצר והבתים וכו' ומיהו הנתינה לחברון לא אמרה בלשון נדר אלא כך אמרה ההקדש הנז' הוא בזה האופ' שאחר מיתתי יהיו פירות ושכירות וכו' החצי להקדש צפת תוב"ב והחצי לחברון תוב"ב וכו וכיון שלא אמרה ברצון נפשי מקדשת לאלדי ישראל חצי החצר והבתים וכו' להקדש צפת תוב"ב והחצי האחר לחברון תוב"ב מציא למהדר שפיר מהקדש חברון להקדש ירושלם:

ומכל מקום נקטינן מכל מאי דכתיבנא דאפי' אם היתה משנה לדבר הרשות לא הינו יכולין להוציא מתחת ידה וכדכתיבנא לדעת רוב הפוסקים ז"ל ולדברי הכל יכול לשנות לצורך מצוה אחרת וכמו שכתבו הרא"ש ז"ל והרב בעל הטורים ז"ל בס' יורה דעה בסימן רנ"ט ואם תשאל דהרי"ף ז"ל בפ' ד' וה' בסוף לשונו כתב וז"ל אבל ודאי אי בעי לשנויי ההוא מידי דיהיב לעניים עד לא אמטייה ליד גבאי במידי אחריני דכותיה מצי לשנויי כדגרסינן בערכין אמר רב נחמן וכו' ע"כ משמע דדוקא לצורך עניים מותר לשנותה כמו מאכילה לכסות וכיוצא בזה ולא לצורך מצוה אחרת וכן דעת תלמידו הר' יהוסף הלוי ז"ל תשובתך כבר פירשה יפה הרב הגדול מהר"ר יוסף קולון ז"ל על דבר זה הבית כנסת עצמו כשנחרב בזמן קדמון וחזרו ובנו אותו כן יהיה בזמננו אמן וז"ל על דבר המעות אשר התנדבו לעניי ירושלמי תוב"ב והושמו אותם המעות ביד הגזברים לעשות מהם כאשר יראה וכו' ועתה קרה מקרה כי בעו"ה ידו פרש צר על בית הכנסת שבירושלם ונתץ הבית הגדול והקדוש ועל זה הוצרכו ק"ק שבירושלם תוב"ב להוציא מעות רבות כדי להשתדל לבנות הנהרסות ע"י המלך ממצרים וגם בהוצאת הבנין ועניינים אחרים והוצרכו ללוות ברבית מן העובדי כוכבים ומזלות וכו' דבר פשוט הוא דיכולין לשנות אותם המעות וכו' ולא מבעיא לדברי ר"ת שפירש דאפי' לדבר הרשות מותר ולדבריו הסכים הרא"ש ז"ל אלא אפילו לדברי ר"י וכו' שפירש דוקא לדבר מצוה פשיטא ופשיטא שאין לך מצוה גדולה מזו בנין ב"ה של ירושלם ע"ה מקום מוכן לעלות התפלות השמימה ואף על גב דנחלק עליהם רבינו יוסף הלוי ז"ל ופירש דדוקא לצורך עניים מותר וכו' מכל מקום מאחר שהפוסקים האחרונים חולקים וכו' עוד כתב ז"ל שם דהכא שרי לכ"ע דכי אמרינן דכי גבו בשמם דאין לשנותם ה"מ כשגבו לצורך עניים ידועים כדי ליתן להם מיד כדתנן התם בשקלים וכו' בההיא ודאי איכא למימר דכיון דגבו לשמם דאין לשנותו ליתן לעניים אחרים דהתם אין לגבאים שום כח בהם ואינם אלא כשלוחי העניי' ההם נקבל המעות בעדם וכיון שקיבלו בעדם זכו בהם אותם עניים דזכין לאדם שלא בפניו וכו' אבל בנדון הזה שהתנדבו מעות כדי שיהיה הקרן קיים תמיד ומהריוח יחנו לכל עניים שימצאו שם וכו' ולא התנדבו לצורך עניים מיוחדי' כדי ליתן להם מיד ולא לזולתם וכו' ומשום כך יש להם כח גם לשנותם לכל הפחות לדבר מצוה כי הכא דמצוה רבה היא בנין ב"ה שבירושלם תוב"ב וכו' ע"כ:

והילכך מעתה כ"ש בנדון דידן שלא הגיע ליד גבאי כלל וגם לא נדרה לעניים מיוחדים אלא אמרה שיהיה הקרן קיים והפירות יתנו לחברון לכל עניים אשר ימצאו שם בעת ההיא לפי רוב העניים שימצאו שם בעת ההיא או לפי מיעוטם:

וגם שדמי הבתים האלו נתייחדו לפרוע מה שלוו על הוצאת הער"ץ מהשופט הגדול וזולתו שזהו פתח תקוה לפתוח זה השער לה' הסגור חותם צר וכל ישיבת ירושלם תלוי בפתיחת הבית כנסת שאם חס ושלום נתייאשו מבית הכנסת הרשעי' השקט לא יוכלו ואחר הייאוש יהיה שינוי מעשה שיערערו על הדירה בירושלם כאשר החלו לעשות ושוב אפילו על עולי רגלים ואם אין ירושלם חס ושלום אין חברות וכה"ג ודאי מצוה לשנות וכל שכן דעלוויי עלייה למצותא דמעיקרא לא נתנה לחברון אלא פירות לבד ופקיד כהן הראש ולענה היה נוטל חלק בראש ושאריתו לאל והבל יעשה ואם השנה הראשונ' יגיע להם עד כפול ועד כזית בשנה השנית כשיזדקן הדין יפטרם בחשבונות שלמה לך ושלמה בכך נמצא דשינוי זה הוא מדבר הרשות לדבר מצוה ומצוה לשנות:

ובר מן דין ומן דין עיקר צוואה הראשונה שונה לא שויא ולא מידי דאפי' אמרה היא להדיא כשהקדישה מעכשיו ולאחר מיתה לא שויא ולא מידי דבפ' יש נוחלין על הא דתנן הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה פריך גמרא וכי כתוב מהיום ולאחר מיתה מאי הוי הא תנן מהיו' ולאחר מיתה גט ואינו גט וכו' ומשני התם מיספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי אבל הכא הכי קאמ' ליה גיפא קני מהיום ופירא לאחר מיחה ופרשב"ם התם גבי גט לא שייכי שתי מתנות כי הכא דנימא מקצת הגט מהיום ומקצתו לאחר מיתה כדאמרינן גבי מתנת קרקע הלכך מיספקא לן אי תנאה הוי וכו' כדפרישנן אבל הכא איכא לאוקומי תרוייהו שפיר דהכי קאמר ליה גופא מהיום פירא לאחר מיתה וכיון דאיכא למימר הכי לא נתכוון לא לתנאי ולא לחזרה דהכי משמע טפי ע"כ. משמע להדיא דבעינן לקיומי תרוייהו לשון מעכשיו ולשון לאחר מיתה כגון מתניתין דגופא מהיום ופיר' לאחר מיתה:

מעתה בנדון דין דלא נתנה לאחר מיתה אלא פירות בלבד ומעכשיו לא הקדישה כלום ע"כ ספיקא הוי ואין ספק מוציא מידי ודאי וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו לקידושין בפרק האומר וז"ל וגבי ממון דקי"ל הכותב נכסיו לבניו מהיום ולאחר מיתה קנה ולא מיספקא לז דילמא חזרה הוי ואין מתנה לאחר מיתה פירשו ביש נוחלין דשאני התם דאפשר לקיים הלשון דה"ק גופא מהיום ופירא לאחר מיתה מה שאין כן בגט דליתיה כלל לאחר מיתה וליתיה לחצאין ע"כ:

וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תקס"ג שכל מקדיש שדהו לבדק הבית מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו ולאחר שלשים יום לא אמר כלום לפי שכל הנותן לחבירו מעכשיו ולאחר מיתה קי"ל גופא קני מהיום ופיר' לאחר מיתה אבל לגבוה והקדש א"א לומר כן לפי שא"א שהאילן של הדיוט יינק משדה הקדש אא"כ שייר מקום היניקה

והראיה מההיא דשלהי דהמוכר את הבית ר"ש אומ' המקדיש את השדה לא הקדיש חרוב המורכב וכו' אלמא כל כמה דלא שייר מקום היניקה בפי' אי אפשר כ"ש זה שמשייר כל הפירות וא"ת מה ראית לבטל כל ההקדש מפני שיור זה אדרבה נבטול השיור מפני ההקדש ולא היא הקרקע בחזקת בעליה וכיון שאתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מריה וכדגרסינן בירושלמי גבי פלוגתא דרבי ורבנן באומ' זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דרבי סבר מגורשת ורבנן סברי מגורשת ואינה מגורשת דמיספקא להו אי תנאה הוי אי חזרה הוי וגרסינן התם בירושלמי אף בהפקר שדי מופקרת מעכשיו ולאחר שלשים על דעת דרבי מופקרת ועל דעתהון דרבנן אינה מופקרת לומ' שאי אפשר שיהיה השדה מופקר לאחרי' ופירותיו לבעלים וכיון שכן הוא הרי ההפקר בטל לגמרי ע"כ. וזו ראיה גמורה למאי דאמרינן דאיברא ודאי דשניא הקרש עניים מהקדש בדק הבית דשפיר מצינן למימר בהקדש ענייי' דקרקע מהיום ופיר' לאחר מיתה ומיהו היכא דלית כאן אלא פירי מאי אהני לשון מעכשיו הא ודאי פשיטא דלא אמרה כלום...

ומיהו זה הירושלמי דמייתי הרב ז"ל קשיא טובא לדידיה:

דגרסינן התם בירושלמי פ' מי שאחזו תמן תנינן הכותב נכסיו לבניו צריך. שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דברי רבי יהודה רבי יוסי אומר אינו צריך מה טעמא של ר' יוסי זמנו של שטר מוכיח עליו חבריא בשם רבי יוחנן אינה איסרתה רבי זעירא בשם ר' יוחנן אינה בגיטין אינה במתנה אמר רבי אילא במתנה מכיון שאמר מהיום מתנה גמורה היא לאיזה דבר כתב בה לאחר מיתה לשייר לו אכילת פירות ובגיטין מכיון שכתב מהיום בגט כרות הוא לאיזה דבר כתב בה לאחר מיתה לשייר לו אגופה אמר רבי ביבון בר כהנא קומי רבי אילי לשייר לו מעשה ידיה אמר לו לא מצינו אשה נשואה לזה ומעשה ידיה של זה והוה רבי זעירא מקלח ליה וצווח לי בנייא דאורייתא אוף בגט שחרור כן הרי גט שחרור מעכשיו לאחר שלשים על דעתיה דרבי הרי זה גט על דעתהון דרבנן אינו גט אף בהפקר כן שדי מופקרת מעכשיו לאחר שלשים על דעתיה דרבי מופקרת על דעתהון דרבנן אינה מופקר' אף בהקד' כן כל עמא מודו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אף בקידושין כן אשכח תני רבי אומר מקודשת קידושין גמורין ע"כ. פי' לעיל מיהא פליגי דמר אמר מכיון שאמר מהיום כמו שאמר ע"מ פירו' לאחר שאמר מהיום מה שאמר אחר כך לאחר מיתה היינו תנאה ומר אמ' מכיון שאמ' מהיום כמו שאמר לאחר מיתה פי' לאחר שאמר מהיום חזרה הוי והוה ליה כאלו קאמר לאחר מיתה לבד ואף על גב דאיהו קאמר מהיום ולאחר מיתה בוי"ו כאלו קאמר לאחר מיתה בלא וי"ו והויא ליה חזרה ועלה דמ"ד חזרה הוי פריך דהא תנן הכותב נכסיו לבניו וכו ואליבא

דרבי יוסי אפילו מהיום לא צריך משום דזמנו של שטר מוכיח עליו ומה שאמר גבי גט דאפילו אמר מהיום להדיא לא הוי חזרה וכיוצא בזה פריך בגמרא דידן בפ' יש נוחלין וכדכתיבנא ומשני חבריא בשם רבי יוחנן אינה איסרתה פי' ההוא דגיטין איסרתה ושניא איסורא ממונא וכיוצא בזה תירץ הרי"ף ז"ל בהלכות פ' יש נוחלין כי היכי דלא תיקשי דרב אדרב דהכא פסק הלכה כרבי יוסי והתם בהמגרש אמר לאפוקי מדר' יוסי ור' זעירא בשם רבי יוחנן תירץ ההיא בגיטין וההיא במתנה פי' כל חדא טעמו עמו אמאי בגט הוי חזרה ובמתנה הוי תנאה ופי' רבי אילא במתנה מכיון שאמר מהיום מתנה גמורה היא לאיזה דבר כתב לאחר מיתה וכו' ובגיטין מכיון שכתב מהיום גט כרות הוא לאיזה דבר וכו' לשייר לו אגופה בתמיה הא ודאי דגט לאחר מיתה ליתא כלל דליתיה לחצאין הילכך ודאי חזרה היא והקשה רבי ביבון בר כהנא דבגט אשה נמי ה"ק גופא מהיום ומעשה ידיה לאחר מיתה ומשני לא מצינו אשה לאחד ומעשה ידיה לאחר והוה רבי זעירא מקלס ליה וצווח ליה בנייה דאורייתא ושוב קאמר אף בגט שחרור וכו' פי' כי היכי דפליגי רבי ורבנן בגט אשה דר' סבר מהיום ולאחר מיתה מגורשת משו' דמהיום עיקר ולאחר מיתה תנאה הוי ורבנן סהדי לאחר מיתה עיקר וחזרה הוי ולגמר' דידן ספיקא הוי ה"נ פליגי בגט שחרור דכיון דאין גט שחרור לחצאין לרבי תנאה הוי ולכשיגיע לאחר שלשי' יום הרי הוא משוחרר למפרע ולרבנן חזרה הוי והויא ליה כאלו קאמר הרי זו גט שחרורך לאחר שלשים יום ובכה"ג ודאי לא הוי גט דיכול לחזור בו וכדאיתא בקידושין פ' האומר לגבי קידושין וגם כיון דבשעת חיילות השחרור דהיינו לאחר שלשים לא נתן לו הגט אינו גט מה שנתן לו עכשיו וקאמר עוד אף בהפקר כן שדי מופקרת וכו' כלומר דאף בהפקר א"א שיהא גופו מופקר ופירותיו לבעלים ואמטו להכי לרבנן אינה מופקרת דחזרה הוי ופריך אף בהקדש כן ואמאי לא נקט אלא הני תרתי גט שחרור והפקר דהפקר נמי אף על פי שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לו לחזור בו וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות נדרים ויש ראיה לזה מהא דאמרינן פ' מי שמת איבעיא להו הקדיש כל נכסיו מהו הפקיר כל נכסיו מהו וכו' וכדכתיבנא לה לעיל הלכך מה שאמר דנקט הפקר ולא נקט הקדש פי' בגוונא דלא שייך למימר הגוף מעכשיו ופירי לאחר שלשים ומשני דלא נקט אלא הני דפליגי בהו רבי ורבנן אבל בהקדש כ"ע מודו דאמירתו כמסירתו להדיוט ושניא הקדש מהפקר דהפקר אף על גב דאסור לחזור מ"מ עדיין לא קנו העולם ולא זכו בו וזה שאמר מעכשיו ולאחר שלשים ודאי דחזרתו חזרה אלא דעבד איסורא אבל ההקדש קנה ממש באמירתו וחזרתו לא מהניא ולא מידי הלכך כ"ע מודו דהאומר מעכשיו ולאחר שלשים יום דהרי זה הקדש ותנאה הוי ולא חזרה ופריך תו אף בקדושין

כן פי' כי היכי דפליגי רבי ורבנן בגיטין ובגט שחרור ובהפקר משום דלא מצינן לקיומי שתי הלשונו' מעכשיו ולאחר שלשים יום ה"נ אית לך למימר בקידושין ואלו אנן תנן סתמא בקדושין פ' האומר מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אח' וקידשה בתוך ל' מקודשת ואינ' מקודשת ולא פליג עלה ר' כלל ומשני אשכח רבי אומר מקודשת קידושין גמורין פי' אשכח ברייתי' דקתני להדיא ר' אומר וכו' ופליג עלה דמתניתין ולהכי לא קתני אלא גט שחרור והפקר ולא קתני קידושין משום דלא חשיב אלא הנהו דהויא סברא דנפשיה ולאו מאי דקתני בברייתא להדיא כן נ"ל פי' הירושלמי הא קמן להדיא דמחלקינן בין הקדש להפקר ואלו הרב ז"ל מדמה הקדש להפקר דכי היכי דאמרינן בהפקר דכיון דא"א שיהיה השדה מופקר לאחרים ופירותיו לבעלים משום הכי ההפקר בטל לגמרי ה"נ בהקדש בדק הבית ואפשר שלא היה כתוב כן בנוסחא שלו אי נמי דפריש פירושא אחרינא אי נמי סמיך גמרא דידן וכדאייתי לה מפ' המוכר את הבית ולא אייתי הא דירושלמי אלא לדוגמא בעלמא ואין לי להאריך עוד מכל מקום הרי הרב ז"ל כתב בהדיא דהמקדיש שדהו לבדק הבית מעכשיו ולאחר מיתה לא אמר כלום משום דלא מצינן למימר ביה גופא קני מהיום ופירות לאחר מיתה כל שכן בהקדש עניים היכא דליכא למימר גופא קני מהיום וכו' כגון בנדון דידן דלא הקדישה אלא פירות והקרקע לא תמכר ואפילו למאי דפרישנא בירושלמי אפשר דלא מיירי אלא בקדשי בדק הבית דאינהו על הסתם מיירי דליכא למימר בהו גופא מהיום ופיר' לאחר מיתה וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה אבל הקדש עניים מסתמא מיירי בגוונא דאיכא למימר בהו גופא קני מהיום וכו' והלכך לא מיירי בהו הירושלמי וכיון דכן איכא למימר דשניא הקדש עניים מהקדש גמור ואפילו היכא דליכא למימר גופא קני מהיום וכו' ואדרבה נדמייה להפקר תדע דבפ' מי שמת גבי הנהו בעיי דש"מ שהקדיש כל נכסיו לגירס' הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל אדרבא הפקר עדיפא טפי מחילק לעניים וכדכתיבנא לעיל:

ומכל מקום נמצינו למדין דכל היכא דליכא לקיומו לשון מעכשיו ולשון לאחר מיתה לא אמר כלום וכל שכן היכא דלא אמרה מעכשיו אלא דקא אתית עלה מדין זמנו של שטר הא ודאי דלא אמרינן הכי אלא היכא דמצית לקיומי לתרוייהו לשון מעכשיו ולשון לאחר מיתה אבל אם כתוב בשטר לאחר מיתה ולא מצית לקיומי לשון מעכשיו היאך יוכיח הזמן הפך מה שכתוב בשטר והכין דייק לשון רש"י ז"ל שכתב בפ' מי שאחזו בגמרא זה גיטך אם מתי ז"ל ורב הונא כרבי יוסי דאמר התם אינו צריך דקסבר זמנו של שטר מוכיח עליו דמהיום נתן לו את גוף הקרקע והפירות יאכל הוא בחייו דאם לא נתן לו הגוף מעכשיו למה נכתב זמן בשטר במתנה ע"כ. וזה ברור הא לא דמיא אלא למה

שכתב הרשב"ץ ז"ל וז"ל שטר מתנה זו שלא כתב בו קנין מעכשיו אף על פי שכתב בו זמן כיון שכתוב בו בפי' והמתנה הזאת שנתתי היא לאחר מיתה אבל לא מהיום ההוא והלאה בעוד שאני בחיים לא אמרינן בה זמנו של שטר מוכיח עליו. ע"כ. ובנדון דידן נמי הרי אמרה בפי' שבחיים חייתה יהיה מורשה אלעזר כהן לגבות השכירות ולחזק את בדקי וכו':

ובר מן דין ומן דין הרי כתב מהר"י קולון ז"ל בסוף סימן צ"ד וז"ל נראה לעניות דעתי דלא שייך למימר זמנו של שטר מוכיח עליו אלא בשמצוה לכתוב שטר גמור וגם צוה לכתו' בו זמן אבל בצוואה זו שלא צוותה לכתוב בה זמן וגם לא נתכוונה לשטר גמור מדלא החתימה עליו כי אם עד אחד לא שייך למימר ביה שיוכיח עליו הזמן אפילו לר' יוסי וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל ועוד שאפשר שאפילו שאומר כן בפי' שרוצה שיקנה בקנין זה לאחר מיתה לא קנה שלא אמר רבי יוסי בכותב נכסים לבניו לאחר מותו קנה שזמנו של שטר מוכיח עליו אלא משום דהתם כתב הוא זמן בשטר או שצוה לעדים לכתוב בו זמן וזכורני שכך קבלתיה ממורי הרב ז"ל. ע"כ לשון מהר"י קולון ז"ל. וכן משמע מדברי הרמב"ם ז"ל בסו' הלכות זכיה שכתב וז"ל שטר מתנה שכתו' בו שיקנה פלוני שדה פלוני לאחר מיתה בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין כיון שכתוב בו זמן ובזמן זה חי היה הזמן יוכיח שמחיים הקנה לו ואינו זוכה אלא לאחר מיתה שאלו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן לפיכך אף על פי שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה קונה לאחר מיתה וכו' ע"כ:

הא קמן דתלו הרב ז"ל טעמא דמילתא משום שאלו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן וכו' אלמא משום דאיהו כתב הזמן אי נמי שצוה בפי' לכתו' הזמן הוא דמוכיח הזמן משום ייתורא דלמה ליה לכתו' אבל אם העדים כתבו הזמן מעצמם היאך דרשינן ייתורא ודילמא דעתו היה להקנות לאחר מיתה בשטר זה ולא רוצה לכתוב בו זמן אלא שהעדים כתבו מעצמם ועוד משמע לי מלשון הרב ז"ל שכתב שחלו היה בדעתו להקנות לו בשטר זה וכו' דלא מיירי אלא בשטר הקנאה שלשון השטר בענין שקונה בעצמו שכותב לו שדי נתונה לך אבל אם הקנייה כבר נגמרה על פה והשטר אינו אלא לראיה היאך יהיה הזמן הכתוב בשטר הוכחה על מה שנעשה ונגמר על פה כגון בנ"ד דאי אמרת דבאמירה לגבוה לבד קנה וכבר חל הנדר ואינו יכול לחזור בו מעתה ע"כ השטר אינו אלא מזכרת ולראיה בעלמא ומה שאמרה כתבו וחתמו עלי בכל לשון זכות לא נתכוונה אלא שיהיה לראיה גמורה שלא יוכל אדם לערער אבל לא שיהיה שטר גמור שיהיה קונה בעצמו:

תדע שלא נכתב השטר אלא אחר זמן רב שהקדישה באותו האופן וכמו שכתב החכם המעיד בכתיבת ידו וגם העיד האחר העיד כן בעל פה והכין משמע לשון השטר עצמו שכתוב בסופו ולהיות זה אמת חתמנו פה שמותינו אנחנו השומעים את דברי מרת שמחה הלזו זה היום וכו'. והילכך כיון שאינו אלא שטר ראייה היאך יוכיח על מה שהקדישה ונגמר כבר בעל פה מה שהקדישה בעל פה הוא לשון גרוע והויא מציא למהדר בה הא ודאי דהשטר לא יועיל ולא יציל דאי נו אלא זכרון בעלמא וכ"ש שלא נכתב השטר אלא לאחר שהקדישה זמן רב וכמו שהעידו העדים החתומים על השטר וכדמוכח לשון השטר עצמו מעתה היאך יוכיח זמנו של שטר המאוחר זמן רב על הצוואה שנעשית מקדמת דנא:

הילכך נקיטינן מכל הני טעמי דכתיבנא דהצוואה האחרונה קיימת והצוואה הראשונה בטלה לגמרי וכמו שפסקו רבני הגליל יצ"ו והוא פשוט יותר מביעתא בכותחא והמקי' הבטל ומבטל הקיים ליבטיל וליהוי כעפרא דארעא והמבטל הבטל ומקיים הקיים יתקיים לעולם והאל ינקנו משגיאו' ומהכשל בדבר הלכה וינחנו בדרך אמת הצעיר בצלאל אשכנזי:

סימן טז

שאלה. ראובן שנכנס לחופה עם דינה ולא יכול לבוא עליה כדרך כל הארץ והוא היה אומר כי היתה אטומה וצריכה פתיחה באיזמל וקרוביה היו אומרים כי ראובן ישען על ביתו. ויהי כי ארכו הקטטו' ביניהם חשבו לתקן האשה ולא הצליחו ועל זה העמיד ראובן ב"ד וגבו עדו' נשים יקרות על הענין הזה ועם כל זה קרובי האשה לא נכנעו לדין והלכו בערכאות העובדי כוכבים והוציאו מיד ראובן כל הנדוניא והמתנות ועוד הכריחוהו לגרשה וזה לשון עדות רבים מהיודעים החמס אשר נעשה לראובן:

בהיות שנדרשנו אנו חתומי מטה מאת ראובן שנכתוב לו מה שנתברר אצלנו וידענו נאמנה מכל אשר קרהו עם אשתו הראשונה דינה בת יעקב והסומכים בידה להיות בידו לעדות ולראיה. על כל באנו להגיד ולהודיע בחתימתנו זאת מעשה שהיה כך היה כי כשנכנס לחופה החכם הנז' עם אשתו הנז' בחדש אב משנת השמ"א ולא יכול לה כדרך כל הארץ הקול נשמע בעיר שהאשה הנז' היתה אומרת שלא בפניו כי הסיבה מצד בעלה הנז' כי לא אדם הוא להזקק לה ובעלה הנז' היה מכריז ואומר כי סגר בשר תחתינה וצריכה פתיחה ויהי כי עברו כמו ד' חדשים בא אבי ראובן הנז' ודרש מטובי קהלתנו לכתוב לדודה אשר בציפורי שיבוא ויראה במום האשה הזאת אם יעשה לה תיקון כי

לא יכול לסבול שיהיה בנו יושב ובטל מפריה ורביה. וביני ביני נמשכה קטטה בין איש לאשתו וחמותו. וכשבא דודה הנז' מצפורי בקש ראובן הנז' לתווך שלום ביניהם ולתקן מום האשה הזאת ולא יכול לתקן כי האשה בזאת וקרוביה היו מתאמצי' לומר שהמום מראובן הנז' שלא בפניו ובקשו להפריד ביניהם והוציאו האשה הזאת מבית בעלה ודודה הנז' ציוה לעוזריו שישתדלו בערכאות של עובדי כוכבים ומזלות להוציא הנדוניא וכל מה שנתנו לו מיד ראובן הנז' ולגרש האשה. וילך לו אל ארצו: וראובן הנז' קבץ מיד מעמד קהלתנו לראות בעמלו ושלחנו לשלוחינו לדבר לאשה שתשוב בית אשה ואם יש לה דין ודברים עמו נעשה לה כדת וכהלכה והיא השיבה על יד שלוחנו שאינה מכירה אותנו אבל שמעון הוא מורשה שלה מי בעל דברים יגש אליו ואז שלחנו לפרנסי הזמן הלא המה לוי ויהודה לאמר לו שיקרב ריב האשה לפני קהלתנו כי אנו מוכנים לעשות דין ומשפט ולא ילכו לערכאות העובדי כוכבים ומזלות והשיב להם בלשון לעז יא לו אויגו יא לו אוייו: ויפצרו בו מאד שישיב תשובה ברורה על מה שאומרי' לו ולא יכלו להוציא מפניו דבר רק יא אוייו יא לי אוויו: ועכ"ז ראובן הנז' היה דורש בשלום האשה ושולח שלוחי' לדבר על לב הנערה ואמה ולא הועיל כי אמה ואחיה יענו להדיח ולהפרידה מבעלה ויהי ביום הז' לחדש אייר משנת השמ"ב בהיות ראובן הנז' בבית האבל אחר התפלה פתע פתאום נגשו אליו שמעון הנז' וקרובי האשה ועכבוהו בדברים עד ששלחו והביאו משרתי הדיין וימשכו את ראובן הנז' ועמהם רבים מבני ישר' העוזרי' אותם ומקצת ישמעאלים ועם היות ראובן הנז' צועק ואומר המבלי אין תורה בישראל אויבינו פלילים הריני מוכן לעמוד בדין תורה ורבים מבני ישראל אומרים כן לא הועילו כלל כי אמרו שמעון הנז' אם יגרש נפשר ביניהם וראובן הנז' אמר שלא יגרש בשום פנים ויכניסוהו לפני הדיין הגדול ותבע ממנו אחי האשה שמונים אלפים לבנים בשליחות אחותו ושמעון הנז' היה הטוען המוציא והמביא ועם שראובן הנז' טען כי כל נדונייתה אינו רק חמשה ושבעים אלפים לבנים וגם זה אינו בידו אלא בידה: הדיין לא שמע בקולו כלל אלא מיד ציוה וחבשוהו בבית האסורין בעד שמונים אלפים לבנים וכתב עליו שהוא הודה בפיו והתפאר הדיין כי הו' יכריחנו לגרש כי זה לו לזכות גדולה לפי שהנזכרים היו אומרים לו שזו מצוה גדולה גם כי הדיין היה מדובר וימינו מלאה שוחד: ועוד שלח קצת מאנשיו משרתיו לחפש בית אבי ראובן הנז' ימצאו שם הנדוניא ולא מצאו והעלילו שגיסו ישששכר היה מטמין הנדונייא והכה המשרתים וימצאו אנשים בני בליעל מישמעאלים וישראל שהעידו על זה והדיין קבל עדותם שלא בפניו וכת שעמד בדין לפניו ושקרים אחרים מה שלא היה והוצרך להחבא ולפזר ממון הרבה לפייס המשרתים

מפני עלילת ההכאה: ועוד כתב הדיין איך ראובן הנז' הודה שגירש את אשתו מה שלא היה. גם אבי ראובן הוצרך להחבא כי אמרו שנכתבו עליו כתבי עמל ואון ופלסתר: ויהי ממחרת בא שמעון הנז' לקהלתנו לבקש מהפרנסים שימציאו לו את אבי ראובן הנז' ולהוליכו לדיין לתבוע ממנו תביעות ובראותו בעמלו שלח לומר לו כי הוא יתן להם כל הנדונייא ויוציאו את בנו מהסוהר ויגרש את אשתו ושלח הוא וסיעתו לאמר לו כי כן יעשו ואבי ראובן הנז' בעצם תומו האמין לדבריהם והביא כל הנדונייא בית זבולון ושלח וקרא לשמעון הנז' ולאחי כלתו המורשה שלה ולאמה ולדודה הנמצא פה דן. ומסר בידם כל הנדונייא לא נפל דבר זולת כ"ג אלפים לבנים מהמעות בעין ונתפשרו שיתן ד' ערבים טובים מיחידי סגולת קהלתנו לפרוע הכ' אלף לבנים לזמן ג' חדשים ושיתן הג' אלף לבנים תכף במעות בעין ומיד יוציאו בנו מהסוהר ומיד נתן להם הד' ערבים ומסר להם לבטחון סופי"ש שוים יותר משלשים אלפים לבנים: ואחרי כן בקשו עמנו להביא גם כן המתנות שנתן אבי הנערה ואחיה ואמה לראובן הנזכר ואף על פי שהוקשה הדבר מאד בעיניו ובעיני היושבי' הוצרך להביאם: ונתקבל הכל ביד הנזכרים והיו המתנות שוות יותר מששה אלפים לבנים מעלה ומטה. והסכימו כי ליום המחרת יביא הג' אלפים לבנים הנשארים מהנדונייא בעין ויוציאוהו מבית הסוהר ויהי בבקר ותפעם רוחם כי אף שאבי ראובן הנז' הביא הג' אלפים לבנים הנז' לא רצו לקבלם ולהוציאו מהסוהר ואבי ראובן הנז' צעק לפני רבים כמה פעמים וקבץ קהלות לראות בחמס הנעשה לו לא שמעו בקולו אדרבא היו מאיימין שמעון הנז' וסיעתו שיתבעו כל החפצים שעשה ראובן לאשתו כדין הערכאו' שזוכה בהן המתגרשת בדיניהם ואיש לא עמד בפניהם. וגם אנחנו לא יכולנו להעיד בפני הדיין איך קבלו הנדונייא כי ראינו שהדיין היה דעתו להם וזחלנו וניר שמא יפסול עדותנו ויבייישנו. ואף שהיה צועק אבי ראובן הנז' ואומר שראובן הנז' יתן גט לא רצו להוציאו כי ראו שהגט היה מעושה והיו מבקשים ממנו שיתחייב בארבעים אלפים לבנים לשמעון הנז' ויתן לו שמונה ערבים כדי שאם לא יגרש בנו את אשתו יפרעו לו הסך הנז' ולא יכול לעשות כן כי לא מצא אהובי' שיתערבו בעדו ובין כה ישב ראובן הנז' בצערו בסוהר תשעים יום. וביני ביני אביו הנז' היה הולך וצועק ואינו נענה שהמנגדים היו אומרים שלא היו חוששין לעמוד בדין תורה והיה הולך ומשתומם בצרתו עד שכמעט שכח גמרו מחמת אונסו וכל אשר נכמרו רחמיו עליהם לא יכול להושיעם: ולבסוף ע"י מליצים נתפשרו שהוציאוהו מהסוהר על זה התנאי שהסופי"ש הנז' ודמי מקצתם שנמכרו ועוד עשרים אלפים לבנים ימסרו ביד אשר על זה האופן שתגבה האשה הנז' מהסופי"ש מצד חוב העשרים אלפים לבנים הנ"ל ט"ו אלף ות"ק

לבנים לבד וכל העודף מהסופי"ש ומדי הנמכרים מהם וגם העשרים אלפים לבנים הנז' שימסרו בידו הכל יהיו לו במתנה גמורה על זה האופן שאם לא יגרש ראובן הנז' את אשתו יתחייב אשר הנז' ליתן הכל לשמעון הנז' ואם יגרשנה תהיה המתנה ביד אשר הנז' שאם ירצה יעכבנה לו ואם ירצה יחזירנה לראובן הנז' או למי שירצה ולפי שלא השיגה יד ראובן להביא העשרים אלף לבנים הנז' בא גיסו יששכר הנז' ושם חפצי זהב במקומו ועשו שטר המתנה ובכן הלכו לפני הדיין ואמרו לו שיתיר את ראובן הנז' כדי שילך ויבקש ממון לפרוע החוב הנ"ל וכתבו מחדש חוגי"ט שאביו וגיסו נתערבו לו בעד ארבעים אלף לבנים מהחוב הנז' אם יתעל' מן העין ראובן הנז' ועוד עשו שקבל עליו ראובן הנז' נזירות שמשון בשלימות כדי שלא יוכל לצאת חוץ לחומת העיר עד שיתנו לו רשות אשר וזבולון הנז' שניהם יחד ובכן הוציאוהו מהסוהר ויצא ובא בתוך העיר ז' ימים וביום השביעי כתב לה הגט וקוד' שנכתב הלכו וכתבו שטר מחילה לפני הדיין הקטן על השמני' אלפים לבנים ולא זזה ידם מתחת ידו עד שהביאוהו הביתה וכתב לה ספר כריתות. וסמוך לנתינת הגט חברו שני הנ"ל והרשוהו לצאת מהעיר וקרעו שטר הנזירות הנז' ונתן לה גט:

ועוד גם כן נתנו לו לראובן הנז' שטר המחילה על תביעות אשתו ולמקצת הימים החזיר אשר הנזכר לישששכר הנזכר כל החפצים שנתן לו ולראובן הנז' כל הסופי"ש זולת ט"ו אלף ות"ק לבנים שלקחו מדמי הסופי"ש לפרעון העשרים אלפים לבנים מהנדונייא הנז' והד' אלפים ות"ק לבנים ויתרו לראובן הנז' בעד מה שהוציא בחופה. ואלו הד' אלפים ות"ק לבנים הנז' שיותרו לו בעד הוצאת החופה ויתרו גם כן כדי שיתן הגט ברצונו זהו מה שידענו נאמנה. ולהיות זה לעדות וראיה ביד ראובן הנז' כתבנו מעשה שהיה וחתמנו שמותנו פה היום יום ראשון חמשה עשר לחדש תמוז משנת פלוני פה העיר פלונית והכל שריר וקיים. והעדים החתומים יוסף בן שמעון. אבא בר מניוני. גידול בר רעלאי. וז"ל שטר מעדויות אחרים. אנחנו ח"מ יודעים עדות נאמנה איך הדיין הגדול הנקרא פלוני אשר בא לשפוט הארץ הלזו בחדש ניסן משנת השמ"ב ועמד בה יושב על כנו עד חדש תמוז משנת השמ"ג. אסר את ראובן בחדש אייר משנת השמ"ב והעמידו שם ימים רבי' שלא כדין כדי שיגרש את אשתו בעל כרחו בעצת שמעון כי הדיין הנז' היה נשמע לדבריו לכל אשר היה מבקש ממנו על ידי שחד שנתן לו. ומצא חן בעיניו ונתאהב אצלו ולעשות רצונו כתב על ראובן הנז' וקרוביו כתב עמל ופלסתר ולא עוד אלא שעל פיו שמעון הנז' הכה כמה אנשים מבני ישראל מכה רבה בלא משפט וכתב עליהם דברי שקר שעל ידן היה מחייב את ראשן למלכות לולי רחמי שמים. ולהיות זה אמת

ואמונה כתבנו זה וחתמנו שמותינו פה להיות לעדות ולראיה והיה זה יום רביעי י"א לחדש תמוז שנת פלונית פה העיר פלונית והכל שריר ובריר וקיים והעדים החתומים בו. אברהם בר יצחק. יעקב בן ראובן. פרץ בן יהודה. וזה לשון המעשה ב"ד. במותב תלתא כחדא הוינא כד אחת קדמנא שרה אשת אברהם ואחרי האיום והגיזום הראוי לעשות העידה לפנינו שביום אחד בדקו את הבחורה דינה אשת ראובן שתי נשי בקיאות האחת יהודית והא' עובדי כוכבים ומזלות ושתיהן אמרו שהיתה סגורה ואינה ראויה לביאה ושוב הוליכוה אצל ישמעאלית א' שאמר שהיתה בקיאה בפתיחת הסגורה והלכה עמה שרה הנז' ואמרה הישמעאלית הנז' שהיא סגורה וחתכה לפניה מבשר הסגורה ואמר שכבר מתוקנת בחיתוך הנזכר ולמחרת באה עוד עובדי כוכבים בקיאה במלאכת הנז' וראתה ואמרה שעדיין היא סגורה כי החתוך הנז' לא תזיקנה. ועוד באה לפנינו מרת רבקה אשת יצחק. ואמרה והעידה שגם הי' נמצאת שם באותו היום שבאה העובדי כוכבים הנז' ובדק' את הבחורה הנז' ואמר שהחתוך שעשתה הישמעאלית לא תיקנה שעדיין היא סתומה. ועוד באה לפנינו מרת לאה אשת יעקב והעידה איך נמצאת גם היא ביום הראשון כשבדקה העובדי כוכבים ומזלות הראשונה את הבחורה הנז' ואמר שהיא סתומה. וגם כן נמצאת מרת לאה הנז' ביום האחר כשבאה העובדי כוכבי' ומזלות השנית ובדקה את הבחורה הנז' ואמרה שהישמעאלית לא תיקנה כמו שראוי ועדיין הי' סתומה והיה זה ביום ג' ב' ימים לחדש שבט משנת השמ"ב פה העיר פ'. ולהיות זה אמת כתבנו מה שהועד בפנינו וחתמנו שמותינו פה והכל שריר ובריר וקיים והדייני' החתומים בו ג' חכמים גדולים. רבי מאיר. רבי יוסי. ר' יהודה:

ועתה השכילו כל תופשי תורה ובעלי הוראה הביטו וראו אם יש ממש בגט הזה על פי הדברים הנזכר אשר כולם נאמנים ומפורסמים. כי לכם המשפט לדין דין אמת לאמתו דבר בעתו ועוז זרוע עם גבורה לאפרושי מאיסורא וכל אשר נגע אלדים בלבו. אשר יש להם שכר טוב בעמלם המה ישאו קולם יצאו בפעלם לסלק ממזרים מן העולם. ומן השמים כפול שכרם:

תשובה. תנן בפר' המגרש גט מעושה בישראל כשר ובעובדי כוכבי' ומזלות פסול. ובעובדי כוכבי' ומזלות חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך י"מדהא דקתני ובעובדי כוכבי' ומזלות חובטין וכו' קאי אמאי דקתני ובעובדי כוכבים ומזלות פסול דאפילו באותו ענין שאומר לו עשה מה שישראל אומר לך פסול והתוספות ז"ל לא פי' כן אלא ה"ק ובעובדי כוכבים ומזלות פעמים שהוא כשר וכן פירש בהלכות גדולות כן כתב הרשב"א ז"ל והרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל: והכי איתא בירושלמי תני רבי חייא

עובדי כוכבים ומזלות שעשה כמעשה ישראל פסול ואפילו אמר איני זן ואיני מפרנס פי' ואפי' הוי כדין ומתניתין אמרה כן ובעובדי כוכבים ומזלות חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך ולא מה שאנו אומרים לך אלמא מתניתין להכשיר מיירי ויש חלוף נסחאות בלשון זה של הירושלמי וכולן עולין לענין א' ומשמע מלשון זה דאפילו אם העובדי כוכבי' ומזלות כופין כדין אי כייפי ליה אדעתא דנפשייהו דמפסיל פסיל והיינו דקא מסיים ולא מה שאנו אומרים לך וכן כתב הרמ"ה ז"ל דדוקא כדאמרי עשה מה שב"ד ישראל אומר לך אבל אם עובדי כוכבים ומזלות כופין אותו ואומרים לו תן גט אע"פ שישראל אומר לו לכופו פסול והרא"ש ז"ל חולק ואומר דכיון דישראל אומר להם לכופו אפילו אם העובדי כוכבים ומזלות אומר ליתן גט כשר. וכן כתב הטור ז"ל סימן קל"ד ומיהו אכתי יש לחלק בשאומר עשה מה שאנו אומרים לך וכדדייק לשון הירושלמי:

וגרסינן עלה בגמ' אמר רב נחמן אמר שמואל גט המעושה בישראל כדין כשר שלא כדין פסול ופוסל ובעובדי כוכבים ומזלות פסול ופוסל שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו ע"כ. פי' אתא לפרושי דמתניתין דתני דבישראל כשר דהיינו כדין כגון הנך דכופין אותם מן הדין להוציא אם לא רצה להוציא כופין אותו ואפילו בשוטים ובמקלות עד שיאמר רוצה אני וכתב הרשב"ץ ז"ל בתשובה דדוקא בדלא מסר מודעא אי נמי בדמסר ובטל למודעיה קמא דאי במסר מודעא ולא בטל למודעיה קמא אף על גב דארצי מתוך העשוי אינו כשר והכי משמע בערכין וכו' ועוד דאי בשלא כדין אפילו בטול למודעיה אינו גט כל זמן שהוא כפוי וכן נמי משמע בפ' חזקת הבתים דההוא דגט מעושה בדלא מסר מודעא היא דאותיבנא מינה לרב הונא דאמ' תלויה וזבין. וכיון דאפילו עשאוהו כדין אם מסר מודעא ולא בטלה מודעי' מודעא ואינו כשר אלא בדבטל' או בדלא מסרה אם כן בשלא כדין דפסול אפילו בלא מסר מודעא אי נמי מסרה ובטלה הגט פסול. ובעובדי כוכבים ומזלות בדין אפילו ריח הגט אין בו נמצא שאפילו כפוהו ישראל כדין ומסר מודעא ולא בטלה אינו גט כלל. ואם לא מסר' או שמסרם ובטלה אפי' מתוך העשוי כשר ושלא כדין פסול ופוסל בביטול מודעא ובטל בלא בטול. ובעובדי כוכבים ומזלות כדין פסול ופוסל אפילו בביטול ושלא בביטול בטל הגט. ושלא כדין בכל ענין אינו גט כלל עכ"ל הרשב"ץ ז"ל בתשובה:

ופריך גמרא מה נפשך אי עובדי כוכבים ומזלות בני עשויי נינהו לכוף חת ישראל בדין אתכשורי נמי מיתכשר ואי לאו בני עשויי נינהו מפסיל נמי לא נפסול. ומשני אמר רב משרשיא דבר תורה גט המעושה בעובדי כוכבים ומזלות כשר פי' דבני עשויי נינהו

ומה טעם אמרו פסול שלא תהא כל א' וא' הולכת ותולה עצמה בעובדי כוכבים ומזלות ומפקעת עצמה מיד בעלה שלא כדין דאי אמרת כדין כשר אתו לעשויי נמי שלא כדין. ופריך אי הכי דכיון דמדאורייתא כשר אמאי קאמר שלא כדין אפי' ריח גט אין בו מיפסל מיהא לפסיל דהוה לן למיגזר שלא כדון אטו כדין בשלא כדין בישראל אלא הא דרב משרשיא בדותא היא וטעמא מאי כדין בכדין דישר' מיחליף שלא כדין בכדין דישראל לא מיחליף פי' לעולם אימא לך דמדאורייתא בעובדי כוכבים ומזלות אפילו כדין נמי פסול דלאו בני עשויי נינהו ודקאמר' מיפסיל נמי לא מיפסיל היינו טעמא דמפסיל בכהונה דכיון דמיחלף בכדין דישראל דכשר גזרו ביה רבנן אבל שלא כדין דעובדי כוכבים ומזלות כדין דישראל לא מיחלף מאי אמרת מיחלף בשלא כדין בישראל היא גופא גזירה היא משום כדין דישראל ואנן ניקום ונגזור גזירה זו היא שיטת רש"י ז"ל וכן פי' הריטב"א ז"ל ופי' הריטב"א ז"ל במתניתין ובעובדי כוכבים ומזלות פסול משום דוכתב ונתן לרצונו משמע אבל כדין דישראל לאו אונס הוא דכיון דלא אנסי' ליה למעבד אלא מאי דמחייב בעובדי כוכבים ומזלות וכדאמרינן גבי חייבי עולה ושלמים וכו' ולפיכך הא דקתני במתניתין בעובדי כוכבים ומזלות פסול אפילו אנסוהו כדין נמי פסול ראי שלא כדין אפילו בישראל פסול ואף על גב דקי"ל תליוה וזבין זביניה זביני. ה"מ במכר ובדיהיב זוזי דאגב אונסיה גמר ומקנה וכו'. ע"כ. ולפום האי שיטתה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תקע"ג דגט מעושה ביד עובדי כוכבים ומזלות אפילו בדין אינו גט דלאו בני עשויי נינהו אלא כשאומר לו עשה מה שישראל חברך אומר לך ושלא כדין אפילו ע"י ישראל אינו גט ואפילו לא מסר מודעא ולא הכרנו באונסו וכו' ע"כ וכן משמע מהתוספות בפר' חזקת והקשה הר"ן ז"ל בפירושיו על ההלכות כיון דאמרינן דכדין דעובדי כוכבים ומולות מיחלף בכדין דישראל נימא שאם שלא נתגרשה בכדין דעובדי כוכבים ומזלות ובא אחר וקדשה נחוש לקדושיו אטו כדין דישראל וכת ב ה"נ אם כן דגזרינן עובדי כוכבים ומזלות אטו ישראל נגזור נמי ישראל אטו עובדי כוכבים ומזלות ונימא דגט המעושה בישראל כדין לא יהא כשר דילמא אתו לאכשורי בכדין דעובדי כוכבים ומזלות: והאריך הרב ז"ל בתירוץ ע"ש. ובקוצר יש לי לתרץ דהא ודאי לגבי איסור אשת איש לא גזרינן דלא מיחליף דין דעובדי כוכבים ומזלות בדין ישראל והתורה צווחה ואומרת לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים והוה ליה כאילו אמרה התורה להדיא דלאו גיטא הוא. והילכך לא גזרו רבנן נגד התורה ועוד דכל צד בקידושין יש בו להחמיר ולהקל שאם אתה חש לקידושי שני שמא לא יחושו לקידושי ראשון כלל ומ"ה לא יגזרו רבנן בזה כלל אבל לגבי איסור כהונה דאפי' ריח כגט פוסל בו וכדאמר בריש

המגרש איסור כהונה שאני הילכך גזרו ביה רבנן דייק לשון רש"י ז"ל שכתב וז"ל כדין העובדי כוכבים ומזלות עובדי כוכבים ומזלות שעשאוהו להוציא ובדין תורה אף על גב דלאו גיטא הוא גזור רבנן לפסול לכהונה וכו' ע"כ. דוק ותשכח ומכל מקום שמעינן מכל הני רבוותא דכל שאנסוהו עובדי כוכבים ומזלות לגרש אפילו אנסוהו כדין שחייב להוציאה אינו גט ואם נשאת תצא וכן כתב הטור להדיא סי' קל"ד:

ומיהו הרמב"ם ז"ל כתב בפ' כ' מהלכות גרושין וכן אם הכוהו עובדי כוכבים ומזלות ואמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך ולחצו אותו ישראל ביד העובדי כוכבים ומזלות עד שיגרש הרי זה כשר. ואם העובדי כוכבים ומזלות מעצמן אנסוהו עד שכתב הואיל והדין נותן שיכתוב הרי זה גט פסול ולמה לא יהא גט זה בטל שהרי הוא אנוס בין ביד עובדי כוכבים ומזלות בין ביד ישראל שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן החורה כגון מי שהוכה עד שמכר או שנתן אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו אין זה אונס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה לעשות הוא כל המצות ולהתרחק מ העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו. לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש וטעו ב"ד של ישראל או שהיו הדיוטות ואנסוהו עד שגירש הרי זה גט פסול הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש ואם העובדי כוכבים ומזלות אנסוהו לגרש שלא כדין אינו גט אף על פי שאמר בעובדי כוכבים ומזלות רוצה אני ואמר לישראל כתבו וחתמו הואיל ואין הדין מחייבו להוציא והעובדי כוכבים ומזלות אנסוהו אינו גטי ע"כ. אלמא דס"ל ז"ל דכדין עובדי כוכבים ומזלות ושלא כדין דישראל אינו אלא פסול מדברי סופרים בלבד ולא תנשא לכתחילה ואם נשאת לא תצא וכדכייל הרב ז"ל בפ"י מהלכות גרושין דכל מקום שאמר בחיבור פסול הרי זה פסול מדברי סופרי' וכו' וקשה דהא אסקינן הכא בשמעתין דרב משרשיא דבדותא היא והא דמייתי לה התם בפרק חזקת. כבר פי' התוספו' דלפי סברת המקשה דהתם דחשב עובדי כוכבים ומזלות בני עשויי נינהו מחרץ ליה הא דרב משרשיא ולעולם הא דרב משרשיא בדותא היא דקושטא דמילתא דעובדי כוכבים ומזלות לאו בני עשויי נינהו:

ודע דבפרק חזקת פרכינן עלה דרב הונא תלייה וזבין זביניה זביני וכו' ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני ותו אמרינן ואלא מסיפא וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ופריך ודילמא שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים

פי' מצוה לשמוע דברי חכמים ואלו שכופין להוציא וכו' ומצוה לשמוע למאי דתנו חכמי' במשנה ומי שלא רצה לשמוע וכפוהו לשמוע לאו אונסא הוא דאיהו דאניס אנפשיה ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש כחו ויצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו ולפי זה היינו מה שכתב הרמב"ם ז"ל. וה"פ דשמעתין לדידיה ז"ל. אמר רב משרשיא דבר תורה גט מעושה וכו' פי' ס"ל לרב משרשיא דבעובדי כוכבים אפילו כדין גט מעושה מיקרי ואפ"ה מדאורייתא כשר דעובדי כוכבים ומזלות בני עשויי נינהו ומה טעם אמרו פסולי שלא תהא כל אחד וכו' ופריך עלה גמרא אי הכי שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו ונהוי שלא כדין בישראל פי' כיון דמדאורייתא גט מעושה כשר דהא אמרת דבעובדי כוכבים ומזלות אפילו כדין גט מעושה מיקרי ואפ"ה הכשירתו תורה א"כ ליפסול אפילו שלא כדין דומיא דשלא כדין דישראל ומסיק אלא הא דרב משרשיא בדותא היא פי' הא דרב משרשי' דאמר גט מעושה בעובדי כוכבים ומזלות התורה הכשירתו בדותא היא דלא התירה תורה גט מעושה והיכא דכייפי עובדי כוכבים כדין אי קרית ליה עשוי הוה מפסיל מדאורייתא דעובדי כוכבים לאו בני עשויי נינהו אלא דאמינא דכל דעבדי כדין לאו עשויי הוא אלא לרצונו קא מגרש וכמו שכת' הרמב"ם ז"ל וטעמא מאי וכו' פירוש קשיא ליה דמאי שנא כדין דעובדי כוכבים דפסיל לכהונה וחשבת ליה כמאן דעבד רצונו דומיא דכדין דישראל ושלא כדין דעובדי לכוכבים ומולות אפי' ריח הגט אין בו ואלו שלא כדין דישראל פוסל לכהונה ומשני כדין דבכדין דישראל מיחלף: פי' תרוייהו כחדא נינהו וזה מתחלף בזה דהא תרוייהו לקיים דברי חכמים קא אתו: הילכך כיון דהדיוטות נינהו אף על גב דעבדי כדין שלא כדין מיקרי וכדכתיבנא ומכל מקום קרי ליה גמרא כדין ישראל דסוף סוף כדין קא עבדי ואפי' בית דין שטעו קרי ליה כדין ולא מיחלף בהו שלא כדין דעובדי כוכבים משום דבית דין של ישראל אף על גב דכלא כדין קא עבדי מכל מקום המגרש שנותן גט אפשר דגמר ומגרש דחושב דשפיר קא עבדי ואפילו אם הוא תלמיד חכם אינו רוצה לעבור על פיהם ולפיכך אמרו בו פוסל ופסול דיגמור ויגרש וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל אבל שלא כדין דעובדי כוכבים אפילו ריח הגט אין בו דאין אדם חושש להם כדכייפין שלא כדין ולא גמר ומגרש כלל. וליכא למיגזר בזה לפסול לכהונה מיהת דשלא כדין דעובדי כוכבים לא מיחלף אפילו בשלא כדין דישראל דהיינו נמי כדין לגבי שלא כדין דעובדי כוכבים וכדפרישנא. כנ"ל שיטות הרמב"ם ז"ל וניחא דהוצרך הגמ' להאריך ולומר שלא כדין דבכדין דישראל לא מיחלף דלשיטת רש"י ז"ל קשיא דלמה ליה לאורוכי כולי האי הא כבר תירץ קושייתו במאי דקאמר כדין ובכדין דישראל מיחלף ופשיטא דליכא למיגזר שלא כדין דעובדי כוכבים ומזלות אטו כדין דישראל

דפליגן בתרתי דהויא ליה על ידי בית דין של ישראל ובדין ומי ידמה זה לזה ועדיפא מינה הוה ליה למימר דשלא כדין דעובדי כוכבים ומזלות אטו שלא כדין דישראל ליכא למיגזר וגם ניחא למאי דפרישנא לדעת הרמב"ם ז"ל קושית הר"ן ז"ל דכתיבנא לעיל דא ה"נ דהכין הוא קושטא דמילתא דכדין דעובדי כוכבים ומזלות וכדין דישראל נחלפים זה בזה וכל מה שאתה אומר בזה יש לך לומר בזה וכדין דעובדי כוכבים ומזלות נמי אם נשאת לא תצא וניחא נמי קושית התוספות ז"ל דאמאי מייתי גמרא הא דרב משרשיא בפרק חזקת מאחר דאסקינן הכא דבדותא היא. דלפי מאי דפרישנא בשיטת הרמב"ם ז"ל לא הוי בדותא אלא מאי דקאמר דבר תורה גט המעושה בעובדי כוכבים ומזלות כשר דהא לאו מעושה הוא ומיהו גזרתו קיימת דהיינו טעמא דפסול לכתחילה לפני עובדי כוכבים ומזלות כרי שלא תהא כל אחד ואחד וכו' ואף על גב דבלאו הכי יש לפוסלו איכא למימר דאי מהחי קרא לגרש כל שאומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך כשר ואפילו לכתחילה ואפילו אנסו מעצמן אבל משום גזרה זו שלא תהא כל אחת ואחת וכו' בעינן תרתי שיאמרו עשה מה שישראל אומר לך ולא מה שאנו אומרי' לך ובעינו שיהא לחץ זה מישראל שבית דין של ישראל לחצוהו על ידי עובדי כוכבים ומזלות והכין דייק לשון ברמב"ם ז"ל בסוף פ"כ מהלכות גרושין וז"ל וכן אם הכהו עובדי כוכבים ומזלות ואמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך ולחצו אותו ישראל ביד העובדי כוכבים ומזלות עד שיגרש הרי זה כשר ואם העובדי כוכבים ומזלות מעצמן אנסוהו עד שכתב וכו' עד כאן: משמע דתרתי בעינן וגזרה דרב משרשיא לאו בדותא היא והיינו דהתם בפרק חזקת לא לא מייתי הא דרב משרשיא כלישנא דמייתי לה הכא בפרק המגרש דהתם קאמר הא אחמר עלה אמר רב משרשיא דבר תורה אפילו בעובדי כוכבים ומזלות כשר ומה טעם וכו' והשמיט מלת גט מעושה ודוק ואף על גב דמסקנא נמי הכי הוא דדבר תורה בעובדי כוכבים ומזלות כשר וכדפרישנא מכל מקום מייתי לה התם בפרק חזקת בשם רב משרשיא דאיהו אמרה בהדיא:

נמצא דלדעת רוב המפרשים ז"ל כל בעובדי כוכבים ואפילו כדין אינו גט ואם נשאת תצא ולדעת הרמב"ם ז"ל כל שהדין ניתן שיכתוב אפילו אם העובדי כוכבים ומזלות אנסוהו מעצמן הרי זה גט פסול מדברי סופרים בלבד ולא תנשא לכתחילה ואם נשאת לא תצא. ואם העובדי כוכבים ומזלות אנסוהו לגרש שלא כדין אינו גט אף על פי שאמר בעובדי כוכבים ומזלות רוצה אני ואמר לישראל כתבו וחתמו:

ולאו דוקא כשאנסוהו בגופו בהכאות ובחבטות אלא אפילו אונס ממון הויא אונס וכמו שכתבו המפרשים ז"ל ואפילו אם קבל עליו מדעתו לגרש בקנס אלף דינר כתב הרשב"א

ז"ל בתשובה דהויא ליה גט מעושה ואף על פי שלא מסר מודעא דאונס קנס אונס הוא ואין זה כמקבל ממון אלא כנצול מהפסד ממון ותשובה זו כתובה אצלי באורך ואני קצרתי ומהר"י קארו ז"ל הביא מקצתה בא"ה סימן קל"ד:

ואונסא דממונא משכחת לה בתרי גווני חדא דאנסי ליה בממונא בפי' כדי שיגרש והא ודאי גט מעושה הויא וכדכתיבנא ומיהו אי אנסי ליה בממונא סתם והוא מעצמו כדי להנצל מאונסא דא מבקש לגרש לדון ולומר דלאו גט מעושה הויא כדכתב הרבי יוסף הלוי בן מיגש ז"ל רבו של הרמב"ם ז"ל בחידושיו לבתרא וז"ל והאי אונסא דאחריני דמיהניא ביה מודעא הוא דוקא היכא דאנסי ליה לזבוני ההוא ארעא אבל היכא דאנסי ליה לאתויי זוזי ולא הוה ליה ואזיל וזבין ארעיה אע"ג דמסר מודעא נמי זביניה זביני מ"ט כיון דנא אנסי ליה לזבוני אלא לאתויי זוזי מהיכא דמייתי ליתי הוא דאנסי ליה ואיהו כיון דלא הוה ליה זוזי אלו לאתויי אצטריך לזבוני להאי ארעא הויא ליה נמי לענין זביני כאונסא דנפשיה דהא אילו הוו ליה זוזי לא הוה מזבין לה הילכך ה"ל כמאן דאצטריכו ליה זוזי ולא הוה ליה ומחמת דלא הוה ליה אצטריך לזבוני לארעא דהא ודאי לענין זבינא דהא ארעא אונסא דנפשיה הוא ולא איכפת לן אי גמר לארנויי או לא כדאמרינן ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני דאלמא אונסא דאחריני הוא דבעינן עד דגמר ומקנה או לא אלא אע"ג דאניס נמי זביניה זביני: ע"כ. וכן כתב הטור בח"ה סימן ר"ה דאפי' באונס דאתי מאחרים דורא שאנסוהו למכור אבל ליתן מעות ומחמת שלא היו לו המעות הוצרך למכור לא הוי אונסא וזביניה זביני. עד כאן. והילכך הכא נמי איכא למימר בגיטא דכל דאנסי ליה לאתויי זוזי סתם והוא מנפשיה אזל וגריש לאנתתיה כדי להנצל מהפסד הממון. דלא מיקרי אונסא. ומיהו הרבי יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל בפרק חזקת עלה דהאי עובדא דההוא גברא דאזל לקדושי אתתא אמר לו אי כתיבת לי כולהו ניכסיך וכו' אתא בריה קשישא וכו' ומסקינן ולא היא התם מוכח הוא מילתא דמחמת אונסא הוא וכו' פירש בה הרב ז"ל שני פרושים ולפירושא קמא כתב ז"ל דנקטינן דמאן דכתב מתנה לחבריה אע"ג דמוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתבה ולא ברעות נפשיה כיון דה"ל למימסר מודעא ולא מסר מתנה גמורה היא דאיכא למימר דאגב אונסיה גמר ומקנה דהא הכא דקא מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתבה לה וטעמא דאיכא האי אחריתי דהויא מודעא לה אבל היכא דליכא אחריתי דהויא לה מודעא ומוכחא עלה לא מבטלינן לה אלא אמרינן אגב אונסיה גמר ער דמסר מודעא עלה אלא מידו דוקא אונסא אחריתי דאתי מחמת נפשיה ולא אתי מחמת אחריני כגון מעשה דההוא גברא דאמר לה להאי איתתא אקדושי לי וכו' דכיון דאונסא דאתי מחמת נפשיה הוא ולא

מחמת אחריני ואילו בעי למינף יצריה לא הוה אניש דכאיף ליה למיכתב לה מדי אמרינן אגב אונסא גמר ומקנה עד דמסר מודעא עלה אבל אונסא דאתי ליה מחמת אחריני כגון דאנסי ליה למיכתב לה מתנה התם ודאי כיון דליכא זוזי וההיא אונסא אונסא דלא יכיל אצולי נפשיה מיניה הוא אע"ג דלא מסר מודעא נמי מתנתו לאו מתנה היא וכו' ועוד פי' פי' אחר וכתב דלהאי פירוש בתרא נקטינן דמאן דכתבה לתבריה מתנה ומוכחא מילתא דלאו ברעות נפשיה הוא דכתבו אלא מחמת אונסא ואע"ג דההוא אונסא אונסא דאתי ליה מחמת נפשיה ואי במי לדחוייה להוא אונסא הוה מצי דחי אפ"ה ההיא מתנה לאו כלום היא ולא צריך למימסר עליה מודעא כלל ולהכי נהוג עלמא למיכתב בשטרי מתנות בלבב שלם בלי שום אונס כלל וכתב ז"ל שהדבר צ"ע וגיטא ומתנה שוים הם הילכך להאי פירושא בתרא יש לחנק במאי דכתב לעיל בין זביני לגיטא דבגיטא כל דאנסי ליה לאתויי זוזי סתם ומיהו מנפשיה גירש את אשתו כדי להנצל מאונס זה אף על גב דהויה ליה אונסא דנפשיה פסיל גיטא כיון דלאו ברעות נפשיה קא גריש ומיהו הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות זכייה ומתנה פירש כפי' קמא. גם הרשב"ץ ז"ל בתשובה העלה דאונסא דנפשיה לא מפסיל גיטא כלל מעתה אית לן למילף דינא דגיטא מההיא דזביני דכתבה לעיל הר"י בן מיגש ז"ל. ומסתברא דלא דמי כלל דדוקא גבי זביני הוא דאמרינן דלא תלי' מכירת הקרקע באונס הממון משום דאנסי ליה אזוזי סתם ואיהו קא מזבין ארעיה לעלמא להמציא זוזי וארצי ליה לאנסי בזוזי דהא ודאי במכירת ארעא לית ביה אלא אונסא דנפשיה דהא ארצי לאנס בזוזי ולא בארעא דארעא זבין ליה לעלמא כדי לאמטויי זוזי לאנס דאפילו הר"י בן מיגש ז"ל לא מיירי אלא בכה"ג דאנסי ליה לאתויי זוזי והוה ליה ואיהו מנפשה זבניה לעלמא כדי לאתויי זוזי לאנס אבל אי אנסי ליה אזוזי סתם ואיהו זבניה ניהליה לאנס גופיה בדמי קא בעי מיניה הא ודאי אנסיה הוה וגיטא להא דמיא דהמגרש אשתו בשביל אונסו. ואפילו תימא דהרב ז"ל בכל גוונא מיירי דאי אנסי ליה לאתויי זוזי ולא הוה ליה ואיהו מנפשיה מזבין ארעיה אפילו לאנס גופיה כיון דאנס לא מיהדר אארעא אלא אזוזי ומהיכא דמייתי ליתי הויה ליה אונסא דנפשיה ולא מיקרי אונס. מכל מקום יש לחלק דזוזי הן דמי קרקע ואע"ג דמתרצה האנס בקרקע לאו משום דאניס ליה עלה אלא אזוזי הוה קא מהדר ושוב נתרצה בארעא דמה לי הן מה לי דמיהם וזוזי מתלא תלו במכירת הקרקע אבל גיטא כל שאנסו לו בממון סתם ושוב מתרצה האנס בגירושי אשתו כיון דזוזי לא תלו בגירושין דאטו גרושי אשתו של הלה מייתי זוזי הילכך אומדנא דמוכח דבעקיפין קא אתו עליה ואף על גב דאין מזכירין לו גט כלל כמאן דמנקטיה בכופסיה כי היכי דלישביקיה לגלימא דמי דאי קא מהדרי אזוזי

היאך נתרצו בגירושין ודוקא כשאותו ממון דקא אנסי ליה ואינו חייב בו מן הדין אלא דבאין בעקיפין אבל אם היה חייב באותו ממון ותפסוהו עליו ולהציל עצמו מאותו ממון נתרצה לגרש לא מיקרי עישויי למה זה דומה למי שהיו נושין בו ממון והיה תפוס בבית הסוהר עליו ואמרו לו קרובי אשתו אם תגרש אשתך נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא ותצא ממאסרך והוא נתרצה בזה וגירש מרצונו דאין בזה עישוי כלל וכמו שכתב הריב"ש ז"ל סימן קכ"ז והרשב"ץ ז"ל כתב בתשובה כשכופין אותו לפרוע כתובתה ולפעמים מפני פרעון כתובתה הוא צריך לגרש והרי הוא כפוי ועומד בגט זה כיון שלא כפו אותו ממש על הגט אלא שכדי לפטור עצמו מאונס פרעון הכתוב' נתפייס לגרש לא מיקרי גט מעושה כלל שהרי האונס בענין אחר היה והגט ברצונו נתנו וכו' ומיהו מסתברא דה"מ כשכפות כדין באותן דברים אחרים כגון הכא שהדין נותן לפרוע כתובתה וכדין כפוהו לפריעתה אבל אם כפוהו כלא כדין בדבר אחר מתוך אותה כפיה גרש איפשר דהוי גט מעושה דנקטיה בכופסיה דלישביקיה לגלימיה הוי וצ"ע. עכ"ל הרשב"ץ ז"ל. ואף על פי שהוא כמסתפק קצת נראה לי ברור וכדבעינן לאתויי ראה לזה בס"ד:

עוד כתב הרשב"ץ ז"ל בתשובה דאם אנסו אחרים כדין או שלא כדין בגושו או בממון ואומרים לו אחרים בפירוש שאונס זה לא יסלקוהו עד שיגרש פלוני אפילו אותו פלוני לא היתה דינו לגרש אני אומר שאין זה בכלל אונסין אפילו שהוציאו להריגה אח בנו כשרחמיו עליו אם הוא לא יגרש אשתו וגרשה להציל בנו כיון דלא מסר מודעא אין זה גט מעושה כלל דאין העישוי אלא בגופו ועור בעד עור וכל שרא לאיש יתן בעד נפשו ואף על גב דאמרינן בפ' ד' נדרים וכו' אבל לענין גט מעושה ואפי' נאנס מפני שהיו מכין וחובטין בבנו יחידו אשר אהב והרוצה להחמיר עליו הראיה כדאמרינן במסכת ידים ע"כ:

ואיברא דהר"ן ז"ל כתב בפרק ד' נדרים עלה הא דתנן או שחלה בנו דאף על גב דלאו אונס גמור הוא הרי אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא כשיוכל לבוא בלא אונס כלל ולא יבוא אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשמרו מותר דלאו אדעתא דהכי אהדריה. ע"כ. משמע דלא חשיב ליה הא דחלה בנו אונס גמור:

ומיהו שניא היא דלגבי שיאכל אצלו לא חשיבא אונס גמור דהיה יכול לבוא אצלו ויאכל עמו ולהניח שומרים לשעה עם בנו ושוב יחזור אצל בנו אבל לגבי צערא דגופא הא ודאי דמצטעיר טפי בצערא דבנו מכל ממון שבעולם שיקחו ממנו ואם ישימו בנו במאסר או יוציאוהו להריגה האב את אשתו מסתברא דהוי עישוי טפי מאונס ממון דהוי אונסא

וכדכתיבנא ולא דוקא בנו דעדיפא מגופיה אלא אפילו אביו או אחיו ויש לו ראיה נכונה לזה דגרסינן בפרק חזקת אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתוב אנן ידעין באונסיה דפלניא דלאו מודעא היא ופריך גמרא מודעא דמאי אי דגיטא ודמתנה גלויי מלתא בעלמא הי' ואי דזביני וכו' ופירוש רבי שמעון ז"ל דבגיטא ומתנה כיון שאינו מקבל ממון בגט או מתנה גלויי מילתא בעלמא הוא שהוא אנוס שאם לא היה אנוס מה לו לגרש או לתת ולמסור מודעא עליהם לא יגרש ולא ימסור מודעא דלא דמי לזביני דהתם איכא למימר שהוא צריך למעות ומוכר ברצון ומוסר מודעא כדי שיהיו לו מעות יאמר לבטל המכר ולזה אין מאמינין אותו שיהיה אנוס וצריך שידעו העדים באונסו. ואי לא כתבי הכי לאו מודעא היא זהו תורף פירושו ז"ל וכתב הרב רבי יצחק בר ששת ז"ל בסימן קנ"ז דהאי פירוש עיקר וגם בסימן רל"ב תקע בה מסמרים וגם בסימן תפ"ב. וגם הרשב"ץ ז"ל כתב בתשובה פירוש של רש"י ז"ל מעתה יש לי לדון אי איתא דאונס כגון בנו או אביו לא הוי אונס וכדברי הרשב"ץ ז"ל מאי פריך גלויי מילתא בעלמא הוא ודילמא קא אנסי ליה לבנו או לאביו עד שיגרש או עד שיתן וכדי להצילו קא מגרש או נותן כעת ומוסר מודעא כדי לכשינצלו יערער וזה אינו אונס והילכך בעינן שידעו העדים באונסו דומיא דזביני דאמרינן דמפני שצריך למעות מוכר ומוסר מודעא ולזה אין מאמינין אותו שלא ודאי משמע דכל כי האי גונא אונסא הוי וגט מעושה הוא:

גם מהכא משמע דאם אנסו אותו בממון שלא כדין אף על גב שלא הזכירו לו גירושין כלל ומתוך אותו האונס נתרצה לגרש דהויא ליה גט מעושה וכדכתיבנא לעיל:

עוד יש להביא ראיה לזה מהתוספות דפרק חזקת אהא דאמרינן רבה ורב יוסף לא כתבי מודעא אלא אמאי דלא ציית לדינא הקשו בתוספות מודעא דמאי אי מודעא דגיטא ודמתנה גלויי מלתא הוא דוד דאי הוא בשום ענין שאין לבא לב"ד פי' משום דודאי הוא אנוס בשום ענין הוא דקשיא להו לתוספות דאפילו אמאן דציית דינא נכתבו מודעא. ומיהו אי איכא ספק דלאו אנוס הוא לא קשיא ולא מידי דשפיר קאמרי רבה ורב יוסף דלא כתבינן מודעא אמאן דציית דינא דאומדנא דמוכח הוא דלא אניס דאי אניס אמאי לא תבעי ליה בדינא ומשום דילמא אניס הוא בשום ענין שאין לבוא לבית דין לא שבקינן אומדנא דמוכח והילכך לא כתבינן ואי איתא דאונס אחרים לא הוי אונס ואפילו של בנו וגם אונס ממון סתם לא הוי אונס היכי פשיטא להו להוספות דודאי הוא אנוס גמור עד דקשיא להו דלא משכחת לה הא דרבה ורב יוסף בגיטא ומתנתא דהא איכא אונסי דמחזו כאונסא ולא הוו אונסא ושפיר משכחת לה בגיטא ומתנתא:

גם יש להוכיח כן מלשון מהר"מ ז"ל שכתב שם והרא"ש ז"ל בתוספותיו וז"ל אלימא מודעא דגיטא ומתנתא גלויי מילתא בעלמא הוא הקשה ר"מ ז"ל על שפי' רשב"ם ז"ל ור"ח ז"ל גילויי מילתא בעלמא אף על גב דלא כתיבא ביה אנן ידעינן באונס דפלניא ממילא ידעינן דאנוס גמור הוא דאי לא הוי אנוס מי דחקו ליתן גט ומתנה אם ירצה לא יתן שהרי אינו מקבל מעות וקשה לפירושם דילמא אנסוהו זוזי שנותנין לו קרובי האשה לגרשה וגם על המתנה אינו אנוס אונס גמור אלא אדם גדול בקש ממנו שיתן לו מתנה ואינו רשאי להשיב פניו או שאמר לו מקבל המתנה תן לי חפץ זה עתה שאני צריך לו ואני אתן לך כפלי' פעם אחרת. עד כאן. ואין אלו קושיות כולי האי דאי נותנין לו זוזי לגרש סבירא ליה להר"ש ז"ל דהוה ליה כזביני וכמו שכתב ריב"ש ז"ל והא פריך ואי דזביני וכו' וגם דלא שכיח דאדם גדול יבקש מתנות חנם וזה יתרצה ליתן מבלי שום אונס. וגם לא שכיח שיאמר המקבל מתנה תן לי חפץ זה עתה שאני צריך לו ואני אתן לך בכפלים והנה יתרצה בפטומי מילי בעלמא דאם כן הוה ליה לאקנויי מיניה. ואם איתא דסבירא ליה להרב ז"ל דאונס אחרים כגון בנו או אביו לא הוי אונס וגם אונס ממון סתם נמי לא הוי אונס עדיפא מן הדין קושיי הוה ליה לאקשויי וכדכתיבנא אלא ודאי משמע דפשיטא ליה דהני נמי אונס גמור מיקרי ולא שנא אונס ממון:

נמצינו למדין דאונס ממון הוי אונס ל"ש אי אנסי ליה להדיא בממון כדי שיגרש ל"ש אי אנסי ליה סתמא ומסלקי אונסיה כשיגרש ול"ש אי אנסי לאחריני כגון בנו או אביו בכולהו הני גווני הוי גט מעושה אי עבדי שלא כדין:

ולאו דוקא שיכהו ממש אלא כיון שמגזימין אותו להכותו בגופו ויש כח בידם לעשות כן שפיר מיקרי אונס. וכתב ר"ח ז"ל דמיהא דפרדסא שמעינן דמאן דמפחיד לחבריה במידי דיכיל למעבדיה כגון הפסדת ממון או הכאה כל שכן הכאת נפשו דאומר לו אי לא מזבנת לי כך וכך דאית לך עבידנא לך כך וכך דאית להו לסהדי למיכתב ליה מודעא להאי ולפרושי בה ידענא ביה באונסיה דפלניא ואף על גב דלא עביד מאי דאמר ומחיל ליה כיון דאמר עבידנא ויכיל למעבד היינו אונסו דמוכר. עד כאן. וקבע בה מסמרים הר"ן ז"ל בחידושיו ומייתי לה נמי ממתניתין דפרק הנזקין דתנן לקח מסקריקון וחזר ולקח מבע"ה מקחו בטל משום דאמר לו נחת רוח עשיתי לסקריקון כלומר ומשום יראי עבדי ע"כ. גם הרמב"ן ז"ל כתב בחידושיו דהא דר"ח משנה שלימה היא לקח מסקריקון וכו': וכן כתב רבנו האיי גאון ז"ל בספר המקח וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' י' מהל' מכירה וכן כתב הטור בח"ה סימן ר"ה וז"ל לא שנא אנסוהו אונס ממון כגון שהפחידוהו בהפסד ממון בין על ידי עובד כוכבים ומזלות בין על ידי ישראל וכו' והוא לשון הרמב"ם ז"ל

ובספרי הרמב"ם ז"ל המדויקי' הלשון כן או שהפחידו בדבר שאיפשר לו לעשותו בין על ידי עובדי כוכבים ומזלות בין בידו הרי זה אונס ע"כ וכן כתב הרב בעל הטורים ז"ל. גם הרשב"א ז"ל בתשובה הביא דר"ח ז"ל. וממילא שמעינן דאפילו באונס ממון סגי בהגזמה ובהפחדה ולא בעינן שיאנס אותו בגופו להביא מעות אלא אפילו ליכא אונס בגופיה כלל ול"ש במכר ובמודעא ול"ש בגט ובמתנה ואפילו לא מסר מודעא הוי אונס ואף על גב דהרשב"ץ ז"ל נסתפק בזה וז"ל ויש אונס אחר אף על פי שהוא אונסא דאחריני אינו אונס בגופו כגון שגזלה אשתו ממנו ממון ואינה רוצה להחזירו עד שיגרשנה ואינו יכול לכופה בדין להחזירו אליו או מפחידתו להפסידו ממון והרי זאת האשה כופה את בעלה לגרשה כפיית ממון זה הענין אני מסתפק בו אם היא כפייה והוי גט מעושה או לא ואף על גב דבמכר כה"ג הוי אונס ואי מסר מודעא דבעינן דלידעו למודעיה הוי שפיר מודעא שניא היא שהרי גם האנס נא תבע ממנו אלא מכירה כמעשה דפרדסא אבל אונס ממון בגט אי מסר מודעא ודאי הויא מודעא אפילו בשקרא וכו' אבל אי לא מסר מודעא וידיעא מילתא דמחמת אותו עישוי גירש מספקא לי אי הוי עישוי או לא וקרוב אני לומר דכיון דלא מסר מודעא לא הוי גט מעושה כלל ואגב אונסיה גמר ומגרש וכו' מכל מקום הרי במסקנא משמע דפשיטא ליה דהוי גט מעושה וכל שכן דלא שבקינן פשיטותיה דהרמ"ה ז"ל שהיה מגדולי הפוסקים הראשונים משום ספיקיה ואפשר אילו ראה סברתו לא הוה מסתפק דכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו בשם הרמ"ה ז"ל וז"ל והאי אונסא דפסיל בגיטא לא תימה עד דעבדי מעשה בגופיה אלא כיון דאמר לו אנס דיכול למינסיה הב גיטא ואי לא עבידנא בך הכי והכי אף על גב דלא עבד ביה מידי כי יהיב מחמת הכי אנוס הוא ופסול דאמר רבא האי עובדי כוכבים ומזלות דא"ל לישראל קטול אספסתא ושדי לחיותא ואי לא קטילנא לך יעבור ואל יהרג אלמא דבאמירה נמי כיון דיכיל למעבדיה אונס הוי לקולא דספק נפשות להקל וכ"ש בגיטין דליהוי אונס לחומרא ולאו דוקא היכא דאמר דאניס ליה בגופיה אלא אפילו אמר למינסיה בממוניה אונסא הוי דהא אידי ואידי שלא לרצונו הוא ע"כ: הא קמן להדיא דנפשטה ספקיה של הרשב"ץ גם ממה שכתבתי לעיל בשם הר"י בן מיגש ז"ל אין שורש לספקו של הרשב"ץ:

ולא תימא דוקא היכא שהמגזים גברא אלמא כגון סקריקון או עובדי כוכבים ומזלות: אבל היכא שהמגזים ישראל ירא שמים עביד דגזים ולא עביד ולא מיקרי אונס אלא בכל אדם הדין כן לדעת כמה רבוותא ז"ל דכתב הרב רבי' יונה ז"ל רבו של הרשב"א ז"ל בעליותיו לבתרא. וז"ל ומי שהפחיד את חבירו ומטיל עליו אימה ואומר אם לא תמכור לי שדה זו בכך וכך זאת וזאת אעשה לך ויש לאל ידו הרי זה אונס וכיון דידעי

העדים זה האונס ומסר המוכר מודעא בפניהם המכר בטל ואף על פי שזה האיש שנתן חתימתו עליו הוא מן השומעין בקול בית דין מאחר שהפחידו והיכולת בידו הרי זה אונס ואין אומרים חזקתו של זה שלא היה גורם לו נזק והפסד שהרי מכל מקום הביא מורך בלבבו י עד כאן וכך לי בגט כד ידעינן באונסיה בלא מסירת מודעא כלל כמו בזביני במסירת מודעא. וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל עוד אמרת שנסתפקת בזה מפני שאמרו שבשעת הגט איימוהו בית דין שאם לא יגרש שיאסרוהו בנחושתים ומחמת איומם ציוה לכתוב ולחתום והיה אומר כי מפני איומם צוה לכתוב ולחתום והיו חוזרים ואומרים לו אל תאמר כן אלא מדעת עצמך צוה לא משום כפייה וחזר ואמר כן מעצמי אני מצוה היקרא זה אונס:

תשובה. דע כי כל שיש בידם כח לאונסו ואיימוהו על האונס הרי זה אנוס דתלויה וזבין אינו צריך להמתין עד שיתלה. וכן מוכיח בפי' ממעשה דרבי דוסתאי בר ינאי בפ"ק דגיטין וכן אין אומרי' בכי הא מצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומגרש שלא אמרו כן אלא בגט מעושה כדין בישראל שאם אי אתה אומר כן אלא שאתה תולה אותו בטועה וסובר שכל שאומרים לו גרש מן הדין אומר לו כן אם כן אפילו גט מעושה בישראל שלא כדין כשר ואין לדחוק ולומר דההיא בת"ח שיודע שאינו כדין. דאם כן חלקת בין ת"ח לשאינו ת"ח ואנן סתמא תנן גט המעושה בישראל כדין כשר. עד כאן. הא קמן להדיא דאפילו בית דין המאיים על המגרש בדבר שיש כח בידן לעשות הויא ליה אונס:

נמצא דלדעת רבינו האי גאון ז"ל ור"ח ז"ל. והרמב"ם ז"ל. והרמ"ה ז"ל והרב בעל העיטור ז"ל. והרמב"ן ז"ל והריטב"א ז"ל. והר"ן ז"ל. והרב המגיד ז"ל. והרשב"ץ ז"ל. אפילו באונס ממון סגי בהפחדה ובהגזמה לבד. ולדעת הר"י החסיד ז"ל. והרשב"א ז"ל אפי' השומע בקול בית דין ואפילו הבית דין עצמו דקא מאיימי והיכולת בידן הרי זה אונס ומאחר דכולהו הני רבוואתא אשר המה עמודי ההוראה הכין סבירא להו להם שומעין וליכא למינדא מינייהו. ואם יחיד חילק כאשר כתב מהר"י קולון ז"ל אין שומעין לו. כל שכן כי יש לתרץ דלא פליגי ואין להאריך בזה:

גם למדנו מתשובת הרשב"א ז"ל דכתיבנא לעיל בסמוך דאם איימוהו בית דין לגרש אף על גב דשוב הזהירוהו שיצוה מדעת עצמו לכתוב ולחתום. ואמר שמעצמו מצוה אכתי לא יצא מידי אונסו. וצריך לדקדק כשאיימוהו לגרש היאך יסתלק אונסו ולא יקרא אנוס וגטו גט:

ודע שכתב מהר"י קולון ז"ל בסימן ס"ג דהיכא דנאסר הבעל כדי שיגרש ולבסוף הותר וגירש בביטול מודעות דפליגי בה שני גדולי הדור דמר אסר ומר שרי והאוסר הביא

ראיה מהתוספות דפרק ר' עקיבא אהא דאמרינן מלמד שכפה עליהם ההר כגיגית וכו' ואמר רבי אחא בר יעקב מכאן מודעא רבא לאורייתא דקשיא להו לתוספות דהא אמרינן בנדרים שכרת משה ברית עם ישראל על התורה ומצות והשביעם על כך. ובפר' אלו נאמרים שקבלו את התורה בהר גריזים ובהר עיבל ותירץ ר"ת דעל פה הדבר היה והרי הוא כבעל כרחם אבל בימי אחשורוש קבלו מדעתם מאהבת הנס. עד כאן. וסבירא ליה מאן דאסר דר"ת הכי קאמר דכיון דהיה על פי הדיבר והוא כבר כפה עליהם ההר כגיגית אונסו הראשון דכפה עליהם ההר כגיגית לא נסתלק ובדוכתיה קאי שהרי ככחו אז כחו עתה. ול"נ דאם כן לא היה לו לר"ת להאריך כולי האי דבמאי דתירץ דעל פי הדיבר היה הוה סגי ולמה ליה למימר והרי כבעל כרחם מאחר דאאונס קמא קא סמיך:

ונראה דר"ת הכי קאמר דעל פי הדיבר היה אשר הוא בעל היכולת ושליט בכל ואין מעכב בידו אל גדול ונורא ולא כן אדם ויתנחם הילכך בהווה הרי הוא כבעל כרחם ולא צריכינן למיסמכה אאונס ראשון דבכל שעה יוכל לחדש אונסין ואדרבא מכפיית ההר לא היו יראי' כולי האי כי לא כל שעתא ושעתא משנה האל מנהגו וטבעו של עולם אשר ההרים ימושו. וירקדו כאלים וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בפירוש התורה וז"ל ובעבור כי השם לא יעשה אות מופת בכל דור לעיני כל רשע וכופר יצוה אותנו שנעשה תמיד זכרון ואות לאשר ראו עינינו ונעתיק הדבר אל בנינו וכו'. עד כאן. ומיהו מאונסין אחרים דשכיחי היו יראים טפי ולכך נקט ר"י דהתם נמי יראים מהקדוש ברוך הוא שמא לא יביאם לארץ ישראל שהיה להם ליכנס בה לאלתר וכמו שכתב הרב המרדכי בפ"ג דשבועות והיינו כתירוציה דר"ת אלא תירץ בכולל לומר דכיון דהיה על פי הדיבר הויא ליה בהווה כבעל כרחם דהרי יכיל למינסיה להו בכמה אונסין. ור"י פריט חדא מהאונסין דשכיח טובא דהיינו שלא יביאם לארץ. ומשום דקשיא ליה דהיינו העברת ריוח ולא מיקרי אונסא להכי האריך ז"ל וקאמר שהיה להם ליכנס לאלתר פי' להו כמאן דאחזיקי בה והוה ליה הפסד ולא העברת ריוח כלל בלחוד והר"מ ז"ל דקאי עלה דר"י ז"ל הוסיף עוד לומר כיון דאנסין היו על פי הדיבר מפחד שלא יביאם לארץ ישראל ושמא יניעם במדבר קרי ליה אונס וכו' עד כאן והקשה דכיון דקאי עלה דר"י ז"ל אמאי פתיך בהדי דכלא יביאם לארץ ישראל גם שמא יניעם במדבר דאם לא יכנסו לא רץ הרי הם נעים ונדים כי אין להם לישראל מנוחה אלא בבואם אל המנוחה ואל הנחלה ואין ואין להאריך בזה דכבר נתקינן מעיניינא לעיניינא מפסקא דדינא למילי דאגדתא:

ומכל מקום אין מכאן ראיה לא לאסור ולא להתיר ומיהו מלשון הרמ"ה ז"ל יש להביא ראיה דכתב בפריטיו בפרק חזקת וז"ל ש"מ דגט וזביני לענין ביטול חד דינא נינהו דכל

היכא דאנסוהו כדין בין בגיטי בין בזביני כגון היכא דקיימא לן דכופין אותו למכור. וה"ה בדינא דגוד או איגוד ומאי דדמי ליה אף על גב דבטליה למודעיה מגו אונסוה הוי ביטול והוא דאמר רוצה אני וכל היכא דאנסוהו למיתב גיטא או לזבוני שלא כדין לא הוי ביטול עד דמתברר דבטיל ברעות נפשיה לבתר דאסתלק אונסיה. וה"מ דאתברר דאנסוהו מעיקרא אבל היכא דלא נתברר דאניס מעיקרא בעיקר זביני או בעיקר גירושין אף על גב דלא אתברר דלא אניס בביטוליה מכל מקום מסתמא הוי ביטול ע"כ הא קמן דכל שנתברר דאניס מעיקרא בעינן נמי דיתברר דבטיל ברעות נפשיה לבחר דאסתלק אונסיה והיאך יתברר זה אם לא בחלישות כח האנס דלאו בידיה למיעבד במאי דעבד ואפילו יהיב ליה לבעל זוזי לא ברירא דבטיל ברעות נפשיה. דכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו בפרק המגרש וז"ל ואע"ג דקי"ל תלוה וזבין זביניה זביני ה"מ במכר ובדיהיב זוזי דאגב אונסיה גמר ומקני אבל הכא גבי גט לא גמר ומגרש ואפילו יהיב ליה לבעל זוזי ולא כלום הוא משום דלא דמי לזביני ולקדושי דאלו התם בהני זוזי קני אבל הכא בהני זוזי קא מגרש. והיינו טעמא דכי אקשי התם בפרק חזקת עליה דרב הונא מגט המעושה בעובדי כוכבים ומזלות פסול דלא תריץ הכי משים דהתם אכתי נא הוה ס"ד דשאני ליה לרב הונא בין היכא דיהיב. זוזי להיכא דלא יהיב זוזי עד דאקשי עליה ממתניתין דלקח מסקריקון ואיצטריך לפלוגי בין היכא דיהיב זוזי להיכא דלא יהיב. ע"כ:

וכן כתב הרב רבי יצחק בר ששת ז"ל בתשובה סימן קכ"ז דאפי' קבל מעות לא נאמר אגב אונסא וזוזי גמר ומגרש ואפילו בכל ממון שבעולם דאין דמים לאשה ע"כ. וכן דעת מהר"י קולון ז"ל סימן ס"ג. ומיהו הרשב"א ז"ל כתב בתשובה דהיכא דשקל זוזי סתמא דמילתא כל שמקבל זוזי גמר ועביד ומחיל אאונסיה וכדאמר תלוה וזבין זביניה זביני דאגב אונסיה וזוזי גמר ומקנה ואפ"ה אם מסר מודעא המודעא מבטלת אבל תלויה ויהיב וכו'. או תלויה וגירש גירושיו לאו גירושין דהא ליכא זוזי דאי משום דקא מפטר בגט זה משאר כסות ועונה הא מוכח בגמרא בהדיא דהפקעת דברים אלו לא חשיבי להו כקבלת ממון. ע"כ:

ומכל מקום מלשון הרמ"ה ז"ל משמע כדעת הריטב"א ז"ל והריב"ש ז"ל. ומהר"י קולון ז"ל. דהא קאמר דכל שנתברר דאנסוהו לא הוי ביטול עד דמתברר דבטיל ברעות נפשיה לבתר דאסתלק מאונסיה. אלמא דלא סגי במאי דיתברר דבטיל ברעות נפשיה ואפילו יהיב ליה זוזי אלא בעינן דאסתלק אונסיה דכל עוד דלא אסתלק אונסיה הוה ליה כמאן דכייפינן ליה לגרש בקבלת מעות דזו אינה סברא דנימא אגב אונסיה וזוזי גמר ומגרש ואפילו בכל ממון שבעולם דאין דמים לאשה וכמו שכ' הריב"ש ז"ל. והיא סברי נכון'

ומיהו כת' מהר"י קולון ז"ל דאם תשש כח האנס ואין בידו לאונסו כאונס הרא"ש אף על גב דעדיין יש כח בידו לאונסו באונס אחר גטו גט דכיון דתשש כח האנס באונס הראשון אין לנו לבדות מלבנו אונס אחר כדי לבטל המעשה הנעשה בפנינו דחשיב כדברים שבלב אם באנו לתלות ולומר שעוד ירא פן יאנסנו פעם אחרת כיון שסיבה הראשונה הלכה לה ע"כ ומסתברא לי דדוקא כשאנסו ממש באותו אונס אי נמי גזם עליו באונס מיוחד אבל אם גזם עליו להרע לו ויש בידו יכולת לעשות לו כמה רעות והתחיל להרע עמו בחדא אף על גב דנסתלק חדא מ"מ גזומו קיים באינך. ולדברי הפוסקים ז"ל דסגי בהפחדה ובהגזמה לעולם הויא אונס עד שיחליש כחו מכל וכל שלא יוכל להרע כלל:

וכתב עוד הריטב"א ז"ל בחידושיו בפרק המגרש בשם הרמ"ה ז"ל: וז"ל לא שנא היכא דסגיא ליה למימר רוצה אני ולא שנא היכא דצריך לבטולי למודעיה בפי' בעי למימר מקמי דלימא ליה לסופר כתוב ולעדים חתומו דאי לבתר הכי לא מבעיא היכא דלא אמר אלא לאחר כתיבה דלית ליה תקנתא להוא גיטא דכי איכתיב במודעא איכתיב ובעינא וכתב לרצונו וליכא. אלא אפילו היכא דאמר מקמי כתיבה נמי כיון דלא הדר אמר להו כתובו פסול דאמיר קמיית כיון דאגיט' דמסר עלי' מודעא אמר' כמאן דליתא דמיא הא למה זה דומה לאומר לעדים כתובו גט פסול לאשתי שאין רשאין לכתוב גט כשר לאשתו דכי כתבי לאו ברשותיה דבעל קא כתבי ואמטו להכי צריך למיהדר לבתר ביטול למימר להו כתובו. עד כאן:

וכן כתב הריטב"א ז"ל בדוכתא אחריתי דכי מעשינן ליה בישראל כדין בעי למימר בפי' מקמי כתיבה ונתינה רוצה אני. עד כאן. ומינה נמי בגיטי היכא דידעינן באונסיה דלא בעינן שימסור מודעא צריך שיסלק האונס קודם שיאמר לסופר כתובו ולעדים חתומו:

נקטינן השתא מכל מאי דכתי' דגט המעושה בישראל כדין כגון הנך דכופין אותן מן הדין להוציא אם לא רצה להוציא כופין אותו ואפילו בשוטים עד שיאמר רוצה אני ודוקא בדלא מסר מודעא אי נמי בדמסר ובטיל למודעיה אבל מסר מודעא ולא בטיל אף על גב דארצי מתוך העשוי פסול ושלא כדין פסול אפילו בדלא מסר מודעא אי נמי מסר ובטלה כל זמן שהוא כפוי. ולדעת הרשב"א ז"ל והאחרונים ז"ל אפילו אם נשאת תצא ולדעת הרמב"ם ז"ל לא תצא ואם לא בטל המודעא בטל הגט ובעובדי כוכבים ומזלות אפילו בדין פסול ולדעת רוב הפוסקים ז"ל אפילו אם נשאת תצא ולדעת הרמב"ם ז"ל נא תצא וי"א דאפי' חם העובדי כוכבים ומזלות אומר לו עשה מה שישראל אומרים לך פסול ורוב הפוסקים חולקים לומר דאם אומר לו עשה מה שחכמי ישראל אומר לך כשר ודוקא כשישראל אמרו לעובדי כוכבים ומזלות שילחצוהו ולא כשהעובדי כוכבים

ומזלות מעצמן אנסוהו ואמר כן ואפילו כדין: ולדעת הרמ"ה ז"ל אפילו שישראל אמרו לעובדי כוכבים ומזלות לכופו והוא כדין בעינן שיאמרו העובדי כוכבים ומזלות בעת הכפייה עשה מה שב"ד ישראל אומרים לך אבל אם אינן אומרים לו אלא תן גט פסול והרא"ש ז"ל חולק דכיון דישראל אומר להם לכופו אפילו אם העובדי כוכבים ומזלות אומרי' לו ליתן גט כשר והא דפסלינן כדין אפילו בביטול מודעא פסיל ופוסל ובלא ביטול אפילו בישראל בטל הוא:

ושלא כדין כלל בכל ענין אינו גט כלל ול"ש שאנסוה בגופו בהכאות ובחבטות כדי שיגרש. ול"ש שאנסוהו בגופו שיביא מעות או שיגרש. ול"ש שאנסוהו סתם להביא מעות והוא מעצמו גירש להנצל: הגט פסול ודוקא כשאנסוהו שלא כדין ונתפייסו בגט. אבל אם היה חייב ממון וחבשוהו והתירוהו מפני שגירש הגט כשר ודוקא אונסא דאתי מאחריני כגון אנסוהו בגופיה או בממוניה עד שיגרש אבל אונסא דאתי מחמת נפשיה: כגון ההוא גברא דאמר לה להיא איתתא איקדושי לי וכו' מסתפקא ליה להר"י בז מיגש ז"ל אי צריך למימסר מודעא כמתנה: וכיוצא בזה בגט. ולדעת הרמב"ם ז' צריך למסור מודעא:

ואפילו לא אנסוהו בגופו כלל אלא שעכבו ממנו עד שיגרש או שאיימוהו באונס גופו או באונס ממונו ויש כח בידו למעבדיה הויא ליה אונס ופוסל בגט ואפילו אם המאיים או המגזים ציית לדינא ואפילו ב"ד המאיים פוסל ואפילו אם חוזרים ואומרי' תגרש מדעת עצמך ואמר כן מדעת עצמי אני מצוה לכתוב ולחתום:

ואם אנסו אחרים כגון בנו או אביו או אחיו שלא כדין כדי שיגרש הוא לדעת הרשב"ץ ז"ל אין זה גט מעושה עד שימסור מודעא ולא נהירא דהך הוי עישוי טפי מממונא:

וכשאנסוהו וחשבוהו בבית האסורים אפי' שהתירוהו לא נסתלק האונס עד שיתיש כח האנס ולא יוכל עוד לאונסו. ואם יתיש כחו עד שלא יוכל לאונס הראשון אף על גב דיוכל לאונסו באונ' אחר גטו גט עד שימסור מודע' וה"ה אם איים עליו באונס מיוחד אבל אם איים עליו סתם ויש כח בידו להרע אותו בכמה מיני רעות בעינן שיחלש כחו מכל וכל שלא יוכל להרע לו כלל ודוקא היכא דנתברר אונסו מעיקרא הוא דבעינן שיתברר ביטולו נמי אבל היכא דלא נתברר דאניס מעיקר' בעיקר גרושין אף על גב דלא נתברר דלא אניס בביטוליה מסתמא הוי ביטול. ולא שנא היכא דסגיא ליה למימר רוצה אני ול"ש היכא דצריך לבטוליה למודעיה בפי' ולא שנאמר היכא דבעינן דיסלק אונסיה בע"י דלהוי מקמי דלימא ליה לסופר כתוב ולעדים חתומו: ואפילו עביד מקמי כתיב' בעינן דליהדר ולימא לסופר כתוב ולעדים חתומו:

מעתה אחרי שהצעתי פירושא דמתניתין ושמעתתא דעלה. והדינין הנתלין בה הרי זכינו לדין לנדון דידן דהא ודאי פשוט כביעתא בכותחא דנדון דידו הויא ליה שלא כדין. כי טענת ישען על ביתו אפילו אמרה כן בפניו קשה להאמינה שהרשב"ץ ז"ל מפקפק בדבר וכמו שכ' רשב"ץ ז"ל. כ"ש שלא בפניו דלכ"ע אין להאמינה כלל. והבו דלא לוסיף עלה וכן כתב ריב"ש להדיא בכל שלא טענה כן בב"ד ובפני בעלה אינה נאמנת ואין כופין הבעל להוציא לפי שהיא צריכה לבוא לפני ב"ד ותאמר כן בפני בעלה וב"ד יחקרו את שניהם על טענתם ובאין לה דרך בקשה ואומרים לה תני דעתך וכו' ואם היא תאמץ לבבה ולא תרצה לעמוד עמו עוד אין חומסין אותה כל שאמרה כן בב"ד ובפני בעלה ויוציא ויתן כתובה. והסכימו כל האחרונים ז"ל דבכל מקום שאמר יוציא ויתן כתובה אין כופין על הגט אבל כופין על הכתובה ומבקשין על הגט וכו' וכמו שהאריך בזה הריב"ש ז"ל בסימן קכ"ז וגם הרשב"ץ ז"ל כתב שאם כפוהו קודם טענתם בב"ד ועמדו זה אצל זה הוי גט מעושה שלא כדין:

והילכך איברא ודאי שכל מה שלקחו ממנו ולא החזירוהו לו לאחר שגירש לא הויא אונס לבטל הגט אבל אם בני שמתא דכל דכייף לבעל דיניה למיזל קמייהו חזי לשמותי וכמו שכתבו הרמ"ה ז"ל. והריטב"א ז"ל בפרק המגרש. כ"ש מאן דמפיק ממונא על פיהם דמוסר נמי הויא:

מיהו לבטל גיטא לא הוי אונסא אלא מה שהחזירו לו לאחר שגירש וכמדומה שיד בעל תורה חבר חכם לאיש משחית להרע היה באמצע ורצה לתקן ולא עלתה בידו אלא רגזנותו ולא אהניא ליה שוטיתיה ושיטתיה כשהוליכוהו לפני הערכאו' אמ' שמעון האפוטרו' לדבר עבירה שאם יגרש יפשר ביניהם ואף על פי שהביאו להם כל הנדוניא ויותר מהנוגע לה לא נתפייסו כי אם בעקיפו הגרושין אם כן הויא ליה גט מעושה בעובדי כוכבים ומזלות שלא כדין וכל הפשרה שעשו הו' מכלל העשוי. דהא כתב מהר"י קולון ז"ל בסימן ס"ג וז"ל אמנה נסתפקתי במה שכתבת שהממון הושלש מתחלה אדעתא דהני שאם ר"ל אדעתא דהכי שלא יתננו לו אא"כ יגרש אם כך עשה הבעל מתחילה מדעתו פשיטא שאין זה אונס וכו' ואם באת לומר שהיה אנוס גם במסירת המעות ליד השליש ושהיה המעשה אחרי אשר כבר נתפס ביד עובדי כוכבים ומזלו' אם כן חזרנו לטענות אונס ייסורין ולא לטענת אונס ממון והרי ירדנו לכל הדברים אשר כתבתי לעיל ע"כ. והילכך בנדון דידן נמי כדי לצאת מבית האסורים הוצרך לתת מתנה זו באותו התנאי לאשר וידע נאמנה שאשר יחזיר את שלו אם יגרש דאיש חכם ונאמן היה כפי הנשמע ואפילו שלא היה נאמן מכל מקום יותר קרוב לשכר היה אם יגרש והא כתיבנא לעיל

דאין חלוק בין אונס אביו ואחיו לאונס דידיה וכ"ש אי גיסו עליה דידיה הדר אם לא יגרש דהיינו כאילו הוא נתן החפצים ונמצא דחזרנו לטענת אונס המאסר ואם לא תאמר כן לא הנחת בת לאברהם אבינו יושב' תחת בעלה שכל מי שישים עינו על אשת חבירו יבא עליו בעקיפין כאלו להוציאה מתחת בעלה אף על גב דרבינו פרץ ז"ל כתב שאם נתן העירבון וגירש רש דאין זה אונס היינו כשעשה הבעל מתחלה כן מדעתו: וכאידך דכתב מהר"י קולון ז"ל:

ואם תשאל עלה הא דכתב הר"ף ז"ל שאם נתן עירבון וכו' מיהא דהשיב הרשב"א ז"ל וז"ל שאלת ראובן בעל לאה וקרובי לאה היו בהסכמה שיגרש ראובן את לאה אשתו ונאותו זה לזה בקנס אלף דינר ושיגרש לזמן ידוע ואחר כך נתחרט ראובן ומיאן בדבר והללו מתירין בו מצד הקנס עד שהלך לגזבר להתפשר עמו ולא רצה בתחבולות שעשו קרובי האשה אדרבא איימו שאם יעבור אפילו שעה אחד מן הזמן יניחנו במשמר עד שיפרע ומחמת יראה הוא מגרש אלא שלא היה בקי למסור מודעא הדין גט זה כדין גט מעושה או לא. תשובה נראה לי שזה הגט גט מעושה ופסול הוא כל שידענו באונסו הוא זה ואף על פי שלא מסר מודעא שאין צריך מודעא אלא היכא דשקיל זוזי וכו' ואונס קנס הוא דלאו תלויה דאונס גוף דוקא אמרינן אלא אפילו אונס ממון נמי הוי אונס. כמעשה דפרדיסא ועליו כתב הראב"ד ז"ל דמינה שמעינן דאונס ממון הוי אונס. וכן כתב ר"ת ז"ל. וז"ל מיהא דפרדיסא שמעינן דמאן דמפחיד לחבריה וכו' ואם נפשך לומר כתלויה וזבין הוא זה דכיון דמקבל על עצמו מדעתו קנס אלף דינרין ובנתינת הגט הרויח ממון זה שקבל על עצמו מדעתו בלא שום אונס הרי זה כמקבל ממון דעלמא לא היא שאין זה כמקבל ממון אלא כניצל מהפסד ממון וגריעא טובא מהפקעת שאר וכסות דלא חשבינן ליה בקבלת ממון וגט מעושה כגון זה אפילו ביד ישראל פסול כ"ש ביד עובדי כוכבים ומזלות דאילו ביד עובדי כוכבים ומזלות אפילו כדין פסול אא"כ אמרו לו עשה מה שישראל וכו' ע"כ: הא קמן דאונס קנס קרי ליה אונס ותיקשי אהא דערבון. תשובתך שניא היא דההיי' דהרשב"א ז"ל איימו הגזב' ונכנס העובדי כוכבי' ומחמתו גירש ואילו לא היה מתחרט ראובן והיה מגרש לא היינו חוששין לומר דמחמת יראת הקנס קא מגרש וההיא דהר"ף ז"ל מירי בשנתן העירבון וגירש מדעתו: וס"ל להרי"ף ז"ל דלא חיישינן דמחמת העירבון שלא יפסידנו הוא דגירש. אי נמי שניא ערבון דמאחר שאינה בידו כמקבל ממון דמי ולא כניצל מהפסד ממון:

ומכל מקום למדנו מתשובה זו דנדון דידן גט מעושה בעובדי כוכבים ומזלות הוי. ואף על גב דאמר רוצה אני בישראל ובטל כל מודעות. וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג ואם אנסוהו

העובדי כוכבים ומזלות לגרש שלא כדין אינו גט אף על פי שאמר בעובדי כוכבים ומזלות רוצה אני ואמר לישראל כתבו וחתמו הואיל ואין הדין מחייבו להוציא והעובדי כוכבים ומזלות אנסוהו אינו גט ע"כ. משמע דמשום דלא אמר רוצה אני אלא בעובדי כוכבים ומזלות הוא דלא הוי גט הא אילו אמר רוצה אני בישראל לא מבטיל גיטא ליתא דה"מ כשאנסוהו העובדי כוכבים מעצמן. וכמו שכתוב הרמב"ם ז"ל להדיא לעיל מיהא ולא היו המסיתין ישראל ושוב בפני ב"ד של ישראל נתרצה לגרש ואמר רוצה אני דכיון דהם לא אנסוהו ובפניהם אמר רוצה אני לא מבטיל גיטא ומיהו אי אינהו שדו ביה גודא רבא לפניהם כלפני עובדי כוכבים ומזלות דמי: ובנדון דידן נמי שמעון הנז' ואהובו כחדא חשיבי וגט מעושה דעובדי כוכבי' ומזלות הוי. ואף על גב דאמר בפני ישראל רוצה אני מחמת יראת העובדי כוכבים ומזלות דאגידא בהו הוא דאמר וגט מעושה בעובדי כוכבי' ומזלות שלא כדין הוי ובטל הגט:

ואף על גב דקודם שנכתב הגט כתבו שטר מחילה לפני הדיין הקטן לא נסתלק האונס בזה חדא דאשתני לגריעותא לעשותו בפני הדיין הקטן ולא הגדול כאשר היתה ההודאה. ועוד מי שבקי בנימוסיהם יודע שכל עוד שלא נתפרע המעות בפניהם על המחייב לבד יש כמה מיני ערעורים וכמאן דליתא דמי. והעד שלא זזה ידם מתוך ידו משנכתב חוגי"ט המחילה עד שכתב הגט. וגם כי הפדה לא נפדה וחפשי לא נתן לו עד לאחר הכתיבה קודם הנתינה והא לא מהניא דבעינן דלפטרוהו לגמרי מקמי דלימא ליה לסופר כתוב ולעדים חתומו וכדכתיבנא לעיל:

ובר מן דין ומן דין מאחר שהדיין התפאר כי הוא יכריחנו לגרש כי זה לו לזכו' גדולה והקשר אמיץ והולך ורב עד שכתב עליו פלסתר מפורסם שראובן הודה שגירש את אשתו באופן שכל מגמתו להשליך אמת ארצה ושנה בדבר להפריד אלוף מאשת נעוריו הילכך דא מודעא רבא אמטו מי גרע זה מגזומים והפחדו' ממי שבידו היכולת לעשות דלדעת רוב המפרשים והפוסקים האחרונים והראשונים ז"ל הויא ליה עישוי ומאן דפליג הויא ליה יחידאה ואין לחוש לו וכמו שכתב הריטב"א ז"ל בשם הרמ"ה ז"ל וכדכתיבנא לעיל והי' ראיה ברורה ונכונה וליכא מאן דמצי למיפלג עלה ואמטו להכי:

בנ"ד כל עוד שהדיין יושב על כנו ורחים ליה לשמעון ושמעון אדיק מידק בקרובי האשה יעוז בהותו להפרירן לא נסתלק האונס כלל ואפילו שמחלו לו על השמנים אלף לבנים לא יחדל פשע ושערי אונאה לא ננעלו וכמה פתחים לאיש משחית להשחית והשופט בשלום על כל פשעים יכסה ומעקשים ישים למישור והישרה יעקש ותדע שגם היו מגזים לתבוע כל החפצים שעשה ראובן לאשתו בערכאות כמי שלב הדיין בידו לכל

אשר יחפוץ יטנו וה"ל כמאן דגזים סתם דכתיבנא לעיל דאפילו נסתלק האונס הראשון שעשה לא נסתלק אונסו עד שיחליש כח האנס לגמרי ולא יוכל להרע כלל: ואף על גב דויתרו לו הד' אלפים לבנים ות"ת לבנים. הא כתיבנא לעיל דלדעת הרמ"ה ז"ל והריטב"א ז"ל והריב"ש ז"ל ומהר"י קולון ז"ל. לא מהניא אפילו לדעת הרשב"א ז"ל לא מהני ולא מידי דמשלו נתנו לו וזה ברור:

נמצא דהאי גיטא מעושה הוא בעובדי כוכבים ומזלות ואפילו היה כדין כל שיד עובדי כוכבים ומזלות באמצע לדעת רוב הפוסקים ז"ל אם נשאת תצא: ואפילו באומרו עשה מה שישראל אומרי' לך איכא מאן דפסיל כ"ש היכא דהויא נמי שלא כדין דלכ"ע אם נשאת תצא והולד ממזר ומה שטענו מהטלת חרם ר"ת הבל יפצו פיהם ואין צריך לזה ראיה: וכתב הריטב"א ז"ל בתשובה על ראובן שנשבע לגרש את אשתו ובלבד שיקיימו לו תנאים וכו' ונתחרט הבעל ולא רצה לגרש: וברח ועמדו קרובי האשה ונתרעמו ממנו ממאתים זהובים אם לא יגרש ורצה האדון לתופסו והאדון שם משמר בביתו עד שייראו קרוביו מן הנזק והפצירו בו וגירש מפני זה והשיב דזה ודאי אונס הוא שפוסל הגט. ואף על גב דהטילו חרם שלא יוציאו לעז ר"ל שקר אבל לומר האמת בגט טוב הדבר כדי שלא יאכלו איסור לישראל ע"כ:

ועל הכת הסוררת אשפוך מררתי אשר בחזקה רדו עם אל ועם קדושים להוריד לארץ פאר התורה פרשו כנפים למעלה לשית בשמים פיהם ונלווים במעגלותם. נתלים בבוקי סריקי סדקי בדקי תורת אלדים ועל השרידים אשר אמרו מודים מודים. אשים דברתי אשר לא לבשו בגדי נקם תלבושת לנקום נקמת תורת ה' תמימה. שהורידו לארץ ראשה פקו פליליה הקימו בחיני איבינו פלילי' בערוה החמורה. אוי לו לדור שכך עלתה בימיו ותהי זאת נחמתי אולי הגיענו ה' לדור שבן דוד בא דור טהור בעיניו דור ששופט את שופטיו ולקדישי עליונים יבלא ויסבר להשניא זימנין ודת ובזרוע חצופה איש הישר בעיניו יעשה האמונה היה בלבי כאש בוערת ועפעפנו יזלו מים בראותי מעשים אשר לא יעשו בעקיבו' משיחנו להכשל ברחוב אמתה של תורה בערוה החמורה נעדרה סרה טעמה ונעימה תרמסוה רגל רגלי שקר פעמי מרמה ולא נמצא לובש קנאת חמת גבר ילבש כלי אש בגיזרא דפרזלא למיגזר לשוקיהו וליסר ולהוכיח שוטין שקלקלו בשוטים ובעקרבים ולשלח נחש שרף חיויא דרבנן כי אם על אלה לא יוסרו החטאים האלה בנפשותם ויעלימו עין מהם נשי עמה יגרשון בעניותם אשר איש משחית ריש בריוני ילטוש עיניו באשר בחרו ובעבור טמאה יחדל חבל נמרץ ויחשוב מחשבות לידח וישים אויבי איש אנשי ביתו ויתנהו לאלוף נעוריה אל המהפכת ואל הצינוק במצודים וחרמים

עד אשר יצרו צעדי אונו וכלה גרש יגרש ומלאה הארץ זמה ועל זאת תאבל הארץ והיתה שממה ונשמה לכן כל אשר נגע ה' בלבו זקנים במשענותם ותינוקות במכתבים שלהם יאזרו חיל העוזרים לרעה הגדולה הזאת להבדילם לרעה. מכל שבטי ישראל: ישיבו עליהם את אונם ימקו בעונם. והנשארים יזהרו יזהירו כזוהר הרקיע ובשכר זה ימר יחישה מפלט לנו בביאת גואלינו ובבנין בית קדשינו ותפארתנו בצלאל אשכנזי:

סימן יז

שאלה. ראובן נשא אשה והכניסה עמה שלשים אלף מידיים והתנו שאם תמות בחיי בעלה יחזיר בעלה ליורשיה עשרים אלף מידיים ועשרה אלף לבעלה וחלתה האשה וצותה מחמת מיתה שמאותם עשרים אלף מידיים של היורשים יהיו עשרה אלף. להקדש ואסתפקא לן אם זכה ההקדש באותם העשרה אלף מידיים משום דאיכא למימר דמשעה שהתנו דיחזיר בעלה עשרים אלף מידיים ליורשים כבר קדמו וזכו בשני שלישי הנדונייא אחרי מותה ושוב לא תוכל למעט חלקם יורנו המורה איזה דרך ישכן אור ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. ידי אסורות אשר ספרי אין אתי והם בירושלים תוב"ב ואני כגבר אין איל ולבי ועיני ורעיוני שמה במקום קדשו כל הימים האמנם ליפות כח ההקדש אחוה דעי וה' אלהים יעזר לי להוציא הדין לאמתו:

ומסתברא דזכה ההקדש דהא הרא"ש ז"ל בכלל נ"ה סי' א' על תקנת טוליטולה מכח דקדוק לשון התקנה עצמה ושאר התקנות שנתקנו בענין דקדק ז"ל דאין הנחלה באה מכחה כלום להנחיל לכל יורשיה אלא שחכמי התקנה עקרו הנחלה מן הבעל הראוי לירש את אשתו אחרי מותה ונתנוה לטוב בעיניהם אבל בחייה לא ייפו כח האשה בכלום ואמטו להכי העלה ז"ל דאין ביד האשה לשנות כלל ולתתו לא לבעלה ולא לאחר ואם נתנה אין מתנתה כלום אלמא משמע דדוקא בתקנת טוליטולה הוא דאין בידה לשנות אבל בנדון דידן דתנאי בעלמא הוא דאתנו הנחלה באה להם מכחה ובחייה לא זיכתה להם כלום והילכך בידה להפקיע הירושה מהם וזכה ההקדש:

ואל תשיבני ממה שכתב הרב בעל הטורי' ז"ל בח"ה סי' קי"ח תשובת אביו ז"ל וקיצר ולא כתב ראיות אביו ז"ל אלא כתב בקוצר הכלל היוצא מדבריו שאין בידה לשנות כלל וכו' ואם כדברינו שמכלל ראיותיו נפקא לן דלא נלמוד מזה לתנאי אחר היה לו להביא התשובה כצורתה:

דהא לא קשיא כלל דכל אלו התשובות דמייתי הרב בעל הטורים ז"ל סובבות על לשון התקנה דמייתי בתחלת הסימן ולזה פשיט' ליה דלא מיירי אלא בההיא תקנה ובלשונה לא בזולתה ולכך לא הוצרך להאריך ולהביא כל התשובה דפשיטא דענה קאי וגם בח"ה סימן ר"ן מייתי תשובה מהרא"ש ז"ל דמוכחא להדיא כדכתיבנא וכדבעינא למכתב בס"ד:

ומכל מקום משמע להדיא דדוקא בתקנת טוליטולה קאמ' הרא"ש ז"ל דאין בידה לשנות והילכך במקום שנהגו לכתוב והירושה כמנהג טוליטולה בודאי דאין בידה לשנות ומיהו כגון אנו דכתב כן והירושה כמנהג דמשק אף על גב דשמעתי מפי רבותי ז"ל שאין בין תקנת טוליטולה ומנהג דמשק אלא קימעא מ"מ הבא להפקיע כח האשה שלא תוכל לשנות ולהורע כחה משאר המורישין דבידם לשנות בלשון מתנה עליו להביא ראיה ברורה מלשון התקנה ולא מסברא מבחוץ וכמו שהביא ראיה הרא"ש ז"ל מלשון התקנה עצמה ואין ללמוד מתקנה לתקנה:

ותדע דבכלל נ"ה סימן ג' נשאל הרא"ש על לאה אשת ראובן שמחלה לבעלה בשטר מקויים כל מה שקבל על עצמו בשטר כתובה התוספת והמתנה והנדוניא והשאירה לעצמה עיקר הכתובה ושלא תפסיד מזונותיה ופרנסתה וכן מחלה לו כמו כן בשטר כל מה שהחזיק לה על עצמו בשטר הנדוניא שעושין חוץ מן הכתובה ולאה טוענת שיש לה קרובים ואינה מפוייסת מהם ורצונה שלא להתנות בין מחיים בין לאחר מיתה ולפי שראיתי וכו':

והשיב ז"ל מדין תורה יכולה למחול לבעלה כל שטרי חובות שהחזיק לה תוספת ומתנה ונדוניא ושטר נדוני' וגם לפי תקנת קהל טוליטולה יצ"ו יכולה למחול כי איני זכור שכתבתי בענין התקנה אלא בענין זה שאם היתה יכולה האשה להפקיע התקנה וליתן לבעלה כל הנכסים לאחר מותה אפשר שזה היה כנגד התקנה חבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנ' כלום ומחילתה מחילה ע"כ הא קמן דבתקנה עצמה לא רצה ברב ז"ל ללמוד מענין דלא בריר' ליה אלא כשמפקעת התקנה להדיא כגון שנתנה לבעלה שיקח אחרי מותה החצי שהיה ליורשיה ליקח וכמו שכתב בתחלת הכלל אבל מה שמוחלת מעכשיו פשיטא ליה דאינו כנגד התקנה ואפילו נותנת לבעלה כל הנכסים לאחר מותה כתב ז"ל בלשון אפשר שזה נמי כשמפרטת להדיא ונותנת לבעל החצי שהיה ליורשי התקנה אבל בכוללת ומוחלת לבעל' התוס' והמתנה וכל הנכסים חוץ מן הכתובה דהוי אליה מילתא דלא שכיח אפשר לומר דאינה כנגד התקנה דלא עקרו הנחלה מן הבעל ונתנוה לטוב בעיניה' אלא בזה החצי וכמו שכתב הרא"ש ז"ל

בתחילת הכלל אבל במילתא דלא שכיח כגון בכל הנכסים לא תקינו מידי ואפשר דהויא נמי כנגד התקנה דמ"מ כיון דנותנה לאחר מותה הרי תסוב הנחלה ממילא מקרובי האשה לבעל וכפי סגנון הכתוב בתקנה:

מעתה דון מינה אם בתקנה עצמה מענין לענין בדומין מספקא ליה לרב ז"ל אי מדמינן מילתא למילתא ק"ו הדברים דאין ללמוד מתקנה לתקנה וכן כתב הרב הגדול אשר חבוריו מאירי' עיני הגולה מהר"י קארו ז"ל דאי ללמוד מזה לתקנה אחרת שאינ' כתובה באותו סגנון:

גם הביא ראיה מדברי הר' שלמה בן הרשב"ץ ז"ל שכתב מקומות שיש להם תקנה שאם תמות האשה בחיי הבעל יחזיר מקצת הכתובה ליורשיה אם אותו מקצתה רצתה האשה למוחלו לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה עזה היא קיימת דכל טצדקי שאנו יכולים לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים ע"כ:

ואין לדחות דדילמא מיירי הר"ש ז"ל במוחלת מעכשיו לבעלה דאין דבר זה נוגע בתקנה כלל וכמו שכתב הרא"ש ז"ל וכדכתיבנא דהא מסיק ואזיל דכל טצדקי שאנו יכולים לעשות להעמיד הנחלה במקומה וכו' ואי מיירי במוחלת מעכשיו לא שייך כלל להעמדת נחלה במקומה וקל להבין:

נמצא דהני תרי אשלי רברבי סוברים להדיא כדכתיבנ' וכן ראוי להורות ומינה לא נזוז ומה גם כי דבריהם ז"ל נכונים בטעמן מצד ונימוקן עמן דכל עוד שלא בררו להדיא חכמי התקנה שעקרו הנחלה ממנה ונתנוה למי שרצו ממילא הנחלה ממשמשת ובאה כדרכ' ממנה ליורשים ואינה מופקעת ממנה והילכך בחיים מצי למעבד מאי דבעיא:

ומיהו ראיתי לאחד מגדולי הדור הרב המובהק מריה גמרא כמהר"י בן לב ז"ל שחולק על זה בתשובותיו בחלק שני סימן כ"ד ומעיקרא קאמר וז"ל דנהי דאם היה המנהג מטעם התקנה דהפקר ב"ד הפקר והב"ד הפקירו אותו השליש ונתנו אותו כיורשי ואין כח בידה לתתו לבעל' ולא לאחרים אבל אם הוא תנאי וכו'. ע"כ. קא פסיק וקאמר בפשיטות דבכל תקנה יהיה הדין כן והא ודאי ליתא וכדכתיבנא דדוקא היכ' דידעינן בבירור דהפקירו אותו בענין זה שלא תוכל לשנות וכההיא תקנה דטוליטולה כמו שדקדק הרא"ש ז"ל מתוך לשונה אבל אם לא תקנו אלא שיורשיה יטלו לאחר מותה חצי הנכסים אין לנו לומר מסברא דהפקירו וגרעו כח ירושת הבעל כולי האי שנא תוכל למחול דכל טצדקי דמצינן להעמיד הנחלה במקומה עבדינן וכדכתיבנא:

עוד כתב הרב המובהק כמהר"י בן לב ז"ל וז"ל אבל אם הוא תנאי שמתנין ביניהם שמחייב עצמו לתת אותו השליש ליורשי' לכאור' נראה דהיא פלוגתא דרבוותא דלמ"ד

דאע"ג דקי"ל כשמואל דאמר המוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול במעמד שלשתן אינו יכול למחול משום דבמעמד שלשתן הוה ליה כאלו קאמר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וכן נמי בשטר שכתו' בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אם מכר השטר וחזר ומחלו מחול משום דאין ברירה וכמו שכתב הר"ן ז"ל בשמו בסוף פ"ק דגיטין ה"ה גמי בנדון דידן יכולה למחול ע"כ ולא ידעתי מה ענין הנדון להך פלוגתא דאי מסלק עצמו לבד הא ודא י דלא שייך כלל להך פלוגתא ואפילו במחייב עצמו לתת אותו שליש ליורשים וכמו שכתב הרב ז"ל אכתי לא דמי כלל דהכא משתעבדנא למחמתך איכא ומשעבדנא לך ליכא דאיהו נתחייב להחזיר ליורשים ולא נשתעבד לה כלל דבחייה הנכסים ברשותו ובנכסי מלוג הבעל אוכל פירות והילכך לכאורה איכא למימ' דלכ"ע אינה יכולה למחול דשניא משטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך משום דנשתעבד הלוה למלוה וכשמכר המלוה שטר חובו הויה ליה המלוה מקור השיעבוד הילכך כשמחל הוא נמחל אפי' למאן דאתי מחמתיה אבל כשנתחייב הבעל להחזיר ליורשים אין כאן שום חיוב מהבעל לאשה כלל מעתה מה תמחול כך יש לומר לכאורה ומיהו כד מעיינן בה שפיר אשכחנא דבנדון דידן לכ"ע יכולה למחול דשניא ההיא דמוכר ש"ח דהא איכא קמן מאן דאתי מחמתיה בשעה שבא למחול דהיינו מאן דקנה ש"ח זה וכיון דכתוב בשטר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אי נמי כשהקנ' לו במעמד שלשתן דהוה לי' כאילו קאמ' משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך והרי לפנינו מאן דאשתעבד ליה הילכך נראה דשוב זה המוכר לא יוכל למחול דכבר זכה קונה זה בשעבודו של לוה אבל בנדון דידן כשאשה זו באת למחול אכתי ליכא מאן דאתי מחמתיה דמי יימר שזה היורש העומד עכשיו לפנינו יירש ומי יימר שהיא תמות בחיי בעלה עד שיזכו היורשים מחמת חיובו דילמא הבעל ימות תחלה והיא תגבה כתובת' ויחזרו כל הנכסים לרשותה שיעשה בהם כרצונה וכדבעינן למכתב לקמן בס"ד:

ותדע דהא הרמב"ן ז"ל משום דאין ברירה כבר דאם מחלו מחול כההיא דמוכר ש"ח ואף על גב דמאן דאתי מחמתיה הרי הוא לפנינו ומאן דפליג עליה היינו משום דכבר נשתעבד הלוה לקונה זה במכירת השטר ואפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה וכמו שכתב הר"ן ז"ל בסוף פ"ק דגיטין אבל בנדון דידן ליכא ברירה כלל דלא הוברר מאן דאתי מחמתיה בשעת שבאת אשה זו ליתן לאחרים או למחול לבעלה:

ועוד תדע דבפ' החובל עלה הא דתנן העבד והאשה פגיעתן רעה דפריך גמרא ותזבין כתובתה בטובת הנאה וכו ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה הקשו בתוספות ותזבין כתובתה במעמד שלשתן דאז אינה יכולה למחול ותרצו דמעמד שלשתן אין מועיל

בכתובה בעודה תחת בעלה כיון דעדיין לא נתנה לגבות. ע"כ. וכן פסק הרב המאירי ז"ל שם בחדושיו שאין דין מעמד שלשתן אלא במלוה או פקדון שעומד ליגבות בודאי אבל כתובה שתפשר שלא יתחייב לה הבעל ואין כאן תנהו לפלוני בודאי אין דין מעמד שלשתן מועיל כלום ע"כ הא קמן דאפילו במוכרת כתובתה במעמד שלשתן אמרו דלא זכה הקונה מדין מעמד שלשתן משום דהויא גובייניהו בספק והיאך יזכו היורשים בתנאי בעלמא עד שלא תוכל למחול וגם בתוספות הר' ישעיה ז"ל כתבו שם בפ' החובל וז"ל הא דאמרינן במעמד שלשת אינו יכול למחול ה"מ חוב אבל כתובה שלא הוחזק בה מעולם וגם שמא מעולם לא יבא לידי פרעון יכולה למחול ע"כ. וזה ברור כדכתיבנא וכ"ש דמעולם לא זיכתה אשה זו ליורשיה בחייה כלום וכדבעינן למכתב בס"ד:

עוד כתב הרב המובהק כמהר"י בן לב ז"ל דלבתר דעיין בה שפי' אשכח דבנ"ד לכ"ע אינה יכולה למחול משום דהא לא איצטריך שיחייב עצמו להחזיר ליורשיה אלא במסלק עצמו מן הירושה סגי כדאמרי' פ' הכותב בכותב בעודה ארוסה וכיון דכן זה האיש במה שמסלק עצמו מן הירושה כבר זכו כל היורשי' ושוב אינה יכולה למחול ואפילו כותב בלשון חיוב כיון דבכל החיוב שהוא מחייב עצמו להחזיר ליורשיו הוא מסלק עצמו מהירושה ממילא אלא זכו היורשים ושוב אינה יכולה למחול דאי לא תימא הכי היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בפ"ק דגטין גבי מעמד שלשתן אלא מעתה הקנה לנולדים דלא הוו בשעת מתן מעות הכי נמי דלא קני וכו' וכיון דכן זכינו לדין שאינה יכולה למחול ולא מבעיא אם זה התנאי וזה המנהג נתפשט בכל הגלילות מחמת חכמי המדינה כמו שנתפשט בטוליטולה אלא אפילו היה מנהג בעלמא כתנאי שמתנין ביניה' אפ"ה אין האשה יכולה למחול אליבא דכולהו רבוותא וכדאמרן ותו לא מידי: ע"כ:

ולא נהירן דבריו כלל בתשובה זו ובאמת אי לאו דמסתפינא כי רב גבריה ואנהרינהו לעיינין בכמה שמעתי' אמינא כי ניים ושכיב הרב אמ' להא תשובה דלכאורה משמע דס"ל דכמסלק עצמו מן הירושה ממילא זכו היורשים זכיה גמורה מעכשיו בחייה ואמטו להכי לא תוכל למחול לבעלה ונח לתת לאחרים כלל והא ודאי ליתא דהא כתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"ה סימן רמ"ח וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל מי שנתן מתנות לבניו לפלוני כך והתנה אם ימות אחד מהם בלא זרע שיפול חלקו לאחיו ולאחיותיו ונתן שמעון מחלקו לגיסו ועתה קם ראובן אחיו לבטל המחנה שנתן שמעון לגיסו כי אין בנים לשמעון וראויה המתנה ליפול עליו אחרי מות שמעון אחיו. נ"ל דמתנה טובה היא דהוה ליה כנכסי לך ואחריך לפלוני דקי"ל אין לשני אלא מה ששייר ראשון. ע"כ. והרא"ש

ז"ל בכלל פ"ד האריך בתשובה זו וכתב ז"ל ואין לומר דנדון זה הוי כאלו התנה בפירוש שלא יתנו ולא ימכרו לאחרים אלא יורישוה אחריהם לאחיהם דאל"כ למה הוצרך וכו'. ע"כ. ומ"מ שמענו דאפילו בנותן נכסיו ונראה כמתנה שלא יתנו לאחרים אלא יורישוה אחריהם לאחיהם עכ"ז העלה הרא"ש ז"ל דיכולים למכור ולתת לאחרים כ"ש בנדון דידן דהנכסים מעיקרא הם שלה אלא שהבעל היה ראוי ליורשה ונסתלק הבעל מליורשה אחר שתמות אבל בחייה לא הסירה מגבירה והילכך פשיטא דיכולה למכור ולתת:

וגדולה מזו סובר הרמב"ם ז"ל דאפילו האומר ואחריך לעצמי או ליורשי שלא נתנו לו אלא כל ימי חייו דהראשון יכול למכור ולתת וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפי"ב מהלכות זכיה ומתנה ומעתה ק"ו הדברים לנדון דידן ואפילו החולקים על הרמב"ם ז"ל היינו משום דס"ל דכל שאמר נכסי לך כל ימי חייך או נכסי לך ואחריך ליורשי דאין לו אלא פירות בלבד ומשום הכי אינו יכול למכור אבל הכא דהגוף שלה בחייה פשיטא ודאי דיכולה למכור:

ועוד יש ראיה דנשאל הריב"ש ז"ל בסימן רמ"ד על ראובן שצוה מחמת מיתה ונתן מתנות עודפות על חצי נכסיו ואמרו לאשתו שתטול קנין להשלים כל צואתו ונטלה קנין בזה הלשון אני משעבד עצמי להשלים מנכסי המת כל צואתו ועתה טוענת האלמנה שמחצית הנכסים של יורשים שהם שלה בכתובתה שלא שעבדה בדבר זה רק חצי הנכסי' שהם נכסי המת וכו':

והשיב שהדין עם האלמנה ולא מבעיא לפי מנהגות קצת ארצכם שנראה שמיד היא זוכה במחצית הנכסים בכתובתה ואם כן האלמנה שלא נשתעבדה לפרוע דבר מנכסיה אלא מנכסי המת אין לה לפרוע ממחצית נכסיה שהן שלה ולא של המת והרי נכסים אלו כאלו היו מנכסי מלוג שלה שלא נשתעבדו לפרעון אלו ההנחות וכו' ע"כ הא קמן דלא זיכה הריב"ש ז"ל את האלמנה והורע כח המקבלי המתנות דלא יפרעו ההנחות אלא מחלק הבעל ואם לא יספיקו יפסידו אלא משו' דהיא לא שעבדה למקבלי המתנות אלא נכסי המת ולא מחצית הנכסים של היורשי' וכמו שכתב ז"ל בכמה מקומות באותה תשובה אבל אם היתה משעבדת בפירות מחצית הנכסים של היורשים היתה שעבודה קיימת והיו זוכים מקבלי המתנות העודף על חצי נכסיו של מת ממחצית של היורשי' ואי איתא דמשעה שהבעל מסלק עצמו מהירושה כבר זכו כל היורשים אפילו שעבדה בפי' מחצית היורשים אין שעבודה כלום דאינה יכולה למעט חלק היורשי' כיון דכבר זכו בה היורשים אלא ודאי משמע דלא זכו בה היורשים כלל בחייה עד שתמות ובידה לשנות כמו שתרצה:

ועוד דהא כתיבנא לעיל בשם הרא"ש ז"ל דהשיב ז"ל דמדין תורה יכולה למחול לבעלה כל שטרי חובות שהחזיק לה וכו' וגם לפי תקנת טוליטולה יכולה למחול כי איני זכור שכתבתי בענין התקנה אלא וכו' אבל מה שמוחלת מעכשיו לבעלה אין דבר זה נוגע בתקנה כלום וכו'. הא קמן להדיא דבידה למחול לבעלה מעכשיו:

וגם הרב ז"ל עצמו כתב בתשובתו דכשנותנת כל נכסיה לבעלה מעכשיו דהמתנה קיימת אבל מה שנתנה לאחר מיתה לא הויא המתנ' קיימת לכך יש לנו לפרש לשון הרב ז"ל דה"ק דזה האיש במה שמסלק עצמו מהירושה כבר זכו היורשי' מעכשיו בשעת חילות הירושה דהיינו לאחר מיתתה ולא מהניא מחילת' את השליש דלאחר מיתתה לבעלה משו' דבשע' גובייגא דהיינו לאחר מיתתה כבר קדמה זכות היורשים תדע דבפ' יש נוחלין בשמעתא דאחריך גרסינן ומודה שאם נתנן במתנת ש"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת ש"מ לא קנה אלא לאחר מיחה וכבר קדמו אחריך ופי' רשב"ם ז"ל ומודה רשב"ג אף על גב דאמר אין לשני אלא מב ששייר ראשון אם נתנו אותו ראשון במתנת ש"מ כגון דאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום והשני מוציא אי נמי כשהיה ש"מ נתנה דשתי מתנות הללו שוות כדאמרינן לעיל איזהו וכו'. מ"ט אמר אביי וכו' וכבר קדמו אחריך האי שני דקאמר עליה הנותן אחריך לפלוני קדם לזה שנתנו לו הראשון דמשעה שהתחיל האי ראשון ליטרף קנה השני דאחריך עם גמר מיחה משמע דמשעה דאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו הנותן לזה השני אבל האי מקבל מתנה מראשון לא קנה עד לאחר גמר מיתה דסתם אדם הנותן ממונו לאחר מיתתו אין רוצה להוציא ממונו מכחו עד שתגמר מיתתו אבל לעיל דנותן סליק נפשיה מהני נכסי שהרי נתנו לראשון חפץ בוא שיזכה השני עם גמר מיתתו של ראשון עד כאן ופריך גמרא מי אמר אביי הכי ובא איתמר מתנת ש"מ מאימתי קנה אביי אומר עם גמר מיתה רבא אמר לאחר גמר מיתה ואהדר גמרא הדר ביה אביי מההיא ופי' רשב"ם עם גמר מיתה אלמא בהדי הדדי קנו ולאשמועינן אתא דחולקין בשוה. מההיא דעם גמר מיתה עד כאן. וכתב הר"ן ז"ל בחדושיו וז"ל וכבר קדמו אחריך כלומר משום דאחריך חייל עם גמר מיתה. ותמהני כיון שכן אפילו נאמר דמתנת שכיב מרע חיילא עם גמר מיתה אכתי אמאי מהניא דהא כיון דבשעת גמר מיתה זוכה אחריך אי אפשר למקבל שיזכה מכח ראשון באותה שעה דהאי נכסי לאו דראשון הוא אלא דאחריך וניחא לי דאם איתא דמתנת ש"מ חיילא עם גמר מיתה אין אחריך זוכה אלא לאחר מיתה שהרי הקנה לראשון כל זמן שאיפשר לאחר שיזכה בנכסים מכחו אבל השתא דאמרינן דמתנת ש"מ לא חיילא עד לאחר מיתה נמצא שאינו יכול להקנות עם גמר מיתה לא במתנת בריא ולא במתנת ש"מ וכיון שעם גמר

מיתה אין הנכסים ראויים לראשון לכלום מקיים ביה אחריך וחל בהם זכותו של שני ואביי ורבא דהוו פליגי מעיקרא במתנת ש"מ אימתי קונה בהא פליגי דלאביי דאמר עם גמר מיתה אם נתנו ראשון במתנת ש"מ דבריו קיימין שכיון שהוא יכול להקנות לאחר באותו זמן אין אחריך חל עדיין ורבא דס"ל שאינה חלה עד לאחר גמר מיתה כיון דעם גמר מיתת הראשון מסולק חייל אחריך ונמצא שקדמו למקבל מתנה ואין הכי נמי דאפילו לא קדמו כגון דנימא דאחריך נמי לא חייל עד לאחר גמר מיחה לא זכה מקבל מתנה בנכסים דבאותה שעה דאחריך נינהו אלא מיהו הא קושטא דמילתא היא דלמ"ד דמתנת ש"מ לא חיילא עד לאחר מיתה אחריך קונה עם גמר מיתה מהטעם שכתבתי ונמצא שכבר קדמו עכ"ל הר"ן ז"ל למדנו מכל זה דמתנת ש"מ לא קניא אלא לאחר מיתה ומ"ה קדמו אחריך ואין למקבל המתנה כלום הכא נמי בנדון דידן איכא למימר אף על גב דאם מכרה או מחלה או נתנה בחייה מחילתה ומכירתה ומתנתה קיימת היינו משום דקדמה מחילתה או מתנתה או מכירתה דמעכשיו לזכות היורשים דלאחר מיתה אבל מה שמוחלת או נותנת לאחר מיתה קדמה זכות היורשי' ואפי' אי בהדי הדדי קא אתי אי אפשר שתחול מתנתה כיון דהיורשים זוכים מכח הבעל וכמו שכתב הר"ן ז"ל ומכל מקום מצינן לתרוצי לשון הרב ז"ל דהא דקאמר כבר זכו כל היורשים דהיינו לאחר מיתה בעת חיילות הירושה ולא מעכשיו בחיים וכדכתיבנא והשתא ניחא אמאי דכתב איהו ז"ל גופיה ומאי דכתב הרא"ש ז"ל וגם מתשובת הריב"ש ז"ל לא קשיא מידי דהמתנות של הבעל היו בחייה ולאחר שימות הוא והאי דאחריך נמי לא קשיא דמיירי במוכר לגמרי בחייו דאלו במתנת ש"מ הא אמרינן דלא עשה כלום דקדמו אחריך וכדכתיבנא ואכתי לא נהירא דשניא ההיא דאחריך דאותו שהתנה ואחריך לפלוני הנכסים הם שלו ויכול לזכותן כרצונו ואמרינן דעתיה דנותן דמשעה דאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו הנותן לזה השני וכמו שכתב רשב"ם ז"ל וכדכתיבנא לעיל והר' יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל כתב דהיינו טעמא דקדמו אחריך משום דאחריך לאו מכח ראשון קא אתי כי היכי דלא ליקני אלא לאחר גמר מיתה אלא מכח הנותן הוא דקא אתי והאי ראשון עכובי בעלמא הוא דמעכב ליה להיא הקנאה כל ימי חייו וכיון שכן נמצא גמר מיתה וזכיית השני באותה הקנאה שהקנה לו הנותן באין בבת אחת אבל מתנת שכיב מרע כיון דמכח המת הוא דאתי דליקני ליה לאחר מיתה לא קני אלא לאחר גמר מיתה. ע"כ. והאי טעמא מחוור טפי מטעמיה דהרשב"ם ז"ל:

ומכל מקום אינו דומה לנדון דידן ואדרבה משם ראיה דדוקא משו' דאחריך מכח הנותן קא אתי וכדכתיבנא הוא דאמרינן דקדמו אחריך אבל בנדון דידן אפילו תימא מכח הבעל

קאתי מאי עדיפותיה והרי גוף הנכסים הם של האשה ואין לבעל אלא שהוא יורשה וכשמסלק עצמו מן הירושה נכנסים היורשים תחת הבעל לירושה ואין כאן נגד המתנה אלא הירושה ובמקום ירושה מי אירא למ"ד דתקדים הירושה למתנת ש"מ והרי מצינו דעדיפא מתנת ש"מ מהירושה דכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ט מהלכות אישות נתן כל נכסיו במתנה לאחרים הואיל ומתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה כמו שיתבאר הרי המתנה וחיוב הנכסי' בתנאין אלו באין כאחד ולפיכך אלמנתו ובנותיו נזונות מנכסיו ובניו יורשים כתובת אמן שמתה בחיי בעלה ע"כ:

והשיג עליו הראב"ד ז"ל וז"ל רואה אני דעת המחבר הזה דמתנת ש"מ אינה כמשועבדין כלל ואינו כן וכו' אבל למזונות אלמנתו כיון דמחיים תפסה לה לא פקע שעבודא אבל לגבי מזון הבנות וכ"ש לכתובת בנין דכרין כמשועבדין נינהו ופקע שעבודייהו ומי שיש לו לב אל יטעה באסופותיו עכ"ל. והרב המגיד ז"ל כתב דרוב האחרונים הסכימו לדעת הרמב"ם ז"ל וכתב ז"ל שמי שיש לו לב אל יסמוך על כל השגותיו ומ"מ איכא למידק דבפ"ח מהלכות זכייה ומתנה כתב הרב ז"ל וז"ל מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה ואין אחר זוכה בדבר שצוה לו בין במקרקעי בין במטלטלי אלא לאחר מיתה לפיכך מוציאין לכתובת האשה ומזון האלמנה והבטת מיד אלו שצוה לתת להם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה ע"כ משמע דפליג מדידיה אדידיה דבהלכות אישות כתב דבאין כאחד ובהלכות זכיה ומתנה כתב דכתובת האשה ומזון האלמנה והבנות קדמי ואיברא דלגבי עיקר טעם של הרב ז"ל לא נפקא לן מידי דעיקר טעמו היינו משום דמתנת ש"מ לא חשיב ליה כמשעבדי דמתנת בריא דהוי מדאורייתא וחשיב ליה כמשעבדי אף על פי שכבר קדמו מזון האשה והבנות אין מוציאין וכדאמרינן בפ' מציאת האשה גבי אחין שמכרו או משכנו מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ז אבל מתנת ש"מ דלא קניא אלא מדרבנן כירושה שויוה רבנן ולא הויא כמשעבדי נמצא דלא נפקא מידי בין אי קדים מזון האשה והבנות בין אי באין כאחד ומיהו מ"מ קשיא אמאי שינה הרב ז"ל לשונו:

ודע שכתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ז דלגבי היורשים הוו מקבלי המתנות כנכסים משועבדים ונכסי היורש בני חורין ואין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש בני חורין כמו שכתוב זה בשם הרשב"א בספר מגיד משנה פ' עשירי מהלכות זכיה ומתנה וכן כתוב זה לאחרונים ז"ל ובשם ר"י ז"ל אמנם אין נכסי היורשין מספיקין למזונות האלמנה בזה מנכין ממקבלי מתנות ש"מ דאף על גב דקי"ל דאין מוציאין למזון האשה

והבנות מנכסים משועבדין אלא מנכסים בני חורין אין מתנת ש"מ כנכסי' משועבדין וכו'. ע"כ. ובזה נתרץ לשון הרמב"ם ז"ל דבהלכות אישות מיירי הרמב"ם ז"ל שנתן כל נכסיו לאחרים במתנת ש"מ ולא השאיר ליורשים כלום כדי לגבות מהן תנאין אלו ולהכי קאמר שהמתנה וחיוב הנכסים באין כאחד ולפיכך אלמנתו ובנותיו נזונות מנכסיו ובהלכות זכייה ומתנה מיירי שנתן מקצת נכסיו במתנת ש"מ והשאיר כיורשים מקצת והיו מספיקין למזונות האשה והבנות והדין נותן דאין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש בני חורין ולכך תפסו בעלי המתנות ושוב אשתדוף בני חרי דהיינו נכסי היורשים מעתה הטעם שכתב הרב ז"ל בהלכות אישות אינו מספיק דאי משום דבאין כאחד הרי שבשעת מיתה לא חל שום חיוב על המתנה דהרי היו שם בני חרי לכך הוצרך הרב ז"ל לתת טעם לפי שבמיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות וכו' ופי' דעל כלל הנכסים חל החיוב בשעת מיתה דמקבלי המתנות לא יקנו אלא לאחר מיתה ומיהו כשחלקו מקבלי המתנות עם היורשין נשארו היורשין מחוייבין וכשאין ליורשין כגון דאשתדוף נכסיהם תחזור החיוב על המתנה מטעם דחיוב אלו התנאין חיילי קודם זכית המחנה וכדכתיב' כנ"ל. ואומר אני מי שיש לו לב לעיין היטב באסופות וימצא מרגניתא תותי מילי דורא בחספא וכו':

ומכל מקום לדברי הכל עדיפי מתנות הש"מ מהירושה דלדעת הראב"ד ז"ל לגבי מזון הבנות וכתובת בנין דכרין לעולם מתנת ש"מ חשיב כמשעבדי ולדעת הרמב"ם ז"ל ורוב האחרונים לא חשיבי כמשעבדי אלא לגבי הירושה ואם נתן מתנה והניח נכסיו ליורשיו ויצא עליו ש"ח גובה כולו מן היורשים ואם איין להם גובה וכו' וכמו שכתב הרב המגיד בפ' עשירי מהלכות זכיה הרשב"א ז"ל:

והילכך מעתה היכי מצינן למימר דכשיסתלק הבעל מירושתו יזכו היורשים כל כך עד שיפקיעו אפילו מתנת ש"מ דידה. ועוד דהרי הבעל עצמו אי לאו דתקינו רבנן ושויוה כלוקח היה מכרה ומתנתה קיימת דבסוף פ' יש נוחלין גבי הא דאיבעיא לן בעל בנכסי אשתו לוקח הוי או יורש הוי קאמר בגמרא אמר ליה רבא והשתא דשלח רבין מי ידעינן האמר ר' יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכרה נכסי מלוג שלה בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ופי' רשב"ם ז"ל אי אמרת בשלמא לוקח שויוה רבנן משעה שנשאה משום הכי מפיק דלוקח ראשון הוי אלא אי אמרת בעל בנכסי אשתו יורש הוי משעת נישואין אמאי מפיק למה תקנו באושא שהבעל מוציא והלא האשה שהיא מורשת אותו מכרה ואין כח ביורשין ליירש מה שמכר אביהן אלא ודאי מדתקנו שהבעל מוציא כך היה עיקר תקנת אושא שיהא הבעל לוקח בנכסי' משעה שנשאה והילכך

מוציא שהרי קדם מקחו למקחן של לקוחות. ע"כ. וז"ל הר' יהוסף הלוי בן מיגאש ז"ל בפירושיו לבתרא א"ל רבא והשתא דשלח רבין מי ידעינן כלומר אכתי מספקא לן מלתא ולא מתברר משום דהא אמר ר' יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכרה וכו' אי אמרת בשלמא לוקח הוי משום הכי מפיק פי' משום דכלוקח ראשון דמי אלא אי אמרת בעל יורש הוי אמאי מפיק פי' אלו זבנינהו איניש לנכסיה מי מצי יורש לאפוקינהו מידא דלקוחות כלום ירית אלא מאי דשבק אבוה:

ואם תשאל ודילמא לעולם אימא לך יורש הוי והיינו טעמא דמפיק מיד הלקוחות משום דמשעת נישואין הוא דהוי יורש בהנהו נכסים דהוה ליה ירושתו קודם ללקוחות הלוקח הא ליכא למימר הכין דכי אמרינן דמשעת נשואין הוי יורש ה"מ לענין פירות אבל לענין הגוף אי אמרת בשלמא דלוקח הוי כיון דמתה אגלאי מילתא למפרע דמשעת נשואין נמי לוקח הוי לענין הגוף דהא קי"ל דלענין בעל קנין פירות כקנין הגוף דמי כדמברר בפ' החובל בענין מעשה דרב שמואל בר אבא אלא אי אמרת דיורש הוי היכי הוי יורש לענין הגוף דהא ודאי לא אשכחן ירושה מחיים לפי שאין אדם יורש את מורישיו כשהוא חי. ע"כ. וכן תירץ הרא"ש ז"ל בתוספותיו דפשיטא ליה דלא הוי יורש בגוף הקרקע בחייה דאין החי יורש החי אלא אי לוקח הוי אחרי מיחתה משעת נישואין התחיל אותו זכות דלאחר מיתתה דלקיחה שייכא מחיים אבל ירושה לא שייכא בגוף הקרקע. בחייה הילכך קדמה מכירתה ע"כ הא קמז לגבי בעל דאוכל פירות בחייה אי לאו דתקינו רבנן שיהא כלוקח לא הויא ליה שום זכיה לירושתו מחיים ומכירתה ומתנתה הויא קיימת כ"ש היורשים הזוכים בסלוקי דהויא ליה כרעא דידיה ואין אוכלים פירות דאין להם שום זכיה ואיהי מציא למכור ולתת ואפילו לאחר מיתה וכדכתיבנא מהכרח השמועות:

ועוד דסלוקו בעודה ארוסה היינו לומר שלא יזכה בנכסיה לכשישאנה ותשאר היא לגבי ירושתה כפנויה דעלמא דמורשת ליורשיה ולא תהא אגידא בה כח בעלה כלל מעתה אין מקום לסברתו ז"ל כלל דאטו כל המורישין אינן יכולין לתת בלשון מתנה לכל מי שירצו ואשה זו נמי כיון דנסתלק ממנה כח בעלה הרי נשארה כשאר הפנויות דעלמא דפשיטא ודאי דיכולות לתת במתנה לאחר מיתה לכל מי שירצו:

ואין לפרש לשון הרב ז"ל דה"ק במה שמסלק עצמו מהירושה כבר זכו כל היורשין מחמת סלוקו ולא מחמתה כלל דהא ליתא כלל דהיאך נסתלק כחה בסלוקו של בעל ועוד דבפ' כ"ב מהלכות אישות כתב הרמב"ם ז"ל התנה עמה שלא יירשנה וכו' בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא וכו' התנה עמה אחר נישואין וכו' ע"כ וכתב עליו הראב"ד ז"ל וז"ל א"א נראה לי שחסר מכאן וקנו מידו ואף על פי שקנו לסלוק ירושתה אינו

מועיל אחר הנישואין לפי שסלוק הירושה לאחר מותה היא ואינו הקנאה לשום אדם והוה ליה כקנין דברים והנשואין כבר חלו על הכל אבל תנאי דקודם נישואין לא חלו הנשואין אלא ע"מ שלא יירשנה ותנאי ממון הוא וקיים ע"כ:

וכתב הרב המגיד ז"ל דהן הן דברי הרמב"ם ז"ל הא קמן דסלוק הירושה היא לאחר מותה ואין מועיל בה קנין לפי שאין בזה זכיה לשום אדם והויא ליה קנין דברים וקודם נשואין נמי אין מועיל בה קנין מטעם זה ולא מהני תנאי זה אלא מטעם דלא חלו הנשואין אלא ע"מ שלא יירשנה ואי איתא דבסלוק זה איכא שום זכיה ליורשים דתו לא מציא האשה לאפקועי זכותייהו מעתה לא הוי קנין דברים:

ואכתי איכא לפרושי דברי הרב ז"ל דאיברא דמחמת סלוקו ליכא שום זכיה ליורשי' מיהו מצד האשה שהתנית עם הבעל שלא יירשנה הויא ליה כמזכה ליורשיה בזה התנאי מעכשיו ולאחר מיתה ומ"ה כתב הרב ז"ל דשוב אינה יכולה למחול לבעל:

תדע דכתב הרמב"ם ז"ל וז"ל התנה עמה אחר שנשאת שלא יירשנה תנאו בטל ואף על פי שירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל ואף על פי שהוא ממון שנאמר בה לחוקת משפט לדורות' וכו' ע"כ. והשיג עליו הראב"ד ז"ל וכתב אמר אברהם חסרון דעת אני רואה בכאן ומה צריך לחוקת משפט והיאך אדם יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם ואיך יאמר לאביו או לאחר ממורישיו דין ודברים אין לי בנכסיכם אחר מית חכם ואין אדם מקנה מה שאין לו בו שום זכות ע"כ. ותירץ הרב המגיד דהוצרך הרמב"ם ז"ל לזה מפני שהאשה שהיא מורישה אותו התנית עמו כן שלא יירשנה והיא תוריש אחר ואינו היתה הירושה כשאר הדברים שבממון היה. התנאי קיים שיזכה בירושה מי שתורישנו היא וכן היה בדין כשאר ירושות אלו הי' כשאר תנאי ממון אבל מתוך שענין ירושה היא חוקת משפט אי אפשר להפקיעו ולומ' איש פלוני יירשני במקום שיש בן וירושת הבעל וכו' ולפי שכל המורישין חוץ מן האשה יכולין לתת נכסיהם במתנה לכל מי שירצו שלא ברצון היורש ואינן יכולין להנחיל בתורת ירושה איש נכרי אפילו ברצון יורש כתב רבינו שהוא מפני שענין הירושה הוא חוקת משפט ואל יקשה עליך מה שאמרו פ' יש נוחלין גבי האומר איש פלוני יירשני וכו' שהטעם משום דלא ידע יורש דניחול דודאי אפילו ידע ומחיל אי בדבריו כלום וכן כתבו קצת מפרשי' ז"ל. ע"כ. פי' לפי' קא מתרץ לשון הרמב"ם ז"ל שכתב התנה עמה שלא יירשנה וכו' דבכל התנאי הויא נמי שהאשה שהיא מורישה תוריש אחר ולכך הוצרך לחוקת משפט ושוב קשיא ליה דאכתי הא בהא תליא דכיון דאין הבעל יכול לסלק עצמו משום שלא בא לעולם וכמו שכתב הראב"ד ז"ל מעתה היאך תוריש היא אחר ואכתי ההשגה

במקומה עומדת דלמה לי חוקת משפט ותירץ ז"ל דלגבי שאר מורישים איצטריך חוקת משפט דיכולין לתת נכסיה' במתנה שלא ברצון היורש ואינן יכולין להנחיל בתורת ירושה איש. נכרי אפילו ברצון יורש והיינו מטעם חוקת משפט ואשה זו דמיא קצת להא דהרי היא מורשת לאחר והבעל הוא מרוצה בכך לכך נקט הכא חוקת משפט:

ומכל מקום הא קמן דקא מתרץ לשון הרמב"ם ז"ל דבכל התנאי דלא יירשנה הויא שהאשה מורשת אחר ודוקא משנשאת לא מהניא תנאה ולא זכו היורשים כלל וירושת הבעל קיימת אבל קודם שתנשא סלוקו וזכות היורשים דקא מזכה להו איהי באין כאחד הילכך שוב לא תוכל למחול כך נראה לישב קצת שיטת מהר"י בן לב ולשיטה זו יש לי לחלק ולומר דדוקא למחול לבעלה לא תוכל מפני שבסלוקו זכה מי שתורישנו היא אבל מציא שפיר לתת ולהוריש למי שתרצה דבסלוקו לא זכו העומדים ליירש באותה שעה כדי שלא תוכל לחת לאחרים ודוק דכתב הרב המגיד ז"ל ואלו היתה הירושה כשאר הדברים שבממון היה התנאי קיים שיזכה בירושה מי שתורישנו היא וכו' ע"כ אלמא דבידה להוריש קודם שתנשא למי שתרצה ולפי זה בנדון דידן זכה ההקדש אפי' לדעת מהר"י בן לב ז"ל ומיהו לא מצינו שום פוסק שחילק בזה והוא עצמו ז"ל קא כייל בתחלת תשובתו וז"ל הכלל העולה מדברי הרא"ש ז"ל מאותם התשובות דאין כח ביד האשה לסלק אותו השליש מיורשיה ולתתו לבעלה ולא לשום אדם אלא אם היתה נותנת כל נכסיה לבעלה מעכשיו וכו'. ע"כ. והוא לשון הטור בא"ה סימן קי"ח אלא ששינה הרב ז"ל קצת שכתב אלא אם היתה נותנת כל נכסיה לבעלה מעכשיו וכו' ע"כ. והרב בעל הטורים ז"ל לא כתב כן וז"ל וזה שיצא מכלל דבריו שאין בידה לשנות כלל לתתו לא לבעלה ולא לאחר ואם נתנה וכו' ודאי אם היתה נותנת מעכשיו נכסים לבעלה בענין שצא היתה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי היתה המתנה קיימת. ע"כ:

הא קמן דלא כתב הרב בעל הטורים ז"ל כל נכסיה. והרב ז"ל כתב כל נכסיה ואפשר דרוצה לחלק דאפי' במעכשיו אינה יכולה לתת אלא כל נכסיה ומשום דלא שכיח לא תקינו בה רבנן מידי אבל במקצת נכסים אפילו במעכשיו אינה יכולה לתת:

והא ודאי ליתא כלל וכדכתיבנא לעיל: ועיקר שטתו נמי אפילו למאי דדחיקנא ופרישנא לשונו ז"ל אכתי לא נהירא דאם באנו לזכות יורשיה מחמת שהיא זיכתה ליורשיה בתנאי הסילוק וכדכתיבנא לעיל מעתה בע"כ אית לן למימר דזכותם קיים אפילו אם מת בעלה קודם מיתתה או גירשה ושוב לא תוכל למחול והא ודאי ליתא כלל דאפילו בתקנת טוליטולה לא תקינו שלא תוכל לשנות אלא כל עוד שהיא נשואה אבל אם מת בעלה או גירשה כל עוד שהיא פנויה יכולה לעשות מנכסיה מה שתרצה:

תדע דנשאל הרשב"א ז"ל על ראובן שכתב שיור לאשתו והערים וגרשה בו ביום שנשאה והחזירה ואחר כך מתה בלא ולד של קיימא ואמר כיון שגירשה נתבטלו התנאים הראשונים והשיור וכו' ככתוב בסימן תתקס"ב:

והשיב ז"ל דחייב דסתמו כפירושו וכו' ועוד דהמגרש שהחזירה על דעת כתובתה הראשונה החזירה וכו' עד כאן משמע להדיא דאלו מחלה היא בפירוש מחילתה קיימת דאי אינה יכולה למחול למה לי הני טעמי כלל אלא ודאי משמע דיכולה למחול ואי כבר זכו היורשים מחמתה היאך יכולה למחול ואפילו גרשה בנתיים:

ועוד השיב ז"ל טעם אחר משום דשלא על דעת קדושין הראשוני' לבד קבל אלא כל זמן שתמות תחתיו בלא ולד שלקיימא וכו' עד כאן. ולהאי טעמא ודאי כאלו צא גרשה דמי ועם כל זה משמע דיכולה למחול מפני שלא זיכתה להם כלום בחייה:

וכן מוכח להדיא מתשובת הרא"ש ז"ל בכלל מ"א סימן ה' וז"ל ומה ששאלת ראובן ואשתו שהתנו ביניהם שאם ימות בחייה שיירשו אחיו שני שלישי הממון והאשה תטול השליש ונכתב ונחתם והגיע השטר ליד האחים וחלה ראובן וצוה ליתן משני שלישי הממון גם לאחרים ומת ראובן ובאים אחיו לבטל הצואה ואומרים שזכותם בשני שלישי הממון בקנין שהקנה להם ובא השטר לידם בחייו ולא היה לו כח למעט חלקם וליתן לאחרים שיזכו בו אחרי מותו כי כבר קדמו הם לזכות בשני שלישי הממון אחרי מותו:

תשובתך לא זכו האחים בחיי ראובן כלום כי לא זיכה להם בחייו כלום אלא התנאי היה עם האשה שלא תטול בכתובתה אלא שליש נכסיו ושני השלישים ישארו ליורשיו ומה שצוה ליתן לאחרים קיים. ע"כ. והרב בעל הטורי' ז"ל הבי' תשוב' זו בח"ה סי' ר"נ: הא קמן להדי' דאע"ג דהממון הוא ביד הבעל ותקנה אותם לאחיו שיירשו המה שני שלישי הממון והשטר הגיע לידם והיא נסתלקה מהכתובה ועם כל זה כתב הרא"ש ז"ל דלא זכו האחים בחיי הבעל כלום כל שכן כשמתנה היא עם בעלה שיחזיר ליורשים נכסיה דפשיטא ודאי דלא זכו היורשים בחייה כלל ואף על גב דנסתלק הוא מהירושה דהרי הנכסים ישארו ביד הבעל עד שתמות וכבר השיב הרח"ש ז"ל בענין תקנת טוליטולה בכלל נ"ה סימן ה' דהנכסים הללו לא יצאו מעולם מרשות הבעל ואין עליו כי אם ש"ח וכו' עד כאן. אלמא דלא זכו היורשים כלל והתנאי היה עם הבעל שיחזיר ליורשיה מעתה מהיכן יצא זכות זה ולא ליורשיה דלפקע כחה שלא תוכל לתת לאחרים ולא למחול לבעלה:

הרי חקרנו על זכות זה ולא מצינו לו מקו' לא כדאתי' ממילא כדמוכחינן לה לעיל מכמה שמעתתא. ולא מחמת סלוקו ולא מחמת זכייתה:

גם חזרתי על כל צדדין וצדדי צדדין למצא צד זכות להרב המובהק מהרר"י בן לב ז"ל בתשובה זו ולא מצאתי:

גם מה שכתב ז"ל דאי לא תימא הכי היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בגיטין פ"ק גבי מעמד שלשתן וכו' וכדכתיבנא לעיל אשתמיטיה לרב ז"ל הא דכתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"ה סימן ס' וז"ל והמחייב את עצמו בדברים שלא בא לעולם או בא לעולם ואינו מצוי אצלו חייב חף על גב דקיימא לן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"מ כשהקנה לו בלשון מתנה אבל בלשון חיוב חייב לפיכך וכו' עד כאן וזה מוסכם מכל בעלי ההוראה ז"ל וכן כתב הר"ן ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל בנדון דידן בריש הכותב דלדעת ר"ח ז"ל דפסק כרשב"ג דאם מתה יירשנה ולאו מטעמיה דהא קיימא לן דבדבר שבממון תנאו קיים אלא מפני שהוא כמתנה על דבר שלא בא לעולם והוי כאומר לא אירש את אבא שלא אמר כלום. הא דאמרינן בירושלמי אילין דכתבין אין מיחה בלא בני כל מאי דילה תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים לעולם בכתובת הבעל לאשתו מיירי ומאי דאמרינן תנאי ממון הוא וקיים היינו מפני שאינו מתנה עמה שלא יירשנה אלא יורשה ומתנה דמחזיר להם ירושתה וכתב עוד הר"ן ז"ל דאפילו לאחר שנשאת אם מחייב עצמו להחזיר ליורשים מה שיירש ממנה דבכה"ג ודאי מהני. עד כאן:

גם מה שמחלק הרב ז"ל בין לשון סלוק ללשון חיוב דבלשון סלוק פשיטא ליה דזכו כל היורשים לדברי הכל ובלשון חיוב הויא ליה פלוגתא דרבוותא אם יכולה למחול כההיא דהמוכר ש"ח הא כתיבנא לעיל דהך פלוגתא דהמוכר ש"ח לחבירו אינו ענין כלל לנדון דידיה:

ואם באנו לחלק בין מוחלת לבעלה לנותנת לאחרים יש לנו לחלוק ולומר דלגבי נתינה לאחרים אדרבה איפכא יש לחלק דבלשון סלוק יכולה לתת לאחרים דכשמסתלק הבעל מהירושה נשארה היא בפנויה דעלמא לגבי ירושה דמציא למעבד מירושתה מאי דבעיא אבל בלשון חיוב שמחייב עצמו להחזיר ליורשיה דמכחו זוכים יורשיה אפשר לומר שלא תוכל לתת לאחרים:

והנכון דאין לחלק כלל בין מחילתה לבעלה לנתינתה לאחרים ובין לשון סלוק ללשון חיוב דחיוב אגידא במה שתרצה היא לתת וכל מי שיזכה בירושתה מחוייב הבעל להחזיר לו והכין דייקנא לה לעיל מלשון הרב המגיד ז"ל והוא ברור וכל טצדקי דמצינן למעבד להעמיד הנחלה במקומה עבדינן וכי מדליא כח הבעל מהירושה מדינא ומסברא תשאר היא שליטא על נכסיה בחייה כשאר המורישין עד שנדע בבירור דחכמי המקום

מכח תקנה והפקר בית דין עקרו כחה ולא השליטוה לתת למי שתרצה כההיא דתקנת טוליטולה וכמו שכתב הרא"ש ז"ל אבל מסתמא לא אמרינן הכי:

והילכך כגון אנו דכתבי' והירושה כמנהג דמשק ולא ברירא לן בזה מנהג דמשק הא ודאי דכיון דנסתלק הבעל מהירושה דיכולה לעשות מנכסיה כטוב בעיניה כשאר המורישין וכלל זה בידנו בכל דבר שחינו מפורש יד הדין על העליונה ויד התקנה על התחתונה ודברי הרב הגדול מהר"י קארו ז"ל ככתובין וכמסורין מסיני דמו דאין ללמוד מתקנת טוליטולה לתקנת אחרת וכ"ש בתנאי דעלמא שמתנה האיש עם אשתו דלא זכו היורשין בחייה כלל:

ונמצא הדין ברור בנדון דידן דזכה ההקדש ודוקא בכתיבת הבעל עם אשתו אבל בכתיבת האב לבתו הויא ליה כמתנה על מנת להחזיר וכמו שכתב הר"ן ז"ל ואין להאריך בזה כי לא בא בשאלה. הנראה לעניות דעתי כתבתי והאל ינקנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה ויראנו נפלאות מתורתו אמן:

סימן יח

שאלה. המחליף קרקע במטלטלין ומשך המטלטלין יורנו המור' אם יכולין לחזור בהם במקום שכותבין את השטר כל שלא נכתב השטר ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. גרסינן בקידושין בפ"ק עלה הא דתנן נכסים שיש להם אחריות וכו' בכסף מנלן. אמר חזקיה אמר קרא שדות בכסף יקנו וכו' אמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין אבל במקו' שכותבין את השטר לא קנה ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין וכו' אי בעינא בשטרא ליקני וכו':

ופליגי רבוותא דאיכא מ"ד דהכא בשטר קנין דוקא עסקינן כלומר שלשון השטר בעינן שקונה בעצמו שכותב לו שדי מכורה לך ובכה"ג אי לא פריש אינו קונה אלא בשעת השטר ולא משעה ראשונה וטעמא דמילתא משום דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל ושטר שהוא יותר מועיל מכסף לפי שמועיל לקנין ומועיל לראיה אבל במקום שאין כותבין שטר קנין אף על פי שכותבין שטר ראיה להוראה על המכירה לאלתר הוא קונה בכסף והר"ן סובר דבכל שטר עסקינן שכיון שדרכן לכתוב את השטר לוקח לא סמכא דעתיה עד שיכתוב לו את השטר ואפילו בשטר הודאה מיהו במקו' שנהגו לכתוב שטר קנין תולה קנייתו על השטר ואינו קונה משעת נתינת הכסף ובמקום שנוהגין לכתוב שטר ראיה לבד אי איפשר ללוקח שיתלה קנייתו

בו שהרי אינו קונה אלא כשנכתב אותו שטר קונה בכסף משעה ראשונה וכל זמן שלא נכתב אינו קונה משום דלא סמכא דעתיה ע"כ בפירושיו על ההלכות בפ"ק דקדושין:
וכתב ז"ל עוד דכן הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות מכירה לא חילק וכתב עליו מהר"י קארו ז"ל בחושן המשפט סימן ק"ץ וז"ל ובאמת כי מדברי הרמב"ם ז"ל אין ראיה שהרמב"ם ז"ל תפס לשון הגמרא סתם כמנהגו. ע"כ:
ואני אומר כי באמת שינה לשונו מלשון הגמרא דבגמרא לא קאמר אלא אבל במקום שכותבין את בשטר לא קנה עד שיכתוב את השטר ואי פריש פריש וכו' וכדכתיבנא לה לעיל. והרב ז"ל שינה וכתב כיצד בכסף מכר לו בית וכו' קנה בד"א במקום שאין כותבין את השטר אבל במקום שדרכן לכתוב שטר מכר לא קנה עד שיכתוב את השטר. הא קמן דהאריך ושינה טובא על לשון הגמרא מיהו צריך עיון לשון שטר מכר שכתב הרב ז"ל אי היינו שטר ראיה או שטר קנין דלכאורה משמע דשטר מכר ושטר קנין חדא הוא ודלא כהר"ן ז"ל והיינו דכתב הרב ז"ל לקמן התנה הלוקח ואמר אם רציתי אקנה בכסף או אקנה בשטר וכו' משמע דהשטר עצמו הוא הקונה ואף על גב דהיינו נמי לישנא דגמרא וכבר תיקן הר"ן ז"ל לשון הגמרא כפי שיטתו מכל מקום שינוייא דחיקא היא ולשון גמרא לחוד ולשון מחבר לחוד דהמחבר יש לו לפרש לשונו קצת כך נראה לומר לכאורה מיהו כד מעיינא בה שפיר אשכחנא דהר"ן ז"ל שפיר קאמר ולשון שטר מכר משמע דהיינו שטר ראיה יה דשטר שקונין בו לא מקרי אלא שטר קנין כלומר שלשון השטר קונה בעצמו וכמו שכתב הר"ן ז"ל וכדכתיבנא לעיל אבל שטר הודאה מקרי שטר מכר לפי שהוא ראיה על המכר ומודה שפלוני מכר שדהו לפלוני וצא יכול לערער עוד על שדהו אבל אינו קונה בעצמו ולכך האריך הרב ז"ל וכתב עוד לא קנה עד שיכתוב את השטר פירוש לא קנה בכסף זה עד שיכתוב את השטר וכשנכתב השטר אז קנה בכסף דאלו בשטר קנין לא קנה בכסף כלל אלא בשטר וכמו שכתב הר"ן ז"ל וכיון דכן אי מיירי בשטר קנין היה לו לרב ז"ל לקצר ולומר אבל במקום שדרכן לרחוב שטר מכר לא קנה דהיינו כלשון הגמרא ולמה ליה לאורוכי ולמימר עד שיכתוב את השטר ועוד יש לדייק בלשון הרב ז"ל דקא מסיים ואין קרקע נקנית בפחות משוה פרוטה וצריך לדייק אמאי הפסיק בזה היה לו לסיים דין מקום שכותבין והיה לו להסמיך דין התנה הלוקח וכו' וכדאיתא בגמרא דלבתר מימרא דרב דקאמר לא שנו אלא במקום שכותבין וכו' קאמר גמרא ואי פריש פריש וכו' ואמאי איפסיק ביניהו דין פחות משוה פרוטה. ואי מיירי הרב ז"ל בשטר ראיה ניחא דקא אשמועינן דאפילו במקום שלא קנה בכסף עד שיכתוב את השטר דעיקר סמיכותיה אשטר לא קנה בפחות משוה פרוטה דסוף סוף בכסף הוא

דקני ומיהו אי מיירי בשטר קנין דתולה קנייתו על השטר ואינו קונה משעת נתינת הכסף לא שייך דין פחות משוה פרוטה בזה כלל דבשטר הוא דקני ותקשי דאמאי אסמיך דין פחות משוה פרוטה לזה הילכך ודאי דקא מיירי הרב ז"ל בשטר ראיה וכדפרישנא:

ומיהו הא דקאמר לבתר הכי התנה הלוקח ואמר אם רציתי אקנה בכסף או אקנה בשטר וכו' הא ודאי מיירי בשטר קנין דלדידיה ז"ל אין חילוק וכמו שכתב הר"ן ז"ל ומ"ה נקט הרב ז"ל האי דינא בשטר קנין לרבותא דאפילו בשטר קנין דאיכא למימר דגם המוכר יכול לחזור בו כיון דקא מתני בעיקר הקנין קמ"ל דאפ"ה אין המוכר יכול לחזור בו והשתא דאמרינן דלעיל מיירי בשטר ראיה והכא מיירי בשטר קנין ניחא טפי דאפסיק הרב ז"ל בדין פחות משוה פרוטה וקל להבין:

גם מלשון רש"י ז"ל משמע דמיירי בשטר ראיה דכתב ז"ל לא קנה דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא וכו' ע"כ. ומדקאמר עד דנקיט שטרא ולא קאמר עד דקני בשטרא משמע דבשטר ראיה מיירי:

גם מלשון הרב ז"ל בעל הטורים ז"ל משמע להדיא דמיירי אפי' בשטר ראיה דכתב ז"ל וז"ל בד"א שקנהו בכסף לבדו במקום שאין דרך לכתוב שטר אבל במקום שכותבין שטר אין קונה בכסף עד שיכתוב גם השטר אלא א"כ שפירש לוקח אם ארצה שיקנה לי הכסף יקנה ואם ארצה לא יקנה הכסף עד שתכתוב לי שטר אז הדבר תלוי בו אם ירצה וחזור בו כל זמן שלא נכתב שטר ואם ירצה יקנו מיד בנתינת הכסף ואין המוכר יכול לחזור בו. ע"כ: מדכתב ז"ל בד"א שקנהו בכסף לבדו וכו' אבל במקום וכו' אין קונה בכסף עד שיכתוב גם השטר וכו' משמע דאיירי בכסף ראיה דהכסף הוא דקונה לעולם:

וגם משמע מלשונו ז"ל דהא דאמרינן בגמרא ואי פירש וכו' דמיירי נמי בשטר ראיה מדכתב ז"ל ואם ארצה לא יקנה הכסף עד שתכתוב לו שטר וכו' וניחא לדידיה ז"ל דנקט גמרא לשון פירוש וכדקאמר ואי פריש פריש דאינו אלא פריש מקחו שלא יגמר הקנין בכסף עד שיכתוב השטר ולהרמב"ם ז"ל דמיירי בשטר קנין אינו אלא תנאו מבחוץ שלא יקנה כלל בכסף אלא בשטר ומשום הכי נקט ז"ל התנה הלוקח וכו':

ומכל מקום תרוייהו ס"ל דבכל שטר עסקינן דבמקום שכותבין לא קנה עד שיכתוב את השטר והכין ס"ל לרוב הפוסקים ז"ל והמפרשים ז"ל:

ופליגי נמי רבוותא ז"ל במקום שכותבין אי קנה בחזקה לחודה ולהרמב"ן ז"ל לא קנה דס"ל דכי אמרינן בגמרא לא שנו אלא במקום שכותבין השטר אכולה מתני' קאי וכן כתב הריט"בא ז"ל בחידושיו דהא דרב בין אכסף. בין אחזקה. קאי שלא קנה בחד מהם ולא בשניהם יחד במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב את השטר ואף על גב דלא

עייל ונפיק אזוזי והא דאמרינן בפרק האומנין האי מאן דזבין מידי לחבריה אי לא עייל ונפיק אזוזי קני ההיא במטלטלין דלאו בני שטרא נינהו כן כתב הריט"בא ז"ל. וכתב עוד ז"ל דבקנין נמי לא קני עד שיכתוב את השטר דלא עדיף כח קנין מכח כסף וחזקה:

אבל הרשב"ם ז"ל ס"ל דבחזקה לחודה קנה אפילו במקום שכותבין שטר דחזקה קניה אלימתא הוא דכיון שבא ברשותו סמכא דעתיה:

ומהר"י קארו ז"ל כתב בכסף משנה דמדכתב הרמב"ם ז"ל בד"א במקום שאין כותבין שטר וכו' קודם כיצד בחזקה משמע שסובר כדברי האומרים דחזקה לחודה קניא בלא כסף ושטר ואפילו במקום שכותבין שטר. ע"כ: ואי מהא לא אריא דבגמרא הכי איתא והרמב"ם ז"ל תפס לשון הגמרא וכמו שכתב הוא ז"ל וכדכתיב לעיל וכתב הרמב"ן ז"ל דאף על גב דגמרא נקיט לה עלה דכסף ה"ה נמי אחזקה וכדכתיבנא לעיל והכי נמי איכא למימר בלשון הרמב"ם ז"ל:

ומיהו יש להביא ראיה דהרמב"ם ז"ל ס"ל כרשב"ם ז"ל דקנה בחזקה לחוד' דהקשה הריטב"א ז"ל בחידושיו למסכת קידושין מדאמר בפרק הספינה שני שטרות הן זכי בשדה זו לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה ההיא אפילו במקום שכותבין את השטר הוא דאי ס"ד דבמקום שכותבין חוזר בזה ובזה כל זמן שלא נכתב השטר למה ליה למימר על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בזה ובזה בלאו ע"מ נמי לפלוג נמי בדידה בד"א במקום שאין כותבין את השטר וכו' אלא ודאי משמע דסתמא היא בכל מקום ותירץ ז"ל דההיא איירי בשטר מתנה והתם אפילו במקום שכותבין את השטר קנה לאלתר בחזקה או בקנין אף על פי שלא נכתב השטר דכיון דקנו מידו או אחזקיה בארעא גמר ויהיב אבל במכר בין מוכר בין לוקח בעי לאמלוכי כל זמן שלא נכתב השטר במקום שכותבין את השטר ולא קנה בכסף ולא בחזקה ולא בקנין עד שיכתב את השטר דלא עדיף קנין וכו'. ע"כ. והרמב"ם ז"ל הביא דין זה בהלכות מכירה בסוף פ"ו אלמא דלא שני ליה בין מכר למתנה מעתה הדר' קושית הריטב"א ז"ל לדוכתא וליכא לאוקומ' בשטר ראיה דהרמב"ם ז"ל אינו מחלק וכדכתיבנא לעיל אלא ודאי משמע דס"ל להרב ז"ל דבחזקה לחודה קניא אפילו במקום שכותבין שטר וכן כתב הריב"ש ז"ל בסימן תע"ו בשם כל המפרשים ז"ל דבחזקה לחודה קני וכדבעינן למכתב קמן בס"ד:

עוד כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות מכירה וז"ל הקרקעות והעבדי' והבהמה ושאר כל המטלטלין כל אחד מהם נקנה בחליפין והוא הנקרא קנין וכו' ע"כ: הרי דהשוה הרב ז"ל הקרקעות למטלטלין בדין הקנין אלמא דס"ל דכי היכי דבמטלטלין קני בקנין אפילו

במקום שכותבין דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו וכמו שכתב הריטב"א ז"ל וכדכתיבנא לעיל ה"ה נמי בקרקעות בקנין לחודיה קני ואפי' במקום שכותבין:

והילכך מעתה זכינו לדין לדעת הרמב"ם ז"ל דהמחליף קרקע ומשך המטלטלין דאין שום אחד מהם יכולין לחזור בהם ואפילו במקום שכותבין את השטר דלא שני לן בין חליפי קנין לשאר חליפין:

ומסתברא דאפילו לדעת הריטב"א ז"ל דס"ל דבקנין נמי לא קני שניא היא נדון דידן דהויא להוא חליפין שהם בתורת שווי הדמי' מחליפין קנין סודר שהוא כעין נעל ואינו בתור' שווי הדמים:

תדע דפרש"י ז"ל בגמרא וז"ל לא קנה דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא בידיה ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא. ע"כ: ומדתלי בטול הקנין בלוקח משמע דוקא בקנין כסף וכיוצא בו דליכא אלא נתינת כסף כדי לקנות הקרקע אז ודאי הוא דלא סמכא דעתיה דאומר עתה יחזור בו המוכר ולא ירצה למכור שדהו אבל בחליפי קרקע במטלטלין קניית הקרקע וקניית המטלטלין כקנין אחד דמו מאחר דקנייתו של זה תלוי בקנייתו שלזה והילכך כיון שהתחיל בקנין שמשך זה המטלטלין סמכא דעתייהו דתרוייהו ושוב אינן יכולין לחזור בהן וכיוצא בזה כתב הריב"ש ז"ל בסימן תע"ו וז"ל והרמ"בן והרשב"א ז"ל כתבו בפ"ק דבבא בתרא דשני אומנין שנשתתפו באומנות' לזמן ידוע שכל מה שירויחו יהיה לאמצע נעשו שכירין זה לזה כדאמר' בפועל ששכרוהו ללקט מציאו' ואין צריכין קנין אלא שיתחילו במלאכ' לפי שכל אחד מתחייב לחבירו בשכר מה שחבירו עושה בעדו והלוכן ודבורן היינו שכרן והוה ליה כאומ' לאשה וכו' וכל מה שירויחו תוך הזמן ההוא הוא לאמצע אלא שתוך הזמן יכולין לחזור בהן להבא כדין פועל שיכול לחזור בו אפי' בחצי היום אבל במה שהרויחו כבר אין אחד מהם יכול לומ' לעצמי הרוחתי וגם בתשובה כתב כן הרשב"א ז"ל ואף על פי שדרך לכתוב שטר בהשתתפות כזה אפ"ה הם דברים הנקנין בלא קנין שהרי כל אחד מתחייב לחבירו בשכר המלאכה שעושה בעדו ולא דמי למאי דאמרינן בפ"ק דקדושין גבי קרקע שנקנ' בכסף לא שנו אלא במקום שאין כותבי' את השטר אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר דהתם הוא משום דכיון דהקרקע עדיין ברשות המוכר אף על פי שגם המעות בידו לא סמכא דעתיה דלוקח ויאמר עתה יחזור בו המוכר והלואי שישיב לי מעותי ולזה אמרו המפרשים ז"ל דחזקה קונה בלא שטר אפילו במקום שכותבין את השטר אבל בשכירות אין לומר כן שכיון שהתחילו במלאכה קונה הפועל שכרו כאשר התנה עמו ואין בעל הבית יכול לחזור בו עכ"ל הריב"ש ז"ל הילכך בנדון דידן נמי כל

אחד מתחייב לחבירו בשכר מה שמושך מחבירו וקנין הקרקע וקנין המטלטלין כחד קנין דמו דזה תלוי בזה דכיון דקנה זה בחליפיו ומאחר שמשך זה המטלטלין הרי התחיל הקנין של השדה וסמכא דעתייהו ושוב אינן יכולין לחזור בהן:

ומיהו אכתי לא סגי האי טעמא אלא לדעת הרמב"ם ז"ל ורשב"ם ז"ל ושאר המפרשי' ז"ל דס"ל דחזקה לחודה קניא וכמו שהביא הריב"ש ז"ל בתשובתו אבל לדעת הרמב"ן ז"ל והריטב"א ז"ל דס"ל דגם דהחזקה אלים משום דעביד קנייה בגוף הקרקע אפ"ה לא קניא בלחודה במקום שכותבין דומיא דכסף משמע דלא סגי האי טעמא דבנדון דידן נמי הגם דנעביד קנין המטלטלין עם הקרקע כחד אפילו הכי אינו נקנה הקרקע במשיכת המטלטלין עד שיכתוב את השטר דומיא דחזקה ואף על גב דיש לחלק דהחזק' היא מעשה כל דהוא דעביד בגוף הקרקע אבל משיכ' המטלטלין הויא ליה מעשה טובא דמושך מה שכנגד חילוף הקרקע מ"מ לא סגי בהכי דאיכא פנים לחלק איפכא דהחזקה אלים טפי דעביד מעשה בגוף הקרקע ממש:

והנכון דשאני קנין כסף או קנין סודר בעלמא או חזקה דאין כאן אלא מוכר ולוקח ואין אדם מוכר קרקע אלא מחמת אונס דדחיקא ליה שעתא ודילמא לא מצטרכי ליה הני זוזי וכן כתב הריטב"א ז"ל דמטעם זה יש חלוק בין שטרי מוכר לשטרי הלואה ומתנה וכמו שהאריך ז"ל בחידושיו לקידושין פ"ק והילכך בנדון בנדון דידן נמי שניהם הוו מוכרים וליכא למימר דמשו' אונס דדחיק' לי' שעת' מוכר את הקרק' אלא משו' דחפץ הוא במטלטלין דכל אחד חפץ יותר בחלופן ואמטו להכי כיון שמשך זה המטלטלין סמכא דעתיה דבעל המטלטלין שלא יחזור בו בעל השדה כי חפץ הוא בחילוף ומטלטלין עדיפי ליה מקרקע:

וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סימן אלף רכ"ו וז"ל וכן נמי במחליף קרקע בקרקע כיון שהחזיק בשדה זו קנה חבירו בשדה השני ותדע לך מדאמר בריש פ"ק דבבא בתרא רב אשי אמר כגון שהלך זה בעצמו והחזיק וכו' ורגילין אנו לפרש דרב אשי בא לחדש דכל שנתרצו באותה חלוקה וקדם האחד והחזיק בפני חבירו באותו חלק גם השני קנה החלק השני ואין אלו חליפין גמורין אלא כעין דמים דקנה זה שדה חברו בדמי שדהו שנתן לו וקרקע נקנה בכסף ובשוה כסף ושמא אף זה במקום שאין כותבין את השטר ואי נמי כאן הוה ליה כמוכר שדהו מפני רעתה לפי שכל אחד מהם רוצה בתוספת החלוף מטלטלין במטלטלין כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ואסתברא לי שלא חליפין ממש קאמר אלא דמים וכעין חליפין נינהו ומשום דלא קפיד קרי להו חליפין וכו' ע"כ.

בתשובות כתיבת יד ולא דייקי כולי. האי ונראה שיש חסרון בסוף לשונו ובירושלי' תוב"ב יש לי תשובות דוקני ובעזר העוזר האמתי שמה עיני תחזינ' מישרי':

ומכל מקום הא קמן דאפילו בחליפי קרקע בקרקע דהוו כעין דמים אסיק הרב ז"ל דכיון דזכה זה נתחייב זה בחליפיו ואין אחד מהם יכול לחזור כ"ש קרקע במטלטלין דאיכא צד אחד של מטלטלין דפשיט' ודאי דכיון דמשך זה המטלטלין ובעל כרחו קנה המטלטלין ואף על גב דנהגו לכתוב שטרא דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו וכדכתיב' לעיל הילכך נקנה גם הקרקע דהא בהא תליא וכחד קנין דמו:

ושוב מצאתי בתוספתא בפ"ק דקדושין דתניא הכין להדיא וז"ל החליף עמו קרקעות בקרקעות מטלטלין במטלטלין קרקעות במטלטלין מטלטלין בקרקעות כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו. ע"כ ולא ידעתי אמאי כפל קרקעות במטלטלין מטלטלין בקרקעות ונראה שהוא טעות סופר וכן מצאתי' להרשב"א ז"ל בחידושיו לבתרא פ"ק וז"ל וי"מ דרב אשי אתא לאשמועינן דאפילו לא החזיק אלא אחד מהם כיון שהחזיק זה זכה האחר בחליפין וקא משמע לן דחליפין קונין בקרקע כמו שקונין במטלטלין וכדתניא:

בתוספתא החליף מטלטלין במטלטלין קרקע בקרקע מטלטלין בקרקע כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ע"כ:

ומכל מקום הא קמן דהשוה דין החליף קרקע במטלטלין להחליף מטלטלין במטלטלין מעתה זכינו לדין לדברי הכל דכי היכי דהחליף מטלטלין אע"ג דנהגו לכתוב שטרא כיון דמשך זה נתחייב זה בחליפיו ה"ה קרקע במטלטלין כיון דמשך זה המטלטלין קנה זה הקרקע בלא כתיב' שטר ואפי' במקום שכותבין ואין אחד מהם יכול לחזור בו והוא פשוט. הנראה לעניות דעתי כתבתי שוב מצאתי און לי מהרמ"ה ז"ל לתשובתי הראשונה וז"ל הרמ"ה ז"ל בתשו' ודשאלתון מנהג דילן למכתב בכל שטרי כתובות אם ח"ו יארע לו מות לפלוני החתן תחלוק פלוני' הכלה כל נכסיה ונכסיו עם יורשיו ואם יארע מות לפלוני' הכלה והם בלא זרע יחלוק פלו' החתן עם יורשיה וראובן נסיב איתתא וכתב לה הכי ובתר הכי כתבא ליה איהי שטרא ויהבא ליה כל נכסהא מהיו' ולאחר מיתה ובטיל' תנאה קמא והדרת לדינא דאורייתא ושכיבא איהי ואת' אבוהא קא תבע ליה לראובן למפלג בהדיה דלאו כל כמינה לבטולי זכות אבוהי ואיכא מ"ד דתנאה בתרא בטיל תנאה קמא:

הכין חזינא דתנאה כל כה"ג לא מהני אלא בממונא דאתתא כגון נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל אבל בנכסי הבעל לא מהני כלל חדא דאסמכתא היא ולא קניא ועוד דהא לא אקני להו ליורשי דילה ולא מידי בלשון הקנאה אלא יחלוק בעלמא קאמר ולא אשכחן דמהני

האי לישנא אלא בש"מ אבל בבריא קנין דברים בעלמא הוא אבל בנכסים דילה מהני דהא לא קני בהו זכותא אלא מכח נשואיה וכיון דאתני בעיקר נשואין אהני וה"ה בנכסיו היכא דאתני למעוטי בזכות דכתובה לאחר מיתתו אבל למקני זכות' בנכסי הבעל לאחר מיתת האשה בחיי בעלה לא סלקא בדעתא דמאן דאית ביה דעת' דמהני תנאה כה"ג. ולא עוד אלא שתנאו זה משונה ממנהג העולם מנהג העולם חיים יורשים את המתים וכאן מתים יורשים את החיים בחיים וכיון שנתברר שלא הועיל תנאי. זה אלא בנכסי האשה הרי הקנין שקנו ממנה לבעלה לאחר נשואיה מועיל לבטל את התנאי דלא גרע מהיכא דאקנתינהו לנכסיה לאיניש דעלמא דלית ליה ליורש זכות בגוייהו דכי אהני תנאה דנשואין בנכסי דילה לאו לאקנויינהו ליורשים דילה אהני אלא למעוטי בירושת הבעל הוא דמהני למהוי. בההוא שיעורא דלא אנסיבא ליה לבעל דכי יהבתינהו לדיליה בתר הכי או לאיניש אחרינא לית להו ליורשים ולא מידי: ע"כ תשובות הר"מה ז"ל: ובסוף לשונו יש טעות אבל הוא מובן: ועוד כתוב בתשובות להר"ם במז"ל בלשון ערבי והעתיקו אות' ללשון הקודש וז"ל שאלה במדינה שמתנים בה שכל אשה שתמות בלא ולד יחזרו חצי נכסיה לבית אביה וכותבין זה התנאי בכל כתובה ורצתה אשה אחת לדמיון נתעורר במחשבתה והוכשר בעיניה ונכספה עשותו שתקח נדוניתה של בית אביה הכתובה בשטר כתובתה ותתננה לאיש אחר מבלעדי אישה ובית אביה והסכים בעלה על ידה אחר שכתב עליה שטר שקבלה כל זה ולא נשאר לה עליו בשטר כתובתה זולתי המאוחר ושהוא מחלה לו מחילה גמורה וליורשיו אחריו ומיורשיה אחריה וכתבה שטר מתנה לאיש הנז' בכל מה שיכלול אותו שטר כתובתה ממקרקעי וממטלטלי ונתנה לו זה מתנה גמורה מחיי' מעכשיו וקנו אחר זה מיד הבעל שהוא הסכי' במתנ' וסלק עצמו מכל מה שיכלול אותו שטר כתובתה מנכסי צ"ב קרקעות ומטלטי' והקרקע שיש לה בשטר כתובתה אותו שכבר נתנה במתנה הותנה בו על הבעל שאם תפטר האשה בלא ולד יחזיר כל הקרקע בכללו לאביה. יורנו אם אחר נתינתה כל מה שכולל אותו שטר כתובתה מנכסי צ"ב קרקעות ומטלטלין לזולת בעלה עם הסכמת בעלה על המתנה ושהוא נתרצה בה כשמתה אם יתחייב ליתן ליורשיה מבית אביה דבר ממה שבשטר כתובת' מנכסים או קרקעות או לא יורנו רבינו:

תשובה. המתנה קיימת בלי ספק ואין הבעל מחוייב לתת ליורשי האשה דבר הואיל וכבר נתנה כל מה שהכניסה בנדוניא לפי שפסק ההלכה נכסי לך ואחריך לפ' אין לשני אלא מה ששייר ראשון וכ"ש וק"ו בתנאי הוה שלא נפסק הענין אלא שנתלה בתנאי וכאילו אמר נכסים אלו לך ואחריך אם תמותי בלא בן לפלוני ומכרה ונתנה שהדין בלא

ספק אין לשני אלא מה ששיירה וזהו דין התנאי בכל מקום אין הפרש אם פירש זה ואמר ואם תמות בלא ולד יחזור חצי מה דישתאר מנדוניא זו לבות אביה כמו שכותבין אנחנו בקצת הכתובות או לא יפרשוה לפי שהוא ידוע שאין לו מלעשות רצונה בנדונייתה ואין הפרש בין אם היתה לובשת לבוש ער שיבלה או עד שיקרע או שתתן אותו או שתמכרנו וכזה ה"ה בקרקעות וכן האיש שנתחייב לאביה וכתב על עצמו בישראל ולא יהודים כ"כ דינרים נגד חצי כתובתה בפשרה אע"פ שהוא יותר אם תפטר מבעלה בלא ולד אינו חייב בשום דבר מהם כלום לפי שלא נתחייב בזה אלא במקום הנדונוא שתגיע לבית אביה וכיון שמכרה אז נתנה לא נשאר לא דבר וכמו שאם הניחה ולד היה מתבטל מעליו החוב כך אם לא הניחה מה להוריש בטל מעליו החוב וחייב לתת אלו השטרות שבדיננו וערכאות ויקרע אותם ותתן הכתוב' לבעל וזה כולו לא יתחייב אצלי עד שידור הנאה הבעל מנכסי אשתו שמא יעשו קנוניא על נכסי יורשי האשה מבית אביה דומה לערב לאשה כתובתה והיה בעלה מגרשה וכו' וכן הענין בזה שנחוש שזה הבעל ואשתו וזה המקבל מתנה בנגלה הם עושים קנוניא על נכסי יורש ותהיה האשה הזאת שלא נתנה בנסתר ולא מקבל המתנה זה זכה באמת לעצמו אבל כוונתם שיחזור מקבל המתנה בגלוי לתת אותה לבעל ולזה אומר שידיר הנאה מאלו הנכסים שקבל אותם מקבל מתנה אסור לי ליהנות בהם לעולם ועד נדרתי נדר זה ואחר כך תתקיים המתנה ביד המקבל וינתן שטר החוב שבערכאותיהם לערב כמו שזכרנו או יחרים חרם סתם בפני הבעל ומקבל המתנה בשם כל מי שעשה קנוניא על מתנה זו בענין זולת הנגלה ממנה והנגלה ממתנה זו כנסתר ממנה ויענה הבעל והמקבל המתנה אמן ואח"כ ידינו כמו שביארנו ואם חזר מקבל המתנה ומכר ממנה דבר לבעל או נתן לו במתנה הכל אחר קבלת החרם אין חשש ואם תבעו יורשי בית אביה שיחרימו אין דוחה אותם מזה ואם תבעו מהבעל שידיר הנאה כמו שזכרנו ואמר הבעל לא אאסור על עצמי דבר שהוא מותר אבל יחרימו סתם בשם. כל מי שעשה במתנה זו קנוניא ויש לו בה דבר נסתר חוץ מהנגלה ממנה הדין עמו ויחרימו כמו שזכרנו ואחר זה יפסקו הב"ד כמו שחלקנו וכתב משה ב"ר מימון זלה"ה והא קמן מתשובה זו נמי משמע להדיא כדכתיבנא בצלאל אשכנזי:

סימן יט

מעשה שהיה כך הי' קודם שעליתי לירושלים תוב"ב בקצת ימים היו יושבים שנים בשוק בסוד משחקי' ובדרך לעג קדשו בנותיהם הקטנות זה לזה ומיראתי פן בבואי הנה אייסר אותם שלח אחד מהמתקדשים והמטהרים שאלה בדברים בדויין אל הגליל תוב"ב לחכם

אחד והשיב לו באורך ואני במה שכותב החכם נרו כפי שאלתו אקצר בו ומה שנוגע גם לפי האמת אעתיק לשונו השאלה הבדוייה המקדש והתשובה של החכם נרו׳:

שאלה. ילמדנו רבינו שנים ראובן ושמעון שהיה לכל אחד בת והיו מדברים וביד שמעון טבעת זהב ואמר שמעון לראובן הרי טבעת זו קידושי בתך השליך ראובן הטבעת מידו לארץ וגער בשמעון ולקח שמעון טבעתו ושמה באצבעו אחר כך לקח ראובן טבעת שמעון מידו והצניעה באזורו ואמ׳ שמעון לראובן אתה רוצה הטבעת ושתק ראובן ואחר כך אמר ראובן לשמעון הרי הטבעת זה קידושי בתך אמר לוי אינם מועלים אלו הקידושין שהטבעת היא שלו ושחקו והלך. כל אחד לדרכו: יורינו מה הוא הדין אם הם קידושין הראשונים או האחרונים או אינם מועלים שכל זה היה דרך שחוק והיתול ועוד שאחד מן העדים קרוב שהוא אח חמות שמעון:

תשובה. שש לדון ולדקדק מה שבא בשאלה ראובן ושמעון שהיה לכל אחד בת והיו מדברים. שאם פירוש מה שהיו מדברים הוא במילי דעלמא ולא בעסק קידושין מתרי טעמי אין בית מיחוש לא בקידושים ראשונים ולא בשניים א׳ טעם שוה לשניהם שאין בלשון הרי טבעת זו קידושי בתך לשון קידושין דגרע מידים שאינן מוכיחות דלא הויין ידים וכו׳: האריך בזה החכם נרו׳ וצריך לקצר דגופא דעובדא לאו הכי הוה:

עוד כתב וז״ל אבל למאי שנסתפק השואל אי לא הוו קידושי כלל מטעם שאחד מן העדים הוא קרוב שהוא אח חמות שמעון לא סגי האי טעמא לפטור בלא גט אף אם היו מדברים תחילה על עסקי קידושין משום דהוי פלוגתא דרבוואתא אי קרובי האם הוו פסולין מן התורה או מדברי סופרים וז״ל הרב המגיד ז״ל פ״ד מה׳ אישות ודע שבפסולי עדות יש מחלקות בין המפרשים ז״ל אי אלו הן מן התורה אי אלו הן מדברי סופרים שקצת מן הגאונים סוברים שכל אותן שהן נלמדים מן המדרש כקרובי האם הן נקראים דברי סופרים וכן כתב רבינו פי״ג מה׳ עדות והוא גם כן מהשורש השני שהניח בספר המצות כמו שכתבתי פ״א וכבר חלקו עליהם ז״ל ואמרו שכל הבאי׳ מן המדרש הן מן התורה בין קרובי האם בין קרובי האב וזה דעת הרמב״ן ז״ל והרש״בא ז״ל. ע״כ ונראה מפשט לשון הרב המגיד שסובר כדעת הרמ״בם ז״ל שהמקדש בעדים שהם קרובים מצד האם דהוי ספק קדושין מדקאמר ודע שבפסולי עדות יש מחלקות וכו׳ על מאי דקאמר הרמ״בם ז״ל המקדש בפסולי עדות של תורה אינה מקודשת בפסולי עדות של דברי סופרים וכו׳ משמע דס״ל בדעת הרמב״ם ז״ל דכל אותן הבאים מן המדרש כקרובי האם דהוי ספק מקודשת וצריך לומר לדעת הרב המגיד דשאני הלכה למשה מסיני או ג״ש דאף על גב דנקראים דברי סופרים לדעת הרמב״ם ז״ל דינן כדין תורה לגמרי שכתב פ״א

מה' אישות שאף הדברים שנאמר בהם הלכה למשה מסיני נקראים דברי סופרים ומכל מקום דינן ממש כדין תורה לגמרי וגם בקידושי כסף כתב שאין קידושי שטר תופסין אחריהם אף אם הם נקראים וכו' יש לחלק דהלכה למשה מסיני נאמר מפי השמועה וכן ג"ש דקיחה קיחה אין אדם דן ג"ש מעצמו אבל הבאים מן המדרש נקראים ד"ס לגמרי וכל הבאים מן המדרש שאדם דן מעצמו בא' מן הדרשות שדורשים חכמים אף אי אסמכוה אקראי הוו ספק קדושין:

איברא דמצאתי תשובת שאלה לרשב"ץ ז"ל הביאה הרב מורינו ז"ל בטור סימן מ"ב וז"ל על מי שקדש בת קטנה שלא בפני אביה והעדים קרובים זה לזה מצד האם שאפילו הרמב"ם שסובר שפסול קורבת האם אינו אלא מדרבנן יודה שעדותן בטילה וכו' והטעם השני שמה שכתב הרב ז"ל שפסולי קרובים הבאים מן הדרשא הוא מדרבנן הוא מפני שסובר בכל מדרש חכמים שאינן קרויין דאוריתא אינו שהם מדרבנן אלא שהם קרויין מדרבנן לענין שאינם נכללין בדברי רבי שמלאי לענין מנין המצות אבל מכל מקום דין תורה הם וא"כ המקדש בפניהם אינה מקודשת ע"כ. הרי משמע מדברי הרשב"ץ ז"ל שהמקדש בפני עדים קרובי האם אינה מקודשת וה"ה בנדון דידן שאחד מן העדים אח חמות שמעון נשאר עד אחד והמקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו הא לאו מילתא דבנדון דידן אפשר שיודה הרב רשב"ץ ז"ל דאיכא תרי דרבנן לדעת הרמב"ם ז"ל שהרי נגיעת העד אינו מצד הבת המתקדשת דהוי ראשון בשלישי שהוא אח חמות שמעון א"כ הנגיעה היא מצד שמעון המקבל קדושי בתו ובעל כאשתו והוי ראשון בשני מצדה אם כן אף אנו נאמר שמאחר שהקורבה אף לאשת שמעון היא מצד האם ולשמעון שקבל קדושי בתו הוי הקורבא מצד אישות דבעל כאשתו אפילו לדעת הרשב"ץ הוי דרבנן ומה גם שמפשט לשון הרב המגיד ז"ל נראה שסובר כדעת הרמב"ם שקרובי האם מצד קורבא נמי הוי מדברי סופרים לענין מה שכתב הרב קדשה בפסולי עדות של ד"ס הוי ספק קדושין דמשמע מלשונו דהא יודע שיש מחלקות שייך לזה הדין שכתב הרמב"ם לא לדרבי שמלאי למנין המצות והנה הרוב וכו' וכ"ש בנ"ד דאיכא תרי דרבנן קורבת האם ובעל כאשתו דודאי צריכי גט כלל העולה דאם והיו מדברים הבא בשאלה הוא שהיו מדברים על עסקי קדושין תרוייהו צריכי גט כדאמרן ואם פירוש והיו מדברים הבא בשאלה הוא שהיו מדברים בדברי עלמא אין כאן בית מיחוש כלל ומותרת בלא גט והאל יצילנו משגיאות זנלע"ד אם יסכימו מורי ורבותי הרבנים מורי הוראה עמי הצעיר וכו': דברי פי חכם חן ונמקו עמו נאם הצעיר וכו': חכם לבב בדין ואמיץ כח בראיות נאם הזעיר וכו': עכ"ל השאלה והתשובה אשר באה מהגליל תוב"ב:

ועל כל אלה הייתי כמחריש הגם כי במקום תחנותי נהיתה הנהי הזה עד שעבר הרנה במחנה שכינה לאמר כי נמצא בתוככי ירושלם מקור נפתח לחטאת להרבות ממזרי' בישראל שקידושי' אלו לטבועין ניתנו שמפני היראה והבושה גלו טפח וכסו טפחים ולמען כחש הכינו בחוץ מלאכתם ויחפאו דברי' אשר לא כן ועל כן יך לבי אותי לחקור היטב על הדבר ודרשתי וחפשתי את ירושלם בנרות ויראו ויגלו מוסדו' תב"ל אשר עשו וחרה אפי על תבליתם ועל המורים האומרי' לנו דמות לדמות ולהורות בכל מקום אני מחשה כי כל כלי המלחמה טמאין וטוביה דשמע ואדיש ומכל מקום גם אם תורה אין כאן וזקנה אין כאן לא יצילו את נפשם מעון אשר חטא כי בדבר ערוה החמורה מהרה ירוץ דברו וינאצו וימהרו ויחלטו מפי המתקדשים והמטהרים ולא היו מתונים עד שיתקבל העדות בפני ב"ד פן חס ושלום מתוך דבריהם ילמדו לשקר וה' הטוב יכפר בעד:

וזהו נסח הקבלת עדות אשר נתקבל פה עיר הקדש ירושלים תוב"ב בפני בעלי הדבר:

ובמותב תלתא כחדא הוינא אנן בי דינא דחתימין לתתא כד אתא קדמנא כה"ר מוסא בכה"ר נסים ן' הנוה יצ"ו וכה"ר שלום בכה"ר שלום דייאלה יצ"ו ואחר האיום והחרם אשר הטלנו עליהם שלא יעידו כ"א דברים כהוייתן ולא יוסיפו ולא יגרעו בעדות' כלל העיד כ"ר מוסא הנז' בתור' עדות גמורה שבהיות' עומדים במסלך בחולו של מועד של פסח הוא וכה"ר שלום הנז' וכה"ר משה בן עזרא יצ"ו וב"ר אברהם דרעי יצ"ו והיה ביד אברהם דרעי טבעת זהב והי' ממשמש בה ופשט כ"ר משה הנז' את ידו לקחתה אמר לו כ"ר אברהם הנז' המתן עד שאוציאנה והוציאה מידו ונתנה לכ"ר משה הנז' וא"ל הדא קידושין פי בנתך וקבל כ"ר משה הנז' הטבעת והצניעה תחת חגורו ואחר שעה חזר כ"ר משה ולקח הטבע' ההיא ונתנה לכה"ר אברהם וא"ל בוד הדא במנא קדושין פי בנתך והלך כל א' לדרכו:

וכה"ר שלום הנז' לעיל העיד שבהיות' עומדים ארבעתם הנז' במסלך בחולו של מועד של פסח היה כר' אברהם הנ"ל ממשמש בטבע' כנז' לעיל ופשט כה"ר משה הנז' לעיל את ידו לקחתו אמר לו כ"ר אברהם הנז' המתן עד שאוציאנ' אני והוציאה מידו ונתנה לכר' משה הנ"ל וא"ל כור הדא קידושין פי בנתך אז נער בו כר' משה הנז' ודחפו והשליך הטבע' לארץ ולקחה כר' אברהם ושמה באצבעו וחזר כר' משה לקחתה מידו וא"ל כר' אברהם הנז' תכודהא קדושין פי בנתך ושתק כר' משה וקבלה וישם אותו בחגורו ואחר שעה חזר כר' משה הנז' ונתנה לכ"ר אברהם הנז' וא"ל כוד הדא אנת אל אכר קדושין פי בנתך: ואמר הוא ר' שלום העד קדושין אלו אינן מועילין שהטבע' של כר' אברהם

והלך כל אחד לדרכו. זהו מה שהעיד כר' שלום הנז' ור' שלום העד הנז' הוא קרוב לרבי אברהם הנז' שהוא אח חמותו:

ומה שחשבתי על זה הוא שקידושין אלו אית בהו תלתא לריעותא. הא' דלשון הקידושין הוא לשון גרוע. ב' דהוי ליה עדות מוכחשת: הג' קורבת העד: ועתה אפרש גריעות הלשון היינו דבעינן בקידושין ידים מוכיחות שיאמר בשעה שמקדש לשון שיובן ממנו מי הוא המקדש ומי הוא המתקדש' והאי לישנ' דקאמר הדא קידושין פי בנתך אין מוכיח מתוך לשון זה מי הוא המקדש:

וכתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו וז"ל נתן לה כסף או שוה כסף ואמר לה הרי את מקודש' וכו' ולא אמר לי אינה מקודשת שידים שאינם מוכיחות אינן ידים ומיהו אם היה מדבר עמה על עסקי קדושי' מקודשת דלא יהא ידים שאין מוכיחו' פחו' משתיקה ורבותינו מוסיפין לומר שאפי' באינו מדבר על עסקי קידושי' אם הוא לפנינו ואומר שלעצמו קדש מקודש' גמורה שאין הספק אלא אם קדשה לעצמו או לאחר והוא נאמן לומר שלעצמו קדשה ולדעת זה כשאינו לפנינו אסורה לכל העולם בודאי כמקודש' גמורה ואם ישנו לפנינו ואומר של פלוני קדשה יראה אף לדעת' שאינה מקודש' ודאית שאם אמרו בהוא עצמו שרגלי' לדבר לא יאמר באחר ואפשר שמחזיקין אותה כמקודש' מספק לו ולאותו אחר וי"מ שכתבו מקודש' מספק לכל העולם ואינו נאמן אף לעצמו ולא אמרו אינה מקודש' אלא שאינה מקודש' ודאית לשום אדם מ"מ גדולי האחרוני' שבספרד כתבו שמאחר שידים שאין מוכיחו' אינן ידים אינה מקודש' כלל לא לו ולא לאחר וכן עיקר דסתם אמרו בגמ' אינן ידים כלומר שאין הדיבור כלום אחר שלא ייחד לה בלשונו למי הוא שקדשה ואפי' אחר זמן למי אם לעצמו אם לאחר ע"כ וכן דעת רוב הפוסקי' ז"ל רובא דמנכר דידים שאין מוכיחו' לא הויין ידים כלל ואפי' ספק קדושין להצריכ' גט ליכא וכן אסיק הרמב"ן ז"ל בחידושיו לקידושין פ"ק דמתחילה כתב אלא מיהו י"ל צריכה גט דע"כ לא קאמרי' לא הויין ידים אלא שאינה מקודש' גמורה וכו' ושוב כתב וי"ל דכל היכא דלא הוו מוכיחות אינן כלום בין בגיטין בין בקידושין ולרב יהודה וכו' ומיהו אנן חיישי' לרבנן וכו' לומר דבלא כתב ידן נמי מוכיחו' וכו' וזה הלשון הגון ועיקר הוא ע"כ הא קמן להדי' דמסקנת הרמב"ן ז"ל דבקידושין אינה מקודש' כלל וכן היא מסקנת הרשב"א ז"ל בחידושיו ויש מן המורים שלפנינו שאמרו שהרשב"א ז"ל בחידושיו מצריכ' גט וראו תחיל' לשונו ז"ל ולא השגיחו על סוף לשונו דאסיק להדיא כהרמב"ן ז"ל וכן כתב הרב המגיד ז"ל בפ"ג מה' אישות דהרמב"ן והרשב"א ז"ל תרווייהו ס"ל דאינה מקודש' כלל וכן מצאתי להדיא בתשובותיו שלא נמצאו בדפוס וז"ל שאלת

מעשה היה בראובן שקדש בת יהודה בפנינו קדושי ודאי ואח"כ הוציא עליה שמעון קול שנתקדש' לבנו בזה האופן שהוא נעשה שליח בנו לקדשה ואמר לה דבר זה שולח לך בני לשם קדושין ונתן לפני אביה ולא מיחה וכו' ואע"פי שאין בדבריו כלום מכמה טעמי' חדא דהאומר לאשה קדשתיך וכו' ועוד דדבר זה שולח לך בני לשם קדושין ולא אמר למי הויין ידים שאין מוכיחות ולא הויין ידים ועוד דקטנה שנתקדש'. שלא לדעת אביה וכו' אפ"ה חששו בדבר שמא מתוך שנאה ששונא שמעון לאבי הנער' יזייף עדים והצרכנוה גט לרווחא דמילתא וכו' וי"א שצריכה להמתין ג' חדשים הואיל וקבלה גט וכו' וי"א שאינה צריכה להמתין: תשובה רואה אני כדברי המתירין שאין זו צריכה להמתין דלא נכנסה זו בכלל גזירותיו של ר' מאיר לפי שאשה זו ודאי אין חוששין לקידושיה כלל ולא היתה צריכה. גט כלל מחמ' כל הטענות הקודמות ע"כ. הא קמן להדיא דמטעם ידים שאין מוכיחות אינו מצריך גט כלל דהא קאמר דמחמת כל הטענות הקודמו' לא היתה צריכה גט כלל ומכלל הטענו' הקודמו' היא זאת דבהאי לישנא דקאמר דבר זה שולח לך לשם קדושין ליכא ידים מוכיחו' ולא הויין ידים כלל ואפי' אם נתנו לה גט לרווחא דמילת' אינה צריכה להמתין ג' חדשי':

ואם תשאל והרי בתשובותיו סימן תש"עד כתב וז"ל ראובן שנתן ללאה כסף ואמר לה הריני נותן לך זה לקידושין ולא היו מדברים על עסקי קידושין וכו' תשובה אף על פי שקבלה אותם לשם קידושין לשמואל דאמר ידים שאינן מוכיחות וכו' אין זו מקודשת ואפילו אמרו שניהם דלהתקדש נתכוונו אינה מקודשת דמ"מ בשעת נתינה לא היו שם ידים מוכיחות ועוד שהמקדש בלא עדים אפילו שניהם מודים אינה מקודשת וכל שאין כאן ידים מוכיחות למאן דס"ל דלא הויין ידים הרי זה כאלו אין כאן עדים שנתקדשה לו אלא מפיהם שהם אומרים שלכך נתכוונו ומיהו יש לחוש להחמיר שמא בקידושין בכעניין זה לא בעיא ידים מוכיחו' דצריכה גט ואם קבלה קידושין מאחר צריכה גט משניהם וכו'. ע"כ: הא קמן דהרש"בא ז"ל מצריכה גט:

תשובתך כבר עמדו על תשובה זו גדולי הדור שלפנינו והנכון מה שפירשו בה שני המאורי' הגדולי' מהר"רי בירב ז"ל ומהר"רן בן חביב ז"ל דחשש חומרא זו קאי אמאי דקאמר ואפילו אמרו שניהם דלהתקדש נתכוונו וכו' דדוקא מפני שאמרו שניהם דנתכוונו להתקדש כתב זה לזה הצריכה גט הרב ז"ל הא לאו הכי לא היתה צריכה גט כלל ויש להם על מה שיסמוכו דהריט"בא ז"ל בתשובותיו נגד רב גדול בדורו שהיה מצריך גט בידים שאינן מוכיחו' דאמר לה הא ליך כסף זה לקידושין וז"ל והראיה שהבאת מן התוספתא דאיתא בירושלמי בפ' האומר דקתני לא הוחזק השליח בעדים

הוא אומר לעצמי קדשתי והיא אומרת לראשון וכו' ולפום פשטה משמע שקדשה סתם ולא פירש למי אלא שהם חלוקי' על הכונה וכן פירשה הראב"ד ז"ל בהשגות פ"ט מה' אישות ושמ' דכל היכא דליכא הכחשה ושניהם מסכימים על הכוונה דהוו קידושין. ע"כ. ואף על גב דאיהו ז"ל מצדד שם בתשובתו לפרושי האי תוספת בגונא אחריתי מ"מ הראב"ד ז"ל רב גוברי' ואם הוא מחמיר מי ייקל ראשו כנגדו וכיון דמפשט לשונו משמע דאפילו אמר לה מעיקרא פלוני עשאני שליח בעדים. לקדש אותך ולאחר שעה קדשה סתם ושניהם אומרים שנתכוונו להתקדש זה לזה דהיא מקודשת גמורה כ"ש היכא דלא אמר לה דהוי שליח כלל דהיא מקודשת והילכך שפיר חייש הרשב"א ז"ל בתשובתו להצריכה גט לחוש לדברי גדולי המפרשים ז"ל הראב"ד ז"ל:

מעתה יש לי לדון בנידון דידן שמתחלה אמר רבי אברהם לרבי משה הד"א קידושין פי בנתך וקבל הטבעת רבי משה והצניעה תחת חגורו ושוב חזר רבי משה ולקח הטבעת ההיא ונתנה לרבי אברהם וא"ל כוד הדא כמנא קידושין פי בנתך מדקאמר כוד הדא כמנא וכו' פי' קח את זה גם כן קידושין בנתך משמע דר' משה הודה באותה שעה שלקחו לשם קידושי בתו ושנתקדשה כבר ואם אחר כך נתחרט לא מהני ליה ולא מידי דכבר חל עליה חומרא דקידושין וצריכה בת רבי משה גט גם מלשון העד השני כן משמע שהעיד דכשחזר רבי משה ונתן לרבי אברהם הטבעת אמר כוד הדא אנת אל אכר קידושין פי בנתך. ומדנקט אנת אל אכד משמע להדיא דהוא כבר נתרצה בקדושין וצריך לחוש לקדושין טפי מקדושי בת רבי אברהם דלא מצינו בר' אברהם שום גלוי דעת בריצוי כלל:

ומיהו הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל ל"ה כתב וז"ל שאלה ראובן היו לו שתי בנות רחל ולאה וקדש את רחל לבן אחיו שהיה קטן פחות מן י"ג שנה ושידך את לאה לכהן אחר ולא נשא הכהן בעיני ראובן חן והסכים בדעתו לקדש את לאה לאחר לפסלה על הכהן ובא אחי ראובן אבי הקטן שקדש את רחל למקום שהיה מצוי ראובן אחיו ובתו לאה אצל והוציא בפני עדים טורניזיש מכסף ואמר לראובן הילך קידושין לבתך ולא פירש איזו מן הבנות הוא מקדש וגם לא פירש למי קדשה ולא דברו בענין הקידושין כלום בפני העדים קודם המעשה אלא אחר שפרשו משם שאל אחד מן העדי' למקדש למי קדשתה והשיב לו לעצמי קדשתיה תשובה גרסינן בפ"ק דקידושין אמר שמואל בקידושין נתן לה כסף וכו' ואמר לו הרי את מקודשת וכו' ע"ד הרי כתבתי לכם כל דברי הגדולי' אשר דעת כולם מסכמת דבקידושין היכא דלא אמר לי דלא הוו קידושין וכן הביא הרי"ף ז"ל דברי שמואל נתן לה כסף וכו' משמע הא לא אמר לי אין כאן בית מיחוש הילכך בנדון זה שלא דברו בפני עדים על עסקי קידושין אלא אמר בסתם הילך קידושין לבתך

ולא פירש למי קדשה אין כאן בית מיחוש ואינה צריכה גט וראיתי מה שכתבתם דברי החולקי' ואומרי' שצריכה גט ואיני רואה בדבריה' ממש ועיקר שיהא כדי להשיב עליהם וכו'. ע"כ. והביא הטור תשובה זו בספר א"ה סימן ל"ז הא קמן דאף ע"ג דלהתקדש נתכוונו כדי לפוסלה על הכהן כיון דהעדי' לא ידעו בהם ולא הבינו למי קדשה סבירא ליה להרב ז"ל דאינה צריכה גט כלל ויש לחלק דשניא ההיא דהרא"ש ז"ל דהעדי' לא הבינו כלל דהא שאל אחד מן העדי' למקדש למי נתקדשה הבת אבל בנדון דידן שפיר הבינו העדי' דהא נתחכם אחד מן העדים לומר דמה שקדש רבי משה לבת ר' אברה' אינו מועיל שהטבעת של ר' אברה' וגם שטעה בדין דהא ודאי אם קידושי ר' אברה' קידושין הרי נעשה הטבעת של רבי משה ובטבעת שלו קדש מכל מקום הרי הכיר העד מי הוא המקדש והמתקדשת ולכן ראוי להחמיר טפי בנדון דידן מההיא דהרא"ש ז"ל:

גם הריב"ש ז"ל כתב בתשובה סימן רס"ו וז"ל אם באנו לבטל הקידושין וכו' מחמת הלשון שהעידו העדים שאמר לה כשנתן לה הטבעת הריני נותנו לך בתורת קידושין ולא אמר לה הרי את מקודשת לי ואסיקנא בפ"ק דקידושין דהרי את מקודשת לחוד ולא אמר לי דהוו להו ידים שאינן מוכיחות שאינו מוכיח מתוך לשונו למי היא מקודשת ואנן קי"ל כרבא וכו' ואין חוששין כלל להצריכה גט כמו שהסכים הרמב"ן ז"ל והאחרוני' ז"ל וכ"ש בזה שלא אמר לה אפילו הרי את מקודשת אלא הריני נותנו לך בתורת קידושין ואין מוכיח מתוך לשונו מי המתקדשת ומי המקדש וכו' זה אינו נראה דלא מקרי ידים שאינן מוכיחו' אלא במי שמתחיל בדבור ואינו גומר אותו ואין מוכח מהתחלת הדבור מה היתה כוונתו דהריני לישנא דידי' שהוא לשון בית יד או חזית הדבר כמו שפרש"י ז"ל דומיא דמי שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי וכן נמי במודרני ממך וכו' אבל במי שאמ' הריני נותנו לך בתורת קידושין אין כאן ידים אלא דבור שלם שכיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קידושין כבר נראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת דלא שביק איניש מצוה דנפשיה ומידי דרמי עליה ואפי' אם ידענו שהוא נעשה שליח וכו' ע"כ. לכך גם בנדון דידן איכא למימר כיון דהדבור שלם לא מקרי יד שכבר נראה ממנו שהוא נותנו לה לשם קדושין ואף על פי שיש לחלק דההיא דריב"ש ז"ל קאמר הריני נותנו לך בתורת קדושין דמזכיר בלשונו דהוא הנותן לה בתורת קדושין מכל מקום אין חילוק זה כדאי להוציאה בלא גט דהכי נמי יש לפרש בנדון דידן דמאי דקאמר הד"א קידושין פי בנתך פירושו נתינה זו שאני נותן לך היא קידושין בנתך עוד כתב הריב"ש ז"ל שם וז"ל ואפילו בבעיא דרב פפא אפשיטא כגון שתי פרוטות לראשונה ואמ' לשניה ואת דאיכא לספוקי דואת חזאי קאמר כתבו הפוסקי' ז"ל דנקטינן לחומרא

כיון דלא אפשיטא דספיקא דאורייתא היא וצריכה גט כיון דיד מוכיח הוי אלא דמבעיא לן אם יש יד לקדושין כלל ואפילו יד מוכיח וכ"ש בנדון זה דאפי' תימא דהוי יד מכל מקום הוי יד מוכיח דצריכה גט מספקא כבעיא דרב פפא ע"כ. והילכך גם בנ"ד איכא למימר כן ואפשר נמי דהאי דהרא"ש ז"ל דאמר הילך קידושין לבתך גריע מלישנא דנ"ד דלשון הילך בע"כ קאי על הכסף ולא על הנתינה ולא דמי להההיא דהריב"ש ז"ל וגם בההיא דהריב"ש הבינו העדי' שפיר דלקדושה לעצמו קאמר לה הכין וכדאי' בשאלה אבל בההיא דהרא"ש ז"ל לא ידע ולא הבינו וכדכתיבנא ואף על גב דיש חולקים על הריב"ש ז"ל כי הרב המאירי ז"ל בחידושיו כתב וז"ל ולענין ביאור ידים שאין מוכיחי' פירשו דבור שאינו מוברר כל צרכו ובידו רצפה תרגומו ובפומיהו ממלל ע"כ. והא ודאי פליגא על הריב"ש ז"ל מכל מקום מי לא יחוש לגדולי המורים האחרונים ז"ל במקום ערוה החמורה.

והילכך מכח גריעות הלשון אין אנו יוצאין מידי חשש: **ואם תשאל** והרי הרש"בץ ז"ל שהוא נמי אחד מגדולי המורים האחרוני' כתב בתשובה וז"ל שאלתם ראובן היה בשוק עם חברים והיה עמהם שמעון והיה שכור ונטל שמעון מיד אחד מאותן חברים טבעת של נחוש' וכו' ואמר לראובן טול טבעת זו אמר לו ראובן ולמה אמר לו שמעון שלח ידך ואחוז בו ולקחו ראובן אז אמר לו שמעון קדושין על בתך וכששמע ראובן הדבר הזה השלך הטבעת ולא נמצאת אחר כך וכו' תשובה אשה זו אינה מקודשת כלל מכמה טעמי' הא' מפני שהאב מיד שקבל הקדושין השליכן וכו' והשני מפני שקדשה בדבר שאינו שלו וכו' והשלישי מפני שלא אמר בשעת קדושין דברים שהאשה מתקדשת בהם שכשאמר לו קידושין על בתך אינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש ודומה זה למי שנתן דינר לחברו לקנות קרקעו ואמר לו המקבל כסף זה קנין על קרקעי דודאי לא קנה דבעינן שיאמר לו שדי מכורה לך וכו' כדאיתא בפ"ק דקדושין או מכרתי לך שדי כדאיתא בפרק השולח אבל אם אמר לו זה הכסף קנין על קרקעי אין קרקעו נקנה לו וכ"ש באשה שאפי' אמר לה דברים המוכיחי' קנין הקפידה תורה שיאמר דברים שמשמען שהוא קונה אותה לא דברים שהוא מקנה עצמו לה וכו' וכל שכן כשאין בדבריו משמעות כלל לא שיקח ולא שיקיח שאין כאן בית מיחוש ועוד דבעינן שיאמר לשון שיוכיח להבא כדמוכח בפ' השולח גבי ביטול לגט ואבעיא לן התם הרי הוא חרס וכו' ולפום הכי נהגו לקדש בלשון זה לומר הרי את מקודש' לי משום דלישנא דלהבא משמע אבל בלא הרי לא משמע להבא ודמי לחרס הוא כחרס הוא דלא אמר כלום והכא נמי שאמר קדושין

הן לא אמר כלום כיון שלא אמר קדושין יהו או הרי הן קדושין. ועוד שאפילו אמר הרי בתך מקודשת אינה מקודש' כלל כיון שלא אמ' לי דבעינן ידים מוכיחות וכו' ע"כ:

תשובתך ההיא לישנא דהרשב"ץ ז"ל גריעא טובא דמעיקרא קאמר ראובן ולמה ואמ' לו שמעון שלח ידך ואחוז בו ושוב קאמר שמעון קדושין על בתך ואין זה דבור שלם אלא חסר גמור וראיתי להרב המובהק כמהרר"י קארו זצ"ל שכתב בספרו בשם כמהרר"י בי רב ז"ל על שם הרבי דוראן ז"ל שאם אמר קח טבעת זו קידושין על בתך שאינו כלום שאינו מוכיח וכו' ואני לא מצאתי לשון הר' דוראן ז"ל אלא כאשר כתבתי לשונו:

ומכל מקום גריעות לשון דבנדון דידן אינו מוציא מידי חשש והנה בדורו של הרשב"א ז"ל חלקו חכמי פרבינציא בכיוצא בזה על אחד שאמר הא ליך הקד"ס והרי הוא נתון ליך בקדושין וכמה גדולי עולם הצריכוה גט וכבר כתבתי לעיל לשון הרב המאירי ז"ל דרבותיו סוברי' דהיא ספק מקודשת גם בזמן הריטב"א ז"ל נפל מחלוקת גדול על אחד שאמר הא ליך כסף לקידושין ורב גדול בדורו הצריכה גט וגם כי חלק עליו הריטב"א ז"ל היינו להלכה אבל למעש' לא פטרה בלא גט וכמ"ש הוא ז"ל גם בדור שלפנינו נפל בזה מחלקות גדול לכן ראוי לחוש וחלוקים דקים לחלק בין לשון ללשון אינו כדאי להתיר ערוה החמורה לשוק:

ומיהו האי עדות מוכחשת היא דהא תרויהו היו שם מתחילה ועד סוף והר' שלום העיד דמתחילה נתן כר' אברהם הטבעת לכר' משה ואמר לו כור הדא קידושין פי בנתך וגער בו כרבי משה ודחפו והשליך הטבעת לארץ ולקחה רבי אברהם ושמה באצבע וחזר כר' משה לקחתה מידו ואמר לו רבי אברהם תכורהא קדושין פי בנתך ושתק כר' משה וקבלה וכו'. הא כמן דקא מכחשי אהדדי בתרתי דרבי מוסא העיד דלא גער בו כלל אלא בפעם הראשונה שנתנה לו קבלה וגם דרבי שלום העיד דאמר לו כר' אברהם בלשון שאלה תכוראה קדושין פי בנתך ורבי מוסא העיד שלא אמר לה אלא הדא קידושין פי בנתך:

ודע דבעדותו של ר' שלום רוב הפוסקי' יודו דהיא מקודשת גמורה דגרסי' פ"ק דקידושין ההוא גברא דהוה קא מזבין חומרי פתכיתא אתאי ההיא איתת' אמרה ליה הב לי חד שוכא אמר לה אי יהיבנא ליך מקדשת לי אמר' ליה הבה מיהבא אמר רב חמא כל הבה מיהבא לאו כלום הוא ההוא גברא דהוה קא שתי חמרא וכו' ההוא גברא דהוה קא שדי תמרי וכו' איבעיא להו הב אשקי שדי מהו אמר רבינא מקודש' רב סמא בר רקתא אמר תגא דמלכא אינה מקודש' והלכתא אינה מקודש' וכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל י"א דטעמ' דאינה מקודש' משום דאדבורא קמא קא סמכה אבל אי אמר לה איהו מעיקרא

אי יהיבנא לך מקדשת לי ואמרה הבה אי נמי הבה מיהבא או אשתיקא מקודש' דהבה מיהבא כד קאמרת הוא דקאמרה ומקודש ואחרים אמרו דאם חזר הוא בשע' נתינה ואמר לה התקדשי לי בו הרי זו מקודש' ומסתברא דטעמא דמילתא משום דכיון דאיהו בלשון שאלה קאמר לה אי יהיבנא לך מקדשת לי ואיהי לא אמרה ליה אין אלא הבה גליא דעתה דלא בעיא בקידושיו דאם כן לימא ליה אין אלא מתנה הוא דקא בעיא מיניה והיינו דאמרי' כל הבה מיהב' לאו כלום הוא דאלמא עיקר טעמא משום הבה דקאמרה השתא הוא ולאו משום הב לי דקאמר מעיקרא ולאו משום דלא אמר לה התקדשי לי בו בשע' נתינה דהא דקאמר לה אי יהיבנא ליך מקדשת לי לאו למימרא דלבסוף נתן לה סתם אלא בשע' נתינה אמר לה הרי את מקודש' לי בזה דסתמא דמילת' הכין הוא ואע"ג דלא אמר לה הכין בגמ' בהדיא משום דקאמר לה מעיקרא מיקדשת לי כי לא אמר לה לבסוף לא מעלה ולא מוריד ועוד דמן הסתם הכין הוא וכדאמר לקמן דהוה מזבנא וורשכי אתא ההוא וחטף וכו' אלא דגמ' הוא דקא מקצר בלישני' ומסרן לחכמים ועוד דהכא אע"ג דלא אמר לה התקדשי לי בו אנן סהדי דלקידושין נקט והוה כמדבר עמה על עסקי גיט' וקדושיה דאינו צריך לפרש וסתם כמפרש דמי ואי במפרש מקודש' בסתם נמי מקודש' אלא טעמא כדפרישית דכיון דלא אמרה אין גליא דעתה דלאו לשם קידושין נסבה ליה והילכך אע"ג דאיהו אמר התקדשי לי אינה מקודש' וא"נ לא אמרה ליה איהי מעיקרא הב לי או אשקי אלא דאיהו אמר לה דאי יהיבנא לך מנה זה מקדשת לי ואהדרה ליה הב או אשקי חד דינא אית לי' ואינה מקודש' דאי נתרצית בקידושיה הוה לה למימר אין ואי אמר לה אי יהיבנא ליך מקדשת לי ושקלתי' ואישתיקא מקודש' וכו' וראיה לדבר מדאמרי' לקמן גבי וורשכי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי הא לאו הכי מקודש' דטפי עדיף שתיקה מהבה או אשקי דשותקת כמוד' או אשקי אחר שאלה כאומר' איני רוצה בקידושין אלא במתנ' כנ"ל. עכ"ל הרשב"א ז"ל בחידושיו הילכך בנדון דידן נמי כפי עדותו של ר' שלום שאמר לו בלשון שאלה רבי אברהם לר' משה תבוד הא קידושין פי בנתך ושתק ר' משה וקבלה הרי בתו מקודש דשתיקה כהודא' ומה גם שדבריו האחרוני' של רבי משה מוכיחין כן שכשחזר רבי משה ונתן הטבעת לר' אברהם אל כוד אנת אל אכר קדושין פי בנתך אלמא מדקאמר אנת אל אכר משמע דכבר נתרצה הוא בקידושין ומיהו אכתי יש לחלק דשניא ההיא דהרשב"א ז"ל דבשאלתו הוכיח דהוא ניהו המקדש דהא קאמר לה אי יהיבנ' ליך מקדשת לי אבל בנ"ד לא קאמר אלא תכור הא קידושין פי בנתך ולא פי' מי הוא המקדש ומסתברא דבנ"ד נמי כיון דמעיקרא נתן לרבי משה הטבעת וא"ל כור הדא קידושין פי בנתך וגער בו רבי משה ודחפו והשליך הטבעת לארץ

ושוב שאל ממנו אם ירצה לקחתו ממנו לקדושי בתו וקבל ושתק אנן סהדי דלקידושין נקט והויא ליה כמדבר עמה על עסקי קידושי והכין משמע מלשון הרשב"א ז"ל דכתבינן דכתב ז"ל ועוד דהכא אע"ג דלא אמר לה התקדשי לי בו אנן סהדי דלקידושין נקט והוה כמדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה דאינו צריך לפרש וכו' ע"כ ועוד דכתב הטור ז"ל בספר א"ה סימן כ"ז וז"ל וכתב הרמ"ה ז"ל אבל אם קדש תחיל' אשה אחת קידושין גמורים אמר לאחרת בפניה תהא מקודש' ולא אמר לי ידים מוכיחו' נינהו וחוששין לקידושין ע"כ: הא קמן דבהוכח' כל דהו חוששין לקידושין דמשו' דקידש לאחרת בפניה לא מוכחא כולי האי דאידך לעצמו קאמ' דאפשר דלחבירו רוצה לקדש' שהוא כבר קידש' חדא ותרתי למה לי חששו לקידושין כיון דמ"מ איירי בעסק קדושין מיהת כ"ש בנ"ד דאיכא הוכחה מיניה וביה וה"נ אמרי' בפ"ק דנדרי' גבי מאי דבעי רב פפא יש יד לקידושין או אין יד לקידושין היכי דמי אלימא דאמר לה לאשה הרי את מקודש' לי ואמר לחברת' ואת נמי פשיטא דקדושין עצמן אינון ואפי' כי לא אמר לשניה ואת נמי אלא ואת בלחוד האמרינן בגמ' דבכה"ג מספקא ליה לרב פפא אי אמרי' דלשניה נמי לקדושין קאמר או ואת חזאי קאמר לה כתבו המפרשי' ז"ל דמיירי כגון שלא נתן לשני' הפרוטה אלא שנתן לראשונ' שתי פרוטות ואמר לה הרי את מקודש' לי ואמר לשניה ואת דאי נתן לכל אחת פרוטה פשיטא דלא מקרי יד ואפי' יד מוכיח אלא קידושין עצמן הן דליכא לספוקי דאת חזאי קאמר דאלמא אעפ"י שלא הזכיר לזו לשון קידושין וגם לא אמר למי וגם לא היה מדבר עם זו בעסקי קדושיה אפ"ה כיון שמפני קדושי הראשונ' מוכיח שדבורה השניה קדושין לעצמו קאמר הויא מקודש' לו כ"ש בנ"ד שדבורו הראשון וגערתו ודחיפתו של זה כולהו מוכחי לדבורו האחרון דלהתקדש לו קאמר וכן כתב הריב"ש ז"ל בכיוצא בזה בסימן רס"ו הנה כפי עדותו של ר' שלום הנז' לעיל איכא אנפי טובא שלא להוציאה בלא גט ונמצא דלא הרי עדות רבי שלום כהרי עדותר' מוסא ולא הרי עדות רבי מוסא כהרי עדות ר' שלום הצד השוה שבהן שעדותן בטלה ואפי' בדיני ממונות אם הכחישו זה את זה בדרישו' וחקירות עדותן בטלה כ"ש היכא דאיתכחוש בגופא דעובדא בקדושין דתלו במילי דפשיטא ודאי דלדברי הכל עדותן בטלה:

וגם מטעם קורבת העד יש לבטל הקדושין דכתב הריב"ש ז"ל בסי' י"ד דנשאל מאת גיסו על אודות בתו הקטנה שנתקדש' שלא בפניו ועדי הקדושין היו שני אנוסים שהם קרובי' זה לזה והקורבה היא שבת אחי אמו של האחד הוא אשת השני גם העד האחד קודם וכו' והשיב ז"ל שאין לחוש לקדושין אלו מכמה טעמים הראשון דקיימא לן כעולא וכו' הטעם השני שאף אם נעשו לדעת אביה אינן קדושין מפני קורבת העדי' דבקדושין בעינן

שני עדים כשרים אבל אם הם פסולין אין חוששין להם דמקדש בפסולי עדות של תורה אין חוששין לקדושיו וכו' ועדים אלו שהם קרובים זה לזה והקורבה היא שהאחד הוא חתן אבי אמו של האחר הרי אלו פסולין מן התורה שהרי קורבה זו שנויה בפ' זה בורר במתניתין דאלו הן הקרובים דמני בהדייהו אחי אביו ואחי אמו הם ובניהם וחתניהם וכל השנויין במשנה ההוא כולן פסולין מן התורה בין קורבה מצד האב בין קורבה מצד האם דכולהו מרבינן להו מקרא וכן הקרובים מחמת אישות דהא אשה כבעלה נפקא לן מקרא דכתיב אל אשתו לא תקרב דודתך היא ובעל כאשתו ואשה כבעלה חדא קורבא היא וכמו שהם פסולין להעיד זה לזה הכי נמי פסולין להעיד זה עם זה וכו' ועם היות שהר"מ ז"ל כתב פרק י"ג מהלכות עדות שהקרובי' מצד האם או מדרך האישו' פסולין מדבריהם ולא מן התור' כבר סתר דבריו הרשב"א ז"ל בתשו' וכו' ע"כ. עיין שם שהאריך הרבה בזה ועל תשובה זו כתב הר"ש בר צמח ז"ל וז"ל ראובן קדש בת שמעון בחייו ושלא בפניו וקטנה היתה והעדי' היו קרובים זה לזה כי אשתו של הא' היתה בת אחי אמו של האחר והאחר העידו עליו שהו מחלל שבתות וכו' ונשאל הרב הנז' על זה והתיר האשה מג' טעמים הא' לפי שנתקדש' שלא לדעת אביה והשני מחמת קורבת העדים ואעפ"י שהרמב"ם ז"ל סובר שאין פסולן אלא מדרבנן וסמך בזה על החולקים עליו שפסולן הוא מן התורה והג' מפני פיסול העד הא' וכו' ולפי שהמקודשת ההיא הית' קרובתו של הרב הנז' וחשש שמא לא יסמכו עליו בהתר זה בקש ממני שאחתו' עמו בקונדרסו והוספתי בו נופך משלי וזה אשר כתבתי בענין הנז' אעפ"י שלבטל הקדושין הטעם האחרון מספיק כי אמת הדבר שא' מהעדים הוא פסול לעדות מהתורה וכו' אפ"ה להגדיל תורה הפליג לחקור בזה הרב נר"ו מפני טעמי' אחרים כדי להתלמד במקום אחר ולאחוז דרכו אני מוסיף לומר בטעמו השני מצד פסול קורבת העדים זה לזה שאפי' הרמב"ם ז"ל שסובר שפסולן אינו מן התור' יודה שעדותן בטלה מפני שני טעמים הא' שאפילו יאמר רבינו ז"ל שפסול זה אינו אלא כפסולי משחק בקוביא ושאר פסולי דרבנן ויאמר ג"כ שהמקדש בפסולי עדות דרבנן חוששין לקדושיו ולא אמרי' דאפקעינהו רבנן לקידושי מיניה אפ"ה יודה בנדון זה שהקדושין בטלין שהרי כיון שזאת שנתקדש' קטנה היתה בשע' הקדושין וכו' ונתקדש' שלא לדעת אביה וכו' א"כ אין כאן חשש קדושי תורה וכו' וכיון שאין כאן קדושי תורה אפילו יודה רבינו ז"ל לדברי ה"ג דתקינו רבנן קדושין לקטנ' אפ"ה יאמר בכאן שאין אשה זו מקודש' לפי שקדושין דרבנן בפסולי עדות דרבנן הם וליכא מ"ד דמחיישי' להו וכו' והטעם השני שנראה שמה שסובר רבינו ז"ל דפסול קרובי' הבא מדרשא אינו מן התור' אלא מדרבנן נראה שאינו סובר בזה כאותן

גאונים ז"ל שהיו סוברי' כן מדאמרי' בפ"ק דקדושין נראין דברי רבי עקיבא בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא שהרי דחו אותה סברא הגאונים ז"ל אשר באו אחריהם וכבר עמד רבינו ז"ל על דבריהם ולא סמך על סברות דחויות ומה שהצריכו גט שחרור בשאר אברים משום דמדרש חכמים הוא לאו משום דלאו דאוריית' נינהו אלא כיון דמדרש חכמי' הוא לא בקיאי בהו אינשי ואם אינו כותב לו גט שחרור ומצאנו בשוק ויאמר לו עבדי אתה כן פי' רבותינו ז"ל ואין לתלות בוקי סריקי ברב ז"ל אבל נראה שהרב ז"ל כתב משום דדעתו בכל מדרשי חכמי' שאינן קרויין דאוריית' אלא דרבנן וכמו שכתב בספר המצו' שלו בעיקר שני וכיון שמפני זה הטעם הוא אומר דפסולי עדות מפני קורבה מצד האם או מצד האישות אינו אלא מדבריהם כיון שבא ממדרש חכמים א"כ י"ל שאפי' לדעתו המקדש בפניהם אפי' קדושין דאוריית' אינן קדושין כלל אפי' אם נחוש לפסולין דרבנן ממש כגון משחק בקוביא וחבריו שאין דבריו ז"ל לומר שכל מה שבא ממדרש חכמים ז"ל הוא דרבנן ולא מדאורייתא חס ליה לרבינו ז"ל דלימא הכי שאם אמר כן הוא עוקר הרים גדולים ומפיל חומות בצורו' אבל אומר שהן קרויין דרבנן לענין שאינן נכללין בדברי ר' שמלאי שאמר תרי"ג מצות נאמרו לו למשה בסיני ואומר רבינו ז"ל שמדקדוק זה הלשון משמע שאין למנות אלא מה שנאמר למשה בסיני אבל מה שנדרש אחר סיני אעפ"י שהיא מן התורה אין קרוי מן התור' לענין מנין תרי"ג מצות וכן מוכיח לשונו בעיקר הזה שהוא כתב ז"ל שם. הנה כבר נתבאר כי תרי"ג מצות שנאמרו לו למשה בסיני לא ימנה בהם כל מה שילמד בי"ג מדות ואפילו בזמנו ע"ה כ"ש שלא ימנה בהם מה שהוציאו אותו באחרית הזמן אבל אמנם ימנה מה שהוא פי' מקובל ממנו והוא שיבארו המעתיקים ויאמרו שזה הדבר אסור לעשותו ואסורו דאוריית' או יאמרו שהוא גוף תורה הנה הוא נמנה אותו כי הוא נודע בקבלה לא בהקש וכו' ע"כ:

הנה ביאר לנו מה כוונתו לקרותן דרבנן לא שיהא להם דין של דבריהם לענין לילך בספקו לקולא אלא לענין זה בלבד שאינן בכלל דברי רבי שמלאי ובין שיקראו מן התורה בין שיקראו מדבריהם לא תשתנה סברתו מסברת זולתו בדינן של אלו כלל שאין כוונתו בזה לחלוק אלא על המונין אותו בכלל תרי"ג מצות ובזה דבריו נכונים ומה שהביאני לפרש כן בדבריו הוא שראיתי מפורש בדעתו שהוא כן שהרי הוא כתב בפ"ג מה' אישות שקדושי כסף הן דרבנן וקדושי ביאה ושטר דאורייתא ופי' דעתו בתשובה שהוא מפני זה העקר השני אלא שהביא ראיה למה חילק בין שטר לכסף ששניהם מדרש חכמים הן וראייתו מפורשת בתשובתו אף על פי שסתר אותה הרמב"ן ז"ל בספר המצות שלו ואף על פי שכתב כן אפ"ה כתב בפ"א מה' אישות בלשון הזה ובא' מג' דברים האשה

נקנית בכסף או בשטר או בביאה ושלשתן דין תורה. ע"כ ולכאורה היה נראה שדבריו סותרין זה את זה ואינו כן שאף על פי שהוא אומר שהן מדברי סופרים אינו ר"ל שיהא דינן דין דבר מדבריהם אלא שאינן בתורה בפי' אלא ממדרש חכמים אבל מכל מקום דין תורה הם ולפי זה אמר באו הפרק ולקוחין אלו נקראין קדושין או אירוסין בכל מקום ואשה שנקנית בא' מג' דברים אלו וכו' הרי היא אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת ב"ד וכו' ואילו היו מדבריהם איך היה חייב מיתה אלא ודאי אף על פי שהוא אומר בדברים הבאים מדרשא שהן מד"ס היינו לומר שלא באו בפי' בתורה אלא ממדרש סופרים אבל דין הדברים הבאים בפירוש מן התורה יש להם וכן נמי כשאמר בפי"ג מה' עדות אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך האישות פסולין מדבריהם ר"ל שלא באו בפירוש מן התורה אלא ממדרש דבריהם אבל מכל מקום דין תורה הם אם כן המקדש בפניהם אינה מקודשת כמו המקדש בפני קרובי' מצד האב כמו שחייב מיתה הבא על אשה שנתקדשה בכסף כמו אשה שנתקדשה בביאה או בשטר זה נ"ל לדעתו של הרמב"ם ז"ל והרי אשה זו מותרת מג' טעמים אפילו לדעתו ז"ל עכ"ל הר"ש בר צמח הא קמן להדיא דאפי'. בתרי דרבנן קא מיירי הרב ז"ל והכין מסתברא דמה לי חד דרבנן ומה לי תרי דרבנן אי מדרש חכמים חשיבא לענין דינא כדין תורה ממש הרי תרי כחד ואי לא חשיבא אלא כדרבנן ממש הרי חד כתרי וזה החכם המשיב שחילק בין תרי דרבנן לחד דרבנן עלה דההיא דהרשב"ץ ז"ל לא חש לקמחיה:

גם הרב המגיד ז"ל כתב בפ"א מהלכות אישות וז"ל ודע שאף לדברי רבינו אע"פ שהכסף מדברי סופרים הרי הוא גומר בה לכל דבר כמו השטר והביאה ובביאור כתב כאן שכיון שנקנית האשה באחת משלשה דברים אלו נעשית מקודשת וכו' וכן כתב בפ"ו מה' תרומות ומעשרות שארוסה בת ישראל דבר תורה אוכלת בתרומה ולא חילק בין נתארסה בכסף לנתארסה בשטר וכן מתבאר בדבריו בהרבה מקומות וכו' והטעם לכל זה שאף על פי שהוא סבור שהכסף מד"ס אינו מתקנת חכמים אלא מכלל תורה שבעל פה והוא דבר נאמר למשה ולא נכתב בפירוש בתורה אלא שנרמז כג"ש ולזה נקרא דברי סופרים לדעתו ז"ל וכבר כתב הוא שאף הדברים שנאמר בהם הלכה למשה מסיני נקראין דברי סופר ים ומכל מקום דינן ממש כדין תורה לגמרי וזה נראה לי מבואר מדבריו ע"כ: וזה פשוט בדברי רבינו ז"ל שכתב בסוף פ"ג מה' אישות וכן הכסף דין תורה ופירושו מדברי סופרים שנאמר כי יקח וכו': ומה שכתב גם כן הרב המגיד ז"ל בפ"ד מהילכות אישות גבי המקדש בפסולי עדות וכו' הכי מתפרשת שכתב וז"ל ודע שפסולי עדות יש מחלוקת בין המפרשים ז"ל אי אלו הן תורה ואי אלו הן מדברי סופרים שקצת מן

הגאוני' סוברים שכל אותן שהן נלמדין מן המדרש כקרובי האם הם מדברי סופרי' וכן כתב רבינו פי"ג מהל' עדות והוא ג"כ מהשרש השני שהניח רבינו בספר המצות כמו שכתבתי בפרק ראשון וכבר חלקו עליהם ז"ל ואמרו שכל הבאים מן המדרש הן מן התור' בין קרובי האם בין קרובי האב וזה דעת הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל ע"כ. פי' לפי' דאיברא ודאי דהוא מחלוק' בין המפרשים ז"ל אי אלו הן מדברי תורה ואי אלו הן מד"ס דהיינו הגאוני' ז"ל שסוברין כן מדאמרינן בפ"ק דקידושין נראין דברי ר' עקיבא בשאר איברים וכו' ומיהו רבינו ז"ל אעפ"י שכתב כן שהוא מדבריהם וכדאית' פי"ג מה' עדות אינו מטעם הגאונים מההי' דקידושין וכמו שכתב הרשב"ץ ז"ל אלא הוא גם כן מהשורש השני שהניח רבנו בס' המצות וכי היכי דפריש בפ"א גבי קדושי כסף שגם שכתב הרב ז"ל ובכסף מד"ס כדאי' בספרי הדפוס דהיינו נסחת הרב המגיד ז"ל מכל מקו' בה הרב המגיד ז"ל שאינו מתקנת חכמים אלא מכלל תורה שבעל פה והוא דבר נאמר למשה ולא נכתב בפי' בתורה הכי נמי נימא בההיא דקרובי' מן האם או מן האישות שאינו מתקנת חכמים אלא מכלל תורה שבעל פה והמקדש בפניה' אינה מקודש' וגם אם לא תפרש כן בדברי רבנו כבר חלקו עליהם ז"ל ואמרו שכל הבאי' מן המדרש הן מן התורה בין קרובי האם בין קרובי אישות וזה דעת הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל וזהו דעת הרב המגיד שבכ"מ דמייתי בפירושיו הכרעת הני תרי רבוואתא שמה דעתו נוט' וזה פשוט בכל ביאורו. כנ"ל פי' לפי' ואין לנו לבדות מלבנו לעשות שורש חדש לחלק בין המדו' דג"ש והלכ' למשה מסיני לחוד ושאר המדות לחוד והרי הרב ז"ל בשרשיו חברן ולא חלקן שכתב וז"ל השרש השני שאין ראוי למנות כל מה שלמדין באחת מי"ג מדות שהתור' נדרשת בהם או מרבוי ע"כ: ומה שחלק החכם המשיב בדברי הרב המגיד ז"ל בין ג"ש והלכה למשה מסיני לשאר הדרשות כנרא' שלא טעם טעם הרב המגיד ז"ל דאיהו ז"ל ה"ק בפ"א מה' אישות דמה שכתב הרב ז"ל הכסף מד"ס אינו מתקנ' חכמים אלא מכלל תורה שבעל פה שנאמר למשה ולא נכתב בפירוש בתור' אלא שנרמז בג"ש ולזה נקרא ד"ס מעתה מה לי ג"ש מה לי שאר דרשות הרי דינן דין תורה מפני שנאמר למשה בעל פה ונקרא ד"ס מפני שלא נכתב בפי' ואדרבה הג"ש הוא יותר גרוע' שאין בה אלא רמז מלה ולהכי בפ"ק דרריתות הוצרכו כמה אמוראי למימר אל תהי ג"ש קלה בעיניך ואי משום דהג"ש עצמה היא מקובלת א"כ הוה ליה כאילו קאמרי להדיא שהכסף הוא דבר תורה ומ"ש כסף משטר וכתב הרא"ה ז"ל בפ' החובל עלה הא דאמר רב אשי אתיא תחת תחת וז"ל קשיא להו לתוס' ממה נפשך אי נתקבלה ג"ש זו אמאי לא ילפי שאר אמוראי נמי מהך ג"ש ואי לא נתקבלה היכי דריש לה רב אשי והא אין אדם דן ג"ש מעצמו אא"כ קבלה

מרבו ורבו מרבו ותרצו בתוס' דאיברא דג"ש דתח' תחת נתקבלה ומיהו שאר אמוראי סברי דא תה ג"ש דרשינן לה לענין מיטב דאונס ומפתה ישלם ממיטב מג"ש דתח' תחת משור ולהכי דרשו לה לענין מיטב ולא לענין תשלומין משום דאין להוציי מג"ש עין תחת עין מפשטיה דמשמע עין ממש אלא מדרשא אחריתי ובירושלמי אמרו כל מילתא דלא מחוורא מייתי' לה מאתרין סגיאין ופירשו המפרשים ז"ל דה"פ כל דבר שיודעין בו שכן הוא האמ' אבל לא נתברר לו סמך מן הכתוב הרשות ביד כל אדם לדונה ולהביא' ואעפ"י שאין אדם דן ג"ש אא"כ קבלה מרבו היינו לדון לגמרי כלומר עין תחת עין או שור תחת שור אבל היכא דגמיר דאיכא ג"ש דתח' תחת יכול לדון וכן בשאר מקומו' ע"כ. וכתבו הרשב"א והר"ן בחידושיהם בפ' הפועלים עלה דההי' דאתיא קמה קמה דג"ש דקמ' קמה ודאי מקובלת היתה בידם מסיני אלא דלא ידיע להו למאי אי להא אי להא שכל הג"ש כך נמסרו ממר"עה וע"כ נחלקו בהם בגמרא בכמה מקומו' ואילו היו כן מקובלות מסיני בפירוש לא תפול בהם המחלוק' ע"כ: מעתה אין טעם לחלק בין ג"ש לשאר הדרשות ועוד יש להשיב טובא אבל אין הדברי' כדאי' להשיב עליהם ותיתי ליה לאשר שלח ידו במלאכת רעהו ותחילת הודאתו באתרא דלאו דיליה דלא ליסתייעיה ליה מלתא לסלק שמעתא אליבא דהילכתא:

ומכל מקום בנדון שלפנינו הדין פשוט דאין כאן בית מיחוש לקדושין הללו כלל מפני קורבת העד בלחוד ואם ימצא שום מחמיר משום ערוה החמורה דלא סגי ליה ה"ט דקורבה כשיצטרך טעמא דקורב' בהדי טעמא דגריעו' הלשון לדברי הכל סגי לבטל אפי' ריח קדושין וכמו שכתב הרשב"ץ ז"ל בטעם ראשון כדכתיבנא לעיל:

ובר מן דין ליכא למיחש לקידושין הללו כלל משום דהו"ל עדות מוכחשת וכדכתיבנא הנלע"ד כתבתי ומפי עליון להצילנו מהכשל בדבר הלכ' וינקנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות בצלאל אשכנזי:

סימן כ

שאלה. בת יתומה מאבי' ואמה שנתקדשה בהסכמת זקנתה לראובן ואח"כ מיאנה ואחר המיאון נתקדשה לשמעון וראובן אומר שיש לו עדים שכשנתקדש' לו היתה גדולה ושמעון אומר שיש לו עדים שכשמיאנ' היתה קטנה והזקנה הנז' גם כן אומרת שהית' קטנה כשמיאנ' כנז' יורנו מורנו עדי מי הם יצדקו אם נאמר שיצדקו עדי שמעון כשיגרשנה שמעון בגט כשר תהיה מותרת לראובן או לאו ואם נאמר שיצדקו עדי ראובן כשיגרשנה ראובן בגט כשר תהי' מותרת לשמעון או לאו ואם נאמר שיצדקו עדי שניהם

תהי' אסורה לשניהם לפי שכל כת מהעדי' מכחש' לחברתה או תהיה מותרת לא' מהם ואם נאמר שתהיה מותרת לא' מהם למי מהם כופין לגרשה ומה יהי' הכפיה שעושין לו כדי לגרשה יורנו המורה הדין בזה ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. שאלה זו לא נתבארה כל הצורך לכך צריך ביאור רחב וגם משמע מתוך שאלותיו שעדיין לא נתקבל שום עדות בב"ד ולא נודע אמתו של דבר אלא שכל אחד מגזם על חברו לאמר יש לי עדים לכן צריך לפרט כל החלקים דשייכי. בהאי מילתא ולבארם באר היטב בעזר העוזר האמיתי: ואיברא ודאי אם יתברר שהית' קטנ' כשמיאנה כדברי עדי שמעון הדין פשוט דכשיגרשנ' שמעון דהיא מותר' לראובן ומשנה שלימ' שנינו בפרק בית שמאי ביבמו' הממאנת באיש הוא מותר בקרובותי' והיא מותרת בקרוביו וכו' נתן לה גט והחזירה מיאנה בו ונשאת וכו' מותרת לחזור לו וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' גירושין הממאנ' באיש אינה מגורש' ודינה עם בעלה שמיאנ' בו כדינ' עם מי שלא נתקדשה מעולם היה מותרת בקרוביו וכו' ואם נשאת לאחר וגרשה האחר וכו' מותרת לחזור לראובן:

ואם יתברר דגדולה היתה כשנתקדשה לראובן כדברי עדי ראובן וכגון שיתברר בשנים וסימנין וכדבעינן למכתב בס"ד בהא צריך שקלא וטריא כשיגרשנה ראובן אם היא מותרת לשמעון וגרסינן בסוף פרק המגרש שלחו ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו יצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קידושי תורה מהו שלח להו תצא והעמידו הדבר על בוריו והודיעוני ובעי גמרא מאי והעמידו הדבר על בוריו אילימא וכו' ומסיק אלא דאי מגליא מילתא דקידושי קמא קידושי מעליא נינהו לא צריכא גט משני ופליגא דרב הונא דאמר רב הונא אשת איש שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר מקודשת כדרב המנונא דאמ' רב המנונא האשה שאמרה לבעלה גרשתני וכו' ובעי ואידך כי אתמר דרב המנונא בפניו שלא בפניו מעיזה ומעיזה ופירשו התוספות ז"ל דודאי רב המנונא לא איירי אלא בפניו וסבר רב הונא דלהחמיר להצריכה גט משני אפילו שלא בפניו נמי מהימנא ושמואל סבר דאינה צריכה גט כלל משני והרי"ף ז"ל והר"אש ז"ל פסקו כשמואל דאינה צריכה גט כלל וכן דעת הרשב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות וכן דעת רוב הפוסקים ז"ל מעתה בנדון דידן אי מיבררא מילת' דקידושי ראובן קידושי מעליא הוו לא צריכא גט משמעון וממילא דאם גרשה ראובן מותרת היא לשמעון ומיהו הר"ן ז"ל כתב בפרק שני דכתובות דדעת הרמב"ן להחמיר כרב הונא ואם הוא מחמיר מי יקל וכ"ש שהיה הראשון בעיר וכבר כתבו המפרשי' ז"ל דכשהיה בעלה בעיר כבפניו דמי ונראה דשניא ההיא דרב הונא דקדושי ראשון הוו קידושין גמורין בלי פקפוק כלל ולכך

הויא ליה כמ"ד גרשתני אבל בנדון דידן הרי גלתה דעתה בשקבלה קידושין משמעון דלאו משום דבעיא למימר גרשתני הוא דקבלתן אלא משום דעקרה לקידושיה לגמרי דאמרה קטנה היתה כשנתקדשה לראובן ומאנה ביה ובהכי לא מהימנא דהרי עדי ראובן מכחישין אותה דגדולה היתה תדע דגרסי' ביבמות פ' בית שמאי איתמר קטנה שלא מיאנה והגדיל ועמדה ונשאת רב אמר אינה צריכה גט וכו' וכתב הריטב"א ז"ל יש שפירשו דדוקא שנתקדשה שלא בפני הראשון אבל אם נתקדשה בפניו צריכה גט משני מדרב המנונא וכו' ואחרים פירשו דהכא אע"פ שנתקדשה בפני הראשון דכי אמרי' דקבלה קידושין בפני בעלה כאומר גרשתני ה"מ כשהיו נשואי הראשון גמורין אבל זו שהיו קידושין ספק מתחלה אין קבלת קידושיה ראיה לגירושי ראשון אלא שהיא סבורה דאין קידושי ראשון כלום והיא ממאנת בו. ע"כ. וכן כתב בנמקי יוסף שם הא קמן להדיא דלהאי סברא בתרא אין לחוש בנדון דידן לסברת רב הונא כלל ואפי' מאן דפליג ופירשה בשנתקדשה שלא בפני הראשון היינו משום דלא מיאנה ביה מעולם אבל בנדון דידן דמיאנה ביה כבר ושוב נתקדש' לשמעון אם יתברר שגדול' היתה כשנתקדש' לראובן לא חיישי' לקידושי שמעון כלל אפילו להצריכ' גט וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' עשירי מה' גירושין וז"ל הרי שנתקדש' ואחר כך בא בעלה או נמצא הגט בטל הרי זו מותרת לבעלה ואינה צריכה גט משני שאין קדושין תופסין בעריות וכו' ע"כ. ומאחר דאינה צריכה גט ממילא אם גירשה ראשון מותרת היא לשני ומיהו הראב"ד ז"ל השיגו בראש הפרק עלה מאי דכתב הרמב"ם ז"ל דכל היכא דאמרינן הגט בטל שאם היה בעלה כהן וכו' וז"ל א"א לא הכל שוין בדבר זה שיש מקומו' הרבה שאין מוכיח לפסלות הגט ויאמרו הותר הגרוש' לכהן וכן אם קדשה אחר באותו גט צריכה גט משני ואסור' לשניהם ע"כ. וכתב הרב המגיד ז"ל דמה שכתב הרא"ש ז"ל שאם נתקדש' לאחר שצריכ' גט ממנו אין כן דעת רבינו כמו שיתבאר למטה.. עד כאן והיינו הא דכתיבנא דמקיש הרמב"ם ז"ל דין נמצא גט בטל לנתקדש' ואחר כך בא בעלה וכן כתב הרב המגיד ז"ל לקמן: וההיא דפרק המגרש דכתיבנא מכרע' כדברי הרמב"ם ז"ל דהא קמן כשמצאו דבר על בוריו דקידושי קמא קידושי מעליא הוו לא בעיא גט משני כשמואל ופסק הרמב"ם ז"ל כותיה וכדכתיבנא ואפי' רב הונא יודה בדין זה דגט בטל דאינה צריכה גט משני כלל דליכא למימר בכה"ג חזקה אין אשה מעיזה וכו' דהא לא קבלה הקידושין מאחר אלא משום דאמרה דגרש' בגט זה והרי נתברר דגט זה בטל הוה ולא נתגרש' מעולם ודמיא לאשה שבאו עדים שמת בעלה ונתקדש' ואחר כך בא בעלה דמבואר במשנ' דאינה צריכה גט משני והראב"ד ז"ל סובר כיון דכבר נתגרש' בגט זה ואיכא סרך גיטא אף על גב דנמצא

גט בטל היכא דאין מוכיח לפסלות הגט איכא למיחש שמא יאמרו גרש זה וקדש זה ונמצאת א"א יוצאה בלא גט:

ובפרק האשה רבה עלה הא דתנן צריכה גט מזה ומזה פריך גמרא בשלמא מראשון תבעי גט אלא משני אמאי זנות בעלמא הוא ומשני אמר רב הונא גזרה שמה יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצאת אשת איש יוצאה בלא גט ופריך אי הכי סיפא. דקתני אמרו לה מת בעליך ונתקדשה ואחר כך בא בעלה מותרת לחזור לו התם נמי נימא גירש זה וקרש זה ונמצאת אשת איש יוצאה שלא בגט ומסיק סיפא אמרי קידושי טעות הוו ופריך רישא נמי אמרי נשואי טעות הוו קנסוה רבנן סיפא נמי לקנסוה רישא דעבדא איסורא וכו' ע"כ וי"מ דאכתי קיימינן בפירוקא דאמרי גרש זה ונשא זה ונמצאת אשת איש יוצאה בלא גט אלא דמפרשי' דברישא דעבדא איסורא תלינן דאמרי הכי אינשי כדי לקנסה להצריכה גט אבל סיפא דלא עבדא איסורא אף על גב דהוה אפשר למימר הכי תלינן לקולא דלא אמרי הכי אלא דאמרי קידושי טעות הוו וכתבו המפרשים ז"ל דזו היא שיטת רש"י ז"ל ויש גורסין אלא רישא דעבדא איסורא וכו' למימר' דלית לן השתא טעמא דגוש זה ונשא זה דההוא טעמא לא חשיב למיחש ליה כלל בעלמא דאדרבה טפי תלו ליה בקידושי טעות אבל הכא משום דעבדא איסורא קנסינן ליה להצריכה גט וסיפא דלא עבדא איסורא ולא קנסינן לה אוקמה אדינה ואינה צריכה גט וכתב רב גדול בחידושיו דהרי"ף ז"ל גורס בלשון אחרון ואיכא דלא גרסי אלא ומפרש לה כאילו איתא ונקטי מינה דלא חיישינן בעלמא לגרש ראשון ונשא שני כלל והכי ניחא טפי: עד כאן והריט"בא ז"ל כתב בחידושיו בשם הגאונים ז"ל והרי"ף ז"ל והרמב"ן ז"ל דלמסקנא דשמעתין הדרינן מדרב הונא לגמרי ולא חיישינן בעלמא לגירש ראשון ונשא שני ולא אצרכוה גט משני ברישא היכא דנשאת אלא מטעם, קנסא ומשום דעבדא איסורא כדכתיבנא והילכך ליתא לדהראב"ד ז"ל דחייש להאי טעמא דגירש ראשון ונשא שני בגט בטל אפילו בנתקדשה לשני בלחוד:

ודברי הר"מ במז"ל צריכין לי עיון שכתב וז"ל כל מי שנשאת בגט בטל הרי זו צריכה גט מבעל שני מדבריהם כדי שלא יאמרו אשת איש יוצאה בלא גט וכו' ושוב כתב הרי שנתקדשה ואחר כך בא בעלה או נמצא הגט בטל הרי זו מותרת לבעלה וכו' ואין חוששין שמא יאמרו אשת איש יוצאה בלא גט כיון שלא נשאת יאמרו תנאי היה בקידושין ולא נתקיים עד. כאן משמע מלשונו ז"ל דכשנשאת אמרינן טעמא דרב הונא גזרה שמא יאמרו אשת איש יוצאה בלא גט וכשלא נשאת לא חיישינן להך גזרה משום דיאמרו תנאי היה בקדושין והשמיט הרב ז"ל טעמא דקנסא ולא הזכיר אותו כלל וקשיא דהא

היינו מסקנא דשמעתין וכדכתיבנא וגרסינן נמי בפרק המגרש עלה הא דתנן ובלבד שלא תהא שם אמתלא אמר רבה בר רב הונא אמתלא שאמרו אפילו מכאן ועד עשרה ימים רב זביד אמר במקום אמתלא חוששין לאמתלא איתיביה רב פפא לרב זביד ובלבד שלא תהא שם אמתלא אמר לו מקום אמתלא קאמר אמר לו רב כהנא לרב פפא ואת לא תסברא והא תנן נתקדשה ואחר כך בא בעלה מותרת לחזור לאו משום דאמרינן על תנאי קדיש שאני התם דאתי בעל וקא מערער אי הכי נשאת נמי נשאת דעבדה איסורא קנסוה ובנן נתקדשה דלא עבדה איסורא לא קנסוה רבנן עד כאן הא קמן דטעמא דקנסא הכא נמי היינו מסקנא דגמרא ותקשי להרמב"ם ז"ל דהשמיטו: ונראה דהרמב"ם ז"ל הכי קא פריש. האי שמעתא דהמגרש דרב זביד פליג עליה דרבה בר רב הונא ואמר דאין סומכין על אמתלא שלא יצאה בשעת הקול אלא אם כן יש אמתלא במקום הוכחה שהאמתלא אמתית וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפרק ט' מה' אישות ומכל מקום אף על גב דרב זביד מחמיר טפי מרבה בר רב הונא מיהו מיקל הוא בכך דלא בעי אמתלא בהדיא בעידן דנפק קלא אלא אפילו מקום הראוי לאמתלא נמי חוששין לאמתלא ומבטלינן קלא ורב פפא בעי לאוסופי עוד דאמתלא בהדיא בעינן ופריך רב כהנא עליה ואת לא תסברא פירוש דבמקום הראוי לאמתלא בעלמא סגיא ומנסבינן לה והתנן אמרו לה מת בעליך ונתקדשה וכו' ואלו גבי נשאת קתני צריכ' גט מזה ומזה גזרה שמא יאמרו גירש זה ונשאת זה וכו' אלמא דהיינו טעמא דגבי אירוסין יש מקום לאמתלא דאי נמי אמרי גירש זה וקדש זה אמרי על תנאי קדיש ולא נתקיים התנאי ואילו גבי נשואין כיון דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לבעול על תנאי לאו מקום אמתלא הוא ולא מחזיקים אמתלא ומשני רב פפא לא שאני התם דאתא בעל ומערער ומימר אמרי מעולם לא נשאה אלא קידושי טעות הוו דסברא מית בעלה והא אתא גברא וקאי דאקשינן אי הכי אפילו נשאת נמי מימר אמרי נשואי טעות הוו ופרקינן נשאת דעבדא איסורא קנסוה רבנן נתקדשה דלא עבדא איסורא לא קנסוה רבנן: כנ"ל פירושא דשמעתא לדעת הרמב"ם ז"ל והילכך הך מסקנא הינו לרב פפא ואיהו ז"ל פסק כרב זביד כמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפרק ט' מה' אישות ולרב זביד לא צריכינן להך טעמא דקנסא כלל ולכך השמיטו הרב ז"ל ולהך שיטתא ניחא קושיא אלימתא דקשיא להו לתוספות ז"ל בפרק האשה רבה לפי שיטתם ז"ל דפירשו אמרי קידושי טעות שסבורה שמת בעלה ולא מת כמו שהוא האמת דאמאי לא נימא טעמא דסיפא משום קידושי טעות דכהן ונמצא לוי ולא יוכל להקשות מרישא דאין תנאי בנשואין ונדחקו בתירוצה ולפי מאי דפרשינן בשיטתו של הרמב"ם ז"ל ניחא דהך שקלא וטריא היינו לרב פפא דלא סגי ליה במקום הראוי לאמתלא בעלמא

אלא אמתלא בהדיא בעינן ולכך לא מצינא לתרוצי בקידושי טעות דכהן ונמצא לוי: כנ"ל ומכל מקום נקטינן דלכולהו רבוואתא בנתקדשה בלחוד לא חיישינן לגזרת שמא יאמרו גירש ראשון ונשא שני וסברת הראב"ד ז"ל יחידית היא ולית דחש לה ואפשר דאפילו הראב"ד ז"ל לא חייש בנדון דידן דדוקא בגט בטל איכא למגזר משום סרך גיטא דכיון דקא חזו דיהיב לה גיטא איכא למיחש שמא לא ידקדקו בפסלות הגט ויתלו באיסור לומר דאשה יוצאה בלא גט אבל בנדון דידן אם יתברר דקידושי ראובן קידושין גמורין הוו דהיתה גדולה כשנתקדשה לו לא תפסי קידושי שמעון כלל ואינה צריכה גט ממנו כלל ולא חיישינן שמא יאמרו גירש זה ונשא זה אדרבה יאמרו קידושי טעות דמיאון בטעות הוה דחשבו שהיא קטנה והרי היא גדולה כיון דקא חזו אשה יוצאה בלא גט דלא שבקי למתלי במיאון בטעות ויתלו באיסור שתצא אשה בלאו גט:

הילכך נראה הדין פשוט לדברי הכל דאם יתברר דגדולה היתה בשנים ובסימני' כשנתקדשה לראובן דאינה צריכה גט משמעון ואם יגרשנה ראובן הרי היא מותרת לשמעון:

ואי איכא לקמן שתי כתי עדים שנים אומרים נתקדשה לראובן כשהיתה גדולה ושנים אומרים קטנה היתה בהא צריך למברר סהדותיהו משום דאיכא אנפי חלוקים בדיניהו והשואל לא פירש אופן עדותם ואם עדי ראובן מעידים שהיתה גדולה בשנים ולא הזכירו הסימני' כלל לא סימן עליון ולא סימן תחתון ועדי שמעון מעידים אסימנים דלא היו לה סימנים כלל כשמיאנה לכאורה נראה דלא נחוש לקידושי ראובן כלל דהא כתב הרב המגיד ז"ל בפרק י"א מה' גירושין הבת ממאנת עד שיהיו לה סימנים ושנים בשלא בא עליה אחר הגעת השנים דליכא חששא דאורייתא ולפיכך אם נבדקה ואין לה סימנים אף על פי שיש לה' שנים ממאנת והולכת אבל אם בא עליה אחר הגעת השנים אף על פי שלא נודע שהביאת. סימנין אינה ממאנת והא דאמר רב דימי הילכתא חוששין שמא נשרו העלו בהלכות דהיכא דלא בא עליה לאחר זמן דהוו להו נשואין דרבנן לא חיישינן שמא נשרו דלא אמרו אלא היכא דבעל לאחר זמן אבל לא בעל לא חיישינן לנשירה ולא אמרינן חזקה הביאה סימנין אלא בודקין אותה ואם לא הביאה סימנין הרי זו ממאנת וזהו דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל וכן הסכימו האחרונים ז"ל כן כתב הרב המגיד ז"ל. והילכך בנדון זה דאין עדי ראובן מכחישים לעדי שמעון בסימנים הרי עדות הס מנין שרירא וקיימת וכיון דלא היו לה סימנין מיאונה מיאון ולא חיישינן לקידושי ראובן כלל וקידושי שמעון חיילי. מיהו כתבו התוספות ז"ל בפרק מי שמת דבזמן הזה לא בקיאינן בהכרת גומות ונימות אף על פי שאין שערות הוו סימן ודע שהרמב"ם ז"ל כתב

בפרק שני מה' אישות נמצאו שתי גומות זו בצד זו ואין בהם שער הרי אלו סימן חזקה אין גומא בלא שער ושערות הוו בהן ונשרו. עד כאן משמע להדיא מלשונו ז"ל דגומות גופיהו לא הוו סימן אלא שהם הוראה שהיו שם שערות ונשרו והרי כתב בפרק י"א מה' גירושין דלא חיישינן לנשירה היכא דלא בעל אבל אין להקל כנגד התוספות גם הר"י בעל הטורים ז"ל כתב בשם ספר התרומה דבזמן הזה אינה ממאנת אחר י"ב שנה אף על פי שלא בעל דקי"ל גומות אף על פי שאין שערות ואין אנו בקיאין בדבר הזה שלא יהו בה גומות ועוד שמא הביאה שתי שערות אפילו אחד בגבה ואחד בכריסה או על קשרי אצבעותיה ומי יוכל לבדוק כל הגוף ולעמוד על אמתתו של דבר. עד כאן:

ודע שכתב הרבי שמעון בן הרשב"ץ ז"ל בתשובותיו וז"ל ולענין מקום השערות אמרי' אמר רב יהודה אמר שמואל שתי שערות שאמרו אפילו אחת על הכף ואח' על גב הבצים ופירוש הכף הוא מקום התפוח של גבי ביצים תניא נמי הכי שתי שערות שאמרו ואפי' אחת בגבה ואחת בכריסה אחת על גבי קשרי אצבעותי' של יד ואחת על גבי קשרי אצבעותי' של רגל דברי רבי שמעון בן יהודה וכו' ורבי בון אמר וכו' עד שיהיו שתי שערות במקו' אחד וכן פסק הרי"ף ז"ל אבל כל ששתיהן במקו' אחד בין שהן בקשרי היד בין שהן בקשרי הרגל מהני ור"י פסק בכאן כדברי כלן להחמיר וכן היא מסקנת הרא"ש ז"ל וא"א מורנו הרב ז"ל תמה על הרמב"ם ז"ל שכתב דשתי שערות האמורו' בכל מקום צריך שיהיו במקום הערוה ונראה לו נר"ו שהרב ז"ל מפרש יד ורגל כנוי לאותו מקום עליונו ותחתונו וכתב שכך מצא מפורש לתלמידו רבי יוסף עקנין ז"ל בשם פירוש ר"ח ז"ל ובערוך בערך גב ובעל הטורים הביא דברי הרמב"ם ז"ל בלי חולק ונראה שהוא מסכים לפירושו וטעמא דמסתבר הוא שיהיה הכל באותו מקום דמה ענין לכאן יד ורגל וגבו נמי דאמרי' היינו מקום התפוח שעל אותו מקום וכו' ע"כ: נמצא דלדעת הרמב"ם ז"ל וכולהו הני רביותא אין מקום לחומרא זו שכתב ספר התרומה: אבל מ"מ אין להקל בכך להוציאה מראובן בלא גט כיון שעדים מעידים שהית' גדולה בשנים. ומיהו אם שנים מעידים דגדול' היתה בשנים ושנים מעידים דקטנ' היתה בשנים יש להקל שתצא מראובן בלא גט דעד כאן לא החמיר ספר התרומ' אלא בידוע שבאה לכלל שנים דהא כתב ז"ל בזמן הזה אינה ממאנ' אחר י"ב שנה וכו' מוכח להדיא דבידוע שהגיע לכלל שנים מיירי אבל אי איכא הכחש' משתי כתי עדים בשנים אעפ"י שאין מזכירים הסימני' יש להקל דעדיפי עדי שמעון דעדותן שלימה דכיון דלא היו לה שנים ממילא נמי קא מסהדי דלא היו לה סימנים דסימני' דקודם י"ב ואפי' תוך י"ב חשיבי כשום' ועדי ראובן לא קא מסהדי אלא חצי עדות דשנים בלא סימנים לא שוו ולא מידי

עד שיראו בה סימני איילוני' ומצאתי תשובות ישנות מרבני פרובינציא וקטלוניא שהיו בזמנו של הרשב"א ז"ל ורבנים גדולים ומובהקי' היו ובא מעשה כיוצא בזה לפניהם והתירוה בלא גט וז"ל השאל והתשובה המבקשי' למצוא דבר חפץ ה' בידם יצלח כי יהיה להם דבר למשפט וחוקים יבאו אל הגדולי' וכו' וזה לך האדון אדוני תורף שאלותי ראשונ' קטנה שנתקדשה ואין ידוע לנו אם הגיעה לכלל שנותי' אם לאו ונבדקה על פי הנשי' הכשרו' ולא נמצאו לה סימנין ומיאנ' אם מיאונה מיאון אם לאו: השנית במי שנתקדש' ובאו שני עדים והעידו שהגיעה לכלל שנותי' ושני עדים אחרים העידו שלא הגיע' לכלל שנותי' ונבדק' כראוי ולא נמצאו לה סימנין כלל ומיאנ' אם מיאונ' מיאון אם לאו והשיב הרב הגדול רבינו יצחק פצ"עח מרנא ורבנא נר ישראל הרב רבי מרדכי נ"ע וז"ל תשובתו השרשית מימרא דרב דימי מנהרדעא הילכתא חוששי' שמא נשרו וה"מ דקדיש תוך זמן ובעל לאחר זמן דהוי ספק דאורייתא אבל מעיקרא לא ושמעי' מינה דדוקא בעל לאחר זמן שידוע לנו שקידושי ביאה הללו היו לאחר שהגיע' לכלל שנותיה בודאי שאין כאן צד ספק בקידושין אלו שהם שלמים מצד השנים ואין בהם חסרון רק מצד הסימנין ומשום חזקה דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין דהוי כהילכתא נקטינן בספק סימנין לחומרא ואפילו בדקו ולא אשכחו חוששין שמא נשרו ונמצא עכשיו שמפני ההגעה לכלל השנים הידועים בודאי וברור היא שנולד לנו ספק בסימנים כשאינן נמצאים ונקטי' לחומרא אבל כשאין ידוע לנו אם הגיעה לכלל שנותיה אם לא הגיע כיון דמספקא מילתא מסתמא או מפני עדיות סותרת נמצא מעתה שהשנים והסימנים הכל בספק ובזו ודאי בודקים למיאונין ואי לא אשכחן סימנים אין אומרים בזו חוששין שמא נשרו אלא הרי היא בחזקת קטנותה עומדת עד שיודע לך בביאור שהגיעה לכלל שנותיה עד כאן:

ועוד השיבו על זה שני רבנים גדולים אחרים הרב ר' מרדכי והרב רבי מכיר בני הנכבד הנעלה רבי צמח זלה"ה וז"ל לפנים בישראל כי יהיה להם דבר וכו' ראשונה דעתנו בזה דמיאונה מיאון דבעינן הגדילה כמאמר רבא כלומר שידוע לנו שהגדיל' וכל שכן הכא שלא נמצאו לה סימנין ובהדיא גרסינן בן עשרים וכו' יביא עדים ודעת הרמב"ם ז"ל ראיה בעדים ואפילו לסברת רבני צרפת שכתבו דאם הוחזקה בשכנותי' בשנים סמכינן אחזקה והביאו כמה ראיות לחזק זה הדעת לא כתבו זה אלא בהביאה סימנין דלא אמרינן שומ' נינהו וכו' השנית לכאורה נראה בתחלת העיון דהוה ליה כשנים אומרים נתקדש' ושנים אומרים לא נתקדש' דאפילו לאחד מעידי' לא תנשא לכתחל' ואם נשאת והיא אינה יכולה לומר בריא לי תצא ולא אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי

ואוקי איתתא אחזקה דלא אמרינן הכי אלא או בממונא כעובדא דבר שטיא או באיסורא דרבנן כההיא דמעלין לכהונ' שפירשו המפרשים דוקא בתרומ' דרבנן או בקדשי הגבול אבל באיסורא דאורייתא לא אמרינן הכי ואף על פי שיש לרבנים הגדולים רבני צרפת שיטה אחרת בזה בההיא עובדא דינאי השיטה האחרת יותר עיקרית כמו שהתבאר ביבמות ובכתובות ואף על פי שבדקו' ולא נמצאו לה סימנין הוה ליה ספיקא לאורייתא מיהו הכא בנדון שלפנינו כיון שכשהראשונים העידו שהגיע לכלל שנותי' לא נבדקה בסימנין וכשהאחרוני' העידו שלא הגיעה לכלל שנותיה נבדקה בסימנין ולא נמצאו סימנין הוה ליה תרי ספיקי שמא הגיעה לכלל שנים או לא הגיעה ואת"ל הגיעה שלא הביאה סימנין בעת שנתקדש' או לא הביאה וכל תרי ספיקי אפי' בדאורייתא לקולא כמו שנתבאר בפ"ק דכתובות בההיא דפתח פתוח מצאתי ובהדיא נתבאר גם כן בההיא דיצאה מלאה דפליגי רבי יהושע ור"ג תרוייהו מודו דאי הוו תרי ספיקי אזלינן לקולא אפילו בדאוריית כמו שמבואר בירושלמי שם ביאור רחב ואף על גב דבאלמנת עיסה דהוו ליה תרי ספיקי פסקו דלכתחל' לא תנשא התם מעלה עשו ביוחסין ואף על גב דבמתניתין דטהו' גרסינן כל שאתה מרבה ספקות וספק ספקות ברה"י טמא שאני התם טומאות דהכי גמירי לה כמו שנתבאר בפ"ק דסוכה אבל באיסורא ודאי אפי' בדאוריתא אזלינן בתרי ספיקי לקולא והכא ודאי הויא ליה תרי ספיקי כיון שבעדות הראשוני' לא נבדקה בסימנין ובעדות האחרונים נבדקה בסימנין דרבא גופיה דקאמר חזקה הביאה סימנין לא אמר אלא כשהגדיל' בודאי כמו שקדם בדברינו בשאלה הראשונ' מיהו היכא דלא נתבאר לנו בודאי שהגיע' לכלל שנים מודה דליתא לההיא חזקה. עכ"ל הרבנים מהר"ר מרדכי ומהר"ר מכיר נ"ע. משמע מלשונם ז"ל דאף על גב דמסתפקא לן אם הגיעה לכלל שנותיה או לאו מחמת עדויות סותרות אכתי צריך בדיקה לסימנין ואי לא מצינן למבדקינהו מחמת דהשתא היא גדולה בפנינו כבנ"ד שכבר נתגדלה וקבלה קידושין משמעון כשהיא גדולה הוה להו קידושי ראובן קדושי ספק וצ"ע אמאי דהא מ"מ איכא ספק ספיקא ספק הגיעה לכלל שנים ספק לא הגיעה ואת"ל הגיעה שמא הביאה סימנין דהא לא ידיע אם הביא' סימנין אם לאו ולמה לי למבדק אם הביאה סימנין כלל ונ"ל דכה"ג לא מקרי ספק ספיקא דאין כאן אלא חדא ספיקא ספק היא גדולה ספק היא קטנה תדע דהקשו התוספות בשמעתא דפתח פתוח עלה הא דאמרינן ואי בעית אימא באשת ישראל דקביל בה אביה קידושין פחותה מבת ג' שנים דאכתי איכא ספק ספיקא ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון ספק כשהיא קטנה ופתוי קטנה אונס היא כדאמרינן וכו' ותרצו דשם אונס חד הוא פי' לפי' דהני לא הוו תרי ספקי דהכל כמו

ספק אחד הוא מפני שאם זינתה ברצון בעודה קטנה אינה מותרת לבעלה אלא מטעם שנדון אותה כאנוסה דפתוי קטנה אונס הוא ונמצא שבין זה ובין זה אינו אלא ספק אחד ספק באונס ספק ברצון והכא נמי בנדון דידן לא הגיעה לכלל שנים ולא הביא' סימנין תרוייהו לדונה כקטנ' והיינו ספק קטנה ספק גדולה וכן כתב הרשב"ץ ז"ל בתשובותיו וז"ל ויש שדקדק שזאת האש' היא מותרת מפני שהיא ספק ספיקא וספק ספיקא אפי' בדאוריית' שרי שהוא אומר שיש כאן שתי הכחשות שעדי הגר אומ' שלא מסר מודעא בין כתיבה לנתינה ועדי המודעא מעידין שמסר עוד יש הכחשה אחרת שעדי הגט אומ' שבטל מודעא בשעת מסירה ועדי מודעא מעידי' שלא בטל ואם כן הרי יש כאן שתי ספקות ספק מסר מודעא ספק לא מסר ואת"ל מסר שמא בטל אי נמי בהפך שמא בטל שמא לא בטל ואת"ל לא בטל שמא לא מסר ודבר זה אינו מחוור שאלו באו שנים ואמרו נתקדשה ושנים אחרים אמרו לא נתקדש' ואחר כך באו שנים ואמרו נתגרש' ושנים אחרי' אמרו לא נתגרשה יפה היינו מתירין אשה זו מספק ספיקא ספק נתקדשה ספק לא נתקדשה ואת"ל נתקדש' שמא נתגרשה אבל בנדון הזה הכל הוא ספק אחד שעדי הגט אומ' נתגרש' ועדי המודע' אומרי' לא נתגרשה ומסירת מודעא ובטולה דבר אחד הוא בנדון הזה והכל הוא הכחש' אחת ולא דמי לספק ספיקא דשמא תחתיו זינתה שמא אין תחתיו ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון דהתם יש ודאי אחד ושני ספקו' ודאי נבעל' ושמא אין תחתיו ואם תחתיו שמא באונ' אבל הכא יש ודאי אחד וספק ודאי א"א וספק נתגרשה שהרי עדי המודעא אומרים דודאי לא נתגרשה ומכחישין עדי הגט והרי אין כאן אלא ספק אחד שמא עדי הגט שקרנים שמא עדי המודעא ואלו היה שני כתי עדים מכחישות במסירת המודעא ושתי כתי אחרות מכחישות בטול המודעות היה אפשר לדון זה בספק ספיקא אבל השתא שאין שם אלא שתי כתי עדים אין כאן אלא ספק אחד על מי נסמוך על אלו או על אלו. ע"כ הילכך אי ליכא אלא תרי ותרי דקא מכחשי בשנים ואין שום אחד מזכיר הסימנין וליכא למיקם עליהו למבדקינהו אין כאן אלא חד ספיקא אם קטנה היא אם גדולה אבל אי תרי ותרי קא מכחשי בשנים וקא בדקינן לה בסימנים ולא נמצאו לה סימנין אלא שאנו חוששין שמא נשרו הא ודאי דהרי כאן תרי ספיקי דמאחר דבדקינוה ולא נמצאו לה סימנים אלא שאנו מסתפקין בנשירה ספק חדש הוא זה ותרי ספיקי הוו דבדיקה זו חלק הספקות וכדכתיב': כנ"ל לדעת הני רבוואתא ז"ל ונמצא לפי דרכם אם שנים אומרים גדולה בשנים היתה בעת שנתקדשה לראובן ושנים אומרי' קטנה היתה בשנים ואינם מזכירים הסימנים ועתה היא גדולה ממש בפנינו ואי אפשר למבדקינהו דודאי קידושי ראובן קידושי ספק הוו וצריכה כה גט ומיהו אם שנים

אומרים גדולה בשנים היתה כשנתקדשה לראובן ואינם יודעים מהסימני' ושנים אומרים קטנה היתה בשנים ובסימני' שידעו בבירור דהיתה קטנה בשנים ובדקוה כדין וכהלכה ולא מצאו לה סימנים יש ללמוד מהני רבוואתא דלא חיישינן לקידושין ראובן ומיאונה מיאון דדל מהכא עדותן לגביה שנים והרי הדבר ספק לגבי השנים ועדותן כשרה לגבי הסימנים ומה לי שנים מעידין דלא מצאו לה סימנים ומה לי אי בדיקנה עכשו ולא מצאנו לה סימנין שניא היא דמאחר דאיתכחוש בשנים והם ספק פסולין לגבי הסימנים נמי עדותן בטלה וכתב הרמב"ם ז"ל בה' עדות פרק י"ח וז"ל בד"א בעדי' אבל שתי כתות המכחישות זו את זו אין כאן עדות ואין עונשין את אחת מהן לפי שאין אנו יודעין מי היא הכת השקרנית וכו' עד כאן: ליתא דגרסינן בפרק חזקת זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא אמר לו רבא הא עדות מוכחשת היא פירוש דעדות אבות ועדות אכילה כעדות אחד דמי דבאין להעיד דשלו היא ועדות שנתבטלה מקצתה נתבטל' כולה ואהדר ליה רב נחמן דבמאי דאיתכחוש איתכחוש ושאר העדות קיים וקי"ל כרב נחמן וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה' טוען ונטען הילכך בנדון דידן נמי דל מהכא עדות השני' עדותן בסימנין קיימת וכמאן דבדקינוה עתה בפנינו ולא נמצאו לה סימנין דמי כנדון דהני רבוואת' ז"ל ונמצא לפי זה אם עדי ראובן אינם מעידים אלא בשנים ועדי שמעון מעידים בשנים ובסימנים דמיאונה מיאון ולא חיישינן לקידושי ראובן כלל מיהו הרשב"א ז"ל כתב בתשובה סימן אלף רי"ו מה ששאלת במקדש את האשה ויש ספק בדבר. אם היא גדולה. או קטנה כי לא ידעו מספר שנותיה ונמלך הבעל וגרשה או מיאנה בו ונבדקה ולא מצאו לה סימנים אם מותרת לבנו אם לא כבר נתבאר שכל שיצאה בגט ואפילו בעודה קטנה אסורה בקרוביו וכן נתבאר דכל שיש ספק קידושין דאורייתא אינה יוצאה אלא בגט והילכך אשה זו שנסתפקו במספר שנותיה אנו חוששין שמא כבר הגיעה לכלל שנותיה ומקודשת היא דבר תורה ואם נבדקה ולא מצאו לה סימנין אפשר שגם בזו אנו חוששין לשמא נשרו וכדרבא אלא שיש להתיישב בזה לפי שיש לומר שיש בזה שני ספקות ספק הגיע לכלל שנותיה ספק לא הגיעה לכלל שנותיה כשקדשה ואפי' מצא לומר שהגיע ספק הביאה סימנין ונשרו ספק לא הביאה וכל ספק ספקא אפילו בשל תורה לקולא ואפ"ה איני רואה בזה להקל כי יש עוד להתיישב בדבר עד כאן: פירוש איברא ודאי דכל ספק ספיקא לקולא אפילו בשל תורה ולזה אין צריך ישוב וכן כתב הריטב"א ז"ל בגיטין פרק המגר' וז"ל אי נפק עלה קלא דאיקדשה קידושי ספק כגון זרק לה פלוני לפלונית

קידושין ספק קרוב לה ספק קרוב לו אף על גב דאי הוה איכא סהדי בהכי הוה אסרינן לה לעלמא לאנסובי בלא גט השתא. דלא איתחזקא מילתא אלא בקלא לא אסרינן לה מ"ט תרי ספיקי נינהו דילמא קלא לאו קושטא הוא ואי קושטא הוא אימר קרוב לו הוו ותרי ספיקי דאורייתא לקולא. עד כאן: הא קמן דאף על גב דאין זה מתהפך אפ"ה קא שרי איתתא לעלמא משום האי ספק ספיקא דגריע בתוספות ז"ל בשמעתא דפתח פתוח לא חיישי אי מתהפך אי לא דלעולם בכל ספק ספיקא אזלינן לקולא אפילו אינו מתהפך ויש מן האחרונים ז"ל שחולקים ומכל מקום כולהו ס"ל דספק ספיקא כבנ"ד דמתהפך דאזלינן לקולא אפילו בשל תורה אבל אפשר דהרב ז"ל כתב דיש עוד להתיישב משום דסוף סוף חדא ספיקא הוי ספק קטנה ספק גדולה ולא מיקרי ספק ספיקא וכדכתיבנא לעיל ומה שחלקנו לא נראה לו לחלק ומכל מקום כיון שהרב ז"ל חש להחמיר מי יקל בערוה החמורה אבל אכתי מסתברא לי אם עד שלא באו עדי ראובן מיאנה בראובן בפני בית דין וחקרו ובדקו ב"ד כראוי ומצאו אותה קטנה בשנים ובסימנים וכתבו לה גט מיאון בנוסח הנהוג בישראל דכתבי ביה והתברר לנא דעדיין קטנה היא וכו' ושוב באו עדי ראובן והעידו דגדולה בשנים היתי כשנתקדשה לראובן הא ודאי דלא חיישי להו דמעשה ב"ד עדיף ולא מצי ראובן בעדיו דקא מסהדי חצי עדות לגרועי מידי ממעשה ב"ד שנעשה ואפי' שלא מיאנה אלא בפני שנים דבהכי סגי אפילו לכתחל' לדעת הרמב"ם ז"ל ודעימיה מ"מ נראה להקל ודע דתרי ותרי לא הוי' אלא ספיק' דרבנן דבפ"ד אחין שקלו וטרו אי תרי ותרי ספיק' דאורייתא דמדאוריית' לא אמרי' בתרי ותרי אוקי מלת' אחזקה או דרבנן דמדאוריית' אפילו בתרי ותרי אמרי' אוקי מלתא אחזקה אלא דרבנן אחמור והסכמת האחרונים ז"ל דתרי ותרי ספיקא דרבנן ובפ"ב דכתובות גבי הא דתני' שנים אומרים נתקדשה וכו' ואם נשאת לא תצא שנים אומרי' נתגרשה וכו' ואם נשא' תצא ופריך גמרא מ"ש רישא ומ"ש סיפא והקשו בתו' שנא ושנא דרישא אית לן לאוקומה בחזקת פנויה וסיפ' בחזקת א"א ותרצו בזה שני תרוצים ותירוץ ראשון היינו דבריש' אע"ג דאית לן לאוקומ' בחזקת פנויה מ"מ תרי ותרי ספיקא דרבנן היא כדמוכח בפ"ד אחין והוה לן למימר תצא מדרבנן: ועוד תרצו תירוצי אחרי' והרשב"א ז"ל ומפרשי' אחרי' תרצו דלמאן דאית ליה תרי ותרי ספיק' דאוריית' קא פריך ואע"ג דקי"ל כמאן דאית ליה ספיקא דרבנן איכא למימר דלתרוצה אף למ"ד ספיקא דאורייתא קא אתי וכן שיטת הגמר' בכל מקום לארווחי ולתרוצי מתניתין ומתנית' אליב' דכולהו תנאי ואמוראי כל היכא דאיכ' לשנויי ולאוקומי ע"כ: נמצא דכולהו ס"ל כמ"ד תרי ותרי ספיק' דרבנן ופליגי אי תצא מדרבנן ומ"מ כיון דתרי ותרי לא הויא אלא ספיק' דרבנן דמדאורייתא

מוקמינן לה אחזקה דהיינו קטנה ופנוי' כמו שנולד' אלא דרבנן אחמור וכי אחמור היינו בתרי ותרי שקול אבל בכגון הא דמעיקר' באו עדים לסייע החזק' בשנים ובסימנים שוב לא אתו שנים בעדות שנים דהוה ליה כחצי עדות לבטל החזקה דמעיקר ועדות שלימה דקא מסייעי לי' תדע דבכתובו' פ' האשה שנתארמל' כתבו התוס' ז"ל בשם הר"י בר ברוך דלא אמרי' בכל הני אוקמוה אחזק' לפי שהשנים שמוציאין אותו מחזקתו של היתר הם מעידי' תחלה ומיד כשהעידו יצא מחזקתו ע"י עדותן ותו לא אמרי' אוקמא אחזקה ולהכי פריך לעיל מ"ש רישא ומ"ש סיפא דשנים אומרים נתקדשה העידו תחלה וכו' ע"כ. אלמא דשני ליה במי שמעיד תחלה לאורועי חזקה כ"ש לאוקומי חזקה הילכך בנ"ד דידן דאתו סהדי והחזיקו חזקתה שוב לא מרעינן לה אלא בעדות ברורה ואע"ג דר"י בעל התוס' פליג עליה דר"י בר ברוך היינו משום דשתי הכתות הם שוים בעדות דשנים אומרים נתקדש' ושנים אומר לא נתקדש' אבל בנ"ד אם עדי שמעון העידו תחלה בשני' ובסימני' ומיאנה בב"ד או לפני שנים ושוב באו עדי ראובן והכחישו עדי שמעון בשנים ולא בסימנים מסתבר' ודאי דאין לחוש לקדושי ראובן ואינה צריכ' ממנו גט כלל: ואכתי צ"ע אם עדי ראובן אינם מעידי' אלא בשנים ועדי שמעון אינם מעידי' אלא בשנים ולא אלו ואלו מזכירים סימנים כלל והזקנה מעיד' שלה היו לה סימני' וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' אישות כשבודקין הבת בין בתוך הזמן שהוא כל שנת י"ב בין קודם זמן זה בין לאחריו בודקין על פי נשי' כשרות ונאמנות ואפילו אשה אחת בודקת ושומעין לה אם הביאה אם לא הביאה ע"כ. ויש מוסיפין עוד דאפי' נשים קרובות בודקות אותה כדאי' במרדכי בפ' מצות חליצה מעתה אפשר לומר דנאמנ' כשני עדים בדבר הסימנים ומסתבר' דאינה נאמנת כלל ודבריה לא מעלין ולא מורידין דדוקא היכא שב"ד רוצין לבדוק בודקין על פי נשים וכדקתני רבי אליעזר מוסר לאשתו ורבי ישמעאל מוסר לאמו והיינו טעמא משום דהויא ליה מלת' דעבידא לגלויי שהרי בשעה שמעידות אפשר לבדוק ולאמת דבריהן אבל אם היא גדולה לפנינו והאש באה להעיד שקודם הזמן הזה הית' קטנ' בסימנים כשנתקדש' לראובן הויא ליה עדות שא"א למיקם עלה דמלת' הילכך לא מהימנא דאין האשה בתורת עדות כלל והיינו טעמא דמחלק הרמב"ם ז"ל בין עדות שנים לעדות סימנים דאין סומכין על הנשים במנין השנים משום דאי אפשר למיקם עלה דמלתא כשהן מעידות והויא ליה עדות ואין אשה בתורת עדות כלל והרשב"ץ ז"ל כתב בתשובותיו וז"ל ובעדות הסימנים אנו סומכין על פי נשים דקי"ל דכל הנבדקות נבדקות על פי נשים שכיון שבאו לכלל שנים אנו סומכין על הנשים בסימנין משום דלאו עדות הוא אלא גלויי מלתא בעלמא כמו שכתב הרמב"ן ז"ל אי נמי משום דסמכינן אחזקה

דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותי' חזקה הביאה סימנין ומ"מ בדיקת נשים בעינן וכל שלא נבדקו על פי נשים לא סמכי' אהאי חזקה אלא להחמיר ולומר גדולה היא שלא תמאן אבל להקל ולומר גדולה היא שתחלוץ לא והכי איתא התם וכן כתבו הרי"ף והרמב"ם ז"ל ומכאן נלמוד דדוק' לעדות סימנין אנו סומכין על פי נשים משום דאיכא חזקה דרבא אבל בעדו' שנים אנו צריכין עדות גמור' ואין סומכין בזה על פי נשים ע"כ ומכאן נמי נלמוד לנ"ד דאין לסמוך על עדות נשים בסימנין היכא דלא ידוע אם הגיעה למנין השנים דחזקה דרבא לית' אלא כשהגיע' ודאי לכלל שנותיה אבל כי מספקא לן אם הגיעה לית כאן חזקה וכיון שכן אשה לא מהימנא ובר מן דין ומן דין הרי כתב בעל התרומה דאשה בזמן הזה לא מהימנ' לומר אין לה שערות כדי למאן משום גומות נמצא דאין לנו צד להקל אלא היכא דבאו עדים תחלה והעידו על השנים ועל הסימנים שהית' קטנה כשמיאנה בראובן וכתבו לה גט מיאון כראוי ושוב הביא ראובן עדים דגדולה בשנים היתה כשנתקדשה לו דבהכי ודאי לא חיישי' לקידושי ראובן כלל ואינה צריכ' ממנו גט כלל אבל בכולהו אינך אנפי הויא ליה ספק מקודש' לראובן וצריכה ממנו גט: **וכתב** הרב המגיד ז"ל בפ"ד מה' אישות דכל קדושי ספק אם עמד אחר וקדשה הרי היא מקודשת לשני מספק וצריכה גט משניה' או מגרש ראשון ונושא שני אבל לגרש שני ולכנוס ראשון לא שמא יאמרו החזיר גרושתו מן הארוסין אחר שנתארסה לאחר: ע"כ: ונלמד דין זה מההיא דפ' המגרש דגרסינן התם לא מצאו דבר על בוריו מהו אמר רב הונא מגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא מ"ט אתי למומר מחזיר גרושתו מן הארוסין ע"כ והכי הילכתא והקשו התוספת ז"ל והמפרשים ז"ל לרב הונ'מאי אירי' כי לא מצאו דבר על בוריו דמגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא אפילו מצאו דבר על בוריו נמי דהא ס"ל לרב הונא דאשת איש שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר אפילו שלא בפני בעלה מקודשת לשני וא"כ לגרש שני ולישא ראשון אי אפשר דדילמא חיילו קדושי שני ונמצא ראשון מחזיר גרושתו מן הארוסין ותרצו דלא מצאו דבר על בוריו איצטריכא ליה סד"א כיון שלא מצאו דבר על בוריו מותרת לשניהם כרב שישא בריה דרב אידי דאיכ' למימר דקידושי קמא קידושי טעות הוו ואין זה מחזיר גרושתו ועוד דספק ספיקא הוא שמא לא קדשה ראשון ואין זה מחזיר גרושתו ואת"ל קדשה ראשון שמא לא גרשה ולא חלו קידושי שני כלל ומ"ה תהא מותר' אף לראשון קמ"ל דלא אבל מצאו דבר על בוריו לא צריכ' למימר דודאי מגרש ראשון ונושא שני אבל איפכ' לא כן כתבו הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל בחידושיהן. נמצינו למדין דכל היכא דקדושי ראשון קידושי ספק וקידושי. שני קידושי ודאי מגרש ראשון ונושא שני אבל

לא יגרש שני ונושא ראשון וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' אישות. ולאו דוקא היכא דקידושי ראשון קדושי ספק אלא אפילו לא הוו אלא קידושי דרבנן בעלמא לא יגרש שני ונוש' ראשון וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"יא מה' גירושין וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה אע"פ שלא בעלה בעלה משנעשת בת י"ב שנים ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה וצריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות וכו' לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחר שגדל' תופסין בה קידושין של שני ואם גירש הראשון יכנוס השני אבל אם גירש שני לא יקיים ראשון שמא יאמרו החזיר גרושתו מאחר שנתארסה וכו' ע"כ. הא קמן דכל היכא דתפסי קידושי ראשון אפילו מדברי סופרים לא יגרש שני ונושא ראשון וכ"ש אי הויא קדושי ספק דכל מאי דאלימי קידושי ראשון איכ' למיסר עליה דראשון טפי דלא יגרש שני וישא ראשון וכדכתי' בסמוך בשם הרשב"א ז"ל והמפרשי' ז"ל דמצאו דבר על בוריו פשיט' דלא יכנס ראשון ולא מצאו דבר על בוריו איצטריכ' ליה:

ואם תשאל דהא כתב הרשב"א ז"ל בסימן אלף רכ"ז על ראובן שאמר לאשה הלויני דינר על משכון זה ונתנה לו הדינר ובשעה שנתן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בזה וקבלתו ושתקה שהיא מקודשת אלא שראוי בזה להחמיר ואם קבלה קדושין מאחר אחד מגרש ואחד נוש' ולמי מהם שתנש' צריכ' ממנו קידושין אחרים כן כתב בסוף תשובתו וכן כתוב בסימן תשע"ג וקשה דאמאי קאמ' למי מהם שתנש' וכו' והא אסורה היא על הראשון דמגרש ראשון ונוש' שני דכל היכ' שאתה מצריכה גט מראשון וקידושי שני הם קידושי ודאי אסורה היא על הראשון וכדכתי':

תשובתך דע דרב שישא בריה דרב אידי פליג עליה דרב הונא וקאמר אף מגרש שני ונושא ראשון מימר אמרי עיינו רבנן בקידושי וקידושי טעות הוו ופרש"י ז"ל עיינו ביה רבנן בקידושי שני ולאו קידושי נינהו מפני שהיתה מקודשת לראשון ולא יאמרו שגרשה תחלה שהכל לא ידעו בגט שהצרכנוה משני: ע"כ. וכתב הרא"ש ז"ל דפירושו דחוק אלא נראה דאף על גב דיוצא' בגט מימר אמרי שאחר גירושי השני עיינו רבנן שלא היו הקידושין כלום וגם הגירושין היו בטעות ואיברא ודאי דצריך ליישב פירוש רש"י ז"ל דאטו משום דלא ידעו הכל בגירושי שני נקל להתירה לראשון ושמא אחר ידע ויאמר מחזיר גרושתו מהאירוסין ואיכא למימר דיאמר עיינו רבנן בקידושי שני וקידושי טעות הוו וס"ל לרב שישא דהכל ידעו בקידושי ראשון דהא יצא קול דמקודשת לראשון היא ולא הכל ידעו בגירושין שהצרכנוה משני הילכך טפי אית לן למימר דיאמרו עיינו רבנן בקידושי שני ולאו קידושי נינהו ממה דנימא דיאמרו דהחזיר גרושתו מן האירוסין

דלמיעוטא דמיעוטא דיאמרו הכי לא חיישינן ואפי' מי שידע בגט אפשר שיאמר דלבתר גירושין נבדק הדבר ונמצאו קידושי שני קידושי טעות ואפילו גט לא היתה צריכ' וכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל פי' רש"י עיינו רבנן בקידושי שני פי' לפי' דאי קידושי ראשון יתירוה אפי' לשוק אבל מכיון שאין מתירין אותה אלא לראשון לא מצו אמרי דקידושי ראשון קידושי טעות הוו אלא אקידושי שני קאמר וכן כתב הרא"ש והריטב"א ז"ל דליכא למימר דאקידושי קמא קאי דהא כיון דנושא ראשון ולא שרינן ליה לעלמ' אם כן ודאי יסברו העולם דקידושי ראשון הוו מעלי: והילכך איכא למימר דדוק' בכגון הא פליג רב הונא עליה דרב שישא משום דס"ל דכיון דקידושי ראשון לא הויא אלא קול בעלמא וקידושי בתרא קידושי תורה בעדים גמורים היכי נימא דלימרו דקידושי שני הוו קידושי טעות אבל בההיא דמשכון דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה דמקודשת גמורה לראשון אלא דמשום חומרא בעלמא הוא דקאמר דתפסי בה קידושי שני הא ודאי דיודה רב הונא לרב שישא בריה דרב אידי דאף מגרש שני ונושא ראשון דמימר אמרי עיינו רבנן בקידושי שני וקידושי טעות הוו וא"ת והא קאמרינן לעיל בשם הרשב"א ז"ל ושאר המפרשי' ז"ל דנקט רב הונ' דינא דמגרש ראשון ונושא שני בלא מצאו דבר על בוריו רבותא דסד"א כיון דלא מצאו דבר על בוריו מותר לשניהם כרב שישא דאיכא למימר דקידושי קמא קידושי טעות הוו ואין זה מחזיר גרושתו ועוד דספק ספק' וכו' אבל מצאו דבר על בוריו לא צריכ' למימר וכו' אלמא דכל מאי דאלימי קידושי קמא איכא למיסר עליה טפי ולא יגרש שני וישא ראשון דדמי למחזיר גרושתו טפי וי"ל דאיברא ודאי בההי' דמצאו דבר על בוריו איכא למגזר טפי לרב הונא דהא מאיזה טעם קא מצריך רב הונא גיטא לקידושי שני בההיא דמצאו דבר על בוריו היינו משום דחייש שמא גרשה ראשון מעתה ודאי דלא ישא ראשון ויגרש שני דהא ודאי יאמרו דהחזיר גרושתו מן האירוסין ועדיף נמי מלא מצאו דבר על בוריו דבלא מצאו דבר על בוריו איכא למימר דמותר' לשניהם דאיכא למימר דקידושי קמא קידושי טעות הוו ואין זה מחזיר גרושתו וגם בזו ס"ל לרב הונא דלא ישא ראשון וכדכתיבנא מיהו בההיא דמשכון דהשיב הרשב"א ז"ל דמדינא היא מקודש' לראשון אלא דמיחש חאיש חששא בעלמא דדילמ' לא הוו קדושין מעיקרא וקידושי שני תפסי בה הילכך מותר' לשניהם דהא ודאי יאמרו דקידושי שני קידושי טעות הוו וכדס"ל לרב שישא בההיא דלא מצאו דבר על בוריו וכדכתיבנא כנ"ל ליישב תשובת הרשב"א ז"ל:

מיהו הרמ"ה ז"ל בההיא דרב שישא ברי' דרב אידי פי' באנפא אחרינא וז"ל עיינו רבנן בקידושי וכו' קידושי דמאן אילימא קידושי שני דסבור שהית' פנויה ונמצאת אשת איש

הא ודאי כיון דחזו דמצרכינן לה גיטא מיניה לא מסקי אדעתייהו קידושי טעות דסוגיין בעלמ' דכל היכא דמצרכינן לה גיטה מיניה אפילו מדרבנן רמינן עליה חומרי גרושה ולא תלינן בקידושי טעות אלא אקידושי ראשון קאי דלא גזרי' שמא יאמרו גירש ראשון ונשא שני ונמצא ראשון מחזיר גרושתו מן האירוסין דמימר אמרי עיינו רבנן בקידושי ראשון וקידושי טעות הוו וראשון לאו מחזיר גרושתו הוא אלא גרושת שני בעלמא הוא דנסיב ע"כ. פי' וה"ק איברא דמתחלה חשבו רבנן דקידושי ראשון תפסי בספק ולהכי לא שרו לה לעלמ' עד שיגרשו שניהם ואף לראשון לא רצו להתירה ושוב עיינו רבנן ומצאו דקידושי ראשון הוו קידושי טעות והתירו לו ואם היה בא גם אחד מעלמא הוו שרו ליה אלא שזה נזדמן להשיא' והתירו לו ומעש' שתיה כך היה והיינו דקאמר עיינו רבנן וכו' דמשמע דעד השתא לא היו סוברין כן ושוב עיינו ונתיישבו בדבר לומר כן ומ"מ להאי שיטתא ודאי ההיא דמשכון דהרשב"א ז"ל עדיפא טפי למיסר עליה דראשון דהא ודאי כיון דקידושי קמא אלימי כולי האי ליכא למימר דעיינו בה רבנן וקידושי דראשון קידושי טעות הוו ואפשר דאף רב שישא יודה בדין המשכון דלא ישא ראשון ומיהו הא כתיבנ' דהרשב"א ז"ל בחידושיו אינו מפרש ההיא דרב שישא אלא כפי' רש"י ואכתי צ"ע בלשון הרשב"א ז"ל בחידושיו דגבי הא דרב הונא כתב ז"ל וז"ל לא מצאו דבר על בוריו אצטריכא ליה סד"א כיון דלא מצא דבר על בוריו מותר' לשניהם כרב שישא בריה דרב אידי דאיכא למימר דקידושי קמא קידושי טעות הוו וכו' משמע מהאי לישנ' דבעי לפרושי דכי קאמר רב שישא עיינו רבנן בקידושי וקידושי טעות הוו דאקדושי קמא קאי וכדפריש הרמ"ה ז"ל ושוב גבי הא דרב שיש' בריה דרב אידי לא כתב אלא לשון רש"י ז"ל ופירש פי' לפי' וכדכתיבנ' ונראה דודאי לדעת הרשב"א ז"ל עיקר טעמא דרב שיש' היינו דעיינו רבנן בקידושי שני וכדפרש"י ז"ל וכדכתב ז"ל להדי' אלא מיהו כדי לתרוצי לרב הונא מאי אריא כי לא מצאו דבר על בוריו דמגרש ראשון ונושא שני אפי' מצאו דבר על בוריו הוא דקאמ' דאיכא צד רבותא טפי בלא מצאו דבר על בוריו דאיכ' למימר דקידושי קמא קדושי טעות ולאו היינו טעמו של רב שיש' ומה שכתב הרב ז"ל בלשונו כרב שיש' וכו' אעיקר הדין דמותר' לשניהם קאי ולא קאי על מאי דקאמר בתר הכי דאיכא למימר דקידושי קמא וכו' וה"ק רב הונא לא מבעי' במצאו דבר על בוריו דמגרש ראשון ונוש' שני דליכ' למימר דקדושי קמא קדושי טעו' אלא אפילו לא מצאו דבר על בוריו דאיכ' למימר דקדושי קמא קדושי טעות הוו והויא ליה נמי ס"ס אפ"ה מגרש ראשון ונוש' שני משום דכיון דלא שרינן לה לשוק אלא לראשון לא יאמרו דקדושי קמא קדושי טעות אלא קא מחזיר גרושתו משנתארסה ואת' רב שיש' למימר דאפי' בלא מצאו דבר על בוריו אף

מגרש ראשון ונוש' שני דאע"ג דלא יאמרו קדושי קמא קדושי טעות וכדקאמר רב הונא מ"מ יאמרו קידושי שני קידושי טעות וכדפרש"י ז"ל כנ"ל ליישב תשובת הרשב"א ז"ל: **ונמצא** דלדע' רש"י ז"ל והרשב"א ז"ל והרא"ש ז"ל פלוגת' דרב הונא ורב שיש' היינו אי יאמרו קידושי שני קידושי טעות הוו אי לא דלרב הונא כיון דקדושי שני קדושין גמורין וחזו דמצרכינן לה גיט' מיניה לא יאמרו דקדושי טעות הוו ורב שיש' פליג דמימר אמרי עיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות וקי"ל כרב הונא והילכך בנ"ד אם קדושי ראובן הם קדושי ספק וקדושי שמעון הם קדושי ודאי יגרש ראובן ונוש' שמעון אבל אפכ' לא דאתו למימר מחזיר גרושתו מן האירוסי' וליכ' למימר דעיינו רבנן בקדושי שני וקידושי טעות הוו כיון דמצרכינן גיטא מיניה וכדס"ל לרב הונא ואין לנו לחלק ולהתיר לראשון אלא היכ' דמצינו למימר דעיינו רבנן בקדושי שני וקדושי טעות הוו כההי' דמשכון דהרשב"א ז"ל וכדכתיב לעיל משום דה"ט הוזכר בגמר' אבל משום טעם אחר אין לנו לחלק בגזר' דרבנן. מיהו לשיטת הרמ"ה ז"ל דפלוגת' דרב הונא ורב שיש' אי אמרי' דקדושי ראשון קדושי טעות הוו אי לא כיון דטעמ' דעיינו רבנן בקדושי ראשון וקדושי טעות הוו הוזכר בגמר' מעתה איכ' למימר דע"כ לא פליג רב הונא עליה דרב שיש' אלא היכא דליכ' שום הוכחה שיאמרו קדושי ראשון קידושי טעות הוו כגון ההיא דלא מצאו דבר על בוריו ומצאו דבר על בוריו לרב הונא אבל בנדון דידן שכבר מיאנה בראובן ונתקדשה לשמעון ושוב הבי' עדים ראובן דכשנתקדשה לראובן היתי' גדולה כיון דכבר מיאנה בראובן הא ודאי דיאמרו דקידושי ראובן לא הוו קדושי של כלום ולאו מחזיר גרושתו הוא אלא מחזיר ממאנת הוא דמותר' לחזור לו ולית' דמאי אהני לן המיאון שעשתה מקודם והרי לבתר המיאון נולד הספק ואסרינן לה לעלמא עד שיגרשו שניהם וכי היכי דפליג רב הונא עלה דרב שישא בההיא דלא מצאו דבר על בוריו וקי"ל כותיה הכי נמי בנדון דידן ועוד דאין לחלק בגזרות חכמים שכל מידות חכמים כך הם שלא לחלוק בגזרותיהם ותקנותיהם דאי לא לא קיימי כלל ואם אתה מחלק בהם נתפרד' חבילה וכיוצא בזה כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו ליבמו' פ' האשה רבה על יבמה שנשאת לשוק ברשו' ב"ד והיו לה בנים דתצא ולא חששו ללעז הבנים משום האי טעמא דאין לחלק בגזרות חכמים אף על פי שיש לחלק ותדע עוד דאמרי' בגמרא יצא עליה קול מזה ומזה מהו אמר רב פפא אף זה מגרש ראשון ונושא שני אמימר אמר מותרת לשניהם וכתבו התוספ' דרב פפא אליבא דרב הונא קאמר וכן אמימר ע"כ. הא קמן דרב פפא רצה לומר דלא חלק רב הונא אף על גב דאמימר פליג היינו משום דלא דמי לדרב הונא כלל דבדרב הונא ליכא אלא קול אחד וקידושי שני הם קידושי ודאי אבל היכא דקידושי שני נמי הם בקול ולא מצית

אמרת מחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר ששתי הקולות הם אמת לא מחמרינן כולי האי ומיהו היכא דקידושי ראשון ספק או מדברי סופרים וקידושי שני קידושי ודאי לא פלוג רבנן דלעול' מגרש ראשון ונושא שני ותדע עוד דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות חרש שנשא פקחת וכן חרשת שנשאת לפקח אין קידושין גמורין מן התורה אלא מדברי סופרים וכו' ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש ע"כ. והשיגו הראב"ד ז"ל וז"ל טעה בזה שאינה מותרת לחרש שמא יאמרו גרש זה ונשא זה ונמצא מחזיר גרושתו וכו' ע"כ. הא קמן דלהראב"ד ז"ל אף בזה אף על גבדהא חרש לפנינו והכל יודעין שאין במעשיו כלום ולא דמי לדרב הונא כלל ועכ"ז רצה הרב לאסור והרב המגיד ז"ל לא תירץ זה אלא משום דאין לחרש קידושין ולא גירושין דבר תורה דאף אם יאמרו שגרש והחזיר' אינו עובר באיסור תורה ובכל כיוצא בזה אין להוסיף בגזרות של דבריה' אבל כל דשייך ראשון בקידושין של תורה לעולם חיישינן שמא יאמרו גרש זה וכו' ועובר באיסור תורה הילכך בנדון דידן נראה פשוט דיגרש ראובן נושא שמעון אם קידושי ראובן הוו בספק וקידושי שמעון ודאי ואף על גב דמיאנ' בנתים כיון דאחר המיאון נפל הספק וכדכתיבנא ומיהו אכתי יש להסתפק אם יכפו לראובן לגרש אם לאו ודע דגרסינן בסוף פ' המדיר אמר רב יהודה אמר רב אסי אין מעשין אלא לפסולות כי אמריתא קמיה דשמואל אמר כגון אלמנה לכ"ג וגרושה וכו' ורב תחליפא וכו' תנן ואלו שכופין להוציא מוכה שחין ובעל פוליפוס בשלמא לרב אסי דרבנן קתני דאוריית קתני אלא לרב תחליפ' וכו' וכתב הרמב"ן ז"ל גרסינן בירושל' שמואל אמר אין מעשין אלא לפסולות והא תנינן שניות ומפרקינן כגון אמר שמואל כלומר לא אמר שמואל דוקא אלמנה לכ"ג אלא כגון אלמנה והיינו שניות ולכל האסורות שביאתן באיסור ואכתי קשה ליה לרב אסי דאמר מתניתין דרבנן קתני ליתני נמי שניות דהא נחית למניינ' וקתני אלו ואיכא למימר לדידיה נמי מתניתין לא קתני שביאתן באסור אלא דליכ' אסור ואמור רבנן יוציא משום ממון אי נמי דרבנן קאמרינן הינו שמוצי' מדברי סופרי' שראו כן מן הדין ולא מחמת איסור ובין שאיסורן תורה בין של דבריהם כגון חלוצה ושניות דאוריית' קרי ליה לומר שאסור לעכב אותן וגרושן מצוה. ע"כ. וכן כתב הריטב"א ז"ל וז"ל הא דאמרינן דרבנן קתני דאוריית' לא קתני ק"ל א"כ אמאי לא קתני שניות ואמאי לא קתני הא דרב למ"ד מזונות דרבנן וי"ל דה"ק דהנהו דהוו תקנת' דרבנן בלחוד דליכ' לא איסור ביאה ולא מניעת שום חיוב קרינ' הכא דרבנן ואידך כולהו קרי דאוריית' ע"כ. עוד כתב ז"ל במשנה גבי ואלו שכופין וכו' ז"ל הא דקתני אלו ואע"ג דאיכ' אחריני כדאית' בגמ' משום דהכא לא מני אלא הני דלית בקיומן איסור' ולא מפקעי להו שום חיובא דשאר כסות ועונה והוו מידי דלא פשע איהו

בנפשיה ואפ"ה כופין אותן להוצי' משום דמאיסי וכ"ש היכא דאיכ' חדא מאידך. ע"כ. משמע להדי' דכל שיש בקיומן איסור דאוריית' קרי ליה ובמכ"ש דהני דמתניתין כייפינן להו והילכך בנדון דידן נמי דאמור רבנן מגרש ראשון הרי גרושן מצוה ועכבתו אסור ופשיט' דכופין ואין לחלק דשני' שניות וכיוצ' בהן משום דבשעת הקידושין הוו אסירי עליה והוו ליה קידושי שלא נמסרו לביאת היתר אבל בנדון דידן דבשעת הקידושין אכתי לא היה צד איסור בדבר והוו מסורין לביאת היתר אלא דשוב נתקלקלו בקידושי שני הילכך איכא למימר דאין כופין דהא ודאי ליתא דדומי' דהני דקתני במתני' ואלו שכופין דלא שני לן בין שהיו עד שלא נשאו ובין משנשאו וכו' הכי נמי אינך דלא קתני לא שני לן בהכי והיינו דקא משני דרבנן קתני דאוריית קתני משמע דשוין הן בדינו אלא דהני דאוריית' והני דרבנן ודאוריית' לא קתני דאם איתא דיש לחלק בהכי לישני דמ"ה לא קתני מידי דאיסור' משום דלא כייפינן בהו אלא כי הוה אסיר' עליה בשעת הקידושין ואילו הני דקתני מתני' כופין אפילו נולדו אח"כ אלא ודאי משמע דבמידי דאיסור' נמי לא שני לן והילכך בנדון דידן נמי אף על גב דלבתר הקידושין אתא איסור' דרבנן ורביע עילויה כייפינן ליה להוצי' וזה ברור ועוד יש קצת ראיה דתנן בפ' בית שמאי היבמה שאמרה בתוך שלשים יום לא נבעלתי כופין אותו שיחלוץ לה לאח' שלשי' מבקשין הימנו והקשו בתוספות ומה הוא מפסיד אם חולץ לה ולמה אין כופין כדי להתיר' ותרצו שהוא מתבייש בב"ד לחלוץ לה שתרוק בפניו והריטב"א ז"ל תירץ דלהכי לא נכוף אותו לחלוץ מפני שהוא יכול לטעון אף על פי שנתתי לה גט אינה אסורה אלי בחזרה ואולי תתפייס ותחזור לי ואיני רוצה לאוסרה עלי בחליצה הא כל היכא שהוא מודה במילת' דאסיר' ליה אף על פי שהוא טען שאינה צריכה חליצה כופין אותו לחלוץ ע"כ:

הילכך בנדון דידן שאין כאן רוק שיתבייש בו וגם איסורא דרבנן רביע עלה דלא לכונסה בין לשיטת התוספות ז"ל בין לשיטת הריט"בא ז"ל משמע דכופין אותו ליתו גט כדי להתירה ולא תהיינה בנות ישראל עגונות ויש לדחות ראיה זו לומר דבחלוצ' הקלו וכמו שכתב הר"ן ז"ל בסוף פ' המדיר וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו ומכל מקום הדין נרא' ברור דכופין אותו להוציא כיון דאסירא עליה מדרבנן וכדכתיבנא לעיל ומיהו דוקא כשלא באו עדי ראובן שהיתה גדולה אלא עד אחר שנתקדש לשמעון דהכי משמע מלשון השאלה כפשטה דנתקדשה לראובן ומיאנה בו בלי ערעור וכתבו לה גט מיאון ונתקדשה לשמעון ושוב אמר ראובן דכשנתקדש לו היתה גדולה בכה"ג ודאי כייפינן ליה להוציא ואפילו אם גזם ראובן קודם שנתקדשה לשמעון והתרה בה שלא תתקדש מפני שיש לו עדים שהיתה גדולה ולא חשש' לו והלכה היא ונתקדשה לשמעון עד שלא הביא

ראובן את עדיו אפילו הכי כייפינן ליה להוציא דלא היה לה להאמין לדבריו ולגזומיו וכיוצא בזה כתבו הרשב"א ז"ל וריב"ש ז"ל והרשב"ץ, ז"ל ובנו הר"ש ז"ל בתשובותיהם על אחד שאמר לאשה קדשתיך בפני פלוני ופלוני דאין מעכבין אותה לינשא ואפילו אומר שהעדים קרובים לעיר במהלך שני ימים ולמחר או ליומא אחרי יבאו כתבו ז"ל דמדינא אין לה להמתין הילכך בנדון דידן נמי לא היה לחוש לדבריו כלל אבל אם הביא כבר עדים שהיתה גדולה בשעה שנתקדשה לו ועם כל זה לא חששה והלכה ונתקדשה לשמעון בהא ודאי לא כייפינן ליה דהיא גרמה האיסור ונתנה אצבע בין שיניה וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו פ' שמאי עלה דמתני' דתנן בתוך שלשים יום כופין אותו לחלוץ וז"ל ושמעינן מהכא ומסיפא דנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דכל היכא דיבמה לא חזי' ליבם מחמת איסור כופין אותו לחלוץ ומיהו אם היא גרמה האיסור במתכוין אין כופין ותהא עגונה כל ימיו וכדקתני סיפא ואם נתכונה לשם כך אפילו בחיי בעלה מבקשין ממנו לחלוץ כלומר מפייסין אותו שלא יעגן אותה אבל אין כופין אותו וכן אתה אומר שאם נתן לה בעלה גט פסול שאוסרה על היבם כופין אותה לחלוץ לדברי הכל. ע"כ: וכן כתוב בנתקי יוסף ומיהו נרא' דהרחקה דר"ת ז"ל עבדינן וכדבעינן למכתב בס"ד, וכתב הריטב"א ז"ל כל שכופין להוציא כופין בין בשוטי ובכל כפיה ואפילו על ידי אינו יהודי כדאיתא בפ' בתרא דגיטין וכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואי מסר מודעא כייפינן ליה דמבטיל למודעא כדאיתא בערכין: ע"כ: וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה כל שהוא חייב להוציא אינו רשאי להתנות עליה שנא תנשא לכל מי שתרצה וכל מי שגרש כן כופין אותן שיחזור ויגרש בגט גמור בלא תנאי. ע"כ: הרי בארנו אנפא דכייפין ביה וכיצד כופין ולא אמרן אלא כשנתקדשה לשמעון היתה גדולה בודאי דהשת' קדושי ראובן הם קידושי ספק וקידושי שמעון הם קידושי ודאי מצד עצמן אלא שקידושי ראובן המה המספק לנו בקידושי שמעון ולכך הדין פשוט דמגרש ראובן ונושא שמעון וכדכתיבנא אבל אם כפי עדותן של עדי שמעון היתה קטנה אפילו כשנתקדשה לשמעון הרי קידושי שמעון הם נמי בספק מצד עצמן והדין פשוט בכגון זה דמותרת לשניהם דגרסינן בפ' המגרש יצא עליה קול מזה ומזה מהו אמ' רב פפא אף זה מגרש ראשון ונושא שני אמימר אמר מותרת לשניהם והילכתא מותרת לשניהם: ע"כ: וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' אישות וז"ל יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ויצא קול אחר כמותו שהיא מקודשת לאחר אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון: ע"כ ויציאת קול זה היינו קידושי ספק וכמו שכתוב הרב המגיד ז"ל בפ"ד מה אישות וז"ל ודין קידושי ספק כתבו כאן רבינו

ועוד יש להוסיף שאם עמד אחר וקדשה הרי היא מקודשת לשני וכו' או מגרש ראשון ונושא שני וכו' דומה לדין המבואר פ' תשיעי יצא עליה קול שנתקדש' לפלוני וכו' ע"כ: **מעתה** היכא דקידושי שני נמי הם בספק דמיא ליה ליצא קול לזה ולזה ואפשר דהך דינא תליא בפלוגתיהו דר"ת ור"י ז"ל דכתבו בתוספות וז"ל והילכתא מותרת לשניהם ומעשה בא לפני ר"ת שיצא על גט אחד קול פסול ונתנו גט שני מפני הלעז ולא הצריכה ר"ת להמתין שלשה חדשי' מזמן גט שני כיון דהראשון היה כשר ולא היה גט שני אלא מפני חששא דלעז והביא ראיה מכאן דאמרי' הכא דמותרת לשניהם אף על גב דדמי למחזיר גרושתו מן הארוסין כיון שאין כאן אלא קול בעלמא לא החמירו ואומר ר"י דאין ראיה דשאני הכא דהוי קול מזה ומזה ואין דומה כל כך למחזיר גרושתו מן הארוסין אבל בקול אחר יש להחמיר כדאמרינן לעיל כשלא מצאו דבר על בוריו שלא יגרש שני וישא ראשון אף על גב דקידושי ראשון לא הוי אלא קול בעלמא מ"מ מחמירין משום דקידושי שני קידושי תורה ודמי טפי למחזיר גרושתו מן הארוסין: ע"כ פירוש לפי' לר"ת ז"ל להכי מותרת לשניהם כשיצא עליה קול מזה ומזה משום דלא הויא מחזיר גרושתו מן האירוסין אלא כשקידושי ראשון ושני הם קידושין גמורין וכשקידושי של שני מיהא הם קידושין של תורה ראוי לגזור שמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין אף על גב דקידושי ראשון הם. בקול לבד מ"מ כיון שאנו חוששין לו ולא שרינן לה לעלמא וגם נתגרשה מן השני מקידושי תורה שהיה ביניהם הילכך ראוי לחוש ולגזור אבל כששני הקידושין הם בקול ואין בהם שום קידושי תורה, אף על גב דהיה ראוי לחוש ולגזור שמא ואמרו החזיר גרושתו וכו' מ"מ. כיון דאין כאן שום קידושי תורה לא בראשון ולא בשני אלא קול בעלמ' לא גזרו הילכך הכי נמי בהאי גיטא שיצ' עליו קול פסול ונתנו גט שני לא חיישינן לקול ואינה צריכה להמתין ג' חדשים מזמן גט שני זו היא שיטת ר"ת ז"ל ור"י ז"ל סובר דהיינו טעמ' דמותרת לשניהם כשיצא קול מזה ומזה משום דאינו דומה מחזיר גרושתו אלא עלי ידי שתאמר ששני הקולות אמת וכולי האי לא החמירו אבל כשאין כאן אלא קול אחד יש להחמיר ומייתי ראיה מלא מצאו דבר על בריו אע"ג דקידושי שני קידושי תורה מ"מ אם לא נחוש לקול קידושי קמא אין כאן מחזיר גרושתו כלל ואפ"ה גזרו שמא יאמרו מחזיר גרושתו וכו' אלמ' חששו לקול אחד והילכך הכי נמי בההיא דיצא קול פסול על הגט ראוי לחוש לו וצריך להמתין ג' חדשים מזמן גט שני ואינה ראיה דבלא מצאו דבר על בוריו להכי חיישי' לקלא דראשון משום דאי אמרת מגרש שני ונושא ראשון מתחזק הקול דקידושי ראשון היו אמת מדלא שרינן לה גם לעלמא בגירושי השני אבל בקול של גט דעובדא דר"ת ז"ל כי שרינן ליה לינשא בתוך

ג' חדשים דגט השני כדשרי ר"ת ז"ל ניכר מתוך כך שקול הלעז שיצא על הראשון היה שקר מדלא חיישי' ליה וי"ל דגם אם ישא ראשון אינו מתחזק הקול כיון שראו שהצרכנו הגט משני והא כתיבנ' לעיל דהאי דלא שרינן לה לעלמא לאו כולי עלמא ידעי ביה מפני שיאמרו כך נזדמנו נשואין אלו וה"ה דלעלמ' נמי הוה משתרי כיון דנתגרשה משני ומ"מ משמע דלשיטת ר"ת ז"ל דלא תליא מילתא אלא אי איכא קידושי תורה בהדי קול אי לא ולא שני ליה בין שני קולות לקול אחד הילכך הכי נמי בנדון דידן אי מסתפק' מילת' נמי בקידושי שני אי היתה גדולה או קטנה כיון שאין כאן שום קידושי ודאין לא גזרינן והכין דייק לשון הריטב"א ז"ל וכדבעי' למכתב בס"ד ולשיטת ר"י ז"ל דתליא מילת' משום דהוי שני קולות הילכך איכא למימר דדוקא בההי' דיצ' קול מזה ומזה אינו דומה מחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר שב' הקולת אמת וכל כך לא החמירו אבל בנדון דידן במאי דיאמרו דגדול' הית' כשנתקדש לראובן בלבד הרי דומה למחזיר גרושתו ואיכא למגזר בכגון הא דלא ישא ראשון ויש לפרש דטעמ' דמחלק ר"י ז"ל בין שני קונות לקול אחד היינו משום דכיון דאינו דומ' למחזי' גרושתו אלא על ידי ששני הקולו' אמת הילכך לא חיישי' דודאי יאמרו כשנתירנה לראשון דכיון דמחזקי לקול הראשון שהקול דמן השני שקר אבל היכ' דליכ' אלא קול אחד וכן פירש הרא"ש ז"ל בפסקיו מעתה אף אנו נאמר בנדון דידן כן דכיון דאינו דומה למחזיר גרושתו אלא על ידי שתאמר ששני הקידושין אמת מאחר שנתירנה לראשון אנו מחזיקים לקידושי ראשון ויאמרו שקידושי שני היה טעות שנתברר שגדולה היתה בשעת קידושי ראשון ואין זה מחזיר גרושתו מן האירוסין אבל במקום קול אחד וקידושי שני קידושי ודאי איכ' למגזר כנ"ל להאי טעמא מיהו מלשון הרב המגיד ז"ל בפ"ט מה' אישות לא משמע דטעמא דר"י ז"ל אלא דתליא מילתא משום ריבוי קולו' דלאמת שני קולות לא חיישים וכדכתיב' לעיל וכן משמע מלשון התוס' ז"ל ומ"מ ותברא לי' לענין דינא בנדון דידן כדכתיבנ' לשיטת ר"ת ז"ל וכפי מה שפי' הרא"ש ז"ל בטעמו דר"י ז"ל ואי קא מסהדי עדות שמעון דהיתה קטנה אפילו כשנקדשה לשמעון א"נ דלא ידעינן בבירור אם היתה גדולה דאכתי ספקא דתרי אגידא בה ונמשך נמי אקידושי שני ואין כאן קידושי ודאי אף על גב דצריכה גט משניהם לא גזרינן שמא יאמרו החזיר גרושתו וכו' דלא גזרינן אלא כשקידושי שני קידושי ודאי והכין משמע מלשון בעלי הקידושין גם לישנא דגמרא דייק הכין דקא פסיק והילכתא מותרת לשניהם ולא קאמר והילכתא כאמימר משמע דלא בעי למפסק כההי' דאמימר בלחוד אלא בעי למפסק נמי כיוצא בו דאמימ' דבכל כיוצא בזה מותרת לשניהם אף על גב דלא דמי ממש והתוס' ז"ל כתבו וז"ל אף בזה מגרש וכו' אליבא דרב הונא קאמר וכן אמימר

דפסיק הילכתא וכו'. ע"כ. משמע דבעי לפרושי דאמימר גופיה הוא דפסיק הכין וה"פ אמימר אמר מותרת לשניהם ס"ל לרב הונא ואפי' תימר דלא ס"ל לרב הונא הילכת' היא דמותרת לשניהם. כנ"ל לפי לשון התו' ז"ל ומיהו כל המפרשי' ז"ל לא פירשו כן אלא דגמרא הוא דפסיק כן ומ"מ הדין נראה לי ברור דהיכ' דקידושי שני נמי קידושי ספק אי קטנה היתה אי גדולה היתה דמותרת לשניהם:

ואכתי צריך לברורי היכא דאמרינן דמותרת לשניהם אם שום אחד מהם לא ירצה לגרש מאי תקנת' שלא תתעגן והיה נראה דלשני כופין דעשה שלא כהוגן לקדש אשה המקודשת בספק לאחר ויש להביא ראיה דגרסינן בפ' בית שמאי ביבמות איתמר קטנה שלא מיאנה והגדיל' ועמד' ונשאת אמ' רב אחא אינה צריכה גט משני ושמואל וכו' מאי לאו דלא בעל פירוש דלא בעל ראשון ומהדר לא דבעל ופריך גמרא ומי אמר רב כי בעל אין אי לא בעל לא והא ההיא עובדא דהוה בנרש ואיקדש' כשהיא קטנה וגדולה ואותביה אבי כורסי' ואתא אחרינ' וחטפה מיניה ורב ברונא ורב חננאל תלמידי דרב הוו התם ולא אצרכוה גיטא מבתר' אמר רב פפא בנרש מינסב נסיבי והדר מותבי אבי כורסיא רב אשי אמר הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו בו שלא כהוגן אפקעינהו רבנן לקידושי מינה. ע"כ. פירוש רב פפא בעי לאוקומה בשבעל ורב אשי קאמ' דלעולם אימ' לך דקמא לא בא עליה וא"ת א"כ אמאי לא חשו לקידושי שני משום דהשני עשה שלא כהוגן דחטפ' ורבנן אמרו דחוטף אשה מבעלה לא נהוג קידושין והקשה הריטב"א ז"ל ומאי פריך כיון דחטפה ובעל בעל כרחה הא קי"ל דתליוה וקדיש אין קידושיו קידושין ואפילו בעל ותירץ דהכא אף על פי שחטפה סופה להתרצות לו קידושין ומיהו מפני שהיה תחלה בחטפה עשה שלא כהוגן: ע"כ: הא קמן מפני שהיה תחלה בחטפה לא אצרכיה גט ואפקעינהו רבנן לקידושי מינה מעתה בנדון דידן אף על גב דלא היתה שם חטפה מכל מקום עשייה שלא כהוגן מיהא הויא והדעת נוטה דנכוף אותו לגרש מיהא מיהו הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ט מה' אישות יצא עליה קול וכו' אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון ע"כ הרי לא חילק הרב ז"ל בין ראשון לאחרון כלל והילכך משמע דאין כופין לשום אחד מהם ואין להקשות דהא כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות חרש שנשא פקחת וכן חרשת שנשאת לפקח וכו' לפיכך אם בא פקח וקידש אשת חרש הפקחת הרי זו מקודשת לשני קידושין גמורין ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש ע"כ ומדקאמר הרב ז"ל דהפקח נותן גט ולא החרש דהא קי"ל דחרש שנשא כשהוא חרש מוציא ברמיזה כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה וכיון שכן אמאי לא יגרש החרש אלא משמע דהשני הוא שיגרש ולא הראשון וליתא דשניא ההיא דכבר היתה נשואה

לחרש לכך אין להוציאה מתחת יד בעלה וזה עשה שלא כהוגן שרצה להוציאה מתחת יד בעלה אפילו שנשואיו מדברי סופרים אבל כשאין לראשון בה אלא קידושין בלחוד שניהם שוים בה הראשון והשני ומיהו אם לא רצת' באחד מהם ואמרה מאסתיהו נראה לדון כדעת הראשונים ז"ל דכופין ובכגון זה לא קראו האחרונים ז"ל תגר ומתוך דבריה' תבין ותדע ואין להאריך והנה הריטב"א ז"ל שהוא מכת האחרונים ז"ל וצווח ככורכיא בתשובותיו ובחידושיו על הרמב"ם ז"ל וחביריו דס"ל כופין בטענת מאיס עלי ועם כל זה כתב בזה דהדבר תלוי ברצונה והילך לשונו ז"ל בחידושיו בסוף פ' המגרש אמימר אמר מותרת לשנים דאי ניחא לה בשני מגרש ראשון ונושא שני ואי ניחא לה בראשון מגרש שני ונושא ראשון דכיון דקידושי שני לאו קידושי ודאי נינהו לא גזרינן בהא שמא יאמרו וכו' ע"כ הא קמן להדיא. דתלה הדבר. ברצון דידה אלמא דס"ל דכשאמרה מאיס עלי בכגון זה כופין שלא יתעגנו בנות ישראל והרמב"ם ז"ל סתם וכתב בפ"ט מה' אישות אחד כותב גט ואחד כונס בין ראשון בין אחרון והניח אשה זו עגנה מבלי תקון דלדידיה אין צריך תקון דהא ס"ל דכל היכא דאמרה מאיס עלי כופין וכל שכן בנדון זה וכדכתיבנ' הכין מסתבר לי ומכל מקום לבי נוקפי כי מיראי הוראה אני לכך יותר טוב דבכל כיוצא בזה דמותרת לשניהם דנעביד הרחקת דר"ת ז"ל למי דלא ניחא לה ביה וההרחקה היינו שנגזור באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל והנלוים עליהם שלא יהיו רשאין לדבר עמו ולישא וליתן עמו ולהרויחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו ועוד יוסיפו חומר כרצונם על כל אדם אם לא יגרש אותו האיש ויתיר את הילדה הזאת וכמו שכתב מהר"י קולון בתשובותיו סימן ק"ב: כנ"ל:

כללא דנקטינן מכל מאי דכתיבנא אם יתברר שהיתה קטנה כשמיאנה כדברי עדי שמעון אם יגרשנה שמעון היא מותרת לראובן: ואם יתברר שהיתה גדולה בשנים ובסימנים כשנתקדשה לראובן אינה צריכה גט משמעון ואם יגרשנה ראובן הרי היא מותרת לשמעון: ואם הדבר בספק כגון שנים אומרים גדולה היתה כשנתקדשה לראובן בשנים ובסימנים ושנים אומרים קטנה היתה: אי נמי שנים אומרים גדולה היתה בשנים ולא ידעו מהסימנים ושנים אומרים קטנה היתה בסימנין אף על פי שאין מכחישין זה את זה צריכה גט משניהם מספק וכן אם שנים מעידים דגדולה היתה בשנים ושנים מעידים דקטנה היתה בשנים ולא אלו ואלו מזכירים הסימנים כלל אבל אם שנים מעידים דגדולה היתה בשנים ואינם מזכירים. סימנים כלל ושנים מעידים דקטנה בשני' ובסימני' היתה כשמיאנ' לדעת רבני פרובינציא ז"ל מיאונה מיאון ואינה צריכה גט מראובן כלל והרש"בא ז"ל חושש להחמיר ואם רב גדול מובהק כמהו מרה חשש והחמיר מי יקל

בערוה החמורה ומיהו אם כבר העידו שנים שהיתה קטנה בשנים ובסימנים ומיאנה בראובן בפני בית דין שחקרו בדבר או אפי בפני שנים ושוב הביא ראובן עדים והעידו שגדולה בשנים היתה כשנתקדשה לו ואינם מזכירים סימנים לא משגחינן בהו ואינה צריכה גט ממנו כלל ודוקא שהעדים העידו כבר בשנים ובסימנים ואפילו לא ראו הם הסימנים אלא שנבדקה כראוי בעת המיאון ואפילו על ידי נשים כדעת הרמב"ם ז"ל ולא נמצאו לה סימנים אבל אם העדים אינם מזכירים הסימנים כלל. אלא שתי הכתות מכחישות בשנים והזקנה מעידה שלא היו לה סימנים אין דבריה מעלין ולא מורידין דדוקא בפני בית דין בודקת דלא הויא אלא גילוי מילתא בעלמא אבל להעיד על מה שעבר אם היו לה אז סימנים אם לאו היינו עדות ואינה בתורת עדות כלל:

ובכולהו הני אנפי דאמרינן דצריכה גט מראובן שורת הדין דמגרש ראובן ונושא שמעון אבל לא יגרש שמעון ונושא ראובן וכייפינן לראובן בכל מיני כפיה עד שיאמר רוצה אני ויגרשנה בגט גמור בלא תנאי ואי מסר מודעא כייפינן ליה דמבטיל למודעיה כיון דאיסורא דרבנן רביע עלה דלא מצי למכנסה ודוקא היכא שלא באו עדי ראובן שהיתה גדולה אלא עד אחר שנתקדשה לשמעון אבל אם הביא ראובן את עדיו עד שלא נתקדשה לשמעון ושוב הלכה היא ונתקדשה לשמעון בהא ודאי לא כייפינן ליה דהיא גרמה האיסור ונתנה אצבע בין שיניה אבל עבדינן הרחקה דר"ת ז"ל שלא יתעגנו בנות ישראל ולא אמרן אלא כשנתקדש היתה גדול בודאי בשנים ובסימני' דקידושי ראשון הם בספק וקידושי שמעון הם בודאי מצד עצמן אבל אם קידושי שמעון נמי הם בספק אם גדולה היתה כשנתקדשה לשמעון אם קטנה היתה הוה ליה כיצא עליה קול מזה ומזה ומותרת לשניהם ואחד כותב גט ואחד כונס בין ראובן בין שמעון דלא אמרינן מגרש ראשון ונושא שני אלא היכא דקידושי שני הם קידושי ודאי אבל אם קידושי שניהם נמי קידושי ספק מותרת לשניהם ושורת הדין הוא דכל היכא דאמרינן מותרת לשניהם דהדבר תלוי ברצונה ואי ניחא לה בראשון ומאיס עלה השני ואי נמי איפכא כייפינן לההוא דמאיס עלה שיגרשנה ואפי' לדעת האחרונים ז"ל דקראו תגר על הכופין בטענה זו ומי שלבו נוקפו לעביד הרחקה דר"ת ז"ל וכמו שכתב מהר"י קולון ז"ל בתשובותיו סי' ק"ב בצלאל אשכנזי:

סימן כא

שאלה. ילמדנו רבינו על דבר ראובן שנטבע במים שאין להם סוף ובא עובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו וספר לפני אנשים עברים מה שראה ואחד מאותם האנשי' בא

לפני ב"ד וספר דברי העובד כוכבים ומזלות ההוא וז"ל הב"ד. במותב תלתא כחדא הוינא ובא החכם כה"ר נסים כהן לפנינו ואחר האיום והגזום הראוי העיד לפנינו כי ביום שבת אחר אשר נשמעה שמועת טביעת ספינה אחת אשר נכנס בתוכה ראובן בן פלוני הוא ויהודים אחרים פגעו בעובד כוכבים ומזלות אחר אשר היה בא מהנמל אשר פירשה משם הספינה הנז' ושאלו מהעובד כוכבים ומזלות הנז' מה חידוש מהספינה ההולכת מכאן ואמר העובד כוכבים ומזלות הספינה ההיא נטבעה והאנשי' אשר בתוכ' נמצאו על שפת הים וקברום גם היהודי אשר נכנס מכאן בתוכה נמצא שם על שפת הים ונקבר זהו מה שהעיד בפנינו העד הנז' גם אמר שלא נכנס בספינה. ההיא מהמקום ההוא אלא זה ראובן לבדו ומה שהעיד בפנינו כתבנו וחתמנו היום ה' לניסן השמ"ה ליצירה ושריר עתה יורנו רבנו אם אשת ראובן בחזקת אשת איש עומדת או לא:

תשובה. בעדות זה צריך לדקדק תרתי חדא אי מקרי מסיח לפי תומו מאחר דהיהודי שאל תחלה מאת העובד כוכבים ומזלות מה חידוש מהספינה ההולכת מכאן דאיכ' למימר דלא מקרי מסל"ת אלא כשהעובד כוכבים ומזלות מתחיל לדבר בלי שום שאלה בכל שני עובדי דגמרא:

ועוד כיון דאין העובד כוכבים ומזלות מעיד להדיא דחזנהו לאלתר דפלטתו היום איכא למיחש דילמא אשתהי שעה אחת ואין מעידין עליו משום דאשתני ואף על פי שאומר שהכירו שמא אחר היה וכבר נסתפק הרשב"א ז"ל בכיוצא בזה והניח הדבר בצריך גמרא וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בסוף ה' גירושין:

ומסתברא דשפיר מקרי מסל"ת דהא לא מכוין להתיר ולא להעיד וכתב רבינו טודרוס הלוי ז"ל בעליותיו ליבמות בשם דודו הרמ"ה ז"ל וז"ל עובדי כוכבים ומזלות המסיחים לפי תמן אם שאלו וחקרו ב"ד מפיהן לדעת אם דבריהם מכווני' ומוכיחין שאינן משקרים אין אומרים הרי אלו כמתכוונים להעיד ולא נאמין אותם אלא כיון שתחלתן משיחין לפי תמם היו הרי אלו נאמנין ולא עוד אלא שאפילו נראה מתוך דבריהם שכוונתם היתה להודיע שאיש פלוני מת כגון שבאו לביתו והודיעו או שראה לחביריו בשוק ויצא לקראתם והודיעם הרי זה מסל"ת ומשיאין את אשתו על פיו. ע"כ. מעתה בנ"ד אפילו תימא דכוונתו היתה להודיע לא איכפת לן ולא מידי. ועוד כתב נמקי יוסף וכתב הריא"ף שמעינן מהא דהיכ' דמתחיל עובד כוכבים ומזלות ומסיח לפי תומו אע"ג דהדרינן ומגלי למילת' וכו' וכתבו המפרשי' ז"ל דכן נמי יש לנו לומר דכי היכי דכל שהתחיל לומ' במסל"ת אף על פי ששאלוהו לבסוף והגיד על פי שאלתם נאמן כן נאמר דכל שאומרים לו איה פלוני שהלך עמך או שהנחנו כאן מה שישיב להם מכאן ואילך אינו נדון כמסל"ת

ע"כ משמע דוקא כשאמרו לו איה פלוני מקרי דשייליה אגופיה ממש התחלה אבל אי שייליה אמידי אחרינא לא מקרי התחלה. ועוד דהרשב"א ז"ל בחידושיו ליבמות פ' האשה בתרא כתב דשמעינן מההיא דפונדקית דכל שאומרים לו איה פלוני שהלך עמך דאין זה מסל"ת ע"כ פירוש הא אתא לאשמועינן דאף על גב דלא שייליה מה היה מפלוני אם מת אם לאו אלא לפי שהלך עמו קא שייל מיניה איה פלוני שהלך עמך ואיכא למימר דלאו על מיתה קא שייליה ומיתתו אינו מעלה ומוריד לו אפ"ה לא הוי מסל"ת ומדאצטיריך לאשמועינן הך רבותא אלמא משמע דכל דלא שייליה על האיש עצמו דשפיר מקרי מסל"ת. ועוד איכא ראיה מכרעת דגרסינן בפ' המביא תניין רב פפא כי אתא לקמיה שטר' פרסאה דעביד בערכאו' של עובד כוכבים ומזלות מקרי להו לשני עובדי כוכבים ומזלות זה שלא בפני זה במסיח לפי תומו ומגבי ביה ממשעבדי. ע"כ. פירוש מ"ה קרי להו זה שלא בפני זה כדי שלא יבינו דבעינן למסמך עלייהו והא ודאי דהוה קרי עוברי כוכבים ומזלות דלקריוה ליה להאי שטרא ולאו דאינהו מנפשייהו קרו ליה ואפ"ה משום דלא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי קרי להו מסל"ת הילכך בנ"ד נמי אף על גב דשייל מיניה מהספינה כיון דלא ידע אי בעי למסמך עליה בעדות היהודי שפיר מקרי מסל"ת וגם מתשובת מהר"י קולון ז"ל סי' קכ"א משמע להדיא דבנ"ד שפיר מקרי מסל"ת דו"ק ותשכח:

ומיהו מצאתי בתשובות למרנא ורבנא הר"ד בא"ז ז"ל שנשאל על דבר הג' יהודים שנהרגו בין בילוגראדו ובין בודון והעיד ר' חיים שהיה עובר כנגד הקרווצרה שיש בעיר בילגראדו והיה השמועה גדולה תוך העיר שבאו לסטים על ג' ספינות ומהם נהרגו ומהם נמלטו ובעוברו כ"ר חיים הנז' כנגד השער הנז' ראה ישמעאלי' שואלים זה לזה ובתוכם רגליים מבאי בודון שהיו יושבים על מושבי הקרווצרה הנז' ושאל כ"ר חיים לרגליים הבאים מבודון אם אמת אתם הבאים ששמעתי אומרים שבאו לסטים על ג' ספינות ותפשום והרגום ולא שאל להם יותר מזה והשיבוהו אמת שבאו לסטים על ספינה אחת מהרגליי' והיו עמהם ג' יהודים שיצאו מפה בילוגראדו תוך ספינת' והג' יהודי' נהרגו אמת אמת ולזה אין ספק כי ירדו מהספינה ללקט ענבים וכו' והשיב מרנא ורבנא ז"ל דעדות זה מאין בו ממש דדוקא היכא שהעובד כוכבים ומזלות מתחיל מסל"ת אף על גב דאנן מגלינן מיניה מילתא שפיר דמי אבל בעדות זה הדבר נראה שלא העידו אלא על פי השאלה כי היה הדבר מפורסם מאד שהיו יהודי' בתוך הספינה והעובד כוכבים ומזלות מבין שישראל השואל על הספינות לא על הרגליים הוא שואל אלא על היהודי' והוי כאילו שואלו מה נעשה מן היהודים שהיו הולכים בספינות: והביא ראיה מהא דגרסינן

בירוש' איזהו מתכוין ר' יוחנן אמר כל שמזכירין לו אשה ור"ל אמר כל ששואלין אותו והוא משיב פירוש איזהו מתכוין שהוא פסול לעדות אשה ר' יוחנן אמר כל שמזכירין לו אשה ור"ל אמר כל שמזכירין לו אשה מסל"ת הוי ואיזהו מתכוין כל ששואלין אותו והוא אומר:

ומעתה הדבר ברור דקי"ל כר' יוחנן לגבי ר"ל והשתא ומה אם מפני שמזכירין לו אשה אפילו אם תרצה לפרש אשתו של מת חשבינן ליה מתכוין ופסול כ"ש בזמן ששואלין אותו על המעשה בעצמו ואף על פי שאין מזכירין לו היהודי' דפשיטא דהוי מתכוין ופסול וקרוב אני לומר דאפילו ר"ל מודה בהא דהיינו כל ששואלין אותו והוא אומר שואלין איך היה המעשה והוא מספר להם כל מה שאירע בין ליהודים בין לעובד כוכבים ומזלות דאי לא תימא הכי לא הוי לר"ל מתכוין אלא היכא ששואלין אותו מה נעשה ביהודי פלוני וכ"ת הכי נמי ליתא דהכי ה"ל לר"ל למימר אי זהו מתכוין כל ששואלין אותו איה פלוני: ותו דנמצאו ר' יוחנן ור"ל חלוקין מן הקצה אל הקצה. ותו דכל עדויות שבעול' כך הם שואלין אותו איך אתה יודע דבר זה או איך היה המעשה והוא מספר והולך והכא נמי דכותה שאלו מה היה המעשה אם אמת הוא שג' הספינות נתפסו מלסטי' ונהרגו היש לך שואלין אותו ומשיב גדול מזה ואפי' אם תדחוק עצמך שיש אי זה חילוק ביניה' לא גריע מזכירת שם האשה ואפ"ה חשיב ליה ר' יוחנן מתכוין וקי"ל כותיה הילכך איני רואה ממשות בעדות זה: ע"כ דברי מרנא ורבנא הרב המובהק דוד בן אבי זמרה ז"ל בתשובותיו:

ואיברא דבפירושו ז"ל את הירושלמי כן פירש הרב בעל אור זרוע ז"ל ומייתי לה המרדכי פ' האשה בתרא וז"ל ובירוש' דיבמות גרסינן איזהו מתכוין רבי יוחנן אמר כל שמזכירין לו אשה ר"ל אומר כל ששואלין אותו והוא משיב אמר רבי חגי לר' יהושע בן לוי זכור רבי כשלשים ושנים זקנים שהיו מתריסי' כנגד רבי יהושע למעבד כר"ש בן לקיש והוא לא קבל עליו וגמ' דידן משמע דרבי יוחנן מחמיר ולא מכשר במסל"ת ור"ל מיקל ולא פסיל עובד כוכבים ומזלות אלא במתכוין להתיר לכן צריך לפרש הירושלמי שלרבי יוחנן אפילו אין שואלין לו אלא מזכירין לו שם האשה שמת בעלה לא הוי מסיח לפי תומו ומיהו בבכתה ותואמה איו חבירינו מודה רבי יוחנן דהוי עדות ולר"ל כ"ש דאתי שפיר טפי הא דפריך והא איו חבירינו קאמרי אבל בירושלמי במעשה דפונדקית גרסינן רבי אחא אמר עשו אותה כחיה שנאמנת על אתר ר"ש בר סוסרט' אותה כעובד כוכבי' ומזלות שמסל"ת חד אריסטון בעי קומי רבי מנא לית הדא פליג' על ר"ש ב"ל דאמר כל ששואלין אותו והוא משיב פי' דאיו חבירנו היו שואלין אותנו והיינו מתכוין להעיד

דאינו עדות אמר לו בההי' דרבי שמואל בר סוסרטא אותבן ברם בההי' דרבי אחא דאמר עשו אותה כחיה שנאמנת על אתר פי' דלרבי אחא אפילו שואלין אותו איו חבירנו דלא הוי מסל"ת נאמנת דומיא דחיה דנאמנת כדאית' בפ' בתרא דקידושין וטעמא משום שהיתה מראה פנים לדבריה במקלו ובתרמילו ובגמר' דידן אוקימנ' לפונדקית שהיתה מסל"ת והיינו כרבי שמואל ברסוסרטא. ע"כ. והכי נמי איתא בהגהות מימוניות פי' לפי' קשיא ליה לרב ז"ל לפי פירושם דאכתי קשיא לר' יוחנן והיא איו חבירנו קאמר דאי משום דבכתה מעיקרא מי גרע מזכירת שם האשה דחשיב ליה ר' יוחנן מתכוין ומשני דאה"נ דעדיפ' בכתה ותו אמרי איו חבירינו כיון דסוף סוף היא התחיל' לבכות וכמאן דהתחילה להסיח דמי אבל כשהזכירו לו שם האשה שמת בעלה כמאן דשיילוה דמי דמה להם להזכיר שם האשה אם לא שיגיד לו הדבר ומיהו לר"ל כל שכן דאתי שפיר טפי הא דפריך והא איו וכו' פי' דלר"ל מיתרצ' שפיר פירכא דהא איו חבירנו וכו' דלדידיה דוקא כששואלין אותו והוא משיב הוא דפסול אבל כל שבכתה מעיקר' שפיר מקרי מסיחה לכי תומה וכדמשמע פשטה דגמ' אבל לרבי יוחנן דחוק תירוצ' דהאי פירכא וכדכתיבנ' אבל בירושלמי במעשה דפונדקית גרסינן רבי אחא וכו' דבירושלמי דהתם. משמע דלר"ל בההיא דפונדקית לא בעינן שתהא מסיחה לפי תומה דאפי' שואלין אותה איה חבירנו מבלי בכיה דידה כלל נאמנת משום שהיתה מראה פני' לדבריה במקלו ותרמילו ובגמר' דידן אוקמינ' לפונדקית שהיתה מסל"ת. כ"נ פי' לפי' ואפי' לפי' זה אין מכאן ראיה למימר דכל ששואלין אותו ואפילו אין שואלין על האיש דלא ליהוי מסל"ת דדילמ' כל שמזכירין שם האשה גריעא טפי דהויא ליה כשואלין על בעלה עצמו:

מכל מקום עיקר הפירוש לא נהירא דהא משמע דהא דקאמר בירושלמי אמר רבי חגי לר' יהושע בן לוי זכור רבי וכו' זקנים שהיו מתריסים וכו' הייינו הא דגרסינן בגמר' דידן פ' האשה בתרא אמר לו רבי יוחנן לא כך היה מעשה באושעי' ברבי שהתריס עם שמנים וה' זקנים אמר להם לא שנו אלא שנתכוון להתיר אבל נתכוון להעיד עדותו עדות ולא הודו לו חכמים ע"כ: דהתם בספרים שלנו בירושלמי נמי גרסינן שהיו מתריסי' כנגד רבי אושעיה ברבי דאין לנו להרבות התרסות אלא חדא היא ומה שנמצ' חלוף במנין הזקנים לית לן ביה דהא ודאי כולה חדא היא דגמרא דידן ודירושלמי מעתה קשיא לפי' הרב בעל אור זרוע ומרנא ז"ל דאי פלוגתיהו דרבי יוחנן ור"ל בהזכרת שם האשה בלחוד דלר' יוחנן קרי ליה מתכוין ור"ל ס"ל דוקא כל ששואלין אותו וכו' מה ענין הא דאושעי' ברבי דפליגי בנתכוון להעיד לפלוגתיהו ועוד קשיא טובא מההי' דסוף האשה בתרא עלה ההיא דפונדקית דגרסינן רבי אחא אמר עשו אותה כחיה וכו' חד אריסטון בעי

קומי רבי מנא לית הדא פליג על ר"ל דר"ל אמר כל ששואלין וכו' ואי איתא כפירושם ז"ל אמאי פריך עלה דר"ל בלחוד והא לרבי יוחנן קשיא טפי דבזכירת שם האשה בלחוד קרי ליה מתכוין ולמאי דאסיק בא"ז והמרדכי נמצא דגמ' דילן לא אתיא לא כר' יוחנן ולא כר"ל דבירושלמי:

ועוד דבתשובות הרשב"א ז"ל ומייתי לה בתשובות להרמב"ן ז"ל סימן קכ"ח כתב וז"ל עוד אתה צריך לדעת שאין העובד כוכבי' ומזלות נאמן אלא במסל"ת לגמרי אבל במתכוין כלל לא בין שמתכוין להעיד כגון שבא לב"ד ואמר איש פלוני מת וכ"ש במתכוין להתיר כגון מאמר איש פלו' מת התירו את אשתו וכיוצא בדברים אלו אינו נאמן כלל כדתנן בפרק בתרא דיבמות בעובד כוכבים ומזלות אם היה מתכוין וכו' ואסיקנא בגמ' בין מתכוין להעיד בין מתכוין להתיר כמו שאמרנו ולא עוד אלא אפילו שאלוהו היכן פלוני או אתה יודע מה נעשה בפלו' וכיוצא בזה והשיב מת אין נאמן דשמא מתכוין הוא לשקר והילכך אין נאמן עד שיתחיל הוא מעצמו ויאמר פלו' מת וכיוצא בו שניכר מתוך דבריו או ממעשיו שמת כדאי' התם בגמ' ובירושלמי נמי אמרי' אמר ר"ש בן לקיש כל ששואלין אותו ומשיב זהו מתכוין אבל אם לאחר שהתחיל לומר במס"לת פלו' מת או שבכה כשראה קרוביו ומתוך כך שאלוהו וכו' ע"כ: והשתא אי ס"ל להרשב"א ז"ל כפי' הא"ז ז"ל ומרנא ז"ל אמאי מייתי הא דר"ל בלחוד דרבי יוחנן ה"ל לאתויי דמחמיר טפי וקי"ל דרבי יוחנן ור"ל הלכה כרבי יוחנן:

ונראה לי דפלוגתא דבירושלמי היינו בפלוגת' דגמרא דידן דפליגי עלה הא דתנן ובעובד כוכבים ומזלות אם היה מתכוין אין עדותו עדות אי בנתכוין להתיר היא או אפילו בנתכוין להעיד והכי נמי פליגי בירושלמי דרבי יוחנן סבר דלא מקרי מתכוין ופסול אלא כשמזכירין לו אשה פי' שאומרי' לו מה אתה יודע של פלונית או מה נעשה בבעלה של פלונית דכשמשיב מת או נהרג הא ודאי מתכוין להתיר אשה זו כיון שהזכירו לו האשה בשאלתם והוא משיב שמת בעלה אבל אם אינן מזכירין אשה בשאלתם אף על גב דשואלין אותו מה נעשה מפלוני עדותו עדות וריש לקיש סבר דכל ששואלין אותו והוא משיב הרי הוא פסול אעפ"י שלא הזכירו לו שם אשה אלא שאמרו לו איה פלוני. אמר רבי חגי לרבי יהושע בן לוי זכור רבי בל"ה זקנים שהיו מתריסין כנגד רבי אושעיא ברבי דרבי אושעי' הוה אמר דוקא נתכוין להתיר פסול אבל נתכוין להעיד כשר ודלא כר"ל והזקנים היו מתריסין כנגד ר אושעיא למעבד כהד' דר"ל דל"ש להתיר ול"ש להעיד ששואלין אותו והוא משיב פסול והוא לא רצה לחזור בו ולקבל עניו דברי הזקנים והשתא כחא דבסוף פ' האשה בתרא פריך דהא דר"ש ברסוסרטא פליגא עלה דר"ל דאמר כל

ששואלין אותו וכו' משמע להדי' דלרבי יוחנן ניחא דלא קא פסל אלא דוקא במזכירין לו אשה דמתכוין להתיר א אבל כל ששאלו לו כגון איה פלוני כשר:

וקשיא דא"כ מוחלפת השיטה דבגמ' דידן רבי יוחנן הוא דמחמיר דל"ש להעיד ול"ש להתיר פסול ורוצה לומר מקל דדוק' להתיר פסול אבל להעיד כשר:

ונראה לחלק דבגמרא דידן פליגי בבא לבית דין בלי שאלה כלל וכדאמרי' אמר רב יהוד' אמר שמואל לא שנו אלא שנתכוין להתיר וכו' היכי ידעי' אמר רב יוסף בא לב"ד ואמר איש פלו' מת השיאו את אשתו זהו נתכוין להתיר מת סתם זהו נתכוין לעדות אתמר נמי אמר ר"ל לא שנו אלא שנתכוין להתיר וכו' עד כאן ובירושלמי פליגי בשאלו לעובד כוכבים ומזלות בשוק שלא בב"ד וסבירא ליה לר"ל דששאלו לעובד כוכבים ומזלות מפסיל טפי מבא לב"ד בלא שאלה דכיון דשיילין ליה סבר דקפדי בהא מילתא ומתכוין הוא לשקר ואמטו להכי בכל גוונא מפסיל ואפי' לא הזכירו לו שם אשה אבל בא לבית דין מעצמו דוקא במתכוין להתיר פסול דדילמא קא מכוין לקלקל אבל אם לא אמר אלא פלוני מת איכ' למימר דלא בא אלא להודיע לבית דין שפלוני מת והא כתיבנא לעיל בשם הרמ"ה ז"ל דאפילו נראה מתוך דבריהם שכוונתם היתה להודיע כשרי ורבי יוחנן סבירא ליה איפכא דבא לבית דין מפסיל טפי דכל בבית דין הויא ליה עדות ואין עדות לעובדי כוכבים ומזלות ואמטו להכי ל"ש להתיר ול"ש להעיד פסול אבל בחוץ אין כאן עדות ודוקא כשמזכירין לו אשה פסול דדילמא מתכוין לקלקל שתנשא האשה ובעלה חי אבל כל ששאלו לו ואין מזכירין האשה כשר דחוץ לב"ד ליכא עדות והוה ליה במס"לת וכשר וההי' דרבי אושעיא ברבי ס"ל לרבי יוחנן דמיירי בב"ד ורבי חגי בירושלמי ס"ל דבשאלו בחוץ קא מיירי: כנ"ל פי' הירושלמי:

ולענין הלכה בין בבא לב"ד בשואלו חוץ לב"ד לא שני לן בין מתכוין להתיר למתכוין להעיד דבגמר' דידן פסק כרבי יוחנן ובירושלמי פסק כר"ל מדנדי בסוף הפרק מההיא דר"ש בר סוסרטא משום ההיא דר"ל אלמא דסבירא ליה כר"ל וכמו שפסק הרשב"א ז"ל בתשובה כדכתיבנא לעיל:

הילכך כל שבא לב"ד אפי' מעצמו בלא שאלה נקרא מתכוין להעיד ואין עובד כוכבים ומזלות נאמן ואם שאלו אפי' חוץ לב"ד ואפילו לא הזכירו לו שם אשה אינו נאמן:

ומיהו אם לא שאלו על האיש עצמו אלא על דבר אחר משמע דשפיר מקרי מסל"ת דהא קמן דלרבי יוחנן דבירושלמי אפילו שאלו על האיש עצמו אם לא הזכירו שם האשה כשר ובגמרא דידן לדעת שמואל וריש לקיש אם בא לבית דין ונתכוון להעיד נמי כשר ואיברא דלא קי"ל כוותיהו דכל שנתכוון להעיד פסול מיהו הבו דלא לוסיף עלה דדוקא

בנתכוון להעיד כגון דבא לבית דין ואמר איש פלוני מת אי נמי שאלו על האיש עצמו איה פלוני אבל כל ששאלו על דבר אחר והשיב עליה ובכלל תשובתו השיב גם על האיש הזה שמת שפיר מקרי מסל"ת כיון שלא שאלו על האיש עצמו והכין דייק לישנא דר"ל דאמר כל ששואלין אותו והוא משיב פי' דמשיב על מה ששאל ואם השאלה היתה על דבר אחר אין זו תשובה על השאלה וק"ל להבי"ן:

ואף על גב דמוכחינן בראיות ברורות דבנדון דידן מקרי שפיר מסל"ת מכל מקום הואיל דהויא ליה ערוה החמורה שאם אין זה מסל"ת אין כאן עדות כלל ואם נשאת תצא הילכך הואיל ונפק מפומיה דמרנא ורבנא ז"ל ראוי לחוש לדבריו ואין ראוי להתיר אלא בהסכמתו אשר היה רב מובהק מדורו ומי כמהו מורה ומי יתיר לשוק אשה שהיא ערוה לדעתו חלילה:

ומסתברא לי דאפי' מרנא ורבנא ז"ל יורה יורה ידין ידין ולהתיר בנדון דידן דשניא היא נדון דידיה דשאל להם היהודי אם אמת שבאו לסטים על ג' ספינות ותפסום והרגום וכיון דשאלו להם על הריגת אנשי הספינות דהיינו על האנשים עצמן והדבר היה מפורסם שהיו יהודים בתוך אותם הספינות הרי ברור שעל היהודים היה שואל דמה לו עם הרגליים וגם דבע"כ על היהודים נמי שואל דבכלל מאתים מנה אבל בנדון דידן שלא שאל לו אלא מה חדוש מהספינה ההולכת מכאן ולא הזכיר אנשיה כלל שפר מקרי מסל"ת דדילמא היה לו שום סחורה באותה ספינה ועל דבר סחורתו הוא שואל ואינו שואל על והיהודי כלל ומה שמגיד הוא מהיהודי הויא ליה מס"לת גמור ואפילו לדעת מרנא ורבנא ז"ל וזה פשוט מאד:

הילכך הדבר ברור דבנדון דידן שפיר מקרי מס"לת:

ואכתי צריך לברר גופא דסהדותא דמחזי לחוש דילמא אשתהי וכתב הר"אש ז"ל בפסקיו בפרק האשה שלום וז"ל ויראה הא דבעינן ואסקינהו קמן וחזינהו לאלתר היינו לאותם שראו הטביעה דהנהו אמרי בדדמי דכיון שראו שנפלו למים בדבר מועט יאמרו שאלו הם שנפלו למים אבל מי שלא ראה הטביעה ומצאו שמת ואמר שמכירו בטביעות עין לחודיה נאמן ואין מדקדקין אחריו ואותן שראו הטביעה היינו משום דאמרי בדדמי וכן פי' ר"י הא דבעינן הכא סימנין ולא סגי בטביעות עין לחודיה היינו משום דראו הטביעה ואמרו בדדמי וכן כתב הר"ז הלוי ז"ל ור"ט פירש וכו' עד ולמאי דפרישית שיש חילוק בין אותם שראו הטביעה וכו' ניחא ע"כ:

וראיתי לאחד מחכמי הדור שלפנינו שהקשה בתשובותיו דדברי הרא"ש ז"ל סתרן אהדדי דמעיקרא קאמ' ויראה הא דבעינן ואסקינהו קמן וחזינהו לאלתר היינו לאותם

שראו הטביעה וכו' משמע דאלאלתר קאי לפלוגי ואותם שלא ראו הטביעה לא בעי למחזי לאלתר ושוב קא מסיים ואזיל אבל מי שלא ראה הטביעה ומצאו שמת ואמר שמכירו בטביעות עין לחודיה נאמ' וכו' משמע דאסימנין קאי לאפלוגי דהיכ' דלא ראה הטביעה אין צריך למימר סימנין אלא בטביעות עין לחודיה סגי מדלא אסיק בגמר' דבריו דנאמן אפילו לאחר כמה ימים ומחמת קושיא זו נדחק דמעיקר' וכולי קאמר וה"ק ויראה הא דבעינן ואסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וכו' היינו לאותם שראו הטביעה וכו' ואסימנין קא מפלגי דדוקא אותם שראו הטביעה צריך למימר סימנין וליתא כלל להאי פירושא דאם כן היינו חילוקו של ר"י דמייתי הרא"ש ז"ל גופיה ומה חידש הרא"ש ז"ל שכת' ויראה הא דבעינן ואסוקינהו וכו' ועוד מאי ואין מדקדקין אחריו דקאמר הרא"ש ז"ל אלא משמע דלשון הרא"ש ז"ל מתפרש כפשטו שפיר וה"ק ויראה הא דבעינן ואסוקינהו קמן וחזנהו לאלתר פי' דבעינן שיעיד בפי' דחזנהו לאלתר אבל אם לא העיד בפי' כן אף על גב דמעיד שמת ושהכירו בטביעו' עין איכא למיחש דילמא אישתהי ונשתנה צורתו וסבור שזהו ראובן ואינו אלא אחר הני מילי לאותם שראו הטביעה דהנהו אמרי בדדמי אבל מי שלא ראה הטביעה ומצאו שמת ואמר שמכירו בטביעות עין לחודיה אף על גב דלא אמר דחזנהו לאלתר נאמן ואין מדקדקין אחריו לבדקו אי חזנהו לאלתר ונסתייע הרא"ש ז"ל ממאי דחילק ר"י ז"ל בסימנין דבגמ' אקושינהו אהדדי דקאמ' אלא היכי דמי דאמרי אסקינהו קמן וחזנהו לאלתר וקאמר סימנין וכו' משמע דכי היכי דלגבי סימנין לא מיירי אלא באותם שראו הטביעה הכי נמי בלאלתר. ועד השתא לא שמעינן מלשון הרא"ש ז"ל אלא היכא דלא ראה הטביעה דלא בעי' דיעיד להדיא דחזינהו לאלתר וכדכתי' ומיהו אם יעיד להדיא דחזנהו לאחר ימים לא מהימן דהא אישתני לכך מייתי שוב ור"ח פי' וכו' ונהגו האידנ' להתיר נשי אנשי' שטבעו וכו' פי' ואפילו אחר כמה ימים ולקיים המנהג תירץ דמיירי הכא בשלא נמצא הגוף שלם וכו' אבל אם גופן שלם מכירין אותו ואפילו לאחר כמה ימים וכו' ושוב כתב לקיים המנהג ולמאי דפרישנ' שיש חילוק בין אותם שראו הטביעה לאחרי' ניחא. פי' דאחר שלא ראה הטביעה אפילו לא ראהו מיד אלא לאחר כמה ימים נאמן והיינו מה שנהגו להתיר נמצא דלמסקנ' זו היכא דנמצא הגוף שלם יש חילוק בין ראה הטביעה ללא ראה הטביעה דאם ראה הטביעה אמר בדדמי ואינו נאמן אלא אם כן ראהו מיד ומכירו על ידי סימנים ואחר שלא ראה הטביעה נאמן אפילו לא ראהו מיד ואפי' בטביעת עין בלא סימנין ואם אינו שלם אלא פרצוף פנים עם החוטם לא סמכי' אטביעות עין לחוד בלא סימנין ואפי' ראהו מיד דאף על גב דאסיק הרא"ש ולמאי דפרישנ' שיש חילוק וכו' היינו משום דלא ניחא ליה לאוקומ'

הא דאסיקנ' בשמעת' דעד אחד במלחמה ומה שפר"ח בשלא נמצא הגוף שלם וניחא ליה טפי לאוקומ' שמעת' והמנהג כשנמצ' הגוף שלם ולתרוצינהו ומיהו הדין דאמרינן מעיקר' הוא אמת דהיינו סברת התוס' דכל שאינו שלם אלא פרצוף פנים עם החוט דלא סמכינן אטביעות עין לחוד בלא סימניו ואפילו ראהו מיד וכן פסק הטור סי' י"ז וז"ל ואם עד אחד מעיד ראיתי ומיד אחר שהועלה והכרתיו על ידי סימנין שהיה לו בגופו נאמן אבל וכו' בד"א שראהו העד שנפל שם דכיון שראהו העד שנפל שם אומר בדדמי וכו' אבל אחר שלא ראה שטבע נאמן אפילו לא ראהו מיד אחר שהועלה וכו' והוא שיראנו שלם וכו' אבל אם אינו שלם וכו': ע"כ:

וגם על לשון זה של הטור הקשה בתשובתו דדבריו סתרן אהדדי דלעיל מיהא כתב אין מעידין עליו אא"כ ראה תוך ג' ימים וכו' והוא שראוהו מיד אחר עלייתו מן המים וכו' וקשה במה אנן קיימינן אי באותו שראה הטביעה היה לו לומר ומכירו על ידי סימנין ואי באותו שלא ראה הטביעה למה צריך שיראהו מיד אחר עלייתו ומשום קושיא זו נדחק בלשון הטור והוציא דין זה ועיקר קושיא ליתא כלל דלעיל מיירי בשני עדים ואפי' ראו הטביעה דלא אמרי בדדמי ובתר סהדות' דתרי סהדי לא דייקי' וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו וכן כתב הריט"בא ז"ל דגבי שני עדים ליכא למימר דאמרי בדדמי כיון דידעי ודאי דעליהו סמכינן ואינן מביאין עצמן לבית הספק:

ומכל מקום לדעת הרא"ש ז"ל והרב בעל הטורים ז"ל בנו וקמה רבוואתא אחריני ז"ל יש חילוק בין אותם שראו הטביעה לאחרים שלא ראו הטביעה וכדכתי':

והשתא נדון שלפנינו נרא' למי דומה אם לאותם שראו הטביע' או לאות' שלא ראו הטביעה ודע דהאי לישנ' דמסיח עובד כוכבים ומזלות זה משתמע לתרי אנפי או שבא לאסהודי דהוא ראה או שמע דהספינה נטבעה וגם בא לאסהודי אנשים אשר בתוכה נמצאו על שפת הים וקברום וגם שהיהודי אשר נכנס וכו'. דהוא לא ראה ולא שמע הטביעה בכלל אבל מאמת שהספינה נטבעה מאחר דהאנשים אשר בתוכה נמצאו על שפת הים וגם היהודי אשר נכנס מכאן בתוכה נמצא וכו' וה"ק הספינה ההיא בודאי נטבעה דהא האנשים אשר בתוכה נמצאו על שפת הים וקברום גם היהודי אשר נכנס וכו':

ואי קא מסהיד דהספינה נטבעה אף על גב דקא מסהיד מפי אחרי' שהגידו לו כן היינו ראה הטביעה ויש בזה להחמיר ולהקל להחמיר היינו דלדעת הרא"ש ז"ל ודעימיה אינו נאמן ראהו מיד אחר שהועלה ומכירו על ידי סימנין דאף על גב דלא ראה הוא עצמו שנטבע מ"מ כיון דהגידו לו כן שוב קאמר בדדמי ואף על גב דלא הגידו לו על האנשים

שנטבעו אלא שהספינה נטבעה שהיו בה אנשי' מ"מ אמר בדדמי שהאנשים אשר נמצאו על שפת הים הלא המה האנשים של הספינה אפילו אינו ברור לו: להקל היינו כיון דקא מסהיד שהספינה נטבעה ונתברר שלא נכנס בספינה ההיא מה מקום ההוא אלא זה ראובן לבדו אפי' שלא הוכר ראובן אין כאן אלא דינא דמים שאין להם סוף דלכתחלה לא תנשא ואם נשאת לא תצא ואע"ג דהרש"בא ז"ל כתב בתשוב' והיא בתשובות להרמ"בן ז"ל סימן קכ"ח דאם אינו מעיד אלא שנשבר' ספינה בלב ים לבד דגם זה קורין רוב העולם טביעה דזה אינו כלום ואפילו נשאת תצא כי שמא נצל על גבי עץ או קורה כדרך שנצולים הרבה פעמים ולא אמרו מים שאין להם סוף אם נשאת לא תצא אלא במעיד ממש שטבע ושהה עליו כדי שתצא נפשו ולא ראהו שעלה מ"מ הרי מצינו להרמב"ם ז"ל בפי' המשנה בפ' כל הגט עלה הא דתנן שלשה דברים אמר רבי אלעזר ובן פרטא לפני חכמים וקיימו את דבריו על עיר וכו' ועל ספינה המטרפת בים וכו' פי' ז"ל וז"ל ספינה המטרפת בים הוא שסוער עליה הים ורוצה לאבדה והמלחים אינם יכולים להנהיגה כפי רצונם לגודל הסער אבל העצי' והכלים שלה קיימים: הספינה שאבדה בים הוא שנשברו הכלים והעצים שלה ונאבד הכל ונשארה הספינה על פני המים להנהגת המים ולא נשאר עונין ולא משוטות שיתנהגו בה ע"כ: משמע דוקא בכה"ג שנשאר עדיין גוף הספינה שלם נותנין עליהם חומרי חיים דאפשר דהמים או הרוח יוליכוהו ליבשה אבל אם העידו שנשברה או שנטבע בחזקת מתים הם מן התורה ואם נשאת לא תצא וכן כתב מרנא ורבנא ז"ל בתשובה דמצא בפי' גיטין לר"ח ז"ל וז"ל וספינה שאבדה בים שנשתברו כליה המוליכין אותה והעוזרים לה ע"כ והיינו כפי' הרמב"ם ז"ל ומסתברא לי דבנדון דידן כיון דסח דהספינה ההיא נטבעה והאנשים אשר בתוכה נמצאו על שפת הים וקברום אף על גב דלא קאמר תו בהאי שיחה בלחוד סגי לדונה כדין מים שאין להם סוף ואפילו לדעת הרשב"א ז"ל דכיון דסח דהאנשים אשר בתוכה מתו רחוק הוא שהוא ניצל ואמטו להכי אם נתברר שזה היהודי נכנס בספינה זו אפילו שלא יאמר תו מהיהודי אשר נכנס אה נמצא על שפת הים הרי אתה דן אותה כמים שאין להם סוף דאם נשאת לא תצא:

מעתה בכל מאי דאיכא לאסתפוקי במאי דסח תו דהיהודי אשר נכנס מכאן בתוכה נמצא שם על שפת הים ונקבר אזלינן ביה לקולא דהוה ליה ספיקא דרבנן ולקולא:

ואי קא מסהיד דהוא לה ראה ולא שמע הטביעה כלל אבל מאמת מאומדן דעתה שהספינה נטבעה מפני אנשיה אשר נמצאו מתים על שפת הים וגם היהודי אשר נכנס מכאן בתוכה שנמצא מת על שפת הים גם בזה יש להקל ולהחמיר להקל היינו דכיון

שלא ראה שטבע נאמן אפילו לא ראהו מיד אחר שהועלה ואפילו בטביעות עין לדעת הרא"ש ודעימיה להחמיר היינו דכיון דלא מסהיד אטביעת הספינה כלל אלא אגופא דגברא דמצאו מת הרי גוף העדות תלוי בזה ואית לן למיזל ביה לחומר' בכל ספק דאיכ' לאסתפוקי ביה:

ומצאתי להרשב"א ז"ל והיא בתשובות להרמב"ן ז"ל סי' קכ"ח שכתב וז"ל וצריך אתה לדעת כי לדברי כולם אפילו עד אחד ישראל ואפילו שנים אין משיאין אשה על פיהם במי שטבע ופלטוהו המים אלא במעידים שפלטוהו המים לעיניהם וראוהו מיד והכירוהו שאל"כ חוששין שמא בין זמן שפלטוהו המים לזמן שראוהו תפח ונהפכה צורתו וסבורין שזהו ראובן שטבע ואינו אלא אחר וכמו שמפורש בפרק האש שלום ובפרק האשה היא וצרתה נמי אמרינן דה"מ בדחזיוה בשעתא דאסקוה אבל אשתהי מתפח תפח כלומר ואינו ניכר עד כאן:

הילכך בנדון דידן אי אמרת דלא קא מסהיד אלא אגופא דגברא דמצאו מת כיון דאינו מעיד דפלטהו המים לעיניו איכא למיחש דילמא לבתר דאשתהי חזייה ונהפכה צורתו וכמו שכתב הרשב"א ז"ל שאל"כ חוששין שמא וכו' ויש לדחות דה"ק הרב ז"ל שאל"כ חוששין שמא וכו' פירוש שאם לא יעיד שפלטוהו המים לעיניהם אלא שמעידים להדיא דלאחר שפלטהו הים כמה שעות חוששין שמא בין זמן שפלטוהו המים לזמן שראהו תפח וכו' ומיהו כל שהעובד כוכבים ומזלות העיד דנמצא מת על שפת הים ונקבר אין לנו לחוש דדילמ' לאחר שעה היה דאפי' היה לאחר שעה אינו פשוט לומר דנשתנה צורתו אלא דחוששין שמא נשתנה וכל שהעובד כוכבים ומזלות העיד דנמצא מת והכירו אין לנו לחדש ספק אחר דדילמ' לאחר שעות היה ואע"ג דהרב ז"ל מסתפקא ליה היכא דאשכחוהו ואשתמודעותו ולא ידע אם הוא תוך ג' או לאחר ג' אי הוי ספיק' דאוריית' ולחומרא וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפי"ג מה' גרושין היינו היינו דוקא כשהעד עצמו הוא מסופק אם הוא תוך ג' או לאחר ג' אבל אם העד העיד שמצאו מת והלך לו אין לנו לחוש דדילמא העד היה מסופק אלא דבודאי בתוך ג' מצאו הרוג בדרך בארץ ישמעאלים ובבאי עליו הכרתיו שהיה פלו' ונחלקו אם האשה מותרת:

והשיב דהדין עם המתיר דכל שבא עד א' ואפילו עבד ואפי' שפחה וכו' והטעם בזה משום דאשה דייקא ומינסבא וכו ודברי האוסר לא ידעתי על מה סמך עד שאשמע טענותיו עד כאן. ואם איתא דכל שבא העד והעיד שמצאו הרוג ראוי להסתפק דדילמא לאחר ג' ראה אמאי קאמר הרב ז"ל דדברי האוסר לא ידע על מה סמך דילמא סבר' האוסר היתה זאת ואע"ג דאמר העד דהכירו שהיה פלוני דילמא לאחר ג' ראהו ונדמה לו

שהיה פלוני ולא היה אלא אחר אלא ודאי משמע דכל שהעד מעיד שראהו מת והכירו ולא נסתפק אם היה לאחר ג' אין לנו להסתפק בזה כיון שהוא לא נכנס בזה הספק כלל ולא קא מסתפקא לי' להרשב"א ז"ל אלא היכא דהעדים עצמן אומרים אנו מכירין אותו אבל לא ידעי' אם הוא תוך ג' או לאחר ג' וכדדייק לישניה ז"ל דוק ותשכח:

הילכך בנ"ד אפילו תימא דאין כאן סהדותא אטביעת הספינ' כלל אלא אגופא דגברא דמצאו מת כיון שהעובד כוכבי' ומזלות סח לפי תומו בפשיטות שהיהודי אשר נכנס מכאן לתוכה נמצא על שפת הים ונקבר אין לנו להסתפק באישתהי כלל:

ומיהו מצאתי להר"ן ז"ל שכתב בתשובה סימן ע"ח וז"ל ולפיכך בנדון זה כיון שזה העד לא העיד דחזייה בשעתיה אין להתיר אשה זו שאף על פי שנחלקו קצת מכרשים ברא דתנן ואין מעידין אלא עד שלשה ימים בסתמא מאי דיניה שבתוס' כתבו כלשון הזה ויכול להיות דהיכא דאין ידוע מתי נהרג אין לתלותו אלא בתוך שלשה ימים מסתברא ענין לנדון זה דהני מילי לשיעור שלשה ימים דמסתמא אי לאחר שלשה ימים היה כבר ניכר לעין ויותר קרוב לתלותו בתוך שלשה מלאחר שלשה אבל בנפלט מן הים שאין שעורו אלא שעה אחת בלבד מן הסתם אין לתלותו ולומר שתוך אותה שעה שנפלט ראהו שיותר מצוי ששהא יותר משעה אחת ועוד שבתוספות לא אמרו הדבר אלא באפשר וכבר ספק עליהם הרשב"א ז"ל ועוד שאפילו נקל לומר דתלינן לקולא ואמרינן דילמא בשעתיה חזייה עדיין אין להתיר אשה זו שהרי עובד כוכבים ומזלות זה אמר שצופה המגדל הגיד לו כי כמו ששה ימים וכו' עד כאן. משמע דכל שהעד לא העיד דחזייה בשעתיה קא חייש להחמיר וליתא דנדון דהר"ן ז"ל נמי נשאל העד אם ידע הזמן שהגיע המת ליבשה ואמר שדבר זה שאל לצופה המגדל וכו' ואמר לו כמו ששה ימים וכו' אלמא דלא ידע העד והי' מסתפק מתי הגיע וכספיקו של הרשב"א ז"ל ושוב קאמר טעמ' אחרינא דכיון דהצופה אמר כי כמו ששה ימים וכו' א"כ פשיטא דאישתהי ואין להתיר:

ואם תשאל איברא דאלו עובד כוכבים ומזלות זה היה סח דהאנשים אשר בספינה גם היהודי אשר נכנס בתוכה יצאו מתים ונקברו ודאי דאין לנו לספק אם נשתהו אבל מאחר דמסיח דנמצאו על שפת הים ונקברו כמאן דסח להדיא דלאחר שעה מצאן דלדעת כמה רבוואת' אין מעידין עליו:

תשובתך מלשון זה העובד כוכבים ומזלות משמע דלא היה הוא המוצא אלא אחרים מצאו כן והגידו לו וכל כה"ג מהני דנהגו להתיר עובד כוכבים ומזלות מפי עובד כוכבים ומזלות כדברי כמה רבוואתא ז"ל ותלינן להקל וכמו שכתב מהר"ר איסרלן ז"ל בסי' רל"ט

הילכך מ"ה נקט נמצאו ונמצא ולא משום דאישתהי וזהו אחד מהטעמים דראוי להתיר אשה זו וכמו שכתב מהר"י בן לב ז"ל כלל א' שאלה א':

ועוד מסתברא לי דכי אמרי' דכי אסקוה ואשתהי שעות דאינו ניכר דוקא כי אסקוה ליבשה ממש במקום שאין גלי הים מגיעים שמה כעין ההיא עובדא דאטבע בדגלת ואסקוה אגישרא אבל אם הים פולטו וגלי הים עוברים ושבים עליו אע"ג דיתיב על היבש' כיון דמציף עליה מים בכל שעה מהגלים אכתי הנהו מיא צמתי ליה ואין מניחין אותו לנפוח ולהשתנות והכין דייק לשון הרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל טבע בים והשליכו הים ליבשה אפי' אחר כמה וכו' ואם שהה ביבש' אחר שהושלך מן הים שעות וכו' ע"כ ומדלא קיצר הרב ז"ל וכתב ואם שהה ביבש' שעות דפשיט' דלאחר שהושלך מן הים מירי וגם מדנקט שהושלך מן הים ולא נקט ואם שהה ביבשה אחר שהשליכתו הים משמע דדוקא כשהושלך מן הים מכל וכל דלא עברי עליה גלי הים כלל כמי שהטילוה מן הים והשליכו ליבשה הוא דאמרי' דאתפח אבל כל שמגיעים אליו גלי הים מצמת צמית:

והילכך מאי דסח עובד כוכבים ומזלות זה דנמצאו על שפת הים היינו במקום שגלי הים מגיעין ועוברין עליהם ומ"ה הכיר אותם היטב ליהודי ולכל בני הספינה ואפשר דהר"ן ז"ל מירי כשראהו על היבשה במקום שאין גלי הים מגיעים כלל ולהכי החמיר לומר דמן הסתם אין לתלות ולומר שתוך אותה שעה שנפלט ראהו:

גם מלשון הרמב"ם ז"ל בסוף ה' גירושין משמע דסבירא ליה דלא אמרינן שאין מעידין עליו אלא כשנתפח ממש אבל אם נראה שלא תפח אין חוששין לו וכן דקדקו רוב המפרשים ז"ל מלשונו וכן כתב הרב המגיד ז"ל:

וגם בהגהות מיימוניות כתבו כמה רבוואתא ז"ל דדוק' ישראל המכוין להתיר יש לומר שנתן דעתו בשעת מלחמה להעיד להתיר ואמר בדמי בדבר ההווה להיות אבל עובד כוכבים ומזלות המס"לת ואין כוונתו לשום דבר לא אמרינן דאמר בדמי כי אם כאשר ראה: ע"כ:

הילכך נקטינן מכל מאי דכתבינן דאיתתא דא שריא אפילו תימא דעובד כוכבים ומזלות זה לא קא מסהיד אטביעת הספינה כלל ולא נתברר אם נטבע' אלא דהא מסהיד אגופא דגברא בלחוד דנמצא מת ונקבר ומכירו שהיה היהודי שנכנס מכאן לתוך אותה הספינה ולא נכנס שום יהודי מהמקום ההוא אלא זה היהודי בלבד כ"ש דלשון העובד כוכבים המזלות כפשטו משמע דקא אתא לאסהודי נמי אטביעת הספינ' והרי ברור לפנינו שנפל במים שאין להם סוף דאם נשאת לא תצא ואפילו לדעת הרשב"א ז"ל דלא סגי ליה בנשברה הספינה לדונו בדינא דמים דאין להם סוף עד שיעיד שראהו שטבע ושהה עליו

כדי שתצא נפשו ולא ראהו שעלה הכא בנדון דידן כיון דקא מסהיד נמי שראה האנשים אשר בתוכה מתים על שפת הים וידוע שזה היהודי נכנס בספינה זו הא ודאי דדינא דמים שאין להם סוף אית ליה אפילו שלא יהיה שום עדות עליו בפירוש דמצאוהו מת: **ואם** תשאל ערבך ערבא צריך ומנלן דאינהו אינהו אנשי הספינה דילמ' אשתהו כולהו ונשתנ' צורתם והוחלפו להם:

תשובתך בשלמא ביהודי איכא למיחש דילמא איחלף ליה זה היהודי באחד מאנשי הספינה דהא יהודים אחרים נמי היו באותה ספינה אבל ליכא למיחש דכל אנשי הספינה אשר נמצאו שם נשתנו צורת' והוחלפו לו באחרים וגם שלא נשמע דנטבע ספינה אחרת קרוב לאותו המחוז אלא זו לבד הילכך לגבי אנשי הספינה בטביעו' עינא בלחוד סגי נמצא דהדבר ברור לפנינו דנפל במים שאין להם סוף וגם מתחילת לשון השאלה משמע דידוע דראובן נטבע במים שאין להם סוף מדקאמר על דבר ראובן שנטבע במים שאין להם סוף ובא עובד כוכבים ומזלות וכו' והילכך לא היתה השאלה אלא אם תנשא לכתחילה לבד דבדיעבד פשיטא דאם נשאת לא תצא כדין מים שאין להם סוף ומיהו בלשון עיקר השאלה דקא בעי אם אשת ראובן בחזקת אשת איש עומדת או לא משמע להדי' דהשאלה היא בעיקר העדות אם יש כאן עדות טביעה כלל ונראה דדברי השאלה סתרן אהדדי הילכך השאלה לא באה בדקדוק ואין לנו לדקדק אלא בלשון הקבלת עדות וכדכתיבנא לעיל:

ומכל מקום איתתא דא שריא לעלמא בלי ספק בכל גונ' שתפרש לשון העדות ומרנא ורבנא הר"ד בא"ז ז"ל ומהר"י בן לב התירו בתשובותיהם כיוצא בזה וגדול מזה והמחמיר בזה אין רוח חכמים נוחה הימנו וזה ברור בצלאל אשכנזי:

סימן כב

שאלה. גט שבא מאסכנדריה למצרים על ידי שליח הולכה והובא לפני בית דין אחד שבמצרים ודקדקו בו כראוי ומצאו פטורין ביו"ד אחת גם בנפשכי ביוד אחת. גם היה כתוב בו שמונה מלא בוי"ו גם היה כתוב בכך בשבת שמונה ימים לירח וכו' ואמרו שהיה ראוי לכתוב בשמנה ימים וכו' דהכין כתיב בכל הנוסחאות של הפוסקים ז"ל ומחמת כל הני דיוקי אמרו לשליח שיביא גט אחר כי קרוב הוא ונוח לשוב מצריים והגט הזה לא יקרעוהו עד שיבא הגט האחר וכתבו לבית דין של אסכנדריאה אשר נכתב בפניהם שלא יסמכו על הסופר כי הניח אותיות פורחות ויש בהם דברים הנוגעי' לפסול ואפשר שכמו שטעה בזה יטעה בדבר אחר יותר חמור ואם אינו בקי לא יהא לו עסק

בזה כי רבו הדקדוקין ובנקל יטעו בהם והוא פסולי ממזרו' וכן כתב הרא"ש ז"ל דיש ליזהר מאד שלא ישתדל בענין גטין אם לא שיהיה בקי וקמו בית דין אחר והכשירו הגט ואמרו שאין ראוי להמתין עד שיבואו גט אחר שלא להוציא לעז על גיטין הראשונים שנתנו באופן זה וישבו ונתנו גט זה ולא רצו להמתין עד שיביאו גט אחר מאסכנדריאה. יורנו המורה הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. ראיתי על נדון זה קונטריסין מבעלי תריסין מחבלין ומרירין זה לזה בהלכה ואני זה ימים אשר נהייתי ונחליתי ועדיין אני חלוש ולא יכולתי להשיב על כל קו"ץ וקו"ץ אך עדות יסוד המקל ומכשיר לכתחילה נגד רבן גלת החל הזה אשר כנענים עד צרפת וספרד הרא"ש ז"ל אשר רוב הגולה קבלוהו לרב עליהם ועתה קמו קצת מורים ואמרו בלבם נינם יחד לדחות סברתו בגיל' דחוטתא ובאמת כמעט קט הסכמתי להיות כמחריש דתרוייהו הפוסל ומעכב והמכשיר לכתחילה חביבין לי ביותר עד לאחת ה' יאריך ימיהם וירבה גבולם בתלמידים ואזני שומעו' בתוככי ירושלים ושוב מרוב אהבתי האמת הסכמתי לפנות פני אליה ועורף אל ידיד נפשי כי האמת אהוב יותר מן הכל לכן הידידות תעמוד במקומה הראוי לה ומשפטי ה' אמת צדקו יחדיו. ומה גם להיות דבר שבערוה ויש לחוש פן תפשה המספחת ואהבת הנצוח תנצח להקל בדבר חמור מזה נגד אבות העולם על כן החלש יאמר גבור אני לגלות יסוד דברי המכשיר ועביד עובדא ותראה שברו כשבר נבל יוצרים:

והנה יסוד דברי המכשיר אשר בנה עליו טירת חרס ועביד עובד' נגד רבן של הגולה הוא משום דסביר' ליה דרש"י ז"ל פוסל כשיש שני יודי"ן בפיטורין והא ודאי ליתא כלל:

דגרסינן בפרק התקבל ת"ר שלחוה שבקוה וכו' הרי אלו יכתבו ויתנו פטרוה פרנסוה וכו' לא אמר כלום תני אמר רבי נתן אמר פטרוה דבריו קיימין פטרוה לא אמר כלום אמר רבא רבי נתן דבבלאה היא דייק בין פטרוה לפטרוה תנא דידן דבר ארץ ישראל הוא לא דייק עד כאן ופירש הראב"ד ז"ל בחידושיו וז"ל הא דאמר רבי נתן דבבלא' היא דייק בין פטרוה לפטרוה כלומר פיטרוה משמע לשון צווי פטרוה משמע לשון לשעבר ופיטרוה מיהא משמע ליה מלשון כריתות דמתרגמינן גט פטורין מפני שהם רגילין בלשון ארמי אבל תנא דידן דבר א"י הוא ואינן רגילין בארמית לא משמע ליה לשון פטורין אלא ענין פטור וחובה ושמא פטורה משבועה קאמר ואין מעלין בדעתן תרגום של כריתות ע"כ וכן פירש הריטב"א ז"ל בחידושיו דפיטרוה בחיר"ק תחת הפ"א לשון צווי הוא פטרוה בפתח תחת הפ"א וטי"ת רפ"י משמע לשעבר ולפיכך לא אמר כלום ע"כ ורש"י ז"ל כתב וז"ל רבי נתן אומר פיטרוה דבריו קיימין לשון גט פטורין כ"ש ולי נראה הפך פטרוה

שע"כ בלשון צוואה הוא דגוש כמו שלחוה וכמו דברו שברו הוא לשון גט פטורין שהוא דגוש פטרוה שבלשון צוואה הוא רפה כמו אמרו שלחו מכם אחד שמעו מלכי' אף פטרוה הוא לשון פטור וחובה דאי לשון פטורין הוא היה לו להרגיש ולומר פטרויה. רבי נתן דבבלאה הוא שבא מבבל וכו' דייק בין פיטרוה לפטרוה שמספרין פעמים בלשון ארמי ופעמים בלשון עברי הילכך כי אמר פטרוה לשון גט פטורין הוא שמגרש וספר בלשון ארמי וכי אמר פיטרוה ספר בלשון עברי ואמר לשון פטור וחובה תנא דידן דבר ארעא דישראל הוא וכל ספורו לשון עברי לא דייק פטרוה ובין פיטרוה לאו לגט פטורין איכוון דפטורין לשון ארמי הוא תרגום של שילוח כן כתוב בפירושי רש"י ז"ל כתיבת יד. פי' לפי' דע דלא פליגי רש"י ז"ל ורבותיו בחילוף גרסאות דרבותיו גרסי פיטרוה דבריו קיימין ביו"ד פטרוה לא. אמר כלום בלא יו"ד ורש"י ז"ל גריס איפכא דאין במשמעות לשון רש"י ז"ל כן אלא בתרוייהו בבי גרסי' פטרוה בלא יו"ד ופליגי רש"י ז"ל ורבותיו בלשון הקריאה דרבותיו קורין ברישׁ פטרוה בחיר"ק ובסיפא פטרוה בפת"ח ורש"י ז"ל קורא איפכא ברישא פטרוה בפת"ח ובסיפא פטרוה בחיר"ק ואין ביניהם חלוף גרסאו' כלל וכן כתב הר"ן ז"ל להדיא בפירושיו על ההלכות:

גם לא פליגי רש"י ז"ל ורבותיו בלשון גט פיטורין דכתיב גט אי כתיב ביו"ד אחת או בשני יודין וזהו פשוט לעמת כל מבין עם תלמיד דיש לנו להטיל שלום בפמליא של מעלה ולא לחדש פלוגתא במה שלא נזכר בדבריהם כלל אלא ודאי לכ"ע הא דתרגם אונקלוס ספר כריתות גט פטורין הוא נקוד בחיר"ק ודגוש הפ"א והטי"ת שכן הוא בלשון ארמי ומיהו כשהוא מצוה ואומר פטרוה פליגי בה רש"י ז"ל ורבותיו ז"ל דרבותיו סברי דבשביל הנקודה דאמר פטרוה בחיר"ק מדמינן ואמרינן דלגט פטורין איכוון דגט פטורין נמי הויא בחיר"ק ורש"י ז"ל סובר דהנקודה לא מעלה ולא מורדת ואינו גורם לדמויי לשון זה המצוה בעל פה בחיר"ק לגט פטורין אלא הדגשות הוא הגורם לדמויי והילכך כשהוא מצוה ואומר פטרוה בפת"ח שע"כ בלשון צוואה דגוש הפ"א והטי"ת כמו שלחוה וכמו דברו וכו' הוא לשון גט פטורין שהוא נמי דגוש ואינו לשון פטור וחובה שהוא רפה וכשהוא מצוה ואומר פטרוה בחיר"ק שהטי"ת רפויה כמו אמרו שלחו אינו מורה על לשון גט פטורין שהוא דגוש אלא לשון פטור וחובה ולפיכך לא אמר כלום:

נמצא דלכולהו פירושי גט פטורין הוא בחי"רק ודגוש שכן הוא בלשון ארמי והוא תרגום של שליח:

וכתב הר"ן ז"ל בפירושיו על ההלכות דהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל לא כתבו הא דרבי נתן ולא ידעתי למה דהא אנן להא מילתא בבלאי אנן ע"כ: גם הרא"ש ז"ל השמיט הא דרבי

נתן בפרק התקבל גם הר"י בני בעל הטורים ז"ל ורבנו ירוחם ז"ל וכתב מהר"י קארו ז"ל דאנן השתא לא משתעינן בלשון ארמי והרי אנו לענין זה כבני ארץ ישראל מיהו הראב"ד ז' ל כתב בחידושיו לגיטין דאנן השתאכר' נתן עבדינן ודהא כולי גמרא וכולי תנויין בלשון ארמית איירינן ליה בלישנא דבבלי: ע"כ והרי"ף ז"ל והר"מ במז"ל והרא"ש ז"ל ס"ל דאיברא דתנויין בלשון ארמית איירינן מיהו שיחה דעלמא שלנו לא איירינן בלשון ארמית וזה המצוה אינו מצוה אלא בשיחה דעלמא:

ומכל מקום אף על ל גב דהרא"ש ז"ל השמיט הא דרבי נתן למד ממנו להוסיף יו"ד בגט פיטורין דלא דחינן הא דרבי נתן אלא משום דאנן בהא מילתא בתר בני ארץ ישראל גרירנא ומיהו שפיר ילפינן מדרבי נתן למאי דכתיב בנוסח הגט גט פיטורין דהא קמן כהא דר' נתן דאף על גב דבבלאה הוא חילק בלשון המצוה בעל פה בין פטרוה לפטרוה למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' אלמא דלכולהו פירושי בעינן שיברר בלשונו כי היכי דלא לישתמע לישנא דפטור וחובה למר בנקודת חיר"ק ולמר בדגשות מעתה אף אנו נאמר בגט אף על גב דנכתב בלשון ארמי בעינן שיברר לשון הגט דלא לישתמע אלא חד עניינא:

וראיתי בנוסח הגט שכתב הרמ"ה ז"ל דלא כתיב ביה אלא ספר תרוכין ואגרת שבוקין וגט גירושין וכו' משמע דלא רצה לכתוב לשון פטור כלל משום דאנן כותיה דתנא דידן דבארץ ישראל פסקינן בהא מילתא וכדכתי' והילכך אין להזכיר לשון פטור בגיטא כלל דאף על גב דכל הגט נכתב בלשון ארמי מ"מ חיישינן דילמא אנן דלא בקיאינן בלשון ארמי נקריוה פטורין מלשון פטור וחובה ויש לחוש שלא יבא לטעות שום קורא בלשון הגט וכדבעינן למכתב בס"ד: ומדברי הר"מ במז"ל נראה לכאורה דכתבינן גט פטורין ולא איכפת לן אי כתיב ביו"ד בין פ"א לטי"ת או לא ואפשר דהיינו טעמא דמשום דכל תיבה דכתיבא באורייתא או בספרי הנביאים לא חיישינן לדייק בה כולי האי דהרי הוא שגור בפי הכל והילכך גט פטורין דהיינו תרגום אונקלוס כמאן דכתיב' באוריתא דמי שהוא שגור בפי הכל שהרי חייבינן לקרות לקרות שנים מקרא ואחד תרגום ואמטו להכי לא דייק ביה הרב ז"ל לכתוב ביה יו"ד ולא להאריך הוי"ו דלא יבאו לטעות בו כלל דמרגלא בפומיה דכולא ואפילו לא יכתוב יו"ד ולא יאריך הוי"ו אין במשמעו אלא ענין אחד ולא שני עניינין: דכל הכא לא יקרא אלא גט פטורין כמו שתרגם אונקלוס על גט כריתות אבל תרוכין ושבוקין ושאר הדברים שהם דברי עצמו אשר לא כתוב בספר צריך לדקדק שלא יהא משמען שני עניינין עד שנמצא הקורא אומר שמא לכך נתכוון שאין משמען לשון גירושין או שמא לענין זה נתכוון שמשמעו לשון גירושין וכמו שכתב הרב ז"ל בפ"ד מה'

גרושין והרא"ש ז"ל הטיל פשרה לכתוב לשון המתרגום ודלא כהרמ"ה ז"ל והצריך יו"ד בפטורין לבאר הקריאה ואף על גב דכתיב כתרגום אונקלוס ולא שני ליה בין אי כתיבא בתרגום בין אי לא כתיבא דלעולם בעינן שיברר לשון הגט דלא לישתמע אלא חד עניינא ואי כתיב גט פיטורין ביו"ד ליכא למטעי כלל דכל העולם יקראו פיטורין בחיר"ק ודגוש והיינו מלשון שלוח וכמו שתרגום אונקלוס תרגום של גט ואי לא כתב יו"ד יתירא הרי משמע שתי עניינות דיש מי שיקרא פטורין בסגו"ל או בפת"ח והרי הטי"ת רפויה והוא מלשון פטור וחובה תדע שהרי הזהירו רבותינו ז"ל בפ' המגרש וכתבוהו כל הפוסקים ז"ל שיכתבו תהויין תצביין כל אחד בשלשה יודי"ן בסוף וטעמא דמילתא שאם יכתוב תיבת תהויין בשני יודי"ן שמא יקרא הקורא בפת"ח ור"ל שתהיינה נשים דעלמא אבל בג' יודי"ן אי אפשר לקרות כי אם דתהויין בחיר"ק בסוף ורוצה לומר שתהיי את וכן כתיבת תצביין אם יכתוב בג' יודי"ן בהכרח יקרא הקורא בחי"רק בסוף ורוצה לומר שתרצי את אבל אם יכתוב בשני יודי"ן שמא יקרא הקורא בפת"ח ור"ל שתרצנה נשים דעלמא ואם כן לא התיר אותה לינשא למי שתרצה היא אלא למי שתרצנה אותן הנשים ולא ידענו מי הן והגט פסול לדעת הרמב"ם ז"ל הא קמן דכתיבת תצביין אפי' כשהיא כתובה בשני יודי"ן רוב בני אדם קורין בחי"רק ואפ"ה חיישינן למיעוטא דמיעוטא דילמא חד יקרא בפתח ופסיל ליה הרמב"ם ז"ל הילכך ה"ה והוא הטעם כתיבת פיטורין צריך להוסיף יו"ד כי היכי דלא יקרא שום חד פטורין בסג"ול דמשתמע לשון פטור וחובה וכדאוכח לה הרא"ש ז"ל מההיא דרבי נתן דאפילו בלשון ארמי איכא למיחש לדילמא פטרוה מחוב או משבועה קאמר וכדפרישנא לעיל ולאו בדוקא דמפי' רבותיו של רש"י ו"ל קא מייתי ראיה אלא גם מפרש"י ז"ל וכדפרישנא לעיל ובתרוייהו גריס הרב ז"ל פטרוה בלא יוד וז"ל בתוספותיו בפיטורין נראה לכתוב יו"ד בין פ"א לטי"ת מדאמ' בפרק התקבל פטרוה דבריו קיימינן פטרוה לא אמר כלום דפטרוה מחוב משמע שאם היא חייבת תפרעו בשבילה ע"כ: ומה שכתוב בפסקיו פיטרוה ביו"ד הוא טעות סופר:

וגם רבינו ירוחם ז"ל כתב בנתיב כ"ד חלק שני וז"ל וגם כתוב בתוספות כי ה"ה לו"ו דפיטורין וכו' וגם כתבו שאין צריך לכתוב יו"ד בין תי"ו לרי"ש וכו' אבל בפיטורין מלא שלא יאמר פטורין שנראה כמו פטרוה מחוב כמו שכתבתי בשליחות הגט ע"כ: ובשליחות הגט בחלק שלשי נתיב כ"ד כתב וז"ל אבל אמר פרנסוה פטרוה עשו לה כרת וכו' לא אמר כלום והשמיט הא דרבי נתן ולא חילק בין פטרוה לפטרוה אלמא דלאו דוקא מפיטרוה ביו"ד קא מייתי ראיה וכדפרישנ': הרי פירשנו דעת הרא"ש ז"ל והלכה כדברי המכריע:

וראיתי בקונטריס החכם המכשיר נראה דמנה להריא"ף ז"ל מכלל החולקים על הרא"ש ז"ל ולא איכפת ליה אי כתב פיטורין מלא או חסר משום דהשמיט הא דרבי נתן והא ודאי טעות' היא דהא קמן הרא"ש ז"ל בדוכתיה בפרק התקבל השמיט נמי הא דרבי נתן ונקט לשון הריא"ף ז"ל ועם כל זה הצריך לכתוב פיטורין ביו"ד בין פ"א לטי"ת והיינו כדפרישנא:

מעתה דל מכלל המנויים להכשיר גדול הפוסקי' הריא"ף ז"ל שאין מדבריו ראיה כלל גם מהר"מ במז"ל גדול המחברי' אין להביא ראיה ואדרבה איכא למימר מדכתב בנוסח הגט ספר תרוכין וגט פטורין ואגרת שבוקין ושוב לא כתב דיאריך אלא וי"ו דתרוכין ושבוקין ולא הזכיר וי"ו דפטורין אלמא דס"ל דיש יו"ד בפיטורין ואין לתרץ אליב' דידיה דאטו כי רוכלא ליחשוב וליזיל כיון דקתני גט פיטורין באמצע וכמו שהאריך החכם המחמיר נראה ובאמת דבריו נכוחים למבין וחרד על דבר ה':

ומכל מקום בדברי הרמב"ם ז"ל אינו מבואר או צריך לכתוב יו"ד בפיטורין אי לא והרא"ש ז"ל כתב להדי' דצריך לכתוב יו"ד הילכך לא שבקינן מאי דמבואר מפני הספק וגדול' מזאת כתב הרב בעל תרומת הדשן ז"ל דכי אשכחנא בהדיא בפסקי הגאוני' ולא אשכחנא בפסקי גאון אחר בהדי' להתיר אלא דדייקינן מיניה בהוכחה דהכי סבר קשה לסתור בזה דברי' המפורשים להדיא ע"כ:

עוד ראיתי בקונט' החכם המכשיר נראה דכיון דגט פיטורין אינו מעיקר הגט אף אם יהיה בו משמע שתי עניינות ויהיה לשון חוב אין בכך כלום דהרי כתב ודן די יהוי ליכי מנאי ספר תרוכין ואגרת שבוקין שהוא על הגירושין שמגרשה והילכך לא איכפת לן אם גם פוטרה מהחובות שחייבת והעדים חתמו על שתיהן ואחד מן החכמים הביא ראיה לזה ממאי דקאמר כתב גט ואחר שגמר כתב שאלו בשלום פלוני וכו' וחתמו העדים מלמטה והרי גט זה יוצא מתחת ידו הרי זו ספק מגורשת שמא לא חתמו העדי' אלא על שאלת שלום אבל אם כתב ושאלו וכו' שהרי ליוה דברים אלו על דברי הגט ועל שניהם חתמו הרי זו מגורשת אף כאן נאמר דכוונת הבעל היה לגרשה במאי דכתב תרוכין ושבוקין וגם להקל מעליה החובו' במאי דכתב פטורין והעדי' חתמו על שתיהן. ע"כ ראייתו שפתים ישק דברי פי חכם חן. ע"כ דברי החכם המכשיר נר"ו: ומה מאד יפלא בעיני הפלא ופלא אשר שכל טוב יתן חן ויקלס ראיה כזאת הראויה לקלסה באמת אבל קטיר קא חזינא הכא ושפת אמת תכון לעד הגם כי רבים שתו עליו ויוצק זהב לתוך פה אשר הוצק חן משפתותיו ויציק עפר למוצק לגנות תושבחות מצוקי ארץ כי מה ענין הא דשאלת שלום לנדון דידן דשניא ההיא דנכתב הגט כהילכתו בלי גמגום כלל אלא

דליוה בהדי' שאלת שלום והילכך איכא למימר דעל שניהם חתמו אבל בנדון דידן לשון הגט עצמו מגומגם ומקולקל דכתיב ודן דיהוי ליכי מינאי ספר תרוכין וגט פטורין וכו' ואם הוא לשון פטור וחובה הרי הוא כותב דזה הגט אינו גט כריתו' אלא גט פטורין לפטור אות' מחיוב ממון או מחיוב שבועה וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בריש פ' גט פשוט דכל שטרו' קרויין גט כדאמרי' בעלמא וגט חוב שאין בו אחריו' וכו' ע"כ. וכיון דכן בכל כה"ג צריך לחוש ועלו דברי הרא"ש ז"ל כהוגן ואינם דחויין מסברו' הכרס:

ואם תשאל היאך נחוש לדילמא גט פטור חיוב קאמר והרי כתוב בהדיא בהדיה ספר תרוכין ואגרת שבוקין וכל לשון הגט מיירי בענין גירושי אשה:

תשובתך הרי אמרו בגמ' בפ' המגרש לא לכתוב לימהך דמשמע לי מהך אלא למהך ופרש"י ז"ל ולא לכתוב לימהך ביו"ד דמשמע לי מהך לי תהיה מספר הזה מאי לך אלא למהך בלא יו"ד והא ודאי קשי' טובא דהיאך איכא למטעי בהכי דהא קרינן בתרי' להתנסבא לכל גבר די תצביין ואפשר דמשום הך קושיא כתב הרי"טבא ז"ל בחידושיו דאית ספרים בגמ' שאין בהם אלא בבא אחת לבד והכי כתיב בהו ולא לכתוב לימהך דמשמע כי חוכא אלא למהך פי' דאי כתיב ליה ביו"ד דילמא מקרבא רגליה דה"א פורתא בהדי גגיה והוי למחך דמשמע לשון צחוק אבל כשהוא בלא יו"ד אפי' מיערבא רגליה דה"א בהדי גגיה ומתקרי חית לא משמע כי חוכא דלא מכתיב האי עניינא אלא ביו"ד כן כתב הרי"טבא ז"ל וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' גירושין ואין אנו צריכין להגיה לשונו ז"ל וכמו שנדחק מהר"י קארו ז"ל והגיה לשונו בספר בית יוסף ע"ש. ומ"מ רש"י ז"ל ורוב האחרונים ז"ל גרסי ולא לכתוב לימהך ביו"ד דמשמע לי מהך וכדפרש"י ז"ל וכדכתיבנ' ולא קשי' להו ולא מידי דס"ל דכל תיבה ותיבה צריך לדקדק בה ואין לנו לראות ולדון ממה שלפניו ומה שלאחריו דבעינן דכל הגט מתחלה ועד סוף יהא במשמעותו שהוא כורת בינו לבינה ואפילו לדעת הר"מ במז"ל איכא למימר דשניא הא דגט פיטורין מההיא דלי מהך דאי מפרשינן לי מהך לי תהיה מספר זה ואילך הרי הוא הפך גמור דההיא דקרינן בתריה להתנסבא לכל גבר דתצביין ומשום הכי שום אחד לא יפרש כן אבל אי מפרשי' גט פטורין מלשון פטור וחובה אינו הפך שארית הגט דדילמ' איהו סבר דבגט זה תפטר נמי מחובתה ומשבועתה דהא בהא תליא ואהכי נתן לה גט זה וכשלא יעשה מחשבתו תבטל הגט למפרע לכך צריך להוסיף יו"ד בפיטורין שלא יטעה בו שום אדם דאיירי בפטור וחובה כלל:

ואעיקרא דמילתיה שכתב החכם המכשיר נרו' איכא פירכי טובא דמאי דכתב דגט פטורין אינו מעיקר הגט אפילו לדעת הרא"ש ז"ל ומייתי לה נמי מהתוס' ז"ל הא ודאי

ליתא דבהדי' כתב הרא"ש ז"ל בתוספותיו וז"ל ספר תרוכין ואגר' שבוקין וגט פטורין יש ספרי' דלא גרסי וגט פטורין אבל בריש נדרים איתיה בכל הספרים וכן נהגו לכותב בגט והוא עקר דספר כריתו' מתרגמינן וגט פטורין ע"כ:

וכן כתבו התוס' וז"ל ר' יהודה אומר וכו' ספר תרוכין ואגר' שבוקין בספרים לא היה כתוב גט פטורין ובגמ' נמי כי קאמר ולורכיה לוי"ו דתרוכין ולוי"ו דשבוקין לא קאמר לוי"ו דפטורין ומיהו בפ"ק דנדרים כתוב בספר נמי גט פטורין ונראה דהכא נמי גרסי ליה דהא ספר כריתו' מתרגמינן פיטורין וגט וכו' ע"כ וגם המרדכי הביא לשון התוס' ממש והשמיט מה שכתוב בסוף הדבור וגם בגיטין רגילים לכותבו ולמדנו נמי מלשון התוס' דמאן דאקשי אמאי. לא קאמר גמרא נמי ולורכיה לוי"ו דפטורין ומשני לה אית ליה דגרסי' נמי גט פטורין והא קמן כמה רבוואת' דאקשי הכין גם הר"י בעל הטורים ז"ל כתב בסי' קכ"ו בשם הר"ף ז"ל דצריך שלא יהא בשיטה אחרונ' לא ספר תרוכין ולא גט פיטורין ולא אגרת שבוקין אלא כדת משה וישראל ע"כ: אלמ' דגט פיטורין עיקר הוא לדידי':

ואפילו תימא דאינו מעיקר הגט איברא דאם חיסר כל התיבה דאין בכך כלום וכ"ש אם הוסיף אות או חיסר אות ואין בזה שום גריעות שאי אפשר לשנות המלות ההן ממשמעותן בשביל התוספת ההוא או החסרון וכמו שכתב הריב"ש ז"ל סימן ר"ה ואמטו להכי השיב הרשב"א ז"ל על חסרון הוי"ו דוכדו שלא כתב אלא וכד דכל מקום שאינו מעיקר הגט אינו פוסל גם מה שהשיב הרשב"א ז"ל בסימן אלף קס"ג על חסרון ה"א דלהתנסבא שאפילו חסר כל התיבה איני רואה בו פיסול וכו' הוי מהאי טעמא דכתבינ' אבל היכא דמשמעות הלשון משתנה בשביל החסרון או התוספת היינו הני דהוזכרו בגמרא וגם באלו מקל הרשב"א ז"ל כדעת הגאוני' ז"ל לומר דדוקא כדאתי בעל ומערער והרמב"ם ז"ל פוסל והרא"ש ז"ל כשלא כתב פיטורין מלא מדמה לה להני דהוזכרו בגמר' שהרי משתנה משמעות הלשון וכדאית' בההיא דרבי נתן דמחלק בין פטרוה לפטרו' וכדפרישנ' תדע דהיכא דמשתנה משמעות הלשון בחסרון אות אחת או בתוספת אות אחת דגריע טפי מהיכא דחיסר כל התיבה ואפילו אינו מעיקר הגט דגרסינן בפ' המגרש אמר אביי האי מאן דכתב גיטא לא לכתוב ודין דמשמע ודין אלא ודן וכו' וכתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו ואי קשיא היכי אמר אביי הכא האי מאן דכתב גיטא לא לכתוב ודין דאלמא בעינן דלכתוב ודין והא איהו אמר ידים שאין מוכיחות הויין ידים לאו קושיא היא דנהי שאין זה גופו של גט מכל מקום תופס הגט הוי וכך נהגו ועוד דלמאן דכתיב ליה הוא דמזהר דלא ליתי לאפסולי גיטא דאי כתב ודין ואתי בעל ומערער פסול ולא

תנשא לכתחילה וכו' ע"כ וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל ויש מתרצים שאין זה גופו של גט ואינו צריך אלא מאן דכתיב ליה ליזדהר דלא לכתוב ביה יו"ד דלא ליתי לאפסולי גיטא דאתי בעל ומערער ולא תנשא לכתחילה ע"כ והיינו שיטת הרמב"ן ז"ל משמע להדיא דאפי' במאי דלא פסיל חסרון התיבה פסיל חסרון האות או היתרון אי משתנה המשמעו' מחמת כך ולדעת הגאונים ז"ל והרמב"ן והרשב"א ז"ל לא מפסיל אלא כדאתי בעל ומערער ולדע' הרמב"ם ז"ל פסול מיד אפי' לא אתי בעל ומערער ובהאי דגט פיטורין הא כתיבנא דסברת הר"מ במז"ל לא ברירא ומיהו מצאתי ברמזי הרא"ש ז"ל אשר חבר בנו הר"י בעל הטורים ז"ל והוא כמו השולחן ערוך אשר קיצר מהר"י קארו ז"ל כן קיצר הר"י בעל הטורים ז"ל לכל פסקי אביו ז"ל ותשובותיו וקיצור הפסקים נמצא בדפוס אבל לא קיצור התשובות ואצלי נמצא כל הרמזים כתיבת יד על הקלף ישן ממאתים שנה וזהו הלשון הכתוב שם לא לכתוב ודין אלא ודן חסר יו"ד דתהוויין דתצביין ג' יודין: תרוכין שבוקין חסרין יו"ד קדמאה: ופיטורין מלא שני יודין: ויזהר בוא"ו דשקוקין ותרוכין שלא יהו קצרין כעין יו"ד וכן יזהר בוא"ו שניה דוכדו: למהך חסר יוד: ויזהר ברגל של ה"א שיהא תלוי: ולא לכתוב לאיתנסבא אלא להתנסבא ואם שינה באחת מאלו להרמב"ם ז"ל פסול לגרש בו ולשאר הפוסקים אם הבעל מערער אין מגרשין וכו': ע"כ ברמזי הרא"ש ז"ל: ואף על גב דבפסקיו הארוכים לא כתב בשם הרמב"ם ז"ל אלא אם כתב ודין או שלא כתב דתצביין בשלשה יודי"ן מכל מקום בע"כ אית לן למימר דהני נקט לרבות' וה"ה כל אינך דהוזכרו בגמרא דהא הרמב"ם ז"ל גופיה בחיבורו כייל בהדיא כל הני דאיתא בגמרא:

ומכל מקום הא דפיטורין לא ברירא בלשונו ז"ל ולא משתמע מלישניה דקאי עלה ומסתברא דר"י בעל הטורי' ז"ל שקיצר פסקי אביו ז"ל ס"ל דכי היכי דפליגי הרמב"ם ז"ל ושאר הפוסקי' ז"ל בהני דהוזכרו בגמרא להדיא הכי נמי שייך פלוגתייהו במה שחידש הרא"ש אביו ז"ל ביו"ד דפיטורין דהא לדידיה ז"ל הא דיו"ד דפיטורין דמיא ליוד"ין דתצביין ול"יוד דודין וכדפרישנא לעיל מעתה שפיר קא מני ואזיל כולהו הני דהוזכרו בגמרא וגט פיטורין שחידש אביו ז"ל בהדיהו ועלה דכולהו קא מייתי פלוגתייהו דהרמ"בם ז"ל ושאר הפוסקים ז"ל ועל דרך זו קאזיל מהר"י קארו ז"ל דכולהו בחדא מחתא מחתינהו בשולחן ערוך:

נמצינו למדין מכל מאי דכתיבנא דאי כתב פיטורין ביו"ד לדברי הכל הוא כשר גמור ואין בו צד פיסול כלל אפילו לדעת רש"י ז"ל וכרפרישנ' לעיל מוכח להדיא ולשון כל

הפוסקים דאפי' החולקים על הרא"ש ז"ל לא קאמרי אלא דאין צריך יו"ד יתירא: ומדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל אין הכרח כלל אי צריך יו"ד יתירא אי לא:

ומכל מקום הסמ"ג ור' יחיאל ז"ל והרי"ף ז"ל חולקים על הרא"ש ז"ל להדיא דאין צריך לכתוב פטורין אלא בחד יו"ד מסתבר' דבאתרא דנהיגי לכתוב פיטורין בשני יודין כהרא"ש ז"ל החולקים עליו ז"ל יודו דצריך לכתוב פיטורין מלא דבשלמ' באתרא דלא נהיגי אלא לכתוב פטורין חסר הרי כולם דשין בו וקורין פטורין בחיר"ק כמו שתרגם המתרגם אבל אי בכל הגיטין כתוב פיטורין ביו"ד כשימצא א' או שנים כתובים בלא יו"ד בודאי יבא הקורא לטעו' ויקרא פטורין בסגו"ל כיון דמשונה הוא ויש לחוש לטעות' דמיעוטא דמיעוט' וכדכתי' לעיל ומתשוב' רי"צבא ז"ל שהביא המרדכי בפ' המגרש אין ראיה דהתם משום עיגונא וכדי שלא להוציא לעז על הגיטין על שכותבין בארץ הגר אשר הובא הגט משו' דבכל גיטהן היו כותבין כך קא מהדר אשריותא וכמו שמבואר בתשובתו ז"ל ואדרבה מתוך תשובתו משמע שהוא מחמיר כסבר' הרמב"ם ז"ל דס"ל דכל הני שהוזכרו בגמרא פסול לגרש בהם ואילו היה צריך לכתוב פיטורין מלא או שבוקין ביו"ד פסול נמי הויא:

והילכך נקטינן דלדעת הרא"ש ז"ל ובנו הרב בעל הטורים ז"ל ורבינו ירוחם ז"ל היכא דכתב פטורין בלא יו"ד פסול לגרש בו לסברת הר"מ במז"ל וליכא מאן דפסיל היכא דכתיב פיטורין ביו"ד ומהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל אין ראיה כלל אי צריך יו"ד בפיטורין אי לא ומיהו רבינו יחיאל וסמ"ג פליגי להדיא ומכל מקום באתרא דנהיגי כותייהו דהר"אש ז"ל לכתוב פיטורין מלא לכ"ע צריך לכתוב יו"ד ואי לא כתב פסול לדעת הרמב"ם ז"ל מעתה בנ"ד דבמצרים נהגו כהרא"ש ז"ל לכתוב פיטורין מלא ואי אנן לא ידעינן לישייליהו לספרי דבי רב אשר שמשו גדולי עולם וידעי וכ"ש דאנא נמי לבתר דרמאי אנפשין אדכרי שמעולם לא ראיתי במצרים שום גט דכתיב ביה פטורין חסר ואסכנדריא בתר מצרים גרירא ומתורתה היתה שותה תמיד מימי קדם קדמתה עד שעבר זו בתוכה להיות מושל בישראל וחמס בארץ מושל על מושל בעצת בני פריצי עמנו בני עקוב בני חטיפא בני סטי בני פרודא אשר מן התחברות הזאת הפרידו אמת המים מן הנהר הגדול היוצא מעדן ויקימו להם מצבו ויטעו אשרות אמרו לעץ הקיצה עורי לאבן דומם הוא יורה ועתה אשר חמל ה' על עמו וחזרה עטרה ליושנה ומושלה מקרב עמנו יצא מהמיוחדים שבישראל אנשי חיל אנשי שם חזרה מעלת התורה למקומה יהא רעוא שתהי' יתד תקוע במקום נאמן ויריק עליהם ברכה עד בלי די ושחתו עוזרי רהב ומי אפסים תהיין חוברו'

אל מי שחו והשלולית שמחלקת שלל לאגפיה ויאמר לה מי שחו שחי ונעבורה והיא תשים כארץ גוה ומצרים ובנותי' תשבן לקדמתן והעיקר עיקר והטפל טפל:

ומ"מ לענין דינא בכל זמן מנהג מצרים עיקר ואסכנדרי' גריר' בתרה ובנדון דידן לא סלקא בדעתא דמאן דאית ליה דעתא לפלוגי בנייהו תדע דבשום גט הנכתב באסכנדריאה לא נהגו הסופרים לארוכי וי"ו דפטורין והא קמן זה הגט אשר נפל בו המחלוקת לא האריכו ויו דפטורין אלמא דנהגו לכתוב יו"ד בפיטורין והרב בעל הסמ"ג דפליג על הרא"ש ז"ל כתב להדיא דהא בהא תליא וכן יאריך וי"ו שבאמצע שבוקין תרוכין פטורין דלא לישתמע וכו' משמע שאין יו"ד אחר השי"ן ולא אחר התיו ולא אחר הפ"א ע"כ וכיון דברירא מילתא דנהיגי באסכנדרי' להוסיף יו"ד בפיטורין ולסברת הרמב' פסול נמי הוי וכדכתיבנ' לעיל ומאסכנדרי' למצרים ליכא חשש עגון דהא שכיחי שיירתא טובא וזה פשוט ומה שבא בספק המכשיר שהיו חוששין פן ינחם הארוס ליתא כלל דמ"מ היה להם להמתין עד שידברו על לבו אולי יתרצה דהא קרוב הוא ומה שהבי' ראיה ממרנא ורבנא הרדבא"ז זצ"ל אין הנדון דומה לראיה כלל והוא פשוט לפעוטות ופשיטא שהב"ד אשר קפצו ונתנו גט זה ולא רצו להמתין כאשר גזרו הב"ד הראשון לא יפה עשו וחוששני להם מחטאת ואי הוה הרא"ש ז"ל הכא הוה מפיק לאפייהו פולסי דנורא וה' הטוב יכפר בעד וכל זה מפני חסרון היו"ד שבפטורין לבד ושאר הדיוקין שבאו בשאלה איברא דאינן מעלין ולא מורידין ומיהו למענם יעתק הסופר מחזקתו ויפה עשו ב"ד הראשון לכתוב עליו שיזדהרו בו ולא יסמכו עליו עד שידקדקו אחריו וכיוצא בזה כתבו הר"ן ז"ל והריב"ש ז"ל מחמת מעשה ב"ד שהיו בו טעיות מדקדוק הל' וכדאיתא בתשובות הר"ן ז"ל סימן צ' האחרונה שבתשובותיו: הנלע"ד כתבתי ומפי עליון תצא להצילנו משגיאות ולא ישים חלקנו עם התוקעי בסברתם אלא עם המהדרין והדרנין על האמת ועוסקים בה לשמ' ויראנו נפלאות מתורתו ועינינו תחזינה בנין המקדש וההראל נאם הצעיר וכו' בצלאל אשכנזי:

סימן כג

שאלה. גט בא מאסכנדרי' עשוי לפני ב"ד שבאותו מקום והובא כת של חכמים ופסלו אותו על פי מצאו כתוב בו פטורין בלא יו"ד בין פ"א לטי"ת גם מצאו כתוב בנפשכי בלא יו"ד בין שי"ן לכ"ף ואמרו שאחר שפשט המנהג לכותבו ביו"ד שצריך להחזירו ולכתוב אחר ביו"ד ודברו סרה על הסופר עוד היה כתוב בו שמו' מלא בוי"ו ואמרו שגם בזה טעה הסופר שהי' לו לכתוב שמנה חסר וי"ו שלא מצינו בכל התורה כולה שמונה בוי"ו

גם היה כתוב בכך בשבת שמנה ימים לירח וכו' ואמרו. שהיה ראוי לכתוב בשמונה ימים וכו' שבכל הנסחאות של הפוסקים מספר ימי החדש כתוב בבי"ת ויש כת אחרת שמכשירין הגט הזה לכתחל' יורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. הן אמת חפצתי לצדק כת החכמים המכשירים הגם כי בדבר ערוה החמורה אין ראוי להקל שבתי וראה כי מתוך שנחמיר ונפסול גט כזה ח"ו נוציא לעז על הגיטין הראשונים שנתנו באופן זה ועל כן באתי לחוות דעי והאל יצילנו משגיאות ויראנו בתורתו נפלאות:

ואען ואומר איברא דהרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל מ"ה סי' כ"ט כתב תרוכין ושבוקין חסר יו"ד ראשונ' אבל פיטורין יכתוב מלא שני יודין:

גם בפ' המגרש כתב וז"ל אבל בפיטורין נראה שצריך לכתיב יו"ד בין פ"א לטי"ת מדאמרינן בפ' התקבל פיטרוה דבריו קיימין פטרוה לא אמר כלום דפטרוה מחוב משמע הרי שהרא"ש ז"ל הכריח מתוך הסוגיא דפיטורין ביו"ד וזה לפי גרסתו דגריס בהתקבל פיטרוה דבריו קיימין ביו"ד אמנם רש"י ז"ל בפ' התקבל גריס פטרוה דבריו קיימין בלא יו"ד וזה ל' רש"י ז"ל רבי נתן אומר פיטרוה דבריו קיימין לשון גט פיטורין כך שמעתי ולי נראה הפוך פטרוה שע"כ בלשון צואה הוא כמו שלחוה הוא לשון גט פיטורין שהוא דגוש פיטרוה שבל' צואה הוא רפה כמו אמרו וכו' הוא ל' פטור וחובה:

מעתה נפקא לן לפי גרס' רש"י ז"ל דפטורין אין לכתבו אלא ביו"ד אחת בלבד וז"ל תשוב' ריצב"א שהביא המרדכי פרק המגרש תירוכין שלא כתבו ביו"ד וכן שבוקין בין שי"ן לבי"ת וכן פטורין בין פ"א לטי"ת כדין עשו כי לפי סוגי' גיטין אין בו יו"ד דקאמר ולורכיה לוי"ו דתירוכין ושבוקין כי היכי דלא לשתמע תריכין ושביקין והיאך היה משמע תריכין ושביקין אם היה יו"ד בין תי"ו לרי"ש ובין שי"ן לבי"ת אלא ודאי יפה כתבו ואין להשיב דמכל הצדדין כשר גמור הוא ע"כ והסכים עמו רבינו שמשון בר אברהם וז"ל אמנם דברי אחי נראין אין לפקפק עליו ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום וכו' כמו ש הובא במרדכי שם:

ואי קשיא היאך מביא ראיה לפטורין מסוגית הגמר' והלא בגמרא לא קאמר ולורכיה לוי"ו דפיטורין אלא וי"ו דתרוכין ושבוקין וכיון שכן דוקא בתרוכין ושבוקין דקאמר ולורכיה לוי"ו דידהו שמעינן דלית בהו יו"ד וכדכתב אמנם בפיטורין עדיין אני אומר שהוא בשני יודי"ן הא לאו קושי' היא דהרא"ש ז"ל כתב בפ' המגרש והא דלא קאמר ולורכיה לוי"ו דפטורין דאטו כי רוכלא וכו' עכ"ל נמצא דה"ה דצריך להאריך וי"ו דפטורין ומשמע ודאי דלית יו"ד בין פ"א לטי"ת וכן כתב רבי' ישעיה אחרון וז"ל שבוקין

וי"ו גדולה פטורין וי"ו גדולה ושניהם ביו"ד א' ואם יאמר החולק שהרי בגט הזה שכתוב פטורין ביו"ד א' הוי"ו אינה ארוכה ביותר מדאי לאו כלום הוא שהרי כל הפוסקים כולם כאחד עונים ואומרים שמה שאמרו שצריך להאריך הכוונ' שלא ידמו ליו"ד אלא שהתינוק יקרא אותה וי"ו:

והטור א"ה סימן קכ"ו הביא סברת הרא"ש ז"ל דפיטורין בשני יודי"ן ומהר"י קארו ז"ל כתב שם שכך כתב רבינו ירוחם ז"ל בחלק ב' בשם התוספות ע"כ: ואנו בתוספות שלנו לא נמצא גלוי דעת בזה כלל ועוד כתב מהר"י קארו שם בשם הכלבו שבטופס שנחתם בו רבינו יחיאל כולם ביו"ד אחרונה בלבד וכן אומר רבינו פרץ וכן כתב בסמ"ע שאין יו"ד אחר הפ"א הרי רש"י ז"ל וסמ"ג וריצב"א ורבינו שמשון וריא"ז ורבי' פרץ ורבינו יחיאל ז"ל כולם סוברים שפטורין ביו"ד א' לבד והוה ליה הרא"ש ז"ל יחיד לגבי רבים:

גם מדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאין לחוש אם כתוב ביו"ד א' או בב' יודי"ן דבפ' ד' מהלכות גירושין כתב אחר נוסח הגט וז"ל כשיכתוב הגט וכו' לא יכתוב ודין ביו"ד ולא אגרת וכו' עד הרי שכתב בנוסח זה ולא האריך וי"ן וכו' הרי זה בפסול עכ"ל והנה פטורין השמיטו ולא הזכירו ואם איתא דסביר' ליה דיש לחוש אם כתוב ביו"ד א' או בב' יודי"ן למה השמיטו והוא ז"ל כתב ועל דרך זה צריך ליזהר בכל לשון ובכל כתב שיכתוב שלא יהיה בו משמע שתי ענינות וכו' והרי פיטורין יש בו משמע שתי ענינות אם בב' יודי"ן לדעת רש"י ז"ל הוא חוב ואם ביו"ד א' הוא חוב לדעת הרא"ש ז"ל והיל"ל להרמב"ם ז"ל לגלות דעתו איך יכתבו אלא ודאי לדעת הרמב"ם ז"ל אין לחוש אם כתבו ביו"ד א' או בב' ודי"ן כי הכל ע משמע ענין א' והוא לשון גרושין:

וכי תימא היאך איפשר לומר דבין ביו"ד א' או בב' יודי"ן הכל משמע ענין אחד והלא ע"כ זה תלוי כפי גרס' הגמר' אם הגרס' היא פיטרוה דבריו קיימין ביו"ד יהיה הדין פיטורין בב' יודי"ן כהרא"ש ז"ל ואם יהיה כתוב ביו"ד א' יהיה הגט פסול ואם הגירס' היא פטורה דבריו קיימין בלא יו"ד יהיה הדין פטורין ביו"ד א' כרש"י ז"ל ואם יהיה כתוב בב' יודין יהיה הגט פסול:

תשובתך נאמר שהרמב"ם ז"ל סובר שאין מביאין ראיה מגרסאו' הגמ' לענין גט פיטורין דפטרוה לחוד ופטרוה לחוד דפטרוה שהוא עיקר הגט שהרי הבעל אינו אומ' כי אם פטרוה ולא עוד יש לנו להזהר שלא יהיה בו משמע שתי ענינות דאולי לא היתה כוונתו על הגירושין כלל רק על החובו' שהיה חייבת אמנם בפיטורין שכל הגט מדבר על ענין הגרושין גם פטורין ודאי שכוונתו על הגרושין ויגיד עליו ריעו אגרת תרוכין ואגרת שבוקין ואל יקשה בעיניך התירוץ הזה כי ע"כ צריך אתה לומר כן לדעת ריצב"א

שכתבנו שהביא המרדכי שהרי הוא כתב שבוקין ופטורין שכתוב בלא יו"ד כדין עשו כי לפי סוגית הגטין אין בו יו"ד דקאמר ולורכיה לויו"ו וכו' ואם איתא דכתיבת פטורין מלא או חסר תלוי לפי גרסאו' הגמרא היכי מוכח דפטורין בלא יו"ד מדקאמר ולורכיה לויו"ו וכו' ונחזי אנן היכי גריס ריצב"א ז"ל אי גריס כהרא"ש ז"ל א"כ על כרחין פיטורין בב' יודין והוא ז"ל כתב ביו"ד א' ואי גריס כרש"י ז"ל ע"כ פטורין ביו"ד א' ולמה ליה להביא ראיה מדקאמר ולורכי' לויו"ו וכו' הא ע"כ מתוך הגרס' פטורין ביו"ד א' אלא ודאי ריצב"א ז"ל ס"ל שאין מביאין ראיה מפטרו' לפיטורין וכדכתיב' ואפשר היה לומר כי ריצב"א ז"ל נסתפק בגרסאו' אי כרש"י ז"ל אי כהרא"ש ז"ל והוכיח מסוגית גיטין דקאמר ולורכיה וכו' דפטורין ביו"ד א' ומשם נלמוד דהגרס' כרש"י ז"ל וקל להבין. הנה תירוץ זה לדעת הרמב"ם ז"ל היינו יכולין לתרץ אלא שלפי תירוץ זה אין להוכיח שרש"י ז"ל סובר מתוך גרסתו שפטורין ביו"ד א' דאולי שרש"י ז"ל ס"ל ג"כ שאין מביאין ראיה מפטרוה לפיטורין וכמו שכתבנו דגם כשנדקדק לשון רש"י נמצא דהוא ז"ל רצה לחבר את האהל להיות אחד שכתב וז"ל ר' נתן אומר וכו' ולי נראה הפוך פטרוה שע"כ לשון צואה כמו שלחוה וכו' הוא לשון גט פיטורין וכו' הרי לך בהדיא שרש"י ז"ל כוונתו להוכיח פיטורין מפטרוה:

אמנם לרווחא דמילתא נאמר דלעולם לדעת הרמב"ם ז"ל יש שינוי משמעות בין פטורין ביו"ד א' בין פיטורין בב' יודי"ן כי לפי הגרסאות אחד משניהם היא לשון חוב וא"פה סבירא ליה להרמב"ם ז"ל שאין לחוש בין שכתב מלא בין שכתב חסר כי אפילו שיהיה בו משמע שתי ענינות ואיפשר שכוונתו על החוב הגט כשר כיון דפיטורין לאו מעיקר הגט הוא אלא לשופר' דגיטא הוא שהרי שנינו וגופו של גט רבי יהודה אומר ודן וכו' אגרת תרוכין ואגרת שבוקין אמנם אגרת פטורין לא שנינו גם הרא"ש ז"ל בפ' המגרש נראה דלא הוה גריס במשנה וגט פטורין וז"ל התוספת בפ' המגרש ר' יהודא אומר וכו' בספרים לא היה כתוב אגרת פיטורין ובגמרא נמי כי קאמר ולורכיה לו"יו דתירוכין לא קאמר לויו"ו דפטורין ומיהו בפ"ק דנדרים כתוב בספר נמי אגרת פטרין וכו' וגם בגיטין רגילין לכתבו דנראה דאינו מוכרח גם ריא"ז כתב וז"ל ובספרים ישנים אין בהן גט פיטורין ויש ראיה לדבריהם ע"כ:

נקטינן מכל הני רבוותא שאגרת פטורין לאו מעיקר הגט הוא אלא לשופר' דגיטא וכיון שכן אף אם יהיה בו משמע שתי ענינות ויהיה לשון חוב ס"ל להרמב"ם ז"ל דאין בכך כלום דהרי כתב ודן די יהוי ליכי מנאי אגרת תרוכין ואגרת שבוקין שהוא על הגירושין שמגרשה וגם הוא פוטרה מהחובות שחייבת והעדים חתמו על שתיהן וראיתי לחכם

רשום פסק שכתב על גט זה בכיוצא בזה והביא ראיה ממאי דקאמר כתב גט ואחר שגמר כתב שאלו בשלום פלוני וכו' וחתמו העדים מלמטה והרי גט זה יוצא מתחת ידה הרי זו ספק מגורשת שמא לא חתמו העדים אלא על שאלת שלום אבל אם כתב ושאלו וכו' שהרי ליוה דברי' אלו על דברי הגט ועל שניהם חתמו הרי זו מגורשת אף כאן נאמר דכוונת הבעל לגרשה במאי דכתב תרוכין ושבוקין וגם להקל מעליה החובו' במאי דכתב פיטורין והעדים חתמו על שתיהן ע"כ ראייתו שפתים ישק דברי פי חכם חן נמצינו למדין דכיון דלא נכתב אלא לשופרא דגיטא שהרי אפי' חיסר כל התיבה אין בכך כלום וכדכתיב' אם נכתב מלא או חסר אין לחוש הואי ואין בו משמעו' דבר שמבטל הגרושין וכיוצא בזה מצאתי בתשובות הרשב"א ז"ל אלף קס"ג על גט שכתוב בו לתנסבא במקום להתנסבא והשיב ז"ל אין לחוש בחסרון ה' דלהתנסבא דאפי' חסר כל התיבה איני רואה בזה פיסול שהרי כתוב והרי את מותרת לכל אדם וכו' ולא היתה ההקפדה שם בלהתנסבא אלא בין ה"א לאל"ף דלא לכתוב לאתנסב' דמשמע לא תנסוב ואפ"ה אין אנו פוסלין אלא כשבא הבעל וערער עכ"ל הרי שכתב דכיון שאם חיסר כל התיבה אין פיסול גם כשכתב התיבה חסרה אות אח' לא הקפידו אלא דלא לכתוב דבר שמשמע שמבטל הגירושין שכן אומר ולא תינסב דלא התירה לינשא והוא הפך למה שכתב והרי את מותרת וכו' אמנם בלתנסבא בלא ה"א שאין מבטל הגט אין לחוש גם בנ"ד הואיל ואם חסר תיבת פטורין אין בכך כלום וכדכתיבנא עתה שכתבו אפילו שמשמעות פטירת מהחוב הואיל ואינו מבטל הגט רק שמוסיף על הגירושין שהוא מקל גם כן מהחובות שעליה אין בכך כלום:

גם מצינו הרי"אף ז"ל השמיט ברייתא זו דרבי נתן ולא הביאה ואם איתא דנפקא לן לענין דינא דגיטא אם נכתוב פיטורין מלא או חסר למה השמיטו ולא הביאו כמו שהביא מימרא דאביי לכל הני דקדוקי אלא ודאי דסבירא ליה דאין לחוש בין שכתבו מלא או חסר והוא כדעת הרמב"ם ז"ל וכמו שכתבנו:

כללא דמלתא דהרמב"ם והרי"אף ז"ל שניהם כאחד סבירא להו פרש"י ז"ל ושאר כל הפוסקין דפטורין ביו"ד אחד ואין מי שמצריך שני יודי"ן אלא הרא"ש ז"ל לבדו ומעתה גם בזה שכתוב כדעת רש"י והרמב"ם והריא"ף ז"ל ושאר כל הפוסקים מקטנם ועד גדולם ואפי' לדעת הרא"ש ז"ל כשר בדיעבד כאשר נראה מדברי בעל העיטור הביאו טור א"ה סימן קכ"ו גם מגיד משנה הביאו פ"ד מהל' גירושין האם ראוי להחזירו מעיר לעיר ולכתוב לכתחלה אחר שהוא פסול לדעת רש"י ז"ל וקצת מהפוסקים חלילה וחס כי נמצא מקל בדבר ערוה החמורה:

ואפשר לומר אפילו להרא"ש ז"ל יותן לכתחלה משום חשש עיגון שהבעל לא נתרצה לתת גט זה גם הכתובה מן האירוסין אלא לפי שלא הניחו בית דין לישא אשה אחרת אמנם עתה שכבר נשא אשה לא יתרצה לתת גט אחר אם לא שיחזרו לו הכתובה שעדיין היא ביד שליש גם איפשי אולי שלא יתרצה אלא אם ירצוהו ברצי כסף ואולי לא ימצא מי שיתן לו וכיוצא בזה מצאתי בתשובת הרב הגדול מריה דאתרא מוהר"ר דוד בן זמרה ז"ל שאלה תתקי"ט על גט שבא מארץ אחרת והיו בו טעיות הרבה ובכללם היה כתוב בו ואגרת שבוקין וכו' ולשון אגרת הוא לשון שכירות והשיב הרב ז"ל כי הב"ד יתקנו אותו ואף על פי שאינן שלוחי הבעל וכמו. שכתב הרא"ש ז"ל והביאו הטור א"ה בסימן סכ"ו ונתן הרב ז"ל טעם לדבריו כי היה חשש עגון כי הוא סמך שהבעל לא נתן הגט אלא עד שנתנו לו מעות ואולי עתה לא יתרצה ליתן גט אחר עד שיתנו לו מעות עוד ואולי לא ימצא מי שיתן עכ"ל גם בנ"ד יש חשש זו וכדכתיבנא הרי לך מבואר ומבורר שגט זה שכתי' כשר וינתן לכתחל':

ועל מה שכתוב בנפשכי בלא יו"ד אין לחוש בזה כלל אדרבה ראוי לגעור על המטיל מום ובודאי שאינו בעל נפש הלא תראה מה שכתב מהר"י קולון ז"ל סוף שורש צ"ח והביאו מוהררי"ק בטור סימן הנז' וז"ל ועוד ראיתי גט כתוב בנפשיכי בי"וד אחר השי"ן והנה מצאתי הגהה וכו' שה"הר יוסף הנהיג למנעה שמשמע שיש לו שתי נפשות ובפריש נוהגין בלא יו"ד וכן כמה גדולים וכו' ומכל מקום לא הייתי פוסל אם היה כתוב ביו"ד וכו' עוד וכן ראיתי נוהגים בלא יו"ד וכן אנו מעשים בכל יום עכ"ל הרי שלדעת כל הני רבוותא לכתחלה לא יכתבו בב' יודי"ן ואף מי שאומר בב' יודי"ן אינו אלא מנהג שנתפשט ותמה אני איך מלאם לבם לדבר סר' על הסופר שכתב בנפשכי בלא. יו"ד והרי הוא כאלו דברו על כל הני רבוותא והשם יכפר בעד:

ולענין מה שכתוב שמונ' בוי"ו הרי מצאנו ראינו כמה וכמ' מלאי' בקהלת תן חלק לשבע' וגם לשמונ' וכו' מלא בוי"ו וכן במלכים יש בוי"ו גם כל שמונה שכתוב בדברי הימים כתוב בוי"ו ואם יאמר האומר שכיון שבתורה לא נמצא שמונה בוי"ו הראוי והנכון לתפוס ולהחזיק בדברי התור' הזאת ולא לילך אחר נביאים וכתובים ואני אומר כי גם זה הבל שאלו הגט היה נכתב בל' עברי היה להם איזה מקום לומר כך אמנם אחר שכבר נהגו לכתוב בל' ארמי ה"ל תורה ונביאים וכתובים כולן שוין לטובה:

ובמה שכתבו שבכל נסחאות הפוסקים מספר ימי החדש כתוב בבי"ת כנראה שמרוב תשוקתם להשיג לא הביטו אחרי משה דהרי בנוסח הרמב"ם ז"ל כתוב בכך בשבת כך וכך לירח וכו' וכן בטור א"ה סימן קכ"ו כתוב כך וכך לירח וכו' והן לו יהי כדבריהם אין

לפקפק בזה כלל ועיקר כי לא נמצא שום פוסק דדייק בהכי ואפשר דאשגרא דלישנא או דקולמוס' היא ואין להאריך בדברים פשוטים:

הא למדת שהגט הזה כשר אין בו נפתל ועקש וינתן לכתחלה והאלדים אנה לידי גיטין כתובין באסכנדרייא כולם בנוסח זה פטורין ובנפשכי ביו"ד א' ומספ' ימי החדש בלא בי"ת מקצתן נתנו פה מצרים על ידי בית דין מומחה יכ' ומקצתן נתנו באסכנדרייא נראה דמנהג אותו מקום לכתוב כרש"י ז"ל ושאר הפוסקי' וכיון שכן איך נקל ונתיר להם שיכתבו לכתחלה. גט שהוא פסול לדעת רש"י ז"ל שהיו נוהגין כמותו והסופר שכתב גיטין הללו הוא בקי ושמש לפני אנשים גדולים ואין להרהר אחר בית דינם הצדק וכל המדבר כנגדם שתיקתם יפה מדבורם וראוי להשתיקם לכל יראה ה' וסר מרע והשם יגיה חשכנו ויאיר עינינו בתורתו הנלע"ד כתבתי הצעיר אברהם סאגיש:

סימן כד

שאלה. בפנינו ב' חותמי מטה בא גט מאלסכדרייא ע"י שליח הולכה ודקדקנו ומצאנו פטורין ביו"ד אחת ודקדקום אחרים תלויין במנהג ואמרנו לשליח שיביא גט אחר כי קרוב הוא ונוח לשוב למצרים. והגט לא מקרע קרענא ליה ולא מיהב יהיבנא ליה וכתבנו לאלסכנדרייא לבד אשר נכתב בפניהם לא יסמכו על הסופר כי הניח אותיות פורחות ויש בהם דבקים הנוגעים לפסול כי גם דברים הנוגעי' למנהג וידענו כי היתה כשגגה היוצאת מלפני הסופר שהב"ד סמכו עליו ולא דקדקו אחריו הדק היטב וכמו שטעה בזה חס ושלו' יטעה בדבר אחר לכן הזהרנו ידקדקו אחריו ואם אינו בקי לא יהא לו עסק בזה לא כמזהירים אלא כמזכירים מה שכתב הרא"ש ז"ל מאד יש להזהר שלא ישתדל בענין גיטין אם לא שיהא בקי כי רבו הדקדוקין ובנקל יטעו בהם והוא פיסולי ממזרות וכו':

אחר הדברים האלה שאלונו משפטי צדק מה זה לא מהרנו ליתן הגט ושלחנו להביא אחר ועל מה הזהרנו לבית דין אלסכנדרייא כי אין מזהירין מן הדין ואין פוסלין מן הדין: והשבנו תשובה שלימה כי מיראי הוראת שעה אנחנו מאחר שכיוצא בנוסח הגט כתב הרמב"ם ז"ל שאם שינה פסול הגט ואם לא נשאת לא תנשא והרא"ש ז"ל והטור כתבו בהדיא בכלל הדקדוקין שפיטורין בשני יודין וכן כתב בנוסח הגט שלו והרמב"ם ז"ל וכל כיוצא בנוסח הגט ונוסח הגט שלו לא נתברר דלאו כי רוכלא ליזיל. ומן הספק יש להחמיר בענין איסורא:

וכבר הורה זקן רבן של ישרא' מוה"ר יוסף קארו ז"ל כחומרי דמר וכחומרי דמר ולא מצאנו חולק עליו בפירוש לכתחלה שכתב בפסק הלכה אבל פיטורין בב' יודי"ן די

תיצביין בה' יודי"ן וכתב אחר זה אם חסר א' מן היודי"ן הנוספות בדי תיצביין שאינם אלא מנהג ויש מי שאומר שאם לא בא הבעל וערער כשר:

ומשיחתו של הרב ז"ל ניכר שסמך יותר על דברי הפוסלין דסברא קמייתא כתב סתמא כלישנא דגמרא וסברא בתרא כאיכא דאמרי ולא כתב יש אומרים ויש אומרים או משו' דבענין איסורין רצה לפסוק כחומרי דמר וחומרי דמר כדכתבינן ובפרט היכא שלא חלקו בפירש דמסתמא לא מפשינן מחלוקת או משום שמצא בנוסחא אמיתית להרמב"ם ז"ל בב' יודי"ן כמו שנראה מדבריו כשבא ללמד סדר הקדמת המלות פיטורין לשבוקין כו' כתב בה כטופס הרא"ש ז"ל תרוכין שבוקין פיטורין ובטופס הרי"ף והרמב"ם ז"ל כתוב תרוכין פיטור ין שבוקין ט' ובטופס רש"י ז"ל פטורין שבוקין הרי שבנסחאות הרי"ף והרא"ש והרמב"ם ז"ל כתוב פיטורין בב' יודי"ן ובנוסח רש"י ז"ל כתב פטורין ביו"ד אחת ואפילו תימא הא דלא מכרעא דהרב נר"ו לא סמך ע"ז בפירוש דאולי יש נוסחאות מתחלפות ואולי יש טעות בדפוס מכל מקום מאחר שהרב נטה לפיסולי בדיעבד אם לא נשאת אי נמי ספוקי מספקא ליה בענין איסורא אפי' בדיעבד דספקא להחמיר ולא מצאנו חולק עליו מאן רב גובריה בימי' האלה לומר לדידי פשטא לי ולהתיר לכתחלה במקום דליכא חשש עיגונא ואפשר להביא גט אחר:

זאת ועוד אחרת שאפילו אותם המכשירים שכתב הרב ויש מי שאומר כתבו דלא הכשירו אצא אם כבר הגיע הגט ליד האשה אבל אם לא הגיע עדיין ליד האשה מודים רבנן שלא ינתן לכתחלה אם אפשר להביא אחר: והכריעו זה מתשובת הרא"ש ז"ל ולדידי ממקומו הוא מוכרע כמו שאכתוב ב"ה:

וישיבו אותנו דבר כי בנדון הזה שבא הגט מאלסכנדרייא והבעל אינו פה מיקרי שעת הדחק וראוי לסמוך על סברת הראשונים הלכה למעשה והשבנו כי מכאן לאלסכנדרייא מאחר דשיירות מצויות לא מיקרי שטת דחק והבאתי לי עדים נאמנים את מוה"רר לוי בן חביב ז"ל ואת מוהר"ר דוד הכהן ז"ל וז"ל מוהר"ר לוי בן חביב ז"ל על גט א' שבא מצפ"ת תוב"ב לירושלים תוב"ב ופסל אותו הרב ז"ל על דקדוק א' כמו אלו הדקדוקים ואף ע"פ שאותו הדקדוק לא היה בכתובים טרח הרבה להשוותו אליהם. ואחר כך כתב ולאמר עוד שאף על פי שאלו הפסולים שוין עכ"ז הגט כשר מטעם דכבר כתבו הראשונים דכל אותם הדקדוקי המוזכרים שם דוקא פוסלים כשהבעל כתב הגט או צוה לכתוב אותו באותו האופן ומערער אחר כך אבל אם צוה לסופר לכתוב גט כשר והסופר לא דקדק באותן הדקדוקים והבעל אינו מערער הגט כשר. לאומר כן אומר שהעלה חרס בידו שאנו אין בנו כח לעשות מעשה כדבריהם להקל בערו' אחרי שגם אתנו מהפוסלים

רבים וגדולים ובכללם הרמב"ם ז"ל ופסל גם בזה אפילו אחר נתינה אם לא נשאת כ"ש שאין לנו לתתו לכתחלה: ועלה בידינו שהגט הזה פסול מהצד הנז' בלי ספק כלל יאמר עוד כי אין לתפוס עליו שמאחר שבא הגט ממקום אחר והבעל אינו פה ראוי לסמוך על דברי הגאונים להכשיר שזה טעו' והוראת תפיסה שבזה אין חשש עיגון כיון שהשיירות מצויות מצפת לכאן. ע"כ ועתה שמעו נא בני לוי אם הרב ר' לוי אחוי קידה ולא רצה לסמוך על דעתו ובפלוגתא לא קמיירי דהיכא דשיירות מצויות עם היות דאותו דקדוק לא היה מן הדקדוקי' הכתובים אלא שהוא רצה להשוותו ולדמותו אנן מה נימא בתריה בדקדוק שכתבוהו המפרשים בפירוש ובפרט מאלסכנדרייא למצרים כי בכל יום חדשים מקרוב באים ושבים: ומהר"ר דוד הכהן כתב דאין לומר דכיון שהבעל אינו כאן מיקרי שעת הדחק דלא מיקרי שעת הדחק אלא שאין שיירות מצויות ואי איפשר להביא גט אחר אבל בשביל המתנת ג' או ד' חדשים לא מיקרי שעת הדחק והביא ראיה מדברי הטור שכתב משם אביו דכי נכתב ביום ונחתם בלילה או אפי' עד עשרה ימים כשר בשעת הדחק שאי אפשר על גט אחר עכ"ל ועוד הביא ראיה ממה שכתב הרא"ש ז"ל על גט שאינו משורטט י' שיטות שכתב הרא"ש ז"ל בארצנו פוסלין אותו אבל במקום עגון כגון שבא מארץ רחוקה ואין שיירות מצויות להביא אחר אין לפוסלו וכתב דיש להוכיח מכאן בשעת הדחק לא מיקרי אלא כשאין שיירות ות מצויו' להביא אחר דאז אין לפוסלו אבל היכא דשיירות מצויות לאו שעת הדחק היא ויש לפוסלו. וכתב עוד ז"ל ואף על גב דגט שאינו משורטט י"ב שיטות וכן שאר הדברים שמביא הרב לא מצינו דעת פוסל בגמרא כ"ש וק"ו היכא דאיכא כמה רבוותא דפסלי דפשיטא שהגט פסול ואין לעשות מעשה ואפילו היכא דנשאת בגט דאיפליגי רבוותא ולא ילדה בנים מסופק הר' אביגדור כהן אי מיקרי שעת הדחק כדכתב המרדכי משמו עכ"ל:

וכן אני אומר בנ"ד דאם במנין השיטין דאינו אלא מנהג אמר דאין להקל אלא במקום עגון כגון שבא מארץ רחוקה ואין שיירות מצויות להביא אחר שאין לפוסלו:

מה כחנו מה גבורתינו להתיר לכתחלה במקום שהורה הרב לפסול ופלוגתא דרבוותא ושיירות מצויות יום ולילה לא ישבותו אתמהא:

וחזר הדין למה שכתבנו למעלה דאפילו אותם הגאונים שמכשירים כשטעה באלו הדקדוקים לא הכשירו אלא כשכבר עברו ונתנו הגט ליד האשה אבל אם לא נתנו לה עדיין ואיפשר להביא אחר יכתב אחר וממקומו הוא מוכרח שכתב בעל העיטור ואם אין הבעל מערער הגט כשר ותנשא לכתחילה ולא אמר כשר סתם או כשר וינתן לכתחולה א"נ כשר לכתחילה נראה דמיירי כשכבר הגיע ליד האשה:

וכן דקדק בהדיא רב האיי גאון שכתב אי איתיה לסופר מתקן להו ואי לא מתקן ומינסבא בהאי גיטא לא מפקינן לה הא קמן דכל מאי דאיפשר לתקוני מתקנינן וכתב מוה"רר דוד הכהן בהדיא בבית הד' דמתשוב' הרא"ש משמע דאפילו הגאונים לא הכשירו אלא אם כבר נתנו הגט ליד האשה. והילך תשובת הרא"ש שכתב זה לשונו ואם. נכתב ואינש לא ימח' באלף אם כבר הגיע הגט ליד האשה אין לפוסלו בכך כי כמה דברים כותבין בגיטין לשופרא ואינו נפסל בכך:

ואם בדקדוק דק כזה שנמצא במקום א' באלף ובמקום א' כוד הזהיר שלא יותן לכתחילה והוצרך ליתן טעם משום דאינו אלא לשופרא להכשירו אם כבר ניתן מה יאמר בדבר שיש להסתפק אם הוא מגופו למי שסובר שאין כותבין שום דבר מזה בשיטה אחרונה מפני שצריך ללמוד ממנו ואין למדין משיטה:

ואזדא הרא"ש לטעמיה אפילו במקום שליח שהבעל אינו כאן שכתב אם שליח הולכה שהביא גט ולא היו הווין ארוכים אין בית דין יכולין להאריכן ואם נתן לה והבעל רחוק מכאן לא הייתי פוסלו בשביל זה וכן אם יש בו תקנת עגון כגון שהובא ממקום רחוק יאריכו הווין וכו' וכתב עלה מוהררי"ק בבית יוסף דהכא מיירי כשתינוק קורא אותם ווין אלא כיון שנהגו להאריכן אף על גב דמדינא אין צריך להאריכן מ"מ כיון שנהגו קפדינן כמו שכתב גבי מוקפות גויל אף על פי שהוא פוסק כחכמים להכשיר הא קמן דאפילו בדבר שאין צריך מדינא כלל פסל לכתחילה בשליח הולכה במקום ששיירו' מצויות ומה יאמר בדבר שהוא בעצמו הצריכו מן הדין ועם כל זה כתב עליו הר"יף שאין נראה לו שיכולים בית דין להאריכן שהבעל לא עשאן שלוחי' ויותר טוב לסמוך בשעת הדחק על מה שכתב הרשב"א דהא דאמרינן ולורכיה וכו' לא להאריכן יותר אלא שלא יקצר אותם ודוקא בשעת הדחק:

ובר מן דין נראה לי שצריך לתקן גט זה כדי שלא נוציא עליו לעז בגיטין הבאין שינתנו ביוד כמו שכתב הריב"ש באותם הדקדוקים שאינם מעלים ומורידין לענין הדין ולא לשום קפידא דאין לשנות מנהג המקומות שלא להוציא לעז על גיטין שעברו וכתב אולי באלסכנדרייא כך נהגו לכתו' בלא יו"ד ונוציא לעז על הראשונים ליתא בנדון דידן דשני גיטין שלחו מתם עם זה השליח בעצמו לשתי נשים בא' פיטורין ביוד ובא' חסר יוד ועם כל א' מעשה בית דין מחכמי תושבי הארץ הקדומים ועוד שהמנהג צריך תנאים הרבה שיהיה על פי בקיאים ושידעו שורש הענין ואף על פי כן נהגו כן ותנאים אחרים בנדון דידן ליכא חד מהם דאלסכנדרייא לעולם היתה נגדרתי אחר מצרים כי במצרי' ישבו כסאות למשפט מרבנים קדמוני' ועל פיהם היו מתנהגי' לעולם לא שינו

את תפקידם ומנהג מצרי נתנהג על פי רבים ותו שהבעל הוא מתושבי מצרים ועוד שמוהררי"ק גבי כתב הגט כתב שמלשון הרא"ש נראה דבתר מקום נתינה אזלי ואף על גב דבמקום עגונא יש להקל ולסמוך על זה וכיוצא כמו שכתב מוהרר דוד בן זמרה על גט שהובא מאיקוברוס והבעל הלך לארץ מרחקים והיו בגט קצת דקדוקים ואחר שהביא כמה טעמי' והחליש אותם הדקדוקים דלית בהו חששא אמר גם כן דדוקא הכא וקי"ל כהרמב"ם דפוסל לגמרי אבל במקום שבא אינם מוכרחים לנהוג כהרמב"ם ז"ל ע"כ: ודוקא במקום עיגונא הקל בהרבה חיזוקים ובדבר שאינו נוגע לדין אלא משום מאריה דאתרא בלבד וכו' ראיה לדבר שהרי הרא"ש ז"ל היה רוצה לפסול שאינו משורטט י"ב שיטין משום דבארצו פוסלין אף על גב דבמקום שבא הגט לא היו נוהגין כן ומשום עיגונא אמר שאין לפסול. גם ההיא שכתב הריב"ש ז"ל שאין לשנות מנהג המקומות הוא גם כן בדבר שאינו נוגע כלל לענין קפידא כמו שכתב הוא תחלה אבל בדבר שנוגע לענין הדין הביא בשלטי הגבורים תשובה לר"ת ז"ל שהשיב להר"ר יוסף מאוליינאש ז"ל על אשר כתבת על תופס הגט שנכתב על פי ונכתב בו פלוני דמתקרי פלוני ואמרת שאני גורם לעז על הגיטין הראשונים שלא נהגו לכתוב רק פלוני פלוני וכל שום וחניכא וכו' הלא זה דברי שאתה טועה בפתרון וכו' ומה שדחיתם ראייתי תורה שלימה משיחה בטלה וגם כתבת שאין לשנו' המנהג מפני הלעז מנהג זה גהינם למפרע אם שוטין נהגו חכמים לא נהגו ואפילו מנהג הגון אין עוקר הלכה ואל תוסף עוד לדמות דמיונות כאלו ע"כ: למדנו שהמנהג צריך תנאים רבים ואינו מועיל בכל דבר ודבר גם צריך על פי בקיאים וכבר כתבתי שהמנהג זה לא היה על פי בקיאים שהרי חכמי העיר יצ"ו היו חתומי' בזה ובזה וסתרי אהדדי ומכאן נראה לנו דטעות ידי סופר היה:

ובתר דעיינן טובא נראה לעניות דעתי דגט זה להרמב"ם ז"ל פסול כמו שפסק מוהררי"ק להדיא וכ"ת אם כן אמאי לא כתב דקדוק זה בהדיא בכלל הדקדוקים שכתב גם בפרק המגרש לא הביאוהו ודרך דחייה היה אפשר לתרץ בדברי הרמב"ם ז"ל כמו שתירץ הרב המגיד גם להתנסבא אמאי לא הביאו גם למהך וכו' גם הר"אש ז"ל בגמר' על כיוצא בזה תירוץ לאו כי רוכלא וכו' וכד דייקת שפיר לאו תירוצא הוא שיש לחלק דוק ותשכח גם כן בזה אינו מספיק למה שפסק הרב גם בזה פסול להדיא דודאי הוא לדעת הרמ"בם ז"ל דלדעת הר"אש ז"ל דלכתחילה אינו מגרש מיהו אם עבר וגירש תינשא ואם איתא דספוקי מספקא ליה כדפרישי' הרמב"ם ז"ל הל"ל ספק פסול:

ועיקרן של דברים כשנדקדק תחלה היכא רמיזא בגמרא יו"ד דפיטורין וכבר פי' לנו הר"אש ז"ל בפסקיו גם בתוספותיו ענין זה דבשני מקומות בגמרא יצא לנו רמז ענין

זה הא' מדקאמר בפרק התקבל פיטרוה דבריו קיימין פטרוה לא אמר כלום ופי' רש"י ז"ל בלשון ראשון ששמע דפטרוה לשון פטור וחובה פיטרוה לשון גט פיטורין פי' שגט כריתות מתרגמיה גט פטורין: ובלשון אחרין פי' הפוך גבי פטרוה דכי אמר פטרוה וה"פא קמוצה אנו צריכין להדגיש הגט הטי"ת בדגש שברו גם כן פטרו וכשאנו מדגישין הטית בדגש הוא מלשון גט פטורין דהתם אף על פי שה"פא בחי"רק הט"ית דגושה שאינו צווי אלא שם דבר פיטורין אבל כשאנו אומרים פטרוה הטי"ת רפויה כמו אמרו שה"מם רפויה שלחו הלמ"ד רפויה ואינו מלשון גט פיטורין דבגט פטורין הטי"ת דגושה והכא הטי"ת רפויה והוא מלשון פטור וחובה ולעולם פטורין במקומו עומד כמו שתרגם אנקלוס גט כריתות גט פיטורין דלא פליגי בתרגום: ואין לפרש דלפירש ששמע רש"י מרבותיו נמצינו למדין גם לפי' השני שצריך להדגיש פטורין באופן דלא לישתמע פטור וחובה הילכך גבי פטורין הוא הפוך מכאן שאם אין אנו גורסי' הפ"א בחיר"ק או ביו"ד במקום החיר"ק אנו קוראין פטורין כדאמרי' בעלמא שניהם פטורין והטי"ת רפויה הילכך כדי שתהא הטי"ת דגושה צרי' לשים יו"ד אחר הפ"א או כדי שתקרא להדגישה בחיר"ק דלא לישתמע לשון פטור וחובה דוק ותשכח ואין לפרש דפליגי רש"י ז"ל ורבוותא בתרגום גט כריתות דמתרגמינן גט פטורין דמר גריס גט פטורין בחיר"ק ורש"י ז"ל גריס פטורין בקמץ והדגש הא בפ"א דפטרו דאם כן אמאי מייתי ממילת שברו דברו דהתם ע"כ הדגש בבי"ת וגם כן מאי מייתי מאמר ושמעו דבאל"ף ובשי"ן לא שייך רפ"א ודג"ש ותו דלא הזכירו מחלוקת בגירסת תרגום דפטורין ודוק ותשכח ולזה לא הביאו המפרשי' גם הרב בבית יוסף מחלוקת רש"י ז"ל ורבותיו בכלל החולקים במילת פטורין שלא עלה על לבם זאת ההבנה שאינה הבנת רש"י ז"ל ומכל מקום בלשון ראשון מרווח יותר ענין היו"ד והרא"ש ז"ל כפי' רבותינו:

אמנם המקום המכריע ענין זה הוא בפרק המגרש דאמרי' התם ולורכיה לוי"ו דתרוכין ולוי"ו דשבוקין כדי שלא יובן תרוכין דנשים אחרות אי נמי שהוא אומר לה שהוא שבקה וגירשה אותו:

והקשה הרא"ש ז"ל גם בתוספותיו דאמאי לא קאמר נמי ולורכיה לוי"ו דפטורין כדי שלא נאמר פטורין דעלמא אי נמי שהיא פטרה אותו כלומר דמאחר דגרסינן במתניתין גבי גופו של גט שלשתן כמו שכתבו התוס' דהתם בנדרים גרסינן בהדיא שלשתן והכא נמי עיקר הגירס' שלשתן. וכן כתוב בתוספי הרא"ש ז"ל גם כן וכן גריס הרי"ף והרמב"ם ז"ל ורש"י ז"ל כמעט אין חולק בזה אלא מיעוטא דמיעוט' ותירץ הרא"ש ז"ל דהה"ד דצריך לאורוכי' וי"ו דפטורין אלא דלאו כי רוכלא וכו' וחדא מינייהו נקט ובתר הכי

אסיק הרא"ש ז"ל דמכאן משמע דאין יו"ד בין תי"ו דתרוכין לבי"ת דאם איתא שיש יו"ד אפילו יקצרו הווי"ן כיודי"ן ויכתבו תיריכין ושביקין ליכא למיטעי כלל שום משמעות אלא מפני שאין יו"ד בתרוכין ושבוקין איכא למיטעי במשמעות והשתא ניחא דלא חשיב להאריך וי"ו דפיטורין שאין צורך מפני שיש יו"ד בין פ"א לטי"ת כלישנא דתרגו' דספר כריתות דמתרגם גט פיטורין הילכך אפילו יעשה הוי"ו כמו יו"ד ליכא למיטעי כדפירשנו. וממה שלא הזכיר הגמרא אריכות וי' דפיטורין אנו מבינים שיש יו"ד בין פ"א לטי"ת כמו שממה שהזכיר אריכות דוי"ו דתרוכין אנו מבינים שאין יו"ד בין תי"ו לרי"ש הכי נמי ממה שלא הזכיר גמרא אריכות וי"ו דפטורין אנו מבינים כדפי':

וזה הדרך בעצמו תפס הרמב"ם ז"ל בספרו שקראו משנה תור כלישנא דגמר' ומה שאנו מפרשי' בגמרא יתפרש בדבריו שהקושיא בעצמה תתחזק יותר להרמב"ם והרי"ף ז"ל שהם מפרשין יותר דהיה להם להזכיר אריכות דוי"ו דפיטורין ותו דאין אנו יכולין לתרץ בהרמב"ם ז"ל כתירוץ ראשון של הרא"ש ז"ל דלאו כי רוכלא ליזיל ולגמר דאין ה"נ שצריך להאריך נמי וי"ו של פיטורין דהא ליתא אלא למאן דגריס פטורין בסוף תרוכין שבוקין פטורין איכא למימר תנא ושייר אבל הרמב"ם ז"ל גריס פטורין באמצע תרובין פטורין שבוקין ואית דל"ג האחרונת והניח האמצעית אלא ודאי כדפי' הרא"ש ז"ל בגמרא דפשיטא להו דבלשון ארמי פיטורין ביו"ד בין פ"א לטי"ת כדמתרגמינן גט כריתות גט פיטורין וכבר הקדים שבכל לשון שיכתוב צריך שידקדק באותו לשון שלא יובן שתי משמעיות הילכך לא הוצרך להביא אלא הנז' בגמרא כמו שלא הוצרך ללמד דתרוכין ושבוקין הן בלא יו"ד בין תי"ו לרי"ש ובין שי"ן לבי"ת: הילכך מדלא כתב אריכות בוי"ו דפטורין באינך על כרחך משום דס"ל דאיכא יו"ד בין פ"א לטי"ת דפיטורין: ואנן נמי מאחר שאין אנו נוהגין להאריך וי"ו דפטורין על כרחינו אנו צריכין לכתוב יו"ד דפיטורין: ועל דבר זה סמך מוהררי"ק שפסק פסול להדיא ונ"ל עוד דאפי' החולקים על הרא"ש ז"ל בזה שהם רבי יחיאל וכו' הוא משום דסבירא ליה כסבר' הרא"ש ז"ל דצריך לאורוכי הווי"ן כולם ודפטורין גם כן וכן נראה בהדי' מדברי המרדכי שהבי' סברת רבי יצחק בר אברהם ז"ל דאין יו"ד בין תי"ו דתרוכין לרי"ש וכן בין שי"ן דשבוקין לבי"ת וכן בין פ"א דפטורין לטי"ת מדאמרינן בהמגרש ולורכיה לוי"ו דתרוכין ואם יש יו"ד אין צריך להאריך הוי"ו: ומייתי שם בשלטי באותם התשובות קדמוניות שמביא זה לשונו ויאריך וי"ו דשבוקין וי"ו דפטורין ושניהם ביו"ד אחת ע"כ: נמצינו למדין דבחסרון היו"ד או בקיצור הוי"ו יש שני חששות הא' דלא משמע לשון גירושין אלא לשון פטור חוב כדמשמע בפ' התקבל והשני דמשמע פיטורין דעלמא א"נ שהוא פוטרת אותו כדמשמע

בפ' המגרש ודבר זה נ"ל כפתור ופרח לסלק כל המחלוקות ולעשות שלום בין ג' עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל ולזכות את מוהררי"ק זכות נאה ומתקבל הגם כי דבריו אינם צריכין חיזוק:

ועתה מלכים השכילו אם יש בזה אשם מעילות אם הקדמונים היו נשמטים מלכתוב גט בחדש כסליו מפני חשש אם הוא ביוד או בלא יוד כמו שכתוב בתרומת הדשן ובסמ"ק כתוב שנראה לרבינו פרץ למנוע מלכתוב גט ביום החדש הראשון ולדחו' המעשה עד למחר' שלא להכניס ראשנו בשום ספק חומרא יתירה ע"כ כ"ש אנן יתמי דיתמי בנדנוד ספק פסולא לכן אליכם המצוה הזאת להורות את התורו' ולהרים המכשולו' ולסקל מסלות ההוראות והמאיר נתיבות פליאות יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאו' הצעיר אברהם מונסון:

דברי החכם השלם הזה כלם מיוסדי' על אדני החכמה והעיון ואני אגלה דעתי בארוכה לפני מעלת כתר תורת אדונינו שהוא כדעת השלם הזה כי מפני חולשת הכח בי אם כחי כאשר בתחלה כי מיום אשר נסע מ' אדונינו מכאן אין יום שאין ברכתו מרובה מחברו נאם המקוה לרחמי האל לראות פני אדונינו שמחים וטובי לב אברהם כהן:

סימן כה

שאלה. קהל אחד נמנו וגמרו והעמידו ביניהם למרבי"ץ תורה לפלוני אלמוני ועשו לו כתב על זה וכתוב שם שהעמידוהו לנחותם הדרך הישרה ולהודיעם את חקי האלדים ואת תורותיו ובאורו יראו אור התור' ושהוא מלבישם בגד ישועות נפשם וירבי"ץ תורה ביניהם יורה יורה ידין ידין וכו' מהיום ועד זמן פלוני וכתב בכתב ההוא שקבלו כל זה בכל אלות וחומרות התורה גם חומרת נח"ש וחומרת נזירות שמשון בכל תנאיו וחתמו בה רוב הקהל ורבים מהם הם צוה לחתום ובסוף הכתב כתוב שם כל הנז' למעלה בטא כל א' בפיו ובשפתיו הנזירות והשבועה וכו' בפנינו עדים וחתמו בו שני עדים ובין כתב העדים וחתימו' החתומים למעלה יש יותר מד' וה' שיטין חלק וכתב בכתב ההוא שהאמינו לחכם המרבי"ץ תורה נאמנו' גמורה בפירוש כשני עדים כשרים וכו': אחר זמן הסכימו כל הקהל כלם יחד לסלקו מעליהם כי אמרו איש אל אחיו איככה אוכל וראינו ברעת נפשנו כי אנחנו צמאים לדרוש את דבר ה' והחכם הזה אינו יודע מאומד ואינו דורש לנו כלל ואינו יודע דין כלל וכשרוצ' לפעמים לעסוק בדיני גיטין וקדושין ח"ו מרבה ממזרים בישראל והתורה חוגרת שק עלינו אז נדברו איש אל רעהו נדעה נרדפה לדעת את ה' נחדש ימינו כקדם כימי עולם ושנים קדמוניות אשר היה לנו חכמים שלמים מרביצי

תורה ובפרט האחרון אשר קבע ישיבה בקהלינו כמה שנים ועתה נפשנו יבשה אין תורה אין ישיבה אין דורש את דבר ה' לכו ונלכה באור ה' לבקש לנו חכם יודע שיקבע לנו ישיב' ושידרוש לנו בכל שבת ושב' ושיורה לנו את הדרך אשר נלך בה ואת המעש' אשר נעשה וזאת היית' הסב' אשר הסכימו כולם יחד לסלקו מעליה' בלב א' שפה אחת ודברי' אחדים ובעת ההיא אשר נתקבצו כל הקהל לעשות כן בא החכם הנזכר אצלם ואמר להם מה המעשה הזה אשר אתם עושים דעו וראו שהוא עון פלילי שאתם פוגעים בכבודי ואתם עוברים כמה חרמות אלות ושבועות ונזירות שיש לי כתבים אשר כתבתם ונדר להם שהוא יצא מעצמו אבל לא עתה בחרפה רצופה אז השיבו לו הקהל קדוש שיקבץ חכמי העיר על ככה והם יגישו טענותיהם לפני החכמי' אם יצדקו ואם לא יעשו מה שיגזור הדין ועל זה השיב להם חס לי מעשות כדבר הזה כי חרפה היא לי כי אני אומ' לכם רק מצד אהבה וחסד שלא תכלימוני כי מענין החומרות והנזירות והשבועות איני רוצה להדיין עמכם כי חרפה היא לי והכל מחול לכם והכל כחרס הנשבר פטורים אתם פטורי' אתם איני שואל אלא דרך חסד אמרו לו שילך לשלום והם יראו מה ראוי לעשות אז הלך לו ואחריו משאת היא הכיס מהטלית: אחר ימים קבץ החכם הג' חכמי העיר פעם ופעמים ותבע לאנשי הקהל לדין באמור אליהם שעברו על החומרות והשבועות והנזירות אשר לו בכתב הנז' והם השיבו לו בפני החכמים טענות רבות והם אלה:

הטענה הראשונה טענו פטרתנו שאנחנו אמרנו לך שנקבץ חכמי העיר על ככה ויראו מה שיגזור הדין ואתה אמרת לנו שפטורים אנו מותרי' אנו: השיב החכם להם ואני נאמן כי יש לי נאמנו' בכתב שאתם חתומי' בו. השיבו לו אנחנו לא חתמנו על הנאמנות ואינו אלא שופרא דשטרא ורבים ממנו לא קראוהו ולא ידעו מה הוא שאינם יודעי' לקרות: ועוד שאנחנו האמננו לאדם כשר ונאמן אבל לא בך שאחר שסלקנוך הלכת בערכאות והלשנת עלינו והכונו הכאות רבות בדיני האומות מבלי לכת עמנו בדין תורה והחכם מכחיש אותם שהוא לא הלשין להם וההכאות שהכו להם בדיני האומות לא באו לו מחמתו:

שנית טענו רוב הקהל נדרינו ושבועתינו שבועת טעות ונדר טעות שאנחנו חשבנו שאתה היית חכם יודע השם נפשנו בחיים הנצחיי' כמו שכתוב בכתב ההוא שהעמדנוך למרביץ תורה וכל שאר הלשונות אשר כתובים שם ועתה ראינו שמיום אשר נכנסת בקהלנו לא שמענו את דבר ה' לא דרש ולא דין וחלילה לנו לקיים כיון שאינו הגון ואינו חכם בתורה כי עונש המקיימו גדול: השיב החכם שעל דעת כן קבלוהו ואין נדרם נדר טעות שכבר ידעו שלא היה יודע לדרוש להם ולא לקבוע ישיבה וסברו וקבילו: השיבו

הם ונשבעו בתור' שאינו כן אלא שהיו חושבים שהיה חכם ויודע ושבינ' לבין קונם הם נאמנים:

שלישית טענו מקצת מהם שאפילו בחתימת' היו אנוסי' כי זה החכם ואחיו היה לאל ידם בבית הדיין ולקצת מהם הכום בדיני האומות והשאר נפל פחדם עליה' ולכן חתמו השיב החכם כל זה שקר אלא מרצון נפשם חתמו:

רביעית טענו כי ב"ד חקרו ודרשו לאחד מן העדי' ואמר בבית דין שכל החתומי' שם לא ביטו בשפתותיה' בפניו הנזירו' והשבוע' אלא קצת מהם וכיון שהיה חלק בין חתימתו לחתימתם הוסיפו אחר כך עליהם אם כן כפי דברי העד הזה מקצת החתומי' הנזירות וכל אחד מהחתומי' אומר שלא ביטה בפיו ובשפתיו אם כן כל אחד נאמן על עצמו כיון שהעד אינו מעיד אלא שמקצתם הם שנטלו אבל לא השאר:

חמישית טענו שאפילו אותם המקצת שביטו בפיהם לפי דברי העד יכולים לומר אנחנו לא קבלנו אלא אדעתא שיקבלו כל הקהל אבל אם לא היו מקבלים כל הקהל או רובו אנו לא היינו מקבלים דמה אנו יכולים לעשות שאנחנו המעט והם הרבים:

אלו הם הטענות שטענו בני הק"ק ועל פיהם פיטרם הרב הגדול נר ישראל דיין העיר נרו' ושבח אותם ומעשיה' לשם שמים ואמר להם שהם פטורים ומותרי' ברוכים הם לה': ועל צד היותר טוב נטלו ג' בעלי תורה והתירו להם השבועה אף על פי שלא היו צריכין אחר כך נתקשרו כלם בקשר אמיץ בשבועות וחרמות ונזירות שמשון בכל תנאיו עם חכם אחר יודע וראוי לקבוע ישיבה ויש שאומרי' עליה' שעברו על הנזירות הראשון על כן אתם חכמי שלומי אמוני ישראל צאו נא לעזרת הדרת יקרת קהל קדוש אשר מעשיה' הם לשם שמים ולהסיר מעליה' הלעז ההוא על הדין ועל האמת ושכרכם כפול מן השמים מנה אחת אפים:

תשובה. זכני ה' והראני שתי תשובות בדבר זה תשובת הרב המובהק גדול הדור מהר"ר שמואל די מדינה נרו' ודבריו ודאי אינן צריכין חזוק ספיר גזרתו והבנין אשר אל פני הגזרה איש תרומות יהרסנה ואיש תבונות יבנה עליה טירת כסף:

גם ראיתי תשובת חטר מגזע הרב נרו' יפה ענף וחרש מצל מטע ה' להתפאר גבר חסיד ובור סיד שאינו מאבד טיפה קופה שיש לה אזנים קופת הרוכלין אינה חסרה לא מלח ולא תבלין. ומי שקדרתו חסרה מלח ותבלין מה יוכיח ומה יכריע' והכרעת שלישית אינה מכרעת. אבל כי היכי דלמטין שיבא מכשורא בכשרון המעשה לישר הדורים והסיר מכשולו' להגדיל תורה ולהאדיר אמרתי אענה אף אני חלקי ואיברא ודאי שהדין פשוט שהקהל יצ"ו הם פטורים וברוך טעמם ועליהם תבא ברכת טוב והמברכים

יתברך יען מאסם את מי הנהר העצומים ובחרו במי השלוח ההולכי' לאט אשר מימיו מן המקדש המה יוצאים פריו למאכל ועלהו לתרופה ומלבד כוונתם אשר היא רצויה בודאי גם טענותיה' הם חזקים כראי מוצק וטענת' הראשונה שטענו שפטרם היא טענה אמיתית:

ותחלה אקדים דחתימת העדים אשר מלמטה מהחתימות בודאי דאין לו דין שטר מחמת החלק שבין חתימת העדים לחתימו' הקהל וכמו שכתב החכם נרו' בתשובתו וזה פשוט מאד:

ומיהו מההיא דהשיב הרשב"א ז"ל בסימן אלף ר"ט לא מכרעא מילתא משום דהרשב"א ז"ל אזיל לשיטתיה שכתב בתשובה אחרת בסי' אלף רי"א דמי שמודה שנתן או שמכר את שלו לחבירו אין כותבי אלא מדעתו לפי שהוא עכשיו מתחייב בשל עצמו ובשל עצמו אף על פי שאין מתרבה עליו שום חיוב בין על פה להתיבה אין כותבין אלא מדעתו ואם כתבו אין לו דין שטר דדומיא דשטר מקנה בעינן ע"כ ורבים חולקין עליו וסוברין דכל היכא דלא מטי ליה פסידא ותוספת חיוב בין בעל פה לכתיבה כותבין שלא מדעת מי שנכתב עליו וכבר הארכתי בזה בפסק אחר ומוכחינן דהתוספות ז"ל והראב"ד ז"ל והחסיד ה"ר רבינו יונה ז"ל רבו של הרשב"א ז"ל והרמב"ן ז"ל והר"ן ז"ל וה"ר יהונתן הכהן ז"ל והרא"ש ז"ל אינהו נינהו בעלי סברא זאת:

מעתה בנדון דידן דאינו מתרבה החיוב בין בעל פה לכתיבה דאם כדבריהם כן הוא יאה ויאה דיכתבו כדי שלא יעברו על החומרות אשר קבלו עליהם ויש לו דין שטר כיון שניתן ליכתב וכיוצא בזה כתב הרשב"ץ ז"ל בתשובותיו על דבר מודעא שנמסרה על גט:

וגם לדעת הרשב"א ז"ל יש לומר דשניא מודה שנתן או מכר דהיינו חיוב ממש שמחייב עכשיו בשל עצמו ודמי לשטר מקנה והכי נמי בשטר קדושין שאשה זו נקנת לבעלה בקדושין אלו ונאסרת לכ"ע ולכך אין כותבין אלא מדעתה ומיהו בנדון דידן מאי חיובא נתחייבו עצמן במאי דקבילו עלייהו חכם מרביץ תורה עד שמפני כך יצטרכו העדים שלא לכתוב אלא מדעתן הא ודאי דלא דמיא לשטר מקנה דליהוי דמי ליה:

ומכל מקום הדין דין אמת שאין לו דין שטר מחמת החלק שבין החתימות וכמו שכתב החכם נרו' בתשובתו וזו אינה צריכה לפנים:

והשתא דדלינן מהכא חתימת העדים נחזי אנן באי זו טענה מצו הקהל לאפטוריה נפשייהו מיניה דהא סוף סוף הא האמינוהו אותו כשני עדים ואי משום מאי דקא טעני דלא חתמו על הנאמנות ואינו אלא שופרא דשטרא משמע לי דזו אינה טענה דאי ממאי דכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסימן ע"א לא איריא ותחלה אבאר לשונו ז"ל ושוב אדון

מיניה. כתב ז"ל וז"ל שטר שיש בו נאמנות ואין עדי השטר בפנינו וטוען הלוה כי לא נכתב הנאמנות בצווי וכו' אבל אם העדים בפנינו ומעידים שלא כתבוהו בציווי הלוה אלא מפני שופרא דשטרא כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות אף על גב דכתיב ביה וקנינא מיניה על כל דכתיב לעיל אין סומכין על הנאמנות ואין כאן מגיד וחוזר ומגיד דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתימי כדאיתא בירושלמי נאמנים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו: עד כאן: וכן כתב הרב בעל התרומות ז"ל. ואיכא למידק על הטור אמאי לא נסמוך על הנאמנות אפילו יבאו עדים ויעידו שלא כתבוהו בצווי הלוה והרי כתב הטור בסימן ס"א בשם אביו הרא"ש ז"ל שכל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות הן כתבוה בשוקא הן שאר שופרי דשטרי שכבר נהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנ' בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ואין צריך לומר שיכתבו כל לישני יתירי שפירי דאית ביה: עד כאן הא קמן דסבירא ליה דהנאמנו' כיון שנהגו לכותבו אפילו לא צוהו הלוה לכתוב כן בפירוש כותבין אותו העדי' וסומכין עליו:

ותירץ מהר"י קארו ז"ל דבעל התרומות מיירי בשאינו מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות ולא נהירא דהא הוסיף הטור ז"ל וכתב להדיא כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות עד תירץ דהר"אש ז"ל מיירי כשאין כאן העדים שיעידו שנא כתבוהו בציווי הלוה ולא ירדתי לסוף דעתו בזה דלטעמיה דהר"אש ז"ל אפילו יבאו העדים ויעידו שלא כתבוהו בציווי הלוה הנאמנות שריר וקיים וכדכתיבנא. ודע שכתב הר"ן ז"ל בפרק האשה שנפלו בפירושו על ההלכות וז"ל ואמרו בשם הרא"ה ז"ל דדינא דמברחת דוקא כשלא כתבה לו מתנה גמורה וכו':

וכתב הרש"בא ז"ל שיש לדקדק לפי דבריו עכשיו שהכל כותבין כן אם נדון אותו לשופרא דשטרא עד שיכתבו וכך אמרה לנו בפירוש כדרך שעושין בתנאי נאמנות ועל הנאמנות בפירוש ואני למד מדברי מורי ז"ל שכתב בבבא בתרא גבי כתבוה בשוקא דכיון שהכל מורגלין לכתוב כן בזמנינו זה אינו צריך לומר כן בפירוש דאלו רצתה לכסותה היתה מצוה שלא לכותבה בפרהסייא ושלא לכתוב כן בשטר שהרי הוא יודע שכך הם כותבין וכאילו צוה בפירוש כתבוה בשוקא הוא ואיפשר לדון כאן כן ונראין הדברים שהכל לפי ראות הדייני' שאי אפשר לומר באשה שתדע בנוסח השטרות שכותבי שטרות מורגלים לכתוב ועד שיעידו שכך אמרה להם בפירוש לא קנה ואם רואים שידעה ולא מיחתה אף על פי שלא אמרה להם בפירוש איפשר לומר שתהא מתנתה קיימת עד כאן: ובזה ניחא לשון הטור ז"ל דהר"אש ז"ל מיירי בדידעינן ביה דפקיע בטיב נוסח השטרות כך ולכך כשמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ובעל

התרומו' מיירי כגון שאנו מכירין בלוה זה שאינו יודע בנוסח השטרות ולכך היה צריך שיעידו העדים שכך אמר להם בפי' והשתא דאתו סהדי ואמרי שלא כתבוהו בציווי הלוה אלא מפני שופרא דשטרא כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות לכך אין סומכין על הנאמנות:

ודוקא בכה"ג נאמנין העדים דהא שפיר חתמו כדרך כל שאר השטרו' ולא מרעי נפשייהו כלל דלא רמיא עלייהו למידע אי פקיע הלוה בנוסח השטרות אי לאו ולכך נאמנין אפי' בשכתב ידן יוצא ממקו' אחר ומיהו במידי דמרעי סהדי נפשייהו כגון שטרי חוב המוקדמין אע"ג שאומרי' שטעו בשנת המלך אינן נאמנין לדעת הרמב"ן ז"ל והר"י ז"ל והרא"ש ז"ל וכמו שכתב הטור ז"ל בסי' מ"ג אלא אם כן אין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואי אמרי העדים שבכוונה הקדימו הזמן אינן נאמנין אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר דהא משוו נפשייהו רשעים ופסולי עדות בהכי וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בסי' רס"ד ואין אדם משים עצמו רשע וגדולה מזו כתב הרשב"א ז"ל בתשובה דאם אמרו העדים אחר שקנו ממנו שכחנו לבדוק אם הוא גדול דכיון דאמר ר"ל חזקה אין העדי' חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול אלמא בדבר המוחזק והנודע לכל הוא וכל מי שלא עשה כן רשע מישרי ואין אדם משים עצמו רשע ע"כ: ולפי דרכנו למדנו תירוץ למה שהקשה החכם נרו' בתשובתו דהיאך מייתי הטור ז"ל ראיה מהירושלמי דלא מיירי אלא בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ובמאי דכתיבנא ניחא דהירושלמי מיירי בשטר חוב המוקדמים וכך לי שטרי חוב המוקדמין בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר כמו שטר שיש בו נאמנות ומעידים העדים שלא כתבו הנאמנו' בציווי הלוה אפילו כשכתב ידן יוצא ממקום אחר ולא אייתי הטור ראיה אלא להא מילתא בלחוד דאף על גב דכתיב ביה וקנינא מיניה על כל הכתוב לעיל דאין כאן מגיד וחוזר ומגיד דנאמנים העדים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו והאי כדיניה והאי כדיניה:

והשתא דברירנא לשון הטור ז"ל נחזי אנן נדון שלפנינו למה הוא דומה ואיברא ודאי אילו היו עדים חתומים בכתב ההוא ועל פי העדים היינו מחייבין לקהל היה אפשר לומר דהעדים נאמנים לומר דלא חתמו על הנאמנות וכמו שכתב הטור ז"ל והיה אפשר נמי לחלק דאין כל השטרו' שוין דבכגון נדון דידן אין רגילות לכתוב נאמנות וכמו שכתב החכם נרו' בתשובתו והילכך אילו הוו חתימי עלה סהדי והיו אומרי' שלא חתמו על הנאמנות ונראה לומר דלא מהימני בשכתב ידן יוצא ממקום אחר דהא מרעי נפשייהו דכל כי האי לא הוה להו לסהדי לכתוב בלא ציווי הקהל דומיא דשטרי חוב המוקדמין לדעת הרמב"ן ז"ל ודעימיה:

ומיהו השתא בנ"ד דלא חתימי סהדי אלא הקהל עצמו חתומין בכתב ההוא מסתברא דאינם נאמנים לומר לא חתמנו על הנאמנות דחזקה אין האדם מחייב עצמו בכתב וחותם עליו אלא א"כ יודע מה שכתוב עליו דבשלמא העדים איכא למימר דסבר דניחא ליה הלוה בהכי דכל מי שמקנה סודר לכתוב שטר מסתמא דעתו שיכתוב כמנהג המדינה והרי בכל השטרות כותבין כן ולהכי חתמו על זה בלי ציווי הלוה אבל החותם עצמו במגלת ספר הכתוב עליו פשיטא ודאי דדייק שפיר אבל מאי דכתיב לעיל וחתים עלה תדע דהא כתב הטור ז"ל סי' ס"ט דכתב יד שיש בו נאמנות דאינו נאמן לומר פרעתי ואי אמרת דמצי למימר דאנאמנו' לא חתים אמאי לא מהימן למימר פרעתי ואנאמנות לא חתים ואין לחלק ולומר דמיירי כשהשטר כלו מכתיב' ידו דלא שני לן כלל להאי דינא בין כשהשטר כלו כתיבת ידו או שהשטר בכתב יד אחר והוא חתום למטה וזה פשוט בהמשך לשון הטור דוק ותשכח ובמאי דמחלקינן ניחא נמי דהטור כתב בסי' ס"ט וז"ל וי"א שצריך שיקנה בקנין על הנאמנו' שאל"כ אינו מועיל הנאמנות ובעל התרומות כתב שאין צריך קנין וכן נראה עד כאן: ובסי' ע"א כתב בשם הרמ"ה ז"ל דהא דמהני נאמנו' בלא קנין דוקא בשעת הלואה אבל לאחר הלואה ולא קנו מיניה לז משתעבד עד כאן משמע דהכין סבירא ליה דלאחר הלואה צריך קנין:

וכן כתב הרב המגיד ז"ל בפרק ט"ו מה' מלוה ולוה שכן היא דעת הרמב"ם ז"ל בסי' ס"ט פסק הטור בסתם דאין צריך קנין: ונרא' דבסי' ע"א מיירי בעיקר קבלת הנאמנות דבשלא בשעת הלוואתו צריך קנין דאל"ה במה נשתעבד אבל בסי' ס"ט מיירי בכתב ידו דמר ס"ל דבעי' שיכתוב בפירוש בההוא כתב יד שקנה בקנין על הנאמנו' בפירוש משום דאינו מועיל הנאמנו' בלא קנין ובעל התרומות אפשר דס"ל דא בר' ודאי דבעיקר קבלת הנאמנו' צריך קנין ומיהו אין צריך לכתוב בכתיבת ידו שהיה הנאמנו' בקנין דכל דחתם על הנאמנות ה"ל כמוד' שקבל הנאמנות כראוי ומיהו בספר התרומות כתוב וז"ל ואיכא מ"ד דדוקא דכתב בי' בההוא כתב יד שקנה בקניין על הנאמנות בפירוש דאע"ג דהודא' לא צריך קנין ה"מ כשמודה שיש לו אצלו כך וכך אבל על הנאמנות קנין הוא צריך עליו ולא יחול על עצמו עד שיקנה שהאמינו ומסתבר' דלא צריך קנין ע"כ: משמע דס"ל לבעל התרומות דלא צריך קנין כלל לכר נראה דס"ל לבעל התרומו' דאע"ג דקושטא דמילתא הוא שמעולם לא נטל קנין על הנאמנות חתימת ידו מחייבתו ולא צריך קנין וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשו' על הודאה בחתם ידו והשטר בגוף של עובדי כוכבים ומזלות דאפי' לא ידע לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא עתה בכל מה שכתוב בו כיון שלא חשש לקרותו וכו' והרי הוא חייב בכל אותו חיוב אעפ"י שלא לוה

מדרבי יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב כלו' אף על פי שלא היה חייב לו וק"ל ברבי יוחנן עד כאן:

ומ"מ נראה לי ברור דכל שהוא עצמו חתום על הכתב דלא מצו אמרי אנאמנו' לא חתימנא וכ"ש דלא מצו אמרי דלא ידעו לקרו דחזקה דכל שהוא חותם ודאי ידע וקרא ואפילו לדעת הרב רבינו מאיר ז"ל דס"ל דכל שידוע לב"ד שאינו מבין שומעין לו כמו שכתב הרשב א ז"ל בתשובה איכא למימר דע"כ לא קאמר אלא בכתובה דעדים הוא דקא מחייבי ליה ואיפשר שהעדים חשבו שהיה מבין מה שקראו לפניו ולכך לא הודיעוהו בעל פה אבל כשהוא בעצמו חותם ועל חתימתו אנן מחייבינן ליה הא ודאי דחזקה הוא דלא חתים עד שידע מאי דאכתיב עליה אי נמי דגמר בדעתיה להתחייב בכל הכתוב עליו וכמו שכתב. הרשב"א ז"ל בתשובה דכתיבנא בסמוך והיא בתשובות להרמב"ן ז"ל סימן ע"ז והיא אצלי מכתיבת יד להרשב"א ז"ל והשואל היה הרא"ה ז"ל והילכך בנדון דידן כיון דהקהל עצמו חתימי עליה לא יכלי למימר אנאמנות לא חתימנא ולא מצו למימר דלא ידעו לקרות ואין לחלק משום דהוי מילתא דבינו לבין יוצרו דחתימתן מוכחת דקבלו כל אותן החומרות על נאמנותו ואם שוב יאמרו דלא ידעו ולא הבינו אין שומעין להם דהרי מכחישין חתימתן ועלינו מוטל שלא יעברו על מאי דמשמע לן שקבלו מתוך כתבם ויש לזה כמ' ראיות ואין להאריך בזה:

ומיהו מטעמא אחרינא איכא למיפטרינהו ואפילו יאמרו דחתמו על הנאמנות דהא ודאי אותם שצוו לחתום אפילו יודו ויאמרו שצוו לחתום על הנאמנות שוב נאמנין לומר שפטרם דכתב הטור ז"ל בסימן ע"א וז"ל כתב בעל התרומות טען המלוה כשהלויתיך התניתי על פה שאהיה נאמן עליך כשני עדים והלוה אומר הין אבל פרעתיך נאמן עד כאן. ואפילו אותם שחתמו ממש אם אין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואין העדים מכירין חתימתן אלא מפיהם אנו חיין אפילו יודו נמי ויאמרו שחתמו על הנאמנות נאמנין לומר שפטרם ואף על פי שהרב בעל העיטור ז"ל חולק וכמו שכתב הטור סימן ס"ט רבים חולקים עליו ולהם שומעין וגם הרשב"א ז"ל בתשובה האריך בזה ודחה דעת העיטור ז"ל בשתי ידים גם הטור ז"ל סתם דלא כוותיה בסימן פ"ב מעתה בנדון דידן אף על גב דיבאו העדים החתומין ויעידו מפיהם ולא מפי כתבם שפלוני ופלוני בטו בפיהם ובשפתותיהם הנזירות והשבועה אם לא יעידו בפירוש גם על הנאמנות אף על גב דהם יודו על הנאמנות נאמנים לומר שפטרם:

והילכך כיון דאותם שצוו לחתום וגם אותם שאין כתב ידן יוצא ממקום אחר נפטרו מעתה כולם נפטרו דלא נתקשרו הנשארים אלא על דעת שכל הקהל איש באחיהו ידבקו ולא יתפרדו וכמו שכתב הרב המובהק גדול הדור:

ומסתברא לי דאפילו אם המיעוט בלבד נפטרו גם הרוב הם פטורין דבדבר מינוי חכם מסתמא שום אחד לא נתקשר אלא אדעתא שיהיו כל הקהל בקשר אחד אין פרץ ואין יוצא ואין צוחה בקהלם אפילו דל מרעהו לא יפרד תדע שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל כל ענייני הצבור אין למקצת הצבור רשות לעשותם בלתי הצבור כלו שהצבור כשותפים הם בכל העניינים המוטלים על הצבור ובכל המנויים שצריכים לצבור בנאמנים וגובי המס ושלוחי הצבור וכל כיוצא בהם וכן באיזה ענין יפסקו מה שיפסקו וכל כיוצא בזה וכל שאינם נוהגין כן עושין שלא כדין אלא אם כן הם אנשים ממוני' על ענייני הצבור בכלל והם קרויים בדברי חכמים שבעה טובי העיר שאמרו כי הם כאנשי העיר וכן שלשה מבית הכנסת שהם כאנשי הכנסת וכמו שאמרו בירושלמי במסכת מגלה אבל אנשים אחרי' בלא הסכמת הצבור לא ואם עשו עשו שלא כדין ואין לכל חרם שיחרימו דין חרם לענין אסור החרמות אלא כלוטא וקללה בעלמא וכמו שכתוב במארה אתם נארי' וגו' הגוי כלו גוי ואמרו בע"ז בפרק אין מעמידין אי איכא הגוי כלו אין ואי לא לא וכן נהגו בכל הקהלות ששמענו שמעם ויש מקומות שבוררי' להם מוקדמין ונותנין להם כח בכל מקום ומקום כפי מה שמסכימי' עליהם ורוב המקומות עכשיו גדולי הקהל בעצה ובהסכמה עושין כל צרכי הצבור לפי שאי אפשר לנשי' ולקטני' ולחלושי הדעת להסכי' בצרכיה' והיחידי' בעלי העצה מן הסתם כאפוטרופסין עליהם לפקח על כל העניני' הצריכי' ומכל מקו' אם קצת מהקהל אפילו מאותם האחרי' שאינן גדולי העצה מוחין מחאת' מחאה כל שלא קבלו עליהם בפי' וכמו שכתבתי וכל שכן אם קצת מאות' בעלי העצה מוחין במה שעושין קצת' ולפיכך אני רואה שכל מה שעשו מקצת הקהל שלא מדעת שאר הקהל ושהיו מקצת אות' בעלי העצה מוחין מה שעשו לא עשו ולא כלום ואין לחרם דין חרם כמו שאמרתי דאי ליכא הגוי כלו לא וחרם שהחרימו שיהיה אחר ש"צ בבית הכנסת שהצבור נועדים שם ולזמן ידוע שלא מדעת כת האחרת וכל שכן על כרחם וכו' עד כאן. כן כתוב בתשובת הרשב"א ז"ל הנמצאות אתנו. גם בתשובת הדפוס בסימן ש' על דבר מינוי שליח ציבור לא חשש אל הרוב דוק ותשכח הא קמן דסבירא ליה להרב ז"ל דבכל המנויין בעינן הסכמת הציבור כלו ואין מעשה הרוב כלום כשהמיעוט מוחין ואפי' החרימו על מנויים אין לו דין חרם דהרי הם כשותפין בזה וצריך הסכמת כולם הילכך בנדון דידן כיון שבעיקר קבלת מינויו היה כח ביד המיעוט לעכב

אלמא הרוב על דעת המיעוט נתקשר ואם המיעוט נפטרו גם הרוב נפטר ואפילו אם יהיו הפטורים מקצה הקהל מכל מקום לא חשיבי מהכת שכתב הרב ז"ל שהיחידי בעלי העצה מן הסתם כאפוטרופוסים עליהם דהא הוכרחו להחתימן בקבלת מינויו אלמא דלא סמיכי עלייהו וצריכין להסכמתם וכיון שכן אפילו אם המיעוט בכמות באיכות מהחתומים הם פטורין גם השאר פטורים:

ואם תשאל והרי הרשב"א ז"ל גופיה השיב בתשובה וז"ל שאלת הסכימו הקהל לעשות תקנות והחרימו עליהן וא' מו הקהל מחה אם חייב היחיד לקבל עליו אות' הסכמה תשובה שורת הדין בהסכמת בני המדינה כל שהרוב מסכימין ומתקנין ומקבלין עליהן אין משגיחין לדברי היחיד שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם הם כבית דין הגדול אצל כל ישראל ואם גזרו הם גזירתם קיימת והעובר על החרם שלהם ענוש כדכתיב במארה אתם נארים וכו אלא שמנהג המקומו' שחוששין להמחאת היחידים לכתחלה ולא מן הדין אלא שנהגו סלסול בעצמן אבל מכל מקום אם רצו לגדור ולתקן ויש בתקנתם מועלת או גדר פרצה והיחידים באים לעכב אם אין הצבור משגיחין בהם ומעמידים הדבר על קו הדין הרי זה דרך ישרה שיבור לו כל הצבור וצבור ע"כ אלמא דמדינא לא חייש למיעוטא:

תשובתך שניא היא תקנות וגדרים מענייני צבור כגון מנויים וכיוצא בהם דתקנות וגדרים ראוי לילך אחר הרוב ועל זה אמרה תורה אחרי רבים להטות דאי לא תימא הכי אין תקנה וגדר לצבור לעולם כי שכיחי מיעוטא המתפרצים אבל בענייני הצבור הרי כולן כשותפין הן והמיעוט יכולין למחות וכיוצא בזה כתב מהר"י קולון ז"ל סימן קפ"א ואיפשר דגם הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל ששי דאזיל בתר רובא ולא חש למיעוטא דבתקנות וגדרים דווקא מיירי ולא במנויים וכיוצא בזה:

והילכך הדין פשוט שכל הקהל הם פטורים בטענתם הראשונה לבד: וכל שכן אם כדבריהם כן הוא שבסבתו לטבח הובלו כתוא מכמר לפני ערכאותיהם דלא מהני ליה הנאמנות ואפילו אם לפי דעתו עברו על החומרות בכי האי דינא לא עביד צורבא מרבנן אלא להגישם לפני משפט האלדים ואם שגה בראה פקה פלילה הלא לאמונה תהיה זאת לו לפוקה ולא רבי יתקרי ואזל ליה מהמנותיה דכך לי מכשול עון זה לאשר לאיש אשר נשאו לבו ליישב על המשפט כמו נמצא המלוה כפרן דנתבטל נאמנותו וכמו שכתב הטור ז"ל בסימן ע"א:

ובר מן דין ומן דין או מן סרמיסין וסרמוטין הוא וכל שכן אם לא הגיע אפילו לגדר זה דלא ידע אפילו צורתא דשמעתא אלא בידיעת בית רבו דהא ודאי פשיטא דהקהל פטורים ומבורכים אשר ל' ו מלחצב להם בארות נשברים אשר לא יכילו המים וברחו

להם מקור מים חיים ומעיקרא לא חל הנדר והשבוע' דהא לא העמידוהו אלא לנחותם הדרך הישרה ולהודיעם את חקי האלדים ושילבישם בגד ישועות נפשם וירביץ תורה ביניהם יורה יורה ידין ידין כאשר כתוב בשטר מינויו ומי שלא דרך נפשו עז ותושיה את הישרה יעקש ואם הבור רק מה ידלו ממנו הלא לאמונה מי מצור ישאבו ובלואי הסחבות היאך ילבישם בגד ישועות ואיכה ירעה מי שלא הגיע לרועה צאן ואיכה ירבץ תרביצא אשר ימשש בצהרים באפלה הילכך ודאי דנדר טעות הוי וכמו שכתב הרב המובהק נרו ותנן נמי קונם שאני נושא את פלונית כעורה והרי היא נאה שחורה והרי היא לבנה קצרה והרי היא ארוכה מותר בה לא מפני שהיא כעורה ונעשת נאה וכו' אלא שהנדר טעות פי' אף על פי שלא התנה בנדרו אם היא כעורה אפ"ה מותר בה כשנודע שהיתה נאה שאילו ידע שהיתה נאה לא היה נודר ולהכי נקט והרי היא נאה ולא סגי ליה במה שאינה כעור' דדילמא מאחר שאינה נאה הרי היא כעורה בעיניו ושפיר נדר וה"ה נמי איפכא קונם שאהא נושא את פלונית נאה והרי היא שחורה לא חל הנדר ואינו צריך לנושאה דהויא ליה נדר בטעות ונדון דידן להא דמיא ויש עוד כמה משניות דמוכחי להדיא דכל כה"ג נדר טעות הויא גם בעלי התשובו' האריכו בכיוצא בזה ומפי כולם נזרקה דכל כיוצא בזה בטל הנדר מעצמו ולא חל כלל והאריך ריב"ש ז"ל בכיוצא בזה סימן של"א על ידי שם:

וכתב עוד הריב"ש ז"ל בתשובה סימן קצ"ה על דבר הסכמה שנעשה במינוי סופר וז"ל אבל מה שנראה ברור הוא הוא שנתלי' מתנתם בהיות הסופרים הגונים ונאמנים במלאכתם דודאי לא עלה על דעת שיתנו הספרות לחשודים על העבירות וזו היא אומדנא דמוכח אף אם לא נכתב אין צריך לומר שכתבו כן בלשון ההסכמה שהם ראויים והגונים ונאמנים וכו' ע"כ ואם במלאכת הספרות כתב הרב כן כ"ש במלאכת התורה כולה להורות ולדון דמי שלא הגיע להוראה ומבקש לקפוץ בראש מחריב העולם ומכבה נרה של תורה ומחבל כרם ה' צבאות כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות תלמוד תורה והילכך פשיטא ודאי ששום קהל אפילו כבני בשכר לא יקבלו איש כזה לראות באורו אור התורה כ"ש קהלה קדישא במדינה מהוללה מקדם ומאז היא ישועתה לנו ולפתח עינים בתורה ובמצות ודבר ה' ממנה תצא והילכך הפה והלב היו שוין כי איש כזה לא קבלוהו ולא האמינוהו עליהם:

ומי שרצה להקימו ולחייב הקהל מפני שמעיקרא קבלוהו מפני ששני ראשי הקהל היה להם וכו' כאשר בא בתשובת החכם נרו הא ודאי לא חש לקימחיה דהיינו אומדן דעתא נגד מה שהוציאו בפיהם והוה ליה גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים

וכ"ש דכלל גדול מסר לנו הרשב"ץ ז"ל באומדנות וז"ל הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה בן דעת הנותן או הנשבע ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאלו פירשו וכל אותן שהזכרתי למעלה כולן הן על דרך זו שאפילו הבעל דין החולק אינו אומר שלא היה כן דעתו אלא אומר אף על פי שכן היה דעתו כיון שצא פירש אין לילך אחר דעתו וקי"ל דכיון דאין לחלוק כלל כדעתו שלא היה כן אף על פי שלא פירש הרי הוא כמו שפירש ולא הוו דברים שבלב אלא דברים שבפה ושבלב דכ"ע סהדי שזה הוא דעתו אבל אם איפשר לחלוק בדעתו אם הוא כן או אינו כן אף על פי שיותר נוטה הדעת למה שבלבו כיון שאיפשר על דרך רחוקה לומר שלא היה כן דעתו הוו להו דברים שבלב שאינן דברים והיינו ההיא דההוא דזבן נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל ופירשו המפרשים דגלי אדעתיה קודם לכן שהוא רוצה לעלות לארץ ישראל וגם אחר כך הוא טורח לעלות דאי לא פשיטא דלאו כל כמיניה למימר אדעתא למיסק לארעא דישראל זבינית ואפ"ה כיון דבשעתא דזבין לא אמר אמרינן איפשר דמשום דאיצטריכו ליה זוזי זבין ולא אזלינן בתר דברים שבלבו ואף על פי שהדבר קרוב מאד שמפני זה מכר כיון שאיפשר לומר בדרך רחוקה שלא היה דעתו כן לא אזלינן בתר דברים שבלבו ולאו אומד דעתא היא כיון שאיפשר למימר הכי ולומר הכי ע"כ. מעתה כ"ש בנדון דידן דלית לן למיזל בתר האי אומדנא דסתמו כפירושו דלא חשידי ישראל לקבולי עלייהו מאן דלידייניה להו דיני דמגיזתא ונפל טמון בל חזה שמש יחזה להם משאות שוא ומדוחים. והס כי לא להזכיר דבר רע ומר ישתקע ולא יאמר על עדה קדושה אשר בתוכם ה' מעולם אנשי שם שיאמרו לעץ הקיצה לאבן דומם יורה הא ודאי לא נמצא כזאת בישראל והילכך ודאי הדין פשוט דנדר בטעות הויא ואע"ג דחזינן דלאחר ימים רבים שקבלוהו אותו עליהם הוא דסלקו והילכך לא דמיא להא דתנן ראה אותן אוכלין תאנים אמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו וכו' שתכף כשקרב אליהם וראה אביו ואמו אמר אילו הייתי יודע לא הייתי אוסרם עליו וכדאיתא התם בגמרא מכל מקום הא דידן עדיפא שפירשו בהדיא ולהרבץ תורה קבלוהו וסתמו נמי כפירושו הרי מעיקרא לא חל עליו הנדר כלל ואם שוב היה עליהם לראש ולחכם לא מחמת הכרח החומרות אלא ברעות נפשייהו אי נמי מחמת אונס וטענת האונס נמי טענה אלימתא היא כמו שכתב הרב המובהק נרו':

ותשובת הרשב"א ז"ל שהביא היא כתובה אצלי באורך ומעשה שהיה כך היה באחד ששדך בת ראובן ונשבע שישאנה ואחר כך אסרה על עצמו בכל חזוקים ופירש להדיא נדר זה נדרתי לאלהי ישראל בלב שלם ובנפש חפצה בלא אונס כלל בביטול כל מודעי

ובבטול כל התנאין וכו' והנודר גלה דעתו לפני כמה מאוהביו שדעתו בנדר ורוצה בקיומו אחר כך טען שאנוס היה וקודם הנדר מסר מודעא:

והשיב הרשב"א ז"ל שהוא נאמן על עצמו וכמו שהביא:

מהר"י קארו ז"ל בספרו והקשו עליו אם נאמר כן לא נמצא לאו שבועה ונדר נמסר לב"ד לעולם שלעולם יאמר אנוס הייתי והשיב ז"ל שכבודו במקומו מונח שאינו מוצא מקום לקושיא זו לפי שאין דנין שותק ומודה מצווח יאמר אנוס הייתי שאם הקושיא קושיא אף אנו נקשה בהוציא פת חטים ונתכוון להוציא פת שעורים שאנו אומרים שלא חלה שבועתו ומותר בשל חטים ושל שעורים אם כן לא מצינו לאו דשבועה בשלא אוכל פת ובשלא אוכל תאנים וכיוצא בו נמסר לב"ד שהרי יכול לומר לא לכך נתכוונתי אלא לכך וכן בנזיר ששתה יין וכו' ועוד כי באמת אין מלקות אלא בעדי' והתראה ואם זה התרו בו ואפ"ה לא חשש לומר בשעת התראה ואכל וכ"ש כשאמר אעפ"כ ודאי אינו נאמן לפטור את עצמו מן המלקות לאחר מכאן שכבר נתחייב במלקות ובמלקות ובמיתה ובממון אינו נאמן לומר כן עם העדת עדים אבל בבא לב"ד וכו' והאריך בזה הרבה ומכל מקום בנדון דידן דאיכא ידים מוכיחות שהיה באונס פשיטא ודאי דנאמנין:

הילכך מכמה אנפי יצאו הקהל מנוקים בצדק אין בהם נפתל ועקש ואדרבה שכרם הרבה מאד להסיר בעל מום מעל המזבח ולהכרית אשרה מאצל המזבח ואפילו שלא היה הדין כן היה ראוי להפרידן מפני הוראת שעה להקים דגל התורה כי מיום אשר קמו חכמים כאלה לישב בראש תבו חכימיא למיהוי כעמא דארעא וחכמתם תסרח ואמת נעדרת ונתעוותו הדינין ונתקלקלו המעשים ואין נוה בעולם והתור' חוזרת על לומדיה ופליאה דעת ממני למה לא יצאו זקנים איש משענתו בידו ותינוקות של בית רבן במכתבין שלהן כשנעשה הקשר הזה להפר את ברית' ולא תהיה לפוקה ולמכשול וכ"ש כי הדין פשוט יותר מביעתא בכותח' שהקהל הם פטורי' ומנוקים וגם החכם נרו' שנכנס אפיריין נמטייה אשר על ידו נבנתה קרית ספר על תלה כאשר לפנים וההסכמה אפי' שתהיה שרירא וקיימת אינה נוגעת ולא פוגעת בזה כאשר א ולאפס פנאי לא יכולתי להאריך אם ההסכמה חלה מעיקרא ובה"י עוד אאריך בזה ואל חי צורינו ישפות להם ולנו שלום בהשקט ובבטחה עד עולם ותחזור עטרה ליושנה בביאת משיחנו כפי אמונתנו וכבנין ההראל וכתב הצעיר מר ונאנח בצלאל אשכנזי: **מציעא פ"ק דף י"ב**

סימן כו

שאלה. מציאת בנו ובתו וכו' אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואינו מאחר בידו למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכייה לנפשיה מדאוריתא והתני' וכו' עד וסבר רבי יוסי קטן אית ליה וכו' לע"ד פשיטא דסוגיא הכי פירושא אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו ולא אמרו שתהא לעצמו דאי אתא אחר וחטפה מיניה בהא לה מירי שמואל דפשיטא דאין אחר יכול ליטלה ממנו משום דתקנו חכמים זכיה לקטן לנפשיה כדתנן במתניתין מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גזל וכו' ולהכי פריך מפני מה וכו' תהוי מציאתו לעצמו ואיפשר שזהו שכתב רש"י ז"ל בשלמא בכסף ואשתו מפר' להו במקומן בכתובות אלא בנו טעמא מאי ללמדנו דהפירכא היא תהוי לעצמו דומיא דאשתו דפשיטא דאית לה זכייה לנפשה אלא שתקנו חז"ל שתהא לבעלה משום איבה ומשני שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ומשעה שהגביה לצורך אביו הגביה אם כן הבן זכה בה לאביו משעה ראשונה ולית הכא שתי זכיות כדכתבו התוספת דכיון דמשעה ראשונה הגביה הבן לצורך אביו הוה ליה כמגביה מציאה לחבירו דקיל"ן קנה חברו ואין אחר יכול לחוטפה דכיון דבר זכייה הוא לנפשיה זכי לחבריה ה"ה והוא טעם לקטן דאין אחר יכול לחוטפה מידו משו' דבר זכייה לנפשיה הוא דהא תקינו ליה רבנן זכייה כדתנן וכו' וכשהגביה לצורך אביו זכה אביו בזכיית בנו הקטן כדכתבו התוספת אלא אי מדרבנן הוא בשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב משום כו' בדיבור אי אמרת בשלמא זכיית הבן והאב בהדי הדדי אתו: ואי הוה אמרינן דקטן לית ליה זכייה לנפשיה כלל אפילו מדרבנן מאי מהני טעמא דמריצה אצל אביו האי טעמא לא סגי אלא למימר דאינה לעצמו אלא לאביו אבל אי אתא אחרינ' מקמי דמטי מציאה לידי' אבו' הויא שלו דאחר דאבוה לא מטי אכתי לידיה כי היכי דלזכי בה ובהגבהת בנו קטן לית בה מששא באותה הגבהה כיון דלית ליה זכייה לנפשיה היכי זכי לאבוה ומתניתין קתני מציאת קטן לאביו אף על גב דאכתי לא מטיא מציאה לידיה דאבוה דאי מתניתין אמרה מציאתו לאביו אחר דבאה ליד אביו פשיטא אף על גב דמתניתין לא מיירי בהכי אלא בדינא דאיכא בין שניהם דהרי נתנה לו מדעתו אלא ודאי אפי' לא מטייא לידיה מיירי ומינה נמי דאי אתי אחרינא וחטפה מיניה דלא עביד מידי ומפקינן מינה דומייא דגמר לעיל רמי בר חמא ממתניתין דשנים אוחזי' דקתני יחלוקו ממשנה יתירה שמעינן דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואין אחר יכול לחוטפה וכדכתב רש"י ז"ל עלה דההיא דרמי דיחלוקו הם הכי נמי שמעינן ממתניתין דקתני מציאת קטן לאביו ולא לעצמו דאי נמי אתא אחר וחטפה מיניה דמפקינן לה מיניה

משום דזכה. בה הבן לאביו משעה ראשונה דלצורך אביו הגביהה והשתא אי אמרינן דקטן אין לו זכייה כלל אפילו מדרבנן לא זכה בה הוא ולא אביו מקמי דמטיא לידיה אי אתא אחרינא וחטפה אם כן כיון דמתניתין קתני לאביו ומינה שמעינן דאין אחר יכול לחטפה מידו וכדכתיבנא הכרח הוא דקטן אית ליה זכייה לנפשיה מדרבנן וכיון דבר זכייה הוא מצי זכי בה לאבוה וזכייתו וזכית אביו בהדי הדדי אתו ופריך למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכייה לנפשי' כלומר אלא מדרבנן מפני דרכי שלום וכמתניתין ודייק הכי משום דכיון דבהאי טעמא קלישא דמריצה. אצל אביו הויא מציאתו לאביו אם כן אי אמרת בשלמא דזכיית קטן לנפשיה הויא מדרבנן מפני דרכי שלום לחוד כיון דזכייתו לנפשי' קלישא סגי בטעמא דמריצה למימר דהוא לאבוה אבל אי סבר שמואל דזכייתו לנפשיה הויא מדאורית' לא סגי בהאי טעמא קלישא דמריצה למימר דתהוי לאבוה ומשום הכי דייק גמרא למימרא דסבר שמואל וכו' כוונתו בזה היא דלעולם לא סליק אדעתיה גמרא למימר דקטן אין לו זכייה כלל אפילו מדרבנן ולא הבין זה מדברי שמואל לא בקושיתו מפני מה אמרו וכו' דאדרבא מדפריך מפני מה אמרו לאביו משמע דפשיטא דסבירא ליה דקטן אית ליה זכייה לגבי אחריני דלא לחטפנה מיניה וכן נמי כדמשני מפני שבשעה שמוצא' מריצה ה"נ ס"ל דקטן אית ליה זכייה לנפשיה מפני דרכי שלום אלא שרוצה הוא לזכות בה לאביו דחז"ל אמרו לדעתיה דאדעת' אגבהה וזכייתו וזכיית אביו בהדי הדדי קא אתו נמצא הכוונ' בזה דלעולם לא סליק אדעתי"גמר' למימר דקטן לית ליה זכיה מדרבנן דאי מדרבנן לית ליה היכי אתי למימר ולאוכוחי מדרבי יוסי דאית ליה מדאוריית' דפריך והתניא וכו' דפריך והתניא דאית ליה זכיה מדאוריית' מדפסק שמואל כר' יוסי וכדעת החוך וכדנימא לקמן דברים אלו אין להם שחר ואין ראוי להעלותם על ספר וכ"ש קמיה דמר אלא אגיד דברים שעברו ביניינו בישיבה בהיות אתנו כעת איש חסר דעת לגמרי אין לו ידיעה בין ימינו לשמאלו ובהמה רבה ואמר שקשה לשמואל ואמר מפני מה אמרו כלומר אמאי תהוי מציאתו לאביו תהוי לאחרי' אי אתא וחטפה מיניה וזו אין צורך לדחותה דבורכא היא אבל האיש ההוא מצא לו חבר איש מחזיק עצמו בגברא רבא וראיתיו דאינו ראוי לרוע' בקר ה"ה הרבי שלמה ברוך בתחיל' דבריו אמר דקושי' מפני מה אמרו דס"ל לשמואל דקטן אית ליה זכייה מדרבנן לומר דתהוי מציאתו כהפקר ואי אתא אחרינא וחטפה מיניה תהוי דידיה ובזה חזר בו ביום מחר אלא שהחזיק בטעותו קצת ופירש דאה"נ דכשאמר שמואל מפני מה אמרו ט"ל לשמואל דקטן אית ליה זכיה מדרבנן ומשני שבשעה שמוצאה מריצה וכו' אפקעוה רבנן לזכייתו דקטן לגמרי דאין לו זכייה אפי' מדרבנן לגבי נפשיה ומש"ה הויא דאבוה והדר

ביה ממאי דאמר מעיקרא דקטן אית ליה זכייה מדרבנן ושני דלית ליה דאפקעי' לזכייתו דקטן כדי שיזכה בה אביו ומתני' דקתני מציאת חרש וכו' מפני דרכי שלום ההיא בקטן יתום שאין לו אב מיירי אבל כשיש לו אב לית ליה לקטן זכייה כלל לנפשיה ואפי' לגבי אחריני זו היא דעתו של הרב שלמה ברוך וזה יעידון עליו כל בני הישיב ואם הוא שינה בכתבו יען בוש מדבריו הראשונים חזר בו והעדתי עליו כל בני הישיבה כי כן אמר דמתני' מיירי בקטן יתום ואמר תעידו על כי כן דעתי ותימרוה משמי ועתה אבי ראה גם ראה דעתוי הסכלה שהקשתי עליו עני מה תהא עליך הואיל וכדמשני שבשפה שמוצאה מריצה וכו' סבירא ליה לשמואל דאין לקטן זכייה לנפשיה כלל אפי' מדרבנן אם כן אי אתא אחר וחטפה מיניה הוי' דידיה דהא הגבהת הקטן לא הויא הגבהה דלית ליה זכייה ואבוה נמי אכתי לא מטי' לידיה וכי עדיף קטן שאין לו זכייה כלל מחצר שאינה משתמרת וצבי או מציאה בתוכה ובעל השדה אינו עומד בצד שדהו דלא זכה כלל ואפי' אמר תזכי לי שדי והרי קטן אינו משתמר מה. שבידו והיכי זכי אביו ומפקינן לה מאחר דחטפה דא בורכא ודאי ועוד דמתניתין דקתני קטן אפילו יש לו אב מיירי דיש לו זכייה לנפשיה לגבי אחריני דלא ליחטפנה מיניה אלא דחז"ל אמדוה לדעתיה דרצונו דתהוי לאבוה וכשזוכה בה הבן זכה בה האב ובהדי הדדי אתו הנה דברי' אלו נראי' פשוטים דזהו פי' ההוגיא ולשונו של רש"י ז"ל שכתב הילכך כשמגביהה לצורך אביו הגביה ולשון התוס' ז"ל שכתבו אלא אי מדרבנן הוא בשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב משום וכו' ועוד נלע"ד דלא שייך למימר מטעמא דמריצה אצל אביו אפקעוה חז"ל לזכיית קטן לנפשיה ויהבוה לאביו דהרי לא אפקעיה בע"כ דבן אלא משום דאמדוה לדעתיה דקטן דרצונו לזכות בה לאביו אמרינן מסתמא כשהגביהה לאביו הגביהה ורצונו בכך וזוכה בה לאביו ואם כן זכייתו וזכיית אביו אתו בהדי הדדי ולעולם אית ליה זכייה לנפשיה ואי אתא אחרינא וחטפה מפקינן לה מיניה ואנה"נ דאפילו קטן עצמו כשהגביהה אפילו אמר לעצמי אני זוכה בה איפשר דהוי דאבוה דאמדוה חז"ל לדעתיה דקטן וכו' ואי האי לא בעי הכי בטלה דעתו ובזה הוא ההפרש שיש בינו לבין המגביה מציאה לחבירו דהתם אי מעיקרא הגביהה לנפשיה זכה בה והכא כיון דכולהו קטנים מריצים מציאתן לאביהם האי נמי בטלה דעתו אצל הרוב ומכל מקום מדמינן להו לעיל דכי היכי דהמגביה מציאה לחבירו וכו' ואין אחר יכול לחוטפה מידו משום דבר זכייה לנפשיה הוא הה"נ קטן זכי בה לאביו כיון דתקינו ליה זכייה לנפשי' עוד ראיתי שהביא ראיה לדברי מהתוס' לסמן דיבור ר' יוחנן אמר ממאי דאמר התוס' ז"ל דלשמואל דאמר הכא קטן ממש התם נמי גבי עירוב אינו זוכה דידו כיד אביו כיון דמציאתו לאביו ה"ה כל זכיותיו לאביו עכ"ל

ז"ל ואמר האי מרבנן דכיון דאמרו התוס' אינו זוכה דידו כיד אביו א"כ הוא אינו זוכה כלל לנפשיה לחזי מר האי בורכא רבתא וכי אם הוא אינו זוכה לעצמו כלל היכי הויא ידו כיד אביו כדי שיזכה אביו והרי הוא אין לו יד כלל ופשט התוס' הכי הוא דכשמזכה העירוב לאחרים ע"י בנו קטן לא זכה האחר כלל משום דידו כיד אביו ועדיין לא יצא מיד אביו דאם הקטן זוכה בו תכף באה לו זכות אביו ובהדדי אתו וא"כ לעולם העירוב לא יצא מיד אביו הנה כל זה כתבתי טרם ראותי כתבו ואלמלא באתי להעלות על ספר טעיותיו שמחליפם בשעה עשר מונים לא יספיק הפנאי לכך אלא קצרתי וכתבתי קצת מהם שהחזיק בהם אחר הויכוח הגדול שהחזירו מכמה מהם וכעת המציאו לידי כתבו מכתב וחתם ידו שכתב לשלוח קמימר וראיתי עוד בה שלא הבין פשט הגמ' לקמן וז"ל דכתבו ולקמן פליג עליה רבי יוחנן ואתר וכו' עד דסבר תנא דידן דקטן אית ליה זכייה לנפשיה מדאורייתא ומדרבנן עכ"ל הסכל הזה ראה אבי גם ראה סכלותו שכתב ומדרבנן ואם יש לו זכייה מן התור' מה צורך לדרבנן בזה ודאי בלא דעת דבר גם טעה שכתב דרבי יוחנן סבר דאית ליה זכיה מדאורייתא ובהכי פליג אדשמואל והא ליתא א"כ ר' יוחנן נמי כת"ק ולא כר' יוסי דמתני' דמציאת חרש וכו' וז"ל רש"י ז"ל לקמן דפליגא דשמואל דפי' טעמא דמתני' משום דלית לי' זכיה אדר' חייא בר אבא דאמר אף גדול שיש לו זכיה וכו' כוונתו ז"ל לאפוקי ממאי דכתב האי מרבנן דפשיטא דלא פליגי בזכיה דקטן דכולהו ס"ל דמפני דוכי שלום הוא מדאורייתא אלא פליג אדשמואל דסבר ר"י דאפי' גדול אם סומך וכו' מציאתו לאביו ואם אינו סומך אפי' קטן מציאתו לעצמו ולא תליא מלתא בדלית ליה זכיה והרי הרי"ף הרמב"ם ז"ל פסקו כר' יוחנן ופסקו דמציאת קטן יש בה גזל מפני דרכי שלום וזה נראה פשוט ועדיין יש לי להבין מתני' דלקט פלוגתייהו דת"ק ור"י במאי פליגי לרבי יוחנן דאפשר לומר דטעמא דר' יוסי דמלקט בנו אחריו הוי מטעמא דעשו שאינו זוכה כזוכה אי נמי לית ליה לר' יוסי אליבא דר' יוחנן טעמא דמריצה וכו' ולהכי כי קא מלקט לנפשי' קא מלקט ואבוה מיניה קא זכי דלעיל אכי אי אמרת בשלמא הוא דקאמר כי קא מלקט לאבוה קא מלקט אי לית זכיה מדאוריית' מטעמא דמריצ' דאליבא דשמואל קיימי' ומ"מ קשיא ת"ק דר"י מאי ס"ל דקאמר לא ילקט בנו אחריו אע"ג דנימא דלית ליה עשו שאינו זוכ' כזוכה מ"מ אי לא ס"ל טעמא דמריצה הרי מציאתו לעצמו אפי' הויא זכייתו מדרבנן וילקט בנו אחריו ואי אית ליה טעמא דמריצה קשה א"כ נימא כתנאי פלוגת' דשמואל ור' יוחנן דמר אית ליה טעמא דמריצה ומר לית ליה והנלע"ד נכון הוא דפשיט' דר' יוחנן לית ליה טעמא דמריצה ומתני' דלקט מיירי בקטן סמוך על וכו' דומיא דאשתו ות"ק לית לי' עשו שאינו זוכה כזוכה ומ"ה לא ילקט דמציאתו לאביו

דטעמ' דאיבה שייך נמי בלקט וכדכתבו התוס' בהדיא בדיבור אי אמרת בשלמא ור' יוסי אית ליה עשו שאינו זוכה כזוכ'. ושמואל ה"נ ס"ל דרבי יוסי ס"ל עשו שאינו זוכה וכו' וכדקאמר גמרא אליב' דידיה וטעמא דת"ק דר"י משום דלית לי' עשו וכו' ומיירי אפילו בקטן שאינו סמוך ומציאתו לאביו מטעמא דמריצה ור' יוסי נמי אית ליה טעמא דמריצה לשמואל אלא דאית ליה עשו שאינו זוכה כזוכה. עוד ראיתי בשגיונותיו בכתבו וז"ל וכן נראה מדברי התוס' ז"ל עד פי' ואין זכייה לבן לנפשיה כלל אלא לאביו ע"כ יראה הסכל הזה שמפרש דברי התוס' כפי דעתו ומביא ראיה מהם מצורף לזה כי מה שפי' בדברי התוס' הוא הפך הבנתם: הנה העלתי על ספר כמה דברים פשטי' למתחילים אבל מה אעשה והאיש הלזה מוחזק בעיני הבריו' בגברא רבא כי הוא החזיק עצמו לרוב גאותו ומפני כך טעה במה שטעה אחלי יכונו קמי מר ישיבני על הכלל ופרט בארוכה דעתו הצלולה גם אחלה יעלה על ספר דעת המפרשי' ז"ל בזה בכל הדברים שכתבתי אם דברו בהם ואוחילה אחלה אם רצונו יעשה עמי חסד וישלח לי שטה אחת או שתים אשר הם כוללות במסכתא הזו ומדברים בכל פרטיה כי השטה המקובצת איני שואל כי ידעתי יצטרך לה מר לאיז' פסק ובזה אמצא חסד חן וחסד יעטרהו האל וכסאו כסא התורה והמשפט יכון בצדק כנפשו החכמה והרמה וכנפש נענה ומדוכה אני המר ונאנח עזוז בן לאדוני אבי כהרבי שמעון נחמני זלה"ה:

הנה כתבו מועתקת מלה במלה בתוך כתבי שלוחה ואחלה יראה גם לגבירי הח' הנעלה עץ הדעת כמה"ר יעקב קשטרו וכו' והמחילה אתו כי לא יכולתי להעתיק אחרת כעת וש"ש:

סימן כז

שאלה. דברי מר אינן צריכין חזוק כי כלום הם נכונים למבין מיוסדים על אדני יושר ולכן אחר עד עתה כי אמרתם עקשות עובר הוא זה והמה מעצמם יסוגו אחור ועתה ששמעתי כי תוקעים עצמם בטעותם והולכים ומתחזקים בו נתתי את לבי לתור באמתחות המפרשי' ז"ל וקרב לדהנא ואידהן ובהשנות דבריהם בפי שאפה באות נפשי העיפה ותהי לנפש חיה לחוות דעי:

ואיברא ודאי הסוגיא כ' פשטה מתפרשת כמו שכתב מעכ"ת וכן פירש הריטב"א ז"ל וז"ל אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת בנו קטן לאביו פירוש דאלו בתו ואשתו טעמא רבא איכא כדפרישנא במתניתין וס"ל לשמואל דקטן ממש קאמר ואפילו סמוך על שולחנו מדקתני לה דומיא דבתו דהשתא לית ליה משום איבה ולהכי קא בעי ביה טעמא. מפני

שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו פירוש וה"ל כאילו הגביה לאביו כן פרש"י ז"ל פירוש לפי' וכיון דרבנן הוא דתקון מציאה לקטן מפני דרכי שלום אמרי שתהא מציאתו לאביו מהאי טעמא ואפילו לרב נחמן דאמר המגביה מציאה לחברו לא קנה חיברו בהא מודה לשמואל מטעמא דאמרן דהא רב נחמן תלמידיה דשמואל ולא פליג עליה מסתמא ואקשינן למימרא דס"ל לשמואל קטן לית ליה זכיה מדאוריתא פירוש משום דזכייתו במציאתו אינו אלא מדרבנן איכא למימר שתהא לאביו מזה הטעם שאמר שמואל דאף על גב דהאי לאו טעמא רבה הוא מכל מקום כדאי בו לזכיה דרבנן כי הם אמרו והם אמרו הא אילו היה לקטן זכיה מדאוריתא אין די בטעם זה שאמר שמואל לזכויי לאב במציאתו של קטן: עכ"ל הריטב"א ז"ל: הא קמן להדיא כמו שכתב מעכ"ת וזכה לדעת הרב ז"ל ומיהו הר"ף ז"ל כתב בתוספותיו למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכיה מדאוריתא פירוש מדהוצרך לטעמא דבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ודאי אית ליה זכיה לנפשיה א"כ לא היה צריך לאותו הטעם אלא הוי הטעם דכיון דקנייה קטן תקינו ליה רבנן שתהא לאביו משום איבה כמו בתו וה"ה דלאו דוקא דאוריתא דה"נ אפילו דרבנן לית ליה זכיה דאי הוה ליה זכיה מדרבנן א"כ לא היה צריך לאותו טעם דמריצה וכו' אלא הוי הטעם משום איבה כדפירשתי והא דנקט דאוריתא משום דבעי לאותובי דאפילו מדאוריתא אית ליה זכיה ע"כ וכן פירש הראב"ד ז"ל וז"ל למימרא דסבר שמואל דקטן לית ליה זכיה מדאוריתא דכיון דלא פירש טעמא דמתניתין משום דמעלה לה מזונות כדר' יוחנן ואמר משום דאינו מאחרת בידו אלמא איהו לית ליה יד כלל ע"כ: גם הרא"ש ז"ל כתב וז"ל למימרא דסבר שמואל דקטן לית ליה זכיה מדאוריתא השתא ס"ד דאפילו מדרבנן לית ליה זכיה דאינו מגביה לעצמו כלל אלא תחלת הגבהתו לצורך אביו ומריצה מיד אל אביו והאי דנקט מדאוריתא משום דבעי למידק מיהך בריתא דמייתי דאפילו מדאוריתא אית ליה זכיה. ע"כ משמע דאזיל איהו נמי בשיטת הראב"ד ז"ל והר"ף ז"ל וניחא לשיטתם קושיא אלימתא בשמועה זו דכשהקשה למימרא דסבר שמואל וכו' מאי קסבר אטו לדידיה מי ניחא הך בריתא דלקט והא קושיא מדר' יוסי אדר' יוסי וכדפריך לקמן וסבר ר' יוסי קטן אית ליה זכיה מדאוריתא ובמאי דיתרץ קושיא דר' יוסי אדר' יוסי יתורץ נמי קושיא דשמואל ולשיטתם ניחא דאפילו נימא נמי דר' יוסי ס"ל דאית ליה זכיה מדרבנן אכתי קשיא עלה דשמואל דלשמואל לית ליה זכיה לקטן כלל אלא דבעי לאלומי פירכיה דמצינו ברייתי' דלכאורה משתמעא דאפילו זכיה מדאוריתא אית ליה ופסק שמואל כותיה והכא משמע דשמואל ס"ל דלית ליה זכיה כלל ואפילו מדרבנן ואילו לדידן דס"ל דאית ליה זכיה מדרבן מיהא גם ההיא דלקט מוקמינן לה

מדרבנן ולא קשיא אבל לשמואל מאי אהני לן במאי דנוקי לה בזכיה דרבנן אכתי קשיא דלדידיה לית ליה זכיה כלל ולקמן נאריך עוד בתירוץ קושיא זו וגם לשיטת הריטב"א ז"ל מצינן לתרוצה שפיר וכדבעינן למכתב קמן בס"ד:

ומכל מקום הוזקקו לפרש דס"ד השת' דאפילו מדרבנן לית ליה זכיה משום דקשיא להו מאי דהוקשה להו לתוספות בדיבור המתחיל אי אמרת בשלמא וכו' דמנא לן דלר' יוסי קטן זוכה מן התורה דילמא אינה אלא מדרבנן ואביו לא זכי מיניה כלל ולהכי מלקט בנו ואחריו פי' לפי' ובהכי ניחא דלא תקשי אדשמואל דשמואל נמי ס"ל דא ת ליה זכיה מדרבנן אלא דרבנן קא מהדרי בתר זכותיה דאב וגבי מציאה כדי שיהי' לאב אמרו טעמא דמריצה גבי לקט שיוכל ללקט בנו אחריו אמרו דאביו לא זכי מיניה בלל ויש ליתן טוב טעם ודעת דהמציאה דרכו להריצה לאביו לפי שלא נראתה לאביו מעולם וראה זה חדש בעי להריצה לאביו ולזכוייה אבל לקט הנופל מתוך מגלו או מתוך ידו של אביו כשמקבץ השבלים חושב הקטן שמדעתו נפל ואין לו בה חפץ ואינו מריצה לאביו ורוצה לזכות לעצמו ואפילו אם מצוהו שילקט אחריו הא ודאי שאינו אומר לו שילקט בעבורו אלא לעצמו ורש"י ז"ל כתב ילקט בנו אחריו מותר לבנו של פועל אם עני הוא ללקוט אחר אביו וכו' ע"כ. משמע דאינו אומר לו האב שילקט אלא הבן מעצמו הולך ולוקט: עוד יש לחלק בקל כמה חלוקים בין מציאה ללקט מאחר דעיקר הזכיה אינה אלא מדרבנן ואין להאריך ומכל מקום עיקר כוונת קושי' התוס' לומר דבהכי ניחא לשמואל ולא תקשי ולא מידי ואם לא תאמר כן אין טעם לקושייתם דמאי אהני לן במאי דנימא דאינה אלא מדרבנן ואביו לא זכי מיניה כלל והא סוף סוף אכתי קשיא לשמואל ודוחק לומר דהקשו כן לומר דבזה ניחא קושיא דר' יוסי דלקמן דא"כ לא הוה להו לאקשויי הני קושיי אלא לקמן גבי הא דפריך וסבר ר' יוסי מציא' קטן וכו' אלא ודאי לארווחי דלא תקשי אדשמואל הקשו כן והראב"ד ז"ל והרא"ש ז"ל והר"ף ז"ל הוזקקו לעקם לישנא דגמר' ולפרש דלאו בדוק' נקט מדאוריית' לתרץ הך קושיא דלשיטתם ודאי פריך גמרא שפיר אפי' תימר בההיא דלקט דלא זכי אלא מדרבנן אכתי קשיא דהא לשמואל לא זכי כלל ואפי' מדרבנן:

ואם תשאל והרי ע"כ קושית התוס' במקומה עומדת לקמן גבי הא דפריך בסמוך וסבר ר' יוסי וכו' ומה הועילו במאי דנדחק לעקם לישנא דגמרא.

תשובתך לקמן לא קשיא כולי האי דהא קפריך ממשנה שטעם התקנה מפורש בה דהיינו מפני דרכי שלום דלא ליתי לאנצויי אם יקחו מידו מה שזכה בו ומה שאמרו חכמים מפני דרכי שלום ואין מוציאין בדיינין קאמר ר' יוסי שמוציאין בדיינין והילכך

איכא למימר דלא קשיא ולא מידי דבע"כ תנא דלקט ס"ל דאית ליה זכיה מדאוריית' דאי מדרבנן מפני דרכי שלום וכדקתני אידך מתני' קשיא אטו מפני דרכי שלום יתקנו שיגזול הלה את העדים והכין דייק רש"י ז"ל שכתב לקמן וז"ל מדבריהם מפני דרכי שלום ונ"מ מדר' יוסי הא אתא לאשמועינן דהחמירו חכמים בתקנתן: בגזל גמור להוציאו בדייניין וכיון דמדאוריית' לית לי' זכיה נמצא אביו גוזל את העניים ע"כ: וכן תירץ הרא"ש ז"ל להדיא וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ודוק שכתב רש"י ז"ל מדבריהם מפני דרכי שלום משמע דאילו היה מדבריהם ולא מפני דר' שלום אלא שתקנו כן לקטן שזכה בו בעין הגדול מדאורייתא מעתה הוה מצי לתרוצי מה דתריץ לקמיה נמצא אביו גוזל את העניים וכדכתיבנ' דשפיר מצו רבנן לתקוני דיהיה זכי' לקטן אע"ג דממילא לא יזכו עניים בלקט ולקמן נאריך בזה בס"ד והלכך עלה דשמואל לא מצינן לתרוצי הכי דאי ס"ל לשמואל דמדרבנן אית ליה זכיה ע"כ לאו היינו מפני דרכי שלום דאי מה"ט הוא דאית ליה זכי' בקל יש להשיב מפני מה מציאת קטן לאביו דכיון דעיקר זכייתו הוא מפני דרכי שלום דלא ליתי לאנצויי ודאי לגבי אביו ליכא למיחש להכי ואדרבה לגבי אביו איכא למיחש חש משום איבה והקטן לא אתי לאנצויי בהדי אביו דדעת הקטן קרובה היא אצל אביו והילכך לא היה צריך שמואל למבעי מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו דממילא ידענו טעם הדבר מטעם התקנה דמעיקרא וגם לא היה צריך להאריך שמואל במהירו' הקטן ולומר שבשעה שמוצאה מריצה וכו' ואינו מאחר בידו אלא ודאי מדבעי שמואל טעמא והאריך בטעמו כולי האי משמע דאי ס"ל דהקטן זכי לנפשיה לאו היינו מפני דרכי שלום בלחוד אלא כך תקינו ליה רבנן שיהיה לקטן זכיה כעין הגדול ולכך בעי מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו ולא לעצמו ופריך גמרא למימרא וכו' נמצא לפי זה דעיקר מאי דקשי' להו לתוס' היינו עלה דא"א בשלמ' דקיימי ביה ומייתי נמי וכן בסמוך וכו' לאלומי קושייתם ולשלול פי"הר"ף ז"ל אבל הר"ף ז"ל ודעימיה פירשו דהשתא ס"ד דקטן לא זכי לנפשיה כלל ובעי שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו ולא יוכלו אחרים לחטפה מידו והכריח גמרא לפרש דברי שמואל כן מדהוצרך לטעמא דמריצה ולא פירש טעמא דאיבה וכדכתבינן לעיל והתוס' ז"ל תרצו קושייתם בענין אחר דמסתמא לא פליג ר' יוסי אכמה משנות דלכולהו אית להו יד בן כיד אביו הילכך בע"כ אית לן למימר דאבוה זכי מיניה ואפי' תימר נמי דס"ל דאית ליה לבן זכיה מדאוריית' שייך שפיר למימר יד בן כיד אביו מאחר דאבוה קא זכי מיניה וכדאסיקו בתוס' בסוף הדבור וכדבעי' למכתב בס"ד: **עוד** הוזקקו הראב"ד והר"ף ז"ל לפרש כן משום אידך קושיא דקשיא להו לתוס' ז"ל דנימא לעולם זכי לנפשיה מדרבנן ובתר הכי זכי אבוה מיניה משום איבה ומ"ה מלקט פי' ולא

תקשי ממתני' אדר' יוסי דשפיר מצי סבר רבי יוסי דמציאתו לאב וכיון דאעיקר דינא דמתני' ליכא לאקשויי מההיא דלקט מעתה אדשמואל נמי לא תקשי דחלוק הטעמים בקל יש לתרץ דגבי לקט לא מצינן למימר שפיר טעמא דמריצה וכדכתבינן לעיל וגבי מציאה לא מיתרצ' שפיר טעמא דאובה דכיון דס"ל לשמואל דקטן דמתני' היינו קטן ממש ואפי' אינו סמוך על שולחנו מעתה אין האב מקפיד כ"כ על מציאתו כיון דאינו מפרנסו אבל על הלקט דאיהו מייתי ליה ללקוט אחריו אם אינו נותנו לו איכא איבה ואע"ג דדייקינן לעיל ממה שכתב רש"י ז"ל ילקוט בנו אחריו מותר לבנו של פועל אם עני הוא וכו' ע"כ: דהבן מעצמו הולך ללקוט מ"מ מראה לו הדרך ובשלו הוא הולך ולוקט והילכך איכא למיחש לאיבה טפי והילכך שפיר נקט שמואל טעמא דמריצה אע"ג דאית ליה גבי לקט טעמא דאיבה ואפשר נמי דעיקר סמיכותיה דשמואל אטעמא דאיבה אלא דנקט טעמא דמריצה משום קטן דאינו סמוך על שולחן אביו ומ"מ אי מוקמת מתני' משום טעמא דאיבה וזכי לנפשיה מדרבנן לא קשי' כלל והיינו קושית התוס' ולכך פירשו הראב"ד והר"ף ז"ל דהשתא ס"ל דלשמואל לית ליה לקטן זכיה כלל ואפי' מדרבנן והשתא פריך גמרא שפיר וניחא קושית התוס' ז"ל:

והתוספות ז"ל תרצו דאיברא ודאי דהא דקאמר גמרא למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכיה לנפשיה מדאוריתא בדוקא נקט מדאורית' אבל מדרבנן אית ליה ואפ"ה פריך שפיר דמדרבנן אין סברא שיתקנו שתי זכיות שיזכה הבן קודם ואח"כ יזכה האב ממנו אבל כשזוכה מן התורה אתי שפיר שזכייתו מן התורה תקדים לזכיית אביו הילכך אי מדרבנן הוא בשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב משום דבשע' הגבהה לוקחה להריצה לאביו והילכך אי אמרת דזכייתו אינו אלא מדרבנן תקשי אמאי ילקט בנו אחריו והרי זכייתו וזכיית אביו באין כאחת אלא ודאי זוכה לנפשיה מדאורית' ואבוה זכי מיניה משום איבה שסמוך על שולחנו ותקשי לשמואל דסביר' ליה דזכייתו אינו אלא מדרבנן וכדכתיבנ' זו היא שיטת התוספות ז"ל בלי ספק ומאן דאוכח מלשון התוס' דסביר' ליה לתוס' דשמואל סביר' ליה דאין לקטן זכיה כלל לא חש לקמחיה ולא ראה מאורו' התוספות מימיו חדא דאם כן לא קשיא ולא מידי מכל מאי דאקשו ז"ל וכדכתיבנ'. ועוד דבהדי' כתבו אלא אי מדרבנן הוא וכו' הא קמן להדיא דקא מפרשי דכי קאמר גמרא אלא אי אמרת קטן לית ליה זכיה לנפשיה כי קא מלקט וכו' היינו פירושו דלית ליה זכיה לנפשיה מדאורית' אבל מדרבנן אית ליה והיינו דשמואל. ועוד דהראב"ד והר"ף ז"ל כתבו דגמר' הוכיח כן דסביר' ליה לשמואל דלית ליה זכיה כלל מדלא נקט טעמ'

דאיבה והתוס' ז"ל כתבו בסמוך דלכך לא נקט טעמא דאיבה משום דמשמ' ליה לשמואל דמתניתין מיירי בקטן ממש ואף על פי שאינו סמוך על שולחנו דליכא איבה:

ואם תשאל הרי לא כתבו התוס' כן אלא אי אמרינן דהיה הקטן זוכה לנפשיה מן התורה דאין להם לחכמים לתקן שיהיה של אביו משום איבה כל שהוא כיון דאינו סמוך על שולחנו ומיהו אי אמרינן דאינו זוכה אלא מדרבנן שפיר הוה מצינן למימר דיש להם לחכמי' לתקן משום איבה כל שהוא כיון דעיקר זכייתו אינו אלא מדרבנן והילכך שפיר מצינן לאוכוחי דס"ל לשמואל דאין לקטן זכיה כלל מדלא קאמר טעמא דאיבה וכמו שכתבו הראב"ד ז"ל והר"ף ז"ל ואפילו למאי דכתבו התו' ז"ל בסמוך:

תשובתך כיון דס"ל לתוס' דנדי שמואל מלמימר דזכי מדאוריתא וטעמא דמתניתין משום איבה מחמת דמשמע ליה דמתניתין קטן ממש קתני אמטו להכי מצינן למימר גמי דאיבר' דשמואל סבירא ליה דזכי לנפשיה מדרבנן ואפ"ה לא קאמר טעמא דאיבה משום דמשמע ליה דבקטן ממש איירי מתניתין ואפינו אינו סמוך על שולחנו וס"ל דבהכי ליכא איבה כלל וכמו שכתב הריטב"א ז"ל וכדכתבינן לעיל והילכך ליכא הוכחה כלל מההיא דשמואל סבירא ליה דקטן לית ליה זכיה כלל:

ומכל מקום משמע להדיא דלשיטת התוס' ז"ל לעולם ס"ל לשמואל דאית ליה זכיה מדרבנן ועוד ראיתי דמייתי ראיה להפך ממאי דכתבו התוספת לקמן בענין עירב גבי הא דר' יוחנן ובהאי ודאי מחזי דאזיל בתר איפכא דאדרבה לשון דידו כיד אביו מחזי דאיהו אית ליה יד וכמו שכתב מעכ"ת תדע דלעיל נמי כתבו דלכולהו משניות יד בן כיד אביו משום דאבוה מיניה קא זכי ואף על גב דזכי לנפשי' מדאורית' וכדכתבינן לעיל ועוד דהא לר' יוחנן נמי דאות ליה גדול וסמוך על שולחנו זהו קטן כתבו התוספות דאינו זוכה בעירוב וצריך ליזהר שלא לזכות העירוב על ידי בנו הגדול וכו' הא קמן אף על גב דגדול הוא ויש לו זכיה מן התור' אינו זוכה בעירוב דידו כיד אביו כיון דמציאתו וזכיותיו לאביו:

ואכתי יש לדקדק שכתבו התוספות בדיבור המתחיל שמואל טעמא וכו' בסופו וז"ל אלא ודאי לא זכי לנפשיה כלל אלא לאביו שבשעת הגבהה מגביה לצורך אביו. ע"כ. משמע דבעו לפרושי דלשמואל לית ליה לקטן זכיה לנפשיה כלל ולעיל הוכחנו דס"ל ז"ל דזכי לנפשיה מדרבנן וכן כתבו להדיא בדיבור המתחיל אי אמרת בשלמא וכו' אלא אי מדרבנן הא בשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב וכו' וכדכתבינן לעיל גם רש"י ז"ל כתב וז"ל אלא אמר אביי רבי יוסי נמי כתנא דידן סבירא ליה דקטן לית ליה זכיה וכו' ע"כ וכתב עוד לקמן וז"ל ופליגא דשמואל דפרש טעמא דמתניתן משום דלית ליה זכיה:

ע"כ. משמע דבעי לפרושי דלשמואל לית ליה זכיה לקטן כלל ואפי' ונ"ל פירוש השמוע' לשיטת התוס' כן אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו וכו' פי' ממה נפשך אי אין זכיה לקטן כלל אמאי מציאתו לאביו והרי כל הקודם בו זכה דאכתי לא זכה ביה אדם דבשלמא בתו אף על גב דלית ליה זכיה מציאתה לאביה מחום דכל שבח נעורים לאביה וכדפרש"י ז"ל במשנה ואי אית ליה זכיה לקטן אפילו מדרבנן אמאי מציאתו לאביו ליהוי לעצמו דבשלמא אשתו אף על גב דאית ליה זכיה לנפש' תקינו שיהא מציאת' לבעל' משום איבה אבל בבנו מאי איבה איכא ולדעת רש"י ז"ל שפי' במתניתין דטעמא דבתו משום דכתיב בנעוריה בית אביה איכא למימר דס"ל לשמואל דבבנו ובתו ליכא למיחש לאיבה ולדעת המפרשי' ז"ל דטעמא דבתו נמי משום איבה דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין איכא למימר דס"ל לשמואל דבשלמא בבתו יש לו כח להרע עמה למסרה למנוול אבל בבנו מה לנו ולאיבתו לכך אין להם לחכמים להעביר מציאתו מעצמו וליתנה לאביו משום איבתו כ"נ שאלת שמואל ואפשר דלרמוזי הני תרי אנפי דכתיבנ' כתב רש"י ז"ל בשלמא בתו ואשתו וכו' כלפי אי אין זכיה נקט בתו וכלפי אי יש זכיה נקט אשתו וכדפרישנ' ומשני איברא ודאי דקטן אית ליה זכיה מיהו מדרבנן היא ואמרו חכמים דעת הקטן דלא בעי למזכי לנפשיה כלל אלא בשעה שמוצאה מריצה אצל אביו וכו' וה"ל כאילו הגביהה לאביו ולכך מציאתו לאביו וא"ת דהא רב נחמן אמר לעיל המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו הא תרצה הריטב"א ז"ל וכדכתיבנ' לעיל אבל לא פירש כל הצורך ונ"ל דשניא היא דהמגביה מציאה לחברו המגביה עצמו אית ליה יד גמור ובעי לזכות במציאה זו כדי לזכוייה לחבריה שבזכייתו יזכה חברו וס"ל לרב נחמן דלאו כל כמיניה לזכות כדי לחוב לאחרי' וה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכדאיתא לעיל בדוכתיה אבל קטן זה אינו רוצה לזכות במציאה זו כלל אלא בשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואינו מאחר ביד וה"ל יד אביו כיד אריכתא ואינו זוכה בה אביו מכח זכייתו ולכך האריך שמואל וקאמר שבשעה שמוצאה וכו' ואינו מאחר בידו דלמה לן במהירות הקטן כולי האי במאי דנימא שהקטן רוצה לזכות לאביו סגי אלא דבעי לאורויי דלא דמי למגביה מציאה לחברו שהמגביה רוצה לזכות שבזכייתו יזכה חברו ולא קפיד אם תעוכב בידו ימים רבי' מאחר שכבר זכה בו בעבור חברו אבל הקטן במציאה הויא ליה כמי שנשתלח לדבר זה וממהר בשליחותו ליתנה לאביו ולכך הוה ליה כאילו זכה בה אביו ביד אריכת' ואפילו מ"ד המגבי' מציאה לחברו לא קנה חברו הכא קנה ואפי' אם יאמר הקטן זכיתי לעצמה בטלה דעתו ואין בדבריו כלום והיינו משום דעיקר זכייתו היא מדרבנן והם אמרו והם אמרו דאילו הויא

מדאורייתא לא מצו רבנן להוציאה מתחת ידו מאחר דזכה בה בודאי דמחמת אומדנא דלא מוכח ואדרבה מוכח איפכא שהרי הקטן עומד וצווח דלנפשיה זכה לא מצו רבנן לעקור זכיה דאורייתא ואילו לא הוה ליה זכיה לקטן כלל ואפילו מדרבנן האי טעמא דמריצה לא סגי כלל דאדרבה מהאי טעמא כיון דלא בעי למזכי לנפשיה כלל הילכך כל הקודם לחוטפה מידו זכה דאביו לא שלחו ואפילו אם שלחו אין שליחות לקטן וכיון שכן מהיכן זכה האב שלא יקדי' אחר. לזכו' בו אבל השת' דאית ליה זכיה מדרבנן מיהא הרי אין שום אדם יכול לזכות בה דכשרואה שום אדם בא לחוטפה הוא קודם לזכות לעצמו דלכך מריצה אצל אביו ואינו מאחר בידו פן יבא אחר ויחטפנה מידו הילכך לגבי כל אדם אמרינן דעתיה שהוא קודם לזכות ולגבי אביו אמרינן דעתיה שהוא רוצה להביאה אל אביו וכדכתיבנא והשתא פריך שפיר למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכיה מדאורייתא פי' אבל מדרבנן אית ליה והתניא השוכר את הפועל וכו' אי אמרת בשלמא קטן אית ליה זכיה לנפשיה מדאורייתא וכו' אלא אי אמרת קטן לית ליה זכיה אלא מדרבנן הרי אמרו חכמים דעת הקטן לגבי מציאה דלא בעי למזכי לנפשיה כלל ובשעת הגבהה מגביה לצורך אביו ואפילו עומד הקטן וצווח דלנפשיה קא זכי כבר זכוהו חכמים לאביו והילכך גבי לקט נמי אף על פי דחזינן דאינו מריצה לאביו דגבי מציאה דוק' הוא דמריצה וכדכתבינן לעיל מכל מקום לא חלקו חכמים בזכיות הקטן ובכל זכיותיו עשאוהו כההיא דמריצה לאביו ונמצא דבשעת זכיית הבן בא לו זכיית האב והשתא ניחא דלא תקשי התוס' מדידהו אדידהו דבדיבור המתחיל שמואל טעמא דתנא דידן וכו' מיירו במציאה דעיקרה משום דלא בעי למזכי לנפשיה כלל ובדיבור המתחיל אי אמרת בשלמא וכו' מיירי בלקט דלא חלקו חכמים והשוו מדותיהם בכל זכיות הקטן שיזכה האב בהדי זכיית הבן: ומשני שמואל טעמא דתנא וכו' ואיהו סבירא ליה דאית ליה זכיה מדאורית' ופריך וסבר רבי יוסי וכו' והתנן וכו' הא קמן דלית ליה זכיה אלא מדבריהם ואפי' לר' יוסי וההיא דלקט לא מתוקמא אלא דאית ליה זכיה מדאוריתא וכדכתיבנא ותירץ אביי עשאוה וכו' פי' לעולם לית ליה זכיה אלא מדרבנן וכ"ת והא בשעת זכית הבן בא לו זכיית האב ואמאי מלקט עשאוה וכו' דעניים גופיהו מסחי דעתיהו סברי בריה דהאיך מלקטי ליה דהא זכי דנפשיה ולא דייק אי בא לו זכיית האב בהדיה. אמר לו רב אדא וכו' אלא אמר רבא עשו שאינו זוכה וכו' פירשו בתוספו' שאנץ עשו עניים דעלמא שלא זכו בלקט כאלו זכו בו וחזרו ונתנו לו ודוקא בנו אבל פועל גופיה לא והאריכו בזה ואין להאריך. כל שיטת התוס' ז"ל. ודע שהרא"ש ז"ל כתב וז"ל וסבר ר' יוסי קטן אית ליה זכיה מדאוריתא תימא דילמא מדרבנן אית ליה זכיה ואבוה

מיניה קא זכי וי"ל משום דר' יוסי נמי ס"ל מציאת קטן לאביו כדמוכח מתני' טובא וכו' וכיון דמודה ר' יוסי דמציאת קטן לאביו אם איתא דזכיית קטן מדרבנן למה היה להם לתקן שיזכה הוא תחלה ואחר כך יזכה אביו אבל וכו' וא"ת כיון דפרישת דמודה ר' יוסי דמציאתו לאביו א"כ כי משני שמואל טעמא דתנא דידן וכו' מי דחקו לפרש משנתינו דלא כהילכתא וי"ל דניחא ליה לאוקמי מתני' כרבנן ולא כיחיד אף על גב דסבר לה כר' יוסי ועוד דמשמע ליה לשמואל קטנים דמתני' קטנים ממש וכו' ולי נראה דאין הקושיא קושיא ולא התירוץ תירוץ דסברת הגמרא היה כך דאם אין לקטן זכיה מן התורה לא יוכל ללקט אחר אביו דאף על גב דתקנו לו חכמים זכיה דוקא לטובתו תקנו דלא ליתי לאנצויי אם יקחו מידו מה שזכה בו ומה שאמרו חכמים מפני שלום ואין מוציאין בדיינין קאמר ר' יוסי שמוציאין בדיינין ומכל מקום לא תועיל אותה זכיה לגזול ענים ולהכי הוצרך אביי לתרץ עשאוהו כמי שהלכו וכו' ורבא עשו את שאינו זוכה וכו' וגם מה שתרצו דאם איתא דזכיית קטן מדרבנן למה היה להם לתקן שיזכה הוא תחלה ואחר כך יזכה אביו הא נמי ליתא דמעיקרא תקנו לכל קטן זכיה אף אם אינו יתום ותקנו חש"ו ובתר הכי תקינו שזכייתו לאביו ע"כ והכין דייק לשון רש"י ז' ל וכדכתיבנא ועיקר תירוצם הוא בנוי במאי דקא מפרשי דכי קאמר ר' יוסי גזל גמור ואמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם היינו נמי מפני דרכי שלום דמה שאמרו חכמים מפני דרכי שלום ואין מוציא קאמ' ר' יוסי שמוציאין בדיינין וכו' כתב הרא"ש ז"ל להדיא וכן פרש"י ז"ל מדבריהם מפני דרכי שלום וכדבעינן למכתב בס"ד ומיהו התוספו' ז"ל אינסמפרשי' כן אלא ר' יוסי גזל גמור מדבריהם היינו טעמיה דלא תקנו כן מפני דרכי שלום אלא דתקינו ליה רבנן זכייה כעין דאורייתא והוי גזל גמור להוציאו בדיינין וכן משמע מלשון הריב"ש ז"ל בחידושיו וכדבעינן למכתב בס"ד וכתב עוד ז"ל דקי"ל כת"ק ודלא כר' יוסי דאפילו גזל מדבריהם לא הוי דמאי דאמרי' בגיטין זוכה לעצמו היינו בדאיכא דעת אחרת מקנה דהתם זוכה לעצמו מדרבנן והוי גזל גמור להוציאו בדיינין אבל במציאה אפי' דרבנן לא זכי כי אם מפני דרכי שלום ע"כ:

וכן משמע מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"ז מה' גזלה מציאת חש"ו יש בה גזל מפני דרכי שלום לפיכך אם עבר אחר וגזלה מידן אינה יוצא בדיינים ע"כ: משמע דלמ"ד יוצאה בדיינין אין הטעם מפני דרכי שלום ואם לא תפרש כן אלא כפרוש רש"י ז"ל והרא"ש ז"ל מאי לפיכך וק"ל להבי"ן: וזו היא שיטת התוספות דקא מחלקי בתקנות רבנן דלת"ק התקנה היתה מפני דרכי שלום ולר' יוסי היתה תקנה גמורה כעין דאוריתא והילכך ליכא לשנויי לקושייתם מאי דמשני רש"י ז"ל ושפיר איכא למימר דההיא דלקט מדרבנן וליכא

למימר דנמצא גוזל את הענים דשפיר מצו לזכות לקטן אף על גב דממילא איתא פסידא לעניים בלקט ועתה אפרש שיטת רש"י ז"ל אמ' שמואל מפני מה אמרו וכו' ממה נפשך וכו' וכדפרישנא לעיל ומשני שבשעה שמוצאה מריצה וכו' פירוש איברא דקטן לית ליה זכיה כלל ואפילו מדרבנן אלא שמפני דרכי שלו' בלחוד הוא דתקינו ליה שתהא לעצמו ולגבי אביו לא תקינו דבשע' שמוצאה וכו' וכשהגביה לצורך אביו הגביהה ולגבי אביו ליכא למימר שיהיה שלו מפני דרכי שלום דסתם קטן מגביהה לצורך אביו ואם אחד יסרב בזה בטלה דעתו אבל לגבי אחריני איכא מפני דרכי שלום ופריך גמרא למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכיה מדאוריתא פי' זכיה דרבנן נמי כשאינה מפני דרכי שלום קרי ליה זכיה דאוריתא דכל דתקון כעין דאוריתא תקון וכל דזכי ביה הקטן מדינא אפילו לא הויא אלא מדרבנן אין מוציאין אותה ממנו מחמת שום אומדנא שהרי הקטן עומד וצווח שלעצמו זכה והתניא השוכר את הפועל וכו' רבי יוסי אומר בין כך ובין כך ילקט וכו' דהבן עני זוכה לעצמו ואמר שמואל הלכה כרבי יוסי אי אמרת בשלמא קטן אית ליה זכיה כי קא מלקט וכו' אלא אי אמרת קטן לית ליה זכיה לנפשיה כי וכו' הג' בספרים שלנו ודייקא שפיר כשיטת רש"י ז"ל דכל מפני דרכי שלום הוה ליה כמי שאין לו זכיה כלל דמפני דרכי שלום בלחוד הוא דתקינו ליה זכיה אבל מדינא לית ליה זכיה כלל וכל דאית ליה זכיה מדינא דאוריתא ודרבנן שוים הם ומשני שמואל טעמא דתנא דידן וכו' פי' רבי יוסי ס"ל מציאת קטן לעצמו דכל דאית ליה זכיה לקטן ואפילו מדרבנן אין המציאה לאביו ומדקאמר ילקט בנו אחריו דעלמא דאות ליה זכיה הילכך בע"כ המציאה לעצמו והכין ס"ל לשמואל אלא טעמא דתנא דידן קאמר וליה לא ס"ל ופריך תוב וסבר רבי יוסי קטן אית ליה זכיה מדאוריתא פי' כעין דאורייתא דחכמי' תקינו ליה זכיה ממש כעין דאוריתא והתנן מציאת חש"ו וכו' ואמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם פירוש מדבריהם עצמם שאמרו מפני דרכי שלום וזהו שכתב רש"י ז"ל מדבריהם מפני דרכי שלום. ודו"ק. אלמא משמע דס"ל דאין זכיה לקטן כלל מדינא אלא מפני דרכי שלום בלחוד הוא שאמרו שיהיה המציאה שלו ומשני אלא אמר אביי עשאוה וכו' פי' רש"י ז"ל רבי יוסי נמי כתנא דידן ס"ל דקטן לית ליה זכיה וכו' פי' לפי' דכל שאין המציאה שלו אלא מפני דרכי שלום הוה ליה כאילו אין לו זכיה כלל שמפני' דרכי שלום בלחוד הוא שאמרו שיהיה שלו אבל איהו מנפשיה לית ליה זכיה כלל רבא אמר עשו שאינו זוכה כזוכה פרש"י ז"ל עשו את שאינו זוכה כזוכה אף על פי שאין לקטן זכיה במקום אחר כאן עשאוהו כזוכה והקשו עליו בתוס' שאנץ דבמקום אחר נמי יש לו זכיה בין יש לו אב בין אין לו אב ופירשו דה"ק עשו את העניים דעלמא שלא זכו בפיאה זו כאילו

כבר זכו בה והפקירוה לבניו של פועל עוד הקשו על פרש"י ז"ל דסוף סוף זכייה דקטן זה מדרבנן הוא והיכי מפקע מידי זכיית עניים דעלמא שהיא מן התורה ותירץ הריטב"א ז"ל קושיא זו דהא קי"ל הפקר בית דין הפקר וכ"ש הכא דניחא להו לעניים דעלמא וכדמפרש ואזיל והם מחלו זכותם אצל בניו של של זה. ע"כ. ופליגא דרב חייא בר אבא וכו' פרש"י ז"ל ופליגא דשמואל דפירש טעמא דמתניתין משום דלית ליה זכיה אדרבי חייא בר אבא דאמר אף גדול שיש לו זכיה אם סמוך הוא על שולחן אביו מציאתו לאביו משום איבה וכו' ע"כ: פי' לפי' דשמואל מחליש כח הזכיה ובהכי קא יהיב טעמא אמאי מציאתו לאביו וס"ל דקטן לית ליה זכיה כלל וכי תקינו שתהא מציאתו שלו מפני דרכי שלום לא יהבו ליה יד כלל אלא משום דלא ליתו לאנצויי תקינו ששום אחד לא יזכה במציאתו ומיהו אביו קאי בדיני' ונוטל מציאתו שכשמגביהה לצורך אביו מגביהה ואין בזה מפני דרכי שלום ולשיטת שמואל קשיא מההיא דלקט אדידיה דע"כ משמע דאית ליה יד ותקשי מדרבי יוסי אדר' יוסי דלדידיה כי אמרינן מפני דרכי שלום לית ליה זכיה כלל אלא שהחמיר ר' יוסי טפי בתקנתו להוציאו בדיינין ולעולם לית ליה יד וזהו שכתב רש"י ז"ל לעיל ונפקא מינה מדר' יוסי הא אתא לאשמועינן דהחמירו חכמים בתקנתן ע"כ: פי' ר' יוסי ות"ק דידיה בחדא שיטתא אזלי דלא תיקנו רבנן לקטן יד אלא תקינו שלא יזכה בו אחרים מפני דרכי שלום ור' יוסי החמיר עוד להוציאו בדיינין ולעולם לית ליה זכיה והילכך קשיא מדר' יוסי אדר' יוסי ונדחקו לתרץ זה אבייי ורבא וכדכתבינן לעיל ומיהו ר' יוחנן ס"ל דלעולם זכיה גמורה תקינו ליה רבנן מפני דרכי שלום וקטן אית ליה יד מדרבנן מהאי טעמא דמפני דרכי שלום ותיקנו דבתר הכי יזכה האב משום איבה ולא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש ולא תקשי מההיא דלקט אמתני' ולא מדר' יוסי אדר' יוסי דמפני דרכי שלום תקינו רבנן יד לקטן ולא כדס"ל לשמואל דכי אמרי' מפני דרכי שלום לית ליה יד לקטן כלל נמצא לשיטה זו כולה הך. שקלא וטריא דלעיל ליתא לרבי יוחנן כלל כנ"ל פי' השמועה לרש"י ז"ל וכל לשונותיו מכוונים דו"ק ותשכ"ח: וגם הראב"ד ז"ל מתפרש בהאי שיטתא דדחיקא טובא למימר דשמואל לית ליה משנה דמפני דרכי שלום דלכ"ע תקינו שיהא מציאת קטן לעצמו ובמאי דכתיבנא ניחא דאיברא דאית ליה הך מתני' ומיהו ס"ל דבהכי לא תקינו ליה יד וכדכתי' וד' יוחנן ס"ל דבהכי תקינו ליה יד ומאן דאמר דר' יוחנן ס"ל דקטן אית ליה זכה מן התור' משתבש ואין צריך לטרוח הקולמוס בזה והילכך לשון הריב"ש ז"ל בחידושיו שנמצאו על פ"ק דמציעא ופליגא דר' חייא בר אבא דאמר ר' חייא בר אבא וכו' לא פליגא אמאי דאמר שמואל קטן לית ליה זכיה דאוריתא דהא לא פליג ר' יוחנן אמאי דתנן מציאות חש"ו

יש בהן גזל מפני דרכי שלום וקי"ל כת"ק ודלא כר' יוסי דאפילו גזל גמור מדבריהם לא הוי דמאי דאמרי' בגיטין זוכה לעצמו היינו בדאיכא עת אחרת מקנה דהתם זוכה לעצמו מדרבנן והוי גזל גמור להוציאו בדיינין אבל במציאה אפילו דרבנן לא זכי כי אם מפני דרכי שלום אבל מאי דאמרינן ופליגא היינו במאי דקאמר שמואל דטעמא דמתני' משום דבשע' שמוצאה מריצה אצל אביו ולפום האי טעמא קטן קטן ממש וגדול גדול ממש דקטן אפילו אינו סמוך מריצה אצלו וגדול אפי' סמוך על שולחן אביו אינו מריצה אצלו ור' יוחנן ס"ל דטעמא דמתני' משום איבה לפי שנותן לו מזונות אם אין מציאתו של אביו יהיה לו איבה כיון דלא טרח בה הבן ולא יתן לו מזונות ולפי זה לא קטן קטן ממש ולא גדול גדול ממש אלא הכל תלוי בסמוך על שלחן אביו ואין סמוך דאפילו גדול דאית ליה זכיה דמדאורית' מציאתו של אביו בסמוך על שלחנו כי היכי דלא ליהוי ליה איבה ובבתו קטנה אף על גב דאינה סמוכה הוי דאב משום איבה כיון שבידו למסרה למנוול ומוכה שחין וכן בגדולה וסמוכה משום איבה דמזונות ולא הוי דידה אלא בגדולה ואינה סמוכה ואם כן גבי בתו לכ"ע גדול גדול ממש אלא דלר' יוחנן נמי בעינן דלא תהא סמוכה. עכ"ל הרב רבינו יצחק בר ששת ז"ל אזיל בשיטת התוס' ז"ל דבין שמואל ובין ר' יוחנן ס"ל דקטן אית ליה זכיה מדרבנן ולא פליגי אלא בטעמ' דמתניתין דלשמואל דיהיב טעמא משום דמריצה קטן קטן. ממש קאמר וגדול גדול ממש ולר"י דטעמ' דמתניתין משום איבה לא גדול גדול ממש ולא קטן ממש אלא הכל תלוי בסמוך על שלחן אביו ואין סמוך ולשמואל קשיא לן ממתניתין דלקט וקשיא דרבי יוסי אדרבי יוסי משום דמשמע לן דבע"כ מתניתן דלקט ס"ל דזכי לנפשיה מדאורית' דאי מדרבנן אין סברא שיתקנו שתי זכיות שיזכה הבן קודם ושוב יזכה האב דכיון דתקינו לכל קטן שיהיה של אביו משום איבה למה להם לתקן שיזכה הוא תחלה. ואחר כך יזכה אביו ומיהו לר' יוחנן לא תקינו משום איבה אלא הסמוך על שולחן אביו ואפי' גדול נמצא דתקנת זכיית הקטן לא זזה ממקומה אלא דשוב תקינו דמאן דסמיך על שולחן אביו שתהי' של אביו משום איבה ואפי' גדול וכ"ש קטן דלא עדיף מיניה והילכך שפיר מצינן לאוקומה ההיא דלקט בזכייה דרבנן ולא תקשי אמתני' ולא תקשי נמי דרבי יוסי אדר' יוסי ואין לחלק בתקנות דכל מאי דתקון רבנן ואפי' מפני דרכי שלום כעין דאוריית' תקון דליהוי ליה יד ויזכה לנפשיה כנ"ל לתרץ המשך השמוע' לשיטת התוס' ולא תקשי מאי דאקשינן לעיל דמאי דפריך למימרא דסבר שמואל וכו' האי קסבר אטו לדידיה מיניחא והא ע"כ אית ליה לתרץ מדר' יוסי אדר' יוסי ובמאי דיתרץ מדר' יוסי אדר' יוסי ניחא נמי לשמואל דלרבי יוחנן ניחא הכל וכדכתיבנ' כנ"ל:

ומכל מקום דברי מעכ"ת סלקי כהוגן בשיטת התוספות ז"ל וכן פירש הריטב"א ז"ל והריב"ש ז"ל ולשכנגדו לא מצאתי שורש וענף ורוב דבריו לא באו בדקדוק וסתרן אהדדי ומצאתי בקונטריסין המכונים למהר"י אבוהב ז"ל סעד לקצת דבריהם אבל הם דברי גמרא ונתלו באילן גדול ולשונו מוכיח עליו ואין מביאין ראיה מהם וז"ל אמר שמואל מפני מה אמרו וכו' יש להקשות שנראה ששמואל אינו נותן טעם כלל אמאי זאת המציאה היא של אביו ולא של ק או הפקר וזה שהוא אמר מפני שהבן מריצה אצל אביו ואם כן ישאר לנו לדעת בזמן שהבן לא ירצה ליתנה לאביו מה יהיה דינו אם יזכה הבן או לא ועוד שמזה הטעם נראה שהבן לית ליה זכיה ואם כן היאך מקשה למימר' דסבר שמואל לית ליה זכיה לקטן וכו' ונאמר שידוע הוא שמן התורה לית ליה זכיה לקטן לא לעצמו ולא לאביו אלא שעכשיו באו חכמים ונתנו זכיה לאב על יד הבן וזה אפשר להיות בשני פנים או שהקטן זוכה ומצד זכייתו אמרנו שיתן לאביו או נאמ' שהקטן אין לו זכיה כלל אלא בשעה שמוצאה תקנו חכמים שיהא של אביו שהבן בכאן הרי הוא כמו האב בעצמו וכראות שמואל אלו השני אופנים אמר מפני ומה אמרה משנתינו שמיד כשמגביה זו הקטן המציא' היא של אביו ולא נאמר האופן האחר שזוכה בנו ואחר כך היא של אביו ואמר שהסבה היא שתכף להגבהת הקטן המציאה הגביהה לצורך אביו ולפיכך אין כאן שהות לזכיה לקטן ועם זה יתורץ מה שיש לשאול היאך אפשר להיות זוכה זה הקטן לאביו מאחר שהוא אינו זוכה תחלה שהרי מבואר למעלה שאין לזכות אלא בתורת מגו דזכיה לנפשיה אמנם זה הקטן בכאן אינו זוכה לנפשה ואיך יזכה לאביו אבל עם מה שאמרנו יתוקן הכל שסיבת שזכה האב היא בעבור שבכאן היא תקנה זו פרטית לפי שזה הבן בשעה שהגביהה האב זוכה והרי הוא כמו שהוא בעצמו הגביהה וזה שאמר רש"י ז"ל הילכך כשמגביה לצורך אביו הגביהה אם כן העלינו מכל האמור שזו התקנה שהמציאה יהיה של אביו היא מדרבנן ואף זה לא בכל אופן לכשנאמר שהבן זוכה לעצמו ואחר כך יהיה של אביו מצד זכיית בנו אלא שהאב מצד עצמו זוכה במציאה ולא מצד זכיית הבן שהבן לא זכה ואפילו מדרבנן ועכשיו יצדק היטב מה שמקשה למימרא דסבר שמואל לית ליה זכיה והטעם שבנה הקושיא על דאוריתא שלפי מה שאמרנו שמואל אפילו מדרבנן סובר דלית ליה זכיה אבל הניח קושייתו על דאוריתא לפי שרצה להעלות קושייתו ולומר ראה כמה הרחקת עצמך מן הדין שאפילו מדאוריתא אית זכיה לקטן והיאך אמרת אפי' מדרבנן: ע"כ: ואפשר כי אותו מעלה עשן אשר ראה מעכ"ת כנגדו בשיבה רוח קונטריסין אלו היתה עמו. ונתאבך בהם גאות עשן ובחשכה יתהלך ולא הבין לא הקונטריסין ולא צורה דשמעתא ואנו אין לנו אלא דברי הראשוני'

אשר מימיהם אנו שותים והם פירשו לנו כל חתום ובלעדיהם היה הגמרא כדברי הספר החתום ואל אמת יצילנו משגיאות ומהכשל כדבר הלכה ויראנו נפלאות מתורתו נאם הצעיר מר ונאנח בצלאל אשכנזי:

סימן כח

שאלה. יבמה שכדי לפסול עצמה על היבם שהיה רוצה ליבם באה פתאום בהיותו יושב בין אנשי' ורקקה בפניו על כרחו ילמדנו רבינו אם כופין אותו לחלוץ אם לא ושכרו כפול מן השמי':

תשובה. גרסינן בפרק מצות חליצה שלחו ליה לאבוה דשמואל יבמה שרקקה תחלוץ ופריך גמרא מכלל דאיפסילה לה מאחין מני אילימא רבי עקיבא השתא ומה במקום מצוה וכו' פי' דהיינו בשעת חליצה שהרקיקה מצוה דאיכא למימר מידי דהוה אהקטרת אימורין דכי איתנהו שיש לקיים בהם מצות הקטרה מעכבי בשר מאכילה וכי ליתנהו לא מעכבי כגון שנטמאו או שאבדו דגרסינן בפ' תמיד נשחט יכול יהו כהנים וכו' והכא נמי אף על גב דלאו מעשה חשוב הוא באיש הואיל ואפשר לה לרוק ליעכב וקאמר רבי עקיבא לא מעכב מאחין מפסלא: אלא לרבי אליעזר פי' דאמר במתניתין רקיקה מעכבא אלמא מעשה הוא והא לרבי אליעזר הוו להו שני דברים המתירין דהא חליצה ורקיקה תרויהו לדידיה מעשה נינהו ומעכבי וכל שני דברים המתירים אין מועילין זה בלא זה ואם כן איך תהיה רקיקה בלא חליצה פוסלתו מיבום: ומשני דשלחו ליה לאבוה דשמואל אתיא כרבי דתניא כבשי עצרת אין מקדשין הלחם וכו' כיצד שחטן לשמן וכו' קדוש ואינו קדוש דברי רבי ראב"ש אומר לעולם אינו קדוש פי' הא קמן דלרבי שחיטה לחודה מועלת ואמרינן בפ' התכלת מ"ט דרבי אמר קרא ואת האיל יעשה זבח שלמים למימרא דזביחה מקדשה וראב"ש אמר אמ' קרא יעשה עד שיעשה כל עשיותיו דאלמא זה בלא זה אין מועילין ואם כן הא דשלחו ליה לאבוה דשמואל כר' שלחו ליה ופריך גמרא ומי אמר ר' עקיבא רקיקה לא פסלה מאחין והתניא חלצה ולא רקקה וכו' עד אין כאן בית מיחוש מני הא אילימא רבי אליעזר וכו' אלא פשיטא דר"ע וקתני רקקה ולא חלצה ולא קראה חליצתה פסולה פסולה למאן אילימא לעלמא כלומר למאי הילכתא תני פסולה אילימא דלא משתריא בה לעלמא פשיטא מי הויא חליצה כלל דמשתריא לעלמא אלא לאו לאחין לאשמועינן דאיפסילה לאחין דקי"ל בגיטין כל מקום ששנינו חליצה פסולה וכו':

וכתב הריטב"א ז"ל דה"ה דמצי לאכרוחא מדקתני סיפא ולא כלום אלא דניחא ליה טפי לאכרוחא מגופא. ופריך מ"ש קריאה ומ"ש רקיקה פי' מ"ש קריאה לחודה דלא פסלה כלל דקתני אין כאן בית מיחוש ומ"ש רקיקה לחודה דפסלה לאחים ומשני קריאה דאיתה בין בתחלה וכו' פי קריאה איתה קודם חליצה מאן יבמי ולאחר חליצה ככה יעשה לאיש ואם כן אי נמי אמרינן תתייבם לא מחלפ' לאנשי בחליצה דליתו למימר הך בתר חליצה אתייבם דאמרינן הך קרייה דמקמי חליצה הואי אבל רקיקה דלית' אלא בתר חליצה מחלפא להו לאינשי דאמרינן מדרקקה ודאי חלצה לה ברישא ואפ"ה הדרא ומתייבמה ואתי למשרי חליצה לאחים ואף על גב דאמרינן בסמוך דכסדרן לא מעכבא ואם הקדים רקיקה לחליצה מה שעשה עשוי מכל מקום מצוה כמאמרה דליהוי הרקיק' לבתר חליצה והקריאה מצותה בין בתחלה בין בסוף וכדכתיבנא ואיכא דאמרי הכי שלחו ליה לאבוה דשמואל יבמה שרקק' תחלוץ ואינה צריכה לרוק פעם אחרת כי ההי' דאתי' לקמיה דר' אמי וכו' ע"כ ופי' הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל דשמעת' הכי מסתגי דכי פריך מעיקר' אלישנ' קמא מני אלימ' ר' עקיב' השתא ומה וכו' קס"ד דמדינ' דאוריית' אסרינן לה דאלו משום גזרת רקיקה אטו חליצה לא טעו בה אינשי דלא מחזי להו בחליצה ומ"ה הקשו אילימ' רבי עקיב' וכו' ולרבי אליעזר שני דברים המתירין אין מועילין זה בלא זה ואתינן לאוקומה כר' ואסיקנ' דמדרבנן הוא ושום גזרה כר' עקיב': וכן נראה מתוך פירושו של רש"י ז"ל ושאר מפרשים ז"ל: מיהו הרמ"בם ז"ל בפ"ד מה' יבום וחליצה כתב וז"ל רקקה בלבד ולא חלצה ולא קראה או שרקקה וקראה ולא חלצה הרי זה חליצה פסולה קראה היא והוא ולא חלצה ולא לרקקה לא עשה כלום שנאמר ככה יעשה לאיש המעשה שהוא החליצה והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריא' אינה מעכבת ואינה מוטלת ע"כ: והקשה עליו הרב המגיד ז"ל שנר' מדבריו שהוא סבור שהרקיקה בלבד פוסלת לאחין מן התור' ומסקנא דגמ' משמע להדיא דרקיק' אינה פוסלת אלא מדרבנן משום דאין דרך רקיקה אלא אחר חליצה הילכך אי לא הוה פסלה אתי לאחלופי בחלוצה דעלמא להתירה לאחין ועוד הקשה עליו דהא ר"ע לא דריש דבר שיש בו מעש' בלבד אלא דבר שיש בו מעשה באיש דהיינו חליצה בדוק' ורבי אליעזר דריש דבר שיש בו מעש' ס"ל דחלצה בלבד חליצתה פסולה וכיון דקי"ל כר' עקיבא האיך כתב רבינו דרשתו של ר' אליעזר: והניח הדבר בצ"ע: ונראה לי דהרמב"ם ז"ל דס"ל דלמסקנ' דשמעתי' נמי שלחו ליה לאבוה דשמואל ס"ל דהרקיקה פוסלת לאחין מן התורה בין ללישנא קמא בין ללישנא בתרא תדע דאם אפשר בשום צד לאוקומה הא דשלחו ליה דפסול' לאחין מדרבנן קאמר וכדאסיק למה ליה מעיקרא לדחוקי ולא

לאקומינהו כר"א דשמותי הוא ולמנדא מר"ע דקי"ל בכל דוכתא הלכה כר"ע מחבירו והא כיון דידע אידך ברייתי' דלא מתוקמא אלא כר"ע וכדפריך בתר הכי ומי אמר ר"ע רקיקה לא פסלה והתניא וכו' הילכך מעיקרא ה"ל לתרוצי לנפשיה דשלחו ליה כר"ע אתי' ותחלוץ מדרבנן קאמר ומשום דאין דרך רקיק' אלא לבתר חליצה וכו' כדאסיק ול"ל הך שקלא וטריא דכדי לאוקומינהו כר"א דשמותי הוא ותוב אקשי לנפשיה ומי אמר ר"ע וכו': ועוד מאי פריך ומי אמר ר"ע רקיקה לא פסלה וכו' והא איהו גופיה הוא דלא בעי לאוקומי לשלחו לו כר"ע וכדפריך השתא ומה במקום מצוה וכו' משמע דלא מתוקמ' כר"ע ודוחק לומר דהיינו מקשן אחר ופריך אכולה שקלא וטריא דלעיל אמאן דפריך ומאן דמתרץ ועוד כיון דכי פריך ומי אר"ע וכו' בעי לאסוקי דשלחו ליה כר"ע אתיא ופיסולא מדרבנן הוא דשלחו ליה ודלא כדאוקי מנא מעיקר' דאתי' כר"א ואליב' דרבי הילכך ה"ל למימר טעמא דפיסולא מעיקרא ואמאי שתיק מלמימר טעמ' ונטר עד דאקשי לי' אידרמ"ש רקיקה ומ"ש קריאה וכו' ולזה י"ל דפשיטא דראוי למגזר ויש טעם נכון למגזר ולא היה צריך לפרש מיהו לחלק בין רקיקה לקריאה צריך לפרש אבל אכתי קשיא דהוה לי' לאסוקי ולמימר אלא לעולם כר"ע ותחלוץ מדרבנן כיון דנדינן ממאי דאוקימנ' לה מעיקרא לכך נראה לו לרב ז"ל דלמסקנ' נמי שלחו ליה ס"ל כרבי ואליב' דר"א והרקיקה פוסלת לאחין מן התורה וה"פ דשמעתין שלחו ליה לאבוה דשמואל יבמה שרקק' תחלוץ ופריש גמרא מכלל דאיפסלא לה מאחין ולאו היינו הצעת קושיא אלא פרושי קא מפרש קושטא דמילת' דשלחו ליה וה"ק מדנקט האי לישנ' יבמה שרקק' תחלוץ משמע דהרקיקה מצד עצמה פסלה מן התור' דאי לא פסל' אלא מדרבנן דגזרו שלא תייבם שתא יאמרו היינו רקיקה היינו חליצה ושניהם שוים א"נ מדרקקה ודאי חלצה מעיקר ואתו למשרי חליצה לאחין א"כ לא ה"ל למנקט אלא יבמה שרקקה לא תייבם דהיינו טעם גזרתם וכדכתי' א"נ לא ה"ל למימר אלא יבמה לא תרוק וממילא הוה ידעינן דלא תייבם אלא תחלוץ אבל מדנקט תחלוץ מכלל דאיפסלא לה מאחין פי' דהרקיקה מצד עצמ' פוסלת מן התור' וה"ק יבמה שרקקה תגמור מעשה החליצה שכבר התחיל בה מדרקקה דהרקיק' נמי מקריא חליצה לפסול ומיהו להאי לישנא תחלוץ ברקיקה וללישנ' בתרא אינו חוזרת ורוקקת ומלישנא בתרא נמי מוכח להדיא דהרקיקה פוסלת מן התורה וכדבעינן למכתב בס"ד עוד יש לפ' דה"ק מכלל דאיפסלא לה מאחין דמדנקט תחלוץ ולא נקט חולצת כדאמרי' בכל דוכתא חולצת ולא מתייבמ' משמע דלא אתו לאשמועינן הך דינא דאיפסלא לה מאחין אלא מכללא שמעי' לה והא אתו לאשמועינן יבמה שרקקה תחלוץ פי' חליצה גמורה ברקיקה ולא גזרינן מידי כדלקמן

וממילא שמעינן דאיפסלא לה מאחין והילכך ע"כ אית לן למימר דס"ל דרקיק' פוסלת מן התורה דאי מדרבנן ומשום גזרה כדאמרי' לקמן ה"ל לאשמועי' דינא דמפסלא על האחין וממילא הוה שמעינן דתחזור ותחלוץ חליצ' גמורה ברקיקה דכיון דעיקר פסול הרקיקה אינו אלא משום גזרה דרבנן בעלמא היכי בו מבטלינן מצות חליצה במאמרה משום חששא רחוק וכדבעינן למכתב נמי לקמן בלישנ' בתרא בס"ד אלא ודאי משמע דס"ל לשלחו לי' דרקיקה פוסלת מן התור' ולא הוצרכו ללמד זה ולא באו ללמד אלא שתחלוץ חליצה גמורה ולא גזרינן שמא יאמרו רקיקה לבדה אינה כלום ואינה פוסל' והא דקאמר גמרא מכלל דאיפסלא לה מאחין ה"פ מכלל מאי דשלחו לי' שמעי' דאיפסלא לה מאחין וכיון דשמעי' לה מכלל' ולא שלחו כן להדי' שמעינן דמן התורה הוא דאיפסלא לה ופריך מני אלימא ר"ע השתא ומה וכו' פי' איברא ודאי דמסתבר' איפכא דבמקום החליצ' לא שויא הרקיקה מידי ואין לנו לבטל כח החליצ' מחמת מניעת הרקיקה דאין כח ברקיקה לשבר כח החליצ' ומיהו הרקיק' לבדה מסתבר למימר דתפסול על האחין דמ"מ מעשה הוא אבל מ"מ קשיא דכיון דס"ל לשלחו ליה דהרקיק' פוסלת מן התורה אי ר"ע מנא תיתי דהא איהו לא דריש אלא ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעש' באיש ואין לך לומר דאיבר' ודאי דר"ע דריש כל דבר שהוא מעשה באיש מיהו איכא למימר דממילא משתמע נמי דהרקיקה פוסלת דכיון דהחליצ' מכשר' משום דהויא לה מעשה באיש מעתה נחתי' דרגא לרקיקה ונימא דפוסלת וה"ל כמאן דכתיב בתורה להדי' דהרקיקה פוסלת דהא ודאי ליתא דאדרב' איכא למימר השתא ומה במקום מצוה דאיכ' למימר מידי דהוה אאימורין וכו' ומסיק דכרבי שלחו ליה ואליבא דר"א והכין הוא מסקנא דשלח ליה ס"ל כר' ואליבא דר"א. ופריך גמרא עליה דשלחו ליה ומי אמר ר"ע רקיקה לא פסלה פי' מדשלחו דאיפסלא לה מאחין כר' ואליבא דר' אליעזר דהכי מכרעא מילתא מדייק לישנייהו וכדכתבינן מכלל דלר"ע לא פסלה רקיקה כלל ואפי' מדרבנן דס"ל דליכא למגזר ברקיק' כלל דאי ס"ל דלר' עקיבא נמי פסול מדרבנן למה להו לשלוח פיסולא כר' ואליבא דר"א כיון דסוף סוף היא פסולה על האחין מאי נפק' מינה אי הוי מדרבנן או אי הוי מדאוריית מאי אית לך למימר דס"ל לשלחו ליה דלר"ע לא פסלה רקיקה כלל ואפי' מדרבנן מעתה תקשי והתני' חלצה ולא רקקה וכו' והיינו לפי הדרך הראשון דכתבי' ולפי הדרך השני הכי פריך ומיאר"ע וכו' דכיון דס"ל דאפי' לר"א דרקיקה פסלה מן התורה תחלוץ ברקיקה ולא גזרי' שמא יאמרו רקיקה לבדה אינה כלום מעת' כ"ש דס"ל דר"ע לא פסל רקיקה כלל ואפילו מדרבנן דהא ודאי טפי איכא למגזר רקיקה אטו רקיקה אטו רקיק' עצמה ממאי דנגזור לר"ע רקיק' אטו חליצ' וכיון דאינהו לא גזרי רקיקה אטו רקיק' כ"ש דס"ל

לר"ע דרקיק' לא פסלה כלל דרבנן לא גזרו בה מידי והתני' חלצה ולא רקקה וכו' ולאלומי לפירכי' קא בעי פסולה למאן אילימ' לעלמ' וכו' ולא בעי לאכרוחא מדקתני סיפ' אין כאן בית מיחוש דא"כ הוה משמע דרקקה ולא חלצה יש מיחוש לבד והיינו חששא בעלמ' ואיסור' קלישת' דרבנן קא רביע עלה והילכך איכ' למימר דנפק' מינה טובא בין אי נימא דפסולה מדאוריית' להיכ' דנימ' האי איסור' קלישתא וחששא בעלמ' דמשום חששא בעלמ' אין כופין לחלוץ אלא עבדינן הרחקת ר"ת ז"ל כמו שכתב מהר"י קולון ז"ל בסי' ק"ב ולכך לא שלחו אלא כר ואליבא דר"א ולפי' נמי קא אלים פירכי' דאיכא למימר דאה"נ דליכא איסורא דרבנן ממש אלא חשש בעלמ' קא חייש ר"ע דלכתחלה לא תתיבם אבל אין כופין לחלוץ וכדכתבינן ור' אליעזר במקום מצוה לא חייש לה כלל ומ"ה שלחו ליה תחלוץ חליצה גמורה ברקיקה ומיהו השתא דמכרעינן מצד הבבא עצמה דפסולה היינו לפוסלה על האחין כשאר כל מקום ששנינו חליצה פסולה מעתה תקשי לשלחו ליה דהא ר"ע קא פסל רקיקה כשאר כל פסולי דרבנן ואמאי לא גזרי נמי אינהו שלא תחלוץ ברקיקה ומהדר מ"ש רקיקה ומ"ש קריאה פי' לדידך דבעית למימר דמאי דקתני פסולה היינו איסור גמור דרבנן וכופין לחלוץ כיון דאיסור גמור דרבנן קא רביע עלה דגזרו שתהיה הרקיקה פוסלת על האחין כשאר הפסולין משום דכיון דהויא מתיקוני החליצה גזרו רקיקה אטו חליצה א"כ מ"ש קריאה ומ"ש רקיקה דאע"ג דהקריאה לא הויא מעשה והרקיקה הויא לה מעשה ולכך גזר רקיקה אטו חליצה מכל מקום הוה לן למיחש מיהא חששא כל דהו שלא תתייבם לכתחלה ואע"ג דלא נכוף לחלוץ משום דאין כאן פיסול גמור מ"מ נעביד הרחקת ר"ת ז"ל שכתב מהר"י קולון ז"ל בסי' ק"ב אבל מדקתני אין כאן בית מיחוש אלמא דלא חיישינן לה כלל וניחא במאי דכתי' דנקט מ"ש רקיקה ומ"ש קריאה ולא נקט בקוצר מ"ש רקיקה מקריאה דו"ק ותשכ"ח וקא מסיי' למילתיה דע"כ היינו טעמא דרקיקה דבתחלה לית' וכו' פי' משום דרקיקה ליתא אלא בתר חליצה מחלפא לאינשי ויאמרו מדרקק' ודאי חלצה לה ברישא וכו' והאי גזרה קלישת' היא דהיאך יאמרו דחלצה ברישא היכן הב"ד דלא משמע דאיירי בב"ד והיכן המנעל הראוי לחליצה והרי דרכה להיות רוקקת כל היום וכיון שכן הא דקתני פסולה אינו אלא חששא בעלמא וכגון זו אין כופין לחלוץ והוה ליה כאילו תנא יש כאן בית מיחוש כלפי מאי דתני בסיפא אין כאן בית מיחוש וכיון שכן לא קשיא עליה דשלחו ליה ולא מידי דאה"נ דר"ע לא פסל ברקיקה אלא דחייש מיחש בלחוד ומסקנא דגמר' דשלחו ליה ס"ל דרקיקה פוסלת מן התורה כר' אליעזר וללישנא בתרא נמי ע"כ ס"ל לשלחו לו דרקיקה פוסלת מן התור' דהא שלחו ליה יבמה שרקקה תחלוץ ואינה צריכ' לרוק פעם

אחרת כי ההיא וכו' וכתב הרשב"א ז"ל דהאי לישנא דאינה צריכה לאו דוק' אלא ה"ק אינה צריכה ומכיון שאינה צריכה אף היא לא תרוק משום דאתו למשרי חלוצה לאחין ותדע לך דהא אמרי' כי הא דאתת לקמיה דר' אמי וההיא הא אמר ליה ר' אמי לר' אבא חלוץ לה וכו' ואפילו בעיא לחזור ולרוק לא שבקינן לה וכן כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל ואין הסדר מעכב וכו' או שרקקה ואחר כך חלצה וכו' חליצתה כשרה ולמה לא תחזור ותרוק על הסדר שמא יאמרו רקקה לבדה אינה כלום ואינה פוסלת על האחין ע"כ והשתא בשלמא אי ס"ל לשלחו ליה דהרקיקה פוסלת מן התורה היינו דלא שבקינן לעשות מצוה במאמרה משום רקיקה לבדה דפסלה מן התורה אבל אי לא פסלה אלא מדרבנן אמאי לא שבקינן לעשות מצוה במאמרה מחמתה דאפי' יאמרו רקיקה לבדה אינה כלום כיון דמדאוריתא הכין הוא לית לן למגזר אטו הא תדע דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות חרש שנשא פקחת וכו' לפיכך אם בא פקח וקידש אשת חרש הפיקחת הרי זו מקודשת לשני קידושין גמורין ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש ע"כ והשיגו הראב"ד ז"ל שאינה מותרת לחרש שמא יאמרו גרש זה ונשא זה וכו' ותירץ הרב המגיד ז"ל דלא גזרו שמא יאמרו גרש זה וכו' אלא כשהראשון יש לו קידושין מן התורה אבל חרש שאין לו קידושין ולא גירושין דבר תורה אין לחוש שמא יטעו בו שאפילו יאמרו שגירש ואח"כ החזירה אינו עובר באיסור תורה ע"כ. וכן כתב הרב המגיד ז"ל בפ"ט מה' אישות על גט שיצא עליו קול של פסול והצריכוה גט שני לבטל לעז הקול וכתב ר"ת ז"ל שאינה צריכה להמתין ג' חדשים מזמן כתיבת השני ודחו התוס' ז"ל סברתו וסיים הרב המגיד ז"ל סברת ר"ת דלא גזרי אע"ג דליכ' אלא קול אחד משום דאפי' יאמרו ליכא לאו דאוריית' ולא חיישינן ע"כ. הילכך הכא נמי אי רקיקה לא פסלה אלא מדרבנן בעלמ' לא הוה שבקינן מלמעבד מצוה במאמרה משום הך חשש' דא"נ יאמרו כן אין כאן אלא חשש' דרבנן בעלמ'. ועוד אפי' תחזור ותרוק על הסדר ליכא למטעי שמא יאמרו דהרקיקה הראשונ' הית' לבתר חליצה דהיינו עיקר הגזר' דהא חזו דחלצי לה לבסוף ורש"י ז"ל בסוף שמעתי' גבי הא דפריך ותירוק ומה בכך ומשני נפיק מיניה חורבה וכו' כתב וז"ל אמרי רקיק' קמייתא לית בה מששא ולא פסלה מן האחין ומאן דחזי דמתיבמה סבר רקיקה בתר חליצ' הואי כי אורחה וקא שרי חליצה לאחין ע"כ. פי' לפי' איברא ודאי דלא איכפת לן במאי דיאמרו עלה דהך רקיק' דלית בה ממשא דהא כבר היא חולצת לבסוף אלא חיישי' פן יאמרו כן אפי' בעלמ' היכא דאין שם אלא רקיקה בלחוד והתם ודאי כי חזו דמתיבמה סבר רקיקה בתר חליצה הואי וכו': וכל אלו הם חששו' רחוקו' ודחוקו' והוו להו גזרה לגזרה לכך הנכון דשלחו לו ס"ל דרקיק' פוסלת מן התורה ואליבא דר' אליעזר

וכדכתי' ופסק הרב ז"ל כותייהו ולכך דריש קרא כר' אליעזר ככה יעשה לאיש דבר שיש בו מעשה וקי"ל בכל דוכתא דהלכתא במאי דמכרעי אמוראי אפי' ביחיד כנגד רבים וכן כתב הרמב"ם ז"ל בס' סדר עולם שחבר ובפ"ג מה' שבת פסק הרמב"ם ז"ל בהה' דאין נותנין פת בתנור וכו' אלא כדי שיקרמו פניה כר"א נגד ת"ק וכתב הרב המגיד ז"ל מפני ששאלו בגמר' מה היא כוונתו נראה שהלכ' כמותו הילכך הכא נמי כיון דשלחו ליה אזלי בשיטתי' דר"א כוותיה פסקינן במאי דאיירו ביה שלחו ליה ומיהו במאי דפליגי במתניתין להדיא ולא אשכחן שום אמורא דאיירי בהאי דינא כלל וסבר כותיה הדרינן לכללין דהלכ' כר"ע מחברו ור' אלעזר שמותי הוא ולכך פסק חלצה בלבד וכו' חליצתה כשרה כר"ע. ואם תשאל ומאחר דקי"ל בהא כר"ע דחליצתה כשרה כשחלצה לבד א"כ כ"ש דהוה לן למפסק דרקיקה לבד דלא פסלה וכדפריך גמרא אי ר"ע השתא ומה במקום מצוה דאיכ' למימר מידי דהוה אאימורין וכו' תשובתך הא פרישנא לעיל הך פירכא לשיטת הרמב"ם ז"ל דדוקא לר"ע דלא דריש אלא ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעשה באיש הוא דפרכינן הכי דמנא תיתי דרקיקה פוסלת מן התורה דאע"ג דהסבר' נותנת להפך מ"מ הא איכא למימר מידי דהוה אאימורין ומיהו אנן כיון דחזינן אמוראי דסברי דרקיקה פוסלת מן התורה וחזינן בחלצה לבד דמייתי רבינו הקדוש במתני' פלוגת' דר' אליעזר ור"ע אלמא כוותיה דר"ע אית לן למפסק הילכך הכי אית לן למימר דקרא בכל מעשה מדריש וכר"א ומיירי קרא בין בחליצ' בין ברקיקה ומיהו אנן אית לן לאסוקי דרגא לחליצה ארקיק' דעיקר הדבר היינו החליצה וכדכתיב ונקרא שמו בישראל בית חלוץ הנעל והויא נמי מעשה באיש והילכך מאחר דאית לן מקרא דרקיקה פוסלת אית לן לאסוקי דרגא לחליצה דתהוי נמי מכשרת ודוקא לר"ע דהרקיקה לא שויא ולא מידי מן התורה הוא דאיצטריך קרא לאכשורי חליצ' לבדה ודריש ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעשה לאיש מיהו אנן דדרשי' ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעש' מועיל מעתה בלא שום קרא אחרינ' ידעינן שפיר דהחליצה מכשרת והרקיקה פוסלת דאית לן לאסוקי דרגא לחליצה ארקיקה וכדכתיב ואפשר דשלחו ליה חולקין אדר"א בזה דר"א דריש כל דבר שהוא מעשה מעכב ואלו אנן דרשי' כל דבר שהוא מעשה מועיל ופסק הרמב"ם ז"ל כשלחו לו ולכך אסקי דרגא לחליצה ארקיקה וכדכתבינן ותדע דהרמב"ם ז"ל לעיל כי פסק חלצה בלבד ולא קראה וכו' שחליצתה כשרה לא מייתי לה משום קרא וכי פסק תוב רקקה בלבד ולא חלצה וכו' הרי זו חליצה פסולה מייתי לה מדכתי' ככה עשה לאיש המעשה שהוא החליצה והרקיק הוא שמועיל וכו' פי' כיון דחזינן מהאי קרא דהרקיק' מועלת לפסול כמו החליצ' אית לן לאסוקי דרגא לחליצ' ולומר שהיא לבדה

מכשרת וכדפסק הרב ז"ל לעיל ואילו הוה מייתינן דהחליצ' לבדה כשרה מדכתיב ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעש' באיש תוב לא הוה מצינן למימר דממילא הרקיקה פוסלת משום דנחתינן דרגת דמנא תיתי דמעשה בלבד מהני כלל דילמא אינו פוסל כלל וכדפריך גמ' מידי דהוה אאימורין וכדכתבינן לעיל לכך אמרי' דקרא בכל דבר מעש' מיירי ומעתה תרווייהו נפקי שפיר וכדכתבינן. כנ"ל שיטת הרמב"ם ז"ל והא דקא מסיים הרב ז"ל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת לא קאי אקריא' בהדי חליצה דהא ודאי פשיטא דאם הרקיק' אינה מעכבת כ"ש הקריאה דלא הויא מעשה כלל אלא ארקיק' קאי דכדי שיפסול הרקיק' אינה מעכבת הקריאה דאפי' רקקה בלבד בלא קריאה פוסלת וכדפתח הרב ז"ל בלשונו רקקה בלבד וכו': ואינה מועלת דאפילו איכא קריאה בהדי רקיקה אינה מועלת להכשיר והרי היא חליצ' פסולה וכדקאמר נמי הרב ז"ל מעיקרא או שרקקה וקראה ולא חלצה הרי זו חליצ' פסולה: ודע שיש בקצת ספרי הרב ז"ל הרי זו כחליצ' פסולה והוא טעות וצריך להגיה הרי זו חליצ' פסולה וכן נמצא בכתיבת יד המחבר ז"ל זו היא שיטת הרמב"ם ז"ל וכן היא שיטת הרי"ף ז"ל דמייתי משנתנו כצורתה ומייתי בקוצר תרי לישני דשלחו ליה לאבוה דשמואל והשמיט כולה שקלא וטריא דר"ע ומאי דמחלק גמרא בין קריאה לרקיק' אלמא משמע דבחלצה בלבד פסק כר"ע דחליצת' כשר' שמותי הוא והרקיק' פוסלת מן התור' ולכך כתב בקוצר שלחו לי' לאבוה דשמואל יבמה שרקקה תחלוץ מכלל דאיפסלא לה מאחים ואיכא דאמרי וכו'. פי' במאי דפליגי לישני דלליש' קמא תחלוץ חליצה גמור' ותחזור ותרוק וכדכתבינן לעיל קי"ל כלישנ' בתרא דאינה רוקקת לכך מייתי לישנ' בתרא ומשום דלא ברירא כולי האי בלישנא בתרא איהרקיקה פוסלת מן התירה לכך אייתי לישנא קמא דמינה שמעינן להדיא דפוסלת מן התורה ולמדנו נמי מלשון הרב ז"ל דהא דקאמר גמרא מכלל דאיפסלא וכו' לאו היינו הצעת קושיא אלא פרושי קא מפרש סברת שלחו ליה וכדכתבי' לעיל: נמצא דהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל בחדא שיטת' אזלי דהרקיק' פוסלת מן התורה ומה שכתוב בנמקי יוסף היינו פירושא דשקלא וטרי' דגמ' ולא נחית לפרש דעת הרי"ף ז"ל והאמת יורה דרכו. ומיהו רוב האחרוני' ז"ל סוברין דהרקיקה מצד עצמה לא שויא ולא מידי ואינה פוסלת כלל אלא דגזרו רבנן משום דאין דרך רקיקה אלא אחר חליצה הילכך אי לא הוה פסל' אתו לאחלופי בחליצ' דעלמ' להתיר' לאחין וקא מפרשי שמעת' כדכתבינן לעיל להרמב"ן והרשב"א ז"ל והרי"טבא ז"ל ולשיטה זו צריך שתהא הרקיק' בב"ד דבהכי איכא למגזר שמא יאמרו מדרקקה ודאי חלצה לה בריש' דאלו שלא בב"ד ליכא למגזר דהיכי יאמרו חלצה לה בריש' אטו חליצה עבדי לה שלא בב"ד וכן כתבו הרמב"ן ז"ל

והרשב"א ז"ל וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ולשיטת הרמב"ם ז"ל שלא בבית דין נמי פוסלת דומיא דחליצה תדע דהרי הרב ז"ל השוה אותם לענין לפסול שכתב וז"ל שנאמר ככה יעשה לאיש המעשה שהוא החליצה והרקיקה הוא שמועיל וכו' משמע דסביר' ליה דאין לחלק בין רקיקה לחליצה בענין לפסול וכבר כתב הרב ז"ל דהחליצ' אפי' בינו לבינה פוסלת אלמא משמע דה"ה הרקיק' פוסלת אפי' בינו לבינה והכי מסתבר. לפי שיטתו כיון שהרקיק' פוסלת מצד עצמה מן התורה מה לי חליצה מה לי רקיקה בזה וניחא לשיטתו ז"ל דשלחו ליה לאבוה דשמואל בסתם יבמה שרקקה תחלוץ ולא פירשו דהיינו בבית דין אבל רש"י ז"ל פירש דבפני בית דין מיירי ומלשונו ז"ל משמע דאזיל בשיטת האחרוני' ז"ל דלמסקנ' משום גזרה דרבנן נגעו בה. אבל הרי"ף והרמב"ם ז"ל לא פירשו כן וכדכתבינא הילכך לדידהו אפשר דאפילו שלא בבית דין פסלה ומיהו מצאתי להרב בעל ההשלמה ז"ל דאזיל בעקבי הרי"ף ז"ל שכתב וז"ל חלצה ולא רקקה וכו' רקקה ולא חלצה ולא קראתה פסלה לאחין והכי נמי שלחו לאבוה דשמואל יבמה שרקקה תחלוץ אלמא ברקקה לחודה מפסלא לאחין אלמא כל יבמה יכולה לפסול את עצמה מן האחי' אם תרוק בפני אחד מהם ואם כן קשיא הא דאמרינן לעיל יבמה שגדלה בין האחים כשרה להתיבם אין חוששין שמא חלצה לאחד מהם ולא קתני שמא רקקה בפני אחד מהם לכך אני אומר שאין רקיקה פוסלת מן האחים אלא כשהוא בפני בית דין ולא דמי רקיקה לחליצה דאילו חליצה אין דרכה לחלוץ לאחד מן האחים וכיון שחלצה אפילו שלא בפני בית דין פסלה מן האחים להכי אמרינן אין חוששין שמא חלצה וכו' הא חזינן חיישינן שמא כוונה אבל רקיקה שדרכה להיות רוקקת כל היום אין הרקיקה פוסלת מן האחים אלא בבית דין וכן נראה מתוך פרש"י ז"ל שכתב יבמה שרקקה בפני בית דין תחלוץ אלמא בפני בית דין אין שלא בפני בית דין לא: ע"כ: גם הרב המאירי ז"ל כתב כן והוסיף לומר דבעינן בית דין המזומנין לכך וז"ל ולמדת שכל יבמה יכולה לפסול וכו' ומכל מקום דבר זה לא נאמר אלא בפני בית דין כמו וכו' שאם לא כן מה שאמרו שגדלה וכו' והיאך לא אמרו שמא רקקה בפני אחד מהם שהרי הרקיקה דבר מצוי עד שכמעט א"א שלא רקקה לפניו והיה לנו לחוש ולפסלה אלא שבענין זה אין הרקיקה שוה לחליצה שאין דרכה של יבמה לחלוץ לאחין וכל שראינוה חוששין שמא לחליצה כוונה ונפסלה לאחין אף שלא בפני בית דין אבל רקיקה שדרכה כל היום בכך אפילו ראינוה רוקקת אין חוששין לה אלא אם כן בבית דין המזומנין לכך. ע"כ. מעתה כיון דכל הני רבוואתא סברי דלא פסלה אלא בפני בית דין ופרשה הרב המאירי ז"ל דהיינו בית דין המזומנין לכך הילכך בנדון דידן שבאה פתאום בהיותו יושב בין אנשים וכמו שבא

בשאלה אפילו היו שם כמה אין חוששין לה דהא לא מקרו בית דין כיון דלא הוזמנו לכך ומיהו יש לחוש בזה דמתוך לשונו של הר"מ במז"ל משמע דהרקיקה והחליצה שוין הם בזה ואפינו שלא בפני בית דין פסולה וכדכתבינן גם השמועה אשר פירשנוה לדעתו הכין משמע דשלא בבית דין מיירי כולה שמעת' וכדכתיבנא לעיל אבל מצד אחר איכא למידן דלא ניחוש להך רקיקה אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דגרסינן בגמרא אמר רב יהודה אמר רב יבמה שגדלה בין האחין מותרת לינשא לאחד מן האחין אין חוששין שמא חלצה סנדל לאחד מהן ופריך גמרא טעמא דלא חזינא הא חזינא חיישינן והתניא בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצה פסולה עד שיתכוונו שניהם כאחד ומשני ה"ק אף על גב דחזינן אין חוששין שמא כוונו ואיכא דאמרי טעמא דלא חזינא הא חזינא חוששין ודקא תנא בעי כוונה ה"מ לאשתרויי לעלמא אבל לאחין מפסלא עד כאן והקשו הרמ"בן והר"שבא ז"ל מאי קא מקשה ואזיל מברייתא דחליצתה פסולה נמי הכי משמע דחיישינן לומר דפסולה מן האחין ולעלמא לא משתריא עד שיתכוונו שניהם דכל מקום שאמרו חכמי' חליצה פסולה היינו שפסולה ופוסלת מן האחין כדאמרינן בריש פרק כל הגט ותנן נמי החולצת מן הקטן חליצתה פסולה ואמרינן עלה זו דברי ר"מ אבל חכמי' אומרים אין חליצת קטן כלום אלמא חליצה פסולה מסתמא פוסלת מן האחין ולקמן אמרינן בהדיא דאמרו לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה ולבתר דחליץ אמר ליה מינך איפסילא לה אלמא אף על פי שלא נתכוון הוא לחלוץ לפטרה נפסלה עליו: ובתשובה להרב רבינו יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל רבו של הרמ"בם ז"ל תירץ דהא דאמרינן לקמן מינך איפסלא לה אטעויי הוא דמטעי ליה כי היכי דליחלץ לה חליצה מעליית' והקשה עליו הרמב"ן ז"ל דהא ברירנא מהני ראיות דודאי פסולה ופוסלת הוא דקאמר ע"כ והתוספות ז"ל כתבו לקמן בשמעתא דשלחו ליה לאבוה דשמואל דפלוגתא היא דאיכא מ"ד בכל הגט כל מקום ששנו חכמים חליצה פסולה אינה פוסלת על האחין ובפ' כל הגט מפרשים שמועה דפליגי בהכי ואפשר דשיטת הרב בן מיגש ז"ל כשיטת התוס' ז"ל ולא קשיא ולא מידי והא דאמרינן לקמן זו דברי ר"מ וכו' היינו כמ"ד כל מקום שאמרו חכמים פסולה ופוסלת ומצאתי לס"מג שכתב וז"ל וצריך שיתכוונו שניהם לשם התרת חליצה כדאמ' רבי יוחנן אני שונה בין נתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין נתכוונה היא ולא נתכוון הוא אינה חליצה עד שיתכוונו שניהם ע"כ והוא ז"ל קא כייל לקמן דכל מקום שאמרו שאין החליצה כלום וכו' ומותרת להתייבם וכל מקום שאמ' חליצתו פסולה וכו' ואינה מתייבמת וכו' ושוב לקמן כתב וז"ל מכל אלה הטעמים יש ללמד שאין כופין אותו לחלוץ אלא מטעינן ליה למימר חלוץ והיא תתן לך מאתין זוז וכו' ע"כ והשמיט הטעאת

חלוץ לה ובכך אתה כונסה משום דסבירא ליה דבכ"הג לא נפסלה כיון דלא נתכוון הוא לחלוץ לפוטרה ואזיל לשיטתיה דגריס ברברי ר' יוחנן אני שונה אינה חליצה וניחא לגירסתו הא דגרסינן בהאי שמעתא בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאינו הגון לה אתא לקמיה דאביי אמ' לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה אמר לו לא סבר לה מר להא דאמר רבי יוחנן ואלא היכי אימא ליה אמר ליה חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז וכו' ע"כ: ואי אמרה דלר' יוחנן נמי חליצתו פסולה ופוסלת שפיר הוה קא עביד אביי דבהכי הוה מפסלא עליה ושוב יכפוהו לחלוץ וכדעביד רבי חייא בר אבא כדאיתא לעיל מיהא ואמאי נדי ממאי דקאמר מעיקרא ואמאי אקשי עליה להדיא רב פפא לא סבר לה מר להא דאמר ר' יוחנן וראיתי מי שנדחק בתירוץ קושיא זו דהוה גברא אלמ' ולא היו יכולין לכוף אותו וגירסת סמ"ג ניחא דכיון דלר' יוחנן אינה חליצה כלל שוב לא היו יכולין לכופו ולהכי פריך להדיא לא סבר לה מר להא דר"י ורש"י ז"ל כתב ז"ל להא דר' יוחנן דאמר לעיל עד שיתכוונו שניהם ע"כ ומשמע לי פי' לפי' דהוקשה לו קושיא זו דאקשינן דהא כל מקום דקאמר פסולה היינו פסולה ופוסלו מן האחין והילכך שפיר הוה קא עביד אביי ותירץ ז"ל דאיברא ודאי כל מקום דאמרינן פסולה מופלג ומוכרת כגון הא דאמרינן והחולצת לקמן חליצתה פסולה הא ודאי דאתא לאשמועינן דפוסלת על האחין ולהכי קאמר עלה בגמרא זו דברי ר"מ אבל חכמים אין חליצת קטן כלום אבל היכא דלא תני פסולה מוכרת אלא סמוך וקאי שדלקמיה כגון הכא דקתני חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהם הא ודאי דגריעותא דחליצה בעי למימר דלא שויא מידי עד שיעשה כך וכך והילכך אע"ג דקאמר חליצתה פסולה הוה ליה כאילו קאמ' אינ' חליצה ומאי פסולה פסול' לעלמא וכדקאמ' בשמעת' דשלחו ליה פסולה למאן אילימא לעלמא וכו' וה"ק רבי יוחנן וכו' רבי יוחנן אני שונה חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהם כאחת פי' דה"ל כאילו קאמר אינה חליצה ואת אמרת חליצתה כשרה. וזהו שכתב רש"י ז"ל להא דרבי דאמר לעיל עד שיתכוונו שניהם ודוק ומעתה אין לנו לומ' דהסמ"ג היה לו גירס' אחרת אלא דדייק כדפרישנ' וה"ל כאילו תני אינה חליצה ועובדא דר' חייא בר אבא דאמר לו חלוץ לה. ובכך אתה כונסה אתיא דלא כרבי יוחנן וקי"ל כר' יוחנן דאביי ורב פפא קיימי כוותיה ולכך השמיט הטעה דר' חייא בר אבא וניחא דפריך הכא בשמעתין שפי' מדקתני חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהם כא'. דמשמע דפסולה לעלמ' קאמר ואם תשאל דהא גרסינן בירושלמי איזו היא חליצה מוטעי' אמר ר"ש בן לקיש כל שאומר לו חלוץ והוא נתרת לך לאחר זמן אמר רבי יוחנן אמש הייתי יושב ושונה הוא מתכוון וכו' איזו היא חליצה מוטעית על דעתיה דרבי יוחנן כל שאומרי' לו חלוץ והיא נותנת

לך מאה מנה וכו' אתא עובדא קומי רבי הונא ועבד כרשב"ל כד שמע ר' יוחנן פלג חזר וכפה וחלץ לה זמן תנינות ע"כ משמע דהיינו פלוגתא דגמרין וקאמר כד שמע רבי יוחנן פלג חזר וכפה וכו' ואי ס"ל דלא הויא חליצה כלל היכי מצי למכפייה לחלוץ תנינות והא דוקא כי עביד חליצה פסולה דאסירא עליה וחייב להוציא הוא דמצינן למכפייה אבל היכא דלא אסירא עליה לא מצינן למכפייה ואי לא הויא חליצה כלל לא איתסר' עליה תשובתך דשניא ההיא דירושלמי דסבר יצא עליה שם חליצה וכדק' אתא עובד' קומי רבי הונא ועבד כרשב"ג ולכך גזר עלה רבי יוחנן ודן אותה כחליצה פסולה אי נמי לא דמי ההיא דירוש' לגמרין דהתם בירושלמי קאמר לה חלוץ והיא נתרת לך לאחר זמן דמ"מ כי עביד חליצה לפוטרה קא עביד אבל בגמרין דאמר לו ובכך אתה כונסה פירוש דהחליצה עצמה תתיר לך לכונסה הרי אין כוונה כלל ואדרבה כונה הפכיית יש כאן ולכך אינה חליצה כנ"ל שיטת סמ"ג ומיהו הרמב"ם ז"ל כתב וז"ל חליצה מוטעת פסולה כיצד כגון שאמרו לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה או שאמרו לו חלוץ לה שזו מצוה היא ואינה מפסדת עליך כלום ואם תרצה אחר כך ליבם תיבם ע"כ. ס"ל דאין לה לחלק בין פלוגתא דירוש' לפלוגת' דגמרין וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל ובתרויהו ס"ל דפסולה ומכל מקום דעת סמ"ג כדכתיבנא. כנ"ל והילכך לשיטה זו ולתירוצו דהרב בן מיגש ז"ל דכתיב לעיל בנדון דידן דירקה בפניו בעל כרחו פשיטא ודאי דלא פסלה כלל ושריא לייבומי:

עוד תירץ הרב בן מיגש ז"ל לעיקר קושית המפרשים ז"ל דהתם בההיא דאמר לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה לכך איפסלא לה משום קריאה ורקיקה והקשה הרמב"ן ז"ל על תירוץ זה דהיאך אפשר רקיקה פוסלת חליצה גופה לא תפסול מאחין ולא ידעתי מהו דה"ק הרב ז"ל דהתם להכי אמר לו מינך איפסלא משום דעביד כל מצות חליצה כתקנה קריאה חליצה רקיקה וקריאה דאף על גב דחליצה עדיפא מכל מקום עדיפ' החליצה בהצטרפות הקריאה והרקיקה מחליצה בלחוד' דכי עביד חליצה בהדי רקיקה וקריאה ראוי לפוסלה מדרבנן דשייך בכה"ג למגזר טפי והילכך גם לשיטה זו בנדון דידן דלא היתה שם אלא רקיק' בלחודה כיון דהיתה בע"כ לא פסלה כלל:

עוד פירש הרב בן מיגש דהכי קא מקשינן טעמא דלא חזינ' הא חזינן חיישי' ומיפסלא עליהו והתניא בין שנתכוון הוא וכו' בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצתה פסולה טעמא דאיכוון חד מיניהו הוא דחליצת' פסולה ומפסל' מיניה אבל לא איכוון חד מיניהו כלל אפילו מיניה לא מפסל' ומהדרי' ה"ק אף על גב דחזינ' אין חוששין שמ' כוונו כלומר אין חוששין לשמ' כוון אחד מהם. והקשה הרמב"ן ז"ל גם על פי' זה דבין דלא נתכוונו

כוונו שניהם בין שלא נתכוון אלא אחד דינן שוה והא דקתני לה ברית' כשנתכוון אחד מהם קמ"ל דאפ"ה אינה כשרה עד שיתכוונו שניהם וכן הקשה הרב המאירי ז"ל שכל שאתה אומ' שצריכ' כוונה ודאי משניהם היא צריכה וכל שאתה אומר שאם לא כיון האחד חליצתה פסולה ודאי אף בלא נתכוונו שניה' כן וגם הרשב"א ז"ל דחה פי' הרב בן מיגש ז"ל וז"ל ואינו מחוור דכיון דאפילו נתכוון אחד מהם חליצתה פסולה אלמא כוונת חד מיניה לאו כלום היא עד שיתכוונו שניהם והילכך כשלא נתכוון אפילו אחד מהן חליצתו פסולה פי' לפי' דכיון דכוונת אחד מהם לא משוי לה חלוצה גמורה אם כן אינה כלום ואפ"ה היא פסולה על האחין משום מראית העין אם כן כשלא נתכוון אחד מהן אף על גב דאינ' חליצה ראוי לפוסלה על האחין משום מראית העין דבכל מידי דמראית העין אין לחלק וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ויש פנים לסבר' הרב ז"ל אבל אין להאריך בזה ומכל מקום סברת גבר' רב' היא דשני' היא היכ' דלא נתכוונו שניהם מהיכ' דנתכוון אחד בלבד והרב בעל ההשלמה ז"ל כתב ג"כ על לשון הרב ר' יצחק אלפסי ז"ל דאם לא נתכוון הוא ולא נתכוונה היא אינה פוסלת מן האחין ולקמן נבאר דעתם בס"ד. ומ"מ בין לשיטת הרא"ם ז"ל בהאי לישנ' בתר' בין למאי דכתב הרב בעל ההשלמ' ז"ל בין למאי דסברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל משמע לכאורה דבנדון דידן דהי' כיוונה אפי' שהיה בע"כ נפסלה על האחין:

והרמב"ן ז"ל פירש דהכי פריך כיון דחליצה בעיא כוונה נהי נמי דכי חליץ בב"ד ולא מתכוין פסולה מפני מראית העין ואפילו בחליצה לחודה בלא רקיקה וקריאה וכדי שלא יבאו להתיר חלוצה לאחין אבל שלא בב"ד כיון דמדינא לא מפסלא משום מראית העין נמי ליכ' כיון דלא מחזו כחולצין אפילו לפסול את החליצה אינה חליצה דהא ליכא למיחש לשמא יתירו חלוצה לאחין והרי רקיקה בלבד פוסלת בב"ד כדלקמן ואילו רקיקה שלא בב"ד אין חוששין לה לכלום שהרי אי אפשר שלא רקקה בפני אחד מהן ומפרקינן חוששין שמא כוונו ואף על פי שלא נעשה בבית דין בינו לבינה נמי פוסלת היא מן האחין עד כאן. והקשה עליו הרשב"א ז"ל דברוב הספרים גרסינן איכא דאמרי טעמא דלא חזינא הא חזינא חוש שין שמא כוונו והא דקתני תנא דבעי כונה ה"מ לאשתרויי לעלמא אבל לאחין מפסלא ואף בהלכות הרי"ף ז"ל היא כן אלמא עד השתא לא הוה משמע להו דפסולה דקתני פסולה על האחין קאמר אלא פסולה לעלמא כלומר דאינה כלום והיינו דקא קשיא ליה ואף על גב דאמרינן בפ' כל הגט כל היכא דקתני חליצה פסולה פסולה ופוסלת איברא קושטא דמילתא הכין הוא וכדאסיק נמי הכא בלישנא בתרא אלא מיהו האי מקשה לא הוה ס"ל הכין מעיקרא ותדע לך דהא אמרינן לקמן

בהאי פירקא בסופו רקקה ולא חלצה ולא קראה חליצתה פסולה וקא דייק עלה פסולה למאן אלימא פסולה לעלמא פשיטא מי הויא חליצה כלל אלא לאחין אלמא אי לאו דאתו לה מצד אחר כלומר דכל שלא חלצה לא הויא חליצה כלל לעלמא הוה אפשר למימר דמאי פסולה פסולה לעלמא כלומר דלא עבד ולא כלום ואף לאחין לא מפסלא והילכך הכא נמי אפשר דהאי מקשה הכין הוה ס"ל מאי פסולה פסולה לעלמא ולעולם לאחין שריא כל שלא כוונו שניהם. ע"כ: ולא נהירא דאיברא דלקמן דבעינן לאקשויי והדוחה דוחה בקש הוה אפשר ליה לדחויי מאי פסולה היינו לעלמא ולא תקשי מדר"ע אדר"ע ולכך הוצרך לבא עליו מצד אחר אבל הכא דבעי לאקשויי בהאי טעותא הא ודאי קשיא דמאי פריך הא לשון פסולה משמע פסולה לאחין בכל דוכתא והיכי עקים לשון הבריתא כדי לאקשויי: וצריכין אנו למודעי אביהן ורבן של ישראל רש"י ז"ל הוא המגלה לנו כל סתום ובלעדיו היה הגמרא כדברי הספר החתום וזהו לשונו הא חזינא דחלצה חיישי' דילמא חלצה לפוסלה עליהו ואף על גב דלא נתכוונה לחליצת מצוה ואיכא דאמרי אין ודאי טעמא דלא חזינן דחלצה הא חזינא דחלצה חיישינן דילמא נתכוונו ומפסלא עליהו. ע"כ. פירוש לפי' תרי גווני כוונות איכא או שמכוין לפסול לבד בלא כונת שום מצוה או שמכוון לשם חליצת מצוה ושתהא מותרת לזר בחליצה זו וסתם כונה היינו שמכוון לחליצת מצוה דאלו לפסול לבד לא מיקרי כוונה כלל וכמאן דליתא דמי והכי פריך טעמא דלא חזינא הא חזינא חיישינן פירוש קס"ד דלית לן למיחוש כולי האי דנתכוונ' לשם חליצת מצוה כיון דלא הויא בפני ב"ד דאין דרך חליצת מצוה אלא בב"ד ולכך לא חיישינן לכוונת חליצת מצוה אלא דחיישינן שכוונה לפסול לבד ובהכי סגי לפסול אף על גב דליכא שום אחד מהם דנתכוון לשם מצות חליצה והתניא בין שנתכוון וכו' פי בין שנתכוון הוא לשם חליצת מצוה דהיינו סתם כוונה וכדכתיבנא אלמא דלפוסלה נמי בעינן כונת אחד מהם מיהא לשם חליצת מצוה ואילו אנן אמרינן דהיכא דחזינא דחלצה חיישינן דילמא חלצה פסלה ופסלה בהכי אף על גב דלא נתכוונו לחליצת מצוה והשתא פריך שפיר וניחא מאי דקשיא להו למפרשים ז"ל ולא סגי ליה במאי דכתיבנא לעיל לדידיה ז"ל דשניא היכא דקתני פסולה סמוך כגון הכא דתני פסולה עד שיתכוונו שניהם מהיכא דקתני פסולה מופלג ומוכרת משום דהמקשן צריך לאקשויי בכח והיה אפשר לומר דלא שנא דלעולם פסולה משום דפסול על האחין ולכך אלים לפירכיה דאפילו תימר פסולה לאחין אכתי פריך שפיר ומשני ה"ק אף על גב דחזינן אין חוששין שמא כוונו וה"ק יבמה שגדלה בין האחים מותרת לינשא לאחד מן האחין דאף על גב דחזינא דחלצ' אין חוששין שמא כוונו והא דקאמר אין חוששין שמא חלצה

וכו' ה"פ אין חוששין שמא חלצה בכוונה סנדל לאחד וכו' והא דנקט יבמה שגדלה וכו' לאשמועינן דאף על גב דהגדילה בין האחים ופעמים רבות חלצה לא חיישינן שמא בשום פעם חלצה בכוונה ואיכא דאמרי אין ודאי טעמא דלא חזינן דחלצה הא חזינא דחלצה חיישינן דילמא נתכוונו לשם מצות חליצה דאינה חששא רחוק כדק"סד דשפיר איכא למיחש להכי ומפסלא עליהו. ודקא תנא בעי כונה פירוש דבעינן שנדע שנתכוונו למצות חליצה וכדקתני עד שיתכוונו שניהם ה"מ לאשתרויי בעלמא וכו' והא דקתני בין שנתכוון הוא וכו' לאו דבעינן שיכוין א' מהם להדיא כדי שיהא נפסל על האחין דמן הסתם נמי פסול אלא משום דבעי לסיומי עד שיתכוונו שניהם דלאשתרויי לעלמא ודאי בעינן שנדע כוונת שניהם נקט נמי בין שנתכוון הוא וכו' לאשמועינן דאפילו נתכוון אחד מהם אינה כשרה עד שיתכוונו שניהם:

הילכך לשיטה זו בנדון דידן אין כאן שום כונה דהיא לא כיוונה אלא לפסול עצמה ולא לשם כונת מצות חליצה וגם היה בעל כרחו של יבם הילכך ודאי לא מפסלא והשתא ניחא הא דקאמר לקמן חלוץ לה ובכך אתה כונסה ולבתר דחליץ לה א"ל השתא מינך איפסלה לה וכו' משום דהיא היתה מכוונת לשם מצות חליצה אבל היכא דידעינן דאינה מכוונת אלא לפסול עצמה אין כאן כוונה והוה ליה כלא נתכוונו שניהם דס"ל להרב בעל ההשלמה דאינה פוסלת מן האחין וניחא נמי לשיטה זו מאי דקשיא ליה להרא"ש ז"ל דאמאי הודחקו הנך אמוראי להטעותו רבי חייא ואביי דאמר ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואמרו לה שתרוק בפניו ונפסלה לו ואחר כך יכפוהו לחלוץ דאי הוו אמרי לה הכי הא ודאי שלא תהיה כוונתה אלא לפסול ואין לומר שיאמרו לה שתרוק לשום מצוה דהרקיקה לבדה לעולם אינו פוסלת וכיון שכן הויא ליה כמו שלא נתכוונו שניהם ואינה פוסלת לכך אמרו לו חלוץ ובכך אתה כונסה אבל היא היתה עושה החליצה לשם מצות חליצה דלא אמר לה מידי ואדרבה קאמר לה לא ניחא לך אמרה ליה לא אלמא דאדעת' דחליצה מליליא חלצה: ולקמן נאריך עוד בזה בס"ד כנ"ל שיטת רש"י ז"ל ועל פי דרך זה יש לי לפרש דעת הרמ"בם ז"ל שכתב בפ"ר וצריך שתתכוין היבמה שתחלוץ לו ויתכוין הוא שיחלוץ לה ויעשה מעשים אלו לשמן. ע"כ ועל כונה זו כתב שוב באותו הפרק או שנתכוונה הא ולא נתכוון הוא או שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא חליצתה פסולה משמע דכונת חליצת מצוה דהזכיר הרב לעיל בעינן אבל היכא דלא נתכוונה היא אלא לפסול הוה ליה כאילו אין כאן כונה כלל ולא פסלה וכתב עוד באותו הפרק יבמה שגדלה בין האחין וכו' אבל אם ראינוה שחלצה נעלו של אחר נפסלה שמא נתכוונה לחליצה וכו': ע"כ: משמע להדיא דדוקא היכא דאיכא למיחש שמא נתכוונה לחליצת מצוה הוא

דנפסלה אבל אם נודע לנו שלא עשתה אלא לפסול לא חיישינן לה מעתה כ"ש בנדון דידן דהא ודאי עדיפא חליצה דהיא לבדה מכשרת בכוונת שניהם משום דהויא מעשה מרקיקה דהיא לבדה אינה מכשרת כלל ואפילו כוונו שניהם אלא פוסלת וכיון דמצינו בחליצה דאפי' לפסול בעינן כוונת לחלוץ כ"ש רקיקה ועוד דהסברא נותנת דכל מה שהוא יותר מעשה דאינה צריכה כוונה כל כך דהמעשה מוכיח ואם במעשה צריך כוונה דהיינו החליצה כיש במה שאינו מעשה כל כך כגון הרקיקה דאלמלא הכוונה לית בה הוכחה כלל כמאן דלא עביד מידי דמי והרי כל היום היא רוקקת הילכך נראה דבנדון דידן לדעת הרמב"ם ז"ל אינה פוסלת והיינו על פי דרכו של רש"י ז"ל וכדכתיבנא ובקצת פירושי רש"י ז"ל מצאתי קצת שינוי בלשון וז"ל קא חזינא דחלצה חיישי' דילמא חליצה היא לפוסלה ואף על פי שלא נתכוונו לחליצת מצוה. ואיכא דאמרי אין ודאי טעמא דלא חזינא דחלצה הא חזינא דחלצה חיישינן שמא שניהם כוונו לחליצת מצוה ומפסלא עליהו: ע"כ: וכפי זה הלשון מצינו לפרושי השמועה בענין אחר מיהו הל' דכתיבנא לעיל דייק טפי דהיינו דנקט חיישינן וגם על לשון זא מצינן לפרושי השיטה דכתיבנא לעיל ומכל מקום הרי דק הרב ז"ל למנקט כוונו לחליצת מצוה אלמא כוונה כזו בעינן: וכן משמע קצת מלשון המרדכי שהקשה עלה מאי דאמרינן שהרקיקה פוסלת מדאוריתא בפ' כל הגט קטן ואנפליא פסולים ואינו פוסלים דאמאי והלא רקקה ופסולה על האחין ותירץ היכא דרקקה לבד בלא שום דבר ודאי פסולה על האחין דהא לשם חליצה איכוונה אבל היכא דרקקה לשם חליצת קטן ואנפליא אינה כלום ע"כ ואיברא דעיקר קושיא לא ידעתי דמי אמר לו דרקיקה בפני הקטן פוסל כלל ומי אמר לו דכי קאמ' אנפליא מיירי ברקיקה דילמא בחליצה לחודה מיירי דהרי היא כשרה וכי עביד לה באנפליא אינה פוסלת כלל ומיהו מכל מקום שמעינן מלישניה דכונה לשם חליצה בעינן ואם לא תאמר כן לא מתרצ' קושיי' שפיר דאילא בעינן אלא רקיקה לפסול ודאי דהיכא דחלצה באנפליא ורקקה דלא גרע מחלצה לפסול לבד ומכל מקום לשון רוב המפרשים מורה כן וכונה לשם חליצת מצוה בעינן אפילו לפסול וכתב הר"אש ז"ל וז"ל שלחו ליה לאבוה דשמואל וכו' קשיא לי כיון דאמר יבמה שרקקה תחלוץ אמאי הדחיקו הנך אמוראי לקמן להטעות ר' חייא ואביי ורב פפא דאמרו ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואחר כך כופהו לעשות חליצה מעליא וכן אביי רב פפא דאמרו ליה חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז כיון שעמדו היבם והיבמה לפניהם יאמרו לה שתרוק בפניו ונפסלה לו ואחר כך יכפוה לחלוץ ואי לית להנהו אמוראי הא דשלחו לאבוה דשמואל א"כ לאו דהילכת' היא ורב אלפס הביאה לפסק הלכה ונראה לו דשפיר אית להו להנהו אמוראי

והא דלא אמרו לה לרוק בפניה משום דלא מקריא רקיקה הבא לפסול כדאמרינן לעיל יבמה שגדלה בין האחין מותרת לינשא לאחד מהן אין חוששין שמא חלצה סנדל לאחד מהן ופריך טעמא דלא חזינא הא חזינא חיישי' שמא כוונה והא תניא בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא וכו' חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהם ומסיק דכי חזינא חיישי' שמא כוונו אלמא אף חליצת סנדל לא מהניא לפסול בלא כוונה כ"ש רקיקה והני עובדי דלקמן דידעי ביה שלא היה רוצה לחלוץ רקיקה לא פסלה כי יודע שלא כיון: ע"כ:

וקשיא לי מאי קשיא ליה עליה דרב פפא ואביי דהא אינהו שפיר טפי עבדי דהטעוהו בחליצה כשרה ולא הוצרכו לכפייה כלל תדע דאיהו ס"ל דכי אמרינן ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה דמפסל' בהכי על האחין דהא מייתי עובדא דרבינו חייא בר אבא והילכך קשיא מאי פריך רב פפא עלה דאביי לא סבר לה מר להא דאמר ר' יוחנן והא שפיר קאמר אביי דהשת' אי פסיל' עליה וקי"ל דכופין אותו בכך עד שיאמר רוצה אני וכדעביד ר' חייא בר אבא בעובדא דלעיל מיניה אלא מאי אית לך למימר דגבר' אלמ' הוה ולא מצו כפו ליה א"נ לא ניחא ליה בכפייה דילמא לא יתרצה וכמו שתירץ הרשב"א ז"ל א"נ כיון דאפשר ליה בלא כפיה לא בעי לאתויי נפשיה לידי כך א"נ כל היכא דאפשר בחליצה אחת לא מטרחינן ב"ד תרי זימני וכיון שכן מאי קשיא ליה להרא"ש ז"ל עליה דרב פפא קאמר ליה חלוץ לה לומר שתתן לך מאתים זוז דהא ודאי עדיפ' מינה קא עבדי מכל הלין טעמי דכתיבנ' ואפשר דהרא"ש ז"ל לא בעי לאוקומ' בגבר' אלמא אלא באינך תירוצי דכתיבנ' ולכך עדיפ' ליה שתרוק בפניו אף על גב דשוב צריך כפיה ממאי דנימ' ליה רבנן חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז דה המאתי' זוז כדאית' בגמר' מחזו רבנן כגנבי דעתיהו דבריות ומדברי כזב ועושי עולה ויש חילול ה' בדבר ואמרינן בירוש' אתא עובד' קומי ר' חייא בר ווא וא"ל בני האשה הזאת אינה רוצה להנשא לו דרך ייבום אלא חלוץ לה עקור זקתך ממנה והיא נשאת לך דרך נשואין מן דחלץ לה א"ל אילו אין אתו משה ושמואל לא שריי לה וקרא עלוי חכמים המה להרע ולהטיב לא ידעו ע"כ: הא קמן דמזדלזלי רבנן דכי הא והילכך טפי עדיף ללמד שתרוק בפניו ותפסול ושוב יכפוהו ולמה נדחקו רבנן למעבד השטאה כלל דלא יאה לרבנן לאטעויי כלל במקום דאפשר בלא הטעאה ותירץ הרא"ש ז"ל דהא דלא אמרו לה לרוק בפנינו משום דלא מהניא רקיקה הכא לפסול כדאמרי' לעיל ובמה שגדלה בין האחים וכו' ע"כ וראיתי לאחד מגדולי הדור שלפנינו ז"ל דמקהי עליה קהייתא ומחו ליה מאה עוכלי בעוכל' חדא דמהאי טעמ' דלא מהני הרקיקה משום דהויא בעל כרחו הכי נמי כי אמרו ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה לא ליהני ולא לפסלה כיון דידעינן ביה דלא בעי לפוטרה אלא

שהוא סבור שבכך הוא כונסה. ועוד אמאי היכא שהוא סבור שבכך הוא כונסה מהניא החליצה וכי במה שהגדילה בין האחים היכא דידעינן בודאי דלא חלצה למצות חליצה לא מהני' החליצה אפילו למפסל' על האחין ועוד מאי קאמר אלמא אף חליצת סנדל לא מהניא בלא כונה כ"ש רקיקה ע"כ מאי כ"ש הוא זה דהא דחליצת סנדל לא מהניא בלא כוונה היינו משום דלא הויא בב"ד אבל הרקיקה דאיירי בה הרא"ש ז"ל הויא בב"ד ועוד דאין הנדון דומה לראיה דהיכי מוכח דאפילו נתכוונה היא למצות חליצה וירקה בפניו כיון דאיהו לא בעי לחלוץ דלא מהני' אפילו לפסול מההיא דיבמה שהגדילה בין האחים דאמרינן התם חיישינן שמא כוונו דילמ' דוקא היכ' דידעינן דלא נתכוונו שניהם לא מהני' החליצה אפילו למפסלה על האחין אבל היכ' דהיא רוצה בחליצה ואיהו לא בעי וחלצה אימא דאה"כ דפסלה ותירץ ז"ל דשני' חליצה שהוא בב"ד כגון ההוא דחלוץ לה ובכך אתה כונסה מיבמה שגדלה בין האחין דלא הויא בב"ד דכי הויא בב"ד אפילו דידעינן ביה דלא מכוון לחלוץ אלא שהוא סבור שבכך הוא כונסה אפ"ה מהניא מפני מראית העין ומפסלא על האחין אבל שלא בב"ד אי ידעינן בודאי שאינו רוצה לחלו' לא הויא חליצה כלל עוד חילק דההיא דהוא סבור שבכך הוא כונסה מכל מקום הוא חול' לכונת חליצה והרי חליצה גמורה לפנינו וראוי לחוש למראית העין דמאן דחזי חליץ לא ידע שהוא סבור שבכך הוא כונסה ע"כ ולכי מעיינ' שפיר בלשון הרא"ש ז"ל לא קשי' ולא מידי ובמאי דנפרש שמעת' דיבמה שהגדילה ואו' אליבי' ממיל' תתפרש נמי סברתו וה"פ טעמ' דלא חזיניה הא חזיניה חיישינן פירוש חיישינן שמא כוונה וכן כתב הרא"ש ז"ל כלומר אף על גב דידעינן דאיהו לא כיון מאחר דיש לחוש שמא היא כוונה מיחש חיישינן ואף על גב דלא ידעינן בה אם כוונה נפסלה על האחין ומ"ה מחמרינן כולי האי כיון דלא איירי אלא בדלא חזיניה משמע דכל דחזיניה אע"ג דידעינן ביה דלא כיון מיחש חיישינן שמ' היא כונה והתני' בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא וכו' הא קמן דלא פסלינן לה אלא כשנדע כוונת אחד מהם בודאי וכדקתני בין שנתכוון הוא וכו' אבל היכא דידעינן בודאי שא' לא כיון והאחר בספק שמא כיון שמא לא כיון לא חיישין ליה ומסיק הא חזינא חיישין שמא כוונו כן כתב הרא"ש ז"ל פירוש לא תימא חיישינן שמא כוונו דמשמע דידעינן בודאי שהוא לא כיון ואפ"ה חיישינן שמא כוונו דלא ידעינן בשום אחד מהם אי כיון אי לא ויש לחוש לשניהם שמא כוונו והא דלא נקטה רב יהודה אלא בדלא חזיניה משום דאינא רבותא טפי דיש לחוש שמא חלצה ושניהם כוונו אבל היכא דידעינן מהם לא כיון והאחר הוא בספק שמא כיון אע"ג דחזיניה פשוט ודאי דלא חיישי' ליה דמאחר דידעינן בא' דלא כיון תוב לא חיישינן לאידך אבל אי ידעינן בבירור שהא'

כיון לשם מצות חליצה אע"ג דהאחר לא כיון כלל חליצתה פסולה והיינו ברייתא דקתני בין שנתכוין הוא ולא נתכוונה היא וכו' חליצת' פסולה והא דקתני עד שיתכוונו שניהם ה"מ לאשתרויי לעלמא וכדאי' בגמרא נמצא לפי זה דהיכ' דחזיניה ולא ידעי' כוונת שום א מהם חיישינן שמא שניהם כוונו אבל היכא דידעינן בודאי שהוא לא כיון אע"ג דלא ידעינן באידך לא חיישי' ליה ואם הא' כיון בודאי והא' לא כיון בודאי חליצתו פסולה אלא דלכוונת א' מהם לא חיישי' ליה אם לא שנדע בברור שכיון אחד מהם זו היא שיטת הרא"ש ז"ל בשמועה זו להכי לא אמרו לה שתרוק בפניו משום שידוע היה שהוא לא כיון ולא ידע נן בה אם כוונה היא לשם חליצת מצוה אדרבה מוכח להדיא דאין כוונת' אלא לפסול בעלמ' דאין רקיקה אלא לפסול וזו לא מקרי כונה וכדכתבינן לעיל והיינו שכתב ז"ל אלמא אף חליצת סנדל לא מהניא לפסול בלא כוונה כ"ש רקיקה פירוש בלא כונה כלל דידוע שלא כוונו שניהם א"נ שהא' ידוע שלא כיון והא' לא ידעי' אם כיון דלא חיישי' שמא כיון והויא ליה כאילו שניהם לא כוונו וכדכתבינן ומה שכתב והני עובדי דלקמן וכו' עד כי ידוע שלא כיון פירוש מאחר דידוע דלא כיון היא לכך הרקיקה אינה פוסלת משום דגם היא אין לה כונה נכונה דהא אינה מתכוונת אלא לפסול דהרקיק' אינה מכשרת אלא פוסלת אבל החליצה דשייך בה כונה להכשיר כל שהא' מכוין לשם מצות חליצה אע"ג דידעינן ביה באחר שאינו מכוין כלל אפ"ה פוסל כיון דאיכ' בחד מינייהו כוונה גמורה והשתא ניחא כל מאי דקשי' להו על הרא"ש ז"ל דההיא דחלוץ לה ובכך אתה כונסה הרי היא מכוונת כוונה גמורה לשם מצות חליצה וכדכתבינן אבל הרקיקה אפי' היא אינה מכוונ' אלא לפסול ויבמה שהגדילה בין האחי' נמי היכא דידעי' בודאי שהא' כיון אע"ג דידעינן בודאי שהאחר לא כיון פסלה דומיא דאידך חלוץ לה ובכך אתה כונסה והשתא דאיירינן בלא כונה כלל שפיר מייתי רקיקה במכ"ש מחציצ' דהשת' חליצה דהויא לה מעשה גמור בגופו של איש לא סגי בלא כונ' כ"ש רקיקה דלא הוא מעשה בגופו של איש דלא שויא מידי בלא כונ דהסברא נותנת דכל מה שהוא יותר מעשה מעלי טפי ואינו צריך לכונה דהמעשה מוכיח עציו ולא מסתבר לחלק בין כשהי' בפני ב"ד לשלא היה בפני ב"ד לענין הכונה וכ"ש אי אזיל הרא"ש ז"ל בשיטת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל דרקיקה פוסלת מן התורה דאין לחלק כלל דל"ש בפני ב"ד ול"ש שלא בפני ב"ד שוין הן וכדכתיבנ' לעיל ועוד אכתוב בזה בס"ד ושפר מייתינן מיבמה שהגדיל' דהיכ' דלא נתכוונו כלל כעין ההיא דרקיק' דידוע שהוא לא כיון וגם היא דאין כוונת' אלא לפסול דלא פסלה. והשת' ניחא דאזיל הרב בעל הטורים ז"ל להדי' בשיטת אביו ז"ל ולא נצטרך לעקם לשונו כלל וז"ל צריך שיכוונו היבם והיבמה שתהא מותרת לזר

בחליצ' זו נתכון הוא ולא היא או היא ולא הוא לא הותר' ומיהו חליצה היא לפוסלה על האחין לפיכך יבמה שגדלה בין האחין וראינו שחלצה נעלו של א' מהן אסור' להתייבם שמא כוונו לשם חליצ' וכו' ע"כ פי' דידעינן בודאי שהא' כיון כיון חליצת פסולה ואם ידעינן בא' שלא כיון והאחר לא אתברר לן אם כיון אם לא כיון לא חיישי' שמא כיון דכיון דאתברר לן שהא' לא כיון תו לא חיישי' שמא האחר כיון דאמרי דהא' יאחז דרכו של אחר אבל אי לא אתברר לן בשום אחד מהם אם כיון אם לא כיון הא ודאי דחיישינן שמא כוונו שניהם והיינו ההיא דיבמה שהגדילה והשתא אין לדייק דהטור קשיא מדידיה אדידיה דפתח בחד וסיים בתרי דכתב ז"ל שמא כוונו משום דהיכא דלא אתברר לן אם כיון שום אחד מהם אין לנו לומר שמא הא' כיון והא' לא כיון דאין לנו לתלות אלא לשניהם כא' דהא קמן היכא דאתברר לן שהא' לא כיון אין אנו חוששין שמא האחר כיון וכדכתיבנא לעיל ומה שכתב הטור וכן אם רקקה לפני היבם בפני ב"ד אסורה להתייבם וכו' מיירי בדלא ידעינן בשום א' מהם אם כיון אם לא כיון דאילו ידעי' ביה דלא כיון אינה פוסלת וכמו שכתב אביו ז"ל כנ"ל שיטת הרא"ש ז"ל על פי דרכו של רש"י ז"ל והתוס' ז"ל כתבו וז"ל ודקתני תנא בעי כונה וכו' דמדקתני עד עד שיתכוונו שניהם כא' משמע דבעי שנדע שהם מתכוונין לחליצה ע"כ: כן כתוב בתוס' כתיבת יד. פי' לפי' אינהו ז"ל קא מפרשי השמועה כשיט' הרשב"א ז"ל דכתיבנא לעיל דמאן דפריך הוה משמע ליה דפסול' דקתני היינו פסולה לעלמ' ואינה פוסלת כלל על האחין כמ"ד כל מקום ששנו חכמים חליצה פסולה אינה פוסלת על האחין וכמו שכתבו התו' ז"ל לקמן אי נמי הוה ס"ל דכיון דקתני עד שיתכוונו שניהם לא משמע דפסול על האחין קאמר וכדכתי' לעיל דעת סמ"ג. ופריך הא חזינא חוששין דאפי' תפרש חוששין שמא כוונו אכתי קשיא דהא קתני בין שנתכוון הוא וכו' פי' הא קמן דאע"ג דאתברר לן דהא' כיון מאחר דלא אתברר לן אם נתכוון הא' חליצתו פסולה ואינה פוסלת עד שיתכוונו שניהם ותדע דהא דקתני ולא נתכוון היינו דלא ידענו אם נתכוון מדקתני עד שיתכוונו שניהם וא"ת ודילמ' לא אתא תנא לאפוקי אלא היכא דהא' כיון והאחר ידענו בבירור שלא כיון ולהכי קתני עד שיתכוונו שניהם דבעינן כוונת שניהם וכל היכא דאיכא למיחש דכוונו שניהם מיחש חיישינן דעדיפא טפי היכ' דלא איתבריר לן בשום חד מינייהו אם כיון מהיכא דידעינן בודאי בחד דלא כיון אע"ג דידעינן נמי בודאי באידך דכיון ולא תקשי ולא מידי וי"ל מדקתני עד שיתכונו שניהם כא' משמע דלא אתא לאפוקי אלא היכא דהא' כיון בודאי והא' לא ידעי ביה אם כיון ולהכי קתני כא' כלומר אע"ג דאיכא למימר שמא גם הא' כיון והרי כאן כוונת שניהם מ"מ כוונת שניהם כא' בעינן דכי היכי דידעינן

ביה בחדא דכיון ה"נ בעינן באידך דאילו לא אתא אלא לאפוקי אלא היכא דהא' כיון והא' ידעינן ביה בבירור דלא כיון לא הוה ליה למימר אלא עד שיתכוונו שניהם מאי כא' דקתני אלא כדכתיבנא תיבנא ומסיק לעולם אימא לך כדדייקינן הא חזינא חוששין ודקא תני תנא וכו' פי' דהא דקתני חליצתה פסולה ופוסלת על האחין קאמר:

ולהאי שיטתא תיקר התירוץ היינו מאי דקא מסיים ואזיל ודקתני תנא בעי כוונה וכו' דאילו מאי דקאמר טעמא דלא חזינא הא חזינא חוששין היינו נמי מאי דקאמר מעיקרא והיינו דלא קא מוסיף בה מידי ממאי דקאמר מעיקרא אלא הדר נקט לישנא דמעיקרא גופא דאילו לשאר השיטות כיון דבמסקנא דייק כגונא אחרינא ממאי דהוה דייק מעיקרא כד הוה פריך הילכך הוה ליה לאוסופי בדיוק' מאי דחדית ומשני דהשתא עיקר התירוץ חסר מן הספר ולשיטה זו ניחא ומיהו קשיא להו לתוספות ז"ל למה ליה לגמר' למהדר ודקא תני תנא בעי כונה ה"מ לאשתרויי וכו' לא הוה ליה למימר אלא והא דקתני פסולה פוסלת על האחין קאמרדבהכי תניא עיקר שקלא וטריא דמעיקרא ס"ד דפסולה לעלמא קתני ואהדר ליה דפסולה על האחין קתני ותרצו בתוס' דכיון דשורש ועיקר הקושיא היתה ממאי דקתני עד שיתכוונו שניהם כאחד דמשמע דבעינן שנדע שהם מתכוונין לחליצה וכדכתיבנא להכי קאימנא שנויי עבה דמאי דבעינן כוונת שניהם לחליצה היינו לאשתרויי לעלמא וממילא משמע דמאי דקתני בין שנתכוון וכו' חליצתו פסולה דפוסלת על האחין והשתא ניחא דיוק אחר דאמאי לא נקט גמרא לישנא דבריתא ונימא ודקתני עד שיתכוונו שניהם ולמה לי דנקט ודקתני תנא בעי כונה אלא ודאי דקא מרמז לנו על ההכרח דפריך מיניה מעיקרא דמדקתני עד שיתכוונו שניהם כאחד משמע דבעינן שנדע וכו' ולהכי קאמרו דקתני תנא בעי כוונה וכו' כנ"ל פי' לפ' התוס' ז"ל וראיתי מי שפירש דבור זה באופן אחר ואעלים עיני בו כי אין כוונתי להשיג אלא להוציא הדין לאמתו כאשר יורוני מן השמים ואזן מלין יבחן:

ומכל מקום נמצא דלשיטת התוס' ז"ל אין החליצה פוסלת אלא בדידעינן דאחד כיון והאחד לא ידעי' אם כיון אי נמי בדלא ידעינן אם כיון שום אחד מהם משום דחיישינן שמא שניהם כוונו אבל היכא דידעינן בודאי שא' לא כיון אע"ג דידעינן נמי בודאי דאידך כיון אינה פוסלת כלל דכוונת האחד לא מעלה ולא מוריד וכיוצא בזה השיגו הרמב"ן והרשב"א ז"ל על הרב בן מיגש ז"ל וכדכתבינן לעיל ולשיטה זו קשיא ודאי מההיא דאמר לו לה חלוץ לה ובכך אתה כונסה וי"ל דשניא ההיא משום דחליץ לה ברצון גמור אלא שהוא סבור שבכך הוא כונסה ולכך איכא למגזר משום מראית העין אבל היכא דחולץ

בלא כוונת חליצה כלל אי נמי בעל כרחו כבנדון דידן לא חיישינן לה כלל וכן תירץ מהר"י בן לב ז"ל בתשובותיו:

ונמצא דבכל הני רבואתא בנדון דידן דאיכא תרתי או תלתא לריעותא חדא דאיהו לא כיון בודאי והויא נמי בעל כרחו דגריעה טפי דמאחר דעומד וצווח ליכא למגזר שמא חלץ לה ברישא ועוד דאיהי נמי לא כוונה לשם חליצת מצוה אלא לפסול לבד והויא ליה כמי שלא כוונה ואין כאן כוונה כלל לא ממנו ולא ממנה והילכך לא מפסלא כלל:

ומיהו מצאתי לרבינו ירוחם ז"ל שכתב וז"ל רקקה ולא חלצה פסלה על האחין ר"ל שאינה יכולה להתייבם וכו' וכתבו בתוספות ודוקא שכוונה לכך שאם אמרו לה לרוק ולא כוונה לפסול אינו כלום: ע"כ. משמע דבכוונה לפסול סגי ואפשר לומר דמיירי כשהוא כיון נמי לפוסלה על שאר האחין וס"ל דברקיקה בעינן כונת תרויהו להדיא דאע"ג דבחליצה היכא דידעינן ביה בחד דכיון להדיא וחד לא ידעינן ביה אם כיון פוסלת וא"נ לא ידעינן בהו בתרויהו אם כוונו אם לאו פוסלת וכדכתיבנא לשיטת התוספות ז"ל מכל מקום שניא רקיקה משום דלא הויא מעשה גמור וגם לא שייך בה כונה שלימה דאינו אלא פוסלת ולא מכשרת וכדכתיבנא ולכך צריך כונת לפסול מתרויהו: והשתא במאי דפרישנן לא פליג רבי' ירוחם עם הרא"ש ז"ל דאי אמרת בדאמרו לה לרוק בעל כרחו וכשכונה לפסול סגי אם כן פליג על הרא"ש ז"ל רביה דרביה ועוד דהדרא קושית הרא"ש ז"ל לדוכתא ואף על גב דשפיר מצינן לתרוצה מכל מקום הוה ליה לאקשויי ולתרוצי כיון דלא סגי ליה תירוציה דרביה וגם דפליג התוס' שלנו דלשיטת התוספות ז"ל אם כיון הא' וידעינן בודאי שהאחר לא כיון אפילו בחליצה אינו פוסל וכדכתיבנא אלא ודאי נראה נכון מאי דכתיבנא בפי' לשונו ז"ל:

ומיהו אכתי מצינו גדול המורים הרשב"א ז"ל שכתב בתשובה סי' אל"ף ר"ב דרקקה אפי' לא נתכוונ' אסורה עליו משום גזרה שמא יאמרו כבר חלצה דרקיקה אחר חליצה היא וכדאיתא בפ' מצות חליצה: ע"כ וגם בחליצה סברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל דאפי' לא נתכוון שום א' מהן שהיא פוסלת וכמו שהשיגו על הרב בן מיגש ז"ל וכדכתיבנ' לעיל וכיון דהני רבואתא מחמירין מי יקל אבל כי דייקנא שפיר במאי דכתיבנ' לעיל אמינא דאכתי במקומי אני עומד ואיתתא דא שריי' לייבומי בלי שום חולק כלל דהא כתיבנ' לעיל דבעיקר דינא דרקיקה פליגי בה רבואתא דלשיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל רקיקה פוסלת מן התורה ואינו משום גזר' וסברי דלא גזרי רבנן בהא כלל ולשיט' הרמב"ן והרשב"א ז"ל אינ' פוסלת אלא מדרבנן גזר' שמא יאמרו כבר חלצה ורקיקה דבתר חליצה הויא ולכל אחת מהשיטות יש בה להקל ולהחמיר דלשיטת הרמב"ם ז"ל ל"ש בב"ד

ול"ש שלא בב"ד פסל וכדדייקנא מלישניה ז"ל וכדכתיבנ' לעיל וזהו להחמיר כיצד להקל דלשיטתו ז"ל לא שמה רקיקה לפסול אלא כי איכא כונה לשם חליצ' דחד מינייהו מיהת דומיא דחליצה דבעינן כונה להכשיר ה"נ רקיקה בעיא כונה ובהכי מפסל' דתרויהו מן התורה נינהו זה לפסול וזה להכשיר ולשיט' הרשב"א ז"ל הויא איפכא דלהקל היינו דלא פסלה רקיק' אלא בפני המזומנין לכך וכמו שכתב הרב המאירי ז"ל דלא שייך למגזר שמא יאמרו חליץ לה בריש' והדר רקקה אלא כשרקקה בפני ב"ד וזהו להקל: כיצד להחמיר דלא בעי כונה כדי לפסול כלל דכיון דמשום גזרה דרבנן פוסלת הרקיק' הילכך בכל גונא פוסלת אפי' ליכא כוונה כלל דלעולם איכא למגזר שמא יאמרו כבר חלצה וכו' וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה והיינו נמי דהקשו הרמב"ן והרשב"א ז"ל על הרב בן מיגש ז"ל דכל מה שנפסל מפני מראית העין לא שנא נתכוין א' מהם ול"ש לא נתכוין שום אחד מהם יש לפסול דלעולם איכא מיהא משום מראית העין והילכך בנ"ד דאיכא תרתי לריעות' דלא היה בפני ב"ד המזומנין לכך וגם לא היתה שם שום כונה דאפי' היא עצמה לא כוונה אלא לפסול לדעת כולהו רבוואתא לא פסלה כלל וכ"ש דאפי' תימר דמשום גזרה דרבנן הוא דמפסל הא קמן כמה רבוות' דבעו כוונה דלדעת הרב בן מיגש בלישנא בתרא אי ידעינן דלא איכוון חד מיניהו לא מפסלא כלל אע"ג דחולצה בלא כוונת שניהם לא מפסל' אל מדרבנן ואפשר דהיינו טעמא דס"ל דלא גזור רבנן דילמא יבאו להתיר חליצ' לאחי אלא כי חזו שום כונה בחליצ' והילכך אפי' שלא בב"ד איכא למגזר אבל כל היכא דליכא שום כוונה לא מחזי להו לא נשי מידי ולא יבאו לדמות חליצה זו לשאר חליצ' להתיר חליצה לאחין וכ"ש הרקיקה דדרכ' לרוק כל היום אם לא שכוונה לא שויא ולא מידי ולא גזרו בה רבנן דכיון דלא חזו אלא כשאר רקיקה דעלמ' היאך יאמרו דחלץ לה מעיקרא אטו כל רוקקת חולצת והא דרכה לרוק כל היום לכך אינה פוסלת אלא כשכוונ' ובפני ב"ד דהגזרה עצמה היא חלושה וחששא רחוקה וכדכתיבנ' לעיל וצריך חזוק במסמרות נטועי' להכין אותה ולסעדה ולהכי סברי כמה רבוואת' דאפי' חליצה צריך כונה מיהא מחד מינייהו וכל שלא כיון שום אחד מהם אינה פוסלת כלל אפי' תימר דהוי גזרה דרבנן ואיכא מרבוואתא דסברי דכל שלא כונו שניהם אע"ג דחד מינייהו כיון דלא מפסלא כלל וכמו שהארכנו לעיל:

ומכל מקום בנ"ד דאיכ' תלתא או ארבעה לריעות' דידעינן ביה בודאי שלא כיון וגם שהיה בעל כרחו דבהכי ודאי גריע טפי דלא שייך דילמא חליץ לה ברישא דהא עומדת וצווח על הרקיקה והיכי תו לימרו דחליץ לה ברישא הא אוושא מילתא כי העזה פני ורקקה בפניו והוא עומר וצווח וגם היא לא כוונה אלא לפסול דאין כאן כונה גמורה אפי'

ממנה וגם שלא היה בפני ב"ד המזומנין לכך דהא באה פתאום בהיותו יושב בין אנשים ורקקה בפניו כמו שבא בשאלה ואילו אנן אפי' לפסול בעינן ב"ד המזומנין לכך וכמו שכתב הרב המאירי ז"ל להדיא וכדכתבינ' לעיל ואע"ג דהרב המגיד ז"ל בפ"ד עלה ההיא דיבמ' שגדלה בין האחין כתב וז"ל ומכאן כתבו המפרשי' ז"ל שמה שנזכר למעלה רקקה בלבד הרי זו חליצ' פסולה אינה אלא כשרקקה בב"ד אבל רקקה בינו לבינה או בפני שנים אינה פוסלת שאל"כ בכאן א"א שלא רקקה בפני א' מהן ע"כ: משמע דכל בפני שלשה פוסלת ולא בעינן שנדמנו לכך מ"מ לא שבקינן מאי דאמר חד מרבוואת' להדיא משום דיוקא דדייקינן מחד וכמו שכתב הר' תרומת הדשן וכ"ש דלא מכרעא הך דיוקא כולי האי דאיכא למימר דבפני שנים שנזדמנו לכך מיירי והא דנקט בינו לבינה משום דיבמה שגדל' בין האחין דמייתי ראיה מינה הכי מיירי דאי אפשר שלא רקק' בפני אחד מהן בינו לבינה ומאחר דשמעי' מינה דבינו לבינה לא פסלה כל דלא הויא בפני ב"ד המזומנין לכך כבינו לבינה דמיא וכמו שכתב הרב המאירי ז"ל ומה שכתוב בהגהות שצריכ' היבמה ליזהר שלא תרוק וכו' בעומדת לפני ב"ד לחלוץ קא מיירי דבההי' שעתא קודם שתחלוץ לא תרוק שלא תהיה החליצ' דלבתר הכין פסול' שוב מצאתי במרדכי דמייתי נמי הגהה זו וכתב וז"ל מקובל אני שצריכה שלא תרוק כלל לפני היבם ולפני הדיינים קודם חליצ' והו' ע"כ: הא קמן להדיא כדכתיבנ':

הילכך בנ"ד לדעת כולהו רבוואת' לא נפסלה כלל ומותר להתייבם: כנ"ל להלכה ולמעשה וכן הורה זקן א' מגדולי הדור מהר"י בן לב ז"ל נודע בשערים סיני ועוקר הרים ומענותניתיה חש להתיר יחידי ומיניה ומיני תסתיים שמעתא ודבר שנפתח בגדולי' תסתיים בקטנים:

ועל דבר הכפייה אשר בא עליה השאלה בר מן דין ומן דין הדין ברור דאין כופין וכמו שכתב החכם השלם כמה"ר משה אלשיך נר"ו שפתים ישק משיב דברים נכוחים לבו יזה בינה כליותיו מישרים והדברים עתיקים ולא ידעתי מי ילד את אלה הדברים ומבטן מי יצא הסבר' הזאת לכוף לחלוץ בכגון זה ולא חש לכמה וכמה גדולי עולם דמתירין להדי' ליבם ומי יערב לבו לגשת להכניס ראשו בין הרים גדולים ולא ייר‍א ולא יחת פן יריצו את גלגלתו האמנה אמונ' אמן לא יצאו הדברים מפי שום בר הוראה דחיל חטאין כי מי שעמו המדה גדושה לתור' ולתעוד' חפץ ה' בידו יצלח ואל ימשלו בו שגיאות אבל נאצל מהתחתנות מהארץ ומי שקדרתו חסרה מלח ותבלין יכניס ראשו בין הרים גדולים ובר נפחא עייל באתר דזקוקין דנור ובעורין דאשא וגם אמר יאמר בארזים נפלה שלהבת ולשונו תהלך בארץ לאמר מי כמוהו מורה ותהי האמת נעדרת ואל אמת יתן

אמת בלב כל עקוב ותורה יבקש מאשר תורת אמת בפיהו ודבר ה' בפיהו אמת יפתח לבנו להבין את הרשום בכתב אמת ולהורות משפטים ישרים ותורות אמת שלום ואמת יהיה במהרה בימינו ימהר יחישה בנין המקדש וההראל וכתב בצלאל אשכנזי:

סימן כט

שאלה. ראובן הוציא בפני ב"ד כתב יד שמעו שחייב לו מנה טען שמעון כתב יד זה לא נתתיו מידי לידך רק שלחתיו ליד לוי בעיר שהיית יושב שם שימסרהו לידך אחר אשר ושלח לי סחורה בשווי המנ' ושינה ומסרו לידך מבלי ששלח לי מאומ' השיב ראובן לאו כל כמינך לומר שעל תנאי שלחתי אליו דחזקת שליח עושה שליחותו ושמעון טוען לא כי על תנאי שלחתיו אליו ולא קיים התנאי נמצא שלא חל חיובי יורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. גרסינן בפרק התקבל איתמר בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין מי נאמן רב הונא אמר בעל נאמן ורב חסדא אמר שליש נאמן רב הונח חמר בעל נאמן דאם איתא דלגירושין יהביה ניהליה לדידה הוה יהיב לה ניהלה ורב חסדא אמר שליש נאמן דהא הימניה: וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה דאף על פי שכל גט שלא ניתן לגירושין אינו מועיל היינו טעמא שכל שהבעל דעתו להשלישו ביד אחד ויודע שהשליש יכול ליתנו לאשה אף הוא מכתיבו לשמה מתחלה ונותנו ביד שליש על דעת שאם ירצה שליש ליתנו לה שיהא שליש זה שלוחו ושמא אף במקום עדים נאמן ומן הטעם הזה וכמדומה שכן דעת בעלי התוספות ז"ל: ע"כ: ומותיב רבי אבא לרב הונא מהא דתניא הודאת בעל דין כמאה עדים ושליש נאמן משניהם וכו' ופירשו בתוס' דמשמע דנאמן אפילו כולן בעיר אחת אף על גב דאיכא למימר דאם איתא דלאו לפקדון לדידיה הוה יהיב ליה ומשני שאני ממון דאיתיהיב למחילה וכיון שהאמינו ומסר בידו הימניה בכל ענין שיאמר דמטעם דאם איתא כדברי השליח לדידיה הוה יהיב לה לא מרענא הימנותיה דשליש וכן כתב הרא"ש ז"ל בתוספותיו ופי' הרמ"בן ז"ל בחידושיו דלא אמר רב הונא בעל נאמן אלא כשהגט יוצא מתחת ידי שליש אבל משהגיע גט לידה שוב אין הבעל נאמן אף על פי שאינה טוענת בריא ומודה בה רב הונא דהא הימניה ועבד איהו הימנותיה אבל כל זמן שלא מסרו לה אף על פי שהאמינו מתחלה עכשיו כיון שלא עשה שליח שליחותו לרב הונא אינו נאמן והוא מה שאמר רב הונא אם איתא דלגירושין לדידיה הוה יהיב לה כלו' השליש ולא היה מעכבו בידו עד עכשיו ומדלא מסרו לה ש"מ לפקדון נמסר לו וכו' ע"כ וכן כתב הר"ן ז"ל בפירושיו על ההלכו': ומיהו רש"י ז"ל והרש"בא ז"ל לא פירשו כן:

ומכל מקום משמע דלדידן דקי"ל כרב חסדא דלא שנא יוצא מתחת ידי שליש לא שנא יוצא מתחת ידה אינו נאמן הבעל לומר לפקדון ואף על פי שאינה טוענת בריא וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל ולפי מה שפירשנו דהא הימניה כשמסרו בידו ועל דעת כן מסרו בידו שיהא נאמן בכל מה שיאמר הואיל ובידו למסרו לה קודם ערעורו של בעל ותלך ותנשא בו משמע דאפילו אין הגט יוצא מתחת ידו אלא מתחת ידה נאמן שהרי האמינו על זה כשמסרו לו וא"ת והיאך הוא נאמן והלא שליש אינו נאמן אלא כששלישות יוצא מתחת ידו ואף לא מסרו לה בעדי' בתור' גירושין שהרי שליח קבלה הוא היאך נאמן י"ל משום מגו וכן כתב הר"א אב בית דין ז"ל בסמוך גבי הא דאמרינן מי קא נפיק גטא מתותי ידיה דלהמניה וכיון דלא נפיק מתותי ידיה לא מהימן דמאן נימא דשליש הוה הרי אינו גט בעולם שאם היה קיום אפילו ביד האשה הוה מהומן לומר לגירושין יהביה ניהליה דאי בעיא מהדר ליה בידיה ע"כ. ואם כדבריו שליש דעלמא אף על פי שאין שלישותו יוצא מתחת ידו יהא נאמן לזכות מי שנתן בידו דאי בעי מיהדר ליה בידיה ולדידי ניחא לי דאי לאו דאמרה הרב ז"ל משום טעמא דמגו הייתי אומר דבגט יוצא מתחת ידה אפילו בלא מגו מהימן ומגורשת מדינא לרב חסדא וטעמא דכיון דמסרו לידה נאמן היה בשעת מסירתו ואף על פי שלא מסרו לה בעדי' תפישתה מוכחת עליו דאיהו יהביה ניהליה ולגירושין ושליש דעלמא דאמרינן דכשאין שלישות יוצא מתחת ידו אינו נאמן דוקא באומרו לחובת מי שיוצא עכשיו מתחת ידו אי נמי כשידוע שלקחוהו שלא מדעת כאותה דבעל המקח שתפשו שניהן ושניהן אדוקין בו וכיוצא בזה אבל בגט יוצא מתחת ידה נאמן וכטעמא דאמרן דהרי הוא כאילו מסרו לה לגירושין בפני עדים דאנן סהדי דהכי הוה ותדע לך מדאמרינן ללישנא קמא דרבא ומודה רב הונא דאי אמר לדידי אמר לי שליש דלגירושין יהביה ניהליה מהימנא וטעמא דמילתא בגט יוצא מתחת ידה קאמר דבההיא שעתא הוא דעביד למימר ליה אלמא כל כה"ג לרב חסדא פשיטא דמהימנא ומגורשת ועד כאן לא דחו לה אלא דלא מודה בה רב הוצא משום דלא עדיפא איהי לרב הונא משליש גופיה הא לרב חסדא מהימנא כשליש ולאו משום מגו אלא מדינא כשליש כנ"ל ודוקא במקיימתו. עכ"ל הרש"בא ז"ל וכן כתב הריט"בא ז"ל דאפי' נפיק מתותי ידי אשה ואמרה דשליח קבלה מסריה ניהלה ואמר לה דבעל מסריה ניהלה לקבלה או להולכה מהימנא וכו' וה"מ היכא דמודי בעל דכתביה מיהו טעין דלפקדון מסריה דאיכא טעמא דהא הימניה וכן אי טעין דלא מסריה כלל דאי לאו דמסריה איהו ניהליה מאי בעי גביה דשליש ולנפילה לא חיישינן אבל אי טעין בעל

מזוייף אפי נפיק מתותי ידי איתתא גופא לא משתריא ביה אלא או בעדי מסירה או עד דמקיים גיטא בחותמיו וכו' ע"כ:

הא קמן להדיא דלשיטת הרמ"בן ז"ל והר"ן ז"ל לכ"ע כל שהגט יוצא מתחת ידה אף על פי שאינה טוענת בריא אין הבעל נאמן ולשיטת רש"י ז"ל והרשב"א לרב חסדא מיהת כל שהגט יוצא מתחת ידה ואומרת לדידי אמ' לי שליש דלגירושין יהביה ניהליה מהימנא ואפילו שאין השליש לפנינו דתפישת' מוכחת ולכך קיימא במקום השליש ולא פליג רב הונא אלא בשלשתן בעיר אחת דאיכא טעמא דאם איתא לדיד' הוה יהיב לה וכן כתבו המפרשי' ז"ל לשיטת רש"י ז"ל והרש"בא ז"ל בממונא אפי' שלשתן בעיר אחת בעל הממון קאמר דנתנו בידו לפקדון והשליש קאמ' שנתנו בידו כדי לזכות בו לשכנגדו שליש נאמן אפי' לרב הונא וכדכתבי' לעיל מעתה בנ"ד הדין פשוט לפניך שהדין עם לוי לכ"ע ואפי' לשיטת רש"י ז"ל והרשב"א ז"ל שהרי לא היו שלשתן בעיר אחת וגם דהיינו ממונא והילכך פשיטא ודאי דהשליש דהיינו שמעון היה נאמן אי אמר שניתן לו מבלי שום תנאי ולוי דיוצא הכתב יד מתחת ידו הרי הוא נאמן כשליש ואע"פ שאין השליש לפנינו דהא כל דאמר לדידי אמ' לי שליש דאתה נתתו לו בלי שום תנאי נאמן וכדכתי' ואפי' שלא אמר כן לוי בפי' סתמו כפירושו דתפישתו מוכחת על זה ואנן סהדי דהכי הוה או שקיים שמעון השליש תנאו ושוב נתן ללוי הכתב יד של יהודה דבענין אחר לא היה נותן השליש הכתב יד ללוי: ואם תשאל והרי הרמב"ם ז"ל כתב בפ"יב מה' גירושין וז"ל שליח קבל שהוציא גט מתחת ידו והבעל אומר מזוייף הוא יתקיי' בחותמיו או בעדי מסירה כמו שביארנו אמ' הבעל פקדון נתתיו לו והשליח אומ לגירושין נתנו לי השליח נאמן וכן אם היה הגט יוצא מתחת ידי האשה והיא אומרת שליח זה נתנו לי והשליח אומר כן נתתיו לה ולגירושין נתנו לי והבעל אומ' לא נתתיו לו אלא לפקדון השליח נאמן והיא מגורש' ע"כ. משמע דאפי' יוצא הגט מתחת ידה לא סגי במאי דנימא איהי דשליח א"ל לגירושין אלא דבעינן שהשליח עצמו יאמ' כן: תשובתך ע"כ לא קאמ' הרמב"ם ז"ל אלא בגירושין ומשום דכל גט שלא ניתן לגירושין אינו מועיל ומ"ה בעינן שיאמר השליח כן נתתיו לה ולגירושין נתנו לי אבל בנ"ד כל שכת' בכת' ידו הריני חייב לך מנה הרי זה חייב לו אע"פ שלא היה חייב לו כלום וכ"ש הרמב"ם ז"ל בסוף פי"א מה' מכירה ולא מיחסרא אלא שתגיע ליד הלה שנתחייב לו וכיון דכתב יד זה יוצא מתחת יד לוי תפישתו מוכחת עליו דאיהו יהביה ניהליה והרי הוא במקום השלישותו לא צריכינן לעדותו של שליח:

ועוד נ"ל אחר שנדקדק עוד בלשון הרב ז"ל דלעיל כתב הרב ז"ל גבי הוציאה גט מתחת ידה אם אמר הבעל על תנאי הי' פקדון היה מעולם לא כתבתי מזוייף הוא יתקיים בחותמיו וכו': וקשיא מאי שנא דכשהגט יוצא מתחת ידה אם אמר הבעל לפקדון היה בעינן שיתקיים בחותמיו וגבי שליח קבלה אם אמר הבעל פקדון נתתיו לו השליח נאמן ולא בעינן שיתקיים בחותמיו ונרא' דשני' שליח דהא הימניה כדאמר רב חסר' וכיון דמודה הבעל שכתבו והימניה לשליח תו אינו צריך נקיימו ומיהו אי טעין מזוייף הוא צריך לקיימו והקשה הריטב"א ז"ל אפי' אומר בעל לפקדון אמאי לא צריך לקיימו מגו דאי בעי אמ' מזוייף הוא וכדאמרי' בשאר שטרו' מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ותירץ ז"ל דשני' שאר שטרו' דלא קיימו בחזקת כשרות עד דמקיימי אבל בגיטי נשים כל כמה דלא אתי בעל ומערער אע"ג דלא מקיי' גיט' בחזקת כשרו' קאי ומנסבינן ליה בעובד כוכבים ומזלות לכתחלה ולא אמרי' מגו לאפוקי לגיט' מחזקיה. ולי עיקר קושי' ליתא דאנן אהימנותיה דשליש הא סמכינן ואמרינן כיון דמוד' דמסריה ניהליה בתור' פקדון הוי' לי' כמאן דשוייה שליש וכבר כתב הרשב"א ז"ל בתשוב' דהיינו שליש היינו נפקד שכל המפקיד על אמונתו של נפקד הוא מפקיד והילכך כיון דהשלוש מעיד דניתן לגירושין תו לא צרי' לקיומו וליכ' למימ' מגו דמגו במקום עדי' לא אמרי' ונאמנותו של שליש כעדים דמי' אבל כי טעין מזוייף הרי מכחיש עיקר השלישות ולכך צריך לקיימו ומיהו כשהגט יוצא מתחת ידה מבלי יד שליש באמצע דליכא הימנותיה דשליש אפי' בעל אומר פקדון צריך לקיימו מגו דאי בעי טעין מזוייף דהא לית כאן שליש. מעתה היינו דהצריך הרמב"ם ז"ל בשיד שליח באמצע וגט יוצא מתחת ידה ובעל אומ' לפקדון והיא אומרת שליח נתנו לי דהשליח ג"כ ואמ' לגירושין נתנו לי דאי לאו הכי הי' צריך לקיימו דמשו' הימנותיה דשליח הוא דלא מצרכינן קיומו כדכתי' אבל במקיימתו כמ"ש הרשב"א ז"ל פשיט' ודאי דהיא במקום שליש קיימא וכל שאמרה לדידי אמר לי שליש דלגירושין יהביה ניהליה מהימנ' ומיהו הרמ"ה ז"ל מקל עוד דלטעמיה דרב חסדא אפי' אמרה לדילי אמ' לי שליש דלגירושין יהביה ניהלי' מהימנא דכיון דכי אמר שליש מהימן איהי נמי מהימנא ואע"ג דלא נתקיי' הגט בחותמיו ולא מפומיה דשליח כיון דמודי בעל דכתביה אי קיים ליה ע"כ. ודע שרוב הפוסקי' פסקו כרב חסדא ומ"מ בנדון שלפנינו אי כתב יד יהוד' מתקיים בחותמו שלא על פי הודאתו הרי לוי נאמן כשליש ואע"פ שאינו טוען בריא דתפישתו מוכחת עליו דהשליש יהביה ניהליה ולא היה שום תנאי בדבר ואם היה בתנאי קיים תנאי ושוב נתן הכתב יד ללוי ואע"ג דפלי'גי אמוראי או אמרי' חזקת שליח עושה שליחותו אי לא היינו כי מספקא לן בעיקר השליחות אי עשאו השליח

אי לא אבל היכא דודאי נעשה השליחות דאנן סהדי בהם אלא דמספק' לן אי שינה השליח אי לא בהא ודאי לכ"ע לא אמרינן דשינה השליח אלא חזקת שליח דאינו משנה בשליחותו וכיון דהא קמן הכתב יד יוצא מתחת יד לוי לא חשדינן לשמעון השליש דשינה ולוי במקום שמעון השליש קאי וכדכתי' ודע שמהר"מ ז"ל בתשובה חילק בענין אחר בהא דתני' אין שלישותו בידו אינו נאמן וכתב ז"ל דלא אמרו כן אלא כגון שלאחר זמן נחלקו הבעלי דינין בתנאים שהיו ביניהם ושואלי' לשליש איך היו התנאי' מעיקר' בהכי ודאי לא מהימן טפי משניהם מכיון שאין שלישותו בידו אבל היכא שהבעל דבר חלוק על השליש אמאי דעבד כבר בעוד שלישותו בידו אע"ג דאין שלישות עכשיו בידו נאמן אמאי דעבד כבר בעוד שלישותו בידו ונימ' דבדינא עבד מאי דעבד ואהדר לחד מינייהו ערבונו דחזקת שליח עושה שליחותו והביא ראיה מהא דאמרי' בפ' התקבל בעל אמר לגירושין ושליש אמ' לגירושין וכו' דפריך גמר' ונימ' חזקת שליח עושה שליחותו וכו' ומשני ה"מ לחומר' אבל לקול' לא וכת' הרב ז"ל דמאחר דלחומר' אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו נוקי ממונ' אחזקיה ולא נפיק לא משליש ולא מבעל דבר אשר החזיר לו השליש ערבונו דאין להוציא מן השליש ולימא שפשע ולא עשה שליחתו דאפוקי ממונ' חומר' הוא ע"כ מעתה לפי שיטה זו יש לדון בנ"ד ולומר דמאחר דאתה בא להוציא בכתב יד זה ממונ' מיהוד' היינו לקולא והילכך לא נימ' כלל חזקת שליח עושה שליחותו כדי לאפוקי ממונ' מיהודה ולית' דדוק' כגון בעל אומ' לגירושין ושליש אומ' לגירושין והיא אמר' נתן לי ואבד דליתיה לגיטא בעיניה הוא דאתינן עלה מטעם חזקת שליח עוש' שליחותו ומחלקינן לחומר' מן לקול' וההיא דמהר"מ נמי דאהדר לחד מיניהו ערבונו להא דמי' דלאומר חתים על הערבון ולא ידיע דבר הערבון של מי הוא כי אם מפי השליש והודאת הלה שמודה שהחזיר לו הערבון אבל כשהגט יוצא מתחת יד האשה ומקיימתו לא צרכינן לעדותו של שליח. והרי הוא קיימ' במקום השליש וכדדייק הרשב"א ז"ל בלשונו וכדכתיבנ' לעיל ולהכי כתב הרשב"א ז"ל דלא אמרו דכל שאין השלישות יוצא מתחת ידו לא מהימן שליש אלא לחובת שמי שיוצא עכשיו מתחת ידו דאילו לזכותו איהו גופיהו במקום שליש קאי ולא צריכינן למהמנותיה דשליש דתפישתה מוכחת על זה והכי נמי בנ"ד כתיבת ידו של יהודה שיוצאה מתחת יד לוי מוכחת ואפי' אם יבא שמעון השליש ויאמר דשינה ומסר לא מהמנינן ליה דכל שאין השלישות יוצא מתחת ידו לא מהימן כשליש לחובת מי שיוצא עכשיו מתחת ידו וכמ"ש הרשב"א ז"ל וכדכתבי' לעיל וכן נר' מדברי הריב"ש ז"ל בתשובה סי' תנ"ב וכן כל טענה שיטעון שמעון השליש נגד לוי שהכת' יד יוצא מתחת ידו לא מהמנינן ליה כשליש אלא

הרי הוא כעד אחד דעלמא מעתה הרי יהודה חייב ליתן ללוי המנה שנתחייב לו בכת' ידו אי מתקיים בחותמו ואם יבא שמעון ויעיד נגד לוי יהיה הדין ביניהם כדין עד אחד דעלמא ואל תשתבש לומר דיהודה נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי דאין אומרים מגו אלא בטענו' שקולות וכמו שכתב הר"ן ז"ל בריש מציעא ועוד דהוה ליה מגו במקו' עדים דמשום נאמנותו של שליש קא אתינן עלה וכדכתיבנא בצלאל אשכנזי:

סימן ל

שאלה. בעיר רודיס נעשה עסק בין ה"ר יוסף כת אחת ובין כר' יקותיאל וכה"ר משולם כת אחרת: וז"ל השטר שנעשה ביניהם בהיות שה"ר יוסף הדר פה רודיס מכר לכ"ר יקותיאל ולכ"ר משולם הדרים פה רודיס סך של לבנים כרותים הנקראים אפשרוש קורטאדוש בלעז בסך שט"ו גרושוש והלבנים הכרותים היו ממושכנים ביד הר"ש גאבי בעד השט"ו גרושוש שנתחייב כה"ר יוסף לתת בשלוניקי למי שיצוה כ"ר שלמה הנז' ושמו משכון תחת' כ"כ כלי כסף וכלי זהב לבטחון השט"ו גרושו' עד שינתנו בשלוניקי ועת' הנה בא לפנינו ה"ר יוסף הנז' והודה בפנינו שאחריות האשפירו' כרותים הנז' אשר יוליך עמו כר' יקותיאל הנז' אחריות על הר' יוסף הנז' מנמל רודיס ועד נמל שלוניקי ואחריות שקבל עליו ה"ר יוסף הנז' הוא בשבירת ספינה ח"ו או שוללי' שיבאו ק"ו על הספינה שילך בה כ"ר יקותיאל הנז' אבל אין על כה"ר יוסף הנז' שום אחריות אחר מלבד האחריות הנ"ל בספינה הנז' ונתברר ביניהם שאם ח"ו תארע שום תקלה בדרך באופן שלא יפרעו השט"ו גרושו' הנז' שמחוייב ה"ר יוסף הנז' לפדות המשכונות אשר שמו כר' משולם וכר' יקותיאל ביד כר' שלמה הנז' כדי להחזירה בידם מנוקים ושפויי' כאש' הושמו בידו תכף ומיד בלי אחור ועכוב כלל והכל בשעבוד נכסי ששעבד ה"ר יוסי' הנז' כל נכסיו שקנ' וכו' ובאחריו' גמורה וכו' ובנאמנו' גמורה וכו' ורצו הנז' לעיל שיסודר שטר זה ושיהא בו כח וחזוק ככח כל שטרו' הנעשי' בישר' כהוגן כתיקון חז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בביטול כל מיני מודעי וקנינ' אנן סהדי דחתימין לתתא מה"ר יוסף הנז' וכו' והיה זה פה רודיס יום ה' ה' לחדש סיון השמ"ג ליציר' והכל שריר וכו' והאלדים מצא את עון כל הבאים באניה אשר בתוכה נכנס ה"ר יקותיאל לבא לשלוניקי ובהיותם בלב ים בעלי האניה עובדי כוכבים ומזלות זדים ארורים בגד בוגדים בגדו והרגו את כל היהודי' אשר היו בתוך האניה אנשים ונשים וטף לא נמלט מהם רק יהודי אחד אשר על פיו נודע הדבר אל נקמו' ה' ינקום נקמת' וישיב לשכננו שבעתים אל חיקם ובכללם נהרג כר' יקותיאל הנז' ונאבדו המעו' הנז' לעיל בענין רע ועתה קם

כר' משולם ואלמנת כר' יקותיאל נ"ע ותובעי' מה"ר יוסף שיפד' משכונותיה' אשר ביד כר' שלמה הנז' כי כן קבל עליו בשטר הנז' לעיל אחריו' שוללי' סתם בין מבחוץ בין מבפנים וה"ר יוסף הנז' משיב וטוען שהוא לא קבל עליו רק אחריות שוללים אשר יבאו מבחוץ על הספינה אמנם אחריו' בעלי הספינ' עצמ"אם יבגדו בם להרוג ולהשמיד לשלול שלל ולבוז בו אחריות זה לא קבל עליו שכן כתו' בשטר הנ"ל וז"ל ואחריות שקבל עליו ה"ר יוסף הנ"ל הוא בשבירת הספינה ח"ו או שוללי' שיבאו ח"ו על הספינה שילך בה ה"ר יקותיאל וכו' משמע דוקא שוללים שיבאו מבחוץ אמנם לא שוללים מבפנים. ילמדנו רבינו הדין עם מי מהם ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. לכאורה נראה דהדין עם כה"ר יוסף מההיא דכתב מהר"י קולון ז"ל בשורש ז' על דבר ראובן ושמעון ולוי שנתחייבו בשטר בהוצאה בעד מצו' הצדק' לפרוע כל א' והקרה מקרה שנתפס יהודי א' ביד השלטון וענשו אותו עונש מית' וע"ז נועצו לב יחדיו ראשי הקהל יצ"ו שלא לעמוד על זמן ולהציל לקוח למות ונתרצו כולם לפזר ולפדות כל א' וא' כאשר יחייבהו הדין וטען ראובן שאין לו לפרוע מהוצאה זו רק שוה בשוה דקא מסייע ליה שטר' דקאמ' דבהוצאו' צדק' יפרע כל א' בשוה ופדיון שבויי' בכלל מצות צדקה וחביריו שמעון ולוי משיבים כי לא עלה על דעתם להשוות מדותיהם אלא בענין הצדקה הניתנת לענייי' למאכל ומשתה וכסות וכיוצא בזה שכן דרכם של בני אדם לקרא לזה צדקה ולא לענין פדיון שבויי' כי לא כוונו לו כלל וגם אין דרך בני אדם לקרא לו צדקה סתם אלא מעות פדיון שבויי' יקראו והשיב הרב ז"ל דהדין עם שמעון ולוי דמאחר שצדק' העניי' תדירה ומצויה בכל יום וצדק' פדיון שבויי' לא שכיח יש לנו לומ' דכי אתנו שיפרעו כל א' בהשואה אמילת' דשכיח אתנו דהיינו צדקת העניים אבל לענין פ"ש לא אתנו ואפי' היה פדיון שבויי' במשמעו' הלשון כשאר הצדק' מה שאין כן לפי הנלע"ד וראיה מדגרסי פ' מי שאחזו וכו' והביא ראיה מתשוב' רבי' יעקב דפסק דתפיסה הוי אונס' דלא שכיח ופטור שמעון מלסלק ראובן ממנה ואע"ג דהתנה לו בהדיא לפצותו מכל וגם מדכת' בסוף דבריו דכ"כ נכול להוסיף ראובן רבית לעובדי כוכבים דהוי כאונס דלא שכיח ואע"ג שהדבר ידוע שאין העובד כוכבים המלוה ברבית משוה מדותיו אלא נושך ושובר העצ' אם יזדמן לו ואפ"ה חשיב ליה כאונסא דלא שכיח ואע"ג דמעיקר' אסקו אדעתיהו להתנו' שיוכל להלוו' ברבית מ"מ אמרי' אדעת' דשומ' זוטא אתנו ולאו אדעת' דשומא רבה כ"ש וכ"ש הכא דאנן סהדי דבעידנ' דאתנו ראו' ושמעון וחביריו לא אסקו אדעתיהו כלל ענין פדיון שבויים ע"כ: גם המרדכי כתב בפ' מי שאחזו דשביה הויא ליה אונסא דלא שכיח כלל מעתה יש לנו לדון ולומ' דבנ"ד נמי אחריו' דשוללין

מבחוץ הוא דקביל עליה שוללין שבפנים לא קביל עליה דהיינו מילת' דלא שכיח'. ואל תשיבני ממ"ש הר"אש ז"ל בתשו' כלל ק"ב והביאו הטור סי' רכ"ה על ראובן שמכר לשמעון מרתף של יין שהיה לו בכפר פלו' כל מדה ומדה בכך וכו' והתנו ביניהם שלא יהא אחריו' על המוכר מאותו היין רק אם תשבר החבית או תשפך בלבד וגם לא יהא אחריו' על הלוק' כי אם בענין הטע' בלבד אם יחמיץ שיהא באחריותו לדבר זה ובא עובד כוכבים אנס על הכפר ושלל כל אשר בו ונתיירא המוכר שמא ינסך היין והתר' ללוק' וכו' והשיב הרב ז"ל כי הדבר מוכיח כי המוכר קבל עליו אחריות היין אונסא דאתי ליה מעלמא שבירה ושפיכה מסתמא ה"ה על אונסא דאית ליה מעלמא דמ"ש האי מהאי אלא שכתב ואונס שפיכה ושבירה דשכיחא אבל אונס נסוך דלא שכיח לא אסקוה אדעתיהו להזכירו בכתיבה אבל הלוקח לא קבל עליו אלא אחריות גוף היין דאם יתקלקל בטעם ואין להכניס לכלל אונס זה שום אונס דאיתא ליה מעלמא אלא לכל אונסין נשאר ברשו' המוכר ע"כ: דיכילנא למימ' דהא מיהא לא איריא דשניא היא דאיכא תרי תנאי דסתרן אהדדי דמתנאי המוכר משמע דאין אחריו' הניסוך עליו ומתנאי הלוקח משמ' דאחריו' הניסוך על המוכר ועל כן דן הרב ז"ל דדין הוא דנכניס אחריו' הניסוך בתוך תנאו של המוכר דשוין הן הניסוך ושבירה ושפיכה דכולהו אתו ליה מעלמא ולא נכניסנו לתוך תנאו של הלוקח דלא דמי ליה כלל דהא לא קבל עליו הלוקח אלא אחריות גוף היין והניסוך לא דמי לזה כלל ומיהו אי לא הוה קמן שום תנאי בלוקח אלא המוכר לבד הוא דהוה קא מתני שלא יהא אחריו' עליו מאותו היין רק אם תשבר החבית או תשפך בלבד פשיטא ודאי דלא היינו מכניסין מכלל תנאו גם הניסוך אבל עתה דגם הלוקח התרה שלא יהא אחריו' על הלוקח כי אם בענין הטעם בלבד דמשמע דגם הניסוך לא קביל עליה הלוקח אמטו להכי אנו דוחקין לפרש לשון תנאי המוכר ככה וסתמו ה"ל כפירושו ואין להשיב דגם בנ"ד לשון השטר הויא להו תרתי דסתרן אהדדי דמעיקרא קא מתני או שוללים שיבאו ח"ו על הספינה וכו' דמשמע דוקא שיבאו ולא אותם שבפנים ושוב קא מסיי' ואזיל ונתברר ביניהם שאם ח"ו תארע שום תקלה בדרך באופן וכו' משמע דעל כל תקלות הדרך קא מתני והילכך גם אנו בלשון השטר נדחוק ונפרש השוללין שבפני' בכלל כמו שכתב הרא"ש ז"ל שם דגם ניסוך בכלל דהא ודאי ליתא דהני לישני דשטרא דידן לא פליגן להדיא דהא אפשר למימ' דמאי דקאמ' לבסוף שאם ח"ו תארע שום תקלה בדרך וכו' היינו מאותם הנז' לעיל דלא אסיק אדעתיה שוללים שבפנים וכבר כתב הרש"בא ז"ל בתשובה דאפילו כתב שהוא מקבל עליו כל אונסים שבעולם דיתיליד אין אונס דלא שכיח בכלל אבל בההיא דהר"אש ז"ל ע"כ פליגן תנאי אהדדי תנאי המוכר

בהדי תנאי הלוקח וצריכין אנו לידחק ולפרושי כדפריש לה הרב ז"ל והכין דייק לשון הרב ז"ל דמשום הכין הא פירש הכין דו"ק ותשכ"ח: והילכך לכאורה לפום ריהטא יש לדון דהדין עם כה"ר יוסף: ומיהו כד מעיננא בה שפיר אשכחנא דהדין עם כ"ר משולם. והאלמנה דההיא דמהר"י קולון ז"ל לא מכרעא כלל מכמה אנפי חדא דבנ"ד כמאן דפריש לה להההיא דמי וכבר כתבוה המפרשי' ז"ל דאי פירש דקביל עליה אפילו אונס' דלא שכיח תנאי ממון הוא וקיים והכא נמי כי קביל עליה אחריות שוללים שיבאו על הספינה וכו' כל שוללים בכלל דאטו מי קא קביל אחריו' נסרי הספינה עילויה אחריות הסחורה אשר בספינה הוא דקביל וכלפי הסחורה אשר בתוך הספינה אצל הסוחרים כל הבא לשלול אותם אפי' אותם שבפנים שפיר קרינן בהו שיבאו וכבר כתב הרשב"א ז"ל בתשובה שאין לדקדק בלשון כולי האי ומייתי לה מאותה ששנינו בקידושין בפ' האומ' ע"מ שאראך מאתי' זוז הרי זו מקודשת ויראנה הראה על השלחן אינה מקודשת ותני עלה לא נתכוונה זו אלא לראו' משלו ועוד שנינו שם ע"מ שאראך בית כור עפר הרי זו מקודשת ויראנה הראה בבקעה אינה מקודשת ותני עלה וכו' אלמא אע"פ שאין הלשון אלא שיראנה מאתים זוז ובית כור עפר ואפילו הראה לה משל אחרים היה במשמע אפי' הכי כונה זו שנתכונה זו לראו' לה משלו היא כונה וכו' שהיא מבטלת את הלשון וכו' וכן בב"ק במעשה של אותה אשה שנשבעה כל הבא א' איני מחזירתו ואפ"ה אמרו חכמי לא נתכונה זו אלא להגון לה והרבה יש כיוצא באלו כ"כ הרש"בא ז"ל וכיון דכן גם בנ"ד לא דייקי' לישנ' כולי האי דהא ודאי כונת ה"ר יוסף היה לקבל כל אחריו' הדרך וכדמשיי' ואזיל ולא בא למעט רק אם יגיע שום נזק מחמת המלכו' על דבר הכריתו' או כיוצא בו מאונסי היבשה או גניבה ואביד' הילכך כיון דהכונ' ברורה לא דייקי' בלישנא וכ"ש דהא מיתרצא לישנא שפיר וכדכתי':

ועוד ראיתי נסח שטר אחר אשר קבל עליו ה"ר יוסף כשנודע הספינה שהלך בה כר' יקותיאל וז"ל בפנינו עדים חתומי מטה בא ה"ר יוסף וכו' ואמ' לנו הוו עדי' וקנו ממני בקנין שלם מעכשיו וכו' היות אמת שקבלתי עלי אחריות הולכת הלבני' הכרותים שהוליך עמו כ"ר יקותיאל הנ"ל שאותה ספינה קטנה שהלך בה כ"ר יקותיאל הנ"ל עם היותה קטנה מאד קבלתי עלי אחריות אותן המעות שמכרתי לו בסך ש' וט"ו גרושות והאחריות אשר קבל עליו החכם ה"ר יוסף הנ"ל נתברר ביניהם שהוא בשבירת הספינה ח"ו או שישללוה שוללים ח"ו ולא באחריות אחר והכל בשעבוד נכסים ששעבד וכו' ובאחריו' גמורה וכו' ככתו' בשטר אחר אשר ביניהם בענין זה ורצה החכם הנ"ל שיסודר שמר זה ושיהא בו כח וחוזק ככח כל שטרו' וכו' והיה זה וכו' עשרי' יום לחדש סיון

וכו' ע"כ. הא קמן דקא כייל בשטר זה כל שוללי' ולא פריט שוללי' שיבאו וצרי' לדקדק למה נכת' שט' זה והא בשטר הראשון כתוב להדיא שקבל אחריו' וכו' על הספינ' שילך בה כר' יקותיאל אבל אין על כר' יוסף שום אחריות אחר מלבד האחריות הנ"ל בספינה הנ"ל. הא קמן להדיא דקביל עליה אחריות כל ספינה שילך בה כר' יקותיאל מעתה למה הוצרך לקבל עליו אחריות אחר בשטר אחר כשנודע הספינ' שהלך בה כר' יקותיאל: ונראה דאיבר' ודאי דשביה הויא ליה אונס' דלא שכיח וכמו שכתב המרדכי ומהר"י קולון וכדכתי' לעיל. ומיהו אבל לא כל שביה שוה ולא כל הספינות שוין דשביה או תפיס' שנעשה ביבשה בעיר מושב ע"י מלך ושר במקום משפט שמא תהיה הרשע הא ודאי הוי' מילת' דלא שכיח והיינו ההיא דמהר"י קולון דנתפס יהודי אחד ביד השלטון וענשו אותו עונש מיתה וכו' וגם התפיסה ותוספת הרבית שבסוף תשובתו להא דמיא וגם מה שכת' המרדכי דשביה הויא ליה אונס' דלא שכיח בכגון הך שביה קא מיירי תדע דאיהו ז"ל כתב דמפ' השואל שמיע לי ומשמע לי דהיינו מדקאמ' בריש פ' השואל אלא שבי' כשואל מנלן וכ"ת ניל' משבור' ומתה מה לשבור' ומתה שכן אונס הוא תאמ' בשבוי' שכן אונס' דלא סליק אדעת' וכו' ע"כ. משמע להדי' דבשבויה במקום מושב קא מיירי וכה"ג ודאי הויא ליה מילת' דלא שכיח אבל מאן דקביל עליה אחריות אניה ההולכת בלב ים כיון דקביל עליה כל אונס' דיתילד בה סגי ואונס שוללי' בכלל אע"ג דלא קביל עליה להדיא אונס שוללי' דבכה"ג ודאי הויא ליה מילת' דשכיח ודמי'. לאכלו ארי במקו' גדודי חיות דחשיב אונס' דשכיח וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בפ' מי שאחזו. ולגבי השוללים שבפני' לא כל הספינות שוין הספינ' שהיא גדולה וידוע ומלחיה ידועין ורגילי לאמטויי סוחרי' מדוכת' לדוכת' הא ודאי דקיימי בהימנותיה ולא שכיח דמרעי נפשיהו אבל ספינה קטנה דלא רגילי סוחרים למיזל בה ומלחיה אינן ידועין הא ודאי מסתמא לא מהמני וחשידי אגזלנות' ואשפיכות דמים וכמה הזהירו רז"ל דלא יתיחד אדם עמהן וטופלו לימינו וירחיב לו את הדרך וכמו שעשו תלמידי ר' עקיב' כדאי' בפ' אין מעמידין אלמ' דסתמוהו עקבי' שכמה ובפרט ליהודי' לדמם יארבו יצפנו לנפשות' אלא דבספינה ידועה דרגילי סוחרים למיזל בה לא מרעי נפשיהו וכיוצא בזה מחלקים באיסור והיתר ובכמה דברים בין אומן עובד כוכבים ומזלות להדיוט:

והשתא זכינו לדין וידענו תוכן הדברים דמשום הכי בשטר הראשון קא פריט שוללים שיבאו חס ושלו' וכו' משום דאכתי לא הוה ידיע אי יכנס כר' יקותיאל בספינה קטנה או לא דדילמ' היה נכנס בספינה גדולה וידוע ולא הוה שכיח רק שוללים שבחוץ ולכך לא אסיקא דעתיה לאתנויי אלא עליהו ולבסו' כשנודע שנכנס בספינה קטנה ככף איש

דמעולם לא נכנסו בה יהודים ולא סוחרים התנה מחדש שאחריות אותה ספינה קביל עליה ולא פריט לומר שוללים שיבאו אלא אכל שוללים קא אתני דהא כולהו שכיחי ביה ואדרבה בספינה כזאת טפי שכיח בה שוללים שבפנים משוללים שבחוץ ולכך איצטריך להתנות מחדש כשנכנס באותה ספינה קטנה משום דהוי מצי למימר דאספינה כי האי לא אתנית עילוה ולאו דוקא משום קטנותה בלחוד הוא דהדר ואתני אלא משום קטנותה וגם כי אנשיה אינם ידועין וכדכתי':

הילכך נקטינן לנדון דידן אם אותה ספינה היתה קטנה ולא היו אנשיה ידועין ולא רגילי לאמטויי סוחרים הא ודאי פשיטא טובא דכל שוללים קביל עליה וכמו שכתב בשטר האחרון ואפילו היתה ספינה ידוע פשוט נמי שקריו עם רבי משולם והאלמנה וכדכתיבנא לעיל ואפילו להוצי' ממש מיד ה"ר יוס' כ"ש לחייבו שיפדה המשכונות שלהם דפשיט' ודאי דהדין ברור דחייב ה"ר יוס' לפדות המשכונות ולהחזירה לבעליהן מנוקים ומשופים ותו לא מידי:

סימן לא

שאלה. רחל יש לה חזקת בית באסכנדרי' והוא במצרי' ושלח ראובן שליח לשכור אותה במצרים והשליח הנז' עשה שליחותו ושכר הבית ממנה לזמן שתי שנים בשטר וקוד' שעש' השליח שליחותו במצרי' מצא ראובן הנז' שם באסכנדריא' מורש' אחד של רחל הנז' ושכ' ממנו הבי' לשנ' אחת ועת' טוענ' רחל הנז' שהשכירו' ששכ' השליח של ראובן במצרי' לשתי שנים שהוא בטל ושאין לו כי אם השכירו' של שנה אחת ששכ' מהמורשה שלה והואיל שבשעה ששכרה היא במצרים קדמה השכירות של המורשה שלה לא נתקיים השכירות ביד ראובן אלא לזמן השנה הנז' השיב כי הוא זכה בשכירות שנה מכחו ובשנה השנית מכח שלוחו וכשמצ' מקום לחול השליחות של שלוחו חל והיא השנה השנית. עוד טען ראובן שאפי' אם היה השכירות ששכר המורשה לשנה ראשונה היה לאיש זר זולת ראובן הנז' היה חל השכירות של ראובן בשנה השנית הואיל והוא רוצה בקיומו כי השכירות חל בעת שהוא מוצא לחול כל שכן בה ות השוכר אחד יורנו מורנו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. גרסינן בקדושין בפ' האיש מקדש ובמציע' פרק הזהב ובבתר' בפרק הספינה אמר רבא כל דבר שבמד' ושבמשקל ושבמנין אפי' פחות מכדי אונאה חוזר ופי' הרשב"א ז"ל דלאו בטיל מקח קאמר אלא אונאה חוזרת ושתות ופחו' משתות ויתר משתו' כולן שוין בדבר זה שבכולן המקח קיים והאונאה חוזרת ואין חלוק בין דבר שאפשר להשלים

לדבר שא"א להשלים דאפילו בדבר שאי אפשר להשלי' כבית או שדה קנה ומחזיר אונאה וכתב ז"ל בחדושיו פ' בית כור דכן דעת הרב בן מיגש ז"ל וכ"כ בחידושיו פ' האיש מקדש וז"ל והרב ר' יהוסף הלוי ן' מיגש ן' פי' שם ויהיב טעמא שלא אמרו מתחלה בטול מקח אלא כשהאונאה בדמים דהוי בטעותא בעקר זביני והילכך כשהוא יתר משתות בטל מקח כיון דאיכ' טעות' בעיקר זביני וכשהוא דבר מועט בפחות משתות אינו נחשב וניתן למחיל' אבל היכא דליכא טעותא בדמים ומדה ידועה זבין ליה אי בתר דגמרי וזבני אשתכח דטעו במדה או במנין או במשקל שקיל ליה להההוא טעותא ואזיל דה"ל כמאן דאית ליה כור חטים גבי חבריה ואהדר ליה כור פחות כל שהוא דהדר עליה ושקיל מיניה ההוא כל דהו דנשתיירי ליה גביה ואזיל וטעם נכון הוא עכ"ל הרשב"א ז"ל. ובפרק בית כור כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו דמהאי טעמא דאמרינן בדבר שאפשר להשלים הוא הדין והוא הטעם דבר שאי אפשר להשלים עיין שם:

וכן כתב הרב בעל מגיד ז"ל בפט"ו מה' מכירה ובפכ"ח מה' מכירה דלדעת הרב ן' מיגש ז"ל והרמב"ם ז"ל כל שאין האונאה בערך הדמים המקח קיים וכתב הר"ן ז"ל בפרק האיש מקדש בפירושיו על ההלכות דלפי זה הלוקח שדה מחבירו ומקצת יוצאה מתחת ידו מפני שגזלה מוכר המקח מתקיים בשאר וכן כתב הרשב"א ז"ל בהדי' בפ' בית כור ובפרק האיש מקדש ואיתא נמי כי האי סברא בנמקי יוסף סוף פרק בית כור:

הילכך לפי שיטה זה בנ"ד הדין פשוט עם ראובן ואפי' אם היה השכירו' ששכר המורשה לאיש זר ומכ"ש קאתי וכדבעי' למכתב בס"ד:

אבל אחרים פירשו דמאי חוזר דקאמר רבא היינו בטל מקח ודוק' כגון שא"א להשלים הא אפשר להשלים משלי' ואינו בטל כיצד מכר לו סאה פירות ונמצאת חסרה משלים אבל בשאי אפשר להשלים כגון בקרקעו' בטל מקח לגמרי וזו היא דעת הרמב"ן ז"ל וכתב הר"ן ז"ל דלפי זה המוכר שדה לחבירו ונמצא שגזל מוכר מקצתו והרי אותו מקצת יוצא מתחת ידו מכיון שבטל מקצתו בטל כולו ע"כ. וכן כתב הרשב"א ז"ל ורבו הרא"ה ז"ל בפ' בית כור. וכתב הר"ן ז"ל שם בפרק האיש מקדש דכן כתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה' מכירה ואיברא דהכין משמע ממה שכתב בפט"ו מהל' מכירה וז"ל המוכר לחבירו במדה במשקל וכו' כיצד מכר לו מאה אגוזי' בדינר וכו' נקנה המקח ומחזיר הטעו': ע"כ אלמא דוקא בכגון זה קאמר הרב ז"ל דאפשר להשלים אבל בשאי אפשר להשלים כגון בקרקעות בטל מקח לגמרי מיהו בפכ"ח מה' מכירה כתב הרב ז"ל וז"ל האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל אם פחת כל שהוא מנכה לו מן הדמים ואם הותיר כל שהוא יחזיר לו ע"כ: אלמא דבשאי אפשר להשלים נמי נקנה מקח אלא

דמנכה או מחזיר: ותירץ הר"ן ז"ל דהתם היינו טעמא משום דקאמר מדה בחבל דלפי מדה בחבל קאמר ואם יחסר או יותיר ינכה או יחזיר עיין שם בפירושיו על ההלכות מיהו הרב בעל מגיד משנה ז"ל לא כתב כן בפט"ו ובפכ"ח דלדידיה ז"ל הרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל בחדא שיטתא אזלי דכל שאין האונאה בערך הדמים המקח קיים ואין חלוק בין דבר שאפשר להשלי' לדבר שאי אפשר להשלי' ומ"מ הא איכא כמה רבוואת' דפליגי וכדכתיב ולשיטתם ז"ל בנ"ד אם הי' השכירו' ששכר המורשה לאיש זר איכא למימר דלא חל השכירו' דכיון שבטל מקצתו בטל כולו ואי אפשר להשלים דאע"ג דיכול להשכיר לו שתי שנים לאחר עבור שנה ראשונה שהושכר כבר על יד המורשה מ"מ השכירות היתה על שתי שנים אלו ושנה ראשונ' מיהא כבר הושכר ותו ליכא השלמה לשנה זו אבל מ"מ בנ"ד דהוא ניהו השוכר מהמורש' פשיט' ודאי דעדיפא טפי ממכר לו סאה פירות ונמצאת חסרה דמשלים דהתם בשעת המכר הית' חסרה ושוב ישלים ואיכ' למימר דכיון דמעיקר' היתה חסרה לא חל המכר ואפילו שישלים אח"כ ה"ל מעוות לא יוכל לתקון אבל בנ"ד מושלם ועומד היה כבר בשעת שכירו' השתי שנים הילכך שפיר חל השכירות על השתי שנים ואפי' לדעת הראב"ד ז"ל שמחלק בפט"ו מה' מכירה ואומר דהיכ' שתופס בפניו שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזי' ונטלו והלך לו ומדדו ולא מצא מדתו הרי זה ח זר ואע"פ שרצה להשלים ע"כ. היינו דוקא משום דבשעת המכר היה חסר השק ושוב בעי להשלים אבל בנ"ד דכבר מושלם ועומד הוא שפיר חל השכירו' וה"ל כאלו קאמר ליה שתי שני' אני משכיר לך השנה שכבר הושכר לך מקודם ועוד שנה אחרת דה"ל שתי שנים:

ונמצינו למדין דבנ"ד דהוא ניהו הויא השוכר מהמורשה השכירו' השני קיימת לדברי הכל: ואם היה השכירו' ששכר המורשה לאיש זר תליא בפלוגתא דרבוות' דלדעת הרב בן מיגש ז"ל והרשב"א ז"ל והרמב"ם ז"ל לפי סברת הרב בעל מגיד משנה ז"ל חל השכירות בשנה השני': ולדעת הר"ן ז"ל והרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל לא חל: ואם תקשה דהא טעמיה דהרשב"א ז"ל במקח היינו משום דכל לוקח ומוכר אפי' במקח א' לאו דוקא מעמידין דבריהם אלא לפי משקל ולפי מנין כן כתב בחידושיו בפ' בית כור וכן כתב הרב בע"מ ז"ל בפ' כ"ח מה' מכירה הילכך בנ"ד בשכירות ששכר לשתי שנים ע"כ בדוקא שכר לשתי שנים ואפי' הרשב"א ז"ל ודעימיה יודו הכא: תשובתך דהתם נמי במקח וממכר בשאמר לו בית של כ אמות אני מוכר לך ויש לי בית של כ' אמות אינו יכול לחסר ממנו כלל דבדוקא קאמר כ' אמות ואפ"ה אם נמצא חסר או שנמצאת מקצתה גזולה ויוצאה מתחת ידו אמרינן דיתקיים המקח בשאר משום דאמרי' דליכא קפידא בהא

ואין מעמידין דבריהם בזה כלל וה"נ בשכירו' איכא למימר בכה"ג שיחול השכירות כל מאי דאפשר לחול ואין מעמידין דבריהם בזה כלל: ואדרבה מסתברא לי דבלוקח שדה או בית של עשרים אמות ונמצא של עשר' או שיצאה חציה מתחת ידו מחמת שהיתה גזולה ביד המוכר איכ' דנתבטל המקח לגמרי דהא איכא קפידא טובא בהא מילת' דאיכ' חסרון בבית עצמו ומצי לוקח למימר בבית של עשרים אמות אני חפץ ובפחות ממנו אין דעתי נוחה וכמו שכתב הרשב"א ז"ל טעם החולקי' עליו אבל כששכר לשתי שנים ונמצא שלא היה יכול להשכיר אלא לשנה הרי אין שום חסרון בבית וידור בבית שנה כאשר שכר ואחר שנה אולי ימצא בית טובה הימנה הילכך ליכא קפידא כולי האי וכ"ע מודי בהא ועוד דהכא לא מקרי מתאנה אלא ראובן שרחל ממה נפשך כבר הושכר ביתה לזמן שתי שנים וכיון דראובן רוצה בקיומו השכירות קיים וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' מכירה בדין יתר משתות דבטל מקח ואע"ג דיש חולקין על הרב ז"ל איכא למימר דנ"ד לנמצא בו מום דמיא וכל שחפץ הלוקח ליקח המקח כמו שהו' הרשות בידו וידו על העליונה לכ"ע ואין לי להאריך בזה ומ"מ הדין פשוט כביעתא בכותחא דבנ"ד הדין עם ראובן ויש עוד קצת סייעתא מתשובת הרא"ש ז"ל המתחלת ראובן ושמעון היו באשביליא וכו' והביאה הרב בעל הטורים ז"ל בחושן המשפט סי רל"ב ולאפס פנאי לא יכולתי להאריך והאל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות וכתב הצעיר בצלאל בכה"ר אברה' אשכנזי ז"ל.

סימן לב

שאלה. נוסח קבלת עדות במותב תלתא כחדא הוינ' אנו בי דינא דחתימין לתת' כשבא כר' יצחק בכה"ר יעקב ירושלמי נ"ע והגיד בתור' עדות איך היה בשובר ובא עובד כוכבים ומזלות אחד מסיח לפי תומו ואמר איך היהודי שהוא משרת עאמל דמיאט שהביא עמו המעות מדמיאט שהרגו אותו הערביים הוא מושלך בגזירא בכפר ופיתה וכל זה היה בשליש אחרון לחדש חשון של שנתינו זאת וקבלת עדות זה היתה ביום שני חמשה ועשרים יום לחדש כסליו שנת השלט ליצירה פה מצרים והכל שריר וקיים ולמדנו רבינו אם אשתו של זה מותרת על פו עדות זה אם לאו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. מיראי הוראה אני ומה גם בערוה החמורה ולכן חזרתי על כל צדדין וצדי צדדין ונראה ברור לפי עדות זה דאיתת' דא שריא לעלמ' לכולי עלמ' דאי לענין מסיח לפי תומו אין לך מסיח לפי תומו גדול מזה לכ' מתכוין לא להתור ולא להעיד דהא לא בא להעיד על ההריגה אלא להורות את המקום אשר ימצאוהו שמה וגם אין להסתפק באחר

כלל דהרי לא יצא מדמיאט בתוך הזמן הזה שום יהודי במעות ובלא מעות ונעלם כי אם העלוב הזה השם ינקום נקמתו ואין לחוש דדילמ' משום דהעובד כוכבים ומזלות ידע שהיה עאמל דמיט' מחפש אחר זה אמר כן ואיהו מנפשיה לא ידע בכל אלה הסימנין מידי ובדדמי אמר הכין א"נ לא ראה הרוג כלל דעבידי דקא משקרי ואין כאן מסיח לפי תומו כלל: דלהא לא חיישינן כלל כמו שכתב מהר"מ ז"ל בתשובה להדי' דלא חיישינן למה שהיו הקרובים מחפשין וכן כתב מהר"י קולון ז"ל וז"ל ואשר גמגמת שלא להחשיב העובדי כוכבים ומזלות הרודפי' מל"ת מפני שכבר הגיד השופט אל הרודפי' כל הענין לע"ד נרא' שהדע' מכרעת שלא לחלק בכך וכו' וכלל גדול קא כיילי תרויהו מהר"מ ז"ל ומהר"י קולון ז"ל דלא חיישינן למידי בכל מילת' היכא דלא מוכח מילת' מתוך דבריו דמשקר ולא תלינן להחמיר אלא במילת' דמוכח' טובא: ואין לחוש כיון דקא מסהיד לאחר תלת' יומי דילמ' חזייה לבתר תלתא יומי דנהרג ותנן אין מעידין אלא עד ג' ימיסדכבר האריך מהר"מ ז"ל בכיוצ' זה דאמר העובד כוכבים ומזלות למה אינכם מביאין אותו יהודי שנהרג כי הוא שוכב שם באותו מקום והעלה מהר"מ ז"ל דאין לחוש לדילמ' חזייה לבתר ג' ימים דכיון דמעיד בסתם שנהרג אף על גב דהשתא אסהיד בתר ג' ימים נימ' דברור לו שנהרג דחזייה תוך ג' ימים וקא מסהיד עליה בתר ג' ימים או ראה שהרגוהו והיה עם ההורגים הכי נמי בנדון דידן נימ' דראה שהרגוהו הערבים והיה עם ההורגים וראה המעות שעליו שהביא מדמיאט בעת הריגתו ואפשר עוד והוא קרוב יותר שהיה מכירו מקודם וידע שהיה מביא מעות וגירה בו את הערביים עד שהרגוהו הרי מכל אלו הצדדין לית דין ולית דיין דאיתת' שרי' לאנסובי. אינ' עומדת אלא על אחת דלא אמר קברתיו וחזינן עמודי עולם דמחמרי ומי יקל מיהו חזינן רבוותא קמאי ובתראי דקא מהדרי אשריותא דעגונא ומטו אפריין למי שיאחז דרכם למיפך בזכותא דלא ליפוק חורבא לעלמא כמו שמצינו למהר"י קולון ז"ל ובעל תרומת הדשן ז"ל ומרנא ורבנא הרב הגדול הרדבא"ז ז"ל ברוב תשובותיו בעניים אלו פתח דבריו יאיר לאמר ללכת בדרך טובים לחזור בצדדין וצדי צדדין בתר שריותא והמבקש אומרני הכרס לעגן אין רוח חכמים נוחה המנו וכתב ראש המור' גדול המחברים הרמב"ם ז"ל בתשובה וז"ל אין מדקדקין בעדות אשה עגונה וכל המחמיר ודורש וחוקר בדברים אלו לא יפה הוא עושה ואין דעת חכמים נוחה הימנו שעיקר תקנתם בעיגונא הקלו משום עגונא דאיתתא: ע"כ. וכתב הרא"ש ז"ל בתשובה וז"ל כמה קולות הקלו חכמים משום תקנת עגונות וכו' וכן ראוי לכל מורה לחזר על כל צדדין וכן רבינו יואל כתב בתשובה דכל פלוגתא בהתרת נשים יש לילך אחר המקל ואחר שחכמי הגמרא והגאונים הקלו משום

תקנת עגונות אתה למד לחכמי הדור הזה לצאת בעקבותיהם: ע"כ: ותשובה זו הביאה הדיין המובהק מהר"מ אלשקר ז"ל בתשובותיו ומחי אמוחא למי שרצה לבקש חומרות מדומות בשמא ושמא דשמא הגם דבהאי עובדא היה מקו' להסתפק טובא מ"מ מקהי קהייתא על המחמיר והסכימו עמו להתיר רוב חכמי הדור לכן אני בעניי ההולך בעקבות הראשונים בעינא למשכוני נפשין אשריותא דהך איתתא לעלמ' לכ"ע בס"ד:

גרסינן בפ' האשה בתרא אבא יודן איש ציידן אמר מעשה בישראל ועובד כוכבים שהלכו בדרך ובא עובד כוכבים ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת וקברתיו והשיאו אשתו ושוב מעשה בקולר של ב"א שהיו מהלכין לאנטוכיא ובא עובד כוכבים א' ואמר חבל על קולר של בני אדם שמתו וקברתים והשיאו את נשותיהן ע"כ וכתבו הרשב"א והרב המאירי ז"ל דלאו דוק' הזכירו קבורה כאן דעובד כוכבים מסיח לפי תומו נאמן בשאמר מת סתם אע"ג דלא אמר קברתיו ומייתו ראי' מהנהו עובדי דלעיל מהך דגרסי' ההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ואנסבה רב יוסף וכו' ההוא דהוה קאמר ואזיל ווי ליה לפרשא זריזא דהוה בפומבדיתא דשכיב וכו' ההוא דהוה קאמר ואזיל מא איכא בי חסא וכו' טבע חסה וכו' אלמא לא בעינן קברתיו ועוד מייתו ראיות טובא ולכך העלו דלאו דוק' דבעינן קברתיו והנך עובדי מעשה שהיה כך היה ומשם הרב הגדול רבינו פרץ הכהן ז"ל רבו של ריב"ש ז"ל תרצו דאפשר דנקט קברתיו לרבות דס"ד דנרא' כמתכוין להעיד וכמו שכתוב בתשובו' ריב"ש ז"ל ומ"מ לדעת כל הני רבוואתא ז"ל בהני עובדי לא בעינן קברתיו ועובדא דידן להני עובדי דמיין ועדיפא זינייהו כדבעינן למכתב קמן בס"ד וכתב בעל תרומת הדשן בפסקיו וכתביו שלא נהגו העולם כלל לומר קברתיו במסיח לפי תומו וכן כתב מרנא ורבנא הרדבא"ז ז"ל בתשובותיו על זה דכבר נהגו בכל הדורו' הללו להקל בדבר זה משום תקנת עגונות וכן כתב הרב הגדול מהר"י טייטצק ז"ל שבסלוניק עיר גדולה של חכמים ושל סופרים נהגו להקל ואם תשאל והרי כתב ריב"ש ז"ל בתשוב' אע"ג דלפי ההלכה אפי' במלחמ' אינו צריך לומר סברתיו מ"מ כיון שיצא מפי הרי"ף והרמב"ם ז"ל להחמיר ראוי לחוש לדבריהם כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשוב' ומי לא יחוש אחריו וכי הרי"ף והר"מ ז"ל קטלי קני באגמא נינהו הלא המה גאוני עולם ועמודי התור' ומי יתיר לשוק אשה שהוא ערוה לדעתם חלילה ע"כ. תשובתך לא כתב הריב"ש ז"ל כן אלא בעד א' במלחמה או במים או מסיח לפי תומו בכגון אלו המקומות וכן נראה בהדי' בתשובותיו דו"ק ותש"כח. אבל בעובד כוכבים מסיח לפי תומו דעלמ' אדרבה דעתו דלא בעי' קברתיו וכתב דכן דעת כל האחרוני' ז"ל ומה שכתב הרמב"ם ז"ל בזה עם מה שפירשו בו אינו נכון עיין

בתשובותיו: וז"ל הרשב"א ז"ל בתשוב' ודע שזה הענין של מים ושאר מקומות של סכנה כגון מלחמה נשאל' שאלה בגמר' בפ' האשה שלום אם עד א' נאמן בו אם לאו ונחלקו בפסק הדבר גדולי הדורות שר"ח ז"ל אמר שלא נפשטה השאל' ולפיכך אין עד אחד נאמן במלחמה ובמים ואעפ"י שהכירוהו מת ואעפ"י שאמרו מת וקברתיו וכ"ש עובד כוכבים מסיח לפי תומו אבל הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל ושאר מן האחרונים ז"ל אמרו שהוא נאמן אלא שהר"ם והר"ז ז"ל אמרו שצריך לומר וקברתיו וכן נראה ג"כ מדעת הרי"ף ז"ל אבל אם אינו אומר שקברו אינו נאמן דבכל מקום של סכנה שדרכן של בני אדם מתים שם במלחמה ומים בין שיש להם סוף בין מים שאין להם סוף משעה שהוא יודע שטבע או שירד למלחמ' ולא שב מחשב הוא שמת כדרך שמתו האחרים וסומך על הדמיון ומעיד ואפשר שלא מת והילכך עד שיאמר בפי' קברתיו אין משיאין אשתו על פיו ומ"מ אם נשאת לא תצא אבל מקצת מן האחרוני' אמרו שהוא נאמן באומר מת סתם ואעפ"י שאין דעתי מכרעת כן דעתי נוטה מפני שיש בזה ראיות מן הגמ' ומן הירושלמי ומ"מ מי יקל ראש ולהקל בדבר שבערוה כנגד אבות העולם שאין לנו אלא לשית לבנו לדעתם ואיני מורה לך בדבר זה להקל ע"כ. הא קמן שלא אמר הרשב"א ז"ל כן דאין ראוי להקל אלא בכגון מלחמה ומים אבל במסיח לפי תומו דעלמא כגון הני עובדי דאבא יודן ואנטוכיא דכתיבנ' לעיל לא אמר הרב ז"ל כן אדרבה תמה על הרמב"ם ז"ל בחידושיו על זה בפ' האשה בתרא ודחאו בשתי ידים ולא מצא לו חבר כלל לא הרי"ף ז"ל ולא הרז"ה ז"ל ואילו בפרק האשה שלום גבי הא דאבעיא לן עד א' במלחמה מייתי לה נמי משמי' דהרי"ף ז"ל ואיבר' דקא מתמה עלייהו מהגמ' ומירושלמי מיהו לא דחאן ואפשר דמיחש חייש להו כמו שכתב בתשובותיו תדע דהרב המגיד ז"ל בסו' הלכות גירושין גבי הא דכתב הרמב"ם ז"ל יצא עובד כוכבים וישראל מעמנו וכו' כתב וז"ל והרשב"א ז"ל נראה שסובר כדעת רבינו שהוא מצריך בכל עובד כוכבים שמסיח לפי תומו שיאמר קברתיו והשיא עליו מהמעשים הנזכרים וכו' ע"כ. מעתה כיון דסבר הרשב"א ז"ל בדעת הר"מ במז"ל סבר' קלישת' כולי האי היכי תו נימא דתלייה נמי בהרי"ף ז"ל וכבר צוות ריב"ש ז"ל בתשובותיו דאינו חושד הר"מ ז"ל שיצריך קברתיו בכל עובדי כוכבים מל"ת וכו' ככתוב בתשובותיו מכל מקום הרשב"א ז"נ דתלי בוקי סריקי בדעת הרמב"ם ז"ל היכי מצינן למימר דתלינהו נמי בדעת הרי"ף ז"ל ועוד היכן מצינו דהרי"ף ז"ל כתב כן והלא לא מייתי אלא עובדי כצורתן כדכתי' בגמ' ואי משום דלא השמיט מהני עובדי האי דקבור' הרי הרא"ש ז"ל נמי מייתי הנך עובדי כדאייתי להו הרי"ף ז"ל ואפ"ה בנו הר"י בעל הטורים ז"ל כדמייתי בסי' י"ז הא דכתב הרמב"ם ז"ל יצא ישראל ועובד כוכבים

מעמנו למקום אחר וכו' תמה עליו ואמר איני יודע למה צריך שיאמר קברתיו ובסוף הסי' גבי עד אחד במלחמה כתב ז"ל דהרא"ש אביו ז"ל סבר כהרי"ף ז"ל דעד א' במלחמה צריך לומר קברתיו ואי מאן דמייתי בפסקיו הנך עובדי דאבא יודן ואנטוכיא כצורתן ס"ל דבעינן קברתיו א"כ אמאי לא קמתמה נמי על אביו ומאי פסקה דבהני עובדי לא מייתי לה אלא משמיה דהרמב"ם ז"ל וקמתמה עליה ולא הזכיר שם דעת אביו ז"ל כלל ולא דעת הרי"ף ז"ל ואילו בהאי דעד א' במלחמה מייתי לה משמיה דהרי"ף ז"ל נמי ומשמי' דאבוה ז"ל אלמא משמע דאין להבי' שום ראיה ממאי דמייתו עובדי כצורתן דאיכ' למימ' דסברי דלרבותא נקט וקברתיו כמו שכתבנו לעיל בשם הרב הגדול רבינו פרץ הכהן ז"ל נמצא אתה למד דהרמב"ם ז"ל הויא ליה יחיד בסברא זו ואין לו חבר כלל ולא עליה כתב הרשב"א ז"ל דאין להקל דדוקא בעד א' במלחמה וכיוצא בו דלדעת ר"ח ז"ל אפי' אמר קברתיו לא מהני וכדכתיב לעיל והרי"ף והרמב"ם ז"ל והר"ז ז"ל דה"ל עמודי ההוראה סברי דבעינן שיאמר קברתיו הוא דכתב הרשב"א ז"ל דמי יקל בדבר שבערוה כנגד אבות העולם אבל בשאר מסיח לפי תומו דאינו מחמיר בזה אלא הרמב"ם ז"ל ואפי' איהו לא קאמר אלא לכתחלה אבל אם נשאת לא תצא וכל האחרונים חלקו עליו כמו שכתב ריב"ש ז"ל הא ודאי דלא קא מיירי בהכי הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא וכן כתב הרשב"ץ ז"ל בתשובותיו וז"ל להתיר אשה להנשא בעינן שיעידו במית' וקבורה היכא דחיישי' דדילמא מסהדי בדמי כגון מים שאין להם סוף ומלחמה ושלום נחשים ועקרבים וכיוצא בהן ע"כ: אלמא דוקא בכה"ג קא מחמרי רבנן:

ומצאתי לאחד מגדולי הדורות שלפנינו הרב הגדול כמה"רר אליה מזרחי ז"ל שכתב בתשובותיו דאפילו הרמב"ם ז"ל אינו מצריך לומר קברתיו אלא היכא דשייך בה אומדנא וההיא דאיש יהודי שיצא עמי וכו' שייך בה נמי אומדנא דומיא דטביעה דלפעמי' בהולכי שיירות כשהולכים הדרך והקרה לשום אחד שום מקרה שנשאר מן החברה והחברה בקשוהו ולא מצאוהו חושבים באומדנא דדעת' ודאי מת או נהוג דאזלי בתר רוב נפטרים דרוב הנפטרים מן החברה הם מתים או הרוגים בודאי דאי לא תימא הכי וכו' אבל בשאר מסיח לפי תומו אינו מצריך וקברתיו והתימא מן הטור ז"ל איך נעלם ממנו זה ואמר ואיני יודע מה צריך שיאמר קברתיו: ע"כ: הא קמן דרב גדול בדורו תקע עצמו בסברא זו לקיים דברי הרמב"ם ז"ל דלא ליהוי יחיד בסברתו שלא כדרכו כי לעולם סברתו היא ישרה ומקובלת וקבע הרב ז"ל בסברא זו מסמרים עד שהקשה על הטור ז"ל איך נעלם ממנו זה. ולדידיה ודאי בנדון דידן איתתא שריא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דכפי מה שבא בנוסח קבלת העדות לא שייך אומדנא כלל ולעדות שנתקבל בבית דין

שומעין ועליה נבנה טירת כסף והקולות שאין בהם ממש יחדלון ולא יעלו על לב מי שיש לו לב: והרב המובהק פאר זמננו מהר"י קארו ז"ל בספרו תירץ סברת הרמב"ם ז"ל בשם הרב החסיד מה"רר יוסף שגיש ז"ל בענין אחר דלא הצריך הרמב"ם ז"ל שיאמר קברתיו אלא כשאינו יהודי נמצא בעת מיתתו או הריגתו דחיישי דילמא אמר בדדמי כי הנהו עובדי דיצא עובד כוכבים וישראל מעמנו וכו' וההיא דקולר של בני אדם וכו' שנמצא העובד כוכבי' בעת מיתת הישראל אבל היכא שלא נמצא שם העובד כוכבים בעת ההריגה מודה הר"מ במז"ל שאין צריך שיאמר קברתיו ובזה יתורץ תשובתו עם מה שכתב בחבורו. הילכך גם לדעת אלו הרבנים ז"ל בנדון דידן נמי שאינו אומר העובד כוכבים שנמצא בעת הריגתו ולא בא להעיד על הריגתו אלא על השלכתו בגזיר"ה בכפר זפי"תה הא ודאי דאין צריך שיאמר קברתיו אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל: מיהו הרב המגיד ז"ל שהיה בקי בדעת הרמב"ם ז"ל יותר מן הכל חלק בענין אחר בסוף הלכות גירושין גבי יצא עובד כוכבים וישראל מעמנו וכו' וז"ל אבל בכאן הצריך שיאמר קברתיו לפי שאין העובד כוכבים מזכיר שם היהודי שאומר שמת אלא שאומר איש יהודי שיצא עמי ואנו יודעין שהוא פלוני וכן בעשרה אנשים כיוצא בזה העובד כוכבים אינו מכירין ואינו יודע שמותיהן ולפיכך צריך שיאמר קברתים והטעם בזה שאחר שבלא הזכרת השם די מה שאין כן בשאר מקומות הצריכו שיאמר דבר ברור ממיתה וקבורה ואפילו ת"ל שיש להשיב מכל מקים ודאי כך היא כונתו של רבינו כמו שכתבתי ע"כ: מעתה יש לבעל הדין לחלוק ולומר דבנדון דידן דלא הזכיר השם צריך לומר וקברתיו לדעת הרמב"ם ז"ל ויכילנא לשנויי דהרב המגיד ז"ל אינו חולק אמאי דחולק הרב החסיד כמה"רר יוסף סאגיש ז"ל ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דמהר"י סאגיש ז"ל בעי לחלק אף על גב דלא הזכיר השם כדי לתרץ תשובתו עם מה שכתב בחיבורו ולא שני ליה בין מכירו לשאינו מכירו אלא הכל תלוי בהזכרת השם ובאותה תשובה שכתב הרמב"ם ז"ל לא הזכירה השם והרב המגיד ז"ל בעי לחלק דאפי' תימא דבהנהו עובדי דחיואי וחסא ופרשא זריזא נמצא העובד כוכבים בעת מיתתו או בעת טביעתו מ"מ קא מחלק בין כשמזכיר השם כהנהו עובדי להיכא דלא הזכיר השם נמצא דלא פליגי כלל וכן נראה דעת מהר"י קארו ז"ל שהביא שני התירוצים בספרו ולא כתב דפליגי הילכך הדרי' למאי דכתיבנא לעיל דבנדון דידן דלא נמצא שם העובד כוכבים בעת ההריגה מודה הרמב"ם ז"ל שאין צריך לומר קברתיו ואפילו שלא הזכיר שמו ואפילו לדעת הרב המגיד ז"ל. מיהו לא צריכינן להכי דבנדון דידן נמי איכא הזכרת שם דהא קאמר היהודי שהוא משרת עאמל דמאיט וכו' דדוקא בהנהו עובדי דאבא יודן ואנטוכיא בעינן דלימא קברתיו משום

דאין העובד כוכבים אמר שום דבר דמוכחא שהיה מכיר אותם דאי משום דאמר איש שיצא עמי וכו' לא מוכחא דהיה מכיר אותו דכמה הולכין בדרך אחד ואינן מכירין זה את זה ולא מספרין זה עם זה ובאידך עובדא נמי שראה שהיו אסורין בקולר או נושאין גמלים כמו שכתב הרמב"ם ז"ל אינו מורה שהיה מכירן כלל אלא שראה אותן כך בדרך ולא הכירן כלל ודע שרש"י ז"ל פירש קולר חבורה: ע"כ: והלשון דייק כוותיה דקאמר קולר של בני אדם וניחא לדידיה דמ"ה בעי קברתים משום דאינו נותן בהם סימן כלל אלמא דלא יהיב דעתיה עילויהו כלל ולכך בעינן דלימא קברתיו דילמא אמר בדדמי אבל כשאומר שהיו אסורין בקולר או נושאין גמלים כיון דיהיב דעתיה עילויהו לראותן איך היו אסורין או נושאין ודאי דייק שפיר ולא קאמר באומדנא לכך לא בעינן שיאמר קברתיו מיהו הרמב"ם ז"ל לא פירש כן אלא אף על גב דקא יהיב ביה סימנין בעי דלימא קברתיו מיהו דוקא כגון הני סימנין דאינן מורין שום צד היכר כלל וכדכתיבנא אבל בנדון דידן דהוסיף ואמ' היהודי שהוא משרת עאמל דמיאט הוה ליה כמזכירו בשמו דזיל בתר טעמא דהא הרב המגיד ז"ל קאמר דהיינו טעמא דצריך שיאמר קברתיו בהני עובדי דאבא יודן ואנטוכיא משום דמאחר שבלא הזכרת השם די מה שאין כן בשאר מקומות הצריכו שיאמר דבר ברור ממיתה וקבורה וכדכתי' לעיל הילכך הכא נמי בנדון דידן אילו לא היה אומר עובד כוכבים אלא היהודי שהביא המעות מדמיאט שהרגו אותו הערביים וכו' ולא היה מזכיר שהוא משרת עאמל דמיאט הא ודאי שהיינו מצריכים שיאמר דבר ברור ממיתה וקבורה דומיא דהנהו עובדי דהתם לדעת הרמב"ם ז"ל אבל כיון שהוסיף עוד לומר שהיה משרת עאמל דמיאט עדיפא מהני עובדי והויא ליה כמזכיר שמו והר"ן ז"ל בתשובותיו חילק לדעת הרמב"ם ז"ל בין מכירו לשאינו מכירו וכתב דטעמא דמילתא שיותר אדם קרוב ובקי במי שמכירו הילכך במכירו כל שאמר מת בלחוד סגי אף על פי דלא אמר קברתיו ולא חיישינן דאמר בדדמי אבל כשאינו מכירו חיישינן דאמר בדדמי לפי שאין הדברים ברורים במי שאינו מכירו עד דאמר וקברתיו: ע"כ: ובנדון דידן נמי כיון שאמר שהיה משרת עאמל דמיאט אלמא שהיה מכירו דאין לך לומר דדילמא שמע כן מהמחפשים אחריו דאם כן אף אני אומ' רדילמא לא ראה הרוג כלל ולפי ששמע שהיו מחפשים אחריו בדא מלבו שראה הרוג ומעתה בטלת עדות מסיח לפי תומו דאין לך אדם שנעלם שלא ירדפו קרוביו לחפש אחריו אלא ודאי דאין לחוש לזה כלל וכן כתב מהר"מ ז"ל ומהר"י קולון ז"ל וכדכתבינן לעיל אלא אמרינן דאיהו מנפשיה ידע שהיה משרת עאמל דמיאט והרי כאן הזכרת השם ומכירו ושורת הדין אפילו לדעת הרמב"ם

ז"ל דבהזכרת השם בלחוד או מכירו בלא הזכרת השם סגי ונדון דידן זכרון אחד עולה לתרוייהו וק"ל להבין:

ואם תשאל והרי לעאמל דמיאט איכ' כמה משרתים והיכי סגי בהכי לדונו כהזכרת השם ומכירו לענין דלא נבעי קברתיו תשובתך מה זו שאלה אטו אם לא קאמר אלא ראובן מת בלחוד מי לא סגי בהכי והרי בהדיא כתב הרב המגיד ז"ל דסגי בהכי דהא בהנהו עובדי ליכא אלא הזכרת שם בלבד כדקאמר שכיב חיואי שכיב חסא וכיון דבהזכרת השם בלחוד סגי אף על גב דאיכ' כמה ראובן בעולם כ"ש במאי דקאמר משרת עאמל דמיאט. ומרנא ורבנ' הרדבא"ז ז"ל תפס עיקר חילוקו של הרב המגיד ז"ל וכתב ז"ל דעל חילוק זה סומך למעשה ופירש הטעם דמחלקי' בין היכ' דמזכיר שמו להיכא דאינו מזכיר דבשמזכיר שמו לא אמר בדדמי דאי אתי למחר לא מצי לאשתמוטי אבל אם אין מזכיר שמו ומכירו אמר בדדמי דאי אתי למחר מצי לאשתמוטי ולמימר אחרינ' הוא ע"כ והרי לפי זה נמי הדין ברור לפנינו דהא ודאי טפי מצי לאשתמוטי כשמזכיר את שמו ואומר ראובן מת דטובא ראובן איכא בעלמ' אבל בנדון דידן פריט טפי דקאמר משרת עאמל דמיאט ואי אתי למחר לא מצי לאשתמוטי כלל דהרי לא חסר אדם מהמשרתים של עאמל דמיאט. נמצינו למדין דאיתת' דא שריא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל ואפילו למאי דפרישו בדעתו הרב המגיד והר"ן ז"ל וכתב מרנא ורבנא הרדבא"ז ז"ל בתשובה הלכה למעשה דאפילו לדעת האומרים שצריך לומר קברתיו מודים בזה שכיון שאמר שהולך למקום פלוני ויוצא ממקום פלוני ויש לו אחות במקום פלוני ודאי שהיה מכירו ובמכירו סגי. ונדון דידן נמי מה שמזכיר שהיה משרת עאמל דמיאט הוא במקום אחותו דהתם ומכל מקום הדין ברור לפנינו וכדכתי'. ועדיין יש לבעל הדין לחלוק דמשום חומר אשת איש ראוי לחוש לדברי הריטב"א ז"ל שהרי כתב בחידושיו דלדעת הרמב"ם ז"ל יש לחלק ולומר דכל היכא דעובד כוכבים ומזלות מכריו ואמר מאן איכ' בי פלוני שכיב פלוני בהא סגי כדאמרינן בהני עובדי דכיון דמעייל נפשיה לאכרוזי ולמימר הכי אי לאו דקים ליה דשכיב ודאי לא הוה אמר אבל בעובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו חיישינן דילמ' אמר בדדמי וצריך שיאמר קברתיו וכתב ז"ל דטעמ' דמסתבר' הוא מעתה בנדון דידן דליכא הכרזה בעינן קברתיו וראוי לחוש לדבריו דלאו קטיל קני באגמ' הוה: ונראה דאפילו לפי שיטה זו בנדון דידן לא בעינן קברתיו דכיון דאמ' העובד כוכבי' ומזלו' מל"ת היהודי שהוא משרת וכו' שהרגו אותו הערביים הוא מושלך בגזירה בכפר זפיתה שלא בא להודיענו הריגתו אלא מקום שהוא מושלך שמה והיינו לומר שילכו שמה בכפר זפיתה ושמה ימצאוהו ולא מעייל נפשיה בהכין אי לאו דקים ליה דשכיב ועדיפא הך

טפי מהכרזה וכיוצא בזה כתב מהר"מ ז"ל דהך סהדות' אלים טפי משאר מסיח דמירתת שמא ימצא מוכחש אסיאמרו לו אחרי שאתה יודע מקומו הראהו לנו וכו' תדע דאיכ' למידק בעיקר תירוצו של הריטב"א ז"ל דאיהו להרמב"ם ז"ל בעי לתרוצי ואין מזה רמז בדברי הרמב"ם ז"ל דבשלמא חלוקו של הרב המגיד ז"ל מבורר בלשון הרב ז"ל דבכל דוכתא מזכיר השם ואילו גבי יצא עובד כוכבים ומזלות וישראל וכו' לא הזכיר השם אבל למאי דתריץ הריטב"א ז"ל קשיא דהוה ליה להרמב"ם ז"ל להביא דין ההכרזה דכל דמכריז לא בעינן וקברתיו ואדרבה קא חזינן דהשמיט זה דבגמ' אמרינן ההוא דהוה קאמר ואזיל ווי ליה לפרשא זריזא דהוה בפומבדיתא וכו' והרב ז"ל כתב בפ' י"ג מה' גירושין וז"ל כיצד היה העובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו ואומ' אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכו' הא קמן דהשמיט בלשונו הא דקאמ' בגמ' ההוא דהוה קאמר ואזיל דהיינו ההכרזה משמע דלדידיה ההכרזה לא מעלה ולא מורדת. אלא ודאי נראה דאפי' לדעת הריטב"א ז"ל לאו דוק' ההכרזה דה"ה כיוצא בו ודוק' בכגון עובדי דאבא יודן ואנטוכיא הוא דבעינן קברתיו אבל כל שמוסיף דברים כגון זה שאומר אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכו' אי לאו דקים ליה לא הוה אמר הכי וכ"ש בנדון דידן וכדכתיבנ'. ועוד יש לי לומר דמתוך לשונו של העובד כוכבים ומזלות הזה משמע שטלטלו אותו ממקום למקום מדקאמר היהודי שהוא משרת וכו' שהרגו אותו הערביי' הוא מושלך בגזירה בכפר זפיתה. ואם באותו מקום עצמו שהיה מושלך שמה הרגוהו הערביים לא הוה ליה למימר אלא היהודי שהוא משרת וכו' הרגו אותו הערביי' בגזירה בכפר ופיתה ומסתמא שמה מושלך עדיין אי נמי לא הוה ליה למימר אלא היהודי שהוא משרת עאמל דמיאט שהביא עמו המעו' הוא מושלך הרוג בגזירה ואי בעי לאודועי מי הרגו פן יחשדוהו שהוא הרגו יאמר שוב שהערביים‌הרגוהו ועוד שמלשונו משמע שלא בא להודיענו מי הרגו אלא להראות לנו מקומו אבל מה שהרגוהו הערביים משמע ליה שהוא ידוע לכל שהרי אומר בדרך פשיטות שהרגוהו הערביים אלא ודאי מדקאמר שהרגו אותו הוא מושלך בגזירה משמע דה"ק שהערביים הרגוהו במקום אחר וטלטלוהו והשליכוהו לגזירה בכפר זפיתה וכן המנהג שמחמת מוראה של מלכות כל אחד משליכו חוץ מתחומו ואנשי כפר זפיתה לא הספיקו מלהשליכו חוץ מתחומן עד שראהו זה המעיד. ואין לומר שגם זה אומר כן באומדנא על פי המנהג דהא מזכיר מי היו ההורגין אלמא דידע בהריגה ובטלטול. מעתה כל כה"ג הוה ליה כאילו קאמר קברתיו וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה דקברתיו לאו דוקא אלא כל שנתעסק בטלטול ממקום למקום כדרך המתים

ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף או שהוא לא נתעסק אלא שמעיד שהתעסקו בו אחרים בהא סגי וכו':

וגדולה מזו כתב הרב המובהק מופת הדור מריה דגמרא כמהר"ר יוסף בן לב נר"ו לא ידעך בתשובותיו דהיכא דהויא עד מפי עד והעד הראשון עובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו דלא בעינן קברתיו אפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דתלינן להקל דדילמא העד הראשון שנה אותו ממקום למקום או שנו אותו אחרים לפניו: ע"כ: וכ"ש בנדון דידן דיש להוכיח כן מתוך דבריו וכדכתיבנא ובא וראה כמה רב גובריה דמאן דחריפא סכיניה ובקי בחדרי הגמר' דהנה מה שדן האי גברא רבא הלכה למעשה לגבי דינא מצאתי בחידושי הראשונים ז"ל שתרצו בהכין דעת הרמב"ם ז"ל שכתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו וז"ל ויש מבינים בלשון הרמב"ם ז"ל דעובדי דבי חיואי ובי חסא ופרשא זריזא שהעובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו וישראל העיד על פי דבריו ונשאת ע"פ עדות הישראל ועובדי דאבא יודן ואנטוכיא בנשאת על פי העובד כוכבים ואיני יודע מאי פסקא ועיקר הדברים בכלם שא"צל קברתיו כלל כמסיח לפי תומו. ע"כ: ואם הרב המאירי ז"ל לא ידע מאי פסקא כדי לדחויי דעת הרמב"ם ז"ל מקום הניח לבאים אחריו ופסקינהו מהר"י ולב נרו' בסכינא חריפא בטוב טעם ודעת ומכל מקום אף על גב דלענין דינא יש לדון כן מכל מקום לתרץ לשון הרמב"ם ז"ל בזה צריכא רבה ונראה אותם המבינים כך בלשון הרמב"ם ז"ל קא מפרשי דה"ק הרב ז"ל כיצד היה העובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו ואומר אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכו' וכיוצא בדברם האלו שהן מראין שאין כוונתו להעיד הרי זה נאמן וישראל ששמע מעובד כוכבים ומזלות המסיח לפי תומו מעיד ששמע ממנו ותנשא על פיו ע"כ פירוש הא דקאמר מעיקרא הרי זה נאמן אינו להשיאה על פיו לכתחילה דהא מחסר וקברתיו אלא נאמנותו הוא דאי שמע ממנו ישראל תנשא על פיו ודו"ק דלגבי העובד כוכבים לא קאמר אלא נאמן וגבי ישראל ששמע ממנו קאמר ותנשא על פיו. ומכל מקום דוחק לפרש כן בלשון הרב ז"ל ולכן נדי הרב המגיד ז"ל מלתרץ כן דמשמע ליה דלעיל נמי מיירי הרב ז"ל בעובד כוכבים ומזלות המעיד ואפ"ה תנשא על פיו ולכך חילק בגונא אחריתי דאפילו בעובד כוכבים ומזלות המעיד יש חלוק בין מזכיר שמו לאינו מזכיר ומיהו אע"ג דלתרוצי דברי הרמב"ם ז"ל מדידיה אדידיה לא משמע ליה להר' המגיד ז"ל לענין דינא אפשר דמודה דהיכא דהויא עד מפי עד והעד הראשון עובד כוכבים ומזלות מסיח לפי תומו דלא בעינן קברתיו ובר מן דין ומן דין בנדון דידן איכא קברתיו ואיכא נמי הזכרת שם ומכירו כדכתיבנא לעיל הילכך לא צריכא תו מידי וזה מספיק לצאת ידי חובת המורה הגדול הרמב"ם ז"ל עם כל מה שפירשו עליו

גדולי עולם ומעתה יש לי לדון להלכה ולמעשה דאיתתא דא שריא בלי פקפוק כלל והארכתי בקצת דברי' פשוטים לפי שראיתי חולק ויתמך על משענת חומרא בדבר ערוה ואני נעזרתי בדברי רבותינו ז"ל קמאי ובתראי אשר הזהירונו שלא לעגן עגונות בהזיות ודמיונות והדין ברור ואמת לכל מודה על האמת והולך בעקבות הראשונים והאל ידיינני לכף זכות כאשר הפכתי לזכות ויצילנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה ויראנו נפלאות מתורתו וימהרי חישה ביאת הגואל: בצלאל אשכנזי.

סימן לג

שאלה. יעקב צוה מחמת מיתה על ידי נוצרי סופר ערכאותיהם הנקרא בלשון לעז נוט אריו ואמר ששני בניו ראובן ושמעון יורשיו אי זה מהם שימות ובנים לא יהיו לו יירש אותו אחיו ונפטר יעקב הנז' מאותו החולי וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והשני אחים הנז' חלקו עזבון אביהם ונטל כל אחד חלקו ואחר זמן מת שמעון אחד מהשני אחים הנז' וזרע אין לו וצוה מחמת מיתה והניח ללוי סך מעות לפרעון שתדלותו ושרויות ופאטורייא שעשה בעדו בענייניו בחייו כי פאטור היה לו ועתה בא ראובן אחי שמעון הנפטר ואמר כי אביו צוה לפני מותו כי הוא יירש את אחיו אחר שמת ולא הניח בן לכן אחיו לא היה יכול להוציא מאותם הנכסים לאיזה דבר מהדברים ותובע ללוי הסך שהניח לו שמעון הנפטר בצוואתו אינו בתורה ירושה כי אם בתורת פרעון שכר טרחו ועמלו כמו שאומר הוא בעצמו אשר נתחייב לו בחייו ובשעת מיתה הניח לו הסך הנז' לצאת ידי חובתו כאמור ושאם לא היה מניח לו היה הוא מוציא ממונו בדיינים כי צוואת אביו אינה מונעת פריעת חובותיו כי אם ירושה ועוד כי לוי הפ"אטור מוחזק באותו הסך שהניח לו שמעון לפריעת חובו וראובן תובע מלוי הסך ההוא יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. צוואת יעקב היא סתומה ויש לפרשה בתרי גוני או שחפץ להעביר הנחלה מהבנות וה"ק איזה מהם שימות ובנים לא יהיו לו יירש אותו אחיו ואפילו יהיו לו בנות חפץ הוא שיורישנו אחיו: דקי"ל האומר נכסי לבני אין הבנות בכלל ואפילו אמר לבני בלשון רבים ואין לו אלא בן אחד כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' זכיה ומתנה: או שנאמר דאין כוונתו להעביר נחלה כלל וכי קאמר ובנים לא יהיו לו הויא ליה כאילו קאמר וזרע אין לו וכדמסיים ואזיל בלשון השאלה ואחר זמן מת שמעון אחד מהשני אחים הנז' וזרע אין לו וכו' והילכך לא בא לחדש דבר בצוואתו אדין תורה דהיינו נמי סדר נחלות דכשימי' וזרע אין לו וגם אב אין לו יירשנו אחיו: ובכל גונא שתפרש לשון

הצואה נראה שהדין פשוט עם לוי שאם תפרש דה"ק ובנים לא יהיו ואפילו יהיו לו בנות יירש אותו אחיו שכוונתו היא להעביר הנחלה מהבנות הדין פשוט שאין בדבריו כלום ומה שעשה שמעון עשוי דגרסינן בפ' יש נוחלין שלח רב אחא בר רב עוא לדברי ר' יוחנן בן ברוקא נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק א"ל רבא לרב נחמן והא אפסקה הוא סבר דיש לה הפסק ורחמנא אמר דאין לה הפסק: ע"כ: וכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן קס"ז דהא דרב אחא הלכה פסוקה היא ומוסכמת מן הכל. ע"כ: וכתב רשב"ם ז"ל דאפילו אם פירש אני מורישך ע"מ שיטול האי שני אחריך הוי נמי מתנה על מה שכתוב בתורה והוי המעשה מעשה והתנאי בטל. ע"כ וכיון שכן בנדון דידן כיון דאין לאחריך כלום מכח צוואת יעקב א"כ דל צוואת יעקב מהכא דה"ל כמצוה על נכסים שאינס שלו שהנכסים הם של שמעון וכל מה שיעשה שמעון בשלו קיים ואם לוה שמעון בעלי חוב באין ונפרעין מנכסיו כי מה שכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' זכיה ומתנה היה חוב על הראשון או כתובת אשה ובאו לב"ד להפרע מנכסים לו אף על פי שהראשון קיים אין ב"ד מגבין אותם מגוף הנכסים וכו': היינו היכא דהראשון אין ראוי ליורשו דאית לשני זכות בנכסים דאם שייר ראשון הוו לשני הילכך השעבוד שנשתעבד הראשון כיון דמצי לסלוקי בזוזי אכתי זכות השני אגידא ביה ולכך אין בעלי חוב גובין מגוף הנכסים דזכות השני אגידא בהו אבל היכא דהראשון ראוי ליורשו דאין לשני זכות בגויהו כלל הילכך הויא ליה כשאר היורשין דבעלי חוב גובין מנכסיהן וזהו ברור לא ניתן ליכתב לולי הטועים:

ואין לחלק ולומר דההיא דרב אחא מיירי בשאין השני ראוי ליורשו אבל בנדון דידן דהשני ראוי ליורשו רשאי להפסיקה דהא כתב הר"ן לאחר שאינו יורשו של נותן אלא אפילו באומר נכסי לראובן בני ואחריו ז"ל בחידושיו דהא דרב אחא לאו דוקא באומר נכסי לראובן בני ואחריו לשמעון בני מכיון שהחזיק ראובן בנכסין ה"ל יורש שהתורי נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה וכיון שמחזיק בהם מכת ירושתו אף על פי שהוא בא להפסיקה ולתתה לבנו האחר אינו רשאי שהרי הוא כמצוה על כפסו' שאינם שלו ע"כ: והכריע כן מהסוגיא עיין בחידושיו ובן כתב הרב רבי יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל וכדכעינן למכתב קמן בס"ד. וכן כתב הרמב"ן ז"ל:

וכ"ת אכתי יש לחלק ולומר דשאני בין היכא דאמר נכסי לך ואחריך לפלוני להיכא דהניח הדבר בסתם ואמ' לאחר מיתת פלוני יירש פלו' כבנדון דידו דהא הרמב"ן ז"ל מסתפק בזה כמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפי"ב מה' זכיה ומתנה וז"ל הרב ז"ל בחידושיו

אפשר לומ' דהתורה נתנה רשות לאב להנחיל מעתה לכל מי שירצה ולהעביר מן היורש ובכלל זה נתנה רשות להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת מן היורש ורב אחא בר עוא בנכסי לך דוקא אמר כיון דאתחיל בירושה דתורה והנחיל בה שוב אינה נפסקת ממנו מיהו בשותק ואומר אם מתו בניו יירש פלוני זכה וצ"ע: ע"כ:

ליתא דמאי דמספקא ליה להרמב"ן ז"ל פשיטא ליה להרב ר' יהוסף הלוי בן מיגש ז"ל רבו של הרמב"ם ז"ל וז"ל בחידושיו למדנו עכשיו בדין העברת נחלה ד' שערים השער הראשון וכו' השער הרביעי אם לא העביר הירושה מהראוי לה אלא לאחר מיתתו כגון שאמר ירש פלוני כל נכסיו לאחר מיתת פלוני בני דינו שכיון שלא העביר הירושה ממנו שהרי לאחר מיתתו הוא שאמר יירש פלוני כל נכסי בין שהיתה העברה זו בלשון ירושה בין שהיתה בלשון מתנה העברה זו אינו כלום שהרי זכה בנו בירושתו וירושה אין לה הפסק ואין בדבר הפרש בין שהיה זה האחרון נכרי שאינו ראוי לירושה או שהיה גם הוא ראוי בירושתו כגון שהיה לו בן אחר זולתי זה הראשון דינו כולו אחד הוא שכיון שהראשון לא הוציאו מן הירושה בחייו לאחר מיתתו נמי ירושה אין לה הפסק ואינו יורש חלקו מירושת אביו אלא בנו אבל אחיו שהוא זה האחרון אינו יורש אלא חלקו עם אחיו בנכסי אביו בלבד וילפינן לה להא מילתא מהא דשלח ליה רב אחא בר עוא לדברי רבי יוחנן וכו' וירושה אין לה הפסק הנה אף על פי שבלשון מתנה נתן לו לראשון כיון שהוא ראוי ליורשו אמרינן אין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק כ"ש היכא דשבקיה למילתא סתם ולא קאמר ליה מידי לא בלשון ירושה ולא בלשון מתנה דכיון דשבקי למילתא סתם ולא קאמר ליה ולא מידיולא אפקיה מן הירושה הא נפלה ליה ירושה ממילא וירושה אין לה הפסק והאי דקאמר לאחר מיתת פלוני בני יירש פלוני בני כל נכסי ה"ל כמ"ד לאחר מיתת פלוני יירש פלוני כל נכסיו שאין משגיחין בדבריו לפי שאין לו לאדם רשות לצוות ולהנחיל לכל מי שירצה אלא בנכסי אחרים וזה הבן הראשון כיון שהרי זכה בחלקו בירושת אביו נעשה אותו חלק לאחר מיתת אביו נכסי עצמו ולא נכסי אביו. ע"כ עוד כתב ז"ל הא דתניא תנו שקל לבני בשבת והן ראויין לתת להם סלע נותנין להם סלע ואם אמר אל תתנו להם אלא שקל אין נותנין להם אלא שקל ואם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהן בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל איכא לאקשויי עלה הא דקי"ל נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשי אין לשני במקום ראשון כלום שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק והא בניו יורשיו נינהו ואמאי קתני אם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיהם בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל דאלמא אם מתו יירשו

אותן אחרים תחתיהן והא בניו יורשי' נינהו וירושה אין לה הפסק: ופירוקה דכי אמרינן ירושה אין לה הפסק ה"מ היכא דיהבינהו לנכסי למי שראוי ליורשו בין בלשון מתנה בין בלשון ירושה וקאמר ליה אחריך יירש פלוני דכיון דראשון ראוי ליורשו הוא אף על גב דבלשון מתנה קאמר ליה אמרינן אין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק וכ"ש היכא דלא יהביה מידי אלא שבקיה למילתא סתם וקאמר ליה נכסים אלו יירשם פלוני אחריך דאמרינן כיון דלא אפקיה מן הירושה דהא אחריך קאמר ירושה אין לה הפסק והאי אחריך דקאמ' ולא כלום ניהו דה"ל מתנה על מה שכתוב בתורה דתנאו בטל אבל הכא כיון דקאמר תנו שקל לבני בשבת אשתכח דלא יהיב ליה מנכסים אלא שקל בלחוד בשב' ושארא אפקיה מיניהו ויהביה לאחריני וה"ל כמ"ד פלו' בני יירשני לבדו שדבריו קיימין דהא אוקימנ' בראוי ליורשו ורבי יוחנן בן ברוקא היא וזה שאמר אם מתו יירשו אחרים תתתיהן אינו דומה לאחרים שהרי לא נתן להם כדי שיהא אם מתו יירשו אחרים תחתיהן באחריך אלא שקל בלבד הוא שנתן להם בשבת הילכך מה שהגיע לידם הוא שנתן להם ומה שמתו ולא הגיע לידן איגלאי מילתא שלא הקנה אותו להן כלל לא בלשון ירושה ולא בלשון מתנה אלא להני יורשי אחריני הוא שהקנה אותו בלשון ירושה דקנו להו כר"י בן ברוקא ע"כ. מוכח בהדיא דפשיטא ליה לרב ז"ל דכל היכא דשבקיה למילתא סתם כבנדון דידן וקאמר לאחר מיתת פלוני בני יירש פלו' בני דה"ל כאילו קאמר על איש נכרי שימות יירשנו פלוני דאין משגיחין על דבריו ולא שבקינה פשיטותיה של הר"י הלוי ז"ל רבו של הרמב"ם ז"ל מפני ספקו של הרמב"ן ז"ל:

גם יש לדקדק כן מלשון הרמב"ם ז"ל תלמידו שכתב בפי"ב מה' זכיה ומתנה ש"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני והיה הראשון ראוי ליורשו ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שיין לה הפסק אלא במתנה והוי הפסקתיה השני קונה מה שמשייר הראשון לפיכך אם נתן המעות וכו' ע"כ וכתבו הראב"ד ז"ל והרב המגיד ז"ל והר"ן ז"ל דלתרוצי הקושיא שהקשה רבו הר"י הלוי בן מיגש ז"ל מן הבריתא דתנו שקל כדכתי' לעיל בסמוך כתב כן לומר שאף על פי שלמי שראוי ליורשו המתנה כירושה כשאמר לא משום ירושה אלא משום מתנה בפירוש ודאי יש לה הפסק והרי זה כמתנת בריא ועל זה הצד היא הבריתא וכמו שכתב הרב ז"ל דכל שלא אמר נכסי לבני אלא הניח הדבר בסתם ואמר מתו בניו יירש פלוני זכה בהם אותו פלוני לא היה צריך לתירוץ זה דהבריתא בפשטה משמע דלא אמר אלא אם מתו יירשו אחרים תחתיהן דמאי דקאמר תנו או אל תתנו אדרבה מגרע כחם בזה וכדכתב הר"י הלוי ז"ל וכדכתיבנא אלא ודאי משמע דס"ל ז"ל דכ"ש הוי היכא דשבקיה למילתא סתם וכסברת רבו ז"ל וכן כתב בעל נמקי יוסף בשם

גדולי המפרשים ז"ל דאף על פי שלא הורידם בפירוש בנכסים כיון שמדעתו יורדין לנחלה זוכין בכל הנכסים מדין ירושה ושוב אין לה הפסק: ע"כ: וכיון שכן לא שבקינן פשוטותיהו דהני רבוואתא מפני ספקו של הרמב"ן ז"ל:

וכ"ת והרי מצינו מגדולי האחרונים הרשב"א ז"ל דפשיטא ליה ספיקיה של הרמב"ן ז"ל לאידך גיסא דלא כהר"י הלוי שכתב בתשובה וז"ל עוד שאלתם ש"מ שאמר תנו מנה לפלוני לאחר שישא פלונית או לאחר שנה מי נימא בכי הא כבר זכו יורשים בירושה ושוב אין לה הפסק: תשובה כל כי הא לא אמרינן דאם כן בטלתה כל מתנת ש"מ דלפי דעתו ירושת היורשי' חלה עם גמר מיתה ומתנת ש"מ לא חלה אלא לאחר גמר מיתה ואם אתה אומר כן כבר קדמה הירושה ואין לה הפסק אלא לא אמרו אין לה הפסק אלא במי שמחזיק את היורש בנכסים בפיו כאומר נכסי לבני אבל במניח נכסים סתם ליורשיו ואומר תנו מנה לפלוני לאחר שיעשה כן או לאחר זמן פלוני כזה ודאי קנה: ע"כ: אלמא דמאי דמספקא ליה להרמב"ן ז"ל פשיטא לי' להרשב"א ז"ל ודלא כהר"י הלוי ז"ל:

ליתא דאיכא למימר דלא חולק הרשב"א ז"ל אלא לגבי ש"מ שאמר תנו מנה לפלוני לאחר שישא פלונית או לאחר זמן משום דלא החזיקו ליורש בזה המנה כלל הילכך מחלקינן בין היכא דמחזיק את היורש בפיו כאומר נכסי לבני להיכא דמניח נכסים סתם ליורשיו ואומר תנו מנה לפלוני לאחר שיעשה כן או לאחר זמן דהיכא דמחזיק את היורש בפיו כיון שדקדק להנחיל ליורש תחילה שוב אין מתנתו מתנה אבל במניח נכסים סתם מתנתו מתנה דהא לא החזיקו ליורש בזה המנה כלל אבל היכא דקאמר אם מתו בניו יירש פלוני אין חלוק כלל בין היכא דאמר נכסי לבני בפירוש להיכא דמניח סתם דמכל מקום הרי הוא מוחזק בנכסים וכיון שהוא מוחזק שוב אין לו הפסק וכיוצא בזה כתב הר"ן ז"ל בחידושיו בפ' יש נוחלין וז"ל ואכתי מקהו קהייתא ואמרין הכי אם כן כל מתנת ש"מ צריכה שתהא חלה לאלתר עם גמר מיתה הא לאו הכי כבר חלה ירושה של תורה ורחמנא אמר אין לה הפסק ואחר כך לא משכחת לה מתנת ש"מ בתנאי וכו' בשלמא לדברי האומרים דדוקא בלשון ירושה הוא דאמרינן דאין לה הפסק אבל בלשון מתנה יש לה הפסק משכחת לה לכולהו כגון שאמר הריני נותן כל נכסי לבני על ענין זה וכו' אבל לדברי הגאונים ז"ל שאומרים דכל שראויים ליירש אי אפשר שיזכו אלא משום ירושה ואפילו אמר לשון מתנה אם כן כולהו מתנות דש"מ לא מהניין ולא מידי דמקבל לא זכי עד דמקיים תנאיה וכבר חלה ירושה ואין לה הפסק זהו מה שהקשו על הגאונים ז"ל ולי נראה דלא קשה ולא מידי דרב אחא בר רב עוא ה"ק שכל מי שהוא מוריש בין בלשון מתנה בין בלשון ירושה מי שהוא ראוי ליירש ונתן לו כל אותו כח בנכסיו שהיה ראוי לו

כיורש גמור אף על פי שהתנה שאחר מיתתו יהא לפלוני אין בדבריו כלום דכיון דלדידיה אוקמיה אדאוריתא הרי הוא כאילו שתק ולא אמר כלום שהרי לא חדש בירושתו שום דבר וכשהוא אומ' ואחריו לפלוני הרי הוא כאילו מתנה בנכסים של אחרים ולפיכך כיון דקי"ל דהאומר נכסי לך ואחריך לפלוני אם קדם הראשון ומכר שעשה עשוי נמצא דיורש זה קנה כל הנכסים ודידיה הוו לגמרי ונעשה יורש של תורה שהרי יכול הוא לעשות בכל הנכסים כיורש גמור וכל כה"ג אין זו מתנה אלא ירושה וירושה אין לה הפסק אבל ש"מ שנותן כל נכסיו לבניו ואמר להם שאם יעשה פלו' כך שיתנו לו שדה פלוני כבר הוציאם מאותו שדה מירוש' של תורה שהיורש יכול למכור בשלו ואלו אינן רשאין שאם ישלי' אותו פלוני תנאו זכה בה כללו של דבר אין היורשים נעשים יורשים גמורים דנימא ירושה אין לה הפסק אלא באומר נכסי לך בלחוד שכיון שהיורש יכול לעשות כל מה שהוא רוצה בנכסים כיורש של תורה ה"ל יורש גמור וירושה אין לה הפסק אבל כל יורש שזוכה בנכסים אלא שעליו לתת מן הנכסים כך וכך לפלוני אם יעשה כך וכך אין זו ירוש' אלא מקבל מתנה במה שיש לאחרים זכות ויש לה הפסק ובזה עולין דברי הגאוני' ז"ל כהוגן. עכ"ל הר"ן ז"ל מוכח בהדי' מלשונו ז"ל דהיכא דאמר אם מתו בניו יירש פלוני דלא זכה אותו פלו' דירוש' אין לה הפסק ואפי' שלא אמר נכסי לבני ושבקיה למילתא סתם דהא כתב ז"ל דכיון דלדידיה אוקמיה אדאוריית' הרי הלא כאילו שתק ולא אמר כלום שהרי לא חדש בירושתו שום דבר וכו'. אלמא דמכ"ש הוי היכא דשתק דאין בדבריו כלום ולא זכה אותו פלו' מיהו במתנת ש"מ מספקא לי בלישני' ז"ל אי שני לי' בין היכא דאמר נכסי לבני ויתנו לפלו' כך וכך אם יעשה כך להיכא דלא אמר אלא יתנו לפלו' כך וכך אם יעשה וכו'. אי לא שני לי' אלא דבכל גונא זכה במתנה דאיכא למימר דשני ליה והיינו דקאמר כללו של דבר אין היורשים נעשין יורשין גמורין דנימ' ירושה אין לה הפסק אלא באומר נכסי לך בלחוד וכו' אלמא דשני ליה בין היכא דאמר נכסי לך להיכ' דלא אמר וכדכתיבנא לעיל להרשב"א ז"ל והא דקאמר אבל ש"מ שנותן כל נכסיו לבניו ואמר להם שאם יעשה פלוני כך וכו'. לאו בנותן נכסיו בפי' מיירי אלא במניח נכסיו מיירי והוי כאילו אמר אבל ש"מ שמניח כל נכסיו וכו': ואיכא למימר דלא שני ליה דאפי' אמר בפי' נכסי לבני כיון דאסיק וקאמ' שיתנו לפלוני כך אם יעשה כך זכה אותו פלוני שכבר הוציאם מאותו שדה מירוש' של תורה והא דקאמר כללו של דבר אין נעשי' יורשים גמורים דנימא ירושה אין לה הפסק אלא באומ' נכסי לך בלחוד וכו'. פירוש נכסי לך ואחריך לפלוני קאמר כההי' דרב אחא דאתינן עלה והוה ליה כאילו אמר נכסי לך וכו' והיינו דנקט נכסי לך ולא נקט נכסי לבני והכי משמע לי מתוך לשונו ז"ל

דוק ותשכח ומ"מ שמעי' מלשונו ז"ל דכל על דבריו דירושה אין לה הפסק כסברת הר"י הלוי וכיון דכל הני רבוואת' פשיטא להו הכין לא שבקינן פשיטותייהו משום ספיקי דהרמב"ן ז"ל:

וכ"ת אכתי איכא למימר דלא כתב הר"י הלוי ז"ל כן אלא משום דס"ל דאפי' נתן בלשון מתנה כיון שראוי ליורשו הרי הוא כאלו אמר בלשון ירושה וירושה אין לה הפסק ולהכי כתב ז"ל דכ"ש היכא דשבקיה למילת' סתם והכין מוכח לישניה ז"ל דכתיבנ' לעיל והכין ס"ל להרמב"ם ז"ל תלמידו כמבואר פ' י"ב מה' זכיה ומתנה אבל לשיטת ר"ש והרז"ה ז"ל דסברי דכל שאמר בלשון מתנה יש לה הפסק ולא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא באומר לשון ירושה ממש א"נ נכסי לך דמשתמע לשון ירושה בראוי ליורשו הילכך איכא למימר דהיכ' דשבקיה למילת' סתם נמי ואמר דירש פלוני כל נכסי לאחר מיתת בנו דיש לה הפסק וזכה אותו פלוני וכמ"ש הרמב"ן ז"ל:

ליתא דאפי' תימא דהיינו פלוגתא כיון דלוי מוחזק לא מפקינן מיניה ואפי' תימא דלא מהני' הך תפיסה כיון שלא צוה שמעון ליתן דבר מבורר כגון תנתן כבנתי או טליתי אלא שצוה ליתן סך מעות וכמו שכתב מהר"י קולון ז"ל בסי' צ"ד אפ"ה הנכסי' בחזקת יורשי שמעון קיימי דהיינו הבנות ולוי מכח הבנות קאתי דאם אתה אומר דאין בצוואת יעקב כלום והבנות יורשות אף מה שצוה שמעון ליתן ללוי דבריו קיימין ואם אתה אומר דצוואת יעקב קיימת ויירשנו אחיו אפי' במקום בנות אין ללוי כלום דלצואת שמעון בטילה הילכך כיון דפלוגתא דרבוותא היא נכסים בחזקת יורשי שמעון קיימי וכיוצא בזה כתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן קס"ז עלה דהך פלוגתא גופא עיין שם וכיון שכן לוי הבא מכח היורשין כדכתיבנ' אפי' שלא תפס נחתינן ליה באותו סך מעות שצוה שמעון:

ועוד נ"ל דלא מסתפקא ליה להרמב"ן ז"ל אלא לענין אם זכה אותו פלוני בירושה א' שימותו בניו מיהו פשיטא ליה דבניו יכולין למכור לכתחלה דלא עשאו לאותו פלו' אלא כעין יורש כאילו היה בן בניו וכי היכי דלגבי בניהם עושין בנכסים מה שירצו הכי נמי לגבי אותו פלו' ימכרו ויתנו לכתחלה דדוקא לגבי האומר נכסי לך ואחריך לפלוני כשאין ראוי ליורשו הא דאמרינן דאסור לראשון למכור לכתחלה משום דלא זיכהו המזכה אלא כדי שיזכ' השני אבל האומר אם ימותו בניו יירש פלוני הרי הניח לבניו על ירושתם כמות שהם בדין תורה אלא שהעביר הירושה מבני בניו הילכך הבנים עצמם יכולין לעכור לכתחל' כבשלהם ואם לוו בניו בעלי חוב באין ונפרעין מהם כשאר היורשים ואפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דע"כ לא כתב הרמב"ם ז"ל דאין ב"ד מגבין לב"ח ולכתובת אשה אלא באומר נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון אין ראוי ליורשו וכדכתיבנא לעיל

משום דזכות השני אגידא בזכות הראשון דלא זיכהו המזכה אלא כדי שיזכה משני דמ"ה לא ימכור לכתחיל' מיהו אם מכר מכר ואם לא מכר לגמרי אלא שעבד אכתי זכות השני' אגידא ביה אבל האומר אם ימותו בניו ירשום פלוני לא אתי זכות אותו פלוני אלא לאחר מיתת בניו וכל עוד שהם חיים אין לו שום זכו' בנכסיהם כלל וכל מה שיעשו בנכסיהם עשוי: כנ"ל והוא ברור ויש לי להבי' ראיה על זה אבל אין להאריך. ומ"מ אפי' תימא דלדעת הרמב"ן ז"ל לא שני ליה כלל דכיון דזכה אותו פלוני אף הם אינן יכולין למכור לכתחילה ואם לוו אין בעלי חוב באין ונפרעין כדין האומר נכסי לך ואחריך לפלוני ואין הראשון ראוי ליורשו לדעת הרמב"ם ז"ל אפי' הכי בנ"ד איכא למימר דיודה הרמב"ן ז"ל דלא זכה ראובן כלל דכיון דהקדים יעקב בלשון צואתו וקאמר ששני בניו ראובן ושמעון יורשיו איזה מהם שימות וכו' ה"ל כאילו החזיקם בנכסים. תדע דהרשב"א ז"ל בחידושיו הקשה על הרמב"ן ז"ל דהא אמרינן אמ' רב הונא ש"מ שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלין משום ירושה ואם לאו נוטלין משום מתנה ופרישנ' כי ההיא דאמרו ליה נכסיו למאן דילמא לפלניא ואמר להו אלא למאן ואמרי' דאם ראוי ליורשיו נוטלן משום ירושה ונפקא מינה מר ואחריו לפלוני לא אמר כלום דירושה אין לה הפסק והתם לא הנחילו בה אלא שהם שאלוהו מי הוא היורש שמא פלוני ואמר כמתמיה אלא למי כלומר מי ראוי לנוטלן והרי זה כמניח סתם ליורשיו ותרץ ז"ל דאפ"ה כיון שאמר אלא למאן הרי הוא כאילו פירש נכסי לפלוני ע"כ: ולא כתב ז"ל כן אלא לתרוצי שיטת הרמב"ן ז"ל ומיהו איהו ניחא לי' טפי בשיטת הר"י הלוי ז"ל עיין בחדושיו ולכך תריצנא תשובתו ז"ל כדכתיבנן לעיל ומכל מקום שמעינן מדבריו ז"ל דאפילו לדעת הרמב"ן ז"ל אין צריך לומר בפירוש נכסי לבני אלא כיון דקאמר לישנא דמשמע דניחא ליה בהכי סגי הילכך אף אני אומר כיון שהקדים ואמר שני בניו ראובן ושמעון יורשיו דלא הוה צריך לאורוכי כולי האי אלא ה"ל למימר איזה מהם שימות מבניו ובנים לא יהיו לו יירש אותי אחיו אלא בודאי האי לישינא יתירה היינו כאילו הנחילם בנכסים ועדיפא טפי האי לישנא מהאי דשאלוהו מי הוא היורש והוא השיב אלא למאן דהכא קאמר לישנא יתירא לאורויי דבעי לאחזוקינהו בנכסי:

: **הילכך** נקטינן אליבא דכולהו רבוואתא ז"ל דאם כוונת יעקב היתה להעביר הנחלה מהבנות דאין בדבריו כלום ומה שצוה שמעון ליתן ללוי שריר וקים ולא מבעי' אם הגבהו שמעון ללוי בחייו דמי השתדלותו היכא דאמר אם מתו בניו יירש פלוני אפילו לא אמר נכסי לבני אין משגיחין. הפאטוריי"א שעשה בעדו דפשיטא ודאי דמה שעשה עשוי דאפילו האומר ונכסי לך ואחריך לפלוני ואין הראשון ראוי ליורשו אם לוה הראשון

והגבה לבעל חובו את חובו מה שעשה עשוי דדוקא כשלא הגבהו ובא לבית דין להגבותו הוא דכתב הרמב"ם ז"ל דאין בית דין מגבין לו אבל אם הראשון הגבהו בידו והחליטו לו מה שעשה עשוי כדין המכר דאם מכר מכר וכן משמע מלשון נמקי יוסף שכתב וז"ל והיכא שלא מכר הראשון ולא נתן אלא ששעבד ואפי' באפותיקי ובמשכון' ומת יורד השני ואין בעל חוב זה גובה ממנה דכל שלא מכר ונתן ממש זוכה בהם אחריך אם לא החליט לו מחיים וכן דעת שני רבותי הריטב"א ז"ל ע"כ הילכך הכא נמי אם הגבהו שמעון ללוי בחייו דמי שירות ופא"טורייא שעשה לו פשיטא ודאי דמה שעשה עשוי: ואפילו אם לא הגבהו בחייו אלא שצוה שיתנו לו ואחר מותו החזיק לוי במעות ה"ה נמי דמה שעשה עשוי אין לראובן דין ודברים עמו כלל וכדכתיבנא:

ואם כוונת יעקב בצוואתו היתה לקיים ירושה של תורה ולא להעביר נחלה כלל ובא לומר דכשימות א' מהם בלא זרע יירש אותו אחיו והא דקאמר ובנים לא יהיה לו כאילו קאמר וזרע אין לו: הדין פשוט נמי עם לוי דכיון דלא בא יעקב לחדש דבר בצוואתו על דין תורה א"כ דלצוואת יעקב מהכא ומעתה אין לפנינו אלא ראובן ושמעון והילכך כל חד מינייהו מצי למעבד בדילי' כל מאי דבעי:

וכי תימא דיש לנו לומר דלישנא יתירא לטפויי אתא ונימא דהויא ליה כאילו התנה בפי' שלא יתן ולא ימכור לאחרי' אלא יורישנו לאחיו דאלת"ה למה הוצרך לפרש שאם ימות בלא זרע יירש אותו אטו בר קשא דמתא לירות מי יירשנו אלא אחיו. תדע דגרסי' בפרק מי שמת ההוא דאמר נכסי לבני הוה ליה ברא וברתא מי קרו אינשי לברא בני ולסלוקי לברתא מעשור נכסי קאתי או דילמא לא קרו אינשי לברא בני ולמושכה לברת' במתנה קא אתי ת"ש ובני דן חושים ע"כ: והקשו בתוס' דכיון דקראו אינשי לברא בני א"כ למה הוצרך לומר נכסי לבני פשיטא שהוא לבניו ותרצו דאיצטרך שאם ימצא דייתיקי או מתנה שלא יהיה בה כלום ע"כ. ודבריהם צל"ע דמאי קא מקשו הא קאמר גמרא דלסלוקי לברת' מעשור נכסי קא אתי ויש ליישב דהכי קא מקשו דלמה הוצרך לומר בזה הלשון דקאמר נכסי לבני דאי לסלוקי לברת' מעישור נכסי נימ' בפי' דלא יטלו בנותיו בנכסיו כלום ולמה ליה למימר נכסי לבני ותרצו דאיצטריך שאם ימצא דייתיקי וכו' מיהו אכתי קשיא דל"ל ליה לגמרא למימ' דלסלוקה לברתה מעישור נכסי קא אתי נימא דלבטולי דייתיקי או מתנה קא אתי ומנליה לגמ' למימר דלסלוקה לברתה מעישור נכסי קא אתי דילמ' לבטולי דייתיקי קא אתי וצ"ע:

מיהו הרשב"א ז"ל בחידושיו והרא"ש ז"ל בתוספותיו הקשו זאת הקושי' למטה באינך עובדא דאית' התם ההוא דאמר להו נכסי לבני הוה ליה ברא בר ברא קרו אינשי לבר

ברא ברא או לא ואסיקנ' דקרו אינשי לחד ברא בני והקשו דא"כ למה לי' למימר הכי לשתוק וההו' ברא ירית ליה ותירץ הרשב"א ז"ל דילמ' כתב נכסיו דייתיקי מעיקר לאחר והשתא הדר ביה ולבטול' לקמיית' הוא דקאמר כן ודייתיקי מבטלת דייתיקי ואפי' בברי' שכתב כן אפשר שכתב נכסיו לאחר מתנת בריא אם לא יחזיר בו ע"כ ולדידהו ניחא שפיר קושייתם ותירוצם ז"ל ואין להקשו' לדידהו נמי למה ליה לגמרא למימר באידך עובדא דלסלוקה לברתא מעישור נכסים קאתי נימא דלבטולי' דייתיקי או מתנה קאתי כדאמרי' באידך עובדא. דליתא דכיון דמצינן למימר נפקותא ברירא דהיינו לסלוקה לבנות לית לן לאהדורי בתר נפקותי דלא שכיחי ולא ברירי כההי' דלבטולי דייתיקי וכאידך עובדא דליכ' נפקותא אחריתי אלא האי דלבטולי אמרי' לה: ומעתה יש לנו לתרץ נמי לשון התו' ז"ל דהא והא אית דלסלוקי לברת' קאתי ולבטולי לדייתיקי נמי קאתי וגמר' קאמר חדא דהיינו עיקר הנפקות' דלסלוקי לברת' מעשור נכסי קא אתי דהיינו הנפקות' הפשוטה אלא משום דשינה לשונו וקאמר נכסי לבני ולא. קאמר בהדי' דלא יטלו בנותיו בנכסיו כלום אמרינן נמי דלבטולי דייתיקי קאתי ובזה עלו דברי התוספות ז"ל כהוגן דוק ותשכח:

ומכל מקום שמעינן מהכ' דיש לנו לתרוצי לישנא יתירא ובנ"ד דליכ' לתרוצי בכה"ג יש לנו לומר דאת' לטפויי שלא יתן ולא ימכור לאחרים אלא יורישנו לאחיו וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל פ"ד וז"ל נשאלתי בנדון זה על שכתוב במתנ' זו אם ימות א' מהם בלא זרע שיפול חלקו לאחיו ולאחיותיו וכו' ועתה נתן שמעון מחלק נחלתו לגיסו ועתה קם ראובן וכו' ואין לומר בנדון זה הוי כאילו התנה בפי' שלא יתנו ולא ימכרו לאחרים אלא יורישוה אחריה' לאחיה ולאחיותיה' דאל"כ למה הוצרך לפרש שאם ימותו בלא זרע שירשוהו אחיו אטו בר קשא דמתא לירות מי יירשנו אלא אחיו אלא לישנא יתיר' לטפויי קאתי כאלו התנה שלא ימכרו ושלא יתנו לאחרים כדי להעמיד הנחלה ביד בניו הא ליתא כי אינה סבר' כלל שהתנה שלא ימכרו בניו מחמת דוחקא וכי עלתה על דעתו שימותו ברעב להרבו' נחלה אחרי מיתתם לאחיהם ומאחר שיוכלו למכור ה"ה ליתן וכו' גם מתנה שנתן שמעון לגיסו הוי כמו מכר וכו' ועוד בשטר מתנה אין בו לישנ' יתירא כי מה שהוצרך לפרש שאם ימות בלא זרע שירשוהו אחיו בשביל שרצה לסיים וחלקו וכו' ואלמלא פירש זה היו אחים יורשי' את הכל ע"כ אלמא משמע דדוקא משום דמצינן למדרשי' למדרשי' ללישנ' יתירא הוא דאמרי' דמתנתו מתנה הא לאו הכי לא ובנ"ד כיון דלא מצינן למדרשיה ללישנא יתירא כלל אמרי' ודאי דלהכי צוה כן כדי שלא יתן ולא ימכור לאחרי' וא"כ מה שצוה שמעון ליתן ללוי לא הויא ולא כלום: ואם תקשה

עליו דהרא"ש ז"ל דמאי קאמר ואין לומר בנדון זה הוו כאילו התנה בפי' שלא יתנו וכו' וקא מהדר אשינויי נימא דלהכי התנה שאם ימות בבא זרע שירשוהו אחיו כדי שלא יוכלו ליתן במתנ' ש"מ א"נ שלא יוכלו למכור לכתחיל' א"נ שאם לוו אין בעלי חוב נפרעין מנכסי' אלו וה"נ כתבו הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל גבי עובד' דסבתא בפ' יש נוחלין דגרסי' התם ההוא דאמר להו נכסי לסבת' ובתרה לירתה הויא לה ברתה וכו' כן היא גירסת הגאונים והרי"ף ז"ל והקשה הרשב"א ז"ל בחידושיו על גירסא זו דכיון שהוא נותן לה וליורשיה למה לי ובתרה לירתה לימא סתם נכסי לסבת' וממיל' הוו נמי בתרה לירתה ותירץ שאינו רוצה שירשו יורשי הזקנה מכח הזקנה אלא מכח מתנתו וכו' ועוד נפקא מינה בין נותן לסבת' סתם לנותן לה וליורשיה דאילו נותן לה סתם אילו עמדה היא ונתנה הנכסי במתנ' ש"מ לאחר והניח את הבת אין לבת בהן כלום ועכשיו שאמ' ואחריה ליורשיה אם נתנתם במתנת ש"מ לא עשתה כלום ואפי' לרשב"ג ועוד דעכשיו אינה רשאה למכור לכתחיל' ואפי' כדאי' לקמן ואילו נתן לה סתם מוכרת ונותנת ואפי' לכתחיל' ועוד שאם לותה הזקנה אין בעלי חוב נפרעין מנכסים אלו לאחריה ואילו נתנם לה סתם בעלי חוב באין ונפרעין מהן עכ"ל הרשב"א ז"ל וכן כתב הר"ן ז"ל בחידושיו:

תשובתך הרא"ש ז"ל לא גריס גבי האי עובדא דסבת' כגירסת הגאוני' ז"ל אלא גריס כגירסת רשב"ם ז"ל ושאר האחרוני' ז"ל דגרסי ובתרה לירתאי וכו' עיין בפסקיו וס"ל דלית לן למימר הני נפקותות כלל דנפקות' בתרא ליתא כלל לדידיה דאיהו ס"ל כרבו הר"מ מרוטנבורק ז"ל דכל הינא דאמר ואחריך לפלוני והיה על הראשון כתובת אשה וב"ח באין ונפרעין ממנו ודלא כהרמב"ם ז"ל וכמו שכתב בנו הר"י בעל הטורי' ז"ל וכיון דהך נפקותא בתרה ליתא לדידיה כלל אינך נפקותי נמי ליתא דליכא למימר דמשום הך מילתא פורתא קא מתני הכי כיון דסוף סוף מצי ליתנ' במתנ' מה לו אם יתנם במתנת ש"מ או לא יתנם וכן נמי כיון דאם מכר מכר מה לו אם לא יוכל למוכרם לכתחילה כיון דסוף סוף מכירתו מכיר' הילכך אית לן דהך מילתא יתירת' אתא לטפויי מילת' אלימת' שלא ימכור ולא יתן לאחרי כלל וכיוצא בזה כתבי' לעיל בההוא דאמר נכסי לבני דו"ק ותשכח: ומשני הרא"ש ז"ל הא ליתא כי אינה סברא כלל שהתנה שלא ימכרו בניו מחמת דוחקא וכי עלתה על דעתו וכו' ומאחר שיוכלו למכור ה"ה ליתן וכו' ולישנא יתירא לא אתא אלא להך מילתא פורתא שלא יתנם במתנת ש"מ ושלא ימכור לכתחי' וכדכתי' כנ"ל ליישב תשובת הרא"ש ז"ל והשתא אתי שפיר נמי דמאי קא משני מעיקרא הא ליתא כי אינה סברא כלל וכו' סוף סוף אכתי קשיא דלישנא יתירא למה לי דבשלמא למאי דאסיק בגמר לשונו דמתנה שנתן שמעון לגיסו הוי כמו מכר וכו' דמשמע הא

מתנה בעלמא לא מצי למיהב ניחא דלהכי אתי לישנא יתירא אבל למאי דבעי למימר מעיקרא דמתנה ומכר דין א' להם למה לי לישנא יתירא ובמאי דכתי' ניחא. א"נ יש לתרץ עיקר קושיין דשאני היכא דקא מתני אם ימות אחד בלא זרע יפול חלקו לאחיו כנדון של הרא"ש ז"ל מהיכא דקא מתני נכסי לפלוני ואחר לירושיו כנדון דסבת' לפי גירסא הגאונים ז"ל דהיכא דקא מתני נכסי לפלוני ואחריו ליורשיו כנדון דסבת' לעולם כל ימי חייו לא יוכל ליתן במתנת ש"מ ולא למכור לכתחי' ואפי' יהיה לו זרע הילכך הויא ליה מילת' טובא ואיכא למימר דמ"ה קא מתני הכי וליכא למימר דלהכי אתני כי היכי דלא ימכור ולא יתן כלל כל ימי חייו דזו אינה סברא כלל אבל היכא דקא מתני אם ימות בלא זרע יפול חלקו לאחיו כנדון של הרא"ש ז"ל כל היכא שיש לו זרע יכול למכור לכתחי' וליתן במתנת ש"מ ואפי' אין לו זרע כל עוד שיכול לבא לידי הקמת זרע משמע לי דיכול למכור לכתחל' דאכתי לא חייל זכותו של אחיו עד שימות בלא זרע והילכך הויא ליה מילתא פורתא טפי דכדי שבשעת שיבא למות בלא זרע לא יוכל למכור לכתחי' ולא יתן במתנת ש"מ יתנה הכין הא ודאי ליכא למימר הכי דמשום מילתא פורתא כולי האי איכפל לאתנויי הכי דהא בדיעבד נמי אם מכר מכר ואם זאת היתה כוונתו הוה ליה לאתנויי דאם ימות יירשוהו בניו כהאי עובדא דסבתא ולעולם לא היה יכול למכור לכתחילה וכדכתי' אבל השתא דלא התנה כן אלא אם ימות בלא זרע יירש חלקו אחיו ודאי כוונתו היא שלא ימכור ולא יתן כלל כשיבא למות בלא זרע דבהכי מסתבר טפי דהא לא אתני עליה אכל ימי חייו כאידך דסבת' וכדכתי' ומשום דדרך ההולכים למות בלא זרע לבזבז מעותיהם להכי אתני עליה שלא ימכור ולא יתן כלל ומשני הרא"ש ז"ל דאפילו בהכי אינה סברא שלא ימכרו מחמת דוחקא וכיון דבהכי ליכא למימר דאתני הילכך לא פלגינן תנאיה ואמרינן דבהכי לא אתני כלל כנ"ל לפרש תשובת הרא"ש ז"ל ומ"מ שמעינן לפי מאי דתריץ ז"ל בתירוצא אחרינא דבשטר מתנה אין בו לישנא יתירא וכו' דדוקא משום דמצינן לתרוצי לישנא יתירא הוא דאמרי' דמתנתו מתנה הא לא הכי לא הויא מתנתו מתנה ובנ"ד כיון דלא מצינן למדרשיה אית לן למימר דלהכי צוה כן כדי שלא ימכור ולא יתן כלל והיה נראה לומר דמילתא יתירא דנדון דידן לא אתא אלא שלא יתן מתנו' חנם אבל שלא יפרע דמי מי שישרתהו ויפקח בענייניו כבנדון דידן וו אינה סברא וכמו שכתב הרא"ש ז"ל דאינה סברא שהתנה שלא ימכרו בניו מחמת דוחקא הכא נמי אינה סבר' שלא יפרע למי שיפקח בענייניו דא"כ מי ישרתהו ויפקח בענייניו ולא קא מצדד הרא"ש ז"ל לדרוש לישנא יתירא אלא משום דל' פשיט' ליה כולי האי דמה שנתן שמעון לגיסו דמי למכר דאיכ' למימר דהוי מתנת חנם אבל בנדון דד דהויא ליה כפורע

חובותיו זו אין לנו. מיהו אכתי קשיא דלדעת הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל וכמה רבוואת' אחריני ז"ל דס"ל דאם לוה נמי אין בעל חב נפרעין ממנו וכדתרצי ההיא דסבתא הילכך בנ"ד נמי מה שצוה שמעון שיתנו ללוי סך מעות לפרעון השתדלותו ופאטוריי"א אין בדבריו כלום ואפי' יהיה חייב לו ממש:

אלא הנכון דלא דמי כלל דמה שכתב הרא"ש ז"ל לא מיירי אלא בנותן מתנה ומתנה עליה והכי נמי מיירי עובדא דסבתא הילכך ודאי יש לנו לדון ולומר דלא נתן המתנה כי אם על תנאי כך דכיון דאילו התנה כן בפרוש הוו דבריו קיימין הכי נמי היכא דאמר לישנא אית לן למדרשיה בהכי אבל בנ"ד דהניח הירושה שתפול למקום שהיא כדין תורה אלא דהתנה שאם ימות א' מהם בלא זרע יירש אותו אחיו אפילו תימא דכוונתו היתה שלא יוכל למכור ולא ליתן ואפי' התנה כן בפי' כגון דאמר פלו' בני יירש על מנת שלא ימכור ולא יתן אין ממש בדבריו דאין תנאי מועיל בירושה וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' נחלות וז"ל אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שהוא ממון לפי שנאמר בפרש' נחלות והיתה לבני ישראל לחקת משפט לומר שחקה זו לא תשתנה ואין תנאי מועיל בה כיון שצוה וכו' ע"כ. וכן כתב בפי"ב מה' אישות וכל תנאי שבירושה בטל ואף על פי שהוא ממון וכו' ע"כ: ומדכייל וקאמר דכל תנאי שבירוש' בטל אלמא דאין שום תנאי מועיל בה כלל ואפי' תימא דתנאי. כי האי מועיל כיון דאינו עוקר הירושה דדוקא כשהתנאי עוקר הירושה כגון דקאמר פלוני בני לא יירש הוא דאינו מועיל אבל כשהירושה עומדת במקומה אלא דמתנה עליה תנאים מבחוץ יש לבעל הדין לחלוק מ"מ בנדון דידן כיון דלא התנה כן בפי' אלא שאנו רוצין ללמוד כן מדצוה ואמר איזה מהם שימות יירש אותו אחיו דאלמא שחפץ הוא שיירשנו אחיו מכחו. ולא מכת אחיו המת ולכך לא יוכל למכור ואם לוה אין בעלי חוב באין ונפרעין: ליכא למימר הכין כלל דכיון דראשון ראוי ליורשו ושני נמי ראוי ליירש את אחיו בע"כ אין הירושה בא לאחיו מכחו אלא הירושה ממילא נופלת לפני אחיו מכח אחיו המת הילכך אין בדברי יעקב אביהם כלום ואפי היתה כוונתו שתפס' כח בנו המת ויירשנו אחיו מכחו ולכך לא ימכור ולא יתן שום אחד מהם אין סומכין על כוונתו עד שיפרש תדע דהרי כתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן קס"ח עלה מאי דכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' זכיה ומתנה שכיב מרע שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני והיה הראשון ראוי ליורשו ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה השני קונה מה שמשייר וכו' ע"כ. דלא סגי במאי דלימא לא משום ירושה אלא משום מתנה אלא בעינן שיאמר בפי' לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק

וכו' דצריך שיזכיר הלשון ההוא כדי שיובן בפי' שעל ההפסק הוא מכוין שאם על כוונתו לבד היינו סומכין הרי כל האומר ואחריך כבר אנו רואין שכוונתו להפסיקה אלא שאין סומכין על הכוונה לבד אא"כ יפרש ע"כ. אלמא דכל שלא הפסיקה בפי' אינה מופסקת אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל ורבים חולקים עליו דאפי' כשהפסיקה בפירוש אינו מועיל וכמו שכתב הריב"ש ז"ל וכיון שכן בנדון דידן אין ראובן יורש לאחיו שמעון מכח צוואת יעקב אביהם אלא מכח שהוא אחיו וא"כ דל צוואת יעקב מהכא וכל מאי דעביד שמעון קיים ואפי' אי היה ראובן תפוס בנכסי אחיו ולא היה חייב שמעון ללוי כלום הוה מפקינן מיניה ויהבינן ליה ללוי מפני צוואת שמעון כ"ש שלוי מוחזק באותו הסך מחמת חיובו של שמעון: ואפי' היה דבר מסויים שהוא של אביו כגון בית או שדה מה שתפס לוי הדין ברור דלא מפקי' מיניה כ"ש שמה שתפס לוי הוו מעות דלא מסיימי דהוו של יעקב אביהם דאיכא למימ' דשל שמעון הם דדילמא מציאה אשכח דפשיטא ודאי דלא מפקינן מיניה:

הילכך הדין עם לוי מכמה אנפי חדא דאין בצוואת יעקב כלום וכדכתי' ואפי' תימא דצוואתו צוואה כיון דלא תפס לוי מידי דסיים דהוא של יעקב אלא מעות דלא מסיימי לא מפקי' מיניה וזה ברור יותר מביעת' בכותחא: ואין לגרע כח הצוואת מפני שנעשה ע"י נוצרי סופר ערכאותיהם דהא כתב הרי"בש ז"ל בתשוב' סי' נ"א דשטר צוואה שנעשה בערכאו' כל שנעשה כתקנו לפי מנהגם כשר שהערכי נאמן לומר כך צוה המצוה ואין אנו צריכין בזה לעדים אחרים אלא כדי שהיה עשוי כתקנו אפי חקותיה' וכו' ע"כ: הילכך ודאי בנדון דידן אם הצוואה עשוייה כתקנה כפי חקותיהם היא כשרה וכ"ש דבנ"ד שניהם מודים שהצואה אמת ויציב ואין השטר עושה הקנין אלא דבור המצוה עושה הקנין דדבריו ככתובי' וכמסורין דמו ואין השטר אלא לראיה בעלמ' וכמו שכתב הריב"ש ז"ל וכיון דשניהם מודים בצוואה לא איכפת לן ולא מידי במה שנעשה ע"י נוצרי סופר ועוד יש לי להאריך בזה ולפי שכבר הארכתי יותר מדאי אמרתי אקצר בזה ואעלה ומ"מ הדין דין אמת וברור יותר מביעתא בכותחא שהדין עם לוי הנראה לעניו' דעתי כתבתי בצלאל בכה"ר אברהם אשכנזי ז"ל:

סימן לד

שאלה. ראובן שכר בית מעובד כוכבים ומלבד השכירות קנה מהעובד כוכבים עצמו החזקה בשטר וז"ל השטר השכיר העובד כוכבים פלוני לראובן הבית שהוא בווק"ף העובד כוכבים הנז' והוא נאצר עליה שהוא במבוי שנק' כך וכך נגד בית יהודי אחד

פלוני לדוד בו ולהשכירו לאחרים כל חדש בר"ח צולתאני בתנאי שלא יקבל עליו תוספת ולא יוציאנו ממנו בעל כרחו ושראובן הנז' נתן כ"ה פרחי' ללווקף כ"לו וזהו פרטן לעובד כוכבים הנז' עשרים פרחי' וחמשה פרע אותם ליהודי אחד פלוני בפני העובד כוכבים הנז' וברצונו והעיד על עצמו ראובן הנז' שאם ירצה לפחות מסך השכירות הנז' או לצאת מרצונו שאין לו חזקה בבית הנז' וקנינ' מראובן הנז' על כל הכתוב וכו' ע"כ וזה השטר היה כתו' בלשון ערבי והועתק ללשון זה על פי חכם ותיק ובקי בשני הלשונו': ושוב לאחר ימים כתבו העובד כוכבים הנז' וראובן הנז' שטר שכירו' בערכאותיהם וז"ל השכיר העובד כוכבים הנז' לראובן הנז' הבית הנז' שהיא בחארת זוילא במקום פלוני שיתהנה השוכר הנז' בבית הנז' לדור ולהשכיר כאשר יחפוץ לשלש שנים שלימות מתחילות מזמן זה בפרח אחד בחדש יפרענו לו בכל חדש בסופו והודה השוכר הנזכר שהחזיק בשכירו' הבית הנז' אחר שידע הבית הנז' ידיעה גמורה עוד העיד על עצמו ראובן הנז' שהתנדב ונתן לעובד כוכבים הנז' עשרים פרחים מהפרחים הנהוגים היום במצרי' נתינה דתות. וקבל אותם העובד כוכבים הנז' קבלה גמורה דתות ומחילה לשניה' מזה על זה מחילה גמורה ע"כ: הועתק על ידי חכם ותיק ובקי בשני הלשונות: ומת ראובן הנז' וגבתה אלמנתו את החזקה הנז' בכתובתה ומכרה אותה לשמעון בשמנים ויני"ציאני ודר בה שמעון יותר מעשרה שנים והיה מעלה השכירות לעובר כוכבים הנז' ושוב בקש העובד כוכבים הנז' להוסיף בשכירות הבית הנז' והשכיר הבית לעובד כוכבים אחר רע מעללים בתוספת ובא העובד כוכבים השוכר והשליך לשמעון הנז' מהבי' ובצאת שמעון הנז' מהבית בא לפני ב"ד י"ב ובירר שבעל כרחו יוצא מהבית ולח ברצונו ושחזקתו קיימת בידו וחתמו לו ב"ד י"ב על זה ושחזקתו שרירא וקיימת ועמד הבית הנז' סגור כמה חדשים ובא לוי וקנה גוף הבית מהעובד כוכבים הנז' בעל הקרקע וטוען שבקנייה זו הפסיד שמעון חזקתו שאין לשמעון חזקה אלא עוד הבית ביד עובד כוכבים ולא כשהבית של ישראל ושמעון טוען שעדיין חזקתו שרירא וקיימת בידו ומה מכר ראשון לשני כל זכות שהיתה בידו והכא נמי לא מכר העובד כוכבים לישראל אלא הזכות שהיה לו והרי מכח החזק' כתו' בשטר ואין לו אלא הגוף בלא חזקה גם לוי הבא מכחו יש לו הגוף בלא חזקה וטען לוי שכיון שהעובד כוכבים היה יכול להשליך את שמעון מהבית בדיניהם ולא מהני להו שטר ישראל גם לוי הבא מכחו יכול לעשות כן דישראל הבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד: כוכבים ושמעון טוען דכיון דבדיננו אין העובד כוכבים יכול להשליכו מפני השטר הכתו' עליו אין לחוש לדינהם הפוסלים שטרי ישראל על עובד כוכבים ולא אמרו בזה ישראל הבא מחמת העובד כוכבים הרי

הוא כעובד כוכבים: וטוען לוי שבשטר אין כתוב שקנה ראובן החזקה מהעובר כוכבים אלא כתוב שנתן כ"ה פרחים ללווקף כ"לו ולא הזכיר לא מכירה ולא קנייה: ושמעון טוען פי' כ"לו היינו חזקה וכדמסיים ואזיל בסוף השטר שכתוב והעיד על עצמו ראובן הנז' שאם ירצה לפחות מסך השכירות וכו' שאין לו חזקה בבית הנז' וכו': הא קמן בהדיא לכ"לו חזקה ועוד שהענין ידוע ומפורסם לכל אנשי העיר שמה שאנו קורים חזקה יקראו אותו העובד כוכבים כ"לו: מעתה על כרחין ה"ק שנתן כ"ה פרחים בעבור החזקה ואין לך קנייה גדולה מזו והשטר מספ' בקוצר מה שנעשה ולא האריך להגיד אופני הקניה אבל בשעת מעשה נעשית הקניה כדת וכהלכה: וטען לוי שאין לחוש לשטר שהרי אחר כתיב' השטר כתב שטר בערכאותיה' לשלש שנים בלבד ומחלו זה לזה מחילה גמורה: מעתה נתבטל השטר ומחל ראובן החזקה והמעו': ודל מהכא קנוית החזקה בשטר ולא פשליה לשמעון חזקה אלא מפני התקנה ולא נתקנה התקנה מעיקרא אלא כדי שלא יהא כל א' וא' הולך ומוסיף בשכירו' ביתו של חברו ומוציאין אותו העובד כוכבים מהבית אשר פיהם דבר שוא וגו' אבל לא היתה התקנה שלא יקנה היהודי בית מהעובד כוכבים וכן כת' מאריה דאתרא מהר"ר רדבא"ז ז"ל בתשובותיו: ושמעון טוען שהשטר שריר וקיים ולא כתב ראובן שטר בערכאותיהם כי אם לחזק שכירותו בידו שאפי' בדיניהם לא יוכל לערער עליו בתוך שלש שנים מיהת: ועוד שגם הקונים חזקות בערכאותיהם חוזרים ומשכירי' כן בערך קצוב לשלש שנים ובכל שלש שנים עושין שטר שכירות מחדש כפי דתם כדי שלא יוכלו להוסיף בשכירו' הווקוף אם יתייקרו הבתים וכן דרך קונים החזקות מעובד כוכבים ומזלות לעשות מחילה מפני שבדיניה' אין קנין לחזקות ולדידהו אין לקנין בהם טעם שאינו דבר מסויים והמוכר חזקה בדיניהם המעות שלוקח בעבורה הוו כגזל בידו לכך עושין כן שמוכרים החזקה ושוב עושין מחילה מהמעות נמצא שהמעות נמחלו כדי להחזיק החזקה ביד ראובן והרי חזקתו שרירא וקיימת על ידי השטר הכתוב מעיקרא ועוד כיון שכבר נקנה לו החזקה במעו' הללו בדינני מה ענין למחילה זו ומה חייב לו העובד כוכבים ומזלות עד שימחול לו הילכך החזקה במקומה עומדת במכירה הקודמת. והשיב לוי על כל זה שאין לו אלא דברי הרב מאריה דאתרא מהר"ר רדבא"ז ז"ל דבריו כפשטן וכל אלו הם בלבול דברים ובקרית הקרקע הפסיד הלה החזקה: יורנו המורה הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. הדין עם וחזקתו שרירא וקיימת בידו ואיברא דכשהחזקה היא מכח התקנה כפי הנהוג ובא חברו וקנה הקרקע נפל מחלוקת בין גדולי עולם אם הפסיד הלה חזקתו ויש חילוק תקנות בדבר וכאן באתרין בהיות מרנא ורבנא הרב הגדול מהר"ר דוד בן אבי

זמרא ז"ל בירושו' תוב"ב הסכימו כל בעלי הוראה הנמצאים פה הלכה למעשה שלא הפסיד הלה חזקתו והאריכו בזה בפסקיהן ואז לא רציתי להסכים עמה' מפני כבוד מרנא ורבנא זלה"ה אשר מימיו אנו שותין ומוטל עלינו לקיי' דבריו ולקבוע בהם מסמרים ומיניהו לא נזוז מיהו נדון דידן לא דמי כלל למה שכתב הרב ז"ל דאיהו לא מיירי אלא במחזיק מכח התקנה ולהכי כתב דהפסיד הלה חזקתו משו' דעיקר התקנה לא היתה אלא כדי שלא יהא כל א' וא' הולך ומוסיף בשכירו' ביתו של חברו אבל לא היתה התקנ' שלא יקנה היהודי בית מן העובד כוכבים ומזלות כמו שכתב בתשובותיו ז"ל אבל שמעון זה לא קא זכיא מכח התקנה אלא מכח קניית ראובן מהעובד כוכבים ומזלות עצמו בעל הקרקע ככתוב בשטר הבא בשאלה ושמעון במקום ראובן קאי והילכך הוה ליה כאלו יש לו שותפו' בקרקע עם העובד כוכבים ומזלות דהא מכר לראובן החזקה בשטר וכסף נמצא שיש לראובן זכות בקרקעו של העובד כוכבים מכח קניינו ולא מכח התקנה והוה ליה כשותף עם העובד כוכבים בקרקע תדע דבארץ הלזו דנין החזקו' בקרקע לכל דבר והילכך כשמכר העובד כוכבים הקרקע ללוי לא מכר לו אלא חלקו וזכותו וזכות ראובן קיימת ביד שמעון הבא מכחו ואם תשאל דהא גרסי' בפ' חזקת הבתים אמר שמואל נכסי עובד כוכבים ומזלות הרי הן כמדבר כל המחזיק בהן זכה מ"ט עובד כוכבים מכי מטו זוזי לידי' אסתלק לי' ישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידי וכתב הר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין בפירושיו על ההלכו' דבשט' קנין עסקינן במקו' שכותבין את השטר מדקאמ' דישר' לא קני אלא בשטר דאי במקום שאין כותבי' את השטר בכסף בלבד הוא קונ' ואי בשטר ראיה עסקי' ומשעת נתינת הכסף קנה היכי אמרי' דכל המחזיק בהן זכה דהא כי כתיב ליה עובד כוכבים שטרא אשתכח דקנייה ישר' ראשון למפרע משעת נתינת הכסף ע"כ וכתב הר"מ במז"ל בפ"א מה' זכיה ומתנה עובד כוכבים שמכר מטלטלין וכו' אבל הקרקע אינו קונה אותו מישר' אלא בשטר ואינו מקנה אותו לישראל אלא בשטר שאין דעתו סומכת אלא על השטר לפי' ישראל שלקח שדה מן העובד כוכבים ומזלות ונתן הדמים וקודם שהחזיק וכו' זכה אחרון וכו' ע"כ. משמע מדסתים הרב ז"ל ולא חילק בין במקום שכותבין למקום שאין כותבין משמע דבכל גונא מיירי אפילו במקום שאין כותבין ואל תשיבני דשמואל נמי בגמ' לא חילק ואפ"ה כתב הר"ן ז"ל ורבי' ירוחם דדוקא במקום שכותבין מיירי דכבר תריצו לה התוספות דשמואל היה עומד במקום שכותבין ולכך כתב הדין סתם מיהו הרב ז"ל דבא לדון ולהורו' בספרו לכל העולם היה לו לפרש להדיא דדוק' במקו' שכותבין מיירי אלא ודאי משמע ליה דשמואל בכל גונא קאמר אפילו במקום שאין כותבין דלא תלי דיניה בקניית ישראל בעלמא אלא דעובד

כוכבים ומזלות משום דאנס הוא לא סמכא דעתיה דישראל לקנות ממנו אלא בשטר וכן הרשב"א ז"ל בחידושיו לא תליי האי דינא משום דישראל בעלמא לא קני אלא בשטר דהיינו מקום שכותבין אלא משום דעובד כוכבים ומזלות אנס הוא בלחוד הילכך משמע דלא שני לוי' ואפילו במקום שאין כותבין מיירי דבאלמותיה דעובד כוכבים תליא מילת'. ועוד מדהשוה הרמב"ם ז"ל הא דאינ' מקנה לישר' אלא בשטר אם אינו קונה העובד כוכבים מישראל אלא בשטר משמע דבכל גוונא מיירי דבההיא דאינו קונה עובד כוכבים מישראל אלא בשטר ודאי דלא שני ליה דהא כתב בפ"א מה' מכירה העובד כוכבים ומזלות אינו קונה בחזקה אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף וישראל הבא מחמת עובד כוכבים וכו' אלמא דבזה הדין חלוק העובד כוכבים ומזלות מהישראל דישראל הבא מחמתו הוא דאית ליה האי דינא ולא ישר' אחר וכתב הרב המגיד דהיינו טעמא שאם היה העובד כוכבים ומזלות קונה בחזקה מתוך אלמותו היה מחזיק אבל לכתוב לו שטר כולי האי לא עבדי ע"כ. אלמא דמטעם שהוא עובד כוכבים הוא דלא קני אלא בשטר ולא משום דהויא אתרא דכתבין שטרא וה"ה היכא דאיהו קא מקני לישראל הוא הדין והוא הטעם וכן סתים הטור סימן קצ"ד אלמא דאינו קונה הישראל קרקע מהעובד כוכבים ומזלות אלא בכסף ושטר קנין דנקוט מיהא מלשון הר"ן ז"ל דכתי' לעיל דשטר קנין בעינן דהכין הוא מוכרח וכדכתב ז"ל אף על גב דפליג על הרב ז"ל דמוקי מימרא דשמואל במקום שכותבין דוקא מעתה אין העובד כוכבים ומזלות מקנה לישראל קרקע אלא בכסף ושטר קנין ובאתרין דנין החזקות כקרקע הילכך בנדון דידן דאין כאן שטר אלא קנין על החזקה הודאה בעלמא על לקיחת המעות בעבור החזקה לא קני מן העובד כוכבים ולא מידי ואף על גב דכתב הרב המגיד ז"ל בפ"א מה' מכירה דהאי לישנא דשדי מכורה לך שדי נתונה לך לאו דוקא דה"ה להני שטרי דידן דכתבינן ומכרתי או נתתי דקנו וכו' ע"כ. ההיא קא מיירי בשטרי מכר כהני שטרי דידן אלא דכתוב בהן ומכרתי כגון בנדון דידן עיקר שטרא דהיינו השכירות עצמו דאף על גב דכתיב ביה השכיר וכו' דהיינו לשון שעבר שפיר מקרי שטר קנין מה שבא בשטר ושראובן נתן כ"ה פרחים לא"ל ווק"ף כל זה פרטן וכו' דהיינו ענין החזקה אינו אלא הודאה בעלמא וכתב הר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין בפירושיו על ההלכות וז"ל ושטר ראי' דקאמרי' דאינו מועיל לקנין היינו שטר הודאה בעלמא שמוד' שמכר דשטר כזה אינו קונה אבל בשטר מכר כהני שטרי דידן אעפ"י שכתוב בהן ומכרתי ונתתי לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבין כך כמו נתתי כסף השדה וכו' ע"כ וענין החזקה הבא בשטר השכירות הודאה בעלמ' הויא ואין כאן שטר והעובד כוכבים אינו מקנה לישראל אלא בשטר קנין וכדכתי' וכיון

שכן דל מהכא קניית החזקה ולא פש גבן אלא חזקה מכח התקנה ולדעת מרנא ורבנא ז"ל נאבדה החזקה בקניית הקרקע וכדכתי': תשובתך לדעת ר"ח והרמב"ם ז"ל והר"ש ז"ל אין כאן שאלה דס"ל בההיא דשמואל דדוקא כשהשני החזיק קודם חזקת הראשון הא אם החזיק הראשון אף על פי שלא הגיעו השטר אחריו החזיק השני מעמידין אותה ביד ראשון מעתה דל מהכא השטר הרי ראובן החזיק בה כמה שנים ויש כאן חזקה עם הכסף ומהניא כמו השטר עם הכסף מיהו הרא"בד והרשב"א ז"ל חולקין דס"ל דלא קנה הראשון אלא בכסף ושטר ולא בחזקה וכסף וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל בפ"א מה' זכייה ומתנה ועוד דכתב הטור בסי' קצ"ד וז"ל ואפילו אם יכתוב העובד כוכבים שטר לראשון קודם שיחזיק בו אחר אינו כלום כיון שכבר נסתלק אם כן הרי הוא כאחר אלא צריך שיכתוב השטר קודם שיקבל המעות ואם כתב לו השטר אחר שקבל המעות והחזיק בו כמה שנים ולא לשם קנייה כי היה סבור שיספיק לו שטרו ובא אחר והחזיק בו זכה ע"כ. הילכך בנדון דידן דנכתב השטר לאחר קבלת המעות אפשר דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל ודעימיה לא קנה ראובן דודאי לא החזיק ראובן לשם קנייה כי היה סבור שיספיק לו שטרו וא"כ הדרא שאלתינו לדוכתא דאין כאן חזקה אלא מכח התקנה והרי הפסידה בקניית לוי וי"ל דבחוקותיהן ובנימוסיהן אין מקום לקניית החזקות כמו שבא בשאלה ומ"מ גם העובד כוכבים ומזלות נוהגין בחזקות ולפעמים בעל אווקו"ף לוקח אחד ובעל החזק' לוקח כפלי כפלים בשכירו' חזקתו ויש חזקה ששוה ת"ר פרחי' ויותר וכל זה אינו מדין נימוסיהן אלא מדינא דמלכותא שהמלך גזר כן מפני תקון המדינו' ובכלל גזרתו שבדמי' בלבד יקנו החזקו' שבדיניהם ובנימוסיהן אין לקנין בהם טעם כמו שבא בשאלה ואין מקום לשטרותיהן ולערכאותיהן וגדולה מזו גזר המלך שיזכו מן ההפקר וכל הקודם זכה הילכך החזקות נקנין מן העובד כוכבים בדמים בלבד כי כן דבר המלך וכתב הטור עובדי כוכבים שמכר קרקע לישראל אינו קונה אותו אלא בשטר עם הכסף לפיכך וכו' בד"א במקום שאין משפט ידוע למלך אבל אם דין המלך ומשפטו שיזכה בקרקע מי שנותן דמיו עושין כפי משפט המלך שכל דיני המלך דנין על פיהם ע"כ נמצא דזכה שמעון בחזקה מכח קנייתו של ראובן מהעובד כוכבים ולא מכר העובד כוכבים ללוי אלא כל זכות שהיה לו בקרקע דהיינו גוף הקרקע והחזקה לבעליה דהיינו שמעון הבא מכח ראובן הקונה. ועוד נ"ל דיש כח אחר לשמעון בחזקה חוץ מכח התקנה דהא התנה העובד כוכבים עם ראובן בשטר השכירות שלא יקבל עליו תוספת ולא יוצאנו ממנה בעל כרחו הילכך לוי נמי הבא מכחו של עובד כוכבים אינו יכול להוציאו ולא לקבל עליו תוספת ודמיא להא דכתב הטור בסי' שי"ב המשכיר בית לחברו לזמן קצוב אינו

יכול לחזור בו וכו' אפי' נפל ביתו של משכיר וכו' ואפי' העני וצרי' למוכרו לאחר אינו יכול להוציאו והמקח קיים ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלי' זמנו כו': הילכך בנ"ד הלוקח צריך להניחו כמו שהתנה המשכיר ואין טעם לחלק בין שוכר לזמן קצוב לשוכר לעולם והתנ' עם המשכיר שלא יוציאנו לעולם ואין להאריך בזה כך נרא' פשוט: מיהו איברא ודאי דלראובן השוכר עצמו הדין כן מיהו השתא דמת איכא למימר דלא התנה כן אלא עם השוכר עצמו בעודו קיים ולא ליורשיו ולבאי כחו תדע שכתב הריב"ש ז"ל בסי' רנ"ז וז"ל כל מי שמוכר או נותן לאחר ומשייר במכירתו או במתנתו אי זה דבר לעצמו אם משייר דבר ידוע ומסויים כגון שנתן שדה ושייר אילנות לפניו או ששייר בית בבירה גדולה או שמכר בית ואמר ע"מ שדיוט' העליונה שלי בכגון זה יורשיו כמוהו ואף על פי שלא פירש שהרי הוא כאילו לא נכנס המשוייר בכלל המכירה אלא כל אחד חלוק לעצמו המכור לבד והמשוייר לבד אבל אם אינו משייר דבר מסויים אלא במה שמכר משייר לעצמו איזה תשמיש או שמכר דקל ושייר פירותיו לעצמו אף על פי ששייר מסתמא מקום פירי וכו' מכל מקום כיון שמכר הדקל והוא משייר בפירותיו אין הכוונה בשיור כשאומר על מנת שהפירו' שלי אלא לעצמו לבד ולא ליורשיו ולבאי כחו אלא אם כן פירש והיינו ההיא דתניא בפ' המוכר את הבית בן לוי שמכר את שדהו לישראל ואמר לו ע"מ שמעשר ראשון שלי וכו' והטעם הוא לפי שאין זה דבר מסויים שנאמר הדבר הנמכר עומד בעצמו לבד והמשוייר לבד ולא נכלל במכירה אלא מה שמכר אבל דבר שאינו מסויים אין המשוייר לבד אלא במה שמכר ובדבר שהוא של מוכר שייר ולזה אין במשמעות שיורו אלא לו לבדו אלא אם כן פירש ע"כ: הכא נמי בנדון דידן כשהשכיר הבית ושייר בשכירותו הנאת שלא יוציאנו מהבית ולא יקבל תוספת שאותה היא של השוכר לגמרי ואינו בכלל השכירות אותה הנאה אינה דבר מסויימת אלא בדבר שהוא של המשכיר שייר הלכך אין במשמעות תנאו אלא לשוכר לבדו ולאי לאי כחו והילכך אין לשמעון חוקה מכח תנאו של ראובן דהא אזדא ליה במיתת ראובן ולא נשאר כאן אלא חזקת שמעון עצמו מכח התקנה וכח התקנה אזדא ליה נמי בקניית לוי וכדכתיבנא אבל מכל מקום נדון דידן דראובן נתן כ"ה פרחים על החזקה לא בעבור עצמו לבד היה אלא בעבורו ובעבור כל באי כחו כדרך קונה החזקות שקונין לו ולזרעם אחריהם עד עולם תדע דהחזקה נדונת כקרקע עצמו לכל דבר והילכך הוה ליה כאילו פירש להדיא בתנאו שלא יקבל עליו תוספת ולא יוציאנו ממנה בעל כרחו לו וליורשיו ולכל באי כחו מעתה אפי' תימא דענין החזקה הבא בשטר השכירות שכתב העובד כוכבים לראובן אינו אלא הודאה בעלמא ואין כאן שטר ולדעת הראב"ד והרשב"א ז"ל

לא קנה הישראל אלא בכסף ושטר וכדכתיבנא מכל מקום אף על גב דלא אלים לזונו כשטר אהנו לן לגלויי עלה דתנאה הכתוב בשטר שכירות דליהוי כמאן דפריש להדיא לו וליורשיו ולכל באי כחו ולא איכפת לן אם יהיה קניית החזקה הבא בשטר השכירו לשון הודאה בעלמא דאנן לאו משום הכי קא אתינן עלה אלא מכח התנאי הכתוב בשכירות עצמו דהיינו גופא דשטרא מעליא קא אתינן עליה דהתנה העובד כוכבים שלא יקבל עליו תוספת ולא יוציאנה ממנה בעל כרחו ומשום דקשיא לן דלא התנה אלא עם ראובן ולא עם הבא מכחו לכך מסתייעינן מנתינת הדמים על החזקה ואמרינן דהויא ליה כאילו פירש להדיא בתנאו לו ולכל באי כחו וכדכתיבנא והגע עצמך אילו פירש העובד כוכבים להדיא בשכירתו שלא יקבל עליו תוספת ולא יוציאנו ממנה בעל כרחו לו וליורשיו ולכל הבאים מכחו וקנה לוי הבית מי היה יכול להוציא את שמעון מהבית או להוסיף הא ודאי לא דלא יהא אלא ישראל המשכיר את ביתו כן ומכר את הבית פשיטא ודאי דהקונה אינו יכול להוציא מבית לא לשוכר ולא לכל באי כחו דלא עדיף מגברא דאתו מחמתיה נדון דידן נמי להכי דמיא כיון שמזכיר בשטר סמוך לתנאו שנתן לו כ"ה פרחים חזקה ה"ל כמאן דפריש להדיא שלא יקבל עליו תוספת ולא יוציאנו ממנה בעל כרחו לו וליורשיו ולכל הבאים מכחו וזה ברור: נמצא דכחו של שמעון אינו תלוי בתקנ' כלל והרי היא שרירא וקיימת בידו. ומה שטען לוי שכיון שהעובר כוכבים היה יכול להוציא את שמעון מהבית בדיניהן שאינם חוששים לשטרי ישראל גם לוי הבא מכחו כן דישראל הבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים איברא דיש לזה פנים שהרי כתב הרא"ש ז' ל בתשובותיו וז"ל ששאלת ראובן יש לו בית אצל שכנו עובד כוכבים ומזלות ופתח על גגו של העובד כוכבים ומזלות והחזיק בו כמה שנים לאחר ימים מכר העובד כוכבים ומזלות ביתו לישראל ובא הלוקח להגביה ביתו בענין שסותם החלון של ישראל וטוען ראובן אתה מאפיל על אורו' חלוני שהחזקתי בו כמה שנים תשובה טענת ראובן אינה טענה דהבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים ואילו שהיה הבית של העובד כוכבים אילו היה רוצה לבנות בפני חלונו של ראובן לא היה יכול למחות בו דבדיני העובד כוכבים ומזלות אין חזקה לאורה אלא כל אחד הוא פותח לרשות חברו וכשרוצה חברו סותם את אורו בפניו אפי' החזיק בו כמה שנים וכל כח וזכות שהיה לו לעובד כוכבים ומזלות קנה הישראל מהעובד כוכבים ואין ראובן יכול למחות ע"כ הא קמן דמשום דבדיניהם היה העובד כוכבים יכול לבנות פסק הרב ז"ל דישראל הבא מחמתו נמי יכול לבנות משום דישראל הבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים בנדון דידן יש לומר כן וכדטעין לוי: מיהו בנו בעל הטורים ז"ל הביא תשובה

זו בסי' קנ"ד ואסיק דהגאון פליג עליה דלא אשכחן דקאי ישראל במקום עובד כוכבים אלא לגריעותא מה עובד כוכבים ומזלות אין לו חזקה אלא בשטר וכו' וכן דעת הרשב"א ז"ל וכתב כן בתשובותיו בשם הראב"ד ז"ל והגאונים ז"ל דבכ"מ דאמרינו רבא מחמת העובד כוכבים הרי כעובד כוכבים לא אמרינן אלא להורע כחו של ישראל כדחזינן בפ' חזקת הבתים עובד כוכבים אין לו חזקה אלא בשטר וכן נמי גבי מרי בר רחל וכו' אבל ליפות כחו לא אמרי' וכו' וכן כתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו פרק הגוזל כמא בשם גדולי המחברים ז"ל ובכל מקום שמזכיר גדולי המחברים הוא הר"מ במז"ל ואני חפשתי בהרמב"ם ז"ל ולא מצאתיו ואפשר שהוא רמוז בשום מקום בחבורו וחזי מאן גברא רבא קא מסהיד עליה ובהגהה אשרית בפ' חזקת כתוב נמי כן בשם. א"ז ואף ע"ג דקא מסיים דהיכא דראובן ושמעון שקנו מן העובד כוכבים ושניהם באין מכח העובד כוכבים התם ודאי הרי הוא כעובד כוכבים בין ליפות כחו בין להורע כחו ע"כ: היינו פירושו דראובן קנה מהעובד כוכבים הבית בחלונות ושמעון קנה מהעובד כוכבים החצר שהחלונו' עליו דבהכי ודאי אמרי' הרי הוא כעובד כוכבים אפי' ליפות כחו משום דדוקא כששמעון לא קנה החצר מהעובד כוכבים אלא שלו הויא הא ודאי דלא אמרי' לגבי ראובן הרי הוא כעובד כוכבים להחזיק באותן חלונות משום דמה שהחזיק העובד כוכבים שלא כדין החזיק לפי שבדיניהם וכו' וכמו שכתוב שם אבל אם מעיקרא היו שניהם עובד כוכבים הא ודאי העובד כוכבים על חבירו כדין החזיק שני היהודי' הקונים מהם כל א' קנה זכותו שהיה לו לעובד כוכבים על חבירו הילכך אמרי' בהו הרי הוא כעובד כוכבים אפ' ליפות כחו אבל בנ"ד לא מקרי בא מחמת העובד כוכבים אלא לוי שקנה מהעובד כוכבים ורוצה להפסיד חזקתו של שמעון מפני אלמותו של העובד כוכבים דגירי דעובד כוכבים אכתי אגידי ביה דרוצה להפסיד חזקתו של שמעון שלא כדין מחמת העובד כוכבים ואמרי' ביה דלא אמרינן בהכי הבא מחמת העובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים ליפות כחו דאטו אם העובד כוכבים יעשה שלא כדין אמרי' נמי הכי בישראל הבא מכחו אבל שמעון שקנה החזקה מהעובד כוכבים כדין וכהלכה מי מקרי בא מחמת עובד כוכבים והרי העובד כוכבים מכי מטי זוזי לדידיה אסתלק ליה ואין שמו נקרא עליו עוד ולא בא להזיק לשום אדם מחמת חזקתו אלא לעמוד בשלו בדיננו ובא מחמת דיננו מקרי ולא מחמת עובדי כוכבים ומ"מ כל הני רבואתא פליגי על הרא"ש ז"ל ואין לנו אלא דבריהם ז"ל וכ"ש דברי הגאוני' ז"ל שכל דבריהם דברי קבלה וגם הרשב"ץ ז"ל שהיא מגדולי האחרונים כתב וז"ל כיון שמכר זה בטל בדינינו אפי' היה קיים בדיניהם אנו מבטלין אותו דאמרינן בפרק חזקת הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים

וכתב בעל העטור ז"ל הרי הוא כעובד כוכבים דקאמר בכל דוכתא כאלו אותו העובד כוכבים בא עם ישראל לדין ותניא אם אין אתה יכול לזכותו בדיני ישראל זכהו בדיני עובדי כוכבים וכן יש מהאחרונים ז"ל שכתבו כן וכיון דאלו בא העובד כוכבים לפנינו היינו אומרים לו אין לך למכור בנכסים אלו אע"פי שהיה יכול למכור בדיניהם השתא נמי להאי ישראל דאתי מחמתיהו אמרי' ליה מקחך בטל ע"כ: ולשון העטור כתוב באורך בהגהה מיימונית פרק י"ד מה' טען ונטען:

הא קמן להדי' דלא איכפת לן ממאי דדנין בדיניהם לענין ישראל הבא מחמת העובד כוכבים וכו' אלא ממאי דדנין בדיננו וכדטעין שמעון. ונ"ל דבנ"ד אפי' הרא"ש ז"ל יודה דעד כאן לא קאמר הרא"ש ז"ל דאהני לן דיניהם של עובד כוכבים לענין ישראל הבא מחמת העובד כוכבים אלא לומר דלא ליהני ליה חזקת חלונותיו שהחזיק משום שהעובד כוכבים אילו היה רוצה לבנות בפני חלונותיו לא הוה. יכול למחות נמצא דלא החזיק מעולם וישראל הבא מכחו נמי יכול לבנות כנגדו אבל לבטל שטרותינו העשויין כדין וכהלכה זו אין לנו דאם העובד כוכבים אנס ואינו רוצ' לקבל את הדין ומבקש תואנות על שטרותינו לפני ערכאותיהם הפוסלין שטרותינו באמרם אשקרא קא חתמינן ותהי האמת נעדרת היכי בו נימא דישראל הבא מכחו ויודע האמת כיון למרוד בנו ובשטרותינו העשויין כדין וכהלכ' הגע עצמך בנדון שהשיב עליה הרא"ש ז"ל אילו היה ראובן קונה מהעובד כוכבים זה הזכות שלא לסתום חלונותיו והיה העובד כוכבים כותב לו שטר בדינינו על זה מי היה כותב הרא"ש ז"ל דהאי שטרא ביד העובר כוכבים הוא לבטלו וישראל נמי הבא מכחו יבטל שטר כשר ויעשנו כחרס הנשבר זו ודאי אינה תורה ומשמע מלשון מהר"מ ז"ל בתשובה דכתב נמי כמו הרא"ש ז"ל כדאי' מיימוני' ובמרדכי דאילו כתב העובדי כוכבי' זה הזכות בשטר דזכה ראובן ואין לו לשמעון לסתום חלונותיו. ועוד דהעובד כוכבים עצמו כיון דכתב השטר בדינינו נשתעבד לדינינו והוה ליה כאילו בא לפנינו לדון ותניא ישראל ועובד כוכבים שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל זכהו וכו' וכדמייתי לה הרב בעל העטור ז"ל כדכתבינן לעיל: ויש סמך קצת לזה ממאי דכתב ריב"ש ז"ל בסו' סימן שכ"ד על אפוטרופוס שנתמנה בערכאותיהם של עובדי כוכבים דאעפ"י שבדין תורתינו אין האפוטרופוס צריך לתת חשבון בין מינוהו ב"ד בין מינוהו אבי יתומים מכל מקום זה שנתמנה בערכאות ובדיניהם נשתעבד לדון בדיניהם ונתחייב לתת חשבון כי כן דרכם בחקיהם ובנימוסיהם. הא קמן דמשום דכתב שטר האפטרפסות בדיניהם אנו מבטלין דינינו ודנין אותו כדיניהם משום דבהכי נשתעבד בנ"ד יש לו לעובד כוכבים לדון בדינינו וישראל הבא מחמתיה נמי כיון דנכתב

השטר בדינינו דבהכי נשתעבד ואעפ"י שיש לחלק מכל מקום הדין דין אמת וברור ואינה צריכה לפנים והדין עם שמעון לדעת כולהו רבוואת' ובשאר הטענות אשר באו בשאל' טענת שמעון דן ומשפט יתמוכו וטענות לוי אין להם על מה שיסמוכו ופוק חזי מה עמא דבר ואל חי צורינו יצילנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה ויורנו דרך אמת ויסיר לב האבן סיבת המכשלה והעדר האמת ויבנה ההראל וכתב הצעיר מר ונאנח בצלאל אשכנזי:

סימן לה

שאלה. ראובן נתחבר עם מוכס אחד והיה הולך מפינה לפינ' ומבית לבית לאסוף לו מעות להעמידו במלאכתו שהה השר כה"ר נתן הכהן ז"ל רודף אחריו בכל עוז מפני שלקחו המקום מידו ולכן ראובן היה צריך לאסוף ממון רב והיה אומר לכל שמי שרוצה להרויח בבטחון גדול ילוה לזה המוכס בערבנותו והיה מרבה בפטומי מילי כיוצא מאלו עד שהיה אומ' דמי שילוה לו עדיף מדהבא פריכא בביתיה ובעונות היה מוחזק לבעל תורה והיה אמיד דמשפי נכסיה ומהימן ושמע דינא דאורית' וקפצו עליו רבים ונתנו לו את ממונם ומכללם חכם אחר רשום שבעיר וכתבו עליו שטר בחזוקים ובאיסור בשר ויין וזה נסח אחר מן השטרות בפנינו עדים ח"מ הודה היקר ונעלה כה"ר אברהם שלום יצ"ו וכו' שהוא חייב להחכם הנעלה וכו' ארבע מאות ושמונה ושלשים פרחים ויניציאה וכו' וזקף עליו וקבל עליו לפורעם לו בסוף חדש אדר שני הבא ראשון פרעון גמור בשלימו' בלי עכוב ואיחור כלל וכו' ונכנסו החכם וכו והבחור וכ' וחתנו וכו' ערבנים קבלנים כל אחד מהם בעד חבירו הנז' ושלשתם בעד כה"ר אברהם שלום וכו' באופן רצה החכם הנעלה וכו' לגבות המעות הנז' מכהר"ר אברהם הנז' גובה רצה מאיזה מהערבנים הנז' גובה ושעבוד וכו' ונאמנות וכו' ואם לזמן הנז' לא יפרעו לו המעות הנז' כנז' אסרו על עצמן כה"ר אברהם הנז' והערבנים הנז' כל מין בשר וכל מין יין איסור גמור מעכשיו כקרבן עד שיפרעו המעות הנז' בשלימו' וקנינו מיד ארבעם וכו'. ע"כ. ועברו זמן החובות ולא נשתלמו וזמן החוב של זה החכם הרשום נ"ר ורוב החובות קץ זמנן היה בעודם עומדים על כלם בזמן שהיו יכולין למצוא סדר לפרוע חובות אלו או רובם ולא חשו להם גם לאיסר אשר אסרו על נפשם לא נתנו לב ובפרט זה החכם בעיניו היה מחזיק את לבם לבלתי שמוע את דברי הב"ד יכון בצדק ועבר זמן רב ולא פייסו לבעלי חובם לכל הפחו' בדבור אדרבה היה מכעיסם זה החכם בעיניו עד שמקרוב כתב שטנה נגד החכם הרשום נרו' לא בדעת ולא בהשכל להראות את גדולתו נגד עמי הארץ כי יש לו כח לדבר נגד גדולים ואז קם החכם הרשום שבעיר והוכיח לזה החכם בעיניו ברבים

לאמר למה יריב עם מישקראו הכתוב עבד לו והיה כנשה כאשר נשא בו הלא טוב לו להתרפס לפניו ואולי יותר לו האיסר ולא יהיה במכשול כמה לאוין בכל יום וגם אם באולי התירו לו בשלשה מ"מ גדולי עולם חולקין ואז קם זה הבליעל והתקצף וקלל ופנה למעלה וירם יד וכתב לזה החכם המוכיח כי לא התירו לו ואין צריך התרה ושטעה בדבר משנה ערוכה בפי דרדקי דבי רב בפ' ד' נדרי אונסין כיצד הדירו חברו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו או שעכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין ופי' הרא"ש ז"ל נדרי אונסין וכו' דמעיקרא לא הוה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבנו אונס ודברים שבלב כי האי דמוכחי וידיעי לכל הויין דברים: ע"כ והכא נמי שהעני אין לך אונס גדול מזה ומעיקרא לא היה בדעתי שיחול האיסר בענין זה זהו דעתו של זה החכם בעיניו וזה כמה שנים היה סורר ומורה דין זה במחשכים ובמסתרים ועל פיו היו מקילין בנדרי' כמה מעלמין ואכלו ממון ישראל וכשהיו מוכיחין אותם היו משיבין שעל פי חכם המה עושין ולא ידענו מאין הרגלי' כי לא הוחזק זה החכם הבליעל למורה הוראות עד אשר בגובה אפו נבעו מצפוניו:

ועתה אנו מחלים פני המורה צדק יבאר לנו באר היטב אם ממש בסברא זו:

תשובה. לא תציתו להני מילי ממולייתא דכייל קטן זה שלא כלו לו חדשיו שעליו נאמר כי רבים חללים הפילה ודבריו לית בהו מששא דשניא משנה זו מנדון דידן מכמה טעמי נכוני וברירי לכל מבין עם תלמיד:

ודע דהמתיר איסור זה עליו הראיה וממשנה זו אין שום ראיה דבין שנפרש זו בדאדריה מזמנא לזמינא כלומר שהנדר נעשה בסבת המזמין ולמלא רצונו כדקס"ד מעיקר' בשמעתא דזרוזין בין שנפרש אותה בדאדריה זמינא למזמנא כלומר שהנדר נעשה בסבת המזומן ולמלא רצונו כדמוקמי' לה אמסקנא לא עלה על דעת אחד משניהם שיניח בנו חולה וילך לסעוד אצלו שאין ענין האכילה דבר של קפיד' כ"כ שאינו אלא לכבוד בעלמ' או לתועלת מועט ודבר ידוע לכל שלא עלה על דעת א' מהם שיחול האסור בענין זה ואונס כזה במקום תנאי גרוע כזה הוא שקראוהו נדרי אונסין אבל בנ"ד שיש כאן תנאי יפה שמלוה לו מעותיו מעני שזה אוסר על עצמו בשר ויין אם לא יפרע לו לזמן הנז' ואלמלא שהיה נודר לו כן לא היה מלוה לו מעותיו והילכך ודאי דעת המדיר היה דבכל גונא יחול האיסר על הלוה אם לא ופרע לו כדי דליעביד כל טצדקי דמצי למעבד לפרוע לו להנצל מהאיסר ואם יאמר המודר אדעתא דהכי לא נדרי הרי זה פתח התר והוא אינו מיחל לעצמו וכל זה כתב הריב"ש ז"ל בתשו' סימן שפ"ז וכן משמע מלשון הר"ן ז"ל שכתב וז"ל נדרי אונסין וכו' או שחלה בנו כלומר דאע"ג דלאו אונס גמור הוא הרי

אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא כשיוכל לבא בלא אונס כלל ולא יבא. אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשמרו מותר דלאו אדעתא דהכי אדריה ע"כ: משמע להדי' דלא אמרו כן במשנתינו אלא דוקא במקום תנאי גרוע בזה ואין לחלק בין אונס' לאונס' דהא מתני' בכל גונא מיירי דקתני נמי או שחלה הוא או שעכבו נהר דהינו אונס גמור ולא קתני דמבטל נדרא אלא במקום תנאי גרוע כזה וכן משמע מלשון הרא"ש ז"ל שכתב וז"ל נדרי אונסין חלה הוא או שחלה בנו וכו' דמעיקר' לא היה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבנו אונס ודברים שבלב כי האי דמוכחי וידיעי לכל הויין דברים ע"כ. משמע דדוק' בתנאה כי האי דמוכחי וידיעי הדברים שבלב הוא דלא חל הנדר במקום אונס אבל כל היכא דלא מוכחי וידיעי לכל הויין ליה דברי ואינן דברים: ועוד דכתב רבינו ירוחם ז"ל דהא דתנן דעכבי נהר הוי אונס היינו שגדל הנהר ממי שלגים והפשרתן דאונס' דלא שכיח הוא דאי הוה דבר מצוי ה"ל לאסוקי אדעתי' ולאתנויי ואם לא התנה הוה ליה בכלל הנדר ע"כ וכן כתב הרא"ש ז"ל בשמעת' דאונסין: וגרסי' בפ' ר' אליעזר דנדרים והא מיתה דנולד הוא וכו' עד אלא אמר ר"ל שירדו מנכסיהן ופי' הרא"ש ז"ל דעניות לא נולד הוא והכין איתא בירושלמי וכן כתבו כמה רבוואת' ז"ל וכן כתב מרנ' ורבנא הרב הגדול כמהר"ר דוד בן אבי זמרה זצ"ל בתשובותיו סי' אלף רל"ז וז"ל עניות שכיח ובעלי בתים יורדין מנכסיהן והוה ליה לאתנויי וכו' ומנא אמינא דכתב הראב"ד ז"ל דפותחין בעניות ולא הוי נולד לפי שהעניו' מצויה והכי איתא בירושלמי בהדי' עכ"ל הרב ז"ל. ואם ככה היה אומר הרב ז"ל בזמנו שהי' זמן טוב ארץ מצרים כפי אשר ראינו מה נאמר אנן בזמנינו הרע באמת רעה התרועעה הארץ מוט התמוטטה ארץ והבית הגדול רסיסים והבית הקטן בקעים ונדיבי עמים נאספו רובם ספו תמו והנשארי' בבתי כלאים החבאו מחמת מיעוט השפע ומה גם מי שעסקו עם מוכס שבור אשר ארי רודפו רע דסורו ואבידתו שכיח טובא בקיקיון הזה שבין לילה היה ובין לילה אבד וכל כי האי הוה לי' לאסוקי אדעתא ולאתנויי וכל שלא התנה הוה ליה בכלל הנדר:

ועוד דבין שנפרש משנה זו שהמזמן מעצמו אשר נכסיו על המזומן אם לא יאכל אצלו דהיינו נדרי זרוזין כדאי' בשמעתא דזרוזין ובין שנפרש דלבקשת המזומן נדר המזמן דא"ל לא תזמיני לסעודתך וא"ל כן אזמינך וא"ל המזומן אסור נכסיך או נכסי על עצמך אם לא תעשה כן ונדר המזמן לא הוי אלא נדרי עצמו ושניא נדרי עצמו דמצי למימ' דאדעת' דהכי לא נדר אבל נ"ד דהדירו חבירו לתועלתו מפני טובה שמקבל ממנו אע"ג דלא אמר בפירוש על דעתו אני נודר כמ"ד דמי דכיון שזה מדירו כדי לעשו' עמו חסד

להלוות לו וזה ג"כ נודר כדי לקבל אותה טוב' דעת המלוה הוא עיקר בזה הנדר וכמ"ד בפירוש על דעתו דמי ובודאי דעת המלוה המדירו הוא דבכל גונא יחול האיסר ואפי' אין לו במה לפרוע כי היכי דליעביד כל טצדקי דמצי למעבד לפרוע לו כאשר הוא עושה לפרנס את אשתו ואת בניו או לכל הפחות יפייסנו בדברים וליתיב אדשיה עד שיתפייס ויתירו לו מדעתו את הנדר ונשאל מרנא ורבנ' הרב הגדול כמהר"ר דוד בן אבי זמרה זצ"ל על ראובן שנשבע לשמעון לפרוע לו חובו לזמן פלוני וכשהגיע זמנו שאל ממנו להרחיב לו הזמן חדש ימים ונשבע לו שנית לפרוע לו לזמן השני ואח"כ א"ל התקבלתי וכשהגיע הזמן השני טוען ראובן שכבר א"ל הריני כאילו התקבלתי אחר השבועה השני' ושהוא פטור מהחוב ומה שבועה והשיב ז"ל וז"ל לגבי החוב הדבר ברור שלא נפקע החוב במה שאמר הריני כאלו התקבלתי וכו' גם לענין השבועה אני אומר שחייב לקיים שבועתו לזמן אשר קבע לו והטעם דקי"ל כל הנשבע לתועלת חבירו על דעת חבירו הוא נשבע ובשעה שהשביעו שבועה שנייה דעתו הי שאפי' יאמר לו הריני כאילו התקבלתי שיחזור על השבועה הראשונ' לפוטרו ממנה ולא לפטור אותו מהשבוע' השניה וכו' ע"כ: וגם כתב הר"ן ז"ל בשם התוס' ז"ל בפ' ד' נדרים על דין התנאי דדוקא בשבועות ונדרים שנשבע ונדר לעצמו אבל מי שהשביעו חבירו או שהדירו אין בטול זה מיעיל לו כלום שעל דעת חבירו הוא נשבע ונודר וכמי שמבטל תנאו לגמרי דמי דהא אסיקנא דלא משתבע אדעת' דנפשה אלא על דעת משביעו וכדאמר בשמעתא דנדרי הבאי ע"כ: וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו. הא קמן להדיא דכל שחבירו הדירו אע"ג דלא קאמר בפי' על דעתו כמאן דקאמר דמי והיינו האי דשמעת' דנדרי הבאי וכדבעי' למכתב בס"ד: ואם תשאל דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' שבועות מי שנשבע ואמר שבועה שלא אוכל היום ועל דעתכם אני נשבע אין זה יכול לומר כך וכך היה בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים וכיון שהיה פיו ולבם של אחרים שוה שנשבע על דעתם חייב מפני שלבם של אלו במקום לבו קם וכן בשאר מיני שבועות לפיכך כשמשביעין הדיינין את הנשבע אומרים לו לא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתנו ע"כ:

הא קמן דאף על גב דהדיינין משביעין אותו הוצרכו לומר לא על דעתך וכו' הא לאו הכי הוה מצי למימר דאדעתא דנפשיה קא משתבע והילכך בנ"ד נמי מצי הלוה למימר דאדעתא דיעני לא נדר:

תשובתך מכל מקום שניא הנשבע לתועלת חבירו מפני טובה שקבל ממנו דהיינו נ"ד למאי דהדיינין משביעין אותו דתנן בפ"ג דשבועות נשבע על דבר שאי אפשר אם לא ראיתי גמל שפורח באויר וכו' וגרסי' עלה בגמרא א"ל רבינא לרב אשי ודילמא האי

גברא ציפורא רבא חזא ואסיק ליה שמא גמלא וכי קא משתבע אדעתא דידיה אשתבע וכ"ת בתר פומיה אזלינן ולא אזלי' בתר דעתיה והתניא כשמשביעין אותו אומרים לו הוי יודע שלא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתנו ועל דעת ב"ד מ"ט לאו משום דאמרינן דילמא אסקינדרי יהיב ליה ואסיק להו זוזי דכי קא משתבע אדעתא דידיה קא משתבע לא התם משום קניא דרבא תיש וכן מצינו כשהשביע משה את ישראל אמר להם דעו שלא על דעתכם אני משביע אתכם אלא על דעת המקום ועל דעתי ואמאי לימא להו קיימו מאי דאמ' אלוה לאו משו' דמסיק אדעתיהו עבודת כוכבים לא משום דעבודת כוכבים נמי אקריא ליה לכתי' אלדי כסף וגו' ולימא להו קיימו תורה וכו' ואסיק וליטעמיך לימא להו על דעתי על דעת המקו' למה לי אלא כי היכי דלא תהוי הפרה לשבועתיהו: ע"כ: ובפ' ד' נדרים אסיק משה רבינו מילתא דלא טריחא נקט וקניא דרבא מפורש התם בפ' ד' נדרים דגרסינן התם ההוא גברא דהוה מסיק בחבריה זוזי אתא לקמיה דרבא א"ל ללוה זיל פרע ליה א"ל פרעתיו א"ל רבא אם כן זיל אשתבע ליה דפרעתיה אזל ואייתי קניא ויהב זוזי בגויה מסתמיך ואזיל ואתי ליה לבי דינא א"ל למלוה נקט האי קניא בידך נסב ס"ת ואשתבע דפרעיה כל מה דהוה ליה בידיה ההוא מלוה רגז ותבריה להההוא קניא ואישתפך הנהו זוזי לארעא ואשתכח דקושטא אישתבע: ע"כ: ונפל שם חילוף גרסאות דאית ספרים דגרסי ואשתבע דפרעיה וקשיא ליה להרשב"א ז"ל דהיכי מצי לשתבוע דהא לאו לפרעון יהבינהו ניהליה דהא קאמר נקוט הדין קניא דאנקוט ס"ת ותירץ דאיהו לא אשתבע דפרעיה אלא דיהביה וכן כתב הר"ן ז"ל דל"ג דפרעית לך אלא ה"ג דיהבית לך דהא איהו לאו בתורת פרעון שקליה וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו:

ומיהו הרא"ש ז"ל כתב לאפוקי מקניא דרבא ואין זה דבר מופלג ולדעתיה שפיר קא משתבע שהרי מעות מסר לידו אלא שלא נתנם לו לשם פרעון שישארו בידו. ע"כ. משמע להדיא דס"ל דשפיר גרסינן ואשתבע דפרעיה ואף על גב דלאו בתורת פרעון שקליה מכל מקום אין זה דבר מופלג ומשונה לקרות לנתינה כי האי פרעון ולא אתא למעוטי אלא דוקא כגון דיהיב אסקונדרי ואסיק להו זוזי א"נ דחזא ציפורא ואסיק שמיה גמלא דבכה"ג ודאי לא אזלינן בתר דעתיה דזה רחוק הוא מאד לקרות לאסקנדרי זוזי ולצפורא גמל ובטלה דעתו אצל כל אדם וזו היא שיטת הרמב"ם ז"ל עיין בסוף פ"ה מה' שבועות ולפיכך כתב ז"ל דמ"ה כשמשביעין הדיינין את הנשבע אומרים לו לא על דעתך וכו' ולא סגי במאי שיפרשו לו הדיינין שנתנם לו בתורת פרעון וכיוצא בדברים אלו דאפשר

שהיה בלבו דבר שלא יוכלו לתקן הדיינים בלשון השבועה לכך אמרו שיאמרו לו לא על דעתך וכו'.

נמצא לדעת הרמב"ם ז"ל והרא"ש ז"ל אם לא יאמרו הדיינין בפירוש על דעתינו יכול לומר בלבי היה כך וכך ואף על גב דאין במשמעות לשונו כן רק שלא יהיו דברים מוחלקין מאד ממוצא שפתיו כגון דיהיב אסקונדרי ואסיק שמיהו זוזי:

ולדעת הרשב"א ז"ל והריטבא ז"ל והר"ן ז"ל לעולם לא מצי למימר מילתא דלא הויא במשמעות לשונו ואפילו לא יאמרו לו על דעתינו אלא דוקא כעין קניא דרב' דפיו ולבו יהיו שוים דהא לא אשתבע דפרעיה אלא דיהיב ליה זו היא מסקנא דפירכא קמייתא מיהא דתניא כשמשביעין אותו וכו':

ומסקנא דאידך פירכא מהא דהשביע משה את ישראל וכו'. במס' שבועות אסיק דלא אמר להם משה כן אלא כי היכי דלא תהוי הפרה לשבועתיהו אבל לענין דעתא אין צריך להשביעו על דעתו דלעולם אפי' שלא אמר על דעתו לא משתבע אדעתא דנפשיה אלא על דעת משביעו והא דאסיק במסכת נדרי' דמשה רבינו מילתא דלא טריחא נקט הכי נמי קאמר אלא היכא דפריש להדיא בפיו כגון אי הוה קאמר תורה דתורה חדא משמע וכן נמי תורות משמע תורת חטאת תורת אשם וכדי לפרש זה היה צריך לטרוח להכי קאמר על דעת המקום ועל דעתי שהוא לשון קצר וכולל ומיהו כל לשון סתום על דעת משביעו הוא נשבע ואפילו שלא יאמר על דעתו: כ"נ פי' מסקנות אלו:

ועתה אפרש הענין ודע דכל שאין למשביע הנאה מאותה השבועה שמשביע לחבירו וגם לא קבל שום טובה הנשבע מהמשביע כדי שישבע לו בהא ודאי איכא למימר דלדעת הרמב"ם ז"ל צריך לומר הנשבע להדיא דלדעת המשביע הוא נשבע הל"ה יכול לומר בלבי היה כך ואף על גב דאין במשמעות לשונו משתמע כולי האי ושבועת הדייני' להא דמיא דמה הנאה יש לדייני' בשבועה זו ומעיקרא כשהמלוה הלוה לזה מעותיו לאו אדעתא שישבע הלוה לו אלא הלוה לו סתם ושוב כשהודה לו במקצת נתחייב לו שבועה והרי הוא נשבע לשעבר הילכך צריכין הדיינין לומ' לו לא על דעתך וכו' משום דחשיב כשבועת עצמו ומצי למימר בלבי היה כך ויכול לאיערומי כעין קניא דרבא ולמסירת שום ממון מצי לאסוקי שמיה פרעון וכדכתיבנא לעיל לדעת הר"מ במז"ל והרא"ש ז"ל:

מיהו אם אחר משביע את חברו לתועלתו להבא ומפני הטובה שמקבל ממנו בהא ודאי לדברי הכל אף על גב דלאפירש להדיא דנשבע על דעתו כמאן דמפרש להדיא דמי דכל ההנאה של המשביע וזה הנשבע ברצונו לא היה נשבע כלל אלא להפיק רצון המשביע

הוא דנשבע הילכך מסתמא על דעתו הוא נשבע וההיא שהשביעה משה לישראל להא דמיא דכדי לתת להם את הארץ השביעם משה והמה מרצונם לא היו רוצים לישבע:
והתוספות ז"ל בפ' רבי עקיבא עלה הא דאמרינן מכאן מודעא רבא לאוריתא ואמר רבא אף על פי כן הדר קבלוה בימי אחשורוש וכו' כתבו וז"ל והא דאמר בנדרים שכרת משה ברית עם ישראל והשביעם על כך ובפ' אלו נאמרים שקבלו כל התורה בהר גריזים ובהר עיבל אומר ר"ת דעל פי הדבר הוה והוי כבעל כרחם אבל בימי אחשורוש קבלו מדעתם מאהבת הנס. ע"כ:
הילכך כיון דחשיבא כבעל כרחם אמטו להכי אף על גב דלא נימא בפירוש על דעתנו לא מצו למימר דאדעתא דנפשיה קא משתבע דסתמו כפירושו וכן כל הנשבע כדי לקבל טובה מחברו מסתמא על דעת משביעו הוא נשבע והכין אסיק גמרא עלה ההיא דהשביע משה את ישראל דלא קאמר להו דעו שלא על דעתכם וכו' אלא כי היכי דלא תהוי הפרה לשבועתיהו ומה שכתב הר"ן ז"ל לגבי בטול דהא אסקינן דלא משתבע אדעתא דנפשיה וכדכתיבנא לעיל אמסקנא זו קאי דשבועת הדיינין היינו שבועה לשעבר לא שייך דין ביטול של התנאי וכן כתב להדיא רבינו ירוחם ז"ל בנתיב שביעי:
נמצינו למדין דבנ"ד שהלה הלוה לו מעותיו ולתועלתו כדי שיהא בטוח הדירו את הלוה שיהא אסור עליו כל מין בשר וכל מין יין והלוה ברצון נפשו לא היה אוסר עליו כלל אלא כדי שילוה לו אסר עליה בשר ויין לדברי הכל אף על גב דלא אמר בפירוש שהוא נודר על דעתו וכמ"ד דמי ולא מני למימר בלבי היה כך וכך: והוא ברור:
ומיהו מצאתי למהר"י בן לב ז"ל בתשובותיו בחלק שני סי' פ"ח על ראובן נשא אשה ובשטר כתובתה נתחייב בקצת חיובי' וזהו נסח החיובים ועוד קבל עליו ראובן שבועה וחרם לדעת המקום ברוך הוא ולדעת אנחנו עדים ח"מ שלא יוכל ראובן נישא אחרת בחיי אשתו רחל בין שיהיו לו בנים ממנה ובין שלא יהיו לו בנים ממנה ואם ח"ו לא יהיו לו מאשתו וירצה ראובן הנז' נישא אשה אחרת שתכף ומיד יתן לה כתובתה עד פרוטה אחרונה בלי איחור וכו': שכתב ז"ל וז"ל ואם לחשך אדם ממאי דכתב הריב"ש ז"ל סימן צ"ט וז"ל ומיהו אם הוא רוצה לגרש את רבקה ולפרוע לה את כתובתה או אחר שגרשה נראה שמתירין לו אפילו שלא לרצונה דמעתה מאי איכפת לה אם הוא מקיים פריה ורביה עם אחרת וכו' וגם אפשר שלא היה דעתו בקבלה ההיא אלא בהיות רבקה אשתו אבל כל שגרשה כבר נתפרדה החבילה והותר הקשר אלא כדי להוציא מידי ספק טוב להתירו אחר גירושין: ע"כ. וכן נמי בנ"ד נימא דמצי לגרש ותשאר הכתובה עליו חוב ואם אין לו לשלם כלל מהכתובה יסדרו לו כדרך שמסדרין לבעלי חובות הא

לאו מילתא היא כלל דכיון דנשבע על דעת המקום ועל דעת העדים ודאי דדעתם היא שלא יוכל לגרשה אם לא יתן לה כתובתה שכן כתב אם תרצה לגרש את רבקה ולפרוע לה כתובתה ועלה קאי מאי דקאמר שלא היה דעתו בקבלה ההיא וכו' אנן סהדי דדעת העדים כשהשביעוהו שלא יוכל לגרשה בהיות שאן לאל ידו לפרוע כלל מכתובתה ואיברא דאם לא היה כתוב בשטר כתובה שנשבע על דעת המקום ועל דעתם הוה מצי למימר דאדעתא דהכי נשבע דלא גרע מקניא דרבא דמסקי' בסוף שבועות שתים דאף על גב דמאן דמשתבע לא אמרי' דאדעת' דנפשיה משתבע כל שאינו במשמע הלשון אפ"ה מצריכין לומר לא על דעתך וכו' לאפוקי מקניא דרבא ואפשר נמי למימר דבאותו הנדון דתשובת הריב"ש ז"ל לא היה כתו' שקבל החומרות לדעת העדים ומ"ה כתב דאפשר שלא היה דעתו בקבלה אלא בהיות רבקה אשתו. עכ"ל מהר"י בן לב ז"ל: משמע דס"ל להרב ז"ל דכל מושבע מאחרים בעינן דלימא להדיא על דעת פלוני ואפילו כשמשביעו הלה לטובתו וזה לא היה רוצה לישבע אילולי טובתו שלזה דאכרחיה לישבע דהרי מפני שרוצה לישא אשה זו קבל עליו כל החומרות האלו ועכ"ז חילק הרב ז"ל בין שאומר להדיא על דעת פלוני ללא אמר ולדידיה ז"ל לא עלו כהוגן דברי הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל שכתבו בשם התוספות ז"ל בדין בטול התנאי דכתיבנא לעיל ואנן אית לן למשכוני אנפשין לתרץ דברי הראשונים ז"ל ולא דברי האחרונים אשר לפנינו ז"ל וכ"ש דמאי דכתיבנא נראה נכון וברור וגם מאי שכתב ז"ל דלא גרע מקניא דרבא כי מעיינת בה שפיר תשכח דגרע וגרע ובפרט לגירסת הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל והר"ן ז"ל דכתי' לעיל אבל אין משיבין את הארי לאחר מותו:

ומכל מקום גם לדידיה ז"ל שניא נ"ד דעיקר ההלואה תלוי בזה דאילו תנאי הכתובה שלא ישא אשה אחרת אפילו לא יהיו לו בנים ממנה אינו תלוי כל כך הנשואין בזה ואפשר דאילו היה מסרב שלא להתנות תנאי כזה לא היתה מעכבת מחמת כך מלינשא לו והילכך הוה ליה כאילו הוא הביא עצמו לידי שבועה זו ודמיא למסקנא קמייתא דקניא דרבא וכדכתיבנא לעיל אבל תנאי איסר זה דבנ"ד אנן סהדי דלא היה מלוה לו מעותיו אם לא היה מקבל עליו איסר זה כדי שיהא בטוח בפרעון הילכך לדעת מדירו הוא נודר ואפילו שלא יאמר בפירוש על דעת פלוני:

ועוד שניא נדון דיד' ז"ל דלשון תנאו כפשטו משמע דלא נשבע זה אלא כשהיא תחתיו ומיהו שפיר מצי לגרשה אלא מאי שתהא הכתובה עליו חוב הוא שאין במשמעות לשונו הילכך איכא למימר דכגון זה נכלול אותו מכלל לשונו ונימא דכיון דלא אמר על דעת פלוני דאדעתא דהכי אשתבע אבל בכגון נ"ד לקבל עליו בסתם איסור בשר ויין אם לא

יפרע לו המעות הנז' ושיהא באיסורו עד שיפרע לו המעות הנז' בשלימת כמאן דמפרש להדיא שיעמוד באיסורו עד שיפרע ואפילו שיעני ומטהירו כדי דלעביד כל טצדקי דמצי למעבד עד שיפרע לו ואם לא ימצא שום דרך שיפרע לו לכל הפחות יהיה כפוף לו עד שיתיר לו:

והילכך כיון דמלשונו מוכח להדיא כן תו לא אתי דברים שבלב ומבטלי ליה:

תדע דבפ' ד' נדרים עלה הא דנתן נודרין להרגין וכו' שהן של בית המלך וכו' פריך תלמודא היכי נדר ומשני אמר רב עמרם אמר רב באומר יאסור פירות עולם עלי אם אינו של בית המלך ופריך כיון דאמר יאסרו איתסרו עליה כל פירי עלמא ומשני באומר היום ופריך אי דאמר היום לא מקבל מיניה המוכס ומשני באומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם וכו' ופירוש הר"ן ז"ל וז"ל היכי נדר וכו' כלומר אי. דאמר יאסרו פירות עולם עלי לעולם אין דברים שבלב מבטלין מה שהוציא בשפתיו ואפילו גבי אונסא כי האי אלא דהכא סתמא קאמר יאסרו פירות עולם עלי ונהי דסתמא לעולם משמע ה"מ היכא דליכא אונסא משום דטפי משמע לעולם ממהיום אבל היכא דאיכא אונסא הך אונסא מפרש ליה לדיבוריה דהיום קאמר כיון שלא אמר בפירוש בהפך ומיהי נהי דהכא מסקי' דבלא אונסא לעילם משמע כיון דסתמא קאמר ואפי' אומר בלבו היום לא מהניא אפ"ה מי שגמר בלבו לידור מפת חטים והוציא פת סתם לא אמרינן כיון דסתמא קאמר וליכא אונסא שיהא אסור בכל פת דהכא היינו טעמא מפני שמתכוין לומר לשון שיהא משמעותו לעולם ומ"ה כל היכא דליכא אונסא לעולם משמע אבל התם כיון דלהוציא פת חטים נתכוון אלא דבתר דאמר פת אתקיל מילוליה הרי אין פיו ולבו שוים ואינו אסור אלא בפת חטים: ע"כ. וז"ל הריטב"א ז"ל בחידושיו לשבועות ההיא דנודרין להרגין ולחרמין לא דמיא להא כלל דהתם אחרי' משביעין או מדירין אותו ודעתם לאסרו באותם פירות לעולם וגם הוא על אותו המשמעות מוציא הלשון ההוא בפיו דהא ידע דבלאו הכי לא פטרי ליה הילכך כל היכא דלא אניס חייב לעמוד בלשונו שמוציא בפיו שעל דעתם נשבע בזה אבל הכא שהוא נשבע מעצמו ולדע' עצמו הוא נאמן על עצמו וכשאומר שלא נתכוון בלשון פת סתם אלא בפת של מין אחד בלבד הרי הוא נאמן ולא חמרא הא מהאי דנדר בחרם ואמר לא נתכוונתי אלא לחרמו של ים ואדרבה. הא עדיפא טפי להאמינו ולפוטרו ואפי' בעם הארץ וזהו דעת רבינו הרמב"ן ז"ל ורבותינו ז"ל וכן נ"ל הלכה למעשה ע"כ:

הילכך בנדון דידן נמי דאחר מדירו ובשעה דקבל עליו האיסור אם לא יפרע אין כאן אונס וכל כוונתו היתה להפיס דעתו של מלוה וגמר בלבו לומ' לשון שיהא משמעותו

שיאסרו עליו בכל גונא בשר ויין אם לא יפרע להראות לו דרצונו למעבד ליה כל טצדקי עד שיפרע לו כדי שילוה לו הלה ולשונו נמי הכי משתמע דבכל גונא קאמ' שאם לא יפרע בזמן הנז' יאסר עליו בשר ויין עד שיפרע ולא תלה תנאו במידי אחרינא כי אם בפרעון ולא בעניות מעתה פיו עדיף ודברי' שבלב אין מבטלין אותו וחל עליו האיסר לדברי הכל:

ובר מן דין ומן דין אפילו לדעתו המשובש הרי נשלם זמן הפרעון בעוד שהיה יכולת בידו להמציא לו דרך ישכן אור והוא הלך חשכים ולא רצה לפרוע לבעלי חובותיו ושמעתי מפי מגידי אמת שכמה פעמי' היה בא מבית המכס וכיסו מלא זהב וכסף והיו שואלין ממנו בעלי חובותיו והיה דוחה אותם בדברים ובפניהם היה נותן למי שהיה לבו חפץ נמצא דבשאט בנפש לא רצה לפרוע בעוד שהיה יכולת בידו ונמצא דחל עליו האיסר אפי' לדעתו המשובש והמבולבל ואפילו עתה בענותו לפי דבריו על כל פרוטה ופרוטה שיכול לפרוע ואינו פורע חל עליו האיסר ואף על גב דבלשון השטר כתוב ואם לזמן הנז' לא יפרעו לו המעות הנז' כנז' אסרו על עצמן וכו'. על פריעת מקצת המעות נמי אסר עצמו מבשר ויין אם לא יהיו לו כל המעות דהא כתב הרב בעל הטורים ז"ל בי"ד סי' רל"ח שבועה שאוכל ככר זה מקצתה נמי במשמע שנשבע על כל כזית וכזית ממנה שיאכלנ' לפי' נשרף מקצתה חייב לאכול המותר שהרי יוצא בה ידי שבועתו שנשבע על כל כזית וכזית ממנו שיאכלנו ומיהו כשהוא לפנינו צריך לאכול כולו ע"כ:

וכן כתב להדי' הרי"טבא ז"ל בחידושיו לשבועות בשם הרא"ה ז"ל שהנשבע לפרוע לחבירו סך ידוע ואינו יכול לפרוע כולו ויכול לפרוע מקצתו חייב הוא לפרוע אותו מקצת דעל כוליה ועל מקצתיה משתבע כיון דאיכ' הנאה במקצתיה ולאפוקי הנשבע ללכת למקום מסויים שאם אינו יכול להגיע שם אין לו ללכת למקום שיכול דהא ליכא הנאה באותו מקצת וכן כל כיוצא בזה ע"כ.

וה"ה בנ"ד על כל פרוטה ופרוטה שיכול לפרוע ואינו פורע חל עליו האיסר: וכתבו בתשובה דאם נשבע לפרוע לד"ה אין מסדרין לו והוא בעצמו חייב למכור כל מה שיש לו ואפילו חלוק ומכנסים ואבנט שלו לפרוע לב"ח ויתפלש באפר ולא יעבור על שבועתו ואם לא עשה כן הרי זה עבריין ולא יקרא אונס ליפטר משבועתו בעוד שיש לו ברשותו איזה דבר למכור אפילו עד שוה פרוטה ע"כ. כן כתוב בבית יוסף בחושן המשפט סימן צ"ז: וידוע הוא שאפילו לפי מה שמתרושש זה הבליעל אם יסדרו לו ישאר לו דבר מה כדי לפרוע לבעלי חובותיו וכל זה לפי דעתו המשובש דלקושטא דדינא שניא נדון דידן מהנשבע לפרוע דהנשבע לפרוע כל שאין לו כלל במה לשלם אין לך אונס גדול מזה

ומה יעשה היגזול או יגנוב כדי לקיים שבועתו וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן ק"ג אבל איסר כבנדון דידן הרי יכול לקיים נדרו ולא יאכל בשר ולא ישתה יין ומעיקרא אדעת' דהכי נדר וכדכתי' והוא ברור:

והדין דצווחין ליה לישנא דמורה אי בעי חיי מה לו להוציא מזרות זרו"ת וסברות נכריות לא שערום אבותינו לאבד ממון ישראל בגאוה ובוז ילך להפיק רצון בעלי חובותיו אשר כולם עליו שהוא אכלם הממם הציגם כלי ריק כי מי היה מאמין למוכס נעיר וריק וארי רודפו לולי שהוא הדיחם בחלק שפתיו ושוב אמ' לא פעלתי און לא נשיתי ולא נשו בו ובקש גם השתרר ולא זכר אם היה בתוקעי כף בעורבים משאות ועתה זו היא תקנתו לקלקלתו גודל לבו ישפילנה ישפילה עד ארץ לקחת רצון מיד מי מנושיו ולא יהיו נוגשיו ואם אפשר יתיר להם פיסת יד מאשר תשיג ידו ואם מך הוא ימך לפניהם ולא יענה עזות ולפני החכם השלם נרו' אשר אבד ממונו ליזיל וליתיב אדשיה ויעשה אשפה ומאשפותיו ירים ראש ולא ישיא אויב בו כי תרתי אית ליה עליה דרא דממונא והקנטת דברים אשר הרחיב פה האריך לשון וירב אמרים מרים זרים כנגדו ובעט בעטו בעטיו של נחש וחקק חקקי און לדבר עליו תועה ונכוחותיו יעול ולכן צריך לבא באש ובמים לפניו כדי לפייסו ויגהה ממנו מזור ואחר דעביד כל טצדקי דמצי למעבד כדי לפרוע ולא מצא מקום כלל ויכנע לבבו הערל כדי שיתירו לו ולא ירצו להתיר לו אז יש מקום קצת לסברתו הרעועה ואם מפני שנשתרש בחטא נסות הרוח יאמר בלבו אידחייה ולא נדחיין ולכן יתן כתף סוררת כתפו משכמה תפול וימל כראש שבולת ובני יעל"א בני דרקו"ן כההוא בר דרומא דאכשליה פומיה ברמות רוחא ואתא דרקונא שמטיה וכו' ומי שנעשה שוכן לעפר עפרו ננער ויאריך ימים ובכל יקפץ והאל יצילנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה נאם הצעיר בצלאל אשכנזי:

סימן לו

שאלה. ראובן היה לו פיתקא על נכרי מכתיבת יד הנכרי בסך מעות ומכרה לשמעון ולוי בכתיבה ומסירה וכתב שטר עליהן בכל חזוקי סופר וז"ל השטר בפנינו עדים ח"מ מכר פלוני החכם פוליסא שיש לו על מסיר פאולו מדייני הקונצול של פרנסיא ופיירו בזאלו שהיא בסך מאתים וחמשים פרחים זהב קרונש' מכירה גמורה מעכשו לפלוני ולפלוני וזקפו עליהם המעות הנז' להחכם הנז' חוב גמור ומלוה זקופה מעכשיו וקבלו עליהם לפורעם לו בסוף חדש תמוז הבא ראשון פרעון גמור בשלימות בלי עכוב ואחור כלל ובלי ערעור וטענה בעולם ושניהם הנז' ערבנים קבלני' זה בעד זה על המעות הנז' להחכם

הנז' חוב גמור ומלוה זקופה מעכשו וקבלו עליהם לפורעם לו בסוף חדש תמוז הבא ראשון פרעון גמור בשלימות בלי עכוב ואחור כלל ובלי ערעור וטענה בעולם ושניהם הנז' ערבנים קבלני זה בעד זה על המעות הנז' לחכם הנז' לזמן הנז' כנז' באופן רצה מזה גובה רצה מזה גובה ושעבדו כל נכסיהם שקנו ושיקנו מקרקעי ואגבן מטלטלי שהיו אחראין וערבאין לפרעון המעות הנז' וכל זמן ששטר זה קיים בידו האמינוהו עליהם ועל יורשיהם אפילו קטנים ויגבה המעות הנז' בלא שבועה והקנה להם החכם הנז' הפוליסא הנזכר' בכתיבה ובמסירה בפנינו וכן אמר להם קנו לכון פוליסא דא איהי וכל כח וזכות ושעבודא דאית לי בה וקבל עליו החכם הנז' שלא ימחול לשום אחד מהנכרי' הנז' המעות הנז' לא כולן ולא מקצתן בשום אופן והודו הקונים הנז' שקראו הפוליסא הנז' וידעו שהיא בעצמה המכורה להם כנז' וקנינו מידם על הכתוב עליהם לעיל ומהחכם הנז' על הכתוב עליו לעיל קנין שלם מעכשו מהקונים הנז' במקום שבועה כתקנת חכמים יצ"ו וכתקון חז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי מדעתם ומרצונם בלי אונס כלל והיה זה ביום רביעי חמשה ימים לחדש ניסן שנת השמ"כ ליצירה פה מצרים והכל שריר וקים. יוסף סומך יוסף בן סהל. עכ"ל השטר: ונפטר ראובן החכם לבית מו וחיי לרבנן שבק ובאו יורשי ראובן החכם לתבוע משמעון ולוי וטענו שמכירת הפתקא של הנכרי לא שויא ולא מידי דלא מהניא כתיבה ומסירה אלא לכתיבת יד ישראל וכמו שכת' הטור בסי' ס"ו אבל לא לכתיבת יד העובד כוכבים והיורשי' טוענים דלא שנא דכיון דמהניא לגבות באותיות אלו אפילו מבני חרי שפיר נקנין בכתיבה ומסירה:

וגם שכבר זקפו עליהם שמעון ולוי בחוב גמור ומלוה זקופה וקנו מידם על זה וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' מכירה וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב וכו' עד שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב: ע"כ. יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים ל.

תשובה. זה כמה ימים נשאלתי על זה ואחר עד עתה מלהשיב עליה לרוב פשיטותה דברירא ודאי טובא שהדין עם היורשים וגם כי ראיתי שכן נזרקה הלכה מפי כל בעני הוראה אשר בעיר ובפרט החכם השלם הדיין המצויין כמה"ר שמעון אשכנזי זצ"קל הורה הורה בפשיטות שכל כתובת יד אפילו של עובדי כוכבים נקנית בכתיבה ומסירה וכן הוא הנכון ודאי וכדבעי' למכתב בס"ד ולא ואיתי לשום אחד מהיודעים חולק על זה מעתה מה היה לי להשיב עוד ולחדש בפשיטות הייתי צריך לחפש באמתחות בעלי התשובות ובעלי החידושין כמנהגי וכעת ידי אסורות כי ספרי אינם אתי וגם כל רעיוני ושעפי נגד ירושלים אשר שם ביתי ואני פה כגר בארץ וכאורח נטה ללון לכן משכתי

ידי הגם כי הפצירו בי עד בוש ועתה שמעתי אשר קם פה בעירנו מי שלא ראה מאורו מימיו ולא הכיר צורתא דשמעתא קרבות יחפץ יחפש עולות בחפ"ץ מחופש מדבריהם בדויין ואף על יתום יפול ומשלח אלמנות ריקם ולכן שלא לעשות תורה שלימה פלסתר ולכוף על האמת פסכתר ולהקים זרועות יתומים בכתר האמת ולא ישמע צעקתם בגבולנו אמרתי לא עת לחשות וישמע קן קלמוסא וקן מגילתא מהמושכים בשבט סופר ומאן דלביש מדא ילבש מדא וגם אם יהיו דבריהם מעט מן האור דוחה הרבה מן החושך ואי יימא מאן דלא לביש מדא למאן דלביש מדא שלח מדייך ואנא אלבישיה יסכר פי דוברי שקר והאמת יורה דרכו:

ונראה דפשיטא ודאי דשתי טענות היורשים הם נכונים בטעמן כי מה שטענו דלא שנא כתיבת יד עובדי כוכבים מכתיבת יד ישראל לענין קניה הוא נכון דהא כתב הרשב"א ז"ל בתשובת דהיינו טעמא שיכול למכור כתב יד של ישראל אף על גב דלא גבי ביה ממשעבדי משום דשעבוד נכסי' למכירת שטרות לא מעלה ולא מוריד דלגבו' מיהא מבני חרי מכרו לו ואפילו ת"ל שיכול לומר פרעתי יכול למוכרו ע"כ מעתה מאי שנא כתב יד העובד כוכבים מכתב יד ישראל כיון דשעבוד נכסי' לא מעלה ולא מוריד למכירת שטרות ואדרב' משמע דעדיפא נמי כתיבת יד עובד כוכבים מכתיבת יד ישראל דלכ"ע הא"י לא מצי למימר פרעתי דהא מצי למימר ליה הישראל שטרך בידי מאי בעי ואין לומר שאינו חושש הא"י להניחה בידו כיון דאינו שטר גמור דלדידהו כולהו שוין דבעיקר דיניהם הכתב יד הוא כשטר גמור ואם שוב רצו לתקן תקנות בדין כתב יד אנן בתר עיקר דינא אזלינן וגם כי בדיננו אהני כתב יד לגבות מבני חרי ובדיננו דיינינן להו ומסתברא דאפילו הרי"ף והרא"ש ז"ל דס"ל דכתב יד של ישר נאמן לומר פרעתי בכתב יד עובד כוכבים יודו וחזקה דאין העובד כוכבים פורע חובו ומניח כתיבת ידו ביד המלוה וגם אין לומר דשמא אין זה כתב ידו דהא הודו הקונים שקראו הפוליסא וידעו. שהיא בעצמה המכורה להם וכמו שכתו' בשטר וטענינן ליתמי דכתיב' יד העובד כוכבים היתה מקויימת כדין וכשורה והילכך:

מסתברא ודאי דאהני מכירה לראיה שבו ולא הויא כמלוה על פה וכן משמע מלשון הרב בעל הטורים ז"ל שכתב בסימן ס"ו וז"ל ושטר העשוי בערכאות של עובדי כוכבים ושטר של כתב ידו נקנין גם כן בכתיבה ומסירה ולא אמרינן דליחשביה כמלוה על פה שאינה נקנית אלא במעמד שלשתן דשטר העשוי בערכאות של עובדי כוכבים אם עשוי כתיקונו גובין בו אפילו ממשעבדי וכתב ידו נהי דלא חשיב כשטר לגבות בו ממשעבדי גובין בו מבני חרי. ע"כ: ואי ס"ל לרב ז"ל דדוקא ידו של ישראל ולא של עובדי כוכבים ה"ל

לפרושי להדיא ושטר כתב ידו של ישראל נקנין וכו' אלא ודאי משמע דבכל כתב יד מיירי בין של עובדי כוכבים ומזלות בין של ישראל וכן כתב הרב בעל התרומות ז"ל להדיא וז"ל ויש לנו לברר המוכר לחברו ש"ח שיש לו על העובד כוכבים ומזלות הכתו' בכתיבה של עובדי כוכבים אם צריך להם למכירתו כתיבה ומסירה וקנה הוא וכל שעבודו וכל מה שכתוב בתוכו או לא או דילמא דאפילו בכתיבה ומסירה לא מקניין דכיון דשטרות העשויות בגופן של עובדי כוכבים נינהו וקי"ל שאין להם לא כתב ולא לשון דיינינן להו כמלוה על פה ותו כיון דלא גבו בהו אלא מבני חרי ואף על פי שהיא בערכאות של עובדי כוכבים אין להם דין שטר ותו קא מבעיא לן נמי לחוב שהוא בכתיבת ידו של לוה שרוצה למכרו אם דינו כשטר שיהיה נקנה בכתיבה ומסירה או דילמא כיון דלא גבו אלא מבני חרי כמלוה ע"פ דיינינן ליה ולית ליה תקנתא לאקנוייה לחבריה אלא במעמד שלשתן ומסתברא דבכולהו בעינן כתיבה ומסירה ובכתיבה ומסירה מיהא קני דמה לנו אם לא יטרו' ממשעבדי מכל מקום מבני חרי גבי ושטרי ראיה מקרי שא' על פי שאין להם כתב לגבי שטרות הרי כל הלשונות כשרין וכשאנו אומרים שאין להם כתב כלומר אין להם כתב בפני עצמן אלא מן הרומיים תפסוהו להם וכיון שכל לשון הוכשר שהרי שטר עשוי בערכאות הרי הוא שטר כשר ויש בו שעבוד נקנה בכתיבה ומסיר' אבל אם השטר פסול בדיננו אף על פי שהעובדי כוכבים נוהגין בהן כיון שאם בא לדון בדיני ישראל לא משתעבד לי' כלל ה"ל מלוה ע"פ ולא מקנייא בכתיבה ומסירה אבל אם הוא כשר או שהוא כתב ידו שגובה בו בני חרי הראיה שבהן מכר לו כיון שכתב לו קני לך הוא וכל שעב דו וקנאו. עכ"ל בעל התרומות ז"ל. פי' להכי אסתפקא ליה נמי אם צריך למכירתו כתיבה ומסירה משום דקלישא שעבודא דבשטרי עובדי כוכבים ואיכא למימ' דלסגי במסירה לחוד ולא בעי כתיבה דהיינו כדי לקנות שעבוד שבו ומכל מקום שמעינן להדיא מסוף לשונו ז"ל דכתב ידו של עובד כוכבים נקנה בכתיבה ומסירה ולא הויא כמלוה ע"פ דהראיה שבו מכר ובהכי נמי איירי הרב בעל הטורים ז"ל שהוא העתיק לשון הרב בעל התרומות ז"ל אלא שקיצר לשונו ודו"ק שכתב ושטר של כתב ידו וכו' דלמה לי דכתב ושטר של וכו' ה"ל למכתב בקוצר וכתב ידו אלא תרויהו מיירו בשטרי עובדי כוכבים אלא שזה נעשה בערכאות וזה בכתב ידו ולדידהו תרויהו שטרי מקרו וליכא הפרש ביניהו בעיקר דינם כ"נ לפרש לשון הטור וממקום שבאו לחלק שמעון ולוי משסראיה גמורה ליורשי ראובן והוא פשוט.

גם הטענה השניה שטענו יורשי ראובן היא נכונה וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה ומביא מקצתה מהר"י קארו ז"ל בסי' ס"ו וז"ל ראובן השיא בתו לשמעון ונתן

לו בנדוני' שטרי חוב עשויין בגופן של עובדי כוכבים ועשה לו מהן שטר הקנאה בגופן של עובדי כוכבים וקבל עלו אחריות בשטר וכתב לו בלשון הזה מחמת שהקנתי לו כבר שטרי חוב עשויין בגופן של עובדי כוכבים בשטר הקנאה שבידו שעשיתי לו ג"כ בגופן של עובדי כוכבים ואלו הש"ח וכו' ועכשיו רציתי ברצון נפשי בלא שום אונס וכו' וקבלתי עלי ועל הבאים מכחי וכו' אחריות גמורה בקנין מכל סך הקרן הנז' של כל אחד וא' מהשטרות הנז' על ענין זה שכל זמן שיבא פלו' הנז' ויתרעם לחצר משטרי חובות הנזכר וכו ובני החצר לא יזדקקו להגבות לו אותו קרן וכו' ורשות בידו של פלוני הנז' או ביד הבאים מכחו לכופני ולנגשני לשלם לו מנכסי כל אותו סך של הקרן הנז' ועכשיו תובע שמעון לראובן מפני האחריות שקבל שיפרע לו א' מהשטרות שאינו יכול לגבות מן העובד כוכבים וטען ראובן ששמעון תובע אותו מכח הקנאה העשויה בגופן של עובדי כוכבים ואותה הקנאה אינה עשויה כראוי והיא אינו מודה לו שהקנה לו חוב מעולם טען שמעון שהיא עשויה כהוגן אלא שאינו יכול להוציא ששר הקנא' מיד הסופר כי אמר שנאבדה ממנו אבל אין צריך לה כלל אחר שהודה לו ראובן שהקנה לו ש"ח בשטר הקנאה וכו' משמע דהיינו שטר כשר וראוי שאל"כ א נו נקרא שטר אלא חספא בעלמ' וכו' תשובה אם הספק מצד זה שאמרתם בלבד הדין פשוט עם שמעון שהמור' לחברו כך וכך הקנאה כתקונה משמע דכל שמודה דרך ספור לא הוצרך לפרט אלא להזכיר דרך כלל מה שעשה והקנה כבר וכו' אבל מצד אחר אני אומר שלא קנה שמעון מעיקרא השטרות ההם משום דאין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסיר' וזה כבר הודה שלא בא לידו שטר הקנאה ואעפ"י שאמר לערכי לכתוב לו ואפי' אמר לעדים וקנו מידו לא קנה שאין כאן כתיבה ואם כן במה קנאן ואם תשאלני אחר שאני רוצה לומר שיש בכלל הודאת הקנאה זו הקנאה גמורה אם כן נאמר שהקנה לו באגב ואין צריך כתיבה לא היא חדא דזו הקנאה מחודשת היא חוץ משטר ההקנאה וזו אינה בכלל הודאתו שהוא לא הודה אלא שהקנה לו השטרות בשטר ההקנאה לא באגב ועוד שאפילו וכו' ומכל מקום כיון שחייב עצמו ונכסיו ראובן עכשו בקנין שאם לא יפרעו לו הלווים ש הא רשות בידו לכופו ולנגשו לשלם לו מנכסיו כל אותו הסך הרי הוא מחוייב בכך שהרי הוא יכול לחייב עצמו במה שלא היה חייב כרבי יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב ואפילו מסר לו עכשיו בפנינו שטרות ואמר לו קנה לך הן וכל שעבודן ואם לא יפרעו לך מכאן ועד יום פלוני גבה סך השטרות מנכסי וקנה מידו זה בלא ספק גובה מנכסיו שאין האחריות תלוי במה שהדין נותן שקנה או שלא קנה ע"כ: הא קמן אף על גב דקבלת האחריות קאי על עיקר ההקנאה ועיקר ההקנאה ליתא מ"מ קבלת

האחריו' איתא מדרבי יוחנן דיכול האדם לחייב עצמו במה שלא היה חייב בנדון דידן נמי לגבי הקונה ה"ה והוא הטעם ואם תשאל דהא גרסינן בפ"ק דקידושין בני רב הונא בר אבין זבון ההיא אמתא בפריטי ולא הוו בידיהו זוזי אותיבו נסכ' עילווה לסוף איקר אמתא אתו לקמיה דרב אמי אמר להו פריטי אין כאן נסכא אין כאן. ע"כ: הכא נמי נימא הקנאה אין כאן אחריות אין כאן: תשובתך שניא ההיא דאמתא דנסכא דהיינו המשכון בתר פריטי דהיינו זוזי דקנייה גרירא וזוזי הוא דקנו אמתא ולא נסכא דהיינו משכון ואי פריטי אין כאן נסכא אין כאן אבל חיוב האחריות שפיר איתא בלא מכירת השטרות דהא יכול האדם לחייב עצמו במה שלא היה חייב ונדון דידן עדיפא טפי טובא דזקפו עליהם במלוה וחיוב מחודש קבילו עליהו דלא תליא במכירת הפולס' ולא דמיא אפילו לקבלת האחריות ופשיטא ודאי דנתחייבו בפרשה ואפילו דלית מהכא קניית הפולס' דהא פנים חדשות וחיוב חדש באו לכאן תדע דגרסינן בפ"ב דגיטין איתמר מאימתי כתובה משמטת רב אמר משתפגום ותזקוף ושמואל אמר פגמה אף על פי שלא זקפה זקפה אע"פ שלא פגמה ע"כ: וקי"ל כשמואל. ופרש"י ז"ל מאימתי כתובה כשאר שטר חוב ומשמטת שביעית: שתפגום שתפרע קצת דגלי דעתו דעומדת ליגרש וליפרע: ותזקוף עליו המותר במלוה דנפקא ליה משם כתובה ומעשה בית דין שאינו משמט וחל עליו שם שטר חוב: פגמה כיון דגלי דעתיה בפרעון קרינא ביה לא יגוש זקפה במלוה ע"כ. הא קמן דלשמואל דקי"ל כוותיה וכמו שפסקו הרמב"ם ז"ל והרא"ש ז"ל אפילו שלא גרשה עדיין ולא נתנה כתובה לגבות מחיים מכל מקום זקיפת מלוה אהניא לעקור שם מינה וחל עליה שם ש"ח ומשמט הכא נמי בנדון דידן זקיפת מלוה אהניא לעקור שם מכירת שטר וחל עליה חיוב חדש דנתחייבו במעות אלו ואף על גב דלא נקנה הפולסא ומיהו הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' שמטה ויובל פליג על רש"י ז"ל וז"ל המגרש את אשתו קודם השמיטה אין כתובתה נשמטת ואם פגמתה או זקפתה עליו במלוה נשמטת ע"כ. אלמא דוקא לאחר שגירשה הוא דאהניא פגימה או זקיפה אבל קודם שגרשה אפילו שזקפה ופגמה אינו משומט וגדולה מזו פסק הרא"ש ז"ל דהמלוה לזמן אינה משמטת וכ"ש כתובה ואפילו שזקפה עליו במלוה דאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם ומכל מקום לאחר שגרשה הרי אפילו להרמב"ם ז"ל זקיפת מלוה עוקרת שם כתובה ומעשה ב"ד וחל עליו שם ש"ח הכי נמי בנדון דידן מאחר דזקפו עליהם החוב הזה במלוה אפילו דלית מכאן קניית הפולסא חל עליהו חיובא וכ"ש דגם הפולס' נקנית שפיר וכדכתיבנא והשטר שריר וקיים הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר בצלאל אשכנזי:

סימן לז

שאלה. יבמה שכדי לפסול עצמה על היבם שהי' רוצה לייבם באה פתאום בהיותו יושב בין אנשים ורקקה בפניו על כרחו ונשאלתי אם כופין אותו לחלוץ אם לאו:

תשובה. הנה הרב המגיד פ"ד דיבום וחליצה כתב וז"ל ואמרו בגמ' ההוא יבם דהוה קא בעי ליבומי כי היכי דליכליה לממונה אמר ליה רבי חייא חלוץ לה ובכך אתה כונסה לבתר דחלץ אמר ליה מינך איפסילא חלוץ לה חליצה מעליא כי היכי דתשתרי לעלמא וכתב הרשב"א ז"ל מסתברא דכופין אותו בכך עד שיאמ' רוצה אני ואפילו בשוטים דכיון דאסירא ליה מעתה הרי זה חייב להוציאה והכי איתא בירושלמי דגרסינן התם הוה עובדא קמיה דרבי מונא ועבד כר"ל כיון דשמע דרבי יוחנן פליג חזר וכפה אותו וחלץ לה תנינות וטעמא דמלתא משום דכיון דאסירא ליה מדרבנן לא מעגנינן לה עכ"ל: וז"ל יוסף הנמקי פ' מצות חליצה הסכימו המפרשים ז"ל שכל שנפסלה לו כופין אותו לחלוץ שלא תהיה עגונה וכדאמרי' ביבמה שנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה שכופין אותו לחלוץ ואפי' בשוטי' וכן משמ' מן הירושלמי וכן משמע מפרק ב"ש לקמן דאמרי' כופין אותו שיחלוץ עכ"ל: ובסמוך למה שכתבנו בשם הנ"י כתב וז"ל וכתב הריטב"א אבל לדעתנו אין כופין לעילם אלא כשהיא פסולה לו עכ"ל: הנה מכל הני משמע דבנ"ד נמי כיון דאיפסילא ליה דכופין אותו לחלוץ: אבל מהאי דנ"י אין ראיה כלל דהא פרק ב"ש עלה דמתני' דקתני היבמה שאמרה תוך ל' יום לא נבעלתי כופין אותו שיחלוץ לאחר שלשי' יום מבקשי' ממנו שיחלוץ ובזמן שהוא מודה אפילו לאחר י"ב חודש כופין כתב וז"ל הריטב"א ז"ל שמעינן מהא מתני' דכופין אותו לחלוץ דכל היכא דיבמה לא חזיא ליבם מחמת איסור כופין אותו לחלוץ ומיהו אם היא גרמה האיסור במתכוין אין כופין ותהא עגונ' כל ימיו וכדקתני סיפא ואם נתכוונה לשם כך אפי' בחיי בעלה מבקשין ממנו לחלוץ לומ' שמפייסין אותו שלא יעגן אותה אבל אן כופין אותו עכ"ל:

הנה שהנ"י שכתב שהסכימו המפרשים שכל שנפסלה לו כופין אותו לחלוץ שודאי שבכללם הוא הריטב"א כמו שכתב' שהביא לשונו למעלה כתב כאן בשם הריטב"א שכשהיא גרמה האיסור דאין כופין א"כ נראה בפי' שמה שכת' שהסכימו המפרשים היינו היכא דאיהי לא גרמה האיסור משא"כ בנ"ד שהיא באה להכעיסו בפני העם לפסול עצמה עליו בעל כרחו דודאי הוא דאין כופין אותה ועוד ראיה חותכת כי הנה ממקום שכת' הנ"י שהסכימו המפרשים דכופין דהיינו מההיא דיבמה שנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה דכופין מייתי הריטב"א ראיה דאין כופין אלא ודאי דמאי דמייתי ראיה הנ"י דכופי' היינו מבבא דלא נתכוונ' לשם כך ומאי דאייתי ראיה הריט"בא דאין כופין היינו

בנתכוונה לשם כך באופן דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי נמצא בפי' שמה שכתב שהסכימו כל המפרשים דכופין היינו היכא דאיהי לא גרמה האיסור אבל מה שכת' הריטב"א דאין כופין היינו בנתכוון' והיינו נ"ד וזה מפורש בלשונו שמביא מואם נתכון' וכו' משא"כ הנ"י דמייתי ראיה מרישא דהיינו היכא דלא נתכוונה. והכי דייק לישנא דהנ"י דכתב שכל שנפלה לו וכו' דמשמע שנפסלה ולא על ידה שהיא גרמה מדלא קאמר כל שהיא פסולה דהוה משמע אפי' שהיא פסלה עצמה אלא ודאי דהיינו כשאירע דבר שלא הית' הוא עוש' לפסול עצמה עליו או שעושין ב"ד להטעותו מפני שראו שלא היה הגון כהנהו עובדי דגמ' ואינהו אטעו ליה בהא ודאי כופין אבל בנ"ד יודעים כל יוצאי שער עירנו שהיב' הוה מקיים כל אשר נגזר עליו ע"פ הב"ד שהוברר לדון ביניה' ולא היה העיכוב מצדו וגם הרשב"א ז"ל לא כתב דרך כלל שבכל מקום שנפסלה עליו דכופין אלא על ההיא עובדא דההוא דהוה בעי ליבומי כי היכי דליכליה לממוניה וב"ד הטעוהו לחלוץ כי ראו רוע הכוונה אבל בעובד' כי האי גוונא לא קאמ' שהרי כתב דמסתבר' דכופין אותו בכך וכו' ולא כתב שכל שהיא אסור' עליו כופין ומה גם עתה דכיון דלא כתב בפי' כפיה על כי האי נדון שהיא גרמה לה האיסור מפרשי' לה מעין מאי דכת' הריטב"א דהא משנה שלימה היא בההיא דנדרה הנאה דאם נתכוונה לכך מתחלה דאין כופין והיינו מפרשי' דמאי דקאמר כל מי שנפסלה עליו דהיינו שלא בגרמ' דידה אלא ע"פ ב"ד על שלא היה הגון או שהיה עוש' לאכול ממונה משא"כ בנ"ד שהיה ע"י עצמה בהיות שהיבם היה מתנהג ע"פ פסק הב"ד וגם הרשב"א ז"ל כתב בתשובה סי' תת"ב על יבם שמא תתקדש ותינשא לאחר ועמד בב"ה בתוך העד ואסר את יבימתו לכל העולם וב"ד צוו לה שלא תצא מן העיר ולא תתקדש לאחר ועמדה היא ויצאה וקיבלה קדושין מיהוד' וקבלה ממנו גט ונפסלה ליבם שהוא כהן וכת' ועל מה שהיא טוענת שיחלוץ לה כיון שאינה ראויה אין נר' לי לכוף אותו לחלוץ אע"פ שנאסר' לו במעשה שהיא נתנ' אצבע בין שיניה וגרמה לעצמ' במעשיה הרעי' ושלא ברצון חכמי' ע"כ הנה שהרשב"א עצמו קאמר דהיכ' דהיא גרמה האיסור אין כופין וראיתי מי שדוחה דהת' משום שהיה שלא כרצון חכמים ולאו מילתא היא דוי"ו שבמלת ושלא תוכיח שהוא טענה שנית. וכן כתב הריב"ש ז"ל סי' שס"א בשם הרמב"ן ז"ל וז"ל וכן נר' דעת הרמב"ן ז"ל שהוא הרשה על מי שאומר שהמורד' האומר' מאיס עלי כופין אותו להוציא שאינ' כשבויה להבעל למאוס לה ובתוך קושיותיו כתב וז"ל ותו תנן נמי ביבמו' פרק ב"ש כי האי גוונא הנודר' הנאה מיבמה בחיי בעלה ומת בעלה כופין אותו לחלוץ לה ואם מתחלה נתכוונ' לכך מבקשין ממנו והא הכא דודאי מאיס לה כי נדרה הימנו משום

דלא בעיא ליה וא"ה אין כופין דשמעת מינה דכל היכא דבעיא לאפוקי נפשה מגברא אין כופין ע"כ: ועוד האריך.

הא קמן דסברי הרמב"ן והריב"ש ז"ל דאייתי ראיה מיניה דכללא הוא דכל היכא דאיהי גרמה האיסור דאין כופין לו לחלוץ והיינו נ"ד:

והנה כל זה כתבנו לו יונח כי רקיקה כי האי בעל כרחיה דיבם סגיא למיפסל גרמה איבם כחליצ' דאצטריכינן לאפלוגי בין היכ' דאיהי גרמה האיסור דעבד' לאפוקי נפשה מיבמה להיכא דלא איהי גרמה כ"ש דאיכא אשלי רברבי דסברי דבעי' כונה דידה ודידיה אבל היכא דלא כיוונו תרוייהו לא מפסלא אאחין ושרי' ליבומי דהא הרא"ש ז"ל כתב וז"ל שלחו לאבוה דשמואל יבמה שרקק' תחלוץ מכלל דמפסלא מאחין קשי' לי כיון דאמר יבמה שרקקה תחלוץ אמאי הודחקו הנך אמוראי לקמן להטעותו ר' חייא ואביי ורב פפא דאמרו ליה חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואח"כ כופהו לעשו' חליצה מעליא וכן אביי ורב פפא דאמרו ליה ע"מ שתתן לך מאתים זוז כיון שעמדו היבם והיבמה לפניה' יאמרו לה שתרוק בפניו ונפסלה לו ואח"כ יכפוהו לחלוץ ואי לית להו להנך אמוראי הא דשלחו לאבו' דשמואל א"כ לאו הלכתא היא ורב אלפס הביאה לפסק הלכה ונ"ל דשפיר אית להו להנהו אמוראי והא דלא אמרו לה לרוק בפניו משום דלא מהני' רקיק' הבא לפסול כדאמרי' לעיל יבמה שגדלה בין האחין מותרת לינשא לא מהן ואין חוששין שמא חלצה סנדל לא' מהן ופריך טעמא דלא חזינ' הא חזינ' חיישינן שמא כיוונה והתניא בין שנתכוין הוא ולא נתכונה היא וכו' חליצה פסולה עד שיתכוונו שניהם ומסיק דכי חזינא חיישינן שמא כוונו אלמא אף חליצת סנדל לא מהני' לפסול בלא כוונה כ"ש רקיקה והני עובדי דלקמן דידעי ביה שלא היה רוצה לחלוץ רקיקה לא פסלא כי ידוע הוא שלא כיון עכ"ל. הא קמן דלהרא"ש ז"ל בנ"ד מותרת להתייבם כי ידוע הוא שלא כיון דעל כרחו באו להכעיסו לפסול אות' עליו כמפורסם והוא דעת התו' ז"ל כאשר הכריח מהר"י בן לב ז"ל בתשוב' וכן נרא' דעת רש"י ז"ל שכתב באיכא דאמרי דמסקנא. דגמ' עלה דאמר רב יבמה שגדלה בין האחין מותר' לינשא וכו' ופריך טעמ' דלא חזינא וכו' ומסיק ואיכא דאמרי טעמא דלא חזינ' הא חזינ' חוששין כתב רש"י ז"ל וז"ל ואיכא דאמרי אין ודאי טעמ' דלא חזינ' דחלצה הא חזינא דחלצה חיישי' דילמא נתכוונו ואיפסלא עלייהו עכ"ל הרי דגם רש"י ז"ל סבר דאפי' בחליצה לא פסלה אלא היכא דאיכ' למיחש שמא נתכוונו שניה' אבל בכי האי נדון דאיהו ודאי לא כיון לא איפסלא מן הייבום ומכ"ש רקיק' דגריעא מחליצ' הרי דהתוס' ורש"י והרא"ש ז"ל סברי דכוונת תרוייהו בעי ולפי' לדידהו אפי' ליבומי כ"ש דלא כייפינן לחלוץ כלל. והנה ראוי לשים לב דעת הרי"ף

והרמב"ם מאי ניהו אי סברי כהרא"ש ז"ל אי לא וכן הטור מאי קסבר אי חולק על אביו אי לא דאפשר דמאי דכתב הרי"ף והרמב"ם ז"ל דרקק' בלבד דנפסלה לאחין דמיירי היכא דשניהם כיונו ואפשר דאע"ג דאיהו לא כיון איברא דבחליצ' היכא דחזינ' דחלצה ליה כתב הרמב"ם ז"ל לישנ' דמשמע דכיוונה איהי סגי למיפסל גרמה על האחין דכת' וז"ל אבל אם ראינוה שחלצה נעלו של א' מהם נפסלה שמא נתכוונה לחליצה וצריכה חליצ' כשרה ע"כ משמע דכוונ' דידה סגי למיפסלא על האחין והיינו דלא כהרא"ש ז"ל דלא מיפסל' אלא משו' חששא דילמא תרוייהו כיוונו:

ואיברא דלמיקם עלה דמלתא מאי קא סברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל חזינא לאקשויי עלייהו חדא דאי סברי דרקיקה בלא דעת שניהם מהניא למיפסל' על האחין תקשי להו קושית הרא"ש דאמאי ר' חייא ואבייורב פפא שוו נפשייהו בטירחא יתירא לאטועיי ליבם ולמימר לי' דע"י חליצה הוא כונסה ולימרו ליה דתירוק קמיה וליצרכוהו חליצה בתר הכי ועוד התרי קושיי דקא מקשי הרב המגיד על הרמב"ם ז"ל עלה דירקה בלבד וכו' שכתב הרמב"ם ז"ל דהוי חליצה פסולה אבל קראה ולא חלצה ולא ריקקה אינה כלום משום שנא' ככה יעשה לאיש שהמעשה שהוא החליצה והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת עכ"ל הרמב"ם ז"ל והקש' עליו הרב המגיד שתי קושיות א' שנר' ממה שהביא ראיה מן הפסוק שהרקיקה פוסלת מן התורה משום שיש בה מעשה ובגמ' אמרו בפי' דהוי גזרה מדרבנן דמקשו בגמ' ולר' עקיבא מ"ש רקיק' ומ"ש קריאה ומשני קריאה דאית' בין בתחלה בין בסוף לא מיחלפא ליה רקיקה דבתחלה ליתא ובסוף ליתא מיחלפא ליה ואתו למשרי חליצה לאחין ע"כ: הרי בפי' דגיזרא דרבנן היא והיכי קמייתי ראיה מן הכתוב דמשמע דהוי מן התור' ועוד דהא ר"ע לא דריש דבר שיש בו מעש' בלבד אלא דבר שיש בו מעשה באיש דהיינו חליצה בדוקא ור"א דדריש דבר שיש בו מעשה ס"ל דחלצה בלבד חליצת' פסולה וכיון דק"ל כר"ע היאך כתב רבינו דרשתו של ר"א וצ"ע לי עכ"ל:

ולבא אל הענין נקשה עוד על הרי"ף ז"ל למה השמיט הקושי' שבגמ' דמקשי ולר"ע מ"ש רקיקה ומ"ש קריאה וכו' ומאי דמתרץ דברקיק' מחלפי ומ"ה גזור רבנן ובקריאה לא מחלפי וליכא לתימר דלית ליה הא דשלחו ליה לאבוה דשמואל דהא קאמייתי לה וא"כ כיון דפסיק הכי ה"ל לאתויי טעמ' דמלתא ולשמעי' דמשום גזרה היא ולא מדאוריית' דהא לא דריש ר"ע לקרא כר"א דלכמה דברי' לא שוו מאי דהוי מדרבנן למאי דהוי מדאוריית' וה"ל לאודועי טעמא דמלת'. אבל אמינא דלהרי"ף ז"ל הוקשה לו מאי דקשי' לי' להרא"ש ז"ל דמשמע דהאי מימרא פליגא אר' חייא ואביי ורב פפא דהנהו עובדי

דאטעו ליבם ואמרו לי' חלוץ לה ובכך אתה כונסה דאי סביר' להו דרקק' פסלה מן האחין לימא להו לחלוץ ולאטעויי ליבם תירוק איהי קמי יבם וסגי בהכי למיפסלא אלא ודאי דבעי כוונה דתרוייהו ואיהו לא הוה בעי לחלוץ מ"ה רקיק' לא מהני' ואי טעמ' דרקיק' הויא משום דאתי לאיחלופי דמאן דחזי סבר דחליץ לה מקמי דרקק' אי הכי אפי בלא כוונה דתרוייהו איכא למיגזר דהא מאן דחזי לא ידע אי ובם קא מכוין אי לאו דלא מינכר וכמו דטעי למסבר דחלצה ליה מעיקר' ה"נ טעי דיסבר דאיהו איכוון נמי מ"ה השמיט הרי"ף קושי' ותרוצ' דגמ' דר' חייא ואביי ורב פפא לא סבדי דמשום גזרה דאיחלופי הוא אלא סברי דינא דשלחו לאבוה דשמואל דרקקה פסלה מן האחין ולא מטעמא דגמ' אלא מן הכתוב דכתיב לשון עשיה ככה יעשה והוא דכתב הרמב"ם ז"ל ראיה מן הכתו' ודווק' היכא דכוונו תרו יהו דבהכי משתעי קרא והיינו דהרמב"ם ז"ל מייתי ראיה מן הכתוב דלא כסוגייא דגמ' משום דכהרי"ף ז"ל ס"ל דהשמיט ההוא טעמ' וכי תימא אי הכי ליסבר כר' אליעזר וחלצה וקראה ולא ריקקה לימא דחליצת' פסולה דדייק קרא הכי ככה יעשה כל דבר שהוא מעשה מעכב ואדרבא ר"ע קאמר דכשרה דדייק לקרא הני ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעשה באיש:

אבל למיקם עלה דמלת' חזינא למידק לישנא דמתני' דר"א אמר כל דבר שהוא מעשה מעכב ור"ע כד מהדר ליה קאמר משום ראיה ככה יעשה לאיש כל דבר שהוא מעש' באיש ולא קאמר כל דבר שהוא מעש' באיש מעכב כדקאמר ר"א ועוד מלת כל דקאמר ר"ע כל דבר שהוא מעשה באיש דבשלמ' לר"א כליל במלת כל חליצה ורקיקה אבל לר"ע דאין מעש' באיש אלא חליצה מאי כל:

ועוד איכא למידק בלישנא דהרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל שנא' ככה יעשה לאיש שהמעשה שהוא החליצה והרקיק' הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת ע"כ ואיכא למיד' מאי קאמ' אינה מעכבת דאטו אם הרקיקה שמועלת לפסול אינה מעכבת קריאה צ"ל דאינה מעכבת וא"כ לא הוה ליה למימר אלא אינה מועלת כמאי דפתח מעיקרא בהאי לישנא דקאמר רקיקה הוא שמועיל הכי נמי ה"ל לסיומי למילתיה ולמימ' אבל הקריאה אינה מועלת אבל אמינא דדעת הרמב"ם ז"ל בהא דשלש חלוקו' הן א' מאי דהוא מעשה באיש דהיינו חליצה דאיכא תרתי מעשה וגם שהוא באיש ב' מאי דאיהו מעשה ולא באיש דהיינו רקיקה: ג' מאי דאינו לא מעשה באיש ולא מעשה כלל וכנגדן איכא ג' דינים א' מאי דגמר ואי ליתיה מעכב ב' דאי ליתיה לא מעכב אבל אי ליכא אלא איה לחודיה לא גמר אבל מועיל לפסול. ג' מאי דאינו לא מעכב ולא מועיל לפסול וס"ל דחליצה דאית בה תרתי דהוי מעשה והוי נמי באיש גמרה לחודה והיינו

פלוגתא דמתני' דפליג ר' עקיבא אר' אליעזר דר' אליעזר דייק לישנא דככה יעשה כל דבר שהוא מעשה מעכב ומ"ה פסולה דמיחסר' מעשה הרקיק' ור' עקיב' פליג דבעי' לעכב מה שהוא מעש' באיש דהיינו חליצ' אבל רקיק' דאינה מעש' באיש לא מעכבא וכשר' והיינו דכת' הרמב"ם חלצה בלבד ולא קראה ולא רקקה חליצה כשרה אבל היכא דאיכא מעש' ולא באיש דהיינו רקיקה נהי דלא גמרה ולא מעכבא דהא במעש' שהוא באיש תלה רחמנא העיכוב אבל מהניא מיהא לפסול דהא מעשה איהו אע"ג דאינו באיש דו' עקיבא אע"ג דעושה עיקר מהיות המעשה באיש היינו להיות גומר ולהיות מעכב אבל לישנא דעשיה דכתב בקרא כמו שמה שכתוב לאיש ממעט רקיקה מלעכב הכי נמי לישנא דיעש' ממעט קריאה מלפסול והיינו דכת' הרמב"ם ז"ל רקקה בלבד וכו' הרי זו כחליצה פסולה קראה היא והוא ולא חלצה ולא רקקה לא עשה כלום שנא' ככה יעשה לאיש שהמעש' שהוא החליצ' והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכב' ואינה מועלת והוא מה שכתבנו כי כמו שאומרו לאיש ממעט רקיק' מלעכב כן אומ' יעש' ממעט קריא' שאין בה מעשה מלהועיל לפסול אבל לא פליג ר' עקיבא אר' אליעזר אלא במחוסר סר רקיקה דר' אליעזר לאיש לא דריש אבל לדיוקי לישנא דיעש"לומ' דעשיה מלת' היא לפסול בהא מיהא קא דריש והיינו דבתר דקאמ' ר"א ככה יעשה כל דבר שהוא מעשה מעכב עני בתריה ר' עקיבא וקאמ' ליה משם ראיה כל דבר שהוא מעשה באיש דלא ה"ל לר' עקיב' למימ' אלא אדרבא ככה יעשה לאיש מעשה שהוא תלוי באיש אבל במאי דקאמ' משם ראיה נראה דלא דחי לגמרי מן הכתו' אלא שאין לו משם ראיה אבל במאי דכתי' ניחא דלא דחי לגמרי דהא איהו נמי קא דריש יעשה דקרא להועיל רקיקה לפסול ולא דקאמר דאין משם ראיה להיו' נמי רקיקה מעכבא ומ"ה נמי לא מסיים למילתיה כל דבר שהוא מעשה באיש מעכב כדמסיי' ר' אליעזר משום דר' אליעזר דריש כולי קרא לעיכובא אבל ר' עקיב' דריש מעשה שאינו באיש לפסול ומה שהוא מעשה באיש לעכב מ"ה לא מסוי' וקאמ' מעכב דהא נמי דויש לישנא דיעשה להועיל לפסול ומ"ה קאמ' עקיבא כלדבר שהוא מעשה באיש משום דאיכא תרתי מילי מה שהוא מעשה באיש ומה שהוא מעשה אמטו להכי קאמר כל דאי לאו הכי לא שייך למימר מלת כל בחדא מילתא וכדכתי' דבמאי דלא סיים וקאמ' דעכב רמז נמי דרשת יעש' להועיל הרקיק' לפסול והיינו דדייק לישנ' דהרמב"ם ז"ל במאי דקאמר ככה יעשה לאיש שהמעשה שהוא החליצה והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת דדייקינן דמאי דקאמר אינה מעכבת לא הוה צריך למימריה אבל במאי דכתי' ניחא דבהא כיון כיוון למימר דג' הדרגו' בדבר כדכתי"מאי דאיכא מעשה

והוא באיש מעכב מעשה ולא באיש לא מעכב אבל מועיל לפסול לא מעשה ולא באיש אינו מועיל אפי' לפסול היינו דבתר דאדכר החליצה והרקיקה שאמ' שהם במעשה ואמ' דמשום הכי הרקיק' מועלת אמ' אבל קריאה אינה מעכב' ואינה מועלת כלו' אינה מעכבת כחליצה שהיא מעשה ובאיש ואינה מועלת כרקיקה שהיא מעשה ולא באיש ומשום דחליצה היא מעשה והיא באיש דאלי' כחה טפי מ"ה היכא דנתכוונה איהי ולא הוא מחמרינן בה דאף על גב דאיהו לא כיוון מהני למיפסל גרמה והיינו דכתב הרמב"ם ז"ל אבל אם ראינוה שחלצה נעלו של א' מהם נפסלה שמא נתכוונה לחליצה דאע"ג דידעינן דאיכא לא כיוון חיישי' דאיהי כיוונה ונפסלה והיינו דלא כהרא"ש ז"ל אבל ברקק' שאין בה מעש' באיש אלא מעש' בלחוד לא פסלה אלא היכא דנתכוונו שניה' ומ"ה לא קאמר אם ראינוה שרקקה נפסלה שמא כיוונה היא דהא ברקקה שאין בה מעשה באיש לא פסלה אלא היכא דנתכוונו שניהם ולא אמרי' דקרא דככה יעשה תלה במעשה למיפסל אפי' לא נתכוונו שניה' דאחר דעיקר הכתו' הוי במעש' שהוא באיש כדקא בעינן למדרש נמי לפסול היכא דאיכא מעשה ולא באיש מלישנא דיעשה תפסת מועט תפסת ודווק' היכא דנתכוונו שניהם ומ"ה אם ראינוה שרקקה בפניו דצריך כוונת שניה' לא חיישינן דכיוונו תרוייהו ולמימר דנפסלה כמו בראינוה שחלץ לה והיינו להרמב"ם ולכל הפוסקי' הגדולי' שלא הביאו ראינוה וכו' אלא בחליצה אבל בהגהו' מימון איכא מאן דחייש מהאחרוני' וקאמ' צריך ליזהר שלא תרוק וכו' וגם שם לא הוסכם שאמר המרדכי אע"ג שיש להשיב טוב הדבר ליזהר בכך ע"כ. הנה במאי דכתי' אתו הריא"ף והרמב"ם ז"ל גדולי עולם ברקק' בלבד כהרא"ש והתוס' ורש"י ז"ל ותריצנא בהכי כל הנהו קושיין דאקשי הרב המגיד עליה דהרמב"ם וקושיא דעל הרי"דהשמיט טעמא דגמ' על מאי דשלחו לאבוה דשמואל דרקקה פסלה מן האחין וקריאה לא פסלה ובעו בגמר' מ"ש קריאה ומשני דברקיקה גזרו דאתו לאחלופיה אבל בקריאה לא אתי לאחלופי והנה הרי"ף הביא הדינים והשמיט הבעיא וטעמ' דגמ' וגם תריצנא אליבייהו קושיא דהרא"ש ז"ל על ר' חייא ואביי ורב פפא דאטעו ליבם ואמרו ליה חלוץ ובכך אתה כונסה או חלוץ ונותן לך מאתים זוז ולימרו ליה דתרוק בפניו ודייקנא בהאי תירוצא לישנא דמתני' והרמב"ם ז"ל ואיהי למאי דחזי לן תירוצא מעליא בלא קושיא: והטור נמי דאיכא לאתמוהי עליה היכי פליג עליה דאבוה ואפי' לא מדכר ליה ולא קאמ' מאי טעמא קא דחי ליה ואיהו כל מילי כמר עבידי והנה ז"ל הטור החליצה כשרה צריך שיכוונו היבם והיבמה שתהא מותרת לזר בחליצה זו נתכוון הוא ולא היא או היא ולא הוא לא הותרה ומיהו חליצה היא לפוסלה על האחין לפיכך יבמה שגדלה בין האחין

וראינו שחלצה נעלו של אחד מהם אסורה להתיבם שמא כיוונו לשם חליצה ע"כ ואיכא למידק בלישניה דקשי דידיה אדידיה דמעיקרא כתב נתכוון הוא ולא היא או היא ולא הוא לא הותרה ומיהו חליצה היא לפוסלה על האחין משמ' דכוונה דחד סגי למיפסל ובתר הכי כתב בפי' יבמה שגדלה בין האחין וראינו שחלצה נעלו של א' מהם אסורה להתייב' שמא כוונו לשם חליצה משמ' דחששא דשמא כוונו תרוויהו דמצריך למיחלץ אבל כוונה דחד מינייהו לא מיפסיל לה מן האחין:

אבל לא קשיא מדי דהא האי לישנא דכתב הטור צריך שיתכוונו שניהם אם נתכוון הוא ולא היא וכו' הויא לישנא דבריתא וז"ל בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצת' פס לה עד שיתכונו שניהם כא' ושקלו וטרו עלה בגמר' ומסיק אע"ג דחזינן אין חוששין שמא כיוונו איכא דאמרי טעמא דלא חזינא הא חזינן חוששין וכפי ענין הסוגיא הסכימו רש"י והתוס' ז"ל דהאי חוששין למיפסלא דקאמר היינו שמא נתכוונו תרוייהו וכתבו התוס' וז"ל ומדקתני עד שיתכוונו שניהם כאחד משמע דבעי' שנדע שהם מתכווני' לחליצה וא"כ מאי דקתני בבריתא עד שיתכוונו שניהם היינו שנדע שנתכוונו שניהם ומאי דקתני נתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצת' פסולה עד שיתכוונו שניהם היינו ידענו שנתכוון הוא ולא ידענו שנתכוונ' היא חליצת' פסולה עד שנדע שנתכוונו שניהם כמו שמפרשי' התוספת והוא פי' הרא"ש ז"ל כמו שכתבנו למעלה מ"ה הטור ז"ל בנו סמך על זה והביא לשון הברייתא נתכוון הוא ולא היא או היא ולא הוא חליצתה פסולה דהיינו פי' לשונו כפירוש הבריתא עצמה שהוא נתכוון הוא ולא היא כלו' שידענו שנתכוון הוא ולא ידענו שנתכוונה היא לא הותרה ומיהו חליצה בעיא שמא נתכוונה גם היא וגילה פי' זה במאי דקא מסיים וקאמר לפי' וכו' אסור להתייבם שמא כוונו שניהם דבמאי דגלי דמשום דמשום חששת שניהם נפסלה על כרחין ליכ' לפרושי מאי דקאמר נתכוון הוא ולא היא אלא דידענו שנתכוון הוא ולא ידענו שנתכוונה היא כפירושא דבריתא גופה ובהכי אתי הטור כהרא"ש אביו ממש דאפי' בחליצה לא פסלה אלא בחששת שמא כוונו שניהם וכ"ש ברקיק' ותמהני על מהר"י ן' לב שהחליט שהטור חולק על אביו משום שעשה עיקר מפתח דבריו ובמה שכתבנו מתיישב שבסוף דבריו גלי פירושא ולאו פירוש' דחיקא היא דהא בברית' גופ' בהני בבי ממש הכי מתפרשי נמצא לפי זה כי לרש"י ז"ל והתוס' והרא"ש והטור לפי מה שהוכרחנו לפרש בהרי"ף והרמב"ם ז"ל לדעת כלם האי יבם שרי ליבומי ליבמתו כדמעיקרא ומי יבא אחרי המלכים האלה ולא יירא ומה גם עתה למה ששמענו שיש מהמורים פוסקים שכופים את היבם הלז לחלוץ משום דאיפסלא

לה מן האחין ע"י אותה הרקיקה והנה לדעת כל הפוסקים האלו אפי' ליבומי שרי כ"ש דלא כייפינן ליה דהא לא נפסלה וא"כ אפי' אותם הפוסקים שכתבו שכל מי שנפסל' עליו כופין אותו לחלוץ אי אינהו סברי כהרא"ש ז"ל ודאי שלא על רקיקה כה"ג מיירו דהא לא נפסלה וכ"ש דאפי' נימא דסבירא להו דבכי האי גוונא נמי נפסלה הא ברירנא לעיל מהריטב"א ז"ל והרמב"ן והריב"ש ז"ל דהיכ' דאיהי גרמה לאפוקי נפשה מיבמה כה"ג דאין כופין וא"כ מאי דכתבו דכופין היכא דנפסלה לאו על כה"ג איירו אלא במאי דלא אתי מחמתה א"כ היכא דב"ד חזו דראוי לפוסלה עליו כי ההיא דגמר' בההוא יבם דלא הוה בעי ליבם אלא למיכליה לממונה דאטעו ליה ב"ד שיחלוץ ובכך כונסה אבל היכא דאיהי היא דעבדא לפסול עצמה שאין כופין מה שאין כן בנ"ד דהאי יבם הוה בעי ליבומי על הפסק דין בדו כמפורסם כלל הדברים לדברי הכל דאין בנדון זה כפיה כלל אליבא דכולי עלמא: ומצאתי און לי תשוב' מהר"י ן' לב ז"ל דקאי כוותי' ולא עוד אלא דכתב שהיה נמנה להתיר' לייבום איברא דכל כי האי לא עבידנא דהא הרשב"א ז"ל בתשוב' שאלה משמע דלא סבר כהרא"ש ברקיקה וכן הנהות שכתבו צריך ליזהר שלא תרוק וכו' אבל בענין כפיה לחלוץ נראה דליכא מאן דפליג בכי האי נדון וכדכתיבנא זהו הנלע"ד וחתמתי שמי הצעיר משה אלשיך זלה"ה:

סימן לח

שאלה. ראובן בן יעקב בהיותו רווק וגדול סמוך על שולחן אביו יעקב נתעסק בלמוד התלמידי' ובעניני' אחרים ועשה והצליח וקבץ על יד סך מעות ומהם עשה לעצמו מלבושי' ממינים שונים ולא דבר אביו אתו מאומה לאמר מדוע ככה עשית אבל אדרבה לפי דברי ראובן טרם היותו קובע עצמו בלמוד התלמידי' היה דבר אביו אליו לאמר שיתעסק בכל אשר ירצה כי כל מה שירויח לעצמו יהיה. ולאחר הימים נזדמן לפני ראובן תוגר אחד מהבאים מצבא המלחמה ובידו שפחה נערה קטנה ובקש מעם ראובן שיקנה אותה כי בדמים מועטים ימכרנה לו וכשמוע ראובן דבריו הכניסו לביתו והוציא לפניו מלבוש אחד מהודר ונעים מאותם המלבושי' שעשה לעצמו וא"ל הנה לפניך מה שהשיגה ידי אם תתרצ' בו קח ולך ומכור לי בעדה נערה הזאת ונתרצה בו התוגר ומכר לו בעדו השפחה ההיא ובשעת המקנה אמר לו יעקב אביו מה זאת אשר קנית נערה קטנה עד מאד אשר אינה ראויה לשרת אבל תצטרך אתה לשרת אותה ולקצת ימי' ונחלתה הנערה ההיא והשתרגו עליה מיני מורסות וחברבורות ואמר יעקב לבנו ראובן הלא אמרתי לך אל תוציא מעותיך בנערה זאת ולא הקשבת לדברי והשיב לו ראובן בנו

מנכסי קניתי' ואני הוא דהפסדתי על עצמי וטרח ויגע ראובן ברפואת הנער' עד שעלתה לה ארוכה ולאחר הימים כאשר נשא ראובן אשה לסבה שראובן נשא אשה שלא ברצון אביו חרה אפו נגדו וחמתו בערה בו ותפש השפחה הנזכר' לעצמו ולא נתנה ללכת עם ראובן בנו באומרו כי היה רוצה אותה לעצמו והשיב לו ראובן בנו הלא מנכסי קניתיה ושלי היא ואתה ידעת את כל התלאה אשר מצאתני עד הביאותיה במצב זה ועל זה רבו ביניהם דברי ריבות באופן שבשמוע יעקב את תלונו' בנו היה שולח את השפח' ההיא ברוב הימי' לשרת את ראובן בנו בביתו ובחומותיו וראובן כמה כמה פעמי' לפני רבים ונכבדי' ובפני ב"ד תבע מאביו השפח' הנז' באומרו כי הוא טרח ויגע והוציא המלבוש מעליו כדי לקנותה: ויעקב אביו זאת טענתו שהיה משיב אליו אם אתה הוצאת המלבוש מעליך כבר לקחת אחרי כן מלבוש אחר ממני כדי למלא חסרונך ולכך רוצה אני לתפוש השפחה בעד המלבוש שנטלת ממנו וראובן משיב אליו אתה ברצונך הגמור נתת לי המלבוש במתנה גמורה ואם בכל זאת תרצה להפרע מהמלבוש קחהו לך ותן לי שפחתי ועתה בא ראובן לדרוש דבר המשפט אם יכול יעקב אביו לזוכ' בשפחה מטעם שקנאה בממון שהרויח בהיותו סמוך על שלחן אביו ואם אינו זוכה מטעם זה אם יש ממש בטענתו שטען שכבר נתן לבנו מלבוש אחר תמורת המלבוש שקנה בעדו השפחה. על הכל שאל ראובן מה יהיה משפט השפחה הזאת ומי יזכה בה יעקב או ראובן בנו:

תשובה. ראיתי בזה קונדריס שואל כענין ומשיב תשובה מהודרת מקוטר' מכל אבקת רוכל והגם כי לבי בל עמי מפני פחד ה' ומהדר גאונו למען רחמיו וחסדיו יושיענו ולא יתן המשחית לבא אל בתינו אמן: מ"מ מפני כבוד תורת בעל הקונדריס וכבוד פי המדברי' אלי אחוה דעי בקצר' ובנחץ כי אפס פנאי. ואומ' איברא דלגבי מציא' וכלהו רבוואתא קמאי ובתראי פסקו כר' יוחנן בפ"ק דמציע' דאמר לא גדול גדול ממש וכו' אלא גדול וסמוך על שלחן אביו זהו קטן וכו'. ולהם שומעין ומפיה' אנו חיין וכל מורה דת ודין אם חפץ שיפוצו מעיינותיו חוצה ולא יכזבו מימיו ישתה בצמא את דבריהם וחן וכבוד יתמוך ולא יעשה סמוכות מאחר ימצא אי זה הגהה צולעה ונדחה נגד הפוסקים המפורסמים אשר על פיהם ידונו ישראל משפטי התורה ובאורם נראה אור: והילכך מציאת בנו הגדול הסמוך על שולחן אביו הויא של אב ומיהו בהא פליגי רבוואת' דלדעת התוס' ז"ל לאו דוקא מציאה אלא בכל מידי יד בנו הגדול הסמוך על שלחן אביו כיד אביו דמיא ואפי' לענין עירוב אין לזכו' העירוב על ידו משו' דס"ל דכי היכי דפליגי שמואל ורבי יוחנן במציאה ה"ה נמי פליגי בכל מקום שאמרו בו כיוצא בו כגון גבי עירוב דתנן בפ' חלון ומזכה להם ע"י בנו כו' וגבי ההיא דתנן במס' מעשר שני מערימין על מעשר

שני כיצד אומר אדם לבתו ולבנו הגדולים וכו' ומייתי לה בפ' התקבל בגיטין וקי"ל בכולהו כר' יוחנן דלאו דוקא גדול אלא גדול וסמוך על שולחן אביו קטן הוא והרא"ש ז"ל אזיל בשיטה זו בפסקיו פ"ק דמציעא ועל פי שיטה זו איכא מ"ד דכי היכי דמציאת קטן לאביו הכי נמי אם נתן לו אח' מתנה דאביו הוא ואפי' בן שנתן לו אביו מתנ' לא קנה שאין לו יד לזכו' לעצמו כלל וכן הדין בגדול הסמוך על שלחנו וסברא זו הביאה הר"ן ז"ל בחידושיו גם נמקי יוסף בפ"ק דמציעא והקשו על שיטה זו דהרי אדם מזכה העירוב ע"י אשתו והרי. היא אשתו והרי היא סמוכה טל שולחן בעלה ותרצו הריטב"א והרב המאירי ז"ל בחידושי' לעירובין דשניא אשתו מפלי שמזונותיהם הם חוב אצלו והרי הוא כאילו אוכלת משל עצמה ובזה מיתרצה גם כן קושיא אחריתי שהקשו המפרשי' ז"ל ענה דמ"ד דאפי' מתנה שנתן האב לבן לא קנה דהא קי"ל דבעל שנתן מתנ' לאשתו קנתה כדאמ' בפ' חזקת אע"פ שידה כיד בעלה ממש והיכי בו נימא דהאב שנתן מתנה לבנו הסמוך על שולחנו לא קנה ואפילו הוא גדול מיהו במאי דכתיבנא ניחא קצת וקל להבין: והרשב"א ז"ל פליג עליהו דבעלי התוס' ז"ל בההיא דעירוב משום דס"ל דטעמ' מאי אמור רבנן מציאתו לאב היינו משו' איבה וכשהאב עצמו הוא שנותן לו אע"פ שנותן לזכות בה לאחרי' ליכא משו' איבה וכמ"ש בחידושיו למציע' ואע"ג דבחידושיו לעירובין מייתי להו לשני הסברו' ולא הכרי' ביניהו מ"מ בחידושיו למציע' דח' סבר' התוס' בשתי ידים וממילא פליג נמי אמאן דס"ל דאפילו נתן לו אביו מתנה לא קנה ומיהו סבירא ליה ז"ל דבנו הגדול הסמוך על שולחן אביו שכרו ומציאתו לאב שכך תקנו לו חכמים כדי שלא תהא לו איבה ואתי לאמנועי כן כתב בחידושיו וכן כתב בתשובותיו כדכתב החכם בעל הקונדריס וכן כתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו בפ' החובל דבנים הסמוכים על שולחן אביהם מעשה ידיהם לאב וכן דעת הרב בעל העיטור ז"ל וז"ל ירושלמי בן שנראה חלוק בנכסי אביו בחיי אביו מה שסגל וכו' ואיכא לפרושי בן שנראה חלוק בחיי אביו כגון שסגל ממון לעצמו בחיי אביו והיה סמוך על שולחן אביו ולא תבעו בחייו מת שסגל סגל לעצמו דאזלינן בתר אומדנ' מדלא תבע ליה מחל כהדא חד בר נש איתעביד ספר בחיי אביו ולא היה אביו תובעו כלום ואתא קומי רבי אמי וכי אדם שמצא מציאה בחיי אביו ולא תבעו אחיו תובעין הרי מחל וכי מי שיצא ללסטוות ומצא מציאה ידוע הוא שאביו לא נתרצה לכך ומחל וכן נמי תגרא וסמך ומרויח לעצמו ולא תבע ממנו האב מה שסגל סגל לעצמו והרי אלו כמי שנתן לו במתנה ואין האחין חולקין עמו ע"כ שמעי' מיהא דסבירא ליה ז"ל דבנו הסמוך על שולחנו מעשה ידיו לאביו כדעת הרשב"א ז"ל וזכה במה שנתן לו אביו גם מלשון הר"ן ז"ל בחידושיו למציעא משמע דדוקא במה שנתן

לו אביו זכה אבל מתנה שנתנו לו אחרים קנה האב ואכתי לא מכרעא דס"ל להר"ן ז"ל כהרשב"א ז"ל דאיכא למימר דדוק' במתנה סביר' ליה דזכה האב משום דלא טרח בו הבן ודמיא למציאה אבל מעשה ידיו דטרח בהו דמיא לחבלה והויא של בן וכן דעת הראב"ד ז"ל שכתב בפירושיו למציעא בפ' הפועלים בשמעת' דמשלו הוא אוכל או משל שמים דהא דאמרי' התם צעריהו לא זכי ליה דה"ק לא תקנו חכמים תחת מזונותיו אלא מציאתו דלא מצטער עליו אבל טרחם שיטול הוא שכרם לא תקנו לו דה"ל כעין חבלה דלא זכו ליה רבנן אע"ג דסמוכין על שולחנו כדאי' בפרק החובל ע"כ:

וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו בפ' הפועלים דבניו הם מונין על שולחנו אין מעשיהם שלו וכתב עוד ז"ל דבן קטן אף על פי שאין שכרו לאביו מ"מ כיון שסמוך על שולחנו לא גרע האב לפקח בעסקיו מיתומים שסמכו אצל בע"ה שיכול לקוץ עליהם וכן פי' רבינו ז"ל וכן היה דן בשם רבו ז"ל דאבי הקטנים הסמוכים על שולחנו דינו בממונם כדין יתומים שסמכו אצל בע"ה המפורש בפ' השולח ע"כ ורבו היינו הראיה ז"ל ורבו דרבו היינו הרמב"ן ז"ל וכולהו סביר' ליה דאין שכר הבנים לאב וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפשיטות בחידושיו למציעא פ"ק דמתנה דקא יהיב ליה אחר לא תקינו ליה רבנן לאב: ומשמע דכל שכן מעשה ידיהם ושכרם מטעמא דכתב הראב"ד ז"ל דה"ל כעין חבלה דלא תקינו ליה רבנן גם מהר"מ ז"ל בתשובתו כתב בשם רבינו שמעון משפירא דיש לחלק בין מציאה להיכא דדע' אחרת מקנה דמתנ' דקא יהיב ליה איניש מעלמא לא הויא דאב ומהר"מ ז"ל חש לסברתו דקא מצדד בתשובתו אליב' דידיה כדאיתא במרדכי פרק פרק קמא דמציעא:

נמצא דעיקר הדין תליא בפלוגתא דרבוואתא דלדעת התוס' והר"בה והרשב"א והרא"ש והרב המאירי ז"ל בן הסמוך על שלחן אביו אפי' שכרו ומעשה ידיו הוי של אב ולדעת הראב"ד והרמב"ן והרא"ה והריטב"א והר"ש משפירא ז"ל שכרו ומעשה ידיו הוי של בן דדוק' במציאתו זכה האב משום איבה ולא במידי אחרינא ואפי' נתן האב מתנה לבן כדת וכהלכה לא נפקא מיהא מדי פלוגת' דהא כתב הר"ן ז"ל בחידושיו דאיכ' מ"ד הכין וכדכתיבנ' לעיל ומשמע להדי' מלשון הרמב"ן ז"ל בחידושיו למציעא פ"ק דר"ת ז"ל ודעימיה אינהו ניהו מרייהו דסברא זו משום דפתקי פלוגתא דשמואל ורבי יוחנן אההיא דעירוב נמי ואההיא דמערימין על המעשר כדכתבי' לעיל והילכך משמע דס"ל דהבן אין לו יד כלל אפי' מתנה מאביו ואע"ג דלא שייכא טעמא דאיבה בהכי כלל:

מעתה לכאורה נדון שלפנינו תליא בפלוגתא דרבוואת' ואפי' הוה יהיב ליה בלשון מתנה גמורה כ"ש שאין כאן מתנה מהאב לבן כלל דמאי דאמר האב לבן שיתעסק בכל אשר

ירצה כי כל מה שירויח לעצמו יהיה ע"כ. אינו אלא לשון הבטחה ולא מהני וכתב הרמ"ה ז"ל דאם אמר אתננו לו אפי' קנו מידו לא קנה דקנין דברים בעלמא הוא וכו' וכמו שכתב הטור בסי' רמ"ה:

וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' מכירה האומר לחבירו משוך ותקנה וכו' והלך ומשך וכו' לא קנה דמשמע תקנה להבא וכן כתב הרב המגיד שם ובפ"ח מה' זכיה ומתנה בשם הרא"ם רבו של הרמב"ם ז"ל דלשון יטול בבריא הוי' ליה קנין דברים ואפי' הרשב"א ז"ל דחולק שם בנ"ד יורה דגריע טובא האי לישנא דכיון דאינו מזכיר שום לשון מתנה אלא לשון הויה משמע דאינו אלא לשון הבטחה לומר דסופו יהיה לעצמו כלומר שיירשנו כדרך שמדברים האבות לבנים בפטומי מילי ואין במשמעו' לשונו שמעשה ידיו יהיה שלו מעכשיו ועוד אפשר דה"ק שכל מה שירויח לעצמו יהיה פי' שילבש בהם ויתכסה ויתהדר במלבושים נאים כרצונו ואפ"ה אמרי' דלא מחל לו אלא מה שיבלה ויאבד מהבגדי' אבל מה שישאר קיים מהבגדי' או מתמורתה בהפרדו מעליו לא מחל וכדאמרי' בפ"ק דב"ק אמר עולא אמר ר"א האחין שחלקו מה שעליהן שמין ומה שעל נשיהן ועל בניהן ובנותיהן אין שמין אמר רב פפא פעמים אף מה שעליהן אין שמין משכחת לה בגדול אחי דניחא להו דלשתמעון מיליה. וכתב הרב המאירי ז"ל בחידושיו דהיינו טעמא משום דכל מה שבגוף של אח אין הדבר נאה להם למחות ומן הסתם לא מחלו זה לזה אבל שעל בניהם ובנותיהם ונשיהם מאחר שלא מיחו נתרצו בכך ומחלו להם מן הסתם ולא עוד אלא שכולם מתרצים בכך מצד שכבוד הוא להם כשבני ביתם מתכבדים אצל שאר העם יותר על גופם ע"כ ומשמע לי דליתא להאי פירוש' כלל חדא דבירושלמי מחלק בין בגדי חול לבגדי שבת וכן פסק הרי"ף ז"ל דדוקא בגדי חול אבל בגדי שבת שמין ולהאי פירוש' אין טעם לחלק ועוד מאי שעליהן שעל בניהן וכו' דקאמר בגדיהן ובגדי בניו וכו' מבעי ליה אלא הנכון כמו שפירשו התוס' ז"ל דהיינו טעמא דאין שמין שעל בניהן וכו' משום שמתביישין להביאם לב"ד ומחלי אהדדי והיינו דנקט שעל בניהן ולכך נמי פסק הרי"ף ז"ל דוקא בגדי חול אבל בגדי שבת שמין ובמאי דכתיבנ' ניחא שכתבו התוספות ופסק רב אלפס וכו' אעפ"י שאין דרכן לפסוק ודוק. וכתב ה"ר מאיר הכהן מסרקסטה ז"ל דדוקא מה שקנו מתפיסת הבית אבל מה שהלבישן אביהן בחיין קנה כל אחד וא' וזכה במה שנתן לו ער כאן פירוש כיון דמת אביהן ולא מיחה זכה במה שנתן לו. ובין שקנה א' מהן או קנו כולן מתפיסת הבית הדין שוה וכן כתב הרב המאירי ז"ל וז"ל מה שעליהן שמים פי' במה שלבשו אחר מיתת אביהם ואפילו לבשו כלם כאחד ובערך אחד אלא שבלו לאחר יותר מחברו שמין באכילה דאם אכל

אחד יותר מחברו מה שאכל אכל והמותר יחלוקו ע"כ וכת' הרא"ש ז"ל בפסקיו מה שקנו מתפיסת הבית ועדיין לא בלו שמין אותן כמה הן שוין עתה והמותר יחלוקו אבל אם נאבדו או בלו אין מנכין לו מחלקן דמעיקרא מחלי אהדדי בכה"ג שלא ידקדקו זה אחר זה אלא בדבר הנראה לעיני וכל זה כשקנו סתם אבל מתחלה יכולין למחות שלא יקנה אחד מהם מתפיסת הבית אם לא שינכו מחלקו. ע"כ: אמר רב פפא פעמים אף מה שעליהן אין שמין וכו' פי' רש"י בגדול אחי גדול האחין העוסק בנכסי' להכניס ולהוציא דעד השתא ניחא להו לאחין דליכסי מדידהו במלבושי' נאים כי היכי דלשתמעון מיליה ע"כ. פי' לא בעי לפרושי הא דקאמ' דניחא להו דלשתמעון מיליה תואר הגדול אחי ולומר באיזה גדול אחי אמרו באותו דניחא להו דלשתמעון מיליה וכן משמ' לכאורה מלשונו של הרמב"ם ז"ל שכתב בסוף פרק תשיעי מה' נחלות וז"ל גדול האחין שהיה לובש ומתכסה במלבושין נאים אם יש לאחים הנאה ממנו כדי שיהיו דבריו נשמעים הרי זה לובש מתפיסת הבית ע"כ: ורש"י ז"ל לא פירש כן דסתם גדול אחי דקאמר היינו העוסק בנכסים להכניס ולהוציא הילכך אין צריך לתארו ולומר דהיינו באותו דניחא להו וכו' אלא נתינת טעם הוא אמאי אין שמין מה שעליהן משום דמחלי להו אחין לגמרי דניחא להו דליכסי מדידהו ולזה הפי' קשה דהרי עתה באין לחלוק ומאי קאמר דניחא להו וכו' ותריץ רש"י ז"ל דה"ק דעד השתא ניחא להו לאחין וכו' ומחלו לגמרי והרמב"ם ז"ל סובר דצריך הדבר לאמרו כדי לאשמועינן דבעינן שיהיה ליתומים הנאה בנכסיהן בהיות דבריו נשמעין וכן כתב בפ"י מהלכות נחלות גבי אפוטרופוס. ומשמע לי דס"ל לרש"י מה שהוא לובש הויא ליה תועלת השותפות ואינם יכולין למחו' כלל וכן משמע מלשון הרמב"ם דכתיבנא בסמוך דו"ק ותשכ"ח אע"ג דהרב המגיד ז"ל לא כתב כן בשם הרש"בא ז"ל והתוספות ז"ל לא כתבו כן וז"ל בגדול אחי אם מוחין הרשות בידם אבל כל זמן שלא מיחו מסתמא ניחא להו כי היכי דלשתמעון מיליה כדאמרי' בהניזקין ע"כ פי' דאמרינן בהנזקים עמרם צבעא אפוטרופוס דיתמי הוה אתו קרובים לקמיה דרב נחמן אמרי ליה קא לביש ומכסי מיתמי אמ' להו כי היכי דלישתמען מיליה ע"כ. ואף על גב דהיה שם מחאה ואפ"ה השיב להם רב נחמן דשפיר עבד דקרובי' דלא הוו בעלי הנכסי' הוא דמיחו והשיב להם רב נחמן רמסתמא היתומים בעלי הנכסים ניחא להו בהכי כי היכי וכו' ומיהו אינו היו היתומים גדולים ומוחין באפוטרופוס פשיטא' דהרשות בידם ואפי' לסלקו נמי והילכך הכא נמי הכי קאמ' מסתמא ניחא להו דלשתמעון מיליה ומ"מ אין דרך התוספו' ללמד לנו דינין ומשמע לי דקשיא להו ז"ל מאי דניחא להו וכו' דקאמ' והרי עתה באין לחלוק וכדאקשי' לעיל על פרש"י ז"ל ועוד אמאי לא פסיק וקאמ' גדול

האחין אין שמין מה שעליהן מ"ט דניחא וכו' ולמה ליה למימ' פעמי' וכו' משכחת לה וכו' נראה דהתוס' ז"ל מפרשי' דה"ק פעמים אף מה שעליהן אין שמין פי' דלאו לעולם קאמר אפי' בגדול אלא פעמי' משכח לה בגדול אחי ואיזה גדול אחי אותו שלא מיחו בו דהיינו דניחא להו דלשתמעון מיליה אבל אם מיחו בו הרי לא ניחא להו וה"ר מאיר הכהן מסרקסט' ז"ל כתב וז"ל ואף על גב דאמרי' מה שעליהן ומשמע דקפדי אהדדי במאי דלביש חד מיניהו טפי מחבריה אפ"ה אי איכא גדול אחי דעייל ונפיק על עסקייהו ולביש ומכסי טפי מאחוהו לא מצו מעכבי עליה דזכות' הוא לדידהו דלשתמעון מיליה טפי טובא ונראה לומר דאף על גב דפלגי ותו לא ליעול וליפוק על אחוהי כיון דלבש ואיכסי קודם חלוקה אחולי אחלינהו להנהו מלבושים גביה ואין שמין אותן בחלקו כלל וה"ה שאינו ראוי ליטול חלק בשומת מלבושי אחיו דמסתייהו דשבקי ליה מלבושי דעבד לנפשיה ע"כ משמע מלשונו ז"ל דאינן יכולין למחות ומשמע לי לתרוצי בדיניה הא דקאמר פעמים וכו' משכחת לה וכו' וה"ק פעמים אף מה שעליהן שמין בכל האחין כגון דאיכא גדול אחי דבודאי עליה דידיה לא מצו מעכבי מעתה אף לאינך אחי אין שמין דמסתייה דשבקי ליה מלבושי דעבד לנפשיה וק"ל להבי"ן: וכתבו בשיטה לא נודע למי דמסתבר דגדול אחי דאמרינן שאין שמין מה שעליו לא עדיף מיהא דאמרינן מה שעל בניהם וכו' אין שמין וחדא דינא אית להו ומה התם בגדי שבת ומועד שמין ה"נ בגדי שבת ומועד שמין ע"כ הארכתי בפי' שמועה זו להתעלס באהבים עם החכם המשיב בעל הקונדריס:

ומכל מקום שמעינן דהאחין אע"ג דמתחל' היו יכולין למחו' שלא יקנה שום א' מהם מתפיסת הבית שום בגד אם קנו כולם כאחד אי נמי אחד מהם בפני שאר האחין דמסתמ' בכל גונא משמע וכדכתי' לעיל ואפי' אם נטפלו שאר האחין בעשיית הבגדים דלכאור' משמע דהויא לה מחיל' גמורה אפ"ה דוקא מה שבלה או נאבד הוא דנמחל אבל מה שנשאר בעין שמין והילכך בנ"ד נמי אע"ג דאמר לו אביו כל מה שירויח לעצמו יהיה ונטפל בעשיות הבגדי' וכמו שבא בקונטריס אין מכל זה שום אומדנא דמוכח שיזכ' הבן בשפח' כיון דחשיבא כבר של האב לדעת התוס' והרשב"א ז"ל ודעמייהו אלא לא זכה במה שישאר בעין וכ"ש ששפח' זו באה תמורת בגדי שבת החשובים שלו ורפי' בגדול אחי דמחלה אחיה טפי בגדי שבת לא מחני וכדכתבי' לעיל ואין לחלק בין מחילת האחין אהדדי למחילת האב לבנו שהרי הרמב"ם ז"ל דמה אותן לענין בגדי שבת בפ"א מה' מלוה ולוה ואף על פי שיש חולקים עליו רבי' הם אשר אתו:

ומכל מקום משמע לכאור' דנ"ד תליא בפלוגת' דרבוואת' ואפילו אם כדברי ראובן כן הוא דאמר לו אביו שיתעסק בכל אשר ירצה כי כל מה שירויח לעצמו יהי' מעתה יהיה הדין פשוט דהמע"ה ויעקב מקרי תפוס ומה שבא בקונטריס דלא מקרי תפוס אלא מאי דאיתי' ברשותיה תדיר אמנם שפחה זו שהולכת יחידה בכל העיר פעם בחוץ פעם ברחובות לא מקרי תפוס ומייתי לה מהנהו עיזי דפ' חזקת הא ודאי בורכא היא דא"כ אף אנו נאמר דאע"ג שתהי' שפחה זו כבת מלך פנימה לא תמוש מתוך האהל לא ליהני בה תפיס' דהא בתחילת שמעתא דהנהו עיזי פריך גמרא עלה מאי דתנן והעבדי' מהא דאמר ר"ל הגודרות אין להן חזקה פי' שיכול לומר מעצמו נכנס והא ודאי ליתא כדאי' בכמה דוכתי אלא הך שמעת' אינו ענין כלל לתפוסה דנדון דידן דהתם מיירי להוציא' מידי בעליהם הידועים להם במאי דטעין לקוחין הם בידו וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' עשירי מה' טוען ונטען וז"ל בהמ' או חיה שאינ' שמורה. אלא מהלכת בכל מקום ורועה אינה בחזקת זה שתפסה מאחר שהיא ידועה לבעלים כיצד הביא התובע עדים שהבהמה הזאת ידוע לו וזה התופס טוען אתה נתת לי וכו' ע"כ:

אבל בנדון דידן דאין לה בעלים ידועים וכל א' טוען שלי הוא שפיר מקרי תפוס כדי דליהוי אידך המע"ה: וכן כתב הרמ"ה ז"ל בפריטיו לפ' חזקת וז"ל צריך את למידע דכי אמרינן הגודרו' אין להם חזק' ה"מ היכא דידיע מילת' דהאי עבדא או הא חמרא דהאי תובע הוא אבל היכא דלא ידיע מילת' בהאי עבדא או האי חמרא דהאי תובע הוא אית להו חזקה דכיון דלית ליה ראיה לחד מיניהו אוקי ממונא בחזקת מאריה. ע"כ: ומה שכתוב נמי בקונדריס דאפילו היה יעקב תפוס בשפחה וכובשה תחת ידו ורשותו מבלי נתון אליה מהלכים אנה ואנה אכתי לא שמה תפוסה משום דתפיסתו הויא לאחר שנולד הספק וכו בהא נמי לא חש לקמחיה דהרי משעה ראשונ' הרי היתה בביתו וברשותו של אב סמוכה על שולחנו עם בנו וכן משמע קצת מלשון הרשב"א ז"ל בתשו' ולקמן נכתוב אותה בס"ד ואדרב' ממקום שבא אשכחנא ליה יפוי כח ליעקב האב דגופא דעובד' אשר דן עליה בעל ת"ה ז"להכי הוה דראובן נשא בת שמעון ופסק שמעון לראובן ק' זהובים נדוני' ונתן לו ש"ח על זמן בשבילם ומת הבת קודם שפרע שמעון לראובן הנדוני' ולאחר מיתת הבת שאל ראובן מחמיו ספרים ללמוד בהן ונפל ההפרש של הנדוניא ביניהם ורצה ראובן לעכב הספרי' תחת ידו כאמרו קים לי כרש"י ז"ל ועל זה השיב הרב ז"ל דכיון דמדינא לא מפקינן ממונא מן האב משום ספק דדינ' הילכך מה שתפס ראובן לאחר מיתת הבת לא שמה תפיס' דכיון דזכה הלה מכח הספק שוב לא מהני תפיסתו של זה והיינו נמי דמהר"י קולון ז"ל שכתב ז"ל דכל שתחלת דינו המע"ה אפילו תפס מפקי'

מיניה ולא מהניא תפיסה אנא היכא שתפס קודם שנולד הספק וכו' ובמקור הדין בגמר' הכי נמי הויא דתני' בפ"ב דכתובות שנים חתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו ידענו שכתב ידם הוא זה וכו' אין אלו נאמנין ופריך גמרא ומגבינן ביה כבשטר' מעליא ואמאי תרי ותרי נינהו ואסיק רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ופרש"י ז"ל ואוקי ממונא בחזק' הלוה ואם קרקע היא וכו' ודקתני בבריית' אין נאמנין לאו דליהוי שטרא מעלי' ביה אלא דלא קרעי' ליה ואי תפיס מידי והדר אתי וכו' ע"כ וקשי' להו לתוספות ז"ל דאמרי' בפ"ק דב"מ גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין אותו מידו אלמא תפיסה דלאחד ספקא לאו כלום הוא פירוש והכא נמי מאחר שבאו העדים לפסול השטר וזכ' הלוה לעמוד בשלו מפני הספק שוב לא מהני' תפיסת המלו' דומיא דספק בכור שתקפו כהן ותרצו בתוס' בתירוץ ראשון דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאין ידוע אם בכור הוא אבל הכא שטוען בריא מהני תפיס' ותרצו עוד דמיירי שתפס קודם שבאו עדים לפסול השטר דהיינו קודם שנולד הספק נמצא דלא בעינן שתהא התפיס' קודם שנולד הספק אלא משום דזכ' הלה כבר מכח הספק ואין כח בתפיסתו של זה לזכות במה שזכ' הלה כבר והילכך בנ"ד אילו הוה תפיס ראובן בשפח' והוא ברשותו לעצמו עד שלא בא לרשות יעקב ושוב היה תופס' יעקב הא ודאי דהוה אמינ' הכין דלא מהניא שוב תפיסת יעקב מיהו השתא דיעקב הוא התופס הראשון דבביתו וברשותו הוי' להו הבגדים והשפח' וכל אשר לבנו וכשיצא ראובן לרשותו לעצמו לא הניח השפח' ללכת עם ראובן כאשר בא בשאלה מעת' הדין ברור שזכה יעקב בתפיסתו מכח הספק מאחר דאמרי' דהויא ליה פלוגת' דרבוואת' ודמי' נמי לטענת בריא ולא דמיא להיא דספק בכור דהא מצי למימר קים לי כבעלי התוס' וכולהו אינך רבוות' דלאו קטלי קני באגמ' הוו ואם יבא שוב ראובן ויתפוס בשפח' לא מהני ליה תפיסתו דהיינו ממקום שבא בעל הקונדריס דהוי ליה תפיס' לאחר שנולד הספק ומיהו יש מרבוות' דסברי דתפיס' לאחר שנולד הספק מהני וכמו שכתב בעל ת"ה ז"ל באותה תשוב' עצמה שהבי' החכם בעל הקונדריס ואין להאריך נמצא דלכאור' נידון דידן תליא בפלוגת ויעקב מקרי תפוש בשפח' והמע"ה מיהו כדמעיינ"בה שפיר מסתבר' לי דזכה ראובן בשפח' ולית לן לדמויי נדון דידן להה' דהאחין שחלקו ולמי שאמר אתננו לו דאמרי' לעיל דשניא אנהו דהוי ליה ממוניהו גמור ולא מיתפקא מינייהו לגמרי וזכיא בהו אידך אלא בלשון גמור ובהוכח' גמורה אבל בנדון דידן דמדאוריית' אין לאב שום זכיה במעשי ידי הבן ובשכירותו אלא משום איבה כי היכי דלא ליתי לאמנועי תקינו לאב שיזכה במעשה ידי הבן מעתה בגילוי דעת כל דהו דלא קפיד האב בהכי סגי תדע דרמינן בפ' החובל

מתנייתא אהדדי דתניא החובל בבניו וכו' ולא עוד אלא אחרים שחבלו בה חייבין ליתן לאביה ותניא אחריתי החובל בבניו ובבנותיו של אחרים גדולים יתן להם מיד וכו' ומשני כאן כשסמוכים על שולחנו כאן כשאין סמוכין על שולחנו ופריך גמרא במאי אוקימתא לבתרייתא בסמוכין על שולחנו גדולים יתן להם מיד קטנים יעשה להם סגולה אמאי לאביהם בעי למיתבי אמרי כי קא קפיד במידי דקא חסר במידי דאתא מעלמא לא קפיד פירוש מידי דחסר ביה ממונא כגון היכא דחבל בהו איהו דנימא ליה אנן זיל שלים ופריך גמרא והא מציאה דמעלמא קא אתי להו וקא קפיד פרש"י ז"ל והרי מציאה דתנן בשנים אוחזין מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלו ואוקימנא התם גדול וסמוך על שולחנו זהו קטן ומשום דהוה ליה איבה הוא דזכאי במציאתו: ע"כ בפירוש רש"י ז"ל כתב יד ישן מדוייק פי' לפי' דליכא טעמא לר' יוחנן דאמר לא גדול גדול ממש אלא משום איבה אלמא דבקפדנותו תליא מילתא ומשמע דקפיד אפי' אמידי דאתי מעלמא ואילו לשמואל לא קשיא דטעמיה לא הוי משום איבה אלא משום דמריצה אצל אביו ומשני אמרי רווחא דקאתי להו מעלמא ולית להו צערא דגופייהו בגווה קפיד אבל חבלה דאית להו צערא דגופיהו ומעלמא קאתי להו לא קפיד ע"כ אלמא דבקפדנותו תליא מילתא וכל דידעינן דלא קפיד סגי לזכות הבן בשלו והילכך בנדון דידן כיון שאמר לו שיתעסק בכל מה שירצה כי כל מה שירויח לעצמו יהיה הרי גילה דעתו שאינו מקפיד על מה שירויח בנו וגם ממה שאמר לו מה זאת עשית אשר קנית נערה קטנה עד מאוד אשר אינה ראוי' לשרת אבל תצטרך לשרת אותה וגם מה שאמר לו הלא אמרתי לך אל תוציא מעותיך בנערה זאת ולא הקשבת לדברי והשיב לו ראובן מנכסי קניתיה וכו' מוכח להדיא דלא היה מקפיד על השפחה שתהיה שלו ודמיא למאי דכתב הרב בעל העיטור ז"ל וכן מי שיצא ללסטוות ומצא מציאה ידוע הוא שאביו לא נתרצה לכך ומחל וכדכתבינא לעיל אלמא כל מידי דאין האב מתרצה בו זכה בו הבן והרי לא נתרצה בקניית השפחה וכן כל הענין הבא בשאלה מוכח להדיא דלא היה קפיד האב והילכך זכה הבן בשלו דטעמא מאי תקינו ליה רבנן משום איבה כיון דלא קפיד לית כאן איבה וכן משמע הלשון הרב המאירי ז"ל דתליא מילתא בקפידא וז"ל בפ' החובל יש שואלים בנים הסמוכים על שולחן אביהם מעשה ידיהם למי שמא תאמר הואיל ואין כאן צער הגוף כבחבלה קפיד עליהם כמציאה ושל אב הם או שמא מאחר שיש להם טורח כצער הגוף הוא ואינו מקפיד עליהם יראה מכאן שהוא של אב ע"כ. אלמא משמע דבקפיד' תליא מילת': ויש מי שאומ' דהואיל והדבר תלוי בקפידא לא אמרו בחבלה דהויא להו דבנים אלא בסתם הא אם גילה דעתו דהקפיד הקפיד וזכה על כל הסמוכין על שלחנו כן כתב הרב המאירי

ז"ל וכן כתב הרמ"ה ז"ל דהא דאמרינן החובל בבניו ובנותיו של אחרים גדולים יתן להם מיד וכו' מיירי בדלא אתי אב וקא תבע מיהו הרמב"ם ז"ל בפ' רביעי מה' חובל ומזיק כתב וז"ל ואם היו סמוכין על שולחנו וחבל בהן פטור בין שהיו גדולים וכו' ואם חבלו בהן אחרים בגדולים יתן להם מיד ובקטנים ילקח בהן קרקע והן אוכלים פירותיהן עד שיגדלו והשיג עליו הראב"ד ז"ל וקאמר אפינו מציאתם שלו היא ע"כ ולא ידעתי מהו דהא ודאי חבלה זכי בהו הבן וטפי ממציאה וכדאיתא בגמ' כדכתבינן בסמוך והרב ז"ל גופיה כתב כן בחידושיו בפרק הפועלים וכדכתבינן לעיל ויש לי לפרש דקא משיג אמאי דכתב ילקח בהן קרקע והן אוכלים פירותיהן וכו' דאיברא דדמי חבלתו הוא שלהן מיהו פירות הקרקע שקנו בדמי החבלה אמאי יאכלו הם והרי אפילו מציאתם דאתי מעלמא ולאו אדעתיה דאביהן קפיד בהו והויא שלו כ"ש פירות קרקען דאיכא איבה טפי אם לא יזכה בדין האב והרב בעל הטורים ז"ל בח"ה סימן תכ"ד כתב בשם הרמב"ם ז"ל קטנים יקנו לו בו קרקע והאב אוכל פירותיו עד שיגדלו. וכתב מהר"י קארו ז"ל דנוסחת הטור ז"ל בלשון הר"מ במז"ל היא הנכונה ואפשר דזאת היתה נוסחת הרב המגיד ז"ל ולכך השמיט השגה זו כי לא נמצאת כי אם במגדל עוז:

ומכל מקום משמע דהרמב"ם ז"ל אינו מחלק בין קפיד ללא קפיד דלעולם דמי החבלה הויא שלהם ואפילו קפיד אב מעתה נאמר דלא נחלק בהכי כלל וי"ל דאיברא דק"ל להרמ"בם ז"ל דחבלה כיון שאין דרך העולם להקפיד בכך אי קפיד בטלה דעתו אצל כל אדם אבל במה שדרך להקפיד אם לא יקפיד תבא עליו ברכה וצדקתו עומדת לעד שמפרנס בניו ואינו מדקדק על מעשה ידיהן ולא אמרי' בכי הא בטלה דעתו אצל כל אדם כנ"ל להלכה ולמעשה דעיקר האי דינא תליא בקפיד' וכל דגלי דעתיה דלא קפיד מוקמינן ליה אדינא דאוריית' וזכה הבן וכן משמע מלשון הרשב"א ז"ל בתשובתו שהבי' החכם בעל הקונדריס שכתב ז"ל וז"ל ואיברא דבר תורה אין לאב זכות על הבן לא בשכירותו ולא במעשה ידיו ולא במציאתו אלא מיהו כל שסמוך על שולחן אביו כלומר שהאב מעלה לו מזונות אע"ג דלאו גברא קפדנא הוא אפ"ה מדרבנן זוכה במציאתו ובמעש' ידיו ובשכירותו משום דתקינו ליה משום איבה דאף על גב דלאו גברא קפדנא הוא בכל מידי דאתי ליה מעלמא ולית ליה צערא דגופא בחבלה מקפד קפיד וכדאיתא בפרק החובל ע"כ. אלמא דבקפידא תלי' מילתא:

והנה אנה ה' לידי קרוב לאלפים תשובות להרשב"א ז"ל נוספות על אותם שנדפסו ומלבד המכונות להרמב"ן ז"ל והמכונות להרמב"ן ז"ל שהם מוטעות בתכלית כמעט רובם אין להם הבנה כלל הם אצלי מדוייקות ובכלל התשובות שאצלי מצאתי תשובה אחת און לי

וז"ל שאלת ראובן היו לו בנים והשוון ונתן לכל אחד קרקע ידוע וכולן על שולחנו ונפטר אחד מהם ואלמנתו תובעת כתובתה וטוענת ששליש הפרקמטיא של בעלה וראובן אומר כי כל המטלטלין והמעות והפרקמטיא שלו שלא זיכה לבניו אלא מקצת קרקעות אבל השאר שלו ושאר הבנים מודים שהכל של אביהם אף על פי שהן נושאין ונותנין בתוך הבית מפני שאבינו ומפרנס אותנו היינו מתעסקין בנכסים:

תשובה. אם היו אונות ושטרות על שם אותו הנפטר הן שלו אף על פי שהיה נושא ונותן בתוך הבית דאימור מפירו' קרקעות שנתן לו אביו קמץ כדתניא בפ' חזקת אחד מן האחין שהי' נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואומר שלי הן שנפלו לי מבית אבי אמא עליו להבי' ראיה ואמר רב חסדא לא שנו אלא שאינן חלוקין בעיסתן אבל חלוקין בעיסתן אימא מעסתן קמץ אבל בלי שאר הנכסים שהן תוך הבית הרי הן בחזקת האב שהבית שלו והם סמוכין על שולחנו וכל מה שיש בבית בחזקת בעל הבית עד שיביאו ראיה בעדים שהוא שלהם ואם רצתה האלמנ' להחרים חרם סתם הרשות בידה ע"כ:

הא קמן דהבן היה סמוך על שולחן אביו והאב מוחה ואומר דמלבד הקרקעות כל השאר שלו וליכא שום ראיה שנתן האב להדיא במתנ' לבנו אלא קרקע אחד לבד מעתה תקשי דהא הרשב"א סובר דאפי' שכירותו ומעשה ידיו הן של אב וכ"ש מה שמרויח בסחור' וכמו שכתב הרב בעל העיטור ז"ל וכדכתבי' לעיל ואפילו פירי דאתו מקרקע הבן הרי הן של אב כדכתבינן לעיל בסמוך בהשגת הראב"ד ז"ל והיאך פשיט ליה להרשב"א ז"ל בתשובה זו דאשה גובה כתובתה מכל אונות ושטרות היוצאות על שם בנו הנפטר משום דאימור מפירו' קרקע שנתן לו אביו קמצן לא יהא אלא דכך היה מכל מקום של האב הן ומה ראיה יש לאלמנ' לגבות כתובת בעלה מינייהו אלא משמע דס"ל להרב ז"ל דכיון דלא מיחה האב בחייו והיה נראה חלוק בחייו מה שסגל סגל לעצמו והויא ליה כמי שנתנן לו במתנ' להדיא והיינו נמי ההי' דהרב בעל העיטור ז"ל דכתבי' לעיל ואיכא לאתויי נמי ראיה מיניה ז"ל וליכא לדחויי דשניא ההיא דבעל העיטור ז"ל דלא מיחה האב בחייו דהא בההיא דהרשב"א ז"ל הרי מוחה האב וצווח ככורכיא ולית מאן דמשגח ביה אלמא משמע דכל שלא מיחה האב בעודו סומך על שולחנו אלא בהפרדו מעל שולחנו לא משגחינן באב ואוקמי' לה אדינא דאורית' וזכה הבן בשלו והכין מסתברא דהא לא תקינו ליה רבנן מציאתו ומעשה ידיו לאב אלא משום איבה דלא ליתי לאמנועי ומאחר דלא מיחה האב והיה מרויח הם לעצמו ולא תבע ממנו האב עד עתה השתא מיהת מה לנו ולאיבתו הרי נפרד איש מעל אחיו ותוב אינו סומך על שולחנו:

הילכך בנדון דידן נמי שלא מיחה האב ותפס בשפח' אלא בשנשא ויצא לעצמו ועד השתא על שם ראובן היתה נקראת שפחה זו זכה ראובן בשפחה וכ"ש דאיכ' כמה אומדנות דמוכח דלא קפיד על מה שסגל בנו וכדכתבי' לעיל וכיון שכן מוקמי' ליה אדינא דאוריית' ומה שסגל סגל לעצמו זוכה ראובן בשפחה ולא חיישי' לאידך סברא דכתבי' לעיל דאפי' מה שנתן האב לבנו במתנ' גמורה לא זכה הבן דהא הרשב"א ז"ל דאלמיה לכח האב בעיקר הדין דאפי' שכירות ומעש' ידיו סבירא לי' דהויא של אב פשיט ליה כביעתא בכותחא דזכה הבן בקרקע שנתן לו אביו כדאי' בתשובה דכתבי' בסמוך וגם הרב בעל העיטור ז"ל כתב כן וכדכתבי' לעיל והסבר' עצמה קלישא וחלושה היא ולית לן למסמך עלה כלל והילכך לית לן למתלי בוקי סריקי בר"ת ז"ל ראש בעלי התוס' ז"ל ואיכ' למימר דאף על גב דס"ל גבי עירוב דאינו זוכה לאחרים לא מכרעא מילת' דנימ' נמי דאין לו יד לזכות במתנ' שנותן לו אביו ולא קנה דאיכ' למימר דדוק' לזכות לאחרים אין לו יד אבל לזכות לעצמו יש לו יד וכן משמע מלשון הר"ן ז"ל בחידושיו למציע' דלא מתליא חדא סבר' באידך שכתב ז"ל וכתב ר"ת ז"ל דכיון דקי"ל כר' יוחנן הא דתנן בפ' בכל מערבין ומזכה להן ע"י בנו ובתו הגדולים אבל לא וכו' לא קטן ממש וכו' אלא אפילו גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן ואינו זוכה לאחרים בשל אביו דידו כיד אביו ואינו מחוור דהכא משום איבה הוא וכשהאב מזכ' לאחרים משלו על ידו ליכא איבה ושם יתבאר שאין כאן מקומו להאריך ואיכא מ"ד דכי היכי דמציאת קטן לאביו הכי נמי אם נתן לו אחר מתנה דאביו היא ואפי' בן שנתן לו אביו מתנ' לא קנה שאין לו יד לזכות לעצמו כלל וכן הדין בגדול הסמוך על שלחנו ובגדול לא מחוור דלא גרע מאשתו דקי"ל דבעל שנתן מתנ' לאשתו קנתה כדאי' בפ' חזקת אעפ"י שידה כיד בעל' ממש ע"כ: משמע להדיא דלא מתליא חדא סבר' באידך ויש לי לומר עוד דאפילו מאן דס"ל דהנותן מתנ' לבנו בעודו סומך על שולחנו לא קנה יודה בנדון דידן דזכ' ראובן בשפח' דע"כ לא קאמר דלא קנה אלא כשחזר האב ומיחה במתנתו בעודו סומך על שולחנו דמטעם איבה תקינו לי' רבנן שלא יהא יד לבו כלל ושיוכל האב לחזור בו כל זמן שהוא סמוך על שולחנו אבל כל שלא מיחה בעודו סומך על שולחנו שוב אינו יכול למחות לאחר שיצא מאצלו דהוה לי' כנותן מתנה לבנו ונמשכ' מתנתו עד שיצ' מאצלו דבהכי לית דין ולית דיין שיאמר דלא קנה ומ"מ הנדון שלפנינו פשוט דזכה ראובן בשפח' ומה שטען יעקב דשוב לקח מלבו שאחר אין בדבריו ממש ואין ראוי לטרוח הקולמוס בזה והאל יצילנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכ' הצעיר מר ונאנח בצלאל אשכנזי:

סימן לט

שאלה. ראובן דר בעזה וממונו בעזה וכל עסקו ומתנו בעזה ופורע המס שלו בחברון לפי שהיו אבותיו דרים בחברון ונכתבו שם בפנקס של חברון תוב"ב לפרוע מס המלך לאווקף של חברון ועברו כמה שנים שלא שאלו מהם תושבי עזה דבר ועתה מקרוב קמו אנשי עזה ושואלים מראובן שיפרע עמהם המס וכל דבר הנוגע בעיר לפי שהוא דר עמהם ומשאו ומתנו וכל מחיתו הוא בעזה וראובן טוען שכיון שהוא פורע בחברון הרי הוא נפטר מכל דבר שנוגע בעזה ואעפ"י שהוא דר בה וגם מאחר שלא תבעו ממנו זה כמה שנים מוכיח שמחלו לו ודמיא לאלמנה ששהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה דהפסידה כתובתה יורנו המורה הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה. הדין עם הקהל ואין בדברי ראובן ממש דנשאל מהרשב"א ז"ל על ראובן שדר באושקא והושיב חנוני בנכסיו בסרגוסא והחנוני דר שם ועכשיו טוענין קהל שרגוסא שיש לראובן לפרוע מס עמהם על אותו ממון שיש לו בחנות וקהל אוש"קה טוענין שיש לו לפרוע עמהם מקום דירת ראובן:

והשיב ז"ל דשורת הדין מסתבר שהדין עם קהל שרגוסא לפי שאין אדם פורע מס לפי נפשות אלא לפי ממון ומקום ששם הממון שם חיובו כיון שעסקו קבוע שם ולא כהללו שהולכים לכפרים ומלוין שם ונפרעין ומחזירין עמהם למקומם ואפילו בכענין זה אנשי המקום שהיא נושא ונותן שם יכולין לעכב על ידו שלא יתעסק שם בממונו אלא אם כן יפרע עמהם וכו'. ע"כ. מעתה הרי הדין פשוט לפניך דראובן זה שמקום דירתו וממונו וכל עסקו בעזה הרי הוא חייב בכל דברי עזה כפי ממונו ומשאו ומתנו אשר שם כאשר תושבי עזה ואינו נפטר במה שלוקחין ממנו בחברון תוב"ב וההיא דאלמנה אינו ענין לזה כלל דבאלמנה אמרו שהוכחת השתיקה מחילה ולא כגרושה וב"ח ובכתובה אמרו ולא בנדוניא ואפילו בתוספת פליגי בה רבוואתא וכ"ש בנדון דידן דאפשר להם לומר דלפיכך לא ערערו עד אתה לפי שהיו חושבים דמאחר שפורע בחברון דנפטר ממסי עזה ועתה נתגלה להם שלא נפטר ולפיכך קמו וערערו וגם דה"ל יחיד המדיין עם הרבים דכל אחד יכול לערער מה שלא ערער חברו וכ"ש אם נתחדש אי זה דבר כגון שהיו פורעים מס בעבור מאה אנשים ושוב נתמעטו וצריכין לפרוע בעבור מאה דעתה יש טענה לשתיקה ולערעור ומכל מקום הדין ברר שראובן חייב במסים ובכל צרכי עזה כשאר תושבי עזה ואם יתן כתף סוררת ולא ישמע לקול דברי התורה הזאת מחוינא ליה בסלוא דלא מבע דמא נגד בית קדשנו ותפארתנו ואם ישמע לקולנו הוא מבורך מפי השוכן בכותל הזה

ובכן אנו מחרימין ומארירין על כל מי שיגזים לאמר מחוינא וכל שיתלה עצמו בשום עובד כוכבים וכל ישראל הכשרים פטורין ועליהם תבא ברכת טוב נאם הצעיר וכו':

סימן מ

שאלה. ילמדנו רבינו זה כמו ג' שנים היה הפרשיות בין לוי וגד ונתפשר ביניהם ומחלו אחד לחבירו בשבועה וקנין כנראה משטר המחילה אשר ביניהם עתה מבקש לוי מגד שיעמוד עמו בדין תורה על סך מעות שאומר לוי שחיב לו גד וגד אומר שאין רצונו לעמוד בדין התורה והיה בראותו לוי שגד לא הטה אזן לעמוד עמו בדין התורה והוליכו בערכאות ובקש ממנו ההפרשיות אשר מחלו כבר א' לחבירו כנראה משטר המחילה כז' לעיל באומרו לוי שהוא פטור משבועתו אחרי שאין רצונו לעמוד עמו בדין התורה יורנו המורה לצדקה אם עבר לוי על שבועתו או לא:

תשובה. איברא דגד עשה שלא כהוגן לסרב בדין תורה ואם הוא במקום ב"ד מוטל על הב"ד למשקל למטרפסיה מיניהו מיהו כיון דלוי לא תלה שבועתו בזה עברינא הוא שעבר על שבועתו בהולכה עצמה בערכאות עשה שלא כהוגן ואפילו שלא היה מושבע ועומד דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל שאלת לוה אלם שהתירו הגאונים ז"ל להתרעם ממנו בחצר המלך מאחר שהתרו בו ב"ד ישראל ולא רצה לבא לפניהם מי אמרינן דאף על פי שהוא משלם שליש למלכות מותר או דילמא במקום שמפסיד לא התירו תשובה היתר זו איני יודע גאונים הללו איני מכיר אבל לוה אלם שלא רצה לבא לב"ד אסור להביאו לפני עובדי כוכבים אלא ב"ד של ישראל כותבין אדרכתא על נכסיו ואם הוצרך אחר כך לדון לפני עובדי כוכבים והם מורידין אותו למה שדנו לו דייני ישראל מותר דבכי הא ליכא משום לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים כדאמרי בגיטין אבל אם היה אנס ובית דין של ישראל מתייראין מלכתו' עליו אדרכתא זה בכלל רשעי' הוא ומתרעם ממנו בב"ד של עובדי כוכבים כדאמרי' בגיטין ואינו חושש לכל ישר' שהוא מתחייב למלכות חדא דדינא דמלכותא דינא ועוד כדאמר התם בפ' המניח פנדי בפנדא למחייה וכו' במקום פסידא עביד אינש דינא לנפשיה והאי נמי כיון דלא ציית וליכא תקנתא בישראל כמציל מן הלסטים דמי ובין על ידי ישראל ובין על ידי עובדי כוכבים מותר להציל עצמו וממונו מן האונסין ואם בא להפסיד רשעו הביאו לכך: עכ"ל הרשב"א ז"ל בתשובות כתיבת יד שבידי שלא נמצאו בדפוס ומסתברא לי דאפילו באנס דכתב הרב ז"ל לא התירו אלא להציל ממנו מה שחייב לו אבל לתבוע ממנו בערכאות מה

שכבר נמחל ונשבע עליו הא ודאי אסירא ועבריינא הוא בין על השבועה בין על התביעה הנלע"ד וכו':

בהיותי בקושטנדינא רבתי עם שרתי במדינות רבתי בדעות שבחו לי בזקן אחד דבר אוריין הוא וגבר דחיל חטאין הוא ומרוב ימים הוא כלוא בבית ולא ימיש יומם ולילה מושך בשבט סופר בפירושי התורה וזכיתי להקביל פניו ובצאתי את העיר שלח לי פיתקא בשתי שאלות ואיידי דזוטר אירכס לי ולא מצאתיו עד הנה ועתה כאשר מצאתיהו נתתי את לבי להשיב על שאלותיו:

סימן מא

שאלה. במה שכתב הרמב"ם ז"ל בה' שבת פ' שביעי דזומר ובוצר הן אבות מלאכות ובה' שמיטה ויובל פ' ראשון כתב שזומר ובוצר הן תולדות זומר תולדה דזורע ובוצר תולדה דקוצר וכן במ"ק פ"ק אמרו בבירור שזומר ובוצר הן תולדות דזורע וקוצר אם כן קשיא להרמב"ם ז"ל מדידיה אד דיה וקשיא ליה מהגמ' של מ"ק וכן קשיא לרש"י ז"ל מדידיה אדידיה ומדידיה אל הגמ' דבמס' שבת בריש פ' כלל גדול כתב אבות דשביעית זריעה וקצירה וזמירה ובצירה ולפנים בפ' עצמו כתב הוא ז"ל על מה שאמרו בגמ' על המשנה דארבעים מלאכות חסר אחת תנא הזורע והזומר וכו' כולו מלאכה אחת הן זה לשונו זורע אב מלאכה ונוטע נמי אב מלאכה הוא דהיינו זורע אלא שזה בזרעים וזה באילנות וכן מבריך ומרכיב אבל זומר תולדה הנה אומר שהנוטע ומבריך ומרכיב שהן הדומו' לזורע הנז' במשנה הן אב מלאכה בכל מקום בשבת ובשביעית וזומר תולדה ובמ"ק אמרו בהדיא שזומר ובוצר הן תולדות אם כן קשיא מדידיה אדידיה כפי מה שכתב בפ' כלל גדול ומדידיה אל הגמ' של מועד קטן: עכ"ל.

תשובה. גרסינן בריש פרק הזורק מכדי זריקה תולד' דהוצאה היא הוצאה גופא היכא כתיבה אמר רבי יוחנן דאמר קרא ויצו משה ויעבירו קול במחנה משה היכן הוה יתיב במחנה לויה ומחנה לויה ר"ה הואי וקאמר להו לישראל לא תפיקו ותיתו מרה"י לר"ה וממאי דבשבת קאי דילמא בחול קאי ומשום דשלימא לה מלאכה כדכתיב והמלאכה היתה דים וגו' גמר העברה העברה מיום הכפורי' כתיב הכא ויעבירו קול במחנה וכתי' התם והעברת שופר תרועה מה להלן ביום אסור אף כאן ביום אסור אשכחן הוצאה הכנסה מנלן סברא הוא מכדי מרשות לרשות הוא מה לי אפוקי ומה לי עיולי מיהו הוצאה אב הכנסה תולדה ומכדי אהא מחייב ואהא מחייב אמאי קרי לה האי תולדה נפקא מינה דאי עביד שתי אבות בהדי הדדי אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי מחייב תרתי

ואי עביד אב ותולדה דידיה לא מחייב אלא חדא ולרבי אליעזר דמחייב אתולדה במקום אב מאי קרו ליה לה תולדה הך דהואי במשכן השיבא וקרי לה אב הך דלא הואי במשכן לא חשיבא ולא קרי לה אב אי נמי הך דכתיבא קרי אב והאי דלא כתיב' קרי תולדה ע"כ. והקשה הרש"בא ז"ל בחידושיו דלא הוה ליה למימר אלא הוצאה גופה במשכן היכי הואי כדבעינן בפרק כלל גדול קשירה במשכן היכי הואי ותירץ דמשום דהוצאה מלאכה גריעא בעינן היכא כתיבא דאי לא לא מחייבינ' עלה ואף על גב דהואי במשכן וכן כתבו התוספות ז"ל וכתב עוד הרשב"א ז"ל דמ"ה איכא דגריס הכא וממאי דבשבת קאי וכו' גמר העברה העברה וכו' דאי לא לא מחייבינן עלה אף על גב דהות במשכן אלא מיהו רב האי גאון ז"ל כתב דלא גרסי' ליה וטעותא הוא דמעיקרא לא איסתפקא להו אלא מנלן דהויא מלאכה ומהדרינן משום דכתיב אל יעשו עוד מלאכה ויכלא העם מהביא דאלמא הבאה דהיינו הוצאה קרויה מלאכה וכן כתבה הר"מ במז"ל בו בלשון בספרו והוא הנכון: ע"כ:

ומיהו רש"י גריס לה וכן כתב להדיא בריש מכילתין וז"ל שתים שהן ארבע בפנים וכו' ובפ' הזורק בריש נפקא לן מויצו משה ויעבירו קול במחנה וגו' לא תפיקו מרה"י לר"ה להביא נדבה למחנה לויה ויום השבת היה כדיליף התם ע"כ: וצריכין אנו לישב דברי רבן של ישראל ונראה דלא קשה מידי ולאו טעותא הוא דאי לאו דבשבת קאי לא ילפי' מידי דדילמא אל יעשו עוד מלאכה לאו מלאכה ממש קאמר אלא לנדבה דתכלת וארגמן ותולעת שני ושאר דברי' קרי מלאכה כדכתיבנ' אם לא שלח ידו במלאכת רעהו וכמו שפי' הראב"ע ז"ל עלה הא דכתי' לרגל המלאכה והכא נמי בקרא גופיה כתיב והמלאכה היתה דיים וע"כ היינו נדבה שהרי עדיין לא נשלמה מלאכת המשכן וכן פירש הרב ז"ל וז"ל דשלמא ליה עבידתיה שהיתה הנדבה כדי להשלים ע"כ:

וכן כתב באורך בפ' במה טומנין עיין שם אבל אי בשבת קאי והא דכתיב ויעבירו קול במחנה לאמר איש ואשה אל יעשו וגו' היינו הכרזה משום קדושת היום כהעברה דיובל ע"כ מלאכה גמורה קאמר וכתיב ויכלא העם מהביא אלמא הבאה דהיינו הוצאה קרויה מלאכה.. והרמב"ם ז"ל כתב בפי"ב מה' שבת וז"ל הוצאה והכנסה מרשות לרשות מלאכה מאבות מלאכת היא ואף. על פי שדבר זה עם כל גופי תורה מפי משה מסיני נאמרו הרי הוא אומר בתורה איש ואשה אל יעשו עוד מלאכה לתרומת הקדש ויכלא העם מהביא הא למדת שההבאה מלאכה קורא אותה ע"כ:

וכתב הרב המגיד ז"ל וז"ל וכתב רבינו האיי ז"ל דלא גרסי' היכא כתיבא וטעות הוא דמעיקרא לא אסתפק להו אלא מנלן דהויא מלאכה ומהדרינן משום דכתי' לא יעשו

מלאכה ויכלא העם מהביא אלמא הבאה דהיינו הוצאה קרויה מלאכה וזה דעת רבינו וכתב הרשב"א ז"ל והוא הנכון ע"כ. ולא ידעתי מהו שאין חילוף הגירסא אלא במאי דפריך גמרא וממאי דבשבת קאי וכו' וכמו שכתבו התוספות ז"ל וכן כתוב בחידושי הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא אבל בכולהו ספרים גרסינן היכא כתיבא ולא אסתפק להו אלא מנלן דהויא מלאכה וכמו שכתב רבינו האיי ז"ל והיאך כתב הרב המגיד ז"ל דרבינו האיי ז"ל לא גריס היכא כתיבא:

ועוד קשיא טובא דהרמב"ם ז"ל כתב הוצאה והכנסה מרשות לרשות מלאכה מאבות מלאכות היא וכו' ובשמעתין קאמר להדיא הוצאה אב הכנסה תולדה ואהא שקיל וטרי כולה שמעת' והכין הוא מסקנא דשמעת' דהכנסה תולדה ולקמן נמי עלה הא דת"ר מר"ה לר"ה ורה"י באמצע ר' מחייב וחכמים פוטרין גרסינן אמר רב יהודה אמר שמואל מחייב היה רבי שתים אחת משום הוצאה ואחת משום הכנסה יתיב רב חנא וקא קשי' ליה למימר' דמחייב רבי אתולדה במקום אב והתני' ר' אומר דברים הדברים אלה הדברים אלו שלשי' ותשע וכו': ע"כ. ופירש הריטב"א ז"ל בחידושיו למימר' דמחייב רבי אתולדה במקום אב פירוש דהא אסקינן לעיל דהכנסה תולדה היא:

ועיקר שמעתין נמי בעיא צילותא כיומא דאסתנא ואנא לא נהירנא ולא צהירנא דיתיבנא בארעא חשוכא וידי אסורות כי ספרי אין אתי והם בעיר הקדם ולבי ועיני שמה כל היום ומכל מקום אמינא בה מילתא דאיכא כא למידק טובא בהאי שמעתא מאי קא בעי אי בעי נפקותא דמאי נפקא מינה במאי דקרי לה להאי אב ולהאי תולד' א"כ מאי משני הך דהואי במשכן וכו' אכתי תבעי מאי נפקא מינה במאי דקרי לה אב ומשמע דחדא בעיא היא בין לרבנן בין לר' אליעזר ואי לא בעי נפקותא אלא טעמא דלישנא קא בעי מפני מה קורא לזו אב ולזו תולדה אם כן מאי משני לרבנן דאי עביד שתי אבות בהדי הדדי וכו' אכתי תקשי מפני מה קורא לזו אב ולזו תולדה והריטב"א ז"ל כתב בחידושיו וז"ל אמאי קרי ליה להאי אב ולהאי תולדה פירוש תרתי קא מבעיא ליה למה נשתנו שמותם ומאי נפקא לן מינה והראיה לזה ממה שהשיב הספר נפקא מינה וכו' מכלל דמעיקרא הא נמי מבעיא ליה ולר' אליעזר דמחייב אתולדה במקום אב וכו' הך דהואי במשכן חשיבא ליה וכו' פירוש דלר' אליעזר לא נפקא לן מידי אלא דההיא דהואי במשכן חשיבא למסרייה אב ואידך דלא הואי במשכן לא חשיבא ליה וקרי לה תולדה: ע"כ: ולא נהירא דאי קא מבעיא ליה תרתי היכי לא קא משני אלא חדא:

והתוספות ז"ל כתבו וז"ל ולר' דמחייב אתולדה במקום אב אמאי קרי לה אב וכו' הוה מצי למימר דנפקא מינה לענין התרא' כדפי' בפ' כלל גדול ואיכא למימר דהיינו דקא

משני הך דהות במשכן חשיב וכו': ע"כ. פירוש לפירושם לר' אליעזר למי נפקותא קא משני וה"ק הך דהות במשכן חשיב למיהוי אב שממנה נולדות האחרות וממילא שמעינן נפקותא דצריך להתרות אתולדה משום אב ולכך האריך בגמרא וקאמר חשיבא וקרי לה אב ולא קיצר וקאמר הך דהואי במשכן קרו לה אב וכו' ואכתי קשיא להאי פירושא דאמאי הוצרך לר' אליעזר לפרושי הך דהואי במשכן וכו' יפרש הנפקותא. להדיא דהיינו לענין התראה וכדפריש לה אליבא דרבנן דאילו עביד שתי אבות וכו' ואילו עביד אב ותולדה וכו' ולא פירש טעמא דהואי במשכן דמילתא דפשיטא דכל מלאות ממשכן גמרינן: ועוד כיון דקא מפרשי דלר' אליעזר נמי קא משני דנפקותא איכא ביניהו אמאי לא משני הכי מעיקרא לרבנן דבשלמא למאי דפריש הריטב"א ז"ל דלרבי אליעזר לא נפקא לן מינה מידי ניחא דמעיקרא עדיפא ליה לשנויי לרבנן נפקותא ואסיק דלרבי אליעזר ליכא שום נפקותא ומיהו לשיטת התוספות דלר' אליעזר נמי משני נפקות' אם כן קשה אמאי לא משני מעיקרא הכי לרבנן:

ונראה דהא דפריך בגמרא ומכדי אהא מחייב ואהא מחייב אמאי קרי לה האי אב וכו' לאו אהוצאה והכנסה בלחוד קאי אלא אהא דתנן אבות מלאכות מ' חסר אחת וכו' נמי קאי והכי איתא להדיא בריש ב"ק ומעיקרא דקאמר הך דהואי במשכן וכו' היב טעמא לשאר אבות ותולדו' וכי משני שוב א"נ הך דכתיב' קרי ליה אב יהיב טעמא להוצאה והכנסה וכמ"ש התוספות וכדבעינא לפרושי בס"ד והילכך כיון דקאי אמתניתין דאבות מלאכו' מ' חסר א' וההיא לא מתניא אלא לענין חיוב חטאות וכדאמר התם בפ' כלל גדול מניינא למה לי אמר ר' יוחנן שאם עשאן כולן בהעלם אחד חייב על כל אחת ואחת: מעתה עדיפא ליה לשנויי לרבנן נפקותא לענין חטאות דמיירי בה מתניתין דארבעים מלאכות חסר אחת והשתא ניחא נמי אידך קושיא דגבי רבנן נקט הנפקותא להדיא דבהכי מיירי גופא דמתני וכדכתי' אבל לגבי ר' אליעזר דהנפקות' היינו לענין ההתראה דלא מיירי ביה גופא דמתני' דארבעים מלאכות נקט הטעם דקרא להם אבות הך דהואי במשכן וכו' דקאי אלישנא דפתח בה מתני' אבות מלאכות וכו ולא אתא למימר דמשו' דהיתה במשכן קורא לה אב דמילתא דפשיטא היא דכל מלאכות ממשכן גמרינן להו אלא הא אתא לאשמועי' דצריך להתרות אתולדה משום אב ולהאי שיטתא לא ניחא שפיר אלא אי גרסינן הך דהואי במשכן חשיבא וקרי ליה אב וכו' וכדבעינא למכתב עוד קמן בס"ד ואכתי צריך לדייק בלשון התוספו' שכתבו דנפקא מינה לענין התראה כדפי' בפ' כלל גדול וכו' ובפ' כלל גדול כתבו ז"ל וז"ל והנוטע והמבריך והמרכיב. חייב משום זורע אין להוכיח מכאן דצריך להתרות משום זורע אלא דאם התרה בו משום זורע דחייב

אבל בריש פ' תולין משמע קצת דצריך להתרו' אתולדה משום אב דקאמ' משמר משום מאי מתרינן ביה רבא אמר משם בורר ר' זירא אמר משום מרקד וגם זה יש לדחות דה"פ משום מאי מתרינן ביה שיהא חייב רבא אמר משום בורר אבל אם התרו בו משום מרקד פטור כיון דמתרהו משום דבר שאינו דומה לו הוא סבור שהוא מלעיג בו ופטור אבל אם התרה בו סתם אל תשמר חייב ונראה שגם ר"ח רוצה לפרש כן ועוד ראיה דבריש ב"ק קאמר ולר' אליעזר דמחייב אתולדה במקום אב אמאי קרי ליה אב אמאי קרי ליה תולדה ולא משני דלהכי קרי ליה אב דצריך להתרות אתולדה משום אב ע"כ ואין להקשות דאכתי קשיא דאף על גב דאין צריך להתרו' אתולדה משום אב מכל מקום שפיר מצי לשנויי דלהכי קרי ליה אב דאם התרו בתולדה משום אב מחייב ואם התרו באב משום תולדה מיפטר די"ל דמה שקרוי אב היינו להחמיר ולא להקל ואי אמרת דמשום הכי קרוי אב אין זה אלא להקל דתולדה חמירא טפי דאילו אתרו בה משום דידה מחייב ומשו' אב נמי מחייב:

ומכל מקום הא קמן דכתבו התוספות ז"ל דלא מצי לשנויי לענין התראה והיכי קאמר הכא בשמעתי' דהוה מצי למימר דנפקא מינה לענין התראה כדפירשו בפ' כלל גדול ועוד איכא למידק במה שכתבו בפרק כלל גדול ועוד ראיה דבריש ב"ק קאמר ולר' אליעזר וכו' ע"כ. דאמאי הביאו ראיה מריש ב"ק ולא הביאו ראיה ממכילתין דהיינו שמעתין וכדכתיבנא ולזה יש לתרץ דלהכי לא מייתו ראיה משמעתין משום דאיכא לדחויי דלהכי לא קאמר הכא בשמעתין דנפקא מינה לענין התראה משו' דקאי נמי אמתניתין דמ' מלאכות' חסר אחת דמיירא בחטאות כדכתיבנא הילכך אית לן לאשכוחי נפקותא לענין חיוב חטאות דלא שייך ביה התראה ואף על גב דבפרק כלל גדול אמרינן דמתניתין דארבעים מלאכות אתיא דלא כר' אליעזר ובגמרא לרבי אליעזר קא פרך מכל מקום רבי אליעזר נמי לענין חטאת מיירי ומיהו התם בריש ב"ק קאמר גמרא גבי שבת תנן אבות מלאכות ארבעים חסר אחת אבות מכלל דאיכא תולדות תולדותיהן כיוצא בהן לא שנא אב חטאת ול"ש תולדה חטאת ל"ש אב סקילה ולא שנא תולדה סקילה וכו' הילכך משמע דאי אשכח נפקותא לגבי סקילה ניחא אמטו להכי מייתו התוספות ז"ל ראיה מהתם דאין צריך להתרות אתולדה משום אב דאי צריך להתרות אמאי לא משני כן:

ומכל מקום קשיא טפי אמאי דכתבו התוספות ז"ל הכא בשמעתין דהוה מצי למימר דנפקא מינה לענין התראה דהא לא מצי למימר הכי ואין לתרץ דהתם בפרק כלל גדול כתבו התוספות דאין להוכיח ממאי דקאמר הנוטע והמברך וכו' משום זורע דצריך להתרותו משום זורע משום דש לדחות וכו' והכא בשמעתין נמי קאמר דאהא דפריך

ולר"א וכו' הוה מצי לדחויי איפכא דנפקא מינה לענין התראה דזיל הכא קא מדחה לה וזיל הכא קא מדחה לה דהתם בפר' כלל גדול לאו בדרך דחיה קאמרו אלא בדרך פסק לומ' דאין צריך להתרות ולהכי מייתו ראיה מריש ב"ק ונראה לתרץ דהתם בפרק כלל גדול מיירו התוספות ז"ל במלאכות חשובות כגון נוטע ומבריך דהסברא נותנת בהם דאין צריך להתרות בהם משום חב וכ"ש לרבי אליעזר דמחמיר בהם כמו על האב דמסתבר דאין צריך להתרו' בהם משום אב ולהכי אסיקו התם דאין צריך להתרות משום אב' אבל הכא בשמעתין אף על גב דמיירי נמי בכל המלאכות מכל מקום עיקר מאי דאייתי עלה היינו הוצאה והכנסה דמלאכה גרועה היא וכמו שכתבו התוספות ז"ל בשמעתין ובריש מכילתין דבכל המלאכות לא חיישי' שיהא במשכן אלא אבות בלבד ובתולדות דהוצא' בעינן שיהא במשכן ואע"ג דהויא במשכן בעינן שיהא כתוב ואי לאו דכתיב לא הוה מחייבינן עלה ולא סגי בחד קרא אלא בתרי קראי בהוצא' חד לעני וחד לעשיר וכמו שכתבו התוס', ז"ל לעיל בריש מכילתין הילכך איכא למימר דבתולד' גרועה מסתבר' דלא מחייב עלה עד שיתרו בה משום אב דכתיבא בתורה ולכך כתבו התוס' בשמעתין דאיכ' למימר דהיינו דקא משני הך דהו' במשכן חשיב וכו' ע"כ:

ובריש ב"ק כתבו התוס' שני התירוצין הך דפ' כלל גדול והך דשמעתין והיינו משום דהתם לא מפרש להדיא לא מלאכ' חשובה ולא גרועה כהוצאה והכנסה לכך כתבו התם שני התירוצין:

עוד תרצו התם בתוספות תירוץ אחר דאפילו את"ל דצריך להתרות בתולדה משום אב ואלו אתרו בה משום עצמה לא מחייב ליכא למימר דמ"ה קרי ליה אב דאם כן נוטע ומבשל להוו אבות דאין צריך להתרות בהם משום אב אחר ואם התרו התולדה משום נוטע חייב ואיכא למידק מאי קשיא להו ממבשל דאיברא ודאי דעיקר האב היינו מבשל אלא דשביק תנא בישול סמנין דהוה במשכן ונקט אופה משו' דתנא סידורא דפת נקט וכדאיתא בפרק כלל גדול י"ל דמכל מקום כיון דלא קרינן להו אב אלא מטעם ההתראה וכדכתי' לא היה לו להניח מלמתנייה משום טעמא דסידורא דפת איכא דהא למעטי בענין הדין דנימא או כולהו אין צריך להתרות בתולדה משום אב מדלא תני מבשל או הנזכרם במשנה צריך להתרות בתולדותיהן משום דידהו ותולדות נוטע ומבשל אין צריך להתרות בהם משום אב והא ודאי ליתא דאין לחלק בהו ובשלמא לרבנן ניחא דלא רצה למנות אלא זורע ואופה משום דרצה התנא להזכיר סדר עשיית לחם הפנים שתחלה זורע ואחר כך אופה ולא מנה נוטע ומבשל בהדי אבות משום דאם כן הרי אתה בה לחייב על הנוטע ועל הזורע שנים וכן על המבשל והאופה ולדידהו לא מחייב אלא חדא אבל לר'

אליעזר מחייב תרתי וכדבעינא למכתב בס"ד. וקשיא ליה להראש ז"ל דמנא ליה דלרבי אליעזר לא חשיב להו אי ממתני' דפ' כלל גדול אבות מלאכות מ' חסר א' הא אמרינן התם דאתיא דלא כרבי אליעזר ותירץ דקים ליה לגמרא דרבי אליעזר לא מני להו בהדי אבות ע"כ: ויש להביא ראיה לזה דבפרק כלל גדול אמרינן אלו אבות מלאכות אלו לאפוקי מדרבי אליעזר דמחייב על תולדה במקום אב חסר אחת לאפוקי מדרבי יהודה דתניא רבי יהודה מוסיף את השובט והמדקדק וכו' ע"כ אלמא קים ליה דרבי אליעזר לא פליג על מנין האבות ובלאו הכי נמי איכא לאקשויי אעיקר קושיא דפריך ולרבי אליעזר וכו' דכיון דמתניתין דאבות מלאכות ארבעים חסר אחת לא אתיא כרבי אליעזר אם כן מאי פריך ולרבי אליעזר וכו' דילמא רבי אליעזר לכולהו קרי אבות או מלאכות וי"ל דבכריתות פ' אמרו לו תנן אמר ר' עקיבא שאלתי את רבי אליעזר בעושה מלאכות הרבה בשבתות הרבה מעין מלאכה אחת בהעלם אחד חייב על כולן או חייב על כל אחת ואחת א"ל חייב על כל אחת ואחת ופרש"י ז"ל מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת תולדות הרבה של אב אחת וכו': ע"כ: ופירש גמרא דתרתי בעי מיני' שבתות כגופין וכו מדי מלאכו' במלאכו דמיין וכו' ע"כ: משמע להדיא דאיהו נמי אית לה אבות ותולדות ומדלא פירש אי אלו אבות ואי אלו תולדות משמע דאארבעי' מלאכות חסר אחת דתנן במסכת שבת אלמא דהני ל"ט אבות דתנן בפרק כלל גדול הוא כלל מסור לחכמים ואין חולק כי אם רבי יהודה דמוסיף שובט ומדקדק ושאר כל התנאים שוים בהאי מניינא והשתא ניחא שפיר מאי דקשיא ליה להרא"ש ז"ל ואפשר דלהכי כתב רש"י ז"ל ולרבי אליעזר וכו' במסכת כריתות בפרק אמרו לו ע"כ ואין דרכו של רש"י ז"ל להורות מקום אלא לצורך ועוד נאריך בלשון זה בס"ד: ולהכי נמי האריך גמרא וקאמר ולרבי אליעזר דמחייב אתולדה במקום אב וכו' ולא קיצר וקאמר ולר' אליעזר דמחייב תרתי וכו' והיינו לאורויי דלרבי אליעזר נמי אית ליה אבות ותולדות וכדכתיבנא והרשב"א ז"ל כתב בחידושיו וז"ל ואיכא למידק אמאי לא קאמר דנפקא מינה נמי אפילו לר' אליעזר דאי עביד אב ואב דידיה בהעלם אחד כגון דש ודש אינו חייב אלא אחת ואילו עביד אב ותולדה כגון דש ומפרק מחייב תרתי ולא מילתא היא דאם כן לקרינהו לכולהו אבות או מלאכות ואכתי איכא למידק דדילמא להכי קרי ליה תולדה דאי מתרו ליה משום אב דידיה מחייב וכדאמרן משמר משום מאי מתרינן ביה משום בורר ואלו הוו כלהו אבות ומתרה ביה משום אב אחר כגון שמתרה למפרק משום דש לא מחייב וי"ל דלרבי אליעזר כיון שהן מוחלקות לחטאות מן האבות להתחייב בהן במקום אב אינו בדין שיתחייב על תולדה כי מתרה ביה משום אב דידיה: ע"כ. והתוספות ז"ל לא כתבו כן וכדכתיבנא:

ומשני הך דהוא במשכן וכו' ובזה נפל חילוף בגירסאות וז"ל תוספות שאנץ בריש ב"ק אית ספרים דגרסי הך דהואי במשכן חשיבא וקרי לה אב הך דלא הואי במשכן לא חשיבא וקרי לה תולדה פירוש דהואי במשכן חשיבא למקרייה אב וקשיא לפי גירסא זו דכמה תולדות היו במשכן כדאיתא בפרק במה טומנין הם העלו את הקרשים מקרקע לעגלה דהיינו הכנסה ואית ספרים דגרסי הך דהואי במשכן וחשיבא וכו' ולפי זו הגירסא בעינן תרתי והשתא אתי שפיר הא דאמרינן בפרק כלל גדול היינו זורה היינו מרקד ומשני כל מילתא דהוא במשכן וכו' והתם כולהו חשיבו זו כזו אבל הכא כיון שאין התולדה חשיבא לא מקריא אב אף על גב דהויא במשכן וא"ת זורע ונוטע אמאי אינם אבות דתרויהו הוו במשכן זריעת סמנים ונטיעתם שיש מהן בזריעה ויש מהן בנטיעה וי"ל דהנהו הוו יותר ממש מענין אחר מבורר וזורה ומרקד ודמו טפי למלאכה אחת ע"כ גם בתוספות שלנו כתיב שם ברי"ש ב"ק דה"ג הך דהואי במשכן חשיבא קרי ליה אב וכו' אי נמי גרסינן הך דהוי במשכן וחשיב קרי ליה אב וכו': ע"כ אלמא דלא ניחא להו למגרס הך דהוה במשכן חשיבא וקרי לה אב וכו' מטעם שכתבו בתוספות שאנץ וכדכתיבנא והכא בשמעתין לא כתבו התוספות כן אלא כתבו אית דגרסי הך דהות במשכן חשיבא קרי לה אב וכו' אבל אי גרסינן הך דהות במשכן חשיבא וקרי לה אב הך דלא הות במשכן לא חשיבא וקרי לה תולדה ולפי זה התולדו' לא היו במשכן ע"כ. משמע דניחא להו גירסא זו:

ועוד דהתם בריש ב"ק ל"ג אלא חדא שינויא הך דהואי במשכן וכו' ול"ג התם אי נמי הך דכתיבא וכו' והכא בשמעתין גרסינן אי נמי הך דכתיבא קרי אב דלא כתיבא קרי תולדה וכתבו התוספות הך לישנא לא איצטריך אלא משום הוצאה פירוש לפירושו דהוצאה מלאכה גרועה היא וכדכתיבנא לעיל ואף על גב דהואי במשכן לא חשיבא למהוי אב כלל אי לאו דכתיבא וכמו שכתבו התוספות כאן ובריש מכילתין ונמצא לפי זה דשינויא דהך דהואי במשכן וכו' לא קאי ההוצאה ותולדותיה כלל והילכך שפיר גרסינן הכא הך דהויא במשכן חשיבא וקרי לה אב וכו' דתולדות של שאר מלאכות חוץ משל הוצאה לא היו במשכן וההיא דפרק במה טומנין דאמרינן הם העלו את הקרשים וכו' היינו תולדות דהוצאה מיהו התם בריש ב"ק דלא גרסינן אלא הך דהואי במשכן וכו' וקאי אכולהו אבות מלאכות דתנן במתניתין וגם אהוצאה הילכך לא מצינן למגרס אלא אינך גרסאות ול"ג הך דהוי במשכן חשיבא וקרי לה אב וכו' מההיא דבמה טומנין וכמו שכתבו בתוספות שאנץ:

וגם לפי מאי דכתבו התוספות בשמעתין דנפקותא דהתראה אתא לתרוצי הילכך צריכין אנו לגרוס הך דהות במשכן חשיבא וקרי ליה אב וכו' וכדכתבינא לעיל וגם דכיון דהאב היה במשכן והתולדה לא היה במשכן מסתברא דבעינן להתרות אתולדה משום אב ואף על גב דלרבי אליעזר הן מוחלקות לחטאות מן האבות ומיהו אי גרסינן הך דהואי במשכן חשיבא קרי לה אב וכו' לא מצינא לפרושי כך דכיון דתולדה נמי נמי היתה במשכן אמאי צריך להתרו' משום אב אטו משום דהאב חשיב טפי קצת מהתולדה לא תועיל התראתה מצד עצמה ועוד כיון דלרבי אליעזר הן מוחלקות לחטאות מן האבות והיו במשכן היאך תועיל ההתראה משום אב תדע דהרשב"א ז"ל כתב וז"ל ה"ג הך דהואי במשכן חשיבא הך דלא הוה במשכן לא חשיבא הך דכתיבא קרי לה אב הך דלא כתיבא קרי ליה תולדה ופירוש הואי במשכן קאמר משום שאר מלאכות וכת בא קאמר משום הוצאה דהכנסה נמי האי במשכן שהיו הלוים מכניסין הנדבה ממחנה לויה ללשכות אלא הך דכתיבא בהדיא ומפרש בה קרא קרי לה אב ובשאר מלאכות נמי אף על גב דאיכא מיניהו במשכן ואף על פי כן קרי להו תולדות כשובט ומרקרק היינו משום דבכלל האחרות הן לגמרי ואינו בדין שיהו מוחלקות מהן לגמרי לענין חטאת: ע"כ. הא קמן דאף על גב דגריס הך דהואי במשכן חשיבא אפ"ה תירץ ז"ל דלרבי אליעזר כיון שהן מוחלקות לחטאות מן האבות אינו בדין שיתחייב על תולדה כי מתרה ביה משום אב דידיה וכדכתיבנא לעיל ואף על גב דהתוספות ז"ל חולקין וכדכתבי' לעיל מכל מקום לא מסתבר כלל שיהו גורסין הך דהואי במשכן חשיבא קרי לה אב וכו' ויסברו גם כן דבעינן להתרות אתולדה משום אב ולא תועיל ההתראה מצד עצמה:

הילכך ודאי בשמעתין ניחא להו לבעלי התוספות ז"ל לגרוס הך דהות במשכן חשיבא וקרי ליה אב וכו' וגרסינן בפ"ק דמועד קטן אבות אסר רחמנא תולדות לא אסר רחמנא ופי' רש"י ז"ל תולדות כגון משקה זרעים שלא היו במשכן לא אסר רחמנא ע"כ. אלמא דהתולדות לא היו במשכן:

מיהו למאי דתרצו התוספות ז"ל בפרק כלל גדול ולאינך תירוצי דבריש ב"ק ולהרשב"א והריטב"א ז"ל דלא אתא לתרוצי שום נפקותא קשיא בשמעתין מאי דאקשינן לעיל ממה נפשך אי נפקותא קא בעי מאי משני הך דהואי במשכן וכו' ואי טעם הלשון בלבד קא בעי דמה טעם קורא לזו אב ולזו תולדה אם כן מאי משני לרבנן דאי עביד אב ותולדה דידיה וכו' אכתי תבעי אמאי קרי לזו אב ולזו תולדה אימא איפכא והרא"ש ז"ל פירש בתוספותיו דמעיקרא ידע שפיר דהך דהואי במשכן חשיבא למקרייא אב דאי לאו הכי לא הי מלאכה הוי אב ידענא והי מלאכ' הויא תולדה אלא ידוע הוא דכל ענין שבת

ממשכן גמרינן דלהכי נסמכה פרשה שבת למלאכת המשכן אלא דטרי ושקיל גמרא לידע אם יש שום נפקותא בדבר וקאמר דאה"נ דלרבנן איכא נפקותא בדבר כדמפרש ותו בעי לרבינו אליעזר אם יש שום נפקותא ואסיק דלרבי אליעזר ודאי לא אשכחן שום נפקותא אלא הך דהואי במשכן חשיבא נקראת אב: ע"כ: ודוחק דלא משמע דקא שקיל וטרי גמרא לידע אם יש שום נפקותא בלחוד אלא לאקשויי נמי קא אתי ובשמועתינו יש לפרש דהכי פריך גמרא מכדי אהא מחייב וכו' פירוש איברא ודאי דמעיקרא הוה ידע שפיר דהכל תלוי במשכן ומאי דהואי במשכן נקרא אב ומאי דלא הואי לא מקרי אב מיהו כיון דקאמר דהוצאה אב והכנסה תולדה ומצינו להדיא דהכנסה היתה במשכן וכדאיתא בפרק במה טומנין וכדכתבינא לעיל מעתה איפריך ליה האי כללא וקשיא ליה דאמאי קרי לה האי אב וכו' ומשני דקרי אב ותולדה משום הנפקותא דאי עביד אבותולרה וכו' ולאו משום גריעותא דתולדה אלא משום דהוי כעושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת דאינו חייב אלא אחת ואכתי הוה מצי למבעי ממאי דהאי אב והאי תולדה אימא איפכא אלא דלא חש למבעי הכי דמאחר דאשכח נפקות' בקל יש למצוא עדיפות' וחשיבות אהני מהני ועדיפא לי' לאקשויי ולר"א וכ' ומהדרינן הך דהואי במשכן חשיבא וכו' פי' קא מהדר ליה דאה"נ. דהכל תלוי במשכן והוצאה והכנסה תרווייהו אבו' נינהו אי נמי הך דכתיבא קרי אב וכו' פירוש לעולם כדאמרינן מעיקר' דהכנסה תולדה ומשום דלא כתיב' להדיא ופסק הרמב"ם ז"ל כלישנ' קמא דהוצאה והכנסה אב משום דבריש ב"ק לא משני אלא כלישנ' קמא והשמיט שינויא בתר' כך יש לפרש שמועתינו ומיהו בריש ב"ק לא הזכיר הוצא' והכנסה כלל ובעי מעיקר' לרבנן ומאי איכ' בין אב לתולד' אלמא דנפקותא כא בעי ושוב בעי ולר"א דמחייב בתולד' וכו' אמאי קרי לי' אב ואמאי קרי ליה תולדה וכו' משמע דלישנ' דאב ותולד' קא בעי ונרא' לפרש דמע קר' קא בעי אמתני' דאבות מלאכות ארבעים חסר אחת דאתי' כרבנן דקא מני מנין חטאות דהעלם א' ותנא בסיפא הרי אלו אבות מלאכו' וכו' למעוטי שאם עשה תולדותיהן עמהן דאינו מביא עליהן חטאת וקס"ד דכיון דליכ' חילוק בינייהו לענין חיובא דאין לקרות לזה אב טפי מזה ומ"ה בעי התם בריש ב"ק ומאי איכא בין אב לתולד' וגם מדתנן אבות מלאכו' ארבעים וכו' משמע דבלא הך נפקות' נקראו אלו אבות משום נפקות' אחריתי ולא סגי ליה למקרייה אב משום דהואי במשכן וכו' דהא איכא כמה מלאכות דהוו במשכן ונקראו תולדות ומ"ה בעי בשמעתין אמאי קרי לה האי אב וכו' ומשני הכא בין בשמעתין בין התם בריש ב"ק נפקא מינה בדיעבד וכו' פירוש כיון דאי עביד אב ותולד'

דידיה לא מחייב אלא אאב שפיר מקרי אב ואע"ג דליכ' אלא הך נפקותא שפיר תני מעיקר' אבות מלאכות ארבעים וכו':

ותוב בעי ולרבי אליעזר וכו' פירוש לא קאי אמתני' דמסכת שבת דתנן אבות מלאכות ארבעים וכו' דההיא לא אתי' כר"א אלא אמתניתין דמסכת כריתות פרק אמרו לו דתנן שאל ר"ע לר"א וכו' דקרנהו אבות ותולדות ואשויינהו דקא מחייב אתולדה במקום אב כמו אב ואב וזהו שכתב רש"י ז"ל ולרבי אליעזר וכו' במסכת כריתות בפרק אמרו לו עד כאן ודו"ק:

הילכך לא קא בעי מאי נפקא מינה משום דפשיט' ליה דלר"א לא נפקא מינה מידי דכיון דקא מחייב אתולד' במקום אב אלמא חשיבא התולדה כמו האב וגם אין צריך להתרות אתולדה משום אב כיון דמחמיר על התולד' כמו האב ובספרים שלנו גרסינן ולרבי אליעזר וכו' מאי קוו ליה אב ומאי קרו לה תולדה פירוש לא ברירא ליה אי אית ליה מניינא דארבעים חסר אחת כדי למבעי עלייהו מסויים בלשון מ"ט קרי להני ל"ט אבות ואינך תולדות ומיהו הא פשיטא ליה דאית ליה אבות ואית ליה תולדות וכדתנן במסכת כריתות וכדכתבינן לכך קא בעי מאי קרו לי' אב וכו' פירוש מאי ניהו אבות ומאי ניהו תולדות ומשני הך דהואי במשכן חשיבא קרי לה אב וכו' ול"ג הך דהואי במשכן חשיבא וקרי ליה אב וכו' דאי מהאי טעמא לא הוה ליה לחיובי אתולדה במקום אב דכיון דעיקר מלאכות ממשכן גמרינן להו והנך דלא הוו במשכן משום דדמו להנך דהוו במשכן קא מחייבינן להו וקרו להו תולדה א"כ מאיזה טעם תחייב אתולד' במקום אב אלא הכי גרסי' הך דהואי במשכן חשיב' קרי ליה אב וכו' והשתא ניחא דכיון דבחשיבות תליא מילתא איכא למימר דסביר' ליה לרבי אליעזר דאין שינוי זה מועיל אלא לגבי קריאת שם בלבד דזה קרוי אב וזה קרוי תולדה אבל לענין דינא כולהו חשיבי לחייב עליהן כא' אי נמי גרסינן הך דהואי במשכן וחשיב קרו ליה אב וכו' ולפי גירסא זו בעינן תרתי וכמו שכתבו התו' בריש בבא קמא והילכך משני נמי שפיר דלאקרויי אב בלבד בעינן תרתי אבל לענין דינא לחייב על זה כמו על זה בחד סגי: כך נ"ל שמעתין למאן דמפרש דלא קא משני לר"א שום נפקות' וניחא דבריש ב"ק קא בעי לרבנן ומאי איכא בין אב לתולד' ולרבי אליעזר קא בעי אמאי קרי ליה אב וכו' אלמא דהשאלות אינם שוות ומיהו מלשון התוס' ז"ל שם בריש בבא קמא לא משמע כן ומה שנראה לי כתבתי והא כתיבנא נמי דלשיטת התוספות דבשמעתין דקא משני נפקותא גם לרבי אליעזר בעל כרחין לא גרסינן אלא הך דהואי במשכן חשיבא וקרי ליה אב וכו' וכדכתיבנא לעיל:

ומכל מקום הר"מ במז"ל פסק כרבנן בפרק ז' מה' שבת שכתב וז"ל אחד העושה אב וכו' אם כן מה הפרש יש בין האבות והתולדות אין ביניהן הפרש אלא לענין הקרבן בלבד שהעושה בשוגג אם עשה אבות הרבה בהעלם אחד חייב חטאת אחת על כל אב ואב ואם עשה אב ותולדותיו בהעלם אחד אינו חייב אלא חטאת אחת עד כאן:

ולענין קריאת שם אבות תלאן הרב ז"ל במעשה המשכן שכתב בפי' המשנה בפרק כלל גדול וז"ל וכל אלו האבות שמנה מפני זה קראם אבות לפי שהיו במעשה המשכן שזכר אותן הכתוב בשם מלאכ' וכל הדבר שנתלה או הדומה בא' מהן יקרא תולדה כמו שחלקנו ע"כ והיינו משום דדוקא לרבי אליעזר איכא חילוף גרסאות לפי הפירושים וכדכתיבנא אבל לרבנן לעולם במשכן תליא מילתא וכתב הרב ז"ל בה' שגגות פרק ז' וז"ל העושה אב ותולדותיו בהעלם אחד אינו חייב אלא חטאת אחת ואצ"ל העושה תולדות הרבה של אב אחד שאינו חייב אלא חטאת א' עשה תולדה של אב זה ותולדה של אב זה בהעלם אחד יראה לי שהוא חייב שני חטאות עד כאן:

ונשאל הרב רבי אברהם החסיד ז"ל בנו של הרב ז"ל למה אמר אביו ז"ל יראה לי והלא גמר' ערוכה הוא בריש בבא קמא נפקא מינה דאי עביד שתי אבות בהדי הדדי א"נ שתי תולדות בהדי הדדי מחייב אכל חדא וחדא ואילו עביד אב ותולד' וכו' ולא נהירא תשובתו וכמו שכתוב בכסף משנה והעלה שם דהיותר קרוב שלא היה גורס בגמר' אי נמי שתי תולדות בהדי הדדי ולכך כתב יראה לי ואין דרכנו לתרץ לשון הרב ז"ל בחילוף גירסא אי לא אשכחן לה בשום ספר כתיבת יד והכא לא אשכחן שינוי בזה בספרים וכל שכן דגרסינן נמי הכי בשמעתין בפרק הזורק ודע דגרסינן בפרק כלל הזורה הבורר וכו' היינו זורה היינו בורר היינו מרקד אביי ורבא דאמרי תרוייהו כל מילתא דהויא במשכן אף על גב דאיכא דדמיא לה חשיב לה. ע"כ. והילכך איכא למימר דכיון דלא נתחלקו אלו האבות אלא משום דהוו במשכן דמעשה המשכן אחשבינהו וחלקינהו מעתה התולדות שלא היו במשכן איבעי לן למימר דכשהן דומין זה לזה כעין זורה ובורר שלא יהיה חייב על כל אחת ואחת דמאי דקאמ"דאי עביד שתי תולדות בהדי הדדי מחייב אכל חדא היינו בתולדות מוחלקין לגמרי כגון תולד' חורש בהדי תולדת זורע אבל חולדות הדומין זה לזה כגון המחבץ שהוא תולדת בורר והבורר שמרים מתוך המשקין דלרבי זירא הוא תולדת מרקד וכדאיתא בפרק תולין הוה אמינא דאינו חייב אלא אחת להכי כתב הרב ז"ל דיראה לו דבכל גונא דעשה תולדה של אב זה ותולדה של אב זה בהעלם אחד חייב שתים ואפי' יהיו דומין זה לזה דכיון דנתחלקו האבות בהוויתן במשכן גם תולדותיהן נתחלקו ואף על גב דלא הוו במשכן:

ומכל מקום לדעת הרב ז"ל קריאת שם אב תלוי במשכן ודוקא לגבי שבת אבל בשאר דוכתי כגון בנזיקין דתני ארבעה אבות נזיקין בריש ב"ק להך דכתיבן בקרא בהדיא קרי אבות וכמו שכתב רש"י ז"ל בריש ב"ק והיינו דבשמעתין לגבי הוצאה והכנסה דלא תליא במשכן תלי קריאת שם אב ותולדה בכתיבא או לא כתיבא וצריך לפרש דעת הרמב"ם ז"ל דקרי להכנסה אב דמאי דפרישנא לעיל לא נהירא וכדכתי' ועוד דבשמעתא קמיית' כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל אמר רבאשי תנא להכנסה נמי הוצאה קרי לה ממאי מדתנן המוציא מרשות לרשות חייב פירוש מדקתני מרשו' לרשות ולא קתני מרשות היחיד לר"ה וכדאיתא להדיא בפ"ק דשבועות דפרכינן עלה ואימ' דקא מפיק מרה"י לרה"ר ומשני אם כן ליתני המוצי' מרה"י לר"ה וכו' והאי דקאמר מי לא עסקינן מדוקיא דלישנא קא דייק לה ואיכא למידק דאם איתא דאף מוציא מר"ה לרשות היחיד קאמר אמאי לא תני לה במתני' והא לא תני התם אלא אבות אבל תולדות לא תני התם כלל והכנסה תולדה דהוצאה היא כדאמר הכא אבות מאי ניהו יציאו' ובפרק הזורק נמי אמרינן הוצאה אב הכנסה תולדה ותירץ ר"ת ז"ל לפי שהוצאה מלאכה גרועה היא והוה אמינא שאין לה תולדה לפיכך הוצרך לכוללה עמה והרמב"ן ז"ל כתב דרב פפא לית ליה דהכנסה תולדה אלא הכנסה כיציאה גמורה ושניהן אב אחד ומלאכה אחת ולפיכך מני לה התם ולא מנו לה אלא בחדא וא"ת הכנסה דמיקריא אב מנלן י"ל דנפקא ליה מההיא דאמרי' בפרק במה טומנין דתניא התם הם העלו הקרשים מקרקע לעגלה אתם אל תכניסו מר"ה לרה"י וא"ת אם כן למאי איצטריכינן למילף הוצאה מויכלא העם בפרק הזורק תפוק לי ממשכן כדקתני התם הם הורידו אתם אל תוציאו י"ל דלא איצטריך איצטריך ויכלא אלא לגלויי דהכנסה והוצא' שבמשכן מכלל המלאכות הן וגמרינן להו ממשכן ואי קשיא לך הא דאמרינן התם בפרק הזורק ולרבי אליעז' דמחיי' אתולדה במקום אב אמאי קרי ליה אב ואמאי קרי ליה תולדה הך דהואי במשכן חשיבא וכו' דאלמא הכנסה לא הויא במשכן איכא למימר דאשאר אבות מלאכו' ותולדותיהן קאמר ולרבינו אליעזר קאמר אבל הכנסה איתא במשכן ודאמרינן התם מיהו הוצאה אב הכנסה תולדה היא ההוא לישנא דלא כרב פפא ומיהו מיהא הות במשכן כדאמר בפ' במה טומנין ואפ"ה קרי לה תולדה כדאמרינן דקרי שובט ומרקרק תולדות כדאיתא בפרק כלל גדול ואף על גב דהוו במשכן ולא חשבינן להו באנפי נפשיהו כדאמר התם שובט בכלל מיסך מרקרק הרי היא בכלל אורג וא"ת ומאי אולמיה דהוצאה מהכנסה דקרי לה אב ולהכנסה קרי תולדה כיון דתרויהו הוו במשכן יש לומר משום דויכלא העם מהביא טפי משמע הוצאה ומיהו לרב פפא כיון דתרויהו הוו במשכן ולא חשיבא חדא מחברתה שנה שתיהן בכלל המוציא

מרשות לרשות דמלאכה אחת לגמרי הן ורבא דקא מתרץ רשויות קתני סבר דהכנסות תולדות ולא נשנו בכלל אבות מלאכות זו היא שיטתו של רבינו נרו' ולפי מה שכתבו בתוספות אפשר דההיא דפרק הזורק כותיה דרב פפא נמי אתיא שהם ז"ל כתבו דהכנסה דהתם היינו הכנסה דבעל הבית דליתא במשכן דאילו הכנסה דעני למה לן למילפה התם מסברא דמה לי אפוקי מה לי עיולי בלאו הכי נמי תיתי לן מדהות במשכן וכדאמר בפרק במה טומנין אלא ודאי לא נפקא לן מסברא דמה לי אפוקי מה לי עיולי אלא הכנסה דבע"ה דהם העלו קרשים מקרקע לעגלה היינו הכנסה דעני העומד בחוץ עכ"ל הרשב"א ז"ל בחידושיו: והר"מ במז"ל לא חילק בין הכנסה דעני להכנסה דעשיר הילכך משמע דקא מפרש כהרמב"ן ז"ל ופסק כרב פפא דהא רב אשי ורבינא מריהו מפרשי למילתיה ודייקי ממתניתין כותיה משמע דכוותיה ס"ל ולהכי פסק ז"ל דהכנסה אב גמור כהוצאה כרב פפא והילכך מעתה כיון דשמעתין לא אתיא כרב פפא וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל דבשמעתין ס"ל דהכנסה תולדה לא מכרעא מילתא למימר דהרב ז"ל לא גריס בשמעתין וממאי דבשבת קאי וכו' עד אשכחו הוצאה וכו' דאיכא למימר דאיברא דשפיר גרסינן לה ומיהו היינו למאן דסבירא ליה הכנסה תולדה דאלמא בעי קרא להדיא להוצאה אבל הכנסה דלא איירי בה קרא להדיא קרויה תולדה ואמטו להכי שקיל וטרי בה גמרא וממאי דבשבת קאי וכו' לאשכוחי קרא דאיירי להדיא לאסור הוצאה בשבת ואף על גב דהויא במשכן משום דמלאכה גרועה היא וכמו שכתבו התוספות ז"ל בכמה דוכתי וכדכתבינא לעיל:

ומיהו למאן דס"ל דהכנסה אב גמור כיציאה ואף על גב דלא כתיבא לא איצטרכינן למילף הוצאה מויכלא אלא לגילוי מילתא בעלמא שההבאה קרויה מלאכה וכמו שכתב הרב ז"ל ואף על פי שדבר זה עם כל גופי תורה מפי משה מסיני נאמרו הרי הוא אומר וכו' הא למדת שההבאה מלאכה קורא אותה והילכך קשיא על הרב המגיד ז"ל היאך פתיק מה שכתב רבינו האיי גאון ז"ל בדברי הרב ז"ל והרי הרב ז"ל לא פסק בשמועה זו וגם דחיקא טובא לומר דרבינא ורב אשי דס"ל כרב פפא בריש מכילתין ואינהו נינהו מריהו שקלו וטרו הכא בשמעתין דלא כוותיהו ואמאי פשיטא ליה כולי האי בשמעתין למימ' מיהו הוצאה אב הכנס' תולדה ועוד לקמן נמי עלה הא דת"ר מרה"י לרה"י ורה"ר באמצע רבי מחייב וכו' כפשיטות למימר' דמחייב רבי אתולדה במקום אב אי איתא דהכנסה כהוצאה ושניהם אב אחד ומלאכה אחת כמו שכתב הרמב"ן ז"ל לדעת רב פפא הוה ליה לאקשויי לכ"ע דהא לרב יוסף בפ' אמרו לו קצר וחזר וקצר אפילו לרבי אליעזר אינו חייב אלא אחת והוצאה והכנסה כקצר וקצר דמיין לדעת רב פפא ודוחק

לומר דלא פריך למימרא דמחייב רבי אתולדה במקום אב אלא לרבה דסבירה ליה דקצר וחזר וקצר נמי סבירא ליה לרבי אליעזר דחייב תרתי וה"ק למימרא דמחייב וכו' דכיון דסבירא ליה לרבי אפילו בהוצאה והכנסה דשניהם אב אחר נינהו חייב תרתי דדמו לקצר וקצר כ"ש דמחייב אתולדה במקום אב כך היה נראה לפרש והוא דוחק דסוגיא דשמעת' התם בפ' אמרו לו אזלא כרב יוסף ונראה לפרש כל השמועות לדעת רבינו ז"ל הכין והוא כי הרב ז"ל חילק מלאכות של שבת לשלשה חלקים החלק הא' קראו אבות והחלק הב' קראו מעין אבות. החלק השלישי קראו תולדות. וכן כתב להדיא בפ"ז מה' שבת וכדבעינן למכתב בס"ד גם בפ"ח כתב הזומר את האילן כדי שיצמח הרי זה מעין זורע אבל המשקה צמחין ואילנות בשבת הרי זה תולדת זורע וכו'. ע"כ: הרי שכתב לשון חלוק דלזומר קראו מעין ולמשקה את הצמחין קראו תולדה גם בה' שגגות פ"ח כתב וז"ל ובכר נתבאר בה' שבת האבות והתולדת והמלאכות שהן מעין אבות עד כאן: והאבות הם אשר היו במשכן ומעין אבות הן הדומין לאב בדמיון גמור אלא שחלוקה ממנה באיכות הפעולה או באיכות הנפעל כגון הקוצר והבוצר שהם בדמיון גמור אלא שחלוקין הנפעלין וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל: והתולדות הם הדומין לאב במקצת: והא דתניא הזורע והזומר והנוטע והמבריך והמרכיב כולן מלאכה אחת הן קא מפרש הרב ז"ל דהן מעין האב דהיינו זורע ונקראו מעין אבות והן אב אחד מאבות מלאכות וענין אחד הוא שכל אחת מהן לצמח דבר הוא מתכוין ולפירושו ז"ל ניחא מאי דקשיא להו לתוספות ז"ל עלה הא דאמרינן בפרק כלל גדול אלו אבות מלאכות אלו לאפוקי מדרבי אליעזר דמחייב על תולדה דלמה לי למתני אלו אבות וכו' לאפוקי מדרבי אליעזר והא מרישא ש"מ דתנן העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת אינו חייב אלא אחת ותרצו בתוספות דאי מרישא ה"א מעין מלאכה אחת היינו שתי תולדות מאב אחד אבל אאב ותולדה דידיה מחייב תרתי קמ"ל: וקשה דבכריתות בפרק אמרו לו אמרינן אימא סיפא העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת אינו חייב אלא אחת ואי רבי אליעזר חייב על כל ולדי מלאכות במלאכות וכו'. הא קמן להדיא דמהך אתינן לאפוקי מדברי אליעזר בדוחק יש לתרץ דהתם בכריתות אסיפא דאידך מתניתין דתנן אלו מלאכות וכו' קא סמיך וכדאמרינן הכא בפ' כלל גדול ולדעת הרב ז"ל ניחא טפי דרבי אליעזר אתרתי פליג וקא מחייב בין אמעין אב במקום אב בין אתולדה במקום אב ומרישא דתנן העושה מלאכות הרבה מעין וכו' לא שמעי' דאתא לאפוקי מדרבי אליעזר אלא במעין אב דכולהו כחדא מלאכה דמיא ודמי לקצר וקצר דלרב יוסף אפילו רבי אליעזר מודה דלא מחייב אלא חדא הילכך איצטריך הא דתנן אלו אבות מלאכות וכו' לאפוקי מדרבי אליעזר דאפילו

אתולדה במקום אב לא מחייבינן אף על גב דהן מלאכות חלוקות וכן כתב הרב ז"ל בפי' המשנה דרבי אליעזר בתרתי פליג דבמסכת כריתו' בפ"ג עלה הא דחנן אמר רבי עקיבא שאלתי את רבי אליעזר העושה מלאכות הרבה בשבתות הרבה מעין מלאכה אחת וכו' כתב ז"ל וז"ל צריך אתה לזכור כל מה שבארנו בשביעי משבת ואחר כך תדע שרבי עקיבא שאל ממנו שתי שאלות האחת מי שעשה מלאכו' הרבה מעין מלאכה אחת בשבת א' כגון שיהיו ארבע וחמש מלאכות כולן מעין אב אחד או כלן תולדות אב אחד ושגג באותן תולדות בשבת א' אם הוא כמי שעשה אבות הרבה בהעלם אחת שחייב על כל אב ואב או אינו חייב אלא אחת הואיל והן מעין מלאכה אחד השיבו שהוא חייב על כל אחד ואחד לפי שהתולדות לדעת רבי אליעזר כאבות דמיין ולא קבל ממנו רבי עקיבא וכו'. עד כאן. כך כתוב בנוסחא מדוייקת בלשון ערבי. ועלה הא דתנן בריש פרק כלל גדול העושה מלאכות הרבה מעין מלאכה אח' אינו חיב אלא חטאת אחת כתב ז"ל וז"ל ואמרו מלאכות הרבה מעין מלאכ' אחת הוא שיעשה בשגגה מלאכות הרבה מעין אב אחד כמו שיבצור ויקצור וימסוק בהעלם אחד וכן אם עשה בשגג"אב מאבות מלאכו' עם תולדותיו אינו חייב אלא חטאת. אחת ודרך משל אומר שטחן חטים בשגגה שהוא אב מאבות מלאכו' ואחר כך ישור עץ במשור לקבל הנסורת שלו ויסוף חתיכה של מתכת לקחת שפייתה וכל זה בהעלם אחד אינו חייב אלא אחת לפי שהנסורת והשפייה תולדות טוחן הן: עד כאן. כן כתוב בלשון ערבי בנוסחא מדוייקת: והקשה הרב רבי משה הכהן ז"ל על הרב ז"ל אם כל אלו הם אבות אמאי חשיב מ' חסר א' ה"ל לחשוב יותר מנ' ועוד דאמרי' בכמה מקומות מלאכה דהוה במשכן חשיבא וקרי לה אב דלא הוה במשכן קרי לה תולדה וחופר וחורש ומבריך ומרכיב ובוצר ומוסק לא היו במשכן וכו' ולכך פירש דהא דתניא הקוצר והבוצר וכו' כולן מלאכה אחת הן שהן תולדות לאב אחד:

ודע דכדי לתרץ זה כתב הרב ז"ל בפי' המשנה ז"ל ואלו האבו' כלם דמיונות והוא כי אמרם קוצר הוא מאבות מלאכו' וכמו כן על התולש צמח מחובר לארץ כשכונתו באותו דבר שתולש כמי שאורה תאני' או בוצר ענבי' או חובט זתים כל א' מאלו המלאכות לא נאמר בהם שהן תולדות קוצר אבל הוא קוצר ממש כאשר לא נאמר במי ששחט כבש או שור שהוא תולדת השוחט או במי שבשל תבשיל מן התבשילין שהוא תולדת האופה אלא הוא אופה עצמו וזהו שאמרו בו מלאכו' הרבה מעין מלאכה אחת אבל התולדה היא שתקח ענין אותה המלאכה המנויה באבו' בשכלך ובאיזה מקום שתמצא אותו הענין הוא תולדה לאותו האב המשל לזה אמרנו כי הטוחן הוא מאבות מלאכו' וענין הטחינה הוא כתיתת החלק הגדול ועשייתו חלקי' קטנים ולפיכך חתוך הירקות בשב' או נסירת

עץ לקבץ הנסורת שלו או שפיית חתיכת מתכת לקחת טחינתו כל זה תולד' טוחן וכמו כן ענין הבשול הוא רפיון העצמי' הקשים וכו' ע"כ. כן כתוב בנוסחא מדוייקת בלשון ערבי: והשתא ניחא דלית כאן שום תוספ' מנין על מה שמנו ארבעי' חסר אחת וגם אף על גב דלא תמצא מבריך ומרכיב ובוצר ומוסק במשכן מכל מקום נקראו אבות לפי שהם כאבות ממש והם ענין אחד ולכך הרב ז"ל שינה לשונו מלשון המשנה דבמשנה הוזכרו המלאכות בלשון אדם הפועל וכדקתני הזורע החורש וכו' והרב הזכיר שם הפעולה וכדקאמר החרישה והזריעה וכו' והיינו כדי לכלול בכל אב מה שהוא מענייננו:

ומכל מקום אף על גב דהרב כתב בפי' המשנה דכל הני דאמרינן עליהו מעין האבות היינו באב ממש כגון בוצר או אורה דהוא כקוצר ממש בע"כ אית לן למימר דלאו קוצר ממש קאמ' דהא רבי אליעזר לדעת רב יוסף מודה בקוצר וקוצר שאינו חייב אלא אחת ובקוצר ובוצר מחייב תרתי וכדכתבינן לעיל דרבי אליעזר בתרתי פליג וכן בפ"ז מה' שבת לאחר שכתב אבל אם טוחן וחתך הירק ושף לשון של מתכת בהעלם א' אינו חייב אלא חטאת אחד וכו' כתב ז"ל העושה מלאכו' הרבה מעין מלאכ' אחת בהעלם א' אינו חייב אלא חטא' אחת כיצד הרי שזרע ונטע וכו' ע"כ: אלמא דלאו ממש זורע הויא אלא הוו מעין זורע דאי זורע ממש קאמר לא היה צריך ללמדנו דזרע וזרע אינו חייב אלא אח' גם היין מן הפרק כתב ז"ל ומגיף המלאכה הנעשי' בשבת תדע מעין איזה אב היא ותולדת איזה אב היא ע"כ: אלמא גם כדי לידע מעין איזה אב היא צריך הבחנת השכל קרוב לידיעת תולדת איזה אב הוא הלכך מה שכתב הרב ז"ל בפי' המשנה דבוצר הוא קוצר ממש לאו ממש קאמר אלא כדי לשלול שאינו תולדה שהיא רחוק' מן האב להכי קאמר דהוא קוצר ממש מפני שדומה לאב בדמיון גמור ומיהו מ"מ חלוקין הן בנפעלין וכדכתיבנא ואיברא דלרבנן דלא קא מחייבי תרתי אלא באבו' אין חילוק בין האבו' הגמורי' להני דמעין אבות וכל הל"ט מלאכו' וכל שהיא מעניינם נקראו אבות מלאכו' אליבא דרבנן ומיהו לרבי אליעזר דקא מחייב תרתי אתולדה במקו' אב ואמעין אב במקו' אב כגון קצר ובצר אבל קצר וקצר לא מחייב תרתי יש חילוק בין האבות הגמורי' למעין אבות ומשמע דההכנסה לגביה הוצאה הוא מעין לדע' הרמב"ם ז"ל וסבירא ליה דבהכי פליגי בשמעתא קמייתא דשב' דמעיקר' קא משני הכא דעיקר שבת הוא תני אבות ותני תולדות התם דלא עיקר שבת וכו' פי' וסבירא ליה דההכנסה היא תולדה משום דויעבירו קול במחנה לא משמע אלא הוצאה ורב פפא סבירא ליה דכיון דהסברא נותנת דמה לי אפיקו מה לי עיולי הילכך איבר' דאב גמור לא הוי ומיהו מעין הויא שההוצאה וההכנסה הבאה ממקום למקו' הוי וענין אחד הוא והשתא ניחא מאי דקשיא להו לתוס' ז"ל דמ"ש

דתני גבי אבות מלאכות מ' חסר אחת תולדה דהוצא' ולא תני שום תולדה דכל שאר אבות ונדחקו בתירוצה גם הרשב"א ז"ל נדחק בחידושיו וכדכתבינן לעיל אבל השתא דאמרי' דלא הויא תולדה אלא מעין. אב לא קשיא כלל דבכל שאר האבו' נמי הרי נכלל בו מה שהוא מענייננו וכמו שכתב הרב ז"ל בפי' המשנה וכדכתבינן לעיל ולכך קיצר בהם אבל בהוצא' כדי לבטל בו ההכנסה האריך ותני המוציא מרשו' לרשו' משום דסוף סוף לא דמיא הוצאה להכנסה דזו היא אפוקי וזו היא עיולי:

ואף על גב דקרינן להכנסה מעין אב מכל מקום זימנין כד בעינן לדמויה לתולדה קרינא לה תולדה תדע דתנן בכריתות פרק אמרו לו אמר ר"ע שאלתי את רבי אליעזר בעושה מלאכות הרבה בשבתות הרבה מעין מלאכה אחת וכו' ופי' רש"י ז"ל מלאכות הרבה מעין מלאכה אחת תולדות הרבה של אב אחד וכו' גם בכולה שקלא וטריא דגמרא קרי להו ולדי מלאכות וכדאיתא התם בגמרא בכמה דוכתי והיינו טעמא דקרי להו תולדות משום דכיון דלרבי אליעזר דעליה דידיה קאי כולה שקלא וטריא פליג בתרוייהו דמעין אב במקום אב ובתולדה במקו' אב דאילו קצר וקצר לרב יוסף אליבא דרבי אליעזר לא מחייב אלא חדא אבל קצר ובצר מחייב תרתי וכדכתבינן לעיל להכי קרנהו גמרא לתרוייהו תולדה דסוף סוף מעין אב נמי לא הויא אב גמור והשתא ניחא שמועתינו לדעת הרב ז"ל דהא דקאמר מיהו הוצאה אב הכנסה תולדה לאו תולדה ממש קאמר אלא דלא הויא אב גמור ומשום דבעי לאקשויי ולרבי אליעזר דמחייב אתולדה וכו' דלדידיה ודאי מעין אב ותולדה כחדא חשיבי וכדכתבינן להכי קרי ההכנסה תולדה לגבי ההוצאה ואף על גב דהויא מעין אב ולקמן נמי דקא פריך למימרא דמחייב רבי אתולדה במקום אב דקרי להכנסה תולדה לאו תולדה ממש קאמר אלא מעין אב ומשום דלרבי אליעזר מעין אב ותולדה כחדא חשיבי וכדכתיבנא להכי קרי להו לתרוייהו תולדות וה"ה בכל דוכתא דבעינן לדין מינייהו לתולדות קרינן להו תולדות:

ובזה נשיב מאי דקשיא ליה לשואל דבה' שבת כתב דזומר ובוצר הן אבות מלאכות ובה' שמיטה ויובל וכו' דאיברא דכתב הרב ז"ל דהם ענין אחד עם האב ומיהו לא קראם אב גמור כגון זורע וקוצר אלא דזומר מעין זורע וכמו שכתב לקמן בפ"ח ובוצר מעין קוצר ומה שכתב בה' שמיטה ויובל פ"א אפרש בקוצר השמועה דבמסכת מועד קטן ובזה יתפרש היטב בס"ד דגרסינן התם אתמר החורש בשביעית רבי יוחנן ורבי אליעזר חד אמר לוקה וחד אמר אינו לוקה ופריך גמרא לימא בדרבי אבין אמר רבי אלעזר קמפלגי דאמר רבי אבין אמר רבי אילעא כל מקום שנאמר כלל בעשה ופרט בלא תעשה אין דנין אותו בכלל ופרט וכלל וכו' ומשני דכ"ע לית ליה דרבי אבין ומ"ד לוקה שפיר ומ"ד אינו

לוקה אמר לך מכדי זמירה בכלל זריעה ובצירה בכלל קצירה למאי הילכת' כתבינהו רחמנא למימר דאהני תולדות הוא דמיחייב אתולדה אחרינא לא מחייב ולא והתניא וכו' ע"כ והרב ז"ל פתק כמ"ד אינו לוקה וכתב בכסף משנה דהיינו משום דרבא דאמר אהני מחייב אחרנייתא לא מחייב ס"ל כותיה ולא ידעתי מהו דאדרבה רבא פליג דלדידיה כל האבו' אסר רחמנא ולא ממעטינין מהן דרשא דזמירה ובצירה אלא התולדו' ולא אבות ומ"ד אינו לוקה ממעט מהך דרשא אפי' חרישה דהוי אב ויש לפרש דה"ק דכ"ע לית להו דר' אבין אלא שפיר הויא כלל ופרט וכלל ובשנה השביעית שבת שבתון וגו' כלל שדך לא תזרע וגו' פרט שנת שבתון יהיה לארץ חזר וכלל ואי אתה דן אלא כעין הפרט ונרבי כל מידי דדמי לפרט ומ"ד לוקה שפיר ומ"ד אינו לוקה אמר לך מכדי, זמירה בכלל זריעה, וכו' וכיון דבע"כ זמירה ובצירה אתי למעוטי שאר תולדות גבי זריעה וקצירה אתו למעוטי שאר האבות ולא ניתן לידרש בכלל ופרט וכלל ולא נהירא דאימא אהני מידת כלל ופרט וכלל לאתויי שאר אבות ואהני מיעוטי דזמיר' ובצירה למעוטי תולדות ומהי תיתי למעט נמי שאר אבות כולהו ונראה דהכי קא דריש דאיברא אילו היו זמירה ובצירה מכלל התולדות אה"נ דהוה דרשינן הכי אבל זמירה בכלל זריעה דהיינו מעין זריעה ובצירה בכלל קצירה והתנא דמני מ' מלאכות חסר א' לא רצה למנותן משום דהם כלולים באבות וכדכתיבנא לעיל והיאך הכתוב פרטן אלא פרטן הכתוב ללמדנו בין על האבות בין על התולדות דאינו לוקה עליהן ולפי שאלו הם מעין אבות כלולים מאבות ותולדות אמרי דאתו ללמד על האבות ועל התולדות ואילו הוו תולדות לא היו מלמדים כי אם על התולדות לבד ואפשר דאילו היו תולדות גמורים לא היו מלמדים כלל דהוה אמינא קא מני קרא אבות וקא מני קרא תולדות ומיהו כיון דהוו מעין אבות והם כלולים באבות לא היה צריך הכתוב לפרט אותן ולא פרטן אלא ללמד אכולהו וכדכתבינן תדע דלקמן אמרינן כי אתא רב דימי אמר יכול ילקה על התוספת ונסיב לה גמרא לפטורא ולא ידענא מאי גמרא ומאי תוספת רבי אלעזר אמר חריש וה"ק יכול ילקה אחרישה דאתיא מכלל ופרט וכלל ונסיב לה גמרא לפטורא דאם כן כל הני פרטי למה לי ורבי יוחנן אמר ימים שהוסיפו חכמים לפני ר"ה וכו' ע"כ וקשיא להו לתוספות דאמאי לא קאמר תסתיים דרבי אלעזר הוא דאמר לעיל אינו לוקה ותרצוה בתוספות ואני אוסיף נופך משלי דליכא למימר דרבי אלעזר דלעיל הוא דאמרינן אינו לוקה משום דפירש דברי רב דימי כן דהא אין הלימודים שוים דהכא קא יליף לפטורא משום דא"כ כל הני פרטי למה לי ולעיל לא סגי ליה בהכי משום דאיכא למדרש כל הני פרטי ולמילף נמי בכלל ופרט וכלל וכדדרשינן בריש מרובה לכך יליף לה מדפרט זמירה ובצירה וכדפרשינן וזהו דרשה

גמורה ועליה אין להשיב וכיון דאין הלימודים שוים אלמא דלא אזיל לשיטתיה אלא דפירש דברי רב דימי בחרישה בטעם שאינו נכון ולדידיה לא סבירא ליה וכמו שפירשו התוספות ז"ל בתירוץ ראשון ורבי יוחנן קא מפרש דברי רב דימי בימים שהוסיפו וכו' דבהכי מיתרצא לישנא דרב דימי טפי ומיהו לענין דינא סבירא ליה דאין לוקין בטעם נכון וכדכתבינן לעיל ורבי אליעזר פליג בטעם דסבירא ליה דאין כאן גמרא לפטורא דחרישה אלא לומר כל הני פרטי למה לי ואלו בקל יש למצוא להם מיעוטים והמידה דכלל ופרט וכלל תדרש ופסק הרמב"ם ז"ל כרבי יוחנן ובירושלמי פרק כלל גדול דשבת סיימו להדיא דרבי יוחנן סבירא ליה דאין לוקין:

ומיהו בירושלמי נסיב גם הא דרב דימי להפך דרבי יוחנן פריש לה בחרישה עיין שם ומכל מקום גם לגמרא דידן אין לסיים דרבי אלעזר הוא דקאמר אין לוקין וכדכתבתי' ופסק הרב ז"ל כרבי יוחנן וכמו דסיימו בירושלמי ואף על גב דלכאורה רבא פליג וכדכתיבנא והיינו דכפל גמרא לאקשויי ולא והתניא שדך וכו' עלה דרבי יוחנן דחרישה אף על גב דכבר אקשי לה עלה דרבא משום דרבא לא איירי אלא בתולדות ולכך איכא למימר דכל מאי דתני בברייתא היינו אסמכתא בעלמא אבל לרבי יוחנן דאפילו אחרישה נמי לא לקי הא ודאי קשיא טפי דקתני אפילו אתולדות דמקרא נפיק דלא יעשה ומשני דאפילו הכי איכא למימר דהיינו מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא ומכל מקום פסק הרב ז"ל כמ"ד אינו לוקה דטעמיה מסתבר וכדכתיבנא:

ולמדנו מפסקו ז"ל דאדרבה משום דסבר דזמירה ובצירה אינן תולדות גמורים אלא מעין אבות להכי פסק בחרישה דאינו לוקה עליה והא דנקט בלשונו על שתי תולדות אלו וכו' לאו דהוו תולדות אלא דקרנהו תולדות משום דאתו למילף גם על התולדות והא כתיבנא דזימנין דקרו להו גמרא למעין אבות תולדות משום דבעו למידק מיניהו לתולדות ולרבא הא כתיבנא דלא אתו למידן אלא על התולדות הילכך מוכרח למנקט לשון תולדות וגם לרבי. יוחנן אף על גב דאתו למילף נמי על האבות מכל מקום הא יליף נמי על התולדות ולכך לא זו גמרא מלמנקט בהו לשון תולדות ולאו דוקא דכל מעין אבות זימנין דקרו להו גמרא תולדות וכדפירשנ' לעיל והרב נקט נמי כלישנא דגמרא ועיקר טעמו ז"ל משום דהוו כעין אבות ודו"ק דקא מסיים הרב ז"ל כיצד החופר או החורש וכו' וכן המבריך וכו' ע"כ. דנקט חלוקות דלא נזכרו בגמרא כלל ועיקר פלוגתא דגמרא בחרישה ובמאי דכתיבנא ניחא דנקט כל מעין אב וממילא יליף נמי לאב גמור וכדכתיבנא כנ"ל ועלו דברי הר"מ במז"ל כהוגן וליכא עליה שום קושיא לא מדידיה ולא מהגמ':

גם לרש"י ז"ל לא קשיא ולא מידי דהא כתיבנא לעיל דלגבי שבת דוקא תלוי קריאת שם אבות במשכן אבל בשאר מילי כגון בנזקין תלוי במאי דכתיבא להדיא והילכך גבי שביעית נמי תלוי במאי דכתיבא וזריעה וקצירה וזמירה ובצירה דכתיבן להדיא בקרא קרויין אבות ושאר עבודות שבשדה וכרם דאסמיכנהו אקרא וכדאיתא במסכת מ"ק וכדכתבינן הם תולדות ולרבא לא הוו אלא מדרבנן וכמו שכתבו התוספות וכן כתב רש"י להדיא בריש פרק כלל גדול ומה שכתב לקמן זורע אב מלאכה ונוטע נמי וכו' אבל זומר תולדה מיירי לגבי שבת דוקא ומשמע דסבירא ליה כהר"מ במז"ל חוץ מבזומר דפליג עליה וסבירא ליה דהויא תולדה והיינו טעמא משום דבזומר אמרינן חייב משום נוטע והנוטע וכו' משום זורע והילכך כיון דנחתינן ליה תרי דרגי מזורע דהיינו האב הגמור להכי קרי ליה לזומר תולדה ומה שאמרו דזומר ובוצר הן תולדות היינו לגבי שבת ומיהו לגבי שביעית כיון דכתיבן ביה להדיא נקראו אבות וכל זה ברור מאד לא ניתן ליכתב לרוב פשיטותו אבל להפיס דעת החכם השואל הארכתי גם הארכתי בפי' שמועות ולשונות התוספות ז"ל והר"מ במז"ל יען כי ראיתי באותה פיתקא דכתיבה כמאן דתהי בקנקן ולכן אמרתי תורה שלימה לא תהיה כשיחה קלה והאל ינקנו משגיאות ומהכשל בדבר הלכה ויראנו נפלאו' מתורתו:

סימן מב

עוד שאל בעניו מצות לא תעשה אחת כתובה בעשרת הדברות והיא לא תגנוב כי תגנוב נפשות הכתוב מדבר וכל גנבה היא שלא מדעת הבעלים וכאן מדעת הבעלים ויותר צודק היה לשון לא תגזול כי הגזילה היא מדעת הבעלים ע"כ:

תשובה. לא ידעתי מה זו שאלה על הרב ז"ל שמנה המצו' והלא ברייתא שלימה שנינו בפרק אלו הן הנחנקין דגרסינן התם ת"ר לא תגנוב בגונב נפשות הכתוב מדבר אתה אומר בגונב נפשות או אינו אלא בגונב ממון אמרת צא ולמד משלש עשרה מדות שהתורה נדרשת בהן דבר הלמד מענייני במה הכתב מדבר בנפשות אף כאן בנפשות:

ואי אקרא גופא קמבעיא ליה לא ידעתי אמאי שאל על האזהרה דהיינו לאו דלא תגנוב שבעשרת הדברות ולא שאל אקראי דעונשא גופיה דכתיב וגונב איש ומכרו וגו' וכתוב נמי כי ימצא איש גונב נפש מאחיו מבני ישראל ותבעי דאמאי אפקיה רחמנא בלשון גניבה שהיא שלא מדעת הבעלים והרי יש כאן דעת הבעלים:

וקושטא דמילתא היא דליכא חיוב מיתה אלא בגונב נפש ולא בגוזל דכתב הר"מ במז"ל בפ"ט מה' גניבה וז"ל אין הגנב חייב מיתת חנק עד שיגנוב בן אדם ויכניסנו לרשותו

וישתמש בו וימכרנו לאחרים שנאמר והתעמר בו ומכרו ע"כ משמע להדיא דדוקא כשגנבו אבל אם תקף באחד מישראל לפני אחיו ולשתמש בו ומכרו אינו חייב והיינו טעמא דעשויין בעלי זרוע ליפול וכיון שידעו בו ישראל דנמכר עכ"פ יפדוהו והרי אינו אבוד משא"כ בגנוב דלא ידע בו אדם בגניבתו והרי הוא אבוד לעולם ואפי' בגנבו קי"ל דאם גנבו ונשתמש בו ומכרו ועדין הגנב ברשות עצמו ולא הכניסו הגנב לרשותו פטור וגדולה מזו אמרו דאם מכרו לאחר מקרוביו של גנוב כגון שמכרו לאביו או לאחיו הרי זה פטור שנאמר גונב נפש מאחיו עד שיבדלנו מאחיו ומקרוביו במכירה כמו שכתב הרב במז"ל:

והילכך גזול נמי לאו מובדל הוא כיון דמכירין ישראל בגזילתו וקי"ל נמי דאחד הגונב את הגדול או הגונב את הקטן בן יומו שכלו לו חדשיו וכו' הרי אלו נהרגין וכו' והילכך שפיר קרי ליה גניבה ואינו ענין כאן הא דמדעת הבעלים דהגונב אינו בעל ובעליו הם אביו ואחיו ושאר קרוביו שנגנב והובדל זה מהם וכלפי מי שנגנב ממנו קרי כאן שלא מדעת הבעלים ואין מקום לשאלה זו כלל והאמת הוא כי לא תגנב שבעשרת הדברות לא מיירי אלא בגונב נפשות על פי יסודי מקבלי האמת זצק"ל וכדכתי' ועליהם אין להוסיף בצלאל אשכנזי:

סימן מג

שאלה. רבי יהודה די פארה היה לו חנות במשכנת' לח' שנים בסך ח' לבנים והשכיר החנות הנז' לרבי יעקב נחמיאש לשלש שנים והתנה עמו שאם ימשכן החנות לאיש אחר בח' לבנים הנז' שמעכשיו יהו ממושכנים לרבי יעקב הנז' בסך הנז' לח' שנים הנז' ור"י נפטר לבית עולמו וחיי לישר' שבק ובעת פטירתו צוה מחמ' מיתה והקדיש המשכנתא הנז' לשתי החברות שבשתי הקהלות הקדושו' שברודיש ואחר פטירתו של ר"י הנז' קמו אפוטרופסי חברת הקהל הגדול והשכירו חזקת החנות הנזכ' לאיש אחר מעכשיו ולאחר תום זמן השכירות השלש שעם הנז' ואפוטרופסי חברת קהל שלום לא נתרצו בשכירות הנז' ועתה יורנו רבינו מורה צדק לצדקה אם שכירו' ששכרו חברת הקהל הגדול לא יועיל בלא הסכמת חברת קהל שלום מאחר שהחנות היא לשנים ביחד וחברת קהל שלום אינן רוצין בשכירות הנז' או נאמר מאחר שהקהל הגדול יש להם שני חלקים וקהל שלום אין להם אלא שליש אם כן יועיל השכירות ששכרו הם לשתי שנים ואחר כך ישכירו אותו קהל שלום לשנה אחת למי שירצו:

תשובה. איברא ודאי דלא יפה כח אנשי הכנסת הגדולה מפני שיש להם שני' שלישי' דהא כתב הטור בסימן קע"א שנים שיש להם בית בשותפות לאחד שני חלקים ולשני שליש ואין בו דין חלוקה דצריך להטיל גורל איזה ישתמש בו תחלה בעל השני שלישים או בעל השליש:

ומיהו מסתברא דשכירותם קיימת אפילו שלא היתה בידיעת קהל שלום וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשובות כלל פ"ט וז"ל על מעשה שאירע שכשהיו שותפין שאחיו של ראובן היו לו מעות אמר לו ראובן השתדל עמנו בשותפות ותניח מעותיך עם שלנו ותקח מהריוח בכדי מעותיך ושמעון לא ידע בזה שאחי ראובן היו לו מעות בשותפות עמהם עתה אומר שמעון מאחר שלא הודעתני מזה אין לי ליתן לאחיך חלק בריוח אם אתה נתפשרת עמו תן לו מחלקך וראובן אומר כיון שהיו שותפין כל אחד ואחד היה כח בידו לעשות כל מה שהיה נראה לו תועלת השותפות והיה נראה לו תועלת בחבורת אחיו ולא הפסיד באשר לא הודיעו: הדין עם ראובן ויטול אחיו כפי חלקו במעות ע"כ והילכך בנדון דידן נמי הויא להו כשותפין בחנות זה ויכלו למימר אפטרופסי חברת הקהל הגדול דמאחר דשותפין הם כל א' ואחד יש לו כח לעשות כל מה שנראה לו תועלת השותפות והיה נראה להם תועלת בשכירו' זה ולא איפכת לן במה שלא הודיעו אבל איכא למידק דהטור בח"ה סימן צ"ו הביא תשובה זו וכתב בה ושמעון ידע שאח ראובן היו לו מעות בשותפות וכו' ע"כ: והילכך איכא למימר דשאני היא משום דכבר ידע שמעון בשותפות זה ולא מיחה ולכך נתקיים שתופו אבל בנדון דידן אם כשהודיע בשכירות מיחו קהל שלום איכא למימר דמחאתן מחאה וקשיא לי עלה דהא נסחא דהרי לא טען ראובן. אלא דכל אחד ואחד היה כח בידו לעשות כל מה שהיה נראה לו תועלת השותפות וכו' ומטעם זה השיב הרא"ש ז"ל דהדין עם ראובן ולא מטעם דידע ולא מיחה ויש לי ליישב נוסחת הטור ז"ל בדוחק דשותפותם היה לזמן וערעורו של שמעון לא היה בסוף זמן השותפות בעת החלוקה אלא באמצע זמן השותפות ידע שמעון שאח ראובן היו לו מעות בשותפות עמהם ועתה כשידע ערער שמעון ואמ' מאחר שלא הודעתני שאין לו ליתן ריוח ממה שעבר וכל שכן ממה שירויח מכאן ולהבא אלא יקח מעותיו וילך לו וראובן השיב דמה שעשה עשוי כיון שנראה לו שלתועלת השותפות עשה וישאר בשתופו ובסוף זמן השותפות יטול בכל הריוח כפי חלקו במעות והשיב הרא"ש ז"ל דהדין עם ראובן ולפי זה יהיה יותר סייעת' לנדון שלפנינו וקל להבין ומיהו לשון עוד אירע כשהיו שותפין וכו' ולשון וראובן אומר כיון שהיינו ביחיד שותפין וכו' לא דייק שפיר להאי פירוש' גם מצאתי למהר"י קולון ז"ל בסימן כ"ד שכתב וז"ל אשר טען שמעון

שמעולם לא היה מסכים בשכירות לוי אם כן כמו שהשיב ראובן שבשטר השותפו' שיש כח ביד ראובן להשכי' מי שירצה בעל כרחו של שמעון וכו' הלא דבר פשוט שכל תנאי שבממון קיים וכ"ש וכו' ואפילו לא היה כתוב בשטר השותפות אם אחר שהשכיר ראובן את לוי ונכנס לוי בהנהגת החנות וראה שמעון ושתק ולא מיחה בשכירותו של לוי הרי נתקיים שכירותו של לוי ואין שמעון יכול למחות עוד כמו שהשיב רבינו אשר ומביאו בטור ח"ה על ראובן ושמעון שהיו שותפין ושמעון שתף את לוי אחיו ואחר כך ידע ראובן בשותפות אחי שמעון ושוב אמר ראובן מאחר ששמעון לא הודיעו שאין לו לאחיו של שמעון ליקח חלק הריוח ושמעון השיב מאחר שהיו שותפין וכל אחד היה לו כח לעשות מה שהיה נראה לו תועלת השותפות והיה נראה לו תועלת בשותפו' אחיו שלא הפסיד במה שלא הודיעו ופסק ר' אשר שהדין עם שמעון ויטול אחיו חלק בריוח כפי מעותיו והכא נמי לא שנא. ע"כ. הא קמן להדיא דקא מפרש הרב ז"ל שאלת הרא"ש ז"ל כשידע ראובן בשותפות אחי שמעון ולא מיחה והילכך ליכא ראיה לנדון שלפנינו אם כשידעו בשכירות מיחו קהל שלום:

ומ"מ צריך ליישב השאלה לפי שיטתו ז"ל דהא משמע להדיא דמטע' שנראה לו שלתועלת השותפות הוא דאתינן עלה ולא מטעם דלא מיחה וכדכתבינן ועוד איכא למידק דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שלוחין ושותפין המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינ' וכו' ולא ישתתף בה עם אחרי' וכו ע"כ ומייתי לה הטור סי' קע"ו. הא קמן דאינו יכול להשתתף עמו ונראה לי דלא כתב מהר"י קולון ז"ל ואפי' לא היה כתוב בשטר השותפו' אם אחר שהשכיר ראובן את לוי ונכנס לוי בהנהגו' החנות וכו' אלא משום דטען שמעון שמעול' לא היה מסכים בשכירו' לוי ואם בשע' השכירו' עצמו מחה שמעון הא ודאי דאין אחריותו עליו לכך כתב הרב ז"ל דאם. ראה את לוי נכנס בהנהגות החנות ולא מיחה בשכירותו הרי. נתקיים שכירותו ויכול בעל הדין לחלוק ולומר דכך לי בשראה ושתק כמו לא הכיר בו מעולם דיכול שמעון למימר דהאי דשתק משום דחשב דאחריותו על מי ששכרו וכשידע שרוצי' להטיל הפסדו גם עליו הרי הוא מוחה לכך מייתי מתשוב' הרא"ש ז"ל דשמעון ידע שאח ראובן היו לו מעות בשותפו' עמהם ושוב טען שמעון דאף על גב דלא מיחה עד עתה היינו משום שהי' חושב דראובן יתן לו מחלקו דמאחר דלא הודיעו אין לו חלק עמו ועתה שהוא רוצה ליתן לו מן האמצע הרי הוא מוחה וכך לי אם ידע כמו לא ידע והשיב ראובן דכדין שתפו עמו דע"כ לא אמרו דלא ישתתף בה עם אחרי' אלא עם אנשי' זרים דלא ידיע מה טיבן ואפשר שיגיע נזק מחברתם אבל להשתתף עם אחיו לא אמרו והיה נראה לו תועלת השותפו' בחברת

אחיו דאיש באחיהו ידבקו ורוח עועים לא יבא ביניה' ועל כן לא הפסיד במה שלא הודיעו והשיב הרא"ש ז"ל דהדין עם ראובן ולא שנא ידע שמעון שאח ראובן היו לו מעות בשותפו' ולא שנא לא ידע כל שנראה תועלת השותפו' כגון חברת אחיו וכגון להשכיר בהנהגו' החנות מה שעש' השותף הרי הוא עשוי ולא הפסיד במה שלא הודיעו והשתא שתי הנוסחאו' מה שכתוב בשאלות ומה שכתב הטור עולות כאחת לענין דינא וא"ת אכתי למה לן למיתי מהאי טעמ' בהאי נדון דהרא"ש ז"ל תפוק לי דכיון דיש כאן ריוח הריוח לאמצע וכמו שכת' הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שלוחין ושותפין אם הלך ונשתתף עם אחר בממון השותפו' אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם נשתכר השבר לאמצע ע"כ: ובשלמא בנדון דמהר"י קולון ז"ל משכירות לוי הגיע הפסד שנתפס והיו צריכין לסלקו מן התפיסה כדמסיי' ואזיל ואי לאו דנראה לו תועלת השותפו' היה ההפסד לעצמו אבל בנדון דהרא"ש ז"ל דהיה שם ריוח בכל גונא הריות לאמצע וי"ל דמה שכתב הרמב"ם ז"ל השכר לאמצע היינו שלא יפסיד הלה מידי מהריוח אע"ג דנשתתף שלא בדעתו אלא הוא יקח חלקו משלם ומה שיגיע לשותף שנכנס שלא מדע' יתן המשתתף עמו מחלקו מפני ששינה ושיתף אחר עמו שנא מדע' הילכך הוצרכנו לטעמא דיש תועלת בחברת אחיו כדי שנאמר שיטול אחיו חלק בריוח כפי חלקו במעות:

ומ"מ למדנו דבנדון דידן דלא שינו כלל במה שהשכירו החנות דהא חנות עביד למיגר פשיטא ודאי דשכירותן קיימ' במכ"ש מנדון דהרא"ש ז"ל ונדון דמהר"י קולון ז"ל בצלאל אשכנזי:

סימן מד

שאלה. ראובן היה ש"מ וכדקציר ורמי בערסיה צוה אחר שהוריש נכסיו לבניו בכלל זה צוה ליתן לבתו מנה ונפטר נוחליו וחיי למר שבק ולא הספיקה הבת לקחת המנה מהיורשי' עד שנפטרה וחיי למר שבקה ובעלה רצה ליורש' כדין הבעל יורש את אשתו ובכלל ירושתה תובע לירש המנה שצוה אביה והאדון יודע שהבעל אינו יורש בראוי כבמוחזק זה הנדון יקרא ראוי לפי שלא הפסיקה לגבותו עד שמת' וא"כ הוא ליורשיה. או מאחר שיש לנו שדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו א"כ ה"ל כאלו גבתה והבעל יורש שאלה שאלתי מאת אדוני ישיבני בראי' ברורה כדרכו לעשות ותלמידו אני וממימיו אני שותה וישיב התשובה עם המוביל ושלום לאדון מאדון השלו' ומהנרצע למאמרו שלמה אבן קאים:

תשובה. הדין עם הבעל דכתב הרמב"ם ז"ל בפ' י"ב מה' זכייה ומתנה וז"ל מעשה בא' שאמר נכסי לאמי ואחרי' ליורשי והית' לו בת נשואה ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אם אביה ואחר כך מתה הזקנה ואמרו חכמי' אין הבעל יורש אותן נכסי' מפני שהן ראויין לאשתו ולא זכתה בהם האשה אלא אחר שמתה אבל וכו' ואלו אמר וכשתמות הזקנה הרי הן לבתי מעכשיו הוה הבעל יורש אותן אחר מיתת אשתו ע"כ וכן כתב הטור בספר י"ד סימן צ' וכתב הרב המגיד ז"ל שכן דעת ר"ח ז"ל והרי"ף ז"ל. אבל יש חולקין ומסתברא דבנדון דידן אין שום חולק דע"כ לא פליגי עליהו דהני רבוותא ז"ל אלא משום דסברי דאפי' באומר מעכשיו הראשון דהיינו הזקנה יכולה למכור ולא הית' הבת יכול' להוציא מיד הלקוחות ואמטו להכי קרי ליה ראוי לגבי הבעל אבל כל שלא היתה יכולה למכור לא מקרי ראוי ואע"ג דכשמתה הבת אכתי היתה הזקנה קיימ' כ"ש בנדון דידן שאין שום יד אחר באמצע אלא מהמצוה לבת אלא שלא הספיקה לגבותו ואם. תשאל דהכא קאמרינן דר"ח והרי"ף ז"ל סברי דכל כה"ג לא מקרי ראוי לגבי בעל והרי בפרק א' מה' נחלות כתב הרב המגיד ז"ל שקרב אלפסי ור"ה ז"ל חלוקין על הרב בן מיגש ז"ל ותלמידו הרמב"ם ז"ל בדין המלוה וסברי שדין הבעל במלוה כדין הבכור ואין הבעל נוטל במלוה ומי עדיפא זאת שלא הספיקה לגבותו כלל שעדיין לא מתה האם כשמת' הבת ממלוה דכבר זכתה בה:

תשובתך דע שהרשב"א ז"ל דעתו כדעת הגאונים ז"ל שאין הבעל נוטל במלוה ואיהו ז"ל כתב בתשובה והיא בתשובות להרמב"ן ז"ל סי' ס"ג מסתברא דוקא במלוה שנפלה לה בירושה ואי נמי במלוה שהיתה לה עד שלא נשאת ואי נמי במלוה שנעשית ממעות שלא היו ידועות לבעל ואי נמי במלוה שנעשית במעות ששיירה היא לעצמ' וכתב לה הבעל בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בהם ואי נמי לאחר נשואין וכשקנו מידו הא לאו הכי והכי הרי זכה באותם המעות הבעל כדין נכסין מלוג ואי אפשר להפקיעה ממנו דלא גרע הלואתה ממכירתה שהבעל מוציא מיד הלקוחו' ועוד מסתברא דאפי' היו לה מעות קודם שנתארסה ושיירת' לעצמה בפי' עד שלא תתארס שלא יהא בהם לבעל כלום לא עשתה ולא כלום דמיד שנשאת זכה בהם הבעל ממילא כדין נכסי מלוג וכו' ע"כ ומכל מקום בנ"ד הדין פשוט שהבעל יורש מתנה זו לדברי הכל הנלע"ד כתבתי בצלאל אשכנזי:

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם